



# مجلة الحقوق والعلوم السياسية

مجلة دولية دورية محكمة

تصدر عن جامعة عباس لغرور خنشلة

— الجزائر —

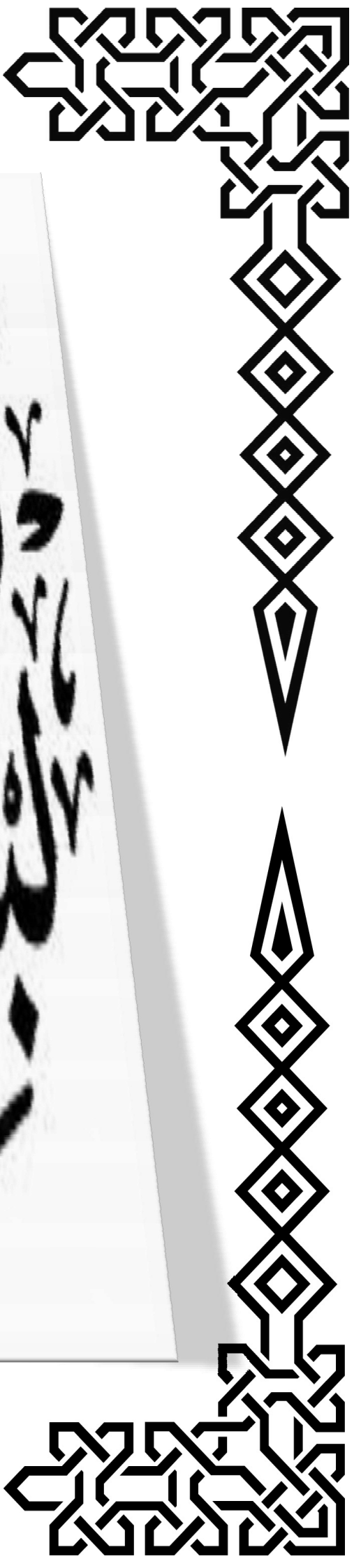
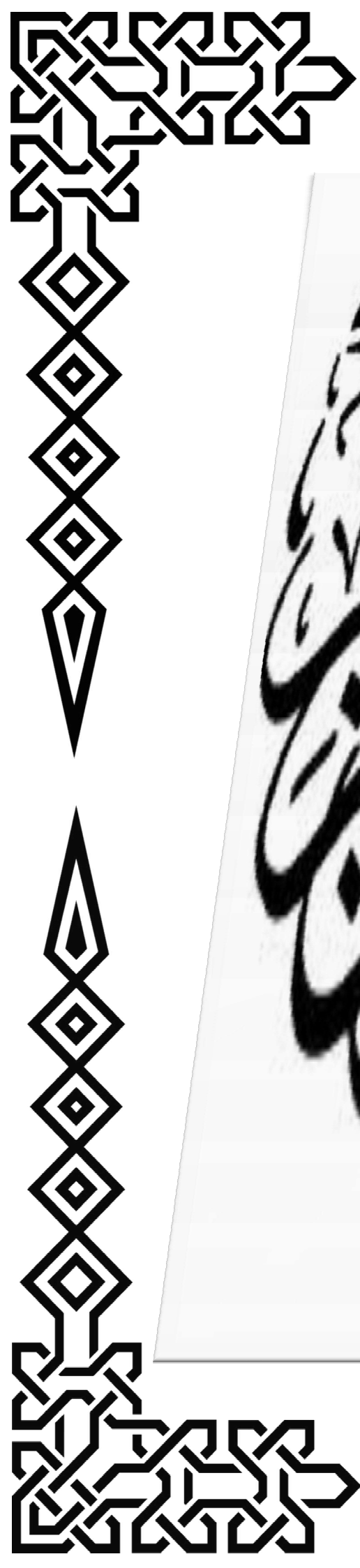
— تعنى بالمواضيع القانونية والسياسية والتخصصات ذات الصلة —

العدد 07 / جانفي 2017

الترقيم الدولي : ISSN 2352-9806

الايذاع القانوني: NR :2014-3506

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي  
خَلَقَ الْمَوَدَّعَةَ  
وَالْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي  
خَلَقَ الْمَوَدَّعَةَ  
وَالْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي  
خَلَقَ الْمَوَدَّعَةَ



**مجلة الحقوق و العلوم السياسية**  
**REVUE DE DROIT ET SCIENCES**  
**POLITIQUES**

**مجلة دولية دورية محكمة**

**تصدر عن جامعة عباس**

**لغزور خنشلة**

تعنى بالمواضيع القانونية والسياسية  
والتخصصات ذات الصلة

الترقيم الدولي : ISSN 2352-9806

الايذاع القانوني : NR :2014-3506

**الرئيس الشرفي للمجلة:**

أ.د: العايش عبد العزيز

مدير جامعة خنشلة

**مدير المجلة و مؤسسها:**

أ.د: زواقرى الطاهر

عميد كلية الحقوق و العلوم

السياسية

**رئيس التحرير:**

أ.د: بوكماش محمد

**نائب رئيس التحرير**

أ.د: تافرونت عبد الكريم

**السكرتاريا والتنفيذ**

س.ط.مبولي حساؤ

- المجلة تهتم بنشر المقالات والأبحاث المرتبطة بتخصص الحقوق والعلوم السياسية  
و كذا التخصصات ذات الصلة في الآداب و اللغات و العلوم الاقتصادية  
والعلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية

**للاتصال**

E-mail : [droit.sspkh@gmail.com](mailto:droit.sspkh@gmail.com)

هاتف / فاكس: 032.73.12.59

Facebook : revue de droit

Adresse : Université Abbes LAGHROUR Khenchela - Algérie -  
(BP 1252 Route de Batna Khenchela -40004-)

## الهيئة العلمية للمجلة:

### من داخل الوطن

جامعة خنشلة	د. مريم تومي	جامعة خنشلة	أ.د. العايش عبد العزيز
جامعة خنشلة	د. زياد عادل	جامعة تبسة	أ.د. فكرة سعيد
جامعة عنابة	د. عمارة بلغيث	جامعة بسكرة	أ.د. سلاطنية بلقاسم
جامعة البويرة	د. خلوفي خدوجة	جامعة خنشلة	أ.د. سعادنة العيد
جامعة سوق أهراس	د. خليفي عبد الرحمن	جامعة خنشلة	د. قصوري رفيقة
جامعة قالمة	د. غزلاني وداد	جامعة خنشلة	د. بوقرة إسماعيل
جامعة أم البواقي	د. بوعبد الله مختار	جامعة خنشلة	د. راجي عبد العزيز
جامعة تبسة	د. حيدرة سعدي	جامعة تيزي وزو	أ.د. سعيداني لوناسي ججيقة
جامعة الخلفة	د. مسعود عزالدين	جامعة بسكرة	أ.د. عزري الزين
جامعة باتنة 1	د. مخلوفي عبد الوهاب	جامعة عنابة	أ.د. جمال عبد الناصر مانع
جامعة باتنة 1	د. هوام علاوة	جامعة خنشلة	أ.د. حصيد فيصل
جامعة باتنة 1	د. محمد العايب	جامعة خنشلة	أ.د. دريوش محمد الطاهر
جامعة باتنة 1	د. خالفة نادية	جامعة عنابة	أ.د. محمد الصغير بعلي
جامعة بسكرة	د. حوحو رمزي	جامعة قسنطينة 01	أ.د. مالكي محمد لخضر
جامعة بسكرة	د. دبابش عبد الرؤوف	جامعة عنابة	أ.د. لخضر بوكحيل
جامعة سطيف	د. عبد الرزاق بوضياف	جامعة باتنة 1	أ.د. مسعود فلوسي
جامعة بجاية	د. حساني خالد	جامعة تبسة	أ.د. عمار بوضياف
جامعة تبسة	د. موسى نورة	جامعة بسكرة	أ.د. آجقوا علي
جامعة باتنة 1	د. سمير شعبان	جامعة تبسة	أ.د. دلول الطاهر
جامعة باتنة 1	د. جبايلي ليندة	جامعة باتنة 1	أ.د. بن حرز الله عبد القادر
جامعة الاغواط	د. بوعيشة بوغفالة	جامعة قسنطينة 2	أ.د. طاشور عبد الحفيظ
جامعة برج بوعريرج	د. يزيد ميهوب	جامعة خنشلة	د. خلاف بدر الدين
جامعة أدرار	د. باخوية ادريس	جامعة خنشلة	د. لكبير علي
جامعة الجزائر 1	د. شويرب خالد	جامعة خنشلة	د. عبدلي حبيبة
جامعة عنابة	د. مرامية حمة	جامعة خنشلة	د. بن يكن عبد المجيد
جامعة الوادي	د. حوبة عبد القادر	جامعة خنشلة	د. عثمانية كوسر
جامعة باتنة	د. بن يزة يوسف	جامعة خنشلة	د. بن عمران إنصاف
جامعة خنشلة	د. سليمان مباركة	جامعة خنشلة	د. هادية يخياوي
جامعة خنشلة	د. ناصر سميرة	جامعة خنشلة	د. بن مكّي نجاة
جامعة خنشلة	د. تومي مريم	جامعة خنشلة	د. مالكية نبيل
جامعة خنشلة	أ. قرزة عمر	جامعة خنشلة	د. عرشوش سفيان
جامعة خنشلة	أ. بوزيدي صورية	جامعة خنشلة	د. دمان ديبح عماد
		جامعة خنشلة	د. سميرة سلام



## من خارج الوطن:

أستاذ القانون الدولي العام جامعة الشارقة الإمارات العربية المتحدة	أ.د. وائل أحمد علام
أستاذ القانون الخاص بجامعة القاضي عياض مراكش	أ.د. حسن زرداني
أستاذ الفقه المقارن جامعة الزيتونة تونس	أ.د. بوزغيبية محمد
عيد كلية العلوم الإسلامية بجامعة محمد الفاتح اسطمبول	أ.د. أحمد طوران أرسلان
كلية العلوم القانونية و السياسية و الاجتماعية جامعة تونس	أ.د. شاكر المزوغي
كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة سوسة. تونس	أ.د. صلاح عاطف الرواتبي
مدير قسم القانون العام بكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة سوسة. تونس	أ.د. توفيق الغنای

## قواعد النشر

مجلة الحقوق والعلوم السياسية مفتوحة لكل الأساتذة والباحثين المتخصصين في الحقوق أو العلوم السياسية أو التخصصات ذات العلاقة بهما. من داخل الوطن ومن خارجه. وتخضع الأبحاث العلمية التي ترد المجلة إلى شروط شكلية وموضوعية يجب على الباحثين التقيد بها وهي:

- ✓ أن يكون البحث المقدم للنشر أصيلاً ويتسم بالجدية والموضوعية وسلامة اللغة. ولم يسبق نشره بأي شكل من الأشكال في أية مجلة أو مؤلف.
- ✓ أن لا يكون المقال مستلاً من رسالة أو مداخلة أو بحث آخر
- ✓ أن يتراوح عدد صفحات البحث من 12 إلى 16 صفحة.
- ✓ أن يشتمل البحث على ملخصين أحدهما باللغة العربية والآخر بإحدى اللغتين الأجنبية (الإنجليزية أو الفرنسية). ويتضمن الملخص الإشكالية وأهم النتائج المقررة .
- ✓ أن يكون البحث المنجز باللغة العربية محرراً بخط Arabic Transparent حجم 14 في المتن وحجم 10 في التمهيش و قائمة المصادر و المراجع.
- ✓ أما البحث المنجز بإحدى اللغات الأجنبية فيحترق بخط Times New Roman حجم 12.
- ✓ أن يرسل البحث في ثلاث نسخ مع قرص مضغوط وفق نظام ( Word ) عن طريق البريد المضمون للمجلة. كما يمكن إرساله عن طريق البريد الإلكتروني [droit.sspkh@gmail.com](mailto:droit.sspkh@gmail.com)
- ✓ أن يراعى في تدوين الهوامش ما يلي:
  - إذا كان المرجع كتاباً، يدون الاسم الكامل للمؤلف، عنوان الكتاب، مكان النشر، الناشر، سنة النشر، الصفحة.
  - إذا كان المرجع دورية، يدون الاسم الكامل للباحث، عنوان البحث، بين مزدوجتين، اسم الدورية، عددها، تاريخ صدورها، الصفحة.
  - إذا كان موقع الانترنت، يدون الاسم الكامل للباحث، عنوان البحث، المعلومات الأخرى مثل مكان تقديم العمل (والتاريخ). ثم يدون هذا الموقع كاملاً وبدقة، ويذكر تاريخ الرجوع إلى الموقع.
- ✓ أن تدون الهوامش أسفل الصفحة.
- ✓ يمكن إجاز المقال بصفة فردية كما يمكن إجازته بشكل ثنائي على الأكثر و يرتب الأعلى درجة .
- ✓ المقالات المنشورة في هذه المجلة لا تعبر إلا عن آراء أصحابها.
- ✓ في حال إجازة البحث للنشر مع ملاحظات بالتعديل يجب على الباحث الالتزام بالأجل المحدد له وإلا يلغى البحث.
- ✓ البحوث التي ترسل إلى المجلة لا ترد إلى أصحابها نشرت أم لم تنشر.
- ✓ يستفيد صاحب كل بحث منشور من نسخة أصلية واحدة من العدد مع شهادة إدارية بالنشر.
- ✓ عدم المساس أو التجريح في الهيئات و الأشخاص.
- ✓ المجلة لاتتحمل مسؤولية أية سرقة علمية ترتكب ولم ينتبه اليها خبراء التحكيم الإلكتروني أو خبراء التحكيم العلمي للمجلة .

## كلمة مدير المجلة

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله وعلى آله

وصحبه ومن وآله وبعد:



تستقبل كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عباس لغرور خنشلة السنة الجديدة 2017 بصدر العدد السابع من مجلة الحقوق والعلوم السياسية والذي يضيف بحق إلى رصيد المجلة والكلية إنتاجا علميا وأكاديميا راقيا محكما، يساهم في إثراء جملة مواضيع في تخصصي الحقوق والعلوم السياسية والتخصصات ذات الصلة في العلوم الإنسانية لتمكين القراء

من اكتشاف آخر الإشكالات المطروحة في حقل البحث العلمي وفي المواضيع المطروحة في العدد، وكذا إسهام العدد في مناقشة وترقية مجموعة هامة من الأساتذة والدكاترة المنتسبين للجامعات المذكورة في المقالات المنشورة.

وإذ تشكر إدارة المجلة ورئاسة التحرير فيها كل الأعلام الجادة التي ساهمت في إثراء هذا العدد، فإنها تقدم الدعوة لكل الباحثين على مستوى حقل البحث القانوني والسياسي في مختلف الجامعات الخارجية والوطنية إرسال الدراسات والمقالات وفق شروط النشر المعلنة في المجلة.

في الأخير تتقدم إدارة المجلة وهيئة التحرير فيها بالتعازي الخالصة لأهل المرحوم الأستاذ لعميد عبد العزيز الذي افتقدته الأسرة الجامعية هذه الأيام سائلة المولى العلي القدير أن يتغمده برحمته الواسعة وان يلهم أهله وذويه والأسرة الجامعية الصبر والسلوان.

مدير المجلة و عميد الكلية

أ.د. زواقري الطاهر

الموضوع ----- رقم الصفحة

- 10 ..... هيئات الإدارة المحلية في الجزائر ودورها في إرساء حكم راشد  
 أ.د. زواقري الطاهر  
 ساري مريم  
 جامعة خنشلة  
 طالبة دكتوراه جامعة خنشلة  
 -----  
 أحكام القانون الدولي العام في فسخ العقود الدولية للتجارة  
 دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية.....  
 45 .....  
 د. محمد بن نصر القطري  
 جامعة طيبة - مصر-  
 -----  
 النظام القانوني لأملاك البلدية في ظل التشريع الجزائري.....  
 70 .....  
 د. اسماعيل بوقرة  
 علاء الدين قليل  
 جامعة خنشلة  
 طالب دكتوراه جامعة خنشلة  
 -----  
 استقلالية القضاء كآلية لمكافحة الفساد في ضوء الاتفاقيات الدولية  
 لمكافحة الفساد والتشريعات الوطنية.....  
 81 .....  
 د. كوسر عثمانية  
 د. عبد الكريم تافرونت  
 جامعة خنشلة  
 جامعة خنشلة  
 -----  
 أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي.....  
 92.....  
 أ.د. سعيداني - لوناسي ججيجة  
 ولد أحمد تهنان  
 جامعة تيزي وزو  
 طالبة دكتوراه جامعة تيزي وزو  
 -----  
 الفساد وانعكاساته الاقتصادية على الدولة.....  
 113 .....  
 د. طويل نسيم  
 جامعة بسكرة  
 -----  
 إجراءات تنفيذ قرارات التحكيم التجارية الدولية الأجنبية بالجزائر.....  
 124 .....  
 د. مالكية نبيل  
 جامعة خنشلة  
 -----  
 أثر تعدد الجرائم في تقدير العقوبة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.....  
 140 .....  
 د. محمد العايب  
 جامعة باتنة 1  
 -----

- 157 ..... إثبات عيب الجراف الإدارة العمومية في استعمال السلطة العامة  
د. زياد عادل  
جامعة خنشلة
- 176 ..... نظام العقوبات في القانون الدولي الجنائي  
د. بن مكّي نجاة  
جامعة خنشلة
- 194 ..... الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال في ظل التشريع الجزائري  
د. بخوش هشام  
جامعة سوق أهراس
- 207 ..... الصياغة القانونية للأحكام الفقهية وإشكالية المرونة  
د. نادية رازي  
جامعة قسنطينة
- 221 ..... حظر إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني  
د. غبولي منى  
جامعة سطيف 2
- 239 ..... الفصل بين وظائف العمل القضائي الجزائري على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري  
د. بودور مبروك  
جامعة مسيلة
- 256 ..... مبدأ السيادة بين التدخل الإنساني ومسؤولية الحماية  
د. سلام سميرة  
جامعة خنشلة
- القيادة التنظيمية و علاقتها بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية  
في إطار دراسة جامعة ميتشيغان \_ دراسة ميدانية بمقر دائرة مجانية \_ ولاية برج بوعريج  
270 .....  
د. سيدي صالح صبرينة  
د. واكلي (أيت مجير) بديعة  
جامعة سطيف  
جامعة سطيف
- 286 ..... قانون الاستثمار و البيئة القانونية للاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر: دراسة تقييمية  
د. هبال عبد النور  
جامعة خنشلة
- 301 ..... إسهامات منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام  
أ. سامي بخوش  
أ. وليد عبدلي  
جامعة باتنة 1  
جامعة باتنة 1
- 322 ..... الحماية الإجرائية للشهود في التشريع الفرنسي  
أ. محي الدين حسيبة  
جامعة البليدة 2
- 333 ..... القوة الإثباتية للمحاضر الجمركية في التشريع الجزائري  
عقيلة خرشي  
طالبة دكتوراه  
جامعة مسيلة



دور العنف الجسدي في ظهور أعراض الصدمة النفسية لدى الزوجة المعنفة في المجتمع الجزائري  
353 \_ دراسة عيادية على حالتين من زوجات المعنفات في ولاية بسكرة .....

أ. بوسنة عبد الوافي زهير  
أ. حاج الشيخ سمية  
جامعة قسنطينة  
جامعة بسكرة

366 ..... الحماية الدولية للأسرة.....

د. كيفاجي الضيف  
جامعة سكيكدة

388 ..... أثر الأحزاب السياسية على الأنظمة الدستورية المعاصرة .....

حشوف لبنى  
طالبة دكتوراه  
جامعة تبسة

404 ..... دور مجلس المحاسبة في الرقابة على نفقات الصفقات العمومية .....

طلاش خليدة  
طالبة دكتوراه  
جامعة الجزائر

توجهات حلف شمال الأطلسي تجاه دول جنوب المتوسط

422 ..... بين المخاوف الأمنية والحوارات الإستراتيجية .....

بالة عمار  
أستاذ مساعد  
باحث دكتوراه  
جامعة باتنة  
جامعة خنشلة

434 ..... التحري الجنائي المُسَبَّق .....

د. روابح فريد  
جامعة سطيف - 2

452 ..... العناصر الفنية في الفيلم التاريخي الوطني قراءة في فيلم مصطفى بن بولعيد .....

بوزيدي سهام  
أستاذة  
باحثة دكتوراه  
جامعة قسنطينة  
بجامعة باتنة

La notion des crimes contre l'humanité

Dans la jurisprudence des tribunaux internationaux pénaux ad hoc ..... 1

Dr Haoua Salem

Université de Médéa

## هيئات الإدارة المحلية في الجزائر ودورها في إرساء حكم راشد

أ.د. زواقري الطاهر  
ساري مريم  
جامعة خنشلة  
طالبة دكتوراه  
جامعة خنشلة

### ملخص:

الجزائر كغيرها من الدول أخذت بنظام اللامركزية الإدارية الإقليمية. كأسلوب من أساليب التنظيم الإداري والذي يقوم على أساس توزيع الوظيفة الإدارية بين السلطة المركزية والسلطات المحلية. فعملت بذلك على إرساء إدارة محلية والتي تمتاز بأنها مركز صناعة القرار المحلي. مثلة في الهيئات ذات الطابع المحلي وهي المسئولة عن تقديم خدمات ومصالح للمنتفعين المحليين.

إن فعالية ونجاح الإدارة المحلية تقوم على مدى قدرة هذه الهيئات على القيام بوظائفها ودورها المطلوب في تحقيق تنمية محلية شاملة ومدى مواكبتها للتطورات العالمية في التسيير والتي أصبحت تقوم على قواعد الحكم الراشد والترشيد الإداري وإشراك المواطن في إدارة شؤونه العامة.

### Résumé

L'Algérie, comme d'autres pays, a opté pour le système de décentralisation comme moyen d'organisation administrative, basé sur la distribution de la fonction administrative entre l'autorité centrale et les autorités locales. Ainsi, elle a mis en place une administration locale considérée comme centre de prise de décision locale par le biais des organismes locaux responsables de prendre soin des intérêts des citoyens.

L'efficacité et le succès de l'administration locale sont en fonction de la capacité de ces organismes d'accomplir leur fonction, de leur rôle requis dans la réalisation du développement local global et de l'ampleur de suivre le rythme de l'évolution mondiale en matière de gestion ; désormais, basée sur les règles de gouvernance, de rationalisation administrative et de l'implication du citoyen dans la gérance quotidienne de ses affaires.

### مقدمة:

تأخذ معظم الدول على اختلاف أنظمتها السياسية . بنظام الإدارة المحلية تطبيقا لمبادئ الديمقراطية وأركان الحكم الراشد والتي تقوم على إشراك المواطن في تسيير شؤونه العامة.



ولأن الإدارة المحلية تتشكل أساسا من الإرادة الشعبية، فهي وحدها القادرة على لعب دور أساسي في عملية التنمية الشاملة، فلا توجد دولة متقدمة إلا وكان تقدمها نابع من إرادة ودافع شعوبها للتقدم.

ولكي تنجح برامج التنمية المحلية اجتماعيا واقتصاديا يجب توفر عدة عوامل أهمها وجود نظام محلي فعال وقادر على مواكبة التطورات والتغيرات الحاصلة على المستوى المحلي والوطني والدولي.

لذلك فقد عني المشرع الجزائري بتشريع قوانين الإدارة المحلية، فتطور النظام القانوني للإدارة المحلية ارتبط دوما بطبيعة ومتطلبات كل مرحلة من المراحل التي مرت بها الدولة، فأصدر سنة 1967 الأمر رقم 67-24 المتضمن قانون البلدية، وسنة 1969 الأمر رقم 69-38 المتضمن قانون الولاية، والذين تم تشريعهما في ظل حكم الحزب الواحد، فاجه المشرع إلى تقليص اختصاصات الهيئات المحلية وفرض عليها أسلوب رقابة شديدة من طرف السلطة المركزية نظرا للأوضاع التي كانت تعيشها الهيئات المحلية في تلك الفترة من نقص في الهياكل الإدارية والإطارات المسيرة.

وبصدور دستور 1989 وتبني التعددية الحزبية، كان لابد على المشرع من تكييف قوانين الإدارة المحلية مع تلك المتغيرات، فأصدر سنة 1990 القانون رقم 90-08 المتعلق بالبلدية و القانون رقم 90-09 المتعلق بالولاية، وقد حاول المشرع من خلال هذين القانونين ترك حرية أكبر للهيئات المحلية لممارسة اختصاصاتها عن طريق التخفيف من حدة رقابة السلطة المركزية على هيئات الإدارة المحلية.

ولمواكبة التحولات الدولية في مجال تسيير الإدارة المحلية صدر قانون البلدية 11-10 وقانون الولاية 12-07، والذي هدف المشرع من خلالهما إلى إصلاح الإدارة المحلية بما يتماشى وتحقيق الحكم الراشد والذي ظهر مفهومه على المستوى الدولي في عام 1989 خاصة في كتابات البنك الدولي في إطار التغيير الذي حدث في دور الحكومة من جانب، وتطور علم الإدارة من جانب آخر، أما على المستوى الوطني فظهر مفهوم الحكم الراشد في النصوص القانونية والخطاب السياسي منذ عام 2006، والذي يهدف من تطبيقه في الإدارة المحلية إلى تغيير علاقة الحكومة بالمواطن من مجرد التركيز على فعالية المؤسسات التي تهدف إلى إدارة شؤون الإقليم المحلي، إلى التركيز على مفهوم قيم المساءلة والشفافية والقدرة على التنبؤ والمشاركة الواسعة للمواطنين.

ومنه تتحدد الأهمية الأساسية للموضوع فيما يلي:



- تلعب الإدارة المحلية دورا هاما في كل دولة. فهي أداة لتنفيذ السياسة المنتهجة من طرف هذه الأخيرة. فتطور الإدارة المحلية هو انعكاس لتطور الدولة.

- وجود إشكالية هامة يطرحها موضوع "الإدارة المحلية وعلاقتها بالحكم الراشد". دوليا ووطنيا في المرحلة الراهنة. كمعيار لقياس مدى حوكمة الإدارة المحلية.

- التنبيه إلى ضرورة عمل الإدارة المحلية مع التغيرات والتطورات الحاصلة في مختلف المجالات وعلى جميع الأصعدة. بهدف تحسين الخدمة العمومية المحلية وتحقيق ذلك يتطلب تطبيق آليات ومنها الحكم الراشد.

وعلى ضوء ما ذكرنا فإننا نسعى من هذه الدراسة إلى تحديد النظام القانوني الذي يحكم الإدارة المحلية ودور آلياتها في تحقيق حكم راشد قادر على دعم مختلف الاتجاهات التنموية في الجزائر.

و سنعتمد بصفة أساسية في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي من خلال جمع الأفكار وتحليلها وشرحها للوصول إلى نتائج.

وانطلاقا من هذا الأساس فإننا نطرح الإشكالية التالية:

ماهو النظام القانوني لتمثيل الإدارة المحلية في الجزائر؟ وماهو الدور الذي تلعبه آلياتها في تعزيز الحكم الراشد؟

يتطلب الإجابة على هذا الإشكال تناول الموضوع بشيء من التفصيل من خلال خطة تتمحور حول:

الإطار المفاهيمي للإدارة المحلية. ثم تحديد هيئات الإدارة المحلية على مستوى الولاية وهيئات الإدارة المحلية على مستوى البلدية ثم نتطرق للرقابة الوصائية الممارسة على هيئات الإدارة المحلية. وفي الأخير نقوم بدراسة تطبيقات الحكم الراشد في الإدارة المحلية.

### أولا: الإطار المفاهيمي للإدارة المحلية

إن دراسة موضوع مثلي الإدارة المحلية في الجزائر يقتضي أولا تحديد تعريف الإدارة المحلية. الأسباب الداعية للأخذ بها ومقوماتها وهو ما سنتناوله في العناصر التالية:

#### 1- تعريف الإدارة المحلية

لتحديد تعريف الإدارة المحلية يجب علينا أولا التطرق إلى التعاريف الواردة في النصوص القانونية ثم التعريف الفقهي .

أ - **التعريف التشريعي:** لقد عرّف المشرع الجزائري الإدارة المحلية في نصوص تشريعية هامة نوردها فيما يلي:



### تعريف الإدارة المحلية في التشريع الأساسي (الدستور)

عرّف الدستور الجزائري<sup>1</sup> الإدارة المحلية في المواد 15، 16، 17 فجاءت كالتالي: نصت المادة 15 على أنه: "تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والعدالة الاجتماعية. المجلس المنتخب هو الإطار الذي يعبر فيه الشعب عن إرادته. ويراقب عمل السلطات العمومية"

أما المادة 16 فنصت على أن "الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية.

البلدية هي الجماعة القاعدية".

والمادة 17 نصت على أنه "يمثل المجلس المنتخب قاعدة اللامركزية ومكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية".

من خلال المواد السابقة الذكر نجد أن المؤسس الدستوري عرّف الإدارة المحلية من خلال اعتبار البلدية والولاية على أنها الجماعات الإقليمية للدولة والتي تمثل نظام اللامركزية في الجزائر. ووسيلة ديمقراطية لمشاركة المواطنين في تسيير شؤونهم العامة.

### تعريف الإدارة المحلية في التشريع العادي:

#### قانون البلدية لسنة 2011

عرّف المشرع البلدية من خلال المادة الأولى: "البلدية هي الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتحدث بموجب قانون"<sup>2</sup>

#### قانون الولاية لسنة 2012

عرّف المشرع الولاية من خلال هذا القانون على أنها "الجماعة الإقليمية للدولة وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة، وهي أيضا الدائرة غير الممركزة للدولة وتشكل بهذه الصفة فضاء لتنفيذ السياسات العمومية التضامنية والتشاورية بين الجماعات الإقليمية والدولة"<sup>3</sup>.

لقد عرّف المشرع الجزائري الإدارة المحلية من خلال قانون البلدية وقانون الولاية. على أنها تمثيل للجماعات الإقليمية في الدولة، تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة.

1 - المرسوم الرئاسي رقم 438/96، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور. المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج 76، المؤرخة في 08 ديسمبر 1996 / معدل بـ القانون رقم 03/02، المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج 25، المؤرخة في 14 أبريل 2002 / القانون رقم 19/08، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج 63، المؤرخة في 16 نوفمبر 2008 / القانون رقم 01/16، المؤرخ في 06 مارس 2016، ج 14، المؤرخة في 07 مارس 2016، ص 8.

2 - القانون 10/11، المؤرخ في 22 جويلية 2011، المتضمن قانون البلدية، ج/ر رقم 37، المؤرخة في 3 يوليو 2011، ص 7.

3 - القانون 07/12، المؤرخ في 21 فيفري 2012، المتضمن قانون الولاية، ج/ر رقم 12، المؤرخة في 29 فبراير 2012، ص 8،9.





## ب - التعريف الفقهي:

اهتم فقهاء القانون بتعريف الإدارة المحلية، نذكر منها التعاريف التالية:  
يعرفها الأستاذ فؤاد العطار أنها: " توزيع الوظيفة الإدارية بين الحكومة المركزية وهيئات منتخبة أو محلية تباشر اختصاصاتها تحت إشراف الحكومة أو رقابتها"<sup>1</sup>.  
من خلال هذا التعريف يتبين لنا أن الإدارة المحلية في رأي هذا الفقيه تقوم على ركنين وهما:

توزيع المهام بين السلطة المركزية والإدارة المحلية، ومراقبة الحكومة لهذه الإدارة.  
أما الأستاذ خالد سمارة الزعبي فيعرفها على أنها " أسلوب إداري بمقتضاه يقسم إقليم الدولة إلى وحدات ذات مفهوم محلي تتمتع بشخصية اعتبارية ويمثلها مجالس منتخبة من إنشائها لإدارة مصالحها تحت إشراف ورقابة الحكومة المركزية"<sup>2</sup>  
لقد أعطى هذا الفقيه مفهوم أوسع للإدارة المحلية وجعلها تقوم على عدة أركان وهي:

- تقسيم إقليم الدولة إلى وحدات محلية

- تمتع الوحدات المحلية بالشخصية الاعتبارية

- تمثيل الوحدات المحلية بمجالس منتخبة

- إشراف ورقابة الحكومة للوحدات المحلية

الملاحظ على هذا التعريف أنه على خلاف معظم تعاريف الإدارة المحلية التي تستند على معيار توزيع الاختصاص بين السلطة المركزية والإدارة المحلية، فإن هذا التعريف يستند على معيار تقسيم إقليم الدولة إلى وحدات تتمتع بالشخصية المعنوية.

كما يعرفها الفقيه الفرنسي أندريه دولوبادير andrie delaubader أنها "تولي وحدة

محلية لإدارة نفسها بنفسها، وأن تقوم بالتصرفات الخاصة بشؤونها"<sup>3</sup>.

في رأي هذا الفقيه أن الإدارة المحلية تقوم على ركن واحد وهو استقلالية الوحدات المحلية

في إدارة شؤونها.

الملاحظ على هذا التعريف أنه أغفل أهم ركن للإدارة المحلية وهو ركن رقابة السلطة

المركزية لهذه الوحدات المحلية وهذا بغرض المحافظة على وحدة الدولة.

1 - فؤاد العطار: مبادئ في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1955، ص 176.

2 - خالد سمارة الزعبي: تشكيل المجالس المحلية وأثره على كفاءتها (دراسة مقارنة) منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1984، ص 42.

3 - سماعيل ياسين عبد الرزاق، الإدارة المحلية و متطلبات التنمية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون إدارة عامة، إشراف روان محمد الصالح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، ص 16-17.



من خلال ما سبق نقترح التعريف التالي للإدارة المحلية: هي هيئات معينة أو منتخبة، تتمتع بالشخصية المعنوية، تمارس اختصاصاتها بصفة مستقلة تحت إشراف ورقابة السلطة المركزية بغرض المحافظة على وحدة الدولة.

## 2- الأسباب الداعية للأخذ بنظام الإدارة المحلية

الأسباب الداعية لاعتماد نظام الإدارة المحلية تكاد تكون واحدة في كل الدول يمكن حصر أهمها فيما يلي:

### أ- تزايد مهام الدولة

عندما كان نشاط الدولة محدودا كان من اليسير على الحكومة أداء خدماتها في جميع أنحاء الدولة الحارسة التي عهد إليها فقط الاهتمام بقطاع الأمن، الدفاع والقضاء غير أن الانتقال من الدولة الحارسة إلى الدولة المتدخلة فرض الاهتمام بالمسائل الاجتماعية، الاقتصادية والثقافية وغيرها، وهذا ما استلزم إنشاء هياكل لمساعدة الدولة في الدور المنوط بها وعلى رأسها تأتي الإدارة المحلية.

### ب- التفاوت بين أجزاء إقليم الدولة الواحدة

الدولة الواحدة تختلف من الناحية الجغرافية، كما تختلف من حيث التعداد السكاني، ولاشك أن هذا الاختلاف بين منطقة وأخرى من مناطق الدولة الواحدة يفرض بالضرورة الاستعانة بإدارة محلية لتسيير شؤون الإقليم.

فالدراسات القانونية والإدارية والاجتماعية والاقتصادية أجمعت أن مشاكل الصحة والنقل والتعليم والفلاحة والري وغيرها ليست واحدة في كل المناطق من حيث الحدة، مما يستوجب تسييرها محليا.<sup>1</sup>

### ج- تجسيد الديمقراطية

تعتبر الإدارة المحلية صورة من صور التسيير الذاتي ووسيلة فعالة لإشراك أفراد الشعب المنتخبين في ممارسة السلطة وهي علامة من علامات الديمقراطية في نظام الحكم.<sup>2</sup>

## 3- مقومات الإدارة المحلية

هناك ثلاث أركان رئيسية لنظام الإدارة المحلية وهي وجود مصالح محلية تهتم سكان الوحدة المحلية وتمييزها عن المصالح الوطنية، ووجود مجالس محلية منتخبة بالكامل أو في

1 - عمار بوضياف: شرح قانون البلدية، ط1، جسور، الجزائر، 2012، ص 58، 57.

2 - عمار بوضياف: شرح قانون الولاية، ط1، جسور، الجزائر، 2012، ص 62، 61.



غالبيتها تتولى إدارة الوحدات المحلية، وأن تباشر هذه المجالس اختصاصاتها تحت إشراف ورقابة السلطة المركزية عن طريق الوصاية الإدارية.

#### أ- الاعتراف بوجود مصالح محلية متميزة

إذا كان يجب أن تشرف الدولة ممثلة في جهازها المركزي على تسيير شؤون الدفاع والقضاء والمرافق الإستراتيجية ذات الطابع الوطني، فإنه من الأفضل والأنسب أن تترك بعض الأعمال كالنقل وتوزيع المياه والصحة لتسيير محليا<sup>1</sup>، مما يستوجب تخصيص أنظمه قانونية خاصة بها ويستلزم بالضرورة منح المجالس أو الهيئات المحلية التي تشرف على تلبيتها الشخصية المعنوية المستقلة تمكينا لها من تلبية هذه الاحتياجات وخدمة سكان الوحدات المحلية

#### ب- الاعتراف بوجود مجالس محلية منتخبة ومستقلة عن السلطة المركزية

من أهم العوامل التي تضمن استقلال المجالس المحلية هو أن يتم أولا منح هذه المجالس الشخصية الاعتبارية التي تضمن لها الاستقلال المالي والإداري وتعد من أهم ضمانات استقلالها. إذ دون تمتعها بهذه الشخصية ستكون مجرد فرع للحكومة المركزية في الأقاليم وأن يتم الأخذ بأسلوب الانتخاب بدلا من التعيين كطريقة لتشكيلها<sup>2</sup>.

وخرص القوانين المتعلقة بالإدارة المحلية عادة على النص بشكل صريح على تمتع الهيئات المحلية بالشخصية الاعتبارية. إدراكا من المشرع لأهمية هذا العنصر في بناء نظام الإدارة المحلية<sup>3</sup>

#### ج - خضوع المجالس المحلية لرقابة السلطة المركزية

إذا كان الشخص المعنوي اللامركزي يتمتع بصلاحيات أصيلة يمارسها بعيدا عن السلطة المركزية بحيث تتوزع الوظيفة الإدارية بين الشخص المعنوي العام الأساسي أي الدولة والأشخاص العامة القانونية الأخرى كالمجموعات المحلية. فإن هذا الاستقلال لا يصل إلى حد الانفصال المطلق وإلى إعدام كل علاقة بين الأشخاص والدولة. بل تظل العلاقة قائمة بين الهيئة المستقلة والدولة عن طريق نظام الوصاية الإدارية والتي تمارس رقابتها عليها<sup>4</sup>

1 - عمار بوضياف: شرح قانون البلدية، المرجع السابق، ص 33.

2 - محمد علي الخلايلة: الإدارة المحلية وتطبيقاتها في كل من الأردن وبريطانيا وفرنسا ومصر، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص 45، 49.

3 - أنظر المادة 01 من القانون 07/12، المتضمن قانون الولاية، المصدر السابق، ص 8، 9.

4 - أنظر المادة 01 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق، ص 7.

4 - عمار بوضياف: شرح قانون البلدية، المرجع السابق، ص 36.



## ثانيا: هيئات الإدارة المحلية

تمثل الإدارة المحلية بواسطة هيئات معينة أو منتخبة. محددة قانونا. وتمارس اختصاصاتها باستقلالية إما على مستوى الولاية أو على مستوى البلدية. تحت وصاية السلطة المركزية.

### 1- هيئات الإدارة المحلية على مستوى الولاية

ينص قانون الولاية على أن "الولاية هي الجماعة الإقليمية للدولة. وهي أيضا الدائرة الإدارية غير الممركزة للدولة وتشكل بهذه الصفة فضاء لتنفيذ السياسات العمومية التضامنية والتشاورية بين الجماعات الإقليمية والدولة. وتساهم مع الدولة في إدارة وتهيئة الإقليم والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وحماية البيئة وكذا حماية وترقية وتحسين الإطار المعيشي للمواطنين. وتتدخل في كل مجالات الاختصاص المخولة لها بموجب القانون. شعارها هو بالشعب وللشعب. وتحدث بموجب القانون".<sup>1</sup>

إذا كانت الولاية طبقا للمادة السابقة شعارها بالشعب وللشعب. تعين حينئذ العمل على فتح سبل المشاركة للمواطنين في تسيير الشؤون العامة على المستوى الولائي<sup>2</sup> وهذا عن طريق المجلس الشعبي الولائي والوالي إلى جانب أجهزة وهيكل الإدارة العامة للولاية. **أ- المجلس الشعبي الولائي:**

هو جهاز المداولة للولاية ومظهر تعبير للامركزية<sup>3</sup> وله نظام قانوني خاص من حيث التكوين. العمل والصلاحيات. والتي سوف نقوم بدراستها في العناصر الآتية:

### - تكوين المجلس الشعبي الولائي

يتشكل المجلس الشعبي الولائي من منتخبين يتم اختيارهم من قبل سكان الولاية من بين المرشحين المقترحين من قبل الأحزاب أو المرشحين الأحرار.<sup>4</sup>

1 - أنظر المادة 01 من القانون 07/12. المتضمن قانون الولاية. المصدر السابق. ص 8،9.

2 - عمار بوضياف: شرح قانون الولاية. المرجع السابق. ص 180.

3 - ناصر لباد: الأساس في القانون الإداري. ط2. دار المجدد. الجزائر. ص 86.

4 - عمار بوضياف: شرح قانون الولاية. المرجع السابق. ص 196



- عدد أعضاء المجلس الشعبي الولائي:

يتألف المجلس من عدد يتراوح حسب الولايات من 35 عضو في الولايات التي يقل عدد سكانها عن 250.000 نسمة إلى 55 عضو في الولايات التي يتراوح عدد سكانها بين 1.150.001 نسمة و 1.250.000 نسمة<sup>1</sup>

- شروط الترشح للمجلس:

مجال الترشح مكفول لكل من استوفى الشروط القانونية العامة وهي:

- التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وعدم وجود المعني في وضعية فقد أهلية الانتخاب.<sup>2</sup>
- شرط السن 23 سنة كاملة قبل يوم الاقتراع.
- أداء الخدمة الوطنية أو الإعفاء منها.
- أن يكون ذا جنسية جزائرية.
- أن لا يكون محكوما عليه بحكم نهائي لارتكابه جناية أو جنحة سالبة للحرية ولم يرد إعتباره باستثناء الجرح الغير عمدية.<sup>3</sup>
- أن لا يكون محكوم عليه في الجنايات والجرح المنصوص عليها في المادة 5 من القانون العضوي للانتخابات ولم يرد اعتباره.
- أن لا يكون ضمن أحد حالات التنافي المحددة في المادة 83 من القانون العضوي لنظام الانتخابات أي أن لا يكون واليا، أو واليا منتدبا، أو رئيس دائرة، أو أمين عام للولاية، أو مفتش عام للولاية، أو عضو المجلس التنفيذي للولاية، أو قاضيا، أو من أفراد الجيش الوطني الشعبي، أو موظف أسلاك الأمن، أو أمين خزينة الولاية، أو مراقب مالي للولاية، أو أمينا عاما للبلدية، أو رئيس مصلحة بإدارة الولاية أو مديرية تنفيذية.
- إضافة إلى الشروط العامة السابقة هناك شروط خاصة تتمثل في وجود المواطن المترشح ضمن قائمة مقبولة صراحة من طرف حزب أو عدة أحزاب سياسية، وفي حالة ما إذا لم تكن قائمة المترشح تحت رعاية حزب أو عدة أحزاب ينبغي أن تدعم بخمسين توقيعاً على الأقل من ناخبي الدائرة الانتخابية، ولا يجوز للناخب الواحد أن يوقع في أكثر من قائمة واحدة تحت التعرض للعقوبات المحددة في القانون العضوي للانتخابات.

1 - أنظر المادة 82 من القانون العضوي 01/12 المؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بنظام الانتخابات، ج/ررقم 01، المؤرخة في

2012/01/14، المعدل بالقانون العضوي 10/16 المؤرخ في 10/08/2016، ج/ررقم 50، المؤرخة في 28/08/2016 ص 20.

2 - أنظر المادة 03 من القانون العضوي 01/12، المتعلق بنظام الانتخابات، المصدر نفسه، ص 10.

3 - أنظر المادة 79 من القانون العضوي 01/12، المتعلق بنظام الانتخابات، المصدر نفسه، ص 19، 20.





ويتم التوقيع المدعم للترشح في استمارات خاصة تقدمها الإدارة لدى ضابط عمومي. ويجب أن تحتوي اسم ولقب الناخب الموقع وعنوانه ورقم بطاقة التعريف الوطنية أو أي وثيقة رسمية أخرى تثبت هوية الموقع وكذا رقم التسجيل على القائمة، وتتم إحالة القائمة أمام رئيس اللجنة الإدارية الانتخابية المختصة إقليميا وهذا بغرض اعتمادها.<sup>1</sup> وينتخب المجلس الشعبي الولائي لمدة خمس سنوات بطريقة الاقتراع النسبي على القائمة من قبل سكان الولاية.<sup>2</sup>

وينتخب المجلس الشعبي الولائي رئيسا من بين أعضائه وذلك باعتماد أسلوب الاقتراع السري وبالأغلبية المطلقة، يختار رئيس المجلس مساعداً أو أكثر من بين المنتخبين.<sup>3</sup>

- عمل المجلس الشعبي الولائي:

يجرى عمل المجلس ضمن دوراته العادية وهي أربع دورات في السنة، كما أن هناك دورات استثنائية.

جلساته علنية ولكن يمكن أن تعقد بصورة سرية بناء على طلب من المجلس الشعبي الولائي.

يخضر الوالي جميع اجتماعات المجلس.<sup>4</sup>

كما يعلن مستخلص عن مداوات المجلس خلال الأيام الثمانية التي تلي الدورة بالمكان المخصص لإعلام الجمهور في مقر الولاية<sup>5</sup> وبالنسبة لعمله الداخلي، يؤلف المجلس الشعبي الوطني من بين أعضائه لجان دائمة ويمكنه تكوين لجان خاصة<sup>6</sup>

- صلاحيات المجلس الشعبي الولائي:

خصص قانون الولاية لصلاحيات المجلس الشعبي الولائي 29 مادة<sup>7</sup> وهو ما يدل على الاختصاصات الواسعة لهذا المجلس والتي لا شك تعزز مكانة السلطة الشعبية في تسيير شؤون الإقليم في عدة ميادين يمكن حصرها فيما يلي:

1 - أنظر المادة 73 من القانون العضوي 01/12، المتعلق بنظام الانتخابات، المصدر نفسه، ص 18، 19.

2 - أنظر المادة 1/65 من القانون العضوي 01/12، المتعلق بنظام الانتخابات، المصدر نفسه، ص 17.

3 - أنظر المواد من 58 إلى 62 من القانون 07/12، المتضمن قانون الولاية، المصدر السابق، ص 14، 15.

4 - أنظر المادة 26 من القانون 07/12، المتضمن قانون الولاية، المصدر نفسه، ص 11.

5 - أنظر المادة 31 من القانون 07/12، المتضمن قانون الولاية، المصدر نفسه، ص 11.

6 - أنظر المادة 33 من القانون 07/12، المتضمن قانون الولاية، المصدر نفسه، ص 11.

7 - أنظر المواد من 73 إلى 101 من القانون 07/12، المتضمن قانون الولاية، المصدر نفسه، من ص 16 إلى ص 18.



• في مجال الاختصاصات العامة:

يتداول المجلس الشعبي الولائي في عشرون مجال تم ذكره في قانون الولاية، ومن هذه المجالات: " الصحة العمومية، السياحة، الإعلام والاتصال.... "

• في مجال التنمية الاقتصادية والهيكل القاعدية:

يعد المجلس الشعبي الولائي مخطط للتنمية على المدى المتوسط للولاية في المجال الاقتصادي و يبادر بالأعمال المرتبطة بأشغال وتهيئة الطرق والمسالك الولائية وتهيئتها.

• في مجال الفلاحة والري:

يبادر المجلس لوضع كل مشروع يهدف إلى توسيع وترقية الأراضي الفلاحية وتهيئة والتجهيز الريفي.

• في المجال الاجتماعي والثقافي والسياحي:

يمارس المجلس مهامها كثيرة ذات طابع اجتماعي وثقافي وسياحي.

• في مجال السكن:

يمكن للمجلس الولائي أن يساهم في إنجاز برامج السكن ووضع برامج للقضاء على السكن الهش.

• في مجال الهبات والوصايا:

يبت المجلس في قبول أو رفض الهبات والوصايا

• في مجال طرق تسيير المصالح العمومية الولائية:

يقرر المجلس استغلال مصالح عمومية ولأية بعدة أساليب.

• في المجال المالي:

يمارس المجلس الولائي سلطة المصادقة على ميزانية الولاية بعد المناقشة، وعند ظهور اختلال في الميزانية عند التنفيذ يتعين عليه اتخاذ كافة الإجراءات لامتصاص هذا العجز وضمان التوازن اللازم للميزانية.<sup>1</sup>

ب- الوالي:

يمثل الوالي الهيئة التنفيذية، ويستند في أداءه لمهامه لأجهزة إدارية مساعدة له.

<sup>1</sup> - عمار بوضياف: شرح قانون الولاية، المرجع نفسه، من ص 230 إلى ص 237.



#### - المركز القانوني للوالي:

يعتبر الوالي جهاز لنظام عدم التركيز، ويعتبر من الموظفين الساميين للدولة.<sup>1</sup> ونظرا لأهمية الدور المنوط به ومركزه الحساس<sup>2</sup> فإن المختص بتعيينه هو رئيس الجمهورية بموجب مرسوم رئاسي.<sup>3</sup> أما بالنسبة لانتهاء مهامه، فهي تتم طبقا لقواعد توازي الأشكال، بموجب مرسوم رئاسي وبالإجراءات نفسها المتبعة لدى تعيينه.<sup>4</sup>

#### - صلاحيات الوالي:

على ضوء النصوص القانونية المتعلقة بالوالي يعتبر هذا الأخير سلطة إدارية وسلطة سياسية في نفس الوقت، وعلى هذا الأساس يتمتع بصلاحيات هامة تتمثل في كونه من جهة ممثل للدولة ومن جهة أخرى ممثل للولاية أي بصفته هيئة تنفيذية للمجلس الشعبي الولائي.<sup>5</sup> وعليه فإنه يقوم بما يلي:

- يحضر الوالي القضايا الخاضعة للمجلس الشعبي الولائي، والملفات والتقارير والميزانيات.
- ينفذ الوالي مداوالات المجلس الشعبي الولائي وخاصة الميزانية.
- يمثل الولاية أمام القضاء.
- يمثل الولاية في جميع أعمال الحياة المدنية والإدارية.
- يؤدي كل أعمال إدارة الأملاك والحقوق التي تتكون منها ممتلكات الولاية، باسم الولاية وتحت مراقبة المجلس الشعبي الولائي.
- يقدم الوالي عند كل دورة عادية للمجلس الشعبي الولائي تقريرا حول حالة تنفيذ المداوالات، كما يطلع الوالي المجلس الشعبي الولائي سنويا على نشاط مصالح الدولة في الولاية.<sup>6</sup>

#### - الإدارة المساعدة للوالي:

تتمثل الإدارة المساعدة للوالي في أجهزة إدارية تنفيذية تتمثل في إدارة الولاية من جهة والمصالح الخارجية للدولة من جهة أخرى.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> - ناصر لباد: الأساس في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 89، 90.

<sup>2</sup> - محمد الصغير بعلي: قانون الإدارة المحلية الجزائرية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2004، ص 125.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 10/92 من دستور 28 نوفمبر 1996، المصدر السابق، ص 18.

<sup>4</sup> - محمد الصغير بعلي: قانون الإدارة المحلية الجزائرية، المرجع السابق، ص 125.

<sup>5</sup> - ناصر لباد: الأساس في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 90.

<sup>6</sup> - أنظر المواد من 102 إلى 109 من القانون 07/12، المتضمن قانون الولاية، المصدر السابق، ص 18، 19.

<sup>7</sup> - ناصر لباد: الأساس في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 92.



وتتكون إدارة الولاية من:

- مجلس الولاية
- الأمانة العامة
- الديوان
- المفتشية العامة
- مديرية الإدارة المحلية ومديرية التنظيم العام
- الدائرة

ويؤسس في الولاية مجلس ولاية يجمع تحت سلطة الوالي، مسؤولي المصالح الخارجية للدولة المكلفين بمختلف قطاعات النشاط في مستوى الولاية كيفما كانت تسميتها.<sup>1</sup> وعليه فإن القطاعات الوزارية باستثناء وزارة الخارجية، ممثلة على مستوى كل ولاية عن طريق مصالحها الخارجية التي تعتبر امتداد لها على المستوى المحلي. وتمثل المصالح الخارجية للدولة أي مديريات الولاية أجهزة عدم التركيز لأنها تخضع مباشرة للدولة.<sup>2</sup>

## 2- هيئات الإدارة المحلية على مستوى البلدية

ينص قانون البلدية على أن البلدية هي الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة، وتتمتع بالشخصية المعنوية وبالاستقلال المالي. وتحدث بموجب قانون<sup>3</sup> وهي القاعدة الإقليمية للامركزية، ومكان لممارسة المواطنة، وتشكل إطار مشاركة المواطن في تسيير الشؤون العمومية.<sup>4</sup> ولها إقليم وإسم ومركز.<sup>5</sup> يشرف على إدارة وتمثيل البلدية مجلس منتخب، هو جهاز مداولة وهيئة تنفيذية، وتتضمن دراسة هذا الهيكل التطرق لتشكيلته، عمله وصلاحياته.

<sup>1</sup> - أنظر المواد 02 و 03 من المرسوم التنفيذي رقم 215/94، المؤرخ في 23/07/1994 والذي يحدد أجهزة الإدارة العامة للولاية، ج ر رقم المؤرخة في 27 يوليو 1994، ص 5.

<sup>2</sup> - ناصر لباد: الأساس في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 93.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 01 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق، ص 7.

<sup>4</sup> - أنظر المادة 02 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر نفسه، ص 7.

<sup>5</sup> - أنظر المادة 03 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق، ص 7.



#### أ - المجلس الشعبي البلدي:

هو جهاز للمداولة ويعتبر الجهاز الأساسي في البلدية.<sup>1</sup> وله نظام قانوني خاص به والذي سوف نقوم بدراسته في العناصر الآتية:

- تكوين المجلس الشعبي البلدي: يتكون المجلس الشعبي البلدي من الأعضاء و رئيس المجلس الشعبي البلدي.

#### 1- أعضاء المجلس الشعبي البلدي:

يتشكل المجلس الشعبي البلدي من منتخبين. يتم اختيارهم من قبل سكان البلدية بموجب أسلوب الاقتراع العام السري والمباشر. وذلك لمدة خمس سنوات. وتجرى الانتخابات في ظرف الثلاثة أشهر السابقة لانقضاء المدة النيابية.<sup>2</sup>

#### - عدد أعضاء المجلس الشعبي البلدي:

يتألف من عدد يتراوح حسب البلديات بين 13 عضوا في البلديات التي يقل عدد سكانها عن 10.000 إلى 43 عضو في البلديات التي يساوي عدد سكانها 200.001 أو يفوقه.<sup>3</sup>

#### - شروط الترشح للمجلس:

المشروع لم يغلب فئة على فئة أخرى بشأن الترشح للانتخابات البلدية. وعليه فإن مجال الترشح مكفول لكل من استوفى الشروط القانونية العامة التي نص عليها القانون العضوي المتعلق بالانتخابات.<sup>4</sup>

إضافة إلى الشروط العامة السابقة هناك شروط خاصة تتمثل في وجود المواطن المترشح ضمن قائمة مقبولة صراحة من طرف حزب أو عدة أحزاب سياسية.

وإذا لم تكن قائمة الترشح تحت رعاية حزب أو عدة أحزاب ينبغي أن تدعم بخمسين توقيعاً على الأقل من ناخبي الدائرة الانتخابية ولا يجوز للناخب الواحد أن يوقع في أكثر من قائمة واحدة تحت التعرض للعقوبات المحددة في القانون العضوي للانتخابات.

ويتم التوقيع المدعم للترشح في استمارات خاصة تقدمها الإدارة لدى ضابط عمومي. ويجب أن تحتوي اسم ولقب الناخب الموقع وعنوانه ورقم بطاقة التعريف الوطنية أو أي وثيقة

<sup>1</sup> - ناصر لباد: الأساس في القانون الإداري . المرجع السابق. ص 98.

<sup>2</sup> - عمار بوضياف: شرح قانون البلدية. المرجع السابق. ص 170

<sup>3</sup> - أنظر المادة 80 من القانون العضوي 01/12. المتعلق بنظام الانتخابات. المصدر السابق. ص 20.

<sup>4</sup> - أنظر المادة 79 من القانون العضوي 01/12. المتعلق بنظام الانتخابات. المصدر نفسه. ص 19، 20.





رسمية أخرى تثبت هوية الموقع وكذا رقم التسجيل على القائمة. وتتم إحالة القائمة أمام رئيس اللجنة الإدارية الانتخابية المختصة إقليميا وهذا بغرض اعتمادها.<sup>1</sup>

ويلاحظ من شروط الترشح السابق ذكرها أن المشرع لم يشترط المؤهل الدراسي في الترشح للمجالس المحلية. سواء البلدية أو الولاية.

هناك فئة من الفقهاء تتفق مع المشرع حول عدم إقرار هذا الشرط. ففي رأيهم أنه لو أقر هذا الشرط لصار الترشح وهو حق دستوري<sup>2</sup> تمارسه فئة ولا تمارسه فئة أخرى وهذا ما يؤدي إلى تقسيم المجتمع.<sup>3</sup>

وفي تقديرنا أن شرط المؤهل الدراسي من الضرورة بمكان أن ينص عليه التشريع الجزائري لغرض تمثيل الشعب أحسن تمثيل من خلال حسن التعبير عن حاجات المواطنين واقتراح حلول ناجعة لها. وهذه نابعة من مبدأ العدل الذي يمكن استغلاله في هذا الإطار عوض مبدأ المساواة التي أطلقها أصحاب الرأي الأول لغرض أن يؤدي التمثيل في المجالس المحلية وظيفته وأهدافه.

#### - الوضعية القانونية للأعضاء:

إن العضوية في المجالس الشعبية البلدية على غرار المجالس الشعبية الولاية مجانية.<sup>4</sup> وهذا لكونهم يمارسون نشاطا ذو طابع سياسي. غير أنهم يستفيدون من تعويضات مناسبة يحددها التنظيم تغطي

فترات انعقاد دورات المجلس الشعبي البلدي. وحتى يتمكن العضو المنتخب من حضور أشغال المجلس ودوراته اعتبر المشرع استدعائه لأشغال المجلس مبررا للغيب.<sup>5</sup>

#### - عمل المجلس الشعبي البلدي:

يجتمع المجلس الشعبي البلدي إلزاميا في دورة عادية كل شهرين. ولا تتعدى مدة كل دورة خمسة أيام. وتكون جلساته علنية. ويمكن كذلك للمجلس أن يقرر المداولة في جلسة مغلقة. قد يجتمع المجلس البلدي في دورة غير عادية كلما دعت ظروف البلدية لذلك ويتم دعوة الأعضاء إما من جانب رئيس المجلس. أو ثلث الأعضاء أو والي الولاية التي يتبعها المجلس البلدي.<sup>6</sup>

1 - أنظر المادة 73 من القانون العضوي 01/12، المتعلق بنظام الانتخابات. المصدر نفسه، ص 18، 19.

2 - أنظر المادة 62 من دستور 28 نوفمبر 1996، مصدر سابق، ص 13.

3 - عمار بوضياف: شرح قانون البلدية، المرجع السابق، ص 178.

4 - أنظر المادة 37 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق، ص 10.

5 - عمار بوضياف: شرح قانون البلدية، المرجع نفسه، ص 196.

6 - أنظر المادة 38 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق، ص 10.

6 - أنظر المواد من 16 إلى 30 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر نفسه، ص 8، 9.



وفي حال ظروف استثنائية مرتبطة بخطر وشيك أو كارثة كبرى يجتمع المجلس البلدي بقوة القانون، ويخطر الوالي بذلك فورا.

وبالنسبة لتنظيمه الداخلي، يؤلف المجلس الشعبي البلدي من بين أعضائه لجان دائمة أو مؤقتة لمعالجة المسائل التي تهم البلدية، وتشكل اللجان بمداومات المجلس. ويجب أن تتضمن تشكيلاتها تمثيلا نسبيا يعكس المكونات السياسية للمجلس. وهناك مبدئيا ما بين ثلاث وست لجان دائمة، وهذا حسب عدد سكان كل بلدية.<sup>1</sup>

يجري المجلس الشعبي البلدي أشغاله باللغة العربية وتحرر محاضره أيضا بنفس اللغة ويتخذ القرار أثناء المداولة بأغلبية الحاضرين، وفي حالة تساوي الأصوات يرجح صوت الرئيس وتوقع المداومات أثناء الجلسة من جميع الأعضاء، وتسجل مداوماته في سجل خاص يؤشر عليه رئيس المحكمة المختصة ويوقعه جميع المنتخبين الحاضرين.

ويتولى رئيس المجلس الشعبي البلدي إيداع المداومات في أجل 8 أيام لدى الوالي مقابل وصل استلام وتصبح هذه المداومات قابلة للتنفيذ بقوة القانون بعد 21 يوما من إيداعها بالولاية.<sup>2</sup>

#### - صلاحيات المجلس الشعبي البلدي:

يمارس المجلس الشعبي البلدي صلاحيات كثيرة تمس جوانب مختلفة من شؤون الإقليم المحلي من أهمها:<sup>3</sup>

#### • في مجال تهيئة الإقليم والتنمية المستدامة والتخطيط: 4

المجلس الشعبي البلدي مكلف بوضع برامج تنموية سنوية ومتعددة السنوات الموافقة لعهدته في إطار المخطط الوطني للتهيئة والتنمية المستدامة للإقليم وكذا المخططات التوجيهية القطاعية. وينفذ على المدى القصير أو المتوسط أو البعيد، ويساعده للقيام بهذه المهمة بنك للمعلومات على مستوى الولاية، والذي يشتمل على كافة الدراسات والإحصاءات الاجتماعية والعملية المتعلقة بالولاية.

كما يبادر المجلس بكل إجراء من شأنه تشجيع الاستثمار وترقيته.

<sup>1</sup> - أنظر المواد من 31 إلى 36 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر نفسه، ص 9، 10.

<sup>2</sup> - أنظر المواد من 52 إلى 56 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر نفسه، ص 12.

<sup>3</sup> - عمار بوضياف: شرح قانون البلدية، المرجع السابق، ص 199.

<sup>4</sup> - أنظر المواد من 107 إلى 112 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق، ص 17.



كما يتولى المجلس الشعبي البلدي رسم النسيج العمراني للبلدية ويمارس الرقابة الدائمة للتأكد من مطابقة عمليات البناء للتشريعات العقارية وخضوعها للترخيص المسبق من المصلحة التقنية للبلدية.

وبهدف المحافظة على البيئة والصحة أوجب القانون استصدار موافقة المجلس الشعبي البلدي كلما تعلق الأمر بمشروع ينطوي على مخاطر باستثناء المشاريع الوطنية.

كما أن المجلس الشعبي البلدي مكلف أيضا بحماية التراث العمراني والمواقع الطبيعية والآثار والمتاحف وكل شيء ينطوي على قيمة تاريخية أو جمالية، ويناط له أيضا القيام أو المساهمة في تهيئة المساحات الموجهة لاحتواء النشاطات الاقتصادية أو التجارية أو الخدماتية، والسهر للحفاظ على النظافة العمومية والطرق ومعالجة المياه القذرة وتوزيع المياه الصالحة للشرب.<sup>1</sup>

#### • في المجال الاجتماعي:<sup>2</sup>

أعطى المشرع للبلدية حق المبادرة بإتباع كل إجراء قصد إنجاز مؤسسات التعليم الابتدائي طبقا للخريطة المدرسية، وكذا صيانتها، وإنجاز وتسيير المطاعم المدرسية والسهر على ضمان توفير وسائل النقل للتلاميذ.

كما يناط بها اتخاذ كل التدابير من أجل ترقية وتوفير مرافق للطفولة والمساهمة في إنجاز مرافق للرياضة والشباب والثقافة والتسلية والفن.<sup>3</sup>

#### • في المجال المالي:<sup>4</sup>

يتولى المجلس الشعبي البلدي سنويا المصادقة على ميزانية البلدية سواء الميزانية الأولية قبل 31 أكتوبر من السنة السابقة للسنة المعنية أو الميزانية الإضافية قبل 15 جوان من السنة المعنية وتتم المصادقة على الإعتمادات المالية مادة بمادة وبابا باب.<sup>5</sup>

#### • في المجال الاقتصادي:<sup>6</sup>

يخضع إقامة أي مشروع استثمار أو تجهيز على إقليم البلدية إلى الرأي المسبق للمجلس الشعبي البلدي وفي مجال حماية البيئة والأراضي الفلاحية كما يوكل للبلدية القيام بكل مبادرة أو عمل من شأنه تطوير الأنشطة الاقتصادية المسطرة في برنامجها التنموي وكذلك

<sup>1</sup> - عمار بوضياف: شرح قانون البلدية، المرجع السابق، ص 200، 199.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 122 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق، ص 18، 19.

<sup>3</sup> - عمار بوضياف: شرح قانون البلدية، المرجع السابق، ص 202، 201.

<sup>4</sup> - أنظر المادة 180 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق، ص 24.

<sup>5</sup> - عمار بوضياف: شرح قانون البلدية، المرجع السابق، ص 203.

<sup>6</sup> - أنظر المادة 109 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق، ص 17.



تشجيع المتعاملين الاقتصاديين وترقية الجانب السياحي في البلدية وتشجيع المتعاملين في هذا المجال.<sup>1</sup>

ومن أجل إنجاز هذه النشاطات، تستعمل البلدية طرق التسيير الآتية: الاستغلال البلدي المباشر. المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري وتفويض المرفق العام.<sup>2</sup>

## 2 - رئيس المجلس الشعبي البلدي:

يمثل رئيس المجلس الشعبي البلدي الجهاز التنفيذي للبلدية، ويساعده في ذلك عدة نواب يتراوح عددهم من نائبين إلى أربعة نواب، وهذا حسب عدد المنتخبين لكل مجلس<sup>3</sup>

### - كيفية اختياره:

نص قانون البلدية على أنه "يعلن رئيسا للمجلس الشعبي البلدي متصدر القائمة التي تحصلت على أغلبية أصوات الناخبين.

وفي حالة تساوي الأصوات يعلن رئيسا المرشحة أو المرشح الأصغر سنا"<sup>4</sup>

والملاحظ أن هناك اختلاف في أحكام الرئاسة بين قانون البلدية والقانون العضوي للانتخابات قبل تعديل في 2016 والذي كان أكثر وفرة في الأحكام فأورد عدة احتمالات، على خلاف قانون البلدية الذي أورد احتمالاً واحداً وهو تساوي الأصوات.<sup>5</sup> فقد جاء فيه أنه "في غضون الأيام الخمسة عشرة الموالية لإعلان نتائج الانتخابات ينتخب المجلس الشعبي البلدي من بين أعضائه رئيساً له للعهد الانتخابية.

يقدم المترشح لانتخابات رئيس المجلس الشعبي البلدي من القائمة الحائزة للأغلبية المطلقة للمقاعد.

في حالة عدم حصول أي قائمة على الأغلبية المطلقة للمقاعد يمكن لجميع القوائم تقديم مترشح.

يكون الانتخاب سرياً ويعلن رئيساً للمجلس الشعبي البلدي الذي يحصل على الأغلبية المطلقة للأصوات.

<sup>1</sup> - عمار بوضياف: شرح قانون البلدية، المرجع السابق، ص 203.

<sup>2</sup> - ناصر لباد: الأساس في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 93.

<sup>3</sup> - ناصر لباد: الأساس في القانون الإداري، المرجع نفسه، ص 106.

<sup>4</sup> - أنظر المادة 65 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق، ص 13.

<sup>5</sup> - عمار بوضياف: شرح قانون البلدية، المرجع السابق، ص 207، 208.



في حالة عدم حصول أي مترشح على الأغلبية المطلقة للأصوات بين المترشحين على المرتبة الأولى والثانية يجرى دور ثان خلال الثماني وأربعين ساعة الموالية ويعلن فائزا المترشح المتحصل على أغلبية الأصوات".<sup>1</sup>

و في ظل هذا التعارض بين قانون البلدية والقانون العضوي للانتخابات. ألغيت النصوص القانونية التي كانت واردة في هذا الأخير بموجب تعديل القانون العضوي للانتخابات في 2016/08/22.

#### - صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي:

يمارس رئيس المجلس الشعبي البلدي صلاحيات مختلفة لكونه ممثلا للبلدية وهيئة تنفيذية للمجلس الشعبي البلدي فيتولى بذلك:

- تمثيل البلدية في جميع التظاهرات الرسمية

- رئاسة المجلس الشعبي البلدي

- تنفيذ ميزانية البلدية

- يتخذ المبادرات لتطوير مدا خيل البلدية

- يتمتع بصفة الأمر بالصرف بإسم البلدية ولصلاحتها

- يبرم العقود المختلفة باسم البلدية والمناقصات والمزايدات وفقا للتشريع والتنظيم

المعمول به

- يتقاضى باسم البلدية وحسابها

- توظيف عمال البلدية والسهر على صيانة محفوظاتها

- السهر على حسن سير المؤسسات البلدية<sup>2</sup>

وباعتباره هيئة تنفيذية للمجلس الشعبي البلدي يتولى التحضير لجلسات هذا الأخير ويقدم بين كل دورة وأخرى تقريرا يتضمن تنفيذ مداوالات المجلس<sup>3</sup>

#### - إنهاء مهام رئيس المجلس الشعبي البلدي:

استنادا للأحكام الواردة في قانون البلدية يمكن حصر حالات إنهاء مهام رئيس المجلس

الشعبي البلدي في الحالات التالية:

<sup>1</sup> - أنظر المادة 80 من القانون العضوي 01/12، المتعلق بنظام الإنتخابات، المصدر السابق، ص.

<sup>2</sup> - أنظر المواد 77 إلى 84 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق، ص15+14.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 80 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق، ص14.



• الاستقالة:<sup>1</sup>

وتتمثل في تعبير رئيس المجلس الشعبي البلدي صراحة وكتابة عن رغبته في التخلي إراديا عن رئاسة المجلس وتقديم الاستقالة للمجلس البلدي كهيئة مداولة بعد دعوته من طرفه. وتثبت في محضر يرسل للوالي.

وتصبح سارية المفعول ابتداء من تاريخ استلامها من قبل الوالي. ويتم إصاقها بمقر البلدية.<sup>2</sup>

• التخلي عن المنصب بسبب الاستقالة:<sup>3</sup>

وهي الحالة التي يكون فيها رئيس المجلس الشعبي البلدي مستقيلا ولم يجتمع المجلس. ويتم إثبات التخلي عن المنصب في أجل 10 أيام بعد شهر من غيابه خلال دورة غيرعادية للمجلس بحضور الوالي أو مثله. ويتم استخلاف الرئيس المتخلي في الجلسة الاستثنائية بذات الطريقة التي انتخب بها.

ويتم إصاق محضر المداولة المتضمنة تخلي رئيس المجلس عن مهامه.<sup>4</sup>

• التخلي عن المنصب بسبب الغياب غير المبرر:<sup>5</sup>

وتتعلق بحالة تخلي عن المنصب غير المبرر لرئيس المجلس الشعبي البلدي لأكثر من شهر ويعلن الغياب من قبل المجلس الشعبي البلدي. وفي حالة انقضاء 40 يوما من غياب رئيس المجلس دون اجتماع المجلس في جلسة استثنائية يقوم الوالي بجمعه لإثبات هذا الغياب.

يتولى نائب الرئيس تولى شؤون البلدية مؤقتا .

ويتم استخلاف الرئيس المتخلي في الجلسة الاستثنائية بذات الطريقة التي انتخب بها.<sup>6</sup>

ثالثا: الرقابة الوصائية على هيئات الإدارة المحلية

إن استقلالية ممثلي الإدارة المحلية في ممارسة مهامهم لا ينبغي أن يفهم منه أنهم لا يخضعون لأي رقابة. بل أنها تبقى استقلالية نسبية فهم يخضعون لرقابة تمارس عليهم من قبل جهات الوصاية وهو ما يطلق عليه بالرقابة الوصائية.

<sup>1</sup> - أنظر المادة 73 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر نفسه، ص13.

<sup>2</sup> - عمار بوضياف: شرح قانون البلدية، المرجع السابق، ص210

<sup>3</sup> - أنظر المادة 74 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق، ص14.

<sup>4</sup> - عمار بوضياف: شرح قانون البلدية، المرجع السابق، ص210

<sup>5</sup> - أنظر المادة 75 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق، ص14.

<sup>6</sup> - عمار بوضياف: شرح قانون البلدية، المرجع السابق، ص211



## 1- مفهوم الرقابة الوصائية:

لتحديد مفهوم الرقابة الوصائية يستوجب أولاً تحديد تعريفها وخصائصها. وهو ما سنتناوله في الآتي:

### أ- تعريف الرقابة الوصائية:

بالنسبة للتعريف القانوني للرقابة الوصائية فرغم أخذ المشرع الجزائري بأسلوب الرقابة الوصائية على هيئات الإدارة المحلية بموجب قانون الولاية<sup>1</sup> وقانون البلدية<sup>2</sup> إلا أنه لم يتضمن تعريفاً لها ولم يحدد طبيعتها القانونية فاكتفى بضبط الجوانب القانونية تاركاً التعاريف للفقه.

من بين التعاريف الفقهية للوصاية الإدارية أنها "أداة قانونية بموجبها تضمن وحدة الدولة وذلك بإقامة علاقة قانونية دائمة ومستمرة بين الأجهزة المستقلة والسلطة المركزية. كما أن نظام الوصاية يكفل للهيئات المستقلة حقها في إتخاذ القرار بالكيفية والحدود التي رسمها القانون"<sup>3</sup>.

لقد ركز هذا التعريف على عنصر استقلالية السلطة الموصى عليها، والتي تبقى مرتبطة مع السلطة المركزية لأجل ضمان وحدة الدولة عن طريق أداة قانونية هي الرقابة الوصائية.

كما عرفت أيضاً على أنها "سلطة رقابية يمارسها شخص معنوي مركزي على أعمال وأعضاء شخص لامركزي بهدف تحقيق المصلحة العامة"<sup>4</sup>.

هذا التعريف ركز على عنصر الرقابة التي تمارسها السلطة المركزية على السلطة اللامركزية من أجل تحقيق المصلحة العامة وأغفل بذلك الإستقلالية التي تتمتع بها السلطة اللامركزية في ظل هذه الرقابة.

من خلال ما سبق نلاحظ أن هذه التعريفات اعتمدت على المعيار العضوي والمعياري الغائي من الرقابة ولم يحددوا الوسائل الرقابية ولا الحدود الواجب مراعاتها من طرف السلطة الرقابية.

وعلى هذا الأساس نقترح التعريف التالي: الرقابة الوصائية هي تلك الرقابة التي تقوم بها جهات الوصاية على الهيئات اللامركزية المستقلة في الدولة. وفقاً للحالات المحددة قانوناً

<sup>1</sup> - أنظر القانون 07/12، المتضمن قانون الولاية، المصدر السابق.

<sup>2</sup> - أنظر القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق.

<sup>3</sup> - عمار بوضياف: الوجيز في القانون الإداري، ط2، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 177.

<sup>4</sup> - علي خطار شطناوي: الإدارة المحلية، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2000، ص 266.



لتجسيد مبدأ المشروعية بمعنى فحص مدى مطابقتها تصرفاتها وأعمالها للقوانين والتنظيمات المعمول بها في الدولة وتهدف إلى ضمان وحدة الدولة إداريا وسياسيا والمحافظة على المصلحة العامة.

#### ب - خصائص الرقابة الوصائية:

تتمتع الرقابة الوصائية بجملة من الخصائص التي تميزها عن الأنواع الأخرى من الرقابة نذكر منها:

- رقابة ذات طبيعة إدارية: وهذا نظرا لصدورها عن جهة إدارية متخصصة طبقا للمعيار الشكلي وتتم

هذه الرقابة بموجب قرارات إدارية تصدر عن جهات الرقابة المتمثلة في السلطة التنفيذية في الدولة.<sup>1</sup> وتخضع لرقابة القضاء الإداري عن طريق دعوى الإلغاء أو دعوى التعويض.<sup>2</sup>

- رقابة استثنائية: الرقابة الوصائية رقابة استثنائية وضيقة تباشر في حدود القانون. فهي لا تمارس إلا إذا نص عليها المشرع صراحة وتتم وفقا للقاعدة العامة أنه " لا وصاية إلا بنص"<sup>3</sup>

- إرتباط الرقابة الوصائية بوجود أشخاص اللامركزية: ترتبط الرقابة الوصائية بالنظام الإداري اللامركزي وجودا وعدما. تمارس على الأشخاص المستقلة التي تتمتع بالشخصية المعنوية. وهذا خلافا لوحدات الجهاز الإداري الغير مستقلة. فإن الرقابة التي تمارس عليها هي الرقابة الرئاسية.<sup>4</sup>

#### 2- آليات الرقابة الوصائية:

لقد خصص المشرع نصوصا تشريعية تضبط آليات الرقابة الوصائية على الإدارة المحلية وحددها على سبيل الحصر. فخصص نصوصا لآليات الرقابة على أعضائها وأخرى على أعمالها ونصوصا أخرى تضبط الرقابة على الهيئة المحلية والتي سنفصلها كالآتي:

#### أ - آليات الرقابة الوصائية على أعضاء الإدارة المحلية:

استقلالية أعضاء المجالس المحلية لا تنفي فكرة وجود نظام للرقابة الوصائية يخضعون له. وعليه يجب تحديد آليات الرقابة الوصائية على أعضاء المجالس الشعبية والتي تأخذ الصور التالية:

<sup>1</sup> - محمد الصغير بعلي: قانون الإدارة المحلية الجزائرية. المرجع السابق. ص 95.

<sup>2</sup> - محمد الصغير بعلي: القانون الإداري. التنظيم الإداري. النشاط الإداري. دار العلوم للنشر والتوزيع. عنابة. الجزائر. 2004. ص 77.

<sup>3</sup> - خديجة لعربي: الرقابة الإدارية على البلدية في ظل قانون البلدية الجديد. مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام. تخصص قانون الإدارة العامة. إشراف: د بوضياف عمار. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة العربي بن مهيدي. أم البواقي. 2012-2013. ص 38.

<sup>4</sup> - إبراهيم عبد العزيز شيحا: الوسيط في مبادئ وأحكام القانون. الدار الجامعية. لبنان. 1997. ص 232.





• **الإقصاء:** وهو إسقاط كلي أو نهائي لعضوية المنتخب من المجالس الشعبية سواء الولائية أو البلدية لأسباب حددها القانون على سبيل الحصر. وينبغي عند حدوثه تطبيق أحكام الاستخلاف.<sup>1</sup>

فقد نص المشرع على حالتين للإقصاء الحالة الأولى تتمثل في الإقصاء بقوة القانون بسبب حالة التنافي أو عدم القابلية للانتخاب<sup>2</sup> والحالة الثانية يكون الإقصاء تأديبي عقابي مقترن بعقوبة جزائية.<sup>3</sup>

• **الإيقاف:** يعتبر الإيقاف تجميدا مؤقتا للعضوية في المجالس الشعبية لسبب من الأسباب التي حددها القانون وطبقا للإجراءات التي رسمها.<sup>4</sup>

#### ب - آليات الرقابة الوصائية على أعمال الإدارة المحلية:

تمارس السلطة الوصية الرقابة على أعمال الإدارة المحلية لتأمين احترام القانون للتحقق من ملائمة هذه الأعمال.<sup>5</sup> ويجوز لها التصديق على بعض الأعمال الهامة المنفذة من قبل الإدارة المحلية.<sup>6</sup> كما يحق لسلطة الوصاية إبطال الأعمال الغير قانونية.<sup>7</sup> وهذه الرقابة تهدف إلى تحقيق احترام مبدأ المشروعية والحيلولة دون سريان التصرفات المخالفة للقانون.<sup>8</sup> كما يمكن للسلطة الوصية أيضا المتمثلة في الوالي أن تحل محل السلطات البلدية عند امتناعها عن القيام بعمل ما.<sup>9</sup>

#### ج - آليات الرقابة الوصائية على الهيئة المحلية:

الرقابة على الهيئة المحلية تتمثل في إمكانية حل الهيئة المحلية المتمثلة في المجلس الشعبي الولائي أو المجلس الشعبي البلدي. ويعتبر هذا الإجراء من أخطر مظاهر الرقابة

1 - عمار بوضياف: شرح قانون الولاية، المرجع السابق، ص 328.  
2 - أنظر المادة 44 من القانون 07/12، المتضمن قانون الولاية، المصدر السابق، ص 12، 13.  
3 - أنظر المادة 46 من القانون 07/12، المتضمن قانون الولاية، المصدر نفسه، ص 13.  
4 - أنظر المادة 44 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق، ص 11.  
5 - أنظر المادة 45 من القانون 07/12، المتضمن قانون الولاية، المصدر نفسه، ص 14.  
6 - أنظر المادة 43 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق، ص 11.  
7 - فرجة حسين: شرح القانون الإداري، دراسة مقارنة، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 138.  
8 - أنظر المواد 54، 55 من القانون 07/12، المتضمن قانون الولاية، المصدر السابق، ص 14.  
9 - أنظر المواد 56، 57 من القانون 11/10، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق، ص 12.  
10 - أنظر المواد 53، 56، 57 من القانون 07/12، المتضمن قانون الولاية، المصدر السابق، ص 14.  
11 - أنظر المواد 59، 60 من القانون 11/10، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق، ص 12.  
12 - فرجة حسين: شرح القانون الإداري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 138.  
13 - أنظر المواد 101، 100 من القانون 11/10، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق، ص 17.



الوصائية لارتباطه بمبدأ الديمقراطية والاختيار الشعبي الشيء الذي يتطلب إحاطته بجملة من القيود والضمانات حفاظا على النظام اللامركزي.<sup>1</sup>

وعليه فقد حددت على سبيل الحصر حالات الحل للمجلس الشعبي الولائي والمجلس الشعبي البلدي.<sup>2</sup>

ويتم حل المجلس الشعبي الولائي والمجلس الشعبي البلدي وتجديده بموجب مرسوم رئاسي بناء على تقرير من الوزير المكلف بالداخلية.<sup>3</sup>

### 3- آثار الرقابة الوصائية

ممارسة الرقابة الوصائية على الإدارة المحلية ينتج عنه عدة آثار سواء على التنمية المحلية، أو إمكانية الطعن في قرارات السلطة الوصية.

#### أ- آثار الرقابة الوصائية على التنمية المحلية:

إن دور الإدارة المحلية في التنمية المحلية ليس دورا كاملا ومستقلا عن السلطة المركزية بل تمارسه تحت إشرافها ومراقبتها وأحيانا مشاركتها في هذا الدور وهذا نتيجة لعدة أسباب أهمها التمويل المركزي للإدارة المحلية، فضعف ميزانية البلدية يجعلها تقبل مختلف مساعدات الدولة لإنجاز مشاريعها التنموية، حيث تسمح هذه المساعدات بإعادة التوازن للميزانية لكنها في نفس الوقت تهدد استقلالية الهيئات المحلية، وتتمثل تأثير هذه الإعانات على اختصاص الإدارة المحلية في التنمية من خلال ما يلي:

#### • توجيه القرار المحلي:

التمويل المركزي للاستثمارات المحلية يعبر عن رغبة السلطة المركزية في قيادة التنمية المحلية لتكون التنمية المحلية بذلك صادرة من القمة أي بقرارات مركزية.

#### • تخطيط التنمية المحلية:

لا تتحقق التنمية المحلية إلا بتخطيط محكم ونظرا لحجم الموارد المالية الكبيرة التي خصصت للاستثمارات المحلية، تلجأ السلطة المركزية إلى تخطيط التنمية المحلية لإدراجها في المخطط الوطني من حيث اختيار الاستثمارات المحلية وتحديد الأولويات.

<sup>1</sup> - حسين طاهري: القانون الإداري والمؤسسات الإدارية، التنظيم الإداري، النشاط الإداري دراسة مقارنة، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص46.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 48 من القانون 07/12، المتضمن قانون الولاية، المصدر السابق، ص13.

- أنظر المادة 46 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق، ص11.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 47 من القانون 07/12، المتضمن قانون الولاية، المصدر السابق، ص13.

- أنظر المادة 49 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق، ص11.



• رقابة النشاط التنموي:

لقد أدى التمويل المركزي إلى إخضاع النشاط التنموي المحلي إلى أشكال أخرى من الرقابة كالرقابة التقنية التي تمارسها المصالح التقنية من خلال التأشيرة التقنية على المشاريع التنموية ومتابعتها. كما يلتزم كل من رئيس البلدية والوالي بإرسال تقارير دورية إلى السلطة الوصية عن نسبة استهلاك الاعتمادات المالية ونسبة الإنجاز المادي للمشروع الممول من طرفها.<sup>1</sup>

رغم أن التنمية المحلية كانت نتيجة وجود نظام محلي قادر على فهم احتياجات المواطنين المحليين وتلبيتها إلا أنها لم تسلم كذلك من تدخل السلطة المركزية كشريك ممول للمشاريع التنموية المحلية ما يجعلها سلطة مسيرة للتنمية المحلية.

ب - الطعن في قرارات السلطة الوصية

يمارس القضاء الإداري رقابته على قرارات السلطة الوصية بإعتبارها قرارات إدارية قابلة للطعن فيها بالإلغاء، وتهدف هذه الرقابة إلى ضمان الحقوق والحريات وضمان تطبيق القانون للحفاظ على مبدأ المشروعية في الدولة. لكن قبل هذا أقر المشرع آلية وقائية تتمثل في التظلم الإداري لتسوية النزاع وديا وهذا قبل اللجوء إلى الطعن القضائي.

• التظلم الإداري:

إن التظلم هو إجراء إداري يهدف إلى إلغاء قرار إداري أمام نفس الجهة المصدرة له (تظلم ولائي) أو أمام الجهة الرئاسية مصدرة القرار (تظلم رئاسي)<sup>2</sup> ولقد جاء قانون البلدية 10/11 بهذا الإجراء كإضافة جديدة فأجازت لرئيس المجلس البلدي أن يقدم تظلمًا إداريًّا أو أن يرفع دعوى. لكنها لم تحدد طبيعة التظلم إن كان ولائيًّا أو رئاسيًّا فقد جاء النص مطلقاً.<sup>3</sup>

وما من شك أن التظلم وإن كان إجراء إداريًّا إلا أن له منافع عدة منها أنه إجراء سريع وغير مكلف من الناحية المالية كما أنه قد يخسم النزاع بين السلطة الوصية والهيئة الموصى عليها في أجل قصير خلافا للمنازعة القضائية التي تستغرق للفصل فيها أمام القضاء الإداري زمنا طويلا. سواء كان التظلم أمام الوالي مصدر القرار أو كان أمام وزارة الداخلية فإن له

1 - صالح عبد الناصر: الجماعات الإقليمية بين الإستقلالية والتبعية. مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير. تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، إشراف: بوحميده عطاللة، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2009-2010، ص 65.

2 - بوضياف عمار: شرح قانون البلدية، مرجع سابق، ص 293.

3 - أنظر المادة 61 من القانون 10/11، المتضمن قانون البلدية، المصدر السابق، ص 11.



فوائد عدة أهمها إمكانية الوصول لحل توفيقى فاصل في النزاع ينجب الدعوى القضائية والنزاع الطويل أمام الهيئات القضائية المختصة.

#### • الطعن القضائي:

لا شك أن الإدارة المحلية مرتبطة ارتباطا وثيقا بالسلطة القضائية في الدولة التي يتمثل دورها في العمل على أن يسود القانون والتأكد من الالتزام بمبدأ المشروعية. حيث تعتبر الوحدات المحلية من صنعة القانون فهي من تنشئها وتحدد اختصاصاتها والواجب أن تمارس اختصاصاتها وفقا لهذه القوانين وأن لا تسيء استعمال سلطاتها أو تتجاوز حدودها وإلا كانت عرضة للطعن فيها أمام القضاء هذا من جهة. ومن جهة أخرى يعتبر القضاء الجهة الفاصلة بين الإدارة المحلية والإدارة المركزية فالقضاء

الإداري هو من ينظر في القضايا التي ترفعها الإدارة المحلية ضد القرارات الإدارية الصادرة من السلطة الوصية. والتي تطالب فيها بإلغائها لأنها تراها مجحفة بحقها أو مخالفة للقانون<sup>1</sup>.

يجوز للوالي باعتباره ممثلا للولاية ويتمتع بالشخصية المعنوية أن يرفع دعوى أمام القضاء الإداري باسم الولاية يطالب فيها بإلغاء قرار إداري صادر عن أحد الوزراء أو عن وزير الداخلية بصفتهم سلطة وصية.

ولا يتمتع رئيس المجلس الشعبي الولائي بالشخصية المعنوية لذلك فلا يستطيع أن يتقاضى باسم الولاية.

كما يجوز لرئيس المجلس الشعبي البلدي بصفته ممثلا للبلدية<sup>2</sup> وفق الشروط والأشكال المنصوص عليها قانونا أن يرفع دعوى قضائية أمام المحكمة الإدارية يطعن من خلالها في قرارات الوالي بصفته سلطة وصية<sup>3</sup>.

تعتبر الرقابة القضائية على السلطة الوصية أهم ضمانة لعدم استبدادها في اتخاذ قراراتها ضد الإدارة المحلية.

ما سبق نخلص إلى أنه رغم كون الرقابة الوصائية على هيئات الإدارة المحلية هدفها هو الحفاظ على وحدة الدولة وهذا عن طريق مراقبة السلطة المركزية لدى مطابقة أعمال الجماعات المحلية للتنظيمات والقوانين السارية في الدولة. إلا أن الرقابة المشددة عليها نتج عنها

1 - سماعيلي ياسين عبد الرزاق. الإدارة المحلية و متطلبات التنمية. المرجع السابق. ص 126.

2 - أنظر المادة 828 من القانون رقم 09/08. المؤرخ في 25 فيفري 2008. المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ج/ر رقم 21. المؤرخة في 23 أفريل 2008. ص 78.

3 - بوضياف عمار: شرح قانون البلدية. مرجع سابق. ص 294.



أثار سلبية لصالح السلطة المركزية التي أصبحت تتواجد في مختلف المجالات المحلية وتسير أغلب المشاريع التنموية. رغم هذا يبقى القضاء الإداري هو الحل بالنسبة لرقابة السلطة الوصية.

#### رابعاً : تطبيقات الحكم الراشد في الإدارة المحلية

إن بناء نظام متطور للإدارة المحلية لا يكون بمجرد إصدار قوانين خاصة بذلك وإنما لابد من وجود انسجام بين القوانين وبين مقتضيات التقدم والتطور. ويعتبر تطبيق الحكم الراشد في الإدارة المحلية من أبرز مقتضيات التقدم.

#### 1- تعريف الحكم الراشد

تعددت التعريفات المقدمة لمصطلح الحكم الراشد . بحيث يدل كل مصطلح على وجهة النظر التي يتبناها مقدم كل تعريف ومن بين هذه التعاريف نذكر:

#### أ- تعريف الحكم الراشد من منظور التقارير الدولية:

تعتبر الحوكمة من القضايا الجديدة التي احتلت مكانة في دراسات وتقارير عدد من المؤسسات والمنظمات الدولية والعالمية والإقليمية والوطنية .

طرح البنك الدولي مصطلح أسلوب الحكم الراشد للمرة الأولى عام 1989 في دراسة له عن الأزمة الاقتصادية في إفريقيا . وعرفه تعريفا عاما على أنه: ممارسة السلطة السياسية في إدارة شؤون الدولة. ثم في بداية التسعينات حاول خبراء البنك تطوير هذا المفهوم. فعرفوه في دراسة أجروها سنة 1992 بأنه: "أسلوب إدارة الموارد الاقتصادية والاجتماعية للدولة من أجل التنمية"

أما منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي فقدمت تعريفا للحوكمة بأنها استخدام السلطة السياسية وممارسة السيطرة على المجتمع في إدارة الموارد لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

كما عرفها صندوق النقد الدولي بأنها الطريقة التي بواسطتها تسيير السلطة الموارد الاقتصادية والاجتماعية لمنظمة ما لخدمة التنمية وذلك باستخدام طرق فعالة في التسيير بأقل التكاليف وتحقيق أكبر المنافع<sup>1</sup>.

1 - رفاة فافة: الفساد والحوكمة دراسة مسحية للتقارير الدولية دراسة حالة الجزائر ط 1. مكتبة الوفاء القانونية. الإسكندرية. مصر. 2016. ص105 ومابعدھا.



**ب- تعريف الحكم الراشد من منظور علم الإدارة العامة:**

حوكمة القطاع العام هو تكريس تضافر الجهود من كافة القطاعات الحكومية لدرء حدوث الأزمات الإدارية التي تؤدي بشكل عام إلى هدر الأموال الحكومية والعامه وإلى فقدان التحكم في النظام الإداري وفقدان المسؤوليات عند حدوث خلل في تطبيق الأنظمة والمشاريع المختلفة، أو تشغيل العمليات بشكل يعرف بالأفقي بين دوائر القطاع العام<sup>1</sup>

**ج- تعريف الحكم الراشد من منظور الإدارة المحلية:**

ويطلق على تطبيق الحكم الراشد في الإدارة المحلية، بالحوكمة المحلية الرشيدة ويحدث على عدة مستويات كالولاية والمحافظه والإقليم ، حيث يقوم على فتح سبل مشاركة المواطنين في العملية التنموية وفي صنع القرارات وممارسة الرقابة الشعبية، وأن تكون أكثر احتكاكا بمنظمات المجتمع المدني وأن تستجيب لانشغالاته كما تفرض معايير الحكم الراشد المحلي أن تكون أكثر شفافية في التعامل مع الجمهور بإمدادهم بالمعلومات اللازمة وفي الزمن المناسب وبالشكل الذي يقره القانون.<sup>2</sup>

**2- مؤشرات الحكم الراشد في الإدارة المحلية:**

تكمن مؤشرات أو مظاهر الحكم الراشد في الإدارة المحلية، انطلاقا مما ورد في الوثائق الدولية كوئائق صندوق النقد الدولي والبنك العالمي وكذلك برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، في العديد من المعايير تتمثل أهمها فيما يلي:

- المساءلة
- الشفافية
- اللامركزية
- المشاركة

**أ\_ المساءلة:**

ويقصد بها أن تتحمل الإدارة المحلية مسؤولية الأداء، ومواجهة ذلك أمام كل الأطراف المعنية ، وهو ما يفرض على كل طرف محل المساءلة تقديم التوضيحات اللازمة حول المسائل التي تتعلق بممارسته لصلاحياته والقيام بواجباته، وتقبل الانتقادات التي توجه إليه أيا كان موقع المسؤولية، وعليه يقع إثبات أن عمله تم في إطار القانون والمصلحة العامة.

1 - محمد ياسين غادر: محددات الحوكمة ومعاييرها، المؤتمر العلمي الدولي، عولمة الإدارة في عصر المعرفة، جامعة الجنان، طرابلس، لبنان، 2002، ص 14.

<sup>2</sup> - بوضياف عمار: شرح قانون الولاية، مرجع سابق، ص 166 و165.



**ب- الشفافية:**

تعتبر الشفافية من المفاهيم الحديثة والمتطورة في الحكم الراشد، والتي يجب على الإدارة الواعية الأخذ بها لما لها من أهمية على الإدارة المحلية والأطراف المعنية بها، وتعني الشفافية الانفتاح والتخلي عن الغموض والسرية والتضليل وجعل كل شيء قابلا للتحقق والرؤية السليمة.<sup>1</sup>

**ج- اللامركزية:**

يعتبر توزيع الوظائف بين السلطة المركزية داخل الدولة والإدارة المحلية من مؤشرات الحكم الراشد، ذلك أنه لا يمكن الاستجابة لطلبات المواطنين والاهتمام بانشغالاتهم إلا من خلال تجسيد لامركزية النظام الإداري وتقريب الإدارة من المواطن.

**د- المشاركة:**

هذا المعيار يكفل للمواطن الحق في المشاركة في صنع القرار المحلي، وصياغة القوانين، ويتجسد هذا المؤشر من خلال المجالس المنتخبة البلدية والولائية.<sup>2</sup> تعتبر هذه المؤشرات المذكورة أساس تطبيق الحكم الراشد في الإدارة المحلية والتي تسعى من خلالها لتأسيس إدارة محلية قادرة على تحقيق تنمية محلية شاملة.

**3- آليات تجسيد الحكم الراشد المحلي في الجزائر**

استعمل المشرع الجزائري مصطلح الحكم الراشد في القانون التوجيهي للمدينة الصادر بموجب القانون 06/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 حيث أُرست المادة 2 منه جملة من المبادئ الأساسية للمدينة وذكرت من بينها الحكم الراشد، وألزم المشرع الإدارة بالاهتمام بانشغالات المواطن والمصلحة العامة في إطار الشفافية.

ولقد ورد في التقرير الأول حول تنفيذ برنامج العمل الوطني في مجال الحكامة المقدم في إطار الآلية الإفريقية للتقييم من قبل النظراء في شهر نوفمبر 2008 بأن الحكم الرشيد يمثل أداة أساسية لتحقيق العصرية والاستقرار والتنمية والازدهار في كنف العدل والمساواة.<sup>3</sup> ونتيجة لذلك سارعت الجزائر إلى المصادقة على العديد من الاتفاقيات الدولية التي تسعى إلى إرساء الحكم الراشد، كما قام المشرع بتعديل تشريع الإدارة المحلية تكريسا

1- سلسلة النشرات التحقيقية لمركز أبو ضبي للحوكمة: أساسيات الحوكمة: مصطلحات ومفاهيم، مركز أبو ظبي للحوكمة، الإمارات، ص 10-11.

2- بوضياف عمار: شرح قانون البلدية، مرجع سابق، ص 144.

3- بوضياف عمار: شرح قانون البلدية، مرجع نفسه، ص 137.





لمقتضيات الحكم الراشد إما على صعيد شكل المجلس المنتخب أو على صعيد ملائمة الاختصاصات المنوطة به.

#### أ- الآليات الدولية لتجسيد الحكم الراشد المحلي في الجزائر

إن حوكمة الإدارة المحلية يتطلب وجود استراتيجيات وطنية ودولية لمعالجة الفساد وتحقيق جودة الحكم من خلال تعزيز نظام الشفافية والمساءلة الوطنية والدولية.

#### • الاتفاقيات الدولية:

إن مصادقة الجزائر على الاتفاقيات الدولية التي تهدف إلى تحقيق حكم راشد. يمثل إطارا لتعزيز التدابير الوقائية، كما توفر إطارا تنظيميا لترشيد الحكم على الصعيد المحلي وتحقيق الفعالية في الأداء.

وتتمثل أبرز اتفاقيات تجسيد الحكم الراشد ومكافحة الفساد والتي وقعت عليها الجزائر

فيما يلي:

- معاهدة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد
- معاهدة الإتحاد الإفريقي الإقليمية لمكافحة الفساد
- معاهدة منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية لمكافحة رشوة المسؤولين العموميين الأجانب.<sup>1</sup>

#### • الوسائل والأدوات الفنية:

من بين الوسائل الأخرى في ترشيد الحكم هي المعونة الفنية وبرامج المساعدات التقنية. حيث تقدم العديد من المؤسسات الدولية مساعدات فنية مباشرة لتمكين الدول الأعضاء من مكافحة الفساد وتحسين الأداء كإصلاح نظام الخدمة المدنية والموازنة وأنظمة الإدارة وبرامج وخطط العمل المنتهجة من قبل هذه المؤسسات الدولية المتنوعة والمختلفة من منظمة إلى أخرى حسب طبيعة نشاطها ويمكن تقديم مساعدات فنية للدول الأعضاء في مجالات الحوكمة المحلية ودعم المؤسسات المحلية المعنية بقضايا النزاهة والشفافية مع إعطاء أولوية خاصة لبرامج بناء القدرات والمؤسسات في مرحلة ما بعد انتهاء الأزمات.

تمثل المصادقة على الاتفاقيات التي تركز الحكم الراشد والأدوات الفنية وسائل فعالة

لتوجيه الدول النامية لتعديل قوانينها المحلية بما يتناسب والحكم الراشد.

<sup>1</sup> - رفاة فافة: الفساد والحوكمة دراسة مسحية للتقارير الدولية دراسة حالة الجزائر. المرجع السابق. ص 364:365.





### ب- الآليات الوطنية لتجسيد الحكم الراشد المحلي في الجزائر

إن بلوغ مستوى الحكم المحلي الرشيد يستلزم توفير مجموعة من الشروط التي تمنح للإدارة والأفراد الآليات الضرورية لتسهيل عملية مشاركته والتعبير عن آرائه<sup>1</sup> فقد جاء قانون الولاية 07/12 و قانون البلدية 10 / 11 وكذلك القانون رقم 01/06 الخاص بالوقاية من الفساد ومكافحته. بمؤشرات الحكم الراشد ويتمثل أهمها فيما يلي:

#### • مؤشر اللامركزية:

تعد اللامركزية من مؤشرات ومظاهر الحكم الراشد . فلا يمكن وصف إدارة حكم بالرشاد إلا إذا كان نظام الحكم يحسد مبدأ اللامركزية في تسيير شؤون الدولة وفي إشراك المواطنين في صنع القرار. ولا يمكن تصور وجود النظام اللامركزي خارج إطار المجالس المنتخبة الولائية والبلدية. لذلك فقد تبنت الجزائر نظام الإدارة المحلية منذ الاستقلال وأصدرت بذلك عدة تشريعات تضمنت قوانين الولاية والبلدية. آخرها قانون رقم 10/11 المتضمن قانون البلدية. والقانون رقم 07/12 المتضمن قانون الولاية.<sup>2</sup>

#### • مؤشر المشاركة:

يضمن مؤشر المشاركة السبل والآليات المناسبة للمواطنين المحليين كأفراد وجماعات لأجل المساهمة في عمليات صنع القرارات إما بطريقة مباشرة أو من خلال المجالس المنتخبة. وإذا كانت البلدية حسب القانون رقم 10 / 11 المتضمن قانون البلدية. القاعدة الإقليمية للامركزية تعين حينئذ العمل على فتح سبل المشاركة للمواطنين في تسيير الشؤون العامة على المستوى البلدي. وهذا عن طريق المجلس البلدي المنتخب.<sup>3</sup>

كما أن الولاية طبقا للقانون رقم 07/12 المتضمن قانون الولاية شعارها هو بالشعب وللشعب. فإن تسيير الشؤون العامة على المستوى الولائي يكون عن طريق مشاركة المواطنين. وهذا عن طريق المجلس المنتخب الذي يمارس اختصاصات متنوعة تمس العديد من القطاعات والميادين.<sup>4</sup>

1 - نضيرة دوبابي: الحكم الراشد المحلي واشكالية عجز الميزانية البلدية. مذكرة ماجستير. تخصص اقتصاد التنمية. كلية العلوم

الاقتصادية - علوم التسيير والعلوم التجارية - جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2010 / 2009. ص147 .

2 - بوضياف عمار: شرح قانون الولاية. مرجع سابق. ص172.

3 - بوضياف عمار: شرح قانون البلدية. مرجع سابق. ص154.

4 - بوضياف عمار: شرح قانون الولاية. مرجع سابق. ص180.



• مؤشر الشفافية:

احتل مبدأ الشفافية مكانة متميزة في القانون رقم 10/11 المتضمن قانون البلدية . وورد تجسيده في العديد من مواد هذا القانون إذ جاء في المادة 11 منه أن المجلس الشعبي البلدي يتخذ كل التدابير لإعلام المواطنين بشؤونهم، واستشارتهم حول خيارات وأولويات التهيئة والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. ويمكن في هذا المجال استعمال على وجه الخصوص الوسائط الإعلامية المتاحة.

كما يمكن للمجلس الشعبي البلدي عرض نشاطه السنوي أمام المواطنين. ويتجسد مؤشر الشفافية أيضا في المادة 14 حيث أجازت لكل شخص الاطلاع على مستخرجات مداوات المجلس الشعبي البلدي وكذا القرارات البلدية. كما أجازت لكل صاحب مصلحة الحصول على نسخة منها كاملة أو جزئية على نفقته.

أما المادة 22 منه فقد ألزمت أن يلصق جدول أعمال دورة المجلس البلدي في قاعة اجتماعات المجلس وفي الأماكن المخصصة لإعلام الجمهور وفرضت المادة 26 أن تكون جلسات المجلس البلدي علنية ومفتوحة لمواطني البلدية ولكل مواطن معني بموضوع المداولة.<sup>1</sup>

كما أن القانون رقم 07/12 المتضمن قانون الولاية احتل فيه مؤشر الشفافية مكانة متميزة. تجسدت في عدة مواد فالمادة 18 منه فرضت إلصاق جدول أعمال المجلس الشعبي الولايتي فور استدعائه. عند قاعة مداوات المجلس وفي أماكن الإلصاق المخصصة للجمهور وفي الموقع الإلكتروني للولاية أو المجلس أو في مقر المجلس والبلديات التابعة لها.

وفرضت المادة 26 منه أن تكون جلسات المجلس الشعبي الولايتي كأصل عام علنية.<sup>2</sup>

• مؤشر السلوك الأخلاقي ومكافحة الفساد:

لا يمكن وصف نظام ما بتكريسه لمؤشرات الحكم الراشد إلا إذا ثبت أن هذا النظام يسعى للوقاية من الفساد ومكافحته في شتى الميادين والمجالات . فلا توجد رشادة في القيادة والتسيير إلا إذا تم القضاء على الفساد بمختلف صورة وأشكاله فقد ترجمت الجزائر التزاماتها الدولية بتبنيها قانون وطني خاص يتعلق بالفساد ومكافحته وهو القانون رقم 01/06 الخاص بالوقاية من الفساد ومكافحته المؤرخ في 20 فبراير 2006<sup>3</sup> . وقد إتبع هذا القانون النهج التشريعي الذي اتبعته اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد. حيث نص في البداية على

<sup>1</sup> - بوضياف عمار: شرح قانون البلدية. مرجع سابق. ص165+164.

<sup>2</sup> - بوضياف عمار: شرح قانون الولاية. مرجع سابق. ص190.

<sup>3</sup> - القانون رقم: 01/06 المؤرخ في: 20/02/2006 المتضمن الوقاية من الفساد ومكافحته. ج ر عدد14. صادرة في: 2006/03/08



بعض التعريفات ثم نص على التدابير الوقائية لمكافحة الفساد في مجال التوظيف وإدارة الأملاك العمومية للدولة. كما حث على إنشاء هيئة مكافحة الفساد وبيان النظام القانوني لها ومهامها واستقلاليتها وصلحياتها. ثم انتقل إلى الأحكام الخاصة بتجريم الأفعال التي تعتبر فسادا. ثم بين الأحكام الخاصة بكيفية مباشرة عملية البحث والتحقيق وجمع المعلومات عن جرائم الفساد.<sup>1</sup>

بهدف إرساء حكم راشد محلي. سعى المشرع إلى إصلاح المنظومة القانونية المحلية وتبني مؤشرات الحكم الراشد فيها.

لكن الواقع العملي أثبت أن المنظومة القانونية وحدها لا تكفي لإرساء حكم راشد محلي. بل أن إرساءه يتطلب نظام متكامل يجمع بين نظام قانوني فعال وبيئة محلية صالحة لتطبيق حكم راشد.

### ج- معوقات تطبيق الحكم الراشد في الإدارة المحلية

تواجه الإدارة المحلية في الجزائر مجموعة من التحديات والمعوقات والمشاكل التي تؤثر على تكريسها للحكم الراشد ويتمثل أهمها في:

- انخفاض مساهمات قوى المجتمع المدني المحلي في اتخاذ القرارات وإنشاعة الديمقراطية. وهذا رغم نص القانون البلدي على مشاركة المواطنين في النشاط البلدي.
- ربط ترشح المواطنين للمجالس المنتخبة المحلية في إطار الأحزاب السياسية. وعدم وضع معايير موضوعية للانتقاء والترشيح مما نتج عنه قيادات غير مؤهلة تتحكم فيها عوامل تقليدية كالجھوية على حساب المصلحة العامة.
- ضعف أداء الأحزاب السياسية في قيامها بدورها ونقص فعاليتها على المستوى المحلي في تحقيق التنمية المحلية.
- من بين التحديات التي تواجه نظام الإدارة المحلية في الجزائر تعدد الأجهزة التي تمارس الرقابة الإدارية والمالية على المجالس المحلية. وهذا رغم تمتعها بالشخصية المعنوية باعتبارها قاعدة اللامركزية. إلا أن هذه اللامركزية تبقى نسبية وخاضعة للرقابة على المجالس الشعبية وأعضائها وأعمالها.
- غياب المعايير التي يتم على أساسها تقييم دأأبببتقاءء أعضاء الإدارة المحلية ومدى تناسب أهداف البرامج مع الإنجازات.

<sup>1</sup> - رفاة فافة: الفساد والحكومة دراسة مسحية للتقارير الدولية دراسة حالة الجزائر. المرجع السابق. ص 366



- تفتشي ظاهرة الفساد الإداري والرشوة والصفقات الغير قانونية وغياب الشفافية. وكل هذا يؤثر على الأداء المحلي.
- تعاني المجالس المحلية من محدودية الموارد المالية الذاتية والعجز في التحصيل الجبائي. وظاهرة التهرب الضريبي. والمديونية وكثرة النفقات المحلية
- وحتى يتم التصدي لهذه المشكلات لا بد من إستراتيجية بديلة لإصلاح الإدارة المحلية لدعم التنمية وتقليص مظاهر الفساد. وإرساء آليات وهيئات تهدف لتطبيق مؤشرات الحكم الراشد تطبيقا فعليا.

#### خاتمة:

من خلال عرضنا لموضوع هيئات الإدارة المحلية في الجزائر ودورها في إرساء حكم راشد نورد النتائج التالية:

- تمثل الإدارة المحلية عن طريق هيئات محددة قانونا بموجب قانون الولاية 07/12 وقانون البلدية 10/11.
- تمارس هيئات الإدارة المحلية مهامهم المحددة قانونا بصفة مستقلة. بهدف تحقيق تنمية محلية تساهم في تنمية وطنية شاملة.
- استقلالية هيئات الإدارة المحلية في ممارسة مهامها. لا تعني انفصالها عن السلطة المركزية في الدولة بل تبقى تابعة لها عن طريق نظام الرقابة الوصائية التي تمارسها الإدارة المركزية على تلك الهيئات.
- يهدف المشرع من وراء إصلاح الإدارة المحلية إلى مواكبة التطورات والتغيرات الحاصلة على المستوى الوطني والدولي خاصة بالنسبة لإدراجه لمؤشرات الحكم الراشد والذي يهدف من وراء تطبيقه إلى تحقيق تنمية محلية.
- خصوصية البيئة المحلية الجزائرية يصعب فيها تطبيق حكم راشد. والتي ترتبط أساسا ببطئ عملية المشاركة الديمقراطية. وانتشار المظاهر السلبية في الإدارات المحلية وإخفاء حقيقة الاخفاقات وعدم الاعتراف بالأخطاء أمام الرأي العام. وهذا الإخفاء يعتبر عاملا سلبيا في وجه برامج وخطط وإستراتيجيات محاربة الفساد. إضافة إلى عدم تفعيل الرقابة الشعبية على مثلي الإدارة المحلية ووضع الضمانات الكافية لها والتي تضمن للمواطن ممارسة حقه في الإطلاع على أعمال المجالس المنتخبة وهذا بصفته صاحب الحق الأساسي في الرقابة.



أ.د. زواقري الطاهر

هيئات الإدارة المحلية في الجزائر ودورها في إرساء حكم راشد \_\_\_\_\_ ساري مريم (ط د)

- لترشيد الإدارة المحلية يستوجب ذلك تهيئة البيئة المناسبة لتطبيق مؤشرات الحكم الراشد الواردة في المنظومة القانونية، وهذا عن طريق تبني إستراتيجية لإصلاح الإدارة المحلية تقوم أساسا على الاهتمام بالعنصر الإنساني باعتباره العنصر الأساسي في التنمية الشاملة، وذلك بواسطة تشجيع الأسلوب الشوري والديمقراطي في الأجهزة الإدارية المحلية



أحكام القانون الدولي العام في فسخ العقود الدولية للتجارة  
دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية

د.محمد بن نصر القطري جامعة طيبة القاهرة

ملخص:

من المعلوم أن قواعد التجارة الدولية وإتفاقية الجات ، أسهمت في تحرير التجارة والخدمات، ولكنها لم تحسم تحديد القانون الواجب التطبيق، والذي قد يرجع فيه إلى قواعد الإتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تحكم الحقوق والواجبات الخاصة بأطراف العقد الدولي ، وما يتعلق بالقواعد والنماذج الموحدة ، وقواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بتنازع القوانين والقواعد الدولية الخاصة بالإختصاص القضائي والإلتزامات والحقوق الخاصة بالبائع والمشتري، وهي تختلف في قواعدها الحاكمة من دولة إلى أخرى، كما تدعو الحاجة رجال التجارة الدولية إلى قواعد قانونية جديدة تكون أكثر مناسبة لظروفهم ، وبخاصة في مجال فسخ العقود الدولية لما يترتب عليه من آثار ، وإيجاد سبل مستحدثة لتأمين الأعمال على المستوى الدولي ، وبخاصة ما يترتب على الفسخ من آثار.

الكلمات المفتاحية: (فسخ - العقود - التجارة الدولية - قواعد الاختصاص - تنازع القوانين)

Applicable law to terminate the contracts of international trade " comparative study"

Abstract

There is no doubt that the international trade rules and the GATT, have contributed to the trade and services liberalization, but they have not been resolved to determine the applicable national law, and which is due to the rules of private international law relating to conflict of laws and private international rules of jurisdiction or commercial arbitration, which vary from state to state, and to the men of international trade need for new legal rules that are more suitable for their circumstances.

**Keywords** (annulment - contracts - international trade - the rules of jurisdiction - the conflict of laws)

تمهيد:

لامندوحة أن التطور الحديث في نظم التجارة بصفة عامة، والأنظمة الدولية التي تحكم التجارة العابرة للحدود أصبحت مناسباتاً للتأطير القانوني، وساحة لمواكبة المتطلبات الداخلية والعالمية، عن طريق قواعد ذات صبغة مهنية وعرفية، قوامها الإتفاقيات والأعراف الدولية والتجارية، بقدر يتواءم مع الواقع ، وتعتبر هذه القواعد غير وطنية الهوية ولكن عالمية



التفديد (عالية القواعد المنظمة)<sup>(1)</sup>، ويرجع سبب اللجوء إلى هذه القواعد العرفية أن القوانين الوطنية كانت تعجز في كثير من الحالات عن متابعة تطورات التجارة الدولية<sup>(2)</sup>، والتي تجعل القلق وعدم الأمان ملازماً للعقود الدولية التي تخضع لها<sup>(3)</sup>، وبخاصة حال التنازع، وتدق تلك الإشكالية في حالة فسخ العقد الدولي، وموقف الإتفاقيات الدولية من ذلك.

شملت الشريعة الغراء جوانب المعاملات، دون التفرقة بين العقود المحلية والدولية وشاملاً للآثار المترتبة على أي إخلال من جانب أي من طرفيه.

### أهمية البحث:

لاشك أن قواعد التجارة الدولية وإتفاقية الجات<sup>(4)</sup> بشكل خاص أسهمت في تحرير التجارة والخدمات، ولكنها لم تحسم تحديد القانون الوطني الواجب التطبيق، والذي يرجع فيه إلى قواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بتنازع القوانين، وهي قواعد عسيرة الفهم، وهي تختلف من دولة إلى أخرى مما يثير الكثير من الشك حول القانون الذي سوف يحكم النزاع<sup>(5)</sup>، فإذا لم يحدد المتعاقدان هذا القانون في عقدهما - إذا كان العاقدان من جنسية واحدة، ومكان تنفيذ العقد في دولة أخرى غير دولة جنسيتهم - تعذر عليهما معرفة القانون الذي سوف يطبقه القاضى إذا ثار نزاع بينهما<sup>(6)</sup>، وأدى ذلك إلى إشاعة القلق في التعامل التجارى الدولي، وإلى استئثار رجال التجارة الدولية الحاجة إلى قواعد قانونية جديدة تكون أكثر مناسبة لظروفهم<sup>(7)</sup>، ويسهم إلقاء الضوء على الضمانات التي يمكن إستحداثها لتكون موضع

(1) د. أبوزيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجارى الدولي، د. ط. القاهرة: دار الفكر العربي، 1981م، ص(168).

(2) د. محمد محسوب عبدالمجيد درويش، قانون التجارة الدولي، القاهرة: دار النهضة العربية، 1995م، ص (296).

(3) د. أحمد عبدالكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق: بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، القاهرة: دار النهضة العربية، 1989م، ص(13).

(4) ومن الأسس التي قامت عليها إتفاقية الجات هو " القيمة التعاقدية " كما حددتها المادة 1، وتفسر المادة 1 جنباً إلى جنب مع المادة 8 التي تنص، بين مواد أخرى على تعديلات الأثمان المدفوعة فعلاً أو المستحقة في الحالات التي يتحمل فيها البائع عناصر محددة تعتبر جزءاً من القيمة لأغراض الجمارك لكنها لا تندرج في الثمن المدفوع فعلاً أو المستحق مقابل السلع المستوردة، كما تنص المادة على بعض حالات قد ينتقل فيها المقابل من المشتري إلى البائع في شكل سلع أو خدمات محددة وليس في شكل نقدي في قيمة التعاقد، وتنص المواد من 2 إلى 7 على أساليب تحديد القيمة الجمركية حيثما لا يمكن تحديدها بمقتضى أحكام المادة 1.

(5) مجموعة المبادئ التي قررتها هيئة التدقيق التجارى في ديوان المظالم من عام 1407 - 1423هـ، 76/ت/4 لعام 1413هـ، وحيث أن الأصل في ولاية القضاء في الدولة هو الإقليمية التي تربط ما بين المنازعة وولاية القضاء مأخذها موطن المدعى عليه أو محل إقامته أو موقع المال أو محل مصدر الالتزام أو محل تنفيذه.

(6) مجموعة المبادئ التي قررتها هيئة التدقيق التجارى في ديوان المظالم من عام 1407 - 1423هـ، 37 - 49 لعام 1413هـ بالنسبة للدفع بعدم اختصاص القضاء السعودي.

(7) د. محمود سمير الشرفاوى، فى القانون التجارى، دار النهضة العربية، ج2، 1992م، ص45، د. مصطفى الزرقا: شرح القانون المدنى، نظرية الالتزام العامة، 1384، ص60، د. مفيد محمود شهاب، محمود شهاب، المنظمات الدولية، - الطبعة السادسة - القاهرة: دار النهضة العربية، 1986م، ص66، د. منى محمود مصطفى، التنظيم الدولى العالمى بين النظرية والممارسة، مطبوعات الجامعة الزقازيق، 1995م، ص74، د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدنى الأردنى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003م، ص26.



اتفاقيات دولية سيسهم في تأمين حركة التجارة كما أسهم الإعتماد المستندي في تأمين طريقة الدفع والحصول على مستندات البضائع قبل التعاقد وإتمام الدفع.

### إشكالية البحث:

من اللازم للآزب أنتهتتم النظم التجارية بتأطيرالقواعد العرفية للتجارة الدولية .وتجد مصدرها في العقود النموذجية أو الشروط العامة. وهى شروط يتفق عليها تجار سلعة معينة في منطقة جغرافية معينة ويلتزمون بإرادتهم الحرة باتباعها فيما يبرمون من صفقات تتعلق بهذه السلعة . ومثالها الشروط العامة التي وضعتها جمعية لندن لتجارة الغلال. والشروط العامة التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية بشأن توريد الأدوات والآلات اللازمة لتجهيز المصانع<sup>(1)</sup>. وتكمن الإشكالية فيما يلي:

- 1- تحديد القانون الواجب التطبيق حال التنازع أو حال الإخلال بشروط العقد.
- 2- تحديد الحقوق والواجبات التي تقع على أطراف العقد الدولي.
- 3- إمكانية أن يكون التأمين على البضائع ضماناً في حالة الفسخ.
- 4- الإطار الدولي لإجراءات الفسخ للعقود الدولية للبضائع.

### منهجية وخطة البحث:

إتبعنا المنهج الإستقرائي لبيان ماهية الفسخ في النظام (القانون). والقانون الواجب التطبيق في الفقه الإسلامي في (البحث الثاني). ثم للمنهج التحليلي للقانون الواجب التطبيق لفسخ العقود الدولية في الإتفاقيات الدولية في (البحث الثالث).

### البحث الأول: ماهية فسخ العقود الدولية للتجارة

نظمت الإتفاقيات الدولية فسخ العقود الدولية للتجارة . ومنها اتفاقية فيينا. فأجازته لمن صدر بحقه إخلال بالإلتزامات التعاقدية. وقد قصرت الاتفاقية الدولية - عامة - الفسخ على حالات محدودة (في حالات المخالفة الجوهرية). ولم تشترط الإتفاقية وقوع المخالفة. وإنما

(1) د.عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني: العقود التي ترد على الملكية: البيع والمقايضة. المجلد الرابع. دار النهضة العربية القاهرة. 1986م. د.عبد الكريم بلعبور. نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن. المؤسسة الوطنية للكتاب. الجزائر. 1986م. ص34. د.عبد الرزاق أحمد السنهوري: "الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الرابع - البيع والمقايضة". دار النهضة العربية. 1986م. ص55. د. محسن شفيق. اتفاقيات لاهاي لعام 1964م. بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية: دراسة في قانون التجارة الدولية. مجلة القانون والاقتصاد. السنة43. العددالثالث. سبتمبر 1974. العدد الرابع. ديسمبر 1974م. ص21.





إحتمالية تحقيقها. مبنية على أسس موضوعية . كما تعرضت الاتفاقية للحالة التي يكون فيها تأثير المخالفة قاصراً على جزء فقط من العقد. وهي حالة الفسخ الجزئي للعقد<sup>(1)</sup>.

وقد أوردت قواعد المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص<sup>(2)</sup> جزاء الفسخ ضمن أحكامها. فأجازت لأي طرف إنهاء العقد إذا كان إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته يرتقي إلى مرتبة الإخلال الجوهرى بالعقد. وقد استخدمت النسخة الفرنسية (للقواعد العامة التي وضعها المعهد الدولي) للتعبير عن ذلك الاصطلاح "بالفسخ". بينما استخدمت النسخة الإنجليزية لذات القواعد لاصطلاح "الإنهاء"<sup>(3)</sup>.

كما عرفت الأنظمة المقارنة الفسخ. بأنه جزاءً لعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه<sup>(4)</sup> ورتب عليه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد<sup>(5)</sup>، حيث نص في المادة (1/157) (في العقود الملزمة للجانبين. إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه. جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين. أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه. مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى).

ونص في المادة (158): (يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه . دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعدار. إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه). ونص على الفسخ بسبب استحالة تنفيذه بنص المادة (159) (في العقود الملزمة للجانبين. إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه. انقضت معه الالتزامات المقابلة له. وينفسخ العقد من تلقاء نفسه).

(1) د. رمضان أبو السعود. مصادر الالتزام. دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية. 2003م. ص88. د. سليمان مرقس. الوافي في شرح القانون المدني. 2- في الالتزامات. المجلد الأول. نظرية العقد والإرادة المنفردة. الطبعة الرابعة. القاهرة 1987م. ص31. د. عبد العزيز سرحان . الوسيط في التنظيم الدولي . القاهرة . دار الفكر العربي . 1972م. ص55. د. عبدالحكم فودة. إنهاء القوة الملزمة للعقد. الإسكندرية. مصر : دار المطبوعات الجامعية 2000م. ص32. د. عبدالحميد الشواربي. البطلان المدني. منشأة المعارف. الاسكندرية . 1991م. ص90. د. عبدالحى حجازي. مدي خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ع 1. س 1. 1959. ص44. د. على شافيق . العلاقات الدولية. دار النهضة العربية. 1987م. ص76. د. فواز صالح. النظرية العامة للالتزامات. دار القلم. دمشق . 2013م. ص95. د. محسن الشيشكلي . الوسيط في القانون الدولي العام . منشورات الجامعة الليبية . كلية الحقوق . بنغازي 1973م. ص58.

(2) هي قواعد عامة للعقود التجارية الدولية وضعها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص عام 1994. وهي تطبق إذا اتفق المتعاقدان على إخضاع عقدهما لها. كما يجوز تطبيقها إذا اتفق المتعاقدان على أن يحكم عقدهما "المبادئ العامة للقانون" أو قانون التجار أو ما شابه ذلك. وسوف نستخدم للتعبير عنها بعد ذلك اختصاراً قواعد الـ Unidroit. أنظر: "مبادئ العقود التجارية الدولية Unidroit". روما 1994.

(3) المادة 7-3-1-فقرة 1 مشار إليه في د. محمد نصر. الوجيز في عقود التجارة الدولية. دار النهضة العربية. 2014م. ص13.

(4) المادة 1/157 من القانون المدني المصري.

(5) المادة 160 من القانون المدني المصري.



ونصت المادة (160) على الآثار المترتبة على الفسخ بأنه: (إذا فسخ العقد، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض).  
وعبر عنه القانون الإنجليزي باصطلاح " رفض البضاعة " ، إذ أعطى المشتري الحق في رفض البضاعة إذا أخل البائع إخلالاً جسيماً بتنفيذ العقد، ورتب على هذا الرفض أحقية المشتري في الامتناع عن دفع الثمن، أو استرداد هذا الثمن إذا كان قد دفعه<sup>(1)</sup>.  
وتخلص إلى أن تحديد مفهوم الفسخ كان أشمل في المفهوم الفقهي عنه في النظام، حيث تم قصره في النظام على حالات معينة<sup>(2)</sup>، بينما شمل مفهومه الفقهي الحالات التي تضمنتها المعاملات التجارية، والحق بها الفسخ المتعلق بالمخالفات التي تصم العقود وتنطوي على مخالفة للشريعة الإسلامية، وبهذا فهو يحفظ للتجارة ولعقودها قواعدها الأخلاقية.  
الفسخ بمفهومه الشامل في الشريعة الغراء والاتفاقيات الدولية المعنية بتنظيم التجارة: هو إزالة سبب الفساد واحترام ضوابط الاتفاقيات الدولية الشرع أو شرائطه التي قررها في العقود، حماية للمصلحة العامة أو الخاصة، ودفعاً للضرر، ومنعاً للمنازعات التي تحدث بسبب مخالفة الشروط الشرعية<sup>(3)</sup>.

#### - ماهية الفسخ في الشريعة:

الأصل في العقود شرعاً للزوم لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾<sup>(4)</sup>.  
قال القرافي<sup>(5)</sup>: " اعلم أن الأصل في العقود للزوم: لأن العقود أسباب لتحصيل المقاصد من

(1) د. عبد الفتاح عبد الباقي: "نظرية العقد والإرادة المنفردة"، طبعة 1984، ص 611 رقم 312.

(2) د. ثروت حبيب، قانون التجارة الدولي، مكتبة الجلاء الجديدة ط 1، 1974 م، ص 64. د. جعفر عبد السلام، المنظمات الدولية، دار نهضة مصر 2014 م، ص 50. د. جمال محمود عبد العزيز "الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة - فيينا 1980"، رسالة دكتوراه، القاهرة 1996 م، ص 3. د. جميل الشرفاوي: "محاضرات في العقود الدولية"، دار النهضة العربية، 1996 - 1997، ص 67. د. جورجيت صبحي، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي، دار النهضة العربية 1992 م، ص 32. د. حامد سلطان، عائشة راتب، صلاح الدين عامر، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ط 1، 1978 م، ص 63. د. رضا عبيد، الوسيط في القانون التجاري (العقود التجارية - الأوراق التجارية - عمليات البنوك - الإفلاس)، دار الثقافة العربية - بني سويف - طبعة 1999 م، ص 77.

(3) د. محمد نصر، أحكام القانون الدولي العام لفسخ العقود الدولية، مركز الدراسات العربية، 2015 م، ص 70. د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، 1، المصادر الإرادية، مطبعة رياض، دمشق 1983 م، ص 54. د. محمود الكيلاني: "عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا"، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، 1995 م، ص 33.

(4) سورة المائدة: من الآية 1.

(5) أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي، من علماء المالكية، توفي سنة 684 هـ ومن مصنفاته: الذخيرة، أنوار البروق.



الأعيان. والأصل ترتب المسببات على أسبابها " (1) وقد يرد الفسخ على العقود التجارية. كما يرد على غيرها. وقد يكون الفسخ إما واجباً أو جائزاً، فيجب رعايةً لحق شرعي مقرر في الشريعة الإسلامية. كفسخ العقد الفاسد لإزالة سبب الفساد. كجهالة المبيع أو الثمن... إلخ. حمايةً للمصلحة العامة أو الخاصة. وهو ما يسمى في الأنظمة المقارنة فسخ بقوة النظام.

ويجوز الفسخ إعمالاً لإرادة العاقد (2). كالفسخ في العقود غير اللازمة. والفسخ بالتراضي والاتفاق كالإقالة. وقد جاء الشرع بأدلة كثيرة في مشروعية الخيارات والإقالة. فقال عليه الصلاة والسلام: " المسلمون على شروطهم " (3).

والفسخ القضائي يكون إما رعايةً لحق الشرع. وإما إحفاقاً للحق ورفعاً للظلم الذي يقع على أحد المتعاقدين بسبب إضرار العاقد الآخر. وإصراره على منع غيره من ممارسة حقه في الفسخ. لوجود عيب في المبيع أو استحقال المبيع أو الثمن مثلاً. وحق القاضي في الفسخ ناشئ من ولايته العامة على الناس. أو لأنه يجب عليه رقابة تنفيذ أحكام الشرع. وحينئذ يكون الفسخ إما شرعاً أو قضاءً أو بالرضا.

من أسباب الفسخ إما الاتفاق أو التراضي ومنه الإقالة. وإما الخيار. وإما عدم اللزوم. وإما لإستحالة تنفيذ أحد التزامات العقد المتقابلة. وإما الفساد (4). وسنعرض لها على سبيل الإجمال فيما يلي:

أ - الفسخ بالاتفاق: يفسخ العقد بالتراضي بين العاقدين. والإقالة نوع من الفسخ الاتفاقي وتقتضي رجوع كل من العوضين لصاحبه. فيرجع الثمن للمشتري والمثمن للبائع. وأكثر استعمالها قبل قبض المبيع (5).

وقد ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الإقالة فسخ في حق الناس كافةً. لأن الإقالة هي الرفع والإزالة. ولأن المبيع عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع. فكان فسخاً (6).

وذهب المالكية في المشهور وأبو يوسف إلى أن الإقالة بيع ثان يشترط فيها ما يشترط فيه ومنعها ما يمنعه (7).

(1) أنوار البروق في أنواع الفروق. بيروت. ط. دار المعرفة بالأوفست. الفرق السابع والمئتان. 13/4. د. محمد عبد الله سليم جيت. فسخ العقد وآثاره في الشريعة الإسلامية. دار الثقافة. 2003م. ص 14.

(2) د. أنور سلطان. الموجز في مصادر الالتزام. ص 281. د. محمد المصري وعابدين. الفسخ والانفساخ والتفاسخ. مرجع سابق. ص 33.

(3) أخرجه البخاري في البيوع. باب الشروط والبيع مع النساء 2155. ومسلم في العتق باب بيان ان الولاء لمن اعتق 1504/8.

(4) القرافي. الفروق. طبعة الأوقاف السعودية. 2014م. 269/3.

(5) د. محمود المصري ومحمد عابدين. الفسخ والانفساخ والتفاسخ. مرجع سابق. ص 33.

(6) الأنشباة والنظائر للسيوطي: ص 152. القواعد لابن رجب: ص 379. المغني: 4/121 وما بعدها.

(7) مغني المحتاج (96/2). المغني (121/4). بدائع الصنائع (306/5).



وعند أبي حنيفة هي بيع جديد في حق غير العاقدين، سواء قبل القبض أو بعده، وفسخ في حق العاقدين بعد القبض، لأنها رفع لغةً وشرعاً، ورفع الشيء فسخه، ويرى محمد أن الإقالة فسخ إلا إذا تعذر جعلها فسخاً، فتجعل بيعاً للضرورة، لأن الأصل في الإقالة الفسخ، لأنها عبارة عن رفع الشيء لغةً وشرعاً<sup>(1)</sup>.

ب - خيار الفسخ: الخيار هو حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه، لظهور مسوغ شرعي أو بمقتضى اتفاق عقدي، فيكون للمتعاقد الحق في الاختيار بين إمضاء العقد وعدم إمضائه بفسخه، إن كان الأمر فيه خيار شرط أو رؤية أو عيب، أو أن يختار أحد المبيعين إن كان الأمر فيه خيار التعيين.

ج - عدم لزوم العقد: يجوز لأحد العاقدين أو لكليهما بحسب العقد المسمى أن يستقل بالفسخ، مثل العارية والقرض الودیعة والشركة والوكالة، فكلاً عقود غير لازمة يجوز فسخها متى شاء أحد الطرفين المتعاقدين، قال ابن رجب: "عقود المشاركات كالشركة والمضاربة، المشهور أنها تنفسخ قبل العلم كالوكالة، وكذا الودیعة للوديع فسخها قبل علم المودع بالفسخ، وتبقى في يده أمانة"<sup>(2)</sup>.

د - استحالة تنفيذ الالتزام: إذا استحال تنفيذ أحد الالتزامات العقدية، جاز فسخ العقد، لأن الالتزام المقابل يصبح بلا سبب، أو إذا هلك المعقود عليه المعين انفسخ العقد لتعذر التسليم، فإذا تعذر التسليم لغير الهلاك سواء أكان ذلك بسبب من العاقدين أم أحدهما أو غيرهما، فقد اختلف الفقهاء فيه على أقوال مختلفة.

هـ - الفسخ للفساد: يفسخ العقد عند الحنيفة في المعاملات للفساد بحكم الشرع لإزالة سبب فساد العقد كجهالة المبيع أو الثمن أو الأجل أو وسائل التوثيق أو نحو ذلك.

ومن الأسباب الفسخ الأخرى ما يلي:

#### - الفسخ للأعذار:

يفسخ العقد للعدر إذا كان عقد إيجار ونحوه، أو عقد بيع للثمار بسبب الجوائح فقد أجاز فقهاء الحنيفة، دون غيرهم فسخ عقد الإجارة وعقد المزارعة بالأعذار الطارئة، سواء أكان العذر قائماً بالعاقدين أم بالمعقود عليه، لأن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر، لزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد، أما الجمهور فالأصل عندهم عدم الفسخ بالعذر، وقد يرون الفسخ في أحوال قليلة.

(1) البدائع: 5/306، فتح القدير: 5/247، الدر المختار ورد المحتار: 4/154.

(2) فتاوى الإمام النووي، المسماة بالمسائل المنثورة ترتيب تلميذه علاء الدين بن العطار، حققه الشيخ محمد النجار، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة (1960م)، ص 130-131.



#### - الفسخ للإفلاس والإعسار والمماطلة :

ذهب المالكيّة والثافعيّة والحنابليّة إلى أنّ المشتري إذا ظهر مفلساً فللبائع خيار الفسخ والرجوع بعين ماله، ولا يلزمه أن ينظره، عملاً بقوله: " من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحقّ به من غيره"<sup>(1)</sup>، وينطبق ذلك الحكم على المعسر عند الحنابليّة ولو ببعض الثمن.<sup>(2)</sup>

ويرى الحنابليّة أنّه إذا كان الثمن حالاً غائباً عن المجلس دون مسافة القصر؛ فلا فسخ، ويجر الحاكم المبيع وبقية ماله حتى يحضر الثمن، أمّا إذا كان الثمن الحالّ أو بعضه بعيداً مسافة القصر فأكثر<sup>(3)</sup>، أو غيبية المشتري في المسافة المذكورة كان للبائع الفسخ، ويرى ابن تيمية أنّ المشتري إذا كان موسراً ماطلاً فللبائع الفسخ دفعاً لضرر المخاصمة، قال في الإنصاف: وهو الصّواب.

وأما الحنفيّة فيرون أنّه ليس للبائع الفسخ، إذ نصّوا أنّه ليس الغريم أحقّ بأخذ عين ماله، بل هو في ثمنها أسوة الغرماء<sup>(4)</sup>.

ونصّ الثافعيّة على أنّه إن كان في غرماء الميت من باع شيئاً ووجد عين ماله ولم تف التركة بالدين فهو بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ ويرجع في عين ماله<sup>(5)</sup>. وليس خيار الفسخ مختصاً بعقد البيع عند الجمهور؛ بل هو ثابت أيضاً في كلّ عقود المعاوضات كالإجارة والقرض، فللمؤجّر فسخ الإجارة إذا أفلس المستأجر قبل دفع الأجرة، للمقرض الرجوع على المقرض إذا أفلس وكان عين ماله قائماً<sup>(6)</sup>.

#### - ماهية فسخ العقود الدولية للتجارة :

لم تتضمن النظم المعاصرة بوضع تعريف خاص بالفسخ ومنها القانون الخاص بالحكمة التجارية السعودي على معنى الفسخ في النظام الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/2 بتاريخ 1390/1/15هـ إلا بأنه يضمنه صاحب المقابلة في عقد النقل البحري حيث نصت

(1) صحيح البخاري. كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس « باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحقّ به 2272، ص 846.

(2) ابن عابدين، رد المحتار، 4/560، والشريبي، مغني المحتاج، 2/67، انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5/238، والشريبي، مغني المحتاج، 2/67 عثمان بن علي بن محجن الباري، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743 هـ) تبين الحقائق، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، 1313هـ، 44/4، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي (المتوفى: 730 هـ) كشف الأسرار، دار الكتاب الإسلامي، 2010م، 159/1، شرح المجلة، الأتاسي مادة (109) 7/2.

(3) انظر: المغني (6 / 585) كشف القناع (3 / 418).

(4) انظر: تبين الحقائق (4 / 181) البحر الرائق (6 / 483) الاختيار لتعليل المختار (2 / 352)

(5) انظر: مغني المحتاج (3 / 115) أسنى المطالب (2 / 186).

(6) انظر: تبين الحقائق (4 / 181) البحر الرائق (6 / 483) الاختيار لتعليل المختار (2 / 352)



المادة (344): (جميع ما يقع من الضائعات والخسارات على الأشياء المضمونة يعود على صاحب السكوترته<sup>(1)</sup> سواءً كان ذلك من دواعي النوء أو الغرق أو الكسر أو التثقيب أو الفسخ، أو ما يقع بالضرورة من ابدال الطريق والسفر وابدال المركب أو تحويلها أو القاء البضائع في البحر والحرق والضبط والاعتصاب وتوقيف السفينة بأمر الحكومة وعلان الحرب أو مقابلة للخصم بما فعله من الخصومة وغير ذلك من المهالك والمحاصرات البحرية).

والأصل في العقد أنه ملزم للجانبين. فهو يتضمن قوة تختم على طرفيه الرضوخ له في كل ما يحتويه من بنود لأنه يعد بمثابة قانون للطرفين المتعاقدين. لا يستطيع أحدهما تعديله أو نقضه إلا بوجود نص قانوني أو إتفاق يقضي بذلك. إذ يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وشرف التعامل ونزاهة العقد<sup>(2)</sup>.

غير أنه قد يحول دون تحقيق قصد المتعاقدين أمراً عارضاً يؤدي إلى حل الرابطة العقدية وزوال كل أثر لها. وقد يرجع ذلك إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، كما قد يكون نتيجة عدم رغبة المدين في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ويترتب الفسخ كجزاء على عدم التنفيذ<sup>(3)</sup>.

إن عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية يعطي للطرف الدائن في العقد إمكانية التحلل من الرابطة العقدية، ويكون ذلك باللجوء إلى استعمال حق طلب الفسخ ليتخلص من الإلتزامات التي يفرضها عليه العقد.

(1) مادة (324) من نظام المحكمة التجارية (السعودي): (مقاولة السكوترته هي عبارة عن مقاولة جرية تتضمن التعهد باعطاء التضمين تماماً إلى المضمن مقابلة لبدل السكوترته الذي يأخذه صاحب السكوترته على مقدار ضائعات ومضرات يمكن وقوعها بسبب نائبه جرية على أشياء يجترز عليها من أن تصادف خطر سفر بحري).

(2) د. محمد جبار، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري، وفي الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، جامعة الجزائر، 2009م، ص79. د. محمد سامي عبد الحميد، العلاقات الدولية، دار الكتب الجامعية، ج1، ط4، 1986، ص33. د. محمد سعيد جعفرور، إجازة العد القابل للإبطال في القانون المدني، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986م، ص66. د. محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر 1986م، ص43. د. محمد طلعت الغنيمي بالوجيز في التنظيم الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1977م، ص90. د. محمد عبدالله حود، إنهاء العقد بالارادة المنفردة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002م، ص21. د. محمد عبدالله حود، إنهاء العقد بالارادة المنفردة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002م، ص77.

(3) د. إبراهيم حريز، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية، رسالة لنيل درجة ماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1995، ص131.





## المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق لفسخ عقود التجارة في الفقه الإسلامي

يتعين على العاقدين أن يسببوا فسخهم لعقود التجارة. وفقاً للنظام وهو ما قرره الشريعة<sup>(1)</sup> في عدم جواز التعسف في استخدام الحق في الفسخ. ووفقاً للنظام السعودي والأنظمة المقارنة. يعتمد ذلك على وجود مخالفة جوهرية. ومنها عناصر متعددة يمكن أن يعتمد عليها البائع (التنظيم القانوني لفكرة المخالفة الجوهرية نجده في اتفاقية فيينا 1980 من خلال نص المادة 25). إذا تسببت المخالفة بإلحاق ضرر بالبائع من شأنه أن يجرمه بشكل أساسي مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد، إلا إذا كان البائع لا يتوقع مثل هذه النتيجة وأي شخص سوى الإدراك من نفس الصفة لا يتوقع أيضاً مثل هذه النتيجة في نفس الظروف. كما مكنت اتفاقية فيينا المشتري من اكتساب المخالفة الجوهرية<sup>(2)</sup>. فأجازت له أن يمنح البائع مهلة إضافية معقولة لتنفيذ التزامه بالتسليم. المادة 47 فقرة 1 على أن يوجه له إخطاراً بهذه المهلة. وخلال هذه المهلة لا يستطيع البائع إعلان فسخ العقد. فإذا انتهت المدة دون تنفيذ أو أخطر البائع المشتري بعدم التنفيذ خلال المهلة الإضافية. تحولت المخالفة إلى مخالفة جوهرية. ولو لم تكن كذلك في بدايتها. المادة 47 فقرة 2 من اتفاقية فيينا. أو عيب في الإيجاب والقبول أو عيب من عيوب الإرادة (كما هو مقرر في الفقه الإسلامي)<sup>(3)</sup>. استدل فقهاء الشريعة ومنهم ابن تيمية بالكتاب والسنة على أن الأصل الإباحة بالنسبة إلى العقود والشروط<sup>(4)</sup>:

يقول ابن تيمية: إن الكتاب والسنة قد جاءا بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود وبإداء الأمانة ورعاية ذلك كله والنهي عن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك. ولو كان الأصل في العقود الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع أو أوجبه لم يجز أن يؤمر بها مطلقاً ويذم من نقضها أو غدر مطلقاً. كما أن قتل الأنفس لما كان الأصل فيه الحظر إلا ما أباحه الشرع أو أوجبه لم يجز أن يؤمر بقتل الأنفس مطلقاً بخلاف ما كان جنسه واجباً

(1) من المعلوم أن مصادر الشريعة الإسلامية هي القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة. والإجتihad. وقد حدد جمهور الفقهاء أركان العقد والتي رتب على خلف ركن منها جواز الفسخ كما بينا وهذه الأركان إجمالاً هي:

- 1- صيغة العقد التي تنصب على الرضا.
- 2- العاقدان.
- 3- المعقود عليه أو محل العقد.

د. أنوار سلطان الموجز في النظرية العامة للالتزام. مرجع سابق. ص 57.

(2) د. السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني: العقود التي ترد على الملكية. مرجع سابق (1/ 170).

(3) د. رمضان أبو السعود. مبادئ الالتزام. مرجع سابق. ص 56. د. الجمال. النظرية العامة للالتزام. مرجع سابق. ص 48. د. لبني مختار. وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها. مرجع سابق. ص 7. د. أنوار سلطان الموجز في النظرية العامة للالتزام. مرجع سابق. ص 57.

(4) نقلاً عن الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج 3 ص 481 وما بعدها.



كالصلاة والزكاة فإنه يؤمر به مطلقاً، وإن كان لذلك شروط وموانع عن الصلاة بغير الطهارة وعن الصدقة بما يضر النفس ونحو ذلك، وكذلك الصدق في الحديث مأمور به وإن كان قد يحرم الصدق أحياناً لعارض ويجب السكوت والتعريض، وإذا كان حسن الوفاء ورعاية العهد مأموراً به فلما كان ذلك كذلك علم أن الأصل صحة العقود والشروط إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده وهو الوفاء به، وإذا كان الشرع قد أمر بمقصود العهود فهذا يدل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة<sup>(1)</sup>.

وجه الاستدلال بالاعتبار عند ابن تيمية<sup>(2)</sup>:

**أولاً: العقود والشروط من باب الأفعال العادية الأصل فيها الإباحة:**

فالأصل في العقود مثل الأصل في الأفعال العادية هو الإباحة وعدم الحظر لأنها ليست من العبادات، وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾<sup>(3)</sup>، عام في الأعيان والأفعال وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة، وأيضا فليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما ثبت تحريمه بعينه وانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم فثبت بالاستصحاب العقلي وانتفاء الدليل الشرعي عدم التحريم فيكون فعلها إما حلالاً أو عفواً، كالأعيان التي لم تحرم وغالب ما يستدل به على أن الأصل في الأعيان عدم التحريم من النصوص العامة والأقيسة الخاصة والاستحضار العقلي وانتفاء الحكم لانتفاء دليله، فإنه يستدل به أيضاً على عدم تحريم العقود والشروط فيها سواء سمي ذلك حلالاً أو عفواً على الاختلاف المعروف بين الفقهاء بين الحلال والعفو، وليس أدل على تسوية العقود بالأفعال - من هذه الناحية من أن المسلمين قد اتفقوا على أن العقود التي عقدها الكفار يحكم بصحتها بعد الإسلام إذا لم تكن محرمة على المسلمين وإن

(1) والإباحة هنا لا تعارض البتة مع ما حرمه الله فالمشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ولا أن يحرم بإطلاق ما أباحه الله، فإن عقده وشروطه يكون حينئذ باطلاً لمخالفته لحكم الله، وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه فمقصود الشروط وجوب ما لم يكون واجباً ولا حراماً، وكل شرط صحيح لا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجباً وإباحة ما لم يكن مباحاً وتحريم ما لم يكن حراماً وكذلك كل من المتاجرين والمتناكحين، وكذلك إذا اشترط صفة في المبيع أو رهناً أو اشترطت المرأة زيادة على مهر مثلها فإنه يجب ويحرم ويباح بهذا الشرط ما لم يكن كذلك، وهذا المعنى هو الذي أوهم من اعتقد أن الأصل هو فساد الشروط إذ قال لأنها إما أن تبيح حراماً أو تحرم حلالاً أو توجب ساقطاً أو تسقط واجباً وذلك لا يجوز إلا بإذن الشرع وقد ورد شبهات عند بعض الناس حتى توهموا أن حديث «المسلمون على شروطهم» متناقض وليس كذلك في الحقيقة، بل ما كان حراماً مؤبداً بدون الشرط فالشرط لا يبيحه كالزنا والوطء في ملك الغير، وأما ما كان مباحاً بدون الشرط فالشرط قد يوجبه كالزيادة في المهر والتمن والمثمن والرهن وتأخير الاستيفاء، فإن الرجل له أن يعطي المرأة وله أن يتبرع بالرهن والاستيفاء ونحو ذلك فإذا شرطه صار واجباً، راجع الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج 3 ص 482.

(2) راجع الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج 3 ص 483.

(3) سورة الأنعام الآية 199





كان الكفار لم يعقدوها بإذن شرعي. ولو كانت العقود كالعبادات لا تصح إلا بشرع لحكموا بفسادها أو بفساد ما لم يكن أهله مستمسكون فيه بشرع.

**ثانياً: التراضي في العقود عموماً وطيب النفس في التبرعات هو الأصل بالدليل القرآني:**

الأصل في العقود رضي العاقدين ونتيجتها هي ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقدين لأن الله تعالى قال في كتابه: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾<sup>(1)</sup>. وقال: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾<sup>(2)</sup>. فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه فدل على أنه سبب له وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم. وإذا كان طيب النفس هو المبيح للصدقات فكذلك سائر التبرعات قياساً بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن وكذلك قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ لم يشترط في التجارة إلا التراضي. وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة. وإذا كان كذلك فإذا تراضي المتعاقدين أو طابت نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بدلالة الكتاب إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك.

**ثالثاً: الشرط المنافي لمقصود العقد والشرط المنافي لمقصود الشارع:**

يقول ابن تيمية إنه إذا كان الشرط منافياً لمقصود العقد كان الشرط لغواً. وإذا كان منافياً لمقصود الشارع كان مخالفاً لله ورسوله فأما إذا لم يشتمل على واحد منهما بأن لم يكن لغواً ولا اشتمل على ما حرمه الله ورسوله فلا وجه لتحريمه. بل الواجب حله لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه إذ لولا حاجتهم لما فعلوا فإن الإقدام على فعل مظنة الحاجة إليه. ولم يثبت تحريمه فيباح لما في الكتاب والسنة من الأمر برفع الحرج.

**رابعاً: الرد على الاستدلال بحديث بريرة في حظر العقود والشروط:**

فسر ابن تيمية حديث بريرة بأن النبي ﷺ أراد به إبطال الشروط التي تنافي كتاب الله. ولم يرد إبطال الشروط التي سكت عنها كتاب الله. ثم رد على القول بأن النبي ﷺ أراد أن الشروط التي لم يبحها ولم يجرمها تكون باطلة فقد رد على هذا القول بأن الكتاب والسنة دلتا على وجوب الوفاء بالعقود والشروط بصفة عامة. ولذلك فإن أي شرط سكت عنه الكتاب بخصوصه يدخل في هذا الأمر العام الصادر من الكتاب والسنة بوجوب الوفاء بالشروط بصفة عامة. ولا يخرج هنا إلا ما دل عليه دليل خاص ينهى الله تعالى عنه كما هو الحال في شرط الوفاء لغير المعتق والذي نص عليه الحديث.

(1) سورة النساء: الآية 29

(2) سورة النساء: الآية 4



كيفية تطبيق قاعدة حرية العقود والشروط عند ابن تيمية<sup>(1)</sup>:

يرى ابن تيمية أنه مع التسليم بأن الأصل في العقود والشروط الإباحة، فإن هذا لا يعني أننا نعتبر أي عقد أو أي شرط صحيحاً دون بحث وترو، بل يتعين علينا أن نبحث لنعرف هل يوجد نص خاص يجرم مثل هذا العقد أو الشرط أم لا، وحجته في ذلك واضحة فهو يقول إنه لعدم تحريم العقود والشروط وصحتها أصلاً: الأدلة الشرعية العامة والأدلة العقلية التي هي الاستصحاب وانتفاء المحرم فلا يجوز القول بموجب هذه القاعدة في أنواع المسائل وأعيانها إلا بعد الاجتهاد في خصوص ذلك النوع أو تلك المسألة لمعرفة هل ورد من الأدلة الشرعية ما يقتضي التحريم لأنه إذا كان الدليل هو الاستصحاب ونفي الدليل الشرعي المحرم فقد أجمع المسلمون وعلم بالاضطرار من دين الإسلام أنه لا يجوز لأحد أن يعتقد أو يفتي بموجب هذا الاستصحاب والنفي إلا بعد البحث عن الأدلة الخاصة والتأكد من عدم وجود نص خاص يجرم في المسألة المعروضة، ويستخلص ابن تيمية من ذلك أنه ما دام الخلاف يعود إلى اعتبار عقلي أو إطلاق لفظي فإن الأدلة النافية لتحريم العقود والشروط المثبتة لحلها مخصوصة بجمع ما حرمه الله ورسوله من العقود والشروط<sup>(2)</sup>.

- رأى ابن القيم<sup>(3)</sup> من الحنابلة:

إن أصحاب الحظر قالوا: إن كل شرط وعقد ليس في النصوص إيجابه ولا الإذن فيه فإنه لا يخلو من أحد وجوه أربعة:

إما أن يكون صاحبه قد التزم فيه إباحة ما حرمه الله ورسوله أو تحريم ما أباحه أو إسقاط ما أوجبه أو إيجاب ما أسقطه ولا خامس لهذه الأقسام البتة، ويرد ابن القيم على ذلك بقوله: إن هؤلاء قد فاتهم أن هناك قسماً خامساً وهو ما أباحه الله سبحانه للمكلف من تنوع أحكامه بالأسباب التي ملكه إياها، فيباشر من الأسباب ما يخل له بعد أن كان حراماً عليه، ويجرمه بعد أن كان حلالاً له، أو يوجبه بعد أن لم يكن واجباً، أو يسقطه بعد وجوبه، وليس ذلك تغيير لأحكامه بل كل ذلك من أحكامه سبحانه فهو الذي أحل وحرم وأوجب

(1) راجع الفتاوى الكبرى ج 3 ص 491، وما بعدها 0

(2) إن من غلب على ظنه من الفقهاء انتفاء المعارض في مسألة خلافية أو حادثة انتفع بهذه القاعدة فيذكر في أنواعها قواعد مطلقة ويضرب ابن تيمية بعض الأمثلة فيقول: إن الأصل عند الفقهاء أنه لا يجوز لكل من أخرج عيناً من ملكه معاوضة كالبيع والخلع أو تبرعاً كالوقف والعتق أن يستثنى بعض منافعها لما روي من حديث جابر أنف الذكر، فإذا كان العقد ما لا يصح فيه الغرر كالبيع فلا بد أن يكون المستثنى معلوماً، ويؤكد ذلك حديث جابر إذ اشترط ظهر البعير المباع إلى المدينة وهي مسافة معلومة لها مدة معلومة، وإذا كان العقد ما يصح فيه الغرر كالعتق والوقف، فله أن يستثنى غير معلوم فيستثنى خدمة العبد ما عاش أو عاش فلان أو يستثنى غلة الوقف ما عاش الواقف مثلاً، وهكذا فلا بد إذن من معرفة ما حرمه الله ورسوله من العقود والشروط بالنسبة إلى كل نوع من أنواع العقود قبل الحكم بصحة عقد أو شرط على أساس قاعدة حرية العقود والشروط.

(3) أعلام الموقعين ج 1 ص 386 وما بعدها 0



وأسقط وإنما إلى العبد الأسباب المقتضية لتلك الأحكام ليس إلا. فكما أن شراء الأمة ونكاح المرأة يخل له ما كان حراماً عليه قبله وطلاقها وبيعها بالعكس يجرمها عليه ويسقط عنه ما كان واجباً عليه من حقوقها. كذلك التزامه بالعقد والعهد والنذر والشرط وقد قال تعالى: ﴿إِنَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾<sup>(1)</sup>. فأباح التجارة التي تراضى بها المتبايعان فإذا تراضيا عن شرط لا يخالف حكم الله جاز لهما ذلك، ولا يجوز إلغاؤه وإلزامهما بما لم يلتزم به كما لا يجوز إلزامهما بما لم يلزمهما الله ورسوله ولا بإبطال ما شرطاً ما لم يحرم الله ورسوله عليهما شرطه. ومحرم الحلال كمحلل الحرام. فهؤلاء ألغوا من شروط المتعاقدين ما لم يلغ الله ورسوله. وقابلهم آخرون من القياسيين فاعتبروا من شروط الواقفين ما ألغاه الله ورسوله. وكلا القولين خطأ. بل الصواب إلغاء كل شرط يخالف حكم الله واعتبار كل شرط لم يجرمه الله ولم يمنعه منه<sup>(2)</sup>.

– رأي الشاطبي من المالكية:

ذهب الإمام الشاطبي من المالكية إلى أن الأصل في العقود والشروط في المعاملات هو الإباحة لا الحظر فهو يقول: (أنه إذ لم يظهر في الشرط في المعاملات هو الإباحة لا الحظر) فهو يقول: (أنه إذا لم يظهر في الشرط منافاة لمشروطة ولا ملاءمة فإن القاعدة المستمرة في أمثال هذا هي التفرقة بين العبادات والمعاملات. فما كان من العبادات فلا يكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعاني. والأصل فيها أن لا يقدم عليها إلا بإذن إذ لا مجال للعقول في اختراع العبادات فكذلك ما يتعلق بها من شروط. وما كان من المعاملات يكتفى فيها بعدم المنافاة لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل عليه)<sup>(3)</sup> وهذا الرأي يتفق مع مذهب ابن تيمية وابن القيم وإن كان ابن تيمية قد توسع وجاء بالأدلة العديدة التي تثبت قاعدة حرية العقود والشروط.

– ترجيح رأي تيمية وابن القيم والشاطبي:

لقد جاء رأي هؤلاء الفقهاء الثلاثة متفقاً مع النصوص الكتاب والسنة ومتفقاً مع أصول الشريعة وأهمها رفع الحرج عن الناس. ومتفقاً مع طبيعة العقود والشروط. فهي مثل العادات التي أصلها الإباحة، وليست من قبيل العبادات التي أصلها الحظر. ولقد فند ابن تيمية جميع الحجج المعارضة.

<sup>(1)</sup>سورة النساء الآية 29

<sup>(2)</sup>نقلاً عن إعلام الموقعين لابن القيم بتصرف قليل ج 2 ص 26 إلى ص 36 0

<sup>(3)</sup>راجع الموافقات للشاطبي ج 1 ص 162 وما بعدها 0



### مذهب الذين صرحوا بأن الأصل في العقود والشروط هو الإباحة لا الحظر

حمل شيخ الإسلام ابن تيمية لواء الدفاع عن قاعدة حرية العقود والشروط فقد ذكر ابن تيمية صراحة أن الأصل في العقود والشروط هو الإباحة لا الحظر واستدل على ذلك بالكتاب والسنة والاعتبار<sup>(1)</sup>.

#### استدلال ابن تيمية بالكتاب<sup>(2)</sup>:

استدل ابن تيمية بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(3)</sup>. والعقود هي العهود قال تعالى: ﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾<sup>(4)</sup>. وقال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾<sup>(5)</sup>. وقال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ لَا يُوَلُّونَ الْأَدْبَارَ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا﴾<sup>(6)</sup>. فأمر سبحانه وتعالى بالوفاء بالعقود ويقول ابن تيمية: إن هذا عام وإنه تعالى أمر بالوفاء بعهد الله وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه بدليل الآية أنه الذكر من سورة الأحزاب فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه وقد أمر الله بالوفاء به وقرنه بالصدق في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾<sup>(7)</sup>. لأن العدل في القول خبر يتعلق بالماضي والحاضر. والوفاء بالعهد يكون في القول المتعلق بالمستقبل. وقال سبحانه: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ﴾<sup>(8)</sup>. وقال المفسرون كالضحاك وغيره: تساءلون به تتعاهدون وتتعاقدون. وذلك لأن كل واحد من المتعاقدين يطلب من الآخر ما أوجبه العقد من فعل أو ترك مال أو نفع ونحو ذلك. وقال سبحانه: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ اللَّهُ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ نَقَضَتْ غَزْلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَاثًا تَتَّخِذُونَ أَيْمَانَكُمْ دَخَلًا بَيْنَكُمْ أَنْ تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَىٰ مِنْ أُمَّةٍ إِنَّمَا يَبْلُوكُمُ اللَّهُ بِهِ وَلِيُبَيِّنَ لَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ يُضِلُّ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي مَنْ يَشَاءُ وَلَتَسْأَلَنَّ عَمَّا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾<sup>(9)</sup> إلى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا أَيْمَانَكُمْ دَخَلًا بَيْنَكُمْ﴾<sup>(10)</sup>. والأيمان جمع يمين وكل عقد

(1) راجع الفتاوى الكبرى لابن تيمية بتقديم الشيخ حسن بن مخلوف ج 4 ص 201 وما بعدها.

(2) راجع الفتاوى الكبرى. المرجع السابق. ج 4 ص 202 وما بعدها.

(3) سورة المائدة الآية 1.

(4) سورة الأنعام الآية 152.

(5) سورة الإسراء الآية 34.

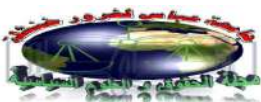
(6) سورة الأحزاب الآية 15.

(7) سورة الأنعام الآية 152.

(8) سورة النساء الآية 1.

(9) سورة النحل الآيات 91 - 93.

(10) سورة النحل الآية 94.



فإنه يمين قيل: سمي بذلك لأنهم كانوا يعقدونه بالمصافحة باليمين ويدل على ذلك أيضاً قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنْقُصُوكُمْ شَيْئًا وَلَمْ يُظَاهِرُوا عَلَيْكُمْ أَحَدًا فَأَتَمُّوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُدَّتِهِمْ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿كَيْفَ وَإِنْ يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ لَا يَرْقُبُوا فِيكُمْ إِلَّا وَلًا ذِمَّةً﴾<sup>(1)</sup>. واللُّل هو القرابة، والذمة العهد وهما المذكوران في قوله تعالى: ﴿تَسَاءَلُونَ بِهِ وَاللَّارْحَامَ﴾<sup>(2)</sup>. فذمهم على قطيعة الرحم ونقض الذمة أي العهد وقال تعالى: ﴿وَإِنْ نَكَثُوا أَيْمَانَهُمْ مِنْ بَعْدِ عَهْدِهِمْ﴾<sup>(3)</sup>. فهذه نزلت في الكفار لما صالحهم النبي ﷺ عام الحديبية ثم نقضوا العهد بإعانة بني بكر على خزاعة فهذه الآيات الكريمة وغيرها توجب الوفاء بالعقد وهذا مما لا ريب فيه.

#### استدلال ابن تيمية بالسنة المطهرة<sup>(4)</sup>:

استدل شيخ الإسلام بما ورد في الصحيحين عن عبد الله بن عمر قال رسول الله ﷺ: " أربع من كن فيه كان منافقا خالصاً ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها. من إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا عاهد غدر وإذا خاصم فجر " <sup>(5)</sup>.

فدم الغادر وكل من شرط شرطاً ثم نقضه فهو غادر ولا ريب. وفي الصحيحين عن عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال: «أحق الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج»<sup>(6)</sup> فدل على استحقاق الشروط بالوفاء وأن شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها. ويستند ابن تيمية أيضاً إلى ما رواه أبو داود والدارقطني من حديث سلمان بن بلال عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً والمسلمون على شروطهم " .

وروى الترمذي والبخاري والبزار من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً. والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً " <sup>(7)</sup> وقال الترمذي حديث حسن صحيح.

وروى أبو بكر البزار أيضاً عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «الناس على شروطهم ما وافقت الحق» ويذكر ابن تيمية بالنسبة لأسانيد هذا الحديث أنه وإن كان الواحد منها ضعيفاً

(1) سورة التوبة الآيتان 7، 8.

(2) سورة النساء الآية 1.

(3) سورة التوبة الآية 12.

(4) راجع الفتاوى الكبرى. المرجع السابق. ج 2 ص 477. وما بعدها 0

(5) رواه البخاري ومسلم. انظر التاج الجامع للشيخ منصور علي ناصف ج 5 ص 41.

(6) رواه البخاري في كتاب الشروط باب الشروط في المهر.

(7) انظر الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج 3 ص 481.



فاجتماعها من طرق مختلفة يشد بعضها بعضاً يقوى الحديث فضلاً عن أن هذا المعنى هو الذي يشهد له كتاب والسنة<sup>(1)</sup>.

### المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق لفسخ عقود التجارة في الاتفاقيات الدولية

من المبادئ القانونية الأساسية التي تمسكت بها هذه الاتفاقية الدولية، الاعتراف بضمأن الحرية التعاقدية في البيع الدولي للبضائع وذلك لأن الاتفاقية تنص على السماح للطرفين باستبعاد تطبيق هذه الاتفاقية أو بالخروج عن أي حكم من أحكامها أو تعديل آثار هذا الحكم، وبموجب هذا يجوز للأطراف اختيار قانون دولة غير متعاقدة أو اختيار القانون الوطني لدولة متعاقدة ليكون القانون الواجب التطبيق على الاتفاقية<sup>2</sup>.

ولزيد من التوضيح بالنسبة لعقود البيع الدولي للبضائع فإن الاتفاقية تتضمن أنها تقتصر على تكوين العقد وعلى الحقوق والواجبات التي ينشئها العقد لكل من البائع والمشتري والجزاءات المتعلقة بمخالفة أي من الأطراف لالتزاماته، من أهم هذه الالتزامات على البائع تسليم بضائع التي تكون كميتها ونوعيتها وأوصافها وتغليفها وتعبئتها مطابقة لأحكام العقد<sup>(3)</sup> مع ضرورة تسليم البضائع خالية من أي التزام أو حق أو ادعاء للغير بما في ذلك الحقوق المتعلقة بالملكية الصناعية أو أي ملكية أخرى، دون الإخلال بالنظام العام أو سلب القضاء الوطني إختصاصه<sup>(4)</sup>.

(1) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج 3 ص 481.

(2) د. محمود سمير الشرفاوي: "الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع"، دار النهضة العربية، 1991، ص 21، د. سليمان مرقس: "عقد البيع"، طبعة نادي القضاة 1980، ص 59، أ. محمد صبحي الأتربي، مدخل دراسة الشركات الاحتكارية متعددة الجنسيات، منشورات النفط والتنمية، بغداد، 1977، ص 33، د. إبراهيم أحمد شلبي، التنظيم الدولي، الدار الجامعية، بيروت، 1984، ص 66، د. إبراهيم محمد العناني، التنظيم الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1982، ص 86، د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام - الكتاب الأول، القاهرة 1954، ص 32، د. أكثم أمين الخولي، الموجز القانوني التجاري، مطبعة المدني، القاهرة، 1970، ص 78، د. الشافعي محمد بشير، المنظمات الدولية، القاهرة، 1974، ص 20.

(3) مجموعة المبادئ التي قررتها هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم 178/ت/4 لعام 1413 هـ الموضوع: شرط تحكيم في العقد المبرم بين شركة سعودية وشركة أجنبية وتمسك الطرف الأجنبي بشرط التحكيم في النمسا.

الهيئة: القضاء السعودي لا يختص وحده بنظر هذا النزاع وإنما أحد طرفي العقد والنزاع أجنبي وهو المدعى عليه وقد اتفق الطرفان مسبقاً على قضاء دولة واحدة للفصل في أي نزاع ووقعت المدعية على ذلك باختيارها ومن حق الطرف الثاني التمسك بذلك الشرط.

(4) مجموعة المبادئ التي قررتها هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم 143/ت/4 لعام 1412 هـ لا يجوز للطرفين السعوديين الاتفاق على التحكيم خارج المملكة.. قضت الدائرة بعدم جواز نظر الدعوى لوجود شرط التحكيم على سند من وجود هذا الشرط في العقد موضوع الدعوى وتقديم وكيل عليها ما يثبت السير في إجراءات التحكيم ضد المدعية واستناداً إلى نظام التحكيم ولائحته التنفيذية في حين أن التحكيم لا يعدو أن يكون قضاء خاصاً يلجأ إليه الأفراد لقضي منازعاتهم بعيداً عن الإجراءات التي تضعها الدولة لتيسير عملية التقاضي ولما كان هذا القضاء الخاص يسير جنباً إلى جنب مع القضاء العادي الذي يتمثل في المحاكم التي أنشأتها الدولة وعينت قضاتها وأسندت إليها ولاية الفصل في المنازعات فإن ولي الأمر لم يشأ أن يترك هذا النوع من أسلوب التقاضي دون حماية ودون رقابة فأصدر نظام التحكيم وفيه اشترط أن يكون المحكم من النص في العقد موضوع الدعوى الخبرة حسن السيرة والسلوك كامل الأهلية وأضاف اللائحة التنفيذية للنظام المذكور أن يكون المحكم من الوطنيين أو الأجانب المسلمين وأن يكون رئيس المحكمين عند تعددهم على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية في المملكة وأعطى النظام للجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع دوراً أساسياً في الهيمنة والأشراف على التحكيم ابتداء من اعتماد وثيقة التحكيم





وتتضمن الاتفاقية الأحكام المنظمة للعرض والقبول وكل هذه النقاط هامة لمنع اللبس أو سوء الفهم عند التطبيق، خاصة وأن الأطراف في جهات مختلفة، مع العلم أن هناك قضايا كثيرة تنشأ عن مدى انطباق وصحة المواصفات والنوعية.. ومن هذا قد يكون من الأفضل للجهات المتعاقدة وضع أحكام الاتفاقية كجزء من العقد وبهذا يستفيد الأطراف من التجارب العالمية المرتبطة بكل أنواع البضائع كالشاي مثلاً أو غيره من المواد المستهلكة على نطاق واسع.

إن الإشارة لتضمين الاتفاقية كجزء من العقد المبرم بين الأطراف يتيح لهم الاستفادة من عدة تجارب دولية مقننة تتمثل في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن فترة التقادم في البيع الدولي للبضائع (اتفاقية التقادم)<sup>1</sup> وتُحدّد فترة التقادم بأربع سنوات (المادة 8)، ويجوز تمديدتها لفترة أقصاها عشر سنوات رهنا بشروط معيّنة (المادة 23)، وعلاوة على ذلك، تنظم الاتفاقية أيضاً بعض المسائل المتعلقة بتأثير استهلال الإجراءات في إحدى الدول المتعاقدة.

كما توفر اتفاقية التقادم قواعد بشأن وقف فترة التقادم وتمديدتها، وتتوقف هذه الفترة عندما يستهل المدعي إجراءات قضائية أو حكومية أو عندما يقدم مطالبات في إطار عملية قائمة، وإذا انتهت الإجراءات دون قرار ملزم بشأن وجهة الدعوى، اعتبر أن فترة التقادم كانت سارية أثناء الاضطلاع بالإجراءات، وأما إذا انقضت الفترة أثناء الدعوى أو بقي أقل من سنة على انقضائها، فيمنح المدعي سنة إضافية لاستهلال إجراءات جديدة (المادة 17).

ولا يُعترف بأي مطالبة ولا تُنفذ في أية إجراءات قانونية تبدأ بعد انقضاء فترة التقادم (المادة 25 (1)). ولا يُؤخذ انقضاء هذه الفترة في الاعتبار ما لم يدفع به الطرفان في الإجراءات

وانتهاء بتنفيذ حكم المحكمين ونظر الاعتراض المقدم من الخصوم ولما كانت المنازعة الماثلة تدخل في ولاية القضاء السعودي أصلاً فإن الدعوى على الاتفاق على التحكيم خارج المملكة في مدينة زورخ بسويسرا وفقاً لقوانين غرفة التجارة الدولية فضلاً عن أنه يتعارض مع نظام التحكيم السعودي ولائحته التنفيذية المشار إليها سلفاً فإنه يعتبر بمثابة اتفاق على سلب ولاية القضاء وحجبه عن نظر النزاع الداخل في اختصاصه ما يتعارض مع النظام العام في المملكة ويكون معه هذا الشرط باطلاً بطلاناً مطلقاً بما كان يتعين معه القضاء برفض الدفع المبدي من الشركة المدعى عليها بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم وتصدي الدائرة للفصل في موضوع النزاع.

<sup>1</sup> تاريخ اعتماد البروتوكول المعدل للاتفاقية: 11 نيسان/أبريل 1980 خد معظم النظم القانونية من إمكانية تقديم مطالبة بعد انقضاء فترة زمنية معينة أو تمنعه خاشياً لاستهلال إجراءات قانونية في موعد متأخر يرجح فيه أن تفقد الأدلة المتعلقة بالمطالبة موثوقيتها أو أن تضع. وتبدأ للريبة التي تنشأ في حال بقاء أحد الطرفين معرضاً لمطالبات قد لا تقدم لفترة طويلة من الزمن. ولكن يوجد العديد من أوجه التفاوت بين النظم القانونية فيما يتعلق بالأساس المفاهيمي اللازم للقيام بذلك. كما يوجد اختلافات كبيرة في طول فترة التقادم وفي القواعد الناظمة للمطالبات المقدمة بعد تلك الفترة. وقد خلق هذه الاختلافات صعوبات في إنفاذ المطالبات الناشئة عن معاملات البيع الدولي. وقد أعدت اتفاقية التقادم واعتمدت في عام 1974 تديلاً لتلك الصعوبات. وعُدلت كذلك بروتوكول اعتمد في عام 1980 من أجل موازنة نصها مع نص اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (اتفاقية البيع). وخصوصاً فيما يتعلق بنطاق التطبيق والإعلانات المقبولة. وفي الواقع، يمكن أن يُنظر إلى اتفاقية التقادم من الناحية الوظيفية على أنها جزء من اتفاقية البيع. وهي بذلك خطوة هامة على طريق توحيد قانون البيع الدولي توحيداً شاملاً.





(المادة 24). بيد أنه يجوز للدول أن تقدم إعلانا تسمح فيه للمحاكم بأن تأخذ في حسابها انقضاء فترة التقادم هذه من تلقاء نفسها (المادة 36) وبخلافه، فإن الاستثناء الوحيد من قاعدة منع الاعتراف بالمطالبة وإنفاذها هو عندما يقدم الطرف مطالبته على سبيل الدفاع أو المقاصة مع مطالبة مقدمة من الطرف الآخر (المادة 25) (2).

وكذلك اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية (اتفاقية الخطابات الإلكترونية)<sup>1</sup> وتنطبق الاتفاقية على جميع الخطابات الإلكترونية المتبادلة بين طرفين يقع مقر عملهما في دولتين مختلفتين. على أن يكون مقر عمل أحدهما على الأقل موجودا في دولة متعاقدة (المادة 1). ويمكن أيضا تطبيق الاتفاقية باختيار الطرفين، وتُستبعد من نطاق انطباق الاتفاقية العقود المبرمة لأغراض شخصية أو عائلية أو منزلية، كالمعلق منها بقانون الأسرة وقانون الخلافة، وكذلك بعض المعاملات المالية، والصكوك القابلة للتداول، ومستندات الملكية (المادة 2).

ومثلما لوحظ أعلاه، حُدّد الاتفاقية معايير حقّق التكافؤ الوظيفي بين الخطابات الإلكترونية والمستندات الورقية، وكذلك بين طرائق التوثيق الإلكترونية والتوقيعات الخطية (المادة 9). كما حُدّد الاتفاقية وقت ومكان إرسال الخطابات الإلكترونية وتلقيها، وتكيف القواعد التقليدية المتعلقة بهذه المفاهيم القانونية لتوائم السياق الإلكتروني وتبتكر ما يلزم فيما يخص أحكام القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (المادة 10). وفضلا عن ذلك، فإن الاتفاقية تنص على المبدأ العام القائل بعدم جواز إنكار صحة الخطاب من الناحية القانونية لمجرد كونه في شكل إلكتروني (المادة 8). ونظرا لانتشار نظم الرسائل الآلية على وجه التحديد، فإن الاتفاقية تتيح إمكانية إنفاذ العقود المبرمة بواسطة هذه النظم، بما يشمل الحالات التي لا يراجع فيها شخص طبيعي الأفعال الفردية التي تقوم بها النظم المذكورة (المادة 12). وتوضح الاتفاقية كذلك أن أي اقتراح يُقدّم لإبرام عقد بواسطة وسائل إلكترونية ولا يكون موجهاً إلى أطراف معيّنة يعتبر بمثابة دعوة إلى عقد صفقة وليس عرضا يلزم الطرف مقدم العرض به في

<sup>1</sup> تاريخ الاعتماد 23 تشرين الثاني/نوفمبر 2005 قد تشكّل بعض المتطلبات الرسمية الواردة في معاهدات القانون التجاري الدولية المعتمدة على نطاق واسع، من قبيل اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها ("اتفاقية نيويورك") واتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (اتفاقية البيع). عقبات حول دون استخدام الخطابات الإلكترونية استخداما واسع النطاق. واتفاقية الخطابات الإلكترونية هي عبارة عن معاهدة تمكينية يتمثل أثرها في تدليل تلك العقوبات الرسمية من خلال تحقيق التكافؤ بين شكلي الخطابات الإلكتروني والمكتوب، وفضلا عن ذلك، فإن هذه الاتفاقية حقّق أغراضا إضافية جعل استخدام الخطابات الإلكترونية في التجارة الدولية أسهل. لذا، فإن القصد من الاتفاقية هو تعزيز مواءمة القواعد المتعلقة بالتجارة الإلكترونية وتعزيز التوحيد في اشتراط قوانين الأونسسترال النموذجية على الصعيد الوطني فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية. وكذلك تحديث واستكمال بعض أحكام تلك القوانين النموذجية في ضوء الممارسات الأخيرة. وأخيرا، قد تزود الاتفاقية البلدان التي لم تعتمد بعد أحكاما بشأن التجارة الإلكترونية بتشريعات حديثة وموحّدة ودقيقة الصياغة.



حال قبوله، وذلك تمشياً مع الحكم المقابل من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (المادة 11)، وعلاوة على ذلك، تنص الاتفاقية على سبل انتصاف في حالة حصول خطأ في المدخلات يرتكبه شخص طبيعي يتولى إدخال المعلومات في نظم الرسائل الآلية (المادة 14). وتعد هذه الاتفاقيات هامة لتعزيز التجارة الدولية وفق الأطر القانونية المحددة في الاتفاقيات، والإشارة لها في العقد يعطي الأطراف الحق في الاستفادة من هذا التقنين، وكمثال، فإن انتشار العمليات التجارية عبر الانترنت ووسائل التقنية الحديثة والذي تنظم أحكامه اتفاقية الخطابات الالكترونية، يجعل اللجوء إلى هذه الاتفاقيات أمر مفيد بل حتمي<sup>(1)</sup>.

وهناك أنواع عقود مستبعدة من نطاق تطبيق الاتفاقية مثل البضائع التي تشتري للاستعمال الشخصي أو العائلية أو المنزلي أو عقود بيع المزداد أو عقود تنفيذ الحجز أو غيره من العقود التي تتم بأمر قضائي أو العقود المتعلقة بالأوراق المالية والأسهم وسندات الاستثمار والصكوك القابلة للتداول والنقود والسفن والمراكب والطائرات والكهرباء.. وهذا نظراً لأن الكثير من الدول تعتبر أن هذه العقود ذات طبيعة خاصة وأن لديها قوانين وأنظمة سارية تعكس هذه الطبيعة الخصوصية.

إن دول المنطقة تتعامل في تجارة البضائع مع كل العالم، وهذا بالطبع يشمل الصالح والطالح، والمتقدم والمتأخر، ولضمان الحقوق ولتسهيل سريان انسياب التجارة الدولية فإننا نرى ضرورة انضمام كل الدول لهذه الاتفاقية، وبهذا نكون جزء من التوجهات الدولية التي تسعى لتنظيم تقنين كل الأمور المتعلقة بالتجارة الدولية بين كل جهات العالم.

وسنعرض للحالات التي يمكن أن يطبق أكثر من قانون على العقود الدولية فيما يلي:

#### حالة تطبيق القانون المختار (قانون الإرادة):

استقر القضاء السعودي<sup>(2)</sup> على إمكانية النص في العقود الدولية على حرية تطبيق القانون المختار، كما بينت أنه إذا كان القضاء السعودي في الأصل مختصاً بنظر الدعوى التي بين طرف سعودي وآخر أجنبي (تنازع الاختصاص)، وباعتبار أن المملكة محل تنفيذ العقد إلا أنه لما كانت الشركة المدعى عليها أمريكية وأن تنفيذ العقد لا يقتصر على المدعية وحدها

(1) تضمن النظام الصادر بالمرافعات الشرعية برقم م/2 بتاريخ 1435/1/22هـ في الباب الثاني في الفصل الأول الاختصاص الدولي وتضمن في المادة الرابعة والعشرون الاختصاص بأنه: تختص محاكم المملكة بنظر الدعاوى التي ترفع على السعودي، ولو لم يكن له محل إقامة عام أو مختار في المملكة، فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار واقع خارج المملكة. والمادة الخامسة والعشرون: تختص محاكم المملكة بنظر الدعاوى التي ترفع على غير السعودي الذي له محل إقامة عام أو مختار في المملكة، فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار خارج المملكة.

المادة الثامنة والعشرون: فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار خارج المملكة تختص محاكم المملكة بالحكم في الدعوى إذا قبل المتدعيان ولايتها؛ ولو لم تكن داخلية في اختصاصها.

(2) مجموعة المبادئ التي قررتها هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم 43/ت/4 لعام 1416هـ.



فالمدعى عليها تقوم بتنفيذ البيع والتصدير والمداخلة تقوم بالشراء والتوزيع وبالتالي فإن المحاكم الأمريكية تكون مختصة بنظر النزاع وليس هناك ما يمنع من ذلك إذا خلا العقد المبرم بين الطرفين من اتفاق على تحديد الاختصاص لقضاء أي من الدولتين ، وبما أن الاتفاقية موضوع الدعوى قد نصت على أن أي نزاع أو دعوى بشأنها يتم تسويته عن طريق التحكيم في ( سيدر رايد زاوا) الولايات المتحدة وهو ما يعني صراحة اتفاق طرفيها على تعيين القضاء هناك وحده للفصل في النزاع الناشئ بينهما عن طريق الاتفاقية المذكورة ما يستفاد منه تنازل الطرف السعودي عن حقه طبقاً لقواعد الاختصاص الدولي في الالتجاء إلى القضاء في المملكة ومن ثم فإن الاختصاص لا ينعقد إلا للقضاء في بلد المدعى عليه ... وخلصت الدائرة إلى نقض الحكم<sup>(1)</sup> . كما اتاحت بعض الأنظمة المقارنة الحرية للمتعاقدين حرية إختيار القانون الواجب التطبيق<sup>2</sup> ما تنص عليه مادة 18 من القانون المدني المصري "يسرى على الحياة والملكية والحقوق العينية الأخرى. قانون الموقع فيما يختص بالعقار ، ويسرى بالنسبة الى المنقول ، قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحياة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها". كما نص في المادة 1/19 من القانون المدني المصري " يسرى على الالتزامات التعاقدية. قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا أحدا موطناً. فان اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه.

كما نص المنظم الجزائري في القانون المدني في المادة 18 قبل التعديل أن المنظم قد أعطى مطلق الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما.

أما القانون المدني الجزائري بعد التعديل فقد نص المادة 18 يسرى على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وحتى يختار المتعاقدان قانون أجنبي يسرى على عقدهما حسب المادة 18 يجب ان يكون له صلة حقيقية المتعاقدان أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه أو قانون موقع المال محل التعاقد. لكن الواضح والأرجح هو الرأي الذي قيد اختيار المتعاقدان بتوافر صلة ما بين العقد أو المتعاقدان وبين القانون المختار. لأنه من غير المعقول أن يختار المتعاقدان. لحكم عقدهما قانوناً لا صلة له

(1) مجموعة المبادئ التي قررتها هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم 43/ت/4 لعام 1416هـ.

(2) د. محمود سمير الشرفاوي . الأحكام العامة في قانون الأمم . الجزء الأول . التنظيم الدولي . الإسكندرية . 1971م ص44.



مطلقاً بهما ولا بعقدتهما ، بقصد أن يكون ذلك حايلاً<sup>(1)</sup>.

ويمكن الاعتداد بالإرادة الضمنية أو المقترحة للأطراف في حالة عدم وجود إرادة صريحة لهم إذا قارنا المادة 18 من القانون المدني الجزائري قبل التعديل مع المواد الأخرى في القوانين لوجدنا أنها لا تشمل الفقرة التي تقرر الاعتداد بالإرادة الضمنية للمتعاقدين في حالة عدم وجود إرادة صريحة لهما. خلافاً لغيره من الأنظمة المقارنة الذين يعتبرون أيضاً بالإرادة الضمنية مثل المادة 1/19 من القانون المدني المصري والمادة 20 من القانون السوري "أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد التطبيق." إلا أنه بعد تعديل المادة 18 ق م ج أصبح القاضي يعتد بالإرادة الضمنية للمتعاقدين من خلال النظر في ظروف وحيثيات العقد. وجنسية وموطن المتعاقدين.

#### - حالة عدم امكانية تطبيق القانون المختار:

تبين أنه يمكن للإطراف اختيار القانون الواجب التطبيق كأصل إذا كانت له صلة حقيقية بالعقد لكن في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد فقد ذهب المنظم في هذه الحالة تطبيق القانون المشترك أو الجنسية المشتركة وذلك حسب المادة 1/19 من القانون المدني المصري "يسرى على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذوا موطناً. فان اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر وهو ما قرره المنظم الجزائري في المادة 2/18. وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 15/12/1910 بان قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين له الأفضلية ويأخذ الفقه الألماني بقانون الجنسية المشتركة متى كان المتعاقدان ألمانيان واشترك المتعاقدان في الجنسية هو القرينة الأولى في القانون الإيطالي. كما أن اتفاقية لاهاي المنعقدة في سنة 1955 بشأن بيع

(1) مجموعة المبادئ التي قررتها هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم 76/ت/4 لعام 1413 هـ وحيث أن الأصل في ولاية القضاء في الدولة هو الإقليمية التي تربط ما بين المنازعة وولاية القضاء مأخذها موطن المدعى عليه أو محل إقامته أو موقع المال أو محل مصدر الالتزام أو محل تنفيذه. لما كان ذلك وكان الثابت أن الشركة المدعى عليها مصرية وموطنها القاهرة ما تختص المحاكم المصرية بنظر النزاع وفي ذات الوقت لما كان محل تنفيذ عقد الوكالة التجارية موضوع الدعوى في المملكة العربية السعودية فإن القضاء السعودي يكون مختصاً أيضاً بنظر النزاع. ولما كان لا توجد سلطة عليا فوق الدولة ترسم حدود ولاية القضاء بينها وبين الدول الأخرى وكانت أحكام النظام الدولي الخاص تقوم أساساً على التعاون الطبيعي بين الدول في إدارة القضاء وأن الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أخرى متعذر تطبيقه في حالة ما إذا كان النزاع بين الطرفين مطروحاً أمام محكمة دولة أخرى وإذا كانت كل من المملكة ومصر من الموقعين على اتفاقية تنفيذ الأحكام الأجنبية وكان الثابت أن النزاع بين الطرفين الناشئ عن عقد الوكالة التجارية المبرم بينها وطلب السير في إجراءات التحكيم مطروح أمام القضاء المصري فإنه درأً لتضارب الأحكام وتقديراً لاعتبارات الملائمة وحسن سير العدالة فإنه يحسن في هذه الحالة أن توقف الدائرة السير في نظر الدعوى الماثلة لسبق قيام النزاع أمام المحاكم المصرية وتنوّه الهيئة إلى أن وقف السير في الدعوى لا يمنع المدعية في أي وقت من طلب استئناف السير في نظرها أمام الدائرة إذا ما انتهت الدعوى الثانية المقامة في ذات النزاع أمام المحاكم المصرية دون الفصل في موضوعها.



المنقولات المادية أخذت بقانون موطن البائع عند سكوت المتعاقدين<sup>(1)</sup> وفي حالة عدم إمكانية ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد. وحسب المادة 18 ق.م.ج فإنه قانون بلد الإبرام لا يرجع إليه إلا في حالة عدم اتفاق أطراف العقد على قانون معين فيكون المشرع الجزائري قد جعل بذلك من مكان إبرام العقد ضابطاً احتياطياً. وقد كان قانون بلد الإبرام العقد عند الفقه الايطالي القديم هو القانون الذي يخضع له العقد سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع.

ونلاحظ أن الدول التي لا تأخذ حالياً إلا بالإرادة كضابط للإسناد كفرنسا مثلاً، وقد اضطرت إلى اعتبار مكان إبرام العقد دليلاً على الإرادة الضمنية وخاصة إذا إزالته عوامل أخرى كلفة العقد وموطن أو جنسية المتعاقدين ويتطلب تطبيق قانون مكان الإبرام تعيين هذا المكان.

ولا توجد أي صعوبة في تعيينه إذا كان المتعاقدين حاضرين بخلاف ما إذا كان التعاقد بين غائبين وفي هذه الحالة يقول الفقه بأن هذا التعيين يخضع لقانون القاضي على اعتبار أن تعيين محل إبرام العقد هو تفسير لقاعدة الإسناد في قانونه.

إن الأصل في العقود التجارية أن تخضع لذات القواعد العامة التي تخضع لها العقود المدنية في الإيجاب الذي هو: تعبير شخص عن رضاه بالتعاقد على أمر معين يعرضه على غيره<sup>(2)</sup>، والقبول الذي هو: تعبير عن الإرادة، يدل على الرضا بالتعاقد مع الموجب<sup>(3)</sup>، بل إن من القواعد العامة ما يكاد يقتصر تطبيقه - عملياً، على العقود، ولكن لا ينفي أن حاجة التعامل التجاري قد اقتضت - في بعض الحالات - تخوير بعض هذه القواعد بما يتفق مع طبيعة التعامل التجاري.

#### الخاتمة

يُعتبر نظام الفسخ حماية أقرها القانون للمتعاقد الدائن في العقود الملزمة للجانبين ليضمن به حقوقه الناشئة عن العقد الذي يربطه بالمدين، وهو إجراء احتياطي يلجأ إليه الدائن في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية<sup>(4)</sup>.

وقد نظمت الاتفاقيات الدولية والخاصة بالتجارة الدولية ومنها على سبيل الخصوص إتفاقيات لاهاي وفيينا للبيع الدولي للبضائع وغيرها، الفسخ كجزاء على إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، لكنها أظهرت تفضيلها الحفاظ على العقد وعدم اللجوء إلى فسخه، لما يترتب على

(1) د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، دار هوم، الجزائر، 2003، ص 318

(2) د. العطار، نظرية الالتزام، مرجع سابق، 46.

(3) د. العطار، نظرية الالتزام، مرجع سابق، 49.

(4) د. محمد عثمان شير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط 1، 1416 هـ، ص 59.



الفسخ في مجال التجارة الدولية من آثار اقتصادية غير مرغوب فيها، تتمثل في نفقات إضافية يتحملها أحد الطرفين، ومخاطر جديدة تتعرض فيها البضاعة للهلاك، فوضعت شروطاً تقييدية تحد من استعماله، ومهدت الطريق لإنقاذ العقد من الفسخ بعد وقوع المخالفة التي تبرره.

وقد خلص البحث للنتائج الآتية:

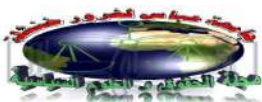
1. تتفق الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية أن الفسخ يعني إزالة أسباب الفساد حماية للمصلحة العامة والخاصة، وهي مفصلة في الشريعة عن الاتفاقيات الدولية.
2. الأصل في العقد أنه ملزم للجانبين وبخاصة بالنسبة للنظم القانونية وللعقود الدولية إلا أن زيادة حركة التجارة الدولية أدى لوضع ضوابط قد تزيد عن المقررة في الشريعة الإسلامية الغراء.
3. لم تفرق الشريعة الإسلامية بين العقود الدولية والمحلية، ولكن تميزت بوجود جزاء ديني وأخلاقي على أطراف العقود بأن يقوموا بالوفاء بها ونظم الآثار المترتبة على ذلك بطريقة محكمة.
4. الأصل في الاتفاقيات الدولية أن الفسخ يكون لمن صدر بحقه إخلال بالتزاماته التعاقدية أو في حالة المخالفة الجوهرية وهو ما فصلته الشريعة على نحو دقيق وشامل.

#### التوصيات:

1. لابد من تعيين القانون المشترك في حالات الإخلال الجوهرية على أساس موضوعي، بالنسبة للعقود الدولية، وبخاصة في حالة التعامل بين المهنيين.
2. أن يتم إستحداث صندوق لتأمين المخاطر، يغطي الحالات التي لا تشملها قوانين التأمين، ولتقديم ضمانات حتى في حالات اللجوء إلى التحكيم أو في الحالات الإستثنائية.
3. أن يسمح بتقديم الإخطار بالفسخ قبل التوقف عن التنفيذ من جانب الطرف غير المخالف حتى يمكن الطرفين بإعادة تقدير موقفه قبل الوصول إلى النتيجة النهائية التي لا ترغبها الاتفاقيات وهي فسخ العقد، فيتمكن الطرف المخالف من معالجة ما صدر عنه من إخلال وتقديم ضمانات تؤكد عزمه على التنفيذ، ويتمكن الطرف المضروب من التراجع عن الفسخ إذا تلقى أي تأكيد من الطرف الآخر برغبته في التنفيذ.
4. أن تحدد الاتفاقيات الدولية ضمانات كافية على تنفيذ الطرف المخالف لالتزاماته.



5. أن يتم تحديد طريقة الإخطار طبقاً للحدث في وسائل التواصل والاتصال.
6. وضع صيغ لنماذج دولية للإخطار، وأن يكون واضح الدلالة على أن أثر عدم تنفيذ الإلتزام هو الفسخ.
7. أن تتولى الجهات دولية تحديد المعايير الدولية للبضائع، وأن تكون جهة محايدة تتولى الفصل في ذلك حال التنازع.
8. أن يتم تحميل مخاطر أي تأخير أو خطأ في إيصال الإخطار وكذلك عدم وصوله للطرف الملتمزم بالإخطار، ما لم يبنى ذلك على أسباب قهرية.
9. أن يتم إخطار الفسخ لا يحدث أثره إلا بوصوله إلى المرسل إليه وإيجاد آلية لتحقيق العلم، حتى يكون الأخير على بينة من أمره ولا يفاجأ بفسخ العقد دون علمه.
10. أن يتم النص على أن سحب الإخطار لا يجوز بعد وصول الإخطار بالفسخ، لأن العقد قد انقضى بالفسخ ولا يجوز العودة إليه بالإرادة المنفردة للمرسل.
11. أن يتم تحديد مدة التنفيذ للعقود الدولية، كمدد نموذجية تراعى المسافة، وطريقة النقل، ونوع البضاعة.





## النظام القانوني لأملاك البلدية في ظل التشريع الجزائري

د. إسماعيل بوقرة جامعة خنشلة

علاء الدين قليل باحث دكتوراه

جامعة خنشلة

### ملخص

يتناول هذا المقال مدى توفيق المشرع الدستوري الجزائري في ضبط و حصر النظام القانوني لأملاك البلدية في ظل قوانين البلدية المتعاقبة و قانون الأملاك الوطنية بمختلف تعديلاته، و تبيان أهم ما جاءت به هذه النصوص حول أملاك البلدية ودرجة استقلالية البلدية والمثلة في المجالس المنتخبة في تسيير أملاكها الوطنية في ظل تمتعها بالشخصية القانونية المعنوية و الذمة المالية المستقلة، بما يضمن و يكفل عدم تدخل الإدارة المركزية في عملية تسيير أملاك البلدية.

### Résumé

Cet article se concentre dans quelles mesure le législateur constitutionnel algérienne a bien précisé et régler le statut juridique des biens publics communaux a travers le code communale algérienne et le code de domaine nationale.

Nous essayons de cette étude de révèle le degré d'indépendance des communales de gérer leurs biens publique a travers les conseils élus qui dotées de la personnalité moral et de l'indépendance qui assure la non-ingérence des autorités centrales dans la gestion des biens communaux.

### مقدمة

إن المتبع للمنظومة القانونية للأملاك الوطنية عموما و الأملاك البلدية خصوصا يلاحظ مدى تأخر المشرع في ضبط المنظومة القانونية الخاصة بها، حيث يرجع أول قانون مختص في هذا الإطار إلى سنة 1984 بموجب القانون رقم 84-16<sup>1</sup> المؤرخ في 30 جوان 1984 يتعلق بالأملاك الوطنية ثم تلاها صدور القانون 90-30<sup>2</sup> المؤرخ في 1 ديسمبر 1990 المتعلق بالأملاك الوطنية المعدل و المتمم<sup>3</sup>.

لم يتطرق المؤسس الدستوري إلى تحديد وضبط مفهوم الأملاك الوطنية واكتفى بتحديد مكوناتها و مشتملاتها فنجد أن المادة الثانية من القانون 84-16 المتضمن قانون الأملاك الوطنية قد نصت على " تشتمل الأملاك الوطنية على مجموع الأملاك و الحقوق

<sup>1</sup> - قانون رقم 84-16 مؤرخ في 30 يونيو 1984 يتعلق بالأملاك الوطنية، جريدة رسمية رقم 27.

<sup>2</sup> - قانون رقم 90-30 مؤرخ في 1 ديسمبر 1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية، جريدة رسمية رقم 52.

<sup>3</sup> - قانون 08-14 مؤرخ في 20 يوليو 2008 يعدل ويتمم القانون رقم 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، جريدة رسمية رقم 44.



المنقولة و العقارية التي تخوزها الدولة و جماعاتها الإقليمية في شكل ملكية عمومية أو خاصة و تتكون هذه الأملاك الوطنية من :

- الأملاك العمومية و الخاصة التابعة للدولة

- الأملاك - العمومية و الخاصة التابعة للولاية

- الأملاك العمومية و الخاصة التابعة للبلدية "

وهو نفس المفهوم الذي نصت عليه المادة 2 من القانون 90-30 و في إطار القانون 08-14 المعدل و المتمم للقانون 90-30 نجد أن المادة 6 قد تطرقت إلى مفهوم الأملاك العامة للدولة والتي تتكون من الحقوق و الأملاك المنقولة و العقارية التي يستعملها الجميع و الموضوعة تحت تصرف الجمهور المستعمل إما مباشرة و إما بواسطة مرفق عام شريطة أن تكيف في هذه الحالة بحكم طبيعتها أو تهيئتها الخاصة تكييفا مطلقا أو أساسيا مع الهدف الخاص لهذا المرفق .

مما سبق وباستقراء النصوص المتصلة بالأملاك الدولة في القانون المدني الجزائري خاصة المواد (668-773-779) نلاحظ ما يلي:

- أنه على غرار القانون المدني الفرنسي لم يميز القانون الجزائري في إطار أملاك الدولة بين أملاكها العامة و الخاصة وان كان ذلك مفهوم خلال سياق النص كما استقر عليه الاجتهاد و القضاء في فرنسا.

- أنه أصاب جوهر المسألة من خلال إشارته إلى فكرة التخصيص للمصلحة العامة أو عن طريق المرفق وان كان تميز باستحداث التخصيص الفعلي الذي يجهل مضمونه

- أنه استعمل عبارات خاصة بالنظام القانوني الجزائري كما هو الأمر بالنسبة للمؤسسات الاشتراكية و الوحدات السيرة ذاتيا و تعاونيات الثورة الزراعية

- أنه حسم في طبيعة حق الدولة على هذه الأموال بان جعله حق ملكية<sup>4</sup>

في هذا الإطار يقول الأستاذ الدكتور الأخضرى نصر الدين "إن أول قانون يستحق أن يسمى قانون الأموال العامة هو ذلك القانون الذي صدر سنة 184 تحت رقم 16/84 المتعلق بالأملاك الوطنية"<sup>5</sup> وهذا لما صاحب القانون من تطور و تغير على مستوى الأملاك الوطنية، أما بخصوص مختلف قوانين البلدية التي جاءت بعد الاستقلال فهي لم تتطرق بصفة محددة و

<sup>4</sup> - معمرى قوادى محمد، تطور مفهوم الأملاك الوطنية في القانون الجزائري، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، العدد 5، ص 26 .

<sup>5</sup> أ.د. الأخضرى نصر الدين، قانون الأملاك الوطنية الجزائري بين ضرورات التطور و حتمية التعثر، مجلة دفاقر السياسة و القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ورقلة، عدد 2، منشورات بيرتي .



د. إسماعيل بوقرة

النظام القانوني لأملاك البلدية في ظل التشريع الجزائري \_\_\_\_\_ علم الدين قليل (ط د)

متخصصة لنظام الأملاك العمومية للبلدية إلا بصورة عامة هذا إلى غاية صدور القانون رقم 10-11<sup>6</sup> المتعلق بالبلدية.

بناء على ما تقدم يمكن طرح الإشكالية الآتية:

- ما مدى توفيق المشرع الجزائري في ضبط النظام القانوني لأملاك البلدية ؟

**المبحث الأول: النظام القانوني لأملاك البلدية في ظل النصوص القانونية المنظمة للأملاك الوطنية**

لقد اعترف قانون الأملاك الوطنية صراحة بحق الجماعات المحلية بامتلاك أملاك وطنية هذا ما نصت إليه المادة 6 من قانون الأملاك الوطنية<sup>7</sup> أنها تتكون من.....أملاك البلدية... واعترف المشرع للجماعات المحلية من ولاية و بلدية بأحقية امتلاك الأملاك العمومية و الأملاك الاقتصادية و الأملاك المستخصة وكذلك الأملاك العسكرية والأملاك الخارجية.

ف نجد أن أملاك البلدية تشتمل على الحقوق و الممتلكات المنقولة و العقارية، التي تستعمل من طرف الجميع إما بصفة مباشرة أو عن طريق مرفق من المرافق العمومية.

ومن بين أهم المراسيم و القوانين نذكر منها

- المرسوم 20-62 المؤرخ في 2 أوت 1962 المتعلق بحماية و تسير الأملاك الشاغرة التي تركها العمرين.

- المرسوم 20-62 المؤرخ في 23 أكتوبر 1962 المتعلق بتنظيم المعاملات و بيع و إيجار الأملاك المنقولة و العقارية، الذي اعترف صراحة بامتلاك الجماعات المحلية للأملاك العمومية هذا الذي نصت عليه المادة 1 بقولها( يمنع كل بيع و إيجار... للأملاك العامة المنقولة و العقارية باستثناء تلك الموجهة لصالح الجماعات المحلية.

- المرسوم 93-168 المؤرخ في 19 مايو 1963 المتعلق بحماية الدولة للأملاك المنقولة و العقارية و تسييرها.

- قانون الثورة الزراعية 1971<sup>8</sup> الذي عرف أملاك الجماعات الإقليمية على أنها الأراضي المكونة للصندوق الوطني للثورة الزراعية أو المعدة للزراعة، هذا راجع لادبيولوجية النظام الجزائري في تلك المرحلة و هو القائم على نظام التأميم الذي يكون بناء على نص قانوني في نطاق أعمال السيادة<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> - قانون رقم 10-11 مؤرخ في 22 يونيو 2011 يتعلق بالبلدية، جريدة رسمية رقم 37.

<sup>7</sup> القانون 84-16، المادة 6، مرجع سابق

<sup>8</sup> الأمر 71-73 المؤرخ في 8 نوفمبر 1971. الثورة الزراعية. ج.ر عدد 97 بتاريخ 30 نوفمبر 1971

<sup>9</sup> طارق مخلوف، الحماية القانونية للأملاك الوطنية العامة في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي سوق اهراس، 2008.



د. إسماعيل بوقرة

النظام القانوني لأملاك البلدية في ظل التشريع الجزائري \_\_\_\_\_ علاء الدين قليل (ط د)

أما الجديد الذي صاحب الاستقلال المالي خاصة للجماعات المحلية جاء بصدور الأمر 74-26 المؤرخ في 26-2-1974 المتعلق بتكوين احتياطات عقارية لصالح البلديات , حيث منح هذا الأمر للبلديات الحق في تكوين احتياطات عقارية لها على أن تدخل هذه الأراضي في مناطق عمرانية .

كما نص القانون رقم 81-01 المؤرخ في 7-2-1981 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني-المهني-التجاري أو الحرفي التابعة للدولة أو الجماعات المحلية و مكاتب الترقية و التسيير العقاري و المؤسسات و الهيئات و الأجهزة العمومية .  
- أملاك البلدية في ظل القانون البلدي<sup>10</sup> سنة 1967(قانون ملغى) و الذي جاء ضيقا و محدودا لم ينص إلى على الذمة المالية للبلدية كما لم يتطرق إلى تحديد الأملاك العامة للبلدية و مشتملاتها.

و سيتم التطرق إلى أملاك البلدية وفق ما يلي:

#### 1- أملاك البلدية في ظل نظام وحدة الأملاك الوطنية

يعتبر القانون رقم 84-16 المؤرخ في 30 جوان 1984<sup>11</sup> أول قانون وطني ينضم الأملاك الوطنية بصفة شاملة و متخصصة, كان للنظام الأيديولوجي السائد تأثيره على المنظومة فكان الكل فيها متكامل في إطار وحدة الأملاك الوطنية التي لا تقبل التصرف فيها أو التملك بالتقادم أو الحجز عليها.

لكن القانون اعترف في نفس الوقت حسب نص المادة 6 منه بحق الجماعات المحلية امتلاك أملاك عمومية حسب التصنيفات المبينة في المادة, فنجد أن الأملاك البلدية تشتمل على الحقوق و الممتلكات المنقولة و العقارية التي تستعمل من طرف الجميع سواء كانت في شكل استغلال مباشر من الدولة أو إسنادها إلى مرفق من المرافق العامة.

أرسى المشرع الدستوري صراحة الأموال العامة و الخاصة للدولة والولاية و البلدية و يظهر هذا التمييز في نص المادة 20 من الدستور التي تنص على أن "الأملاك الوطنية يحددها القانون وتتكون من الأملاك العمومية و الخاصة التي تملكها كل من الدولة-الولاية-البلدية<sup>12</sup>

وبناء عليه تنقسم أملاك البلدية إلى :

- الأملاك العمومية الطبيعية

- الأملاك الوطنية الاصطناعية

<sup>10</sup> الأمر 67-24 المؤرخ في 18 جانفي 1967 المتضمن القانون البلدي(قانون ملغى).

<sup>11</sup> القانون رقم 84-16 المؤرخ في 30 جوان 1984 يتعلق بالأملاك الوطنية المادة 11 ,جريدة رسمية عدد 27 بتاريخ 3 جويلية 1984 .

<sup>12</sup> علاء الدين عشي, مدخل القانون الإداري , ج 2, النشاط الإداري , وسائل الإدارة, أعمال الإدارة, دار الهدى, الجزائر, 2009, ص 94 .



د. إسماعيل بوقرة

النظام القانوني لأملاك البلدية في ظل التشريع الجزائري \_\_\_\_\_ علاء الدين قليل (ط د)

تتمثل الأملاك الطبيعية المجال الجوي و البحري... ومن قبيل الأملاك العمومية الاصطناعية السكك-الموانئ-العقارات... و الأملاك الاقتصادية التابعة للبلدية مثل الثروات الطبيعية وكذلك تعتبر من قبيل أملاك الجماعات المحلية المستخرصة العقارات و المنقولات بمختلف أنواعها.

## 2- أملاك البلدية في ظل نظام ازدواجية الأملاك الوطنية:

اعترف دستور 1989<sup>13</sup> للجماعات المحلية و الدولة بازدواجية نظام الملكية العمومية بين كل من الأملاك الوطنية العامة و الأملاك الوطنية الخاصة، كما كان أول دستور جزائري يقر صراحة من خلال فحوى المادة 18 منه على حق الجماعات المحلية في الأملاك الوطنية. كما أن نفس المبادئ قد جاء بها دستور 1996<sup>14</sup> و هذا الذي تجسد أيضا في قانون الأملاك الوطنية 90-30 المؤرخ في 1-12-1990، فقد جاءت المادة 2 منه عملا بالمادة 18 و 20 من الدستور بان الأملاك الوطنية هي مجموع الأملاك و الحقوق المنقولة و العقارية التي تخوزها الدولة و الجماعات الإقليمية في شكل ملكية عمومية أو خاصة و من بين الأملاك المذكورة... الأملاك العمومية و الخاصة التابعة للبلدية... وبذلك تأثرت أملاك الجماعات المحلية بكل هذه المبادئ حيث أكد المشرع الجزائري من خلال نص المادة 3 منه أن الأملاك الوطنية الخاصة سواء كانت ملك للدولة-الولاية-البلدية يمكن التصرف فيها.

لكن بصور القانون 08-14 المؤرخ في 20 جويلية 2008 المعدل و المتمم<sup>15</sup> وضع المشرع حدا لكل ما يوحي للنظام الاشتراكي بإلغائه التنظيمات التي اعتمدها قانون الأملاك الوطنية لسنة 1984 وبهذا نجد أن أملاك البلدية تنقسم إلى قسمين:

**أولا: أملاك البلدية العامة:** التي بدورها تنقسم إلى قسمين:

1- أملاك وطنية عامة طبيعية

2- أملاك عمومية وطنية اصطناعية

**ثانيا: أملاك البلدية الخاصة:** التي تشتمل على الأملاك التالية:

- العقارات و المنقولات المختلفة غير مصنفة في الأملاك الوطنية العمومية التي تملكها

- الحقوق و القيم المنقولة التي اقتنتها أو حققتها البلدية.

<sup>13</sup> المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في فيفري 1989 المتضمن دستور 1989، المادة 18 .

<sup>14</sup> - المرسوم الرئاسي 96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، جريدة رسمية رقم 76 المعدل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري.

<sup>15</sup> القانون 90-30 المؤرخ في 1-12-1990 المتعلق بالأملاك الوطنية. معدل و متمم بالقانون 08-84 المؤرخ في 20 جويلية 2008. جريدة رسمية عدد 44، المادة 2 و المادة 6 .



د. إسماعيل بوقرة

النظام القانوني لأملاك البلدية في ظل التشريع الجزائري \_\_\_\_\_ علاء الدين قليل (ط د)

- الأملاك و الحقوق الناجمة عن تجزئة حق الملكية التي تؤول إلى البلدية ا والى مصالحها و مؤسساتها العمومية.

- الأملاك التي ألغي تخصيصها أو تصنيفها في الأملاك الوطنية العمومية التي تعود إليها

- الأملاك التي حولت بصفة غير شرعية من الأملاك الوطنية التابعة للبلدية و التي استولت عليها أو شغلت دون حق وبدون سند و استردها بالطرق القانونية.

**المبحث الثاني: أملاك البلدية في ظل قوانين الأملاك الوطنية و البلدية**

**أولاً: تسير أملاك البلدية في ظل قانون الأملاك الوطنية 90-30 المعدل و المتمم:**

طبقاً للمادة 9 من القانون رقم 90-30 المتعلق بالأملاك الوطنية المعدل و المتمم<sup>16</sup> بصلاحيه تسير الأملاك الوطنية المحلية للولاة و رؤساء المجالس الشعبية البلدية , كما اعترف القانون لرؤساء المجلس الشعبية المحلية ببعض الصلاحيات في هذا المجال إذا تعلق الأمر بقاعدة تسير ذات طابع تقني أو تحويل ملكية.

أما بخصوص الإجراءات المتعلقة بتسيير الأملاك العامة للبلدية و التصرف فيها فتكون وفق العمليات التالية:

## 1- الإدراج في الأملاك العمومية

< ويعني إدخال مال معين في صنف من أصناف الأملاك العامة<sup>17</sup> و تقوم العملية بناءاً على اجرائين هما :

- الحدود: وهي عملية فصل الملكية الوطنية العمومية التابعة للدولة عن بقية الأملاك المجاورة لها<sup>18</sup> و ذلك بهدف تحديد مجال الاختصاص الإقليمي الذي يدخل ضمن مجال تطبيق الأحكام الاستثنائية الخاصة بالأملاك الوطنية.

- الاصطفاف: هو عملية تحديد الحدود الفاصلة بين الطرق العمومية و الملكيات المجاورة لها<sup>19</sup> وتسمى بالملكيات الاصطناعية ليتم إدراجها في الأملاك الوطنية بعد سلسلة من الإجراءات الإدارية و القانونية.

## 2- التخصيص

تطرق له قانون الأملاك الوطنية الذي عرفه على انه كل استعمال ملك عقاري أو منقول يملكه شخص عمومي في مهمة تخدم الصالح العام وتتمثل في عملية وضع احد

<sup>16</sup> القانون 90-30. مرجع سابق

<sup>17</sup> أعرم يحيوي. نظرية المال العام. دار هوم، الجزائر، 2002. ص 35 .

<sup>18</sup> المادة 29 من قانون الأملاك الوطنية 90-30 المؤرخ في 1-12-1990 المعدل و المتمم بالقانون 08-84 المؤرخ في 2008 . ج.ر عدد 44 .

<sup>19</sup> المادة 30 من قانون الأملاك الوطنية المعدل و المتمم.



د. إسماعيل بوقرة

النظام القانوني لأملاك البلدية في ظل التشريع الجزائري \_\_\_\_\_ علاء الدين قليل (ط د)

الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة أو الجماعات الإقليمية، تحت تصرف مصلحة عمومية أو مرفق عمومي قصد تمكينها مع الاستفادة منها وتهدف في الأخير إلى تحقيق الصالح العام. من خلال النصوص القانونية المتعلقة بأملاك الدولة في القانون المدني<sup>20</sup> وخاصة المادة 688 يلاحظ مايلي:

- التخصيص قد يكون سواء للمصلحة العامة أو يكون التخصيص لخدمة مرفق عام.  
- أن القانون المدني قد أخذ بخصائص أملاك الدولة المتمثلة في عدم القابلية للتملك والحجز و التقدام.<sup>21</sup>

لكن إذا ثبت انه ملكا تابعا للأملاك الوطنية الخاصة التابعة للبلدية مثلا قد أصبح خارج نطاق التخصيص فيلغى التخصيص<sup>22</sup> و التخصيص قد يكون مؤقت أو نهائي، مجاني أو بمقابل ويتم بمداوات و قرارات صادرة عن الهيئات المحلية المختصة في البلدية.

### 3- الهبات و الوصايا

أعطت المادة 45 من قانون الأملاك الوطنية المعدل و المتمم صلاحية قبول أو رفض الهبات و الوصايا للبلدية والتي تتم عن طريق مداولة للمجلس الشعبي البلدي.

### 4- الإيجار و التسيير الحر للمحلات

نصت المادة 90 من قانون الأملاك الوطنية للبلدية الحق في تأجير أملاكها الخاصة حيث تقوم السلطة المختصة بتأجير الأملاك العقارية التي تخوزها في إطار اختصاصاتها<sup>23</sup> كما تقوم البلدية بالتسيير الحر للمحلات التجارية أو الحرفية ، وفق دفتر الشروط كما يمكن للبلدية أن تتنازل على أساس دفتر الشروط بعد استشارة المصالح التقنية لإدارة أملاك الدولة بعد إجراءات قانونية يتم في الأخير إرجاع عائد البيع إلى ميزانية البلدية.

### 5- التنازل عن أملاك البلدية

تباينت مصطلحات المشرع في قانون الأملاك الوطنية بين مصطلح (بيع) الذي ورد سنة 1990 وقد جاء المصطلح بعد التعديل في نص المادة 89 بعد التعديل بمصطلح التنازل، فأقرت المادة انه يمكن التنازل أو تأجير الأملاك العقارية التابعة للأملاك الخاصة للبلدية غير مخصصة أو التي الغي تخصيصها وهذا إذا ورد احتمال عدم قابليتها لتأدية وظيفتها في عمل المصالح و

<sup>20</sup> الأمر 75-85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، طبعة 2007-2008، منشورات بيرتي .

<sup>21</sup> عبد السلام زايدي، سير المرافق العامة بانتظام و استمرار، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1979، ص95 .

<sup>22</sup> المادة 83 من قانون الأملاك الوطنية المعدل و المتمم.

<sup>23</sup> المادة 51 من المرسوم التنفيذي 91-454 المؤرخ في 23-11-1991 المحدد لشروط ادارة الأملاك الخاصة و العامة للدولة و تسييرها جريدة رسمية عدد 60.





د. إسماعيل بوقرة

النظام القانوني لأملاك البلدية في ظل التشريع الجزائري \_\_\_\_\_ علاء الدين قليل (ط د)

المؤسسات العمومية وفق قواعد و إجراءات قانونية محددة على أن تتم عملية التنازل بمداولة للمجلس الشعبي البلدي، هذا بالنسبة للأملاك العقارية التابعة للبلدية وفق المادة 57 من قانون البلدية<sup>24</sup> مع إلزامية مصادقة الوالي لنفاذ مداوات المجلس الشعبي البلدي أو عن طريق أعوان التنفيذ في كتابات الضبط لدى المحاكم أو عن طريق الإدارة المكلفة بالأملاك الوطنية بناء على طلب من البلدية و هذا ما يتضح من قانون الأملاك الوطنية المعدل و المتمم في نص المادة 120 انه تخضع عقود التسيير أو التصرف التي تتعلق بأملاك الجماعات الإقليمية لقانوني البلدية و الولاية و هذا أيضا ما أكدته المادة 2 من قانون البلدية الأخير والذي نتطرق له لاحقا.

**6- الاستعمال الخاص للأملاك الوطنية العامة المملوكة للجماعات المحلية عن طريق الرخصة الواحدية الطرف:**

إن الاستعمال الخاص للأملاك الوطنية العامة يتخذ صورتين من الاستعمال هما رخصة الطريق و رخصة الوقوف وهذا عن طريق رخصة إدارية أحادية الطرف في شكل مؤقت وفق ما يلي:

1- رخصة الطريق: وهي الرخصة التي بموجبها تحول للمتحصل عليها استغلال أو شغل جزء من الطريق العام كما بينته المادة 164 من المرسوم التنفيذي 91-454<sup>25</sup> لكن من المأخذ المحسوبة على النص هي الفحوى من عبارة "إقامة مشتملات في أراضيها" التي وصفها الأستاذ الطماوي بالوصفة الخطيرة<sup>26</sup> التي تمكن صاحب الرخصة من امتيازات أخرى تنجر على محل الرخصة مما يؤثر سلبا على الأملاك العامة.

يعتبر الكثير رخصة الطريق من تصرفات الضبطية الإدارية على المستوى اللامركزي تمارسها السلطة المختصة بتسيير الأملاك العامة على مستوى البلدية ويسلمها رئيس المجلس الشعبي البلدي رغم أن النص القانوني في إسناد الاختصاص هنا قد شابه بعض الغموض.

2- رخصة الوقوف: وهي النوع الثاني من صور الرخص الإدارية الأحادية الطرف لاستعمال الأملاك المخصصة للجميع على مستوى البلدية وهي الحالة التي تتدخل فيها الإدارة للترخيص لشخص ما محدد بذاته على مستوى إقليم البلدية وبصفة مؤقتة وفي شكل من الأشكال في استعمال الأملاك العامة<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> المادة 57 من القانون رقم 10-11 المؤرخ في 22 جوان 2011 يتعلق بالبلدية. ج ر عدد 37 بتاريخ 3 جويلية 2011 .

<sup>25</sup> المرسوم التنفيذي 91-454 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة و العامة للدولة وتسييرها.

<sup>26</sup> محمد سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثالث، أموال الإدارة العامة و امتيازاتها. دار الفكر العربي، مصر، سنة 1979 .

<sup>27</sup> المادة 71 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16-12-2012 المحدد لشروط وكيفية تسيير الأملاك العمومية.



د. إسماعيل بوقرة

النظام القانوني لأملاك البلدية في ظل التشريع الجزائري \_\_\_\_\_ علاء الدين قليل (ط د)

وقد عرفت المادة 59 م و 65 من قانون الأملاك الوطنية المعدل و المتمم إلى جانب ما جاء به المرسوم التنفيذي رقم 91-451 في نص المادة 163 منه والتي اكتفت فيها فقط بشغل قطعة من الأملاك العامة لكن دون أن يمتد إلى مشتملات القطعة، وتمنح هذه الرخصة داخل الإطار الإقليمي للبلدية وفي حدود اختصاصات رئيس المجلس الشعبي البلدي، وقد أصاب المشرع في رخصة الوقوف عند قيامه بتحديد الاختصاص و تضيق نطاق استعمال الرخصة والتي يهدف من ورائها إلى تحقيق المنفعة العامة.

**ثانيا: تسيير أملاك البلدية في ظل قوانين البلدية.**

لقد عرف النظام القانوني للأملاك الوطنية للجماعات المحلية تأخر ملحوظ خاصة بعد الاستقلال التي كانت تسيير وفق النهج الفرنسي إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية وهذا الذي عبر عنه الأمر 67-29 المؤرخ في 18 جانفي 1967 المتعلق بالقانون البلدي<sup>28</sup> تطرقت المادة 181 من القانون البلدي السابق الذكر إلى أن البلدية لا يمكن لها القيام بعمليات نقل الملكية و الامتلاك و المبادلات العقارية أو التنازل عليها إلا بعد المصادقة من السلطات العليا و المقصود بها هي الولاية و هذا يعد تدخل صريح في استقلالية الجماعات المحلية .

بعد صدور دستور 1989 قام المشرع بمجموعة من الاصطلاحات صدر بموجبها عديد التشريعات و القوانين كان من بينها صدور القانون 90-09 المؤرخ في 7 ابريل 1990 المتضمن قانون البلدية<sup>29</sup> الذي أقر بالاستقلالية المالية والشخصية المعنوية للبلدية التي بموجبها منحها المشرع الحق في اكتساب الأملاك العقارية مع حرية التصرف فيها، كما خص القانون رئيس المجلس الشعبي البلدي بجملة من الصلاحيات لكن تحت رقابة المجلس الشعبي البلدي الذي له أن يقوم بجميع الأعمال الخاصة بالمحافظة على الأموال و الحقوق التي تتكون منها البلدية، كما تتحمل البلدية مسؤولية المحافظة على الحقوق العقارية و المنقولة التي تملكها البلدية .

لكن مع صدور قانون البلدية 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011<sup>30</sup> نجد أن المشرع قد خصص للأملاك البلدية فصل خاص بها تحت تسمية الأملاك البلدية الذي نص صراحة على أن للبلدية أملاك عمومية و أملاك خاصة وقام بتعدادها وتبيان أنواعها كما بينته المواد(157-159).

<sup>28</sup> جريدة رسمية عدد 06 بتاريخ 18 جانفي 1967 .

<sup>29</sup> قانون البلدية 11-10. مرجع سابق

<sup>30</sup> قانون البلدية 11-10 مرجع سابق



أما بخصوص الجديد في هذا القانون هو ما أورده المشرع من مصطلحات جديدة و لأول مرة منها "تثمين أملاك البلدية" و كذلك "المردودية" والتي جاءت لتعبر عن توجهات السياسة العامة للدولة وجعلها تحق المردودية الاقتصادية التي تضمنها قوانين الاستثمار و القوانين المنضمة للعقار الصناعي و الفلاحي<sup>31</sup> الذي كان مرده تعديل قانون الأملاك الوطنية لسنة 2008 .

وقد أعطى قانون البلدية صلاحيات للمجلس الشعبي البلدي في تسيير أملاك البلدية حيث تقرر المادة 82 انه يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي في ظل رقابة المجلس الشعبي البلدي بجميع التصرفات، الخاصة بالمحافظة على الأملاك و الحقوق المكونة لممتلكات البلدية و التي من بينها إبرام عقود اقتناء أملاك و المعاملات و الصفقات و الإيجارات و قبول الهبات و الوصايا بما في ذلك حق الشفعة و تسيير الطرق البلدية.<sup>32</sup>

كما منح المشرع صلاحيات استشارية للمجلس الشعبي البلدي حيث انه لا يمكن إقامة أي مشروع استثمار أو تجهيز على إقليم البلدية إلا بموجب رأي مسبق للمجلس الشعبي البلدي ، كما ألزم البلدية من التأكد من احترام تخصيص الأراضي وقواعد استعمالها و حماية الأملاك العقارية و الثقافية و تجسيدا لمبدأ تثمين أملاك البلدية و المردودية تبقى البلدية مسؤولة بالمحافظة على حقوقها العقارية و المنقولة التي تملكها البلدية.

لكن بمقابل هذه الصلاحيات الواسعة جاءت المادة 57 من قانون البلدية ببعض القيود حيث انه لا تنفذ مداوات المجلس الشعبي البلدي إلا بعد المصادقة عليها من طرف الوالي، أما في حالة قبول الهبات و الوصايا الأجنبية فتشترط الموافقة المسبقة لوزير الداخلية، كذلك من القيود التي جاء بها القانون 10-11 انه لا تقبل مداوات المجلس الشعبي البلدي المتضمنة التنازل عن الأملاك العقارية للبلدية إلا بموجب المصادقة عليها من طرف الوالي.

في الأخير ما يستخلص من هذه العمل البحثي أن المشرع الجزائري رغم التعديلات التي مست قوانين البلدية و الأملاك الوطنية والتي اعترفت بالاستقلالية في ميدان تسيير أملاكها البلدية إلا أن الواقع العملي يبين صعوبة عملية تسييرها و مدى تعقيدها مما يتطلب خبرات و كفاءات تتجسد على مستوى المجلس الشعبية البلدية و رئيسها الذي من شأنه تضيق دائرة تدخل الإدارة المركزية في تسيير الشؤون المحلية للجماعات الإقليمية.

<sup>31</sup> انظر مثلا، الأمر 04-08 المؤرخ في 1 سبتمبر 2008 الذي يحدد شروط و كفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة.

<sup>32</sup> - المادة 82 من قانون البلدية 2011. مرجع سابق.



### خاتمة

في الأخير ما يستخلص من دراسة المنظومة القانونية لأملاك البلدية أن المؤسس الدستوري يتردد في إعطاء الحرية الكاملة و المطلقة لهيئات البلدية والذي يرجع إلى الحفاظ على المال العام و الأملاك العامة من جهة، ومن جهة أخرى كون أن عملية تسيير الأملاك الوطنية والبلدية خاصة عملية معقدة و مركبة تتطلب خبرات و كفاءات محلية كبيرة متخصصة، هذا الذي يعكس تدخل الإدارة المركزية عن طريق الوالي وكذلك وزير الداخلية هو أمر لا مفر منه ومن هذا المنطلق نجد أن هناك تباين في مفهوم الأملاك الوطنية في القانون الجزائري نتيجة التأثير بمختلف المراحل و التوجهات السياسية و الاقتصادية التي مرت بها الدولة الذي يتجسد في تردد المؤسس الدستوري في إعطاء الحرية الضرورية للبلدية في تسيير أملاكها العمومية وبسط رقابة صارمة مقيدة للبلدية من جهة، لكن في إطار الوضع الاقتصادي الراهن توجب على المؤسس الدستوري بعض التعديلات ومراجعة بعض النصوص لمواكبة التغيرات و إعطاء حرية و مرونة أكبر لهيئات البلدية في التسيير المحلي للأملاك لجعلها أكثر مردودية وخاصة تشجيع الاستثمار المحلي الذي يتطلب منظومة قانونية واضحة و ثابتة وفعالة مشجعة على الاستثمار.



## استقلالية القضاء كآلية لمكافحة الفساد في ضوء الاتفاقيات الدولية لمكافحة الفساد والتشريعات الوطنية.

د. كوسر عثمانية  
جامعة خنشلة  
د. تافرونت عبد الكريم  
جامعة خنشلة

### ملخص

الفساد جريمة معاقبا عليها في كل تشريعات العالم أيا كان صورها، و مع اهمية وجود تشريع جنائي كأداة رادعة لمكافحة الفساد فان الاكثر اهمية هو وجود جهاز قضائي مستقل ونزيه يعمل على مكافحة الفساد و بما يحقق الامن والاستقرار و الطمأنينة في المجتمع. وقد اولت الاتفاقيات الدولية لمكافحة الفساد خاصة منها الاتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد والاتفاقية العربية لمكافحة الفساد اهمية بالغة لاستقلالية القضاء واعضاء النيابة العامة و ذلك عن طريق حث الدول الاطراف على اتخاذ كل ما من شأنه ضمان وتعزيز استقلالية القضاء واعضاء النيابة العامة وتدعيم نزاهتهم وتوفير الحماية لهم ، والجزائر من الدول التي صادقت على تلك الاتفاقيات ، لذلك سنحاول من خلال هذه الورقة بحث مدى التزام الجزائر باستقلالية القضاء و اعضاء النيابة العامة من خلال تشريعاتها في ضوء الاتفاقيات الدولية لمكافحة الفساد ؟

وسنعمد في ذلك على بناء منهجي على النحو التالي

1\_ متطلبات استقلالية القضاء و اعضاء النيابة العامة في ضوء الاتفاقيات الدولية لمكافحة الفساد

2\_ واقع استقلالية القضاء و اعضاء النيابة العامة في التشريعات الوطنية

### Résumé

La corruption est un acte incriminé dans toutes les législations du monde, quel que soient leurs formes et avec l'importance de l'existence d'une législation pénale comme moyen de lutte contre la corruption, le plus important est l'existence d'un système judiciaire indépendant et impartial de lutte qui a la même mission et aussi pour assurer la sécurité et la stabilité et sérénité dans la société.

Des conventions internationales en particulier la Convention des Nations Unies contre la corruption et la Convention arabe de lutte contre la corruption une très grande importance a l'indépendance de la justice et les magistrats du parquet en incitant instamment les États parties de fournir tout efforts permettant d'assurer et de renforcer cette indépendance ainsi que la protection de procureurs, l'Algérie est l'un des États partie ayant ratifié ces conventions.

Ce papier a comme objectif d'étudier l'engagement de l'Algérie dans la garantie de l'indépendance de la magistrature et des procureurs par sa législation et ce à la lumière des conventions internationales de lutte contre la corruption?



Dans le cadre sus -cité nous élaborons la suivante approche méthodique :

1\_ les exigences de l'indépendance de la justice et les magistrats du parquet, à la lumière des conventions internationales de lutte contre la corruption

2\_la réalité de l'indépendance de la justice et les magistrats du parquet dans la législation nationale.

### مقدمة:

إن الفساد جريمة معاقب عليها في كل تشريعات العالم أيا كان صورها و له آثار سلبية و تداعيات على كافة قطاعات المجتمع و خاصة على عملية التنمية الاقتصادية الشاملة . وإضافة إلى ما يمثله من ضغط سياسي على الحكومات و الأفراد . أنشاء الحاجة و الرغبة نحو اتخاذ كافة السبل للحد من انتشار هذه الجريمة و إيجاد السبل لمعالجة ما أفرزته من سلبيات. لذلك اتجه المجتمع الدولي إلى إقرار الاتفاقيات المناهضة للفساد والتي من أهمها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد و الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد. حيث تضمنت العديد من الآليات القانونية لمجابهة الفساد و الحد منه. إلا أننا سنقتصر من خلال هذه الدراسة على بحث إحدى تلك الآليات و هي آلية استقلالية القضاء لما لها من دور في الحفاظ على سيادة القانون و منع تراجعه بفعل الفساد الذي أخذ مساحة واسعة و بلغ أعلى مستوياته في ظل انعدام استقلالية القضاء . ذلك أن أحد أسباب انتشاره هو ضعف الجهاز القضائي و عدم استقلاليته.

لذلك ستكون إشكالية بحثنا حول مدى توافق متطلبات استقلالية القضاء كآلية لمكافحة الفساد و المنصوص عليها باتفاقيات مكافحة الفساد مع التشريعات الوطنية؟.

و ذلك من خلال البناء المنهجي التالي:

1- الإطار المفاهيمي للدراسة.

2- متطلبات استقلالية القضاء في ضوء اتفاقيات مكافحة الفساد.

3- واقع استقلالية القضاء في التشريعات الوطنية.

### أ. الإطار المفاهيمي للدراسة:

يتطلب أي عمل علمي البدء بتعريف المصطلحات المتعلقة بموضوع البحث لتحديد مدلولها الفني تحديدا دقيقا. و فيما يتعلق بموضوع بحثنا يوجد ثلاث عناصر يتعين تحديدها بدقة و هي: عنصر "الفساد" وعنصر "استقلالية القضاء" و أخيرا "علاقة استقلالية القضاء بمكافحة الفساد".



**أ/ تعريف الفساد:** عرف الفساد بأنه مجموع الأفعال المخالفة للقوانين و التنظيمات بهدف تحقيق منافع شخصية على حساب المصلحة العامة، و كذلك عرف بكونه " الإخلال بواجب النزاهة و الأمانة التي يفرضها العمل الوظيفي حقيقيا للمصالح الشخصية "1.

### ب/ تعريف استقلالية القضاء:

يقصد باستقلالية القضاء سواء قضاة الحكم أو قضاة النيابة العامة، حرر سلطته من أي تدخل من جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية و عدم خضوع القضاة لغير القانون، و بهذا المعنى فاستقلالية القضاء لها مدلولين أساسيين مدلول شخصي و مدلول موضوعي.2

و يعني المدلول الشخصي استقلال القضاة كأشخاص و عدم خضوعهم لأي تدخل كيفما كانت طبيعته ماديا أو معنويا ، و كيفما كان مصدره سواء تعلق الأمر بالسلطة التشريعية أو بالسلطة التنفيذية، أو بأية جماعة ضغط ، أو بالأفراد العاديين. 3

أما المدلول الموضوعي: فيعني استقلالية القضاء كسلطة و كيان عن السلطتين التشريعية و التنفيذية، و عدم السماح لهاتين السلطتين أو أية جهة كيفما كانت بالتدخل في أعمال و صلاحيات السلطة القضائية أو توجيه الأوامر و التعليمات لها، و ذلك باعتبار القضاء سلطة مستقلة و ليست وظيفة يمارسها القضاة تحت اشراف أو تأثير أية سلطة أخرى كيفما كانت.4

لذلك و ما تقدم نجد أن تحقق المفهومين الشخصي و الموضوعي في عمل السلطة القضائية و اتخاذهم فيها سيؤدي إلى إطار عملي و حقيقي و واقعي لمبدأ استقلال القضاء و هما صنفان متلازمان لا ينفك أحدهما عن الآخر.

### ج/ علاقة استقلالية القضاء بمكافحة الفساد:

يضطلع القضاة بمهمة تطبيق العدالة و تفسير القانون غير أنه لا يمكن أن يحقق ذلك دون استقلالية، حيث أنه في ظل الحكم الفاسد القائم على حكم السلطة التنفيذية بالسلطتين التشريعية و القضائية و غياب الفصل بين السلطات و المشاركة و الشفافية و المساءلة فإن القضاء لا استقلالية له ، و يكون القضاة موظفين و تتحول المحاكم إلى دوائر

<sup>1</sup> - عبد العالي حاحة، مبررات استقلالية قانون الوقاية من الفساد و مكافحته، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، بسكرة، 2009، ص:82.

<sup>2</sup> - جمعية عدالة، الأمن القضائيو جودة الأحكام، دار القلم، الرباط، 2013، ص:14.

<sup>3</sup> - نفس المرجع، ص:14.

<sup>4</sup> - نفس المرجع، ص:15.





خاضعة لسطوة السلطة التنفيذية ما يجعل القضاة عرضة لممارسة الفساد و تهتز الثقة  
بالقضاء.1

كما أن ظاهرة الفساد المالي و الإداري في المؤسسات العمومية يمكن أن تأخذ مساحة واسعة و تبلغ مستوياتها في ظل انعدام استقلالية القضاء ، و هو ما يؤدي إلى تأخير و عدم حسم قضايا الفساد جزئيا. و يلعب القضاء دورا أساسيا في تحجيم جرائم الفساد و مراقبة مظاهره و هو يشكل قوة رادعة و ضرورية لتعزيز فعالية العملية القانونية في مكافحة الفساد. حيث أن الفساد إذا ما لحق الجهاز القضائي فإن ذلك يعد سببا رئيسيا في تفشي الفساد إلى جميع قطاعات الدولة و دافعا لانتشاره في جميع المرافق العامة. ما أنه يسبب انهيارا لقيم العدالة ، و لابد من أخذ الاحتياطات و الإجراءات الفعالة للوقاية من الفساد في المؤسسة القضائية و لا يمكن وضع استراتيجية لمكافحة الفساد إلا بتأمين استقلالية القضاء و توفير الحماية للقضاة. 2

## II. متطلبات استقلالية القضاء في الاتفاقيات الدولية لمكافحة الفساد:

إن الفساد ظاهرة ممتدة لا تحدها حدود و لا تمنعها فواصل ، طالت كافة الدول و لم تسلم منها أيا من المجتمعات. إزاء ذلك تنبه العالم أجمع إلى ضرورة تكاتف الجهود لمقاومة هذه الظاهرة ، و تبلورت تلك المساعي في وضع العديد من الاتفاقيات لعل أهمها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد. حيث صدرت عام 2003 و دخلت حيز النفاذ في 2005. و هي تعد الاتفاقية الأكثر شمولا و قوة في مكافحة الفساد على نطاق عالمي. و حتى أبريل 2014 صادق عليها أكثر من 170 دولة. حيث تلزم الاتفاقية الدول الأطراف بتنفيذ مجموعة واسعة و مفصلة من التدابير لمكافحة الفساد و على المستوى العربي صدرت الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد عام 2009.

### 1- استقلالية القضاء في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والاتفاقية العربية لمكافحة الفساد:

- أكدت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على استقلالية القضاء و أعضاء النيابة العمة ضمن التدابير التي أقرتها فيما يخص "الجهاز القضائي و أعضاء النيابة". حيث نصت المادة 11 منها على أنه:

[www.univ-media.com](http://www.univ-media.com)

<sup>1</sup> - نادية بوخرص. استقلالية القضاء كضمانة أولية على الصفقات العمومية. ص:2.

<sup>2</sup> - نفس المرجع. ص:2.



- نظرا لأهمية استقلالية القضاء و ما له من دور حاسم في مكافحة الفساد تتخذ كل دولة طرق وفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني و دون المساس باستقلالية القضاء تدابير لتدعيم النزاهة و درء فرص الفساد بين أعضاء الجهاز القضائي و يجوز أن تشمل تلك التدابير قواعد بشأن سلوك أعضاء الجهاز القضائي.
- يجوز استحداث و تطبيق ذات مفعول مائل للتدابير المتخذة عملا بالفقرة 1 من هذه المادة داخل جهاز النيابة العامة في الدول الأطراف التي لا يشكل فيها ذلك الجهاز جزءا من الجهاز القضائي و لكن يتمتع باستقلالية ماثلة للاستقلالية. 1
- كما نصت في ذات السياق المادة 12 من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد على أنه " نظرا لأهمية استقلال القضاء و ما له من دور حاسم في مكافحة الفساد، تتخذ كل دولة طرف وفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني كل ما من شأنه ضمان و تعزيز استقلال القضاء و أعضاء النيابة العامة و تدعيم نزاهتهم و توفير الحماية اللازمة." 2
- من خلال ما تقدم من نصوص في كلتا الاتفاقيتين نجد أن كل منهما أكدت على الدور الحاسم لنظام في مكافحة الفساد، إلا أنهما اختلفتا في أن الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد قد اعتبرت ذلك تعهد الزاميا بالنسبة للقضاء بينما ترك الأمر الاختياري بالنسبة لجهاز النيابة العمدة و هو ما يتضح من خلال الفقرة الثانية من المادة 11، على عكس المادة 13 من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد التي تجدها جاءت بصيغة الإلزام فيما يتخذ من تدابير تدعيم استقلالية القضاء و أعضاء النيابة العامة على حد السوي.
- و قد اجمعت الاتفاقيتين تقريبا على نفس التدابير لاستقلالية القضاء و أعضاء النيابة العامة لمكافحة الفساد، و التي تتمثل في:
  - اتخاذ تدابير لتدعيم النزاهة بين أعضاء الجهاز القضائي.
  - اتخاذ تدابير لدرء فرص الفساد بين أعضاء الجهاز القضائي.
  - أن تشمل تلك التدابير قواعد بشأن سلوك أعضاء الجهاز القضائي.
  - ضرورة اتساق هذه التدابير مع مبدأ استقلال القضاء و عدم المساس به



**2- دليل التنفيذ و الإطار التقييمي للمادة 11 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد: 1**

يعتبر مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة هو الجهة المسؤولة عن تقديم الدعم الفني للدول الأطراف الموقعة على الاتفاقية ، فقد شرع بتطوير دليل لتنفيذ نص المادة 11 يتضمن إطار تقييمي لاستخدامه من قبل الدول الأطراف، و استعماله كأداة للتعريف بالمعايير الدولية الخاصة بنزاهة الجهاز القضائي و جهاز النيابة العامة و لتزويد الدول الأطراف في الاتفاقية بإطار عملي يمكن الاستناد إليه لغايات تقييم مدى التزامهم بتطبيق المادة 11 وفقا للمعايير الدولية. 2

و قد حدد الدليل تدابير لتدعيم النزاهة بين أعضاء الجهاز القضائي من خلال تعريف مصطلح النزاهة الوارد في المادة 11 حيث أكد أنه عند تطبيقه على أعضاء السلطة القضائية يأخذ مفهوما شموليا و ذلك من خلال العناصر التالية:

**أ-الاستقلالية:** و هي المسؤولية المفروضة على قاض للبت في نزاع بأمانة و دون تحيز على أساس القانون و الأدلة .

**ب-الحياد:** و هو الضرورة المطلقة للتصرف بشرف و بطريقة تتناسب مع المنصب القضائي و أن يكون جيدا و متعظفا في سلوكه و شخصيته.

**ج-اللياقة:** و هي الالتزام بقبول القيود على أنشطته الشخصية و المهنية ، المساواة من خلال الالتزام على ضمانها في المعاملة للجميع أمام المحاكم، و الاختصاص بأن يلتزم القاضي باتخاذ خطوات معقولة لصيانة و تعزيز معارفه و مهاراته و الحرص من خلال الالتزام بأداء كافة المهام القضائية بكفاءة و انصاف و بالسرعة المعقولة و التحلي بالصبر في كافة القضايا المعروضة على المحكمة.

و لقد تم تحديد هذه العناصر في مبادئ بنفالور للسلوك القضائي<sup>10</sup> ، باعتبارها القيم الأساسية للسلطة القضائية.

كما أكد الدليل أيضا على ضرورة أن يضطلع القضاة بصياغة مدونة لقواعد السلوك القضائي ، على أن تكون هذه المدونة في موضع التنفيذ من قبل السلطة القضائية ، و ذلك بدون تدخل من السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية. كما ألزم الدول الأطراف بأن تشجع السلطة القضائية على النظر في تأسيس لجنة قضائية استشارية معينة بأخلاقيات المهنة

<sup>1</sup> دليل التنفيذ للمادة 11 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على الموقع الإلكتروني [www.undp-aci.org](http://www.undp-aci.org)

<sup>2</sup> ورشة عمل إقليمية رفيعة المستوى " دليل التنفيذ للمادة 11 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، عمان، 2013، ص:2.

[www.pagar.org](http://www.pagar.org)

<sup>2</sup>-انظر في هذا: unodc ، تعليق على مبادئ باجلور للسلوك القضائي، كتاب الكتروني، مارس 2007، [www.unodc.org/](http://www.unodc.org/)



تتألف من عدد من أعضاء القضاء العاملين أو القضاة المتقاعدين لتقديم المشورة لأعضاء الجهاز القضائي بشأن سلامة سلوكهم المأمول و المتوقع منهم في المستقبل.

اما فيما يخص تدابير منع الفساد بين أعضاء السلطة القضائية المنصوص عليها في هذا الدليل فهي تتمثل في الضمانات الدستورية لاستقلال القضاة و تطبيق و انفاذ مدونة قواعد السلوك القضائي التي تمت الإشارة إليها اعلاه فهي بمثابة تدابير تم تخصيصها لتقليل فرص الفساد و الميل إلى لجوءه بالإضافة إلى متابعة التدابير الأخرى أي " تدابير النزاهة " على النحو الموصى به باعتبارها عناصر نظام متكامل لمكافحة الفساد في الجهاز القضائي.

و فيما يخص استقلال السلطة القضائية فقد أكد الدليل على أن المجموعة القضائية لتدعيم النزاهة القضائية أوصت بأن تكون المبادئ التالية مضمونة بالوسائل الدستورية أو غيرها و هي: مؤهلات شغل الوظيفة القضائية و تأديب القضاة و عزل القضاة من مناصبهم و ميزانية القضاء كذا حصانة القاضي.

### III. واقع استقلالية القضاء و أعضاء النيابة العامة كآلية لمكافحة الفساد في التشريع

#### الوطني:

سنحاول فيما يلي قراءة واقع استقلالية القضاء و أعضاء النيابة العامة في تشريعاتنا الوطنية و مدى مواءمتها مع ما لمسناه من متطلبات في ضوء اتفاقيات مكافحة الفساد.

#### 1. في الدستور:

يعتبر القضاء محور العدالة و ضمان للحريات و مانعا لما عساه أن يقع عليها من جور أو تجاوز لذلك كان من الضروري ان تضمنه الدساتير و تنص على ضمانات استقلاله في نصوصها.<sup>1</sup>

و قد حرص الدستور الجزائري لسنة 1996م على تكريس مبدأ استقلالية القضاء و حياده في مواجهة السلطات الأخرى أو اية ضغوطات من خلال النص في صلبه على هذا المبدأ و الارتقاء به إلى مستوى سمو النصوص الدستورية. بغرض عدم المساس به . نظرا لاستناد مبدأ استقلالية القضاء على مبدأ دستوري و هو مبدأ الفصل بين السلطات.<sup>2</sup>

حيث كرس استقلالية القضاء وتم وصفه بالسلطة في المواد من 138 إلى 158 و نص كذلك على مجموعة من المواد تخص القضاة بشكل خاص حيث لا يخضع القاضي إلى القانون - المادة 147 - و يحمي القانون من كل أنواع الضغوط و التدخلات في عمله ، و كل ما يمس

<sup>1</sup> - محمد عبد الحميد أبو زيد، توازن السلطات و رقابتها، دراسة مقارنة . دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص:334.

<sup>2</sup> - مسراتي سليمة . استقلالية السلطة القضائية كأهم ضمان للحق في التقاضي، مجلة الاجتهاد القضائي . العدد التاسع، بسكرة، 2013، ص:90.



بنزاهة أحكامه و ذلك من أي طرف و من أي جهة كانت - المادة 148 - و لا يتم محاسبته إلا أمام المجلس الأعلى للقضاة الذي يعتبر الجهاز التأديبي للقضاة و نفس الوقت يعتبر ضمانه تعمل على تكريس استقلال القضاء - المادة من 149 ، 155 - 1

إلا أنه و رغم كل هذه المبادئ الدستورية المكرسة لمبدأ استقلالية القضاء فقد خلتها استثناءات أثرت على استقلالية القضاء كون أن معظم هذه المبادئ الدستورية حال إلى التنظيم عن طريق القوانين لوضعها موضع التنفيذ. و حتى و إن كانت هذه القوانين عضوية تحظى بالرقابة الدستورية الوجودية قبل إصدارها ، إلا أن تشكيلة المجلس الدستوري المكلف بهذه تبقى محل نقاش و انتقاد نظرا لخضوعها لهيمنة السلطة التنفيذية و الضغوطات السياسية أضف على ذلك تراجع الدور التشريعي و الرقابي للبرلمان و الذي استغلته السلطة التنفيذية إلى أقصى الحدود. 2

## 2. القانون الأساسي للقضاء:

صدر القانون الأساسي للقضاء بموجب القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004م ، حيث كرس في نصوصه الكثير من المواد التي تدعم المتطلبات المنصوص عليها في اتفاقيات مكافحة الفساد. حيث نص في المواد 07،08،09 على ضرورة أن يلتزم القاضي بواجب التحفظ و اتقاء الشبهات و السلوكات الماسة بجياده و استقلاليته و أن لا يخضع إلا للقانون و أن يسلك سلوك القاضي النزيه الوفي لمبادئ العدالة.

كما نصت في مواد كثيرة على ضرورة درء الفساد. بأن ألزم القاضي بعدم ممارسة أي وظيفة أخرى عمومية كانت أم خاصة تدر رجا - المادة 17 - و أن يتقيد في كل الظروف بسلوك يليق بشرفه و كرامته مهنته. كما ألزم القاضي بأن يكتتب و جوبا تصرحا بالملكات في غضون الشهر الموالي لتقلده مهامه و أن يجدد و أن يجدده و جوبا كل خمس سنوات المادتين 24،25

و في حالة ارتكابه لجناة أو جنحة تتم متابعته وفقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية - المادة 30 - كما أفرد له بجانب الالتزامات جملة من الحقوق على غرار حمايته جنائيا من التهديدات و الإهانات و السب و الاعتداءات أيا كانت طبيعتها ، و التي يمكن أن يتعرض لها أثناء قيامه بوظائفه أو بمناسبةها و حتى بعد الإحالة على التقاعد المادة 29، و نصت المادة 278 على حقه في أجره تتضمن مرتبا و تعويضات تسمح بضمان استقلالية القاضي و أن تتلاءم

<sup>1</sup> - شبيخي شفيق. انعدام الاستقلال الوظيفي للقضاة في الجزائر. مذكرة ماجستير. جامعة مولود معمري. تيزي وزو. 2010/2011.

<sup>2</sup> - مسيراتي سليمة. المرجع السابق. ص:103.



مع مهنته . كما نصت المادة 64 على اختصاص المجلس الأعلى للقضاء بوضع مدونة أخلاقيات مهنة القضاء..... إلخ

### 3. القانون العضوي رقم 04-12 المتضمن تشكيل المجلس الأعلى للقضاء:

صدر القانون العضوي رقم 04-12 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004 متضمنا تشكيل المجلس الأعلى للقضاء و عمله و صلاحياته ، و ذلك تطبيقا لنص المادة 157 من الدستور التي نصت على أنه " يحدد قانون عضوي تشكيل المجلس الأعلى للقضاء ، و عمله و صلاحياته الأخرى " ، و يعتبر هذا المجلس هيئة قضائية تشرف على تعيين القضاة و نقلهم و سير سلمهم الوظيفي. كما تسهر على احترام القانون الأساسي للقضاء و رقابة انضباط القضاة . إذا فهو يعد ضمانا هامة لاستقلالية القضاة لكن هذا الوصف يتوقف على تشكيلة المجلس و إجراءات عمله و حتى صلاحياته.

و سنحاول فيما يلي الإشارة إلى أهم الاختلالات الماسة باستقلالية القضاء الخاصة بالمجلس الأعلى للقضاء:

#### أ / تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء:

نصت المادة 174 من الدستور على ما يلي " يرأس رئيس الجمهورية المجلس الأعلى للقضاء و طبقا لنص المادة 03 من القانون العضوي رقم 04-12 المشار إليه أعلاه. يرأس المجلس الأعلى للقضاء رئيس الجمهورية. و يتشكل من \* وزير العدل نائب للرئيس ، \* الرئيس الأول للمحكمة العليا. \* النائب العام لدى المحكمة العليا.

\* عشرة (10) قضاة ينتخبون من قبل زملائهم \* ستة (6) شخصيات يختارهم رئيس الجمهورية بحكم كفاءتهم خارج سلك القضاء ، كم يشارك المدير العام المكلف بتسيير سلك القضاة بالإدارة المركزية لوزارة العدل في أعمال المجلس الأعلى للقضاء دون مشاركته في المداورات إن أول ما يلاحظ على هذه التشكيلة هي ترأس رئيس الجمهورية رئيس السلطة التنفيذية للمجلس الأعلى للقضاء. إضافة إلى عضوية وزير العدل باعتباره نائبا لرئيس المجلس و هو عضو في الحكومة التي تمثل أيضا السلطة التنفيذية. 1

بالإضافة إلى أن المشرع أرسى نوع من المساواة بين قضاة الحكم و قضاة النيابة العامة ، فكل قاضي جالس يقابله أليا قاضي واقف من النيابة العامة نفس المادة الفقرة الثالثة . مع العلم أن قضاة النيابة العامة تابعين إداريا لوزير العدل المادة 30. من قانون الإجراءات الجزائية .

<sup>1</sup> - نفس المرجع. ص:101.



بل إنهم ينفذون تعليماته و تعليمات السلطة التنفيذية،<sup>1</sup> و لرئيس الجمهورية الحق في تعيين ست شخصيات في المجلس دون رأي و مراقبة و استشارة أو اقتراح من أحد . فبمثل هذه التركيبة يمكننا التصريح أن المجلس الأعلى للقضاء صيغ بشكل يسمح بالتحكم فيه من طرف السلطة التنفيذية.<sup>2</sup>

#### ب / عمل و صلاحيات المجلس الأعلى للقضاء

تنص المادة 155 من الدستور الجزائري " يقرر المجلس الأعلى للقضاء طبقا للشروط التي يحددها القانون ، تعيين القضاة و نقلهم و سير سلمهم الوظيفي و يسهر على احترام أحكام القانون الأساسي للقضاء ، و على رقابة انضباط القضاة تحت رئاسة الرئيس الأول للمحكمة العليا."

- كان من الممكن أن تحقق هذه الهيئة الدستورية الاستقلال الحقيقي للقضاء باعتبار أنها تتولى الشؤون الإدارية و المسار المهني للقضاة لو كانت تشكيلتها قضائية. لكن النقد الموجه إلى تشكيلتها سيكون له انعكاساته السلبية على عمل هذه المجلس الذي سيؤثر بدوره في شؤون القضاة و سلامة مسارهم المهني و من ثم التأثير على استقلاليتهم و حيدتهم المفترض توافرها أثناء قيامهم بمهامهم.<sup>3</sup>

- إلا أن ما يحسب إيجابا لهذا المجلس هو أنه يمثل الهيكل التأديبي للقضاة، و هو بموجب هذه الصلاحية يمثل ضمانا أساسية لاستقلالية القضاة و ذلك لإقصاء الوزارة و المسؤولين من امكانية عقابهم و استغلالها للتعسف عليهم أو التحكم فيهم ، إلا أن مثل الوزارة له الحق في حضور المناقشات دون المداولات في مجلس التأديب الذي ينعقد برئاسة رئيس المحكمة العليا دون إمكانية لحضور رئيس الجمهورية أو وزير العدل،<sup>4</sup> و أن كانت الدعوى التأديبية يباشرها وزير العدل أمام المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية.<sup>5</sup>

#### 4. في قانون الوقاية من الفساد رقم 06-01:

صدر القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته في 20 فبراير 2006م حيث جاءت المادة 12 منه بعنوان " التدابير المتعلقة بسلك القضاة " على أنه

<sup>1</sup> - من الجدري أن نعرف أن النظام السياسي الجزائري متمحور حول رئيس الجمهورية على الأقل على المستوى الدستوري . و أنه من الجرح لقاضي جالس و من المستحيل لقاضي نيابة عامة إعلان مواقف مختلفة مع الرئاسة . مجيد بن الشيخ و أمين سيدهم . الجزائر استقلال و حياد النظام القضائي . الشبكة الأوروبية - المتوسطية لحقوق الإنسان . ص: 15 [www.euromedrights.org](http://www.euromedrights.org)

<sup>2</sup> - نفس المرجع. ص: 16.

<sup>3</sup> - مسيراتي سليمة، المرجع السابق، ص: 102.

<sup>4</sup> - مجيد بن الشيخ و أمين سيدهم . المرجع السابق، ص: 16.

<sup>5</sup> - راجع المواد 24، 23، 22، 21 من القانون العضوي رقم 04 - 12 المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء.





لتحصين سلك القضاء ضد مخاطر الفساد توضع قواعد لأخلاقيات المهنة وفقا للقوانين و التنظيمات و النصوص الأخرى السارية المفعول "

و بناء على نص هذه المادة اجتمع المجلس الأعلى للقضاء يوم 23 سبتمبر 2006 و صادق على مدونة أخلاقيات مهنة القضاء و ذلك بناء على نص المادة 64 من القانون الأساسي للقضاء. حيث أنها تهدف إلى تعزيز إدراك القاضي و ترتب عليه التزاما صريحا بالاستقلالية و الحياد و النزاهة و الشرعية و تحديد سلوكات القاضي..... إلخ. 1

كما تضمن القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته أيضا نصوص جرمية لبعض أفعال الفساد المرتكبة من قبل القضاة حيث نصت المادة 32 على جريمة استغلال النفوذ و المادة 33 على إساءة استغلال الوظيفة . أما المادة 36 على عدم التصريح أو التصريح الكاذب بالملكات . و في المادة 37 على الإثراء الغير مشروع و أخيرا المادة 38 على تلقي الهدايا.

#### الخاتمة:

توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى أن متطلبات استقلالية القضاء كآلية لمكافحة الفساد و المنصوص عليها باتفاقيات مكافحة الفساد تحظى بقدر مقبول من الإنفاذ على مستوى التشريعات الوطنية المختلفة سواء التدابير الخاصة بالنزاهة أو التدابير المتعلقة بدرء فرص الفساد. إلا أن هذه الاتفاقيات أكدت على ضرورة ألا تمس هذه التدابير باستقلالية القضاء . هذه الأخيرة التي وقفنا فيها على الكثير من الاختلالات تتلخص أهمها في هيمنة السلطة التنفيذية على القضاء و تفويض استقلاليته سواء في مفهومها الشخصي أو الموضوعي لذلك نقترح فيما يلي جملة من التوصيات:

- 1/ النص صراحة في الدستور على استقلالية القضاء و أعضاء النيابة العامة.
- 2/ النص صراحة على استقلالية المجلس الأعلى للقضاء بالنسبة للسلطتين التنفيذية و التشريعية.
- 3/ تحسين الوضع الاجتماعي للقضاة و ذلك من خلال مراجعة الأجور بشكل دوري تدعيما لقيم النزاهة و تدابير درء الفساد.
- 4/ مراجعة مدونة أخلاقيات مهنة القضاء و مواءمتها بشكل دوري مع المدونات و الإعلانات و المبادئ التوجيهية الإرشادية الخاصة بالسلوك القضائي سواء كان مصدرها المنظمات الدولية أو التجمعات المهنية.

<sup>1</sup> - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية . العدد 17 المؤرخة في 17 مارس 2007 و المتعلقة بمدونة أخلاقيات مهنة القضاء.



أ.د. سعيداني- لوناسي ججيقة

أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي ——— ولد أحمد تنهنان (ط د)

## أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي

أ.د. سعيداني- لوناسي ججيقة

جامعة تيزي وزو

ولد أحمد تنهنان

طالبة دكتوراه

جامعة تيزي وزو

### ملخص

سمح التكريس القانوني للمسألة الإستعجالية الدستورية بتعاون كل من السلطة التشريعية ، التنفيذية ، و القضائية في عملية الرقابة على دستورية القوانين تحت لواء المجلس الدستوري الفرنسي .

وذلك بإقحام السلطة القضائية في عملية الرقابة على دستورية القوانين ، و تجديد العلاقة بين السلطة التشريعية و المجلس الدستوري الفرنسيين ، الأمر الذي خلق توازنا مؤسساتيا في الجمهورية الفرنسية. مما إنعكس إيجابا على فعالية الدور الرقابي للمجلس الدستوري بفضل توسيع نطاق الرقابة على دستورية القوانين .

### Résumé

La concertation de la question pré-iorétaire des lois a permis la coopération des trois pouvoirs au domaine du contrôle de constitutionnalité des lois en France .  
En accordant un rôle supervision judiciaire au pouvoir judiciaire et renouvelant la relation entre le parlement et le conseil constitutionnel , ce qui à créer un équilibre institutionnel , reflète positivement sur la protection de droits et libertés individuels .

### مقدمة

عمد المؤسس الفرنسي تدريجيا إلى إصلاح مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وفقا لمتطلبات حماية كل الأشخاص والمؤسسات الذين لهم مصلحة عند تحريكه. كون فعاليته باعتباره مبدأ يتولى التحقق من مخالفة القوانين للدستور ، مرتبطة بمدى حمايته لكل من يتضرر من مخالفة النص القانوني للدستور ، وفي مقدمتهم المواطن الذي تطبق عليه القاعدة القانونية .

خاصة أن تطبيقه خلال العقود الماضية كان استجابة لمتطلبات الديمقراطية التمثيلية و لو نسبيا ، عن طريق إسناد مهمة إخطار للمجلس الدستوري لمثلي الشعب وهم رئيس الجمهورية ، و رئيسي الغرفتين البرلمانيتين ، لكن ذلك لم يكن كافيا لحماية فعالية للحقوق والحريات الدستورية. لعدم رغبة المؤسس الفرنسي آنذاك، في إنشاء هيئة رقابية حقيقية على دستورية القوانين ، إذ جعل المجلس الدستوري هيئة سياسية حكومية لرقابة البرلمان أكثر من كونها هيئة لرقابة دستورية القوانين. يثبتته الاختيار الحر لتسمية الهيئة



أ.د. سعيداني - لوناسي ججيقة

أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي ——— ولد أحمد تنهان (ط د)

الرقابية ب " المجلس الدستوري " دون " محكمة دستورية " ، و النص على أن قراراته ملزمة للسلطات العامة ولكل الهيئات الإدارية والقضائية ، وليس حجية الشيء المقضي فيه ، إلى جانب عدم اشتراط أي مؤهلات قانونية أو حتى تكوين قانوني لأعضاء المجلس الدستوري . وحصر الإخطار على السلطات السياسية للدولة ، دون السلطة القضائية <sup>1</sup> .

حاول المؤسس الفرنسي معالجة ذلك القصور من خلال عدة تعديلات دستورية ، جاءت تطبيقا لإعلان حقوق الإنسان و المواطن لعام 1789 ، و ديباجة دستور 1946 ، أهمها التعديل الدستوري الجوهري لعام 1974 الذي منح ستين نائبا حق الإخطار ، فأدخل مؤسسة الرقابة على دستورية القوانين في النظام المؤسساتي الفرنسي <sup>2</sup> ، غير أن ممارسة الرقابة بقيت حكرا على السياسيين ، فظهرت ضرورة إشراك المواطن والسلطة القضائية في تحريك عملية الرقابة على دستورية القوانين .

و بعد محاولتين الأولى عام 1990 من طرف robert badinter ، و المحاولة الثانية عام 1993 بناء على محضر comité vedel ، و تماشيا مع سلسلة الإصلاحات التي تبنتها الجمهورية الفرنسية ، قصد إعادة الإعتبار للمواطن الفرنسي ، تصحيحا لمركزه القانوني في الدولة ، عمدت الجمهورية الفرنسية عام 2008 ، إلى تعديل الدستور ، بمقتضى القانون الدستوري الصادر في 23 أبريل 2008 ، ماجئة المواطن المتقاضى الحق في تفعيل الرقابة اللاحقة على القوانين وفق ما تمليه قواعد المسألة الإستعجالية <sup>3</sup> الدستورية la question périorbitaire de la constitution ، وهي كما يختصرها الفقه و المجلس الدستوري الفرنسي بتسمية " la QPC " ، التي أشارت إليها أساسا المادة 61-1 من الدستور الفرنسي الآتي نصها <sup>4</sup> : " إذا ثبت أثناء النظر في دعوى أمام جهة قضائية أن نصا تشريعيا يشكل إعتداء على الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور ، يمكن إشعار المجلس الدستوري بناء على إحالة

<sup>1</sup> - DOMINIQUE ROUSSEAU , la question préjudicielle de constitutionnalité un big bong juridictionnel ? ,in revue de droit public de science politique , n 3 , 2009 , p 635 .

<sup>2</sup> - DOMINIQUE ROUSSEAU , la question préjudicielle de constitutionnalité....., ibid. , p 636.

<sup>3</sup> - يظهر الطابع الإستعجالي للمسألة الدستورية ، في وجوب وقف الفصل في الدعوى القضائية لغاية صدور قرار في المسألة الدستورية ، ووجوب الفصل فيها أولا في حالة الإخطار بوسائل تتحدى بطريقة متشابهة مطابقة الأحكام للدستور و التعهدات الدولية للجمهورية الفرنسية ، وهو الطابع الذي جعل منها إجراء جديدا ، متميزا ، يعكس رغبة المؤسس والمشرع الأساسي ، الفرنسيين ، في تفريدها عن بقية المسائل القانونية المعروفة في التنظيم القانوني الفرنسي ، فهي حكم تشريعي إعتبر معارضا لحكم دستوري يحمي الحقوق و الحريات الفردية ، أثناء رفع الدعوى القضائية .

<sup>4</sup> - l'article 61-1 de la constitution française stipule : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article. »

- [http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#titre\\_7](http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#titre_7)



أ.د. سعيداني - لوناسي ججيقة

أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي ——— ولد أحمد تنهان (ط د)

من مجلس الدولة أو من محكمة النقض بهذه المسألة التي يفصل فيها في أجل محدد .ويحدد قانون أساسي شروط تطبيق هذه المادة " .

و أمام هذا الإلحاح من المؤسس الفرنسي الذي انتهى بتكريس دستوري للمسألة الإستعجالية الدستورية ، نتساءل عن مدى مساهمة المسألة الإستعجالية الدستورية في تدعيم الدور الرقابي للمجلس الدستوري الفرنسي على نحو يحقق عقلنة القانون وفقا لمتطلبات حماية الحقوق و الحريات الفردية ؟

و للإجابة عن هذه الإشكالية لابد من العودة إلى النظام القانوني الذي يحكم المسألة الإستعجالية الدستورية ، و إنعكاساته على تنظيم تدخل السلطات الفرنسية الثلاث في المجال الرقابي . ثم الحكم على نجاعتها في تفعيل حماية الحقوق و الحريات الفردية ، و ذلك وفقا لمتطلبات المنهج التحليلي الوصفي .

أحدث إجراء المسألة الإستعجالية الدستورية، ثورة في في النظام القانوني الفرنسي، وتوج التطور الذي بدأ منذ دستور 1958 لتحقيق تدرج قانوني شكلي حقيقي ، عجزت عن تحقيقه عقود طويلة من السيادة المطلقة للقانون، وجعلت منه غاية مستحيلة<sup>1</sup> . فقد حاولت ميكانيزماتها تحقيق توازن مؤسساتي في مجال الرقابة على دستورية القوانين ( المطلب الأول ) ، و ذلك قصد تدعيم قيام دولة القانون يكون أساسها الديمقراطية و غايتها الإستقرار ، كشرط لا يستهان بها لحماية حقوق وحرية الفرد ، و التي دعمت بدخول إجراء المسألة الإستعجالية الدستورية حيز التنفيذ بداية من عام 2010، و بالنتيجة تحرير المجلس الدستوري من أي تلاعب كان ، و جعله في خدمة المواطن بتعزيز حماية الحقوق و الحريات المضمونة له دستوريا ( المطلب الثاني ) .

### المطلب الأول : إقامة توازن مؤسساتي في مجال الرقابة على دستورية القوانين

تنعكس العلاقة بين السلطات العامة في الدولة على حماية الحقوق و الحريات إيجاباً أو سلباً ، وكلما كان التعاون و التبادل بينها مضمونا كلما تحققت مساعي حماية الحقوق و الحريات . وفي سبيل تحقيق التوازن بين السلطات و جب الإعتراف لكل سلطة بوسائل تمكنها من أن تمنع طغيان السلطة الأخرى بسلطتها ، خاصة أن هرم كل سن أصبح غير كافي لتنظيم العلاقة بين مختلف المؤسسات القانونية ، أمام التعددية القانونية لمؤسسات الدولة، الأمر الذي إستدعى ضرورة التنظيم المؤسساتي لتعديدها ، و تداخلها ، و تفاعلها أمام القاضي

<sup>1</sup> - discours prononcé le 1 mars 2010 par monsieur " NICOLAS SARJOZY " , président de la république , cahier du conseil constitutionnel , n 29 , octobre 2010 .



أ.د. سعيداني - لوناتسي جقيقة

أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي — ولد أحمد تنهان (ط د)

الداخلي . بعقلنة عمليات التنظيم القانوني الوطني داخليا و خارجيا قصد مواكبة التنظيم القانوني الأوروبي. و الذي كان أحد إهتمامات المسألة الإستعجالية الدستورية<sup>1</sup> .  
فمن أجل إصلاح مواطن عدم التوازن في تنظيم الرقابة على دستورية القوانين . تدخل المؤسس الفرنسي من خلال إجراء المسألة الإستعجالية الدستورية . ما لها السلطة القضائية حق التدخل في الرقابة على دستورية القوانين فدعم مركزها كسلطة قضائية عليا (الفرع الأول) . إلى جانب ضمان تدخل البرلمان و إقامة الحدود بين السيادة البرلمانية و عملية الرقابة على دستورية القوانين . الأمر الذي يتجلى بوضوح من خلال آراء المجلس الدستوري الفرنسي (الفرع الثاني) .

### الفرع الأول : تدعيم مركز السلطة القضائية

يضمن إشراك السلطة القضائية في عملية الرقابة على دستورية القوانين. توفر عنصر الكفاءة و الخبرة القانونية داخل المجلس الدستوري بحكم تخصص رجال السلطة القضائية في القانون و خبرتهم من جهة . و من جهة أخرى يخفف من احتمال تسييسه .  
كلف المؤسس الفرنسي و بعده المشرع الأساسي السلطة القضائية بإستقبال طعن المتقاضين بعدم دستورية النص القانوني المطبق على النزاع . إلى جانب مهمة تصفية المسائل الإستعجالية الدستورية على درجتين LE FILTRAGE à double . بالتالي فالسلطة القضائية هي من تصنع الوجود القانوني للمسألة الإستعجالية الدستورية (أولا) . دون أن تمتد إلى التدخل في القرار النهائي للمسألة الإستعجالية الدستورية . نظرا لعدم حجية قراراتها أمام المجلس الدستوري (ثانيا) . وهو ما يثبت أن المسألة الإستعجالية الدستورية أكدت على مركز السلطة القضائية كسلطة قضائية عليا دون أن تكون لها سلطة الرقابة على دستورية القوانين .

### أولا : الوجود القانوني للمسألة الإستعجالية الدستورية

تتصل السلطة القضائية بالمسألة الإستعجالية الدستورية على مستويين . المستوى الأول أمام قضاة الموضوع الذين يستقبلون طعن المواطن بعدم الدستورية . أما المستوى الثاني فهو أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة .

<sup>1</sup> - PAUL CASSIA, le contrôle de Constitutionnalité , le renvoi préjudiciel en appréciation de Constitutionnalité, une « question d'actualité, in revue française de droit administratif, n 5, 2008 , P 877.



أ.د. سعيداني - لوناسي ججيقة

أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي ——— ولد أحمد تنهان (ط د)

ثار نقاش حاد حول جدوى التصفية على درجتين ، و ربطته الأغلبية الفقهية بمدى إستقلالية الرقابة الممارسة من طرف محكمة النقض و مجلس الدولة عن تلك التي باشرها القاضي العادي<sup>1</sup> .

يتحقق قاضي الموضوع العادي من موضوع الطعن الدستوري ، و صحة إجراء رفع المسألة الإستعجالية الدستورية أو تأسيس أساس المتابعة ، ثم يتأكد أن موضوع الطعن المقدم من طرف المتقاضى لم يكن محل إجتهد للمجلس الدستوري سواء بمناسبة تسبيب أو حكم قرارات أثناء ممارسة رقابة دستورية قبلية ، و أخيرا عليه أن يقرر إذا كان الطعن يكشف عن وجود مشكلة دستورية جدية<sup>2</sup> ، و حكمه في هذه الحالة يكون محل وصاية من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب طبيعة النزاع ما إذا كان عاديا أو إداريا ، اللتان تخيلان المسألة الإستعجالية الدستورية للمجلس الدستوري إذا ما تحققت من توفر نفس الشروط المذكورة في المسألة الإستعجالية الدستورية و اتسامها بطابع الجادية و الجدية<sup>3</sup> .

لم يمنح التعديل الدستوري للقاضي العادي إلا سلطة محدودة ، حيث وضعه المؤسس الفرنسي تحت وصاية الهيئتين القضائيتين المتمثلتين في مجلس الدولة ومحكمة النقض ، رغم أهمية إختصاصه الذي لا يختلف عن إختصاص محكمة النقض و مجلس الدولة ، و المتمثل أساسا في " جدية المسألة الإستعجالية الدستورية " ، حيث أن الإختلاف الوحيد بين المحكمة العليا و مجلس الدولة من جهة ، و القضاة العاديين من جهة أخرى ، أثناء فصلهم في النزاع الدستوري ، في الدرجة لا في الطبيعة .

وهو ما يدفعنا للتساؤل حول مغزى النص على التصفية القضائية على درجتين للمسألة الإستعجالية الدستورية ، مادام القاضي العادي و مجلس الدولة أو المحكمة العليا يمارسون نفس الإختصاص ، لكن هذا القول يؤخذ بتحفظ ، فالعامل الوحيد الذي يحدد جديتها أو عدم جدواها ، هو تقنية الرقابة التي تتبعها المحكمة العليا أو مجلس الدولة ، والتي يجب أن

<sup>1</sup> - Xavier Philippe ، " la question prioritaire de constitutionnalité à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français ، réflexion après l'adoption de la loi organique " ، revue de droit public et science politique ، 81 janvier 2010 ، p 280 .

<sup>2</sup> - DOMINIQUE ROUSSEAU ، la question préjudicielle de constitutionnalité un big bong juridictionnel ? ، P 638 .

<sup>3</sup> - voir l'article 23-4 de loi organique no 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution ، journal officiel de la république française ، numéro : JUSX0902104L ، 11 décembre 2009 .



أ.د. سعيداني - لوناتسي جقيقة

أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي — ولد أحمد تنهان (ط د)

تقوم على التعاون و الإشتراك في حل المسألة الإستعجالية الدستورية . على مستوى كل درجة قضائية . بنوع من الإستقلالية النسبية <sup>1</sup> .

وتبقى جدية مهام محكمة النقض أو مجلس الدولة . و إن وجدت فعلا . غير مجددة في تكريس حقيقي لنظام تصفية قضائية حقيقي للنزاع الدستوري على درجتين . فالمشروع الفرنسي حول مجلس الدولة . أو محكمة النقض وحدهما سلطة التقرير حول إحالة النزاع الدستوري إلى المجلس الدستوري خلال مدة ثلاثة أشهر <sup>2</sup> . وفي حالة ما إذا قررت إحدى هاتين الهيئتين عدم إحالة النزاع الدستوري أمام المجلس الدستوري . فلا وجود لمسألة إستعجالية دستورية أمام المجلس الدستوري .

### ثانيا : مضمون الإحالة القضائية غير مؤثر في القرار الرقابي النهائي

تتوقف مصداقية فرضية إستدراك تهميش السلطة القضائية في الرقابة على دستورية القوانين وتدعيم دورها الرقابي بمناسبة تبني المسألة الإستعجالية الدستورية . فيما إذا كان مضمون قرار الإحالة ذو حجية ملزمة أمام المجلس الدستوري . أم مجرد إجراء يسمح للمجلس الدستوري بمباشرة العمل الرقابي . بإعتباره الإجراء الوحيد الداخل في نطاق إختصاصها . إذ يمنع على السلطة القضائية إثارة المسألة الإستعجالية الدستورية . فهو حق للمتقاضى وحده دون غيره <sup>3</sup> . كما يمنع عليها أيضا تعديل المسألة الإستعجالية في جوهرها . إلا ما تعلق بالحق في تعديل تكييف المسألة و إعطائها التكييف الصحيح . على أساس أن من وظيفة القاضي إبداء تقديره حول المسألة المثارة . و لكن دون التركيز على الصياغة المأخوذ بها من جانب الطرف الذي أثار المسألة . فمثلا لا يمكن لهذا التعديل أن يؤدي إلى حلول نص آخر محل النص محل المنازعة . و لكن يسمح هذا التعديل للقاضي ببيان النص التشريعي الذي يتضمن القاعدة محل المنازعة من جانب الطرف . كما لا يسمح هذا التعديل للقاضي بإقتراح دراسة للنص محل المنازعة بالنسبة لأي حق آخر أو حرية أخرى دستورية خلاف الحق أو الحرية المستند إليه أو إليها من جانب الطرف . و لكن يسمح للقاضي بتوضيح النص أو المبدأ الدستوري المستند إليه <sup>4</sup> .

لكن هذا لا يعن أن السلطة القضائية لا تلعب دورا مهما في مسار المسألة الإستعجالية الدستورية . فهي المصدر الرئيسي و الأولي للوجود القانوني للمسألة

<sup>1</sup> - Xavier Philippe , " la question prioritaire de constitutionnalité à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français , réflexion après l'adoption de la loi organique " , op cité , p 280 .

<sup>2</sup> - selon l'article 23-4 de LOI organique no 2009-1523 , op cité .

<sup>3</sup> - voir l'article 23-1 de la loi LOI organique n 2009-1523, ibid. .

<sup>4</sup> - منصور محمد أحمد . الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا . دار النهضة العربية . بيروت . لبنان . 2012 . ص 145 .





أ.د. سعيداني - لونا سي جقيقة

أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي — ولد أحمد تنهان (ط د)

الإستعجالية الدستورية ، التي تعتبر عملية مركبة لكل طرف متدخل فيها دور لا يستهان به<sup>1</sup> .

ورغم ذلك فقرار السلطة القضائية المتضمن قرار الإحالة ، يخضع لوصاية المجلس الدستوري، مما جعله يمثل المستوى الثالث لتصفية المسائل الدستورية الإستعجالية، وصاية تكون في بعض الأحيان محدودة ، وذلك في حالة رفض الإحالة من طرف السلطة القضائية بإعتباره لا يخضع لأي طعن ، أما في حالة قبول الإحالة ، فللمجلس الدستوري أن يعتبر أن النص القانوني محل المسألة الإستعجالية الدستورية لا يتعد على حق أو حرية مضمونة دستوريا للهيئات القضائية<sup>2</sup> ، أو أن النص القانوني محل الطعن لا يتمتع بصفة التشريعية<sup>3</sup> ، أو أن النص صرح بدستوريته<sup>4</sup> خلافا لما قرره الهيئات القضائية في قرار الإحالة .

إن الوصاية التي يمارسها المجلس الدستوري على قرار الإحالة الصادر من السلطة القضائية ، تكون في حدود إختصاصاته كهيئة رقابية ، دون المساس بإختصاصات السلطة القضائية في الفصل في النزاع القضائي ، فالمجلس الدستوري منع نفسه من رقابة ما إذا كان النص القانوني محل المسألة الإستعجالية الدستورية مطبقا على النزاع أم لا ، وذلك في أول قرار له : "

..... il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation a jugé (...) qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait ou non le fondement des poursuites..... »<sup>5</sup>

و بالتالي يكون المجلس الدستوري قد أقام الحدود بين المتدخلين في المسألة الإستعجالية الدستورية ، مؤكدا على مركزية عملية الرقابة على دستورية القوانين ، وأنه الهيئة الوحيدة للرقابة على دستورية القوانين ، وأن السلطة القضائية مهمتها الفصل في نزاعات الأفراد دون النزاعات الدستورية ، وهي في ذلك سلطة قضائية عليا .

<sup>1</sup> - Xavier Philippe , " la question prioritaire de constitutionnalité à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français , réflexion après l'adoption de la loi organique " , op cité , p 277 .

<sup>2</sup> - conseil constitutionnel français , décision n 2010/5 Q.P.C.du18 juin , 2010 , snc kimberly clark .

<sup>3</sup> - conseil constitutionnel français , décision n 2011/52 Q.P.C.du 22 juillet , 2011 , m.claud.

<sup>4</sup> - conseil constitutionnel français , décision n 2010/104 Q.P.C.du 17 mars 2010 , époux b conscos .

Décision n 2011 -142 /145 QPC du 30 juin 2011 , département de la seine-sant demis et autres .

<sup>5</sup> - conseil constitutionnel français , décision n 2010/1 Q.P.C.du 28 mai 2012 , consorts Lrec , p 91 .



أ.د. سعيداني - لوناسي ججيقة

أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي ——— ولد أحمد تنهان (ط د)

ولا ريب أن المؤسس الفرنسي إستبعد صلاحية الرقابة على دستورية القوانين من طرف السلطة القضائية . بإجازة الوصاية على إجراء الإحالة . إلى جانب رفض إثارة المسألة الإستعجالية الدستورية . . و إن كان قد حرر القاضي من الخضوع للرغبة البرلمانية <sup>1</sup> .

**الفرع الثاني : تجديد العلاقة بين البرلمان ومؤسسة الرقابة على دستورية القوانين**

وسع إجراء المسألة الإستعجالية الدستورية نطاق الرقابة الدستورية على القوانين . عن طريق السماح للمجلس الدستوري بممارسة رقابة لاحقة على القوانين إلى جانب الرقابة السابقة . التي تطبق وجها لوجه بين المؤسسة البرلمانية و المجلس الدستوري تحت العين الساهرة للحكومة .

وهو ما رسخ الإعتقاد السائد منذ عقد من الزمن . حول كون المجلس الدستوري هيئة كبح للعمل التشريعي . مما أدى للتشكيك في المكانة التي يحتلها البرلمان نتيجة التضييق من سيادته التشريعية . لكن النظام القانوني الذي يحكم المسألة الإستعجالية الدستورية جعلت من هذه الفكرة مجرد إفتراض .

فالمسألة الإستعجالية الدستورية " بنت المؤسسة البرلمانية " . نظمها البرلمان كهيئة متمتعة بالشرعية الشعبية (أولا) . ترتبت عنها آثار جديدة في مواجهته (ثانيا) . و بذلك دخلت العلاقة بين البرلمان و المجلس الدستوري عهدا جديدا . قوامه التعاون على خدمة المشروعية الدستورية في الجمهورية الفرنسية لحماية فعالة لحقوق المواطن صاحب السيادة <sup>2</sup> .

**أولا : تدخل البرلمان في المسألة الإستعجالية الدستورية**

ضمن المؤسس مشاركة فعالة للبرلمان في إجراءات تقديم وفحص المسألة الإستعجالية الدستورية بضممان حضوره في أشغالها . و إحترام المجلس الدستوري لمجال إختصاصه . عن طريق إسناد صلاحية تحديد النظام الإجرائي للمشرع الأساسي <sup>3</sup> .

وصفت المسألة الإستعجالية الدستورية ببنيت البرلمان <sup>4</sup> . لأن هذا الأخير هو من كيفها بالمسألة الإستعجالية الدستورية . وجعلها مسألة أولوية . فجعل لها طابعا خاصا لتحريرها من قبضة السلطة القضائية التي يستعسر رقابة قرارها المتعلق بالإحالة . و تفاديا

<sup>1</sup> - HENRI LABAYLE . « LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ ET QUESTION Préjudicielle ,ordonner le dialogue des juges ? » , in revue française de droit administratif , n 4 , 2010 , p 659 .

<sup>2</sup> - DOMINIQUE ROUSSEAU , la question préjudicielle de constitutionnalité un bigbon juridictionnel ? , op cité , p 636 .

<sup>3</sup> - OLIVIER DORD , " La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque " , in nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, dossier la conseil constitutionnel et le parlement , n 38 , janvier 201 , p 3 .

<sup>4</sup> - GUY CARCASSOME , " le parlement et la QPC " , in pouvoirs , n 137 , 2001 , p 73 .



أ.د. سعيداني - لونا سي جقيقة

أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي ——— ولد أحمد تنهان (ط د)

لكبحها عن طريق رقابة المعاهدات جعل لها طابعا خاصا ، وسهل التعرف عليها و تمييزها من طرف أصحاب المهن القانونية و الجمهور العام .

و لم يكتف البرلمان بهذا القدر ، بل دأب على حمايتها و إصلاح أي خلل يعيق مسارها . حيث شكل موضوع تطوير ميكانزمات الرقابة اللاحقة أحد إهتماماته ، منذ مراحل تطبيقها الأولى ، ففي أقل من ستة أشهر بعد دخولها حيز التنفيذ ، تم إيداع محضر من طرف رئيس لجنة القوانين ، تضمن كشف أوليا للمسألة الإستعجالية الدستورية ، بعد سماع الأطراف و المراقبين . لتقوم نفس اللجنة بمحضر ثاني في أكتوبر 2010 <sup>1</sup> .

لا يتردد البرلمان في تعديل النظام الإجرائي للمسألة الإستعجالية الدستورية ، فبعد أربعة أشهر من دخولها حيز التنفيذ ، و بمناسبة تبني القانون الأساسي رقم 830-2010 ل 2 جويلية 2010 ، ألغى شرط التشكيلة الخاصة لمحكمة النقض الناظرة في المسألة الإستعجالية الدستورية بصريح المادة 12 منه ، تسهيلا و تطبيقا لإجراءاتها ، بعدما لاحظ مجلس الشيوخ غياب إحالات للمسألة الإستعجالية الدستورية أمام المجلس الدستوري <sup>2</sup> -

كما ترسل كل ملاحظات الأطراف إلى رئيسي الغرفتين البرلمائيتين و لهما حق الدفاع على القانون محل المسألة الإستعجالية الدستورية ، إلا أنهما يرفضان ممارسة هذا الدور غالبا . فرييس مجلس الشيوخ لم يقدم أي ملاحظة لحد اليوم <sup>3</sup> -

يظهر حرص المشرع الفرنسي على تفعيل آلية المسألة الإستعجالية الدستورية بالنص على إجراءات وقائية لتفادي ولوج أي رغبة سيئة أو عدم إكتراث من المحكمة العليا ، بتحديد أجل معين للتقرير حول المسألة الإستعجالية الدستورية للمجلس الدستوري وهي ثلاثة أشهر تحت طائلة سحب الإختصاص . مع الإخطار الأوتوماتيكي للمجلس الدستوري بالمسألة الإستعجالية ، و عدم إشتراط أن يكون التشريع المطعون فيه يعود بنتائج على النزاع أو صحة الإجراء كما كان النص عليه في المشروع الأصلي ، والإكتفاء بشرط أن يكون النص محل المسألة الإستعجالية الدستورية مطبقا على النزاع .

### ثانيا :أثار المسألة الإستعجالية الدستورية على البرلمان

فتحت المسألة الإستعجالية الدستورية إمكانية إمتداد أثر قرارات المجلس الدستوري إلى كل المنظومة التشريعية الداخلة حيز التنفيذ ، و المنظمة للحقوق و الحريات المضمونة

<sup>1</sup> - rapport n 2838 J-L , WARS MAM, " l'évaluation de la loi organique, " n 2009 – 1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61 – 1 de la constitution , déposé le 5 octobre 2010.

<sup>2</sup> - OLIVIER DORD , " La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque " , op cité , p 4 .

<sup>3</sup> - OLIVIER DORD , " La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque " , ibid . .



أ.د. سعيداني - لوناسي ججيقة

أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي ——— ولد أحمد تنهان (ط د)

دستوريا. إلى جانب القوانين الغير صادرة فلم يعد قرار المجلس الدستوري يمثل مجرد " إفراغ للخصام الدستوري ". الأمر الذي قد يضعنا أمام فرضيتين . تتمثل الفرضية الأولى في عرقلة النشاط البرلماني و الحد من سيادته . أما الفرضية الثانية فهي ضمان جدية العمل البرلماني وشرعيته . و الإجابة على هذه الفرضيات تعتمد على منهج المجلس الدستوري المتبع لرسم أبعاد رقابته ومدى توفيقه بين السيادة البرلمانية و التي تبقى أساسية في دولة القانون و حماية سمو الدستور . و الذي نستطيع أن نكتشفه من خلال آثار قراراته على السلطة التشريعية .

حافظ المؤسس الفرنسي على صلاحية الحكومة أو صلاحية النائبين بالقيام بمشروع أو إقتراح قانون يصحح و جه عدم الدستورية المعلن عنه من طرف المجلس الدستوري . و ضمن حضور ضروري للسلطة التنفيذية . فالحكومة هي التي تدخل قرار المجلس الدستوري حيز التنفيذ . على غرار ما كان مطبقا في الرقابة السابقة أي قبل تعديل 2008<sup>1</sup>.

أصبح قرار عدم الدستورية قرار إلغاء حقيقي . فهو يحذف الحكم التشريعي الذي دخل حيز التنفيذ للمستقبل . رغم إنشائه للمراكز القانونية طيلة مدة تطبيقه.

و يحدث فراغا قانونيا خلال الفترة ما بين صدور قرارا المجلس الدستوري و تدخل البرلمان لمعالجة مواطن عدم الدستورية<sup>2</sup> . وهو الأمر الذي يفسر . منح البرلمان مدة معينة من الزمن لتصحيح أوجه عدم الدستورية التي أكدها المجلس الدستوري في قراره النهائي الفاصل في المسألة الإستعجالية الدستورية . فالإلى جانب الأثر الفوري لقرار المجلس الدستوري . يمكن أن يرتئي المجلس الدستوري دخول قراره المتضمن إلغاء القانون محل المسألة الإستعجالية الدستورية . خلال مدة محددة<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - GUILLAUME DRAGO , « L'influence de la QPC sur le Parlement ou La loi sous la dictée du Conseil constitutionnel » , in *Jus Politicum* - n° 6 – 2011 , p 4 .

<sup>2</sup> - GUILLAUME DRAGO , « L'influence de la QPC sur le Parlement ou La loi sous la dictée du Conseil constitutionnel » , ibid. , p 7.

<sup>3</sup> - Conseil . constitutionnel ., décision n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, Consorts L., Rec. 91 : « Sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité : -« .....Considérant que l'abrogation de l'article 26 de la loi du 3 août 1981, de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 et de l'article 100 de la loi du 21 décembre 2006 a pour effet de replacer l'ensemble des titulaires étrangers, autres qu'algériens, de pensions militaires ou de retraite dans la situation d'inégalité à raison de leur nationalité résultant des dispositions antérieures à l'entrée en vigueur de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 ; qu'afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, l'abrogation des dispositions précitées prendra effet à compter du 1er janvier 2011 ; qu'afin de préserver l'effet utile de la présente décision à la solution des instances actuellement en cours, il appartient, d'une part, aux juridictions de surseoir à statuer jusqu'au 1er janvier 2011 dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles et, d'autre part, au législateur de prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de la présente décision ..... »



أ.د. سعيداني - لوناتسي ججيقة

أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي — ولد أحمد تنهان (ط د)

كما يدعو المجلس الدستوري البرلمان لتصحيح أوجه عدم الدستورية بطريقة غير مباشرة<sup>1</sup>.

وذلك تطبيقا للمادة 62 من دستور 1958 المعدل عام 2008 ، و التي أضفت أثرا مختلفا لقرار المجلس الدستوري كهيئة فصل في المسألة الإستعجالية الدستورية : " .....النص الذي يُصرح بعدم دستوريته على أساس المادة (61 – 1) يعتبر لاغيا إعتباراً من تاريخ نشر قرار المجلس الدستوري أو من تاريخ لاحق يحدده هذا الرأي. ويحدد المجلس الدستوري الشروط والحدود التي يجوز فيها إعادة النظر في الآثار التي رتبها هذا النص..... « ، تفاديا لخلق حالة عدم دستورية<sup>2</sup> و حماية للأمن القانوني .

نلاحظ أن المجلس الدستوري لا يسن قانون لمعالجة مواطن عدم الدستورية المعلنة . بل يدعو البرلمان بطريقة مباشرة أو غير مباشرة للتدخل و إصلاح وجه أو أوجه عدم الدستورية . لا يتمتع المجلس الدستوري الفرنسي بسلطة تشريعية موازية للبرلمان . فهذا الأخير هو صاحب السيادة في التشريع<sup>3</sup> . أكدها من خلال تحديد النظام الإجرائي . و سعى لإحترامها أثناء ممارسة مهامه الرقابية . لكن في حدود الشرعية الدستورية. التي تتطلب حماية حقوق و حريات المواطن و التي تعتبر الغاية الأساسية و مغزى تبني المسألة الإستعجالية الدستورية ( المطلب الثاني) .

### المطلب الثاني : تعزيز المجلس الدستوري في حماية المواطن

جاء التعديل الجديد لحماية الحقوق و الحريات . و الدليل أن الدستور المعدل حدد المجال الذي يمكن للمتقاضين أن يطعن بالمسألة الإستعجالية الدستورية وهي الحقوق و الحريات دون غيرها المضمونة دستوريا<sup>4</sup> .

فإذا كان المؤسس الفرنسي في التعديل الدستوري ل 23 جويلية 2008. أعاد التوازن بين السلطات الثلاثة في مجال الرقابة على دستورية القوانين . فذلك لم يكن إلا تعبيرا عن

<sup>1</sup> - Conseil. Constitutionnel, décision n° 2010-110 QPC, 25 mars 2011, M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale]. « .....sans préjudice de modifications ultérieures de cet article .....»

<sup>2</sup> - على سبيل المثال نستشهد بقرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 2010 - 1 ل 28 ماي 2010 . أين حدد المجلس الدستوري أثرا مختلفا كي لا يخلق عدم مساواة بين الجنود المستفيدين من المنحة . و سمح للمشرع بالتدخل . وبالنتيجة صدر القانون رقم 1657 - 2010 لديسمبر 2010 . الذي أخذ بطريقة حساب المنحة التي إرتأها المجلس الدستوري .

<sup>3</sup> - Conseil constitutionnel, décision n° 2010-108 QPC, 25 mars 2011, Mme Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants] : " ..... concédant que le conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ; que, par suite, il y a lieu de reporter au 1er janvier 2012 la date de l'abrogation de cet article afin de permettre au législateur d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité..... " .

<sup>4</sup> - Paul cassia, le contrôle de constitutionnalité, op cité , p 882



أ.د. سعيداني - لوناسي ججيقة

أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي — ولد أحمد تنهان (ط د)

تمسكه مبدأ الفصل بين السلطات و الإحترام الدقيق لحدود هذا الفصل ، فتقنية الإحالة ، و القرار الرقابي تسمحان في النهاية بالحفاظ على التنظيم القانوني ، بتدخل كل سلطة في الرقابة على دستورية القوانين وفق إختصاصها المختلف عن إختصاص نظيرتها ، و التي تجتمع كلها لتحقيق دولة القانون .

ولولا النظام القانوني الذي يحكم المسألة الإستعجالية الدستورية ، لما لجحت تلك السلطات في التعاون على وصول طعن المواطن للمجلس الدستوري ، حامى حقوق و حريات المواطن ، و الذي سمح بإعادة إدراج الدستور على قمة الهرم القانوني ، و سهل إجراءات العملية الرقابية بمناسبة إثارة المسألة الإستعجالية الدستورية ، ففتح مجال ممارسة العملية الرقابية ( الفرع الأول ) ، مما أنعش حركية المجلس الدستوري كحامى الحقوق و الحريات في الدولة ( الفرع الثاني ) .

### الفرع الأول : فتح المجال الرقابي للمجلس الدستوري

تنتفي الحقوق و الحريات في المجتمع ، إذا لم ينص عليها الدستور ، أو نص عليها و لا توجد ضمانات قانونية لتطبيقها ، وهما النتيجتين التي حققتها المسألة الإستعجالية الدستورية ، فقد ضمن نظامها القانوني إعادة إدراج الدستور على قمة الهرم القانوني من جهة ( أولاً ) ، كما ضمن وصول الطعن الدستوري للمواطن إلى المجلس الدستوري من جهة أخرى ( ثانياً ) .

### أولاً : إعادة إدراج الدستور على قمة الهرم القانوني

إستكمالاً لمسعى تكريس دولة القانون ، القائمة على الإرادة الشعبية ، أضفى المشرع الفرنسي طابع الإستعجالية للمسألة الدستورية ضماناً لتفوق القواعد الدستورية على المعاهدات الدولية أي إعادة وضع الدستور على قمة التنظيم القانوني الفرنسي<sup>1</sup> . فأولوية القانون الدولي تفرض على القاضي الوطني تطبيق قواعده و ترك قواعد القوانين الوطنية ، بغض النظر عن قرار الهيئة الدستورية الوطنية التي تقرر تأجيل فقدان القوة الملزمة لنفس الأحكام المقرر عدم دستورتها ، لأن القاضي الوطني يبقى ملزماً رغم ذلك القرار<sup>2</sup> .

يوقف القاضي الفصل في الدعوى القضائية ، طيلة مدة النظر في المسألة الإستعجالية الدستورية ، إذ ينتظر قرار مجلس الدولة أو محكمة النقض أو المجلس الدستوري

<sup>1</sup> - HENRI LABAYLE ، la question prioritaire de constitutionnalité et question Préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? ,in revue française de droit administratif , n 4 , 2010 , p 659 .  
p 664 .

<sup>2</sup> - HENRI LABAYLE ، la question prioritaire de constitutionnalité et question Préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? , op cité , p 667 .





أ.د. سعيداني - لونا سي جقيقة

أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي ——— ولد أحمد تنهان (ط د)

حسب الحالة <sup>1</sup> ، الأمر الذي يهدد فعالية القواعد الدولية ، فممارسة طعن وجوبي أمام المحكمة يمكنه أن يمنع القاضي الوطني ، المخطر بتزاع متعلق بالقانون الدولي ، بممارسة الإختصاص المعترف له في المعاهدة ، بعرض المسائل المتضمنة بتفسير أو صحة القانون الدولي ، أمام المحكمة القضائية ، للسماح له بالحكم إذا كانت قاعدة وطنية متوافقة أم لا معه .

لذلك أحدث تطبيق المسألة الإستعجالية الدستورية في بادئ الأمر نقاشا برلمانيا حادا ، وطعن في عدم شرعيتها ، نظرا لطابع الإستعجالية الذي تتمتع به ، و الذي جعلها متعارضة مع المادة 88 - 1 من الدستور الفرنسي التي تنص : " تشارك الجمهورية في الإتحاد الأوروبي الذي يتشكل من دول إختارت بحرية أن تمارس مجتمعة بعض إختصاصاتها بموجب معاهدة الإتحاد الأوروبي و المعاهدة المتعلقة بعمل الإتحاد الأوروبي مثلما إنبثق عن المعاهدة الموقعة في لشبونة يوم 13 ديسمبر 2007 " .

عززت المسألة الإستعجالية الدستورية من مكانة النص الدستوري بالنظر للنجاح الكبير للرقابة على الإتفاقيات الدولية منذ 1975 ، و قد حسمت المادة 23 - 2 من القانون العضوي كل التحفظات المحتواة في مشروع القانون و صرحت أنه في كل الحالات ، على قاضي الإحالة ، سواء كان قاضي العادي أو غيره ، في حالة إخطاره بوسائل تنازع دستورية حكم تشريعي ماسة بالحقوق و الحريات المضمونة دستوريا من جهة ، أو في الإتفاقيات الدولية الفرنسية ، النظر بالدرجة الأولى في إحالة المسألة الدستورية لمجلس الدولة أو محكمة النقض .

و بهذا يكون المشرع الأساسي قد ضمن إحترام الدستور وذكر بمكانته الأسمى في النظام القانوني الداخلي ، رغم تعارضه مع الأثر الفوري لقوانين الإتحاد الأوروبي ، فهي إما تؤثر أو تلغي تطبيقه تعزيزا لحماية القوانين الوطنية ، فالمسألة الدستورية قد تنتهي بعدم تطبيقه . إذن فالمغزى الحقيقي للمشرع من إضفاء طابع الأولوية على المسألة الإستعجالية هو سمو الدستور على القواعد الدولية ، بعد أن وضع المؤسس القوانين الداخلية و الأوروبية في مرتبة واحدة <sup>2</sup>

### ثانيا : ضمان وصول طعن المواطن للمجلس الدستوري

تتجلى أهمية الرقابة على دستورية القوانين في تكريس الحقوق و الحريات ، وفي كونها الآلية الوحيدة لإكتشاف أي خرق أو إعتداء على الحقوق و الحريات التي كفلها الدستور .

<sup>1</sup> - selon l'article 23 - 3 de la loi organique n 2009-1523, op cité .

<sup>2</sup> - HENRI LABAYLE ، la question prioritaire de constitutionnalité et question Préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? , op cité , P 667 .





أ.د. سعيداني - لوناسي ججيقة

أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي — ولد أحمد تنهان (ط د)

تمر المسألة الإستعجالية التي يرفعها المواطن بعدة محطات إلى غاية وصولها إلى الهيئة المكلفة بالفصل فيها و هي المجلس الدستوري ، بداية من الدرجة القضائية الأولى التي ترفع أمامها . ثم مجلس الدولة أو المحكمة العليا و التي تقرر في إحالتها أو عدم إحالتها للمجلس الدستوري . و بالتالي فإجراءاتها أمام القضاء ، أو المجلس الدستوري هي المتحكمة في فعالية المسألة الإستعجالية الدستورية -

سهل المشرع الفرنسي رفع المسألة الإستعجالية ، عن طريق تعدد الجهات القضائية التي يمكن أن يرفعها أمامها . إلى جانب عدم تعقيد النظام الإجرائي المتبع بعد ذلك . حيث يمكن للمتقاضى إثارة المسألة الإستعجالية الدستورية :

1- على أي مستوى تكون عليه الدعوى في الإجراءات العاجلة أو الإجراءات التي يفرض على القاضي بصددها مدة محددة للفصل فيها -

2- يمكن له إثارة مسألة الدستورية أيا كان شكل الدعوى في الإجراءات العاجلة أو الإجراءات التي يفرض على القاضي بصددها مدة محددة للفصل فيها -

3- يمكن إثارة المسألة الإستعجالية الدستورية في أية دعوى منظورة ، فالمسألة الإستعجالية بصفتها وجه من أوجه المنازعة ، تصطبح بالطلب الأصلي المنشئ للدعوى ، و يجب رفع مسألة أولوية الدستورية في ذات الوقت الذي ترفع فيه العريضة الأصلية المستندة على الدعوى الموضوعية ، غير أن ذلك لا يمنع من تقديم مسألة أولوية الدستورية ابتداء من اليوم الأول ، أي في ذات الوقت الذي يرفع فيه الطلب الأصلي ، و بالتبعية فإن هذه المسألة تتبع نظام الإدعاء الأصلي ، فإذا كان يجب إيداع العريضة الأصلية في ميعاد محدد ، فإنه يجب مراعاة هذا الميعاد ذاته عند إثارة المسألة الإستعجالية الأولية<sup>1</sup> .

4- يمكن له إثارة مسألة الدستورية في أية دعوى منظورة ، فهي تصطبح بالطلب الأصلي المنشئ للدعوى ، لكن يمكن رفعها في ذات الوقت الذي ترفع فيه العريضة الأصلية المستندة على الدعوى الموضوعية -

يقوم مجلس الدولة أو محكمة النقض بإحالة المسألة الإستعجالية الدستورية للمجلس الدستوري ، التي يمكن أن تثار بمناسبة النظر في أية دعوى أمام كل المحاكم التابعة لمجلس الدولة أو محكمة النقض بما فيها المحاكم المالية ، التي تقوم عند اللزوم ، بإحالتها

<sup>1</sup> - منصور محمد أحمد ، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا ، المرجع السابق ، ص 112 .



أ.د. سعيداني - لوناسي ججيقة

أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي ——— ولد أحمد تنهان (ط د)

للمجلس الدستوري ، مما يعطي المجال واسعا لتدخل قضاة التحقيق ، قضاة الحكم ، محاكم الموضوع ، المحاكم المستعجلة ، محاكم القضاء العام ، و المحاكم الخاصة<sup>1</sup> .

فيمكن لأية دعوى يمكن أن تكون محلا لمسألة أولوية الدستورية ، بغض النظر عن طبيعة أو درجة المحكمة المرفوع أمامها ، وهذا ما يستتبع إمكانية إثارتها أيا كانت مرحلة الإجراءات ، فمنذ رفع الدعوى وإيداع العريضة ، في مرحلة تهيئة الدعوى ، وفي أي وقت من الإجراءات الجنائية طالما أن قاضي التحقيق قد عرض عليه الأمر. وفي مرحلة المداولة التي تسبق النطق بالحكم أو القرار ، و في الإستئناف إذا لم تثر المسألة الإستعجالية أمام محكمة الدرجة الأولى أو أمام المحكمة الإدارية أو بالنسبة لأول مرة في النقض أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض إذا لم تعرض المسألة على محكمة الإستئناف وذلك دون اشتراط إستنفاد أي طريق طعن داخلي إلا فيما تعلق بعدم صدور حكم قضائي نهائي. حيث ترتبط إمكانية إثارة مسألة أولوية الدستورية بوجود دعوى منظورة في الموضوع ، إذ أنها المبرر الذي تستمد منها جانبا من تبريرها القانوني ، وللمحكمة المرفوع أمامها الموضوع ، إذا إقتضى الأمر عند اللزوم ، السلطة التقديرية للأمر بإعادة فتح التحقيق و ذلك للضرورات المتعلقة ببحث مسألة أولوية الدستورية فقط ، مع عدم وجود إلتزام بإثارة مسألة أولوية الدستورية في بداية التقاضي -

كما يمكن إثارة المسألة الإستعجالية الدستورية في أي وقت أمام محاكم القضاء الإداري ، طالما أن التحقيق لم يغلق. ويمكن تحريك إجراء مسألة الأولوية الدستورية أمام أية محكمة تابعة لمجلس الدولة أو محكمة النقض<sup>2</sup> ، أي أمام محاكم الدرجة الأولى التابعة لمجلس الدولة أو محكمة النقض ، سواء تعلق الأمر بمحكمة أول درجة ، محكمة درجة ثانية ، المحكمة الإدارية ، قاضي الشفعة ، أو المحاكم المتخصصة مثل المحاكم التجارية ، محاكم العمال ، المحكمة الوطنية للعجز وتحديد ضمان حوادث العمل ، المحكمة المشتركة للإجارات الزراعية ، محكمة شؤون الضمان الإجتماعي ، أو المحكمة المختصة بمنازعات عدم الأهلية .

و يمكن إثارة مسألة الدستورية مباشرة لأول مرة أمام محاكم الإستئناف ( محكمة الإستئناف ، المحكمة الإدارية الإستئنافية ) ، و أمام مجلس الدولة و هو يفصل في منازعة كقاضي نقض ، و أمام محكمة النقض ، كما يمكن إثارتها أمام القاضي الإداري للأمر المستعجلة ، غير أن على المواطن أن يدرك من وجهة نظر تنظيمية ، أن وقت رفع الأمر إلى هذه المحاكم يتناسب مع ملائمة التأجيل من اللحظة التي يثير خلالها مسألة أولوية الدستورية .

<sup>1</sup> - منصور محمد أحمد ، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا ، المرجع السابق ، ص 23 .

<sup>2</sup> - حسب القانون الأساسي رقم 2009 - 1523 الصادر في 10 ديسمبر 2009 .



أ.د. سعيداني - لوناتسي ججيجة

أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي — ولد أحمد تنهان (ط د)

كما يمكن إثارة المسألة الإستعجالية الدستورية أمام كل المحاكم الجنائية التي تخضع أحكامها في آخر درجة لمحكمة النقض بإستثناء محكمة الجنايات بحكم تشكيلها الخاص . إذ يشترط إثارتها خلال التحقيق الجنائي الذي يسبق المحاكمة الجنائية . أو بمناسبة دعوى إستئناف مرفوعة ضد حكم صادر من محكمة الجنايات في أول درجة أو طعن بالنقض مرفوع ضد حكم صادر من محكمة الجنايات في الإستئناف . و تحال مباشرة لمحكمة النقض نظرا لخصوصية تنظيم محكمة الجنايات .

و يمكن إثارة المسألة الإستعجالية الدستورية من قبل أي طرف في الإجراءات و أي شاهد حضر خلال مرحلة التحقيق . أمام قاضي التحقيق و القاضي المعني بتجديد الحبس الإحتياطي . كما يمكن إثارة المسألة الإستعجالية الدستورية أمام محكمة الجناح وقاضي الأحداث ومحكمة الشفعة . قاضي الأحداث . محكمة الشفعة . المحكمة المعنية بتنفيذ العقوبات . و المحكمة الإقليمية أو الوطنية المختصة بالحبس الإحتياطي <sup>1</sup> .

وفي إطار الإجراءات العاجلة و التعامل مع الجرائم الجنائية يمكن إثارة المسألة في جلسة التصديق على إجراءات المثول أمام القاضي بناء على الإعتراف المسبق بالجريمة الصادر من قبل رئيس محكمة الدرجة الأولى أو القاضي المنتدب و ليس أمام ممثل النيابة الذي ليس له . في إطار هذه الإجراءات . سلطة إتخاذ القرار . و لكن له فقط سلطة إقتراح أي جزاء جنائي . و الأمر يكون كذلك بالنسبة للتشكيل الجنائي الذي يجب إقراره أو التصديق عليه من قبل رئيس المحكمة الدرجة الأعلى -

ويمكن رفع المسألة الإستعجالية الدستورية أمام المحاكم المنظمة بقانون المحاكم المالية . بمناسبة دعوى مرفوعة أمام محكمة المحاسبات . الدوائر الإقليمية . و المحلية للمحاسبات . أمام المحكمة التأديبية لشؤون الموازنة و المالية . و التي يمكن الطعن في أحكامها بالنقض أمام مجلس الدولة <sup>2</sup> .

كما يمكن رفع المسألة الإستعجالية الدستورية أمام المحكمة الوطنية لحق اللجوء وهي محكمة إدارية متخصصة تقضي بصورة نهائية في الطعون المرفوعة ضد قرارات المدير العام للوكالة الفرنسية لحماية اللاجئين و عديمي الجنسية في مجال الحق في اللجوء . و أحكامها

<sup>1</sup> - وهو ما أكد عليه المجلس الدستوري في قراره بتاريخ 3 ديسمبر 2009 :

- راجع : منصور محمد أحمد . الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا . المرجع السابق . ص 37 .

<sup>2</sup> - منصور محمد أحمد . الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا . المرجع نفسه . ص 43 .



أ.د. سعيداني - لوناسي جقيقة

أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي — ولد أحمد تنهان (ط د)

لا يمكن أن تكون محلا إلا للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة، و كذلك أمام محكمة عدل الجمهورية، أو أمام القضاء العسكري<sup>1</sup>.

كما نلمس غياب الشكلية المفترضة في الإجراءات سواء أمام المجلس الدستوري أو أمام المحكمة القضائية، حيث تتمثل شروط رفع المسألة الإستعجالية الدستورية أمام القضاء في:

1- الشروط الشكلية: وهي الكتابة، التسبيب، أن تكون الكتابة منفصلة عن الإستنتاجات التي صرحت بها الهيئة القضائية<sup>2</sup>.

2- أما الشروط الموضوعية فتتلخص في:

- أن يكون النص محل المسألة الإستعجالية مطبقا على النزاع، و أنه لم يكن محل رقابة من المجلس الدستوري.

- الطابع الجدي للمسألة الإستعجالية الدستورية<sup>3</sup>.

إلى جانب شرط أن تكون المسألة مستجدة و الذي يبحث فيه مجلس الدولة أو محكمة النقض حسب طبيعة النزاع.

و يترك المجلس الدستوري أي شكلية مفترضة جانبا:

- فالمجلس الدستوري لم يتشترط إلا وجوب رفع المسألة الإستعجالية في محرر منفصل.

- كما أخذ بالإجراء الإلكتروني للمراسلات حيث تنص المادة الثالثة من هذه اللائحة على أن تعلن القرارات و الأوراق الإجرائية و كذلك الإخطارات و الدعوات، خلال مرحلة التحقيق، بالطريق الإلكتروني و تكون هذه القرارات و الأوراق محلا للعلم بالوصول و ترسل كذلك بالطريق الإلكتروني المذكرات و الردود المرسله من قبل الأطراف، مثل الإعلانات و الإخطارات و الدعوات الصادرة من المجلس الدستوري و نفس الطريق الإلكتروني يطبق على المداولات بين المجلس الدستوري و السلطات الأربعة عليا.

- و تقتزن تلك الإجراءات السهلة:

- بمواعيد صارمة، فقد منحت المادة 33-10 من القانون الأساسي المجلس الدستوري مهلة ثلاثة أشهر للفصل في الطعن الدستوري إعتبارا من رفع الأمر إليه، و يدرج مثل هذا الإختيار، في إطار منطوق سرعة ضم طرفي هذه الإجراءات -

<sup>1</sup> - منصور محمد أحمد، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا، المرجع السابق.

<sup>2</sup> - selon l'article 23-2 de LOI organique no 2009-1523, op cité.

وللمزيد من التفاصيل راجع: « QPC », conseil constitutionnel, 2010.

<sup>3</sup> - selon l'article 23-2 de la loi organique n 2009-1523, op cité.



أ.د. سعيداني - لوناسي جقيقة

أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي — ولد أحمد تنهان (ط د)

- و تترك مكانا واسعا للمبادلات الحضرورية فقد منحت المادة 23-10 من القانون الأساسي للأطراف أن يقدموا بأنفسهم ملاحظاتهم حضوريا ، و الإعتراف لهم بإمكانية تمثيلهم عن طريق محامي إذا رغبوا في ذلك فمادتها الأولى أولت أهمية للأطراف في الإجراءات الجديدة .

و هي كلها إثباتات لجدية وصرامة العملية الرقابية التي تتأكد من إجراء عدم التقرير في المسألة الإستعجالية الدستورية عقب المداولة مثلما كان معمولا به في إطار الرقابة الدستورية السابقة ، بل بعد عدة أيام في إطار إحترام الثلاثة أشهر المحددة للمجلس الدستوري للفصل في مسألة أولوية الدستورية ، و يكون القرار مسببا ، و يعلن للأطراف ، و يبلغ لمجلس الدولة أو لمحكمة النقض و السلطات و ينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية أو لكاليديونيا الجديدة عند اللزوم -

### الفرع الثاني : إنعاش حركية المجلس الدستوري كحامي حريات و حقوق المواطن

تتعدد النصوص القانونية التي يمكن أن تكون محل المسألة الإستعجالية الدستورية (أولا) وكثيرة هي النصوص التي خضعت لرقابة المجلس الدستوري بمناسبة إثارة المسألة الإستعجالية الدستورية (ثانيا) .

### أولا : تعدد النصوص القانونية الخاضعة للرقابة اللاحقة

يمكن إثارة الوجه المستمد من مخالفة الحقوق و الحريات المكفولة بالدستور ضد أي نص تشريعي مع عدم إمكانية إثارة عدم دستورية قانون في مجمله<sup>1</sup> .

يمكن لأي نص تشريعي أن يكون محل المسألة الإستعجالية الأولية أيا كان تاريخ صدوره أو العمل به بعد تاريخ 1958. دون تقييد مادي، عضوي أو شكلي ، شرط أن تتعلق بالحقوق و الحريات المكفولة دستوريا<sup>2</sup> .

يمكن للنصوص التي تتضمن قواعدا موضوعية أن تكون محلا لمسألة الدستورية مثل النصوص التي تتضمن قواعدا إجرائية.

تتعدد النصوص القانونية التي يمكن أن تكون محل المسألة الإستعجالية الدستورية وتمثل في :

<sup>1</sup> - منصور محمد أحمد ، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين ، المرجع السابق ، ص 31.

<sup>2</sup> - لم يحدد المشرع الأساسي الفرنسي مضمون الحقوق و الحريات الدستورية المحمية من طرف إجراء المسألة الإستعجالية الدستورية ، وبالتالي فالمواطن يجهل النص الخاضع للرقابة من عدمه ، مما يعيق التعرف على النص القانوني الذي كان محل إجتهااد للمجلس الدستوري ، ويستعصي عليه إقامة وجه عدم الدستورية لتنفيذ المسألة الإستعجالية الدستورية. إلا أن الفقه بذلوا جهدا في تحديدها ، و اتفقوا على النصوص التي أوردناها أعلاه ، في إنتظار تدخل المشرع الأساسي الفرنسي و إصلاح الفراغ القانوني .



أ.د. سعيداني - لوناسي ججيقة

أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي — ولد أحمد تنهان (ط د)

1- النصوص اللائحية المدرجة في قانون وهي النصوص القانونية التي تمس مجالات أخرى خلافا للمجالات التي تدخل في مجال القانون ، و تتخذ نتيجة لهذا الوضع طبيعة لائحية إستنادا إلى صياغة المادة 38 الفقرة الأولى من الدستور<sup>1</sup>.

2- يمكن إثارة وجه عدم الدستورية ضد القوانين الصادرة التي لم تكن محلا لأية رقابة للدستورية ، إلا تغيرت الظروف القانونية بل الواقعية ، سواء نشأ ذلك التغير بسبب تعديل دستوري لاحق ، أو بسبب تطور إجه القضاء الدستوري -

3- ضد أي قانون صادر كانت نصوصه محلا لرقابة الدستورية بصورة عرضية عن طريق تطبيق الإجه القضائي المتعلق بحالة الطوارئ<sup>2</sup> و<sup>3</sup>.

### ثانيا : نشاط المجلس الدستوري كحامي حقوق و حريات المواطن

بلغ عدد المسائل الإستعجالية التي نظر فيها المجلس الدستوري 351 مسألة من عام 2010 إلى 2014 ، غير أنه عرف تراجعا من عام إلى آخر :

- ففي عام 2010 نظر في 110 مسألة إستعجالية دستورية .

- أما عام 2012 فنظر في 74 مسألة إستعجالية .

- أما في عام 2013 فنظر في 66 مسألة إستعجالية .

- وفي عام 2014 لغاية 30 جوان نظر في 37 مسألة إستعجالية<sup>4</sup> -

تلقى المجلس الدستوري الفرنسي 207 إحالة من طرف مجلس الدولة ، و 258 إحالة من محكمة النقض ، و بالنتيجة فالمجلس الدستوري تلقى 2360 ملفا ، شكلت 80.3 % متعلقة بقرارات عدم الإحالة ، بمعدل 856 ملفا محالا من طرف مجلس الدولة ، 24 % منها قرارات عدم إحالة ، و 1504 ملفا محالا من طرف محكمة النقض من بينها 18 % قرارا عدم إحالة ، و قد أصدر 395 قرارا ، 56.2 % قرارات مطابقة ، 14.1 % قرارات مطابقة بتحفظ و

<sup>1</sup> - منصور محمد أحمد ، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا ، المرجع السابق ، ص 78

<sup>2</sup> - منصور محمد أحمد ، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا ، المرجع السابق ، ص 81.

<sup>3</sup> - غير أن هناك نصوصا كثيرة توصف أنها نصوص تشريعية لكنها غير مدرجة بالقانون و مثالها :

- الأعمال المختلفة الصادرة عن السلطة التنفيذية سواء قبل العمل بدستور 1958 أو بعد ذلك ومنها من كانت تابعة لمجال القانون ماديا أم لا لقرارات النظام القديم من أوامر ومراسيم والتي لاتزال سارية اليوم ، قوانين VICHY ، الصادرة عن رئيس الدولة الفرنسية من خلال ممارسة السلطة التشريعية عن طريق مجلس الوزراء بل وعن طريق رئيس الحكومة و حده أو من مجلس الحكومة يكون معمولا به حتى الآن .

- أوامر فرنسا الحرة و الحكومة المؤقتة للجمهورية الفرنسية ذات الطبيعة التشريعية التي أكد عليها مجلس الدولة ورفض بسببها النظر فيها<sup>3</sup> -

<sup>4</sup> - BILAN statistique au 30 juin 2014 , nouveau cahiers du conseil constutionnel n 45 , octobre 2014 .



أ.د. سعيداني - لوناسي ججيقة

أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي ——— ولد أحمد تنهان (ط د)

إكتشف بالتحديد 102 حكما تشريعيًا خارقًا للحقوق و الحريات المضمونة دستورياً ، بمناسبة تحريك المسألة الإستعجالية الدستورية <sup>1</sup> .

وقد سجل المجلس الدستوري حيوية في حماية الحرية الفردية <sup>2</sup> ، حيث راقب قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية في عدة مناسبات ، و راقب على الخصوص نظامي الحبس المؤقت <sup>3</sup> و نظام العلاج في المستشفيات دون موافقة <sup>4</sup> ، وفرض إشراك المحامي في الإجراءات <sup>5</sup> وعلمنا أن رقابة المجلس الدستوري لم تقتصر على القانون الجنائي <sup>6</sup> ، بل تنوعت رقابته ، فشملت القانون الجنائي و الإجراءات الجبائية أين أصدر 16 قرار رقابي ، و 7 قرارات متعلقة بالصحة العمومية ، و أخرى متعلقة بقانون البيئة ، و بالمنح الإجتماعية و غيرها <sup>7</sup> .

#### الخاتمة

دعمت المسألة الإستعجالية الدستورية الديمقراطية في الجمهورية الفرنسية ، فقد ساهم نظام الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في توسيع عملية الرقابة على دستورية القوانين ، مما يسمح بإكتشاف مواطن لعدم الدستورية كان من المرجح التغاضي عنها ، وعقّلت الرقابة الدستورية ، التي أصبحت تتجاوز طعون السلطة لبط رقابة دستورية ، فالمجلس الدستوري يتبع المنطق أثناء الفصل فيها ، وفق فحص منهجي ثابت ، كما ميزت التصرف التشريعي عن التصرف الإداري ، وكشف تطبيقها عن المخالفات الدستورية التي مست التصرف التشريعي .

كما سمحت للمجلس الدستوري أن يستفيد من خبرة القاضي الإداري ، وعززت شرعية الرقابة على دستورية القوانين ، فالمسألة الإستعجالية الدستورية تسمح بالتعرف على المجلس الدستوري تشكيلا و تنظيميا ، خاصة أن نظامها القانوني ضمن تمثيل المواطن .

<sup>1</sup> - conseil constitutionnel français , " les 5 ans de qpc au conseil constitutionnel quelques chiffres " , avril 2015 p 2 , www. Conseil constitutionnel . fr .

<sup>2</sup> - Antoine BOTTON , Bilan de trois années de QPC « Droit pénal, procédure pénale et liberté individuelle » , in Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel(Dossier : Le Conseil constitutionnel : trois ans de QPC) , n° 40 ; - juin 2013 .

<sup>3</sup> - Notamment, Conseil constitutionnel , décision n 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 (Garde à vue I) ; no 2011-191/ 194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011 (Garde à vue II). V. également infra, les nombreux commentaires doctrinaux de ces décisions.

<sup>4</sup> - Conseil constitutionnel , décision n 2011-133 QPC du 24 juin 2011 (Exécution du mandat d'arrêt et du mandat d'amener).

<sup>5</sup> - jean – louis debré , " la QPC une question pour la démocratie " , colloque organisé par lexis nexis à limitative du président de l'assemblée nationale , claud bartolone ; 5 avril 2013 ; p 2.

<sup>6</sup> - للإطلاع على تفاصيل حول الحقوق التي كانت محل رقابة المجلس الدستوري الفرنسي بمناسبة المسائل الإستعجالية الدستورية .  
زر الموقع التالي :

-[www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr) .

<sup>7</sup> -jean – louis debré , la QPC une question pour la démocratie , op cité , p 3 .





أ.د. سعيداني - لوناسي ججيقة

أثر المسألة الإستعجالية الدستورية " QPC " على النظام القانوني الفرنسي — ولد أحمد تنهنان (ط د)

ومن هنا يكون المؤسس قد ساير مسيرة معالجة نقائص الديمقراطية الغير مباشرة . و لم يتجاهل دور مؤسسة الرقابة على دستورية القوانين . وحينها مع إصلاحات الإيثراك المباشر للمواطن.

وننتج عن ذلك :

- ضمان سمو الدستور .
- دمقرطة العمل التشريعي للبرلمان . الذي لا محالة سيعمل جاهدا على التشريع وفقا للدستور نتيجة للرقابة الواسعة على أعماله . ما يجعل سن القانون جديا و يتمتع بمصداقية -
- التأكيد على مبدأ الفصل بين السلطات . و تفادي إحتكار السلطة . بالتأكيد على أن السلطة القضائية سلطة تطبيق القانون لا رقابته . و أن السلطة التشريعية مهامها سن القانون .

ومن هنا تظهر أهمية الرقابة على دستورية القوانين في حماية الحقوق و الحريات . و أن الإخطار بمفهومه العضوي . المادي . ليس بسبب حقيقي لفشل العملية الرقابية . فالسبب الحقيقي يتمثل في عدم إستجابة الجهات التي تتمتع بحق الإخطار لمتطلبات تمثيل المواطن . فلو دأب رئيسي الغرفتين البرلمائيتين مثلا على إخطار المجلس الدستوري بمواطن عدم الدستورية لنجحت الرقابة السابقة على دستورية القوانين. وهو ما يفسر سبب التعديل الدستوري لعام 2008 بفرنسا . الذي لا يخرج عن تدعيم دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق و الحريات عن طريق التدخل المباشر للمواطن وفقا للإجراءات المحددة قانونا .



## الفساد وانعكاساته الاقتصادية على الدولة

د. طويل نسيمة جامعة بسكرة

### ملخص:

إن الفساد ظاهرة معقدة من حيث مظاهرها وتعتبر انعكاساتها جد خطيرة على تقدم الدولة ونموها. بحيث تنتشر هذه الظاهرة وتتزايد داخل الدول المتخلفة ما يزيد من تعقد وضعيتها الاقتصادية، حيث تحول الفساد من ظاهرة محلية إلى ظاهرة عالمية تستوجب التعاون الدولي لمواجهتها وإبداء قدر أكبر من الاهتمام بإعادة النظر في الترتيبات الحالية لمواجهتها ووضع استراتيجيات يتم تحديثها باستمرار لضمان مواجهة المشكلات الناجمة عن كل صور الفساد المعاصرة

### Résumé:

La corruption est un phénomène complexe en termes de ses manifestations, ces répercussions sont très graves sur les progrès et la croissance du pays.

De sorte que la propagation de ce phénomène se développe dans les pays sous-développés, ce qui complique leurs situations économique.

La corruption passé d'un phénomène local à un phénomène mondial qui nécessite une coopération internationale pour faire face.

Et accorder une plus grande attention et reconsidérer les dispositions actuelles pour contrer les problèmes causés par toutes les formes contemporaines de la corruption.

### مقدمة

تعتبر ظاهرة الفساد والفساد الإداري والمالي بصورة خاصة ظاهرة عالمية شديدة الانتشار ذات جذور عميقة تأخذ أبعادا واسعة تتداخل فيها عوامل مختلفة يصعب التمييز بينها. وتختلف درجة شموليتها من مجتمع لآخر. إذ حظيت ظاهرة الفساد في الآونة الأخيرة باهتمام الباحثين في مختلف الاختصاصات كالاقتصاد والقانون وعلم السياسة والاجتماع. كذلك تم تعريفه وفقا لبعض المنظمات العالمية حتى أضحت ظاهرة لا يكاد يخلو مجتمع ذو نظام سياسي منها.

تزايد الاهتمام بقضية الفساد منذ النصف الثاني من الثمانينات نظرا للآثار السلبية لهذه الظاهرة على التنمية السياسية الاقتصادية والاجتماعية. وقد ظهرت العديد من الدراسات التي اتخذت من قضية الفساد موضوعا لها. قدم فيها الباحثون عرضا لصوره ومظاهره. وتحليلا لهذه الظاهرة في محاولة جادة وصادقة من جانبهم لكشف وتعريف هذه المعظلة والدعوة لمكافحتها والحد من انتشارها. خاصة وأن الفساد تحول من ظاهرة محلية إلى



ظاهرة عالمية تستوجب التعاون الدولي لمواجهتها وإبداء قدر أكبر من الاهتمام بإعادة النظر في الترتيبات الحالية لمواجهتها . ووضع استراتيجيات يتم تحديثها باستمرار لضمان مواجهة المشكلات الناجمة عن كل صور الفساد المعاصرة. ولم تقتصر هذه الجهود على الدول المتقدمة، وإنما شملت أيضا الدول النامية التي تعاني اقتصادياتها ومجتمعاتها من تفشي هذه الظاهرة بصورة أكبر مما تعانيه الدول المتقدمة. حتى أضحت الفساد يحظى بالأولوية في قائمة اهتمام الحكومات في الدول النامية.

## - فكيف يمكن تحديد الآثار السلبية لهذه الظاهرة وخاصة على الناحية الاقتصادية للدولة ؟

تكمن خطورة هذه الظاهرة في تعدد جوانبها وبالتالي في تعدد مستويات التأثير على تطور الدول وتقدمها وتواصل مسيرة التنمية بها . مما جعل موضوع الفساد من المواضيع الأكثر إثارة ونقاش على المستوى الدولي وعلى مستوى الدول النامي بالتحديد . ويرجع الاهتمام بقضايا الفساد في الدول النامية لعدة أسباب أهمها:

- الفساد واختلال الميزان الاجتماعي بسبب سياسات الإصلاح في غالبية الدول النامية.
- ظهور شريحة اجتماعية غنية في العقد المنصرم استفادت من التحولات في السياسات الداخلية للدول النامية والدول التي تمر بمرحلة التحول وانفتاح هذه الدول على العالم.
- انتشار الفساد في الأوساط السياسية وخاصة منها أصحاب المناصب السامية في تلك الدول.
- ظهور قوى داخلية تدعو إلى مكافحة الفساد وفضح قضاياها.
- ونظرا للأهمية المتزايدة لهذا الموضوع ستحاول هذه الدراسة إلقاء الضوء على إشكال وأسباب الفساد وأهم آثاره الوخيمة على أداء الدولة الاقتصادية مع النمذجة في العديد من المراحل مع محاولة وضع مقترحات تساعد على الحد من تنامي هذه الظاهرة والتخفيف من انتشارها.

وللإلمام بهذه الظاهرة وتداعياتها خاصة الاقتصادية منها سنتبع المقالة التقسيم

الهيكلية التالي :

### مقدمة

#### I. المقاربة المفاهيمية للفساد:

#### II. - تكاليف الفساد من حيث التنمية الاقتصادية والفقر

#### III. - الآثار المدمرة للفساد على الجانب الاقتصادي للدولة

#### IV. - مؤشرات قياس ظاهرة الفساد.



## I - المقاربة المفاهيمية للفساد:

### 1/ تعريف الفساد:

يقتضي في معظم البحوث الأكاديمية لتحديد معنى المصطلحات المستخدمة ومضمونها حتى ينحصر المصطلح في إطاره الموضوعي. واستنادا إلى ذلك، يمكن تعريف الفساد لغة واصطلاحاً<sup>(1)</sup>.

- **الفساد لغة:** الفساد في معجم اللغة هو من (فسد) ضد صلح والفساد لغة البطلان. فيقال فسد الشيء أي بطل. كما يأخذ معنى الجذب والقحط. كما في قوله تعالى: (ظهر الفساد في البر والبحر بمكاسب أيدي الناس ليزيقهم الذي علموا لعلهم يرجعون) (سورة الروم / الآية 41).

أو الطغيان والتجبر كما في قوله تعالى (للذين لا يريدون علواً في الأرض ولا فساداً) (سورة القصص / الآية 83).

- **الفساد اصطلاحاً:** هناك اتجاهات مختلفة تتفق في كون الفساد هو سوء استعمال السلطة العامة أو الوظيفة العامة للكسب الخاص. والفساد مصطلح له معان عديدة. وبدء التعامل السليم مع هذه المسألة هو تقسيمها وتحليلها إلى عناصرها الكثيرة. وفي أوسع صورة يمكن القول بأن الفساد هو سوء استخدام المنصب العام لغايات شخصية. وتتضمن قائمة الفساد على سبيل الذكر: الرشوة، الابتزاز، استغلال النفوذ، الاختلاس، الاحتيال. يعرف البنك الدولي الفساد بأنه استغلال المنصب العام بغرض تحقيق مكاسب شخصية والمنصب العام كما عرفه القانون الدولي هو منصب ثقة يتطلب العمل بما يقتضيه الصالح العام.

### 2/ آليات الفساد:

أ- آلية دفع الرشوة - العمولة - إلى الموظفين في القطاع العام والخاص لتسهيل عقد رجال أعمال أو شركات.

ب- وضع اليد العام على المال العام والحصول على مواقع متقدمة للأبناء والأصهار والأقارب في الجهاز الوظيفي.

### 3/ مظاهر الفساد:

الفساد من حيث مظهره يشمل أنواع عدّة أهمها<sup>(2)</sup>:

(1) - مجموعة من الباحثين، الفساد والحكم الصالح في الدول العربية، ضمن بحوث ومناقشات الندوة الفكرية حول الفساد، مركز دراسات الوحدة العربية، الإسكندرية، سنة 2004، ص125.

(2) - نادر فرجاني، "الفساد وأثاره"، في مجلة المستقبل العربي، العدد 256، بيروت، سنة 2000، ص18.



أ- الفساد السياسي: ويتعلق بمجمل الاجرافات المالية ومخالفات القواعد والأحكام التي تنظم عمل النسق السياسي - المؤسسات السياسية في الدولة - ومع أن هناك فارق جوهري بين المجتمعات التي تنتهج أنظمتها السياسية أساليب ديمقراطية وتوسيع المشاركة وبين الدول التي يكون فيها الحكم شموليا ديكتاتوريا. إلا أن العوامل المشتركة لانتشار الفساد في كلا النوعين من الأنظمة تتمثل في نسق الحكم الفاسد. وتتمثل مظاهر الفساد السياسي في: الحكم الشمولي الفاسد. فقدان الديمقراطية. فقدان المشاركة. فساد الحكم. وسيطرة نظام الحكم على الدولة على الاقتصاد وتفشي المحسوبية.

ب- الفساد المالي: ويتمثل في مجمل الاجرافات المالية ومخالفة القواعد والأحكام المالية التي تنظم سير العمل الإداري والمالي في الدولة ومؤسساتها ومخالفة التعليمات الخاصة بأجهزة الرقابة المالية كالجهاز المركزي للرقابة المالية المختص بفحص ومراقبة سحابات وأموال الحكومة والهيئات والمؤسسات العامة والشركات.

ويمكن ملاحظة مظاهر الفساد المالي في: الرشاوى. الاختلاس. التهرب الضريبي و المحسوبية.

ج- الفساد الإداري: ويتعلق بالاجرافات الإدارية والوظيفية أو التنظيمية وهي تلك المخالفات التي تصدر عن الموظف العام أثناء تأديته لمهام وظيفته في منظومة التشريعات والقوانين والضوابط ومنظومة القيم الفردية التي لا ترقى للإصلاح. وسد الفراغ لتطوير التشريعات والقوانين التي تغتنم الفرصة للاستفادة من الثغرات بدل الضغط على صناع القرار والمشرعين لمراجعتها وتحديثها باستمرار.

وتتمثل مظاهر الفساد الإداري في: عدم احترام أوقات ومواعيد العمل في الحضور والانصراف. الامتناع عن العمل وعدم تحمل المسؤولية. إفتشاء أسرار الوظيفة والخروج عن ضوابط العمل الجماعي.

6- الفساد الأخلاقي: ويتمثل في الاجرافات الأخلاقية والسلوكية المتعلقة بسلوك الموظف الشخصي وتصرفاته. كالقيام بأعمال مخلة بالحياء في أماكن العمل أو أن يجمع بين الوظيفة وأعمال أخرى خارجية دون إذن إدارته. أو أن يستغل السلطة لتحقيق مآرب شخصية له على حساب المصلحة العامة أو أن يمارس المحسوبية بشكلها الاجتماعي دون النظر إلى اعتبارات الكفاءة والجدارة.



## 5- أسباب نمو وتزايد ظاهرة الفساد:

أ- تمتع المسؤولين الحكوميين (العموميين) بخبرة واسعة في التصرف وبقليل من الخضوع للمساءلة، فهؤلاء يستغلون مناصبهم لتحقيق مكاسب شخصية . عن طريق قبول الرشاوي من الشركات أو المواطنين نظير حصولهم على امتيازات واستثناءات.

ب- إن الدافع وراء سلوك المسؤولين الفاسد هو الحصول على ريع مادي يساعدهم على تحقيق هذا الكسب غير القانوني وبالتالي تخطي وخرق التدخل الحكومي والقيود والقوانين التي تضعها حكومة ما. من الأمثلة على ذلك قيود التجارة (الرسوم الجمركية، حصص الاستيراد، قائمة المسموح والممنوع استيراده... الخ) والسياسات الصناعية القائمة على المحسوبية والعلاقات الشخصية مثل الإعانات الضريبية وقواعد تحديد سعر الصرف .

ج- يحصل بعض المسؤولين الحكوميين على رشاوي ضخمة رغم عدم وجود تدخل حكومي . مثلما يحدث في حالة الموارد الطبيعية كالبتروول والغاز، وإمداداته محددة بطبيعته، وكلفة استخراجها أقل بكثير من سعره في السوق. ولما كانت الأرباح غير العادية متاحة لمن يستخرجون البتروول والغاز. فمن الراجح تقديم الرشاوي للمسؤولين عن منح حقوق استخراجها.

د- يتفشى الفساد في الدول المتخلفة والبلدان التي تمر بمرحلة انتقال أو تحول سريع ويرجع ذلك إلى كون الظروف مهيأة إلى تزايد الفساد فالخافز على اكتساب الدخل قوي للغاية، ويتفاقم بفعل الفقر ومراتب الموظفين المنخفضة والمتناقصة وتزايد الأسعار.

هـ- بروز أهمية خاصة للعلاقات الشخصية في العلاقات الاجتماعية، حيث أصبح الحصول على مناصب عمل، صفقات، مشاريع يخضع لمنطق وجود العون أو الظهور. بغض النظر عن الكفاءات والخبرة.

و- احتفاظ الدولة بثروة هائلة وإضفاء المشروعية على سلطاتها على مشروعات الأعمال، حتى ولو كانت خاصة، مما يعطى المسؤولين الحكوميين سلطات استثنائية، وطرقا كثيرة للتماس الرشوة، ونطاقا واسعا لنهب الثروات العامة.

يؤدي ضعف المجتمع المدني وتهميش دور مؤسساته في كثير من الدول خاصة المتخلفة إلى غياب قوة الموازنة المهمة في هذه المجتمعات، مما يساعد على تفشي ظاهرة الفساد واستمرار نموها.

ي- انخفاض المخاطر المترتبة على الانغماس في سلوك فاسد، فالعقوبة المنصوص عليها في قوانين الدول النامية خاصة . لا تشكل رادعا عن ارتكاب الأعمال الفاسدة، ناهيك عن أن ضعف الإشراف الحكومي بعيدا عن المركز، وإضفاء الطابع الشخصي على العلاقات الاقتصادية والفضائح المالية، كل ذلك يؤدي إلى تفويض معايير السلوك الرسمي والخاص على حد سواء.



فمن الصعب معاقبة شخص ما على سوء التصرف إذا كان هناك تصور عام بأن الأشخاص الآخرين. بما في ذلك كبار المسؤولين يفعلون نفس الشيء ولا يتعرضون للمساءلة والخضوع للمحاكمة. مما يعني انتشار أوسع وفترة انتعاش أطول للفساد في تلك البلدان.

## II - تكاليف الفساد من حيث التنمية الاقتصادية والفقير:

تتخذ صفقات الفساد أشكالاً عديدة يمكنها أن تشوه توزيع الموارد و أداء الحكومة بطرق عديدة. ومن الواضح أن أثر الفساد على السلامة الاقتصادية لبلد ما سيتوقف على ما يمكن الحصول عليه من إنتشار الرشوة. غير أن الأبحاث المقارنة لحالات الفساد في العديد من الدول تبين و تؤكد على أن ارتفاع الفساد يضر بالنمو الاقتصادي . وعندما يقترن الفساد بالجريمة المنظمة تحبط الأعمال التجارية المشروعة ويسوء توزيع الموارد وتتعرض المشروعات السياسية للخطر<sup>(1)</sup>.

### 1.النمو الاقتصادي:

إن أدبيات التنمية الاقتصادية لا تتعرض بصورة أكيدة إلى علاقة السياسات الحكومية وبروز وانتشارها بظاهرة الفساد. رغم أن القصور الحكومي هو الخطوة الطبيعية التي تؤدي إلى الممارسات غير المشروعة نتيجة لاهتمام الساسة والبيروقراطيين بالمصلحة الذاتية. وتشير الدراسات الإحصائية أن قوة المؤسسات القانونية والحكومية تؤدي إلى انخفاض مستويات الفساد مما يؤثر إيجاباً على النمو الاقتصادي والمتغيرات الاقتصادية الأخرى. كما تؤكد دراسات أخرى أن كثير من الاقتصاديات القادرة على المنافسة لا مظاهر فساد كبيرة. إن ارتفاع مؤشر الفساد يقترن بانخفاض مستويات الاستثمار التي تقاس بحصته من الناتج الداخلي الإجمالي. كما أن الدول التي يتفشى فيها الفساد تميل إلى خفض الاستثمار في رأس المال البشري بتخفيضها لتكاليف التعليم . لأن الفساد يمكن أن يحصل في شراء الكتب والأدوات المدرسية وبناء المدارس.

كما يؤكد العديد من الباحثين تحسين مرد ودية البيروقراطية - نزاهة الإدارة وحسن أداءها - يؤدي إلى زيادة الإنتاجية وبالتالي سيؤثر إيجاباً على تزايد نمو الناتج الداخلي الإجمالي. إن تأثير الفساد على الأداء الاقتصادي للدولة يحوي العديد من الاستثناءات حيث تشير الإحصائيات أن العديد من الدول خاصة في أوروبا الشرقية والتي تشتهر بارتفاع مستويات الفساد بها. تحقق معادلات نمو اقتصادي هائلة . مثلاً تشير آخر الإحصائيات أن الاقتصاد الروماني سجل أسرع نمو في الإتحاد الأوروبي لسنة 2014 بنسبة تعادل 9 بالمئة .

(1) - عادل عبد اللطيف، " الفساد كظاهرة عربية وآليات ضبطها "، في المستقبل العربي، نوفمبر 2004، ص95.





## 2-الفقر:

إن ارتفاع الفساد يؤثر مجملا على النمو الاقتصادي ، مما يعني أن الدولة الأكثر فقرا تعاني من مستويات عالية من الفساد، ودليل ذلك أن:

- الفقراء في ظل تفشي الفساد يحصلون على أدنى مستوى من الخدمات الاجتماعية. إذ كلما وزعت المنافع على أساس القدرة على الدفع، عانى الفقراء من إمكانية تقديم الرشاوى. وبالتالي حرمانهم من الحصول على التوزيع العادل للمعاشات والسكن والتعليم والصحة<sup>(1)</sup>.

- في دولة يتفشى فيها الفساد، يصمم المسئولين المشاريع العامة لزيادة الدخل الناشئ عن الرشوة والحد من احتمالات ممارستها، مما يعني أن المشاريع الموجهة لخدمة الفقراء ستكون قليلة أو معدومة لأنها لا تزيد من ريع الفساد بالنسبة لهؤلاء المسئولين.

- مواجهة الفقراء لعبء ضريبي أكبر وخدمات أقل. حيث إذا عم الفساد تزداد نسبة الضرائب الإجمالية المفروضة على من لا يملكون القوة والثروة لدفع الرشوة.

- بيع الفقراء لإنتاجهم في ظروف غير مواتية، حيث أن معظم الفقراء هم من صغار المنتخبين ويعتمدون على الوسطاء لإيصال منتجاتهم إلى البيوت وبالتالي سيخضعون للاحتكار من طرف موظفين مرتشين يسعون للمكاسب الشخصية.

- الحد من نمو المؤسسات المحلية الصغيرة، ففي بعض البلدان يتمركز العديد من الفقراء في الأرياف ويعيشون على مؤسسات تجارية صغيرة ، ويعجزون عن توسيع هذه المؤسسات أو تطويرها نظرا لفساد الجهاز التنظيمي والضريبي الحكومي.

### III-الآثار المدمرة للفساد على الجانب الاقتصادي للدولة:

للفساد بأنواعه آثار مدمرة تصيب بشكل مباشر النواحي الاقتصادية للدولة من أهمها:<sup>(2)</sup>

1. التهرب الجبائي من شأنه أن يضعف ميزانية الدولة.
2. التهرب الجمركي من شأنه أن يخل بتنافسية الشركات كما يجرم الدولة من إيرادات مهمة.
3. الاختلاس يزيد من اتساع رقعة الاقتصاد الريعي ويطرد النقود خارج دائرة الإنتاج.

(1) – باتريك جلين، الفساد العولمة، القاهرة، مركز الأهرام، سنة 2000، ص19.

(2) – د/طاهر مجاهد الصالحي، "اليمن وظاهرة الفساد- الآثار والتداعيات"، في مجلة دراسات اقتصادية، العدد 18 جانفي 2006. ص35 .



4. تهريب الأموال يقلل من ثقة المستثمر الأجنبي. وحتى المستثمر الوطني وقد بينت التجربة الجزائرية أن بنكا خاصا حديث النشأة كلف الدولة المعنية خسائر من 12 إلى 20 مليار دولار جراء معاملات فاسدة تجاه الزبائن ما أدى إلى تهريب مبالغ ضخمة إلى الخارج.
5. تبذير المال العام يثير الاضطرابات الاجتماعية ويفتح الحوار السياسي على موضوعات تصرف النظر عن موضوعات التنمية وأولويات الإصلاح.
6. الفساد التنظيمي يجرم الشركات من كفاءات القيادة والإدارة.
7. سوء استخدام الموارد يزيد من تكاليف الإنتاج ومن التكلفة الحدية لرأس المال.
8. الفساد يعيق أكثر ما يعيق تطور المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وهي المؤسسات المعول عليها في نمو الاقتصاد المعاصر.
9. يشوه الفساد تركيبة النفقات العامة. وتخصيص الموارد البشرية ويؤدي إلى إضعاف الرقابة على القطاع العام.
10. تتأثر معدلات النمو الاقتصادي بشكل كبير بدرجات الفساد. حيث تخصص الموارد على غير أساس النمو. وإنما على أساس الربح المتوقع منها. كما يؤثر في النمو عبر تأثيره في كل من الاستثمار الحكومي والاستثمار الخاص. ففي حالة الاستثمار الحكومي يبرز الانعكاس على المبلغ الإجمالي وعلى نوعية الاستثمار. حيث تزيد حجم العمولات من تكاليف الاستثمار في قطاعات مثل البناء والأشغال العمومية.
11. كما يؤثر الفساد على الاستثمار الخاص حيث دلت دراسة ميدانية أجراها بنك التنمية العالي أن الفساد يؤثر في سنغافورة المكسيك على مجال الاستثمار الأجنبي بما يعادل المعدل الحدي للضريبة بـ 50% من دخل هذه الشركات.
12. يدرج بعض الاقتصاديين موضوع الفساد ضمن نظرية التوزيع. كما يستخدمون نظرية الربح لتميز أبعاد هذه الظاهرة. ومعلوم أن نظرية التوزيع هي من أهم نظريات الاقتصاد وضع أساسها ريكاردو. حيث كان مفهوم الربح مقتصرًا على الأرض ثم الموارد الأولية. أما حاليا- في ظل الاقتصاديات الحالية- فيرد تحليل الربح من خلال المبالغ الضخمة للعمولات التي يتلقاها المسؤولون لقاء خدمات يستغلون فيها مناصبهم الحكومية. وعلى قدر المنفعة الحدية- منفعة الوحدة الأخيرة- التي يحصل عليها الموظف الحكومي المعني بظاهرة الفساد.
13. كما يساهم الفساد في إيجاد بيئة مشجعة لاستمرار العلاقة بين الظواهر السلبية وتزكية التفاعلات المثمرة في المناخ الاستثماري مثل انتشار ظاهرة التهريب السلعي وظاهرة التقطع والاختطافات للأجانب والسطو على أراضي المستثمرين والاستحواد على الملكية.



14. يستطيع الفساد أيضا تعطيل سياسات التصحيح الاقتصادي وأن يعمق أزمات الدول الاقتصادية. حيث يدمر مشاريع القطاع العام حيث تتسرب مخصصات الاستثمار الحكومي التي تخصص لتطوير وتحديث البنية التحتية إلى جيوب قلة من المنتفعين الذين يستفيدون من تشوّه (الإنفاق الحكومي).

#### IV- مؤشرات قياس ظاهرة الفساد:

إن خطورة ظاهرة الفساد تظهر من خلال تعدد تجلياته. حيث يظهر من خلال انتشار الرشوة (الفساد المالي) وتزايدها ظاهرة مرضية ظهرت على كل مستويات الدوائر الإدارية ودوائر الخدمات للدول ولعل أخطر ما في الرشوة من مميزات أنها حازت مشروعية شبه رسمية وحتى في الثقافة الشعبية حازت قدرا معتبرا من القبول العام وتكاد تصبح واحدة من ملامح البلاد النامية عموما<sup>(1)</sup>.

من أوجه الفساد الأكثر تجليا التهرب الجبائي. ويعني تهرب الأفراد والمؤسسات من دفع أقساط الضريبة وعدم التصريح بالأرباح من خلال ما ينجز من نشاطات غير مصرح بها . إلى جانب التهرب الجبائي وآثاره على الاستقرار الضريبي. هناك التهرب الجمركي. الممارس عادة من طرف كبار المسؤولين في الجمارك. حيث تضع وثائق البنك الدولي مؤسسات الجمارك على رأس دوائر الفساد لما لها من انعكاسات على مستوى الأسعار و مداخل الدولة وعلى المنافسة الشاملة - حصول المتعاملين في السوق على المزايا نفسها - .

كما يبرز التبذير في نفقات الدولة مؤشر رئيسي للفساد. حيث يمتلك مظاهر رئيسية تتصل بـ : (2).

- وضعية الاقتصاد لدى الدول التي مرت بمرحلة الاقتصاد الموجه.
- مرحلة الانتقال إلى اقتصاديات السوق ومرحلة الانفتاح ومظهر له علاقة بوضعية الاقتصاد الحر.

يخص المظهر الأول سلوك بعض كبار المسؤولين في الدولة من خلال تضخيم فواتير الإنفاق العام لصالح أفراد أو طبقات معينة - الاختلاس - وقد بينت دراسة ميدانية أن في دولة أوغندا 13% من مخصصات الإنفاق الحكومي لقطاع التربية لا تصل إلى هدفها و تذهب للحسابات الخاصة لكبار مسؤولي الدولة.

(1) - ورقة عمل حول الفساد والحكم الرشيد، مكتب السياسات الإنمائية، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، نيويورك جويلية 1997، ص33.

(2) - باتريك جيلين، مرجع سابق.



وخلال مراحل الإصلاح الاقتصادي استفادت معظم الدول التي مرت بمرحلة انتقال من مساعدات دولية مهمة. بعضها في إطار إعادة جدولة ديون هذه الدولة ، وبعضها في إطار برامج التكييف الهيكلي لصندوق النقد الدولي ، وعلى الرغم من محدودية مبالغ هذه المساعدات بالمقارنة مع احتياجات الانتقال وإعادة تأهيل الاقتصاديات الوطنية إلا أن مبالغ مهمة منها، تكون قد هربت أو استخدمت في غير محلها.

#### خاتمة :

اهتمت المؤسسات الدولية وبعض الدول الكبرى بمكافحة الفساد وإقامة الحكم الصالح من بين هذه المؤسسات منظمة الشفافية الدولية وشعارها (معاملات شفافة ونزيهة) وجمعية العدالة في المجتمع المفتوح وشعارها (تعزيز دور المجتمع المدني في مكافحة الفساد). ودعما لهذه الجهود الدولية لمكافحة الفساد أصدر الكونغرس الأمريكي العقد الدولي لمكافحة الفساد وإقامة الحكم الصالح في 5 أكتوبر 2000<sup>(1)</sup>.

كما شهدت الدول العربية بروز جمعيات لمكافحة الفساد ومؤسسات مثل الجمعية العربية لمحاربة الرشوة ومؤسسات الحكومة الالكترونية. وتدور انشغالات المنظومة الدولية حول مراقبة وتضييق نطاق عمليات الفساد بتشجيع حرية الإعلام، وإشراك المجتمع المدني في مراقبة هذه الظاهرة. التدقيق المحاسبي، إعادة التنظيم القانوني للصفقات التجارية و ترقية الانتخابات الحرة والشفافة.

كما تضافرت الجهود الدولية لإيجاد وسائل ناجعة لمكافحة تهريب وتبييض الأموال. بالإضافة إلى وضع برامج محددة للمساعدة الدولية في مجال محاربة الفساد بأنواعه وإقامة الحكم الراشد وترسيخ مبادئه .

- توصيات أساسية لمعالجة حالات الفساد:

- 1- تبسيط وسائل العمل، وتحديد مهل إنجاز المعاملات يعتبر أهم عامل في طريق مكافحة الفساد لأنه يضمن أمرين أساسيين يعول عليهما المواطن الأهمية الكبرى هما<sup>(2)</sup>
  - أ- إنجاز معاملاته بأقل نفقة ممكنة.
  - ب- إنجاز معاملاته بأقرب مكان ممكن وبالتالي بأسرع وقت ممكن.
- 2- إجراء تنقلات دورية بين الموظفين، مما يسهل ويعمل على تخفيض حالات الرشوة.

(1) - طاهر مجاهد الصالحي، مرجع سابق، ص15

(2) - د/بشير مصطفى، " الفساد وآثاره المدمرة"، في الموقع الالكتروني [www.google.com](http://www.google.com)، يوم 19 أكتوبر 2011، على الساعة 15، 21 سا.



- 3- تشكيل لجان خاصة لوضع نظام متكامل لأداء الموظفين تقوم بإجراء تفتيش دوري بين الدوائر والوزارات وإعداد تقارير خاصة حول التجاوزات الحادثة والمعاقبة الفورية لمرتكبيها.
  - 4- اعتماد معيار الكفاءة والخبرة لتقسيم الوظائف العامة على شاغليها مما يضمن تساوي وتكافؤ الموظفين من حيث المؤهلات والمعارف المتقاربة.
  - 5- تحديد الرواتب للفئات العاملة على أساس الكفاءة والشهادة مع ضرورة إجراء دراسات مقارنة للرواتب في القطاعين العام والخاص.
  - 6- إنشاء نظام رقابي فعال ومستقل مهمته الإشراف ومتابعة الممارسات التي تتم من قبل الوزراء والموظفين العاملين في كل وزارة ومؤسسة.
  - 7- تفعيل إدارة الخدمات بمعنى أن يصل إلى جميع الإدارات والمؤسسات العامة والبلديات أي أن تعطي إدارات الخدمات ذات العلاقة بالجمهور الأولوية الأولى. والتفعيل هنا يقتضي أن يتناول أربع قضايا أساسية هي:
    - أ- هيكلية هذه الإدارات وتحديد مهامها وصلاحياتها بحيث يعاد تكوينها على أسس علمية ومسلّمات معروفة .
    - ب- العنصر البشري في هذه الإدارات بحيث أن يختار الأجدد والأنسب على قاعدة تكافؤ الفرص والمؤهلات والتنافس. والعمل على إيجاد حلول لمعالجة ظاهرة البطالة.
    - ج- أساليب العمل. بحيث يعاد النظر في هذه الأساليب لغرض تبسيطها وجعلها أكثر مرونة وتحديد أصول إنجاز المعاملات..
  - 8 - العمل بمبدأ الشفافية في جميع مرافق ومؤسسات الدولة.
  - 9- إشاعة المدركات الأخلاقية الدينية والثقافية بين عموم المواطنين ، مما يزيد من الضمير المهني ويقلل من الممارسات الفاسدة.
- خلاصة القول أن ظاهرة الفساد ظاهرة معقدة من حيث مظاهرها وتعتبر انعكاساتها جد خطيرة على تقدم الدولة ونموها. بحيث تنتشر هذه الظاهرة وتتزايد داخل الدول المتخلفة مما يزيد من تعقد وضعيتها الاقتصادية . لذلك فمكافحة الفساد لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال حلول جزئية بل ينبغي أن تكون شاملة تتناول جميع مذكرات الإدارة من بنيتها وهيكلتها إلى العنصر البشري العامل فيها إلى أساليب العمل السائدة فيها .



## إجراءات تنفيذ قرارات التحكيم التجارية الدولية الأجنبية بالجزائر

د. مالكية نبيل جامعة خنشلة

### ملخص

يتم اللجوء للتحكيم التجاري الدولي في إطار التنمية و الاستثمار وقد اعتمده الدول النامية قصد تسهيل و تفعيل عميلة الاستثمار الأجنبية في حين اشترطت الدول المتقدمة التحكيم التجاري الدولي تفاديا لبطء الإجراءات و لسرعة الفصل في النزاع، ولاستبعاد قانون الدولة الطرف في العقد أو التي سينفذ القرار التحكيمي على إقليمها، و حسب هذا المفهوم فيمكن أن تطرح الإشكالات التالية :

- في مجال إجراءات تنفيذ قرارات التحكيم التجارية الدولية الأجنبية بالجزائر مامدى تطابق الاتفاقيات الدولية المبرمة في مجال التحكيم التجاري الدولي مع القوانين الإجرائية ؟
  - وهل هناك اتفاقات دولية تستبعد القوانين الوطنية عن الإطار الخاص بإجراءات تنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي و كيف تمت معالجة هذا الوضع في الجزائر ؟
  - ثم ما هي الحلول الممكنة عند تعارضها مع نصوص المعاهدة ؟ وإذا تعلق الأمر بالإجراءات التي تخص تنفيذ قرار التحكيم الأجنبية بالجزائر فما الذي يميز قرار التحكيم الأجنبي عن قرار التحكيم الوطني و عن قرار التحكيم الدولي الصادر بالجزائر و هل تخضع جميعا لإجراءات تنفيذ نفسها؟
  - ثم ما مدى تأثير طرق الطعن في أوامر الاعتراف أو عدم الاعتراف بتنفيذ قرارات التحكيم التجاري الأجنبية في عملية وقف تنفيذها أو إخضاعها للمراقبة ؟
- سنحاول الإجابة عن هذه الإشكالات من خلال الدراسة الحالية .

### Abstract:

Resort for international commercial arbitration in the context of development and investment has been adopted by developing countries in order to facilitate and puppet foreign investment activate while developed countries required international commercial arbitration in order to avoid the slow procedures and speed chapter in the conflict, but the exclusion of the law of the state party to the contract or that would run out the award on its territory , and according to this concept could be Taattrah following problems

In the implementation of the resolutions of international commercial arbitration procedures for foreign Algeria:

**How much match the international agreements in the field of international commercial arbitration with procedural laws?**

**Are there any international agreements exclude national laws for implementation of the framework for the procedures of foreign arbitral award and how they were handled this situation in Algeria?**

**Then what are the possible solutions when they conflict with the provisions of the treaty?**

**If it comes to the procedures pertaining to the enforcement of foreign arbitration decision in Algeria What distinguishes the decision of the foreign arbitration decision to the**



national arbitration and international arbitration for the resolution of all of Algeria and is subject to the procedures for implementing the same?

Then what the impact of the remedies in the recognition or non-recognition of orders enforcement of foreign arbitral awards in commercial moratorium or subject to the control of the process?

- We will try to answer these problems through the current intervention

**مقدمة :**

يعد الاهتمام بتنفيذ قرار المحكم من أولى الموضوعات التي تستحق الدراسة والتحليل ؛ ذلك أن الأهم في نجاح نظام التحكيم والتسليم بأفضليته لحل المنازعات ذات الطابع الدولي أو على المستوى الوطني هو تنفيذ قرارات التحكيم ، خاصة خارج الدولة التي صدرت فيها هذه الأحكام.

فليس هناك أهم من إمكانية تنفيذ حكم التحكيم ، خاصة في مجال التحكيم التجاري الدولي. لأن المكان الذي صدر فيه الحكم قد يتم اختياره بسبب ملائمته للأطراف دون أن يكون للطرف الذي صدر ضده الحكم أموال أو ممتلكات في الدولة التي تم اختيارها كمكان للتحكيم وصدر فيها الحكم . ولهذا فإن الطرف الذي صدر قرار التحكيم لصالحه يبحث عن الدولة التي يكون لخصمه فيها أموال وممتلكات يمكن التنفيذ عليها ولا تقل عن هذا أهمية تنفيذ قرار التحكيم الوطني ؛ ذلك أن تنفيذ هذا الأخير يعد بمنزلة لحظة الحقيقة بالنسبة لنظام التحكيم كله فنجاح التحكيم يقاس بمدى تنفيذ قراراته.

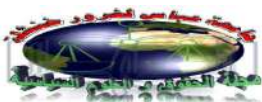
ولكن ما هو الفرض عندما يرفض الطرف المحكوم عليه تنفيذ قرار التحكيم اختيارياً ؟ هنا تظهر أهمية تنفيذ هذا القرار تنفيذاً جبرياً ، وذلك بالحصول على أمر بتنفيذه؛ حيث اهتمت التشريعات الحديثة -سواء الوطنية أو الدولية- بتنظيم مسألة تنفيذ قرارات التحكيم عموماً والتجارية الدولية على وجه الخصوص.

يتم اللجوء للتحكيم التجاري الدولي في إطار التنمية و الاستثمار وقد اعتمدته الدول النامية قصد تسهيل وتفعيل عميلة الاستثمار الأجنبية في حين اشترطت الدول المتقدمة التحكيم التجاري الدولي تفادياً لبطء الإجراءات و لسرعة الفصل في النزاع ، ولاستبعاد قانون الدولة الطرف في العقد أو التي سينفذ القرار التحكيمي على إقليمها ، و حسب هذا المفهوم فيمكن أن تطرح الإشكالات التالية :

في مجال إجراءات تنفيذ قرارات التحكيم التجارية الدولية الأجنبية بالجزائر:

- مامدى تطابق الاتفاقيات الدولية المبرمة في مجال التحكيم التجاري الدولي مع القوانين الإجرائية ؟

وإذا تعلق الأمر بالإجراءات التي تخص تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية بالجزائر:





- فما الذي يميز قرار التحكيم الأجنبي عن قرار التحكيم الوطني وعن قرار التحكيم الدولي الصادر بالجزائر وهل تخضع جميعا لإجراءات تنفيذ نفسها؟

- وما هي طرق الطعن في أوامر الاعتراف أو عدم الاعتراف بتنفيذ قرار التحكيم التجاري الأجنبي وأثرها في عملية وقف تنفيذ القرار؟

هذا ما سنعالجه في هذا البحث الذي نقسمه إلى مبحثين مستقلين وذلك على النحو

التالي:

المبحث الأول : تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في إطار الاتفاقيات والمعاهدات الدولية.  
المبحث الثاني : تنفيذ قرارات التحكيم التجاري الدولي وفقاً للتشريع الجزائري.

### المبحث الأول: تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في إطار الاتفاقيات والمعاهدات الدولية:

تعد الاتفاقيات الدولية من أهم مصادر القواعد المادية في القانون الدولي الخاص ومن بينها القواعد التي تتضمن تنظيمًا لبعض العقود الدولية.<sup>1</sup>

ومن أبرز هذه الاتفاقيات اتفاقية نيويورك لسنة 1958 واتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الاستثمارية على اعتبار أن هذه الاتفاقية الأخيرة تشكل أبرز الاتفاقيات الدولية في هذا المجال كما أسهمت بشكل ملحوظ في دعم ثقة المستثمر مما أدى إلى انسياب رؤوس الأموال للدول التي هي في حاجة إليها<sup>2</sup>

وفي ظل غياب التنفيذ الإرادي من قبل من صدر ضده قرار التحكيم، فإن من صدر لصالحه حكم التحكيم لن يتمكن من الحصول على المزايا التي قررها الحكم لصالحه إلا بعد اتخاذ إجراءات معينة، وإذا كانت مشكلة تنفيذ قرارات التحكيم، قد تبدو محدودة الأبعاد إذا ما ظلت في إطار النظام القانوني الداخلي للدولة، فإن جوانبها تتعاضد وتتنامى بالنسبة لتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة خارج الدولة التي يراد التنفيذ على أرضها، أو تلك التي تتعلق بالتجارة الدولية، لاسيما في ظل غياب قواعد تنفيذية موحدة بين الدول المختلفة تعالج تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية.

ولذلك فقد حاولت العديد من الدول سواء بشكل جماعي أو ثنائي، تذييل العقوبات التي تحول دون تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في المجال الخاص بإبرام اتفاقيات فيما بينها، فتعمل على تيسير تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية أو المتعلقة بالتجارة الدولية.

(1) أ/حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة 2010، ص 62

(2) أحمد أمين الهواري و أحمد عبد الحميد عشوش، دروس في التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، 1987، ص 91



ورغم الآثار التي حققت من جراء إبرام هذه الاتفاقيات إلا أنها لم تقض على كافة الصعوبات التي تحول دون تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية أياً كانت الأسباب.

ولبيان أكثر دقة نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين. نتعرض في الأول لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفقاً لاتفاقية نيويورك لعام 1958. كنموذج للقانون الاتفاقي. على أن نخصص المطلب الثاني لدراسة اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (اتفاقية واشنطن 1965)؛ وذلك على النحو التالي:

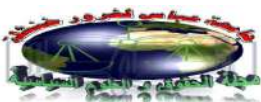
### المطلب الأول: اتفاقية نيويورك لعام 1958 (كنموذج للقانون الاتفاقي) :

نظراً إلى كون تنفيذ قرارات المحكمين الأجنبية وفقاً للقانون الاتفاقي يفوق من حيث المزايا الكثيرة نظيره الذي يتم وفقاً للنظام القانوني للدولة التي سيجري التنفيذ على إقليمها. فلقد حرصت غالبية الدول على تشجيعه وذلك بإبرامها العديد من الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية. والتي بمقتضاها يلتزم القضاء الوطني في كل دولة متعاقدة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

وإذا كانت اتفاقية نيويورك عام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية تأتي بصفة عامة على رأس هذه الاتفاقيات لما حوته بين طياتها من تيسيرات وملائمة لم تتضمنها أية اتفاقية أخرى.

وبخصوص هذه الاتفاقية فإنه إذا كانت اتفاقية جنيف لسنة 1927 من الاتفاقيات التي ينسب إليها فضل "السبق في محاولة إيجاد الحلول المناسبة لمشكلة تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إلا أنها لم تحقق بعد الأهداف المبتغاة من تنظيمها. ومن جهة أخرى فإنه حال تطبيقها قد يجد من فاعليتها وذلك لاقتصارها على أحكام التحكيم التي تكون نتاجاً لشرط حكيمي تتوافر فيه الضوابط الخاصة ببروتوكول جنيف لسنة 1923. وأن تكون صادرة من إحدى الدول المتعاقدة ومن أشخاص خاضعين لقضائها.

وتلافاً لهذه السلبيات وغيرها التي كشف عنها النمو المطرد والتطور المذهل للعلاقات الاقتصادية الدولية فقد تقدمت غرفة التجارة الدولية بمشروع يوائم متطلبات التجارة الدولية الحديثة إلى المجلسين الاقتصادي والاجتماعي لمنظمة الأمم المتحدة التي أحالت بدورها المشروع إلى لجنة لدراسته ووضع مشروع نهائي لاتفاقية دولية بشأن الاعتراف بقرارات المحكمين وتنفيذها ولما فرغت اللجنة من إعداد المشروع تولى المجلسان الدعوة إلى مؤتمر دبلوماسي لدراسته وإقراره. وفي تاريخ 10 يونيو 1958 أقر المؤتمر المشروع بعد أن أدخل عليه تعديلات كبيرة جعلته وسطاً بين الاتفاقية القديمة ومشروع الغرفة التجارية. وصارت هذه الاتفاقية نافذة منذ السابع من يونيو 1959.



ودراسة الأحكام الخاصة باتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها تتطلب منا التعرض لمزايا وخصائص اتفاقية نيويورك في فرع أول ؛ على أن نتبعه بدراسة إجراءات استصدار الأمر بالتنفيذ والجهة المختصة بمنحه ؛ وذلك في فرع ثانٍ . وذلك على النحو التالي:

### الفرع الأول: مزايا وخصائص اتفاقية نيويورك 1958:

إن المتتبع لمجال تطبيق اتفاقية نيويورك 1958 سيقف جلاء ووضوح على مدى أهميتها على الساحة الدولية . وعلى أهم المزايا التي تمتعت بها هذه الاتفاقية وأضفت عليها قوة ومرونة ؛ ومنها:

#### 1/ عالمية الاتفاقية:

تتميز اتفاقية نيويورك لعام 1958 بأنها اتفاقية عالمية ومفتوحة . وذلك لان الانضمام إليها متاح لكل دول العالم الأعضاء في الأمم المتحدة أو أجهزتها أو الذين سيصبحون كذلك وبهذه العمومية تتميز اتفاقية نيويورك عن غيرها من الاتفاقيات الإقليمية مثل اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 والمقصورة على الدول الأوروبية . وكذلك اتفاقية جامعة الدول العربية لعام 1952 والتي يقتصر الانضمام إليها على الدول العربية فقط.

#### 2/ اتساع نطاق تطبيقها:

تتميز كذلك نصوص اتفاقية نيويورك لعام 1958 بتوسيع دائرة ما يعتبر حكماً أجنبياً حيث يعتبر الحكم أجنبياً حتى لو كان صادراً من الدولة نفسها التي يراد تنفيذه فيها إذا كان هذا الحكم لا يمكن اعتباره حكماً حكيماً وطنياً وفقاً لقانون هذه الدولة. وينظم هذه الحالة الفقرة الأولى من المادة الأولى من الاتفاقية والتي تقضى بأن تطبيق الاتفاقية الحالية للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير الدولة التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية . كما تطبق أيضاً على أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف أو تنفيذ هذه الأحكام.

#### 3/ تقريبها من أحكام التحكيم الأجنبية وأحكام التحكيم الوطنية :

إذا كانت غالبية الدول قد دأبت على إخضاع تنفيذ أحكام التحكيم الداخلية لشروط أيسر وأسهل من تلك التي يخضع لها تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية أو الدولية . فإن اتفاقية نيويورك قد حرصت على تضيق هوة الخلاف بينهما - وإن كانت لم تصل بعد إلى حد التسوية بينهما - وذلك إعمالاً لمبدأ ما لا يدرك كله لا يترك كله . وينظم هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الاتفاقية التي تقضى بأنه لا تفرض للاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين التي



إجراءات تنفيذ قرارات التحكيم التجارية الدولية الأجنبية بالجزائر \_\_\_\_\_ د. مالكية نبيل

تطبق عليها أحكام الاتفاقية الحالية شروط أكثر شدة ولا رسوم قضائية أكثر ارتفاعاً بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرض للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنيين.

**الفرع الثاني: إجراءات التنفيذ وفقاً لاتفاقية نيويورك :**

**أولاً : ميعاد استصدار الأمر بالتنفيذ :**

بخصوص ميعاد طلب الأمر بالتنفيذ فنظراً لكون اتفاقية نيويورك لعام 1958 لم تحدد مدة يتقدم فيها طلب تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي فإنه يرجع في هذه الحالة إلى قانون القاضي لتحديدها.

**ثانياً : الجهة المختصة ومنح الأمر بالتنفيذ :**

نظراً إلى أن اتفاقية نيويورك لم تقم بتحديد الإجراءات الواجبة الإلتحاق للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها. حيث تركت تلك المهمة لقانون الدولة التي سيجري التنفيذ على إقليمها إعمالاً لمبدأ خضوع الإجراءات لقانون القاضي ، فإنه في حالة رغبة من صدر حكم التحكيم لصالحه في تنفيذه بالجزائر، فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (المرافعات) هو الذي سيتولى تحديد إجراءات تنفيذه.

**المطلب الثاني: اتفاقية واشنطن لعام 1965 :**

إن اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (واشنطن 1965) . قد أبرمت في 18/3/1965 ، إلا إنها لم تخرج إلى النور ولم يبدأ سريانها ونفاذها إلا في 14/10/1966م.

وقد أبرمت هذه الاتفاقية للتأكيد على ضرورة التعاون الدولي من أجل التنمية الاقتصادية ، ودور الاستثمار الدولي الخاص فيها ، وأطلق عليها إسم "اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات بين الدول ومواطني الدول الأخرى"<sup>3</sup> . وفحوى الاتفاقية أن أية دولة من الدول المتعاقدة لمجرد تصديقها أو قبولها أو إقرارها بهذه الاتفاقية تكون ملزمة بتقديم أي نزاع معين إلى التحكيم

**أولاً : المركز القانوني لتسوية منازعات الاستثمار والاختصاص القانوني وفقاً للاتفاقية :**

نصت المادة الأولى من الاتفاقية على أن يتم إنشاء المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار ويطلق عليه المركز ويكون الغرض منه توفير الوسائل اللازمة للتوفيق والتحكيم لفض المنازعات الخاصة بالاستثمار بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى طبقاً لأحكام هذه الاتفاقية (مادة 1. 2) ويكون مقر هذا المركز المكتب الرئيسي للبنك الدولي

(<sup>3</sup>) خالد محمد القاضي. موسوعة التحكيم التجاري الدولي. دار الشروق. الطبعة الأولى. 2002. ص 137.



للإنشاء والتعمير ، ويجوز نقل المقر إلى أي مكان آخر بقرار المجلس الإداري يصدر بأغلبية ثلثي الأعضاء (المادة 2) من الاتفاقية. ويكون لهذا المركز مجلس إداري وسكرتارية. كما يشكل من هيئة التوفيق وأخرى للتحكيم ، أما عن تمويل هذا المركز فقد حددته المادة 17 من الاتفاقية . ويكون لهذا المركز شخصية اعتبارية قانونية دولية . كما يتمتع أعضاء المركز في أراضي كل دولة متعاقدة بالحصانات والامتيازات القانونية الواردة بهذه الاتفاقية.

### ثانيا :الاختصاص القانوني :

يتمد الاختصاص القانوني للمركز إلى أية خلافات قانونية تنشأ مباشرة عن استثمار بين دولة متعاقدة وبين مواطن من دولة أخرى متعاقدة<sup>4</sup> وبشرط أن يوافق طرفا النزاع كتابة على تقديمها للمركز ؛ ويقصد بمواطن الدولة المتعاقدة الأخرى أي شخص طبيعي يتمتع جنسية دولة متعاقدة بخلاف الدول طرفي النزاع . وأي شخص اعتباري حاصل على جنسية دولة متعاقدة غير طرف في النزاع في تاريخ موافقة الأطراف على تقديم طلب التحكيم في النزاع .

### المبحث الثاني :تنفيذ قرارات التحكيم التجاري الدولي وفقاً للتشريع الجزائري.

إن التحكيم الدولي الذي تبنته أغلب الدول في حل منازعاتها الدولية هو التحكيم الذي تم النص عليه بالمادة 33 من ميثاق هيئة الأمم المتحدة التي كرست مبدأ حل المنازعات الدولية بالطرق السلمية وكان من ضمن هذه الطرق وأهمها التحكيم الدولي<sup>(5)</sup> . حيث أصبح فيما بعد منافسا للقضاء الدولي. كما يعد التحكيم التجاري الدولي منافسا للقضاء الوطني أو المحلي .وبالرجوع إلى تاريخ ظهور التحكيم الدولي يرى الفقيه "شارل روسو" أن المجتمعات السياسية في العصور القديمة تكون حتما قد عرفت التحكيم واستعملته في حل نزاعاتها بما يجعل المحاكم المؤقتة أسبق في الظهور من المحاكم الدائمة<sup>(6)</sup> . والجزائر كغيرها من الدول تبنت نظام التحكيم وآليات تنفيذ قرارات المحكمين وأكدته في النصوص التشريعية للجمهورية لاسيما قانون الإجراءات المدنية والإدارية لكن قبل التطرق لتنفيذ قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري ضمن المطلب الثاني سنتناول في المطلب الأول نظام التحكيم التجاري الدولي ومبررات الأخذ به في الجزائر.

(4) أ / حسان نوفل. مرجع سابق. ص 68.

(5) أنظر المادة 33 من ميثاق هيئة الأمم المتحدة بالفصل السادس و التي ذكرت إلى جانب التحكيم الدولي كطريقة من الطرق السلمية في المنازعات الدولية على ما يلي: ".... المفاوضات، التحقيق، الوساطة، المصالحة أو التوفيق، التسوية القضائية ."

(6) د- أحمد بلقاسم ، التحكيم الدولي ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2005، ص 35.



## المطلب الأول: نظام التحكيم التجاري الدولي ومبررات الأخذ به في الجزائر:

وفيه سيتم التطرق إلى النقاط التالية :

### الفرع الأول: اختلاف وتمييز التحكيم التجاري الدولي عن التحكيم الدولي:

إن التحكيم الدولي عموما تحكمه قواعد القانون الدولي العام، لاسيما الاتفاقيات الدولية والعرف لذا فإن قواعده تتسم بالسهولة وعدم التعقيد. أما التحكيم التجاري الدولي الذي وصف بالبدائية والبساطة فإنه أصبح اليوم أكثر تعقيدا لأن القوانين التي تحكمه أصبحت عديدة و معقدة<sup>(7)</sup> أي حكمه مجموعة قوانين من بينها: القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص والقوانين المحلية لمختلف الدول لاسيما القانون التجاري والقانون المدني والإجراءات المدنية. أي القانون الذي يحكم الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي والقانون الذي يحكم إجراءات التحكيم ومجمل القواعد التي تطبقها محكمة التحكيم وهو ما جعل من هذا التحكيم يوصف بالأكثر تعقيدا<sup>(8)</sup>.

ويختلف التحكيم الدولي عن التحكيم التجاري الدولي في كون هذا الأخير يهدف إلى حل النزاعات المتعلقة بالاستثمار والمجال التجاري بصفة خاصة والاقتصادي عموما في علاقة المستثمر بالدولة أما التحكيم الدولي فيختص بمجال العلاقات الدولية بطابعها السيادي.

### الفرع الثاني: إقرار التحكيم التجاري الدولي بالجزائر:

إلى جانب الدول العربية والدول النامية كانت الجزائر من بين الرافضين للتحكيم التجاري الدولي باعتباره أهم منازع للقضاء الوطني، فما الذي جعلها تعتمده ضمن نصوصها التشريعية بعد هذا الرفض لأكثر من 30 سنة مضت<sup>(9)</sup> ؟

- إن التحكيم الخاص بالمحروقات بعد الاستقلال هو الذي شكل بداية لتكريس مبدأ الحقوق المكتسبة عن طريق اتفاقية إيفيان بين الجزائر وفرنسا وإعلان المبادئ حول التعاون من أجل استغلال الثروات الباطنية الموجودة بالصحراء<sup>(10)</sup>.

- وبعد التحكيم في مجال المحروقات عرفت الجزائر التحكيم الخاص بالاستثمارات ثم التحكيم الخاص بعمود نقل التكنولوجيا ونظام التحكيم الجزائري الفرنسي لسنة 1983 ثم التحكيم في المؤسسات العمومية الاقتصادية والقانون التوجيهي لها سنة 1988 فالتحكيم التجاري

(7) د- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات الدولية، دار هومة للطباعة والنشر

والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 222.

(8) د- قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 222.

(9) د- عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 2004، ص 02.

(10) د- عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 02.



إجراءات تنفيذ قرارات التحكيم التجارية الدولية الأجنبية بالجزائر \_\_\_\_\_ د. مالكية نبيل

الدولي المؤسس من خلال المرسوم التشريعي 93-09<sup>(11)</sup> وانضمام الجزائر لاتفاقية نيويورك 1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها. وأخيرا النصوص التي عيّنت بالتحكيم التجاري الدولي ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (من المادة: 1039 إلى 1061).

### الفرع الثالث: مبررات تبني الجزائر للتحكيم التجاري الدولي :

إن التحول الذي شهدته الجزائر من النظام الاشتراكي إلى اقتصاد السوق الحر وحرية التعاقد، أهم الأسباب التي أدت إلى تبني سياسة الإصلاحات الاقتصادية مبررة ذلك بضرورة تكيف اقتصادها مع التغيرات الاقتصادية والتجارية الدولية وهو ما ما ورد في عرض الأسباب الخاصة بمشروع قانون الإصلاحات<sup>(12)</sup>. وقد ورد بعرض مشروع القانون ما يلي:

"...في العلاقات الدولية بين التجار لدول مختلفة هناك حذر متبادل اتجاه محاكم الدول. الخوف من تعقيد الحلول المتعلقة بتنازع القوانين والتنازع القضائي وهذا ما يدفع الأطراف لتسوية نزاعاتهم استخلاف المحاكم الوطنية بالمحكّمين الذين يتم اختيارهم من طرفهم. إن النشاط الاقتصادي والتجاري ولا سيما في الميدان الدولي لا يتقبل تباطؤ الإجراءات القضائية..."<sup>(13)</sup>

وعلى هذا الأساس تم تكريس التحكيم التجاري الدولي صراحة بالجزائر

### الفرع الرابع: تمييز قرارات التحكيم الوطنية عن قرارات التحكيم الأجنبية:

يعتبر قرار التحكيم الوطني هو القرار التحكيمي المحلي الذي يتم صدوره بموجب النصوص التشريعية الوطنية في إطار تنظيم إجراءات التحكيم الوطنية. بما يعني أن كل عناصره منتمة إلى دولة واحدة.<sup>(14)</sup>

ويخضع قرار التحكيم الوطني في تنفيذه من حيث الإجراءات والطعن والاستئناف إلى القوانين الوطنية. كما أن إجراءات النفاذ المعجل<sup>(15)</sup> بشأنه تخضع للإجراءات المدنية ومثال ذلك قرارات التحكيم الصادرة بشأن نزاع بالجزائر بين شركات عامة أو خاصة جزائرية أو بينها وبين الأفراد فهي تعد قرارات تحكيم وطنية.

(11) د- عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 01.

(12) د- عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 25.

(13) د- عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 25.

(14) د- قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 224.

(15) نصت المادة 1037 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "تطبق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل للأحكام على أحكام التحكيم المشمولة بالنفاذ المعجل".





فقد ورد نص المادة: 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بخصوص التحكيم الوطني بالصيغة التالية: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها..."

ونصت المادة: 1039 من ق إ م إ على: "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

بمفهوم المخالفة إذا لم تكن كل عناصر التحكيم منتمية إلى دولة واحدة فإن التحكيم لن يصبح وطنيا فهو إذن تحكيم أجنبي أو دولي، وتكمن بالتالي أهم معايير التمييز بين التحكيم الوطني والأجنبي فيما يلي:

1/ المعيار الجغرافي: ويدخل في إطاره المكان الذي جرى فيه التحكيم

2/ المعيار القانوني: ويتعلق بالقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

3/ المعيار الاقتصادي: ويتعلق بارتباط العقد موضوع النزاع.<sup>(16)</sup>

وبالرجوع إلى اتفاقية نيويورك بنص المادة الأولى نجد ما يميز التحكيم الوطني عن التحكيم التجاري الدولي بالفقرة الأولى كالتالي: "تطبيق هذه الاتفاقية على اعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها..."

وهو ما يجسد المعيار الجغرافي في تمييز القرار التحكيمي الأجنبي، أما بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري فتم اعتماد المعيار الجغرافي بالإضافة إلى المعيار الاقتصادي. وذلك عندما أشارت نص المادة: 1039 ق إ م إ السالفة الذكر على ذلك .

**المطلب الثاني: تنفيذ قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري.**

قد يجمع بين الحكم الأجنبي والقرار التحكيمي الأجنبي عامل مشترك هو صدورهما خارج إقليم الدولة التي سينفذان على إقليمها إلا أن الاختلاف بينهما يكمن في أن الحكم الأجنبي تصدره السلطات القضائية للدولة الأجنبية في حين يصدر قرار التحكيم الأجنبي عن المحكم أو الهيئة التحكيمية.

فهل تختلف إجراءات تنفيذ كل منهما حسب القوانين الجزائرية وما دور الإتفاقيات الدولية في عملية توحيد إجراءات التنفيذ؟<sup>(17)</sup>

(16) د - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 224.

(17) أ- مباركي التهامي، إجراءات تنفيذ قرارات التحكيم التجارية الدولية الأجنبية بالجزائر، نشرة القضاة، الجزء 02، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد 64، 2009، ص 53.



**الفرع الأول: إجراءات التنفيذ وطرق الطعن في أوامر الاعتراف أو عدم الاعتراف بالتنفيذ:  
أولا: التنفيذ والاعتراف بالقرار التحكيمي الأجنبي:**

الأصل أن الاعتراف لا يخص فقط القرار التحكيمي الأجنبي وإنما يتعلق بجميع القرارات التحكيمية الصادرة في مادة التحكيم التجاري الدولي إلا أن القرار التحكيمي الصادر خارج التراب الوطني الجزائري يعد أجنبيا بالنظر إلى مكان صدور والصفة الدولية. وتطبيقا لنص المادة: 1051 من ق إ م إ التي نصت على: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا اثبت من تمسك بها وجودها. وكان الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي. فمن هذا الجانب لا يمكن تصور صدور قرار خاص بالإعتراف بقدر ما يتجسد ضمنا في منح القرار التحكيمي الأمر بالتنفيذ.

وهذا حسب الفقرة الثانية من النص السابق عندما نصت على "وبنفس الشروط تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر بأمر من رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو من رئيس المحكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج تراب الجمهورية".

وعبارة محكمة محل التنفيذ أن يكون القرار التحكيمي قرار أجنبيا ويعود الاختصاص في منح الأمر بتنفيذه إلى رئيس محكمة تنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي.<sup>(18)</sup>  
**ثانيا: تقديم طلب التنفيذ:**

لكل طرف له مصلحة في تنفيذ قرار التحكيم أن يودع طلبه أمام الجهة القضائية وهي حسب نص المادة: 1035 ق إ م إ المحكمة التي صدر القرار التحكيمي في دائرة اختصاصها أو المحكمة التي سينفذ القرار التحكيمي بدائرة اختصاصها والتي تهمنا من هذا الجانب. لأنها ستتولى تلقي طلب تنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي بالمفهوم السابق بيانه وذلك بإتباع ما يلي:

#### **1/ إيداع أصل الحكم التحكيمي**

يتولى الطرف المعني بتعجيل تنفيذ الحكم التحكيمي إيداع أصل الحكم إلى رئيس الجهة القضائية بالمحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها. على أن يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل حكم التحكيم تطبيقا لنص المادة: 1035 / ف2

(18). أ- مباركي التهامي المرجع السابق، ص 54.



## 2 / إثبات صحة القرار التحكيمي:

يجب أن تتوفر بالوثائق المقدمة "الشروط المطلوبة لإثبات صحتها". ولا تثبت صحة القرار التحكيمي إلا بعد أن يطلع عليه رئيس الهيئة القضائية المختصة بعد ترجمته إلى اللغة العربية من طرف الجهة المختصة قانونا بعملية الترجمة.

### ثالثا: صدور الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي:

بعد الانتهاء من إيداع الوثائق المرفقة بأصل القرار التحكيمي وإثبات صحة الشروط الواردة به يكون القرار التحكيمي الأجنبي قابلا للتنفيذ بالتراب الوطني الجزائري. إذ نصت المادة: 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مايلي "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها ..."

### رابعا: تسليم الصيغة التنفيذية:

بعد أن يتم التأشير بذيال القرار التحكيمي أو بهامشه على الأمر بتنفيذه لأمانة ضبط المحكمة يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية مهورة بالصيغة التنفيذية لحكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف (المادة: 1036 ق إ م إ).

### خامسا: تنفيذ القرار التحكيمي بعد الحصول على الصيغة التنفيذية:

بعد الحصول على الصيغة التنفيذية فإن القرار التحكيمي الأجنبي سينفذ بناء على اعتماد القواعد الإجرائية المحلية المتبعة في تنفيذ الأحكام والقرارات المحلية. وهو ما يميلنا إلى الباب الخاص بالتنفيذ الجبري لأحكام المحاكم والمجالس القضائية والعقود الرسمية. إذ أن نص المادة: 601 من ق إ م إ جاء كما يلي: "لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي مهورة بالصيغة التنفيذية الآتية ..."

وكما سبقت الإشارة فإن القرار التحكيمي سواء كان وطنيا أو أجنبيا وسواء صدر بتطبيق القانون المحلي أو قانونا أجنبيا فإن صلته بالقانون الوطني أمر لا بد منه. وعليه فإن الأمر يتعلق بالرجوع إلى قانون 03/06 المؤرخ في: 20 فبراير 2006 المنظم لمهنة المحضر القضائي هذا الأخير هو من سيتولى عملية تنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي. ورغم خروجه عن الإطار القضائي الخاص بالمحكمة فإنه يظل مرتبطا بها من حيث إشكالات التنفيذ وطلب تسخير القوة العمومية والامتثال لأوامر وقف التنفيذ. (19)

(19) أ- مباركي التهامي، المرجع السابق، ص ص 56 ، 57.



### الفرع الثاني: طرق الطعن و مدى تأثيرها في وقف التنفيذ :

بالرجوع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وبالضبط في الباب المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي لاسيما طرق الطعن في أوامر الاعتراف والتنفيذ أوعدم الاعتراف بالتنفيذ لقرارات التحكيم الدولية نجدها قد ميزت بين قرارات التحكيم الدولية الصادرة عن الجزائر و قرارات التحكيم الدولية الأجنبية .

و يكمن الاختلاف في كون قرارات التحكيم الأجنبية غير قابلة للطعن بالبطلان أما قرارات التحكيم الدولية التي تصدر بالجزائر فيمكن الطعن فيها بالبطلان إذا توفرت شروط محددة على سبيل الحصر بنص المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 " و من خلال النص يستشف أن قرارات التحكيم الأجنبية المراد تنفيذها بالجزائر لا تكون محل طعن بالبطلان<sup>(20)</sup> وعليه فإن الطعن بالبطلان مستبعد بالنسبة لقرارات التحكيم الأجنبية .

- يمكن خلال عملية تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية مباشرة طرق الطعن ضد أمر الاعتراف بالتنفيذ أو عدم الاعتراف بالتنفيذ للقرار التحكيمية الأجنبية من طرف محامي المنفذ عليه أو المنفذ عليه شخصا ما يؤدي للاستخلاص أن الاستئناف والطعن يتعلقان بالأوامر أو القرارات الصادرة من المحاكم والمجالس القضائية بالجزائر و ليس القرار التحكيمية الأجنبية في حد ذاته<sup>(21)</sup>. مع العلم أن أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة. فقط يجوز الطعن فيها عن طرق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم.

يبقى التساؤل عن أهم الطرق الخاصة بالاستئناف والطعن بالنقض في الأوامر المتعلقة بتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية؟ وتتمثل في :

1/ صدور أمر الاعتراف بقرار التحكيم الأجنبية و تنفيذه :و يفهم من خلال نص المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إمكانية منح الأمر بالاعتراف أو التنفيذ عندما نصت : " لا يجوز استئناف القرار الذي يسمح بالاعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات التالية..."

فالأصل هو عدم جواز استئناف الأمر ويتضح من نص المادة السابق أنه لا مجال لاستئناف أمر الاعتراف أو التنفيذ للقرار التحكيمية الأجنبية بمعنى انه يصدر بصفة ابتدائية نهائية غير قابل للاستئناف.

<sup>(20)</sup>Mme Alliouche Karboua Naima, les voies de recours dans l'arbitrage commercial en Algérie ,colloque sur l'arbitrage commercial international organize par batonnat d'Annaba,le13,14,15 décembre 2006,p03

<sup>(21)</sup>Ibid, p03



أما الاستثناء فيمكن استئناف أمر الاعتراف أو التنفيذ إذا توفرت الحالات الواردة بالنص على سبيل الحصر (06 حالات) فإذا توافرت حالة من الحالات فإن الاستئناف يتم قبوله من الجهة المختصة مع العلم أن الحالات الستة نفسها يمكن إعمالها عند الطعن بالبطلان في قرارات التحكيم الدولية الصادرة بالجزائر (المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) والقرار الذي سيصدر عن جهة الاستئناف بقبول أو رفض الاستئناف يمكن أن يكون محل طعن بالنقض أمام المحكمة العليا، فما هو تأثير ذلك على إمكانية وقف التنفيذ؟<sup>(22)</sup>

إن الاستئناف يؤدي إلى وقف تنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي سواء كان القرار صادر بالرفض أو القبول لذا فإن مباشرة الطعن يؤدي لوقف التنفيذ طبقا لنص المادة 1060 التي نصت على: "يوقف تنفيذ الطعون وآجال ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055 و 1056 و 1058 تنفيذ أحكام التحكيم"

نستنج أن قرار التحكيم الأجنبي لا ينفذ إلا إذا لم يباشر أي طعن ضد الأمر الذي يعترف ويأمر بالتنفيذ وقبل صدور قرار المجلس القضائي .

2/ إن إمكانية صدور هذا الأمر يقتضيه نص المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عندما نصت على أنه "يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابل للاستئناف".

أمام هذه الحالة يمكن استئناف الأمر من طرف طالب التنفيذ وهو المستفيد من القرار التحكيمي فهل يؤدي الاستئناف إلى إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالاعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي؟

ويستثنى من هذه الحالة الطعن بالبطلان لأنها تخص قرارات التحكيم التجاري الدولي الصادرة بالجزائر المادة 1058 ق إ م إذا توافرت إحدى الحالات المحددة في نص المادة 1056 ويتعلق الطعن في هذه الحالة بالقرار التحكيمي في حد ذاته وليس في أمر المحكمة.

وبالرجوع لنص المواد 1055-1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن أوامر الاعتراف والتنفيذ أو عدم الاعتراف والتنفيذ لقرارات التحكيم الأجنبية تصدرها المحكمة الابتدائية (رئاسة المحكمة) لأن طلب الاعتراف يرفع أمام رئيس المحكمة ويتم استئناف الأمر الصادر عن المحكمة أمام المجلس القضائي المختص خلال شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة (المادة 1057 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).<sup>(23)</sup>

(22) أ- مباركي التهامي، مرجع سابق، ص 59.

(23) جدر الإشارة إلى إمكانية تبليغ القرار التحكيمي في حد ذاته إذا كان صادرا في الجزائر ويخص التحكيم التجاري الدولي ضمن الإجراءات المتعلقة بالطعن بالبطلان في مثل هذه القرارات التحكيمية، ولا يقبل هذا الطعن إلا إذا رفع خلال شهر من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر التحكيمي القاضي بالتنفيذ طبقا لنص المادة 1059 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، راجع في هذا الأستاذ مباركي التهامي، المرجع السابق، ص 67.



وعلى الطرف الذي يهمله أمر التبليغ السعي إلى تبليغ أمر المحكمة القاضي بالرفض أو الاعتراف حيث يقوم المحضر القضائي المختص بتحرير محضر تبليغ أمر قضائي ويشار ضمن محضر التبليغ إمكانية استئناف الأمر المبلغ خلال شهر من تبليغه أمام المجلس القضائي المختص وخلال هذه المدة وما بعدها أي ما بعد مرحلة التبليغ وانتظار صدور قرار المجلس القضائي يبقى التنفيذ موقوفا طبقا لنص المادة 1060 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

**الطعن بالنقض :**

بناء على نص المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 - 1056 - 1058 تكون قابلة للطعن بالنقض " و عليه يكون على الطرف الذي لم يكن القرار الصادر عن المجلس القضائي لصالحه أن يطعن بالنقض حسب المواعيد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفصل الخاص بالطعن بالنقض أمام المحكمة العليا طالما أن الفصل المتعلق بالتحكيم لم يأتي على ذكر نصوص خاصة بالطعن بالنقض مما يستوجب الرجوع للقواعد العامة الخاصة بهذا الطعن .

### **الفرع الثالث: آثار تقديم الطعون على تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية**

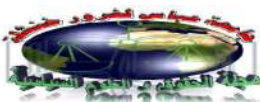
تنص المادة 1060 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن " للطعن المقدم في الآجال أثر موقوف للتنفيذ أحكام التحكيم " و يهمننا في هذا ما يلي:

**1- الاستئناف الموجه ضد الأمر بالتنفيذ:** نصت المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ... " إلا في حالات محددة فإذا ما رفض المجلس القضائي الاستئناف فسيؤدي ذلك لمنح الصيغة التنفيذية لقرار التحكيم لينفذ حسب الإجراءات المعمول بها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(24)</sup>

**2- الاستئناف المرفوع ضد الأمر برفض الاعتراف أو التنفيذ :** و في ذلك نصت المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنها تكون قابلة للاستئناف والقرار الصادر عن المجلس القضائي بإلغاء الأمر المستأنف سيؤدي إلى منح الأمر التحكيمي الصيغة التنفيذية وعلى هذا الأساس فإن الأجل المحدد لتقديم الطعن يكون موقوفا للأمر التحكيمي وهو شهر من تاريخ تبليغ الأمر القضائي ولا يكون قابلا للتنفيذ إلا بعد تأييده من المجلس القضائي هذا إذا كان الأمر يقضي بالاعتراف والتنفيذ أما إذا كان الأمر يقضي بعدم الاعتراف والتنفيذ فإنه لا يكون قابلا للتنفيذ إلا إذا أصدر المجلس القضائي قرارا بإلغاء الأمر المستأنف وبالتالي منحه الصيغة التنفيذية.<sup>(25)</sup>

<sup>(24)</sup> أ- مبارك التهامي، المرجع السابق، ص 61.

<sup>(25)</sup> عملا بمقتضيات المادتين 1035 و 1036 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .



## الخاتمة :

إن الجزائر بانضمامها لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 تكون قد فتحت المجال أمام التحكيم التجاري الدولي وأزالت كل القيود الذي كان أساسها قائما على السيادة والتناقض مع القوانين الوطنية وقد أدت سياسة الإصلاحات إلى تجديد هذا الانفتاح في مجال التحكيم لمسيرة وتيرة الاستثمار وماله من علاقة وطيدة بملائمة المنظومة التشريعية القائمة على مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية والتي تجسدت في حرية الأطراف باللجوء للتحكيم. وبالمقابل الحرية الممنوحة للمحكّم لاسيما في مجال تنظيمها لطرق تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية بالجزائر ومنحها الأمر بالتنفيذ باستعمال كافة الطرق المخولة قانونا لتنفيذها.

لتبقى أهم التوصيات التي خرج بها موضوع البحث مجسدة بالنقاط الآتية :

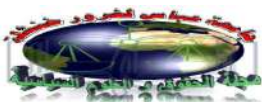
**أولا :** مراقبة ورصد التطورات الجديدة والمتغيرات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية الحديثة العهد على الصعيد الوطني والإقليمي والعالمي. حيث ظهرت أبعاد جديدة للتحكيم عموما والتجاري الدولي على وجه الخصوص. مما يستدعي معه القول أن على المشرع توسيع وتكثيف أطر وآليات التعاون الدولي لتقنين قواعد التحكيم التجاري الدولي.

**ثانيا :** المشاركة الفاعلة في الندوات والمؤتمرات الدولية والإقليمية التي تعنى بموضوع التحكيم التجاري الدولي ، والإطلاع على التقنيات الحديثة المختلفة في التحكيم ، مع إبراز موقف التشريع الجاهها .

**ثالثا :** الدراسة والتقييم الدوري لنظام التحكيم التجاري الدولي. والتأكد من مدى فاعليته لتحقيق أهدافه ، ومن ثم تعديله وفق متغيرات الأزمان والأحداث .

**رابعا :** العمل على اختيار عناصر ذات استقامة ونزاهة ومدرية. ومؤهلة للعمل في جهات التحكيم ، ويكون ذلك بحث دور العلم ، كالجامعات والمعاهد ، وغيرها على تبني واستحداث دورات وندوات تناقش موضوع التحكيم التجاري الدولي ، والمستجدات فيه وتبرز الوسائل اللازمة لتفعيله.

**خامسا :** تفعيل الاتفاقيات الدولية والإقليمية المصادق عليها وذلك من خلال إدراجها ضمن المنظومة التشريعية ومن ثم إعطائها الصبغة الإلزامية الكافية.





أثر تعدد الجرائم في تقدير العقوبة  
بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

د. محمد العايب جامعة باتنة - 1

ملخص

يثير تعدد الجرائم مشكلة العقوبة التي توقع على مرتكب الجرائم المتعددة. أهي عقوبة واحدة من أجل إحداها أم عقوبات متعددة بقدر عددها. يرجح المنطق التشريعي ترتيب كل عقوبة على موجبها. ذلك أن لكل جريمة عقوبتها. فإذا كانت الجريمة واحدة فلا توقع سوى عقوبتها، أما إذا تعددت الجرائم فإن عقوباتها تتعدد تبعاً لذلك؛ ولكن هذا الحل قد يتعذر تطبيقه في الواقع. وقد يفضي إلى إهلاك الجاني أو استغراق كل حياته مسلوب الحرية. ولربما يكون في هذا من العنت والمشقة ما قد يزيد على المصلحة من توقيع العقاب ذاته. فإن اقتضت المصلحة عدم توقيع عقوبات الجرائم المرتكبة مجتمعة في بعض الفروض. يبقى التساؤل حول طبيعة العقوبة التي يتعين اختيارها من بين العقوبات المتعددة والاكتفاء بها. وهنا لا شك في أنها ينبغي أن تكون المقررة لأشد تلك الجرائم. ذلك أن الاقتصار على عقوبة واحدة على الرغم من تعدد جرائم المتهم تخفيف عنه. والتخفيف لا يعقل أن ينزل دون هذا الحد. هذا ما قرره الفقه الإسلامي وهو أيضاً ما أخذ به المشرع الجزائري مع بعض الاختلاف حوله نطاق هذا الحل وطريقة إعماله.

Abstract

The multiple crimes raises the problem of the punishment that must be imposed on the perpetrator of multiple crimes, whether it is one or several punishments as far as the number of crimes. The legislative logic sort that every penalty has its punishment, so that each crime is punishable, if it was one crime it doesn't expect only one punishment, but if numerous crimes, the sanctions are numerous accordingly; but this solution may not be applied in fact, because it may lead to a depreciation of the perpetrator, or it takes all his life harrowed freedom, this may lead to hardship that may increase the interest of the signing of the punishment itself.

If the interest required not to sign sanctions of combined crimes in some hypotheses, it remains to wonder about the nature of punishment to be selected from among the multiple sanctions and its sufficiency, and here there is no doubt that they should be prescribed for the most of these crimes, so that exclusive one punishment in spite of the multiplicity of the accused crimes relieve him, and mitigation does not make sense to go below this limit, this is what the decision of the Islamic jurisprudence which is also taken by the Algerian legislature, with some variation around the scope of this solution and the method of its realisation.

توطئة

تعتبر العقوبة أذى في ذاتها يلحق المحكوم عليه بها. لكن قانون المصلحة والمفسدة يجتم إنزالها به. لأنه صار مصدر خطر على المجتمع. وإن لم يجد ما يردعه استرسل في أذاه. ولربما تجرأ



أثر تعدد الجرائم في تقدير العقوبة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ————— د. محمد العايب

من هو على شاكلته على الإقدام على ما أقدم عليه، لو شعر أنه في منأى من أن يطاله العقاب.

ويقتضي تقدير عقوبة أي فعل أو امتناع حظره المشرع، أن تتناسب معه نوعا وكما بشكل تقريبي مرن، مع منح القاضي سلطة تخديدها بحسب كل حالة على حدة، ولا يثير البحث عن جزاء الجريمة الواحدة مشكلة، بل يكفي فيه الرجوع إلى النص التشريعي الخاص بكل منها لمعرفة نوعه ومقداره المقرر لها، ولكن الإشكال يثور عند تحديد العقوبة أو العقوبات الواجبة التطبيق لو ارتكب نفس الشخص جريمتين أو أكثر قبل الحكم عليه نهائيا من أجل واحدة منها، هل تتعدد بتعدد جرائمه أم يكتفى بواحدة تجب نظيراتها؟

### أولاً: المقصود بتعدد الجرائم

قبل الحديث عن حكم تعدد الجرائم، تجدر الإشارة إلى بيان المراد بهذا المصطلح، ورسم حدود واضحة له تميزه عن غيره مما يشته به.

### أ. تعريف تعدد الجرائم

أستعرض معنى المصطلح الإضافي "تعدد الجرائم" عند كل من الفقهاء المسلمين وفي القانون.

### أ. تعدد الجرائم في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية

لم يعرف (يحد) فقهاء المسلمين تعدد الجرائم بشكل دقيق، ولكنهم تطرقوا لأحكامه، فيذكرون حكم من زنى مرارا وهو بكر أو سرق مرارا أو جرح وسرق وقتل، قبل إقامة الحد ... وهكذا، وهذه هي صور التعدد بمعناه الفني الحديث؛ ومن جهة أخرى تعرضوا للتداخل باعتباره فرعا عن مشكلة تعدد الجرائم ولكنهم لم يقصروه على العقوبات فقط بل تناولوه على إطلاقه، جاء في الأشباه والنظائر "إذا اجتمع أمران من جنس واحد ولم يختلف مقصودهما دخل أحدهما في الآخر غالبا"<sup>1</sup>.

وقال الطحطاوي: "التداخل في الحكم هو جعل الأسباب المتعددة موجبة حكما واحدا مع بقاء تعددها"<sup>2</sup>.

وعليه فالتداخل يأتي نتيجة لاجتماع أمرين من جنس واحد، ويكون كذلك في العقوبات إذا تعددت الجرائم دون أن يكون قد صدر فيها حكم تم استيفاؤه، يقول العز: "وأولى الواجبات بالتداخل الحدود، لأنها أسباب مهلكة، والزجر يحصل بالواحد منها"<sup>3</sup>.

### ب. تعدد الجرائم في الاصطلاح القانوني

تعددت تعريفات شراح القانون لمصطلح "تعدد الجرائم" إلا أنها تدور كلها حول معنى

<sup>1</sup> ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم (ت 970هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ - 1999م، القاعدة 8، ص 112.

- السيوطي، جلال الدين بن أبي بكر (ت 911هـ)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ - 1990م، القاعدة 9، ص 126.

<sup>2</sup> الطحطاوي، أحمد بن محمد بن إسماعيل (ت 1231هـ)، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، تحقيق: محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ - 1997م، ص 494.

<sup>3</sup> ابن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز (ت 660هـ)، القواعد الكبرى الموسومة بـ "قواعد الأحكام في إصلاح الأنام"، تحقيق: نزيه كمال حماد وعثمان جمعة ضميرية، دار القلم، دمشق، ط1، 1421هـ - 2000م، 1/ 368.



واحد، يتعلق بارتكاب نفس الشخص لعدد من الجرائم دون أن يفصل بينها حكم نهائي، وعليه يمكن القول بأنه: "حالة ارتكاب الشخص نفسه جريمتين أو أكثر قبل الحكم عليه نهائيا من أجل واحدة منها"<sup>1</sup>.

وعرفه المشرع الجزائري في المادة 33 من قانون العقوبات بقوله: "يعتبر تعددا في الجرائم أن ترتكب في وقت واحد أو في أوقات متعددة عدة جرائم لا يفصل بينها حكم نهائي"، ويعيب هذا النص عدم الدقة في نسبة تلك الجرائم إلى فاعل واحد.

وبناء على ما تقدم يظهر أن تعدد الجرائم يقوم على عنصرين أساسيين هما:

- ارتكاب عدد من الجرائم من قبل نفس المجرم.
- عدم صدور حكم بات من أجل إحداها قبل أن يقدم على جرمته التالية.

## II. تمييز تعدد الجرائم عما يشته به

تشته به حالة تعدد الجرائم بحالات أخرى تشترك معها في بعض الخصائص، على غرار الجريمة المتتابعة التي تقوم على تكرار السلوك الإجرامي مع وحدة الحق المعتدى عليه، والجريمة المركبة التي يتكون ركنها المادي من أفعال مادية من طبيعة مختلفة تهدف لغرض واحد، والجريمة المستمرة التي تتحقق باستغراق الفعل أو الأفعال المكونة لها فترة من الزمن؛ غير أن كل هذه الأنواع من الجرائم تؤلف جريمة واحدة رغم ما قد يظهر عليها من تكرار النشاط الإجرامي، أما الذي يدق التمييز فعلا بينه وبين تعدد الجرائم فهو جرائم الاعتياد وحالة العود، لذلك سأخصصهما ببعض التفصيل<sup>2</sup>.

### أ. تمييز تعدد الجرائم عن جرائم الاعتياد

تختلف حالة تعدد الجرائم عن جرائم الاعتياد التي تتكون من أفعال مادية من طبيعة واحدة تقع بشكل متكرر، ولكن لو أخذ كل منها منفردا لكان فعلا مباحا غير معاقب عليه، ويصبح معاقبا عليه متى تكرر من نفس الفاعل أكثر من مرة، ولم يضع المشرع قاعدة عامة تحدد عدد المرات التي تحقق ركن الاعتياد، بل ترك ذلك لتقدير القاضي متى تكرر الفعل مرتين على الأقل<sup>3</sup>، ومن الأمثلة على هذا النوع من الجرائم: التسول (195ع)، التشرد (196ع)، وتخريض قصر لم يكملوا التاسعة عشر على الفسق والدعارة (342ع)، وممارسة الطب بصفة غير شرعية (المادتان 214 و234 من القانون 85 / 05 المؤرخ في 16 / 02 / 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها) والمادة (243ع)<sup>4</sup>.

أما بعد إدانة شخص نهائيا في جريمة من جرائم الاعتياد، فيذهب بعض الفقه إلى أنه يمكن لتحقق تلك الجريمة مرة أخرى إتيانه للفعل المادي ولو مرة واحدة فقط<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: باسم شهاب، تعدد الجرائم وآثاره الإجرائية - دراسة مقارنة، منشورات برتي "BERTI Editions"، الجزائر، 2011، ص 35 - 38.

<sup>2</sup> بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة، الجزائر، ط12، 2012 - 2013، ص 119 - 125.

- أوهايبية، عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري "القسم العام"، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص 248.

<sup>3</sup> الشواربي، عبد الحميد، أثر تعدد الجرائم في العقاب، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، د(ط.ت)، ص: 5، 44.

<sup>4</sup> بوسقيعة، المرجع السابق، ص 119 - 125.

<sup>5</sup> باسم شهاب، المرجع السابق، ص 68.



### ب. تمييز تعدد الجرائم عن حالة العود

تختلف حالة العود<sup>1</sup> التي تتحقق بارتكاب الشخص جريمة جديدة بعد أن يكون قد حُكِم عليه نهائيا في جريمة سابقة، عن تعدد الجرائم الذي يتوافر بارتكاب جريمتين فأكثر دون أن يكون قد سبق الحكم نهائيا في واحدة منها؛ والعود إما أن يكون بتكرار نفس الجريمة أو بمماثلة لها وإما بمجرد الإجمام مرة أخرى. وقد يشترط لتحقيقه ألا يمضي على الأولى مدة معينة. وقد يكتفى بالتكرار دون اعتبار للمدة، وهو يعتبر مظهرا لإرادة مصررة على الشر. وبالتالي ظرفا مشددا للجريمة يبرر توقيع عقوبة أشد. في حين أن التعدد مجردا من ظروف أخرى لا يبرر تشديد العقوبة عن أي جريمة من الجرائم المرتكبة<sup>2</sup>.

### III. أنواع تعدد الجرائم

إذا فهم لفظ الجريمة في معنى "التكليف الإجرامي" فإن تعدد الجرائم متصور بالنسبة لفعل واحد تتعدد أوصافه الإجرامية، وهو متصور كذلك إزاء أفعال متعددة لكل منها على حدة تكليفه الإجرامي، ويطلق على النوع الأول تعبير "التعدد المعنوي للجرائم"، أما النوع الثاني فيطلق عليه تعبير "التعدد المادي للجرائم".

#### أ. التعدد المعنوي للجرائم

يقوم التعدد الصوري أو المعنوي للجرائم على وحدة الفعل وتعدد النصوص والأوصاف القانونية المنطبقة، وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 32 من قانون العقوبات بقوله: "يجب أن يوصف الفعل الواحد الذي يحتمل عدة أوصاف بالوصف الأشد من بينها". فقد يحدث أن يرتكب الجاني فعلا واحدا يقع تحت عدة نصوص قانونية، ويشكل بذلك عدة جرائم بالنظر إلى تعدد أوصافه: كأن يقوم شخص بهتك عرض امرأة في الطريق العام (336ع)، وهي جريمة تكون في نفس الوقت جريمة فعل فاضح علني (333ع)، وهنا يكون الجاني ارتكب فعلا واحدا لكنه يحتمل أكثر من وصف؛ أي أنه يمكن أن ينطبق عليه أكثر من نص قانوني يجرم هذا الفعل، ويكتفي المشرع في هذه الحالة بعقوبة واحدة هي العقوبة المقررة لأشد الأوصاف التي يدخل تحتها الفعل الجنائي المقترف، وتتمثل في مثالنا في السجن من خمس إلى عشر سنوات مقررة لجناية هتك العرض. ومن هذا القبيل أيضا سرقة منزل بواسطة الكسر، حيث ينطبق عليها وصف السرقة (354ع)، وانتهاك حرمة منزل (295ع)، والتخريب العمدي لعقار ملوك للغير (406 مكرر ع).

إن القاعدة التي جاءت بها المادة أعلاه تنطبق على الجرائم من القانون العام وحدها، أما

<sup>1</sup> لا يفرق المشرع الجزائري بين العود البسيط والعود المتكرر، ويكتفي بالنص فقط على إمكانية تشديد العقوبة إذا سبق الحكم نهائيا على المتهم من أجل جريمة سابقة، بصرف النظر عن تعدد الأحكام الصادرة في حقه، أي دون الأخذ بعين الاعتبار عدد الجرائم التي سبق أن اقترفها وحوكم من أجلها نهائيا. وإن كان هذا لا يمنع القاضي من إعمال سلطته التقديرية عند تقدير العقوبة في إطار حدودها القانونية الجديدة.

بينما كان نص المادة 60 من قانون العقوبات قبل إلغائه بموجب القانون رقم 89-05، يقضي بجواز اعتقال المجرم الذي سبق الحكم عليه بأربعة أحكام على الأقل بعقوبات سالبة للحرية، ثم حكم عليه لجناية أو جنحة بعقوبة جديدة سالبة للحرية، لمدة غير محددة في مؤسسة أو قسم من مؤسسة مخصص لهذا الغرض، وحل الاعتقال محل تنفيذ العقوبة المقضي بها.

<sup>2</sup> رمسيس بهنام، النظرية العامة للمجرم والجزاء، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، د(ط.ت)، ص 182.



إذا تعلق الأمر بجريمة من القانون العام وأخرى من قانون الجمارك فإنه يعتد بالوصفين معا ولا تغني عقوبات القانون العام عن الجزاءات ذات الطابع الجبائي<sup>1</sup>.

أما حالة تعدد النتائج: فمثالها أن يقوم شخص بدهس مجموعة من الناس بسيارته، أو يطلق رصاصة في مكان مأهول فتصيب أكثر من واحد بجروح أو تتسبب في وفاتهم، ففي هذين المثالين لم يرتكب الجاني سوى فعل واحد، ولكنه ولد نتائج متعددة من طبيعة واحدة، وعليه فلا يسأل إلا عن جريمة جرح أو قتل واحدة<sup>2</sup>. وهذا يختلف عن حكم المسألة في الفقه الإسلامي كما سيتبين عند تناول التداخل في القصاص والديات.

وثمة وضع قانوني يشتهه في الظاهر بالتعدد المعنوي، ولكنه يختلف عنه في الماهية اختلافا كبيرا وهو "تنازع النصوص الجنائية"؛ أي تزامم نصوص تجرم متعددة إزاء فعل واحد على نحو يتبين منه بعد تفسير صحيح لهذه النصوص أن أحدها فقط هو الواجب التطبيق<sup>3</sup>.

### ب. التعدد الحقيقي للجرائم

نص المشرع الجزائري في المادة 33 من قانون العقوبات على أنه: "يعتبر تعددا في الجرائم أن ترتكب في وقت واحد أو في أوقات متعددة عدة جرائم لا يفصل بينها حكم نهائي"، فالتعدد الحقيقي أو المادي للجرائم يقوم على وحدة الفاعل وتعدد الأفعال التي يشكل كل منها جريمة مستقلة؛ والعبرة في تعدد الجرائم في القانون عدم صدور حكم نهائي بشأنها، بينما العبرة في ذلك في الفقه الإسلامي بعدم تنفيذه. أما بالنسبة لأثر تحقق هذه الحالة في العقاب فسأخصه فيما يلي ببعض التفصيل.

### ثانيا: مقدار العقوبة في حالة تعدد الجرائم

إذا ارتكب شخص في وقت واحد أو في أوقات متعددة جريمتين أو أكثر لا يفصل بينها حكم نهائي، فإن هذا التعدد يضعنا أمام أكثر من عقوبة واجبة التنفيذ يقتضيها منطق التلازم القائم بين الجريمة والعقوبة، غير أن تنفيذها جميعا قد يستحيل في بعض الفروض، وربما يغني تنفيذ إحداها عن الباقي بحصول الغرض منها، وقد تمخضت عن هذا الإشكال عدة مبادئ تباينت بشأنها مواقف فقهاء المسلمين والتشريع الجزائري على النحو الآتي:

### أ. تعدد (جمع) العقوبات بتعدد الجرائم

الأصل في الشريعة الإسلامية أن لكل فعل عقوبته، وأن تتعدد العقوبات بتعدد الجرائم، أي أن تضم عقوبات الجرائم المرتكبة إلى بعضها البعض لتنفيذ جميعها، يقول العزبن عبد السلام: "الأصل تعدد الأحكام بتعدد الأسباب"<sup>4</sup>؛ وهذا هو العدل الذي قامت عليه الشريعة الإسلامية بأن لكل فعل جزاء، فإذا تعددت الأسباب وجب أن تتعدد الأحكام سيما فيما يتعلق بحقوق العباد.

أما المشرع الجزائري فقد خرج عن هذه القاعدة في العقوبات السالبة للحرية، لشدتها

<sup>1</sup> ينظر طعن جنائي: القرار رقم: 122072، بتاريخ: 06-11-1994 و القرار: 123158، بتاريخ: 25-02-1996 و القرار: 114429، بتاريخ: 16-06-1996 (موسوعة الاجتهاد القضائي الجزائري).

<sup>2</sup> رمسيس، المرجع السابق، ص 185.

- باسم شهاب، المرجع السابق، ص 82-84.

<sup>3</sup> حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات اللبناني "القسم العام"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط3، 1998، 446/1.

<sup>4</sup> ابن عبد السلام، المرجع السابق، 1/368.



ولما قد تسفر عنه عند الجمع من مدد تحطم أي أمل في نفس المحكوم عليه، مما جعله ينجح إلى فكرة الدمج التي تتماشى وفلسفته في العقاب، على اعتبار أن غرض الإصلاح مقدم عنده على بقية الأغراض الأخرى<sup>1</sup>، ولكنه أبى عليها بالنسبة لباقي العقوبات على النحو الآتي:

ففي العقوبات المالية تظم الغرامات إلى بعضها وتحصل جميعها<sup>2</sup>، ورغم أن للقاضي عدم جمعها إذا ارتأى ذلك بنص صريح، إلا أن هذا الاستثناء لا يسري على الغرامات الجبائية، التي تبقى لازمة كلما ثبت مقتضاها، لا جبهها مثيلاتها من الغرامات الجبائية أو الضريبية ولا حتى الغرامات الجزائية<sup>3</sup>.

أما بالنسبة للعقوبات التكميلية وتدابير الأمن، فقد نص قانون العقوبات صراحة على جواز جمع تدابير الأمن، وأوضح النص ذاته بخصوص تطبيق الجمع، أن تنفذ التدابير التي لا تسمح طبيعتها بتنفيذها في آن واحد، يكون بالترتيب المنصوص عليه في قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين، كما يجوز أيضا جمع تدابير الأمن والعقوبات السالبة للحرية والغرامات.

وقد التزم المشرع الصمت بشأن العقوبات التكميلية، وفي هذا الصدد يرى بعض الشراح<sup>4</sup> أن قاعدة عدم جواز جمع العقوبات تخص العقوبات الأصلية السالبة للحرية وحدها<sup>5</sup>، ومن ثم فهي لا تنطبق على العقوبات التكميلية التي يجوز جمعها، وأعني بالعقوبات التكميلية هنا الوجوبية منها، لأن الجوازية تخضع لسلطة القاضي ابتداءً وعليه فهي لا تثير أي إشكال، فهو من يملك أن يقررها أو يسكت عنها، كما له مطلق الحرية في تقديرها حال الحكم بها.

ومع أن السياق العام الذي جاءت فيه النصوص التي عالجت مشكلة تعدد الجرائم، توحي كما أسلفت بجواز ضم العقوبات التكميلية، إلا أن التساؤل يبقى مطروحا بشأن عدم ذكرها في نص المادة 37 الذي تناول إلى جانب جواز جمع تدابير الأمن، جواز جمع العقوبات التبعية رغم إلغائها بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ومع ذلك بقيت المادة أعلاه على حالها، فلا هي تمت مراجعتها في ضوء هذا الإلغاء، ولا رفعت اللبس الذي يلف العقوبات التكميلية التي من المفترض أن تعالجها.

وأما بالنسبة للعقوبات في مواد المخالفات فالجمع فيها وجوبي، وهو ما نصت عليه المادة 38 من قانون العقوبات بقولها: "ضم العقوبات في مواد المخالفات وجوبي"، وتنطبق هذه القاعدة على الحبس والغرامة على حد سواء، كما تسري على حالة تعدد مخالفات مع جنح أو جنايات.

<sup>1</sup> ينظر: المادة من قانون السجون.

<sup>2</sup> تنص المادة 36 عقوبات على أنه: "تضم العقوبات المالية ما لم يقرر القاضي خلاف ذلك بنص صريح".

<sup>3</sup> بوسقيعة، المرجع السابق، ص 449.

<sup>4</sup> المرجع والموضع نفسه.

<sup>5</sup> هذا ما يفهم من نصي المادتين 34 و 35 اللتين تحدثتا عن العقوبات السالبة للحرية فقط، عند تعدد الجرائم سواء كانت جنايات أم جنح، بينما جاء الحديث عن العقوبات الأخرى وعن عقوبات مواد المخالفات في المواد اللاحقة لهما (36، 37 و 38). وقد قررت مبدأ ضم العقوبات عكس المادتين الأوليين.





## II. حالة دمج (تداخل) العقوبات

المراد بدمج العقوبات أو تداخلها: إدغامها جميعا في إطار العقوبة الأشد. بحيث تجب ما دونها من العقوبات الأخرى التي من نفس طبيعتها.

### أ. تداخل العقوبات في الفقه الإسلامي

إن العدل الذي قامت عليه الشريعة الإسلامية يقتضي أن يكون لكل فعل جزاء. إلا أن رحمة الله بعباده اقتضت الأخذ بمبدأ التداخل تيسيرا عليهم. قال تعالى: ( وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ )<sup>1</sup>. لأن في تعدد العقوبات شيء من المشقة والعنت بالرغم من عدالته. ولأن الواحدة قد تؤدي نفس الغرض الذي تؤديه العقوبات مجتمعة. وفي هذا يقول العز بن عبد السلام: "وأولى الواجبات بالتداخل الحدود. لأنها أسباب مهلكة. والزجر يحصل بالواحد منها"<sup>2</sup>. ويقول القرافي: "الحدود المتماثلة وأن اختلفت أسبابها كالقذف وشرب الخمر. أو تماثلت كالزنى مرارا والسرقه مرارا والشرب مرارا قبل إقامة الحد عليه. وهي أولى الأسباب بالتداخل لأن تكرارها مهلك"<sup>3</sup>.

والتداخل لا يتصور إلا في العقوبات المقدره. وهي عقوبات الحدود والقصاص والديات. أما التعازير فهي متروكة لتقدير القاضي حسب كل حالة على حدة. وفيما يلي بيان ذلك كله.

### أ.1 التداخل في الحدود

والحدود التي تتداخل عقوباتها هي التي تكون من جنس واحد. كمن تكررت منه أفعال السرقة دون قطع. أو اختلف جنسها واتحد فيها جنس العقوبة. كمن قذف وزنى وشرب؛ وذلك لأن تلك الحدود تقام للزجر العام. والزجر العام لا يقتضي التعدد. ولأن الحد لتهديب نفس الجاني. وذلك يتم بإقامة حد واحد<sup>4</sup>.

### أ.1.1 التداخل في الحدود من جنس واحد

إذا تكررت جرائم الحدود من شخص قبل أن يقام عليه الحد. وكانت من جنس واحد. كمن سرق أو شرب أو قذف أو زنى مرارا. أجزأه حد واحد. قال في ذلك صاحب المغني: "وجملته أن ما يوجب الحد من الزنى والسرقة والقذف وشرب الخمر. إذا تكرر قبل إقامة الحد أجزأ حد واحد. بغير خلاف علمناه. قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من يحفظ عنه من أهل العلم. منهم: عطاء. والزهري. ومالك. وأبو حنيفة. وأحمد. وإسحاق. وأبو ثور. وأبو يوسف. وهو مذهب الشافعي"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> الأنبياء: 107.

<sup>2</sup> ابن عبد السلام، المرجع السابق، 1/ 252.

<sup>3</sup> القرافي. أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت 684 هـ). الفروق "أنوار البروق في أنواع الفروق". عالم الكتب. (د.ط.ت). 2/ 30.

<sup>4</sup> الكاساني. علاء الدين أبو بكر بن مسعود (ت 587 هـ). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. دار الكتب العلمية. بيروت. ط2، 1406هـ - 1986م. 7/ 85.

- أبو زهرة. محمد. الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي "العقوبة". دار الفكر العربي - القاهرة. (د.ط.ت). ص 195.

<sup>5</sup> ابن قدامة. موفق الدين أبو محمد عبد الله (ت 620 هـ). المغني. مكتبة القاهرة. د.ط. 1388هـ - 1968م. 81/9.





وفرق البعض<sup>1</sup> بين ما إذا تعدد الجني عليهم أو كان واحداً، في حد تعلق به حق للعباد، كأن يسرق من عدة أشخاص على مرات مختلفة، أو يقذف عدداً من الناس على سبيل الأفراد، ويرفعون دعاوى جميعاً، والراجح أنه يجب حد واحد للجميع. قال مالك في الموطأ: "الأمر عندنا في الذي يسرق مراراً ثم يستعدى عليه، إنه ليس عليه إلا أن تقطع يده لجميع من سرق منه، إذا لم يكن أقيم عليه الحد، فإن كان قد أقيم عليه الحد قبل ذلك، ثم سرق ما يجب فيه القطع، قطع أيضاً"<sup>2</sup>.

ولقوله تعالى في حد القذف: "والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة"<sup>3</sup>، ولم يفرق بين قذف واحد أو جماعة، ولأن الذين شهدوا على المغيرة قذفوا معه امرأة، فلم يحدوا إلا حداً واحداً<sup>4</sup>.

كما أنه إذا كان من تكرر منه الزنى قبل أن يحد، باق على نفس الصفة من التحصين أو عدمه لا يثير مشكلة في الاكتفاء بحده حداً واحداً<sup>5</sup>، فإن من زنى وهو بكر دون أن يحد ثم زنى وهو ثيب، اختلف الفقهاء في حده، فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>6</sup> والمالكية<sup>7</sup> والحنابلة<sup>8</sup>، وفي أصح القولين عند الشافعية<sup>9</sup>، إلى أنه يرحم ويدخل فيه الجلد والتغريب<sup>10</sup>، وهو قول ابن مسعود، وبه قال عطاء والشعبي والنخعي والزهري والأوزاعي<sup>11</sup>، وفي القول الثاني للشافعية أنه يحد ثم يرحم لاختلاف جنسي العقوبتين<sup>12</sup>، والصحيح ما ذهب إليه الجمهور لأن الحدين موجبهما

<sup>1</sup> ذهب الشافعي في الجديد والحنابلة إلى التفرقة بين من تكرر قذفه لشخص واحد، ومن قذف جماعة، فذهبوا في قول إلى أن عقوبته تتداخل في حالة قذفهم بكلمة واحدة دون قذف كل واح منهم على إنفراد، وذهبوا في قول ثانٍ إلى أنها لا تتداخل سواء قذفهم بكلمة واحدة أو بكلمات، وكذلك في السرقة فقد ذهب بعض الحنابلة إلى عقوبة السارق مراراً من جماعة لا تتداخل إذا جاؤوا متفرقين، والأصح في مذهبهم خلاف ذلك، ولم يرد عن الحنفية تفصيل في السرقة مراراً، بل جاءت عباراتهم على إطلاقها دون تفصيل في من سرق منهم هل هم جماعة أم واحد، وعلة هذه التفرقة عند من قال بها أنها تعلق بها حق آدمي، فصار له حق في استيفاء حقه منفرداً، ينظر: الكريديس، سعيد بن علي بن منصور، تداخل العقوبات في الشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة وتطبيقية على المحاكم الشرعية"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2008، ص 201 وما بعدها.

<sup>2</sup> مالك، ابن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي (ت 179 هـ)، الموطأ، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، ط1، 1425 هـ - 2004 م، كتاب السرقة، جامع القطع، 3090 - 1222/5.

<sup>3</sup> النور، 04.

<sup>4</sup> أبو زهرة، المرجع السابق، ص 198 وما بعدها.

<sup>5</sup> ابن قدامة، المرجع السابق، 81/9.

<sup>6</sup> السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت 483 هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، دط، 1414 هـ - 1993 م، 37/9، 43.

<sup>7</sup> الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت 1230 هـ)، حاشية الدسوقي، دار الفكر، دمشق، د(ط)، 4/348.

<sup>8</sup> المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي (ت 885 هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، دت، 164/10.

- البهوتي، منصور بن يونس (ت 1051 هـ)، كشف القناع، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، دط، 1402 هـ - 1982 م، 85/6.

<sup>9</sup> الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الطوسي (ت 505 هـ)، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم و محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417 هـ، 503/6.

- السيوطي، المرجع السابق، ص 126، 127.

<sup>10</sup> هذا على اعتبار قول الجمهور بأن عقوبة الزاني الثيب الرجم فقط، أما الرأي الثاني الذي يقول بأن عقوبته هي الجلد ثم الرجم، فلا يمكن معها الحديث عن التداخل، لأنها أصلاً تجمع بين العقوبتين على اعتبار أنها عقوبة واحدة، ينظر: عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، مكتبة دار التراث، القاهرة، دط، 1424 هـ - 2003 م، 340 - 342.

<sup>11</sup> ابن قدامة، المرجع السابق، 37/9، 154.

<sup>12</sup> الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي (ت 476 هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، د(ط)، 337/3.



واحد، ولأن القتل يحيط بكل شيء كما قال ابن مسعود<sup>1</sup>.  
أما التداخل في عقوبة الحرابة ففيه بعض التفصيل، بحسب اختلاف الأفعال المكونة للجريمة، فإذا أخذ المحارب المال وقتل، تتداخل عقوبتا القطع من خلاف والقتل، ويكتفى بالقتل<sup>2</sup>. وإذا جرح وقتل فتدغم عقوبة الجراحات في القتل<sup>3</sup>. أما إذا جرح وأخذ المال فلا تتداخل العقوبات، فيقتص منه للجراحات، ثم يقطع لأخذ المال<sup>4</sup>؛ لأنه اجتمع حق لله وحقوق الآدميين وأمكن تحصيلها جميعاً، فلا بد أن تستوفى لاختلاف أجناسها<sup>5</sup>.

## أ.2.1 التداخل في حدود الحد فيها جنس العقوبة

ذهب المالكية إلى أن الحدود التي تتحد في جنس العقوبة تتداخل، فيدخل حد الشرب في حد القذف، ويدخل حد الشرب والقذف في حد زنى البكر<sup>6</sup>، جاء في الكافي: "ومن وجب عليه حد زنى، وحد خمر، وحد قذف، فحد الزنى ينوب عن ذلك كله"<sup>7</sup>. وقال العدوي: "ومقابلته ما لعبد الملك، أن القذف والشرب يدخلان في حد الزنى، فيحد مائة إذا شرب وزنى أو قذف وزنى"<sup>8</sup>.  
ودليلهم في ذلك أن الحدود المتماثلة وإن اختلفت أسبابها تتداخل؛ لأن تكرارها مهلك، ولأن الصحابة لما أجمعوا على حد الخمر قاسوه على الفرية، فيجزأ حد الفرية عن الشرب ويغني عنه، وكذلك الزنى لأن عقوبتها تستغرق حدي الشرب والفرية؛ ورغم أن هذه الأدلة

<sup>1</sup> عبد الرزاق، أبو بكر بن همام بن نافع الحميري الصنعاني (ت 211 هـ)، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1403هـ، كتاب العقول، باب الذي يأتي الحدود ثم يقتل، 18220، 18221، 19/10.

- ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد (ت 235هـ)، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ، كتاب الحدود، في الرجل يسرق ويشرب الخمر ويقتل، 28126-478/5.

<sup>2</sup> بهذا قال المالكية والشافعية وصاحباً أباً حنيفة، وهو أحد القولين عند الحنابلة، وقال أبو الطيب بن سلمة وابن القفال "صاحب التقريب" من الشافعية وبعض الحنابلة: لا تتداخل العقوبتان، فيقطع من خلاف ثم يقتل، وقال أبو حنيفة وزفر بالتخيير بين جمع العقوبتين والاكْتفاء بالقتل، والاكْتفاء بالقتل هو صورة التداخل، ينظر: الكاساني، المرجع السابق، 93/7.

- مالك، ابن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي (ت 179هـ)، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ-1994م، 553/4.

- النووي، أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف (ت 676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1412 هـ-1991م، 156/10.

- ابن مفلح، برهان الدين أبو إسحاق (ت 884هـ)، المبدع في شرح المنقح، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م، 458/7.

- الشوكاني، محمد بن علي (ت 1250هـ)، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبايطي، دار الحديث، مصر، ط1، 1413 هـ-1993م، 185/7.

<sup>3</sup> بهذا قال الحنفية والمالكية، وهو إحدى الروايتين عند الحنابلة، وفي روايتهم الثانية لا تتداخل الجراحات مع القتل في الحرابة، فتستوفى ثم يقتل، وهو مذهب الشافعية، ينظر: السرخسي، المرجع السابق، 196/9.

- مالك، المدونة، 553/4، الموطأ، 1279/5.

- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس (ت 204هـ)، الأم، دار المعرفة، بيروت، دط، 1410هـ-1990م، 60/6.

- ابن قدامة، المغني، 149/9.

<sup>4</sup> وخالف في ذلك الحنفية، فقالوا بقطعه وسقوط حكم الجراحات، ينظر: الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي (ت 743 هـ)، تبيين الحقائق شرح كثر الدقائق (وبهامشه حاشية الشلبي)، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق - مصر، ط1، 1313 هـ، 236/3.

<sup>5</sup> الكريديس، المرجع السابق، ص 213 - 220.

<sup>6</sup> اتفق المالكية على دخول حد شرب الخمر في حد القذف، واختلفوا في دخولهما في حد زنى البكر، جاء في المدونة: "وكذلك السكر والفرية إذا اجتمعا دخل حد السكر في الفرية... وإن اجتمع حد الزنى وحد الفرية أقيم عليه حد الزنى وحد الفرية جميعاً، قال، وإن اجتمع عليه جلد حد الزنى وحد الخمر أقيما عليه جميعاً" [513/4].

<sup>7</sup> ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله (ت 463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحمد ولد ماديبك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط2، 1400هـ-1980م، 1078/2.

<sup>8</sup> العدوي، أبو الحسن علي بن أحمد (ت 1189هـ)، حاشية العدوي - بهامش شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت، د(ط)ت، 329 / 2.



ليست بالقوية، إلا أن رأي المالكية فيه الكثير من الوجاهة. خاصة أن لهذه الصورة نظير متفق عليه، وهي قطع يمين رجل قصاصا وحدا في سرقة إذا اجتمعت عليه العقوبتان.

### أ.1.3. التداخل في حدود وجد معها قتل<sup>1</sup>

اتفق الفقهاء على أن من ارتكب حدودا خالصة لله تعالى، كأن شرب وسرق وزنى وهو بكر، وارتد أو قتل في حرابة<sup>2</sup>، فإن القتل يأتي على هذه الحدود جميعا. قال عبد الله بن مسعود: «إِذَا اجْتَمَعَ حَدَّانِ أَحَدُهُمَا الْقَتْلُ أَتَى الْقَتْلُ عَلَى الْآخَرِ»<sup>3</sup>. وعلة ذلك كما جاء في المبسوط: "لأنه اجتمع عليه العقوبة في النفس وما دونه حقا لله تعالى، فيكون الحكم فيه أن يدخل ما دون النفس في النفس. كما إذا اجتمع حد السرقة والشرب والرجم"<sup>4</sup>.

وجاء في المدونة: "قال مالك: كل حد اجتمع مع القتل لله أو قصاص لأحد من الناس، فإنه لا يقام مع القتل، والقتل يأتي على جميع ذلك إلا الفرية"<sup>5</sup>. وقال صاحب المغني: "إذا اجتمعت الحدود... أحدهما: مثل أن يسرق، ويزني وهو محصن، ويشرب الخمر، ويقتل في المحاربة، فهذا يقتل، ويسقط سائرهما"<sup>6</sup>.

وخالف في هذا بعض الشافعية، وقالوا بل تقام عليه جميعها، قال الشريبي: "ولو اجتمع على شخص حدود لله تعالى، كأن شرب وزنى وهو بكر وسرق وارتد، قدم وجوبا الأخف منها فالأخف سعيا في إقامة الجميع"<sup>7</sup>.

### أ.2. التداخل في القصاص

ينقسم القصاص إلى: قصاص في النفس، وقصاص فيما دون النفس، وسأستعرض التداخل في قسمي القصاص كل على حدة، ثم التداخل بين القسمين فيما بينهما.

#### أ.1.2. التداخل في القصاص في النفس عند تعدد المقتولين

وصورة هذا التداخل، أن يقتل رجل اثنين فأكثر عمدا، سواء دفعة واحدة، أي مجتمعين، أو متفرقين مرة بعد مرة، فيقتاد منهم جميعا، ولا يلزمه مع القود شيء من المال، وهذا مذهب الحنفية والمالكية، جاء في بدائع الصنائع: "وكذلك الواحد يقتل بالجماعة قصاصا اكتفاء، ولا يجب مع القود شيء من المال عندنا"<sup>8</sup>.

وجاء في المدونة: "قال مالك: إنما هو عندي بمنزلة رجل قتل رجلا عمدا، ثم قتل رجلا

<sup>1</sup> يميز البعض بين تداخل العقوبات التي شرطها وحدة جنس (الطبيعية)، وجب العقوبات الذي تستغرق فيه العقوبة الأشد بقية العقوبات الأدنى منها ولو لم تكن من جنسها.

<sup>2</sup> أما إذا تعددت الجرائم من شخص، وكانت عقوباتها القتل فلا محل لاستيفائها جميعا، فإن كانت كلها خالص حق الله تعالى قتل حدا، وإن كان معها قصاص، فعند المالكية يدخل القتل قصاصا في القتل حدا، والعكس ما عدا الحرابة فيقدم أسبقهما عند الشافعي وأحمد، ومطلقا عند أبي حنيفة، ينظر: الكريديس، المرجع السابق، ص 235 - 237.

<sup>3</sup> رواه بهذا اللفظ ابن أبي شيبة في المصنف (سبق ترجمه ص 7).

<sup>4</sup> السرخسي، المرجع السابق، 9/ 195، 196.

<sup>5</sup> مالك، المدونة، 4/ 485.

<sup>6</sup> ابن قدامة، المرجع السابق، 9/ 154.

<sup>7</sup> الشريبي، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب (ت 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994م، 5/ 505.

<sup>8</sup> الكاساني، المرجع السابق، 7/ 239.



بعد ذلك عمدا، ثم قتل بعد ذلك رجلا عمدا، فقتل، فإنه لا شيء لهم"<sup>1</sup>، وذلك لأن القتل العمد محله القصاص في النفس، وقد حصل ذلك ولا سبيل لاستيفاء الآخرين القصاص لفوات محله، ولا سبيل لهم إلى الدية، لأن الحق في النفس لا في المال.

وقال الشافعي لا تتداخل الحقوق، فيقاد للأول وللباقيين الدية في ماله، فإن خفي الأول منهم أقرع بينهم فأيهم قتل أولا قتل به، وأعطى الباقيون الديات من ماله؛ لأنها حقوق لآدميين، وحقوق الآدميين مبنية على الشح والضيق، فمن تعذر استيفاء حقه في القود بغير رضاه، انتقل حقه إلى الدية<sup>2</sup>.

وفرق الإمام أحمد بين اتفاق أولياء الدم على القود، فتتداخل حقوقهم ويقاد لهم جميعا، واختلافهم بين طالب للقود وطالب للدية، فيقاد لمن طلب القود وتدفع الدية من ماله لمن طلبها من الأولياء، أما إذا تشاحوا في القود وكل منهم طلب قتله على الكمال، فقبل يقرع بينهم وقبل بالسبق وللباقيين الدية، وهذا القول انفرد به الحنابلة<sup>3</sup>.

وأرى أن القول الأول أولى بالإتباع لأن الدية شرعت في القتل العمد، كعقوبة بديلة عن القصاص، وهذا ليحرم القاتل من جزء من ماله، فلا يترك يجمع بين الحسنين: العفو والتمتع بماله، أما بعد قتله فالمال لم يعد ماله، بل هو لورثته ولا ذنب لهم في ما جرى، وأما إذا كان الحق مرتبط بالدية كقتل الخطأ، أو اتفق أولياء الدم على طلبها، فلا تتداخل الديات في هذه الحالة؛ لأنها جنایات متعددة وحقوق لآدميين وجبت في المال، ويمكن دفعها جميعا<sup>4</sup>.

## أ.2.2. التداخل فيما دون النفس عند تعدد الجني عليهم

إذا كان محل الجناية متحدا كقطع يميني رجلين أو بتر أنفيهما أو فقع عينيهما أو أكثر وهكذا، فإن حكمها هو حكم الجناية على الأنفس السالف الذكر<sup>5</sup>.

أما إذا كانت الجنایات مختلفة المجال، فإنها تتعدد فيها العقوبات ولا تتداخل بالاتفاق<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> مالك، المدونة، 4/ 654.

<sup>2</sup> الشافعي، المرجع السابق، 23/6.

<sup>3</sup> ابن قدامة، المرجع السابق، 8/ 249.

<sup>4</sup> ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (ت 1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار "حاشية ابن عابدين"، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ - 1992م، 6/ 541.

- الدردير، أحمد بن محمد (ت 1201هـ)، الشرح الكبير (وبأسفله حاشية الدسوقي)، دار الفكر، دمشق، د(طت)، 4/ 286.

- الغزالي، المرجع السابق، 6/ 304.

- البهوتي، المرجع السابق، 6/ 65.

<sup>5</sup> أي أن أقوال الفقهاء في جناية الواحد على الجماعة إذا أخذ محلها، ماثلة لأقوالهم في القصاص عند تعدد المقتولين [ينظر: خليل، ضياء الدين بن إسحاق (ت 776هـ)، مختصر العلامة خليل، تحقيق: أحمد جاد، دار البصائر، الجزائر، ط1، 1426هـ - 2005م، ص230؛ الشيرازي، المرجع السابق، 3/ 179؛ ابن قدامة، المرجع السابق، 8/ 315]. بينما يقرر فقهاء الحنفية عقوبة واحدة على القاتل للجماعة بأن يقتل بهم، أما في تعدد الجناية فيما دون النفس فيقولون بأنه إذا أمكن الاقتصاص منه دون حيف، فإن حضر الجني عليهم اقتص منه لهم، وعليه دية ذلك الطرف أو الجرح يقتسمونها، وإن حضر واحد اقتص منه له وللآخرين الدية، وإذا حضر أكثر من واحد اقتص لهم واقتسموا حصتهم من الدية، ولمن لم يحضر ديته كاملة، ينظر: المرغناني، برهان الدين علي بن أبي بكر (ت 593هـ)، الهداية شرح بداية المبتدي، تحقيق: عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ - 1995م، 10/ 268، 270.

<sup>6</sup> قاضي زادة، شمس الدين أحمد بن قودر (ت 988هـ)، تكملة شرح فتح القدير "نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار"، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ - 1995م، 10/ 256 - 259.

- مالك، المدونة، 4/ 570 وما بعدها.

- الشيرازي، المهذب، 3/ 188.

- ابن قدامة، المغني، 8/ 314، 316.



### أ.3.2. التداخل بين القصاص فيما دون النفس والقصاص في النفس

إذا تعدد الجنايات، ومنها ما هو على ما دون النفس وما هو على النفس، فإما أن يكون المجني عليه واحداً، كأن يتعرض شخص لجراحات عمدية، ثم يقتل عمداً من طرف نفس الفاعل، بأن يبتز أحد أطرافه أو يفقأ عينه أو يذهب سمعه، ثم يقتله، فقد ذهب المالكية إلى أن ما دون النفس يدخل في النفس مطلقاً، ما لم تكن هناك مثله. قال الخرشي: "ما دون النفس يندرج فيها إن تعمد الجاني ذلك، ولم يقصد المثلة"<sup>1</sup>.

وقال أبو حنيفة<sup>2</sup> والشافعي<sup>3</sup> بعدم التداخل مطلقاً، إلا إذا اختار الولي الاقتصاص منه في النفس وترك ما دونها، وفرق الحنابلة<sup>4</sup> والصحبان<sup>5</sup> بين ما إذا كانت الجناية على النفس قبل البرء أم بعده، فقالوا بالتداخل في الأول دون الثاني.

وأما إذا تعدد المجني عليهم، فلا تأثير لذلك عند المالكية، فيأتي القتل على كل شيء إلا المثلة، جاء في المدونة: "قلت: رأيت إن كان قطع يد رجل وقتل آخر كل ذلك عمداً؟ قال مالك: القتل يأتي على ذلك كله"<sup>6</sup>، وقال الجمهور يقتص منه فيما دون النفس ثم يقتل قولا واحداً، وأرى أن القتل يأتي على ما دونه؛ لأن المماثلة في القصاص متحققة بإزهاق روحه، وتعطيل النفس فيه تعطيل لجميع منافعها.

### أ.3. التداخل في الديات

لا تتداخل ديات الجناية على النفس، ولا تدخل فيها ديات الأطراف، إذا كانت في محلين مختلفين، أو أخذ محلها وتعدد المجني عليهم، وعليه سأحدث عن التداخل بين دية النفس وديات الأطراف والمنافع، والتداخل بين ديات الأطراف وديات المنافع، والتداخل بين أروش الشجاج وأروش الجراح.

### أ.1.3. التداخل بين دية النفس وديات الأطراف والمنافع

اتفق الفقهاء على أن ديات الأطراف ومنافعها تدخل في دية النفس، إذا كانت الجناية على النفس قبل برء جراح الأطراف والمنافع بما في ذلك السرية، وكانت على شخص واحد، وفي هذا يقول الكاساني: "الجناية على ما دون النفس إذا لم يتصل بها البرء، لا حكم لها مع الجناية على النفس في الشريعة، بل تدخل ما دون النفس في النفس، كما إذا قطع يده خطأ ثم قتله قبل البرء، لا يجب عليه إلا دية النفس"<sup>7</sup>.

وجاء في المنتقى: "إن من أصيب من أطرافه ما فيه ديات كثيرة، وبقيت نفسه، فإنه يأخذ دية كل شيء من ذلك، وإن بلغت عدتها ديات نفوس كثيرة، فإنها لا تتداخل مع بقاء النفس،

<sup>1</sup> الخرشي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله (ت 1101 هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي (وبهامشه حاشية العدوي)، دار الفكر للطباعة، بيروت، د(ط.ت)، 8 / 30.

<sup>2</sup> الكاساني، المرجع السابق، 7 / 303.

<sup>3</sup> الشافعي، المرجع السابق، 6 / 75.

<sup>4</sup> ابن قدامة، المغني، 8 / 301، 308.

<sup>5</sup> الكاساني، المرجع السابق، 7 / 303.

<sup>6</sup> مالك، المدونة، 4 / 656.

<sup>7</sup> الكاساني، المرجع السابق، 7 / 303.



وإنما تدخل كلها في دية النفس إذا تلفت، فيكون في ذلك كله دية واحدة<sup>1</sup>.  
وجاء في الأم: "قال الشافعي رحمه الله: وإذا قطع الرجل يدي الرجل، أو رجله، أو بلغ منه أكثر من هذا، ثم قتله، أو بلغ منه ما وصفت أو أكثر منه، فلم يبرأ من شيء من الجراح حتى أتى عليه فذجه، أو ضربه فقتله، فإن أراد ولاته الدية، فإنما لهم دية واحدة؛ لأنها لما صارت نفسا كانت الجراح كلها تبعاً لها"<sup>2</sup>.  
وجاء في المغني: "القتل إذا تعقب الجناية قبل الاندمال كان كالسرابة، ولذلك لو لم يعف لم يجب أكثر من دية، والقطع يدخل في القتل في الدية"<sup>3</sup>.  
أما إذا كانت الجناية على النفس بعد براء جراح الأطراف والمنافع، فلا تدخل دياتها في دية النفس؛ لأنها عندما برأت استقر حكمها.

### أ.2.3. التداخل بين ديات الأطراف وديات المنافع

إذا وقعت الجناية على أطراف متعددة من جسم الإنسان، فلا تتداخل دياتها؛ لأن لكل منها ديته المستقلة لاختلاف المحل، وكذلك المنافع، ولكن إذا كان محل العضو والمنفعة واحد، وأذيت الجناية كليهما، فقد اتفق الفقهاء على دخول ديات المنافع في ديات أعضائها؛ كالبطش والمشى والبصر والكلام والذوق، ولكنهم اختلفوا حول منفعتي السمع والشم، فقال المالكية أنهما الأصل في الدية وتدخل دية العضو في دية المنفعة، جاء في المدونة: "قلت له: ما يقول مالك في الأذن إذا اصطلمت، أو ضربت فشذخت؟ قال: قال مالك: ليس فيها إلا الاجتهاد، قلت: فإن ضربه ضربة فذهب سماعه واصطلمت أذناه، أتكون فيها دية وحكومة في قول مالك؟ قال: قال مالك: في الأذنين إذا ذهب سماعهما ففيه الدية، اصطلمتا أو لم تصطلما"<sup>4</sup>.  
وهكذا منفعة الشم، قال ابن الحاجب: "كذلك في الشم، أن فيه الدية ويندرج في الأنف، كالبصر مع العين، والسمع مع الأذن"<sup>5</sup>.

وقال الجمهور بعدم دخول ديتي الشم والسمع في ديتي طرفيهما، قال ابن عابدين: "ولو قطع أنفه فذهب شمه فعليه ديتان؛ لأن الشم في غير الأنف، فلا تدخل دية أحدهما في الآخر كالسمع مع الأذن"<sup>6</sup>.  
وجاء في مغني المحتاج: "فإن قطع أنفه فذهب شمه فديتان، كما في السمع؛ لأن الشم ليس في الأنف"<sup>7</sup>.

وجاء في المحرر: "وإذا قطع أنفه فذهب شمه، أو أذنه فذهب سماعه، وجبت ديتان، وسائر الأعضاء إذا أذهبها بنفعها لم تجب إلا دية واحدة"<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف (ت 474هـ)، المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420 هـ - 1999 م، 7 / 85.  
<sup>2</sup> الشافعي، المرجع السابق، 6 / 75.  
<sup>3</sup> ابن قدامة، المرجع السابق، 8 / 358.  
<sup>4</sup> مالك، المدونة، 4 / 563.  
<sup>5</sup> المواق، أبو عبد الله محمد بن يوسف (ت 897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416 هـ - 1994 م، 8 / 345.  
<sup>6</sup> ابن عابدين، المرجع السابق، 6 / 575.  
<sup>7</sup> الشرييني، المرجع السابق، 5 / 322.  
<sup>8</sup> ابن تيمية، مجد الدين أبو البركات (ت 652هـ)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف، الرياض، ط2، 1404 هـ - 1984 م، 141 / 2.





ويظهر أن قول الجمهور هو الأصوب؛ لأن منفعتي الشتم والسمع ليستا في طرفيهما. فلا تذهبا بذهابهما، كالحاجب مع البصر. خلاف بقية المنافع التي تكون تبعا لطرفها.

### أ.3.3. التداخل بين أروش الشجاج وأروش الجراح

يكون التداخل بين أروش الشجاج وأروش الجراح. إذا أخط جنسها كأن تكون موضحتان أو جائفتان، ويتحد فيهما فعل الجناية من حيث المحل والمباشرة، فإن كانت الجناية بفعلين على محلين مختلفين، فلا بد من زوال الحاجز بالسرية، أو بفعل الجاني قبل الاندمال، وبهذا قال المالكية والشافعية والحنابلة.

جاء في التمهيد: "من شج رجلا مأمومتين، أو موضحتين، أو ثلاث مأمومات، أو موضحات، أو أكثر، في ضربة، أن فيهن ديتهن كلهن، وإن أخرجت فصارت واحدة ففيها دية واحدة"<sup>1</sup>.

وجاء في المهذب: "وإن أوضح موضحتين بينهما حاجز وجب عليه أرش موضحتين؛ لأنهما موضحتان. وإن أزال الحاجز بينهما وجب أرش موضحة؛ لأنه صار الجميع بفعله موضحة واحدة، فصار كما لو أوضح الجميع من غير حاجز. وإن تأكل ما بينهما وجب أرش موضحة واحدة؛ لأن سرية فعله كفعله"<sup>2</sup>.

وجاء في المغني: "وإن أوضحه في رأسه موضحتين بينهما حاجز فعليه أرش موضحتين؛ لأنهما موضحتان. فإن أزال الحاجز الذي بينهما، وجب أرش موضحة واحدة، لأنه صار الجميع بفعله موضحة، فصار كما لو أوضح الكل من غير حاجز يبقى بينهما"<sup>3</sup>.

أما الحنفية فقالوا بعدم التداخل، إلا عند اتفاق الفعل في المحل والمباشرة. قال السرخسي في المبسوط: "ولو أن رجلاً أخذ السكين، فوجأ به رأس إنسان، فأوضحه، ثم جر السكين قبل أن يرفعها حتى شجه أخرى، فهذه موضحة واحدة، وعليه فيها القصاص إن كانت عمداً، وأرش موضحة واحدة إن كانت خطأ؛ لأن الفعل واحد لا اتحاد محله، فالتوسع مبالغة منه في ذلك الفعل فلا يعطى له حكم فعل آخر. ولو رفع السكين ثم وجأ إلى جهة أخرى اتصل أو لم يتصل، فهذه موضحة أخرى، اقتصر منه في العمد، وعليه أرش موضحتين في الخطأ؛ لأنهما فعلاّن مختلفان باختلاف المحل، واختلاف المباشرة، فكأنهما حصلا من اثنين"<sup>4</sup>. وأرى أن ما قال به الأحناف هو الأصوب، والأقرب إلى روح العدالة التي جاءت بها الشريعة، فاختلاف الفعل والمباشرة فعلاّن مختلفان، وإزالة الحاجز بفعل الجاني جناية أخرى، فلا يعقل أن تكون سببا في تخفيف عقوبته.

### ب. دمج العقوبات في القانون الجزائري

ذهب المشرع الجزائري إلى الاكتفاء بتوقيع عقوبة الجريمة الأشد في العقوبات السالبة للحرية، وأجاز للقاضي ذلك استثناء في العقوبات المالية على أن يقرره بنص صريح.

### ب.1. دمج العقوبات السالبة للحرية

تعدد العقوبات السالبة للحرية التي يمكن أن تكون محلا للتداخل، تأخذ إحدى صورتين، هما:

<sup>1</sup> ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله (ت 463هـ)، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي و

محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب، د.ط. 1387هـ، 369 / 17.

<sup>2</sup> الشيرازي، المرجع السابق، 3 / 216.

<sup>3</sup> ابن قدامة، المرجع السابق، 8 / 471.

<sup>4</sup> السرخسي، المرجع السابق، 26 / 166.





ب.1.1 الصورة التي تكون فيها المتابعات في آن واحد والمحاكمة واحدة: ويقصد بهذه الصورة أن يرتكب الجاني جريمتين أو أكثر. وخلال معا أمام نفس الجهة القضائية للفصل فيها في جلسة واحدة. سواء تم ارتكابها بالتتالي وتم اكتشافها ومتابعتها في آن واحد. كمن ضبط وجوزته مخدرات وفي أثناء استجوابه عن مصدرها يظهر أنه قد حصل عليها بانتحال شخصية رجل أمن. سرق بطاقته المهنية وقام بتزويرها لابتزاز مروجي هذه المادة مقابل التغاضي عن نشاطهم. أو ارتكبت في آن واحد تقريبا بحيث لا يمكن معاينة ومتابعة الأولى قبل أن ترتكب الأخرى. كمن يقود سيارته وهو في حالة سكر وعند توقيفه من طرف أعوان الشرطة يرفض الانصياع لأوامرهم. وعندما يحاولون القبض عليه يهينهم ويعتدي على بعضهم بالضرب. وفي مثل هذه الحالات تبت جهة الحكم في إذنب الجاني عن كل جريمة. ثم تقضي بعقوبة واحدة سالبة للحرية. على أن لا تتجاوز مدتها الحد الأقصى المقرر للعقوبة المقررة قانونا للجريمة الأشد<sup>1</sup>.

ب.2.1 الصورة التي تكون فيها المتابعات متتالية والمحاكمات منفصلة: وهي أن خال من أجل المحاكمة جرائم في وضع التعدد. لا يفصل بينها حكم نهائي إلى عدة جهات. أو إلى جهة واحدة في أوقات مختلفة إثر متابعات منفصلة. كأن يرتكب الجاني جريمة جديدة بينما هو محل عقوبة غير نهائية صدرت من أجل جريمة سابقة. أو تصدر عليه عقوبة ولو نهائية من أجل جريمة ثانية. ثم يكتشف أن المحكوم عليه سبق له وأن ارتكب قبلها جريمة لم يسأل عنها بعد<sup>2</sup>. وقد أخذ المشرع الجزائري في هذه الصورة بقاعدة دمج العقوبات السالبة للحرية. وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 35 من قانون العقوبات. بقولها: "إذا صدرت عدة أحكام سالبة للحرية بسبب تعدد المحاكمات. فإن العقوبة الأشد وحدها هي التي تنفذ". وقد أثار مسألة الجهة التي يؤول إليها اختصاص الأمر بتنفيذ العقوبة الأشد إشكالات قانونية في الميدان. وانقسم القضاء بشأنه فريقين<sup>3</sup>. فريق أسند هذا الاختصاص لآخر جهة قضائية وفريق أسنده للنياحة العامة. وبعد تردد استقر رأي المحكمة العليا على أن تنفيذ العقوبات من اختصاص النيابة العامة. كما استقر قضاؤها على أن طلبات دمج العقوبات أو ضمها. ترفع أمام آخر جهة قضائية أصدرت العقوبة السالبة للحرية<sup>4</sup>. ومع ذلك أجاز المشرع للمحكمة استثناء الأمر بضم العقوبات كلها أو بعضها في نطاق الحد الأقصى المقرر قانونا للجريمة الأشد. إذا كانت من طبيعة واحدة بأن كانت جنائية أو

<sup>1</sup> تنص المادة 34 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "في حالة تعدد جنابات أو جنح محالة معا ألى محكمة واحدة. فإنه يقضى بعقوبة واحدة سالبة للحرية ولا يجوز أن تتجاوز مدتها الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانونا للجريمة الأشد".

<sup>2</sup> حيث قضت الغرفة الجنائية للمحكمة العليا أن تأخير المحاكمة عن الجريمة التي وقعت أولا. لا يخرجها عن إطار صورة التعدد المنصوص عليها في المادة 35 من قانون العقوبات. ينظر: ملف 222075. قرار 1999/07/27. المجلة القضائية 1999 - 1. ص 183.

<sup>3</sup> غ.ج. ملفات 138336 و 138339 و 138340. قرارات 1995 / 06 / 27 (بوسقبة. المرجع السابق. ص 453): ج.م. ملف 117149. قرار 1996/01/14. المجلة القضائية 1996 - 2. ص 176.

<sup>4</sup> تنص الفقرة الأخيرة من المادة 14 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين على: "ترفع طلبات دمج العقوبات. أو ضمها. وفقا لنفس الإجراءات المحددة في الفقرات السابقة من هذه المادة. أمام آخر جهة قضائية أصدرت العقوبة السالبة للحرية". وقد جاءت هذه الفقرة تكريسا لاجتهاد المحكمة العليا (غ.ج. ملف 84224. قرار 1991/02/05. المجلة القضائية 1996 - 1. ص 193. ج.م. ملف 117749. قرار 1996/01/14. المجلة القضائية 1996 - 2. ص 186). ينظر: [http://www.coursupreme.dz/?p=som\\_1996\\_2\\_p2](http://www.coursupreme.dz/?p=som_1996_2_p2).



جنحية، دون الجنائية والجنحية معا<sup>1</sup>، على أن يكون ذلك بقرار مسبب تسببيا خاصا، تبرز فيه الدوافع التي جعلتها تخرج عن قاعدة عدم ضم العقوبات<sup>2</sup>.

وعقوبة الجريمة الأشد تكون بحسب تقدير القانون لها، لا حسب ما يقدره القاضي في الحكم، والعبرة في تحديد ذلك العقوبات الأصلية دون النظر إلى ما قد يوجد معها من عقوبات تكميلية، وتكون عقوبة الجناية أشد من عقوبة الجنحة ولو كانت أقل منها في المدة، أو أقل تأثيرا على نفس المتهم، فإذا اتخذت العقوبات درجة ونوعا تعين المقارنة بينها على أساس الحد الأعلى دون اعتداد بالحد الأدنى، كما أنه يعد الحبس المقرر وجوبا أشد من الحبس المقرر بالتخيير بينه وبين الغرامة<sup>3</sup>.

## ب.2. دمج العقوبات المالية

القاعدة في العقوبات المالية خلافا للعقوبات السالبة للحرية، هي جمع العقوبات وقد نصت عليه المادة 36 عقوبات، غير أنها أجازت في عبارتها الأخيرة للقاضي أن يقرر خلاف ذلك بنص صريح.

وتجدر الإشارة هنا إلى التفرقة بين الغرامات الجزائية والغرامات الجبائية التي يختلط فيها الجزاء بالتعويض، كما هو حال الغرامات المقررة للجرائم الجمركية أو الضريبية، التي لا يجوز للقاضي دمجها بل يجب أن تصدر على كل جريمة يثبت ارتكابها قانونا<sup>4</sup>.

الخاتمة

بعد استعراض حكم تعدد العقوبات في كلٍّ من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، يمكن

استخلاص ما يلي:

1. العبرة في تداخل العقوبات في الفقه الإسلامي بتنفيذ العقوبة لا بالحكم بها، فكل جريمة وقعت قبل تنفيذ العقوبة تتداخل عقوبتها مع العقوبة التي لم يتم تنفيذها إذا توافرت شروط تداخلهما، بينما هي في القانون بصيرورة الحكم نهائيا ولو لم ينفذ.
2. حالة تعدد النتائج التي تترتب على فعل واحد، يسأل صاحبها عنها جميعا ما لم تتداخل في الفقه الإسلامي، بينما يسأل عن النتيجة الأشد فقط في القانون.
3. الأصل أن تعدد العقوبات بتعدد الجرائم؛ أي أن توقع عن كل جريمة العقوبة المقررة لها، وهذا الذي أخذ به الفقه الإسلامي كقاعدة واستثنى من ذلك العقوبات المقررة حقا لله

<sup>1</sup> حيث نقضت المحكمة العليا قرارا أمر بضم عقوبات جنائية وعقوبات جنحية (الغرف مجتمعة: ملف 41029، قرار 22 / 10 / 1984)، ينظر: جلالى بغدادى، الاجتهاد الفضائى فى المواد الجزائية، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، الجزائر، د.ط، 1996، ص 302.

<sup>2</sup> وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 35 عقوبات، بقولها: "ومع ذلك إذا كانت العقوبات المحكوم بها من طبيعة واحدة، فإنه يجوز للقاضي بقرار مسبب أن يأمر بضمها كلها أو بعضها في نطاق الحد الأقصى المقرر قانونا للجريمة الأشد".

<sup>3</sup> رمسيس، المرجع السابق، ص 184.

- الشواربى، أثر تعدد الجرائم، ص 67.

<sup>4</sup> ينظر: المادة 339 من القانون رقم 79- 07 المؤرخ في 26 شعبان عام 1399 الموافق لـ 21 يوليو سنة 1979، المعدل و المتمم بالقانون رقم 98- 10 المؤرخ في 29 ربيع الثاني عام 1419 الموافق لـ 22 غشت سنة 1998 المتضمن قانون الجمارك: "كل فعل يقع تحت طائلة أحكام جزائية متميزة، نص عليها هذا القانون، يجب أن يفهم بأعلى درجة عقابية يجتمل أن تترتب عنه.

في حالة تعدد المخالفات أو الجنح الجمركية تصدر العقوبات المالية على كل مخالفة يثبت ارتكابها قانونا".



- تعالى التي من جنس واحد. وكذا يجب القتل ما اجتمع معه، لأن حقوق الله مبنية على المسامحة؛ في حين قرر القانون الجزائري جمع الغرامات وأجاز عدم جمعها استثناءً بنص صريح. أما العقوبات السالبة للحرية فالأصل دمجها في الجنايات والجناح دون المخالفات. ويجوز ضمها على ألا تتجاوز الحد الأقصى للعقوبة الأشد إذا كانت ذات طبيعة واحدة.
4. اقتضت رحمة الله بعباده الأخذ بمبدأ التداخل تيسيراً عليهم، لأن في تعدد العقوبات شيء من المشقة والعنت بالرغم من عدالته، ولأن الواحدة قد تؤدي نفس الغرض الذي تؤديه العقوبات مجتمعة، وهو ما توسع فيه القانون الجزائري إلى حد قد يخل بمقتضيات الردع، ويحول ترخيصاً لمرتكب جريمة جسيمة في أن يرتكب جرائم أخف مطمئناً إلى أنه لن يناله أي عقاب من أجلها.
5. رغم أن الفقه الإسلامي يتفق مع القانون في الغاية من أعمال مبدأ التداخل، التي هي التيسير ورفع الحرج ما دامت العقوبة الواحدة تحقق أغراض العقاب، إلا أن الاختلاف حول ماهية هذه الأغراض جعل تطبيقات هذا المبدأ تتباين تبعاً لذلك.



## إثبات عيب الجراف الإدارة العمومية في استعمال السلطة العامة

د. زياد عادل جامعة خنشلة

### ملخص:

يعتبر الجراف الإدارة في استعمال السلطة من العيوب الخفية والدقيقة التي يصعب على القاضي الإداري إثباتها ضد الإدارة العمومية لاسيما أنها تحوز السلطة التقديرية في ممارسة العمل الإداري في إطار تحقيق المصلحة العامة وتسييد الهدف المخصص لها. فإذا حادت الإدارة عن ذلك فالقاضي الإداري يمكنه الاعتماد على الوسائل المباشرة المرتبطة بالعمل الإداري. أو الغير مباشرة كقرينة للقيام بعملية إثبات الجراف الإدارة في استعمال السلطة.

### Résumé:

Le détournement du pouvoir de l'administration est considéré parmi les vices cachet que le juge administrative trouve beaucoup de difficulté pour le prouvé, surtout que l'administration a le pouvoir discrétionnaire a l'occasion de prise l'acte administrative, dans le cadre de réaliser l'intérêt général et concrétiser le but légitime.

Dans le cas ou l'administration s'éloigne de cette notion, le juge administrative peut compter sur les moyens qui en lien directe avec l'acte administrative, ou les moyen indirecte comme présomption pour arrivé a prouvé de détournement du pouvoir.

### مقدمة:

يكتسي عيب الجراف في استعمال السلطة طابعا خاصا. باعتباره وجها من أوجه إلغاء العمل الإداري الصادر عن الإدارة العمومية. حيث يرتبط هذا العيب ارتباطا وطيدا بعنصر الغاية أو الهدف الذي يسعى إليه مصدر القرار الإداري. فإذا حاد الشخص الإداري عن السلطة المنوطة إليه تفاديا للمصلحة العامة أو الهدف المحدد قانونا. فإنه بذلك يكون قد أساء استخدام السلطة والجرف بها. مما يؤدي ذلك إلى إلغاء العمل الإداري لعدم تحقق المشروعية في الغاية من ممارسة العمل الإداري.

بالتالي يعد عيب الجراف في استعمال السلطة من أخطر العيوب التي تشوب العمل الإداري وأكثرها دقة وخصوصية. باعتباره من العيوب الخفية التي يستهدفها الشخص الإداري في نطاق الوظائف المسندة إليه. مما يستوجب على القاضي الإداري التوغل في رقابة المشروعية على العمل الإداري للتوصل عن كشف الغرض الذي يصبو إليه الشخص الإداري في نطاق المهام المسندة إليه. والذي يفترض فيه أن يجسد المصلحة العامة والهدف المخصص له لإضفاء الفاعلية الإدارية التي تتضمن في طياتها حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد.



يلاحظ أن الإدارة العمومية خلال أداء الوظيفة المخولة إليها، قد حيد عن تحقيق المصلحة العامة أو الهدف المحدد إليها لاسيما أنها تمتلك امتيازات السلطة العامة، مما قد يؤدي بها إلى استعمال أغراض خفية أو قناع المصلحة العامة في مواجهة الأفراد للحياد عن نطاق مبدأ المشروعية.

استنادا إلى ذلك يضطلع القضاء الإداري بمهمة الرقابة على مشروعية عنصر الغاية في ممارسة العمل الإداري لإثبات مدى التزام الإدارة بتطبيق القانون، أو الجرافها في استعمال السلطة، وهذا مما يثير إشكالية مدى فعالية القضاء الإداري في إثبات عيب الجراف الإدارة العمومية في استعمال السلطة.

للإجابة على الإشكالية، سيتم تبيان دور القضاء الإداري في عملية إثبات عيب الجراف الإدارة العمومية لاستعمال السلطة، وذلك من خلال إبراز الوسائل المباشرة المعتمد عليها لكشف تعسف الإدارة، أو الوسائل الغير مباشرة التي يلجأ إليها القاضي الإداري عند الاقتضاء في استخلاص الجراف الإدارة.

بالتالي سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى المبحثين الآتيين:

**المبحث الأول: الإثبات المباشر لعيب الجراف الإدارة العمومية في استعمال السلطة.**

**المبحث الثاني: الإثبات الغير مباشر لعيب الجراف الإدارة العمومية في استعمال السلطة.**

**المبحث الأول: الإثبات المباشر لعيب الجراف الإدارة العمومية في استعمال السلطة**

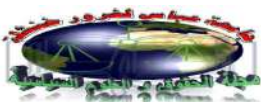
لاشك أن دور القاضي الإداري في الكشف عن سبب الجراف بالسلطة للحكم بإلغاء العمل الإداري ليس بالأمر السهل، حيث يتطلب الأمر في بعض الأحوال أن يستعمل عدّة وسائل تشير إلى وجود هذا العيب، وذلك ما لا يأتي إلا بالتّوغل في ظروف وملابسات العمل الإداري<sup>1</sup>، من ثم يستوجب إثبات قصد في إساءة استعمال السلطة ويتعين إقامة الدليل على ذلك، باعتبار أن الأصل في ممارسة العمل الإداري يستهدف تحقيق المصلحة العامة والهدف المنوط بها، ويقع على من يدعي العكس أو يمس بهيبة الإدارة أن يثبت ذلك<sup>2</sup>.

لذا يترتب على الجراف بالسلطة في ممارسة العمل الإداري توقيع العقوبات الملائمة تجاه مصدر القرار تطبيقا للمادة 24، من الدستور الجزائري الذي نص على أن: "يعاقب القانون على التعسف في استعمال السلطة"<sup>3</sup>، كما قد يؤدي ذلك إلى متابعة جزائية، حيث نص المشرع

<sup>1</sup> - ماهر أبو العينين، أسباب إلغاء القرارات الإدارية، الكتاب الثاني، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، 1996، ص 842.

<sup>2</sup> - أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 529.

<sup>3</sup> - المادة 24، من القانون رقم 01/16، المؤرخ في 06/03/2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج. ر. عدد 14، الصادرة بتاريخ 07/03/2016.



الجزائري في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على أن: " يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل موظف عمومي أساء استغلال وظائفه..."<sup>1</sup>.

جدير بالذكر أن صعوبة إثبات الجراف بالسلطة تتسم بالنسبية وليست مطلقة، حيث تشتد هذه الصعوبة في إثبات الجراف عن المصلحة العامة، باعتبار أن فكرة المصلحة العامة هي فكرة مرنة غير واضحة المعالم تستعمل فيها الإدارة العمومية صلاحياتها التقديرية في ممارسة العمل الإداري، كما يمكن لممثل الإدارة أن يمارس اعتبارات شخصية في نطاق العمل الإداري ويتحجج بقناع المصلحة العامة وهذا ما يصعب إثباته<sup>2</sup>، بخلاف إثبات الجراف عن قاعدة تخصيص الأهداف ففيه تتلشى صعوبة عملية الإثبات لأنه يرتبط ارتباطا وطيدا باعتبارات موضوعية يمكن للقاضي الإداري إذا توغل وتمحص العمل الإداري جيدا أن يثبت الجراف الإدارة عن قاعدة تخصيص الأهداف<sup>3</sup>، التي تتضمن في طياتها مخالفة الإدارة للهدف المخصص لها من طرف المشرع<sup>4</sup>.

تبعاً لذلك استقر القضاء الإداري في مهامه المنوطة إليه بالاعتماد على وسائل مباشرة يستقي بها دليلاً على الجراف الإدارة، كنص القرار المطعون فيه للقيام بعملية الإثبات (المطلب الأول)، أو ملف وأوراق الدعوى (المطلب الثاني)، لذا سيتم إمطة اللثام على هذه الأساليب في كشف وإثبات الجراف الإدارة العمومية.

#### المطلب الأول: نص القرار المطعون فيه

تعتبر هذه الحالة نادرة الوقوع نتيجة حرص الإدارة العمومية على عدم تبيان تعسفها في فحوى القرار، إلا أنه قد يحدث وأن يظهر من نص القرار عن عيب تعسف السلطة الإدارية سواء تم ذلك سهواً أو خطأً أو جبراً أو طائفة، من ثم يستقي القاضي الإداري دليلاً من نصوص القرار ذاته، وهو المبدأ الذي أقره مجلس الدولة الفرنسي وتمسك به في أوائل أحكامه على أحكام الإدارة، شريطة أن يصدر القرار صريحاً ويتضح فيه الجراف الإدارة من النصوص لاسيما أن الأمر يرتبط ارتباطاً وطيداً بالكشف عن الأهداف الحقيقية التي تتوخاها الإدارة<sup>5</sup>، لذلك ألزم المشرع

<sup>1</sup> - المادة 33، من القانون 01/06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر. عدد 14، الصادرة بتاريخ 8 مارس 2006.

<sup>2</sup> - FRIER Pierre-Laurent Frier, JACQUES Petit, Précis de droit administratif, 6<sup>ème</sup> édition., L.G.D.J, Paris, 2010, p p 485-486.

<sup>3</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الجراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص ص 287-288.

<sup>4</sup> - FRIER Pierre-Laurent Frier, JACQUES Petit, OP.cit, p 486.

<sup>5</sup> - محمد سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص 890.  
- محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص 845.



الجزائري الإدارة العمومية بإصدار قراراتها لتبيان تصرفها وتسهيل عملية الرقابة على مشروعيتها، وفي حالة عدم تمكن المدعي من القرار المطعون فيه، فإنه يخول للقاضي المقرر أن يأمرها بتقديمه في أول جلسة ويستخلص النتائج القانونية المترتبة على هذا الامتناع<sup>1</sup>.

تطبيقا لذلك أقرت المحكمة الإدارية بفرنسا على أن لا يمكن تسريح الموظف المتريص من طرف السلطة المختصة إلا بتقرير صادر عن رئيس المركز الوطني للتوظيف العمومية، وفي حالة عدم وجود أو صدور التقرير يكون الإجراء غير مشروعاً متسماً بتجاوز السلطة، وبالتالي فالقرار المتخذ غير مشروع، مما يستلزم إلغائه<sup>2</sup>، كما آتجه مجلس الدولة الجزائري في هذا الصدد أنه خلافاً لما دفع به المستأنف فإن القرار المستأنف أساس قبول دعوى المستأنف عليها التي تم توقيفها شفوياً... يعد تجاوز السلطة... والدفع فيما يتعلق بعدم وجود منصب مالي. فهذا الدفع ليس له مبرر في قضية الحال التي تتعلق بإيقاف موظف بدون استصدار قرار التوقيف وسبب التوقيف، وعلى إثر ذلك تم قبول الاستئناف شكلاً وتأييد القرار المستأنف موضوعاً<sup>3</sup>.

تبعا لذلك كشف مجلس الدولة الجزائري عيب الجراف بالاعتماد على نص القرار، حيث ذهب إلى أن: "مهام المستأنف عليه بعد ترقبته بموجب قرار رسمي نتج عنه أثار قانونية، وأن إنهاء مهامه هو إجراء تعسفي... وأنه كان على المستأنف إذا اعتبر بأن المستأنف عليه ارتكب أفعال تمس بأخلاقية المهنة، اتخاذ الإجراءات التأديبية الشرعية، وأن المستأنف باخاذه القرار المطعون فيه قد تعسف في حق المستأنف عليه ومس بحقوقه"<sup>4</sup>.

وقد ذهب كذلك مجلس الدولة الجزائري في أحدث أحكامه إلى أنه: "...يستخلص مما ذكر أعلاه أن المستأنف عليه استفاد بالحمل التجاري موضوع النزاع بموجب قرار ولائي لازال قائماً، الأمر الذي أنشأ له حقوق ورتب له الصفة في رفع دعوى الإلغاء، حيث أن المستأنفة لم تثبت أن نشاط أو تصرف المستأنف عليه يشكل خطراً على الأمن العام، كما أنها لم تبين أن المستأنف عليه قام بإجهاز بناء فوضوي يبرر عملية الهدم، وذلك بتحريض محضر معاينة المخالفة، حيث أن النزاع يخص مدى مشروعية قرار هدم محل تجاري وليس مسألة إبرام عقد إيجار الأمر الذي يجعل دفع

<sup>1</sup> -المادة 2/819، من القانون 09/08، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر عدد 21، بتاريخ 23 أفريل 2008.

<sup>2</sup> -C.A.A, 18/02/2011, N°10NT01047, "Camus M, piron, prés, M.gauthier, rapp, M.villain, rapp, publ", in A.J.F.P N°05, Septembre/Octobre, 2011, p306.

<sup>3</sup> - مجلس الدولة الجزائري، قرار رقم 6919، بتاريخ 2003/03/18، "قضية رئيس بلدية تيارت، ضد ب.ز"، قرار غير منشور.

<sup>4</sup> - مجلس الدولة الجزائري، قرار رقم 9113، بتاريخ 2003/04/15، "قضية المركز الوطني للسجل التجاري، ضد ب.ج"، قرار غير منشور.





المستأنفة في هذا الشأن غير مؤسّسة وتستدعي الرفض. من ثم فإن القرار المطعون فيه مشوب بعيب تجاوز السلطة<sup>1</sup>.

علاوة على ذلك اتجه مجلس الدولة الجزائري في إطار كشف الجراف الإدارة العمومية اعتمادا على نص القرار إلى أن: "القرار المطعون فيه لم يبين نوع الخطأ المهني المرتكب ولم يصنّفه في أي درجة من الدرجات الأربعة المنصوص عليها في المادة 177 من الأمر 03/06. المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية. حيث أن القرار المطعون فيه مشوب بعيب انعدام التسبب وتجاوز السلطة... ما يتعين إلغاؤه..."<sup>2</sup>.

كما ذهب في هذا الصدد إلى أنه: "...يتبين في آخر المطاف أن المدعي استفاد من قرار منحه حق استغلال المحجرة موضوع النزاع من طرف والي الولاية بتاريخ 98/04/29. لمدة 15 سنة ينتهي سنة 2013... وبما أن القرار قد رتب آثاره زيادة على كون السجل التجاري لازال ساري المفعول أيضا ولم يرتكب المدعي أي خطأ يرتب فسخ العقد كما جاء في القانون. من ثم فإن طلب المدعي مؤسس وأن تصرف المدعي عليها يعد تجاوزا لسلطتها..."<sup>3</sup>.

ناهيك على أن مجلس الدولة الجزائري قد فرض الرقابة على عيب الجراف السلطة لأعمال رئيس الحكومة معتمدا في ذلك حتى على القرارات الضمنية التي تتضمن أثرا قانونيا. حيث اتجه مجلس الدولة الجزائري في هذا الصدد إلى أن: "...الرفض الضمني الناجم عن صمت الحكومة مدة تفوق 03 أشهر تجاه إصدار النصوص التطبيقية يعد رفضا غير مبرر ويُحلّل على أنه تجاوز للسلطة. وبالتالي. فإن العارض محق في طلب إبطاله..."<sup>4</sup>.

بالتالي يستشف القاضي الإداري من نص القرار وأسبابه مدى مراعاة الهدف المخصص للإدارة. وتناقض الهدف المعلن في القرار ليحكم جليا بتعسفها وانجرافها في استعمال السلطة. ناهيك على أن نص القرار قد يتضمن في طياته اعتراف الإدارة العمومية بالخطأ والانجراف في استعمال السلطة بطريقة غير مباشرة قد كُشف عن هدفها. فإذا به يبين بجلاء حيادها عن الهدف المحدد قانونا<sup>5</sup>.

مجلس الدولة الجزائري. الغرفة الثالثة. قرار رقم 064475. بتاريخ 2011/07/28. " قضية بلدية قسنطينة. ضد س.ن. " قرار غير

<sup>1</sup> منشور.

<sup>2</sup> قرار مجلس الدولة الجزائري. الغرفة الثانية. قرار رقم 059813. بتاريخ 2010/12/23. " قضية و.م. ضد والي ولاية تيزي وزو ومن

معه " قرار غير منشور.

<sup>3</sup> مجلس الدولة الجزائري. الغرفة الثالثة. قرار رقم 050300. بتاريخ 2009/09/30. " قضية لمؤسسة ذات الشخص وحيد وذات

المسؤولية المحدودة ' cla ' محجرة لعمارة للحصى. ضد الوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية Anpm. ومن معها " قرار غير منشور.

<sup>4</sup> مجلس الدولة الجزائري. الغرفة الثانية. قرار رقم 013948. بتاريخ 2003/05/20. " قضية. س.ر. ضد رئيس حكومة الجمهورية

الجزائرية الديمقراطية الشعبية " قرار غير منشور.

<sup>5</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة. مرجع سابق. ص ص 322-323.



يتضح بموجب ما سبق ذكره أن مهمة القاضي الإداري في استخلاص عيب الجراف السلطة من نص القرار ليست معقدة. باعتبار أن القاضي الإداري يؤسس دليل الجراف على مضمون القرار الذي يبين بجلاء مظاهر تجاوز السلطة. بخلاف القرار الشفهي الذي يصعب فيه إثبات الجراف الإدارة العمومية. حيث عند طلب القاضي الإداري المقرر لمضمون القرار يمكن للإدارة تتفادي تبيان مظاهر الجرافها في إصدار القرار بعد طلبه من القاضي الإداري المقرر وهذا مما يعقد الأمر في عملية الإثبات.

### المطلب الثاني: من ملف وأوراق الدعوى

لقد تطورت وتوسعت صلاحيات القضاء الإداري إزاء عملية الإثبات في الجراف الإدارة بالسلطة. وذلك من خلال الاعتماد على المراسلات التي سبقت أو أعقبت صدور القرار الإداري بغية الكشف عن وجود الجراف الإدارة. وفي هذه الوضعية يمكن أن يتضح غرض الإدارة من ممارسة العمل الإداري. كما يخول للقاضي الإداري أن يعتمد على المناقشات التي تمت قبل صدور القرار أو التعليمات الصادرة عن السلطة الرئاسية و قد صدر القرار بناء عليها<sup>1</sup>.

تأسيسا على ذلك يجوز إثبات الجراف الإدارة من سائر أوراق الدعوى والقرائن المحيطة بالنزاع. من ثم قضى مجلس الدولة الفرنسي إلى أن إحالة المدعي إلى المعاش التلقائي بسبب إلغاء وظيفة المدعي. وكان المدعي قد وجه تهمة الجراف بالسلطة للإدارة لأن الهدف الحقيقي من إحالته للمعاش هو معاقبته بسبب لجوءه المستمر إلى مقاضاة الإدارة. وقد وكان دليله الوحيد هو مجرد المقارنة بين تاريخ صدور قرار إحالته للمعاش وآخر دعوى قام برفعها على الإدارة. وقد قضى له مجلس الدولة بطلباته<sup>2</sup>.

وقد واكب المشرع الجزائري العديد من التطورات بغية الحد من تعسف الإدارة في استعمال السلطة. حيث نص بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية على وجوب تبليغ المذكرات. ومذكرات الرد مع الوثائق المرفقة بها إلى الخصوم عن طريق أمانة الضبط تحت إشراف القاضي المقرر<sup>3</sup>. كما تبلغ كل الإجراءات المتخذة وتدابير التحقيق إلى الخصوم برسالة مضمونة مع الإشعار بالاستلام. أو عن طريق محضر قضائي عند الاقتضاء. ويتم أيضا تبليغ طلبات التسوية والإعدادات وأوامر الاختتام وتاريخ الجلسة بنفس الأشكال. ويشار في تبليغ العرائض والمذكرات إلى أنه في حالة عدم مراعاة الأجل المحدد من طرف القاضي لتقديم مذكرات الرد. يمكن اختتام التحقيق دون إشعار مسبق<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - طارق فتح الله خضر. القضاء الإداري. دعوى الإلغاء. الطبعة الثالثة. دار الكتب القومية. 1999. ص 215.

<sup>2</sup> - قضية Rodier. لسنة 1966. المشار إليها لدى محمد ماهر أبو العينين. مرجع سابق. ص 846.

<sup>3</sup> - المادة 838/2. من القانون 09/08. المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. السالف ذكره.

<sup>4</sup> - المادة 840. من القانون 09/08. المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. السالف ذكره.



جدير بالذكر على أنه في حالة عدم احترام أحد الخصوم في الدعوى الأجل الممنوح له لتقديم مذكرة أو ملاحظات، فيجوز لرئيس تشكيلة الحكم أن يوجه له اعداز برسالة مضممة مع الإشعار بالاستلام، وفي حالة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي يجوز منح أجل جديد وأخير<sup>1</sup>. إلا أنه إذا لم يقدم المدعي رغم الإعداز الموجه له المذكرة الإضافية التي أعلن عن تقديمها، أو لم يقوم بتحضير الملف يعتبر متنازلاً<sup>2</sup>. ناهيك على أنه إذا لم يقدم المدعي عليه رغم اعدازه أية مذكرة فيعتبر قابلاً بالوقائع الواردة في العريضة<sup>3</sup>. وفي بعض الأحوال يجوز لرئيس المحكمة الإدارية أن يقرر بالألا وجه للتحقيق في القضية عندما يتبين له من العريضة أن حلها مؤكد، ويرسل الملف إلى محافظ الدولة لتقديم التماساته، وفي هذه الحالة يأمر الرئيس بإحالة الملف أمام تشكيلة الحكم بعد تقديم التماسات محافظ الدولة<sup>4</sup>.

وقد حاول القضاء إثبات واستخلاص هذا العيب بالاعتماد على الأوراق والمستندات المرفقة في ملف الدعوى، لذلك أجهت في هذا الصدد محكمة الاستئناف الإدارية إلى وجوب تقييم إمكانيات ومؤهلات الموظف المترص المعاق قبل إصدار قرار رفض تثبته، حيث أقرت إلغاء قرار رفض التثبيت لعدم الكفاءة المهنية، الذي لم يتوافر فيه إجراء التقييم الدقيق لمؤهلات وإمكانيات ورأي اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء في إطار الوظيفة، من ثم فهي دلالة واضحة على الجراف الإدارة استخلصها القاضي الإداري من ملف وأوراق الدعوى<sup>5</sup>. كذلك حكمت محكمة الاستئناف الإدارية بعدم مشروعية تسريح الموظف بعد التصريح الطبي لعدم القدرة النهائية لأداء المهام، حيث اعتبرت القرار مشوباً بتجاوز السلطة نتيجة تقديم الوثائق الطبية التي تثبت وضعية الموظف<sup>6</sup>.

علاوة على ذلك أجه مجلس الدولة الجزائري في هذا الصدد إلى:" أنه من الثابت من أوراق الملف و أن قرار التسريح قد اتخذ والمستأنف عليه في عطلة مرضية، وقد أخبر المستأنف عن حادث العمل، إلا أن المستأنف لم يتبع الإجراءات القانونية للتصريح به لدى صندوق الضمان الاجتماعي، بل اعتبر المستأنف عليه في غياب غير مبرر واتبع الإجراءات التأديبية لينتهي بقرار

<sup>1</sup>- المادة 849، من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف ذكره.

<sup>2</sup>- المادة 850، من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف ذكره.

<sup>3</sup>- المادة 851، من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف ذكره.

<sup>4</sup>- المادة 847، من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف ذكره.

<sup>5</sup>- C.A.A, NANCY, 17/06/2010, N° 09NC00993, "Mm vincent, prés, Brumeaux rapp, Collier, rapp", in A.J.F.P., N°06, Novembre/Décembre, 2010, p329.

<sup>6</sup>- C.A.A MARSEILLE, 18/01/2011, N° 10MA03227, "Chambre régionale de métier et de l'artisanat Languedoc-Roussillon c/Rigal M.fedou, rapp, Mme fédi, rapp", in A.J.F.P., N°03, Mai/Juin 2011, p 178.



العزل. وبالتالي فإن قرار العزل قد اتخذ وعلاقة العمل موقوفة بحادث العمل. ومن ثم فإن قرار العزل قرار باطل<sup>1</sup>.

ناهيك على أنه يخول للقاضي الإداري خلال اتصاله بملف الدعوى أن يعتمد على إثبات الجراف الإدارة ما يصاحب القرار من مناقشات. حيث يستخلص ذلك من خلال تفحص المناقشات الشفهية التي تتعلق بالقرار الإداري سواء كان ذلك قبل إصداره أو بعده<sup>2</sup>. لذلك ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى إلغاء قرار وزير الزراعة الذي يقضي برفض منح السيدة " آريستا" ترخيصا بممارسة مهنة الطب وجراحة الحيوان في فرنسا. نظرا لما في القرار من الجراف بالسلطة استشفه مجلس الدولة من دراسته لملف الدعوى. والذي اتضح منه أن رئيس اللجنة كان قد وافق في المداولات على معادلة شهادة المدعي ولكن بقية أعضاء اللجنة خالفوه في الرأي دون تقديم حجج مبررة لهذا الرفض. وقد لاحظ المجلس تردد بعض أعضاء اللجنة في اتخاذ قرار حاسم في الموضوع. بل إن رأي الوزير نفسه يتضمن أيضا ما يثبت ترده في اتخاذ قراره. وقد استخلص مجلس الدولة من كل تلك الظروف أن قرار الرفض ليس مبررا تبريرا كافيا. ومن ثم فهو يتضمن الجرافا واضحا في استخدام السلطة التقديرية<sup>3</sup>.

يستشف أن إثبات الجراف بالسلطة قد لا يسهل إثباته بهذه الطريقة. ففي بعض الأحوال ما يصعب على القاضي الإداري أن يتوغل في المناقشات التي ترتبط بمصدر القرار. باعتبار أن طبيعة العمل الإداري غالبا ما تتسم بالسرية. ولهذه الدواعي يمكن للإدارة العمومية أن تنحرف في استعمال السلطة ونادرا ما يكشف القضاء الإداري تجاوزها. لكون أن الأوراق الثبوتية التي تدينها يمكن أن لا تقدمها أمام القضاء الإداري ليكشف عيب الجراف في استعمال السلطة.

أما فيما يتعلق بإثبات الجراف عن طريق تفسيرات جهة الإدارة العمومية. فإنه يخول للقاضي الإداري أن يستشف وجود هذا العيب من التبريرات المرتبطة بالقرار. كما أنه في حال عدم تقديمها للتفسيرات أو امتناعها عن التوضيح حال طلبها يجعل من القاضي أن يتخذ حكما بعدم مشروعية قرارها لعيب الجراف في استعمال السلطة. من ثم إذا تماطلت الإدارة أو امتنعت عن تقديم التفسيرات والتوضيحات والمستندات اللازمة. فهذا ما يعتبر قرينة ضد الإدارة من شأنه أن يؤدي إلى صدور الحكم ضدها. لاسيما إذا تطلب الأمر تقديم توضيحات

<sup>1</sup> - مجلس الدولة الجزائري.(الغرفة الثانية). قرار رقم 055901. فهرس رقم 423. بتاريخ 2010/04/08."قضية المؤسسة

الاستشفائية المختصة بالأمراض العقلية. ضد ق.ن". قرار غير منشور.

<sup>2</sup> - دادو سميح. الجراف في استعمال السلطة في القرارات الإدارية. مذكرة ماجستير في القانون. تخصص تحولات الدولة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة تيزي وزو. 2012. ص 74.

<sup>3</sup> - قرار مجلس الدولة الفرنسي. جلسة 1973/02/05. المشار إليه لدى عبد العزيز عبد المنعم خليفة. مرجع سابق. ص 328.



لتكوين عقيدة القاضي بمشروعية أو عدم مشروعية العمل الإداري<sup>1</sup>، وفي هذا الصدد نص المشرع الجزائري في إطار الكشف عن عيب الجراف في استعمال السلطة على أنه: "يجوز لرئيس تشكيلة الحكم في حالة الضرورة أن يقرر إعادة سير التحقيق كلما كان داعيا لذلك وبدون أمر غير مسبب وغير قابل لأي طعن<sup>2</sup>."

تطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية تم فيها استبعاد الوزير بعض الأفراد من الترشيح لأسباب إدعى بتعلقها بالصالح العام... وقد قدم لمجلس الدولة قرائن تؤكد ذلك الاتهام، وطلب مجلس الدولة الفرنسي من الوزير إبداء الأسباب الحقيقية لقرار الاستبعاد، ولكن الوزير رفض إبداء تلك الأسباب، مما أدى بمجلس الدولة إلى إلغاء القرار<sup>3</sup>.

يستخلص أن هذه الطريقة تكتسي أهمية بالغة في قيام القاضي الإداري بعملية الإثبات لالجراف الإدارة في استعمال السلطة، إلا أن الإدارة تمتلك بعض السلطات التي من شأنها أن تغاير الحقيقة من خلال تقديم تفسيرات مدروسة تطمس من خلالها حقيقة الجرافها.

كذلك قد يعتمد على إقامة دليل الجراف الإدارة العمومية من خلال ما توضحه مراسلاتها، لاسيما إذا اعترفت الإدارة بذلك أو تبين الأمر من مراسلاتها والأوراق والظروف المحيطة بصدور القرار سواء كانت هذه المراسلات قد تمت قبل أو لحقت به.

تطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر على أن: "إصدار الوزير قرارا بعد أن قدّم استقالته وقبل أن تقبل... قد يتخذ قرينة على سوء استعمال السلطة، ويثير الشبهة في أن هذا التصرف قصد به تحقيق مآرب خاصة<sup>4</sup>، بالتالي فإن المراسلات المعتمد عليها، تكتسي أهمية بالغة في عملية إثبات الجراف الإدارة العمومية بالسلطة لأنها توضح بجلاء نية الإدارة في تحقيق المصلحة العامة والهدف المخصص لها، أو حيادها على نطاق المشروعية، وهذا ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي من خلال اعتماده على التقارير الهندسية المحفوظة بملف الدعوى<sup>5</sup>."

تطبيقا لذلك أجهت الغرفة الإدارية على أنه في حالة إهمال المنصب، فإن الموظف لا يستفيد من أية حماية قانونية، ومن ثم فإن النعي على المقرر الإداري بتجاوز السلطة غير سديد، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن قد أعذر ثلاث مرات بواسطة رسائل مضمّنة

<sup>1</sup>- أمزيان كريمة، دور القاضي في الرقابة على القرار المنحرف عن هدفه المخصص، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون إداري

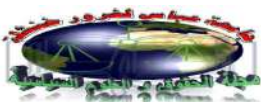
وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2011، ص 154.

<sup>2</sup>- المادة 855، من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السّألف ذكره.

<sup>3</sup>- قرار مجلس الدولة الفرنسي جلسة 1954/05/28، مشار إليه لدى عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الجراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 303.

<sup>4</sup>- سامي جمال الدين، الدعوى الإدارية، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 326-327.

<sup>5</sup>- طارق فتح الله خضر، مرجع سابق، ص 216.



لالتحاق بمنصبه، ومن ثم فإن الإدارة التي اعتبرته في حالة إهمال للمنصب واتخذت ضده قرار التسريح لم تخالف القانون ضده، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن<sup>1</sup>.

وقد اعتبر القضاء الإداري المصري بأن رفض الإدارة تقديم الأوراق والمستندات بعد طلبها من القضاء، يعد قرينة لصالح المدعي ويؤدي إلى قلب عبء الإثبات، فقد جاء في قرار المحكمة الإدارية العليا بهذا الشأن أنه: "إذا نكلت الإدارة عن تقديم ما تحت يدها من أوراق رغم طلب المحكمة لها... يترتب على ذلك قيام قرينة لصالح المدعي تلقي عبء الإثبات على عاتق الإدارة"<sup>2</sup>. يستنتج أن مسألة تقديم المراسلات تبقى نسبية هي الأخرى في مساهمتها لعملية الإثبات أمام القاضي الإداري، حيث قد تمتنع في بعض الأحوال الإدارة عن تسليم هذه المراسلات إما خوفاً بسريتها، أو إنكار وجودها أصلاً، لاسيما أن الإدارة هي المركز القوي الذي تخوز فيه امتيازات السلطة العامة، ناهيك أنه في بعض الأحوال ما تطمس فيه هذه المراسلات لاسيما إذا تضمنت في طياتها مظاهر الانجراف في استعمال السلطة.

### المبحث الثاني: الإثبات الغير مباشر لعيب الجراف الإدارة العمومية في استعمال السلطة

على غرار الوسائل المباشرة التي من شأنها أن تحقق نجاعة إثبات عيب الانجراف في استعمال السلطة من خلال فحص ملف الدعوى ومرفقاته، إلا أن القاضي الإداري في بعض الأحوال ما يصعب عليه التوصل إلى إثبات هذا العيب، مما قد يؤدي به اللجوء إلى طريقة غير مباشرة بغية تجسيد الرقابة القضائية والكشف عن سبب انجراف الإدارة، حيث يحول للقاضي الإداري فحص القرار الإداري بالاستعانة بالقرائن المتعلقة بالخصومة (المطلب الأول)، كما يلجأ في بعض الأحوال إلى الاعتماد على ظروف وملابسات إصدار القرار وتنفيذه حتى إذا اقتضى الأمر الإحاطة بظروف خارجة عن النزاع للكشف عن تعسف الإدارة<sup>3</sup> (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: إثبات الانجراف بالسلطة من القرائن المحيطة بالنزاع

يقصد بالقرينة استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت، حيث يتم اللجوء إلى وسيلة الإثبات بالقرائن عندما يفتقر الملف لأدلة الإثبات الكافية، أو عندما يصعب على المدعي تقديم المستندات اللازمة لإثبات تعسف الإدارة، من ثم يمكن للقاضي الإداري أن يؤسس حكمه على الأمارات والشواهد والدلائل كقرينة ضد الإدارة بغية إثبات انجرافها وتجسيد مقتضيات

<sup>1</sup> - الغرفة الإدارية، جلسة 1988/11/05، رقم 58006، "قضية ح.م. ضد و.وس و ص.ع"، المشار إليها لدى خلف فاروق، آليات تسوية منازعات التأديب في مجال الوظيفة العمومية، رسالة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2010، ص 415.

<sup>2</sup> - دادو سمير، مرجع سابق، ص 78.

<sup>3</sup> - ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص 846.





المشروعية<sup>1</sup>، ولاشك أن المشرع الجزائري قد نص على العديد من الوسائل التي يمكن للقاضي الإداري أن يعتمد عليها كقرينة إقامة دليل الإثبات لما تثيره هذه الوسائل من أهمية بالغة في الدعوى الإدارية المرفوعة، حيث نص على إمكانية سماع الشهود<sup>2</sup>، كما يخول لتشكيلة الحكم أو للقاضي المقرر أن يسمع الشهود وأن يستدعي أو يستمع تلقائيا إلى أي شخص يرى سماعه مفيدا، ويخول كذلك سماع أعوان الإدارة وطلب حضورهم لتقديم الأيضاحات<sup>3</sup>، ناهيك على أن القاضي الإداري في الجزائر يمكن له أن يعتمد على وسيلة المعاينة والانتقال إلى الأماكن<sup>4</sup>، وعند الاقتضاء الاستدلال بمضاهاة الخطوط<sup>5</sup>، واتخاذ تدابير أخرى للقيام بالتحقيق<sup>6</sup>.

ولما كانت القرائن أهم وسائل الإثبات للاستدلال على عيب الجراف في استعمال السلطة، فقد اعتمد القضاء الإداري في الكشف على العديد من حالات القرائن التي تدين الإدارة العمومية بالتعسف ومن بينها:

#### - الحالة الأولى: التمييز في المعاملة المماثلة

لا ريب في أن الإخلال بتطبيق مبدأ المساواة بين الأفراد يثير بطلان القرار الإداري وحياده عن نطاق المشروعية لمخالفته القانون، فقد نص التعديل الدستوري الجزائري في هذا الصدد على أن: "كل عمل يهدف إلى التحايل في المساواة بين المواطنين والأشخاص المعنويين في أداء الضريبة يعتبر مساسا بمصالح المجموعة الوطنية ويقمعه القانون"<sup>7</sup>، إلا أنه من الصعب من الناحية العملية إثبات الإخلال بالمساواة التي تصيب القرار الإداري الصادر عن الإدارة العمومية، لاسيما إذا تعلق الأمر في المماثلة بين المراكز القانونية، ومع ذلك إذا ما ثبت للقاضي الإداري حياد الإدارة عن نطاق المشروعية المتطلب والإخلال بالتمييز في المعاملة بين الأشخاص دون مبرر مشروع أو معقول، فإنه يلغي عمل الإدارة لإساءة استعمال السلطة لاسيما إذا انطوى التصرف على تمييز فئة من الناس على حساب فئة دون تبرير<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الجراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، منشأة المعارف، مرجع سابق، ص 337-338.

<sup>2</sup> - المادة 859، من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف ذكره.

<sup>3</sup> - المادة 860، من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف ذكره.

<sup>4</sup> - المادة 861، من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف ذكره.

<sup>5</sup> - المادة 862، من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف ذكره.

<sup>6</sup> - المادة 863، من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف ذكره.

<sup>7</sup> - المادة 5/78، من القانون 01/16، المتضمن التعديل الدستوري، السالف ذكره.

<sup>8</sup> - سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص 328.





كما أنه إذا أصدرت الإدارة قرارا لا ينطبق إلا على فئة معينة من الأشخاص أو أجابت الإدارة مطلب فئة من الأشخاص ورفضت مطلب فئة أخرى دون فحص. فهذا ما يبين إتباع الإدارة للأسلوب المحاباة. ما يعد قرار مشوبا بالتعسف في استعمال السلطة<sup>1</sup>.

وقد دأب مجلس الدولة الفرنسي على إلغاء قرار الإدارة المؤسس على التمييز والإخلال بمبدأ المساواة. حيث ألغى قرار أحد العمد بمنع المسيرات والمظاهرات باستثناء واحدة. حيث اعتبر مجلس الدولة أن هذا الاستثناء ينم عن الجراف في استعمال السلطة لتفرقة بين طوائف وانتماءات المتظاهرين<sup>2</sup>.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا كقرينة من ظروف وملابسات إصدار القرار وتنفيذه. أنه ثبت من ظروف الحال وملابساته أن نقل المدعي كان مشوبا بسوء استعمال السلطة إذ الجرف عن الغاية الطبيعية التي ابتغاها القانون من النقل إلى غاية أخرى.... وذلك بقصد إبعاده عن تلك المعاهد وحرمانه من مزاياها والترقي في درجاته...<sup>3</sup>.

إلا أن إعمال مبدأ المساواة بين الأفراد في القرارات والأعمال الإدارية التي تمارسها الإدارة لا يعني حرمانها من إعمال بعض الملابسات والقيام باستعمال السلطة التقديرية المتطلبة في بعض الأحوال. حيث تندرج هذه الأمور التي يقتضي مراعاتها ضمن نطاق الملائمة في سلطة الإدارة التقديرية. ولذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن المساواة لا يقصد بها التساوي المطلق. بل المساواة النسبية. وهذا يقود بالطبع إلى مشروعية ما تقوم به السلطات الإدارية من إثارة بعض الطوائف بأمر خاصة. طالما أن طابع العمومية النسبية متوافر دون أن يعد ذلك انتهاكا لمبدأ المساواة<sup>4</sup>.

يتضح مما سبق ذكره أنه يقع على عاتق المدعي أن يثبت بجلاء استعمال الإدارة للأسلوب المحاباة لتبيان التمييز الصادر في القرار الإداري. وهي قرينة لإظهار الجراف الإدارة وتعسفها في استعمال السلطة. لاسيما إذا كان التمييز صارخا مثلما تم ذكره في التطبيقات القضائية السالفة الذكر. وبالمقابل فإن ذلك ينقل عبئ إثبات الجراف للإدارة العمومية. فإن لم تثبت وتبرر عدم التمييز واستعمال المحاباة بين الأفراد. فذلك سيؤدي لإلغاء العمل الإداري لتجاوز السلطة. إلا أنه من الناحية العملية يصعب في أغلب الأحوال على الطرف المدعي إبراز أسلوب المحاباة

<sup>1</sup> - محمد سليمان الطماوي. مرجع سابق. ص 893.

<sup>2</sup> - قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1978/08/01. المشار إليه لدى عبد العزيز عبد المنعم خليفة. الجراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري. منشأة المعارف. مرجع سابق. ص 344.

<sup>3</sup> - حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر. 1962/03/31. المشار إليه لدى محمد ماهر أبو العينين. مرجع سابق. ص 846-847.

<sup>4</sup> - قرار مجلس الدولة الفرنسي. بتاريخ 1950/03/22. المشار إليه لدى عبد العزيز عبد المنعم خليفة. الجراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري. دار الفكر الجامعي. مرجع سابق. ص 309.



إثبات عيب الجراف الإدارة العمومية في استعمال السلطة العامة \_\_\_\_\_ د. زياد عادل

والتمييز. فقد تصادفه بعض الأحوال التي تعيق تقديم الدليل ليستقي القاضي الإداري بناء على سلطته التقديرية الجراف الإدارة العمومية.

#### - الحالة الثانية: انعدام الدافع المعقول

قد يستدل لإثبات الجراف الإدارة العمومية في استعمال السلطة من خلال تبيان عدم وجود دافع مبرر ومعقول يفضي لإصدار القرار الإداري. لاسيما إذا شاب تصرفها تحت تأثير دوافع معينة تؤدي إلى إلغائه لحياذه على مقتضيات المشروعية. بالتالي إذا انعدم الباعث المعقول في ممارسة العمل الإداري. فإن ذلك يعد قرينة للمدعي يسهل عملية إثبات الجراف الإدارة. وبالتبعية يساهم الأمر في التيسير على القاضي الإداري لفحص مشروعية القرار وإثبات الجراف الإدارة<sup>1</sup>.  
بالتالي يستوجب أن يتّسم الدافع من إصدار القرار بالمشروعية. ومع مراعاة عدم الخلط بين عيب السبب وعيب الجراف. فإن الجراف الإدارة الناجم عن عدم مراعاة الدافع المعقول يعني عدم معقولية العلاقة بين السبب والغاية من القرار الإداري. من ثم فهي قرينة للجراف الإدارة بالسلطة<sup>2</sup>.

تطبيقا لذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن تخطي جهة الإدارة صاحب الحق في الترقية أكثر من مرة بسبب نفس الجزء الذي سبق توقيعه عليه. ولم يكن من الجسامه بحيث لا يمس صلاحية الموظف للترقية. بالتالي فإن القرار بتخطيه في الترقية يعد مشوبا بسوء استعمال السلطة<sup>3</sup>.

كما كان موقف مجلس الدولة الجزائري صارما من إجراء النقل التلقائي. حيث اعتبر أن افتقار هذه العملية للدافع المعقول المبرر لتحقيق المصلحة العامة يفضي لإلغاء القرار. حيث قضى بالمصادقة على القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قالمة المتضمن بطلان مقرر نقل المستأنفة عليها ( ب.ع). من مقر محافظة الغابات بقالة إلى إقليم الغابات بالنشامية لولاية قالمة المتخذ من طرف محافظ الغابات. وقد أسس مجلس الدولة قراره على عدم احترام مقتضيات المادة 12 للمرسوم 60/85. المحدد إجراء تطبيق المرسوم رقم 59/85. والتي تقضي بالزامية عرض ملف الموظف محل النقل على لجنة الموظفين لإبداء رأيها في اتخاذ هذا الإجراء وهذا دليل على الجراف بالسلطة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> طارق فتح الله خضر. مرجع سابق. ص ص 217-218.

<sup>2</sup> سامي جمال الدين. مرجع سابق. ص 327.

<sup>3</sup> المحكمة الإدارية العليا بمصر. في 18/04/1970. قضية رقم 419. المشار إليها لدى طارق فتح الله خضر. مرجع سابق. ص 218.

<sup>4</sup> مجلس الدولة الجزائري. الغرفة الثانية. بتاريخ 2002/07/22. رقم 005485. " قضية محافظ الغابات لولاية قالمة. ضد ب.ر".

المشار إليها لدى مجلة مجلس الدولة. عدد خاص. الجزائر. 2004. ص ص 164-168.



يتضح مما سبق أن حق الإدارة في نقل الموظف ليس مطلقا، بل مقيد بإتباع إجراءات قانونية محددة لحسن سير المرفق العام وتكريس المصلحة العامة. ويظهر جليا انعدام الدافع المعقول من خلال اتجاه الإدارة إلى نقل الموظف بدون هدف مصلحة المرفق العام وبدون مبرر معقول يجسد هذه العملية. لذا فإن مهمة القاضي الإداري في هذه الوضعية تعتبر يسيرة بغية الكشف عن عيب الجراف الإدارة. لاسيما إذا لم تبرر الإدارة قرارها وحادت عن الهدف المخصص وانعدم ظاهر معقول لإصدارها. فإن ذلك يثير عدم مشروعيتها وتجاوز السلطة .

تبعا لذلك أقر مجلس الدولة الجزائري في هذا الصدد أن الأحكام القضائية الصادرة ضد المستأنف عليه غير نهائية وتم الطعن فيها بالنقض بموجب إشهاد الطعن بالنقض رقم 06/718. المؤرخ في 2006/12/17. والثاني رقم 07/819 المؤرخ في 2007/10/03. وعليه فإن الطعن بالنقض في القرارات الجزائية يوقف تنفيذها. وبالتالي فإن المستأنفة (البلدية) عند إصدارها قرار التسريح بسبب الإدانة الجزائية فإن الأحكام الصادرة بها لم تكن نهائية. ما يجعل قرار التسريح يتسم بتجاوز السلطة وعدم المشروعية<sup>1</sup>.

بالتالي يقتضي في إطار ممارسة السلطة من طرف الرئيس الإداري أن يتم مراعاة المصلحة العامة والدافع المعقول لاقتاد العمل الإداري. لذلك فقد اعتبر القضاء الإداري الفرنسي أن ممارسة السلطة الرئاسية منوط بتحقيق المصلحة العامة وخلافا لذلك يعتبر الأمر تجاوزا للسلطة<sup>2</sup>. وفي هذا الصدد لم يتردد القاضي الإداري في قبول قدرة الإدارة على تسريح العون المتعاقد الذي يتم في إطار مصلحة الخدمة حتى وإن كان العقد المبرم بين الإدارة والعون المتعاقد لم يبين ذلك بصفة صريحة في العقد<sup>3</sup>.

وقد ألقى كذلك مجلس الدولة الفرنسي قرار الإدارة التي استتشف منها أن دافع الإدارة إلى إصداره لم يكن مبرر. حيث ألقى قرار نقل الموظف من عمله إلى عمل آخر لا وجود له في الواقع. أو لمنعه من أداء واجبه كعمدة في المدينة المنقول منها. مما يفيد ذلك بالانجراف في السلطة<sup>4</sup>. كما اتجهت المحكمة الإدارية بفرنسا على أن الوزير غير مختص لتعديل المعايير الخاصة

<sup>1</sup> - مجلس الدولة الجزائري. (الغرفة الثانية). قرار رقم 063850. فهرس رقم 355. بتاريخ 2011/04/14. "قضية بلدية البواعيش. ضد ب.ع". قرار غير منشور.

<sup>2</sup> - Benjamine OSSOMBO, le pouvoir hiérarchique dans la fonction publique congolaise, thèse de doctorat en droit, faculté de droit et sciences politique, université Paul Cézanne, Aix- Marseille 3, 2007, p 66.

<sup>3</sup> - Sophie MACAIRE, la reconnaissance de la réalité juridique du contrat de recrutement en fonction publique, thèse de doctorat en droit publique, faculté de droit et science politique, université de bourgne, 2008, p 283.

<sup>4</sup> - عبد العزيز عبد النعم خليفة. الانجراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري. منشأة المعارف. مرجع سابق. ص 349.



بممثلي النقابة للإدارة التي يرأسها. من ثم لا يوجد دافع لقيامه بهذا الإجراء الذي لا يختص بإصداره. ولذا يعتبر قراره مشوباً بتجاوز السلطة<sup>1</sup>.

يستشف أن حالة انعدام الدافع المعقول الذي تبتعد فيه الإدارة العمومية عن تحقيق المصلحة العامة في ممارسة العمل الإداري. قد يفضي لإلغاء العمل الإداري نتيجة السلطة التقديرية الواسعة التي يتحلى بها القاضي الإداري في الكشف عن الجراف الإدارة العمومية. لاسيما إن لم تستعمل الباعث المعقول في تصرفاتها القانونية.

#### - الحالة الثالثة: عدم التناسب الصارخ

يعتبر عدم الملائمة الصارخة أو الظاهرة للعمل الإداري المنوط للإدارة العمومية قرينة على الجراف بالسلطة. حيث يتضح من القرار الإداري انعدام التناسب الصارخ وعدم ملائمة ظاهر في القرار مما يجعله مشوباً بعيب الجراف<sup>2</sup>. لذا يستوجب أن يتم مراعاة مبدأ التناسب في إصدار القرار الإداري بما يحقق التوازن بين الفاعلية الإدارية التي تتضمن في طبيعتها تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد. ومراعاة حقوق الأفراد المخاطبين بالقرار حتى يتسم بالمشروعية<sup>3</sup>.

ولقد تطور القضاء الإداري الحديث وابتدع أعمال رقابة التناسب لاسيما بين الخطأ التأديبي والعقوبة التأديبية. حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه ولئن كانت للسلطات التأديبية سلطة تقدير خطورة الخطأ الإداري وما يناسبه من عقوبة بغير معقب عليها في ذلك. إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة فشأنها كشأن أي سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب استعمالها غلو. ومن صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرة مع الهدف الذي يبتغيه القانون من التأديب والهدف الذي توخاه القانون<sup>4</sup>.

وقد تجاوز مجلس الدولة الفرنسي الرقابة التقليدية وتطورت رقابته الحديثة إلى حد فحص الوقائع المقدمة ضد صاحب الشأن. حيث ألغى العقوبة التأديبية الموقعة على مدير للخدمات بغرفة الزراعة. لما نسب إليه من إهمال وعدم عناية في أدائه الوظيفي تأسيساً على عدم تناسب الخطأ مع العقوبة. لذلك يكون عدم التناسب قرينة على الجراف<sup>5</sup>. ناهيك على أن

<sup>1</sup> - T.A PARIS, 20/10/2011, N° 0914951, "Syndicat des greffiers de France Mme evgénas, pré Mme thiban-lèveque, rapp, M.huc, rapp", in A.J.F.P., N° 1, Janvier/Février, 2012, p 32

<sup>2</sup> - طعيمة الجرف. مرجع سابق. ص 270.

<sup>3</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة. إلغاء القرار الإداري وتأديب الموظف العام. الجزء الرابع. دار محمود للنشر والتوزيع. القاهرة. 2007. ص 66.

<sup>4</sup> - المحكمة الإدارية العليا بمصر. جلسة 1961/11/11. و جلسة 1967/11/25. المشار إليهما لدى محمد ماهر أبو العينين.

الضمانات والإجراءات التأديبية أمام المحاكم التأديبية ومجالس التأديب. الطبعة الثانية. دار الطباعة الحديثة. القاهرة. 1994. ص 221.

<sup>5</sup> - قرار مجلس الدولة الفرنسي. بتاريخ 1978/07/26. المشار إليه لدى عبد العزيز عبد المنعم خليفة. الجراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري. منشأة المعارف. مرجع سابق. ص 357.



القضاء الإداري في فرنسا استلزم في إطار الرقابة على تناسب القرار أن يتم تحديد العوامل الحقيقية والجدية والأسباب التي أدت لاختاد القرار. وفي حالة تأكد القاضي من عدم تناسب القرار. فإن ذلك سيؤدي بالقاضي لإلغاء القرار لتجاوز السلطة<sup>1</sup>. تطبيقا لذلك ذهبت محكمة الاستئناف الإدارية بفرنسا في إحدى القضايا. إلى رفض الدعوى المستأنف بها من طرف المؤسسة المستخدمة. وهذا نظرا لأن العقوبة التأديبية من الدرجة الثالثة المسلطة على الموظف لا تتناسب إطلاقا مع الأفعال المرتكبة ودرجة العقوبة المسلطة عليه. ولذلك تعين رفض الدعوى لعدم التأسيس<sup>2</sup>.

وقد رأى مجلس الدولة البلجيكي في هذا الصدد أنه ينبغي التأكد المادي لوجود وتوافر الأفعال القابلة لتأنيب ومساءلة الموظف عن الأفعال المنسوبة إليه. وكذلك في مراعاة مدى تناسبها مع العقوبة التأديبية. وبالتالي فالقاضي يفحص إخلال الموظف الذي أدى إلى خرق القواعد التي فرضتها الإدارة ويراعي تناسبها والعقوبة المحددة لذلك<sup>3</sup>.

كما ذهب مجلس الدولة الجزائري في إحدى القضايا المعروضة عليه إلى أن: ... المجلس الأعلى للقضاء ارتكب خطأ صريحا في تقدير الوقائع المنسوبة للقاضي. وأن ثمة عدم توافق بين هذه الوقائع والعقوبة المسلطة. وعليه أبطل مجلس الدولة قرار المجلس الأعلى للقضاء<sup>4</sup>.

يستخلص وجوب تكوين الدليل القاطع على عدم التناسب الصارخ الذي يثبت الجراف الإدارة مع توافر قرائن أخرى تقوي تلك القرينة للحكم بإلغاء العمل الإداري بتجاوز السلطة. من ثم يراعي القاضي الإداري غلو الإدارة العمومية وإخلالها بوضعية التناسب ليثبت بجلاء الجراف في العمل الإداري. من ثم لا يصعب عليه إثبات هذه الحالة. باعتباره يجوز السلطة التقديرية في الكشف عنها.

### المطلب الثاني: إثبات الجراف بالسلطة من ظروف خارجة عن النزاع

قد يكتنف إثبات الجراف بالسلطة العديد من الصعوبات التي تحول دون الكشف عن تجاوز السلطة. مما يؤدي في أغلب الأحيان إلى إفلات الإدارة من إلغاء قراراتها المشوبة بعيب الجراف. وبالنظر إلى أن المدعي هو الطرف الضعيف في إقامة الدليل على الجراف الإدارة أمام القضاء الإداري. فإن مجلس الدولة الفرنسي رغبة منه في تيسير عملية الإثبات الملقاة على

<sup>1</sup> - Marie- Aimée FAUCHET, Droit disciplinaire et droit de licenciement, thèse de doctorat en droit, faculté sciences économiques-sciences humaines-sciences juridiques, université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2002, p 185.

<sup>2</sup> - C.A.A Marseille, 18/01/2011, N° 10MA03422, in A.J.F.P, N°4, Juillet-Aout 2011, p 221.

<sup>3</sup> -C.E 25 avril 2001, in Jean-François Neuray, " Aspects récents du contentieux de la fonction publique en Belgique", Revue du conseil d'état, N° spéciale, 2007, p92.

<sup>4</sup> - مجلس الدولة الجزائري (الغرفة الثانية). قرار رقم 005240. بتاريخ 2002/01/28. المشار إليه لدى مجلة مجلس الدولة. العدد 2. 2002. ص 166.



عائق المدعي لم يكتف بالتوسع في مفهوم الملف في إثبات الجراف. ولم يكتفي بالاعتماد على القرائن القضائية، بل توصل إلى البحث عن دليل الجراف حتى في ظل الظروف الخارجة عن النزاع المعروض أمام مجلس الدولة بغض النظر إذا كانت هذه الوقائع قديمة ومطروحة بعدة سنوات والتي يلتزم بموجبها إثبات وقوع الجراف حتى في الظروف الخارجية التي لا تمت إلى النزاع المعروض أية صلة مباشرة<sup>1</sup>.

بالتالي تجاوز مجلس الدولة الفرنسي رقابته على الوقائع المعروضة عليه في الدعوى الإدارية واعتمد على وقائع أخرى ليس لها صلة مباشرة بهدف كشف الجراف الإدارة وعدم إفلات قرارها من الإلغاء.

تطبيقاً لذلك ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن رفض وزير الصحة منح المدعي ترخيصاً بفتح صيدلية، على أساس أن المدينة لا تحتاج إلى فتح صيدليات جديدة، حيث ألغى مجلس الدولة قرار الوزير لالجراف بالسلطة حينما ثبت لديه أن الوزير وافق على منح صيدليتين تراخيص في نفس المدينة وفي تواريخ لاحقة لطلب الطاعن بالرغم من أن احتياجات سكان المنطقة إلى صيدلية جديدة لم تتغير خلال تلك الفترة<sup>2</sup>.

كما اتجه أيضاً مجلس الدولة الفرنسي في إحدى القضايا المعروضة عليه، إلى تقدير الجدل الذي أثارته الصحافة ووسائل الإعلام حول المحافظ المعزول بسبب عدم احترام واجب التحفظ والولاء الذي ينبغي أن يلازم هذا المحافظ لاسيما في هذه المناصب النوعية، وعلى إثر ذلك قضى مجلس الدولة برفض الطعن ضد تجاوز السلطة المعروض عليه من طرف المحافظ المعني<sup>3</sup>، نظراً لارتكاب أفعال خارج الوظيفة تخل بواجب التحفظ، من ثم ارتقى مجلس الدولة الفرنسي إلى تحليل الأمور الخارجة للنزاع في إطار إثبات الجراف الإدارة لاستعمال السلطة.

ناهيك على أن القاضي الإداري الفرنسي قد اتجه أيضاً إلى تحليل الوقائع الخارجة عن نطاق العمل الإداري وألغى قرارات الإدارة الغير مشروعة لتجاوز السلطة، حيث قضى في إحدى القضايا المعروضة عليه بإلغاء قرار التسريح الصادر من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي ضد العون البلدي، وقد استخلص القاضي الإداري أن جريمة الزنا المحارم المرتكبة من طرف العون خارج نطاق الخدمة لا تثير أي خطأ تأديبي، باعتبار أن مهام العون تقتصر على حفر التربة، كما حلل القاضي الإداري وضعية الجريمة ورأى بأن الجريمة المرتكبة من طرف العون لم يتم تداولها

<sup>1</sup> - أمزيان كريمة، مرجع سابق، ص 158.

<sup>2</sup> - قرار مجلس الدولة الفرنسي، بتاريخ 1951/2/2، المشار إليه لدى عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الجراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، مرجع سابق، ص 337.

<sup>3</sup> - C.E, 24/09/2010, N° 333708, in A.J.F.P, N°1, Janvier-Février 2011, p 47.





من طرف وسائل الإعلام والصحافة، ولم تؤثر على سمعة البلدية، من ثم استوجب إعادة ادماج العون في منصبه<sup>1</sup>.

يتضح جليا أن مسلك مجلس الدولة الفرنسي، قد واكب العديد من التطورات التي أُسْتُحدثت أعمالها للرقابة على مشروعية قرارات الإدارة بما فيها إلغاء القرارات المشوبة بسبب الانجراف في استعمال السلطة، بما يتفق ذلك ومبادئ العدالة والإنصاف، والتي تقتضي حماية المدعي باعتباره الطرف الضعيف في مواجهة الإدارة التي تتحلى بامتيازات السلطة العامة، بخلاف مجلس الدولة الجزائري الذي لم تظهر تطبيقاته القضائية تحيل الظروف الخارجة عن النزاع لإثبات انجراف الإدارة في استعمال السلطة، من ثم يأمل أن يسلك مجلس الدولة الجزائري مسلك نظيره الفرنسي للحد من انجراف الإدارة وتعسفها في استعمال السلطة.

#### خاتمة

لقد حاول القضاء الإداري احتواء معالم عيب انجراف الإدارة العمومية في استعمال السلطة من حيث المضمون والوسائل المعتمد عليها لإثبات هذا العيب الذي يعتبر من العيوب الخفية والدقيقة، وذلك من خلال الكشف عن حالاته ومظاهره، والوسائل المباشرة وغير المباشرة المعتمد عليها في عملية الإثبات لاسيما في إطار السلطة التقديرية التي تتحلى بها الإدارة من خلال اتجاهها نحو تحقيق المصلحة العامة والهدف المخصص لها، بالتالي فرض القضاء الإداري رقابته على عيب انجراف الإدارة في استعمال السلطة بكل الوسائل التي ترتبط ارتباطا وطيدا بملف الدعوى، أو حتى إن اقتضى الأمر بالاستعانة بعوامل أخرى في إطار إرساء الرقابة على مشروعية أعمال الإدارة.

وعلى الرغم من التطورات القضائية التي شهدتها اجتهاد القضاء الإداري الحديث في تكريس عدة وسائل إثبات أدت إلى التقليل من صعوبة إثبات عيب انجراف الإدارة في استعمال السلطة، باعتباره عيب يتسم بالدقة والخفاء، إلا أنه من الصعب في بعض الأحوال على القاضي الإداري أن يثبت انجراف الإدارة نتيجة استغلال بعض الثغرات القانونية ولاسيما ستار المصلحة العامة الذي قد تتحجج به وتفلت من جزاء إلغاء قراراتها المشوبة بتجاوز السلطة، ناهيك على أن القضاء الإداري الجزائري قد يتخلله بعض القصور في سلطاته بالمقارنة مع القضاء الإداري الفرنسي وذلك من خلال توسع صلاحيات هذا الأخير حتى إلى التدخل لفحص الوقائع الخارجية المطروحة في النزاع بغية إثبات انجراف الإدارة.

<sup>1</sup> -C.A.A Douai, N° 07 Da00492, 28/05/2008, in NIQUEGE Sylvain, L'infraction pénale en droit public, L'harmattan, 2010, Paris, p 186.





استنادا إلى ذلك توصل البحث إلى أهم النتائج الآتي بيانها:

- تعتبر رقابة القاضي الإداري في الكشف عن عيب الجراف الإدارة العمومية في استعمال السلطة رقابة قانونية وتقديرية. يفحص من خلالها مدى التزام الإدارة العمومية بالغاية من ممارسة العمل الإداري.

- صلاحية القاضي الإداري في كشف الجراف الإدارة العمومية في استعمال السلطة تتسم بالسهولة في عملية الإثبات المباشر المعتمد عليها من خلال نص و فحوى القرار الإداري. أو استنادا إلى أوراق الملف الذي يبين بجلاء تصرف الإدارة وتجاوزها بالسلطة. وهو ما لا يعقد مهمة القاضي الإداري لإثبات الجراف.

- يتضح أن عملية إثبات القاضي الإداري في كشف الجراف الإدارة بالطريق غير المباشر المعتمد على القرائن المحيطة بالنزاع يتميز بالصعوبة والتعقيد. كون أن القاضي الإداري مطالب بالتوغل في فحص التصرف القانوني معتمدا بذلك على صلاحياته الواسعة والتقديرية. والتي أفرز القضاء الإداري من خلالها تطبيقات قضائية ترتبط بالتمييز في المعاملة بالمثل بين الأشخاص. وكذا انعدام الدافع المعقول في ممارسة العمل الإداري. وكذا الغلو وانعدام التناسب الصارخ الذي يؤدي لاجراف الإدارة العمومية في استعمال السلطة. لذلك يتضح بجلاء هذه الصعوبة. باعتبار أن الإدارة العمومية في الأغلب ما تطمس الدليل الذي يفضي لإدانة الإدارة في هذه الحالات لاسيما أنها تتمتع بامتيازات السلطة العامة.

- توسعت وتطورت صلاحيات القاضي الإداري الفرنسي في كشف الجراف الإدارة العمومية بالاعتماد على الظروف الخارجة من النزاع. وهذا ما من شأنه أن يساعد في بعض الأحوال إثبات الجراف. خصوصا إذا لم يثبت القاضي الإداري الدليل على ذلك من خلال الوسائل المباشرة والغير مباشرة. لذا تعتبر هذه الطريقة من أجمع الطرق كقرينة للكشف عن تجاوز الإدارة العمومية للسلطة.

#### التوصيات

- يجب تعيين قضاة إداريين متخصصين حتى لا تتعقد عملية إثبات حياد الإدارة العمومية على مقتضيات المشروعية.

- يقتضي تفعيل سلطات القاضي الإداري في مواجهة الإدارة العمومية لاسيما إذا تعلق الأمر بالجراف المرتبط بالقرارات الشفهية. وفرض الرقابة القضائية على أعمال الإدارة وعدم تقليصها حتى إن اقتضى الأمر في الأحوال الاستثنائية للممارسة التصرف القانوني بما يجسد ذلك دولة القانون.

- يجب اقتداء القاضي الإداري الجزائري بنظيره الفرنسي بالاعتماد على الظروف الخارجية للنزاع لكشف واثبات الجراف الإدارة العمومية بتجاوز السلطة. ويقع في المقابل على المدعي إثبات ذلك بكافة الوسائل المشروعة والمتاحة حتى تتجسد حماية حقوق وحرية الأفراد في مواجهة الإدارة العمومية.



## نظام العقوبات في القانون الدولي الجنائي

د. بن مكى نجاة جامعة خنشلة

### ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى معرفة أنواع العقوبات المطبقة في القانون الدولي الجنائي و ذلك من خلال المحاكم المؤقتة و المحكمة الدولية الجنائية الدائمة. لما للعقوبة من أهمية بالنسبة للجرائم الدولية التي تعتبر من أشد الجرائم خطورة. قصد محاكمة و معاقبة مرتكبيها. ولعرفة التطور و النقص الذي يشوب تطبيقاتها قصد تفعيل العدالة الدولية الجنائية.

## Le système pénal dans le droit pénal international

### Résumé

Cette étude vise à connaître les types de sanctions appliquées en droit pénal international à travers les tribunaux temporaires et la cour pénale internationale en raison de l'importance de la sanction ou la peine pour les crimes internationaux qui sont considérés comme les plus dangereux , afin de poursuivre et punir ses auteurs et de connaître l'évolution et le manque qui entachent ses applications en vue d'activer la justice pénale internationale.

### مقدمة:

تعد فكرة العقوبات في القانون الدولي الجنائي من أكثر الأمور إثارة للجدل نظرا لتعدد أنواع الجرائم الدولية و تزايدها خاصة و أن مفهوم العدالة الجنائية لم يعد ذا منظور إقليمي أو داخلي يقتصر على ما تقوم به أجهزة العدالة الجنائية الوطنية مطبقة تشريعاتها الوطنية فحسب. بل تعدى إلى النطاق الدولي الذي حرص المختصون فيه على استكمال منظومة العدالة الدولية الجنائية و ذلك من خلال محاكم دولية جنائية يكمن دورها في مساءلة ومقاضاة مرتكبي الجرائم الدولية و معاقبتهم.

**أهمية الدراسة:** تكمن أهمية الدراسة في التعرف على أهم التطورات و النقائص التي تشوب تطبيق العقوبات في القانون الدولي الجنائي و العمل على تداركها و الإسهام في تجسيد عدالة دولية جنائية تساهم بشكل فعال في حماية حقوق الإنسان من خلال الحد من ارتكاب الجرائم الدولية و مساءلة مرتكبيها و عقابهم.

**إشكالية الدراسة:** إن تفعيل مبدأ عدم الإفلات من العقاب لمرتكبي الجرائم الدولية هو الهدف الرئيسي للقانون الدولي الجنائي. وبذلك وجب مساءلة مرتكبي هذه الجرائم. وانطلاقا مما سبق



فإن الإشكالية الرئيسية للدراسة تتمثل في التالي: ما مدى فعالية العقوبات المنصوص عليها في القانون الدولي الجنائي في مكافحة الجرائم الدولية؟

**أهداف الدراسة:** يهدف هذا المقال إلى الإجابة على الإشكالية المطروحة من خلال إبراز دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الإنسان و حرياته خاصة مع إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الدائمة من خلال التعرف على أنواع العقوبات المطبقة لضمان ردع مرتكبي الجرائم الدولية، وعدم الإفلات من المحاكمة و العقاب.

**المنهج المتبع:** تم إتباع المنهج الوصفي التحليلي من خلال بيان أنواع العقوبات المطبقة في القانون الدولي الجنائي بدءاً من المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة وصولاً إلى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة، بالإضافة إلى الاستعانة بالمنهج المقارن، وذلك من خلال التعرف على أهم التطورات التي لحقت بالنظام العقابي.

**خطة الدراسة:** تم تقسيم هذا الموضوع إلى مطلبين:

**المطلب الأول: العقوبات المطبقة أمام المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة**

**المطلب الثاني: العقوبات المطبقة أمام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة.**

**المطلب الأول: العقوبات المطبقة أمام المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة**

بما أن القضاء الوطني لا يستطيع أن يضطلع أو يفصل لسبب من الأسباب في الجرائم الدولية، تم إنشاء محاكم جنائية دولية مؤقتة قصد محاكمة و معاقبة المتهمين بارتكاب جرائم دولية، تمثلت في محاكمات نورمبورغ و طوكيو، ثم محكمتي يوغسلافيا السابقة و روندا.

**الفرع الأول: العقوبات المطبقة أمام محكمة نورمبورغ**

بتاريخ 08 أوت 1945 تم الاتفاق بين كلا من دول: الولايات المتحدة الأمريكية و فرنسا و إنجلترا و الإتحاد السوفياتي ( سابقاً) على إنشاء محكمة عسكرية دولية لمحاكمة مجرمي الحرب الألمان، و يكون مقر هذه المحكمة في برلين. على أن تعقد أولى جلساتها في مدينة "نورمبورغ"، وفيما يتعلق باختصاصها فإنها تختص بمحاكمة مجرمي الحرب الكبار الذين ليس لجرائمهم مكان جغرافي معين حيث لا يعفى المنصب الرسمي للمجرم من توقيع الجزاءات عليه، كذلك لا يعفى الشخص العادي من توقيع العقاب عليه حتى ولو كان الفعل المخالف الذي ارتكبه قد تم بناءً على طلب من رئيسه<sup>1</sup> أما الاختصاص الموضوعي للمحكمة فقد نصت عليه المادة 6 من لائحة نورمبورغ و المتمثل في النظر في الجرائم ضد السلام جرائم الحرب و الجرائم ضد الإنسانية.

1- حيدر عبد الرزاق حميد، تطور القضاء الدولي الجنائي من المحاكم المؤقتة إلى المحكمة الدولية الجنائية الدائمة، مصر، دار الكتب القانونية، 2008، ص ص 102 - 103.



أما بالنسبة للعقوبات فقد نصت المادة 27 من لائحة نورمبورغ على أنه : " تحكم

المحكمة ضد المتهمين المدنيين بعقوبة الإعدام أو أي زجر آخر تراها عادلاً".

يتضح من خلال استقراء نص هذه المادة أن للمحكمة الحكم بعقوبة الإعدام أو أي عقوبة أخرى تحددها المحكمة حسب اختيارها و لكن على أي أساس أو ما هو النظام الذي تختار على أساسه المحكمة العقوبة المناسبة.<sup>1</sup>

و على هذا الأساس تعرضت هذه المادة لعدة انتقادات لعدم تبيانها العقوبات بوضوح. ماعدا عقوبة الإعدام و هذا يعد خرقاً لمبدأ الشرعية. كما لم يتم النص على حق استئناف أحكام المحكمة.

و قد عقدت المحكمة ما بين 14/11/1945 و 01/10/1946. بمدينة نورمبورغ جلسات استمعت من خلالها لأقوال الشهود و المتهمين و فحصت الآلاف من الوثائق. ثم أصدرت أحكاماً في حق 22 متهم من بين 24 تراوحت بين الإعدام . السجن المؤبد. السجن لمدة معينة. البراءة.<sup>2</sup> بالإضافة إلى ذلك فإن المحكمة أصدرت حكماً بإدانة ثلاث منظمات باعتبارها منظمات إجرامية هي: جهاز حماية الحزب النازي. الشرطة السرية. و هيئة زعماء الحزب النازي.

و قد قدم المحكوم عليهم طلب عفو خاص إلا أن مجلس الرقابة على ألمانيا رفض الطلب و تم تنفيذ الحكم عليهم جميعاً. ما عدا "جورنج" الذي انتحر في زنزانه بعد صدور الحكم. و"بورمان" الذي هرب. و قد تم إيداع المحكوم عليهم في سجن "باندا" بمدينة برلين ضمن القطاع الخاضع للسيطرة الانجليزية.<sup>3</sup>

#### الفرع الثاني: العقوبات المطبقة أمام محكمة طوكيو

عقب انتهاء الحرب العالمية الثانية. و بتاريخ 19/01/1946 أعلن الجنرال " مارك آرثر" بصفته القائد الأعلى لقوات الحلفاء في منطقة الباسيفيكي و نيابة عن لجنة الشرق الأقصى إنشاء المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى في طوكيو. و صادق على لائحة التنظيم الإجرائي لتلك المحكمة و بدأت في عملها في 29/04/1946.<sup>4</sup>

و قد نصت المادة 5 من النظام الأساسي لمحكمة طوكيو عن الجرائم الداخلة في اختصاصها. وهي نفسها المنصوص عليها في المادة 6 من لائحة نورمبورغ مع بعض الاختلافات الطفيفة. كون الأولى تحاكم الأشخاص الطبيعيين فقط بصفتهم الشخصية و ليس

1- عبد الرحيم صدقي. القانون الدولي الجنائي. مصر. 1986. ص69.

2 - Anne Marie la Rosa, Juridictions pénales internationales - la procédure et la preuve, puf, paris,2003 notes25,p17.

3- خالد حسن أبو غزالة. المحكمة الجنائية الدولية و الجرائم الدولية. دار جليس الزمان للنشر و التوزيع. ط/1. 2010. ص 105.

4- عصام عبد الفتاح مطر. المحكمة الجنائية الدولية(مقدمات إنشائها). مصر. دار الجامعة الجديدة.2010.ص42.



بصفتهم أعضاء في منظمات أو هيئات إجرامية بالإضافة إلى الاختلاف من حيث الاعتداد بالصفة الرسمية من أجل تخفيف العقوبة.

كما أن هذه المحكمة أغفلت الجرائم ضد الإنسانية بالرغم من أنها ارتكبت في الشرق الأقصى بنفس الحجم الذي ارتكبت فيه بأوروبا. وقد انتهت ولاية المحكمة بصدور آخر حكم لها بتاريخ 12/11/1948. حيث صدر عنها 25 حكماً لم يتضمن أي منهم الحكم بالبراءة. وتراوحت هذه الأحكام<sup>1</sup> بين الإعدام شنقاً و السجن المؤبد و السجن المؤقت. لكن ذلك لم يمنع الحلفاء الأربع الكبار من إعطاء أوامر بمتابعة المجرمين الذين لم يمثلوا أمام المحكمة لمحاكمتهم أمام محاكم داخلية بناء على توجيهات من لجنة الشرق الأقصى في الفترة الممتدة من 1946 إلى 1951.

وما تجدر الإشارة إليه أنه قد تم الإفراج عن كل المدانين أمام محكمة طوكيو في الفترة التي امتدت من 1951 إلى 1958. و قد كان هذا الإفراج قراراً سياسياً تم الاتفاق عليه مسبقاً بين إمبراطور ألمانيا "هيروتو" و القائد الأعلى لقوات الحلفاء و الذي جاء في صورة عفو عام أعلنه الإمبراطور بمناسبة إعلان الدستور الياباني الجديد.<sup>2</sup>

فكلاً من لائحة محكمة نورمبورغ و طوكيو لم تتضمن العقوبات الواجبة التطبيق على كبار مجرمي الحرب عدا عقوبة الإعدام التي نصت عليها المادة 27 من لائحة نورمبورغ. وقد طبقت هاتين المحكمتين في العديد من أحكامهما العقوبات المقررة في التشريعات الداخلية إضافة إلى الرجوع للقانون رقم 10 لمجلس الرقابة على ألمانيا سنة 1945 و الذي كان يميل عليه حكم محكمة نورمبورغ فيما يتعلق بالمنظمات الإرهابية الإجرامية. و تتمثل هذه العقوبات في:

- الإعدام

- السجن المؤبد أو مدة محددة مقترن بالأشغال الشاقة أو دونه

- الغرامة أو الحبس المقترن بالأشغال الشاقة

- مصادرة الأموال. رد المال الذي أخذ دون وجه حق

- الحرمان من كل أو بعض الأموال المدنية.<sup>3</sup>

و لقد وجهت لهاتين المحكمتين العديد من الانتقادات. وكان من أبرزها هو مخالفتيهما لمبدأ احترام قانونية الجرائم و العقوبات. إذ أن نظام هاتين المحكمتين قد جاء بقواعد قانونية لم

1- كمال حماد. النزاع المسلح و القانون الدولي العام. مصر. المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع. 1997. ص 76.

2- هاني فتحي جرجي. الخبرة التاريخية لإنشاء نظام دائم للعدالة الجنائية الدولية في قضايا حقوق الإنسان. المنظمة العربية لحقوق الإنسان. الإصدار الخامس . 1999. ص ص 26-27.

3- بدر الدين محمد شبل. القانون الدولي الجنائي الموضوعي. الأردن. دار الثقافة للنشر و التوزيع. ط/1. 2011. ص ص 267-268.



تكن موجودة أو مقننة وقت ارتكاب الجرائم، وما يؤخذ عليهما أيضا هو مخالفتها لمبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية مما يعد خرقا واضحا لقواعد القانون الدولي الجنائي المتعارف عليها.<sup>1</sup> و لم يقدم نظاما محكمتي نورمبورغ و طوكيو غير معيار جسامه الجريمة الذي يستطيع القاضي الاستعانة به في تقدير العقوبة المناسبة، ومن شأن هذا أن يساهم في زيادة الغموض الذي يكتنف مبدأ شرعية العقوبة في مجال القانون الدولي الجنائي حيث لا يعرف مسبقا ما عسى أن يحيط بالجريمة الدولية من ظروف تستوجب التشديد أو التخفيف و لا سبيل لتقديم ذلك إلا بصدد كل حالة على حدى و بمعرفة القاضي وحده.<sup>2</sup>

كما لم توضح كيفية تنفيذ العقوبات و هي مسألة لا تقل أهمية عن مسألة تقنين العقوبات. هذا النقص كانت محكمة نورمبورغ قد تلافته بتشكيل لجنة رباعية تشرف على تنفيذ كل العقوبات المقضى بها من إعدام و خلافه.

و إذا كانت العقوبة الجنائية تتقدم فإن المسألة تثار بالنسبة إلى جرائم الحرب و جرائم ضد الإنسانية، و لقد كان لحكومات ألمانيا مواقف مختلفة ، ففي حين أفلتت عن العقاب مساعد هتلر الأول "مارتان بورمان" لتقدم عقوبة الإعدام بمضي خمسة و عشرين عاما، رفض مستشار ألمانيا "برانت" اعتبار جرائم الحرب و الجرائم الماسة بالإنسانية قابلة للتقدم، أما عن موقف القانون الدولي الجنائي فهو صريح: " لا تقدم في الجريمة الدولية " ، و يسري هذا على الدعوى العمومية كما يسري على العقوبة.<sup>3</sup>

فبالرغم من الانتقادات الموجهة لمحكمتي " نورمبورغ" و " طوكيو" إلا أنهما اتخذتا أساسا لإنشاء قضاء دولي جنائي، إذ لا بد من الاعتراف لهذه المحاكمات إرساؤها مبدأ مسؤولية الأفراد الجنائية في القانون الدولي، بالإضافة إلى إلغائها مبدأ واجب الطاعة لأوامر الرؤساء عندما تكون هذه الأخيرة مخالفة لقواعد القانون الدولي.<sup>4</sup>

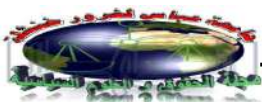
ما سبق يتبين من محاكمات نورمبورغ و طوكيو أنه يغلب عليهما الطابع السياسي وعدم الحياد كما أن تحديد المتهمين يخضع لاعتبارات سياسية و هو نفس الشأن بالنسبة لتخفيض العقوبة و إصدار العفو و لم يكن لهما صفة الديمومة لأنهما أنشئتا لغرض معين و مناسبة معينة، إلا أنهما سابقة في العقاب على جرائم الحرب و الجرائم ضد الإنسانية و جرائم الاعتداء، كما أخضعنا لاختصاصهما كافة الأشخاص الطبيعيين و بدون استثناء.

1- يوسف حسن يوسف، المحاكم الدولية و خصائصها، مصر، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط/1، 2011، ص227.

2- بدر الدين محمد شبل، المرجع السابق، ص 268.

3- عبد الرحيم صدقي، المرجع السابق ، ص 70.

4- يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص227.



### الفرع الثالث: العقوبات المطبقة أمام المحكمة الدولية الجنائية الخاصة في يوغسلافيا

نتيجة لتفكك جمهورية يوغسلافيا الاتحادية الاشتراكية و سعي جمهوريات الاتحاد إلى الاستقلال اندلع النزاع بين أبناء القوميات المختلفة التي كان يتألف منها الاتحاد اليوغسلافي السابق. و إزاء تفاقم الوضع في الجمهوريات اليوغسلافية السابقة وما تم اقترافه من جرائم والتي تشكل بطبيعة الحال تهديدا للسلم و الأمن الدوليين<sup>1</sup> و لأن العالم بأسره شاهد وبشكل مباشر عبر وسائل الإعلام المختلفة الأهوال التي وقعت في يوغسلافيا السابقة. انتهى مجلس الأمن الدولي إلى إصدار قرار رقم 827 الصادر سنة 1993 المتعلق بإنشاء المحكمة الجنائية الخاصة بيوغسلافيا قصد التصدي بحزم و بسرعة لتلك الانتهاكات و محاكمة أولئك المسؤولين عن الجرائم التي وقعت في إقليم يوغسلافيا السابقة<sup>2</sup> فبالنسبة لاختصاصات المحكمة فهي قاصرة على أربعة أنواع من الجرائم تتمثل في:

- الانتهاكات الجسيمة لمعاهدات جنيف لعام 1949.

- مخالفة قوانين و أعراف الحرب.

- جرائم الإبادة الجماعية.

- الجرائم ضد الإنسانية.<sup>3</sup>

و بالنسبة للعقوبات فقد نصت المادة 24 من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا السابقة بأنه: " يمكن للمحكمة أن تصدر الحكم بتوقيع الحد الأقصى للعقوبة وهو السجن مدى الحياة". ومن ثم فليس من سلطة المحكمة أن تقضي بعقوبة الإعدام مهما كانت جسامة الجرائم المرتكبة أو خطورة الجناة. كما نص النظام الأساسي على عدم جواز الحكم في غياب المتهم<sup>4</sup>.

فالنظام الأساسي للمحكمة اقتصر في تحديد العقوبات على عقوبة السجن. و ترجع المحكمة في تحديد مدة السجن إلى الممارسة العامة المتعلقة بأحكام السجن التي كانت مطبقة أمام محاكم يوغسلافيا السابقة مع مراعاة المحكمة عوامل أخرى مثل جسامة الجريمة و الظروف الشخصية للفرد و يجوز لدوائر المحكمة أن تصدر أمرا بإعادة أي ممتلكات أو أموال

1- رشيد مجيد محمد الربيعي. تطور القضاء الدولي الجنائي من المحاكم المؤقتة إلى المحكمة الدولية الجنائية الدائمة. مصر. دار الكتب القانونية 2008، ص126.

2- محمد حسن القاسمي. إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الدائمة (هل هي خطوة حقيقية لتطوير النظام القانوني الدولي؟). "مجلة الحقوق. جامعة الكويت، العدد الأول. السنة 27. مارس 2003، ص65.

3- عصام عبد الفتاح مطر. المرجع السابق، ص45.

4- سعيد عبد اللطيف حسن. المحكمة الجنائية الدولية (إنشاء المحكمة. نظامها الأساسي. اختصاصها التشريعي و القضائي. و تطبيقات القضاء الجنائي الدولي الحديث و المعاصر). مصر. دار النهضة العربية، 2004، ص193.





يكون قد تم الاستيلاء عليها إلى مالكيها الحقيقيين<sup>1</sup> و للمحكمة أن تنظر في تخفيف العقوبة إذا رأت في ذلك استيفاء للعدالة.<sup>2</sup>

إن استبعاد المحكمة لعقوبة الإعدام و نصها على عقوبة السجن فقط أمر من شأنه التشكيك في جدية النوايا التي أنشئت من أجلها المحكمة أساسا. فقد ارتكبت إثر تفكك الاتحاد اليوغسلافي أبشع المذابح ضد المسلمين في البوسنة و الهرسك، و إبادة آلاف الأشخاص ودفن البعض أحياء و اغتصاب النساء و تشريد الأطفال ...

و لقد برر واضعو النظام الأساسي للمحكمة مسألة استبعاد عقوبة الإعدام بأنها لا تحقق الغاية الأساسية من العقوبة و هي الإصلاح و إن تحقق الردع أحيانا. هذا إضافة إلى ما تواجهه هذه العقوبة من معارضة شديدة على المستوى الدولي و لا سيما من قبل الأمم المتحدة.<sup>3</sup>

الواقع أن هذه الحجج لا تبرر استبعاد عقوبة الإعدام من نظام المحكمة. لأن استبعاد هذه العقوبة من شأنه التشجيع على ارتكاب أخطر الجرائم على الإنسانية لإدراك الجاني أن أشد عقوبة ستطبق عليه هي السجن.

و قد أصدرت محكمة يوغسلافيا منذ إنشائها و حتى سنة 2006 (161) مذكرة اتهام وأصدرت (94) حكما، و قد كان الحكم الذي أصدرته في قضية "تاديتش" بتاريخ 1995/05/07 أول حكم تصدره محكمة جنائية دولية بعد الأحكام التي صدرت عن محكمتي نورمبورغ و طوكيو ، ثم توالى بعد ذلك المحاكمات و تراوحت الأحكام بين الحكم بالبراءة و السجن لمدة تتراوح بين خمس سنوات و خمسة و أربعين سنة.

و لعل أهم محاكمة على الإطلاق ، كانت محاكمة الرئيس الصربي السابق "سلوبودان ميلوزوفيتش" مهندس عمليات التطهير العرقي ضد المسلمين في البوسنة و الهرسك، لتعلقها بمبدأ مسؤولية رؤساء الدول و كبار المسؤولين عما يرتكبونه من جرائم دولية و عدم تمكنهم التحجج في ذلك بما يتمتعون به من حصانات و امتيازات تجعلهم يفلتون من العقاب و يكونون بمنأى عن المساءلة.

فالمحكمة كانت ذات طابع سياسي، و سبب ذلك يعود إلى أن إنشائها تم من قبل هيئة سياسية وهو مجلس الأمن، و الذي يعتمد في قراراته على تقديرات سياسية محكومة بمصالح

1- خالد حسن أبو غزالة، المرجع السابق، ص 145.

2- مرشد أحمد السيد و أحمد غازي الهرمزي، القضاء الدولي الجنائي (دراسة تحليلية للمحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا مقارنة مع محاكم نورمبورغ و طوكيو و رواندا)، الأردن، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة، 2002، ص 127.

3- علي يوسف الشكري، القضاء الجنائي الدولي في عالم متغير، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2008، ص 52.



الدول المؤثرة فيه، و يلاحظ على هذه المحكمة بأن الأحكام التي صدرت على بعض المتهمين أمامها كانت العقوبات فيها لا تتناسب مع ما جاءت لتعاقب عليه من جرائم.<sup>1</sup>

#### الفرع الرابع: العقوبات المطبقة أمام المحكمة الدولية الجنائية لروندا

تعد ثاني محكمة دولية جنائية متخصصة مؤقتة بقرار من مجلس الأمن رقم 955 في نوفمبر 1994 المتعلق بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، و إن دل ذلك على شيء فإنما يدل على الاتجاه المضطرب صوب ارتكاب جرائم الإبادة الجماعية و الجرائم ضد الإنسانية، ففي الوقت الذي كانت محكمة يوغسلافيا السابقة تنظر في الفظائع المرتكبة في الإقليم اليوغسلافي ضد المسلمين، كانت مثل هذه الفظائع أو أقسى منها ترتكب في الإقليم الرواندي.<sup>2</sup>

تتصف هذه المحكمة كسابقتها - محكمة يوغسلافيا السابقة- بأنها محكمة مؤقتة، و يمتد اختصاصها ليشمل جرائم الإبادة الجماعية و الجرائم ضد الإنسانية<sup>3</sup> و قد أدخلت الانتهاكات المنصوص عليها بالمادة الثالثة من اتفاقية جنيف لعام 1949 الخاصة بحماية الضحايا في وقت الحرب و البروتوكول الإضافي الملحق بهذه الاتفاقية بتاريخ 8 يونيو 1977.

و الملاحظ أن المحكمة لم تختص بالنظر في انتهاكات قوانين و أعراف الحرب و اتفاقية جنيف لعام 1949 الخاصة بالمنازعات الدولية نظرا لأن طبيعة النزاع في رواندا كان عبارة عن حرب أهلية و ليس ذا طابع دولي.<sup>4</sup>

لا شك أن النظام القضائي في رواندا جاء ليواجه حالة فريدة لم تكن معروفة في رواندا، كما لم يأت هذا النظام القضائي ليكون بمثابة نظام دائم مستقر لاسيما في ظل الاختلال السياسي الذي كانت تعاني منه البلاد آنذاك.<sup>5</sup>

كما يلاحظ بأن النظام الأساسي الخاص لهذه المحكمة قد استند على الأسس نفسها التي استند عليها النظام الأساسي الخاص بالمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة<sup>6</sup> كذلك لم تقرر محكمة رواندا خطوطا إرشادية مفيدة فيما يتعلق بالعقوبة من أجل أولئك الذين امتثلوا أمامها، فالمادة 23 من النظام الأساسي لمحكمة رواندا تقرر نفس القواعد الأساسية للحكم بالإدانة الواردة في النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا السابقة.<sup>7</sup>

1- يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص230.

2- علي يوسف الشكري، المرجع السابق، ص55.

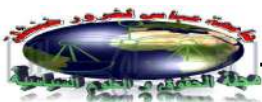
3- حيدر عبد الرزاق حميد، المرجع السابق، ص131.

4- علي يوسف الشكري، المرجع السابق، ص59.

5- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص57.

6- يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص232.

7- سعيد عبد الطيف حسن، المرجع السابق، ص193.



فكلا من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا و رواندا حدد صلاحية المحكمتين بالحكم بعقوبة السجن تحديدا دون الإعدام وهو أمر كان يتنافى و جسامته الجرائم المرتكبة في إقليم يوغسلافيا و رواندا. بل إن النص على عقوبة الإعدام كان واحد من أهم نقاط الخلاف بين الحكومة الرواندية و مجلس الأمن الذي كان يصر على استبدال عقوبة الإعدام بالسجن<sup>1</sup> و قد دفع عدم ذكر عقوبة الإعدام في النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية في رواندا إلى تصويت رواندا ضد القرار (1994/855) الصادر عن مجلس الأمن بداعي أن عقوبة الإعدام معتمدة في التشريع الوطني الرواندي، و لا يمكن استثناء مرتكبي جرائم الإبادة منها<sup>2</sup>، و قدر لرأي مجلس الأمن أن يسود في النهاية<sup>3</sup>.

و إجمالا فقد أصدرت محكمة رواندا مذكرات اعتقال في حق 70 متهم، و هم قيد الحبس في تزانيا، و من بين الأحكام التي أصدرتها هذه المحكمة حكمها الصادر في 2009/02/02 ضد (François Karera) عمدة مدينة كيجالي بعقوبة السجن مدى الحياة لارتكابه جريمة الإبادة الجماعية.

ففكرة إنشاء أجهزة قضائية دولية خاصة و مؤقتة تحمل ابتداء و بالضرورة في ثناياها سلبيات لا يمكن تجاوزها ذلك لأنها تأتي بعد وقوع الأحداث، فالمحاكم الخاصة بحكم نشأتها بعد ارتكاب الجرائم تفتقر إلى عنصر الردع و منع ارتكاب الجرائم قبل وقوعها<sup>4</sup>.

بما سبق ذكره نلاحظ أن كلا من محكمة يوغسلافيا و رواندا تم إنشاؤهما بموجب قرارات صادرة من طرف مجلس الأمن الدولي و هذا فيه إنقاص لحياض هاتين المحكمتين و استقلالهما للقيام بوظائفهما القضائية، فضلا عن الضغوط السياسية الممارسة ضدتهما و التي تحّد من عملهما، و بالرغم من كل الانتقادات الموجهة للمحاكم الجنائية المؤقتة إلا أنها تعد نواة أساسية في إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الدائمة لتكريس مبادئ القضاء الدولي الجنائي و حماية حقوق الإنسان.

### المطلب الثاني: العقوبات المطبقة أمام المحكمة الدولية الجنائية الدائمة

إن تطبيق العقوبات على الأفراد المدانين بانتهاك القواعد و الأعراف الدولية من خلال المحاكم المؤقتة ساهم بشكل كبير و فعال في إنشاء المحكمة الدولية الجنائية، و التي نص نظامها الأساسي على العقوبات الواجبة التطبيق على مرتكبي الجرائم الدولية.

1- علي يوسف الشكري، المرجع السابق، ص 63.

2- حيدر عبد الرزاق حميد، المرجع السابق، ص 165.

3- علي يوسف الشكري، المرجع السابق، ص 63.

4- حيدر عبد الرزاق حميد، المرجع السابق، ص 133.



## الفرع الأول: أنواع العقوبات

يحدد الباب السابع من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية العقوبات الواجبة التطبيق على مقترفي الجرائم الدولية و هو أمر يستهدف بكل تأكيد مواجهة المجتمع الدولي لظاهرة الجريمة الدولية و محاولة الحد منها. و تتمثل هذه العقوبات في:

- السجن لعدد من السنوات و لمدة أقصاها ثلاثون عاما.

- السجن المؤبد.

و هناك نوع آخر من العقوبات يمكن للمحكمة إنزالها تتمثل في:

- فرض غرامة مالية طبقا للقواعد الإجرائية و قواعد الإثبات.

- مصادرة العائدات و الممتلكات و الأموال الناجمة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة عن الجريمة دون المساس بالأطراف الأخرى حسنة النية.<sup>1</sup> (المادة 77)

## أولا/ عقوبة الإعدام:

تعد عقوبة الإعدام كعقوبة بدنية من أقدم العقوبات وجودا من الناحية التاريخية. إذ تعد من أقدم العقوبات التي عرفت البشرية و قد لجأ إليها الإنسان في بداية الوجود البشري ثم اعتمدها الدولة كوسيلة فعالة للكفاح ضد أنواع محددة من الجرائم اختلف تحديدها في مختلف الأزمنة و ذلك وفقا لفلسفة العقاب التي يتبعها كل نظام.<sup>2</sup>

فرغم أن الجرائم المنصوص عليها في المادة 5 من النظام الأساسي للمحكمة من أشد الجرائم خطورة و هي موضع اهتمام دولي و تتسم بالفظاعة و القسوة و الوحشية. الأمر الذي يستدعي أن تكون عقوبة الإعدام من العقوبات التي يجوز للمحكمة فرضها على من يثبت ارتكابهم لجرائم دولية و يرجع استبعاد هذه العقوبة إلى عدة أسباب يمكن إجمالها في النقاط الآتية:

1- معارضة الدول الغربية و دول أمريكا الجنوبية و العديد من الدول الأخرى إدراج عقوبة الإعدام ضمن الجزاءات التي تفرضها المحكمة تماشيا مع الاتجاهات الحديثة لتلك الدول ممثلة في الدعوة المستمرة للوصول إلى إلغاء تلك العقوبة نهائيا من قوانينها. مع أن الدول العربية والإسلامية و غيرها من الدول التي تمسكت بإدراجها في النظام الأساسي للمحكمة. على اعتبارها من العقوبات المنصوص عليها في قوانينها الوطنية. و استقر الرأي النهائي على

1- خالد حسن أبو غزالة، المرجع السابق، ص 266.

2- محمد عبد المنعم عبد الغني، القانون الدولي الجنائي (دراسة في النظرية العامة للجريمة الدولية)، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص 332.



عدم إدراج تلك العقوبة و الاستعاضة عنها بإيراد نص في المادة 80 من النظام الأساسي يعطي الدول الحق بتطبيق قوانينها الوطنية.<sup>1</sup>

2- الدور الفاعل و المؤثر الذي تقوم به المنظمات الإنسانية و جمعيات حقوق الإنسان في الدعوة إلى إلغاء هذه العقوبة و خاصة الدور الذي قامت به تلك المنظمات و مارسته أثناء مؤتمر روما الخاص بإنشاء محكمة جنائية دولية . الأمر الذي أدى إلى عدم إدراجها ضمن العقوبات الواردة في النظام الأساسي للمحكمة.

3- الاتجاه العام لقسم كبير من الدول بإلغاء عقوبة الإعدام و قيام العديد من تلك الدول بإلغائها فعلا من قوانينها و ذلك بسبب التطور الذي لحق بمفهوم حقوق الإنسان و القانون الإنساني الدولي بشكل عام.<sup>2</sup>

ومن الملفت أن الولايات المتحدة الأمريكية لم تعترض على إدراج عقوبة الإعدام و ذلك لأن عددا كبيرا من الولايات الأمريكية لا تزال تطبق تلك العقوبة على بعض الجرائم.<sup>3</sup>

فعقوبة الإعدام لم يتم النص عليها صراحة ضمن العقوبات الواردة في النظام الأساسي و لكن يستفاد من نص المادة 80 أن النظام الأساسي لا يمنع الدول من تطبيق عقوبة الإعدام في حالة تصدي قضائها لجرائم دولية واردة ضمن النظام الأساسي و مباشرة اختصاصه لها و تسليط عقوبة الإعدام التي يحددها قانونها الوطني. و يبدو أن واضعي النظام الأساسي قد ساروا مع الاتجاه العام في المجتمع الدولي الذي يطالب بإلغاء عقوبة الإعدام من القوانين الداخلية. لأن الهدف الأساسي من مبدأ الاختصاص التكميلي هو الحيلولة دون إفلات مرتكبي الجرائم من العقاب المنصوص عليه في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية باعتبار هذه الجرائم هي أشد الجرائم خطورة في نظر المجتمع الدولي.<sup>4</sup>

إن خلو النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية من نص يدرج عقوبة الإعدام ضمن الجزاءات الجنائية التي يكون لتلك المحكمة توقيعها على المدانين بارتكاب جرائم دولية أمر يمثل انتقادا لهذا النظام الأساسي و من شأن ذلك المساس باستقرار المجتمع الدولي و أمنه. فضلا عن تمكين المتهمين بارتكاب جرائم دولية من الفرار و الإفلات من العدالة الدولية. الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى جعل الحد من الجريمة الدولية كهدف للسياسة الجنائية الدولية أمر بعيد المنال.<sup>5</sup>

1- خالد حسن أبو غزالة، المرجع السابق، ص 267.

2- حاتم محمد صالح، التنارع القضائي بين المحكمة الدولية و المحاكم الوطنية، "مجلة المنصور العراق، العدد 17، السنة، 2012، ص 96.

3- الطاهر مختار علي سعد، القانون الدولي الجنائي (الجزاءات الدولية)، لبنان، دار الكتاب الجديد المتحدة، ط1/، 2000، ص 225.

4- عادل الطبطبائي، النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية و مدى تعارضه مع أحكام الدستور الكويتي (دراسة مقارنة)، "مجلة الحقوق، الكويت ملحق العدد الثاني، جوان 2003، ص 19.

5- محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص 333.



فمن أقدم على ارتكاب جرائم دولية أدت إلى إبادة جماعات بشرية بأكملها تنطوي شخصيته على خطورة إجرامية لا محل لإبرائه منها ، كما أنه و قد هانت عليه أرواح آلاف الضحايا الأبرياء فإن استئصال حياته من المجتمع يكون أهون. و قد يكون ذلك من عوامل الردع ضد كل من تسول له نفسه الإقدام على اقتراح إحدى الجرائم الدولية الجسيمة. فالمدابح المروعة و الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني التي ارتكبت في البوسنة و الهرسك ويوغسلافيا السابقة و رواندا فضلا عن أماكن أخرى في العالم لازالت ماثلة في أعين المجتمع.<sup>1</sup>

خلص إلى أن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية بموجب معاهدة دولية هو ما يميزها عن المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة. إذ تعبر عن اهتمام المجتمع الدولي بمكافحة الجرائم الدولية و الحد منها عن طريق العقوبات التي توقع على مقترفي هاته الجرائم الدولية. و إذا كانت هناك نية في الحد من هاته الجرائم و عدم إفلات المجرم الدولي من العقاب فلا بد من إدراج عقوبة الإعدام ضمن العقوبات الواردة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

#### ثانيا/ العقوبات السالبة للحرية (السجن):

يقصد بالعقوبات السالبة للحرية تلك التي تتضمن حرمان المحكوم عليه من حقه في التنقل والحرية. أو هي بعبارة أخرى تلك التي يتحقق إيلاؤها عن طريق حرمان المحكوم عليه نهائيا بها من حقه في التمتع بحريته. إذ تسلبه هذا الحق إما نهائيا أو لأجل معلوم يحدده الحكم الصادر بالإدانة.<sup>2</sup>

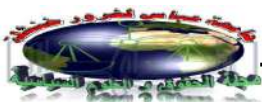
و سلب الحرية كعقوبة بهذا المعنى لم يكن مألوفا في الشرائع القديمة. فقد كان الهدف الأساسي من السجن هو التحفظ على المتهم حتى يحكم عليه أو ينفذ حكم القضاء فيه ولم تقرر العقوبات السالبة للحرية إلا حديثا لكي تخل محل العقوبات البدنية القاسية في الماضي. و ليتم تأهيل المحكوم عليه و إصلاحه. و لهذا تنوعت هذه العقوبات باختلاف جسامته الجرائم و جسامته الخطورة التي يوجد عليها المحكوم عليه.<sup>3</sup>

ومن خلال استقراء نص المادة 77 يتضح أن السجن من العقوبات المقررة في نظام روما الأساسي. و أن هذه العقوبة لا يجب أن تتجاوز مدة ثلاثين عاما كحد أقصى. و مع ذلك فقد أجاز نص المادة الحكم بالسجن المؤبد بشرط أن تكون هذه العقوبة لها ما يبررها سواء من حيث

1- بدر الدين محمد شبل. المرجع السابق. ص 276.

2- محمد عبد المنعم عبد الغني. المرجع السابق. ص 335.

3- بدر الدين محمد شبل. المرجع السابق. ص 277.



الخطورة الشديدة للجريمة المرتكبة أو من حيث الظروف الشخصية التي أحاطت بالشخص المدان المرتكب الجريمة الدولية.<sup>1</sup>

### ثالثا/ العقوبات المالية:

و هي العقوبات التي تعيب الذمة المالية للمحكوم عليه و تتمثل في الغرامة و المصادرة. فالغرامة تعني إلزام المحكوم عليه بدفع مبلغ من المال إلى الخزينة العامة للدولة. و تعد الغرامة من أقدم العقوبات و ترجع في أصلها إلى نظام الدية الذي كان مطبقا في الشرائع القديمة. وهي نظام يختلط فيه العقاب بالتعويض ، ثم تطورت بعد ذلك إلى أن أصبحت في الشرائع الحديثة عقوبة خالصة خالية من معنى التعويض.

أما المصادرة فهي الاستيلاء لحساب الدولة على الأموال أو الأشياء ذات الصلة بالجريمة سواء وقعت هذه الأخيرة بالفعل أم كان يخشى وقوعها. وتتم المصادرة قهرا بطريق الإكراه بواسطة القضاء.<sup>2</sup>

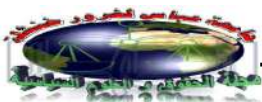
و يلاحظ أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بعد أن قرر عقوبة السجن التي يكون للمحكمة إنزالها على الشخص المدان أجاز بموجب الفقرة الثانية من المادة 77 للمحكمة الجنائية الدولية أن تأمر بالإضافة إلى عقوبة السجن بفرض غرامة و ذلك بموجب المعايير المنصوص عليها في القواعد الإجرائية و قواعد الإثبات. أو تحكم كذلك بمصادرة العائدات والممتلكات و الأصول المتحصلة من اقتراف الجريمة الدولية.

فالمحكمة عندما تحدد قيمة الغرامة تولي اعتبار بصفة خاصة لما ينجم عن الجريمة من ضرر وإصابات فضلا عن المكاسب النسبية التي تعود على الجاني من ارتكابها. و لا تتجاوز القيمة الإجمالية بحال من الأحوال ما نسبته 75% من قيمة ما يمكن تحديده من أصول سائلة أو قابلة للتصرف و أموال يملكها المدان. و ذلك بعد خصم مبلغ مناسب يفي بالاحتياجات المالية لشخص المدان و من يعولهم. و لدى قيام المحكمة بفرض الغرامة فإنها تعطي للشخص المدان مهلة معقولة يدفع خلالها الغرامة. و يجوز أن تسمح له بتسديدها في مبلغ إجمالي دفعة واحدة أو على دفعات خلال تلك الفترة.<sup>3</sup>

1- محمد عبد المنعم عبد الغني. المرجع السابق. ص 336.

2- بدر الدين محمد شبل. المرجع السابق. ص 278.

3- محمد عبد المنعم عبد الغني. المرجع السابق. ص 337 - 338.





## الفرع الثاني: الأحكام الخاصة بالعقوبة في النظام الأساسي لروما أولا/ تقدير العقوبة:

تراعي المحكمة الجنائية الدولية عند قيامها بتحديد مقدار العقوبة المتعين إنزالها وتطبيقها على الشخص المدان وفقا للقواعد الإجرائية و قواعد الإثبات عدة أمور منها: أن مجموع أي عقوبة سجن و غرامة تفرض حسب مقتضى الحال. و يجب أن يتناسب و الجرم الذي ارتكبه المحكوم عليه. و يجب أيضا أن تأخذ المحكمة في اعتبارها طبيعة السلوك غير المشروع المرتكب، و الوسائل التي استخدمت لارتكاب الجريمة. و مدى مشاركة الشخص المدان و مدى القصد و الظروف المتعلقة بالزمان و المكان و سن الشخص المدان و حالته الاجتماعية. و يتعين أن تحيط المحكمة بأي إدانات جنائية سابقة بجرائم من اختصاص المحكمة أو تماثلها. و ما إذا كان المتهم قد أساء استعمال السلطة أو الصفة الرسمية له. أو ارتكب الجريمة بقسوة زائدة.<sup>1</sup>

و يلاحظ أنه علاوة على العوامل المذكورة سابقا تأخذ المحكمة في الاعتبار حسب الاقتضاء ما يلي:

### 1- ظروف التخفيف: و هي من قبيل:

- الظروف التي لا تشكل أساسا كافيا لاستبعاد المسؤولية الجنائية كقصور القدرة العقلية أو الإكراه.

- سلوك المحكوم عليه بعد ارتكاب الجرم بما في ذلك أي جهود يبذلها لتعويض الجني عليه أو أي تعاون أبداه مع المحكمة.

### 2- ظروف التشديد: و تتمثل في:

- أي إدانات جنائية سابقة بجرائم من اختصاص المحكمة.

- إساءة استعمال السلطة أو الصفة الرسمية.

- ارتكاب الجريمة إذا كان الجني عليه مجردا على وجه الخصوص من أي وسيلة للدفاع عن النفس.

- ارتكاب الجريمة بقسوة زائدة أو تعدد الجني عليهم.

- ارتكاب الجريمة بدافع ينطوي على التمييز وفقا لأي من الأسس المشار إليها في المادة 3/21 من النظام الأساسي.

- أي ظروف لم تذكر و لكمها تعد بحكم طبيعتها ماثلة لتلك المذكورة أعلاه.<sup>2</sup>

1- عصام عبد الفتاح مطر. المرجع السابق. ص 512-513.

2- بدر الدين محمد شبل. المرجع السابق. ص 283.



و يجب أن تحصر من مدة عقوبة السجن المدة التي قضاهها المحكوم عليه في الاحتجاز أو التوقيف . و عندما يحكم على الشخص بأكثر من جريمة تصدر المحكمة حكما في كل جريمة . و حكما مشتركا يحدد مدة السجن الإجمالية . و يجب ألا تقل هذه المدة عن مدة أقصى كل حكم على حدى و لا تتجاوز 30 سنة أو عقوبة السجن المؤبد حسب الأحوال<sup>1</sup> ( المادة 78).

### ثانيا/ تخفيف العقوبة

لا يجوز لدولة التنفيذ أن تفرج على المحكوم عليه قبل انقضاء مدة العقوبة التي قضت بها المحكمة و للمحكمة وحدها حق البت في أي تخفيف للعقوبة بعد سماع أقوال المحكوم عليه. و لا يجوز النظر في تخفيف العقوبة إلا بعد أن يقضى المحكوم عليه ثلثي مدة العقوبة المحكوم بها أو 25 سنة في حالة السجن المؤبد<sup>2</sup> و لا يجوز للمحكمة تخفيف العقوبة إلا إذا توافر عامل أو أكثر من العوامل التي نصت عليها المادة 110 من النظام الأساسي و المتمثلة في:

- الاستعداد المبكر و المستمر من جانب الشخص للتعاون مع المحكمة فيما تقوم به من أعمال التحقيق و المقاضاة.

- قيام الشخص طوعا بالمساعدة على إنفاذ الأحكام و الأوامر الصادرة عن المحكمة في قضايا أخرى و بالأخص المساعدة في تحديد مكان الأصول الخاضعة للغرامة أو المصادرة أو التعويض التي يمكن استخدامها لصالح المجني عليهم.

و قد تضمنت المادة 223 من قواعد الإثبات و القواعد الإجرائية عدة معايير يتعين على المحكمة مراعاتها عند إعادة النظر في تخفيف العقوبة تتمثل في الآتي:

- تصرف المحجوز عليه أثناء احتجازه بما يظهر انصرافا حقيقيا عن جرمه.  
- احتمال إعادة دمج المحكوم عليه في المجتمع و استقراره فيه بنجاح.  
- ما إذا كان الإفراج المبكر عن المحكوم عليه سيؤدي إلى درجة كبيرة من عدم الاستقرار الاجتماعي.

- أي إجراء مهم يتخذه المحكوم عليه لصالح المجني عليهم و أي أثر يلحق بالمجني عليهم وأسره من جراء الإفراج المبكر.

### ثالثا/ انقضاء العقوبة:

تتمثل صور انقضاء حق الدولة في العقاب في تنفيذ العقوبة في المحكوم على المحكوم عليه فعلا. و بذلك ينتفي حقها في العقاب نظرا لاقتضاءها له. و إذا كان الأمر كذلك إلا أن

1- علي عبد القادر القهوجي. القانون الدولي الجنائي (أهم الجرائم الدولية . المحاكم الدولية الجنائية). لبنان. منشورات الحلبي الحقوقية. ط/1. 2001. ص 349.

2- نفس المرجع. ص 352.



هناك حالات أخرى ينقضي فيها حق الدولة في العقاب دون اقتضاء. و تتمثل في سقوط الدعوى الجنائية و سقوط الحكم الجنائي بالتقادم و العفو و وفاة المحكوم عليه<sup>1</sup> و ستقتصر دراستنا لأسباب انقضاء العقوبات على أحكام العفو عن العقوبة و التقادم و مدى تطبيقهما في ظل القانون الدولي الجنائي.

### 1- العفو عن العقوبة:

و المقصود هنا هو العفو الخاص لا العفو العام. و يعرف العفو الخاص على أنه: " إنهاء التزام المحكوم عليه بتنفيذ كل العقوبة أو بعضها.<sup>2</sup>

و يعد العفو وسيلة تلجأ إليها الدولة لإصلاح بعض الأخطاء القضائية التي لا سبيل لإصلاحها بالطعن في الحكم أو لمجازاة من ثبت حسن سلوكه بعد تنفيذ جزء من العقوبة. و تلجأ إليه الدولة كمظهر للاحتفال ببعض الأعياد الوطنية. و الأصل انه لا يصدر إلا بعد أن يكون الحكم قد صار باتا. إلا أن ذلك لا يحول دون ممارسة رئيس الدولة حق العفو و هو عمل من أعمال السيادة لا يملك القضاء المساس به أو التعقيب عليه.

و المطلع على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يتبين بكل جلاء بأنه لا يتضمن أي إشارة صريحة للعفو عن العقوبة. و هناك من يرى بأنه ترتيبا على ذلك فإنه لا يجوز للمحكمة الجنائية الدولية محاكمة أي شخص ثانية يكون قد صدر بحقه عفو سواء فيما يتعلق بالجريمة أو العقوبة و يستوي في ذلك أن يكون العفو صادرا من البرلمان أو رئيس الدولة.

إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ يرد عليها استثناء فيما يتعلق بحق المحكمة الجنائية الدولية في محاكمة الشخص الذي صدر بحقه قرار العفو إذا ما تبين أن العفو لم يستهدف سوى حماية المحكوم عليه من المثل أمام المحكمة الجنائية الدولية. فإنه و الحال كذلك لا يجوز لرئيس الدولة أو البرلمان العفو عن العقوبة المقضي بها<sup>3</sup> و ذلك تأسيسا على نص المادة 2/110 من النظام الأساسي التي نصت على: " للمحكمة وحدها حق البت في أي تخفيف للعقوبة وتبت في الأمر بعد الاستماع إلى الشخص".

و تكمن الحكمة في عدم إيراد العفو كوسيلة لانقضاء العقوبة هو الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان التي تترتب على ارتكاب الجرائم الدولية. فأرواح ملايين البشر التي أزهقت بلا ذنب أو جريمة في كل من البوسنة و الهرسك و يوغسلافيا السابقة و رواندا فضلا عن فلسطين والعراق و لبنان و إقليم دارفور بالسودان لازالت ماثلة أمام أعين المجتمع الدولي. فتحقيق العدالة

1- محمد عبد المنعم عبد الغني. المرجع السابق. ص 346.

2- محمود نجيب حسني . الوسيط في قانون العقوبات (القسم العام). الجزء الأول. مصر. دار النهضة العربية. 1981. ص 810.

3- بدر الدين محمد شبل. المرجع السابق. ص ص 286-287.



الجنائية الدولية كان يستلزم تضمين نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية نص صريح يقرر عدم جواز سريان العفو على العقوبات المحكوم بها على الأشخاص المدانين بارتكاب جرائم دولية.

هذا ما دفع جانب من الفقه القول أن: "الإعفاء من القصاص فيما يتعلق بالجرائم والانتهاكات الواسعة المدى لحقوق الإنسان أمر يتضمن خيانة لتضامن البشرية مع ضحايا تلك الصراعات، و الذين ندين لهم بواجب تحقيق العدل و التعويض".<sup>1</sup>

## 2- تقادم العقوبة:

يقصد بتقادم العقوبة مضي فترة من الزمن يحددها القانون من تاريخ صدور الحكم البات دون أن يتخذ خلالها إجراء لتنفيذ العقوبة التي قضى بها، و يترتب على تقادم العقوبة انقضاء الالتزام بتنفيذ العقوبة مع بقاء حكم الإدانة قائماً.<sup>2</sup>

أما المادة 29 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على: " لا تسقط الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة بالتقادم أياً كانت أحكامه".

ومن ثم فالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قد نص صراحة على عدم تقادم الجريمة الدولية، أياً كانت أحكام هذا التقادم ومن ثم فإنه ليست بمقدور أي من الدول الأطراف وضع قيد زمني لحماية الشخص من العقاب.

و يبدو أنه حتى عند عدم تضمين النظام الأساسي لأي نص يتحدث عن عدم تقادم العقوبة الدولية الجنائية فإن المنطق يقتضي القول بأن النظام يذهب نحو إقرار عدم تقادمها، لأنه لو أقر تقادمها لنظم المسألة إجرائياً على الأقل من حيث مدة هذا التقادم إعمالاً لمبدأ الشرعية، مما يعني أن النظام الأساسي يذهب في طرح عدم تقادمها حتى في حالة عدم النص على عدم تقادمها.<sup>3</sup>

و إلى جانب الجزاء الجنائي ، فعلى المحكمة أن تأمر بجبر الضرر (جزاء مدني)، الذي لحق بالجاني عليهم بما في ذلك رد الحقوق و التعويض و رد الاعتبار و على هذا الأساس يجوز للمحكمة أن تحدد في حكمها بناءً على طلب أو بمبادرة منها في الظروف الاستثنائية نطاق و مدى أي ضرر أو خسارة أو أذى يلحق بالجاني عليهم أو فيما يخصهم على أن تثبت الأسس التي بنت على أساسها حكمها في التعويض.

1- محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص 346.

2- محمود جيب حسني ، المرجع السابق، ص 810.

3- بدر الدين محمد شبل، المرجع السابق، ص 290.



و للمحكمة أن تصدر أمراً مباشراً للمدان تحدد فيه شكل جبر الضرر بما في ذلك رد الحقوق والتعويض و رد الاعتبار . و لها أن تأمر حيثما كان مناسباً بتنفيذ قرار جبر الضرر عن طريق الصندوق الاستئماني الذي ينشأ بقرار من جمعية الدول الأطراف لصالح المجني عليهم في الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة و لصالح أسر المجني عليهم.<sup>1</sup>

**خاتمة:**

إذا كان نظام العقوبات في القانون الداخلي واضح فإنه في القانون الدولي الجنائي غامض، لكون مبدأ شرعية العقوبة في القانون الدولي الجنائي قبل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لم يحدد العقوبة على نحو جازم و إنما تم الاقتصار على مجرد تقرير الجرائم دون تحديد العقوبة بشكل واضح، و لعل التطور المهم الذي طرأ على مسيرة منظومة العقوبات في القانون الدولي الجنائي يتجلى في مساءلة الأفراد جزائياً أمام المحاكم الجنائية الدولية عند ارتكابهم جرائم دولية بهدف تطبيق العدالة الدولية حتى لا يتمكن المجرمون الإفلات من العقاب.

و على الرغم من التطور الذي عرفه القضاء الدولي الجنائي بدءاً من المحاكم الجنائية المؤقتة وصولاً إلى المحكمة الجنائية الدولية الدائمة كأعلى مراحل العدالة الجنائية الدولية تعمل على المساهمة في حماية حقوق الإنسان و حرياته الأساسية، للنظر في الجرائم الدولية وتقرير العقوبات الرادعة يعتبر من أهم آليات حماية حقوق الإنسان، بغض النظر عن مكان ارتكاب الجريمة أو جنسية مرتكبيها أو ضحاياها، إلا أن نظامها الأساسي لم ينص على عقوبة الإعدام كعقوبة رادعة و عادلة متأثراً في ذلك بالاتجاه العالمي الذي يطالب بإلغائها، الأمر الذي سيؤدي إلى التماهي في ارتكاب الجرائم الدولية، و اقتصر النص على عقوبات سالبة للحرية تتمثل في السجن و مالية تتمثل في الغرامة و المصادرة، فالسياسة الجنائية الدولية لن تؤتي بثمارها في الحد من الجرائم الدولية ما لم تدرج عقوبة الإعدام ضمن العقوبات المنصوص عليها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

و إزاء خلو النظام الأساسي للمحكمة من نص لتقادم العقوبة لا بد من استدراك هذا النقص بإضافة نص يقرر صراحة عدم تقادم العقوبة على مرتكبي الجرائم الدولية.

كما يجب العمل على تفعيل قواعد القضاء الدولي الجنائي من خلال التعاون الدولي معاقبة مرتكبي الجرائم الدولية ، مع ضرورة إعمال مبدأ التكامل بين القضاء الوطني والقضاء الدولي من أجل حماية حقوق الإنسان.

و ختاماً نخلص إلى أنه بالرغم من الثغرات القانونية والصعوبات التي تواجهها المحكمة الجنائية الدولية إلا أنه لا يمكن الانتقاص من دورها في حماية حقوق الإنسان و ردع الانتهاكات من خلال العقوبات الواردة في نظامها الأساسي لمعاقبة المجرمين الدوليين و عدم إفلاتهم من العقاب.

1- علي يوسف الشكري، المرجع السابق، ص211.



## الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال في ظل التشريع الجزائري.

د. بخوش هشام جامعة سوق أهراس

### ملخص

لقد تطورت الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال في العصر الحديث تطورا ملحوظا سواء في أشخاص مرتكبيها أو في أسلوب إرتكابها وذلك بإستخدام آخر ما توصلت إليه العلوم التقنية والتكنولوجية. ولما كانت هذه الجرائم حديثة النشأة لتعلقها بتكنولوجيا المعالجة الآلية للمعلومات فقد إكتنفها الغموض بالشكل الذي دعا إلى القول بأن لا وجود لها وأنه لا يوجد أي تهديد حقيقي منبعه الحاسبات الالكترونية. وإن كان هناك اشكال للسلوك غير المشروع الذي يرتبط بالمجالات الإلكترونية فهي جرائم عادية يمكن تطبيق النصوص الجزائية التقليدية بشأنها.

ان تطبيق النصوص التقليدية على هذه الأنماط المستحدثة من الجرائم قد أسفر عن الكثير من المشكلات القانونية. وقد تضاربت أحكام القضاء منها من طبقت أحكام النصوص التقليدية على أي سلوك يتعلق بنظم معالجة المعلومات. ومنها من رأت أنه سلوكا مباحا لم يرد بشأنه نص يجرمه التزاما بمبدأ الشرعية الجزائية والذي يقضي بأن ( لا جريمة ولا عقوبة الا بنص ).

### Résumé

Un cybercrime est une « infraction pénale susceptible de se commettre sur ou au moyen d'un système informatique généralement connecté à un réseau. » **Il s'agit donc d'une nouvelle forme de criminalité et de délinquance qui se distingue des formes traditionnelles en ce qu'elle se situe dans un espace virtuel, le « cyberspace ».** Depuis quelques années la démocratisation de l'accès à l'informatique et la globalisation des réseaux ont été des facteurs de développement du cybercrime.

On peut alors aujourd'hui regrouper la cybercriminalité en trois types d'infractions :

- les infractions spécifiques aux technologies de l'information et de la communication
- les infractions liées aux technologies de l'information et de la communication.
- les infractions facilitées par les technologies de l'information et de la communication.

### مقدمة

لقد رافق التطور الكبير الذي شهده العالم منذ منتصف القرن الماضي تطورات في مختلف جوانب الحياة في المجتمع مما أدى إلى ظهور صعوبات في تسيير الأمور العادية الشيء الذي أدى إلى التفكير بوسيلة يتم من خلالها تجاوز هذه الصعوبات إلى أن ظهر الكمبيوتر كوسيلة



يتم من خلالها المعالجة الآلية للمعلومات. ولم يقتصر استخدامه على الشركات والمؤسسات بل إمتد إلى الأفراد لما فيه من مزايا أين يتم تجميع وتركيب وترتيب وإسترجاع المعلومات في وقت قصير وبدقة متناهية. إلا أن إستخدامه بطريقة غير مشروعة أدى إلى ظهور ما يسمى بالجرائم المعلوماتية أي إستخدامه عادة في إرتكاب الجرائم التقليدية كسرقة الأموال عن طريق اختراق نظام الكمبيوتر أو سرقة المعلومات عن طريق اختراق شبكة اتصالات معلوماتية. أو العدوان على البرامج عن طريق قرصنتها وهو اعتداء على الملكية الفكرية والذي ينتج عنه خسائر كبيرة مباشرة أو غير مباشرة. بالإضافة إلى نشر فيروسات تساهم في تدمير النظم المعلوماتية وإتلاف البرامج وتزوير المستندات. ومهاجمة المراكز المالية والبنوك. والإرهاب الإلكتروني. ونشر الشائعات والنيل من هيبة الدول. إضافة إلى نشر الرذيلة والإباحية وغيرها من الجرائم الإلكترونية.

إن ظهور المعلوماتية وتطبيقاتها المتعددة أدى إلى بروز مشاكل قانونية جديدة. أو ما يسمى بأزمة القانون الجنائي في مواجهة واقع المعلوماتية ومدى ملائمة النصوص القانونية في مواجهة مثل هذه الأفعال. ولما كان القاضي الجزائي مقيدا عند نظره في الدعوى الجنائية بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبة. فإنه لن يستطيع أن يجرم أفعالا لم ينص عليها المشرع حتى ولو كانت أفعالا على مستوى عال من الخطورة الإجرامية. وهذا وفقا لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن إلا بنص.

تكمن أهمية هذه الدراسة في أن الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال هي ظاهرة اجرامية حديثة النشأة اكتنفها الكثير من الغموض أدى إلى القول أنها جرائم عادية يمكن تطبيق النصوص الجزائية التقليدية بشأنها. غير أن تطبيقها على هذا النوع من الأنماط المستحدثة من الجرائم أسفر عن الكثير من المشكلات القانونية. منها من أيد تطبيق النصوص التقليدية عليها. ومنها من اعتبر هذه الأفعال سلوكا مباحا لم يرد بشأنه نص يجرمه التزاما بمبدأ الشرعية الجزائية والذي يقضي بأن ( لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ).

تهدف هذه الدراسة إلى التأكيد على أن مبدأ الإقليمية المطبق في مكافحة هذا النوع من الجرائم مبدأ يفقد صلاحيته للتطبيق على اعتبار أنها جرائم تحتاج إلى تعاون دولي لمواجهةها. وإستصدار المشرع الجزائري لنصوص المواد من 394 مكرر إلى 394 مكرر7 لمعاقبة مرتكبي هذه الجرائم غير كاف. مع عدم تهيئة الأسس التقنية الكفيلة بتصنيف درجات هذه الجرائم وتحديد أضرارها قبل إصدار العقوبة. هذا فضلا عن غياب التواصل الدائم بين القضاء والمختصين في الاتصالات. ما أفرز غموض في شأن العقوبات الدقيقة في مثل هذه الجرائم. والملاحظ من خلال هذه النصوص أن القانون الجزائري يعاقب في الغالب مرتكبي هذه الجرائم





الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال في ظل التشريع الجزائري. د. بخوش هشام

بالسجن القصير المدى الذي لا يزيد عن ثلاث سنوات أو بالغرامة المالية، بحكم أن جل هذه الجرائم تصنف قانونيا كسرقفة.

أما بالنسبة للمنهج المتبع في هذا البحث، هو المنهج الوصفي الذي يقوم على تحليل المضمون والمقارنة مع بعض القوانين الأخرى، حيث سيتم وصف نصوص المواد المتعلقة بالمداسس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وتحليل مضمونها ومقارنتها وإبراز الفوارق بينها لمعرفة مدى قصورها في التصدي للجريمة والوصول للنموذج المقترح.

تتمحور إشكالية البحث في معرفة إلى أي مدى يمكن القول أن المشرع الجزائري قد نظم القواعد الموضوعية الخاصة بجرائم المعالجة الآلية للمعطيات؟ وهل هي كافية لتحقيق غرضها وهو قمع هذا النوع من الجرائم؟ في ظل قانون جزائي له مبادئه وأصوله وعلى رأسها مبدأ الشرعية ومن أجل الإحاطة بهذا الموضوع قسم هذا البحث الى مبحثين، نتناول في المبحث الأول ماهية الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال، وفي المبحث الثاني مدى فاعلية التشريع العقابي الجزائري في الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.

#### المبحث الأول: ماهية الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال.

حققت تكنولوجيا المعلومات والاتصالات فوائد عديدة تزايد الإعتماد عليها في مجالات الحياة كافة، وبقدر ما أفرزته الوسائل التقنية الحديثة في مجال الرقي والتقدم الإنساني، بقدر ما مهدت إلى بروز أنماط جديدة من الجرائم بالغة الخطورة<sup>(1)</sup> لارتباطها بنظم المعالجة الآلية للمعلومات وهي ظاهرة اجرامية حديثة النشأة اكتنفها الغموض إلى حد القول أنها جرائم عادية يمكن تطبيق النصوص الجزائية التقليدية بشأنها، غير ان تطبيق هذه النصوص على هذه الانماط المستحدثة من الجرائم أدى إلى حدوث الكثير من الإشكالات القانونية اختلفت بشأنها احكام القضاء بين تطبيق النصوص التقليدية عليها وبين إعتبارها سلوكا مباحا لم يرد بشأنه نص يجرمه التزاما بمبدأ الشرعية الجزائية والذي يقضي بأن ( لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص )<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة لمسألة وضع تعريف للجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال فقد كان محلا لاجتهادات الفقهاء، أين تناولوا تعريفها من عدة زوايا منها القانونية ومنها تقنية (فنية) والتي تعني بأنها: ( نشاط اجرامي تستخدم فيه تقنية الحاسب الالي بطريقة مباشرة

<sup>1</sup> - أنظر: الدكتور حسن بن أحمد الشهري، قانون دولي موحد لمكافحة الجرائم الإلكترونية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 27 العدد 53، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص 06.

<sup>2</sup> - أنظر: عادل يوسف عبد النبي الشكري، الجريمة المعلوماتية وأزمة الشرعية الجزائية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد السابع، 2008، ص 111.



أو غير مباشرة كوسيلة أو هدف لتنفيذ الفعل الإجرامي المقصود).<sup>(1)</sup> وهناك جانب من الفقه من يعتبر هذه الجريمة جريمة مستترة، تتسم بالسرعة والتطور في وسائل ارتكابها، وهي أقل عنف في التنفيذ من الجرائم التقليدية، وعابرة للحدود، ويصعب اثباتها، وهناك آجاء في الفقه يذهب إلى تعريفها اعتماداً على وسيلة ارتكابها.<sup>(2)</sup>

**المطلب الأول: الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات في ظل قانون العقوبات الجزائري.**  
إستحدثت المشرع الجزائري مؤخراً ولو نسبياً نصوص عقابية لقمع المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات بموجب القانون 15/04 المؤرخ في 2004.11.10 المتضمن تعديل قانون العقوبات ولكنه أغفل الإعتداءات الماسة بمنتوجات الإعلام الآلي، وقد تطرق في المادة 394 مكرر إلى الدخول غير المشروع أو حذف أو تغيير المعطيات أو تخريب نظام المعالجة الآلية للمعطيات، وسواء كانت الجريمة تامة أو شرع في إرتكابها ويتضح ذلك من خلال كلمة "أو يحاول ذلك"<sup>(3)</sup> ويقصد بمحاولة الدخول أو البقاء في النظام المعلوماتي، الشروع في إرتكاب الجريمة دون تحقيق النتيجة، وفي هذه الحالة يعاقب الجاني بنفس عقوبة الذي تمكن من إرتكاب الفعل، ويتمثل الشروع في جملة من التصرفات أولها مادية من خلال إرتكاب الجاني السلوك الإجرامي<sup>(4)</sup> وثانيها توافر النية الجرمية، وبسبب غموض التكييف القانوني لفعل الدخول أو البقاء سواء في القانون الفرنسي من خلال نص المادة 323-1 من قانون العقوبات الفرنسي أو القانون الجزائري في المادة 394 مكرر وبسبب غياب إجتهاادات قضائية جامعة وفاصلة ظهرت بعض الإجتهاادات الفقهية حول هذا الموضوع.<sup>(5)</sup>

أما في نص المادة 394 مكرر 1 فقد تطرق المشرع إلى جريمة التزوير في نظام المعالجة الآلية للمعطيات من خلال إدخال أو إزالة أو تعديل بطريق الغش المعطيات التي يتضمنها النظام، ويقصد بذلك إتلاف وتدمير المعطيات بأي طريقة كانت.<sup>(6)</sup> فالدخول في الانظمة المعلوماتية

<sup>1</sup> - أنظر: الدكتور محمد الأمين البشري التحقيق في جرائم الحاسب الآلي بحث مقدم الى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت كلية القانون والشريعة جامعة الامارات ماي 2005 ص 06.

<sup>2</sup> - أنظر: عادل يوسف عبد النبي الشكري، مرجع سابق، ص 112.

<sup>3</sup> - المادة 394 مكرر من القانون 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، جريدة رسمية رقم 71، ص 11-12.

<sup>4</sup> - ظهرت إشكالات عديدة حول السلوك الإجرامي فيما باره وسيلة أو فعل قائم بذاته وسواء إستخدم بطريقة غير مشروعة في تزوير البيانات والمعلومات المحفوظة أو أي جرم إلكترونية أخرى، راجع: الدكتور ابراهيم محمود اللبيدي، السلوك الإجرامي في جرائم الانترنت، دون سنة، ص 2 وما بعدها.

<sup>5</sup> - أنظر: دردور نسييم، جرائم المعلوماتية على ضوء القانون الجزائري والمقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013، ص 28 وما بعدها.

Xavier LEMARTELEUR, « Le scan de port : une intrusion dans un STAD ? », Article de recherche édité sur le site Web : [www.juriscom.net](http://www.juriscom.net) le 13/06/2008 à l'adresse : <http://www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=1074> (voir la page de présentation du sujet de recherche)

<sup>6</sup> - المادة 394 مكرر 1 من القانون 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، جريدة رسمية رقم 71، ص 11-12.



يعتبر جريمة إذا تم بطريقة عمدية أو إحتيالية وبالتالي الدخول الخطأ لا يعاقب عليه القانون.<sup>(1)</sup> وعلى ذلك فإن عملية الدخول في النظام المعلوماتي بإعتبارها مسألة تقنية جتة تتم بالإتصال المادي المباشر بالنظام المعلوماتي أو بالإتصال المعنوي عن بعد وهذا ما نصت عليه المادة 323-1 فقرة 1 من القانون الفرنسي.<sup>(2)</sup> وفي نص المادة 394 مكرر 2 تطرق المشرع إلى جريمة الإستيلاء على المعطيات عندما يقوم أي شخص عمدا وبطريق الغش بتصميم أو بحث أو تجميع أو توفير أو نشر أو الإجتار في معطيات مخزنة أو معالجة أو مرسله عن طريق منظومة معلوماتية أو حيازة أو إفشاء أو نشر أو إستعمال لأي غرض كان المعطيات المتحصل عليها من إحدى الجرائم السابق ذكرها.<sup>(3)</sup>

يقصد هنا المشرع الجزائري جريمة الإحتيال المعلوماتي التي يستخدم فيها الجاني كافة الوسائل التقنية للتوصل إلى البيانات المالية أو التي تتصل بحقوق مالية أو قيامه بأعمال إحتيالية موجهة لنظام الكمبيوتر فيجني المنافع المادية عن طريق العبث بالبيانات أو البرامج أو حتى عمليات النظام ذاته، أو الإحتيال بإستغلال مواقع الإنترنت لجني مبالغ مالية عبر مشاريع وهمية لمنتجات أو خدمات أو من خلال الوصول إلى أرقام بطاقات إئتمان، وبسبب عدم وجود نشاط مادي مجسم يتحقق به فعل الاستلام في جرائم خيانة الأمانة لا يمكن خضوع البرامج والمعلومات للنشاط الإجرامي في هذه الجريمة، وهذا ما نصت عليه المادة 376 من قانون العقوبات الجزائري، وعليه لا تقع جريمة خيانة الأمانة على غير المنقولات المادية، كما لا يوجد نشاط مادي يتحقق به التسليم والاستلام في جريمة النصب، وحتى لو تم ذلك فانه لن ينتج عنه حرمان الجاني عليه من المعلومات التي نقلها بالقول بل تظل تحت سيطرة من نقلها وفي حوزته وهو أمر وان كان يتفق وطبيعة البرامج والمعلومات إلا انه لا يتفق وطبيعة النشاط الإجرامي في جريمة النصب وهذا يعني عدم صلاحية البرامج للخضوع للنشاط الإجرامي في جريمة النصب، وهذا ما نصت عليه المادة 372 ق ع.<sup>(4)</sup>

أما بالنسبة للفقرة الثانية من المادة 394 مكرر2 فقد حدد المشرع النتيجة المتوصل إليها من خلال إرتكاب الغش في معطيات مخزنة أو معالجة أو مرسله عن طريق منظومة معلوماتية.<sup>(5)</sup> وأولها الحيازة، والتي يقصد بها نقل الشيء أو نزعها من حيازة الجاني عليه

<sup>1</sup> - Bensoussan Alain (sous la direction de), Internet : aspect juridique, édition Hermès, juin 1996, (France), p 108.

<sup>2</sup> - أنظر: جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، الكتاب الأول، الجرائم الناشئة عن إستخدام الحاسب الآلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1992، مصر (القاهرة)، ص 150.

<sup>3</sup> - المادة 394 مكرر 2 من القانون 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، جريدة رسمية رقم 71، ص 11-12.

<sup>4</sup> - فشار عطاء الله، مواجهة الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري، بحث مقدم إلى الملتقى المغاربي حول القانون والمعلوماتية، أكاديمية الدراسات العليا، ليبيا، أكتوبر 2009.

<sup>5</sup> - المادة 394 مكرر من القانون 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، جريدة رسمية رقم 71، ص 11-12.



وإدخاله في حيازة الجاني بشرط أن يكون على جهاز أو أوراق أو أي شيء آخر مادي. أما إذا احتفظ الشخص بالمعلومة في ذهنه دون تسجيل أو تدوين فإنه لا يقع تحت طائلة قانون العقوبات. أما الجزاءات المقررة بموجب القسم السابع مكرر فتتمثل في العقوبات الأصلية وهي عقوبة الحبس والغرامة. فقد نصت المادة 394 مكرر 4 على توقيع العقوبة على الشخص المعنوي الذي يرتكب إحدى الجرائم الواردة في القسم السابع مكرر بغرامة تعادل 05 مرات الحد الأقصى للغرامة المحددة للشخص الطبيعي غير أن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تستبعد المسؤولية الجزائية للأشخاص الطبيعيين بصفتهم فاعلين أو شركاء أو متدخلين في نفس الجريمة. و الشروع في الجريمة المعلوماتية يعاقب عليه بالعقوبة المقررة للجريمة ذاتها و هو ما نصت عليه المادة 394 مكرر 7 من قانون العقوبات.<sup>(1)</sup>

أما العقوبات التكميلية نصت عليها المادة 394 مكرر 6 وتتمثل في مصادرة الأجهزة والبرامج و الوسائل المستخدمة والمحل أو أماكن الإستغلال إذا كانت الجريمة قد ارتكبت بعلم مالئها. و قد أورد المشرع ظروفًا تشدد في حالة الدخول و البقاء غير المشروع إذا ترتب على ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة أو تخريب للنظام أو إذا إستهدفت الجريمة الدفاع الوطني أو الهيئات و المؤسسات الخاضعة للقانون العام. وبموجب المادة 394 مكرر 5 جرم الإشتراك (سواء شخص طبيعي أو معنوي) في مجموعة أو إتفاق بغرض الإعداد لجريمة من الجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية - بعقوبة الجريمة - و كان التحضير لهذه الجرائم مجسدا بفعل أو بعدة أفعال مادية.<sup>(2)</sup>

**المطلب الثاني: الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال في ظل النصوص القانونية الأخرى.**

1 - القانون 04-09 المؤرخ في 05 أوت 2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال ومكافحتها.

أغفل المشرع الجزائري تعريف مصطلح "معالجة آلية" عند تناوله للمواد المتعلقة بالساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات. و اكتفى بتقرير عقوبات للشخص الطبيعي والمعنوي حال المساس بهذه الأنظمة أو حتى الشروع في ارتكابها في المواد 394 مكرر إلى غاية 394 مكرر 7. لكنه تدارك ذلك بالقانون 04-09 حيث نصت المادة 2 على أن الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال هي الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات المحددة في

<sup>1</sup> - المادة 394 مكرر 7 و 394 مكرر 4 من القانون 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004. جريدة رسمية رقم 71. ص 11-12.

<sup>2</sup> - المادة 394 مكرر 5 و 394 مكرر 6 من القانون 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004. جريدة رسمية رقم 71. ص 11-12.



الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال في ظل التشريع الجزائري. د. بخوش هشام

قانون العقوبات وأي جريمة أخرى ترتكب أو يسهل ارتكابها عن طريق منظومة معلوماتية أو نظام للاتصالات الالكترونية.

أما بالنسبة للمنظومة المعلوماتية فهي أي نظام منفصل أو مجموعة من الأنظمة المتصلة ببعضها البعض أو المرتبطة يقوم واحد منها أو أكثر بمعالجة آلية للمعطيات تنفيذاً لبرنامج معين. وبخصوص المعطيات المعلوماتية فهي عملية عرض للوقائع المعلومات أو المفاهيم في شكل جاهز للمعالجة داخل منظومة معلوماتية بما في ذلك البرامج المناسبة التي من شأنها جعل منظومة معلوماتية تؤدي وظيفتها.<sup>(1)</sup>

وبخصوص مجال تطبيق القانون فقد تمت الإشارة إلى انه وفقاً للقواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية وفي هذا القانون ومع مراعاة الأحكام القانونية التي تضمن سرية المراسلات والاتصالات يمكن لمقتضيات حماية النظام العام أو لمستلزمات التحريات أو التحقيقات القضائية الجارية وضع ترتيبات تقنية لمراقبة الاتصالات الالكترونية وجميع وتسجيل محتواها في حينها والقيام بإجراءات التفتيش والحجز داخل منظومة معلوماتية. وينص القانون في شقه المتعلق بمراقبة الاتصالات الالكترونية على الحالات التي تسمح باللجوء إلى المراقبة الإلكترونية. كما تطرق إلى الإجراءات المتعلقة بتفتيش المنظومات المعلوماتية وبخصوص التعاون والمساعدة القضائية الدولية أشار القانون إلى أن المحاكم الجزائرية تختص بالنظر في الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال المرتكبة خارج الاقليم الوطني عندما يكون مرتكبها أجنبياً وتستهدف مؤسسات الدولة الجزائرية أو الدفاع الوطني أو المصالح الاستراتيجية للاقتصاد الوطني.<sup>(2)</sup>

2- الأمر 05/03 المؤرخ في 19/07/2003 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة.<sup>(3)</sup>

نظم المشرع الجزائري قانون الملكية الأدبية والفنية بمقتضى الأمر 14/73 المؤرخ في 03/04/1973 المعدل والمتمم بمقتضى الأمر 10/97 المؤرخ في 06/03/1997 المعدل والمتمم بموجب الأمر 05/03 المؤرخ في 19/07/2003 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة. وقد عرف المشرع " المصنف الأدبي والفني " في المادة الأولى من الأمر 14/73 ونصت المادة 2 منه على المصنفات التي تشملها حماية حق المؤلف دون ذكر حماية البرامج المعلوماتية. وفي تعديل قانون حق المؤلف بمقتضى الأمرين 10/97 - 05/03 ادمج المشرع الجزائري برامج الإعلام الآلي

<sup>1</sup> - أحمد مسعود مريم. آليات مكافحة جرائم تكنولوجيات الإعلام والاتصال في ضوء القانون رقم 09-04. مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير. جامعة ورقلة، 2013، ص 08 وما بعدها.

<sup>2</sup> - المادة 3 - 4 - 5 - 15 من القانون 09-04 المؤرخ في 05 أوت 2009 المتضمن القواعد الخاصة للمراقبة من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال ومكافحتها. ص 8.

<sup>3</sup> - الأمر 05/03 المؤرخ في 19/07/2003 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة. الصادر بتاريخ 23/07/2003. الجريدة الرسمية رقم 44. ص 4.



الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال في ظل التشريع الجزائري. د. بخوش هشام

ضمن المصنفات الأصلية، حيث نصت المادة 4 من الامر 05/03 تعتبر على الخصوص كمصنفا أدبية او فنية، المصنفا الأدبية المكتوبة، مثل المحاولات الأدبية، والبحوث العلمية والتقنية، والروايات والقصص، والقصائد الشعرية، وبرامج الحاسوب...<sup>(1)</sup>

**المبحث الثاني: مدى فاعلية التشريع العقابي الجزائري في الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.**

تدخل المشرع الجزائري لحماية المجتمع من هذه الظاهرة الاجرامية المستحدثة بوضع قواعد قانونية جديدة لمكافحة هذا النوع من الجرائم ، وسنتناول ذلك في مطلبين، الأول، الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحته، والثاني، القواعد الإجرائية المتبعة بالنسبة للجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال.

**المطلب الأول: الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحته.**

أصدر رئيس الجمهورية مرسوم رئاسي رقم 15-261 مؤرخ في 8 أكتوبر سنة 2015 يحدد تشكيلة وتنظيم وكيفيات سير الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، نص في مادته الاولى على انه تطبيقا لأحكام المادة 13 من القانون 04/09 المؤرخ في 05 أوت 2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال ومكافحتها يهدف هذا المرسوم تحديد تشكيلة وتنظيم وكيفيات سير الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها التي تدعى في صلب النص "الهيئة"<sup>(2)</sup> وحسب نص المادة الثانية تعتبر هذه الهيئة سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي توضع لدى الوزير المكلف بالعدل.<sup>(3)</sup> وهو نفس الأمر لما هو في فرنسا إذ أنشأت الوكالة المركزية لمكافحة الإجرام المتعلق بتكنولوجيات الإعلام والاتصال Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication وهي هيئة تابعة للمديرية العامة للشرطة الوطنية الفرنسية وخاضعة للمديرية المركزية للشرطة القضائية.<sup>(4)</sup>

1 - فشار عطاء الله، مرجع سابق.

2 - المادة 1 من المرسوم الرئاسي رقم 15-261 المؤرخ في 8 أكتوبر سنة 2015، ج الرسمية عدد 53، ص 16.

3 - المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-261 المؤرخ في 8 أكتوبر سنة 2015، الجريدة الرسمية عدد 53، ص 16.

4 - L'Office Central de Lutte contre la Criminalité liée aux Technologies de l'Information et de la Communication (OCLCTIC) a été créé le 15 mai 2000, Ses compétences opérationnelles et techniques s'exercent dans le domaine de la cybercriminalité. Ce terme recouvre les infractions spécifiques liées aux « nouvelles technologies » et celles dont la commission est facilitée par l'usage de ces mêmes technologies.

<http://www.pointdecontact.net/partenaires/oclctic#sthash.furyewvy.dpuf>





## الفرع الأول: مهام الهيئة.

تمارس الهيئة المهام المنصوص عليها في المادة 14 من القانون رقم 04/09 المؤرخ في 5 أوت سنة 2009 تحت رقابة السلطة القضائية طبقاً لأحكام التشريع الساري المفعول لا سيما منها قانون الإجراءات الجزائية والقانون والمذكور أعلاه تكلف الهيئة في ظل احترام الأحكام التشريعية المبينة أعلاه على الخصوص بما يأتي:

- اقتراح عناصر الاستراتيجية الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.

- تنشيط وتنسيق عمليات الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.<sup>(1)</sup>

- مساعدة السلطات القضائية ومصالح الشرطة القضائية في مجال مكافحة الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال بما في ذلك من خلال جمع المعلومات والتزويد بها ومن خلال الخبرات القضائية، وهو ما نصت عليه المادة 14 فقرة ب من القانون 04/09.

- تقوم الهيئة بإذن من السلطات القضائية بجميع إجراءات التحري والأعمال التقنية الخاصة بالتحقيقات كمساعدة لمصالح الشرطة القضائية المختصة بتحقيقات جرائم خاصة ارتكبت أو سهل ارتكابها استعمال تكنولوجيات الإعلام والاتصال.<sup>(2)</sup>

- ضمان المراقبة الوقائية للاتصالات الإلكترونية قصد الكشف عن الجرائم المتعلقة بالأعمال الإرهابية والتخريبية والمساس بأمن الدولة تحت سلطة القاضي المختص وباستثناء أي هيئات وطنية أخرى.

- تجميع وتسجيل وحفظ المعطيات الرقمية وتحديد مصدرها ومسارها من أجل استعمالها في الإجراءات القضائية.

- السهر على تنفيذ طلبات المساعدة الصادرة عن البلدان الأجنبية وتطوير تبادل المعلومات والتعاون على المستوى الدولي في مجال اختصاصها.<sup>(3)</sup>

## الفرع الثاني: تشكيل الهيئة وتنظيمها.

تضم الهيئة لجنة مديرة ومديرية عامة ومديرية للمراقبة الوقائية واليقظة الإلكترونية ومديرية للتنسيق التقني ومركز للعمليات التقنية وملحقات جهوية.<sup>(4)</sup> حيث يرأس اللجنة المديرية الوزير المكلف بالعدل وتتشكل من الوزير المكلف بالداخلية والوزير المكلف بالبريد

<sup>1</sup> - المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 15-261 المؤرخ في 8 أكتوبر سنة 2015، الجريدة الرسمية عدد 53، ص 16.

<sup>2</sup> - أحمد مسعود مريم، مرجع سابق، ص 46.

<sup>3</sup> - المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 15-261 المؤرخ في 8 أكتوبر سنة 2015، الجريدة الرسمية عدد 53، ص 16.

<sup>4</sup> - المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-261 المؤرخ في 8 أكتوبر سنة 2015، الجريدة الرسمية عدد 53، ص 17.





الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال في ظل التشريع الجزائري. ————— د. نجوش هشام

وتكنولوجيات الإعلام والاتصال وقائد الدرك الوطني والمدير العام للأمن الوطني وممثل عن رئاسة الجمهورية وممثل عن وزارة الدفاع الوطني وقاضيان من المحكمة العليا يعينهما المجلس الأعلى للقضاء.<sup>(1)</sup>

تكلف اللجنة المديرية على الخصوص بتوجيه عمل الهيئة والإشراف عليه ومراقبته ودراسة كل مسألة تخضع لمجال اختصاص الهيئة لاسيما فيما يتعلق بتوفر شروط اللجوء للمراقبة الوقائية للاتصالات الإلكترونية المنصوص عليها في المادة 4 من القانون رقم 04-09 المؤرخ في 5 أوت سنة 2009. بالإضافة إلى ذلك تختص الهيئة بضبط برنامج عمل الهيئة وتحديد شروط وكيفيات تنفيذه والقيام دوريا بتقييم حالة الخطر في مجال الإرهاب والتخريب والمساس بأمن الدولة للتمكن من تحديد مشتملات عمليات المراقبة الواجب القيام بها والأهداف المنشودة بدقة. واقتراح كل نشاط يتصل بالبحث وتقييم الأعمال المباشرة في مجال الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها ودراسة مشروع النظام الداخلي للهيئة والموافقة عليه.

أما المادة 11 فتتضمن على أن مديرية المراقبة الوقائية واليقظة الإلكترونية تكلف على الخصوص على تنفيذ عمليات المراقبة الوقائية للاتصالات الإلكترونية من أجل الكشف عن الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال بناء على رخصة مكتوبة من السلطة القضائية وتحت مراقبتها طبقا للتشريع الساري المفعول. وإرسال المعلومات المحصل عليها من خلال المراقبة الوقائية إلى السلطات القضائية ومصالح الشرطة القضائية المختصة. وتكلف مديرية التنسيق التقني على الخصوص بإجراز الخبرات القضائية في مجال اختصاص الهيئة وتكوين قاعدة معطيات خلية للإجرام المتصل بتكنولوجيات الإعلام والاتصال واستغلالها وإعداد الإحصائيات الوطنية المتعلقة بالجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال والقيام بمبادرة منها أو بناء على طلب اللجنة المديرية بكل دراسة أو تحليل أو تقييم يتعلق بصلاحياتها.<sup>(2)</sup>

**المطلب الثاني: القواعد الإجرائية المتبعة بالنسبة للجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال.**

تناول قانون الإجراءات الجزائية المعدل بموجب القانون 15/04 المؤرخ في 10/11/2004. استحداث المحاكم الجزائية ذات التخصص الموسع. التي أجاز لها تمديد اختصاصها للنظر في الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات. وهذا في المواد 37 (تمديد الإختصاص المحلي

<sup>1</sup> - المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 15-261 المؤرخ في 8 أكتوبر سنة 2015. الجريدة الرسمية عدد 53. ص 17.  
<sup>2</sup> - المادة 8 - 11 - 12 من المرسوم الرئاسي رقم 15-261 المؤرخ في 8 أكتوبر سنة 2015. الجريدة الرسمية عدد 53. ص 17.



لوكيل الجمهورية) والمادة 40 (تمديد الإختصاص المحلي لقاضي التحقيق) والمادة 329 (تمديد الإختصاص المحلي للمحكمة).<sup>(1)</sup>

كما نص المشرع الجزائري في المادة 45 من قانون الإجراءات الجزائية على إمكانية تفتيش المساكن دون حضور المشتبه فيه الذي ساهم في ارتكاب جناية، أو الذي يجوز على أوراق أو أشياء لها علاقة بالأفعال الإجرامية، ونص في المادة 47 من ق إ ج على إمكانية التفتيش دون حضور صاحب المسكن ودون حضور الشهود، وأكد على إمكانية تفتيش المحلات السكنية وغير السكنية في كل ساعة من ساعات الليل والنهار بإذن من وكيل الجمهورية، ونص في المادة 16 من ق إ ج على تمديد الاختصاص الإقليمي لضباط الشرطة القضائية في كامل التراب الوطني، ونص في المادة 51 على إمكانية تمديد فترة التوقيف مرة واحدة في حالة التلبس.<sup>(2)</sup>

أما المادة 65 مكرر 5 فقد أكدت أنه إذا اقتضت ضرورات التحري في الجرائم المتلبس بها أو التحقيق الابتدائي في الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات أو الإرهاب أو الجريمة المنظمة أو جرائم تبيض الأموال يجوز لوكيل الجمهورية المختص أن يأذن بإعتراض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الإتصال السلكية واللاسلكية، ووضع الترتيبات التقنية دون موافقة المعنيين من أجل التقاط وتثبيت وبث وتسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة أو سرية، وبالتالي لا يمكن اعتراض مراسلات في إطار تحريات الشرطة القضائية أو تحقيقات قضائية في جرائم غير تلك المذكورة في هذه المادة، ولكن بصدور القانون 09-04 تبنى المشرع الجزائري مراقبة الاتصالات الالكترونية كإجراء خاص لعمليات الوقاية من الجرائم السالفة الذكر أو كإجراء تقتضيه التحريات والتحقيقات القضائية.

أكدت المادة 4 من القانون 09-04 على أنه يمكن اللجوء إلى المراقبة الالكترونية للوقاية من الأفعال الموصوفة بجرائم الإرهاب أو التخريب أو الجرائم الماسة بأمن الدولة، وفي حالة توفر معلومات عن احتمال اعتداء على منظومة معلوماتية على نحو يهدد النظام العام أو الدفاع الوطني أو مؤسسات الدولة أو الاقتصاد الوطني، أو لمقتضيات التحريات والتحقيقات القضائية عندما يكون من الصعب الوصول إلى نتيجة تهم الأبحاث الجارية دون اللجوء إلى مراقبة الاتصالات الالكترونية، أو في إطار تنفيذ طلبات المساعدة القضائية الدولية المتبادلة كما هو منصوص عليه في المواد 16-17-18 من القانون 09-04.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - القانون 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، جريدة رسمية رقم 71، ص 5-6.

<sup>2</sup> - القانون 22/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، جريدة رسمية رقم 84، ص 5-6-7.

<sup>3</sup> - المادة 4 من القانون 09-04 المؤرخ في 05 أوت 2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال ومكافحتها، ص 6.



أما المادة 65 مكرر 11 فأكدت أنه عندما تقتضي ضرورات التحري أو التحقيق في الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات يجوز لوكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بعد إخطار وكيل الجمهورية أن يأذن تحت رقابته مباشرة عملية التسرب.<sup>(1)</sup>

أما بالنسبة لأحكام المرسوم التنفيذي 06-348 المؤرخ في 5 أكتوبر 2006 فقد نصت على تمديد اختصاص المحلي لبعض المحاكم ووكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق إلى دائرة اختصاص محاكم أخرى ويتعلق الأمر بكل من محكمة سيدي محمد بالجزائر العاصمة ومحكمة قسنطينة ومحكمة ورقلة ومحكمة وهران. وفي نطاق الجرائم المعلوماتية قد يقع السلوك في مكان وتحدث نتيجة في مكان آخر. وفي هذا المجال ينعقد الإختصاص لمكان ارتكاب السلوك أو مكان حدوث النتيجة. وتعد الجريمة المعلوماتية إذا تمت على شبكة الانترنت جريمة مستمرة.<sup>(2)</sup>

#### خاتمة

بعد ان اصبح المجتمع المعلوماتي ومنذ اواخر القرن الماضي ومطلع هذا القرن حقيقة واقعة لا تجريد. بات واضحا أن هناك قصور في التشريع الجزائري في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية. واذا سلمنا بأن قانون العقوبات بوضعه الحالي لا يكفي لمواجهة هذا النوع الجديد والخطير من الجرائم. فالقانون 09-04 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال ومكافحتها. وكذا ماجاء به قانون الإجراءات الجزائية قد سد بعض من جوانب القصور. ومن النتائج المتوصل إليها ما يلي:

- 1- تم التوسع في الاختصاص الإقليمي للسلطة القضائية في متابعة جرائم تمس مؤسسات الدولة الجزائرية أو الدفاع الوطني أو المصالح الإستراتيجية للاقتصاد الوطني.
- 2- عالمية استغلال تكنولوجيات الإعلام والاتصال وخاصة الانترنت أدت إلى حذف الحدود الإقليمية وتدخل المشرع عن طريق تمديد الإختصاص. وكذا متابعة أي شخص حتى لو كان أجنبي ارتكب سلوك إجرامي أو حدثت نتيجة فوق التراب الجزائري.
- 3- كذلك الأمر بالنسبة لتنسيق القوانين الجزائية العالمية سيؤدي بالتأكيد لإحكام قبضة العدالة على المجرمين في أي دولة يكونون فيها.
- 4- تبنى المشرع في القانون 09-04 طرق التحري في الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال فالرقابة الالكترونية للاتصالات وتفتيش نظم المعلوماتية أعطى لها القانون

<sup>1</sup> - القانون 22/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006. جريدة رسمية رقم 84. ص 30-31.

<sup>2</sup> - معتوق عبد اللطيف. الإطار القانوني لمكافحة جرائم المعلوماتية في التشريع الجزائري والتشريع المقارن. مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم القانونية. جامعة باتنة. 2012. ص 105.



الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال في ظل التشريع الجزائري. ————— د. مجوش هشام

صفة الشرعية القانونية بتقنينها وادخالها ضمن الترسنة الإجرائية الجزائية في القانون الجزائري.

5- تنصيب الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها المنصوص عالاها في القانون 04-09 أمر مهم للوقاية من هذا النوع من الإجرام ومكافحته، وكذلك تقديم المساعدة للسلطات القضائية في التحقيقات الجارية حول هذه الجرائم.

أما بالنسبة للتوصيات فتتمثل في ما يلي:

1- تعد مراقبة الاتصالات الالكترونية وتفتيش النظم المعلوماتية من أهم وأخطر الإجراءات التي جاء بها قانون 04-09 لأن هذين الإجراءين يمسان بشكل مباشر الحياة الخاصة للأفراد، فكان من الأحسن بالمشروع وضع قيود قانونية لتبرير اللجوء إلى هذين الإجراءين كما هو الحال بالنسبة للحالة أ من المادة 04 من القانون 04-09.

2- يجب اصدار نصوص جديدة او تعديل النصوص الجزائية القائمة لمواجهة الجرائم المعلوماتية وذلك بتقرير الجرائم وتحديد العقوبات المناسبة لها بغية حماية النظام المعلوماتي.

3- إيجاد ادلة اثبات جديدة تتلائم مع طبيعة هذه الجرائم وذلك لعدم ملائمة ادلة الاثبات التقليدية في القانون الجنائي لاثباتها.

4- اعتماد الدقة القانونية والوضوح عند تحديد انماط السلوك الاجرامي والابتعاد عن التعبيرات الغامضة التي تحمل اكثر من معنى او دلالة.

5- عدم الاقتصار عند التجريم والعقاب على انماط السلوك المحظور المرتكبة حالياً بل يجب مراعاة

الابعاد المستقبلية لان تكنولوجيا المعلومات في تطور سريع.



## الصياغة القانونية للأحكام الفقهية وإشكالية المرونة

د. نادية رازي جامعة قسنطينة

### ملخص:

إن الصياغة القانونية للأحكام الفقهية بما تتطلبه من الشمولية والدقة والإيجاز. قد يعيقه دقة التكييف التي تتطلبها الأحكام وإحاطتها بجميع الوقائع مهما اختلفت مناطاتها باعتبار المتغيرات الزمانية والمكانية. والتي تجعلها بحاجة على الدوام إلى صياغة جديدة تتلاءم والمرونة التي اختصت بها. وهذا ما يفرض تأسيسها على قواعد ومعايير انطلقا من مبادئ التشريع الإسلامي التي تجمع بين الثابت والمتغير. مواكبة لمتطلبات الحياة ومستجدات العصر على نحو يحقق الغرض الذي تنشده سياسة التقنين. وهو تحقيق مصالح الدولة. السياسية. والاقتصادية. والاجتماعية.

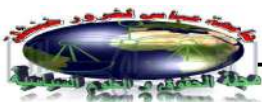
### Legal drafting of the provisions of jurisprudence and the flexibilities problematique.

#### Abstract:

As The legal drafting of the provisions of jurisprudence require the inclusiveness, clearness and brevity. This would hampered the adaptation accuracy and the briefing of all facts which this provisions requires, whatever their multifunction concerning the temporal and spatial variables, And that makes it always lacked to a new formulation that fit with its flexibility, and this imposes on establishing its rules and standards on the Islamic legislation's principles that combine both fixed and variable, keeping up with the requirements of life and the modern-day's evolution so as to achieve the purpose desired by the legal drafting, which is to achieve the political, economical, and social interests of the state.

#### مقدمة:

إن الصياغة القانونية للأحكام الفقهية يستلزم تأسيسها على منهج قويم ينبني على أسس علمية وأساليب دقيقة تُحقق غاية التشريع. والذي يخضع في حقيقته لاعتبارات متعددة قد تناط بأشخاص الرابطة القانونية من حيث العموم والخصوص. أي الدولة والفرد. ومن جهة أخرى قد ترتبط بقوة الإلزام أين يتعلق الأمر بالقواعد الآمرة التي تناط عادة بكيان الدولة ونظامها ومصالحها الأساسية. وهذا الأمر يستلزم تبعا التقيد عند صياغة الأحكام بالموثرات الخارجية المناطة بها عند التنزيل بمقتضى أن الظروف والملابسات تلعب دورا كبيرا في العملية التشريعية التي لا بد أن تعكس سياسة الدولة وأوضاعها الاجتماعية والاقتصادية. وهو ما يفرض مسابقتها لها على الدوام والاطراد. الأمر الذي يدعو إلى إجراء تعديلات على التشريعات الصادرة. فمن صعب صياغة نصوص قانونية تعالج جميع الوقائع جثياتها مع



ظروء التغييرات الزمانية والمكانية، وهو ما يعيق حتما عند الصياغة المزوجة بين دقة التكييف والإحاطة بالوقائع بجميع معطياتها وحيثياتها، والتي تفرض في مبادئها وقواعدها الشمولية والدقة والإيجاز التي تمنح لها صلاحية التطبيق الفعلي على نحو يحقق الغرض الذي تنشده سياسة التقنين، وهو تحقيق مصالح الدولة.

لذا جُء أساليب وطرق مختلفة في صياغة النصوص بما يتوافق وتلك المصالح التي تتغير بتغير ظروف الزمان والمكان مع اعتبار العمومية والتجريد، أي أن تكون مطردة التطبيق في كل وقت على كل شخص مستوف لمعطياتها، لذا يشوبها الخلل والقصور، إذ لا يمكن على الإطلاق مواجهة جميع الاحتمالات والمعطيات التي تثار عند تجسيد القانون على أرض الواقع. وهو ما قد يثير الإشكال في إعطاء صياغة قانونية للأحكام الفقهية بمقتضى اتسامها بخاصية المرونة على اعتبار عموميتها ابتداءً، تندرج تحتها جزئيات وفروع عدة تسير جميع الوقائع بحيثياتها تقوم أساساً على مراعاة المصالح والمفاسد المتغيرة زماناً ومكاناً، فضلاً عن الخلافات المذهبية لتفاوت الفهم في مضامين نصوصها ومقاصدها، وهو ما قد ينجم عنه القول باستحالة صياغة الأحكام الفقهية صياغة قانونية، وإلزاميتها على جميع الأفراد، وصبها في قوالب جامدة من النصوص تحول دون مواكبة متطلبات الحياة وحاجات المجتمع، التي تجعلها تفتقر دائماً إلى صياغة جديدة تتلاءم ومرونة التشريع تخدم الواقع لا تصادمه، وهو ما يثير التساؤل بمقتضى طبيعة نظام التشريع الإسلامي الذي يقوم أساساً على أسس ومقومات تجمع بين الثابت والمتغير دون أن تخل بمبدأ الاستقرار والشمولية عند إعطاء الصياغة القانونية لأحكامه.

من خلال هذه الإطلالة نجاول في هذه الورقة بيان مدى إمكانية صياغة الحكم الفقهي صياغة قانونية، وكذا الأسس والمقومات التي يمكن أن تقوم عليها هذه الصياغة في نطاق المرونة التي اختص بها التشريع الإسلامي، والتي تفرض التغيير في أحكامه والانتقال على الدوام إلى أحكام جديدة لتغير المصالح والمفاسد التي تتأسس عليها ابتداءً، وتشكلها عادة مستجدات العصر ومتغيراته التي قد تحول دون إمكانية تحقيق هذه الصياغة بقواعدها، وأود- إن شاء الله - في هذه الورقة إثراء الموضوع من خلال المحاور الآتية:

**المحور الأول: حقيقة الصياغة القانونية للأحكام الفقهية وأهميتها**

**المحور الثاني: قواعد الصياغة القانونية للنصوص التشريعية**

**المحور الثالث: فكرة التقنين والصياغة القانونية للأحكام الفقهية عند أهل العصر**

**المحور الرابع: نحو تفعيل قواعد الصياغة القانونية في الأحكام الفقهية**



### المحور الأول: حقيقة الصياغة القانونية للأحكام الفقهية وأهميتها

الصيغة في اللغة: هي الهيئة الحاصلة للفظ من ترتيب الحروف وحركاتها وسكناتها، وهي صورة الكلمة والحروف ومادتها<sup>1</sup>. يقال صاغ الكلمة من الكلمة أخرجها وبنائها على هيئة مخصوصة<sup>2</sup>.

ويقال كلام حسن الصياغة جيد محكم<sup>3</sup>.

والصيغة التنفيذية في قانون المرافعات عبارة مهنية يضعها الموظف المختص على صورة الحكم لينفذ جبراً<sup>4</sup>.

والقانون بمعناه العام: مجموعة القواعد المنظمة لسلوك الأفراد في المجتمع والتي تحملهم فيه على احترامها ولو بالقوة عند الضرورة<sup>5</sup>.

### مفهوم الصياغة القانونية:

الصياغة القانونية: عملية تحويل القيم التي تكون مادة القانون إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في العمل<sup>6</sup>. وبمعنى أدق يقصد بها: مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية في نصوص التشريعية تعين على تطبيق القانون من الناحية العملية. وذلك باستيعاب وقائع الحياة في قوالب تشريعية لتحقيق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية<sup>7</sup>.

فالصياغة القانونية بمفهومها تشكل عنصراً هاماً في تكوين وصناعة النصوص التشريعية وإخراج مضامينها إلى حيز العمل في صورة قواعد ترنو نحو تحقيق مصالح المجتمع الذي تصاغ فيه تلك القواعد بوسائل وأساليب فنية تلائم وقائعه، وحاجاته السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والعلمية والثقافية. وهذا ما يجعل هذا النوع من الصياغة يفتقر إلى حد كبير إلى الدقة في انتقاء الوسائل والأساليب التي تمنح الشكل العملي المناسب لمضمون النص التشريعي بتحقيق الغاية المرجوة منه في معالجة الوقائع بتفاوت ظروفها وملابساتها، وهو ما يكسبها خاصية المرونة والاستجابة لتطلبات الواقع عند التطبيق، وإن اختصت بعضها بالجمود أخذاً بمبدأ الثبات والاستقرار في مواقع تتطلب سياسة التشريع.

<sup>1</sup> - البستاني، المعلم بطرس، محيط المحيط، مكتبة لبنان، بيروت، دط، 1987م، ص 524.

<sup>2</sup> - البستاني، محيط المحيط، ص 524.

<sup>3</sup> - مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط: 4، 1425هـ - 2004م، ص 529.

<sup>4</sup> - مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ص 529.

<sup>5</sup> - سلطان، أنور، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، بيروت، ط: 4، 1983م، ص 16.

<sup>6</sup> - محمد الجمال، مصطفى، محمد الجمال، عبد الحميد، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، 1987م، ص 64.

<sup>7</sup> - حسين منصور، محمد، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2009م، ص 276.





والتي استلزمت انتهاج نوعين من الصياغة في استنباط قواعده والتعبير عنها وهما الصياغة الجامدة والصياغة المرنة.

**1- الصياغة الجامدة:** وتعد الصياغة في القاعدة القانونية جامدة في حالة ما إذا كانت تواجه وقائع محددة تتضمن حلاً ثابتاً لا يتغير مهما تغيرت ظروفها وملابساتها. فتستلزم التطبيق بمجرد توافر معطياتها وحيثياتها المنصوصة بطريقة آلية<sup>1</sup>.

وبمقتضى هذه الصياغة فإنه يتم التعبير عن مضمون القاعدة فرضاً وحكماً بطريقة محكمة لا مجال للتقدير في فهمها. فلا تفسح مجالاً لتقدير الفروق الفردية والظروف المختلفة العارضة على الوقائع. بحيث يتوحد الحكم على جميع أفراد النموذج التشريعي المنصوص<sup>2</sup>.

ويمثل لذلك بسن الأهلية الذي حدده النص القانوني لمباشرة الحقوق المدنية. فلا يقبل التغيير عند التطبيق للتفاوت الحاصل في درجة النضج العقلي. وكذا القواعد المتعلقة بتحديد المواعيد. كمواعيد الطعن في الأحكام.

وهي صياغة تتواءم والأحكام القطعية الثابتة التي لا تتغير بحال مهما تغيرت الوقائع في نطاقها الزمني والمكاني كالحدود. ومقادير الكفارة والزكاة. وأحكام الزواج والطلاق. والإرث والوصية.

**2- الصياغة المرنة:** وتعد الصياغة مرنة إذا اکتنفت القاعدة القانونية بمعيار مرناً يُستهدى به في إيجاد حلول مناسبة لكل حالة على حدا طبقاً للظروف والملابسات المناطة بها<sup>3</sup>.

وهنا بطبيعة الحال ستمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تكييف القاعدة القانونية وفق الحالات المعروضة عليه في نطاق ظروفها وملابساتها المناطة بها أين يراعي الظروف الخاصة التي تعترى كل حالة. وهذا النوع من الصياغة يمكن أن يسري على الأحكام الشرعية التي تخضع للتغيير وتُكيّف وفق الوقائع المتجددة والمصالح المتغيرة بناءً على قواعد عامة ومبادئ كلية أنيطت بتلك الأحكام عند سنّها أصالة.

ويمثل ذلك بقاعدة الضرورة التي تمنح للقاضي السلطة التقديرية في تحديدها في مختلف الوقائع طبقاً للظروف القاهرة والملابسات الخاصة المناطة بها أثناء التطبيق.

<sup>1</sup> - حسين منصور، نظرية القانون، ص 278. كيره، حسين. المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 184.

<sup>2</sup> - أبو السعود، رمضان، محمود زهران، همام محمد، المدخل إلى القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997م، ص 160. وكتابهما مبادئ القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003م، ص 115.

<sup>3</sup> - حسين منصور، نظرية القانون، ص 279.



### أهمية الصياغة القانونية

إن تقنين النصوص التشريعية عادة ما يفترق إلى الصياغة الجامدة على الخصوص على اعتبار أن التقنين يرنو أصالة نحو قواعد منضبطة ومحددة. تهدف إلى تحقيق العدالة والثبات والاستقرار في التعاملات التي لا بد أن تخضع للنظام الذي تفرضه تلك النصوص. فلا تفسح مجالاً لتقدير الظروف الخاصة والفروق الفردية التي تعترى الوقائع عادة. بحيث يتوحد الحكم على الجميع ولا يسري عليه التغيير مطلقاً مع توفر المعطيات اللازمة التي أعتبرت عند صياغته. وهو أمر يتناسب والنصوص القطعية الثابتة المتضمنة للتشريعات المقدره كالحُدود والكفارة وأحكام الإرث. وكذا المبادئ العامة التي تنظم العلاقات القائمة بين الأفراد حفاظاً على النظام العام كالأمانة والعدالة والمساواة. ولكن هذا ليس على الإطلاق لما قد يعترى الوقائع عند التطبيق من ملابسات وخصوصيات تناقض ما اقتضاه نصها ابتداءً. وللصياغة المرنة في هذه الحالة دورها في مسايرتها لها. حيث تمنح مساحة واسعة لحرية التقدير وتكييف النصوص والقواعد وفق ملابساتها وظروفها المختلفة بمقتضى أن هذه الصياغة تمنح ابتداءً معياراً عاماً لا حكماً تفصيلياً. يسترشد به الفقيه أو القاضي في منح الحلول فيما يعرض عليه من المسائل والقضايا. والتفاوت فيها بتفاوت معطياتها. كتحديد الضرورة وإعطائها ما يناسبها من الحلول بحسب ظروفها وخصوصياتها الفردية.

وهنا تكمن الحاجة أكثر إلى تقنين النصوص التشريعية وصياغة قواعدها بصورة مرنة تتواءم وما قد يستجد من الوقائع والمشكلات مع صعوبة حصرها بظروفها المتغيرة وأوضاعها متباينة.

### المحور الثاني: قواعد الصياغة القانونية للنصوص التشريعية

ويقصد بقواعد صياغة النصوص التشريعية الوسائل وطرق التعبير عن مضامينها والإفصاح عن جوهرها بحسن صياغتها من ناحية التحديد والضبط والوضوح. وإخراجها إلى الحيز التنفيذ كما يتطلبه فن التقنين. لتحقيق الغاية التي وضعت لأجلها. وهذه الطرق والأساليب منها ما هو مادي ومنها ما هو معنوي.

**أولاً: القواعد والطرق المادية** وهي القواعد التي تعبر عن جوهر القاعدة تعبيراً مادياً محكماً حيث تصاغ القاعدة بطريقة محددة واضحة لا تختمل التأويل. من ذلك<sup>1</sup>:

1- استخدام الكم محل الكيف أو بعبارة أخرى التعبير بالدلالة الرقمية. حيث تصاغ القاعدة ويعبر عن مضمونها بتعبير رقمي ثابت محكم لا يختمل التأويل ولا مجال فيه للخلاف.

<sup>1</sup> - أبو السعود. محمود زهران. مبادئ القانون. ص 117.



ما يجعل تطبيقها آلياً<sup>1</sup>. وهو ما يضيف على هذه الصيغة اليسر والسهولة في التطبيق، والانضباط والاستقرار في التعاملات.

ويمثل لذلك بتحديد أنصبة الورثة وتحديد الوصية بالثلث، والحدود في باب الجنایات، وكذا تحديد سن الأهلية الدال على البلوغ وتام التمييز ورجحان العقل، وكلها تحمل صيغ قطعية لا مجال فيها للتأويل ولا للخلاف، فلا تخضع لتقدير الفقيه أو القاضي أثناء التنزيل.

2- الإجراءات الشكلية التي تتطلبها بعض التصرفات التي يبرمها الأفراد والتي يلزم التعبير عنها في صورة رسمية، حيث يتم إفراغها في شكل خارجي معين تأكيداً لوجودها وضماناً لترتب آثارها<sup>2</sup>. كتوثيق العقود الذي تتطلبه التعاملات المالية، وإثبات الزواج والطلاق، وكذا إذن القاضي في إبرام تصرفات الوصي على أموال القاصر.

ثانياً: القواعد المعنوية والتي ترتبط بوسائل ذهنية لتعبير عن مضمون القاعدة وإخراجها إلى الحيز التنفيذي بما يحقق الغاية التي تفصح عنها<sup>3</sup> وهي:

1- صياغة القاعدة بصورة عامة ومجردة، فلا ترد لصالح أشخاص معينين بذاتهم، ولا تعالج وقائع محددة بمعطياتها، وعموميتها لا تمنع انصرافها إلى فئة من الأشخاص ما داموا خوطبوا بها بصفاتهم لا بشخصهم<sup>4</sup>، وهذه الصياغة تسري على الأحكام الشرعية؛ حيث تخاطب عادة كل من توفرت فيه شروط وأوصاف عامة حددتها نصوصها، ولها أثرها عند التطبيق بغض النظر عن الوقائع والأحداث الخاصة التي تختص بأحكام خاصة لأوضاع خاصة انفردت بها عن الأوضاع العامة التي وضع في نطاقها الحكم، يقول الشاطبي: " الأمر الكلي إذا ثبت فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرج عن كونه كلياً، وأيضاً فإن الغالب الأكثرى معتبر في الشريعة اعتبار العام لأن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت"<sup>5</sup>، وهذا على أساس مبدأ المساواة والعدالة التي ينشدها التشريع الإسلامي، حيث يعطي الحكم العام ويخص حالات التي تخرج عن نطاقه باعتبار آثارها عند تنزيل الحكم، والتي تخرجه عن مقصده الأصلي المعتبر عند وضعه من الشارع الحكيم، وهذا جمعاً بين النصوص الجزئية والقواعد العامة ومقاصدها، وهذا ما عبر عنه الشاطبي بقوله: "لما انبنت الشريعة على قصد المحافظة على المراتب الثلاث من الضروريات والحاجيات

<sup>1</sup> - الشبخلي عبد القادر، فن الصياغة القانونية تشريعاً وفقها وقضاء، مكتبة دار الثقافة، الأردن، عمان، ط: 1، 1995م، ص 28 - 29.

كيرة المدخل إلى القانون، ص 190 - 191، أبو سعود، محمود زهران، المدخل إلى القانون، ص 163، حسين منصور، نظرية القانون، ص 283.

<sup>2</sup> - حسين منصور، نظرية القانون، ص 283 - 284، الشبخلي، فن الصياغة القانونية، ص 30.

<sup>3</sup> - حسين منصور، نظرية القانون، ص 285.

<sup>4</sup> - عالية، سمير، المدخل لدراسة القانون والشريعة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، بيروت، ط: 1، 1422هـ -

2002م ص 55، عبد البر محمد زكي، الحكم الشرعي والقاعدة القانونية، دارالقلم، الكويت، ط: 1، 1402هـ - 1982م، ص 72.

<sup>5</sup> - الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار المعرفة، بيروت، 52/2 - 53.



والتحسينات وكانت هذه الوجوه مبنوثة في أبواب الشريعة وأدلتها. كان النظر الشرعي فيها أيضا عاما لا يختص بجزئية دون أخرى؛ لأنها كليات تقضي على كل جزئي تحتها... وإذا كان كذلك وكانت الجزئيات وهي أصول الشريعة فما تحتها مستمدة من تلك الأصول الكلية - شأن الجزئيات مع كلياتها في كل نوع من أنواع الموجودات - فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات بهذه الكليات. عند إجراء الأدلة الخاصة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس، إذ محال أن تكون الجزئيات مستغنية عن كلياتها فمن أخذ بنص مثلا في جزئي معرضا عن كلية فقد أخطأ<sup>1</sup>.

2- اعتبار القرائن؛ حيث تُعتبر الاحتمالات في إثبات المراكز القانونية باعتبار المؤلف والغالب الذي يشهده الواقع والتجربة، فتعد ثابتة بذاتها، وتصدق على جميع الحالات دون الحاجة إلى التدليل عنها، وهو ما يضي الاستقرار في التعاملات، إذ لو ترك الأمر للإثبات المادي والمحسوس لكثرت المنازعات والخلافات والإدعاء الباطل<sup>2</sup>.

ويمثل بالقرينة الزوجية الدالة على إثبات نسب الولد للزوج ما دام قد حصل الحمل زمن قيام الزوجية، فيفترض أن يكون الولد ابن الزوج بحكم الغالب الأعم، وهو أن الزوجة عادة ما تكون لزوجها فقط. فلا يباشرها إلا زوجها، فينسب إليه الولد تبعا عملا بحديث عليه الصلاة والسلام: " الولد للفراش"<sup>3</sup>.

وكذلك اعتبار المفقود ميتا في حالات الضرورة والظروف القاهرة التي يغلب فيها الهلاك.

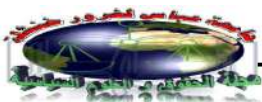
3- الحيل وتأسيس على افتراض أمر مخالف للواقع يرتب آثارا شرعية وقانونية<sup>4</sup>، كافتراض الحياة والذكورية للجنين لإثبات له الإرث الكامل، فإن ولد ميتا أو أنثى يعاد توزيع نصيبه أو الباقي على الورثة.

<sup>1</sup> - الشاطبي، الموافقات، 3/3-5.

<sup>2</sup> - كبره، المدخل إلى القانون، ص 194. حسين منصور، نظرية القانون، ص 286. أبو السعود، محمود زهران، المدخل إلى القانون، ص 166.

<sup>3</sup> - أخرجه: البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش، رقم 6749، مسلم، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش، رقم 3686.

<sup>4</sup> - أبو السعود، محمود أبو زهران، المدخل إلى القانون، ص 168. عبد القادر الشخيلي، فن الصياغة القانونية، ص 33.



### المحور الثالث: فكرة التقنين والصياغة القانونية للأحكام الفقهية عند أهل العصر

ذهب أهل العصر في القول بتقنين الأحكام ومنحها الصياغة القانونية إلى اتجاهين:

- اتجاه يرى بأن الصياغة القانونية للنصوص التشريعية لا تسري على أحكام الفقه الإسلامي<sup>1</sup> لعدة اعتبارات منها<sup>2</sup>:

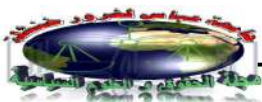
1- إن تقنين النصوص التشريعية يولد لدى الفقهاء فكرة اعتباره المصدر الوحيد للأحكام والقواعد القانونية، وأنه الكتاب المقدس قد أحاط بجميع الحلول لمشكلات الحياة، مما يستتبع الأمر أن يكون تفسيرهم للنصوص تفسيراً لفظياً، وأن تكون مهمتهم تقتصر فقط على الكشف عن نية واضعه، الأمر الذي يفضي إلى الجمود على النصوص المقننة الذي يحول دون مواكبة الحياة المتجددة، وتفاعلها مع متطلباتها وتطوراتها، وهو ما سيعكس سلباً على حركة الاجتهاد، إذ يلزم الفقيه والقاضي التقيد بالنص القانوني، إذ لا اجتهاد مع مورد النص، وهو ما سيخلق تبعاً نوعاً من التكاثر والإتكال عليه دون تشجيع الرجوع إلى مصادر الفقه، والتحري عن الحكم ومرجحاته.

2- إن التقنين يفرض التقيد برأي واحد في جميع الحالات والوقائع، حيث يطبق النص القانوني حتى في دائرة الأحكام التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها مع تشعب الآراء الفقهية وتنوعها، يُمكن الأخذ بالأرجح منها، والأليق للوقائع المعروضة.

3- عدم استيعاب التقنين لجميع الأحكام مع خلو المدونات من تحديد معاني ألفاظها، وترك مجال ذلك للفقه والقضاء مع خطورة النتائج المتوقعة عن الاختلاف في تحديد معانيها كالغلط، والتدليس والإكراه.

<sup>1</sup> - منهم: محمد الأمين الشنقطي، عبد الرزاق عفيفي، عبد العزيز بن صالح، بكر بن عبد الله أبو زيد، عبد العزيز بن باز، صالح بن فوزان عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، محمد الحركان. انظر: أبحاث هيئة كبار العلماء، قرار رقم 8، بشأن تدوين الراجح من أقوال الفقهاء لإلزام القضاة العمل به، 1421هـ - 2001م، ج3. <http://www.alifta.net>. الجرجي، عبد الرحمن بن أحمد، تقنين الأحكام الشرعية بين المانع والمجيزين، بتاريخ 2009/08/06م. <http://www.startimes.com>. عبد القادر شجاع الدين، عبد المؤمن، موقف الفقهاء من تقنين أحكام الشريعة - دراسة مقارنة، بتاريخ 2014/11/18م. <http://www.startimes.com>.

<sup>2</sup> - الزحيلي، وهبة، جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، لبنان، بيروت، ط: 1، 1408هـ - 1987م، ص 26، القرضاوي، يوسف، الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، مؤسسة الرسالة، ط: 1، 1422هـ - 2001م، ص 60، وكتابه مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، ط: 3، 1418هـ - 1997م، ص 305، الأنصاري، عبد الله بن إبراهيم، تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ والمنهج)، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، ط: 1، 1403هـ - 1983م، ص 11، 9.



- اتجاه يرى بتقنين الفقه الإسلامي وأن الصياغة القانونية يمكن أن تسري على الأحكام الفقهية وهو رأي أغلب أهل العصر<sup>1</sup>، وهذا لاعتبارات عدة أهمها<sup>2</sup>:

1- سهولة الرجوع إلى الأحكام المقننة بعد جمعها في مدونة واحدة، حيث تمكن الفقهاء والقضاة من إدراك منها ما يعالج الوقائع والمشكلات الشائكة مع تعقد الحياة الإنسانية وتشعب قضاياها، حيث يتعذر استنباط جميع أحكامها من مصادر الفقه الإسلامي التي تعج بالخلافات الفقهية وكثرة الآراء حتى في نطاق المذهب الواحد، ودون معرفة راجحها من مرجوحها إلا من المتخصص فيها، مما يجعل جميع المشتغلين في القانون في ضيق وحرَج في انتقاء الحكم الراجح الواجب تطبيقه بمقتضى عدم إمكانية إحاطتهم بجميع المصادر والآراء الفقهية هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنهم لا يملكون القدرة على الاجتهاد والترجيح والانتقاء بما يناسب الواقع، وفي وقت تتطلبه طبيعة مهنة المحاكم الذي يضيق عادة عن إمكانية النظر والاجتهاد لإدراك الحكم، يقول صبحي محمصاني متحدثاً عن التقنين في مجلة العدل الدولية كأول تجربة في تقنين الأحكام الشرعية: " لقد سدّت المجلة في حينها فراغاً كبيراً في عالم القضاء والمعاملات الشرعية، فبعد أن كانت المسائل مبعثرة في كتب الفقه العديدة وكانت الفتاوى والأقوال متعددة ومختلفة في الموضوع الواحد أصبحت الأحكام الشرعية واضحة، ثابتة لا يحتاج رجال القانون إلى عناء كبير لفهمها وتطبيقها بعد أن كانت الشروح والحواشي تصنف على متن المختصرات وأمّهات كتب الفقه، أصبح الشرح منحصراً في مواد المجلة، لأجل تفسير معانيها، وبيان مصادرها وأدلتها"<sup>3</sup>.

2- توحيد النصوص التشريعية في بلد واحد بتقنينها كقوانين عامة ومجردة، إذ لو فوض أمر التطبيق لاجتهاد القضاة لتعارضت الأحكام وتناقضت في البلد الواحد، وهو ما سيحدث الفوضى والبلبلة وعدم استقرار أحكام المحاكم.

وبغض النظر عن رأي الاتجاهين في تقنين الأحكام الشرعية وصياغتها صياغة قانونية، فقد أضحى أمر حاصل وواقع في بعض القوانين، كقانون الأحوال الشخصية، والأوقاف،

<sup>1</sup> - منهم: محمد عبده، محمد رشيد رضا، محمد أبو زهرة، أحمد شاكر، مصطفى الزرقا، علي طنطاوي، محمد سلام مذكور، يوسف القرضاوي وهبة الزحيلي، عبد الله بن منيع، المجمع الفقه الإسلامي الدولي، القرضاوي، الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، ص 61-62، الزحيلي جهود تقنين الفقه الإسلامي، ص 27-28، عبد البر، محمد زكي تقنين الفقه الإسلامي، ص 7، 8، انظر: الجرعي، عبد الرحمن بن أحمد، تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين، بتاريخ 2009/08/06، <http://www.startimes.com>، عبد القادر شجاع الدين عبد المؤمن موقف الفقهاء من تقنين أحكام الشريعة - دراسة مقارنة، بتاريخ 2014/11/18، <http://www.startimes.com>، المجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم: 2، الدورة الأولى المنعقدة في مكة المكرمة، 26-29 صفر 1405هـ / الموافق 19-22 نوفمبر 1984م، [www.iifa-aifi.org](http://www.iifa-aifi.org)

<sup>2</sup> - الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، ص 27-28، القرضاوي، الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، ص 61-62، عبد البر، محمد زكي تقنين الفقه الإسلامي، ص 7، 8.

<sup>3</sup> - محمصاني، صبحي، فلسفة التشريع في الإسلام، ص 89.



وصندوق الزكاة. وهذه الصياغة لا تغير حقيقتها كأحكام شرعية، وإن خضعت للتنظيم في إطار سياسة التشريع. فالعبرة بجوهر الحكم ومضمونه لا بشكله.

#### المحور الرابع: نحو تفعيل قواعد الصياغة القانونية في الأحكام الفقهية

إن التقنين في الفقه الإسلامي يبني أساسا على الاجتهاد الذي يكفل للفقيه المرونة وتلبية الحاجات المستجدة في نطاق قواعد كلية تسري على جزئيات كثيرة وفروع متعددة تندرج تحتها بما يراه الفقيه مناسبا حسب الظروف الزمانية والمكانية، وأوضاعها المختلفة المناطة بها أثناء التنزيل، وهذا يستلزم بالضرورة طريان التغير عليها على الدوام شأنها في ذلك شأن القانون، فبرغم من اتساع مواده وتشعب أبوابه وفصوله لم يتمكن نصه من الإحاطة بجميع الوقائع، مما أكد على القاضي الرجوع إلى مصادر أخرى عند فقدان النص القانوني، كالعرف الذي يستوجب مراجعة القوانين وتغيرها، وهذا ما دعا إلى ما يعرف بالاجتهادات القضائية دون أن يحول ذلك عن تقنين القانون أو إهداره. جاء في أصول القانون: " الاحترام الذي يتولد للتقنين بعد صدوره لا يلبث أن يقل تدريجيا بسبب ظهور ما يعتره من نقص وعيب أثناء تطبيقه على شؤون الحياة، ولعل القضاء هو أول من يحس بهذا النقص لأنه هو الذي تعرض عليه مشاكل الناس، وهو الذي يجب عليه أن يحسمها، وكثيرا ما يجد القاضي نفسه أمام تعارض بين ما يقضي به القانون، وبين ما تقضي به العدالة، وهذا ما يؤدي به تحت ستار التفسير إلى إهدار حكم القانون إذا تعارض مع ما توحى به مبادئ العدالة وقواعد العدل والإنصاف، وكثيرا ما يؤيده الفقه في ذلك، وكلما برزت عيوب التقنين على مر الزمان وبدا عجزه عن مسايرة الواقع، كلما قل احترام الناس لعداسته، وينتهي الأمر إلى تطور القواعد التي يحتويها إما عن طريق تفسير القضاء بما يتفق مع الواقع وحاجات الجماعات الحديثة، وإما عن طريق تدخل المشرع نفسه لسد نقص في التقنين أو تعديل أحكام فيه كلما دعت الحاجة إلى ذلك، وكثيرا ما ينتهي الأمر بمضي الزمن وتغير الظروف في المجتمع إلى إعادة النظر في التقنين واستبدال غيره به يكون أولى بالحاجة وأكثر ملائمة للتطور"<sup>1</sup>.

فالواقع بتغييراته يفرض مرونة التشريع والقوانين، والفقه الإسلامي بمزاياه وأسرار خصوصيته يدعو لذلك دون أن يفرض التقيد بمذهب معين سوى ما تعلق برجحان الدليل أو تحقيق مصلحة التي دفعت كثيرا بأصحاب المذاهب إلى تعديل الأحكام وتقييدها على خلاف ما تقتضيه تأسيسا على القواعد الثابتة، لذا لا ضير في مراجعة الأحكام والقوانين وإعادة النظر في مضامينها وقيودها إن استدعت المصلحة لذلك على أن توضع ابتداء في صورة مبادئ

<sup>1</sup> - العبدلاوي، إدريس العلوي، أصول القانون، نظرية القانون، دار القلم، بيروت، ط: 1، 1971م، ص 567.





عامة تضمن استقرار التعاملات، ولتقتضيات فرضتها توجهات الدول في العصر الحاضر ترتبط بسياسة التشريع وتنظيم تطبيقه. من ذلك<sup>1</sup>

- 1- إناطة التصرفات والتعاملات العقارية وشروطها بإجراءات شكلية تتحتم على الأفراد أثناء ممارستها، حيث جعلها في قالب قانوني ترتب آثار قانونية من جهة، وتفرض رقابة الدولة من جهة أخرى، كالقواعد المتعلقة بالسجل التجاري والعقاري.
- 2- الإجراءات القضائية المتعلقة بالدعاوى وفصل الخصومات وتنفيذ الأحكام، كالقوانين المتعلقة بإجراءات المحاكمة والتنفيذ

3- تطور العلاقات الاقتصادية على مستوى المحلي والعالمي، فمنها ما هو عرفي محلي، ومنها ما هو مقتبس من الدول الأوربية، كمختلف الشركات القانونية وأساليب التجارة، وهي أمور تفرض حتما التقنين إلا أنه يتطلب في نطاق الأحكام الفقهية صياغتها على أسس ومبادئ عامة لا تخل بمرونتها ولا تخول عن مواكبتها للوقائع المتجددة ومشكلاتها المتعددة ودون أن يخرجها عن ثوابتها، وهذا يستلزم أن تقوم على قاعدتين أساسيتين:

1- قاعدة النص الشرعي: حيث نص الشارع صراحة وبالقطع على وجوب التمسك بمضامينه كقوله تعالى: " فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ " [النساء: 59]. وقوله تعالى: " إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ " [النساء: 105].

وما روي عن معاذ بن جبل أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمَّا أَرَادَ أَنْ يَبْعَثَ مُعَاذًا إِلَى الْيَمَنِ قَالَ: كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَّضَ لَكَ قَضَاءٌ. قَالَ: أَقْضِي بِكِتَابِ اللَّهِ. قَالَ: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، قَالَ: فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَلَا فِي كِتَابِ اللَّهِ، قَالَ: أَجْتَهِدُ رَأْيِي وَلَا أَلُو، فَضَرَبَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صَدْرَهُ، وَقَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لَمَّا يُرْضَى رَسُولُ اللَّهِ<sup>2</sup>.

وبموجب هذه الأدلة فإنه يجب التقيد بالنص الشرعي، وأن يتوقف عندها عند تقنين أحكامه إذ مدلولاتها عائدة في أصلها له، ولو ناقضته للزم ذلك القول بمعارضة المدلولات لنصوصها، وهذا محال وباطل على شرع الله، وإن صيغت معظمها على سبيل الظن أين يتسع فيها المجال لاجتهادات الفقهاء، وتعدد الأفهام والأحكام باعتبار لزوم العمل بالظن

<sup>1</sup> - الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1418هـ - 1998م، 1/228 - 229.

<sup>2</sup> - أخرجه: أحمد برقم (22060)، الدارمي، باب الفتيا وما فيه من الشدة، رقم (168)، وأبو داود كتاب الأفضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء رقم (3592)، والترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، رقم (1327)، قال فيه: هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه وليس إسناده عندي بمتصل، والبيهقي، كتاب آداب القاضي، باب من يشاور، قال الشافعي رحمه الله: يشاور من جمع العلم رقم (20126).



الغالب بإجماع العلماء على أساس أن الفقيه كاشف للحكم وليس منشئ له، لذا يمكن عند التقنين الخروج عن الاتجاهات الفقهية ومذاهب العلماء أو انتقاء أرجح الآراء فيها. كما يمكن اعتماد بعض الأقوال المرجوحة بما يغلب على الظن أنه أليق بتحقيق مصالح الناس، يقول القرضاوي: " يجب أن يتخلى أنصار التمثيل عن مذهبهم هذه على الأقل فيما يتعلق بالتقنين للمجتمع، والتشريع العام، وأن يؤخذ بأحسن ما في المذاهب من اجتهادات وأقوال، وأليق ما فيها بروح العصر، ومصالح الناس فيه"<sup>1</sup>، اعتبارا للاحتتمالات المتعددة التي يتضمنها النص، وقد نبه إليها عبد المجيد النجار مبينا أهمية الترجيح بينها، القائم على الموازنة بما هو أوفق بمصالح الناس في قوله: " الموازنة بين الاحتمالات الممكنة، فيما مأخذه من الوحي ظني من الأحكام وذلك باعتبار ما حققه هذه الاحتمالات من المصلحة في الظرف الواقعي المعين، ثم اعتماد الاحتمالات الذي يرجح أنه أكثر تحقيقا للمصلحة واعتباره هو الحكم الشرعي"<sup>2</sup>.

وهذا كله فيما لا يتناقض ومدلولات النصوص القطعية التي تحمل في طياتها كليات وقواعد عامة تتسع لمعالجة كثير من الوقائع والمشكلات المتجددة، وقد نبه الشاطبي إلى ذلك، فقال: " لما انبنت الشريعة على قصد المحافظة على المراتب الثلاث من الضروريات والحاجيات والتحسينات، وكانت هذه الوجوه ماثورة في أبواب الشريعة وأدلتها، كان النظر الشرعي فيها أيضا عاما لا يختص بجزئية دون أخرى؛ لأنها كليات تقضي على كل جزئي تحتها... وإذا كان كذلك وكانت الجزئيات وهي أصول الشريعة فما تحتها مستمدة من تلك الأصول الكلية - شأن الجزئيات مع كلياتها في كل نوع من أنواع الموجودات - فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات بهذه الكليات، عند إجراء الأدلة الخاصة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس، إذ محال أن تكون الجزئيات مستغنية عن كلياتها فمن أخذ بنص مثلا في جزئي معرضا عن كليه فقد أخطأ"<sup>3</sup> إلا فيما أدرج في نطاق الثوابت والقطعيات من فروع جزئية لا تتغير بحال مهما تغيرت معطياتها الزمانية والمكانية، بتحقيقها للحاجات المتجددة بوضعها المنصوص، وتتفاعل على الإطلاق مع دواعي التطور الاجتماعي والاقتصادي ومقتضيات الحضارة الحديثة، كالقوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية والإرث.

كما أن قطعيتها إقرار من الشارع باستبعاد احتمال ما يقابلها في الحكم باعتبار حدوث شاهد شرعي يمكن أن يقاس عليه، وهذا لعدم قوة معارضته لها من جهة، ولاستحالة اجتماع العلم والظن على موضع واحد من جهة أخرى؛ حيث توهمه صاحبه أنه كذلك، وفي هذا يقول

<sup>1</sup> - القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص 304

<sup>2</sup> - النجار، فقه التدين فهما وتزيلا، مؤسسة أخبار اليوم، مصر، ط: 1، ط: 1، 1410هـ - 1989م، 6/ 76 - 77.

<sup>3</sup> - الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الموافقات في أصول الشريعة، ت: عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، 3/ 3 - 5.



الغزالي: " فإن قيل: فهل يجوز أن يجتمع علم وظن؟ قلنا: لا، فإن الظن لو خالف العلم فهو محال. لأن ما علم كيف يظن خلافه؟ وظن خلافه شك. فكيف يشك فيما يعلم؟ وإن وافقه فإن أثر الظن ينمحي بالكلية بالعلم فلا يؤثر معه"<sup>1</sup>. ولا منفذ لاعتباره بحال. كمسألة تسوية في الإرث ولو تصور فيها مصلحة.

## 2- قاعدة العرف والاعتداد بالواقع:

ونعني بالواقع كما يقول المجيد النجار ما جرى عليه الحياة في مجتمع ما من أسلوب في تحقيق أغراض ذلك المجتمع. ويدخل في ذلك مجموع الأعراف والتقاليد والنظم، التي تتفاعل، فينشأ منها الأسلوب في تحقيق الأغراض"<sup>2</sup>. ويُعتد عند إجراء عملية تقنين الأحكام الشرعية وتوجيهها وفق مجريات أحداثه والتصور العام لأوضاعه الجارية. لاسيما وما أحدثته الحياة المعاصرة من قضايا ومشكلات مع تعدد أوضاعها وتشابكها خصوصا في مجال العلاقات الاقتصادية والتجارية. وهو ما يدعو إلى لزوم التكيف معها في تقنين الأحكام. ومراجعتها وتعديلها.

وقد أقر ذلك التشريع الإسلامي وألزم الاعتداد بظروف الوقائع في وضع الأحكام. يقول ابن القيم: " ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم: أحدهما: فهم الواقع والفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علما"<sup>3</sup> ويقول أيضا: " نوعان من الفقه للحاكم منهما: فقه في أحكام الحوادث الكلية. وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس. يميز به بين الصادق والكاذب. والمحقق والمبطل. ثم يطابق بين هذا وهذا. فيعطي الواقع حكمه من الواجب. ولا يجعل الواجب مخالفا للواقع"<sup>4</sup>.

كما نص أيضا القرافي بلزوم اعتبار العوائد والأعراف المتغيرة. وعدم الجمود على المسطور في الكتب. حيث قال: " فمهما جدد في العرف اعتبره. ومهما سقط أسقطه. ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمره. بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك وأسأله عن عرف بلده. وأجره عليه. وافته به دون عرف بلدك. والمقرر في كتبك

<sup>1</sup> - الغزالي. أبو حامد محمد بن محمد. المستصفي من علم الأصول. ت: محمد سليمان الأشقر. مؤسسة الرسالة. لبنان. بيروت. ط: 1417 هـ - 1997 م. 474/2.

<sup>2</sup> - النجار. في فقه التدين فهما وتنزيلا. 122/1.

<sup>3</sup> - ابن القيم. أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر. أعلام الموقعين عن رب العالمين. ت: طه عبد الرؤوف سعد. دار الجيل. بيروت. 1973م. 87/1.

<sup>4</sup> - ابن القيم. أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر. الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية. ت: محمد حامد الفقي. دار الكتب العلمية. لبنان بيروت. ص. 4.



فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين<sup>1</sup>.

فالفقيه الحق من يملك المقدرة على صياغة الحكم صياغة واقعية بتصوره للواقع الذي يناط به الحكم ويصاغ في نطاقه، وذلك متوقف على تفهم واع ودقيق لحوادثه وقضاياها، والتبصر التام بما يثمره من نتائج، وذلك يستدعي دراستها دراسة اجتماعية واقتصادية باستخدام وسائل المعرفة في مختلف التخصصات كعلم الاجتماع وعلم الاقتصاد.....

وفي نفس المعنى يقول حسن الترابي معبرا على أن الاجتهاد اليوم يتوقف على دراسة الواقع دراسة علمية تنبني على مختلف التخصصات: " ولا يمكن أن نجتهد إلا إذا تعلمنا علوم الطبيعة كما نتعلم الشريعة، ذلك أن علم الطبيعة هو الذي يعرفك بالواقع وأدواته، ومهما حصل لك من العلم الديني بمعالجات الشريعة وبأدوية الشريعة، فلا بد لك من تشخيص المجتمع لتعلم الداء، ثم تقدر ما هو الدواء الشرعي المعين الذي يناسب ذلك المجتمع، وذلك يستدعيك أن تدرس المجتمع دراسة اجتماعية واقتصادية وأن تدرس البيئة الطبيعية دراسة فيزيائية وكيميائية"<sup>2</sup>.

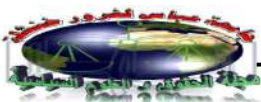
وهو الأمر الذي يستلزم مراجعة الأحكام بعد تقنينها وإعادة صياغتها وتعديلها على الدوام، ويشهد الموقف تراثنا الفقهي بما نقل عن الصحابة وعلماء المذاهب مراجعتهم للفتاوى بتعديلها وتقييدها أو إلغائها بوسائل وصور متعددة اعتبار لتغير الواقع، ويمكن الاستعانة في ذلك بالاجتهادات القضائية، وآراء المتخصصين في الشؤون القانونية.

#### الخاتمة

إن التشريع الإسلامي يقوم أساسا على الاجتهاد، حيث يتطلب تكييف أحكامه وفق مستجدات الواقع ومتطلبات العصر، وهذا الأمر يفرض تبعا تغيرها على الدوام بما يتناسب ومصالح الخلق دون الإخلال في ذلك بالقطعيات الثابتة وكليات التشريع، التي يمكن أن تقنن وتعطى لها صياغة قانونية باعتبار أنها تندرج تحتها جزئيات وصور متعددة قد تخضع للتعديل والتقييد في نطاق الظروف الطارئة بما ينسجم ومرونة التشريع، وهذا لا يتعارض والغاية التي تنشدها سياسة التقنين من تحقيق العدالة والثبات والاستقرار في التعاملات والعلاقات الإنسانية في جميع المجالات.

<sup>1</sup> - القرافي، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس، الفروق، ت: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، محمد أحمد سراج، علي جمعة محمد دار السلام، مصر، القاهرة، ط: 1، 1421هـ - 2001م، 314/1.

<sup>2</sup> - الترابي، حسن، قضايا التجديد نحو منهج أصولي، دار الهادي، لبنان، بيروت، ط: 1، 1421هـ - 2000م، ص 142-143.



## حظر إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني

د. غبولي منى جامعة سطيف 2

### ملخص:

يعتبر الأطفال أكثر الفئات هشاشة بمفهوم القانون الدولي الإنساني، والأكثر عرضة للاستغلال بحكم الضعف وقلة الدراية بآثار ومخلفات الحروب، خصوصا بعد تنامي ظاهرة توظيفهم كجنود مقاتلين خلال الحرب. ورغم صعوبة التصدي لهذه الأفعال، إلا أن منظمة الأمم المتحدة واللجنة الدولية للصليب الأحمر، قد نجحتا في الدفع نحو تطوير قواعد القانون الدولي الإنساني في هذا المجال ورفع الحس الدولي بوجوب توفير حياة أفضل للأطفال بعيدا عن الحرب، وهو ما تبلور في مجموعة من الاتفاقيات والبروتوكولات التي أجمعت على وجوب إبعاد الأطفال عن ميادين الحروب، واستفادتهم من أقصى درجات الحماية في كل الأحوال، وتسعى هذه المقالة للبحث في ماهية قواعد الحماية التي كفلها القانون الدولي الإنساني للأطفال المجندين أثناء النزاع المسلح، وكيفية الحد من ظاهرة إشراكهم في العمليات العدائية.

### Résumé

Les enfants sont Parmi les groupes les plus fragiles selon le droit international humanitaire, et les plus vulnérables à l'exploitation en raison de leur faiblesse et L'ignorance des effets de la guerre, Surtout après l'augmentation de phénomène du recrutement d'enfants Pendant la guerre. Bien qu'il soit difficile d'arrêté ces actes, mais l'Organisation des Nations Unies et le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), a réussi dans l'élaboration des règles de droit international humanitaire dans ce domaine et de Sensibiliser la communauté internationale a la nécessité d'assurer une meilleure vie pour les enfants loin de la guerre, Il est ce qui est arrivé à travers une série de conventions et protocoles qui ont été tous ont convenu de la nécessité de garder les enfants loin de la guerre, et qu'ils bénéficient d'une protection maximale en toutes circonstances.

Cet article vise à examiner les règles de protection prévue par le droit international humanitaire pour les enfants soldats en temps de conflit armé, Et les moyens de réduire le phénomène de leur participation aux hostilités.

### مقدمة:

ينصّ القانون الدولي الإنساني على حماية الطفل من آثار العمليات العدائية باعتباره من الفئات الهشة المعرضة لانتهاك حقوقها بسهولة. وعلى الرغم من ذلك، فحماية الأطفال هي من القواعد السامية والمقدّسة في كل القوانين الداخلية والدولية باعتبار الأطفال هم مستقبل البشرية. فالطفل يتطلب حماية خاصة ومعاملة خاصة بعيدا عن الحرب كفلتها له اتفاقيات القانون الدولي الإنساني وحقوق



حظر إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني ————— د. غبولي منى

الطفل وكذا البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل الذي ركّز على واجب مهم على الدول احترامه هو عدم اشتراك الأطفال في المنازعات المسلّحة.

ويعدّ هذا الفعل من أبشع صور استغلال الطفولة نظرا لحرمانهم من حقوقهم الطبيعية وتحميلهم أعباء تفوق قدراتهم الجسدية والعقلية. حيث أصبحت ظاهرة تجنيد الأطفال في الحروب ظاهرة واسعة الانتشار وأصبح الأطفال يستغلون من طرف كيانات أو دول تجبرهم على المشاركة في العمليات العدائية بعد أن تكون قد درّبتهم على استخدام السلاح في القتل والترهيب، أو على الجوسسة وجمع المعلومات عن العدو. وبهذا يصبح هؤلاء بمثابة هدف للخصم بشكل يجعلهم معرّضين لهجمات مباشرة وللاعتقال والتعذيب والقتل.

ونظرا للآثار الوخيمة لاشتراك الأطفال في العمليات القتالية. فقد سعى القانون الدولي الانساني للحد من ذلك. كما كان لمنظمة الأمم المتحدة واللجنة الدولية للصليب الأحمر دور فعال أيضا فقد أوجبتنا على المجتمع الدولي مواصلة تعزيز وتفعيل حقوق الطفل باعتبارها نتيجة حتمية لحماية من الاشتراك مستقبلا في النزاعات المسلحة.

لكن ورغم ذلك، لا تزال عمليات تجنيد الأطفال متواصلة برغم ما يسببه من انفصال عن عائلاتهم واعتداءات وقتل وتشويه. أو أي شكل آخر من أشكال الاستغلال. رغم تعدد أشكال الحماية الموفرة للطفل خلال النزاع.

إنّ مشكلة تجنيد الأطفال مشكلة واسعة الانتشار في أرجاء العالم. لاسيما في القارة الافريقية أين تكثرت الصراعات المسلّحة. فيجبر الأطفال على العمل العسكري المباشر كالتجنيد عن طريق كتائب التجنيد أو غير المباشر كالاختطاف والابعاد التعسفي.

لذا سنحاول من خلال هذا الموضوع البحث في الإشكالية التالية:

"ما هي قواعد الحماية التي كفلها القانون الدولي الانساني للأطفال المجندين أثناء النزاع المسلّح، وكيف يمكن الحدّ من ظاهرة اشراكهم في العمليات العدائية؟"

أولا: جهود منظمة الأمم المتحدة في حماية الأطفال من الاشتراك في العمليات العدائية:

حظيت فكرة حماية الأطفال باهتمام بالغ على مرّ الأزمنة. حيث كان لمنظمة الأمم المتحدة جهود كبيرة في هذا المجال.

ووفقا لاتفاقية حقوق الطفل<sup>1</sup>، يعدّ طفلا كل من لم يبلغ 18 سنة من عمره . وهذا بغض النظر عماّ تعتبره القوانين الداخلية لكل دولة.

<sup>1</sup>: اعتمدت اتفاقية حقوق الطفل وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989. وبدأ نفاذها في 2/09/1990 وفق المادة 49 منها.





حظر إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني ————— د. غبولي منى

ويقدّر عدد الأطفال حول العالم من يشاركون في النزاعات المسلحة بالآلاف. منهم من تمّ تجنيده طواعية ومنهم من جُنّد بالاكراه عن طريق اختطافه أو إبعاده قسريا عن موطنه أو غيرها من الطرق. وتعتبر منظمة الأمم المتحدة في هذا الخصوص أنّ الطفل الجندي هو أي طفل يرتبط بقوة عسكرية أو جماعة عسكرية. دون 18 سنة ولا يزال أو كان مجنّداً أو مستخدماً بواسطة قوة عسكرية أو جماعة عسكرية بأية صفة بما في ذلك الأطفال والغلمان الذين يتم استخدامهم كمحاربين أو طهارة أو حمالين أو جواسيس أو يتم استغلالهم لأغراض جنسية<sup>1</sup>. فالأمم المتحدة تعتقد أنه أحيانا يتولى الأطفال دورا مباشرا في القتال. وفي أحيان أخرى كثيرة يكون لهم دور غير مباشر يتمثل في وظائف الدعم التي لاتقل خطورة عن الاشتراك المباشر في العمل العسكري. حيث يكلف الطفل الجندي بحمل الأثقال والذخيرة الحربية وحتى الجنود المصابين. أو يستخدم كمستطلع أو جاسوس. أو كانتحاري لتنفيذ تفجيرات أو أي عمليات بعيدة المدى. كما يستخدم الأطفال في أعمال المعسكر الداخلية كالطهي و التنظيف وغيرها<sup>2</sup>.

وبغض النظر عن طبيعة الدور المسند للطفل. سواءاً كان مباشرا أو غير مباشر. فإن الاشتراك في الحروب يخلف أثارا سلبية على الطفل نفسية وجسمانية تتنافى وحقوقه المكفولة دوليا.

لقد كان من أهداف إنشاء منظمة الأمم المتحدة إنقاذ الأجيال المقبلة من ويلات الحرب<sup>3</sup>. وبناء عليه فقد كان لها دور في حماية حقوق الطفل في النزاعات المسلحة من خلال كل أجهزتها ووكالاتها. خصوصا الجمعية العامة ومجلس الأمن.

**1- دور الجمعية العامة:** تعتبر الجمعية العامة جهاز التداول داخل المنظمة الأممية. فهي تضم أغلب دول العالم الذين بإمكانهم مناقشة كل القضايا ذات الاهتمام الدولي المشترك في منبرها. ومن هنا تكمن أهميتها في التعبير عن رأي الجماعة الدولية<sup>4</sup>. وفي إطار حماية حقوق الأطفال يمكن أن نذكر بعض القرارات والاعلانات التي أصدرتها الجمعية العامة ولاقت صدى دوليا ساهم في كفالة احترام تلك الحقوق.

<sup>1</sup>: تجنيد الأطفال. مكتب الممثل الخاص للأمين العام المعني بالأطفال ونزع السلاح. متاح على الموقع: <https://childrenandarmedconflict.un.org>. تاريخ الاطلاع: 2016/01/17.

<sup>2</sup>: المرجع نفسه.

<sup>3</sup>: أنظر ديباجة ميثاق منظمة الأمم المتحدة على الموقع: [www.un.org/arabic/aboutum/charter.htm](http://www.un.org/arabic/aboutum/charter.htm).

<sup>4</sup>: محمود سعيد. الحماية الدولية للأطفال أثناء النزاعات المسلحة. دار النهضة. القاهرة. 2007. ص192.





## أ- القرارات:

**القرار 77 لعام 1997:** بموجب هذا القرار الذي تضمّن مسائل أخرى عديدة، أوصى الأمين العام للأمم المتحدة بتعيين ممثل خاص له معني بأثر النزاع المسلح على الأطفال. يقدّم هذا الممثل الخاص تقريراً سنوياً عن عمله يعرب فيه عن مدى التقدم المحرز في مجال تعزيز الحماية وترقية الوعي وجمع المعلومات عن المُن التي يلاقيها الأطفال بسبب النزاعات، وكذا يعمل على تعزيز التعاون الدولي ودعمه لضمان احترام حقوق الطفل والمساهمة في تنسيق الجهود في هذا الإطار<sup>1</sup>.

وأنشأت الجمعية العامة بموجب هذا القرار ولاية مدتها 3 سنوات للممثل الخاص<sup>2</sup>، وجاء هذا القرار بناءً على تقرير ماشيل الذي طالب بالقيام بحملة دولية لمكافحة استخدام الأطفال كجنود ورفع سن التجنيد والاشتراك في العمليات العدائية إلى 18 سنة<sup>3</sup>.

**القرار 128 لعام 1999:** أوصت الجمعية العامة في هذا القرار جميع الدول بضرورة تنفيذ اتفاقية حقوق الطفل وحمايته من النزاعات المسلحة، وأشدت جهود الممثل الخاص للأمين العام المعين بموجب السابق، كما حثّت الدول وكل الأطراف في النزاعات المسلحة لاعتماد تدابير لانتهاء استخدام الأطفال كجنود وكفالة تسريحهم وتخليهم عن السلاح<sup>4</sup>.

**القرار 149 لعام 2000:** أوصت الجمعية العامة في هذا القرار كل الدول وأطراف النزاعات المسلحة بعدم استهداف الأطفال والكفّ عن مهاجمة أماكن تواجدهم، وأوجبت عليهم اتخاذ التدابير اللازمة لحمايتهم من الأفعال التي تشكل انتهاكا لقواعد حمايتهم المكفولة بموجب القانون الدولي الإنساني، كما أدانت اختطاف الأطفال والزج بهم في النزاعات المسلحة<sup>5</sup>.

**القرار 263 لعام 2000:** يتضمن هذا القرار مشروع البروتوكولين الإضافيين الاختياريين لاتفاقية حقوق الطفل بشأن إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة، وسنعود لتفصيل مضمون هذا القرار لاحقاً<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>: راجع القرار A/RES/51/77 الصادر في 1997/2/23.

<sup>2</sup>: محمود سعيد، المرجع السابق، ص192.

<sup>3</sup>: تقرير غراسا ماشيل عبارة عن دراسة أجرتها الخبيرة التي يحمل التقرير اسمها، عينها الأمين العام للمنظمة الأممية بموجب القرار 155/48، قامت بزيارات ميدانية لمناطق الصراع وقدمت تقريرها المذكور إلى دورتي الجمعية العامة 49 و50 بناءً على اتفاقية حقوق

الطفل، راجع الوثيقة: A/51/306، الدورة 51، 26 أوت 1996.

<sup>4</sup>: راجع القرار A/RES/53/128 المؤرخ في 1999/02/23.

<sup>5</sup>: راجع القرار A/RES/54/149 المؤرخ في 2000/2/25.

<sup>6</sup>: راجع القرار: A/RES/54/263 المؤرخ في 25 ماي 2000.



حظر إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني ————— د. غبولى منى

**القرار 79 لعام 2001:** أثنت الجمعية العامة على عدد الدول الموقعة على القرار السابق، ودعتهم للتصديق عليه حتى يدخل حيز النفاذ. كما حثت على اتخاذ تدابير فعالة لتأهيل جميع الأطفال ضحايا النزاعات المسلحة، ورحبت بعقد المؤتمر الدولي للأطفال المتأثرين بالحرب في الفترة ما بين 10 و18 سبتمبر 2001 بكندا<sup>1</sup>.

**القرار 190 لعام 2004:** أوضحت الجمعية العامة في هذا القرار بأنها تدرك وتؤيد إدراج جرائم تجنيد الأطفال الذين تقل أعمارهم عن 15 سنة أو الذين يستغلون للمساهمة بفعالية في أعمال القتال أو الدعم خلال العمليات العدائية، ضمن جرائم الحرب في نظام المحكمة الجنائية الدولية، وطلبت من الدول الأعضاء رفع سن التجنيد الإلزامي على المستوى الداخلي إلى 18 سنة على الأقل<sup>2</sup>.

**القرار 261 لعام 2005:** أدانت الجمعية العامة بموجب هذا القرار تجنيد الأطفال واستخدامهم في الصراع المسلح بشكل يتنافى ومقتضيات الحماية التي يوفرها لهم القانون، وأمرت الدول التي تقوم بعمليات مشابهة بوقفها فوراً<sup>3</sup>.

**القرار 231 لعام 2006:** أدانت الجمعية العامة تجنيد الأطفال أو استخدامهم في النزاعات المسلحة، وكذا كل أشكال الانتهاكات التي ترتكب في حقهم، وطالبت جميع الدول بالمسارعة لاتخاذ التدابير الكفيلة بمنع تجنيد الأطفال واستغلالهم واعتماد سياسات داخلية لا تسمح بذلك وحظر وجرم مثل هذه الممارسات<sup>4</sup>.

**القرار 146 لعام 2007:** دعت بموجبه الجمعية العامة الدول لتوفير التمويل اللازم لجهود إعادة التأهيل والادماج لصالح الأطفال الذين كانوا مرتبطين بالقوات والجماعات المسلحة، وحماية الأطفال المتضررين من انتهاكات القانون الدولي الإنساني، وكفالة تلقيهم المساعدة في الوقت اللازم<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>: راجع القرار: A/RES/55/79 المؤرخ في 22/2/2001.

<sup>2</sup>: راجع القرار A/RES/58/190 المؤرخ في 9 مارس 2004.

<sup>3</sup>: راجع القرار A/RES/59/261 المؤرخ في 24/2/2005.

<sup>4</sup>: راجع القرار A/RES/60/231 المؤرخ في 11 جانفي 2006.

<sup>5</sup>: راجع القرار A/RES/61/146 المؤرخ في 23 جانفي 2007.



ب- الاعلانات:

**الاعلان الخاص بحماية النساء والأطفال في حالات الطوارئ أو النزاعات المسلحة لعام<sup>1</sup> 1974:** يؤكد هذا الاعلان على ضرورة حماية الأطفال في حالات النزاعات المسلحة ووجوب الالتزام بالأحكام والقواعد المتعلقة بحماية حقوق الطفل الواردة في مواثيق حقوق الانسان واتفاقيات القانون الدولي الانساني.

**الاعلان العالمي لبقاء الطفل وحمايته ونمائه 1990:** ورد في هذا الاعلان تعهد من الأعضاء فيه على ما يلي: "سنعمل بعناية من أجل حماية الأطفال من ويلات الحروب ومن أجل اتخاذ تدابير لمنع نشوب منازعات مسلحة جديدة وذلك بغية توفير مستقبل سلمي وآمن للطفل حيثما كان...ويجب حماية الاحتياجات الأساسية للأطفال والأسر حتى في أوقات الحروب وفي المناطق الراضخة تحت وطأة العنف". أي أن هذا الاعلان ركّز على اتخاذ تدابير لمنع نشوب منازعات مسلحة أصلاً بغرض حماية الطفولة.<sup>2</sup>

**إعلان عالم جدير بالأطفال 2002:** يهدف هذا الاعلان إلى حث الدول على بناء عالم جدير بأن يعيش فيه الأطفال الأبرياء، من خلال الالتزام بمجموعة مبادئ من بينها وجوب حمايتهم من أهوال الصراعات المسلحة وحماية من هم تحت سلطة المحتل. ولأجل ذلك أعدّ خطة عمل لحفظ حقوقهم وحمايتهم<sup>3</sup>. ولقد صدر هذا الاعلان عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في الدورة الاستثنائية الخاصة بالطفولة التي انعقدت بين 8 و10 ماي 2002.

لقد لعبت الجمعية العامة دوراً جدياً هاماً في مكافحة تجنيد الأطفال. لكن الاشكال الذي دائما ما يواجه عملها ويحد من فاعليته هو عدم امتلاك توصياتها للقوة الملزمة للتنفيذ. بما يجعلنا نعول أكثر على مجلس الأمن لضمان حماية الأطفال من الاشتراك في الحروب.

**2- دور مجلس الأمن:** يضطلع مجلس الأمن بمهام حفظ السلم والأمن الدوليين، وهو بذلك يملك سلطات وصلاحيات أوسع من تلك التي تتمتع بها الجمعية العامة<sup>4</sup>. ولقد أشاد مجلس الأمن في أكثر من مناسبة بالجهود المبذولة دولياً للحد من ظاهرة تجنيد الأطفال من خلال مجموعة قرارات معتبرا ذلك انتهاكا صارخا للقانون الدولي. على غرار القرار 1261 (1999)

<sup>1</sup>: جاء هذا الاعلان كنتيجة لتوصيات المؤتمر الدولي لحقوق الانسان المنعقد في طهران في 1968. ولطلب المجلس الاقتصادي والاجتماعي من الجمعية العامة صياغة إعلان يحمي المرأة والطفل زمن الحروب، فتم إقراره بناء على مسودة أعدتها اللجنة الخاصة بوضع المرأة والمجلس الاقتصادي والاجتماعي.

عبد اللطيف دحية. " جهود الأمم المتحدة لمكافحة تجنيد الأطفال في النزاعات المسلحة". في مجلة الشريعة والقانون. كلية القانون. جامعة الامارات. السنة السابعة والعشرون. العدد54. أبريل 2013. ص 269-270.

<sup>2</sup>: محمد حسنين البوادي. حقوق الطفل بين الشريعة الاسلامية والقانون الدولي. دار الفكر الجامعي. الاسكندرية. 2005. ص114.

<sup>3</sup>: فاطمة شحاتة أحمد زيدان. مركز الطفل في القانون الدولي العام. دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية. 2007. ص562.

<sup>4</sup>: المرجع نفسه. ص566.



حظر إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني ————— د. غبولي منى

الذي يعد أول قرار له متعلق بالطفل والصراع المسلح. حيث أوجب تبني أحكام عامة لحماية الأطفال<sup>1</sup>. كما أشاد باعتماد الجمعية العامة للبروتوكول الاختياري لاتفاقية الطفل المتعلق بإشراك الأطفال في الصراعات المسلحة. وحث الدول على استبعاد الجرائم الخطيرة المرتكبة ضد الأطفال من أحكام العفو وعلى اتخاذ تدابير ضد الاتجار في الأسلحة الصغيرة التي يستعملها الأطفال خلال النزاعات المسلحة<sup>2</sup>.

كما أصدر المجلس القرار 1314(2000) الذي وضع بموجبه حدا للاتجار غير المشروع بهذه الأسلحة. وطالب الدول الأعضاء تضمين اتفاقيات السلام أحكاما تتعلق بنزع السلاح من الأطفال المحاربين وتسريحهم وإعادة إدماجهم في المجتمع المدني وكذا عدم إعادة إدماجهم مرة أخرى ضمن صفوف جيوشها<sup>3</sup>.

كما حث على وضع حد للأنشطة الحدودية الضارة بالأطفال كالاتجار بهم وتجنيدهم ودعا إلى زيادة مساهمة الشباب في برامج بناء السلام<sup>4</sup>.

وإضافة لذلك. نذكر القرار 1379(2001) الذي جاء بجملة من الواجبات على الدول الأخذ بها لحماية الأطفال. وكذلك توصية الأمين العام بتقديم قائمة بالدول التي تقوم بتجنيد الأطفال<sup>5</sup>. وكذا القرار 1355(2001) الذي أدان فيه استخدام الأطفال كجنود في جمهورية الكونغو الديمقراطية وأمر بوضع حد لذلك وناشد الدول الأطراف للتعاون مع الأمم المتحدة لكفالة تسريحهم فعلا وإعادة تأهيلهم وإدماجهم<sup>6</sup>.

كما يجب في هذا المقام الإشارة إلى القرار 1460(2003). والقرار 1539(2004). والقرار 1612(2005) أين دعا مجلس الأمن جميع أطراف النزاعات المسلحة التي تقوم بتجنيد الأطفال للتوقف عن فعل ذلك وعدم إشراكهم في القتال. وللتقيد بأحكام القانون الدولي الإنساني ذات الصلة بحماية الأطفال. وإلى كفالة إعادة تأهيل الأطفال الجنود وإدماجهم ضمن المدنيين. وتوفير الحماية اللازمة لهم وضمان العيش في رفاهية وسلام. كما دعا إلى الاعتراف بالدور الذي يؤديه التعليم في مناطق التوتر لوقف تجنيد الأطفال واستغلالهم. وندد بالآثار

<sup>1</sup> : UN.DOC.A/55/442.2000, p7. Et UN.DOC.A/62/228.P28.

<sup>2</sup> : OP-CIT ,p8 et S/RES/1261,30/8/1999.

<sup>3</sup> : S/RES/1314.11/8/2000 ,p1-2.

<sup>4</sup> : فاطمة شحاتة أحمد زيدان. "الحماية الدولية للأطفال في النزاعات المسلحة". في مجلة السياسة الدولية، العدد 159، المجلد 40، جانفي 2005، ص 19.

<sup>5</sup> : UN.DOC.A/62/228.2007,p28.

<sup>6</sup> : عبد اللطيف دحية، المرجع السابق، ص 281.



حظر إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني ————— د. غبولى منى

السلبية التي تلحق بهم جراء الصراعات المسلحة ، كما دعا إلى إنشاء آلية للرصد والتبليغ عن العمليات المشابهة والانتهاكات التي تحصل في حق الطفل<sup>1</sup>.

إنّ ما تمّ التطرق له من قرارات وإعلانات عبارة عن نماذج أو أمثلة فقط من أعمال الأمم المتحدة فجهود هذه الأخيرة لم تنحصر في هذين الجهازين. بل كان لوكالاتها المتخصصة كاليونيسيف دور كبير كذلك ، كما كان لبقية الأجهزة كمحكمة العدل وغيرها دور في تحميل الدول للمسؤولية عن انتهاك حقوق الأطفال. كما أن لجان الرقابة على تطبيق الاتفاقيات لعبت هي الأخرى دوراً في ضمان تمتع الطفل الجندي بالحماية التي يقرها له القانون.

**ثانياً: حظر إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة في القانون الدولي الإنساني:**

يحظر القانون الدولي الإنساني مشاركة الأطفال في النزاعات المسلحة ويعتبر دفعهم لفعل ذلك بمثابة انتهاك لقواعده يوجب على المجتمع الدولي المسارعة للقضاء على هذه الظاهرة. وفي سبيل ذلك تم اعتماد بروتوكول خاص لذلك سنة 2000 يضاف للقواعد المقررة قبلاً في البروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف لعام 1977 بفضل جهود اللجنة الدولية للصليب الأحمر التي سعت لذلك على مدار عقود من الزمن. والتي أيدتها لاحقاً المحكمة الجنائية الدولية التي اعتبرت إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة جريمة حرب.

**1- حظر إشراك الأطفال في النزاعات بموجب بروتوكولي جنيف 1977:**

لقد انتبه المجتمع الدولي لوجوب حظر مشاركة الأطفال بموجب القانون في النزاعات المسلحة مع بداية سبعينيات القرن الماضي. وتحديداً مع التفكير في اعتماد بروتوكولين ملحقين لاتفاقيات جنيف 1949.

وفعلاً تم تضمينهما قواعد بذلك إذا ما كانوا أقل من 15 سنة<sup>2</sup>. حيث ورد في المادة 77 الفقرة 2 من البروتوكول الأول " يجب على أطراف النزاع اتخاذ كافة التدابير المستطاعة. التي تكفل عدم اشتراك الأطفال الذين لم يبلغوا بعد سن الخامسة عشره في الأعمال العدائية بصورة مباشرة...." وورد كذلك في البند ج م4/3 من البروتوكول الإضافي الثاني " لا يجوز تجنيد الأطفال دون الخامسة عشرة في القوات أو الجماعات المسلحة. ولا يجوز السماح باشتراكهم في الأعمال العدائية.."

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقيات جنيف 1949 أغفلت الحديث عن حماية هذه الفئة. وتحدثت فقط عن وضع الأطفال كمدنيين ليس لهم أي دور في العمليات القتالية. وهو نفس ما ذهب إليه معظم موثيق حماية حقوق الإنسان وبخاصة إعلان حماية الطفل التي لم ترد

<sup>1</sup>: محمود سعيد. المرجع السابق. ص226-227.

<sup>2</sup>: Marthew Happold, « Child soldiers in international law, the legislation of children's participation in hostilities », in Netherlands international law review, XL VII,27-52,2000.



حظر إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني ————— د. غبولى منى

فيها إشارات لحظر اشتراكه في الحروب. بل بدأ الاهتمام بهذه المسألة بعد اندلاع بعض النزاعات في الستينيات من القرن الماضي أين تم تجنيد عدد معتبر من الأطفال. وعليه تناول المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان الذي انعقد في طهران 1968 مسألة احترام حقوق الإنسان أثناء النزاع المسلح. وأجرت الأمم المتحدة بالمناسبة دراسة شاملة حول موضوع الأطفال كللت بإصدار الاعلان الخاص بحماية المرأة والطفل في حالة الطوارئ و أثناء النزاع المسلح الذي سبق الحديث عنه. بحيث تطرق لمسألة التجنيد.

ثم دقت اللجنة الدولية للصليب الأحمر ناقوس الخطر وأثارت الموضوع من جديد في أول مؤتمر للخبراء الحكوميين بشأن إعادة تأكيد وتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني المطبقة أثناء النزاع المسلح في الفترة من 1974 إلى غاية 1977 وتوج ذلك باعتماد بروتوكولي جنيف 1977. أين أشار السيد سوريك المتحدث الرسمي باسم اللجنة بالقول:

"في كثير من الأحيان كان الأطفال يستخدمون بوساطة طرف من أطراف النزاع في فصائل مقاتلة أو معاونة، ولم يكن الأطفال يتطلعون إلى خير من ذلك، فهم يشعرون بالسعادة الغامرة لأنهم جعلوا من أنفسهم شيئاً مفيداً، كما أنهم بهذا العمل يحسون أنهم أصبحوا يتصرفون تصرفات الكبار، إن استغلال هذا الاحساس شيئاً مخز بصورة خاصة، فالأطفال الذين يؤدون هذا العمل مع أنهم يتعرضون للمخاطر نفسها التي يتعرض لها المقاتلون الكبار، فإنهم يختلفون عنهم في أنهم لا يعرفون حق المعرفة دائماً ما ينتظرهم نتيجة المشاركة المباشرة أو غير المباشرة في الأعمال العدائية"<sup>1</sup>.

ولقد حدد بروتوكولي جنيف سن 15 سنة كحد أدنى لمن يسمح له بالمشاركة في العمليات العدائية باقتراح من اللجنة الدولية للصليب الأحمر التي كان غرضها تجريم المشاركة بالمفهوم الواسع، أي تجريم المساهمة المباشرة وغير المباشرة كنقل المعلومات أو التجسس أو نقل العتاد والذخيرة الحربية وغيرها<sup>2</sup>، لكن أغلب الدول المشاركة حينها في المناقشات رفضت ذلك وأصرّت على إدراج نص تحريم المشاركة ضمن البروتوكول بالصيغة التالية: "على أطراف النزاع اتخاذ كافة التدابير المستطاعة...."، أي أنها لم ترد الالتزام بواجب مطلق يخص حظر الإشتراك نهائياً. فهذه الصيغة أقل إلزاماً وشمولية مما أرادت اللجنة التي اقترحت عبارة "...على أطراف النزاع اتخاذ كافة الاجراءات..."<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>: ساندراسنجر. "حماية الأطفال في حالات النزاع المسلح". في دراسات في القانون الدولي الإنساني. مؤلف جماعي. إشراف مفيد شهاب. دار المستقبل العربي . القاهرة. 2000. ص ص 133-173.

<sup>2</sup>: يوسف حسن يوسف. جريمة استغلال الأطفال وحمايتهم في القانون الدولي والشريعة الاسلامية . المركز القومي للاصدارات القانونية. القاهرة. 2013. ص44.

<sup>3</sup>: فضيل فلاتحة. "حماية الأطفال في القانون الدولي الإنساني". بحث مقدم للمؤتمر الدولي لحقوق الطفل من منظور تربيوي وقانوني". جامعة الاسراء، الأردن. 2010/5/24. ص21.





حظر إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني ————— د. غبولي منى

كما سعت اللجنة من خلال البروتوكول إلى رفع سن التجنيد الأدنى إلى 18 سنة، إلا أن الوفود اعترضت واقترحت سن 15 سنة، وهو ما تم الاتفاق عليه لاحقاً مع ملاحظة أنه يراعى الأكبر فالأكبر في التجنيد من بين الأطفال الذين يتراوح سنهم ما بين 15 و 18 سنة<sup>1</sup>.

وللاشارة، فإن دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر لم يتوقف عند حد المطالبة بحظر تجنيد الأطفال، بل تعدى إلى وجوب العناية بهم وقت النزاع ومراقبة مدى التزام أطراف النزاع باحترام نصوص البروتوكول، وكذا تقديم المساعدة الطبية والغذائية للأطفال باعتبارهم أصحاب أولوية في ذلك، كما تشرف اللجنة على إعادة هؤلاء الأطفال إلى ذويهم ولم يشمل الأسرى من خلال الوكالة المركزية للبحث عن المفقودين التابعة لها، كما تقوم من حين لآخر بزيارة معسكرات الاعتقال والأسرى ومراقبة مدى الالتزام بحقوق الأسرى، وكذا، تتدخل اللجنة لضمان الإفراج عن الأطفال الأسرى وإعادتهم لأوطانهم بعد أن تحصل على ضمانات من الدولة الأم بعدم اشراك الطفل المفرج عنه مجدداً في القتال.

فاللجنة الدولية للصليب الأحمر من أهم الهيئات التي تناضل لحماية الأطفال الجنود باعتبار المكانة التي تتمتع بها والاحترام الذي تلقاه من المجتمع الدولي بوصفها حارس القانون الدولي الإنساني، وكذا باعتبار الخبرة الكبيرة التي اكتسبتها في التصرف وقت النزاع، لهذا، فإنها تسعى لتطوير القواعد القانونية وسد الثغرات فيها من خلال الدعوة لمراجعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني ولنشره في الأوساط المسلحة وإدراجه ضمن المناهج التعليمية المدنية، فلوأ جهودها الدؤوبة لما تمكّن المجتمع الدولي من التوصل لصياغة نصوص البروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف ولقواعد حظر اشراك الأطفال في النزاعات المسلحة<sup>2</sup>.

لكن ورغم أهمية البروتوكولين في مجال حماية الأطفال، إلا أنه تعتريهما بعض السلبيات، على غرار اشتراط 18 سنة للتجنيد التطوعي، فكيف يمكن التأكد عملياً بأن التجنيد كان تطوعياً؟ وكذلك لم يكن الحظر الذي فرضه البروتوكول الأول في الفقرة 2 حظراً مطلقاً بل يشمل الاشتراك المباشر فقط، رغم أن أعمال الدعم غير المباشر قد تكون أكثر خطراً على الأطفال بل قد تجردهم من الحماية الواجبة لهم<sup>3</sup>.

كما لوحظ بعد فترة من اعتماد البروتوكولين، أنهما لم ينجحا في الحد النهائي من ظاهرة تجنيد الأطفال، وهو ما أكدته اللجنة الدولية للصليب الأحمر في تقرير لها نشر سنة

<sup>1</sup>: الفقرة 2 من المادة 77 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977.

<sup>2</sup>: كلمة اللجنة الدولية للصليب الأحمر أمام منظمة الأمم المتحدة، "تعزيز حقوق الأطفال وحمايتهم"، الدورة السابعة والستون، اللجنة الثالثة، البند 65، نيويورك 2012، متاحة على الموقع: [www.icrc.org/ara/resoires/doc/statement/2012/united-nations-children](http://www.icrc.org/ara/resoires/doc/statement/2012/united-nations-children)

<sup>3</sup>: اللجنة الدولية للصليب الأحمر، "الأطفال والحرب"، 2001/12/31، تاريخ الاطلاع: 2016/01/20، متاح على الموقع: [www.icrc.org/ara/resources/doc/mix/5kyczx.htm](http://www.icrc.org/ara/resources/doc/mix/5kyczx.htm)





حظر إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني ————— د. غبولي منى

1984 وكذا تقرير لمنظمة اليونيسيف نشر سنة 1986 ورد فيهما الحديث عن وجود مناطق متفرقة في العالم يجتد فيها أطفال لاتزيد أعمارهم عن 10 أو 11 سنة خصوصا في افريقيا وآسيا وأمريكا اللاتينية<sup>1</sup>. وهو ما دفع المجتمع الدولي للتفكير في اقرار قواعد قانونية أكثر تحسنا وأكثر صرامة للحد من ظاهرة اشراك الأطفال في النزاعات المسلحة.

## 2- حظر اشراك الأطفال في النزاعات بموجب البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشراك الأطفال في النزاعات المسلحة:

تم اقرار هذا البروتوكول سنة 2000<sup>2</sup>، وورد فيه واجبات على الدول احترامها من أهمها واجب اتخاذ جميع التدابير الممكنة لضمان عدم اشترك أفراد قواتها المسلحة الذين لم يبلغوا 18 سنة اشتركا مباشرا في الأعمال الحربية في مادته الأولى. وكذلك كفالة عدم خضوع من لم يبلغ 18 سنة للتجنيد الاجباري في قواتها المسلحة. كما أوجب البروتوكول أيضا على الدول الأطراف في حالة التجنيد أن يكون التطوع إراديا وبموافقة وليّ المتطوع الذي لم يبلغ 18 سنة كاملة، وأن يحصل هذا الأخير على معلومات حقيقية وكافية عما تنطوي عليه خدمته العسكرية وكذا تقديم دليل موثوق به عن سن المجتد.

ولقد كان البروتوكول واضحا وصرحا في مسألة حظر اشراك الأطفال ما دون 18 سنة في النزاعات المسلحة، والدليل على ذلك، اعتماد تدابير عملية وقانونية لهذا الغرض، وإذا حدث وأشرك الأطفال في القتال فقد أوجب على الدول اتخاذ التدابير اللازمة لكفالة تسريحهم وإعادة تأهيلهم وإدماجهم في المجتمع<sup>3</sup>.

كما أقر البروتوكول آلية للرقابة البعدية، هي الزام الدول الأطراف في غضون سنتين من دخول البروتوكول حيز النفاذ بالنسبة اليها، بتقديم تقرير إلى لجنة حقوق الطفل يحتوي على معلومات عما اتخذته من تدابير لتنفيذ أحكامه لاسيما ما تعلق منها بالاشترك والتجنيد<sup>4</sup>. لقد كان الهدف من اعتماد هذا البروتوكول ضمان الحماية الكافية لفئة من الفئات التي يحميها القانون الدولي الانساني باعتبارها فئة غصّة يسهل التحكم فيها وتوجيهها، ولا تعي تماما ما قد تجره الحرب عليها من آثار وخيمة، قد تتطوع أو تجبر على التجنيد، ويزداد الأمر سوءا

<sup>1</sup> : United Nation , « Children's in situations of armed conflicts », (1986), disponible sur [www.cf.hst.net/unicef-temp/doc-repository/doc/doc285233.pdf](http://www.cf.hst.net/unicef-temp/doc-repository/doc/doc285233.pdf)

<sup>2</sup> : اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 263، الدورة الرابعة والخمسون، 25 ماي 2000، ودخل حيز النفاذ في 2002/2/23.

<sup>3</sup> : راجع نصوص المواد: 3-4-5-6-7 من البروتوكول السابق.

<sup>4</sup> : المادة 8 من نفس البروتوكول.



حظر إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني ————— د. غبولي منى

إن تعلق الأمر بالاناث، حيث تتعرض بالاضافة للعمليات القتالية وعمليات الدعم للاستغلال الجنسي<sup>1</sup>.

ومن بين النقاط التي تحسب لصالح هذا البروتوكول هو رفعه سن التجنيد الاجباري إلى 18 سنة بما يتماشى والمحاولات السابقة للجنة الدولية للصليب الأحمر التي فشلت في ذلك، ومع تعريف الطفل الوارد في اتفاقية حقوق الطفل، مما يجعله انتصارا لحماية الطفل من الاشتراك في الحرب.

وتجدر الإشارة إلى أن البروتوكول استثنى من شرط السن المدارس العسكرية التي يمكنها تكوين من هم دون ذلك، وحظر على الجماعات المسلحة غير النظامية تجنيد الأطفال تماما، غير أنه من غير المؤكد ضمان التزام مثل هذه المجموعات بمثل هذه القواعد.

ورغم نجاح البروتوكول في تغليب مصلحة الطفل على المصالح العسكرية، إلا أنه قد أخفق في بعض المسائل نذكر منها أنه لم يأت بصيغة الالتزام للدول، وبالتالي فإن تنفيذه مرهون بإرادتها، وهو ما يستتشف من نص المادة الأولى منه التي وردت في شكل "تتخذ جميع التدابير الممكنة..."، كما أنه لم يشير إلى حظر الاشتراك غير المباشر في الحروب واكتفى بتحريم الاشتراك المباشر فقط. إضافة إلى أن الشروط التي فرضها لأجل السماح بالتجنيد الاختياري والطوعي شروط يصعب التحقق من توافرها فعلا ومن السهل جدا تزويرها كشرط السن، وهو ما يفتح المجال أمام التلاعب بنطاق الحماية المكفولة للطفل الجندي، ويضعف من القوة الردعية التي كان يطمح المجتمع الدولي لتحقيقها من خلاله<sup>2</sup>. إلا أن هذا لا ينف الإسهامات الهامة لهذا البروتوكول في تطوير قواعد حماية الأطفال من الاشتراك في النزاعات المسلحة في القانون الدولي الانساني.

### ثالثا: الحماية القانونية للطفل المشترك في النزاعات المسلحة:

إن اشتراك الأطفال في الحروب أمر غير طبيعي وغير مشروع في نظر القانون الدولي، لكنه أمر واقع وموجود في مناطق عديدة من العالم، ولأن القانون الدولي الانساني قانون حماية وليس قانون مشروعية، فإنه يبحث في توفير الحماية لفئة الأطفال الجنود، وهنا نتساءل حول نوع ومستوى الحماية التي يحظون بها حالة أسرهم من قبل العدو.

1- الحماية العامة للأطفال الجنود الأسرى: إذا ما أخطرت الطفل في نزاع مسلح فإنه وفقا لقواعد القانون الدولي الانساني سيحمل وصف المقاتل بغض النظر عن سنه، وسيطبق عليه

<sup>1</sup>: محمد النادي، المرجع السابق، ص37.

<sup>2</sup>: محمد النادي، المرجع السابق، ص40.



حظر إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني ————— د. غبولي منى

الوضع القانوني للمقاتل، وبالتالي إذا وقع في قبضة الخصم سيتمتع بالحماية العامة المكفولة لأسير الحرب بموجب قواعد القانون الدولي الإنساني.

ويحمل وصف المقاتل القانوني كل فرد من أفراد القوات المسلحة التابعة لأحد أطراف النزاع، وكل مقاتل يقع في قبضة الخصم يعد أسير حرب<sup>1</sup>.

وحتى يتمتع المقاتل بهذا الوصف يجب عليه الالتزام باحترام الشروط التالية: احترام القوانين وأعراف الحرب، وأن تكون القوات المسلحة التي يتبعها المقاتل تنتمي إلى أحد أطراف النزاع ومنظمة تحت قيادة مسؤولة، وأن يلتزم المقاتلون بتمييز أنفسهم عن السكان المدنيين من خلال ارتداء زي موحد أو حمل علامة تمكّن من تمييزهم عن بعد، وحمل السلاح بشكل ظاهر أثناء القتال<sup>2</sup>، كما يتمتع بحماية أسير الحرب دون حمل هذا الوصف الأشخاص المقبوض عليهم في الأراضي المحتلة بسبب انتمائهم للقوات المسلحة للبلد المحتل، والمحتجزون العسكريون الموجودون في بلد محايد، وأفراد الخدمات الطبية والدينية غير المحاربين الذين يشكلون جزءاً من القوات المسلحة<sup>3</sup>.

وفي حالة الشك في التمتع بوصف الأسير، فإن المقبوض عليه يعامل معاملة الأسير حين التحقق من ذلك وفق ما نص عليه البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977.

إنّ ما سبق الحديث عنه من شروط، وضّح أنّ القواعد التي تقرر من يتمتع بوصف الأسير، لم تشترط سناً معينة في المقاتل، وبالتالي إذا ما اشترك طفل في العمليات القتالية وقبض عليه فإنه يحمل هذا الوصف ويتمتع بالحماية العامة الواجبة لهذه الفئة والتي وردت معظم أحكامها في اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب المؤرخة في 12 أوت 1949 والتي ورد فيها أنه عندما يقبض على المقاتل فإنه يحتفظ له بالمبالغ المالية التي كانت بجوزته، ولا يجرد من رتبه وشارات أو أشياء الشخصية والأشياء ذات القيمة المعنوية بالنسبة له، كما لا يجوز إجباره على الإدلاء بأكثر من معلوماته الشخصية، ولا يجوز تعذيبه أو إخضاعه لأي نوع من أنواع الاكراه لانتزاع معلومات حربية منه، ولا يجوز حرمانه من امتيازات الأسير بسبب رفضه الإجابة عن الأسئلة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>: عبد الواحد محمد الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص70.

أنظر كذلك: محمد حمد العسبلي، المركز القانوني لأسرى الحرب في القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005، ص17.

<sup>2</sup>: تريكي فريد، "حماية ضحايا النزاعات الدولية المسلحة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014/4/15، ص45.

<sup>3</sup>: المرجع نفسه، ص46.

<sup>4</sup>: راجع المواد: 17 و18 من الاتفاقية الثالثة لجنيف 1949.



حظر إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني ————— د. غبولى منى

ويجب وضع الأسرى في أماكن لائقة قريبة من المناطق الآمنة مع معالجة الجرحى والمرضى منهم وتوفير الرعاية الصحية الكاملة لهم، والسماح لهم بإقامة شعائرهم الدينية، ويحظر تعريضهم للتجوع، وفي حالة نقلهم إلى معسكرات للاقامة الدائمة فيجب أن تكون هذه الأخيرة فوق الأرض وبعيدة عن أماكن القتال وأن تكون مزودة بوسائل الإنارة والتدفئة ومنع الحريق إضافة لذلك، ينبغي تزويدهم باللباس والطعام الكافيين وأن يسمح لهم بشراء مستلزماتهم الضرورية من المقاصف المخصصة لذلك، وأن تميز بعلامات دولية هي إما PW أو PG للدلالة على أنها معسكرات أسرى حرب<sup>1</sup>.

ويجب اعتماد تصنيف معين في اقامة الأسرى لأجل انسجامهم معا، فإما أن يكون على أساس السن، أو على أساس الديانة أو اللغة أو غيرها من الأمور المشتركة بين فئات الأسرى لدى الدولة الحائزة، كما يجب مراعاة المساواة في التعامل معهم إلا إذا ما تعلق الأمر بقواعد الاتفاقية التي تمنح معاملة تفضيلية أحيانا لبعض الفئات على أساس الرتبة أو الجنس أو العجز أو السن كحالة الأطفال مثلا<sup>2</sup>.

كما يجب أن يكون المعسكر تحت قيادة ظابط نظامي مطلع على أحكام الاتفاقية الثالثة وأن يمنح نسخة منها لكل أسير ليعرف حقوقه وواجباته خلال الأسر. ويملك الأسير خلال أسره حق الاتصال بذويه وبالوكالة المركزية لأسرى الحرب، ويمكن للدولة الحائزة تشغيل الأسير بشرط مراعاة قدرته على العمل وسنه وجنسه ورتبته ورغبته في القيام به، بشرط ألا يشكل خطرا عليه كإزالة الألغام مثلا، وأن يحصل على مقابل مالي وفقا لرتبته<sup>3</sup>.

وينتهي الأسر بشكل اختياري أحيانا، وبشكل ملزم للدولة الحائزة أحيانا أخرى، فقد ينتهي بهروب الأسير، وهنا لا يجوز عقابه على فراره إذا وقع في الأسر مرة أخرى<sup>4</sup>، كما قد ينتهي الأسر لأسباب صحية فيعاد الأسير المريض مرضا ميؤوسا من شفائه إلى وطنه إن أراد ذلك، أو قد ينتهي الأسر بوفاته، وهنا تلتزم الدولة الآسرة بتدوين وصاياه وتستخرج له شهادة وفاة تتضمن معلوماته الشخصية وتفاصيل عن ظروف وفاته مع فتح تحقيق عن الوفاة إذا كانت غير طبيعية<sup>5</sup>. وقد يفرج عن الأسير مقابل تعهد معين منه، مع ملاحظة أنه لا يجوز إجباره على

<sup>1</sup>: راجع المواد من 20 إلى 25 من نفس الاتفاقية.

<sup>2</sup>: راجع المواد من 26 إلى 41 من نفس الاتفاقية.

<sup>3</sup>: راجع المواد من 60 إلى 67 من نفس الاتفاقية.

<sup>4</sup>: Maurice Torelli , Le droit international humanitaire, Presses universitaires de France, p 59-60.

Voir aussi ; Claude Pilloud, Protection des victimes des conflits armés-prisonniers de guerre- p127.

<sup>5</sup>: المواد 91...110 من الاتفاقية الثالثة.

أيضا: محمد حمد العسبلي، المرجع السابق، ص748 وما يليها.



حظر إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني ————— د. غبولي منى

إمضاء وقبول التعهد. كما قد يفرج عنه بنهاية الحرب بين الطرفين. وهنا لا يجوز مبادلته بعدد معين من الأسرى بل يجب إعادته فقط<sup>1</sup>.

## 2- الحماية الخاصة للأطفال الجنود الأسرى:

برغم حظر اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة، إلا أن اختراق هذا الحظر يوجب البحث عن قواعد حماية خاصة أكثر تعزيزاً من القواعد العامة التي تكفل للطفل الجندي المشارك في الحرب. ففي هذا الخصوص تنص المادة 77 ف 3 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 أنه: "إذا حدث في حالات استثنائية أن اشترك الأطفال ممن لم يبلغوا بعد سن الخامسة عشر في الأعمال العدائية بصورة مباشرة، ووقعوا في قبضة الخصم، فإنهم يظلون مستفيدين من الحماية الخاصة التي تكفلها هذه المادة سواء أكانوا أسرى حرب أم لم يكونوا". أي أنهم يتمتعون بحماية خاصة إما بوصفهم أسرى أو بوصفهم معتقلين مدنيين.

ب- 1- اعتبار الطفل المقاتل أسير حرب: كما ذكرنا آنفاً، فإنه لا يوجد مانع سنّي للتمتع بوصف أسير حرب، فالسن هنا عامل يبرر التمتع بمعاملة أفضل، فإذا أسر شخص ما دون الخامسة عشر، فلا يجب إدانته لمجرد حمله السلاح، ولا يتحمل أية مسؤولية عن مشاركته في الأعمال العدائية، لأنّ حظر مشاركته يقصد منها أطراف النزاع وليس الطفل في حد ذاته، فالمسؤولية تتحملها الدولة التي أشركته في النزاع.

ومن هذا المنطلق، يجب العمل على ضمان الحماية للطفل في حالة اعتقاله، وأن يحظى بمعاملة جيدة ذات أفضلية من ناحية الطعام واللباس والدواء والتشغيل<sup>2</sup>، كما يجب أن يتم أسرهم في أماكن منفصلة عن تلك المخصصة للبالغين، والعمل على تعليمهم على أساس ثقافتهم ودياناتهم الأصلية وتوفير الرعاية الصحية لهم<sup>3</sup>.

وبالنسبة لعودة الطفل الأسير إلى وطنه، فسنكون أمام احتمالين: فإما أن تطبق عليه قواعد انتهاء الأسر العامة، وبالتالي بانتهاء الحرب يعاد إلى وطنه شأنه شأن المقاتلين البالغين، وإما أن يستفيد من الاتفاقيات الثنائية التي قد تقوم دولته بعقدتها مع الطرف الآخر للنزاع والتي تقضي بعودة الأطفال مسبقاً نظراً لصغر سنّهم، والمنطقي هو أن الحماية الخاصة للطفل تقتضي تطبيق الاحتمال الثاني.

وفي هذا الإطار يمكن الإشارة إلى حالات إطلاق سراح أطفال جنود في بعض مناطق الصراع، فنذكر مثلاً إطلاق سراح 66 طفل مقاتل في محافظتي كيفو الشمالية و كيفو

<sup>1</sup>: محمد فهاد الشلالدة، المرجع السابق، ص 135-136، وأيضاً عبد الواحد محمد الفار، المرجع السابق، ص 390.

<sup>2</sup>: محمد النادي، "الأطفال الجنود في ظل القانون الدولي الإنساني"، في مجلة المستقبل العربي، العدد 437، جويلية 2015، مركز دراسات الوحدة العربية، ص 49.

<sup>3</sup>: المرجع نفسه.



حظر إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني ————— د. غبولى منى

الجنوبية في جمهورية الكونغو الديمقراطية منهم 12 طفل من قوات "المياي الكاسديين" وطفلة واحدة. و44 طفل من قوات "المياي المنغولية" وطفل من ائتلاف المقاومة الوطنية الكونغولية و9 أطفال من قوات المؤتمر الوطني للدفاع عن الشعب.

وتم ذلك بعد جهود مشتركة لثلاث بعثات مشتركة أرسلها قسم حماية الطفولة في بعثة منظمة الأمم المتحدة، ومنظمة اليونيسيف واللجنة المختلطة للسلم والأمن<sup>1</sup>.

كما صدر مرسوم رئاسي في السودان بالعفو عن الأطفال المقاتلين الذين شاركوا مع حركة العدل والمساواة في الهجوم على أم درمان في ماي 2008 وأسرتهم القوات المسلحة السودانية وكانوا حوالي 89 طفل مقاتل<sup>2</sup>.

ب- 2- اعتبار الطفل المعتقل مدنيا: إذا اعتقل الطفل المشارك في العمليات القتالية ولم يمنح وصف أسير الحرب، فيجب أن يعامل كشخص مدني محمي بموجب اتفاقيات جنيف 1949 ويجب أن يعامل معاملة خاصة تخميه من تعسف الدولة المعتقلة، وعليه يتعين على هذه الأخيرة مراعاة ما يلي:

إعالة الأطفال المعتقلين كما كان يعولهم آبائهم وتزويدهم بالفراش المناسب والغطاء الكافي بالمراعاة لجنسهم وحالتهم الصحية وأعمارهم، وكفالة تعليمهم وممارسة الأنشطة الرياضية والألعاب في الهواء الطلق<sup>3</sup>، كما يجب مراعاة سنهم عند تطبيق العقوبة التأديبية عليهم والمساواة لعقد اتفاقيات للإفراج عنهم وإعادةهم لأوطانهم أو إيوائهم في بلد محايد، ويجب أيضا لدى اعتقالهم وضعهم في أماكن احتجاز منفصلة عن البالغين<sup>4</sup>، إلا إن تعلق الأمر بالاعتقال رفقة الآباء، فهنا يحق لهم أن يقيموا معهم في نفس المكان مع توفير الظروف الملائمة لسنهم كالغذاء الإضافي، وملاحظة عامة، فإنهم لا يجوز عقابهم على اشتراكهم في العمليات العدائية ولا إصدار عقوبة الاعدام ضدهم، وإن صدرت بحجة أن الطفل مميز فلا تنفذ حتى بلوغه سن الرشد<sup>5</sup>.

وأخيرا يجب إطلاق سراح الأطفال المعتقلين فور انتهاء أسباب اعتقالهم، لأن القاعدة العامة هي أن الاعتقال مجرد إجراء استثنائي وأن الأطفال أبرياء ومن زجّ بهم في النزاع هو من يجب أن يحاسب.

<sup>1</sup>: المرجع نفسه، ص50.

<sup>2</sup>: راجع الوثائق التالية: UN .DOC.S/2008/218(2/4/2008),p15

UN.DOC.A/63/785-S/2009/158(26/3/2009)p 32.

<sup>3</sup>: راجع المواد 85 و 94 من اتفاقية جنيف الرابعة لحماية المدنيين 1949.

<sup>4</sup>: Yves Sandoz,op-cit,p 441.

<sup>5</sup>: Geraldine Van Bueren, The international law on the right of child, Martinus, Nijhoff, London, 1995, p 346.



## خاتمة:

باعتبار الأطفال مستقبل البشرية، فإنه يجب كفالة حمايتهم والحفاظ على حياتهم، وباعتبار أنه لا يد لهم في النزاعات المسلحة التي تدور من حولهم، فإنهم يجب أن يبقوا في منأى عن آثارها السلبية، فالأولى بالمجتمع الدولي الذي يناضل لحماية وترقية حقوق الانسان إذن، أن يناضل لأجل حماية الأطفال باعتبارهم الأقل قدرة جسمانية وعقلية عن الاشتراك في الحرب. ولقد خرجنا من هذا البحث بمجموعة نتائج نذكر منها:

\* أن القانون الدولي الإنساني يحظر اشراك الأطفال ما دون 15 سنة في كل أشكال الحروب؛  
\* أن الطفل يتمتع بالحماية العامة التي هي حماية مكفولة لأي شخص مدني خلال النزاعات المسلحة، وحماية خاصة لا يستفيد منها غيره باعتبار صغر سنّه، ما يكفل له حفظ حياته وحقوقه ؛

\* برغم الاتفاقيات العديدة التي اهتمت بتوفير الحماية للطفل الجندي من ويلات الحروب، إلا أن هذه الأخيرة غالبا ما تطمس معالم هذه الحقوق، وتجعله يدفع ثمن نزاع لادخل له في اندلاعه، كما أن الاتفاقيات الموجودة حاليا لا تضمن عدم اشراك الأطفال في النزاعات المسلحة بصورة قاطعة ونهائية؛

\* للمنظمات الدولية والحركات والجمعيات وغيرها من الفواعل على المستوى الدولي دور مهم جدا في تحقيق وضمان حماية الأطفال من التجنيد من خلال مراقبتها لسلوك الدول تجاه تنفيذ الاتفاقيات ذات الصلة، وكتابة تقارير بذلك، وليس أدل على ذلك ما توصلت إليه اللجنة الدولية للصليب الأحمر ومنظمة الأمم المتحدة بشرط توافر النية الصادقة للعمل الإنساني؛  
\* يمكن للاعلام النزيه أن يلعب دورا بارزا في حماية الأطفال من التجنيد من خلال توثيق الانتهاكات التي تحصل بالصوت والصورة وإيصال المعلومات للمجتمع الدولي عما يجري في مختلف مناطق العالم؛

\* أن تطبيق قواعد الحماية مرهون بإرادة الدول في كفالة احترامها، لأنها في النهاية لا تملك القوة الالزامية الكافية لمنع انتهاكها، فالانضمام للبروتوكولات الدولية يبقى دوما مسألة اختيارية .

وبناء على هذه النتائج، يمكن تقديم التوصيات التالية:

\* تجريم اشراك الأطفال في الحروب تجرّما قاطعا ونهائيا سواء كان اشتركا مباشرا أو غير مباشر، ويمكن هنا التعويل على المحكمة الجنائية الدولية التي تعتبر ذلك بمثابة جريمة حرب لكن بعد مراجعة المادة 8 ف2ب26 و البند 7هـ وتجريم الاشتراك غير المباشر بكل أنواعه ؛





حظر إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني ————— د. غبولي منى

\* دعوة الدول للمصادقة على بروتوكول 2000 دون أي تحفظات وتنفيذه بإرادة سليمة ونية صادقة، وكذا الامتثال لباقي قواعد اتفاقيات القانون الدولي الإنساني ذات الصلة؛

\* مطالبة الدول التي لازالت تشهد توترات بانتهاء خدمة الأطفال الذين لازالو تحت التجنيد والعمل على توفير الرعاية النفسية والتربوية اللازمة لهم وإعادةتهم إلى أوطانهم وإلى أحضان المجتمع المدني والعمل على تقديم ضمانات لعدم تكرار القيام بذلك؛

\* تفعيل دور الممثل الخاص للأمين العام للأمم المتحدة ومنحه سلطات أوسع للتبليغ عن انتهاكات قواعد حظر اشراك الأطفال في النزاعات المسلحة؛

\* تعديل بروتوكولي جنيف وبروتوكول 2000 لسد الثغرات المتعلقة باشراك الأطفال في الحروب بما يتناسب مع قواعد القانون الدولي الإنساني الحديثة.



## الفصل بين وظائف العمل القضائي الجزائري على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري

د. بودور مبروك جامعة مسيلة

### ملخص

يعتبر القضاء الجزائري (الجنائي) من المحطات الأكثر تقييدا لحرية الشخص وبمختلف الأشكال حتى أنه يمكن أن تنتهي هذه الحرية بالإعدام كأقصى حالة في التقييد. لذا كان لزاما الفصل بين وظائف العمل القضائي الجزائري من تحقيق. اتهام. ومحاكمة. لأن هذا الفصل يضمن استقلال القضاء في أحد أهم أوجهه وهو الحياد. فالفصل بين هذه الوظائف يحقق حياد القضاء كأشخاص وكسلطة وهو ما يساعد في حماية حقوق الإنسان وحيادته الأساسية.

### الكلمات المفتاحية:

القضاء الجزائري، التحقيق، الاتهام، المحاكمة، استقلال القضاء، حياد القضاء، العمل القضائي، الاجتهاد القضائي.

### summary

Penal judiciary is considered as one of the most restrictive stations to human beings freedoms in varous forms. As it may possibly end with a death sentence as an ultimate state of restriction -As- a matter of fact, it's quite compulsory to separate the different functions of the judicial work; investigation, indictment and trid, because this chapter guarantees and ensures the independence of judiciary and making it neutral.

Separating the different functions helps in the neutrality of the judiciary as individuals or as an authority which contributes in the protection of the human rights and freedoms.

### Key words:

Penal judiciary, investigation, indictment (accusation), trial, independence of judiciary, judicial work, jurisprudence.

### مقدمة:

استقلال القضاء أمر لا مناص منه كي تتحقق دولة القانون التي تحترم حقوق الإنسان وحيادته الأساسية. وهذا الاستقلال ليس مجرد مصطلح أو شعار يرفع وإنما هناك مجموعة من الشروط التي لا بد منها في سبيل ذلك الهدف. حيث أنه يمكن إجمالها في محورين اثنين فال محور الأول خارجي يتعلق بالقضاء باعتباره سلطة قائمة بذاتها ومنفصلة عن السلطتين التنفيذية والتشريعية. أما المحور الثاني فهو داخلي وخارجي في آن واحد وهو أن يكون القضاء محايدا.



وبالتمعن في المحور الثاني يمكن أن يستنتج الحياد من شقين اثنين أولهما حياد يتعلق بأشخاص العمل القضائي كالقاضي مثلا بأن يكون بعيدا عن أي انتماء سياسي أو أي توجه من شأنه أن يؤثر على عمله. أما الشق الثاني فهو الفصل بين وظائف العمل القضائي من تحقيق. اتهام. ومحاكمة. وأن تكون كل وظيفة متجردة لذاتها (محايدة) دون تدخل في عمل الوظيفتين الآخرين.

وهو ما سيكون موضوع دراستنا في هذا المقال العلمي والذي يحاول الإجابة عن الإشكالية التالية:

### هل حياد القضاء الجزائري يمر حتما عبر الفصل بين وظائفه الثلاث؟

حيث يظهر أن الفصل بين وظيفة التحقيق. ووظيفة الاتهام. ووظيفة الحكم من أهم أسباب حيدة القضاء نظرا للاختلافات الجوهرية فيما بينها سواء من حيث السلطة المباشرة لها أو من حيث مآلاتها وهذا من خلال دراسة تطبيقية على الاجتهاد القضائي الجزائري في حدود(60) اجتهادا للمجلس الأعلى الأسبق والمحكمة العليا فيما بعد. وقد قسمت الدراسة إلى ثلاثة أقسام رئيسية وهي:

#### المبحث الأول: الفصل بين وظيفة الحكم ووظيفة الاتهام

المطلب الأول: استثناءات ترد على مبدأ الفصل بين وظيفتي الحكم والاتهام

المطلب الثاني: حق غرفة الاتهام في التكييف طالما أنها لم تتعد على سلطة جهة الحكم

المبحث الثاني: الفصل بين وظيفة الحكم ووظيفة التحقيق

المطلب الأول: صلاحيات قاضي التحقيق التي تتماشى ومهامه

المطلب الثاني: قاضي التحقيق ملزم أثناء أداء مهامه باتباع القانون

المبحث الثالث: الفصل بين وظيفة التحقيق ووظيفة الاتهام

المطلب الأول: إعمال قاضي التحقيق السلطة التقديرية في أثناء مباشرته إجراءات التحقيق

المطلب الثاني: سلطة النيابة العامة في مباشرة بعض من إجراءات التحقيق

المطلب الثالث: صلاحيات غرفة الاتهام في التحقيق وما يرتبط به

#### المبحث الأول: الفصل بين وظيفة الحكم ووظيفة الاتهام

أخذت به محكمة النقض الفرنسية رغم عدم وجود نص على الفصل بين الوظيفتين. ليأتي لاحقا قانون الاجراءات الجزائية الفرنسي موجبا ضرورة عدم الجمع بين الوظيفتين. وقد نص قانون الاجراءات الجنائية المصري في المادة (247) صراحة على هذا المبدأ بأن حرم على القاضي أن ينظر في الدعوى إذا كان قد قام فيها بوظيفة النيابة العامة. أي أن يقوم بعمل من أعمال الاتهام كتكليف المتهم بالحضور أو تقديم الطلبات إلى قاضي التحقيق. وهو نفس الشيء الذي ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية. حيث قالت بأنه يمكن لعضو النيابة العامة أن يعمل



قاضيا في نفس المحكمة التي كان يشغل فيها منصب عضو النائب العام، و له الحق في أن ينظر في أية دعوى بشرط ألا يكون قد قام بأي عمل من أعمال النيابة العامة بشأن تلك الدعوى.<sup>1</sup> وهو ما جاء به الاجتهاد القضائي الجزائري حيث اعتبر أنه لا يمكن أن تخل غرفة الاتهام محل جهة الحكم،<sup>2</sup> و لا يصح أن يكون من ضمن قضاة الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي من شغل قبلا مهام النيابة العامة على مستوى المحكمة في نفس القضية ونفس التهمة.<sup>3</sup> مما جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا في هذا السياق ما نصه: "حيث فعلا أن الوجه المثار في محله عملا بمبدأ فصل النيابة عن جهة الحكم و التضارب بين الدورين اللذين يقوم بهما نفس القاضي يعود إلى أن قاضي النيابة الذي يتقدم بإجراءات من شأنها تدعيم التهمة تتكون لديه الفكرة الاتهامية الناجمة عن اقتناع شخصي فتلازمه هذه الفكرة فيتمسك بها و أنه من الصعب جدا أن يتخلص منها أو يتنازل عنها بل يدافع عنها عند الحاجة كلما أتيحت له الفرصة في ذلك و لا يتقلص موقفه هذا إذا انتقل من الهيئة الاتهامية إلى هيئة الحكم أضف إلى ذلك أن وجوده في جهة الحكم لا يطمئن إليه المتهم الذي تتكون لديه فكرة مسبقة بأن الحكم لا يصدر بدون شك لصالحه إذ يرى في هذا الشخص الذي قام بالأمس باتهامه وملاحقته طرفا خصما له. الأمر الذي يمس بمصلحة التقاضي و روح العدالة و من أجل ذلك ينقض القرار".<sup>4</sup>

لكن جاء في قرار آخر للمجلس الأعلى سابقا.<sup>5</sup> إجازة وجود قاضيين في تشكيلة الغرفة الجزائية و اللذين كانا قد جلسا أيضا في غرفة الاتهام في نفس القضية التي نظرت في طلب الإفراج المؤقت، حيث أن رئيس الغرفة الجزائية لمجلس البويرة هو نفسه رئيس المجلس كان يعلم

<sup>1</sup> - د أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص 306، 307.  
<sup>2</sup> - قضية (ج ع) ضد (ب ب) و (ن ع) ملف رقم 125535 قرار بتاريخ 10/10/1995، المجلة القضائية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر، عدد 2/1996، 1998، ص 162-164، حيث جاء فيه: "فإن غرفة الاتهام وهي جهة تحقيق ثانية ليس من اختصاصها أن تضع نفسها مقام المقدر لكفاية الأدلة المثبتة للتهمة أو صحتها أو عدم ثبوتها فمهمة غرفة الاتهام هي تقدير مدى كفاية الأدلة أو قيام الدلائل الكافية على الاتهام من عدمه و ما دام أن الطاعن قد صدر لصالحه قرار بالبراءة من تهمة السرقة التي وجهها له المدعو (ب بن ع) فإنه لا يجوز لغرفة الاتهام منعه من رفع دعواه طبقا لأحكام المادة (300) من قانون الإجراءات الجزائية و ليس لها أن تخل محل هيئات الحكم التي لها وحدها الاختصاص في تقرير ما إذا كان الحكم أو القرار الصادر لصالح المتهم لفائدة الشك لا يكون أساسا لرفع دعوى الوشاية الكاذبة"، وهو نفس ما ورد في قضية (ن ع) ضد حكم صادر ملف رقم 168183 قرار بتاريخ 28/07/1998، المجلة القضائية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر، عدد خاص 2003، ص 323-326 و ذلك لمخالفة نص المادة (260) ق إ ج.  
<sup>3</sup> - قضية (ف ع) ضد (ق ح . ن ع) ملف رقم 36897 قرار بتاريخ 04/02/1986، المجلة القضائية، قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر، عدد 4/1989، ص 316، 317.  
<sup>4</sup> - قضية (م ع) ضد (ن ع) ملف رقم 35722 قرار بتاريخ 04/02/1986، المجلة القضائية، قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر، عدد 4/1989، ص 313-315.  
<sup>5</sup> - قضية (ع م) ضد (ن ع) و (ع س) ملف رقم غير واضح قرار بتاريخ 07/06/1983، المجلة القضائية، قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر، عدد 1، بدون تاريخ، ص 345-348.



بالأمر و ذلك نظرا لحالة الضرورة المتمثلة في غياب كبير للقضاة بسبب العطلة الصيفية و بعد أخذ إذن من رئيس الغرفة الجزائرية للمستشارين اللذين ينطبق عليهما نص المادة (554) ق إ ج. لكن السؤال هو من يضمن أنه بالفعل لا يوجد إخلال بحقوق الدفاع و أن القناعة تشكلت منذ توجيه الاتهام على مستوى غرفة الاتهام لذا فمن المستحسن إعادة النظر في هذه المادة. ولا يعد خرقا للقانون العسكري بموجب المادة (13) من قانون القضاء العسكري.<sup>1</sup> وبخلاف ما جرت عليه المحاكم الجنائية المدنية فإنه لا إشكال في فصل نفس الرئيس ومساعديه في قضية أمام محكمة عسكرية سبق النظر فيها كغرفة اتهام بنفس التشكيلة. كما أنه لا يمكن التمسك بمبدأ عدم جواز تجزئة النيابة العامة لمنع القاضي من نظر الدعوى بحجة أن زملاء له في النيابة العامة عندما كان عضوا فيها قد مارسوا وظائف النيابة العامة في ذات الدعوى. وبالتالي ينسحب الحظر إليه أيضا رغم عدم مشاركته في تلك الدعوى عينها.<sup>2</sup> و في هذا الإطار نص المبدأ (10) من المبادئ التوجيهية بشأن استقلال أعضاء النيابة العامة على أن تكون مناصب أعضاء النيابة العامة منفصلة تماما عن الوظائف القضائية. فيما اعترف المبدأ(3) أن أعضاء النيابة العامة هم أطراف أساسية في مجال إقامة العدل.

و نص المبدأ(11) على دور أعضاء النيابة العامة في الإجراءات كما يلي:

" يؤدي أعضاء النيابة العامة دورا فعالا في الإجراءات الجزائية. بما في ذلك بدء الملاحقة القضائية. والاضطلاع ضمن ما يسمح به القانون أو يتماشى مع الممارسة المحلية. بالتحقيق في الجرائم و الإشراف على تنفيذ قرارات المحاكم. و ممارسة مهامهم الأخرى باعتبارهم ممثلين للصالح العام".

#### المطلب الأول: استثناءات ترد على مبدأ الفصل بين وظيفتي الحكم والاتهام

قد يلحق بهذا المبدأ بعض الاستثناءات التي تفرضها بعض الظروف الطارئة كوقوع جريمة في جلسة محكمة فقد يصدر رئيس المحكمة أمرا بإحالة المتهم إلى النيابة العامة ويأمر بالقبض عليه عند الاقتضاء بحسب المادة (2/344) من قانون الاجراءات الجنائية المصري. وقد يحدث إخلال بمبدأ الحياد. تحت ضغط الظروف الطارئة ومثال ذلك ما نص عليه قانون الاجراءات الجزائية الفرنسي في المادة (321). في حال وقوع إخلال بالنظام من أحد الحاضرين في جلسة محكمة الجنايات يأمر القاضي بإخراجه. فإن قاوم الأمر تمت محاكمته.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - قضية (ش ه) ضد وكيل الجمهورية العسكري ملف رقم 573989 قرار بتاريخ 2009/03/18. مجلة المحكمة العليا. قسم الوثائق. الجزائر. عدد 2010/1. ص 264-267.

<sup>2</sup> - د. أحمد فتحي سرور المرجع السابق. ص 306. 307.

- د. علي فضل البوعينين. ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة. دار النهضة العربية. مصر 2006. ص 200.

<sup>3</sup> - د. أحمد فتحي سرور المرجع نفسه. ص 307. 308.

- د. علي فضل البوعينين. المرجع السابق ص 200. 201.



وهو ما أشارت إليه أيضا المواد (567-571) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بشأن الجرائم التي ترتكب أثناء الجلسات والتي يعطى فيها لرئيس الجلسة صلاحية تحرير محضر عنها وبعد سماع أقوال المتهم والشهود و النيابة العامة و الدفاع عند الاقتضاء، بأن يصدر الحكم فيها مباشرة بخصوص الجناح أو المخالفات التي ترتكب في جلسة المحكمة أما إذا كانت هناك جنائية في جلسة محاكمة أو مجلس قضائي فإنه ينبغي تحرير محضر قضائي واستجواب الجاني وتحويله إلى وكيل الجمهورية لأجل فتح تحقيق.

وجاء في قضاء المجلس الأعلى أنه يجوز للمجلس القضائي إذا كان الأمر متعلقا بجنحة من جنح القانون العام و كانت العقوبة المقضي بها لا تقل عن سنة حبسا فلهم الحق في إيداع المتهم الحبس أو القبض عليه بشرط أن يصدر القرار مسببا وفقا لما تنص عليه المادة (1/358) ق.إ.ج.<sup>1</sup>

وأیضا لا يعتبر تدخلا بين جهة الاتهام وجهة الحكم ما ورد في المادة (180) من ق.إ.ج إذا رأى النائب العام أن أي دعوى منظورة أمام أية محكمة عدا محكمة الجنايات و أنها وفقا للوقائع المطروحة يمكن تكييفها على أنها جنائية، فله الحق قبل فتح باب المرافعة الأمر بإحضار الأوراق و تقديمها مع طلباته إلى غرفة الاتهام.

### المطلب الثاني: حق غرفة الاتهام في التكييف طالما أنها لم تتعد على سلطة جهة الحكم

لا يعتبر تداخلا بين جهة الاتهام و جهة الحكم ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها بأن الأصل أن غرفة الاتهام هي المختصة في الطلبات العارضة المتعلقة بتنفيذ الأحكام الجنائية وبالتالي تحديد العقوبة الواجبة التنفيذ من ضمن ما صدر من العقوبات و هو ما لم يحصل حيث قضت غرفة الاتهام بأنها غير مختصة و هو ما شكل خرقا للقانون.<sup>2</sup> لكن لا يجوز للنيابة العامة جدولة القضية مرة أخرى أمام غرفة الاتهام في حالة القضاء بعدم الاختصاص النوعي من قبل جهة الحكم الجزائري حتى يصبح الحكم بعدم الاختصاص نهائيا.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - قضية (ق أ) ضد (ب م) و (ن ع) ملف رقم 30345 قرار بتاريخ 1984/12/25. المجلة القضائية، قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر، عدد 1989/4، ص 300.  
- و هو نفس ما جاء به قرارا المحكمة العليا في قضية (س ع) ضد (م ج) ملف رقم 126322 قرار بتاريخ 1996/07/16، المجلة القضائية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر، عدد 1997/2، 1999، ص 199-201.  
و قضية (ق م) ضد (غ ف) و النيابة العامة ملف رقم 210127 قرار بتاريخ 2000/10/25، المجلة القضائية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر، عدد خاص الجزء (1) 2002، ص 97-99.  
<sup>2</sup> - قضية (ن ع) ضد (ي م) ملف رقم 227463 قرار بتاريخ 1999/06/13، المجلة القضائية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر، عدد خاص 2003، ص 308-311.  
<sup>3</sup> - قضية (ص ع) ضد إدارة الضرائب و النيابة العامة ملف رقم 700979 قرار بتاريخ 2010/12/23، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، الجزائر، عدد 2012/1، ص 393-396.



كما لا يعتبر تدخلا بين سلطة الاتهام و المحكمة تكييف غرفة الاتهام لوقائع بأنها لا تشكل جنائية و لا جنحة و لا حتى مخالفة و أن تأمر بالأوجه للمتابعة، والعكس إذا رأت أن الوقائع المنسوبة إلى المتهم تكون جريمة لها وصف الجنائية فلها الحق بإحالة المتهم إلى محكمة الجنايات وهو ما جاء في المادتين (195، 197) من ق.إ.ج.

وقد جاء في قرار المحكمة العليا أن لغرفة الاتهام سلطة تقدير الوقائع ولها كامل السلطة والصفة في تقدير القصد أو سوء النية الذي يضي على الفعل الطابع الجنائي أو ينزعه عنه.<sup>1</sup>

لكن يجب أن يكون قرار غرفة الاتهام مقبولا منطقيا و قانونا و ألا يكون متناقضا والحكم.<sup>2</sup> وفي هذا الإطار جاء في قرار للمحكمة العليا بأنه في حال تحديد غرفة الاتهام لأي تكييف قانوني لأية جريمة فإنه لا بد عليها من تحليل عناصرها و استظهار الأعباء و التكييف الصحيح و عدم الاكتفاء بالقول أن أركان الجريمة منعدمة و أنه لا يجوز لها أي وصف قانوني.<sup>3</sup> ولقضاة غرفة الاتهام السلطة التقديرية في مناقشة الأدلة و موازنتها و ترجيح ما اطمأنوا إليه و لما كان قضاؤهم في قضية الحال قائما على أسباب مستساغة قانونا بحسب المجلس الأعلى (سابقا) وتؤدي إلى النتيجة المرجوة منها فإنه لا يمكن قبول طعن النائب العام المؤسس على مناقشة و تقدير الوقائع.<sup>4</sup>

لكن مع هذا جاء في مبدأ للمحكمة العليا ما يلي: "قضاء التحقيق لا يبحث فيما إذا كان المتهم مدانا بالجرم المنسوب إليه من باب أن ترجيح الإدانة هو مقياس الاتهام و الجزم باليقين هو مقياس الحكم.

يتعين على غرفة الاتهام استعمال صيغة الإمكان و الترجيح و ليس ما يفيد اليقين و الفصل في الموضوع قبل المحاكمة".<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - قضية (ن ع) ضد (ع ف) و من معه ملف رقم 227528 قرار بتاريخ 1999/12/21. المجلة القضائية. قسم الوثائق للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد خاص 2003، ص 199-201.

<sup>2</sup> - قضية النائب العام ضد (م م) ملف رقم 267858 قرار بتاريخ 2001/05/29. المجلة القضائية. قسم الوثائق للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد خاص 2003، ص 269-271.

<sup>3</sup> - قضية (م س) ضد (ح ه) و النيابة العامة ملف رقم 248289 قرار بتاريخ 2000/11/14. المجلة القضائية. قسم الوثائق للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد خاص 2003، ص 170-174.

<sup>4</sup> - قضية (ن ع) ضد (ب م) ملف رقم 41008 قرار بتاريخ 1984/11/20. المجلة القضائية. قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد 1989/3، ص 228، 229.

<sup>5</sup> - قضية (ن ع). (ب أ). (ع ح). (ك ب) ضد النيابة العامة ملف رقم 764099 قرار بتاريخ 2011/11/17. مجلة المحكمة العليا. قسم الوثائق. الجزائر. عدد 2012/1، ص 407-410.





وفي هذا الباب أيضا فلغرفة الاتهام سلطة و صفة تقدير حجية الاعتراف،<sup>1</sup> لكن أي استعمال لغرفة الاتهام لسلطتها التقديرية في تكييف الوقائع لا يجب أن يخالف نص المادة (32) ق.ع. وذلك بإعادة تكييف الفعل من الوصف الأشد ( جناية الاستيراد و المتاجرة بالذخيرة ) إلى وصف أخف و هو جنحة استيراد البارود الأجنبي.<sup>2</sup>

وإذا أخطأت غرفة الاتهام في أثناء تكييفها و أعطت نصا قانونيا مغايرا فإن المحكمة الجنائية غير ملزمة باتباعه، بل يجب على المحكمة ذكر النص الواجب تطبيقه حقيقة على الواقعة.<sup>3</sup>

و غرفة الاتهام عند إحالة القضية إلى محكمة الجرح و الجنابات فإنها غير ملزمة بضرورة توفير دليل قطعي بل يكفي فقط أن توجد مجموعة من القرائن تؤدي إلى الاعتقاد على ارتكاب الشخص المتهم للفعل المنسوب إليه و الذي يبحث في مدى جدية و قطعية الدليل هي المحكمة المحال إليها القضية.<sup>4</sup>

وفي حالة وجود خبرات طبية متناقضة جاء في مبدأ أقرته المحكمة العليا بأنه من الأفضل ترك تقديرها لجهة الحكم.<sup>5</sup>

ومن اللازم على غرفة الاتهام إذا رأت أن الأفعال لا تشكل لا جنابة و لا جنحة و لا حتى مخالفة أو لا تتوافر دلائل كافية لإدانة المتهم، فعليها وجوبا إصدار حكمها بالأ و وجه للمتابعة بموجب المادة (195) ق.ع.ج. ولا يجوز للطعن المدني الطعن بالنقض في قرار غرفة الاتهام القاضي

<sup>1</sup> - قضية النائب العام و من معه (ع ب و ز و د) ضد (س ع و من معه) ملف رقم 60403 قرار بتاريخ 1988/12/20. المجلة القضائية. قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد 4/1990. ص 227-230.

<sup>2</sup> - قضية النيابة العامة ضد (ع ب) (م ن) ملف رقم 630518 قرار بتاريخ 2009/12/17. مجلة المحكمة العليا. قسم الوثائق. الجزائر. عدد 1/2010. ص 279-282.

<sup>3</sup> - قضية (ع م) ضد (ن ع) ملف رقم 270923 قرار بتاريخ 2001/07/24. المجلة القضائية. قسم الوثائق للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد خاص 2003. ص 185-187.

<sup>4</sup> - قضية (ن س) ضد النيابة العامة ملف رقم 415232 قرار بتاريخ 2006/07/19. مجلة المحكمة العليا. قسم الوثائق. الجزائر. العدد 2/2006. ص 495-497. وهو نفس ما ورد في قضية النائب العام ضد (ع ح) ومن معه ملف رقم 336676 قرار بتاريخ 2004/12/29. مجلة المحكمة العليا. قسم الوثائق. الجزائر. عدد 1/2005. ص 353-357.

وأيضا ورد في قضية (ع ح) ومن معه ضد النيابة العامة ملف رقم 351801 قرار بتاريخ 2005/07/20. مجلة المحكمة العليا. قسم الوثائق. الجزائر. عدد 2/2007. ص 497-500. وكذلك في قضية (ش ج بن غ ط) ضد النيابة العامة ملف رقم 336330 قرار بتاريخ 2005/06/22. مجلة المحكمة العليا. قسم الوثائق. الجزائر. عدد 1/2005. ص 349-352.

<sup>5</sup> - قضية النيابة العامة و (ح و) ضد (د ع) ملف رقم 679593 قرار بتاريخ 2010/07/22. مجلة المحكمة العليا. قسم الوثائق. الجزائر. عدد 2/2011. ص 361-365.

<sup>6</sup> - قضية (س ع ي) ضد (م ع ن ع) ملف رقم 53150 قرار بتاريخ 1989/02/14. المجلة القضائية. قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد 4/1991. ص 253-255.



بألا وجه للمتابعة ما لم يكن هناك طعن من النيابة العامة أو كان القرار غير مستوف للشروط القانونية تطبيقا لنص المادة (497) ق إ.ج.<sup>1</sup>

### المبحث الثاني: الفصل بين وظيفة الحكم و وظيفة التحقيق

وذلك منعا للقاضي المكلف بالفصل في الدعوى من تكوين فكرة شخصية مسبقة إن كان هو نفسه الذي قام بإجراءات التحقيق وإحالته إلى المحكمة بعد ذلك ولا فرق سواء قام بكل التحقيق أو بجزء منه فقط. لأنه من غير المقبول أن يكون القاضي في دعوى واحدة هو قاضي الإحالة وقاضي الحكم فيما بعد. لأن حكمه سيكون مشموولا بالبطلان. لكن في المقابل لا يسري هذا الحظر إذا قام القاضي بأحد الأعمال الولائية أثناء التحقيق الابتدائي و بعد ذلك يكون هو قاضي الحكم. لأنه في أثناء التحقيق لا يعتبر ملما و مطلقا على الملف بشكل يجعله يكون عقيدته منذ تلك اللحظة عن الملف محل المنازعة.<sup>2</sup>

و هو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة (1/38) ق.إ.ج حيث نصت على أن: "تناط بقاضي التحقيق إجراءات البحث والتحري و لا يجوز له أن يشترك في الحكم في قضايا نظرها بصفته قاضيا للتحقيق و إلا كان ذلك الحكم باطلا". و هو ما أكدته كذلك قرار صدر للمجلس الأعلى للقضاء.<sup>3</sup>

و قد جاء في المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا ما نصه: "يجوز للقاضي الذي نظر القضية بوصفه قاضيا للتحقيق أو عضوا لغرفة الاتهام الجلوس مثلا للنياحة العامة عند الفصل فيها أمام محكمة الجنايات".<sup>4</sup>

ويعتبر مبدأ الفصل بين وظيفة الحكم و وظيفة التحقيق ضمان حياد القاضي وفي نفس الوقت ضمان لقرينة براءة المتهم. فقيمة المبدأ الدستوري تنبع من كونه نتاج لمبدأين دستوريين هما حياد القاضي وقرينة البراءة.

<sup>1</sup> - قضية (ط م) ضد (ه ب) و (ن ع) ملف رقم 45552 قرار بتاريخ 1987/03/24. المجلة القضائية. قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد 1990/3. ص 220. 221.

<sup>2</sup> - د. أحمد فتحي سرور. المرجع السابق. ص 309.

<sup>3</sup> - قضية (ح ج) و من معه ضد (ن ع) ملف رقم 48744 قرار بتاريخ 1988/07/12. المجلة القضائية. قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد 1990/3. ص 282. 283.

<sup>4</sup> - قضية النيابة العامة و (ب م) ضد (ع أ) ملف رقم 613513 قرار بتاريخ 2010/05/20. مجلة المحكمة العليا. قسم الوثائق. الجزائر. ط2/2010. ص 311 - 315.

أما القرار فقد جاء كما يلي: "عن الوحه المثار من الطاعن بفرعيه الأول و الثاني:

حيث أن ما ينهه الطاعن بالنقض في وجه طعنه مردود عليه لأن المادة (260) ق إ.ج المدفوع بها صرخة بحيث جاء فيها لا يجوز للقاضي الذي نظر القضية بوصفه قاضيا للتحقيق أو عضوا بغرفة الاتهام أن يجلس للفصل فيها بمحكمة الجنايات و بالتالي فإن ما نصت به المادة يخص قاضي الحكم أي بمعنى لو كان المدعو زروقي سعد الذي نظر في الملف كقاضى التحقيق و كان ضمن قضاة الحكم يجوز الدفع بأحكام المادة (260) ق إ.ج. إلا أن زروقي سعد مثل النيابة العامة و بالتالي فإن المادة (260) ق إ.ج لا تخصه لأنه لا يعد من قضاة الحكم الذي نظروا الدعوى و تداولوا فيها و عليه فإن المادة (260) ق إ.ج لا تنطبق على قضاة النيابة العامة و كان على الدفاع أن يتنبه لذلك لأنها مسألة بديهية بما استوجب استبعاد الفرع الأول لعدم تأسيسه".



### المطلب الأول: صلاحيات قاضي التحقيق التي تتماشى ومهامه

لا يعد خروجاً عن مبدأ الفصل بين وظيفتي الحكم والتحقيق ما ورد في المواد (117-122) من قانون الاجراءات الجنائية المصري بإعطاء صلاحيات لقاضي التحقيق في أن يصدر حكماً على الشهود عند امتناعهم عن أداء الشهادة أو عن حلف اليمين لأن الفصل المطلوب هو الذي يتعلق بذات الدعوى والتي يشترط فيها وحدة الخصوم والسبب و هو ما لا يتوفر في الدعوى التي يحق بشأنها قاضي التحقيق سواء من حيث الخصوم أو من حيث السبب. ولقاضي الحكم مطلق الحرية في تكوين عقيدته واقتناعه. فهو ليس ملزم بالأدلة الواردة في التحقيق الابتدائي فقد تظهر أدلة جديدة في جلسة الحكم فله أن يأخذ بها بحسب المادة (302) من قانون الاجراءات الجنائية المصري. و له أن يعدل التهمة بإضافة وقائع جديدة لها حتى يعطي لها الوصف القانوني الصحيح إذا كانت هذه الوقائع قد ثبتت في أثناء التحقيق الابتدائي حسب نص المادة (308) من قانون الاجراءات الجنائية المصري.<sup>1</sup>

ولا يعتبر في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ما يقوم به قاضي التحقيق تدخلاً في وظيفة الحكم إذا أتى بأي عمل من الأعمال التالية:

فبحسب المادة (40) مكرر 5 ق إ ج و المادة (5/47) ق إ ج فإن اتخاذ أي إجراء تحفظي أو تدبير أمن أو حجز الأموال المتحصل عليها من الجريمة سواء كان الإجراء الذي قام به قاضي التحقيق تلقائياً أو بناء على طلب النيابة العامة.

كما يمكن لقاضي التحقيق بحسب قرار للمجلس الأعلى سابقاً بما لا يتعارض مع وظيفته و بما لا يخالف أو يتدخل في وظيفة الحكم أن يعمل سلطته في تقدير مبلغ مصاريف الدعوى الذي يودعه المدعي المدني حتى تقبل شكواه وفقاً للمادة (75) ق إ ج. و يعتبر رفض قاضي التحقيق للدعاء المدني بعد إيداعه للمصاريف القضائية مخالفاً للقانون.<sup>2</sup>

كما تنص المادة (2/97) ق إ ج على أنه في حال لم يحضر الشاهد يجوز للقاضي إحضاره جبراً بناء على طلب وكيل الجمهورية والحكم عليه بغرامة من 200 إلى 2000 دج. ويستطيع قاضي التحقيق أن يأمر من تلقاء نفسه بالرقابة القضائية و له الأمر كذلك برفعها سواء من تلقاء نفسه أو بعد طلب يوجهه إليه وكيل الجمهورية أو من المتهم بعد استشارة وكيل الجمهورية بموجب المادتين (125 مكرر 1 و 2) ق إ ج.

<sup>1</sup> - د. أحمد فتحي سرور المرجع السابق. ص 309. 310.

- د. علي فضل البوعينين. المرجع السابق. ص 199. 200.

<sup>2</sup> - قضية (أ م) ضد (ل ز) ملف رقم 56526 قرار بتاريخ 1989/05/23. المجلة القضائية. قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد 1991/4. ص 287 - 289.



ويستطيع قاضي التحقيق إصدار أمر بالألا وجه للمتابعة إذا رأى في الوقائع أنها لا تكون جنابة أو جنحة أو مخالفة بحسب نص المادة (1/163) ق إ ج. والمتهم الذي صدر في حقه الأمر بالألا وجه للمتابعة لا يجوز متابعته على ذات الواقعة إلا في حال ظهور أدلة جديدة بحسب نص المادة (1/175) ق إ ج.

ووفقا للمادة (167) ق إ ج فإنه يجوز إصدار أوامر تتضمن بصفة جزئية ألا وجه للمتابعة المتهم و يجوز هذا الأمر حجية الشيء المقضي به.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: قاضي التحقيق ملزم أثناء أداء مهامه باتباع القانون

لا يجوز الأمر برفض التحقيق بل يجب على قاضي التحقيق حول الوقائع المدعى بها توجيه الاتهام و في حال عدم ثبوت الجريمة يمكنه إصدار أمر بانتفاء وجه الدعوى.<sup>2</sup> ويتعين على قاضي التحقيق عند بدء إجراء التحقيق بموجب أمر من هذا الأخير فإنه يتعين عليه إكماله ففي قضية الحال و بعد أن أصدر قاضي التحقيق أوامر باستجواب الأطراف وبالرغم من عدم اكتمال التحقيق أصدر أمرا آخر برفض التحقيق و ساندته في ذلك غرفة الاتهام بقرار غير مسبب، و كان له حسب المحكمة العليا في حال عدم وجود أدلة كافية ضد المتهم أن يصدر أمرا بالألا وجه للمتابعة.<sup>3</sup>

حيث أنه بموجب المادة (173) ق إ ج فإنه يجوز للمدعي المدني أن يستأنف أوامر قاضي التحقيق أمام غرفة الاتهام فيما يخص عدم إجراء تحقيق أو الأمر بالألا وجه للمتابعة إذا كانت تمس بحقوقه المدنية و لا يهمل الطرف المدني المستأنف حتى و لو كان حدثا فإنه ينبغي على غرفة الاتهام إجابته.<sup>4</sup>

### المبحث الثالث: الفصل بين وظيفة التحقيق ووظيفة الاتهام

الأصل هو الفصل بين وظيفتي التحقيق ووظيفة الاتهام. لكن قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي ووفقا لاعتبارات عملية أعطى للنياحة العامة صلاحية مباشرة بعض إجراءات التحقيق مع المتهم المقبوض عليه في حالة تلبس حسب المادة (70)، و من جهة أخرى سمح

<sup>1</sup> - قضية (ب س) ضد النياحة العامة ملف رقم 44591 قرار بتاريخ 1988/01/05. المجلة القضائية. قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد 1990/2. ص 284، 285.

<sup>2</sup> - قضية (ب ن) و (ب ف ز) النياحة العامة ملف رقم 306989 قرار بتاريخ 2003/05/27. المجلة القضائية. قسم الوثائق للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد 2003/2. ص 333 - 336.

<sup>3</sup> - قضية (ب ن) ضد (ع) ملف رقم 399475 قرار بتاريخ 2006/10/18. مجلة المحكمة العليا. قسم الوثائق. الجزائر. عدد 2007/1. ص 563 - 566.

و هو ما جاء في قضية (ف ع) ضد النياحة العامة و من معها ملف رقم 307075 قرار بتاريخ 2003/05/27. المجلة القضائية. قسم الوثائق للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. العدد 2003/2. ص 340 - 342.

<sup>4</sup> - قضية النائب العام لدى مجلس قضاء باتنة ضد غرفة الحدات بنفس المجلس ملف رقم 73251 قرار بتاريخ 1990/04/24. المجلة القضائية. قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. العدد 1991/4. ص 265 - 267.



قانون الاجراءات الجزائية الفرنسي في المادة (72) منه لقاضي التحقيق أن يباشر التحقيق من تلقاء نفسه وبدون طلب من النيابة وذلك في جرائم التلبس، و حسب المادة (3/80) من قانون الاجراءات الجزائية الفرنسي فإن لقاضي التحقيق أن يتهم أشخاصا آخرين في الواقعة التي طلبت منه النيابة العامة التحقيق فيها، و لا يحصر التحقيق فقط مع المتهم بالواقعة الإجرائية و الذي طلبت النيابة العامة التحقيق معه فيها بل يستطيع أن يتجاوز ذلك لانتهام أشخاص آخرين. كما أجاز القانون لغرفة الاتهام أن تتصدى لوقائع و لأشخاص غير الذين وردوا في طلبات النيابة العامة (201، 202، 204، 206) من نفس القانون السابق.<sup>1</sup>

وللنيابة العامة في الجزائر حق ممارسة إجراءات المتابعة في حالة التلبس و هذا يدخل ضمن اختصاصها و سلطتها و لا يجوز أن يعقب على ذلك.<sup>2</sup>

### المطلب الأول: إعمال قاضي التحقيق السلطة التقديرية في أثناء مباشرته إجراءات التحقيق

ما جاء في اجتهاد المجلس الأعلى سابقا أنه أعطي لقاضي التحقيق حق الاختيار في إعادة تمثيل الجريمة من عدمه و ذلك بحسب حاجة الدعوى إليه.<sup>3</sup>

كما يمكن لقاضي التحقيق إجراء الاستجواب الإجمالي في المواد الجنائية من عدمه طبقا لنص المادة (108) ق إ ج ذات الصياغة باللغة العربية.<sup>4</sup>

أما إذا رأى قاضي التحقيق أنه لا داعي للقيام بالإجراء الذي طلبه منه وكيل الجمهورية فعليه حينها إصدار قرار مسبب خلال الخمسة أيام التالية للطلب بحسب المادة (69) ق إ ج، و بحسب المحكمة العليا فإن إحضار صحيفة السوابق القضائية للمتهم قبل إحالته على المحكمة لا يعد إجراء قضائيا يستوجب إصدار أمر مسبب و إنما يتعلق بتشكيل ملف يمكن اتخاذه في أية مرحلة تكون عليها الدعوى.<sup>5</sup>

لكن لا يستطيع قاضي التحقيق من تلقاء نفسه أن يجري تحقيقا تكميليا دون إنابة من غرفة الاتهام بحسب المادة (190) من ق إ ج.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - د أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 313، 314.

<sup>2</sup> - قضية حمل رقم 47087 قرار بتاريخ 1991/02/05، المجلة القضائية، قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر، عدد 1/1992، ص 206-209.

<sup>3</sup> - قضية النائب العام و من معه (ع ب و ز و د) ضد (س ع و من معه) ملف رقم 60403 قرار بتاريخ 1988/12/20 عدد 4/1990، ص 227-230.

<sup>4</sup> - قضية (ش أ) ضد النيابة العامة ملف رقم 606449 قرار بتاريخ 2009/07/15، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، الجزائر، عدد 2011/1، ص 349-352.

<sup>5</sup> - قضية النائب العام المساعد لدى مجلس قضاء جيجل ضد (ق ع) ملف رقم 121527 قرار بتاريخ 1994/02/15، المجلة القضائية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر، العدد 1/1996، 1998، ص 200، 201.

<sup>6</sup> - قضية (م غ) ضد (مجهول و النيابة العامة) ملف رقم 72929 قرار بتاريخ 1990/11/20، المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر، العدد 4/1992، ص 176-178.



و لا تستطيع غرفة الاتهام القضاء بعدم اختصاصها في طلبات النيابة العامة الهادفة إلى تحديد هوية المتهم الحقيقية باعتبارها الجهة المخولة قضائيا في الفصل في الإشكال في تنفيذ الأحكام الجنائية.<sup>1</sup>

ولقاضي التحقيق القدرة على تقدير الأدلة بشأن إحالة المتهم إلى المحاكمة أو لا. لكن في فرنسا فإجراءات التحقيق قد لا يمارسها قاضي التحقيق بنفسه بل قد يندب ضابط الشرطة القضائية في بعض الإجراءات. وتقدير قاضي التحقيق يخضع لرقابة غرفة الاتهام. كما أن للمحكمة أن تقرر استكمال إجراءات التحقيق بأن تفوض أحد أعضائها لذلك. وبالرغم من أن إجراءات التحقيق لا يقوم بها في الأصل إلا قاضي التحقيق لأنها إجراءات ماسة بالحرية ولا يجوز أن ينتدب غيره. إلا أن المجلس الدستوري الفرنسي اعتبر هذا الندب صحيحا لأن تقدير الدليل في النهاية يعود لقاضي الحكم وأي إجراء قد يمس بحرية الشخص لن يتخذه غير قاضي الحكم.<sup>2</sup>

والقاضي لا يستطيع إصدار أمر بالأ وجه لإقامة الدعوى إلا بعد أن يمحس جميع الأدلة وفيما إذا كانت تشكل جريمة ليتابع في شأنها المتهم أو لا. لكن ألا يقوم قاضي التحقيق باستجواب المتهم ولم يكمل إجراءات التحقيق حتى نهايتها فإنه لا يمكنه إصدار أمر بانتفاء وجه الدعوى الذي ينبغي أن يكون مؤسسا بعد تقدير الوقائع ومدى ثبوتها.<sup>3</sup>

كما يجوز لقاضي التحقيق الذي رخص بإجراء عملية التسرب أن يأمر في أي وقت شاء بوقف العملية حتى قبل انقضاء مدتها (65 مكرر 5/15) ق.إ.ج. لكن حتى ولو كانت الجناية أو الجثة متلبسا بها فإنه لا يستطيع قاضي التحقيق إجراء أي تحقيق إلا بعد طلب من وكيل الجمهورية لمباشرته. ويملك قاضي التحقيق سلطة توجيه الاتهام للشخص بصفته فاعلا أو شريكا في الجريمة المرتكبة (3، 1/67) من ق.إ.ج. ، وإن تعذر على قاضي التحقيق مباشرة جميع الإجراءات بنفسه جاز له ندب ضابط شرطة قضائية بشرط أن يراجع بنفسه جميع ما قام به الضابط من اجراءات (7، 6/68) ق.إ.ج.

ولا يعتبر تدخلا في سلطة الاتهام إصدار قاضي التحقيق لأمر إحضار المتهم أو إيداعه السجن أو بإلغاء القبض عليه بحسب المادة (1/109) ق.إ.ج. كما يستطيع قاضي التحقيق ألا يلبي طلب وكيل الجمهورية و لو كان مسببا والذي يهدف إلى حبس المتهم مؤقتا. وفي هذه

<sup>1</sup> قضية (ن ع) ضد (ب ه) ملف رقم 246173 قرار بتاريخ 2000/07/11. المجلة القضائية. قسم الوثائق للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد خاص 2003. ص 639.

<sup>2</sup> في مصر و الكويت واليابان النيابة العامة هي من تختص بالتحقيق بينما في فرنسا عين لهذا الغرض قاضي التحقيق ومثله القانون الألماني والقانون الإيطالي والجزائري د. أحمد فتحي سرور. المرجع السابق. ص 312، 315.

<sup>3</sup> قضية (م خ) ضد (ع خ والنيابة العامة) ملف رقم 120469 قرار بتاريخ 1994/03/01. المجلة القضائية. قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد 1994/3. ص 251-254.





الحالة يمكن للنيابة العامة أن تستأنف أمام غرفة الاتهام ويجب أن تفصل هذه الأخيرة في أجل لا يتعدى 10 أيام بحسب ما جاء في المادة (2/118) ق.إ.ج. ويجوز أيضا لقاضي التحقيق أن يطلب من غرفة الاتهام تمديد الحبس المؤقت في مادة الجنايات في أجل شهر قبل انتهاء المدة القصوى للحبس بموجب المادة (4/1-125) ق.إ.ج من الأمر رقم 02/15.

وجاء في قرار للمحكمة العليا أن النيابة العامة ممثلة في وكيل الجمهورية استأنفت أمر قاضي التحقيق لرفضه إصدار أمر بحبس المتهمين (ب و) (م م) أمام غرفة الاتهام على أساس قضية خاصة بالحبس الاحتياطي (الحبس المؤقت حاليا) والأصل أن تلتزم غرفة الاتهام بأحكام المادة (192) ق إ ج إما بتأييد أو إلغاء أمر قاضي التحقيق لكنها ألغت الأمر الأخير و تصدت للقضية بإدانة شخص من غير المشار إليهم في الطلبات الافتتاحية وأصدر أمر بالإيداع ضده و هو خطأ في تطبيق نص المادة (189) ق إ ج.<sup>1</sup>

ويجوز الطعن بطريق النقض في قرارات غرفة الاتهام أمام المحكمة العليا ما عدا ما يتعلق منها بالحبس المؤقت.<sup>2</sup>

ولا يستطيع قاضي التحقيق رفض إجراء التحقيق بعد تلقيه شكوى من الادعاء المدني بسبب عدم تحديد هوية المشتكى منه لأنه بحسب المحكمة العليا فإن للقاضي كل السلطة والصلاحيات في الكشف عن هويته ولا عذر له.<sup>3</sup>

وبحسب نص المادة (4/131) ق.إ.ج إذا قررت غرفة الاتهام تعديل قرار قاضي التحقيق والإفراج عن المتهم بشكل مؤقت فلا يجوز في هذه الحالة لقاضي التحقيق أن يصدر أمرا جديدا بحبس المتهم بناء على نفس أوجه الاتهام السابقة. إلا في حالة واحدة وهي تقدم النيابة العامة بطلب كتابي لغرفة الاتهام لأجل سحب انتفاع المتهم بقرار الإفراج الذي أصدرته النيابة العامة. ويمكن لقاضي التحقيق إذا رأى بأن الوقائع المكونة للجريمة يمكن وصفها بأنها جنابة فإنه يخطر وكيل الجمهورية و يرسل ملف الدعوى و قائمة بالإثبات إلى النائب العام على مستوى المجلس القضائي لاتخاذ الإجراءات اللازمة بغرفة الاتهام بموجب المادة (1/166) ق.إ.ج. ولا يعتبر تدخلا استئناف كل من وكيل الجمهورية أو النائب العام أوامر قاضي التحقيق أمام غرفة الاتهام بموجب المادتين (1/170، 1/171) ق.إ.ج.

<sup>1</sup> قضية النيابة العامة لدى مجلس قضاء أم البواقي ضد (ق ي. ب. و م م) ملف رقم 76624 قرار بتاريخ 1991/06/02. المجلة القضائية. قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد 1993/3. ص 313-315.

<sup>2</sup> قضية (ث ش) ضد النيابة العامة ملف رقم 228666 قرار بتاريخ 1999/11/23. المجلة القضائية. قسم الوثائق للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد خاص 2003. ص 196-198.

<sup>3</sup> قضية النائب العام بمجاس قضاء البلدية ضد (ص ب) ملف رقم 200697 قرار بتاريخ 1999/03/22. المجلة القضائية. قسم الوثائق للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد 1999/1. ص 205-207.





ويجوز للنيابة العامة استئناف أوامر قاضي التحقيق لكن فقط تلك المحددة في نص المادة (172) ق إ.ج. أما ما عداها فلا يجوز لها ذلك بحيث لا يجوز استئناف أمر قاضي التحقيق القاضي بالإحالة<sup>1</sup> وكذلك لا يجوز استئناف المتهم أوامر قاضي التحقيق الخاصة بتوجيه الاتهام لأنها لا تدخل ضمن نص المادة (172) ق إ.ج.<sup>2</sup> ولا يجوز كذلك استئناف أمر قاضي التحقيق الأمر بالإحالة إلى محكمة الجناح و قبول غرفة الاتهام لذلك خرق لأحكام المادتين (172، 173) ق إ.ج.<sup>3</sup> لكن لا يجوز لوكيل الجمهورية بموجب قرار للمحكمة العليا استئناف أوامر قاضي التحقيق حتى ولو كانت مطابقة لطلباته وفقا لنص المادة (170) ق إ.ج. شرط أن يبلغ من طرف كاتب التحقيق بكل أمر يصدر مخالفا لطلباته في ذات اليوم الذي يصدر فيه العمل عملا بالمادة (168) ق إ.ج.<sup>4</sup>

ووفقا للمبدأ الاجتهادي فإنه لا يملك لا المتهم ولا المدعي المدني الصفة التي تخوله طلب بطلان اجراءات التحقيق لقاضي التحقيق أمام غرفة الاتهام ولا يمكنها إلزام لا قاضي التحقيق ولا وكيل الجمهورية لغرض إبطال الإجراءات أمام غرفة الاتهام ولا حتى في استئناف أمر رفض الطلب لأن عرض هذا البطلان يخول به فقط وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق.<sup>5</sup>

#### المطلب الثاني: سلطة النيابة العامة في مباشرة بعض من إجراءات التحقيق

يجب أن يؤدي أعضاء النيابة العامة واجباتهم وفقا للقانون مع احترام حقوق الإنسان من خلال سلامة الإجراءات لتحقيق العدالة الجنائية. و يجب عليهم أن يمتنعوا عن بدء الملاحقة القضائية أو مواصلتها مع بذل كل ما في وسعهم لوقف الدعوى إذا تبين من تحقيق محايد أن التهمة لا أساس لها.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - قضية النيابة العامة بمجلس قضاء تيزي وزو ضد (س م) و (ه ي) ملف رقم 70290 قرار بتاريخ 1990/07/24. المجلة القضائية.

قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد 1991/3. ص 215-217.

<sup>2</sup> - قضية (م إ) ضد النيابة العامة ملف رقم 331430 قرار بتاريخ 2004/04/24. المجلة القضائية. قسم الوثائق للمحكمة العليا.

الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. العدد 2004/1. ص 326-328.

<sup>3</sup> - قضية (غ ج) ضد (ب ع) و من معه ملف رقم 363813 قرار بتاريخ 2006/01/18. مجلة المحكمة العليا. قسم الوثائق. الجزائر. عدد

2007/1. ص 535-537. و هو نفس ما جاء به قرار للمجلس الأعلى في قضية النيابة العامة ضد (ز ع) ملف رقم 28470 قرار بتاريخ

1984/04/17. المجلة القضائية. قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. العدد

1989/3. ص 222-224.

<sup>4</sup> - حيث جاء فيه: " حيث يجوز لوكيل الجمهورية عملا بالمادة 170 ق إ.ج استئناف جميع أوامر قاضي التحقيق و حتى تلك التي كانت

مطابقة لطلباته. و تبعا لذلك فلا يجب عرقلة استعمال وكيل الجمهورية لهذا الحق بأي حال من الأحوال بما في ذلك تقاعس كاتب

الضبط عن إخطاره بكل أمر يصدر عن قاضي التحقيق و لو جاء مطابقا لطلباته استنادا إلى الفهم الضيق لنص المادة 168 الفقرة

الأخيرة من قانون الإجراءات الجزائية ما يجعل الطعن مؤسس و يؤدي إلى نقض القرار المطعون فيه". و هو ما جاء في قضية النائب العام

ضد مجهول ملف رقم 385600 قرار بتاريخ 2005/09/21. مجلة المحكمة العليا. قسم الوثائق. الجزائر. عدد 2005/2. ص 455-457.

<sup>5</sup> - قضية (ب م) ضد النيابة العامة ملف رقم 728841 قرار بتاريخ 2011/04/21. مجلة المحكمة العليا. قسم الوثائق. الجزائر. عدد

2011/2. ص 372-374.

<sup>6</sup> - المبدأ (12، 14) من المبادئ التوجيهية بشأن دور أعضاء النيابة العامة.



ولا يعد تداخلا بين سلطتي الاتهام و التحقيق في حالة مباشرة وكيل الجمهورية أو الأمر باخذ أي إجراء للبحث و التحري عن أية جريمة. وله الحق في اخذ ما يراه مناسبا في أي شكوى أو بلاغ يتلقاه أو أي محضر سواء كان قراره مباشرة إجراء التحقيق أو حفظه بحسب ما جاءت به المادة (36/4، 5) ق.إ.ج.

فوكيل الجمهورية يستطيع فتح تحقيق مؤقت ضد كل الأشخاص الذين تمت الإشارة إليهم في التحقيق. وسماع المشتكى منهم كشهود إلى حين تقديم طلبات أو تقديم طلبات تحقيق جديدة وهذا في حالة كانت الشكوى أمام قاضي التحقيق بغرض الادعاء المدني غير مسببة تسببا كافيا أو مبررة بشكل كاف و سبب ذلك كما جاءت في القرار: " لكن حيث أن المشرع أخذ تدابير وقائية الهدف منها التقليل من السلطة المعتبرة الممنوحة إلى الضحايا المتضررين من الجرائم و وضع حد للتجاوزات التي قد تترتب على ذلك و بالتالي وضع حد للضرر المعنوي الذي قد يسببه المدعي مدنيا إلى المشتكى منه".<sup>1</sup>

كما لا يعتبر تدخلا قيام وكيل الجمهورية بصفة تلقائية أو بناء على طلب رد الأشياء إذا لم تكن محل نزاع جدي. في حال أصدر قاضي التحقيق أمرا بانتفاء وجه الدعوى بحسب المادة (36) مكرر ق.إ.ج.

ونفس الشيء عند أمر وكيل الجمهورية بمنع أي شخص من مغادرة التراب الوطني إذا وجد ضده دلائل ترجح ضلوعه في جناية أو جنحة. وهذا بناء على تقرير مسبب من ضابط الشرطة القضائية. ويسري هذا المنع (3) أشهر لكن هذا المنع قد يمدد في جرائم الإرهاب أو الفساد حتى الانتهاء من التحريات وهو ما أكدت عليه المادة الجديدة (36) مكرر 1 ق إ ج المضافة بموجب الأمر رقم 02/15.

وبموجب المادة (6/316) ق إ ج فإن غرفة الاتهام عند الاقتضاء تكون هي الجهة المختصة برد الأشياء الموضوعة تحت يد القضاء إذا أصبح الحكم نهائيا و لا يمكن لغرفة الاتهام القضاء بعدم اختصاصها بإرجاع السيارة المحجوزة بحجة أنها ليست تحت يد القضاء بل هي في المحشر فإنها تكون بذلك قد خالفت القانون لأنه ينبغي عليها أن تقضي في كل الحالات بالرفض أو بالإرجاع.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - قضية (ح ص) ضد (ح ل) و النيابة العامة ملف رقم 103660 قرار بتاريخ 12/01/1993. المجلة القضائية. قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد 1/1994. ص 242-246.

<sup>2</sup> - قضية (ب س) ضد النيابة العامة ملف رقم 192107 قرار بتاريخ 29/09/1998. المجلة القضائية. قسم الوثائق للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد 2/1998. 1999. ص 130-132.

- و هو نفس ما جاء تقريبا في قرار للمحكمة العليا في قضية (ز م) ضد (خ ع و النيابة العامة) ملف رقم 127743 قرار بتاريخ 23/05/1995. المجلة القضائية. قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد 1995/1. ص 245-247.



وأيضاً يجوز لوكيل الجمهورية الأمر بإحضار المشتبه فيه في حالة جنائية متلبس بها إذا لم يكن قاضي التحقيق قد أبلغ بها بعد. حيث يقوم وكيل الجمهورية باستجواب المشتبه فيه وفي حال وجود الدفاع فإنه يستجوب بحضوره بحسب المادة (58) من ق.إ.ج.

لكن لا يجوز لوكيل الجمهورية بحسب المادة (3/73) ق.إ.ج أن يطلب من قاضي التحقيق عدم إجراء تحقيق إلا إذا كان بسبب أن الوقائع على فرض ثبوتها لا تقبل أي وصف قانوني جزائي لها أو كانت الوقائع من غير القانوني متابعة التحقيق فيها أو لأجلها.<sup>1</sup>

كما لا يعد تدخلا من النيابة العامة في التحقيق طلبها تحديد سبب الوفاة لأنه في الأصل لا يعتبر تحريكا للدعوى العمومية.<sup>2</sup>

### المطلب الثالث: صلاحيات غرفة الاتهام في التحقيق وما يرتبط به

يمكن لغرفة الاتهام بحسب المادة (187) ق.إ.ج أن تأمر بإجراء تحقيق بالنسبة للمتهمين المحالين إليها في جميع الجرائم التي لم يشر إليها أمر الإحالة الصادر من قاضي التحقيق، أو التي استبعدت بأمر يتضمن القضاء بصفة جزئية بالأوجه للمتابعة أو بفصل الجرائم عن بعضها البعض أو إحالتها إلى الجهة القضائية المختصة. كما يحق لغرفة الاتهام أن تصدر حكمها بغير أن تأمر بإجراء تحقيق جديد إذا تناول قاضي التحقيق أوصاف الاتهام في أمر الإحالة.

وبحسب المحكمة العليا فإنه يجوز لغرفة الاتهام توجيه الاتهام لأشخاص لم يكونوا ضمن قرار الإحالة بشرط إجراء تحقيق تكميلي يقوم به أحد أعضاء النيابة العامة أو ينتدب له قاض للتحقيق بموجب المادتان (190، 198) ق.إ.ج و إلا اعتبر ذلك إخلالا بحقوق الدفاع.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - وهو ما جاء في قضية (ب م) ضد (مجهول و النيابة العامة) ملف رقم 62906 قرار بتاريخ 1990/05/02، المجلة القضائية، قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر، عدد 1993/1، ص 166 - 169 حيث جاء في المبدأ ما يلي: "و لما كان ثابتا في قضية الحال أن وقائع القضية تعلق بجرمة شنق مشكوك فيه لطفل عمره 14 سنة، ونظرا لحداثة الأفعال و حرصا على جمع الشهادات و الدلائل المعرضة للاختفاء جاز لوكيل الجمهورية أن يطلب من قاضي التحقيق فتح تحقيق مؤقت ضد كل الأشخاص المشكوك فيهم، و من ثم فإن غرفة الاتهام بتأييدها لأمر قاضي التحقيق الراض لطلب تأسيس الطرف المدني امتثالا لفكرة النيابة العامة دون تقرير مدى ملاءمة هذا الأمر مع الوقائع تكون أخطأت في تطبيق القانون".

<sup>2</sup> - قضية النائب العام ضد مجهول ملف رقم 391897 قرار بتاريخ 2006/02/15، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، الجزائر، عدد 2006/2، ص 517-520.

<sup>3</sup> - قضية (ب ع أ) ضد (ز ن ز س) و النيابة العامة ملف رقم 255855 قرار بتاريخ 2002/06/04، المجلة القضائية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر، عدد 2004/1، ص 345-348.

- و هو نفس ما ذهب إليه المحكمة العليا في قضية (ح م) و من معه ضد إدارة الجمارك و النيابة العامة ملف رقم 51943 قرار بتاريخ 1988/03/29، المجلة القضائية، قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر، عدد 1990/4، ص 221-224.



و يجب على غرفة الاتهام أن تنظر في صحة الإجراءات المعروضة عليها و إن رأت فيها سببا من أسباب البطلان تصدت لها. و تحيل الملف وجوبا إلى قاضي التحقيق نفسه أو لغيره لمواصلة التحقيق تطبيقا لأحكام المادة (191) ق إ ج.<sup>1</sup>

وغرفة الاتهام ملزمة باحترام أحكام المادتين (187، 190) ق إ ج عند توجيه اتهامات جديدة استخلصتها من الوقائع ولم يسبق أن أشار إليها قاضي التحقيق أو تناولها بالأوصاف ولا تستطيع اتهام الطاعن (م أ) بتهمة مخالفة التنظيم النقدي وهي تهمة جديدة علما أن التحقيق كان يدور حول جرمي التزوير واستعماله المعاقب عليهما بالمادتين (222، 223) من قانون العقوبات و بهذا فقد تجاوزت سلطتها.<sup>2</sup>

كما أن غرفة الاتهام ملزمة بالرد على الدفوع و الطلبات التي من شأنها أن تغير مسار القرار أما غير ذلك فهيغير ملزمة بالرد عليه.<sup>3</sup>

#### خاتمة:

القضاء الجزائري أو الجنائي على اختلاف التسميات يمثل مجالا واسعا للبحث والدراسة ليس لأنه ليس قضاء عاديا بل لارتباطه الدائم بتقييد حرية شخص المتهم أو حتى المشتبه فيه إن بالتوقيف. الحبس المؤقت. السجن. وفي أقصى حالاته الإعدام الذي ينهي حرية الشخص للأبد.

ولهذا كان لا بد من حدود فاصلة وواضحة تضبط أعمال جميع السلطات داخل هذا النوع من القضاء ومثلما ورد في هذه الدراسة فإن الفصل بين الوظائف من الأهمية بمكان. إذ كما سبق ذكره ليس التحقيق كالاتهام وليس الاتهام كالمحاكمة وأيضا ليس التحقيق بمثابة محاكمة. الأمر الذي دفع الفقه الغربي والعربي لتدقيق المصطلحات والمفاهيم وهو ما سار عليه المشرع الجزائري وأكد عليه القضاء الجزائري مثلا في الاجتهاد الصادر من أعلى هرم في القضاء العادي وهو محكمة النقض سواء المجلس الأعلى سابقا أو المحكمة العليا حاليا. على الرغم من أن الاجتهاد القضائي في حد ذاته يطرح مشكلا عويصا حول مدى إلزاميته لهيئات القضاء المختلفة في الأخذ به لأن الغرف الموسعة (المختلطة والمجتمعة) بموجب القانون 22/89 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا عندما يصدر منها أي اجتهاد فإنه لا يلزم القضاء إلا في القضية محل الطعن.

وبالعودة إلى ما جاء في المقال فإن الفصل بين هذه الوظائف الثلاث ليس مطلقا لكنه مميز وواضح. وهناك درجة من احتمال أن تقوم وظيفة من هذه الوظائف بدور الوظيفة الأخرى لكن كاستثناء يجيزه القانون والاجتهاد القضائي لا كأصل.

<sup>1</sup> - ملف رقم 47019 قرار بتاريخ 15/04/1986. المجلة القضائية. قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد 2/1992. ص 173-175.

<sup>2</sup> - قضية (م أ) ضد قرار الإحالة ملف رقم 58444 قرار بتاريخ 26/04/1988. المجلة القضائية. قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. العدد 3/1993. ص 158-160.

<sup>3</sup> - قضية (ن ع) ضد (ح م) ملف رقم 269955 قرار بتاريخ 26/06/2001. المجلة القضائية. قسم الوثائق للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية الحراش الجزائر. عدد خاص 2003. ص 283-285.



## مبدأ السيادة بين التدخل الإنساني و مسؤولية الحماية

د. سلام سميرة جامعة خنشلة

### ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى إلقاء الضوء على مدى تقويض حق أو واجب التدخل الدولي الإنساني. لسيادات الدول. خصوصا أنه يطرح عدة إشكالات قانونية و سياسية حول مدى شرعيته. كونه ينتهك أهم مبدئين يقوم عليهما القانون الدولي و هما مبدأ السيادة. و حظر اللجوء إلى استخدام القوة في العلاقات الدولية المنصوص عليهما في المادة الثانية في فقرتها الرابعة و السابعة. و في ظل الممارسات الدولية المعاصرة له من طرف الدول الكبرى. من أجل تكريس كقاعدة قانونية عرفية. و محاولة تعويضه بمصطلح جديد. و هو "مسؤولية الحماية" لإضفاء الشرعية عليه.

### Résumé :

Cette étude vise à faire la lumière sur l'étendue d'éroder la souveraineté des pays par le droit ou le devoir d'intervention humanitaire, surtout en ce qui soulève plusieurs problèmes juridiques et politiques sur l'étendue de sa légitimité, d'autant qu'il viole les principes les plus importants basés sur eux par le droit international et sont le principe de la souveraineté, et l'interdiction de recourir à l'utilisation de force dans les relations internationales prévues à l'article II dans ses paragraphes quatrième et septième, et à la lumière de ses pratiques internationales contemporaines par les grandes puissances, afin de consacrer la règle juridique, coutumier, et tenter de compenser un nouveau terme, et est la «responsabilité de protéger» pour le légitimer.

### مقدمة:

لقد كانت حقوق الإنسان من المسائل الداخلة في الاختصاص المحفوظ للدول. غير أنها أصبحت محل اهتمام من قبل المجتمع الدولي. و محل حماية من طرف القانون الدولي لحقوق الإنسان و القانون الدولي الإنساني. لكن يطرح حق أو واجب التدخل الإنساني باللجوء إلى استخدام القوة في ظل ممارساته المعاصرة عدة إشكالات قانونية و سياسية في ظل انتهاكه لأهم مبدئين يقوم عليهما القانون الدولي. و المنصوص عليهما في المادة الثانية في فقرتها الرابعة و السابعة من ميثاق الأمم المتحدة. و هما مبدأ السيادة و حظر اللجوء إلى استخدام القوة في العلاقات الدولية.

إن حالة من الخلاف الفقهي والتباين في ممارسات الدول المعاصرة ساهم في إضفاء نوع من الغموض في تفسير بعض نصوص الميثاق و خلط لبعض المفاهيم القانونية المتعلقة باستخدام القوة العسكرية بصفة عامة و من أجل التدخل لحماية حقوق الإنسان بصفة خاصة. و بسبب تباين الآراء حول مدى مشروعية التدخل الإنساني. ظهر مصطلح جديد على



الساحة الدولية، يتمثل في "مسؤولية الحماية" ليحل محل مفهوم التدخل الإنساني، انطلاقاً من أن التدخل الدولي أصبح ضرورة إنسانية تقع على كاهل الدول خصوصاً الكبرى، من أجل حماية كافة الأفراد في العالم خاصة في حالات قيام الدول بانتهاكات جسيمة للحقوق الأساسية للإنسان. نظراً لكون انتهاك حقوق الأفراد الأساسية يشكل تهديداً للقيم الإنسانية العالمية، وبالتالي تهديداً للأمن الإنساني، كما أنه يمثل انتهاكاً للقانون الدولي الإنساني.

و عليه نطرح الإشكالية التالية:

- إلى أي مدى سيتم تقويض مبدأ السيادة مقابل حماية حقوق الإنسان، سواء كان ذلك باسم التدخل الإنساني أم مسؤولية الحماية؟
- و نتساءل: هل يميز القانون الدولي اللجوء إلى استخدام القوة العسكرية كاستثناء من أجل التدخل لحماية حقوق الإنسان في بلدان مستقلة ذات سيادة و عضو في الأمم المتحدة؟

**المطلب الأول: مدى شرعية التدخل الإنساني باللجوء إلى القوة**

إن التدخل الإنساني ليس جديداً في العلاقات الدولية، إذ ترجع نشأته الأولى إلى الفترة التي واكبت نشأة القانون الدولي<sup>1</sup>، و هو من المسائل المثيرة للجدل لاختلاف الفقه في تحديد مفهومه (الفرع الأول)، و أساسه القانوني لمعرفة مدى شرعيته (الفرع الثاني)<sup>2</sup>.

**الفرع الأول: تعريف التدخل الإنساني**

اختلف الفقه في تحديد مفهوم التدخل الإنساني، فمنهم من وسعه، و منهم من ضيقه، و الملاحظ أن منها ما جمع بين التدخل لوقف انتهاكات حقوق الإنسان باستخدام القوة المسلحة والوسائل السلمية، غير أن الاستعانة بالطرق السلمية لحل النزاعات الدولية في العلاقات الدولية أو لوقف الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان في دولة ما أمر مشروع و يتفق مع مقاصد وأهداف الأمم المتحدة، و أحكام القانون الدولي في ظل احترام سيادة و استقلال الدول، ولهذا فهو أمر لا خلاف حول مشروعيته، غير أن الخلاف و الجدل الفقهي ينصب على مدى مشروعية التدخل لوقف انتهاكات حقوق الإنسان باللجوء إلى القوة العسكرية؟

و لهذا فإن تعريف الأستاذ عماد الدين عطا الله المحمد هو الأقرب لدراستنا، و الذي يرى بأن التدخل الإنساني هو: ( كل تدخل عسكري من قبل دولة أو عدة دول خارج إطار التنظيم الدولي ضد دولة ثالثة، دون موافقة حكومتها لحماية رعايا الدولة المستهدفة من التدخل من

<sup>1</sup> Youssef GORRAM, Le droit d'ingérence humanitaire, in <http://www.memoireonline.com/07/09/2439/le-droit-d-ingerence-humanitaire.html>.

<sup>2</sup> Ibid.





مبدأ السيادة بين التدخل الإنساني و مسؤولية الحماية \_\_\_\_\_ د. سلام سميرة

الانتهاكات الواسعة النطاق لحقوق الإنسان وخاصة الحق في الحياة، وحق السلامة الجسدية، والتي تمارس من قبل سلطات هذه الدولة أو بمعرفتها، وذلك بإحداث تغيير في النظام السياسي هناك<sup>1</sup>.

وعليه فإن التدخل الإنساني الذي هو محل دراستنا هو التدخل الذي يشمل النقاط التالية المختلف حول مشروعيتها:

- اللجوء إلى استخدام القوة العسكرية.
- تقوم به دولة منفردة أو بالاشتراك مع عدة دول أخرى.
- خارج إطار التنظيم الدولي -هيئة الأمم المتحدة-.
- دون موافقة الدولة المتدخل فيها.
- يهدف إلى وقف انتهاكات حقوق الإنسان الأساسية.

الفرع الثاني: الأساس القانوني للتدخل الإنساني طبقا ميثاق الأمم المتحدة

إن استخدام القوة في العلاقات الدولية فقد شرعته في عهد التنظيم الدولي مع التطور الذي حققه النظام القانوني الدولي من خلال ميثاق الأمم المتحدة، فأصبحت القاعدة هي تحريم استخدام القوة أو التهديد باستخدامها، والاستثناء هو إباحتها، أما إذا حصل ما قد يهدد السلم و الأمن الدوليين، أو وقع عدوان، فإنه لا بد من العودة إلى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، و هو ما يجيز لمجلس الأمن أن يتخذ عن طريق القوات الجوية و البحرية و البرية من الأعمال ما يلزم لحفظ السلم و الأمن الدوليين<sup>2</sup>.

إلا أن حالة من الخلاف الفقهي والتباين في سلوك الدول ساهم في إضفاء نوع من الغموض في تفسير بعض نصوص الميثاق و خلط لبعض المفاهيم القانونية المتعلقة باستخدام القوة العسكرية بصفة عامة و من أجل التدخل لأغراض إنسانية بصفة خاصة.

هذا ما يستوجب أولا فحص نص المادة 2(4) من ميثاق الأمم المتحدة، ثم نقوم بتفحص الاستثناءات الواردة على حظر اللجوء إلى القوة في ميثاق الأمم المتحدة.

أولا: تحليل نص المادة 2(4) من ميثاق الأمم المتحدة

تنص المادة 2(4) من ميثاق الأمم المتحدة على أنه (يمنع أعضاء الهيئة جميعا في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي، أو الاستقلال السياسي لأية دولة، أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة). و لقد انقسم الفقهاء إلى اتجاهين في تفسيرهم للفقرة الرابعة من المادة الثانية من ميثاق الأمم

<sup>1</sup> عماد الدين عطا الله الحمد، التدخل الإنساني في ضوء مبادئ وأحكام القانون الدولي العام، دار النهضة، القاهرة، 2007، ص 315.

<sup>2</sup> شمامة خير الدين، العلاقات الإستراتيجية بين قوى المستقبل في القرن 21، دار قرطبة، الجزائر، 2009، ص 57.





المتحدة: اتجاه يناصر التفسير الموسع لهذه الفقرة، بمعنى أن حظر التهديد باستعمال القوة أو استخدامها الفعلي في العلاقات الدولية مطلق وشامل<sup>1</sup>، واتجاه يناصر التفسير الضيق والمقيد لهذه الفقرة بمعنى أن الحظر مشروط وفقاً لما جاء فيها. فقد فسر الفقيه (Stone) المادة 2(4) بأنها تتضمن حظراً ثلاثياً لاستخدام القوة. متى كانت ضد سلامة الأراضي. أو الاستقلال السياسي لأية دولة. أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة<sup>2</sup>.

و إذا أخذنا بوجهة نظر الأستاذ ستون. فإن الحظر المشار إليه سيتعلق بالحالات التالية:

## 2. ضد السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لأية دولة

يدعي مؤيدو التدخل الإنساني المسلح أمثال الفقيه Stone و Teson أن اللجوء إلى استعمال القوة ليس محظوراً إلا في الحالات التي يوجه ضد سلامة الإقليم أو الاستقلال السياسي للدولة المستهدفة من التدخل ومادام التدخل الإنساني يهدف إلى وقف انتهاكات حقوق الإنسان فهو لا يستهدف النيل من السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي للدولة المتدخل فيها. لأن هدفه إنساني<sup>3</sup>. غير أنه لا يمكن تصور تدخل عسكري من قبل دولة أو مجموعة دول فوق إقليم دولة أخرى -حتى ولو كان لأهداف إنسانية- بدون أن يؤدي إلى اعتداء على إقليم هذه الدولة المستهدفة. وأقله تركز القوات العسكرية فوق أراضيها دون موافقتها. كذلك القيام بهجمات عسكرية عليها ألا يعتبر انتهاك صارخاً لسيادتها واستقلالها؟. بالإضافة إلى ذلك ماذا يمكن اعتبار مجرد عبور القوات العسكرية -في إطار القيام بتدخل إنساني- على إقليم دولة مجاورة دون موافقتها؟ أليس تعدي واضح على سلامة إقليمها؟. ثم إنه من نتائج أي تدخل عسكري -وربما يستلزم بالضرورة- إحداث تغيير في بنية النظام الحاكم في الدولة المستهدفة من التدخل<sup>4</sup>. فكيف يمكن تخيل تدخل إنساني لا يستهدف الاستقلال السياسي للدولة المتدخل فيها؟

إذا من الصعب إثبات أن التدخل الإنساني لا يمس السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي للدولة المتدخل فيها.

## 3. على أي وجه لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة

يزعم مؤيدو التدخل الإنساني بأنه يتفق مع مقاصد وغايات الأمم المتحدة على اعتبار أنه يهدف لحماية حقوق الإنسان ووضع حد لانتهاكها خاصة وأن حقوق الإنسان من أهم

<sup>1</sup> Youssef GORRAM; Op Cit.

<sup>2</sup> الخبير قنشي. إشكالية تنفيذ أحكام المحاكم الدولية بين النص والواقع. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. بيروت. 2000. ص 234.

<sup>3</sup> سلوان رشيد السنجاوي. التدخل الإنساني في القانون الدولي العام. دار قنديل للنشر و التوزيع. عمان. 2004. ص 165.

<sup>4</sup> Céline GRAVIERE, Laetitia MILLOT, La doctrine internationale et la notion d'ingérence humanitaire, Séminaire de droit international humanitaire, université de Paris X, Nanterre, 1999-2000, pp 4-5.



مقاصد الأمم المتحدة. مثلما نصت عليه الفقرة الثانية من ديباجة الميثاق<sup>1</sup>. كما يرى الفقيه Virrally أن هناك تدرج في أهداف الأمم المتحدة وأن حماية حقوق الإنسان أعلى مرتبة من حفظ السلم والأمن الدوليين. وأن هذا الأخير يمكن خرقه أو مخالفته. في حين أن حقوق الإنسان مبادئ سامية لا يمكن انتهاكها. أو عدم التدخل لفرضها ولو بالقوة<sup>2</sup>.

لكن. و فيما يخص التدرج المزعوم لأهداف الأمم المتحدة فإن ميثاق الأمم المتحدة لم يشير إلى أي تدرج في أهمية هذه الأهداف. حيث يرى الفقيه Reisman أن كلا الهدفين - حماية حقوق الإنسان و حفظ السلم الدوليين - مرتبطين و يكمل أحدهما الآخر و على قدر واحد من الأهمية<sup>3</sup>.

لكل ذلك. لا يمكن التسليم بوجود تدرج في أهمية أهداف و مقاصد الأمم المتحدة. كما لا يمكن التسليم بتفوق هدف حماية حقوق الإنسان على حفظ السلم و الأمن الدوليين. فالفقرة الأولى من ديباجة الميثاق. اعتبرت حفظ السلم و الأمن الدوليين الهدف الجوهرى والأصيل للأمم المتحدة. و يمكن الرجوع إلى اجتهادات محكمة العدل الدولية في رأيها الإستشاري المتعلق ب "بعض نفقات الأمم المتحدة" في 20 جويلية 1962. أين أكدت أنه من الضروري إعطاء الأولوية للسلم و الأمن الدوليين لأن باقي أهداف الأمم المتحدة لا يمكن تحقيقها دون ضمان حفظ السلم و الأمن الدوليين<sup>4</sup>. و ميثاق الأمم المتحدة - الذي يهدف لإرساء نظام قانوني ملزم لجميع الدول - لا يسعى فقط إلى القضاء على النزاعات المسلحة والحروب بين الدول. بل يهدف أيضا إلى ضمان قدر من العدالة و احترام حقوق الإنسان<sup>5</sup>.

خلص إلى أن حماية حقوق الإنسان وحفظ السلم والأمن الدوليين مرتبطين و متكاملان و يحقق أحدهما الآخر. غير أنه في وقتنا الراهن وبسبب التسابق نحو التسلح خاصة وأن خطر الأسلحة النووية يهدد الجنس البشري ككل أكثر من أي صراع آخر. فإنه من باب أولى إعطاء الأولوية لحفظ السلم والأمن الدوليين من خلال احترام سيادة واستقلال الدول و الذي سيؤدي تحقيقه إلى ضمان احترام حقوق الإنسان الأساسية.

و بعد تحليل نص المادة 2(4) من ميثاق الأمم المتحدة والتي يتذرع بها مؤيدو التدخل الإنساني عند تفسيرهم لها تفسيراً ضيقاً بأنها لا تحظر اللجوء إلى استخدام القوة

<sup>1</sup> Tsagaris KONSTANTINOS, Le droit d'ingérence humanitaire, mémoire en vue d'obtention du DEA droit international et communication, faculté des sciences juridiques, politiques et sociale, université de Lille II, septembre 2001, pp 33-34.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> الفقرة الأولى من ديباجة الميثاق. و المادة 1 (3) من الميثاق الأمي.



العسكرية إذا كان الهدف منها إنساني، يمكن التوصل إلى أن المادة 2(4) هي نفسها ترد عليهم وتفصل في الجدل بأن التدابير المنصوص عليها في هذه المادة تحظر كل تهديد أو لجوء إلى استخدام القوة العسكرية ولو كان لأهداف إنسانية.

و سيقوم المرء الآن بتفحص الاستثناءات الواردة على حظر اللجوء إلى القوة في ميثاق الأمم المتحدة، وهل يمكن أن تؤسس حقا مشروعاً للتدخل الإنساني المسلح؟.

ثانياً: مدى مشروعية التدخل الإنساني بالنظر إلى الاستثناءات الواردة على حظر اللجوء إلى القوة في ميثاق الأمم المتحدة

كما اتضح آنفاً، وعند تحليل المادة 2(4) من ميثاق الأمم المتحدة أن حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية عام ولا يوجد أي استثناء عليه، لكن، إذا قمنا بربط قراءتنا لهذه القاعدة مع نصوص أخرى من الميثاق، نجد أن هذا الأخير ينص على استثناءين على الحظر المنصوص عليه في المادة 2(4) ويتمثلان في حالة الدفاع الشرعي وحالة حفظ السلم والأمن الدوليين.

### 1. الدفاع الشرعي

لم تكن الحرب محظورة في القانون الدولي التقليدي، فلعب حق الدفاع الشرعي دوراً هاماً كمبرر قانوني لاستخدام القوة العسكرية في أوقات السلم، وكثيراً ما لجأت إليه الدول لتبرير لجوئها إلى الحرب<sup>1</sup>. ولكن، مع بداية القرن العشرين تم تحريم الحرب وتقييد استخدام القوة في العلاقات الدولية بموجب القانون الدولي وميثاق الأمم المتحدة، فكرست المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة هذا المبدأ واعتبرته استثناءً وارداً على مبدأ حظر استخدام القوة في حل النزاعات الدولية، ويزعم بعض الفقهاء المؤيدين للتدخل الإنساني بأنه دفاع شرعي جماعي على اعتبار أن انتهاك حقوق الإنسان هو بمثابة تعدي على جميع دول الأسرة الدولية<sup>2</sup>. ولإلقاء الضوء على هذا الزعم نقوم بتحليل نص المادة (51) من الميثاق لتحديد ما إذا كان التدخل الإنساني يمثل دفاعاً شرعياً؟

### أ. تحليل نص المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة

تنص المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة على ما يلي ( ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينقص الحق الطبيعي للدول فرادى وجماعات في الدفاع عن أنفسهم إذا وقع هجوم مسلح على أحد أعضاء الأمم المتحدة وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن

<sup>1</sup> سهيل حسن الفتلاوي، عماد محمد ربيع، القانون الدولي الإنساني، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2007، ص 131.

<sup>2</sup> François RUBIO, Le droit d'ingérence est-il légitime ? Les éditions de l'herbe, Grolly, 2007, p 30.



الدوليين والتدابير التي اتخذها الأعضاء استعمالا لحق الدفاع عن النفس تبلغ إلى المجلس فورا. ولا تؤثر تلك التدابير بأي حال فيما للمجلس -بمقتضى سلطته ومسؤولياته المستمدة من أحكام هذا الميثاق- من الحق في أن يتخذ في أي وقت ما يرى ضرورة لاتخاذ من الأعمال لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه). ويتضح مما ذكر ما يلي أن الدفاع الشرعي يشترط على الدولة التي تمسك بحق الدفاع عن النفس ما يلي:

- وجود اعتداء فعلي مسلح؛ و في حالة التدخل الانساني لا يوجد اعتداء مسلح
- الضرورة الملحة التي لا خيار عنها. بعد استنفاد الوسائل السلمية؛ و الملاحظ ان معظم التدخلات الدولية باسم حماية حقوق الانسان تتم مباشرة و دون المرور بالوسائل السلمية و بصورة منفردة كتدخل الدول الكبرى في العراق ، و تدخل حلف الناتو في يوغسلافيا السابقة و ليبيا
- إبلاغ مجلس الأمن بما تتخذه من إجراءات في الوقت المناسب. و ليس حتى نهاية العملية العسكرية<sup>1</sup>. و قد قامت الدول الكبرى بتبرير تدخلاتها المزدوجة و الانتقائية بأنها تفسير ضمنى لقرارات مجلس الامن. في حين أن المتصفح لقرارات الامن يجدها لا تشير كليا إلى مصطلح التدخل الانساني. و انما تدعو دوما على الاحترام المتبادل لسيادات الدول من أجل حفظ السلم و الامن الدوليين

#### ب. ما مدى اعتبار التدخل الإنساني دفاعا شرعيا

كثيرا ما لجأت الدول لتبرير تدخلاتها العسكرية على أنها دفاع شرعي. مثال ذلك تذرع إسرائيل بالدفاع الشرعي عند تدخلها في لبنان وسوريا. وتذرع أمين دادا رئيس تنزانيا عن تدخله في أوغندا سنة 1979م بالدفاع الشرعي أمام منظمة الوحدة الإفريقية ومجلس الأمن<sup>2</sup>. و لما كانت ممارسة حق الدفاع الشرعي مشروطة بوقوع هجوم مسلح على الدولة التي تدعي حقها في ممارسة الدفاع الشرعي. وباعتبار أن اضطهاد دولة ما لرعاياها وإساءتها معاملتهم لا يشكل بأي حال من الأحوال هجوما مسلحا على أية دولة أخرى. بالتالي لا يمكن اعتبار التدخل لوقف انتهاكات حقوق الإنسان باللجوء إلى القوة دفاعا شرعيا. وهذا ما ذهب إليه كل من (O. Corten) و(P. Klein) بقولهما بأنه ليس بالإمكان اعتبار التدخل الإنساني دفاعا شرعيا لأن الاعتداء على حقوق الإنسان لا يمثل بأي حال عدوانا على أية دولة أخرى<sup>3</sup> وأكد أن الدولة التي تنتهك حقوق الإنسان تبقى مسؤولية قانونيا أمام المجتمع الدولي.

<sup>1</sup> أحمد حسين سويدان. الإرهاب الدولي في ظل المتغيرات الدولية. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. الطبعة الأولى. 2005. ص 125.

<sup>2</sup> François RUBIO, Op Cit, p 30.

<sup>3</sup> Olivier COTIER, Pierre KLEIN, Droit d'Ingérence ou Obligation de Réaction ? Editions Bruylant, Bruxelles, 1996, pp 139-141.



و لو فرضنا أنه في حالة قيام دولة بتدخل عسكري، و ذلك بلجوءها لاستخدام القوة مستندة إلى حقها في الدفاع الشرعي وبهدف وقف انتهاكات حقوق الإنسان في الدولة المتدخل فيها، قامت هاته الأخيرة بالرد عليها، فما هي الدولة التي تكون في حالة دفاع شرعي يتوافق مع نص المادة (51) من الميثاق؟.

## 2. حفظ السلم و الأمن الدوليين

هل يدخل التدخل الإنساني ضمن مفهوم تدخل الأمم المتحدة لحفظ السلم والأمن الدوليين؟

للإجابة على إمكانية دخول التدخل الإنساني ضمن مفهوم تدخل الأمم المتحدة للحفاظ على السلم والأمن الدوليين يجب معرفة مدى اعتبار الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان ضمن الحالات التي تستدعي تطبيق التدابير العسكرية الواردة في الفصل السابع للحفاظ على السلم والأمن الدوليين، و هو ما يقتضي التنبيه إلى ما يلي:

أ. عند فحص مفردات المادة (42) من ميثاق الأمم المتحدة نلاحظ أن الميثاق أعطى صلاحيات واسعة لمجلس الأمن في تكييف الحالات التي يمكن اعتبارها تهديدا للسلم والأمن الدوليين والتي يمكن اعتبار الرد عليها عن طريق الدفاع الشرعي استثناء مشروعاً لاستعمال القوة العسكرية، كما لا يمكن للدول المعنية بالعمل العسكري أن تدفع بمبدأ حظر التدخل في شؤونها الداخلية وفقاً لنص المادة 2(7) من الميثاق، فقد جاء في الشطر الأخير من نص المادة 2(7) عبارة (على أن هذا المبدأ لا يخل بتطبيق تدابير القمع الواردة في الفصل السابع)، بمعنى أن مبدأ عدم تدخل الأمم المتحدة في المسائل التي تكون من صميم الاختصاص الداخلي للدول، لا يشمل تدخل الأمم المتحدة تطبيقاً لتدابير القمع الواردة في الفصل السابع للحفاظ على السلم والأمن الدوليين، وهذا ما يعد استثناء على مبدأ عدم التدخل وعملاً بنص المادة 2(4)<sup>1</sup>.

ب. وفقاً لنص المادة (24) من الميثاق على مجلس الأمن واجب التدخل في الحالات التي تقضي بمسؤوليته في حفظ السلم والأمن الدوليين، وأتاحت الأمم المتحدة له اختصاصات وزودته بالوسائل المختلفة التي تمكنه من تحقيق هذه الغاية<sup>2</sup>، وتدرج هذه الاختصاصات بداية من الدعوة إلى حل الخلافات الدولية والتي تهدد السلم والأمن الدوليين أو تخل بهما حلاً سلمياً

<sup>1</sup> سلوان رشيد السنجاوي، المرجع السابق، ص 182.

<sup>2</sup> محمد مجذوب، التنظيم الدولي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2002، ص 236.



باللجوء إلى الوسائل السلمية طبقاً لأحكام الفصل السادس إلى إمكان اتخاذ تدابير أشد صرامة وتصل إلى حد استعمال القوة لوقف تهديد السلم والأمن الدوليين أو العدوان. ج. إن عبارة تهديد السلم والأمن الدوليين المنصوص عليها في المادة (39) من الميثاق، تفسر الرغبة في توسيع صلاحيات مجلس الأمن في تكييف حالات مختلفة باعتبارها تشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين واستخدام التدابير المنصوص عليها في الفصل السابع من الميثاق - والتي تنطوي على اللجوء إلى القوة كذلك، وما دامت حقوق الإنسان شأن دولي، فإذا ما قرر مجلس الأمن أن الانتهاكات الواسعة لحقوق الإنسان في دولة ما تشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين فسيكون من صلاحيات مجلس الأمن التدخل لوقفها ولو باللجوء إلى القوة العسكرية.

و عليه، فقد أعطى ميثاق الأمم المتحدة حق التدخل الجماعي باللجوء إلى القوة العسكرية لمجلس الأمن وحده عندما يكيف الحالة على أنها تهديد للسلم والأمن الدوليين. وحتى في حالة منظمة إقليمية اشترط عملها بتفويض منه، وبالتالي فهو يمنع الدول من التدخل منفردة مهما كانت الأسباب، ولهذا يبقى الدفاع عن قيم سامية مثل حقوق الإنسان حكراً على منظمة الأمم المتحدة، وبتفويض مسبق وفعلي منها وحدها.

ه. تنص المادة (43) من الميثاق على أن تتعهد الدول الأعضاء في سبيل حفظ السلم والأمن الدوليين بأن تضع تحت تصرف مجلس الأمن وبناء على طلبه، وطبقاً لاتفاق خاص ما يلزم من القوات المسلحة والمساعدات والتسهيلات الضرورية لحفظ السلم والأمن الدوليين. إلا أن الأمم المتحدة لم يكن لها يوماً قوة عسكرية حقيقية دائمة وحيادية خاصة بها للقيام بالعمليات العسكرية<sup>1</sup>، ففي كل مرة يقرر فيها مجلس الأمن التدخل عسكرياً، يتم تشكيل مجموعة من القوات العسكرية من طرف دول أعضاء تعمل تحت اسم الأمم المتحدة<sup>2</sup>. ربما يعود ذلك لنية الدول الكبرى احتكار القوة والتدخل منفردة باسطة نفوذها، متحكمة في الأمور بتفويض من مجلس الأمن.

و بعد معاينة التدخل الإنساني مقارنة مع قواعد و أحكام ميثاق الأمم المتحدة، والاستثناءين الواردين على هذه القاعدة، يمكن استخلاص أن ميثاق الأمم المتحدة خول لمجلس الأمن وحده حق أو واجب التدخل بما فيه التدخل الإنساني - إذا ما قدر أن الوضعية تهدد السلم والأمن الدوليين أو تخل بهما، ومن خلال صلاحياته الواسعة يلجأ لاستعمال القوة المسلحة لوقف انتهاكات حقوق الإنسان إذا ما كیفها على أنها تهديد للسلم والأمن الدوليين.

<sup>1</sup> François RUBIO; Op Cit, p 33.

<sup>2</sup> Ibid.





و لاشك أن التوسع في تفسير سلطات مجلس الأمن ليس محمودا دائما. وذلك لأن الدول الكبرى (والولايات المتحدة الأمريكية خاصة) تميل إلى توظيف هذه السلطات واستثمارها بما يخدم مصالحها في المقام الأول.

إن القراءة المتعمقة لأحكام الميثاق الأممي تكشف بما لا يدع للشك عن حقيقة أن ثمة شروط أساسية ينبغي توافرها قبل أن يقرر مجلس الأمن اتخاذ إجراءات قسرية. واللجوء للقوة ضد الدولة المخالفة. وأهمها هو استنفاد الوسائل السلمية المنصوص عليها في الفصل السادس. أما في حالة ما إذا قرر مجلس الأمن التدخل العسكري لوقف انتهاكات حقوق الإنسان، فإنه لا يمكن للدول أن تتدخل منفردة أو مجتمعة إلا بتفويض مسبق وصریح منه. وعليه فإن هناك حالات للتدخل الإنساني يمكن اعتبارها مشروعة لكن في إطار خاص ومحدد بنصوص ميثاق الأمم المتحدة وبشروط مشددة لتطبيقها لا تخرج عن إطار هيئة الأمم المتحدة. خارج هذا الإطار فإن كل لجوء إلى القوة محظور و غير مشروع.

لكن إذا ما أخذنا في الحسبان أن القانون الدولي و العلاقات الدولية في تطور مستمر. و أن الفقه المؤيد للتدخل الإنساني و الدول المتحمسة له يسعيان جاهدين لتكريس التدخل الإنساني كقاعدة عرفية فمن باب أولى أن تعمل الأمم المتحدة على ضبط شروطه حتى لا يساء استخدامه.

ويبقى التدخل المسلح بممارساته المعاصرة يخلق أزمة في التطور القانوني لفكرة التدخل الإنساني لانتهاكه نصوص ميثاق الأمم المتحدة والقانون الدولي الذي يحظر استخدام القوة المنفردة. ودون تفويض من الأمم المتحدة. ويشكل سابقة خطيرة يساء استخدامها. من أجل تفويض مبدأ السيادة الشيء الذي ينعكس - للأسف - سلبا على إرادة المجتمع الدولي المتوجهة نحو إرساء نظام دولي إنساني تحترم فيه سيادات الدول و استقلالها.

### المطلب الثاني: مبدأ السيادة و مسؤولية الحماية

نتيجة للانتقادات الموجهة للتدخل الإنساني من منطلق عدم شرعيته. و تعارضه مع مبدأ السيادة و حظر اللجوء إلى القوة في العلاقات الدولية. ظهر بالمقابل مفهوم مسؤولية الحماية الذي يسعى لوقف انتهاكات حقوق الإنسان دون المساس بالسيادة الوطنية. و يدافع عنه بحجة أن التطبيق السليم له و فق الأطر القانونية التي حددتها اللجنة المعنية بالتدخل و سيادة الدول سيشكل ضمانا هامة لضمان احترام حقوق الإنسان. فما هو مفهوم مسؤولية الحماية (الفرع الأول). و ما هو دوره في احترام حقوق الإنسان و تحقيق الأمن الإنساني (الفرع الثاني).





## الفرع الأول: مفهوم المسؤولية عن الحماية

خلال التسعينات من القرن الماضي، كان اللجوء إلى استخدام القوة من أجل وقف الانتهاكات الواسعة لحقوق الإنسان يطلق عليه "حق التدخل الإنساني". أما اليوم فإنه يبرر تحت شعار "مسؤولية تقديم الحماية"، وهي الصيغة التي اقترحتها سنة 2002 لجنة الخبراء الذين اجتمعوا بمبادرة من الحكومة الكندية تحت إشراف "اللجنة الدولية المعنية بالتدخل و سيادة الدول" CIISS. هذه اللجنة تشكلت في عز النقاش الذي تأجج حول مدى شرعية و قانونية تدخل الحلف الأطلسي ( الناتو ) في كوسوفو، و أخذت على عاتقها المهمة التالية: بناء إطار مرجعي يسمح بتحديد " متى يكون من اللائق أن تتخذ بعض الدول إجراءات قسرية، خصوصا منها العسكرية، في حق دولة أخرى بهدف حماية السكان المدنيين داخل هذه الدولة"<sup>1</sup>. و هنا يطرح التساؤل حول تعريف مسؤولية الحماية و الفرق بين مبدأ مسؤولية الحماية و حق أو واجب التدخل الإنساني.

### أولاً: تعريف المسؤولية عن الحماية

لقد تمت مناقشة فكرة مسؤولية الحماية في إطار اللجنة المعنية بالتدخل و سيادة الدول منذ 1999، و لقد أسفر النقاش عن إصدار تقرير يقترح إعادة تعريف التدخل كـ "مسؤولية حماية"<sup>2</sup>.

و لقد قدمت اللجنة تقريرها و نشرته في ديسمبر 2001، حيث خلص إلى استبدال مصطلح التدخل الدولي الإنساني بمصطلح مسؤولية الحماية، إذ يقع على عاتق الدولة نفسها المسؤولية الرئيسية عن حماية سكانها احتراماً لمبدأ السيادة<sup>3</sup>، غير أنه في حالة تعرض السكان لأذى خطير نتيجة حرب داخلية أو عصيان أو قمع أو كون الدولة غير قادرة أو غير راغبة في وقف الأذى أو تجنبه يأتي دور المسؤولية الدولية للحماية، من هنا كان أول ظهور لفكرة مسؤولية الحماية التي تعد تطوراً لمفهوم التدخل الإنساني، و تسعى " المسؤولية عن الحماية" إلى إيجاد صيغة قانونية تجمع بين احترام سيادات الدول و مسؤولية الدول عن حماية سكانها، و تم الاتفاق على مجموعة نقاط لتفعيل الهدف المشار إليه و هي:

1. لم يعد يجوز للدول الأضرار بمواطنيها، فإذا لم يكن ممكناً للدول أن تقوم بحماية مواطنيها— يتولى المجتمع الدولي مهام حمايتهم:

<sup>1</sup> فابريس وايسمان، " منظمة أطباء بلا حدود و مسؤولية تقديم الحماية"، مجلة أخلاقيات العدالة الجنائية، نيويورك، مارس 2010، ص 02.

<sup>2</sup> Ernest-Marie MBONDA, « Guerres modernes africaines et responsabilité de la communauté internationale », Presses de l'Université catholique d'Afrique centrale, Yaoundé, 2007, p. 87.

<sup>3</sup> فابريس وايسمان، المرجع السابق، ص 3.



2. نظرا لأن اهتمام المجتمع الدولي يركز على الضحايا ، فإن مبدأ مسؤولية الحماية يستند إلى منظور الضحايا، و ليس منظور من يتدخل؛

3. يتكون مبدأ مسؤولية الحماية من عنصرين، هما مسؤولية المنع و التي تعني ممارسة جميع الاختيارات قبل اتخاذ الإجراءات العسكرية، و مسؤولية إعادة البناء و التي هي إعادة الإعمار ما بعد النزاعات؛

و على هذا النحو ، و بحسب تقرير اللجنة الدولية الخاصة بالتدخل و السيادة، يتمشى مبدأ مسؤولية الحماية مع فكرة احترام مبدأ السيادة باعتبار ان السيادة أصبحت مسؤولية حماية لعاباها و ليست مبررا لانتهاك حقوقهم<sup>1</sup>.

و قد أشار كوفي عنان إلى مسؤولية الحماية من خلال تقرير "فريق الأمم المتحدة رفيع المستوى المعني بالتهديدات و التحديات و التغيير" الذي أنشأه سنة 2003م، بقوله ( نحن نؤيد المبدأ المستجد المتمثل في وجود مسؤولية دولية جماعية عن الحماية يمارسها مجلس الأمن تأذن بالتدخل العسكري كملاذ أخير)<sup>2</sup>. و يضيف التقرير أن ثمة اعتراف متزايد بأن المسألة ليست هي حق التدخل من جانب أي دولة، بقدر ما هي مسؤولية الحماية التي تقع على عاتق كل الدول عندما يتعلق الأمر بمعاناة السكان من كوارث يمكن تفاديها، كالقتل الجماعي، و التطهير العرقي، و الترحيل القسري، و التجويع المتعمد، و التعريض للأمراض<sup>3</sup>.

#### ثانيا: أهمية دور الدولة في تحقيق الأمن الإنساني

لقد أدت الجرائم الإنسانية المتكررة إلى تركيز الاهتمام ليس على سيادات الدول بل على مسؤولياتها، سواء اتجاه مواطنيها أم اتجاه المجتمع الدولي، أي مسؤولية الحماية التي تقع على عاتق كل دولة عندما يتعلق الأمر بالانتهاكات الواسعة لحقوق الإنسان، كالإبادة الجماعية و التطهير العرقي... الخ، و وسط ازدياد ضرورة تحقيق الأمن الإنساني، يشير بعض الفقهاء إلى تراجع دور الدولة، و قد تكون الدولة هي مصدر المشكلة، و ليست مصدر حل المشكلة، فالدولة تارة فاعل يقوم بحماية حقوق الإنسان، و تارة فاعل يخل بحقوق الإنسان<sup>4</sup>، غير أن هذه الحقيقة لا تعني إضعاف دور الدولة ذات السيادة في الأمن الإنساني، و يظهر انه ثمة قبول متزايد لوجوب أن يتحمل المجتمع الدولي مسؤولية حماية الأفراد، خصوصا عندما تكون الدول غير

<sup>1</sup> Richard M. PRICE and Mark W. ZACHER, The United Nations and Global Security, Palgrave Macmillan, 2004, pp 254-256.

<sup>2</sup> تقرير الفريق رفيع المستوى العالمي المعني بالتهديدات و التحديات و التغيير، عالم أكثر أمنا: مسؤوليتنا المشتركة، A/59/565.

<sup>3</sup> المرجع نفسه.

<sup>4</sup> Alex J BELAMY and Matt MCDONALD, « The Utility of Human Security: Wich Humans\$ What Security », Security Dialogue, Vol 33, N° 03, September 2002, p 373-374.



مبدأ السيادة بين التدخل الإنساني و مسؤولية الحماية \_\_\_\_\_ د. سلام سميرة

قادرة أو غير راغبة في حماية مواطنيها في حالات الاضطهاد. رغم أنها من تتحمل المسؤولية الرئيسية عن حمايتهم<sup>1</sup>.

كما يجب النظر إلى مسؤولية الحماية على أنها مكمل لمبدأ السيادة. فهي تنبع من فكرة أن السيادة مسؤولية. إذ يتعين على الدول الاضطلاع بمسؤوليتها الرئيسية في مجال الحماية حتى يكون تعزيزها لا إضعافاً لها.

و ما سبق. يبدو أن مسؤولية الحماية بإمكانها أن تؤسس للأمن الإنساني إذا ما تم تطبيقها وفق الأسس و المعايير التي جاءت بها. غير أن الممارسات الدولية المعاصرة أثبتت أن مسؤولية الحماية مبدأ لا يزال غير واضح. و يساء استخدامه. حتى مع محاولة تمييزه عن التدخل الإنساني. خصوصاً بالنظر إلى دور مجلس الأمن الدولي في مجال تحقيق الأمن الإنساني. أين حاولت الحكومة الكندية أن تجعل الأمن الإنساني محور عمل مجلس الأمن. بينما أكدت في نفس الوقت على دور الدولة في احترام الأمن الإنساني<sup>2</sup>. و تبقى التدخلات في السودان. و كوت ديفوار. و ليبيا و سوريا - على سبيل المثال لا الحصر - . خير دليل على سوء استخدام مبدأ مسؤولية الحماية. و ازدواجية المعايير و الكيل بمكيالين. فقد تركت الشعوب لمصير مجهول. و ساهمت في تدهور حقوق الإنسان. و تدفق واسع للاجئين في ظل غياب تام للأمن الإنساني.

#### خاتمة

و خلاصة القول إن حقوق الإنسان لم تعد من المسائل التي تدخل في الاختصاص الداخلي للدول التي يحظر التدخل فيه. ولم يعد تنظيم مسائل حقوق الإنسان حكراً على الدساتير والقوانين الداخلية فقط. وإنما أصبحت تنظم بموجب القوانين الدولية وتشرف على تطبيقها واحترامها وعدم انتهاكها المنظمات والمحاكم الدولية. و عليه لا يمكن للدول الاحتماء خلف اختصاصها الداخلي والادعاء بأن المسائل المتعلقة بحقوق الإنسان شأن داخلي لا يجوز التدخل فيه.

لكن يجب الأخذ في الحسبان أن مبدأي السيادة و عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول هما من المبادئ السامية التي يرتكز عليها القانون الدولي. و أن أي اعتداء عليهما يعد عملاً غير مشروع و يشكل انتهاكاً للقانون الدولي و على رأسه ميثاق الأمم المتحدة. و يكمن الاعتداء على هذين المبدأين من خلال التدخل المسلح الذي يتم خارج إطار منظمة الأمم المتحدة و الشرعية الدولية. و لو تحت غطاء حماية حقوق الإنسان.

<sup>1</sup> Ibid.

<sup>2</sup> George MACLEAN, "Instituting and protecting human security: A Canadian Perspective", Australian Journal of International Affairs, November 2000, Vol 54, p6.



و لهذا يجب أن يكون الاهتمام الدولي بحقوق الإنسان، في إطار احترام سيادات الدول، من أجل خلق علاقة تعاون وتكامل تساهم في تكريس حماية حقوق الإنسان على المستوى الوطني و الدولي. وهذا ما أكدت عليه القواعد القانونية الداخلية والدولية لحقوق الإنسان. عندما نصت على أهمية احترام حقوق الإنسان في ظل احترام سيادات الدول و عدم التدخل في شؤونها الداخلية، لأنه عندما يعم السلم والأمن في العالم، فإن الإنسان هو الذي ينجي ثماره. وعندما تشقى الدول يشقى بلا شك الإنسان، و لن تتمكن الدول من صيانة حقوق و حريات أفرادها و شعوبها إذا كانت هي نفسها تعجز عن حماية سيادتها و استقلالها، خصوصا في ظل هاته الفوضى التي تشهدها العلاقات الدولية بسبب انتهاك قواعد القانون الدولي بفرعيه القانون الدولي لحقوق الإنسان و القانون الدولي الإنساني.

و أخيرا يبدو أن مبدأ السيادة يحقق الاستقرار الدولي، إلى جانب احترام حقوق الإنسان الذي يحقق السلم والأمن الدوليين، ولهذا يجب الحفاظ على حقوق الإنسان عن طريق تعزيز سيادات الدول وليس سيادة الحكومات.



القيادة التنظيمية و علاقتها بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية في إطار دراسة د. سيدي صالح صيرينة  
جامعة ميتشيغان \_ دراسة ميدانية بمقر دائرة مجانية \_ ولاية برج بوعريريج \_ د. واكلي (آيت مجير) بديعة

## القيادة التنظيمية و علاقتها بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية

في إطار دراسة جامعة ميتشيغان \_ دراسة ميدانية بمقر دائرة مجانية \_ ولاية برج بوعريريج \_

د. سيدي صالح صيرينة جامعة سطيف

د. واكلي (آيت مجير) بديعة جامعة سطيف

### ملخص:

هدفت هذه الدراسة إلى التعرف على أنماط القيادة التنظيمية وعلاقتها بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية في إطار دراسة جامعة ميتشيغان. وهذا من خلال الإجابة على التساؤل الذي مفاده: هل للنمط القيادي علاقة ذات دلالة إحصائية بالرضا الوظيفي؟

وللإجابة على هذا التساؤل قمنا بصياغة مجموعة من الفرضيات. وقد تم استخدام المنهج الارتباطي الذي هو أحد مستويات المنهج الوصفي. واستخدمنا أيضا الاستبيان كأداة رئيسية لجمع البيانات حيث تكونت عينة الدراسة من 42 فرد عامل التي أخذت بطريقة المسح الشامل وتم استخدام مجموعة من الأدوات الإحصائية معتمدين في ذلك على الحزمة الإحصائية للعلوم الاجتماعية SPSS وبعد التحليل الإحصائي توصلت الدراسة إلى النتائج التالية

- وجود علاقة ذات دلالة إحصائية بين النمط القيادي المهتم بالعمل والرضا الوظيفي لدى العمال عند مستوى الدلالة 0.05 و 0.01.
  - وجود علاقة ذات دلالة إحصائية بين النمط القيادي المهتم بالعمال والرضا الوظيفي لدى العمال عند مستوى الدلالة 0.05 و 0.01.
  - وجود علاقة ذات دلالة إحصائية بين النمط القيادي والرضا الوظيفي.
- الكلمات المفتاحية:** القيادة - النمط القيادي - دراسة جامعة ميتشيغان - الرضا الوظيفي.

### Résumé :

Cette étude vise à identifier les styles d'organisation de leadership et leur relation à la satisfaction professionnelle des travailleurs dans les institutions nationales dans le cadre de l'étude de l'université du Michigan, et ce en répondant à la question de l'effet ; Est-ce qu'il ya une relation statistiquement significative entre les styles d'organisations et la satisfaction au travail ?

Pour répondre à cette question, nous avons formulé un ensemble d'hypothèses, il a été l'utilisation du curriculum corrélative qui est un des niveaux d'approche descriptive, on a également utilisé l'enquête comme un outil clé pour la collecte des données . l'échantillon de l'étude comprenait 42 travailleurs pris dans une étude exhaustive d'outils statistiques basée sur le logiciel d'analyse statistique SPSS et on a aboutit aux conclusions suivantes ;



القيادة التنظيمية و علاقتها بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية في إطار دراسة د. سيدي صالح صبرينة  
جامعة ميتشيغان \_ دراسة ميدانية بمقر دائرة مجانية \_ ولاية برج بوعرييج \_ \_\_\_\_\_ د. واكلي (آيت مجير) بديعة

-L'existence d'une relation statistiquement significative entre le style de leadership intéressé par le travaille et la satisfaction au travail chez les travailleurs au niveau de signification de 0.05 et 0.01.

- l'existence d'une relation statistiquement significative entre la direction et les travailleurs intéressés à la satisfaction au travail parmi les motifs des travailleurs au niveaux de 0.05 et 0.01 .

- l'existence de relation statistiquement significative entre le style de leadership et la satisfaction au travail.

**Les mots clés:** l'organisation - les styles d'organisation- l'étude de l'université du Michigan -la satisfaction professionnelle

### أولا : طرح الإشكالية وتحديدتها :

إن أساس النهوض باقتصاد أي بلد ونجاح وتطور أي مؤسسة وضمن استمراريته وبقائها مرهون بالعناية بمواردها البشرية واستغلال طاقاتها لتحقيق أهدافه. وذلك من خلال تهيئة جو ملائم يسوده الراحة والاطمئنان وحسن العلاقات. اذ يعد الرضا الوظيفي للعمال في أي إدارة عاملا مهما في حياتهم الوظيفية. ويرجع ذلك إلى الدور الكبير الذي يلعبه في حياتهم باعتباره الجسر الذي تحقق من خلاله فعالية المنظمة وكفاءتها.

ويعتبر الرضا عن العمل من بين الموضوعات التي لا بد من الاهتمام بها في أي منظمة حيث تسعى هذه الأخيرة إلى محاولة فهم العوامل التي تؤثر على الرضا الوظيفي. ومن هنا فان الإدارة الناجحة هي التي تسعى إلى رفع درجة الرضا لعمالها وإيجاد التوافق والانسجام بين مصالح العمال ومصالحها. وبالتالي تكون قادرة على التحكم في اتجاهاتهم وسلوكياتهم. بمعنى تحقيق الأهداف المادية والاقتصادية للمنظمة وكذلك تحقيق الأهداف الشخصية<sup>1</sup>.

وقد تباينت وجهات النظر حول تحديد العوامل التي تؤثر على الرضا الوظيفي. وهذا نظرا لاختلاف البيئات ومحاور الاهتمام بينهم. فقد حدد لوثناس (lothans) ستة جوانب رئيسية للرضا الوظيفي مصدرها الراتب. والعمل نفسه والترقيات والإشراف والزملاء. وظروف العمل. كما حدد هوبوك (Hoppok) تسعة عشر عاملا تؤثر في الرضا الوظيفي من أبرزها : العلاقة مع المشرفين والاستمتاع بالعمل و مستوى الإجهاد في العمل. ... الخ

وأشار كذلك حميد المعالي سنة 1986م إلى أن عدم الرضا يؤدي إلى نتائج سلبية منها : الإضراب. دوران العمل والغياب وتدني الإنتاجية والتظلمات والإهمال<sup>2</sup>. لذا فقد أصبح يلاحظ أكثر فأكثر من أن أهمية المنظمات تتركز بشكل كبير على أهمية وقيمة الأشخاص الذين

<sup>1</sup> - خلف جاد الرب سيد . تنمية القدرات القيادية للعاملين بالجامعات. دون طبعة. دار العلم والإيمان للنشر والتوزيع. دسوق. 2009.ص87

<sup>2</sup> - خلفيات عبد الفتاح. منى الملاح. الولاء التنظيمي وعلاقته بالرضا الوظيفي لدى أعضاء هيئة التدريس في الجامعات الخاصة الأردنية. مجلة دمشق - المجلد 25 - العدد (423). 2009. ص 294



القيادة التنظيمية و علاقتها بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية في إطار دراسة د. سيدي صالح صبرينة  
جامعة ميتشيغان \_ دراسة ميدانية بمقر دائرة مجانية \_ ولاية برج بوعرييج \_ \_\_\_\_\_ د. واكلي (آيت مجبر) بديعة

يسيرونها. لذلك فان القيادة التنظيمية ظاهرة اجتماعية وتنظيمية تتعلق بمجموعة من الأفراد في تنظيم معين. فمن خلال تفاعلهم وانسجامهم لسيرورة عمل الجماعة في اطار نسق ما يقود إلى تحقيق أهدافها بحيث يقومون باختيار أحد الأعضاء، وغالبا ما يكون هذا العضو متلكا لمؤهلات وقدرات تسهل له القيام بهذا الدور لتحقيق الأهداف. من حيث كونه يمارس تأثير في سلوك باقي أعضاء الجماعة<sup>1</sup>.

هذا ما جعل المنظمات على اختلاف أحجامها تحتاج إلى قادة يتحملون المسؤولية في تحقيق الأهداف. وإنجاز أعمالها بكفاءة وفعالية وتحقيق رضا عمالها. والمحافظة عليهم فقدره القائد على التعامل مع أفرادها في المنظمة بأسلوب فعال يتطلب منه تحديد نمط قيادي مناسب لذلك. بحيث تعددت الأنماط القيادية بتعدد الباحثين والدارسين لموضوع القيادة والتي تختلف من منظمة إلى أخرى باختلاف الأفراد القائدين والمقودين. والمواقف التي يتعرضون لها. فكل دراسة حددت مجموعة من الأنماط التي رأتها مناسبة. ومن بينها دراسة جامعة "إيوا Iowa" سنة 1939م، ودراسة جامعة "أوهايو Ohio" سنة 1940م، ودراسة جامعة "ميتشيغان" سنة 1946 Michigan. وهذه الأخيرة التي تعتبر الاطار النظري للدراسة الحالية والتي حددت بعدين أو نمطين للقيادة وهما "الاهتمام بالعمالين" ويتجلى في اهتمام القائد بأتباعه ومراعاته لحاجاتهم وحل مشاكلهم ومنحهم أكبر قدر من الحرية. ولا يهتم بتفاصيل العمل. وإنما يركز على النتائج النهائية فقط. أما البعد الثاني "الاهتمام بالعمل" والذي يهتم بتخطيط وتنظيم ورقابة شديدة والتركيز على الإنتاج. وعلى تفاصيل العمل. ويتميز بالصرامة والمراجعة المستمرة لأداء العمل.

لذا جاءت هذه الدراسة لمحاولة سد فجوات الدراسات السابقة انطلاقا من الإطار النظري لهذه الأخيرة و المتمثل في دراسة جامعة ميتشيغان. فان إشكالية الدراسة تتحدد أساسا في محاولة معرفة أنماط القيادة التنظيمية وعلاقتها بالرضا الوظيفي في اطار دراسة جامعة ميتشيغان لدى عمال المؤسسات الوطنية.

و لأجل تحديد إشكالية البحث في شكلها الواضح و الدقيق نطرح التساؤل التالي:

هل للنمط القيادي علاقة ذات دلالة إحصائية بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات

الوطنية؟

<sup>1</sup> - إبراهيم بن جامع. الذكاء الانفعالي وعلاقته بفعالية القيادة. مذكرة ماجستير. غير منشورة. جامعة سطيف. الجزائر. 2010. ص 04





القيادة التنظيمية و علاقتها بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية في إطار دراسة د. سيدي صالح صبرينة  
جامعة ميتشيغان \_ دراسة ميدانية بمقر دائرة مجانية \_ ولاية برج بوعرييج \_ \_\_\_\_\_ د. واكلي (آيت مجير) بديعة

ثانيا: فرضيات الدراسة :

تنطوي هذه الدراسة على فرضية عامة و فرضيتين إجرائيتين.

1- الفرضية العامة مفادها:

لنمط القيادي علاقة ذات دلالة إحصائية بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية.

2- الفرضيات الإجرائية:

الفرضية الإجرائية الأولى مفادها:

لنمط القيادي المهتم بالعمل علاقة ذات دلالة إحصائية بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية.

الفرضية الإجرائية الثانية مفادها :

لنمط القيادي المهتم بالعمال علاقة ذات دلالة إحصائية بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية

ثالثا : أهداف الدراسة :

المؤكد أن لكل دراسة علمية هدف أو مجموعة أهداف يسعى الباحث لتحقيقها من خلال بحثه . أما عن الدراسة التي بين أيدينا فهي تهدف أساسا إلى :

➤ الوقوف على طبيعة العلاقة بين النمط القيادي المهتم بالعمل والرضا الوظيفي في المؤسسة ميدان الدراسة.

➤ الوقوف على طبيعة العلاقة بين النمط القيادي المهتم بالعمال والرضا الوظيفي في المؤسسة ميدان الدراسة .

➤ إبراز دور القيادة ومدى فعاليتها في تحقيق الرضا الوظيفي للعمال.

رابعا : تحديد مصطلحات الدراسة :

1- تعريف القيادة:تعريف "تانينبوم ومساريك" (Tannenbaum and Massarik) 195:

"القيادة هي عملية التأثير الذي يزاولها (يمارسها) القائد بين الأفراد لتوجيههم من خلال الاتصالات إلى تحقيق أهداف محددة"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - بغول زهير الوجيز في الفكر الإداري.دط.مخبر التطبيقات النفسية و التربوية.جامعة منتوري. قسنطينة. الجزائر. 2011. ص 87.



القيادة التنظيمية و علاقتها بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية في إطار دراسة د. سيدي صالح صبرينة  
جامعة ميتشيغان \_ دراسة ميدانية بمقر دائرة مجانية \_ ولاية برج بوعرييج \_ \_\_\_\_\_ د. واكلي (آيت مجبر) بديعة

تعريف "عبد السلام أبو قحف" 1993 :

"القيادة هي عملية التأثير على الأفراد و تشجيعهم لتحقيق أهداف المنظمة" <sup>1</sup>.

\*تعريف إجرائي:

هي ذلك التفاعل بين المرؤوسين و القائد الذي تم اختياره من خلال مؤهلاته و قدراته التي يمتلكها و بالتأثير على الآخرين لتحقيق أهداف مشتركة.

**2- النمط القيادي :**

هو الأسلوب الذي يمارسه القائد داخل التنظيم وذلك للتأثير في سلوك عماله وجعلهم يتعاونون لتحقيق الأهداف المرغوبة وتحسين مستوى رضاهم عن عملهم وعن قائدهم، يوجد نمطين من القيادة و اللذان يعتبران الإطار النظري للدراسة الحالية التي تظمنتهما دراسة جامعة ميتشيغان.

**3- دراسة جامعة ميتشيغان (Michigan) 1946 :**

انطلقت دراسات معهد البحوث الاجتماعية بجامعة ميتشيغان الأمريكية بعد الحرب العالمية الثانية ، وتولى القيام بها كل من كاتز (Katz) وليكارت (Likert) وكاهن (Kahn). وكان الغرض منها هو دراسة الفروق بين الأنماط السلوكية القيادية في المنظمات الرسمية وارتباطهما بمستوى الأداء والرضا لدى العاملين كمعيارين أساسيين لتقييم فعاليتها. وركزت الدراسات على تأثير سلوكيات القائد في أداء المجموعات الصغيرة. حيث حاولت التعرف على نمط سلوك القائد والمتغيرات المرتبطة به في الأقسام ذات الإنتاجية المرتفعة ومقارنته بنمط سلوك القائد والمتغيرات المرتبطة به في الأقسام ذات الإنتاجية المنخفضة. وتوصلت الدراسات إلى تحديد نمطين من القيادة هما : النمط المهتم بالعاملين والنمط المهتم بالإنتاج (العمل).

**أ- النمط المهتم بالعاملين:**

يصف هذا النمط سلوك القادة الذين يتعاملون مع أتباعهم من منطلق العلاقات الإنسانية فهم ينظرون للأفراد على أن لهم أهمية ذاتية، ويؤكدون فرديتهم وحاجاتهم الشخصية وتشجيعهم في المواقف الصعبة ويهتمون بمشاعرهم، وراحتهم ويميلون إلى تفويض المسؤوليات <sup>2</sup>.

وهذا النمط يعتبر أسلوب جيد وفعال في اكتساب ثقة العمال، ودفعهم إلى إبراز أو إخراج كل القدرات والمهارات التي يمتلكونها العمال والذي ينعكس إيجابا على ارتفاع مستوى

<sup>1</sup> - شعبان علي حسين السيسى. أسس السلوك الإنساني بين النظرية و التطبيق. د. دار الهناء للتجليد الفني. القاهرة. 2009. ص 311

<sup>2</sup> - إبراهيم بن جامع. الذكاء الانفعالي و علاقته بفعالية القيادة. مذكرة ماجستير. غير منشورة. جامعة سطيف. الجزائر. 2010. ص ص 92-93.



القيادة التنظيمية و علاقتها بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية في إطار دراسة د. سيدي صالح صبرينة  
جامعة ميتشيغان \_ دراسة ميدانية بمقر دائرة مجانية \_ ولاية برج بوعرييج \_ \_\_\_\_\_ د. واكلي (آيت مجبر) بديعة

عطائهم وبالتالي تحقيق الأهداف المرغوبة. وتحقيق مستوى عال من الرضا والروح المعنوية  
لديهم.

#### - النمط القيادي المهتم بالعاملين إجرائيا:

هو اهتمام القائد بأتباعه ومراعاته لحاجاتهم. وحل مشاكلهم. وراحتهم النفسية  
ومنحهم أكبر قدر من الحرية. ولا يهتم بتفاصيل العمل. وإنما يركز على النتائج النهائية فقط.

#### ب- النمط المهتم بالعمل :

يركز هذا النمط على أسلوب الإشراف المباشر واستخدام القوة الشرعية و القصرية  
والالتزام جداول الإنتاج وتقييم أداء العاملين وينظرون إلى الأفراد على أنهم مجرد وسيلة لأجاز  
العمل والوصول إلى الأهداف المسطرة<sup>1</sup>.

يعتبر هذا النمط عكس النمط الأول (المهتم بالعمال) ففي هذا النمط يكون القائد  
يتميز بالصرامة وأجاز الأعمال الدقيقة. وهذا ما يجعل من العمال يصابون بالتوتر والقلق وعدم  
الإحساس بالراحة والطمأنينة. مما يخفف لديهم مستوى الرضا. والبحث عن عمل آخر يسوده  
الراحة والطمأنينة. فهنا القائد الناجح أو المتميز هو الذي يستطيع أو يعرف كيف يدمج بين  
هذين النمطين. فكل نمط يكمل الآخر فهناك مواقف يهتم القائد بالعمل وهناك مواقف يجب  
على القائد أن يهتم بالعمال.

أشارت نتائج دراسات جامعة ميتشيغان إلى أن النمط المهتم بالعاملين يرتبط بمستوى  
مرتفع من الإنتاجية. فالمشرفون أو القادة في الأقسام ذات الإنتاجية العالية يتميزون بكونهم  
يهتمون بالجوانب الإنسانية ويسعون إلى بناء جماعات عمل فاعلة وهادفة على عكس النمط  
المهتم بالإنتاج فتبين أنه يرتبط بمستوى منخفض من الإنتاجية وبدرجة متدنية ووجود مشاعر  
عدائية لدى العاملين<sup>2</sup>.

#### - النمط القيادي المهتم بالعمل إجرائيا:

هو النمط الذي يهتم فيه القائد بتخطيط العمل وتنظيم ورقابة شديدة والتركيز على  
الانتاج. وعلى تفاصيل العمل. ويتميز بالصرامة والمراجعة المستمرة لأداء العمل بالكيفية  
المفروضة

<sup>1</sup> - ملين وادي مدى ممارسة القيادات الإدارية الجزائرية لسلوكيات القيادة التحولية و معوقات ممارستها. مذكرة ماجستير غير منشورة.  
جامعة سطيف، الجزائر، 2014. ص 42.

<sup>2</sup> - حسين حريم، السلوك التنظيمي، سلوك الأفراد و الجماعات في منظمات الأعمال، ط3، دار حامد للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2009.



القيادة التنظيمية و علاقتها بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية في إطار دراسة د. سيدي صالح صبرينة  
جامعة ميتشيغان \_ دراسة ميدانية بمقر دائرة مجانية \_ ولاية برج بوعرييج \_ \_\_\_\_\_ د. واكلي (آيت مجبر) بديعة

#### 4- تعريف الرضا الوظيفي :

لقد تم تناول الرضا الوظيفي من طرف العديد من الباحثين والدارسين، منذ مطلع القرن العشرين، وهو ما أنتج تعدد مفاهيم مختلفة للرضا الوظيفي لاختلاف وجهات نظرهم حول هذا المفهوم لذا سنشير لأهم التعاريف كما يلي :

#### - تعريف "هوبوك" "Hoppock" 1935 :

عرفه بأنه "مجموعة الاهتمامات بالظروف المادية والبيئية التي تحمل المرء القول بكل صدق أنني راضي على وظيفتي" <sup>1</sup>.

#### - تعريف "دانيال Daniel" :

فهو يرى بأنه لا بد من التمييز بين مفهوم الرضا عن العمل، فقد يكون العاملون راضين في العمل، ولكن ليس بالعمل نفسه أي أن مصدر الرضا يكون عن طريق الجو الاجتماعي للعمل، وليس خصائص العمل نفسه" <sup>2</sup>.

- الرضا الوظيفي إجرائياً: هو مجموعة من المشاعر الداخلية الإيجابية لدى العمال كالشعور بالطمأنينة والسعادة اتجاه العمل بصفة عامة واتجاه نمط القيادة بصفة خاصة.

#### خامساً: الدراسات السابقة: المجموعة الأولى: الدراسات المحلية:

#### \*دراسة مكفس عبد الملك 2009:1- عنوان الدراسة :

"نمط القيادة في الإدارة المدرسية وعلاقته بالرضا الوظيفي لدى أساتذة التعليم الثانوي.

#### 2- أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى : - تزويد المشرفين على التسيير التربوي بما يرفع من درجة الرضا الوظيفي لدى الأساتذة باختلاف مستوياتهم وخبرتهم وبالتالي تحسين المددود التربوي.

- فتح الآفاق لدى الباحثين التربويين للبحث في العلاقة بين النمط القيادي ومتغيرات أخرى.

- معرفة الفروق بين الأساتذة في درجة الرضا الوظيفي بحسب بعض المتغيرات الشخصية والوظيفة كالجنس وسنوات التدريس وشعبة التدريس.

- معرفة العلاقة الموجودة بين النمط القيادي والرضا الوظيفي لدى الأساتذة.

#### 3- عينة الدراسة:

تكونت عينة الدراسة من 315 أستاذ من المجتمع الأصلي الذي يتكون من 1583 أستاذ عبر تراب ولاية مسيلة أي تقدر بنسبة 20%.

<sup>1</sup> ناصر محمد العديلي، السلوك الإنساني والتنظيمي، منظور كلي مقارن، دط، معهد الإدارة العامة للبحوث العربية، الرياض، 1995

<sup>2</sup> طلعت إبراهيم لطفي، علم اجتماع التنظيم، دط، دار غرب للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.



القيادة التنظيمية و علاقتها بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية في إطار دراسة د. سيدي صالح صبرينة  
جامعة مينشيفان \_ دراسة ميدانية بمقر دائرة مجانية \_ ولاية برج بوعرييج \_ \_\_\_\_\_ د. واكلي (آيت مجير) بديعة

#### 4- منهج الدراسة:

اعتمد الباحث في هذه الدراسة على المنهج الوصفي.

#### 5- الأداة الإحصائية:

تمت المعالجة الإحصائية بواسطة الحاسب الآلي (Spss) واستعمل الأساليب

الإحصائية:

- التكرار والنسب المئوية لوصف العينة وتحديد مستوى درجة الرضا.
- اختبار T-test لتحديد الفروق الفردية بين الجنسين في مستوى درجة الرضا.
- معامل تحليل التباين الأحادي لفحص الفروق بين الأساتذة في درجة الرضا.
- معامل الارتباط بيرسون لحساب العلاقة بين أبعاد الرضا الوظيفي وأنماط القيادة.

#### 6- أهم نتائج الدراسة :

توصلت الدراسة على النتائج التالية :

- وجود ارتباط إيجابي قوي بين النمط القيادي الديمقراطي ودرجة الرضا بأبعاده.
  - وجود ارتباط عكسي قوي بين النمطين التسبيبي والديكتاتوري بدرجة الرضا الوظيفي غير أن النمط القيادي التسبيبي كان أقوى من الدكتاتوري.
  - توجد فروق بين الجنسين في درجة الرضا العام لصالح الذكور. وعدم وجود فروق دالة إحصائية في درجة الرضا العام باعتبار متغير شعبة التدريس وكذلك باعتبار سنوات الخبرة<sup>1</sup>.
- تعليق على الدراسة :

اعتمد الباحث في هذه الدراسة "نمط القيادة في الإدارة المدرسية وعلاقته بالرضا الوظيفي لدى أساتذة التعليم الثانوي" على أساليب إحصائية عديدة وهذه نقطة إيجابية في هذه الدراسة والتي تتمثل في برنامج Spss وذلك لحساب كل من التكرار والنسب المئوية واختبار T-test ومعامل تحليل التباين ومعامل بيرسون.

حيث استفادت الدراسة الحالية مع هذه الدراسة في اختيار المنهج وبناء الاطار النظري والتطبيقي واعتمدت أيضا في بناء بنود الاستبيان الخاص بالرضا الوظيفي والذي يتمثل في البند رقم (09).

<sup>1</sup> - مكفس عبد المالك. نمط القيادة في الإدارة المدرسية وعلاقته بالرضا الوظيفي لأساتذة التعليم الثانوي. مذكرة ماجستير منشورة. جامعة باتنة، الجزائر، 2009، ص233



القيادة التنظيمية و علاقتها بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية في إطار دراسة د. سيدي صالح صبرينة  
جامعة مینشيفان \_ دراسة ميدانية بمقر دائرة مجانية \_ ولاية برج بوعرييج \_ \_\_\_\_\_ د. واكلي (آيت مجبر) بديعة

## 2- المجموعة الثانية :

الدراسات العربية :- \* "دراسة محمد عبود الحراشة 2008":

### 1- عنوان الدراسة :

"النمط القيادي الذي يمارسه مديرو المدارس. وعلاقته بمستوى الرضا الوظيفي للمعلمين  
في مديرية التربية والتعليم في محافظة الطفيلة".

### 2- أهداف الدراسة :

هدفت هذه الدراسة إلى : - التعرف على النمط القيادي الذي يمارسه مديرو المدارس  
وعلاقته بالرضا الوظيفي للمعلمين في مديرية التربية والتعليم في محافظة الطفيلة. وأثر كل  
من الجنس والتخصص وسنوات الخبرة والمؤهل العلمي في مستوى الرضا الوظيفي للمعلمين.

### 3- عينة الدراسة:

تكونت عينة الدراسة من 235 معلما ومعلمة تم اختيارهم بالطريقة العشوائية .

### 4- الأداة الإحصائية:

تمت المعالجة الإحصائية باستخدام : - المتوسطات الحسابية - الانحرافات المعيارية -  
تحليل التباين المتعدد - معامل الارتباط بيرسون .

### 5- نتائج الدراسة:

أسفرت نتائج الدراسة على ما يلي :- أن جميع الأنماط القيادية لدى مديري المدارس  
جاءت بدرجة ممارسة متوسطة. إلا أن النمط المسوق كان أكثرها شيوعا.  
- مستوى الرضا الوظيفي للمعلمين جاء بمستوى متوسط أيضا .  
- عدم وجود فروق ذات دلالة إحصائية في مستوى الرضا الوظيفي لدى معلمي مدارس التربية  
والتعليم في محافظة الطفيلة تعزى لمتغيرات (الجنس. التخصص. الخبرة. المؤهل  
العلمي) وهناك علاقة إيجابية بين النمط القيادي ومستوى الرضا الوظيفي للمعلمين<sup>1</sup>.

### - تعليق على الدراسة:

من خلال نتائج الدراسة "نمط القيادي الذي يمارسه مديرو المدارس وعلاقته بمستوى  
الرضا الوظيفي للمعلمين في مديرية التربية والتعليم في محافظة الطفيلة" سنة 2008.  
نلاحظ أن النمط القيادي الأكثر شيوعا هو النمط المسوق. وأنه اعتمد في اختيار الأنماط  
القيادية وفق نظرية هيرسي وبلانشارد. وأيضا نفس النقد الموجه لدراسة رياض ستراك  
بالنسبة للخصائص الديموغرافية خاصة المؤهل العلمي بما أنه يتعامل مع الفئة المتعلمة.

<sup>1</sup> - محمد عبود الحراشة. النمط القيادي الذي يمارسه مديرو المدارس وعلاقته بمستوى الرضا الوظيفي للمعلمين في مديرية التربية  
والتعليم لمحافظة الطفيلة. مجلة جامعة دمشق. المجلد 24. العدد الأول. الأردن. 2008. ص ص 323-324.



القيادة التنظيمية و علاقتها بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية في إطار دراسة د. سيدي صالح صبرينة  
جامعة ميتشيفان \_ دراسة ميدانية بمقر دائرة مجانية \_ ولاية برج بوعريرج \_ \_\_\_\_\_ د. واكلي (آيت مجبر) بديعة

\* إجراءات الدراسة الميدانية:

سادسا: مجالات الدراسة:

1- المجال المكاني:

أجريت دراستنا هذه في مقر دائرة مجانية التابعة إقليميا لولاية برج بوعريرج.

2- المجال البشري:

لقد أجريت هذه الدراسة على عينة قدر عددها ب 42 فرد و هذه العينة نفسها المجتمع الإحصائي الذي أخذت منه بطريقة المسح الشامل.

سابعا: منهج الدراسة:

تماشيا مع طبيعة موضوع بحثنا. ومن أجل الوقوف على هذه الظاهرة التي تهدف إلى الكشف عن العلاقة بين متغيرين هما النمط القيادي والرضا الوظيفي. استخدمنا المنهج الارتباطي الذي هو أحد مستوى من مستويات المنهج الوصفي.

ثامنا: أدوات جمع البيانات :

تم الاعتماد في جمع البيانات في هذه الدراسة على الاستبيان الذي يعتبر أكثر الوسائل استخداما للحصول على بيانات ومعلومات عن أفراد مجتمع الدراسة . حيث اعتمدنا في دراستنا هذه على استبيانين :

- الاستبيان الأول :

خاص بأتماط القيادة ويضم 30 بند وهي موزعة في محورين :

- المحور الأول : النمط القيادي المهتم بالعمل وينطوي على 15 بند وأرقامها على مستوى استبيان الدراسة هي : 1-2-4-5-7-10-12-14-15-16-18-26-27-28.

- المحور الثاني :

النمط القيادي المهتم بالعمال وينطوي على 15 بند وأرقامها على مستوى استبيان الدراسة هي : 3-6-8-11-13-17-19-20-21-22-23-24-25-29-30.

الاستبيان الثاني :

خاص بالرضا الوظيفي ويضم 20 بند . وقد استخدمنا سلم "ليكات" لقياس الاتجاهات بثلاثة بدائل (دائما، أحيانا، أبدا). حيث تم وضع مفتاح للاستبيانين. وهذا بإعطائهما الدرجات 3-2-1 بالنسبة للبنود الإيجابية. و العكس بالنسبة للبنود السلبية ولقد تم بناء هذا الاستبيان انطلاقا من التراث النظري لموضوع الدراسة. و كذا بعض الدراسات السابقة.





القيادة التنظيمية و علاقتها بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية في إطار دراسة د. سيدي صالح صبرينة  
جامعة ميتشيغان \_ دراسة ميدانية بمقر دائرة مجانية \_ ولاية برج بوعرييج \_ \_\_\_\_\_ د. واكلي (آيت مجير) بديعة

عاشرا: الخصائص السيكومترية للاستبيان :

1- حساب معامل صدق الاستبيان :

تم عرض الاستبيان على (8) محكمين في التخصص "علم النفس التنظيم والعمل" ، تم حساب صدق الاستبيان بتطبيق معادلة لوشي "Lushai" .

وبعد المعالجة الإحصائية لاستجابات عينة المحكمين على بنود الاستبيان وعليه كان :

- صدق المحكمين لاستبيان القيادة = 0.87.
- صدق المحكمين لاستبيان الرضا الوظيفي = 0.95.

- تعليق :

فهذا مؤشر يدل على أن محاور الدراسة متجانسة وصادقة لما وضعت لقياسه .

2- حساب معامل ثبات الاستبيان :

بعد التأكد من صدق المحتوى لأداة البحث قمنا بتوزيع الاستبيان بعد تعديله على عينة يتراوح عددها (15) فرد من عمال دائرة مجانية للتعرف على مدى ثبات الاستبيان، وهذا عن طريقه معادلة "الفا كرونباخ" وذلك باستخدام برنامج الرزم الإحصائية للعلوم الاجتماعية Spss لتوزيع البيانات وكانت النتائج على النحو التالي :

معامل ألفا كرونباخ	النتيجة
محور النمط القيادي المهتم بالعمل	0.82
محور النمط القيادي المهتم بالعمال	0.87
لاستبيان القيادة	0.84
لاستبيان الرضا الوظيفي	0.91

جدول رقم (01) : يوضح معامل ألفا كرونباخ لاستبيان القيادة والرضا

- تعليق :

وهذا مؤشر يدل على أن محاور الدراسة صادقة وثابتة لما وضعت لقياسه.

عشرة: عينة الدراسة :

تم توزيع الاستبيان على عينة من الدراسة المتمثلة في 42 فرد عامل، وهذه العينة أكثر من 30 حسب شروط روسكو لاختيار العينة، وهي تعتبر المجتمع الإحصائي الذي أخذ بطريقة المسح الشامل.

احدى عشر: الوسائل الإحصائية المستخدمة في تحليل البيانات:

سنقوم في هذه الخطوة بمعرفة مدى تحقق فرضيات الدراسة والتي في مجملها فرضيات تهدف لمعرفة العلاقة بين النمط القيادي والرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية. وقد



القيادة التنظيمية و علاقتها بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية في إطار دراسة د. سيدي صالح صبرينة  
جامعة ميتشيغان \_ دراسة ميدانية بمقر دائرة مجانية \_ ولاية برج بوعرييج \_ \_\_\_\_\_ د. واكلي (آيت مجير) بديعة

تم استعمال برنامج الحزمة الإحصائية للعلوم الاجتماعية Spss في حساب الارتباط وهذا  
باستخدام معامل ارتباط سبيرمان براون للترتيب.

اثنى عشر: عرض ومناقشة نتائج الدراسة في ضوء فرضيات البحث :

1- مناقشة الفرضية الإجرائية الأولى: والجدول التالي يوضح نتائج الفرضية الإجرائية الأولى :

### Corrélations

	النمط المهتم بالعمل	الرضا
Rho Coefficient de corrélation de spearman Sig. (bilatérale) N	1.000 42	0000.624**
Coefficient de corrélation Sig. (bilatérale) N	.624** .000 42	42 1.000 42

\*\*La corrélation est significative au niveau 0.01 (bilatérale).

جدول رقم (02) : يوضح قيمة Rho de spearman بالنسبة للفرضية الإجرائية

الأولى

القراءة الإحصائية:

بالرجوع إلى الجدول رقم (02) المبين أعلاه وعلى اعتبار أن قيمة الدلالة الإحصائية (Sig) والمساوية لـ 0.00 أقل من 0.05 و 0.01 يتبين لنا :

- وجود علاقة دالة إحصائية بين النمط القيادي المهتم بالعمل والرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية عند مستوى الدلالة 0.05 مما يشير إلى تحقق هذه الفرضية عند هذا المستوى من الدلالة وهذا يدل على قبول الفرض البديل  $H_1$  ورفض الفرضي الصفري  $H_0$ .
- وجود علاقة دالة إحصائية بين النمط القيادي المهتم بالعمل والرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية عند مستوى الدلالة 0.01 مما يشير إلى تحقق هذه الفرضية عند هذا المستوى من الدلالة وهذا يدل على قبول الفرض البديل  $H_1$  ورفض الفرضي الصفري  $H_0$ .



القيادة التنظيمية و علاقتها بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية في إطار دراسة د. سيدي صالح صبرينة  
جامعة ميتشيفغان \_ دراسة ميدانية بمقر دائرة مجانية \_ ولاية برج بوعرييج \_ د. واكلي (آيت مجبر) بديعة

## 2- مناقشة الفرضية الإجرائية الثانية: والجدول التالي يوضح نتائج الفرضية الإجرائية الثانية

### Corrélations:

	النمط المهتم بالعمل	الرضا
Coefficient de corrélation	1.000	6700000.**
Rho de spearman		
Sig. (bilatérale)	42	42
N	.670**	1.000
Coefficient de corrélation	.000	
Sig. (bilatérale)	42	42
N		

\*\*La corrélation est significative au niveau 0.01 (bilatérale).

جدول رقم (03) : يوضح قيمة Rho de spearman بالنسبة للفرضية الإجرائية

الثانية.

القراءة الإحصائية:

بالرجوع إلى الجدول رقم (03) المبين أعلاه وعلى اعتبار أن قيمة الدلالة الإحصائية (Sig)

والمساوية لـ 0.00 أقل من 0.05 و 0.01 يتبين لنا :

- وجود علاقة دالة إحصائية بين النمط القيادي المهتم بالعمال والرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية عند مستوى الدلالة 0.05 مما يشير إلى تحقق هذه الفرضية عند هذا المستوى من الدلالة وهذا يدل على قبول الفرض البديل  $H_1$  ورفض الفرض الصفري  $H_0$ .
- وجود علاقة دالة إحصائية بين النمط القيادي المهتم بالعمال والرضا الوظيفي لدى العمال عند مستوى الدلالة 0.01 مما يشير إلى تحقق هذه الفرضية عند هذا المستوى من الدلالة وهذا يدل على قبول الفرض البديل  $H_1$  ورفض الفرض الصفري  $H_0$ .

### 3- مناقشة الفرضية العامة:

بما أن الفرضية الإجرائية الأولى والثانية تحققتا فان الفرضية العامة تحققت بنسبة 100%. أنه توجد علاقة ذات دلالة إحصائية بين النمط القيادي والرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية عند مستوى دلالة 0.01 و 0.05 وهذا يدل على قبول الفرض البديل  $H_1$  ورفض الفرض الصفري  $H_0$ .

اقتراحات الدراسة :



القيادة التنظيمية و علاقتها بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية في إطار دراسة د. سيدي صالح صبرينة  
جامعة ميتشيغان \_ دراسة ميدانية بمقر دائرة مجانية \_ ولاية برج بوعرييج \_ \_\_\_\_\_ د. واكلي (آيت مجبر) بديعة

- بناء على نتائج الدراسة التي توصلنا إليها من خلال تحليل البيانات، و استنادا إلى ما جاء في أهداف و كذا أهمية الإشكالية المطروحة تخلص الدراسة إلى الاقتراحات التالية:
- أن يحرص مدراء المؤسسات العمومية على تحسين مستوى الرضا من خلال مشاركة جميع العمال في اتخاذ بعض القرارات .
  - العمل على تأمين كافة الاحتياجات اللازمة للعمال.
  - توفير مختص في الإرشاد النفسي داخل المؤسسة (الدائرة).
  - العمل على تنمية وتعزيز وتشجيع العمال على النمو المهني والإبداع والابتكار.
- خاتمة:**

من خلال إجرائنا لهذه الدراسة الخاصة بالقيادة التنظيمية وعلاقتها بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسة الوطنية وفق دراسة جامعة ميتشيغان، يمكننا القول أن موضوع القيادة ذا أهمية كبيرة باعتبارها ظاهرة تنظيمية لا بد منها. فهي تجمع بين القادة والمرؤوسين في علاقة تؤثر وتؤثر حيث تؤثر على العمل وأسلوبه وجودته من جهة وعلى الأفراد ونفسياتهم وتقبلهم للعمل من جهة أخرى. لذلك وجب على المؤسسة تبنيتها لقيادة مرنة تراعي الجانب العملي والإنساني معا.

ولقد تبين لنا من خلال هذه الدراسة بكلى جانبيها النظري والتطبيقي أن للنمط القيادي علاقة بالرضا الوظيفي حيث أن مقر دائرة مجانية يعتمد في العملية القيادية على النمط القيادي المهتم بالعمل والعمال معا وهذا ما أثبتته نتائج الدراسة. وذلك من خلال سعي القائد دائما إلى الوصول لتحقيق درجة كبيرة من جودة الخدمة مع الحرص على تحقيق رضا العامل من خلال الاهتمام بمشاكله وحاجاته ومساعدته للوصول إلى تحقيق أهدافه.

إلا أن هذه النتائج لا يمكن تعميمها على كل المؤسسات فهي تبقى رهينة العينة التي تمت دراستها ليبقى هذا الموضوع مفتوحا للدراسات المستقبلية في جوانب مختلفة وأوسع.

**1- استمارة النمط القيادي: أخي أختي العامل (ة): السلام عليكم و زحمة الله و بركاته.**

الرقم	البنود	دائما	أحيانا	أبدا
01	لديه أسلوب جيد في التحفيز			
02	نادرا ما يتفاعل مع مقترحات العمال			
03	يبحث عن سبب المشكلة وليس مرتكبها			
04	يؤكد على إتباع تعليمات الإدارة دون مناقشتها			
05	ثقتة في العمال محدودة			
06	يتفادى الأساليب التي تحدث صراعات مع العمال			



القيادة التنظيمية و علاقتها بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية في إطار دراسة د. سيدي صالح صبرينة  
جامعة ميتشيغان \_ دراسة ميدانية بمقر دائرة مجانية \_ ولاية برج بوعرييج \_ \_\_\_\_\_ د. واكلي (آيت مجير) بديعة

07	يلجأ للعقاب عند ارتكاب العمال أخطاء في العمل
08	يفوض بعض صلاحياته إلى العمال
09	يشدد على العمال لئيبذلوا جهدا أكبر
10	يحمل العمال مسؤولية نتائج أدائهم للعمل
11	يضع دائما مبررات لأخطاء العمال
12	يميل الى تركيز جميع السلطات بيده
13	يهتم بتسويات مشاكل العمال
14	يشعرنى القائد بثقته في أدائي للعمل
15	يلتقي بالعمال عند الحاجة إليهم فقط
16	هدفه الأساسي هو إنجاز العمل
17	يعمل على رفع الروح المعنوية للعمال
18	يركز كثيرا على طريقة أداء العمل
19	يتفاعل مع العمال من خلال مشاركتهم في بعض المهام
20	يسعى الى تلبية حاجات العمال المختلفة
21	يسعى لإرضاء غالبية العمال
22	يحفز العمال بغض النظر عن أدائهم
23	يساعدني للوصول الى ما أطمح إليه
24	يسعى الى تكوين علاقات طيبة مع العمال
25	يتيح للعمال الفرصة للتعبير عن آرائهم و أفكارهم
26	يسعى دوما لتحقيق أفضل خدمة
27	هدفه الأساسي هو إنجاز العمل
28	يفرض الرقابة الدقيقة في أداء المهام
29	يقوم باحترام وتقدير مجهودات العمال المبذولة
30	يشجع المناقشة الجماعية لأساليب العمل



القيادة التنظيمية و علاقتها بالرضا الوظيفي لدى عمال المؤسسات الوطنية في إطار دراسة د. سيدي صالح صبرينة  
جامعة ميتشيفغان \_ دراسة ميدانية بمقر دائرة مجانية \_ ولاية برج بوعرييج \_ د. واكلي (آيت مجير) بديعة

## 2- استمارة الرضا الوظيفي .

الرقم	البنود	دائما	أحيانا	أبدا
01	تحقق لك الوظيفة التي تشغلها اجرا كافيا			
02	الوظيفة التي تشغلها تسمح لك بالترقية			
03	الأوقات التي تعمل فيها مناسبة			
04	أشعر بالفخر والاعتزاز بانتمائي للمؤسسة			
05	يتميز مكان العمل الذي أعمل فيه انه مريح وآمن			
06	الوظيفة التي تشغلها تحتوي على قدر كبير من المسؤوليات			
07	تعمل المؤسسة على تنمية قدرات العمال باستمرار			
08	علاقتك بمشرفك قائمة على الاحترام المتبادل			
09	لا أنتظر اجرا أحسن من أجري الحالي			
10	تشعر بخيبة أمل لحصولك على هذا العمل			
11	تترك عملك قبل انتهاء ساعات العمل			
12	تكثر الشكاوي لمسؤولك عن ظروف العمل			
13	تغيب عن عملك بحجة المرض			
14	ان وجدت وظيفة أخرى تغير عملك			
15	تبذل قصارى جهد لتظل سمعة المؤسسة طيبة في المجتمع			
16	تناسب مؤهلاتك العلمية مع منصب عملك			
17	تتمتع بوظيفتك أكثر ما تتمتع بوقت فراغك			
18	تسمح لك وظيفتك بإبراز كل قدراتك ومؤهلاتك العلمية			
19	أحصل على التقدير والاعتراف على ما أقوم به من جهد			
20	تقنعك الأحكام والقرارات التي يصدرها مسؤولك المباشر			



## قانون الاستثمار و البيئة القانونية للاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر: دراسة تقييمية

د.هبال عبد النور جامعة خنشلة

### ملخص:

تتسابق الكثير من الدول على اختلاف مستوياتها التنموية في اجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية في إطار الاستثمار الأجنبي المباشر لكونه بديلا فعالا عن المديونية و دافعا قويا للتنمية الوطنية.

يلعب الإطار القانوني دورا هاما و حاسما في جلب تلك الاستثمارات، و في حالة الجزائر شهدت النصوص القانونية المنظمة للاستثمار الأجنبي المباشر تطورا كبيرا خاصة في الفترة (2000-2015) غير أن حجم الاستثمارات الوافدة بقي دون المستوى المأمول بالنظر إلى الحوافز القانونية المقدمة.

تسعى هذه الورقة البحثية إلى تسليط الضوء على البيئة القانونية للاستثمار الأجنبي المباشر و تقييم أبرز ملامحها في محاولة لتقييم مدى أثرها في جذب الاستثمار و معرفة العوائق الكاظمة و الحلول اللازمة.

**الكلمات المفتاحية:** البيئة القانونية للاستثمار، الاستثمار الأجنبي المباشر، التنمية.

### مناخ الاستثمار

#### Abstract :

many countries at different levels of development Outfits to attract foreign direct investment for being an effective substitute for debt and a strong factor for national development.

The legal framework plays an important and crucial role in bringing those investments, and in the case of Algeria the legal texts Organizing the foreign direct investment witnessed, a major development especially in the period (2000-2015) but the volume of investment inflows remained below the desired level given the legal incentives.

This paper seeks to highlight the legal environment for foreign direct investment and assess its most prominent features in an attempt to assess the impact on attracting investment and deduce barriers inhibiting it and necessary solutions.

**Key words:** legal environment for investment, foreign direct investment, development, investment climate

### مقدمة:

تعتبر المنظومة القانونية واحدا من أهم المتغيرات الفاعلة في بيئة الأعمال؛ و أحد أهم العناصر التي تحظى بالدراسة و التقييم من طرف متخذي القرار الاستثماري بحكم ما





قانون الإستثمار، و البيئة القانونية للإستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر؛ دراسة تقييمية — د.عبد النور هبال

تتضمنه من نصوص و تشريعات مؤثرة في جدوى المشاريع الاستثمارية و سيرورة عملية الاستثمار من مرحلة الإنشاء و حتى مراحل التشغيل و الإستغلال.

قبل انطلاقه في إنجاز الاستثمار يقوم المستثمر بما يعرف بـ "دراسات الجدوى" التي تتضمن دراسة و تقييم مجموعة من الجوانب المالية و الإقتصادية و القانونية... من أجل الإجابة على سؤال كبير: هل المشروع المطروح للدراسة ذو جدوى أم لا ؛ أي هل من العقلاني اتخاذ قرار بتنفيذه أم من المناسب التخلي عنه ، و يعتبر ما يعرف بـ "دراسة الجدوى القانونية" واحدا من أبرز مكونات دراسات جدوى المشاريع "؛ و كثيرا ما يلعب الجانب القانوني دورا كبيرا في تحفيز القرار الاستثماري أو التأثير عليه.

لا شك أن النشاط الاستثماري يكتسي أهمية بالغة ضمن المنظومة الإقتصادية للدول بما يؤمنه من حشد الموارد المتاحة و تعبئتها في سبيل تحقيق الغايات الكبرى للمجتمع و إشباع حاجاته المختلفة؛ و بما يحدثه من تأثيرات على المتغيرات الإقتصادية الهامة كإمتصاص العمالة و معالجة ظاهرة البطالة، و خلق القيمة المضافة و معالجة اختلالات ميزان المدفوعات عن طريق ترقية الصادرات و تخفيض الواردات ، و مراكمة رصيد الخبرة و التعلم بمساهمته في نقل التكنولوجيا و الطرائق الجديدة في الإنتاج..

و في الحالة الجزائرية؛ يحدث النقاش منذ زمن غير يسير حول إشكالية التبعية لعائدات المحروقات و آثارها المختلفة على المنظومة الإقتصادية للجزائر. و هو ما طرح بقوة ضرورة التوجه نحو اقتصاد منتج متنوع خالق للثروة؛ الأمر الذي يستوجب تبني سياسة مشجعة للاستثمار ومحفزة له، و شكلت الإنهيارات المتسارعة لأسعار النفط في أواخر العام 2015 و مطلع 2016 حافزا إضافيا في هذا الشأن.

يعتبر قانون الاستثمار الإطار التشريعي المنظم لعملية الاستثمار؛ و قد خضع لعدة تعديلات بهدف جعله يتماشى مع متطلبات الظروف الإقتصادية و مقتضيات توفير المناخ الملائم لجلب الاستثمار و على وجه الخصوص الاستثمار الأجنبي المباشر. و من هذا المنطلق نطرح في هذه الورقة البحثية الإشكالية التالية:

- ما مدى فعالية سياسة ترقية الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر في ضوء قانون الاستثمار؛ و للإجابة على الإشكالية المطروحة تم تقسيم البحث إلى ثلاثة محاور:
- مدخل نظري للاستثمار الأجنبي المباشر
- مرتكزات قانون الاستثمار و البيئة القانونية للاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر
- تقييم دور المنظومة التشريعية في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر



## I- مدخل نظري للاستثمار الأجنبي المباشر:

تنتهج الدول متقدمة مانت أم نامية سياسة تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر لما له من قدرة على سد الفجوة الناجمة عن عدم كفاية الإيداع المحلي و كذا لتجنب تداعيات سياسة الإقتراض لما يرتبط بها من شروط قاسية في العادة و تكلفة مرتفعة.

### أ- مفهوم الاستثمار الأجنبي المباشر:

يعرف الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه " تلك المشروعات التي يقيمها و يملكها و يديرها المستثمر الأجنبي إما بسبب ملكيته الكاملة للمشروع أو اشتراكه في رأس مال المشروع بنصيب يبرر له حق الإدارة"<sup>1</sup> و يمكن في هذا الصدد التمييز بينه و بين الأشكال الأخرى للتمويل الدولي للتنمية الوطنية و التي أبرزها:

- الديون الخارجية: و "تمثل في إجمالي الأموال المقترضة التي يتحصل عليها أشخاص طبيعيين أو معنويين مقيمين. من أشخاص طبيعيين أو معنويين غير مقيمين"<sup>2</sup> أو من منظمات و هيآت دولية كالحكومات الأجنبية و صندوق النقد الدولي و البنك العالمي...
- المنح و المساعدات الأجنبية: و هي منح لا ترد أو قروض ميسرة منخفضة أو منعدمة الفائدة
- الاستثمار الأجنبي غير المباشر: يتمثل هذا النوع من التمويل الدولي في شراء غير المقيمين لأوراق مالية (أسهم و سندات) تعود ملكيتها الى القطاع العام (الدولة) أو إلى المؤسسات الخاصة في الدولة المعنية؛ أي أنه "ذلك الاستثمار الذي يتمثل في قيام أشخاص طبيعيين أو معنويين مقيمين في دولة أجنبية. أو بعض المنظمات الدولية. بشراء أسهم أو سندات شركات قائمة في الدول النامية. يحصلون من خلالها على عائد رأسمالي. لكن دون أن تخول لهم هذه الملكية السيطرة على المشروع أو حتى حق المشاركة في إدارته"<sup>3</sup>.

غير أن الاستثمار الأجنبي المباشر يتميز على بقية أشكال التمويل الدولي للتنمية السالفة الذكر من خلال الأهمية و الدور الذي يلعبه في دفع عجلة التنمية و الذي يمكن تبيانها فيما يأتي:

### ب- أشكال الاستثمار الأجنبي المباشر:

يتضمن الاستثمار الأجنبي المباشر في "قيام منشأة أو شركة ما بالاستثمار في مشاريع تقع خارج حدود وطنها الأم. و ذلك بهدف ممارسة قدر من التأثير على عمليات تلك المشاريع. ويمكن أن يتخذ الاستثمار الأجنبي المباشر عدة أشكال. كإنشاء مشروع جديد بالكامل. أو تملك

<sup>1</sup> حامد عبد المجيد دراز، السياسات المالية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 658

<sup>2</sup> السابق، ص 204

<sup>3</sup> خرافي خديجة، دور السياسات المالية في ترشيد الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر دراسة مقارنة ما بين الجزائر، تونس و المغرب، رسالة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015، ص 38



قانون الإستثمار، و البيئة القانونية للإستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر؛ دراسة تقييمية — د.عبد النور هبال

أصول مؤسسة قائمة، أو من خلال عمليات الدمج"<sup>1</sup>، و يتخذ عدة أشكال تخضع للمفاضلة و الاختيار سواء من جهة المستثمر الأجنبي الذي يختار الشكل المناسب للاستثمار بناء على عدة عوامل منها قدرته المالية، حجم الأسواق التي يخدمها، سياساته و أهدافه من وراء استثمار أمواله خارج الدولة الأم... أو من جهة الدولة المضيفة التي تقوم بالمفاضلة بين تلك الأشكال بناء على عدة عوامل منها حالتها السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية، الأهداف العامة التي تريد تحقيقها من وراء جذب الاستثمارات الأجنبية...

يمكن بهذا الصدد التمييز بين الأشكال التالية:

### 1- الاستثمارات الأجنبية المباشرة المشتركة:

يعرف الاستثمار الأجنبي المباشر المشترك بأنه "مؤسسة أجنبية تتولّى عمليات إنتاجية أو تسويقية في دولة أجنبية، و يكون أحد مآلكها شركة دولية، تمارس فيها حق الإدارة، لكن بدون السيطرة الكاملة عليها"<sup>2</sup>، و بذلك فهو يتميز بالخصائص التالية:<sup>3</sup>

- هو استثمار طويل الأجل؛
- يعقد ما بين طرفين، أحدهما وطني و الآخر أجنبي؛
- قد يكون الطرف الوطني شخصية معنوية تابعة للقطاع العام أو الخاص؛
- لا تتطلب المشاركة في هذا النوع من الاستثمارات دخول كل طرف شريك بحصة من رأس المال. فقد يقدم أحد الطرفين فقط المعلومات أو الخبرة، أو العمل التكنولوجي، بشرط اشتراكه مع الطرف الآخر في إدارة المشروع، وهذا هو أساس التفرقة ما بين مشاريع الاستثمار الأجنبي المشترك المباشر و غير المباشر.
- و من خلال تلك الخصائص يكتسي هذا الشكل من الاستثمارات ميزات هامة أبرزها أنه "يساعد على تنمية الملكية الوطنية، و خلق طبقات جديدة من رجال الأعمال الوطنيين، إضافة إلى أنه يضمن للطرف الوطني الحق في إدارة المشروع، و منه يخفّض من درجة تحكّم المستثمر الأجنبي في الاقتصاد الوطني"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> حسان خضرم، الاستثمار الأجنبي المباشر، تعاريف و قضايا، جسر التنمية، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، 2004، ص 03

<sup>2</sup> عبد السلام أبو قحف، الأشكال و السياسات المختلفة للاستثمارات الأجنبية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 15.

<sup>3</sup> محمد يعقوبي و توفيق تمار، آثار العولمة المالية على الاستثمارات الأجنبية المباشرة، حالة الدول العربية، المنتدى الدولي حول «سياسات التمويل و أثرها على الاقتصاديات و المؤسسات، حالة الجزائر و الدول النامية»، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 22 نوفمبر 2006

<sup>4</sup> عبد السلام أبو قحف، مرجع سابق، ص 17



أما المستثمر الأجنبي فقد يفضل من جهته هذا الشكل من الاستثمار في حال محدودية قدرته المالية أو معرفته بالبيئة التسويقية للدولة المضيضة أو في حال كون تشريعات هذه الأخيرة تمنع التملك الكامل للمشاريع القائمة على أرضها من طرف الأجانب، و كذا من ناحية تسهيل التعامل مع العوامل القانونية و الإدارية و الثقافية و الإجتماعية التي من الممكن أن تعترض عمل المستثمر الأجنبي.

من ناحية أخرى قد ينطوي هذا الشكل من الاستثمار على مخاطر للمستثمر الأجنبي مثل فرض الطرف الوطني قيودا على عمليات التوظيف و تحويل الأموال إلى الخارج و ربما تتعارض مصالح الطرفين فتضر بالسير الحسن للمشروع أو تؤدي إلى حل الشراكة.

## 2- الاستثمارات المملوكة بالكامل من طرف المستثمر الأجنبي:

يتضمن هذا النوع من الاستثمار قيام المستثمر الأجنبي بإنشاء مشاريع إنتاجية أو خدماتية يملكها ملكية مطلقة بالدولة المضيضة، و كثيرا ما يكون هذا الشكل مفضلا لديه لما يتيح من منافع كحرية التحكم و الإدارة و الإستحواذ على كامل الأرباح دون مقاسمة، أما الدول المضيضة فكثيرا ما تتخوف من هذا النوع من الاستثمارات لما يؤدي إليه من تبعية اقتصادية و مساس في بعض الحالات بالسيادة و حرية القرار السياسي.

## 3- مشاريع التجميع:

تقوم على أساس اتفاق بين مستثمر أجنبي و طرف وطني عموميا كان أو من الخواص؛ بحيث يقوم الطرف الأول بتوريد قطع و مكونات منتج ما كالأجهزة الإلكترونية و السيارات إلى الطرف الثاني في الدولة المضيضة الذي يتولى تجميعها و تركيب المنتج النهائي، و قد يزود المستثمر الأجنبي الطرف الوطني بالمعدات اللازمة للتجميع و المعرفة الفنية.

يمكن أن تكون هذه المشاريع في صورة واحد من الشكلين السابقين (تملك مطلق، استثمار مشترك) كما قد تنتفي مشاركة المستثمر الأجنبي في الإدارة فيتحول إلى شكل من أشكال الاستثمار الأجنبي غير المباشر.

## ج- أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر:

بعيدا عن بعض الآثار السلبية التي من الممكن أن تنجم عن الاستثمار الأجنبي المباشر مثل فرض التبعية و تغيير الثقافة الاستهلاكية المحلية بفعل حملات الدعاية و الإشهار المتطورة و إلحاق الضرر بالمنتج المحلي إن وجد و التسبب في التلوث البيئي... فإن الدول المضيضة تسعى عادة إلى تسطير سياسات تقوم على أساس توظيف الاستثمار الأجنبي المباشر بما يصب في تحقيق جملة من الأهداف تظهر أهمية هذا النشاط؛ و التي يمكن إجمالها فيما يلي:



## 1- دفع عجلة التنمية الإقتصادية:

لا تعني التنمية الإقتصادية تحسين الأوضاع الإقتصادية فقط؛ بل " يتعدى مفهومها إلى المجالات الاجتماعية و الهيكلية و التنظيمية. فهي تعني زيادة الإنتاج القومي الحقيقي، و من ثمّ زيادة الدخل القومي و نصيب الفرد منه؛ الأمر الذي يؤدي في الغالب إلى زيادة الادخار، و من ثمّ تدعيم التراكم الرأسمالي، الذي يساعد بدوره، مرة أخرى، في زيادة الإنتاج و الدخل القومي. كما تعني التنمية الاقتصادية، من جهة أخرى، تنظيم الإنتاج و تطويره، و تحسين القدرات الإدارية و الفنية و الإنتاجية للعامل، إضافة إلى توفير و تطوير وسائل النقل و المواصلات، و تحسين مستويات الصحة، و التعليم و المعيشة"<sup>1</sup> و توفير السلع الإستهلاكية بالنوعية و السعر المناسبين ما يصب في خدمة رفاهية المجتمع.

و في الكثير من الحالات تكون الموارد الرأسمالية المحلية المتاحة غير كافية للنهوض بمختلف مجالات التنمية و هو ما يبرز أهمية الموارد و رؤوس الأموال الأجنبية في سد النقص الحاصل بهذا الشأن، إضافة إلى "أنار إيجابية ثانوية، فقد يقوم أصحاب هذه المشاريع بتمهيد و رصف الطرق المؤدية إلى منشآتهم، و مد شبكات المياه و الكهرباء، و الصرف الصحي، و الاتصالات السلكية و... مما يؤدي إلى زيادة رأس المال الاجتماعي للدولة المضيفة، دون أن يرهقها ذلك بالنفقات الكبيرة؛ حيث أنه و في ظلّ انخفاض القدرات المالية للقطاع الخاص، فإنه عادة ما كانت الحكومة هي التي تضطلع بمهمة إقامة مشاريع التنمية التحتية هذه"<sup>2</sup>

## 2- خلق مناصب العمل:

تعتبر البطالة "أحد المشكلات الرئيسية التي تواجه معظم دول العالم، باختلاف مستويات تقدمها، و أنظمتها الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية؛ فهي تعد من أخطر و أكبر المشكلات التي تهدد استقرار الأمم، ذلك أنّ تأثيرها لا يقتصر على الجانب الاقتصادي، و إنما يتعدى إلى باقي الجوانب، فهي تشكّل السبب الرئيسي لمعظم الأمراض الاجتماعية، و تتمثل تهديداً واضحاً و كبيراً للاستقرار السياسي، و وفقاً للتعريف الشاسع للبطالة، الذي أقرته منظّمة العمل الدولية، فإنّ الشخص العاطل هو كل فرد يفوق عمره سنا معينة، يكون بلا عمل في حين أنه قادر على العمل، راغب فيه، و يبحث عنه، عند مستوى أجر سائد و لكن لا يجده"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> البنك الدولي، التنمية الاقتصادية المحلية، دليل وضع و تنفيذ استراتيجيات تنمية الاقتصاد المحلي، و خطط العمل، واشنطن، سبتمبر، 2004 ص 09.

<sup>2</sup> خرافي خديجة، مرجع سابق، ص 87.

<sup>3</sup> رمزي زكي، الاقتصاد السياسي للبطالة، مجلّة عالم المعرفة، العدد 226، الكويت، أكتوبر 1997، ص 39.



قانون الإستثمار، و البيئة القانونية للإستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر؛ دراسة تقييمية — د.عبد النور هبال

و تعتبر مشكلة البطالة ذات حدة بارزة خاصة في الدول النامية؛ خاصة إذا أخذنا بعين الإعتبار أن الإحصاءات المتوفرة تكتنفها الكثير من النقائص فهي " لا توفر معطيات دقيقة عن العاملين بوقت جزئي، أو بعقود محدودة المدة، أو عن البطالة المقنعة، و تزداد حدة هذه النقائص و التغيرات التي تعاني منها أغلب المعطيات الإحصائية المتعلقة بالبطالة و التشغيل في العالم، في الدول النامية"<sup>1</sup>.

### 3- تحسين وضعية ميزان المدفوعات:

يعتبر ميزان المدفوعات سجلا اقتصاديا يظهر وضعية الحقوق و الديون بين الفاعلين الإقتصاديين في دولة ما و نظرائهم في العالم الخارجي؛ و من أبرز حساباته الحساب الجاري الذي يظهر التدفقات السلعية و الخدماتية (خدمات النقل، التأمين، السياحة، الخدمات المالية و الاستشارية...) الصادرة و الواردة.

يمكن للاستثمار الأجنبي المباشر أن يصحح العجز في ميزان المدفوعات عن طريق التأثير في هيكل التجارة الخارجية كإحلال الواردات بالمنتجات المنتجة محليا و تشجيع الصادرات.

### 4- نقل التكنولوجيا و الكفاءة الإدارية و الفنية:

لقد أصبحت التكنولوجيا أحد أهم مقومات النشاط الإنتاجي ذلك أنها "تؤدي إلى تحسين جودة المنتجات و زيادة حجم الإنتاج، و ما يتبعه من تحسن للأوضاع الاقتصادية و الاجتماعية و حتى السياسية، و هذا هو الأمر الذي يجعل من تبني التكنولوجيا و ما يتبعها من طرق إنتاجية و أساليب و وسائل علمية و معارف فنية، حلاً للعديد من العضلات التي تقف في وجه مسيرة التنمية الشاملة في البلدان النامية"<sup>2</sup>

## II- مرتكزات قانون الاستثمار و البيئة القانونية للاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر:

إضافة إلى المحددات المعروفة المؤثرة في جذب الاستثمار كالأستقرار السياسي و الأمني، البنية التحتية، العوامل الإقتصادية المتنوعة... فإن الجانب التشريعي يشكل "أحد المكونات الرئيسية لما اصطلح على تسميته بمناخ الاستثمار وقد قامت بعض الدول منذ مطلع السبعينات بوضع قوانين خاصة بمعاملة الاستثمار الخاص وذلك في إطار سعيها إلى تحسين قدراتها التنافسية في جذب الاستثمارات الأجنبية حيث هدفت هذه القوانين في جانب منها إلى التحفيز من أثر التشويوهات الهيكلية في الإقتصاديات الوطنية على الاستثمارات من خلال استثناء هذه الأخيرة من أحكام بعض القوانين مثل التسعير الجبري للمنتجات و القيود على

<sup>1</sup> منظّمة العمل العالمية، ورقة عمل حول انعكاسات الأزمة العالمية على البطالة و التشغيل في البلدان العربية، المنتدى العربي للتشغيل، بيروت، 19 أكتوبر 2009، ص 9.

<sup>2</sup> محمد سيد أبو السعود، الإمكانيات التكنولوجية و النمو الاقتصادي، جسر التنمية، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الدول العربية، العدد 95، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، يوليو 2010، ص 2.



قانون الإستثمار، و البيئة القانونية للإستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر؛ دراسة تقييمية — د.عبد النور هبال

الاستيراد والتصدير والقيود على النقد الأجنبي ... إلخ<sup>1</sup>، بحكم أن "الإطار القانوني والتنظيمي الذي يضبط الاستثمار، بما فيه الاستثمار الأجنبي المباشر، من العوامل المهمة في اجتذابه ونموه وتطوره، ذلك أن النظام القانوني في الدولة المضيفة يحدد القواعد التي تسمح بدخول الاستثمارات الأجنبية، والشكل القانوني الذي تتخذه، وكذا القطاعات الاقتصادية التي يسمح لها بالاستثمار فيها، إضافة إلى حجم وأنواع الضرائب التي تخضع لها، كما أنه، ومن جهة أخرى، يضمن الحماية القانونية الكافية لتشجيع المستثمر الأجنبي على الاستثمار خارج حدود دولته الأم"<sup>2</sup>.

و لكي تكون المنظومة التشريعية جذابة للمستثمر الأجنبي يتعين أن تحمي حقوقه ومصالحه دونما إضرار بمصالح الدولة المضيفة و ذلك من خلال ما يلي:<sup>3</sup>

- إصدار تشريعات قانونية، تحدد بصورة واضحة وثابتة وشفافية، أسس التعامل مع الاستثمارات الأجنبية المباشرة، بدءاً من طرق استقطابها و حمايتها، و انتهاءً بتصنيفاتها، مع ضرورة أن تتضمن هذه التشريعات معاملة ماثلة للاستثمارات الوطنية و الأجنبية المماثلة، وعدم التمييز فيما بينها؛

- التأكيد، من خلال نصوصٍ تشريعية واضحة، على ضرورة عدم تطبيق أي مراجعات، أو إلغاءات قانونية، قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات القائمة، فقد أثبتت إحدى الدراسات التي أجراها البنك الدولي، و التي تغطي 26000 مؤسسة، في 53 دولة، أن العامل الأساسي والأول، الذي قد يحد من جاذبية المناخ الاستثماري، و يدفع بالمؤسسات إلى العزوف عن الاستثمار فيه، هو عدم التأكد من قرارات و تصرفات السلطات الحكومية<sup>4</sup>؛

- يجب أن لا تتنافى التشريعات التي تنظم الاستثمارات الأجنبية المباشرة مع أهداف الدولة المضيفة للاستثمار، و لابد أن تتضمن هذه التشريعات كذلك، كيفية ممارسة الدولة لحقوقها في الرقابة على الاستثمارات الأجنبية المباشرة الوافدة إليها؛ ذلك أن العمل على استقطاب وتشجيع تدفق الاستثمار الأجنبي لا يعني إعطائه الحرية في التعامل بدون حدود، و إنما يجب وضع حدوداً معينة لا يسمح بتجاوزها بهدف الوصول إلى نتائج معينة، تتمثل في ضرورة تحقيق الفوائد التي كانت تطمح إليها الدولة المضيفة من استقبال الاستثمارات الأجنبية.

<sup>1</sup> سنوسي بن عومر، فعالية الإستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014، ص 21

<sup>2</sup> خرافي خديجة، مرجع سابق، ص 74.

<sup>3</sup> دريد محمد السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات و الضمانات القانونية، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، 2006، ص 80 بتصرف.

<sup>4</sup> Warrick Smith, Mary Hallward-Driemier: «le climat de l'investissement, une donnée primordiale», «finances et développement», publication trimestrielle du FMI, volume 42, numéro 1, mars 2005, p 43





قانون الإستثمار، و البيئة القانونية للإستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر؛ دراسة تقييمية — د.عبد النور هبال

إضافة إلى ضرورة الحفاظ على أمنها، و سلامتها الاقتصادية، و السياسية، و الاجتماعية، وأن لا تسمح للمستثمر الأجنبي بالسيطرة على ثرواتها الاقتصادية الوطنية، و إحلال منافسة غير متكافئة، أو غير مرغوب فيها، مع الاستثمارات أو الخبرات أو الأيدي العاملة الوطنية؛  
- إصدار تشريعات تضمن الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية، كالتوقيف، و التأمين و المصادرة و نزع الملكية، و العمل على التأكيد على ضرورة حماية حقوق الملكية، و التي تعتبر من بين العوامل الأساسية المحددة لجودة و كفاءة المناخ الاستثماري للدول المضيفة؛

- إصدار تشريعات تضمن الحماية ضد المخاطر الناجمة عن الاضطرابات السياسية، والاجتماعية الداخلية، و عدم استقرار أوضاع الأمن؛

- ضرورة توفير نظام قضائي، يضمن تنفيذ القواعد و الاتفاقات، و حلّ النزاعات التي يمكن أن تنشأ بين المستثمرين الأجانب و المحليين، و بين المستثمرين و الجهات الحكومية للدولة المضيفة؛  
- كما يجب إرفاق النظام التشريعي، الذي يحكم و يحدد عمل المستثمر الأجنبي، بمجموعة متعددة و متنوعة من المزايا و الحوافز المشجعة لاستثماراته، من إعفاءات ضريبية أو جمركية، و تسهيلات مالية كمنح القروض لمشاريعه الاستثمارية بشروط ميسرة، أو تأجيل الضرائب المفروضة عليها، و غيرها من الحوافز الضريبية؛

- تسهيل و تسريع إجراءات الموافقة على إقامة المشاريع الاستثمارية، و منح تراخيص البناء والتشغيل، إضافة إلى تسهيل إجراءات تملك المستثمر الأجنبي للأراضي و العقارات اللازمة لمباشرة أنشطته الاستثمارية، و تسهيل إجراءات إقامة المستثمرين الأجانب داخل الدولة المضيفة؛

- العمل على إبرام اتفاقيات دولية ثنائية، و متعددة الأطراف، مع الدول الأم لرؤوس الأموال الأجنبية، إذ تلعب هذه الاتفاقيات دوراً مهماً في نمو و تطور الاستثمار الأجنبي، إثر التسهيلات التي تقدمها للمستثمرين الأجانب.

و باستقراء الحالة الجزائرية نجد أن الدولة سنت عدة تشريعات تتعلق بتنظيم الاستثمار و تحفيزه مثل الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 و يتعلق بتطوير الاستثمار؛ و الذي تم تعديله بعض بنوده في الأمر 06-08 المؤرخ في 15 جويلية 2006 الذي جاء معدلاً و متمماً لسابقه، و بالنظر في مجمل النصوص و التشريعات الواردة في هذا الشأن يمكننا أن نلخص أهم الأحكام فيما يأتي:<sup>1</sup>

<sup>1</sup> أنظر تفاصيل التشريعات المتعلقة بقانون الإستثمار في الوثيقة الصادرة عن الغرفة الجزائرية للتجارة و الصناعة، فبراير 2015.  
<http://www.caci.dz/fr/Nos%20Services/Information%20juridique/Documents/CodeInvestFevrier2015-Ar.pdf>



• تستفيد الاستثمارات بعنوان الإجاز من المزايا التالية:

- الإعفاء من الحقوق الجمركية فيما يخص السلع غير المستثناة والمستوردة والتي تدخل مباشرة في إجاز الاستثمار.
- الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة فيما يخص السلع والخدمات غير المستثناة المستوردة أو المقتناة محليا والتي تدخل مباشرة في إجاز الاستثمار.
- الإعفاء من دفع حق نقل الملكية بعوض عن كل المقتنيات العقارية التي تمت في إطار الاستثمار المعني.
- الإعفاء من حقوق التسجيل و مصاريف الإشهار العقاري و مبالغ الأملاك الوطنية المتضمنة حق الإمتياز على الأملاك العقارية المبنية و غير المبنية الممنوحة بعنوان إجاز المشاريع الاستثمارية.

• و بعنوان الإستغلال تستفيد الاستثمارات من المزايا التالية:

- بعد معاينة الشروع في النشاط الذي تعده المصالح الجبائية بطلب من المستثمر لمدة ثلاث (3) سنوات بالنسبة للاستثمارات المحدثه حتى مائة (100) منصب شغل:الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات.-الإعفاء من الرسم على النشاط المهني.
- و تمتد هذه المدة من ثالث (3) سنوات إلى خمس (5) سنوات. بالنسبة للاستثمارات التي تحدث أكثر من مائة (100) منصب شغل عند انطلاق النشاط.
- و تستفيد الاستثمارات في القطاعات الإستراتيجية التي يحدد المجلس الوطني للاستثمار قائمتها. إعفاء من الضريبة على أرباح الشركات و الرسم على النشاط المهني. لمدة خمس (5) سنوات دون اشتراط إحداث مناصب شغل.
- يخضع منح المزايا لتعهد كتابي من المستفيد بإعطاء الأفضلية للمنتوجات والخدمات ذات مصدر جزائري. تنحصر الإستفادة من الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة فقط في الإقتناءات ذات مصدر جزائري. غير أنه، يمكن منح هذا الإمتياز عندما يتم التأكد من عدم وجود منتوج محلي مماثل.

و يخضع قانون الاستثمار الجزائري بعض الاستثمارات لنظام استثنائي؛ حيث تنص المادة

10 على ما يلي:<sup>1</sup>

تستفيد من مزايا خاصة الاستثمارات التي تنجز في المناطق التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من الدولة، وكذا الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للإقتصاد الوطني، لا سيما

<sup>1</sup> قانون الإستثمار، الغرفة الجزائرية للتجارة و الصناعة، مرجع سابق، ص18.



قانون الإستثمار، و البيئة القانونية للإستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر؛ دراسة تقييمية — د.عبد النور هبال  
عندما تستعمل تكنولوجيا خاصة من شأنها أن تحافظ على البيئة، وتحمي الموارد الطبيعية،  
وتدخر الطاقة وتفضي إلى تنمية مستدامة.

و قد حددت المواد التي تليها تلك الإمتيازات؛ حيث أنها و بعنوان الاجاز تستفيد من:

- الإعفاء من دفع حقوق نقل الملكية بعوض فيما يخص كل المقتنيات العقارية التي تتم في إطار الاستثمار.

- تطبيق حق التسجيل بنسبة مخفضة قدرها اثنان بالألف فيما يخص العقود التأسيسية للشركات والزيادات في رأس المال.

- تكفل الدولة جزئيا أو كلياً بالمصاريف، بعد تقييمها من الوكالة، فيما يخص الأشغال المتعلقة بالمنشآت الأساسية الضرورية لإجاز الاستثمار.

- الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة فيما يخص السلع والخدمات غير المستثناة من المزايا و التي تدخل مباشرة في إجاز الاستثمار، سواء كانت مستوردة أو مقتناة من السوق المحلية.

- الإعفاء من الحقوق الجمركية في ما يخص السلع المستوردة وغير المستثناة من المزايا و التي تدخل مباشرة في إجاز الاستثمار.

- الإعفاء من حقوق التسجيل ومصاريف الإشهار العقاري مبالغ الأملاك الوطنية المتضمنة حق الامتياز على الأملاك العقارية المبنية و غير المبنية الممنوحة الموجهة لإجاز المشاريع استثمارية.

أما بعد مباشرة الاستغلال؛ فإن المزايا المستفاد منها تكون كما يلي:

- الإعفاء، لمدة عشر (10) سنوات من النشاط الفعلي، من الضريبة على أرباح الشركات ومن الرسم على النشاط المهني.

- الإعفاء، لمدة عشر(10) سنوات ابتداء من تاريخ الاقتناء، من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل مباشرة في إطار الاستثمار لمدة عشر(10) سنوات.

أما فيما يخص الضمانات الممنوحة للمستثمرين فإن قانون الاستثمار ينص على ما يلي:<sup>1</sup>

**المادة 14 :** يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار. ويعامل جميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب نفس المعاملة مع مراعاة أحكام الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولهم الأصلية .

<sup>1</sup> قانون الإستثمار، الغرفة الجزائرية للتجارة و الصناعة، مرجع سابق، ص22.



**المادة 15 :** لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذ طلب المستثمر ذلك صراحة.

**المادة 16 :** لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. ويترتب على المصادرة تعويض عادل ومنصف.

**المادة 17 :** يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص.

بالنظر إلى العرض السابق يمكننا أن نسجل جملة من الملاحظات لعل من أبرزها فيما يتعلق بالمصلحة الوطنية هو التأكيد على على بعض الأهداف الهامة كإعطاء أولوية و تحفيز للاستثمارات التي تخلق مناصب الشغل و تلك التي تصب في إطار تنمية بعض المناطق و الجهات ذات الإحتياجات الملحوظة على الصعيد التنموي.

و فيما يتعلق بالمستثمر الأجنبي يمكن تسجيل الملاحظات التالية:

- وضوح التشريعات في التعامل مع الاستثمار الأجنبي من البداية و حتى التصفية؛
- المعاملة المتكافئة فيما بين المستثمر الأجنبي و المحلي؛
- تقديم ضمانات معتبرة على صعيد الحماية القانونية للمستثمر الأجنبي ضد المخاطر غير التجارية كالمصادرة و التأميم؛
- تقديم تسهيلات و إعفاءات جمركية و ضريبية هامة يفترض أن توسع فرص الحصول على المزيد من الأرباح.

إن السؤال الذي يثار الآن: بالنظر إلى البيئة القانونية السالف عرضها كيف كان واقع تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الجزائر؟

في هذا الصدد يمكننا إجراء مقارنة متحركة عبر الزمان؛ أي تطور حجم الاستثمارات من سنة إلى أخرى؛ و مقارنة عبر الدول حيث يمكن اختيار الدول الأقرب إلى الجزائر من حيث الوضع العام مثل دول الجوار تونس و المغرب، و البيانات التالية تسمح بتشكيل صورة معبرة عن واقع الاستثمار الأجنبي في الجزائر:



جدول رقم (01): تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الجزائر و الدول المجاورة بالمليون دولار

السنة	الجزائر	المغرب	تونس	إجمالي الدول العربية
2000	280	422	779	5898
2001	1108	2807	487	9394
2002	1065	481	821	7269
2003	638	2314	584	16012
2004	882	895	639	25257
2005	1145	1654	783	47475
2006	1888	2449	3308	70790
2007	1743	2805	1616	82074
2008	2632	2487	2759	97601
2009	2746	1952	1688	82454
2010	2301	1574	1513	68664
2011	2581	2568	1148	46342
2012	1499	2728	1603	53469
2013	1691	3358	1096	48471
2014	749	5133	2178	/
2015	536	4513	411	/
الإجمالي	23484	38140	21413	/
المتوسط السنوي	1468	2384	1338	/

المصدر: من إعداد الباحث استنادا إلى:

- Unctad, conférence des nations unies sur le commerce et le développement, unctadstat : «flux entrants et sortants d'investissement étranger direct, direction-entrants, annuel, 2000-2013», 2014. <http://unctadstat.unctad.org/wds/tableViewer/tableView.aspx>

من الجدول أعلاه نسجل بعض الملاحظات:

بالتزامن مع صدور قانون الاستثمار لعام 2001 شهدت الاستثمارات الأجنبية المباشرة قفزة معتبرة من 280 مليون دولار عام 2000 إلى 1108 . 1165 للسنتين الموالتين على التوالي. ثم تراجع ملحوظا فيما بعد. لينتعش مجددا في الفترة المتزامنة مع قانون الاستثمار لعام 2006 و ما بعدها و لكن بشكل متذبذب ليعود مجددا إلى التدهور بشكل ملحوظ بداية من 2012.

إذا قمنا بالمقارنة مع الدول المجاورة (المغرب و تونس) نجد أن المتوسط السنوي للمغرب أكبر بشكل معتبر من نظيره للجزائر. و إذا أخذنا بعين الإعتبار نصيب قطاع المحروقات في الجزائر فسنلاحظ أن جاذبية الدول المجاورة هي أفضل من الجزائر بالنسبة للاستثمار الأجنبي المباشر خاصة بالنظر إلى الإمكانيات الضخمة للجزائر و التي يعتبر مستوى الاستثمارات المتحققة قياسا إليها دون المأمول.



السؤال الذي يطرح نفسه بهذا الشأن هو: رغم وجود بيئة قانونية محفزة تسعى إلى اجتذاب الاستثمار الأجنبي لماذا لا نجد نتائج في المستوى المأمول؟

إن هذا الإشكال يقودنا إلى البحث في العوامل الأخرى المؤثرة في القرار الاستثماري و التي تشكل ما يعرف "مناخ الأعمال" الذي يقاس بدوره بمجموعة من المؤشرات من أهمها مؤشر الحرية الإقتصادية؛ حيث "تساعد مؤخرًا اهتمام الدول بموقعها في هذا المؤشر و قياس تحسنها عبر السنين في مجال الحرية الإقتصادية"<sup>1</sup> "مؤشر سهولة أداء أنشطة الأعمال" الذي يقيس سهولة الإجراءات الحكومية و التنظيمية ذات الصلة بأداء الأعمال. حيث يتم ترتيب 183 بلدا في العالم في تقرير يصدر عن البنك الدولي من حيث سهولة و تعقيد تلك الإجراءات، و يتألف المؤشر من مجموعة مؤشرات فرعية هي: بدء المشروع، استخراج تراخيص البناء، الحصول على الكهرباء، تسجيل الممتلكات، الحصول على الإئتمان، حماية المستثمرين، دفع الضرائب، التجارة عبر الحدود، إنفاذ العقود، إغلاق المشروع.

حيث "يتتبع هذا المؤشر الإصلاحات التنظيمية التي تهدف إلى زيادة السهولة في أداء الأعمال"<sup>2</sup> و بالنظر إلى حالة الجزائر مع المقارنة بدول الجوار يمكن الإسترشاد بنتائج هذا المؤشر كما يظهره الجدول التالي:

جدول رقم (02): ترتيب الجزائر و الدول المجاورة حسب مؤشر سهولة أداء الأعمال بين سنتي

2013/2012

الترتيب وفقاً لمؤشر سهولة أنشطة الأعمال	الترتيب		البلد
	2012	2013	
التغير في الترتيب			
2-	150	152	الجزائر
5-	45	50	تونس
4-	93	97	المغرب

المصدر: من إعداد الباحث استناداً إلى تقارير البنك الدولي و مؤسسة التمويل الدولية:

arabic.doingbusiness.org/data/exploreeconomies.

<sup>1</sup> ربحان الشريف و هوام لمياء، دور مناخ الإستثمار في دعم و ترقية تنافسية الإقتصاد الوطني، مجلة العلوم الإقتصادية، العدد 32، الجزائر، أبريل 2013

<sup>2</sup> عبد الله قلس، تحليل دور بيئة الأعمال العربية في دعم تنافسية المؤسسات الإقتصادية، مجلة الباحث، عدد 11، الجزائر، 2012، ص





قانون الإستثمار، و البيئة القانونية للإستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر؛ دراسة تقييمية — د.عبد النور هبال

نلاحظ أن تونس تحتل مرتبة جيدة قياسا إلى دول المغرب العربي متبوعة بالمغرب؛ و يأتي ترتيب الجزائر متأخرا بشكل كبير؛ كما أنها تفوقت بمرتبتين في خلال سنة واحدة من 2012 إلى 2013.

أما بعد الفترة (2013) فقد سجلت بعض التغيرات حيث حصلت الجزائر في سنة 2016 على المرتبة: 163 و المغرب: 68 و حصلت تونس على المرتبة 75<sup>1</sup> و هو ما يعني تفوق الجزائر بـ (11) رتبة و تحسن المغرب بـ (29) رتبة، و تفوقت تونس بـ (25) رتبة و لكن تبقى الجزائر متأخرة بالنسبة إلى الدولتين المجاورتين فيما يخص سهولة أداء الأعمال (استخراج تصاريح البناء، الحصول على الكهرباء، تسجيل الملكية، الحصول على الإئتمان...).

#### الخاتمة:

فيما يخص تعزيز تدفق الأموال لدفع عجلت التنمية؛ يشكل الاستثمار الأجنبي المباشر بديلا جيدا عن القروض التي تؤدي في الكثير من الحالات إلى أزمات مديونية و تتميز بارتفاع التكلفة، هذه التدفقات الاستثمارية الأجنبية تتطلب جملة من العوامل المشجعة و المناسبة من أهمها الإطار القانوني الملائم.

في الحالة الجزائرية و باستقراء تطور التشريعات و القوانين المنظمة و المؤطرة للنشاط الاستثماري الأجنبي نلاحظ الكثير من عناصر التحفيز تراكمت عبر جملة من النصوص القانونية و خاصة في الفترة الأخيرة (2001-2015)؛ كما شهدت تلك النصوص تعديلات و إضافات متكررة سعت دوما إلى تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر.

إن الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر يتميز بجملة من الخصائص؛ فمن ناحية المصلحة الوطنية يستند إلى طبيعة الإحتياجات الإقتصادية و التنموية للبلد، و من ناحية المستثمر الأجنبي يقدم جملة من التحفيزات المالية و التنظيمية؛ كما حرص على تقديم الضمانات الكافية و المناسبة مع تبيان الإطار المرجعي في حالة النزاعات، و هو بذلك يتميز بجوافز معتبرة خاصة قياسا إلى الأطر القانونية في الدول المماثلة من حيث الأوضاع الإقتصادية و التنموية مثل المغرب و تونس.

غير أننا و بالموازاة مع تطور التشريعات القانونية المحفزة للاستثمار الأجنبي المباشر لا نجد مستوى هذا الأخير عند الحد المأمول؛ و هو ما يطرح إشكالية النظر في العوامل الأخرى غير الإطار القانوني و هي العوامل المشكلة لمناخ الأعمال.

بهذا الصدد يلزم تطوير المنظومة الفاعلة و المؤثرة في ذلك المناخ و بالأخص تسهيل الإجراءات الإدارية المختلفة و تقليل المدة الزمنية اللازمة لتأدية جملة من الأنشطة التي يحتاجها المستثمرون و تكييف السياسة المالية بما يحفز الاستثمار الأجنبي المباشر.

<sup>1</sup> أنظر تقرير البنك الدولي : <http://arabic.doingbusiness.org/data/exploreconomies> تاريخ الإطلاع: 2017/01/20





أ. سامي بخوش

إسهامات منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام ————— أ. وليد عبدلي

## إسهامات منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام

أ. سامي بخوش جامعة باتنة 1

أ. وليد عبدلي جامعة باتنة 1

### ملخص:

تهدف هذه الدراسة الى مناقشة الدور الذي تلعبه الأمم المتحدة في تطوير قواعد القانون الدولي من خلال توصيات وقرارات اجهزتها الثلاثة "الجمعية العامة، لجنة القانون الدولي ومجلس الأمن". لذا اهمية هذه التوصيات والقرارات تضاعفت من خلال تزايد المبادرات وامتداد العمل الدولي الى العديد من المجالات في سياق اسهامها في التأسيس، تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام.

وعليه تتمحور هذه الدراسة حول استكشاف ما استحسن اولاً في مجال تقنين قواعد القانون الدولي من خلال تبرير هذا التقنين على المستوى التقني، السياسي والعلمي، لأجل تقييم الظروف والنتائج الرسمية المتوصل اليها في مجال تقنين قواعد القانون الدولي العام.

### Résumé :

Cette étude consiste à discuter le rôle joué par les Nations Unies dans le développement progressif du droit international par le biais des résolutions et recommandations de ses trois organes « l'Assemblée générale, la Commission du droit international et le Conseil de sécurité ».

Ainsi l'importance de ces résolutions et recommandations s'accroît à travers la multiplication des initiatives et actions internationales dans divers domaines, tout en contribuant au fondement, au développement et à la codification des normes juridiques internationales.

Ainsi cette étude vise à présenter les principaux "inconvenients" et "avantages" de la codification du droit international à travers la justification de cette codification sur le plan technique, politique et scientifique, à fin d'évaluer les conséquences et les résultats officiels obtenus en matière de codification du droit international public.

### مقدمة:

بما أن لكل قانون مصادر يستمد منها أحكامه وقواعده سواء أكانت هذه المصادر شكلية وهي الوسائل والطرق التي توضع بها القواعد حتى تندرج ضمن القانون ويكون لها طابع إلزامي، أو مصادر مادية للقانون وهي الأفكار والقيم والغايات التي تدفع المشرع إلى وضع قاعدة قانونية وأيضا هي التي تأخذ في الحسبان عند تفسير وتأويل أي قاعدة قانونية ما.

ومع ذلك فقد ظهر في الفقه الدولي خلاف حول طبيعة مصادر القانون الدولي وهذا الاختلاف يتمثل في المدرسة الوضعية التي تعتد بالمصادر الشكلية أو الرسمية باعتبارها مصدرا للقانون الدولي، أما المدرسة الموضوعية فيرى أنصارها أن المصادر المادية هي المصادر



أ. سامي بخوش

إسهامات منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام ————— أ. وليد عبدلي

الحقيقية للقانون الدولي وبذلك فإن أغلب فقهاء القانون الدولي قد سلكوا اتجاه المدرسة الوضعية، ونفس الأمر بالنسبة لمحكمة العدل الدولية من خلال نص مادتها 38. وبذلك فإن النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية قد حدد مصادر القانون الدولي في ثلاثة مصادر رئيسية وهي المعاهدات والعرف الدولي والمبادئ العامة للقانون.

وقد ظهر من خلال العمل الدولي مصدرا قد زاد أهميته في التنظيم الدولي ودخوله في عدة مجالات مختلفة ألا وهو قرارات المنظمات الدولية. إذ أصبحت قرارات المنظمات الدولية مصدرا من مصادر القانون الدولي العام، فهي تساهم في إرساء القواعد القانونية الدولية. وسوف نخص موضوع مقالنا هذا حالة منظمة الأمم المتحدة وأجهزتها الثلاثة الجمعية العامة، لجنة القانون الدولي، ومجلس الأمن من خلال القرارات والتوصيات التي تصدرها هذه الأجهزة.

فمنظمة الأمم المتحدة ومنذ إنشائها في 24 أكتوبر 1945 تعمل على إرساء قواعد القانون الدولي العام وتطويرها وتقنينها، ولعاجتنا هذا الموضوع تأتي إشكالية مقالنا على النحو التالي:

**إلى أي مدى ساهمت منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام؟**

للإجابة على الإشكالية المطروحة قمنا بتقسيم موضوع هذا المقال الى أربعة محاور أساسية محور تمهيدي ارتأينا من خلاله دراسة طبيعة قرارات منظمة الأمم المتحدة من حيث الشكل ومن حيث الصفة حتى يتسنى لنا فهم وتحليل قراراتها المتعلقة بالقانون الدولي، ثم المحور الثاني والذي خصصناه للجمعية العامة للأمم المتحدة ودورها في تطوير قواعد القانون الدولي العام من خلال الاتفاقيات القانونية لتنظيم استعمالات الفضاء الخارجي والاتفاقيات القانونية حول قانون البحار وأهم القرارات التي صدرت بشأنهما، ثم تطرقنا لدور الجمعية العامة للأمم المتحدة في إرساء أسس القانون الدولي للبيئة من خلال مساهمتها في عقد العديد من المؤتمرات المتعلقة بالبيئة وأخيرا استحداث لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري. أما المحور الثالث تناولنا فيه دور لجنة القانون الدولي، من خلال الاتفاقيات المتعلقة بالقانون الدولي وذلك من خلال الاتفاقيات الأربعة لعام 1958 حول قانون البحار، واتفاقية عام 1961 حول العلاقات الدبلوماسية ثم اتفاقية عام 1963 حول العلاقات القنصلية وأخيرا اتفاقية فيينا عام 1969 حول قانون المعاهدات الدولية. في حين خصصنا المحور الرابع لدور مجلس الأمن في تطوير قواعد القانون الدولي العام، وتطرقنا فيه إلى القيمة القانونية لقرارات مجلس



أ. سامي بخوش

إسهامات منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام ————— أ. وليد عبدلي

الأمن ودوره في مجال تطبيق إجراءات القسر. إضافة إلى دور مجلس الأمن في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني.

### أولاً: طبيعة قرارات منظمة الأمم المتحدة؛

ينفرد ميثاق كل منظمة دولية بتحديد الاختصاصات والسلطات المعترف بها للمنظمة، وصولاً إلى تحقيق أهدافها وغاياتها. وتتفاوت المنظمات الدولية من حيث قوة السلطات التي تتمتع بها. فقد يقتصر نشاط المنظمة على التنسيق بين الدول الأعضاء عن طريق اقتراح الاتفاقيات اللازمة أو إصدار التوصيات والاقتراحات التي يتوقف تنفيذها على رغبات حكومات الدول الأعضاء. وقد تتمتع المنظمة في بعض الأحوال بسلطات قوية تسمح لها بتنفيذ أغراضها بوسائلها الخاصة مستقلة في ذلك عن رغبة الدول الأعضاء<sup>(1)</sup>.

وبما أننا بصدد دراسة منظمة الأمم المتحدة ودورها في تطوير قواعد القانون الدولي من خلال أهم القرارات والتوصيات الصادرة عن أجهزتها (الجمعية العامة - لجنة القانون الدولي - مجلس الأمن) كان لزاماً علينا أن نبين طبيعة قرارات الأمم المتحدة. ولعرفة أهم السمات التي تميز طبيعة قرارات الأمم المتحدة ارتأينا أن نعتمد في ذلك على معيارين أساسيين هما:

**المعيار الشكلي.** والذي من خلاله يمكننا التفرقة بين الوسائل القانونية التي أتاحتها الميثاق لأجهزة الأمم المتحدة للتعبير عن إرادتها صراحة ونعني بذلك القرارات الملزمة، التوصيات، واللوائح الداخلية بصرف النظر عن الوسائل القانونية الأخرى التي لم ينص عليها الميثاق صراحة.

**المعيار الموضوعي.** والذي سيمكننا من الوقوف على دور الأمم المتحدة في إصدار القرارات ذات الطابع القضائي والتشريعي وشبه التشريعي والتنفيذي من جهة وبين مدى قوتها الإلزامية من جهة أخرى<sup>(2)</sup>.

### 1- قرارات الأمم المتحدة من حيث الشكل:

بالاعتماد على المعيار الشكلي في تحديد طبيعة قرارات الأمم المتحدة يجب التفريق بين كل من التوصيات، القرارات الملزمة، واللوائح الداخلية.

فالمقصود بالتوصيات **les recommandation** هي دعوة إلى اتخاذ قرار أو موقف معين تتوجه بها المنظمة إلى دولة معينة، أو إلى أحد فروعها أو إلى منظمة أو هيئة دولية أخرى. دون

<sup>1</sup>: صلاح الدين عامر، "مقدمة لدراسة القانون الدولي العام"، القاهرة، دار النهضة العربية، 2008، ص: 299.

<sup>2</sup>: نبيل كرييش، "قرارات الأمم المتحدة ومدى فعاليتها (دراسة تاريخية خليلية من منظور قانوني-سياسي)"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، جامعة باتنة، 2000.



أ. سامي بخوش

إسهامات منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام ————— أ. وليد عبدلي

أن تنطوي تلك الدعوة على معنى الإلزام<sup>(1)</sup>. وقد تأخذ في العمل أشكالاً متعددة فقد يطلق عليها اسم توجيه أو رغبة أو أي ما شاكل ذلك من تسميات. هذه التوصيات قد تدرج في قوتها الإلزامية تدرجا ملحوظا وكذلك تختلف من حيث حجم الموافقين عليها ومدى قبول من توجه إليهم وقد نصت (المادة 33 والمادة 36 والمادة 37) من ميثاق الأمم المتحدة على أنواع مختلفة للتوصيات. فالتوصيات غير ملزمة لمن توجه إليه إلا من الناحية الأدبية دون أن تكون ملزمة بها قانونا. ومع ذلك فقد تصبح التوصية ملزمة قانوناً إذا أعلنت الدولة صراحة قبولها للتوصية. حيث تصير التوصية في هذه الحالة ملزمة بتعييناتها<sup>(2)</sup>.

اما القرار الملزم Resolution Obligatoire نعني به هنا القرار الذي يجوز على القوة الإلزامية في القانون الدولي المعاصر. أي القرار الذي يترتب على مخالفته إمكان المسائلة القانونية لكونه يلزم كل من توجه إليه سواء كان عضواً من أعضاء الأمم المتحدة أو جهازاً من أجهزتها أو موظفاً من موظفيها. وقرارات الأمم المتحدة الملزمة مثلها مثل التوصيات يجب أن تتوافر فيها شروط الصحة والنفذ لضمان إلزاميتها. أي تتماشى وما نص عليه الميثاق<sup>(3)</sup>. وقد يأخذ القرار الملزم واحد من أشكال متعددة أهمها إبرام الاتفاقيات الدولية. إصدار القرارات التنفيذية وإصدار اللوائح<sup>(4)</sup> وفي مقالنا هذا سنكون بصدد دراسة القرارات الملزمة التي تصدرها الأمم المتحدة وخاصة قرارات الجمعية العامة المتعلقة بمسألة تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام وقرارات مجلس الأمن التي يتخذها في أي نزاع من شأنه أن يخل أو يهدد السلم والأمن الدوليين بموجب تطبيقه لمواد الفصل السابع من الميثاق. اما

اللوائح الداخلية les règlements Intérieur فهي تلك القرارات الخاصة بتنظيم سير

العمل الداخلي داخل المنظمة لتحسين أداء عملها.

## 2- قرارات الأمم المتحدة من حيث الصفة:

يمكن تقسيم قرارات منظمة الأمم المتحدة من حيث الصفة إلى قرارات ملزمة في كافة عناصرها وقرارات غير ملزمة. يقصد بالأولى تلك القرارات ذات القوة الذاتية في إنتاج آثار قانونية ملزمة حالاً أو مباشرة أو القابلة للنفذ الفوري. أما الغير ملزمة كتلك القرارات التي تصدر من جهاز أدنى إلى جهاز أعلى منه درجة. أو تلك التوصيات التي تتبادلها الأجهزة المستقلة داخل المنظمة.

<sup>1</sup>: صلاح الدين عامر. مرجع سابق. ص:400.

<sup>2</sup>: إبراهيم احمد شلبي. " مبادئ القانون الدولي العام ". بيروت. الدار الجامعية. 1985. ص: 281.

<sup>3</sup>: نبيل كريش. مرجع سابق. ص:53.

<sup>4</sup>: صلاح الدين عامر. مرجع سابق. ص:401.



### ثانياً: الجمعية العامة للأمم المتحدة ودورها في تطوير قواعد القانون الدولي العام؛

يبرز الاهتمام بالجمعية العامة ودورها في تطوير قواعد القانون الدولي في اجتماعاتها فور صدور قرار يتعلق بإحدى القضايا أو المشكلات التي تقضي مضاجع الأمم والشعوب. وذلك عندما تقوم الجمعية العامة بالمبادرة إلى بذل المساعي الحميدة في سبيل التوصل إلى حل يرضي الأطراف المعنية. وكذلك الحال عندما يصدر قرار يغطي الاهتمامات الإنسانية العالمية. مثل: برامج التنمية، والحملات ضد الفصل العنصري والاستعمار. أو عندما يصدر القرار بإجراء المفاوضات لعقد المعاهدات والاتفاقيات حول المسائل ذات الاهتمام العالمي كالفضاء والبحار والبيئة والعلاقات التجارية وحقوق الإنسان. وهناك مسألة هامة تدخل في اختصاص الجمعية العامة للأمم المتحدة، وهي تقنين القوانين الدولية وتشجيع التقدم المطرد للقانون الدولي وتدوينه (المادة 13 فقرة أ).

وسنخص بالدراسة في هذا المحور أربعة مسائل ذات اهتمام عالمي بذلت الجمعية العامة للأمم المتحدة جهوداً كبيرة ومنذ زمن طويل للوصول إلى اتفاقيات دولية من أجل تقنين قواعد تنظم هذه المسائل ويتعلق الأمر بالاتفاقيات القانونية لتنظيم استعمالات الفضاء الخارجي والاتفاقيات القانونية حول قانون البحار ودور الجمعية العامة للأمم المتحدة في إرساء أسس القانون الدولي للبيئة ولجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري.

#### 1- الاتفاقيات القانونية لتنظيم استعمالات الفضاء الخارجي:

لقد كان أهم ما يشغل الأمم المتحدة بصفة عامة والجمعية العامة بصفة خاصة في مجال استعمالات الفضاء الخارجي هو دور الخطر الذي قد يتعرض له العالم لو استعمل الفضاء الخارجي في الأغراض العسكرية بما دعا بالجمعية العامة للأمم المتحدة إلى التعرض لهذا الموضوع في مناسبات عديدة لعل أهمها ما قامت به في 14 نوفمبر 1957، وفي 13 ديسمبر 1958، وفي 20 ديسمبر 1961<sup>(1)</sup>.

فوجد القرار الذي صدر عام 1957 يقضي بحصر استخدام الفضاء الخارجي للأغراض السلمية والعلمية فقط. ثم تم تشكيل لجنة تتكون من 18 عضواً عام 1958 تكون مهمتها دراسة موضوع تنظيم استخدام الفضاء ووضع تقارير بما تراه من مقترحات في هذا الشأن وفي مرحلة لاحقة انتقلت الأمم المتحدة إلى مرحلة أكثر فاعلية بوضع اتفاقيات دولية تتضمن أحكاماً محددة تتناول التنظيم القانوني للفضاء الخارجي ونجحت في وضع عدد من الاتفاقيات

<sup>1</sup>: إبراهيم احمد شلبي، مرجع سابق، ص: 113.



أ. سامي بخوش

إسهامات منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام ————— أ. وليد عبدلي

الدولية التي دخلت حيز النفاذ ومن أهمها المعاهدات الخاصة بالمبادئ التي تحكم أوجه نشاط الدول في اكتشاف واستخدام الفضاء الخارجي بما فيه القمر وغيره من الأجرام السماوية<sup>(1)</sup>. التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 19 ديسمبر 1966 بموجب (القرار رقم 2222). وأقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 19 ديسمبر 1967 اتفاقية دولية بشأن إنقاذ رواد الفضاء وإعادتهم إلى الأرض واستعادة الأشياء التي تطلق في الفضاء الخارجي<sup>(2)</sup>.

### الاتفاقيات القانونية حول قانون البحار:

لقد ظهرت في القانون الدولي مدرستان: الأولى، تدعو إلى وجوب تحرير البحار من الخضوع لسيادة أي دولة من الدول ومنالمدافعين عن ذلك "جروسيوس" مستنداً إلى أن البحر غير قابل للحيازة الفعلية، وأن البحار لا تنضب مواردها وهي متجددة باستمرار وتكفي الجميع. أما الثانية، تدافع عن إبقاء البحار خاضعة للسيادة الوطنية للدول التي تستطيع أن تفرض سيادتها عليها. وبعد صراع طويل بين المدرستين استقر مبدأ حرية البحار وأصبح قاعدة من قواعد القانون الدولي العام المسلم بها من كافة دول العالم. وهكذا اهتمت الأمم المتحدة في إطار الجهود المبذولة لتقنين القانون الدولي العام بتطوير القواعد القانونية التي تحكم قانون البحار. حيث عقد أول مؤتمر خاص بذلك عام 1958 في جنيف وجم عنه أربع اتفاقيات وبروتوكول اختياري. ولكن نتيجة للتطورات التي أعقبت هذا المؤتمر تم عقد مؤتمر جنيف 1960. غير أن هذا المؤتمر لم يكلل بالنجاح نظراً لعجز الدول عن الاتفاق على بعض المسائل الجوهرية مما دعا بالجمعية العامة سنة 1969 إلى ضرورة عقد مؤتمر جديد للنظر في مسائل قانون البحار. ولذا صدر (القرار 174) بتاريخ 15-12-1969. وفعلاً قررت الجمعية العامة في دورتها 23 بموجب (القرار 2467) إنشاء لجنتين: لجنة قاع البحار والمحيطات ولجنة الاستخدامات السلمية لقاع البحار والمحيطات فيما يجاوز حدود الولاية الوطنية وتضمنت 42 دولة. وقد حُلّت هذه اللجنة في أول دورة بتاريخ 3-12-1973 واستبدالها بثلاث لجان وهي<sup>(3)</sup>:

1- لجنة مكلفة بالنظام الدولي لقاع البحار والمحيطات.

2- لجنة مكلفة بالمسائل العامة لقانون البحار والمصائد.

3- لجنة مكلفة بمشاكل التلوث والبحث العلمي.

<sup>1</sup>: انظر: الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والخمسون، الملحق رقم: A/59/116، البند: 74 من جدول الأعمال.

<sup>2</sup>: صلاح الدين عامر، مرجع سابق، ص: 893.

<sup>3</sup>: مبروك غضبان، "محاضرات في قانون البحار" المؤتمر الثالث لقانون البحار واتفاقية 1982" أُلقيت على طلبة السنة الثالثة علاقات دولية، جامعة باتنة، 2007، ص: 2-3.





أ. سامي بخوش

إسهامات منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام —————. أ. وليد عبدلي

وعلى الرغم من أن اتفاقيتي جنيف لعام 1958 و1960 تعتبران بمثابة الحجاز كبير فلم تكننا كاملة خاصة أنها لم تحتوي على قاعدة أساسية لاتساع البحر الإقليمي أو المسائل المتعلقة بحقوق الصيد للدول الساحلية فيما وراء بحرها الإقليمي وكذلك استغلال الثروات في قيعان البحار والمحيطات وإجراء عمليات البحث العلمي في المنطقة بما دعا بالجمعية العامة للأمم المتحدة إلى الدعوة لعقد مؤتمر ثالث لقانون البحار. حيث تم عقد اثني عشرة دورة للوصول إلى البيان الختامي الذي فتح الباب للتوقيع على الاتفاقية في جامايكا عام 1982. والتي سميت "باتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار" حيث كانت أول اتفاقية حظى بعدد كبير من التوقيعات والتي تحتوي على 320 مادة إضافة إلى 5 مرافقملحقة بها<sup>(1)</sup>.

هذا باختصار شديد عن الاتفاقيات القانونية حول قانون البحار. وهكذا تعتبر كل من اتفاقيتي جنيف لعام 1958 و1960 وأخيرا اتفاقية 1982 بمثابة التحول الكبير الذي شهدته القانون الدولي في مجال قانون البحار وهذا بفضل الجهود الكبيرة التي بذلتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في سعيها لتقنين قواعد القانون الدولي للبحار.

### 1- دور الجمعية العامة للأمم المتحدة في إرساء أسس القانون الدولي للبيئة:

لقد قامت المنظمات الدولية بدور بارز في صياغة القانون الدولي للبيئة. وفي مقدمتها هيئة الأمم المتحدة. التي كان لجمعيتها العامة فضل السبق إلى الدعوة إلى مؤتمر الأمم المتحدة حول البيئة الذي عقد في ستوكهولم في عام 1972. والى المؤتمر الثاني الذي عرف باسم قمة الأرض الذي عقد في ريو دي جانيرو بالبرازيل في عام 1994. واللذان يعتبران من أهم التطورات في مجال إرساء القانون الدولي للبيئة نتيجة الجهود المبذولة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة. وسنقوم بالتطرق إلى المؤتمرين وإبراز الدور الكبير للجمعية العامة للأمم المتحدة في انعقادها وأهم النتائج التي تم التوصل إليها في مجال تقنين قواعد القانون الدولي للبيئة.

### أ- مؤتمر الأمم المتحدة حول البيئة (ستوكهولم 5-16 جوان 1972):

قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة الدعوة إلى عقد مؤتمر الأمم المتحدة حول الوسط الإنساني « Milieu Humain » في عام 1972. وذلك بموجب قرارها (رقم 2397) الذي أصدرته في 3 ديسمبر 1968<sup>(2)</sup>. بحيث يكون الهدف من عقد المؤتمر تقليل الأخطار التي يتعرض لها ذلك الوسط. والتصدي لتدهوره المستمر. وإقامة التنمية الاقتصادية والاجتماعية على أساس

<sup>1</sup>: منتديات ملاك روجي. محاضرات في القانون الدولي للبحار. مرجع سابق.

<sup>2</sup>: Alexander Kiss and Dinah Shelton, guide to international environmental law, martinusNijhoff publishers, Boston USA, 2007, p 32





أ. سامي بخوش

إسهامات منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام ————. أ. وليد عبدلي

سليم من خلال الاهتمام بمشاكل الوسط الإنساني وعرضت السويد استضافة المؤتمر. حيث عقد مؤتمر الأمم المتحدة حول البيئة بمدينة ستوكهولم في الفترة من 5 إلى 16 جوان 1972. وقد حضرت المؤتمر وفود تمثل 112 دولة. وقام الأمين العام للأمم المتحدة بافتتاح المؤتمر وشارك ممثلون له في أعماله. كما مثلت الوكالات المتخصصة المرتبطة بالأمم المتحدة وحضر عدد من المراقبين عن بعض المنظمات الدولية والمنظمات الدولية غير الحكومية. وقد أسفر المؤتمر تنوياً لأعماله ومناقشاته عن إعلان حول البيئة أقرته جميع الوفود المشتركة عدا الصين. وبرنامج عمل ينطوي على عدد كبير من التوصيات (109 توصية) وتوصية طويلة تتعلق بالأوضاع التنظيمية والمالية. وثلاث توصيات أخرى تناولت على التوالي. اليوم العالمي للبيئة. وتجارب الأسلحة النووية. والمؤتمر الثاني للبيئة الذي أوصى المؤتمر بوجود الدعوة إلى عقده<sup>(1)</sup>.

وقد انطوى إعلان ستوكهولم حول البيئة على ديباجة. تلتها مجموعة من المبادئ (26- مبدأ)<sup>(2)</sup>. وقد تضمنت الديباجة التي جاءت في سبع نقاط على الإشارة إلى أهمية المحافظة على البيئة بالنسبة للإنسان. والتي تعد المحافظة عليها وصيانتها أمراً حيويًا بالنسبة للإنسان ورفاهيته. كما أكدت على أن مشاكل البيئة في الدول النامية ترجع في المقام الأول إلى التخلف وأن على الدول الصناعية المتقدمة أن تعمل من جانبها على التقليل من الهوة الكبيرة التي تفصل بينها وبين الدول النامية. كما اعترف الإعلان من ناحية أخرى على أن التزايد الطبيعي في أعداد البشر يفرض باطراد مشاكل جديدة تتعلق بالمحافظة على البيئة. وقد اختتمت الديباجة بالإشارة إلى مسؤولية السلطات المحلية والحكومات على السياسات وبرامج العمل التي يتعين اعتمادها في مجال البيئة في دائرة الاختصاص الإقليمي<sup>(3)</sup>. أما الجزء الثاني من الإعلان فاحتوى على المبادئ التي تعد بمثابة تفصيل وبيان في لغة أكثر تحديداً للمبادئ العامة والنظريات التي جرت الإشارة إليها في الديباجة. وجاء المبدأ الأول من تلك المبادئ ليعلن عن حق الإنسان الأساسي في الحرية والمساواة وظروف ملائمة لحياة في بيئة تسمح للإنسان أن يعيش في كرامة ورفاهية. وان على الإنسان واجب في حماية وتحسين بيئته من أجل أجيال الحاضر والمستقبل. ومن ثم فإن من المتعين إدانة السياسات التي تنطوي على تطبيق أو تشجيع التفرقة

<sup>1</sup>: صلاح الدين عامر. مرجع سابق. ص: 92.

<sup>2</sup>: جون فوغلر. "البيئة". في قضايا في السياسة العالمية. تحرير برايان وايت وآخرون. الإمارات العربية المتحدة. مركز الخليج للأبحاث. 2004. ص: 254.

<sup>3</sup>: Alexander Kiss and Dinah Shelton, op.cit., p:42.



أ. سامي بخوش

إسهامات منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام ————— أ. وليد عبدلي

العنصرية والفصل بين الأجناس والتمييز وكافة أشكال التسلط الاستعماري والسيطرة الأجنبية والعمل على القضاء عليها<sup>(1)</sup>.

### ب- مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة والتنمية UNCED (ريوديجانيرو1992):

قامت الأمم المتحدة بالدعوة إلى عقد مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة والتنمية، والذي عرف باسم قمة الأرض، والذي عقد بمدينة ريودي جانيروبالبرازيل في الفترة من 3 إلى 14 جوان 1992. أي بعد عشرين عاما من انعقاد مؤتمر ستوكهولم في عام 1972، وذلك وفقا لقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (211/45) المؤرخ في 21 ديسمبر 1990 ومقررها (468/46) المؤرخ في 13 أبريل 1992. وخلال تلك الفترة عقد المؤتمر 19 جلسة عامة<sup>(2)</sup>. وقد انعقدت قمة الأرض في وسط دعاية إعلامية لم يسبق لها مثيل، ولم يكن هناك وجه للمقارنة بين الظروف والإمكانيات المتواضعة التي عقد فيها مؤتمر ستوكهولم، وبين الصخب والحشد السياسي غير المسبوق الذي واكب مؤتمر ريودي جانيرو، والذي شارك في أعماله عدد كبير جدا من رؤساء الدول والحكومات (111 رئيس دولة وحكومة) فضلا عن أكبر تجمع للمنظمات الدولية غير الحكومية العاملة في ميدان حماية البيئة<sup>(3)</sup>.

وإذا كان مؤتمر ستوكهولم بمثابة نقطة الانطلاق في مجال حماية البيئة والعمل على تأصيل وصياغة القانون الدولي للبيئة، فإن مؤتمر ريودي جانيروفي عام 1992 قد جاء ليقدّم الردود العملية في مواجهة التحديات والمخاطر التي باتت محدقة ببيئة الإنسان تنذر بالقضاء على التنمية وتشير إلى أفدح الآثار التي تهدد وجود الجنس البشري ذاته. وهكذا فإن مؤتمر ريودي جانيرو قد حمل في طياته نتائج قانونية هامة، تمثلت في اتفاقيات دولية عديدة عاجلت بعض القضايا البيئية الملحة، بيد أن الربط بين قضايا البيئة وقضايا التنمية كان ابرز سمات بل ولعله يكون ابرز إنجازات مؤتمر ريودي جانيرو.

### 2- لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري

لقد أدت التفاوتات في القوانين الوطنية التي تنظم التجارة الدولية إلى خلق عوائق أمام تدفق التجارة الدولية، فضلا عن النزاعات التجارية وتدهور العلاقات التجارية فيما بين الدول، ما

<sup>1</sup>: صلاح الدين عامر، مرجع سابق، ص:924،923.

<sup>2</sup>: انظر في تفصيلات ذلك: تقرير مؤتمر الأمم المتحدة المعني بالبيئة والتنمية ريوديجانيروجوان1992، المجلد الثاني، نيويورك، 1993، ص:2.

<sup>3</sup>: شعيب عبد الفتاح، "مؤتمر الأرض -ريوديجانيرو3-14 جوان 1992"، مجلة السياسة الدولية، العدد 109، جوان 1992، ص:180.



أ. سامي بخوش

إسهامات منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام ————— أ. وليد عبدلي

أدى بالجمعية العامة للأمم المتحدة إلى إصدار القرار (د-21) 2205 (المؤرخ 17 ديسمبر 1966م) والذي يقضي بإنشاء لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري (الأونسيترال) في عام 1966م<sup>1</sup>. واعتبرت هذه اللجنة الوسيلة التي تستطيع بها الأمم المتحدة القيام بدور انشط في تقليل هذه العواقب والحد منها وإزالتها وتحديث الممارسات التجارية وتقليل الشكوك والعقبات القانونية الناشئة عن القوانين القاصرة والمتضاربة وزيادة كفاءة المفاوضات التجارية وتبسيط وإدارة المعاملات وخفض تكاليف المعاملات وتقليل المنازعات في التجارة الدولية<sup>2</sup>. وهكذا فقد أنشأت الجمعية العامة هذه اللجنة في دورتها الحادية والعشرين المعقودة في عام 1966 قصد تشجيع التطوير التدريجي للقانون التجاري الدولي وتطويره لكن اللجنة لم تبدأ عملها إلا في 1968.

وتتألف اللجنة في بداية الأمر من 29 دولة من الأعضاء في الجمعية العامة تمثل مختلف المناطق الجغرافية والنظم القانونية الرئيسية في العالم، وارتفع عدد أعضائها ابتداء من سنة 1973 إلى 36 عضو ووصلت إلى ستون عضو ينتخبون جميعا لمدة ست سنوات. ومن أبرز أعمالها، إعدادها مشروع الاتفاقية المتعلقة بالسفاحج (الكمبيالات) الدولية والسندات الأذنية الدولية، وقانون نموذجي للتحكيم التجاري الدولي ودليل قانوني بشأن إعداد العقود الدولية لإنشاء المشاريع الصناعية، ودليل قانوني بشأن التحويلات الالكترونية للأموال. ويدخل ضمن مهام اللجنة تقنين موضوع الآثار القانونية للتجهيز الآلي للبيانات على تدفق التجارة الدولية، وتدريب وتقديم المساعدة للبلدان النامية في القانون التجاري الدولي. ويختل موضوع النظام الاقتصادي الدولي مكانا بارزا في نشاط اللجنة إذ تضطلع بتقنين وتطوير المبادئ الدولية المتصلة به، وقد منحت الجمعية العامة لها هذا الاختصاص عام 1979 في دورتها الرابعة والثلاثين فقد دعتها بان تقوم بالتعاون مع معهد الأمم المتحدة للتدريب والبحث بدراسة مسألة توحيد مبادئ وقواعد القانون التجاري الدولي المتصلة بوجه خاص بالجوانب القانونية للنظام الاقتصادي الجديد وتطويرها التدريجي بغية وضعها في وثيقة دولية واحدة أو أكثر حسب الاقتضاء<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>: انظر في تفصيلات ذلك: قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 1497 / 17 ديسمبر 1966 .

<sup>2</sup>: انظر في تفصيلات ذلك: الدورة الخامسة والخمسون للجمعية العامة للأمم المتحدة 4 افريل 2000، البند 120 من القائمة الأولية، "الخطة متوسطة الأجل المقترحة للفترة 2002-2005، البرنامج 5، ص:7.

<sup>3</sup>: عُمَر إسماعيل سعد اللّهُ، "القانون الدولي للتنمية - دراسة في النظرية والتطبيق -"، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1990، ص:120.



أ. سامي بخوش

إسهامات منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام ———— أ. وليد عبدلي

ولقد منحت الجمعية العامة للأمم المتحدة اللجنة الولاية العامة لتعزيز المواثيق والتوحيد التدريجيين لقانون التجارة الدولية. وأصبحت اللجنة منذ إنشائها الهيئة القانونية الأساسية بمنظومة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي.

تضطلع اللجنة بعملها في دورات سنوية تعقد في سنوات متعاقبة في مقر الأمم المتحدة بنيويورك وفي مركز فيينا الدولي بفيينا. وفي العادة يعقد كل فريق عامل تابع للجنة دورة أودورتين في السنة. تبعا للمواضيع التي سيتناولها. وتتعاقد هذه الدورات أيضا بين نيويورك وفيينا. وعلاوة على الدول الأعضاء. تُدعى جميع الدول غير الأعضاء في اللجنة وكذلك المنظمات الدولية المهتمة إلى حضور دورات اللجنة وأفرقتها العاملة بصفة مراقبين. ويسمح للمراقبين بالمشاركة في المناقشات في دورات اللجنة وأفرقتها العاملة بنفس القدر المسموح به للأعضاء<sup>1</sup>.

**ثالثا: دور لجنة القانون الدولي من خلال الاتفاقيات المتعلقة بالقانون الدولي؛**

لاحظنا الدور الذي تلعبه الجمعية العامة للأمم المتحدة في إعداد وتطوير قواعد القانون الدولي العام. الآن يمكننا أن نميز بين آيتين تساهم بموجبها الجمعية العامة في ذلك. الآلية الأولى تتمثل في الأصول العادية التي تمارس الجمعية العامة بموجبها اختصاصاتها الواسعة جدا. والتي تنتهي بعد الدراسات والمداومات بإصدار لوائح تسمى حسب الحالة توصيات أو إعلانات. فهي آلية تتميز بوضوح عن الأساليب الكلاسيكية في إعداد قواعد القانون الدولي. وقد شهدت هذه الأصول منذ تأسيس منظمة الأمم المتحدة انتشارا لا مثيل له في كافة مجالات العلاقات الدولية.

أما الآلية الثانية فهي ترتبط على وجه الخصوص بالمفهوم الكلاسيكي للقانون الدولي: التقنين والتطوير التدريجي لقواعد القانون الدولي. وهي وظيفة عهد بها ميثاق الأمم المتحدة صراحة إلى الجمعية العامة بموجب أحكام (المادة 13 فقرة/ أ) من الميثاق التي تضع على عاتق الجمعية العامة مهمة المبادرة بإجراء دراسات وإصدار توصيات بغية تشجيع التطوير التدريجي للقانون الدولي وتقنينه<sup>2</sup>.

ولقد عهدت الجمعية العامة للأمم المتحدة بهذه المهمة إلى هيئة دائمة وهي لجنة القانون الدولي. ولفترة طويلة كانت لجنة القانون الدولي تشكل الهيئة الفرعية الوحيدة المكلفة بتطبيق أحكام المادة (13 فقرة/ أ). وقد قامت هذه اللجنة المؤلفة من قانونيين يتم اختيارهم بصفة شخصية على أساس مؤهلاتهم في ميدان القانون الدولي. بتوجيه أعمالها

<sup>1</sup>. موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. "أساليب العمل". للإطلاع على الموقع يوم 10-08-

[www.uncitral.org/uncitral/ar/about/methods.html](http://www.uncitral.org/uncitral/ar/about/methods.html), 2010

<sup>2</sup>. فانز أوجق. "تقنين مبادئ التعايش السلمي". الجزائر. ديوان المطبوعات الجامعية. 1982. ص: 15



أ. سامي بخوش

إسهامات منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام ..... أ. وليد عبدلي

بالأفضلية. نجو إعداد مشاريع اتفاقيات دولية يتم تبنيتها من قبل مؤتمرات دبلوماسية تنعقد بمبادرة منظمة الأمم المتحدة وحت إشرافها. وكان لهذا الأسلوب الفضل في إبرام العديد من الاتفاقيات متعددة الأطراف التي تعتبر من أوسع عمليات التقنين التي عرفها القانون الدولي. ومن بين هذه الاتفاقيات، نشير على سبيل المثال إلى الاتفاقيات الأربعة لعام 1958 حول قانون البحار، اتفاقية عام 1961 حول العلاقات الدبلوماسية، اتفاقية عام 1963 حول العلاقات القنصلية، اتفاقية فينا لعام 1969 حول قانون المعاهدات الدولية وغيرها... الخ.

ولقد أنشئت لجنة القانون الدولي بعد موافقة الجمعية العامة للأمم المتحدة على التوصية التي رفعتها اللجنة السادسة والنظام الأساسي المرفق بها في قرارها (رقم: 174 تاريخ 11 نوفمبر 1947) 1، وهي مكونة من كبار المتخصصين في القانون الدولي، وطراً على عدد أعضائها منذ إنشائها تغيير تدريجي بسبب اتساع حجم العضوية في الأمم المتحدة وينتخب الأعضاء من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة ولمدة خمسة سنوات قابلة للتجديد وتعقد اللجنة كل سنة في جنيف دورة في الربيع لمدة شهرين إلى ثلاثة أشهر 2. وفي سبيل تقدم القانون الدولي تقوم اللجنة بالتشاور مع المنظمات العلمية والخبراء بصفتهم الشخصية قبل أن تنظر في المشروعات المقدمة من مقررها ومن الإجراءات المتبعة كذلك انه إذا ما رأت قبول مشروع أو آخر فإنها تطلب من الأمين العام للأمم المتحدة بتوزيع المشروع المقبول على الحكومات لوضع تعليقات عليه. قبل أن تعد مشروعاً نهائياً يأخذ في الاعتبار كافة الأفكار المقدمة من الحكومات، وترفق بالمشروع النهائي شروحا وافية لما يتضمنه من نصوص، ثم يرفع هذا المشروع في نهاية المطاف إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة بواسطة الأمين العام الذي تتخذ بشأنه ما تراه مناسباً كأن تتخذ قرارات للوصول بذلك المشروع إلى اتفاقية جماعية 3.

وهكذا سوف نجاول في هذا المحور التطرق إلى مجموعة من الاتفاقيات والتي لعبت لجنة القانون الدولي دوراً هاماً في وضع قواعد لتنظيمها وعقد مؤتمرات بخصوصها، ونخص بالذكر هنا:

1: هشام حمدان، "دراسة في المنظمات الدولية العاملة في جنيف"، بيروت، دار عويدات، الطبعة الأولى، 1993، ص: 62.

2: صلاح الدين عامر، "محاضرات في مادة القانون الدولي"، أقيت على طلبة السنة الأولى ماجستير في العلوم القانونية، معهد البحوث و

الدراسات العربية، القاهرة، 2007.

26: عمر إسماعيل سعد الله، مرجع سابق، ص: 118.



## 1- الاتفاقيات الأربعة حول قانون البحار جينيف 1958:

تعتبر الاتفاقيات الأربعة حول قانون البحار التي عقدت في جنيف 1958 من أولى الاتفاقيات التي عقدت في إطار الجهود المبذولة لتقنين قواعد القانون الدولي للبحار من طرف الأمم المتحدة بصفة عامة ولجنة القانون الدولي بصفة خاصة. حيث قدمت لجنة القانون الدولي إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1956 تقريرها وتوصياتها النهائية حول مسألتي نظام البحار العالية والمياه الإقليمية. فتبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار (1105/21 تاريخ 21 فيفري 1956). الذي دعت بموجبه إلى مؤتمر دبلوماسي عقد فعلا في جنيف بين 24 فيفري و28 افريل 1958 وتبنى أربعة معاهدات وبروتوكولا اختياريا بهذا الصدد. وهي: معاهدة البحر الإقليمي والمنطقة المجاورة. معاهدة البحار العالية. المعاهدة حول صيد الأسماك والحفاظ على الموارد الحية في البحار العالية. معاهدة الإفريز القاري. والبروتوكول الاختياري حول الشروط الإلزامية لتسوية المنازعات فيها.

وقد وضع البروتوكول الاختياري والمعاهدة حول البحار العالية موضع التنفيذ في 30 سبتمبر 1962. فيما دخلت المعاهدات حول الإفريز القاري والبحر الإقليمي والمنطقة المجاورة وصيد الأسماك والحفاظ على الموارد الحية في البحار العالية حيز التنفيذ في 10 جوان 1964 و10 سبتمبر و20 مارس بالتتابع<sup>1</sup>. ومن خلال إطلاعنا على محتوى هذه الاتفاقيات سنقوم وباختصار شديد إلى عرض أهم النقاط الأساسية التي جاءت بها هذه الاتفاقيات:

- تعريف البحر الإقليمي. والقيود التي ترد على سيادة الدولة على بحرها الإقليمي وتحديد وقياس البحر الإقليمي. حيث نصت اتفاقية جينيف 1958 في مادتها الأولى على أن "تمتد سيادة الدولة خارج إقليمها البري ومياهها الداخلية. إلى منطقة من البحر متاخمة لشواطئها تعرف باسم البحر الإقليمي" ثم حددت المادة 3 من الاتفاقية بداية البحر الإقليمي بخط أطلقت عليه اسم خط الأساس وأخط القاعدة<sup>2</sup>.

- المضائق المستخدمة للملاحة الدولية. حيث سعت اتفاقية جنيف 1958 إلى استحداث مفهوم المضيق الذي يخضع فيه مرور السفن لنظام المرور البريء حيث قررت انه لا يجوز

<sup>1</sup>: هشام حمدان، مرجع سابق، ص: 74، 75.

<sup>2</sup>: مبروك غضبان، "محاضرات في مادة قانون البحار"، أقيمت على طلبة السنة الثالثة علاقات دولية، جامعة باتنة، 2007، ص: 4-5.



أ. سامي بخوش

إسهامات منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام ————— أ. وليد عبدلي

تعطيل استخدام السفن الأجنبية لحق المرور البريء في المضائق التي تصل بين أجزاء من أعالي البحار أو تصل جزئياً من أعالي البحار بالبحر الإقليمي لدولة أجنبية.

- المنطقة المتاخمة، حيث أقرت المادة 24/1 من اتفاقية جنيف 1958 فكرة المنطقة المتاخمة وأوردت مسألة مراقبة الهجرة من ضمن المسائل التي يمكن للدولة الساحلية حمايتها في هذه المنطقة وأضافت الاتفاقية أنه لا يجوز أن تمتد هذه المنطقة إلى أكثر من 12 ميلاً بحرياً وراء البحر الإقليمي.

## 2- اتفاقية عام 1961 حول العلاقات الدبلوماسية:

أول اتفاقية دولية عاجت العلاقات الدبلوماسية وحصانات وامتيازات المبعوثين الدبلوماسيين اتفاقية هافانا لعام 1928 التي أقرتها ووقعتها الدول الأمريكية. وعلى الرغم أن عصبه الأمم استبعدت العلاقات الدبلوماسية من قائمة الموضوعات التي يتعين وضع تقنين لها، فإن الجمعية العامة للأمم المتحدة قد تنبعت إلى أهمية العمل على تقنين قواعد القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الدبلوماسية. حيث طلبت في عام 1952 إلى لجنة القانون الدولي وذلك في قرارها ( رقم 685 / 5 ديسمبر 1952 ) " أن تباشر في اقرب وقت تراه ممكناً تقنين موضوع العلاقات والحصانات الدبلوماسية ضمن الموضوعات التي تعطيها الأسبقية"<sup>1</sup>.

وقد قدمت لجنة القانون الدولي إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1958 تقريرها النهائي حول مسألة العلاقات والحصانات الدبلوماسية وأوصت بعقد مؤتمر دبلوماسي لتبني معاهدة بشأنها. وقد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها (1450 تاريخ 8 ديسمبر 1959) هذه التوصية. فتم عقد المؤتمر في فيينا بين 2 مارس و14 افريل 1961<sup>2</sup>.

وبعد أن استعرض المؤتمر مشروع لجنة القانون الدولي والملاحظات التي أبدتها الدول بالنسبة لبعض المسائل التي تناولها، انتهى إلى إقراره مع بعض التعديلات وإضافات جزئية، وتمت صياغة المشروع في صورة اتفاقية دولية عامة باسم " اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية" بتاريخ 18 افريل 1961 وحررت هذه الاتفاقية بكل من اللغات الخمسة الرسمية للأمم المتحدة وهي: الإنجليزية والصينية والاسبانية والفرنسية والروسية، واعدت للتوقيع عليها من جانب الدول الأعضاء في المؤتمر ابتداء من التاريخ المذكور حتى 31 أكتوبر سنة 1961 في وزارة خارجية النمسا، وبعد ذلك حتى 31 مارس سنة 1962 في مركز الأمم المتحدة في

<sup>1</sup>: صلاح الدين عامر، مرجع سابق، ص: 741.

<sup>2</sup>: هشام حمدان، مرجع سابق، ص: 75.





أ. سامي بخوش

إسهامات منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام ———— أ. وليد عبدلي

نيويورك، كما وانه قرر فتحها كذلك للانضمام إليها من جانب من يرغب في ذلك من الدول الأخرى عن طريق إيداع وثيقة بالانضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة<sup>1</sup>. وقد وضعت هذه الأحكام موضوع التنفيذ في 24 افريل 1964م وهكذا تحولت قواعد العلاقات الدبلوماسية من القانون العرفي إلى القانون الدولي المدون<sup>2</sup>.

### 3- اتفاقية عام 1963م حول العلاقات القنصلية:

إذا كانت العلاقات الدبلوماسية قد نشأت نشأة عرفية ولم يتم تدوين القواعد القانونية الدولية الخاصة بها إلا بعد أن استقر العرف الدولي بشأنها تماما، فإن العلاقات القنصلية قد عرفت ظاهرة عكسية، فقد نشأت القواعد القانونية الخاصة بالعلاقات القنصلية في كنف القانون المكتوب، حيث جرت الدول على إبرام ما عرف بالمعاهدات القنصلية لتنظيم عمل القناصل والذين تبعث بهم الدولة الطرف إلى الدولة الأخرى الطرف الثاني في مثل هذه المعاهدة، وجرى العمل على إصدار تشريعات ولوائح داخلية تتعلق بعمل ونشاط القناصل. ونتيجة لهذه المعاهدات الثنائية المتعلقة بالعلاقات القنصلية وما يتصل بها من تشريعات داخلية وما صدر بشأنها من أحكام قضائية وقرارات أصدرتها هيئات حكيم دولية نشأ عرف دولي يتناول العلاقات القنصلية من كافة جوانبها. وكان هذا العرف محلا لمحاولة تقنينه وتطويره في المشروع الذي قامت لجنة القانون الدولي بإعداده<sup>3</sup>. حيث قدمت لجنة القانون الدولي إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1961م تقريرها وتوصياتها النهائية حول مسألة العلاقات والحصانات القنصلية. فدعت الجمعية العامة للأمم المتحدة على الأثر إلى مؤتمر دبلوماسي جرى عقده في فينا بين 4 مارس و22 افريل 1963. وتبنى معاهدة حول العلاقات القنصلية وبرتوكولين اختياريين متصلين بجائزة الجنسية والشروط الإلزامية لتسوية المنازعات فيها. وقد دخلت هذه الأحكام حيز التنفيذ في 19 مارس 1967م<sup>4</sup>.

تقع هذه الاتفاقية في 79 مادة تتقدمها ديباجة جاء فيها انه بعد أن تم إقرار اتفاقية فينا للعلاقات والحصانات الدبلوماسية في 18 ابريل 1961 فان وجود اتفاقية دولية أيضا عن

<sup>1</sup>: علي صادق أبوهيف، "القانون الدبلوماسي (عموميات عن الدبلوماسية - الجهاز المركزي للشؤون الخارجية - البعثات الدبلوماسية

البعثات القنصلية - البعثات الخاصة"، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1977، ص: 93.

<sup>2</sup>: نفس المرجع السابق، ص: 93، 94.

<sup>3</sup>: صلاح الدين عامر، مرجع سابق، ص: 780.

<sup>4</sup>: هشام حمدان، مرجع سابق، ص: 75.



أ. سامي بخوش

إسهامات منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام ————— أ. وليد عبدلي

العلاقات القنصلية سوف يساعد في تحسين صلات الصداقة بين البلدان مهما تباينت نظمها الدستورية والاجتماعية<sup>1</sup>.

#### 4- اتفاقية فينا عام 1969م حول قانون المعاهدات الدولية:

كان ينظر إلى العرف قديماً باعتباره المصدر الأول من مصادر القانون الدولي حيث كانت العلاقات بين الدول غير ثابتة ومحدودة. ولكن مع تطور الجماعة الدولية وخاصة تطورها الاقتصادي والاجتماعي والثقافي تعددت مجالات التعاون فيما بينها. كما ظهرت الحاجة إلى تنظيم المسائل المختلفة التي تهمها. وهكذا استدعت ضرورات التطور ظهور واستعمال أداة جديدة لتنظيم العلاقات المتعددة التي نشأت بين الدول. ومع مرور الوقت أصبحت المعاهدات تزداد عدداً ونوعاً. وإذا كانت المعاهدات في الماضي قد تميزت بتقنينها لكثير من القواعد العرفية الدولية إلا أنها تطورت مع الزمن وأصبحت تتضمن قواعد جديدة خاصة لتنظيم الأمور التي لا يوجد بشأنها عرف دولي وكان لتعدد هذه المعاهدات أثره البالغ في ظهور الحاجة إلى وضع تقنين دولي يضم بين دفتيه الأحكام المتعلقة بهذه المعاهدات<sup>2</sup>.

وفي هذا الإطار برزت جهود لجنة القانون الدولي لتقنين قواعد القانون الدولي العام المتعلقة بالمعاهدات. حيث رفعت لجنة القانون الدولي إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1966 تقريرها النهائي حول قانون المعاهدات الدولية. فدعت الجمعية العامة للأمم المتحدة على الأثر إلى مؤتمر دبلوماسي جرى عقده أيضاً في فينا بين 26 مارس و24 ماي 1968. و6 افريل و22 ماي 1969م. وتبنى المعاهدة حول قانون المعاهدات الدولية وإعلانين يتناولان منع الإكراه الاقتصادي أو العسكري أو السياسي في عقد المعاهدات والمشاركة العالمية في هذه المعاهدات<sup>3</sup>. وقد دعت الجمعية العامة للأمم المتحدة مرارا كافة الدول للانضمام إلى هذه المعاهدة. ومن أهم ما ورد في اتفاقية فينا لعام 1963م حول قانون المعاهدات الدولية نجد<sup>4</sup>:

- يأتي التوقيع على المعاهدة لإثبات اتفاق الأطراف على نص الاتفاق الذي تم تحريره ولا تتطلب وثائق خاصة لإثبات الحق في التوقيع عن الدولة. إذا كان القائم بالتوقيع رئيساً للدولة أو رئيساً للحكومة أو وزيراً للخارجية. أما إن كان التوقيع من جانب رئيس البعثة الدبلوماسية

<sup>1</sup>: علي صادق أبوهيف، مرجع سابق، ص: 273, 272.

<sup>2</sup>: إبراهيم احمد شلبي، مرجع سابق، ص: 187.

<sup>3</sup>: هشام حمدان، مرجع سابق، ص: 76, 75.

<sup>4</sup>: وذلك من خلال إطلاعنا على محتوى هذه الاتفاقية ومراجعة جميع موادها.



أ. سامي بخوش

إسهامات منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام \_\_\_\_\_ أ. وليد عبدلي

أوغیره فان من المتعين أن يكون مزودا بأوراق تفويض تثبت صفته في التوقيع عن الدولة التي يقوم بتمثيلها.

- التحفظ عن المعاهدات التي تم التصديق عليها حيث نصت (المادة 19) من الاتفاقية على انه: " يجوز للدولة أن تبدي تحفظا على المعاهدة عند توقيعها أو التصديق عليها أو قبولها أو الموافقة عليها أو الانضمام إليها. باستثناء الحالات التالية:  
(أ) إذا كان التحفظ محظورا في المعاهدة.

(ب) إذا كانت المعاهدة تجيز تحفظات معينة ليس من بينها ذلك التحفظ.

(ج) في الحالات التي لا تشملها الفقرات (أ) و(ب) إذا كان التحفظ مخالفا لموضوع المعاهدة والغرض منها"

- جاء نص (المادة 52) من الاتفاقية ليقرر حكما جديدا يتوافق مع المبادئ الأساسية للقانون الدولي ألا وهو بطلان المعاهدات التي تبرم نتيجة إكراه يقع على الدولة. ولما كان هذا الحكم يواجه بحقيقة وجود عدد كبير من المعاهدات الدولية النافذة والتي تم إبرامها تحت ضغط أو إكراه. وعلى النحو الذي أثار التساؤل عما إذا كان النص الجديد يسري على تلك المعاهدات فيؤدي إلى بطلانها في ضوءه. بعد أن ضلت ردحا من الزمان سارية نافذة المفعول واجبة الاحترام من جانب أطرافها. ولقد عرفت مناقشات لجنة القانون الدولي ثلاثة اتجاهات في مواجهة هذا الموقف فقد ذهب آراء إلى المناداة بتطبيق هذه القاعدة بأثر رجعي. بحيث يمكن تقرير بطلان المعاهدات التي أبرمت تحت ضغط الإكراه نتيجة لتطبيق (المادة 52) من الاتفاقية بأثر رجعي. وهكذا عدم صحة المعاهدة التي يتم إبرامها تحت ضغط الإكراه. وعلى العكس من ذلك الرأي ذهب أصوات أخرى إلى التأكيد على أن لجنة القانون الدولي لم تقم بتقنين قاعدة عرفية قائمة ولكنها استحدثت قاعدة جديدة ومن ثم لابد من تحديد نطاق سريان هذه الاتفاقية الجديدة من حيث الزمان على نحو يحول دون تطبيقها بأثر رجعي. وتوسط فريق ثالث بين الرأيين السالفيين وذهب إلى القول بأنه لا يمكن المناداة ببطلان المعاهدات التي أبرمت نتيجة إكراه في ذلك الوقت الذي لم يكن فيه القانون الدولي يحرم استخدام القوة في العلاقات الدولية فتلك المعاهدات التي أبرمت في ظل الإكراه باستخدام القوة أو استخدامها بالفعل تكون مشروعة وتظل قائمة طالما أنها كانت قد أبرمت قبل تحريم اللجوء إلى استخدام القوة أو التهديد بها في القانون الدولي أما تلك المعاهدات التي أبرمت في ظل



أ. سامي بخوش

إسهامات منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام ————— أ. وليد عبدلي

القواعد التي تحرم الحرب واستخدام القوة في العلاقات الدولية فان من المنطقي تقرير بطلانها<sup>1</sup>.

- حددت (المادة 65) الإجراءات التي يتعين إتباعها في حالة الدفع بعيب من عيوب الرضا كأساس للطعن في صحة المعاهدة أو إنهائها أو الانسحاب منها أو إيقاف العمل بها.

**ثالثاً: مجلس الأمن ودوره في تطوير قواعد القانون الدولي؛**

يعتبر مجلس الأمن على خلاف الجمعية العامة ولجنة القانون الدولي من أجهزة الأمم المتحدة التي تصدر قرارات ملزمة للدول وفقاً لأحكام الفصل السابع من الميثاق. كما انه يملك أن ينشئ أجهزة وهيئات ذات صلاحيات ملزمة في مواجهة الدول<sup>2</sup>.

**1- القيمة القانونية لقرارات مجلس الأمن ودوره في مجال تطبيق إجراءات القسر:**

عقب انتهاء الحرب الباردة وكنتيجة لأعمال نظام الأمن الجماعي المنصوص عليها في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة شهدت سلطات مجلس الأمن توسعاً ملحوظاً في مجال فرض الجزاءات وتطبيق إجراءات القسر على الدول المخالفة. وقد كان التطبيق الأول لهذه الإجراءات ضد العراق ثم تلا ذلك تطبيقات أخرى.

ولا شك أن التوسع في تفسير سلطات مجلس الأمن في هذا الخصوص لم يكن أمراً محموداً تماماً. وذلك أن الدول الكبرى بصفة عامة والولايات المتحدة بصفة خاصة قد مالت إلى توظيف هذه السلطات واستثمارها بما يخدم مصالحها في المقام الأول. وبعبارة أخرى فإذا كان صحيحاً أن مجلس الأمن يتمتع بسلطة تقديرية كبيرة تسوغ له اختيار نوع التدبير القسري الذي يراه مناسباً لحمل الدولة المخالفة لقواعد الشرعية الدولية على العودة إلى جادة الصواب<sup>3</sup>.

إلا أن القراءة المتمعنة لأحكام الميثاق وفيما يتعلق بالتصدي لحالات العدوان والخروج عن قواعد القانون الدولي تكشف بما لا يدع مجالاً للشك عن حقيقة أن ثمة شروطاً أساسية ينبغي توافرها قبل أن يتسنى للمجلس في اتخاذ إجراءات قسرية معينة ضد الدولة المخالفة<sup>4</sup>. وأول هذه الشروط. الشرط المتمثل في وجوب أن يكون العمل أو الفعل غير المشروع المنسوب إلى دولة معينة \_ والذي يقتضي مواجهته بفرض الجزاءات عليها \_ يهدد السلم

<sup>1</sup>: صلاح الدين عامر، مرجع سابق، ص: 260 - 261.

<sup>2</sup>: لى عبد الباقي ومحمود عزوي، القيمة القانونية لقرارات مجلس الأمن الدولي في حماية حقوق الانسان، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009.

<sup>3</sup>: صادق محروس، المنظمات الدولية والتطورات الراهنة في النظام الدولي، مجلة السياسة الدولية، القاهرة، العدد 122، ص: 16.

<sup>4</sup>: محمد سعادي حقوق الانسان، دار ربحانة للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2002، ص: 28.



أ. سامي بخوش

إسهامات منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام ————— أ. وليد عبدلي

والأمن الدوليين. إضافة إلى الخروقات الفظيعة لحقوق الإنسان باعتبار أن عبارة تهديد الأمن والسلم العالميين هي عبارات عامة وغير محددة بدقة مما يعطي الدول الدائمة العضوية في مجلس الأمن سلطة تقديرية واسعة في كيفية تطبيق إجراءات القصر.

أما الشرط الثاني الذي ينبغي تحقيقه لكي يتسنى لمجلس الأمن الشروع في اتخاذ إجراءات قسرية ضد دولة من الدول فيتمثل في ضرورة استنفاد الوسائل السلمية لحل المنازعات المنصوص عليها في الفصل السادس من ميثاق الأمم المتحدة<sup>1</sup>.

## 2- دور مجلس الأمن في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني

يعتبر القانون الدولي الإنساني فرع من فروع القانون الدولي العام الذي يهدف إلى أنسنة النزاعات المسلحة بنوعيتها-الدولية وغير الدولية-. ولغرض تنفيذ أحكام هذا القانون تسعى العديد من الهيئات الدولية من خلال آلياتها لبلوغ هذا الهدف. فنجد مجلس الأمن وعلى اعتبار أنه لا يتدخل إلا إذا تم المساس بالسلم والأمن الدوليين باعتباره أعلى هيئة ممثلة للأمم المتحدة مكلفة بذلك، فإنه يكتسي دوراً ذو أهمية كبيرة. فعند تفاقم الوضع بفعل الانتهاكات المتعمدة وغير المتعمدة لأحكام القانون الدولي الإنساني، مما يشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين لتتجاوز بذلك المشكلة نطاق الدول وتعهداتها خاصة وأن احترام حقوق الإنسان لم تعد مسألة داخلية- حيث تمتد ويلها بموجب قمة مجلس الأمن المنعقدة في 1992/01/31م التي عدت نقطة تحول في تحديد مفهوم السلم والأمن الدوليين. بأن أصبح المساس بحقوق الإنسان مساساً بالسلم والأمن الدوليين نجد أن مجلس الأمن يتحرك ليتواجد في ساحات الانتهاك محاولاً اتخاذ تدابير وإجراءات من شأنها إعادة الاستقرار وقمع الانتهاكات.

ويعتمد مجلس الأمن في تدخله لتنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني على مجموعة من الآليات. آليات ذات طابع غير قضائي وتشمل آلية العقوبات الاقتصادية والتي صنفها "دافيد بالدوين" DAVID BALDWIN إلى نوعين: عقوبات تجارية وعقوبات مالية<sup>2</sup>.

ولقد شهدت هذه الآلية تطبيقاً في العديد من الحالات نذكر منها (العراق، السودان، هايتي، كوريا الشمالية، كوبا وليبيا). أما الآلية الثانية فهي آلية التدخل الإنساني. هذه الآلية وإن لقيت تأييداً من بعض المواقف الدولية، إلا أنها تشكل معارضة صريحة لميثاق الأمم المتحدة، فضلاً عن الممارسات الانتقائية الأحادية القطب التي أكدت عدم مشروعيتها، والشواهد على

<sup>1</sup>: نفس المرجع السابق، ص: 30.

<sup>2</sup>: فتحة لقيم، عقوبات الأمم المتحدة الاقتصادية وآثارها على حقوق الإنسان، رسالة ماجستير في العلوم السياسية، جامعة باتنة، 2002، ص: 7.



أ. سامي بخوش

إسهامات منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام ————— أ. وليد عبدلي

ذلك كثيرة كالصومال 11992 يوغسلافيا، رواندا 1993 و1994 على التوالي كوسوفو1999. إلا أنه وإذا كانت هذه الشواهد تختلف أسباب حدوثها إلا أنها تشترك في النوايا الخفية التي تم التدخل من أجلها وهي تحقيق المصالح الخاصة وبسط النفوذ. لا خدمة حقوق الإنسان وضمن تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني كما تم الادعاء له. وآليات ذات طابع قضائي وتشمل سلطة مجلس الأمن في إرساء القضاء الجنائي الدولي المؤقت. من خلال إنشائه للمحاكم الجنائية الدولية المؤقتة في كل من يوغسلافيا السابقة وذلك بقرار مجلس الأمن الدولي (827) 1993 ورواندا بقرار مجلس الأمن الدولي (955) 1994 3 وسيراليون بقرار مجلس الأمن الدولي (1315) 42000 ولبنان بقرار مجلس الأمن الدولي (1757) 2007<sup>5</sup>. كما تشمل سلطة مجلس الأمن في إرساء القضاء الجنائي الدولي الدائم من خلال علاقته بالمحكمة الجنائية الدولية في إطار نظام روما الأساسي لعام 1998. هذه هي مختلف الآليات التي يستخدمها مجلس الأمن في مجال تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني.

**الخاتمة:**

حاولنا من خلال مقالنا هذا الإجابة على اشكاليتنا والتي يمكن من خلالها الحكم على مدى إسهام منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام. فتوصلنا إلى نتيجة أساسية وهي أن للأمم المتحدة إسهامات كبيرة جدا في تطوير القانون الدولي على الرغم من بعض النقائص. إضافة إلى مجموعة من النتائج الجزئية أهمها:

- لعبت الجمعية العامة للأمم المتحدة من خلال قراراتها وتوصياتها دورا كبيرا في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي في مجالات عديدة. أهمها تنظيم استعمال الفضاء الخارجي من خلال درئ الخطر الذي قد يتعرض له العالم لو استعمل الفضاء الخارجي في الأغراض العسكرية. أما في مجال القانون الدولي للبحار فكانت اتفاقية جنيف لعام 1958 و1960 وأخيرا اتفاقية 1982 بمثابة التحول الكبير الذي شهده القانون الدولي في مجال قانون البحار وهذا بفضل الجهود الكبيرة التي بذلتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في سعيها لتقنين قواعد القانون الدولي للبحار. إضافة إلى الدور الكبير الذي لعبته في انعقاد العديد من

<sup>1</sup> : Michel BELANGER, droit international humanitaire, Gualino éditeur, Paris, 2003 ,P :94.

<sup>2</sup> : Shaw Malcon, International Law, 6<sup>th</sup> ed. Cambridge U.P, UK, 2008, p: 403.

<sup>3</sup> : Ibid, p :407.

<sup>4</sup> : Ibid, p :418.

<sup>5</sup> : Ibid, p :427.



أ. سامي بخوش

إسهامات منظمة الأمم المتحدة في تطوير وتقنين قواعد القانون الدولي العام ..... أ. وليد عبدلي

المؤتمرات لإرساء أسس القانون الدولي للبيئة، فضلا عن إنشائها لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري.

- تعتبر لجنة القانون الدولي أهم جهاز في الأمم المتحدة كلف بمهمة التطوير التدريجي لقواعد القانون الدولي العام فكانت لها العديد من الاجازات على غرار الاتفاقيات الأربعة لعلم 1958 حول قانون البحار والتي تعتبر أول تقنين لقواعد القانون الدولي للبحار في إطار الأمم المتحدة. إضافة إلى الاتفاقيات المتعلقة بالعلاقات الدبلوماسية والقنصلية والمعاهدات 1961، 1963، 1969 على التوالي.

- يكمن دور مجلس الأمن الدولي في تطوير قواعد القانون الدولي من خلال قراراته المتسمة بالطابع الإلزامي كإنشائه للمحاكم الجنائية في المناطق التي شهدت انتهاكات خطيرة لحقوق الإنسان ومبدأ التدخل لأغراض إنسانية وآليات تنفيذه لقواعد القانون الدولي الإنساني كما سبق وأن اشترنا في البحث.

وعلى الرغم من هذه الأدوار الايجابية التي يلعبها مجلس الأمن إلا انه ما يعاب عليه في الوقت الحاضر انه أصبح أداة لتنفيذ سياسات الدول الكبرى في الأمم المتحدة وخاصة الولايات المتحدة الأمريكية هذا ما يجعل قراراته تتسم بازدواجية المعايير.





## الحماية الإجرائية للشهود في التشريع الفرنسي

أ. محي الدين حسيبة جامعة البليدة 02

### ملخص

يعد نظام حماية الشهود مؤخرا أحد أهم مظاهر التطور الذي لحق بالعديد من قوانين الإجراءات الجنائية . و لقد مهد لهذا التطور في التشريعات الوطنية ما انتهجته بعض الاتفاقيات الدولية من تقرير تلك الحماية للشهود بقصد تشجيعهم على الانتقال و السفر و تحمل مخاطر تعرضهم للإيذاء . وذلك بهدف الكشف عن الحقيقة. وخاصة بشأن القضايا الدولية التي لم يقتصر أثرها على الدول التي كانت مسرحا لها بل امتد أثرها إلى دول أخرى مما كان له تأثيره على استقرار المجتمع الدولي . و لهذا لم يتردد المشرعون في العديد من الدول في تبني سياسة حماية الشهود على نحو يوفر لهم الأمان الذي يسمح لهم بالإدلاء بأقوالهم دون تردد أو خوف. كالمشرع الفرنسي والبلجيكي من خلال تبنيهما لنظام حماية الشهود في التشريع الجنائي الإجرائي لدى كل منهما عن طريق تجهيل عناوينهم و هوياتهم . أما المشرع الجزائري حاول اللحاق بمثل هذا التطور الذي تنشده أجهزة العدالة . إذ تبني هو الآخر نظاما لحماية الشهود في الإجراءات الجزائية ساعيا إلى التماشي و المتطلبات الدولية في هذا المجال.

### Résumé

N'étant pas partie au procès pénal, les témoins se révèlent être, depuis des temps immémoriaux, un outil indispensable pour la justice pénale. Leurs importance ne cesse de croître, non seulement pour le affaires de droit commun mais aussi en ce qui concerne certains types de criminalités, comme le crime organise et le terrorisme. La règle veut que, traditionnellement, le témoignage soit un devoir civique et que tout citoyen soit tenu de témoigner et de contribuer a la manifestation de la vérité. chaque partie au procès a la droit de rapporter toutes preuves testimoniales, cependant, ce droit et devoir civique entraînent pour les témoins obligation de satisfaire a de nombreuses contraintes. de plus, la dangerosité de certains crimes peut produire des conséquences préjudiciables a l'égard du témoin et par conséquent de la justice. des lors, la reconnaissance d un droit a la protection pour les témoins et d une grande acuite.

En effet, les systèmes judiciaires, attentifs aux besoins spécifiques des témoins, ont mis en place un arsenal de mesures de protection adapte aux différentes circonstances. cet arsenal suppose de protéger le témoin et sa déclaration.



## مقدمة:

### أهمية الموضوع و تحديد نطاق البحث :

تفترض أغلب الدعاوى الجزائية، الاستعانة بشهادة الشهود، و قد تكون الشهادة في كثير من الأحيان الدليل الوحيد القائم في الدعوى الجزائية بل أن الشهادة هي طريق الإثبات العادي في المسائل الجزائية<sup>1</sup>، حيث تحتل القيمة الإثباتية المستمدة من إدلاء الشهود مكانة مهمة بين أدلة الإثبات المشروعة في المواد الجنائية<sup>2</sup>، و مادام الإثبات بالشهادة هو الأصل في هذه المسائل فإن شهادة الشهود لا غنى عنها مهما قيل فيها من عيوب و ما شابها من نقائص كما يكتسب الشاهد مكانة خاصة في الدعوى الجزائية عموما و في نطاق الإثبات الجزائي خصوصا<sup>3</sup>، حيث تبقى الشهادة دليلا حيا ينطق بالحقيقة و لهذا لا يتردد الجناة في تهديد الشهود أو ترغيبهم بكافة الوسائل، و تعريضهم بالتالي لكافة أنواع الضغوط التي قد تؤدي بهم للإحجام عن أداء الشهادة أو حملهم على أدائها على نحو مخالف للحقيقة ما يعرقل مرفق العدالة<sup>4</sup>.

و نظرا لأهمية الشهادة سعت كثير من الدول نحو التزام سياسة جنائية تكفل حماية الشهود من الاعتداءات والتهديدات التي قد يتعرضون لها، و ذلك بهدف ضمان الحصول على شهاداتهم الخالية من أي زيف أو زيغ وصولا لخدمة العدالة الجنائية و تحقيقا للعدل بين أفراد المجتمع<sup>5</sup>.

و تمثل الحماية الجنائية الإجرائية للشهود أحد الأهداف الرئيسية للسياسة الجنائية المعاصرة، حيث تؤكد العديد من الاتفاقيات الدولية في المجال الجنائي، وغالبية التشريعات الجنائية الوطنية الحديثة على أهمية هذه الحماية و حتميتها، و خاصة أن الحماية الإجرائية للشهود لم تحظ بذات الاهتمام التشريعي الذي حظيت به الحماية الجنائية الموضوعية، التي لم تتباين حيالها مواقف التشريعات المقارنة كثيرا<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - نوازده أحمد ياسين الشواني، حماية الشهود في القانون الجنائي الوطني و الدولي (دراسة تحليلية مقارنة) الطبعة الأولى 2014، المركز

القومي للإصدارات القانونية، ص 9.

<sup>2</sup> - أحمد يوسف محمد السولية، الحماية الجنائية و الأمنية للشاهد، دراسة مقارنة، رسالة لنيل الدكتوراه في علوم الشرطة، أكاديمية الشرطة، كلية الدراسات العليا، 2006، ص ب.

<sup>3</sup> - نوازده أحمد ياسين الشواني، المرجع السابق ص 9.

<sup>4</sup> - مين مصطفى محمد، حماية الشهود في الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، 2010، دار المطبوعات الجامعية، ص 6.

<sup>5</sup> - نوازده أحمد ياسين الشواني، المرجع السابق ص 9.

<sup>6</sup> - خالد موسى توني، الحماية الجنائية الإجرائية للشهود دراسة مقارنة، الطبعة الأولى 2010، ص 6.



الحماية الإجرائية للشهود في التشريع الفرنسي \_\_\_\_\_ أ. محي الدين حسيبة

و من هنا تبرز أهمية حماية الشهود بحسبانها غاية تسعى السياسة الجنائية المعاصرة إلى إقرارها. فضلا عن منح الشهود المهددون الحد الأدنى من الحماية التي يستحقونها لتعاونهم مع العدالة.<sup>1</sup>

ولقد نظمت العديد من التشريعات المقارنة الحماية الجنائية للشهود بنصوص خاصة قررت من خلالها العديد من صور الحماية الإجرائية؛ كتجهيل الشهود في نطاق الدعوى الجنائية. أو ما يسمى بالإغفال أو الإخفاء. من خلال حجب بيانات الشاهد المتعلقة بهويته وإخفاء مكان إقامته.<sup>2</sup>

و قد كان المشرع الفرنسي سابقا إلى تبني هاتين الوسيلتين لحماية الشهود. بموجب القانون رقم 1062-2001 الصادر في 15 نوفمبر 2001 و عليه سيقصر نطاق هذا البحث على هذا النوع من الحماية فقط.

#### إشكالية البحث:

على ضوء ما سبق يمكن القول أن إشكالية البحث تتلخص في مدى نجاح المشرع الفرنسي في منح الشهود المهددين الحد الأدنى من الحماية التي يستحقونها لتعاونهم مع العدالة من خلال التنظيم القانوني للتجهيل كأسلوب أو كصورة من صور الحماية الإجرائية المكرس بموجب القانون رقم 1062-2001 الصادر في 15 نوفمبر 2001 ؟

#### منهج البحث:

ارتأينا في بيان حماية الشهود عن طريق التجهيل في الإجراءات الجزائية الاعتماد على المنهج التحليلي لنصوص القانون الفرنسي لمحاولة الاستفادة منه لسد الفراغ الذي قد يعتري التعديلات التي أدخلها المشرع الجزائري مؤخرا على قانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر رقم 15-02 المؤرخ في 23 جويلية 2015 و الذي أضاف الفصل السادس "في حماية الشهود و الخبراء والضحايا" المتضمن المواد من 65 مكرر إلى 65 مكرر 28 .

#### خطة البحث:

المطلب الأول : إخفاء محل إقامة الشاهد .

المطلب الثاني : إخفاء هوية الشاهد .

<sup>1</sup>- أمين مصطفى محمد. المرجع السابق. ص6.

<sup>2</sup>- خالد موسى توني. المرجع السابق . الطبعة الأولى 2010. ص8.



### المطلب الأول: إخفاء محل إقامة الشاهد :

تقضي المادة 97 - 706 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي<sup>1</sup> بأن الأشخاص الذين لا يوجد سبب يبرر الاشتباه في ارتكابهم جريمة أو الشروع فيها و تتوافر لديهم عناصر إثبات هامة يكون عنوانهم هو عنوان قسم الشرطة أو مدير الأمن ، و ذلك بعد الحصول على موافقة النائب العام أو القاضي التحقيق ، و بحيث يتم قيد عنوان هؤلاء الأشخاص بسجل مرموق يوقع عليه بالأحرف الأولى يعد خصيصا لهذا الغرض . و هكذا تفصح المادة 97 - 706 سالفة الذكر عن تلك الشروط التي يجب توافرها لإخفاء عنوان الشاهد . و عليه يمكن تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي :

### الفرع الأول: استبعاد شبهة ارتكاب الشاهد لجريمة أو الشروع فيها :

يكفي لعدم توافر هذا الشرط أن يثبت مجرد اشتباه تورط الشاهد بارتكاب جريمة أو الشروع فيها. و هكذا و أمام عدم إفصاح المشرع الفرنسي عن نوع الجريمة أو تحديد جسامتها من حيث العقوبات المقررة. يرى البعض<sup>2</sup> أنه لاسبيل إلا تحديد الجريمة في إطار المادة 57 - 706 سالفة الذكر بمعناها الواسع الذي أورده المادة 1 - 111 من قانون العقوبات بحيث يشمل كافة أنواع الجرائم و سواء أكانت من الجنایات أو الجنح أو المخالفات<sup>3</sup> .

كما تلزم الإشارة إلى أنه لا يلزم بالفعل أن يثبت اتهام الشخص بارتكاب جريمة أو الشروع فيها حتى يحظر بشأنه تطبيق المادة 57 - 706 من قانون الإجراءات الجنائية بشأن عدم الإفصاح عن عنوان الشاهد ، بل يكفي أن يتوفر مجرد مبررات تصلح في حد ذاتها لحمل هذا الاتهام في جانبه ، وهذا ما حاول المشرع الفرنسي أن يزيده وضوحا بالتعديل التشريعي الذي أدخله على هذه المادة<sup>4</sup> .

إلا أن الباحثة ترى أنه من الأحسن استبعاد هذا الشرط و منح هذا النموذج من الحماية أي إخفاء عنوان الشاهد و لو وجدت أسباب تبرر اشتباههم في ارتكاب جريمة أو الشروع فيها لأن أغلب الشهود في الجرائم الخطيرة لا سيما المتعلقة بالإرهاب و المتاجرة في المخدرات و الاتجار

<sup>1</sup> سبق و أن قرر المشرع الفرنسي نظاما لحماية الشاهد بعدم الإفصاح عن محل إقامته و ذلك بالمادة 62-1 من قانون الإجراءات الجنائية و ذلك بالقانون الصادر في 21 جانفي 1995 . و ذلك قبل أن يصدر قانونا آخر في 15 نوفمبر 2001 يلغي به حكم هذه المادة. راجع في ذلك

Gaston Stefani, Georges Levasseur et Bernard Bouloc, procedure penale, Dalloz, Paris.20 edition, 2006, N418, p389

<sup>2</sup> أمين مصطفى محمد. مرجع سابق. ص42

<sup>3</sup> تنص المادة 1-111 من قانون العقوبات الفرنسي على أن:

« Les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité crimes, délits et contraventions »

<sup>4</sup> وذلك بالقانون رقم 307-2002 الصادر في 4 مارس 2002 بالمادة 2-11 حيث تتضمن النص على أنه:

” aucune raison valable de soupçonner”



بالبشر.....الخ و الذين لديهم فعلا معلومات مهمة تفيد في الكشف عنها يكونون أصلا طرفا فيها أو قريبين جدا من المتهم .

#### الفرع الثاني : قدرة الشاهد على تقديم أدلة إثبات مفيدة للإجراءات:

يخضع هذا الشرط لتقدير من له الحق في منح الإذن بعدم الإفصاح عن عنوان الشاهد ، وبالتالي يكون لكل من النائب العام أو قاضي التحقيق سلطة تقدير ما إذا كان الشخص لديه ما يمكنه من تقديم أدلة إثبات تساعد في الكشف عن الحقيقة من عدمه . و هذا ما يمكن استخلاصه من خلال ملابسات و ظروف ارتكاب الجريمة و سريان الإجراءات بشأنها و مدى علاقة الشاهد بوقائعها ، و قدرته على أن يقدم أدلة تساعد على الكشف عن مرتكبها<sup>1</sup> .

ولا يشترط في هذه الحالة أن يثبت على وجه اليقين أن لدى الشاهد بالفعل أدلة إثبات مفيدة للإجراءات ، و إنما يكفي أن تتوافر لديه مجرد القدرة على تقديم مثل هذا النوع للأدلة أيا كانت علاقته بالوقائع أو أطرافها ، و سواء تمثلت في أقوال أو مستندات أو غيرها و هذا ما يتضح من العبارة التي أوردتها المادة 57 - 706 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي سالف الذكر<sup>2</sup> .

#### الفرع الثالث : موافقة النائب العام أو قاضي التحقيق:

تقتضي المادة 57 - 706 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي ضرورة حصول الشاهد الذي يرغب عدم الإفصاح عن عنوانه على موافقة النائب العام أو قاضي التحقيق . و ذلك باعتبار عنوان قسم الشرطة أو مديرية الأمن عنوانا له ، و الأصل أن بذلك يصدر من النائب العام أو قاضي التحقيق ، و ذلك بحسب المرحلة التي تمر بها الإجراءات ، و بالتالي بحسب الوقت الذي يعبر فيه الشاهد عن رغبته في عدم الإفصاح عن عنوانه<sup>3</sup> .

و الشاهد هو الذي يتقدم بطلب الحصول على موافقة النائب العام أو قاضي التحقيق بعدم الإفصاح عن عنوانه إذا ما تقدم وأدلى شهادته، ومع ذلك يبدو من خلال نص المادة 57-706 انه لا يوجد ما يمنع أن يأمر النائب العام أو قاضي التحقيق بعدم الإفصاح عن عنوان الشاهد إذا ما تراءى له بحسب مجريات إجراءات التحقيق أن ما قد يقدمه الشاهد من أدلة إثبات قد تعرضه للضغوط أو للتهديد على نحو يستأهل معه عدم الإفصاح عن عنوانه حتى ولو لم يطلبه الشاهد بنفسه، اللهم إلا إذا رفض الشاهد نفسه هذا الإجراءات وأصر من جانبه على الإفصاح عن عنوانه في ملف الإجراءات<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - أمين مصطفى محمد، مرجع سابق، ص42

<sup>2</sup> - أنظر المادة 57 - 706 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 57 - 706 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي

<sup>4</sup> - أمين مصطفى محمد، مرجع سابق، ص47.



وفي كل الأحوال يخضع إجراء عدم الإفصاح عن عنوان الشاهد لتقدير صاحب الحق في الإذن به ، وسواء أكان النائب العام أو قاضي التحقيق ، حيث يكون له أن يتثبت من توافر الشرطين الأول والثاني سالف ذكرهما بشأن استبعاد شبهة اتهام الشاهد بارتكاب جريمة أو الشروع فيها من ناحية ، وقدرته من أخرى على أدلة إثبات مفيدة للإجراءات <sup>1</sup> .

#### المطلب الثاني: إخفاء هوية الشاهد:

تتطلب المادة 58-706 مجموعة من الشروط لإخفاء هوية الشاهد <sup>2</sup> ، وعدم الإفصاح عنها في ملف الإجراءات إذ يجب أن تقتصر إجراءات منح الحماية للشاهد المهتد على إدلائه بالشهادة في جنائية أو جنحة يعاقب عليها بالحبس لمدة ثلاثة سنوات على الأقل ، كما يلزم أن تتوافر في الشاهد ذات الشروط اللازمة لعدم الإفصاح عن محل إقامته المنصوص عليها بالمادة 57-706 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي ، كما يلزم أن ينجم عن الإدلاء بالشهادة احتمال تعرض الشاهد أو أي من أفراد أسرته أو المقرين له لخطر الاعتداء على الحياة أو سلامة البدن ، ويتم ذلك من خلال تقديم طلب مسبب من النائب العام أو قاضي التحقيق لقاضي الحريات والحبس بعدم الإفصاح عن شخصية الشاهد ينظره الأخير ويصدر بشأنه قرار مسببا بذلك ، وعليه يمكن تقسيم هذا المبحث إلى خمسة مطالب نعرض فيها لتلك المتطلبات <sup>3</sup> وذلك على النحو التالي:

**الفرع الأول : أن تكون الشهادة بشأن جريمة يعاقب عليها بالحبس لمدة ثلاث سنوات على الأقل :**  
قصر المشرع الفرنسي إجراء إخفاء شخصية الشاهد بشأن الجرائم التي تتسم بقدر من الجسامة ، و هي الجنائيات كلها ، و كذلك الجناح المعاقب عليها بالحبس لمدة ثلاث سنوات على الأقل . و هو بذلك يعتبر إخفاء شخصية الشاهد أخطر من إخفاء عنوان موطنه ، حيث أنه يجوز طبقا لحكم المادة 57 - 706 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي سالف الذكر أن يأذن

<sup>1</sup> راجع ما سبق في هذا البحث، ص4.

<sup>2</sup> سبق و أن عرف المشرع الفرنسي نظام التجهيل بالنسبة لبعض الموظفين، وذلك عندما اصدر قانونا في 29 يوليو يعاقب بالمادة 39 منه كل من يكشف عن شخصية بعض مأموري الضبط القضائي أو رجال الشرطة أو الجمارك المكلفين ببعض الأعمال الخاصة التي يقتضي القيام بها عدم الإفصاح عن هويتهم

<sup>3</sup> أنظر المادة 58-706 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي ، و لمزيد من المعلومات عن شروط إخفاء هوية الشهود لدى المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة في بعض الدعاوى راجع:

- أحمد يوسف محمد السولية، المرجع السابق، ص363 وما بعدها .  
- أشرف الدعدع، حماية امن الشهود و المبلغين و الضحايا و الخبراء و المرتكب التائب دراسات أمية، جـو قانون نموذجي لحماية أمن الشهود بدولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع 2012، ص60 وما بعدها.  
- بن بوعبد الله مونية، المركز القانوني لضحايا الجرائم الدولية، اليازوري للنشر، 2014، ص151 وما بعدها.

Laetitia Bonnet , la protection des témoins par le tribunal pénal international pour L ex-Yougoslavie(TPIY)disponible sur [www.droits-fondamentaux.org](http://www.droits-fondamentaux.org)



النائب العام أو قاضي التحقيق للشاهد بعدم الإفصاح عن عنوانه أيا كانت الجريمة محل التحقيق و سواء أكانت من الجنايات أو الجنح أو المخالفات و ذلك على النحو الذي سبق عرضه<sup>1</sup>. و يزداد المشرع الفرنسي توجهها لحماية الشهود ، و لا أدل على ذلك من أنه وسع من نطاق هذه الحماية من خلال تقييده لشروطها ، حيث أصدر في بداية الأمر القانون رقم 2001 - 1062 في 15 نوفمبر 2001 يقرر حماية الشهود بشأن الجنايات و الجنح المعاقب عليها بالحبس لمدة خمس سنوات على الأقل . إلا أنه سرعان ما أجرى تعديلا على هذا الحكم بالقانون رقم 2002 - 1138 الصادر في 9 سبتمبر 2002 و وسع بموجبه نطاق حماية الشهود من خلال توسيع نطاق الجنح التي يجوز بشأنها إخفاء الحماية للشهود ، و ذلك عندما خفض عقوبة الجنح التي يجوز بشأنها إخفاء الحماية عن خمس سنوات إلى ثلاث سنوات<sup>2</sup>.

و تجدر الإشارة هنا إلى أن هذا الشرط يتوفر بمجرد أن تتشكل الوقائع جنائية أو جنحة يعاقب عليها بالحبس ثلاث سنوات على الأقل دون أن يتوقف تحققه على نوع الجريمة و بغض النظر عن شكل الاعتداء و ما ترتب عليه من ضرر أو ما تعرضت له المصلحة المحمية من خطر<sup>3</sup>

**الفرع الثاني : استيفاء الشاهد للشروط اللازمة لإخفاء محل إقامته:**

تتطلب المادة 58 - 706 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي أن يتوافر في الشاهد ذات الشروط اللازمة لإخفاء الحماية الخاصة بعدم الإفصاح عن عنوان موطنه المشار إليها بالمادة 57 - 706 و التي تتمثل في استبعاد شبهة ارتكاب هؤلاء الأشخاص لجريمة أو الشروع فيها. فضلا عن ضرورة ثبوت توافر قدرتهم على تقديم أدلة إثبات تفيد الإجراءات<sup>4</sup>

و يبدو أن قصر المشرع الفرنسي تطبيق المادة 58 - 706 من قانون الإجراءات الجنائية بشأن عدم الإفصاح عن هوية الشاهد على هؤلاء الأشخاص الذين تتوافر بشأنهم شروط أحكام المادة 57 - 706 من قانون الإجراءات الجنائية بشأن عدم الإفصاح عن العنوان ، أمرا منطقيًا إذ لا يتصور إخفاء هوية الشاهد دون إخفاء عنوانه أصلا ، و إن كان يجوز الإذن بعدم الإفصاح عن عنوان الشاهد دون أن يقتضي ذلك الموافقة على إخفاء هويته تماما ، و ذلك لعدم توافر الشروط اللازمة لإخفاء هوية الشاهد<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أمين مصطفى محمد. مرجع سابق. ص 53

<sup>2</sup> - ولقد اعترض مجلس نقابة المحامين بفرنسا على هذا التعديل. راجع:

Le Calvez Jacques, les dangers du « X » en procédure pénale : opinion contre le témoin anonyme, 2002.N40, Doct.p3024

<sup>3</sup> - أمين مصطفى محمد. مرجع سابق. ص 53

<sup>4</sup> - راجع ما سبق في هذا البحث. ص 4

<sup>5</sup> - أمين مصطفى محمد. مرجع سابق. ص 56.





الفرع الثالث: تعرض الشاهد أو أحد أفراد أسرته أو المقربين له لخطر الاعتداء على الحياة أو البدن:

يلزم لعدم الإفصاح عن شخصية الشاهد - بالإضافة للشروط الأخرى - أن يثبت أن إدلاء الشاهد بشهادته قد يترتب عليه احتمال تعرضه أو أي من أفراد أسرته أو المقربين له لخطر الاعتداء على الحياة أو سلامة البدن.

و يلاحظ إجمالاً على ما يتطلبه هذا الشرط ما يلي :

- إن نص المادة 58-706 من قانون الإجراءات الجنائية سالف الذكر لا يتطلب لتوافر هذا الشرط إلا مجرد احتمال تعرض الشاهد أو أي من أفراد أسرته أو المقربين له لخطر الاعتداء على الحياة أو المساس بسلامة البدن . و لذلك فإن أمر تحقق هذا الشرط يخضع لتقدير قاضي الحريات و الحبس . و الذي يكفي أن يقدر أن إدلاء هذا الشاهد بشهادته قد يؤدي لاحتمال الاعتداء عليه أو أي من أفراد أسرته أو المقربين له . و يستعين في تقدير ذلك بملاحظات الجريمة و الظروف المحيطة بأطرافها<sup>1</sup> .

- أما بشأن تحديد النص سالف الذكر للأشخاص الذين يمكن أن يتعرضوا لخطر الاعتداء على الحياة أو المساس بسلامة الجسد. فإنه يطبق إذا تعلق إما بشخص الشاهد نفسه أو أحد أفراد أسرته أو المقربين له. أما بالنسبة للشاهد نفسه فمن الطبيعي أن يكون إجراء عدم الإفصاح عن شخصية الشاهد غايته حماية الشاهد من جراء ما قد يتعرض له من مخاطر نتيجة الإدلاء بشهادته. تم يأتي في المقام الثاني أسرة الشاهد . إذ أن تعرضهم لمجرد احتمال الاعتداء عليهم قد يؤدي لإحجام الشاهد عن الإدلاء بشهادته<sup>2</sup> .

و لم يكتف المشرع الفرنسي بذلك بل قدر المشرع أيضاً إن الشاهد قد يتأثر في الإقدام على الإدلاء بالشهادة إذا ما استشعر أن التهديد قد يمتد أيضاً إلى المقربين له من غير أفراد أسرته . و إذا كان المشرع الفرنسي لم يحدد المقصود بأفراد أسرة الشاهد أو المقربين له إلا إن الأمر هنا لا يتطلب إلا تقدير مصدر قرار عدم الإفصاح عن شخصية الشاهد . و هو قاضي الحريات و الحبس . و يكفي في هذه الحالة أن يرتبط هذا الشخص بصلة قرابة بالشاهد أيا كانت درجة هذه القرابة . و كذلك الأمر بالنسبة للمقربين للشاهد و الذين لا يعدون من أفراد أسرته . و لكن يرتبط بهم الشاهد برابطة معينة تجعله يخشى عليهم إذا ما أدلى بشهادته . و يعد أصدقاء الشاهد أو من يرتبط بهم برابطة عاطفية من المقربين له . و هو أمر في النهاية يخضع لتقدير قاضي الحريات و الحبس<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> -Le Calvez, op, cit, p3025

<sup>2</sup> -Le Calvez, op, cit, p3025

<sup>3</sup> -Le Calvez, op, cit, p3025



- أما بشأن تحديد ما قد يتعرض له أفراد أسرته أو المقربين له من خطر الاعتداء عليهم بقصره على الاعتداء على الحياة أو السلامة البدنية . فقد قصد به المشرع انتزاع الخوف من صدر الشاهد . و خطر الاعتداء على الحياة قد يتمثل فيما قد يتعرض له الشاهد أو أفراد أسرته أو المقربين لهم من جرائم تمس حياتهم مباشرة كالقتل . أو خطر المساس بالسلامة الجسدية فيتمثل فيما قد يتعرضون له من جرائم الضرب أو الجرح أو غيرها من جرائم المساس بالسلامة الجسدية . و لا شك يدخل في عداد تلك الجرائم ما قد يتعرضون له من جرائم تتمثل في الاعتداء على العرض كالاعتداء و هتك العرض<sup>1</sup>
- لا يلزم أن تصدر الضغوط أو التهديدات من المتهم نفسه . لأن الأصل أن الحبس الاحتياطي للمتهم لا يشكل عقبة أمام قرار قاضي الحريات و الحبس بعدم الإفصاح عن شخصية الشاهد . إذا كان من المتصور ألا تصدر الضغوط أو التهديدات من المتهم قبل الشاهد بشكل مباشر . و إنما من المتصور أن يجرى المتهم غيره أو يمارس من خلال وسائله الخاصة أو مساعديه ما يلزم من ضغوط و تهديدات قد تثني الشاهد على الإدلاء بشهادته أو تجبره على تغيير أقواله.<sup>2</sup>

#### الفرع الرابع : تقديم طلب مسبب من النائب العام أو قاضي الحريات و الحبس بإخفاء هوية الشاهد:

إذا ما قدر أي من النائب العام أو قاضي التحقيق و بحسب المرحلة التي تمر بها الإجراءات أن الشاهد الذي توافرت بشأنه الشروط السابقة سالفة الذكر في حاجة إلى حماية خاصة تقتضي عدم الإفصاح عن شخصيته . يكون لأي منها التقدم بطلب مسبب لقاضي الحريات و الحبس . و أن يدعم هذا الطلب بالأسباب التي تبرر عدم الإفصاح عن شخصية الشاهد . و لا تخرج هذه الأسباب إجمالاً عما يلزم توافره بشأن احتمال تعرض الشاهد أو أي من أفراد أسرته أو المقربين له لخطر الاعتداء على الحياة أو سلامة البدن نتيجة إقدامه على الإدلاء بشهادته . إذ يلزم أن يعضد الطلب بتلك الأسانيد التي تجعل من الاعتداء على الشاهد أو أحد أفراد أسرته أو المقربين له أمراً محتملاً تتعاضم بشأنه فرصته في الحصول على حماية خاصة بعدم الإفصاح عن شخصيته<sup>3</sup>.

و يتأثر بشأن المادة 98-706 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي سالفة الذكر تحديد المرحلة التي يجوز فيها تدخل كل من قاضي التحقيق أو النائب العام بتقديم مثل هذا الطلب لقاضي الحريات و الحبس . حيث أنه إذا كان لا يجوز تقديم هذا الطلب من قاضي التحقيق إلا بعد

<sup>1</sup> -Le Calvez, op, cit, p3025

<sup>2</sup> -Le Calvez, op, cit, p3025

<sup>3</sup> - أمين مصطفى محمد. مرجع سابق. ص 60.



فتح التحقيق ، فإن البعض<sup>1</sup> ينتهي إلى ضرورة قصر استعانة النائب العام لإجراء عدم الإفصاح عن شخصية الشاهد على المرحلة اللاحقة لفتح التحقيق . و تجدر الإشارة هنا أنه طبقا لنص المادة 57 - 706 من قانون الإجراءات الفرنسي يجوز تقديم لأي من النائب العام أو قاضي التحقيق الطلب بعدم الإفصاح عن شخصية الشاهد دون أن يتطلب ذلك أن يكون قد سبق حصول الشاهد على موافقة بعدم الإفصاح عن محل إقامته .

و يثير تطبيق المادة 58 - 706 مسألة جواز نظر طلب الحبس المؤقت<sup>2</sup> من طرف نفس قاضي الحريات و الحبس الذي سبق ووافق على طلب عدم الإفصاح عن هوية الشاهد. أجاب البعض<sup>3</sup> عن هذا التساؤل بالإيجاب، حيث أن قاضي الحريات و الحبس الذي نظر طلب عدم الإفصاح عن هوية الشاهد لا يتخذ قراره بقبول الطلب أو رفضه إلا بعد إجراء تحقيق ينتهي من خلاله للفصل في هذا الأمر ، وبالتالي فإنه يخشى تأثره بشأن طلب الحبس الاحتياطي بما يكون قد أبداه بشأن طلب عدم الإفصاح عن هوية الشاهد.

#### الفرع الخامس: صدور قرار مسبب من قاضي الحريات و الحبس بإخفاء هوية الشاهد:

إذا ما تقدم أي من النائب العام أو قاضي التحقيق بطلب مسبب بعدم الإفصاح عن شخصية الشاهد يكون لقاضي الحريات و الحبس تقدير هذا الطلب ، و إذا ما وجد ما يستدعي الاستجابة لهذا له أن يصدر قرارا مسببا بعدم الإفصاح عن شخصية الشاهد . و قد أجازت المادة 58-706 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي لقاضي الحريات و الحبس أن يقرر من تلقاء نفسه عدم الإفصاح عن شخصية الشاهد دون أن يتوقف ذلك على تقديم طلب مسبب من النائب العام أو قاضي التحقيق .<sup>4</sup>

و لهذا يبدو أن استجابة قاضي الحريات و الحبس لا تتوقف أصلا على تقديم طلب مسبب من النائب العام أو قاضي التحقيق ، بل أن مجرد تقديم طلب من أي منهما ، ولو كان غير مسبب يجيز لقاضي الحريات و الحبس أن يصدر قراره بعدم الإفصاح عن شخصية الشاهد طالما أن قراره يلزم لصحته صدوره مسببا . وهذا القول يتمشى مع المكنة التي سمح من خلالها المشرع الفرنسي لقاضي الحريات و الحبس أن يقضي من تلقاء نفسه بهذا الإجراء دون

<sup>1</sup> - أمين مصطفى محمد. مرجع سابق. ص 61

<sup>2</sup> - قد يكون الهدف الوحيد من حبس المتهم مؤقتا في بعض الحالات في إطار التشريع الفرنسي تهديد الشاهد أو تعريضه لأي ضغوط ( المادة 144 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي) راجع في هذا:

Marcel Lemonde, la protection des témoins devant les tribunaux français, Rev, Sc, Crim, N4, 1996, p817

<sup>3</sup> -Le Calvez, op, cit, p3025

<sup>4</sup> - أنظر المادة 58-706 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي



أن يتوقف ذلك على تقديم طلب من النائب العام أو قاضي التحقيق ، و بالتالي يستوي الأمر أن يكون هذا الطلب مسببا أم غير مسبب <sup>1</sup> .

و لا يخرج التسبب الذي يلتزم به قاضي الحريات و الحبس عما يلتزم به أصلا أي من النائب العام أو قاضي التحقيق من تسبب طلب عدم الإفصاح عن شخصية الشاهد من حيث احتمال تعرضه أو أي من أفراد أسرته أو المقربين له لخطر الاعتداء على الحياة أو سلامة البدن ، و هذا ما يتبدى له سواء من خلال الطلب المقدم من أي من النائب العام أو قاضي التحقيق ، أو من خلال ما يتوصل إليه من أسباب إذ ما أجه إلى إصدار قراره من تلقاء نفسه بعدم الإفصاح عن شخصية الشاهد إذا ما استدعى الأمر ذلك <sup>2</sup> .

#### خاتمة:

تناول هذا البحث موضوع حماية الشهود عن طريق التجهيل في الإجراءات الجنائية مقتصرًا على النموذج الفرنسي. بحسبان حماية الشهود أحد أهم المحاور التي تسعى السياسة الجنائية الحديثة إلى الاهتمام بها. حيث أن إنفاذ القانون يقتضي توفير بيئة مناسبة لتعاون الشهود دون تردد أو خوف. و بحسبان أن المشرع الفرنسي كان سابقا لتبني نظام حماية الشهود من خلال إدراجه بابا خاصا بذلك في قانون الإجراءات الجزائية لديه. بموجب القانون رقم 1062-2001 الصادر في 2001/11/15 و هو ما تعرضنا له و ما حاولنا من خلال دراسته جذب المشرع الجزائري لتبني نظام حماية مشابه و أخذ الأفكار المناسبة له. خصوصا و أنه ليس في معزل عن هذه التطورات حيث أضاف هو الآخر إلى قانون الإجراءات الجزائية الفصل السادس تحت عنوان "في حماية الشهود و الخبراء و الضحايا" يتضمن المواد من 65 مكرر 9 إلى 65 مكرر 28 و ذلك بموجب الأمر رقم 15-02 المؤرخ في 23 جويلية 2015 .

وعليه سأعرض في خاتمة هذا البحث لما انتهت إليه الدراسة من نتائج و مقترحات:

- بعد دراسة حماية الشهود عن طريق التجهيل في قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي اتضح لنا مدى الأهمية التي تكتسي هذا الموضوع. و التي تستلزم زيادة الاهتمام بها تشريعيًا لتحقيق الأهداف المرجوة منها.
- إن حماية الشهود في قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي تتمثل بصفة أساسية في فكرتين أساسيتين تتعلقان إما بإخفاء هويته أو بإخفاء عنوانه. و اللتان تمنحان الشهود المهديين الحد الأدنى من الحماية التي يستحقونها لتعاونهم مع العدالة.
- رغم حرص المشرع الفرنسي على تأكيد حق الشاهد المهدد في الحماية. إلا أنه لم يتناول إلا صورة واحدة من الحماية ألا و هي الحماية الإجرائية المتمثلة في التجهيل. و أغفل الحماية الأمنية. و التي نقتراح أن يتناولها مستقبلا.

<sup>1</sup> - أمين مصطفى محمد. مرجع سابق. ص 63

<sup>2</sup> - أمين مصطفى محمد. مرجع سابق. ص 64



## القوة الإثباتية للمحاضر الجمركية في التشريع الجزائري

عقيلة خرشي  
طالبة دكتوراه  
جامعة المسيلة

### ملخص

إن هيمنة المحاضر الجمركية سواء تلك التي منحها المشرع الحجية إلى غاية الطعن فيها بالتزوير أو إثبات عكس ما ورد فيها على نظام الإثبات الجمركي، هي امتياز لإدارة الجمارك وسلطة الاتهام، أملتها دواعي حماية الاقتصاد الوطني وضمان حقوق الخزينة العامة على حساب المهتم الملزم بإثبات براءته، وهو ما يشكل انتهاكا صريحا لحقوق الدفاع وحرية القاضي في تكوين عقيدته كمبادئ تحكم الإجراءات الجزائية.

### Résume:

La domination de la force probante consentie aux procès-verbaux de douane sur le système de preuve en droit douanier est un privilège au profit de l'administration de douane et le ministère public, dicté par des raisons de protection de l'économie et le garant des droits du trésor public, à l'égard du détenu obligé de rapporter la preuve de son innocence ce qui constitue une violation flagrante aux droits de défense et aux principes de liberté de preuve qui gouvernent la procédure pénale.

### مقدمة:

إن القاعدة العامة في مجال الإثبات الجزائي هي حرية القاضي في تقدير الدليل للوصول إلى الحقيقة كغاية ينشدها القضاء لإحقاق الحق وإقامة العدل. وقد أقر المشرع الجزائري هذا المبدأ صراحة في المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية<sup>1</sup>. وأكدته المادة 307 من ذات القانون. ومعنى هذه النصوص أن جميع وسائل الإثبات تخضع لتقدير القاضي متى توافرت فيها الشروط التي يتطلبها القانون طبقا للضمانات الدستورية الكفيلة بحماية الحقوق والحريات. غير أنه وإن كانت هذه القاعدة هي السائدة في مجال الإثبات الجزائي إلا أنها ليست على إطلاقها. إذ التشريع الجمركي يشكل استثناء لها. فلا اعتبارات متعددة لعل أهمها حماية الاقتصاد الوطني وضمان حقوق الخزينة العامة. أولى المشرع الجزائري للمحاضر الجمركية أهمية خاصة في الإثبات. بحيث تعتبر حجة بما ورد فيها إلى أن يثبت ما ينفيها إما بالطعن فيها بالتزوير أو بإقامة الدليل العكسي عليها. وهو ما يعتبر قييدا على حرية القاضي في الإثبات. وامتياز لإدارة الجمارك وإعفاء للنيابة العامة من عبء الإثبات وحميله للمتهم المحمي دستوريا بأصل البراءة المفترض فيه. وهو ما يدعونا للتساؤل حول مدى تأثير القوة الإثباتية للمحاضر الجمركية في التشريع الجزائري على المبادئ العامة للإثبات الجزائي والمقررة لحماية الحقوق

<sup>1</sup> - قانون الإجراءات الجزائية الجزائري. رقم 155/66. المؤرخ في 08/07/1966 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.



والحريات؟ والذي تتفرع عنه جملة من الأسئلة المحورية لعل أهمها يتمثل في: ماهي شروط اكتساب المحاضر الجمركية القوة الإثباتية؟ وما هي الوسائل التي كفلها القانون للمتهم بالمخالفة الجمركية لمواجهة هذه القوة الإثباتية؟ هذه الأسئلة وأكثر سيتم الإجابة عنها بإتباع التقسيم التالي:

#### المبحث الأول: المحاضر الجمركية.

المطلب الأول: محضر الحجز.

المطلب الثاني: محضر المعاينة.

المبحث الثاني: آثار القوة الإثباتية للمحاضر الجمركية.

المطلب الأول: آثار القوة الإثباتية للمحاضر الجمركية على المتهم.

المطلب الثاني: آثار القوة الإثباتية للمحاضر الجمركية على المبادئ العامة للإثبات الجزائي.

#### المبحث الأول: المحاضر الجمركية.

إن الجرائم الجمركية وإن تباينت الأفعال المكونة لها، واختلفت المصالح المعتدى عليها، إلا أنها تتفق جميعا في كونها تشكل خرقا للقوانين والأنظمة التي تتولى إدارة الجمارك تطبيقها والتي ينص القانون على قمعها<sup>1</sup> والتي تقضي بضرورة إخضاع البضائع استيرادا أو تصديرا للمراقبة الجمركية والتصريح بها لدى أقرب مكتب جمركي<sup>2</sup>، وأن أي تصرف يتم بالمخالفة لهذين الالتزامين يعد جريمة جمركية، يتم إثباتها في محضر من قبل أعوان الجمارك المؤهلين لذلك ووفق الشروط والشكليات المحددة قانونا.

فالمحاضر الجمركية إذن هي الأوراق التي يحررها أعوان الجمارك وكذا الموظفون المؤهلون لإثبات ما يقفوا عليه بشأن الجرائم الجمركية وظروف ارتكابها<sup>3</sup>، وتعد المحاضر الجمركية من أهم طرق إثبات الجرائم الجمركية وهي ذات حجية إلزامية في الإثبات وتتمثل أساسا في محضري الحجز والمعاينة.

#### المطلب الأول: محضر الحجز الجمركي.

الحجز هو إجراء تحفظي مؤقت يقوم به عون الجمارك المختص، أو أي عون من أعوان الدولة المؤهلين بحكم التشريع أو التنظيم، وينصب أساسا على البضائع<sup>4</sup> محل الغش أو التهريب الجمركي، إما بسبب حيازتها غير الشرعية أو بسبب استيرادها أو تصديرها خارج المكاتب

1 - المادة 240 والمادة 5 فقرة ك من القانون 79/07 المؤرخ في 21 يوليو، يتضمن قانون الجمارك، المعدل والمتمم بالقانون 10/98 المؤرخ في 22 أوت 1998.

2 - المكاتب الجمركية هي نقاط للمراقبة، متواجدة عبر كامل الحدود الوطنية، لا تتم الإجراءات الجمركية إلا عبرها ويتم إنشاؤها وتحديد اختصاصها وتاريخ فتحها بمقرر من المدير العام للجمارك، وتعلق أو تغلق بنفس الأشكال.

3 - احسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية، في ضوء الفقه واجتهاد القضاء والجديد في قانون الجمارك، دار الحكمة للنشر والتوزيع، سوق أهراس، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 161.

4 - البضائع: عرفتها المادة 05 من قانون الجمارك بأنها: "كل المنتجات والأشياء التجارية وغير التجارية، وبصفة عامة جميع الأشياء القابلة للتداول والتملك".





الجمركية بدون تصريح بشأنها<sup>1</sup>، وإجراء الحجز يعد من أهم طرق معاينة الجرائم الجمركية وأكثرها ملائمة للكشف عنها، وينتهي هذا الإجراء دوماً بتحرير محضر حجز نظم المشرع أحكامه في المواد من 241 إلى 251 من قانون الجمارك.

ويستشف من أحكام هذه المواد أن المشرع لا يشترط أن تخبز الأشياء محل الجريمة<sup>2</sup>، بل يكفي أن يتم تحرير المحضر وفقاً للشروط والشكليات المنصوص عليها في هذه المواد، وإلا فقد المحضر قيمته الإثباتية، وهذه الشكليات منها ما هو جوهري يترتب على خالفها بطلان المحضر، ومنها بالرغم من أهميتها إلا أن خالفها لا يترتب نفس الأثر، وتتمثل هذه الشروط في:

### الفرع الأول: الشكليات الجوهرية العامة لمحاضر الحجز الجمركية.

تخضع محاضر الحجز الجمركية إلى شروط شكلية أساسية يجب مراعاتها عند إعداد وتحرير جميع محاضر الحجز، وهذه الشكليات الجوهرية تم النص عليها في المواد 241 و242، والمواد من 244 إلى 250 من قانون الجمارك، ويمكن إجمالها في الشكليات التالية:

#### أولاً: صفة محرري محاضر الحجز الجمركي.

باستقراء المادة 32 من الأمر 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب<sup>3</sup> والتي يتفق ما جاء فيها مع المادة 241 الفقرة 1 من قانون الجمارك التي تنص على أنه: "يمكن أعوان الجمارك وضباط الشرطة القضائية وأعوانها المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية، وأعوان مصلحة الضرائب وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ وكذا الأعوان المكلفين بالتحريات الاقتصادية والمنافسة والأسعار والجودة وقمع الغش، أن يقوموا بمعاينة المخالفات الجمركية وضبطها." نجد أن المشرع الجزائري قد وسع من نطاق الأشخاص المؤهلين لإعداد محاضر الحجز على اعتبار أنه يحرر في حالة الجرائم المتلبس بها، ليشمل بالإضافة إلى أعوان الجمارك دون تمييز من حيث الوظيفة أو الرتبة على الأعوان الآتي ذكرهم:

- ضباط وأعوان الشرطة القضائية الوارد ذكرهم في المواد 14، 15، 19، 20، من قانون الإجراءات الجزائية.

- أعوان مصالح الضرائب.

- أعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ.

- أعوان التحريات الاقتصادية والمنافسة والأسعار والجودة ومنع الغش.

<sup>1</sup> - سعدانة العيد، الإثبات في المواد الجمركية، دكتوراه في القانون، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، 2006، ص 32

<sup>2</sup> - احسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية، (تعريف وتصنيف الجرائم الجمركية)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 170.

<sup>3</sup> - الأمر رقم 06/05 المؤرخ في 23 غشت 2005، متعلق بمكافحة التهريب، المعدل والمتمم.





### ثانياً: موعد ومكان تحرير محضر الحجز الجمركي.

تنص المادة 242 من قانون الجمارك على أنه: "عند معاينة المخالفة الجمركية، يجب توجيه البضائع بما فيها وسائل النقل والوثائق المحجوزة إلى أقرب مكتب أو مركز جمركي من مكان الحجز وإيداعها فيه، ويحرر محضر الحجز فوراً". وعبارة (فوراً) تدل على ميقات تحرير محضر الحجز والتي يفهم منها أنه يجب تحرير محضر الحجز بدون تأخير وفور معاينة الجريمة<sup>1</sup>، ومن ثم التوجه بالبضائع ووسائل النقل والوثائق المحجوزة إلى أقرب مكتب أو مركز جمركي وهو مكان إيداعها. غير أن المادة 243 من قانون الجمارك أوردت استثناءاً على ذلك، حيث نصت على أنه: "عندما لا تسمح الظروف والأوضاع المحلية بالتوجه الفوري للبضائع إلى مكتب أو مركز جمركي، يمكن وضع هذه البضائع تحت حراسة المخالف أو الغير إما في أماكن الحجز نفسها وإما في جهة أخرى". وفي مثل هذه الحالات يمكن تحرير محضر الحجز في أي مكتب أو أي مركز جمركي آخر أو في مقر المحطة البحرية لحراس الشواطئ أو في مقر فرقة الدرك الوطني أو في مكتب موظف تابع لإدارة المالية أو في مقر المجلس الشعبي البلدي لمكان الحجز<sup>2</sup>، كما تجيز هذه المادة في فقرتها الأخيرة تحرير المحضر في المنزل الذي وقع فيه الحجز إذا تم الحجز في المنزل.

وما يمكن استخلاصه من هاتين المادتين، انه لا يجوز إيداع البضائع المحجوزة في إطار الحجز الجمركي في مقرات الشرطة القضائية أو في مقرات الأعوان الآخرين المخول لهم قانوناً معاينة الجرائم الجمركية حتى وإن عاينوها بأنفسهم، كما لا يجوز لمصالح الأمن الوطني وأعوان إدارة المنافسة والأسعار تحرير محضر الحجز في مقراتهم، مما يجعل معاينة الجرائم الجمركية من طرف هؤلاء الأعوان عن طريق إجراء الحجز أمر شديد الصعوبة<sup>3</sup>.

### ثالثاً: مضمون محضر الحجز الجمركي.

يجب أن يتضمن المحضر كل المعلومات التي تسمح بالتعرف على المخالفة والبضاعة والوثائق المتعلقة بهما ووسيلة النقل إن وجدت، بحسب ما هو وارد في المادة 245 في فقرتها 2 من قانون الجمارك والتي عدت البيانات الواجب توفرها في المحضر، والتي تتمثل في تاريخ ومكان وساعة الحجز، سبب الحجز، التصريح بالحجز للمخالف، ألقاب وأسماء وصفات وعناوين الحاجزين والقباض المكلف بالمتابعة، وصف البضائع المحجوزة وطبيعة الوثائق المحجوزة، الأمر

1 - بلجراف سامية، جريمة التهريب الجمركي بين التشريع والقضاء الجزائري، ماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر 2007-2008، ص 180.  
2 - بن الطيبي مبارك، التهريب الجمركي ووسائل مكافحته في التشريع الجزائري، ماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر 2009-2010، ص 89.  
3 - احسن بوسقيعة، المرجع السابق، (تعريف وتصنيف الجرائم الجمركية)، ص 179 - 180.



الموجه للمخالف لحضور ووصف البضائع وتخريب المحضر. وكذا النتائج المترتبة على هذا الأمر. ومكان تخريب المحضر وساعة ختمه. وعند الاقتضاء لقب واسم وصفة حارس البضائع المحجوزة. رابعاً: عرض رفع اليد.

أجاز المشرع وفقاً للمادة 246 من قانون الجمارك لأعوان الجمارك وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ دون سواهم من الأعوان المشار إليهم في المادة 241 من قانون الجمارك الذين يقومون بالحجز. أن يقترحوا على المخالف قبل اختتام المحضر عرض رفع اليد عن وسيلة النقل القابلة للمصادرة شريطة دفع كفالة أو إيداع قيمتها. ويستثنى من هذا الإجراء وسيلة النقل إذا كانت معدة خصيصاً لإخفاء البضاعة محل الغش أو مستعملة لنقل بضائع مغشوشة في أماكن غير معدة لاستقبال البضائع. كما أنه لا يطبق هذا الإجراء إذا كانت وسيلة النقل هي ذاتها محلاً للجريمة. أو استعملت في التهريب أو في نقل البضاعة المحظورة والتي ورد تعريفها في المادة 21 فقرة 1 من قانون الجمارك بأنها: " لتطبيق هذا القانون. تعد بضائع محظورة. كل البضائع التي منع استيرادها أو تصديرها بأية صفة كانت".

كما أوجبت المادة ذاتها على أعوان الجمارك، وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ الذين يقومون بإجراء الحجز أن يقترحوا على المخالف قبل اختتام المحضر عرض رفع اليد عن وسائل النقل الموقوفة كضمان لدفع العقوبات المقررة تحت كفالة قابلة للدفع أو بإيداع قيمتها. أما مالك وسيلة النقل حسن النية فإنه يمكن أن يمنح له رفع اليد بدون كفالة عندما يكون قد أبرم عقد نقل أو إيجار أو قرض إيجار يربطه بالمخالف وفقاً للقوانين والأنظمة المعمول بهما أو حسب تقاليد المهنة. ولا يشترط في هذه الحالة إيداع الكفالة أو إيداع قيمتها. ولكن يلزم بدفع المصاريف التي تكبدتها إدارة الجمارك بمناسبة الحجز إلى غاية استرجاع وسيلة النقل. وذلك على حساب المخالف.

#### الفرع الثاني: الشكليات الجوهرية المتعلقة ببعض الحجز الخاصة.

الأصل أن محضر الحجز يجب أن يشتمل على جميع البيانات التي يتطلبها القانون وأن يجر فور معاينة المخالفة وفي المكان التي تضبط فيه. غير أنه نظراً لخصوصية بعض الحجز فقد خصّها المشرع ببعض الشكليات المتعلقة بها. ونخص بالذكر الحجز على متن السفن. وحالة حجز الوثائق المزورة أو المحرّفة. والحجز الذي يتم في المنازل. الحجز خارج النطاق الجمركي في حالة الملاحقة على مرأى العين.

أولاً : الحجز على متن السفن.

عندما يجري الحجز على متن سفينة ولا يتسنى القيام بالتفريغ فوراً. فإنه بحسب المادة 249 من قانون الجمارك. يتعين على أعوان الجمارك وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ



الذين يباشرون الحجز بوضع ترخيص على المنافذ المؤدية للبضائع. على أن يتضمن محضر الحجز الذي يتم تحريره بالموازاة مع عملية التفريغ. إحصاءا للطرود من حيث العدد والنوع والعلامة مع وجوب ترقيمها عند وصولها إلى مكتب الجمارك. ووجوب دعوة المخالف لحضور عملية الوصف المفصل للبضائع وتسليمه نسخة من المحضر عن كل عملية حجز.

**ثانيا: حجز وثائق مزورة أو محرفة.**

معاينة الجرائم الجمركية تعطي الحق للأعوان المحررين للمحضر أن يحجزوا أية وثيقة مرافقة لهذه البضائع. لأن الحجز الجمركي يتمحور أساسا على البضائع وعرضيا على المستندات التي ترافق البضائع<sup>1</sup>. وعليه فإذا انصب الحجز على وثائق مزورة أو محرفة فإن المادة 245 من قانون الجمارك قد أوجبت أن يبين المحضر نوع التزوير ويصف التحريفات والكتابات الإضافية. على أن توقع الوثائق المشوبة بالتزوير من طرف الأعوان الذين قاموا بعملية الحجز وتمضى بعبارة (لا تغيير). وتلحق بالمحضر.

**ثالثا: الحجز في المنازل.**

يختلف الحجز الذي يتم في المنزل بحسب نوع البضائع المحجوزة. فإذا كانت هذه الأخيرة من البضائع غير المحظورة عند الاستيراد أو التصدير فإنه لا يتم نقلها من المنزل ويعين المخالف حارسا عليها متى قدم كفالة تغطي قيمتها وفقا للفقرة الأولى من المادة 248 من قانون الجمارك. أما في حالة عدم دفع الكفالة أو إذا كانت البضائع محل الحجز من البضائع المحظورة عند الاستيراد أو التصدير فإنه يتم نقلها إلى أقرب مكتب أو مركز جمركي. أو يتم تسليمها إلى شخص آخر يعين حارسا عليها. إما في مكان الحجز ذاته أو في أي جهة أخرى.

ويتعين على ضابط الشرطة القضائية الذي حضر عملية التفتيش المنزلي وفق الشروط الواردة في المادة 47 من قانون الجمارك حضور عملية تحرير المحضر. وفي حالة الرفض يكفي لصحة العمليات أن يحتوي المحضر على بيان طلب الحضور وعلى رفض ذلك.

**رابعا: الحجز خارج النطاق الجمركي.**

تميز المادة 250 من قانون الجمارك. بخصوص الإجراءات الواجب إتباعها عند الحجز الذي يجري خارج النطاق الجمركي بين حالة الملاحقة على مرأى العين والحالات الأخرى. ففي الحالة الأولى عندما يتعلق الحجز ببضائع خاضعة لرخصة التنقل يجب أن يبين المحضر أن الملاحقة قد بدأت داخل النطاق الجمركي واستمرت دون انقطاع إلى غاية الحجز. وأن البضائع لم تكن مصحوبة بالوثائق التي تثبت وضعيتها القانونية إزاء التشريع الجمركي.

1 - عبدلي حبيبة. عبء الإثبات في المواد الجمركية وفي قواعد التبادل التجاري الدولي عبر المكاتب الجمركية. دكتوراه في العلوم القانونية. تخصص قانون الأعمال. جامعة باتنة. الجزائر 2014-2015. ص25.



### الفرع الثالث: الشكليات غير الجوهرية لمحضر الحجز.

بالإضافة إلى الشكليات الجوهرية سواء كانت عامة تشمل جميع محاضر الحجز أو كانت متعلقة ببعض الحجز الخاصة والتي رتب القانون على تخلفها بطلان محضر الحجز. أوردت المادتان 244 و251 من قانون الجمارك شكليات أخرى بالرغم من أهميتها فإن تخلفها لا يؤدي إلى بطلان المحضر وهي:

- إئتمان قابض الجمارك المكلف بالمتابعات على البضائع المحجوزة.
- تسليم محضر الحجز الجمركي بعد اختتامه إلى وكيل الجمهورية المختص حسب الفقرة الأولى من المادة 251 من قانون الجمارك.
- في حالة التلبس بالمخالفة الجمركية، توجب الفقرة 2 من المادة سابقة الذكر تقديم المخالف أو المخالفين الموقوفين إلى وكيل الجمهورية المختص فور تحرير محضر الحجز الجمركي<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: محضر المعاينة الجمركية.

يمثل التحقيق الجمركي أو المعاينة الجمركية الطريق الثاني لإثبات الجرائم الجمركية. ويشكل محضر المعاينة محصلة نتائج التحريات والاستجوابات والتحقيقات المختلفة التي يقوم بها أعوان الجمارك المؤهلين قانونا في إطار البحث عن الجرائم غير المتلبس بها. وذلك على خلاف محضر الحجز الذي يحرر بمناسبة الجرائم المتلبس بها<sup>2</sup>.

ويحرر محضر المعاينة طبقا للشروط الواردة في المادة 252 من قانون الجمارك. من أجل إثبات المخالفات التي يقوم باكتشافها أعوان الجمارك على إثر مراقبة الوثائق والسجلات الحسابية ضمن الشروط الواردة في المادة 48 من قانون الجمارك وبصفة عامة إثر التحريات التي يقوم بها هؤلاء الأعوان.

### الفرع الأول: الأشخاص المؤهلون لتحرير محضر المعاينة

إذا كان المشرع قد وسع من دائرة الأشخاص المؤهلين لإعداد محضر الحجز لارتباط إجراء الحجز للجرائم المتلبس بها. فإننا نجد أنه قد حصر تحرير محضر المعاينة في أعوان الجمارك الذين لهم رتبة ضابط مراقبة على الأقل والأعوان المكلفين بمهام القابض.

يحكم هذا الإجراء نص المادة 48 من قانون الجمارك التي أعطت لهؤلاء الأعوان الحق في أن يطالبوا في أي وقت. بالإطلاع على كل أنواع الوثائق المتعلقة بالعمليات التي تهم إدارة الجمارك. كالفواتير وسندات التسليم وجداول الإرسال وعقود النقل والدفاتر والسجلات وخاصة في الأماكن التالية:

1 - رحمانى حسيبة، البحث عن الجرائم الجمركية وإثباتها في ظل القانون الجزائري. ماجستير في القانون. تخصص قانون الأعمال. كلية الحقوق. جامعة تيزي وزو، الجزائر. بدون تاريخ مناقشة، ص86.

2 - سعدانة العيد، المرجع السابق، ص 40



- في محطات السكك الحديدية.
  - في مكاتب شركات الملاحة البحرية والجوية.
  - في محلات مؤسسات النقل البري.
  - في محلات الوكالات بما فيها ما يسمى بوكالات النقل السريع التي تتكفل بالاستقبال والتجميع والإرسال بكل وسائل النقل وتسليم الطرود.
  - لدى المجهزين وأمناء الحمولة والسماصرة البحريين.
  - لدى وكلاء العبور والوكلاء لدى الجمارك.
  - لدى وكلاء الاستيداع والمخازن والمستودعات العامة.
  - لدى المرسل إليهم أو المرسلين الحقيقيين للبضائع المصرّح بها لدى الجمارك.
- الفرع الثاني: بيانات محضر المعاينة.**

لقد أوجبت المادة 252 من قانون الجمارك أن تتضمن محاضر المعاينة على البيانات الآتية:

- ألقاب الأعوان المحررين للمحضر وأسمائهم وصفاتهم وإقامتهم الإدارية.
- تاريخ ومكان التحريات التي تمّ القيام بها.
- طبيعة المعاينات التي تمت والمعلومات المحصّلة إما بعد مراقبة الوثائق أو بعد سماع الأشخاص.
- الحجز المحتمل للوثائق مع وصفها.
- الأحكام التشريعية أو التنظيمية التي تم خرقها والنصوص التي تقمعها.
- وعلاوة على ذلك، يجب أن يبين المحضر أن الأشخاص الذين أجريت عندهم عمليات المراقبة والتحري. قد اطلعوا بتاريخ ومكان تحرير هذا المحضر وأنه قد تلى عليهم وعرض عليهم للتوقيع. وفي حالة ما إذا لم يحضر الأشخاص المستودعون قانونا، يجب أن يذكر ذلك في المحضر الذي يتم تعليقه على الباب الخارجي لمكتب أو مركز الجمارك المختص.

#### **المبحث الثاني: آثار القوة الإثباتية للمحاضر الجمركية.**

قررت المادة 215 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه: "لا تعتبر المحاضر والتقارير المثبتة للجنايات والجنح إلا مجرد استدلالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". قاعدة عامة تقضي بأن محاضر الشرطة القضائية المثبتة لجرائم القانون العام لا قوة إثباتية لها. ولا تعدوا أن تكون سوى محاضر استدلالية. غير أن نفس المادة وضعت استثناءا لهذه



القاعدة بالاعتراف لبعضها بالقوة الإثباتية<sup>1</sup>، بحيث تعتبر المحاضر الجمركية المحررة وفق الشروط التي يتطلبها التشريع الجمركي تجسيدا لهذا الاستثناء، وذلك لاعتراف القانون لها بقوة اثباتية خاصة غير مألوفة في القانون العام، فهي حجة بما ورد فيها إلى غاية الطعن فيها بالتزوير أو إثبات عكس ما جاء فيها، وهذا التدرج في الحجية بين الإطلاق والنسبية له أثره على كل من المتهم والقاضي وضمانات المحاكمة العادلة.

### المطلب الأول: آثار القوة الإثباتية للمحاضر الجمركية على المتهم.

أضفى المشرع الجزائري على المحاضر الجمركية قوة اثباتية غير مألوفة في القانون العام، غير أنه حماية لحقوق الدفاع وتخفيفا من حدة هذه القوة، منح المشرع الجزائري للمتهم بالمخالفة الجمركية آليات قانونية لمواجهة القوة الإثباتية للمحاضر الجمركية ودحض حجيتها عن طريق إمكانية الدفع ببطلان المحاضر أو الطعن في صحتها إما بالزور أو بإثبات عكس ما ورد فيها.

### الفرع الأول: الدفع ببطلان المحاضر الجمركي.

بطلان المحاضر هو الجزاء المترتب على الإخلال بأحد أو بعض الشروط التي يتطلبها القانون في إعداد المحاضر الجمركية، سواء تعلق الأمر بمحضر الحجز أو محضر المعاينة، والتي يتوجب مراعاة الشكليات الخاصة بهما أثناء تحريرهما تحت طائلة البطلان، والدفع بالبطلان هو الوسيلة القانونية التي حولها المشرع للمتهم بالجريمة الجمركية للمطالبة أمام القضاء ببطلان المحاضر المثبت للمخالفة متى كان مفتقدا للبيانات القانونية الإلزامية الواجب تضمينها في محضري الحجز أو المعاينة، حيث تنص المادة 255 من قانون الجمارك على أنه: "يجب أن تراعى الإجراءات المنصوص عليها في المادتين 241 و 242 ق.ج وفي المواد من 244 إلى 250 وفي المادة 252 من هذا القانون وذلك تحت طائلة البطلان، ولا يمكن أن تقبل أشكالاً أخرى من البطلان ضد المحاضر الجمركية إلا تلك الناتجة عن عدم مراعاة هذه الإجراءات"، وما نصت عليه هذه المادة ينطبق أيضا على المحاضر المثبتة لأعمال التهريب والمحررة وفق التشريع الجمركي وهو ما يمكن استخلاصه من المادتين 31 و32 من الأمر المتعلق بمكافحة التهريب.

### أولا: كيفية تقديم طلب بطلان المحاضر الجمركية:

يكتسي البطلان كجزاء قانوني لتخلف إحدى أو بعض الشكليات التي يتطلبها القانون في إعداد المحاضر أهمية بالغة، ويترتب عنه كقاعدة عامة تجريد العمل الإجرائي من قيمته القانونية وعدم الاعتراف بما أنتجه من آثار قانونية بمعنى تعطيل دوره الوظيفي<sup>2</sup>، وعلى الرغم

1 - عبد الله اوهابية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 314.

2 - بلجراف سامية، المرجع السابق، ص 187.





من أن المادة 255 من قانون الجمارك السابقة الذكر قد صرحت بعدم قبول أي شكل للبطلان غير تلك المتعلقة بعدم مراعاة الإجراءات الواجب إتباعها في إعداد المحاضر الجمركية. فإنها لم تشر إلى كيفية تقديم طلب البطلان. وعليه يتم الاحتكام إلى القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية، والتي تقضي بوجود تقديم طلب البطلان إلى الجهة القضائية النازرة في الدعوى الأصلية، وحالات البطلان المقررة في نص المادة 255 السالفة الذكر ليست من النظام العام. فليس لقضاة الموضوع إثارتها من تلقاء أنفسهم بل يتعين على صاحب المصلحة إثارتها قبل أي دفع في الموضوع. وإلا كان طلبه غير مقبول. ويجب إثارة الدفع بالبطلان أمام محكمة أول درجة. إذ يرفض الطلب إذا قُدم لأول مرة أمام المجلس القضائي أو أمام المحكمة العليا<sup>1</sup>.

### ثانياً: حالات بطلان المحاضر الجمركية.

سبق لنا التعريف بالشكليات الجوهرية التي يجب مراعاتها عند تحرير محضري الحجز والمعاينة والتي يستشف من خلالها أن حالات البطلان نوعان: إما عدم اختصاص محرر المحضر الجمركي وإما عدم مراعاة الشكليات المفروضة قانوناً.

أ- عدم اختصاص محرر المحضر الجمركي: يكون المحضر الجمركي باطلا سواء كان محضر حجز أو محضر معاينة إذا تم تحريره من طرف أشخاص لا ينتمون إلى الفئات الوارد ذكرها على سبيل الحصر في المادة 241 من قانون الجمارك والتي سبق لنا تعريفها.

ب- عدم مراعاة الشكليات المتعلقة بتحرير المحضر الجمركي: أخضع قانون الجمارك تحرير المحاضر الجمركية لشكليات معينة سبق لنا بيانها. ورتب البطلان على عدم احترامها. وميز القانون في هذا الصدد بين الشكليات الواجب مراعاتها في محضر الحجز وتلك المتعلقة بمحضر المعاينة. فأما الشكليات الواجب مراعاتها عند تحرير محضر الحجز فهي عديدة وقد وردت في المادة 242 وفي المواد من 244 إلى 250 من قانون الجمارك وأما الشكليات الواجب مراعاتها عند تحرير محضر المعاينة فهي تلك التي جاءت بها المادة 252 من قانون الجمارك. ويتعلق الأمر أساساً بوجود تضمين المحضر البيانات التالية: ألقاب الأعوان المحررون وأسمائهم وصفاتهم وقامتهم الإدارية. مع ذكر تاريخ التحريات وطبيعة المعاينات التي تم القيام بها والمعلومات المتحصل عليها إما بعد مراقبة الوثائق أو بعد سماع الأشخاص. ووصف الوثائق المحتمل حجزها. وتحديد الأحكام التشريعية أو التنظيمية التي تم خرقها والنصوص التي تم جمعها. بالإضافة إلى تلاوة المحضر على

1 - احسن بوسقيعة. المنازعات الجمركية في ضوء الفقه واجتهاد القضاء والجدي في قانون الجمارك. المرجع السابق. ص 190.





المخالفين وعرضه عليهم للتوقيع إذا حضروا والإشارة إذا تغيبوا تعيقه على الباب الخارجي للمكتب أو المركز الجمركي المختص<sup>1</sup>.

### ثالثا: آثار بطلان المحاضر الجمركية:

تختلف آثار البطلان على المحاضر الجمركية بحسب نوع البطلان. فإذا كان البطلان مطلقاً سببه شكليات لا تقبل التجزئة. كخلو المحضر من توقيع محرريه أو من صفاتهم أو من تاريخ تحريره ففي هذه الأحوال يكون البطلان مطلقاً. بحيث يبطل المحضر برمته ولا يُعتد بما جاء فيه لإثبات الجريمة الجمركية. أما إذا كان البطلان نسبياً بسبب شكليات تقبل التجزئة. بحيث يمكن فصلها عن باقي ما تضمنه المحضر. كتحديد كمية الأشياء المحجوزة أو عرض رفع اليد أو عدم مراعاة الشكليات بخصوص تفتيش المساكن وغيرها. فقد استقر القضاء على أن أثر البطلان ينحصر في العملية المطعون فيها أو الإجراء الذي تم مخالفته للشكلية المنصوص عليها في قانون الجمارك دون بقية البيانات المدونة في المحضر. غير أنه إذا تقرّر بطلان المحضر الجمركي فإن أثره لا ينصرف إلى المتابعات القضائية برمتها. بل ينحصر في الإجراء المشوب بالبطلان فقط<sup>2</sup>.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بأن "الإجراء الباطل في المحضر لا يؤدي إلى بطلان الدعوى. ففي هذه الحالة. عندما يتبين للقضاة بطلان أي إجراء أن يصرحوا ببطلان ذلك الإجراء ويأمروا بتحقيق تكميلي طبقاً للمادة 356 ق.أ.ج حسب ما يقتضيه القانون ويفصل في الدعوى"<sup>3</sup> كما قضت في قرار آخر لها بأنه: "يلزم أعوان الجمارك الذين حرروا المحضر من تسليم نسخة منه إلى المتهم وأن عدم مراعاة هذا الإجراء يجعل المحضر باطلاً. وأن قضاة الموضوع لما قضوا ببطلان إجراءات الدعوى العمومية بسبب عدم تسليم نسخة من محضر الجمارك إلى المتهم وبالنتيجة إرجاع وسيلة النقل إلى أصحابها. يكونوا قد خرّقوا القانون لعدم لجوئهم إلى طرق الإثبات الأخرى بعد استبعاد محضر الجمارك..."<sup>4</sup>

### الفرع الثاني: الطعن بتزوير المحاضر الجمركية:

تُعد محاضر الحجز والمعاينة الجمركية. والمحاضر المثبتة لأعمال التهريب في ما عدا جنايات التهريب ذات حجية كاملة إلى أن يطعن فيها بالتزوير. وقد نصت المادة 254 من قانون الجمارك على الشروط الواجب توافرها في<sup>5</sup> المحضر الجمركي حتى يكتسي الحجية المطلقة والتي

<sup>1</sup> - احسن بوسقيعة. المرجع السابق. ص 190.

<sup>2</sup> - سعدانة العيد. المرجع السابق. ص 46.

<sup>3</sup> - غ.ج.م. ق. 2. ملف 104456. قرار 1994/03/22. مصنف الاجتهاد القضائي. ص 05.

<sup>4</sup> - غ.ج.م. ملف 149112. قرار 1997/07/07. أشار إليه جمال سايس. المنازعات الجمركية في الاجتهاد القضائي. منشورات كليك. الجزائر. 2014. ص 348.

<sup>5</sup> - أضفى الأمر 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب. على تهريب الأسلحة (المادة 14 منه) والتهريب الذي يشكل تهديدا خطيرا على الأمن الوطني أو الاقتصاد الوطني أو الصحة العمومية (المادة 15 منه) وصف الجنائية. وأعطت المادة 32 من نفس الأمر القوة الإثباتية



جاء فيها: " تبقى المحاضر الجمركية المحررة من طرف عونين محلفين على الأقل من بين الأعوان المذكورين في المادة 241 من هذا القانون، صحيحة ما لم يطعن فيها بتزوير المعاينات المادية الناجمة عن استعمال حواسهم أو بوسائل مادية من شأنها السماح بالتحقق من صحتها." وهي ذات الشروط التي وردت في المادة 32 من الأمر 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب، فما هي شروط اكتساب المحاضر الجمركية الحجية المطلقة؟

#### أولاً: شروط اكتساب المحاضر الجمركية الحجية المطلقة.

باستقراء نصي المادتين السالفتين (المادة 241 من قانون الجمارك والمادة 32 من الأمر 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب) يمكن حصر شروط اكتساب المحاضر الجمركية القوة الإثباتية في مجموعتين، تتعلق الأولى بمضمون المحضر والثانية بصفة محرري المحضر وعددهم.

أ- مضمون المحضر الجمركي: لقد اعتبر التشريع الجمركي المعاينات المادية شرطاً أساسياً لاكتساب المحاضر الجمركية الحجية إلى غاية الطعن فيها بالتزوير دون إعطاء مفهوم " للمعاينات المادية"، وهو ما أجابت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: " إن المعاينات المادية التي يقصدها المشرع هي تلك الناجمة عن الملاحظات المباشرة التي يسجلها أعوان الجمارك اعتماداً على حواسهم والتي لا تتطلب مهارة خاصة لإجرائها". كما جاء في قرار آخر: " أن المعاينات المادية التي تقصدها المادة 254 هي تلك الناجمة عن استعمال الحواس والتي يكون بمقدور أعوان الجمارك إجرائها بأنفسهم دون الحاجة إلى ذوي الخبرة والاختصاص."<sup>1</sup>

وبالرجوع إلى المادة 254 من قانون الجمارك نجد أن المشرع الجزائري نص على أن المعاينات المادية هي "الناجمة عن استعمال حواسهم" كالسمع والشم والذوق... الخ. أو تلك التي تتم معاينتها بوسائل مادية من شأنها السماح بالتحقق من صحتها" ومن أمثلتها عدد الطرود، الوزن، قياس قطعة القماش... الخ<sup>2</sup>

المطلقة للمحاضر المثبتة لأعمال للتهريب إذا حُررت وفق التشريع الجمركي، غير أن المحكمة العليا استثنت من ذلك المحاضر المثبتة لجنايات التهريب، حيث جاء في أحد قراراتها: "لا قوة إثباتية للمحاضر الجمركية أمام محكمة الجنايات، بحيث أن الاستدلال المؤسس على القوة الإثباتية للمحاضر الجمركية المنصوص عليها في المادة 254 من قانون الجمارك لا يكون مقبولاً إلا بالنسبة للدعاوى التي ترفع أمام المحاكم والمجالس القضائية المشكّلة من قضاة محترفين والتي يفصل فيها بأحكام وقرارات مسببة طبقاً لقانون الإجراءات الجزائية ولاسيما المادة 397 منه وليس أمام محاكم الجنايات التي يشارك فيها محلفون والتي تحكم بناءً على الاقتناع الشخصي لأعضائها. المعبر عنه بواسطة أجوبتهم على الأسئلة المطروحة عليهم بكيفية صحيحة، والذي لا يتطلب منهم القانون حساباً عن الوسائل التي وصلوا بها إلى تكوين اقتناعهم" غ ج، ملف رقم: 548739، قرار بتاريخ 2009/10/22، مصنف الاجتهاد القضائي، ص 261.

1 - عبدلي حبيبة، المرجع السابق، ص 69.

2 - احسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية، (تعريف وتصنيف الجرائم الجمركية)، المرجع السابق، ص 189.



ب - صفة الأعوان وعددهم: حتى يكون المحضر الجمركي محلا للطعن بالتزوير لا يكفي أن يكون مضمون المحضر وهو نقل المعاينات المادية، بل تشترط كل من المادتين 254 فقرة 1 من قانون الجمارك والمادة 32 من الأمر 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب لكي يكون للمحاضر الجمركية القوة الإثباتية الكاملة يجب أن يكون محرروها عونين محلفين على الأقل من الأعوان المشار إليهم في المادة 241 من قانون الجمارك وهو ما تم التطرق إليه سابقا.

#### ثانيا: إجراءات الطعن بالتزوير في المحاضر الجمركية.

لم يُحدد قانون الجمارك الساري المفعول إجراءات الطعن بالتزوير. بالرغم من أن المادة 256 الملغاة كانت تنص على أن الطعن بالتزوير يتم وفق قواعد القانون العام. وأمام هذا الفراغ لا بدّ من الاحتكام إلى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية والتي ميّز المشرع من خلالها من حيث الإجراءات الواجب إتباعها في تقديم طلب التزوير بحسب الجهة التي يرفع إليها الطلب. فتُطبق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 536 من قانون الإجراءات الجزائية إذا قُدم طلب التزوير أمام المحكمة أو المجلس القضائي والتي نصت على أنه: " إذا حصل أثناء جلسة بمحكمة أو مجلس قضائي أن ادعى بتزوير ورقة من أوراق الدعوى أو أحد المستندات المقدمة، فلتلك الجهة القضائية أن تقرر بعد أخذ ملاحظات النيابة العامة وأطراف الدعوى ما إذا كان ثمة محل لإيقاف الدعوى أو عدم إيقافها ريثما يفصل في التزوير من الجهة القضائية المختصة". وتُخيل المادة 537 من ذات القانون إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup> في حالة الطعن بالتزوير أمام المحكمة العليا لا سيما المواد 180، 182، 183 منه، وفي حالة ثبوت التزوير فإنه يُؤمر بإزالة المحضر أو إتلافه أو تعديله أو شطبه كلياً أو جزئياً<sup>2</sup>.

#### الفرع الثالث: الطعن بإثبات عكس ما ورد في المحاضر الجمركية.

بالإضافة إلى الطعن بالتزوير في المحاضر الجمركية التي تتمتع بحجية مطلقة، منح المشرع الجمركي للمتهم بالمخالفة الجمركية إمكانية إثبات ما يخالف المحضر الجمركي بتقديم الدليل العكسي على ما ورد فيه، وهو إجراء يباشره المتهم وينصب فقط على المحاضر ذات الحجية النسبية في الإثبات عندما تتضمن اعترافات وتصريحات المتهم أو إذا تم تحريرها من طرف عون واحد من الأعوان المخولين قانونا لتحرير المحاضر الجمركية متى كانت تنقل معاينات مادية.

<sup>1</sup> - القانون 09/08، المؤرخ في 25 فيفري، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل و المتمم.

<sup>2</sup> - بن الطيبي مبارك، المرجع السابق، ص 99.



### أولاً: شروط إثبات عكس المحاضر الجمركية.

بالرغم من أن المحاضر الجمركية هي الطريق العادي لإثبات الجرائم الجمركية إلا أن المشرع لم يمنحها نفس القوة الإثباتية، فبالرجوع إلى الفقرة 2 من المادة 254 من قانون الجمارك التي جاء فيها: " تثبت صحة الاعترافات والتصريحات المسجلة في محاضر المعاينة ما لم يثبت العكس. مع مراعاة أحكام المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية. " وبالرجوع إلى المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أن: " الاعتراف شأنه كشأن جميع عناصر الإثبات يترك لحرية تقدير القاضي ". يتبين أن المحاضر الجمركية تفقد جزءاً من قوتها الإثباتية وتكون ذات حجية نسبية في الإثبات يجوز للمتهم بالمخالفة الجمركية إثبات عكس ما ورد فيها في حالتين، أولاً عندما يتعلق الأمر بالتصريحات والاعترافات الواردة في المحاضر المثبتة للجرائم الجمركية باستثناء أعمال التهريب، والثانية تتعلق بالمعاينات المادية التي تنقلها تلك المحاضر عندما تكون محررة من قبل عون واحد من الأعوان الوارد ذكرهم في المادة 241 من قانون الجمارك وهي الشروط التي تجعل للمحاضر الجمركية حجية نسبية بحيث يجوز إثبات ما يخالفها وهو ما تطرقنا إليه سابقاً.

### ثانياً: إجراءات إثبات عكس ما ورد بالمحاضر الجمركية.

تكون المحاضر الجمركية ذات حجية نسبية في الإثبات إذا كانت محررة من قبل عون واحد أو عندما يتعلق الأمر بالتصريحات والاعترافات الواردة في المحاضر المثبتة للجرائم الجمركية، ويُعرف الاعتراف بأنه إقرار المتهم بكل أو بعض الوقائع المنسوبة إليه، أو بعبارة أخرى هو شهادة المرء على نفسه<sup>1</sup>، كما يُعرف أيضاً بأنه: " قول صادر عن المتهم يُقر فيه بصحة ارتكابه للوقائع المكونة للجريمة بعضها أو كلها"<sup>2</sup> وهو كغيره من أدلة الإثبات يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي بحسب ما هو وارد في المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية، غير أنه خلافاً للقواعد العامة، فإذا حدث أن اعترف المتهم أو أدلى بتصريحاته في محضر جمركي بارتكابه المخالفة الجمركية ثم تراجع عن اعترافه أو تصريحاته المسجلة في المحضر فإن هذه الاعترافات والتصريحات تبقى صحيحة إلى أن يثبت العكس. وفي غياب نص صريح في قانون الجمارك يبين الكيفية التي يتم بها إثبات العكس، فيما عدا حالة واحدة تتعلق بمراقبة السجلات وردت في الفقرة 3 من المادة 254 من قانون الجمارك عندما يتعلق الأمر بتعلق بمراقبة السجلات وذلك بواسطة وثائق يكون تاريخها الأكيد سابقاً لتاريخ التحقيق الذي قام به محررو المحضر. أما في ما عدا هذه الحالة فإنه يتم الاحتكام للقواعد العامة المقررة في قانون الإجراءات الجزائية لا سيما

1 - زبدة مسعود، الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1989، ص 89.

2 - موروك نصر الدين، محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 95-96.



المادة 216 منه التي جاء فيها: " في الأحوال التي يخول فيها القانون بنص خاص لضباط الشرطة القضائية أو أعوانهم أو للموظفين وأعوانهم الموكله إليهم بعض مهام الضبط القضائي سلطة إثبات جنح في محاضر أو تقارير تكون لهذه المحاضر أو التقرير حجيتها ما لم يدحضها دليل عكسي بالكتابة أو شهادة الشهود". وينطبق هذا الحكم سواء كانت هذه التصريحات صادرة عن المتهم نفسه أو الشهود<sup>1</sup>، وعليه إذا تراجع المتهم عن اعترافات أو تصريحاته دون تقديم الدليل العكسي بالكتابة أو بشهادة الشهود، فالأصل أن لا يؤخذ بها، وفي هذا الاتجاه قضى بأن النكران لا يصلح دليلا عكسيا لدحض ما ينقله المحضر الجمركي، كما يشترط القضاء الجزائري أن يكون الاعتراف موقعا من قبل المتهم وإلا أمكنه نكرانه دون تقديم الدليل العكسي، وفي هذا قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها بأنه " إذا كانت الفقرة الثانية من المادة 254 تنص على أن تثبت محاضر الحجز صحة الاعترافات المسجلة فيها ما لم يثبت العكس، فإن المدعى عليه في الطعن لم يتم سماعه في المحضر وإنما نقل عنه أعوان الجمارك اعترافه بما نسب إليه، غير أنه رفض التوقيع على المحضر، ما يفقده أية قوة إثباتية فيما يخص الاعتراف بالمخالفة"<sup>2</sup>.

غير أنه بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 254 المعدلة التي جاءت بعبارة "مع مراعاة أحكام المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية" والتي تعتبر أن الاعتراف كغيره من وسائل الإثبات يترك لحرية القاضي، فإنه يجوز إذن للقاضي الجزائري الأخذ بتراجع المتهم عن اعترافه المسجل في المحضر الجمركي ولو كان موقعا من طرفه حتى ولو لم يقدم أي دليل عكسي، ولا يُطلب من القاضي سوى تسبب حكمه، وفي هذا قضت المحكمة العليا " إن إثبات العكس يقع على عاتق المتهم ويرجع تقديره لسلطة قضاة الموضوع وفقا لمقتضيات المادة 213 ق.أ.ج"<sup>3</sup>

#### المطلب الثاني: آثار القوة الإثباتية للمحاضر الجمركية على المبادئ العامة للإثبات الجزائي:

يكتسي الإثبات أهمية خاصة في المواد الجزائية، ذلك أنه يرمي إلى إثبات أو نفي واقعة تتعلق بالجريمة<sup>4</sup> وتنشأ عنها سلطة الدولة في متابعة الجاني لتوقيع الجزاء عليه تحقيقا للردع في صورته، وبما أن الأصل في الإنسان براءة الذمة، فإن المتهم يظل بريئا ما أسند إليه حتى تنقرر إدانته بحكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه<sup>5</sup>، غير أن المشرع الجزائري في قانون الجمارك أضفى على المحاضر الجمركية قوة إثباتية خاصة تلزم القاضي بما ورد فيها ويجد المتهم نفسه

<sup>1</sup> - احسن بوسقيعة، (المنازعات الجمركية، تعريف وتصنيف الجرائم الجمركية)، المرجع السابق، ص 192.

<sup>2</sup> - غ.ج.م. ق3، ملف 115776، قرار بتاريخ 16/06/1996 غير منشور، أشار إليه أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 193.

<sup>3</sup> - غ.ج.ق2، ملف 73553، قرار 12/06/1992، أشار إليه أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 194.

<sup>4</sup> - فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري والعملي، دار البدر لطباعة والنشر، الجزائر، 2008، ص 340.

<sup>5</sup> - العربي شحط عبد القادر، ونبيل صفر، الإثبات في المواد الجزائية في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، دار الهدى لطباعة والنشر، الجزائر، 2006، ص 05.



مكلفا بإثبات براءته عن طريق الطعن فيها بالتزوير أو إثبات عكس ما ورد فيها وهو ما يشكل مساساً خطيراً بقرينة البراءة وحقوق الدفاع.

### الفرع الأول: المحاضر الجمركية كقيد على حرية القضائي الجزائري في الاقتناع:

يسود نظام الإثبات في المواد الجزائية مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري، أي حرية القاضي في أن يلتمس اقتناعه من أي دليل يُطرح أمامه، شريطة أن يكون قد تم الحصول عليه بطريقة صحيحة ومشروعة وخضع لمناقشة الخصوم<sup>1</sup>، ويسري هذا المبدأ في مجال الإثبات الجزائي على جميع وسائل الإثبات بما في ذلك المحاضر إلا ما أُستثنى بنص القانون (المادة 215 من قانون الإجراءات الجزائية) وتعتبر المحاضر الجمركية تجسيدا لهذا الاستثناء.

### أولا: آثار المحاضر الجمركية ذات الحجية الكاملة على القاضي:

يكون القاضي مُلزما بالأخذ بما ورد في هذا النوع من المحاضر الجمركية من معلومات، فلا يجوز له إجراء تحقيق للتأكد من صحة الوقائع المادية المدونة فيها، نظرا لقرينة الصحة التي منحها إياها المشرع، فدوره إزائها يبقى مقصورا في التأكد من أن الوقائع تشكل جريمة تدخل في اختصاص الأعوان المكلفين بتحرير المحاضر، وأن المخالفة الجمركية لم تنقض لأي سبب من أسباب انقضاء الدعوى العمومية، أو أن المحاضر مشوبة بعيب شكلي يتعلق بتحريرها، فيما عدا البيانات الخاصة بإثبات المعاينات المادية فإنه لا يُمكن للقاضي إبعادها مهما كانت الأسباب<sup>2</sup> وفي المقابل فإن المادة 281 من قانون الجمارك وان كانت لا تجيز تبرئة المخلفين استنادا إلى نيتهم، فإنها تسمح لجهات الحكم إفادة المخالفين بالظروف المخففة، فإذا تعلق الأمر بعقوبات الحبس يجوز للقاضي تخفيض العقوبة طبقا لأحكام المادة 53 من قانون العقوبات<sup>3</sup>، أما إذا تعلق الأمر بعقوبات جبائية، فيجوز للقاضي إعفاء المخالفين من مصادرة وسائل النقل، غير أن هذا الحكم لا يطبق في حالات التهريب المتعلقة بالبضائع المحظورة عند الاستيراد أو التصدير حسب مفهوم المادة 21 من قانون الجمارك السالفة الذكر، كما أنه لا يستفيد المخالف من ظروف التخفيف في حالة العود، وهو ما يُشكل هامشا من الحرية تركها المشرع للقاضي للتخفيف من القوة الإثباتية للمحاضر الجمركية.

### ثانيا: آثار المحاضر الجمركية ذات الحجية النسبية على القاضي:

إن البيانات المدونة في المحاضر الجمركية والتي تتمتع بحجية نسبية تكون ملزمة للقاضي إلى غاية إثبات العكس، فالوقائع المادية المسجلة في هذه المحاضر تكون صحتها مفترضة إلى غاية الإتيان بالدليل العكسي عن طريق الكتابة أو شهادة الشهود، وبالتالي لا

<sup>1</sup> - زبدة مسعود، المرجع السابق، ص 54.

<sup>2</sup> - سعدانة العيد، المرجع السابق، ص 78.

<sup>3</sup> - القانون رقم 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، المعدل والمتمم للأمر 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات.





يجوز للمحكمة استبعاد ما ورد فيها من تلقاء نفسها لمجرد وجود شك راودها في صحة البيانات المدونة في المحضر. ويبقى دور القاضي اتجاه هذه المحاضر مقصوراً على اتخاذ كافة إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للتأكد من صحة البيانات المدونة فيها، أو وجود نقص في المحضر يستوجب تداركه. فحجية هذه المحاضر وإن كانت ملزمة للقاضي بما ورد فيها من معائنات مادية إلى أن يثبت العكس فإن هذه الحجية تقف عند عدم إلزام القاضي بإعادة التحقيق فيها<sup>1</sup>، وتبقى مقصورة فقط على موازنة وترجيح الأدلة المقدمة من قبل المتهم سواء بالكتابة أو شهادة الشهود.

### الفرع الثاني: آثار القوة الإثباتية للمحاضر الجمركية على حقوق المتهم.

إن القوة الإثباتية التي منحها المشرع للمحاضر الجمركية في مواجهة المتهم تشكل مساساً خطيراً بالمبادئ العامة المقررة للإثبات الجزائي والضامنة للحقوق والحريات. فإذا كان الأصل في الإثبات الجزائي أن عبء الإثبات يقع على النيابة العامة بوصفها سلطة اتهام ومثلة للحق العام، تُطالب بتطبيق القانون وتوقيع الجزاء، وأن المتهم يكون محمياً بأصل البراءة المفترض فيه إعمالاً لمبدأ البيّنة على من ادّعى. فإن المشرع في قانون الجمارك خرج عن هذا المبدأ بفعل المحاضر الجمركية وقلب عبء الإثبات وجعله على عاتق المتهم بدلاً من النيابة العامة أو إدارة الجمارك، وهو ما يُشكل مساساً خطيراً بحقوق الدفاع وفي مقدمتها أصل البراءة.

### أولاً: آثار القوة الإثباتية للمحاضر الجمركية على حقوق الدفاع:

يفترض مبدأ "الأصل في الإنسان البراءة"، البراءة في المتهم إلى غاية ثبوت إدانته بحكم نهائي. تم تكريس المبدأ في مختلف التشريعات المقارنة، وتبناه المشرع الجزائري كمبدأ دستوري في جميع الدساتير الجزائرية المتعاقبة. حيث نصت المادة 56 من التعديل الدستوري لـ 06 مارس 2016 على أنه: "كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، في إطار محاكمة عادلة تؤمن له الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه." ونضم أحكامه بموجب قانون الإجراءات الجزائية، التي تضمنت عدة إجراءات تكفل حقوق المتهم وحرياته الأساسية طوال المراحل التي تمر بها الدعوى العمومية، وقاعدة أصل البراءة تسرى على جميع الجرائم وعلى جميع المتهمين ولدى جميع المحاكم وتظل لصيقة بشخص المتهم طوال مراحل الدعوى العمومية ولا تسقط عنه إلا بصدور حكم بات بالإدانة، وهذا يعني أنه إذا لم يقدم للقاضي الأدلة القاطعة التي تُدين المتهم يتعين عليه أن يقضي بالبراءة، لأن الإدانة تكون دوماً وليدة الجزم واليقين. غير أنه إذا تشكك القاضي في الأدلة المقدمة إليه ولم يستطع الاطمئنان إلى ثبوت التهمة فالأصل هو البراءة والشك يُفسر لصالح المتهم، وهذه القاعدة ترد على الشك

<sup>1</sup> - سعدانة العيد، المرجع السابق، ص 80.





الذي يكتنف الوقائع كما ترد على الشك الذي يتعلق بتفسير وتطبيق القواعد القانونية<sup>1</sup>، ولا يُشترط في القاضي أن يبني حكمه بالبراءة على أدلة معينة، بل يكفي أن يتشكك في أدلة الإثبات والنفي المقدمة إليه كي يقضي بالبراءة وفي ذلك قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها بأنه: "إن الحكم بالبراءة على أساس أنه يوجد شك في الدعوى، وأن هذا الشك يفيد المتهم، دون بيان العناصر الذي أدت بقضاه الاستئناف إلى اتخاذ هذا القرار لا يسمح للمجلس الأعلى بممارسة حقه في الرقابة وبالتالي يترتب عليه النقض"<sup>2</sup>، فالقاضي الجزائري مكلف بالبحث عن الحقيقة ولا يلتزم موقفا سلبيا، بل يبحث وينقب على الأدلة التي تتفق والحقيقة سواء أدت إلى الإدانة أو البراءة<sup>3</sup> بناءً على التحقيقات التي يجريها بنفسه فلا يصح مطالبته بالأخذ بدليل دون آخر وفي ذلك صرحت المحكمة العليا بأنه: "القاعدة العامة أن لقضاه الاستئناف السلطة المطلقة في تقييم الوقائع والتحقق من وجود الأدلة وكفايتها، فإذا خلصوا إلى فقدان الدليل وقضوا ببراءة المتهم فلا رقابة عليهم"<sup>4</sup>، غير أنه إذا تعلق الأمر بالمحاضر الجمركية فإن الوضع يكون بخلاف ما هو سائد في القواعد العامة للإثبات الجزائي، فسلطة للقاضي التقديرية تتقلص وحرته في الإثبات تتراجع إذا ما برزت معالم الشك لديه في موازنة الأدلة وترجيح أدلة البراءة على أدلة الإدانة، فلا يمكنه تفعيل مبدأ الشك يفسر لصالح المتهم مما يشكل انتهاكا صريحا للضمانات المقررة لحماية الحقوق والحريات والتي بموجبها يحتفظ المتهم بأصل البراءة المفترض فيه ويفسر الشك دوما لمصلحته.

#### ثانيا: آثار القوة الإثباتية للمحاضر الجمركية على عبء الإثبات.

يقصد بعبء الإثبات إقامة الدليل على صحة الإدعاء<sup>5</sup>، أي تكليف أحد أطراف الدعوى المرفوعة بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه، ويسمى التكليف عبئا لأنه حمل ثقيل ينوء من يلقى عليه، وذلك لأن من كُلف به قد لا يكون مالكا للوسائل التي يتمكن بها من إقناع القاضي بصدق ما يدعيه.<sup>6</sup>

ولما كانت القاعدة العامة في المسائل الجزائية هي الأصل في الإنسان البراءة فإنه يقع على كل مدّع إثبات دعواه، ولما كانت النيابة العامة هي المدعي في الدعوى العمومية، فإنها

<sup>1</sup> - هشام الجميلي، الوافي في الإثبات الجنائي، في ضوء الآراء وأحكام محكمة النقض، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2007، ص 42.

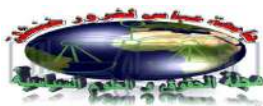
<sup>2</sup> - قرار رقم 287 بتاريخ 12 نوفمبر 1981 من القسم الثاني الغرفة الجنائية الثانية، في الطعن رقم 22.416، أشار إليه جيلالي بغدادى، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، الجزائر، 1996، ص 124.

<sup>3</sup> - محمد صبحي نجم، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006م، ص 299.

<sup>4</sup> - الطعن رقم 17-923، بتاريخ 02-12-1980، القسم الأول، الغرفة الجنائية الثانية، أشار إليه جيلالي بغدادى، المرجع السابق، ص 123.

<sup>41</sup> - هشام الجميلي، المرجع السابق، ص 39.

<sup>6</sup> - إيمان محمد علي الجابري، يقين القاضي الجزائري، دراسة مقارنة في القوانين المصرية والإماراتية والدول العربية والأجنبية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2005، ص 283.



بحسب الأصل هي المكلفة بإثبات التهمة على المتهم، والذي يقع عليها وحدها عبء تقديم الدليل وذلك تطبيقاً لمبدأ البنية على من ادعى. علاوة على أن قرينة البراءة المقررة لمصلحة المتهم لا تُلزمه بتقديم أدلة النفي. وفي ذلك قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها بأنه: "الأصل أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته، وأن عبء الإثبات على النيابة العامة التي تقوم بتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها"<sup>1</sup>. فالمتهم الذي يُنكر وقوع الجريمة أو نسبتها إليه لا يطلب منه تقديم الدليل على عدم وقوعها أو براءته منها. فالبراءة مفترضة فيه، وفي المقابل يتعين على النيابة العامة تقديم الدليل على وقوع الجريمة وإدانة المتهم. فعلى النيابة العامة على عاتقها يشمل جميع العناصر المكونة للجريمة سواء كانت هذه العناصر عامة تشترك فيها جميع الجرائم أم كانت خاصة تنفرد بها كل جريمة على حدة<sup>2</sup>. كما يتعين عليها أيضاً التحقق من عدم وجود أي عذر قانوني، أو سبب من أسباب الإباحة، فإذا عجزت النيابة العامة على إثبات التهمة وجب القضاء ببراءة المتهم وعليه انتفاء الدعوى.

وعليه يمكن القول أن عبء الإثبات في المواد الجزائية تحكمه قاعدتان على قدر كبير من الأهمية، تتمثل الأولى في مبدأ أصل البراءة الذي يحكم العلاقة بين المتهم والنيابة العامة في توزيع عبء الإثبات، وتتمثل القاعدة الثانية في يقين القاضي الجزائي الذي يبني عليه حكم الإدانة الذي يهدم أصل البراءة. غير أن هذا لا يعني أن هذه القاعدة مطلقة، وإنما ترد عليها بعض الاستثناءات التي يخرج منها المشرع عن المبدأ لمبررات يُقدرها، والتي تجد مرجعيتها إما في طبيعة المصالح الاقتصادية التي يتكفل المشرع الجمركي بحمايتها، وإما لصعوبة ضبط المهربين لحظة اجتيازهم للحدود، فأى مخالفة للتفاصيل الواجب إتباعها في رخص التنقل أو أية محاولة للتخلص من الالتزامات التي يتعين على المتعامل مع مرفق الجمارك القيام بها أثناء عمليات الاستيراد أو التصدير تعتبر جريمة جمركية قائمة في حق مرتكبيها دون تحميل النيابة العامة أو إدارة الجمارك عبء إثبات مادياتها أو البحث في مدى توافر القصد أو الخطأ لدى المتهم بها. فالمحاضر الجمركية التي يتم تحريرها بمناسبة ارتكاب هذه الجرائم قد منحها المشرع حجية خاصة في الإثبات ليس للمتهم من منفذ إزاعها سوى بإثبات عكس ما ورد فيها أو الطعن في صحتها بالتزوير وهو ما يشكل قلباً لعبء الإثبات وانتهاكاً صريحاً لمبدأ أصل البراءة. فخطورة هذا النوع من الجرائم على السياسة الاقتصادية للدولة وتعاطف المجتمع مع مرتكبي الجرائم الجمركية هي الدوافع وراء تبني المشرع ضمن قانون الجمارك لأحكام خاصة بالإثبات تنطوي على خروج عن المبادئ التقليدية المعروفة في هذا المجال، فالخضوع للقواعد العامة لا يكون إلا استثناءً وذلك عند النقص في أحكامه أو الإحالة عليها وهو ما أضفى عليه استقلالية وذاتية بدءاً بقلب عبء الإثبات الذي يقع على عاتق المتهم والذي يُصبح إزاعه محروماً من قرينة البراءة وتفسير الشك لصالحه، وانتهاءً بتقييد حرية القاضي الجزائي في الإثبات.

<sup>1</sup> - الطعن رقم 131 - 35، بتاريخ 1985/10/25، القسم الأول الغرفة الثانية، أشار إليه جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص 17.

<sup>2</sup> - زوزو هدى، عبء الإثبات الجنائي، ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2006، ص 87.



### الخاتمة:

حرصا من المشرع على حماية الاقتصاد الوطني وحفظ حقوق الخزينة، وخوفا من إفلات الجناة من العقاب بسبب السرعة والمرونة التي ترتكب بها الجرائم الجمركية، منح المشرع الجزائري للمحاضر الجمركية حجية خاصة في الإثبات، كانت هذه الدراسة محاولة منا للوقوف على مدى تأثير القوة الإثباتية للمحاضر الجمركية على المبادئ المقررة للإثبات في المجال الجزائري والضامنة للحقوق والحريات، وقد خلصنا للنتائج التالية:

- أخضع المشرع الجزائري المحاضر الجمركية، سواء كانت محاضر حجز أو معاينة لشكليات وإجراءات محددة في القانون، يترتب على مخالفتها بطلان المحضر إما كليا أو جزئيا دون إبطال المتابعات الجزائية.

- لا تتمتع المحاضر الجمركية بنفس القوة الإثباتية، فهي حجة بما ورد فيها إلى غاية الطعن بالتزوير أو إثبات عكس ما جاء فيها.

- أعطى المشرع الجزائري كل من إدارة الجمارك وسلطة الاتهام من إثبات إذنب المتهم وحمل هذا الأخير إثبات براءته، وذلك بإقامة الدليل على زور المحاضر الجمركية أو إثبات عكس ما ورد فيها وهو ما يشكل تفضيلا لمصالح الإدارة على حساب حقوق وحريات الأفراد.

- إن المحاضر الجمركية المثبتة لجنايات التهريب لا قوة اثباتية لها أمام محكمة الجنايات التي تحكم بناء على الاقتناع الشخصي لأعضائها، بينما المحاضر الجمركية الأخرى لها قوتها الإثباتية أمام المحاكم والمجالس.

- يكون القاضي الجزائري ملزما بما ورد في المحاضر الجمركية، مما يشكل خروجاً عن المبادئ العامة المقررة لإثبات في المجال الجزائري وفي مقدمتها مبدأ الاقتناع القضائي وقرينة البراءة.

### التوصيات:

- ضرورة الموازنة بين مصالح الإدارة وحقوق وحريات الأفراد وذلك بالتخفيف من القوة الإثباتية للمحاضر الجمركية وجعلها مسايرة للقواعد العامة.

- إعمال مبدأ حرية الإثبات والذي يتم بموجبه الإثبات بكافة الطرق القانونية، دون تقييد أو إلزام الأطراف بالتقيد بدليل معين.

- تفعيل مبدأ قرينة البراءة في قانون الجمارك سيؤدي حتما إلى تقاسم عبء الإثبات بين الإدارة والمتهم وهو ما يشكل ضمانا حقيقية لصيانة حقوق وحريات الأفراد.

وفي الأخير نخلص إلى أن القوة الإثباتية التي خص بها المشرع الجزائري المحاضر الجمركية، وان كان فيها مساس بالمبادئ العامة المقررة للإثبات الجزائري والضامنة للحقوق والحريات لم تكن إلا بهدف حماية المصالح الجوهرية للمجتمع.



دور العنف الجسدي في ظهور أعراض الصدمة النفسية لدى الزوجة المعنفة اد. بوسنة عبد الوافي زهير  
في المجتمع الجزائري \_ دراسة عيادية على حالتين من زوجات المعنفات في ولاية بسكرة \_ احاج الشيخ سمية

## دور العنف الجسدي في ظهور أعراض الصدمة النفسية لدى الزوجة المعنفة في المجتمع الجزائري \_ دراسة عيادية على حالتين من زوجات المعنفات في ولاية بسكرة \_

اد. بوسنة عبد الوافي زهير جامعة قسنطينة

احاج الشيخ سمية جامعة بسكرة

### ملخص

إن ظاهرة العنف هي أول مرض نفسي اجتماعي أصاب البشر، و أن تداعياته الصحية تجعل منه أحد أخطر التحديات التي تواجه الإنسان في القرن الحالي، بل أنه مرض متفشى في كل المجتمعات، و في كل الثقافات، فتعددت أشكاله وتنوعت بتعدد أسبابه، و لعل أهمها العنف ضد الزوجة باعتباره يمس النواة الأساسية للمجتمع فتعددت أشكاله من عنف معنوي، جسدي، جنسي، اجتماعي و اختلفت العوامل المسببة له من العوامل النفسية الاجتماعية الاقتصادية، الثقافية... فيمكن لعامل واحد أن يفجر هذه الظاهرة بين الزوجين و يمكن أن تتفاعل فيما بينها فيحدث عنف.

جاءت هذه الدراسة لمعرفة أثر العنف الجسدي في ظهور أعراض الصدمة النفسية (القلق - الخوف) ضد الزوجة المعنفة من خلال دراسة عيادية على حالتين من ولاية بسكرة. واستخدمنا المقابلات العيادية وتحليل المضمون للوصول لهدفنا.

### Résumé

Le phénomène de la violence fait référence à la première maladie psychique et sociale qu'a connue l'être humain. Ses répercussions sur la santé constituent l'un des défis les plus graves auxquels l'homme est confronté dans ce siècle. Il s'agit en effet d'une maladie répandue dans toute les sociétés et dans toutes les cultures, elle apparaît sous diverses formes en fonction des causes à l'origine.

Nous citons au premier lieu, la violence contre la femme, par le fait qu'elle touche au noyau fondamental de la société. Nous distinguons plusieurs types notamment, la violence morale, physique, sexuelle et sociale dont les causes sont d'ordres psychologiques, économiques, sociales et culturels ; Un seul facteur suffit pour déclencher ce phénomène dans le couple et conduit par la suite à la violence.

L'objectif de cette étude, est de démontrer l'impact de la violence physique dans l'apparition des symptômes de traumatisme psychologique chez la femme battue à travers une étude de deux cas dans la wilaya de Biskra. Pour atteindre cet objectif, nous avons eu recours à la méthode de l'entretien clinique et à l'analyse de contenu.

### مقدمة

### إشكالية:

إن ممارسة العنف لم تكن وليدة الحضارة الحديثة، بل ظهرت مع بداية الحضارة البشرية على وجه الأرض، وهو بذلك قديم قدم الجشع والطمع الإنساني، فالعنف وحب السيطرة



دور العنف الجسدي في ظهور أعراض الصدمة النفسية لدى الزوجة المعنفة اد. بوسنة عبد الوافي زهير  
في المجتمع الجزائري \_ دراسة عيادية على حالتين من زوجات المعنفات في ولاية بسكرة — احاج الشيخ سمية

والتسلط ظاهرة لزمّت الإنسان عبر مراحل تطور حياته، وحتى وإن اختلفت في أشكاله وحدته  
ووسائل استعماله من عصر زمن إلى آخر. فالعنف سمة من سمات الطبيعة البشرية يتجلى  
في كل صور التغيير و يتسم به الفرد والجماعة أو يكون حين يكف العقل عن قدرة الإقناع أو  
الاقتناع وقد بدأ الاهتمام بظاهرة العنف نتيجة تطور في الوعي العام في مطلع القرن العشرين.  
خاصة بعدما تطورت نظريات علم النفس و علم الاجتماع المختلفة وتعد ظاهرة العنف  
منتوج العوامل النفسية للشخص كالعوانية التي تنتج من الطفولة وسلوك العنف هو  
وسيلة لتحقيق الرغبات الذاتية أو للتعبير عن مكبوتات معينة لم يجد لها صاحب السلوك  
العنيف طريقة لإخراجها إلا عن طريق العنف أو القوة

ويشير مفهوم العنف حسب مصطفى حجازي<sup>(1)</sup> إلى أنه: " لغة التخاطب الأخيرة  
الممكنة واقع ومع الآخرين، حيث يحس المرء بالعجز عن إيصال صوته بوسائل الحوار العادي وحين  
تترسخ القناعة لديه بالفشل في إقناعهم بالاعتراف بكيانه و قيمه."

وعدا العنف ظاهرة كمية ذات حجم ملحوظ في أوساط المجتمعات البشرية كافة  
بغض النظر عن انتماءاتها الدينية، أو القومية أو السياسية، أو حتى الحضارية وهي ظاهرة  
تاريخية حيث تمتد زمنينا إلى عمق التاريخ البشري و انبثاق المجتمع البشري و تكوين الأسرة  
الإنسانية باعتبارها الوحدة الأساسية لبناء المجتمع و بالعودة إلى واقع الأسرة الجزائرية التي هي  
مجموعة الصلات المحددة اجتماعيا وهذه صلات قبل كل شيء دينية، حقوقية، أخلاقية، إذ نجد  
عدم الاستقرار في العلاقات الاجتماعية أين أصبحت الحياة اليومية مليئة بالتوترات من كل  
صنف و تزايدت الانفعالات تجاه الظروف الاجتماعية، الاقتصادية، الثقافية لأنها علاقات في  
جوهرها علاقات مركبة و معقدة، متشابكة و متعددة، الأمر الذي يدعونا إلى القول أن العائلة  
الجزائرية قد خضعت إلى تحولات و تغيرات اجتماعية و اقتصادية، أثرت في استقرار العلاقات  
الاجتماعية كانت من العمق بحيث أثرت على النظام العائلي نفسه، مما زاد في حدة المشكلات  
وبالتالي رفع معدلات العنف، و من أخطر الظواهر التي يعانها المجتمع العنف الجسدي ضد  
الزوجة ويندرج هذا العنف ضمن ما يعرف بالعنف الزوجي.

و لقد ارتفعت نسب انتشار هذه الظاهرة عبر العالم بأكمله و الجزائر كغيرها من  
البلدان الأخرى عرفت انتشارا واضحا، هذا ما أكدته إحصائيات الشرطة للثلاثي الأول لسنة  
2006 تعرض 1762 امرأة للعنف بمختلف أنواعه يتصدر العنف الجسدي ب113 امرأة ضحية

<sup>1</sup> خليل وديع شكري، (1997) العنف والجريمة، ب ط، الدار العربية للعلوم، بيروت، لبنان، ص30



دور العنف الجسدي في ظهور أعراض الصدمة النفسية لدى الزوجة المعنفة اد. بوسنة عبد الوافي زهير  
في المجتمع الجزائري \_ دراسة عيادية على حالتين من زوجات المعنفات في ولاية بسكرة — احاج الشيخ سمية  
ليبلغ أقصى حدوده بتسجيل 6 حالات قتل عمدي ثم العنف الجنسي ب 53 حالة، فسوء  
المعاملة التي أحصيت ب 527 حالة (2)

حين أصبحت المرأة الجزائرية تعاني من اعتداءات كبيرة تمس جسمها من جميعا النواحي  
ما يسبب لها كدمات أو إصابات متعددة، ما ينعكس ذلك بالسلب على الحياة النفسية للمرأة  
ما يؤدي إلى ظهور اضطرابات نفسية مختلفة.

إن انتهاج أسلوب القسوة والعنف ضد الزوجة يجعل منها إنسانا خضوعا ميالا  
للاستكانة والقهر. ولن تستمر الحالة هذه طويلا حتى تنفجر بانفعالات مشحونة مكبوتة  
لفترة من الزمن ونتيجة للمعاناة والقهر النفسي والكبت المدفون لديها تتحين أقرب فرصة  
للتعبير والتنفيس عن مظاهر السلوك غير المرغوب، والابتعاد عن مسار الصحة النفسية وعادة  
تبدأ بأفكار مشوشة، وقلق واضح في التعامل لاسيما أن القلق هو انفعال يتسم بالخوف  
والتوجس من أشياء مرتقبة تنطوي على تهديد حقيقي أو مجهول.

إننا في دراستنا هذه نرغب في معرفة دور العنف الجسدي الموجه ضد المرأة المتزوجة أي  
تحديد الصدمة النفسية الناتجة عن هذا النوع من العنف، ومنه ارتأينا إلى طرح التساؤل التالي:  
هل يؤدي العنف الجسدي الموجه ضد المرأة المتزوجة إلى ظهور أعراض الصدمة النفسية؟  
أهداف الدراسة:

- دور العنف الجسدي في ظهور أعراض الصدمة النفسية (الخوف - القلق) لدى المرأة المتزوجة.
  - معرفة وقع العنف الجسدي على نفسية الزوجة المعنفة من طرف الزوج.
  - فرضيات الدراسة:
  - يؤدي العنف الجسدي الموجه ضد المرأة المتزوجة إلى ظهور القلق.
  - يؤدي العنف الجسدي الموجه ضد المرأة المتزوجة إلى ظهور الخوف.
- التحديد الإجرائي لمصطلحات الدراسة:

العنف الجسدي ضد الزوجة: يعرف العنف على أنه ممارسة القوة أو الإكراه ضد الزوجة عن  
قصد من الزوج، وعادة ما يؤدي إلى تدمير أو إلحاق الأذى أو الضرر المادي وغير مادي بالزوجة.  
الصدمة النفسية: هي عبارة عن موقف أو حادث أليمة تعيشها الزوجة، تشعر من خلاله  
بأضرار نفسية وجسمية وخيمة، ليس من السهل زوال أثرها أو انطفأؤه والمتمثلة في دراستنا

2 - www.etudiantdz.com/veb/members/2010/02/30)





دور العنف الجسدي في ظهور أعراض الصدمة النفسية لدى الزوجة المعنفة اد. بوسنة عبد الوافي زهير  
في المجتمع الجزائري \_ دراسة عيادية على حالتين من زوجات المعنفات في ولاية بسكرة — احاج الشيخ سمية  
الحدث الصدمي العنف الجسدي. ويتم الكشف عنها من خلال عرضين هما القلق والخوف من  
خلال مقابلات عيادية أجريت مع حالتين.

الزوجة المعنفة: الزوجة المعنفة جسدياً من طرف الزوج في ولاية بسكرة.

الجانب النظري

## 1- العنف ضد الزوجة :

تعريف أجالل: تلك الأفعال التي تتضمن عنفاً جسدياً ضاراً موجهاً نحو النساء بوساطة  
أزواجهن ويشمل الإيذاء الجنسي والاغتصاب الزوجي.<sup>(3)</sup>

وتعرف الباحثة العنف على انه أي سلوك ينتهجه الزوج ويسبب إساءة ضد الزوجة  
ويشمل كل أشكال العنف من النفسي والجنسي والجسدي والاقتصادي والاجتماعي.

## 2- المقاربات النظرية المفسرة للعنف:

2-1- نظرية التحليل النفسي: يعتبر فرويد من مؤسسي هذه النظرية. حيث يرى بان العنف  
ملازم للطبيعة الإنسانية. وأن نزعة الموت والحياة متواجدتان جنباً إلى جنب منذ ولادة الإنسان.  
وينتج عن التفاعل بين النزوتين جميع ظواهر الحياة المختلفة. فنزوة الحياة هي المسؤولة عن كل  
ارتباط إيجابي مع الآخرين. على عكس نزوة الموت التي تهدف إلى التدمير بكل أشكاله. إما نحو  
الذات أو نحو الخارج وتأخذ مختلف أشكالاً لعنف والتدمير. ويعتقد فرويد بوجود مختلف أنواع  
البواعث المعادية ضد المقربين والمهياة للاندفاع إلى الخارج والكشف عن طبيعتها العدوانية. لأن  
الميل إلى العدوان هو التنظيم القتالي الغريزي الجوهرية في الإنسان.<sup>(4)</sup>

وهذا الميل معطي بيولوجي للتدمير. يمكن توجيهه إما ضد الآخرين أو ضد الذات وقد  
اقترح أن المازوشية هي أساس نتاج نزوة الموت. تمتزج بالنزوة الجنسية وفي هذا الامتزاج تظهر على  
شكل مازوشية إذا كانت موجهة ضد الشخص. وعلى شكل سادية إذا كانت موجهة ضد  
الآخرين. ولقد افترض أن هذا الامتزاج بالنزوة الجنسية يحمي الإنسان من التأثير الخطير الذي قد  
تحدثه نزوة الموت غير الممزوجة بالنزوة الجنسية. وبالتالي حسب وجهة نظر فرويد الإنسان أمام  
اختيار: إما تدمير نفسه أو تدمير الآخرين إذا فشل في مزج التدميرية بالجنس.

أما السادية في أساسها حالة نفسية عامة. وضعية علائقية مع الآخر تتخذ طابع  
مسيطر إنها سيطرة على الآخر والخط من شأنه من أجل إعلاء شأن الذات بواسطة العنف.  
من أجل الحصول على سيادة كاملة على الشخص الآخر. حيث يقوم الرجل بإذلال المرأة

<sup>3</sup> - إجلال يسري: (1999) العنف الأسري. ط1. دار الكتاب. مصر. ص27

<sup>4</sup> - فيصل عباس: (2008) العولة والعنف المعاصر. ط1. دار المنهل لبناني. بيروت. ص53





دور العنف الجسدي في ظهور أعراض الصدمة النفسية لدى الزوجة المعنفة اد. بوسنة عبد الوافي زهير في المجتمع الجزائري \_ دراسة عيادية على حالتين من زوجات المعنفات في ولاية بسكرة — احاج الشيخ سمية واستبعادها وجعلها خاضعة لإرادته. وهدفه الأقصى هو جعلها تعاني دون أن تكون قادرة على الدفاع عن نفسها. وبذلك يشتق لذته في الهيمنة الكاملة على تشخيصهما (5).

أما المرأة المعنفة والعاجزة عن الدفاع عن نفسها تتخذ وضعية الإنسان المقهور الذي يلوم نفسه ويخط من شأنها. فهي تشعر بالعجز والدونية وأنها غير جديرة بالحياة وتظهر لدى النساء المحاصرات بهذه المشاعر تبعية للقوي التي هي خارج أنفسهن وتبعية للشخص الذي يمارس السلطة عليهن. وهن لا يملن إلى تأكيد أنفسهن بل إلى الخضوع لأوامره. وهن في الغالب عاجزات تماما عن معايشة شعور "أنا أريد" أو "أنا أكون" (6).

ومن أشكال المازوشية التي تظهر لديهن الميل لإيذاء النفس وجعلها تعاني. حيث هناك نساء يملن إلى تعذيب أنفسهن بالطقوس وأفكار القهرية. كذلك الميل إلى المرض الجسدي. فالإنسان المقهور الذي لا يستطيع الاحتجاج والتمرد يعيش معاناته من خلال جسده الذي يشكل له قناع يخفي الشكوى الوجودية التي لا يتاح لها التعبير المباشر. إنه يهرب من الفشل والعجز في المرض. إنه يسقط المشكلة نحو الخارج ويتنكر لها عندما يقدم معاناته تحت قناع المرض الجسدي.

وترى أنا فرويد أن الأسرة ليست أول خطوات الفرد نحو الارتباط السوي بغيره فحسب. ولكنها أيضا نموذج للعلاقات الاجتماعية التالية. فالشخصيات العدوانية نشأت في بيئات لا يوجد فيها العطف والحب ولا انضباط لسلوكهم. فجميعهم يملون إلى اتخاذ مواقف عدائية والى استغلال الآخرين. فقد حدث تمركز ذاتي نرجسي. وتعطل في نموهم الانفعالي في إقامة علاقات اجتماعية سوية نتيجة للاتجاهات السلبية نحو المجتمع التي يحملونها من طفولتهم بسبب النبذ والانفصال والتصدد داخل أسرهم التي عاشوا في ظلها. فخبرات الطفولة تنمي لدى المرأة المعتدي عليهما وهي طفلة معتقدات و سلوكيات خاطئة تصبح مع مرور الزمن جزء من شخصيتها حتى في مرحلة البلوغ والرشد. وهؤلاء النساء يعتقدن أنهن يستحقن العقاب. ويخشين من الدفاع عن أنفسهن أمام من هم أقوى منهن. ويستسلمن لهذه المعاملة بدلا من مواجهتها. وبسبب مشاعرهن القوية بعدم كفاءتهن يخرن الرجال الذين يعاملهن بعنف. فخبرات الطفولة لديهن عن الرجال هي التي تشكل شخصيتهن ويصبحن غير قادرات على تكوين علاقات اجتماعية سوية.

<sup>5</sup>- نفس المرجع السابق ص 61

<sup>6</sup>- نفس المرجع السابق ص 64



دور العنف الجسدي في ظهور أعراض الصدمة النفسية لدى الزوجة المعنفة اد. بوسنة عبد الوافي زهير  
في المجتمع الجزائري \_ دراسة عيادية على حالتين من زوجات المعنفات في ولاية بسكرة — احاج الشيخ سمية

أما خبرات الطفولة المبنية على العنف لدى الرجال - سواء كانوا ضحايا أو مشاهدين  
للعنف - فإنها تؤثر فيهم بشكل أقوى من النساء فهي تعلمهم كيف يحصلون على ما يريدون  
بالقوة وتشعرهم بالارتياح حيال أنفسهم ما يولد لدى بعضهم شخصيات عدوانية  
مضطربة العقل استحوذت عليه سادية مصابة بجنون العظمة.<sup>(7)</sup>

وهذا ما يؤثر في قدرتهم على إقامة علاقات اجتماعية سوية وما يصاحبها من عجز عن  
البذل العاطفي ومنح الحب والأمن الضروري لنمو سوي لشخصية أطفالهم فهم لا  
ينقطعون عن معاملتهم بالعدوان والحرمان ومعاقبتهم. بدلا من إثباتهم على محاولاتهم لا  
تطبيق معايير الوالدين السلوكية.<sup>(8)</sup> وهذا ما يؤدي إلى إعادة إنتاج شخصيات مضطربة تمارس  
العنف بدورها ولتجنب ذلك يرى أصحاب نظرية التحليل النفسي بضرورة علاج ضحايا العنف  
الأسري من الزوجات والأبناء وكذلك المعتدين. علاجا تصحيحيا طويل الأمد. لكسر حلقة  
العنف.

2-2 -نظرية التعلم الاجتماعي: يفترض أصحاب هذه النظرية أن الأشخاص يتعلمون سلوك  
العنف بنفس الطريقة التي يتعلمون بها أنماط السلوك الأخرى. من خلال ملاحظة سلوك  
الآخرين ومطابقته بسلوكه موقد حدد بندورا **bandura** ثلاث مصادر للسلوك العنيف في  
المجتمع الحديث وتتمثل في تأثير الأسرة والثقافة الفرعية والافتداء بالنموذج.

وان عملية تعلم العنف تتم داخل الأسرة سواء في الثقافة العامة، والفرعية، فبعض  
الأسر تشجع أبناءها على استخدام العنف مع الآخرين وتطالبهم بالألا يكونوا ضحايا للعنف  
في مواقف أخرى. والبعض ينظر إلى العنف على انه وسيلة للحصول على حاجاتهم. بل إن  
بعض الأسر تشجع أفرادها على التصرف بعنف عند الضرورة.

ويرى بندورا أن طبيعة الرد على العدوان تتوقف على تعزيز الإجراءات التي خبرها  
الشخص من قبل ومحاولة نمذجتها في تلك الوضعية العدوانية. وهكذا من الممكن للفرد طبقا  
لنظرية التعلم الاجتماعي أن يصنع بسهولة طفلا شديد العدوانية بمجرد. أن يتعرف على  
نماذج عدوانية ناجحة بنتائجها وتكافئ الفرد المعتدي باستمرار على سلوكه العدواني.<sup>(9)</sup>

<sup>7</sup> -www.social.team.com

<sup>8</sup> - نفس المرجع السابق ص 50

<sup>9</sup> - قدرة عبد الأمير الهر: (2008). العنف ضد الزوجة و علاقتها بالصحة النفسية لدى زوجة العربية المقيمة في السويد. رسالة  
ماجستير الاكاديمية العربية المفتوحة بالداتمارك. ص 596



دور العنف الجسدي في ظهور أعراض الصدمة النفسية لدى الزوجة المعنفة اد. بوسنة عبد الوافي زهير في المجتمع الجزائري \_ دراسة عيادية على حالتين من زوجات المعنفات في ولاية بسكرة — احاج الشيخ سمية ويرى أن العنف والعدوان نمط من السلوك يكتسبه الفرد من خلال التعلم الاجتماعي، عن طريق المحاكاة والتقليد. من خلال ملاحظته لسلوك الآخرين ونتائجه وبقدر ما يتم تعزيز هذه الاستجابة فان ظهورها يصبح أكثر احتمالاً. (10)

أما **simons** فيرى أن العنف ضد المرأة يعود إلى المراحل الباكرة من الطفولة حيث يشاهد الطفل خلال سنواته الباكرة أن العلاقة الزوجية بين والديه تتسم بالقسوة والإساءة والعقاب البدني و الإهانة، وبذلك يبدأ الطفل في تقبل فكرة أن العدوان والعنف هو نمط مقبول للتعامل. مع الآخرين ومع الزوجة. فوجود الطفل في مناخ تتسم العلاقات فيه بالعنف، تجعله أكثر احتمالية لان يكون عنيفا في علاقاته فيما بعد.

وبذلك يفترض أصحاب نظرية التعلم الاجتماعي أن:

- 1- العنف الأسري يتم تعلمه داخل الأسرة والمدرسة ومن وسائل الإعلام.
- 2- أن كثيرا من السلوكيات العنفية التي يمارسها الوالدين تبدأ كمحاولات للتأديب والتهديب.
- 3- أن سلوك العنف يتم تعلمه من خلال العلاقة المتبادلة بين الإباء والأبناء، وخبرات الطفولة المبكرة.

- 4- أن إساءة معاملة الطفل تؤدي به إلى السلوك العدواني تبدأ ذروته في حياته المبكرة، وتستمر في علاقاته مع أصدقائه وإخوانه ووالديه ومدرسيه، وفيما بعد مع زوجته وأبنائه.
- 5- إن أفراد الأسرة الأقل قوة (الزوجة والأبناء) يصبحون أهدافا للعنف.

وهذا ما أظهرته العديد من الدراسات حيث وجد أن الأفراد الذين يعيشون في أسر يسودها العنف كانوا أكثر عدوانية في تصرفاتهم، فالأزواج الذين يشبون في أسر، يسودها العنف يكون احتمال ضربهم لزوجاتهم عشرة أضعاف الأزواج الذين لم يروا بهذه الخبرة، والأطفال الذين يمارس العنف معهم هم أكثر عنف مع غيرهم (11)

2-3- النظرية النفسية الاجتماعية: يرى أصحاب هذه النظرية أن للضغوط الاجتماعية **social stress** دورا بارزا في ارتكاب العنف، بحيث يربطون بين العنف الأسري ضد الزوجة والأبناء والإجباط والظلم الذي قد يتعرض له الزوج في مجال عمله مما يؤدي به إلى عدم القدرة على التحكم في سلوكياته، وبالتالي يمارس العنف ضد زوجته أو أبنائه، في المنزل.

<sup>10</sup> - محمود عودة الريماوي وآخرون: (2006) علم النفس العام، ط2، دار المسيرة، عمان، ص50

<sup>11</sup> - [www.social.team.com](http://www.social.team.com)



دور العنف الجسدي في ظهور أعراض الصدمة النفسية لدى الزوجة المعنفة اد. بوسنة عبد الوافي زهير  
في المجتمع الجزائري \_ دراسة عيادية على حالتين من زوجات المعنفات في ولاية بسكرة — احاج الشيخ سمية

كما يؤكدون على دور البطالة والفقر وانعدام فرص الحياة الكريمة في تشكيل الضغوط على الشخص. مما يزيد بدوره من احتمالية ممارسته للعنف. ويؤكد بعض المؤيدين لهذه النظرية على وجود نوعين من الضغوط هما:

1 - ضغوط أحداث الحياة غير السارة وضغوط العمل والأدوار المختلفة كمثيرات قد تدفع إلى السلوك العدواني وتؤكد الدراسات الحديثة على الأثر السلبي للضغوط الحياتية المؤلمة التي يتعرض لها الفرد وبين العنف الأسري ضد الزوجة أو الأبناء. وذلك في ضوء متغيرات وسيطيه تتمثل في الاستعداد الوراثي. والخبرات المتعلمة في الماضي. و طبيعة إدراك الشخص للموقف وما يتضمنه من أخطار.

2- الضغوط البيئية المتمثلة في الضوضاء والازدحام و التلوث والطقس...الخ وضغوط أخرى كاختراق الحدود الشخصية والاعتداء على الحيز الشخصي...الخ حيث تؤدي هذه المؤثرات البيئية إلى زيادة العنف من خلال ما تحدثه من أثار نفسية أو سلوكية ويتم ذلك وفقا لمستوى استثارة الشخص. وحالة التشبع بالمثيرات.والإحباط الناجم عن هذه الضغوط والقدرة على ضبط النفس ودرجة القلق (12).

2-4 - نظرية الإحباط والعدوان: يفترض دولارد وميلر أن السلوك العدواني هو دائما نتيجة للإحباط وأن الإحباط يؤدي إلى شكل من أشكال العدوان. بمعنى أن العدوان نتيجة طبيعة وحتمية للإحباط وفي أي وقت يحدث عمل عدواني يفترض أن يكون الإحباط هو الذي حرض عليه. (13) ويؤكد أصحاب هذه النظرية أن العدوان دافع غريزي لكن لا يتحرك بواسطة الغريزة كما بين فرويد. بل نتيجة تأثير عوامل خارجية. ويؤكد "دولارد" رائد هذه النظرية أن السلوك العدواني نتيجة طبيعية للإحباط. ولقد بين "ميلر" أن الإنسان يستجيب للإحباط باستجابات كثيرة.

لذا من الواضح أن الإحباط قد لا يؤدي بالضرورة إلى العدوان وهذا يتوقف على طبيعة الإحباط.

أما "فليب جريمان" فيرى أن العدوان أو العنف هو تعويض عن الإحباط المستمر وهو سلوك يقصد به إيذاء شخص آخر أو جرحه. وأن كثافة العدوان تتناسب مع حجم كثافة الإحباط فكلما زاد الإحباط زاد عدوانه (14).

<sup>12</sup> - www.social.team.com

<sup>13</sup> - Wwww.lisderabledorr.jeeran.com.

<sup>14</sup> - خليل ميخائيل معوض: (1994) علم النفس الاجتماعي، ط2، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ص59



دور العنف الجسدي في ظهور أعراض الصدمة النفسية لدى الزوجة المعنفة اد. بوسنة عبد الوافي زهير  
في المجتمع الجزائري \_ دراسة عيادية على حالتين من زوجات المعنفات في ولاية بسكرة — احاج الشيخ سمية

تشير هذه النظرية إلى أن فشل الفرد في الحصول على ما يريد يثير الإحباط لديهبأن الطاقة التي يولدها الإحباط. تدفعه إلى الاعتداء على هذا العائق. وإذا تعذر عليه ذلك فإنه يتجه بتلك الطاقة إلى هدف آخر. وبذلك يكون الإحباط هو الدافع الأول وراء العدوان وخصوصا العدوان الأسري فالزوج الذي يتعرض للصراعات في مجال عمله. ويشعر بالضعف اتجاه زملائه ومديره في عمله. فإنه عندما يعود إلى منزله يمارس النفوذ على زوجته أو أبنائه. أي انه يحول الإحباط والحرمان الذي تعرض له في العمل إلى قوة داخل أسرته.

الدراسة الميدانية:

### 1- منهج الدراسة:

استخدمنا في بحثنا هذا المنهج الإكلينيكي الذي يعتبر من أدق المناهج في دراسة الظواهر الاجتماعية والإنسانية. ويتم تطبيقه على الحالات الفردية. حيث يزودنا بالفهم العمق للسلوك البشري ودوافع الإنسان. وفي بحثنا اعتمدنا عليه لفهم دور العنف الجسدي في ظهور أعراض الصدمة النفسية لدى المرأة المتزوجة.

### 2- أدوات الدراسة:

1-2 الملاحظة: وقد استخدمنا في بحثنا الملاحظة المنظمة. بهدف ملاحظة سلوكيات المراد دراستها وجمع المعلومات حولها.

2-2- المقابلة النصف موجهة: وقد تم اختيارنا للمقابلة نصف الموجهة لأن هذا النوع من المقابلات يهدف إلى توجيه أسئلة للحالة حول محاور البحث. حيث يكون السير في اتجاه واضح. مع المحافظة على حرية التعبير للحالة من أجل إيجاد المعلومات التي نخدم موضوعنا. وقد قمنا بصياغة عدة أسئلة متركزة في محورين:

#### 1- المحور الأول: القلق

#### 2- المحور الثاني: الخوف

### 2-3- تحليل المضمون:

ارتأينا أن تحليل مضمون هو الوسيلة المناسبة لتحليل المعلومات التي تحصلنا عليها. من خلال المقابلات التي أجريناها مع حالات البحث. وذلك لأنه يساعدنا في التعامل مع المعلومات بطريقة موضوعية. بالإضافة إلى الصدق والثبات التي تعتبر من خصائصه. و يعتبر وسيلة تحليل المضمون أو المحتوى تقنية مستعملة في الكثير من الأبحاث. والدراسات إلا أنها لا تزال تعد من الأساليب البحثية التي يكثر استخدامها بصورة متزايدة في مجال البحوث والعلوم الاجتماعية والإنسانية بصفة خاصة



دور العنف الجسدي في ظهور أعراض الصدمة النفسية لدى الزوجة المعنفة اد. بوسنة عبد الوافي زهير  
 في المجتمع الجزائري \_ دراسة عيادية على حالتين من زوجات المعنفات في ولاية بسكرة — احاج الشيخ سمية  
 النسب المئوية: حيث قمنا باستخراج تكرارات كل عبارة ثم حساب النسب المئوية لكل محور ثم  
 حساب النسب المئوية حسب المعادلة التالية:

$$\text{نم} = \frac{\text{س}}{\text{ن}} \times 100$$

حيث تم: النسبة المئوية لكل عبارة

س: تكرار العبارة

ن: عدد العبارات في كل المحور

#### 4- الدراسة الاستطلاعية:

أجريت الدراسة بمدينة بسكرة وهذا من خلال اختيارنا لحالات الدراسة من المتزوجات  
 المتعرضين للعنف الجسدي من طرف الزوج.

وكانت وجهتنا الأولى إلى مصلحة الطب الشرعي. حيث وجدنا توافد النساء المعنفات  
 بشكل كبير مما يدل على انتشار العينة في المجتمع. لكن لظروف تخص الحالة لم نستطيع الحالات  
 الاستجابة معنا. لذا لجأنا إلى الوسط القريب منهم من زاول العمل معنا ومن بعد ذلك  
 انسحبنا لخوفهم من أزواجهم.

وبقي معنا حالتين تعرضن للعنف الجسدي من طرف الزوج استمرروا في العمل معنا

#### 5- حالات الدراسة:

الحالة الأولى: امرأة متزوجة تبلغ من العمر 54 سنة. المستوى الدراسي السنة الثالثة محو  
 الأمية. عاملة نظافة بجامعة محمد خيضر- بسكرة- المستوى المعيشي ضعيف.

الحالة الثانية: امرأة متزوجة تبلغ من العمر 48 سنة. المستوى الدراسي السنة الثانية متوسط.  
 مأكثة في البيت. المستوى المعيشي متوسط.

#### 6- النتائج الدراسة:

#### 6-1- تحليل مضمون للحالة الأولى:

جدول رقم 01 يوضح تحليل مضمون المقابلة الأولى

الأصناف	الوحدات	التكرار	النسب
القلق	العصبية	47	16.09 %
	الشروع الذهني	39	13.35 %
الخوف	الخوف	44	16.06 %
	فقدان الشعور بالأمان	40	13.69 %
المجموع		170	59.19 %



دور العنف الجسدي في ظهور أعراض الصدمة النفسية لدى الزوجة المعنفة اد. بوسنة عبد الوافي زهير  
في المجتمع الجزائري \_ دراسة عيادية على حالتين من زوجات المعنفات في ولاية بسكرة — احاج الشيخ سمية

### 6-1-1-1 التعليق على الجدول:

من خلال تصنيف نتائج المقابلة نصف موجهة مع الحالة (س) واستخراج النسب  
المئوية كانت وحدات المقابلة 292 وحدة. ومجموع التكرارات 170 بنسبة تقدر: 59.19%  
وأبرز وحدة في صنف القلق. هي وحدة العصبية بنسبة 16.09 أما وحدة الشرود الذهني  
فبنسبة تقدر 13.35% وأبرز وحدة في الصنف الخوف هي وحدة الخوف بنسبة 16.06% وأما وحدة  
فقدان الشعور بالأمان فنسبتها 13.69%.

### 6-2-2-2 تحليل مضمون للحالة الثانية:

#### جدول 02 يوضح تحليل مضمون المقابلة الثانية

الأصناف	الوحدات	التكرار	النسبة
القلق	العصبية	14	8%
	الشرود الذهني	22	12.57%
الخوف	الخوف	57	32.57%
	فقدان الشعور بالأمان	22	12.57%
المجموع		114	65.71%

### 6-2-1-2-1 التعليق على الجدول:

من خلال تصنيف نتائج المقابلة نصف الموجهة مع الحالة (ن) واستخراج التكرارات  
والنسب المئوية. كانت وحدات المقابلة 175 وحدة. والمجموع التكرارات 114 تكرار بنسبة تقدر بـ  
65.71%

من خلال الجدول فان نسبة الخوف 45.14% أكثر من القلق 20.57% بكثير نوعا ما.  
وأبرز وحدة في صنف الخوف هي وحدة الخوف بنسبة 32.57% فالمفحوصة تبين لنا أنها  
تعاني من الخوف. في المقابل تنخفض وحدة عدم الشعور بالأمان 12.57% فالمفحوصة تبين لنا  
أنها تعاني من عدم الشعور بالأمان بشكل بسيط  
أما صنف القلق فيحتوي على وحدتين أبرزها وحدة الشرود الذهني 12.57% حيث تبين  
لنا أن المفحوصة دائمة التفكير.

### 6-3-3 مناقشة النتائج على ضوء الفرضيات:

بعد تحليلنا للملاحظات والمقابلات وتحليل المضمون. قمنا بالربط بين هذه النتائج فتبين  
لنا أن كلتا الحالتين جسدي عندهما القلق والخوف لكن بدرجات متفاوتة تسببا في الشدة وهذا





دور العنف الجسدي في ظهور أعراض الصدمة النفسية لدى الزوجة المعنفة اد. بوسنة عبد الوافي زهير  
في المجتمع الجزائري \_ دراسة عيادية على حالتين من زوجات المعنفات في ولاية بسكرة — احاج الشيخ سمية  
ما يجعل ما افترضناه في بحثنا محققا مع حالتين البحث انطلاقا من الفرضية العامة التي  
مفادها أن العنف الجسدي يؤدي إلى ظهور أعراض الصدمة النفسية لدى المرأة المتزوجة. التي  
اخرنا من بينها عرضين هما: القلق والخوف وهاذين الأخيرتين تفاوتت درجتاهما من حالة إلى  
أخرى ويرجع التفاوت إلى عوامل عديدة نذكر منها:

○ مدى تقبل الحالة للوضع الذي تعيشه وعلاقتها بالمحيطين به

○ قوة أو هشاشة شخصية الحالة وقدرة تحملها

و انطلاقا من الفرضية العامة استخرجنا فرضيتين جزئيتين. بالنسبة للفرضية الأولى:  
يؤدي العنف الجسدي الموجه ضد المرأة المتزوجة إلى ظهور القلق أظهرت كل من المقابلة وتحليل  
المضمون و الملاحظة. أن الحالتين تعاني من القلق و الذي كان باديا على حالاتهم النفسية و  
الجسمية و السلوكية. إلا أن نسبته تتفاوت في النسب المعبر عنها فالحالة الأولى تبدو أكثر قلقا  
من الحالة الثانية بنسبة 29.44% أما الحالة الثانية بنسبة: 20.57% و نسبة القلق قد ترجع إلى  
غضب الحالة من شدة العنف الجسدي المسلط عليها أو خشيتها من استمرار. هذا الوضع في  
المستقبل ما جعلهما دائمة الشرود الذهني و السرحان.

أما الفرضية الثانية والتي مفادها أن العنف الجسدي الموجه ضد المرأة المتزوجة يؤدي إلى  
ظهور الخوف. فكلتا الحالتين الأولى والثانية كانت لديهم نسبة الخوف مرتفعة لكن في الثانية  
كان تفاوت أكثر بنسبة 45.14% أما في الحالة الأولى فنسبة 29.75% وراجع إلى ان الخوف من  
شدته أصبح رعب عند كلا الحالتين من أزواجهن. وأثر العنف على حالتهم النفسية ومن خلال  
هذه النتائج تبين لنا أن العنف الجسدي له دور كبير في ظهور القلق لدى المرأة المتزوجة. الذي  
تجسد في العصبية والتوت وفي مظاهر فيزيولوجية ظاهرة إضافة إلى شعور الحالتين بذلك  
مباشرة.

كما خلصنا إلى أن هنالك خوف لدي الحالتين بسبب التعامل العنيف من طرف الزوج  
بالضرب الدائم والمبرح وتجسد في مظاهر جسمية إضافة إلى شعور الحالتين بالخوف والارتجاف  
من الزوج. مما يدل على وقع العنف الجسدي المسلط عليهما على نفسية كل منهما. من خلال  
ما سبق نجد أن الفرضيتين الجزئيتين قد تحققتا مع حالتين الدراسة.

**الخاتمة**

وكما هو معروف أن أحد أبرز مؤشرات الاستقرار النفسي والاجتماعي لدى المرأة خاصة  
في مجتمعاتنا العربية هو الزواج. لذا فالمرأة تحتاج المعاملة الحسنة والعشرة الطيبة والشعور  
بقيمتها. وعدم المساس بكرامتها. للوصول للصحة النفسية سليمة. منها تعطينا المرأة



دور العنف الجسدي في ظهور أعراض الصدمة النفسية لدى الزوجة المعنفة اد. بوسنة عبد الوافي زهير  
في المجتمع الجزائري \_ دراسة عيادية على حالتين من زوجات المعنفات في ولاية بسكرة — احاج الشيخ سمية  
أفضل ما عندها لأنها هي أساس البيت الزوجية فإذا شعرت بالأمان والدفيء والحنان والعطف.  
فتأكد ان البيت كله هكذا خاصة الأبناء.

لكن العنف الزوجي يعد فيروس خطير لهدم العلاقة الزوجية إذا اتخذ الزوج سلوك  
ينتهجه في المعاملة فمهما كان الحب والترابط العاطفي فانه يتلاشى مع الوقت. لان الزوجة  
ستفقد الصحة النفسية السوية بل تكون كتلة من القلق والخوف وفقدان الأمان والخيبة  
فقدان الثقة بالنفس إضافة إلى الاضطرابات السيكوسوماتية. تنعكس حالتها هذه على  
الأبناء على العطاء في بيتها ومجتمعها.

ومن خلال هذه الدراسة توصلنا إليه أن الحالتين الممارس عليهن العنف الجسدي من  
طرف أزواجهن يعانين من أعراض الصدمة النفسية وذلك لظهور القلق والخوف كأعراض ظاهرة  
لديهن. مما أدى إلى انعكاسهم على نفسيتهن ظهر ذلك جليا في فقدان الشعور بالأمن  
والاستقرار في حياتهن الزوجية. فأصبحن فعلا كتلة مرضية عاجزة عن التوافق مع نفسها  
ومع الآخرين. والتساؤل الذي يطرح نفسه هنا

ماذا ننتظر من هاتين الحالتين في تقديم واجبهن اتجاه أبنائهن والوطن؟ وهم يحتاجون الى  
الرعاية والمساندة النفسية والمتابعة الإكلينيكية للتخفيف من القلق والخوف و أعراض  
الصدمة. ويا ترى هل إذا فقد البيت الزوجي للمودة وأيضا الرحمة هل أصبح هناك الزواج او  
الميثاق الغليظ كما وصفه الله عز وجل؟ ام انه غابة يقتل القوى فيه الضعيف ويستغل فيه  
الزوج مكانته وعصمته للإهانة بالمرأة والإساءة بجميع أنواعها. ويوجب على المرأة الطاعة وتقبل  
الإساءة بالابتسام والرضا. إلا تصبح ناشز وامرأة غير صالحة وليست في مستوى. لذلك يجب  
الوقوف مليا ووضع حلول ونشر ثقافة التوعية بالزواج لدى المقبلين على الزواج من الشباب لان  
الأسرة هي التي تبني المجتمع وتطور دولة.



## الحماية الدولية للأسرة

د. كيفاجي الضيف جامعة سكيكدة

### ملخص

يعالج هذا المقال التحليل للنصوص الدولية المتعلقة بحماية الأسرة. وقد تم ذكر أهم هذه النصوص، وبيان مفهوم الأسرة كما ورد فيها، وحق كل إنسان في تكوينها، وأن لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين وتسجيله، وخضوع الراغبين في الزواج للفحص الطبي قبل الزواج، وحق الزوجين في تقرير عدد الأولاد وتنظيم النسل، وحقهم في تربية أولادهم وتعليمهم التعليم المناسب، ووجوب الحصول على مسكن ملائم، وإدارة شؤون الأسرة على قدم المساواة بين المرأة والرجل.

الكلمات المفتاحية : الأسرة، النصوص الدولية، الحماية القانونية.

### La protection de la famille dans les textes internationaux

#### Résumé :

Cet article analyse des textes internationaux sur la protection de la famille, a été mentionné le plus important de ces textes, et la déclaration de la notion de famille telle que décrite dans, et le droit de chacun à la composition, et qui ne répond pas le mariage qu'avec le consentement des époux et enregistré et qu'il y ait un âge minimum pour le mariage et subir souhaitant se marier à un examen médical avant le mariage, le droit des conjoints à déclarer le nombre d'enfants et le contrôle des naissances, et le droit à l'éducation de leurs enfants et leur enseigner une bonne éducation, et la nécessité de l'accès à un logement convenable, et la gestion des affaires familiales sur un pied d'égalité entre les femmes et les hommes.

**Mots clés :** la famille, les textes internationaux, protection juridique.

### The international conventions relating to the protection of the family

#### Abstract:

This article analyses the international texts on the protection of the family, has been mentioned the most important of these texts, and the statement of the family concept as described in, and the right of everyone to the composition, and that does not meet marriage only with the consent of the spouses and registered and that there be a minimum age for marriage and undergo wishing to marry a medical examination before marriage, the right of spouses to report the number of children and birth control, and the right to education of their children and teach them proper education, and the necessity of access to adequate housing, and management of family affairs on an equal footing between women and men.

**Key words:** family, international texts, legal protection..



تمهيد :

إن الأسرة باعتبارها المؤسسة الاجتماعية المسؤولة على إنتاج الأفراد الذين يقومون بهمة تعمير الأرض التي استخلفهم الله فيها. حظى بحماية المجتمع والدولة كما نصّ على ذلك الدستور الجزائري - لسنة 1996 المعدل بالقانون 16 - 01 المؤرخ في 6 في مارس 2016 - في المواد 72، 77، 140. ومن ثم فقد أفرد لها المشرع العديد من الأحكام سواء في القانون العام أو في القانون الخاص. فهل القانون الدولي أيضا اهتم بالأسرة وشؤونها. ووقر لها الحماية الكافية ليحافظ عليها. باعتبارها الخلية الأساسية الأولى لقيام المجتمع الإنساني؟ أم ترك هذه الحماية للتشريعات الوطنية. بحسب المنظومة القيمية لكل مجتمع؟

عند قراءة النصوص الدولية. لا نجد اتفاقية خاصة بالأسرة. وإنما جاء الحديث عنها في ثنايا هذه النصوص سواء كانت اتفاقيات أو معاهدات أو إعلانات أو توصيات أو غيرها. ونظرا لكثرة النصوص الدولية التي أشارت إلى الأسرة. فسنتناول في المبحث الأول تعداد أهم هذه النصوص. وبيان مفهوم الأسرة كما ورد فيها. والحق في تكوينها. وخاصة التي انضمت إليها الجزائر وصادقت عليها. وفي المبحث الثاني نبين الحماية القانونية التي بسطتها النصوص الدولية ذات الصلة. أثناء قيام الحياة الزوجية.

### المبحث الأول : مفهوم الأسرة والحق في تكوينها في النصوص الدولية

تعرضت النصوص الدولية ذات الصلة بموضوع الأسرة إلى عدد من القضايا المرتبطة بها. حيث بينت مفهوم الأسرة. ونصت على حق كل إنسان في الزواج وتكوين أسرة يعيش في كنفها. وأن لا ينعقد الزواج إلا برضاء الطرفين الصريح والشخصي. ووجوب تسجيل عقد الزواج. وتحديد حد أدنى لسن من يرغب في الزواج. وضرورة الخضوع للفحص الطبي تجنباً للأمراض الخطيرة التي تنتقل عن طريق العلاقات الجنسية. ونوضح هذه المسائل في المطالب الآتية.

### المطلب الأول : تعداد أهم النصوص الدولية التي تعرضت للأسرة

لا توجد اتفاقية دولية خاصة بالأسرة باعتبارها المؤسسة الأولى لتخريج أفراد المجتمع. وإنما جاء الحديث عن الأسرة وقضاياها في ثنايا الاتفاقيات والعهود والإعلانات المختلفة. ونظرا لكثرة النصوص الدولية التي أشارت إلى الأسرة في بعض موادها. فساذكر أهمها وهي:

1 - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان<sup>(1)</sup> الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 1948.

<sup>1</sup> - انضمت الجزائر إلى هذا الإعلان بمقتضى المادة 11 من دستور 1963. الجريدة الرسمية. السنة الثانية. عدد رقم 64. الصادر يوم الثلاثاء 10 سبتمبر 1963. ص 889.



- 2- اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج<sup>(1)</sup>، الصادر سنة 1962.
- 3 - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية<sup>(2)</sup>، الموافق عليه من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16/12/1966.
- 4 - العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية<sup>(3)</sup>، الموافق عليه من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16/12/1966.
- 5 - اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة<sup>(4)</sup> الموافق عليها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 18/12/1979.
- 6 - وثيقة المؤتمر العالمي للمرأة المنعقد بكونهاجن عام 1980 م.
- 7 - استراتيجيات نيروبي التطلعية للنهوض بالمرأة عام 1985 م.
- 8 - إعلان الأمم المتحدة بشأن القضاء على العنف ضد المرأة<sup>(5)</sup> لسنة 1993.
- 9 - وثيقة مؤتمر السكان والتنمية الذي عقد بالقاهرة<sup>(6)</sup> عام 1994 م.
- 10 - وثيقة المؤتمر العالمي الرابع للمرأة الذي عقد ببجين : في 31/8/1995 م.
- 11 - وثيقة مؤتمر الأمم المتحدة للمرأة المساواة والتنمية والسلام، نيويورك عام 2000 م.
- 12 - الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب<sup>(7)</sup> 1981.
- 13 - بروتوكول الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بشأن حقوق المرأة في إفريقيا<sup>(8)</sup>، المعتمد من طرف الدورة العادية الثانية لمؤتمر الاتحاد الإفريقي بمابوتو (موزنبيق)، في 11 يوليو 2003.

---

<sup>1</sup> - عرضتها الجمعية العامة للأمم المتحدة للتوقيع والتصديق بقرارها 1763 ألفد-17، المؤرخي 7/11/1962، وتاريخ بدء النفاذ 9/12/1964، وفق المادة 6.

<sup>2</sup> - صادقت عليه الجزائر بمقتضى المرسوم الرئاسي 89 - 67 المؤرخ في 16 ماي 1989. الجريدة الرسمية، العدد رقم 20 الصادر بتاريخ 17 ماي 1989.

<sup>3</sup> - صادقت عليه الجزائر بمقتضى المرسوم الرئاسي السابق ذكره.

<sup>4</sup> - انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية مع التحفظ. بمقتضى المرسوم الرئاسي 96 - 51 المؤرخ في 22 جانفي 1996. الجريدة الرسمية، العدد رقم 6 الصادر بتاريخ 24 يناير 1996. وقد حفظت الجزائر على المواد 2، و9/2، و15/4، و16، و29/1 وذلك لتعارض هذه المواد مع قانون الأسرة وقانون الجنسية.

Note du secrétaire général des Nations unies, document E/CN. 4/sud. 2/1996/20 du 11 juin 1996, p2, para 6.

مع العلم أن الجزائر سحبت بعد ذلك حفظاتها على المادة 2/9. انظر تقرير الأمم المتحدة الصادر عن اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الحادية والخمسون، 13 فبراير - 2 مارس 2012. فقرة باء، الجوانب الإيجابية نقطة رقم 7.

<sup>5</sup> - اعتمدت من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها 104 - 48 المؤرخي 20 ديسمبر 1993.

<sup>6</sup> - قدم لهذا المؤتمر وثيقة بمثابة برنامج عمل، تتكون من (16) فصلا في (121) صفحة.

<sup>7</sup> - صادقت عليه الجزائر بمقتضى المرسوم الرئاسي 87 - 37 المؤرخ في 3 فيفري 1987. الجريدة الرسمية العدد رقم 6 الصادر بتاريخ 4 فبراير 1987.

<sup>8</sup> - صادقت عليه الجزائر بمقتضى المرسوم الرئاسي 16 - 254 المؤرخ في 27 سبتمبر 2016. الجريدة الرسمية العدد رقم 58 الصادر بتاريخ 5 أكتوبر 2016.



14 - اتفاقية رقم 156، المسماة "اتفاقية العمال ذوي المسؤوليات العائلية 1981، المعتمدة من طرف منظمة العمل الدولية، في دورتها 67 بجنيف، بتاريخ: 23 جوان 1981.

15 - اتفاقية رقم 183، المسماة "حماية الأمومة 2000"، بشأمرأجعة اتفاقية حماية الأمومة 1952، المعتمدة من طرف منظمة العمل الدولية، في دورتها 88 بجنيف، بتاريخ 15 جوان 2000<sup>(1)</sup>.

والملاحظة العامة التي نسجلها على هذه النصوص المختلفة، وخاصة المواد المتعلقة منها بالأسرة، أنها تصطبغ بالصبغة الغربية وثقافتها في نمط الحياة القائمة، دون اعتبار لثقافات الشعوب الأخرى ولا إلى أديانهم، وهذا ما جعل كثيرا من الدول تتحفظ على هذه النصوص أو على الأقل على بعض موادها.

كما لجدها أيضا ركزت في أغلب النصوص على حقوق المرأة باعتبارها فردا في المجتمع، وشخصية مستقلة بعيدة عن منظومة الأسرة، ولم تراخ فيها آثار تلك الحقوق على المجتمع، وهذا أحد الفروق الجوهرية مع قانون الأسرة، الذي نظر إلى المرأة على أنها فرد من الأسرة باعتبارها زوجة أو أما أو بنتا أو جدة، وعلى هذا فإن الأسرة طبقا للقانون الجزائري تعتبر نسقا متكامل مع منظومة المجتمع وقيمه، تساهم في الحفاظ على قوته وتماسكه واستقراره.

### المطلب الثاني: مفهوم الأسرة في النصوص الدولية

من خلال النظر في النصوص الدولية، يمكن أن نرصد اتجاهين فيما يتعلق بمفهوم الأسرة، أحدهما اتجاه مضيق لمفهومها، والآخر اتجاه موسع له، ونوضح هذين الاتجاهين في فرعين.

#### الفرع الأول: الاتجاه المضيق لمفهوم الأسرة

وينبني هذا الاتجاه على المفهوم التقليدي للأسرة القائم على علاقة الزواج بين الرجل والمرأة، ونستنتج ذلك من نص المادة 3/16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، التي عرفت الأسرة على أنها: "الخلية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة". ويقصد بالطبيعية، أي الأسرة التي تتكون من الزوج والزوجة، وينشأ بينهما أولاد، وذلك طبقا للفقرة الأولى من نفس المادة ونصها: "للرجل والمرأة، متى أدركا سن البلوغ، حق التزوج وتأسيس أسرة". وهذا التعريف يتوافق مع ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري، بل ويضيف قانون الأسرة إلى صلة الزوجية، صلة القرابة المتمثلة في الأصول والفروع، طبقا للمادة 2 والمادة 77 من القانون.

وبالصياغة نفسها التي وردت في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان للأسرة، جاء تعريف الأسرة في المادة 1/23 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، وقريب منها جاء تعريف الأسرة في المادة 1/10 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية

<sup>1</sup> - دخلت لاتفاقية حيز التنفيذ في 7 فبراير 2002. <http://www.ilo.org>



والثقافية. مع إبراز عنصر الحماية القانونية اللازمة لتكوينها ومساعدتها على أداء دورها في تربية النشء والعناية بهم. فنصت على أنه: "يجب أن تحظى الأسرة كخلية طبيعية وأساسية للمجتمع بالحماية والدعم اللازمين ولاسيما من أجل تكوينها وباعتبارها قد حتمت مسؤولية صيانة وتربية الأولاد منذ زمن طويل".

إن تعريف الأسرة والاهتمام بها. لم تكن محل اهتمام النصوص الدولية العالمية فقط. بل اهتمت بذلك أيضا النصوص الإقليمية. ومن ذلك المادة 1/17 من الاتفاقية الأمريكية المتعلقة بحقوق الإنسان. التي لا تختلف صياغة تعريفها للأسرة عن المادة 3/16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. وكذلك الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب. حيث عرّف الأسرة في المادة 1/18 منه. على أنها: "الخلية الطبيعية وأساس المجتمع ويجب أن تحظى بحماية الدولة بالسهر على صحتها المادية والمعنوية".

### الفرع الثاني: الاتجاه الموسع لمفهوم الأسرة

وينبني هذا الاتجاه على عدم التقيّد بالمفهوم التقليدي للأسرة. بل يوسع مفهومها ليشمل كل العلاقات القائمة بين شخصين. بغض النظر شرعية العلاقة بينهما. أو جنسهما. وقد طرح هذا المفهوم الموسع للأسرة في مؤتمر القاهرة للسكان والتنمية الذي نظّمته الأمم المتحدة في الفترة الممتدة ما بين 5 إلى 13 سبتمبر 1994م. حيث ذكر مصطلح "المتحدين والمتعايشين"<sup>(1)</sup>. كنوع آخر من أنواع الأسرة - إلى جوار المفهوم التقليدي - وطالبوا بحقوق لهم. وقد أثار ذلك موجة من الجدل والاعتراض من قبل الوفود المشاركة. وخاصة وفود الدول العربية والإسلامية. وكذا دولة الفاتيكان.

وفي الوثيقة المنبثق عن مؤتمر القاهرة. خصصت الفصل الرابع بعنوان "المساواة بين الجنسين والإنصاف وتمكين المرأة". ودعت من خلال ذلك إلى ضرورة القضاء على أشكال التمييز في السياسات المتعلقة بالزواج وأشكال الاقتران الأخرى.

وفي مؤتمر بيجين الخاص بالمرأة المنعقد في الفترة الممتدة ما بين 4 إلى 15 سبتمبر سنة 1995م. أقرّ هناك "بوجود أشكال مختلفة للأسر في الأنظمة الثقافية والسياسية والاجتماعية". وجعل من أهداف المؤتمر. وضع سياسات وقوانين تقدم دعما أفضل للأسر تساهم في استقرارها. وتأخذ

<sup>1</sup> - ويراد بذلك الشواذ جنسيا. والذين يعيشون مع بعضهم دون عقد زواج. وقد أخذ الشواذ حقوق الإنسان مدخلا للضغط على حكوماتهم والهيئات الدولية كي تعترف لهم بالحقوق التي تعترف بها للأسرة.





في الاعتبار تعددية أشكالها، وفُسِّرت التعددية على أنها تمثل زواج المثليين والمعاشرة بدون زواج<sup>(1)</sup>.

وفي مؤتمر اسطنبول للمستوطنات البشرية المنعقد في الفترة الممتدة ما بين 3 و14 جوان سنة 1996م، تفجر صراع بين الوفود عندما طرح تعريف للأسرة: هل هي "الخلية الاجتماعية الأساسية التي يجب تدعيمها"، أما هي "خلية اجتماعية يجب تدعيمها"، أي أنّ الخلاف في إضافة (أل) التعريف وإضافة "أساسية"، ورفضت الدول الغربية بقيادة كندا تلك الإضافات، والصيغة الثانية تفتح المجال لأنواع مختلفة من الأسرة<sup>(2)</sup>.

كما تم استخدام لفظ "النمطية" للأسرة الطبيعية، و"غير النمطية" للعلاقات الشاذة، وذلك للتخلص من لفظه "العار" التي توسم به العلاقات غير الشرعية في جميع الأديان وأغلب المجتمعات البشرية.

ولفظ "النمطي" و"غير النمطي" استخدم في مؤتمر القاهرة للسكان وفي مؤتمر لاهاي الذي عقد سنة 1999، وهكذا جُذ السعي الحثيث في تلك المؤتمرات العالمية من قبل الجمعيات التي تنادي بالإباحية والشذوذ لإضفاء الشرعية الدولية والقانونية على أعمالهم الشاذة، وللضغط على حكومات العالم لعدم تحريم أو تجريم<sup>(3)</sup> تلك الممارسات، بل والعمل على إعطاء هؤلاء الشواذ حقوقاً كحقوق الأسرة الطبيعية.

وهذا ما تم تحقيقه بالفعل حيث أباحت بعض الدول الأوروبية الزواج المثلي، ومن هذه الدول بلجيكا، حيث عدلت قانونها المدني سنة 2003، وابتداء من 1/6/2003، أصبحت المادة 143 من القانون المدني تعتبر أن الزواج هو العلاقة التي تكون بين شخصين من جنسين مختلفين أو من جنس واحد<sup>(4)</sup>.

كما قامت فرنسا أيضا بتعديل قانونها المدني، بالقانون رقم 99 - 944 المؤرخ في 15 نوفمبر 1999، وأباحت المخادنة في المادة 8/515 (concupinage)<sup>(5)</sup> التي اعتبرتها اتحاد واقع بين

<sup>1</sup> - إعلان بيجين، فقرة 29 ص 12، والفقرة 83/ب، ص 28، والفقرة 192/هـ، ص 79. وكذلك الفقرة 30 من إعلان المدن والمستوطنات البشرية الأخرى في الألفية الجديدة. اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 7 دروتها الاستثنائية الخامسة والعشرين المؤرخ في 9 جوان 2001.

<sup>2</sup> - تقرير مؤتمر الأمم المتحدة للمستوطنات البشرية، المؤتل الثاني، اسطنبول 3 - 14 جوان 1996.

<sup>3</sup> - طبقا للمادة 338 من قانون العقوبات الجزائري، يعاقب كل من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي بالحبس من شهرين لستين، وبغرامة من 500 إلى 2000، وفي حالة ما إذا كان أحد الجناة قاصرا لم يبلغ الثامنة عشر من عمره، فيجوز أن تزداد عقوبة البالغ بحبسه ثلاث سنوات، والغرامة إلى 10.000 دينار.

<sup>4</sup> - Art. 143 : « Deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage ».

<sup>5</sup> - Article 515-8 : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ».



شخصين يعيشان معا سواء كانوا من جنسين مختلفين أو من نفس الجنس<sup>(1)</sup>. وفي سنة 2013، عدل القانون المدني الفرنسي المادة 143 منه وأصبح الزواج مباح سواء كان بين شخصين من جنسين مختلفين أو من نفس الجنس<sup>(2)</sup>.

وبهذا تصبح فرنسا تاسع دولة أوربية والرابعة عشر على مستوى العالم تبيح الزواج المثلي، وترتب عليه كافة الحقوق الزوجية كالتنبي والميراث، استجابة لبدأ الحرية والمساواة بين المرأة والرجل<sup>(3)</sup>.

إن مصطلح "الأسرة الطبيعية" الذي هو تعبير عن علاقة التراضي التي تقوم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي قصد إيجاب الأبناء، بعدما كان هو الوحيد الذي يطلق عليه الأسرة، أصبحت العلاقات غير الشرعية التي تقوم بين الرجل والمرأة، أو بين رجلين، أو بين امرأتين، تدخل في هذا المصطلح، وذلك لإضفاء صفة الشرعية على العلاقات الجنسية غير الشرعية.

### المطلب الثالث : الحق في الزواج وتكوين أسرة

إنّالتنصوصالدولية والإقليمية تلقي على عاتق المجتمع والدولة، واجب الاهتمام بالأسرة وحمايتها، ولا تتحقق هذه الحماية إلا بتوفير الأسباب التي تضمن لها الثبات والاستقرار، ولذلك نص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في المادة 4/23 على الحق في تكوين أسرة، وهو ما نصت عليه أيضا المادة 16 من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، وتنص المادة 1/16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، على ما يلي : "للرجل والمرأة، متى أدركا سن البلوغ، حق التزوج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين، وهما متساويان في الحقوق لدى التزوج، وخلال قيام الزواج، ولدى إجلاله".

إنّ هذه المادة تقرر الحق في الزواج بمفهومه التقليدي الذي يقوم بين الرجل والمرأة، وهو حق طبيعي لكل إنسان بغض النظر عن دينه أو عرقه أو جنسيته، وهي تجاري ما ذهب إليه علماء الاجتماع في تعريفهم للزواج بأنه "العلاقة الجنسية التي تقع بين شخصين مختلفين في الجنس يشرعها ويبرر وجودها المجتمع"<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - ورد في التقرير السنوي للمعهد الوطني للدراسات الديموغرافية، المقدم للبرلمان الفرنسي بتاريخ 1999/12/6، ما نصه : "إن فرنسا تأتي مباشرة بعد فنلندا والنرويج والسويد، وهي دول أصبحت عقد الزواج يقل فيها ويتضاءل مفسحا المجال للعلاقات الحرة بدون زواج، حيث يرتبط سنويا 450.000 زوج بهذا الشكل من الرباط الحر، كما تتم المعاشرة المستدامة بدون عقد زواج من الجنس الواحد، رجال مع رجال، ونساء مع نساء، ليصل سنويا إلى 30.000 حالة". عبد الملك حسين التاج، المرأة والولاية في ضوء الشريعة والواقع، ص 41.

2- LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. JORF n°0114 du 18 mai 2013 page 8253, texte n° 3

<sup>3</sup> - <http://www.gouvernement.fr/action/le-mariage-pour-tous>

<sup>4</sup> - دينكن ميتشل، معجم علم الاجتماع، ترجمة ومراجعة إحسان محمد الحسن، الطبعة الثانية 1986، دار الطليعة، بيروت، لبنان، ص 138.



وبناء على ذلك فلا يعتبر زواجا العلاقات التي تقام بين شخصين من نفس الجنس أو العلاقات التي تقام بين مغيري الجنس (transsexuels). وهذا ما قرره المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قرارها المؤرخ في 17 أكتوبر 1986. حيث فسرت المادة 12 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، التي تضمنت الحق في الزواج، بأنه الزواج التقليدي الذي يكون بين شخصين من جنس بيولوجي مختلف<sup>(1)</sup>. كما قضت محكمة العدل للمجموعة الأوروبية بموجب قرارها المؤرخ في 17 فيفري 1998، أن العلاقات القائمة بين شخصين من جنس واحد، لا يمكن أن تقارن بالعلاقات بين شخصين من جنس مختلفين<sup>(2)</sup>.

وما تقرره المادة 16 من هذه الاتفاقية يتفق مع قرره قانون الأسرة الجزائري، من أن الحق في الزواج حق فطري مشروع لكل من الرجل والمرأة، وقد وضع القانون لعقد الزواج الشروط والضوابط التي تحافظ على تماسك هذه المؤسسة واستمراريتها؛ لأنها تعتبر من أهم المؤسسات المجتمعية، فليس الهدف من الزواج هو إشباع الرغبة الجنسية فقط، بل كذلك إخراج مواطنين صالحين يساهمون في بناء مجتمعهم وخدمة أمتهم؛ ولأجل ذلك رفض قانون الأسرة أن تتزوج المسلمة مع غير المسلم، لأن ذلك لا يساهم في الاستقرار العائلي المنشود.

#### المطلب الرابع: الرضاء بالزواج وتسجيله

وحتى يحقق الزواج أهدافه يجب أن يبنى على التراضي، فلا يكره أحد على الزواج بما لا يريد، وهذا حق معترف به للمرأة والرجل على حد سواء، وقد نصت عليه عدّة نصوص دولية، منها المادة 2/16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: "لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين والمزعم زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه".

كما نصت على ذلك أيضا "اتفاقية الرضبالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج لسنة 1962"، في المادة الأولى منها: "لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه، وبإعرا بهما عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة، وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج، وبحضور شهود وفقا للقانون".

وما ورد في النصوص الدولية، يتفق مع ما ذهب إليه قانون الأسرة، حيث اعتبر أن رضا الزوجين هو الركن الوحيد لإبرام عقد الزواج<sup>(3)</sup>، فنص في المادة 9 منه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

<sup>1</sup> - أعمار جياوي، المساواة في الحقوق بين المرأة والرجل في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، طبعة 2010، ص 20.

<sup>2</sup> - أعمار جياوي، المرجع السابق، ص 21.

Sean Van Raepenbusch، «Egalité de traitement entre hommes et femmes : jurisprudence récente de la CJCE (aout 1994- décembre 1998)»، revue de jurisprudence sociale ، 1/1999 janvier 1999، pp 13-14.

<sup>3</sup> - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة 2010، ج 1 ص 141.



كما أمر بوجوب تسجيل عقد الزواج وتوثيقه في سجلات الحالة المدنية<sup>(1)</sup>، حيث نصت المادة 18 من أن "عقد الزواج يتم أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً".

### المطلب الخامس : تحديد الحد الأدنى لسن الزواج

وحتى يكون التعبير عن الرضا بالزواج صحيحاً ومعبراً عن إرادة سليمة، يفترض أن يبلغ الرجل والمرأة سناً معينة يتصور فيها إمكانية التعبير الصحيح عن إرادتهما الصحيحة بالزواج، ورغبتهما في اقتران أحدهما بالآخر، ووعيهما الكامل بدورهما في تكوين الأسرة وتحمل تبعاتها.

وفي هذا السياق صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1965، "توصية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج"<sup>(2)</sup>، والتي نصت في مبدئها الثاني، على وجوب أن "تقوم الدول الأعضاء باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين الحد الأدنى لسن الزواج على ألا تقل عن خمسة عشر عاماً".

وحسب صندوق الأمم المتحدة لرعاية الطفولة (UNICEF) يجب ألا تصبح البنت حاملاً قبل سن الثمانية عشر عاماً، لأنها قبل هذه السن غير مستعدة جسدياً لذلك، وترى منظمة الصحة العالمية أن القاصر إذا تزوج وخاصة الفتاة وأُجبت، فإن ذلك يؤثر على صحتها وتعليمها واستقلالها الاقتصادي<sup>(3)</sup>. ولهذا نصت المادة 6/ج، من بروتوكول الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بشأن حقوق المرأة في إفريقيا، أن الحد الأدنى لسن الزواج بالنسبة للفتاة هو ثماني عشرة سنة.

وعلى ضوء المادة 2/16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، رأّت "لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة"، في توصيتها العامة رقم 21 فقرة 36، بمناسبة دورتها الثالثة عشرة سنة 1994، أن السن الأدنى للزواج يجب أن يكون ثماني عشرة سنة لكل من الرجال والنساء على حد سواء.

ويتفق المشرع الجزائري مع التوجه الدولي في تحديد حد أدنى لسن الزواج، وهو توجه مقبول ومحمود، حيث نصت المادة 7 من قانون الأسرة على أن: "تكتمل أهلية المرأة والرجل في الزواج بتمام تسعة عشرة سنة".

وقد ذهبت معظم الدول العربية والغربية إلى تحديد الحد الأدنى لسن الزواج.

1 - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، الطبعة الثانية 1989، ص 157.

2 - صدرت "توصية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج"، عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها العشرين، بالقرار رقم 2018 بتاريخ 1 نوفمبر 1965.

3 - التوصيات العامة للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الثالثة عشرة 1994، التوصية رقم 21، فقرة 36.



أ - الدول العربية : المغرب 18 سنة، المادة 19 من مدونة الأسرة. تونس 18 سنة، الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية. موريتانيا 18 سنة، المادة 6 من قانون الأحوال الشخصية. الإمارات 18 سنة، المادة 30 من قانون الأحوال الشخصية. الأردن 18 سنة، المادة 10 من قانون الأحوال الشخصية. قطر الفتى 18 سنة، والفتاة 16 سنة، المادة 17 من قانون الأسرة. الكويت الفتى 17 سنة، والفتاة 15 سنة، المادة 26 من قانون الأحوال الشخصية. عُمان 18 سنة للفتى والفتاة. المادة 7 من قانون الأحوال الشخصية. سوريا 18 سنة للفتى، و17 للفتاة. المادة 44 من قانون الأحوال الشخصية. وهي نفس السن في لبنان طبقا للمادة 4 من قانون العائلة.

ب - الدول الغربية : فرنسا 18 سنة، المادة 144 من القانون المدني. بلجيكا 18 سنة، المادة 144 من القانون المدني. سويسرا 18 سنة، المادة 94 من القانون المدني.

ولو فرضنا أن شخصا ما رغب في الزواج قبل السنّ المحددة قانونا، فهل يباح له ذلك ؟ نعم يستطيع الشخص الذي لم يبلغ السنّ المحددة قانون للزواج أن يتزوج، بشرط الحصول على رخصة من القاضي. وعادة ما يمنح القاضي هذه الرخصة لمصلحة أو ضرورة، متى تأكد لديه قدرة الطرفين على الزواج<sup>(1)</sup>، وهذا الحكم محل اتفاق بين القانون الدولي والقانون الداخلي. والدليل على ذلك أن "توصية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسنّ الزواج وتسجيل عقود الزواج"، نصت في مبدئها الثاني أن لا تقل سن الزواج عن خمسة عشرة عاما، "ولا يجوز التزوج قانونا لمن لم يبلغها ما لم تعفه السلطة المختصة من شرط السنّ لأسباب جديّة، لمصلحة الطرفين المزمع زواجهما".

وهذا هو التوجه الذي سارت فيه مختلف الدول، حيث منحت القوانين الوطنية المختلفة للقاضي سلطة الترخيص بالزواج قبل السنّ القانوني سواء في ذلك الدول العربية أو الغربية. وهذا ما ورد في المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري. والمادة 20 من مدونة الأسرة المغربي، والفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية. والمادة 8 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية. والمادة 17 من قانون الأسرة القطري. والمادة 18 من قانون الأسرة البحريني. والمادة 2/30 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي. والمادة 45 من قانون الأحوال الشخصية السوري. والمادة 3/10 من قانون الأحوال الشخصية العماني. والمادة 10/ب من قانون الأحوال الشخصية الأردني. والمادة 145 من القانون المدني الفرنسي. والمادة 145 من القانون المدني البلجيكي.

### المطلب السادس : خضوع المقبلين على الزواج للفحص الطبي

اعتبرت الاستشارة الدولية الأولى حول السيدا (VIH/SIDA) وحقوق الإنسان، المنظم من قبل مركز حقوق الإنسان بجنيف من 26 إلى 28 جويلية 1989، أن كل سياسة تفرض كشفا

<sup>1</sup> - العربي بلحاج، المرجع السابق، ج 1 ص 120.



عن الإصابة بفيروس فقدان المناعة المكتسبة قبل الزواج. إجراء يتعارض مع حرية الشخص وحقه الطبيعي في الزواج. كما هو مضمون ومقرر في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان<sup>(1)</sup>.

هذا الحق المقرر في القانون الدولي لحقوق الإنسان. يبدو كأنه يتعارض مع ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري. حيث ورد في المادة 7 مكرر أنه "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر. تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج"<sup>(2)</sup>. غير أن المرسوم التنفيذي 06 - 154 المؤرخ في 11 مايو 2006، الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر. أزال هذا التعارض الظاهري. حيث نصّ في المادة 2/7 منه أنه "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين"<sup>(3)</sup>. وإنما عليه فقط أن يتأكد من خلال الاستماع إلى الطرفين من علمهما بنتائج الفحوصات الطبية. وبالأمرض التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤثر بذلك في عقد الزواج. وهذا ما تبناه أيضا قانون الأسرة القطري. حيث جاء في المادة 2/18 أنه: "لا يجوز للموثق الامتناع عن توثيق العقد بسبب نتائج الفحص الطبي. متى رغب الطرفان في إتمامه".

وبهذا التفسير الوارد في المرسوم التنفيذي. يتبين أن هناك اتفاقا بين القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الجزائري والقانون القطري. لأن الغاية والقصد من الفحص الطبي هو إعلام الطرفين فقط قبل الزواج بالأمراض التي يحملها أحدهما أو كلاهما<sup>(4)</sup>. وليس الفحص الطبي مانعا من موانع الزواج. أو قييدا على إرادة الطرفين في إبرام عقد الزواج. فإذا علم الطرفان بالعيوب التي أظهرتها الفحوص الطبية. ورضي بها. فلم يعد هناك مسوغ لتقييد حريتهما والاعتراض على إرادتهما في إبرام عقد الزواج. وما على ضابط الحالة المدنية في هذه الحالة سوى إبرام عقد الزواج وتوثيقه في سجلات الحالة المدنية المعدة لذلك. مع وجوب التأشير على هامش العقد بعلم الطرفين ورضاهما بهذه العيوب.

### المبحث الثاني: الحماية الدولية للأسرة أثناء قيام الزواج

تعرضت في هذا المبحث للحماية الدولية أثناء قيام الحياة الزوجية. دون الحديث عن مرحلة انفصال الحياة الزوجية وما يترتب عليها من حقوق مالية وشخصية. وذلك لاختلاف المرحلتين ولطبيعة الحماية القانونية لكل مرحلة. وقد تناولت المسائل الآتية: أولا الحق في تقرير عدد الأولاد

1 - أعمار جياوي. المرجع السابق. ص 240 - 241. وانظر أيضا:

Haut Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme et programme commun des Nations Unies sur le VIH/DIDA, p 53, para 96.

2 - أضيفت هذه المادة لقانون الأسرة بالأمر 05 - 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005. (الجريدة الرسمية عدد 15 الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005). والموافق عليه بالقانون 05 - 09 المؤرخ في 4 ماي 2005. (الجريدة الرسمية عدد 43 الصادر بتاريخ 22 يونيو 2005).

3 - المرسوم التنفيذي 06 - 154. صدر بالجريدة الرسمية. عدد 31 الصادر بتاريخ 14 ماي 2006.

4 - العربي بلحاج. المرجع السابق ج 1 ص 128.





وتنظيم المواليد. ثانيا الحق في تربية الأولاد وتعليمهم. ثالثا منع تعدد الزوجات. رابعا منع مركز رئيس الأسرة. خامسا الحصول على مسكن ملائم. سادسا منع العنف العائلي. سابعا توفير الحماية للوالدين العاملين ذوي المسؤوليات الأسرية. ونوضح ذلك في المطالب الآتية.

### المطلب الأول : الحق في تقرير عدد الأطفال وتنظيم الإنجاب

تنص المادة 22/ب. من إعلان التقدم والإيماء في الميدان الاجتماعي لسنة 1969<sup>(1)</sup>، على ضرورة "وضع وإنشاء البرامج اللازمة في ميدان السكان في إطار السياسات الديمغرافية القومية ... وتزويد الأسر بالمعارف والوسائل اللازمة لتمكينها من ممارسة حقها في أن تقرر جربة ومسؤولية عدد أولادها وتوقيت أنسألهم".

وهو الحق نفسه الذي نصت عليه المادة 16/1/هـ من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. حيث ورد فيها حق المرأة بالتساوي مع الرجل في أن "تقرر جربة وبشعور من المسؤولية عدد أطفالها والفترة ما بين إنجاب طفل وآخر. وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق".

غير أن لجنة القضاء على التمييز تجاه المرأة. في دورتها الثالثة عشرة لسنة 1994. وطبقا لتوصيتها العامة رقم 21 فقرة 21. تفسر هذه المادة بوجود إعطاء الأولوية للمرأة في تحديد عدد أفراد الأسرة. بسبب المسؤوليات الملقاة على عاتقها فيما يخص الحمل والتربية. حيث ورد فيها : إن "المسؤوليات التي تقع على النساء بسبب الحمل وتربية الأولاد. تؤثر على حقهن في التعليم والعمل والنشاطات الأخرى المرتبطة بتطورهن الشخصي. وتفرض عليهن عبئا غير مناسب. كما أن عدد الأولاد وتباعد المواليد لهما انعكاس مشابه على حياة النساء. ويؤثران على صحتهن الجسدية والعقلية. وكذلك على صحة أولادهن. ومن ثم فيحق للنساء تقرير عدد الأولاد وتباعد المواليد"<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: الحق في تربية الأولاد وتعليمهم

نصت المادتان 5/ب. و16/1/د. من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. على الاعتراف بالمسؤولية المشتركة لكل من الرجل والمرأة في تربية أولادهم وتطورهم<sup>(3)</sup>. وأضافت المادتان 27/2. و24/هـ. من اتفاقية حقوق الطفل. وجوب تأمين ظروف المعيشة اللازمة

<sup>1</sup> - صدر إعلان التقدم والإيماء في الميدان الاجتماعي من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الرابعة والعشرين. بمقتضى قرارها رقم 2542 (XXIV) بتاريخ 11 ديسمبر 1969.

www.un.org/arabic/documents/instruments/docs\_ar.

<sup>2</sup> - توصيات اللجنة فيما يخص المادة 16/1/هـ. من الاتفاقية. فقرة 21 المتعلقة بالمساواة بين المرأة والرجل.  
www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-fr.htm#recom21

<sup>3</sup> - نصت على نفس الحق المادة 18/1 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.





لنمو الطفل، في حدود الإمكانيات والقدرات المالية للوالدين، وتزويدهما بالمعلومات الأساسية المتعلقة بصحة الطفل وتغذيته.

ونصت المادة 3/26، من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، على حق الأولياء في اختيار نوع التعليم الذي يعطى لأولادهم، وفسرت المادة 4/18 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والمادة 3/13 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، نوعية هذا التعليم، بضرورة احترام حرية الآباء، أو الأوصياء، في تأمين تربية أولادهم دينيا وخلقيا وفقا لقناعاتهم الخاصة.

وإذا كانت النصوص الدولية نصت في مجموعها على أن الحق في تربية الأولاد وتعليمهم مشترك بين الوالدين، ومع ذلك فإن دور الأم يبقى مرجحا في تربية الأولاد، لأن نمو الطفل "ينبغي أن ينشأ في بيئة عائلية، في جو من السعادة والمحبة والتفاهم"<sup>(1)</sup>. وما لاشك فيه أن الأم تؤثر بدرجة أكبر من الأب في شخصية الطفل، وهي الأقدر على منحه السعادة والحب والعطف والحنان، وزرع القيم الإيجابية والفضائل الحسنة في شخصيته.

وما يؤكد ذلك أن النصوص الدولية حثت على تفريغ الأم بقدر المستطاع لكي تستطيع تربية ولدها، فنصت الفقرة 2/10 من توصية منظمة العمل الدولية رقم 191 المتعلقة بحماية الأمومة 2000، أنه في "حالة مرض الأم أو دخولها المستشفى بعد الولادة وقبل انتهاء الإجازة اللاحقة للولادة، وحيث لا تستطيع الأم العناية بالطفل، ينبغي أن يستفيد الأب المستخدم من أجل العناية بالطفل، من عطلة لمدة تساوي الجزء غير المستنفد من إجازة الأمومة، وفقا للقوانين والممارسات الوطنية"<sup>(2)</sup>.

ويتضح من نص هذه التوصية أن الأم هي المكلفة بتربية الولد، غير أنه إذا حالت دون ذلك ظروف المرض أو دخولها المستشفى، ويمكن أن نقيس على ذلك أي ظرف آخر لا تستطيع الأم بموجبه الاعتناء بطفلها، فإن الأب يحل محل الأم استثناء في القيام بهذا الدور، ويستفيد تبعا لذلك من عطلة أبوية تساوي الجزء غير المنتهي من عطلة الأمومة.

وتأكيدا لما سبق نصت المادة 3 من اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 183 المتعلقة بحماية الأمومة 2000<sup>(3)</sup>، "تتخذ كل دولة عضو بعد التشاور مع المنظمات الممثلة لأصحاب

1 - مقطع من ديباجة اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

2 - توصية منظمة العمل الدولية رقم 191، تم اعتمادها في الدورة 88، جنيف، بتاريخ 15 جوان 2000.

3 - اتفاقية 183، المسماة "حماية الأمومة 2000"، بشأنمراجعة اتفاقية حماية الأمومة 1952، اعتمدت من طرف منظمة العمل الدولية الدورة 88، جنيف بتاريخ 15 جوان 2000، ودخلت حيز النفاذ في 7 فبراير 2002.

<http://www.ilo.org>



العمل تدابير مناسبة لضمان ألا تضطر المرأة الحامل أو المرضع إلى أداء عمل ... ضارا بصحة الأم أو الطفل ... أو وجود خطر جسيم على صحة الأم أو صحة طفلها".  
كما نصت المادة 10 من اتفاقية 183 المتعلقة بحماية الأمومة 2000، على حق المرأة وفقا للقانون الوطني، في الحصول على بعض الوقت يوميا أو تخفيض ساعات العمل من أجل إرضاع طفلها رضاعة طبيعية، وتعتبر فترات التوقف أو تخفيض ساعات العمل خدمة فعلية تتقاضى عليها أجرا.

وما يساعد على التربية الحسنة للطفل ونموه الطبيعي، هو تغذيته بحليب الأم. وهذا ما أوصت به منظمة الصحة العالمية واليونسيف<sup>(1)</sup>، ولقد ثبت بالدليل العلمي أنّ حليب الأم لا يؤثر على النمو المادي لجسم الطفل فقط، بل يؤثر أيضا على نمو الجانب النفسي والعاطفي له. إذ يولد فيه العطف والحبّ الحنان، وهذا ما تنبّه له واضعوا اتفاقية حقوق الطفل عندما قرروا في المادة 2/24 هـ، ضرورة توعية المجتمع: "بمزايا الرضاعة الطبيعية". وتماشيا مع هذا التوجه الدولي، فقد منح المشرع الجزائري للموظفة المرضعة الحق في الغياب من أجل إرضاع ولدها، حيث نصت المادة 214 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية على "حق الموظفة المرضعة، ابتداء من تاريخ انتهاء عطلة الأمومة، ولمدة سنة، في التغيب ساعتين مدفوعتي الأجر كل يوم خلال السنة الأولى، وساعة واحدة مدفوعة الأجر كل يوم خلال الأشهر الستة الموالية، يمكن توزيع هذه الغيابات على مدار اليوم حسب ما يناسب الموظفة"<sup>(2)</sup>.

والذي نلاحظه في هذا السياق أن المرأة قد حظيت بتفضيل وتمييز في حقي تقرير عدد أفراد الأسرة، وتربية الأولاد، فهل يعد ذلك إخلالا بمبدأ المساواة بين المرأة والرجل ومساسا بحقوق من الحقوق الأساسية؟ لا يمكن أن نعتبر ذلك مساسا بمبدأ المساواة بين الجنسين، ولا تمييزا سلبيا ضد الرجل، وذلك بالاستناد إلى المادة 2/4 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، التي تصرح بأن التدابير الخاصة التي تتخذ قصد حماية الأمومة لا يندرج ضمن الأعمال التمييزية.

### المطلب الثالث : منع تعدد الزوجات

إنّ مبدأ المساواة بين المرأة والرجل الذي نصت عليه دساتير الدول، والنصوص الدولية المختلفة، يقضي بمنع تعدد الزوجات، وعلى هذا فإنّ القانون الدولي لحقوق الإنسان يعتبر تعدد

<sup>1</sup> - [www.who.int/nutrition/topics/infantfeeding\\_recommendation/ar/](http://www.who.int/nutrition/topics/infantfeeding_recommendation/ar/)

<sup>2</sup> - صدر القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، بالأمر رقم 06-03 مؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليوسنة 2006، (الجريدة الرسمية عدد 46 الصادر بتاريخ 16 يوليو 2006).



الزوجات منافع لحقوق المرأة وكرامتها، وفيه مساس بشرفها واعتبارها، وهو من "الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك المرأة والرجل التي يجب تعديلها"<sup>(1)</sup>.

وقد سجلت لجنة القضاء على التمييز تجاه المرأة في توصيتها العامة رقم 21 فقرة 14، بمناسبة دورتها الثالثة عشرة لعام 1994، أنّ كثيرا من الدول الأطراف في الاتفاقية تنص على المساواة في دساتيرها، ولكنها تسمح بتعدد الزوجات، استنادا لاعتقادات دينية أو لأعراف محلية، واستخلصت اللجنة أنّ تعدد الزوجات يتعارض مع مبدأ المساواة بين المرأة والرجل، ويمكن أن تترتب عليه نتائج خطيرة مالية وعاطفية بالنسبة للمرأة، ويتعارض مع الحقوق الدستورية للنساء، والمادة 5/أ، من هذه الاتفاقية<sup>(2)</sup>.

إن منع تعدد الزوجات الوارد في هذه التوصية وغيرها من النصوص الدولية الأخرى، مخالف لما أقره قانون الأسرة الجزائري الذي أجاز التعدد بشروط معينة، ذكرتها المادة 8 والمادة 8 مكرر والمادة 8 مكرر 1، وخلصت هذه الشروط تتمثل في وجوب إقامة العدل بين الزوجات، والقدرة على الإنفاق، والحصول على رخصة من رئيس المحكمة<sup>(3)</sup>.

والذي أراه أنّ التكييف القانوني لتعدد الزوجات هو رخصة منحها القانون لمن يرغب في ذلك، واستجمع شروطه، وهو لا يفرض على المرأة، وإنما هي التي ترضى به أساسا، فهو بالنسبة للزوجة الجديدة تعدد برضاها لعلمها بزواج من ترغب في الارتباط به، أما بالنسبة للزوجة الأولى فإنّ القانون أعطاهم الحق في أن تشترط على زوجها حق التطليق إن هو تزوج عليها بدون موافقتها، وطبقا للمادة 8 مكرر من قانون الأسرة، فإنّه "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".

والملاحظ على النصوص الدولية أنها تمنع تعدد الزوجات مطلقا سواء أكان بشروط معينة كما فعل قانون الأسرة الجزائري أم بغير شروط، ولكن من جهة أخرى تبيح باسم الحرية الشخصية العلاقات الجنسية لغير المتزوجين، وتطالب بحماية قانونية لهم وإعطائهم كافة الحقوق والمسؤوليات المترتبة على العلاقات الحرة<sup>(4)</sup>، وهذا ما نصت عليه لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها رقم 21 فقرة 20، بقولها إنّ "الحقوق والمسؤوليات المشتركة المنصوص عليها في الاتفاقية، ينبغي أن يكفلها القانون ... وينبغي أن تضمن الدول الأطراف في

<sup>1</sup> - تطلب المادة 5/أ من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، من الدول الأطراف فيها بضرورة: "تعديل الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، بهدف تحقيق القضاء على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على فكرة دونية أو تفوق أحد الجنسين، أو على أدوار نمطية للرجل والمرأة".

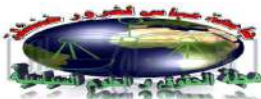
<sup>2</sup> - توصيات اللجنة فيما يخص المادة 16 من الاتفاقية، فقرة 14 المتعلقة بتعدد الزوجات.

[www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-fr.htm#recom21](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-fr.htm#recom21)

<sup>3</sup> - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 149 - 151، العربي بلحاج، المرجع السابق، ج 1 ص 190.

<sup>4</sup> - انظر توصيات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، فقرة 18.

[www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-fr](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-fr)



تشريعاتها على قدم المساواة تحديد حقوق ومسؤوليات كلا الوالدين. بغض النظر عن حالتها الزوجية، ومعيشتهما مع أولادهما أم لا".

#### المطلب الرابع : منع مركز رئيس الأسرة

جاء في المؤتمر العالمي الثالث الذي عقدته الأمم المتحدة في نيروبي بكينيا سنة 1985، لاستعراض وتقييم منجزات الأمم المتحدة المتعلقة بالمرأة: "هناك حاجة إلى استبعاد عبارات مثل رب الأسرة"، لأن هذا يتعارض مع مبدأ المساواة بين المرأة والرجل. ولأنه يعتبر مركزاً قانونياً يتمتع به الرجل على حساب المرأة.

وقد لاحظت لجنة القضاء على التمييز تجاه المرأة في توصيتها العامة رقم 21 فقرة 17 بمناسبة دورتها الثالثة عشرة عام 1994، أن القوانين الوطنية التي تمنح مركز رئيس الأسرة للزوج تخالف أحكام المادة 1/16 ج. من الاتفاقية. وتضيق من دائرة حقوق النساء في المساواة والمسؤولية وفي المراكز القانونية.

وهذا كلام يحافي الحقيقة والواقع. فمركز رئيس الأسرة الذي يتمتع به الزوج إنما هو موقع مسؤولية لإدارة شؤون الأسرة، وهو بمثابة وظيفة مدير مؤسسة، فكل مؤسسة اجتماعية أو ثقافية أو علمية أو سياسية، لابد أن يترأسها مدير يدير شؤونها، ويجتهد في حسن إدارتها حتى تنجح تلك المؤسسة وتحقق أهدافها التي من أجلها أنشئت، ووجود رئيس على رأس مؤسسة ما أمر طبيعي في الاجتماع البشري أو الحيواني. وهذا ما قرره المؤرخ الفرنسي "جوستاف لوبون"<sup>(1)</sup> بقوله: "ما اجتمع عدد من الأحياء سواء كان من الحيوان أو من بني الإنسان إلا جعل له بمقتضى الفطرة رئيساً"<sup>(2)</sup>.

والأسرة مؤسسة اجتماعية هامة يقوم بإنشائها الرجل بالتعاون مع المرأة، وإسناد الإدارة للرجل لا يعني ذلك انتقاصاً من حق المرأة أو من قدرها، وإنما باعثها الوظيفة المنوطة بالزوج، فهو مكلف بالقيام بتحمل تبعات الأسرة وعلى رأسها النفقة المالية، وعند الحاجة تساعده زوجته في تحمل هذه المسؤولية. ثم إن مؤسسة الأسرة طبقاً للقانون الجزائري قائمة في أصل بنائها على المودة والمحبة والتعاون بين الزوجين، وليس على القهر أو التسلط، ومن ثم فلا محل للقول بإلغاء مركز رئيس الأسرة وإلا لانهارت الأسرة تماماً، كما تنهار أي مؤسسة أو هيئة محلية أو وطنية أو دولية بدون رئيس يدير شؤونها.

<sup>1</sup> - غوستاف لوبون (ولد في 7 مايو 1841 وتوفي في 13 ديسمبر 1931)، طبيب ومؤرخ فرنسي، كتب في علم الأثار وعلم الأثرولوجيا، من آثاره:

حضارة العرب، وحصار الهند، سرتقداً للأمم، روح الاجتماع

<sup>2</sup> - «Dès qu'un certain nombre d'êtres vivants sont réunis, qu'il s'agisse d'un troupeau d'animaux ou d'une foule d'hommes, ils se placent d'instinct sous l'autorité d'un chef».

Gustave Le BON, psychologie des foules, Edition publiée par Félix Alcan, 9<sup>e</sup> édition 1905, p 73.



### المطلب الخامس: الحق في الحصول على مسكن ملائم

بناء على المادة 1/16 / (د- و)، من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فإنّ للرجل والمرأة الحقوق والالتزامات نفسها، فيما يخص المسائل المتعلقة بأولادهما، ومنها توفير المسكن الملائم لهم.

كما نصت المادة 1/11 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على: "حق كل شخص في مستوى معيشي كاف له ولأسرته، يوفر ما يفي بحاجتهم من الغذاء والكساء والمأوى، وبحقه في تحسين متواصل لظروفه المعيشية".

وقد قضت لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، في الفقرة السادسة من التعليق العام رقم 4 بمناسبة انعقاد دورتها عام 1991، أنّ مفهوم الأسرة يجب أن يأخذ بمعنى واسع، ومن ثمّ فإنّ الحق في السكن الملائم لا ينطبق على الرجل فقط باعتباره رئيس الأسرة، بل تستفيد منه المرأة أيضا عندما تتحمل أعباء العائلة، ولاسيما لما تفقد شريكها أو ينحل زواجها<sup>(1)</sup>.

وطبقا للفقرة السابعة من التعليق العام رقم 4، فإنّ "الحق في السكن ينبغي ألا يفسر تفسيرا ضيقا... يجعله مساويا للمأوى الموفر للمرء بمجرد وجود سقف فوق رأسه... بل هو حق المرء في أن يعيش في مكان ما في أمن وسلام وكرامة... وأن يكفل الحق في السكن لجميع الناس بصرف النظر عن الدخل، أو إمكانية حيازة موارد اقتصادية"<sup>(2)</sup>.

وأن يكفل لهم ليس مجرد سكن، بل سكن ملائم، الذي يعني "التمتع بالدرجة الملائمة من الخصوصية، والمساحة الكافية، والأمان الكافي، والإنارة والتهوية الكافيتين، والهيكل الأساسي الملائم، والموقع الملائم بالنسبة إلى أمكنة العمل والمرافق الأساسية، وكل ذلك بتكاليف معقولة"<sup>(3)</sup>.

وتوفير السكن الملائم الذي نصّ عليه القانون الدولي لحقوق الإنسان، يتفق مع ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري حيث ورد في المادة 78 منه، أنّ من عناصر النفقة التي يجب على الزوج أن يقدمها لأسرته بالإضافة إلى الغذاء والكساء والدواء السكن أو أجرته، وفي حالة الطلاق فإنّ المادة 72 تفرض على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في مسكن الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - www.ohchr.org/ HRI/GEN/Rev.9 (vol.1) mai 2008. Page 18.

<sup>2</sup> - Op. Cit.

<sup>3</sup> - Op. Cit.

<sup>4</sup> - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 227. العربي بلحاج، المرجع السابق، ج 1 ص 362.



وإذا كانت المرأة تستفيد من الحق في السكن الملائم طبقا للقانون الدولي. فإن ذلك مبني على أساس نظام الاشتراك في الأموال المعروف في الأنظمة الغربية<sup>(1)</sup>. أما في ظل قانون الأسرة المبني على أحكام الشريعة الإسلامية. فإن المرأة يخول لها الحق في السكن الملائم على أساس حضانة الأولاد وهو حق الولد على أبيه. وبغض النظر عن مشاركتها في ملكية الأسرة: بل لها ذمة مالية مستقلة. ومن هنا يتجلى سمو حكم التشريع الإسلامي على ما ورد في القانون الدولي<sup>(2)</sup>.

### المطلب السادس: منع العنف العائلي ضد النساء

يقصد بالعنف العائلي كل عمل مهين جسميا أو نفسيا أو جنسيا يقوم به عضو من الأسرة ضد امرأة في الأسرة. كالضرب والجرح. والتهديد والترهيب والإكراه. والسب والشتم وتخريب الممتلكات. والاعتصاب الزوجي الذي يمارسه الزوج على زوجته دون رضاها. وعموما كل ما يشكل تهديدا حقيقيا لتطور وصحة وحياة أفراد الأسرة. وهذا يستلزم حماية الأسرة من كل هذه الأخطار. لأن العنف يعتبر شكلا من أشكال التمييز كما يذهب إلى ذلك أنصار التفسير الواسع للقانون الدولي لحقوق الإنسان<sup>(3)</sup>.

وبالرغم من عدم وجود نص يتعلق بالعنف العائلي في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. ومع ذلك فإن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة. في دورتها الحادية عشر لسنة 1992. نصت في توصيتها رقم 19 فقرة 6. على أن: "العنف الممارس ضد المرأة والذي يشمل الأفعال التي تسبب آلاما أو عذابا ذات طابع جسدي أو عقلي أو جنسي. وكذا التهديد بمثل هذه الأفعال أو الإكراه بها والأشكال الأخرى للحرمان من الحرية. يعتبر انتهاكا لأحكام الاتفاقية. بالرغم من أن أحكامها لا تتضمن نصا صريحا يتعلق بالعنف"<sup>(4)</sup>.

يتبين من خلال هذه التوصية أن العنف ضد النساء يعتبر شكلا من أشكال التمييز ضد المرأة. لأن فيه مساس بكرامتها وحرمتها. وهو سلوك موجود في أغلب المجتمعات البشرية. ويستهدف في أحيان كثيرة حرمان المرأة بصورة جديّة من حقوقها القانونية والطبيعية. ويؤثر بشكل مباشر أو غير مباشر على استقرار الأسرة وتفاهمها. ويترتب على هذا وجوب مكافحة العنف الأسري على جميع المستويات التشريعية والقضائية والإدارية والتربوية والإعلامية. وبناء على هذا أقرت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة. في توصيتها العامة رقم 19 فقرة R.

<sup>1</sup> - نظم المشرع الفرنسي النظام المالي للزوجين في المواد 1387 - 1581. من القانون المدني الفرنسي. والمشرع السويسري في المواد 181 إلى 251 من القانون المدني.

<sup>2</sup> - أمير مجاوي. المرجع السابق. ص 170.

<sup>3</sup> - أمير مجاوي. المرجع السابق. ص 27 - 28.

<sup>4</sup> - [www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-fr.htm](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-fr.htm)





و T، بمناسبة دورتها الحادية عشرة سنة 1992، أنه من أجل التغلب على العنف ضد النساء يجب على الدول الأطراف اتخاذ التدابير التالية :

أ - وضع التدابير القانونية الفعالة بما في ذلك العقوبات الجزائية عند الضرورة، والتعويضات المدنية لحماية المرأة من جميع أشكال العنف، ولا سيما العنف والتعسف العائلي والجنسي والتحرش الجنسي في مكان العمل.

ب - وضع التدابير القانونية الفعالة بما في ذلك سنّ تشريعات لإلغاء الدفاع عن الشرف كدفاع لتبرير الاعتداء أو قتل الزوجة.

ج - توفير الملاجئ والإرشادات وتقديم المشورة وبرامج إعادة التأهيل والدعم للنساء، قصد ضمان أمن وسلامة ضحايا العنف العائلي، أو المعرضين لخطر الوجود.

د - برامج إعادة التأهيل بالنسبة للأشخاص الذين ارتكبوا العنف العائلي.

هـ - توفير مصالِح لدعم العائلات التي تعرضت لزنّا المحارم أو الاعتداء الجنسي.

و - تدابير وقائية، خاصة توفير المعلومات العامة والبرامج التعليمية لتغيير المواقف في ما يتعلق بدور ومكانة الرجال والنساء.

وفي الفقرة رقم 22 من تقرير لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة لسنة 2012، حثت اللجنة الدولة الجزائرية باعتبارها طرفاً في الاتفاقية، على تيسير الوصول الفعلي إلى العدالة وأوصتها بما يلي<sup>(1)</sup>:

(أ) - تيسير تقديم الشكاوي من قبل النساء ضحايا التمييز، وخاصة توفير المساعدة القانونية اللازمة.

(ب) - رصد تأثير كافة الجرائم المرتكبة ضد النساء بما في ذلك الأفعال التي تنطوي على العنف المتزلي أو العنف الجنسي، ووضع قاعدة للبيانات تتضمن معلومات عن عدد الشكاوي والتحقيقات والملاحقات والإدانات والأحكام الصادرة بحق الجناة، وتقديم تقرير عن ذلك إلى اللجنة.

#### المطلب السابع : توفير الحماية للوالدين العاملين ذوي المسؤوليات الأسرية

نصت معظم النصوص الدولية على ضرورة توفير حماية قانونية واجتماعية للوالدين العاملين ذوي المسؤوليات العائلية، وذلك بتوفير دور الحضانه المناسبة لخدمة الأطفال وغيرها من المرافق والمنشآت وصور المساعدات المتعددة، حتى يستطيع الوالدان العاملان التوفيق بين التزاماتهما العائلية ودورهما في خدمة المجتمع، سواء كانوا عمالا في القطاع الخاص أو القطاع العام، أو مشاركين بشكل من الأشكال في الحياة العامة، ولتمكينهما من ذلك نصت المادة

<sup>1</sup> - الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الحادية والخمسون، 13 فبراير - 2 مارس 2012، فقرة 22 ص 7، وفقرة 30 ص 9 - 10.





22/ج. من إعلان التقدم والإيماء في الميدان الاجتماعي. على "إنشاء دور الحضانة المناسبة خدمة لمصلحة الأولاد ولمصلحة الوالدين العاملين"<sup>(1)</sup>.

كما جشعت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. الدول الأطراف على توفير مرافق لرعاية الأطفال. كي يتمكن الوالدان القيام بواجباتهما العائلية والمهنية. فنصت المادة 11 فقرة 2/ج. من الاتفاقية على "تشجيع توفير ما يلزم من الخدمات الاجتماعية المساندة لتمكين الوالدين من الجمع بين التزاماتهما الأسرية وبين مسؤوليات العمل والمشاركة في الحياة العامة. ولاسيما عن طريق تشجيع وإنشاء وتنمية شبكة من مرافق رعاية الأطفال". كما أمرت اتفاقية حقوق الطفل الدول الأطراف فيها. بتوفير كل التدابير الملائمة لرعاية أطفال الوالدين العاملين. فجاء في المادة 3/18 من الاتفاقية: "تتخذ الدول الأطراف كل التدابير الملائمة لتضمن لأطفال الوالدين العاملين حق الانتفاع بخدمات ومرافق رعاية الطفل التي هم مؤهلون لها".

والذي نلاحظه على هذه النصوص الدولية أنها تتحدث عن الوالدين العاملين. وهذا يعني توفير الظروف الملائمة كي يستطيع الوالدان تنفيذ التزاماتهما المهنية. ولكنها تدل بصورة ضمنية وبطريق غير مباشر على حرص هذه النصوص على حماية الأسرة والمحافظة عليها من الانهيار أو التفكك. وهذا ما أشارت إليه ديباجة اتفاقية العمال ذوي المسؤوليات العائلية. بقولها: "وإذ يدرك أن مشاكل العمال ذوي المسؤوليات العائلية هي وجوه لقضايا أوسع تتعلق بالأسرة".

على أن تربية الطفل تحتاج إلى وقت وجهد كبيرين. وإمكانات مادية ومالية قد لا تكون في مستوى قدرات الوالدين. ولذلك نصت المادة 5 فقرة ب. من اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 156 المتعلقة بالعمال ذوي المسؤوليات الأسرية. على وجوب اتخاذ جميع التدابير الملائمة للظروف والإمكانات الوطنية قصد "تنمية أو تعزيز خدمات المجتمع المحلي. العامة أو الخاصة. مثل منشآت رعاية الطفل. والخدمات والتسهيلات التي توفر للأسرة"<sup>(2)</sup>؛ على أن تكون الاستفادة من هذه المنشآت والخدمات "مجانا أو بثمن معقول يتناسب مع قدرة العامل على الدفع. قائمة على أسس مرنة. وملبية لاحتياجات الأطفال بمختلف أعمارهم"<sup>(3)</sup>.

وتماشيا مع هذا الاتجاه الدولي في حماية الأسرة وتمكين العمال ذوي المسؤوليات العائلية على أداء مهامهم المهنية والاجتماعية. ضمن المشرع الجزائري للعمال المؤمن لهم اجتماعيا

<sup>1</sup> - /http://www.un.org/arabic/documents/instruments/docs\_ar.asp/ p 135.

<sup>2</sup> - انظر أيضا الفقرة 9/ج. من توصية منظمة العمل الدولية رقم 165 حول العمال ذوي المسؤوليات العائلية 1981.

<sup>3</sup> - انظر الفقرة 25/ب. والفقرة 33. من توصية منظمة العمل الدولية رقم 165 حول العمال ذوي المسؤوليات العائلية 1981.



ولذوي حقوقهم الاستفادة من خدمات دور الحضانه وحدائق الأطفال. طبقا للمادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 05 - 69<sup>(1)</sup>.

ولمساعدة العمال ذوي المسؤوليات العائلية على المحافظة على أسرهم ورعايتها بشكل يحفظ رفايتها وكرامتها. تضمنت النصوص الدولية جملة من الحقوق لفائدة هؤلاء العمال تساهم بشكل غير مباشر في حماية أسرهم. وتساعدهم على النجاح في حياتهم الأسرية والمهنية. ومن هذه الحقوق :

أ - الحق في الضمان الاجتماعي. طبقا للمادة 4. من اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 156. حول العمال ذوي المسؤوليات العائلية 1981. والفقرة 9/ب. والعنوان السادس المشتمل على الفقرات 27 - 31. من التوصية رقم 165 المكملة لهذه الاتفاقية.

ب - الحق في العودة إلى العمل في حالة الغياب عنه بسبب المسؤوليات العائلية. طبقا للمادة 7. من الاتفاقية رقم 156 حول العمال ذوي المسؤوليات العائلية. والفقرة 12 من التوصية رقم 165 المكملة للاتفاقية. وقد نصت الفقرة 5 من توصية منظمة العمل الدولية رقم 191. على أن غياب المرأة عن العمل بسبب الأمومة يعتبر "بمثابة فترة خدمة لأغراض تحديد حقوقها".

ج - عدم تسريح العمال بسبب المسؤوليات الأسرية. طبقا للمادة 8 من الاتفاقية رقم 156. حول العمال ذوي المسؤوليات العائلية. والفقرة 16 من التوصية رقم 165 المكملة للاتفاقية. وزيادة في حماية هؤلاء العمال. فإنه لو راود الشكُّ صاحب العمل أن العامل ذو المسؤوليات العائلية. قد تغيب عن العمل ليس لأسباب عائلية بل لأسباب أخرى. وقرر فصله. فعلى صاحب العمل يقع عبء إثبات أن فصل العامل من عمله يرجع إلى أسباب أخرى. وليس مرده إلى المسؤوليات العائلية. كالحمل أو الولادة أو مضاعفاتها أو الإرضاع. طبقا للمادة 1/8 من اتفاقية رقم 183 المتعلقة بحماية الأمومة 2000.

د - الحق في الترقية والأقدمية وجميع المزايا الاجتماعية. طبقا للمادة 7 فقرة 3. من اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 171. المتعلقة بالعمل الليلي. والفقرة 15 من التوصية رقم 165 حول العمال ذوي المسؤوليات العائلية.

ه - تخفيضات الضرائب. طبقا للفقرة 27 من التوصية رقم 165 حول العمال ذوي المسؤوليات العائلية.

<sup>1</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 05 - 69 المؤرخ في 2005/02/06. الذي يحدد أشكال الأعمال الصحية والاجتماعية لهيئات الضمان الاجتماعي. الجريدة الرسمية عدد رقم 11 الصادر بتاريخ 2005/02/09.



## الخاتمة :

هناك عدد من النصوص الدولية ذات الصلة بقضايا الأسرة، ولكن لا توجد اتفاقية خاصة بالأسرة، وإنما جاء الحديث عنها في ثنايا هذه النصوص.

أغلب النصوص الدولية تصطبغ بالثقافة الغربية، دون اعتبار لثقافات الشعوب الأخرى، وهذا ما جعل كثيرا من الدول تتحفظ على بعض هذه النصوص أو على بعض موادها.

حق كل إنسان في تكوين أسرة يعيش في كنفها، ووجوب سن قانونا للحد الأدنى لسرّ الزواج، وألا ينعقد أي زواج دون رضا الطرفين بذلك، وضرورة إخضاع الراغبين في الزواج للفحص الطبي، لتجنب أن يحمل الأطفال أمراض الوالدين الخطيرة كالسيّدا وغيره من الأمراض الأخرى التي تنتقل عن طريق العلاقات الجنسية.

حق الزوجين في تقرير عدد الأولاد وتنظيم النسل، وحقهم في تربية أولادهم وتعليمهم التعليم المناسب الذي يؤهلهم لبناء مستقبل زاهر، وللمرأة الكلمة العليا في موضوع هذين الحقين، وهذا لا يعد مساسا بمبدأ المساواة ولا تمييزا ضد الرجل.

تمتع الزوجان على قدم المساواة فيما يخص حقوق وواجبات الزوجين؛ وترتب على هذا، منع تعدد الزوجات، ومنع ركز رئيس الأسرة وأن تدار شؤونها بالتساوي بين الرجل والمرأة، ومنع العنف العائلي، والحق في الحصول على مسكن ملائم.

ضمان جملة من الحقوق تساعد الوالدان ذوي المسؤوليات العائلية على حماية الأسرة ورعايتها، منها، الحق في الضمان الاجتماعي، والحق في العودة للعمل في حالة الغياب عنه، وعدم التسريح بسبب المسؤوليات الأسرية، والحق في الترقيّة والأقدمية وجميع المزايا الاجتماعية، وتخفيضات الضرائب.



## أثر الأحزاب السياسية على الأنظمة الدستورية المعاصرة

لبنى حشوف  
طالبة دكتوراه  
جامعة تبسة

### ملخص

يعتبر النظام الحزبي أحد الركائز الأساسية للأنظمة الديمقراطية المعاصرة. فالأحزاب تنشأ في المجتمع عامة كمتنافس للأفراد والجماعات، تحاول من خلاله أن تجد طريقها لا للتعبير فقط عن كل ما تجمعها وما تدعو إليه، بل كذلك تجسيد دعواتها وتطبيقها أو محاولة ذلك من خلال الوصول إلى مراكز السلطة. وهذا هو الأسلوب الحضاري الذي ارتضته المجتمعات الدولية من أجل تجنب العنف وآثاره.

ويمكن تقسيم الأنظمة الدستورية القائمة على أساس الأحزاب المتعددة إلى النماذج

التالية:

- نظام الثنائية الحزبية فتتمثل في تصارع حزبين كبيرين متوازنان تقريبا على السلطة كما هو الحال بالنسبة إلى الحزبين الديمقراطي والجمهوري في الولايات المتحدة الأمريكية، وحزبي المحافظين والعمال في عدد من البلدان الأنكلوساكسونية حيث يمثل الأول النزعة الأرستقراطية المحافظة فيما يمثل الآخر النزعة الليبرالية الاشتراكية.

ولكن وجود الحزبين الكبيرين هنا لا ينفي وجود أحزاب أخرى صغيرة أو متوسطة، كما هو الحال بالنسبة إلى حزب العمال البريطاني، الذي وجد إلى جانب الحزبين الرئيسيين في أواخر القرن الماضي وأوائل هذا القرن: المحافظين والأحرار. وغيره من الأحزاب البريطانية المتعايشة مع الحزبين الرئيسيين اليوم.

- بالإضافة إلى أنظمة التعددية الحزبية التي تقوم على صراع بين عدد من الأحزاب يفوق الاثنين، ويبلغ توزع القوى فيها قدرا لا يسمح غالبا بتشكيل الحكومات إلا بعد إقامة التحالفات بين هذه الأحزاب، وهو الوضع القائم في عدد كبير من بلدان أوروبا، كإيطاليا والدول الاسكندنافية وغيرها، حيث توجد تشكيلة من الأحزاب تمتد إلى اليمين وإلى اليسار، محتوية على حزب محافظ مسيحي مع حزب وسط ثم حزب اشتراكي فحزب شيوعي. وقد تحتوي على حزب فلاح، إضافة إلى أحزاب ميكروسكوبية أخرى.

**الكلمات المفتاحية:** الحزب السياسي، ثنائية حزبية، المعارضة، البعد الايديولوجي، تعددية حزبية، نظام رئاسي، نظام برلماني.



## Résumé

Le système des partis est l'un des principaux piliers des régimes démocratiques contemporains, en général les partis se posent dans la société comme un exutoire pour les individus et les groupes. À travers ce débouché les partis tentent à trouver leur chemin non seulement pour aviser leurs principes et leurs objectifs, mais aussi pour les réaliser et les appliquer ou à travers l'accès au pouvoir.

Les communautés internationales ont obéi ce comportement civilisé pour éviter la violence et des effets.

Au critère partis politiques, les systèmes constitutionnels se regroupent suivant ces modèles:

Le Bipartisme où deux grands partis équilibrés rivalisent entre eux pour atteindre le pouvoir ; C'est le cas des partis démocrate et républicain aux États-Unis, les conservateurs et les travaillistes dans les pays Anglo-saxons ; l'un présente la tendance d'aristocratie conservatrice et l'autre la tendance du socialisme libérale. Cela dit, le bipartisme ne signifie pas qu'il n'existe que deux partis politiques, mais aussi d'autres modestes partis peuvent surgir au sein des effets ; tel que le parti travailliste britannique, qui a apparu à la fin du dernier siècle et au début de ce siècle : les conservateurs et les libéralistes. Nous trouvons aujourd'hui le parti libéral britannique et d'autres partis coexistant avec les deux partis majoritaires.

Le Multipartisme : Ce système se constitue de plus de deux partis concurrents, le gouvernement n'est réalisable qu'après le fusionnement avec les autres partis ; c'est le cas en Italie et les pays scandinaves ; il y a une variété de partis d'étend à droite et à gauche, cette dernière contient un parti conservateur chrétien avec un parti moyen puis un parti communiste ou agricole, et d'autres partis microscopiques.

## مقدمة

يشغل موضوع الأحزاب السياسية ودورها في الأنظمة الدستورية المعاصرة مكانا هاما في الفكرين السياسي والقانوني. ليس في بلاد الديمقراطيات الغربية فحسب، بل أيضا الاشتراكية منها.

فتحليل أي نظام دستوري لأي بلد يتطلب اليوم تحديد تلك القوى المختلفة التي تشارك في ممارسة السلطة والتأثير عليها سواء بطريق مباشر أو غير مباشر.

فالقوى والمؤسسات المترابطة والمتعلقة بعمليات صنع القرارات داخل أي نظام سياسي، ليست فقط ما ينص عليها الدساتير وتحدد طبيعة العلاقة فيما بينهما، وإنما أيضا تلك الجماعات السياسية الفعلية، أو إن صح التعبير المؤسسات غير الرسمية المتمثلة في الأحزاب السياسية وجماعات الضغط.

فهذه المؤسسات أيضا تمارس تأثيرا أساسيا لا يقل أهمية عن ذلك الذي تمارسه المؤسسات الرسمية وبالتالي فإن التحليل النهائي لأي نظام سياسي، لابد وأن يأخذ في الاعتبار هذه المؤسسات والجماعات.



لذلك أصبحت دراسة الأحزاب السياسية عملية هامة جدا وضرورة بالغة تفرض نفسها على كل من يتعرض لدراسة أي نظام دستوري. باعتبارها مفهوما استراتيجيا يمكن على أساسه فهم الكثير من الظواهر داخل الأنظمة الدستورية المختلفة.

ففي ظل نظام الأحزاب المتعددة تكمن الصورة الحقيقية لانقسام الرأي العام وتعدد وجهات النظر السياسية من خلال تفاعل مجموعة عوامل اقتصادية، دينية، اجتماعية ونفسية، تؤدي في النهاية إلى التجمع في تنظيمات متعددة تعبر عنها وتنطق باسمها، إذا سمح لها النظام السياسي بذلك.

أما نظام الثنائية الحزبية أو نظام الحزبين والذي تميزت به الأنظمة الدستورية في كل من بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية، فقد كان مثار إعجاب الكثيرين من رجال القانون الدستوري والنظم السياسية، لما يوفره هذا النظام من استقرار وثبات في الحياة السياسية. ناحية أخرى.

نظرا للأهمية التي تشكلها الأحزاب السياسية بالنسبة للنظم السياسية بصفة عامة والنظم الدستورية بصفة خاصة باعتبارها إحدى أبرز الآليات التي تعكس بشكل أو بآخر نشاط المجتمع، وعليه تكون الإشكالية كالتالي: ما تأثير الظاهرة الحزبية في شكلها الثنائي

#### والتعددي على الأنظمة الدستورية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم الموضوع إلى:

**المطلب الأول: الثنائية الحزبية في الأنظمة الدستورية**

**الفرع الأول: أثر الثنائية الحزبية على النظام الرئاسي**

**الفرع الثاني: المعارضة والثنائية الحزبية**

**لفرع الثالث: أثر الثنائية الحزبية على النظام البرلماني**

**المطلب الثاني: التعددية الحزبية في الأنظمة الدستورية**

**الفرع الأول: أثر التعددية الحزبية على النظام الرئاسي**

**الفرع الثاني: المعارضة والتعدد الحزبي**

**الفرع الثالث: أثر التعددية على النظام البرلماني**

**المطلب الأول: الثنائية الحزبية في الأنظمة الدستورية**

إن النظم السياسية الدستورية التي بها نظام حزبي متعدد في العالم المعاصر لا تخرج عن إطار نوع من الأنواع الثلاثة، النظام البرلماني والنظام الرئاسي ونظام الجمعية النيابية. ولكننا في هذا المقام سوف نكتفي بدراسة النظام البرلماني والرئاسي اللذان يبرزان مدى تأثير تعدد الأحزاب أو ثنائيتها أو وحدتها على كيفية تكوين الحكومة أو الهيئة الحاكمة ومدى قوتها



في تحريك الأحداث السياسية أو القرارات العامة التي تتعلق بالواقع السياسي للدولة. وطبيعة المعارضة السياسية وذلك وفقا للمطالب التالية:

### الفرع الأول: أثر الثنائية الحزبية على النظام الرئاسي

تتأثر علاقة نظام الحزبين بالنظام الرئاسي وما يتصف به من فصل بين السلطات. بنوع الأغلبية المتمركزة في البرلمان. وما إذا كانت تنتمي إلى نفس الحزب الذي ينتمي إليه رئيس الدولة أم إلى الحزب الآخر المنافس لحزب رئيس الدولة.

فحيث تسفر الانتخابات عن أغلبية برلمانية تنتمي إلى نفس الحزب الذي ينتمي إليه رئيس الدولة. تقيم وحدة الحزب الحاكم في السلطتين التشريعية والتنفيذية جسرا من التفاهم والتعاون بين الرئيس والبرلمان. بحيث يبدو الفصل بين السلطات ضعيفا للغاية. إن لم يكن مختفيا. ويؤدي هذا في النهاية إلى ما يشبه حكومة الحزب المعروف بالنظام البرلماني عامة وبريطانيا خاصة\* .

أما الفرض الثاني. حين تسفر الانتخابات عن أغلبية برلمانية تنتمي إلى حزب مغاير للحزب الذي فاز بالرئاسة. تصبح الثنائية سببا هاما يضاف إلى النصوص الدستورية في تأكيد ودعم الفصل بين السلطات على النمط الرئاسي المثالي<sup>1</sup>.

فمن حيث استقلال السلطة التشريعية تستقل السلطة التشريعية وحدها في مباشرة وظيفتها في ظل النظام الرئاسي. هذا الوضع جعل الوظيفة التشريعية كلها من نصيب البرلمان دون أدنى اشتراك من السلطة التنفيذية.

فلا يجوز لرئيس الدولة باعتباره رئيسا للسلطة التنفيذية دعوة البرلمان للانعقاد. كما لا يجوز لرئيس الدولة فض اجتماع البرلمان ولا تأجيل أدوار انعقاده ولا حتى حل هذا البرلمان<sup>2</sup>.

ومن مظاهر استقلال البرلمان وتأكيد مبدأ الفصل بين السلطات في هذا المجال أيضا. عدم جواز الجمع بين منصب الوزارة وعضوية البرلمان. فلا يمكن أن يكون الوزراء (السكرتاريون) أعضاء في البرلمان. ولا يحق لهم الحضور بصفتهم الوزارية والاشتراك في المناقشات البرلمانية أو في الاقتراع على القوانين. إذ يمتنع عليهم ذلك. وكل ما لهم في هذه الخصوص إذا ما أرادوا الحضور إلى البرلمان. أن يشهدوا جلساته بصفتهم زائرين شأنهم في ذلك شأن الجمهور تماما.

\* وبالرغم من تشابه الوضع في كلا النظامين البرلماني والرئاسي ما جعل الفقه يصفها بحكومة الحزب. إلا أن ذلك لا ينسبنا معنى الحكومة في كل من النظامين.

<sup>1</sup> السيد صبري. مبادئ القانون الدستوري. مكتبة عبد الله وهبة. طبعة 1949. ص 178.

<sup>2</sup> محسن خليل. النظم السياسية والدستور اللبناني. دار النهضة العربية. بيروت. طبعة 1973. ص 428.





أما مظاهر استقلال السلطة التنفيذية فتتمثل في مباشرة وظيفتها عن السلطة التشريعية تام الاستقلال.

لذلك يستقل رئيس الدولة بوظيفته التنفيذية دون تدخل البرلمان الذي لا يمارس أية نفوذ على الرئيس كما يبدو في بعض العلاقات بينهما في ظل النظام البرلماني. بل على العكس يتمتع رئيس الدولة في النظام الرئاسي بنفوذ أقوى من البرلمان. ذلك أن الرئيس يستمد نفوذه وسلطاته من الشعب الذي يقوم بانتخابه لا من البرلمان الذي لا شأن له في أمر تقلده لمنصبه.<sup>1</sup> ومن مظاهر استقلال السلطة التنفيذية عن السلطة التشريعية وتأكيد مبدأ الفصل بين السلطات أيضا. مما يبدو من استقلال رئيس الجمهورية بتعيين وزرائه (سكرتاريه) وعزلهم. وتحقق مسؤوليتهم أمامه وحده. فلا يكون للآخرين (الوزراء) أية علاقة مباشرة مع البرلمان. كما لا يجوز محاسبة الوزراء عن أعمالهم أمام البرلمان بتوجيه الأسئلة والاستجابات إليهم. أو بتقرير مسؤوليتهم السياسية أمامه. حيث أن هذه المسؤولية تقرر- كما ذكرنا- أمام رئيس الدولة وحده.<sup>2</sup>

#### الفرع الثاني: المعارضة والثنائية الحزبية

تؤدي المعارضة دورها في نظام الحزبين بشكل واضح ومحدد المعالم. وذلك بسبب اعتدالها ووضوحها من ناحية. وطبيعة علاقاتها بالحزب الحاكم من ناحية أخرى. فبرغم فردية المعارضة في النظام الثنائي. إلا أنها تبقى دائما بعيدة عن التطرف والحدة في معالجتها للأمور العامة. وانتقاداتها للحزب الحاكم وتقديمها للبدائل التي تراها مناسبة لحل كل ما يواجه المجتمع من مشاكل يعجز حزب الأغلبية عن معالجتها. هذا الاعتدال في المشاركة السياسية لحزب المعارضة تمليه طبيعة التنافس بينه وبين حزب الأغلبية. وفكرة التناوب التي تبقى لدى زعامة المعارضة فكرة تحمل مسؤوليات الحكم عاجلا أم آجلا.<sup>3</sup>

وإذا كان الاعتدال سواء في السلوك العادي للأفراد أو السلوك السياسي للجماعات. يؤدي إلى اختفاء أو إضعاف الفاصل بين المعرفة واللامعرفة. الإدارية والادارية. مما يقلل وضوح الرؤيا تجاه بعض المواقف عند الناخبين. فان نظام الثنائية الحزبية يضيف على المعارضة وضوحا تاما- خاصة في إنجلترا بالرغم من اعتدالها. وذلك بسبب الحلول المختصرة التي يقدمها كل من

<sup>1</sup> ثروت بدوي. النظم السياسية. دار النهضة العربية. القاهرة. طبعة 1975. ص 297.

<sup>2</sup> سليمان الطماوي. السلطات الثلاث. في الدساتير العربية وفي الفكر السياسي الإسلامي. دار الفكر العربي. طبعة 1979. ص 476.

<sup>3</sup> كمال الغالي. مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية. مطبعة الداودي. دمشق. طبعة 1985. ص 378.



النظام الحزبي الحاكم والمعارض - مما يزيد في فعاليتها ويقوي من دعائم النظام الديمقراطي الذي تعيش فيه.

إذا كانت المعارضة في ظل التعددية الحزبية تفتقر لجهاز ينظم عملها، حيث أن كثرة الأحزاب وتباين برامجها والتنافس فيما بينها، يؤدي إلى عدم قدرتها على توحيد وجهة نظر المعارضة، مما يؤدي إلى حرر الحكومة من رقابة المجلس. فإن المعارضة في ظل الثنائية الحزبية تؤدي دورها بشكل واضح - بالرغم من فرديتها في ظل هذا النظام - لأنها تبقى معتدلة في انتقاداتها للحزب الحاكم، وهذا الاعتدال في المشاركة السياسية تمليه طبيعة فكرة التناوب على وصول المعارضة إلى السلطة، بعد أن تفقد صفتها كأكثرية، ولهذا يجب أن تكون المعارضة حكومة المستقبل، ولذا يجب أن لا تكتفي بتوجيه الانتقادات للسلطة الحاكمة، وإنما يجب أن تصوغ هذه الانتقادات في برنامج سياسي متماسك، تخوض على أساسه معركة إسقاط هذه السلطة، ولذلك يتوجب على المعارضة تجنب خطرين:

1\_ المبالغة في قطع وعود - للمواطنين - لا يمكن تحقيقها عملياً، إذ حازت المعارضة على السلطة.

2- تقديم برنامج سياسي للناخبين شبيه إلى حد كبير ببرنامج الحكومة، فلا يعود الناخب متحمساً لتغيير الفريق الحاكم، لأنه لا يرى فرقاً بين الفريقين المتنافسين.

على كل حال، تبدو عملية التناوب سهلة التحقق في ظل الثنائية الحزبية - بعكس التعددية الحزبية والتي لا يتم التناوب في ظلها بسهولة - بسبب حصر التنافس على السلطة، عملياً بحزبين كبيرين.

ففي بريطانيا مثلاً، حيث الثنائية المنضبطة والمعتدلة، يستطيع الرأي العام أن يفهم إلى حد بعيد الفارق بين وجهة نظر حزب الأغلبية (الحاكم) وحزب الأغلبية (المعارضة)، وبالتالي تبدو رؤيته لكل حزب واضحة ويستطيع أن يقيّمها في كل انتخاب عام يجري لاختيار أعضاء مجلس العموم، كل ذلك بإرادة شعبية واعية بعيدة عن أي التباسات DISTORTIONS أو غموض يجرمها من غنائم الديمقراطية السليمة.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> كمال الغالي، المرجع السابق، ص 380.



فالتقاليد الدستورية الإنجليزية تلي دائما أن تكون معارضة قوية وبناءة مسؤولة، لأنها تدرك أنه فيما لو تغيرت الظروف ودعى حزب الأقلية الممثل للمعارضة لتشكيل حكومة في المستقبل، فإن الوعود أو النقد المنسوب بحسب عليها، لذلك فعلى المعارضة في بريطانيا- كما يقول كل من الدكتور سكوت والدكتور كوبرين - أن تفكر مرتين في سياستها التي تتبعها في كشف العيوب وتسليط الأضواء عليها عن طريق النقد الموجه للحكومة سواء من خلال الأسئلة أو الاستجابات الموجهة للوزراء، أو عن طريق الرد على خطاب العرش\*.

والمعارضة في الولايات المتحدة الأمريكية ليست واضحة المعالم مثلما في بريطانيا، حتى أن المعارضة في الأولى تبدو أقرب إلى مثلتها في النظم التعددية كفرنسا والبلاد الاسكندنافية وسائر البلاد التي تأخذ بنظام التمثيل النسبي. وأخيراً يمكننا القول أن وجود الأحزاب في الحياة السياسية، يعتبر تأكيداً للممارسة الديمقراطية، وحق المعارضة في إمكانية التغيير السلمي للحكام، وبهذا المعنى يعتبر وجود حزب معارض للحكومة، حائلاً دون استبداد هذه الأخيرة.

#### الفرع الثالث: أثر الثنائية الحزبية على النظام البرلماني

إن النظام البرلماني يقوم على أساس ثنائية الجهاز التنفيذي المكون من رئيس الدولة والوزراء، ورئيس الدولة يتقيد في اختياره لرئيس الوزراء والوزراء بالأغلبية البرلمانية التي استطاع أحد الحزبين تحقيقها في الانتخابات، ولذا فإن الوضع السليم في النظام البرلماني - وان كان لرئيس الدولة سلطة تعيين الوزراء - وإقالتهم، إلا أن هذا الحق مقيد بالأغلبية البرلمانية ومدى تمكنها من المحافظة على قوتها واستمرارية وجودها في البرلمان.

لهذا فالوضع السليم للنظام البرلماني في ظل نظام الحزبين، هو وجود وزارة مشكولة من أعضاء الحزب الممثل للأغلبية البرلمانية، في حين يمثل الحزب الآخر دور المعارضة الذي يحده من غلو واستئثار حزب الأغلبية في صنع التشريعات وتنفيذها.

وكما سبق القول فإن النظام البرلماني يقوم على التعاون بين السلطة التشريعية والتنفيذية والرقابة المتبادلة بينهما، فالسلطة التنفيذية دعوة البرلمان للانعقاد وحق حله وتأجيل انعقاده، وللسلطة التشريعية استجواب الوزراء وطرح الأسئلة عليها وإجراء تحقيق معهم وسحب الثقة من الوزير أو الوزارة بأكملها.<sup>1</sup>

\* لهذا يقول الأستاذ اندريه ماتيو andre mation في مقدمة كتاب له حول النظام السياسي البريطاني " إذا توجب اختيار ضابط فرد عن الديمقراطية الليبرالية فأنت تختار الضابط المستمد من المكانة المعطاة للمعارضة.  
<sup>1</sup> محسن خليل، المرجع السابق، ص 323.



ولهذا يأتي دور الثنائية الحزبية بما تلعبه على مسرح الحياة السياسية. على قمة العوامل المؤثرة في النظام البرلماني<sup>1</sup>. لهذا يعتبر نظام الحزبين في مقدمة العوامل الأساسية لنجاح النظام البرلماني.

ولما كانت الثنائية المرنة لا تصلح للنظام البرلماني. أو على الأقل لا يمكن تطبيقها لفترة طويلة. نتيجة لطبيعة العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية - القائمة على حق الحكومة في حل البرلمان. مقابل حق البرلمان في سحب الثقة من الحكومة - والتي تؤدي إلى جعل الثنائية المرنة طريقاً إلى تشنج الأحزاب وجموده. وبالتالي تحويلها إلى ثنائية جامدة. فإن النظام البرلماني يتطلب توافر الثنائية الحزبية الجامدة. كونها تعطي نتائج جيدة لهذا النظام تتمثل في الاستقرار السياسي والحكومي.

إلا أن الثنائية الجامدة تزيد في سلطة رئيس الحكومة على الوزراء والنواب. لما تفرضه عليهم من الانضباط. وتنفيذ تعليمات الحزب. كما أن وحدة السلطتين التشريعية والتنفيذية. تؤدي إلى إقامة علاقة عميقة بينهما تتجاوز حد التوازن الذي يكفله مبدأ الفصل بين السلطات. حيث تميل هذه العلاقة بميزان توازن القوى تدريجياً في اتجاه تجميع السلطتين معاً وتركيزهما في يد رئيس الوزراء بصفته زعيم الحزب صاحب الأغلبية. الأمر الذي يؤدي إلى اختلال التوازن بين السلطتين. وانتفاء الرقابة المتبادلة بينهما. عن طريق تحويل مبادئ وأسس هذه العلاقة إلى مجرد قواعد نظرية جتة.

إلا أن نظام ثنائية الأحزاب إذا ما تبعته الدولة البرلمانية. فإن هذه المبادئ والأسس تتحول إلى مجرد قواعد نظرية جتة من خلال التعاون التام بين السلطتين التشريعية والتنفيذية. والتي يسيطر عليها ويوجهها نفس الحزب الفائز في العملية الانتخابية. وتؤدي المعارضة دورها في نظام الحزبين بشكل واضح ومحدد المعالم. وذلك بسبب اعتدالها ووضوحها وطبيعتها علاقتها بالحزب الحاكم<sup>2</sup>.

وبذلك نجد أن النظام السياسي الدستوري في كل من الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا قد تميز بثنائية الأحزاب السياسية كما عايشته دولاً أخرى هذه الثنائية كتركيا وبلجيكا ونيوزيلندا وأستراليا والسويد وكندا وبعض الدول اللاتينية ولكنها كانت ظاهرة مؤقتة. ولذلك يذهب غالبية الفقه إلى اعتبار الثنائية الحزبية ظاهرة خاصة بالبلاد الأنجلوساكسونية.

<sup>1</sup> لمزيد من التفصيل راجع:

<sup>2</sup> Duverger, Maurice, les partis politiques, huitième éd, librairie Armand colin, 1973. p 435.

<sup>2</sup> نعمان أحمد الخطيب. الأحزاب السياسية ودورها في أنظمة الحكم المعاصرة. دار التوفيق النموذجية للطباعة والجمع الآلي. الأزهر. ص 560.



### المطلب الثاني: التعددية الحزبية في الأنظمة الدستورية

النظام الدستوري في الدولة هو انعكاس للنظام الحزبي القائم الذي يؤثر على طبيعة الفصل بين السلطات. ويختلف هذا التأثير من نظام إلى آخر. ولنظام التعددية الحزبية أثره البين على الواقع السياسي للدولة إذ يلعب دورا بارزا في تحريك الأحداث الداخلية لها و كذلك الخارجية ويؤدي دورا ملحوظا من حيث العلاقة بين السلطات ومبدأ الفصل بينهما والذي يختلف عنه في النظم السياسية الدستورية التي تأخذ بنظام الثنائية الحزبية .

#### الفرع الأول: أثر التعددية الحزبية على النظام الرئاسي

إن دور الأحزاب السياسية في النظم الرئاسية. هام في التأثير على كيان النظام الرئاسي وما فيه من فصل بين السلطات. فإذا ما كان في الدولة حزبان فقط كالولايات المتحدة الأمريكية. التي بها الحزب الجمهوري والحزب الديمقراطي اللذان يتصارعان معا بغية الوصول إلى السلطة فإن الفصل بين السلطات تتغير معالمه إذا كان الحزب الذي حصل على الأغلبية في البرلمان هو نفسه الذي ينتمي إليه الرئيس. حيث ستكون إرادة الرئيس هي المسيطرة على الدولة بأسرها. سواء على الحكومة أو البرلمان. مما يجعل النظام يميل نحو أن يكون نظاما من نظم تركيز السلطات.<sup>1</sup>

وعلى خلاف ذلك إذا كان حزب الرئيس لم يحصل على أغلبية المقاعد البرلمانية. فإن انتماء الرئيس لحزب وانتماء الأغلبية البرلمانية لحزب آخر من شأنه دائما أن يحافظ على الفصل بين السلطات.

وذات الشيء يمكن أن يقال إذا كان هناك ثلاثة أحزاب حيث نجد احتمال حصول أي منهما على الأغلبية المطلقة في البرلمان احتمال بعيد. وبالتالي فإن حزب الرئيس لن يكون له في الغالب الأغلبية المطلقة. الأمر الذي يجعل المعارضة داخل البرلمان قوية فيقوي مبدأ الفصل بين السلطات.

وبناء على ذلك يمكن القول بأنه عندما تتعدد الأحزاب في ظل نظام رئاسي فإن رئيس الدولة يستطيع أن يكتسب نفوذا قويا وتأثيرا ضخما على سير العملية السياسية. بالإضافة إلى سلطاته الواسعة التي يمنحه إياها النظام الرئاسي في الوقت الذي يكون فيه البرلمان مفككا وضعيفا بسبب توزيع مقاعد البرلمان ما بين الأحزاب وعدم تماسكها.<sup>2</sup>

ويزداد نظام التعدد الحزبي تأثيرا على مبدأ الفصل بين السلطات بزيادة درجة الجمود وعدم المرونة التي تتصف بها غالبا الأحزاب السياسية في حالة التعدد وهذا يؤدي بدوره إلى:

<sup>1</sup> ثروت بدوي. المرجع السابق. ص 339.

<sup>2</sup> بلال أمين زين الدين. الأحزاب السياسية من منظور الديمقراطية المعاصرة. الطبعة الأولى. 2011. ص 361.



أولاً: أن السلطة التشريعية أو البرلمان يبدو عليه سلطان الحزب على نوابه. وهذا يرجع إلى علاقة التعدد الحزبي بنظام الانتخاب بالأغلبية النسبية، والذي يتميز بالدوائر الانتخابية الكبيرة التي تفقد النائب صلته بالناخب، وتقوى نفوذ الحزب عليه مما يشعره دائماً بأنه مدين للحزب الذي رشحه ودعمه في الانتخابات، وبالتالي فهو يعتبر نفسه مندوباً عن الحزب أكثر مما ينظر إلى نفسه باعتباره نائباً عن الدائرة الانتخابية جميعها.

ثانياً: كذلك يترتب على جمود الأحزاب السياسية وعدم مرونتها وسيطرتها على رجال السلطة في حالة التعدد ضعف التماسك الائتلافي لمجموع الأحزاب سواء كانت في الحكم أو المعارضة وإيجاد فصل آخر للسلطات يقوم على مستوى أفقي، من خلال استئثار كل حزب بوزارة أو أكثر من الوزارات، الأمر الذي يؤدي إلى جعل مجلس الوزراء أشبه بمجموعة من الإقطاعيين تحت السلطة الاسمية لرئيس الوزراء.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: المعارضة والتعدد الحزبي

تختلف طبيعة المعارضة ومن ثم دورها في نظام التعدد الحزبي عنها في نظام الثنائية، فحيث تتسم المعارضة في نظام الثنائية الحزبية بالفعالية والوضوح والاعتدال، فإنها تبدو غير ذلك في نظام الأحزاب المتعددة.

إن الأنظمة الحزبية في العالم لا تتعدى ثلاثة، وهي نظام الحزب الواحد، نظام الحزبين أو كما يطلق عليه أحياناً الثنائية الحزبية، وأخيراً نظام تعدد الأحزاب أو نظام التعدد الحزبي، وطبيعة المعارضة من حيث القوة والوضوح، أو الضعف والتعقيد لا تتأثر بالنظام الحزبي السائد فحسب، بل أيضاً بالبعد الأيديولوجي.

فالمعارضة في ظل نظام الحزب الواحد ليست هي المعارضة المتعارف عليها في النظم الديمقراطية المعاصرة بل هي ما يطلق عليه بالنقد والنقد الذاتي داخل هيكل الحزب أو بنيانه في حدود معينة بحيث لا يمكنها مجال من الأحوال أن تمس الفلسفة الأساسية أو الأيديولوجية السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي يقوم عليها الحزب، أما المعارضة بمدلولها المعاصر فقد انطلقت من خلال الأنظمة النيابية، الغربية مهد الأيديولوجية الليبرالية أو التحررية والتي انبثقت عنها الأحزاب الثنائية والأحزاب المتعددة القائمة على مبدأ الفصل المرن أو التام بين السلطات.

فكما تتميز حكومات الحزبية المتعددة بضعفها وتفككها وعدم تماسكها، فإن المعارضة أيضاً تتألف من عناصر مختلفة، بل أحياناً متنافرة لا يجعلها سوى بعدها عن الحكم،

<sup>1</sup> محمد الشافعي أبو راس، التنظيمات السياسية الشعبية، عالم الكتب، القاهرة، 1974، ص 386.



ومحاولة النيل من الحكومة الائتلافية. فلا تصل المعارضة في ظل نظام التعدد إلى القوة والانسجام اللتين تتميز بهما المعارضة في نظام الثنائية الحزبية. وذلك بسبب افتقار الأولى لجهاز واحد يقوم بهذه المهمة.

إن المعارضة في نظام تعدد الأحزاب لا ترى أي حرج أو شعور بالمسؤولية أمام الرأي العام فيما لو قصرت في تنفيذ الوعود التي قطعتها على مجموع الناخبين أثناء انتقاداتها للحزب أو الأحزاب الحاكمة. وبالتالي تأتي انتقاداتها حادة وعنيفة. بالإضافة إلى ما تتصف به من غموض وعدم وضوح بسبب تعدد أطرافها من جهة. وضعف الخط الفاصل بينهما وبين الحكومة من جهة أخرى.<sup>1</sup>

وما يزيد المعارضة في ظل نظام الأحزاب المتعددة غموضا وعدم تحديد طبيعتها المزدوجة التي تضع الحزب الحاكم أمام نوعين من المعارضة. المعارضة الخارجية التي تمارسها أحزاب الأقلية الخارجة عن الائتلاف الوزاري. والمعارضة الداخلية والتي يقودها مجموعة الأحزاب المؤتلفة مع الحزب الحاكم. حيث تتبنى برنامج معين. بقدر ما يهدف إلى تحميله مسؤوليات الأخطاء التي قد تقع فيها الحكومة الائتلافية.<sup>2</sup>

#### أولا: المعارضة المتقطعة

إذا كان عدد الأحزاب يلعب الدور الرئيسي والهام في تحديد دور وطبيعة المعارضة. فإن لبعض التحالفات الحزبية واتساع قواعدها أثرا في ذلك. وإن لم يرق إلى نفس التأثير في هذا المجال. فالدور الذي يؤديه المعارضة من خلال حزب صغير مثلا. ذي قاعدة صغيرة وضيقة. ليس بنفس الدور الذي يؤديه حزب ذو قاعدة عريضة تضم مصالح وإجاهات متعددة.<sup>3</sup>

فالمعارضة التي يقودها الحزب الصغير -إن صحت التسمية- تتصف غالبا بالصلابة والجمود وعدم الاتزان. نظرا للطبقة الواحدة التي تمثله. ذلك عكس الحزب الكبير ذي القاعدة الواسعة التي تضم المصالح المتعددة التي تخفف من تهوره وجمود مواقفه تجاه الحزب الحاكم. والحزب ذو القاعدة الضيقة يتسم غالبا بالتصلب في مواقفه بعكس الحزب المركب الذي يبدو مرنا ومعتدلا وأكثر اتزاناً.

وإزاء تعدد المصالح والطبقات داخل بعض الأحزاب ذات القواعد الواسعة. فإنها تحاول دائما استرضاء كافة الإجاهات باستخدام نوع من المعارضة التي تعبر فيها عن احتياجات وأماني كل طائفة أو طبقة من هذه الطوائف والطبقات أو المصالح. وتسمى لذلك بالمعارضة

<sup>1</sup> Duverger , m : op, cit, p 455.

<sup>2</sup> نعمان أحمد الخطيب. المرجع السابق. ص 408.

<sup>3</sup> لزيد من التفصيل راجع: محمد الشافعي أبو راس. المرجع السابق. ص 399.





المتقطعة position cloisonnée. أو كما يسميها البعض بالمعارضة الطائفية. دلالة على الاعتبارات المتعددة التي يجب أن تراعيها هذه المعارضة.<sup>1</sup>

### ثانياً: البعد الأيديولوجي والمعارضة

للأحزاب السياسية كما ذكرنا تقسيمات عدة ومختلفة باختلاف الزاوية التي ينظر منها إلى هذه الأحزاب. من هذه التقسيمات ما يقوم على فكرة العقيدة أو المذهب أو -إن صح تعبيرنا- البعد الأيديولوجي. فكان منها ما يقوم على مذهب له أصوله وقواعده تفسر ما هو قائم وتبين ما سيكون. ومنها ما لا يقوم على مذهب أو عقيدة معينة. وإنما على معالجة مسألة من المسائل أو بغية كسب الانتخابات للوصول إلى السلطة دون ارتباطه بأي مذهب أو مبدأ.<sup>2</sup>

وبنفس معيار البعد الأيديولوجي ذهب الأستاذ ديفرجيه إلى تقسيم الأحزاب إلى ثلاثة. بتمييزه بين ثلاثة أنواع من التنافس الحزبي في هذا المجال:

\_ تنافس بلا مبادئ une lutte sans principes

\_ وتنافس على مبادئ ثانوية une lutte sur des principes seconds

\_ وتنافس على مبادئ<sup>3</sup> une lutte sur des principes fondamentaux

أما النوع الأول وهو التنافس بلا مبادئ، فأوضح ما يمثله هو الصراع الحزبي الذي يقوده كل من الحزب الديمقراطي والحزب الجمهوري في الولايات المتحدة الأمريكية. على اعتبار أن الهدف النهائي لكل منهما هو الوصول إلى السلطة سواء بدفعه لمرشحين تجاه البرلمان. أو سعيه لاحتلال البيت الأبيض حسب قاعدة "أخل لي المكان لكي أحتله".

ويمثل الصراع الحزبي السائد في بريطانيا وألمانيا الغربية والبلاد الاسكندنافية النوع الثاني من التنافس الحزبي. حيث يأتي تقسيم الأحزاب متطابقاً مع الانقسامات العقائدية والاجتماعية في البلاد.

فحزب المحافظين وحزب العمال مثلاً. يعتنقان مفهومين مختلفين للملكية والدخل والإنتاج وتوزيع الثروة وغيرها. مع بقائها متفقين من حيث الأساس وحق كل واحد منهما في ممارسة العمل السياسي والمحافظة على الكيان الديمقراطي القائم على حرية الرأي والانتخاب.

فالأحزاب من هذا النوع تتميز عن غيرها من النظم الحزبية. بأن كل واحد منها يتبنى من البرامج والبدائل التي يراها قادرة على تنظيم كافة جوانب الحياة السياسية والاقتصادية

<sup>1</sup> نبيلة عبد الحليم. الأحزاب السياسية في العالم المعاصر دار الفكر العربي. ص 180 وما بعدها.

<sup>2</sup> سليمان الطماوي. المرجع السابق. ص 570.

<sup>3</sup> BURDEAU. G : traité de science politique tome 111\_1986.p 251.



والاجتماعية. لتأتي ملائمة لحاجات المجتمع دون الدعوة إلى إجراء تغيير شامل وجذري لمجموعة المبادئ والأسس التي بنيت في جوها هذه الأنظمة. الأمر الذي يعطي المعارضة في ظل هذا الجو من التنافس صفة الوضوح والقوة. ولن دون الذهاب إلى احتكار السلطة والقضاء على غيرها من الأحزاب.<sup>1</sup>

أما النوع الثالث من التنافس والذي يقوم على مبادئ أساسية. فيجد أرضه في الأنظمة التي سمحت بقيام الحزب الشيوعي وممارسته لأنشطته بجانب الأحزاب الوطنية الأخرى.

ويأتي اعتراف هذه الأنظمة بوجود مثل هذه الأحزاب وشرعيتها. من خلال ما تمليه عليها الاعتبارات الديمقراطية. مع شعورها بأن غاية هذه الأحزاب وأهدافها ليست مقصورة على السلطة كما في الولايات المتحدة الأمريكية. أو إجراء تغييرات ثانوية في بعض جوانب الحياة العامة كما في المملكة المتحدة. وإنما هدفها القضاء الكامل على الديمقراطية الغربية والتخلص من كافة مسائل العمل السياسي التي تبناها. ومنها التعدد الحزبي. فوصولها للسلطة لا يعني تمثيلها للأغلبية البرلمانية فحسب - مع بقاء أحزاب الأقلية ممثلة للمعارضة - وإنما هدفها البعيد هو القضاء على أي معارضة والانفراد بالعمل السياسي على غرار الحزب الواحد في الاتحاد السوفيتي وما أخذت به إيطاليا وألمانيا إبان العهدين الفاشي والنازي.<sup>2</sup>

والمعارضة التي تتبنى التغيير في المبادئ الأساسية هي غالباً من صنع الأحزاب لا من صنع الناخبين. ففي فرنسا مثلاً - يطالب الناخبون الشيوعيون كغيرهم من الناخبين بحرية التعبير واحترام المعارضة وبالوسائل السياسية للديمقراطية. مثلهم مثل الناخبين من الطبقة الوسطى التي أوصلت الفاشية إلى الحكم دون اتجاه إرادتهم إلى قيام الديكتاتورية ومع ذلك. فطبيعة هذه الأحزاب وأساليب عملها تهدف إلى إهمال المعارضة والقضاء عليها خاصة عند توليها الحكم.

### الفرع الثالث: أثر التعددية على النظام البرلماني

في الحقيقة يمكن القول بأنه يصعب في نظام الأحزاب المتعددة في ظل النظام السياسي البرلماني أن يفوز أحد الأحزاب بالأغلبية البرلمانية بالحد الذي يؤهلها إلى قيامها بالانفراد في تشكيل الحكومة والسيطرة على مقاليد السلطة في الدولة التي تأخذ بهذا النظام وبالتالي لا تكون الحكومة في هذه الحالة إلا حكومة ائتلافية ضعيفة تتكون من عدة أحزاب وذلك لحاجتها لأغلبية برلمانية تمكنها من تشكيل حكومة تتكون من عدة أحزاب ثم البقاء والاستمرار في الحكم .

<sup>1</sup> مزيد من التفصيل راجع: محمد الشافعي أبو راس. المرجع السابق. ص 401.

<sup>2</sup> نعمان أحمد الخطيب. المرجع السابق. ص 413.



فحيث يكون الحكم برلمانياً فإن رئيس الوزراء لا يجد في البرلمان أغلبية يرتبط بها حزياً تسانده وتؤازره بل يبقى هو ووزرائه تابعين للبرلمان وتحت رقابته وتتحصر مهامهم في تنفيذ ما تتوصل إليه الأحزاب المؤتلفة من قوانين وما تميله عليهم من برامج ليصبح البرلمان في هذه الحالة صاحب السلطة ويتحول الوزراء إلى مجرد مندوبين يمارسون الحكم وفق ما يصدره إليهم البرلمان من أوامر وتعليمات الأمر الذي يقرب هذا النظام من حكومة الجمعية النيابية. وهذا ما حدث في فرنسا في ظل دستورها في سنة 1875 حيث أدت كثرة الأحداث وتعددها في فرنسا إلى استحالة قيام أغلبية برلمانية متجانسة ما ترتب عليه فشل النظام البرلماني وانقلابه إلى نظام حكومة الجمعية النيابية.<sup>1</sup>

ونتيجة لذلك إذا ما تعددت الأحزاب في ظل النظام البرلماني فإنه يصعب إمكانية قيام حزب واحد بتشكيل الحكومة لعدم حصوله على الأغلبية البرلمانية بالقدر الذي يؤهله إلى تشكيلها بمفرده. ولهذا تصبح الحكومة ائتلافية مكونة من وزراء ينتمون إلى أحزاب متعددة لا تتلاءم مع أصول النظام البرلماني وما يفرضه من تضامن بين أعضاء الوزارة. فتقرير السياسة العامة للحكومة البرلمانية يكون من سلطة مجلس الوزراء. فإذا ما تعددت الأحزاب وصارت الحكومة ائتلافية فإنه يستحيل الوصول إلى وضع سياسة ثابتة لهذه الحكومة. خاصة إذا ما وضعت في الاعتبار أن كل حزب يختلف عن الآخر في أفكاره ومعتقداته وآرائه الفكرية والمذهبية والأيدولوجية التي تتعلق بالنواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية.<sup>2</sup>

كذلك يؤخذ على نظام التعددية الحزبية في ظل النظام البرلماني أن تشكيل الوزارات الائتلافية نادراً ما يكون خالياً من تواجد الأحزاب الصغيرة بل يدعمها نظام الانتخاب بالتمثيل النسبي الذي تضمن به هذه الأحزاب للوصول إلى شغل مقاعد في البرلمان. وبعض هذه الأحزاب يود أن يثبت وجوده ويفرض أيديولوجيته الخاصة به. ولذلك كثيراً ما تنشأ الخلافات فيما بين هذه الأحزاب وبين الوزارة الائتلافية مما يؤدي إلى وضعها في موقف حرج أمام هذه الأحزاب خاصة إذا ما خضعت لفكر هذه الأحزاب فتزيد من سيطرتها على الائتلاف الحاكم.

إن أهم ما تنعت به الحكومات الائتلافية في النظم السياسية أنها مصدر خطير من مصادر الضعف القومي.<sup>3</sup>

فالجمود الذي تتصف به الأحزاب السياسية في ظل نظام التعدد الحزبي. ينعكس على رجالها الذين بعثت بهم إلى كراسي السلطة. وهذا بدوره يسبب الاحتكاك المستمر بين

<sup>1</sup> سليمان الطماوي. السلطات الثلاث. المرجع السابق. ص 576.

<sup>2</sup> محمد الجذوب. القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان. منشورات الحلبي الحقوقية. لبنان. الطبعة الرابعة. 2002. ص 138.

<sup>3</sup> محمد الشافعي أبو راس. المرجع السابق. ص 256.



أعضاء البرلمان أو أعضاء الحكومة. لذا تتهم هذه الوزارات دائما بأنها عاجزة عن اتخاذ القرارات السياسية القوية. بالإضافة إلى المساومات النفعية من أجل الاشتراك في الائتلاف الحكومي. كل يعرض مطالبه ويبين وجهة نظره في أي مسألة من المسائل التي يراها جديرة بالأهمية لذا فكثير من الأحزاب تستغل هذه المساومات بغرض مطامعها وأخذ تعهدات من رئيس الائتلاف بالعمل على تنفيذ خطة معينة. فيما لو تم هذا الائتلاف وتشكل به المجلس الوزاري. هذا السلوك الذي تسلكه الأحزاب عادة في مثل هذا الحال يؤدي إلى تأخير تشكيل الوزارة الائتلافية. لذا فان المساومات النفعية الطويلة والتي تسبق تكوين الائتلاف وتمهد له. لا تعطي عملية تأليف الوزارة إلا صبغة السلوك السياسي الذي لا مبدأ له.<sup>1</sup>

ما سبق نستنتج أن مشكلة هذا النموذج من الأنظمة هي عدم الاستقرار الوزاري. إلا أن هذه الظاهرة تزول أحيانا بفعل عدة عوامل معينة أهمها اثنان:

— قيام محور ثنائي. بحيث تنقسم الأحزاب الموجودة مثلا إلى خالف يميني وخالف يساري. يضم كل منهما عددا من الأحزاب. فيتسلم السلطة التحالف الذي يحوز على الأغلبية من المقاعد البرلمانية. ويستمر فيها حتى نهاية الدورة التشريعية. وهذا ما حصل في فرنسا منذ استتاب الجمهورية الخامسة. كما حصل أيضا في ألمانيا.

- وجود حزب مهيمن بين مجموعة الأحزاب الصغيرة. بحيث يتمكن من أن ينال نسبة من المقاعد تفوق بشكل كبير ما يحصل عليه أي حزب آخر. كأن ينال مثلا نصف المقاعد البرلمانية أو أكثر مثلا. كما يحصل عادة في بعض الدول الاسكندنافية. أو في إيطاليا أحيانا أو في الهند أو المكسيك.

#### خاتمة

من خلال دراسة الأحزاب السياسية تبين لنا أنها تمثل إحدى أبرز الآليات التي تعكس بشكل أو بآخر نشاط المجتمع. وقد بات من الصعب أن نفهم طبيعة نظام سياسي معين إلا من خلال فهمنا لماهية الأحزاب العاملة فيها. ( فالنظم السياسية هي انعكاس لواقع اجتماعي وظهور الأحزاب. قد غير بدرجة كبيرة في كيان النظم السياسية بالشكل الذي أصبح فيه ينظر إلى النظم السياسية الحديثة بوصفها نظما حزبية سواء كانت ليبرالية أو سلطوية أو شمولية تعددية أم أحادية ).

<sup>1</sup>المزيد من التفصيل راجع: عبد الحميد متولي. نظام الحكم في إسرائيل مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الحديثة. منشأة المعارف. الإسكندرية. الطبعة الثالثة. 1976. ص 253.



وقد توصلنا الى النتائج التالية:

- 1- الأحزاب السياسية تؤثر تأثيراً فعالاً في النظام السياسي سيما طبيعة العلاقات بين السلطات الثلاثة التشريعية والتنفيذية والقضائية باتجاه الفصل بينها أو التعاون والتكامل بينهما.
- 2- أن نظام الثنائية الحزبية لا يؤدي إلى تركيز السلطة لحزب واحد أو إحداث تغيير عميق وقوي في مبدأ الفصل بين السلطات لاسيما في النظام الرئاسي بفوز الحزب صاحب الأغلبية في البرلمان يؤدي إلى التعاون والتفاهم بين السلطتين التشريعية والتنفيذية.
- 3- أن نظام تعدد الأحزاب يضعف العلاقة بين البرلمان والحكومة ، سواء في النظام الرئاسي أو البرلماني حيث لا تتوافر لحزب واحد الأغلبية فانه يتعين اللجوء إلى الحكومات الائتلافية الغير متجانسة مما يساهم في سقوطها والتي غالباً ما تثير أزمة سياسية بين الحكومة والبرلمان، أو رئيس الدولة والبرلمان.
- 4- أن توافق وجهات نظر الحكومة المؤتلفة من عدة أحزاب الغير متجانسة التي لا يجمعها إلا الرغبة في الحصول على الأغلبية البرلمانية التي تمكنها من تشكيل الحكومة. تكون ضعيفة بين أعضائها مما يصعب تطبيق برنامج متماسك الأجزاء ومحدد المعالم.
- 5- لعل من أهم تأثيرات الظاهرة الحزبية على الأنظمة الدستورية أنها أقرب إلى بيان اتجاهات الرأي العام بشكل صادق وأمين. لذلك فهو أجدر بتحقيق التمثيل الواسع لكل القوى السياسية في الدول التي تأخذ به. ويؤكد بعض الباحثين أن هذا النظام يؤدي إلى تحقيق مفهوم الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية إلى حد كبير. ذلك لأن البرلمان يستفيد من انعدام التوازن الحزبي فيؤثر في الحكومة.
- 6- يعتبر كل من نظام تعدد الأحزاب والثنائية الحزبية. بناءاً طبيعياً لمفهوم الحزب السياسي المؤسس على حرية تكوين المؤسسات والجمعيات والمنظمات السياسية. هذا بالإضافة إلى أن كلا من النظامين يقوم على مبدأ حيوي في الحياة السياسية الديمقراطية وهو حرية المعارضة. لكونها ظاهرة صحية في الحياة السياسية والتي تفتقر إليها النظم الدكتاتورية القائمة على نظام الحزب الواحد.



## دور مجلس المحاسبة في الرقابة على نفقات الصفقات العمومية

طلاش خليدة طالبة دكتوراه

جامعة الجزائر

### ملخص:

يتمتع مجلس المحاسبة باعتباره هيئة وطنية مستقلة بدور رقابي شامل على تنفيذ العمليات المالية المرخص بها من طرف السلطة التشريعية. وباعتبار أن الصفقات العمومية تعتبر من بين الوسائل القانونية لتحقيق المرفق العام والتي يُخصص لتنفيذها نفقات عمومية معتبرة، يستوجب ارساء قواعد واجراءات رقابية تلائم وتوافق تدعيم وتفعيل الرقابة البعدية لمجلس المحاسبة على تسيير ملفات الصفقات العمومية لدى الهيئات والمؤسسات المخولة قانونا تحقيق المرفق العام. وذلك نظرا لأهمية وتعقيد رقابة نظامية ونوعية تسيير هذا النوع من العقود الادارية.

حيث أنه في اطار مبادرة الجزائر باصلاح المنظومة القانونية للرقابة على الصفقات العمومية، من خلال مصادقتها على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، التي ألزمت الجزائر على تكييف نظامها الداخلي بمناسبة ادارة أموالها العمومية على مبادئ الشفافية والمنافسة وكذا الاعتماد على معايير موضوعية في اتخاذ القرارات تم تدعيم هذا الاصلاح بالحث على اتخاذ التدابير اللازمة. تطبيقا للتعليمية الرئاسية رقم 03 المؤرخة في 13 ديسمبر 2009 والمتعلقة بمكافحة الفساد. من خلال تديم وتفعيل الدور الرقابي لمجلس المحاسبة على نفقات الصفقات العمومية بما يواكب التعديلات المتتالية للنصوص المنظمة للصفقات العمومية.

### Résumé

La cour des comptes jouit d'un rôle de contrôle globale sur l'exécution des opérations financières autorisées par le législateur, en tant qu'une institution nationale indépendante compte tenu, du fait que les marchés publics sont considérés parmi les moyens juridiques les plus incarnés afin de réaliser le service public, dont les dépenses publiques considérables sont consacrés pour son exécution, ce qui nécessite le recours à initier des règles et procédures appropriées au renforcement du contrôle à postériori de la cour des comptes sur la gestion des opérations de conclusion des marchés publics, auprès des organismes et établissements dotés légalement d'une mission de réalisation du service public, vu l'importance et la complexité du contrôle de régularité et de qualité de gestion de ce type de contrat administratif.

Et dans le cadre d'initiative des autorités Algériennes à mener des réformes significatives apportées au régime juridique du contrôle sur les marchés publics, débutées par la ratification de la convention des nations unies de la lutte contre la corruption, par laquelle les pouvoirs Algériens sont soumis à l'obligation d'adapter la législation nationale à l'occasion de la gestion de ces deniers publiques sur les principes de transparence, la



concurrency ainsi l'objectivité lors de prise des décisions .ces réformes sont confirmées par la consécration des mécanismes nécessaire, en application de la circulaire présidentielle n°3 du 13 décembre 2009 relative à la lutte contre la corruption . d'où ces dernières ont contribué au renforcement du rôle de contrôle exercé par la cour des comptes sur les dépenses des marchés publics concomitamment aux réformes apportées aux textes réglementaires régissant les marchés publics

## Abstract

The national Audit office has a role of a global control over the execution of financial operations authorized by the legislature as an independent national institution in view of the fact that public works contracts are considered among the most ingrown legal means in order to realized the public service, including where considerable public expenditures are devoted to its execution, which requires the appeal to initiate appropriated rules and procedures to strengthen the posterior control of the national Audit office on the management of public works contracts conclusion , besides organizations and institutions endowed legally to the achievement mission of the public service due to the importance and complexity of the regularity control and this type of administrative contract management quality.

As part of initiative of Algerian authorities to carry out significant reforms to the legal system of control on public works contracts, starting by the ratification of the United Nations Convention in the fight against the corruption, whereby the Algerians powers are subject of the obligation to adapt national legislation in the occasion of these public funds management, on the principles of transparency, competition and objectivity when the decisions are taken. These reforms are confirmed by the recognition of the necessary mechanisms, in application to the presidential circular No 3 of December 13<sup>th</sup>, 2009 related to the fight against corruption. Where these latter have contributed to strengthening the role of control exercised by the national Audit office on the expenditure of public works contracts according to the reforms bring to the regulatory texts governing public works contracts.

## مقدمة:

إن الرقابة على تسيير النفقات محل الصفقات العمومية. تعني العملية الإجرائية التي تسبق أو ترافق أو تعقب تنفيذ هذه النفقات. والتي تمارس من قبل أجهزة مختصة قصد تجنب وقوع أي خلل أو خطأ في التنفيذ<sup>1</sup>. في إطار احترام الرخصة الممنوحة من طرف السلطة التشريعية. ويتجسد ذلك في الرقابة الإدارية التي تشمل من جهة. الرقابة السابقة و اللاحقة التي تمارس من طرف الهيئات التابعة لوزارة المالية. كما تمتد من جهة أخرى. إلى الرقابة اللاحقة الممارسة من قبل هيئات مستقلة عن السلطة التنفيذية.

وسنتقيد بدراسة الدور الرقابي لمجلس المحاسبة باعتباره هيئة وطنية مستقلة. تتمتع بصلاحيات واسعة لممارسة الرقابة البعدية على تسيير نفقات الصفقات العمومية في اطار الاصلاحات المتتالية للنصوص المنظمة لهذه الأخيرة والهادفة الى ضمان احترام الاستعمال

<sup>1</sup> - الأستاذ/ محمد الصالح فنينش. الرقابة على تنفيذ النفقات العمومية في القانون الجزائري. رسالة دكتوراه للسنة 2011-2012.





العقلاني لتسيير النفقات العمومية مع ضمان احترام حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين اضافة الى شفافية الاجراءات.

حيث أن الرقابة اللاحقة لمجلس المحاسبة التي تمارس على مراحل ابرام الصفقات العمومية. تعد رقابة مكملة لرقابة لجان الصفقات ورقابة الهيئات الادارية التابعة لوزارة المالية.

وباعتبار أن أهداف الرقابة السابقة محدودة بالنظامية الخارجية. فان الرقابة اللاحقة لا تتدخل في قرار الأمر بالصرف بل يمكن أن تتعلق بجوانب النظامية وتهتم خاصة بملاءمة صرف النفقات<sup>1</sup>.

وفي هذا السياق قد تم تأسيس مجلس المحاسبة فعليا عام 1980. تجسيدا للمادة 190 من دستور 1976. التي نصت على أنه: "يؤسس مجلس محاسبة مكلف بمراقبة مالية الدولة والحزب والمجموعات المحلية والمؤسسات الاشتراكية بجميع أنواعها.

يحدد القانون قواعد تنظيم هذا المجلس وطرق تسييره وجزاء تحقيقاته".

حيث كان أول نص يحدد قواعد سير وتنظيم المجلس. هو القانون رقم 80-05<sup>2</sup>. المؤرخ في الفاتح من مارس 1980. الذي منح له الاختصاص الإداري والقضائي لممارسة رقابة شاملة على الجماعات والمرافق والمؤسسات والهيئات التي تسيير الأموال العمومية أو تستفيد منها مهما يكن وصفها القانوني.

وفي إطار دستور 1989 وبموجب المادة 160 منه. تم تعديل النص رقم 80-05. بالقانون رقم 90-32<sup>3</sup>. المؤرخ في 4 ديسمبر 1990. الذي حصر مجال تدخله في رقابة مالية الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية وكل هيئة خاضعة لقواعد القانون الإداري وقواعد المحاسبة العمومية. وبالتالي استثنى المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري. كما حصر اختصاصاته في ممارسة صلاحياته الإدارية وتم تجريده من صلاحياته القضائية.

وبصدور الأمر رقم 95-20<sup>4</sup>. المؤرخ في 17 جويلية 1995 والذي يحدد حاليا صلاحياته وتنظيمه وسيره. أصبح مجلس المحاسبة يتمتع من جديد باختصاصات قضائية وإدارية واسعة.

<sup>1</sup> - André BRILARI, les controles financiers comptables, administratifs et juridictionnels des finances public, librairie générale de droit et jurisprudence, EJA, 2003, p138

<sup>2</sup> - القانون رقم 80-05. المؤرخ في 1 مارس 1980. يحدد قواعد سير و تنظيم مجلس المحاسبة

<sup>3</sup> - القانون رقم 90-23. المؤرخ في 4/12/1990. المتعلق بتنظيم وسير مجلس المحاسبة

<sup>4</sup> - الأمر رقم 95-20. المؤرخ في 17/7/1995. المتعلق بمجلس المحاسبة



غير أن المادة 170 من دستور 1996، كيّفت الرقابة الممارسة من طرف مجلس المحاسبة على أموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية على أنها رقابة بعدية. وتجسيدا لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد<sup>1</sup>، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003 والمصادق عليها من طرف الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128، التي نصت في المادة 9 منه فيما يتعلق بإدارة الأموال العمومية على أنه: "2. تتخذ كل دولة طرف وفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، تدابير مناسبة لتعزيز الشفافية والمساءلة في إدارة الأموال العمومية. وتتمثل هذه التدابير فيما يلي:

ج. نظاما يتضمن معايير المحاسبة ومراجعة الحسابات وما يتصل بها من رقابة".

وفي إطار تعزيز الشفافية في إدارة الأموال العمومية واعتماد معايير موضوعية في اتخاذ القرارات ومكافحة كل أشكال الفساد، خاصة من خلال تكريس أموال طائلة من أجل تنفيذ البرنامج الخماسي للتنمية الوطنية للفترة 2010-2014، تم تحديث أجهزة الرقابة مع تعديل الإطار التشريعي والتنظيمي الخاص بها. وذلك باخذ تدابير تطبيقا للتعليمات الرئاسية<sup>2</sup> رقم 03 المؤرخة في 13 ديسمبر 2009، والتي تتعلق بتوسيع مجال اختصاص مجلس المحاسبة ومهامه. وعلى هذا الأساس تم تعديل النص رقم 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة بالأمر رقم 10-02<sup>3</sup>. ونتيجة لذلك يفترض أن هذه التعديلات قد ساهمت في تفعيل الدور الرقابي لمجلس المحاسبة على نفقات الصفقات العمومية موضوع الدراسة ليشمل تفويضات المرفق العام طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247<sup>4</sup>، باعتباره هيئة إدارية مستقلة في ممارسة رقابتها اللاحقة على الاستعمال العقلاني للنفقات العمومية من خلال التدقيق والتحقق في مدى احترام مبادئ فعالية الطلبات العمومية طبقا للمادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. حيث تهدف هذه الدراسة إلى إبراز مدى استجابة إصلاح الدور الرقابي لمجلس المحاسبة على الصفقات العمومية في تجسيد الاحترام الصارم للمبادئ السابق ذكرها مع الالتزام باخذ تدابير ومعايير موضوعية للتسيير العقلاني للنفقات.

حيث أن التعديل الدستوري الجديد<sup>5</sup> الذي تضمنه القانون رقم 16-01 الموافق ل 6 مارس 2016، أكد فقط على الدور الرقابي المخول لمجلس المحاسبة لمساهمة في تطوير الحكم الراشد

<sup>1</sup> - اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31/10/2003، المصادق عليها من طرف الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128

<sup>2</sup> - التعليمات الرئاسية رقم 03 المؤرخة في 13/12/2009.

<sup>3</sup> - الأمر رقم 10-02، المؤرخ في 26/8/2010، المعدل والمتمم للأمر رقم 95-20، المتعلق بمجلس المحاسبة.

<sup>4</sup> - مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

<sup>5</sup> - المادة 192 من القانون رقم 16-01 الموافق ل 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري.



دور مجلس المحاسبة في الرقابة على نفقات الصفقات العمومية \_\_\_\_\_ طلاش خليفة (ط د)

وشفافية تسيير النفقات العمومية في إطار ممارسته للرقابة البعيدة على الهيئات والمؤسسات التي تسيير أموال عمومية.

وباعتبار أن الصفقات العمومية تعد محل نفقات عمومية ، فسنحاول دراسة الإصلاحات التي شملت مجلس المحاسبة مع مدى مساهمتها في تدعيم رقابته على الصفقات العمومية.

لهذا فسنحاول تبيان ما مدى استجابة إصلاح المنظومة القانونية للرقابة الإدارية اللاحقة لمجلس المحاسبة في ضمان احترام مبادئ فعالية الطلبات العمومية والاستعمال العقلاني للنفقات محل هذه الأخيرة؟

وفي إطار دراسة مدى مساهمة هذه التعديلات في تدعيم الرقابة على الصفقات من أجل ضمان التسيير العقلاني للنفقات محل الصفقات العمومية ، سنتعرض في (الفرع الأول) إلى تدعيم أهداف رقابة مجلس المحاسبة، أما في (الفرع الثاني) سنتطرق إلى توسيع مجال اختصاص مجلس المحاسبة، وفي (الفرع الثالث) نوضح تفعيل كفاءات الرقابة الممارسة من طرف مجلس المحاسبة و الجزاءات المترتبة عنها.

**الفرع الأول: تدعيم أهداف رقابة مجلس المحاسبة.**

ان الرقابة اللاحقة تتطور كما أن أهدافها تتعدد، وهي موجهة أصلا الى التحقق من النظامية ، كما تشمل أيضا فكرة رقابة الفعالية (درجة تحقيق الأهداف)، والمردودية التي تتعلق بدرجة اقتصاد الوسائل مقارنة بالتحديات<sup>1</sup>.

حيث يكلف مجلس المحاسبة برقابة مدى نظامية وفعالية تسيير الأموال العمومية بصفة عامة، والنفقات محل الصفقات العمومية موضوع الدراسة، وعلى هذا الأساس يقوم برقابة حسن استعمال الهيئات الخاضعة لرقابته للموارد والأموال والقيم والوسائل المادية العمومية. (م/6)<sup>2</sup>

ويسعى للتأكد من مطابقة عمليات الهيئات المالية والمحاسبية للقوانين والتنظيمات المعمول بها، وفي نفس السياق يقيم نوعية تسيير الأموال والوسائل المادية من حيث الفعالية والأداء والاقتصاد (م/6).

والهدف الأساسي الذي يسعى مجلس المحاسبة إلى بلوغه من خلال ممارسة المهام السابقة الذكر، هو تشجيع الاستعمال الفعال والصارم للأموال العمومية والوسائل المادية مع

<sup>1</sup> - André BRILARI, les controles financiers comptables, administratifs et juridictionnels des finances public, librairie générale de droit et jurisprudence, EJA, 2003, p138

<sup>2</sup> - المادة 6 من الأمر رقم 95-20 . المؤرخ في 17/6/1995 التعلق بمجلس المحاسبة



ترقية إجبارية تقديم الحسابات وتطوير شفافية تسيير المالية العمومية. طبقا لما نصت عليه المادة 2 من الأمر رقم 95-20<sup>1</sup>.

وتجسيدا لما كرسته الإصلاحات من خلال تعديل الإطار التشريعي لتعزيز أجهزة الرقابة. تطبيقا لتعليمة رئيس الجمهورية رقم 03 المؤرخة في 13 ديسمبر 2009، والتي حثت على اتخاذ تدابير من أجل الوقاية ومكافحة مختلف أشكال الفساد. تم إلزام مجلس المحاسبة من خلال ممارسة مهامه. بمساهمته في تعزيز الوقاية ومكافحة مختلف أشكال الغش والممارسات غير القانونية التي تشكل تقصيرا في أخلاقيات وواجب النزاهة. أو تلك الضارة بالأموال العمومية (م/2، فقرة 4)<sup>2</sup>.

إن إسناد مسؤولية تحقيق هذه الأهداف على عاتق مجلس المحاسبة في إطار الإصلاحات. سيساهم في تدعيم الرقابة التي تمارسها أجهزة الرقابة الداخلية والخارجية وحتى رقابة الوصاية المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وذلك لتكريس مبادئ الشفافية والمنافسة. وكذا حرية الوصول للطلبات العمومية.

**الفرع الثاني: توسيع مجال اختصاص مجلس المحاسبة.**

يختص مجلس المحاسبة برقابة تسيير الأموال العمومية من طرف كل من مصالح الدولة والجماعات الإقليمية ومختلف المؤسسات والهيئات الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية (م/7)<sup>3</sup>. إضافة إلى المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والهيئات العمومية التي تمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا أو ماليا والتي تكون أموالها ومواردها أو رؤوس أموالها كلها ذات طبيعة عمومية (م/8)<sup>4</sup>. حيث ينطبق مفهوم هذه المادة على المؤسسات العمومية الذي يحكمها القانون التجاري. طبقا للمادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. عندما تكلف هذه المؤسسات بإجراز مشاريع مموّلة كليًا أو جزئيًا من ميزانية الدولة. بمساهمة مؤقتة أو نهائية.

حيث تم التأكيد على خضوع هذه المؤسسات بمختلف أنواعها لرقابة مجلس المحاسبة عند إبرامهما لصفقات مموّلة من طرف الدولة. بموجب الفقرة 2 من المادة 163<sup>5</sup>. بنصها: "تخضع الملفات التي تدخل في اختصاص لجان الصفقات للرقابة البعيدة. طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها". باعتبار أن مجلس المحاسبة يعد من بين الهيئات المستقلة

<sup>1</sup> - المادة 2 من الأمر رقم 95-20، المؤرخ في 17/6/1995، المتعلق بمجلس المحاسبة

<sup>2</sup> - المادة 2، الفقرة 4 من الأمر رقم 10-02، المؤرخ في 26/08/2010، المعدل والمتمم للأمر رقم 95-20

<sup>3</sup> - المادة 7 من الأمر رقم 95-20، المؤرخ في 17/6/1995، المتعلق بمجلس المحاسبة.

<sup>4</sup> - المادة 8 من الأمر رقم 95-20، المؤرخ في 17/6/1995، المتعلق بمجلس المحاسبة

<sup>5</sup> - المادة 163 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16/09/2015. المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام



التي تمارس رقابة بعدية على مدى التسيير العقلاني للنفقات محل الصفقات العمومية موضوع الدراسة.

وفي نفس السياق. وتطبيقا للتعليمية الرئاسية رقم 03 المؤرخة في 13 ديسمبر 2009. والتي حثت على تعديل الإطار التشريعي والتنظيمي المتعلق برقابة النفقات العمومية. تم توسيع نطاق اختصاصه ليشمل تقييم آليات وإجراءات التدقيق الداخلي للحسابات وذلك بموجب الأمر رقم 10-02. المتعلق بمجلس المحاسبة. على الرغم من أن النص السابق له رقم 95-20 كان ينص على ذلك. لكن جاء النص الجديد من خلال المادة 69 منه للتأكيد على ذلك بشيء من التفصيل والتوضيح. حيث تنعكس هذه الرقابة على كل من أجهزة وأعوان الرقابة التابعين لوزارة المالية فيما يتعلق بتقييم التسيير العقلاني للنفقات محل الصفقات العمومية. والتي تمتد إلى الرقابة السابقة الممارسة من طرف المراقب المالي والمحاسب العمومي إضافة إلى الرقابة اللاحقة للمفتشية العامة للمالية كجهاز تابع لوزارة المالية.

إن تدعيم وتعزيز رقابة مجلس المحاسبة من خلال تقييمه للرقابة الداخلية على تسيير النفقات محل الصفقات العمومية موضوع الدراسة وذلك بفحص وتدقيق مدى وجود وفعالية آليات وإجراءات رقابة العمليات المالية والمحاسبية. سيساهم لا محالة في ضمان ترشيد هذه النفقات وتشجيع الاستعمال العقلاني للأموال العمومية بصفة عامة.

وحسب الاستاذ<sup>1</sup> المفتش العام للمالية السابق لوزارة المالية بفرنسا " André BRILARI " فيجب التفرقة بين المؤسسات التي تخضع اجباريا للرقابة اللاحقة لمجلس المحاسبة. وتلك الخاضعة لرقابته الاختيارية. حيث أن المؤسسات التي تخضع للرقابة الاجبارية هي تلك التي تخوز فيها الدولة كامل السلطة أو تتمتع فيها بأغلبية رأسمالها. ودعم رأيه بتحديد هذه الهيئات كما يلي:

المؤسسات العمومية الوطنية ذات الطابع الصناعي والتجاري التي تتمتع فيها الدولة بكامل السلطات أو أغلبية رأسمالها. المؤسسات العمومية الوطنية ذات الطابع الصناعي والتجاري التي تتمتع بعون محاسب معين ومعتد من طرف وزارة المالية. الشركات الوطنية التي تخوز فيها الدولة كامل رأسمالها. بالإضافة الى الشركات المختلطة الاقتصاد التي تعتبر فيها الدولة المساهم الأكبر.

أما بالنسبة للرقابة الاختيارية لمجلس المحاسبة. فهي تخضع للسلطة المطلقة لهذا الأخير الذي يعبر عن ذلك بتقديم اقتراحه. ويقوم وكيل الجمهورية باصدار رأيه الى الرئيس الأول

<sup>1</sup> - Cf.A.Paysant,l'évolutionde la commission de vérification des comptes des entreprises publiques de 1948-1975,revue de science financière ,1977,p.117à272



ليتخذ هذا الأخير قراره، الذي يبلغ الى كل من وزارة المالية والوزراء المعنيين بالاضافة الى مسيري المؤسسة المعنية بالرقابة، حيث يتعلق الأمر بالمؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري بصفة عامة، غرفة الصناعة والتجارة، غرف المهن، اضافة الى المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري التي تستغل مرافق صناعية وتجارية.

وتخضع أيضا للرقابة الاختيارية لمجلس المحاسبة المؤسسات او فروعها مهما كان قانونها الأساسي الذي يسيروها، والتي تحظى فيها الدولة أو الهيئات التي اخضعت لرقابة مجلس المحاسبة بصفة انفرادية أو بالاشتراك على أغلبية رأسمالها الاجتماعي أو أغلبية أصوات الهيئة المتداولة أو يتمتع بسلطة متساوية في اتخاذ القرار أو التسيير.

غير أن القانون الفرنسي مابين الفترة 1948 الى 1976، كان يخضع رقابة تسيير نفقات المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون الخاص الى هيئة خاصة تختلف عن مجلس المحاسبة، والتي يتكون أغلبية أعضاؤها من قضاة مجلس المحاسبة، تسمى بلجنة الاطلاع على حسابات المؤسسات العمومية.<sup>1</sup>

لكن انطلاقا من اصدار القانون الفرنسي الموافق ل 22 جوان 1976، أصبح مجلس المحاسبة الفرنسي يضمن التحقيق في حسابات وتسيير المؤسسات العمومية الخاضعة بطبيعتها للقانون الخاص.<sup>19</sup>

وبالرجوع الى القانون الجزائري نجد بأن المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وبموجب المادة 163<sup>2</sup> منه قد أكد على اخضاع رقابة الصفقات العمومية للرقابة البعدية لمجلس المحاسبة وذلك بنصه: "تخضع الملفات التي تدخل في اختصاص لجان الصفقات للرقابة البعدية، طبقا للاحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها".

لكن القانون الجزائري لم يحدد طبيعة رقابة مجلس المحاسبة على الصفقات العمومية اذا كانت رقابة اجبارية او اختيارية، سواء بموجب تنظيمات الصفقات العمومية أو الأمر رقم 10-02 المعدل والمتمم للأمر 95-20، حيث اكتفى هذا الأخير بتحديد مجال وكيفيات قيام مجلس المحاسبة بالرقابة اللاحقة لتسيير النفقات عموما.

حيث يمكن استنباط طبيعة الرقابة اللاحقة لمجلس المحاسبة في الجزائر فيما يتعلق رقابة الصفقات العمومية، بالاستناد الى التقسيم المنشور اليه أعلاه الذي حدده الأستاذ " Andri

<sup>1</sup> - المادة 9 من التعليم رقم 03، المؤرخة في 12/03/2007، والمتعلقة بتحسين مراقبة المالية العمومية

<sup>2</sup> - المادة 163 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16/09/2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام





Braliri" والذي يعمل به في فرنسا، من خلال التعرض الى تكييف طبيعة الصفقات التي تيرمها المؤسسات التي تخضع بطبيعتها للقانون الخاص.

ولتحليل ذلك نتناول رأي الأستاذ بن ناجي شريف الذي استعرض مفهوم الصفقة العمومية وتكييفها القانوني، حيث أنه على اثر تحديد الاستاذ بن ناجي تكييفها القانوني يمكننا التوصل الى استنتاج طبيعة الرقابة اللاحقة لمجلس المحاسبة على نفقات الصفقات العمومية من حيث الالزامية.

حيث أنه فيما يتعلق بتحديد مفهوم الصفقة العمومية و تكييفها القانوني، فيما إذا كانت تعتبر عقدا إداريا أم لا طبقا للمعيار العضوي، فإن الأستاذ بن ناجي يرى أنه<sup>1</sup>:

- "إذا كان بإمكان اعتبار الصفقات العمومية خلال الفترة 1967-1982، بمثابة نواة نظرية العقد الإداري فانطلاقا من سنة 1982، لم يعد مفهوم صفقات المتعامل العمومي يغطي هذه الوظيفة. باعتبار أن هذه الأخيرة رُسخت كدعامة في القانون العام للعقود.

- و إن تبني الصفقة العمومية في القانون الخاص يتأكد بموجب الإصلاحات اللاحقة، وفعلا فإن المرسوم لسنة 1982<sup>2</sup> قد ألغي و حل محله المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 الذي أعاد اصطلاح الصفقة العمومية بدلا من صفقة المتعامل العمومي، و هكذا أصبحت المؤسسات العمومية طبقا للمرسوم المذكور لا تخضع لقانون الصفقات العمومية، غير أن هذا الأخير يطبق بالخصوص على الإدارات العمومية."

و قد تم تدعيم ذلك من خلال إشارته و تحليله لمفهوم الصفقة العمومية، باعتبارها عقد مكتوب طبقا للتشريع المعمول به، حيث نص على أنه<sup>21</sup>. "و بالعودة إلى اصطلاح الصفقة العمومية، لا يفسر ذلك ما تضمنه قانون<sup>3</sup> 1967، باعتبار أن مفهوم الصفقة العمومية لسنة 1991 يختلف عن المفهوم السابق، لأن التعريف التنظيمي المحدد بموجب المرسوم التنفيذي<sup>4</sup> رقم 91-434، يُبقي التفسيرات المحددة في سنة 1982 بمعناه أن الصفقة العمومية عقد بالمفهوم التشريعي النافذ، و هذا الأخير يُحدد بموجب التأشيرات المشار إليها التي تُحيل إلى القانون المدني و التجاري، حيث أن الإصطلاح الوارد في سنة 1982 قد سجل بصفة عميقة ونهائية مفهوم الصفقة العمومية بكونها لم تعد عقدا إداريا، و تؤكد هذا

<sup>1</sup> - Le professeur Cherif BENNADJI, « réflexions à propos de la théorie du contrat administratif en Algérie », le débat juridique au Maghreb, de l'étatisme à l'Etat de droit : étude en l'honneur de Ahmed MAHIUO, réunies par Yadh BENACHOUR, Jean-Robert HENRY, ROSTANE Mehdi, PUBLISUD-IREMAM, 2009, p 107

<sup>2</sup> - المرسوم رقم 82-145، المؤرخ في 10 أبريل 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية عدد 15

<sup>3</sup> - أمر رقم 67-90، المؤرخ في 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 52، مؤرخة في 27 يونيو 1967.

<sup>4</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 92-414، المؤرخ في 14 نوفمبر 1992، يتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، الجريدة الرسمية





الاتجاه أثناء تعديل تنظيم الصفقات العمومية نتيجة صدور المرسوم التنفيذي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002.

حيث لم تعد الصفقة العمومية حاليا بمثابة عقد إداري. باعتبارها انقطعت و استهلكت بصورة نهائية منذ سنة 1982.

و برهن الأستاذ بن ناجي هذه الفكرة بصفة قطعية من خلال نصه على أن: " عودة اصطلاح الصفقة العمومية في سنة 1991 و تطبيقها بصورة خاصة على الإدارات العمومية. لا تُعتبر دوافع كافية لتأييد فكرة أن الصفقات العمومية أصبحت من جديد عقودا إدارية."

حيث استخلص بأنه<sup>2</sup> و عند هذا الحد من التحليل يظهر بصورة ملزمة ضرورة التمييز بين عقد إداري الذي يعني عقد ذو طبيعة إدارية و عقد في الشكل الإداري. الذي يمكن أن يكون عقدا من القانون الخاص مبرم مع الإدارة."

و خلص للقول بأن هذا المفهوم الذي أتى به الأستاذ. ينطبق على النصوص التنظيمية للصفقات العمومية التالية و الموالية للنص التنظيمي رقم 02-250. المؤرخ في 24 جويلية 2002 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

وعليه فان الصفقات المبرمة من طرف مؤسسات عمومية تخضع بطبيعتها لأحكام القانون التجاري والمدني طبقا للمادة 6 من المرسوم الرئاسي<sup>3</sup> 15-247. تعتبر عقود ادارية باعتبارها مموله جزئيا أوكلها من طرف الدولة. بما يؤدي تكييفها الى عقود ادارية يخضع تسيير نفقاتها الى الرقابة اللاحقة الاجبارية لمجلس المحاسبة بالاستناد الى ما أقره الاستاذ Andri Braliri في الجزء الأول من تحليله أين حدد شروط خضوع الهيئات المسيرة للنفقات العمومية للرقابة الالزامية لمجلس المحاسبة .

أما المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري التي يحكمها القانون العام. تخضع للرقابة الاختيارية لمجلس المحاسبة. طبقا لما ذهب اليه الأستاذ Andri Braliri في الجزء الثاني من تحليله. الفرع الثالث: أليات الرقابة الممارسة من طرف مجلس المحاسبة و الاجزاء المترتبة عنها.

يمارس مجلس المحاسبة صلاحيات إدارية واسعة تتجسد من خلال منحه سلطات رقابية في إطار تحقيق الأهداف السالف ذكرها. وتتمثل هذه السلطات في كل من: حق الاطلاع والتحري.

<sup>1</sup> - المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002. يتضمن تنظيم الصفقات العمومية. الجريدة الرسمية عدد 52

<sup>2</sup> - Le professeur Cherif BENNADJI, « réflexions à propos de la théorie du contrat administratif en Algérie », le débat juridique au Maghreb, de l'étatisme à l'Etat de droit : étude en l'honneur de Ahmed MAHIUO, réunies par Yadh BENACHOUR, Jean-Robert HENRY, ROSTANE Mehdi, PUBLISUD-IREMAM, 2009, p 107

<sup>3</sup> - المادة 6 مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام



مراجعة حسابات المحاسبين العموميين. بالإضافة إلى تقييم نوعية تسيير الأموال العمومية من طرف الهيئات الخاضعة للرقابة. وكذا رقابة الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية. وبمقابل ذلك، منح التشريع صلاحيات قضائية لمجلس المحاسبة في حالة معيّنته لأخطاء ومخالفات على تسيير النفقات العمومية بصفة عامة. حيث يمارس صلاحياته الإدارية والقضائية في شكل غرف وطنية أو إقليمية إضافة إلى غرفة الانضباط استنادا إلى طبيعة الاختصاص. وذلك بمساعدة كل من النظارة العامة التي تتولى دور النيابة العامة. كتابة الضبط الرئيسية. مكتب المقررين العامين والمصالح الإدارية والتقنية.

وعلى أساس السلطات الإدارية والقضائية الممنوحة للمجلس. يتمكن هذا الأخير من رقابة التسيير الأمثل لنفقات الصفقات العمومية.

حيث تم التأكيد على إخضاع ملفات الصفقات لرقابة مجلس المحاسبة من خلال المادة 163 فقرة 2 السابق ذكرها. في ظل تبني الإصلاحات في سياق حماية المال العام ومن أجل تمكين المجلس من مساهمته في تعزيز الوقاية ومكافحة جميع أشكال الغش والممارسات غير الشرعية التي تشكل تقصيرا في الأخلاقيات وفي واجب النزاهة والضارة بالأموال العمومية. إضافة إلى سعيه لتحقيق الأهداف السابق ذكرها. تم تدعيم رقابته من خلال مراجعة سير غرفة الانضباط في مجال الميزانية والمالية. إضافة إلى تعزيز الأعمال الإدارية الصادرة عن المجلس وتشديد العقوبات المالية. في إطار تعديل النص رقم 95-20 بالأمر<sup>1</sup> رقم 10-02، المتعلق بمجلس المحاسبة.

### 1. مراجعة سير غرفة الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية:

تكلف غرفة الانضباط برقابة مدى احترام قواعد الانضباط في مجال الميزانية والمالية. من خلال معيّنات المخالفات والأخطاء التي تعدّ خرقا صريحا للأحكام التشريعية والتنظيمية التي تسري على استعمال وتسيير الأموال العمومية (م/88)<sup>2</sup>. وقد حدد النص المخالفات التي تشكل خرقا لهذه الأحكام في 15 حالة. وبالرجوع إلى رقابة تسيير النفقات محل الصفقات العمومية موضوع الدراسة. تسهر غرفة الانضباط في هذا المجال على معيّنات أعمال التسيير التي تتم خرقا لقواعد إبرام الصفقات العمومية وتنفيذ العقود التي ينص عليها تنظيم الصفقات (م/88 فقرة 13) ولهذا الغرض فهي تعين الممارسات غير الشرعية<sup>3</sup>. والمتعلقة منها ب:

<sup>1</sup> - الأمر رقم 10-02. المؤرخ في 26/8/2010. المعدل والمتمم للأمر رقم 95-20، المتعلق بمجلس المحاسبة

<sup>2</sup> - المادة 88. من الأمر رقم 95-20. المؤرخ في 17/6/1995، المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل والمتمم

<sup>3</sup> - المادة 88. الفقرة 13 من الأمر رقم 95-20. المؤرخ في 17/6/1995، المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل والمتمم



- سوء اختيار صيغة الإبرام الملائمة أو عدم تبرير الصيغة المختارة.
- اللجوء إلى التخصيص غير المبرر وعدم القيام كما يجب بما تستدعيه قواعد المنافسة والإشهار بالإضافة إلى استنفاذ بعض العروض بدون وجه حق أو سوء ترتيبها.
- اللجوء التعسفي للملحقات أو تضخيم الأسعار.
- عدم نظامية التدوين في السجلات الخاصة بالصفقات ومسكها.
- عدم تحرير محاضر الفتح والتقييم بتاتا أو عدم تحريرها في أوانها. إضافة إلى التعسف في إعلان عدم جدوى العروض.

إن هذه الحالات التي جاءت على سبيل المثال تعكس عدم احترام مبادئ الطلبات العمومية المتمثلة في الشفافية والمنافسة والمساواة بين المترشحين في الإجراءات<sup>1</sup>، حيث تسعى غرفة الانضباط إلى الكشف عن هذه الاختلالات في إطار رقابة تسيير نفقات الصفقات العمومية.

وفي نفس السياق تحقق الغرفة في مدى قانونية منح التأشيرات من قبل هيئات الرقابة القبلية أو التأشيرات الممنوحة خارج الشروط القانونية (م/88، فقرة 7)<sup>2</sup>، حيث تعين من جهة مدى توفر الشروط القانونية التي أدت إلى رفض المراقب المالي لمنح التأشيرة في إطار تنفيذ النفقات العمومية.

ومن جهة ثانية، تعين الغرفة مدى خرق الأحكام التشريعية والتنظيمية من طرف المصلحة المتعاقدة في نطاق إبرام الصفقة والذي أدى إلى رفض منح التأشيرة من طرف لجان المصلحة المتعاقدة أو اللجان الوطنية والقطاعية للصفقات، كل حسب اختصاصه.

بالإضافة إلى ذلك، تكلف الغرفة برقابة مدى قانونية مقرر التجاوز الذي تتخذه الهيئات المعنية في تنظيم الصفقات العمومية في حالة رفض لجان الرقابة القبلية السالف ذكرها، منح التأشيرة المعلل لعدم مطابقة الأحكام التنظيمية طبقا للمواد 200، 201 و202 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247<sup>3</sup>، كما تسهر الغرفة على رقابة مدى توفر الصفة أو السلطة أو الاختصاص في الالتزام بالنفقات في مجال الرقابة القبلية.

إن هذه المعايير التي تقوم بها الغرفة في إطار رقابة مدى احترام قواعد الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية، تدعم وتعزز الرقابة الممارسة من طرف أجهزة الرقابة القبلية

<sup>1</sup> - المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16/09/2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

<sup>2</sup> - المادة 88، الفقرة 7 من الأمر رقم 95-20، المؤرخ في 17/6/1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم

<sup>3</sup> - المواد 202، 201، 200 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16/09/2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام



والبعدية من جهة. كما تعكس تشديد الرقابة على هذه الأخيرة من أجل قيامها بمهامها إضافة إلى تحقيقها من توفر آليات وإجراءات الرقابة القبلية من جهة ثانية.

وفي إطار تدعيم رقابة مجلس المحاسبة، تم مراجعة سير غرفة الانضباط في مجال الميزانية والمالية من خلال الصلاحيات القضائية الممنوحة لها. وقد أكدت تعليمة رئيس الحكومة رقم 03 المؤرخة في 12 مارس 2007، والمتعلقة بتحسين مراقبة المالية العمومية على وجوب إخطار مجلس المحاسبة من طرف الوزراء بكل مخالفة لقواعد الانضباط في مجال التسيير الميزاني والمالي<sup>1</sup>.

وكان الأمر رقم 10-02 المتعلق بمجلس المحاسبة يعكس هذه الإصلاحات، حيث في حالة معاينة غرفة الانضباط خرقا للأحكام التشريعية والتنظيمية في مجال الميزانية والمالية، والتي تم حصرها في المخالفات المشار إليها أعلاه، يتعين على رئيس الغرفة توجيه تقرير مفصل إلى الناظر العام وبعد فحص الملف من طرف هذا الأخير وفي حالة إقراره بأن لا وجه للمتابعة، يقوم بحفظ الملف (م/94)<sup>2</sup>. أما في حالة كشفه عن وجود مخالفات، يقوم بتحرير استنتاجاته ويرسل ملف القضية إلى رئيس غرفة الانضباط وليس إلى رئيس مجلس المحاسبة كما كان يُعمل به سابقا.

وعلى إثر ذلك، يعين رئيس غرفة الانضباط مقررًا يكلف بالتحقيق ويحرر هذا الأخير تقريره مرفقا باقتراحات ويرسله إلى غرفة الانضباط قصد تبليغه للناظر العام (م/97)<sup>3</sup> وإذا أثبتت نتائج التحقيق أنه لا محالة للمتابعات يحفظ الملف، أما إذا كانت هناك وقائع تبرر إحالة الملف على غرفة الانضباط، يرسل الناظر العام كل الملف مصحوبا باستنتاجاته إلى رئيس هذه الغرفة ويحدد هذا الأخير تاريخ الجلسة ويعلم رئيس مجلس المحاسبة والناظر بذلك ويعين مقررًا يكلف بتقديم ملف القضية أثناء جلسة تشكيلة الحكم (م/98)<sup>4</sup>.

وتعقد جلسة تشكيلة المدولة لغرفة الانضباط باستثناء القاضي المكلف بالتحقيق وبمساعدة كاتب الضبط وحضور الناظر العام، حيث تضطلع التشكيلة على اقتراحات المقرر المكلف بالتحقيق واستنتاجات الناظر العام ومذكرة الدفاع وشروح المتابع أو من يمثله.

ويعرض رئيس الجلسة القضائية للمدولة بعد اختتام المرافعات دون حضور كل من الناظر العام والمتابع ووكيله وكاتب الضبط.

1 - المادة 97 المعدلة بموجب الأمر رقم 10-02، المؤرخ في 26/8/2010، المتعلق بمجلس المحاسبة

2 - المادة 94 المعدلة بموجب الأمر رقم 10-02، المؤرخ في 26/8/2010، المتعلق بمجلس المحاسبة.

3 - المادة 97 المعدلة بموجب الأمر رقم 10-02، المؤرخ في 26/8/2010، المتعلق بمجلس المحاسبة

4 - المادة 98 المعدلة بموجب الأمر رقم 10-02، المؤرخ في 26/8/2010، المتعلق بمجلس المحاسبة



وتبث الغرفة في جلسة علنية بقرار يوقعه رئيس الجلسة والمقرر وكاتب الضبط. ويبلغ هذا القرار إلى الناظر العام ووزير المالية لمتابعة التنفيذ وكذا إلى السلطات السلمية والوصية التي يخضع لها العون المعني (م/100)<sup>1</sup>.

إن مراجعة سير غرفة الانضباط على أساس إضفاء الشفافية في كيفية تحقيق هذه الغرفة في حالة معابنتها لمخالفات قواعد الانضباط. كما سبق التطرق إليه من خلال مراحل تحقيقها. وتبليغها مباشرة بكل ما ينتج عن التحقيق من طرف الناظر العام والمقرر. سيعكس لا محالة اضعاف الشفافية و تشديد الرقابة على المخالفات التي تدخل في مجال اختصاصها وهو ما سيعزز ويدعم رقابتها على مراحل إبرام الصفقات العمومية.

## 2. تدعيم النتائج الإدارية لمجلس المحاسبة.

ينتج عن الرقابة الممارسة من طرف مجلس المحاسبة من خلال السلطات الإدارية والقضائية الممنوحة له. إصداره تقارير تعكس بصورة عامة مدى الاستعمال الأمثل للنفقات العمومية. ومن مجمل هذه التقارير:

### 1. مذكرة التقييم:

حيث يضبط مجلس المحاسبة عقب مراقبته نوعية التسيير تقيمه النهائي. ويصدر كل التوصيات والاقترحات قصد تحسين فعالية ومردودية تسيير المصالح والهيئات المراقبة ويرسلها إلى مسؤوليها وكذا إلى الوزراء والسلطات الإدارية المعنية.

وتم إضفاء الشفافية على كيفية تبليغ هذه النتائج وتحديد مدة ذلك بموجب التعديل الأخير للأمر 95-20 والمتمثل في النص رقم 10-02 (م/73)<sup>2</sup>.

وذلك من خلال: "إلزام مسؤولي الجماعات والهيئات الخاضعة لرقابة مجلس المحاسبة الذين أرسلت إليهم النتائج النهائية لعمليات الرقابة المنجزة. بتبليغها لهيئات المداولة لتلك الجماعات والهيئات في أجل أقصاه شهران وبوجوب إخطار مجلس المحاسبة من طرف المسؤولين المعنيون".

### 2. رسالة رئيس الغرفة:

يطلع رئيس مجلس المحاسبة السلطات المعنية عن طريق مذكرة مبدئية بالنقائص المسجلة في النصوص المسيرة لشروط استعمال. تسيير. تنفيذ ومراقبة أموال الهيئات الخاضعة لرقابته. وذلك قصد اتخاذ الإجراءات التي يقتضيها تسيير الأموال العمومية تسييرا سليما .

<sup>1</sup> - المادة 100 المعدلة بموجب الأمر رقم 10-02. المؤرخ في 26/8/2010. المتعلق بمجلس المحاسبة.

<sup>2</sup> - المادة 73 من الأمر رقم 10-02. المؤرخ في 26/8/2010. المتعلق بمجلس المحاسبة. المعدل والمتمم للأمر رقم 95-20.



### 3. التقرير المفصل:

تسجل فيه الوقائع التي يمكن وصفها وصفا جزائيا والتي يلاحظها المجلس أثناء ممارسة رقابته. حيث يبلغ الناظر العام هذا التقرير إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا مصحوبا بمجمل الملف، وذلك في إطار سلطات المجلس المتعلقة بالاطلاع والتحري.

حيث تم تفصيل وتوضيح ذلك من خلال استحداث المادة 57 مكرر<sup>1</sup> من الأمر رقم 10-02 المعدل والمتمم للأمر رقم 95-20، والتي تنص على ما يلي:

"... وفي حالة ما إذا لاحظت أي سلطة أو هيئات رقابة وتفتيش أثناء عملية الرقابة أو التحقيق على إحدى الهيئات الخاضعة لرقابة مجلس المحاسبة، مخالفات أو وقائع من شأنها أن تبرر تطبيق الصلاحيات القضائية لمجلس المحاسبة المنصوص عليها في هذا الأمر، فإنه يرسل فوراً إلى مجلس المحاسبة تقرير أو عند الاقتضاء ملخص من التقرير أو محضر تدقيق، ويخضع مجلس المحاسبة إذا اقتضى الأمر ملف القضية الخاصة بالاجراءات القضائية الخاصة بإقحام مسؤولي الأعوان المتابعين".

### 4. التقرير التأديبي:

إذا لاحظ مجلس المحاسبة أثناء ممارسة رقابته وقائع من شأنها أن تبرر دعوى تأديبية ضد مسؤول أو عون تابع لهيئة عمومية خاضعة لرقابته استناداً إلى الوضع القانوني لهذا الأخير، فإنه يبلغ الهيئة ذات السلطة التأديبية ضد المسؤول أو العون المعني بهذه الوقائع، طبقاً للمادة 27 مكرر<sup>2</sup>.

وتعلم الهيئة ذات السلطة التأديبية مجلس المحاسبة بالردود المتعلقة بهذا الإخطار، طبقاً للمادة 27 مكرر.

### 5. التقرير التقييمي حول المشروع التمهيدي لقانون ضبط الميزانية:

ترسل الحكومة هذا التقرير بعد أن يقوم بإعداده مجلس المحاسبة إلى الهيئة التشريعية بغرفتيها مرفوقاً بمشروع القانون المرتبط به، طبقاً للمادة 18<sup>3</sup>.

### 6. التقارير السنوية:

يعد مجلس المحاسبة تقريراً سنوياً يرسله إلى رئيس الجمهورية موضحاً مجمل المعايير والملاحظات والتقييمات الرئيسية الناجمة عن أشغال تحريات مجلس المحاسبة، مرفقة

<sup>1</sup> - المادة 57 مكرر من الأمر رقم 10-02، المؤرخ في 26/8/2010، المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم للأمر رقم 95-20.

<sup>2</sup> - المادة 27 مكرر من الأمر رقم 10-02، المؤرخ في 26/8/2010، المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم للأمر رقم 95-20.

<sup>3</sup> - المادة 18 من الأمر رقم 95-20، المؤرخ في 17/6/1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم



دور مجلس المحاسبة في الرقابة على نفقات الصفقات العمومية \_\_\_\_\_ طلاش خليفة (ط د)

بالتوصيات التي يرى أنه يجب تقديمها وكذلك ردود المسؤولين والممثلين القانونيين والسلطات الوصية المعنية المرتبطة بذلك.

حيث ينشر هذا التقرير كلياً أو جزئياً في الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية، طبقاً للمادة 16.<sup>1</sup>

غير أنه ومن الناحية العملية، فإن هذه التقارير السنوية لا تنشر، ربما يعيق كشف الخروقات والتجاوزات للاستعمال العقلاني للنفقات العمومية.

وعلى العموم فإن تدعيم مختلف التقارير السابق ذكرها، سيساهم بصفة مباشرة أو غير مباشرة في الكشف عن مدى التسيير الأمثل للنفقات محل الصفقات العمومية من طرف الهيئات الخاضعة لرقابة مجلس المحاسبة في إطار إضفاء نوع من التوضيح والتفصيل في مختلف التقارير التي يصدرها مجلس المحاسبة.

### 3. تشديد العقوبات المالية :

في إطار إرساء دعائم وظيفية للرقابة من خلال اتخاذ تدابير تطبيقاً للتعليمات الرئاسية رقم 03 المؤرخة في 13 ديسمبر 2009، تم تشديد العقوبات المالية التي يصدرها مجلس المحاسبة وذلك في حالة معيّنته مخالفت على مستوى تسيير النفقات العمومية.

و باعتبار أن الرقابة على الصفقات العمومية من طرف مجلس المحاسبة تظهر أساساً من خلال السلطة الممنوحة لغرفة الانضباط في مجال الميزانية والمالية، فإن رقابة الانضباط تنصب على تسيير النفقات محل الصفقات العمومية.

حيث أنه وبعد معاينة غرفة الانضباط للمخالفات على مستوى الصفقات العمومية، تصدر غرامة مالية في حق كل مسؤول أو عون أو ممثل قائم بالإدارة في هيئة عمومية خاضعة لرقابة مجلس المحاسبة والذي يكون قد خرق حكماً من الأحكام التشريعية أو التنظيمية أو تجاهل التزاماته لكسب امتياز مالي أو عيني غير مبرر لصالحه أو لغيره على حساب الدولة أو هيئة عمومية (م/91)<sup>2</sup>.

وذلك دون الإخلال بالمتابعات الجزائية التي يتعرض لها مرتكب المخالفة طبقاً لما جاءت به المادة 91 المعدلة والمتممة من الأمر 10-02، المتعلق بمجلس المحاسبة.

<sup>1</sup> - المادة 16 من الأمر رقم 95-20، المؤرخ في 17/6/1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم

<sup>2</sup> - المادة 91 من الأمر رقم 10-02، المؤرخ في 26/8/2010، المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم للأمر رقم 95-20.





غير أن هذا الأمر لم يعدل مبلغ الغرامة. بل بقي نفس المبلغ الذي نص عليه الأمر رقم 20-95. حيث يعادل المرتب السنوي الإجمالي الذي يتقاضاه العون المعني عند ارتكاب المخالفة (م/89)<sup>1</sup>.

وقد شمل تشديد العقوبات المالية بموجب الأمر رقم 10-02. المخالفات المرتكبة من طرف المحاسبين العموميين والتي تتجسد في حالتين:

- الحالة الأولى: حالة تأخر المحاسب العمومي عن إيداع حسابه على التسيير أو عدم إرسال المستندات الثبوتية.

يقوم مجلس المحاسبة بناءً على هذه المخالفة بإصدار غرامة مالية. تم رفع حدودها ما بين 5000 دج و50.000 دج. بعدما كانت تتراوح بين 1000 دج و10.000 دج.

حيث منح المشرع إمكانية إرسال مجلس المحاسبة أمراً إلى المحاسب العمومي لتقديم حسابه في أجل لا يتراوح 60 يوماً. غير أنه وفي حالة عدم تقديمه الحسابات في الأجل المحدد. يطبق مجلس المحاسبة إكراهها مالياً على المحاسب والذي تم رفعه إلى 500 دج بعدما كان يقدر بـ 100 دج.

- الحالة الثانية: حالة رفض الهيئات الخاضعة لرقابة مجلس المحاسبة تقديم الحسابات أو المستندات إلى مجلس المحاسبة عند إجراء التدقيقات والتحقيقات. حيث يقوم هذا الأخير بإصدار عقوبات مالية تم رفعها إلى حدود ما بين 5000 دج و50.000 دج<sup>46</sup> بعدما كانت تتراوح بين 1000 دج و10.000 دج.

وعليه خلص إلى أن تشديد العقوبات المالية في حالة معاناة المجلس لمخالفات في تسيير النفقات محل الصفقات العمومية سيساهم في تدعيم كفاءات الرقابة على الاستعمال العقلاني لهذه النفقات.

#### الخاتمة:

باعتبار أن الرقابة البعدية لمجلس المحاسبة على نفقات الصفقات العمومية تسمح بالكشف عن مدى نظامية الحسابات مع تقييم نوعية التسيير. وعند الاقتضاء اتخاذ إجراءات قانونية في حالة معاناة مخالفات للتشريع والتنظيم المعمول بهما. تشمل عدم نظامية وسوء تسيير النفقات المرخص بها. وان كان الدور الرقابي لمجلس المحاسبة يساير الإصلاحات من الناحية النظرية.

الا أنه من الناحية العملية فالرقابة البعدية لمجلس المحاسبة تواجهها صعوبات وعراقيل بالنظر إلى أهمية ونوعية التسيير. إضافة إلى الطابع المتأخر لتدخل مجلس المحاسبة لرقابة

<sup>1</sup> - المادة 89 من الأمر رقم 10-02. المؤرخ في 26/8/2010. المتعلق بمجلس المحاسبة. المعدل والمتمم للأمر رقم 20-95.



الهيئات المعنية. الناتج عن غياب مؤشرات عن نوعية التسيير. مع الأخذ بعين الاعتبار نقص تكوين وتخصص اطاراته.

وأخيرا فان عدم نشر مجلس المحاسبة لتقاريره السنوية عن مختلف معايناته وملاحظاته لدى الهيئات المراقبة يعد خرقا لمبادئ الشفافية وحق المواطن في الاضطلاع على برامج ونتائج تنفيذ العمليات الميزانية طبقا للحقوق الدستورية المخولة له.

ونتيجة لذلك يبقى على عاتق السلطات المعنية أن تبادر الى تفعيل الدور الرقابي لمجلس المحاسبة بما يوافق طبيعتها كهيئة وطنية مستقلة. باعتبار أن الصفقات العمومية تعد أهم الوسائل القانونية لتحقيق المرفق العام ولهذا فيجب اعادة النظر في المنظومة القانونية لتحديث وتدعيم الدور الرقابي لهذه الهيئة على نفقات الصفقات العمومية على أساس:

- اعادة تقييم سياسة رقابة تنفيذ العمليات المالية المرخص بها من خلال التجسيد الفعلي للمبادئ الدستورية.

- العمل على برنامج سنوي موافق وملائم للتحقيق والتدقيق في ملفات الصفقات العمومية من حيث نوعية تسيير هذه العقود ونظامية الحسابات لما يكتسي تسييرها من تعقيد.

- اتخاذ تدابير قانونية صارمة لتسهيل تدخل مجلس المحاسبة لممارسة صلاحياته المخولة له قانونا لدى الهيئات الخاضعة لرقابتها.

- تفعيل أليات تبادل المعلومات بين لجان الرقابة التي تخضع لها عملية ابرام الصفقات العمومية ومجلس المحاسبة.

- التدخل المستمر والدوري لمجلس المحاسبة لدى هيئات الرقابة التابعة لوزارة المالية.

- اضفاء صفة الالزامية على تنفيذ التقارير التي يصدرها مجلس المحاسبة بما تتضمنها من توصيات واقتراحات.

- التنسيق العملي بين مجلس المحاسبة ومسيري الهيئات الخاضعة لرقابته المبرمة لصفقات العمومية.

- تزويد مجلس المحاسبة بالوسائل المادية المناسبة مع تخصيص وتكوين اطاراته في مجال رقابة الملفات المتعلقة بتسيير الصفقات العمومية.

- العمل على الاحترام الصارم للمبادئ الدستورية فيما يتعلق بنشر التقارير السنوية.



## توجهات حلف شمال الأطلسي تجاه دول جنوب المتوسط

### بين المخاوف الأمنية والحوارات الإستراتيجية

بالة عمار باحث دكتوراه جامعة باتنة

أستاذ مساعد جامعة خنشلة

#### ملخص:

شهد حلف شمال الأطلسي بعد الحرب الباردة مناقشة لمهامه وعلاقته مع دول جنوب المتوسط. نظرا لتزايد حجم التحديات الموجودة في بنيته بين دفع أوروبي نحو مزيد من الاستقلالية، وسحب أمريكي نحو مزيد من التدخل.

وبغض النظر عن الخلافات الحاصلة داخل الحلف حول سيطرة الولايات المتحدة الأمريكية على آلية اتخاذ القرار. فإن الحلف قد عرف تغييرا في إستراتيجيته بعد انهيار الإتحاد السوفيتي. لمواجهة التحديات والتهديدات الجديدة في البيئة الأمنية العالمية. حيث أن هدف الحلف في الدفاع عن أراضيه ضد أي هجوم عسكري محتمل قد انتهى. وحل محله مفهوم أوسع يتمحور حول إشاعة الأمن والاستقرار في مختلف أنحاء أوروبا وما حولها. لتأخذ منطقة جنوب المتوسط حيزا معتبرا من التوجهات الجديدة لحلف الناتو بعد الحرب الباردة التي تراوحت بين تزايد مدركات الحلف وتخوفاته من توسع التهديدات الأمنية في منطقة المتوسط بعد نهاية الحرب الباردة. وربطها بتصاعد المد الإسلامي في المنطقة (التجربة الجزائرية خاصة). وإطلاق جملة من المبادرات التي تسعى إلى ضبط علاقة الحلف بدول جنوب المتوسط وإبقائهم تحت المظلة الأمنية للحلف بتكاليف أقل ورؤى تتماشى وأجندة الحلف الأمنية في المتوسط.

#### Abstract :

The North Atlantic Treaty Organization "NATO", Embodies the transatlantic link that binds Europe and North America, within a unique defensive alliance and security, and the permanent objective of " NATO" has also been selected in the Washington Treaty, remains to maintain the freedom and security of all its members, by all the potential political and military means. In this context, NATO took over the common defense of its members since its foundation in 1949, as an essential forum for consultation on security issues according to its members, and a fundamental pillar of peace and stability in the Mediterranean space.

The "Nato" has known a change in its strategy after the collapse of the Soviet Union, to face new threats to global security environment, where the goal of the alliance to defend its territory against any potential military attack, had ended and was replaced by a broader concept centered on spreading security and stability across Europe and around, thus, the southern Mediterranean region has entered within the concerns of the alliance, after the Cold War



## مقدمة:

تجسد منظمة حلف شمال الأطلسي "الناتو" الصلة الأطلسية التي تربط أوروبا وأمريكا الشمالية ضمن تحالف دفاعي وأمني فريد من نوعه، ويبقى الهدف الرئيسي والدائم للحلف كما تم تحديده في معاهدة واشنطن. الحفاظ على حرية وأمن كافة أعضائه بالوسائل السياسية والعسكرية. وفي هذا الإطار، تولى الناتو الدفاع المشترك على أعضائه منذ تأسيسه عام 1949. كما أنه يشكل منتدى أساسيا للتشاور في قضايا الأمن التي تهم مصلحة أعضائه، وركنا جوهريا للسلام والاستقرار في الفضاء المتوسطي.

وقد شهد الحلف بعد الحرب الباردة مناقشة لمهامه وعلاقته مع دول جنوب المتوسط. نظرا لتزايد حجم التحديات الموجودة في بنيته بين دفع أوروبي نحو مزيد من الاستقلالية، وسحب أمريكي نحو مزيد من التدخل.

وبغض النظر عن الخلافات الحاصلة داخل الحلف حول سيطرة الولايات المتحدة الأمريكية على آلية اتخاذ القرار. فإن الحلف قد عرف تغييرا في إستراتيجيته بعد انهيار الإتحاد السوفيتي. لمواجهة التحديات والتهديدات الجديدة في البيئة الأمنية العالمية. حيث أن هدف الحلف في الدفاع عن أراضيه ضد أي هجوم عسكري محتمل قد انتهى وحل محله مفهوم أوسع يتمحور حول إشاعة الأمن والاستقرار في مختلف أنحاء أوروبا وما حولها. لتأخذ منطقة جنوب المتوسط حيزا معتبرا من التوجهات الجديدة لحلف الناتو بعد الحرب الباردة. الأمر الذي يدفعنا إلى طرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى تعتبر الإستراتيجية الأمنية الأطلسية لحلف "الناتو" تجاه دول جنوب المتوسط، الإطار الأنسب لاحتواء الرهانات الأمنية الجديدة في المتوسط؟

للإجابة على الإشكالية ارتأينا افتراض مايلي:

- يعمل حلف شمال الأطلسي على بلورة إستراتيجية جديدة تعتمد على الحوار الأمني كوسيلة لمواجهة التهديدات الأمنية الجيدة وكمحاوله للتكيف مع بيئة أمن ما بعدو الحرب الباردة.
- يعكس الحوار الأطلسي - المتوسطي رؤية الحلف في أن أوروبا مرتبطة بصورة وثيقة بأمن منطقة البحر الأبيض المتوسط.

أولا: نظرية الأمن الجماعي كمفسر لتوجهات حلف شمال الأطلسي الجديدة:

تعتبر نظرية الأمن الجماعي إحدى مفسرات الأمن الدولي المعاصر. حيث تحمل السياسة الواقعية وحسابات القوة على محمل الجد. لكنها تجادل أيضا بأنه يجب تضمين السياسة المحلية والاعتقادات والمعايير بوصفها محددات هامه لسلوكيات الدول. ويرى أنصار الأمن الجماعي أنه رغم بقاء القوة العسكرية خاصة مهمة من خصائص الحياة الدولية. فإنه توجد



توجهات حلف شمال الأطلسي تجاه دول جنوب المتوسط بين المخاوف الأمنية والحوارات ————— بالة عمار (ب د)

مع ذلك فرص واقعية لتجاوز عالم الواقعية الذي يتميز بالاعتماد الذاتي خاصة بعد نهاية الحرب الباردة. حيث يرفضون الفكرة القائلة بأن سلوك الدول هو مجرد نتاج بنية النظام الدولي ويقولون بأن الأفكار مهمة أيضا حسب الطرح البنائي.

ويرى تشارلز وكليفورد كوبشمان في معرض تناولهما للأمن الجماعي. أن الدول توافق على التقيد ببعض المعايير والقواعد بهدف المحافظة على الاستقرار وأنها عند الضرورة تتكاتف لوقف العدوان.

وانطلاقا من ذلك فإن الأمن الجماعي ينطوي على اعتراف من جانب الدول بأنه يجب عليها الاتفاق على ثلاثة مبادئ رئيسية في علاقتها مع بقية الدول. إذا أرادت أن تعزز أمنها:

❖ يجب أن تتخلى عن استعمال القوة العسكرية لتغيير الوضع الراهن والموافقة بدل من ذلك على تسوية منازعاتها سلميا، والتغييرات ممكنة في العلاقات الدولية، ولكن يجب تحقيقها عن طريق الحوار والمفاوضات لا عن طريق القوة.

❖ يجب على الدول أن توسع مفهومها للمصلحة الوطنية بحيث يشمل مصالح الجماعة الدولية ككل، وهذا يعني أنه حين يظهر طرف يثير المشاكل في النظام فإن جميع الدول المسؤولة تقوم تلقائيا وجماعيا بالتصدي للطرف المعتدي بقوة عسكرية ساحقة.

❖ يجب على الدول التغلب على الخوف الذي يسود السياسة العالمية والتعود على ثقة بعضها ببعض. حيث يقول اينيس كلود بأن نظاما أمنيا كهذا يعتمد على أن تعهد الدول بمصائرهما إلى الأمن الجماعي.<sup>1</sup>

ويقر مؤيدو نظرية الأمن الجماعي بوصفه طريقة لإحراز تقدم نحو تحقيق المزيد من الأمن الدولي وذلك من خلال إقامة مؤسسات للأمن الجماعي، وعليه فإن عملية التوازن المنظمة ذات الصبغة المؤسسية أفضل من عملية التوازن غير المنظمة في ظل الفوضى. فالأمن الجماعي يعتبر طريقة لتوفير آلية أكثر نجاعة لعملية التوازن إزاء طرف معتد.<sup>2</sup>

وانطلاقا من هذا الطرح يمكن التركيز على فكرة الجماعة الأمنية. على اعتبار أنه مفهوم يعبر عن واقع في العلاقات الدولية. يمثل تكتلا أو عددا من الدول التي تخلق مستوى معين من التعاون فيما بينها. مما يجعل اللجوء إلى العنف ضد بعضها البعض أمرا مستبعدا. ويدفع بها إلى خلق آليات تحميها من المخاطر الداخلية والخارجية.

<sup>1</sup> - جون بيليس وستيف سميث. عولة السياسة العالمية. ترجمة: مركز الخليج للأبحاث. الإمارات العربية المتحدة. دبي. مركز الخليج للأبحاث. الطبعة الأولى. 2004. ص 431.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه. ص 432.



توجهات حلف شمال الأطلسي تجاه دول جنوب المتوسط بين المخاوف الأمنية والحوارات ————— بالة عمار (ب د)

## ثانياً: آليات عمل حلف الناتو:

إن أحد مفاتيح ديمومة الحلف تكمن في آلية اتخاذ القرار القائم على الإجماع. وهذا يعني أن كافة القرارات تتخذ بالإجماع الأمر الذي يتطلب إجراء مشاورات ومناقشات حيوية قبل اتخاذ أي قرار هام. وقد يبدو هذا النظام بطيئاً إلا أنه ينطوي على امتيازين هامين:  
الأول: احترام سيادة واستقلال كل دولة عضو و الثاني: أنه عندما يتم التوصل إلى اتفاق فهو يخضع بدعم كافة الدول الأعضاء وتعهدهم بتطبيقه.

يعتبر مجلس شمال الأطلسي أعلى هيئة لاتخاذ القرارات الهامة داخل حلف الناتو. وتمثل فيه كل دولة بممثل دائم برتبة سفير يؤازره وفد وطني مكون من مستشارين دبلوماسيين وخبراء عسكريين. ويعقد المجلس اجتماعاته على مستوى السفراء على الأقل مرة في الأسبوع. وغالبا ما يكون أكثر من ذلك. كما يعقد المجلس اجتماعات منظمة على مستوى وزراء الخارجية ووزراء الدفاع ومن فترة إلى أخرى على مستوى رؤساء الدول والحكومات.

يتأسس حلف الناتو أمين عام يعين كل لمدة أربع سنوات تقريبا. ويكون الأمين العام رجل دولة كبير معروف دوليا ومن إحدى الدول الأعضاء ويتأسس اجتماع مجلس شمال الأطلسي وهيئات أخرى تابعة للناتو. ويسعى إلى تحصيل الإجماع بين الدول الأعضاء كما أنه يدير الأنشطة اليومية للحلف ويساعده طاقم دولي من الخبراء والرسميين من كافة الدول الأعضاء. لا يقتني الناتو قوات مسلحة خاصة. بل إن أغلبية القوات تحت تصرفه تظل تحت قيادة وإشراف الدول الأعضاء التي تسند إليها مهام تتراوح بين الدفاع المشترك ومهام جديدة مثل حفظ السلام. وتسند للهيكل السياسية والعسكرية التابعة للناتو التخطيط الذي يمكن القوات المسلحة من تنفيذ هذه المهام. وكذلك الترتيبات التنظيمية الضرورية لقيادتها المشتركة ومراقبتها وتدريبها وتأهيلها.<sup>1</sup>

ويرتكز تدخل الناتو في منطقة جنوب المتوسط على عدة محاور. كما يمتلك وسائل وآليات تمكنه من تطبيق سياسة التطويق ومنها:

➤ العمل على وقف النزاع المسلح من خلال الانجياز لصالح تيار على حساب تيار آخر. أو فصيل على حساب فصيل آخر. يرى أنه الأقدر والأجدر على تحقيق أهدافه دون أي تدخل عسكري مسلح، أو من خلال خلق آلية مشتركة للتنسيق بين أولويات الحلف وأولويات المبادرات الأخرى التي غالبا ما تطرح من قبل الدول الأعضاء فيه.

<sup>1</sup> - " الناتو في القرن الواحد والعشرين " <http://www.nato.int>



توجهات حلف شمال الأطلسي تجاه دول جنوب المتوسط بين المخاوف الأمنية والحوارات — بالة عمار (ب د)

➤ المحافظة على الاستقرار والأمن الإقليمي من خلال تفصيل برامج التعاون والتدريب لكل دولة بما يراعي خصوصياتها ومتطلباتها. انطلاقا من التغيرات الجيو-إستراتيجية المهمة. والتي تحولت على إثرها طبيعة حلف الناتو من القيام بمهام عسكرية تقليدية إلى مهام جديدة تتمثل في حفظ السلام والأمن الإقليمي. بما يتطلبه ذلك من إقامة شراكة مع دول عربية ومتوسطة من أجل تحقيق ذلك الهدف.

➤ المحافظة على وتحقيق الأمن الملاحي. وهي وسيلة حديثة طبقها الحلف في منطقة بحر العرب، وخليج عدن. والقرن الإفريقي تحت دعوى تخليص المنطقة من أعمال القرصنة من خلال التحكم في أربعة مضائق أساسية يُعنى بها أمن الخليج. واستتباعا أمن الطاقة النفطية. وهي مضائق: هرمز، وباب المندب، وبالك الواقع بين سريلانكا والهند. وملقا الواقع بين سنغافورة وماليزيا وإندونيسيا.<sup>1</sup>

### ثالثا: مواجهة التهديدات الأمنية الجديدة:

أدى عدم تناسب المقاربة التقليدية للأمن باختزاله في المجال العسكري حصرا، إلى عدم تناسبه مع المشهد الأمني في دول جنوب المتوسط. حيث وسع الأمن إلى أبعاد أخرى خاصة الاقتصادية والاجتماعية. وقد ميز باري بوزان بين أربعة أبعاد أساسية للأمن هي<sup>2</sup>:

**الأمن العسكري:** ويخص المستويين المتفاعلين للهجوم المسلح والقدرات الدفاعية. وكذلك مدركات الدول لنوايا أو مقاصد بعضها تجاه البعض.

**الأمن السياسي:** ويعني الاستقرار التنظيمي للدول. نظم الحكومات والإيديولوجيات التي تستمد منها شرعيتها.

**الأمن الاقتصادي:** ويخص النفاذ أو الوصول إلى الموارد المالية والأسواق الضرورية للحفاظ بشكل دائم على مستويات مقبولة من الرفاه وقوة الدولة.

**الأمن الاجتماعي:** ويخص قدرة المجتمعات على إعادة إنتاج أنماط خصوصياتها في اللغة. الثقافة، الهوية الوطنية، العادات والتقاليد في إطار شروط مقبولة لتطورها.

ويرى شارل زورغيبب أن المنطقة المتوسطية تواجه مجموعة من التحديات الأمنية على

رأسها<sup>3</sup>:

<sup>1</sup> - أحمد السيد تركي "الناتو.. ذراع جديدة لتطويق الشرق الأوسط".

[http://www.islamonline.net/servlet/Satellite?c=ArticleA\\_C&cid=1237705822032&pagename=Zone-Arabic-News/NWALayout](http://www.islamonline.net/servlet/Satellite?c=ArticleA_C&cid=1237705822032&pagename=Zone-Arabic-News/NWALayout)

<sup>2</sup> - عبد النور بن عنتر، البعد المتوسطي للأمن الجزائري، الجزائر، المكتبة العصرية، 2005، ص 16.

<sup>3</sup> - بن صايم نوار وآخرون، الجزائر والأمن في المتوسط، الملتقى الدولي، الجزائر، قسنطينة، الوكالة الوطنية لتنمية البحث العلمي ومركز الشعب للدراسات الإستراتيجية، يومي 29 و30 أبريل 2008، ص 32.





توجهات حلف شمال الأطلسي تجاه دول جنوب المتوسط بين المخاوف الأمنية والحوارات ————— بالة عمار (ب د)

1. **التطرف الديني:** فالمفهوم الأوروبي لمشكلة التطرف الديني لا يتوقف عند اعتبارها أعمال عنف وإرهاب وتخريب، بل يتعداها إلى اعتبارها متعلقة بأخطار داخلية تؤثر على النسيج الاجتماعي واستقرار الدول الأوروبية.
2. **خطر السباق نحو التسليح:** وهو مرتبط بشكل مباشر بالأمن والسلم في المتوسط، فالمنطقة تمثل أكبر مجال لتجارة الأسلحة في العالم، كما يمثل امتلاك إسرائيل للسلاح النووي مبررا لسباق نووي في المنطقة خاصة بعدما أشيع حول النوايا الجزائرية والليبية.
3. **خطر الضغط الديمغرافي:** وهو خطر يرتبط بمجموعة من الأبعاد، كالهوة الكبيرة بين ضفتي المتوسط من حيث الإمكانيات الاقتصادية والاجتماعية، ومشاكل الهجرة السرية وارتباطها بقنوات تجارة الأسلحة والمخدرات.

وقد حاول حلف الناتو تكيف هذه الأخطار مع إستراتيجيته الجديدة بعد الحرب الباردة وساعده في ذلك ما شكلته أحداث 11 سبتمبر من مبرر لمباشرة إستراتيجيته التوسعية . فقد عمل الحلف على تكيف ثقافة عمله آخذا بعين الاعتبار تطور البيئة الأمنية، ففي عام 1999 اعتمد الحلف إستراتيجية جديدة تركز على التهديدات الأمنية التي تواجه الحلف وطريقة معالجة تلك التهديدات والمخاطر الأمنية التي يرى الحلف بأنها: "متعددة الاتجاهات وغالبا ما يصعب توقعها، حيث أولى اهتماما خاصا للتهديد الناجم عن انتشار أسلحة الدمار الشامل على اعتبار أن مصالح الحلفاء الأمنية قد تتعرض لمخاطر كبرى مثل: الأفعال الإرهابية والتخريب والجريمة المنظمة وقطع المصادر الحيوية".

إن مبادرة القدرات الدفاعية تتعلق بالحاجة إلى تكيف قوات الحلف بحيث تتمكن من معالجة مشكلات الأمن والمتطلبات التي تفرزها البيئة الأمنية، وأهم تحديات المرحلة هي: الصراعات العرقية، النزاعات الإقليمية، وانتشار أسلحة الدمار الشامل، وتهديد مصادر وامدادات الطاقة، وأغلب هذه التحديات هي على تخوم أوروبا.<sup>1</sup>

ولواجهة مثل تلك المخاطر اعتمد الحلف جملة من المبادرات التي تهدف إلى تحسين قدراته العسكرية وتشجيع التعاون سواء كان ذلك بين الدول الأعضاء أو مع دول الشراكة والمنظمات الدولية الأخرى. كما أنها تشمل مبادرة القدرات الدفاعية، وهي برنامج رفيع المستوى اعتمد عام 1999 لتفعيل القدرات العسكرية ردا على البيئة الأمنية الجديدة، وإقامة مركز أسلحة الدمار الشامل عام 2000 يساعد الحلفاء في تبادل المعلومات حول هذا النوع من الأسلحة مع سعيهم لتنسيق الرد الأكثر ملاءمة، وكذا تطور الهوية الأوروبية في مجالي الدفاع

<sup>1</sup> - خضر عباس عطوان، "حلف شمال الأطلسي والتوازنات الإقليمية في الشرق الأوسط"، *المجلة العربية للعلوم السياسية*، بيروت، لبنان، الجمعية العربية للعلوم السياسية بالتعاون مع مركز دراسات الوحدة العربية، العدد 16، خريف 2007، ص 181.



توجهات حلف شمال الأطلسي تجاه دول جنوب المتوسط بين المخاوف الأمنية والحوارات — بالة عمار (ب د)  
والأمن داخل الحلف لتمكين الدول الأوروبية الأعضاء في الحلف من تحمل المزيد من المسؤولية في  
هذا المجال.<sup>1</sup>

ورغم برز بعض التناقضات بين الدول الأعضاء أحيانا حول المسائل الأكثر ملاءمة للرد  
على التهديدات الأمنية الجديدة. إلا أن كل الدول الأعضاء تتفق في أن مثل هذه التهديدات قد  
تأتي من خارج الفضاء الأوروبي - الأطلسي. وأنه لا يمكن تسويتها عن طريق منظمة واحدة أو  
التعويل على هياكل دفاعية مصممة لمواجهة نزاعات عسكرية تقليدية. بل ينبغي على الحلف  
أن يتعامل مع منظمات متخصصة أخرى. وأن يتكيف لمواجهة التحديات المختلفة الجديدة.  
وعليه فإن الناتو الذي كان في البدء حلفا ضمن حدود جغرافية محددة. أصبح يدرك بأن الخطر  
على الأمن لم يعد مقتصرًا من حيث المكان والتوقعات بل عليه أن يتهيا لمواجهةها أين ومتى  
تقع.<sup>2</sup>

#### رابعا: موقع منطقة المتوسط من الإستراتيجية الجديدة للناتو:

يظهر البحر الأبيض المتوسط وكأنه تهديد أو بحر غير مستقر. وهذا راجع لاعتبارات  
عديدة منها: الانفجار السكاني، الأصولية الإسلامية، الإرهاب، الهجرة، النزاع الفلسطيني-  
الإسرائيلي، التخلف، نضوب مصادر المياه...

بعبارة أخرى، تعتبر منطقة حوض المتوسط تحوم حقيقية بين الشمال والجنوب، وجاءت  
نهاية الحرب الباردة لتكثف هذه الحقيقة بشكل واضح وهو ما لاحظته مجموعة من علماء  
الاجتماع مثل ادغارمورن و ريجي دوبراي، حيث سجلوا أن المتوسط تحول إلى خط مواجهة في  
الوقت الذي زال فيه خطر الشرق.

بداية سنوات التسعينيات كانت مطبوعة بحالة شك كبيرة حول مستقبل المنطقة  
وكذا مستقبل العلاقات الأوروبية - الأطلسية، ومخاطر انتقال العدوى من دول تعيش أزمات  
اجتماعية وسياسية إلى كامل المنطقة لا تبدو مستبعدة، وكذا الآثار المترتبة عليها خاصة في  
منطقتي البلقان وشمال إفريقيا.<sup>3</sup>

فقد صرح الأمين العام للحلف الأطلسي فيلي كلاس عام 1995 أن "الأصولية  
الإسلامية" مصدر خطر على الحلف يمثل ما كانت عليه الشيوعية، وسبق أن أطلق على  
المنطقة الإسلامية أطلسيا وصف " هلال الأزمات"، كما اعتبر وزير الدفاع الأمريكي وليان بيري في  
نفس العام، أن شمال أفريقيا يمثل مصدر خطر أمني على الحلف، وفي الوقت الذي بدأت فيه

<sup>1</sup> - " الناتو في القرن الواحد والعشرين"، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - حسام سويلم، "خلافات الناتو وانعكاساتها على منطقة الشرق الأوسط"، السياسة الدولية، مصر، مطابع الأهرام التجارية،  
العدد 148، أبريل 2002، ص192.

<sup>3</sup> - مصطفى بخوش وآخرون، الجزائر والأمن في المتوسط، مرجع سابق، ص6.



توجهات حلف شمال الأطلسي تجاه دول جنوب المتوسط بين المخاوف الأمنية والحوارات ————— بالة عمار (ب د)

الاتصالات من أجل "الحوار". كانت تتشكل أكثر من قوة عسكرية غربية للتدخل السريع. وفي تلك الفترة أيضا بدأ وضع صياغات لما يسمى "الكتاب الأبيض" لأكثر من وزارة دفاع أوروبية. وهو الوثيقة التي تحدد عادة المهام العسكرية للقوات المسلحة وكان "استهداف الأصولية" الإسلامية عنوان رئيسيا فيها مثل فرنسا وألمانيا.<sup>1</sup>

كما تجد الترتيبات الأمنية على مستوى التنسيق الاستراتيجي بين أوروبا والحلف الأطلسي تجسيدا لها على أرض الواقع. إذ بدأ اتحاد أوروبا الغربية التحضير لعملية عسكرية محتملة "خارج المنطقة". وفي هذا الإطار يمكن إدراج المناورات العسكرية 93 ARDENT التي نظمتها اتحاد أوروبا الغربية في نوفمبر 1993. والتي تعكس مدى اهتمام الدوائر العسكرية الأوروبية بحالة عدم الاستقرار في الضفة الجنوبية للمتوسط ضمن هذا الإطار.<sup>2</sup>

#### خامسا: الحوار الأطلسي - المتوسطي وأبعاده الإستراتيجية:

عندما لاحظت الولايات المتحدة اهتمام الدول الأوروبية المتوسطية المتزايد بحوض البحر الأبيض المتوسط. سارعت إلى طرح الحلف مشروع يهدف إلى إقامة علاقات أمنية بالدول غير الأعضاء في الحلف. ويتمثل هذا المشروع في إطلاق مجلس شمال الأطلسي (NAC) مبادرة الحوار الأطلسي المتوسطي في عام 1994. وتضم هذه المبادرة حاليا سبع دول ليست أعضاء في حلف الناتو وتقع في منطقة البحر الأبيض المتوسط وهي: مصر وإسرائيل وموريتانيا والمغرب وتونس والأردن والجزائر.

يعكس هذا الحوار رؤية الحلف في أن الأمن في أوروبا مرتبط بصورة وثيقة بالأمن والاستقرار في منطقة المتوسط. كما يعد هذا الحوار عنصرا مكملا لتكيف وتأقلم حلف الناتو مع بيئة أمن ما بعد الحرب الباردة.

وتتلخص الأهداف العامة لهذا الحوار في<sup>3</sup>:

- المساهمة في الأمن والاستقرار الإقليميين.
- تحقيق مستويات أفضل من الفهم المتبادل.
- تبديد أي تصورات خاطئة لدى دول الحوار حول حلف الناتو.

أما المبادئ الرئيسية. فقد أدى نجاح إطلاق الحوار إلى قيامه على أساس أربعة مبادئ<sup>4</sup>:

<sup>1</sup> - نبيل شبيب، "الأطلسي - المتوسطي... حوار تائه".

[http://www.islamonline.net/servlet/Satellite?c=ArticleA\\_C&cid=1169972846104&pagename=Zone-Arabic-News%2FNWALayout](http://www.islamonline.net/servlet/Satellite?c=ArticleA_C&cid=1169972846104&pagename=Zone-Arabic-News%2FNWALayout)

<sup>2</sup> - عبد النور بن عنتر، مرجع سابق، ص 166 - 197.

<sup>3</sup> - "الحوار الأطلسي - المتوسطي"، [http://www.nato.int/cps/en/natohq/topics\\_52927.htm?selectedLocale=ar](http://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_52927.htm?selectedLocale=ar).

<sup>4</sup> - عبد النور بن عنتر، "الأطلسية الجديدة في المتوسط"، شؤون الأوسط، لبنان، بيروت، مركز الدراسات الإستراتيجية والبحوث والتوثيق، العدد 47، ديسمبر 1995، ص 96.



توجهات حلف شمال الأطلسي تجاه دول جنوب المتوسط بين المخاوف الأمنية والحوارات ————— بالة عمار (ب د)

- تدرجية الحوار من حيث المشاركة والمضمون. هذه المرونة قد سمحت لعدد من شركاء الحوار بالانضمام. مثل الأردن في نوفمبر 1995، والجزائر في مارس 2000.
- ثنائية الحوار في المقام الأول (الناتو +1)، وعلى الرغم من غلبة الطابع الثنائي إلا أنه يسمح بعقد اجتماعات متعددة الأطراف على أساس منتظم (الناتو +7).
- يتعامل الناتو "نظريا" مع جميع الدول المتوسطة المشاركة في الحوار بالتساوي. وقد أدت سياسة عدم التمييز هذه دورا كبيرا في إنجاح إطلاق الحوار وما أعقب ذلك من تطويره، وتمتع الدول المشاركة بحرية كاملة في اختيار مدى مشاركتها في الحوار وحجم تلك المشاركة، مكرسة بذلك مفهوم التفاضل الذاتي، وقد يكون ذلك من خلال برامج التعاون الفردية.
- يهدف الحوار إلى استكمال وتعزيز الجهود الدولية الأخرى على نحو متبادل، مثل عملية برشلونة التي أطلقها الإتحاد الأوروبي، ومبادرة البحر الأبيض المتوسط التي أطلقتها منظمة الأمن والتعاون في أوروبا OSCE.

إن الحوار الأطلسي - المتوسطي الذي تم إطلاقه عام 1994 في قمة بروكسل، يمثل مشروعا ذا طابع عسكري وأمني في الدرجة الأولى يتطابق مع المهمات الجديدة للحلف الذي امتد ليشمل مناطق جديدة تعدت ما نصت عليه اتفاقية واشنطن التأسيسية لعام 1994، حيث قوسي الأزمات الشمالي والجنوبي إلى منطقة إستراتيجية بالنسبة إلى التيارات السياسية والعسكرية الأطلسية مثلة في منطقة جنوب المتوسط.

#### سابعا: مبادرة اسطنبول الأطلسية ورفع الحوار إلى شراكة:

قرر الأعضاء في هذه القمة المنعقدة سنة 2004 تعزيز الحوار حيث تبنا وثيقة بعنوان "أجندة أكثر طموحا وتوسيعا للحوار المتوسطي". ورد فيها أن الحلفاء قرروا رفع الحوار إلى "شراكة حقيقية" قصد المساهمة في الأمن الإقليمي والاستقرار وتكملة الجهود الدولية، على أن يتم الاتفاق على ذلك مع الدول المتوسطة الشريكة على أساس كل حالة على حدى، والأکید على ضمان التكامل مع مبادرة اسطنبول وجهود الإتحاد الأوروبي وإمكانية توسيع الحوار إلى دول متوسطة أخرى مهتمة.<sup>1</sup> وعلى عكس دول الحوار المتوسطي، فإن دول الشراكة من أجل السلام تستفيد من موارد الحلف المالية .

وتبنت الوثيقة معظم المقترحات الواردة في وثيقة براغ وفقا لذلك، فقمة اسطنبول دشنت طورا جديدا في الحوار المتوسطي للحلف، ومن بين النقاط الأساسية فيها، حديث الحلفاء عن الحاجة لترتيبات قانونية ملائمة لتسهيل شراكة تامة وفعلية مع الشركاء المتوسطيين

<sup>1</sup> - علي مصباح، "إسطنبول وما بعد الحوار الأطلسي - المتوسطي".

[http://ar.qantara.de/webcom/show\\_article.php/\\_c-492/\\_nr-757/webcom/show\\_article.php/\\_c-492/\\_nr-105/i.html](http://ar.qantara.de/webcom/show_article.php/_c-492/_nr-757/webcom/show_article.php/_c-492/_nr-105/i.html)



توجهات حلف شمال الأطلسي تجاه دول جنوب المتوسط بين المخاوف الأمنية والحوارات ————— بالة عمار (ب د)

وكذا الحاجة إلى اتفاقات أمنية مع البلدان المتوسطية. وسعت الولايات المتحدة إلى إشراك بلدان عربية متوسطة في قمة اسطنبول وإعطائها منزلة الشريك ولكن ذلك لم يتسن لها بسبب الوضع في فلسطين والعراق آنذاك.

ويأتي هذا السعي الأمريكي في وقت أصبح فيه توجه الحلف الأطلسي جنوبا على أساس الشراكة، جزءا من العقيدة الأمنية الجديدة للناتو. ولكن كان هناك اختلاف في التعاطي معها حيث تهافتت دول أوروبا الشرقية على العضوية فيه، في حين هناك صورة سلبية عن الحلف في العالم العربي، فغالبية الدول العربية تنظر بارتياح وترقب حذر إلى المبادرة الأمريكية في إطار الأطلسي، فمصر مثلا اعتذرت عن استقبال الأمين العام المنتدب للحلف في ماي 2004 معتبرة أنه لا يوجد هناك دور يقوم به الحلف في المنطقة ولم يحن الوقت بعد لرفع الحوار إلى مصاف شراكة، عكس الجزائر التي رحبت بهذا الاقتراح، وهنا نلاحظ الاختلاف في التعامل بين الدول العربية المتوسطية مع مبادرة الحلف وهو دفع هذا الأخير إلى الاتفاق مع الدول المتوسطية الشريكة وفق قادة التمايز الذاتي، بمعنى أنه لكل بلد الحرية في تحديد حاجياته وأولوياته، ويعمل الحلف مع دول الحوار فرادى لتحديد برامج تستجيب لتطلعاتها، والسؤال الذي يطرح نفسه بقوة: كيف يمكن تشكيل بنية أمنية إقليمية على أساس مسارات ثنائية (1 + 26)؟

إن الجديد في قمة اسطنبول لم يخص الحوار المتوسطي، بل كان إطلاق مبادرة باتجاه بلدان الشرق الأوسط الجنوب متوسطية، يهدف إلى التأسيس لشراكة أمنية يعرضها الحلف الأطلسي على بلدان متوسطية وشرق أوسطية معينة، تستهدف بالدرجة الأولى إيران فيما يتعلق ببرنامجه النووي.

بالإضافة إلى العديد من الانتقادات الموجهة للحوار على رأسها<sup>1</sup>:

➤ قلة المعلومات حول التطورات الإستراتيجية والنوايا والأهداف التي تتابعها منظمة الحلف الأطلسي في منطقة حوض البحر الأبيض المتوسط.

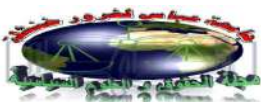
➤ انعدام التشاور لدى ضبط الخطط وتطوير البرامج في إطار الحوار.

➤ عدم الأخذ بعين الاعتبار بصفة كافية لحاجيات بلدان الحوار لدى صياغة المقترحات.

**ثامنا: الخلفيات الإستراتيجية لعلاقة الناتو بدول جنوب أوروبا:**

إن انتقال حلف شمال الأطلسي من الاهتمام بالشرق الشيوعي بعد اندثار الشيوعية، إلى الاهتمام بالمنطقة الإسلامية لم يكن جوابا على أحداث جديدة فيها، سوى أن الصحوة الإسلامية قد استيقظت من جديد وازدادت نسبة الإقبال عليها شعبيا بصورة ملحوظة، وهو الأمر الذي لا يمكن استبعاده والاكتفاء بذكر أسباب أمنية وعسكرية وسياسية معينة لتفسير

<sup>1</sup> المرجع نفسه.



توجهات حلف شمال الأطلسي تجاه دول جنوب المتوسط بين المخاوف الأمنية والحوارات — بالة عمار (ب د)

الشعار المطروح بعد الحرب الباردة "الإسلام عدو بديل" وهو الشعار الذي وجد طريقه إلى جداول أعمال المؤتمرات الأطلسية، وإعادة صياغة أهداف الحلف، وتطوير تشكيلاته العسكرية والقيادية.<sup>1</sup>

وإذا كان الحوار الأطلسي الذي أطلقه الحلف في بدايته اتخذ صيغة شرح "السياسات الأطلسية" والبحث عن مساندها، إلا أنه لم يتخذ صيغة حوار بين طرفين باحتياجات أمنية مختلفة، حيث لم تصدر استجابة أطلسية لمطلب عربي رئيسي منذ ذلك الحين إلى ما بعد حوار المغرب - أي على امتداد عشرة أعوام - وهو أن يشمل جدول الأعمال القضية مصدر الخطر الأكبر على الدول العربية وهي الوجود الإسرائيلي. كما أن قمة براغ 2002 لتعزيز الحوار كرست انقسام الأطراف المتوسطية المشاركة فيه على محورين؛ الأول؛ محور الرغبات الإسرائيلية، الأردنية، الجزائرية في تحسين العلاقات مع الحلف ورفع مستوياتها، والثاني؛ موقف متردد من جانب مصر والمغرب وموريتانيا وتونس والانطلاق من أن الحلف ينظر إلى المنطقة، وبالتالي إلى الطرف الآخر في الحوار باعتباره مجالا لسياسته الأمنية وليس شريكا في تحديد تلك السياسات. على النقيض مما قامت عليه المجالس المشتركة للحلف مع الدول الشيوعية سابقا.

وإلى جانب الحوار الجماعي كان الطرف الأطلسي حريصا على إجراء محادثات بصورة انفرادية مع كل طرف متوسطي على حدى، وهو مؤشر على أن الحلف يتحرك باتجاه المنطقة المتوسطية - فضلا على توسيع مهامه وعملياته ما بين أفغانستان وأواسط آسيا وبين جيبوتي وجزر العرب - دون أن يكون للحوار الأطلسي - المتوسطي أي تأثير على ذلك، كما أن الحوار نفسه لم يمنح أي دور للمشاركة العسكرية المباشرة لبعض الدول وهي مصر والمغرب والأردن مثل المهام في البلقان.

لم ينبثق عن الحوار واقعا سوى خطوات رمزية مثل إفساح المجال أمام بعض المسؤولين الحكوميين من الدول المتوسطية لزيارة مقر الحاف ببروكسل أو المشاركة في بعض الندوات التدريبية والسياسية في إيطاليا وألمانيا واستضافة مراقبين في قطاعات مختارة من التدريبات العسكرية لقوات الحلف.

#### خاتمة:

ثمة تحديات عديدة تجابه حلف شمال الأطلسي في ظل النظام الدولي الجديد، تتمحور حول طبيعة دوره الجديد بعد زوال الذي نشأ من أجل احتوائه والمتمثل في الإتحاد السوفياتي سابقا، خاصة في ظل سعي الإتحاد الأوروبي إلى تطوير سياسة أمنية دفاعية مشتركة مستقبلا.

<sup>1</sup> - عبد النور بن عنتر وآخرون، "حلف شمال الأطلسي في عامه الستين"، مركز الجزيرة للدراسات الإستراتيجية، [www.aljazeera.net/mritems/streams/2009/7/.../1\\_929625\\_1\\_51.pdf](http://www.aljazeera.net/mritems/streams/2009/7/.../1_929625_1_51.pdf)





توجهات حلف شمال الأطلسي تجاه دول جنوب المتوسط بين المخاوف الأمنية والحوارات ————— بالة عمار (ب د)

على نحو يجعل من ذلك الاتحاد المنظمة الأساسية المنوط بها تحقيق سلم واستقرار أوروبا. وبالتالي فإن دور الحلف في هذا السياق مآله الأندثار. أو على الأقل إمكانية الاستقلال الأوروبي عن المظلة الأمنية للحلف تحت الزعامة الأمريكية. ومن هنا كان لابد من البحث عن مجالات اهتمام جديدة تتعلق بمكافحة الإرهاب وتحقيق الاستقرار في مناطق العالم المضطربة البعيدة عن أوروبا وغير ذلك من المجالات التي لا تهم أوروبا كثيرا.

أما فيما يتعلق بالحوار الأطلسي - المتوسطي فهو يعتبر جزء لا يتجزأ من المقاربة التعاونية الجديدة للحلف غير أن أهميته أقل بكثير من الركائز الأخرى مثل مجلس الشراكة الأورو أطلسية، الشراكة من أجل السلام، العلاقة مع روسيا، ميثاق الشراكة بين الحلف وأوكرانيا، ورغم أنه يمس مختلف القضايا فإنه يقر سياسيا حتى وإن اتخذ مظهرا عسكريا تحت وقع أحداث 11 سبتمبر.

ويظل الحوار الأطلسي المتوسطي، الذي يمثل إحدى التجليات الهامة للعلاقات بين حلف شمال الأطلسي ودول جنوب المتوسط محدودا، رغم إنجاز قمتي براغ واسطنبول لعدة أسباب منها:

- صمم الحوار في إطار التطبيع العربي - الإسرائيلي وأطلق في خضم عملية السلام، مما جعله رهين مد وجزر هذه الأخيرة.
- مشاكل المنطقة هي من نوع غير عسكري مما يجعل دور الحلف محدودا، وهي ذات طبيعة سياسية واقتصادية واجتماعية يبدو أن الحلف غير مؤهل لمعالجتها.
- التمويل يطرح إشكالا في الحوار المتوسطي كونه صمم على أساس التمويل الذاتي، مما يحد من مشاركة بعض الدول المنخرطة فيه.
- افتقاره لوثيقة مؤسسة تحدد محتواه بدقة وترسم معالمه، عكس مبادرات الحلف الأخرى والتي لها وثائقها المؤسسة والرجعية وهذا ما يفسر بالشك المتبادل بين الحلف وشركائه المتوسطيين.
- غياب الإجماع حول محتوى الحوار والتفاهم حول حجم المخاوف من التهديدات، وكما أنه لا يساهم في بناء الأمن الأفقي بين دول الضفة الجنوبية لأنه عمودي المقاربة (ثنائي بين الحلف والدول المتوسطية فرادى)
- عدم اقتناع الدول المتوسطية المعنية بالحوار انطلاقا من كونه مبادرة جنوب أوروبية (اسبانية وإيطالية)، كما أن بعض الدول العربية تتحفظ عن الانخراط في بعض الجوانب العسكرية للحوار بسبب وجود إسرائيل وتنتقد استبعاد الدول العربية الأخرى.





## التحرري الجنائي المُسبق

جامعة سطيف2

د. روابح فريد

### ملخص:

الأصل أنه في أغلب أنواع الجرائم تكون الإجراءات العادية كافية لمواجهة الظاهرة الإجرامية. لكن استثناءً وفي بعض الحالات يكون اللجوء إلى تقنية التحري المُسبق فعالاً باستعماله من طرف مصالح الاستعلامات أو من طرف الشرطة أو السلطات القضائية. بهدف التحذير من ارتكاب أو من التحضير لارتكاب جريمة خطيرة. مما يسمح بفتح تحقيق جنائي ضد مرتكبيها.

- فالتحري المُسبق يسمح للشرطة بفتح تحريات من أجل جمع معلومات على أساس اشتباهه كافٍ بأن بعض الأفعال الخطيرة المُعاقب عليها سوف تُرتكب خاصة في إطار عصابة إجرامية. أو ارتكبت لكن لم تُعرف بعد. فهو استراتيجية مُخصّصة لمكافحة التنظيمات الإجرامية أو للتقليل من أضرار الجريمة الخطيرة التي تُرتكب في المُستقبل. حيث يكون استباقها أفضل من رد فعل بعد ارتكابها والتبليغ عنها.

إن استعمال التحري المُسبق بما يتضمّنه من تقنيات خاصة كالتصنّت والمراقبة والبحث الإلكتروني. من شأنه أن يُشكّل مساساً بجريمة الحياة الخاصة وسريتها. لذا ينبغي أن يبقى استثنائياً وأن يُستعمل بشروط صارمة وفي إطار من الشرعية مع احترام ومُراعاة حقوق الإنسان بقدر الإمكان.

الكلمات المفتاحية: التحري المُسبق. التقنيات الخاصة للتحري. التنظيمات الإجرامية. المُراقبة. مصالح الاستعلامات.

### L'Enquête pénale proactive

#### Résumé :

Dans la plupart des cas, les dispositions de la procédure pénale ordinaire offrent des moyens suffisants pour réagir fermement contre le phénomène des infractions graves. Exceptionnellement, il peut être nécessaire de prévoir le recours aux enquêtes proactives par les services de renseignement, par les autorités policières ou par les autorités judiciaires, dans l'objectif de prévenir la préparation ou la commission d'une infraction grave et de permettre l'ouverture d'une enquête pénale contre l'organisation ou ses membres

L'enquête proactive permet aux services de police de mener, une enquête consistant à rassembler des informations sur la base d'une suspicion raisonnable que certains faits punissables, notamment des faits perpétrés dans le cadre d'une organisation criminelle, vont être commis ou ont été commis mais ne sont pas encore connus. Cette stratégie est particulièrement utile pour combattre la criminalité organisée, et cible les principales menaces



émergentes liées à la criminalité afin de réduire le dommage qu'elles causent plutôt que de réagir à une infraction après qu'elle a été commise et signalée,

L'utilisation de mesures d'enquête contraignante, y compris les actes de recherche électronique et de surveillance conduisant à une ingérence dans le droit à la vie privée et à l'anonymat, doit être tout à fait exceptionnelle et, vu son caractère intrusif et son impact sur les droits fondamentaux, et ne peut être autorisée que sous des conditions stricts, donc Il est nécessaire d'adopter un cadre légal relatif aux techniques d'enquête proactive, tout en respectant les droits de l'homme.

**Mots Clefs :** Enquête proactive ; Techniques spéciales d'enquête ;

Organisation criminelle; Surveillance; Services de renseignement.

**تمهيد:**

الأصل أنّ الدور التقليدي لرجال الضبط القضائي يكون لاحقاً لارتكاب الجريمة. حيث يحققون في الجرائم التي تم ارتكابها فعلاً والمعلومة لديهم. لأنّ الضحية نتيجة لما خلقه الجريمة من عداً بينه وبين المجرم. لا يتردد عادة في إبلاغ رجال الضبطية القضائية المتمثلة في الشرطة أو الدرك. وهم يعملون في إطار مُحدّد يتمثل في التحقيق الأولي (Enquête préliminaire). وهو دورٌ يختلف عن مهام الضبط الإداري الذي يكون دوره وقائياً لمنع وقوع الجريمة.

لكنّ التحريّات الجنائية الأولى عرفت في الثلاثين سنة الأخيرة تطوّرات هامّة جعلتها بمثابة مركز ثقل للدعوى الجزائية. باعتبارها مجموعة مراحل إجرائية تهدف إلى البحث عن الجرائم وأدلتها ومتابعة مرتكبيها ومحاكمتهم. وهو ما يُفسّر الحركة التشريعية الكثيفة في مجال تقنيات وأساليب التحريّ. وعلى صعيد الإجتهد القضائي كذلك يُلاحظ بشكل جلي أنّ أكثر المسائل القانونية مناقشة تنصبّ على كيفيات الإثبات واستعمال الدليل<sup>(1)</sup>.

فمن بين التقنيات الحديثة التي ظهرت في مجال التحريّات ما يسمّى بـ " التحريّ المسبق". وقد ثبتت الفعاليّة المتميّزة للتحريّ المسبق في التعامل مع الإرهاب والجريمة المنظمة. وفعالية هذا النوع من أساليب التحريّ ناجم عن طابعه السريّ. لأنّ التنظيمات الإجرامية. أو جماعات المافيا التي تنشط في مجال جرائم الإجتار في الرقيق والأعضاء البشرية والأسلحة ضمن عصابات. وجرائم الأعمال والإرهاب. يصعب اكتشافها ولا يجرؤ فيها الضحية على إعلام الشرطة. وأعضاء هذه الجماعات يستعملون القوة والتهديد لفرض قانون الصمت. فلا يكون العلم بهذا النوع من الإجرام سهلاً وفي متناول الشرطة. ممّا أدّى إلى إسناد مهمّة أخرى جديدة للضبط القضائي تتمثّل في تحريّات سابقة. أي تسبق ارتكاب الجريمة. تقوم بها سلطات مُختصّة. تتوقع ارتكاب الجريمة في المستقبل أو تكرار ارتكابها. وذلك في شكل تحريّات خاصّة.

(1) Christian DE VALKENEER, Manuel de l'enquête pénale, éd Larcier, n° 03, Bruxelles 2006. définitions Juridiques, L.G.D.J paris, George éditeur Genève, Bruylant Bruxelles 2004, marge (6), p14.



يتوصلون بها إلى رصد واكتشاف حركات المجرمين، والقبض عليهم. وهي ما تُسمى "التحرري المسبق" "Enquête proactive" (1).

فالتغلب على العصابات الإجرامية المنظمة يتطلب استخدام ترسانة من الأسلحة القانونية والتقنية. تختلف عن القواعد العادية، لأن الحصول على الدليل فيها وكشف كبار رؤوس الإجرام ليس مثل كشف مرتكب أعمال العنف الخفيف. وهذا ما فرض السماح للشرطة في بعض الدول بالتحرك قبل البداية الرسمية للتحريات، عن طريق استعمال أساليب تظليلية في شكل تحريات مسبقة. تفترض أن رجل الشرطة أو القضاء يشك في شخص أو عدة أشخاص بأنهم ينوون القيام بإحدى نشاطات الجريمة المنظمة (2).

تطرح هذه الدراسة الإشكالات التالية: ما هو الإطار القانوني الذي تتخذ فيه إجراءات التحري المسبق ويسمح للضبطية القضائية أو أجهزة القضاء بالتدخل بإجراءات مسبقة قبل ارتكاب الجريمة أو قبل معاودة ارتكابها؟ خاصة إذا كانت تقنيات التحري المسبق ذات طابع تطفي في مساس بالحقوق والحريات الأساسية للإنسان. تتناول هذه الدراسة مفهوم التحري المسبق وشروط ونطاق تطبيقه وموقف التشريعات منه.

### الفرع الأول: تعريف التحري المسبق ونطاق تطبيقه

التحري المسبق هو مفهوم إجرائي جديد استحدث من أجل الجريمة المنظمة، وهو لا يزال بدون تعريف كامل رغم أشغال البحث الجارية في عدة دول. ونظراً لكون الإجراءات المتخذة بموجبه تمس بالحقوق والحريات الأساسية دون وجود قرائن عن وقوع جريمة معينة، فإنه يتطلب وجود شروطاً واضحة وصارمة. حيث أكدت الدراسات والوثائق المتعلقة بالتحري المسبق، مثل المؤتمر الدولي السادس عشر سنة 1999 والثامن عشر سنة 2008 للقانون الجنائي، على ضرورة وضع تعريف للتحري المسبق في القانون، وعلى وجوب حصر نطاق تطبيقه في مجال معين، وعلى ضرورة احترام الشروط التي يضعها القانون في تنفيذ هذا الإجراء (3).

(1) Le Crime organisé après la loi française du 09 Mars 2004 dite loi de Perben II ", Revue de droit pénal et de criminologie, éd la charte, Bruxelles, n° 02, 2005, p148.

(2) Jean PRADEL, " Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé- rapport Général " Colloque préparatoire( Guadalajara Mexique) 14-17 octobre 1997, section III, Procédure pénale, Revue internationale de droit pénal 3 et 4 trimestres.1998, p657.

(3) Christian DE VALKENEER, Op cit, p14.



## أولاً: تعريف التحري المسبق:

يُسمى التحري المسبق أيضاً بالتحريبات الإحتياطية (1) Les recherches préventives وهو يهدف إلى البحث عن المنظمات الإجرامية بواسطة أساليب المراوغة. وتدميرها عن طريق عملية تحري ذات تدابير تخطيطية منظمة تحت رقابة القضاء. حيث يسمح التحري المسبق لمصالح الشرطة بالقيام بتحقيقات مسبقة حول عناصر لا تكون لها صلة مباشرة بجريمة ارتكبت. ولكن يمكن أن تؤدي إلى الكشف عن جرائم يُحتمل ارتكابها في المستقبل. أو جرائم ارتكبت ولم تتبين بعد. فضلاً عن ذلك ينظر رجال الشرطة في التقنيات الخاصة التي يمكن اتخاذها في إطار التحري المسبق (2).

ويهدف التحري المسبق أيضاً إلى التحذير من تخيير أو ارتكاب جريمة من الجرائم الخطيرة. والسماح بفتح تحريات أولية ضد التنظيم الإجرامي وأعضاءه (3).  
يُعرف الأستاذ Jean Pradel التحري المسبق بأنه " مجموع إجراءات التحري التي يُستعمل فيها دائماً التقنيات الخاصة. من أجل التحذير من الإرتكاب المحتمل للجريمة. أو لاكتشاف جرائم مرتكبة لكن غير معروفة".

« l'ensemble des investigations utilisant le plus souvent des techniques spéciales pour prévenir la commission probable d'infractions ou détecter des (4) » infractions déjà commises, mais encore inconnues

- غير أنه لا يوجد تعريف لمفهوم " الجرائم المحتملة الإرتكاب" و " الجرائم المرتكبة الغير معروفة ". فمحكمة الإستئناف ببروكسل وبموجب القرار المؤرخ في 14 نوفمبر 2001 الذي رفض نقضه. اعتبرت عملية التسليم المراقب المتخذة من أجل متابعة مركبة مشحونة بـ 23,5 كلف من القنب. لا تنتمي إلى مرحلة التحري المسبق. لأن الأفعال تُعتبر منذ البداية مرتكبة ومعروفة. كما أن القرار الصادر عن نفس هذه الجهة القضائية بتاريخ 22 فيفري 2005. حول

(1) Gaetana MORGANTE, " La lutte contre la criminalité organisée en droit italien- Mélange Nouvelle méthodes de lutte contre la criminalité – La normalisation de l'exception étude de droit comparé " Etablissements Emile Bruylant, S.A. Bruxelles 2007 p184.

(2) Dan KAMINSKI; Christian DE VALKENEER, " Au croisement de la recherche proactive et des écoutes téléphoniques: construction et danger du mutualisme légistique ", Revu de droit pénal et de criminologie, année 83 Mars 2003 Bruxelles. p328.

Voir aussi, Yann Bisiou; " Enquête proactive et lutte contre la criminalité organisée en France, Mélange, Nouvelle méthodes de lutte contre la criminalité – La normalisation de l'exception étude de droit comparé Etablissements Emile Bruylant, S.A. Bruxelles 2007 p350-351.

(3) XVIIIème Congrès International de Droit Pénal, Pula (Croatie), 6-9 novembre 2008 :Colloque Préparatoire, Section III ,Mesures de procédure spéciales et respect des droits de l'homme, - Projet de Résolution-Revue internationale de droit pénal vol.80, 1er et 2ème trimestres 2009, annex en cd rom, p3.

(4) Jean PRADEL, "De l'enquête pénale proactive: suggestions pour un statut légale ", Recueil Dalloz 1998, Chroniques p 57.



نصب كمين من طرف الشرطة بهدف التأكد من صدق تصريحات المشتبه فيه المُعترف بأفعال إخفاء الأشياء المسروقة. اعتبر القرار أنّ هذا الإجراء لا يُعتبر من قبيل التحريّ المُسبق<sup>(1)</sup>.

وحسب المادة 28 مكرّر/2 من قانون التحقيقات الجنائية البلجيكي، والتي تضع شروط التحريّ المُسبق، فإنّه يقع الخلط ما بين اعتبار التحريّ المُسبق تقنية من التقنيات الخاصّة للتحريّ عن الجريمة المنظمة، وبين اعتباره مرحلة سابقة عن ارتكاب الفعل. فالمشرّع البلجيكي يعتبر التحريّ المُسبق المحصور بمجال الجريمة المنظمة مرحلة سابقة عن معرفة الأفعال. تختلف عن التحريات العادية التي تكون نقطة انطلاقها هي معرفة وملاحظة الجريمة. لكنّ التحريّ المُسبق لا يوجد فقط في الجريمة المنظمة، بل يمكن حسب المادة 28 مكرّر/2 أن تنطلق التحريات في بعض الجرائم العادية قبل معرفة وملاحظة الجريمة. مثل أن تكون دورية الشرطة بصدد مشاهدة شخص يحوم حول سيارة يحاول معرفة ما بداخلها. فإنّ الدورية في هذه الوضعية لا تفعل شيئاً سوى التحريّ المُسبق<sup>(2)</sup>.

بالنظر إلى طبيعة الضبط المُسبق يُمكن تصنيفه كتقنية من تقنيات التحريّ بدل تعريفه كمرحلة تسبق مشاهدة الأفعال. فمصطلح " proactive المُسبق " عكس réactive يُقصد به الإرتكاسي أو رادّ الفعل أو الكاشف. حيث يُعرّف التحريّ المُسبق حسب هذا المعنى بأنّه تجميع للمعلومات عن الأشخاص والجماعات قبل أن ترتكب الجريمة.

#### ثانياً: إشكالية نطاق استخدام التحريّ المُسبق:

كان ظهور فكرة الضبط المُسبق (La Police Proactive) مُرتبطاً بالخيال والأساليب المُستعملة لكشف وجود الجريمة، أو من أجل منع تكرار ارتكابها. حيث كانت الشرطة في الكثير من الدّول تستعمل تقنيات خاصّة للمراقبة تتمثل في الملاحظة (L'observation) التي هي معاينة بواسطة الوسائل التقليدية، أو بالعين المُجرّدة، أو بواسطة استعمال الوسائل التقنية المتطورة كالتصنّت الهاتفي، وتسجيل الصوت والتصوير بالفيديو في مكان خاص). وتقنية التسرّب (L'infiltration) الذي يقوم فيه رجل الشرطة بعد إخفاء صفته بالدخول في اتصال مع المجرمين من أجل جلب المعلومات، كأن يقدم نفسه كبائع أو مشترٍ في جرائم المخدرات). أو الإستعانة بمحقّق من خارج جهاز الشرطة (L'informateur)<sup>(3)</sup>. ويمكن أن يأخذ التحريّ المُسبق صورة التحريض البوليسي (La Provocation Policière) شرط أن لا يؤدي إلى خلق الجريمة في ذهن الجاني<sup>(4)</sup> مثل فكرة التاجر الوهمي أو الخفي (Le paravent commercial) كوسيلة من وسائل التحريّ المتعلقة بإنتاج وتخفي دليل الجريمة، ومثال ذلك مكتب الصرافة الذي أنشئ في

(1) Christian DE VALKENEER, Op cit, p14.

(2) Ibid, p14.

(3) Jean PRADEL, " De l'enquête pénale proactive ...", Op cit, p 57.

شريف سيد كامل، الجريمة المنظمة في القانون المُقارن، دار النهضة العربية القاهرة، ط (1)، 2001، ص235. <sup>(4)</sup>



كندا وسط مدينة مونتريال في بداية التسعينيات من طرف الدرك الملكي لمدة 4 سنوات، وفعالاً أدت هذه الوسيلة إلى الكشف عن الكثير من الأشخاص المتورطين مع منظمات المافيا الكندية ومحاكمتهم<sup>(1)</sup>.

#### أ) تقرير لجنة " Van Traa " 1996:

في سنة 1996، رفع فريق العمل الهولندي إلى وزير العدل بهلندا تقريراً يتعلّق بإدارة ومراقبة التحريات وتوضيح التقنيات الخاصة للتحري. يسمّى تقرير لجنة " Van Traa " فكان من بين ما اقترحتة اللّجنة في هذا التقرير، أنّ تطبيق الأساليب الخاصة للتحري المسبق يكون بموافقة من القاضي، وأن لا يترك المجال حرّاً في تطبيقها للشرطة، وأنّ هذه الأساليب يجب أن تكون مقرّرة بالقانون، لأنّها يمكن أن تمس بالحقوق الأساسية للمواطنين. حيث يجب أن يُعرّف القانون التحري المسبق، ويُحدّد الإجراءات التي يمكن اتخاذها والشروط المطلوبة لذلك. مثلاً كالقرار المسبب من طرف القاضي، والمُحضر أو التقرير المُحرّر من قبل ضابط الشرطة القضائية حول الإجراء المتخذ. وهذا التقرير يجعل التحري المسبق في مراحل، حيث في البداية يتمّ استقاء المعلومات بواسطة المرشد السريّ indicateur ثمّ في مرحلة ثانية يتم تنفيذ العملية إذا تأكّد الإشتباه المعقول بأنّ جريمة سوف ترتكب، أو تمّ ارتكابها. وكلّما كان الإجراء أكثر مساساً بالحقوق الأساسية كلّما كانت السلطة الأمرّة بالإجراء أكثر درجة في السلم التدريجي، مثلاً وكيل النيابة لدى المملكة، قاضي التحقيق، غرفة المشورة<sup>(2)</sup>.

#### ب) المؤتمر الدولي السادس عشر لقانون العقوبات:

انعقد المؤتمر في بودابيسست (المجر) في الفترة من 5 إلى 11 سبتمبر سنة 1999. وكان التحري المسبق من بين اهتمامات المؤتمر والندوات الأربعة المنعقدة للتحضيره في سنتي 1997 و1998. وقد

أكّد هذا المؤتمر على وجوب حصر نطاق تطبيق التحري المسبق في مجال معيّن، وعلى ضرورة احترام الشروط التي يضعها القانون في تنفيذ هذا الإجراء، حيثُ جاء في الفصل الثالث من توصيات المؤتمر بأنّ " التحري المسبق موضوعه إظهار بناء ووسائل المنظمة الإجرامية والكشف عنها حتى يمكن تحريك المتابعات الجنائية ضدّ أعضائها، وهذا النوع من التحري الذي يتضمّن إجراءات تحمل مساساً خطيراً بالحقوق الأساسية، ليس ممكناً أخاذه إلا بالشروط التالية:

(1) François LACASSE, " Le Canada se dote d'une loi pour contrer le crime Organisé", R.S.C. n° (4) oct-décembre 1998, p 754.

(2) Jean PRADEL, " De l'enquête pénale proactive .....", Op cit, p 57.





- 1- إستخدام الوسائل المعترف بها في القانون الوضعي وفي إطار احترام حقوق الإنسان. وهذا وفق ما يسمّى مبدأ الشرعية *principe de légalité*.
- 2- لا يتم اللجوء إلى هذا الإجراء إلا عند غياب وسيلة أخرى مشروعة أقل خطورة. احتراماً لمبدأ الإحتياطية *principe de subsidiarité*.
- 3- يجب أن يكون الإجراء محدوداً ومحصوراً في الجرائم ذات الخطورة الخاصة. تطبيقاً لمبدأ الخطورة و مبدأ النسبية *principe de gravité et de proportionnalité*.
- 4- لا يمكن تسيير هذه التحريات إلا بموافقة وترخيص المسبق من القاضي أو تحت رقابته مبدأ القضائية *Principe de Judiciarité*<sup>(1)</sup>.

### ج) المؤتمر الدولي الثامن عشر للقانون الجنائي سنة 2008

في حلقاته التحضيرية المنعقدة بـكرواتيا في 2008. كان القسم الثالث منه تحت عنوان " التدابير الإجرائية الخاصة واحترام حقوق الإنسان " خُصّص جانبٌ منه لموضوع التحري المسبق. وطُرحت أثناء المناقشة أسئلة عدّة حول شروط اللجوء إلى التحري المسبق. وهل يجب توقّر الشكوك حول ارتكاب الجريمة تستند إلى أسباب احتمالية للجوء إلى التحري المسبق؟ أو هل تُشترط وجود معطيات حول خطورة تُهدّد الأمن العمومي أو مصلحة عامة؟ وما هو تعريف الإشتباه أو الشك في وجود الجريمة وهل يختلف بالنسبة للجرائم الخطيرة عنه في الجرائم العادية؟ وبخصوص المعلومات المستمدة من التحري المسبق هل يمكن أن تكون موزعة بين مصالح الإستعلامات للشرطة والإدارة وجهاز العدالة؟

وجاء في التقرير العام الذي أعده المؤتمر في هذه الحلقة. أنه عندما تتوفر القرائن الكافية للإشتباه في التحضير لارتكاب جرائم مُرتبطة بـمنظمة إجرامية أو منظمة إرهابية تتحول التدابير ذات الهدف الوقائي من إطار التحري البعدي إلى إطار التحري المسبق. وبيّن هذا التقرير العام أنّ من خلال التقارير الوطنية المقدّمة في المؤتمر يتضح أنّ معظم الدول المُشاركة كرّست في أنظمتها الإجرائية التحري المسبق. وهو يشمل كذلك عدم وجود أيّة قرينة للاشتباه في ارتكاب الجريمة أو تحضيرها. وعدم وجود أي مُشتبه فيه مُحدّد. حيث أنّ هدف التحري المسبق في هذه الحالة هو كشف النقاب عن المنظمات الإجرامية من أجل منعها من التحضير للجريمة الخطيرة أو ارتكابها. والتمهيد لفتح التحقيقات الجنائية البعدية. وهنا يأتي دور قوات الأمن ولجان الإستعلامات والسلطات العمومية المُكلّفة بإنفاذ القانون. بإجراء تحريات احتياطية ذات

(1) Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé, XVI Congrès International De Droit Pénal, Budapest (HONGRIE) 05 à 11 septembre 1999, "RESOLUTIONS" Revue internationale de droit pénal 3 et 4 trimestres. 1999, p 877.





توجهات جنائية عن الأشخاص والمنظمات الموصوفة بالخطيرة. لكن يجب دائماً استصدار الإذن من السلطات القضائية<sup>(1)</sup>.

وتوصّل مشروع التوصيات أو القرارات إلى أنّه في أغلب الحالات تكون الأحكام الإجرائية العادية كافية لمواجهة ظاهرة الإجرام الخطير. لكن استثناءً يمكن أن يكون من الضروري التفكير في الإستعانة بالتحريّ المسبق من طرف الجهات القضائية أو جهات الإستعلام بشروط صارمة<sup>(2)</sup>.

كما جاء في التوصيات المُتعلّقة بمشروع نصوص وقرارات المؤتمر. بأنّ هدف التحريّ المُسبق هو التحذير من وجود تخضير لجرّمة خطيرة أو ارتكابها، والسماح بفتح تحقيق جنائي ضد العصابة المُنظمة وأعضائها. ويُشترط أن يُطبّق هذا الأسلوب الذي قد يكون ذو طابع تطفلي على الحياة الخاصّة، بصفة استثنائية، ويخضع للشروط المُقرّرة في البند العاشر والمتعلّقة بأساليب التحري الخاصّة، وهي تتلخص في وجوب تعريف الإجراء بدقة وبما يتوافق مع مبادئ القانون وخضوع الإجراء للترخيص والرقابة القضائية، وأن يُحترم تنفيذها الحقوق الأساسية للإنسان<sup>(3)</sup>.

وجاء أيضاً في توصيات المؤتمر بأنّ استعمال تدابير التحري المسبق من طرف مصالح الإستعلامات، أو أجهزة الشرطة أو جهاز العدالة يؤدّي إلى التدخل التعسفي في حق الحياة الخاصّة وحق السريّة، لذا يجب أن يكون استعماله إستثنائياً، ونظراً لطابعه التطفلي وأثره على الحقوق الأساسية فإنّه لا يمكن الترخيص به إلا بتوافر الشروط التالية:

- 1- وجود تعريف قانوني دقيق لتدابير التحريّ المسبق، مع أولوية احترام حقوق الإنسان.
- 2- لا يستعمل إلا في حالة غياب الوسائل الشرعية الأقل تقييداً للحقوق والحريات.
- 3- لا يستعمل إلا ضدّ الإجرام الخطير وأن يكون ملائماً مع الأهداف المتبعة.
- 4- لا يُشرع في إجراءات التحريّ المسبق إلا بعد ترخيص من المحكمة على أساس قناعة بضرورته في التحذير من ارتكاب الجريمة الخطيرة.
- 5- يجب أن تباشر إجراءات التحريّ المسبق تحت الرقابة الضيقة للسلطة القضائية المستقلّة والمختصّة.

(1) John AEVERVAELE, " Mesures de procédure spéciales et respect des droits de l'homme, Rapport général " ,R.I.D.P, Association internationale de droit pénal, éd érés, année 80, Trimestres 3 et 4, 2009, p44.

(2) XVIIIème Congrès International de Droit Pénal :Colloque Préparatoire. Section III – Mesures de procédure spéciales et respect des droits de l'homme, -Projet de Résolution-Op cit, p3,4.

(3) XVIIIème Congrès International de Droit Pénal – Mesures de procédure spéciales et respect des droits de l'homme - projet de résolution, Op cit, 3,4.



6- يجب احترام السرّ المهني<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني: مشروعية التحريّ المسبق

قبل تعميم تكريسه ظلّ التحريّ المسبق طيلة سنوات يُشكّل موضوع اهتمام في أوروبا وأمريكا الشمالية. وهذا الإهتمام ارتبط بالجرائم التي تبقى مجهولة لدى رجال الشرطة. وتُرجم إلى جوث ونصوص قانونية.

### أولاً: التحريّ المسبق في القانون المُقارن

أ) في القانون النمساوي:

يحمل القانون النمساوي المؤرخ في 10 جويلية 1997 مساساً جسيماً بجرمة وسرّية الحياة الخاصّة. وذلك بنصّه على إجراءات تحريّ داخل الجماعة الإجرامية لكشف بنائها الهيكلي والتمكّن من توقيفها. عن طريق مراقبة الأشخاص بواسطة وسائل سمعية وبصرية. كالتسجيل الصوتي لتصريحات صادرة عن أحد المشتبه فيهم إلى رجل الشرطة المتخفي تحت غطاء إسم وهمي بواسطة جهاز تسجيل مخفي. ومثل التصنّت السريّ للمحادثات وتثبيت كاميرات في المنزل لمراقبة التحركات. وخطورة هذه الإجراءات تفسّر الشروط الصارمة التي يفرضها القانون النمساوي:

- 1- ضرورة توفر شكوك واشتباهاات خطيرة بارتكاب جريمة خطيرة تزيد عقوبتها عن 10 سنوات حبساً.
  - 2- أن تشكل الجريمة خطراً كبيراً على المجتمع.
  - 3- أن يكون الإجراء ضرورياً للتحقيق في الجريمة المراد ارتكابها من طرف منظمة إجرامية.
  - 4- صدور ترخيص من قبل لجنة تتكون من ثلاثة قضاة من الدرجة الأولى ساري لمُدّة قابلة للتמיד.
  - 5- يجب احترام حقوق الأفراد أثناء اتخاذ الإجراء.
  - 6- يجب إصدار ترخيص خاص إذا تعلّقت العملية بمكتب محامي أو موثق.
  - 7- على قاضي التحقيق أن يحرّر تقريراً عند نهاية المراقبة يُرفق بالملف.
- هذا القانون النمساوي يميز أيضاً البحث عن المجرمين عن طريق الإستعانة بالإعلام الآلي باستخدام بنك المعلومات لدى مختلف المؤسسات (البنوك، مؤسسات الكهرباء والغاز... إلخ). وتُستثنى من هذه المعطيات، الإسماعلات العرقية والدينية والسياسية والفلسفية.

(1) XVIIIème Congrès International de Droit Pénal :Colloque Préparatoire. Section III – Mesures de procédure spéciales et respect des droits de l'homme, -Projet de Résolution-Op cit, p4,5.



ورسّم هذا القانون النمساوي عملية التسرّب أثناء التحرّي المُسبق، حيث منح لرجال الشرطة حق استعمال الأسماء الوهمية وشهادات الإقامة الوهمية<sup>(1)</sup>.

**(ب) في القانون البريطاني:**

بموجب قانون سنة 1997 أنشئت في إنكلترا إدارة متخصصة في عمليات المراقبة بواسطة أجهزة التصنت والتصوير والتسجيل، أطلق عليها تسمية (NCISA)

National Criminal Intelligence Service Authority حيث يسمح القانون لموظفي هذه الإدارة وكذلك لرجال الشرطة أو الجمارك بالدخول الخفي إلى المساكن الخاصة. وتُعطي المادة 93 من هذا القانون للشرطي المنتمي إلى الرتب العليا صلاحية الترخيص بتدابير تطفلية على المساكن بتوفر بعض الشروط. كالإشتباه الجدي في وجود جريمة يستعمل فيها العنف أو خرق أرباحاً كبيرة أو ترتكب من قبل عدّة أشخاص لا تقل عقوبتها عن 3 سنوات حبساً لا يمكن إثباتها أو منعها بوسيلة أخرى.

وتضع المواد 97 وما يليها من هذا القانون ضمانة إضافية بتقرير نظام خاص يسمّى نظام الترخيصات ذات الحساسية "Système des autorisation sensible" وهي تتعلق بالعمليات المنفّذة في أماكن خاصّة كغرف الفنادق ومكاتب المحامين وعيادات الأطباء ومكاتب رجال الصحافة. وفي هذه الحالة تكون الموافقة على الإجراء بقرار صادر من قاضي برتبة قضاة المجلس الأعلى High Court. ومهما كان النظام المطبق، سواء القواعد العامة أو القواعد الإستثنائية، فالتراخيص تكون مكتوبة ولمدّة 3 أشهر على الأكثر<sup>(2)</sup>.

**(ج) في القانون الهندي:**

قامت لجنة برلمانية بدراسة بين سنتي 1994 و1996 وتوصّلت إلى ضرورة إعطاء نظام قانوني لعملية التحرّي المسبق و وضع مشروع قانون من أجل هذه المسألة، حيث يُظهر التقرير الخاص به القواعد التالية:

- التسليم المراقب، وهو مقرر بموجب المادة 11 من اتفاقية فينا 20 ديسمبر 1988 ضد المتاجرة غير المشروعة بالمخدرات، حيث طبق الإجراء في كل الدول الأوربية إمّا بتنفيذه من طرف الشرطة بكلّ حرّية (القانون المجري 1994) أو بعد فتح تحقيق قضائي (في فرنسا) أو بعد موافقة القاضي (السويد).

(1) Jean PRADEL , " De l'enquête pénale proactive...", Op cit, p 59.

(2) Jean PRADEL , " De l'enquête pénale proactive...", Op cit, p 60.



- تقنيات التحريض: عن طريق المراوغة من طرف عون محرّض، والتحريض هنا يعني استثارة أو تشجيع ظهور الدليل سيستخدمه الشخص في تجارة المخدرات. ولا يقصد به التحريض على ارتكاب الجريمة.

في كلتا التقنيتين يجب أن لا تظهر الهوية الحقيقية للعون المنفذ للعملية، وهو عادة شخص لا ينتمي إلى الشرطة، يقوم بهذا الدور بمقابل مالي بالإضافة إلى تعويضه عن الأضرار الجسمانية التي قد أن يتعرض لها<sup>(1)</sup>.

#### (د) في القانون البلجيكي:

فيما بين منتصف التسعينيات من القرن الماضي وبداية الألفية الثانية، صدرت في بلجيكا عدّة قوانين يُعدّل بعضها قانون العقوبات وبعضها الآخر قانون التحقيقات الجنائية، وكان من بين الإصلاحات في المجال الإجرائي، القانون المتعلّق بالأساليب الخاصّة للتحري بتاريخ 06 جانفي 2003، الذي يهدف إلى إعطاء الإطار الشرعي الذي يسمح لمصالح الشرطة بمكافحة أفضل ضدّ أنواع الإجرام الخطير والمنظم. وكان هذا القانون يتضمّن تدخلاً معتبراً من قبل السلطات في بعض الحقوق الأساسية، مثل الحقوق المكرّسة بالمواد 6 و8 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. ممّا أدى بهذا القانون في البداية إلى إحداث جدل فقهي وقضائي ذو صدى كبير<sup>(2)</sup>. وبالرجوع إلى أحكام المواد 28 مكرّر فقرة 1 و2 من قانون التحقيقات الجنائية والمادة 47 مجدها تقضي بجواز استعمال الأساليب الخاصّة للتحري والتحقيق أثناء التحري المسبق بالشروط التي يتطلّبها هذا الأخير<sup>(3)</sup>.

كان القانون البلجيكي لسنة 1998 المتعلّق بالتحري المسبق يجعل هذا الإجراء مقصوراً على مصالح الشرطة، لكن قانون 06 جانفي 2003 المتعلّق بالأساليب الخاصّة للتحري، يُحدّد بالدرجة الأولى الشرطة كهيئة مختصّة بهذا التحري. ويمكن الملاحظة أنّ هذا القانون يسمح لوكيل الجمهورية بأن يأمر بالترصد في إطار التحري المسبق. وقانون 22 أفريل 2003 منح صفة الضبطية القضائية لـ 52 من أعوان الإدارة والجمارك الذين يستطيعون القيام بعمليات مراقبة الترصد عند الإقتضاء في التحري المسبق<sup>(4)</sup>.

(1) Jean PRADEL, " Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé... ", Op cit, p657.

(2) Henri D BOSLY, " Méthodes particulières de recherche et respect de droit de l'homme", Revue de droit pénale et de criminologie, 85° année juin 2005, p 657.

(3) Arrêt de la Cour d'arbitrage Belge du 21 Decembre 2004 n°202-2004, sur le recours en annulation de la loi du 06 janvier 2003 Concernant les méthodes particulières de recherche, Revue de droit pénale et de criminologie, 85° année juin 2005, p 635.

(4) Paul DE HERT; Ann JACOBS, " Rapports nationaux " XVIIIème Congrès International de Droit Pénal – Mesures de procédure spéciales et respect des droits de l'homme -Op cit, p 3,4.



### هـ) في القانون الفرنسي:

في أوّل الأمر كان المُشرّع الفرنسي يتبنّى فكرة التحريّ المسبق من خلال الإتفاقيات المصادق عليها والتي يتطرق البعض منها للتحريّ المسبق في بعض تطبيقاته، مثل التسليم المراقب في المادة 11 من اتفاقية فيينا 20 ديسمبر 1988 المتعلقة بالإجّار الغير مشروع بالمخدّرات، والمادّة 73 من المعاهدة المتعلقة بتطبيق اتفاق "شنجن" "Schengen" 1990/06/19 وكذلك المادّة 4 من اتفاقية المجلس الأوروبي لمكافحة تبييض الأموال وحجز ومصادرة الأموال المتحصّلة من الجريمة، المؤرّخة في 09 نوفمبر 1990.

ثمّ جاء القانون 204-2004 المؤرّخ في 09 مارس 2004 المتعلّق بتكيّف العدالة مع تطورات الإجرام، بإجراءات جديدة خاصّة بالإجرام الخطير. قضى المجلس الدستوري الفرنسي بدستوريتها وخاصّةً من ناحية احترامها للمبادئ المذكورة المتعلقة بالتحريّ المسبق، وهو القرار رقم 6 الصادر في 02 مارس 2004. وشدّد المجلس الدستوري على أنّ أساليب التحري المنشأة بموجب هذا القانون، يجب أنّ تستعمل في إطار احترام اختصاصات وامتيازات السلطات القضائية باعتبارها حارسة الحريات الفردية. وأضاف أنّ التضييق التي أدخلها القانون على الحقوق المضمونة دستورياً، يجب أن تكون ضرورية لإظهار الحقيقة، ومتلائمة مع درجة خطورة وتعقيد الجريمة، ولا تحث أي تمييز غير مبرّر.

وبما أنّ المجلس الدستوري لم يُلغ هذا القانون، يمكن القول بأنّ هذا القانون يحترم مبادئ التحريّ المسبق فبموجب المواد 706-80 وما يليها من ق إ ج ف، وضع المُشرّع الفرنسي أربع إجراءات تطفلية، ثلاثة منها كانت موجودة:

- 1- مراقبة الأشخاص في الشبكات الإجرامية.
- 2- إختراق الشبكات الإجرامية.
- 3- إعتراض المراسلات التي تتمّ عن طرق الإتصالات السلكية واللاسلكية.
- 4- الإجراء الرّابع جديد هو التقاط الأصوات وتثبيت الصور في الأماكن والسيارات (1).

### ثانياً: التحريّ المُسبق في القانون الجزائري:

بإجراء المقارنة بين النصوص القانونية الجزائرية وقوانين البلدان الأوربية خاصّةً منها القانون الفرنسي والبلجيكي، يمكن القول بأنّ المُشرّع الجزائري نظّم جميع صور التحريّ المُسبق لكن دون تسميته بالتحريّ المُسبق، وهي المراقبة والتسرّب والتسليم المراقب.

(1) Jean PRADEL, " Le crime organisé après la loi française du 09 Mars 2004...", Op cit, p 148-149.



## I المراقبة:

نصّت المادة 16 مُكرّر من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على عملية المراقبة التي يقوم بها رجال الضبطية القضائية، وهي تُعتبر بمثابة تحريّات سابقة عن ارتكاب الجريمة وهي تقابل المادة 706-80 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي. " يمكن ضباط الشرطة القضائية وحتّى سلطتهم أعوان الشرطة القضائي ما لم يعترض على ذلك وكيل الجمهورية المختص بعد إخباره، أن يمدّوا عبر كافة التراب الوطني عمليات مراقبة الأشخاص الذين يوجد ضدّهم مبرر مقبول أو أكثر يحمل على الاشتباه في ارتكاب الجرائم المبينة في المادة 16 أعلاه أو مراقبة وجهة أو نقل أشياء أو أموال أو محصلات من هذه الجرائم أو قد تستعمل في ارتكابها."  
أمّا اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور فيحصّرها المشرّع صراحة في التحقيق الأولي وتحقيقات التلبّس حسب المادة 65 مكرّر5.

## II التسرّب:

لم تأت صياغة المادة 65 مكرّر11 مثل المادة 65 مكرّر5 حيث نصّت على أنّ التسرّب يُنفذ في حالة اقتضاء ضرورات التحريّ أو التحقيق. حيث ذكرت التحريّ بصفة عامّة ولم تحدده في أحد أنواعه المسبق أو الأولي أو التلبّس، واستناداً إلى عموم النصّ يمكن أن تُشكّل إجراءات التسرّب إطاراً لتحريّت مُسبقة عن الجريمة.

والتسرّب هو قيام ضابط أو عون الشرطة القضائية بالمراقبة السريّة لأفراد العصابة المنظمة، عن طريق التسلّل بينهم تحت غطاء هوية وهمية، والقيام بأعمال توهمهم بأنّه شريك معهم، وهذا بهدف مُراقبتهم وجمع ما يمكن ومن الأدلّة عن مشروعهم الإجرامي ومن ثمّ ضبطهم مُتلبسين.

والتسرّب هو من الأساليب الإجرائية الحديثة القائمة على استعمال الخيلة والخداع والتقنية والتدريب العالي، من أجل التغلّب على خطورة الإجرام الخطير وتعقيده واحترافيته. حيث تمثّلت هذه الأساليب في مُراقبة الترسّد، والتسليم المراقب، والتسرّب، والمراقبة الإلكترونية.

نظم المشرّع الجزائري شروط التسرّب وإجراءاته في المواد 65 مكرّر11 إلى 65 مكرّر18 من ق إ

ج، ويمكن تلخيصها كالآتي:

(أ) شروط ترخيص التسرّب:

1- حصر استعمال التسرّب في الجرائم المنصوص عليها في المادة 65 مكرّر5 ق إ ج ج، وهي جرائم الإجار بالمُخدّرات، والجريمة المنظمة عبر الوطنية، وجرائم الإرهاب، وتبييض الأموال، وجرائم



الإعلام الألي. وجرائم الصرف، والفساد. بالإضافة إلى جرائم التهريب حسب المادة 34 من قانون مكافحة التهريب.

2- توفر ضرورات التحري في الجرائم التي يُستعمل فيها والتي تُبرر اللجوء إلى التسرب حيث يكون ضرورياً لكشف الحقيقة.

3- الإذن المكتوب المسبب تحت طائلة البطلان من وكيل الجمهورية المختص. نصت على هذا الشرط المادة 65 مكرر 15 إ ج الجزائري. وهي تُقابل المادة 706-83 من إ ج الفرنسي. حيث يتضمن الإذن. نوع الجريمة المنظمة التي تبرر الإجراء. وهوية ضابط الشرطة القضائية الذي تتم العملية تحت مسؤوليته. ويجب أن يودع هذا الإذن في ملف الإجراءات عند انتهاء عملية التسرب.

4- مدة الترخيص: محددة بأربعة (4) أشهر حسب نص المادة 65 مكرر 15 ق إ ج الجزائري. حيث لا يجوز أن يأذن القاضي بالتسرب لمدة تتجاوز أربعة 4 أشهر. لكن هذه المدة قابلة للتمديد عن طريق تجديد الإذن لمدة إضافية مُساوية للمدة الأصلية وبنفس شروط الإذن الأول. ويمكن لوكيل الجمهورية الذي رخص العملية أن يأمر بوقفها في أي وقت قبل انقضاء المدة.

ويكون تمديده الإضطراري التلقائي بشرط المدة وإخطار وكيل الجمهورية. ويكون تمديده الإضطراري المرخص بشرط المدة. وهذا طبقاً للمادة 65 مكرر 17. ق إ ج الجزائري. ويجب أن يودع الإذن في ملف الإجراءات في نهاية العملية.

5- تحرير محضر من طرف ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية يتضمن جميع العناصر الضرورية لمعينة الجريمة. كوصف الأشياء والمواد والأموال محل المراقبة. ونوع الجريمة وهوية المشتبه فيهم.

(ب) أحكام تنفيذ التسرب:

تمثلت في طبيعة الأشخاص المنفذين للتسرب من جهة وبأفعال تنفيذ التسرب من جهة ثانية.

1- الأشخاص المنفذين للتسرب: وهم ثلاثة أنواع

- المُتسربون: هم المُؤهلون من ضباط وأعوان الشرطة القضائية حسب المواد 14 إل 19

من ق إ ج.

- المُساعدون: أشخاص خبراء من خارج الضبطية القضائية يتم تسخيرهم لتقديم

مساعدتهم في العملية.

- المُنسق: ضابط شرطة قضائية يُشرف على العملية ويؤطرها ويحرر تقريراً عنها.





## 2- الأفعال المنفّذة للتسرّب:

- تقنيات التسرّب والأفعال المُبرّرة: هي سيناريوهات مُصطنعة وسلوكيات يقوم بها المُتسرّب ليكسب بها ثقة أفراد العصابة الذين يراقبهم. وقد سمح القانون للمتسرّب في سبيل ذلك وعند الضرورة بارتكاب بعض الجرائم الخفيفة حدّدها على سبيل الحصر وهي - إقتناء أو حيازة أو نقل أو تسليم أو إعطاء مواد أو أموال أو منتجات أو وثائق أو معلومات متحصّل عليها من ارتكاب الجرائم أو مستعملة في ارتكابها.

- إستعمال أو وضع تحت تصرّف مرتكبي هذه الجرائم الوسائل ذات الطّابع القانوني أو المالي وكذا وسائل النقل أو التخزين أو الإيواء أو الحفظ أو الإتصال.

- منع التحريض على الجريمة تشترط المادّة 65 مكرّر 12 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري أن لا تكون أفعال المتسرّب مُحرضة على ارتكاب جرائم لم تكن لتُرتكب لولا تدخله. ومن الناحية الإجرائية ربّبت البطلان أي عدم صحة الإجراء. ومن ثمّ تبرئة الفاعل تحت هذا التحريض. وإذا كان بسوء نيّة فإنّ العون المُحرّض يتحمّل مسؤوليته كجريمة ورد النصّ عليها في المادّة 42 و45 من ق ع الجزائري.

## III التسليم المُراقب:

التسليم المُراقب تقنية من تقنيات التحري والبحث التي يُسمح بموجبها لشحنة غير مشروعة من المخدرات أو المؤثرات العقلية مثلاً. بعد أن كشفتها مصالح الشرطة أو الجمارك. بمواصلة مسارها. والخروج من أراضي بلد أو أكثر من بلد. أو عبورها أو دخولها. بعلم السلطات المختصة في تلك البلدان. وتحت إشرافها. بهدف معاينة المخالفات والكشف عن الفاعلين والمتواطئين معهم والقبض عليهم. وحجز شحنات المخدرات والمؤثرات العقلية. والتسليم المُراقب هو من الإجراءات التي لا يلعب المحققون فيها سوى أدواراً سلبية أثناء تنفيذها<sup>(1)</sup>.

والمشرّع الجزائري عرّف التسليم المُراقب في الفقرة (ك) من المادّة الثانية(2) من قانون الوقاية من الفساد ومُكافحته بأنّه « الإجراء الذي يسمح لشحنات غير مشروعة أو مشبوهة بالخروج من الإقليم الوطني أو المرور عبره أو دخوله بعلم من السلطات المُختصة وتحت مُراقبتها. بُغية التحري عن جرم ما وكشف هوية الأشخاص الضالعين في ارتكابه».

والتسليم المُراقب الذي يُعتبر من بين الأساليب الإجرائية المُستخدمة في التحري المُسبق. كرّسه المُشرّع الجزائري بعدّة نصوص.

مكافحة مجال في الدولي التعاون حول( الندوة العلمية العقلية " مداخلة في والمؤثرات للمخدرات المراقب صالح عبد النوري، " التسليم(1) جوان الجزائر. 2005 22 إلى 20 من الأمنية للعلوم نايف مع جامعة المحلية، بالتعاون والجماعات الداخلية وزارة تنظيم ) من المخدرات -، ص3. Issue.2/4/2012.3 [http://www.onldt.mjustice.dz/onldt\\_on/fichierscommunication](http://www.onldt.mjustice.dz/onldt_on/fichierscommunication)



- في قانون مكافحة التهريب: جاءت نص المادة 40 تحت عنوان " التسليم المراقب " "Livraison surveillée" في الفصل السادس المتعلق بالتعاون الدولي بأنه «يمكن السلطات المختصة بمكافحة التهريب أن تُرخص بعلمها وتحت رقابتها حركة البضائع غير المشروعة أو المشبوهة للخروج أو المرور أو الدّخول إلى الإقليم الجزائري بغرض البحث عن أعمال التهريب ومحاربتها بناء على إذن وكيل الجمهورية المختص»<sup>(1)</sup>.

- في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، رقم 01-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006<sup>(2)</sup>، المتتم بالأمر 05-10 المؤرخ في 26 غشت 2010<sup>(3)</sup> وبالقانون 11-15 المؤرخ في 02 غشت 2011<sup>(4)</sup>. نصّت المادة 56 من هذا القانون بعنوان " أساليب التحري الخاصة " في الباب الرابع المتعلق بالتجريم والعقوبات وأساليب التحري: « من أجل تسهيل جمع الأدلة المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون يمكن اللجوء إلى التسليم المراقب...». حيث أنّ جرائم الفساد كثيرة من بينها تبييض الأموال والرشوة وتبيد واختلاس الأموال وغيرها. وتناولت تعريفه المادة الثانية فقرة (ك) من نفس القانون.

- في قانون الوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والإجّار غير المشروعين بها: قانون رقم 04-18 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004. تمّ إصداره بمقتضى اتفاقية فيينا لمكافحة الإجّار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية التي نص على التسليم المراقب، والمصادقة عليها تُعتبر تكريساً لهذا الأسلوب في مجال المخدرات. وقد تكفل القانون بتعريف بعض عناصر التسليم المراقب وهي " دولة العبور " و " نقل المخدرات تحت المراقبة داخل الإقليم أو عن طريق العبور ".

- في قانون الإجراءات الجزائية: يُمكن أن يكون في شكل المرافبة المذكورة أعلاه، ويمكن أن يكون في شكل التسرّب.

- التسليم المراقب في شكل مُراقبة تضمّنته أحكام المواد 16 مكرر حيثُ يمكن أن يتمّ التسليم المراقب للأشياء في إطار إجراءات الإستدلال والتحرّي المنصوص عليها بموجب المادة 16 مكرّر. وهو إجراء المراقبة عبر كافة التراب الوطني لسير ووجهة ونقل الأشياء والأموال أو متحصلات ارتكاب أفعال الإجرام المنظم أو التي قد تُستعمل في ارتكابها. حيث أنّ مضمون النص ينطبق على تعريف التسليم المراقب، وينطبق تماماً مع محتوى نص الفقرة (I) من المادة 67 مكرّر من قانون الجمارك الفرنسي بعنوان " التسليم المراقب ". في مجال التحريات عن

أمر رقم 06-05 مؤرخ في 23 غشت 2005، المتعلق بمكافحة التهريب، ج ر عدد 59 في 28 غشت 2005. الموافق عليه بموجب (1) القانون 05-17 بتاريخ 31 ديسمبر 2005، المعدل والمتّم بالأمر 09-06 في 05 يوليو 2006 ، الموافق عليه بالقانون 06-20 بتاريخ 11 ديسمبر 2006 ج ر، عدد 80 مؤرخة في 11 ديسمبر 2006.

ج ر عدد 14 في 08 مارس 2006<sup>(2)</sup>.

ج ر عدد 14 في 01 سبتمبر 2010<sup>(3)</sup>.

ج ر عدد 44 في 10 غشت 2011<sup>(4)</sup>.



الجرائم الجمركية التي يقوم بها أعوان الجمارك. وهي كذلك نفس الصيغة التي وردت بها الفقرة الأولى من المادة 32-706 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي في مجال التحري والتحقيق في جرائم المخدرات. حيث تم إلغاء هذه الفقرة. وهي الآن تمثل محتوى المادة 706-80 من نفس القانون بعنوان "المراقبة"<sup>(1)</sup>. أي النص الذي يقابل المادة 16 م مُكرّر من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

ويُشترط في التسليم المُراقب بالإضافة إلى الشروط المقررة بالمادة 16 م مُكرّر من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

- أن تكون الأشياء محل المراقبة بإجراء التسليم المُراقب هي شحنة غير مشروعة. بأن تكون حيازتها تُشكل جريمة كالمخدرات والأشياء المخلة بالآداب العامة والأسلحة غير المرخصة والأعضاء البشرية. أو تكون متحصلة من جريمة. كالأموال المهزبة أو موضوع التبييض. أو الأشياء محل النهب أو الإختلاس أو الرشوة أو غيرها. أو تكون مُستخدمة في ارتكاب الجريمة كالأسلحة والأجهزة التقنية والركبات. وبصفة عامة هي الأشياء التي تكون محل مصادرة حسب قانون العقوبات أو القوانين الخاصة.

- الغرض من التسليم المُراقب كما هو وارد في تعريفه هو التعرّف على وجهة الأشياء والأشخاص المتورطين أو الضالعين فيها وهم أفراد العصابات الإجرامية الكبرى. ولاشك أن هذه المسألة تخضع لتقدير القاضي الذي أذن بالإجراء.

- التسليم المُراقب تقنية من تقنيات التسرّب نصّت عليه المادة 65 م مُكرّر 14 التي جاءت صيغتها مطابقة تماماً لصيغة الفقرة (II) بند (أ) و(ب) من المادة 67 مكرر من قانون الجمارك الفرنسي بعنوان "التسليم المُراقب". والمادة 32-706 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي في مجال التحري والتحقيق في جرائم المخدرات. والمادة 706-82 من نفس القانون في مجال إجراءات التحري والتحقيق في الإجرام المنظم. تحت عنوان "التسرّب".

ميّزت المادة 65 م مُكرّر 14 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بين صورتين للتسليم المُراقب.

- الصورة الأولى هي قيام ضابط الشرطة القضائية المُتسرّب باقتناء وحيازة ونقل وتسليم أو إعطاء المواد أو الأموال أو المنتوجات أو الوثائق المُتحصّل عليها من ارتكاب الجرائم المذكورة في المادة 65 م مُكرّر 11 والتي صور الجريمة المنظمة. أو المستعملة في ارتكابها.

(1) Code De procédure Pénale, , Annotation de jurisprudence et bibliographie par Jean François RENUCCI , éd DALLOZ, n° 50, Paris Cedex 2009, p 1209.



- الصورة الثانية هي استعمال أو الوضع تحت تصرّف مُرتكبي هذه الجرائم. كافة الوسائل ذات الطابع القانوني أو المالي أو وسائل النقل أو الإيواء أو التخزين أو الحفظ والإتصال. وهذه الصورة للتسليم المُراقب هي المطابقة تماماً لتلك التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادّة 706-32 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي. والتي وسع المشرّع الفرنسي تطبيقها إلى كافة صور الجريمة المنظمة بموجب المادّة 706-82. التي نصّت على أنّ ضباط وأعوان الشرطة القضائية المأذون لهم بمباشرة عملية التسرّب يمكنهم عبر كافة التراب الوطني دون أن يكونوا مسؤولين جنائياً القيام بما يلي:

- 1- إقتناء أو حيازة أو نقل أو تسليم أو إعطاء مواد أو منتوجات أو وثائق أو معلومات مُحصلة من ارتكاب جرائم أو مستخدمة في ارتكابها.
  - 2- إستعمال أو وضع تحت تصرّف الأشخاص مرتكبي هذه الجرائم ووسائل ذات طابع قانوني أو مالي. وكذا وسائل النقل أو التخزين والإيواء والحفظ والإتصال<sup>(1)</sup>.
- وعلى هذا يخضع التسليم المُراقب لنفس شروط وأحكام التسرّب المنصوص عليها في المواد 65 مكرّر 11 إلى 65 مكرّر 18 من قانون الإجراءات الجزائية.

#### خاتمة

إنّ الطبيعة الخطرة لإجرام الجماعات المُنظمة وسماته الذاتية المتمثلة في الدقة والسرية والتعقيد. وفي قوة وكفاءة وتطوّر الأساليب. وفي اتساع النطاق الموضوعي والجغرافي. خلقت تحديات جديدة لرجال الشرطة ورجال القضاء. بتغلّبها على الطرق التقليدية للتحقيق الجنائي.

حيث استلزمت المكافحة الفعّالة لهذا النوع من الإجرام تطوير النظم الإجرائية. واستخدام أساليب غير عادية في التحري والتحقيق. من أجل تسهيل كشف نشاط جماعات الإجرام المنظم وجمع الأدلّة عنها. قبل تنفيذ مشاريعها الإجرامية.

لكن ينبغي استعمال هذه الأساليب بحذر وجعلها إجراءات استثنائية مضبوطة بمجال مُحدّد المعالم من حيث أنواع الجرائم. وخضوعها للرقابة والإشراف القضائي. وذلك تحميّاً للشرعية الإجرائية وشرعية الإثبات.

مع التزام المشرّع بتأمين الممارسة الحقيية لحقوق الدفاع عند تنظيمه لتقنيات التحري المُسبق. وضمان شفافيّتها. والسماح للمتهم بالناقشة الوجيهة للأدلّة المُحصّلة عن طريقها

(<sup>1</sup>) Code De procédure Pénale, Annotation par Jean François RENUCCI, Op cit, p 1210.



## العناصر الفنية في الفيلم التاريخي الوطني

### قراءة في فيلم مصطفى بن بولعيد

بوزيدي سهام باحثة دكتوراه جامعة بقسنطينة

أستاذة بجامعة باتنة 1

#### ملخص

يخضع الفيلم التاريخي الروائي عند كتابته وإخراجه لمجموعة من القواعد الفنية التي تساهم في إغاحه وتقديمه للمشاهدين بشكل مشوق يكون باعثا على متابعته واستلهاهم ما تضمنه من قيم. من خلال عناصر متكاملة هي: الفكرة، الحدث، الشخصيات، الصراع، والحبكة. يحاول هذا المقال قراءة فيلم مصطفى بن بولعيد قراءة نقدية من خلال هذه العناصر الفنية.

#### Abstract

When the historical fiction film had been written and directed, it underwent to a set of technical rules that contribute to its success and presentation to the viewers, in an exciting form, as a cause for being followed up- and inspiring the values of its contents, through the following elements : the idea, event, characters, conflict and plot. This article tries to study the movie : "Mustafa Ben Boulaid" as a critical reading, through these artistic element

#### مقدمة:

تعد العلاقة بين التاريخ والفيلم السينمائي علاقة وثيقة . حيث استفاد كل من الآخر. وأفاد كل واحد الآخر؛ لقد شكلت السينما عبر أفلامها ذاكرة سمعية بصرية للأجيال. وهذا من خلال بعض الأفلام بنوعها الوثائقي والروائي، والتي أجزها سينمائيون لتحكي عن حقب ووقائع تاريخية معينة. كما أسهم التاريخ في تقديم مواضيع للفيلم السينمائي، حيث قام العديد من السينمائيين باقتباس أحداث تاريخية وتحويلها إلى أفلام سينمائية. وعليه فإن الفيلم السينمائي يتغذى من التاريخ. هذان الحقلان يلتقيان في وعاء واحد هو الفيلم "التاريخي" وهم نوع سينمائي يستمد مواضيعه من ماضي الأفراد والمجتمعات<sup>1</sup>

وبما أن السينما الجزائرية نشأت من رحم الثورة التحريرية، فقد عملت على معالجة موضوع مقاومة الشعب الجزائري للاستعمار الفرنسي بشكل عام، والثورة التحريرية الكبرى على وجه الخصوص. من خلال مجموعة من الأفلام التاريخية الوطنية، وهذا إما بإعادة بناء ما حدث اعتمادا على مصادر ووثائق تاريخية، أو بالانطلاق من الخيال لتصوير الواقع من فكرة الفيلم

1 - حورية حراث: الأيديولوجيا في الفيلم التاريخي الجزائري -دراسة نصية سيميولوجية لفيلم معركة الجزائر-. ديوان المطبوعات الجامعية . الجزائر طبعة 2013، ص10.



إلى تجسيده.

وكما أن الفيلم التاريخي يعمل على جعل المشاهدين يعايشون فترة زمنية وأحداثا معينة، أو شخصيات تاريخية ما، فإنه كذلك يساهم في نقل قيم السابقين للباحقين من أجل حفظ الهوية الوطنية و تليغ الذاكرة التاريخية للأجيال. وهذا باستخدام تقنيات تساعد على فهم ما حدث في الماضي. لذلك فإن إنجاز (الفيلم التاريخي) يعد من بين أصعب الأنواع السينمائية، فهو يتطلب تسخير معدات وإمكانات هامة ( من ديكورات تراعي الدقة في وصف الفترة التاريخية التي يتناولها الفيلم ومجاميع بشرية معتبرة) وهذا من أجل تسهيل فهم التاريخ.<sup>1</sup>

### المفاهيم المفتاحية:

**الفيلم التاريخي الوطني:** يقصد به مجموع الأفلام الثورية الجزائرية التي تناولت بالمعالجة موضوع مقاومة الشعب الجزائري للاستعمار الفرنسي. من خلال إعادة بناء ما حدث اعتمادا على مصادر ووثائق تاريخية، أو بالانطلاق من الخيال لتصوير الواقع من فكرة الفيلم الى تجسيده.

**العناصر الفنية :** يقصد بها مجموع العناصر التي تكون متضمنة في السيناريو، والتي يتم اعتمادها لإنجاز الفيلم حتى يكون مشوقا، وهي: فكرة الفيلم، الشخصيات المجسدة للفكرة، الصراع الذي تخوضه الشخصيات، الطريقة التي تبنى بها أحداث الفيلم أو الحكمة.

ويتميز الفيلم التاريخي بتسخير كل القصة الفيلمية لخدمة فكرة ما، وهذا من خلال انتقاء الأحداث وكتابتها في إطار سيناريو يتضمن صراعا يتطور باتجاه عقدة، يؤدي الأدوار مجموعة من الشخصيات.

أي أن السيناريو يتكون من فكرة يتم تطويرها عبر مسار الفيلم من البداية حتى الذروة ثم النهاية، هذه الفكرة تعبر عن أحداث يتم تجسيدها من خلال شخصيات تخوض صراعا وفق بناء فني درامي يسمى الحكمة.

وباعتبار فيلم مصطفى بن بولعيد عينة الدراسة أحد هذه الأفلام التاريخية الوطنية التي أنجزتها السينما الجزائرية، و التي سعت من خلاله للتعريف بأحد رموز الثورة التحريرية الكبرى، وأحد أبرز قادتها، فقد ارتأينا أن نخضعه للدراسة العلمية من خلال استخدام المنهج الوصفي التحليلي - والذي نراه الأنسب - لنقرأ الفيلم ونتبين البناء الفني له ، وهذا بالاعتماد على العناصر التالية:

2- حورية حرات ، المرجع نفسه ص11.



- 1- التعريف بفيلم مصطفى بن بولعيد
- 2- الأحداث التاريخية كمصدر للفيلم السينمائي
- 3- العناصر الفنية لفيلم مصطفى بن بولعيد

- الفكرة
- الحدث
- الشخصيات
- الصراع
- والحبكة

#### أولاً: التعريف بفيلم مصطفى بن بولعيد

قبل أن نقوم بتحليل الفيلم لا بد أن نبدأ بتعريف مختصر له :

- أخرج الفيلم: أحمد راشدي
- سنة الإنتاج: 2008.
- من إنتاج مؤسسة ميسان فيلم، المركز الوطني للدراسات والبحث في الحركة الوطنية وثورة أول نوفمبر 1954م (وزارة المجاهدين).
- موسيقى صافي بوتلة صالح سماعي وسليم دادة
- نوع الفيلم :روائي
- أجز بالغة العربية والترجمة المصاحبة بالفرنسية
- مدة الفيلم : ساعتين و58 دقيقة و37 ثانية
- بطولة : حسان قشاش ، سليمان بن عيسى ، رشيد فارس ، شوقي بوزيد وآخرون....

#### ملخص الفيلم

يقول عبد الكريم تازروت: " يعتبر فيلم بن بولعيد الفيلم الذي وضع حدا للأفلام التاريخية الجزائرية التي اتخذت شعارا " بطل واحد هو الشعب" ، وبدأ صفحة جديدة أمام تناول مسيرة أبطال ثورة نوفمبر 54 المجيدة<sup>1</sup> ، ذلك أن السلطة الجزائرية بعد الاستقلال مارست رقابة على الإنتاج السينمائي، وحالت دون تصوير أفلام تتناول حياة أبطال الثورة التحريرية، بل وجّهت العمل السينمائي باتجاه أن تكون البطولة للشعب بأكمله.

يؤرخ الفيلم لشخصية تاريخية ثورية هو الشهيد مصطفى بن بولعيد، ويرصد فترة تاريخية حاسمة في تاريخ النضال الجزائري والثورة التحريرية، من خلال تسليط الضوء على هذه الشخصية المحورية الكبيرة وعلى قضايا أخرى كانت من الطابوهات في السينما الجزائرية من

3 .Abdelkrim tazarout , Cinema Algerien des films et des hommages ,ministere de la culture algerienne.  
ENAG Reghaia Alger 2016 p184





مثل الصراع بين المصاليين وجبهة التحرير. علما أن الشهيد مصطفى بن بولعيد رجل كرس حياته وماله للدفاع عن قضية وطنه ضد الاستعمار الفرنسي. وهو الذي أسس جمعية رفاقه اللجنة الثورية للوحدة والعمل قصد توحيد الصفوف والإعداد للعمل المسلح.

قاد الرجل معارك شرسة وألقي عليه القبض بينما كان ذاهبا الى تونس حيث سُجن وحُوّل إلى الجزائر وحُكم عليه بالإعدام في سجن الكدية بقسنطينة. لكنه فر من هناك. عاد للكفاح بالولاية الأولى حيث استشهد في ظروف غامضة شهر مارس سنة 1956م<sup>1</sup>

**ثانيا: الأحداث التاريخية كمصدر لكتابة سيناريو الفيلم السينمائي:**

تعد الأحداث التاريخية التي تعيشها الأمم والمجتمعات كثيرة ومتنوعة. بين الانتصارات والإنكسارات. وبين النجاحات والهزائم. بين البطولات والتضحيات. والإستكانة والخيانات. وهذا ما يوفر لكاتب السيناريو مادة دسمة وثرية لكتابة وإعداد أعمال سينمائية فنية متنوعة.

غير أن نقل الحدث التاريخي عبر أعمال سينمائية، في إطار سيناريو وحوار ملائمين يُعد عملا صعبا جدا. إذ يتطلب ذلك مراجعة الكثير من المصادر والمراجع التي تناولت هذا الحدث. للوقوف على حقيقته قَدْرَ المستطاع. قبل أن يجازف صانعوا الفيلم بتقديم صورة مشوهة أو غير دقيقة لحدث قامت عليه في الغالب مفاهيم ومعتقدات راسخة. لذا فإن كاتب السيناريو المستند إلى حدث تاريخي يكون بحاجة للوقت، والوقت الطويل بلا شك، لتحري الحقيقة التي هي العمود الفقري للنجاح في حالة الأفلام التاريخية.<sup>2</sup> لأن السينمائي في هذه الحالة يقوم بعملية كتابة التاريخ. ولا يمكنه أن يكتبه وهو غير مطلع عليه.

وبالرغم من أن الأحداث التاريخية معروفة ومدونة بكل تفصيلاتها. إلا أن كاتب السيناريو يستطيع أن يعطي لها أبعادا مختلفة حسب رؤيته الشخصية للحدث. وحسب المنظور الذي يعالج من خلاله هذا الحدث. ومن ثم فله أن يضيف أو يحذف ما قد يُحس بأنه يخدم حيكته الفنية. أو قصته السينمائية بشرط ألا يؤثر ذلك على منطقيّة الأحداث وتَسَلُّسُلها. بمعنى أن الكاتب لا يستطيع تغيير التاريخ. وإنما يركز في الحدث التاريخي على جزئية صغيرة ويُبرزها. دون النقل الصريح للأحداث التاريخية فقط.<sup>3</sup> لأن الهدف من إنجاز أفلام تاريخية ليس مجرد نقل للأحداث والوقائع. وإنما جعل المشاهد يتفاعل مع هذه الأحداث. حتى يمتص منها بعض القيم التي قصدها منجز العمل.

1 - مراد وزناجي : الثورة التحريرية في السينما الجزائرية 1957-2012 دراسة خليلية وتوثيقية للأفلام السينمائية الجزائرية. دار الأمة للطباعة والنشر والتوزيع. الجزائر. طبعة 2014. ص: 124, 125.

2- عدي عطا حمادي الياسين: أثر توظيف الحدث التاريخي في صياغة السيناريو وصناعة الفيلم السينمائي. دار الوراق للنشر والتوزيع. 2011. ص: 9.

3- منى الصبان. من مناهج السيناريو والخراج والمونتاج. دار مجدلاوي للنشر والتوزيع. عمان الاردن. ط2010. ص552-553.



ومع أن الحدث التاريخي الذي يقوم عليه الفيلم السينمائي ليس بحاجة دائماً إلى إعادة الصياغة لموضوعه، إلا أن هناك مفردات توجب على كاتب السيناريو أن يجعلها متوافقة مع لغة السينما المعاصرة لتصل إلى المتلقي، دون أن يمنع ذلك تخيُّل بعض الوقائع من أجل الترابط اللّازم للسيناريو<sup>1</sup> ولكن دائماً دون أن يكون لذلك تأثير على حقيقة الأحداث.

معنى ذلك أن الفيلم التاريخي الوطني وهو يعتمد على الوقائع والحقائق يجب أن يبني وفق بناء درامي فني يجعل المشاهد يتتبع مسار الأحداث والوقائع باهتمام وتشويق وكأنه يعايش الحدث لحظة وقوعه، في مسار متصاعد حتى يصل إلى الذروة. وحتى يتسنى له ذلك يجب أن يستوعب مجموعة من العناصر الفنية والتي هي : الفكرة

### ثالثاً: العناصر الفنية لفيلم مصطفى بن بولعيد

#### 1- الفكرة:

فكرة الفيلم أو " الفكرة ذات السطر الواحد " هي جملة بسيطة وقصيرة تلخص الفكرة القائدة للفيلم، وينبغي لها أن تجيب باختصار عن السؤال التالي: "عمّ يتكلم الفيلم"<sup>2</sup> وتعد الفكرة هي المادة الأساسية للرواية، ولا يمكن أن توجد رواية دونها، ومن الضروري وجود فكرة واحدة واضحة يمكن التعرف عليها بسهولة لإنشاء رواية، ذلك أن كل عمل درامي لا بد أن يستند الى فكرة تعالج موضوعاً معيناً.<sup>3</sup>

وقد يقع الخلط بين موضوع الفيلم وفكرته، فيستخدم مصطلح الموضوع للدلالة على الفكرة، والعكس صحيح، غير انهما في الحقيقة عام وخاص. إن الموضوع هو ماتدور حوله الرواية أو الفيلم بشكل عام، بينما الفكرة تمثل وجهة نظر كاتب السيناريو أو الهدف المقصود من العمل الفني، وهي التي تكون بمثابة الرابط الموحد بين اجزاء الموضوع، وتحقق له وحدة المسار والانطباع.<sup>4</sup> فقد يكون الموضوع واحداً، وتتعدد الأفكار التي تتناوله.

وإذا كان موضوع مقاومة الشعب الجزائري للاستعمار الفرنسي بشكل عام، والثورة التحريرية بوجه خاص، هو الذي ركزت عليه الأفلام التاريخية الوطنية، فإن الفكرة التي يتم تجسيدها في هذه الأعمال الفنية اختلفت بين كاتب سيناريو وآخر، لأن كل كاتب سيناريو له وجهة نظر، معينة وهدف محدد يريد الوصول اليه من خلال فيلمه.

1 - عدي عطا حمادي الياسين، المرجع نفسه، ص129.

2 \_ فرانك هارو: فن كتابة السيناريو، ترجمة رانيا قرداحي، المؤسسة العامة للسينما، دمشق، 2013، ص: 11

3 \_ عدلي سيد محمد رضا: البناء الدرامي في الراديو والتلفزيون، دار الفكر العربي، القاهرة، 2002، ص57.

4 \_ أشرف فهمي خوجة: الأسس الفنية لكتابة السيناريو والايخراج التلفزيوني، دار المعرفة الجامعية، الاسكندرية ط 2011 ص 193.



إن الفكرة تمثل قناعة الكاتب، أو ما يؤمن به وما يريد أن يقوله للناس. ولذلك فإن كل كاتب أو مؤلف إنما يعالج الموضوع بطريقته الخاصة، ويعبر عن وجهة نظر معينة، ومن ثم تختلف طريقة سرد حكاية ما أو تشكيلاها عن طريقة كاتب آخر يتناول نفس الفكرة أو نفس الموضوع<sup>1</sup>. هذا إن أجزت هذه الأعمال بشكل حر ومستقل، من دون رقابة سلطوية، ولا حجر على الأفكار، ولا وصاية مورست من قبل القائمين على القطاع السينماتوغرافي.

ومن بين الأغراض التي تؤديها الفكرة هي ضمان المؤلف أن الرواية بها رأي أو قضية ويمكن أن تستغرق تفكير الجمهور. وهناك صفات أساسية لا بد من توافرها في فكرة الفيلم:

- يجب أن تحمل الفكرة قيمة إنسانية تهتم أكبر عدد ممكن من الناس.
- يجب أن تتعلق الفكرة بمشكلة أو قضية من القضايا التي تواجه الناس.
- يجب أن تسعى الفكرة إلى إثارة العواطف.
- يجب أن تكون الفكرة مركزة وواضحة بالنسبة إلى الجمهور<sup>2</sup>.

ينبغي لفكرة الفيلم أن تعرض بوضوح الشخصية الرئيسية والإنقلاب الأولي الذي سيطلق الدينامية السردية ونوع الفيلم<sup>3</sup>.

إن الفكرة هي محصلة وخلاصة الفيلم، ويمكن أن تتحدد في جملة واحدة أو سطر واحد، وأن تصاغ بوضوح دون غموض ولا التواء، لأن الفكرة الأساسية الواضحة تساعد الكاتب على الوصول إلى هدفه المنشود، وأن يحقق للرواية معناها وأهدافها، وحتى يستطيع أي إنسان أن يفهمها على النحو الذي قصد المؤلف أن يفهمها الناس على منواله<sup>4</sup>. ذلك لأن غموض الفكرة يثنت ذهن المشاهد، ويشرد به، ويجول دون تحقيق الهدف الذي سعى إليه القائم على العمل.

فإذا حاولنا إسقاط ما ذكرناه سلفا على فيلم "بن بولعيد" فإن ما يوحي به العنوان يجيلنا على الأفكار التالية:

فكرة الفيلم تتناول: بطولة بن بولعيد، أو المسيرة النضالية للمجاهد بن بولعيد، أو بن بولعيد حياة بطل.

وتناول حياة بطل في إطار فيلم، يختلف عن تناوله في إطار بورتريه مصور؛ ذلك أن الفيلم الروائي يقتضي تناول شخصية هذا البطل أخذًا بعين الاعتبار رواية حياته وفق بناء درامي.

1 - المرجع نفسه، ص 193.

2 \_ عدلي سيد محمد رضا: المرجع نفسه، ص 58.

3 \_ فرانك هارو، مرجع سابق، ص 11

4 \_ عدلي سيد محمد رضا، مرجع سابق، ص 58.



ووفق صياغة معينة وهي ما نطلق عليه الحبكة والتي سيتم توضيحها لاحقاً. بينما تناوله في شكل بورتريه فهذا لا يحتاج إلى جهد كبير. لأن القائم على هذا العمل ليس عليه سوى تصوير الشخصية وهي تتحرك في إطار حياتها اليومية دون أي شرط آخر.

## 2- الحدث:

ويقصد به الفعل المحرك للعمل الدرامي. والذي يجعل الفيلم يبدأ. حيث يُجمع المتخصصون الذين يكتبون ويُكَونون في إطار العمل السينمائي على أن كل قصة هي بمعنى ما. سرٌّ لغزٍ إنَّها تطرح سؤالاً في البداية سوف تتم الإجابة عليه في الذروة. وغالباً ما يتم طرح مشكلة. أو تقديم موقف يحتاج إلى حل. يطرح هذا الموقف أو هذه المشكلة سؤالاً في أذهاننا<sup>1</sup> أين نحن؟ ما الذي يحدث هنا؟ من هذه الشخصيات؟ وماذا تريد؟ ومن ثم يصبح الحدث شخصيات تريد.

تحتاج القصة إلى شيء ما. حدث ما لتبدأ. يسمى هذا الحدث الخاص بالحافز أو المحفز ويطلق عليه البعض بالموقف الرئيسي الذي يحتم انطلاق الأحداث منه. أو يفجر عنصر الحركة التي ستمثل قوة الدفع للبناء السينمائي.<sup>2</sup>

لا بد أن تقوم الشخصية الرئيسية بعمل ما. أو تتخذ موقفاً ما. أو تُقرر قراراً ما. لأن هذا الأمر هو الذي يجعل حركة الشخصية الرئيسية تنطلق. ويجعل القصة تبدأ عند المشاهد.

يبدأ الحافز عمل القصة. شيء ما يحدث. ومنذ تلك اللحظة فصاعداً تبدأ القصة. نعرف الآن حول أي شيء تدور القصة. ما المحور المركزي لها<sup>3</sup>

إن الحافز هو أول دفعة (push) رئيسية تؤدي إلى تحريك الفيلم وهي على أنواع:

**أنواع الحوافز:** تتعدد الحوافز وتتنوع بين الأفعال والمعلومات والمواقف. فهناك ثلاث أنواع

للحوافز:

1- الحافز الأقوى هو الأفعال المحددة التي تبدأ القصة (مثلاً وصول العساكر الفرنسيين إلى المكان الذي كان يختبئ فيه علي لابوانت ومجموعته. بعد الوشاية بهم من طرف أحد الجزائريين الذين تم تعذيبهم واستنطاقهم. في فيلم معركة الجزائر).

2- قد يكون الحافز أحياناً معلومات تتلقاها الشخصية. توجهنا إلى موضوع القصة (مثلاً معرفة الطبيب بلزرق بأن هناك أفراداً من المجاهدين من يتعامل معهم قد ألقى عليهم

1 \_ ليندا سيجر: القواعد العلمية والفنية لكتابة النصوص الدرامية. ترجمة اديب منصور. سلسلة المكتبة الاعلامية 2008.ص

44\_43

2 \_ أشرف فهمي خوجة: الأسس الفنية لكتابة السيناريو والافراج التلفزيوني. مرجع سابق.ص128.

3 \_ المرجع نفسه. ص42



القبض، فيتخذ قرارا بمغادرة العاصمة باتجاه القرية فتنتقل أحداث فيلم الافيون والعصا.  
3- أحيانا يكون الحافز موقفيا ( situationnel ) سلسلة من الحوادث التي تتجمع خلال فترة من الوقت لتوجهنا ( قد تنطبق على فيلم بن بولعيد، عودته من الحرب ضد الالمان، مارسسته للنشاط السياسي، جمعه للأسلحة) وكل هذا استغرق وقتا طويلا نوعا ما ليعرف المشاهد مالذي يجري

إن تأخر انطلاقة الفيلم، أو تأخر بروز الحدث تؤثر على اهتمام المشاهد، وتهدد متابعتة للفيلم، لذلك فإن ليندا سيجر تصف الانطلاقة البطيئة بالقاتلة، وبأنها سوف تؤدي في العرض التليفزيوني الى تغيير القناة.<sup>1</sup>

ومن أجل جذب المشاهد والحيلولة دونه ودون العدول عن مشاهدة الفيلم ألا تتأخر انطلاقة الفيلم، وأن يكون الحافز في بداية الفيلم حتى يفهم المشاهد أين هو وما الذي يحدث؟ بالنسبة لفيلم بن بولعيد، يبدأ الفيلم بمواجهة مسلحة بين مجموعة من العساكر، يضمن المتابع في البداية بأنها وقائع حرب التحرير الكبرى، باعتبار أن الفيلم يتحدث عن إحدى الشخصيات التاريخية التي صنعت هذا الحدث، ولكننا بعد الجنريك ندرك بأنها وقائع حرب فرنسا ضد ألمانيا، والتي جند فيها الجزائريون باعتبارهم ينتمون للمستعمرة الفرنسية. وبالرغم من روعة الإخراج في هذا المقطع التمهيدي للفلم، وما بذل فيه من جهد، وما وضفت فيه من إمكانيات مادية وذخيرة حربية وطاقية بشرية، إلا أن ما يؤاخذ عليه منجزوا هذا العمل، هو عدم توظيف هذا الحدث طيلة الفيلم.

لماذا ابتدئت حياة البطل من هنا تحديدا؟ ماذا أراد كاتب السيناريو أن يقول؟ ماذا تعني مشاركة بن بولعيد في هذه الحرب؟ ما علاقة مشاركته في هذه الحرب بما تبعها من أحداث؟ ما علاقة مشاركته في هذه الحرب بقراره ضرورة التحضير للثورة وجمع الأسلحة؟ كل هذه الأسئلة لا نجد لها جوابا، وكأن هذا الجزء منفصل تماما عما لحقه من أحداث.

أين الحدث الذي يدفع بالقصة لتنتقل وتتصاعد حتى تصل إلى الذروة، وأين المحفز الذي يجعل البطل يفعل؟

### 3- الشخصية:

تعد الشخصيات من أهم العناصر المؤثرة في الفيلم، بل هي الوسيلة الأولى غالبا لسرد القصة ونقل الافكار، وجذب انتباه المشاهد واهتمامه؛ ذلك أن قصة الفيلم عادة تحكى عن بعض الاشخاص وأفعالهم، إن الحدث وحده لا يوجد ما لم يوجد شخص يفعله، والأحداث مهما

1 \_ ليندا سيجر، مرجع سابق، ص56.



عظم شأنها تظل عارية من أي قيمة حقيقية إذا لم يتم تجسيدها من قبل أشخاص. ومن هنا تأتي أهمية العناية بالشخصية واختيار وتحديد السمات اللازمة لها.<sup>1</sup> خاصة إذا كان جوهر الفيلم هو المسار النضالي لهذه الشخصية كما هو الشأن في فيلم مصطفى بن بولعيد.

إن الشخصيات عنصر مهم في العمل الدرامي فهي التي تفكر. وهي التي تشعر. وهي التي تتفاعل وتفاعل. وهي التي تقرر. ومن ثم فهي التي تصنع الحدث. وتحرك القصة. لذلك فإن المشاهد يتعرف على شخصيات الفيلم من خلال أشكالهم وأسمائهم. وعلاقاتهم وأفعالهم وأفكارهم. وحتى لا تسير القصة على منوال واحد. فتحدث الملل والفتور لدى المشاهد. فإن القائم على الفيلم يسعى إلى تقديم الشخصية بأبعاد وخصائص متعددة.

**أ- أبعاد الشخصية:**

يذهب عدلي محمد رضا إلى أن الأبعاد الثلاثة للشخصية والتي يعتبرها المقومات الأساسية التي لا يتم بناء الشخصية بدونها هي: البعد الفيسيولوجي (الجسماني). البعد السوسولوجي (الاجتماعي). البعد السيكولوجي (النفسي).<sup>2</sup> ومن خلال هذه الأبعاد يتعرف المشاهد على طبيعة هذه الشخصيات. من هي؟ ما سنها؟ هيأتها. الطبقة التي تنتمي إليها. العمل الذي تمارسه. مستواها التعليمي. حياتها العائلية. مكانتها في المجتمع. أهدافها. ميولاتها... كل هذه العناصر تعمق المعرفة بهذه الشخصيات. وتمكن من متابعتها والحكم فيما بعد على سلوكياتها

غير أن ليندا سيجر تذهب إلى حصر الأبعاد الثلاثة للشخصية في الأفعال. والأفكار. والعواطف لأنها هي التي تميز الشخصية. وتعرف بها. وتقدم صورة متكاملة عنها. ومن الضروري أن تكون الشخصية متعددة الأبعاد. فالمشاهد يتعرف على الشخصيات ويتأثر ويرتبط بها من خلال هذه الأبعاد. فهو يراها تتصرف. ويكون منتبها لتركيبتها العاطفية من خلال استجاباتها<sup>3</sup> أي مواقفها وأفعالها.

وبما أن العمل الدرامي يركز على الصورة. فإن الأفعال هي التي تقوي الصلة بالشخصية الرئيسة لأن: "الناس الذين يقولون أنهم يريدون شيئا ما. ولكنهم لا يفعلون أي شيء للحصول عليه ليسوا صادقين ومخلصين. ومن الصعب جدا أن نؤمن بهذه الشخصيات. إنها تفتقر إلى المصداقية. ولهذا على الشخصية القيام بأفعال معينة في سياق

1 \_ عدي عطا حمادي الياسين. مرجع سابق. ص: 71

2 \_ عدلي سيد محمد رضا. مرجع سابق. ص: 85-87.

3 \_ ليندا سيجر. مرجع سابق. ص: 229\_230



ملاحقتها للهدف. وكلما كانت الأفعال أقوى كلما كانت الحوافز أمام تحقيق الهدف. وكلما كان الهدف أقوى كلما كانت الشخصية أقوى<sup>1</sup>

ومن ثم كانت الضرورة في الفيلم التاريخي الوطني تقتضي تقديم الشخصيات الرئيسية أو شخصية البطل بأبعادها المتعددة. خاصة إذا كانت كل القصة الفيلمية موجهة للحديث عن هذا البطل كما هو الشأن في فيلم بن بولعيد. ماسنه؟ مالطبقة التي ينتمي إليها؟ مالعمل الذي يمارسه؟ ما مستواه التعليمي؟ ما مكانته في المجتمع؟ حياته العائلية؟ ماهي أهدافه؟ ثم كيف يفكر وخلق؟ كيف يتخذ قراراته؟ كيف يشعر ويتفاعل عاطفيا مع المواقف والأشخاص والأحداث؟ وكيف يفعل بعد ذلك؟ وغياب أي بعد من هذه الأبعاد أو غموضه يجعل هذه الشخصية الرئيسية سطحية لا عمق لها. وهذا ينعكس سلبا على طريقة متابعتها من قبل المشاهد. والتفاعل معها. والتماهي معها ومحاكاتها فيما بعد. وتحليلنا لفيلم بن بولعيد نجد أن جزءا كبيرا من هذه الأبعاد غائب. وفي بعض الأحيان غامض؛ لا نعرف سنّه. ولا مستواه الثقافي أو التعليمي. ولا مهنته. ولا مركزه الاجتماعي. ولا حياته العائلية. لا في إطار العائلة الصغيرة (الزوجة والأبناء) أو الكبيرة (الوالدين والاخوة وبقية الأهل). مما يحول دون أن يتعرف المشاهد على هذه الشخصية النضالية بعمق وعن قرب..

#### ب- أنواع الشخصيات ووظائفها:

تنقسم الشخصيات إلى أقسام وأنواع من حيث وظائفها وأدوارها. فهناك شخصيات رئيسية يبنى عليها الفيلم وتكون هي محوره الأساس. وهناك شخصيات ثانوية مساعدة على إبراز الشخصيات الرئيسية. وهناك شخصيات أخرى هي أقرب إلى الديكور منها إلى الشخصيات التي تؤدي أدوارا.

وقد قسمت ليندا سيجر وظائف الشخصية إلى خمسة أصناف<sup>2</sup>:

الشخصيات الرئيسية. الشخصيات المساعدة. الشخصيات التي تضيف بُعداً. وشخصيات الأفكار الرئيسية. والشخصيات الجماهيرية المهمة. وسنحاول أن نتناول هذه الشخصيات في إطار تقسيمين: الشخصيات الرئيسية والشخصيات الثانوية أيا كانت الوظائف التي تؤديها.

#### • الشخصية الرئيسية:

وهي الشخصية الأكثر بروزا في الفيلم. وهي التي تدور أحداث الفيلم حولها. وهي التي

1 \_ المرجع نفسه، ص 205.

2- المرجع السابق نفسه . ص250.





تقوم بالفعل. إنها المسؤولة عن حرك القصة إلى الأمام وهي بؤرة تركيز الفيلم. كما أنها توفر الصراع الرئيسي وتكون مثيرة للاهتمام بالقدر الذي يبقينا مهتمين لمدة ساعتين أو ثلاث ساعات. وهي تخدم أغراض إظهار الهدف الرئيسي للرواية<sup>1</sup> وتُسَمَّى الشخصية الرئيسية في الفيلم "البطل" <sup>2</sup> PROTOGONIST

وإذا أتينا إلى تعريف لهذه الكلمة لوجدناها مُكوَّنة من الجزئين اليونانيين proto ومعناه الأول وagon ومعناه المعركة. ويصبح بذلك معناها " المحارب الأول أو " الأول في المعركة" أو الشخصية الأهم في المعركة أو في الكفاح أوفي القصة.<sup>3</sup>

ويعد البطل من وجهة نظر كمية. هو الشخصية التي سوف تحظى بالإهتمام. وتكون حاضرة في أكبر قدر من المشاهد. ذلك أن الفيلم سيواكب حركة هذه الشخصية وأفعالها. ومن ثم فإن تقدم أحداث الفيلم مرهونة بوجودها وهكذا يكون البطل هو الشخصية التي تقوم بأكثر قدر من الصراعات والتي تواجه أكبر عدد من العقبات.<sup>4</sup>

كما أنه هو الشخصية التي ينبغي أن تثير في المشاهد أكبر قدر من التماهي العاطفي معها. أي أن يحزن لحزنها. ويفرح لفرحها ويأمل أنها ستنتصر على خصومها في النهاية<sup>5</sup>.  
وحيث يكون البطل شخصا واحدا مثل ما هو الشأن في فيلم بن بولعيد. فمن المفروض أن تبرز هذه الشخصية بشكل أكثر عمقا. وبسماتها المتعددة والمتنوعة. نستطيع أن نراها بأبعادها الثلاثة؛ كيف تفكر. وكيف تتفاعل مع المواقف. وكيف تتخذ قراراتها. وكيف تفعل. وكيف تسير باتجاه هدفها الآن وقت الفيلم يكون مخصصا لها..

ومن هذا المنطلق فإن البطولة في الفيلم التاريخي الوطني حين تعطى لشخص واحد أو لعدد قليل من الأشخاص. فإنه يتم التأسيس لها بشكل جيد. ورسم أبعادها بشكل أشمل. ومن ثم إمكانية التعرف عليها من قبل المشاهد بشكل أدق وأعمق. والتعرف على معاناتها. ومكابدتها وتضحياتها في سبيل بلوغ أهدافها. والتجاوب معها بشكل يسمح بامتصاص قيمها وتمثلها فيما بعد.

#### • الشخصيات الثانوية:

وهي الشخصيات التي لا يكون لها نفس الحضور مثل البطل. ولا يتم تعميق أبعادها.

1- عدلي سيد محمد رضا. مرجع سابق. ص:84.

2- ليندا سيجر. مرجع سابق. ص:250.

3- فرانك هارو. مرجع سابق. ص: 55

4- فرانك هارو المرجع نفسه. ص 56.

5- المرجع نفسه. ص:56.



إنها هي التي تساعد على التفاعل بين الأحداث<sup>1</sup>

وللشخصيات الثانوية مجموعة من الوظائف والمهام أهمها:

أنها تساعد البطل على إظهار شخصيته: حيث أن القصة لا تروى بشخصية واحدة. بل ان هذه الشخصية تحتاج الى مساعدة ودعم من أجل تحقيق أهدافها. تحتاج شخصيات مساعدة لتقف معها. كما هو الشأن بالنسبة للمجموعة التي تَبَنَّت ضرورة اندلاع الثورة مع بن بولعيد. أو التي ساعدته للهرب من السجن. أو لتقف ضدها. كما هو الشأن بالنسبة لمصالي الحاج وأتباعه. وقد تكون الشخصية المساعدة سبب لوقوع حدث يدفع البطل الرئيسي داخل الفعل.<sup>2</sup>

كما أن هذه الشخصيات تعدد إبعاد الشخصية: هناك دائما بعض الشخصيات التي توفر تعدد الأبعاد للقصة وللشخصيات الرئيسية. وتحوّل دون أن يبدأ الفيلم خطيا على ريتم واحد. والبطل يحقق أهدافه مع القليل من المساعدة. فالشخصية المناقضة للبطل تساعدنا على أن نرى البطل أكثر وضوحا بسبب الفروق بينهما. إنها تزيد من عمق القصة. وتُضيف أنسجاما وتماسكا وتركيزا. كما أنها تُعطي البطل الفرصة لكي يُوضح قراراته المختلفة التي يتخذها. وتساعد الجمهور على معرفة الكثير عن تفاصيل الصراع.<sup>3</sup>

فشخصية مصالي الحاج من جهة. وشخصية عجلون من جهة ثانية. المُحَبَّتَيْن للزعامة والسلطة والقيادة. وموقف بن بولعيد من كل واحد منهما. مكنّ من معرفة صفة التواضع وإنكار الذات. والجنديّة الموجودة في بن بولعيد.

كما أن الشخصيات الثانوية مُساعدة على توفير الضخامة والأهمية للشخصية الرئيسية. لتعرض المهابة والمكانة الرفيعة للبطل أو الخصم. كالحراس الخاصون. بالنسبة لمصالي الحاج الذي مثل الخصم لبن بولعيد. مما ساعد على التعرف على نُفُوده ومكانته بين أتباعه.

#### 4- الصراع:

الصراع هو وجود قوتين رئيسيتين متضادتين. ينتج عن تقابلهما أو التحامهما ما يدفع الحدث إلى الأمام من موقف الى آخر. في حركة مستمرة تقود البناء الدرامي نحو ذروة رئيسية للأحداث. ومنها إلى نهاية أو خاتمة مفتوحة أو مُحدّدة. وقد اصطلح على تعريف هاتين القوتين

1- عدلي سيد محمد رضا. مرجع سابق. ص. 08.

2- ليندا سيجر. مرجع سابق. ص. 252.

3- عدلي سيد محمد رضا. مرجع سابق. ص. 85.



باصطلاحات مختلفة منها: الفعل ورد الفعل، الهجوم والهجوم المضاد<sup>1</sup>. ومن خلال تاريخ علم النفس كما يبين ذلك كريستيان كالاس فإنه كثيرا ما كان يُنظر إلى الصراع على أنه المصدر الرئيس للعواطف، وكما هي الحال مع الفيلم الروائي أيضا، فمن هناك يُوصف الصِّراعُ على الأغلب بأنه قيام البطل بحاربة جميع أصناف العوائق، والإعلان بأنها عقبة في طريقه، فالصراع يولد من الحاجة أو النية أو الهدف، لذلك فهو يقوم بمواجهة العائق<sup>2</sup>

يعد الصراع مجموع العقبات والتحديات والتعقيدات التي تواجه البطل، وتجعل الفيلم يسير في خط متصاعد حتى النهاية. وكما يقول كريستوفر فوغلر: "يجب على المشاهدين أن يفهموا بسرعة رهان القصة، وذلك من أجل الخراطيمهم في المغامرة والاهتمام بمصير البطل"<sup>3</sup>.

بالنسبة لفيلم بن بولعيد فقد تعدد الصراع على مستوى ثلاث مراحل، أو ثلاث محطات أساسية:

**في المرحلة الأولى :** وهي (مرحلة النشاط السياسي والتحضير للثورة).

كان الصراع دائرا بين بن بولعيد من جهة ومصالي الحاج ومريديه من جهة ثانية من أجل إقناعهم بضرورة تفجير الثورة التحريرية.

**في المرحلة الثانية من الفيلم:** (من اندلاع الثورة حتى السجن)

الصراع ضد التواجد في السجن، والسعي للخروج منه عن طريق الهرب

**في المرحلة الثالثة :**

الصراع مع عجز سعى لعزل بن بولعيد وخلافته على قيادة الثورة في المنطقة. وفي الفيلم التاريخي الوطني لابد أن يرى المشاهد الجهد الكبير، والتضحيات الجسيمة المادية منها والمعنوية التي كان يقدمها المجاهدون في مواجهة الاستعمار الفرنسي بعدته ونوع عتاده، وفي مواجهة الواقع الذي أفرزه هذا المستعمر، حتى يحققوا هدفهم وهو النصر عليه ويحرروا الأرض ويصونوا العرض، وهذا مدعاة لتثمين الجهد ونيل الاحترام والتقدير من قبله (المشاهد). وهذا الأمر لم يكن واضحا بالشكل الكافي في فيلم بن بولعيد، فقد بدأ الصراع ساكنا غير متصاعد، ماذا خسرت بن بولعيد في سعيه لتحقيق هدفه؟ من تأذى من أهله وأقربائه؟ حتى فراره من السجن الذي يعرف عنه شدة تحصينه لم نعرف المدة الزمنية التي استغرقت في عملية الحفر، لأن هذا يزيد المشاهد معرفة بقوة التحدي والاصرار والجهد الكبير

1 \_ عدي عطا حمادي الياسين، مرجع سابق، ص 67

2 \_ كريستينا كلاس: كتابة النص السينمائي الإبداعية في فهم البنية العاطفية، المؤسسة العامة للسينما، دمشق، طبعة 2013م، ص: 108.

3 \_ كريستوفر فوغلر، دليل السيناريست، ترجمة زياد خاشوق المؤسسة العامة للسينما دمشق، ط: 2012، ص: 114.



الذي بذل حتى يتم له الهروب. مما حال دون حدوث التوتر والاثارة والتشويق بالمستوى الذي يتطلبه الحديث عن شخصية ثورية بارزة من مثل بن بولعيد. كما أن الصراع بدأ متعددًا غير مركّز، لم يكن واضحًا قلب الصراع. لأن قلب الصراع هو الذي تدور حوله أغلب مشاهد الفيلم. وهو الذي في النهاية يؤول إلى حل بأي شكل من الأشكال.

### 1/ بنية الفيلم أو الحكبة:

الفيلم هو طريقة في ترتيب البيانات المكانية والزمانية من الأحداث. مبنية على السبب والنتيجة. لها بداية ووسط ونهاية تجسد حكمًا على طبيعة الأحداث<sup>1</sup> أي أن قصة الفيلم تُبنى بناءً فنياً. تجعل المشاهد يُتابع أحداثها. ويواكب تطوراتها. وهذا ما يسمى بالحكمة.

ومن ثمة فإن القصة حتى يكون لها معنى وتحدث تأثيراً. وتحقق التفاعل المطلوب من طرف الجمهور. لا بد أن تكون فيها حكمة. وللحكمة مجموعة من التعاريف نورد منها:

— يعرفها قاموس ويبستر webster بأنها "خطة أو مخطط لتحقيق عرض ما، فالحكمة تشير إلى الطريقة التي ترتب بها الأحداث لتحقيق التأثير المقصود"<sup>2</sup>. أي أن الأحداث لا توضع بطريقة عشوائية. بل بطريقة انتقائية يقدم بعضها ويؤخر البعض الآخر. وفق ما يقتضيه هدف القائم على العمل الدرامي.

والحكمة كما تعرفها لينداج كاوغيل: "هي إدارة المعلومات لجعل القصة أكثر تشويقاً وإرضاءاً للمشاهدين"<sup>3</sup>. فهي ليست سرداً للمعلومات وإنما هي تقديم للمعلومات بطريقة فنية تحدث التوتر والتشويق لدى المشاهد.

الحكمة هي تحديد وضع الأحداث في القصة. وعلاقة كل منهما بالأخرى. مرتبة بشكل متناسق بحيث تدفع في اتجاه حل درامي<sup>4</sup>. فهي إذن ترتيب للأحداث.

كما أن الحكبة هي الإطار العام للحدث. ويجب أن يتضمن هذا الإطار شخصية أو شخصيات أساسية في موقف ما. وتسير الأحداث باتجاه التعقيد. حيث تضطر الشخصيات للقيام بأشياء معينة. مما يؤدي إلى خلق سلسلة من الأزمات والمصاعب التي تزيد الأمور تعقيداً. حتى تصل إلى الذروة الدرامية. وهي أكثر هذه الأزمات تعقيداً. وبعدها يبدأ خط الحكبة في الاتجاه نحو الحل<sup>5</sup>.

إن الحكبة هي سلسلة من الأفعال المترابطة تسيير قدما عبر صراع قوي متضادة نحو

1- وارن بكلايد. مرجع سابق. ص 59

2- لينداج كاوغيل. فن رسم الحكبة السينمائية. ترجمة محمد منير الأصبحي. المؤسسة العامة للسينما. دمشق 2013. ص: 25

3- المرجع نفسه. ص 28

4- منى الصبان. مرجع سابق. ص 562

5- المرجع السابق. ص 562.



ذروة وحل تحدّدان معنى العمل<sup>1</sup> مما سبق يتبين بأن الحكمة تعمل على تعقيد الموقف من أجل الوصول إلى حل.

ان الحكمة تعمل على ان تُظهر قلب للصراع في القصة، وتُحول دون ان تُظهر للمشاهد جوانب مختلفة من حياة شخصية ما، أو من أحداث معينة. والانتقال من حادثة إلى أخرى كما لو كانوا (المشاهدين) على خط زمني، دون ربط الأفعال بعضها ببعض، أي وكأننا نسرد سيرة ذاتية للشخصية بشكل سطحي. وهذا ما عانى منه فيلم بن بولعيد تحديداً، فقد بدأ الفيلم يسير في شكل خطي وكأنه رواية للسيرة الذاتية للبطل.

وما سبق ذكره نخلص إلى أن الفيلم أو الحكاية لا تتألف من سلسلة عشوائية من الأحداث، بل هو سلسلة من الأحداث تتعلق ببعضها البعض على أساس السبب والنتيجة، أي إن كل حدث يكون سبباً في حدوث حدث آخر، وأن كل حدث هو نتيجة لحدث سابق<sup>2</sup>. وهذا ما يجعل القصة مترابطة يأخذ بعضها برقاب بعض، ويتم تفسير المواقف والأفعال على حسب السبب والنتيجة، بالانتقال من مشهد إلى آخر، وكل مشهد يُمهّد للذي يليه، وهكذا في تسلسل منطقي.

### عناصر الحكمة:

من التعاريف السابقة يمكننا ان نستشف بأن الحكمة تتمحور حول ثلاث عناصر رئيسية:

- ترتيب الأحداث
- السببية (السبب والنتيجة)
- الصراع

ان هذه العوامل الثلاثة تساهم في كيفية تعقب المشاهدين للأحداث بحيث تكتسب القصة معنى وهي تبني القوة الدافعة والتوتر حتى الذروة.<sup>3</sup>

### 2/ ترتيب الأحداث:

تشير الحكمة إلى الطريقة التي ترتب بها الأحداث لتحقيق تأثير مقصود، فهي تعمل على تصميم القصة وهندستها، وإيجاد العلاقات بين مكوناتها، وتطوير الطريقة التي يجري بها بناء الحدث إلى أن يصل إلى الذروة.

1- لينداج كاوغيل: فن رسم الحكمة، ص 27.

2- وارن بكلياند، فهم دراسات الافلام من هيتشكوك الى تارانتينو، ترجمة محمد منير صبحي، المؤسسة العامة للسينما، دمشق، 2012، ص 60

3- لينداج كاوغيل، مرجع سابق، ص 28



ويتم ترتيب الأحداث عادة وفق ثلاثة فصول. البداية، الوسط والنهاية.<sup>1</sup>

والمقصود بالفصول الثلاثة في العمل الدرامي السينمائي بالترتيب: التقديم (العرض).

التطوير. وحل العقدة.

### الفصل الأول: (التقديم أو العرض)

- يعمل التقديم على اجتذاب المشاهد وإقناعه. كما أن المشاهد التمهيدية تساعد على

وصف الشخصية وهي تعيش اوضاعا طبيعية قبل ان نضعها في مواجهة مواقف استثنائية.

- للسياق التاريخي والاجتماعي للفيلم أهمية كبيرة وهو ما يستهدفه الفصل الأول

ويمكن تحقيق ذلك من خلال كتابة عبارة على الشاشة تشير الى هذا السياق (كما هو حاصل في

فيلم معركة الجزائر) مثلا. كما أن الأزياء والديكور تلعب دورا في تحديد نوع الفيلم. وتحديد

والحقة التي تدور فيها أحداث الفيلم. لذلك فإن هذه العناصر هي التي يميظ العرض الأول

اللاثام عنها.

\_ يقدم الفصل الاول الشخصيات الرئيسية في الفيلم ويعرض للصلات بينها. غالبا

يتم عرض بطل القصة في الثواني الاولى للفيلم. فتكشف صفاته الجسدية. أولا شكله

وطريقة كلامه. طريقة لبسه. ثم نراه من خلال علاقاته ببقية الشخصيات.

\_ كما ان الفصل الاول هو المكان الذي تقدم فيه المهنة التي يزاولها البطل رغم ان ذلك

ليس إلزاميا.<sup>2</sup>

إن الدقائق الأولى للفيلم هي ما سيصنع الفرق. في العرض التلفزيوني الانطلاقة

البطيئة قاتلة لأنها ستؤدي إلى تغيير القناة.<sup>3</sup>

### الفصل الثاني (التطوير):

هو أطول فصول الفيلم<sup>4</sup> يصور هذا الفصل رحلة البطل أكثر من أي فصل آخر. وهو

الجزء الذي يعطي الفيلم وزنه ومعناه.<sup>5</sup> لذلك فإن هذا الفصل يروي الجُهود التي يبذلها بطل

الفيلم من أجل تحقيق هدفه. ومن ثم يمكن اعتبار الجزء الأوسط من الفيلم والذي يمثله الفصل

الثاني بأنها فترة العتبة. لأنه في هذا الجزء تُغَيّر أحداث بالغة الأهمية مسار الحدث واتجاه القصة

والفيلم<sup>6</sup>

1-فرانك هارو. مرجع سابق. ص 136.

2-المرجع السابق.ص137-141 .

3 \_ ليندا سيجر. مرجع سابق. ص 56

4 \_ فراك هارو. مرجع سابق. ص 159

5 \_ منى الصبان.مرجع سابق. ص567.

6 \_ وارن بيكلاند.مرجع سابق. ص 66-67.



يُجابه بطل الفيلم طيلة الفصل الثاني عقبات. يزداد تخطيها صعوبة وهو أمر شديد الأهمية. لأن نجاح الفصل الثاني في الفيلم يرتبط على وجه الخصوص بحسن إدارة الصراعات والعقبات التي يضعها الكاتب في مواجهة البطل.<sup>1</sup>

والعقبات كما تعرفها لينداج كاوغيل هي: "أي شيء يمنع البطل من الوصول الى هدفه. وقد يكون هذا الهدف مرحليا أو الهدف العام للبطل في الفيلم"<sup>2</sup>. والعقبات متعددة ومتنوعة. داخلية وخارجية. ويمكن إجمالها في أربعة أصناف<sup>3</sup>:

- الخصم: قد يكون فردا أو مجموعة أفراد. أو جهة  
- عوائق مادية: قد تكون قوى طبيعية كالظروف الجغرافية والمناخية. وقد تكون من صنع الانسان أي كل ما يتسبب الانسان في حدوثه.

- صراعات داخلية: وهي عادة ما تتعلق بما يجب على الشخصية الرئيسية ان تتعامل معه داخل نفسها قبل ان تحل الصراع الأساسي في الحكمة. وقد تكون هذه المشكلات مشاعر بالخوف، وعدم النضج والجهل والكبرياء هي جميعا صراعات داخلية قد تحتاج الشخصيات الرئيسية إلى التغلب عليها. ووجود العقبات الداخلية يوحي بأن الأحداث طبيعية لا تصنع فيها. باعتبار الانسان كائن بشري يعتريه النقص. لذلك يقول فرانك هارو: "عندما تصنع شخصية لا تتردد في منحها نقطة ضعف. مهما تكن. عليها مجابتها"<sup>4</sup>. لأن هذا أدى لإضفاء المصدقية والواقعية على أحداث الفيلم

- قوة غامضة: ويدخل ضمنها كل ما هو غير طبيعي.

يتضمن الفصل الثاني أيضا:

مجموعة من العقد الدرامية. أو كما يطلق عليها في بعض الأحيان المفاصل الدرامية. أو نقاط الانعطاف. وهي الأحداث والوقائع التي تحول دون أن يسير الفيلم في اتجاه خطي. انها أحداث تفاجيء المشاهد وتساعد على زيادة التوتر والفضول عنده. وتجعله متشوقا لمعرفة الأحداث المقبلة. وهو ما تؤكد له ليندة سيجر بقولها:

"تبقى القصة الجيدة مثيرة للاهتمام. وهي تحافظ على إثارتها للاهتمام بسبب العقد ونقاط التحول والانعطاف (turning points) التي لا يمكن التنبؤ بها على طول المسار المؤدي للذروة. وإذا ما كانت القصة خطية تماما وتتطور إجمالا من البداية الأولى للحافز إلى الذروة.

1 \_ فرانك هارو. مرجع سابق. ص 159

2- لينداج كاوغيل. مرجع سابق. ص 93.

3- لمرجع نفسه. ص 94.

4- فراك هارو. مرجع سابق. ص 98.





فإن اهتمامنا سوف يتعثر وبؤرة التركيز سوف تكون غير واضحة"<sup>1</sup>

كما يتضمن الفصل الثاني أيضا :

- الأزمة: والتي تعرف على أنها: "تلك اللحظة من الفيلم التي يفقد خلالها البطل كل أمل في الوصول الى هدفه لأسباب نفسية (الاستسلام)، أو لأنه أصبح في موقف صعب يظن أنه غير قادر على الخروج منه"<sup>2</sup> كالاعتقال، أو السجن  
وهنا يتابع المشاهد حركة الشخصية الرئيسية إزاء هذه الأزمة بشكل دقيق وبكثير من التركيز. كيف تتفاعل معها. كيف تفكر للتخلص منها. لأن الشخصية الرئيسية ملزمة باخذ مواقف، وإصدار قرارات.

وآخر ما يصل إليه الفصل الثاني هو:

- الذروة: هي قمة الأزمة، ويعرفها فرانك هارو بكونها: "العقدة الدرامية الأخيرة في الفصل الثاني، وهي منطقيا الأكثر شحنا بالعواطف والتشويق والدراما، والذروة قبل كل شيء، هي مواجهة أخلاقية بين كيانين، البطل والبطل المضاد، وتمثل الوظيفة الأساسية لها في الاجابة عن السؤال التالي: هل سيبلغ بطل الفيلم هدفه"<sup>3</sup>  
فالذروة إذن هي نهاية القصة، إنها اللحظة التي يتم فيها حل المشكلة وتتم فيه الإجابة النهائية عن السؤال الرئيسي الذي طرحه المشاهد في أثناء متابعته للأحداث، وفي أثناء تتبعه لحركة الشخصية في تقلباتها، بين الانتصارات والانكسارات.

### الفصل الثالث: (حل العقدة):

يعتبر هذا الفصل أقصر فصول الفيلم من الناحية الزمنية، ويأتي ليكشف للمشاهد عما يحصل بعد أن بلغ بطل الفيلم هدفه، كما يعطينا فكرة عن مستقبل شخصيات الفيلم، وقد يعرض في الفصل الثالث في بعض الاحيان صورة شاهدناها في بداية الفيلم<sup>4</sup>.  
فيلم بن بولعيد افتقد إلى هذا البناء ذي الفصول الثلاثة، وبدا وكأن الفيلم تناول حياة البطل في إطار سرد للتاريخ وفق سيرورة عادية ووفق حركته اليومية، مما جعل الفيلم يبدو خطيا بوتيرة واحدة غير متصاعد باتجاه الذروة..

1- ليندا سيجر، مرجع سابق، ص:46.

2- فراك هارو، مرجع سابق، ص:167.

3 \_ فراك هارو، مرجع سابق، ص 170.

4 \_ المرجع نفسه، ص:177.



## 2/ ترتيب العواطف:

والحبكة ليست نسقا من للأحداث فحسب، بل هي ترتيب للعواطف أيضا ذلك أن العاطفة هي مصدر ارتباطنا بالآخرين. فنحن نتألم لتألم الأشخاص، وتستثير معاناتهم تعاطفنا.

قد لا تستغرقنا الأحداث لوحدها، بقدر ما تجعل العواطف المتضمنة فيها الافلام شديدة التأثير. فمن خلال ردود فعل الشخصيات تستغرقنا القصة استغراقا أشد، وتساعدنا الحياة العاطفية للشخصية على التماهي معها، وفهم دوافعها، وهي تجعل الشخصية تبدو أصلية.<sup>2</sup> غير متصنعة لحركتها.

ان رسم حبكة القصة هي بناء الحدث ورد الفعل (العاطفة) لتحقيق التأثير المقصود. يجب ان تكون العاطفة مرتبطة بأفعال الشخصيات المنهمكة في صراعها المحدد وبردود فعلها.<sup>3</sup> حتى نتمكن من معرفة أعماق هاته الشخصيات، وحققتها، ونوعيتها.

وحين تهمل المكونات العاطفية للقصة، تبدو الشخصيات مسطحة وغير حقيقية، وما تحصل عليه هو ميلودراما (تمثيلية) حيث تدور القصة بكاملها حول الحدث والصراع، ولا نرى تأثير ذلك الصراع على الشخصيات سوى بأكثر الصور عمومية، ولأننا لا نرى التأثير، فإن الشخصيات تبدو كالدمى، تتحرك وفق مزاج محركها، ولا تبدو كأشخاص حقيقيين.<sup>4</sup>

افتقد فيلم بن بولعيد في حركته لعنصر العاطفة في أكثر من محطة رئيسية؛ لم يبرزه الفيلم كيف يفكر وكيف يقرر وكيف يتفاعل عاطفيا مع الأحداث، لم تظهر معاناته النفسية عند مفارقتة لأهله، ولم تظهر معاناته بالشكل الكافي في صراعه مع مصالي الحاج، لم يظهر الفيلم كيف توصل إلى قرار السفر لتمويل الثورة بالسلاح، فبدأ وكأنه فر من القتال المسلح الذي بذل جهده لإقناع غيره به، إلى العمل المريح وهو السفر للمشرق للبحث عن التمويل بالسلاح، لماذا لم يكلف غيره بهذه المهمة، خاصة وأنا في الفيلم نشاهد أحد رفاقه يقول له: "الثورة في بدايتها مازالت محتاجة ليك باه تكون هنا"، لم يعط إجابة مقنعة للمشاهد، وحتى سفره لم يظهر الفيلم بأنه شاق وقد بذل فيه من الجهد أكثر مما يبذل من الجهد في القتال، حتى يقتنع المتابع باننا بصدد الحديث عن بطل حقيقي.

لم نرى أيضا معاناته الحقيقية في سجن الكدية حتى في سعيه للهروب منه، لم يوضح

1 \_ لينداج كاوغيل، مرجع سابق، ص 29

2 \_ المرجع نفسه، ص 29

3 \_ لينداج كاوغيل، مرجع سابق، ص 31

4 \_ المرجع نفسه، ص 29



الفيلم تلك المعاناة الكبيرة التي هي في مستوى الهرب من ذلك السجن الذي يُروى عن مناعته وحصانته الشيء الكثير. لم يوضح الفيلم المدة التي استغرقتها عملية الحفر للهروب. وهذا الأمر كان كفيلا بتصوير استماتته في السعي من أجل تحقيق أهدافه.

### 3/ السببية:

إن الحبكة ليست خطأ زمنيا من الأحداث التي تجري. بل هي بناء للأحداث وفق تسلسل منطقي يجعل المشاهد يُمهّد بعضها للبعض الآخر. بمنطق السبب والنتيجة. والفيلم إذن ليس سلسلة من الأحداث فحسب. بل سلسلة من الأحداث تتعلق ببعضها البعض على أساس السبب والنتيجة. أي أن كل حدث يكون سببا في حدوث حدث آخر. وأن كل حدث هو نتيجة لحدث سابق<sup>1</sup>.

وعلاقة السبب والنتيجة بين المشاهد تدفع حدث القصة الى الامام. كما تضمن أننا نفهم المعنى الجوهرى للحدث. لأننا نستطيع رؤية الروابط بين المشاهد. فنحن لا نرى ما يحدث فحسب. بل أيضا سبب حدوثه.<sup>2</sup> وهذا ما يؤدي إلى اندفاع النص باتجاه الذروة في شكل متصاعد.

وتحدث قوة اندفاع النص عندما يقود المشاهد إلى المشهد الذي يليه. وذلك المشاهد إلى المشهد التالي. يتضمن المشاهد تطور المشهد الذي يليه. أو نستطيع أن نقول أن بذور المشاهد متضمنة في المشاهد السابق. حتى تكون المشاهد مترابطة في علاقة سبب نتيجة. يدفع تسلسل الأحداث. ويجعلنا أقرب للذروة<sup>3</sup>

إن العلاقة المبنية على السبب والنتيجة بين المشاهد. تطور الصراع ورسم الشخصيات. عن طريق ايضاح عواقب الاحداث. والقرارات. والاختيارات التي تنتج بسبب تلك العلاقة.<sup>4</sup>

كما ان تداعي الاحداث الدرامية في العمل الفني بمنطق السبب والنتيجة يخلق لدى المتفرج توقعا لما يمكن ان يحدث. وتهيئه لتلقي ما سوف يقع فعليا سواء كان مطابقا او مخالفا لتوقعاته. وهذا يعمق في نفسه الشعور بالمشاركة في الاحداث.<sup>5</sup>

عنصر السببية افتقد في فيلم بن بولعيد في أكثر من محطة مركزية ؛ لم تظهر أحداث الفيلم لماذا قرر بن بولعيد ومن معه اندلاع الثورة في ذلك الوقت بالذات. منطلقات تفجير الثورة

1 - وارن بيكلاند. مرجع سابق. ص:60.

2 \_ لينداج كاوغيل: مرجع سابق. ص: 26

3 \_ ليندا سيجر. مرجع سابق. ص:84.

4 \_ لينداج كاوغيل.مرجع سابق. ص 27.

5 \_ منى الصبان.مرجع سابق. ص 617\_618.



لم تكن قوية ومقنعة، ويتأكد الأمر عند نفاذ السلاح بعد اندلاعها بشهرين فقط، مما يعطي انطباعاً بأن رأي مصالي الحاج كان المرجح، ولم يكن بن بولعيد حكيماً بإقدامه على هذا العمل. أيضاً عندما اتفق بن بولعيد ومن معه على تفجير الثورة وأجريت انتخابات من أجل تحديد منسق وطني، تتم عملية تزوير للنتائج، فالصور ترينا اسم بن بولعيد في الأوراق، وبين بولعيد يقرؤها بوضياف، ماسبب هذا التزوير؟ إضافة إلى ما ذكرناه سابقاً في أسباب السفر للمشرق وترك العمل المسلح. اللقطات في الفيلم لا يؤسس بعضها لبعض، بل يحس المشاهد بإمكانية التقديم والتأخير بل حتى حذف بعض المشاهد دون أن يخل ذلك بالفيلم.

#### 4 / الصراع:

إن العمود الفقري للحبكة هو صراع يُبين بوضوح مشكلة الشخصية الرئيسية، وما هي المخاطر بالنسبة لها، ويخلق رغبة تجعل الحركة إلزامية. مالذي تريده الشخصية الرئيسية حقاً؟ وما الذي يمنعها من الوصول إليه؟<sup>1</sup>

فإذا كان الحدث هو شخصيات تريد فإن الصراع يتضمن عقبات وتعقيدات. هذان العنصران (الحدث والصراع) يُولدان الزخم والتشويق والدراما في مشاهدة تستحوذ على انتباهنا وتعيش في ذاكرتنا<sup>2</sup>.

ويعتبر الصراع هو العمود الفقري للفيلم، والفيلم الجيد هو الذي يدخل الشخصيات في علاقة ديناميكية تؤكد الخلاف بينها، إنها تتواجه، وتتصارع، وتتشاجر، وتناقش، وتقنع، وتحاول فرض وجهة نظرها، وقراراتها، وأفعالها على الناس الذين لا يرون بنفس الطريقة<sup>3</sup>. كما أن الصراع هو الذي يوجه القمص الجيدة، ولا بد للشخصيات الرئيسية من الجهاد وهي نشق طريقها باتجاه تحقيق أهدافها<sup>4</sup>. فإن لم يكن هناك جهد يبذل، ولا تضحية، ولا مشقة من أجل تحقيق الهدف، هذا الأمر يزهد المشاهد في طبيعة الهدف من جهة، ومن جهة أخرى يزهد في الشخصية التي تسعى إلى تحقيقه.

لا بد أن تواجه الشخصية الرئيسية صراعا، لا بد من وجود مصاعب ومعارضة ومشكلات على الشخصية الرئيسية مواجهتها، وهذا يجعل الفيلم مشوقا، وباعث على جعل المشاهدين يتابعونه حتى النهاية.

ان الصراع ضروري لأنه يبني التوتر الذي يحافظ على اهتمام المشاهدين بالخطوة التالية

1 \_ لينداج كاوغيل، ص 208.

2 \_ لينداج كاوغيل، مرجع سابق، ص 41.

3 \_ ليندا سيجر، مرجع سابق، ص 213.

4 \_ لينداج كاوغيل: فن رسم الحبكة، ص 31.



من الحدث. وتوليد التوتر يفعل في الجمهور رغبة فطرية لرؤية الصراع يصل الى حل<sup>1</sup> في فيلم بن بولعيد تبقى الأسئلة التالية في حاجة إلى إجابة: ماهي التضحيات التي قدمها بن بولعيد؟ هل تأذى في أهله وفي ماله وممتلكاته؟ ماذا خسّر في سيره باتجاه هدفه؟ ماذا كانت ردة فعل المصاليين حين خالف أوامرهم وأعلن اندلاع الثورة؟ أي تهديد مورس عليه وعلى رفاقه؟ كيف تعامل معه الاستعمار الفرنسي باعتباره المخطط الأول لاندلاع الثورة؟ أسئلة كثيرة لا نجد لها إجابة داخل الفيلم

وتخلص في نهاية عنصر الحبكة وبناء الفيلم بشكل عام. لنشير إلى أن بناء الفيلم التاريخي الوطني. يقتضي أن تُقدّم أحداثه في إطار بناء فني مشوق. ترتب فيه الأحداث وفق الفصول الثلاثة المذكورة سابقا. وبكل مكونات كل فصل. والأهداف التي يجب أن يحققها. إضافة إلى ترتيب هذه الأحداث بمنطق السبب والنتيجة. وكل حدث يكون سببا في حدوث حدث آخر. ويكون كل حدث هو نتيجة لحدث سابق. فالمقاومة فرضتها الأوضاع المزرية التي أوجدها المستعمر. والثورة جاءت نتيجة طول المعاناة التي عاناها الشعب الجزائري. ويجب أن يكون الصراع المركزي واضحا حتى لا توضع الشخصيات في مواقف والاكتفاء يجعلها تتفاعل. أو مراقبتها تنتقل من مكان لمكان. وتقوم بأشياء دون أن نفهم ماذا تريد تحديدا وما الذي يمنعها من تحقيق ذلك. فيكون بذلك الصراع ساكنا مما يحدث الملل. وبالتالي العدول عن مشاهدة هذا النوع من الأفلام التي نحن في أمس الحاجة إليها في الوقت الراهن أكثر مما مضى لتساهم في عملية التنشئة على القيم الوطنية.



## La notion des crimes contre l'humanité

Dans la jurisprudence des tribunaux internationaux pénaux ad hoc — Dr Haoua Salem

### La notion des crimes contre l'humanité

Dans la jurisprudence des tribunaux internationaux pénaux ad hoc

Dr Haoua Salem .

- Université de Médéa.

#### Résumé

Les tribunaux pénaux internationaux ont présenté une opportunité en or pour l'évolution du droit international pénal. La jurisprudence progressiste des TPI a apporté un apport significatif en matière de crime contre l'humanité par les précisions apportées à ses éléments constitutifs.

Ces avancées sont la preuve de la marche lente mais sûre de la justice pénale internationale vers l'édification d'un ordre juridique internationale efficace et équitable ou Le respect des droits de l'homme , en tout temps est sa première préoccupation .

#### ملخص

لقد قدمت المحاكم الجنائية الدولية الخاصة أنموذجا ليس الأحسن ولكنه الأرقى إذا ما قورن بمحاكم الحرب العالمية الثانية. لقد مكنت تجربة المحاكم الجنائية الدولية من إعطاء دفع قوي للقانون الدولي الجنائي عبر توضيح أركان الجرائم ضد الإنسانية سواء فيما تعلق بالركن المادي أو الركن المعنوي والتوسع في الأفعال التي تندرج تحت مسمى الجرائم ضد الإنسانية .  
تمثلت تجربة المحاكم الجنائية الدولية هي قرينة قاطعة علي إمكانية قيام محكمة جنائية دولية تتوفر علي كل المواصفات الشكلية و الموضوعية لقريناتها في الأنظمة الجنائية الوطنية وهي لذلك مهدت لولادة المحكمة الجنائية الدولية . وأكثر من ذلك برهان ساطع علي الدور الفعال للعدالة الجنائية الدولية في تحقيق احترام لحقوق الإنسان

Le crime contre l'humanité est une expression nouvelle , la France , la Russie et la Grande Bretagne qualifient les massacres des Arméniens comme « des crimes contre l'humanité et la civilisation »<sup>1</sup> , D'emblé l'expression vise à la fois des massacres de civils spécialement ciblés et les auteurs des exactions qui devront en répondre<sup>2</sup> .

La définition juridique de la notion de crime contre l'humanité est très récente , l'accord de Londres portant statut du tribunal militaire de Nuremberg la interprété comme étant un accessoire des crimes contre la paix ou des crimes de guerre , en plus de la définition

<sup>1</sup> - The killing of Armenians by the ottoman in the first world war , the killing of millions by Nazi in the second world war . The killing of millions of Cambodian by the Khmer rouge regime in the 1970's . The killing of a million of Tutsis by Hutus in Rwanda in the 1990's .

<sup>2</sup>- voir : Herve .Ascencio, Alain .Pellet , Emanuel . Decaux , Droit International Pénal ,Paris , Pedon , 2003 . Paul .Tavernier , un siecle de droit international humanitaire , Bruxelles , Bruylant , 2001 . Kriangsak .Kittichaisareé , International Criminal Law , Oxford , Oxford universitypress , 2005 .



## **La notion des crimes contre l'humanité**

### **Dans la jurisprudence des tribunaux internationaux pénaux ad hoc — Dr Haoua Salem**

des actes tels : l'assassinat , l'extermination , la réduction en esclavage , la déportation et tout autre acte inhumain commis contre toute population civile<sup>3</sup> .

En dépit de tout ses efforts la notion de crime contre l'humanité est fréquemment confondue avec celle de génocide' et des crimes de guerre . C'est pourquoi l'expérience des tribunaux pénaux internationaux ( ci – après TPI ) a été une occasion pour enrichir la définition juridique des crimes contre l'humanité .

La jurisprudence des TPI a été très riche . Elle a donné lieu a des développements intéressantes , il s'agit d'abord : du lien qui doit exister entre un crime contre l'humanité et un conflit armé ( 1 ) , la définition du contexte dans la quel les crimes sont commis , l'attaque massive et systématique et définition de population civile ( 2 ) , l'intention requise ou mens rea ( 3 )

#### **1 / Le lien entre crime contre l'humanité et conflit armé**

L'article 5 du statut du TPIY et l'article 3 du statut du TPIR nécessitent que le crime contre l'humanité soit commis au cours d'un conflit armé interne ou de caractère internationale . Mais la chambre de première instance I du TPIY a indiqué que cette expression n'exige rien de plus que l'existence d'un conflit armé a l'époque et au lieu visés et non pas un élément essentiel<sup>4</sup> . Pour cette chambre « l'absence de lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé international est maintenant une règle établie en droit international coutumier . En fait , il se peut que le droit international n'exige pas du tout de lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé quel qu'il soit...., ainsi en exigeant que les crimes contre l'humanité soient commis dans un conflit armé interne ou international , le conseil de sécurité a peut être défini le crime a l'article 5 de façon plus étroite que nécessaire au terme du droit international coutumier »<sup>5</sup> . Ce qui veut dire que l'acte prohibé soit lié au conflit armé au plan géographique et temporel . De même que cette condition n'exige pas la preuve d'un lien entre les actes est présumé avoir commis et le conflit armé . C'est ainsi qu'une chambre est satisfaite des que l'existence d'un conflit armé est prouvé<sup>6</sup> .

En conclusion l'existence d'un conflit armé a été considéré par les chambres des TPI comme étant une condition de compétence et non pas un élément essentiel du crime contre l'humanité .

#### **2 / L'élément matériel du crime contre l'humanité**

La jurisprudence des TPI a observé deux éléments essentiels qui se dégagent de la définition du crime contre l'humanité formulé a l'article 5 . Premièrement on peut déduire de l'expression « dirigés contre un population civile qu'elle qu'elle soit » , que l'élément matériel consiste dans l'attaque massive ou systématique contre une population civile<sup>8</sup> .La

<sup>3</sup> - voir : l'article 6 du statut du tribunal militaire de Nuremberg . L'article 5 du statut du tribunal militaire de Tokyo . La loi N= 10 du conseil de contrôle pour l'Allemagne . L'article 5 du statut du tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie ( ci - après TPIY ) . L'article 3 du statut du tribunal international pénal pour le Rwanda ( ci – après TPIR ) .

<sup>4</sup> - Le procureur C Tadic , TPIY , IT 94 – 1A , arrêt , chambre d'appel , 15/7/1999 , para 249 .

<sup>5</sup> - Le procureur C Tadic ,ibid , para 141 . Le procureur C Kupreskic , TPIY , IT 95 – 16 T , jugement , chambre de première instance I , para 545 .

<sup>6</sup> - Le procureur C Kupreskic ,ibid , para 546 .

<sup>8</sup> - Stephan .Bourgon , Le tribunal international pénal pour l'ex – Yougoslavie , in un siècle de droit international humanitaire , sous la direction de P . Tavernier , Bruxelles , Bruylant , 2001 , p 140 – 141 .





## La notion des crimes contre l'humanité

Dans la jurisprudence des tribunaux internationaux pénaux ad hoc — Dr Haoua Salem

chambre a noté que le crime contre l'humanité tire sa spécificité des moyens mis en œuvre pour sa réalisation ( caractère massif ), du contexte dans lequel ceux – ci doivent s'inscrire ( caractère systématique ) ainsi que la qualité des victimes ( population civile qu'elle qu'elle soit )<sup>9</sup>.

### A – Le caractère massif

Les chambres du TPIY ont conclu que le caractère massif c'est l'ampleur des actes perpétrés et du nombre de victimes , celui la peut être démontré dans les situation suivantes :

1 – Les actes inhumains doivent être commis sur une grande échelle , c'est-à-dire dirigé contre une multiplicité de victimes .

2 – Le crime peut être massif par l'effet cumulatif d'une série d'actes inhumains ou par l'effet singulier d'un seul acte de grande ampleur<sup>10</sup> .

Une question mérite d'être posé , un acte inhumain isolé dirigé contre une victime unique et dont l'auteur agit de sa propre initiative pourra t'elle être qualifié de crime contre l'humanité ?L'interprétation adopté par la chambre dans l'affaire Blaskic est non , alors que la chambre dans l'affaire Kupreskic a jugé qu'un acte unique est susceptible de constituer un crime contre l'humanité lorsqu'il se produit dans le contexte requis<sup>11</sup> .

### B – Le caractère systématique

La chambre de première instance I dans l'affaire Kupreskic a estimé que le caractère systématique de l'attaque propre au crime contre l'humanité pourrait apparaître dans l'un des situations suivantes :

1 – L'existence d'un but de caractère politique , d'une idéologie ou d'un plan a savoir détruire , persécuter ou affaiblir une communauté en vertu duquel l'attaque est perpétré . A noter que l'existence nécessaire d'un élément politique n'est pas une condition constitutive du crime contre l'humanité<sup>12</sup> .

2 – La perpétration d'un acte criminel de très grande ampleur a' l'encontre d'un groupe de civils ou la commission répété et continué d'actes inhumains présentant un lien entre eux .

3 – La perpétration et mise en œuvre de moyens publics ou privés importants , militaires ou autres .

4 – Une implication des autorités politiques et/ou militaires de haut niveau dans la définition et l'établissement du plan . Mais les chambres du TPIY n'ont pas requis que le plan soit nécessairement déclarée, ou énoncé de façon claire et précis . Non plus qu'il soit nécessairement conçue au plus haut niveau de l'appareil étatique<sup>13</sup> , le crime contre l'humanité n'est un acte de souveraineté criminel<sup>14</sup> .Enfin s'il ne soit pas requis une politique explicitement formulé et mis en œuvre par un Etat , il semble toutefois qu'il soit nécessaire que les crimes contre l'humanité aient été ou au moins tolère par un Etat , un gouvernement ou une entité . « Bien que les crimes contre l'humanité soient généralement le fait d'organe

<sup>9</sup> - Le procureur C Blaskic , TPIY , IT 95 – 14 , jugement , chambre de première instance I , 3/ 3 / 2000 , para 201.

<sup>10</sup> - Le procureur C Blaskic ,ibid , para 206 .

<sup>11</sup> - Le procureur C Kupreskic ,opcit , para 207 .

<sup>12</sup> - Le procureur C Kupreskic ,ibid , para 55 .

<sup>13</sup> - Le procureur C Tadic ,opcit , para 646 – 647 .

<sup>14</sup> - S .Bourgon ,opcit , p 144 .



## **La notion des crimes contre l'humanité**

**Dans la jurisprudence des tribunaux internationaux pénaux ad hoc — Dr Haoua Salem**

d'Etat a savoir des individus agissant a titre officiel comme des commandants militaires , des soldats ....etc. , ils peuvent être commis par des individus n'ayant pas le statut officiel et n'agissant pas au nom de la puissance publique . Dans ce cas il convient d'établir l'existence d'un sorte d'approbation ou assentiment explicite ou implicite de l'Etat ou des pouvoirs publics , ou alors qu'il est nécessaire ait été clairement encouragé par une politique général de l'Etat ou qu'il s'inscrive manifestement dans le cadre d'une politique «<sup>15</sup> .

A noter enfin que les conditions de l'attaque massive et systématique sont difficile a séparer l'un de l'autre . En plus ils ne sont pas cumulatives , il suffit que l'une des conditions soit remplie<sup>16</sup> .

### **C - Définition de la population civile**

Au sens strict de l'article 5 du statut du TPIY les exactions perpétrées massivement ou systématiquement a l'encontre d'une population ne peuvent pas être qualifiés de crime contre l'humanité si les victimes ont un statut de combattant , indépendamment de leur qualité effective , et de leur agissements au moment de la perpétration des crimes<sup>17</sup> . Les chambres du TPIY ont refusé de soutenir une tel interprétation qui est au détriment des victimes , par ce que, elle n'est conforme ni a lettre, ni a l'esprit de l'article 5 que la spécificité du crime contre l'humanité , non pas principalement a la qualité immédiate des victimes , mais bien de l'ampleur et de l'organisation dans laquelle les actes prohibés doivent s'inscrire<sup>18</sup> .

C'est ainsi que les chambres du TPIY ont considéré la population civile : les civils au sens strict du terme et les individus qui ont été des combattants , en uniforme ou non , et qui soit ne participaient plus au hostilités au moment de la perpétration du crime , soit avaient été mis hors de combat du fait de leurs blessures ou de leurs détention par exemple<sup>19</sup> .

En conclusion les chambres du TPIY ont considéré que le critère principale qui permet la détermination des civils est la situation concrète de la victime au moment ou les crimes sont commis , plutôt que son statut strict<sup>20</sup> .

### **3 / L'élément mentale**

A l'instar des autres crimes internationaux qui sont de la compétence des TPI , les crimes contre l'humanité nécessitent un élément mentale . Cette élément ne requiert pas une intention spécifique de destruction totale ou partielle d'un groupe protégé . Mais il nécessite : tout d'abord l'intention de l'accusé de commettre une infractions sous – jacent , a laquelle s'ajoute un facteur intentionnel général , c'est la connaissance de l'accusé que par ses actes il prend part a une attaque massive ou systématique contre une population civile<sup>21</sup> .

Les chambres du TPI ont été obligés d'examiner la nature de l'élément intentionnel par ce que les articles du statut des TPI ne le précisent pas , c'est ainsi qu'une chambre de première instance a déclaré que l'élément intentionnel est s'il est prouvé que :

1 - l'accusé doit avoir connaissance du contexte général dans lequel s'inscrivent ses actes , en plus du rapport du connexité entre son action et ce contexte .

<sup>15</sup> - Le procureur C Kupreskic ,opcit , para 547 .

<sup>16</sup> - Le procureur C Blaskic ,opcit , para 202 .

<sup>17</sup> - Le procureur C Kupreskic ,opcit , para 549 .

<sup>18</sup> - Le procureur C Blaskic ,opcit , para 204 .

<sup>19</sup> - Le procureur C Blaskic ,ibid , para 204 .

<sup>20</sup> - Le procureur C Kupreskic ,opcit , para 555 .

<sup>21</sup> - Le procureur C Tadic ,opcit , para 654 . Le procureur C Blaskic ,ibid , para 205 .



## La notion des crimes contre l'humanité

Dans la jurisprudence des tribunaux internationaux pénaux ad hoc — Dr Haoua Salem

2 - l'accusé doit être conscient qu'il participe au contexte, pour la chambre il n'est impératif que l'accusé ait voulu tous les éléments du contexte dans le cadre duquel ses actes ont été perpétrés. Il suffit que par les fonctions qu'il a volontairement occupées, l'accusé ait pris consciemment le risque de participer à la mise en œuvre du contexte. S'agissant du supérieur hiérarchique la chambre a estimé que la relation de connexité avec le régime institutionnel, ne nécessite pas la preuve d'une volonté d'adhésion au régime, ni d'une intention d'en être l'intermédiaire<sup>22</sup>. Tout d'abord la chambre a estimé que ce dernier est tenu de s'interroger sur les intentions malveillantes de ceux qui définissent l'idéologie, la politique ou le plan duquel le crime contre l'humanité est perpétré.

Enfin pour ce qui est des éléments de preuves pertinents les juges doivent les rechercher au travers des circonstances de l'espèce<sup>23</sup>. A noter qu'une chambre du TPIY a considéré que les crimes contre l'humanité peuvent être commis pour des raisons purement personnelles, par ce que rien dans l'article 5 du statut du TPIY ne vient écarter cette possibilité. En plus aucune dispositions du statut n'exige l'ajout d'une condition supplémentaire selon laquelle les actes prohibés ne devraient pas être commis pour des raisons purement personnelles<sup>24</sup>.

### Conclusion

Au terme de cet article, on prend conscience de la richesse de la jurisprudence des TPI concernant le crime contre l'humanité, nous sommes dans la mesure d'affirmer que les questions concernant ses éléments constitutifs sont résolues :

- Les crimes contre l'humanité peuvent être commis en temps de guerre comme en temps de paix.

- Les crimes contre l'humanité doivent être commis au cours d'une attaque massive ou systématique.

- Les victimes des crimes contre l'humanité sont la population civile. Un civil est tout être humain même un combattant qui est hors de combat.

- Les crimes contre l'humanité nécessitent l'existence d'un but de caractère politique, d'une idéologie ou d'un plan d'un Etat, entité politique non reconnue, un groupe terroriste ou même une organisation criminelle.

- Les crimes contre l'humanité ne nécessitent pas une multiplicité d'accusés ou de victimes. Un acte inhumain isolé dirigé contre une victime unique peut être qualifié de génocide.

- Les crimes contre l'humanité nécessitent que l'accusé doit avoir connaissance du contexte général dans lequel s'inscrivent ses actes.

<sup>22</sup> - Le procureur C Blaskic, opcit, para 214. » la chambre de première instance a d'ailleurs reconnu que la présence de militaires au sein de la population civile faisant l'objet d'une attaque délibérée, ne modifie pas le caractère civil de celle-ci.

<sup>23</sup> - Le procureur C Tadic, opcit, para 54. Le procureur C Blaskic, opcit, para 244. Le procureur C Kupreskic, opcit, para 556.

<sup>24</sup> - Le procureur C Tadic, ibid, para 134.





# REVUE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES

*Revue internationale périodique arbitrée, éditée*

*Par l'université Abbes laghrouur khenchela*

*— Algérie —*

*Traitant des sujets juridiques, politiques, et  
des spécialités s'y rattachant*

(N°: 07) / JANVIER 2017

Numéro International : ISSN 2352-9806

Dépôt Légal : N R :2014-3506