



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية

مجلة الواحات للبحوث والدراسات

تصدر عن جامعة غرداية - الجزائر

رصيد: 1112-7163

مجلة الواحات للبحوث والدراسات

ISSN: 1112-7163

République Algérienne Démocratique et Populaire

Ministère de l'Enseignement Supérieur
et de la Recherche Scientifique

Université de Ghardaïa

Revue « ELWAHAT » pour les Recherches et les Etudes

Editée par l'Université de Ghardaïa - Algérie



الحقوق والعلوم السياسية



المجلد: 09 العدد: 02، ديسمبر 2016 الجزء B

Droit et des Sciences Politiques



الجزء B

المجلد: 09 العدد: 02، ديسمبر 2016

ELWAHAT

Volume 09 N° 02, Decembre 2016

Section B

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية

مجلة الواحات للبحوث والدراسات

مجلة أكاديمية فكرية محكمة

تصدر عن جامعة

غرداية - الجزائر

المجلد 9 العدد 2

ربيع الاول 1438 هـ / ديسمبر 2016م

مجلة الواحات للبحوث والدراسات

الإيداع القانوني رقم: 2006/2763

ردمد 1112 - 7163 I.S.S.N

كل الحقوق
محفوظة

مجلة الواحات للبحوث والدراسات

ردمد : 7163-1112

هي مجلة علمية ذات لجنة قراءة متعددة الإختصاصات من جامعيين وخبراء دوليين. تنشر مجلة الواحات للبحوث والدراسات أبحاث في جميع الميادين. تنشر مقالات أصلية، وتحليلات علمية في مختلف المجالات.

لمجلة الواحات للبحوث والدراسات خمس (5) أجزاء:

جزء A: العلوم التطبيقية

جزء B: الحقوق والعلوم السياسية

جزء C: العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير

جزء D: العلوم الاجتماعية والإنسانية

جزء E: الآداب واللغات

الناشر

جامعة غرداية

حقوق النشر محفوظة

عند قبول مقال للنشر في مجلة الواحات للبحوث والدراسات، يصرح المؤلفون بنقل حقوق النشر للناشر.

للإتصال

ترسل جميع المراسلات عن طريق البريد إلى مدير النشر:

العنوان: مجلة الواحات للبحوث والدراسات- جامعة غرداية ص ب 455
طريق المطار غرداية 47000 الجزائر.

أو عن طريق البريد الإلكتروني: elwahatk.abdellah@gmail.com

الهاتف: +213 029 25 81 14 الفاكس: +213 029 25 81 12

مدير المجلة: الأستاذ الدكتور دادة موسى بلخير

مدير النشر: الدكتور كمامسي عبد الله

اللجنة العلمية

عجيلة محمد (الجزائر)	سايدو توري أبو بكر (النيجر)	دادة موسى بلخير (الجزائر)
قوي بوحنية (الجزائر)	براندت ستيفاني (فرنسا)	حليلات محمد الطاهر (الجزائر)
بوساليم صالح (الجزائر)	جيلي فيروننيك (فرنسا)	قندوز بن ريمة عتيقة (الجزائر)
قرليفة حميد (الجزائر)	أوداير جين ماري (فرنسا)	ولد الحاج محمد ديدي (الجزائر)
أولاد سعيد أحمد (الجزائر)	بن يحي يحي (الجزائر)	بيساطيوعافية سامية (الجزائر)
كيحول بوزيد (الجزائر)	هادية مشيخي (تونس)	شحمة عبد المجيد (الجزائر)
حاج محمد قاسم (الجزائر)	توبي مصطفى (المغرب)	بدرأوي محمد (المغرب)
قدي عبد المجيد (الجزائر)	درابسا محمد (الأردن)	بن رحيم حفصية (تونس)
غزو محمد أكلي (الجزائر)	إنيجوانيجوآدولفو (إسبانيا)	تيسي دانيال (فرنسا)
خنور صالح (الجزائر)	روزان منير (الأردن)	تومبسون ميشال (الولايات م أ)
فرج فرح (مصر)	باجو مصطفى (الجزائر)	خلفاوي فتحي (الجزائر)
شايب ساسي (الجزائر)	عبدالي محمد (الجزائر)	بحاز إبراهيم (الجزائر)
حجاج عمر (الجزائر)	بن سعد محمد سعد (الجزائر)	جبلي نور الدين (الجزائر)
حمودة عائشة (الجزائر)	جوادات محمد (المغرب)	مصطفى عمار (الجزائر)
المجاري عبد الكريم (تونس)	الشمري عماد (الأردن)	بن سلامة محمد (الجزائر)
حمادي أحمد (الجزائر)	محفوظ عبد اللطيف (المغرب)	حسيني مسعود (الجزائر)
وولف جونج كايزر (فرنسا)	ماجد عيساني عبدول (الجزائر)	سنوسي عبد الحكيم (الجزائر)
بوعبدلي أحلام (الجزائر)	عبد الخالق عيسى (فلسطين)	صانون سليمان (بوكينافاسو)
خواجة عبد العزيز (الجزائر)	درماكي عائشة (سلطنة عمان)	غانمي محمد (تونس)
بن سانية عبد الرحمان (الجزائر)	حسن زيدان سليمان (ليبيا)	ناتالي موندي (فرنسا)
بوعرعور كمال (الجزائر)	موسوي أحمد (الجزائر)	وقيد محمد العيد (الجزائر)
مرزوقي أمجد (تونس)	سلامي مختار (الجزائر)	شريطي عبد الكريم (الجزائر)
شول بن شهرة (الجزائر)	معراج هواري (الجزائر)	بلبوخاري الناصر (الجزائر)
أولاد حيمودة جمعة (الجزائر)	مصطفى عبد اللطيف (الجزائر)	يوسف محمد (الجزائر)
بجاح يسين (العربية السعودية)	الصمدي مصطفى (المغرب)	حاج سعيد عبد القادر (الجزائر)
بلعور سليمان (الجزائر)	غزِيل مولود (الجزائر)	حاج عيسى محمد (الجزائر)
كواتي مسعود (الجزائر)	هيبة سيف الدين (الجزائر)	وينتن مصطفى (الجزائر)

الجزء B

الحقوق والعلوم السياسية

رئيس التحرير

الأستاذ بـكـراوي محمد المهدي (الجزائر)

لجنة القراءة

- | | |
|--|---|
| الدكتور شول بن شهرة (الجزائر) | البروفيسور سعيد فكرة (الجزائر) |
| الدكتور وثنني مصطفى (الجزائر) | البروفيسور حمليل صالح (الجزائر) |
| الدكتور رقيس محمد (الجزائر) | البروفيسور بومدين بن محمد (الجزائر) |
| الدكتور وناسي يحي (الجزائر) | البروفيسور حسين رمضان فحلة (الجزائر) |
| الدكتور بلعروسي محمد (الجزائر) | البروفيسور ردوان محمد (الجزائر) |
| الدكتور الهاشمي محمد (الجزائر) | البروفيسور لعالي بوكميش (الجزائر) |
| الدكتور تركي فريد (الجزائر) | البروفيسور الأخداري نصر الدين (الجزائر) |
| الدكتورة إنصاف بن عمران (الجزائر) | البروفيسور بوكركب عبد الرحمان (الجزائر) |
| الدكتور عبد النبي عبد الباقي (الجزائر) | البروفيسور قوي بوحنية (الجزائر) |
| الدكتور سيد أعمار محمد (الجزائر) | الدكتور كوحيل بوزيد (الجزائر) |

مجلة « الواحات » مجلة أكاديمية محكمة، تهدف إلى نشر الدراسات والبحوث الأصيلة المبتكرة في مختلف العلوم التي تهتم بدراسة الإنسان. تقبل المجلة البحوث والدراسات المكتوبة باللغة العربية أو اللغتين الفرنسية أو الإنجليزية.

لنشر في مجلة « الواحات » يشترط احترام قواعد النشر العامة والخاصة الموالية. إن المجلة مفتوحة أمام كل الباحثين العاملين في مختلف الجامعات ومراكز البحث الجزائرية والعربية والأجنبية.

أ- قواعد النشر العامة:

1. أن يكون البحث أصيلاً ، وتتوفر فيه شروط البحث العلمي المعتمد في كتابة البحوث الأكاديمية
2. الالتزام بمراجعة البحث من حيث الأسلوب واللغة.
3. يجب أن لا تزيد صفحات البحث عن 30 صفحة وأن لا تقل عن 06 صفحات. كما تحدد أبعاد الورقة بـ 16×24 و هوامش الورقة بـ 2×2×2
4. الالتزام بكتابة العناوين الرئيسية في وسط السطر والفرعية في الجانب.
5. الالتزام بإرسال السيرة الذاتية المختصرة بالنسبة للباحثين الذين يرسلون المجلة لأول مرة.
6. يجب أن لا يكون البحث قد سبق نشره في السابق و لم يقدم للنشر إلى جهة أخرى.

ب- قواعد النشر الخاصة:

7. فيما يخص كتابة النصوص:

- يكتب نص المقال ببرنامج وورد (Word)، بخط Simplified arabic، وبحجم 14 بالعربية و12 باللغات الأجنبية بخط Times New Roman (العنوان الرئيسي بحجم 16 - والعنوان الفرعي بحجم 15 - والمقال 14 - والهامش 12)

8. تخصص الصفحة الأولى من المقال لكتابة المعلومات الأساسية الموالية فقط :

عنوان البحث، اسم الباحث أو الباحثين والدرجة العلمية، اسم المؤسسة أو المؤسسات التي يعملون لديها ، عنوان المراسلة، البريد الإلكتروني، وعنوان الصندوق البريدي.

9. تخصص الصفحة الثانية من المقال لتقديم ملخص للبحث في حدود 250-150 كلمة والكلمات الدالة (من 3 إلى 7 كلمات)، باللغة الأم للمقال واللغة الإنجليزية.... يجب أن يعبر الملخص عن محتوى المقال بصورة شاملة وصادقة مع احترام الدقة في هذه الترجمات.

10. يبدأ تقديم البحث من الصفحة الثالثة بتكرار عنوان البحث وبدون تكرار اسم الباحث أو الباحثين.

11. يجب ترقيم الصفحات في الوسط وفي أسفل الصفحة.

12. فيما يخص إعداد الجداول والأشكال:

ترقم الجداول والأشكال ترتيبا تصاعديا وتوضع في مكانها المناسب في المقال. ويجب أن تقدم هذه الجداول في حدود مقاس الورقة وبالنمط العمودي (Portrait).

13. ترقم الخرائط والصور والأشكال ترقيما تصاعديا وتوضع داخل النص، ويشار إلى مصدرها كما يلي: اسم الخريطة أو الصورة أو الشكل رقم ()

فيما يخص الخرائط والصور:

مصدر الخريطة أو الصورة أو الشكل

14. ترسل الخرائط والصور في ملفات مستقلة عن النص، أي ملف لكل خريطة أو صورة وهذا من نوع جيبك (jpeg).

مثال (nom de l'image.jpeg)، شريطة أن تكون نوعية الصورة لا تقل عن (300 dpi).

15. إننا لا نقبل إلا الصور الرقمية ومن نوع جيبك (jpeg).

16. يجب أن يكون عدد الخرائط والصور محدود وتخص فقط تلك التي تقدم معلومات هامة لا يمكن الاستغناء عنها (أقصى حد من الصور هو 5).

17. فيما يخص إثبات المراجع والهوامش:

- تكتب المراجع كما يلي:

18. يشار إلى المراجع في آخر المقال على الشكل التالي :

- تسجل الكتب والمراجع في قائمة مصادر المراجع بصورة مرتبة ترتيبيا أبجديا أو ألف بائيا. كما يلي: اسم الباحث أو الباحثين، عنوان الكتاب، رقم الطبعة، دار النشر، مكان النشر.
- تسجل الدوريات في قائمة المراجع كما يلي: اسم الباحث ، عنوان البحث، اسم الدورية، العدد، مكان الصدور.
19. **تكتب الهوامش كما يلي:**
- يجب أن تكون الإحالات (الهوامش) متسلسلة بأرقام متتابعة وتوضع في آخر المقال ومرتببة ترتيبيا تسلسليا:
- سجل إحالات الهوامش كما يلي:
- إذا كانت الإحالة إلى كتاب: يكتب رقم الإحالة، اسم ولقب الباحث ، أو الباحثين، عنوان الكتاب، رقم الطبعة، دار النشر، مكان النشر، الجزء أو المجلد، الصفحة التي توجد بها الفكرة أو الفقرة المنقولة.
- إذا كانت الإحالة إلى مقال منشور في دورية: يكتب رقم الإحالة، اسم ولقب الباحث ، اسم المجلة أو الدورية ، العدد ، دار النشر، مكان النشر، الجزء أو المجلد، الصفحة التي توجد بها الفكرة أو الفقرة المنقولة.
- عند تكرار ذكر نفس المرجع، يكتب بعد رقم الإحالة نفس المرجع السابق والصفحة،
- في حالة ما إذا كان التكرار مباشر، وإذا فصل تكرار المرجع بمرجع آخر أو عدة مراجع أو صفحة جديدة، يجب ذكر بعد رقم الإحالة اسم ولقب الباحث ، الصفحة ثم مرجع سابق.
20. **إذا كان المرجع موقع إلكتروني:**
21. اسم الكاتب أو المنظمة. عنوان الصفحة الرئيسية، (شبكة الانترنت). عنوان الموقع URL (تاريخ تصفح الموقع: اليوم، الشهر، السنة).
22. **إذا كان المرجع صفحة من موقع إلكتروني:**
- اسم الكاتب (عنوان المصدر). عنوان صفحة المصدر أو الوثيقة التي تتضمن المصدر،(عنوان الصفحة الرئيسية)، (شبكة الأنترنت). عنوان الموقع URL

(تاريخ تصفح صفحة الموقع: اليوم، الشهر، السنة).

ج - فيما يخص إجراءات النشر

23. تُرسل البحوث والدراسات وجميع المراسلات المتعلقة بالمجلة إلى مجلة الواحات للبحوث والدراسات عن طريق البريد الإلكتروني المنشور في موقع المجلة حسب الرابط التالي: [/http://elwahat.univ-ghardaia.dz](http://elwahat.univ-ghardaia.dz)
24. يرفق بالبحث موجز للسيرة الذاتية للباحث، متضمناً عنوان الباحث بالتفصيل، وأرقام هواتفه الخاصة و المنزل والعمل والفاكس - إن وجد - لكي يسهل التواصل مع الباحث عند الضرورة .
25. تخضع كل البحوث والدراسات إلى التحكيم السري من قبل محكمين مختصين.
26. تعرض الدراسات والبحوث على محكمين اثنين على الأقل لتقديم الخبرة حولها. وتعتبر هذه التقارير أساس القبول أو التأجيل لأي بحث أو دراسة. مع العلم أن المجلة يمكنها أن تطلب إدخال التعديلات التي تراها مناسبة بناء على تقارير المحكمين.
27. يُخطَر الباحث بقرار صلاحية بحثه للنشر من عدمها خلال ستة أشهر - على الأكثر- من تاريخ الاستلام
28. في حالة ورود ملاحظات من المحكمين، تُرسل تلك الملاحظات إلى الباحث لإجراء التعديلات اللازمة بموجبها، على أن تعاد للمجلة خلال مدة أقصاها شهر.
29. الأبحاث التي لم تتم الموافقة على نشرها لا تعاد إلى أصحابها و يعلم صاحب المقال بنتيجة التحكيم، كما أن المجلة غير ملزمة بتبرير ذلك. يمنح الباحثون المقبولة بحوثهم نسخة من المجلة التي نشر بها بحثه.



الفهرس

الرقم	العنوان	الصفحة
01	الاستشارة كآلية لإبرام الطلبات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام	47
	حمودي محمد بن هاشمي	
02	الالتزام بضمان المنتوجات كآلية لحماية المستهلك وتحقيق علاقة اقتصادية متوازنة	63
	بوعزة نضيرة	
03	الحماية الجنائية الواقعة على أموال التجارة الالكترونية (جريمة السرقة والنصب)	87
	رجال بومدين و سعداني نورة	
04	السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في التعامل مع الخبرة الجنائية	119
	فروحات سعيد	
05	السياسة الخارجية الإيرانية : التحولات الأيديولوجية والثوابت البراغماتية...محاولة للفهم	138
	شنين محمد المهدي	
06	المقاتلين النظاميين بين التزاماتهم بالقانون الدولي الإنساني وحمايتهم القانونية	157
	محمد المهدي بكرابي	
07	الملحق و عامل التوازن الإقتصادي للصفقة العمومية في القانون الجزائري	187
	إبن خليفة سميرة	
08	اشتراط الأهلية في الزواج دراسة فقهية قانونية	206
	شويرف عبد العالي	

229	الهجرة غير الشرعية في الجزائر وموقف المشرع الجزائري منها فخار حمو	09
246	أهلية الأشخاص المعنوية العامة للخضوع للتحكيم فرضيات واشكالات التطبيق لعجال يسمينة، دوفان ليديّة	10
265	حماية التمثيل الدبلوماسي الدائم لشقر مبروك	11
290	حماية الحق في ممارسة الشعائر الدينية بين القانون الدولي والتشريع الجزائري طحرور فيصل	12
312	التعريف بالأسرى و المعاملة الواجبة لهم وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي بن حمودة مختار	13
332	السلطة التقديرية للمدعي العام السايح بوساحية	14
361	واقع وآفاق التمثيل النيابي للمرأة في الجزائر نوال لصلج	15



الاستشارة كآلية لإبرام الطلبات العمومية طبقا للمرسوم

الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

وتفويضات المرفق العام

حمودي محمد بن هاشمي

قسم الحقوق - معهد الحقوق والعلوم السياسية - المركز الجامعي تندوف

tasfaout01@yahoo.fr

ملخص-

تعتبر الاستشارة احد طرق ابرام الطلبات العمومية حيث حدد المنظم الجزائري في المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، طرق ابرام الطلبات العمومية في طلب العروض كإجراء اساسي، والتراضي كإجراء استثنائي، معتمدا على الاساس المالي للتمييز بين الطلبات التي تستوجب اخضاعها لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وبين الطلبات التي تقتضي ابرام استشارة بشأنها، أي عدم اخضاعها لتنظيم الصفقات وتفويضات المرفق العام رغم انه غالبا ما كان يشير الى تطبيق البنود الخاصة بالطلبات التي تخضع للتنظيم سواء من ناحية حالات عدم الجدوى او من حيث الملاحق وهو بذلك يحاول ادخالها في منظومة الصفقات العمومية.

الكلمات الدالة -

الاستشارة- الطلبية- الصفقة- الملحق- السقف المالي - إبرام

عقود- عدم جدوى.

Ad referendum as a mechanism for the conclusion of a public orders in accordance with the Presidential Decree 15-247 containing the organization of public transactions and mandates of the annex of the year

Summary -

The consultation is one of the ways of the conclusion of the public orders where select Algerian organizer in Presidential Decree 15-247 containing the organization of public transactions and mandates of the annex, the ways of the conclusion of the public demands in the request for proposals as an essential measure, and compromise as an exceptional measure, relying on the financial basis of the distinction between orders requiring subject to organize public transactions and mandates of the annex and the orders which require the conclusion of consulting, any not be subject to regulate transactions and mandates of Annex, although it was often refers to the application of special items orders that are subject to regulation in terms of both cases of futility or in terms of the supplements, thereby trying to changes in the system of public transactions.

Key words -

Ad referendum - order - the deal - Supplement - The financial ceiling - the conclusion of contracts - the futility of

مقدمة-

شهدت الجزائر خلال السنوات الأخيرة طفرة اقتصادية كان لها أثر حاسم على الحسابات العمومية، وقد استفادت الصفقات العمومية من ذلك وغدت بذلك مكونا من مكونات النشاط الاقتصادي في الدولة⁽¹⁾، حيث تكلف الصفقات العمومية خزينة الدولة مبالغ باهظة خاصة إذا ما تعلق الأمر بمشاريع حيوية كبرى.

واعتبارا لهذه الأهمية دأبت السلطات العمومية على إيلاء الاهتمام بالإطار الذي ينظم الصفقات العمومية، سعيا وراء الشفافية والمنافسة وتحقيق فعالية أمثل للصفقات، حيث تم إدخال إصلاحات عديدة على هذا الإطار منذ صدور أول نص قانوني غداة الاستقلال وهو المرسوم 64- 103 بتاريخ

1964/03/26 والذي أنشأت بموجبه اللجنة المركزية للصفقات، ليتم بعد ذلك إصدار أول أمر متعلق بالصفقات العمومية وهو الأمر 67- 90 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ثم المرسوم 82- 145 المتعلق بتنظيم صفقات المتعامل العمومي فالقانون رقم 91- 434 المتعلق بالصفقات ، تم إصدار المرسوم الرئاسي 02- 250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، ليعده المرسوم الرئاسي 10- 236 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، ليكون المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أخر تعديل في هذا المجال حتى وقتنا هذا (2).

كما صدرت بالمناسبة عدة نصوص قانونية تهدف إلى الارتقاء بحكامه الصفقات العمومية منها القانون 90- 21 المتعلق بالمحاسبة العمومية المعدل والمتمم، والأمر 95- 20 المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل والمتمم، والأمر 03- 03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، والقانون 06- 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم والرسوم التنفيذية 91- 314 المتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين، والرسوم التنفيذية 92- 414 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها المعدل والمتمم، ثم المرسوم التنفيذي رقم 98- 67 المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، والرسوم التنفيذية 98- 227 المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز (3).

ولعل صدور المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في العدد 50 للجريدة الرسمية المؤرخة في 20 سبتمبر 2015 يؤكد على أن السلطة التنفيذية هي صاحبة السلطة العليا في تنظيم ميدان الصفقات العمومية باعتبار أن اغلب قوانين الصفقات العمومية صدرت بموجب مراسيم ما عدا قانون الصفقات 91- 434 الذي صدر بموجب قانون، وهو ما يطرح إشكالية تحكم السلطة التنفيذية في إعداده، إذ كان الأجدر

بالمشرع عرض المرسوم على البرلمان من اجل إعطائه قوة القانون في سلم تدرج القوانين.

كما أن المنظم من خلال هذا المرسوم حاول الإجابة على مجموعة من الإشكاليات كتخليه عن إجراء المزايدة كإجراء من إجراءات إبرام الصفقات، وتخليه عن المناقصة واستبدالها بإجراء طلب العروض، بالإضافة إلى إقراره لمجموعة من الإجراءات والخطوات، ولعل الهدف من ذلك تدعيم الاقتصاد الوطني والرفع من أداء المؤسسات الوطنية خاصة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترشيد النفقات العمومية خاصة في ظل الوضع الاقتصادي الذي تشهده الدولة الجزائرية.

وأخذاً بذلك، ومن اجل تشجيع مشاركة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الصفقات العمومية فإنه نص على تخصيص 20 في المائة من قيمة الصفقات العمومية للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة التي تقوم بدور سوسيو- اقتصادي كبير من خلال امتصاص البطالة و المساهمة في خلق الثروة. كما حدد المشرع طرق إبرام عقود الطلبية في شكل استشارة أو طلب العروض أو التراضي.

من خلال هذا البحث سنتطرق إلى الاستشارة كطريقة لإبرام الطلبيات متعرضين بذلك إلى الشروط المتطلبية لذلك والأساس القانوني المعتمد لإبرامها وحالات إعلان عدم الجدوى محاولين بذلك الإجابة على مختلف الإشكاليات العملية التي قد تواجه مسؤولي المصالح المتعاقدة.

1- الأساس المعتمد للتمييز بين الطلبية التي تقضي إبرام استشارة والتي

تقضي إجراء طلب العروض:

الطلبية العمومية تشمل مجموع العقود الإدارية المبرمة من قبل:

- الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،
- مراكز البحث والتنمية،

- والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي،
- والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني،
- والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني،
- والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري،
- والمؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً ساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة بغرض توفير حاجياتها. (4)

ويمكن للعقود أن تكون خاضعة لقانون الصفقات العمومية أو غير خاضعة له وعليه فمجال الطلب العمومي اشمـل واعم من مجال الصفقات العمومية، باعتبار آلية إبرام هذه الأخيرة طريقة من طرق تلبية الطلب العمومي (5).

ويعتبر صاحب المشروع بصفته الطرف المستفيد والمسؤول عن الخدمة صاحب السلطة في اختيار الطريقة الأنجع لتلبية حاجياته ومحتوى دفتر الشروط ومحتوى دفتر الشروط الإدارية الخاصة .

وقد اعتمد المنظم الجزائري على المعيار المالي لتحديد كيفية إبرام الطلبية العمومية من خلال تحديده السقف المطلوب لإبرام الطلبية عن طريق الاستشارة وعليه فكل طلبية تساوي أو تقل عن المبلغ المحدد في المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15- 147 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لا تقتضي وجوباً إبرام صفقة وتبرم بشأنها استشارة، مع منح المصلحة المتعاقدة إمكانية اللجوء لإجراء طلب العروض إذا رأت أن ذلك مناسباً (6) .

ومن خلال دراسة مختلف المراسيم المتعلقة بالصفقات نجد أن المشرع الجزائري لجأ دائماً إلى هذا المعيار للتمييز بين الاستشارة والصفقة، وكلما زاد مبلغ الطلبية عن السقف المحدد للإبرام فإنه يتم اللجوء لإجراءات طلب العروض، فحدد السقف المالي الخاص بالاتفاقية في الأمر رقم 67- 90 ب 2000 دينار جزائري ليتم رفع السقف بموجب المرسوم 82- 145 إلى 500.000 دينار

جزائري ، ليصل إلى 2.000.000 دينار جزائري بموجب المرسوم 91- 434، ليرتفع بموجب المرسوم التنفيذي 94- 198 إلى 3.000.000 دينار جزائري، وعند صدور المرسوم التنفيذي 98- 87 حدد السقف المالي بـ 4.000.000 دينار جزائري وهو نفس السقف المقرر في المرسوم 02- 250، ليتم رفعه بموجب المادة 5 من المرسوم 03- 301 إلى 6.000.000 دينار جزائري بالنسبة لخدمات الإشغال والتوريدات و4.000.000 دينار جزائري بالنسبة للدراسات والخدمات، وهو المرسوم الذي فصل بين السقف المحدد حسب طبيعة الطلبية، ليتم بعد ذلك رفع السقف المالي بموجب المرسوم 08- 338 إلى 8.000.000 دينار الجزائري لخدمات الأشغال واللوازم و4.000.000 دينار جزائري للدراسات⁽⁷⁾.
ليتم رفع السقف المالي مرة أخرى بموجب المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15- 247 إلى 12.000.000 دينار جزائري للأشغال واللوازم و6.000.000 للخدمات والدراسات.

مما سبق يتضح أن المنظم الجزائري اعتمد دائما على الرفع من السقف المالي الخاص للاتفاقية في ظل التعديلات المتكررة لقانون الصفقات وساهم بذلك في إخراج مجموعة كبيرة من الطلبيات من تطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية وإخراجها بذلك من ميدان الرقابة، خاصة إذا علمنا أن الصفقات العمومية تعرض للرقابة من طرف لجان الصفقات العمومية .
وتجدر الإشارة إلى أن المنظم الجزائري نص على عدم إلزامية إجراء الاستشارة في حالة الاستعجال المبرر ضمن التقرير التقديمي أو بشهادة إدارية تثبت ذلك، وذلك في طلبات الخدمات التي تقل مجموع مبالغها خلال نفس السنة المالية عن 500.000 دينار جزائري فيما يخص الدراسات والخدمات و 1.000.000 دينار جزائري للأشغال واللوازم وتحسب المبالغ هنا بكل الرسوم⁽⁸⁾
وعليه فلا يمكن للمصلحة المتعاقدة تقديم طلبيات تفوق مبالغها 500.000 دينار جزائري دون إجراء استشارة، على أنه يمكن استشارة الحرفين في حالة طلبات الأشغال.

2- الأساس القانوني لإبرام الاتفاقية.

تبرم الاتفاقية طبقاً لنص المادة 14 من قانون الصفقات العمومية 15- 247 و التي تشترط أن تكون الطلبات محل استشارة بين متعاملين اقتصاديين لانتقاء أحسن عرض من حيث الجودة والسعر رغم أن المنظم كان يشترط في المرسوم الرئاسي 10- 236 استشارة ثلاثة متعاملين اقتصاديين وفي ظل المرسوم 15- 247 اقر متعاملين اقتصاديين فقط ولم يشترط ثلاثة مما يعني انه يمكن استشارة متعاملين اثنين فقط بدل ثلاثة بشرط أن يكون هناك إشهار ملائم وذلك باستخدام كل الوسائل كالموقع الالكتروني للمصلحة المتعاقدة واللجوء إلى بطاقيّة الموردين والذين تعاملوا من قبل مع المصلحة المتعاقدة⁽⁹⁾.

وعليه فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة عند استلام عرضين فقط مواصلة عملية التقييم، شريطة أن يكون هناك عرضاً قد تأهل تقنياً⁽¹⁰⁾.

وفي حالة تحتم على المصلحة المتعاقدة القيام بعدة طلبات لخدمات متماثلة لنفس المتعامل المتعاقد وخلال نفس السنة المالية وفاقاً لمبالغها المبالغ الواردة في المادة 3 من المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام تبرم حينئذ صفقة، وهنا المنظم ألزم أن تكون الطلبات من نفس الطبيعة، وان تمنح لنفس المتعامل المتعاقد، وخلال نفس السنة المالية⁽¹¹⁾، مما يجعل المصالح المتعاقدة تلجأ إلى منح هاته الطلبات والتي من نفس الطبيعة لمتعاملين اقتصاديين آخرين بغية تجنب تطبيق أحكام المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15- 247، ولا تكون هذه الطلبات محل عقود وجوبا، ماعدا حالة الدراسات التي يشترط ان تكون دائما في اطار عقود مكتوبة مهما كانت سعر الطلبية⁽¹²⁾.

وتعفى المصلحة المتعاقدة من الاستشارة في حالة كون الخدمات لا يمكن تنفيذها إلا على يد متعامل وحيد، يحتل وضعية احتكارية، أو ينفرد بامتلاك التكنولوجيا لاعتبارات ثقافية أو فنية⁽¹³⁾.

3- شروط وإجراءات إبرام الاتفاقيات.

يجب أن يكون المبلغ الملتزم به في حدود اعتمادات الأداء المتوفرة برسم السنة المالية، كما يجب أن تتضمن هذه السندات مواصفات و محتوى الأعمال المراد تليبيتها، إلى جانب أجل التنفيذ أو تاريخ التسليم، كما يجب النص على شروط الضمان اللازمة.⁽¹⁴⁾

-إعداد دفتر شروط مسبق:-

وهو وثيقة تتضمن مجموعة البنود المتعلقة بموضوع الاستشارة والأسس المعتمدة لاختيار المتعامل المتعاقد ، وكيفية التنقيط في العرض التقني والمالي وتحديد الحاجيات وكمياتها، ونشير هنا ان دفاتر الشروط الخاصة بالاتفاقيات المبرمة طبقا لنص المادة 13 أي عن طريق الاستشارة لا تخضع لدراسة لجنة الصفقات العمومية إلا إذا قررت المصلحة المتعاقدة ان تخضعه لأحكام تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.⁽¹⁵⁾

-عدم اشتراط العلانية:-

تعتبر العلانية من أهم مبادئ الصفقات، حيث تتم عن طريق الإعلان عن الصفقة في جريدتين وطنيتين على الأقل، وهو ما لم يشترطه المشرع في الاستشارة.

فالمصلحة المتعاقدة غير ملزمة بالإعلان عن الاستشارة في وسائل الإعلام والأماكن العمومية، غير أنها تبقى مجبرة على احترام المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم أعلاه، كما أنها غير ملزمة بنشر نتائج الاستشارة في الصحافة⁽¹⁶⁾، حيث يعد إجراء النشر المذكور على سبيل البيان، و يهدف إلى تكريس مبدأ الشفافية اتجاه سلطات المراقبة من جهة أولى، واتجاه المؤسسات المنافسة من جهة ثانية، واتجاه العموم من جهة ثالثة.

-الموضوعية والدقة:

وذلك في اختيار المتعامل المتعاقد بهدف الحفاظ على المال العام، وتحقيق المصلحة العامة، سواء من حيث الإمكانيات المادية والتقنية، حيث يتم اختيار المتعامل المتعاقد وفق أسس ومعايير محددة في دفاتر الشروط .

-لجان الفتح والتقييم:

لمسؤول المصلحة المتعاقدة الحرية في تعيين أعضاء لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض، وله في ذلك الحرية في تحديد أعضائها حيث لم يحدد القانون عدد أعضاء اللجنة، وتكون اجتماعات اللجنة صحيحة مهما كان عدد أعضائها، ويتم فتح الأظرفة في جلسة علنية بحضور كافة المتعهدين، ويكون ذلك في آخر يوم لأجل إيداع العروض .⁽¹⁷⁾

وإن كان المرسوم 10- 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية أكد على ضرورة الفصل بين أعضاء لجنة الفتح والتقييم، ويتم إنشاء اللجنتين بموجب مقرر، فإن المنظم الجزائري في ظل المرسوم 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أكد على ضرورة أن يتم تشكيل لجنة واحدة بدل لجنتين حيث تم دمج اللجنتين في لجنة واحدة هي لجنة الفتح والتقييم.

ويمكن للمصلحة المتعاقدة الطلب من المتعهدين استكمال عروضهم بالوثائق الناقصة⁽¹⁸⁾ ، كما أن قيام المصلحة المتعاقدة بتخفيض مبلغ طلب اتفاقية يعتبر إجراء صحيح غير انه يجب عليها أن توضح الظروف التي تمت فيها إبرام الاتفاقية في التقرير التقديمي⁽¹⁹⁾ ، كما أن إبعاد أو رفض المصلحة المتعاقدة لعرض مالي منخفض بشكل غير عادي لا يشكل سببا لإلغاء إجراء الاستشارة⁽²⁰⁾ ، وعموما فإنه لا يوجد نص قانوني يفرض شكليات معينة لإجراء استشارة ما عدى ما يتعلق بما يلي⁽²¹⁾ :

- تفصيل الطلبات.
- استشارة متعاملين مؤهلين على الأقل.
- انتقاء أحسن عرض من حيث الجودة والسعر.
- إعداد عقد في حالة الضرورة.
- احترام المبادئ الواردة في المادة 5 من شفافية ومساواة وحرية الوصول للطلبية

- إلزامية المصلحة المتعاقدة إرفاق تقرير تقديمي بمشروع الالتزام بالنفقة تبرر في مضمونه الاستشارة، وكيفية اختيار المتعامل المتعاقد الذي رست عليه، أو توضح فيه الظروف عندما يستحيل على المصلحة المتعاقدة استشارة متعاملين اقتصاديين على الأقل.⁽²²⁾

وتجدر الإشارة إلى أن العقود غير الصفقات العمومية المبرمة في إطار أحكام المادة 13 من المرسوم أعلاه تكون خاضعة لأحكام القانون المدني طبقاً لإرسالية وزارة المالية⁽²³⁾ والتي لم تجانب الصواب باعتبار الاتفاقيات عقود إدارية، والعقود الإدارية تخضع للقانون الإداري.

4- حالات إعلان عدم جدوى الاستشارة.

يعلن عدم جدوى الاستشارة في الحالات المحددة في المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام حيث نجد أن المادة 14 من المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام تحيل إلى أحكام الفقرة 7 من المادة 52 من المرسوم السابق الذكر وهاته الحالات هي:

- حالة عدم استلام أي عرض
- عند عدم تأهيل أي عرض.

تجدر الإشارة هنا أن المنظم قلص من حالات عدم الجدوى في ظل المرسوم 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام إلى حالتين فقط بعدما كانت أربع حالات لعدم الجدوى في المرسوم الرئاسي 10- 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، حيث اعتبر المنظم في ظل المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حالة استلام عرض وحيد والتأهيل التقني لعرض وحيد ليست حالات من حالات عدم الجدوى.⁽²⁴⁾

ويكمن دور المراقب المالي في التحقق من احترام مبادئ حرية الولوج إلى الطلبات العمومية، و المساواة في التعامل مع المتنافسين، والشفافية في اختيار صاحب المشروع ، مع

مراعاة أفضل العروض بجودة خدماتها و أقل أثمانها، ومدى توفر الإعتمادات المالية وصحة تخصيص النفقة.⁽²⁵⁾

ولا يمكن للمصلحة المتعاقدة إمضاء العقد إلا بعد تأشيرة المراقب المالي، وعليه فإن العقود تقدم في شكل مشاريع لتأشيرها من طرف المراقب المالي، أما إمضاء المتعامل المتعاقد فيمكن أن يكون قبل تقديم الاتفاقية للالتزام بها لدى المراقب المالي.⁽²⁶⁾

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 20 من المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أقرت أن تكون الطلبات الواردة في المادة 13 محل سندات طلبية، وتكون عقود في حالة الضرورة، ماعدا في حالة الدراسات أين اشترط أن تكون في إطار عقود، إلا أن الواقع العملي اثبت أن مختلف الطلبات الواردة في المادة 13 أعلاه تقدم للرقابة المالية للتأشير عليها في إطار عقود.⁽²⁷⁾

5- الملحق في الاتفاقية:

اقر المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام إمكانية اللجوء لإبرام ملحق لاتفاقية وذلك في المادة 18 منه، إلا انه اشترط أن يكون هذا الملحق ضمن الأجال القانونية، وان لا يؤثر على التوازن المالي للاتفاقية، على انه يمكن أن يتضمن أشغال إضافية وأشغال تكميلية وان لا تتجاوز مدة الملحق ثلاثة أشهر.⁽²⁸⁾

ونتيجة لذلك يمكن أن يتضمن الملحق الخاص بالاتفاقية أشغال إضافية بنفس الأسعار لإنجاز موضوع الاتفاقية، وتم الالتزام بها لدى المراقب المالي، وعليه فإن الملحق الخاص بالاتفاقية والذي يتضمن أشغال تكميلية بأسعار غير واردة في الاتفاقية الأصلية يجب أن تكون أسعاره محل استشارة بين متعاملين اقتصاديين، كما انه ليس هناك ما يمنع إبرام ملحق غلق خاص باتفاقية وهنا تثار إشكالية في حالة اشتغال ملحق الغلق على أشغال إضافية، فنجد مراسلة من قسم الصفقات تنص على إمكانية اشتغال ملحق الغلق الخاص بالاتفاقية على أشغال إضافية⁽²⁹⁾، بينما نجد مراسلة أخرى تنص على أن ملحق غلق الاتفاقية لا يمكن أن يشتمل إلا على الأشغال الناقصة⁽³⁰⁾ خاصة

أن ملحق الغلق يمكن إبرامه خارج الآجال التعاقدية، وهذا ما يجعلنا بصدد إشكال في الواقع العملي، إلا أنه حسب رأينا لا يوجد مانع من إبرام ملحق غالق لاتفاقية يتضمن أشغال إضافية.

كما نص المرسوم 15- 247 على أنه في حالة تجاوز مبلغ الاتفاقية ومبلغ الملاحق التابعة لها المبالغ المالية الواردة في المادة 13 من نفس المرسوم خلال السنة المالية الواحدة في إطار ميزانية سنوية أو خلال سنة مالية أو أكثر خلال سنوات مالية متعددة، تبرم حينئذ صفقة تدرج فيها جميع الطلبات المنفذة سابقان وتعرض على لجان الرقابة الخارجية للصفقات العمومية.

خاتمة -

من خلال دراستنا للمواد المتعلقة بتنظيم الاستشارة وتطبيقاتها في الواقع العملي نخرج بنتائج تضع النصوص القانونية مبادئ واضحة وتقر مسؤولية الفاعلين في حين أن النصوص التطبيقية والمراسلات الوزارية لم تأتي سوى بالتعقيد واختلافا في التأويل الذي يؤدي إلى الضبابية، بالإضافة إلى أن التعديلات المتتالية لتنظيم الصفقات تفسر صعوبة تطبيقه وملائمته للواقع وهو ما يدعو إلى بذل جهد حقيقي في تحيين القوانين.

- إضافة بنود تتيح للمتنافسين أن يتقدموا بملاحظاتهم وانتقاداتهم على بعض دفاتر الشروط خاصة فيما يتعلق بالبنود التنافسية، وإن يطلبوا من صاحب المشروع خلال فترة الاستشارة العمل على تغييرها أما القرار النهائي فيعود لمسؤول المصلحة التعاقدية الذي يكون مبررا، رغم أن هذا الإجراء يضمن رقابة ناجعة إذ يمكن من تجنب إقصاء عروض كان من الممكن أن يكون مناسبا بسبب كون العرض كان موجه بصفة مقصودة.

- القيام بتحيين مختلف المراسيم التنفيذية والقرارات الخاصة بالصفقات العمومية.

- فرض شكلية إجبارية كضرورة استشارة ثلاثة متعاملين أو خمسة متعاملين في حالة الطلبات التي لا تفترض اللجوء لإبرام صفقة بشأنها أو اشتراط النشر الإلزامي.
 - النص على إلزامية الإعلان على الاستشارة في المناطق العمومية كالولاية والدائرة والبلدية وذلك لتحقيق الأهداف الواردة في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15- 247.
 - تحديد الأجل الذي يتعين على مسؤول المصلحة أن يوجه خلاله طلب بداية الأشغال إلى المؤسسة الحائزة على الطلبية.
 - ضمان إرساء آلية تضمن التحكم الجيد في آجال التنفيذ الحقيقية وترشيد النفقات.
- الهوامش -**

- 1- تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص 8 .
- 2- المرسوم 64- 103 المؤرخ 26/03/1964 المتضمن احداث اللجنة المركزية للصفقات.
- أمر رقم 67- 90 مؤرخ في 17 يونيو 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 52، بتاريخ 27 يونيو 1967 المعدل والمتمم.
- مرسوم رقم 82- 145 مؤرخ في 10 ابريل سنة 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 15 بتاريخ 13 ابريل 1982 المعدل والمتمم
- مرسوم تنفيذي رقم 91- 434 مؤرخ في 9 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية الجزائرية ، عدد 57، بتاريخ 1991. المعدل والمتمم
- مرسوم رئاسي 02- 250 المؤرخ في 24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية الجزائرية ، عدد 52 ، بتاريخ 28 يوليو 2002 المعدل والمتمم.

- مرسوم رئاسي 10- 236 مؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية الجزائرية الرسمية عدد 58 بتاريخ 7 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم .
- مرسوم رئاسي 15- 247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفضيوات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.
- 3- القانون رقم 90- 21 المؤرخ في 15 أوت 1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية، الجريدة الرسمية عدد 35 سنة 1990..
- الامر رقم 95- 20 المؤرخ في 17 جويلية 1995 يتعلق بمجلس المحاسبة، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 39 ، بتاريخ 23 جويلية 1995 معدل ومتمم بأمر رقم 10- 02 مؤرخ في 26 أوت 2010 الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 50 بتاريخ 1 سبتمبر 2010.
- امر رقم 03- 03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 43 بتاريخ 20 جويلية 2003 معدل ومتمم بالقانون رقم 08- 12 مؤرخ في 25 جويلية 2008، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 36 بتاريخ 2 جويلية 2008، معدل ومتمم بالقانون رقم 10- 05 مؤرخ في 15 أوت 2010 الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 46 بتاريخ 18 أوت 2010.
- قانون رقم 06- 01 مؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 14 بتاريخ 8 مارس 2006، معدل ومتمم بأمر رقم 10- 05 ومؤرخ في 26 أوت 2010، الجريدة الرسمية الجزائرية ، عدد 50 بتاريخ 1 سبتمبر 2010، معدل ومتمم بالقانون رقم 11- 15 مؤرخ في 2 أوت 2011، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 44 بتاريخ 10 أوت 2011.
- مرسوم تنفيذي رقم 91- 312 مؤرخ في 7 سبتمبر 1991، يحدد شروط الأخذ بمسؤولية المحاسبين العموميين واجراءات مراجعة باقي الحسابات وكيفيات اكتاب تامين يغطي مسؤولية المحاسبين العموميين، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 43 بتاريخ 18 سبتمبر 1991.
- مرسوم تنفيذي رقم 91- 313 مؤرخ في 7 سبتمبر 1991 يحدد اجراءات المحاسبة التي يمسكها الامرون بالصرف والمحاسبون العموميون وكيفياتها ومحتواها، الجريدة الرسمية الجزائرية ، عدد 43 بتاريخ 18 سبتمبر 1991.

- مرسوم تنفيذي رقم 91- 314 مؤرخ في 7 سبتمبر 1991 يتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 43 بتاريخ 18 سبتمبر 1991.
- مرسوم تنفيذي 92- 414 مؤرخ في 14 نوفمبر 1992 يتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها ، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 82 بتاريخ 15 نوفمبر 1992. المعدل والمتمم
- مرسوم تنفيذي 98- 67 مؤرخ في 21 فبراير 1998 يتضمن انشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 11 بتاريخ 01 مارس 1998 .
- مرسوم تنفيذي 98- 227 مؤرخ في 15 جويلية 1998 المتعلق ببنفقات الدولة للتجهيز، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 51 بتاريخ 15 جويلية 1998 .
- 4-Brahim BOULIFA, Marchés Publics – Manuel méthodologique, Edition BERTI, ALGER, Volume 1, 2013, P21.
- 5- حمودي محمد بن هاشمي، مقال بعنوان – إشكالية تطبيق المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 المعدل والمتمم المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مداخلة القيت في الملتقى الوطني الأول حول اجراءات تمرير الاستشارات والصفقات العمومية في الجزائر، يوم 13 افريل 2015 بالمركز الجامعي تندوف، ص.6.
- 6- المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- 7- خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص.128.
- 8- المادة 21 من المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- 9- المراسلة رقم 366 الصادرة عن قسم الصفقات بوزارة المالية بتاريخ 17 ابريل 2016.
- 10- المراسلة رقم 43 الصادرة عن قسم الصفقات بوزارة المالية بتاريخ 18 يناير 2016 .
- 11 - المادة 16 من المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- 12- المادة 20 من المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- 13- المادة 15 من المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

- 14- حمودي محمد بن هاشمي، المرجع السابق، ص.12
- 15- نفس المرجع، ص.10
- 16- مراسلة رقم 241 الصادرة عن قسم الصفقات بوزارة المالية بتاريخ 29 افريل 2013.
- 17- عمار بوضياف، شرح تنظيم قانون الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، 2011، ص 165.
- 18- المراسلة رقم 81 الصادرة عن قسم الصفقات بوزارة المالية بتاريخ 13 فيفري 2013.
- 19- المادة 19 من المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- 20- المراسلة رقم 7280 الصادرة عن قسم الصفقات بوزارة المالية بتاريخ 18 اوت 2011.
- 21- المراسلة رقم 319 الصادرة عن قسم الصفقات بوزارة المالية بتاريخ 11 جوان 2013
- مراسلة رقم 7280 الصادرة عن قسم الصفقات بوزارة المالية بتاريخ 18 اوت 2011.
- 22- المراسلة رقم 2082 الصادرة عن قسم الصفقات بوزارة المالية بتاريخ 30 افريل 2014.
- 23- المراسلة رقم 81 الصادرة عن قسم الصفقات بوزارة المالية بتاريخ 13 فيفري 2013.
- 24- المراسلة رقم 43 الصادرة عن قسم الصفقات بوزارة المالية بتاريخ 18 يناير 2016.
- 25- حمودي محمد بن هاشمي، المرجع السابق، ص. 09.
- 26- المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 09- 374 المؤرخ في 16 نوفمبر 2009 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 92- 414 المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، الجريدة الرسمية رقم 67 المؤرخة بتاريخ 19 نوفمبر 2009 .
- المراسلة رقم 666 الصادرة عن قسم الصفقات بوزارة المالية بتاريخ 5 ديسمبر 2013 .
- 27- المادة 20 من المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- 28- المادة 18 من المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- 29- مراسلة رقم 159 الصادرة عن قسم الصفقات بوزارة المالية بتاريخ 23 مارس 2014 .
- 30- مراسلة رقم 10457 الصادرة عن قسم الصفقات بوزارة المالية بتاريخ 25 ديسمبر 2011 .



الالتزام بضمان المنتوجات كألية لحماية المستهلك وتحقيق علاقة

اقتصادية متوازنة

بوعزة نضيرة

المركز الجامعي عبد الحفيظ بوالصوف - ميله (الجزائر)

Nadira.bouazza@yahoo.fr

ملخص-

إن توسع المبادلات الاقتصادية وظهور المنتوجات المعقدة التصنيع التي تتميز بخصوصيات فنية وتقنية وتكنولوجية، والتي يجد أمامها المستهلك العادي عاجزا عن فهم مكوناتها، قد رتب اختلال التوازن بين المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة الاقتصادية وبين المتدخل الذي يهيمن على تلك العلاقة بقوته الاقتصادية وكفاءته التقنية في مجال الإنتاج والتوزيع. لأجل ذلك تدخل المشرع بإقرار التزام المتدخل بضمان كل ما يعرضه للاستهلاك من منتوجات مدة معينة من الزمن، وهذا في ظل القانون رقم 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، لاسيما المادة 13 منه، بحيث تم تحديد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13- 378 المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ. لذا سيتم تسليط الضوء على مختلف الأحكام القانونية المتعلقة بهذا الالتزام ورصد أهم ما يثار في هذا الصدد من إشكالات. وفي سبيل ذلك سيتم التطرق إلى نطاق تطبيق التزام المتدخل بضمان المنتوجات من حيث الأشخاص والموضوع، ثم إلى شروط وكيفيات تنفيذ هذا الالتزام.

الكلمات الدالة -

المستهلك- المتدخل- الضمان- المنتوج.

Summary-

The extension of economic exchanges and the appearance of products with complex industrialization characterized by technological, technical and artistic specificities, in front of which the ordinary consumer finds him self enable to understand its components, has leded an imbalance between the consumer, as a weak party in the economic relationship, and the interfering who dominates this relationship by his economic power and his technical competence in the domain of production and distribution. That is why; the legislator has intervened admitting the obligation of the interfering to guarantee all what he exposes to the consummation for a defined period, in conformity with the low no 09-03 concerning the protection of the consumer and the fight against corruption, especially the article 13. The conditions and the modalities of the application of the dispositions of this article have been defined according to the executive decree no 13-378, fixing the conditions and the modalities of the execution of the guaranty of goods and services. So the different juridical dispositions, concerning this obligation, will be clarified and the most important problematic will be observed. That is why we will speak about to the framework of application of the interfering obligation of guaranteeing the products vis-à-vis persons and subject, and about the conditions and the modalities of the execution of this obligation.

Key words-

consumer – interfering – guaranty – product.

مقدمة-

نظرا لاتساع اختلال التوازن بين المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة الاقتصادية وبين المتدخل الذي يملك القوة الاقتصادية والكفاءة التقنية في مجال الإنتاج والتوزيع، والتي تجعله يهيمن على تلك العلاقة. تدخل المشرع بموجب القانون رقم 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش،¹ ليحفظ لهذه العلاقة قدرا من التوازن، وكذا لتوفير حماية أكبر للمستهلك، بحيث أقر حقوقا للمستهلك وهي التزامات على عاتق المتدخل من الواجب عليه

مراعاتها عند عرض المنتجات للاستهلاك، من بينها التزام المتدخل بضمان كل ما يعرضه للاستهلاك من منتجات مدة معينة من الزمن. وهذا لوجود منتجات تتميز بخصوصيات فنية وتقنية وتكنولوجية والتي أصبح اعتماد المستهلكين عليها أمرا أساسيا بما حققت لهم من أسباب المتعة والرفاهية، إلا أنها في نفس الوقت قد زادت من المخاطر التي تهددهم في أرواحهم وأموالهم.

كما حدد المشرع أيضا أحكام تنفيذ هذا الالتزام بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13- 378 المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.²

لذا يثور التساؤل حول مدى نجاعة وفعالية التزام المتدخل بضمان كل ما يعرضه للاستهلاك من منتجات كآلية لحماية حقوق ومصالح المستهلك وتحقيق علاقة اقتصادية متوازنة ؟

وفي سبيل ذلك سيتم التطرق إلى نطاق الالتزام بضمان المنتجات (أولا) ثم إلى شروط وكيفيات تنفيذ هذا الالتزام (ثانيا).

أولا: نطاق الالتزام بضمان المنتجات:

لتوضيح نطاق الالتزام بضمان المنتجات، سيتم التطرق إلى أشخاص هذا الالتزام، ثم إلى موضوعه الذي ينصب على محل معين.

أ: نطاق الالتزام من حيث الأشخاص: يتحدد نطاق الالتزام بضمان المنتجات من حيث الأشخاص طبقا لقانون حماية المستهلك وقمع الغش في الشخص الدائن بهذا الالتزام وهو المستهلك، باعتباره المستهدف أساسا بالحماية في هذا القانون والمستفيد مما تضمنه من حقوق، وفي الشخص المدين به وهو المتدخل باعتباره المعني بتطبيق أحكام هذا القانون والمسؤول عما رتبته من التزامات.

1- الدائن بضمان المنتجات " المستهلك ": يتحدد مفهوم المستهلك عند فقهاء القانون بين اتجاهين: اتجاه مضيق لمفهوم المستهلك يرى بان المستهلك هو كل شخص يقتني أو يستعمل مالا أو خدمة لتحقيق هدف شخصي أو عائلي سواء تعلق الأمر باقتناء المنقولات أو العقارات دون أن يكون لهذا الاقتناء

أي هدف مهني.³ كما أنه الشخص الذي يقتني ويستعمل سلعا وخدمات للاستخدام غير المهني.⁴ بمعنى انه لا يكتسب صفة المستهلك من يتعاقد لإغراض مهنته أو حرفته أو مشروعه، أو من يتعاقد لغرض مزدوج، أو حتى عن الشخص الذي يتصرف لأغراض مهنية بشكل جزئي، وعن المهني الذي يتصرف لغرض مهني حتى ولو كان تصرفه خارج مجال اختصاصاته المهنية.⁵ أما الاتجاه الموسع لمفهوم المستهلك فيرى بأن المستهلك كل من يتعاقد بهدف الاستهلاك هو ومن يعولهم أو لاستعماله المهني.⁶ بحيث أن التوسع في تحديد مفهوم المستهلك يترتب عليه توسيع دائرة الأشخاص الذين يمكنهم الاستفادة من القواعد الحمائية للمستهلك.⁷

أما القانون رقم 09 - 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش فقد عرف المستهلك بموجب المادة 3 فقرة 2 منه على انه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به". فالمشروع من خلال هذا التعريف اعتبر المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي،⁸ وبذلك يكون قد أدخل طائفة الأشخاص المعنوية ضمن دائرة المستهلكين المقرر حمايتهم. كما أوجب أن تكون السلعة أو الخدمة المقتناة موجهة للاستعمال النهائي أي الاستهلاك ما يعني نفي صفة المستهلك عن من يقتني سلعا أو خدمات موجهة للاستعمال الوسيط كونها بهذا الوصف تستخدم لأغراض مهنية كإعادة التصنيع والإنتاج والاستثمار وليس الاستهلاك.⁹ هذا وقد جعل معيار تحديد صفة المستهلك هو الغرض من الاقتناء أو الاستعمال، فيعد مستهلكا كل من يقتني أو يستعمل سلعا أو خدمات لغرض شخصي أو عائلي أو لسد حاجة حيوان يتكفل به.¹⁰

وعليه فإن المشرع من خلال هذا التعريف قد وقع في تناقض حين اعترف للشخص المعنوي بصفة المستهلك لأن تلبية الحاجة الشخصية أو العائلية

تتناسب مع الشخص الطبيعي، أما الشخص المعنوي فلا يتصور أن تكون له تلك الحاجة. هذا وأن بعض أحكام القانون رقم 09- 03 كما ورد مثلاً في المادة 13 منه فقرة 1 تجعل نطاق تطبيق الالتزام بضمان المنتوجات يشمل كل مقتن لأي منتج سواء حاز لصفة المستهلك أم لا .

2: المدين بضمان المنتوجات "المتدخل": يبرم المستهلك بمناسبة عمليات الاستهلاك عقوداً مع المحترف باعتباره مقدم المنتج أو الخدمة والطرف الثاني في هذه العقود التي تدعى عقود الاستهلاك.¹¹ ولقد تعرض الفقه صراحة إلى تعريف الشخص المحترف فعرّفه البعض على أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط معتاد ومنظم بحيث يقوم من خلال هذا النشاط بالإنتاج أو التوزيع أو تقديم الخدمات¹². كما عرف أيضاً على أنه كل شخص طبيعي أو معنوي اعتاد ممارسة مهنة أو حرفة أو نشاط على سبيل الانتظام والاستمرار، بحيث وصل إلى أعلى درجات الخبرة والتخصص والدراية بثنايا وخبايا هذه المهنة أو تلك الحرفة أو ذلك النشاط.¹³ أو أنه ذلك الشخص الذي يتمتع بعناصر من الأفضلية أو التفوق وهي المقدرة الفنية بحيث يكون على معرفة ودراية تامة بما يقدمه من منتجات وخدمات، والمقدرة القانونية والمقدرة الاقتصادية بالتفوق اقتصادياً على المستهلك. مما يسمح له استناداً إلى هذه المقدرات أن يكون في موقف أقوى من موقف المستهلك فنياً وقانونياً واقتصادياً.¹⁴

فالمحترف بصفة عامة قد يكون تاجراً وهذا هو الأمر الشائع والعام، كما قد يكون غير تاجر مثل الحرفي وصاحب المهنة الحرة...، وإلى جانب ذلك قد يكون شخصاً طبيعياً كما قد يكون شخصاً معنوياً.¹⁵

أما بالنسبة إلى المشرع الجزائري فقد استعمل مصطلح "المحترف" وذلك بموجب المادة 2 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 90- 266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات (الملغى) والتي نصت على أن: "المحترف هو منتج أو صانع، أو وسيط، أو حرفي، أو تاجر، أو مستورد، أو موزع وعلى العموم كل متدخل

ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك...¹⁶ والملاحظ أن المشرع حسب هذا المرسوم قد وسع من طائفة المحترفين وذلك من أجل توسيع حماية المستهلك حتى يتمكن من الوصول إلى مسؤول محدد.¹⁷ غير أن المشرع قد استعمل مصطلح "المتدخل" وذلك بموجب المادة 3 فقرة 7 من القانون رقم 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش فعرّفه على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك".

وعليه فإن المشرع لم يعدد الأشخاص المتدخلين كما فعل في المرسوم التنفيذي رقم 90- 266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات (الملغى) وإنما اكتفى بالقول بأن المتدخل قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا بمعنى أنه أضاف الأشخاص المعنوية ضمن طائفة المتدخلين.

ولقد قدم المشرع تفاصيل أكثر توضح هذا المفهوم حيث عرف عملية عرض المنتجات للاستهلاك على أنها: "مجموع مراحل الإنتاج والاستيراد والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة والتجزئة " كما اكتفى المشرع بموجب هذا القانون بتعريف الإنتاج على أنه: "العمليات التي تتمثل في تربية المواشي وجمع المحصول والجني والصيد البحري والذبح والمعالجة والتصنيع والتحويل والتركيب وتوضيب المنتج بما في ذلك تخزينه أثناء مرحلة تصنيعه، وهذا قبل تسويقه الأول".¹⁸

هذا وقد تساءل الفقه حول ما إذا كان أشخاص القانون العام، ويتعلق الأمر بالمرافق العامة من المتدخلين. فإذا كان الأمر كذلك ينبغي إطلاق وصف المستهلك على المنتفع من خدماتها وإفادته بالحماية المقررة بمقتضى قواعد حماية المستهلك.¹⁹

إن أهم تقسيم للمرافق العامة هو الذي يميز بين المرافق العامة ذات الطابع التجاري والصناعي أي المرافق العامة الاقتصادية والمرافق العامة الإدارية.²⁰

فالمرافق العامة الاقتصادية ذات الطابع الصناعي والتجاري تقوم على أساس مزاولة نشاط من جنس نشاط الأفراد مثل مرفق النقل بالسكك الحديدية

والبريد وتوزيع المياه والكهرباء والغاز، مما جعلها في وضعية منافسة إزاء الأفراد بهدف جذب الزبائن باستعمال أساليب التسويق الحديثة قد تحولت إلى متدخل تهدف بشكل أساسي إلى إرضاء المنتفع قبل أن تهدف جزئياً إلى تحقيق المصلحة العامة.²¹ هذا ويضاف إلى ذلك اعتبار المشرع المؤسسات العمومية الاقتصادية شركات تجارية.²² كل ذلك يبرر دخولها ضمن مفهوم المتدخل واعتبار المنتفعين من خدماتها من المستهلكين يستفيدون من الحماية التي قررها القانون رقم 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. أما المرافق العامة الإدارية فتتمثل في المرافق التي تقدم خدمات جماعية ومجانية وتقليدية مثل مرفق العدالة والشرطة... والتي يجمع الفقه على عدم إمكانية اعتبارها من فئة المحترفين و لا يصح وصف المنتفعين من خدماتها من المستهلكين.²³ هذا بالإضافة إلى المرافق العامة الإدارية التي تقدم خدماتها بمقابل كالمستشفيات بحيث يميل الفقه الغربي إلى اعتبارها من المحترفين واعتبار المنتفعين من الخدمات التي تقدمها من المستهلكين الذين يحق لهم التمسك بقواعد قانون حماية المستهلك شرط ألا يكونوا من المحترفين.²⁴

ب- نطاق الالتزام من حيث الموضوع: ينصب موضوع التزام المتدخل بضمان المنتوجات على محل معين والمتمثل في المنتوج الذي عرفه المشرع بموجب المادة 3 فقرة 11 من القانون رقم 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أن: " المنتوج هو كل سلعة أو خدمة يمكن أن تكون موضوع تنازل بمقابل أو مجاناً".

فالمنتوج حسب نص هذه المادة ينقسم إلى سلع وخدمات.

1- السلع: عرف المشرع السلعة بموجب قانون حماية المستهلك وقمع الغش على أنها: " كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجاناً".²⁵ وما يلاحظ على هذا التعريف أن المشرع قصر مفهوم السلعة على الأشياء المادية فقط وذلك باستعماله عبارة " كل شيء مادي..." ما يعني استثناء الأشياء أو الأموال

المعنوية أن تكون محلا للاستهلاك. نذكر منها الرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية أو الصناعية...، ولعل العلة في ذلك ترجع إلى طبيعة هذه الأموال كونها ذات طبيعة معنوية غير محسوسة مما يجعلها غير ملائمة لأساليب الرقابة والمطابقة والتقييس التي تتطلب كيانا ماديا لتطبيقها، كما أنها مقترنة بعالم الأعمال إذ لا يتصور أن يقوم شخص بشراء علامة تجارية مثلا لغرض غير مهني.²⁶ كما يلاحظ أيضا أن المشرع لم يشترط أن تكون السلعة محل الاستهلاك شيئا منقولاً. بخلاف ما كان عليه الأمر في ظل المرسوم التنفيذي رقم 90- 39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش التي عرفت المنتج أو السلعة على أنه: "هو كل شيء منقول مادي يمكن..."²⁷ وما يمكن تفسيره من خلال تعريف المشرع للسلعة بموجب قانون حماية المستهلك وقمع الغش انه لا مانع من أن يكون العقار محلا للاستهلاك ويخضع للحماية الخاصة التي يقرها هذا القانون.²⁸

وعليه ومن خلال هذه الصياغة " كل شيء مادي" معناه أن المشرع لا يزال يتخبط في العمومية، التي تجعل من لفظ المنتج مبهما، لأنه لا يمكن إدراج العقار ضمن مفهوم المنتج وهذا نظرا لطبيعته الخاصة.²⁹

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع بموجب قانون حماية المستهلك وقمع الغش لم يعدد أنواع السلع التي يلتزم المشرع بضمانها، كما لم يشترط أن تكون السلع جديدة، ومن تم فإن السلع المستعملة تكون مشمولة بأحكام قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

2- الخدمات: يشمل مفهوم الخدمة كل عمل أو أداء أو جهد يمكن تقويمه بالنقود، سواء كانت هذه الأداء ذات طابع مادي كالإصلاح والتنظيف أو ذات طابع مالي كالتأمين والقرض، أو ذات طبيعة ذهنية أو فكرية كالعناية الطبية والاستشارات القانونية.³⁰

ولقد عرف قانون حماية المستهلك وقمع الغش الخدمة على أنها: " كل عمل مقدم غير تسليم السلعة، حتى ولو كان تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة."³¹ وما

يلاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع قد استثنى من الخدمة عملية تسليم المنتج والتي تعتبر من الالتزامات التي تقع على عاتق البائع.³²

إن المشرع بموجب قانون حماية المستهلك وقمع الغش قد أدخل الخدمة ضمن طائفة المنتوجات وذلك بحكم الانتشار الواسع لها في العصر الحديث بحيث كان من اللازم توسيع الحماية المقررة للمستهلكين لتشمل الخدمات التي لا تستجيب في كثير من الأحيان لرغباتهم المشروعة كخدمات المطاعم والفندقة وغيرها تكريسا لنص المادة 2 من القانون رقم 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.³³

وعليه ومن خلال ما سبق ذكره بخصوص مدى خضوع المرفق العام لقواعد حماية المستهلك وقمع الغش يصدق على الخدمات التي تقدمها هذه المرافق، حيث يمكن بسط تطبيق أحكام القانون رقم 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على خدمات المرافق العامة الاقتصادية، وكذا الخدمات التي تقدمها المرافق العامة الإدارية بمقابل دون خدماتها المجانية حسب ما قرره جانب من الفقه³⁴ وأن كان هذا القانون قد صرح بموجب المادة 2 منه بدخول كل سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك بمقابل أو مجانا تحت نطاق تطبيقه ما يزيد من احتمال دخول حتى الخدمات المجانية للمرفق العام في نطاقه متى انطبق عليها مفهوم الخدمة في هذا القانون.

ثانيا: شروط وكيفيات تنفيذ الالتزام بضمان المنتوجات:

عرف قانون حماية المستهلك وقمع الغش الضمان على أنه: "التزام كل متدخل خلال فترة زمنية معينة في حالة ظهور عيب بالمنتج باستبدال هذا الأخير أو إرجاع ثمنه أو تصليح السلعة أو تعديل الخدمة على نفقته."³⁵ كما عرفه المرسوم التنفيذي رقم 13- 327 المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ على أنه: "الضمان المنصوص عليه في النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالآثار القانونية المترتبة على تسليم سلعة أو خدمة مطابقة لعقد البيع (كل بند تعاقدى أو فاتورة أو قسيمة شراء أو قسيمة

تسليم أو تذكرة صندوق أو كشف تكاليف أو كل وسيلة إثبات أخرى منصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما.) وتغطي العيوب الموجودة أثناء اقتناء السلعة أو تقديم الخدمة".³⁶ كما نص المشرع أيضا على أن يمتد هذا الضمان القانوني إلى عيوب الخدمات المرتبطة باقتناء السلعة ولاسيما فيما يتعلق برزمها وبتعليمات تركيبها أو بتشغيلها عندما تنجز تحت مسؤولية المتدخل.³⁷ وما تجدر الإشارة إليه إلى أن هذا المرسوم جاء تطبيقا لنص المادة 13 من القانون رقم 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، كما تطبق أحكامه على السلع والخدمات المقتناة والمنصوص عليها في المادة 13 المذكورة أعلاه " أي منتج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتاد أو مركبة أو أية مادة تجهيزية أو حتى الخدمات، وهذا مهما كانت طريقة وتقنية البيع المستعمل".³⁸

والمشرع كذلك بموجب هذا المرسوم أوجب أن يكون المنتج موضوع الضمان صالحا للاستعمال المخصص له وعند الاقتضاء يوافق الوصف الذي يقدمه المتدخل وحائزا كل الخصائص التي يقدمها هذا المتدخل للمستهلك في شكل عينة أو نموذج. وأن يقدم الخصائص التي يجوز للمستهلك أن يتوقعها بصفة مشروعة والتي أعلنها المتدخل أو الممثلة علنا ولاسيما عن طريق الإشهار أو الوسم. كما يتوفر على جميع الخصائص المنصوص عليها في التنظيم المعمول".³⁹

وعليه فإن المشرع قد حرص على توفير حماية أكبر في بعض المنتوجات التي تكتسي خصوصية لطابعها المعقد والتقني وذلك بإبقاء المتدخل ملتزما بضمان كل ما يعرضه للاستهلاك من هذه المنتوجات مدة معينة من الزمن ، ولذلك سيتم إلى شروط الضمان والى كفاءات تنفيذه.

أ- شروط الالتزام بضمان المنتوجات: لا يضمن المتدخل العيب في منتوجه إلا بتوفر شرطين أساسيين وهما: أن يحدث العيب خلال فترة الضمان، وان يرتبط هذا العيب بصناعة المنتج.

1- حدوث العيب خلال فترة الضمان: يضمن المتدخل صلاحية المنتج خلال فترة زمنية معينة، وتختلف تلك الفترة حسب طبيعة السلعة أو الخدمة على ألا تقل عن 6 أشهر وهو ما نصت عليه المادة 16 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327 المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ التي تنص: " لا يمكن أن تقل مدة الضمان عن 6 أشهر ابتداء من تاريخ تسليم السلعة الجديدة أو تقديم الخدمة." وما يلاحظ أن هذه المادة خاصة بالسلع الجديدة أو تقديم الخدمة والتي تبدأ من تاريخ تسليمها أو تقديم الخدمة.

ولقد حددت مدة الضمان بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14 ديسمبر 2014 المحدد لمدة الضمان والذي جاء تطبيقاً لأحكام المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327 والمذكورة أعلاه. والذي يهدف إلى تحديد مدة الضمان السلع الجديدة المقتناة بمقابل أو مجاناً حسب طبيعة السلعة كما هو في القوائم الملحقة بهذا القرار.⁴⁰ بحيث جاء في الملحق الأول على سبيل المثال قائمة متعلقة بمدة ضمان السلع الكهرومنزلية والكهربائية والالكترونية، بحيث تتراوح المدة ما بين 6 أشهر وحتى 24 شهراً. فمثلاً: أجهزة الطبخ، وافران مدمجة 24 شهراً، أفران الطهي بالغاز" طابونات..." 12 شهراً...⁴¹ أما بالنسبة لمدة ضمان السلع المقتناة بمقابل أو مجاناً غير المحددة في القوائم الملحقة بهذا القرار فيجب أن لا تقل عن 6 أشهر.⁴² وهذا من أجل الاحتياط لما قد يستجد من سلع. حتى لا يفقد المستهلك حقوقه ومصالحه المادية والمعنوية بسبب العيوب التي تكتنفها.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المادة 17 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327 قد حددت مدة الضمان الدنيا بالنسبة للمنتجات المستعملة كما يلي: " لا يمكن أن تقل مدة الضمان عن 3 أشهر بالنسبة للمنتجات المستعملة، كما تحدد مدة الضمان بالنسبة للمنتجات المستعملة حسب طبيعة المنتج بقرار من

الوزير المكلف بحماية المستهلك أو بقرار بينه وبين الوزير المعني. " إلا أن هناك تماطل في إصدار هذا القرار.

كما نصت المادة 18 من نفس المرسوم على إمكانية منح المتدخل المستهلك ضمانا إضافيا.⁴³ أكثر امتيازاً من الضمان المنصوص عليه في المادة 3 فقرة 1 من المرسوم نفسه. بحيث يطبق هذا الضمان حسب الشروط المحددة في هذا المرسوم. والضمان الإضافي حسب مفهوم هذا المرسوم هو كل التزام تعاقدى محتمل يبرم إضافة إلى الضمان القانوني الذي يقدمه المتدخل أو ممثله لفائدة المستهلك دون زيادة في التكلفة⁴⁴ بحيث يجب أن يأخذ الضمان الإضافي المقدم للمستهلك شكل التزام تعاقدى مكتوب تحدد فيه البنود الضرورية لتنفيذه، وان يحتوي على البيانات الضرورية المذكورة في المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327.⁴⁵ غير انه نادرا ما يفعل المتدخلون ذلك أي منح ضمان إضافي، وان حدث فان القصد منه هو تقديم دعاية للمنتوج وليس لتوفير حماية للمستهلك.

كما نص المشرع أيضا على انه عندما يطلب المستهلك من المتدخل أثناء فترة سريان الضمان القانوني أو الإضافي إعادة السلعة موضوع الضمان إلى حالتها، فان فترة الضمان تمدد ب 30 يوما على الأقل بسبب عدم استعمال السلعة، وتضاف هذه الفترة إلى مدة الضمان الباقية.⁴⁶

ويسري مفعول الضمان ابتداء من تسليم السلعة أو تقديم الخدمة ويتجسد هذا الضمان عن طريق تسليم شهادة الضمان بقوة القانون،⁴⁷ بحيث يجب أن تبين شهادة الضمان التي يسلمها المتدخل على الخصوص البيانات الآتية: اسم أو اسم شركة الضامن وعنوانه ورقم سجله التجاري وكذا العنوان الإلكتروني عند الاقتضاء، اسم ولقب المقتني، رقم وتاريخ الفاتورة أو تذكرة الصندوق أو قسيمة الشراء و/ أو كل وثيقة أخرى مماثلة، طبيعة السلعة المضمونة، ولاسيما نوعها وعلامتها ورقمها التسلسلي، سعر السلعة المضمونة، مدة الضمان، اسم وعنوان الممثل المكلف بتنفيذ الضمان عند الاقتضاء.⁴⁸ هذا ويمكن أن تستعمل بيانات

الضمان المنصوص عليها أعلاه عند الاقتضاء في مجال تقديم الخدمات إما عن طريق بند تعاقدي أو في الفاتورة أو في قسيمة الشراء أو أية وثيقة إثبات أخرى. ولقد حدد نموذج شهادة الضمان بقرار من الوزير المكلف بالتجارة.⁴⁹ بحيث أوجب المشرع أن تحرر شهادة الضمان حسب النموذج المرفق بهذا القرار، وان يحتوي على البيانات الواردة في المادة 6 من المرسوم التنفيذي 13- 327 والتي سبق ذكرها.⁵⁰ وأن تملأ كليا البيانات المحددة في النموذج وتحرر بطريقة واضحة ومقروءة.⁵¹

فشهادة الضمان تتكون من شقين يحتفظ المتدخل بالشق الأول ويقدم الشق الثاني للمقتني الذي يجب أن يقدمه في حالة الشكوى.⁵²

كما نص المشرع أيضا بموجب المادة 7 من نفس المرسوم على إمكانية استعمال البيانات الإجبارية لشهادة الضمان في مجال تقديم الخدمات عن طريق بند تعاقدي أو في فاتورة أو قسيمة الشراء أو أية وثيقة إثبات أخرى.

هذا ويبقى الضمان ساري المفعول في حالة عدم تسليم شهادة الضمان أو عدم مراعاة البيانات المذكورة في المادة 6 أعلاه، أو ضياعها ويحق للمستهلك المطالبة به عن طريق تقديم فاتورة أو قسيمة الشراء أو تذكرة الصندوق أو أية وثيقة أخرى مماثلة أو أية وسائل إثبات أخرى.

كما يبقى الضمان ساري المفعول في كل مراحل عملية عرض السلعة أو الخدمة للاستهلاك.⁵³

بمعنى انه يمكن تقديم الفاتورة أو قسيمة الشراء أو تذكرة الصندوق أو أية وثيقة أخرى في حالة عدم تسليم شهادة الضمان أو عدم مراعاة بيانات الشهادة أو ضياع هذه الأخيرة.

ولقد نص المشرع أيضا على إمكانية مطالبة المستهلك بتجريب المنتج المقتنى دون إعفاء المتدخل من إلزامية الضمان.⁵⁴ ومن هنا كان على المشرع تنظيم مدة

الاستفادة من التجربة ما إذا كانت تخصم من مدة الضمان، وما إذا كان المتدخل يضمن العيب في المنتج والضرر الناتج عن التجربة ذاتها.

2- ارتباط الخلل بصناعة المنتج: يقوم الضمان إلا على العيوب التي ترجع إلى صناعة المنتج، أما إذا كان سبب الخلل خارجيا أي راجعا إلى سوء استخدام المنتج أو الإهمال أو مخالفة التعليمات المرفقة بالمنتج ولكن بشرط أن تكون هذه التعليمات واردة على نحو من التفصيل والوضوح الذي يمكن المستهلك العادي من استيعابها أو تدخل الغير أو القوة القاهرة فان الضمان لا يضمنه المتدخل.⁵⁵ بحيث يعد ضمان عيوب الصناعة تطبيقا لمبدأ مسؤولية المتعاقد عن الخطأ في تنفيذ العقد وهذا ما نصت عليه المادة 107 من التقنين المدني.⁵⁶ ولذلك فان بيع سلعة معيبة التصنيع أو لوجود خلل فيها لا يعد تنفيذنا للعقد بحسن النية ولو تأخر ظهور العيب إلى ما بعد التسليم، لان العيوب لا تنكشف في الأجهزة والألات الحديثة إلا من خلال العمل والممارسة لذلك يلزم المتدخل بضمانها.⁵⁷

وعليه فان حدوث الخلل أثناء فترة الضمان يعد قرينة على أن الخلل مرتبط بصناعة المنتج.

ب- **كيفية تنفيذ الالتزام بالضمان:** ينفذ الضمان بين طرفيه وهما المستهلك والمتدخل، لذا ينبغي عليهما القيام بواجبهما على أكمل وجه بحيث يلتزم المستهلك بإخطار المتدخل بوجود العيب حتى يتمكن المتدخل من تنفيذ التزامه حسب الطرق المحددة قانونا.

1- **إخطار المستهلك المتدخل بوجود العيب:** نص المشرع بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13- 327 على أن المستهلك لا يستفيد من الضمان إلا بعد تقديم شكوى كتابية أو عن طريق أية وسيلة اتصال أخرى مناسبة لدى المتدخل. كما يمكن للمتدخل أن يطلب مهلة 10 أيام ابتداء من تاريخ استلام

الشكوى للقيام بمعاينة مصادرة وعلى حسابه وبحضور الطرفين أو ممثليها في المكان الذي توجد فيه السلعة المضمونة.⁵⁸

وعندما لا ينفذ وجوب الضمان في اجل 30 يوما التي تلي تاريخ استلام الشكوى من التدخل فانه يجب على المستهلك إعدار المتدخل عن طريق رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام أو أية وسيلة أخرى، وفي هذه الحالة على المتدخل القيام بتنفيذ الضمان في اجل 30 يوما ابتداء من تاريخ التوقيع على الإشعار بالاستلام.⁵⁹

2- طرق تنفيذ المتدخل التزامه بالضمان: إن المشرع بموجب القانون رقم 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش قد حدد طرق تنفيذ الالتزام بالضمان بحيث نصت المادة 13 منه على انه: " يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة في حالة ظهور عيب بالمنتوج استبداله أو رد ثمنه أو تصليح المنتوج أو تعديل الخدمة على نفقته." فما يفهم من خلال استعمال المشرع لفظ " أو" أن الخيار للمتدخل في كيفية تنفيذ التزامه وان تنفيذ احد الالتزامات الثلاثة والمذكورة أعلاه يغنيه عن تنفيذ الآخر.

كما نص المشرع أيضا بموجب هذه المادة على أن المستهلك يستفيد من هذا الضمان دون أعباء إضافية.⁶⁰ وهو ما نص عليه المشرع أيضا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13- 327 المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ وذلك بموجب المادة 12 منه على انه: " يجب أن يتم تنفيذ وجوب الضمان طبقا للمادة 13 من القانون رقم 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش دون تحميل المستهلك أية مصاريف إضافية إما بإصلاح السلعة أو إعادة مطابقة الخدمة، باستبدالها، برد ثمنها. كما اوجب المشرع أيضا بموجب هذا المرسوم في حالة العطب المتكرر استبدال المنتوج موضوع الضمان أو برد ثمنه.⁶¹

وعليه ومن خلال ما سبق فإن المشرع كان عليه الفصل بوضوح في كيفية تنفيذ الالتزام بالضمان ما إذا كان باختيار احد الأوجه الثلاثة السابقة أم تنفيذ إحداها إذا تعذر تنفيذ الأخرى حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 13 - 327، لا كما في المادة 13 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش التي لم ترتب هذه الكيفيات.

هذا وقد نص المشرع أيضا على انه إذا لم يتم التدخل بإصلاح العيب في الآجال المتعارف عليها مهنيا حسب طبيعة السلعة فإنه يمكن للمستهلك بهذا الإصلاح إن أمكن ذلك عن طريق مهني مؤهل من اختياره وعلى حساب المتدخل،⁶² فالمشرع لم يحدد هذه الآجال وإنما اكتفى بذكر الآجال المتعارف عليها مهنيا. وفي حالة ما إذا تعذر على المتدخل القيام بإصلاح السلعة فإنه يجب عليه استبدالها أو رد ثمنها في اجل 30 يوما ابتداء من تاريخ التصريح بالعيب. كما يتحمل المتدخل المصاريف المتعلقة بخدمات التسليم والنقل والإرجاع والتركيب الضرورية لإصلاح السلعة أو استبدالها إذا كانت السلعة المباعة قد سلمت في مسكن المستهلك أو في أي مكان آخر تم تعيينه من طرف هذا الأخير.⁶³

هذا وقد حرص المشرع أيضا على ضمان تطبيق الالتزام بالضمان من خلال إقرار عقوبة على مخالفته بحيث نصت المادة 75 من القانون رقم 09 - 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على معاقبة كل متدخل يخالف إلزامية الضمان أو تنفيذ ضمان المنتج بغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج.

الخاتمة -

من خلال دراسة مختلف الأحكام القانونية المتعلقة بالالتزام المتدخل بضمان المنتوجات، يلاحظ أن تلك الأحكام قد تخللتها العديد من النقائص نذكر منها ما يلي:

- إن الاعتراف للشخص المعنوي بصفة المستهلك يثير العديد من التناقضات على أساس أن تلبية الحاجة الشخصية أو العائلية تتناسب مع الشخص

الطبيعي، أما الشخص المعنوي فلا يتصور أن تكون له حاجة شخصية أو عائلية بل إن وجود الشخص المعنوي يكون لغرض مهني.

- بتبني المشرع المفهوم الضيق للمستهلك يؤدي إلى استبعاد صفة المستهلك عن الشخص الذي يتصرف لغرض مهني لكن خارج مجال تخصصه وحرمانه من الحماية التي يقرها قانون الاستهلاك، وهو ما يؤدي إلى نتيجتين متناقضتين لوضع واحد كالتاجر مثلا الذي يشتري ثلاجة لمتجره لا يحظى بالحماية التي يقرها قانون الاستهلاك، ويحظى بالحماية اشتراها لمنزله رغم انه في وضع تعاقدى مماثل في الحالتين.

- إن الصياغة الوارد في بعض أحكام القانون رقم 09- 03 توحى بأنها تسري على كل مقتن للسلعة أو الخدمة سواء حاز صفة المستهلك أم لا كما ورد مثلا في المادة 13 منه فقرة 1.

- المشرع باستعماله عبارة " كل شيء مادي" عند تعريفه للسلعة، لا يزال يتخبط في العمومية التي تجعل من لفظ المنتج مبهما، لأنه لا يمكن إدراج العقار ضمن مفهوم المنتج وها نظرا لطبيعته الخاصة.

- إن القانون رقم 09- 03 قد صرح بموجب المادة 2 منه بدخول كل سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك بمقابل أو مجانا تحت نطاق تطبيقه، ما يزيد من احتمال دخول حتى الخدمات المجانية للمرفق العام في نطاقه متى انطبق عليها مفهوم الخدمة في هذا القانون.

- هذا وإذا كان المشرع قد حدد مدة ضمان السلع الجديدة بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14 ديسمبر 2014، إلا أنه تماطل في إصدار القرار الوزاري المتعلق بتحديد مدة ضمان السلع المستعملة وذلك حسب ما جاء في نص المادة 17 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 378.

- نص المشرع على أن المستهلك لا يستفيد من الضمان إلا بعد تقديم شكوى كتابية أو عن طريق أية وسيلة اتصال أخرى مناسبة لدى المتدخل مع وجوب

تقديم الشق الثاني من شهادة الضمان. وبالتالي فإن المستهلك يفقد حقه في الضمان إذا لم يسلمه شهادة الضمان كما سبق ذكره.

- كما أن المشرع لم يفصل بوضوح في كيفية تنفيذ الالتزام بالضمان ما إذا كان باختيار احد الأوجه الثلاثة السابقة أم تنفيذ إحداها إذا تعذر تنفيذ الأخرى حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327، لا كما في المادة 13 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش التي لم ترتب هذه الكيفيات. هذا ولم يحدد الآجال التي من خلالها يقوم المتدخل بإصلاح العيب، وإنما اكتفى بذكر "...الآجال المتعارف عليها مهنيا...".

- جاءت العقوبة على مخالفة الالتزام بضمان المنتوجات في شكل غرامات لا تتناسب مع إمكانيات المتدخلين الكبيرة.

وعليه فكل هذه النقائص من شأنها أن تؤدي إلى عدم نجاعة وفعالية التزام المتدخل بضمان كل ما يعرضه للاستهلاك من منتوجات مدة معينة من الزمن كآلية لحماية حقوق ومصالح المستهلك، وتحقيق علاقة اقتصادية متوازنة.

الهوامش -

- 1- قانون رقم 09- 03 مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15، ل 8 مارس 2009.
- 2- مرسوم تنفيذي رقم 13- 327 مؤرخ في 26 سبتمبر 2013 يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، جريدة رسمية عدد 49 ل 12 أكتوبر 2013.
- 3- YVES Picod, HÉLÈNE Davo, Droit de la consommation, 2^{ème} édition Dalloz, Paris, 2010, p20.
- 4- JEAN Calais-Auloy, l'influence du Droit de la consommation sur le droit civile des contrats, R.T.D.CIV,1994, p 239. Et JEAN Calais-Auloy, HENRI Temple, Droit de la consommation, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2010 , p 520.
- 5- ليندة عبد الله، المستهلك والمهني مفهومان متباينان، الملتقى الوطني الأول حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، المركز الجامعي بالوادي، يومي 13 و 14 أفريل 2008، ص ص 21- 22.
- 6- محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 15.

7- NICOLAS Doranpeu, MARC Gomy, SÉBASTIEN Robinne, VANESSA Valette Ercole, Droit de la consommation, ellipses édition marketing, Paris 2008, p 11.

8- عرفت المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90- 39، المؤرخ في 30 جانفي 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 5 لـ 31 جانفي 1990 المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01- 315، المؤرخ في 16 أكتوبر 2001، جريدة رسمية عدد 61 لـ 21 أكتوبر 2001. المستهلك على أنه: " كل شخص... بمعنى لم يحدد ما إذا كان المستهلك شخصا طبيعيا أو معنويا .

9- غير أن المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90 - 39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش نصت على اعتبارها مستهلكا المستهلك النهائي والمستهلك الوسيط، فهذا الأخير الذي يعتبره البعض انه المهني الذي يقتني المنتج من اجل استغلاله. فيكون بذلك المشرع حسب هذا المرسوم قد اختار الانضمام إلى أصحاب الاتجاه الموسع، والذين يزيدون من نطاقه ليشمل أصحاب المهن أو المحترفين بإدراج المستهلك الوسيط ضمن طائفة المستهلكين. وهو ما يشكل تعارضا مع ما جاء به قانون حماية المستهلك وقمع الغش لاسيما فيما يتعلق بتحديد مفهوم المستهلك، على أساس أن هذا الأخير قد تبني المفهوم الضيق للمستهلك، بحيث أقصى المستهلك الوسيط بنصه على أن المستهلك هو فقط الذي يقتني المنتج من اجل الاستعمال النهائي.

10- وهو ما جاء في نص المادة 3 فقرة 2 من القانون رقم 09 - 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش: "... من اجل تلبية حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".

11- ليندة عبد الله، مرجع سابق، ص 29.

12- YVES Picod, H[IL]NE Davo, op cit, p 25. Et JEAN Calais-Auloy, HENRI Temple, op cit, p 4.

13- معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف، مفهومه، التزاماته، مسؤوليته دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص ص 12- 13.

14- ليندة عبد الله، مرجع سابق، ص 31.

15- YVES Picod, H[IL]NE Davo, op cit, p 25

16- مرسوم تنفيذي رقم 90- 266 مؤرخ في 15 سبتمبر 1990 يتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، جريدة رسمية عدد 40 لـ 19 سبتمبر 1990 (ملغى).

17- زاهية حورية سي يوسف، التزام المتدخل بضمان سلامة المواد الغذائية والنظافة الصحية لها، الملتقى الوطني الخامس حول اثر التحولات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك، جامعة الشلف، يومي 5 و6 ديسمبر 2012، ص 2.

18- المادة 3 فقرتان 8 و 9 من القانون رقم 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

19- YVES Picod, HÉLÈNE Davo, op cit, p 25.

20- JEAN- François Lachaume, CLAUDIE Boiteau, HÉLÈNE Paulia, droit des services, 3^{ème} édition, édition Dalloz, Armand colin, Paris, 2004, p 55.

21- ليندة عبد الله، المرجع السابق، ص 32- 33 .

22- محمد عماد الدين عياض، نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك وقمع الغش، دفاتر السياسة والقانون، العدد التاسع، جامعة ورقلة، جوان، 2013، ص 68 .

23- YVES Picod, HÉLÈNE Davo, op cit, p 25.

24- ليندة عبد الله، مرجع سابق، ص 33 .

25- المادة 3 فقرة 18 من القانون رقم 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

26- محمد عماد الدين عياض، مرجع سابق، ص 70.

27- المادة 2 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90- 39، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش.

28- المادة 3 فقرة 18 من القانون رقم 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

29- وبالرجوع إلى أحكام القانون رقم 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش يلاحظ أن المشرع لم ينظم فيه بيع العقارات، ومن ثم لا تخضع العقارات لأحكامه. وهذا نظرا للطبيعة الخاصة للعقار من حيث انه ثابت متعدد المتدخلين في تكوينه وبالنظر إلى السمة غير المتكررة للعمل فيه، لا يمكن طرحه للتداول الحقيقي كالبضائع المنقولة البسيطة...من محمد حاج بن علي، اثر الواقع الاقتصادي في تحديد المنتج، الملتقى الوطني الخامس حول اثر التحولات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك جامعة الشلف يومي 5 و6 ديسمبر 2012، ص 3.

30- JEAN Calais-Auloy, HENRI Temple, op cit, p 9.

31- المادة 3 فقرة 17 من القانون رقم 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

32- تنص المادة 364 من الأمر رقم 75- 58، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، ل 30 سبتمبر 1975 (المعدل والمتمم). على ما يلي: "يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع.

33- تنص المادة 2 من القانون رقم 09- 03، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على: " تطبق أحكام هذا القانون على كل سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك بمقابل أو مجاناً وعلى كل متدخل وفي جميع مراحل عملية العرض للاستهلاك".

34- محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص 71.

- 35- المادة 2 فقرة 19 من القانون رقم 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.
- 36- المادة 3 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.
- 37- المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.
- 38- المادتان 1 و 2 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.
- 39- المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.
- 40- المادتان 1 و 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14 ديسمبر 2014 المحدد لمدة الضمان حسب طبيعة السلعة جريدة رسمية عدد 3 ل 27 جانفي 2015.
- 41- الملاحق من 1 إلى 7 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14 ديسمبر 2014، المحدد لمدة الضمان حسب طبيعة السلعة.
- 42- المادة 3 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14 ديسمبر 2014، المحدد لمدة الضمان حسب طبيعة السلعة.
- 43- يعتبر الضمان الإضافي من الأحكام الجديدة التي جاء بها المرسوم التنفيذي رقم 13- 327، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.
- 44- المادة 3 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.
- 45- المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.
- 46- المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.
- 47- المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.
- 48- المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.
- 49- القرار المؤرخ في 12 نوفمبر 2014، المحدد لنموذج شهادة الضمان، جريدة رسمية عدد 16 ل 1 أفريل 2015.
- 50- المادة 2 من القرار المؤرخ في 12 نوفمبر 2014، المحدد لنموذج شهادة الضمان.

- 51- ملحق نموذج شهادة الضمان من القرار المؤرخ في 12 نوفمبر 2014، المحدد لنموذج شهادة الضمان.
- 52- المادة 3 من القرار المؤرخ في 12 نوفمبر 2014، المحدد لنموذج شهادة الضمان.
- 53- المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.
- 54- المادة 15 من القانون رقم 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.
- 55- زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، مرجع سابق، ص 118.
- 56- تنص المادة 107 فقرة 1 من الأمر رقم 75- 58 المتضمن القانون المدني على انه: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه ويحسن نية".
- 57- زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص 118.
- 58- المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ..
- 59- المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.
- 60- المادة 13 فقرة 4 من القانون رقم 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.
- 61- المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.
- 62- المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.
- 63- المادتان 15 و 14 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية:

أ. الكتب:

- 1- محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.
- 2- معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف: مفهومه، التزاماته، مسؤوليته دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.

ب- المقالات -

- 1- زاهية حورية سي يوسف، التزام المتدخل بضمان سلامة المواد الغذائية والنظافة الصحية لها، الملتقى الوطني الخامس حول اثر التحولات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك، جامعة الشلف يومي 5 و6 ديسمبر 2012.
- 2- لبندة عبد الله، المستهلك والمهني مفهومان متباينان، الملتقى الوطني الأول حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، المركز الجامعي بالوادي، يومي 13 و14 أفريل 2008.
- 3- محمد حاج بن علي، اثر الواقع الاقتصادي في تحديد المنتج، الملتقى الوطني الخامس حول اثر التحولات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك، جامعة الشلف، يومي 5 و6 ديسمبر 2012.
- 4- محمد عماد الدين عياض، نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك وقمع الغش، دفاتر السياسة والقانون، العدد التاسع، جامعة ورقلة، جوان 2013، ص 68.
ج. النصوص القانونية:
* النصوص التشريعية:
1- أمر رقم 75- 58، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، ل 30 سبتمبر 1975 (معدل ومتمم).
2- قانون رقم 09- 03 مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15، ل 8 مارس 2009.
* النصوص التنظيمية:
- المراسيم التنفيذية:
1- مرسوم تنفيذي رقم 90- 39، مؤرخ في 30 جانفي 1990، يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش جريدة رسمية عدد 5 ل 31 جانفي 1990، معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01- 315، المؤرخ في 16 أكتوبر 2001، جريدة رسمية عدد 61 ل 21 أكتوبر 2001.
2- مرسوم تنفيذي رقم 90- 266 مؤرخ في 15 سبتمبر 1990 يتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، جريدة رسمية عدد 40 ل 19 سبتمبر 1990 (ملغى).
3- مرسوم تنفيذي رقم 13- 327 مؤرخ في 26 سبتمبر 2013 يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، جريدة رسمية عدد 49 ل 12 أكتوبر 2013.
- القرارات الوزارية:
1- القرار المؤرخ في 12 نوفمبر 2014، المحدد لنموذج شهادة الضمان، جريدة رسمية عدد 16 ل 1 أفريل 2015.

- 2- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 14 ديسمبر 2014، يحدد مدة الضمان حسب طبيعة السلعة جريدة رسمية عدد 3 لـ 27 جانفي 2015.

ثانياً: باللغة الفرنسية-

- Ouvrage

- 1- JEAN Calais-Auloy, l'influence du Droit de la consommation sur le droit civile des contrats, R.T.D.CIV,1994.
- 2- JEAN Calais-Auloy, HENRI Temple, Droit de la consommation, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2010.
- 3- JEAN- François Lachaume, CLAUDIE Boiteau, HÉLÈNE Paulia, droit des services, 3^{ème} édition, édition Dalloz, Armand colin, Paris, 2004.
- 4- NICOLAS Doranpeu, MARC Gomy, SÉBASTIEN Robinne, VANESSA Valette Ercole, Droit de la consommation, ellipses édition marketing, Paris, 2008.
- 5- YVES Picod, HÉLÈNE Davo, Droit de la consommation, 2^{ème} édition, Dalloz Paris, 2010.



الحماية الجنائية الواقعة على أموال التجارة الالكترونية

(جريمة السرقة والنصب)

رحال بومدين و سعداني نورة

قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد . بشار

الملخص-

تعتبر جريمة السرقة والنصب من الجرائم التقليدية الواقعة على المنقولات المادية، إلا أن وقوعها على المعلومات والتي تعتبر من المنقولات اللامادية، أثار إشكاليات قانونية، وعلى ضوء ذلك سنتطرق إلى كلا الجريمتين مع توضيح أركان كل جريمة ومدى انطباق النصوص التقليدية على هاتين الجريمتين؟

الكلمات المفتاحية -

جريمة السرقة والنصب - التجارة الإلكترونية - جريمة النصب

المعلوماتية

Criminal protection located on the e-commerce funds (The crime of theft and fraud)

Summary-

The crime of theft and fraud than the traditional crimes against physical furniture, but they happen on the information, which is one of the intangible, raised legal problems, and in light of what we go Examine the two crimes with surrounding the respective elements and applicability of the traditional texts on these crimes ?

Key words -

Theft and fraud - E-commerce - a crime monument Informatics

مقدمة -

في ظل التطور الهائل في تقنيات الحاسوب والاتصالات والانتشار السريع للمعلومات في مختلف الأنشطة وخاصة في إطار التجارة الإلكترونية التي أصبح أساسها الاستراتيجي والحيوي هو المعلومات سيما بعد تزايد قيمتها الاقتصادية، لبناء سياسات دقيقة واتخاذ أنجع القرارات للنهوض بهذا النوع من المعاملات، ولرسم سياسة ترويجية للسلع وتقديم الخدمات المالية وغير المالية وإتمام الصفقات بعد تزايد التداولات المالية فيها.

وفي ظل كل هذا، كان من الطبيعي أن يصاحب هذا التطور التقني ظهور أفعال تهدد أمن المجتمعات وحقوق الأشخاص، فعرفت هذه الأفعال بجرائم المعلوماتية⁽¹⁾ والتي تعد من الموضوعات الحديثة التي فرضت نفسها بقوة على المستوى الوطني والدولي على حد سواء، فدفعت بالمشرعين للتصدي لهذه الأفعال بتجريمها وتقرير عقاب لمرتكبها؛ حيث أثارت هذه الجرائم عدة إشكالات قانونية، نظرا لصعوبة السيطرة عليها واكتشافها واكتشاف من قام بها، ناهيك على اعتبار هذه المعلومات كوسيلة لارتكاب الجرائم من جهة أو أن تكون محلا للاعتداء من جهة أخرى.

فظهر مثل هذه الجرائم الواقعة على الأموال لم يكن حديث العهد بل عرفته الإنسانية من قديم، لكن الجديد هو، حدوثها على المعلومات أي موضوعها المعلومات اللامادية المبرمجة آليا، في حين أن النصوص التقليدية في قانون العقوبات تأخذ بعين الاعتبار الناحية المادية عند وضع مفاهيم التجريم وقواعده القانونية⁽²⁾؛ فأثارت إشكالات وعوائق أمام رجال القانون في تأصيلها وتكييفها، وواجه القضاة مشكلة في تطبيق النصوص التي بين أيديهم على أساس عدم تجاوز مبدأ شرعية الجرائم، لكي لا يجرموا فعلا لا يوجد نص عليه، إضافة إلى عدم إمكانية القياس في القانون الجنائي.

ونتيجة لعدم تضمن هذه النصوص حماية قانونية للتجارة الإلكترونية تطرح إشكالية مفادها هل تصلح هذه النصوص للتطبيق على الجرائم المعلوماتية؟

ومن أجل معالجة هذه الإشكالية ارتأينا الوقوف عند جريمتي السرقة والنصب ودراستهما، والنظر إلى مدى انطباق نصوص تجريم الأفعال التقليدية على هذه الجرائم المستحدثة⁽³⁾، وذلك من خلال تناول هذين الجريمتين في مطلبين كالتالي:

المطلب الأول: جريمة السرقة المعلوماتية

المطلب الثاني: جريمة النصب المعلوماتية

المطلب الأول: جريمة السرقة المعلوماتية

لقد نظم المشرع الجزائري جريمة السرقة في المادة 350 من قانون العقوبات الجزائري التي تنص بأنه: " كل من اختلس شيئاً غير مملوك له يعد سارقاً."⁽⁴⁾

ومن البديهي أن لكل جريمة أركان تقوم عليها وبدونها لا وجود لهذه الجريمة، وأركان جريمة السرقة ثلاث هي الركن المادي أولاً ومحل الجريمة ثانياً والركن المعنوي ثالثاً.

وباستقراء نص المادة 350 قانون العقوبات الجزائري نجد أن المشرع اهتم في تعريفه بالجانب الموضوعي للسرقة، حيث بين الركن المادي في نصه " كل من اختلس" وهو قيام الجاني بنشاط إجرامي يتمثل في الاختلاس، ويكون هذا الاختلاس منصب على: "شيئ غير مملوك له" وهو محل السرقة أو موضوعه، أما الركن المعنوي أو ما يعرف بالقصد الجنائي فلم يشر له المشرع من خلال هذا النص، ولو نظرنا إلى ما يقابل هذا النص في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، المادة 311 الفقرة 1 نجد أنها أشارت إلى الركن المعنوي وهو وقوع الاختلاس قصد الغش⁽⁵⁾.

وعلى هذا سنتطرق إلى أركان جريمة السرقة المعلوماتية مع بيان مدى تطابقها مع القواعد العامة لجريمة السرقة التقليدية، من خلال التعرض لمحل السرقة المعلوماتية (الفرع الأول)، ثم إيضاح الركن المادي لهذه الجريمة (الفرع الثاني)، والركن المعنوي المتمثل في القصد الجنائي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: محل جريمة السرقة المعلوماتية

قصد التطرق لمحل جريمة السرقة المعلوماتية ارتأينا التطرق أولاً إلى الشروط الواجب توافرها في محل جريمة السرقة عموماً، لنحاول أن نتبين بعد ذلك مدى انطباق هذه الشروط على محل جريمة السرقة المعلوماتية.

أولاً: الشروط الواجب توافرها في محل جريمة السرقة

المحل هو الشيء الذي يقع عليه الفعل الإجرامي، وتتفق التشريعات الجنائية على أن "السرقة هي اختلاس مال منقول مملوك للغير بنية تملكه"⁽⁶⁾، ومن خلال هذا التعريف فإن موضوع السرقة يتطلب قيامه شروط وهي كالتالي:

أ_ أن يكون مالا مادياً؛ أي أن يكون مالا وذا صفة مادية على التفصيل

التالي:

01. أن يكون مالا: والمقصود بالمال، هو كل شيء قابل للتملك الخاص وتكون له قيمة⁽⁷⁾؛ والشيء في نظر القانون هو كل ما يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية، فالشيء غير المال والمال هو الحق المالي الذي يرد على الشيء، والشيء هو محل هذا الحق⁽⁸⁾.

وهو ما بينته المادة 1/682 من القانون المدني الجزائري التي عرفت الشيء بأنه: " كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية"⁽⁹⁾.

ومن نص المادة 2/682 من القانون المدني الجزائري، فإن المال يجب أن لا يكون من الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها، وهي الأشياء التي لا يمكن لأحد تملكها أو الاستئثار بها، كالهواء والبحر وأشعة الشمس وكل ما يشابهها

في ذلك، وإن كان يمكن أن يستأثر ببعضها كالأستثمار بجزء منها كمياه المنابع مثلا وتحويلها إلى مياه معدنية معلبة في قوارير فإنها تدخل ضمن الأشياء التي يمكن حيازتها والتعامل بها فتعتبر بذلك محلا للحقوق المالية، إضافة إلى ذلك فإنه يشترط أيضا أن لا يكون المال خارج عن التعامل بحكم القانون أي ألا يكون القانون قد منع التعامل به⁽¹⁰⁾.

ولكي يعتبر الشيء مالا يجب أن تكون له قيمة، سواء كبيرة أو تافهة ولا يشترط أن تكون مادية، بل يصح أن تكون قيمة معنوية كصورة تذكارية أو خطاب عائلي، فهو متقوم أي له قيمة، ويصلح موضوعها للسرقة⁽¹¹⁾.

02. أن يكون المال ماديا: حيث أن السرقة لا تقع إلى على المال المادي، ويكون الشيء مادي إذا كان له حيز مستقل بذاته، ولا يهم طبيعته سواء كان جسما سائلا أو صلبا أو غازيا⁽¹²⁾، أو حجمه أو عدده.

ب_ أن يكون المال منقولاً⁽¹³⁾: وذلك بقيام الجاني بالاستيلاء على مال الغير دون رضاه، ولا يتأت ذلك بالنسبة للعقارات التي تستقر بحيزها وثابتة، وبالمفهوم المعاكس أن كل من لا يستقر بحيزه وليس ثابت ويمكن نقله يصلح أن يكون محلا لجريمة السرقة.

ج_ أن يكون المال أو الشيء مملوكا للغير: بمعنى أنه لا تكون هناك سرقة إذا كان المال أو الشيء مملوك للجانبي، فإذا كان للغير حق انتفاع يتعلق بالمنقول، وثبتت ملكية المنقول للمتهم وقت حصول فعل الاختلاس لا تقوم جريمة السرقة، ويلحق بذلك الملكية المتنازع فيها بين المالك وآخرين، وكذلك المال الذي لا يملكه المختلس كله، بل جزء منه على الشيوخ، وقد استقر القضاء على هذه الأحكام⁽¹⁴⁾.

ثانيا: مدى اعتبار المعلومات محلا لجريمة السرقة

بناء على ما تقدم يطرح التساؤل حول مدى اعتبار المعلومات من قبيل الأموال المنقولة؟، وهل تصلح تبعا لذلك أن تكون محلا لجريمة السرقة؟.

أ_ مدى اعتبار المعلومات مالا: يجب بداية توضيح مفهوم الشيء أو المال المعلوماتي والذي يقصد به هنا الحاسب أو الكمبيوتر بكل مكوناته المادية والمعنوية، فالجزء المادي فيه يتكون من جهاز الإدخال والإخراج ووحدات التشغيل المركزية⁽¹⁵⁾، أما الجزء المعنوي فيشمل البرامج بالإضافة إلى المعلومات المطلوب معالجتها أو التي تمت معالجتها بالفعل⁽¹⁶⁾ مع الأخذ بعين الاعتبار المعطيات أو المعلومات منذ دخولها ومعالجتها إلكترونيا وتخزينها واسترجاعها لا تنفصل عن البرامج التي تنظمها، ولذلك فإنها لا تختلف في الطبيعة وفي كونها شيئا معنويا وتكون لها نفس الحماية المقررة للبرامج⁽¹⁷⁾.

بعد التطرق لمفهوم المال المعلوماتي ولأركان السرقة طبقا لقواعد القانون الجنائي التقليدي، يتضح لنا أن الجزء الخاص بالكيان المادي للكمبيوتر لا يثير أي مشكلة باعتباره مال منقول كشاشة الكمبيوتر وجهاز المعالج والطابعات وغيرها؛ ويضاف إليها البيانات المسجلة على دعامة مادية (ديسك، اسطوانة...) والتي لا تثير أيضا أية صعوبة قانونية ذلك أن الدعامة تعتبر مالا منقولا يحميه القانون وفق جرائم الأموال⁽¹⁸⁾.

أما الكيان المعنوي فقد أثار جدل فقهي بين رافض وقابل لإضفاء صفة المال عليه، وسوف نتطرق إلى كل رأي من هذه الآراء تباعا.

01. الرأي الرافض لإضفاء صفة المال على المعلومات: اعترض بعض

الفقه الجنائي على اعتبار المعلومات من قبيل الأموال استنادا إلى أن المعلومات لا يمكن أن تعتبر أشياء⁽¹⁹⁾، لأنها لا تكتسب صفة المنقول، ثم إن جرائم الأموال لا تحمي سوى المنقول، وهذا هو الفارق بين الأشياء والأفكار⁽²⁰⁾؛ إضافة إلى أن المعلومات أو الأشياء المعنوية لكونها غير مجسمة فلا يتصور انتزاع حيازتها ولذلك أبعدت من محل السرقة⁽²¹⁾، لأن جرائم السرقة تقع عدوانا على الحياة، كما تقع على الملكية، ويصعب تصور حيازة المعلومات لأن لها كيانا معنويا⁽²²⁾.

أما المعلومات التي قد تكون سرية بمعنى أن الاطلاع عليها أو حيازتها محظورا على غير ذي صفة، فهنا نكون أمام انتهاك لسرية المعلومات وليس سرقة

لها، أما إذا كانت المعلومة غير سرية ومجانية فإن الحصول عليها ليس بجريمة، فإذا كانت بمقابل مادي وتم الحصول عليها بغير مقابل ولا برضاء من له الحق في تقاضي هذا المقابل، نكون أمام سرقة للمنفعة أو الفائدة المرجوة من هذه المعلومة، والمرجع في تجريم ذلك إلى وجود نص أو عدمه⁽²³⁾.

إلا أن هذا الاتجاه رغم رفضه لإضفاء صفة المال على المعلومات، فقد أقر لبرامج الكمبيوتر صفة المال المعلوماتي، ويعني مدلولها القابلية للاستغلال المالي فحسب⁽²⁴⁾.

ومما لا شك فيه أن عدم إعطاء صفة المال للبرامج والمعلومات وتجريده من الحماية الجنائية، يؤدي إلى ضياع حقوق أصحابها وتكون عرضة للقرصنة، ولأن هذه البرامج والمعلومات تمثل قيمة اقتصادية بالنسبة للتجارة الإلكترونية كون أن معظم مداخل هذه التجارة وأسباب زيادتها وانتشارها يرجع لهذه البرامج والمعلومات، مما يستوجب إعطاء مفهوم موسع للمال أو سن نصوص خاصة تجعل هذه الأموال المعنوية صالحة لأن تكون محلا لجريمة السرقة.

02. الرأي المؤيد لإضفاء صف المال على المعلومات: وهذا الرأي يرى أن

المعلومات صالحة لأن تكون محلا للسرقة بالاعتداء عليها طالما ترتبط برأي صاحبها ولا تتوقف عند نطاق المعلومات العامة⁽²⁵⁾، بل ترتبط بشخصيته حيث أنه هو الذي فكر فيها، وهذا يعني أنها من الحقوق اللصيقة بشخصيته وهي موضوع الحق، ومن خصائصها القابلية للانتقال وهذا يعني أن هناك طرفا آخر يستقبل هذه المعلومات، ومن هنا تنشأ علاقة إما بينها وبين صاحبها أو بين صاحبها والغير⁽²⁶⁾.

ويرجع ذلك لرأي الفقه الحديث باعتبار الشيء مالا أو لا، ليس على الأساس ما له من كيان مادي وإنما على الأساس قيمته الاقتصادية⁽²⁷⁾، وأن القانون الذي يرفض إسباغ صفة المال على شيء له قيمة اقتصادية هو بلا جدال كما قال الأستاذ كاربونييه carbonnier قانون ينفصل تماما عن الواقع،

يضاف إليه قول الأستاذان **planiol et ripert** في تحديد مفهوم الشيء أو المال أنه نابع من الذهن وليس من طبيعة هذا الشيء⁽²⁸⁾.

وهناك رأي ربط بين الطبيعة المالية للمعلومات وبين الكيان المادي لها، معتبرا أنه يمكن أن يكون له كيان مادي طالما يمكن رؤيته على الشاشة مترجم إلى أفكار ومعلومات، متنقلة عبر أسلاك عن طريق انتقال نبضات أو رموز تمثل شفرات يمكن حلها إلى معلومات معينة لها أصل صادرة عنه يمكن سرقة سرقة وبالتالي فهي كيان مادي⁽²⁹⁾.

ب_ مدى اعتبار المعلومات منقولاً: لقد بينا سابقاً أن المنقول هو كل شيء مستقر بحيزه وغير ثابت فيه ويمكن نقله دون تلفه، كما بينا أنه يقصد بالشيء أو المال المعلوماتي هنا الحاسب أو الكمبيوتر بكل مكوناته المادية والمعنوية. ومن خلال المفهومين نجد أن الكيان المادي للمال المعلوماتي لا يثير أي إشكالية قانونية باعتباره منقول لأنه مال مادي، لكن الكيان المعنوي يثير إشكالات قانونية باعتباره مال معنوي، حيث يتنازع اتجاهان وفق التفصيل الآتي:

01. الاتجاه الأول يرى عدم إمكانية انتقال المعلومات أو البرامج، لأنها

ذات طبيعة ذهنية بحتة، إلا إذا انصب الانتقال على الهيكل أو الوسيط المسجلة عليه هذه المعلومات.

إلا أن هذا الرأي انتقد من قبل جانب من الفقه على أساس أن القابلية للانتقال لا يشترط فيها انتقال الهيكل الخارجي⁽³⁰⁾، إضافة إلى ذلك فإن النصوص القانونية ذاتها لا تحول من حيث المبدأ إمكانية وقوع هذه الجرائم على شيء معنوي لأنها لم تشر لا من قريب ولا من بعيد إلى الشيء أو المال الذي تقع عليه، مما يعني أن محل الجريمة لم يرد عليه قيد أو تخصيص من المشرع، وبالتالي يستوي أن تقع على أشياء مادية أو معنوية⁽³¹⁾. وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 350 من قانون العقوبات الجزائري، وكذلك المشرع الفرنسي في المادة 379 من قانون العقوبات الفرنسي.

02. الاتجاه الثاني والذي يرى بضرورة التفرقة بين عدة أوضاع وهي

كالتالي:

_ نسخ المعلومات: وفيه يقوم الجاني بأخذ نسخة من المعلومات المبرمجة - سواء في الجهاز نفسه أو على اسطوانة أو شريط - تاركا المعلومات الأصلية بالجهاز أو بالاسطوانة أو الشريط الأصلي، وفي هذه الحال يكون الجاني قد استولى على معلومات ولم يستولى على مال مادي منقول ينتمي إلى صاحبه، خاصة إذا قام بإحضار الشريط أو الاسطوانة من ماله الخاص⁽³²⁾.

إلا أن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت عمل نسخة مقلدة من مستند، تعد بمثابة سرقة لهذه النسخة من المستند الأصلي⁽³³⁾، ويدل ذلك على اتجاه القضاء الفرنسي إلى التخفيف من الطابع المادي للمنقول محل جرائم الأموال ليكون له طابع معنوي، ما دام أن له قيمة مالية⁽³⁴⁾.

_ الاطلاع على المعلومات دون نسخها: ويتحقق هذا الاطلاع بالتخزين أو الحفظ الواعي أو العرضي للمعلومات في ذاكرة الإنسان إثر مطالعتها بالبصر إذا كانت قد ظهرت على شاشة الحاسب في شكل مرئي أو بعد وصولها إلى الأذن إن تمثلت في صورة صوتية صادرة عن الأجهزة⁽³⁵⁾.

في هذه الحالة رفض القضاء اعتبار المتهم قد استولى على منقول وهنا نرجع إلى طبيعة الأمر في اعتبار المعلومات بأنها أفكار، وإن جاز بقول السرقة على مستند معين يتضمن شروط العقد، فإن السرقة لا تقع على أحد بنود هذا العقد ذلك أن هذا البند يشكل المحتوى القانوني للمستند، ويعتبر هنا الاطلاع على أفكار، وهنا التناقض يجب معالجته بنصوص خاصة تحمي المعلومات جنائيا ضد هذا السلوك من خلال نصوص خاصة أدخلتها العديد من التشريعات كالقوانين الأوروبية⁽³⁶⁾.

_ جهد الكمبيوتر: بالنسبة لهذا الجهد لا يمكن اختزاله إلى مجرد القوى المحركة للألة من كهرباء أو غيرها، لنقول أن السرقة قد حدثت بالإستلاء أو بالاختلاس على جهد الألة، وإن كان هذا صحيح، وإنما المقصود أساسا بالسرقة

هنا هو " تكتيك " هذه الآلة أي التقنية التي تتمتع بها وهذه التقنية لا يمكن تحيزها كالتقوى الكهربائية مثلا، وإنما هي تستخدم أو يتم الحصول عليها من مجرد تشغيل الآلة، ولا يمكن اختزانها لفترة لاحقة على ذلك، ولهذا فإن جهد الآلة لا يمكن تحييزه ماديا فضلا عنه انتفاء صفة المال عنه، ومن ثم فإنه لا يصلح أن يكون محلا لسرقة لهذه الجريمة بل يكون محلا لسرقة المنفعة فقط⁽³⁷⁾.

الفرع الثاني: الركن المادي

يتمثل في النشاط الإجرامي وهو فعل الإختلاس.

والاختلاس هو " كل فعل يقوم به الجاني ويؤدي إلى اغتصاب أو أخذ أو الاستيلاء على مال الغير أو أي شيء منقول مملوك للغير بدون علم أو رضا صاحب أو حائز هذا الشيء"⁽³⁸⁾؛ ولقد حدد الفقيه الفرنسي "جارسون" ماهية الإختلاس، بأنه "سلب حيازة الشيء رغما عن مالكة أو حائزه السابق"، أي اغتصاب للحيازة في معناها الحقيقي بعنصريها المادي والمعنوي:

فالعنصر المادي يشمل مجموعة الأفعال أو السلطات التي يباشرها مالك الشيء عليه، وهي بهذا الوصف تخوله الحق في كافة الأفعال المادية والتصرفات القانونية على الشيء المملوك، أما العنصر المعنوي، هو نية المغتصب في الاختصاص بالشيء والاستئثار به ومباشرة سلطاته عليه بوصفه مالكا له، واجتماع عنصري الحيازة يعني توافر الحيازة الكاملة للحائز.

ومن ناحية أخرى لا يمكن تكييف فعل الجاني على أنه اختلاس إلا إذا كان انتقال الحيازة بغير رضا مالك الشيء أو حائزه، ويتحقق عدم الرضا عادة بسلب الحيازة خلسة، أي بدون علم المجني عليه⁽³⁹⁾.

والسؤال الذي يطرح نفسه ما مدى انطباق فعل الاختلاس على

المعلومات؟

كما بينا أنفا أن للمال المعلوماتي كيانين مادي ومعنوي، وإن القفه لا يختلف على أن الكيان المادي للمعلومات من أجهزة وملحقاتها أو المعلومات

المثبتة في دعوات يقع عليها فعل الاختلاس وتنتقل من حيازة صاحبها إلى الجاني بنية التملك، فيطبق عليها القواعد العامة لجريمة السرقة؛ لكن الذي يثير عدة إشكالات هو الكيان المعنوي للمال المعلوماتي، الذي انقسم الفقه حول مدى انطباق فعل الاختلاس عليه كالتالي:

أولاً: الرأي الراض لكون أن فعل الاختلاس يقع على المعلومات

استبعد هذا الجانب من الفقه إمكانية وقوع فعل الاختلاس على المعلومات، واعتراضهم تمحور على مدى انطباق صفة المنقول على المعلومات، والمعروف أن المنقول كل مال يمكن تغيير موضعه ونقله من مكان إلى آخر، ومن المعلوم أن المعلومات يمكن نقلها من مكان إلى آخر، لكن لا تخرج من المكان الذي تكون فيه، فالأصل لم ينقل ولم ينقص منه شيء، وما تزال المعلومات على الرغم من حصول الجاني عليها بين يدي مالكها وتحت سيطرته⁽⁴⁰⁾.

ولقد أثبتت مشكلة خضوع البرامج لفعل الاختلاس أمام القضاء الفرنسي، لكنه لم يتصد مباشرة لكيفية تخطي العقوبات التي تواجه هذه المشكلة، وإنما قدم حلولاً عملية حاول الفقه من خلالها الوصول إلى التاصيل النظري لتجاوز هذه العقوبات⁽⁴¹⁾، والتي من بينها نذكر:

أ. إذا فرضنا وقوع فعل الاختلاس على معلومات فإن ذلك يصطدم بكون اختلاسها لا يعني خروجها عن سيطرة حائزها بينما يقضي فعل الاختلاس خروج المال بصفة كلية عن سيطرة المجني عليه.

ب. حالة وقوع الاختلاس على برامج وبيانات حال تجسدها في شكل سمعي أو مرئي عن طريق الالتقاط الذهني لها سواء عن طريق السمع أو البصر، ويعتبر هذا مجرد اطلاع على الأفكار وليس اختلاس.

ج. المعلومات التي تحويها البرامج من طبيعة غير مادية، فكيف يتصور أن يرد فعل الاختلاس الذي هو من طبيعة مادية على شيء معنوي⁽⁴²⁾.

ثانياً: الرأي المؤيد لكون أن فعل الاختلاس يقع على المعلومات

رد أصحاب هذا الرأي على الفقه المعارض لكون أن فعل الاختلاس يقع على المعلومات استنادا إلى أن العبرة ليس في المعلومات بحد ذاتها بل بما تنطوي عليه من قيمة، وأن قيمتها قد نقصت بفعل الاختلاس الذي يقع بمجرد التقاطها ذهنيا، لأن صاحبها فقد حقه في احتكار استغلالها والانتفاع بها، وعلى هذا خلص هذا الاتجاه إلى القول بإمكانية ملاحقة مرتكبي مثل هذه الأفعال بجريمة السرقة⁽⁴³⁾.

ويرى هذا الجانب من الفقه أن المبادئ العامة لعناصر الركن المادي للسرقة المتمثل في سلوك إجرامي ونتيجة إجرامية وعلاقة سببية، يتحقق في اختلاس المال المعلوماتي إثر قيام الجاني بتشغيل الحاسب الآلي والحصول على البيانات أو المعلومات أو حيازتها، وهو ليس في حاجة إلى استعمال العنف كي ينقل المعلومة ويستحوذ عليها، فقد يمكنه الحصول عليها عن طريق الشبكة بسهولة دون أن يكون مضطرا لإتيان السلوك المادي المنصوص عليه في مواد السرقة بما فيه فعل الاختلاس للمنقول، ولذلك فحيازة المعلومات عن طريق استحوادها أو الحصول عليها بطريق غير مشروع، يحقق الاختلاس المعلوماتي بعناصرها الثلاثة⁽⁴⁴⁾.

ومن جهة أخرى يرى البعض أنه يمكن وقوع فعل الاختلاس على برامج الحاسوب والمعلومات بصفة عامة مستقلة عن الدعامة التي تحويها، ويشترطون أن يتم ذلك الاختلاس بنشاط مادي هو عملية النسخ أو التصوير التي عن طريقها يتم نقل البرامج والمعلومات، وعلو ذلك أننا لا نكون أمام اختلاس بالنسبة للمعلومات التي تم التقاطها ذهنيا، إلا بنشاط مادي كما إذا وضعت موضع التنفيذ أو تم بيعها أو نقلها إلى الغير على دعامة مادية أو إذاعتها لأن هذا النشاط المادي هو الذي ينتج عنه انتقال المعلومات من ذمة إلى أخرى ويقوم بها الاختلاس⁽⁴⁵⁾.

كذلك اختلاس المعلومات عن طريق النسخ والتصوير، ظهرت فكرة الاختلاس المؤقت في مجال سرقة البيانات الإلكترونية، رغم أنها تخالف مفهوم التقليدي للاختلاس الذي يتم بشكل نهائي، ومن الواضح أن الفكرة تشكل تخليا عن شرط الاختلاس النهائي، واستنادا إلى فكرة الاختلاس المؤقت قضي بوقوع السرقة ممن قام بتصوير مستندا، وبذلك بدأت المحاكم في أحكامها تعتبر المتهم أثناء تصويره للمستند قد اختلاس المستند الأصلي في الفترة المحددة⁽⁴⁶⁾.

الفرع الثالث: الركن المعنوي

تعد السرقة من الجرائم العمدية التي تستلزم توافر قصد جنائي عام وخاص، ويتمثل القصد الجنائي العام في معرفة الجاني وقت ارتكابه الفعل واتجاه إرادته الحرة وإدراكه السليم بجميع أركان الجريمة مع سوء نية الإضرار بالغير عن طريق اختلاس ممتلكاته المنقولة، وإلى جانب القصد الجنائي العام يجب توافر القصد الجنائي الخاص أي نية محددة هي نية التملك الشيء المسروق وحرمان مالكة منه نهائيا⁽⁴⁷⁾، والملاحظ في هذا الصدد أن المشرع الجزائري لم يعبر عليها في نص المادة 350 من قانون العقوبات الجزائري، عكس المشرع الفرنسي الذي عبر عليها بقصد الغش في نص المادة 1/311 من قانون العقوبات الفرنسي.

من خلال هذا المفهوم نجد أن القصد الجنائي العام متوفر في جريمة سرقة المعلومات، لعلم الجاني أنه يقوم بعمل غير مشروع ويقدم بإرادته الحرة على ذلك ويستولى على المعلومات، لكن القصد الجنائي الخاص يثير إشكالية، لأنه لا يحرم المجني عليه من حيازة ماله، لكن التملك هنا يكون بالاستعمال مما ينقص من قيمته الاقتصادية وكذلك من انتفاع صاحب المال بماله.

المطلب الثاني: جريمة النصب المعلوماتية

نص المشرع الجزائري في المادة 372 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: " كل من توصل إلى استلام أو تلقى أموال أو منقولات أو سندات أو تصرفات أو أوراق مالية أو وعود أو مخالصات أو إبراء من

التزامات أو إلى الحصول على أي منها أو شرع في ذلك وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها أو الشروع فيه إما باستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو سلطة خيالية أو اعتماد مالي خيالي أو بإحداث الأمل في الفوز بأي شيء أو في وقوع حادث أو أية واقعة أخرى وهمية أو الخشبية من وقوع شيء منها...".

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا لجريمة النصب واكتفى بذكر الطرق الاحتيالية الموجبة لقيام جريمة النصب.

وبالرجوع إلى الفقه نجد أن النصب هو حمل الغير بوسائل الخداع على تسليم مال منقول أو غير منقول⁽⁴⁸⁾؛ وهو الاستيلاء بطريقة الاحتيال على شيء مملوك للغير بنية تملكه⁽⁴⁹⁾؛ وعلى هذا فجريمة النصب تعني قيام الجاني بالإستيلاء على مال الغير عن طريق استخدامه وسائل التدليس أو احتيال توهم المجني عليه، فتوقعه في غلط يقوم تحت تأثيره بتسليم ماله إلى الجاني⁽⁵⁰⁾.

ومن نص المادة 372 من قانون العقوبات الجزائري نجد أن جريمة النصب تقوم على ركنين، أولهما الركن المادي والثاني الركن المعنوي.

الفرع الأول: الركن المادي لجريمة النصب المعلوماتية

يتكون الركن المادي لجريمة النصب من ثلاثة عناصر هي كالتالي:
أولاً) النشاط الإجرامي المتمثل في استخدام وسيلة من وسائل التدليس المنصوص عليها على سبيل الحصر.

ثانياً) النتيجة الإجرامية وهي استلام أو تلقى أموال أو منقولات وغيرها من المجني عليه.

ثالثاً) العلاقة السببية بين النشاط الإجرامي المتمثل بقيام الجاني باستخدام وسيلة التدليس والنتيجة المتمثلة في سلب مال الغير.

أولاً: النشاط الإجرامي

حتى تقوم مسؤولية الجاني في جريمة النصب لا بد من قيام هذا الأخير باستعمال وسيلة من وسائل التدليس⁽⁵¹⁾ لسلب مال الغير، والتي وردت في المادة

372 من قانون العقوبات على سبيل الحصر. ولن يكون هنالك تدليس ما لم يطمع على الكذب⁽⁵²⁾ والاحتيال⁽⁵³⁾، حيث أنه من المسلم به فقها وقضاء أن الكذب المجرد لا يكفي لتوفر الطريقة الاحتيالية، مهما تنوعت صيغته، وقد قضت محكمة النقض بأن جريمة النصب لا تتحقق بمجرد الأقوال والإدعاءات الكاذبة ولو كان قائلها قد بالغ في توكيدها حتى تأثر بها المجني عليه، بل يجب أن يكون قد اصطحب بأعمال مادية أو مظاهر خارجية تحمل المجني عليه على الاعتقاد بصحته⁽⁵⁴⁾، إما باستعمال أسماء أو صفات كاذبة، أو سلطة خيالية، أو اعتماد مالي خيالي، أو بإحداث الأمل في الفوز بأي شيء، أو في وقوع حادث أو أية واقعة أخرى وهمية أو الخشية من وقوع شيء منها.

لكن الإشكالية التي تطرح هي مدى انطباق عنصر النشاط الإجرامي للركن المادي لجريمة النصب على الجانب المعلوماتي؟

إن الإجابة على هذه الإشكالية تتطلب التمييز بين أمرين، الأول إذا كان تسليم المال قد حصل من المجني عليه وهو شخص طبيعي، لأن فعل الاحتيال يقع على إنسان كما أن الغلط يقع فيه الإنسان، وثانيا إذا كان التسليم من آلة، وهذه هي الإشكالية فهل يمكن تطبيق جريمة النصب على فعل الاحتيال على الكمبيوتر؟

بالنسبة للأمر الأول المتمثل في وقوع الاحتيال على شخص طبيعي، يرى الفقه أن فعل الاحتيال يقع على إنسان يحمله على تسليم أمواله، وأن يكون محل جريمة النصب المتمثل في البرامج والبيانات على دعائم مادية، حيث تكون الدعامة محلا أو موضوعا للجريمة نظرا لطبيعتها المادية⁽⁵⁵⁾.

لكن جانب من الفقه لم يشترط أن تكون هذه البرامج أو البيانات مثبتة في دعامة، بل اعتبروا أن جريمة النصب تقوم متى تمكن الجاني _ بطرقه الاحتيالية _ من حمل المجني عليه على تسليم لعبة إلكترونية أو سيناريو أو قصة سواء كانت مثبتة في منقول أم لا⁽⁵⁶⁾، وهذا على ضوء ما أتى به القانون الفرنسي لما توسع في مفهوم المال محل التسليم في جريمة النصب، وذلك حسب

المادة 313_1 من ق ع ف التي نصت على أنه: " محل النصب قد يكون نقودا أو قيما أو أموالا أو تقديم خدمات والرضا بعمل يفرض التزاما أو إعفاء. " ويرى الفقه أن المشرع تخلى على لفظ (الأشياء) حتى لا تنصرف إلى الأموال المادية المنقولة، وإنما أستعمل لفظي _ نقود وأموال _ حتى يمكن إدخال الأموال المعنوية ضمن الأموال التي تكون محلا لجريمة النصب⁽⁵⁷⁾.

أما الأمر الثاني والمتمثل في حالة إذا كان المجني عليه آلة، فهل يصلح أن يقع عليها فعل الاحتيال ونكون أمام جريمة النصب؟

لقد اختلف الفقه في إمكانية الاحتيال على نظام الحاسب وإيقاعه في غلط، وسنتناول موقف كل فريق ومبرراته:

أ. الاتجاه الأول: يرى عدم إمكانية وقوع فعل الاحتيال على الحاسب، وبالتالي نفي وقوع جريمة النصب في هذه الحالة وعدم إمكانية صلاحية البرامج والبيانات لأن تكون محلا لهذه الجريمة.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه عدم إمكانية وقوع فعل الاحتيال على البرامج والبيانات لعدم صلاحيتها أن تكون موضوعا لهذه الجريمة، وكانت مبرراتهم كالتالي:

01. عدم إمكانية تطبيق النص الجنائي لجريمة النصب إلا إذا خدع الجاني شخص مثله، ومن ثم إذا خدع الشخص المكلف بمراقبة البيانات أو مراجعتها أو فحصها تقوم جريمة النصب إذا توافرت باقي عناصرها⁽⁵⁸⁾.

02. عدم وجود نشاط مادي مجسم يتحقق به التسليم والاستلام في جريمة النصب، ولو فرضنا جدلا إمكانية وقوع التسليم والاستلام في هذه الحالة، فإنه لن ينتج عن ذلك حرمان المجني عليه من المعلومات التي نقلها بقوله، بل تبقى تحت سيطرته وهذا يخالف طبيعة النشاط الإجرامي في جريمة النصب⁽⁵⁹⁾.

ولقد اتفق القانون الفرنسي مع هذا الاتجاه، إلا أن الفقه الفرنسي خالفه حيث يرى أن خداع الحاسب الآلي لسلب مال الغير، يحتمله نص المادة 405 من قانون العقوبات⁽⁶⁰⁾، وذلك بوصف أن النصب كذب تدعمه أعمال مادية أو خارجية،

وأن الجاني في النصب المعلوماتي يبرز أو يقدم المستندات أو المعلومات المدخلة للحاسب، وهي بذلك بمثابة الأعمال المادية التي تؤيد الكذب المجرد من الجاني⁽⁶¹⁾. وأيد القضاء الفرنسي ذلك، حيث قضى بتطبيق عقوبة النصب على شخص دخل بسيارته موقف انتظار السيارات، وبدلاً من وضع النقود الأصلية المطلوبة في عداد أماكن الانتظار قام بوضع قطعة معدنية عديمة القيمة فيه، وترتب على ذلك تشغيل الماكينة وتحريك العقارب، حيث أسست المحكمة حكمها على أن وضع قطعة معدنية عديمة القيمة في العداد يعد من قبيل الطرق الاحتمالية؛ كذلك ما يراه القاضي جاجر M. Jaeger الذي استبعد تطبيق نص المادة 496 من التشريع العقابي لدولة لوكسمبورغ المتعلق بالنصب وبالاحتيال الواقع على الحاسب، وذلك على أساس أن الآلة يستخدمها الإنسان، وهذا الأخير هو الذي يكون قد خدع لأن آله لا تكون قد استعملت طبقاً للتصور الأصلي الذي وضع لها⁽⁶²⁾.

ب. الاتجاه الثاني: وهو الرأي القائل بإمكانية صلاحية البرامج والبيانات محلاً لجريمة النصب، ويستند هذا الاتجاه من الفقه على النصوص المتضمنة هذه الجريمة بأنها تعطي مجرد أمثلة على المحال التي يمكن أن تكون موضوعاً لهذه الجريمة، دون أن تشترط أن يكون المحل مادياً أو معنوياً⁽⁶³⁾.

وتمثله تشريعات دول الأنجلوسكسون والتي جاءت نصوصها في مجال النصب على نحو أعم وأشمل من نظيرتها الأوروبية، وبحيث يمكن تطبيقها على النصب المعلوماتي⁽⁶⁴⁾، ومنها بريطانيا وأستراليا وكندا وهذا الاتجاه يوسع من النصوص المتعلقة بالعقاب على جريمة النصب، ولقد تدخل المشرع الإنجليزي عام 1983 بالتعديل، واعتبر خداع الآلة بنية ارتكاب غش مالي هو من قبيل الاحتيال الذي يجب العقاب عليه جنائياً⁽⁶⁵⁾.

كما نجد أيضاً قانون العقوبات الكندي في المادتين 387، 388 يسهل تطبيقهما على النصب المعلوماتي، وهكذا أدان القضاء الكندي في قضية Regina

v. Marin Ressource Analyste limited المتهمون بجريمة الشروع في النصب، لاستخدامهم رقم حساب شخص آخر للولوج في نظام معلوماتي⁽⁶⁶⁾.

ومن التشريعات التي عالجت جريمة النصب التشريع الأمريكي في المادة 1030 من الباب 18 من تقنين الولايات المتحدة⁽⁶⁷⁾، والألماني في المادة 263 حيث نص على العقاب على جرائم التلاعب بالحساب الآلي بقصد الحصول على أموال غير مشرعة⁽⁶⁸⁾.

وفي فرنسا انتهت أحكام للقضاء إلى تجريم رجل متخصص في الكمبيوتر يعمل في أحد البنوك بتهمة النصب عندما قام بالاستعانة بعمليات الكمبيوتر لكي يزيد رصيد حسابه في البنك من أرصدة العملاء، وهنا انتهت المحكمة إلى وقوع تعدد في الجريمة بين النصب وجريمة إعاقة النظام⁽⁶⁹⁾.

ثانياً: النتيجة الإجرامية

إن الاستيلاء على مال الغير هو النتيجة المنتظرة من جريمة النصب، وذلك بعد استعمال الجاني وسائل احتيالية قصد تسلم الأموال أو المنقولات والسندات... الخ، أي المال موضوع الجريمة كما بينته المادة 372 من قانون العقوبات الجزائري.

والتسليم معناه كل سلوك يصدر من المجني عليه نتيجة الغلط الذي وقع فيه بسبب وسائل الاحتيال المستخدمة من طرف الجاني، يحمله على نقل أمواله موضوع النصب للجاني أو أي شخص آخر يعينه الجاني⁽⁷⁰⁾، وعليه فإن جريمة النصب تتم بمجرد تسليم المجني عليه المال للجاني بناء على استعمال هذا الأخير لوسائل التدليس ولو لم يلحق المجني عليه ضرر منها، لأن الضرر ليس بشرط في النصب بل يكفي أن يكون الضرر محتمل الوقوع⁽⁷¹⁾.

ومما سبق فإن الجاني يستولى على مال الغير بدون وجه حق، نتيجة الوسائل الاحتيالية المستعملة، أما فيما يخص سلب مال الغير في المعلوماتية، يكون الاستيلاء على أموال الغير باستخدام الحاسب الآلي، ذلك أن هذا الأخير يعد أداة إيجابية في جريمة النصب المعلوماتي متى تم التدخل مباشرة في

المعطيات بإدخال معلومات وهمية أو بتعديل البرامج أو خلق برامج صورية وليس هناك صعوبة في اكتشاف الطرق الاحتمالية في هذه الحالات⁽⁷²⁾.

أما القضاء الفرنسي من خلال محكمة النقض فقد ابتدع نظرية التسليم المعادل *La théorie remise par équivalent* والتي صيغت بمناسبة النصب على المبيعات TVA، وعلى عداد موقف انتظار السيارات والتليفون، ومضمون النظرية يتمثل في كون أن مجرد القيد الكتابي *jeu d'écriture* والذي لا يقتضي تسليم شيء مادي أيا كان، يعد من قبيل التسليم العادل⁽⁷³⁾.

أما في حالة كان محل التسليم غير مادي، فإن جانب من الفقه الفرنسي يرى قيام جريمة النصب في حالة التدخل في البرمجة أو المعطيات المقدمة لجهاز الحاسب الآلي، والتي تؤدي إلى إلغاء رصيد مدين أو بالأحرى جعل الحساب دائماً بمبالغ غير مستحقة، لأنه سواء قام الحاسب الآلي باحتجاز أمر التحويل الخاص بشخص ما ثم زوره باسمه حتى يدفع قيمته في حاسبه، وسواء تم التلاعب في البرامج والذي تكون غايته دفع الفوائد في حسابه، فإن تحويل الأموال من حساب لآخر يتم بالقيد كتابة بدون تسليم الأموال نقداً للجاني، وفي كل هذه الحالات فإن الدفع يتم بواسطة القيد كتابة رغم الطبيعة غير المادية للنقود الكتابية، وهو ما يعادل التسليم المادي للأموال⁽⁷⁴⁾.

ثالثاً: العلاقة السببية

وهي العلاقة التي تقوم على ربط النشاط الإجرامي بالنتيجة، فلا يمكن القول بوجود جريمة النصب إلا إذا كانت هنالك علاقة سببية بين الوسائل الاحتمالية التي قام به الجاني وبين تسلمه للمال أو الأشياء المنقولة التي حصل عليها من المجني عليه، أو من يمثله، أي لولا هذه الوسائل الاحتمالية ما تسلم الجاني هذه الأموال.

أما إذا تسلم شخصاً من صديق له مالا على سبيل الأمانة ثم ارتكب تدليسا بهدف ضمه إلى ممتلكاته فإنه لا يعاقب على نصب وإنما على خيانة الأمانة أو السرقة، ويجب أن تكون الوسائل الاحتمالية التي قام بها الجاني من

شأنها أن تؤدي إلى تسلمه المال أو المنقول، فإن سلم المجني عليه المال أو المنقول دون تأثير بهذه الوسائل وكان التسليم لسبب آخر لا دخل للجاني فيه فلا وجود لجريمة النصب لانقطاع العلاقة السببية⁽⁷⁵⁾.

الفرع الثاني: الركن المعنوي في جريمة النصب المعلوماتية

تعتبر جريمة النصب من جرائم العمدية وهي مثل لكل الجرائم يشترط فيها قصد جنائي عام وآخر خاص، فبالنسبة للقصد الجنائي العام في جريمة النصب، هو علم الجاني بأفعاله الاحتمالية المكونة لأركان الجريمة وفق ما نص عليه القانون، وذلك بانصراف إرادته إلى تحقيق أركان الجريمة بالأفعال والأقوال المكذوبة، أي يقوم بفعل تدليس في النصب المعلوماتي، أما القصد الخاص فيتمثل في نية الاستيلاء على مال الغير وتملكه.

وعليه يجب أن يكون الجاني يعلم أن ما يصدر عنه نوع من الاحتيال وأنه كاذب في ادعاءاته، مع اتجاه إرادته إلى ماديات الواقعة الإجرامية وهي الاحتيال والاستيلاء على مال الغير؛ ويرى البعض أن القصد في النصب قصد خاص إذ يجب أن تكون الغاية من وراء ذلك سلب ثروة الغير كلها أو بعضها وحرمانه منها نهائياً، فإذا كان قصد الجاني منصرفاً إلى الانتفاع بالمال مؤقتاً ثم رده أو بقصد تفحصه لمعرفة سر صناعته ثم رده فإن هذا لا يعد نصبا⁽⁷⁶⁾.

الخاتمة -

بعد التطرق إلى جريمتي السرقة والنصب المعلوماتية نلاحظ أنهما لا تختلفان عن الجريمتين التقليديتين من حيث تكوين أركانها والنتيجة المتوقعة منهما، إلا أن الوسائل التي تتم بها هي وسائل إلكترونية تقع على المعلومات، حيث أصبحت هذه المعلومات سيف ذو حدين، فمن جهة هي مستهدفة ومحل للجريمتين، ومن جهة أخرى هي أدوات للجريمة.

إلا أن الإشكالية التي طرحت في كيفية تطبيق هذه النصوص التقليدية التي بنيت على الجرائم التي لا تقع إلا على المنقولات المادية، فكان لا بد من تخطي كل العقبات بالاعتراف بأنها منقول وأن الجرائم يمكن أن تقع

على الأموال المعنوية، لكن بعد التطرق إلى النصوص القانونية عارضتنا عدة إشكالات، لذلك كان لا بد على المشرع الجزائري أن ينتبه إلى هذه الجرائم ولما تمثله من خطر على اقتصاد الدولة والأفراد، كما ترحز ثقة المتعاملين في هذا النوع من التجارة، وعليه لا بد أن يتعاطى مع هذه النصوص المجرمة للضلعين بمرونة كبيرة وتضمنينهما ألفاظ تسمح بالتفسير الموسع لإدخال مثل هذه الجرائم أو أن يشرع نصوص خاصة لتجريمها ولا يتركها للقواعد العامة فإنها لا تستوعب مثل هذه الجرائم.

الإحالات والمراجع -

(1) ولقد أثار تعريف الجريمة المعلوماتية اختلافا بين الفقهاء، فمنهم من عرفها على أساس الفاعل بأنها " فعل غير مشروع يتطلب إثباته توفر معرفة الفاعل بتقنية الحاسوب". لكن العيب فيها أنه أغفل الفعل الإجرامي واعتد بالفاعل . ينظر: كامل فريد السلك: **الجريمة المعلوماتية**، مؤتمر للجمعية السورية للمعلومات بعنوان ندوة التنمية ومجتمع المعلوماتية 21_23، حلب، 2000، بدون صفحة.

_ وعرفها الفقيهان Michel, Credo من أنها " استخدام الحاسب كأداة لارتكاب الجريمة بالإضافة إلى الحالات المتعلقة بالولوج غير المصرح به لحاسب المجني عليه أو بياناته". ينظر: علاء عبد الباسط خلاف: **الحماية الجنائية للحاسب الإلكتروني والانترنت في ضوء (قانون العقوبات، قانون الإجراءات الجنائية، قانون حماية حقوق الملكية الفكرية، مع الإشارة لتصرفات النيابة وأحكام المحاكم الابتدائية ومحكمة النقض)**، الطبعة الثانية، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، الكويت، 2008_2009، ص47.

- وقد عرفت جرائم المعلوماتية في تقرير الجرائم المتعلقة بالحاسوب أقر المجلس الأوروبي بقيام المخالفة (الجريمة) في كل حالة يتم فيها " تغيير معطيات أو بيانات أو برامج الحاسوب أو محوها أو كتابتها، وأي تدخل آخر في مجال إنجاز البيانات أو معالجتها، وتبعاً لذلك تسببت في ضرر اقتصادي أو فقد حيابة ملكية شخص آخر، أو بقصد الحصول على كسب اقتصادي غير مشروع له أو لشخص آخر". ينظر: سومية عكور: **الجرائم المعلوماتية وطرق مواجهتها (قراءة في المشهد القانوني والأمني)**، الملتقى العلمي بعنوان الجرائم المستحدثة في ظل المتغيرات والتحوليات الإقليمية والدولية من 2 إلى 4 سبتمبر، كلية العلوم الإستراتيجية، عمان _ المملكة الأردنية الهاشمية، 2014، ص4.

(2) ينظر: فريد منعم جبور: حماية المستهلك عبر الانترنت ومكافحة الجرائم الإلكترونية

دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص 197.

(3) ويقصد بالجرائم المستحدثة أنماط من الجرائم التي لم يألفها المجتمع في السابق، من

حيث أسلوب ارتكابها ونوع الجناة فيها وحجمها، أو هي الجرائم المخطط لها والتي

يستعين المجرمون عند تنفيذها من معطيات العلم الحديث مثل جرائم الإرهاب

والمخدرات وجرائم الحاسوب الآلي والانترنت أو هي تلك التي يشترط لاستخدامها

التقنية الحديثة لتسهيل تنفيذها وإخفاء معالمها، ينظر: محمد الأمين البشري:

التحقيق في الجرائم المستحدثة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004،

ص 8، 9. مشار إليه: هروال هبة نبيلة: جرائم الانترنت دراسة مقارنة، أطروحة لنيل

شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،

2013_2014، ص 12.

(4) نص المادة 350 من قانون العقوبات الجزائري رقم 15_04 المؤرخ في 27 رمضان عام

1425 الموافق 10 نوفمبر سنة 2004، يعدل ويتمم الأمر رقم 66_155 المؤرخ في 18

صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة

الرسمية رقم 71 لسنة 2004.

(5) Article 311_1 du code pénal français : « le vol est la soustraction

frauduleuse de la chose d'autrui ».

(6) ينظر: عصام عبد الفتاح مطر: التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار

الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 342.

(7) ينظر: محمد صبحي نجم: شرح قانون العقوبات الجزائري "القسم الخاص"، الطبعة

الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1990، ص 121.

(8) ينظر: عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن، دار

إحياء التراث العربي، بيروت 1952، ص 6_9.

(9) المادة 1/682 من القانون رقم 10_05 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(10) وقد يكون المنع أو الحظر بحكم القانون مطلقا أو نسبيا، فالأشياء المحظور التعامل فيها

على سبيل الإطلاق، هي كل ما لا يصدق عليها وصف مال في جميع الأحوال، ومن

ذلك الإنسان، فهو خارج عن دائرة التعامل مطلقة ولا يعد مالا، ولكن مع مرور الزمن

يمكن أن تصبح جثة الإنسان ولاعتبارات تاريخية محلا للسرقة كالموميאות. أما

الأشياء المحظورة التعامل فيها نسبيا، وهي تخرج عن التعامل حسب الأصل، إلا أنه في بعض الأحيان يرخص التعامل فيها وفقا لبعض الشروط وبالنسبة لبعض الأفراد. ينظر: يحيى نافع الفرا: شرح قانون العقوبات الفلسطيني "القسم الخاص" (جرائم المتعلقة بالمصلحة العامة وجرائم الأموال)، الطبعة الثانية، كلية العلوم الشرطية والقانون، جامعة الأمة للتعليم المفتوح، 2013_2014، ص 91.

(11) ينظر: عمر الفاروق الحسيني: لمحة عن جرائم السرقة من حيث اتصالها بنظم المعالجة الآلية للمعلومات، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت من 1_3 مايو 2000، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2004، ص 331.

(12) وهناك من تصلح محلا للسرقة رغم صعوبة تحديدها طبيعتها كسرقة الكهرباء، فغالب الفقه في مصر وفرنسا، وأحكام القضاء كذلك، على اعتبار سرقة الكهرباء تصلح أن تكون محلا للسرقة فهي شيء ملموس يمكن حيازته ونقله من مكان لآخر، ولا تتنافى طبيعتها مع فعل الاختلاس، ويلحق بذلك سرقة الخط الهاتف واستعماله في إجراء مكالمات تليفونية على حساب صاحب هذا الخط، حيث قضت محكمة النقض باعتبار الفعل سرقة بوصف أن المال لا يقتصر على ما كان جسما متحيزا قابلا للوزن طبقا للنظريات الطبيعية، بل هو يتناول كل شيء مقوم قابل للتملك والحيازة والنقل من مكان إلى آخر، ويرى الفقه أن الحكم في نتيجته صحيح، ولكن في تسببه يجب أن يستند على أن سرقة الطاقة الكهربائية التي تتحول إلى طاقة مغناطيسية تعمل على نقل الصوت من خلال هذه الأسلاك. ينظر: عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية الكتاب الثاني، الحماية الجنائية لنظام التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية. 2004، ص 169، 170.

(13) غير أن معنى المنقول في القانون العقوبات أوسع من المدني الذي يضيف صفة العقار بالتخصيص على بعض المنقولات المخصصة لخدمة العقار، أما القانون الجنائي فيدخلها ضمن المنقولات مثل نوافذ المنزل، وسرقة شجر من حديقة بعد قطعها أو الآلات الصناعية في المعامل. ينظر: محمد صبحي نجم: مرجع سابق، ص 122.

(14) ينظر: عبد الفتاح بيومي حجازي: مرجع سابق، ص 172.

(15) وحدات الإدخال: تسمى كذلك لأنها تستخدم في إدخال البيانات وبرامج التشغيل الرئيسية، وتشمل مشغل الاسطوانة ولوحة المفاتيح والفأرة.

_ وحدات الإخراج: هي الوسائط المستخدمة لإظهار نتائج التشغيل، ويمكن إظهارها بأكثر من وسيلة، وبذلك يكون للحاسب مخرجات ورقية تتم عن طريق الطباعة بحيث تستخرج المعلومات في شكل نسخ ورقية مطبوعة، ومخرجات إلكترونية حيث يتم استخراج المعلومات على دعائم إلكترونية مثل الشريط المغنط والقرص المغنطة.

_ وحدات التشغيل: تتكون من ذاكرة التي تستخدم لحفظ البيانات والمعلومات المبرمجة حفظا دائما أو مؤقتا، ووحدة الحساب أو المنطق التي تقوم بإنجاز العمليات الحسابية والمنطقية وهي عبارة عن ذاكرة سريعة، ووحدة التحكم التي تقوم بالتنسيق بين وحدات النظام المعلوماتي. ينظر:خليفة مريم: **الرهانات القانونية للتجارة الإلكترونية**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2011/2012، ص202.

(16) يقصد بالبرامج: مجموعة الأوامر والتعليمات التي تكتب بلغة معينة والتي تصدر من الإنسان إلى الآلة أي أن البرامج في جوهره معلومات، والمعلومات، تعبير يأخذ شكل رسالة يمكن نقلها من خلال وسيلة معينة أو علامة متعارف عليها لنقل هذه الرسالة إلى الغير، أو هي أحد عناصر المعرفة التي يصل بها الغير من خلال وسيلة مناسبة لنقلها أو تسجيلها أو معالجتها. ينظر:على عبد القادر القهوجي: **الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونيا**، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت من 1_3 مايو 2000، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، 2004، ص 576.

_ المعلومات: هي مجموعة من الأفكار تمثل تعبيرا يأخذ شكل رسالة يمكن للغير أن يدركها على صورة من الصور سواء عن طريق نقلها أم حفظها أم معالجتها. أما المعلومات التي تمت معالجتها، هي المعلومات التي أصبحت رموزا وشفرات لا يمكن للإنسان العلم بها إلا من خلال الآلة وأثناء تشغيلها. ينظر:علاء عبد الباسط خلاف: مرجع سابق، ص70.

(17) ينظر:على عبد القادر القهوجي: مرجع سابق، ص 561.

(18) ينظر:شيماء عبد الغني محمد عطا الله: **الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية (دراسة مقارنة بين النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي)**، برلين للطباعة، 2012_2013، ص31.

(19) الأشياء هنا يقصد بها الجانب المادي دون المعنوي.

(20) ينظر:عبد الفتاح بيومي حجازي: مرجع سابق، ص175.

و هذا ما اعتمد عليه القضاء الفرنسي بتمسكه بالشرعية الجنائية، الذي ذهب في غير ما مرة على أن الأموال المادية وحدها يمكن أن تكون موضوعا لجريمة السرقة وأن المعلومات لا يمكن أن تكون محلا لسرقة إلا بالنظر للدعامة التي تحملها، سواء كانت دعامة ورقية أو إلكترونية، وهذا ما أخذت به عندما قضت ببراءة أحد الصحفيين، الذي وجهت له تهمة السرقة على أثر نشره لمعلومات تقنية تساعد القراء على فك شفرة البرامج التليفزيونية المؤدى عنها، حيث اعتبرت محكمة الاستئناف بباريس أن جريمة السرقة غير قائمة ما دام أن فك التشفير لا يرتب عليه نقل البرامج المحمية من حيازة المالك لها ولا من حيازة المشاهدين المستفيدين منها، مادامت الشركة تستمر في بث برامجها وما دام المشاهد المنخرط يستمر في استقبال البرامج التليفزيونية والاستفادة منها. ينظر: سومية عكور: مرجع سابق، ص 18.

(21) ينظر: محمد صبحي نجم: المرجع السابق، ص 122.

(22) ينظر: غنام محمد غنام: عدم ملاءمة القواعد التقليدية في القانون العقوبات لمكافحة جرائم الكمبيوتر، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت من 1_3 مايو 2000، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2004، ص 633.

(23) ينظر: عمر الفاروق الحسيني: مرجع سابق، ص 333، 332.

ويفرض البعض بين المعلومات والبيانات التي لم تتم معالجتها إلكترونيا، والتي تمت معالجتها، فيرى أن الأولى باعتبار أن عنصرها الأساسي هو الدلالة لا الدعامة التي تجسدها فإنه لا يمكن اختلاسها، لعدم توفر المادية فيها، الثانية فتم معالجتها وأصبح لها كيان مادي متمثل في نبضات أو إشارات إلكترونية ممغنطة يمكن تخزينها على وسائط معينة ونقلها واستغلالها وإعادة إنتاجها فضلا عن إمكانية تقديرها كما وقياسا، فهي ليست شيئا معنويا كالحقوق والأفكار، بل هي شيء له في العالم الخارجي وجود مادي. ينظر: خثير مسعود: الحماية الجنائية لبرامج الكمبيوتر أساليب وثغرات، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 42.

وفقا لهذا الرأي فإن المعلومات التي تمت معالجتها، تتحول من أموال معنوية إلى أموال مادية تخضع للحماية الجنائية، ويأخذ نفس حكمها البيانات المخزنة سواء في برامج الحاسب أو ذاكرته، أما إذا لم تعالج أليا عن طريق الحاسوب لا تعتبر من قبيل الأموال الخاضعة للحماية الجنائية. ينظر: آمال قارة: الحماية الجزائية للمعلومات في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2007، ص 19.

- (24) ينظر: خثير مسعود: مرجع سابق، ص 41.
- _ فالقابلية للاستغلال المالي تعني المنفعة التي تأتي من خلال استعماله وليس أنه شيء يعتبر من قبل الأموال بحد ذاته.
- (25) لا تعتبر كل المعلومات عامة، بل هناك بعض المعلومات الخاصة كالبرامج أو المعلومات العلمية بأبحاث معينة، فهي تكون محلا للتعامل عليها من قبل أصحابها مع الغير. ينظر: عصام عبد الفتاح مطر: مرجع سابق، ص 342.
- (26) ينظر: فشار عطاء الله: **مواجهة الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري**، بحث مقدم إلى الملتقى المغربي حول القانون والمعلوماتية ويمي 28_29 أكتوبر في طرابلس، أكاديمية الدراسات العليا، ليبيا، 2009، ص 3.
- (27) وهذا الجانب من الفقه يرى أنه يمكن تطبيق أحكام السرقة على سرقة المعلوماتية أو البيانات في إطار ما يصطلح عليه بسرقة المنفعة، أو استنادا إلى عنصر القيمة الاقتصادية للبيانات، حيث أصبحت الحاجة ملحة لاستبدال معيار مادية المال بمعيار القيمة الاقتصادية سواء كان المال ماديا أو معنويا. ينظر: سومية عكور: مرجع سابق، ص 18.
- (28) ينظر: على عبد القادر القهوجي: مرجع سابق، ص 577.
- (29) ينظر: خليفي مريم: مرجع سابق، ص 204.
- (30) ينظر: صالح شنين: **الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2013/2012، ص 18.
- (31) ينظر: على عبد القادر القهوجي: مرجع سابق، ص 579.
- (32) ينظر: غنام محمد غنام: مرجع سابق، ص 634.
- _ وذهب رأي من الفقه إلى أن المعلومات في حد ذاتها تصلح أن تكون محلا للسرقة، وذلك لأن كلمة الشيء في المادة 1/311 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد، تشمل الأشياء المادية وغير المادية، وإذا كان من الممكن حيازة الأشياء غير المادية مثل حق الارتفاق والدين وحق الانتفاع فإنه يكون من الممكن حيازة المعلومات. ينظر: علاء عبد الباسط خلاف: مرجع سابق، ص 90.
- (33) ينظر: عبد الفتاح بيومي حجازي: مرجع سابق، ص 177.

_ كما بينت الأستاذة Lucas De Lessac أن محكمة النقض أدانت المتهم بالسرقة، ليس بقيامه بالتصوير، وإنما لاستيلائه على المستند الأصلي أثناء المدة اللازمة لاستنساخه، وبذلك حافظت على شرط توافر الصفة المادية في محل السرقة، آمال قارة: الحماية الجزائية للمعلومات في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2007، ص26.

(34) ينظر: شيماء عبد الغني محمد عطا الله: مرجع سابق، ص39.

(35) ينظر: علاء عبد الباسط خلاف: مرجع سابق، ص89.

(36) ينظر: غنام محمد غنام: مرجع سابق، ص635، 634.

(37) ينظر: عمر الفاروق الحسيني: مرجع سابق، ص340.

(38) ينظر: محمد صبحي نجم: مرجع سابق، ص116.

(39) ينظر: عبد الفتاح بيومي حجازي: مرجع سابق، ص166_167.

_ وتجدر الإشارة إلا أن الفقه تمسك بالنظرية التقليدية لتعريف الاختلاس إلى حين ظهور نظرية التسليم الاضطراري والتي بمقتضاها أمكن السيطرة على الشيء دون اللجوء إلى أي حركة مادية يقوم بها الجاني، ومنه إذا كان تسليم الشيء مما يقتضيه ضرورة التعامل بين الناس فإنه لا يمنع من تحقق الاختلاس، فإذا سلم دائن إلى مدينه سند الذين المحرر عليه ليدفع جانباً من الدين ويؤشر به على ظهر السند فإن هذا التسليم ليس ناقلاً للحيازة، وبالتالي الاستيلاء عليه لا ينفي وقوع الاختلاس المعتبر قانوناً في السرقة. ينظر: خثير مسعود: مرجع سابق، ص48.

(40) ينظر: كامل فريد السلك: مرجع سابق، بدون صفحة.

(41) ينظر: على عبد القادر القهوجي: مرجع سابق، ص586.

(42) ينظر: آمال قارة: مرجع سابق، ص36_37.

(43) ينظر: كامل فريد السلك: مرجع سابق، بدون صفحة.

(44) ينظر: عبد الفتاح بيومي حجازي: مرجع سابق، ص193.

(45) ينظر: صالح شنين: مرجع سابق، ص23.

_ وهذا ما استند عليه أنصار الاتجاه فيما ذهب إليه القضاء الفرنسي وخاصة الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية المعروف باسم بوركان Bourqui والتي تتلخص وقائعها في قيام عاملين من عمال مطبعة بوركان _ وبهدف إنشاء شركة جديدة منافسة فيما بعد _ داخل المطبعة وبأدواتها بتصوير سبعة وأربعين شريطاً تتعلق بقائمة العملاء

الأثرياء الذين يتعاملون مع المطبعة ثم أخذنا بعد ذلك سبعين شريطاً أخرى قاما بتصويرها خارج المطبعة وعلى ماكينتهم الخاصة، فحكمت عليهم محكمة بتهمة السرقة ضدّهما والتي تتمثل في سرقة بعض الشرائط وفي سرقة المحتوى المعلوماتي للبعض الآخر، وذلك مدة الوقت الذي ينسخ هذه المعلومات، ينظر: خثير مسعود؛ مرجع سابق، ص53.

(46) على الرغم من صعوبة القول بوقوع الإختلاس المؤقت على المعلومات في أثناء المدة اللازمة لنسخها، فإن أحكام القضاء في بعض الدول مثل بلجيكا انتهت صراحة إلى القول بوقوع السرقة على المعلومات، ينظر: شيماء عبد الغني محمد عطا الله؛ مرجع سابق، ص50، 51.

- واستعانت هذه الأحكام بمفهوم سبق أن لجأت إليه لاعتبار استعمال سيارة بدون إذن صاحبها فترة من الزمن وتركها في مكان غير معلوم من قبيل جريمة السرقة، هذا المفهوم هو اعتبار الاختلاس واقعا بالظهور على الشيء بمظهر المالك، وذلك حتى ولو كان لفترة مؤقتة، ينظر: غنام محمد غنام؛ مرجع سابق، ص 647.

(47) ينظر: محمد صبحي نجم؛ مرجع سابق، ص125.

(48) ينظر: كمال فريد السلوك؛ مرجع سابق، بدون صفحة.

(49) ينظر: محمد سامي الشوا؛ الجرائم التي استحدثتها المعلوماتية للتعدي على الذمة المالية للغير، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية والاليكترونية، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الإمارات، المجلد الثالث، 10_12 مايو 2003، ص1095.

(50) ينظر: عبد الفتاح بيومي حجازي؛ مرجع سابق، ص204.

(51) تختلف التسميات الفقهية في تسمية السلوك الإجرامي لجريمة النصب فأطلق عليه لفظ الاحتيال ومنهم لفظ التدليس.

(52) الكذب معناه تغيير الحقيقة وإظهار الأمر على غير حقيقته أو إدعاء بغير حقيقة.

(53) الاحتيال عرفه الفقه تعريفاً عاماً بأنه "كل كذب مصحوباً بوقائع خارجية أو أفعال مادية يكون من شأنها توليد الاعتقاد لدى المجني عليه بصدق هذا الكذب بما يدفعه إلى تسليم ما يراد منه تسليمه طواعية واختياراً"، ينظر: محمد صبحي نجم؛ مرجع سابق، ص143.

(54) ينظر: محمد محرم محمد علي: **جريمة النصب والتجارة الإلكترونية**، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية من 26_ 28 نيسان، أكاديمية شرطة دبي ومركز البحوث والدراسات، دبي _ الإمارات العربية المتحدة، 2003، بدون صفحة.

(55) ينظر: خثير مسعود: مرجع سابق، ص56.

(56) Michèle- Laure Rassat, Droit Pénal Spécial, Infractions Des Biens Et Contre Les Particuliers, Percis Dalloz, 1997, No.98

مشار إليه لدى علاء عبد الباسط خلاف: مرجع سابق، ص168

(57) ينظر: عبد الفتاح البيومي: مرجع سابق، ص215.

_ أما الجديد الذي أقره المشرع هو اعتبار الخدمات محلاً لجريمة النصب وتطالها النصوص الجنائية، فالجريمة تقع إذا كان محلها خدمة من الخدمات، فاعتبر تقديم خدمة بناء على النشاط الإجرامي من الجاني مكوناً لجريمة النصب، وقد كانت معتبرة محلاً لجريمة الأموال وفق ما استقر عليه الفقه التقليدي و القضاء لعدم وجود كيان مادي للخدمة، ينظر: بن شهرة شول: **الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2010/2011، ص123.

(58) ينظر: صالح شنين: مرجع سابق، ص30.

_ فالحاسوب جهاز يلبي طلبات من يعرف تشغيله، ولكنه جامد لا إحساس فيه، فلا يمتلك الخصائص البشرية القادرة على التمييز، حيث يمكن خداعه بوسائل وأعمال مضللة، لكي يتنازل عن ملكية شيء، ينظر: كمال فريد السلوك: مرجع سابق، بدون صفحة.

(59) ينظر: آمال قارة: مرجع سابق، ص46.

(60) أما في النص الجديد لقانون العقوبات الفرنسي في المادة 1/313 استخدم المشرع لفظ "النقود والأموال" كمحل لجريمة النصب، وتخلّى عن لفظ الأشياء الواردة في المادة 405 من القانون القديم، وهذا يدل على أن الأموال قد تكون غير مادية فلا يشترط أن تكون أموالاً مادية، كذلك وسع في محل الجريمة وجعل محل تقديم الخدمة بناء على النشاط الإجرامي الصادر من الجاني، وذلك باستعمال الطرق الاحتمالية للحصول على هذه الخدمة يعد نصياً حسب هذا القانون، كمن يستعمل طرقاً احتيالية للحصول على تذكرة المترو دون سداد قيمتها، ينظر: عبد الفتاح البيومي: مرجع سابق، ص225.

(61) ينظر: المرجع السابق، ص 217.

(62) ينظر: خثير مسعود: مرجع سابق، ص 57_59.

_ ومن أمثلة الطرق الاحتيالية التي يستخدمها الجاني في مجال الحاسب، كأن يدعي أنه المستخدم الشرعي للجهاز باستخدام اسم كاذب، من أجل الاستيلاء على الأموال من خلال استخدام هذا الحاسب الإلكتروني، مثل النصاب الأمريكي Rifkin الذي استطاع عن طريق معرفة الشفرة أن يتصل بأحد البنوك على أنه هو المسئول وبالتالي استطاع أن يقوم بالتحويل الإلكتروني لأموال ضخمة من بنك إلى آخر، ينظر: علاء عبد الباسط خلاف: مرجع سابق، ص 111.

(63) ينظر: خليفي مريم: مرجع سابق، ص 216.

_ لكن القانون الفرنسي، توسع في مفهوم محل التسليم في جريمة النصب، وذلك حسب المادة 1/313 من قانون العقوبات الفرنسي التي نصت على أن: "محل النصب قد يكون نقودا أو قيما أو أموالا أو تقديم خدمات والرضاء بعمل يفرض التزاما أو إعفاء"، ويرى الفقه أن المشرع تخلى على لفظ "الأشياء" حتى لا تنصرف إلى الأموال المادية المنقولة، وإنما استعمل لفظ _نقود وأموال_ حتى يمكن إدخال الأموال المعنوية ضمن الأموال التي تكون محلا لجريمة النصب. ينظر: عبد الفتاح البيومي: مرجع سابق، ص 215.

_ ويرى البعض أن توسع المشرع الفرنسي في طبيعة الشيء المسلم أدى إلى تضاول الخلاف بين جريمة السرقة وجريمة النصب في مجال الغش المعلوماتي وأصبح الفيصل بينهما هو الصفة الاحتيالية للتصرفات، بحيث إذا ارتبط الفعل بتصرفات احتيالية فالجريمة نصب أما إذا لم يرتبط بوسيلة احتيالية فالجريمة سرقة، ينظر: علاء عبد الباسط خلاف: مرجع سابق، ص 106.

(64) ينظر: محمد سامي الشوا: مرجع سابق، ص 1098.

(65) ينظر: محمد محرم محمد على: مرجع سابق، بدون صفحة.

(66) ينظر: محمد سامي الشوا: المرجع السابق، ص 1100.

(67) حيث عمدت الولايات المتحدة الأمريكية بتطبيق النصوص المتعلقة بالغش في مجال البنوك والبريد والتلغراف لغرض الغش على حالات النصب المعلوماتي، المنظمة اليمنية للتوعية القانونية والسياسية، اورانس، الجرائم المعلوماتية، بدون صفحة، على الموقع:

الجرائم- المعلوماتية- item/421 /القوانين/بحوث/ <http://aorans.com>

(68) ينظر: عصام عبد الفتاح مطر: مرجع سابق، ص 347.

_ حيث أصدرت بعض القوانين المحلية في بعض الولايات الأمريكية في هذا الخصوص، وأضفت تعريفاً للأموال بأنه (كل شيء ينطوي على قيمة) ومن ثم يندرج تحت تعريف هذه الأموال المعنوية البيانات المعالجة، حيث تعاقب هذه القوانين على الاستخدام غير المسموح به للحاسب الآلي بغرض اقتراف أفعال الغش أو الاستيلاء على أموال، أما في النطاق الفدرالي أصدر المشرع الأمريكي قانون في أكتوبر 1984 يعاقب على "الولوج غير المشروع أو المصطنع في الحاسب الآلي"، ونص فيه على عقاب كل من وُلج عمداً في حاسب آلي بدون إذن أو كان مسموحاً بالولوج منه واستغل الفرصة التي سنحت له عن طريق هذا الولوج لأغراض لم يشملها الإذن وقام عمداً عن طريق هذه الوسيلة باستعمال أو تعديل أو إتلاف أو إفشاء معلومات مخزنة في الحاسب متى كان هذا الأخير يعمل باسم ولصالح الحكومة الأمريكية، وطالما أثرت هذه الأفعال على أداء وظيفته، ولهذا يرى الفقه إمكانية تطبيق هذا النص وبشروط محددة على النصب المعلوماتي، ينظر: محمد محرم محمد علي: مرجع سابق، بدون صفحة.

(69) ينظر: شيماء عبد الغني محمد عطاء الله: مرجع سابق، ص 62، 63.

(70) ويشترط في التسليم الشروط التالية:

أ_ يجب أن تكون إرادة المجني عليه مشوبة بعيب من عيوب الرضا لحظة تسليمه المال للجاني نتيجة الوسائل الاحتيالية التي استعملها الجاني قصد الحصول على مال المجني عليه؛
ب_ يجب أن يكون الشخص الذي قام بالتسليم هو ذات الشخص الذي تم النصب عليه؛
ج_ يجب أن تكون نية الجاني أثناء استلامه مال المجني عليه إلى الاستيلاء عليه ونقل حيازته إليه؛

د_ يجب أن تكون إرادة المجني عليه قد اتجهت إلى تسليم المال للجاني؛

هـ_ يجب أن يقوم الجاني باستخدام الوسائل الاحتيالية قبل تسلمه للمال، ينظر: يحيى نافع الفراء: مرجع سابق، ص 133.

(71) ينظر: محمد صبحي نجم: مرجع سابق، ص 152.

(72) يتحقق التسليم المادي بالنسبة لجرائم الحاسب كقيام المجني عليه في الجرائم المتعلقة بإدخال معطيات وهمية يدفع قيمة الفواتير المزورة للجاني، يستوي في ذلك أن يتم الدفع بالنقود أو بواسطة شيك لأن الشيك مستند كتابي له قيمة الصك، وعليه فإن الجاني يحاول الحصول على تسليم مبالغ للتاجر الذي سبق أن حصل منه على مشتريات، ينظر: علاء عبد الباسط خلاف: مرجع سابق، ص 106.

- (73) ينظر: محمد سامي الشوا: مرجع سابق، ص1105.
- (74) ينظر: عبد الفتاح بيومي حجازي: مرجع سابق، ص224، 225.
- (75) ينظر: محمد صبحي نجم: مرجع سابق، ص152، 153.
- (76) ينظر: علاء عبد الباسط خلاف: مرجع سابق، ص107.



السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في التعامل مع الخبرة الجنائية

فروحات سعيد

جامعة غرداية

Avocat.frouhatsaid@gmail.com

الملخص-

تعد الخبرة من أهم الآليات القانونية التي يستعين بها القاضي عموما لإصدار أحكامه على الوقائع المطروحة أمامه، وتعد الخبرة الجنائية على الخصوص ذات أهمية كبيرة بالنسبة للقاضي الجنائي باعتبارها مصدر مهم لأدلة الإثبات في المواد الجنائية، ومن شأنها أن تقرر مصير الأشخاص المتابعين بارتكابهم وقائع مجرمة أمام القضاء وفي حالة إدانتهم بها قد تكون العقوبة المسلطة عليهم سالبة لحرياتهم، أو ربما يفقد أهم حق للإنسان وهو الحق في الحياة، في حالة إذا ما تم إصدار الحكم عليه بالإعدام، ومن هنا تتجلى أهمية الخبرة الجنائية بالنسبة للقاضي الجنائي، ذلك أن هذا الأخير يجب عليه أن يفصل في ملف الدعوى الجزائية ولا يمكنه أن يفعل لوجود نقاط تقنية تخرج من اختصاصه العلمي لابد له فيها أن يستعين بخبير كما أن الخبرة في حد ذاتها لا يمكن اعتبارها دليل على ارتكاب المشتبه فيه للجريمة، فوجود البصمات لا يدل دلالة قاطعة على أن المشتبه فيه هو القاتل مثلا، ومن هذا المنطلق جاءت هذه الدراسة لتسلط الضوء على كيفية إعمال القاضي لسلطته التقديرية في التعامل مع الخبرة الجنائية.

الكلمات المفتاحية -

الخبرة - القاضي الجنائي - الجريمة - العقوبة

Full authority of Criminal Court Judge in dealing with criminal expertise

Abstract-

Expert investigation is considered as the most important judicial instrument to assist the Judge in giving a ruling in facts put between his hands. Particularly, criminal expertise has great importance for the Criminal Court Judge as a source for evidence in criminal matters and sometimes it is likely to decide about the destiny of some persons whom are suited for committing facts that are considered as crimes before the court, for which, if they are convicted, the sentence may be deprivation of liberty or loss of the person's essential right which is the right to life, if a capital punishment is inflicted upon him.

In this regard, the criminal expertise is very important for the criminal judge who needs to give a ruling on the criminal case but he finds himself unable to do, because some technical points are out of his control. Therefore, the criminal judge shall be assisted by an expert, even if the expertise in itself may not be considered as evidence that the suspected person is really the perpetrator of the crime, and the presence of his fingerprints is not physical evidence that he is the killer. So, the purpose of this study is to clarify how the judge uses his full authority in dealing with criminal expertise.

Key words -

Experience - Criminal Justice - Crime – Punishment

مقدمة -

من المعلوم في الوسط القضائي أن الدعوى القضائية الجزائية، تمر بثلاث مراحل هي: مرحلة التحري والتحقيق، ومرحلة المحاكمة، ومرحلة الطعن في الأحكام القضائية الصادرة في الدعوى الجنائية، ودون شك فإن مرحلة التحري والتحقيق تعد أهم مرحلة في الدعوى القضائية باعتبارها تنقسم إلى مرحلتين هما: مرحلة التحري التي تعد الخطوة الأولى للبحث عن الجرائم والوقاية منها ومرحلة التحقيق التي تبدأ باكتشاف الجريمة وتبدأ مع رجال الضبطية القضائية وتنتهي باستجواب القاضي للمتهم الذي يكيف على أساس أنه تحقيق.

إن العاملين في مجال القضاء والمتعاملين معه، يعلمون جيدا أن القضايا الجزائية أول ما تبنى عليها التصريحات التي يدلي بها كل من المتهم والضحية إن وجد والشهود عن الوقائع، ونعلم كذلك أن هؤلاء جميعا قد يتراجعون عن أقوالهم في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، ومن هنا يكتسي التحقيق أهمية بالغة في تحقيق العدالة من حيث إثبات الوقائع الجنائية إلى فاعليها أو نفيها، ويتأزم الأمر في الجرائم ذات الطبيعة التقنية مثل الجرائم المعلوماتية أو الجرائم التي تحتاج إلى أمور تقنية للكشف عنها، وعليه يتضح دور الخبرة الجنائية في توضيح الغموض عن مثل هذه الجرائم.

ومن الوهلة يبدو لنا أن الخبرة الجنائية تعد الفاصل الأساسي في تحديد وقائع ارتكاب الجرائم ومرتكبها بصفة دقيقة وبالتالي فإن القاضي مقيد وملزم للأخذ بها، ولا يجوز له إعمال سلطته التقديرية خاصة وأنها تتعلق بأمور تقنية غالبا ما يجهل القاضي حيثياتها بحكم التخصص العلمي، وفي الجهة المقابلة نحن نعلم أن القضايا التي تشكل وقائعها جنائية، فإن الفصل فيها يكون مبني على اقتناع تشكيل محكمة الجنايات، وعليه تتضح الإشكالية المطروحة والمتمثلة:

في كيفية تعامل القاضي مع الخبرة الجنائية؟ وهل هو مقيد بها أم له الحرية في الأخذ بها و استبعادها ؟ وعليه أين يكمن قيد وإطلاق السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تعامله مع الخبرة الجنائية؟ وقبل الإجابة على هذه الإشكالية، حري بنا أن نقوم بتعريف الخبرة، ثم نعقبها بالحديث عن نطاق سلطة القاضي في الاستعانة بالخبراء هذا من حيث الموضوع ومراحل الدعوى ثم نخلص إلى نطاق السلطة التقديرية للقاضي في التعامل مع الخبرة من حيث القبول أو الرفض.

وإنطلاق مما سبق ستكون دراستنا على النحو التالي :

مقدمة

المبحث الأول : ماهية الخبرة الجنائية .

المطلب الأول: تعريف الخبرة.

المطلب الثاني: نطاق سلطة القاضي في الاستعانة بأهل الخبرة .

المبحث الثاني: سلطة القاضي الجنائي في تقدير الخبرة .

المطلب الأول: حجية الخبرة .

المطلب الثاني: الخبرة دليل إثبات قابل للمناقشة.

المطلب الثالث: الخبرة دليل إثبات يخضع لرقابة القاضي بشروط.

الخاتمة -

المبحث الأول : ماهية الخبرة الجنائية

طالما شكلت الخبرة آلية قانونية مهمة للكشف عن ظروف ارتكاب الوقائع المجرمة ومرتكبيها وساهمت بشكل كبير في حل العديد من القضايا التي شغلت الرأي عام في العديد من الدول، وعليه علينا أولاً تعريف الخبرة الجنائية بصفة عامة وفي قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، وإلى أي مدى يمكن للقاضي الاستعانة بأهل الخبرة من حيث موضوع الوقائع المطروحة أمامه ومراحل الدعوى.

المطلب الأول : تعريف الخبرة.

لسنا هنا بصدد التأسيس لما يسمى بالخبرة الجنائية والخبرة المدنية، لأنالفرق بينهما واضح باعتبار أن الأولى موضوعها الوقائع المجرمة في قانون العقوبات والثانية موضوعها إثبات الوقائع المدعى أو المدعي عليه أو الفصل في مسألة من المسائل المدنية،ومن حيث المنهج فإن الخبرة في كلا المجالين تعريفها واحد

باعتبارها استشارة فنية يستعين بها القاضي لتقدير المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها إلى معرفة فنية أو دراية علمية لا تتوفر لدى القاضي بحكم تكوينه.¹

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية، نجد أن مصطلح الخبراء تم التطرق إليه في المادة 65 مكرر التي أقرت تدابير الحماية للخبراء في قضايا الإرهاب أو الفساد، ومصطلح الخبرة نص عليه في المادة 125 مكرر² والتي أعطت لقاضي التحقيق في حالة تعيينه لخبير، وكانت نتائج الخبرة تبدو حاسمة لإظهار الحقيقة، أن يطلب تمديد الحبس الاحتياطي من غرفة الاتهام في أجل شهر قبل انتهاء المدة القصوى للحبس، أما التصريح صراحة على أن القاضي يمكنه الاستعانة بخبير فقد نص عليه في المادة 143³، بأنه يجوز لقاضي التحقيق أو الحكم في المسائل ذات طابع فني أن يأمر بنذب خبير وذلك بناء على طلب النيابة أو من تلقاء نفسه، أو من أحد الخصوم. وتنص المادة 147 من نفس القانون، على أنه يجوز لقاضي التحقيق نذب خبير أو خبراء.

وقد جاء في المادة 125⁴ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تعريفا للخبرة من حيث هدفها في كونها تقوم لتوضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي. وما يقابل المواد 143، 147 من قانون الإجراءات الجزائية، المادة 126

¹ - أحسن بوسقيعة ، التحقيق القضائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر- الطبعة التاسعة، سنة 2010 الصفحة 107.

² - المادة 35 مكرر تمت إضافتها بموجب المرسوم الرئاسي 15- 194 المؤرخ في 23 يوليو 2015، المعدل للأمر رقم 66- 155 المؤرخ في 8 يوليو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المنشور في الجريدة الرسمية المؤرخة في 23 يوليو 2015، العدد 40، الصفحة 28.

³ - الأمر رقم 66- 155، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المعدل والمتمم بالقانون 06- 22 المؤرخ في 20/12/2006 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

⁴ - القانون رقم 08- 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أنه (يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدم خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة).

وعليه يتضح أن دواعي اللجوء إلى الخبرة سواء في الوقائع المجرمة أو الوقائع في المنازعات المدنية كثيرة، ومتطورة لأن مستجدات الساحة العلمية والفنية في تطور دائم، يستوجب معه مسايرة القضاء لهذا التطور في مكافحته للجريمة .

وعليه الاستعانة بذوي الاختصاص يعد أكثر من ضروري، فمثلا مكافحة جريمة الاختلاس والرشوة وتبييض الأموال يستوجب دراية بأحكام المحاسبة، ... ولمعرفة أسباب ومكان الوفاة والظروف التي كانت قبل وبعد ارتكاب الجريمة يستوجب حضور أهل الخبرة في مجالات عدة في ميدان ما يعرف بالطب الشرعي، وقد وصل تطور الخبرة في هذا المجال إلى الاستعانة بعلم الحشرات الجنائي، أو ما يصطلح عليهم بالشهود الصامتين، وقد أثبت هذا العلم مؤخر قدرة فائقة على تحديد مكان الوفيات وزمن الوفاة بتقريب دقيق، وأسبابه في كثير من الأحيان.

وغير بعيد المجال الطبي أيضا هناك الخبرة الطبية التي تحدد وقائع الضرب والجرح والتعذيب وهي أفعال مجرمة في قانون العقوبات، وقد تشمل الخبرة الطبية مسائل معنوية مثل تحديد القدرة أو السلامة العقلية للمتهم خاصة المحالين على المحاكم الجنائية. وعليه يتضح جليا دور الخبرة في حل القضايا ومساعدة القضاة على إصدار أحكامهم وكفالة الحق في محاكمة عادلة، ومن ثم يجدر بنا معرفة الأحوال التي يمكن للقاضي الاستعانة فيها بخبير.

المطلب الثاني : نطاق سلطة القاضي في الاستعانة بأهل الخبرة .

يبدو أنه من القراءة الأولى لنص المادة 143 من قانون الإجراءات الجزائية، أن قاضي التحقيق بين حالتين من الناحية الإجرائية في الاستعانة بخبير، وذلك عندما تعترضه مسألة ذات طابع فني، وهما :

أولاً: هو أن يأمر قاضي التحقيق بنفسه بتعيين خبير، وهنا لديه السلطة التقديرية الكاملة من حيث الاستعانة بالخبير أولاً .

ثانياً : أن تطلب النيابة أو أحد الخصوم ذلك، والمقصود بالخصوم هنا المتهم أو الضحية أو من يمثلهما، وفي هذه الحالة السلطة التقديرية لقاضي التحقيق المطلوب منه نذب خبير تنحصر في قبول الطلب أو رفضه أو عدم الإجابة عليه، أما بالنسبة لهذه الأخيرة فإنه يجوز للمعني أو صاحب الطلب أن يخطر غرفة الاتهام خلال 10 أيام من انتهاء مدة 30 يوماً على إيداعه الطلب ، وهذه الخيرة - غرفة الاتهام- ملزمة بالرد خلال 30 يوماً وقرارها غير قابل لأي طعن، وأما بالنسبة للرفض فإنه على القاضي أن يصدر قرار مسبب. وعليه يبدو جلياً أن السلطة التقديرية للقاضي تنحصر إلى غاية فقدان في حالة إلزامه من طرف غرفة الاتهام بنذب خبير .

وينقسم نطاق سلطة القاضي في الاستعانة بخبير إلى إطارين: من حيث الموضوع ومن حيث مراحل الدعوى .

أولاً : من حيث الموضوع :

إن اللجوء إلى الخبرة جله في القضايا المدنية هو على سبيل الاختيار، بمعنى أنها تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يستطيع أن يرفض طلب الخصوم، وهناك حالات قليلة تلزم القاضي بإجراء خبرة مثل تلك المتعلقة بإثبات النسب أو الحكم بالحجر في شؤون الأسرة، فهل للقاضي نفس السلطة في الوقائع الجنائية المعروضة عليه ؟

هناك حالات تدفع القاضي إلى تعيين خبير، ولا يستطيع القاضي بحكم تكوينه إدراكها دون أهل الخبرة المتخصصين، وهذه الحالات تلك المتعلقة بالمسائل الفنية البحتة، بحيث لا تعد من المعلومات العامة¹.

ذلك أن تطور المجتمع الإنساني أدى إلى وجود اختصاصات متعددة ومتنوعة، مما يجعل مهمة القاضي صعبة مهما يكون تكوينه العلمي أو المعرفي أو خبرته في مجال القضاء، فلا يمكن أن يكون ملما بالمسائل العلمية الفنية الدقيقة ولذلك من المهم أن يستعين بأهل الاختصاص وهو أمر ضروري، بل لا غنى له عنه في الدعوى الجنائية.²

ومن هذا المنطلق لا يمكن أن نتصور أن يقوم القاضي الجنائي بالفصل في قضايا جنائية قامت على أدلة علمية دون أن يستعين بخبير يعينه على فهم تلك المسائل، فكيف يمكن أن يحكم قاضي على عملية اختلاس من بنك أو مركز بريد أو أي مركز مالي دون خبرة محاسبية، قد يقول قائل يكفي اعتراف المتهم بالاختلاس كدليل للإدانة، ونحن نقول أن الاعتراف شأنه شأن أدلة الإثبات قابل للمناقشة كما ذهبت إليها جهادات المحكمة العليا، والاعتراف بالجرم يعتبر قرينة قوية للإدانة ولكن لا يحدد بدقة المبلغ المختلس حتى يمكن تحميل المسؤولية المدنية بعد النطق بالحكم في الدعوى العمومية.

هناك بعض القضايا لا يكفي فيها الاعتراف، بل قد يأتي هذا الأخير بعد الخبرة، فمثلاً في قضايا القتل كثير ما تقع حالات يعترف فيها أحد الأقارب بالقيام بالجريمة من أجل أن يحمي المجرم الحقيقي، كان يكون الزوج مثلاً يريد حماية زوجته التي قامت بالجريمة، ومن هذا المنطلق إذا كان القاضي يعتمد على

¹ - ثروت جلال، نظم الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2003، الصفحة 424.

² - هاللي عبد الله، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، سنة 1987، الصفحة 1002.

الاعتراف فإنه قد يدين شخص لا علاقة له بالجريمة، وعليه يبدو واضحا أن الخبرة مهمة جدا في التحقيقات الجنائية.

وليس الأمر محصور في القضايا التي تشكل وقائعها جنایات بل حتى تلك المشكلة للجنح على مستوى المحاكم هناك الكثير من القضايا لأبد من الاستعانة بخبير للفصل فيها مثل جريمة انتهاك العرض، فإنه في غياب الخبرة الطبية لا يمكن الاعتماد مثلا على تصريحات الضحية عند الضبطية القضائية لإثبات الجريمة ومعاقبة المتهم، لسببين وهما:

- أن الطبيعة القانونية لمحاضر الضبطية القضائية هي على سبيل الاستدلال ولا حجية لها أمام القاضي إلا في حالات معينة هي ليست منها.

- إن إثبات الجريمة يحتاج إلى خبرة طبية.

وعليه نلاحظ أن القاضي الجنائي ملزم في القضايا التي تقوم على مسائل فنية الاستعانة بخبراء متخصصين لتوضيحها ومساعدته في تكوين قناعته، وفي المقابل هناك بعض الحالات لا يجوز للقاضي الاستعانة فيها بخبير مهما كان السبب مثل تلك التي تقتضيها القواعد العامة، كأن يقوم القاضي بتعيين خبير في مسائل قانونية تدخل في اختصاصه بحكم الوظيفة المنوطة به.

ثانيا : من حيث مراحل الدعوى :

دائما بالعودة إلى نص المادة 143 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية، فهي أشارت إلى الجهات المخول لها نذب خبير ، ونلاحظ أنه وفي نفس المادة أقرت أن للنيابة الحق في تقديم طلب إلى قاضي التحقيق أو الحكم من أجل تعيين خبير، والسؤال المطروح هل يعني ذلك أن النيابة ليست لديها صلاحيات تعيين الخبراء أو الاستعانة بهم؟ .

لا يختلف رجال القانون أن سلطة النيابة تتمثل في تحريك ومباشرة الدعوى العمومية،¹ وأحيانا هذه السلطة قد تلجئ النيابة إلى الاستعانة بالخبير، مثل أن تطلب من الطبيب الشرعي وهو خبير من أجل فحص الجثة لتحديد أسباب الوفاة وعليه فإن تقرير الطبيب الشرعي باعتباره خبير يعد خبرة موضوعها مسألة فنية تعجز النيابة عن مواجهتها بدونه، وفي حالة ثبوت أسباب وفاة غير طبيعية تثير الشك مباشر النيابة العامة الدعوى العمومية ولها أن تطلب فتح تحقيق .

ولكن الجدل الواقع في سلطة النيابة الاستعانة بالخبراء تم حسمه بتعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15 - 194 المؤرخ في 23 يوليو 2015، حيث أضاف هذا المرسوم المادة 35 مكرر التي مكنت النيابة من أن تستعين بمساعدين متخصصين² في المسائل الفنية، والمقصود بها تلك المسائل التي تخرج من الاختصاص العلمي للقاضي ومن هنا نقول أنه يجوز للنيابة طلب ندم خبير، والمادة 143 عندما تكلمت عن قاضي التحقيق وقاضي الحكم لم يكن ذلك على سبيل الحصر، وإنما نفهم المادة أنها تتكلم على المرحلة التي يكون فيها ملف القضية مطروح أمامهم.

المبحث الثاني : سلطة القاضي الجنائي في تقدير الخبرة .

قد علمنا سابقا أن الخبرة لا تكون إلا في المسائل الفنية التي لا دراية للقاضي بها، ومن هنا يثور التساؤل كيف يمكن للقاضي أن يقوم بتقدير خبرة موضوعها مسائل فنية لا دراية له بها أم عليه أن يقبل نتائجها كما وردت، وإذا كان ذلك كذلك ألسنا نضع المتهمين تحت رحمة الخبراء فيصير الحكم معروف من

¹ - المادة 29 من الأمر رقم 66 - 155، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المعدل والمتمم بالقانون 06 - 22 المؤرخ في 20/12/2006 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

² - تجدر الإشارة إلى أن المادة 35 مكرر نصت على أن هؤلاء المساعدين لهم قانون أساسي خاص بهم يحدد كيفية تعيينهم ونظام تعويضهم، يصدر عن طريق التنظيم.

حيث الإدانة أو البراءة وليس للقاضي إلا أن يقر ذلك بنطقه للعقوبة، كيف يمكن للقاضي أن يتعامل مع ذلك؟ .

لقد انقسم الفقه إلى رأيين بخصوص هذه المسألة، رأي يرى أن للخبرة حجية ورأي آخر يرى غير ذلك.

المطلب الأول : حجية الخبرة .

يرى أصحاب هذا الرأي ضرورة تقيد القاضي الجنائي بالنتائج التي خلص إليها الخبير في تقرير خبرته، على غرار أنصار المدرسة الوضعية الذين يعتبرون الخبير هو القاضي الواقع، حيث يقول أحد مفكريها وهو (أنريكو فيري) في كتابه بعنوان علم الاجتماع (نطالب أن تكون الخبرة ملزمة للقاضي لأن الخبير أكفاً منه في موضوع فني صرف) وهذا ما دفع أنصار هذه المدرسة للمطالبة بإبدال المحلفين الشعبيين بالمحلفين العلماء.¹

ويرى مثل هذا الرأي الدكتور محمد محي الدين عوض، الذي اعتبر أن الدليل المتوصل إليه من قبل خبير البصمات وجب على المحكمة الأخذ به وبناء حكمها عليه دون أن تحتاج إلى ما يدعمه من أدلة أخرى أو قرائن قانونية أو قضائية.²

وفي نفس هذا المنحى سار الفقيه (جارو) الذي أنتقد المبدأ القائل بأن القاضي هو الخبير الأعلى أو القاضي هو خبير الخبراء، ويرى أنه من الوجهة العلمية فإن رأي الخبير هو الذي يوجه القاضي في تكوين قناعته، إذ أنه من الصعب قبول فكرة أن القاضي يمكنه طرح تقرير الخبرة جانبا وهو يتضمن الإجابة على

¹ - الذنبيات غازي مبارك، الخبرة الفنية في إثبات التزوير في المستندات الخطية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2005، الصفحة 282.

² - محمد محي الدين عوض، قانون الإجراءات الجنائية السوداني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب، القاهرة، مصر، طبعة سنة 1980، الصفحة 667.

مسائل فنية دقيقة ليست من اختصاص القاضي، والمأم الخبير بها يجعل خبرته في منأى عن رقابة وفحص القاضي.¹

وعليه فإن التطورات العلمية والتقنية في شتى المجالات قد أمدت المحققين والعاملين في مجال القضاء ومكافحة الجريمة بالعديد من وسائل الإثبات الجنائي، وهي تعتمد على أسس علمية ونتائجها أكثر دقة، جعلت البعض يدعوا إلى ضرورة إخراجها من دائرة السلطة التقديرية للقاضي، وقد تكلمنا سالفا عن علم الحشرات الجنائية ومدى التطور العلمي الذي وصل إليه العلم في استنطاق هذه الحشرات الصامتة حتى أصبحت من أصدق الشهود دون أن تتكلم، ولا بأس أن نورد هنا مثل على ذلك في سنة 2003 في كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية وقعت جريمة قتل عكف المحققون الجنائيون على حل ألغازها، وعند سماع المشتبه بهم أنكروا وجودهم في مسرح الجريمة، وواحد منهم أنكر حتى وجوده في ولاية " كاليفورنيا" وقت وقوع الجريمة، لكن المحققين الجنائيين الذي هم في الحقيقة خبراء في علم الحشرات اكتشفوا نوع من الحشرات في مبرد السيارة الخاصة به، وهذا النوع لا يعيش إلا في منطقة " أو كلاهوما " أو تكساس"، فعلموا أن المشتبه به يكذب في تصريحاته وأفضت التحقيقات فيما بعد إلى أنه مرتكب الجريمة.²

وعليه لا بد أن يكون نظام الأدلة العلمية هو النظام المعتمد مستقبلا أين سيكون للخبير دور فعال في مجال القضاء، وفي المقابل سيتم التضييق من السلطة التقديرية للقاضي وتحل محلها الخبرة للفصل في القضايا بدل من قناعة القاضي.

¹ - GQRRQUD(R)Trait théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure , T.V. Paris , Sirey, 1929,p564.

² - المعلومة ذكرت في فلم وثائقي بعنوان :مختبرات علم الحشرات الجنائي تم بثه على قناة ناشيونال جيو قرافيك، أبو ظبي، سنة 2014، الفلم منشور على موقع اليوتيوب.

المطلب الثاني : الخبرة دليل إثبات قابل للمناقشة .

يذهب رأي آخر عكس ماذهب إليه القائلين بحجية الخبرة المطلقة، ويرون أن الخبرة تعتبر دليل إثبات قابل للمناقشة مثله مثل باقي أدلة الإثبات، وأن رأي الخبير لا يقيد المحكمة، والقاعدة أن للقاضي الحرية في تقدير قوة الأدلة المعروضة كأسانيد إدعاء، أما عمل الخبير وإن اقترب من طبيعة عمل القاضي إذ يقدم تقرير برأيه الشخصي بشأن الوقائع محل البحث والمحالة له، إلا أنه لا يرقى إلى مرتبة الحكم الذي يصدره القاضي، فهو عبارة عن استشارة فنية يأخذ بها القاضي إذا اطمأن إليها ويستبدلها إذا لم يقنع بها، ثم إن الخبير يخضع في عمله لإشراف القاضي الذي له الحق في استبداله بآخر أو بضم خبير آخر إضافة إليه. وقد ذهب البعض إلى اعتبار الخبير آلية من خلالها يتم تكبير الصورة للقاضي الذي له القدرة على فحص الصورة التي يراها وهل هي واضحة أم لا،¹ ومتى كان ذلك فإن الخبرة لا تفوق الأدلة الأخرى من أدلة الإثبات وهي قابلة للمناقشة.

وعليه النتيجة التي يتوصل إليها الخبير من إثبات للواقعة يمثل وجهة نظر فنية محضة ولا بد أن تقتزن بوجهة نظر قانونية لكي تكتسب قيمة في مجال الإثبات، وما يمارسه القاضي من سلطة بشأن تقدير الخبير تتمثل في الرقابة القانونية على الرأي العلمي أو الفني الذي تقدم به الخبير .

ثم إن الممارسة العملية أفرزت بعض الضوابط يتعين على القاضي الالتزام بها أثناء قيامه بمهمته ومنها مدى مراعاة الخبير للقوانين والمبادئ التي تحكم أعمال الخبرة، وهل طبق الخبير ما طلب منه وهل كانت استنتاجاته مسببة

¹ - محمد فاضل زيدان، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار الثقافة للعلوم والنشر، عمان، الأردن، طبعة سنة 2006، الصفحة 36.

تسببها كافيا، ومدى التوافق بين تقرير الخبرة وشهادة الشهود أو اعتراف المتهم، والمقارنة بين الخبراء إذا كان هناك أكثر من واحد.

هذه الضوابط عندما يلتزم بها القاضي بقدر ما تجعله يكون قناعة أقرب إلى الصواب في إصدار الحكم إلا أنها من جهة أخرى تقيد وتضيق سلطته التقديرية، فليس هناك مجال واسع لسلطة التقديرية لقاضي طرح أمامه خبرة توافقت مع شهادة الشهود مثلا، أو اعتراف المتهم.

وفي كل الأحوال وبعد عرض آراء القائلين بحجية الخبرة المطلقة، ورأي من يقول غير ذلك، علينا أن نلتمس حلا توفيقيا يمكن من خلاله إعمال السلطة التقديرية للقاضي، ومن جهة أخرى إبراز أهمية الخبرة كدليل مهم يمكن للقاضي الاستناد عليه للفصل في القضايا المسندة له للفصل فيها.

المطلب الثالث: الخبرة دليل إثبات يخضع لرقابة القاضي بشروط.

إن الممارسة العملية تظهر أن الخبرة هي دليل إثبات قابل للمناقشة والفحص من طرف القاضي، ولكن هل هذه المناقشة تمس الحقيقة العلمية التي جاءت بها الخبرة؟

لا يمكن للقاضي أن يناقش هذه الحقيقة العلمية التي جاءت بها الخبرة بسبب أنها مسألة فنية لا علاقة لها باختصاص القاضي وإلا لما طلب أن تجري خبرة فنية لبيانها، ولكن الفحص يمس الظروف التي أحاطت بوجود الدليل العلمي الذي أفرزته الخبرة، وبالمثال يتضح المقال، قد ينكر المشتبه به تواجده في مكان وزمان وقوع الجريمة، والخبرة الجنائية تثبت وجود بصماته على الجثة، فهل يعتبر هذا دليل على أنه القاتل؟ نقول ليس تماما باعتبار أن الخبرة الجنائية أثبتت كذب المشتبه به ووجوده فعلا في مكان الجريمة، ولكن هل هو الذي قام بعملية القتل؟ وهل فعل ذلك بسبق إصرار وترصد؟ أم أن المسألة لها علاقة بالدفاع الشرعي؟ أو أنه أرغم على فعل ذلك؟ كل هذه التساؤلات لا

تجيب عنها الخبرة الجنائية التي أثبتت وجود بصمات المشتبه به في موقع الجريمة، وإنما توضح فحص الظروف التي وجدت فيها بصمات المشتبه فيه في موقع الجريمة، وأحيانا لا يمكن للقاضي مناقشة الحقيقة العلمية التي جاءت بها الخبرة، مثل تلك التي نتج عنها أن الجاني لا يتمتع بقواه العقلية، فسلطته التقديرية هنا ضيقة إلى حد الفقدان.

وفي كل الأحوال ومسايرة للتطور العلمي على القاضي أن يكون مطلعاً على المجالات العلمية التي تكون مواضيع للخبرة ولو على سبيل إثراء رصيده المعلوماتي، فإن خالطه الشك في مدى صحة النتيجة التي يتوصل إليها الخبير له أن يلجأ إلى خبير آخر، ولعل هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري، فلم يهمل السلطة التقديرية للقاضي عندما ترك أهم القضايا خطورة يفصل فيها بالسلطة التقديرية للقاضي وقناعته، وهي القضايا التي تشكل وقائعها جنايات وذلك من خلال نص المادة 307 من قانون الإجراءات الجزائية حيث جاء نص المادة ما يلي (..... إن القانون لا يطلب من القضاة أن يقدموا حساباً عن الوسائل التي بها قد وصلوا إلى تكوين اقتناعهم، ولا يرسم لهم قواعد بها يتعين عليهم أن يخضعوا لها على الأخص تقدير تمام وكفاية دليل ما، ولكنه يأمرهم أن يسألوا أنفسهم في صمت وتدبر، وأن يبحثوا بإخلاص ضمائرهم في أي تأثير قد أحدثته في إدراك الأدلة المسندة إلى المتهم وأوجه الدفاع عنها ولم يضع لهم القانون سوى هذا السؤال الذي يتضمن كل نطاق واجباتهم

(هل لديكم اقتناع شخصي).

ومن ثم يتضح أن المشرع الجزائري في القضايا الجزائية التي تشكل وقائعها جنايات لم يقيد القضاة بأي دليل مهما وصلت درجة صحته العلمية، ولو أنه في باقي القضايا المشكلة للجنح والمخالفات جعل الإدانة فيها مسببة على الدليل ولكنه في نفس الوقت لم يهمل الأدلة العلمية، ودليل اهتمامه بها أن الجزائر في علم الأدلة العلمية تحتل المرتبة الأولى إفريقيا من حيث التطبيق، ذلك أن

الجزائر اتبعت سياسية أخرى في هذا المجال عندما أرسلت رجال الضبطية القضائية إلى الدول المتقدمة من أجل اكتساب الخبرة التي توصلوا إليها فنتج عن ذلك تقدم الجزائر من الناحية التطبيقية ولو أنها متأخرة من الناحية النظرية في إنجاز بعض البحوث الأكاديمية في هذا الشأن، ويتجلى تطور الجزائر كما ذكرنا في معهد علم الأدلة الجنائية وعلم الإجرام التابع لجهاز الدرك الوطني، والذي صار له أهمية كبيرة في الكشف عن العديد من الجرائم.¹ وقد سجلت وزارة العدل في الجزائر العاملين فيه في قائمة الخبراء القضائيين وعليه يمكن للقضاة اللجوء إلى المعهد من أجل إجراء خبرة جنائية حول النقاط الفنية التي توقفهم أثناء فحص القضايا.²

الختام

يبدو واضحا أن النتائج التي يمكن الخروج بها هي :

- **أولا :** صعوبة تعامل القاضي مع القضايا التي تحتاج إلى خبرة فنية وهذه الصعوبة لا تكمن في قدرته على فحص هذه الملفات من الناحية القانونية لأن ذلك يدخل في صميم مهامه، بل يتمثل في تقدير الظروف التي وجد فيها الدليل العلمي الذي نتج عن الخبرة أو الدافع الذي جعل المتهم يقوم بالفعل المجرم، لأن المسألة تبدو غامضة، وكل ذلك لا يمكن للقاضي الوصول إليه دون لجوئه لسلطته التقديرية لتقدير ماهو مطروح أمامه من أدلة علمية وقرائن قانونية وقضائية.

¹ - أنشئ هذا المعهد بموجب المرسوم الرئاسي رقم 183/04 المؤرخ في 26 يونيو 2004 المتضمن إحدات المعهد الوطني للأدلة الجنائية وعلم الإجرام وتحديد قانونه الأساسي.

² - لقد اعتمد العاملون في معهد الأدلة الجنائية بصفتهم خبراء بموجب القرار الوزاري المشترك رقم 2011/046 الصادر عن وزير العدل حافظ الأختام ووزير الدفاع المتضمن تسجيل مستخدمي المعهد الوطني للأدلة وعلم الإجرام في قائمة الخبراء القضائيين.

- **ثانياً :** اتجاه المهتمين بتحقيق العدالة أثناء المحاكمات إلى ضرورة أن يهتم القاضي بالأدلة العلمية وتكون نصرتة لها نظرة موضوعية إيجابية، ولعله اتجاء المشرع الجزائري حين اعتمدا العاملين في معهد الأدلة الجنائية وعلم الإجرام التابع للدرك الوطني في مصاف الخبراء القضائيين كما ذكرنا سابقا، وهذا المعهد يقدم خدمات كبيرة في حل العديد من القضايا الشائكة بل منها ماتم حله عن طريق علم الحشرات الجنائي.
- **رابعا :** ضرورة أن يتقيد الخبراء بما هو مطلوب منهم من طرف القضاة، خاصة وأن الكثير من الخبراء تتعرض خبرتهم للإلغاء وعدم الاعتماد عليها نتيجة خروجهم عن ما هو مطلوب منهم قضاء، مما يثير الشك حول تقاريرهم وعدم توضيح الرؤية للقاضي حول النقطة الفنية التي تثير إشكال.
- **خامسا :** ضرورة إطلاع القضاة على المخابر العلمية التي تنجز الخبرة خاصة الجنائية حتى يتسنى لهم تشكيل فكرة واضحة عن عمل الخبراء، خاصة وأن الكثير من أعمال الخبرة تخفى على القضاة ولا يلقون لها بال، ذلك أن الأدلة التي يكتشفها المحقق الجنائي أثناء العمل على حله لطالما بعض الجرائم يواجه بها المتهمين الذين سرعان ما ينهارون أمامها خاصة وأنها أدلة علمية دقيقة، مما يجعلهم يعترفون بالوقائع المجرمة التي نسبت إليهم والظروف التي ارتكبوها، ثم عند تحويل الملف إلى القضاء للفصل فيه، قد يكتفي القضاء بمواجهة المتهم باعترافاته عند الضبطية القضائية، ولا يلتفتون ابد إلى العمل الجبار الذي قام به المحقق الجنائي للوصول إلى هذا الاعتراف، وهذه نقطة مهمة جدا خاصة إذا علمنا أن الاعتراف هو دليل إثبات قابل للمناقشة شأنه شأن الأدلة الأخرى، ومن ثم الأدلة العلمية الناتجة عن عمل الخبراء هي التي تقوي هذا الدليل أو تضعفه.

- **سادسا :** ضرورة تكوين رجال الضبطية القضائية في إطار الخبرة الجنائية وهو ما تسعى إليه المديرية الأمنية في الجزائر ، على غرار وزارة الدفاع الوطني ممثلة في قيادة الدرك الوطني، أو وزارة الداخلية ممثلة في المديرية العامة للأمن الوطني.

قائمة المصادر والمراجع :

الكتب باللغة العربية :

- 01- الذنبيات غازي مبارك، الخبرة الفنية في إثبات التزوير في المستندات الخطية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2005 .
- 02- محمد محي الدين عوض، قانون الإجراءات الجنائية السوداني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب، القاهرة، مصر، طبعة سنة 1980.
- 03- ثروت جلال، نظم الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2003.
- 04- هلاي عبد الله، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ، الطبعة الأولى، سنة 1987.
- 05- محمد فاضل زيدان، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار الثقافة للعلوم والنشر، عمان، الأردن، طبعة سنة 2006.
- 06- أحسن بوسقيعة ، التحقيق القضائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر- الطبعة التاسعة، سنة 2010 .

المراجع الأجنبية :

GQRRQUD(R)Trait théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure , T.V.Paris , Sirey, ..1992

النصوص القانونية :

- 01- القانون رقم 08- 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.
- 02- الأمر رقم 66- 155، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المعدل والمتمم المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

- 03- المرسوم الرئاسي رقم 183/04 المؤرخ في 26 يونيو 2004 المتضمن إحداث المعهد الوطني للأدلة الجنائية وعلم الإجرام وتحديد قانونه الأساسي.
- 04- القرار الوزاري المشترك رقم 2011/046 الصادر عن وزير العدل حافظ الأختام ووزير الدفاع المتضمن تسجيل مستخدمي المعهد الوطني للأدلة وعلم الإجرام في قائمة الخبراء القضائيين.



السياسة الخارجية الإيرانية : التحولات الأيديولوجية و الثوابت

البراغماتية... محاولة للفهم

شنين محمد المهدي

قسم العلوم السياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح - الجزائر
chenine.mohammed@univ-ouargla.dz

الملخص -

إيران دولة محورية ذات دور مركزي في الشرق الأوسط، شهدت تحولات أيديولوجية بعد الثورة، من حيث الأفكار و سرديات الخطاب السياسي، لكن الأيديولوجيا لم تكن على حساب المصالح البراغماتية، تسعى هذه الدراسة لتفكيك العلاقة بين الأيديولوجي و البراغماتي في سياسة إيران الخارجية، من خلال استعراض تأثير كل متغير في تحديدها، واستقراء بعض محطات السياسة الخارجية الإيرانية التي شهدت تعارضا بين المتغيرين .

الكلمات الدالة :

السياسة الخارجية ، الأيديولوجيا ، البراغماتية ، إيران ، الثورة ، ولاية الفقيه

Iranian foreign policy: the ideological shifts and constants pragmatism ...Trying to understand

Abstract-

Iran is a pivotal state , it has principal role in the middle east , it saw ideological changes after the revolution, change in ideas and thought and political speech . This study aims to dismantling the relationship between the ideology and pragmatism in Iranian foreign policy , through show the factors each determine , to present some events witnessed contending between factors .

Key words

Foreign policy, ideology, pragmatism, Iran, the revolution, the velayat-e faqih.

مقدمة -

على الدوام كانت إيران فاعلا مهما في الشرق الأوسط قبل و بعد الثورة ، من خلال سياساتها و تحالفاتها ، و باعتبارها تحمل إدراكا تاريخيا بدورها المركزي، كونها الدولة " الطبيعية" في المنطقة ذات الامتداد الحضاري ، كانت الأيديولوجيا ملمحا مستمرا في السياسة الإيرانية، ففي العهد البهلوي تضخمت الذات الفارسية و أضحت هي الأيديولوجيا الطابعة لسياسة إيران ،وعقب الثورة تصدر الدين و الطائفة ، بعد تحول إيران من الحكم الشاهنشاهي إلى حكم الولي الفقيه .

في كل مرحلة من مراحل الدولة الإيرانية كان هناك نمط إيديولوجي يسم السياسة الإيرانية ، لكن على الدوام لم يكن هذا على حساب المصالح العليا لإيران ، فالنهج البراغماتي كان هو المتحكم في الخيارات الإيرانية تجاه التطورات في محيطها ، بناء على ما تقدم تسعى هذه الورقة للبحث في جدلية العلاقة بين الأيديولوجي - و البراغماتي في سياسة إيران الخارجية ، و إلى أي مدى يمكن اعتبار المتغيرات الأيديولوجية محددات مركزية لعلاقات إيران الدولية 9.

1/ تفكيك العلاقة بين الأيديولوجيا و السياسة الخارجية :

تعرف الأيديولوجيا Ideology أنها منظومة من الأفكار تهدف إلى غاية عملية ، فهي مجموعة من الأفكار عن العالم وعن الحياة وعن المجتمع تصلح قاعدة لعمل جماعي، لذلك فهي بعيدة عن خصائص التفكير الشخصي وعن مرونته لأنها أقرب لأن تكون برنامج عمل .¹

1- نوري النعيمي أحمد ،عملية صنع القرار في السياسة الخارجية الولايات المتحدة أنموذجا :دار زهران ،عمان،2011، ص 381.

وحسب لويد جونسون Lloyd Johnson لا تنبثق السياسة الخارجية فجأة في أذهان صانعي القرار، إن السياسة الخارجية هي نتاج لخبرات الدولة السابقة، وللمعتقدات السياسية والإيديولوجية التي تراكمت عبر الزمن¹، فالمحدد الإيديولوجي هو تلك الأفكار التي يعتنقها أفراد المجتمع والتي تحدد رؤيتهم للعالم السياسي، وهذه التوجهات المجتمعية ليست مجرد آراء عابرة، ولكنها أفكار تتسم بثباتها النسبي.²

وقد انقسم الباحثون حول دور المحدد الأيديولوجي بين من يقلل من أهميته ودوره وأثره على السياسة الخارجية، أما كيفية تأثير الأيديولوجية في صناعة القرار فيتم ذلك من خلال التأكيد على ضرورة وجود أيديولوجية واضحة لكل نظام سياسي، وذلك بوصفها ليست فقط أداة لتقويم الواقع والمستقبل، بل أيضا محدد لنوعية الدور الذي تلعبه الدولة في النظام السياسي الدولي وتصورها لما يجب أن يكون عليه.³

فيؤثر النسق العقدي للدولة على تصورها لما يحدث في النظام الدولي فهو بمثابة شاشة إدراكية يتم من خلالها تجاهل بعض الأحداث أو تفسيرها بما يتوافق مع النسق العقدي، كما أن هذا الأخير يضع قيودا على خيارات السياسة الخارجية، فصانعو القرار حتى في الدول التسلطية يجدون شيئا من الصعوبة في التصرف بطريقة مخالفة للمعتقدات السائدة لدى شعوبهم، إذ أن النسق الأيديولوجي للدولة يعتبر أداة لتبرير خيارات السياسة

¹ - جنسن لويد، تفسير السياسة الخارجية، (ترجمة محمد بن احمد المغني ومحمد السيد سليم)، جامعة الملك سعود، الرياض، 1989، ص 83.

² - أحمد الحباشنة صداح، محددات السياسة الخارجية الإيرانية تجاه الولايات المتحدة الأمريكية (1979، 2007) سلسلة العلوم الاجتماعية، العدد الخامس، مؤتة للبحوث والدراسات، 2008، ص 16.

³ - أحمد نوري النعيمي، ص 383، مرجع السابق.

الخارجية التي تقدم للجماهير على أنها تمثل مجموعة من القيم المشتركة.¹

لكن رغم كل هذا فدرجة تأثير الأيديولوجيا تختلف باختلاف مرحلة التطور السياسي ودرجة التطور الاقتصادي للدولة ، إذ يزداد تأثير الأيديولوجيا في المراحل الأولى للثورات الاجتماعية، لكنه من الملاحظ تراجعها وانحساره كلما ازدادت درجة التطور الاقتصادي، فمع ازدياد الارتباطات الاقتصادية للدولة تظهر مشكلات جديدة يصعب للأيديولوجيا تقديم حلول لها ، كما أنه يجب الإشارة إلى أن تأثير الأيديولوجيا على السياسة الخارجية يزداد كلما قل تأثير الدولة بالمشكلة التي تصاغ السياسة الخارجية تجاهها.²

تحدد السياسة الخارجية الإيرانية جملة من الضوابط الأيديولوجية منها ما هو من إفرازات الثورة ،ومنها ما هو امتداد لما قبلها، ومن أبرز هذه المحددات نجد نظرية ولاية الفقيه ، وما أفرزته من نظرة للواقع الدولي من خلال اجتهادات الإمام الخميني، و كذلك نجد القومية الفارسية التي تعلق من الوطنية الإيرانية الفارسية ،بما لها من جذور تاريخية وامتدادات حضارية عميقة ،و قبل التعرض لتأثير ولاية الفقيه على السياسة الخارجية نتناول بشيء من الإيجاز تطور النظرية في الفكر الشيعي .

2/نظرية ولاية الفقيه: من الاجتهاد الفكري إلى التجسيد العملي.

مثلت ايران بعد الثورة أول تجسيد لنظرية ولاية الفقيه في الفكر الشيعي ، حيث كانت هذه النظرية حبيسة الكتب و الحوزات العلمية ، مكنت الثورة آية الله الخميني من فرضها كنظام حكم في ايران ، و أوضحت من أهم محددات السياسة الإيرانية داخليا و خارجيا .

¹ - جنسون لويد، ص ص 84،85 ، مرجع السابق.

² - أحمد الحباشنة صداح ، ص 18، مرجع السابق.

أ/ الخميني واستدعاء نظرية الولي الفقيه:

تعود أصول هذه النظرية إلى محمد بن مكي الجزيني العاملي نسبة إلى جبل عامل في لبنان (ت. 786 هـ - 1472م)، حيث دعا إلى التوسع في عمل الفقهاء استناداً إلى فكرة نيابة الفقهاء العامة المأخوذة عن "الإمام المهدي المنتظر" غير أن العاملي ركز على القضاء والحدود وصلاة الجمعة دون أي اعتبار لموضوع الحكم، ثم طور الفكرة من بعده بعض الفقهاء من أبرزهم الشيخ كاشاني في القرن 19 والذي استخدم ولاية الفقيه للمرة الأولى، أي أن للفقيه في غيبة الإمام ولاية في أمور الدين والدنيا التي كانت للنبي والأئمة¹.

غير أن هذه الفكرة طورت إلى ما يعرف بولاية الفقيه المطلقة على يد آية الله روح الله بن مصطفى بن أحمد الموسوي الخميني (1902 - 1989)، والذي نقل الفكر الشيعي من مرحلة السلبية والانتظار إلى مرحلة الفاعلية والنشاط السياسي والفكري، بعدما كان الفكر الشيعي الإثنا عشري يقصر الولاية العامة في أشخاص معينين بأسمائهم وعددهم، حيث ساد الاعتقاد "بأن كل راية ترفع قبل أن يقوم القائم فصاحبها طاغوت وإن كان يدعو إلى الحق"²، فولاية الفقيه حسب الشيعة الإثنا عشرية الجعفرية هي ولاية وحاكمية الفقيه الجامع للشرائط في عصر غيبة الإمام الحجة، حيث ينوب الولي الفقيه عن الإمام المنتظر في قيادة الأمة وإقامة حكم الله على الأرض³.

¹ - عبد الحي وليد، إيران مستقبل المكانة الإقليمية عام 2020، مركز الدراسات التطبيقية، الجزائر، 2010، ص 151.

² - زرنير آمال، السياسة الخارجية بين تطبيق نظرية ولاية الفقيه وتطبيق العامل الشيعي، مجلة آراء حول الخليج، العدد 94، مركز الخليج للأبحاث، الإمارات، يوليو 2012، ص 61.

³ - صادق إسماعيل محمد، إيران من الشاه إلى نجاد، العربي للنشر والتوزيع، القاهرة (د ت ن)، ص 151.

هذه الفكرة تدور حول قضية من يملك المبرر الشرعي والأساس الفلسفي لتولي الإمامة (ممارسة الحكم) ، في المجتمع الشيعي أثناء فترة الغيبة الصغرى للإمام التي بدأت بغيبة المهدي عام 620 هـ¹ ، انتقال الولاية و مراتبها حسب نظرية ولاية الفقيه المطلقة يكون بالتسلسل ، انطلاقاً من أن مبدأ الحاكمية في الإسلام هو لله فهو صاحب السيادة على المخلوقات كافة ، وتستمد الولاية الأرضية تشريعاً منها ، وتتمثل هذه الولاية في ثلاثة امتدادات تتجسد فيها حاكمية الله على الأرض كما تقضي نظرية ولاية الفقيه المطلقة وهي : النبوة ، والإمامة ، وولاية الفقيه .²

صاغ الخميني نظرية ولاية الفقيه المطلقة في كتابه "الحكومة الإسلامية" والذي كان في بدايته مجموعة محاضرات سنة 1969 ، ثم طبع لاحقاً في كل من لبنان 1970 و إيران 1977 ، وقد اعتبر الخميني أن ولاية الأئمة هي ذاتها ولاية الفقيه العادل ، وأن وظيفتها واحدة رغم سمو منزلة الإمام المعصوم على الفقيه³ ، وقد جاء دستور 1979 مانحاً كل الصلاحيات للإمام (الولي الفقيه) ونظم العلاقة بينه وبين الأمة بوصفها صاحبة السيادة على نفسها زمن الغيبة ، وتبعاً للدستور أصبحت سلطة الولي الفقيه أعلى من سلطات مختلف المؤسسات .⁴

¹ - طلال صالح بنان ، إيران معضلة التعايش بين نظرية ولاية الفقيه والديمقراطية ، مجلة السياسة الدولية ، العدد 155 ، مركز الأهرام للدراسات الإستراتيجية ، القاهرة ، يناير 2004 . ص 13.

² - اللباد مصطفى ، حقائق الأحزان إيران وولاية الفقيه ، دار الشروق ، القاهرة ، (د ت ن) ، ص 99.

³ - عبد الحي وليد ، ص 151 ، مرجع السابق.

⁴ - أحمد الحباشنة صداح ، ص 24 ، مرجع السابق.

الملاحظ أن نظرية ولاية الفقيه المطلقة لم تحظى بإجماع عبر التاريخ الشيعي بل هناك من أنكرها أصلاً ، ومن أشهر من رفض الولاية المطلقة للفقيه من المراجع المعاصرين نجد السيد الخوئي والذي توي في بعد ثلاثة سنوات من الثورة ، وهذا الرفض جاء في كتابه "الاجتهاد والتقليد" لأن أدلة الخميني حسبه قاصرة السند والدلالة ، وكذلك نجد آية الله شريعت مداري (1905 - 1986) والذي طالب بنظام حكم ذي طبيعة تمثيلية واسعة تعكس جميع القوى السياسية والاجتماعية الفاعلة في إيران¹ ، كذلك نجد من ابرز المعارضين للولاية الفقيه المطلقة آية الله حسين منتظري

(1922 - 2009) والذي كان نائباً للخميني وتم عزله سنة 1989 قبل شهرين من وفاته ، رغم أنه كان المرشح الأقوى لخلافة الخميني ، ووضع تحت الإقامة الجبرية سنة 2006 إلى أن توي في² .

ب/ سرديات الإسلام الثوري : ثنائية الاستكبار والاستضعاف في علاقات إيران الدولية -

بناء على ما سبق يتضح المحدد الأيديولوجي الأبرز في تشكيل إدراك صانع القرار ونظرته للعالم ، من خلال ما طرحته هذه الفكرة وما حوته من اجتهادات الخميني حول النظام الدولي والعلاقات الدولية ، والتي أقرت في الدستور الإيراني وميزته بعد الثورة بما أصبح يعرف بالإسلام الثوري ، وهو حسب الاجتهاد الإيراني يأتي من قيم الحق والعدل والمساواة على الصعيدين الداخلي والخارجي ، ويتعامل مع الواقع الدولي مستندا إلى هذه المعايير وبمدلولاتها الإسلامية بغض النظر عن درجة تطابقها مع المدلولات المتداولة لها في القوانين الدولية الوضعية.³

¹ - طلال صالح بنان، ص14، مرجع السابق.

² - عبد الحي وليد، ص 152 ، مرجع السابق.

³ - نفس المرجع السابق ، ص 261.

تقول شيرين هانتر (Shireen Hunter) في كتابها إيران والعالم الاستمرارية في العقد الثوري " Iran and the World Continuity in a Revolutionary Decade"، إن محور تفكير الإمام الخميني في السياسة الخارجية لا يقوم على النظرة الإسلامية التقليدية المتأسسة على مفهومي دار السلام ودار الحرب، وإنما على مفهومي المستكبرين والمستضعفين، ووفقاً لهذه النظرية الجديدة لا يتوقف دور الدولة الإسلامية على حماية دار الإسلام وإنما يشتمل أيضاً على المساهمة في توحيد كل المناوئين للظلم والهيمنة.¹ في تحليل الخميني تبعا لنظرية ولاية الفقيه من المهم التركيز على ثلاثة مفاهيم أساسية أثرت في كيفية إدارة إيران لسياستها الخارجية وهي:²

(1) الحكومة الإسلامية: وذلك من أجل تطبيق أحكام الإسلام في ظل استمرارية غيبة الإمام، وتوحيد المسلمين وتحريرهم من الاستعمار وأتباعه .

(2) فكرة الأمة الدينية : حيث انتقد الخميني النعرات القومية التي تقسم العالم الإسلامي وأرجع آثارها إلى الاستعمار والقوى العظمى .

(3) فكرة الحياد: وذلك من محتوى إسلامي حسب الخميني عبر محددات شرعية هي عدم جواز الخضوع لغير الله والحفاظ على الهوية والترابط الوثيق بين الدين والسياسة ورفض فصلهما كأثر من آثار التبعية للخارج .

تحدث الخميني عما أسماه بالإمبريالية الشرقية والإمبريالية الغربية، ونظر إلى النظام الدولي القائم كنظام ثنائي القطبية ينقسم بين السيطرة السوفيتية والأمريكية الغربية، واعتبر الثورات قبل ثورة إيران بأنها مرتبطة بالشرق أو بالغرب، حيث يقول أن النظام الإسلامي وثورته هي الوحيدة الغير

¹ - عبد الله يوسف سهر محمد، السياسة الخارجية الإيرانية تحليل لصناعة القرار، السياسة الدولية، العدد 138، مركز الأهرام للدراسات الإستراتيجية، 1999، ص 11 .

² - زرنير أمال، ص 62، مرجع السابق.

منحازة، نتيجة لاعتمادها على الإسلام وتبنيها لشعار " لا شرقية ولا غربية " وهو ما أكدته الدستور الإيراني¹.

فحسب الخميني ينقسم العالم إلى ظالمين و مظلومين ، و الظالمين هم القوى الكبرى في العالم ، و يرى الخميني أنه يجب على إيران أن تتحمل مسؤوليتها في " تصدير" الثورة لإنقاذ الشعوب المضطهدة في كل مكان² وقد وضع الفصل العاشر من الدستور أهم محددات السياسة الخارجية خاصة في المواد 152 - 153 - 154 - 155 فتتضمن المادة (152) على: " تقوم السياسة الخارجية الإيرانية على أساس رفض أي نوع من أنواع التسلط أو الخضوع ، والحفاظ على الاستقلال التام وعدم الانحياز للقوى المتسلطة ، وعلى تبادل العلاقات السلمية مع الدول المسالمة"³.

الملاحظ في هذه المادة تصنيف العالم إلى متسلطين مستكبرين وإلى مظلومين مقهورين ، وتحديد دور إيران بالدفاع عن المقهورين ، لذلك كان لازال الإسلام الثوري محدد بالغ الأهمية في توجيه السياسة الخارجية للجمهورية الإسلامية منذ قيام الثورة ، إذ أن إيران حسب الخميني " دولة في الطليعة تقود الجماهير المقهورة نحو الحرية والعدالة " ، وكانت هذه الأفكار

¹ - وليد عبد الناصر، إيران دراسة عن الثورة والدولة ، ط 1 ، دار الشروق ، القاهرة ، 1997 ، ص 57.

² - The James H. Knrse , Determinants of Iranian Foreign Policy Impact of Systemic, Domestic and Ideologic Factors , Submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of MASTER OF ARTS IN NATIONAL SECURITY AFFAIRS , NAVAL POSTGRADUATE SCHOOL Monterey, California , June 1994. p54.

³ - بيزن يزدي ، مدخل إلى السياسة الخارجية لجمهورية إيران الإسلامية ، (ترجمة : سعيد الصباغ)، الدرالثقافية للنشر ، 2000 ، ص 166.

هي الأساس النظري والمنطلق الفكري لدعم العديد من الحركات والفصائل في مناطق مختلفة من العالم خاصة في العالم العربي والإسلامي .¹ يقول أنوشروان إحتشامي (Anoushiravan Ehteshami) أن استخدام إيران للإسلام والرموز الإسلامية لا تزال سمة من سمات "تصور دورها" إذ للإسلام مكانة ودور مهم في صياغة السياسة العامة وإستراتيجية الدولة ،وهو ما سبب لها خلافات في علاقاتها الخارجية.²

بقيت إيران دائما تحاول المواءمة بين الأيديولوجية الدينية التي انتهجتها منذ 1979 ،وبين التطورات التي شهدتها هذا النظام الدولي، والتغيرات على الساحة الداخلية في إيران ،كي تضمن بقاء النظام واستمرار قوته وتفاعله مع المستجدات الدولية، بحيث أصبحت سياستها الخارجية تسعى للحفاظ على النفوذ الإقليمي في مواجهة التحديات الإقليمية ،والتركيز على المتغير الشيعي كمركز روحي للشيعية ودعمهم في مناطق العالم المختلفة .³

الملاحظ أن العقيدة لعبت دور الركيزة الأساسية لرؤية إيران الثورية للعالم ، خاصة في العقد الأول من عمر ثورتها ، وتعتبر مقولة الخميني أصدق تعبير عن ذلك حين قال "إننا نواجه الدنيا مواجهة عقائدية" ، كما قدمت إيران في هذه المرحلة لغة خطابية جديدة ومتفردة تميزت بإسلامية المفاهيم من خلال الاقتباس المؤثر من القرآن الكريم ،مما أعطاها إمكانية التأثير على

¹– Stephen Jones, The Islamic Republic of Iran: An introduction , research paper , House of Commons Library , December 2009,p91.

²– Anoushiravan Ehteshami and Raymond hinneb, The Foreign Policies of Middle East States ,Lynne Rienner Publishers London,2002 p 288.

³ – زرنبير آمال ، ص64، مرجع السابق.

المتلقي لهذا الخطاب ، والذي أنتجت من خلاله مجموعة مفاهيم على رأسها الاستكبار ، وكذلك مفهومي الاستقلالية والحكم الإسلامي .¹

3/ الموروث الفارسي: استحضار الدور التاريخي.

أثرت القومية على السياسة الخارجية الإيرانية بشكل ملحوظ، خاصة في عهد الشاه محمد رضا بهلوي (1919 - 1980) ، حيث كان هناك تركيز كبير على الرموز الوطنية الفارسية، وعلى التراث العميق لحكام فارس²، فكانت الكرامة الوطنية و القومية من العناصر، التي أدخلت تدريجيا في الثقافة السياسية الإيرانية، في ضوء الأحداث التاريخية التي كان لها آثار ايجابية و سلبية مختلفة ، و الشعور بالفخر و الاعتزاز الذي يفوق أحيانا المعتاد ، و يأخذ شكل العداء للآخرين و خصوصا الجيران ،و كما يقول غراهام فولر (Graham Fuller) فإن الهزائم التي تلقاها الإيرانيون على يد جيرانهم حولت اهتمامهم بشكل متزايد نحو عظمة تاريخهم .³

وقد سيطر هذا النمط من التفكير على النخبة قبل الثورة ، منطلقة مما تعتبره المسؤولية التاريخية " Historical Responsibility " على اعتبار أنها دولة ممتدة من حضارة كبيرة وهي الأولى بالقيادة في المنطقة⁴، فساهم العمق الحضاري والتجربة التاريخية في تعزيز طموحات إيران الإقليمية والشعور بالتفوق الثقافي Cultural Superiority لدى أجيال متعاقبة من

¹ - صادق إسماعيل محمد ، ص 239، مرجع السابق.

² - جونسون لويد ، ص 111 ، مرجع السابق.

³ - أحمد نجيب زاده ، دور البيئة المعرفية في سياسة ايران الخارجية ، مجلة شؤون الأوساط ، العدد 114 ، مركز الدراسات الإستراتيجية ، عمان ، أكتوبر 2011 ، ص 61.

⁴ - Anoushiravan Ehteshami , op ,cit , p287.

القادة الإيرانيين ، وإدراكهم أنها بفعل هذا التفوق قادرة على لعب دور كبير في المنطقة المحيطة .¹

هذا المكون الأيديولوجي المتمثل في الوطنية الإيرانية يعلي من قيم الخصائص الذاتية ، ويرى في مقومات الطابع القومي الأساس لفهم الظواهر والحكم عليها ، وعليه ترى في الإسلام أحد مكونات الشخصية وليس المكون الوحيد ، مما يجعلها لا ترى ضيرا في التعاطي مع الواقع الدولي دون قيود دينية .²

وقد كانت القومية والوطنية الفارسية شعارات دائمة للانتفاضات والثورات المختلفة بداية من الثورة الدستورية في (1905 - 1911) ، مروراً بصعود مصدق وتأميم النفط وصولاً إلى الثورة الإسلامية نفسها ، إذ تم استدعاء القومية بشكل منتظم من قبل النخبة الدينية لتعزيز الوحدة الوطنية ، فلعبت دوراً رئيسياً في جهود الخميني لتعزيز الدعم المحلي خلال الحرب مع العراق³ ، في هذا السياق يقول عبد الله النفيسي أن الإدراك الفارسي Persian Perception للرمزية العربية يغلب عليه صورة للعربي على أنه الفاتح المقتحم ، الذي لا يبالي بالمرور الفارسي ، ويبدو أن هذه الصورة ترسخت عبر الزمن خاصة في عهد الشاه محمد رضا بهلوي .⁴

يرى أنوشروان احتشامي Ehteshami أن القومية الإيرانية متميزة بما أسماه بـ "عطرسة عدم الخضوع" "The Arrogance of non- Submit" وهذه

¹ - Stephen Jones , op,cit,p89.

² - عبد الحي وليد، ص262 ، مرجع السابق.

³ - Stephen Jones , op,cit,p90.

⁴ - النفيسي عبد الله ، إيران والخليج دياكتيك الدمج والنبد، دار قرطاس للنشر ، الكويت ، 1999 ، ص12.

الحالة حسب احتشامي أدت إلى شعور مبالغ فيه بأهمية إيران وقدرتها، فالملاحظ أن القومية تمارس تأثيراً قوياً على السياسة الخارجية الإيرانية لكنه يبدو متناقضاً في بعض الأحيان، إذ تستخدم أحياناً لتبرير المواجهة كما في عهد الخميني أثناء حربه مع العراق، وهو ما تم إحياءه في الآونة الأخيرة من قبل أحمد نجاد، وفي أحيان أخرى تمارس القومية تأثيراً معتدلاً يعزز الحذر والواقعية والنظر إلى مصالح إيران الوطنية، من خلال إبعاد الحماسة الدينية والثورية للنظام¹.

4/ البراغماتية الثابت غير المتغير في السياسة الإيرانية .

لكن وبرغم ما للأيديولوجيا من تأثير على السياسة الخارجية لإيران بحكم تركيبة وطبيعة النظام، وما يحمله من شعارات يغلف بها سياسته واختياراته سواء كانت ذات طابع ديني أو قومي، فالبراغماتية والمصلحة الوطنية محدد مهم أيضاً لكل نظام سياسي مهما كان حتى ولو كان ينسب نفسه لأيديولوجيا معينة .

يجادل روجي رمضان (R.K.Ramazani) أنه من الخطأ الاعتقاد أن سجل السياسة الخارجية الإيرانية منذ اندلاع الثورة في عام 1979 نادراً ما يكشف عن تجاهل صناعات القرار للمصالح البراغماتية للدولة².

فبرغم ما للإسلام والقومية من أثر على السياسة الخارجية لإيران من الخطأ الاعتقاد أن الأيديولوجيا وحدها هي المحدد الرئيسي أو الوحيد للسياسة الخارجية الإيرانية، بل هناك اعتبارات سياسية واقتصادية وإستراتيجية تؤثر في صنع القرار وربما بشكل أكبر، والتاريخ الإيراني القديم والحديث يؤكد على ذلك، ولعل من أبرز الأمثلة صفقة السلاح السرية مع أمريكا وإسرائيل

¹ - Stephen Jones , op,cit,p91.

² - R.K.Ramazani , Ideology and pragmatism in Iran's Foreign Policy ,Middle East Journal ,Volume 58, October ,2004, P555.

في الثمانينات خلال الحرب مع العراق ، كما يلاحظ أن الميولات نحو البراغماتية زادت بعد وفاة الخميني خاصة في عهد "هاشمي رفسنجاني" و"محمد خاتمي" الذين سعيا للتخلص من العزلة المفروضة على إيران منذ الثورة.¹

في منطقة بحر قزوين السياسة الإيرانية بثلاث سمات بارزة هي : الحذر، التركيز على المصالحة، والتأكيد على المصالح الاقتصادية و الأمنية بدلا من التحالفات الأيديولوجية²، وفي تناقض بارز بين الأيديولوجيا و البراغماتية دعمت إيران أرمينيا (المسيحية) في صراعها حول منطقة ناكورنو كارباخ ، على حساب أذربيجان (الشيوعية) ، رغم أن 25% من الإيرانيين هم أذربيون .

ولعل التحولات التي حدثت في المحيط الإقليمي لإيران خير دليل على هذه البرغماتية ، وعلى رأسها احتلال العراق وأفغانستان ، وكيف استغلت إيران هذين التحولين من أجل ترسيخ وتعظيم نفوذها ، ففي 2003 بُعيد الاحتلال الأمريكي للعراق ، و اكتمال الطوق على إيران ، أعد الإيرانيون اقتراحا شاملا بين حدود صفقة ضخمة محتملة بين البلدين تعالج كافة نقاط النزاع بينهما ، يقول فينيت ليفيرت الذي خدم كمدير رفيع في شؤون الشرق الأوسط لدى مجلس الأمن القومي حينها " اعترف الإيرانيون بأن أسلحة الدمار الشامل و دعم الإرهاب قضيتان هامتان بالنسبة إليهم ، و أنهم على

¹ - Stephen Jones , op,cit,p93.

² مزيان فهد خزار الخزار ، الجمهورية الإسلامية الإيرانية و موارد بحر قزوين رؤية تحليلية لفرص السياسة الخارجية و معرقاتها ، مجلة دراسات إيرانية ، العدد 5 ، 2006 ، ص 83.

استعداد للتفاوض عليها " ، و بالتالي وضع الإيرانيون كافة أوراقهم للتفاوض.¹

بالمقابل على المستوى الإستراتيجي طلب الإيرانيون تفاهم على المدى الطويل مع الولايات المتحدة ، عبر وقف كافة الأعمال العدائية ، خاصة التدخل في الشؤون الإيرانية ، و إنهاء العقوبات ، و احترام المصالح القومية الإيرانية بالعراق والمنطقة ، و احترام حق إيران في الحصول على التكنولوجيات النووية².

رفضت إدارة جورج بوش العرض ، لكنها استفادت من التنسيق الأمني مع إيران في كل من أفغانستان و العراق ، لتعود إدارة باراك أوباما و تصل إلى اتفاق يكاد يكون بنفس البنود ، لكن في وضع جيو- استراتيجي مختلف ، أضحت فيه إيران ذات دور مركزي و فاعل محوري في الشرق الأوسط ، هذا الأخير الذي أصبحت أهميته تتضاءل بالنسبة لأمريكا .

كشف الحراك العربي، خاصة الأزمة السورية عن المستوى العالي البراغماتية الإيرانية ، حيث كانت سياساتها تتصادم بشكل صارخ مع كل خطباتها الأيديولوجية حول " المستضعفين " ، و قد حاولت طهران احتواء الربيع العربي ، و اعتباره امتداد لصورتها ، لكن عندما تعارضت الثورات مع مصالحها ، انحازت إلى المصالح الوطنية ، على اعتبار أن التغيير في خارطة تحالفاتها سيؤدي إلى تقويض مصالحها و انكماش دورها ، و يمكن أن تمتد حركات الاحتجاج إلى داخلها ، مما يهدد نظام ولاية الفقيه برمته .

بالرغم من الاختلاف الكبير في طرق و تبريرات كل من البهلوي و الخميني ، كانت أهدافهما الإستراتيجية متشابهة إلى حد بعيد ، فعلاوة على لعب دور

¹ تريتا بارزي ، حلف المصالح المشتركة : التعاملات السرية بين إسرائيل و الولايات المتحدة ، (ترجمة : أمين الأيوبي)، الطبعة الأولى ، الدار العربية للعلوم ناشرون ، بيروت ، 2008 ، 339.

² - نفس المرجع السابق ، ص 342.

الأول بين الأقران" في المحيط الهندي و منطقة غرب آسيا، سعت حكومة آية الله الخميني إلى قيادة العالم الإسلامي بأكمله ، أي أن كلا من الشاه و الثوريين رغب في لعب دور سياسي يتجاوز الموارد المتوفرة لإيران¹، لكن الملاحظ أنه رغم الاتصال العضوي بين الأيديولوجيا والسياسة الخارجية الإيرانية وإجراءاتها، إلا أنها تمثل غطاء نظريا عاما قابل للمرونة إلى درجة معينة بحسب الظروف والقضايا المستجدة.²

¹ - نفس المرجع السابق، ص 132.

² - عبد الله يوسف سهر محمد، ص 13، مرجع السابق.

قائمة المصادر والمراجع :

1/ المراجع باللغة العربية :

أ/ الكتب:

- 1- اللباد مصطفى ، حدائق الأحزان إيران وولاية الفقيه، دار الشروق، القاهرة .
- 2- النفيسي عبد الله ، إيران والخليج دياكتيك الدمج والنبد ، دار قرطاس للنشر، الكويت .
- 3- بيزن يزدي ، مدخل إلى السياسة الخارجية لجمهورية إيران الإسلامية ، (ترجمة : سعيد الصباغ) ، الدار الثقافية للنشر ، (دم ن) .
- 4- جنسن لويد ، تفسير السياسة الخارجية، (ترجمة محمد بن احمد المغني ومحمد السيد سليم)، جامعة الملك سعود ، الرياض .
- 5- نوري النعيمي أحمد ، عملية صنع القرار في السياسة الخارجية الولايات المتحدة أنموذجا، دار زهران ، عمان .
- 6- وليد عبد الناصر، إيران دراسة عن الثورة والدولة ، ط 1 ، دار الشروق ، القاهرة .
- 7- صادق إسماعيل محمد ، إيران من الشاه إلى نجاد، العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة .
- 8- تريتا بارزي ، حلف المصالح المشتركة : التعاملات السرية بين إسرائيل و الولايات المتحدة ، (ترجمة : أمين الأيوبي) ، الطبعة الأولى ، الدار العربية للعلوم ناشرون، بيروت .
- 9 - عبد الحي وليد ، إيران مستقبل المكانة الإقليمية عام 2020 ، مركز الدراسات التطبيقية، الجزائر .

2/ الدوريات -

- 1- أحمد الحباشنة صداح ، محددات السياسة الخارجية الإيرانية تجاه الولايات المتحدة الأمريكية (1979، 2007) ، سلسلة العلوم الاجتماعية، العدد الخامس ، مؤتة للبحوث والدراسات، 2008، .
- 2- أحمد نجيب زاده ، دور البيئة المعرفية في سياسة إيران الخارجية ، مجلة شؤون الأوسط ، العدد 114 ، مركز الدراسات الإستراتيجية ، عمان ، أكتوبر 2011 .

3- زونير آمال ، السياسة الخارجية بين تطبيق نظرية ولاية الفقيه وتطبيق العامل الشيعي ، مجلة آراء حول الخليج ، العدد 94 ، مركز الخليج للأبحاث ، الإمارات ، ، يوليو 2012 .

4- مزيان فهد خزار الخزار ، الجمهورية الإسلامية الإيرانية و موارد بحر قزوين رؤية تحليلية لفرص السياسة الخارجية و معرقلاتها ، مجلة دراسات إيرانية ، العدد 5 ، جامعة البصرة، 2006 .

5- عبد الله يوسف سهر محمد ، السياسة الخارجية الإيرانية تحليل لصناعة القرار ، السياسة الدولية، العدد 138 ، مركز الأهرام للدراسات الإستراتيجية ، القاهرة، 1999 .

6- طلال صالح بنان ، إيران معضلة التعايش بين نظرية ولاية الفقيه والديمقراطية ، مجلة السياسة الدولية ، العدد 155 ، مركز الأهرام للدراسات الإستراتيجية ، القاهرة ، يناير 2004 .

2/ المراجع باللغة الأجنبية -

1 - Anoushiravan Ehteshami and Raymond hinneb, The Foreign Policies of Middle East States ,Lynne Rienner Publishers , London,2002 .

2- The James H. Knrse , Determinants of Iranian Foreign Policy Impact of Systemic, Domestic and Ideologic Factors , Submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of MASTER OF ARTS IN NATIONAL SECURITY AFFAIRS , NAVAL POSTGRADUATE SCHOOL Monterey, California , June 1994.

3 - R.K.Ramazani , Ideology and pragmatism in Iran's Foreign Policy ,Middle East Journal, Volume 58, October ,2004 .

4- Stephen Jones, The Islamic Republic of Iran: An introduction , research paper , House of Commons Library ,December 2009.

إيران دولة ذات عمق حضاري كبير يساهم في إدراكها لدورها الإقليمي ، لكن الدولة الوطنية مرتبطة كذلك بمصالحها ، والتي غالباً ما تتعارض مع الغايات الأيديولوجية ، هذه الأخيرة التي تُستدعى لتبرير مخرجات النظام ، أو للحشد وراء اختياراته ، ورغم التحولات الأيديولوجية التي شهدتها إيران إلا أن هذا لم يكن على حساب البراغماتية ، التي ظلت المحدد الثابت للدبلوماسية الإيرانية .



المقاتلين النظاميين بين التزاماتهم بالقانون الدولي

الإنساني وحمائتهم القانونية

محمد المهدي بكرأوي
02,03,01

01- جامعة غرداية

02- عضو في مخبر للسياحة الإقليم والمؤسسات

03- كلية العلوم الإسلامية ، جامعة باتنة 1

Bekraoui007@gmail.com

الملخص-

يعتبر المقاتلون النظاميين حجر الزاوية في النزاعات المسلحة فهم المكنة الأساسية والأداة الفعلية لتغيير معطيات النزاع المسلح وتحقيق النصر العسكري في ميادين القتال بيد أن المقاتلين وأثناء قيامهم بمهامهم العسكرية قد يرتكبون أفعالا عسكرية تحقق نصر عسكريا غير أنها تسبب آلاما غير مبررة للمدنيين والعسكريين على حد سواء الأمر الذي جعل المجتمع الدولي لما تفتشت هذه الظاهرة يسعى إلى تقنين قواعد وأعراف للحرب .

كما أن المقاتلين النظاميين قد يتوقفون عن القتال إما بسبب الإصابة في ساحات القتال وإما بسبب وقوعهم في الأسر وإما بسبب الاستسلام، ولما كانت هذه الفئات تتعرض لانتهاكات دولية من طرف قوات العدو إما بسبب الانتقام وإما لأخذ اعترافات منهم فإن المجتمع الدولي قد تحرك من أجل السعي إلى حماية هذه الفئة تحت مسمى الفئات المشمولة بالحماية، وكان ثمرة هذه الجهود ميلاد الاتفاقيات الأربع لجنيف لحماية الجرحى والأسرى من العسكريين

الكلمات الدالة -

المقاتلون النظاميون - التزامات المقاتلين - الفئات المشمولة بالحماية -

الجرحى والمرضى والأسرى

Regular fighters: Between the obligations of international humanitarian law and the legal protection

Abstract -

Regular fighters are considered the cornerstone in armed conflicts they are the basic and the actual tool that change data of armed conflict to achieve a military victory on the battlefield, however, the fighters and the course of their military duties may commit military acts achieved a military victory But it causes unjustified pain for both civilians and military members, Which made the international community since this outbreak phenomenon seeks to codify the rules and customs of war,

Also The regular fighters may stop fighting either because of injury on the battlefield or because of capture or due to surrender, and As these groups are exposed to international violations by enemy forces, either because of revenge or to take confessions, The international community has moved to protect this groups under the name of the protected categories and The result of these efforts, was the birth of the four Geneva conventions for the protection of the wounded and the prisoners of the military

Keywords-

Regular fighters, fighters' obligations, protected Categories, wounded, sick, and prisoners

مقدمة -

إن الأصل في العلاقات الدولية على ما أثبه التاريخ الإنساني هو الحرب والنزاع المسلح وليس الوثام والسلام، خلافاً لما يأمل المثاليون فقد أثبتت الإحصائيات أن هناك 13 سنة من الحرب مقابل كل سنة من السلام، وقد نكب العالم خلال الأعوام الأخيرة بكم هائل من النزاعات المسلحة لعل أبرزها كان في الشرق الأوسط بين حروب اتسع نطاقها إلى درجة مفرجة ورهيبة، وحروب طال أمدتها على الرغم من ضيق نطاقها، وحروب خاطفة بلغت أقصى درجات الشراسة والضراوة على الرغم من أنها لم تدم سوى بضعة أيام أو أسابيع على الأكثر وغالباً ما ينجم عن هذا النزاع كوارث إنسانية مروعة

تصيب المدنيين والعسكريين على حد سواء ناهيك عن خسائر جسيمة في الأموال والمعدات .

غير انه ولما كان من المستحيل استئصال النزاعات المسلحة، وستضل أمر لا مفر منه إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها فقد سعى المجتمع الدولي دولا وأفرادا ومنظمات دولية إلى تقيدها وضبطها بضوابط تطبق على المشروعة منها⁽¹⁾، وضبط أطرافها خاصة المقاتلين منهم والذين تسند إليهم مهمة القيام بممارسة العمليات القتالية أثناء النزاعات المسلحة، ويحق لهم بهذه الصفة استخدام القوة ضد العدو مهاجماً، ومقاومتاً، وأسرا لجنوده ، على أن يلتزم هؤلاء باستخدام القوة بما لا يحقق أذى كبيرا بالأفراد مراعاة

(1) لقد قسم فقهاء القانون الدولي الحرب لتقسيمات مختلفة ويعتبر ابن خلدون من بين الفقهاء القلة الذين برعوا في تقسيم الحرب في كتابه المقدمة فالحرب في نظره إما أن تكون مشروعة وإما أن تكون غير مشروعة، أو حرب دفاعية أو حرب عدوانية، وإلى جانب هذا التقسيم ظهر تقسيم جديد للحرب في العصر الحديث الحرب العادلة والحرب الأستباقية أو الوقائية .

ولعل أشهر تقسيمات الحرب على الإطلاق هو تقسيم الحرب إلى مشروعة أو غير مشروعة. وتكون الحرب مشروعة في الحالات التالية :

- في حالة الدفاع ضد العدوان .
- حرب التحرير الوطنية.
- الحرب التي تستند إلى ميثاق الأمم المتحدة تنفيذاً لحكم قضائي أو لحفظ السلم والأمن الدوليين.

وتكون غير مشروعة: إذا كانت تهدف إلى العدوان أو الاحتلال أو السيطرة .

انظر: ابن خلدون : المقدمة / ط/ 1982، طبع دار الكتاب اللبناني ،بيروت - لبنان ،ص: 479.

لإنسانيتهم وتطبيقاً لأحكام القانون الدولي الإنساني، بل عليهم أن يقصروا استخدامها إذا ما كفت مقاومة العدو⁽¹⁾

وإن كان إسناد مهمة القتال للمقاتلين أمراً يبدو في غاية السهولة من الناحية النظرية، فإن مسألة الاعتراف بهم وإعطائهم مركزاً قانونياً تبدو مسألة في غاية الصعوبة حتى يوم الناس هذا، وذلك راجع للتنوع التي تتميز به هذه الفئة فهي تنقسم إلى تقسيمات مختلفة أشهرها تقسيم المقاتلين إلى مقاتلين نظاميين ومقاتلين غير نظاميين ومقاتلين قانونيين وغير قانونيين، وكل قسم من هذه الأقسام ينقسم بدوه إلى أنواع متعدد من الفصائل والتشكيلات والوحدات المختلفة⁽²⁾.

وما يهم الباحث في هذا المقام هو دراسة فئة المقاتلين النظاميين كون هذه الفئة تمثل حجر الأساس في كل النزاعات سواء الدولية منها أو الداخلية، سعين من هذا الأخير لمعرفة طبيعة هذه الفئة ؟ وما هي الميزات

(1) نقل بتصرف أنظر: د/ جعفر عبد السلام : القانون الدولي الإنساني في الإسلام، العدد الثاني ، جوان 1986م /شوال 1306 ،مجلة كلية الشريعة والقانون ،كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر،ص:190.

انظر أيضاً: د/ أحمد سي علي : حماية الأشخاص والأموال في القانون الدولي الإنساني، ط/الأولى ،2010/2011، دار الأكاديمية ،الجزائر،ص:270.

(2) نقل بتصرف أنظر: د/ عبد الكريم محمد الداوول : حماية ضحايا النزاعات الدولية المسلحة - دراسة مقارنة- بين القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية ، إشراف: أ.د/ يوسف محمود قاسم ، رسالة دكتوراه نوقشت 1319/1998م ، بكلية الحقوق ،قسم القانون الدولي العام - جامعة القاهرة ،ص: 230. انظر أيضاً : د/ رجب عبد المنعم متولي : الحماية الدولية للمقاتلين أثناء النزاعات الدولية المسلحة - دراسة مقارنة- فيما بين أحكام شريعة الإسلام وقواعد القانون الدولي العام، ط/ الأولى ،1426هـ/2006م ،دار النهضة العربية ،القاهرة - مصر،ص:06.

التي تميزها عن باقي الفئات المقاتلة؟ وهل تتمتع فئة المقاتلين النظاميين بحماية قانونية إذا ما كف أفرادها عن القتال لأي سبب من الأسباب؟ ومن خلال الطرح السابق يحاول الباحث أن يعرج في هذه الدراسة على الجهود التي بذلها المجتمع الدولي ولا يزال يبدلها في تبني هذه المبادئ الخاصة بالاعتراف بالمقاتلين وحمايتهم أثناء النزاعات المسلحة وذلك من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: مفهوم المقاتلين في القانون الدولي الإنساني.

المبحث الثاني: الحماية المقررة للمقاتلين النظاميين في القانون الدولي الإنساني.

المبحث الأول: مفهوم المقاتلين النظاميين

لقد عكف النحاة وفقهاء القانون على تعريف مصطلح المقاتل النظامي لما يمثله هذا الأخير من أهمية وفيما يلي ذكر لأهم تعريفاتهم :

المطلب الأول: تعريف المقاتل النظامي عند النحاة وفقهاء القانون.

الفرع الأول: تعريف المقاتل النظامي في اللغة

بالرجوع إلى كتب اللغة القديمة منها والحديثة فإنك لا تكاد تجد تعريفاً لمصطلح المقاتل النظامي وذلك لكون هذا المصطلح هو مصطلح فني حديث النشأة والاستعمال، لم يعرفه الأوائل وحتى الأواخر من النحاة، ولكن ورغم ذلك فإن الباحث وجد إسقاطات لهذا المصطلح كون أنه يتفق مع مصطلح المقاتل الكثير الاستعمال في كتب اللغة الأمر الذي يجعل هذا الأخير يكتفي بذكر ما ذكره القدامى من تعريفات لهذا المصطلح وإسقاطه على تعريف المقاتل النظامي.

تعريف المقاتل في اللغة :

(المقاتل) جمع مقاتل، ومقاتل مشتقة من قاتله، والجمع مقاتلةً وقتالاً بمعنى حاربه، والمقاتل من يصلح للقتال أو يباشره (1)
 المقاتلة: هي المحاربة بين اثنين بمعنى حاربه وعاداه، ومنه المقاتلة:
 القوم الذين يقاتلون أو هم القوم الذين يصلحون للقتال (2)
 وخالصة القول فإن التعاريف اللغوية متفقة في عمومها على أن
 المقاتل هو من يصلح للقتال أو يباشره في العمليات القتالية وهذا الكلام
 يصدق على المقاتلين النظاميين كون أنهم جزء من المقاتلين .

الفرع الثاني تعريف المقاتل عند فقهاء القانون:

لقد عكف فريق من الفقهاء على تعريف المقاتل القانوني، ولقد تعدد تعريفاتهم في هذا المجال وتنوعت وفي ما يلي سرد لأهم هذه التعريفات:
 • لقد عرف مجموعة من الفقهاء المقاتلين بقولهم: "المقاتلون هم الجنود الذين يكون لهم دور إيجابي ومباشر في العمليات الحربية" (3)
 فهذا التعريف اعتبر المقاتلين بأنهم هم الجنود الذين ينتمون إلى فئة القوات النظامية سواء البرية منها أو البحرية أو الجوية والذين يكون لهم دور إيجابي في المعارك غير أن هذا التعريف لم يبين طبيعة الدور الإيجابي هل

- (1) انظر: إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار: المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار النشر: دار الدعوة استانبول - تركيا، 2/715
 (2) انظر: ابن منظور: لسان العرب، ط/ الثالثة، 1414 هـ، دار صادر، بيروت - لبنان، 11/549.
 انظر أيضا: نشوان بن سعيد الحميري اليمني: شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، تحقيق: د حسين بن عبد الله العمري، مطهر بن علي الإيراني، د يوسف محمد عبد الله، ط/ الأولى، 1420 هـ - 1999 م، دار الفكر بدمشق - سورية، 8/5366.
 (3) نقل بتصرف انظر: د/ محمد فهاد الشلالدة: القانون الدولي الإنساني، ط/ الأولى، 2005، منشأة المعارف، القاهرة - مصر، ص: 153.

يقتصر فقط على تحقيق النصر العسكري في المعارك أم أنه يذهب إلى ابعده من ذلك .

• وعرف أيضا بأنه: " ذلك الشخص الذي يملك الحق في ارتكاب أعمال عدائية ضد العدو من قتل أو جرح أو أسر، أو تدمير للأهداف العسكرية أو الاستيلاء عليها " (1)

فهذا التعريف اعتبر المقاتل بأنه ذلك الجندي المعترف به من قبل القوات المسلحة التابعة لنظام معين والتابع لها ، والتي رخصة له استخدام القوة ضد الأعداء سواء قتلا لجنوده أو أسرا لهم أو تدميراً للأهداف العسكرية أو الاستيلاء عليها .

• وعلى شاكلة التعريف السابق فقد عرف الأستاذ بدر الدين عبد الله حسن: المقاتل بأنه " الشخص الذي يستخدم السلاح والعنف أثناء المعارك الحربية ليدمر المقاتلين الأعداء جسدياً والمعدات الحربية للعدو " (2) .

• ولقد ورد في كتاب القاموس العلمي للقانون الدولي الإنساني: تعريف للمقاتل بأنه " هو الشخص المخول باستخدام القوة وهو في مأمن من الملاحقة القانونية الجزائية ما دام استخدام هذه القوة يتماشى مع قوانين الحرب " (1) .

(1) نقل بتصرف أنظر: أ/ دحيو بلال إبراهيم محمود: حماية المقاتلين أثناء المنازعات الدولية المسلحة ، رسالة ماجستير، نوقشت 1991 ، كلية الحقوق ، الجامعة الأردنية ، ص: 08 . نقل من أ/ عماد موسى الطراونة : حماية الأسرى في القانون الدولي الإنساني ، إشراف د/ مخلص الطراونة ، رسالة ماجستير نوقشت 2007 ، كلية الحقوق ، قسم القانون العام ، جامعة مؤتة ، ص: 66 .

(2) انظر: د/ بدر الدين عبد الله حسن: التفرقة بين المقاتلين وغير المقاتلين في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني ، مجلة جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية ، العدد 1430، 18هـ- 2009 م ، الخرطوم ، السودان ، ص: 06 .

فهذا التعريف أضاف على التعريفات السابقة بأن المقاتل القانوني يتمتع بحصانة دولية ضد المتابعة الجزائية من طرف المحاكم العسكرية سواء من طرف القوات التابع لها أو من طرف قوات العدو إذا ما وقع أسيراً أو جريحاً في قبضتهم ما دام أنه قام بعمله في إطار استخدام القوة التي تتماشى وأعراف الحرب وقوانينها.

- وعرف الأستاذ محمد بشير الشافعي المقاتلين بأنهم: " هم الأشخاص الذين لهم الحق وحدهم وفقاً للقانون الدولي في ممارسة الأعمال العسكرية ومن ثم يتعرضون لهجوم العدو ولهم الحق في الحماية العامة كأسرى حرب أو جرحى، أو مرضى أو غرقى في مواجهة العدو " (2)
- وعرف أيضاً: بأنهم " هم الأشخاص الذين يحق لهم وفقاً لقواعد القانون الدولي مباشرة الأعمال القتالية؛ مما يترتب عليه اعتبارهم أسرى عند وقوعهم في قبضة العدو وذلك وفقاً للقيود التي يضعها القانون الذي يحكم العمليات القتالية" (3).
- وعرفها د/رجب عبد المنعم متولي : المقاتل القانوني " هو ذلك الشخص الذي يحمل سلاحه بشكل ظاهر في وجه العدو سواء انخرط في

(1) انظر: فرانسواز بوشبه سولنييه: القاموس العلمي للقانون الدولي الإنساني، ترجمة: أحمد مسعود، مراجعة عامر الزمالي - مديحة مسعود، ط/ الأولى، 2005، دار القلم للملايين، بيروت، لبنان، ص: 579.

(2) نقل بتصرف انظر: د/ محمد بشير الشافعي : القانون الدولي العام في السلم والحرب، ط/ الرابعة، 1989م، دار الفكر العربي - مصر، ص: 655. انظر أيضاً: أ/ عبد الحق مرسل: المبادئ الأساسية لحضر وتقييد استخدام الأسلحة في النزاعات المسلحة الدولية، مجلة آفاق علمية، العدد الأول، مجلة دورية محكمة نصف سنوية يصدرها المركز الجامعي بتمنراست / الجزائر، ص: 285- 286.

(3) انظر:

See: J. G. Strake, An introduction to international law, London, Butt Erworths, 1977, P. 579

صفوف الجيوش المنظمة أو فرقة مقاومة منظمة أو فرقة متطوعة تحمل سلاحها علنا وتعمل تحت إمرة رئيس مسؤول وتحمل شارة أو علامة تميزها عن غيرها وأن الغاية المبتغاة من وراء تحديد وصف المقاتل القانوني لكل من يحمل السلاح في وجه الأعداء هي إعطاء وصف أسير الحرب لأي من هؤلاء المقاتلين عند تخليه عن سلاحه اضطرارا أو اختيارا ووقوعه في قبضة العدو⁽¹⁾

فهذا التعريف وإن كان يبدو من الناحية القانونية طويلا كون أنه تعريف إجرائي إلا أنه يعتبر التعريف الأكثر دقة كونه بين الشروط التي يجب أن تتوفر في المقاتل وحدود عمله في النزعات المسلحة والحماية المقررة له إذا ما وقع في الأسر.

الفرع الثالث : تعريف المقاتل النظامي عند فقهاء القانون:

على اعتبار أفراد القوات المسلحة النظامية الركيزة الأساسية والقوات الرسمية للدول المتحاربة والتي تتوزع على القوات البرية والبحرية والجوية في أشهر تقسيم دولي معروف وهذه الفئة قد اعترف لها بصفة المحارب بنص المادة الأولى من اتفاقية لاهاي لسنة 1907 بقولها : " قوانين الحرب وحقوقها وواجباتها ... تنطبق على الجيش " أي القوات المسلحة النظامية التي تتبع إحدى الدول المتحاربة وأكدت ذلك اتفاقية جنيف الثالثة 1949.

وانطلاق مما سبق فإن المقاتلين النظاميين:

(1) انظر: أ.د/ رجب عبد المنعم متولي: الحماية الدولية للمقاتلين أثناء النزاعات الدولية المسلحة - دراسة مقارنة - بين أحكام الشريعة وقواعد القانون الدولي العام، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الأول، السنة الخمسون، يناير - مارس 2006، القاهرة - مصر ص: 11.

- "هم مجموعة من الأفراد الذين ينتمون إلى قوات الدولة المسلحة بتشكيلاتها المختلفة بصورة دائمة أو مؤقتة ،ويخضعون لأوامر رؤسائهم ويتقاضون رواتبهم منها ويرتدون زيا معيناً أثناء قيامهم بالواجب " (1)
- أو:"هم العسكريين من أفراد القوات المسلحة لأطراف النزاع المشاركون في النزاع المسلح الدولي أو غير الدولي وهم الفئة الأساسية بتشكيلاتها المختلفة - البرية (2) والبحرية (3) والجوية (4) - الذين يشاركون مباشرة في العمليات العدائية ،وتناول أحكاماً معينة في القانون

(1) انظر: د/ سهيل فتلاوي : نظام أسرى الحرب ، ط/ الأولى ، 1983، دار القادسية للطباعة والنشر ،بغداد - العراق، ص:37.

(2) القوات البرية : هي الجناح العسكري الهام والركيزة الأساسية في القوات المسلحة فيها تحسم المعارك العسكرية وهي تتشكل من فروع عدة : المشاة ، والمدركات ، والاستعلامات ، والهندسة العسكرية ، والمدفعية نقل بتصرف انظر: د/ حوبه عبد القادر: الوضع القانوني للمقاتلين في القانون الدولي الإنساني، إشراف :مزيان فريدة ، رسالة دكتوراه نوقشت بتاريخ: 2013- 2014 ، بكلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر- باتنة ، ص: 17.

(3) القوات البحرية :هي القوات العسكرية التي تمارس مهامها على متن السفن الحربية أو الغواصات الحربية ،ويعتبرون تبعاً لذلك هدفا عسكرياً مشروعاً من طرف الخصم في حالة النزاع المسلح ، كما تعتبر هذه السفن أو الغواصات التي يتواجدون على متنها أهدافاً عسكرية مشروعاً. نقل بتصرف .انظر: د/ حوبه عبد القادر: المرجع نفسه ،ص: 18- 19.

(4) القوات الجوية :وهي القوات العسكرية التي تمارس مهامها على متن الطائرات الحربية ،ويعتبرون لذلك هدفا عسكرياً مشروعاً من طرف الخصم في حالة نشوب النزاع المسلح فهي بذلك هدفا عسكرياً مشروعاً . نقل بتصرف انظر: د/ حوبه عبد القادر : المرجع نفسه ،ص:20.

الدولي الإنساني المطبق في المنازعات المسلحة ويستفيد أفرادها من المركز القانوني لهم كأسرى حرب عند وقوعهم في قبضة العدو". (1)

من خلال التعريفين السابقين يمكن تعريف المقاتل النظامي على أنه: " ذلك العسكري الذي يحمل السلاح - دون تحديد جنسه - بشكل ظاهر سواء انخرط في صفوف الجيوش المنظمة تحت قيادة أي قوات كانت أو فرقة مقاومة منظمة أو فرقة متطوعة تحمل سلاحها علنا وتعمل تحت إمرة رئيس مسؤول وتحمل شارة أو علامة تميزها عن غيرها، والمخول له قانوننا مباشرة الأعمال القتالية في وجه العدو أثناء المعارك الحربية بغية تحقيق أهداف عسكري في حدود ما تقتضيه الضرورة العسكرية، مع استفادتهم من الحماية القانونية إذا ما قع في قبضة العدو كأسير حرب لأي سبب من الأسباب".

المطلب الثاني : الشروط الواجب توفرها في القوات النظامية

المرجع الأساسي في تحديد حجم وتكوين وتنظيم أفراد القوات المسلحة النظامية يرجع إلى القوانين الخاصة لكل دولة على حده على أن ذلك مسألة داخلية تدخل في نطاق السيادة الوطنية لكل دولة ، فلا يحدها في هذا الشأن أي قيد ولا يقف في سبيلها أي عائق ، إلا ما تفرضه المعاهدات الثنائية أو الجماعية، التي تحد من حرية الدولة في هذا المجال، كان لا يتعدى جيشها النظامي عدداً معيناً من الجنود أو حجماً محدداً من التسليح أو ما إلى ذلك، (2) ويحق لأفراد القوات المسلحة النظامية للدولة المحاربة المساهمة المباشرة في الأعمال العدائية بكل الطرق والوسائل المشروعة قانوناً

(1) نقل بتصرف انظر: د/ محمد حمد العسبلي: **المركز القانوني لأسرى الحرب في القانون**

الدولي الإنساني، ط/ الأولى، 2005، منشأة المعارف الإسكندرية - مصر، ص: 19.

(2) نقل بتصرف انظر: د/ عبد الواحد محمد يوسف الفار: **أسرى الحرب، دراسة فقهية**

وتطبيقية في نطاق القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، ط/ الأولى، 1975، عالم

الكتب، القاهرة - مصر، ص: 74 - 75.

،ومن ثم يكون من حق تلك القوات قتل أو جرح أفراد العدو طالما استمروا في المقاومة إلا أنهم بمجرد إلقاء أسلحتهم طوعا أو كرها فإن قواعد القانون الدولي الإنساني تمنحهم الحماية والرعاية حتى يضع النزاع أوزاره بين الطرفين .

وعلى كل فإن القوات المسلحة النظامية في الغالب تتشكل من فئتين هما القوات المسلحة النظامية الدائمة، ووحدات الاحتياط النظامية وفي ما يلي بيان لهذين الفئتين :

الفئة الأولى : القوات المسلحة النظامية الدائمة

تضم القوات المسلحة النظامية الدائمة مجموعة من الفئات تندرج تحت لوائها إما بصفة دائمة أو مؤقتة وأهم هذه الفئة مايلي:

- أولا : المكلفون بالخدمة العسكرية الإجبارية : تفرض غالبية الدول في هذا العصر الخدمة العسكرية الإلزامية على مواطنيها لفترة محدودة تتراوح ما بين ثلاثة أشهر وستين عند بلوغهم سننا معيننا - ما بين 18 سنة إلى غاية 50 سنة- باعتبار أن الخدمة العسكرية هي ضريبة الولاء والوفاء على كل مواطن لخدمة بلده والدفاع عنه ومن حق السلطات العسكرية استدعائهم متى كانت في حاجة لهم لمواجهة أي معندي وأي طامع.
- ثانيا : الأشخاص الذين يتخذون من الخدمة في القوات المسلحة مهنة لهم :

وهم الأشخاص الذين يتطوعون للخدمة في القوات المسلحة سواء البرية منها أو البحرية أو الجوية بمحض إرادتهم ،وتكون الخدمة العسكرية بالنسبة لهم مهنة يعتمدون عليها في معيشتهم ،تتراوح فترة تجنيدهم ما بين 15 سنة و30 سنة ،يتقلدون فيها رتب ونياشين عسكرية .

- ثالثا : قوات الشرطة: ويقصد بها قوات الأمن الداخلي ،ورجال الأمن ،وحرس الحدود ،والجيش الشعبي المكلفون بحماية الأمن داخل حدود الدولة كأصل عام .

ولقد وقع جدل كبير بين المؤتمرين في البرتوكول الإضافي في 1977 في مسألة اعتبار قوات الشرطة جزءا من قواتها المسلحة، أو اعتبارها جهاز لحفظ النظام العام داخل الدولة فقط ، ولقد حسم هذا النقاش من خلال نص المادة 03/43 والتي تنص على أنه: "إذا ضمت القوات المسلحة لطرف في نزاع هيئة شبه عسكرية مكلّفة بفرض احترام القانون وجب عليه إخطار أطراف النزاع الأخرى بذلك"، من خلال هذا النص فإنه لا يشترط لقوات الشرطة أن تكون تابعة للقوات المسلحة في حالة السلم حتى يمكنها القيام بالعمليات العسكرية أثناء النزاعات المسلحة، بل يمكن أن تكون مكلّفة بحفظ النظام والسكينة العامة، ولا تخضع لسلطة السلطات العسكرية، غير أنه في حالة نشوب نزاع عسكري داخلي أو خارجي فإن يمكن للقوات المسلحة أن تضم تحت لوائها قوات الشرطة ، شريطة إخطار الخصم أو العدو بذلك في فترة النزاع .⁽¹⁾

وخير مثال على ذلك شرطة الحدود وهيئات شرطة الجمارك العراقية قبل الغزو الأمريكي للعراق: في 09 نيسان/أبريل 2003 كانت موكلة لها مهمة حراسة الحدود العراقية وبعد الغزو انتقلت لمهمة الدفاع عن العراق جنبا إلى القوات المسلحة العراقية.⁽²⁾

• رابعا : رجال الدفاع المدني : سواء كانوا من المدنيين أو العسكريين الذين تلجأ إليهم الدولة للقيام ببعض المهام الإنسانية والرامية إلى حماية السكان المدنيين من أخطار الأعمال العدائية عند نشوب الحرب أو حدوث

Eric david, principes de droit des conflits armes, Bruylants, (1)

Bruxelles, 2008 ,p:462

See: Commentary on she Additiond protocol, footnote on.37p (2)
518.

كوارث طبيعية ومساعدتهم على الفواق من آثارها الفورية، كذلك تأمين الظروف اللازمة لبقائهم على قيد الحياة (1)

غير أن القانون الدولي الإنساني يشترط لاستفادة المقاتلين النظاميين سواء كانوا من القوات المسلحة النظامية الدائمة، أو وحدات الاحتياط النظامية من المركز القانوني لأسرى الحرب عند وقوعهم في قبضة العدو ويخضعوا بذلك لأحكام أسرى الحرب أن تتوفر فيهم بعض الشروط أهمها:

1. ارتداء الزي العسكري الموحد: المقرر من طرف دولتهم حال تواجدهم في ساحات القتال ، وبذلك يتمييزون عن المدنيين، ويختلف الزي العسكري بين مختلف القوات العسكرية، فيكون للقوات البرية زي موحد يختلف عن زي القوات البحرية والجوية .

2. حمل بطاقة لتحقيق الهوية: وهي بطاقة معدنية يبلغ حجمها 6,5 10 سنتيمترات وتصدر من نسختين ، تحمل الاسم الكامل للمجنّد ، وتاريخ ميلاده ، ورتبته ، ورقمه بالجيش أو الفرقة أو رقمه الشخص ، ويمكن أن تحمل بطاقة الهوية أيضا توقيع حاملها أو بصمات أصابعه أو كليهما، وهذا ما أكدته المادة 17 من اتفاقية جنيف الثالثة لسنة 1949 (2) ويجب على الأسير

(1) نقل بتصرف انظر: د/ نعمان عطا الله الهيتي : **قانون الحرب أو القانون الدولي**

الإنساني، ط/ الأولى ، 2008، دار ومؤسسة رسلان للطباعة والنشر والتوزيع ، دمشق - سوريا ، ج/01، ص: 75.

(2) نصت المادة 17 من إتفاقية جنيف الثالثة : " لا يلتزم أي أسير عند استجوابه إلا بالإدلاء

باسمه بالكامل، ورتبته العسكرية، وتاريخ ميلاده، ورقمه بالجيش أو الفرقة أو رقمه الشخصي أو المسلسل. فإذا لم يستطع فيمعلومات مماثلة.

= إذا أخل الأسير بهذه القاعدة باختياره فإنه قد يتعرض لانتقاص المزايا التي تمنح للأسرى

الذين لهم رتبته أو وضعه. علي كل طرف في النزاع أن يزود جميع الأشخاص التابعين له

والمعرضين لأن يصبحوا أسرى حرب، ببطاقة لتحقيق الهوية يبين فيها اسم حاملها

بالكامل، ورتبته، ورقمه بالجيش أو الفرقة أو رقمه الشخصي أو المسلسل أو معلومات

تقديم بطاقته إلى الأجهزة العسكرية للدولة الحاجزة كلما طلب منه ذلك، مع احتفاظه بها في كل الأوقات ولا يجوز سحبها منه .

3. احترام قوانين الحرب وأعرافها: يشكل احترام المقاتلين لقوانين وأعراف الحرب شرطا أساسيا لاستفادتهم من الوضع القانوني ويشكل انتهاك هذه القوانين والأعراف جريمة حرب بمقتضى اتفاقيات القانون الدولي الإنساني⁽¹⁾، وفي هذا السياق أشارت المادة 44 / 02 من البرتوكول الأول لعام 1977 بقولها: " يلتزم جميع المقاتلين بقواعد القانون الدولي التي تطبق في المنازعات المسلحة بيد أن مخالفة هذه الأحكام لا تحرم المقاتل حقه في أن يُعد مقاتلا، وأن يُعد أسير حرب إذا ما وقع في قبضة الخصم وذلك باستثناء ما تنص عليه الفقرتان الثالثة والرابعة من هذه المادة ".

المبحث الثاني: الحماية المقررة للفئات المشمولة بالحماية في القانون الدولي الإنساني.

يعتبر المقاتل النظامي جندي في ساحة المعارك أجاز له قانون الحرب ممارسة الأعمال العسكرية بيد أن ممارسته لتلك الأعمال يمكن أن ينجر عنها إنتهاك لقواعد الحرب وأعرافها من طرف المقاتلين الذي سينجر عنه ويلات لأطراف لا علاقة لها بالنزاع لا من قريب أو بعيد أو وقوعهم - الجنود- قتلى أو جرحى أو حتى أسرى في قبضة العدو.

ولما كانت مسألة تقييد أطراف النزاع بالتزامات عرفت بالتزامات المقاتلين، ومسألة حمايتهم ضمن الفئات المشمولة بالحماية في القانون الدولي الإنساني إذا ما توقفوا عن القتال من المسائل التي أثارت جدلا فقهي

=مماثلة، وتاريخ ميلاده. ويمكن أن تحمل بطاقة الهوية أيضا توقيع حاملها أو بصمات أصابعه أو كليهما، وقد تتضمن كذلك أية معلومات أخرى يرغب طرف النزاع إضافتها عن الأشخاص التابعين لقواته المسلحة. "

(1) نقل بتصرف انظر: د/ حويه عبد القادر: مرجع سابق، ص: 43- 45.

كبير في المحافل الدولية الأمر الذي يجعل معه الباحث يسعى إلى كشف المستور عن أهم القواعد التي تقييد أطراف النزاع وما هي القواعد التي جاءت لتقرر الحماية لهؤلاء المقاتلين إذا ما توفضوا عن القتال على النحو التالي:

المطلب الأول : إلتزامات المقاتلين

مع بدايات تدوين القانون الدولي الإنساني ظهر: مبدأ التناسب بين الضروريات العسكرية والاعتبارات الإنسانية⁽¹⁾ والذي دعا إلى إلزام المقاتلين بمبادئ والتزامات تجمع بين تحقيق الأهداف العسكرية مع مراعاة الاعتبارات الإنسانية

وتعود جذور هذا المبدأ إلى إعلان سان بيترسبورغ لسنة 1868، بشأن حظر استعمال بعض القذائف في وقت الحرب والذي جاء في ديباجته:

" ... يجب أن يكون من شأن تقدم المدنية التخفيف بقدر الإمكان من كوارث الحرب، ويجب أن يكون الغرض الشرعي الوحيد الذي تستهدفه الدول أثناء الحرب هو إضعاف قوات العدو العسكرية"، وتبعاً لذلك فإن: "إقصاء أكبر عدد من القوات يكفي لتحقيق هذا الغرض".

وفي ذات السياق تنص المادة 22 من لائحة لاهاي الملحقه باتفاقية لاهاي المتعلقة بالحرب البرية على أنه:

(1) يعرف الفقيه بيتر فيري (pietro verri) مبدأ التناسب بأنه:

"مبدأ يهدف إلى الحد من الضرر الناجم عن العمليات العسكرية بحيث يقضي بأن تكون آثار ووسائل وأساليب الحرب المستخدمة متناسبة مع الميزة العسكرية المنشودة" انظر: بيترو

فييري : قاموس القانون الدولي للنزاعات المسلحة، الكتاب الثالث، القانون الدولي

الإنساني، دليل الأوساط الأكاديمية، ترجمة، منار وفا، ط/ الأولى، 2006، اللجنة

الدولية للصليب الأحمر، القاهرة - مصر، ص: 88- 89.

" ليس للمتحاربين حق مطلق في اختيار وسائل إلحاق الضرر بالعدو " (1)، من خلال هذه النصوص يجد الباحث أن مبدأ عدم التناسب يقضي بعدم الإفراط في استعمال القوة العسكرية ووسائل القتال بحجم لا يتناسب مع الوضع العسكري، أو الصفة العسكرية للهدف المقصود، ومن هذا المنطلق يضع القانون الدولي الإنساني لزاماً على أطراف النزاع بذل رعاية متواصلة في إدارة العمليات العسكرية (2)، وذلك باتخاذ جميع الاحتياطات الممكنة عند القيام بالأعمال العدائية، والابتعاد عن الهجمات العشوائية والتي لا تحقق إلا الإضرار بالمدنيين والأعيان المدنية، وفي هذا الصدد تنص المادة 51 في فقرتها الخامسة من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 على أنه: " تعتبر الأنواع التالية، من بين هجمات أخرى، بمثابة هجمات عشوائية:

- (أ) الهجوم قصفاً بالقنابل، أي كانت الطرق والوسائل، الذي يعالج عدداً من الأهداف العسكرية الواضحة التباعد والتميز بعضها عن البعض الآخر والواقعة في مدينة أو بلدة أو قرية أو منطقة أخرى تضم مركزاً من المدنيين أو الأعيان المدنية على أنها هدف عسكري واضح.
- (ب) والهجوم الذي يمكن أن يتوقع منه، أن يسبب خسارة في أرواح المدنيين أو إصابة بهم، أو أضراراً بالأعيان المدنية، أو أن يحدث خليطاً من هذه الخسائر والأضرار، يفرض في تجاوز ما ينتظر أن يسفر عنه ذلك الهجوم من ميزة عسكرية ملموسة ومباشرة".

(1) نقل بتصرف أنظر: أ/ شريف عتلم، محمد ماهر عبد الواحد، موسوعة اتفاقيات

القانون الدولي الإنساني، ط/ السادسة، 2005، بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة- مصر، ص 12.

(2) نقل بتصرف أنظر: أ/ نوال أحمد بسج: القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين

والأعيان المدنية في زمن النزاعات المسلحة، ط/ الأولى، 2010، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ص: 201.

حيث تؤكد هذه المادة على حظر توجيه الهجمات العشوائية التي لا تميز بين مدني وعسكري، لتؤكد على تعزيز وكفالة احترام مبدأ التناسب في جميع العمليات العسكرية التي قد تضر بالمدنيين ومن على شاكلتهم من صحفيين وأفراد الطواقم الطبية وغيرهم دون أن تحقق أهداف عسكرية. بل الأكثر من ذلك نجد أن مبدأ التناسب يحظر الهجمات على الأهداف العسكرية المشروعة والتي يتوقع أن تحدث خسائر كبيرة في أرواح المدنيين، أو تلحق أذى بهم، أو بالأعيان المدنية، أو كل ذلك معنا مما يشكل إفراطاً في الهجمات بالقياس على الميزة العسكرية الملموسة والمباشرة والمتوقعة".

وفي ذلك تنص المادة 35 من البروتوكول الإضافي الأول على أنه: "...

• 1- أن حق أطراف النزاع في اختيار أساليب ووسائل القتال ليس بالحق الذي لا تقيد قيود.

• 2- حظر استخدام الأسلحة والقذائف والمواد ووسائل القتال التي من شأنها أحداث إصابات أو آلام لا مبرر لها.

• 3- يحظر استخدام وسائل و أساليب القتال يقصد بها أو قد يتوقع منها أن تلحق بالبيئة الطبيعية أضراراً بالغة واسعة الانتشار و طويلة الأمد " (1).

أما المادة 36 من نفس البروتوكول فقد أصبغت نفس القاعدة على أي سلاح جديد حيث يجب مراعاة هذه القاعدة عند تطوير أو اقتناء سلاح جديد أو أداة للحرب أو إتباع أي أسلوب للحرب (2).

(1) انظر: نقل بتصرف أنظر: أ/ عيسى دباح، المرجع السابق، ص 190 .

(2) تنص المادة 36 من البروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977 على أنه: " يلتزم أي طرف أم متعاقد، عند دراسة أو تطوير أو اقتناء سلاح جديد أو أداة للحرب أو إتباع أسلوب للحرب، بأن يتحقق مما إذا كان محظوراً في جميع الأحوال أو بعضها بمقتضى هذا الملحق

هذا ومبدأ التناسب في القانون الدولي الإنساني يقوم على أساسين هما : الإنسانية والضرورة العسكرية .

ففكرة الإنسانية تسعى لحماية المدنيين ومن يدخل في حكمهم من أهوال النزاعات المسلحة، وتوجيه الأعمال العسكرية ضد المقاتلين دون غيرهم من المدنيين أو الفئات المشمولة بالحماية ،... لقد كانت النزاعات المسلحة في الماضي تقوم على أساس القوة ، وأن المنتصر هو الذي يضع شروط الاستسلام للمغلوب، وبعد حين من الزمن اتجهت أفكار المجتمعات إلى تلطيف همجية وشراسة النزاعات المسلحة بدافع ديني، فأمرت الديانات السماوية بالحرمة والشفقة في النزاعات المسلحة ،لتخلق في العصر الحديث جيوش نظامية تخضع للتعليمات العسكرية أثناء القتال (1)

أما فكرة الضرورة تعني أن النزاع المسلح يكون مباحاً فقط لإملاء إرادة الخصم الآخر وإضعاف قوته العسكرية فقط ،وذلك بغية إملاء شروط الاستسلام عليه ،أي أن استخدام أي قدر يزيد على هذا القدر من القوة يعتبر غير مشروع" (2)

من خلال ما سبق يستنتج الباحث من خلال هذا المبدأ أنه يجب على أطراف النزاع الالتزام بما يلي :

- يجب على أطراف النزاع في جميع الأحوال، وجوب عدم تجاوز الأعمال القتالية للمتطلبات الكفيلة بتحقيق الهدف العسكري المنشود.

البرتوكول أو أية قاعدة أخرى من قواعد القانون الدولي التي يلتزم بها الطرف السامي المتعاقد".

(1) نقل بتصرف أنظر: د/ محمد المجذوب : القانون الدولي العام ، ط/ السادسة ، 2007، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت - لبنان، ص: 846- 847.

(2) نقل بتصرف أنظر: د/ علي ناجي الأعرج : الجزاءات الدولية في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة ، رسالة دكتوراة في القانون ، نوقشت 2007 بكلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ص: 742.

- الاقتصار على العمليات اللازمة لقهر العدو أو إضعاف قوته العسكرية.

- يجب على أطراف النزاع الامتناع عن استخدام الأسلحة التي تسبب آلاماً أو أضراراً لا مبرر لها ، سواء للمدنيين أو العسكريين حتى ولو أدى ذلك لتحقيق أهداف عسكرية مشروعة.

- يجب على أطراف النزاع الامتناع عن استخدام الأسلحة التي تسبب أو تلحق بالبيئة الطبيعية أضراراً بالغة واسعة الانتشار وطويلة الأمد.

المطلب الثاني: مفهوم الجرحى والمرضى والغرقى.

تعود الجذور التاريخية لفكرة حماية الجرحى العسكريين في الميدان إلى الملك بيهوس ملك أبيروس والذي أمر جنوده بجمع الجرحى ومعالجتهم وحسن معاملتهم، ودفن الموتى بعد انتصاره على الرومان في هيراكس وإسكلولوم عامي 279، 280 ق.م (1) وتعتبر هذه الممارسات الإنسانية غاية في النبل من ملك منتصر اتجاه أمة مغلوبة، غير أن هذه الممارسات ضلت تصرفات فردية تفتقر إلى الإجماع الدولي في الحروب التي قامت في تلك الحقبة إلى أن جاء هنري دونان والذي عايش المعركة الطاحنة التي دارت رحاها في سولفارينو بإيطاليا بين الجيش النمساوي والجيش الفرنسي عام 1859، والتي ذهب ضحيتها قرابة 40000 ألف بين قتيل وجريح فألف كتاب اسماء "تذكار سولفارينو". بعد أن بقي أنين الجرحى وصراخهم يدوي في أذنيه حين من الزمن فلاقت دعوته قبولاً على يد الفقيه جويستمان موانيه والذي قرأ كتاب هنري دونان وطلب بعدها من الجمعية الخيرية التي كان يرأسها دراسة مقترحات دونان من أجل الوصول إلى نتيجة علمية، وشكلت الجمعية لهذا الغرض لجنة كانت النواة الأساسية لميلاد اللجنة

(1) أنظر: د/ عصام عبد الفتاح مطر: القانون الدولي الإنساني مصادره، مبادئه، وأهم قواعده

، ط/ الأولى، 2008، دار الجامعة الجديدة، القاهرة - مصر، ص: 06.

الدولية للصليب الأحمر عام 1863، والتي دعت الحكومة الاتحادية السويسرية إلى دعمها والدعوة إلى عقد مؤتمر حكومي لإبرام اتفاقية ترمي إلى تحسين حال الجرحى العسكريين في الميدان، مما أفضى إلى توقيع أول معاهدة لحماية الضحايا أثناء النزاعات المسلحة وهي اتفاقية جنيف لعام 1864. وقد تضمنت هذه الاتفاقية عشر مواد تتعلق بحياة الأجهزة الصحية ووسائل النقل الصحي وأعوان الخدمات الصحية وتقديم المساعدة الصحية دون تمييز، وحمل شارة خاصة هي صليب أحمر على رقعة بيضاء،⁽¹⁾ وإثر مراجعتها عام 1906، تم إضافة المرضى وهو ما احتفظت به معاهدة جنيف لعام 1929 ومعاهدة جنيف الأولى 1949 المعمول بها حالياً.⁽²⁾ ولتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان لعام 1949، واتفاقية جنيف الثانية لتحسين حال الجرحى والمرضى والغرقى بالقوات المسلحة في البحار لعام 1949.

وتطورت أحكام الجرحى والمرضى بعد ذلك تطوراً ملحوظاً من خلال ما جاءت به المادة (8) من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977، الملحق لاتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949.

-
- (1) نقل بتصرف انظر: هنري دونان: **تذكار سولفرينو**، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ط 5، 2005، ص: 05، وأنظر أيضاً: د/عامر الزمالي: **مدخل إلى القانون الدولي الإنساني**، منشورات المعهد العربي لحقبة الإنسان واللجنة الدولية للصليب الأحمر، 1997، ص 17.
- (2) نقل بتصرف انظر: عامر الزمالي: **الفئات المحمية بموجب أحكام القانون الدولي الإنساني**، من كتاب، **دراسات في القانون الدولي الإنساني** "تقديم مفيد شهاب - دار المستقبل العربي - القاهرة - الطبعة الأولى - 2000، ص 113.

الفرع الأول: تعريف الجرحى والمرضى والغرقى.

نصت المادة (8) منه في الفقرتين (أ) و(ب) من اتفاقية لاهاي

الثالثة اتفاقية لاهاي لعام 1907. على تعريف الجرحى والمرضى بأنهم هم :

(أ) " الجرحى والمرضى": هم الأشخاص العسكريون أو المدنيون الذين يحتاجون إلى مساعدة أو رعاية طبية بسبب الصدمة أو المرض أو أي اضطراب أو عجز بدنيا كان أم عقليا الذين يحجمون عن أي عمل عدائي....

(ب) "المنكوبون في البحار": هم الأشخاص العسكريون أو المدنيون الذين يتعرضون للخطر في البحار أو في أي مياه أخرى نتيجة لما يصيبهم أو يصيب السفينة أو الطائرة التي تقلهم من نكبات. والذين يحجمون عن أي عمل عدائي، ويستمر اعتبار هؤلاء الأشخاص منكوبين في البحار أثناء إنقاذهم إلى أن يحصلوا على وضع آخر بمقتضى الاتفاقيات أو البروتوكول الإضافي . وذلك بشرط أن يستمروا في الإحجام عن أي عمل عدائي.

يظهر من خلال التعريف الوارد في المادة الثامنة أن المجتمع الدولي أدرج فئات أخرى إضافة للعسكريين الجرحى في الميدان مثل إضافة مصطلح "المرضى" في الاتفاقيات اللاحقة والجرحى والمرضى العسكريين في البحار بعد إقرار مؤتمر لاهاي الأول للسلام (1899) اتفاقية لملائمة الحرب البحرية لاتفاقية جنيف لعام (1864)، وحلت محل اتفاقية لاهاي الثالثة اتفاقية لاهاي العاشرة لعام 1907. إلى أن تم التوصل في الأخير إلى التعريف الوارد في المادة (8) من البروتوكول الملحق باتفاقيات جنيف الأربع السابقة الذكر ،حيث يشمل تعريف الفقرتين (أ) و(ب) العسكريون والمدنيون، وهذا أعم وأشمل مما ورد في الاتفاقيات السابقة.

الفرع الثاني: الحماية المقررة للجرحى والمرضى والغرقى.

نصت الاتفاقية الأولى الخاصة بتحسين حال الجرحى والمرضى

والغرقى في الميدان، وكذا الاتفاقية الثانية الخاصة بتحسين حال الجرحى

والمرضى في البحار لعام 1949، على أحكام تقر الحماية لهذه الفئة والتي تشابهت أحكامهما إلى حد كبير ، وتتمثل أهم الأحكام التي جاءت بها الاتفاقيتين فيما يلي:

1. أن حمايتهم واجبة على أطراف النزاع وعلى الدول المحايدة وفق ما جاءت به المادة الأولى التي تنص على: " تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بأن تحترم هذه الاتفاقية وتكفل احترامها".
2. يجب أن تتم الحماية دون تمييز بغض النظر عن الجنس أو اللون أو العنصر أو الدين أو الآراء السياسية.⁽¹⁾
3. تطبيق أحكام الأسرى في حالة وقوع الجرحى والمرضى في قبضة العدو طبقاً لأحكام المادة (14) من اتفاقية جنيف الأولى 1949.
4. أخذ جميع التدابير الممكنة للبحث عن الجرحى والمرضى وجمعهم، وحمايتهم من السلب وسوء المعاملة وتأمين الرعاية اللازمة لهم، خصوصاً عند انتهاء القتال. المادة (15) من اتفاقية جنيف الأولى 1949 .
5. حظر الهجوم على أفراد الخدمات الإنسانية والوحدات الطبية التابعة لهم من المادة (19) إلى المادة (20) الاتفاقية الأولى والمادة 13 من البروتوكول الإضافي الأول.
6. كحق السفن الحربية والتجارية أو سفن إغاثة ترغب في تسليمها الجرحى والمرضى والغرقى.... إلخ. المادة (14).⁽²⁾

(1) أنظر المادة الثانية من اتفاقية جنيف الأولى 1949.

(2) نقل بتصريف انظر: د/أحمد أبو الوفاء، " الفئات المشمولة بحماية القانون الدولي الإنساني" من كتاب، **القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني**

تقديم أحمد فتحي سرور، ط 2006، بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالقاهرة، ص

وجاء البرتوكول الإضافي الأول لعام 1977، لاتفاقيات جنيف جامعا لأحكام الاتفاقيتين الأولى والثانية في الباب الثاني من (المواد 8 إلى 24) إلى تحسين حالة جميع الجرحى والمرضى والغرقى أو منكوبي البحار مع إضافة أي مياه أخرى بالنسبة للذين يتعرضون لآثار النزاعات المسلحة.

المطلب الثالث: أسرى الحرب.

الأسر ظاهرة قديمة مرتبطة بالقتال وخوض الحروب ولا تزال أحكامها سارية لحد الآن، ونظام الأسر مرتبط بوضع المقاتل إذ يجب ان تتوفر فيه شروط محددة للحصول على حق الأسير في حالة القبض عليه من طرف العدو. وقد وردت أحكام الأسرى في لائحة لاهاي ثم اعقبتها اتفاقية جنيف لعام 1929 التي خصصت جانبا لأسرى الحرب، وانتهى بعد ذلك المؤتمر الدبلوماسي لعام 1974، 1977، بتخصيص اتفاقية جنيف الثالثة لعام 1949 بشأن معاملة أسرى الحرب، لذا يتطلب من الباحث أولا التعريف بالأسير وفي الأخير التطرق لأحكام الحماية المقررة للأسير.

الفرع الأول: تعريف أسرى الحرب عند فقهاء القانون:

على الرغم من اهتمام المجتمع الدولي بالنزاعات المسلحة في العصر الحديث، وسعيه إلى جعلها نزاعات أكثر إنسانية وذلك بحمايته للفتات المشمولة بالحماية خاصة الأسرى منهم إلا أن المتأمل في هذه النصوص يكاد يجدها تخلوا من تعريف لمصطلح الأسرى⁽¹⁾، ولعل ذلك

MOHAMMED ABDELRAHMAN (1)

AND NON- BUZUBAR ,LEGALSTATUS OF COMBATANTS
COMBATANTS AND THE INTERNATONAL CRIMINAL
COURT STATUE,IN : THE INTERNATONAL CRIMINAL
COURT AND ENLARGING THE SCOPE OF
INTERNATONAL HUMANITARIAN LAW,DAMASCUS
UNIVERSITY FACULTY OF LAW AND
ICRC,DAMASCUS,2003,P43.

راجع لطبيعة الجدل الذي كان قائما في تحديد الفئات التي ينطبق عليها مصطلح أسرى الحرب ومع ذلك فقد اجتهد بعض الفقهاء وسعوا إلى وضع تعريف لمصطلح الأسرى نورد أهم هذه التعريفات:

- عرف أسرى الحرب بأنهم: " هم الذين يخضعون لسلطة الدولة التي وقعوا في يد قواتها".⁽¹⁾

- عرف بعض الفقهاء أسير الحرب بأنه: " المقاتلون الذين يقعون في قبضة العدو"⁽²⁾.

- وعرف الدكتور عمر سعد الله: "أسرى الحرب هم الأشخاص الذين يتم إلقاء القبض عليهم مؤقتا من طرف العدو في نزاع مسلح ليس لجريمة ارتكبوها، وإنما لأسباب عسكرية".

الفرع الثاني: تعريف أسرى الحرب في الإتفاقيات الدولية:

نصت اتفاقية جنيف الثالثة لعام 1949 بشأن معاملة أسرى الحرب في المادة الرابعة، بالمعنى المقصود بأسرى الحرب، أي المقاتل الذي يقع في قبضة العدو، وشملت المادة الفئات التالية:

1. أفراد القوات المسلحة والمليشيات أو الوحدات المتطوعة الأخرى التي تشكل جزء منها.

2. أفراد المليشيات والوحدات المتطوعة الأخرى وعناصر المقاومة المنظمة الذين ينتمون إلى أطراف النزاع سواء كانوا خارج أرضهم أم داخلها، وسواء كانت أرضهم محتلة أم لا، على أن تتوفر في جميع هؤلاء الأشخاص الشروط

(1) انظر: د/ غانم محمد حافظ: مبادئ القانون الدولي العام، ط/ الثالثة، 1963، مطبعة

نهضة مصر، القاهرة- مصر، ج، 01، ص: 658

(2) انظر: ملخص للقادة العسكري، القواعد الأساسية لقانون الحرب، منشورات اللجنة

الدولية الاحمر ICRC، 2004، ص: 01.

التقليدية الأربعة (الخضوع للمسؤول المباشر ، حمل سلاح ظاهر، استخدام علامة مميزة، ومراعاة أحكام الحرب وأعرافها).

3. أفراد القوات النظامية لحكومة أو سلطة لا تعترف الدولة الحاجزة بها.

4. العناصر التي تتبع القوات المسلحة دون أن تكون جزءا منها مثل المدنيين الموجودين ضمن طواقم الطيران الحربي، ومراسلي الحرب، والقائمين بالتموين، والمكلفين بمرافقة القوات المسلحة شرط أن يحمل هؤلاء جميعا ترخيصا مسلما من طرف القوات التي يتبعونها.

5. أفراد طاقم الملاحه البحرية، بمن فيهم القادة والملاحون ومساعدوهم في السفن التجارية وطواقم الطائرات المدنية التابعة لأطراف النزاع...

6. سكان الأراضي غير المحتلة الذين يحملون السلاح من تلقاء أنفسهم عند اقتراب العدو... شريطة أن يحملوا السلاح جهرا وأن يراعوا قوانين الحرب وعاداتها.

وأضافت المادة 43 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 أفراد حركات التحرر إلى الفئات التي يشملها الأسر، انسجاما مع إضفاء صفة النزاع المسلح الدولي على حروب التحرير الوطني بموجب المادة (1) فقرة (4) من نفس البروتوكول.

واشترطت المادة الثانية عشر من ذات الاتفاقية على أن يكون الأسير تحت سلطة الدولة الحاجزة، لا تحت سلطة الأفراد أو الوحدة العسكرية التي قامت بأسرهم.

الفرع الثالث: الحماية المقررة لأسرى الحرب.

تقع مسؤولية حماية الأسير بالدرجة الأولى على الدولة الأسيرة، ولا يجوز لهذه الأخيرة أن تسلّم أو تبقي الأسير تحت سلطة الأفراد أو الوحدات العسكرية التي أسرتهم، لأن من شأن إبقائهم تحت يد الأفراد والوحدات

العسكرية التعرض للتعذيب والانتقام من قبل الجنود، مما يتعين على الدولة توفير الحماية والمعاملة الإنسانية على أساس أن الأسر في حد ذاته لا يعتبر عقوبة أو انتقاما بقدر ما هو مجرد وسيلة لشكل قدرة المقاتل من إحداث الأذى.

وقد أقرت اتفاقية جنيف الثالثة لعام 1949، بشأن أسرى الحرب هذا المعنى، حيث كفلت حماية الأسرى منذ وقوعهم في الأسر إلا أن يتم الإفراج عنهم، نحاول الكشف عن مضمون الحماية على النحو الذي ورد في الاتفاقية ونوضح ذلك فيما يلي:

أولا: الحماية المقررة عند بدء الأسر.

لا يجوز لأي طرف في النزاع عندما يتم القبض على الأسرى أن يمارس أي تعذيب بدني أو معنوي أو أي إكراه على أسرى الحرب لاستخلاص معلومات منهم من أي نوع ولا يجوز تهديدهم بالقوة في حالة رفضهم الإجابة أو سبهم أو تعريضهم لأي إزعاج أو إححاف، ويقتصر استجواب الأسير من قبل الدولة الأسيرة فقط على اسمه ورتبته العسكرية، وتاريخ ميلاده، ورقمه بالجيش وهذا من باب مصلحة الأسير فوضع القائد العسكري الذي يتم أسره يختلف عن وضع الجندي الأسير. (1)

كما على الدولة الأسيرة الحق في ترحيل الأسرى وفي أسرع وقت ممكن إلى مناطق آمنة بعيدة عن مناطق القتال مع مراعاة الجانب الإنساني أثناء النقل للحيلولة دون تعرضهم للخطر. (2)

وبهذا تتوفر للأسير ضمانات حمايته من التعرض للتعذيب ومنع الدولة الأسيرة من الحصول على معلومات من الأسير تتعلق بالعمليات العسكرية، وحقه في الحماية إلى مناطق آمنة للحيلولة دون تعرضه للخطر.

(1) انظر: المادة 17 من اتفاقية جنيف الثالثة لعام 1949.

(2) انظر: المادة 19 من نفس الاتفاقية.

ثانياً: الحماية المقررة أثناء الأسر.

تعددت القواعد التي جاءت لتقرر حماية الأسير بعد أن يتم القبض عليه من قبل أحد أطراف النزاع وذلك تبعاً لتعدد الحقوق الواجب توفرها للأسير وتمثل هذه الحقوق فيما يلي:

1. معاملة الأسير معاملة إنسانية وحظر أي إجراءات تتسبب في قتل الأسرى أو تعريض صحتهم للخطر. أو أي إجراء للأخذ بالتأثر ضد الأسرى.
2. الحق في احترام الشخصية والشرف.
3. الحق في العناية الصحية والطبية.
4. الحق في المساواة في المعاملة.
5. الحق في ممارسة الشعائر الدينية.
6. الحق في النشاط الذهني والبدني.
7. الحق في الإعاشة. (الحق في المأوى، الغذاء، الكساء).
8. حق الأسرى في الاتصال بالخارج وبذويه.

ويبدو من خلال الدراسة أن الحماية المقررة للأسرى لم تتقرر جملة واحدة وإنما جاءت بالتدرج حسب ما تمليه كل مرحلة من متطلبات ومقتضيات المجتمع الدولي بدءاً من اتفاقية جنيف لعام 1864، والتي عدلتها اتفاقية جنيف لعام 1929، بعد نهاية الحرب العالمية الأولى حيث أولت جانباً معتبراً لأسرى الحرب، وانتهاءً بتقرير الحماية في اتفاقية جنيف الثالثة بشأن أسرى الحرب لعام 1949، وما أقره البروتوكول الإضافي الأول من الإضافات التي أولاهها بشأن مفهوم أسرى الحرب من منظور النطاق المادي للنزاع المسلح.

المطلب الثالث: الحماية المقررة للمفقودين.

مبدأ البحث عن المفقودين من قبل أطراف النزاع والمنظمات الدولية جاء وفق نص المادة (32) من البروتوكول الإضافي الأول الذي يخول لكل

أسرة الحق في معرفة مصير أفرادها. وقد أدى هذا المبدأ إلى وضع المادة (33) منه التي جاءت بأحكام مفصلة تخص المفقود.

قبل هذين النصين وعند مراجعتنا لاتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949، نجد ذكر مصطلح " المفقود" اقتصر على الأسير دون غيره واكتفت المادة (15) من اتفاقية جنيف الأولى بالنص على ضرورة البحث في جميع الأوقات وبعد انتهاء الاقتتال. عن البحث على الجرحى والمرضى وجمعهم وحمايتهم من السلب...إلخ. كما نصت المادة (119) في فقرتها السابعة عن اتفاق أطراف النزاع على تشكيل لجان البحث عن الأسرى المفقودين وتأمين إعادتهم إلى الوطن في أقرب وقت. وأوجبت المادة (138) من الاتفاقية الرابعة لعام 1949، عن ضرورة تسجيل المعلومات للشخص المحمي، واضطلاع الوكالة المركزية للبحث عن المفقودين التابعة للجنة الدولية للصليب الأحمر بهذه المهمة. (1)

وبالرجوع للمادة (33) من البروتوكول الإضافي الأول نجد أنها لم تعرف " المفقود" ولم تذكر الأشخاص الذين يتعين على أحد أطراف النزاع تقديم بيانات عنهم، لكن من البديهي أنها تقصد المقاتلين والمدنيين الذين يقبعون تحت الاحتلال أو في أرض الخصم، وإذا كان من واجب الطرف الموجه إليه الطلب للقيام بالبحث عن المفقودين، فإن على صاحب الطلب أن يوافيه بجميع المعلومات الكافية للمساعدة على البحث، وبتسهيل الحصول على المعلومات على أوسع نطاق، مع تبليغ هذه المعلومات المتعلقة بالأشخاص

(1) نقل بتصرف انظر:

Jean PICTET, Commentaire des Protocoles additionnels des 8juin 1977 , aux conventions de Genève du 12 aout 1949, PP, «352 ,357.

المفقودين إما مباشرة أو عن طريق دولة حامية أو الوكالة المركزية للبحث عن المفقودين التابعة للجنة الدولية للصليب الأحمر... إلخ. (1)

الخاتمة -

من خلال ما سبق يجد الباحث أن المجتمع الدولي لما إستحال عليه القضاء على النزاعات المسلحة عبر ممر الزمن فإنه سعى إلى إيجاد حل لمعادلة صعبة أحد مجاهيلها حماية الإنسانية وبذلك بتهديب النزاعات المسلحة قدر المستطاع خاصة في خضم التطور المرعب في مجال الهندسة العسكرية، والمجهول الثاني الإبقاء على النزاعات المسلحة.

ويلخص الباحث أهم النتائج التي توصل إليها من خلال هذه البحث في النقاط التالية :

• تقيد أطراف النزاع بضوابط الحرب واعرفها وتعليم هذه القواعد للضباط قبل الجنود، والموازنة بين الضرورة العسكرية ومبدأ المعاملة الإنسانية .

وجوب أن يعامل المقاتلين من يقع في قبضتهم من جرحى أو أسرى أو حتى مفقودين من المقاتلين معاملة تليق بإنسانيتهم دون تمييز على أساس الدين أو اللون أو الإثنية.

• وجوب التوفيق بين حالة الضرورة العسكرية وتحقيق النصر العسكرية دون مراعاة للاعتبارات الإنسانية .

(1) نقل بتصرف انظر: عامر الزمالي، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، المرجع السابق، ص 56. وانظر أيضا الفقرة الثانية والثالثة من نص المادة (33).



الملحق و عامل التوازن الإقتصادي للصفقة العمومية في القانون الجزائري

إبن خليفة سميرة

قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة طاهري محمد - بشار-

الجزائر

Benkhelifas40@yahoo.fr

الملخص-

للمصلحة المتعاقدة الحق في تعديل الصفقة العمومية أثناء تنفيذ العقد لدواعي المصلحة العامة واستمرارية المرفق العامة، بواسطة وثيقة تعاقدية سماها المشرع الجزائري الملحق ، تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة في حالات محددة قانونا وفق ما هو وارد في المرسوم الرئاسي 247/15.

يثير الملحق عدة إشكالات قانونية من بينها إشكالية التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية، ولو أن المشرع الجزائري حاول في سنة 2015 التخفيف من حدة تأثير الملاحق على توازن الصفقات العمومية عندما تتجاوز مبالغها أضعاف المرات قيمة الصفقات العمومية نفسها، حيث كان يشترط تنظيم الصفقات العمومية في السابق على المصلحة المتعاقدة عدم المساس بتوازن الصفقة ولكن دون تحديده لسقف الملحق نفسه ، لكن بصدور المرسوم الرئاسي 247/15 حدد المشرع التنظيمي سقف الملحق بنسب لا تتجاوز 20 ٪ من مبلغ الصفقة بالنسبة لصفقات الأشغال و 15 ٪ بالنسبة لصفقات التوريد الخاصة باللوازم والخدمات، وبالرغم من ذلك يبقى الإشكال مطروحا دائما بفتح المجال لتجاوز هذه النسب إذا ما كانت هناك مصلحة عامة.

الكلمات المفتاحية -

الصفات العمومية، التوازن الاقتصادي، الملحق، الأعمال الإضافية،
الأعمال التكميلية.

"Renewal and the economic equilibrium factor of public market in Algerian law"

Abstract-

The Contractor service has the right to modify the terms of the public market during its execution, for reasons of general interest and continuity of public service by a contractual tool, called by the Algerian legislator an Amendment. The contracting service uses this instrument in specific cases selected by the Presidential decree 15/247.

The amendment raises several legal issues, including the case of the economic upheaval of the public market, although the Algerian legislature tried in 2015 to mitigate the impact of the amendments on the balance of public market when these amounts far exceed the amounts initial public procurement.

Indeed, in the past, the regulations regarding public markets has conditioned the use of endorsements by maintaining the economic balance of public market, but these regulations have not selected the ceiling on the amount that can not endorsements overtake, but after the promulgation of Presidential Decree 15/247, the legislature selected to rate the riders do not exceed namely the rate of 20% of the market for public works contracts and 15% for supplies, services and studies. But this initiative of the Algerian legislature has not definitively resolved the problem of economic equilibrium simply because the legislature has allowed the contracting services above current rates, there really is a general interest.

Keywords-

public markets, economic equilibrium, Amendment, additional works, complementary works

مقدمة -

تتمتع الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في إطار تنفيذ الصفقات العمومية، بمجموعة من الامتيازات في أنواع عدة من العقود الإدارية منحها لها الفقه و القضاء قبل التشريع،¹ من هذه الامتيازات سلطة التعديل التي تعتبر من أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري، حيث تمس هذه السلطة جوهر الرابطة التعاقدية و هو اتفاق المتعاقدين ، فخلافا للقاعدة العامة الواردة في القانون المدني الجزائري² في المادة 106 منه التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين ولا يمكن تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقرها القانون، فان للإدارة المتعاقدة في القانون العام الحق في أن تعدل العقد الإداري و بالتالي الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة سواء بالنقصان أو الزيادة في الخدمات، و ذلك بواسطة ما أطلق عليه المشرع الجزائري "الملحق"، في المرسوم الرئاسي 247/15³.

يثير هذا الملحق عدة إشكالات عملية و قانونية في تنفيذ الصفقة العمومية من بينها إشكالية المساس بالتوازن الاقتصادي للصفقة العمومية، والذي استحدث له المشرع الجزائري في سنة 2015 أحكام جديدة تتعلق به، وذلك بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 ، حيث حاول المشرع الجزائري من خلالها الحد من ظاهرة إبرام الملحق بمبالغ تفوق الصفقة نفسها و بالتالي تمس بالتوازن الاقتصادي للصفقة، رغم أن أحكام الملحق لم تتغير من حيث المبدأ منذ أول نص تنظيمي نظم أحكام الصفقات العمومية منذ الاستقلال

¹- Nadine POULET, *Gibot Droit administratif : sources, moyens, contrôles*, Rosny-sous-Bois, Bréal, France, 2007, page 130.

² - الأمر 58/75 الصادر في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، ج.ج.ج رقم 78 الصادرة في 30/09/1975 المعدل و المتمم بالقانون 05/07 الصادر في 13/05/2007 ج.ج.ج رقم 31 الصادرة في 13/05/2007.

³ - المرسوم الرئاسي 247/15 الصادر في 16/09/2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج.ج.ج رقم 50 الصادرة في 20/09/2015.

من خلال الأمر 90/67،¹ ولو أنه عمليا يعتبر القرار الصادر في 1964/11/21 من وزير الأشغال العمومية آنذاك، هو أول نص ينظم الصفقات العمومية لكن في مجال الأشغال العمومية فقط.

لكن هذا التوازن الاقتصادي نفسه له معنيين في مجال الصفقات العمومية وهو ما سنحاول التطرق إليه في هذه الدراسة من خلال الإشكالية التالية:

- كيف عالج المشرع الجزائري مسألة التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية؟ وهذه الإشكالية تتفرع عنها مجموعة من الإشكالات القانونية أهمها:

- ما المقصود بالملحق في القانون الجزائري؟
- وما المقصود بالتوازن الاقتصادي للصفقة العمومية؟
- وكيف سيتم اللجوء الإدارة إلى الملاحق دون المساس بهذا التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية؟

وسنحاول الإجابة على هذه التساؤلات من خلال المبحثين التاليين: الأول نتعرض فيه لفكرة التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية ومدى علاقته بآلية الملحق، أما الثاني نتعرض فيه للأحكام العامة للملحق في القانون الجزائري باعتباره الوسيلة الوحيدة التي تلجأ إليها الإدارة للتعديل في الصفقة العمومية إذا فرضت عليها المصلحة العامة ذلك .

المبحث الأول: مفهوم التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية.

استنادا إلى أن العقود الإدارية و منها الصفقات العمومية هي وسيلة فعالة لتسيير المرافق العامة عندما تعجز الدولة عن مباشرة مهام معينة لها²، فإنه من الضروري مساعدة الدولة للمتعاقد معها عندما لا يستطيع

¹ - الأمر 90/67 الصادر في 17/06/1967 المتعلق بالصفقات العمومية ج.رج.ج رقم 52 الصادرة في 27/06/1967.

² - محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص. 1 إلى 4.

مواصلة التنفيذ بصفة عادية، وذلك نتيجة لظروف خارجة عن إرادته ، لأنها ببساطة صاحبة المرفق العام، و لا يغدو المتعاقد أن يكون سوى عنصرا معاونا ليس أكثر.

من الحالات التي تعيق التنفيذ والتي تظهر عند تنفيذ العقود الإدارية عموما و الصفقات العمومية على وجه الخصوص، الحالات التي يختل فيها التوازن الاقتصادي للصفقة.

ظهرت لأول مرة فكرة التوازن الاقتصادي في العقود الإدارية، في أحكام القضاء الإداري الفرنسي في بداية العقد العشرين، بعدما كان مدرجا في العقود المدنية منذ العصور الوسطى، لتتضمنه بعد ذلك أغلب التشريعات المقارنة، و هي الفكرة التي أثارت جدلا فقهيًا كبيرًا، وظهرت تحت عدة مسميات لعل أبرزها التوازن المالي في العقود الإدارية.

استنادا على ما سبق سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب:

المطلب الأول: ظهور فكرة التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في العقود المدنية.

المطلب الثاني: فكرة التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في أحكام القضاء الإداري الفرنسي والفقهاء.

المطلب الثالث: فكرة التوازن الاقتصادي في الصفقة العمومية في القانون الإداري الجزائري.

المطلب الأول: ظهور فكرة التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في العقود المدنية.

لما كان القانون المدني هو الشريعة العامة للقانونين، فإن كثير من أحكام القانون الإداري تجد لها أصلا في القانون المدني، من بينها نظرية الظروف الطارئة *Théorie de l'imprévision*، والتي تعتبر استثناء على

قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" وهذه القاعدة تفرض على المتعاقدين تنفيذ ما اشتملت عليه بنود العقد.¹

مفاد هذه النظرية أنه قد يحدث عند تنفيذ الالتزام بسبب ظروف اقتصادية غير متوقعة أن يصبح الالتزام صعبا و مرهقا إلى حد يهدد المدين بخسارة فادحة، فيجوز للقاضي حينها أن يعيد التوازن في العقد، بشرط أن يكون الحادث الطارئ الذي أدى إلى اختلال التوازن الاقتصادي لا يد فيه لأي من المتعاقدين،² إضافة إلى كون هذا الحادث نفسه غير متوقع وقت التعاقد وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية.³

تعتبر هذه النظرية من الناحية التاريخية قديمة نسبيا حيث ظهرت في القانون المدني في العصور الوسطى ، حيث كان رجال الكنيسة يرتبون على الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين، أثرا قانونيا وهو نفس المفهوم تقريبا في النظام الإسلامي حيث نجد أن الفقهاء سلموا بها في عقود الإيجار بداية لتنقل الفكرة بعد ذلك إلى عقود أخرى.⁴

هذه القاعدة غير معمول بها في القانون الفرنسي إلا في مجال القانون الإداري،⁵ على عكس ما هو وارد في القانون الجزائري، حيث نجدها في مجال القانون الإداري كما نجدها في مجال القانون المدني، فعلى سبيل المثال نصت المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه:

« يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ص.623.

² - نفس المرجع ، ص.632.

³ - عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، الطبعة الخامسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، الأردن، 2014، ص.128 و 129.

⁴ - نفس المرجع، ص.633.

⁵ -Maurice ANDRE FLAMME, *l'exécution des marchés publics*, édition E. Bruylant, Bruxelles, Belgique, 1969, p.649.

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب ، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام. غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها إن الالتزام التعاقدي و إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين إن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك»¹.

و نلاحظ من خلال استقراء نص هذه المادة السالفة الذكر ، أن المشرع الجزائري تبني نظرية الظروف الطارئة كاملة كاستثناء على قاعدة إلزام تنفيذ المتعاقدين للعقد حسب ما تفرضه قواعد حسن النية، في الحالات التي تطرأ فيها حوادث فجائية تخل التوازن الاقتصادي للعقد.

و للإشارة يعتبر نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري نصا عاما يطبق أيضا على العقود الإدارية التي تتضمنه كبنود واردة في نصوصها فيما يتعلق بحل النزاعات التي تطرأ أثناء التنفيذ، وذلك لأن تنظيم قانون الصفقات نفسه لا يمنع اللجوء إلى قواعد القانون المدني إن هي لم تتعارض مع الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية².

المطلب الثاني: فكرة التوازن الاقتصادي للصفقة في أحكام القضاء الإداري الفرنسي والفقهاء.

اتجه القضاء إلى تبني فكرة التوازن الاقتصادي في العقود الإدارية، التي ظهرت نتيجة اصطلاح التوازن المالي، عموما في بداية القرن العشرين، ولعل أبرز القضايا الصادرة في هذا المجال، قضية عقود الامتياز " للشركة المكلفة بالترامواي مرسيليا"، الذي جاء في منطوق حكمها الصادر في 1910 « أنه من

¹ - المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

² - المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15.

الضروري في أي عقد امتياز كان تحقيق قدر الإمكان، توازن بين الحقوق الممنوحة للمتزمي المرافق والالتزامات المفروضة عليهم»¹

ومنذ هذا التاريخ أصبح اصطلاح "التوازن المالي" مدرجا في عدة أحكام في القضاء الإداري الفرنسي، التي عبر فيها القضاء على أن أساس فكرة التوازن المالي هو النية المشتركة للطرفين المتعاقدين، فأساس القاعدة هو العدالة وصالح المرفق العام فلأن كان للإدارة الحق في تعديل الإلتزامات فيكون من العدالة تعويض المتعاقد.

ومن بين أشهر القضايا الصادرة في هذا المجال أيضا قضية "شركة الإضاءة لمدينة بوردو" في 1916 وهذه الشركة التي أرادت رفع أسعار خدماتها المقدمة لمواجهة أزمة ارتفاع أسعار مادة "الفحم" التي قلت في السوق بسبب استهلاكها في الحرب العالمية الأولى²، و جاء في حيثيات الحكم أن اقتصاديات العقد انقلبت من جراء ارتفاع أسعار الفحم و عليه لا يمكن لشركة الإضاءة ضمان مواصلة تقديم الخدمة العامة استنادا للمعايير الأصلية الموجودة عند التعاقد.³

¹ - Maurice ANDRE FLAMME, *le domaine et les contrats administratifs*, Presses universitaires de Bruxelles, Belgique 1967, page 140.

² - Théorie de l'imprévision, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux 30- mars-1916, <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/30-mars-1916-Compagnie-generale-d-eclairage-de-Bordeaux>, site visité le 18/09/2016, à 18h16.

³ - « mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession ; que, par suite du concours des circonstances ci-dessus indiquées, l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée. Que la compagnie est donc fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement

أما الفقهاء فاختلفت وجهة نظرهم في تبني بعض الصيغ المتعلقة بفكرة التوازن الاقتصادي للعقد الإداري، أو في استبعاد طفيف لهذه الفكرة من أصله.¹

ومنشأ الخلاف بين الفقهاء في استعمالهم لمصطلح التوازن الاقتصادي للعقد أو التوازن المالي للعقد بما في ذلك من فرق كبير في المعنى من حيث الأصل، وهناك من أطلق عليه فكرة التوازن الشريف بين حقوق الملتزم مع الإدارة والتزاماته *l'équivalence honnête des prestations*.²

وبالرجوع لأصل المصطلحين في المجال الاقتصادي فإن التوازن المالي يكمن في التوازن بين جانبي الميزانية العامة للدولة، وذلك بإتباع سياسة مالية معينة، تقوم بها السلطة المالية المختصة في الدولة عند وجود تباين بين حجم النفقات العامة وحصيلة إيرادات الدولة³، أما التوازن الاقتصادي فنقصد به التوازن بين المعطيات الاقتصادية الأساسية التي يقوم عليها الاقتصاد في أي دولة كالتوازن بين الاستهلاك والادخار، والعرض والطلب، والإنتاج والتوزيع، أو بعبارة أخرى التوازن بين طبيعة الثروات الموجودة في الدولة وطبيعة الاحتياجات العامة للسكان.⁴

du service tant que durera la situation anormale ci-dessus rappelée », N° 59928 Publié au recueil Lebon , <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007629465>, site visité le 18/09/2016, à 18h30.

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية و آثارها القانونية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1998، ص.8.

² - نفس المرجع، ص.8.

³ - زايد منير عبوي، مدخل للإدارة العامة، الطبعة الأولى، دار الشروق للنشر، عمان، الأردن، 2006، ص.210.

⁴ - Jules LE BASTIER, *théorie de l'équilibre économique*, P.A. Bourdier, paris, France, 1858, page 21.

أما في مجال العقود فالعنى واحد لكلا المصطلحين في مجال العقود و لو أن الغالب في الاستعمال هو التوازن المالي و الأصح هو التوازن الاقتصادي، لأن قد يشمل إعادة التوازن وليس فقط منح مبالغ مقابل الخدمات و إنما قد يشمل الإعفاء من الرسوم الضريبية.

مهما كان المصطلح المستعمل ، يتمثل التوازن المالي أو الاقتصادي للعقد في الموازنة بين الخدمات الواردة في بنود العقد و قيمتها المالية، فتكون لكل خدمة يقدمها المتعاقد مقابل مالي عادل حسب الأسعار الواردة في السوق بشكل منصف لا يرهق معه هذا المتعاقد ، و هذا على اعتبار أن هذا الأخير يهدف من وراء تعاقد مع الإدارة تحقيق الربح.

المطلب الثالث: فكرة التوازن الاقتصادي في الصفة العمومية في القانون الإداري الجزائري.

ورد مصطلح التوازن الاقتصادي للصفة العمومية في القانون الجزائري لأول مرة، في المرسوم 145/82 المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، في مادته 104 حيث جاء في فقرتها الثانية « ... إيجاد توازن للتكاليف المترتبة على كل واحد من الطرفين » وهنا عندما يتعلق الأمر بتسوية النزاعات بين المتعاقد و المصلحة المتعاقدة ، و ظهر بشكل أوضح في المادة 91 من المرسوم التنفيذي 434/91¹ المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، التي أتت بحكم جديد يتعلق بأجال عرض الملحق للرقابة الخارجية، ورد في فقرتها الثانية، والذي جاء فيه « إذا ترتب على أسباب استثنائية و غير متوقعة و خارجة عن إرادة الطرفين اختلال التوازن الاقتصادي للعقد » ، و هو الحكم الذي لم يتغير في المراسيم الرئاسية اللاحقة سواء المعدلة أو الملغية له، كالمرسوم الرئاسي 250/02 في مادته 92 الملغى

¹ - المرسوم التنفيذي 247/91 الصادر في 1991/11/09 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ج.ج. رقم 57 الصادرة في 1991/11/13.

بالمرسوم الرئاسي 236/10 في مادته 105 الملغى بدوره، بالمرسوم الرئاسي 247/15 في المادة 135 منه.

لكن ما المقصود بالتوازن الاقتصادي في المواد السالفة الذكر ؟

يبدوا للوهلة الأولى أن التوازن الاقتصادي للصفقة المقصود عند المشرع الجزائري هو عدم اختلال التوازن بين الواجبات و الحقوق في الصفقة العمومية من الناحية الاقتصادية ، وهو المفهوم الأصلي و الصحيح، لكن بالرجوع للفقرة التاسعة من المادة 136 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، نجد أن المشرع الجزائري لا يقصد فقط عدم اختلال التوازن بين الواجبات و الحقوق من الناحية الاقتصادية و لكن عدم الخروج عن التوازن الاقتصادي الأصلي للصفقة العمومية الذي كان عند الإبرام.

فالحكم الوارد في المادة 136 يمنع الإدارة من إبرام ملاحق إذا تجاوزت نسبة 15٪ من مبلغ الصفقة العمومية بالنسبة لصفقات الخدمات، الدراسات و التوريد و نسبة 20٪ بالنسبة لصفقات الأشغال العمومية إلا إذا بررت المصلحة المتعاقدة ذلك، و معنى هذا أن المشرع الجزائري لا يسمح بخروج الصفقة العمومية بعد إبرام ملحقها عن توازنها الأصلي و لو لم يختل التوازن أساسا و ذلك لاعتبار أن الزيادة في الخدمات مهما كانت طبيعتها تكون مرفقة بمبلغ مالي يقابلها، و لكن صار توازن اقتصادي آخر، كأن تنطلق الصفقة بمبلغ 10 مليون دينار عند بداية التنفيذ و تضاف أشغال إضافية بقيمة 5 مليون دينار أثناء التنفيذ ، فهذا لم يختل توازن الصفقة العمومية الاقتصادي عموما لكن إختل توازن الصفقة الأصلي.

لكن يجب التوضيح هنا أن مسألة عدم التوازن الاقتصادي للعقد عموما

و الصفقة العمومية على وجه الخصوص تظهر في حالتين:

أولا: حالة تدخل الإدارة بملاحق و التي تشمل الزيادة في الخدمات، الأعمال الجديدة، الأشغال غير المنجزة.

ثانيا: حالة تدخل الإدارة بأي تصرف مشروع كالقرار الإداري مثلا ، فتسبب ضررا للمتعاقد، يطلب بموجبه التعويض و يحق له حينها رفع دعوى تعويض إذا لم يسوى النزاع إداريا .

و في كلا حالتين نكون أمام المسؤولية العقدية إذا شمل الملحق في الحالة الأولى مبلغا لا يغطي الخدمات المضافة، و لو أن هذا عمليا لا يمكن حصوله لأن الملحق وثيقة تعاقدية أي اتفاقية، أو إذا تدخلت الإدارة بعمل مشروع لكن سبب للمتعاقد ضرر، فيحق فهنا للمتعاقد طلب إصلاح الضرر، كما يمكن للمتعاقد طلب الفسخ و يكون فسخا إتفاقيا أي يجب أن توافق عليه الإدارة إذا كان التعويض المعروض لا يكفي لإصلاح الضرر الناشئ عن التعديل أو عن تدخل الإدارة، أما التعديل الإتفاقي بين الطرفين للعقد فلا يترتب عليه مثل هذا الحق في التعويض إلا بقدر ما أثمره اتفاقهم المشترك، و في هذه الحالة الأخيرة لا يسمى تعويض و إنما مقابل للخدمات المضافة.

و عليه مسألة إخلال توازن الصفة العمومية لا يكون فقط في إطار تدخل الإدارة بالملاحق، بموجب المواد من 135 إلى 139 من المرسوم الرئاسي 247/15 و إنما يكون أيضا في حالة تتدخل فيها الإدارة بتصرف معين أو في حالة الظرف الطارئ الخارج عن إرادة المتعاقدين، استنادا للمادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، و في هذه الحالة الأخيرة يظهر لنا المجال الخصب لتطبيق النظريات الثلاثة المعروفة في القانون الإداري والمبتكرة من مجلس الدولة الفرنسي، وهي نظرية فعل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

بالنسبة للنظرية الأولى التي أطلق عليها الفقه "فعل الأمير" استنادا إلى أن الفعل الذي سبب إخلال التوازن قامت به الإدارة المتعاقدة و هي المقصودة بمصطلح الأمير¹ لكن يختلف عن فعل التعديل في أن إجراء فعل الأمير هو

¹ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي للطبع والنشر، القاهرة، 1965. ص.621.

إجراء عام تتخذه السلطات العامة يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد¹

لكن المميز هنا أن هذه السلطة العامة هي نفسها الإدارة المتعاقدة بالنسبة للعقد الذي تضرر صاحبه من تدخل السلطة العامة بالإجراء العام، أما إذا كانت السلطة العامة هي إدارة تعلوا الهيئة المتعاقدة كالقرارات التنظيمية الوزارية أو الرئاسية فإننا نكون في إطار ما يعرف بالمخاطر الإدارية و التي تدخل في إطار النظرية الثانية وهي نظرية الظروف الطارئة.

أما النظرية الثانية وهي "نظرية الظروف الطارئة" التي تشمل علاوة على المخاطر الإدارية، المخاطر الاقتصادية كرفع الأسعار والكوارث الطبيعية التي تقلب توازن الصفقة وهي مخاطر غير متوقعة، تقوم هذه النظرية على أساسها بضمان استمرارية المرفق العام بانتظام و اطراد².

أما نظرية "الصعوبات المادية" فهي تتعلق بالصعوبات المادية الاستثنائية التي تواجه المتعاقد أثناء تنفيذ العقد تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا³ فالجمال الخصب لهذه النظرية هو الأشغال العامة لأنها المعنية بمواجهة الصعوبات الاستثنائية أثناء الأشغال.

و في كلا النظريات الثلاثة يتم قلب توازن الصفقة مما يعرض المتعاقد لضرر يستحق التعويض من باب مساعدته على تنفيذ الصفقة و بالتالي استمرارية المرفق العام، و لكن مواجهة المتعاقد مع الإدارة لهذه الظروف غير المتوقعة محل النظريات الثلاثة ليس بالأمر الحتمي، فهي ليست دائمة الوقوع في كل العقود الإدارية و منها الصفقات العمومية ، لكن تدخل الإدارة بالمحقق الذي قد يخل بتوازن العقد أو الصفقة هو حتمي الوقوع خاصة في الجزائر، فتكاد لا تخلوا أي صفقة من لجوء الإدارة إلى الملاحق، خاصة

¹ - نفس المرجع ، ص. 613.

² - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص. 188.

³ - سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص. 705 و706.

صفقات الأشغال، لذلك خصصنا المبحث الموالي لأحكام الملحق في القانون الجزائري.

المبحث الثاني: الأحكام العامة للملحق في القانون الجزائري.

بما أن المشرع الجزائري منح المصلحة المتعاقدة السلطة في تعديل شروط الصفقة العمومية بالإرادة المنفردة، فإنه قرر وسيلة قانونية لممارسة هذا التعديل تجسدت في آلية الملحق الذي ورد في المواد من 135 إلى 139 من المرسوم الرئاسي 247/15 المذكور أعلاه، التي خصها المشرع الجزائري بمجموعة من الأحكام المميزة لعل أبرزها ما تعلق بالتوازن الاقتصادي للصفقة. لذلك سنقسم هذا المبحث لمطلبين،

المطلب الأول: تعريف الملحق في القانون الجزائري.

المطلب الثاني: علاقة الملحق بالتوازن الاقتصادي للصفقة العمومية.

المطلب الأول: تعريف الملحق في القانون الجزائري.

لم يتعرض الفقه ولا القضاء بشكل محدد لتعريف الملحق، على عكس النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية منذ الاستقلال، والتي لم تختلف تعريفاتها كثيرا عن النص الأخير الخاص بالملحق، الوارد في المرسوم الرئاسي 247/15 من حيث الأصل، فجاء في المادة 136 منه على أنه « يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و /أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة.» و عليه يعتبر الملحق عقد مصغر تابع للصفقة العمومية الأصلية، يصدر في شكل كتابي، تبرمه المصلحة المتعاقدة مع المتعاقد عند حاجة موضوع تنفيذ الصفقة إلى الزيادة في الخدمات أو إنقاصها أو تغيير بند أو أكثر من بنود الصفقة العمومية الأصلية، وفقا لما هو منصوص عليه قانونا أو إضافة أعمال لم تكن واردة فيها، وهو ما كان يعبر عنه في التنظيم القديم قبل 2015 بالأعمال الجديدة وفي النص الجديد بالأعمال التكميلية، ولا يمكن للمتعاقد بأي حال من الأحوال رفض هذا التعديل بموجب الملحق.

فباستقراء النصوص المتعلقة بالملحق في القانون الجزائري، نجد أن
المشروع حدد مجال تدخل المصلحة المتعاقدة بالملاحق بالمجالات التالية:

- أولاً: تدخل المصلحة المتعاقدة بالخدمات الإضافية أو ما يعبر عنه بملحق الخدمات المضافة، و يكون عندما تضيف الإدارة في كميات الخدمات الموجودة أصلاً في الصفقة.
- ثانياً: تدخل المصلحة المتعاقدة بإنقاص الخدمات للمصلحة العامة و هو ما يعبر عنه بملحق الخدمات غير المنجزة، ويكون عندما تنقص المصلحة المتعاقدة من كمية الخدمات الواردة في العقد و ذلك لعدم تطلبها في انجاز الصفقة.
- ثالثاً، تدخل المصلحة المتعاقدة بالخدمات التكميلية وهو ما كان يعبر عنه سابقاً بالأشغال الجديدة، و هنا المصلحة المتعاقدة لا تضيف في كميات الخدمات الموجودة في الصفقة ولكن تضيف خدمات جديدة لم تكن واردة أصلاً فيها.
- رابعاً: تدخل المصلحة المتعاقدة بتغيير في بند أو أكثر من البنود التعاقدية ، كتغيير التوطين البنكي مثلا la domiciliation bancaire.

عندما تبرم الإدارة الملحق يكون ذا طابع مالي، فعليها الأخذ بعين الاعتبار الشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة، أي الأسعار الأصلية التي تم العمل بها عند التعاقد، و في حالة تعذر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة بالنسبة للخدمات الجديدة التي عبر عنها المشروع بالخدمات التكميلية ، فإنه يمكن أن تحدد أسعار جديدة تختلف عن تلك الأسعار الأصلية¹.

¹ - المادة 137 من المرسوم الرئاسي 247/15.

بما أن الملحق آلية قانونية و عملية ذات أهمية بما كان في مجال الصفقات العمومية، وبموجبها يتم خروج أموال طائلة من الخزينة العمومية، فإن المشرع أحاطه بأنواع من الرقابة يخضع لها، منها ما هو إلزامي في كل أنواع الملاحق مهما كانت قيمتها و المتمثل في الرقابة المالية التي يقوم بها المراقب المالي باعتباره الملتزم بالنفقة و الخزينة العمومية باعتبارها المحاسب العمومي¹، و منها ما هو مقيد بسقف مالي محدد للملحق قانونا بنسبة 10 %، أو متعلق بحالات محددة قانونا و المتمثل في الرقابة الخارجية للجان. من الحالات التي يخضع فيها الملحق للرقابة الخارجية و المحددة قانونا، حالة تعديل تسمية أطراف العقد و حالة تعديل الضمانات المالية و التقنية للصفقة العمومية و حالة تعديل أجل التعاقد.²

المطلب الثاني: علاقة الملحق بالتوازن الاقتصادي للصفقة العمومية.

أتى المشرع الجزائري بأحكام جديدة في المرسوم 247/15، من بينها أحكام تتعلق بالملحق كوسيلة أساسية ووحيدة تعدل بموجبها في الصفقة، فضا للجدل الذي كان قائما بشأن سقف الملحق، فنصت المادة 136 منه على أنه « عندما يتجاوز مبلغ ملحق يتعلق بزيادة في الخدمات أو القيمة الإجمالية للعديد من الملاحق، باستثناء التبعات التقنية غير المتوقعة التي سبق ذكرها، نسبة خمسة عشر 15٪ من المبلغ الأصلي للصفقة في حالة صفقات اللوازم و الدراسات و الخدمات و عشرين 20٪ في حالة صفقات الأشغال فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبرر لدى لجنة الصفقات المختصة أنه لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة وأنه

¹ - المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 414/92 الصادر في 14/11/1992 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، ج.ج.ج رقم 82 الصادرة في 15/11/1992 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي 374/09 الصادر في 16/11/2009 ج.ج.ج رقم 67 الصادرة في 19/11/2009.

² - المادة 139 من المرسوم الرئاسي 247/15.

لم يتم التراجع فيها وأن إعلان إجراء جديد بعنوان الخدمات بالزيادة لا يسمح بإنجاز المشروع حسب الشروط المثلى للأجال والسعر.»
و معنى هذا أن المشرع حاول تسقيف مبلغ الملحق بالنسب المذكورة أعلاه على عكس ما كان معمولاً به في السابق، وذلك منعا للتحايل و إبرام ملاحق قد تصل قيمتها إلى قيمة الصفقات فتكون بذلك صفقات مشبوهة.
لكن رغم ذلك يبقى بالإمكان للإدارة تجاوز النسب المحددة في المادة أعلاه، إن هي بررت ذلك للجان المختصة خاصة بالنسبة للصفقات التي تتطلب السرعة في الإنجاز، أو إن هي وجدت الحجج المتعلقة بالمصلحة العامة، بمعنى آخر لم يحسم المشرع نهائياً مسألة سقف الملحق و يبقى الإشكال قائماً بالنسبة له استناداً إلى أن الصفقات العمومية هي أصلاً متعلقة بالمصلحة العامة، مما يسهل عملية تبرير الإدارة لتجاوزها للنسب المحددة قانوناً.
و مما هو جدير بالذكر أن المشرع في المرسوم الرئاسي 250/02 تحدث في الفقرة الثالثة من المادة 90 التي عرفت الملحق عن عدم مساس الملحق لموضوع الصفقة الجوهرية، وجاء فيها: « ومهما يكن من أمر لا يمكن أن يعدل الملحق موضوع الصفقة جوهرياً»، وهو المفهوم الذي تغير نهائياً في المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم، بموجب المادة 103 منه في فقرتها الرابعة التي تقابل المادة 90 في فقرتها الثالثة، وجاء فيها " ومهما يكن من أمر، لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة ما عاد في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة و خارجة عن إرادة الأطراف".

و نلاحظ في هذه المادة أن المشرع أسقط نهائياً مسألة المساس بموضوع الصفقة ، و اهتم فقط بمسألة التوازن مما يعني أنه كان بإمكان الإدارة في ظل المرسوم الرئاسي 236/10 المساس بموضوع الصفقة العمومية دون توازنها، وهو ما كان يشكل إشكالا عمليا للمصالح المتعاقدة في فهمها لنص المادة 103 المذكور خاصة مع إضافته لعبارة " ما عاد في حالة ما إذا طرأت تبعات

تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف"، فهل كان يفهم من هذه العبارة أنه يجوز المساس بالتوازن إذا طرأت تبعات تقنية غير متوقعة؟
فضا لهذا الغموض الوارد في النص القديم للصفقات العمومية وضح
المشروع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 في الفقرة الثامنة من المادة
136 منه و التي تقابل الفقرة الثالثة من المادة 90 و الفقرة الرابعة من
المرسوم الرئاسي 236/10، المجال الذي يمكن في إطاره إبرام الملحق، فنص
على " و مهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على
توازن الصفقة ما عاد في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة و
خارجة عن إرادة الأطراف ، و زيادة على ذلك لا يمكن أن يغير الملحق موضوع
الصفقة أو مداها.

و عليه عند إبرام الملحق يجب أن لا يمس التوازن الأصلي للصفقة
العمومية إلا في حالة طرأت ظروف غير متوقعة، تجعل الإدارة تبرم ملحق
يمس توازن الصفقة الأصلي على سبيل الاستثناء، أما فيما يتعلق بموضوع
الصفقة فلا يمكن في كل الأحوال المساس به لأن المتعاقد لجأ إلى التعاقد
مع الإدارة من أجل

موضوع معين بمبلغ معين يقابله ، فمن غير العدل أن يجد نفسه أمام موضوع
جديد لو اقترح عليه أول مرة لما قبله، وهذا الشرط المدرج منذ 2002 في
القانون الجزائري منطقي لأن التعديل في موضوع الصفقة هو بالضرورة
مساس بكل ما يتعلق بشرعية الصفقة وارتباطها بالمصلحة العامة، من
دراسات قبلية ، و رخص قانونية مرتبطة بها كرخصة البرنامج وغيرها من
الإجراءات القانونية المقيدة التي وضعها القانون لحماية الصفقة العمومية.

الخاتمة -

في الأخير يمكننا القول أنه بالرغم من الأحكام الجديدة التي يلجأ
إليها المشرع التنظيمي في كل تعديل يقوم به على تنظيم الصفقات
العمومية أو نص جديد يصدره في هذا المجال ، إلا أنه تبقى أحكام هذا

القانون يعترئها الغموض و الإبهام لتعلق نص هذا القانون بالإدارات العامة عمليا و تطبيقا مما يخلق نوع من الشرخ بين النصوص القانونية و الواقع العملي، وهو ما نلتمسه في مختلف أحكام الصفقات العمومية و منها ، مجال الملحق ، كالغموض الذي كان واقعا بشأن مسألة التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية فيما يتعلق بالسقف المالي للملحق الذي يمكن للإدارة الوصول إليه دون تجاوزه ، حيث أنه كنا نرى على أرض الواقع ملاحق بمبالغ تفوق مبلغ الصفقة نفسها ثلاث مرات، و بالتالي المساس بالتوازن الاقتصادي للصفقة العمومية، و لكن لخلو النص التنظيمي للصفقات العمومية قبل 2015 من تحديد لهذه الملاحق، فإن المصالح المتعاقدة كانت تسمح لنفسها بذلك، فاتحة المجال للتلاعب بصفقات كثيرة، قد تكلف الخزينة العمومية مبالغ ضخمة.

و بالرغم من أن ظاهر نص التنظيم الجديد 247/15 يوحي بأن المشرع حسم هذه المسألة، إلا أن المستقرئ لنص المادة 136 منه، يفهم غير ذلك حيث أن المشرع سمح بتجاوز النسب المحددة للملحق، إن بررت ذلك المصلحة المتعاقدة استنادا للمصلحة العامة.

اشتراط الأهلية في الزواج دراسة فقهية قانونية

شويرف عبد العالي

جامعة غرداية

BP 544 GHARDAIA 47000 - Algérie

chouirefdz@yahoo.fr

الملخص -

يعتبر موضوع اشتراط الأهلية في الزواج من الموضوعات الحساسة التي شغلت اهتمام الرأي العام بوجه عام والباحثين في الحقل الشرعي والقانوني بوجه خاص، ولقد اختلفت فيها وجهات نظرهم وتعددت فيها آرائهم، فمن الناحية الشرعية تحدث الفقهاء عن البلوغ وعلاماته، واختلفوا في تقدير سن البلوغ عند عدم ظهور أماراته بين الخامسة عشر والسابعة عشر والثامنة عشر، كما اختلف العلماء المعاصرين بين مجيز لتحديد سن معينة للزواج، وبين مانع لذلك، إلا أن قانون الأحوال الشخصية في الدول العربية، ومنها الجزائر ذهب إلى تحديد سن معينة للزواج للجنسين، ومنع اجراء عقد الزواج بدون بلوغه للفتى والفتاة معا.

الكلمات الدالة -

سن الزواج - أهلية الوجوب - أهلية الأداء - الأحوال

الشخصية .

Eligibility requirement in marriage Doctrinal study legal

Summary –

Eligibility in marriage and its requirement is among the sensitive issues that attract the attention of many legal scholars, and the views still vary in the subject. The legitimates scholars 'Fokaha' spoke about puberty and its signs and they differ in estimating the age of puberty when the marks do not appear between fifteenth, seventeenth and eighteenth. As well contemporary scholars have different views about the age of marriage, though the civic regulations in Arab countries, among them Algeria, do not allow marriage for both sexes before certain age.

Key words -

The age of marriage - marriage - personal status

مقدمة

لم يعد يخف في هذا العصر على أي ملاحظ خبير ما لدراسة موضوعات الأسرة من أهمية ، وأصبح الوقوف على دقائقها وحقائقها وفقها أكثر من ضروري، لأن بناءها وإقامتها ليس بالأمر السهل كما يتصوره المقبلون على الزواج في كل الاطوار العمرية خاصة منها الراشدة،... وقد أثير جدل كبير حول الزواج المبكر باعتباره كما يشاع أنه من أهم الأسباب المؤثرة في انتشار ظاهرة الطلاق في السنة الأولى من الزواج ، وراح المحللون والمشرعون يدرسون هذه الظاهرة ويجتهدون في وضع وتحديد السن التي يصبح فيها الطرفان أهلا لتحمل المسؤوليات بما في ذلك مسؤولية الزواج .

وتعتبر هذه الدراسة التي بين أيدينا من الموضوعات التي تهدف إلى الوقوف على هذه الاجتهادات الفقهية في المسألة، وتسعى إلى المساهمة في وضع اليد على مكان من الداء، ووصف الدواء من خلال المعالجة العلمية الهادفة لهذا البحث بسبر أغوار تراثنا الفقهي الذهبي واجتهادات أساتذتنا الفضلاء في العلوم القانونية في الجزائر وفي غيرها من الدول العربية الشقيقة، لأن تحديد سن الزواج واشتراط ذلك من القضايا المعاصرة التي كثر فيها القيل والقال والجدال والسؤال بين العلماء المعاصرين وغيرها من الطبقات المثقفة، ولبحث هذا الموضوع بشيء من التفصيل ارتأيت دراسته على النحو التالي :

المبحث الأول: أهلية الزواج

المطلب الأول: تعريف الأهلية وتحديد السن الشرعي للزواج

المطلب الثاني: حكم اشتراط أهلية الزواج في القانون.....ون

خاتمة .

المطلب الأول: مفهوم الأهلية وتحديد سن الزواج الشرعية

البند الأول: التعريف بالأهلية.

لغة -

(الأهلية) مؤنث أهلي والأهلية للأمر الصلاحية له أو الجدارة أو الكفاية له،¹

وعرف الجرجاني الأهلية : بأنها عبارة عن صلاحية لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه²

1- إبراهيم مصطفى . أحمد الزيات . حامد عبد القادر . محمد النجار: المعجم

الوسيط ، تحقيق / مجمع اللغة العربية، ط/ دار الدعوة، المملكة العربية

السعودية، 32/01.

فمن خلال هذا التعريف يفهم بأن الأهلية للأمر هي صلاحية له،
ومنه قوله تعالى في حق المؤمنين قَالَ تَعَالَى: ﴿وَأَلْزَمَهُمْ كَلِمَةَ
التَّقْوَى وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا ۝٣٦﴾³
وهي شهادة أن لا إله إلا الله، وهي رأس كل تقوى.⁴

إصطلاحاً -

عرف علماء الأصول الأهلية بأنها: «عبارة عن صلاحية الإنسان
لوجوب الحقوق المشروعة له، أو عليه، ولصدور الأفعال منه على وجه
يعتد به شرعاً»⁵.

ولا يختلف الأمر ذاته عند القانونيين فلقد عرفوا الأهلية بأنها:
صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات وممارسة
التصرفات القانونية.

وإذا كانت الأهلية بصفة عامة صلاحية الشخص لاكتساب
الحقوق وتحمل الواجبات وممارسة التصرفات القانونية فإنها في
عقد الزواج تعني صلاحية الرجل ببلوغ سن الرشد لإبرام عقد الزواج
وفي ذلك نصت المادة 40 من ق م ج: "كل شخص بلغ سن الرشد

2- علي بن محمد بن علي الجرجاني : التعريفات ، تحقيق : ابراهيم الأبياري ، ط/
الثالثة، 1417هـ- 1996م ، دارالكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، ص: 58.

3- سورة الفتح: 26

4- عبد الله بن أحمد بن علي الزيد: مختصر تفسير البغوي (معالم التنزيل)، ط/
الأولى، 1414هـ، دارالسلام للنشر والتوزيع ، الرياض - السعودية ، 196/7.

5- علي حسب الله : أصول التشريع، ط/ 5، 1396هـ - 1976م ، دار المعارف ، مصر
، ص: 404.

متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة⁶.

ولقد قسم الفقهاء الأهلية إلى قسمين:

القسم الأول: أهلية الوجوب: وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه.

القسم الثاني: أهلية الأداء: وهي: صلاحية الإنسان لأن يطالب بالأداء، لأن تعتبر أقواله وأفعاله، تترتب عليها آثارها الشرعية. وأن الإنسان باعتبار الأهلية قد تكون أهليته كاملة، أو ناقصة. يمر بأربعة مراحل متميزة هي:

المرحلة الأولى : (أهلية الوجوب الناقصة) تبدأ من مرحلة نضج الروح للجنين في بطن أمه - الحمل - وتنتهي بولادة المولود حينما تثبت فيها للجنين أهلية الوجوب الناقصة فقط دون أهلية الأداء، لما له من حقوق أوجبته الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .

المرحلة الثانية : (أهلية الوجوب الكاملة) تبدأ من مرحلة انتهاء المرحلة الأولى - الولادة - وتنتهي بمرحلة التمييز، وتثبت للصبي فيها أهلية الوجوب كاملة دون أهلية الأداء. لأنها صلاحية لثبوت الحقوق له وعليه، سواء يؤدي بها بصورة مباشرة كالبالغ العاقل، أم تؤدي عنه بالنيابة كدفع النفقة لوالدي المجنون والصغير من مالهما من قبل وليّهما.

6- أمر رقم 75 - 58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم . بن شويخ رشيد :شرح قانون الأسرة الجزائري، ص60

- المرحلة الثالثة: (أهلية الأداء الناقصة) هي مرحلة ما بين التمييز والبلوغ، تثبت فيها لليافع أهلية الوجوب كاملة وأهلية الأداء الناقصة فقط.

- المرحلة الرابعة: (أهلية الأداء الكاملة) هي مرحلة تبدأ من البلوغ إلى الوفاة، تثبت له الأهليتان بالتمام والكمال أي أهلية الوجوب وأهلية الأداء⁷ لأنه استجمع شروط التكليف الشرعي الأربعة (البلوغ، العقل، العلم، القدرة). مضافاً إلى خلوه من العوارض المؤثرة على هذه الشروط.

وخلص القول: إن الأهلية تنقسم إلى قسمين هما أهلية الأداء وأهلية الوجوب، وأن أساس أهلية الأداء الكاملة هو شروط التكليف الشرعية الكاملة، وأساس أهلية الوجوب الكاملة هو إمكان أداء الحق ولو بالنيابة، وأساس أهلية الأداء الناقصة هو التمييز، أما أساس أهلية الوجوب الناقصة، فقليل: إنه الحياة والراجح أن أهلية الوجوب الناقصة ثابتة للإنسان حتى بعد موته وعليه فأساس أهلية الوجوب الناقصة هو الذمة، وهي وصف شرعي يصير الإنسان أهلاً لما له وما عليه، وليس الحياة.

البند الثاني: حكم تحديد سن الزواج في الشريعة

1- اراء فقهاء الشريعة قديما وحديثا في أهلية الزواج وحكم تحديده

لم يتحدث فقهاء الشريعة قديما على تحديد سن الزواج وأهليته كما فعل فقهاء القانون اليوم لأن ذلك العصر يختلف اختلافا كبيرا عن هذا العصر من حيث البساطة والتعقيد ومن حيث التكاليف، وحتى من حيث البنية النفسية والجسمية للطرفين، وقد

7- د. بن شويخ رشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري، ص60

اشترط الفقهاء الكفاءة ولم يذكروا ضمن هذه الشروط أن تكون المخطوبة مكافئة للرجل من حيث السن كما هو الشأن الآن في بعض التشريعات ومنها القانون الجزائري، وكل ما ذكر عندهم هو سن البلوغ المختلف في تقديره :

- فالراجح عند المالكية في المذهب أن سن البلوغ هو سن الثامنة عشرة وقيل سبعة عشر⁸.

- أما الشافعية والحنابلة فحددا سن البلوغ بخمسة عشر سنة. - أما الحنفية⁹ فعندهم يحتاج إلى ثمان عشرة وعلامات البلوغ التي تظهر في الفتى وهي: الاحتلام والمني، وإنبات الشعر هذا بالنسبة للفتى زيادة على الحيض بالنسبة للفتيات¹⁰.

ولأن كان القدامى قد اختلفوا في تحديد سن البلوغ بالنسبة للرجل والمرأة، فإن المعاصرين من الفقهاء قد اختلفت آرائهم في تحديد السن القانوني للزواج على مذهبين:

8- محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي أبو عبد الله (ت: 1101هـ): شرح مختصر خليل للخرشي، ط/ دار الفكر للطباعة، بيروت- لبنان، ج7 ص109

9- علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء المتوفى سنة هج 587 رية: كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط/ الأولى، 1409 هـ 1989 م، الناشر المكتبة الحبيبية كانسي رود حاجي غيبي جوك كوئته باكستان، ج7 ص171

10- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (ت : 671 هـ): الجامع لأحكام القرآن، تحقيق : هشام سمير البخاري، ط/الأولى، 1423 هـ/ 2003 م، دار عالم الكتب، الرياض- المملكة العربية السعودية، ج1 ص30. أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي (700 - 774 هـ): تفسير القرآن العظيم، تحقيق : سامي بن محمد سلامة، ط/ الثانية 1420هـ - 1999 م، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض- المملكة العربية السعودية، ج1 ص492

المذهب الأول: المذهب المجيز

يذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بجواز تحديد سن الزواج في عمر معين، وهو ما ذهب إليه الدكتور يوسف القرضاوي، والشيخ بن العثيمين، والدكتور محمد النجيمي وغيرهم من الفقهاء المعاصرين، ولقد استند هذا الفريق على بعض الأمور منها:

المصلحة: أي مصلحة المرأة والأسرة والمجتمع .

- فأما مصلحة المرأة: فتكمن في قدرتها على تحمل المسؤولية والتهيأ لها عند تحديد السن وهذا ما أكده الأستاذ علال الفاسي بقوله: «يندرج تحت أصل شرعي هو مصلحة المرأة العامة ومصلحة الأسرة من حيث هي».¹¹

- وأما مصلحة الأسرة: فتكمن في نجاح الزواج واستقراره ولا يتأتى ذلك إلا ببلوغ سن الرشد، وتهيئة الحياة الزوجية الهنيئة.

- في حين أما مصلحة المجتمع تتجلى في سلامة الأسرة بكل مكوناتها، لأن الزواج المبكر قد تنجم عنه أضرار صحية وأخطار اجتماعية، كما أن لولي الأمر تقييد المباح عند حصول الضرر العام، وأن الزواج في سن صغيرة يفضي إلى أضرار تدعو إلى تقييد النكاح بسن معينة لدرئها.

المذهب الثاني: مذهب المانعين

ذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بعدم جواز تحديد الزواج بسن معينة، وبه قال ابن الباز، وأحمد عسال، والدكتور مصطفى

11- د. عبد الرحمان بن محمد العمراني : مقالات في أحكام الأسرة، ط/ الأولى 2012، سلسلة منشورات مجموعة البحث في تأهيل الأسرة وآفاق التنمية، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، ط/ الأولى، 2012، مطبعة الوراقة الوطنية، المغرب الأقصى، ج01، ص65.

السباعي وغيره من العلماء المعاصرين، ولقد استند هذا الفريق على بعض الأمور منها:

- أن تقييد سن الزواج تقليد غربي في أصله، قال الدكتور مصطفى السباعي: « ليس لهذا التحديد مستند من آراء الفقهاء الإسلاميين ولكنه أخذ عن القوانين الغربية، وللغربيين بيئتهم وأوضاعهم الخاصة»¹²، وأن تقييد النكاح بالسن يكون فيه جلب مصلحة ودفع مفسدة، ولكن ظاهره منع للزواج في الصغر وهذا فيه تشدد كما قال علال الفاسي، بأنه تشدد خارج روح الشريعة، وضغط لا موجب له¹³

- أن القرآن قد أشار إلى مشروعية زواج الصغير في قوله تعالى:

﴿ وَالَّتِي يَبْسَنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ وَأَوْلَتْ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنَ أَمْرِهِ يُسْرًا ﴿٤﴾ ﴾¹⁴ ، فسر القرطبي: " وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ " : يعني الصغيرات فعدتهن ثلاثة أشهر"¹⁵، كما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة وهي بنت ست ، وبنى بها وهي بنت تسع¹⁶

12- د. مصطفى السباعي: المرأة بين الفقه والقانون، ط/7، 1420 - 1999 دار الوراق للنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ص59

13- د. عبد الرحمان بن محمد العمراني: مرجع سابق، ص64

14- سورة الطلاق: 04

15- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (ت : 671 هـ): مصدر سابق، ج9 ص465

16- الحديث هو: "... تَزَوَّجَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا بَعْدَ مَوْتِ خَدِيجَةَ بِثَلَاثِ سِنِينَ وَعَائِشَةُ يَوْمَئِذٍ ابْنَةُ سِتِّ سِنِينَ وَبَنَى بِهَا رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَهِيَ ابْنَةُ تِسْعِ سِنِينَ وَمَاتَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَعَائِشَةُ ابْنَةُ ثَمَانِ عَشْرَةَ سَنَةً. رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ " أبو بكر

- كما أنه لم يثبت عندهم أن الشريعة الإسلامية اشترطت السن في انعقاد الزواج، بل يصح تزويج الصغار كما بينا.
المطلب الثاني: أهلية الزواج وحكم تحديده في القانون
أجمعت القوانين العربية للأحوال الشخصية على النص على الحد الأدنى للزواج، واختلفت في تقدير المدة التي تكون كحد أدنى للزواج، فمن حيث المبدأ قررت وضع حد أدنى لسن الزواج، والأمر ذاته صدق عليه في الاتفاقيات الدولية التي نحت نفس المنحى.
ولما كانت الإحاطة بجميع المواثيق الدولية والتشريعات الوضعية العربية أمر في غاية الصعوبة فإنني سأقدم عرضاً موجزاً لأهم القوانين التي نصت موادها على تحديد سن الزواج.
البند الأول : القوانين الداخلية :

لقد اختلفت التشريعات العربية في الترخيص لمن هم دون سن الرشد القانوني بالزواج بين مجيز برخص من القاضي وبين مانع لها وفيما يلي بين لبعض هذه التشريعات:
أولاً : التشريعات المجيزة لعقد الزواج برخصة من القاضي :

- أشارت مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل الخامس بأن أهلية الزواج بالنسبة للرجال هي 20 سنة، و 17 سنة للمرأة،

=أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، علاء الدين علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني، السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي، ط/ الأولى . 1344 هـ، مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدرآباد، كتاب النكاح، باب (ما جاء في نكاح الأباء الأبيكار) حديث رقم (14029) ج7 ص114.

كما سمحت بالزواج دون ذلك بترخيص من المحكمة لأسباب قاهرة ومصالحة ظاهرة¹⁷.

- وفي السياق ذاته جاء في الفصل الثامن من مدونة الأسرة المغربية أنه: «تكتمل أهلية النكاح في الفتى بتمام الثامنة عشرة، فإن خيف العنت رفع الأمر إلى القاضي، وفي الفتاة الخامسة عشرة من العمر» وبالنظر إلى ظاهر النص فهو يشترط بلوغ الفتى والفتاة سنا معينة للزواج لا يجوز لهما الاقتران دونها إلا بإذن القاضي وبترخيص منه، ومن هنا نرى أن القانون المغربي المتعلق بأهلية الزواج غير موحد بين الجنسين في السن، غير أن المدونة رغم التحديد أعطت القاضي الحق في تزويج من هم دون السن القانونية إذا اقتضت الضرورة ذلك في المادة 20 من مدونة الأسرة بقولها: «لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي»¹⁸.

- في حين أن المشرع الجزائري شدد في قانون الأسرة في بعض موادها على ضرورة بلوغ الفتى والفتاة سن معينة ليتمتع بأهلية عقد الزواج ومنعت إجراءه دونها، فقد نصت المادة التاسعة مكرر من

17- بن الشويخ الرشيد. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط/الأولى، 1429هـ- 2008م، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ص61

18- عبد الله (بن الطاهر) التتاني السوسي، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة مع مناقشة وترجيح دون تعصب لقول أو مذهب، كتاب الأول الزواج، ط/ 2، 1415هـ- 2014م، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب الأقصى، ص97.

قانون الأسرة الجزائري على سبيل المثال على انه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج...." واعتبرت ذلك من شروط الصحة، لاقتربها بالشروط الأساسية كالولي، والشاهدان.... وقد كانت أهلية الزواج في قانون 84- 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق ل: 09 يونيو 1984 قبل تعديله محددة بسن 21 سنة للفتى وسن 18 سنة للفتاة، وقد وجهت لهذا القانون انتقادات منها عدم مساواته في السن القانونية لإبرام عقد الزواج بين الجنسين مما دفع المشرع إلى تعديله، وأصبحت أهلية الزواج موحدة بين الطرفين وذلك بتمام سن الرشد وهي 19 سنة، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة السابعة (معدلة): "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة...".

سلطة القاضي في تزويج الصغير:

إن كان الأصل في قانون الأسرة الجزائري هو منع الزواج قبل بلوغ السن المحددة قانوناً في المادة 7 قانون الأسرة ب19 سنة، وهو في ذات الوقت سن الرشد في نظر القانون المدني (40 ق.م)، إلا أن المشرع الجزائري أعطى للقاضي الحق والسلطة التقديرية للترخيص بالزواج عند الضرورة وتحقيق المصلحة بعد التأكد من تحملهما للمسؤولية وقدرتهما على ذلك، وعليه فلرئيس المحكمة أن يأذن بعقد النكاح قبل البلوغ لمصلحة أو ضرورة يقدرها القاضي بعد موافقة الولي (م 2/7 ق.أ) عند توافر المبررات القانونية والشرعية المتمثلة في الخوف من العنت أو المرض، أو الاضطراب النفسي إذا لم يتزوج¹⁹.

19- د. بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط/4، 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر. ص 200

وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج" إلا أن الشرط المتعلق بالترخيص من القاضي دون السن القانونية يبقى مبهم لأن النص لم يحدد الحد الأدنى الذي يمكن للقاضي أن يصل إليه.

ثانياً : التشريعات المانعة لعقد الزواج دون سن الرشد القانوني ذهب كل من قانون الأحوال الشخصية المصري وقانون الأحوال الشخصية السوري إلى عدم جواز عقد الزواج دون سن الرشد للجنسين(والمحدد بالسادسة عشرة سنة للمرأة والثامنة عشرة سنة للرجل) مهما كانت الأسباب بل لقد ذهبوا إلى أكثر من ذلك فقد ذهبوا:

- منعهما للموظف المكلف بعقود الزواج بمباشرة عقد الزواج أو المصادقة عليها دون السن القانوني للمرأة والمحدد بالسادسة عشرة سنة، ورتب على ذلك عقوبة صارمة عند مخالفة النص القانوني.

- اشترطها في سماع الدعوى أن تكون المرأة قد بلغت السادسة عشرة، والزوج قد بلغ الثامنة عشرة وقت رفع الدعوى، فإن لم يكونا قد بلغا السن المحددة فلا تسمع المحكمة دعوى أحدهما في الدعوى الزوجية.

وهكذا يكون القانونيين قد منع سماع دعوى الزوجية إذا لم يبلغا السن القانونية، وبذلك منعنا زواج الصغار، وذهبوا إلى القول بعدم صحته²⁰.

البند الثاني : الاتفاقيات الدولية

تنص المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة 1989م، على أن الطفل كل إنسان

20- د.عبد الرحمان بن محمد العمراني : مرجع سابق، ص64

لم يتجاوز الثامنة عشرة سنة ما لم يبلغ سن الرشد، كما نصت اتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة (سيداوا) في الفقرة الثانية من المادة 16 على أنه لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني وتتخذ جميع الاجراءات الضرورية بما في ذلك التشريعي منها لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمر إلزاميا.

الترجيح

أرى كما يري غيري من المختصين والباحثين أن المشكلة ليست في السن بقدر ما هي في الاستطاعة والقدرة على تحمل المسؤولية من جميع الجوانب المادية والاجتماعية والنفسية والصحية وهذا ما يفرضه الواقع في هذا العصر. ونراه يتحكم في قرار الشباب و قدرته على الزواج في سن مغايرة للسن المحددة قانونا، فالحكم المطلق بمنع الزواج دون بلوغ السن القانوني فيه مخالفة للنص الذي فيه صحة زواج الصغيرة، وفيه مخاطرة كما وصفها خطيب وامام وفقهيه مدرسة البخاري بأكادير بقوله: "أما التعليل بالخوف من الزنا والعنت، فأظن أن من يعيش في هذا العصر بمغرياته يخشى على نفسه من العنت وإن تزوج أربعا"، ويضيف قائلا: "وقد رأينا في مجتمعنا لقطاع ممن يسمين بالأمهات العازبات وأعمارهن لم يتجاوز 14 سنة، وهذا من سلم منهم من الجريمة...ومن الغريب أن الفتاة التي يراد لها أن تستفيد من هذا التحديد، هي الضحية الأولى لهذا التحديد نفسه، فقد تضيع من بين يديها فرصة الزواج، فتستسلم طوعا أو كرها لظاهرة العنوسة التي لا ترحم" 21 وهنا تكون المصلحة في العمل على تيسير الزواج بدل التشدد فيه، وتأسيسا على ذلك يبطل المنع المطلق للزواج قبل السن المحددة

21- د. عبد الله (بن الطاهر) التناهي السوسي :مرجع سابق، ج 1، ص 98

قانوننا، وأن يرد الأمر إلى ولي أمرها الذي هو الأب ، لأن الأصل فيه البراءة المتمثلة في رعاية مصلحة الفتى والفتاة وحبه الفطري والتزامه الشرعي بحفظ الأمانة ورعايتها حتى تنتقل إلى بيت الزوجية الآمنة، كما يرجع الأمر أيضا لرغبتها وقدرتها على ذلك، فالزواج مطلب فطري تدفع إليه الرغبة الملحة مع توفر الباءة، فإذا توفرنا لم يكن معنى للتشدد .

وفي دراسة أعدها د. "حسام الدين عفاة"، أستاذ الفقه والأصول في كلية الدعوة وأصول الدين ، جامعة القدس، يفتد هذه المزاعم ويرد على ادعاءات المطالبين برفع أو تأخير سن الزواج قائلاً: "اعتبار الفتى والفتاة في سن المراهقة لا يقوى على أخذ القرار المناسب هي حجة واهية جوفاء" معللاً أن الفتاة تأخذ رأي وليها وتستشيريه في أمورها، وخصوصاً موضوع الزواج.

إضافة لذلك فإن المجتمع الإسلامي هو مجتمع المحبة والمؤاخاة و التناصح، وفيما يتعلق بالقول: إن الفتاة التي تتزوج مبكراً تكون أعضاؤها التناسلية غير مكتملة وصغيرة الحجم؛ يؤكد د. عفاة أن ذلك يتنافى مع رأي الطب الذي يؤكد أن مرحلة بلوغ الفتاة تتراوح بين الثانية عشر والرابعة عشر، مشيراً إلى أن القوانين الوضعية بعضها لا يجيز زواج الفتاة إلا في الخامسة عشر وقوانين أخرى تريد عدم زواج الفتاة إلا بعد الثامنة عشر كما هو مبين في البحث مما يستدعي مرور سنة إلى ثلاث سنوات على بلوغها على الأقل قبل الزواج، ويبقى الخاطب ينتظر إلى أن تبلغ التاسعة عشرة .

واستطرد د. عفاة في تفنيده للأسباب التي تدعو إلى ضرورة تأخير سن الزواج قائلاً: "القول بزيادة الوفيات للأمهات الصغار

جراء الحمل وسوء التغذية؛ هو ادعاء غير مسلم به ويكذبه الواقع من خلال الحس والمشاهدة بالنسبة للوفيات²². وأكد على أن الشريعة الإسلامية لم تحدد سناً معيناً بالسنوات لعقد الزواج؛ بل أجاز جمهور الفقهاء المتقدمين زواج الصغير والصغيرة أي دون البلوغ، إلا أن قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية حددت سناً للزواج بعضها حدد بسن الخامسة عشر والبعض الآخر رفعه إلى الثامنة عشر والتاسعة عشر كما هو الحال في الجزائر.

ورأى د. عفانة أن تأخير الزواج وفقاً لما تنادي به القوانين الوضعية التي تنادي بها المنظمات النسوية ومنظمات حقوق الإنسان يؤدي إلى مضار كثيرة منها: "احتمال انزلاق الفتاة إلى الفاحشة، أو أن يفوتها الزوج الكفو، أو حتى يفوتها قطار الزواج بالكلية، بالإضافة إلى كراهية وليها الذي أخر زواجها بعدم قبوله من تقدم إليها من الخطّاب الأكفاء، وقد يصدر منها ما لا تحمد عقباه، وأحياناً أخرى قد تنتقم من نفسها وقد تصاب بعقد وتكره كل من حولها".

وأضاف د. ماهر السوسي حسب ما يراه إن الإسلام لم يضع سن الزوج أو الزوجة ضمن الشروط التي حددها من أجل صحة عقد النكاح؛ كما اشترطها القانون في كثير من البلاد العربية ومنها الجزائر، وإنما فقط تم وضعه كشرط لإمكانية دخول الزوج بزوجه وقدرة تحمل الزوجة لعملية الجماع، وأشار إلى أن الدخول ليس شرطاً لصحة الزواج، مؤكداً أنه يجوز للرجل أن يعقد قرانه على امرأة صغيرة لم تبلغ حتى سن الحيض مستنداً إلى حادثة عقد النبي

22- اطلع عليه بتاريخ 23/9/2016 الساعة العاشرة مساء

<http://www.lahaonline.com/articles/view/17712.htm>

صلى الله عليه وسلم على السيدة عائشة وهي ابنة التاسعة من عمرها، مع العلم أنها كانت مخطوبة لغيره وفسخت الخطبة بسبب إسلام أبو بكر الصديق واتباعه للرسول صلى الله عليه وسلم، وأضاف أن هذا الأمر قرره الشرع لسبب يتعلق بالأشخاص أنفسهم، وخصوصاً موضوع التمايز والاختلاف والحاجة إلى الزواج والتي تختلف من شخص إلى آخر، مذكراً أن هناك شخصاً يرغب بالزواج في سن مبكرة وتكون لديه القدرة على الزواج وإنشاء أسرة بحسب شروط الشرع، بينما آخر تعزف نفسه عن الزواج ولا يحتاجه مبكراً.

واعتبر السوسي أن معيار وشرط البلوغ لدى الأشخاص يختلف من بلد إلى آخر، فبعض البلاد يكون سن البلوغ مبكراً جداً، وفي بعضها الآخر يكون متأخراً جداً، فالبلاد الحارة مغايرة للبلاد الباردة، وأن البلوغ يختلف باختلاف الإناث والذكور، فبعض الإناث تبلغ قبل الخامسة عشرة فيكون جسمها كجسم من بلغت العشرين، زيادة على اختلاف الاعراف والتقاليد والبيئة والفسولوجية، الأمر الذي يؤثر على سن الزواج²³.

وتابع قائلاً: "لو قلنا بتأخير سن الزواج في البلاد التي يكون فيها البلوغ مبكراً جداً؛ فإن ذلك قد يؤدي إلى الكثير من المفسدات خصوصاً الوقوع في فاحشة الزنا" لافتاً إلى أنه أحياناً حتى في البلاد التي يتأخر فيها سن البلوغ، قد يحتاج الإنسان أن يعقد قرانه على فتاة أو امرأة؛ نظراً لظرف من الظروف فقد تكون امرأة فقيرة، أو لا عائل لها أو قد يكون هو محتاج لامرأة تعوله ويسكن إليها.

23- اطلع عليه بتاريخ 23/9/2016 الساعة العاشرة مساء

<http://www.lahaonline.com/articles/view/17712.htm>

وأوضح السوسي أن الإسلام قد راعى الظروف جميعها، المادية والنفسية والشخصية وفهمها فهماً دقيقاً لم تستطع القوانين الوضعية أن تتفهمها أو تتعرف عليها، حيث أغمضت القوانين الوضعية عينيها عن جرائم الزنا التي تقع في المدارس الإعدادية والثانوية في كل البلاد التي لا تتبع التشريع الإسلامي، مشيراً إلى أن الأمر لا يحتاج إلى دليل، تبررها كثرة وقائع الزنا التي تحدث بين الأطفال في المدارس المختلطة.

واستطرد يقول: "كثيراً ما تطالعنا الصحف ووكالات الأنباء عن فتاة في الثالثة عشر قد حملت في أحشائها جنيناً وغيرها في الخامسة عشر، وعن النسب المرتفعة لحالات الاغتصاب والزنا ما بين التلاميذ والتلميذات في سن مبكرة"، وأشار إلى أنه لا علاج لمثل هذه الأمور إلا بقوانين تراعي فطرة الإنسان، وتنسجم مع الحالة النفسية للكائن البشري وتراعي الظروف المحيطة به، وهذا ما فعله الإسلام وهو جوهر الفرق بين التشريع الإسلامي والشرائع والقوانين الأخرى. وأكد على أن الإسلام لم يلزم أحداً أن يتزوج في سن معين، لا في سن مبكرة ولا في سن متأخرة، فقط وضع قانوناً وترك للإنسان الحرية في اختيار السن التي تناسبه للزواج، مشدداً على أن الإسلام لم يحدد سناً معينة ولم يجبر أحداً على الزواج إلا في حالات محددة. وأوضح أن ما ينتج عن بعض الزيجات المبكرة من نتائج سلبية ليس عيباً في الزواج، ولا ينبغي أن يتم التنبيه عليه بقوة، مشيراً إلى أن متابعة الأمر ميدانياً سيؤكد أن الزيجات المبكرة إفرازاتها السلبية كانت نتيجة موروثات اجتماعية خاطئة من عادات وتقاليد وسلوكيات اجتماعية خاطئة لا علاقة لها بالدين.

ويختم قوله بأن الصيحات والنداءات التي تصدر في المؤتمرات من قبل الجمعيات النسوية ومؤسسات حقوق الإنسان التي تطالب بين الحين والآخر بضرورة سن قوانين وضعية تحدد سن الزواج وتجرم

زواج الفتاة قبل سن الثامنة عشر، ليست وليدة اللحظة؛ وإنما هي قديمة. وأضاف أن مثل تلك الحملات الهدف منها النيل من الإسلام والإساءة له ليس أكثر، موضحاً أنه مجرد مدخل تسعى من خلاله منظمات حقوق الإنسان للطعن في الإسلام، مشيراً إلى مداخل سابقة كانت قد اتبعتها ذات الجهات التي تحرض على رفض فكرة الزواج المبكر.

وهذا ما أكده الأستاذ علاف الفاسي وأكدده مصطفى السباعي بقولهما بأن أصل فكرة تقييد أهلية النكاح بالسن يرجع إلى تقليد غير المسلمين في المسألة، وذكر السباعي بأنه: "ليس لهذا التحديد مستند من آراء الفقهاء الإسلاميين، ولكنه أخذ عن القوانين الغربية، وللغربيين بيئتهم وأوضاعهم الخاصة"²⁴

24- د. عبد الرحمان بن محمد العمراني: مرجع سابق، ص 64

الخاتمة -

نخلص من هذا العرض والتحليل لأراء فقهاء الشريعة والقانون والواقع إلى تباين المواقف والآراء في مسألة تحديد سن الزواج بالنسبة للفتى والفتاة، ففقهاء الشريعة اتفقوا على مشروعية الزواج واختلفوا في تحديد سن معين للزواج بين المنع والجواز وبضوابط وقيود، أما قوانين الأحوال الشخصية العربية فاتفقت على رأي واحد يتمثل بالنص في مواد محددة تفرض على المقبلين على الزواج وجوب احترام هذا القانون وعدم مخالفته، وأن العقد لا يتم إلا بالالتزام به، والتقييد بما هو منصوص عليه في القانون، وإن اختلفت في تحديد السن من الخمسة عشرة للفتاة والفتى والسابعة عشرة والثامنة عشرة والتاسعة عشرة.

إلا أن الشريعة السمحة تركت الحرية في هذه المسألة للأعراف والعادات والتقاليد واختلاف الأمكنة والأزمنة ولم تفرض سن معينة للزواج لأن الدين يسر فلم تتشدد في ذلك خصوصاً عند توفر الباءة والقدرة على الزواج للطرفين مع وجود المصلحة وانتفاء الضرر والمفسدة. لأن ما يفرضه القانون مع مرونته المتمثلة في الترخيص للقاضي ليأذن بالزواج في حالات معينة دون السن القانوني، إلا أن العامة يجهلون ذلك، ويروا أن ذلك من التعقيدات التي لا لزوم لها، فيلجؤون إلى الزواج العري أو الانتظار حتى البلوغ وقد يترتب على ذلك الاعراض عن الزواج، أو مفسدات أخرى كالوقوع في الفساد نتيجة انتظار الفتاة حتى تبلغ 19 سنة كما هو في الجزائر وغيرها، وأن يوكل

أمر التزويج للعائلة أو الأسرة، وأن تتدخل المحكمة عند الإكراه أو عند تضرر أحد الطرفين وذلك برفع دعوة للتدخل لإنقاذ الموقف عند تعذر المفاهمة والمصالحة وتحقيق الضرر وتأكده.

قائمة المصادر والمراجع -

- القرآن الكريم .

- كتب التفسير :

- أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي (700 هـ - 774 هـ) : تفسير القرآن العظيم، تحقيق : سامي بن محمد سلامة ، ط / الثانية 1420 هـ. - 1999 م، دار طيبة للنشر والتوزيع ، الرياض- المملكة العربية السعودية.

- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (ت : 671 هـ) : الجامع لأحكام القرآن، تحقيق : هشام سمير البخاري، ط/الأولى ، 1423 هـ / 2003 م ، دار عالم الكتب ، الرياض- المملكة العربية السعودية.

- عبد الله بن أحمد بن علي الزيد: مختصر تفسير البغوي (معالم التنزيل)، ط/ الأولى ، 1414 هـ، دار السلام للنشر والتوزيع ، الرياض- السعودية.

- كتب الحديث :

- أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، علاء الدين علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني، السنن الكبرى وفي ذيله الجواهر النقي، ط/ الأولى . 1344 هـ، مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدرآباد.

- كتب الفقه :

- محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي أبو عبد الله (ت : 1101 هـ) : شرح مختصر خليل للخرشي، ط/ دار الفكر للطباعة ، بيروت- لبنان.

- علي بن محمد بن علي الجرجاني : التعريفات ، تحقيق : ابراهيم الأبياري ، ط / الثالثة ، 1417هـ - 1996م ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان .
- علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء المتوفى سنة هـ 587 رية: كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط/ الأولى ، 1409 هـ 1989 م، الناشر المكتبة الحبيبية كازني رود حاجي غيبي جوك كوئته باكستان .
- علي حسب الله : أصول التشريع، ط/ الخامسة ، 1396هـ - 1976م ، دار المعارف ، مصر .
- عبد الله (بن الطاهر) التتاني السوسي، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة مع مناقشة وترجيح دون تعصب لقول أو مذهب ، كتاب الأول الزواج، ط / 2 ، 1415هـ - 2014م ، مطبعة النجاح الجديدة ، المغرب الأقصى
- كتب اللغة :
- إبراهيم مصطفى . أحمد الزيات . حامد عبد القادر . محمد النجار: المعجم الوسيط ، تحقيق / مجمع اللغة العربية، ط / دار الدعوة، المملكة العربية السعودية .
- النصوص القانونية :
- القانون المدني الصادر بالأمر رقم 75 - 58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني والمعدل ومتمم .
- كتب قانونية :
- د. عبد الرحمان بن محمد العمراني : مقالات في أحكام الأسرة، ط/ الأولى ، 2011 ، سلسلة منشورات مجموعة البحث في تأهيل الأسرة وآفاق التنمية. كلية الآداب والعلوم الإنسانية ، نشر دار وليلي ، بمراكش - المغرب الأقصى .
- د. مصطفى السباعي : المرأة بين الفقه والقانون، ط/ 7 ، 1420 - 1999 دار الوراق للنشر والتوزيع ، لبنان .

- بن الشويخ الرشيد. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية. ط/ الأولى ، 1429هـ- 2008م دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر.
- د. بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط/4، 2005، الجزائر.
- الموقع الإلكتروني :

<http://www.lahaonline.com/articles/view/17712.htm>



الهجرة غير الشرعية في الجزائر وموقف المشرع الجزائري منها

فخار حمو

جامعة غرداية

hfekhar71@gmail.com

الملخص-

ظاهرة الهجرة غير الشرعية هي ظاهرة قديمة العهد، لكن ظهورها واستفحالها اقترن بظهور نماذج الدول الحديثة حيث رُسمت الحدود وظهر مفهوم القومية والوطنية، وزادت الهوة الاقتصادية والاجتماعية والتنموية بين مجموعتين من الدول، المتقدمة المزدهرة ذات المستوى العالي من الرفاهية، والمتخلفة الفقيرة التي تعاني من تدني مستوى المعيشة، مما دفع بسكان وشعوب الدول الفقيرة خاصة فئة الشباب، إلى الانتقال إلى ذلك العالم والاستفادة من تطوره والهروب من الوضع الاقتصادي المتردي في دولهم، لكن طريقة انتقالهم تتم بطريقة سرية وغير شرعية مما سيشكل عبئا اقتصاديا وهاجسا أمنيا واجتماعيا.

ومن خلال هذه الدراسة سنحاول التطرق إلى موقف المشرع الجزائري من هذه الظاهرة والبحث في سبل وآليات معالجتها أو الحد منها وهذا على ضوء النصوص التشريعية التي أقرها المشرع الجزائري في هذا الموضوع

الكلمات المفتاحية-

الهجرة غير الشرعية - الدول المتقدم - الدول المتخلفة - الأوضاع

الاقتصادية المتردية

Illegal immigration and the position of the Algerian legislator them

Abstract-

Based on the foregoing it can say that the phenomenon of illegal immigration, which has become worry pal governments of the countries.

must investigate causes of this in order to find a suitable treatment of her, and then falls to the State institutions concerned put managed to find a suitable job opportunities and that development policies to keep the reputation of her sons abroad and as well as the security and integrity of the country.

-Awareness campaigns about the dangers of illegal immigration to the local population in particular young people in areas with a high rate of immigration.

-Ensure more effective control at the border level.

-The establishment of an appropriate framework to encourage the return of immigrants or at least considered their participation in efforts to investment and management of some strategic sectors in their countries.

Key words-

Illegal immigration - Advanced countries - Third world - Dire economic conditions n.

مقدمة -

الهجرة ظاهرة جغرافية، تعبر عن ديناميكية سكانية، على شكل تنقل سكان من مكان إلى آخر، و ذلك بتغيير مكان الاستقرار الاعتيادي للفرد، وهي جزء من الحركة العامة للسكان.¹

كما تعني أيضا في أبسط معانيها حركة الانتقال - فرديا كان أم جماعيا- من موقع إلى آخر بحثا عن وضع أفضل اجتماعيا كان أم اقتصاديا أم دينيا أم سياسيا.²

فإذا كانت الهجرة في السابق تتم بصورة انسيابية تبعا لأغراض محددة سلفا، فإن اعتماد مبدأ ترسيم الحدود بين الدول وتنازع المصالح السياسية والاقتصادية زاد من حدة التعاطي مع مسألة الهجرة، مع فارق مهم هو أن توالي موجات الهجرة في هذه الرقعة من العالم في العقود الأخيرة كانت تتم بصورة عمودية من الجنوب نحو الشمال.

ولما كان موقع الجزائر يحتل موقعا استراتيجيا مهما من حيث إطلالتها على البحر الأبيض من جهة، وامتدادها في العمق الإفريقي من جهة ثانية، وبحكم ثرواتها وطول شريطها الساحلي، كل هذه المعطيات وغيرها جعلت منها بلد هجرة بامتياز. فهي من جهة مصدرة للهجرة بالنسبة للشباب الجزائري الذي ينشد جنة عدن في أوروبا ، وبلد عبور للمهاجرين غير الشرعيين بحكم اتصالها بالمتوسط، وبلد استقبال في العقد الأخير بالنظر إلى ما تزخر به من ثروات و استقرار امني نسبي بالمقارنة مع دول الجوار.³

ومن خلال هذه الدراسة نحاول الإجابة على الإشكالية الآتية:

¹ www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=144798.

² ساعد رشيد، واقع الهجرة غير الشرعية من منظور الأمن الإنساني، مذكرة ماجستير في العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2012/2011، ص 10.

³ عبد الحليم بن مشري، جهود الجزائر لتحقيق التعاون الدولي في مجال مكافحة تهريب المهاجرين ، مجلة المفكر، جامعة محمد خضر بسكرة، العدد 12، ص 102.

- كيف هو واقع الهجرة غير شرعية في الجزائر، وما هي الآليات المتخذة من أجل مكافحتها؟

وقبل التطرق إلى الإجابة على هذا السؤال حري بنا الوقوف عند المقصود بهذا المصطلح (الهجرة غير الشرعية) ثم واقع الهجرة غير الشرعية في الجزائر وأخيرا الآليات المتخذة في هذا الصدد.

أولا : المقصود بالهجرة

أ. الهجرة الشرعية (القانونية):

وهي السفر من البلد الأصلي إلى بلد آخر، بصفة شرعية أي عن طريق إجراءات قانونية واضحة؛ إذ يخضع الأجنبي (و هو الشخص الذي لا يتمتع بجنسية البلد الذي يقيم فيه أو لا يتمتع بأية جنسية)⁴. وفيما يخصّ دخوله إلى الإقليم و إقامته فهو تنقله فيه لاستيفاء الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون و نصوصه اللاحقة، و يجب على الأجنبي فيما يخص إقامته، أن يكون حائزاً على وثيقة السفر وتأشيرة قيد الصلاحيّة، و كذا الرّخص الإداريّة عند الإقتضاء. كما يجب عليه إثبات وسائل العيش الكافية له طوال مدّة إقامته بالإقليم، مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل، و يخضع الأجنبي الذي يرغب في الإقامة المؤقتة بالإقليم الجزائري للالتزام بإككتاب التأمين على السّفَر.⁵

⁴ ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، طبعة 1998، ص 30.

⁵ المادّة 04 قانون رقم 11.08، المؤرخ في 21 جمادى الثانية 1429 الموافق لـ 25 يونيو (جويلية) 2008، المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها.

إذ يمكن للأجنبي التّنقل والتجول في البلد المستقبل بكل حرية مع مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون والمحافظة على الأمن والمحافظة على الأمن العام والصحة العامة.⁶

ب. الهجرة غير الشرعية (غير القانونية).

هي انتقال الأفراد أو جماعة من مكان إلى مكان آخر بطرق سرية مخالفة لقانون الهجرة، كما هو متعارف عليه دولياً.⁷ بالإضافة إلى استعمال عدة وسائل للوصول إلى المبتغى (الضفة الأخرى) منها: الاختباء في السيارات أو حافلات السواح أو السفن التجارية أو السياحية، أو الاختباء في مناطق صغيرة في السفينة بجانب المحرك تعرض حياته للخطر الأكيد.

ومن الوسائل الشائعة في الهجرة غير الشرعية، ركوب قوارب صغيرة مطاطية يكس فيها آلاف المهاجرين بطريقة عشوائية وغير مهياة للسفر، ولخطورتها وقلة الناجين من ركوبها، تدعى بـ: قوارب الموت.

وتحجز الأماكن في هذه القوارب مسبقاً، وبطريقة في غاية السرية عن طريق مجموعات وشبكات مخصصة لذلك، مقابل مبالغ مالية تتراوح ما بين 1000 إلى 5000 دولار أمريكي. وقد تنخفض المبالغ أو ترتفع عن هذا المستوى وذلك حسب ضمانات نجاح الرحلة.⁸

وقد أخذت الهجرة غير الشرعية اليوم، مصطلح: "الحرقة" باللهجة العامية الجزائرية، وذلك لقيام المهاجرين الذين كتبت لهم النجاة من الغرق في البحر

⁶ بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة، 2005، ص 45.

⁷ مجلة الجيش، العدد 497، ديسمبر 2004، ص 32

⁸ www.swmsa.com/modules.php?name=News&file=artikel&sid=1777.

الأبيض المتوسط ويصلون سالمين إلى شواطئ أوروبا، بحرق أوراق هويتهم، أملا في اكتساب هوية جديدة⁹.

ثانيا: واقع الهجرة غير الشرعية في الجزائر

من خلال متابعة الإحصائيات وما تنشره الصحافة الوطنية والدولية عن أخبار الهجرة السرية عن طريق البحر، نجد أن الظاهرة بدأت سنة 1998 بدأت بأعداد قليلة ثم تفاقمت سنة بعد سنة حتى وصلت درجة عالية من الخطورة مست العديد من الدول ومنها الجزائر¹⁰.

إذ أن الدراسات الحديثة المتعلقة بالموضوع، قد وضعت تحليلا لمجموعات المهاجرين وصنفتهم كالآتي:

أ- المهاجرين غير الشرعيين من حيث السن:

معظم المهاجرين غير الشرعيين نجدهم شبابا تتراوح أعمارهم ما بين 20 إلى 35 سنة، كما تدل على ذلك مختلف الدراسات ومحاضر مصالح الأمن في دول المغرب العربي، والتي تبرز بعضها أن الرغبة في "الحرقة"، موجودة عند 19 % من السكان النشيطين وهي أعلى عند الطلبة إذ تبلغ 54%.

ولكن اليوم، لم يعد لفظ الشباب لصيقا بعبارة " المهاجرين غير الشرعيين" بل انتقلت عدوى هذه الظاهرة إلى أطفال (قصر) ما فتئوا أن تعرفوا إلى بلادهم،

⁹ وعن دوافع الشباب لهذه الهجرة، ذكر تقرير صادر عن الأمم المتحدة، أن أسباب الهجرة الجماعية غير الشرعية يعود إلى ازدياد إعداد الشباب في دول العالم الثالث و تناقص فرص العمل، إضافة إلى زيادة حدة الفوارق بين الدول الغنية والفقيرة، كما ازداد الوعي بهذه الفوارق وأصبح السفر متاحا للجميع بسبب التقدم الذي حدث في الإيصالات الدولية ووسائل السفر والعمولة، في الوقت الذي تقلصت فيه منافذ الهجرة الشرعية وبالتالي يقع الشباب في المحذور من خلال اللجوء إلى سمسرة السوق الذين يتقاضون من كل شاب يريد السفر إلى قرابة 30 ألف جنيه و تنتهي رحلة الشباب إما بالموت أو السجن.

طارق عبد الحميد الشهاوي، الهجرة غير الشرعية " رؤية مستقبلية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2008، ص48.

¹⁰ ساعد رشيد، المرجع السابق، ص 22.

اختاروا التربص بالشاحنات المحملة بالبضائع المستعدة لعبور البحر في المدن الساحلية، بحثا عن مخابئ سرية في الأسفل قريبا من العجلات والمحرك، حيث يقضي هؤلاء "الحراقة الجدد"، أكثر من عشرين ساعة في البحر المعرض للخطر الأكيد، حتى يصلوا إلى وجهتهم. بحيث يلاحظ وجودهم بشكل هائل وغير متوقع في بعض المدن جنوب القارة الأوروبية¹¹.

والشيوخ أيضا صارت تستهويهم المغامرة، إذ لم يفقدوا الأمل بعد بعيش حياة أفضل من السابقة، فيصرون على حجز مكان ما بقارب من قوارب الموت أملا في بلوغ الضفة الأخرى .

ومن اللفت للنظر في تفاصيل رحلة الموت التي تربصتها جريدة "الشروق" اليومية، وجود عجوز تبلغ الستين من عمرها، المنحدرة من إحدى ولايات الشرق الجزائري، والتي كانت قد طردت من بلد أوربي لعدم حيازتها على وثائق الإقامة ترافق مجموعة من المغامرين الشباب في رحلتهم الخطرة. وأمام تقدم سنها وتدهور حالتها الصحية والنفسية طالت مسيرتها وقطعت مسافة 40 كلم، مشيا على الأقدام، للوصول إلى اليونان عبر غابة كثيفة مؤدية إلى مدينة "اليكسندربول" اليونانية.¹²

ومن هنا يتضح أن الظاهرة لم تعد مرتبطة بالرجال لوحدهم بل النساء أيضا يشاركن في الهجرة غير الشرعية.

ب- المهاجرين غير الشرعيين من حيث الجنس:

اللافت للنظر في الدراسة التي أعدتها خلية الاتصال بقيادة الدرك الوطني، أن هذه الأخيرة أجهضت العديد من رحلات الموت، أسفرت عن توقيف 7824 مرشح للهجرة غير الشرعية، منهم 129 امرأة أغلبهن شابات، أي بنسبة تعادل 2.45% من مجموع الموقوفين.

¹¹ www.swmsa.com/modules.php?name=News&file=articel&sid=1777.

¹² جريدة الشروق اليومية، العدد الصادر يوم 209/02/03. الخبر المعلن تحت عنوان "قراصنة أوروبيون احتالوا على حراقة جزائريين، وزجوا بهم إلى السجن.

حيث لم تشر الدراسة إلى أعمارهن ووضعياتهن الاجتماعية والمهنية، لكنها وصفت الأمر بالخطير والإجرامي.¹³

إذ أصبح وجود العنصر النسائي في المجال الاقتصادي لدول الاستقبال، لا يقتصر فقط على هذا الصنف من النساء اللواتي هاجرن تحت رعاية أزواجهن، فالنساء أصبحن يهاجرن فرادى، ويتعلق الأمر هنا بفتيات عازبات ونساء مطلقات أو أرامل وأحياناً نساء متزوجات (أمهات أو بدون أطفال)، يقصدن دول الاستقبال.

ج- المهاجرون غير الشرعيين من حيث المستوى الدراسي:

لم يصبح المهاجرون غير الشرعيين هم العمالة البسيطة التي يمكن أن تقبل أدنى الأعمال بأدنى الأجور، ولكنهم أصبحوا الآن من حاملي الشهادات المهنية، وفي بعض الأحيان خريجو كليات مرموقة ك: الطب، الهندسة، الصيدلة... وغيرها من كليات المهمة.

فهذا النموذج من المهاجرين، واكب بروز تطور نمط الإنتاج في دول الاستقبال، والتي تحتاج إلى تلك الاختصاصات، خاصة منها: قطاع التكنولوجيا الجديد للإعلام والاتصال.¹⁴

وحصيلة هذا النوع من الهجرة، تظل مثيرة للقلق، فالمنظمة الدولية للهجرة سجلت سنويا 20.000 انتقال للكفاءات الإفريقية العربية فقط في اتجاه دول الشمال، حيث الأجور ومستوى المعيشة أعلى.

وتقدر المنظمة الدولية للصحة فيما يقارب 50% نسبة الأفارقة الحاصلين على دبلوم في الطب، الراغبين في مغادرة بلدانهم. ولعل هذه النسب ستظل مرتفعة كذلك في الدول العربية الموفدة.

د- المهاجرين غير الشرعيين من حيث الانتماء الجغرافي:

¹³ جريدة الشروق اليومية، العدد الصادر يوم: 2009/01/22. الخبر المعلن تحت عنوان "توقيف 129 امرأة حراقة خلال سنة 2008.

¹⁴ www.youm7.com/News.asp?/NewsID=44236&IssueID=30.

إذا كانت الدول المغاربية بمثابة مناطق عبور بالنسبة لآلاف الأفارقة الذين يتوافدون على سواحل المتوسط، قاصدين أوروبا، فهذا لا يعني أن المهاجرين غير الشرعيين هم المغاربة أو بالأخص هم من أصل مغربي والتي أصبحت في المرتبة الأولى من حيث تصدير المهاجرين على مستوى الدول العربية. وهذا ناتج عن موقعها الذي يعتبر استراتيجيا لنجاح عملية الهجرة بسبب القرب الجغرافي من قارة أوروبا في "مضيق جبل طارق".

كما تعد ولاية تمنغاست الجزائرية الحدودية، منطقة عبور للمهاجرين غير الشرعيين الأفارقة الوافدين من: دولة النيجر، ومالي، ونيجيريا، وبوركينا فاسو، وغيرها من الدول الإفريقية.¹⁵

ولهذا تعتبر دول المغرب العربي والدول العربية، إجمالاً بلدان العبور لمختلف الجنسيات من قارات مختلفة، أغلبها من الدول النامية، استغلت الدول العربية لقربها الجغرافي من الدول الأوروبية.¹⁶

وقد تصدى حراس الحدود الجزائرية لما يزيد عن 4422 مهاجر غير شرعي خلال الفترة الممتدة من 2006 إلى 2011.

❖ فنون الهجرة غير الشرعية:

حلم الهجرة إلى أوروبا يراود فئة عريضة من سكان الدول النامية بصفة عامة، هرباً من الظروف الاقتصادية الصعبة التي يعيشونها؛ وفي سبيل تحقيق ذلك الحلم، يطرق هؤلاء الراغبون في الهجرة جميع الأبواب ويقومون بمحاولات عدّة لاستيفاء شروط الحصول على تأشيرة، في حين يختار بعضهم المغامرة في قوارب الموت لكن سرعان ما أصبحت هذه الأخيرة وسيلة تقليدية للوصول إلى أوروبا، في حين يختار بعضهم الآخر أساليب أكثر راحة وضماناً وأمان، ومن بين هذه الأساليب التي يلجأ إليها الراغبون بالهجرة إلى أوروبا:

¹⁵ مجلة الدرعي، العدد السابع، ديسمبر 2005، ص 30.

¹⁶ www.dw-world.de/dw/article/01633352.00html

• الزواج الأبيض:

يجد هذا الزواج إقبالا كبيرا من طرف الشبان و الفتيات غير أنه يواجه هذا الزواج بمعارضة شديدة من قبل الأهل والوسط الحقوقي؛ بسبب أنّ هذا الزواج يربط بين عربيات وأوروبيين، بغض النظر عن عقيدتهم ووسطهم الاجتماعي ومعتقداتهم ويزيد من حدة مشاكل الزواج المختلط.

وهذا الزواج الأبيض أشبه بشراء وثائق الهجرة، فهو زواج صوري على ورق، يقبل به الطرفان؛ إذ يلتزم الطرف الأول وهو الراغب في الهجرة، بدفع مبلغ مالي على ثلاث دفعات: الأولى عند إبرام عقد النكاح، والثانية عند الحصول على وثائق الإقامة، والثالثة عند الطلاق، بينما يلتزم الطرف الثاني بتسريع الحصول على تأشيرة الهجرة ووثائق الإقامة. وحين تنتهي إجراءات الحصول على التأشيرة والإقامة، ينتهي هذا الزواج.¹⁷

ورغم الجدل الذي يثيره هذا الزواج في الأوساط القانونية والاجتماعية، فإنّ الشباب يعتبرونه الطريقة الأكثر أمانا للوصول إلى أوروبا.

• استغلال تأشيرة السياحة لغرض الإقامة.

بعد الدراسات المطوّلة لأساليب الهجرة غير الشرعية، واكتشاف مدى خطورتها، وقفت هذه الدراسات على صنف آخر من (الحرقّة)، الذين طلقوا بالثلاث "قوارب الموت" وحولوا الوجهة نحو طريقة أخرى وجدوها سهلة وفعّالة، وتقلّل تعرّض حياتهم للخطر.

فقد استغلّ البعض، بعض الدول مثل تركيا والتي تعتبر دولة سياحية بامتياز تتعاقق فيها أصالة الماضي الإسلامي بالحضارة الأوروبية المعاصرة، في الهجرة غير الشرعية، وذلك بالدخول إلى البلد المقصود بطريقة شرعية (قانونية) بتأشيرة سياحية أي لمدة معيّنة، وبعد انتهاء هذه المدة المقرّرة في التأشيرة، يبقى هذا الشخص في البلد المذكور؛ حتى تتحوّل صفته من سائح إلى

¹⁷ www.africa-union.org/root/ua/conferences/2008/mai/sa/12 -

14mai/AENEAS_project_summary_AR.doc

مهاجر غير شرعي، يُطارَد من قبل حكومة البلد لعدم حيازته على وثائق الإقامة القانونية.

حتى وإن لم يبق هذا المهاجر في بلده بعد انتهاء المدّة المقرّرة في التأشيرة، فإنّه يهاجر بطريقة غير شرعية إلى بلد مجاور، أين يستغلّ هذه الدولة السياحية للتسلّل عبر حدودها.

وعن طريق هذا الأسلوب من الهجرة غير الشرعيّة، خفّضت سلطات الدول السياحية من السماح للأجانب دخول أراضيها، حتىّ السّيّاح منهم. بعدما كانت تسلّم مليوني تأشيرة سنويا.

إذ إنّ اللافت للنظر في المقال الذي أعدّته جريدة الشروق اليومي عن رحلة غير شرعية، التي تكشف عن تجربة حقيقية لـ 15 شخصا من ولايات عديدة من الوطن عقدوا العزم على دخول اليونان، انطلاقا من تركيا، لكنّهم في نهاية المطاف تعرّضوا إلى عمليات احتيال فريدة من نوعها، انتهت بالزجّ بهم في السجن من قبل مصالح الأمن التركية.

• عقود العمل المزوّرة.

بعد مسار دراسي هزيل وتجارب مهنية فاشلة، لم يتفوّق بعض الشباب إلاّ في أساليب الاحتيال والنصب على المواطنين الراغبين في الهجرة وادّعائهم التوسّط لهؤلاء الراغبين في الهجرة إلى الضفّة الأخرى، بعد أن يلجأ هؤلاء المحتالون إلى تزوير عقود انقضت صلاحيتها.

كشفت وزارة الداخلية الإسبانية في آخر تقرير لها حول ظاهرة "الهجرة السرية" أنّ الجزائر تتصدّر لائحة المعتقلين بسبب تزوير بطاقات الإقامة وجوازات السفر من أصل 25 ألف شخص متورّط في أقل من سنتين .

وأمام هذه الأوضاع نتساءل ما هو دور السلطات الجزائرية وما هي الآليات المتخذة من اجل القضاء أو الحد من هذه الظاهرة، وهذا ما سيتم التطرق إليه فيما يلي:

ثالثا: الآليات المتخذة لمكافحة الهجرة غير الشرعية

تساهم الجزائر مساهمة فعالة في مكافحة الهجرة غير الشرعية بالطرق القانونية، كما تتحمل - بدون مبالغة - أعباء التزاماتها الدولية.¹⁸ فقد أصبحت الهجرة السرية في الجزائر من يوم : 25/02/2009، جريمة بموجب المادة 175 مكررا 1 من قانون العقوبات، التي تجرم الضلوع غير الشرعي في حركة هجرة الأشخاص، وتعاقب المهاجرين غير الشرعيين بالسجن لمدة قد تصل إلى ستة أشهر.

وبالرجوع إلى نصّ 303 مكرر 30 التي أدخلت في قانون العقوبات بموجب الأمر رقم 09- 01¹⁹ والذي تضمن العديد من الأحكام؛ حيث جاء في المادة سالفة الذكر الواقعة في «القسم الخامس مكرر 2 تهريب المهاجرين» على أنه "يعد تهريبا للمهاجرين القيام بتدبير الخروج غير المشروع من التراب الوطني لشخص أو عدة أشخاص من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، على منفعة مالية أو أي منفعة أخرى . ويعاقب على تهريب المهاجرين بالحبس من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 500.000 دج". كما نصت المادة 303 مكرر 31، بما يتعلّق بحماية القصر على أنه تشدّد العقوبة لو كان من بين الأشخاص المهربين قاصر.²⁰

¹⁸ مجلة الجيش. العدد 497. ديسمبر 2004. ص: 32

¹⁹ قانون رقم 09- 01 ماضي في 25 فبراير 2009، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 15 مؤرخة في 08 مارس 2009، الصفحة 3، يعدل ويتمم الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966.

²⁰ شرعت محكمة الجنايات بالجزائر العاصمة يوم الاثنين 27 ماي 2013، في محاكمة 13 متهما متورطا في تهريب عدد «غير محدد» من الأطفال الجزائريين نحو أوروبا سيما نحو فرنسا، حيث يتم تبنيهم مقابل مبالغ مالية طائلة حسبما لوحظ بعين المكان. راجع: النهار الجديد، نشر في النهار الجديد، بواسطة أ.ل، 27/05/2013 12:59:00 بموقع:

http://www.ennaharonline.com/ar/algeria_news/162722.html#U8bcQZR5OWU

ويأتي تجريم ظاهرة تهريب المهاجرين في إطار تكييف التشريع الوطني مع الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، وبالتحديد البروتوكول المتعلق بمكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، الذي تضمن في المادة 03 منه تعريف هذه الجريمة: «يقصد بتعبير تهريب المهاجرين تدبير الدخول غير المشروع لأحد الأشخاص إلى دولة طرف ليس ذلك الشخص من مواطنيها أو من المقيمين الدائمين فيها، وذلك من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو أي منفعة مادية أخرى»⁽²¹⁾.

هذا فيما يتصل بالأحكام الموضوعية أما فيما يتعلق بالأحكام الإجرائية فإن الإجراءات الخاصة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية المستحدثة في القانون رقم 04- 14 وكذا القانون 06- 22 المعدلان لقانون الإجراءات الجزائية الجزائري، هي إجراءات يمكن تطبيقها في مجال المتابعة على جريمة تهريب المهاجرين، وتعلق هذه الأخيرة أساسا بالاختصاص المحلي الخاص، وإجراءات التفتيش الخاصة، وأساليب التحري والتحقيق الجديدة، ومسألة تقييد الحرية.

وحرصا من الجزائر على دعم الجهود الإقليمية والدولية في مجال مكافحة الجريمة وتعقب مرتكبيها ومثولهم أمام الجهات القضائية المختصة، يتم التعاون والتنسيق مع الأجهزة المعنية بالدول المختلفة فيما يتعلق بموضوع تسليم المجرمين من خلال مبدأ المعاملة بالمثل والاتفاقيات الثنائية، ومتعددة الأطراف على المستويين الإقليمي والدولي التي صادقت عليها الجزائر. كما لا يسعنا تجاهل جانب آخر من تلك الجهود المبذولة في الإطار الإقليمي للتصدي لهذه الظاهرة والتي يمكن إيجازها في ما يلي:

²¹ هذا البروتوكول صادقت عليه الجزائر، منشور بالجريدة الرسمية عدد 69، في 12 نوفمبر

• **مجهودات القارتين (الأوروبية والإفريقية) للحد من الهجرة غير الشرعية.**

أمام تعقد المسائل الأمنية وتشعبها على مستوى الحوض الأبيض المتوسط، استدعت الضرورة لإرساء أطر للحوار والتعاون بين دول ضفتي المتوسط من أجل محاولة معالجة المشاكل العالقة التي تهدد استقرار الحوض وهذا بإقحام جميع الأطراف المعنية.

ويتصدر هذه المشاكل ، ملف الهجرة غير الشرعية التي أخذت أبعادا خطيرة من خلال السنوات الأخيرة خاصة في منطقة غرب المتوسط ، هذه المنطقة عمدت إلى إنشاء إطار للحوار والتعاون تمثل في "منتدى 5+5" الذي يضم الخمس دول الواقعة شمال المتوسط "فرنسا، إيطاليا، إسبانيا، البرتغال ومالطا" ودول جنوبه "الجزائر، المغرب، تونس، ليبيا وموريتانيا"²²

• **منتدى الحوار 5+5**

يمكننا القول أن هذه الآلية قد خرجت إلى الوجود بداية من 10 أكتوبر 1990 بعد إعلان روما .

إن أهم ما يهدف إليه المسار هو رعاية حوار فعال مبني على تبادل وجهات النظر حول المسائل ذات الاهتمام المشترك، خاصة القضايا السياسية والأمنية على مستوى المتوسط. وقد أبدت الجزائر اهتماما خاصا لهذا الإطار الذي دعت مع الدول المغاربية إلى ضرورة إرساء حوار وتعاون أكثر فعالية بين دول شمال وجنوب المتوسط للخروج بنتائج ملموسة لحل المشاكل.

ولقد وضع "منتدى حوار 5+5" منذ إنشائه نصب أعينه أهم القضايا الأمنية المتوسطية من بينها الهجرة غير الشرعية بعد أن دعت الجزائر إلى ضرورة متابعة الحوار. وتجلى ذلك في ثاني لقاء "5+5" بعد لقاء روما 1990، والذي انعقد بالجزائر (26 أكتوبر 1991)، ثم لقاء "سانت ماكسيم" بفرنسا (2003). وفي أول قمة لرؤساء الدول العشرة الأعضاء في "منتدى 5+5" (ديسمبر 2003) . طرحت

²² مجلة الجيش، المرجع نفسه، ص 32.

الدول المغاربية من بينها الجزائر بالعاصمة التونسية تداعيات الهجرة غير الشرعية وانعكاساتها على الأمن في المتوسط. كما دعت إلى ضرورة إيجاد مقاربة جديدة شاملة لحل المشكل في ظل تعاون فعال.

وهذا في اشغال المؤتمر الافريقي للمدراء والمفتشين العاميين للشرطة بالقارة السمراء المنعقدة بالجزائر يومي 10 و 11 فيفري 2014، على ان يتم ادراج مشروع الافريبول في جدول اعمال القمة القادمة لرؤساء دول وحكومات الاتحاد الافريقي المزمع عقده في جويلية 2014 بملابو غينيا الاستوائية، وقد جاء في الكلمة التي القاها الوزير الاول الجزائري في افتتاح اشغال المؤتمر الافريقي للشرطة المنوه عنه اعلاه بان التفكير في انشاء الافريبول جاء في ظل تحولات عميقة تشهدها القارة الافريقية، الامر الذي يحتم على مختلف اجهزة الشرطة بالقارة مواكبة المستجدات والتطورات كما جاء التاكيد على ضرورة تامين الحدود ومراقبتها²³ من خلال التعاون والتنسيق الفاعلين وتبادل المعلومات والمعطيات لمنع تسلل مختلف انواع الجرائم بما فيها الجريمة المنظمة العابرة للأوطان، والحد من الهجرة السرية وتهريب المهاجرين²⁴. وما دما في هذا الصدد تجدر الإشارة إلى دور التكنولوجيا كآلية للحد من هذه الظاهرة وهو ما سنوضحه فيما يلي:

• التكنولوجيا تساهم في الحد من الهجرة غير الشرعية

نظمت قيادة الدرك الوطني تكنولوجيات جديدة جد فعالة تتمثل في نظامين رقميين الأول خاص ب: "التشخيص البيومترى" والثاني نظام: "الخبرة الباليستية" ويكمن الهدف من وضع هذين النظامين في مكافحة الإجرام بصورة

²³ وإذا ترجمنا دور الجزائر إلى لغة الأرقام، فقد قامت مصالح الدرك الوطني حصيلة حول عملياتها في مكافحة الهجرة السرية التي تعرف تزايداً، حيث تم توقيف 3807 شخصاً خلال التسع الأشهر الأولى من سنة 2003، ليرتفع العدد إلى 4195 شخص سنة 2004 فتحت فيها مصالح الدرك الوطني 861 قضية إحالتها للعدالة/ مجلة الجيش، المرجع نفسه، ص 35.

²⁴ عبد الحليم بن مشري، المرجع نفسه، ص 117/118.

ناجعة والمساهمة في العمليات الإجرامية بشكل رهيب في بلادنا تبعا لانطلاق مشروع إنشاء المعهد الوطني للأدلة الجنائية وعلم الإجرام للدرك الوطني. فبالنسبة للنظام الأول، فإنه قادر على تحديد والتعرف على هوية الأشخاص المطلوبين لدى العدالة أو المشبوهين بناء على تصريحات شهود عيان بفضل عدة تركيبات:

1/ FACES: هذه التركيبية عبارة عن بنك المعلومات الالكتروني يحتوي على صور للهوية، وكذا العلامات الخصوصية للأشخاص من وشم، بصمات الإصبع

2/ PHANTOM: تسمح هذه التقنية برسم صورة نموذجية للشخص عن طريق وصف شاهد ما، بفضل جميع التفاصيل عن هذا الشخص ك: لون الشعر، شكل الفم والأنف، ... إلى غاية الوصول إلى الصورة النموذجية النهائية التي ستكون محل البحث في بنك المعلومات.

وبفضل هذه التركيبات ، يتم التعرف على الأشخاص بسهولة وبطريقة فعالة حتى بالنسبة للأشخاص الذين قاموا بإجراء تغييرات على ملامح الوجه. إضافة على هذا فإنه قادر على القيام بتحليل صور الفيديو.

وبصورة خاصة، فإن هذا النظام سيقدم دعما معتبرا في مجال التعرف على هوية المهاجرين غير الشرعيين.²⁵

الخاتمة -

وبناء على ما تقدم يمكن أن القول أن ظاهرة الهجرة غير الشرعية التي أضحت تقلق بال حكومات الدول لآبد من تقصي أسبابها هذا من أجل إيجاد علاج مناسب لها، ومن ثم يقع على عاتق الأجهزة المعنية بالدولة وضع سياسات تنموية تمكن من إيجاد فرص عمل مناسبة وذلك للحفاظ على سمعة أبنائها في الخارج وكذا امن و سلامة البلاد.

²⁵ مجلة الجيش، المرجع نفسه، ص34.

- القيام بحملات توعية حول مخاطر الهجرة غير الشرعية للسكان المحليين تحديدا الشباب في المناطق التي تكثر فيها نسبة الهجرة.
- ضمان مراقبة أكثر فعالية على مستوى الحدود.
- إنشاء إطار مناسب لتشجيع عودة المهاجرين أو على الأقل مشاركتهم المعتبرة في الجهود الرامية إلى الاستثمار وإدارة بعض القطاعات الإستراتيجية في بلدانهم.

قائمة المراجع:

1. ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، طبعة 1998.
2. بن عبدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة، 2005.
3. طارق عبد الحميد الشهاوي، الهجرة غير الشرعية رؤية مستقبلية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر 2008.
4. ساعد رشيد، واقع الهجرة غير الشرعية من منظور الأمن الإنساني، مذكرة ماجستير في العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2011/2012.
5. عبد الحليم بن مشري، جهود الجزائر لتحقيق التعاون الدولي في مجال مكافحة تهريب المهاجرين، مجلة المفكر، جامعة محمد خضر بسكرة، العدد 12.
6. مجلة الجيش، العدد 497، ديسمبر 2004.
7. مجلة الدركي، العدد السابع، ديسمبر 2005.
8. قانون رقم 09- 01 ماضي في 25 فبراير 2009، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 15 مؤرخة في 08 مارس 2009، الصفحة 3، يعدل ويتمم الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966.



أهلية الأشخاص المعنوية العامة للخضوع للتحكيم

فرضيات وإشكالات التطبيق

لعجال يسمينة، دوفان ليدية

قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح - الجزائر

ladjal2000@gmail.com

الملخص -

تعدّ تسوية منازعات العقود الإدارية الدولية عن طريق التحكيم، أحد أهم الضمانات المنصوص عليها في قانون الاستثمار، إلا أنّها تثير العديد من الصعوبات المرتبطة بوجود الدولة كطرف في العقد، وقابلية خضوعها للتحكيم الذي يتطلب تمتع أطراف النزاع بأهلية قانونية. كانت محل اهتمام الاتفاقات الدولية حيث ظهرت محاولات لتوسيع نطاق هذه الأهلية، يقابلها قيود وضوابط في التشريع الوطني، قد تفقد فاعليتها، عندما تطرح فكرة النظام العام الدولي أمام هيئة التحكيم.

الكلمات المفتاحية -

شرط التحكيم، العقد الإداري الدولي، النظام العام الدولي قانون الاستثمار، الأهلية.

Eligibility of persons to undergo a general moral Arbitration Hypotheses and problematic application

Abstract-

The disputes contracts administrative International settled by arbitration, one of the most important guarantees stipulated in the Investment Law, but it raises many difficulties because of the existence of the state as a party in the contract And the ability undergo arbitration, Which requires obtaining a legal capacity. This issue was and still is the focus of international agreements, where appeared expand the scope of this capacity, offset restrictions and controls in national legislation, This issue was and still focus of international agreements, where attempts to broaden the scope of this capacity emerged, offset restrictions and controls in national legislation, may lose their effectiveness ; When the issue of public order raised before the arbitral tribunal.

Key wards -

arbitration clause , Administrative International Public, International public order, transactions person, , Investment Law, aptitude .

مقدمة -

يُعدُّ التحكيم التجاري الدولي أحد أهم أساليب التسوية في المنازعات الدولية الخاصة، بعيداً عن القضاء، حيث يسمح بسلب الاختصاص في فضّ نزاع معين من المحاكم الوطنية لصالح هيئة التحكيم، التي يختارها الأطراف أنفسهم من حيث المبدأ العام¹. استناداً إلى ما تتميز به إجراءاته من سهولة وسرعة جعلت منه ليس فقط آلية لتسوية النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية بل يُشكل أهم ضمانات الاستثمارات الأجنبية المنصوص عليها في العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمرين.

حيث جاء نصّ المادة 1006 مُحدّداً وعلى سبيل الحصر حالة خضوع الأشخاص المعنوية العامّة للتحكيم فيما يتعلّق بعلاقاتها الاقتصادية الدولية، أو في إطار الصّفقات العمومية، ثم جاء نصّ المادة 17 من قانون الاستثمار ليحتوي مضمونها على ضوابط متعلّقة بالطبيعة القانونية لهذه النزاعات من حيث كونها تصرفات إرادية، وهذا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أو في حالة وجود اتفاقية بين الطرفين على تسوية النزاعات عن طريق تحكيم خاص. كما أنّ ضرورة الضبط القانوني جعلت المشرّع ينصّ على الضوابط المحدّدة لأهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم بما يتناسب مع الحياة القانونية والاقتصادية في الجزائر، من خلال القانون الإجمالي 08- 09 ومع ذلك تظل مسألة خضوع الأشخاص المعنوية للتحكيم تطرح تساؤلاً حول تأثير هذه النصوص على القابلية الشخصية والموضوعية كمعيارين لتحديد هذه الأهلية؟ ونجد أنّ هذا التأثير يظهر جلياً عند تحديد الأشخاص المعنويين بإبرام اتفاق التحكيم (المبحث الأول) وهو ما يُسمّى بالقابلية الشخصية والتي أضاف إليها المشرّع، مجموعة من الضوابط المحدّدة لسلطة الشّخص المعنوي العام عند إبرام العقد موضوع التحكيم (المبحث الثاني) القابلية الموضوعية.

¹TARKI Nouredine, L'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U, Alger, 1999, p. 01.

المبحث الأول: أهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم

"القابلية الشخصية للتحكيم (L'arbitrabilité subjective)"

القابلية الشخصية للتحكيم هي تمتع أطراف النزاع أمام هيئة التحكيم بالأهلية القانونية للفصل فيه. ويكون الاعتراف بهذه الأهلية غالبا لفض النزاعات الناتجة عن تطبيق عقود الدولة¹، وتتأصل أهلية أشخاص القانون العام الجزائرية، من أسس تاريخية واقتصادية أثرت على استقرار الأهلية القانونية في الخضوع للتحكيم، خاصة وإن الدولة قد عدلت عن العمل بالتحكيم بتكريسها لعدم القابلية للتحكيم من الناحية الشخصية في فروض محددة.

المطلب الأول: عدم استقرار القابلية الشخصية في الخضوع للتحكيم

لعدم استقرار أهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم، سبب تاريخي (الفرع الأول)، وآخر اقتصادي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: السبب التاريخي

يرجع السبب التاريخي في عدم استقرار مبدأ الاعتراف بأهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم إلى مرحلة ما بعد الاستقلال مباشرة، حين بقي قطاع المحروقات الميدان الذي تتضارب فيه المصالح الاقتصادية في العلاقات الجزائرية الفرنسية، خاصة بعدما كرس المستعمر الفرنسي مبدأ الحقوق المكتسبة عن طريق اتفاقية إيفيان²، وهذا نتيجة افتقار الجزائر للتقنيات الحديثة لتسيير قطاع المحروقات، وكذا معاناة الاقتصاد الوطني من نتائج الهيمنة³. للدول المستوردة للنفط، ما دفع الدولة الفرنسية إلى إحالة الاختصاص في حل المنازعات المتعلقة بالمحروقات، التي كان يفصل فيها مجلس

¹Ibidem, p. 12.

²يعود أساس اختصاص مجلس الدولة الفرنسي في النظر في المنازعات الناشئة في مجال المحروقات إلى المادة 41 من الأمر 58- 1111 الصادر في 22 نوفمبر 1958 المتضمن القانون البترولي الصحراوي، والتي نصت على: "تخضع المنازعات المتعلقة بتطبيق الاتفاقية بين صاحب الامتياز والمنتعق به إلى مجلس الدولة ابتدائيا ونهائيا". أنظر في ذلك عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط. 3، الجزائر، 2005، ص 2.

³Salah MOUHOUBI, préface de Mohamed BEDJAOUI, La politique de coopération Algéro-Française bilan et perspectives, O.P.U, Alger, 1986, p. 22.

الدولة الفرنسي أثناء فترة الاستعمار، إلى التحكيم الدولي، عوضا من الانتقال إلى المحكمة العليا الجزائرية¹، وهذا حفاظا على مصالحها الاقتصادية في الجزائر.

ليتدارك المشرع الجزائري الوضع، بالتراجع عن فكرة التحكيم نهائيا باتخاذ موقف رافض ومناهض له خاصة عندما يكون أحد أشخاص القانون العام طرفا في المنازعة²، وكان هذا بصدور قانون الإجراءات المدنية³. ويرجع الدافع وراء استغناء الدولة عن قابليتها الشخصية للتحكيم في هذه المرحلة إلى تمسكها بمفهوم استرجاع السيادة، التي هدفت إليها الثورة التحريرية. فخضوع أشخاص القانون العام للتحكيم سيؤدي إلى المساس بسيادة القانون الوطني، مما استوجب رفضا كلياً للتحكيم كقضاء موازي، وتجنب فرضية تطبيق قانون أجنبي على الدولة صاحبة الكيان السيادي. غير أن الواقع أثبت عدم توقّف الدولة عن اللجوء للتحكيم، رغم إسقاط أهليتها، إلى غاية استرجاع سيادتها الكلية على قطاع المحروقات، بعد تأميمه سنة 1971⁴.

لذلك تُعدّ الأهلية في هذه المرحلة الممتدة بين صدور قانون الإجراءات المدنية سنة 1966 إلى غاية تأميم المحروقات سنة 1971، غير مبررة لأنّ القابلية الشخصية للتحكيم قد شابها عيب قانوني، وهو عدم توفر الأهلية القانونية والتي توقّف بالضرورة التعبير عن الإرادة عند إبرام اتفاقية التحكيم.

ليتجسّد هذا الحظر المفروض بمجرد إلغاء قانون البترول الصحراوي لسنة 1958⁵. لتخضع بذلك النزاعات الناشئة بموجب العقود المبرمة بين الدولة والمستثمرين الأجانب للقانون الوطني الداخلي، ومن ثمّ القضاء الوطني

¹ عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص3.

² المرجع نفسه، ص 3.

³ تنصّ المادة 442 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية: "...ولا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتبارية العمومية أن يطلبوا التحكيم". الأمر 66- 154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر 47 الصادرة في 09 يونيو 1966.

⁴ Abdelmadjid Belkherroubi, l'arbitrage commercial en droit algérien, par Mohamed MENTALECHTA, RASJEP, Algérie, p. 927.

⁵ Mostefa TRARI TANI, Droit algérien de l'arbitrage commercial international, Berti édition, 1er édition, Alger, 2007, p. 20.

المختص، سواء الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الجزائرية، إذا ما كانت الدولة طرفاً في العقد، وإلى اختصاص المحاكم الجزائرية، فيما إذا تعلق النزاع بمؤسسة¹ سوناطراك آنذاك².

تشبّث المشرع الجزائري بعدم القابلية الشخصية للتحكيم، لحقبة من الزمن، قدّمت فيها الحكومة سياسة التأميم كمبرر وأساس للأعمال السيادية. إلا أنها تراجعت عن موقفها، خاصة بعد حدوث الأزمة الاقتصادية الناتجة عن نزول سعر البترول في السوق الدولية.

الفرع الثاني: السبب الاقتصادي

أيضا لعبت العوامل الاقتصادية، دوراً هاماً في تحديد مدى خضوع أشخاص القانون العام للتحكيم، سواء الدولي أو الداخلي. فطبيعة الاقتصاد المزدوج بين الدولة الجزائرية والفرنسية إبان الاستقلال، والذي هيمنت عليه فرنسا³ هو الذي أوجد لاحقاً الخيار الاقتصادي والاجتماعي، والذي منح دوراً أساسياً للدولة بصفاتها المحرّك الأساسي للتطور، وبالتالي المتعامل الوحيد في التجارة الدولية⁴. كان هذا العامل نتيجة حتمية لانتهاج الدولة للنظام الاشتراكي بعد الاستقلال مباشرة، سعياً منها للنهوض بالاقتصاد الوطني من خلال التدخل الاحتكاري في مجالات اقتصادية متنوعة، وبصفة خاصة احتكار التجارة الدولية. تكون الحقائق دائماً معروفة⁵، فبعد أن كانت حادثة الدولة والظروف التاريخية سبباً في عدم قابلية الدولة للجوء إلى التحكيم، تأتي حقيقة أخرى وقفت أمامها الدولة لتعيد نظرتها حول موضوع النزاعات الناشئة بموجب علاقاتها الاقتصادية الدولية، ليكون سبب لعودة التحكيم للمنظومة القانونية

¹ عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 5-6.

² أصبحت سوناطراك حالياً، شركة وطنية ذات أسهم، تخضع بذلك في تصرفاتها القانونية إلى قواعد القانون التجاري، وهذا بموجب القانون 05-07 المؤرخ في 19 ربيع الأول 1426 الموافق ل 28 أبريل 2005، يتعلّق بالحروقات، ج.ر عدد 50، المؤرخة في 19 يوليو 2005.

³ Salah MOUHOUBI, op.cit., p. 23.

⁴ Mostefa TRARI TANI, Droit algérien de l'arbitrage commercial international, op.cit., p. 17.

⁵ Mostefa TRARITANI, clauses d'arbitrage et restructuration du secteur public en Algérie, RASJEP, volume xxxvii, n° 4, Algérie, 1999, p. 49.

الجزائرية¹. حيث تم الاعتراف بالقابلية الشخصية للدولة في الخضوع للتحكيم، بسبب أزمة اقتصادية واجتماعية وضغوطات خارجية، أرغمت الجزائر لفتح السوق الاقتصادية أمام الاستثمار الخارجي، وتشجيعه². ليكون بذلك المعيار الاقتصادي هو المعيار المحدد لدولية التحكيم، وبدأت المفاهيم المتعلقة بالحصانة القضائية والتنفيذية، وكذا مفاهيم السيادة الوطنية³ تتقلص حدتها في ضوء المتغيرات الجديدة.

المطلب الثاني: البعد القانوني للقابلية الشخصية للتحكيم

ترتب على تطور العلاقات الاقتصادية الدولية، تطور للبعد القانوني المحدد لأشخاص القانون العام الذين يتمتعون بأهلية إبرام عقد خاضع للتحكيم وقد ظهر ذلك في أحكام اتفاقية واشنطن (الفرع الأول) إلا أن هذا البعد أخذ طابعا مختلفا في النصوص الداخلية التي سيطر عليها طابع مزدوج عند تحديد القابلية الشخصية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور اتفاقية واشنطن في توسيع نطاق الأهلية.

حاولت اتفاقية واشنطن التوسع في تحديد الأشخاص المعنوية المؤهلة لإبرام شرط التحكيم الدولي، ولكن بشكل يحافظ على السلطة التقديرية للدولة في هذا الخصوص، ليس فقط لكونها مشرعا أو قاضيا، بل قدرتها على أن تكون متعاملا اقتصاديا دوليا⁴. لذا فإن موقف الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم، لم يهمل إطلاقا مركز الدولة في المنازعة التحكيمية. حيث التزمت الدول المصادقة على اتفاقية واشنطن دون غيرها⁵ بالاعتراف بأهليتها في الخضوع للتحكيم، في النزاعات الناشئة بينها وبين رعايا الدول الأخرى الأعضاء. مع إمكانية تمديد أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم إلى المؤسسات والهيئات العمومية التابعة لها، تحت شرط عدم اعتراض الدولة على ذلك. إن امتداد أهلية الدولة في إبرام اتفاق التحكيم والخضوع

¹Ibidem, p. 49.

²عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 6.

³المرجع نفسه، ص 23.

⁴Stéphane Chatillon, le contrat international, Vuibert, 3^e édition, Paris, 2007, p. 75.

⁵المرسوم الرئاسي رقم 95- 346 المؤرخة في 30 أكتوبر 1995 يتضمن المصادقة على اتفاقية

تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر 66 مؤرخة في

05 نوفمبر 1995.

لهيئة تحكيمية إلى الهيئات والمؤسسات العمومية التابعة لها والتي تبرم عقود استثمار دولية يتوقف حسب الاتفاقية، على إقرار الدولة بتبعية هذه المؤسسات لها وفقا للفقرة 3 من المادة 25¹.

وبالتالي على الدولة المؤهلة للامتثال أمام المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى، أن تعين الجهات الإدارية التابعة لها، والتي تمتد لها أهليتها في أن تكون طرفا في إجراءات التحكيم أمام المركز، تعيينا رسميا، مع شرط مصادقة الدولة على اتفاقية التحكيم الصادرة عن الهيئة الإدارية التابعة لها².

غير أن اعتبار أهلية الدولة هي نفسها أهلية الأشخاص العامة المعنوية، ستتعارض لا محال مع الاستقلالية التي تتمتع بها بعض المؤسسات والهيئات العامة، خاصة لما للدولة من سلطة تقديرية مطلقة في تحديد نوع الاستثمارات غير القابلة للفصل في منازعاتها أمام المركز وفقا للفقرة الرابعة³ من المادة 25، كما أن سيطرتها على أهلية الأشخاص العامة، قد تمنعهم من الامتثال أمام المركز دون موافقتها. وهو ما يهدد بعدم استقرار العلاقة التعاقدية، بل التقليل من حجم الثقة المشروعة بين أطراف العقد.

الفرع الثاني: ازدواجية الأحكام المنظمة للقابلية الشخصية في التشريع

الداخلي

بالرغم من أن المشرع تبني تعديلا للأمر 66- 154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية بالمرسوم 93- 09، حيث تراجع عن الموقف المانع للتحكيم التجاري

¹ أنظر الفقرة 3 من المادة 25، اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المرجع نفسه، ص 24.

² المرجع نفسه، ن ص.

³ أنظر الفقرة الرابعة من المادة 25، اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى، المرجع نفسه، ن ص.

الدّولي على الدّولة والأشخاص المعنويّة العامّة الأخرى، وهذا من خلال إلغائه المادة 442، واستبدالها بأحكام المادة الأولى من هذا المرسوم¹.

وأزال من خلال هذا النصّ اللبس والغموض حول أهلية الدّولة في اللجوء إلى التّحكيم التّجاري الدّوليّ. ليكون إصدار المرسوم التشريعي 93- 09 خروجاً من مرحلة المنع والحظر إلى مرحلة الإجازة والإباحة، باعتبار أنّ المشرّع الجزائريّ لم ينكر التّحكيم التّجاري الدّوليّ، بقدر ما هو نقلة نوعية للنّظام القانونيّ التّحكيمة الجزائريّ، كأول قانون إجرائيّ خاصّ بالتّحكيم عرفه النّظام القانونيّ الجزائريّ².

إلا أنّ تنظيم القانون الحاليّ 08- 09 والمتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لأهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتّحكيم، قد وقع في إشكالية ازدواجية نصوصه، كما سجّل تراجعاً مقارنة بأحكام المرسوم التشريعي 93- 09، وتقييداً للتّحكيم.

فبالرجوع للقانون 08- 09 المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جاءت أحكام المادة 1006 تنصّ على أهلية الدّولة في الخضوع للتّحكيم، في مجالات محدّدة حصرها النصّ في علاقاتها الاقتصادية الدولية، أو في إطار الصّفقات العمومية³. ولا يُعدّ هذا النصّ أوّل من تناول أهلية الدّولة في الخضوع للتّحكيم، فقد وردت الأهلية الشّخصية قبل ذلك في المادة 975 حيث اعتبر التّحكيم أحد المحاكم الإدارية الفاصلة في النزاعات، على اعتبار أنّ الأشخاص المعنويّة العامّة المذكورة في نصّ المادة 800 منه، لها أن تجري تحكيماً في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادّة الصّفقات العمومية⁴.

¹ المادة الأولى من المرسوم التشريعي 93- 09، المؤرخ في 25 أبريل 1993، يعدّل ويتمّم الأمر 66- 154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمّن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر عدد 27 المؤرخة في 27 أبريل 1993، ص 58.

² باسود عبد المالك، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التّحكيم المؤسّسي، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014- 2015، ص 154.

³ أنظر القانون 08- 09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008.

⁴ أنظر نصّ المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

ومن الظاهر، من أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنّها اعتمدت في نصّها على أهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم، إلا أنّ تقسيمها جاء وفقا لطبيعة التحكيم. حيث اعتمدت المادة 975 من هذا القانون أهلية اللجوء للتحكيم لتسوية النزاعات التعاقدية التي يكون أشخاص القانون العام طرفا فيها، والواردة على سبيل الحصر في المادة 800 من نفس القانون. على أن يتمّ اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة، وبمبادرة من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي عندما يتعلّق التحكيم بالولاية والبلدية، أمّا بالنسبة للمؤسسة العمومية ذات صبغة إدارية، فيتمّ من خلال ممثّلها القانوني أو من السلطة الوصيّة التي يتبعها¹.

بالمقابل اعتمدت المادة 1006، على المصطلح العام والمتمثّل في الأشخاص المعنويّة العامّة، ما يعتبر خروجاً عن القيد الذي فرضته سابقتها، وتماشيا مع تطوّر المنظومة القانونية الوطنية والدولية، مما يبيح لعدد أكبر من أشخاص القانون العام الأخرى أن تجري تحكما عملا بأحكام هذا النصّ، خصوصا مع ما تتمتع به الشركات الوطنية والوكالات الوطنية من صلاحيات في إبرام العقود الدولية باسم الدولة، والتي قد يؤدي عدم التنصيص على أهليتها نصّي المسؤولية المباشرة للدولة عن أعمال المؤسسات التابعة لها أمام هيئة التحكيم الدولية، خاصّة عندما يتمّ الاتفاق على التحكيم دون الموافقة المسبقة للهيئة الوصيّة.

وعليه، فخلافا لفكرة الدولة التي لا تثير أية مشكلة، يصعب قانونا تحديد المقصود بأشخاص القانون العام الاعتبارية²، خاصّة في غياب نصّ تشريعيّ حاصر لها، مما قد يجعل الفقه والقضاء يجتهد في تحديدها ثمّ حصرها. وعموما تشمل الأشخاص الاعتبارية العامة، الدولة والدوائر التابعة لها ذات

¹ أنظر نصّ المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

² حسن طالبي، خصوصيّة التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، عدد 01، سنة 2008، ص

الطابع الإداري، إلى جانب المؤسسات العمومية الاقتصادية، التي لها صلاحية إبرام عقود مع مستثمر أجنبي في إطار النشاطات التي تقوم بها¹.

المبحث الثاني: الضوابط الموضوعية للشخص المعنوي العام لإبرام شرط

التحكيم "القابلية الموضوعية للتحكيم" L'arbitrabilité objective

تعتبر مسألة القابلية الموضوعية من أصعب المسائل القانونية المتعلقة بالتحكيم². والتي أثارت جدلاً واسعاً، حيث تتحدد بموجبها طبيعة المنازعات التي تدخل في اختصاص المحكم الدولي عند النظر في النزاع³. وقد حدد المشرع بعض الضوابط في العلاقة القانونية موضوع التعاقد، والتي لا يجوز الخروج عليها، وإلا فقد الشخص المعنوي العام أهليته لإبرام الاتفاق (المطلب الأول)، ومع ذلك هناك حالات أخرى تنتفي فيها القابلية الموضوعية للتحكيم كأن تقوم الدولة بتعديل تشريعها المنظم للأهلية أو إلغائه، أو تكون هذه القابلية مخالفة للنظام العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التحديد التشريعي كأساس لأهلية التعاقد

كما سبق وأوضحنا، فمسألة خضوع الدولة للتحكيم، جاءت على سبيل الحصر وبشكل محدد، وقد نظم المشرع العقود التي يمكن للأشخاص المعنوية العامة، إبرام شرط التحكيم بشأنها، وهو بذلك تبنى الاتجاه السائد حول تقييد أهلية أشخاص القانون للجوء إلى التحكيم⁴، (الفرع الأول)، وبالرغم من النقد الذي وجهه للمشرع حول تلك القيود والآثار المترتبة عليها، إذا فالفصل النهائي في هذه المسألة يدفع للبحث عن مراد المشرع في النص الأصلي لهاتين المادتين في قانون الإجراءات المدنية (الفرع الثاني) ومن ثم في أحكام قانون الصفقات العمومية (الفرع الثالث).

¹ المرجع نفسه، ص 101 و 102.

² HOCINE Farida, L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial, Thèse pour le Doctorat, Université Mouloud MAMMERI de Tizi-Ouzou, 20 Juin 2012, p. 112.

³ Isabelle HAUTOT, op.cit., p. 15.

⁴ Jean Michel Jacquet, L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage international, revue camerounaise de l'arbitrage, numéro spécial 2, février 2010, p. 122.

الفرع الأول: أهلية الخضوع للتحكيم من الحظر التأم إلى الممارسة المقيدة

ويكمن أساس هذا الحظر في موضوع النزاع القابل عرضه على المحكمة التحكيمية. وهو ما جعل المشرع متشددا نوعا ما عند تحديده لموضوع التحكيم في عقود الأشخاص العامة، حيث حصرها، في الفقرة 3 من المادة 1006 ق.إ.م.إ. عندما اشترط على أشخاص القانون العام طلب التحكيم في علاقاتهم الاقتصادية الدولية، وفي إطار الصفقات العمومية.

وقد انتقد الفقه المشرع في القانون الجديد، حين وضع تصنيفا جديدا في مادة التحكيم، توجه فيه نحو الإباحة المقيدة، على عكس المرسوم التشريعي 93-09، حيث خص الأشخاص العامة الخاضعة للتحكيم بالمواد 975 و976 في سياق عام الذي تحدث عن الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية. ثم عاد المشرع الجزائري وتكلم عن الأشخاص المعنوية العامة في الفقرة الثالثة من المادة 1006، وهنا اشترط أن تكون العلاقة الاقتصادية ذات طابع دولي، على أن تتم في إطار الصفقات العمومية.

إن هذا التنصيص، يثير الغموض حول المادة الأصلح للتطبيق، فالمشكلة الأساسية لا تثيرها الإباحة المقيدة، لأهلية الدولة في طلب التحكيم في القانون الجديد، مقارنة بالمرسوم التشريعي 93-09، ولا بازواجية النصوص، بقدر ما يثيره تناقضها، فبالعودة للنصين 975 و 1006 من القانون 08-09، نجد أن للأشخاص المعنوية العامة أن تجري تحكما في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، وفي مادة الصفقات العمومية، هذا بالنسبة للمادة 975. أما المادة 1006 فقد ورد فيها، أن جواز طلب التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة يكون فقط في علاقاتها الاقتصادية الدولية، أو في إطار الصفقات العمومية، في حين أن إبرام هذه النشاطات تحت إطار عقود الصفقات العمومية حسب الحالة الأولى، كما ورد في نص المادة 975 السالفة الذكر، يتناقض مع ما ورد في أحكام المادة 1006، هذه الأخيرة الفاصلة في طلب الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية، وطلبها له في مادة الصفقات العمومية، باستعمال المشرع لحرف العطف "أو" بدلا من "والأو".

ففرضية أن المشرع لم يتراجع عن موقفه السابق الوارد في المرسوم التشريعي 93-09، وإنه اكتفى بمجرد تعداد الحالات التي للدولة أهلية الخضوع

للتحكيم بموجبها، لا تعدّ كافية من دون الوصول إلى تفسير النصين حسب المعنى المراد به من المشرّع، في القانون 08-09، خاصة وأنّ اعتبار الدولة، أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، ذات أهلية في طلب خضوع منازعاتها في عقود الصفقات العمومية للتحكيم، سيمتد منطقيا للتحكيم الداخلي وهذا ما يُعدّ مرحلة جديدة، لم يشهدها التحكيم في الجزائر من قبل.

الفرع الثاني: أثر تفسير النصوص من المصدر الأصلي

خلافاً للموضوع الذي وقع فيه المشرّع الجزائري في أحكام المادتين 975 و 1006 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في نصّه الرّسمي، يظهر النصّ الأصلي¹، انسجاماً بينهما، وهذا من خلال تطابق عبارات النصين، فترجمة المادة 975 الواردة في النصّ الأصلي جاءت متطابقة مع النصّ الرّسمي، ما يؤكد أنّ إرادة المشرّع تكمن في حصر الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية المصادقة عليها، في إطار إجراءات إبرام الصفقات العمومية، على اعتبار أنّ المشرّع في النصّ الأصلي استعمل عبارة (...ainsiqu'en matière de (marchés publics والتي لا تعني عند ترجمتها إلى اللغة العربية إضافة إلى عقود الصفقات العمومية كأسلوب تعاقدية تمارسه الدولة، منفصلاً تماماً عن الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية، أي أنّ الدولة في علاقاتها التعاقدية الدولية تتصرّف، وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في مادة الصفقات العمومية.

نفس الأحكام جاءت بها المادة 1006 في النصّ الأصلي من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على عكس المادة في نصّها الرّسمي التي ظهرت متناقضة مع سابقتها (المادة 975). فقد تبنت المشرّع الطرح نفسه فيما يتعلق بالعلاقات الاقتصادية الدولية، التي لم يفصلها عن مادة الصفقات العمومية، بل أكد على ضبطها في إطار الصفقات العمومية، بهذا التعبير:

Art. 1006: «... Les personnes morales de droit public ne peuvent pas compromettre, sauf dans leurs relations économiques internationales et en matière de marchés public»³.

الفرع الثالث: موقف المشرّع في قانون الصفقات العمومية

¹Loi n° 08-09 du 18 safar 1429 correspondant au 25 février 2008 portant code de procédure civil et administratif, JORA, n° 21, 28 avril 2008.

²Art. 975 de la loi n° 08-09, op.cit., p. 77.

³Art. 1006 de la loi n° 08-09, op.cit., p. 79.

بالعودة لأحكام المرسوم 15- 247 المتضمن تنظيم الصّفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أنّ أهلية المصلحة المتعاقدة والتي تتمثّل حسب المادّة 6 منه في الدولة، والجماعات الإقليمية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تُكلّف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، أو من الجماعات الإقليمية، في اللجوء للتّحكيم وفقاً لأحكام المادّة 153 من هذا المرسوم، وهذا في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصّفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجنب، وأمام هيئة دولية، بناء على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة¹. فعقود الصّفقات المبرمة مع متعاملين أجنب تكون موضوع دعوى للمنافسة الدولية، تطبيقاً لسياسات التنمية العمومية، عن طريق الالتزام بالاستثمار في شراكة². وعلى أساس ذلك، تبرم عقود الدولة ذات الطبيعة الدولية المؤهلة لأن ينظر في منازعاتها أمام التّحكيم الدولي وفقاً لإجراءات إبرام الصّفقات العمومية.

المطلب الثاني: عدم فعالية التّحديد التشريعي لأهلية الشّخص المعنوي العام بالرغم من أهمية التّحديد التشريعي على النحو السّابق، ومن حيث تضييقه لنطاق أهلية الدولة، التي تقيّد بموضوعات معيّنة وعلى سبيل الحصر، وباعتباره يرتّب آثاراً هامة في مواجهة أطراف التّعاقد، وبالتالي لا يستطيع أيّ منهما إبطال شرط التّحكيم إلاّ خارج دائرة القابلية الموضوعية، إلاّ أنّ هناك فروض أخرى قد تدفع الدولة فيها بعدم أهلية الشّخص المعنوي العام، وذلك في حالة تعديل أو إلغاء التشريع المانع للأهلية (الفرع الأول)، أو في حالة تعارضه مع النّظام العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أثر التغيير التشريعي على أهلية الشّخص المعنوي العام

قد يحدث وأن تقوم الدولة بتعديل تشريعاتها الداخليّة، وهي مسألة لا تطرح أيّ إشكالات قانونية إذا كانت تتعلق بنزاع ذي طبيعة وطنية بحتة، أمّا في حالة عقود الدولة مع الأشخاص الأجنبيّة، هنا تظهر بعض الصّعوبات الناجمة عن

¹ أنظر الفقرة الأخيرة المادّة 153 من قانون الصّفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع نفسه، ص 38.

² أنظر المادّة 84 من قانون الصّفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع نفسه، ص 24.

قدرة الدولة على إصدار قانون جديد، يتضمن حظراً على خضوعها للتحكيم أو الأجهزة التابعة لها بشكل كلي، أو في موضوعات معينة كانت قد أجازتها في التشريع السابق، وهو ما يطرح تساؤلاً حول مدى تأثير هذا التعديل على أهلية الشخص المعنوي الخاضع للتحكيم في مواجهة المستثمر الذي يعتبره أحد الضمانات الهامة عند التعاقد¹. الإجابة على هذا التساؤل ترتبط بضمانة أخرى يلجأ إليها عادة المستثمر، وهي شروط الثبات التشريعي أو التجميد الزمني للقانون، حيث تبقى هذه الشروط بمثابة العامل الأساسي المحدد لحل إشكالية القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار، من حيث الزمان، ومن بينهم النصوص الناطمة لأهلية الشخص المعنوي الخاضع للتحكيم.

وقد تبنت المشرع الوطني شروط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار، من خلال نص المادة 15 "لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"، فشروط الثبات أو عدم المساس تعدّ ضمانة لازمة للمستثمر لمواجهة تدخلات الدولة، سواء بتعديل التشريع أو تعديل نصوص العقد، والتغيير التشريعي في هذه الحالة يعدّ مخالفة لشروط الثبات، وبالتالي تتولّى هيئة التحكيم النظر في النزاع، وتحدّد طبيعة الجزاء بالنظر لطبيعة المزايا والضمانات. وإن كانت لا تملك إجبار الدولة على الاستمرار في العقد.

الفرع الثاني: التعارض بين موضوع التحكيم والنظام العام

يعدّ النظام العام من أهم موضوعات التحكيم التجاري الدولي وأكثرها تعقيداً بسبب نسبية مفهومه، فهو يختلف من زمان لآخر ومن مكان لآخر². ويتدخل النظام العام في التحكيم، إذا ما واجه المحكم في حكمه قاعدة من

¹SCHW ARZENBERGER, The protection of British property abroad, in current Legal problems, London, 1952, p.313.

²لا في محمد درادكه، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، مؤتمر كلية القانون التاسع عشر "قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة". جامعة الإمارات العربية المتحدة 25 - 27/04/2011، ص 1374.

قواعد النّظام العام¹. فأهمّيته تكمن في أنّه يمثّل قاعدة قانونية فضفاضة لا يجوز الاتّفاق على خلافها، وإلاّ حكم القضاء ببطلان ما يخالفها من تلقاء نفسه².

ويحدُّ النّظام العام من أهلية الخضوع للتّحكيم وفقا للفقرة الثّانية من المادّة 1006 ق.إ.م؛ بسبب موضوع النّزاع القابل عرضه على التّحكيم وليس لشخص المائل أمام التّحكيم، لأنّ اكتمال الأهلية القانونية للدّولة، وأحد أشخاص القانون العام الأخرى يتوقّف على التّكامل بين القابلية الشخصية والقابلية الموضوعية للتّحكيم مع ضرورة صحّة هذه الأخيرة، وعلى هذا الأساس، تعمل فكرة النّظام العام بمعناها الدقيق على إيقاف القابلية للتّحكيم الموضوعية، من خلال آليتين:

الآلية الأولى: ارتباط النّظام العام بمصلحة المجتمع العامّة، والنّزاع في هذه الحالة يطرح فقط أمام القاضي الوطني المختصّ، مع استحالة عرضه أمام التّحكيم، لما للنّزاع من علاقة وثيقة بالسيادة الوطنية للدّولة، أو المؤسسات العامّة، والتخوّف من المساس المباشر بحقوق المجتمع³. فحقّ التصرّف في الحقوق المانحة لأهليّة اللّجوء إلى التّحكيم كما وردت في الفقرة 1 من المادّة 1006 ق.إ.م. ليست بالإطلاق الممكن تصوّره، إنّما قد قيّدتها الفقرة الثّانية من نفس المادّة، بما يُسمّى النّظام العام المعمول به في الدّولة. ما يستخلص أنّ أشخاص القانون العام لا يمكنها التّصرّف في الحقوق العامّة للمجتمع بصفة مطلقة، كما هو متصوّر، فهي مجرد راعية لهذه الحقوق. ونظرا لقداستها أطرها المشرّع تحت فكرة النّظام العام.

الآلية الثّانية: دور المحكم في إثارة فكرة النّظام العام عند فصله في النّزاع الذي يكون أحد أشخاص القانون العام طرفا فيه. ليكون دور النّظام العام هنا ليس بالمانع القانوني، إنّما قيّدا على الحكم فقط، وللمحكم بذلك تحديد عواقب مخالفة النّظام العام في اتّفاقية التّحكيم، وعليه فالمحكمة التّحكيمية لها

¹HOCINE Farida, op.cit., p. 112.

²لا في محمد درادكه، المرجع السابق، ص 1375.

³HOCINE Farida, op.cit., p. 116.

صلاحية تطبيق قاعدة من قواعد النظام العام، ومعاقبة انتهاكها بإبطال اتفاقية التحكيم¹.

ومع ذلك يتخللها مجموعة من الصعوبات عند التطبيق، فقانون الدولة أحيانا غير فعال أمام هيئات التحكيم الدولي، خاصة إذا ما تعلق النظام العام الداخلي بمسألة قانونية داخلية لا يمكن اعتبارها دوليا من قواعد النظام العام الدولي، فالأجانب السائد في التحكيم الدولي هو تبني النظام العام الدولي دون النظام العام الداخلي، لتفسيره التطبيقات العملية على ضوء القيم والمصالح العليا للدول المتقدمة دون باقي الدول، لتكون بذلك الدولة المضيفة الطرف الأضعف عند مواجهة المستثمر الأجنبي أمام هيئات التحكيم الدولية².

وهذا ما ذهب إليه أحكام المحكمين في قضية *Omnium de Traitement et de Valorisation SA Hilmarton LTD*³، والتي كان

موضوعها عقد استثمار بين الحكومة الجزائرية، وأحد المستثمرين الأجانب في موضوع الصرف الصحي لمدينة الجزائر العاصمة، مع وجود وسيط كطرف ثالث في إبرام هذا العقد مقابل مبلغ معين، وبعد إبرام العقد حصل الوسيط على جزء من المبلغ المتفق عليه وامتنع الطرف المتعهد بدفع باقي المبلغ، ونتيجة لذلك أحيل النزاع للتحكيم مرتين، وأخيرا قدم حكم التحكيم الصادر للتنفيذ أمام القضاء الإنجليزي، ليتبين بعد ذلك أن العقد الأصلي غير قانوني، لمخالفته النظام العام في الجزائر، إلا أن هيئات التحكيم لم تعتبر ذلك مخالفا للنظام العام الدولي وحسنت النزاع لصالح المستثمر الأجنبي.

وعليه، ينفي هذا الحكم الآلية الثنائية المطروحة أعلاه، بسبب ضعف القانون الوطني في مواجهة سلطات هيئات التحكيم الدولي المطلقة، لذا فإن حظر أهلية الدولة دوليا، يكون عند مخالفة موضوع اتفاقية التحكيم للنظام العام الدولي دون الداخلي.

¹Ibidem, p. 116.

²لا في محمد درادكه، المرجع السابق، ص 1376.

³المرجع نفسه، ص 1376.

خاتمة -

يكفي في نهاية هذا البحث أن نشير إلى أن أهلية أشخاص القانون العام لعرض نزاعاتها أمام التحكيم، ما هي إلى نتيجة لمبدأ أساسي في النظام الدولي المتعلق بالتحكيم، والذي يطلق عليه القابلية للتحكيم. حيث أن هذه الأهلية لا تكتمل إلا بتوافر نوعي هذا المبدأ، وتكاملهما. فأى عيب قانوني في القابلية الشخصية والموضوعية للتحكيم، يبطل تلقائياً أهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم. وهذا البطلان، يسرى في مواجهة المتعاقد الاقتصادي الدولي أو غيره، حتى أمام هيئات التحكيم، تأسيساً على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني، يبقى فقط الفرض التي قد تقوم فيه الدولة بتعديل تشريعاتها، أو إلغائها، في هذه الحالة يتدخل شرط الثبات التشريعي ليصبح قيدياً على الدولة في هذا الشأن وفقاً للصورة التي تم إدراجه بها.

وعليه، يمكن القول أن أهلية أشخاص القانون العام، غلب عليها الطابع المقيد. خاصة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، والذي اعتمد على حلول جوهرها خلق التوازن بين مصالح الدولة الحيوية، وبين الحفاظ على سيادتها، لتبقى هذه الأشخاص مقيدة، غير أن ما يؤخذ على هذه الأهلية، رغم محاولة المشرع الواضحة لفرض شكل نظامي أدق، أنها قد تعاني من الحظر القانوني نظراً لمحدودية موضوع القابلية للتحكيم، والذي حدده المشرع في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية التي تبرم وفقاً لإجراءات إبرام الصفقات العمومية تحت طائلة بطلان الأهلية. هذا الحظر الذي يعد الثاني من نوعه بعد ما تطرق المشرع لضرورة عدم مخالفة النظام العام الداخلي، والذي يضع في بعض الأحيان الدولة في موضع الطرف الضعيف، نتيجة عدم تطابق قواعده مع قواعد النظام العام المعترف به دولياً.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

- 1- علبوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 3، الجزائر، 2005.
- 2- باسود عبد المالك، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014-2015.

- 3- حسن طالبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، عدد 01، سنة 2008.
- 4- عدلي محمد عبد الكريم، خصوصية التحكيم في منازعات العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، عدد 04، 2010.
- 5- لافي محمد درادك، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، مؤتمر كلية القانون التاسع عشر "قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية، وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة". جامعة الإمارات العربية المتحدة 25- 2011/04/27.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

- 1- Salah MOUHOUBI, préface de Mohamed BEDJAOUI, La politique de coopération Algéro-Française bilan et perspectives, O.P.U, Alger, 1986.
- 2- Stéphane Chatillon, le contrat international, Vuibert, 3e édition, Paris, 2007.
- 3- Mostefa TRARI TANI, Droit algérien de l'arbitrage commercial international, Bertl édition, 1er édition, Alger, 2007.
- 4- TARKI Noureddine, L'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U, Alger 1999.
- 5- Abdelmadjid Belkherroubi, l'arbitrage commercial en droit Algérien, par Mohamed MENTALECHTA, RASJEP, Algérie.
- 6- Jean Michel Jacquet, L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage international, revue camerounaise de l'arbitrage, numéro spécial 2, février 2010.
- 7- Mostefa TRARITANI, clauses d'arbitrage et restructuration du secteur public en Algérie, RASJEP, volume xxxvii, n° 4, Algérie, 1999.
- 8- HOCINE Farida, L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial, Thèse pour le Doctorat, Université Mouloud MAMMERI de Tizi-Ouzou, 20 Juin 2012.
- 9- SCHW ARZENBERGER, The protection of British property abroad, in current Legal problems, London, 1952, p.313.

ثالثا: النصوص القانونية

- الأمر 66- 154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر. 47 الصادرة في 09 يونيو 1966.
- القانون 05- 07 المؤرخ في 19 ربيع الأول 1426 الموافق لـ 28 أبريل 2005، يتعلق بالمحروقات، ج.ر. عدد 50، المؤرخة في 19 يوليو 2005.
- القانون 08- 09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008.

– المرسوم التشريعي 93- 09، المؤرخ في 25 ابريل 1993، يعدل ويتمم الأمر 66- 154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر عدد 27 المؤرخة في 27 أبريل 1993.

– المرسوم الرئاسي رقم 95- 346 المؤرخة في 30 أكتوبر 1995 يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر 66 مؤرخة في 05 نوفمبر 1995.

– المرسوم الرئاسي 15- 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

- Loi N° 08-09 du 18 safar 1429 correspondant au 25 février 2008 portant code de procédure civil et administratif, JORA, N° 21, 28 avril 2008.



حماية التمثيل الدبلوماسي الدائم

لشقر مبروك

جامعة غرداية

mabrouk0047@gmail.com

ملخص-

التمثيل الدبلوماسي يمارس عادة عن طريق البعثات الدبلوماسية، بحيث نكون أمام تبادل التمثيل الإيجابي الذي يمثل رخصة تمتلكها كل دولة ذات سيادة، والبعثة الدبلوماسية ما هي إلا عبارة عن هيئة رسمية مكلفة بتمثيل الدولة المرسله أمام الدولة المستقبلة، وتتمثل شروط إنشاء البعثة في الرضا المتبادل واتفاق بين الدولتان المعنيتان، ويحق لكل دولة أن ترفض تبادل التمثيل الدائم مع أي من الدول الأخرى غير أنه بمجرد توقيع اتفاق حول قيام التمثيل الدبلوماسي تعتبر البعثة قائمة، وعقب ذلك تبدأ البعثات في ممارسة مهامها المتمثلة في التمثيل، التفاوض، الحماية، جمع المعلومات، في حين أن المهام الاستثنائية تتمثل في ممارسة المهام القنصلية، حماية مصالح دولة ثالثة ورعاياها.

الكلمات المفتاحية -

التمثيل الدبلوماسي، البعثة الدبلوماسية، اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية، الوظائف الدبلوماسية.

Permanent protection of Diplomat représentation

Abstract-

Diplomatic representation usually exercised by diplomatic delegation, so that we are in front the exchange of positive representation which represents the license possessed of by every sovereign state, the diplomatic delegation is only a representation wich is charged of the sending State to the receiving State official body, The conditions for the establishment of the delegation in mutual consent and agreement between States concerned, and the right of each country to refuse to exchange permanent representation with

any- of the other states ; but once the agreement is signed on the establishment of diplomatic representation are considered mission list, right after the agreement the delegatiatns star-t the exercise of their functions of ; representation, negotiation, protection , information gathering, while tasks extraordinary represented in the exercise of consular functions, protect the interests of third countries and their nationals.

Key words -

diplomatic representation , diplomatic mission , the Vienna Convention on Diplomatic Relations , diplomatic posts

مقدمة -

إن دراسة العلاقات الدبلوماسية، وما يتعلق بها من أدوات وآليات قانونية، أمر يكتسي أهمية بالغة، نظرا لما يتميز به هذا الموضوع، ولاسيما البعثات الدبلوماسية، من خصائص ومميزات، تؤهله لأن يحتل الريادة في الدراسات ذات الاهتمام بالقانون الدولي والعلاقات الدولية.

فنظرا لازدياد عدد أعضاء المجتمع الدولي الحديث من دول ومنظمات دولية، ونظرا لتشابك المصالح بين الدول، واتساع نطاق المعاملات بينها، ونظرا للتطور الكبير الذي حدث ويحدث في العلاقات الدولية، والنظم القانونية التي تحكمها، أصبح من الضروري، إرساء الاتصال المستمر والدائم بين أفراد المجتمع الدولي الحديث وهذا لتعزيز مركزها، وضمان مصالحها، وتحقيق أهدافها، وهذا طبعاً، ما جعل القانون الدولي يهتم بهذا الجانب القانوني الهام، وذلك من خلال لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة، ويقنن معظم القواعد العرفية المستقرة في مجال العلاقات الدبلوماسية، وذلك في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية التي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة المنعقد في فيينا 18 نيسان/ أبريل من سنة 1961.

ومن أهم المسائل التي تناولتها اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961، مسألة البعثات الدبلوماسية الدائمة، وكيفية إنشائها، وكذا إبراز المهام المنوطة بها - البعثة الدبلوماسية - والتي تعد أفضل وأكمل صورة يقوم عليها التمثيل الدبلوماسي بين الدول.

وإذا عدنا إلى مشروع لجنة القانون الدولي، أي عندما كانت هذه اللجنة بصدد صياغة أحكام القانون الدولي للعلاقات الدبلوماسية، نجد أنه قد حدث

خلاف قانوني وفقهي كبير بشأن إنشاء البعثة الدبلوماسية، وكذا كيفية وأساس مباشرة العلاقات الدبلوماسية بين الدول، حيث أن فريفا من أعضاء هذه اللجنة، يعتبر التمثيل الدبلوماسي حقا لأي دولة، ولا يمكن لدولة أخرى أن ترفض أو تعترض على قيام بعثة دبلوماسية لدولة أخرى على إقليمها، وبالتالي لا يعترف بقاعدة الرضا المتبادل لإنشاء البعثة، ومن أمثلة هؤلاء الفقهاء، الأستاذ (SANDS STROM) المقرر الخاص للجنة القانون الدولي، وكذا الأستاذ (CALVO)، والأستاذ (Fauchille) الذي يعتبر أن " رفض إقامة العلاقات الدبلوماسية، ورفض الاستمرار في التمثيل الدبلوماسي القائم بين دولتين يعد عملا غير ودي، وتعبيرا عن نوايا عدائية، ويبرر في جميع الحالات الإجراءات الانتقامية"⁽¹⁾.

لكن من جهة أخرى، فإن غالبية أعضاء اللجنة الآخرين، عارضت كذلك ولسبب يختلف عن مبررات الفريق السابق إنشاء البعثة بدون اتفاق كلتا الدولتين (الموفدة والموفد لديها)، الأمر الذي اعتبره ممثلو الدول الأفرو- آسيوية شرطا لا بد من توافره، ولهذا نجد أمثال الأستاذ (KHONAN) العضو التايلاندي، والعضو الهندي والأستاذ (عبد الله العريان) العضو المصري، يعتبرون " الحق في التمثيل الدبلوماسي"⁽²⁾ لا وجود له في إعلان حقوق والتزامات الدول، وأن ما جرى عليه العمل، وما استقر عليه العرف الدولي في العلاقات الدبلوماسية والدولية، يجعل إنشاء البعثات الدبلوماسية مشروطا بقبول الدولتين في اتفاق متبادل بين الدولتين (المرسلة والمضيفة).

ونجد أيضا مسألة المهام المنوطة بالبعثة الدبلوماسية، ومدى إسهامها في إرساء مبادئ التعاون وتعزيز العلاقات الودية بين الدول، على المستوى النظري والعملي، وكذا مسألة التزامات أعضاء البعثة المرتبطة بمهامهم، نجد كل هذه المسائل تطرح إشكاليات وتساؤلات جديرة بالدراسة، لفهم النظام القانوني لها.

كل هذا، يقودنا إلى طرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى وفقت قواعد القانون الدولي في تنظيم وحماية التمثيل الدبلوماسي عن طريق البعثات الدبلوماسية الدائمة من أجل القيام بدورها على أكمل وجه؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية ينبغي الوقوف على مايلي:

- **المبحث الأول:** مفهوم البعثات الدبلوماسية.
- **المبحث الثاني:** إنشاء البعثات الدبلوماسية وأساسها القانوني.
- **المبحث الثالث:** مهام البعثات الدبلوماسية الدائمة.
- **المبحث الرابع:** واجبات أعضاء البعثات الدبلوماسية.
- **خاتمة.**

المبحث الأول : مفهوم البعثات الدبلوماسية

نتناول في هذا المبحث وكتمهيد لموضوع الدراسة، مطلب يحتوي على ظهور فكرة التمثيل الدبلوماسي الدائم، وفي مطلب ثان، يحتوي على مختلف التعاريف للبعثة الدبلوماسية،⁽³⁾ كما يلي:

المطلب الأول : ظهور فكرة التمثيل الدبلوماسي الدائم

إن العلاقات بين المجموعات البشرية قديمة جدا، وكانت منذ القدم تخضع لأصول معينة من القواعد وتستعين بأدوات خاصة للاتصال والتخاطب ومن أهم هذه الأدوات اليوم الممثلون الدبلوماسيون، وكان هؤلاء في الماضي يوفدون إلى الخارج في مناسبات معينة للقيام بمهام محددة حتى إذا ما أنجزوا عملهم عادوا إلى بلادهم، ولم يتم ظهور الممثلين الدبلوماسيين الدائمين إلا في العصور الحديثة فالدبلوماسية لا تظهر إلا بتعدد الدول ووجود علاقات بينها،⁽⁴⁾ وكان من الأسباب التي حالت دون انتشار نظام التمثيل الدائم، عدم ثقة الملوك والحكام بالسفراء، والنظر إليهم كجواسيس للدولة الموفدة أو المعتمدة.

ولم يتغير الوضع إلا بعد مؤتمر واستفاليا 1642، فقد أصبح تبادل البعثات الدائمة، منذ ذلك التاريخ القاعدة المطبقة في أوروبا، ومنها امتد إلى بقية العالم، ولا تستطيع اليوم دولة بوصفها كيانا يتمتع بالشخصية

القانونية، الاتصال بغيرها من الدول إلا عن طريق البعثات الدبلوماسية الدائمة وممثليها في الدرجة الأولى.⁽⁵⁾

المطلب الثاني : تعريف البعثة الدبلوماسية

لقد تعددت التعاريف بهذا الصدد، فمنهم من يعرفها بأنها "تلك الهيئة التي تكون بمثابة أداة للاتصال بين الدولة الموفدة للبعثة الدبلوماسية وبين الدول المعتمد لديها".⁽⁶⁾

كما يعرفها الدكتور سموحي فوق العادة في معجم الدبلوماسية والشؤون الدولية بأنها: "البعثة الدبلوماسية هي الهيئة الرسمية المكلفة بتمثيل الدولة الموفدة لدى الدولة المستقبلية، وحماية مصالحها ومصالح رعاياها وإجراء الاتصالات والمباحثات والمفاوضات باسمها مع كبار المسؤولين في الدولة المستقبلية، والسهر على حسن تنفيذ الاتفاقات المعقودة بين الطرفين، ومتابعة الأحداث التي تجري في هذه الدولة وتقديم تقرير دوري عنها إلى الدولة الموفدة، وتوثيق أواصر الصداقة والتنمية وتعزيز العلاقات السياسية وكذا الاقتصادية والثقافية بين البلدين.... الخ ويتألف من البعثة سفيرا أو وزيرا مفوضا أو قائما بالأعمال، أصيلا أو بالنيابة ، وتضم عددا من المساعدين كالمستشارين والسكرتيرين والملحقين الدبلوماسيين، وعددا من الملحقين الفنيين، كالملحق العسكري والتجاري والثقافي والصحفي، فضلا عن الموظفين الإداريين" ويتمتع رئيس البعثة بالصفة الدبلوماسية من تاريخ تسليم أوراق اعتماده ، إلى رئيس الدولة.⁽⁷⁾

ويلاحظ على هذا التعريف، أنه جاء مطولا نوعا ما، إضافة إلى أنه تناول البعثة الدبلوماسية من جانبها الوظيفي (التشكيلية وكذا المهام والوظائف)، مهمل الجانب القانوني باعتبارها كمرفق عام تابع للدولة المرسله. من خلال ما سبق يمكن تعريف البعثة الدبلوماسية بأنها: "مرفق عام تابع للدولة تسمى الدولة المعتمدة، يعمل بها مجموعة من الأشخاص الذين تعينهم الدولة لكي يمارسوا تحت إشراف رئيس البعثة ووظائف ذات طبيعة دبلوماسية في دولة أخرى تسمى بالدولة المعتمد لديها".

ومن خلال التعاريف السابقة الذكر، نستنتج أن البعثة الدبلوماسية تقوم على الأسس والمميزات الآتية:

- 1- البعثة الدبلوماسية هي مرفق عام تابع للدولة المرسلة.
- 2- يعمل بها مجموعة من الأشخاص تعينهم الدولة (الموفدة) تحت إشراف ورئاسة (رئيس البعثة).
- 3- توكل إليهم القيام بوظائف ذات طبيعة دبلوماسية في الدولة (الموفد إليها).
- 4- هي الأداة الأساسية الدائمة للاتصال بين الدولة المعتمدة والدولة المعتمد لديها.

المبحث الثاني : إنشاء البعثات الدبلوماسية وأساسها القانوني

من المعلوم أن العلاقات الدبلوماسية تنشأ بين شخصين من أشخاص القانون الدولي العام، وقد نظمت الاتفاقيات الدولية الحصانات الدبلوماسية ولعل أولى هذه الاتفاقيات تلك المبرمة بين البرتغال وبريطانيا في 1908⁽⁸⁾، ويكون طبعاً عن طريق تبادل البعثات الدبلوماسية لاسيما الدائمة منها، كونها تعد أفضل وأكمل صورة للعلاقات الدولية، وتصرف شؤون الدولة الخارجية من خلال الموظفين الدبلوماسيين،⁽⁹⁾ وسنتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين، أحدهما يتناول شروط إنشاء البعثات الدبلوماسية، والثاني يتناول البيان المشترك كسند دولي وقانوني لإنشاء البعثة.

المطلب الأول : شروط إنشاء البعثات الدبلوماسية

لكي تنشأ البعثات الدبلوماسية، لابد من توافر شروط معينة، نستطيع تقسيمها إلى شروط موضوعية، وأخرى شروط شكلية.

أولاً- الشروط الموضوعية وأساسها القانوني.

باستقراءنا لنص المادة الثانية (02) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 والتي جاء فيها: "تقام العلاقات الدبلوماسية وتنشأ البعثات الدبلوماسية بالرضا المتبادل"، نستنتج أن هناك ثلاثة شروط موضوعية لإنشاء البعثة الدبلوماسية، نذكرها كالآتي:

أ. الرضا المتبادل بشأن إقامة علاقات وبعثات دبلوماسية بين الدولتين، وهذا يعني ضرورة القبول الصريح للدولة المعتمد لديها للممثل الدبلوماسي للدولة المعتمدة.⁽¹⁰⁾ وهذا يشير إلى مسألة هامة ترجع إلى الاعتقاد الذي

كان من الناحية التقليدية ذائعا بخصوص الحق في التمثيل الدبلوماسي⁽¹¹⁾، وكيف يتفق هذا الحق -إن وجد- مع ضرورة القبول الصريح⁽¹²⁾.

ومن ناحية أخرى، فإنه في نطاق العلاقات الدبلوماسية، يكون دائما من المهم تحديد الدول التي لها أهلية مباشرة للعلاقات الدبلوماسية.

و تتمتع كل من الدولتين (الموفدة والموفدة لديها) بالخصية القانونية الدولية، فالتمتع بهذه الشخصية يعد أمرا ضروريا بالنسبة للشخص الذي ينشئ أجهزة للعلاقات الخارجية، لذا فإن حق إنشاء بعثة دبلوماسية لا يترتب إلا لشخص قانوني، وهذا يفسر قيام بعض المنظمات الدولية كالأمم المتحدة، مثلا، في ممارسة حق المفاوضة مع أنه لم يذكر في صلب ميثاقها، ورد ذلك هو أن هذا الحق قد ترتب لها كأثر لاكتسابها الشخصية القانونية الدولية.⁽¹³⁾

وما تجدر الإشارة إليه، أن اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية والمنعقدة عام 1961، في مادتها (02) الثانية لم تتناول الأهلية اللازمة لإنشاء علاقات وبعثات دبلوماسية بالتفصيل، وبهذا الصدد، نجد أن الاتفاقية لا تهتم إلا بالعلاقات بين الدول، وذلك لأن اصطلاح (العلاقات الدبلوماسية) ينصرف كلية إلى العلاقات بين الدول دون المساس بحقيقة أن المنظمات الدولية تستطيع التمثيل المتبادل فيما بينها، وأن الدول لها أيضا حق التمثيل في المنظمات الدولية، ولكن لا يتعلق الأمر هنا بالتمثيل الدبلوماسي بالمعنى الحقيقي الذي نقوم بدراسته، كما

تعترف الاتفاقية للدولة البابوية (الفاتيكان)، بالحق في إنشاء بعثات دبلوماسية توفدها إلى الدول الأخرى.

إضافة إلى ذلك، نشير إلى أن عنصر السيادة والاستقلال السياسي لكل دولة يجعلها تتمتع بصفة مطلقة بحق التمثيل الدبلوماسي، وإقامة علاقات دبلوماسية، ومنه كقاعدة عامة نستبعد الدول الناقصة السيادة والمتمثلة في الدول التابعة (les états vassaux) والدول المحمية، ولا تملك اختصاص مباشرة حق التمثيل الدبلوماسي إلا في حدود نظامها القانوني.⁽¹⁴⁾

ب. الاعتراف المتبادل بين الدولتين (الموفدة والموفدة لديها)، وهذا الاعتراف قد يكون صريحا (كإرسال برقية أو مذكرة)، أو إيضاد بعثة خاصة لهذه الغاية، أو يكون ضمنا كإبقاء البعثة الدبلوماسية القديمة في حال نشوء دولة حديثة أو حكومة جديدة منبثقة عن ثورة أو انقلاب عسكري أو سياسي أو انفصال دولتين.⁽¹⁵⁾

و في الصدد يرى الأستاذ (PHILIPPE - Cahier)، أنه غني عن البيان أن العلاقات الدبلوماسية لا يتصور أن تبدأ إلا بين دولتين تعترف كل منهما بالأخرى وبحكومتيهما.⁽¹⁶⁾

ثانيا- الشروط الشكلية لإنشاء البعثة الدبلوماسية.

تتمثل مجمل الشروط الشكلية الواجب توفرها لإنشاء البعثات الدبلوماسية في وجوب إنشائها بموجب سند قانوني دولي.⁽¹⁷⁾ فنشير في هذا الصدد، إلى أن العلاقات الدبلوماسية تبدأ ضرورة ووفقا لصريح المادة الثانية (02) من اتفاقية فيينا 1961 باتفاق صريح أو ضمني تعقده الدولتان المعنيتان (الموفدة والموفدة إليها)، بأن توجه إحدهما إيجابا إلى الأخرى، مضمونه رغبتها في إيضاد بعثة دبلوماسية دائمة وفي المقابل استقبال ممثلها، فيلقى هذا الإيجاب قبولا من جانب الدولة المتلقية له، وتبدأ بذلك العلاقات الدبلوماسية بين الدولتين المعنيتين.⁽¹⁸⁾

ومن المسلم به أن من حق كل دولة أن ترفض تبادل التمثيل الدائم مع أي من الدول الأخرى، وذلك بأن تحجم عن إيضاد بعثة دبلوماسية دائمة، وبأن تعزف عن استقبال مثل هذه البعثة لديها، كما أنه ومن المتفق عليه أن الدولة لا تسأل في حال رفضها تبادل التمثيل الدبلوماسي مع غيرها من الدول، كما لا تسأل - ومن باب أولى - في حال تراخيها في الرد على الإيجاب الذي وجه إليها في هذا الصدد، ولا يوجد ثمة التزام على الدولة الكشف عن سبب رفضها إقامة علاقات دبلوماسية مع أي من الدول، أو عن السبب في تراخيها في الرد على ما قد تتلقاه من إيجاب يتضمن رغبة غيرها في تبادل البعثات الدبلوماسية معها.⁽¹⁹⁾

وأیضا في نطاق الشروط الشكلية، فإنه وبمجرد توقيع الاتفاق حول قيام التمثيل الدبلوماسي، تعتبر البعثة قائمة من الناحية القانونية، ويمكن أن

يباشر عملها القائم بالأعمال بالنيابة لـ حين حضور رئيسها، مما يوضح أن البعثة مستقلة في شخصيتها عن شخصية أفرادها، وأن إجراءات إنشائها مستقلة عن إجراءات تعيين طاقمها.

والدولة المعنية حرة في نوعية الاتفاقات المعقود، فقد يكون اتفاقا مستقلا، أو معاهدة، أو جزء من معاهدة كمعاهدة (لاتران) لعام 1929 بين إيطاليا والفايكان، والتي تنص المادة الثانية عشرة (12) منها على تبادل السفراء بين البلدين، وتقضي أن ينص الاتفاق صراحة على درجة التمثيل بين البلدين، عملا بأحكام (المادة 15) من اتفاقية 1961 للعلاقات الدبلوماسية التي تنص على "تتفق الدول على تحديد الفئة التي ينتمي إليها رؤساء بعثاتها".

ومما تجدر الإشارة إليه، هو أن العلاقات الدبلوماسية بين الدول عندما تكون في مرحلة عقد الإتفاق أي مرحلة إبرام المعاهدة التي تنشأ بعثات دبلوماسية دائمة متبادلة، فإن مبدأ المعاملة بالمثل، يمثل حجر الزاوية حيث يلعب دورا هاما في حياة الدبلوماسية العرفية الناشئة.

المطلب الثاني : البيان المشترك كسند قانوني دولي لإنشاء البعثة

يعرف البيان المشترك بأنه البيان الذي عادة ما تصدره دولتان عقب زيارة رسمية لأحد كبار المسئولين في إحداها للدولة الأخرى، ويتضمن إعلانا عن مضمون موافقة الدولتين من مجمل القضايا التي تناولتها المحادثات خلال الزيارة.

والبيان المشترك أداة من أدوات إدارة العلاقات الدولية، كما أنه إحدى الصور التي تعبر الدول بواسطتها عن ارتباطها بالمجال الدولي، بشرط توافر الاعتراف المتبادل المسبق بين الدولتان.⁽²⁰⁾

وقد يصدر البيان المشترك عقب زيارة رسمية، أو لقاء في مكان ما، بين رئيسي دولتين، أو رئيسي وزرائهما أو وزيريهما خارجيتهما، والصورة الغالبة، هي صدور هذا البيان المشترك عقب الزيارة الرسمية التي يقوم بها أي من هذه الشخصيات إلى بلد آخر.

ولبيان المشترك قيمة قانونية كبيرة في العلاقات الدبلوماسية بصفة خاصة، والعلاقات الدولية بصفة عامة

فهو الأداة القانونية لضبط العلاقات في المحيط الدولي، والأداة القانونية التي تعرب بموجبها الدول عن إرادتها في تبادل البعثات الدبلوماسية، وقد أكد البروفيسور بينتو (BINTO) على أن البيان المشترك صار منذ وقت طويل أداة لإعلان القرارات الدولية البالغة الأهمية (Le Véhicule des décisions internationales) وأن العمل الدولي في شأن هذه البيانات المشتركة قد رسخ هذه المبادئ الأساسية التي تحكم تكوين إرادة الدول والتعبير عنها في القانون الدولي بصفة عامة، والقانون الدبلوماسي بصفة خاصة.⁽²¹⁾

وتجدر الإشارة إلى أن البيان المشترك لإنشاء البعثات الدبلوماسية، والذي يصدر من عاصمتي الدولتين في وقت واحد، وفي اليوم التالي للزيارة الرسمية لأحد كبار مسؤولي الدولتين للدولة الأخرى، يتضمن عادة رغبة الدولة في تقوية وتعزيز العلاقات وأواصر الأخوة والصداقة بين الدولتين، كما تتضمن أهمية الميادين المشتركة للتعاون بين الدولتين، بعد ذكر هذه الرغبة، تعلن الدولتين اتفاقهما على إنشاء بعثات دبلوماسية على مستوى السفارات أو على مستوى المفوضيات أو القائمين بالأعمال.

وفي الحديث عن الطابع الإلزامي للبيان المشترك، نشير إلى أن العبرة في تحديد مدى إلزام الدول بأي وثيقة دولية، هو ليس في شكل الوثيقة، ولا في مستوى التمثيل من ممثلي الدولة الذين يعبرون عن إرادة الدولة في الارتباط بالوثيقة، ولا بمدى جدية الضمانات الواردة فيها، وإنما يتوقف احترام الدولة لالتزامها في مثل هذه الوثائق على مدى شعورها بمصلحتها في احترام هذا الالتزام، وتصبح الجوانب القانونية للعلاقة على حد تعبير الأستاذ (مانفريد لاكس) في رتبة ثانوية. واستشعار الدول لمصلحتها في الالتزام بالوثيقة هو الذي يعبر عنه بتوفر الإرادة السياسية للدولة لإقامة البعثات الدبلوماسية وتوازن المصالح المتبادلة.

المبحث الثالث : مهام البعثات الدبلوماسية الدائمة

إن المهام التي تضطلع بها البعثات الدبلوماسية هي قسمين: مهام تقليدية عادية، وأخرى استثنائية، إضافة إلى مهام يحددها التنظيم الدبلوماسي لكل

دولة ومنها التنظيم الدبلوماسي الجزائري ، وهذا ما ستناوله في هذا البحث، وذلك في مطلبين، كما يلي:

المطلب الأول : المهام التقليدية والاستثنائية للبعثات الدبلوماسية

أ- المهام التقليدية للبعثات الدبلوماسية

نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة (03/ف1) من اتفاقية فيينا لعام 1961 المتضمنة تنظيم العلاقات الدبلوماسية بين الدول، على جملة من الوظائف العادية والتقليدية التي تختص بأدائها البعثات الدبلوماسية والتي سدرجها في النقاط التالية:

أولاً: تمثيل الدولة المعتمدة لدى الدولة المعتمد لديها

فالممثل الدبلوماسي هو المندوب الرئيسي لدولته لدى الدول المضيضة، وصلة الوصل بين الدولتين، وهو لا يكتفي بالتمثيل في المناسبات الرئيسية فقط، بل يعتمد عند الاقتضاء إلى طلب الاستفسارات من الحكومة المضيضة وتقديم الاحتجاجات إليها وشرح سياسة حكومته، ونطاق اختصاصه يشمل إقليم الدولة المضيضة والأقاليم التابعة لها (في حال إشرافها على أقاليم غير متمتعة بالحكم الذاتي)، وإذا اعتمد كممثل دبلوماسي واحد لدى أكثر من دولة، جاز له التنقل بين عواصم الدول المضيضة.

والتمثيل يعني على وجه الدقة من حيث المضمون، قيام الدبلوماسي بتبليغ المعلومات والمواقف الرسمية ووجهات النظر ومصالح حكومته لحكومات الدول الممثل فيها، والقيام بالاتصالات الرسمية والغير الرسمية نيابة عن حكومته بالمسؤولين الرسميين في حكومة الدولة المبعوث إليها، وبزملائه الدبلوماسيين الممثلين في السفارات الأجنبية في البلد الممثل فيه، وبمواطني الدول المعين فيها من ذوي النفوذ الذين ليس لهم صفة رسمية. وثمة ناحية أخرى يتناولها التمثيل لدى الدول المعتمد لديها إلا وهي مشاركة المبعوث الدبلوماسي في الأعياد الوطنية وحضور الحفلات الرسمية وحفلات الاستقبالات الأخرى.⁽²²⁾

ثانياً: حماية مصالح الدولة المعتمدة ومصالح رعاياها لدى الدولة المعتمد لديها ضمن الحدود التي يقرها القانون الدولي (الحماية الدبلوماسية)

تتولى البعثة الدبلوماسية الدفاع عن مصالح الدولة المعتمدة لدى الدولة المعتمدة لديها في كل الظروف وفي حالة تعرض هذه المصالح لأي خطر، نتيجة تدبير أو تصرف معين، سارع المبعوث الدبلوماسي إلى مراجعة وزارة الخارجية في تلك الدولة، وقد يضطر إلى إرسال مذكرات رسمية يشرح فيها مطالب دولته أو مواقفها، وفي هذا الصدد، ليس لرئيس البعثة أو لأي من أعضاء البعثة الدبلوماسية أن يتدخل قبل السلطات المحلية.⁽²³⁾

كما تتولى البعثة مهمة الحماية الدبلوماسية لمصالح البعثة وأعضائها، نظراً لما تتمتع به البعثة وأعضائها من حصانات وامتيازات دبلوماسية، وذلك في حالة خرق السلطات المحلية لهذه الحصانات، هنا يقوم المبعوث الدبلوماسي بمراجعة وزارة خارجية الدولة المعتمد لديها لتصحح الوضع والمحافظة على حقوق البعثة وأعضائها.

كذلك الحماية الدبلوماسية تنصب على رعايا الدولة المعتمدة ومصالحهم، وذلك في حالة ما إذا كانوا عابرين أو مقيمين في الدولة المعتمد لديها، عن طريق التوسط لدى السلطات الرسمية لحماية حقوقهم، وغالباً ما تعتمد البعثة في أدائها لهذه الوظيفة على أحد الطريقتين التاليتين أو كلاهما:

- عن طريق وزارة الخارجية: حيث توجد عادة إدارات متخصصة بشؤون الرعايا الأجانب، وتتولى وزارة الخارجية مهمة الاتصال بالجهة المختصة.

- وإما عن طريق الاتصال المباشر بالمراجع المسئولة بواسطة الدائرة القنصلية في البعثة الدبلوماسية أو الملحق الثقافي في البعثة.

ويلاحظ أنه لا يمكن للدولة حماية أحد مواطنيها دبلوماسياً في حالة قطع العلاقات الدبلوماسية بينهما وبين الدولة المضيفة التي ينسب إليها مخالفة القانون الدولي، غير أنه يجوز في هذه الحالة أن يعهد بحماية مصالح مواطنيها إلى دولة ثالثة، وهذا ما نصت عليه اتفاقية فيينا لعام 1961 في مادتها (45،46).

- وحتى تستطيع البعثة الدبلوماسية التابعة لدولة المواطن المعني القيام بهذه الوظيفة (الحماية الدبلوماسية) وجب توفر ثلاثة شروط تتمثل في:
- شرط الجنسية (سواء أكان المواطن شخصا طبيعيا أو اعتباريا كالشركات مثلا).
 - استنفاذ الطعون الداخلية.
 - شرط الأيدي النظيفة (أي لا يكون طالب الحماية هو نفسه المتسبب في الضرر).

ثالثا: التفاوض مع حكومة الدولة المعتمدة لديها

وذلك في كل ما يهم الدولة الموفدة، والعمل على تقريب وجهات النظر بين الدولتين في المسائل المشتركة فوظيفة التفاوض تعنى الاتصال و التعاون⁽²⁴⁾ ويتم هذا التفاوض عادة بين رئيس البعثة ووزير خارجية الدولة المعتمدة لديها أو من يقوم مقامه. ويطلع حكومته بكل ما يجري في المفاوضات لكي تساعد بتوجيهاتها.

والتفاوض الدبلوماسي يأخذ أشكالا مختلفة ومتعددة، فقد يكون بشكل رسمي، أي أن المبعوث الدبلوماسي يقوم بالتفاوض من خلال تكليف أو تفويض رسمي مع من طرف الدولة التي يعمل في جهازها الدبلوماسي وقد يتم التفاوض بشكل ذاتي غير ملزم من الناحية الرسمية، كأن يقوم المبعوث الدبلوماسي بإجراء مفاوضات حول موضوع ما بدون تكليف رسمي مع من طرف حكومة الدولة الموفدة.

كما أن المفاوضات قد تتم بصورة شخصية، أي يقوم المبعوث الدبلوماسي بطرحها في إطار المباحثات الشخصية، وهذا يرجع إلى القدرة الشخصية التي يتمتع بها المبعوث الدبلوماسي.

نشير إلى أن التقدم العلمي في وسائل الانتقال والاتصال (الطائرات، التليفون، الفاكس، الأنترنت...) قد أدى إلى تفضيل رؤساء الدول والحكومات ووزراء الخارجية، في بعض الأحيان، التفاوض المباشر فيما بينهم وعدم اللجوء إلى البعثات الدبلوماسية.

ونشير أيضا إلى أن المبعوث الدبلوماسي كان في الماضي يحتاج إلى كتاب تفويض خاص للقيام بمهمة التفاوض الدبلوماسي، لكن الأمر تغير مع صدور

اتفاقية قانون المعاهدات، حيث أن كتاب التفويض لا يطلب إلا إذا خول الممثل حق التوقيع على المعاهدة باسم الدولة.⁽²⁵⁾

رابعاً: استطلاع الأحوال والتطورات في الدولة المعتمد لديها بجميع الوسائل المشروعة وتقديم التقارير اللازمة عنها إلى حكومة الدولة المعتمدة
وتسمى أحياناً وظيفة الإخبار أو الإعلام بمعنى نقل المعلومات، وهناك من يسميها جمع المعلومات وإعداد التقارير ويصفها بأنها وظيفة واسعة الأبعاد ويصعب حصر الأوجه المختلفة لنشاطاتها.

ويمكن الإشارة في هذا السياق، إلى أن عبارة (بجميع الوسائل المشروعة) الواردة في المادة (03) الفقرة 1 (ث) من اتفاقية فيينا 1961، قد قصد بها تأكيد عدم مشروعية قيام البعثة الدبلوماسية بأعمال التجسس في إقليم الدولة المستقبلية وضرورة احترام أعضائها لقوانين هذه الدولة.

والجدير بالذكر أن البعثات الدبلوماسية كثيراً ما تقوم -خفية وبصورة غير رسمية- بأعمال التجسس والإشراف على جواسيس الدولة الموفدة العاملين في إقليم الدولة المستقبلية وتمويلهم وإبلاغ التعليمات إليهم وتلقي المعلومات منهم، ولكنه يتمتع بالحصانة، وذلك بالرغم مما هو معروف أن الدول قد درجت كلها، على إنكار ما هو معلوم للجميع من ممارسة بعثاتها الدبلوماسية لأعمال التجسس.

وفي هذا السياق، فالمبعوث الدبلوماسي يراقب كل ما يجري في البلد المعتمد فيه من أحداث سياسية ويتابع التطورات والتغيرات في الحكم، والأشخاص الحاكمين والموجودين في المعارضة ومراكز القوى واتجاهات الرأي العام، ويهتم بصفة خاصة بكل ما يتصل بالعلاقات مع دولته ويعد التقارير عن تلك الموضوعات ويقوم بإبلاغها إلى حكومته أولاً بأول.

ويلاحظ أن هذه العملية أو المهمة تتطلب قدراً كبيراً من الدقة والتأكد من صحة المعلومات أو الحدث أيضاً التريث وعدم التسرع في كتابة التقارير وإرسالها إلى دولته، إلا إذا كان الأمر يتطلب السرعة في إرسال التقرير أو المعلومة. كذلك فإن كتابة التقرير ليست عملية سهلة كما يتصورها البعض، فهي عملية تحتاج إلى المهارة في الكتابة والتركيز على

الجوهر دون الإخلال بالمضمون، لأن الدولة الموفدة قد تبني سياستها الخارجية إتجاه الدولة المستقبلية بناءً على ما يصلها من معلومات في التقارير التي ترسلها البعثات الدبلوماسية.

ولا تقتصر الملاحظة على تقصي المواضيع السياسية فحسب وإنما تدخل ضمن اهتمام المبعوث بالأحوال الاقتصادية وأسس الاقتصاد الوطني وموارد الدولة الطبيعية ومستوى التطور التقني والتجارة والأسواق، وكذلك الأحوال الاجتماعية والأحزاب وجماعات الضغط والأحوال العسكرية، وعموماً كل ما يتصل من كل ذلك باهتمامات الدولة الموفدة.

خامساً: تعزيز العلاقات الودية بين الدولة المعتمدة والدولة المعتمد لديها، وتنمية علاقاتها الاقتصادية والثقافية والعلمية

فهذه المهمة تشكل في الحقيقة السبب الأهم لقيام العلاقات الدبلوماسية، والدبلوماسية الناجح هو الذي يتميز بتوطيد العلاقات بين البلدين، والإسراع في تسوية أي خلاف أو سوء تفاهم من شأنه تعكير صفو العلاقات.

كما تجدر الإشارة، أنه ومن المسلم به أن العلاقات (الاقتصادية والثقافية والعلمية) التي وردت في اتفاقية فيينا 1961، قد وردت على سبيل المثال لا الحصر، وأن للبعثة الدبلوماسية العمل على تنمية كافة صور العلاقات الودية بين الدولتين، الموفدة والموفد لديها مهما اختلفت مجالاتها.

ب- المهام الاستثنائية للبعثة الدبلوماسية

جاءت اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية 1961، بمهام أخرى غير تلك المهام العادية، حيث نصت المادة الثالثة (03) الفقرة (ح) على ما يلي "يحظر تفسير أي حكم من أحكام هذه الاتفاقية على أنه يمنع البعثة الدبلوماسية من مباشرة الوظائف القنصلية".

كما نصت المادة (45) في فقرتها (ب) على أنه: "يجوز للدولة المعتمدة أن تعهد بحماية مصالحها ومصالح مواطنيها إلى دولة ثالثة تقبل بها الدولة المعتمد لديها"، كما جاء في نص المادة (46) على أنه "يجوز لأي دولة معتمدة تطلب إليها ذلك أي دولة ثالثة غير ممثلة في الدولة المعتمد لديها، أن تتولى مؤقتاً وبعد موافقة هذه الأخيرة، حماية مصالح تلك الدولة الثالثة ومصالح موكلها".

من استقرائنا للنصوص السالفة الذكر، يتبين لنا أن هناك مهمتين استثنائيتين للبعثة الدبلوماسية نتناولها في النقطتين التاليتين:

أولاً: ممارسة المهام القنصلية

حيث أن الممثل الدبلوماسي أو رئيس البعثة، يقوم في حال عدم وجود ممثل قنصلي لدولته في الدولة الموفد لديها، بمنح الجوازات والتأشيرات، والتصديق على الشهادات والوثائق، وممارسة وظيفة الكاتب العدل وضابط الأحوال الشخصية، كتسجيل المواليد والوفيات، وعقد عقود الزواج والتأشير عليها.... إلخ، والمتبع أن يعهد بهذه الأعمال إلى القناصل تحت إشراف رئيس البعثة الدبلوماسية أو يتولاها القناصل ابتداء بصفة أصلية لا سيما في البعثات القنصلية.

ثانياً: حماية مصالح دولة ثالثة ومصالح رعاياها

ففي حالة نشوب حرب أو قطع العلاقات الدبلوماسية بين الدولتين (الموفدة والموفد لديها)، يجوز للدولة الموفدة أن تعهد لدولة ثالثة بمهمة حماية مصالحها ومصالح رعاياها والأشخاص المعنوية التابعة لهذه الدولة وهذا بشرط قبول الدولة الممثلة، ويكون بموجب النصين السالفي الذكر، من حق الدولة المستقبلية أن توافق على تكليف دولة ثالثة برعاية مصالح الدولة التي قطعت معها العلاقات الدبلوماسية، ولكن ليس لها بالمقابل أن تمنعها من ذلك وجدير بالذكر أن هذا النوع من الحماية هي مؤقتة.⁽²⁶⁾ وواجب الدولة المتدخلة في هذه الحالة لحماية مصالح دولة ثالثة، احترام قواعد القانون الدولي ومبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدولة المعتمد لديها وأن تحترم سيادتها وقوانينها.

المطلب الثاني : مهام البعثة في التنظيم الدبلوماسي الجزائري

عالج التنظيم الجزائري مهام البعثة الدبلوماسية فنجد على سبيل المثال المرسومين الرئاسيين، الأول المرسوم الرئاسي رقم 96- 442 المؤرخ في 28 رجب 1417 الموافق ل 1996/12/09، المتضمن القانون الأساسي للأعوان الدبلوماسيين والقنصليين.⁽²⁷⁾

والثاني، المرسوم الرئاسي 02- 406 المؤرخ في 21 رمضان 1423 الموافق ل 2002/11/26 المحدد لصلاحيات سفراء الجمهورية الجزائرية.⁽²⁸⁾

حيث تنص المادة (03) من المرسوم 96- 442 على ما يلي: "يساهم الأعدان الدبلوماسيون والقنصليين كل في مستواه، تحت سلطة وزير الخارجية، في تنفيذ السياسة الخارجية للجزائر من خلال القيام بكل عمل تمثيلي وإداري وتصوري وتحليلي ودراسي وتنسيقي وتسييري وتنفيذي تابع للوظائف التي يكلفون بها".

وبهذه الصفة يكلفون بالمهام التالية على الخصوص:

- 1- تمثيل الجزائر لدى الدول والمنظمات الدولية، الجهوية والإقليمية.
- 2- ترقية مصالح الجزائر في الخارج.
- 3- تنمية علاقات الصداقة والتعاون مع الدول الأخرى.
- 4- ترقية سمعة الجزائر وصورتها بالخارج.
- 5- المساهمة في إشعاع الثقافة الجزائرية بالخارج.
- 6- التفاوض في المعاهدات والاتفاقيات والاتفاقات الثنائية والمتعددة الأطراف.
- 7- المشاركة في المفاوضات ضمن المنظمات الدولية والجهوية والإقليمية.
- 8- حماية ممتلكات الدولة ومصالح الرعايا الجزائريين بالخارج.
- 9- متابعة أعمال تسيير الرعايا الأجانب المقيمين بالخارج
- 10- تعزيز العلاقات التي تربط بالبلاد، الجالية الوطنية المقيمة بالخارج.
- 11- وضع المعطيات والمعلومات والتحليل الضرورية لسير الشؤون الدولية في متناول الحكومة.
- 12- تزويد مختلف المتعاملين الوطنيين بالمعطيات والمعلومات والتوصيات الضرورية لنشاطاتهم.

كما ينص المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 406- 02 المؤرخ في 2002/11/26 السالف الذكر في مواده (من 01- 19) على جملة من المهام الموكلة لسفراء الجمهورية الجزائرية، والتي سنبرز أهمها باختصار كما يلي:

1. تمثيل الجزائر (دولة ورئيسا وحكومة) لدى دولة معتمدة لديها أو أكثر أو لدى منظمة دولية أو أكثر.

2. إعلام الحكومة عبر قناة الإدارة المركزية لوزارة الخارجية، بالوضع السائد في البلد أو بنشاطات المنظم الدولية المعتمد لديها.
 3. ترقية صورة الجزائر لدى سلطات الاعتماد، وتعزيز علاقات التعاون والصداقة مع البلد المعتمد لديه أو المنظمة المعتمد لديها، والعمل على توطيد العلاقات.
 4. يسهر السفير على حماية مصالح الجزائر وترقيتها في البلد أو في المنظمة الدولية التي يكون معتمد فيها.
 5. يشترك السفير في تحضير كل مفاوضة مع البلد أو المنظمات الدولية التي يكون معتمدا لديها، وفي سير ذلك، ويمكن أن يكلف بإدارة هذه المفاوضات.
 6. يسهر السفير على تطوير وتحسين العلاقات مع البلد المعتمد لديه على جميع الأصعدة الاقتصادية والثقافية والعلمية، ويقدم التوصيات أو يقترح المبادرات لضمان وحدة العمل تجاه الدولة أو المنظمة الدولية المعتمد لديها.
- ويلاحظ في هذا الصدد، أن التنظيم الجزائري قد جاء ملما بجميع المهام التي نصت عليها اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية 1961 في مادتها الثالثة (03)، إضافة إلى استعمال "المنظمة الدولية المعتمد لديها" التي لم تشر إليها الاتفاقية، ومهام أخرى أضافها التنظيم الدبلوماسي الجزائري ذات أهمية بالغة.⁽²⁹⁾

كما نلاحظ من خلال استقراءنا للنصوص التنظيمية السالفة الذكر، أن المشرع الجزائري لم يغفل المهام الاستثنائية للبعثة الدبلوماسية في المادة (13) من المرسوم الرئاسي 406-02 وذلك كما يلي: "يمارس السفير الوظائف القنصلية التي تخولها إياه أحكام اتفاقية فيينا حول العلاقات القنصلية والتشريع والتنظيم الوطنيين".

ومن باب المقارنة، نجد على سبيل المثال أن وظائف البعثات الدبلوماسية المصرية في المنظور العام لا تختلف عن تلك المقررة للبعثات الدبلوماسية الجزائرية بصفة خاصة من جهة، والبعثات الدبلوماسية بصفة عامة من جهة أخرى، حيث نجد مثلا أن مصر حتى في قوانينها الأولى منها القانون 453 لسنة 1955 الخاص بتنظيم وزارة الخارجية وكيفية سيرها، حدد اختصاص تلك الوزارة في مادته الأولى، والتي تتضمن في مجملها، أن

الوزارة تتولى تنفيذ السياسة الخارجية للدولة، ودراسة كافة الشؤون المتعلقة بها والسهر على علاقات مصر مع الحكومات الأجنبية والمنظمات الدولية، ورعاية مصالح المصريين وحمائيتهم في الخارج، وتمارس جميع الاختصاصات التي تتصل بعلاقات مصر بالدول الأجنبية، ونذكر من هذه الاختصاصات على سبيل المثال لا الحصر، القيام بالاتصالات والمباحثات والمفاوضات لعقد المعاهدات والاتفاقيات الدولية، ورعاية المصالح المصرية في الخارج واتخاذ الإجراءات لحمائيتها في حدود القوانين واللوائح والمعاهدات والعرف الدولي، كذلك القيام بنشر الأنباء والمعلومات التي تعرف على مصر في الخارج... الخ.⁽³⁰⁾

المبحث الرابع : واجبات أعضاء البعثة الدبلوماسية

نتطرق في هذا المبحث إلى مسألتين هامتين جدا في النظام القانوني للبعثة الدبلوماسية أثناء تأديتها لمهامها، وهما واجبات البعثة الدبلوماسية أو أعضائها بموجب القانون الدولي الاتفاقي المتمثل في اتفاقية فيينا 1961، وواجبات والتزامات البعثة الدبلوماسية التي ينص عليها التنظيم الدبلوماسي الجزائري، ونعالج كل هذا في المطلبين التاليين:

المطلب الأول : الواجبات المنصوص عليها في القانون الدولي الاتفاقي

تحدد المادتان (41) و(42) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961، أهم الالتزامات والواجبات الملقاة على عاتق أعضاء البعثة الدبلوماسية، التي نوردتها كآلاتي:

أولاً: واجب احترام قوانين وأنظمة الدولة المعتمد لديها وعدم التدخل فيها، أو في شؤونها الداخلية، واحترام دستورها، ونظام الحكم فيها والامتناع عن إتيان أي فعل فيه إهانة للحكومة أو للقوانين السائدة، فهم ليسوا مرسلون للإصلاح، ولكن إذا وجدوا فيها ما يمس حصانتهم وامتيازاتهم، أو حصانات أو امتيازات البعثة، هنا على المبعوث الدبلوماسي مراجعة وزارة خارجية الدولة الموفد إليها، أو رفع الأمر لحكومته لاتخاذ ما تراه مناسباً من تدابير.

ويعتبر هذا الواجب من أهم المبادئ التي يقوم عليها القانون الدبلوماسي المعاصر، وكذا المبادئ الثابتة والمستقرة في القانون الدولي المعاصر بصفة عامة، ويهدف هذا المبدأ إلى:

- 1- المحافظة على أمن واستقرار الدولة المضيضة، وسيادتها، واستقلالها.
- 2- شغل الدبلوماسيين بتحقيق الغايات التي أرسلوا من أجلها، وتجنبيهم الانشغال بأمور لا تدخل في بؤرة اهتماماتهم.
- 3- عدم تعكير صفو العلاقات بين الدولتين المرسله والمستقبله.

ثانياً: اعتبار وزارة خارجية الدولة المعتمد لديها، المرجع المباشر لأعمال المبعوث الدبلوماسي، إلا إذا كان بين الدولتين اتفاق يسمح له بالاتصال بوزارات أخرى في الدولة المضيضة، وحصص المرجعية بوزارات الخارجية يفرض عليه، قبل الاتصال بالدوائر السياسية أو الدينية أو المهنية أو غيرها في الدولة المضيضة، الحصول على إذن من هذه الوزارة أو اطلاعها على نشاطه في هذا المجال، واتصاله بوزارة الخارجية قد يتم شفويا (وهي العادة المفضلة)، أو خطيا عن طريق المذكرات والرسائل المعروفة في المراسيم الدبلوماسية.⁽³¹⁾

لذلك لا تلتزم البعثة أو رئيسها، مثلا، باستقبال أشخاص عاديين، أو حتى نواب في البرلمان، أو رجال القضاء من رعايا الدولة المستقبلية، فهي حرة في استقبالهم أو عدم استقبالهم، ويلاحظ أن سلوك البعثات الدبلوماسية حول هذه المسألة متغاير ويختلف من بعثة إلى أخرى، إلا أنها إذا رفضت ذلك فلا مسؤولية عليها.

ثالثاً: عدم استعمال دار البعثة لأي غرض أو بأي طريقة تتنافى مع وظائف البعثة، كما هي مبينة في اتفاقية العلاقات الدبلوماسية أو غيرها من قواعد القانون الدولي العام أو في أية اتفاقات خاصة نافذة بين الدولة المعتمدة والدولة المعتمد لديها. ومثال هذه الأعمال كاستخدام دار البعثة أو مسكن المبعوث الدبلوماسي كمقر لالتقاء جماعة أشرار أو مركز للتجارة بالممنوعات كالأسلحة والمخدرات إلى غير ذلك، مما يجعل دار البعثة تفقد الأساس الذي تستفيد بموجبه من الحصانات والامتيازات المقررة لها قانوناً.

رابعاً: عدم ممارسة المبعوث الدبلوماسي لأي نشاط تجاري أو مهني لمصلحته الشخصية في الدولة المعتمد لديها، فهو لم يرسل إلى هذه الدولة لممارسة هذه الأنواع من النشاط وذلك من خلال استقرائنا للمادة (42) من اتفاقية (1961)، غير أن هذا الحظر لا يشمل النشاط الفني والأدبي، ويلاحظ أن هذا الاستثناء لم تنص عليه المادة السالفة الذكر، ولكنه مستخلص من الأعراف السارية في العمل الدبلوماسي.

المطلب الثاني : واجبات أعضاء البعثة في التنظيم الدبلوماسي الجزائري

وردت جملة من الالتزامات والواجبات المفروضة على أعضاء السلك الدبلوماسي أثناء تواجدهم بإقليم الدولة المعتمد لديها وأثناء تأديتها لمهامها، ومن بين المراسيم التي نظمت الواجبات ماورد مثلاً في الفصل السابع من المرسوم الرئاسي رقم 96- 442 المؤرخ في 28 رجب 1417 الموافق لـ 09 ديسمبر 1996، المتضمن القانون الأساسي للأعوان الدبلوماسيين والقنصلين، وذلك بالموازاة مع ماقرته اتفاقية فيينا في المادة 26 كمايلي " تكفل الدولة المعتمد لديها حرية الانتقال والسفر في إقليمها لجميع أفراد البعثة مع عدم الإخلال بقوانينها وأنظمتها المتعلقة بالمناطق المحظورة أو المنظم دخولها لأسباب تتعلق بالأمن القومي ".⁽³²⁾

أولاً: يعتبر العون الدبلوماسي مسئولاً عن تنفيذ المهام المعهود إليه، وهذا مهما كانت رتبته في السلم الإداري.

ثانياً: يجب على العون الدبلوماسي أن يعمل على تحسين الصورة المميزة للجزائر ونشر معرفتها وتوسيعها في مختلف أوساط البلد المعتمد لديه، وهذا بمساهمته بمسيرته ونشاطاته.

ثالثاً: يجب على عضو البعثة الدبلوماسية أن يوسع باستمرار معرفته وتحكمه في المحيط الذي يعمل فيه، كما يتعين عليه أن يطور كل علاقة مهنية أو اجتماعية، وكل اتصال من شأنه أن يساهم في تحقيق الأهداف الموكلة للمركز الدبلوماسي الذي يمارس نشاطه فيه.

رابعاً: يتعين على المبعوث الدبلوماسي ألا يستعمل الامتيازات والحصانات التي يتمتع بها لأغراض من شأنها أن تمس بكرامة الوظيفة.

خامسا: كما لا يجوز للعون الدبلوماسي الذي يعمل في المصالح الخارجية للجمهورية الجزائرية أن يمارس أي نشاط مكسب آخر، ولا ينطبق هذا الحظر على الإنتاج العلمي أو الأدبي أو الفني.

سادسا: لا يجوز لرئيس البعثة الدبلوماسية الجزائرية أن يغادر الإقامة إلا بعد إذن من وزير الخارجية كما تخضع التنقلات داخل بلد الإقامة إلى إذن مسبق من الإدارة المركزية عندما تتجاوز مدتها (04) أربعة أيام كاملة وفي سائر الأحوال، يتعين على رئيس البعثة الدبلوماسية أن يبلغ الإدارة المركزية عن تنقلاته.

سابعا: يمتنع المبعوث الدبلوماسي الجزائري لمدة خمس سنوات التي تتلو تاريخ انتهاء مهامه، عن القيام بأي عمل لدى الحكومة الأجنبية أو مؤسسة أو منظمة دولية، ما عدا إذا أذن له وزير الشؤون الخارجية بذلك صراحة. ويلاحظ في هذا الصدد، أن المبعوث الدبلوماسي الذي يقصر في أداء واجباته المهنية، أو الذي يأتي عملا مخالفا للأنضباط، أو يرتكب خطأ أثناء قيامه بوظائفه أو بمناسبةها، يتعرض إلى عقوبة تأديبية مع الاحتفاظ بحق المتابعة القضائية عند الاقتضاء.

كما نشير إلى أن مسألة العقوبة التأديبية التي يتعرض إليها المبعوث الدبلوماسي تخضع للتنظيمات الدبلوماسية الداخلية لكل دولة، حيث نجد مثلا أن المرسوم الرئاسي 96- 442 المتضمن القانون الأساسي للأعوان الدبلوماسيين والقنصلين، قد خصص الفصل الثامن منه، لمسألة التأديب، حيث يتناول كل المسائل المتعلقة به لا سيما تحديد درجات العقوبات التأديبية وسلطة توقيعها، وذلك، ضمن المادتين (85) و(86) من المرسوم السالف الذكر، إضافة إلى المواد (79)، (80)، (81) وما بعدها من نفس المرسوم.

الخاتمة -

في خاتمة هذا الموضوع يمكننا أن نستنتج ما يلي:

- أن إنشاء البعثات الدبلوماسية يقوم أصلا على أساس اتفاق بين الدولة الموفدة للبعثة الدبلوماسية والدولة أو الدول المضيفة للبعثة، ومنه فإن إيجاب الأولى يتطلب قبول الثانية، وبالتالي يكون للدولة الحق في قبول

أو رفض تبادل البعثات الدبلوماسية، وعليه فالدولة لا تسأل عن سبب رفضها أو تراخيها في قبول قيام أو إنشاء بعثة دبلوماسية على إقليمها.

- أن الأهلية اللازمة للدولة لكي تنشئ البعثات الدبلوماسية تنجم أساسا على تمتعها بالشخصية القانونية الدولية، وبالتالي فإن المنظمات الدولية تتمتع بهذه الأهلية، كما أن تمتع الدولة بالسيادة الكاملة يخولها ممارسة الحق الكامل في تبادل وإنشاء البعثات الدبلوماسية، وأن الدول الناقصة السيادة (كالمحمية والتابعة) لا تستطيع ذلك إلا في حدود نظامها القانوني، كما أننا نستنتج أنه من الغير المتصور أن تنشأ بعثة دبلوماسية بين دولتين لا تعترف الواحدة منها بالأخرى وبحكومتها.

- أن إنشاء البعثة الدبلوماسية يجب أن يكون باتفاق يفرغ في سند قانوني دولي، قد يكون في اتفاقية خاصة بإنشاء البعثة، أو جزء من معاهدة، أو تتخذ شكلا آخر، لكنه وفي كل الأحوال يبدأ الإنشاء من الناحية الشكلية بإعلان يصدر من عاصمتي الدولتين أو أحدهما يخصص لهذا الغرض وهو البيان المشترك.

- ويستنتج كذلك أن التنظيم الدبلوماسي الجزائري قد جاء ملما بتلك المهام الموكلة إلى البعثة الدبلوماسية المذكورة في اتفاقية 1961، فضلا على أن التنظيم الدبلوماسي الجزائري لا يختلف كثيرا عن اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية في معالجة واجبات أعضاء البعثة الدبلوماسية، باعتبار البعثة الأداة الأساسية للاتصال بين وحدات المجتمع الدولي، وتقوم البعثة بوظائف ذات طبيعة دبلوماسية، ووظائف قنصلية عند الاقتضاء.

الهوامش -

- 1- د. عبد العزيز سرحان، قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1974 ص 141 وص 142.
- 2- للمزيد راجع: جينيه، الدبلوماسية والقانون الدبلوماسي، جزء 3، ص 6-76. وفيه عرض مفصل للاوضاع الجارية فعلا في مختلف الدول فيما يخص ممارسة حق التمثيل الدبلوماسي.
- 3- للمزيد راجع : د. إبراهيم أحمد خليفة، القانون الدبلوماسي والقنصلي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2005، ص 31.
- 4- د. سهيل حسين الفتلاوي، الدبلوماسية بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 1، 2006، ص 11.
- 5- يرى الدكتور غازي حسن صباريني أن لفظ دبلوماسية لم يستعمل بمفهوم توجيه العلاقات الدولية إلا في القرن الخامس عشر.
- 6- د. مجد الهاشمي، العولة الدبلوماسية، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص 143.
- 7- د. سهيل حسين الفتلاوي، الدبلوماسية بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، عمان، ص 143.
- 8- د. علي صادق أبو هيف، القانون الدبلوماسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 87.
- 9- د. على يوسف الشكري، الدبلوماسية في عالم متغير، دار الرضوان للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص 53.
- 10- اقترح مندوب سويسرا استبدال تعبير "الدولة المعتمدة (Etat accréditant) والدولة المعتمد لديها (Etat Accréditaire) وذلك نظرا لعدم استخدامها في القواميس القانونية أو الطاقة، بعبارة الدولة المرسل (Etat d'envoi) والدولة المقر (Etat de résidence) - أنظر د. أحمد أبو الوفا - قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية (علما وعملا) مع الإشارة خاصة لما هو مطبق في مصر، دار النهضة العربية (القاهرة 2003)، ص 51.
- 11- د. علاء أبو عامر، الوظيفة الدبلوماسية، دار الشروق للنشر والتوزيع، 2001، ص 183.
- 12- د. يوسف حسن يوسف، الدبلوماسية الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط 1، 2011، ص 58، 59، 60.
- 13- د. يوسف حسن يوسف، الدبلوماسية الدولية، نفس المرجع، ص 57، 58.
- 14- د. عبد العزيز سرحان، قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية، القاهرة، 1974، ص 153.
- 15- ثارت في هذه النقطة إشكاليات قانونية وفقهية، تتعلق بقاعدة القبول المتبادل وحق التمثيل، والإشكالية القائلة بأن الحق في التمثيل حق مطلق وكامل وليس على الدول أن تعترض سبيل إنشاء بعثات دبلوماسية لدول أخرى على إقليمها، وهذا الخلاف ظهر بخصوص تحديد حق التمثيل، عند دراسة المادة الأولى (01) من المشروع التمهيدي في الدورة (09) للجنة القانون الدولي ومن هؤلاء الفقهاء الذين اعتمدوا قاعدة حق التمثيل، البرازيلي

- AMADO والفقيه GEORGE SELL-أنظر د. عبد العزيز سرحان، المرجع السابق، ص138 وما بعدها.
- 16- د. ثامر كامل محمد، *الدبلوماسية المعاصرة وإستراتيجية المفاوضات*، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الطبعة الأولى، 2000، ص 135.
- 17- د. عبد العزيز سرحان، المرجع السابق، ص 148.
- 18- د. غازي حسن صباريني، *الدبلوماسية المعاصرة*، دار الثقافة، الأردن، 2002، ص 87.
- 19- أنظر: د. محمد سامي عبد الحميد، *أصول القانون الدولي العام*، الجزء الثالث، المجلد الأول، القانون الدبلوماسي والقانون القنصلي والقانون الدولي للبحر، الطبعة (3)، الإسكندرية، 2002، ص 46.
- 20- د. علاء أبو عامر، *الوظيفة الدبلوماسية*، المرجع السابق، ص 149.
- 21- د. سمويح فوق العادة، *الدبلوماسية الحديثة*، دار اليقظة العربية، دمشق، سنة 1973، ص 72.
- 22- للمزيد راجع: د. خليل حسن المراسم *والتشريفات الدبلوماسية وقواعد اللياقة والمجاملة*، منشورات الحلبي الحقوقية، 2012، ص 259.
- 23- د. على حسين الشامي، *الدبلوماسية*، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص 302.
- 24- د. على حسين الشامي، *الدبلوماسية*، نفس المرجع، ص 302.
- 25- راجع التفصيل:
- A.plantey .de la politique entre les etats.principes de diplomatie.Ed.pedone.paris.1987.p 245.
- 26- د. على حسين الشامي، *الدبلوماسية*، المرجع السابق، ص 303.
- 27- طالع الجريدة الرسمية الصادرة عن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية بتاريخ 04 شعبان عام 1417 الموافق ل 1996 العدد 78، ص (22، 24، 25)، ص 09.
- 28- طالع الجريدة الرسمية الصادرة عن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية بتاريخ 26 رمضان 1423 الموافق ل 2002/12/01، العدد 79، ص (22، 24).
- 29- حيث يبدو ذلك جليا من خلال المقارنة بين المادة الثالثة (03) من اتفاقية فيينا 1961، وفحوى النصوص القانونية للمشرع الجزائري، حيث أن الاتفاقية عندما تتناول الاعتماد، فإنها تشير دائما إلى الدول دون ذكر المنظمات الدولية على عكس المشرع الجزائري.
- 30- د. أحمد أبو الوفا، *قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية (علما وعملا)*، مرجع سابق، ص 105، 106، 107.
- 31- Dr. AHMED ABOU-EIWABA, Public International Law, Dar ENNAHD AL-ARABIA, CAIRO, 1er EDITION, P387.
- 32- د. منيرة أبوبكر محمد، *الصلات بين العلاقات الدبلوماسية والعلاقات القنصلية*، منشورات الحلبي، بيروت، 2013، ص 84.



حماية الحق في ممارسة الشعائر الدينية بين القانون الدولي

والتشريع الجزائري

طحور فيصل^{1,2}

1- قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة البشير الإبراهيمي. برج

بوعرييج.

2- قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة باتنة 1.

fayssaltahrour@yahoo.fr

الملخص-

تعد الظاهرة الدينية من الظواهر المتجذرة في المجتمعات الإنسانية، هذه الأخيرة التي عملت بدورها وعبر مختلف النظم القانونية الوطنية والدولية على تنظيمها إقرارا وضبطا، فأصبح بذلك حق ممارسة الشعائر الدينية الفردية والجماعية مكرسا في مختلف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية. والتشريع الجزائري من جهته قد واكب إقرار هذا الحق وضمن ممارسته من خلال تكريسه في المنظومة القانونية لا سيما في مختلف الدساتير، الأمر الذي يعد توافقا فعليا مع الاتفاقيات الدولية الأساسية المتعلقة بحقوق الإنسان التي انضمت إليها الجزائر .

كلمات مفتاحية -

حقوق الإنسان، ، الحق في ممارسة الشعائر الدينية، القانون الدولي لحقوق الإنسان، التشريع الجزائري.

Protection of the right to practice their religious rites between international law and the algerian legislation

Abstract-

The religious phenomenon is considered among the most inherent phenomenon in human societies, these have worked, through various national and international legal systems, the organization of its approval and its adaptation, and for that; the right to practice individual and collective religious rituals is stabilized in the various national laws and international conventions.

From its side, the Algerian legislation accompanied the adoption of this law and the assurance of its practice, by its consecration in the legal system, particularly in the different constitutions, which is considered really compatible with the major international conventions of human rights, in which lgeria made membership.

Keywords -

human rights , The right to practice their religious rites, International human rights law, Algerian legislatio

مقدمة-

شهدت حقوق الإنسان الفردية والجماعية اهتماما متزايدا على الصعيدين الدولي والوطني، وما يترجم ذلك الثراء الواضح والتطور الكبير على مستوى التشريعات في مختلف النظم القانونية العالمية والمحلية المكرسة و الضامنة لاحترام وحماية حقوق الإنسان، فعلى الصعيد الدولي نجد ايضا من الاتفاقيات المتعددة المقررة لهذه الحقوق ، أما على الصعيد الوطني فنلاحظ تطور معظم التشريعات الوطنية في مجال إقرار وحماية هذه الحقوق ومنها التشريع الجزائري

وباعتبار أن الدين" يشكل أحد أهم الدعامات الأساسية في بناء ونشأة واستمرار وتقدم الحضارة الإنسانية في ظل ما يقوم به من دور رئيسي في صياغة

حياة الإنسان، وسلوكياته ومعاملاته وأخلاقه"¹ ، وباعتباره ظاهرة اجتماعية لازمت المجتمعات منذ الأزل- إذ أن الإنسان متدين بفطرته- كان من البديهي أن تحظى الشعائر الدينية بمركز قانوني ينظمها ويضبطها ويؤطرها، فأصبح بذلك حق ممارسة الشعائر الدينية من الحقوق الأساسية للإنسان التي نالت العناية اللازمة على المستويين الدولي والمحلي.

وتكتسي المسألة الدينية بالنسبة للمجتمع الجزائري قيمة استثنائية، ذلك أن الدين الإسلامي شكّل ومنذ الفتوحات الإسلامية حجر الزاوية في بناء كيانه وترسيخ هويته، واستقلاليتته، وقد انعكس ذلك في التشريع الجزائري الذي أعطى أهمية بالغة للدين الإسلامي باعتباره دينا للدولة، من خلال تيسير السبيل إليه وحمايته من مختلف أوان المس أو الاعتداء، مما شكّل حماية حقيقية للحق في التدين الصحيح، هذا مع ضمان حرية المعتقد وحق ممارسة الشعائر الدينية لأهل الديانات السماوية الأخرى في إطار احترام أحكام الدستور والقوانين والتنظيمات السارية المفعول، واحترام النظام العام والآداب العامة وحقوق الآخرين وحياتهم الأساسية، وسنحاول من خلال هذا المقال رصد مدى كفاية وفعالية احترام وتكريس الحق في ممارسة الشعائر الدينية في المواثيق الدولية والإقليمية الأساسية لحقوق الإنسان من خلال ما أقرته هذه المواثيق من حماية لهذا الحق من جهة، وفي التشريع الوطني الجزائري من جهة أخرى وعقد المقارنة بينهما من خلال تحرير مواطن الاتفاق والافتراق.

أولاً: حماية الحق في ممارسة الشعائر الدينية في القانون الدولي.

تناولت مختلف المواثيق الدولية والإقليمية المتعلقة بحقوق الإنسان لا سيما الأساسية منها كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق

¹- حسين فوزي النجار، الإسلام والدولة العصرية، الهيئة العامة للكتاب، القاهرة، 1987م،

السياسية والمدنية، أهم المبادئ والحقوق التي تضمن كرامته وإنسانيته ، وسوف نتطرق إلى موقع حق ممارسة الشعائر الدينية في كل من الاتفاقيات الدولية والمواثيق الإقليمية لحقوق الإنسان.

1- حماية الحق في ممارسة الشعائر الدينية في الاتفاقيات الدولية.

حضي الحق في ممارسة الشعائر الدينية بحيز من الاهتمام في المواثيق الدولية والإقليمية لا سيما الأساسية منها كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية.

أ- في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان :

" أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في قصر شاويو في باريس، ويعتبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أول وثيقة دولية أساسية موجهة لجميع البشر على حد سواء نصت على حقوق مدنية سياسية واقتصادية وثقافية²، والذي اعتبر، وبحق أهم إعلانات الأمم المتحدة وأبعدها أثرا، إذ شكل هذا الإعلان مصدرا أساسيا يلهم الجهود الوطنية والدولية في مجال تعزيز حقوق الإنسان وحرياته الأساسية"³، وقد اعتمد ونشر على الملأ بقرار الجمعية العامة 217 ألف (د- 3) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

وفي ديباجة الإعلان نجد تنويها بأن البشر قد نادوا ببزوغ عالم يتمتعون فيه بحرية القول والعقيدة(الفقرة 3 من الديباجة).

كما أن المادة 18 قد نصت على أنه: " لكل شخص حق في حرية الفكر والوجدان والدين، ويشمل هذا الحق في حريته في تغيير دينه أو معتقده، وحرية

² - لينا الطبال، لينا الطبال، وثائق حقوق الإنسان، دار المؤسسة الحديثة للكتاب، د ن. ص 122.

³ - محمد شريف بسيوني، الوثائق الدولية لحقوق الإنسان، الجزء 1، دار الشروق، مصر، 2003م. ص 25.

في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملأ أو على حدة".

وجاءت المادة التي تليها تفيد بأنه: " لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حريته في اعتناق الآراء دون مضايقة، وفي التماس الأنباء والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين، بأية وسيلة ودونما اعتبار للحدود" و الملاحظ أن هاتين المادتين قد أقرتا الحقوق المعنوية الأساسية للإنسان في التفكير والاعتقاد والوجدان والدين وهي من الخصائص الجوهرية التي تميز الإنسان، وتعبّر عن كرامته، فالإنسان كائن مفكر، لتمتعه بملكة العقل والتمييز، وهي قدرة يختلف بها عن غيره من المخلوقات.

لكن ما يؤخذ على هاتين المادتين أنهما قد فتحنا باب الحرية واسعاً دونما أي قيد، فهي لم تضع حداً لحرية اعتقاد الدين أو تغييره، إذ نزعته عنه لباس القداسة وأنزلته منازل الحقوق المادية الأخرى (أي أن الدين كباقي الأشياء المادية)، وهو منظور يجعل الإنسان يعلو فوق الدين في حد ذاته، وهذا ترجمة صادقة للفلسفة الغربية الحديثة ذات النزعة المادية المشينة التي جعلت الإنسان مركز كل شيء بما في ذلك الظاهرة الدينية، وهو ما يتعارض وطبيعة الدين في حد ذاته .

كما أن المادتين السابقتين سويتا بين مختلف الأديان الصحيحة والمنحرفة، السماوية وغيرها، الصائبة والضالة مما يجعل الباب مفتوحاً على مصراعيه على مختلف المذاهب والملل والنحل، دونما تمحيص أو تمييز.

إن المسألة الدينية هي قضية محورية بالنسبة للإنسان وإن تكريس الحق في التدين يعد مكسباً أساسياً في منظومة الحقوق، إلا أن آليات إعمال لهذا الحق يجب أن تطور حتى يتمكن الإنسان من اختيار دينه الصحيح، مما يجعل الآليات التعريفية بالأديان يعد شرطاً ضامناً لحماية هذا الحق، كما أن مننديات التعارف والحوار بين أتباع مختلف الأديان قد يجنب مآزق الصراع المفضي إلى التعصب وانتهاك هذا الحق.

وتجدر الإشارة إلى أن الجزائر قد أقرت الانضمام إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في أول دستور لها حيث جاء فيه: "توافق الجمهورية على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و تنضم إلى كل منظمة دولية تستجيب لمطامح الشعب الجزائري وذلك اقتناعاً منها بضرورة التعاون الدولي" (المادة 11 من دستور 1963).

ب- في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966:

تعريزاً لما ورد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وضمناً لحماية أكثر فعالية لحقوق الإنسان جاء العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي اعتمد في 16 ديسمبر 1966، ودخل حيز التنفيذ في 23 مارس 1976⁴. ولقد نص هذا العهد على الحق في حرية العقيدة في المادة 18 منه حيث جاء فيها:

1- لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين، ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما وحرية في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحرية في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم بمفرده أو مع جماعة وأمام المألأ أو على حده.

2- لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأنه أن يخل بحريته في أن يخل بحريته في أن يدين بدين ما، أو بحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره.

3- لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحررياتهم الأساسية.

4- تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء أو الأوصياء عند وجودهم في تأمين تربية لأولادهم دينياً وخلقياً وفقاً لقناعاتهم الخاصة.

⁴ - نبيل قرقور، الحماية الجنائية لحرية المعتقد - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، جامعة بسكرة، 2013/2014 م، ص 139 وما بعدها.

2- في الاتفاقيات الإقليمية.

أ- في ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي

وبدأ العمل به في ديسمبر 2000 م ومما جاء فيه حول مسألة الاعتراف والتعبير ما ورد في المادة 10 منه التي عنوانت بـ: "حق الفكر والضمير والديانة" وقد جاء فيها:

أ- لكل شخص الحق في حرية الفكر والضمير والديانة، ويشمل هذا الحق الحرية في تغيير الديانة، أو العقيدة، وحرية إعلان الديانة أو العقيدة والتعبير والتعليم والممارسة وإقامة الشعائر، إما بمفرده، أو بالاجتماع مع الآخرين، وإما بشكل علني أو بشكل سري.

ب- إقرار الحق في عدم الاشتراك في الحروب وفقاً للقوانين المحلية التي تحكم ممارسة هذا الحق.

ومن بين الآليات الأوروبية الضامنة لحقوق الإنسان بصفة عامة والتي تدخل ضمنها الحق في ممارسة الشعائر الدينية:

- اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي دخلت حيز التنفيذ سنة 1953⁵
- المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والتي لها اختصاص النظر في شكاوى الأفراد والمنظمات غير الحكومية التي ترى أنها ضحية انتهاك حق من الحقوق الواردة في الاتفاقية من طرف أحد الأطراف في الاتفاق (المادة 34 من الاتفاقية).

ب- حق ممارسة الشعائر الدينية في المواثيق العربية والإسلامية

• حق ممارسة الشعائر الدينية في الإعلان العربي لحقوق الإنسان

اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار مجلس جامعة الدول العربية رقم 5427 المؤرخ في 15 سبتمبر 1997 ومما جاء فيه فيما يخص الحق في ممارسة التدين ما جاء في الديباجة: " انطلاقاً من إيمان الأمة العربية بكرامة الإنسان منذ أن

⁵ - نبيل قرقور، مرجع سابق، ص 146 وما بعدها.

أعزها الله بان جعل الوطن العربي مهد الديانات وموطن الحضارات التي أكدت حقه في حياة كريمة على أسس من الحرية والعدل والسلام".

كما نصت المادة 26 أن: "حرية العقيدة والفكر والرأي مكفولة لكل فرد"، وتواصل المادة 27 تعميق هذا الحق بأن أقرت أن: "للأفراد من كل دين الحق في ممارسة شعائرهم الدينية، كما لهم الحق في التعبير عن أفكارهم عن طريق العبادة أو الممارسة أو التعليم وبغير إخلال بحقوق الآخرين ولا يجوز فرض أية قيود على ممارسة حرية العقيدة والفكر والرأي إلا بما نص عليه القانون".

وتجدر الإشارة أن هذا الحق قد جاء حسب هذه المادة مقيدا بشرطين، الأول هو عدم الإخلال بحقوق الآخرين، أي أنه يجب أن لا يتخذ التدين للمساس بحقوق الآخرين، والشرط الثاني هو أن لا يكون الدين حاجبا للحرية الفكرية والعقدية أو مقيدا لها بل يرجع في كل ذلك إلى القانون، وهذا من شأنه أن يكون واقيا وكابحا يحول دون ظهور الفكر الديني المتطرف، وهذا من شأنه أن يساهم في وجود مناخ فكري وثقافي متسم بالوسطية والسلم والتسامح وهو ما أشارت إليه المادة 35 التي نصت على أنه: "للمواطنين الحق في الحياة في مناخ فكري وثقافي يعتز بالقومية العربية، ويقدر حقوق الإنسان ويرفض التفرقة العنصرية والدينية وغير ذلك من أنواع التفرقة ويدعم التعاون الدولي وقضية السلام العالمي".

وهذا بدوره يؤدي إلى اختفاء ظواهر التطرف والتمييز الديني خاصة ضد الأقليات التي

لا يجوز حرمان الأقليات من حقها في التمتع بثقافتها أو اتباع تعاليم دياناتها(المادة 37)

• حق ممارسة الشعائر الدينية في إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام⁶

جاء إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام الذي تم إجازته من قبل مجلس وزراء خارجية منظمة مؤتمر العالم الإسلامي، القاهرة، 5 أغسطس 1990 ليؤكد المرجعية الدينية الإسلامية للحقوق الثقافية، وذلك بأن بين أن الله تعالى هو مانح هذه الحقوق وفارضها، كما يعبر هذا الإعلان عن المساهمة الحضارية للأمم الإسلامية في إثراء المنظومة الحقوقية العالمية من خلال إبراز وتبيين الحقوق المقررة من قبل الشريعة الإسلامية (الفقرة 3 من الديباجة). ونجد أن المادة الأولى قد أشارت إلى مسائل تأسيسية جوهرية لحقوق الإنسان من خلال المساواة والكرامة والاعتقاد حيث أقرت أن:

"أ- البشر جميعا أسرة واحدة جمعت بينهم العبودية لله والنبوة لأدم وجميع الناس متساوون في أصل الكرامة الإنسانية وفي أصل التكليف والمسؤولية دون تمييز بينهم بسبب العرق أو اللون أو اللغة أو الجنس أو المعتقد الديني أو الانتماء السياسي أو الوضع الاجتماعي أو غير ذلك من الاعتبارات، وأن العقيدة الصحيحة هي الضمان لنمو هذه الكرامة علي طريق تكامل الإنسان.
ب- أن الخلق كلهم عيال الله وأن أحبهم إليه أنفعهم لعياله وأنه لا فضل لأحد منهم علي الآخر إلا بالتقوى والعمل الصالح".

أما مسائل الاعتقاد والتدين فقد وردت وبشكل مباشر واضح في المواد: 9، 10، 11، 22، 24، 25 فالمادة 9 تناولت الحق في التدين الصحيح مشفوعا

⁶ - فتيسي فوزية: الحق في ممارسة الشعائر الدينية وضوابطه في ظل أحكام القانون الدولي

لحقوق الإنسان، جامعة باتنة، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، 2009/2010م، ص 46 وما بعدها.

بالحق في التعليم بما يتيح للإنسان أن يتمتع بالمعرفة الحقيقية بهذا الدين باعتبارها الهداية اللازمة للإنسان فوق هذه البسيطة، إذ نجد أن هذه المادة جعلت: "أ- طلب العلم فريضة والتعليم واجب علي المجتمع والدولة وعليها تأمين سبله ووسائله وضمان تنوعه بما يحقق مصلحة المجتمع وبتيح للإنسان معرفة دين الإسلام وحقائق الكون وتسخيرها لخير البشرية.

ب- من حق كل إنسان علي مؤسسات التربية والتوجيه المختلفة من الأسرة والمدرسة وأجهزة الإعلام وغيرها أن تعمل علي تربية الإنسان دينيا وديويا تربية متكاملة متوازنة تنمي شخصيته وتعزز إيمانه بالله واحترامه للحقوق والواجبات وحمائتها."

وفي ذات المسألة المتعلقة بالتدين الإسلامي الصحيح نجد أن المادة 10 قد أقرت أن

"الإسلام هو دين الفطرة، ولا يجوز ممارسة أي لون من الإكراه علي الإنسان أو استغلال فقره أو جهله علي تغيير دينه إلي دين آخر أو إلي الإلحاد." أما المادة 11 فنجدها تتكلم عن الإكراه والعبودية التي قد يمارسها الإنسان ضد أخيه الإنسان، إذ أن مسألة الحرية مسألة جوهرية فيما يتعلق بالكرامة الإنسانية وحقوق الإنسان فأفادت علي أنه:

"أ- يولد الإنسان حرا وليس لأحد أن يستعبده أو يذله أو يقهره أو يستغله ولا عبودية لغير الله تعالي.

ب- الاستعمار بشتى أنواعه وباعتباره من أسوأ أنواع الاستعباد محرم تحريما مؤكدا وللشعوب التي تعانيه الحق الكامل للتحرر منه وفي تقرير المصير، وعلي جميع الدول والشعوب واجب النصرة لها في كفاحها لتصفية كل أشكال الاستعمار أو الاحتلال، ولجميع الشعوب الحق في الاحتفاظ بشخصيتها المستقلة والسيطرة علي ثرواتها ومواردها الطبيعية.

ج- للأبوين علي الأبناء حقوقهما وللأقارب حق علي ذويهم وفقا لأحكام الشريعة."

ولا يكتمل الحق في الاعتقاد والتدين إذا لم يكن محاطا بالتمتع بالحق في حرية التعبير وعدم الإكراه والكبت وهو ما تناولته المادة 22، التي جاء فيها أنه:

"أ- لكل إنسان الحق في التعبير بحرية عن رأيه بشكل لا يتعارض مع المبادئ الشرعية.

ب- لكل إنسان الحق في الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وفقا لضوابط الشريعة الإسلامية.

ج- الإعلام ضرورة حيوية للمجتمع، ويحرم استغلاله وسوء استعماله والتعرض للمقدرات وكرامة الأنبياء فيه، وممارسة كل ما من شأنه الإخلال بالقيم أو إصابة المجتمع بالتفكك أو الانحلال أو الضرر أو زعزعة الاعتقاد.

د- لا يجوز إثارة الكراهية القومية والمذهبية وكل ما يؤدي إلى التحريض علي التمييز العنصري بكافة أشكاله."

و تجدر الإشارة أن هذه المادة قد قيدت هذا الحق بمبادئ الشريعة الإسلامية، كما نبهت إلى ضرورة الابتعاد عن إثارة كل أسباب التحريض على الكراهية القومية أو المذهبية بكل أشكالها وأنواعها.

كما نجد أن هذا الإعلان قد جعل أحكام الشريعة الإسلامية هي الإطار العام الضابط لكل الحقوق الواردة فيه وهذا ما نصت عليه المادة 24 منه بنصها أن:

"كل الحقوق والحريات المقررة في هذا الإعلان مقيدة بأحكام الشريعة الإسلامية."

وفيما يخص التفسيرات والتوضيحات التي قد ترد على مواد هذا الإعلان فقد جاءت المادة 25 لتبين أن:"الشريعة الإسلامية هي المرجع الوحيد لتفسير أو توضيح أي مادة من مواد هذه الوثيقة".

ثانيا: حماية الحق في ممارسة الشعائر الدينية في التشريع الجزائري

لقد جاءت مختلف التشريعات القانونية للدولة الجزائرية المستقلة مكرسة لمكونات الهوية الحضارية للشعب الجزائري بأبعادها الأساسية، التي يعتبر الإسلام أبرزها وأهمها، وضامنة لمختلف الحقوق الأساسية للإنسان السياسية

والمدينة والاجتماعية والثقافية ، كما يعتبر الحق في ممارسة الشعائر الدينية من أهم هذه الحقوق المكرسة التي تناولها التشريع الجزائري إقرارا وإعمالا وحماية ، فنجد أن كل الدساتير الجزائرية تناولت هذا الأمر مما يمنحه درجة عالية من الحماية من خلال ضمان الحق في ممارسة الشعائر الدينية ، وبما أن الغالبية العظمى من الشعب الجزائري تدين بالإسلام، فقد جاء ذلك مكرسا في كل الدساتير بالنص على أن الإسلام هو دين الدولة ، إلا أن ذلك لم يمنع الإقرار بالحق في ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين وتنظيمه وممارسته دستوريا من خلال القانون 06- 03 المؤرخ في 27 محرم 1427 الموافق لـ: 28 فبراير عام 2006، وهو ما يعكس التوازن والمرونة في إقرار حقوق الإنسان في التشريع الجزائرية.

وسنتناول فيما يأتي حماية هذا الحق في كل من الدساتير الجزائرية وفي القانون 06- 03

1- حماية الحق في ممارسة الشعائر الدينية في الدساتير الجزائرية⁷ :

أ- في دستور 1963

جاء في ديباجة دستور 1963 : " إن الإسلام و اللغة العربية قد كانا ولا يزال كل منهما قوة فعالة في الصمود ضد المحاولة التي قام بها النظام الاستعماري لتجريد الجزائريين من شخصيتهم. فيتعين على الجزائر التأكيد بأن اللغة العربية هي اللغة القومية الرسمية لها، وأنها تستمد طاقتها الروحية الأساسية من دين الإسلام، بيد أن الجمهورية تضمن حرية ممارسة الأديان لكل فرد و احترام آرائه ومعتقداته."

فهنا تأكيد على مسألتين جوهريتين، الأولى أن الإسلام يعتبر أحد مكونات الأمة الجزائرية قبل مرحلة الاستعمار وأنه شكل مصدرا لطاقتها الروحية

⁷ - بن جيلالي سعاد، حرية المعتقد في النظام القانوني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر1، 2015/2016، ص 111 وما بعدها.

الأساسية في وجودها وفي مقومتها للاستعمار الذي حاول تجريد الجزائريين من شخصيتهم.

أما المسألة الثانية وهي على قدر من الأهمية وهي السماح لأهل الديانات الأخرى بممارسة شعائرهم واحترام آرائهم ومعتقداتهم.

وقد جاءت المادة الرابعة من هذا الدستور مخصصة لهذه المسألة حيث نصت على أن: "الإسلام دين الدولة و تضمن الجمهورية لكل فرد احترام آرائه و معتقداته و حرية ممارسة الأديان".

ب- في دستور 1976

جاء دستور 1976 متوافقا مع دستور 1963 في المسألة الدينية حيث نصت المادة 2 منه على أن "الإسلام دين الدولة"، وترسيخا وتثبيتا لهذا العنصر الهام من عناصر الهوية الوطنية للمجتمع الجزائري منع هذا الدستور المساس بالدين الإسلامي في أي مشروع تعديل للدستور إذ نصت المادة 195 أنه: "لا يمكن لأي مشروع لتعديل الدستور أن يمس :

1. بالصفة الجمهورية للحكم.

2. بدين الدولة.

3. بالاختيار الاشتراكي.

4. بالحرية الأساسية للإنسان والمواطن.

5. بمبدأ التصويت عن طريق الاقتراع العام المباشر والسري.

6. بسلامة التراب الوطني"

كما كرس هذا الدستور أيضا الحق في حرية الرأي والمعتقد، وذلك ما تناولته المادة 53 بنصها على أن "لا مساس بحرية المعتقد و لا بحرية الرأي".

ت- في دستور 1996

حضيت المسألة الدينية بموقع الاهتمام من طرف المشرع الدستوري ، ومما جاء الديباجة هذا الدستور ما يلي: "كان أول نوفمبر 1954 نقطة تحوّل فاصلة في تقرير مصيرها وتتويجا عظيما لمقاومة ضروس، واجهت بها مختلف الاعتداءات

على ثقافتها، وقيمها، والمكونات الأساسية لهويتها، وهي الإسلام والعروبة والأمازيغية. وتمتد جذور نضالها اليوم في شتى الميادين في ماضي أمّتها المجيد".
كما أكدت الديباجة أيضا أن " الجزائر، أرض الإسلام، وجزء لا يتجزأ من المغرب العربي الكبير، وأرض عربيّة، وبلاد متوسطيّة وإفريقيّة تعتزّ بإشعاع ثورتها، ثورة أوّل نوفمبر، ويشرفها الاحترام الذي أحرزته، وعرفت كيف تحافظ عليه بالتزامها إزاء كلّ القضايا العادلة في العالم".

ومما يمكن ملاحظته أن دستور 1996 قد حافظ على موقفه تجاه المسألة الدينية في الدولة الجزائرية فلقد جاءت المادة 2 منه مطابقة لنفس الدستور السابق حيث نصت على أن " الإسلام دين الدولة"، ومن آثار هذه المادة شرع الدستور المادة 9 التي تنص أنه: " لا يجوز للمؤسّسات أن تقوم بما يأتي :

- الممارسات الإقطاعيّة، الجهوية، والمحسوبيّة،
- إقامة علاقات الاستغلال والتبعية،
- السلوك المخالف للخلق الإسلاميّ وقيم ثورة نوفمبر".

وبهذا أصبح الخلق الإسلامي وقيم ثورة نوفمبر ضابطا في أفعال وسلوكات مختلف المؤسسات المجتمعية ، وهي نقلة في التكريس العملي لقيم الدين الإسلامي على أرض الواقع.

وعلى غرار الدساتير السابقة فإن التمسك بالدين الإسلامي كدين للدولة لم يغلق الباب أمام أتباع الديانات الأخرى للتمتع بحقهم في ممارسة شعائهم الدينية وهو ما نصت عليه المادة 36 حيث جاء فيها: " لا مساس بحرمة حرّية المعتقد، وحرمة حرّية الرّأي".

وفي المادة 73 من هذا الدستور يعتبر التدين بالدين الإسلامي شرط ضروري ولازم للترشح لمنصب رئيس الجمهورية ضمن مجموعة من الشروط الأخرى التي نصت عليها هذه المادة حيث: " يحق أن يُنتخب لرئاسة الجمهورية إلا المترشّح الذي :

- يتمتع، فقط، بالجنسية الجزائرية الأصلية،

- **يدين بالإسلام،**
- يكون عمره أربعين (40) سنة كاملة يوم الانتخاب،
- يتمتع بكامل حقوقه المدنية والسياسية،
- يثبت الجنسية الجزائرية لزوجته،
- يثبت مشاركته في ثورة أول نوفمبر 1954 إذا كان مولودا قبل يوليو 1942،
- يثبت عدم تورط أبويه في أعمال ضدّ ثورة أول نوفمبر 1954 إذا كان مولودا بعد يوليو 1942،
- يقدم التصريح العلني بممتلكاته العقارية والمنقولة داخل الوطن وخارجه،
- تحدّد شروط أخرى بموجب القانون
- وفي اليمين الدستورية التي يؤديها رئيس الجمهورية حسب نص المادة 76 يقسم رئيس الجمهورية على احترام الدين الإسلامي وتمجيده والمدافعة عن الدستور. ومما استجده دستور 1996 خلافا للدساتير السابقة هو تأسيسه للمجلس الإسلامي الأعلى وهو ما تناولته المادة 171 التي تنص على: " يؤسس لدى رئيس الجمهورية مجلس إسلامي أعلى، يتولّى على الخصوص ما يأتي :
- الحثّ على الاجتهاد وترقيته،
- إبداء الحكم الشرعي فيما يعرض عليه،
- رفع تقرير دوري عن نشاطه إلى رئيس الجمهورية".
- وتناولت المادة 172 منه تكوينه حيث: " يتكوّن المجلس الإسلامي الأعلى من خمسة عشر (15) عضوا منهم الرئيس، يعيّنهم رئيس الجمهورية من بين الكفاءات الوطنية العليا في مختلف العلوم".
- أما المادة 178 فقد تضمنت العناصر التي لا يمكن لأيّ تعديل دستوري أن يشملها ويعتبر الدين الإسلامي أحد هذه العناصر، حيث نصت على أنه: " لا يمكن أيّ تعديل دستوري أن يمسّ :
- 1 - الطابع الجمهوري للدولة،
- 2 - النظام الديمقراطي القائم على التعددية الحزبية،

- 3 - الإسلام باعتباره دين الدولة،
 - 4 - العربية باعتبارها اللغة الوطنية والرسمية،
 - 5 - الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن،
 - 6 - سلامة التراب الوطني ووحدته.
- هذا وقد جاء تعديل 2008 متناغما مع سابقه من الدساتير إذ لم يمس المواد المتعلقة بالدين الإسلامي، فالمادة 178 نصت على أنه: " لا يمكن أي تعديل دستوري أن يمس بـ:

- 1- الطابع الجمهوري للدولة.
- 2- النظام الديمقراطي القائم على التعددية الحزبية.
- 3- الإسلام باعتباره دين الدولة.
- 4- عربية باعتبارها اللغة الوطنية والرسمية.
- 5- الحريات الأساسية وحقوق الإنسان و المواطن.
- 6- سلامة التراب الوطني ووحدته.
- 7- العلم الوطني والنشيد الوطني باعتبارهما من رموز الثورة والجمهورية ."

وفي التعديل الدستوري الأخير المقترح الجزائري الذي عرض وصودق عليه من طرف البرلمان المجتمع بغرفتيه بالأغلبية المطلقة بتاريخ 2016/02/07، و فيما يخص الحقوق والحريات فقد هدفت التعديلات المقترحة في هذا الإطار، إلى توسيع وإثراء الفضاء الدستوري للمواطن من خلال تكريس حريات عامة جديدة، وتعزيز حقوق مكفولة دستوريا

وفي هذا الصدد، فقد جاء تكريس وإقرار حرية ممارسة الشعائر الدينية في إطار القانون. فأصبح بذلك حق ممارسة الشعائر الدينية حقا دستوريا وهو ما يضمن عليه حماية أقوى وتكريسا اكبرا، ولأجل ذلك فقد عدلت المادة 36 من الدستور التي كانت تتناول موضوع حرية المعتقد وحررت كالآتي:

" لا مساس بحرمة حرية المعتقد، وحرمة حرية الرأي"، حيث أضيفت إليها الفقرة الآتية: " حرية ممارسة الشعائر الدينية مضمونة في نطاق احترام القانون"، فأصبحت بذلك مادة ضامنة للحق في ممارسة الشعائر الدينية وضابطة له في نفس الوقت.

2- حماية الحق في ممارسة الشعائر الدينية في قانون 06- 03 .

تعد الضمانات التشريعية من أقوى الضمانات مقارنة بالضمانات الدستورية والدولية كونها تدخل في التفاصيل الدقيقة للحرية الدينية للأفراد ، مما يسهل معه حماية هذه الحرية عن طريق اتباع الإجراءات التي رسمها المشرع⁸.
جاء في الأمر 06- 03 المؤرخ في 27 محرم 1427 الموافق لـ: 28 فبراير عام 2006 ما ينظم ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين ، من خلال تحديد شروط وقواعد الممارسة، حيث جاء هذا الأمر متضمنا فصلا للأحكام العامة، ثم الفصل الثاني جاء متناولا لشروط ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين، أما الفصل الثالث فقد تناول أحكاما جزائية تتعلق بمن يخالف الأحكام الواردة في هذا الأمر إما الفصل الرابع والأخير فقد تضمن أحكاما انتقالية.

أما عن الشروط الضابطة للحق في ممارسة الشعائر الدينية فقد جاءت على سبيل الحصر في المواد من 05 إلى ، 10 فالمادة 05 تطرقت إلى مسألة المباني المخصصة للممارسة الشعائرية والقيود الواردة عليها، حيث يجب أن تكون معلومة ومحصاة من طرف سلطات الدولة، كما يجب أن تكون محصاة لممارسة الشعائر الدينية فقط دون غيرها من أوجه النشاط الممكنة، وتحضى هذه الأماكن بالحماية اللازمة .

⁸ - ادريس حسن محمد الجبوري، الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية، دار النهضة

العربية، مصر، 2009م. ص273.

والمادة السادسة تعرضت إلى أمر هام وجوهري وهو تنظيم الممارسة الجماعية للشعائر الدينية الذي يجب أن يكون ضمن جمعيات معتمدة خاضعة للقانون المنظم للجمعيات وخاضعة أيضا لهذا الأمر، ويجب تكون أيضا هذه الممارسة محصورة في الأماكن المشار إليها في المادة السابقة وان تكون واضحة المعالم وهذا ما وضحته المادة السابعة من هذا الأمر، أما المادة 08 فتشترط التصريح المسبق للممارسة التظاهرات الدينية ، حيث يوضح التنظيم شروط وكيفيات تنظيم هذه المسألة.

وبموجب المادة 09 تنشئ وزارة الشؤون الدينية والأوقاف لجنة وطنية للشعائر الدينية تتولى وبالاخصصوص المسائل الآتية:

- السهر على حرية ممارسة الشعائر الدينية.
 - التكفل بالشؤون والانشغالات المرتبطة بالشعائر الدينية.
 - إبداء رأي مسبق لاعتماد جمعيات ذات الطابع الديني.
- وتشكل تشكيلة هذه اللجنة عن طريق التنظيم.

أما المواد من 10 إلى 15 والواردة ضمن الفصل الثالث من هذا الأمر فقد تناولت أحكاما جزائية في المخالفين للشروط التنظيمية الواردة ضمن هذا الأمر، حيث تناولت المادة 10 الأفعال التي تبتعد عن هدف المحل المخصص للعبادة حيث ذكرتها على سبيل الحصر فيما يلي:

- التحريض على عدم تطبيق القوانين أو قرارات السلطة العمومية [إلقاء خطاب أو تعليق أو توزيع منشور أو باستعمال أي دعائم سمعية بصرية.
- تحريض فئة من المواطنين على العصيان.

والعقوبة المقررة لهذه الأفعال السابقة هي الحبس من سنة إلى 03 سنوات وغرامة مالية من 250.000 دج إلى 500.000 دج، ويكون الظرف مشددا للعقوبة إذا كان المخالف من رجال الدين بالسجن من 03 سنوات إلى 05 سنوات وبغرامة مالية من 500.000 إلى 1000.000 دج.

وتأتي المادة 11 كإجابة لمحاولات حمل الناس على تغيير دينهم (الردة)، حيث نصت على أنه: "دون الإخلال بعقوبات أشد يعاقب بالسجن من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 500.000 دج إلى 1000.000 دج كل من:

- يحرض أو يضغط أو يستعمل وسائل إغراء لحمل مسلم على تغيير دينه أو يستعمل من أجل ذلك المؤسسات التعليمية أو التربوية أو الاستشفائية أو الاجتماعية أو الثقافية أو مؤسسات التكوين أو أي مؤسسة أخرى أو أي وسيلة مالية ما.

- يقوم بإنتاج أو تخزين أو توزيع وثائق مطبوعة أو أشرطة سمعية بصرية أو أي دعامة أو وسيلة أخرى بقصد زعزعة إيمان مسلم.

أما بخصوص فعل جمع التبرعات والهبات دون ترخيص من السلطات المؤهلة قانوناً، يعتبر غير مشروع يعاقب عليه هذا الأمر بمقتضى المادة 12 بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 100.000 دج إلى 300.000 دج. وجاءت المادة 13 بالنص على أنه من:

- يمارس الشعائر الدينية بشكل مخالف للمادتين 5 و7 من هذا الأمر.
- ينظم تظاهرة دينية خلافاً لأحكام المادة 8 من هذا الأمر فإنه يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة مالية من 100.000 دج إلى 300.000 دج.

- يؤدي خطبة داخل البنايات المعدة لممارسة الشعائر الدينية دون أن يكون معيماً أو معتمداً أو مرخصاً له من طرف سلطته الدينية المختصة المعتمدة في التراب الوطني وكذا من قبل السلطات الجزائرية المختصة.

وجاءت المادة 14 أكثر تشديداً من حيث آثار المخالفات إذا كان الجاني أجنبياً، حيث خولت للجهة القضائية أن تمنعه من الإقامة في الإقليم الوطني إما نهائياً أو لمدة لا تقل عن (10) سنوات.

كما يترتب عن المنع من الإقامة الشخص المدان بقوة القانون خارج الإقليم الوطني بعد قضائه العقوبة السالبة للحرية.

تطرقت المواد السابقة لحالة أن يكون الجاني شخصا طبيعيا ، أما إذا كان معنوياً وعادة ما يكون في شكل جمعيات فتناولت المادة 15 هذه الحالة إذ نصت على انه:

يعاقب الشخص المعنوي الذي ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا الأمر:

1. بغرامة لا يمكن أن تقل عن 4 مرات الحد الأقصى للغرامة المنصوص

عليها في هذا الأمر للشخص الطبيعي الذي ارتكب نفس الجريمة.

2. بعقوبة أو أكثر من العقوبات الآتية:

- مصادرة الوسائل والمعدات التي استعملت في الجريمة.
- المنع من ممارسة الشعائر الدينية أو أي نشاط ديني داخل المحل المعني.
- حل الشخص المعنوي.

هذا وقد أوجب الفصل الثالث من هذا الأمر وبالتحديد في المادة (15) منه على الأشخاص الذين يمارسون في إطار جماعي الشعائر الدينية لغير المسلمين أن يقوموا وفي ظرف ستة أشهر(6) بمطابقة وضعيتهم مع أحكام هذا الأمر ابتداء من تاريخ نشره.

الخاتمة-

من خلال ما تم استعراضه من قواعد تضمن الحق في التدين في كل من أهم مواثيق القانون الدولي لحقوق الإنسان والتشريع الجزائري نخلص إلى أهم النتائج الآتية:

- لقد كرست مختلف الدساتير الجزائرية حق ممارسة الشعائر الدينية للمسلمين وغير المسلمين في كل دساتيرها من خلال احترام الحرية العقيدية للإنسان لا سيما في التعديل الأخير للدستور من خلال تعديل المادة 36، مما أضفى على هذه الحماية التمتع بالقوة والعمق، كما أن هذا الحق مكرس في الواقع الفعلي ومنظم ومضبوط في التشريع العادي الذي جاء به القانون 06 - 03 المنظم لحق ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين في الجزائر، وهو ما يعد من حيث الإقرار والحماية توافقا مع ما ورد في الاتفاقيات والإعلانات الدولية والإقليمية المتعلقة بحقوق الإنسان، والتي ضمنت بدورها هذا الحق.
- تتمايز الاتفاقيات الإقليمية الإسلامية والعربية عن غيرها فيما يخص مرجعيتها الفكرية وأسسها الفلسفية، حيث من خلال نصوص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين لحقوق الإنسان المرجعية العلمانية لها، حيث أنها لم تفرق بين الأديان الصحيحة والفاصلة.
- يعتبر التشريع الجزائري في موضوع ضمان الحق في التدين أقرب إلى المواثيق العربية والإسلامية منه إلى المواثيق الدولية والإقليمية الأخرى.

قائمة المراجع:

- 1- إدريس حسن محمد الجبوري، الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، مصر، 2009م.
- 2- حسين فوزي النجار، الإسلام والدولة العصرية، الهيئة العامة للكتاب، القاهرة، 1987م.
- 3- ليلى الطبال، وثائق حقوق الإنسان، دار المؤسسة الحديثة للكتاب.
- 4- محمد شريف بسيوني، الوثائق الدولية لحقوق الإنسان، الجزء 1، دار الشروق، مصر، 2003م.
- 5- نبيل قرقور، الحماية الجنائية لحرية المعتقد - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، جامعة بسكرة، 2013/2014م.
- 6- فتيسي فوزية، الحق في ممارسة الشعائر الدينية وضوابطه في ظل أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة باتنة، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، 2009/2010م
- 7- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.
- 8- العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية لعام 1966م.
- 9- ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي.
- 10- الاتفاقية المنشئة للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.
- 11- الإعلان العربي لحقوق الإنسان.
- 12- إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام.
- 13- دستور الجزائر لعام 1963م.
- 14- دستور الجزائر لعام 1976م.
- 15- دستور الجزائر لعام 1996م.
- 16- الأمر 06- 03 المؤرخ في 27 محرم 1427 الموافق لـ: 28 فبراير 2006 المنظم لحق ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين.



التعريف بالأسرى والمعاملة الواجبة لهم وفقاً لأحكام الفقه

الإسلامي

بن حمودة مختار

جامعة غرداية

العنوان: فيلا رقم 01 حي البطحاء متليلي ولاية غرداية (ص. ب 20)

Bh.mokhtar47@gmail.com

ملخص -

لن تجد ديناً حرص على أن يعامل الأسير معاملة حسنة إنسانية كالإسلام . فالإسلام اعتبر الأسير ضيفاً على بلاد المسلمين، ولم يعتبره عدواً يجب قتله إتفاقاً، بل ولم يجوز أن يعذب الأسير حتى تستخرج منه الأسرار الخاصة ببلده، بل على العكس من ذلك دعا إلى أن يكرم و يقدم له أفضل الطعام و الشراب ، ويحبس في مكان لائق - القصد منه المحافظة عليه و منعه من الهرب - ولا يهان، وإن كان مريضاً أو جريحاً وجب تقديم العلاج له، وهذا هو الإسلام، دين الرحمة والخلق الحسن.

الكلمات المفتاحية -

الأسير، الرق، السبايا، الاسترقاق، دار الإسلام، الذمة، الجزية.

Definition and treatment of prisoners due to them in accordance with the provisions of Islamic jurisprudence

Abstract -

You will not find our eager to be treated as a humanitarian prisoner treated well as Islam. Islam is considered captive guest of the country's Muslims, was considered an enemy must be killed by an agreement, and even may not be tortured captive even extracted from him for his country's secrets, and honors and offers him the best food and drink, and locked up in a decent place, intended to preserve it and prevent it from escape, not insulted, though ill or injured must provide him treatment, and that Islam is the religion of mercy and morality.

Key words –

captive, slavery, and the captives, slavery, Dar al-Islam, disclosure, tribute.

مقدمة -

منذ نشأة الإنسان على الأرض والحرب ترافقه، حتى أصبحت سمة من سمات التاريخ الإنساني، تُستعمل خلالها أشنع الأساليب الوحشية والمغالاة في سفك الدماء والتخريب لكل ما يعترض طريقها، وكانت أول جريمة قتل إنسانية على الأرض على يد قابيل ولد آدم عليه السلام، الذي سولت له نفسه قتل أخيه هابيل، فكان من النادمين وقبل ذلك كانت الحروب الطاحنة في عالم الجن، حيث الفساد وسفك الدماء ولهذا استاءت الملائكة بعد خلق آدم عليه السلام "أتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء" أي تجعل فيها الإنسان فيفسد كما أفسدت الجن وسفكت الدماء، فإن أول من سكن الأرض الجن، فأفسدوا فيها وسفكوا الدماء وقتل بعضهم بعضا .

منذ ذلك التاريخ والتنافر والتناحر صفة من صفات البشر لا ينفك عنهم إلا قليل، والحروب الضروس تدور رحاها طاحنة ملايين البشر من النساء والشيوخ والولدان والأبرياء، والأقوياء لا يتوقفون عن استهداف الضعفاء الذين لا حيلة لهم، إما طمعاً في السيادة وإما رغبة محمومة مستعرة في حماية مصالحهم الإستراتيجية، ومزاولة النهب والإقطاع، والسيطرة على الثروات، والحروب تعد أكثر الظواهر البشرية تأثيراً على القيم الإنسانية، لأنها سبب في إهدار حياة الأفراد والمجتمعات، فيصبح الإنسان لا قيمة له، وهو ما يتطلب حاجة البشر للتغلب على هذه الظاهرة وضبط أحكامها بصورة تراعي القيم الإنسانية الخالدة، والحق أن ظاهرة الأسرى تعد من أهم الظواهر الناتجة عن الحروب في قسوتها ومجافاتها للقيم الأخلاقية .

لقد وضع الإسلام للحروب نظاماً متميزاً، وتفصيلاً دقيقاً لأسبابها، ووسائلها وغاياتها، ومن ينظر لأحكام الحرب في التشريع الإسلامي يرى أن الإسلام كان له قدم السبق في تنظيم هذه الظاهرة، فلا عجب ولا غرابة من دين اتسم بالرحمة والإنسانية أن يفرض الرحمة والإنسانية في معاملة أسرى الحرب، في وقت كانت فيه جميع الأمم الأخرى تقتل الأسرى أو تستعبدهم .

وإن من يتأمل تراث الإسلام في مسألة الأسرى، ويطلع على ما دونه علماء الإسلام عن

الأسرى وحقوقهم في الإسلام يلحظ بجلاء أن الإسلام يجنح باستمرار إلى تغليب الجانب الإنساني في معاملة الأسرى، والأهم من ذلك أن الإسلام أخضع معاملة الأسرى لنظام محكم وتشريع مدون، لا يجوز بأي حال من الأحوال تجاوزه أو التعدي عليه لا سيما تحت ضغط الحالات النفسية المتوترة التي تولدها الحروب والانتصارات . وعليه فسؤال الذي يتبادر إلى أذهاننا هو من هو الأسير في الإسلام وماهى المعاملة التي خصه بها؟

أولاً : تعريف الأسير

الأسرى في اللغة : هو الشد ، والعصب و الإمساك والحبس وهو مأخوذ من قول العرب أسرت القتب، بمعنى شدته، ومنه الأسير لأنه يشد بالقد، أي الإسار ثم كثر استعماله عند العرب في كل من أخذ قهراً، وإن لم يوثق، أو يشد بقيد . كما تأتي هذه الكلمة (الأسر) بمعنى شدة الخلق، وتقويته . جاء في المصباح المنبر : " وأسره الله أسراً خلقه خلقاً حسناً، وقال الله تعالى :

﴿ تَحْنُ خَلْقَنَّهُمْ وَشَدَدْنَا أَسْرَهُمْ وَإِذَا شُنْنَا بَدَلْنَا أَمْثَلَهُمْ بَدِيلًا ﴾ سورة الإنسان

الآية (28)، أي قويناهم خلقهم، ومنه أسرة الرجل رهطه الذين يتقوى بهم .

والأسير : هو الأخذ، والمقيد و المسجون، تقول العرب : رجل أسير، وامرأة أسير لأن (فعيل) بمعنى (مفعول)، فيستوي فيه المذكر و المؤنث، والجمع أسرى، وأسارى و أسراء . قال أبو عمرو بن العلاء: الأسرى هم غير الموثقين ووالأسارى هم الموثقون ريباً 1 . الأسرى اصطلاحاً :

الأسر هو الأخذ، وهو إما أن يكون حال قتال أو حال بعد الفراغ من القتال . والأسير يطلق على كل من أخذناه من أفراد العدو أثناء الحرب أو بسببها . وهم الرجال المقاتلون من الكفار إذا ظفر المسلمون بأسرهم أحياء .

ويطلق اسم الأسرى على الأعداء المحاربين الذين أظهروا العداوة للإسلام و صمموا على محاربتة بالفعل فسقطوا في عسكر المسلمين المجاهدين الذين أرادوا إعلاء كلمة الله 2.

من هم الذين ينطبق عليهم وصف (أسير) ؟

من التعريف السابق، يمكن تحديد الفئات التي تنطبق عليها مصطلح أسير حرب في الفقه الإسلامي، وذلك على النحو التالي :

1 – إشتراط هذا التعريف في الرجال كونهم مقاتلين، والشريعة الإسلامية فرقت بين المقاتل وغير المقاتل، حيث إن الفقهاء بينوا أن المقاتل : هو من شارك في القتال بصورة مباشرة ، كأن يشارك في الأعمال العسكرية القتالية، أو بصورة غير مباشرة، كالخطيط، والرأي، ونحوه ، وعليه فالفلاحون وأصحاب الصوامع، والطاعنون في السن ، ونحوهم لا ينطبق عليهم وصف الأسرى بل إن الإسلام نهى عن قتالهم ، أو التعرض لهم.

2 – يشمل مصطلح الأسرى كل من وقع في يد المسلمين حياً من الكفار الحربيين، وبأي صورة كان أسره، وعليه فيشمل فريقين هما:

أ - المقاتلين الكفار الذين يظفر بهم المسلمون أحياء حال المعركة، أو بعدها، وهو ما نطق به قوله تعالى: ﴿ حَتَّىٰ إِذَا ائْتَمْتُمُوهُمُ فَشَدُّوا الوَثَاقَ ﴾ سورة محمد الآية (04) .

ب - كما يشمل الحربي الذي يدخل دار الإسلام دون عهد أو أمان، كأن تلقيهم السفينة، أو يتيهوا فيدخلوا دار الإسلام خطأ، أو يأخذوا بحيلة، أو على حين غفلة منهم.

3 – هذا التعريف وإن كان فيه قيد (الكفار) إلا أن الفقهاء بينوا أن المقاتلين الكفار إذا أعلنوا إسلامهم في أرض المعركة قبل الأسر، وليست لهم قوة تحميهم أو يتمتعون بها ، فإنهم يعدون أسرى حرب ، ويعاملون معاملة الأسير، ولكنهم لا يقتلون، وتعصم دماؤهم بسبب إسلامهم على ما سيأتي بيانه عند الحديث عن مصير الأسرى .
ونلاحظ أيضاً أن الفقهاء يطلقون هذا المصطلح على المرتدين ، وعلى البغاة الخارجين عن الإمام إذا ظفر بهم أحياء، ويطلقونه أيضاً على المسلمين الذين يقعون في قبضة عدوهم، فقد عقد البخاري باباً في صحيحه بعنوان " فكاك الأسير " و المراد به الأسير المسلم 3.

ثانياً : مشروعية الأسير

1 – في القرآن الكريم : ورد ذكر الأسرى خمس مرات و الوثائق مرة واحدة في القرآن الكريم .ففي قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا ائْتَمْتُمُوهُمُ فَشَدُّوا الوَثَاقَ فَمَا مَتَابَعْدُ وَإِمَامًا فِدَاءً حَتَّىٰ تَضَعَ الحَرْبُ أَوَارَهَا ذَٰلِكَ وَلَوْ بِشَاءِ اللَّهِ لَأَنْصَرَمْنَهُمْ وَلَكِنْ لِبَلُوَا بَعْضَكُم بَعْضٍ ۗ وَالَّذِينَ قُتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَلَن يُضِلَّ أَعْمَالَهُمْ ۗ ﴾ سورة محمد الآية(04). ووجه الدلالة : يرشدنا الله تعالى إلى الأسلوب الأمثل في قتال المشركين ، فيقول سبحانه وتعالى :

(فإذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب) أي إذا واجهتموهم فأحصدوا رؤوسهم حصداً ، فإذا أثنختموهم ، وأكثرتم فيهم القتل ، فشدوا وثاق الأسارى الذين تتخذونهم ، ثم أنتم مخيرون بعد إنتهاء الحرب بين المن عليهم دون مقابل ، وبين مفاداتهم ، هذا دليل مشروعية الأسر⁴ .

ويقول سبحانه وتعالى ﴿ مَا كَانَ لِنَبِيِّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أُسْرَى حَتَّى يَتَّخِذَ فِي الْأَرْضِ تَرْيُودًا عَرَضَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ [سورة الأنفال الآية 67] . وجه الدلالة : تدل هذه الآية على أنه لا يجوز لنا أن نتخذ من العدو أسرى إلا بعد أن نكثر فيهم القتل ، ويحصل لنا الإبتحان في الأرض .

2 - في السنة النبوية : دلت السنة النبوية على مشروعية الأسر فقد ورد العديد من النصوص التي تبين أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد إتخذ أسرى الحرب من أعدائه الكفار في معارك عدة ، وكان يفاذي تارة و يمن تارة أخرى دون مقابل ، ويأمر بقتل الأسرى الذين يشكلون خطراً كبيراً على الإسلام في بعض الحالات . وكل هذا دليل واضح على مشروعية الأسر⁵ .

ولقد كان النبي صلى الله عليه وسلم أسرى في حروبه ، مثل بدر، ودومة الجندل ، بل وكان أحد الأسرى عمه العباس بن عبد المطلب .
❖ حكم مشروعية الأسر في الإسلام :

يستدل مما تقدم من النصوص الشرعية على مشروعية الأسر ، واحتجاز الأسير ووضعه في أماكن مخصصة لذلك، وتظهر الحكمة البالغة في الأسر، وهي كسر شوكة الأعداء ودفع شرهم وآذاهم عن المسلمين (عن طريق إبعادهم وضمان عدم مشاركتهم في القتال مرة أخرى) ، و المعاملة بالمثل ، ويمكن الإستفادة من أسرى العدو في إفتكاك أسرى المسلمين في عملية التبادل الأسرى⁷ .

ثالثاً: معاملة الأسير

1 - حق الأسير في المعاملة الحسنة و عدم التعذيب :

أوجبت الشريعة الإسلامية معاملة الأسرى بالحسنى ، وأمرت بالرفق بهم ، بل و حرمت إهانتهم، وإذلالهم ، وإمتهان كرامتهم .

ويذلل لذلك وصية رسولنا الكريم عليه أفضل الصلاة والتسليم في حق أسرى بدر: (إستوصوا بالأسارى خيراً) . بل إن ربنا قد خاطبهم بأسلوب رقيق ، فيه نوع من الترغيب

حيث يقول سبحانه وتعالى : ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ قُلُوبًا لِّمَن فِي أَيْدِيكُمْ مِنَ الْأَسْرَىٰ إِن يَعْلَمِ اللَّهُ فِي قُلُوبِكُمْ خَيْرًا يُؤْتِكُمْ خَيْرًا مِّمَّا أُخِذَ مِنْكُمْ وَيَغْفِرَ لَكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ ﴿٧٠﴾ سورة الأنفال الآية (70) . فإذا كان الله سبحانه وتعالى يعد الأسرى الذين في قلوبهم خير بالعرض والمغفرة، فإن المسلمين لا يملكون بعد هذا الوعد الإلهي سوى معاملتهم بأقصى درجة ممكنة من الرحمة والإنسانية .

❖ حرمة تعذيب الأسير :

تأمر الشريعة الإسلامية بإحسان معاملة أسرى، وتحرم تعذيبهم، والدليل على ذلك حادثة أسرى بني قريظة، ذلك أنه لما إنتصف النهار، وإشتد الحر على الأسرى، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم موصياً الصحابة الكرام :

(لا تجمعوا عليهم حر الشمس و حر السلاح ، قيلوهم ، وأسقوهم حتى يبردوا) .

ففي الحديث نهى عن تعذيب أسرى بني قريظة ، وإن كان مصيرهم هو القتل⁸.

هذا وقد قيل للإمام مالك رحمة الله عليه : أيعذب الأسير إن رجي أن يدل على عورة العدو ؟ قال ما سمعت بذلك⁹ وإذا حُرِّم تعذيب الأسير ، فمن باب أولى أن يحرم تعذيب الجرحى بل يجب علاجهم، ومداواة جراحهم .

ومن الإحسان إلى الأسير أن لا يكلف من الأعمال إلا ما يستطيعه ، ولا يجبر على عمل لا قدرة له عليه وأن تحترم بنيته الجسدية وأدميته .

وفي ما يخص عدم التشويه البدني والمثلة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (إذا قاتل أحدكم فليتنجب الوجه) ، وعندما أسر النبي سهيل بن عمرو يوم بدر وكان خطيباً قال عمر بن الخطاب : دعني أنزع ثنيتي سهيل بن عمرو ويلدع لسانه فلا يقول عليك خطيباً في مواطن أبداً فقال رسول الله عليه وسلم :

(لا أمثل به فيمثل الله بي وإن كنت نبياً) وعن المغيرة بن شعبه قال : نهى النبي

صلى الله عليه وسلم عن المثلة¹⁰ .

ولقد حفظت الشريعة الإسلامية على كرامة الأسير و سمعته ، وحرمت كل ما يؤدي إلى إنتهاك عرضه، أو التشويه سمعته بما لا يستحق ، فلا يعتدى على عرض أسير ، أو شرفه ، بل إن الشريعة الإسلامية حرمت وطأ السبايا قبل أن يلدن أو يحضن ، لتأكد من براءة الرحم ، فقد جاء عن العرياض بن سارية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن توطأ السبايا حتى يضعن ما في بطونهن¹¹ .

وعليه فيمكن القول أن الإسلام يحرم تعذيب الأسرى الحربيين بالحرق، أو المنع من النوم، أو الهز (●) أو بالشبح (◆) الطويل المتواصل، أو غيرها من الأساليب التي يستخدمها زعماء الحرية الحديثة، وأدعياء الحضارة من يهود وصلبيين في حق أسرى المسلمين¹².

2- حق الأسير في الإطعام والشراب والكساء والمأوى (الإعاش) :

تميزت معاملة المسلمين لأسرى العدو وجرحاه ومرضاه بالرفق والرحمة والإنسانية، والتكريم والبر والإحسان، والإنقاذ والعلاج، وصون الكرامة نظرياً وواقعياً عملاً بوصية النبي الكريم صلى الله عليه وسلم للقادة وغيرهم (استوصوا بالأسارى خيراً) .

قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حَيْثُ مَسْكِنَاتِهِمْ وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا ۗ ﴾ (٨) إِنَّمَا نُطْعِمُكُمْ لِوَجْهِ اللَّهِ لَا نُرِيدُ مِنْكُمْ جَزَاءً وَلَا شُكْرًا ﴿٩﴾ سورة الإنسان الآيات (08 - 09).

وكان المسلمون يخصون في مبدأ الإسلام الأسرى بالخبز لقلته عندهم، ويأكلون هم التمر لكثرتهم، كما فعلوا مع الأسير أبي عزيز بن عمير لوصية الرسول صلى الله عليه وسلم إياهم به (وهو من أسرى بدر). وبناءً على تلك الوصية قال الفقهاء: أنه لا يجوز تعذيب الأسير بالجوع والعطش وغيرهما من أنواع التعذيب، لأن ذلك التعذيب من غير فائدة .

وكان يقدم للأسير عدا الطعام والشراب الكسوة الملائمة والعلاج الناجع، ولا يكره الأسير على الإدلاء بالأسرار العسكرية. ولقد كان المسلمون يقدمون للأسرى الكسوة الملائمة صوناً لكرامتهم الإنسانية، فقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بكسوة ابنة حاتم الطائي، وحملها ما تحتاجه، وأعطها نفقة، ثم خرجت مع رهط من قومها¹³.

هذا وقد عقد الإمام البخاري رحمة الله عليه باباً كاملاً في صحيحه يتحدث عن كسوة الأسرى "باب كسوة الأسرى"، وقد روي فيه حديثاً عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال (لما كان يوم بدر أتني بالعباس، ولم يكن عليه ثوب، فطلب النبي صلى الله عليه وسلم له قميصاً، فوجدوا قميص عبد الله بن أبي يقدر عليه، فكساه النبي صلى الله عليه وسلم إياه فلذلك نزع النبي صلى الله عليه وسلم قميصه الذي ألبسه)¹⁴.

* ويعتبر المسكن (المأوى) ضرورة من ضرورات الحياة بالإضافة إلى الأكل والملبس، ولذلك كان لابد من توفير المسكن الصحي اللائق لإيواء الأسرى ولم يكن المسلمون في صدر الإسلام ينظمون أماكن مخصصة للإعتقال والحبس، وذلك بسبب بساطة الأوضاع حينئذ فكان يوضع الأسير إما في المسجد مؤقتاً حتى يُبْت في شأنه، وإما أن

يوزع الأسرى على أفراد المسلمين بإعتبارهم متضامنون مع حكومتهم ، وهذا هو الغالب مع عموم الأمر بالوصية بهم خيراً .

ويدل على ما تقدم حادثتان مشهورتين فقد روى البخاري و مسلم أن الرسول الله صلى الله عليه وسلم حبس في مسجد المدينة رجلاً من بني حنيفة ، يقال له (ثمامة بن آثال، سيد أهل اليمامة فربط بسارية من سواري المسجد، وروي البيهقي أن سودة بنت زمعة رأت في بيت النبي عليه أفضل الصلاة و أزكى التسليم في المدينة أبا زيد سهيل بن عمرو ، أحد أسرى بدر مجموعة يده إلى عنقه بحبل ، فلم تمتلك نفسها أن توجه إليه كلام قائلة : أي أبا زيد ! أسلمتم أنفسكم و أعطيتهم بأيديكم ، ألا منتم كراماً ! ثم فرق الرسول الله صلى الله عليه وسلم الأسارى بين أصحابه ، وقال لهم : أستوصوا بهم خيراً¹⁵ .

3 - حق الأسير في الرعاية الصحية و حرية ممارسة الشعائر الدينية :

يحافظ الإسلام على صحة الأسرى ، و يوجب معالجة المريض منهم ، والجريح ، والمصاب ، وهذا كله يندرج تحت مبدأ الإحسان للأسرى ، كما يقول الفقهاء . كما ثبت أن الناصر صلاح الدين الأيوبي رحمة الله عليه قد قام بتطبيب جراح الأسرى الصليبيين الذين وقعوا في قبضته ، و مداواتهم¹⁶ .

أما فيما يخص حرية ممارسة الشعائر الدينية فلقد حرص الإسلام على أن يترك الناس أحراراً في معتقداتهم، وعباداتهم، ونهى عن إكراههم على الإسلام ، قال تعالى :

﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾ سورة البقرة الآية (256) 17 .

4 - حق الأسير في الإتصال بأهله و وحدة أسرته :

تجيز الشريعة الإسلامية السمحة للأسرى الإتصال بأهلهم ، وذويهم بهدف الإطمئنان عليهم أو مفاداتهم، وهذا الأمر متفق مع روح الشريعة الإسلامية، ومبادئها السامية، وقيمتها الرحيمة على أن ذلك مقيد بالإجراءات الأمنية التي من حق الدولة الإسلامية أن تتخذها للحفاظ على أسرار الدولة ، ومنع التجسس على المسلمين ، ونقل أخبارهم للعدو .

ويمكن الإستدلال لذلك بما ثبت عن أمنا عائشة الصديقة (رضي الله عنها) أنها قالت : (لما بعث أهل مكة في فداء أسراهم ، بعثت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في فداء أبي العاص بن الربيع بمال، وبعثت فيه بقلادة لها كانت لخديجة أدخلتها بها على أبي العاص حين بني عليها ، قالت : فلما رآها رسول الله صلى الله عليه

وسلم رق لها رقة شديدة ، وقال : إن رأيتم أن تطلقوا لها أسيرها، وتردوا عليها الذي لها فأفعلوا، فقالوا : نعم يا رسول الله ، فأطلقوه ، وردوا عليها الذي لها) .

ولقد حافظت الشريعة الإسلامية على وحدة أسرة الأسير إذا وقعوا جميعاً في الأسر، فقد إتفق الفقهاء على منع التفرقة بين الأم وولدها، وبين الأخوين ، والأختين، والوالد وولده إذا كان الأولاد صغاراً حفاظاً على الأسرة . وكان هذا خلق النبي صلاة الله عليه وأزكى التسليم في تعامله مع الأسرى والسبي ومن أدلة ذلك : عن أبي أيوب الأنصاري - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة) 18.

5 - حق الأسير في المحادثة والرد عليه :

لقد ثبت في الإسلام للأسير حقه في أن يحدثه المسلمون ، ويردوا على إستفساراته في حدود سياسة الدولة، وأن يلبوا رغباته في حدود الشرع ، لأن تركه وإهماله بعدم الرد عليه فيه إهانة له و إهدار لكرامته، وهذا منهي عنه شرعاً ، فقد أمر الإسلام بإحسان معاملته ، ومن الأدلة التي تثبت هذا الحق للأسير قصة تمامة بن أثال وقد ورد فيها أنه لما أتى به إلى النبي صلى الله عليه وسلم وربط في المسجد ، فخرج إليه النبي فقال (ما عندك يا تمامة ؟ فقال عندي خير يا محمد ، إن تقتلني تقتل ذا دم ، و إن تنعم على شاكِر ، وإن كنت تريد المال فسل منه ما شئت، فترك حتى كان الغد، ثم قال له : ما عندك يا تمامة ؟ قال : ما قلت لك . إن تنعم تنعم على شاكِر ، فتركه حتى كان بعد الغد فقال : ما عندك يا تمامة ؟ فقال : عندي ما قلت لك ، فقال : أطلقوا تمامة) .

وهذا دليل على أن محادثة الأسير و الإجابة عن تساؤلاته ، وبيان سبب أسره ، و تلبية حاجاته ذلك إن في محادثتهم تأليف لقلوبهم ، وملاطفة لهم رجاء في إسلامهم كما حدث مع تمامة رضي الله عنه 19.

6 - تبعية الأسير :

في أول الإسلام كان الأسير يختص بأسيره ، فهو صاحب السلطة عليه إلى أن جاءت آية الغنائم لتقرر أن الأسير هو " فيء " لجماعة المسلمين ، وقد جاء في قوله تعالى :

﴿ وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ، وَلِلرَّسُولِ ﴾ سورة الأنفال الآية (41) .

وبذلك تقرر أن الأسير هو حق للجماعة الإسلامية ، وإعتبر الفقه الإسلامي الأسير تابعاً للدولة ، وليس لأي طرف أن يتصرف فيه حسب هواه و مشيئته ، ويأتي هذا الأمر

في مصلحة الأسير لأنه يضع أمير المؤمنين أمام مسؤولياته إتجاه الأسرى حسب ما حدده الفقه 20 .

رابعاً: أحكام الأسرى

1 - المن على الأسرى :

- المن لغةً : المن هو إحسان المحسن غير معتد بالإحسان 21 . ويأتي بمعنى العطاء يقال: من عليه مناً : أحسن وأنعم ، وإصطنع عنده صنيعه ومنه . يقال لحقت فلاناً من فلان منة : إذا لحقته نعمة بإستنقاذ من قتل أو ما أشبهه . والمنان : من أسماء الله تعالى : أي المعطي إبتداءً 22 .

- المن إصطلاحاً : هو أن نطلقهم إلى دار الحرب بغير شيء . ويعني إطلاق

سراحهم من غير فداء، أي من غير مقابل، والدليل على هذا الحكم ، قَالَ تَعَالَى:

﴿ فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَثْمَثْتُمُوهُمُ فَشُدُّوا الرِّبَاطَ فِيمَا مَنَابِدَ وَإِمَامًا فِدَاءً حَتَّىٰ تَضَعَ

الْحَرْبَ أَوْ رَارَهَا ۗ ﴾ سورة محمد الآية (04) . وما جاء في صحيح البخاري ، عن جبير بن

مطعم : (أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في أسارى بدر : لو كان المطعم بن عدي حياً ، ثم كلمني في هؤلاء بالننتي

. وهذا يدل على جواز المن ، على أن يكون ذلك مما يراه الإمام 23) لتركهم له (•)

محققاً للمصلحة العامة . وذهب إلى هذا الرأي الشافعية ، والحنابلة ، والمالكية في المشهور من المذهب ، وروي أيضاً عن ابن عباس و ابن عمرو والحسن البصري و سعيد بن جبير ، ورجحه الشوكاني وقال هو قول الجمهور .

وذهب الحنفية إلى عدم جواز المن على الأسرى ، فلا يجوز للإمام أن يمن عليهم .

وهو قول عمر بن الخطاب، ونقل عن المجاهد وعطاء . وأدلتهم على ذلك قوله تعالى:

﴿ فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ ۖ وَجَدَّثُوا ۗ ﴾ التوبة الآية (05) .

ومن السنة : عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال (لما كان يوم بدر، وجيء

بالأسرى، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا ينفلتن منهم أحد، إلا بفداء أو ضرب عنق) 24 .

2 - فداء الأسير :

المعنى اللغوي الفداء : بالكسر و المد - فداء - والفتح مع القصر فدى : فكأك

الأسير، يقال فداه يفديه فداءً، وفدى يفاديه مفاداة : إذا أعطى فداءه وأنقذه 25 .

المعنى الإصطلاحي : يقول الشوكاني (الفداء أعم من أن يكون بالمال ، أو بفق الأسرى منهم بالأسرى منا، فإن ذلك كله فداء)26.

ودليل جواز الفداء قوله تعالى بصدد الحكم على الأسرى بعد إنقضاء الحرب قَالَ تَعَالَى: ﴿فَأَمَّا مَنْ بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا﴾ سورة محمد الآية (04). وقد قال بهذا الحكم جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية و الحنابلة ، والحسن البصري، وعطاء بن أبي رباح ، وسعيد بن جبیر ، هذا والفداء قد يكون بالمال، وقد يكون بالتبادل بين الأسرى من الجانبين .

ويمكن أن يكون عن طريق أعمال أو خدمات يقوم بها الأسرى أنفسهم . وذلك على النحو ما ورد، بصدد أسرى بدر، من أن النبي صلى الله عليه وسلم (فأدى بعضهم على تعليم جماعة من المسلمين الكتابة) . كما يمكن أن يكون الفداء منافع معينة، من علمية، أو صناعية أو إقتصادية ، وما شاكل ذلك ، تقوم بها الدولة أو الجهة التي ينتمي إليها الأسرى لمصلحة الدولة الإسلامية .

هذا وقال الأحناف ، بصدد في " فداء الأسرى" كما في حاشية ابن عابدين : " وحرّم فداؤهم أي إطلاق أسيرهم بأخذ بدل منهم ، إما مال ، أو أسير مسلم ". فالأول (الفداء على المال) لا يجوز في المشهور ولا بنس به عند الحاجة . و أما الثاني (أي الفداء على إطلاق أسرى المسلمين عندهم) فلا يجوز عنده (أي عند أبي حنيفة) ويجوز عندهما أي عند أبي يوسف ، ومحمد من أصحاب أبي حنيفة.

وحجة القول بعدم جواز فداء الأسرى بالمال هي قولهم : حتى لا يعود هؤلاء الأسرى حرباً على المسلمين. ولأن الله تعالى عاتب على أخذ الفداء من أسرى بدر بقوله :

﴿ مَا كَانَتْ لِنَبِيِّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أُسْرَى حَتَّى يُثَخِّنَ فِي الْأَرْضِ تَرِيدُونَ عَرَضَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ سورة الأنفال الآية (67) .

هذا وقد ثبت فداء الأسرى الكفار بالمال ، و بأسرى من المسلمين عندهم ، ففي عهد النبي صلى الله عليه وسلم مما يدل على جواز الفداء ولو عاد الكفار معه إلى بلادهم حرباً على المسلمين ، ثم إن عود هؤلاء الأسرى حرباً على المسلمين يصدق بالمن عليهم ، وقد ترجح لدى الجمهور جوازه ، وعدم نسخه ، فلأن يجوز ذلك بالفداء فهو أولى27.

ولقد ثبت أن الرسول صلى الله عليه و سلم فدى أسرى بدر بالمال و كانوا سبعون رجلاً كل رجل منهم بأربعمائة درهم28.

3 – الإسترقاق :

إن القرآن الكريم لم يرد فيه نص يبيح الرق ، وإنما جاء فيه الدعوة إلى العتق ، ولم يثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم ضرب الرق على أسير من الأسارى، بل أطلق أرقاء مكة، أرقاء بني المصطلق وأرقاء حنين. وثبت عنه أنه صلى الله عليه وسلم أعتق ما كان عنده من رقيق في الجاهلية، وأعتق كذلك ما أهدي إليه منهم.

على أن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم ثبت عنهم أنهم إسترقوا بعض الأسرى على القاعدة المعاملة بالمثل، فهم لم يبيحوا الرق في كل صور من صورهِ ، كما كان عليه العمل في الشرائع الإلهية الوضعية - وإنما حصروه في الحرب المشروعة المعلنة من المسلمين ضد عدوهم الكافر - و ألغوا كل الصور الأخرى، واعتبروها محرمة شرعاً لا تحل بحال .

ومع أن الإسلام ضيق مصادره وحصرها هذا الحصر، فإنه من جانب آخر عامل الأرقاء معاملة كريمة، وفتح لهم أبواب التحرر على مصاريعها كما يتجلى ذلك من خلال بسط يد الحنان لهم وعدم جعلهم موضع إهانة، ولا إزدراء ، ويبدوا ذلك واضحاً فيمايلي :

- أوصى الله تعالى بهم حيث قال : ﴿ وَأَعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا ۗ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَن كَانَ مُخْتَالًا فَخُورًا ﴿٣٦﴾ سورة النساء الآية (36) . وعن علي رضي الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (إتقوا الله فيما ملكت أيمانكم) 29 .

ونستنتج من خلال ما سبق أن الإسترقاق كان جائزاً على سبيل المعاملة بالمثل وقد عمل الإسلام على إلغائه بتدرج 30.

4 – قتل الأسير :

يجوز لصاحب السلطة أن يحكم على أسرى الكفار من العدو كلهم أو بعضهم بالقتل ، حين تستوجب المصلحة هذا الحكم . وهو ما يقول به جمهور من الأحناف ، والمالكية ، والشافعية والحنابلة 31 . ومع هذا فإن بعض العلماء كره قتل الأسرى وقال بحظره ، وعليه نرى هناك إنقسام بين الفقهاء إلى رأيين هما :

- الرأي الأول : يرى جواز قتل الأسير ، إن ترجح للإمام في قتله مصلحة . وقال بذلك الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والشوكاني وأبو ثور ، وقال الترميذي : (العمل عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، أن للإمام أن يقتل من شاء من الأسرى) . ومن أدلة هؤلاء على رأيهم :

* من القرآن الكريم : قوله تعالى ﴿ فَأَصْرَبُوا فَوْقَ الْأَعْنَاقِ وَأَصْرَبُوا مِنْهُمْ كُلَّ بَنَانٍ ﴾ (12) سورة الأنفال الآية (12) . وقال الإمام الكاساني في بدائع (وهذا بعد الأخذ ، لأن الضرب فوق الأعناق هو الإبانة من المفصل ، ولا يقدر عليه حال القتل ، ويقدر عليه بعد الأخذ والأسر) .

* وقوله تعالى ﴿ وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ تَفَنُّنُوهُمْ وَأَخْرَجُوهُمْ مِنْ حَيْثُ أَخْرَجَكُمْ ﴾ سورة البقرة الآية (191) . قال ابن العربي المالكي (حيث ثقفتهم أي حيث أخذتموهم ، وفي هذا دليل ظاهر على قتل الأسير) .

* وقوله تعالى ﴿ مَا كَانَتْ لِيَنَّ أَنْ يَكُونَ لَهُمْ أَسْرَى حَتَّى يُشْرَكَ فِي الْأَرْضِ تُرِيدُونَ عَرَضَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ (17) سورة الأنفال الآية (67) . نزلت هذه الآية تعاتب النبي صلى الله عليه وسلم في أنه ترك رأي عمر بن الخطاب بقتل أسرى بدر ، وأخذ برأي أبي بكر الصديق بعدم قتلهم ، وكان الآية تخاطب رسول الله عليه الصلاة والسلام بقوله تعالى (لما لم تقتلهم) .

❖ من السنة النبوية : ما روي عن عمر بن الخطاب، في إستشارة النبي صلى الله عليه وسلم لأبي بكر الصديق في مصير أسرى بدر ، فأشار أبو بكر بالفداء ، وأشار عمر بالقتل فلم ينكر النبي عليه الصلاة وأزكى التسليم على أي منهما قوله ، ثم إختار رأي أبي بكر الصديق .

❖ صح أن النبي صلى الله عليه وسلم في بدر ، قتل من الأسرى عقبه بن أبي معيط ، والنضير بن الحارث، وطعيمة بن عدي .

❖ بعد الأحزاب ، يوم قريظة ، أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالنزول على حكم سعد بن معاذ ، في يهود بني قريظة ، وقد كان حكم سعد ، بأن تقتل مقاتلتهم ، وتسبى ذراريهم .

❖ يوم فتح مكة ، أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقتل بعض المشركين ، وإن وجدوا متعلقين بأستار الكعبة ، فقال (أربعة لا أؤمنهم في حل ولا حرم) ومنهم هلال بن خطل ، ومقيس بن صباية ، وعبد الله بن أبي السرح .

- الرأي الثاني : يرى كراهة قتل الأسير : نُقل ذلك عن الحسن البصري و عطاء ، وسعيد بن جبير ، ومحمد بن سيرين ، وحماد بن أبي سليمان ، وأدلتهم على ذلك :
* من القرآن الكريم في قَالَ تَعَالَى: ﴿ فَإِذَا لَيْسَ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضْرَبَ الرِّقَابَ حَتَّى إِذَا أَتَخْتَمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَتَاقَ فَإِمَّا مَأْبُودٌ وَإِمَّا فَدَاءٌ حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا ﴾ سورة محمد الآية (04) . ووجه الدلالة عندهم أن الله تعالى في هذه الآية خير بين المن والفداء بعد الأسر لا غير . وفي الآية تقديم وتأخير ، والمعنى : فضرب الرقاب حتى تضع الحرب أوزارها ، فإذا أتختموهم فشدوا الوثاق ، وليس للإمام أن يقتل الأسرى .

* إستدل القائلون بالكرهية ، بما روي عن عطاء والضحاك ، أن قول قَالَ تَعَالَى:

﴿ فَإِمَّا مَأْبُودٌ وَإِمَّا فَدَاءٌ ﴾ سورة محمد الآية (04) ناسخة لقوله تعالى ﴿ فَإِذَا أَسْلَخَ الْأَشْهُرَ الْحُرُمَ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ ﴾ سورة التوبة الآية (05) 32.
5 - الدخول في ذمة المسلمين ودفع الجزية :

إذا لم يعتنق الأسرى الإسلام يخير الإمام أو نائبه أمير الجيش بين المن عليهم بحياتهم ، أو مفاداتهم بالرؤوس أو الأموال أو الخدمات ، وهناك من قال بإمكانية قتلهم أو إسترقاقهم كما شرحناه .

ولقد إنفرد المالكية ، ونظر قليل من أصحاب المذاهب الأخرى بقبول الجزية من الأسرى غير العرب ، بشرط أن يكون من أهل الكتاب (اليهود أو النصارى) ، وقد أضيف إليهم المجوس أيضاً إستناداً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم في شأن هؤلاء (سنوا بهم سنة أهل الكتاب) وتأسيساً على هذا الأثر الشريف قال الإمامان الشافعي وأبو ثور

(لا تؤخذ - أي الجزية - إلا من أهل الكتاب والمجوس) .

ومعنى هذا أن الجزية لا تقبل من عربي يسكن ضمن حدود جزيرة العرب ، ولا تقبل من ملحد أيضاً ، لأن الأول لا يقبل منه غير الإسلام والثاني لا يقبل وجوده أو بقاؤه في دار الإسلام . هذا من جهة ومن جهة ثانية فإن شروط فرض الجزية هي المذكورة ، وبلوغ

سن التكليف، والحرية، لذا فهي لا تجب على امرأة ولا على صبي ولا على مجنون ولا على عبد .

ويسمى أهل الكتاب الذين يدفعون الجزية بإسم (أهل الذمة) أيضاً، وذلك لأنهم دخلوا في ذمة المسلمين، فأصبح هؤلاء مسؤولين عن حمايتهم، فإن عجز المسلمون عن هذه الحماية لم يأخذوا الجزية، وإن أخذوها مسبقاً وعجزوا عن الدفاع والحماية ردوها إلى أصحابها 33 .

6 – هروب الأسير :

إذا استطاع الأسير أن ينجو من الأسر بنفسه من المسلمين وأن يفر دون مفاداة ولا من فإنه يسترد حرّيته ويرجع إلى قومه . كذلك المسلم الأسير في يد الأعداء الذين لا عهد له معهم ولا ذمة ولا أمان إذا هرب منهم وتحصل على حرّيته كان له ذلك ، ويعتبر هذا العمل مُنهياً لحالة الأسر ففي كتاب الأم عن عمر بن حصين قال : سبيت امرأة من الأنصار (ليلى امرأة أبي ذر) وكانت ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم قد غنمها الأعداء قبلها . فأنفلتت المرأة ذات ليلة من الوثاق حتى أتت ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ترغ، وقعدت في عجزها ثم صاحت بها ، فإنطلقت وطُلبت من ليلتها فلم يقدرها عليها حتى وصلت المدينة فرجعت المرأة إلى بيتها والناقة لما لكها وكانت قد نذرت ثمن أنجاها الله لتذبح الناقة لكن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لها (بئسما جزيتها به) وأخذ ناقته، والجدير بالذكر أن الواجب على المسلمين فكك أسيرهم ، قال الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم (فكوا العاني - يعني الأسير - وأطعموا الجائع وعودوا المريض) وهو واجب على الكفاية 34 .

7 – الأسير إذا أسلم :

اتفق الفقهاء على أن الحربي إذا أسلم حقن دمه وأولاده الصغار من السبي، وإن دخل دار الإسلام فأسلم وله أولاد صغار في دار الحرب صاروا مسلمين، ولم يجز سبيهم وهم أحرار لا سبيل عليهم ومالهم وأرضهم ورقيقهم لهم .

ودليلهم من السنة النبوية : عن المقداد بن الأسود أنه قال : يا رسول الله صلى الله عليه وسلم أريت إن لقيت رجلاً من الكفار فقاتلني فضرب إحدى يدي بالسيف فقطعها ، ثم لاذ في الشجرة ، فقال أسلمت لله فأقتله يا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد أن قالها ؟ فأجابه بقوله صلى الله عليه وسلم (لا تقتله فإنه بمنزلك قبل أن تقتله و

إنك بمنزلته قبل أن يقول كلمته التي قال) . ويختلف الحكم على الحربيين في أسرهم أو إستسلامهم بحسب أحوالهم :

- الحالة الأولى : حالة من يعلنون إسلامهم قبل أسرهم، وينظر في هذه الحالة إن كان هؤلاء الذين أعلنوا إسلامهم ممتنعين و لا يوصل إليهم إلا بقتال و كانت لهم قوة فحكمهم أنهم مسلمون أحرار أما إذا لم تكن لهم قوة و منعة فهم فيء لمن أصابهم يخمسون و لا يقتلون .

- الحالة الثانية : حالة من يعلنون قولهم للذمة قبل أسرهم ، وينظر عندئذ إن كانوا ذو قوة و منعة و لا يتوصل إليهم إلا بقتال، و أعلنوا قبولهم للذمة تقبل منهم ، وهم و أطفالهم أحرار ، و أموالهم و ممتلكاتهم لا سبيل عليها . و أما إذا كانوا غير ممتنعين و لا قوة لهم فلا مام الخيار في أمرهم إن شاء قبل الذمة ، و إن شاء قتل المقاتلة منهم و سبي الذراري³⁵.

- ويرى غمق مفتاح ضو أن المأسور إذا أسلم الأوفق له أن يمن عليه ولي الأمر دون الإسترقاق أو المفاداة لأن الشخص بالإسلام يزيد و لا ينقص نحلة له على إسلامه³⁶ .

8- حكم السبي :

هم النساء والأطفال الذين تحصل عليهم المسلمون بعد المعركة من الأعداء فهؤلاء حكمهم :

1- ألا يقتلوا إلا إذا باشر النسوة القتال فيقتلن أثناء المعركة للحديث الشريف عن ابن عمر قال: (وجدت امرأة مقتولة في بعض تلك المغازي فنهى النبي الله صلى الله عليه و سلم عن قتل النساء و الصبيان) . وكما وقع قتل امرأة بعد الأسر و هي التي قتلت خلاد بن سويد عندما طرحت عليه الرحي ، أما من لم يباشر القتال منهن فلا يقتلن .

2- الإسترقاق وهو أن يصبح النساء و الذرية مسترقين ، والذين يسترقون أهل الكتاب و المجوس أي من يؤخذ منهم الجزية أما أهل الشرك فقد وقع الخلاف في جواز إسترقاقهم ، فالشافعي يقول بقتل النساء لأنه لا ينتفع بهن على وجه الشرك ، أما أبو حنيفة فيرى إسترقاقهن وعلى كل الأحوال يأخذ السبي حكم الأسرى إلا القتل خلافاً للشافعي . والجدير بالذكر أن الطفل يصير مسلماً بدخوله دار الإسلام و يأخذ حكمها و حكم سابييه فلا يفاذى به، وكذلك المرأة إذا أسلمت و عموماً فقد خص الشرع

الإسلامي هذه الفئة من الناس عند الأسر بأمور في المعاملة الإنسانية الرحيمة فجاء تخريج الفقهاء لأداب في معاملتهم بإعتبارهم ضعفة :

- عدم تضييع السبي إذا كان في قدرة جيش المسلمين إبعادهم عن الخطر .
- ألا يفرق في السبي بين الوالدة وولدها لقوله صلى الله عليه وسلم (من فرق بين والدة وولده فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة) .

- ألا يمرر السبايا على أقاربهم القتلى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لبلال عندما مر بصفيية على قتلى قومها زيادة في الغيظ والكبت . قال له : (لقد ذهبت منك الرحمة) . وإعتد بلال عن فعله لما عرف كره الرسول صلى الله عليه وسلم لهذا العمل³⁷ .

هذا هو موقف الإسلام من الأسرى يعاملهم معاملة إنسانية رفيقة ، لا يعذبهم ولا يقتلهم ولا يسترقهم، ولكن يعفو عن الضعفاء وغير القادرين منهم ، ويأخذ الفدية من القادرين³⁸ .

الخاتمة -

من خلال هذه الدراسة نستنتج أن الإسلام قد خص الأسرى بمعاملة خاصة ألم فيها بكل متطلبات الأسير في أسره، بحيث حفظ كرامته وديانته و راعى سلامته الجسدية و النفسية وكذا ضمن له حق الاتصال بأسرته وكذا حقه في الأكل و الملبسالخ من الحقوق. وقد وضع فقهاء الإسلام أوصافاً لمن يجوز أسره، وشروطاً لوقوع الأسر حتى أصبح له نظام وحدود معروفة ومدونة في الشريعة الإسلامية قبل أن يعرفها فقهاء القانون الدولي الحديث بقرون، بل لما ظهرت تشريعات الأسرى في القانون الدولي كان للفقه الإسلامي نظرياته الخاصة به، والتي تلتقي بالفقه الدولي أحياناً وتختلف عنه أحياناً أخرى.

الهوامش والمصادر والمراجع :

- 1- محمد سليمان نصر الله الضرا، أحكام القانون الدولي الإنساني في الإسلام، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين ، كلية الشريعة و القانون، قسم الفقه المقارن، 2007 م، ص 76 .
 - 2- محمود طالب خضر ذياب ، أحكام المدنيين من العدو أثناء الحرب، رسالة ماجستير كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2009 م، ص 146 .
 - 3- محمد سليمان نصر الله الضرا ، أحكام القانون الدولي الإنساني في الإسلام ، مرجع سابق ، ص 78 .
 - 4- غمق مفتاح ضو، نظرية الحرب في الإسلام وأثرها في القانون الدولي العام، دار الكتب الوطنية، ط1 ، بنغازي - ليبيا، 1426هـ ، ص 352 .
 - 5- محمد سليمان نصر الله الضرا ، أحكام القانون الدولي الإنساني في الإسلام ، مرجع سابق ، ص 80 .
 - 6- غمق مفتاح ضو ، نظرية الحرب في الإسلام ، مرجع سابق ، ص 353 .
 - 7- محمود طالب خضر ذياب ، أحكام المدنيين من العدو أثناء الحرب ، مرجع سابق ، ص 150 .
 - 8- محمد سليمان نصر الله الضرا ، أحكام القانون الدولي الإنساني في الإسلام ، مرجع سابق ، ص 87 .
 - 9- وهبة الزحيلي، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، دار الفكر، ط3 ، 1419هـ - 1988م ، ص 415 .
 - 10- غمق مفتاح ضو ، نظرية الحرب في الإسلام ، مرجع سابق ، ص 355 .
 - 11- محمد سليمان نصر الله الضرا، أحكام القانون الدولي الإنساني في الإسلام ، مرجع سابق ، ص 95 .
- الهز : من أساليب تحقيق الوحشية التي يستخدمها المحققون الصهاينة ضد الأسرى الفلسطينيين في سجون الاحتلال حيث يقوم المحقق بإمساك الأسير من كتفه وهزه هزاً عنيفاً ومتواصلاً إلى أن يفقد توازنه ، وقد يحصل له إرتجاج في المخ بسبب ذلك .
- ◆ الشبح : فله عدة صور:
- الوقوف المستمر ، أو الجلوس على أطراف أصابعه لساعات طويلة أو أيام متتالية ، ويمنع فيها الأسير من النوم ، ويضرب كلما حاول تغيير وضعه
 - الجلوس على كرسي خشبي يبلغ إرتفاع على الأرض 25 سم ، ومساحة قاعدته (20 X 20X) ومائلة بإنحراف إلى الأمام ، حيث يُجبر الأسير على الجلوس عليه ، تقيد يداه

- على مسند الكرسي فيكون الإرتكاس منصباً على القدمين وعلى العمود الفقري فقط ، ويبقى على هذه الحالة لساعات طوال وأيام متواصلة ، مما يسبب له تصلب العمود الفقري ، وتخشب الدهري ، وتخدر القدمين والألام الشديدة كما يضرب من قبل الجنود بين الفينة والأخرى ، ليزيدوه عذاباً إلى عذابه (أنظر محمد سليمان نصر الله الفرا ، أحكام القانون الدولي الإنساني في الإسلام ، ص 88).
- 12- محمد سليمان نصر الله الفرا ، مرجع نفسه ، ص 88 .
- 13- وهبة الزحيلي ، أحكام الحرب في الإسلام وخصائصها الإنسانية، دار المكتبي ، ط 1 ، دمشق - سوريا، (1420هـ - 2000م)، ص 39 - 40 - 41 .
- 14 - العسقلاني أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، دار المعرفة ، بيروت - لبنان، ط 1 ، ج ، سنة 1379 هـ، ص 144 .
- 15- وهبة الزحيلي ، أثار الحرب في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 408 .
- 16 - محمد سليمان نصر الله الفرا ، أحكام القانون الدولي الإنساني في الإسلام ، مرجع سابق ، ص 93 .
- 17 - سورة البقرة ، الآية 256 .
- 18 - محمد سليمان نصر الله الفرا ، أحكام القانون الدولي الإنساني في الإسلام، مرجع سابق، ص 94 - 96 .
- 19 - محمد سليمان نصر الله الفرا ، أحكام القانون الدولي الإنساني في الإسلام ، مرجع سابق ، ص 93 .
- 20 - وفاء مرزوق، أسرى الحرب في الفقه الإسلامي والإتفاقيات الدولية ، منشورات الحلبي ، ط 1 ، بيروت - لبنان، 2008 م ، ص 62 .
- 21 - ابن منظور ، جمال الدين محمد بن مكرم ، لسان العرب ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، سنة 1311 م ، ص 417 .
- 22 - الفيروز آبادي، محمد أبو يعقوب، القاموس المحيط، ط 1 ، تحقيق مكتب التراث في المؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان ، 1986 م ، ص 1593 . - ابن منظور ، لسان العرب ، ص 417 .
- المراد بالنتني : أسارى بدر من المشركين .
- 23 - محمد خيرهيكل ، الجهاد و القتال في السياسية الشرعية ، المجلد 1 ، دار ابن حزم ، دار البيارق ، ص 1539 .
- 24 - خالد رمزي ابزايعة، جرائم الحرب دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدول ، دار النفائس، ط 2 ، عمان - الأردن ، 2009 م ، ص 222 - 226 .

- 25 - أبن منظور، لسان العرب، ج15، ص193، - الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ص 1702 .
- 26 - الشوكاني، محمد بن محمد، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، ج4، 1985 م، ص 568 .
- 27 - محمد خير هيكل، الجهاد والقتال في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص1541 - 1542 .
- 28 - وفاء مرزوق، أسرى الحرب، مرجع سابق، ص 88 .
- 29 - السيد سابق، فقه السنة المجلد الثالث، الفتح للإعلام العربي 2008 مرجع سابق، ص 65 .
- 30 - وفاء مرزوق، أسرى الحرب، مرجع سابق، ص 89 .
- 31 - محمد خير هيكل، الجهاد والقتال في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 1544 .
- 32 - خالد رمزي ابزايعة، جرائم الحرب، مرجع سابق، ص 241 وما بعدها .
- 33 - إحسان الهندي أحكام الحرب و السلام في دولة الإسلام، دار النمير، ط1، دمشق، 1993 م، ص 213 .
- 34 - غمق مفتاح ضو، نظرية الحرب في الإسلام، مرجع سابق، ص 370 .
- 35 - محمود طالب خضر ذياب، أحكام المدنيين من العدو أثناء الحرب، مرجع سابق، ص 173 .
- 36 - غمق مفتاح ضو، نظرية الحرب في الإسلام، مرجع سابق، ص 367 .
- 37 - غمق مفتاح ضو، نظرية الحرب في الإسلام، مرجع سابق، ص 371 وما بعدها .
- 38 - توفيق وهبة، الحرب في الإسلام وفي المجتمع الدولي المعاصر، كتب إسلامية يصدرها المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، العدد 145، القاهرة، 1973 م، ص 79 .



السلطة التقديرية للمدعي العام

السايع بوساحية

قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي، تبسة

bbsayeh@hotmail.com

ملخص-

يتناول هذا المقال تاريخ وأصول مبدأ السلطة التقديرية للمدعي العام ضمن سياق تاريخي وقانوني بداية من العصور القديمة إلى غاية نشأة المحاكم الجنائية الدولية العسكرية وكذا المخصصة وجها لوجه مع المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، وبشكل أساسي الأدوات التي تحكم هذا المبدأ وكيفية تطويره وتفسيره من خلال دليل خطوط عريضة وبيانات السياسة الأكثر اتساقا وتماسكا تماشيا مع العدالة الجنائية، وخضوع كل ذلك لمزيد من الرقابة، ذلك لأن البعض اعتبر أن هذه السلطة التقديرية أصبحت أكثر تقييدا مما كانت عليه في السابق سواء في نطاق المحاكم الجنائية الوطنية أو الدولية.

الكلمات المفتاحية:

السلطة التقديرية، المدعي العام، توجيه الاتهام المحاكم، الرقابة القضائية، المراجعة القضائية...

Discretion Prosecutor

Abstract-

This article addresses the history and origins of the principle of discretionary power of the prosecutor within a historical and legal context starting from antiquity to the emergence of international criminal courts, military as well as ad hoc ones, face-to-face with the permanent International Criminal Court, primarily the tools that govern this principle and how to be developed and interpreted, through a broad line and policy statements guide

mostly consistent and coherent with the mandates of Courts as a whole and with the criminal justice in particular, and the undergo all of this for more oversight since some considered that this discretion has become more restrictive than it was in the past, in the scope of national or international criminal courts and tribunals.

Key Words -

discretionary power, general (public) prosecutor indictment, courts judicial oversight judicial review...

مقدمة -

على الرغم من أن الكثير قد قيل وكتب حول إنشاء المحاكم الجنائية الوطنية أو الدولية منها ومساهمة هذه الأخيرة في تطوير القانون الدولي بجميع فروعها وخاصة القانون الدولي الإنساني⁽¹⁾، كانت هناك دراسات قليلة جدا حول المدعي العام في حد ذاته، فالتطورات الأخيرة في مؤسسات العدالة الجنائية لم تلد من فراغ بل تمتد أساساتها وجذورها إلى عصور قديمة وإن لم تتمظهر بالشكل التي عليه الآن.

بعد عدة قرون تحقق تقدم كبير في مجال القانون الجنائي الدولي سواء من حيث الأدوات أو المؤسسات فهيئات إدارة العدالة الجنائية الدولية أحدثت تغييرات مذهلة في عالم هذا القانون مما جعل القانون الدولي الإنساني ينهض من حالة السبات التي كان عليها بعد محكمتي نورمبورغ وطوكيو⁽²⁾، فلسنوات عديدة اقتصر القانون الدولي الإنساني على أوساط الدوائر

1- شريف بسيوني، مسح تاريخي: 1919 - 1998، النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية: تاريخ وثائقي الطبعة الأولى منشورات آردسلي عبر الوطنية للنشر، نيويورك، 1998، ص07.

2- M. Bergsmo and J. Pejic, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden in Otto Triffterer ed., 1999, p.360 .

الدبلوماسية والسياسية والعسكرية، مقيدا ومحصورا ومصادرا من قبل الدول⁽³⁾، لذا وجب إحداث ثورة حقيقية في القانون الدولي لاستبعاد سيطرة الدول إلى حد ما، وذلك بتحديث هيئات إدارة العدالة الجنائية.

تجلى ذلك التحديث بشكل خاص في دمج هذه السلطة التقديرية مباشرة في قانون الاختصاص العالمي وغالبا ما يكون قوة استثنائية فريدة من نوعها لتقديم شكاوى أمام الولاية القضائية العالمية، فالصلاحيات المخولة للمدعين العامين والحدود المفروضة مؤخرا على هذه الصلاحيات والمتعلقة في المقام الأول بالسلطات التقديرية التي هي من صميم العدالة الجنائية الدولية تقرر إلى حد كبير مدى نجاحها أو فشلها إضافة إلى مصداقيتها من أجل تحقيق "السلام والأمن والرفاهة" للعالم⁽⁴⁾.

كثيرا ما تثار الجوانب الهيكلية المؤسسية لأي هيئة قضائية الكثير من الجدل والمعارضة كما هو الحال في المحكمة الجنائية الدولية، لكن الأمر الأكثر مناقشة يكون المكانة التي يتمتع بها المدعي العام للمحكمة فيما يتعلق بسلطته التقديرية في متابعة التحقيقات وتوجيه لوائح الاتهام بشأن مزاعم ارتكاب جرائم، وعادة يتبع النقاش القائم على هذه السلطة النيابة بمؤيدين لحفاظ المدعي العام عليها مع وجوب استرشادها بالمعايير القانونية وتحصنها ضد الضغوط السياسية الخارجية، وبمنتقدين بحجج مختلفة منها أن وجود الرقابة السياسية القوية ضرورية لمنع المدعي العام من تسييس المحكمة فيجب أن يكون قادرا على بدء التحقيقات من تلقاء نفسه وبحكم منصبه على أساس المعلومات

3- O. Russbach, ONU contre ONU, Le droit international confisque Editions de la Découverte, Paris, 1994.

4- ديباجة نظام روما الأساسي للمحكمة لجنائية الدولية، الفقرة 03.

الموثوقة الواردة من أي مصدر، وهذا لتمكينه من اختيار مجموعة غير سياسية ومستقلة ومهنية من الحالات مستندا على المعايير القانونية ذات الصلة.⁽⁵⁾

ومما سبق، طرح التساؤل الآتي: كيف تطورت السلطة التقديرية

للمدعي العام، وما أوجه التشابه بينها في النظم القضائية المحلية والدولية؟

المبحث الأول: ماهية وخلفية تاريخية لمبدأ السلطة التقديرية

السلطة التقديرية ليست فكرة فريدة من نوعها بل هيكلها يشبه نموذجية نظم القانون العام التقليدي التي يخضع فيها المدعون العامون لدرجات متفاوتة من الإشراف القضائي مع تمتعهم بسلطة أساسية في اختيار ومتابعة القضايا الجنائية⁽⁶⁾، ولذا ركزت أدبيات القانون خاصة على تعزيزها وضرورة احترام العدالة والمساواة.⁽⁷⁾

المطلب الأول: تعريف السلطة التقديرية

مصطلح "السلطة التقديرية" يشير إلى قدرة المدعي العام في الاختيار والتقرير من بين الخيارات المتاحة في قضية جنائية، مثل توجيه التهم الملاحقة، المقاضاة من عدمها، التماس التفاوض وغيرها.⁽⁸⁾

5- كما جاء في كلمة المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة ورواندا، أعمال اللجنة التحضيرية المعنية بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية، نيويورك، الولايات المتحدة، الاثنين 08 ديسمبر 1997، وثيقة المحكمة الجنائية الدولية رقم: CC/PIO/271-

E

6- Alexander K.A. Greenawalt, Justice without politics: prosecutorial discretion and the international criminal court international law and politics journal, Vol. 39:583, p.599.

7- Peter Krug, Prosecutorial Discretion and Its Limits, 50, AM comparative law journal, 643 2002, p.650-656.

8- Jingbo Dong, Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court: a Comparative Study, Journal of Politics and Law, Vol. 2, No.2, June 2009, p.109.

الفيلسوف القانوني رونالد دوركينيميز ميز بين عدة معاني تستخدم "السلطة التقديرية" في الخطاب القانوني فأحيانا تستخدم في سياق ضعيف نسبيا للدلالة على أن "المعايير التي يجب تنفيذها لا يمكن تطبيقها ميكانيكيا فهي تتطلب حكم مسبق أو معيار الخبرة بطرق مختلفة"⁽⁹⁾، وفي سياق آخر ضعيف لكن مختلف، التمتع بسلطة تقديرية عندما نعني أن قرارا لا يمكن مراجعته أو إلغاءه من قبل سلطة أعلى، وفي أحيان أخرى يكون استخدام العبارة في معنى قوي جدا، للقول بعدم الالتزام بأي معيار لأنه لا توجد معايير من خلالها يمكن أن يقال بأن القرار خاطئ⁽¹⁰⁾ وحتى في هذا المعنى الأقوى تمنح السلطة التقديرية دائما لغرض معين وتعمل ضمن بعض القيود التي قد تكون مفترضة أو خارجية⁽¹¹⁾.

الفرع الأول: القيود الواردة على السلطة التقديرية

على الرغم من أن السلطة التقديرية للدعاء العام خاصة في الاتهام واسع للغاية، فإن هناك بعض القيود:
أولا، يعمل تقدير الادعاء العام ضمن إطار من القضايا يكون فيه الحد الأدنى من متطلبات العقوبة القانونية موجود ففي حين أن للدعاء سلطة تقديرية واسعة بعدم توجيه تهم، فليس لها أيضا الحق في توجيهها إذا لم تدعمها أدلة كافية، فيجب العمل بالضوابط القانونية في مكانها الصحيح لتبرئة المتهمين من مثل

9- Lynch Gerard E., Prosecution: Prosecutorial Discretion, Encyclopedia of Crime and Justice, 2002, retrieved October 23, 2014 from: <http://www.encyclopedia.com/doc/1G2-3403000210.html>

10- Davis Kenneth C., Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry, Baton Rouge La.: Louisiana State University Press, 1999 .

11- La Fave, Wayne R., the Prosecutor's Discretion in the United States American Journal of Comparative Law, 18 1970, pp.532-548.

هذه القرارات⁽¹²⁾، ولذا وعمليا يقع على المدعي العام واجب المراجعة والتدقيق الكبير جدا في الأدلة⁽¹³⁾.

ثانيا، قرار الادعاء العام بتوجيه اتهامات يجب أن لا يكون مبنيًا على أسس تمييزية مثل العرق أو الدين أو التعبير عن الرأي السياسي "الادعاء الانتقائي" وأن لا يكون انتقاما على أساس ممارسة ناجحة لحقوق قانونية، مثل الحق في الاستئناف "الادعاء الانتقامي".

ثالثا، النيابة العامة لها، بالنسبة للجزء الأكبر، سلطة تقديرية في المعنى القوي أيضا، لأنه، خارج المناطق المحدودة التي يمكن فيها اعتبار الحكم من حيث المبدأ غير قانوني، الأمر متروك إلى النيابة نفسها لتقرر ما هي المبادئ التي تآثر على القرار سواء بالمضي في الملاحقة ومقدار التهم الموجهة.

الفرع الثاني: دواعي السلطة التقديرية

الجانب الأكثر أهمية لسلطة الادعاء العام التقديرية هو القرار بشأن توجيه اتهامات، وما التهم الموجهة فله سلطة تقديرية غير محدودة تقريبا في عدم المضي في قضية ما لأي سبب من الأسباب التي يراها هو مناسبة وكثيرا ما تمارس هذه السلطة لاسيما في القضايا الطفيفة حيث تقرر في كثير من الأحيان أن حادثة معينة أو فئة معينة من الجرائم لا تبرر إنفاق الموارد أو العقوبة الاجتماعية الخطيرة المترتبة على المحاكمة الجنائية.

للادعاء العام أيضا تأثير على مصير المتهمين من خلال قرارات أخرى تقع ضمن سلطتهم التقديرية فالمدعون العامون لهم سلطة واسعة لإجراء التحقيقات والاختيار من بين أدوات التحقيق المختلفة وبصفة عامة دون إشراف قضائي أو قيد ومن ذلك سيطرتهم على سلطات التحقيق التدخلية مثل استدعاء الشهود ولو في غياب امتياز ساري المفعول من الناحية القانونية، فالادعاء العام يكون موضوع مراجعة قضائية محدودة للغاية ولذا يمكن أيضا

12- Lynch Gerard E., Our Administrative System of Criminal Justice Fordham Law Review 1998, p.2217.

13- Lynch Gerard E., ibid.

للمدعي أن يقرر أن قضية لا تستحق التحقيق أو أن إجراء تحقيق سريع سوف يكون كافيا.

المطلب الثاني: السلطة التقديرية في النظم القديمة

في النظم القديمة، كان هناك تطور في جميع مناحي الحياة ومن بينها الجانب القانوني والقضائي، هذا الأخير لم يكن بالشكل الحالي حيث هيمن القضاة الاجتماعيون على جميع القضايا التي تطرح أمامهم ولم يكن للدعاء العام أي أثر، ولذا كانت هناك سلطات واسعة للقضاة في تسيير القضايا المدنية والجزائية.

الفرع الأول: في أثينا القديمة

تختلف الدول في تطبيق القوانين والنظم ولكن اليونان القديمة كانت فريدة من نوعها للغاية⁽¹⁴⁾ وبالرجوع إلى ما بعد العصور المظلمة نحو 1200-900 ق م وبدءا من حوالي 900 ق م، لم تكن لقدماء الإغريق أي قوانين رسمية أو عقابية، حيث تتم تسوية مثلا جرائم القتل على أيدي أفراد من عائلة الضحية الذين يقتصون من القاتل وهذا ما جعل الثأر لا ينتهي إلى غاية منتصف القرن السابع قبل الميلاد أين بدأ اليونانيون أولا في وضع قوانين رسمية.

تم تقسيم القانون الأثيني إلى إجراءات عامة تشمل المجتمع ككل وأخرى خاصة معنية بالأفراد كما لم يكن هناك مدع عام وفي الكثير من القضايا أي شخص حر في مباشرة الدعوى العمومية، أما الدعوى الخاصة فهي مسؤولية الطرف المتضرر لتحريكها، ولذا أصبح في حالات القتل أقارب الضحية هم من يتولى مقاضاة القاتل.

على الرغم من ترأس القضاة للمحاكمات، إلا أنهم لا يعتبرون بمثابة قضاة بالمعنى الحديث للكلمة، فهم لا يقدمون لا مشورة ولا اقتراح عقوبات ضد المدانين، فهم مجرد مشرفين على الإجراءات بشكل عام، وكمثال عن ذلك، في

14- Christopher, law enforcement in Ancient Greece, Xenopoulos Janus August 14th, 2006.

فترة محاكمة سقراط، لم يكن هناك مدع عام، بدلا من ذلك، يمكن تحريك الإجراءات القضائية من قبل أي مواطن، وفي قضية سقراط، بدأت الإجراءات عندما سلم أحد الشعراء يدعى ميلتوس استدعاء شفهي له في حضور شهود للمثول في تاريخ محدد أمام قاض قانوني أو أمام الملك في المبنى الإغريقي المعمدي الملكي للرد على اتهامات المعصية وبعد الاستماع إلى سقراط والشاعر واثنين آخرين من المتهمين من قبل الملك وبما أن الدعوى كان مسموح بها بموجب القانون الأثيني، تم تحديد موعد لجلسة استماع أولية وتم نشر محتويات الجلسة كإشعار لجمهور المملكة.⁽¹⁵⁾

كانت محاكمات جرائم القتل في أثينا الكلاسيكية مميزة وفريدة من نوعها، فبعد أن تقدم الأدلة الأولية، يعطى المتهم خيار المنفى الاختياري مع فقدان كافة أشكال الحماية والحقوق والثروة، وفي حالة الرفض تستمر المحاكمة مع تقديم حجج إضافية، وإذا صوت القضاة بالإدانة تفرض عقوبة الإعدام أو مجموعة محدودة من العقوبات الأثينية المتاحة.⁽¹⁶⁾

الفرع الثاني: في روما القديمة

واحدة من السمات الأكثر تميزا في روما القديمة بالمقارنة مع أي من النظم المعاصرة لها هو نظامها القانوني الواسع النطاق، وبطبيعة الحال كانت العديد من الحضارات اليونانية والشرق الأدنى لها مدونات قانونية فترة طويلة قبل الرومان، حتى أن البعض تكهن بأن جذور قوانين "بريهون" السلتية (مجموعة قوانين كانت مستخدمة في أيرلندا تتعلق بالعشائر منذ العصور الأولى (أسبق من أصول روما⁽¹⁷⁾)، ومع ذلك، أيا من هذه النظم القانونية لم تكن

15- عزت قرني، أفلاطون: محاكمة سقراط، الطبعة الثانية، دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2001، ص13 وما يليها.

16- Bryan C. McCannon, Homicide trials in Classical Athens International Review of Law and Economics, Volume 30, Issue 1, March 2010, p.46-51.

17- إضراب عن الطعام، ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، آخر دخول 09 ديسمبر 2014.

لتظهر إلا لألف سنة أخرى، ونتيجة لهذا النظام الكبير اهتم الرومان بوضع قواعد قانونية ليس فقط بالنسبة للحالات الأكثر شيوعا أو الأكثر عمومية، ولكن لكل الاحتمالات.

مجلس الشيوخ الروماني لا يشرع بل يقدم المشورة فقط والشعب هو الذي يصوت مباشرة على مشاريع القوانين والتعيينات في المجالس الشعبية واختيار مجموعة القضاة الذين يقترحون مشاريع القوانين ويقومون بالملاحقات القضائية وقيادة القوات العسكرية وتنظيم الوظائف الحكومية الأخرى.⁽¹⁸⁾

في روما القديمة، كان هناك نوعان من المشرفين (*aediles*) يتم انتخابهم بطرق مختلفة ولهم وظائف مثل مسؤولية الحفاظ على المباني العامة كالمعابد والنظام العام، يتمتعون بسلطة الادعاء العام في المحاكمات التي تنطوي على القانون العام، كما نص الدستور الروماني على وجود شخص "القسطور" ويكون من المواطنين الرومان ينتخب لمدة سنة لإدارة الشؤون المالية العامة، مساعدة القضاة كما يقوم بدور الادعاء العام.⁽¹⁹⁾

لم يطبق القانون العام في روما تلقائيا على مواضيع في المحافظات وتركت جرائم غير المواطنين إلى القاضي المحلي (مسئول قضائي كبير في المدينة) للحكم فيها بناء على سلطته التقديرية سواء بإتباع القانون المحلي أو الروماني العادي أو تفويض الحكم للآخرين، وكان قاضي التحقيق حر في تبني المبادئ التوجيهية للنظام إذا اقتضى الأمر، وحر أيضا في تشدده وتعسفه.⁽²⁰⁾

تبدأ الإجراءات القضائية بتوجيه التهم وتحديد العقوبات ثم الأفعال المرتكبة من قبل أحد الأطراف المعنية، فإنفاذ القانون يعتمد على مبادرة خاصة لأن النظام الروماني لم يشهد مدعين عامين بدلا من ذلك القضاة يقومون

18- Eric A. Posner, the constitution of the Roman Republic: a political economy perspective, the law school, the University of Chicago, November 2010, p.08.

19- Eric A. Posner, op.cit, p.05.

20- Christopher, op.cit.

بأدوار ممثل الإدعاء ودور القاضي ودور هيئة المحلفين لذا كانوا يتمتعون بسلطة تقديرية واسعة.

المطلب الثالث: السلطة التقديرية في بعض الولايات القضائية المحلية

ليس من السهل التكيف مع مفهوم السلطة التقديرية في الولايات القضائية المحلية حيث ولدت واندمجت ضمن الضوابط الذاتية والتوازنات إلى الميدان المتطور حديثا وهو القانون الجنائي الدولي والذي لا توجد فيه مثل هذه الهياكل كما تلعب فيه السياسة العالمية دورا رئيسيا.⁽²¹⁾ في تنظيم السلطة والسلطة التقديرية التي يمارسها المدعون العامون المحليون، النظم الوطنية توازن بين مجموعة متنوعة من الأهداف وتسعى إلى إنشاء وتنفيذ قرارات السياسة حول أفضل السبل لمعالجة مختلف المشاكل ومن بينها تزايد عدد القضايا التي يعالجها.

الفرع الأول: في النظام الأمريكي

اختلف العلماء حول الأصول التاريخية الدقيقة للمدعي العام الأمريكي، النسخة الحديثة لهذه الوظيفة مستمدة من الممارسات الأوروبية حول استحقاق مكتب للقدرة على إجراء المحاكمات الجنائية، ففي انجلترا مثلا يمكن لأطراف من القطاع الخاص مقاضاة أطراف خاصة أخرى غاية القرن الثامن عشر، ولكن القوانين الإنجليزية التي خلقت مكتب المدعي العام كانت موجودة قبل منتصف القرن السادس عشر.⁽²²⁾

في أمريكا الاستعمارية أنشأت جميع المستعمرات الـ 13 مكاتب ووضعية المدعي العام لكل مستعمرة يتمتع بملاحقة الجرائم المرتكبة داخلها كما كانت تجرى محاكمات خاصة في بعض الأحيان، ولكن انتهى الادعاء الخاص من

21- Eric A. Posner, ibid. p.113.

22- تعريف المدعي العام، المنجد الحر على الموقع:

<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/prosecutor>

بداية الثورة الأميركية في 1770، وعزا المؤرخون ظهور المدعي العام إلى التكاليف المرتبطة بالحاكمات الخاصة حيث كان لعدد قليل من الأشخاص في أمريكا الاستعمارية الوقت أو الموارد لمحاكمة المجرمين المزعومين.

أصبحت أولوية الادعاء العام راسخة بداية من 1820 عندما بدأ الرأي العام الأمريكي بالضغط من أجل إدخال الديمقراطية في عملية العدالة الجنائية فبدأت الولايات بالسماح بانتخاب القضاة، وبقوانين لانتخاب المدعي العام بعد ذلك بوقت قصير.

في الأصل، اعتبر الادعاء العام مجرد رمز في نظام العدالة الجنائية لأن العمدة المحلي "sheriff" وحتى الطبيب الشرعي كانوا أكثر عمليا من المدعي العام ولكن الوضع تغير بحلول منتصف القرن الـ19 بانتخاب المزيد من أعضاء الادعاء العام من قبل الجمهور بدلا من تعيينهم من قبل الحكومة.

ازدادت صلاحيات المدعي العام تدريجيا في العشرينيات، وأنشأت معظم الولايات مكاتب منتظمة وزادت قوة مكتب المدعي العام على مر السنين إلى غاية بداية الألفية الثانية عندما أصبح للمدعين العامين سلطة أكبر من أي وقت مضى في التحقيق، منح الحصانة للشهود والمجرمين المتهمين، ونداء المساومة مع المتهمين والعمل في حصانة مطلقة داخل قاعة المحكمة دون تجاوز صرخ لمناصبهم.

من منظور مقارن، أهم السمات المميزة لنظام الولايات المتحدة هي البنية المراقبة ديمقراطيا والمجزأة عمدا لسلطة الملاحقة القضائية، والسلطة التقديرية الواسعة جدا الممنوحة لأعضاء الادعاء العام في كل من جوانب الاتهام والتماسات التفاوض، وتمارس معظم هذه السلطة داخل الولايات من قبل مدعين عامين رئيسيين يتم انتخابهم بشكل عام على مستوى المحافظة يستجيبون للظروف المحلية ومواقف المجتمع، مما أدى إلى تباينات واسعة في الأولويات والإجراءات والسياسات والممارسات من مكاتب الادعاء العام الفردية المنتخبة وهذه التباينات والميزات أثارت العديد من المخاوف منها:

- إمكانية التأثيرات السياسية على صنع قرارات الادعاء العام، و
- التعامل غير المتناسق مع القضايا المماثلة بسبب الاختلافات في الأولويات والإجراءات بين المناطق النيابة.⁽²³⁾

الفرع الثاني: في النظام الفرنسي

في عملية الملاحقة القضائية في فرنسا، هناك ثلاث جهات فاعلة: الشرطة القضائية، المدعي العام، وقاضي التحقيق الذين يعملون بمثابة مديرين يشرفون على أنشطة الشرطة القضائية والادعاء العام، لكنه لا يمكن فتح تحقيق إلا إذا طلب منه ذلك من قبل المدعي العام أو الضحية.

الادعاء العام الفرنسي جزء من السلطة القضائية الوظيفية ومن الهيئة القضائية، وتنقسم السلطة القضائية إلى هيئتين: القضاء الدائم (يضم المدعين العامين) وقضاء الجلوس (يشمل قضاة المحاكمة وقضاة التحقيق) ويتم الدخول للقضاء بعد امتحان تنافسي يليه تدريب في مدرسة وطنية للقضاء مما يجعل التدريب المشترك للهيئتين يخلق علاقات جماعية وأيديولوجية والتناوب على المناصب "النبلاء الجدد".

على عكس النظام الأمريكي يعتبر الادعاء العام خدمة ومهنة مدنية محددة جيدا في فرنسا، إجراءات الاختيار والتدريب موحدة وغير سياسية وعلى الرغم من أن هذه السمات المشتركة تعزز خبرة الادعاء العام والاستقلالية والكفاءة المهنية، النظم الفرنسية تتباعد بأن لها طرق مميزة في الاستجابة لمخاوف المساواة، الحياد الكفاءة، الدقة والمساواة في المعاملة كما تختلف في توافر آليات وضع وتنفيذ السياسات والأهم من ذلك أنها تستجيب بشكل مختلف لتحديات عدد القضايا التي تعالجها.⁽²⁴⁾

23- Sara Sun Beale, Prosecutorial Discretion in Three Systems: Balancing Conflicting Goals and Providing Mechanisms for Control, June 2014, p.02.

24- Sara, ibid. p.10.

في فرنسا، يتم تنظيم وظيفة الادعاء العام على المستوى الوطني كجزء من السلطة القضائية، التدريب الموحد للمدعين العامين والهيكل البيروقراطي المركزي يعزز الاتساق في المعايير والممارسات ووضع وظيفتها النيابة داخل السلطة القضائية ويعزز معايير قوية للاستقلالية والحياد لأن السلطة التقديرية الممنوحة لأعضاء الادعاء الفرنسي تتضمن الاتهام وإدارة القضايا، التحويل إلى بدائل غير جنائية ونداء التفاوض، النظام له القدرة على التكيف مع زيادة عدد القضايا التي يعالجها، ومع ذلك، فقد ولدت هذه السمة جدلا كبيرا، من حيث أن:

● السلطة التنفيذية لها صلاحيات رقابية واسعة على وظيفة الادعاء العام وعلى الرغم من أن هذا الهيكل يوفر درجة من المساءلة السياسية فضلا عن آلية لوضع السياسات والأولويات، فإنه يثير أيضا مخاوف بشأن احتمال التدخل السياسي.

● إصلاحات 2013 على استقلالية الادعاء العام التي أثارت جدلا كبيرا. في فرنسا، يتم تنظيم وظيفة الادعاء العام على المستوى الوطني ويعكس الهيكل البيروقراطي المركزي استمرار تأثير إصلاحات نابليون التي اعتمدت النموذج العسكري في الخدمة المدنية، بما في ذلك التسلسل الهرمي وإنفاذ موحد للقواعد، وعلى الرغم من أنه يفهم بأن المدعين العامين لهم سلطة تقديرية كبيرة في الاتهام، توجد أيضا آليات لتحديد الأولويات الوطنية وتعزيز ممارسات موحدة وتطوير الخبرات وسلطة متخصصة لأنواع معينة من القضايا. وإجمالا وبالتالي في بلدان القانون المدني، السلطة التقديرية للادعاء العام محدودة وتخضع لرقابة قضائية وتقدم فرنسا خير مثال على دور الادعاء العام في إطار تقاليد القانوني المدني.⁽²⁵⁾

المبحث الثاني: السلطة التقديرية في ظل المحاكم المؤقتة والدائمة

هناك تقدم كبير في مجال القانون الجنائي الدولي على مدى العقد الماضي، سواء من حيث الأدوات أو المؤسسات، ومنذ إنشاء المحاكم الجنائية الدولية العسكرية والمخصصة ثم المحكمة الجنائية الدولية في روما حدثت تغييرات مذهلة، خاصة عند النظر إلى الصلاحيات المخولة للمدعين العامين والحدود المفروضة عليهم والتي تتعلق في المقام الأول بسلطاتهم التقديرية.

المطلب الأول: ضمن نطاق المحاكم العسكرية

عند إنشاء محكمة نورمبورغ، قام الحلفاء بتزويدها بقاض رئيس وآخر بديل، ومدع عام دون أي سلطة تذكر نظرا لتنفيذهم لما يسمى "عدالة المنتصر" وهو الشيء نفسه الذي يقال عن محكمة طوكيو العسكرية المنشأة فيما بعد، مما هدد فعالية ومصداقية هذه الهيئات الدولية الجديدة.

الفرع الأول: محكمة نورمبورغ

في البداية، ومن خلال مضمون معاهدة فرساي، تم تحديد القضايا التي تكون للمحاكم ولاية قضائية عليها وقت إنشائها، وترك المدعي العام لاختيار الحالات في هذا النطاق الضيق، وفي معاهدة السلام عام 1919 اتهم الحلفاء والشركاء علنا غليوم الثاني، الإمبراطور الألماني السابق بجريمة عليا ضد الأخلاق الدولية وقدسسية المعاهدات⁽²⁶⁾ ولو أن المحكمة المقترحة أنشئت في أعقاب الحرب العالمية الأولى، فإن المدعي العام لها لم تكن له سلطة تقديرية على الإطلاق سواء في اختيار "الحالات" أو تحديد المدعى عليه.

بعد الحرب العالمية الثانية، حاول الحلفاء الأربع محاكمة كبار النازية العسكريين والسياسيين وكبار رجال الأعمال⁽²⁷⁾، فعقدت محاكمات في قصر العدل في نورمبورغ بألمانيا وكانت هامة في القانون الدولي بمثل مسئولين

26- المادة 227 من المعاهدة، صدرت في 28 جوان 1919.

27- إعلان سانت جيمس 13 جانفي عام 1942، الصادر في لندن.

نازيين رفيعي المستوى أمام قضاة المحكمة العسكرية الدولية ممثلة في قاض وقاض مناوب عن دولة من دول الحلفاء الأربعة⁽²⁸⁾ أما الادعاء العام فقد مثله مدع خاص عن طرف حليف من الأربعة وكل يتصرف كرئيس للادعاء العام لكن المدعي الخاص الأمريكي "روبرت جاكسون" لعب دورا محوريا وفعالا في تنظيم وتصميم المحاكمة في المراحل التحضيرية، وقد كان المدعون الأربعة أحرار في اختيار الأشخاص المتهمين وتقديمهم تحت وصف "كبار مجرمي الحرب من دول المحور الأوروبي"، وهي العبارة التي كانت تستخدم في ميثاق نورمبورغ.⁽²⁹⁾

كفريق واحد، كان المدعون مسئولين عن التحقيق والمحاكمة، أما النظام الداخلي للمحكمة فلم يرسم على وجه التحديد صلاحيات وواجبات المدعي العام⁽³⁰⁾، فعند النظر في قبول المستندات أو شهادات معينة، كان العسكريون الدوليون غير ملزمين بالقواعد الفنية للأدلة المشتركة لأنظمة العدالة الأنجلوأمريكية والمحكمة احتفظت بالسلطة التقديرية لتقييم أشكال السماع وغيرها من الأدلة.⁽³¹⁾

كثيرا ما انتقدت أحكام المحكمة العسكرية الدولية كونها ممارسة لـ "عدالة المنتصر"، فالتهم كان لها بعدان مختلفان إلى حد ما، أوجه القصور الإجرائية في المحاكمة وتطبيق المعايير الموضوعية، بما في ذلك إتباع نهج مرن

28- اتفاق محاكمة ومعاقبة مجرمي الحرب الرئيسيين للمحور الأوروبي، وميثاق المحكمة العسكرية الدولية، 82 UNTS 280، دخل حيز التنفيذ في 8 أوت 1945، اتفاقية لندن، المادة 14.

29- William A. Schabas, Victor's Justice: Selecting "Situations" at the International Criminal Court, The John Marshall Law Review, Volume 43 Issue 3, spring 2010.

30- القواعد الإجرائية لمحكمة نورمبورغ، اعتمدت وفقا للمادة 13 من الميثاق في 29 أكتوبر 1945.

31- Nuremberg Trials, West's Encyclopedia of American Law, 2005.

بدلاً من القاعدة ضد عدم رجعية القانون الجنائي، ثانياً، وهو أكثر جوهرية هو خرق المبادئ الأساسية للعدالة لأنها عاقبت طرفاً واحداً فقط.⁽³²⁾

الفرع الثاني: محكمة طوكيو

دخلت الاعتبارات السياسية أيضاً النقاش حول محكمة طوكيو، فوفقاً لرولينغ، القاضي الهولندي في المحكمة "اعتمد الادعاء العام في طوكيو على حكوماته أكثر مما كان عليه في نورمبورغ بما أن الجنرال الأمريكي ماك آرثر، القائد الأعلى لقوات الحلفاء لعب دوراً مهيمناً في الإجراءات فكانت له سلطة مطلقة في الحد والموافقة أو تغيير أي عقوبات مسطرة".⁽³³⁾

كما كان الحال في نورمبورغ، الهدف الرئيسي للحلفاء هو معاقبة اليابانيين على ما كان من وجهات نظرهم أخطر جريمة: شن حرب عدوانية بوصفها جريمة ضد السلام بدلاً من معاقبتهم عن جرائم الحرب الفعلية والجرائم ضد المدنيين.⁽³⁴⁾

الأمريكيون، وعلى أمل أن يلعب الإمبراطور الياباني دوراً مركزياً في عملية إعادة البناء السياسي، أمرت اللجنة بأن لا يحاكم القائد الأعلى على الرغم من مسؤوليته عن شن حرب عدوانية، هذا القرار، الذي أدلى به الجنرال ماك آرثر وبدعم من الرئيس الأمريكي ترومان، كان ضد رغبات رئيس الادعاء العام الذي كانت له أسباب كافية لمحاكمة الإمبراطور، مارك آرثر أيضاً نهى الادعاء العام عن التحقيق أو استدعاء الإمبراطور كشاهد.

كما كان الحال في نورمبورغ، حاول المدعون العامون في طوكيو بجد الحفاظ على التوازن بين الاعتبارات القانونية وغير القانونية، وأخيراً، اختار أعضاء الادعاء العام المحليون متهمين من قائمة ضمت 250 شخصاً وكان

32- Schabas, op.cit, p.537.

33 -Frederiek de Vlaming, the Yugoslavia Tribunal and the selection of Defendants, Spring Issue, 90, 2012.

34- المادة الثانية من القانون رقم عشرة لمجلس الرقابة على ألمانيا الصادر عن الحلفاء في 20 ديسمبر 1945.

القصد من الاختيار ليكون أكثر من "تمثيلية لشريحة من أولئك الذين تعتبرهم قوات الحلفاء مجتمعة مسئولين عن السياسة اليابانية قبل وخلال الحرب في المحيط الهادئ.

و خلاصة القول، كما في نورمبورغ، في محاكمات طوكيو أثرت الظروف السياسية على اختيار المتهمين⁽³⁵⁾ وعلى الرغم من أن مسؤولية المشتبه بهم لم تلعب دورا، عدة عوامل قوضت اتساق عملية الاختيار لكن في نفس الوقت الدروس المستخلصة من محكمة طوكيو شكلت وبلورت استراتيجيات الادعاء العام في التسعينات وإن كان الوضع مختلفا جدا، فما كان لأول مرة مشروع ادعاء عام للمنتصرين في الحرب أصبح مسؤولية شخصية للمدعي العام فرديا تجنباً لأخطاء الماضي.⁽³⁶⁾

المطلب الثاني: ضمن نطاق المحاكم المخصصة

قيل أن كلا من محكمتي يوغسلافيا السابقة ورواندا التي أنشأها مجلس الأمن طورت الفقه إلى درجة أن أصبحت السلطة التقديرية للادعاء العام ليست فقط غير مؤهلة ولكن أيضا خاضعة للمراجعة القضائية دون الخروج عن الولاية التي قررها المجلس⁽³⁷⁾ وعلى هذا الجانب الرئيسي تمثل المحكمة الجنائية الدولية مثالا في الخروج عن النماذج السابقة.⁽³⁸⁾

35- خليل حسين، الجرائم الدولية ومحاكمها في القانون الدولي الجنائي، مجلة الحياة النيابية اللبنانية العدد 66، مارس 2007.

36 - Frederiek de Vlaming, op.cit, p.91-92.

³⁷ القاعدة 28 (i) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية المخصصة ليوغسلافيا السابقة بصيغتها المعدلة في 06 أبريل 2004.

38 - Schabas, ibid. p.539.

الفرع الأول: محكمتي يوغسلافيا السابقة ورواندا⁽³⁹⁾

لم يناط بالمدعين العامين لمحكمتي يوغسلافيا السابقة ورواندا قدر كبير من السلطة التقديرية في قرارات المقاضاة مثل نظرائهم في الولايات القضائية الوطنية، أحكام النظام الأساسي والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات التي عملوا في ظلها تركت لهم مجالاً محدوداً للتقدير، وربما لأن تلك المحاكم أنشئت بتكلفة كبيرة خصيصاً لمعاقبة "الانتهاكات الخطيرة" أو الأشخاص الذين يتحملون "المسؤولية الكبرى عن انتهاكات خطيرة" للقانون الدولي الإنساني.⁽⁴⁰⁾

شملت السلطة التقديرية للمدعين تحديد إمكانية وجود أسباب لتبرير تحقيق ما وإذا كان الأمر كذلك الشروع فيه⁽⁴¹⁾، فإذا أثمر التحقيق أدلة كافية أو موثوق بها عن انتهاكات، وجب على المدعي العام تحديد مرة أخرى ما إذا كانت الانتهاكات "خطرة" وإذا كان الأمر كذلك فمن الشخص الذي يتحمل "المسؤولية" عن هذه الانتهاكات⁽⁴²⁾ ومع ذلك، في ظل النظام الأساسي، بعد أن يحل المدعي العام هذه المسائل الأولية ويحدد أن القضية موجودة للوهلة الأولى ضد فرد أو أفراد، "يجب عليه إعداد لائحة لاتهام".

39- المحكمة الجنائية الدولية لرواندا أنشئت بموجب قرار مجلس الأمن الدولي رقم 955 في نوفمبر 1994.

40- المادة 01 من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا السابقة، المادة 01 من نظام المحكمة الجنائية الدولية لرواندا والمادة 01 من النظام الأساسي للمحكمة الخاصة لسيراليون.

41- التقرير النهائي المقدم إلى المدعي العام السابق لمحكمة يوغسلافيا سابقاً من قبل اللجنة التي أنشئت لمراجعة حملة قصف حلف شمال الأطلسي ضد جمهورية يوغسلافيا الاتحادية وثائق المحكمة الجنائية الدولية، على موقع المحكمة الإلكتروني.

42- المادة 16 من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا السابقة، المادة 15 من نظام المحكمة الجنائية الدولية لرواندا والمادة 15 من النظام الأساسي للمحكمة الخاصة لسيراليون.

هذه اللغة القطعية تشير إلى وجود واجب على عاتق المدعي العام وليس سلطة تقديرية لتوجيه اتهام⁽⁴³⁾ بالإضافة إلى ذلك، في حين أنه للمدعي العام صلاحية تعديل لائحة الاتهام بإضافة تهم جديدة، حذف أخرى أو بأي طريقة أخرى، النظام الأساسي وقواعد الإثبات لها أحكام تحمي ضد هذا النوع من التعسف، والتعديلات وفي أي وقت قبل تأكيد لائحة الاتهام تكون فقط بإذن من القاضي الذي أكد اللائحة أو من قاضي الحكم⁽⁴⁴⁾ وبالمثل فإن المدعي العام له سلطة سحب التهم للتحسين ضد التعسف ودائماً بتأكيد من القاضي أو قاضي الحكم.⁽⁴⁵⁾

فحص آخر لسلطات المدعي العام يتمثل في ما يتعلق بتقريره على وجود دعوى للوهلة الأولى، فإذا كان هذا التقرير لا أساس له أو غير مبرر يمكن للمحكمة مراجعته وعكس ذلك، فالمراجعة قد تؤدي للتأكيد على أرض الواقع أنها لا تكشف عن وجود قضية للوهلة الأولى، أو صرف النظر عنها وبراءة المتهم وهكذا إجراءات إعادة النظر أو المراجعة تساعد على التحقق من ممارسة المدعي العام لسلطاته التقديرية حماية من الملاحقات القضائية العابثة، المؤذية والقمعية وتوفير الوقت والموارد للمحكمة⁽⁴⁶⁾ وهذه الممارسة وبموجب النظام

43- Daniel D. Ntanda Nsereko, Rules of Procedure and Evidence of the Former Yugoslavia, 5 Criminal Law Forum 507, 1994, p.519.

44- المادة 50 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، والمادة 50 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بمحكمة رواندا الجنائية الدولية.

45- المادة 51 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة.

46- قضية المدعي العام ضد ملاديتش، رقم 1-18-5/95-IT، 8 نوفمبر 2002، فقرة 22، وثائق المحكمة الجنائية الدولية.

الأساسي تكون دون طلب أو تلقي تعليمات من أي حكومة أو من أي مصادر أخرى".⁽⁴⁷⁾

الفرع الثاني: المحكمة الخاصة لسيراليون

تم إنشاء المحكمة الخاصة لسيراليون عام 2000 بعد عقد من الحرب الأهلية في هذه الدولة، وبالتشاور مع حكومة سيراليون، الأمين العام للأمم المتحدة عين المدعي العام في حين أن الحكومات عينت نائب المدعي العام وقد كان المدعون مستقلين مع الالتزام بأداء وظائفهم دون قبول أو طلب تعليمات من أي حكومة أو من أي مصدر كما كانت هناك مدونة سلوك للمستشارين أمام المحكمة تتطلب أن يكون المدعي العام عادلا وحازما أثناء المحاكمات ومحايذا ويتجنب أي تضارب في المصالح.

كانت المفاوضات بشأن إنشاء المحكمة الخاصة لسيراليون أن تعتمد بشكل كبير على تجربة المحاكم المخصصة في جهودها الرامية إلى تعريف أفضل والحد من ممارسة سلطة المدعي العام في الاختيار واقتراح أيضا الحد من اختصاص المحكمة على "الأشخاص الأكثر مسؤولية" موضحا أن على المدعي العام أن يسترشد بهذه الصياغة في اعتماد إستراتيجية محاكمته.

الصياغة النهائية التي اعتمدها مجلس الأمن كانت "مقاضاة الأشخاص الذين يتحملون القسط الأكبر من المسؤولية"، ثم هدف "الحد من التركيز على أولئك الذين لعبوا دورا قياديا" فقد ورد صراحة.

هذه المرة، تم تعديل المشاهد لتوفير قدر أكبر من السيطرة على سلطات المدعي العام التقديرية من أجل الحد من ممارستها وضمان ولاية قضائية للمحكمة في إطار زمني معقول.

ومع ذلك، هذه الصياغة الجديدة لم تخلو من مخاطر، في سياق المراجعة القضائية في قضية فوفانا رفض القضاة التماس المدعي العام والذي

47- المادة 15 فقرة 02 من نظام محكمة رواندا الخاصة والمادة 15 فقرة 01 من نظام محكمة سيراليون الخاصة.

استشهد فيه بتقرير الأمين العام، ومفاده أن عبارات "يتحملون المسؤولية الكبرى" كانت مجرد إرشاد للمدعي العام في اعتماد إستراتيجية الادعاء التي لا تعبر حصرا على السلطة التقديرية.

الطبيعة الفريدة لولاية المحكمة تقع على ضرورة محاكمة "الأشخاص الذين يتحملون القسط الأكبر من المسؤولية" عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني وقانون سيراليون عكس محكمتي يوغسلافيا ورواندا التي لم تذكر "القانون الإنساني" ولكن ضمنته في انتهاكات خطيرة، وهذا التأطير قصد توجيه المدعي العام إلى التركيز على أولئك الموجودين في أدوار قيادية فنجد المادة 15 من النظام الأساسي للمحكمة سيراليون خولت المدعي العام سلطة تقديرية مطلقة في تحديد من يستوفي شرط "المسؤولية العظمى".

المطلب الثالث: ضمن نطاق المحكمة الجنائية الدولية

في إطار المحكمة الجنائية الدولية توجه المحاكمات من قبل مدع مستقل بدلا من قاضي التحقيق، ومع ذلك، فإنه يخضع لفحص قضائي دقيق من قبل دائرة ما قبل المحاكمة، ومع أن نظام روما الأساسي في حد ذاته لا يستكشف أهداف الادعاء العام بأي قدر من التفصيل الكبير، فإن الأساس هو منع الجريمة ووضع حد للإفلات من العقاب وبالتالي منع هذه الجرائم.⁽⁴⁸⁾

الفرع الأول: إشكالية السلطة التقديرية

إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة ذات اختصاص في جميع أنحاء العالم لقي مجموعة من الصعوبات السياسية مختلفة تماما عن تلك التي أحاطت بولادة سابقاتها، والتي كانت تقتصر على صراعات محددة، لذا لم يكن من المستغرب أن تشكل سلطات المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية قضية للنقاش الشديد في روما مثيرة مخاوف وآمال، الدول معظمها عارضت بحزم فكرة وجود مدعي عام "مستقل" بشكل مضطرب وقوي وأعطت في النهاية الموافقة ولكن

إلى حين ضمان القدرة على السيطرة والحد من صلاحياته وكانت إحدى الطرق لذلك إخضاع المرحلة الأولى في عملية "افتتاح التحقيق" للمراجعة القضائية من قبل الدائرة التمهيدية.

تم الاحتكام إلى اشتراط في ممارسته لسلطاته التقديرية، لا بد للمدعي العام النظر في "ما إذا...هناك أسباب جدية للاعتقاد بأن إجراء تحقيق لن يخدم مصالح العدالة"⁽⁴⁹⁾، وبالمثل، بناء على التحقيق، يمكن للمدعي العام أن يقرر عدم المقاضاة لأن "المحاكمة ليست في مصلحة العدالة" وهذه الأخيرة تخضع للمراجعة القضائية لتكون أفضل للسماح بممارسة السلطات التقديرية في اختيار الحالات من قبل المدعي العام.

تم تتبع سلطات المدعي العام التقديرية بأكثر صرامة، وذلك لأن مكتب المدعي العام مستقل عن المحكمة ومجلس الأمن ولأنه يحوز سلطات بدء التحقيقات من تلقاء نفسه والتي ثبت بأنها واحدة من أكثر القضايا المثيرة للجدل في مؤتمر روما الدبلوماسي، فتلك التي عارضت تخشى من أن يكون مثل هذا المكتب تدخل على نحو غير ملائم في الشؤون الداخلية للدول وبالتالي تنتهك سيادتها⁽⁵⁰⁾ كما تخشى أيضا من أن منح المدعي العام هذه السلطات سيكون "مدفع فضفاض" وربما يبدأ محاكمات ذات دوافع سياسة.⁽⁵¹⁾

الفرع الثاني: ضمانات حدود السلطة التقديرية

للتقليل من المخاوف المذكورة آنفا تم إنشاء الدائرة التمهيدية وتمكينها من ممارسة الرقابة على المدعي العام وسلطاته التقديرية وبما أن المحكمة الدولية تشعر بالقلق أيضا إزاء الجرائم الأكثر خطورة والتي تثير الاهتمام

49- المادة 53 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

50- خليل حسين، المرجع السابق، ص12.

- تعليق تحريري في أخبار ديترويت الأمريكية، 28 جويلية 1998، على الموقع:

<http://www.detroitnews.com>

51- Fred Hiatt, the trouble with the War-Crimes Court, THE WASHINGTON POST, July 26th, 1998, p.07.

الدولي⁽⁵²⁾ أوجبت المدعي العام كخطوة أولية تحديد ما إذا كانت أي من المعلومات المتاحة له تفي بـ "الخطورة" لتبرر بدء التحقيقات، بعد ذلك يجب عليه تحديد ما إذا كان "هناك أساس معقول للشروع في إجراء تحقيق"⁽⁵³⁾ وإذا قرر أن هذا الأساس موجود يقدم إلى الدائرة التمهيدية طلبا للإذن بإجراء تحقيق، فعلى غرار مدعي المحاكم المختصة العامين فليست له أية سلطة تقديرية في هذا الشأن.⁽⁵⁴⁾

لا يوجد نص مواز لذلك الموجود في المحاكم المختصة متعلق بتعزيز التهم بعد التحقيق، ومع ذلك وبعد التحقيقات، إذا قرر المدعي العام عدم وجود "أدلة كافية لإرساء أرضية جوهرية تدعو للاعتقاد" بأن المشتبه فيه ارتكب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة، فيجب عليه المضي قدما في إعداد التهم المناسبة والحصول على تأكيدها من قبل الدائرة التمهيدية⁽⁵⁵⁾ كما يمكن له تعديل لائحة الاتهام في أي وقت قبل تأكيدها مع وجوب إجازة للتعديل من قبل الدائرة التمهيدية، بالإضافة إلى ذلك إذا ما كان التعديل يرتبط بسعي المدعي العام إلى إضافة تهم أخرى أو إلى الاستعاضة عن الأكثر خطورة، يجب أن تعقد جلسة استماع لذلك، كما تتجلى القيود المفروضة على صلاحيات المدعي العام التقديرية فيما يتعلق بقراره بعدم المحاكمة.⁽⁵⁵⁾

وإجمالا، حين يستند قرار المدعي العام بعدم التحقيق أو المقاضاة فقط على انطباعاته حول خطورة الجرم مصالح الضحايا، السن والصحة ودور المشتبه به في ارتكاب الجريمة المزعومة، مثل ذا القرار لا يكون فعالا ما لم وحتى يتم تأكيده من قبل الدائرة التمهيدية، فخلافًا لنظرائه أمام المحاكم الوطنية

52- المادة 01 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

53- المواد 15 و53 وفقرة 01 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

54 - Morten Bergsmo and Jelena Pejic, Commentary on the Rome Statute Otto Triffterer ed., 1999, article15, margin 22.

55- المادة 61 فقرة 07 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

أو، إلى حد أقل، المحاكم المختصة، المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية لا يبدو أن له مجال واسع لقرارات تعسفية بشأن تعزيز التهم فقد وضعت دائرة ما قبل المحاكمة لضمان الشفافية والمساءلة في ممارسة الصلاحيات ومراجعة تقريبا كل ما يقدمه من قرارات ذات الطبيعة التقديرية.

الفرع الثالث: تقدير السلطة التقديرية

على عكس يوغسلافيا ورواندا، المحكمة الجنائية الدولية تفتقر إلى الاستعجال ولا تخضع لموعده نهائي لاستكمال والفصل في قضية ما رغم أن هناك تقارب في السياسات حيث تسعى المحكمة الجنائية الدولية لاستهداف أولئك الذين يتحملون المسؤولية العظمى، وعندما يتعلق الأمر بممارسة السلطة التقديرية، صلاحيات المدعي العام تبدو أكثر تقييدا بكثير من تلك التي يمارسها المدعي العام في النظم الوطنية أو المحاكم المختصة على الرغم من أن بعض العلماء يصرون على أنه لا يزال يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في بعض الحالات نظرا لافتراض نهج قانوني مفرط في تحديد ما هو عادل ومعقول في ممارسة السلطة التقديرية في نظام العدالة الجنائية الدولية.

الخاتمة -

هناك اتفاق مشترك حول السلطة التقديرية الواسعة التي تمارس من قبل الادعاء العام وطنيا ودوليا في عملية صنع قرارات العدالة، حيث أصبح تقريبا هذا المبدأ عالمي ودون أي سلطة رقابية على هذه القرارات خاصة إذا تحلت الممارسة بالعدل والإنصاف والمساواة وكذا عدم التعسف.

الجانب الأكثر أهمية لسلطة المدعي العام التقديرية هو القرار بشأن توجيه اتهامات، وما هي التهم الموجهة، ومن توجه له التهم، فإن له سلطة تقديرية غير محدودة تقريبا في عدم المضي مع قضية، لأي سبب من الأسباب التي يراها هو مناسبة، وكثيرا ما تمارس هذه السلطة التقديرية للغاية لاسيما في القضايا الطفيفة حيث يقرر في كثير من الأحيان أن حادثة معينة، أو فئة من الجرائم لا تبرر إنفاق الموارد أو العقوبة المترتبة على المحاكمة الجنائية.

في النظم القديمة، لم يرد مفهوم مصطلح "المدعي العام" بالمعنى الذي هو عليه في القضاء الوطني أو الدولي، ولذا توجب القول أن السلطة التقديرية التي كانت تمارس آنذاك تعتبر في درجات متفاوتة من الإشراف القضائي المتنوع، من أباطرة وقيصرة وقضاة وقساوسة.

في النظم القانونية المحلية، يتمتع المدعون بسلطة أساسية في اختيار ومتابعة القضايا الجنائية حيث كان الوصول إلى واحدة من النظم القانونية الرئيسية تتطلب قرونا عديدة لإيجاد تماسك وتوازن جوهري بين القانون المدني والقانون العام، ويمكن أن نرى اختلافات جوهريّة، ومن ذلك أن النظام الأمريكي هو الوحيد في العالم الذي ينتخب المدعي العام.

في نظام العدالة الجنائية الدولية، كان من الصعب الاقتراض من النظم القانونية المحلية، ورغم ذلك تجلت هذه السلطة التقديرية في تخويل مجلس الأمن بشكل غير مباشر نفسه بصلاحيات المدعي العام الذي وحده من يقرر المصلحة في إنشاء محاكم مثل المحكمة الجنائية الدولية لرواندا وتلك الخاصة

بسيراليون والتي لم تكن أدوات مباشرة للمنتصرين كما في نورمبورغ وطوكيو، أما في المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، فطبيعة السلطة التقديرية كانت مزيجاً من النهجين التحقيقي والإتهامي، مع خضوع المدعي العام لفحص قضائي دقيق من قبل دائرة ما قبل المحاكمة وهو الأمر الذي لا يكون عموماً في نظام القانون العام.

أخيراً، السلطة التقديرية تقع بين مطالب مزدوجة تتعلق بتفريد قرارات الادعاء العام والحماية من التصرفات التعسفية، ويمكن لها أن توفر فوائد هامة ذات كفاءة، فبما أن الجريمة تقريبا تتجاوز قدرة نظام العدالة الجنائية للفصل فيها، يجب أن يكون المدعون العامون قادرين على ممارسة سلطاتهم التقديرية لتابعة أو رفض حالات معينة من أجل الحفاظ على هذا النظام وأولوياته.

قائمة المراجع:

1- المراجع باللغة العربية:

الكتب:

- خليل حسين، الجرائم الدولية ومحاكمها في القانون الدولي الجنائي، مجلة الحياة النيابية اللبنانية العدد 66، مارس 2007.
- شريف بسيوني، مسح تاريخي: 1919 - 1998، النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية: تاريخ وثائقي الطبعة الأولى، منشورات أردسلي عبر الوطنية للنشر، نيويورك، 1998.
- عزت قرني، أفلاطون: محاكمة سقراط، الطبعة الثانية، دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2001.

2- المراجع باللغة الأجنبية:

- Alexander K.A. Greenawalt, Justice without politics: prosecutorial discretion and the international criminal court; international law and politics journal, Vol. 39:583.
- Bryan C. McCannon, Homicide trials in Classical Athens International Review of Law and Economics, Volume 30, Issue 1, March 2010.
- Christopher, law enforcement in Ancient Greece, Xenopoulos Janus August 14th 2006.
- Daniel D. Ntanda Nsereko, Rules of Procedure and Evidence of the Former Yugoslavia, 5 Criminal Law Forum 507, 1994.
- Davis Kenneth C., Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry, Baton Rouge La.: Louisiana State University Press, 1999.
- Eric A. Posner, the constitution of the Roman Republic: a political economy perspective, the law school, the University of Chicago, November 2010.
- Frederiek de Vlaming, the Yugoslavia Tribunal and the selection of Defendants, Spring Issue, 90, 2012.
- Fred Hiatt, the trouble with the War-Crimes Court, THE WASHINGTON POST, July 26th, 1998.
- Jingbo Dong, Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court: A Comparative Study, Journal of Politics and Law, Vol. 2, No.2 June 2009.
- La Fave, Wayne R., the Prosecutor's Discretion in the United States American Journal of Comparative Law, 18, 1970.
- Lynch Gerard E., Our Administrative System of Criminal Justice Fordham Law Review 1998.
- Morten Bergsmo and Jelena Pejic, Commentary on the Rome Statute Otto Triffterer ed., 1999.
- M. Bergsmo and J. Pejic, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden in Otto Triffterer ed., 1999.
- Nuremberg Trials, West's Encyclopedia of American Law, 2005.
- O. Russbach, ONU contre ONU, Le droit international confisque Editions de la Découverte, Paris, 1994.
- Peter Krug, Prosecutorial Discretion and Its Limits, 50, AM comparative law journal, 643 2002.

- Sara Sun Beale, Prosecutorial Discretion in Three Systems: Balancing Conflicting Goals and Providing Mechanisms for Control, June 2014.
- William A. Schabas, Victor's Justice: Selecting "Situations" at the International Criminal Court, the John Marshall Law Review, Volume 43 Issue 3, spring 2010.

4- النصوص والوثائق الرسمية الدولية:

- نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- نظام المحكمة الجنائية الدولية لرواندا التي أنشئت بموجب قرار مجلس الأمن الدولي رقم 955 في نوفمبر 1994.
- النظام الأساسي لمحكمة يوغوسلافيا السابقة.
- النظام الأساسي للمحكمة الخاصة لسيراليون.
- القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية المخصصة ليوغوسلافيا السابقة بصيغتها المعدلة في 06 أبريل 2004.
- القواعد الإجرائية لمحكمة نورمبورغ، اعتمدت وفقا للمادة 13 من الميثاق في 29 أكتوبر 1945.
- القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة.
- القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بمحكمة رواندا الجنائية الدولية.
- أعمال اللجنة التحضيرية المعنية بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية، نيويورك، الولايات المتحدة، الاثنين 08 ديسمبر 1997، وثيقة المحكمة الجنائية الدولية رقم: CC/PIO/271-E
- معاهدة فرساي الصادرة في 28 جوان 1919.
- إعلان سانت جيمس 13 جانفي عام 1942، الصادر في لندن.
- اتفاق محاكمة ومعاينة مجرمي الحرب الرئيسيين للمحور الأوروبي،

- ميثاق المحكمة العسكرية الدولية، UNTS 280 82، دخل حيز التنفيذ في 8 أوت 1945.
- اتفاقية لندن.
- القانون رقم عشرة لمجلس الرقابة على ألمانيا الصادر عن الحلفاء في 20 ديسمبر 1945.
- التقرير النهائي المقدم إلى المدعي العام السابق لمحكمة يوغسلافيا سابقا من قبل اللجنة التي أنشئت لمراجعة حملة قصف حلف شمال الأطلسي ضد جمهورية يوغوسلافيا الاتحادية.
- قضية المدعي العام ضد ملاديتش، رقم 1-18-5/95-IT، 08 نوفمبر 2002.

4- مواقع النت:

- ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، على الموقع:
www.wikipedia.org
- المنجد الحر على الموقع:
<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/prosecutor>
- تعليق تحريري في أخبار ديترويت الأمريكية، 28 جويلية 1998، على الموقع:
<http://www.detroitnews.com>
- Lynch Gerard E., Prosecution: Prosecutorial Discretion, Encyclopedia of Crime and Justice, 2002, retrieved October 23, 2014 from:
<http://www.encyclopedia.com/doc/1G2-3403000210.html>



واقع وأفاق التمثيل النيابي للمرأة في الجزائر

نوال لصلح

قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سكيكدة، الجزائر

nawellasledj@hotmail.fr

الملخص-

في إطار الإصلاحات السياسية الشاملة في الجزائر تعززت مكانة المرأة الجزائرية في المجال السياسي عن طريق ما يسمى " بنظام الكوتا"، أو " الحصاة" الذي جاء بموجب التعديل الدستوري لسنة 1996 الجزائري.

وكرسه المشرع الجزائري بموجب قانون عضوي، حيث تم تخصيص مقاعد للمرأة في المجال البرلماني، بعدما كانت نسبة تواجدها في البرلمان بغرفتيه ضعيفة ومحتشمة.

وهو تقدم إيجابي يحسب للمؤسس الدستوري الجزائري والمشرع على السواء وتسايير به الجزائر الكثير من الدول المتقدمة في هذا المجال، بعدما كانت المشاركة السياسية في الانتخابات البرلمانية حkra على الرجال فقط.

الكلمات المفتاحية -

التمثيل النيابي، نظام الكوتا أو الحصص، المرأة .

Reality and prospects for parliamentary representation of women in Algeria

Abstract-

Within the political reforms in Algeria ,the position of woman is consolidated in the political field through which we name << quota system>> or << share>> which is emerged by virtue of the Algerian constitutional modification of the year 1996

IT has been ratified by the Algerian legislator by virtue of the organic law, considering that seats have been reserved to woman, in the parliamentary field with its two chambers weak and decent.

This is a posit if delopment estimated to the firm ,the constitution and the legislator together ,Algeria has accompnied a great number of the developed contries with it in this field ,afterwards the political participation has been resrvd only to men .

Key words -

parliamentary representation, quota system, share

مقدمة -

تمثل المشاركة السياسية الإطار العام والبعد الديمقراطي للحقوق والحريات السياسية بأنماطها المختلفة من بينها حق الترشح أو التمثيل النيابي لعضوية المجالس النيابية لنيل شرف التمثيل النيابي للأمة، وتعتبر حقوقا يتمتع بها كل أفراد المجتمع ، مما يساعد على تدعيم ممارسة الديمقراطية وترسيخها، فإذا كانت الديمقراطية تعني حكم الشعب فإن المشاركة السياسية المتمثلة في الترشح لعضوية البرلمان⁽¹⁾ تقوم على اشتراك المواطنين في تحمل مسؤوليات التفكير والعمل من أجل مجتمعهم ، لذلك فإن الديمقراطية والمشاركة السياسية يعتبران وجهان لعملة واحدة .

فإيجابية المشاركة السياسية كما دلت ممارستها في الأنظمة الديمقراطية هي خيار إستراتيجي لأي نموذج تنموي، لأنه يعزز شرعية النظام

¹ - المرشح لفظ يدل هذا التعبير على الشخص الذي يأمل الوصول إلى ولاية انتخابية وتتوفر فيه الشروط الشرعية والنظامية الأهلية للترشيح، ويكون إيداع ترشيحه مقبولا أنظر: ايض مني دوهاميل، المعجم الدستوري، ترجمة منصور القاضي ومراجعة العميد د/ زهير شكر المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ط (1) 1996 ص 1054

السياسي ويبنى المؤسسات الديمقراطية وهو ما يجعل الأفراد يشعرون بحق المواطنة الكاملة⁽²⁾

وما دامت المرأة في الجزائر تشكل نصف المجتمع والقوة الخلاقة والمحركة للحياة الاجتماعية والإنسانية والاقتصادية والسياسية في كل الأحقاب والعهود التاريخية قديما وحديثا ومعاصرا، فإنها كانت ولا زالت محل الاهتمام والعناية في كل العمليات السياسية والاجتماعية والاقتصادية والدستورية نظرا لمكانتها الخاصة والتميز في الحياة العامة للمجتمع والدولة ومن أهم مظاهر هذا الاهتمام وهذه العناية ترقية حقوقها السياسية في مجال التمثيل النيابي وقد أصبح هذا الموضوع يطرح نفسه بالحاح شديد لا سيما في المرحلة الأخيرة من الإصلاحات السياسية التي شهدتها الجزائر، وهو جاء كرد فعل طبيعي على عملية الإقصاء السياسي والاجتماعي الذي عانت منه المرأة الجزائرية لفترة طويلة من الزمن، بسبب الأفكار الرجعية والتقاليد البالية مما أدى إلى تخلف المرأة وإبعادها عن الحياة السياسية وحرمانها من حقوقها المكتسبة، على الرغم من تاريخها النضالي الكبير كشريك أساسي إلى جانب الرجل في النظام السياسي ضد الاحتلال⁽³⁾ إلا أن هناك ضعف كبير في مشاركتها على المستوى السياسي وبالأخص التمثيل البرلماني فما هو واقع تمثيل المرأة في الجزائر في الوقت الحالي؟ وما هي الآفاق المستقبلية المرجوة من هذا التمثيل؟ للإجابة عن هذا السؤال قسمنا هذا الدراسة على النحو التالي :

مقدمة -

المبحث الأول: إيديولوجية التمثيل النسوي بالمجالس المنتخبة بالجزائر

² - حسين قادري، المشاركة السياسية كآلية من آليات الديمقراطية في العالم العربي - الجزائر نموذجا، مجلة المفكر العدد الرابع، ص 99

³ - د/ إيمان بيبرس، المشاركة السياسية للمرأة، جمعية نهوض وتنمية المرأة، دون تاريخ الطبع، ولا مكان النشر، ص 06

المطلب الأول: الإيديولوجية الدستورية والقانونية

المطلب الثاني: الإيديولوجية الحزبية

المبحث الثاني: الإستراتيجية المعتمدة لرفع مستوى التمثيل النيابي للمرأة في

المجالس المنتخبة في الجزائر

المطلب الأول: نظام الكوتا (الخصص)

المطلب الثاني: مدى تأثير السياسة التشريعية على التمثيل

النيابي للمرأة.

خاتمة -

المبحث الأول : إيديولوجية التمثيل النسوي بالمجالس المنتخبة في الجزائر

في ظل المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية الجارية ، حظي ملف النهوض بأوضاع المرأة اهتمام من طرف السلطتين التشريعية والتنفيذية جسده من خلالها النصوص الدستورية والقانونية ،وقد جددت الدساتير والقوانين الجزائرية موقع المرأة على خريطة المجتمع ، لأن العمل النهضوي بصفة عامة و السياسي بصفة خاصة يتطلب شراكة حقيقية بين الطرفين (الرجل والمرأة) ،وأصبح مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة شعارا كرسه أغلب دساتير البلدان العربية و منها الجزائر ،رغم وجود فروقات في مستوى الحقوق التي تمارسها النساء بين دولة عربية و أخرى ، إلا أن وجود المرأة في البرلمانات وفي مراكز صناعة القرار لا يزال محدودا و قليل التأثير مما يستدعي العمل على مضاعفة الجهود لتكريس حضور المرأة في المجال النيابي ورفع مكانتها .

المطلب الأول : الإيديولوجية الدستورية والقانونية

تطبيقا لمفهوم المواطنة الذي ينطوي على جملة الحقوق الممنوحة للأفراد والواجبات المفروضة عليهم، وطالما أن المعنى الحقيقي للمواطنة يعتمد

على انتماء الفرد وولائه لوطنه تكون المواطنة عبارة عن تنظيم العلاقة بين الأفراد والدولة من جهة⁽⁴⁾

ومفهوم الديمقراطية التشاركية التي تسمح بتسهيل المشاركة السياسية للمرأة باعتبارها إطارا عاما لإصلاح نواقص الديمقراطية التمثيلية غير المباشرة وأخطائها في حرمان المرأة من حقوقها السياسية⁽⁵⁾

وتأثرا بهذه المصطلحات التزمت الدساتير الجزائرية المتعاقبة باحترام حقوق المرأة السياسية بصفة عامة وحققها في التمثيل البرلماني بصفة خاصة، وذلك عبر دساتيرها المختلفة، فقد أكدت الدساتير الجزائرية على أن الرجل والمرأة متساويان في التمتع بالحقوق السياسية، وهو حق كفل للمرأة منذ دستور 1963 الذي صدر بعيد الاستقلال، ويفسر هذا الاتجاه رغبة المؤسس الدستوري أن يكون لهذه الحقوق والحريات قوة الدستور وسموه على القوانين العادية وحتى يكون النص عليها في الدستور قييدا على المشرع العادي فيما سنه من أحكام وقواعد.

4 - تعرف المواطنة بمفهومها السياسي: على أنها صفة المواطن الذي يتمتع بالحقوق ويلتزم بالواجبات التي يفرضها عليه انتماءه إلى الوطن.

أما المواطنة في علم الاجتماع: تعرف على أنها مكانة أو علاقة اجتماعية تقوم بين فرد طبيعي ومجتمع سياسي (دولة) ومن خلال هذه العلاقة يقدم الطرف الأول (المواطن) الولاء، ويتولى الطرف الثاني (الدولة) الحماية. أنظر: سعيد عبد الحافظ، المواطنة (حقوق وواجبات)، مركز الدراسات الحقوقية والدستورية، دون تاريخ طبع، ودون سنة طبع، دون مكان نشر، ص 09. أنظر أيضا: د / إيمان بيبيرس، = مرجع سابق، ص 06 ود / حسين فريجة، المواطنة تطورها ومقوماتها، مجلة المنتدى القانوني، العدد السابع، ص 07

5 - أ.د / بوحنية قوي، جودة أداء المؤسسة التشريعية من خلال تمكين المرأة سياسيا، الموقع الإلكتروني: <http://www.bouhania.com/news>

وتضمنت أحكام مواد من 10 إلى 22 من دستور 1963⁽⁶⁾ بصورة خاصة الأسس الدستورية لحقوق وحرريات الإنسان والمواطن بصورة عامة وحقوق وحرريات المرأة بصفة خاصة.

وخصص الفصل 04 من دستور 1976 لعملية تأسيس الحريات السياسية وحقوق الإنسان والمواطن على أساس مبدأ المساواة بين الجنسين في المواد: 39، 40، 41، 42 وميزة هذا الدستور أنه أكد على النظرة الشمولية لحرريات وحقوق الإنسان والمواطن الاقتصادية والاجتماعية والمدنية والسياسية.

وقد تابع دستور: 1989 مسيرة عملية التأسيس الدستوري الشاملة لكافة حريات وحقوق الإنسان وترقيتها وحمايتها في إطار مبدأ المساواة الجنسين.

وجاء دستور: 1996 ليؤسس حقوق المرأة وحرياتها الأساسية ضمن الفصل الرابع منه والمتعلق بحقوق وحرريات الإنسان والمواطن في الجزائر وتكييف هذه العملية مع أخذ بتطور النظام القانوني الدولي لحقوق الإنسان والمواطن فقد نصت المادة 50 منه: " كل من بلغ السن القانونية ينتخب وينتخب "ويستفاد من هذا النص الذي ورد بصفة عامة أن التنظيم الدستوري لحق الترشح لم يميز بين الرجل والمرأة في ممارسة هذا الحق، وتعميقا وتوجيحا لعملية ترقية وتطوير حقوق المرأة السياسية لدورة خاصة جاءت الحركة الدستورية الجديدة لسنة 2008 أضافت أبعادا سياسية ودستورية جديدة بواسطة عملية التأسيس الدستوري لحقوق المرأة السياسية في مجالات النظام الانتخابي في المجالس الشعبية المحلية وفي البرلمان وحسم مسألة التردد والتقهقر في إعطاء

⁶ - صدر دستور الجزائر لسنة 1963 بالجريدة الرسمية عدد 64 تاريخ 10 سبتمبر 1963 ص، 288.

المرأة الجزائرية حقوقها كاملة في هذا المجال دستوريا⁽⁷⁾ ومن ثم تم وضع آليات قانونية لتدعيم هذا الحق .

- فقد نصت المادة 29 من دستور 1996 المعدل على " كل المواطنين سواسية أمام القانون لا يمكن التذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي.

كما نصت المادة 31 مكرر على أنه: " تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة يحدد قانون عضوي كيفيات تطبيق هذه المادة "

أما المادة 32 منه فقد نصت على: " الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة وتكون تراثا مشتركا بين جميع الجزائريين والجزائريات "

والمادة 31 " تستهدف المؤسسات ضمان مساواة المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان وتحويل دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية الثقافية⁽⁸⁾ هذا فيما يخص التشريعات الدستورية.

أما في ما يخص القوانين العادية والعضوية وتماشيا مع أحكام الدستور، جاء الأمر 97 / 07 المؤرخ في 06 مارس 1997 المتعلق بنظام الانتخابات المعدل والمتمم بموجب القانون العضوي 01/04 المؤرخ في 07 فبراير 2004⁽⁹⁾ والمعدل والمتمم بموجب القانون العضوي 07 / 08 المؤرخ في

⁷ - مجلة الفكر البرماني، عملية التأسيس الدستوري لحقوق المرأة في الجزائر، مجلس الأمة، عدد 25 أبريل 2010.

⁸ - أنظر دستور 1996 المعدل.

⁹ - أمر رقم 97 / 07 المؤرخ في 06 مارس 1997 المتضمن قانون عضوي المتعلق بنظام الانتخابات، جريدة الرسمية عدد 12، ص، 03 المعدل والمتمم

28 يوليو 2007⁽¹⁰⁾ والذي تصدى فيه المشرع الجزائري لتحديد شروط الترشح وذلك بموجب المادة 107 بالنسبة للغرفة الأولى والمواد 127، 128، 129 بالنسبة للغرفة الثانية - فقد نصت المادة 107 على أن شروط الترشح تتمثل فيما يلي :

- 1- أن يستوفي الشرط المنصوص عليها في المادة 05 من هذا القانون والمتمثلة في شروط الناخب (يعد ناخبا كل جزائري وجزائرية بلغ من العمر 18 سنة كاملة يوم الاقتراع وكان متمتعا بحقوقه المدنية والسياسية ولم يوجد في إحدى حالات فقدان الأهلية المحددة في التشريع المعمول به).
 - 2- أن يكون بالغا سن 28 سنة على الأقل يوم الاقتراع.
 - 3- أن يكون ذا جنسية جزائرية أصلية أو مكتسبة منذ 05 سنوات على الأقل.
 - 4- أن يثبت أداء الخدمة الوطنية أو الإعفاء منها.
- وهي تقريبا نفس الشروط المنصوص عليها في المواد: 127، 128، 129 بالنسبة لمجلس الأمة ما عدا شرط السن هو 40 سنة والعضوية في مجلس شعبي ولائي أو بلدي .

وعليه فإن المشرع الجزائري لم يشترط شرط الجنس في التمثيل النيابي لأنه لا يفرق بين الرجل والمرأة في تداول الوظائف والمهام.

وفي إطار مسيرة الإصلاحات وتدعيما للبعد الديمقراطي صدر القانون العضوي رقم 12 / 01 المؤرخ في 12 يناير 2012 المتعلق بنظام الانتخابات الملغى، حيث نصت المادة 90 منه على الشروط الخاصة بانتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني وهي تقريبا نفس الشروط السابقة ما عدا بعض الشروط الأخرى، حيث تم تخفيض السن القانونية للترشح إلى 25 سنة على الأقل يوم

¹⁰ - القانون العضوي رقم 08/07، الجريدة الرسمية رقم 48 المؤرخة في 28 يوليو 2007

جريدة رسمية ، عدد رقم 48.

الاقتراع والجنسية الجزائرية، وأن لا يكون محكوما عليه في الجنايات والجرح المنصوص عليها في المادة 05 من هذا القانون ولم يرد إليه اعتباره ، وأن لا يكون محكوما عليه بحكم نهائي بسبب تهديد النظام العام والإخلال به .

أما بالنسبة لمجلس الأمة فقد نصت المادة 107 منه على أن " كل عضو في مجلس شعبي بلدي أو ولائي تتوفر فيه الشروط القانونية أن يترشح للعضوية في مجلس الأمة " ، كما تم تخفيض السن القانونية للترشح بموجب المادة 108 إلى 35 سنة على الأقل يوم الاقتراع⁽¹¹⁾

ويصدر القانون العضوي 10/16 المتعلق بنظام الانتخابات حافظ المشرع الجزائري على نفس شروط الترشح بالنسبة للغرفة الأولى والثانية، وأضاف إليها شرط آخر يتمثل في أن لا يكون محكوما عليه بحكم نهائي لارتكاب جناية أو جنحة سالبة للحرية ولم يرد اعتباره باستثناء الجرح غير العمدية⁽¹²⁾ وتم حذف الشرط المتعلق بالحكم على المترشح بحكم نهائي بسبب تهديد النظام العام والإخلال به .

كما عزز الدستور الجديد لسنة 2016 من مكانة المرأة في التمثيل النيابي وذلك بنص المادة 35 منه " تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة"

المطلب الثاني : الإيديولوجية الحزبية

يعرف الحزب على أنه عبارة عن تجمع يؤسس لمدة غير محددة يتمتع بالشخصية المعنوية و استقلال التسيير بين مجموعة مواطنين يتقاسمون نفس

¹¹ - القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات رقم 12 / 01 المؤرخ في 12 يناير 2012 جريدة رسمية عدد 01، صادرة بتاريخ 14 يناير 2012..

¹² - المادة 92 فقرة 05 من القانون العضوي رقم 10/16 المتعلق بنظام الانتخابات، المؤرخ في 25 أوت 2016 ، جريدة رسمية، عدد 50 ، صادرة بتاريخ 28 أوت 2016 .

الأفكار ويجتمعون لغرض وضع مشروع سياسي مشترك حيز التنفيذ للوصول
لديمقراطية سليمة لممارسة السلطات والمسؤوليات في قيادة الشؤون العمومية
(13).

وتعمل الأحزاب السياسية في الجزائر على تشكيل الإرادة السياسية للشعب في
جميع الميادين (14) عن طريق الوصول إلى السلطة بما يسمح بتنفيذ برامجها،
وذلك إذا مكنته المنافسة الانتخابية الحرة من الوصول إلى الحكم عند انتخاب
مرشحيه ، لأنه لا يتصور وجود انتخابات ديمقراطية بمعزل عن دور الأحزاب
السياسية" (15)

وهذا الدور ليس بالجديد على الجزائر إنما عرفته دساتيرها
الإيديولوجية وهما دستوري 1963 و 1976 أين كان الاختيار محتكرا من قبل
حزب جبهة التحرير الوطني، الحزب الوحيد الذي كان موجودا آنذاك ، وقد
نصت المادة 66 من القانون الانتخابي رقم 08/80 على أنه " ينتخب أعضاء
المجلس الشعبي الوطني من قائمة يقدمها حزب جبهة التحرير الوطني "
وبدخول الجزائر مرحلة التعددية الحزبية في ظل دستور 1989 أعطت الجزائر
حرية الاختيار بين الترشح تحت رعاية حزب سياسي أو الترشح الحر (16)

¹³ - د/ حسن البدرابي، الأحزاب السياسية، (الحرية العامة)، دراسة تأصيلية تحليلية
مقارنة في حرية تكوين الأحزاب، دار المطبوعات الجامعية ، مصر، 2000. أنظر المادتين
03 و04 من القانون العضوي 04/12 المؤرخ في 12 يناير 2012 المتعلق بالأحزاب
السياسية، جريدة رسمية عدد 02، مؤرخ في 15 يناير 2012.

¹⁴ - أنظر: المادة 11 من القانون العضوي 04/12

¹⁵ - طالب عوض، إصلاح النظام الانتخابي الفلسطيني، ندوة النزاهة في الانتخابات،
مقوماتها وآلياتها في الأقطار العربية، الأنظمة العربية لمكافحة الفساد، بيروت، لبنان،
سبتمبر 2008 ، ص 24.

¹⁶ - د/ السعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى، دون تاريخ طبع،

وهو ما تجسد فيما بعد في قوانين الانتخابات المتعاقبة منها أمر 07/97 قانون عضوي متضمن نظام الانتخابات المعدل والمتمم وأخير القانون العضوي 01/12 المتعلق بنظام الانتخابات⁽¹⁷⁾ ولا زال إلى حد الآن الترشح من طرف الأحزاب السياسية هو أكثر الأساليب المنتشرة في الوقت الحالي لا سيما في الدول التي تأخذ بنظام التمثيل النسبي، هذا وقد منح القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية في الجزائر الحق للأحزاب السياسية في اختيار المترشحين للوصول إلى شغل المقاعد النيابية من أجل العمل على تكريس الفعل الديمقراطي والتداول على السلطة وترقي الحقوق السياسية للمرأة⁽¹⁸⁾، كما ألزمها على أن تضم نسبة من النساء ضمن هيأتها القيادية⁽¹⁹⁾

المبحث الثاني : الإستراتيجية المعتمدة لرفع مستوى التمثيل النيابي للمرأة في المجالس المنتخبة في الجزائر

لقد اعتمدت الجزائر إستراتيجية إصلاحية من أجل تعميق المسار الديمقراطي وترقية وحماية حقوق الإنسان، وهذا يعد في حد ذاته من الأهداف الأساسية للعلامات الوطنية الشاملة التي شرعت فيها ابتداء من سنة 1999 وحددت معالمها ومجاورها ووسائلها من خلال مشروع الرئيس المنتخب في الانتخابات الرئاسية التي جرت في 08 أفريل 2004⁽²⁰⁾ واستمرت الإصلاحات إلى غاية التعديل الدستوري لسنة 2008 ، ومست هذه الإصلاحات العديد من

الجزائر، ص 316.

¹⁷ - أنظر المادة 109 من الأمر 07/97 من القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات المعدل والمتمم، والمادة 92 من القانون العضوي 01/12 .

¹⁸ - أنظر المادة 11 فقرة 05 و08 من القانون العضوي 04/12 .

¹⁹ - المادة 14 من القانون العضوي 04/12 .

²⁰ - مجلة الفكر البرلماني، الضمانات البرلمانية لتطبيق اتفاقية القضاء على جميع

أشكال التمييز ضد المرأة، العدد 08 مارس 2005 ص 166 ص 167.

المجالات منها : الحقوق السياسية للمرأة ، حيث رفعت الجزائر التحفظ على المادة 29 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979⁽²¹⁾، كما صادقت على الاتفاقية بشأن الحقوق السياسية للمرأة المعتمدة في 20 ديسمبر 1952⁽²²⁾، ثم صدر أخيرا القانون العضوي 03/12 الذي يحدد كيفية توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة والذي صادقت عليه الجزائر في 12 أفريل 2011 .

المطلب الأول : نظام الكوتا (الخصص)

يعد أسلوب تخصيص المقاعد البرلمانية للمرأة (الحصة أو الكوتا) إحدى التدابير التي يجري العمل بها لزيادة المشاركة السياسية والتغلب على ضعف التمثيل النيابي للمرأة من خلالها، ويرجع الأصل التاريخي لهذا الأسلوب إلى فكرة تمثيل الصوالمح وهو نظام كان معروفا في القرون الوسطى ، ويتجسد في تمثيل طبقة الأشراف وطبقة رجال الدين وطبقة العوام بحيث تكون لكل طبقة من يمثلها في المجلس النيابي .

وتعتبر الكوتا من أهم الآليات التي تدعم المشاركة السياسية من خلال تحديد نسبة النساء في المناصب القيادية واتخاذ القرارات وتنفيذها من خلال

21 - قال الرئيس عبد العزيز بوتفليقة لدى افتتاحه السنة القضائية 2008 / 2009 بمقر المحكمة العليا "تذكروا أنني قد أشدت في كلمتي بمناسبة اليوم العالمي للمرأة بأهمية المكاسب المستحقة والمكانة المميزة التي حققها المرأة الجزائرية.....ومن هنا فقد حرصنا على أن يتضمن مشروع تعديل الدستور إضافة مادة جديدة تنص على ترقية الحقوق السياسية للمرأة وتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة على جميع المستويات" ، اقتباس من خطاب رئيس الجمهورية عبد العزيز بوتفليقة لدى افتتاحه السنة القضائية 2008 / 2009 . www.mountadaal.djezayair.com

22 - أنظر المرسوم الرئاسي رقم 426/08 المؤرخ في 28 ديسمبر 2008 المتضمن رفع التحفظ حول المادة 29 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979 ، جريدة رسمية عدد 05 ، جريدة رسمية مؤرخة في 21 يناير 2009.

إلزام الأحزاب السياسية باعتماد نظام الحصص في الانتخابات بمختلف أنواعها أو بالتعيين، وهذا الإجراء أو الأسلوب معمول به فيما لا يقل عن 80 دولة، بل وطبقته الدول العربية مثل: المغرب والاردن ومصر⁽²³⁾

ويعرف على أنه تخصيص نسبة معينة للمرأة في مقاعد البرلمان والمجالس المحلية و قوائم الترشح الحزبية⁽²⁴⁾، كما تم تعريفها على أنها نظام يتم من خلاله تخصيص مقاعد للنساء في المجالس النيابية يكون هدفها إزالة الفجوة المتمثلة في اللامساواة بين الجنسين في ممارسة الحياة السياسية وخاصة في الانتخابات النيابية، وعادة ما تكون الكوتا النسائية نتيجة انعكاس لنتائج الانتخابات النيابية المتمثلة بعدم تمثيل المرأة فيها⁽²⁵⁾.

ولكن رغم تمكين المرأة من حقها في الترشيح والتصويت كان مبكرا في الجزائر منذ 1962 إلا أن نسبة مشاركة المرأة الجزائرية في البرلمان لا تزال ضعيفة ودون طموح المرأة الجزائرية بالنظر إلى عدد المثقفات في الجزائر. وهذا وقد احتلت الجزائر المرتبة 89 عالميا بنسبة 2,3% أي 12 امرأة من أصل 380 مقعدا⁽²⁶⁾ فلو عدنا للغة الأرقام لوجدنا انه في سنة 2000 احتلت الجزائر المرتبة 97 عالميا بنسبة تمثيل 3,4 % أي 13 امرأة من أصل 380 مقعد، واحتلت سنة 2005 الرتبة 120 عالميا بنسبة تمثيل تقدر ب 6,2 % أي 24 امرأة من أصل

23 - د/ محمد أحمد عبد النعيم، مدى دور المشرع الجزائري في دعم التمثيل النيابي للمرأة، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، ص 224.

24 - المرجع نفسه، ص 218

25 - نادرة إبراهيم راشد الخزاعي، حق المرأة في المشاركة في عضوية المجالس المنتخبة

، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، قسم الدراسات القانونية، 2005، ص 48.

26 - أد/عمار بوضياف، نظام الكوتا كآلية لترقية الحقوق السياسية للمرأة وموقف التشريعات العربية منها، دراسة حالة التمثيل النيابي للمرأة في البرلمان، مجلة الفكر البرلماني، عدد 26، نوفمبر 2010، ص 55.

389 مقعد ، أما سنة 2010 فكان ترتيبها 112 أي بنسبة 7.7% أي 30 امرأة من أصل 389 مقعد رغم المشاركة القوية للمرأة⁽²⁷⁾

وعن أسباب ضعف مشاركة المرأة الجزائرية في التمثيل البرلماني كان في البداية مشكل قانوني، لكن بعد التعديل الأخير أصبح المشكل اجتماعي بالدرجة الأولى لان هناك تقاليد تعيق مشاركة المرأة في الحياة السياسية بالرغم من أن الإطار القانوني موجود.

وعليه فان دور المرأة الجزائرية في الحياة السياسية بصفة عامة لا زال محتشما مقارنة بالعديد من الدول العربية والأجنبية، فمجلس الأمة كانت تمثله سابقا 07 نساء والمجلس الشعبي الوطني 7,61%⁽²⁸⁾ على الرغم من مصادقة الجزائر على نص الاتفاقية المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المتكون من 30 مادة تنص أحكامها على وجوب تطبيق مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين الرجل والمرأة في جميع الحقوق المدنية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية⁽²⁹⁾

لكن في الانتخابات التشريعية لـ 10 ماي 2012 حطمت المرأة في الجزائر رقما قياسيا للوصول إلى قبة البرلمان بفضل نظام الكوتا الذي أحدث على إثر الإصلاحات السياسية التي جاء بها رئيس الجمهورية عبد العزيز بوتفليقة ووصلت نسبة النساء إلى 143 نائبة من مجموع 462 مقعد أي بنسبة 39، 31، 0%⁽³⁰⁾.

²⁷ - المرجع نفسه ، ص 81.

²⁸ - د/لمين شريط، مداخلة بثت في التلفزة الجزائرية، حصة دائرة الضوء المبرمجة يوم 2011/05/12 بمناسبة الإصلاحات السياسية المطبقة في الجزائر من تقديم الإعلامي كريم بوسالم.

²⁹ - مجلة الفكر البرلماني ، الضمانات البرلمانية لتطبيق اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ، عدد 08 مارس 2005 ، ص 166.

³⁰ - إعلان المجلس الدستوري رقم 12/01 ، مؤرخ في 15 ماي 2012، المتضمن نتائج

وتجسد فيما بعد بصدر القانون العضوي رقم 03/12 المؤرخ في 12 يناير 2012 المحدد لكيفيات توسيع حظوظ المرأة في المجالس المنتخبة ، وألزمت المادة 02 منه كل القوائم المرشحة سواء كانت حرة أو مقدمة من حزب أو عدة أحزاب سياسية⁽³¹⁾ بإدراج عدد من النساء ضمن قوائمها في انتخابات المجلس الشعبي الوطني على أساس النسب التالية :

20% عندما يكون عدد المقاعد يساوي 04 مقاعد .

30% عندما يكون عدد المقاعد يساوي 04 مقاعد أو يفوق 05 مقاعد .

35% عندما يكون عدد المقاعد يساوي 04 مقاعد أو يفوق 14 مقعدا .

40% عندما يكون عدد المقاعد يساوي 04 مقاعد أو يفوق 32 مقعدا .

50% بالنسبة لمقاعد الجالية الوطنية⁽³²⁾ .

ونظرا لغياب نص قانوني يبين كيفية حساب هذه النسب حددت وزارة الداخلية والجماعات المحلية الكيفية التقنية لتخصيص المقاعد للمترشحات ضمن قوائم المترشحين الفائزين بمقاعد في الانتخابات التشريعية للعاشر من ماي، وقد تم تطبيق قاعدتين أساسيتين في إطار النسب المحددة القانون العضوي

انتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني، جريدة رسمية، عدد 32 ، مؤرخة في 26 ماي 2012، ص 05.

³¹ - نصت كذلك المادة 41 من القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية رقم 04/12، مؤرخ في 12 يناير 2012 على أن " يجب أن يضم كل حزب سياسي نسبة من النساء ضمن هيئاته القيادية " أنظر جريدة رسمية عدد 02 مؤرخة في 15 يناير 2012 المتعلق بالأحزاب السياسية ، ص 15 .

³² - أنظر المادة 02 من القانون العضوي 03/12 المؤرخ في 12 يناير 2012، المحدد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، جريدة رسمية ، عدد 01 ، مؤرخ في 14 يناير 2012، ص 46.

الأول : على أساس النسب من 30% ، 35% ، 40% ، 50%

الثاني : تتمثل في تطبيق نتيجة ضرب عدد المقاعد التي تحصلت عليها قائمة مترشحين بالنسبة المحددة في الدائرة الانتخابية المعنية محولة إلى الكامل الأعلى ، لما الجزء العشري منها يفوق 05 ، وفي حالة حصول قائمة مترشحين على مقعد واحد يمنح هذا المقعد تلقائياً للمرأة المترشحة إذا كانت هي المرتبة على رأس القائمة .

وجاء في البيان أن الدوائر الانتخابية من 5 إلى 13 مقعدا يكون عدد النساء المنتخبات مساويا لنسبة 30% حسب عدد المقاعد التي فازت بها القائمة أي عدد النساء يساوي 0,30 ضرب عدد المقاعد التي فازت بها القائمة ، وتوضيح ذلك بصورة أدق: عدد المقاعد التي تحصلت عليها القائمة 01 مقعد واحد $\times 30\% = 0,3$ (نتاج العملية الحسابية) ، فيكون العدد الأدنى من المقاعد الممنوحة للنساء هو 0 أي أن الجزء العشري لم يفوق 5 وبالتالي لا تتحصل على أي مقعد .

أما الدوائر الانتخابية من 14 إلى 31 مقعدا ، يكون عدد النساء المنتخبات مساويا لنسبة 35% حسب عدد المقاعد التي فازت بها القائمة أي عدد النساء يساوي 0,35 ضرب عدد المقاعد التي فازت بها القائمة ، أما بالنسبة إلى الدوائر الانتخابية من 32 مقعدا فما فوق ، يكون عدد النساء المنتخبات مساويا لنسبة 40% حسب عدد المقاعد التي فازت بها القائمة ، أي عدد النساء يساوي 0,40 ضرب عدد المقاعد التي فازت بها ⁽³³⁾

المطلب الثاني : مدى تأثير السياسة التشريعية على التمثيل النيابي للمرأة

إذا كان نظام الكوتا مرحب به من قبل البعض باعتباره يعزز مكانة المرأة سياسيا، إلا أن الأحزاب السياسية إذا كانت غير ملزمة قانونيا بإدراج المرأة ضمن

³³ - زايدي أفتيس، الداخلية تحدد كيفية اختيار " كوتة " النساء الفائزات في التشريعات

بعد غموض في القانون، جريدة النهار، الثلاثاء 08 ماي 2012 ، ص 11.

وعائتها السياسي فإنها لا تعمل على تصعيد الكوادر النسائية تأثرا بالاتجاهات المضادة لاشتغال المرأة بالعمل السياسي وسعي الأحزاب لإرضاء الناخب الأمر الذي يفسر عدم إقدام الأحزاب على ترشيح النساء بالمجلس النيابية باعتباره نوعا من المقامرة على المقعد، كما أن العوامل الاجتماعية والاقتصادية والثقافية كلها قد تساهم في عزوف النساء عن خوض هذا المجال والإيمان بفكرة أن المؤسسة البرلمانية هي مؤسسة ذكورية، مما أدى بالبعض إلى التحفظ النوعي عليه بحجة أنه غير دستوري ويحيد عن الأهداف المرسومة له، إذ قد يستخدم من قبل من يمسون بزمام الحكم لضمان دفع النساء (مسلمات غير قادرات ، وغير راغبات في تعكير صفو الواقع الراهن) إلى عضوية البرلمان⁽³⁴⁾ حتى أن البعض من النساء يرون أن في ذلك إجراء رضائيا فحسب لا يهدف سوى إلى تحييد المرأة وتحجيم دورها، فالفوز بأحد مقاعد البرلمان لا يعني بالضرورة الحصول على موقع مؤثر في سلطة القرار⁽³⁵⁾.

خاتمة -

نستنتج مما سبق أن الدور التشريعي في دعم التمثيل النيابي للمرأة في الجزائر هو دور إيجابي بدأ بالتدرج من بداية دستور 1963 إلى غاية دستور 1996 المعدل أي أن المرأة كانت موجودة في النخبة، وهو ما يدل على النية الحسنة الصادقة للمشرع الجزائري في الإصلاح السياسي وتعميق المسار الديمقراطي ، فالقانون العضوي لمشاركة المرأة نص على الاتفاقيات القديمة لحق المرأة وهذا يدل كذلك على أن هناك إستراتيجية موجودة من قبل لذلك لا يمكن بجرة قلم أن نمحو كل ما أنجزته الجزائر بالنسبة لحقوق المرأة .

³⁴ - د/ عزة وهبي، نظام الحصص كألية لتفعيل دور المرأة برلمانيا، مجلة قضايا برلمانية،

عدد 23، فبراير 1999 العدد 03 ، ص42

³⁵ - أندرو رينولدز، أشكال النظم الانتخابية، سلسلة منشورات، المؤسسة الدولية

للديمقراطية والانتخابات، 2007، ص157

إذن فالإطار القانوني لتمثيل المرأة كان موجودا من قبل المشرع ومن يقول عكس ذلك فهو مخطئ، فالمشكل ليس مشكل قانوني... أما بالنسبة لتدني مستوى المشاركة السياسية بالنسبة للمرأة (الإطار الواقعي) فهذا مشكل اجتماعي يرجع بالدرجة الأولى إلى العادات و التقاليد التي تعيق حق المرأة، لذلك لا بد على قوى المجتمع بشكل عام دراسة الواقع والإشكاليات التي تعمل على تراجع المرأة في المشاركة السياسية رغم وجود النصوص القانونية التي تساند هذا الدور، وإيجاد السبل العملية لتغيير هذا الواقع من خلال تشخيص السلبيات المجتمعية التي تعيق هذه المشاركة، ومن ثم تعيق المسار الديمقراطي وتخل بالحريات العامة، فالحقوق الاجتماعية هي الطريق إلى بلوغ أهداف المرأة والمجتمع في تحقيق المساواة الشاملة بين الرجل و المرأة في كل المجالات .

كما يجب القضاء على الإرهاب الفكري المرتبط بالمنخا الثقا في القائم على أفكار ومفاهيم رجعية، فنحن كلنا ملزمين بالعمل نحو تعديل الأنماط الثقافية و الاجتماعية لسلوك الأفراد لأجل القضاء على التحيزات و العادات العرفية الفاسدة و القائمة على فكرة دونية و يبقى الآن الدور على عاتق النساء اللاتي وصلنا إلى هذا المركز أن يثبتن القدرة على ذلك والرد على كل المقولات المغلوطة في حقهن .

قائمة المراجع

أ. القوانين

أ. القوانين الأساسية

. دستور 1963

. دستور 1976

. دستور 1989

. دستور 1996 و 1996 المعدل

- دستور 2016

ب. القوانين العضوية والأوامر

. القانون العضوي رقم 08/07، الجريدة الرسمية رقم 48 المؤرخة في 28 يوليو 2007 جريدة رسمية عدد رقم 48.

. القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات رقم 12 / 01 المؤرخ في 12 يناير 2012 جريدة رسمية عدد 01. 14 يناير 2012.

. القانون العضوي 03/12 المؤرخ في 12 يناير 2012، المحدد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، جريدة رسمية، عدد 01، مؤرخ في 14 يناير 2012. القانون العضوي 04/12 المؤرخ في 12 يناير 2012 المتعلق بالأحزاب السياسية، جريدة رسمية عدد 02، مؤرخ في 15 يناير 2012.

- القانون العضوي 10/16 المؤرخ في 25 أوت 2016 المتعلق بالانتخابات، جريدة رسمية، عدد 50، صادرة بتاريخ 28 أوت 2016.

. أمر رقم 97 / 07 المؤرخ في 06 مارس 1997 المتضمن قانون عضوي المتعلق بنظام الانتخابات الجريدة الرسمية عدد 12، المعدل والمتمم.

ج. المراسيم الرئاسية

. المرسوم الرئاسي 126/04، المؤرخ في 19 أبريل 2004، المتضمن التصديق على الإتفاقية بشأن الحقوق السياسية للمرأة المعتمدة في 20 ديسمبر 1956، جريدة رسمية عدد 26 مؤرخة في 25 أبريل 2004.

. المرسوم الرئاسي رقم 426/08 المؤرخ في 28 ديسمبر 2008 المتضمن رفع التحفظ الجمهوري الجزائري الديمقراطية الشعبية حول المادة 29 من إتفاقي القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979، جريدة رسمية عدد 05، جريدة رسمية مؤرخة في 21 يناير 2009.

. إعلان المجلس الدستوري رقم 12/01، مؤرخ في 15 ماي 2012، المتضمن نتائج إنتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني، جريدة رسمية، عدد 32، مؤرخة في 26 ماي 2012.

2. الكتب

. ايف مني دوهاميل ، المعجم الدستوري ، ترجمة منصور القاضي ومراجعة العميد د/ زهير شكر المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ط (1) 1996 .

. د/ حسن البدرابي ، الأحزاب السياسية ، (الحريات العامة) ، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة في حرية تكوين الأحزاب ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2000 .

. أندرو رينولدز ، أشكال النظم الانتخابية ، سلسلة منشورات ، المؤسسة الدولية للديمقراطية و الانتخابات ، 2007

. د / محمد أحمد عبد النعيم ، مدى دور المشرع الجزائري في دعم التمثيل النيابي للمرأة ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

. د/ بوالشعير السعيد ، النظام السياسي الجزائري ، دار الهدى ، دون تاريخ طبع ، الجزائر

. د/ بيبيرس إيمان ، المشاركة السياسية للمرأة ، جمعية نهوض وتنمية المرأة ، دون تاريخ الطبع ، ولا مكان النشر .

. طالب عوض ، إصلاح النظام الانتخابي الفلسطيني ، ندوة النزاهة في الإنتخابات ، مقوماتها وآلياتها في الأقطار العربية ، المنظمة العربية لمكافحة الفساد ، بيروت ، لبنان ، سبتمبر 2008 .

. سعيد عبد الحافظ ، المواطنة (حقوق وواجبات) ، مركز الدراسات الحقوقية و الدستورية ، دون تاريخ طبع ، ودون سنة طبع ، دون مكان نشر .

3. المقالات

- أ.د/ بوضياف عمار ، نظام الكوتا كآلية لترقية الحقوق السياسية للمرأة وموقف التشريعات العربية منها ، دراسة حالة التمثيل النيابي للمرأة في البرلمان ، مجلة الفكر البرلماني ، عدد 26 ، نوفمبر 2010 .

. أ د / بوحنية قوي ، جودة أداء المؤسسة التشريعية من خلال تمكين المرأة سياسيا ، الموقع الإلكتروني : <http://www.bouhania.com/news>

. د/ قادري حسين ، المشاركة السياسية كآلية من آليات الديمقراطية في العالم العربي . الجزائر نموذجا . ، مجلة المفكر ، العدد الرابع .

- د / فريجة حسين ، **المواطنة تطورها ومقوماتها** ، مجلة المنتدى القانوني، العدد السابع .
مجلة الفكر البرلماني ، عملية التأسيس الدستوري لحقوق المرأة في الجزائر ، مجلس الأمة ،
عدد 25 أفريل 2010
- مجلة الفكر البرلماني، **الضمانات البرلمانية لتطبيق اتفاقية القضاء على جميع أشكال
التمييز ضد المرأة**، العدد 08 مارس 2005
- د / وهبي عزة ، **نظام الحصص كآلية لتنفيذ دور المرأة برلمانيا** ، مجلة قضايا برلمانية ،
القاهرة، عدد 23 ، فبراير 1999 ، العدد 03.
- د/ شريط لمن ، **مداخلة بثت في التلفزة الجزائرية ، حصة دائرة الضوء المبرمجة يوم
2011/05/12 بمناسبة الإصلاحات السياسية المطبقة في الجزائر من تقديم الإعلامي
كريم بوسالم .**
- زايدي أفتيس ، **الداخلية تحدد كيفية اختيار " كوطة " النساء الفائزات في التشريعات
بعد غموض في القانون ، جريدة النهار، الثلاثاء 08 ماي 2012.**

4. الرسائل الجامعية

- أ/ الخزاعي نادرة إبراهيم راشد ، **حق المرأة في المشاركة في عضوية المجالس المنتخبة** ، رسالة
ماجستير ، جامعة آل البيت ، كلية الدراسات الفقهية و القانونية ، قسم الدراسات
القانونية ، 2005 .

5. المواقع الإلكترونية

. www.mountadaal.djezair.com

Instructions aux auteurs

Soumission d'un article

Soumission recommandée (électronique) via le courrier électronique de la section de domaine relatif au sujet de manuscrit. Lors de la soumission, il est demandé aux auteurs de proposer une liste d'au moins deux spécialistes susceptibles d'expertiser le travail et d'y joindre leurs adresses électroniques et leurs affiliations.

Il est recommandé ainsi de faire joindre à l'article soumis, une lettre d'accompagnement, où il est mentionné que le travail soumis a été approuvé par tous les auteurs et qu'il n'a pas été soumis à une autre revue.

Préparation de manuscrit

Les articles soumis à la revue « ELWAHAT » pour les Recherches et les Etudes, peuvent être rédigés en anglais, en français ou en arabe et doivent comporter obligatoirement un résumé en français ou en arabe et un autre résumé en anglais. Le résumé doit être suffisamment clair et informatif pour permettre la compréhension du sujet sans lire l'article entier. Le résumé comporte au maximum 200 mots. Cinq à sept mots-clés bien adaptés pour indexer le manuscrit.

- Les manuscrits doivent contenir quatre parties: Introduction, Matériel et méthodes, Résultats et Discussion, et Conclusion (facultatif) (police 12 gras). Les manuscrites ne doivent pas dépasser 15 pages ou 3000 mots (excluant les références, les tableaux et les légendes des figures).

La longueur des textes comportant de nombreuses références ne devrait pas dépasser 40000 signes (espaces compris). Les manuscrits soumis en ligne à la revue, passent par plusieurs étapes successives:

- Vérification de la conformité du manuscrit (lettre d'accompagnement, «anonymisation» du texte, résumés bilingues, etc.);
- Vérification de conformité à la ligne éditoriale de la revue et d'originalité des résultats;
- Evaluation anonyme par au moins deux experts choisis parmi ceux qui sont proposés par les auteurs et par les membres du comité de rédaction.

Le manuscrit doit être écrit en police : New Time Roman et comporte les éléments sous cités qui vont être regroupés dans un seul fichier rendu anonyme et qui se présentent comme suit:

Sur la première page :

- Le titre de manuscrit en français ou en arabe et en anglais (20 mots au maximum ; police 14 gras);
- Les noms, les affiliations, et les références des auteurs ainsi que l'adresse postale et l'adresse électronique du premier auteur et/ou de l'auteur correspondant (police 11 gras) ;

- Un résumé en français ou en arabe et un abstract en anglais de 300 mots maximum chacun (police 12);
- Cinq à sept mots clés, en français ou en arabe et en anglais, extraits du thésaurus (police 12);
- Puis le texte intégral au format MS. Word (fichier .doc(x) ou rtf) avec illustrations. Les tableaux, les photos et les figures (illustrations) seront appelés dans le corps du texte (police 12);
- Une liste de références bibliographiques soigneusement choisies, récentes et accessibles aux lecteurs, selon les normes suivantes:

Références bibliographiques

Les références bibliographiques sont présentées par le nom de l'auteur ou des auteurs (sans prénom (s)) suivi d'une virgule, puis de l'année de publication. Selon leur position dans le texte sont à présenter comme suivant:

- Un seul auteur : texte (auteur, année de publication) texte...
- deux auteurs : texte (auteur1 et auteur2, année de publication) texte...
- plus de deux auteurs : texte (auteur1 *et al.*, année de publication) texte...

ou: Selon auteur (année de publication) texte... ; selon auteur1 et auteur2 (année de publication) texte... ; selon auteur1 *et al.* (année de publication) texte...

Dans le cas de plusieurs citations d'auteurs- année de publication, il est recommandé des séparations par un point-virgule.

(auteur, année de publication ; auteur et auteur, année de publication ; auteur *et al.*, année de publication).

Si un auteur donné ou plusieurs mêmes auteurs ont publié la même année, ajouter les lettres a, b, c, etc. après l'année de publication. Auteur (s), année de publication a, b, c, etc.

Dans la liste bibliographique, les références seront classées dans l'ordre alphabétique des noms des premiers auteurs. Tous les auteurs doivent être mentionnés.

Exemples de structuration

Livre : Bruneton J., 1996.- *Plantes toxiques: Végétaux dangereux pour l'homme et les animaux*. Ed. Lavoisier, Paris, 687 p.

Thèse : Pibiri M. C., 2005.- *Assainissement microbiologique de l'air et des systèmes de ventilation au moyen d'huiles essentielles*. Thèse de doctorat, Ecole Polytechnique Fédérale de Lausanne, 160 p.

Article : Schoonhoven L. M. et Derksen-Koppers I., 1976.- Effects of some allelochemicals on food uptake and survival of a polyphagous aphid, *Myzus persicae*. *Entomologia Experimentalis et Applicata*, vol. 19 (1): 52-56.