

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

كلية الحقوق و العلوم السياسية



المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

مجلة محكمة سداسية - عدد 2011/02

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

مجلة سداسية تصدر عن كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

مدير النشر:

بودريوه عبد الكريم - عميد كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

رئيس التحرير:

رداف أحمد - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

اللجنة العلمية:

- زوايمية رشيد - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية.
- ردا ف أحمد - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية.
- بودريوه عبد الكريم - أستاذ محاضر، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية.
- طيب السعيد - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.
- جعفر محمد السعيد - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو.
- كاشير عبدالقادر - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو.
- زرقين رمضان - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة باتنة.
- كحلولة محمد - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان.
- بن حمو عبد الله - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان.
- منثري مسعود - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة عنابة.
- بوضياف عمار - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة تبسة.

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

كلية الحقوق و العلوم السياسية - القطب الجامعي أبوداو

الهاتف/ فاكس 034229357 البريد الإلكتروني facdroit_bej@yahoo.fr

مقاييس النشر

تُعرض المقالات على اللجنة العلمية للمجلة و يلتزم أصحابها بمراعاة المقاييس

التالية:

المعلومات الخاصة بأصحاب المقالات:

يذكر صاحب المقال الإسم و اللقب و الرتبة العلمية أو مؤهلاته المهينة .

الهوامش:

يكون ترقيم الهوامش متسلسلا من بداية المقال إلى نهايته و تُدوّن في آخر المقال.

المراجع:

تُذكر المراجع في الهوامش حسب الطرق المعتادة و على النحو التالي:

- الكتب: المؤلف، العنوان، دار النشر، السنة، الصفحة (ص).
- المقالات: المؤلف، العنوان، المجلة، المجلد، العدد، السنة، الصفحة (ص).
- أشغال الملتقيات : إسم و لقب الباحث، عنوان المداخلة، التعريف بالملتقى، المكان، التاريخ، الصفحة (ص).

المظهر:

يجب ألا يتجاوز المقال 30 صفحة .

تُطبع المقالات بخط Simplified Arabic حجم 14 للمضمون و 12 بالنسبة

للهمامش .

تُرسل أو تودع المقالات في نسخة ورقية واحدة تكون مصحوبة بنسخة محفوظة في

قرص مرن (CD) .

يتحمّل أصحاب المقالات مسؤولية الآراء المعبر عنها في مقالاتهم

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

الفهرس

- سلطة محكمة العدل الدولية في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية
- 08 غضبان سمية
- المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية
- 16 د. خلفي عبد الرحمان
- عن جرائم تبييض الأموال
- 37 بن محاد لحضيري وردية
- مسؤولية الموثق المدنية عن أعمال تابعيه
- دور المعاملة الضريبية في تشجيع الاستثمار الأجنبي وتوجيهه
- 52 معيفي لعزیز
- في قانون الاستثمار الجزائري
- التحديات الراهنة للإتحاد الإفريقي في مجال السلم والأمن الإفريقيين
- 73 معزیز عبد السلام
- التكييف القانوني لجريمة تبييض الأموال
- 87 دموش حكيمة
- المركز القانوني لأعضاء مجلس الدولة الجزائري
- 99 علام لياس
- اللعان و إشكالاته الفقهية ،القانونية و القضائية
- 113 نجومن م.قندوز سناء
- استخدام القوة في العلاقات الدولية:
- 133 بويحيى جمال
- بين ضوابط الميثاق ومقتضيات الممارسة الدولية
- 148 كمال مخلوف
- أحكام تشريع العمل، أي ذاتية ؟
- 178 د.عباسة دربال صورية
- الإرهاب والمقاومة في ظل النظام الدولي الجديد
- الحماية الجنائية للبيئة
- 191 بن زحاف فيصل
- في ظلّ الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي
- زراعة ونقل الأعضاء البشرية
- 211 د. حسين فريجه
- بين الشريعة والقانون المقارن
- 231 الطيب بلواضح
- أثر حق الرد و التصحيح على الصحافة المكتوبة

- Problématique du financement du Développement Economique de la Commune en Algérie: Contribution a une Lecture Critique de la Loi 11-10 du 22 Juillet 2011 Relative au Nouveau Code Communal.

Samir BOUMOULA 06



سلطة محكمة العدل الدولية في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية

غضبان سمية

أستاذة مساعدة - كلية الحقوق

جامعة المسيلة

مقدمة

تعتبر محكمة العدل الدولية أحد الفروع الرئيسية الستة للأمم المتحدة⁽¹⁾، كما أنها تمثل الجهاز القضائي الرئيسي للمنظمة⁽²⁾، وتقوم بعملها وفقا لنظامها الأساسي الملحق بالميثاق والذي يعتبر جزءاً لا يتجزأ منه.

وقد بدأت محكمة العدل الدولية ممارسة اختصاصاتها في 18/04/1946، إلا أن أصولها تمتد إلى صياغة المادة 14 من عهد العصبة التي وضعت على عاتق مجلس العصبة واجب وضع وتحرير المشروع الخاص بإنشاء محكمة دائمة للعدل الدولي وتقديمه إلى أعضاء العصبة، وقد أنشئت المحكمة الدائمة للعدل الدولي عام 1922 واستمرت في العمل حتى سنة 1946، و أصدرت خلال تلك المدة 29 حكماً و 27 رأياً استشارياً.

حلت محكمة العدل الدولية قانونياً محل المحكمة الدائمة للعدل الدولي بموجب قرار الجمعية العامة لعصبة الأمم الصادر في 18/04/1946، حيث تم تنظيم مختلف الجوانب المتعلقة بتشكيل المحكمة وبعملها وبوظائفها وبمختلف الإجراءات المتبعة أمامها في المواد من 92 إلى 96 من ميثاق الأمم المتحدة وفي نظامها الأساسي، وكذا في اللائحة الداخلية للمحكمة التي اعتمدها قضاة المحكمة و تعرضت لتعديلات مختلفة، وكان آخرها في شهر ديسمبر من عام 2001⁽³⁾.

تمارس محكمة العدل الدولية نوعين من الاختصاصات، اختصاص قضائي يتعلق بالنظر في النزاعات التي ترفعها إليها الدول، وآخر استشاري يتضمن تقديم فتاوى في مسائل القانون الدولي المختلفة.

إلى جانب ذلك، تختص محكمة العدل الدولية في اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية والتي أثارت نقاشاً فقهيًا كبيراً حول ماهيتها وطبيعتها ومدى إلزاميتها، ولما لهذا الموضوع من أهمية سنحاول ضمن هذه الورقة دراسة التدابير المؤقتة والتحفظية التي تتخذها المحكمة، لنبرز مدى إلزاميتها في نصوص الميثاق والممارسة الدولية.

الفرع الأول

مدلول التدابير المؤقتة أو التحفظية لمحكمة العدل الدولية

ضمن هذا الفرع سنحاول إبراز مفهوم التدابير المؤقتة والتحفظية التي تصدرها محكمة العدل الدولية والأساس القانوني الذي تستند إليه المحكمة في اتخاذها، ثم بيان أهم خصائص هذه الإجراءات أو التدابير.

أولاً: أساس اختصاص المحكمة في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية

تضطلع محكمة العدل الدولية بوظيفتين أساسيتين هما الفصل في القضايا أو المنازعات المطروحة عليها، وفقاً لأحكام الميثاق و النظام الداخلي للمحكمة، وإصدار فتاوى أو آراء استشارية عندما يطلب منها ذلك من هيئة مرخص لها وفق أحكام الميثاق. و على هذا الأساس فإن اختصاصات المحكمة، سواء بإصدار الأحكام القضائية أو اتخاذ التدابير التحفظية أو إصدار الآراء الاستشارية، يمكن أن يشكل مساهمة كبيرة في حفظ السلم والأمن الدوليين وإرساء قواعد العدالة الدولية⁽⁴⁾.

لقد ورد اختصاص محكمة العدل الدولية في التأشير بالتدابير المستعجلة أو المؤقتة التي تتطلبها ظروف الدعوى المطروحة أمامها في المادة 1/41 من نظامها الأساسي، والتي جاء فيها أنه " للمحكمة أن تقرر التدابير المؤقتة التي يجب اتخاذها لحفظ حق كل من الأطراف وذلك متى رأت أن الظروف تقضي بذلك ".

ويقصد بالإجراءات التحفظية Mesures Conservatoires تلك التدابير المؤقتة التي تهدف إلى المحافظة على الحقوق المتنازع عليها، إلى حين الوصول إلى تسوية النزاع، أو هو الفعل أو الامتناع الذي يهدف تجنب الإضرار بالحقوق في خلال فترة نظر الدعوى، و الغاية التي تهدف إليها الإجراءات التحفظية الصادرة عن المحكمة هي حفظ حقوق الخصوم في الدعوى، و حماية وسائل الإثبات في النزاع ومنع تفاقمه، إلى حين الفصل في النزاع⁽⁵⁾.

تجدر الإشارة إلى أن محكمة العدل الدولية يمكن لها أن تقضي بتدابير تحفظية أو مؤقتة بناء على طلب أحد الأطراف أو بمبادرة منها، إذا رأت أن الحقوق التي تشكل موضوع الحكم الذي ستصدره فيما بعد مهددة بخطر مباشر، و التدابير التحفظية تهدف عموماً إلى تجميد الوضع ريثما تصدر المحكمة حكماً نهائياً في النزاع المطروح أمامها.

إلى جانب ذلك، فإن المحكمة تعقد جلسات مستعجلة إذا رأت ضرورة لذلك، وتصدر المحكمة قرارها الذي يأخذ شكل أمر يتلى في جلسة علنية، خلال فترة زمنية تتراوح ما بين يوم واحد إلى أربعة أسابيع⁽⁶⁾.

ثانياً: خصائص التدابير المؤقتة لمحكمة العدل الدولية

بما أن الإجراءات التحفظية التي تتخذها محكمة العدل الدولية تعد مجرد تدابير وقائية تهدف إلى منع تفاقم النزاع والحفاظ على حقوق أطرافه إلى غاية الفصل النهائي في ذلك النزاع، فإنها تتميز ببعض الخصائص تتمثل في مايلي⁽⁷⁾:

- تعد التدابير التحفظية مجرد إجراءات تمهيدية Préparatoires تسبق عادة إجراءات الفصل النهائي في النزاع وتهدف إلى إيجاد أفضل الظروف لحل النزاع من الناحية الموضوعية، فالإجراءات التحفظية أو المؤقتة تباشر قبل اللجوء إلى القضاء الموضوعي.

- تعتبر التدابير التحفظية إجراءات مؤقتة Provisoires أي أنها إجراءات غير نهائية ترتب آثارها في الفترة السابقة لصدور الحكم النهائي القاضي بالفصل في النزاع أو تسويته، ومن ثم يجوز إلغاؤها في أي وقت إذا تغيرت الظروف التي بررت وجودها، وفي جميع الأحوال تسقط هذه الإجراءات بمجرد الفصل في النزاع أو تسويته، فالإجراءات التحفظية ينبثق عنها حماية مؤقتة تستنفذ دورها بمجرد صدور الحكم القضائي الفاصل في موضوع وأصل النزاع.

- تتميز التدابير التحفظية في أغلب الحالات بالطابع الإستعجالي، وذلك لأن الانتظار إلى غاية صدور حكم عن المحكمة يفصل في موضوع الحق يجعل حماية هذا الأخير عديمة الجدوى إذا جاء الحكم متأخراً، في حالة تلاشي ذلك الحق أو تبيده، مما يلزم باتخاذ إجراءات تحفظية لحماية هذا الحق ولو مؤقتاً، خاصة عندما نعلم أن تلك الإجراءات لا تمس أصل الحق المتنازع فيه، وإنما هي مجرد وسيلة للحفاظ على الحق في صورته الحالية فقط.

وبناء على ذلك، يتضح أن الإجراءات التحفظية أو المؤقتة التي تتخذها محكمة العدل الدولية، تسقط بمجرد صدور حكم نهائي فاصل في موضوع النزاع، كما يمكن للمحكمة إلغاؤها أو تعديلها وفق مقتضيات وطبيعة النزاع المعروض أمامها⁽⁸⁾.

غير أن الخاصية الأساسية التي تتميز بها الإجراءات التحفظية التي قد تتخذها محكمة العدل الدولية تتمثل في الهدف الأساسي منها، إذ لا تهدف فقط إلى حفظ حقوق الأطراف المتنازعة والحفاظ على الأدلة، ومنع تفاقم النزاع وإنما تصبو أيضاً إلى ضمان تنفيذ الحكم

النهائي للحكم عند صدوره، فقد أشارت صراحة العديد من الأوامر الصادرة عن المحكمة ببعض الإجراءات التحفظية على أن ضمان تنفيذ الحكم النهائي الصادر في النزاع يعتبر بمثابة أحد الأهداف الرئيسية التي تهدف الإجراءات التحفظية لضمانها⁽⁹⁾.

لقد تأكدت هذه الخاصية في العديد من القضايا، ففي قضية شركة البترول الأنجلوإيرانية أشارت محكمة العدل الدولية في الأمر التحفظي الذي اتخذته إلى أن أحد أهداف هذه الإجراءات هو ضمان تنفيذ الحكم النهائي الذي قد تصدره المحكمة.

وفي قضية التجارب النووية أمرت المحكمة الأطراف المتنازعة بتفادي ما من شأنه أن يعرقل الحكم النهائي للمحكمة، وهو المعنى نفسه الذي أكدته في الأوامر الصادرة بالإجراءات التحفظية في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في إقليم نيكاراغوا عام 1984، وفي قضية النزاع الحدودي بين بوركينافاسو ومالي سنة 1986⁽¹⁰⁾.

الفرع الثاني

تنفيذ التدابير المؤقتة لمحكمة العدل الدولية

بعدما تطرقنا في الفرع السابق إلى مفهوم التدابير المؤقتة وأساس صدورها يجدر بنا أن نتعرض في هذا الفرع إلى تنفيذ هذه التدابير ببيان قيمتها الإلزامية ثم البحث عن الجهاز المسؤول عن تنفيذها.

أولاً: القيمة الإلزامية للتدابير المؤقتة التي تصدرها المحكمة

تعد الإجراءات التحفظية التي تصدرها المحكمة من المسائل التي لها علاقة بتنفيذ أحكام وقرارات محكمة العدل الدولية والتي اختلف الفقه الدولي في شأنها، ويتعلق هذا الاختلاف بمسألتي القوة الإلزامية لتلك الأوامر والإجراءات ومدى دخولها في نطاق المادة 94⁽¹¹⁾.

و في هذا الإطار، فإن المادة 1/94 لا تشمل الإجراءات التحفظية، في رأي الفقه الذي ينكر إلزامية هذه الإجراءات، لأن هذه المادة تتعلق باعتراف الدول بإلزامية ما تصدره المحكمة من قرارات أو أحكام والتعهد بتنفيذها، حيث تشير المادة 1/94 إلى حكم المحكمة Arrêt، ويقصد به بعض الشراح الحكم المتعلق بالموضوع Fond فقط، أي الذي يفصل في النزاع محددًا الحقوق والواجبات الممكن تنفيذها، فحسب هذا الإتجاه فإنه لا تدرج ضمن المادة 1/94 الأوامر المؤقتة والأحكام التمهيدية والآراء الإستشارية التي ليس لها وصف القرارات ولا

الأحكام النهائية⁽¹²⁾، فهي ليست لا بأحكام ملزمة ولا نهائية، رغم قيمتها القانونية وأهميتها في إرساء مبادئ القانون الدولي، وهذا ما ذهبت إليه نية محرري المادة 1/94 من الميثاق⁽¹³⁾. وبالمقابل فإن هذه المادة تشمل الإجراءات التحفظية عند القائلين بالزامية هذه الإجراءات، وأساس ذلك أن المادة 1/94 تتحدث عن قرارات Décisions المحكمة، وهو مصطلح عام يشمل كل قرارات المحكمة مهما كان شكلها أو نوعها⁽¹⁴⁾.

هذا، ونشير إلى أن المادة 1/94 في نسختها الفرنسية استعملت مصطلح قرارات كمقابل لمصطلح Décisions، وبالمقابل فإن الترجمة العربية لنص المادة 1/94 اعتمد مصطلح حكم كمقابل لمصطلح Jugement، ويبدو من خلال ذلك أن مصطلح قرار أوسع وأشمل من مصطلح حكم، ومن ثم فإن المادة 1/94 في نسختها الفرنسية تشمل كافة ما يصدر عن المحكمة من قرارات وأحكام، على خلاف النسخة العربية التي تحصر نطاق الالتزام في أحكام المحكمة فقط دون غيرها، مع العلم أن اللغة الفرنسية هي إحدى اللغات الرسمية الخمس التي وضع بها النص الأصلي للميثاق (المادة 111).

ثانيا: سلطة مجلس الأمن في تنفيذ التدابير المؤقتة (الإجراءات التحفظية)

تجدر الإشارة إلى أن المادة 1/41 من النظام الأساسي للمحكمة بعد أن قررت سلطة محكمة العدل الدولية في التأشير على التدابير التحفظية (الإجراءات التحفظية)، نصت في الفقرة الثانية من ذات المادة على إلزام المحكمة بإخطار مجلس الأمن بما تصدره من هذه الإجراءات، ويتبين من خلال نص المادة 2/41 أن مجلس الأمن يعد الجهاز التنفيذي الذي يتولى مهمة تنفيذ ما يصدر عن المحكمة من أوامر بإجراءات تحفظية في النزاع المطروح أمامها⁽¹⁵⁾.

وفي هذا الإطار، فإن تدخل مجلس الأمن لتنفيذ الإجراءات التحفظية يكون في عدة حالات، فقد يطرح نزاع أمام المحكمة من شأن استمراره التهديد بالسلم أو الإخلال به، وقد ترى المحكمة أثناء نظرها في النزاع التأشير ببعض الإجراءات التحفظية لمنع تفاقم النزاع أو خطورته، وإن كانت هذه المسألة تدخل في اختصاص المحكمة إلا أنها تدخل أيضا في اختصاص المجلس باعتباره المسؤول الرئيسي عن حفظ السلم والأمن الدوليين (المادة 24)، ومن ثم يمكن للمجلس أن يتدخل لمباشرة مسؤولياته إذا لم تراعى الأطراف المعنية الإجراءات التحفظية التي قررتتها المحكمة منعا لتفاقم خطورة النزاع، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فقد يلجأ صاحب المصلحة في تنفيذ الإجراءات التحفظية التي قررتها المحكمة، إلى مجلس الأمن ملتسماً منه اتخاذ التدابير الضرورية لإجبار الطرف الآخر على تنفيذ هذه الإجراءات، وذلك استناداً إلى المادة 2/94 من الميثاق.

كما قد يحدث أن يلجأ صاحب المصلحة في تنفيذ الإجراءات التحفظية إلى استخدام القوة أو التهديد باستخدامها، وهو وضع يترتب عنه الإخلال بالسلم والأمن الدولي أو تهديدهما، مما يدفع المجلس إلى التدخل وممارسة اختصاصاته المقررة في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، واتخاذ تدابير تلزم الدول بالامتثال لهذه الإجراءات.

غير أن سبب سكوت ميثاق الأمم المتحدة عن تخويل مجلس الأمن صراحة الاختصاص بتنفيذ الإجراءات التحفظية التي تقرها المحكمة، مرده الرغبة في منح المجلس السلطة التقديرية في التدخل لتنفيذ هذه الإجراءات، فالطبيعة المؤقتة لهذه الإجراءات تجعلها خاضعة للتعديل أو الإلغاء من قبل المحكمة، كما أن مثل هذه الإجراءات قد تسقط كلية إذا تبين عدم اختصاص المحكمة بالنظر في النزاع، ومن ثم فقد يرى المجلس أنه لا ضرورة للتدخل قصد تنفيذ هذه الإجراءات⁽¹⁶⁾.

وفي السياق ذاته، فقد ترك الميثاق لمجلس الأمن كامل السلطة التقديرية في إختيار التدابير والإجراءات المناسبة لتنفيذ أحكام محكمة العدل الدولية بصورة عامة وإجراءاتها التحفظية بصورة خاصة، فالميثاق لم يحدد طبيعة هذه الإجراءات التي يمكن للمجلس إتخاذها، أو المعايير التي ستتخذ بموجبها⁽¹⁷⁾.

خاتمة

مما لا شك فيه أن محكمة العدل الدولية باعتبارها الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة يمكن أن تساهم بدور كبير وفعال في تسوية النزاعات الدولية وحفظ السلم والأمن الدوليين، ومن الوسائل التي يمكن للمحكمة عن طريقها تسوية النزاعات الأمر ببعض الإجراءات التحفظية أو المؤقتة، إذ كرست الممارسة القضائية للمحكمة أن هذه التدابير لا تنحصر فقط في الحفاظ على حقوق أطراف النزاع ومنع تفاقمه إلى غاية الفصل النهائي فيه.

وإنما تسعى المحكمة من خلال الإجراءات التحفظية التي تؤشر بها إلى ضمان تنفيذ الحكم النهائي في حالة صدوره، لكن تبقى مسألة إلزامية هذه التدابير محل جدل واسع لاسيما أن الممارسة أكدت في العديد من القضايا رفض الدول الامتثال لها.

قائمة المراجع

1- باللغة العربية

- الخير قشي، إشكالية تنفيذ أحكام المحاكم الدولية بين النص والواقع، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2000.
- حسين حنفي عمر، الحكم القضائي الدولي - حججه و ضمانات تنفيذه-، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 2007.
- عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، القضاء الدولي المستعجل، مطبوعات جامعة الكويت، 1996.
- محكمة العدل الدولية، (أسئلة وأجوبة عن الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة)، منشورات إدارة شؤون الإعلام للأمم المتحدة، نيويورك، رقم المبيع A.99.I.25، 2001.
- محمد خليل الموسى، الوظيفة القضائية للمنظمات الدولية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003.

2- باللغة الفرنسية

- Guillaume Guilbert, « La cour internationale de Justice à l'aube du XXI^{ème} Siècle », Pédone, Paris, France, 2003.
- Nathalie Ros, « La Cour internationale de justice comme instrument de la paix par le droit », Revue Etudes internationales, vol 25, n° 2, p 273- 293.

الهوامش

- (1) تنص المادة 1/07 من الميثاق على أنه " تنشأ الهيئات الآتية فروعاً رئيسية للأمم المتحدة: جمعية عامة، مجلس أمن، مجلس إقتصادي و إجتماعي، مجلس وصاية ، محكمة عدل دولية، أمانة " .
- (2) جاء في المادة 92 من الميثاق أن " محكمة العدل الدولية هي الأداة القضائية الرئيسية للأمم المتحدة، وتقوم بعملها وفق نظامها الأساسي الملحق بهذا الميثاق وهو مبني على النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدل الدولي وجزء لا يتجزأ من الميثاق " .
- (3) محمد خليل الموسى، الوظيفة القضائية للمنظمات الدولية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003، ص 14.
- (4) Nathalie Ros, « La Cour internationale de justice comme instrument de la paix par le droit », Revue Etudes internationales, vol 25, n° 2, p 273 et Ss.
- (5) عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، القضاء الدولي المستعجل، مطبوعات جامعة الكويت، 1996، ص 16 ومايليها.
- (6) محكمة العدل الدولية، (أسئلة وأجوبة عن الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة)، منشورات إدارة شؤون الإعلام للأمم المتحدة، نيويورك، رقم المبيع A.99.I.25، 2001، ص 31.

(7) حسين حنفي عمر، الحكم القضائي الدولي -حجيته و ضمانات تنفيذه-، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 2007، ص 202.

(8) المرجع نفسه.

(9) عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، مرجع سابق، ص 101.

(10) المرجع نفسه، ص 105.

(11) اختلف الفقه الدولي حول تفسير المادة 41 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية إلى اتجاهين، **الاتجاه الأول** يعتمد في تفسيره لهذه المادة على منهج التفسير اللفظي والعودة إلى الأعمال التحضيرية لإعدادها ليتوصل إلى نتيجة مفادها عدم إلزامية الإجراءات التحفظية، في حين يعتمد **الاتجاه الثاني** على التفسير الغائي أو الوظيفي في تفسير المادة 41 ليخلص إلى إلزامية هذه الإجراءات التحفظية.

(12) وضعت المادة 1/94 مبدءاً أساسياً من المبادئ التي يقوم عليها القضاء الدولي وهو مبدأ إلزامية أحكام محكمة العدل الدولية، حيث جاء فيها أن " **يتعهد كل عضو من أعضاء الأمم المتحدة أن ينزل على حكم محكمة العدل الدولية في أية قضية يكون طرفاً فيها**".

(13) أنظر: المرجع نفسه، ص 190 وما يليها.

(14) الخير قشي، إشكالية تنفيذ أحكام المحاكم الدولية بين النص والواقع، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2000، ص 374.

(15) عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، مرجع سابق، ص 202.

(16) المرجع نفسه، ص 203.

(17) Guillaume Guilbert, « La Cour internationale de Justice à l'aube du XXI^{ème} Siècle », Pédone, Paris, France, 2003, p 181.

المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية

عن جرائم تبييض الأموال

(دراسة في التشريع الجزائري مع الإشارة إلى الفقه و التشريع المقارن)

الدكتور عبد الرحمان خلفي

أستاذ محاضر بكلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

تقديم:

لقد تعاضم دور الشخص المعنوي هذا اليوم بشكل لافت، نظرا لما يناط به من أعباء جسيمة يعجز الشخص الطبيعي عن القيام بها بمفرده و لو تكاتف مع أقرانه. إلا أنه و بالموازاة يمكن للشخص المعنوي أن يكون مصدرا أو أداة لارتكاب جرائم تمس بسلامة و أمن المجتمع من خلال ما يتمتع به من إمكانيات و قدرات ضخمة تسهل عليه القيام بذلك.

و كان من الحكمة أن يتدخل المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة المتطورة نحو وجوب مساءلة الشخص المعنوي جنائيا عندما يكون مصدرا للجريمة، مفضلا بذلك عدم الاكتفاء بمساءلة الشخص الطبيعي المسير أو الممثل للشخص الاعتباري.

و لعل إقرار المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في تعديل قانون العقوبات 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 يكون قد أغلق باب الاستفهام حول الكثير من التساؤلات من خلال جعل المساءلة في تشريع عقابي عام بعدما كان قد أقرها في تشريع عقابي خاص سابق زمنيا عليه.

و كان من بين أهم الجرائم المعاقب عليها جميع جرائم الأموال بما فيها جريمة تبييض الأموال من خلال نص المادة 389 مكرر و 389 مكرر 7 من قانون العقوبات. و نحاول من خلال هذه المداخلة بيان التكريس المرحلي للمشرع الجزائري لفكرة المساءلة الجزائرية للشخص المعنوي ثم شروط مساءلة الشخص المعنوي جنائيا ثم تطبيق المساءلة في جريمة تبييض الأموال.

المطلب الأول

التكريس المرحلي لفكرة

المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

لقد دفعت الظروف الاجتماعية و الاقتصادية المحيطة بالجزائر من تاريخ الاستقلال إلى يومنا هذا المشرع الجزائري إلى إقرار المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، و لكن بطريقة مرحلية بدأت بعدم الاعتراف و انتهت إلى الإقرار الفعلي لها عبر آخر التعديلات الواقعة في نصوص قانوني العقوبات و الإجراءات الجزائية، و حتى القوانين الجزائية الخاصة، و هو ما سنحاول أن نبرزه في النقاط التالية؛

الفرع الأول

مرحلة عدم الإقرار

كقاعدة عامة لم ينص قانون العقوبات لسنة 1966 في مواده على المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي و لا جزاءات تلحق بالشخص المعنوي.

فنصت المادة التاسعة منه في بندها التاسع على عبارة "حل الشخص الاعتباري" ضمن العقوبات التكميلية التي تجيز الحكم بها في الجنايات والجنح، وهذا ما قاد إلى الاعتقاد بأن المشرع الجزائري يعترف ضمناً بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، إلا أن هذا الرأي مردود لعدة أسباب⁽¹⁾.

— أنه لا يوجد أي دليل يمكن الاستناد إليه للقول بأن عقوبة " حل الشخص الاعتباري" عقوبة مقررة لشخص معنوي ارتكب جريمة باسمه ولحسابه، والواقع — كما هو وارد في قانون العقوبات — أنها عقوبة تكميلية مقررة للشخص الطبيعي الذي يرتكب جناية أو جنحة.

— إضافة إلى أن الوارد في هذه الفقرة هو تدبير أمن شخصي⁽²⁾ لا يوقع إلا على الأشخاص الطبيعيين، لأنه يفترض فيهم أنهم وحدهم قادرين على مزاوله مهنة أو نشاط أو فن، وبذلك يكون حكم المادة 23 الذي يحدد حالات تطبيق هذا التدبير قاصراً على الأشخاص الطبيعيين دون الأشخاص الاعتباريين.

¹ - د . أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، دار هومة للنشر، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2004 ص 217.

² - وردت في قانون العقوبات تحت عنوان "تدابير الأمن الشخصية".

ثم أن المشرع الجزائري قد أفرغ هذه العقوبة من محتواها في نص المادة 17 التي جاءت لتوضيح مفهوم العقوبة، وشروط تطبيقها و ذلك بكيفيتين؛

الأولى: تتمثل في كون المشرع لم يعد يتكلم عن حل الشخص المعنوي، و إنما تحدث عن منع الشخص الاعتباري من الاستمرار في ممارسة نشاطه.

الثانية: تتمثل في كون المشرع لم يحدد شروط العقوبة سالفة الذكر، وحيث أنها عقوبة تكميلية فلا يجوز الحكم بها إلا إذا نص القانون عليها صراحة كجزاء لجريمة معينة، وبالرجوع إلى قانون العقوبات و القوانين المكملة له لا نجد فيها إطلاقاً حل الشخص المعنوي كعقوبة لجناية أو جنحة⁽³⁾.

و هذا يحيلنا إلى إشكال آخر ورد في نص المادة 647 من قانون الإجراءات الجزائية المدرجة ضمن الباب الخامس، الذي ينظم أحكام "صحيفة السوابق القضائية" فهذه المادة تضع أحكاماً خاصة بتحرير بطاقات صحيفة السوابق القضائية للشركات المدنية والتجارية، وتحدد المادة حالات هذه البطاقة فتتص في الفقرة الثانية "كل عقوبة جنائية في الأحوال الاستثنائية التي يصدر فيها مثلها على شركة".

والسؤال الذي يطرح هنا؛ هل معنى ذلك أن المشرع الجزائري قد حاد على الأصل وأقر بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي؟

يرى الدكتور "رضا فرج" في شرحه لهذه المادة، بأن المشرع الجزائري بإيراده للفقرة السابقة الذكر يكون قد استبعد في الواقع إمكانية توقيع العقوبة على الشخص المعنوي، وبالتالي استبعد الاعتراف بمساءلته كقاعدة عامة، والفقرة جاءت لتقرير بعض الأحكام في الحالات الاستثنائية التي تصدر بشأنها نصوص خاصة توقع العقوبات الجزائية على الأشخاص المعنوية⁽⁴⁾.

و ما تجدر الإشارة إليه ونحن بهذا الصدد ما جاء به القانون رقم 01/09 المؤرخ في 26 جوان 2001 المعدل والمتمم لقانون العقوبات⁽⁵⁾، إذ جاء في نص المادة 144 مكرر 1

³ - د. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 218.

⁴ - د. توفيق رضا فرح مينا، شرح قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، دون طبعة، سنة 1976. ص 112.

⁵ - د. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص و الجرائم ضد الأموال، الجزء الأول، دار هومة للنشر، الجزائر، طبعة 2005 ص 212، 218

و المادة 146 من قانون عقوبات المعدلتان، حديث عن النشرية التي تسيء إلى رئيس الجمهورية، أو الهيئات النظامية أو العمومية، بنشرها عبارات تتضمن إهانة أو سبا أو قذفا حيث تتعرض هذه النشرية للعقوبات الجزائية المجسدة في الغرامات المالية.

إلا أن السؤال يطرح حول من يتحمل المسؤولية الجزائية عن هذه الجرائم الناتجة عن مقال صحفي، عنوان يومي، رسم كاريكاتوري، هل تؤول إلى الصحفي الذي قام بهذا العمل شخصيا؟ أم إلى المسؤول عن النشرية باعتباره هو من سمح بنشر مثل هذه المقالات أو الرسوم؟ أم مساءلة النشرية ذاتها؟

للإجابة على ذلك لا بد من تحديد مدى تمتع النشرية بالشخصية المعنوية من عدمه، لأنه سبق وأن توصلنا إلى أن أي كيان قانوني حتى يمكن مساءلته لا بد من أن يتمتع بالشخصية المعنوية قبل كل شيء.

غير أن ما يبدو غريبا في هذه المسؤولية، هو التناقض الذي وقع فيه المشرع الجزائري في القانون 07/90 المتعلق بالإعلام فمن جهة يقرر أن النشرية هي عبارة عن شركات أو مؤسسات بما يترتب على ذلك من آثار، ثم يأتي في الباب الرابع تحت عنوان " المسؤولية وحق التصحيح وحق الرد" في نص المادة 41 منه ليقرر أنه "يتحمل المدير أو كاتب المقال أو الخبر مسؤولية أي مقال ينشر في نشرية دورية أو أي خبر يبيث بواسطة الوسائل السمعية البصرية" وهو موقف واضح في تحديد الجهة المسؤولة، لكن بالمقابل في الباب السابع المتعلق بالأحكام الجزائية في المادة 79 يقرر نوعان من العقوبات الخاصة بالأشخاص المعنوية، و هي الغرامة والتوقيف.

و من هذا التحليل نجد أن تطبيق القواعد العامة أمرا حتميا، خاصة بعد تعديل قانون العقوبات في 26 جوان 2001، إذ أن الأصل هو تطبيق القانون العام ما لم يرد نص خاص يقيد، وهو ما كان معمول به بموجب قانون الإعلام 07/90 إلى غاية تعديل 2001 الذي أقر المسؤولية الجزائية للنشرية.

انطلاقا مما سبق نلاحظ أن المشرع الجزائري في قانون العقوبات لم يتبنى المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي بنص صريح، وإنما نص عليها بصورة غير واضحة ومحددة في نص وحيد، مما يدفعنا إلى البحث في النصوص الجزائية الخاصة.

الفرع الثاني

مرحلة الإقرار الجزئي⁽⁶⁾

جاء في الأمر رقم 22/96 المعدل والمتمم بالأمر رقم 01/03⁽⁷⁾ صراحة في المادة الخامسة منه " يعتبر الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص دون المساس بالمسؤولية الجزائية لممثليه الشرعيين، مسؤولاً عن (مخالفات الصرف) المرتكبة لحسابه، من قبل أجهزته أو ممثليه الشرعيين".

و ما يلاحظ على هذا النص، أنه لم يحصر الأشخاص المعنوية ولم يفرض عليها قيوداً، على خلاف التشريعات المقارنة وهو ما تداركه المشرع بتعديل رقم 01/03 ليحدد الأشخاص المعنوية الخاصة كمحل للمساءلة الجزائية، إضافة إلى شروط قيام المسؤولية — أن ترتكب لحسابه، ومن قبل أجهزته أو ممثليه — مع تبيان إجراءات المتابعة والعقوبات المطبقة.

و إلى جانب ذلك نجد القانون رقم 09/03⁽⁸⁾، يعاقب في نص المادة 18 منه، الشخص المعنوي الذي يرتكب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في ذات القانون في المواد من 9 إلى 17 بغرامات مالية تعادل خمس مرات الغرامة المقررة للشخص الطبيعي. و يبقى لنا أن نشير إلى بعض النصوص القانونية الأخرى التي أقرت صراحة بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، إلا أنها ألغيت بتعاقب القوانين، كالأمر رقم 37/75 المؤرخ في 19 أفريل 1975، المتعلق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصة بتنظيمها، الذي ألغي بالقانون رقم 12/89 المؤرخ في 05/07/1989، متخلياً بذلك عن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، وبالمقابل نجد بعض النصوص التي أقرت ضمناً هذه المسؤولية،

⁶ - د. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 218.

⁷ - الأمر رقم: 01.03 المؤرخ في: 19 فيفري 2003، يعدل ويتمم الأمر رقم: 22.96 المؤرخ في: 9 يوليو 1996، المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج: ج ر رقم: 12، سنة 2003.

⁸ - قانون رقم: 09/03 المؤرخ في: 19/07/2003، المتضمن قمع جرائم مخالفة أحكام اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين واستعمال الأسلحة الكيماوية وتدميرها ج.ر رقم: 43، سنة 2003.

كالأمر رقم 06/95 المؤرخ في 1995/01/25 المتضمن قانون المنافسة⁽⁹⁾ و الملغى كذلك.

و من خلال ما سبق ذكره، نلاحظ أمام هذا الغموض الذي أضفاه المشرع الجزائري على قانون العقوبات وحتى في القوانين الخاصة، جعل من مسألة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي أكثر تعقيدا عند ترجمة هذه النصوص عند التطبيق.

لذا كان أمام القضاء الجزائري أن استبعد صراحة في عدة مناسبات المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، حيث رفض بناء على مبدأ شخصية العقوبة و تفريدها الحكم على الشخص المعنوي بالجزاءات الجبائية المقررة في قانون الجمارك، كما رفض تحميل وحدة اقتصادية مسؤولية دفع الغرامة المحكوم بها على مديرها من أجل ارتكاب جنحة إصدار شيك بدون رصيد لحساب المؤسسة⁽¹⁰⁾.

كما تجاهل المجلس القضائي بعناية الديوان الوطني للحليب، عند النظر في جريمة سوء التسيير⁽¹¹⁾ التي نسبت إلى المسؤول التجاري لهذا الديوان، عندما تم العثور على كميات كبيرة من الحليب متجاهلا كون هذا الأخير شخص معنوي ودون الأخذ لا بمسؤوليته الجزائية ولا حتى المدنية.

و يظهر الحرج الذي كان يحس به القضاء إزاء غياب النص الصريح على المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، في القرار الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة والذي تعود وقائعه إلى اتهام المدعو (و.ع) بترويج شيك بدون رصيد لصالح شركة تجارية (م) للإبقاء عليه كضمان، وبالفعل فإن الشركة المستفيدة أبقّت على الشيك عندها ولم تقدمه إلا بعد حوالي ثمانية عشر شهرا عندها تبين أنه بدون رصيد، وكان من الطبيعي أن تدين محكمة الجناح الساحب بجنحة ترويج شيك بدون رصيد وقبول الشركة كطرف مدني⁽¹²⁾.

9 - ألغى بموجب الأمر رقم: 03.03 المؤرخ في: 2003/07/19، دون أن يلغى المسؤولية الجزائية الضمنية للشخص المعنوي.

10 - غرفة الجناح والمخالفات قرار: 1997/12/22، ملف 155884 غير منشور.

11 - قرار غرفة الجناح والمخالفات رقم: 19.785 المؤرخ في: 1981/11/26 مجموعة قرارات الغرفة الجنائية 2001.

12 - د. أحمد مجحودة، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، الجزء الأول، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2000، ص 547.

لذا لا جدال في أنه بدون النص صراحة في القانون على هذه المسؤولية، وعلى العقوبات التي يمكن توقيعها على الأشخاص المعنوية، وعلى النظام الإجرائي الخاص بمحاكمته وتنفيذ العقوبة عليه، لا يمكن في ضوء تلك النصوص القول بأن القانون السابق كان يعترف بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي كقاعدة عامة، وبالمقابل لم ينكر إمكانية ذلك وهو ما تضمنته العديد من النصوص القانونية الخاصة.

الفرع الثالث

مرحلة التكريس الفعلي لمبدأ المسؤولية الجزائية

كما أن تعديل قانون العقوبات الحامل لرقم 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 قد عم المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي باعتباره قد أقرها في تشريع جزائي عام، على عكس قانون الصرف السابق الذي يكرس المساءلة الجزائية للشخص المعنوي إلا في جرائم الصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج، بعد أن قادت إليه عدة دوافع واعتبارات ذاتها التي مرت بها كل التشريعات التي أقرت بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، وعلى رأسها القانون الفرنسي⁽¹³⁾ نظرا لتطابق التشريعين تقريبا.

بالرجوع إلى نص المادة 51 مكرر من القانون السالف الذكر نجدها تفتح المجال أكثر و تدعم اللبنة التي وضعها قانون الصرف في مجال المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي.

أما التعديل الأخير لقانون العقوبات تحت رقم 23/06 و الصادر بتاريخ 2006/12/20 فقد ابتعد كثيرا نحو توسيع مجال المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لدرجة انه قد عممها في جميع جرائم الأموال بشرط تطابقها مع نص المادة 51 مكرر قانون عقوبات التي تحدد شروط المساءلة.

و يمكن أن ندرج من خلال المادة المذكورة الملاحظات التالية.

— لقد أستثنى المشرع الجزائري من المساءلة الجزائية للشخص المعنوي الدولة والجماعات المحلية و الأشخاص المعنوية العامة، و يكون بذلك قد تفادى الخطأ الذي وقع فيه الأمر 22/96.

¹³ - د. عمر سالم، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي وفق قانون العقوبات الفرنسي، دار النهضة

العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، سنة 1995 ص 13.

– و بالتبعية يكون قد قصر المسؤولية الجزائية على الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص فقط كالشركات التجارية و المدنية و المؤسسات الخاصة ... و غيرها.

– أقر المشرع الجزائري عبر التعديلات الأخيرين المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي على جميع الجرائم المنشورة في قانون العقوبات، بشرط النص عليها صراحة في القانون.

– لا تمنع المساءلة الجزائية للشخص المعنوي من مساءلة الشخص الطبيعي سواء باعتباره فاعلا أصليا أو شريك.

إلى جانب النصوص الموضوعية أفرد التعديلات الأخيرين نصوص إجرائية تتعلق بكيفية متابعة الشخص المعنوي الخاص من طرف النيابة العامة و كذا إجراءات التحقيق والمحاكمة، و جعلها مشابهة للإجراءات المطبقة على الشخص الطبيعي ماعدا ما تم تخصيصه بنص خاص، مثل الاختصاص المحلي الذي جعله بالمقر الاجتماعي للشخص المعنوي إلا إذا تمت متابعة الشخص الطبيعي الممثل للشخص المعنوي بمكان آخر، فتختص الجهات القضائية المرفوعة أمامها دعوى الأشخاص الطبيعية بمتابعة الشخص المعنوي م 65 مكرر 1 قانون إجراءات جزائية.

كما يتم تمثيل الشخص المعنوي أمام الجهات القضائية ممثله القانوني الذي كانت له الصفة أثناء المتابعة إلا إذا تمت متابعة هذا الأخير إلى جانب الشخص المعنوي في نفس الوقت فيقوم رئيس المحكمة بناء على طلب النيابة العامة بتعيين ممثلا عنه من ضمن مستخدمي الشخص المعنوي.

لقد أعطى هذا التشريع لقاضي التحقيق سلطات بالغة الأهمية في مواجهة الشخص المعنوي المتابع جزائيا بأن مكنه من إخضاعه إلى بعض التدابير مثل إيداع الكفالة أو تقديم تأمينات عينية لضمان حقوق الضحية أو المنع من إصدار شيكات أو استعمال أي بطاقة من بطاقات الدفع أو المنع من ممارسة بعض النشاطات المهنية أو الاجتماعية.

المطلب الثاني

شروط قيام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

بمعنى آخر متى تقوم مسؤولية الشخص المعنوي جزائيا ؟ وهل أن جميع الأشخاص المعنوية يمكن أن تكون محل مساءلة ؟ و ما نوعية الجرائم التي تسند إلى الشخص المعنوي؟ وهل هناك أثر لمساءلة هذا الأخير على مسؤولية الشخص الطبيعي الممثل له ؟ ثم من هو

ممثل الشخص المعنوي، هل هو المدير أم مجلس الإدارة ككل أم الأعوان البسطاء التابعين له، لأن حتى هؤلاء قد يرتكبون الفعل الإجرامي الذي ينسب للشخص المعنوي ؟ كل هذه الأسئلة سوف نجيب عنها في النقاط التالية.

الفرع الأول

أن تكون الأشخاص المعنوية محل المساءلة الجزائية أشخاص معنوية خاصة

تنقسم الأشخاص المعنوية إلى نوعين، أشخاص معنوية عامة وهي تلك التي تخضع لقواعد القانون العام، و أشخاص معنوية خاصة و هي التي تسري عليها قواعد القانون الخاص، ولقد اختلفت التشريعات المقارنة في إقرار المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية العامة.

فالقانون الإنجليزي يقر بمبدأ مسؤولية الشخص المعنوي العام في نطاق البلديات وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الهولندي الذي يرى من غير الحكمة عدم مساءلة الأشخاص العامة، لأن ذلك يتعارض مع مبدأ المساواة، ومع ذلك فهم يستبعدون المسؤولية الجزائية للدولة.

أما القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 23 جويلية 1992 و الذي دخل حيز التطبيق بتاريخ 01 مارس 1994 و بالمادة 2/121 من قانون العقوبات فقد استبعد الدولة صراحة من المسؤولية الجزائية أما باقي الأشخاص المعنوية العامة فهي تخضع للمساءلة الجزائية دون وضع قائمة بذلك⁽¹⁴⁾، إلا أنه جعل مسؤولية الوحدات الإقليمية و تجمعاتها كالأقاليم والمحافظات و المراكز و القرى مقيدة و مقتصرة فقط على الجرائم التي ترتكب أثناء مباشرتها لأنشطة مرفق عام يمكن تفويض الغير في إدارته عن طريق الاتفاق، والمعيار الذي يكفل تميز الأنشطة التي يمكن تفويضها عن تلك التي لا يجوز التفويض فيها يكمن في امتيازات السلطة العامة مثل حفظ النظام العام و الانتخابات بحيث تكون هذه الأخيرة غير قابلة للتفويض⁽¹⁵⁾.

¹⁴_ **DIDIER BOCCON_ gibod** La Responsabilité Pénale Des Personne Morale (Présentation Théorique Et Pratique) éd, ESKA, p 15.

¹⁵ _ د. سيد شريف كامل، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة أولى، سنة 1997، ص 129.

باختصار المشرع الفرنسي لا يفرق في المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي بين الشخص المعنوي العام و الشخص المعنوي الخاص امتثالا لمبدأ المساواة أمام القانون باستثناء الدولة.

موقف المشرع الجزائري من تحديد الشخص المعنوي محل المساءلة:

حتى و إن أقر المشرع الجزائري بمبدأ المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي إلا أنه استثنى صراحة الدولة و الجماعات المحلية و كذا الأشخاص المعنوية العامة من المساءلة الجزائية بنص المادة 51 مكرر من قانون العقوبات، وبالتالي نراه قد جعل هذه المسؤولية مقتصرة على الشخص المعنوي الخاص، و نسجل له هذا التراجع فبعد أن أقر بمسؤولية الأشخاص المعنوية العامة في الأمر 22/96 المتعلق بالصرف عاد من جديد ليستبعدا من المساءلة بالأمر 03/01.

و الحقيقة أننا نعجز عن تفسير أو تبرير هذا التراجع إلا بكونه تصرف بعيد كل البعد عن مواكبه التطور، ناهيك عن إخلاله بمبدأ المساواة، فكيف بالتشريعات الأخرى تخطو خطوة نحو الأمام و تزيد في كل مرة من اقترابها إلى محو اللامساواة بين الشخص المعنوي العام و الشخص المعنوي الخاص فإذا بنا نسير إلى الخلف، و لربما في القريب و لم لا سنسمع عن تشريعات تقر بمساءلة الدولة جزائيا مثلما ينادي بذلك بعض الفقه.

الفرع الثاني

ارتكاب الجريمة من طرف الممثل الشرعي للشخص المعنوي

يجب أن يكون مرتكب الفعل يملك التعبير عن إرادة الشخص المعنوي حتى يمكن إسناد التهمة إلى هذا الأخير.

فالدور الذي يجب أن تلعبه النيابة العامة هو أن تثبت أن الجريمة قد ارتكبت من طرف شخص طبيعي معين بذاته و أن هذا الشخص له علاقة بالشخص المعنوي و أن الظروف و الملابسات التي ارتكبت في ظلها الجريمة تسمح بإسنادها إلى الشخص المعنوي. إن الخلاف الموجود حاليا في التشريعات المقارنة هو تحديد الشخص الطبيعي الذي تسند أفعاله إلى الشخص المعنوي، فالتشريع الإنجليزي يكتفي لكي يسند المسؤولية إلى الشخص المعنوي أن يرتكب الفعل الإجرامي أي عامل أو موظف بسيط يعمل لديه،

ويرد هذا الأمر بالذات في الجرائم المادية⁽¹⁶⁾، أما التشريع الفرنسي فيشترط لمساءلة الشخص المعنوي جزائياً أن يرتكب الفعل المجرم من طرف أحد أجهزته أو ممثليه، ومنه نستنتج أن التشريع الفرنسي لا يسأل الشخص المعنوي عن الجريمة التي يرتكبها الموظف العادي بل يشترط أن يكون ممثله الشرعي كالمدير العام أو رئيس مجلس الإدارة أو الجمعية العمومية، إلا إذا كان الموظف العادي قد فوض من طرف الشخص المعنوي للتصرف باسمه.

– موقف المشرع الجزائري من ممثل الشخص المعنوي:

تنص المادة 51 مكرر من قانون العقوبات " ... يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه... " و كذلك نص المادة 05 من الأمر 01/03 " يعتبر الشخص المعنوي... مسؤولاً عن المخالفات المنصوص عليها بالمادة 1، 2 من هذا الأمر و المرتكبة لحسابه من قبل أجهزته أو ممثليه الشرعيين ... "

يتبين من النصين المذكورين أعلاه أن المشرع الجزائري لا يميل مع المذهب الموسع، بل يقتصر في شروط مساءلة الشخص المعنوي جزائياً أن يتم ارتكاب الفعل الإجرامي من طرف أجهزته أو ممثله القانوني و يقصد بذلك الشخص الذي يملك سلطة ممارسة نشاط الشخص المعنوي باسمه مثل المدير أو رئيس مجلس الإدارة.

– هل يمتد أثر مسؤولية الشخص المعنوي جزائياً إلى الشخص الطبيعي؟

إن قيام مسؤولية الشخص المعنوي جزائياً لا تحول دون قيام مسؤولية الشخص الطبيعي عن نفس الجريمة، و ذلك بالنص بالمادة 51 مكرر/2 " إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال " و هذا ما يعرف بازدواج المسؤولية الجزائية بين الشخص الطبيعي و الشخص المعنوي عن ذات الجريمة، و تبرير هذا الازدواج يرجع إلى عدم تمكين الشخص الطبيعي من جعل مسؤولية الشخص المعنوي كستار تستخدم لحجب مسؤوليته. و من جهة أخرى لا يمكن أن يترك مرتكب الجريمة طليقاً، فمن الطبيعي أن يسأل عن فعل اقترفه بيده طالما كان أهلاً للمساءلة الجزائية.

¹⁶ – الجريمة المادية هي التي تتحقق بارتكاب الفعل المجرم مع افتراض قيام الركن المعنوي فيها.

– هل تحديد الشخص الطبيعي شرطا ضروريا لمساءلة الشخص المعنوي؟

إن وفاة الشخص الطبيعي، أو زوال أجهزة الشخص المعنوي على سبيل المثال لا تحول دون متابعة الشخص المعنوي عن الجريمة التي ارتكبها الأول لحساب الثاني، وفي هذا الصدد عدة قرارات صادرة عن محكمة النقض الفرنسية أين تم متابعة الشخص المعنوي لوحده.

وكذلك الحال إذا استحال التعرف على الشخص الطبيعي الذي ارتكب الجريمة لحساب الشخص المعنوي، يحدث ذلك على وجه الخصوص في جرائم الامتناع والإهمال والجرائم المادية، فمن المحتمل في هذه الحالات أن تقوم المسؤولية الجزائية للهيئات الجماعية للشخص المعنوي، دون التمكن من الوقوف عند دور كل عضو من أعضائها في ارتكاب الجريمة وإسناد المسؤولية الجزائية الشخصية عنها لفرد بذاته.

و في الجرائم العمدية المنسوبة إلى الشخص المعنوي فإن التحديد يصبح ضروريا لأن إثبات القصد الجنائي متوقف على مدى وعي وإرادة ارتكاب الجريمة من طرف ممثل الشخص المعنوي أو أحد أجهزته.

ماعدا هذه الحالة فإن تحديد الشخص الطبيعي لا يعتبر أمرا ضروريا لقيام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي إذ يكفي للقاضي التأكد من قيام الجريمة بجميع أركانها، وارتكابها من طرف ممثل الشخص المعنوي أو أحد أجهزته، وهو ما يتناسب مع المبادئ العامة للقانون الجزائي في نظرية المساهمة التي تقتضي أن مساءلة الشريك تفترض وجود فعل أصلي مجرم دون أن تكون مرتبطة بالمساءلة الفعلية للفاعل الأصلي، مما يحقق نوعا من العدالة النسبية بين المسؤولين.

الفرع الثالث

ارتكاب الجريمة باسم و لحساب الشخص المعنوي

لقد نصت على هذه الشرط أغلب التشريعات، و مفاده أن تكون الجريمة قد ارتكبت من طرف الشخص الطبيعي بهدف تحقيق مصلحة للشخص المعنوي كتحقيق ربح أو تجنب إلحاق الضرر به⁽¹⁷⁾، و بمفهوم المخالفة لا يمكن مساءلة الشخص المعنوي جزائيا عن

17 - د. سيد شريف كامل، المرجع السابق، ص 263.

أفعال ارتكبتها الشخص الطبيعي لحسابه الشخصي فحسب أو بغرض الإضرار بالشخص المعنوي الذي ينتمي إليه.

و يضع الدكتور يحي أحمد موافي أربع حالات تظهر فيها إرادة الشخص الطبيعي وكيفية القيام بفعله لحساب الشخص المعنوي و داخل اختصاصه.

* أفعال غير مشروعة تتم المداولة بشأنها بمقتضى الأغلبية و تتم هذه الأعمال بواسطة الأعضاء القانونيين للشخص المعنوي و لحسابه.

* أفعال تحدث و يرتكبها الشخص الطبيعي كالمدير أو عضو مجلس الإدارة أو رئيسا ممثلا للشخص المعنوي أثناء مباشرة ممثل الشخص المعنوي لنشاطاته، و تتم الجريمة باستعمال أدوات مقدمة من الشخص المعنوي و تتخذ القرارات و تتم لصالح الجماعة مباشرة .

* أفعال إجرامية تقع من الأعضاء منفردين دون الحصول على مداولة جماعية بشأنها و إنما لصالح الشخص المعنوي و سواء كانت هذه المصلحة حالة أم مستقلة مباشرة أم غير مباشرة .

* أفعال إجرامية تقع بواسطة العضو ممثل الجماعة و يكون لهذا العضو صفة رسمية في المداولة و التنفيذ، و يرتكب هذه الأفعال لصالح الجماعة " (18).

— موقف المشرع الجزائري من ضرورة ارتكاب الجريمة باسم و لحساب الشخص

المعنوي:

إن المشرع الجزائري يشترط صراحة حتى تقوم مسؤولية الشخص المعنوي جزائيا، أن يقوم الشخص الطبيعي بالفعل لحساب الشخص المعنوي الذي يمثله، إلا أنه لم يشترط أن يحترم في ذلك الشخص الطبيعي حدود اختصاصاته المخولة له قانونا، فإن فعله هذا إن تم لحساب الشخص المعنوي فإن المسؤولية الجزائرية يتحملها هذا الأخير، وهذا يتوافق مع القرار الذي اتخذته التوصية الصادرة عن المجلس الوزاري للدول الأعضاء في الوحدة الأوروبية لسنة 1988 " يجب أن يسأل الشخص المعنوي جزائيا و لو كانت الجريمة المرتكبة لا تدخل في نطاق تخصصه " .

¹⁸ - د. يحي أحمد موافي، الشخص المعنوي و مسؤولياته قانونا — مدنيا و إداريا و جنائيا — منشأة دار

المعارف، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، دون سنة، ص 263.

المطلب الثالث

تطبيقات المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

في جريمة تبييض الأموال

مما لا شك فيه أن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تكون إلا بنص خاص بالجريمة موضوع المسائلة ذلك لأن الشخص المعنوي لا يسأل عن جميع الجرائم، إلا أن المشرع الجزائري قد أخضع الشخص المعنوي للمسائلة في جميع جرائم الأموال الواردة في قانون العقوبات العام، و من بينها جريمة تبييض الأموال الواردة في نص المادة 389 مكرر و ما بعدها.

و عملية تبييض الأموال تعني مجموعة من العمليات تقوم بها عصابات تجارة المخدرات و المافيا و الخطف والابتزاز والرشوة... وغيرها حتى تتمكن بواسطة هذه العمليات من إخفاء المصدر غير الشرعي و توفير الغطاء الشرعي للأموال التي تنشأ عن النشاط الذي تزاوله هذه العصابات⁽¹⁹⁾.

و الجريمة بهذا الشكل مثلما يقتربها الشخص الطبيعي فقد يقتربها الشخص المعنوي عن طريق ممثله الشرعي طبقاً لأحكام المادة 51 مكرر من قانون العقوبات. و يتمثل النموذج الإجرامي الوارد في نص المادة 389 مكرر؛ أن تكون جريمة أولى قد وقعت وهذا ما يسميه الفقه بالركن المفترض الذي يقتضي أن تكون هناك جريمة سابقة قد وقعت، ثم الركن المادي الذي حصره المشرع الجزائري في أربع صور؛ و هي تحويل الممتلكات أو نقلها، إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات، اكتساب أو حيازة أو استخدام الممتلكات، و أخيراً المشاركة في ارتكاب الجرائم المذكورة، ثم الركن الثالث والأخير المتمثل في القصد الجنائي ذلك أن جريمة تبييض الأموال جريمة عمدية كما سنوضح ذلك في حينه.

19 - علي سعد جابر، تبييض الأموال في القوانين و الإجراءات اللبنانية، بحث مقدم بأعمال المؤتمر السنوي بكلية الحقوق ببيروت، الجزء الثالث منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة أولى سنة 2002 .

الفرع الأول

الركن المفترض

تكاد تجمع التشريعات المقارنة أن جريمة تبييض الأموال هي جريمة تابعة لجريمة أخرى سبقتها نتجت عنها هذه الأموال، ثم تليها مرحلة تبيض الأموال أو تطهير الأموال القذرة.

و لكن هذه التشريعات اختلفت – على الأقل نسبيا – في تحديد مصدر هذه الأموال؛ ورجوعا إلى التشريع اللبناني فقد كان يقتصر على تجريم عملية تبييض الأموال الناتجة فقط عن الاتجار بالمخدرات، و هذا تماشيا مع المسلك الذي أخذت به اتفاقية فيينا لسنة 1988 في مادتها الثالثة التي حصرت المصادر غير المشروعة في جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية أو صناعتها أو استخدامها أو تحضيرها أو عرضها للبيع أو توزيعها أو تسليمها بأي وجه كان أو السمسرة فيها أو إرسالها بطريق العبور أو نقلها أو استيرادها أو تصديرها أو زراعة الخشخاش أو الأفيون أو شجرة الكوكايين.

و قد سلك نفس المسلك التشريع الإماراتي، إلا أن هذه التشريعات تراجعت مؤخرا لتضيف إليها تجريم الأموال العائدة من نشاط جمعيات الأشرار و الجريمة المنظمة والإرهاب و الاتجار بالأسلحة و جرائم السرقة و اختلاس أموال عمومية أو خاصة أو الاستيلاء عليها بطرق احتيالية و جريمة تزوير العملة.

أما المشرع الفرنسي في نص المادة 324 مكرر من قانون العقوبات فقد حدد مصدر الأموال بتلك العائدات من كل الجرائم أيا كانت طبيعتها أو تسميتها، و بالتالي فإننا نجده قد توسع فيها لتشمل كل الجنايات و الجنح والمخالفات.

في حين أن التشريع الأمريكي و الألماني فقد حددا مصدر الأموال غير المشروعة في كل الجنايات و بعض الجنح الواردة على سبيل الحصر.

و بخصوص المشرع الجزائري فقد صاغ نصا عاما يجرم كل عملية تبييض للأموال للعائدات الإجرامية دون تحديد للجنايات أو الجنح وهو مسلك المشرع الفرنسي.

و يرى البعض و أن هذا اللفظ يثير بعض اللبس على أساس أن المشرع لم يحدد في استعماله للعائدات الإجرامية سبق الإدانة بها أم لا؟ أم أنها مجرد دخل غير مشروع، لأن القول بأنه يشترط في أن يكون مصدر الأموال يشكل جريمة فإننا نكون أمام مسألة أولية

يجب الفصل فيها نهائيا قبل النظر في جريمة تبييض الأموال، و يجب أن يدان المتهم في الجريمة الأولى حتى يتأكد قيام الركن المفترض.

إلا أن من الفقه من يرى فقط بوجوب التأكد من توافر عناصر الجريمة الأولى دون اشتراط صدور حكم نهائي فيها، بل تعد الجريمة الأولى متوافرة حتى و لو لم تحرك الدعوى العمومية بشأنها أو توافر مانع يحول دون تقرير المسؤولية أو توقيع العقوبة على مرتكبها⁽²⁰⁾،

بل يذهب البعض أنه حتى و لو حكم في القضية الأولى بالبراءة فإن ذلك لا ينفي وقوع الجريمة الأصلية⁽²¹⁾.

و يؤخذ على المشرع الجزائري استعماله لفظ الممتلكات بدلا من لفظ الأموال المستعمل تقريبا في جل التشريعات، ذلك أن اللفظ الأخير شامل بالمقارنة مع الأول و لا يؤدي المطلوب منه.

الفرع الثاني

الركن المادي

لقد حدد المشرع الجزائري في نص المادة 389 مكرر صور السلوك الإجرامي المكون للركن المادي للجريمة و هي أربع حالات نوردتها على التفصيل التالي؛
أولا: تحويل الأموال أو نقلها.

ويتحقق الركن المادي في هذه الصورة بمجرد إتيان أي سلوك أو نشاط يتعلق بتحويل أو نقل الأموال المتحصلة من جرائم الاتجار غير المشروع بالمخدرات أو غيرها من الجرائم دون اشتراط استخدام الأموال المحولة أو المنقولة كلها أو بعضها في تمويل هذه الجرائم أو تسهيل ارتكابها⁽²²⁾.

20 - فرطاس حليم، جريمة تبييض الأموال وفقا لأحكام المادة 389 مكرر من قانون العقوبات، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء سنة 2006

21 - د. عبد الفتاح بيومي حجازي، جريمة غسل الأموال بين الوسائط الإلكترونية ونصوص التشريع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى سنة 2005، ص 141.

22 - د. محمد عبد الرحمان بوزير، المسؤولية الجزائية للأشخاص الاعتبارية عن جرائم غسل الأموال، دراسة تأصيلية مقارنة للقانون رقم 35 لسنة 2002 بشأن قائمة عمليات غسل الأموال، مقال إلكتروني على الموقع الخاص بالدليل الإلكتروني للقانون العربي ص 33 www.arablawninfo.com.

و عملية تحويل الأموال عبارة عن قيام الشخص المعنوي بعمليات مصرفية أو غير مصرفية يكون الغرض منها تحويل الأموال المتحصلة في شكل آخر مثل شراء المجوهرات أو السبائك الذهبية أو اللوحات الفنية (23).

كما قد يتم تحويل عملة وطنية إلى عملة أجنبية في ظل عدم وجود قيود تشريعية على هذه التحويلات، أو القيام بالتحويلات من خلال شركات المصرفية أو التحويلات الإلكترونية. أما عملية نقل الأموال فيكون الغرض منه انتقال المال من مكان لآخر بغرض تغيير مكان الأموال غير مشروعة المصدر (24).

ثانياً: إخفاء أو تمويه حقيقة الأموال.

وتعني هذه الصورة إبعاد المصدر الحقيقي للأموال و ذلك بإتباع أساليب ذكية ومعقدة تجعل من الصعب تتبع الخطوات لمعرفة المصدر.

و يفرق الفقه بين الإخفاء والتمويه؛ فالإخفاء يشمل كل عمل من شأنه منع كشف الحقيقة للمصدر غير المشروع و بأي شكل أو وسيلة كانت مثل شراء الشيء المتحصل من السرقة (25).

أما التمويه فهو صنع مشروع غير حقيقي لهذه الأموال مثل إدخال الأموال غير المشروعة في صلب الأرباح الناتجة عن إحدى الشركات القانونية بحيث تظهر وكأنها أرباح مشروعة.

و تشكل هذه الصورة لب عمليات تبييض الأموال ذلك أن الجناة يستعملون قنوات مشروعة لا يمكن حصرها، و على سبيل المثال شراء الأعمال المفلسة مثل الفنادق والمطاعم و سرعان ما تبدو هذه المشروعات ناجحة وتتضخم إيراداتها الإجمالية نتيجة لإضافة الأموال الناتجة من مصدر غير مشروع، أو استخدام شركات وهمية و غيرها (26).

ثالثاً: اكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال المتحصلة من الجريمة.

23 - د. هدى حامد قشقوش، جريمة تبييض الأموال في نطاق التعاون الدولي، بحث منشور في إطار أعمال المؤتمر السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت، الجزء الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى سنة 2002، ص 26.

24 - د. بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 154.

25 - د. هدى حامد قشقوش، المرجع السابق، ص 19.

26 - د. محمد عبد الرحمان بوزير، المقال السابق، ص 35.

إذا قام الشخص المعنوي بتلقي أية أموال من غاسلي الأموال سواء كان ذلك على سبيل الكسب أو الربح، و سواء كان من قبيل الرشوة أو مقابل عمل أم أداء خدمة، و سواء كانت هذه النقود عبارة عن سيولة أو تحويلات مصرفية؛ فتدخل ضمن الصورة الثالثة الواردة في نص المادة 389 مكرر بل إن مجرد حيازة هذه الأموال سواء كانت مملوكة للحائز أم مملوكة للغير على سبيل الأمانة أو مودعة في حساب وديعة أو حساب جاري، واستخدام هذه الأموال في أي غرض مشروع أو غير مشروع بشرط أن يعلم الجاني وقت تسليمه للأموال أنها متحصلة من إحدى الجرائم⁽²⁷⁾.

و تتصف كذلك الحيازة أو الاكتساب أو الاستخدام للأموال بالتجريم حتى و لو كانت الأموال المغسولة تتمتع بالصفة المشروعة طالما أن الجاني يعلم وقت تسلمه إياها أنها أموال غير نظيفة متحصلة من عائدات إجرامية.

و يرى بعض الفقه⁽²⁸⁾ أن هذه الصورة تنطبق بالأخص على البنوك والمؤسسات المالية أين توضع الودائع والمبالغ المالية غير المشروعة و ذلك متى علم المصرف عن طريق مسيره بمصدر الأموال غير المشروعة، و سواء كان الإيداع في شكل رصيد أو أي شكل آخر، ولهذا السبب عمدت أنظمة الصرف في التشريع المقارن التي تجرم عملية تبييض الأموال إلى وضع ميكانيزمات تقنية لتجنب هذا الافتراض، و ذلك عن طريق إبراء ذمة البنك من خلال تبليغ السلطات المختصة عن كل رصيد بنكي يتجاوز مبلغ معين حسب متوسط قدرة الادخار في الحالات العادية، كما يبلغ البنك عن كل مبلغ مالي يدخل كسيولة لأحد الأرصدة بدون أن يكون مبررا بشكل كاف، وهذا لافتراض أن يكون ذلك ضمن عمليات صرف وهمية تهدف إلى تبييض الأموال⁽²⁹⁾.

رابعاً: الاشتراك في تبييض الأموال.

الأصل أن يتم الاشتراك بإحدى وسيلتين وردتا في نص المادة 41 من قانون العقوبات وهما أعمال المساعدة أو المعاونة التي تسهل أو تنفذ الجريمة، أما نص المادة 389 مكرر فقد توسع في مفهوم الاشتراك و أضاف إليها تقديم المشورة أو المعرفة و سواء كانت هذه

²⁷ _ المقال نفسه، ص 36.

²⁸ - د. سليمان عبد المنعم، مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، م صر، دون طبعة، سنة 1999.

²⁹ - محمد بن ناصر، تبييض الأموال، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء سنة 2005، ص 104.

المشورة في شكل شفهي أو كتابي، و دون الاشتراط أن تحقق نتيجة معينة⁽³⁰⁾، و ينطبق هذا الحكم على المحرض أيا كانت الوسيلة التي استعملها، و هذا بالطبع خروجاً عن القواعد العامة بالنسبة للتحريض في قانون العقوبات الجزائري.

و تتوسع هذه الصورة لتشمل كذلك التواطؤ والتآمر، و ذلك عن طريق عدم إبلاغ السلطات المعنية عن ارتكاب الجريمة، و غالباً ما يتحقق هذا الأمر في المؤسسات المصرفية التي تكشف بحكم طبيعة عملها عن عمليات التحويل و الإخفاء و التمويه التي تهدف إلى تبييض الأموال، كما قد تتحقق هذه الصورة غالباً في المؤسسات والشركات التي قد ترتكب هذه الجرائم و يكون الموظف أو العامل ملزم بالتبليغ عما اكتشفه من معاملات غير مشروعة باسم الشخص المعنوي، و يتساوى في هذه الحالة بين عدم الإبلاغ عن الجريمة والإهمال في الكشف عنها.

الفرع الثالث

القصد الجنائي

تعد جريمة تبييض الأموال جريمة عمدية، و هذا ركنها المعنوي الذي يعد ضروري لقيام أي جريمة قانوناً، فلا يكفي مجرد توافر الركن المادي وإنما يلزم أن تكون الماديات التي يتكون منها هذا الركن لها انعكاساً في نفسية الجاني⁽³¹⁾.

والجريمة العمدية تقتضي انصراف إرادة الشخص المعنوي إلى السلوك المجرم مع إحاطة علمه بالعناصر الأساسية للجريمة، بمعنى آخر فإنه يلزم أن تتوافر لدى الممثل القانوني الذي يملك التعبير باسم الشخص المعنوي الإرادة التي اعتمدها القانون، و أن تتجه إرادة الشخص المعنوي كذلك إلى إتيان هذا الفعل غير المشروع مع علمه بطبيعة هذا النشاط. و سوف إلى تحليل هذين العنصرين على النحو التالي؛

أولاً: العلم بالمصدر الإجرامي للأموال.

يشترط بالنسبة للعلم أن يتوجه علم الشخص المعنوي عن طريق ممثله القانوني إلى

³⁰- د. فريد الزغبى، الموسوعة الجزائرية، الجزء الثاني، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، سنة 1995، ص 265.

³¹- د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، الطبعة الثالثة، سنة 1997 ص 668.

جميع العناصر القانونية للجريمة بأركانها كما حددها نص التجريم، فإذا انتفى العلم بسبب الجهل أو الغلط انتفى القصد الجنائي بدوره، والعلم المراد بها هنا هو العلم بالوقائع و ليس العلم بالقانون، و تبعا لذلك يجب أن يعلم الجاني وأن هذه الأموال هي حصيلة لعمليات إجرامية، وأنه يريد إخفاء مصدرها وتمويه الغير حتى لا يعرف ذلك أو العلم بتحويل الأموال و نقلها وكل ذلك بغرض جعلها أموال نظيفة، وهذا العلم يجب أن يكون معاصرا للنشاط الإجرامي.

و طبقا للقاعدة العامة فإنه يقع على النيابة العامة عبء إثبات توافر القصد الجنائي ويساعدها في ذلك الطرف المدني، و هذا ما استقر عليه القضاء في الجزائر، و يخضع عنصر العمد للسلطة التقديرية للقاضي، و ذلك على ضوء عناصر الإثبات المطروحة للمناقشة في الجلسة، كما يجوز استخلاص عنصر العمد من جريمة مفادها عدم استطاعة المتهم تحديد مصدر الأموال و من الكذب المحيط بأقواله⁽³²⁾.

ثانيا: إرادة النشاط المكون للركن المادي.

يتمتع الشخص المعنوي بإرادة مستقلة عن إرادة كل عنصر فيها، فإرادته هي اجتماع آراء أعضائه أو المساهمين فيه أو من يمثلهم، أما مظهرها فهي الأوامر والتعليمات التي يقوم بتنفيذها القائمون بإدارة أعمال الشخص المعنوي⁽³³⁾، والقصد الجنائي للشخص المعنوي مصدره الإرادة الجماعية للأفراد الذين يعملون كجهاز للشخص المعنوي، و هذا ما ورد في أحكام المادة 51 مكرر من قانون العقوبات، هذا الجهاز الذي يجمع مجموع إرادات حرة تتجه إلى الرغبة في إخفاء الشرعية على المتحصلات والعائدات الإجرامية.

³² - د. سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 161.

³³ - د. محمود سليمان موسى، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، دار الجماهيرية للنشر والإعلان،

طرابلس، ليبيا، دون طبعة سنة 1985، ص 179.

خاتمة:

و من كل ما سبق يمكن القول وأن جريمة تبييض الأموال من أهم الجرائم المتفشية في الوسط الاقتصادي وعالم الأعمال، و تعاني منها معظم الدول إن لم نقل كلها دون استثناء، بحيث يتم تداول رؤوس الأموال الضخمة عبر وسطاء وعملاء غالبا ما تكون مؤسسات بنكية إضافة إلى الشركات والمؤسسات الاقتصادية، و هذا هو مجالها في اغلب الأحوال لأنه قلما نجد شخصا طبيعيا يقوم بذلك.

لذلك نقول حسنا فعل المشرع الجزائري عند التأكيد على قيام الشخص المعنوي بهذه الجريمة والتشديد عليه بالعقوبة حتى يتحقق الردع المطلوب منها.

مسؤولية الموثق المدنية عن أعمال تابعيه

بن محاد لحضيري وريدة
أستاذة مساعدة-كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة عبد الرحمان ميرة

مقدمة:

يبدو أن العلاقات الإجتماعية والإقتصادية في العصور القديمة لم تكن معقدة، فكانت التشريعات التي حكمتها متأثرة بتلك الطبيعة البسيطة، لذا نجد أحكام المسؤولية عن فعل الغير بشكلها الحالي لم تكن معروفة آنذاك، وكان الأصل في مساءلة الشخص، هو فعله الضار أو خطؤه الشخصي الذي لحق بالغير ضرراً⁽¹⁾.

إلا أن ظهور الصناعة وسيطرة الآلة وتطور المجتمع وتغير الوضع حيث تنوعت الروابط بتنوع المعاملات واقتضت الحاجة إتساع نطاق الإستعانة بالغير وبروز أهمية النشاط المشترك وما تحتمه حالات الضرورة العملية في عصر التخصص والتكنولوجيا. ولم يشمل التطور ذلك فقط، إنما شمل التشريعات والمفاهيم القانونية والأخلاقية للمهنيين لاسيما ما تعلق منها بالمسؤولية بصوره عامة، وبالمسؤولية عن الأشياء أو عن فعل الغير بصورة خاصة.

ولم يعد الشخص مسؤولاً وحده عن ما تحدثه شخصياً من أضرار للغير بأخطائه أو بأفعاله الضارة بل أصبح مسؤولاً عن أخطاء غيره ممن يستعين بهم في تنفيذ التزامه كلاً أو جزءاً إستجابة لدواعي النشاط المشترك. ولما كان المهنيون يستعينون بجهود غيرهم في نشاطهم المهني، فالموثق قد يستعين بموثقين يقومون معه في إنجاز أعماله كلاً أو جزءاً أو بعض الموظفين والعمال، فإن الضرر الذي يصدر عن فعل أحد من الأتباع أو المساعدين يثير تساؤلاً عن مدى مسؤولية صاحب المهنة عنه؟ فإذا إستعان الموثق بغيره في عمله وألحق ضرراً بعميله، فمن هو المسؤول عن تعويض الضرر؟ و ما هو أساس هذه المسؤولية؟

إن ذلك يقتضي مني، بحث كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية عن الغير على التعاقب، لأن التمييز بينهما أضحى دقيقاً بعد إستقرار فكرة وحدة الخطأ ونبذ فكرة تدرجه وما أدى ذلك إلى تشابههما في الأركان وتقاربهما في الأحكام، وظهور إتجاه جديد يميل إلى الخلط بينهما في دائرة المسؤولية عن عمل الغير، وسأشير إلى هذا الإتجاه أو لا، ثم إلى أهمية التمييز بينهما ثانياً :

أولاً: الخلط بين المسؤوليتين في دائرة المسؤولية عن عمل الغير:

جرى القضاء الفرنسي في أحكامه على الخلط بين المسؤولية العقدية عن الغير والمسؤولية التقصيرية عن الغير ردحا من الزمن، فكان يطبق المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي التي تحكم مسؤولية المتبوع التقصيرية عن أفعال تابعيه على المسؤولية العقدية عن فعل الغير⁽²⁾. وهي مادة نصت على المبدأ العام في مسؤولية متولي الرقابة والمتبوع التقصيرية بقولها: "إن المرء يسأل ليس فقط عن الأضرار التي تصيب الغير بفعله الشخصي بل أيضا عن الأضرار التي تحدث بفعل غيره ممن تجب عليه رقابتهم". ثم بينت الأشخاص الذين يسألون عن فعل الغير وهم: الأب والأم بالنسبة إلى أفعال أولادهما القصر المقيمين معهما والمربي بالنسبة إلى أفعال تلاميذه ورب الحرفة بالنسبة إلى أفعال صبيانهم والمخدوم بالنسبة إلى أفعال خدمه والسيد أو المتبوع بالنسبة إلى أفعال تابعيه. وقد أيده بعض من الفقه الإنجليزي والسويسري وبعض الشراح الفرنسيين، إلا أنه إتجاه تعرض للنقد الشديد من قبل أغلب الفقه الفرنسي المنادي بعدم جواز تطبيق المادة 1384 على العلاقات التعاقدية، وفي ذلك ذهب الفقيه سافتييه بقوله: "للحكم بهذه المسؤولية العقدية عن فعل الغير كانت المحاكم تلجأ إلى المادة 1384 أحيانا وهي المادة التي تجعل المتبوع مسؤولاً عن أعمال تابعيه وهذا خلط، فالنص غريب عن المسؤولية العقدية"⁽³⁾.

ويعود هذا الخلط إلى عدم النص في القانون المدني الفرنسي على مبدأ عام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير خلافا لما فعله القانون الألماني وكثير من التقنينات الأخرى الصادرة بعده كالقانونيين المصري والجزائري، كما يعزى إلى رسوخ نظرية وحدة الخطأ. وتحت تأثير هذه الإنتقادات، عدل القضاء عن هذا الإتجاه ووفق الفقه الفرنسي إلى استنباط مبدأ عام ضمني، يحكم المسؤولية العقدية عن عمل الغير من النصوص المتعددة التي نصت على حالات متفرقة في القانون المدني الفرنسي منها المادة 1735 المتعلقة بالإيجار والمادة 1994 في الوكالة والمادة 1245 التي تنص على أن "المدين بالتزام بشيء معين يبرأ من

إلتزامه بتسليم الشيء بالحالة التي هو عليها معها عند التسليم، إذا لم يكن ما لحق الشيء من تلف ناتجا عن فعله أو خطئه أو عن خطأ أشخاص يكون مسؤولا عنهم ولم يكن قد تم إعداره قبل حدوث ذلك التلف"⁽⁴⁾. وإذا كان هذا النص ينطبق على جميع العقود التي تتضمن إلتزاما بتسليم شيء إلا أنه لا يقرر مبدأ عاما يمكن بموجبه تحديد حالات المسؤولية العقدية عن الغير، ومع ذلك فإن الإتجاه الغالب في فرنسا هو إعتبار المدين مسؤولا مسؤولية عقدية عن يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه⁽⁵⁾.

إن ما أشرت إليه من خلط بين المسؤوليتين وأسبابه يدل على أن المسؤولية عن الغير تدخل في إطار الإزدواج التقليدي بين صورتى المسؤولية المدنية. وتبرز بينهما فائدة عملية، لاسيما وأن أكثر التشريعات الحديثة تبنت هذا التمييز في دائرة المسؤولية عن عمل الغير وهذا ما سأتطرق إليه بالبحث الوجيه في مايلي:

ثانيا: أهمية التمييز بينهما:

إلى جانب الإختلافات المعروفة بين أحكام المسؤوليتين العقدية والتقصيرية عن الفعل الشخصي من ناحية التعويض، والإعذار والتقادم والتضامن وأثر إتفاقات الإعفاء من المسؤولية⁽⁶⁾، فإن للتمييز بين المسؤولية العقدية عن الغير وبين مسؤولية المتبوع التقصيرية عن التابع أهمية خاصة من عدة جوانب أهمها ما يلي:

- إن المسؤولية العقدية عن الغير تتطلب وجود عقد يولد إلتزاما في ذمة المدين لم ينفذ بسبب فعل شخص آخر يكون المدين مسؤولا عنه، أما المسؤولية التقصيرية فلا تتطلب وجود رابطة عقدية بين الموثق وزبونه.

- يشترط توافر علاقة التبعية بين المدين والغير في المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير ولا يشترط تحققها لترتب المسؤولية العقدية عن الغير.

- ويترتب على عدم إشتراط توافر علاقة التبعية بين المدين والغير ترتب المسؤولية العقدية عن الغير، إن نطاق المسؤولية العقدية يكون أوسع من نطاق المسؤولية التقصيرية عن الغير، وقد أجمع الفقهاء على إتساع دائرة الأشخاص الذين يسأل المدين عن أفعالهم مسؤولية عقدية لعدم إشتراط توافر علاقة التبعية بينه وبينهم .

ومهما قيل عن أوجه الإختلاف من الناحية العملية في القواعد والأحكام بين هاتين المسؤوليتين عن الغير إلا أن هذا الإختلاف لا يؤدي بالضرورة إلى إختلافهما من حيث الأساس القانوني، إذا ما كان الأساس هو السبب الذي ترتب عليه قيام المسؤولية.

فأساس مسؤولية الموثق عن فعل الغير هو السبب الذي من أجله يضع القانون عبء تعويض الضرر الواقع على عاتق الموثق دون صدور خطأ شخصي منه وإنما بأفعال أشخاص يستخدمهم في تنفيذ إلتزاماته المهنية التي ألحقت أضرار.

إن بيان ذلك يقتضي مني توزيع هذا الفصل إلى مبحثين أخصص أولهما عن مسؤولية الموثق عن فعل الغير مسؤولية عقدية وثانيها للمبحث في مسؤوليته التقصيرية عن الغير وتطبيقاتها.

المبحث الأول: مسؤولية الموثق العقدية عن أعمال غيره

في إطار التكليف القانوني لطبيعة مسؤولية الموثق قد تبين لي أن ثمة تصوران فقهيان، إتجه كل منهما في تحديد العلاقة التي تربط الموثق بعميلة على أنها عقدية بالنسبة للإتجاه الأول وقدم في سبيل ذلك حججا لتبرير موقفه وقولهم أن الموثق عندما يرتبط بعميله بعقد تكون مسؤوليته عقدية عن فعله الشخصي. وهذا هو الرأي الذي كان عليه غالبية الفقه والقضاء وهي مسؤولية عقدية. ويرى هؤلاء أن الموثق كثيرا ما يستعين بغيره في تنفيذ إلتزاماته. فإذا ألحق هؤلاء ضررا بالعمل نتيجة خطئه فهل يسأل الموثق عنه ؟ وإن كان الجواب بالإيجاب، فما هو أساس هذه المسؤولية رغم عدم صدور خطأ منه شخصيا ؟ وما هي شروطها ؟ وللإجابة عن كل هذا قسمت المبحث إلى مطلبين، أبحث في أولهما أساس مسؤولية الموثق العقدية عن عمل الغير وفي ثانيها شروط مسؤولية الموثق العقدية عن عمل الغير.

المطلب الأول : أساس مسؤولية الموثق العقدية عن أعمال غيره

إن مسألة تحديد المسؤولية عن عمل الغير، سواء أكانت عقدية أم تقصيرية، تعد مسألة إختلفت فيها الآراء واحتدم بشأنها الخلاف⁽⁷⁾. لكونها إستثناء من المبدأ العام، الذي تنبأه الفكر التقليدي، وهو مبدأ شخصية الأخطاء. وقد بينت أن فكرة الثنائية بين المسؤولية العقدية والتقصيرية عن عمل الغير، إعترف بها في وقت متأخر، لأن القضاء الفرنسي يسانده الفقه التقليدي كان يطبق المادة 1384 من التقنين المدني وبصورة عامة على المسؤولية عن عمل الغير سواء إرتبط بعقد أو بدونه.

ثم نادى الفقه الحديث باستقلال المسؤولية العقدية والتقصيرية عن عمل الغير، وأكد على أن "نظرية المسؤولية عن عمل الغير في الموضوع العقدي تجد أساسها في التنظيم القانوني الخاص بعدم تنفيذ العقود"⁽⁸⁾.

ورغم أهمية هذه المسؤولية إلا أن القانون الفرنسي لم ينص عليها بمبدأ عام وإنما بنصوص متفرقة فيه تنظم حالات معينة سبق وأن أشرت إليها، وقد حاول بعض الفقه إيجاد المبدأ العام في التفسير الواسع للمادة 1147 من القانون المدني الفرنسي، التي تنص على أنه: "يحكم على المدين بالتعويض إذا كان لذلك محل، أما بسبب عدم تنفيذ الإلتزام، أو بسبب التأخير في التنفيذ وذلك في جميع الأحوال التي لا يستطيع فيها المدين أن يثبت بأن عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ولم يكن على أية حال سيء النية". ويبدو أن هذه المادة لم تنص صراحة على المبدأ العام للمسؤولية عن عمل الغير مهما ظهر التفسير واسعا. ومع ذلك فإن أغلب الفقه الفرنسي، رغم عدم وجود نص يقرر المبدأ العام في المسؤولية العقدية عن عمل الغير، فقد ذهب إلى أن المدين يسأل مسؤولية عقدية عن استخدامهم في تنفيذ إلتزاماته وإن اختلف في أساس هذا المبدأ.

إلا أن غالبية التشريعات أدركت أهمية النص على هذا المبدأ العام في المسؤولية العقدية عن الغير فقررت⁽⁹⁾ وبناء على هذه النصوص فإن المبدأ العام للمسؤولية العقدية يمكن إستخلاصه ضمنا كما يرى الفقيه السنهوري⁽¹⁰⁾.

ومهما اختلفت التشريعات في مواقفها اتجاه إقرار المبدأ العام للمسؤولية العقدية عن الغير سواء بالنص عليه صراحة، أو بدلالة الإشارة أو أمكن إستخلاصه من النصوص المختلفة، فإن تحديد الأساس القانوني لهذه المسؤولية له أهمية كبرى من الناحية التطبيقية والنظرية فهو يوضح قصد المشرع من النصوص في التشريعات التي لم تضع مبدأ عام في هذه المسؤولية وإنما أوردت نصوصا متفرقة تحكم حالات مختلفة.

وبناء على ما تقدم تعددت الآراء والنظريات التي قيلت في تحديد أساس المسؤولية العقدية عن عمل الغير واختلفت في ظل القوانين التي لم تنص على مبدأ عام لها أو في القوانين التي أقرت هذا المبدأ التي أقرته بنص صريح أو سلمت به ضمنا.

إن الإحاطة بهذه المسألة تقتضي توزيع هذا المطلب على فرعين أتناول في أولهما الإشارة إلى مختلف النظريات التي قصدت تحديد الأساس القانوني للمسؤولية العقدية عن الغير وأتولى في ثانيهما تقدير هذه النظريات.

الفرع الأول: النظريات المحددة لأساس هذه المسؤولية

يمكن توزيع هذه النظريات على طائفتين، فمنها من تولت تحديد هذا الأساس في ظل التشريعات التي لا تقر مبدأ عاما لهذه المسؤولية ومنها ما قصدت لبيان الأساس في ظل القوانين التي أقرت هذا المبدأ.

كما أن هذه النظريات التي إهتمت بتحديد أساس هذه المسؤولية في ظل القوانين التي لا تتضمن مبدأ عاما إنقسمت إلى إتجاهين: أولهما يعتبر الأساس القانوني لها خطأ المدين الشخصي. وثانيهما، يستبعد خطأ المدين الشخصي كأساس لها، إذ يقيّمها على أساس آخر، وسأبحث في مختلف هذه النظريات فيما يلي:

أولا: النظريات التي تعتبر خطأ المدين الشخصي أساس هذه المسؤولية في القوانين التي لا تقر مبدأ عاما لها :

ومن أبرز هاته النظريات ما يلي:

أولا : نظرية قرينة الخطأ ضد المدين لسوء الإختيار والرقابة: ومفادها كما يقول الفقيه الإيطالي جيورجي : " إن المدين يسأل في مواجهة الدائن إذا ارتكب البديل الذي إختاره خطأ لأن المدين يكون قد أساء الإختيار وبذلك يعتبر قد ارتكب خطأ ينبغي مساءلته على أساسه"⁽¹¹⁾ كما يذهب إسمان إلى القول بإمكانية تطبيق المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي على المسؤولية العقدية عن طريق القياس، وأن هذه المسؤولية تبنى على أساس قرينة الخطأ في الرقابة أو الإختيار.

ثانيا : نظرية الإلتزام بتحقيق نتيجة: وتتخلص في أن المدين يتعهد دائما للدائن بتحقيق نتيجة معينة وليس ببذل عناية لبلوغها ولذلك، فإن المدين إذا عهد إلى مستخدميه وإلى من هم تحت سيطرته بتنفيذ الإلتزام المترتب عليه وتحقيق الغرض منه، فإن ذلك يكون أمرا ينبغي على الدائن تحمل مسؤولية الإخفاق في تنفيذه أو إساءة التنفيذ⁽¹²⁾.

ثالثا : نظرية النيابة: وقال بها الأساتذة هنري وليون ومازو، وحسبهم فإن أساس مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير يقوم على الإتحاد بين شخصين المدين والغير الذي يكون التنفيذ لمصلحته. فإذا لم ينفذ النائب الإلتزام اعتبر ذلك خطأ عقديا كما هو الشأن بالنسبة لخطأ التابع الذي يعد خطأ تقصيريا.

رابعا : نظرية القوة القاهرة : وقال بها الفقيه الفرنسي "بيكيه" وقد إستند في رأيه إلى المادة 1147 من القانون المدني الفرنسي التي يسأل كل مدين بمقتضاها عن عدم تنفيذ الإلتزام، ولا

يستطيع التخلص من المسؤولية إلا بإثبات القوة القاهرة أو الحادث فجائي، ولما كان الإخلال بالإلتزام عدم التنفيذ بفعل إتباع المدين لا يعتبر قوة القاهرة أو حادث فجائي يحتج بهما المدين للتخلص من المسؤولية فإنه يتحمل المسؤولية العقدية كاملة.

ثانياً : النظريات التي لاتعتد بالخطأ الشخصي للمدين كأساس لهذه المسؤولية في القوانين التي لاتضم مبدأ عاما لها:
ومن أهمها مايلي:

أولا : نظرية تحمل التبعة: ومفادها أن أي شخص يلجأ إلى استخدام الأشخاص ليستعين بهم في تنفيذ إلتزامه يكون مسؤولا عن أفعالهم التي تلحق ضررا للطرف الذي ينفذ الإلتزام لصالحه بالنظر لما يعود على الشخص المستخدم من نفع من إسهام غيره في نشاطه مما يقتضي تحمله تبعة الأفعال الضارة الناجمة عن النشاط المشترك فيغرم بقدر ما يغنم.

والحقيقة، أنه إذا إستلزم تحديد الشخص المتحمل تبعة الضرر الناتج عن هذا النشاط المشترك أهو المعاون أم البديل أم المدين ؟ يمكن القول أن الدائن لم تكن له يد في إختيار المساعد أو البديل، وإنما المدين هو الذي تولى الإختيار.

والموازنة بين هذين الوضعين وتقدير المصالح المتأتية عن هذا النشاط يقتضي القول بتحمل المدين تبعة نشاط من إختارهم تحقيقا لمصالحه الخاصة⁽¹³⁾.

ثانياً : نظرية الضمان الضمني: ترى هذه النظرية أن المدين يضمن ضمنا ما يسببه مساعدوه وتابعوه من أضرار للطرف الآخر. وفي ذلك يقول الفقيه "رينو" أن ذلك لم يأت بصراحة القانون وإنما ينبغي الرجوع إلى إتفاق الطرفين المتعاقدين الدائن والمدين فإذا كان الإتفاق يحتوي على بند يلقي عبء المسؤولية العقدية عن أفعال الغير على المتعاقد نفسه فلا جدوى من إثارة موضوع المسؤولية العقدية عن الغير عندئذ، أما إذا سكت العقد عن ذلك كان بالإمكان إعتبار هذا الضمان متوافر في أي عقد وإفترض أن المدين رضي بتحمل هذا الضمان وقد أيد هذه النظرية كثير من الفقهاء .

ثالثاً : نظرية الضمان القانوني: يرى أصحاب هذه النظرية أن الأساس الحقيقي للمسؤولية عن فعل الغير هو القانون وأن الإعتبرات تنشأ عن الحرص على تحقيق العدالة والمصلحة العامة.

إعتبارات العدالة تقتضي إقرار هذا الضمان لأن من يستعين بهم المدين غالبا ما يكونون معسرين ويعجزون عن الوفاء بمبلغ التعويض الذي يحتل أن يحكم به عليهم وضمان حقوق المتضررين أم تقتضيه المصلحة العامة. وهذا من شأنه إزالة الحيرة في معرفة المسؤول. فالمدين هو الأولى بتحمل تبعه أفعال تابعيه الضارة ذلك لأن إثبات الخطأ في جانبه في إختيار ورقابة التابعين غالبا ما يكون عسيرا وصعبا لاسيما في الصناعات الكبرى، ولأنه هو المستفيد من عمله، ولأن مقتضيات التطور الإقتصادي تدعو إلى ذلك، فقد أدى ذلك إلى تقسيم العمل إلى أبعد الحدود بحيث يسهم الشخص في جزء عمل متكامل وبات أيضا من الضروري تعاون مختلف أوجه النشاط لتحقيق الغرض المشترك. ومن هنا جاءت ضرورة مساءلة أرباب الصناعات وأرباب العمل عن أخطاء تابعيهم بصورة مطلقة .

ثالثا : النظريات التي تولت تحديد الأساس القانوني لهذه المسؤولية في ظل التشريعات التي أوردت نصوصا يقرر مبدأ عاما لهذه المسؤولية :

يبدو أن هذه النظريات لا تخرج في مقوماتها عن النظريات المطروحة في ظل القوانين غير المقررة للمبدأ العام ذلك لأن بعضها يرجع الأساس إلى النيابة وبعضها يرجعه إلى مبدأ تحمل التبعة والبعض الآخر ينسبه إلى الضمان القانوني وبعضه يؤسسه على الإلتزام بتحقيق نتيجة سبق وأن شرحت هذه النظريات، مثلما جاء في القانون الألماني الذي قرر مبدأ عاما للمسؤولية العقدية عن فعل الغير أشارت إلى ثلاث أسس تقوم عليها هذه المسؤولية وهي، تحمل التبعة والإلتزام بتحقيق نتيجة، والضمان الضمني⁽¹⁴⁾.

الفرع الثاني: تقدير هذه النظريات

بينت عند ذكر النظريات أن الإتجاه الأول الذي يعتبر الخطأ الشخصي هو الأساس القانوني لهذه المسؤولية هو خطأ المدين ويضم النظريات التالية : نظرية قرينة الخطأ ضد المدين لسوء الإختيار والرقابة، ونظرية الإلتزام بنتيجة، ونظرية النيابة، ونظرية القوة القاهرة. والواقع أن أية نظرية منها واجهتها جملة من الإنتقادات لم تصمد أمامها. فنظرية قرينة الخطأ قد هوجرت، وقد اعتمدت المسؤولية التقصيرية في نطاق المسؤولية عن العمل الشخصي ولكنها فشلت في هذا الشأن، فكيف لها أن تكون أساسا صالحا للمسؤولية العقدية عن فعل الغير، ثم إنها تجيز للمدين التخلص من المسؤولية في الأحوال التي يستطيع فيها نفي صدور أي خطأ من جانبه في إختيار بديله أو مساعده في تنفيذ إلتزامه، في حين نجد أن النصوص القانونية الخاصة بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير لا تسمح بنفي

المسؤولية، فالمدين يسأل دائما سواء ارتكب خطأ أم لم يرتكبه. وإذا قيل أن قرينة الخطأ غير قابلة لإثبات العكس، إن ذلك يحتاج إلى نص قانوني وإذا نص على ذلك فلا حاجة إلى اللجوء إلى فكرة الخطأ المفترض حينئذ ولا يكون للتمسك بها فائدة أو مبرر، لأن القرينة القانونية غير قابلة لإثبات العكس لا تفيد سوى الإلتزام القانوني بالضمان أي أن المدين يلتزم بضمان أفعال غيره بحكم القانون.

كما أن النظريات الأخرى في تحديد أساس هذه المسؤولية والتي ترتبط بفكرة الخطأ تنطوي على كثير من مواطن الضعف فالقول بأن الإلتزام المدين بتحقيق نتيجة قول مردود لأنه لا يأخذ بعين الإعتبار طبيعة الإلتزام العقدي. ذلك لأن أغلب هذه الإلتزامات يعتبر إلتزاما ببذل عناية. وفكرة النيابة تنطوي هي الأخرى على تعسف في التبرير، ذلك لأن القول بأن خطأ الغير يعتبر خطأ عقديا صادرا من المدين قول لا يستقيم وقواعد المسؤولية العقدية. كما أن نظرية القوة القاهرة لا تقل عن ذلك عجزا في التبرير وهي أكثر التصاقا بفكرة الضمان.

وإذا كانت مقتضيات التطور الإقتصادي والإجتماعي وما ترتب عنها من تغير في القيم الإجتماعية والقانونية من تحقيق العدالة وحماية المصلحة العامة قد نادت بدورها إلى نبذ فكرة الخطأ الشخصي كأساس لهذه المسؤولية وبالتالي ظهور نظريات أخرى تؤسس المسؤولية على أساس آخر منها نظرية تحمل التبعة ونظرية الضمان القانوني والضمان الضمني فإنها بدورها واجهت نقدا شديدا لا يقل عن سابقتها.

يرى بعض الفقه أن مبدأ تحمل التبعة القائم على فكرة العدالة إذا كان الأنسب للمسؤولية الشخصية في مجال الإنتاج والخدمات الإنتاجية فإنه لا يحقق العدالة في دائرة المسؤولية عن فعل الغير لكونه يحول دون رجوع المدين على الغير الذي صدر منه الفعل الضار، وقد ينطوي منع الرجوع على إنحراف عن مقتضيات العدالة في بعض حالات هذه المسؤولية، كما أن نظرية الضمان الضمني تقوم على إفتراض الرضا وعلى تحميل الإرادة أكثر مما تعنيه، وفي القول بنظرية الضمان القانوني ما يغني عن ذلك.

يبدو من خلال ما سبق بيانه، أن النظرية التي يمكن أن تضع حلا عمليا هي نظرية الضمان القانوني رغم الإنتقادات الموجهة إليها إلا أنها ظلت صامدة وإلى ذلك ذهب بعض الفقه إلى القول: "بأن للمشرع مراعاة لإعتبارات المصلحة العامة وتحقيقا لمقتضيات العدالة وأهمية الحفاظ على التوازن الإقتصادي في العقود أن يفرض على المدين ضمان أفعال

مجموعة من الأشخاص مرتبطين معه وهذه الإعتبارات هي التي استدعت المشرع إلى ضرورة النص على مبدأ عام يحكم المسؤولية العقدية عن الغير وهذا ما قصده أصحاب نظريات تحمل التبعة ونظرية الضمان الضمني وكل من نبذ فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية العقدية عن الغير.

إن أهم الإنتقادات الموجهة إلى نظرية الضمان القانوني القول أن هذه النظرية تصلح لأن تكون أساسا إقتصاديا وليس قانونيا فضلا عن أنها لا تحل المشكلة، ويبقى التساؤل عن أساس هذه المسؤولية قائما.

إلا أنه يمكن الرد على ذلك بالقول أن نظرية الضمان إذا صلحت أن تكون أساسا إجتماعيا وإقتصاديا فلا يوجد ما يمنع أن تكون أساسا قانونيا، وقد تدخل المشرع هنا ففرض الضمان القانوني لأسباب عادلة تحقيقا للتوازن الإقتصادي في العقد⁽¹⁵⁾.

إنني أؤيد هذا الرأي، وأرى بدوري أن أساس مسؤولية الموثق عن غيره من المستخدمين والموثقين هو الضمان القانوني، وهو أساس تبرره الإعتبارات الإقتصادية والإجتماعية، وبالرغم من سلامته إلا أنني أرى أن التسليم بهذا الأساس لا يصلح لأن يكون أساسا لها، بل بالعكس فإنه يصلح أو يجعل مسؤولية الموثق مسؤولية تقصيرية وسأتولى تفصيل ذلك لاحقا.

المطلب الثاني : شروط مسؤولية الموثق العقدية عن فعل الغير

لقد بينت سابقا أن هناك إتجاه فقهي يرى مسؤولية الموثق المدنية عن أخطائه المهنية مسؤولية عقدية لإرتباطه بعقد مع عميله وأن هذه المسؤولية التي حددت طبيعتها على هذا النحو هي مسؤولية الموثق عن أعماله الشخصية حسب التصور العقدي، ولذلك سوف أتطرق في هذا الإطار إلى المسؤولية العقدية عن الغير ببيان متى يكون مسؤولا عن أفعال غيره سواء كانوا من الموثقين أو الأعوان المستخدمين حيث أشار بعض من الفقه بالقول أنه توجد طائفة من الناس لا يستطيع المدين أن يحتج بفعلهم لدرء مسؤوليته وهؤلاء يستعين بهم لتنفيذ إلتزامه أو يحلهم محله فيه... فإذا كان سبب إخلال المدين في تنفيذ إلتزامه فعل من إستعان بهم أو أحلهم محله في التنفيذ لم يكن له أن يحتج بذلك لدرء مسؤوليته والواقع أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تثور عندما يستعين المدين بجهود أشخاص غيره في تنفيذ إلتزامه العقدي ويكون مسؤولا مسؤولية عقدية عن خطأ هؤلاء الأشخاص⁽¹⁶⁾.

فالمسؤول هنا هو المدين في الإلتزام العقدي والمتضرر هو الدائن والغير هو من استخدمه المدين في تنفيذ إلتزامه لذا يجب بيان شروط هذه المسؤولية والقول من ثم هل تنطبق على أعمال الموثق في علاقته مع الغير ؟

أ و لا : بما أن المسؤولية العقدية عن الغير هي فرع من المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي، فيجب إذن توافر شروط هذه الأخيرة من وجود عقد صحيح بين الدائن الذي أصابه ضرر وبين المسؤول، وأن تكون رابطة السببية بين الضرر والفعل الذي يسأل المدين بشأنه، كما يجب أن يقع عدم التنفيذ والعقد لا زال قائماً⁽¹⁷⁾.

إن ما ذكرته لا يعدو أن يكون تطبيقاً للمبادئ العامة والسؤال الذي يطرح في هذا الشأن ما هو حكم تدخل الغير قبل إنعقاد العقد وبعد إنعقاده وهل تترتب مسؤولية عقدية عن الغير ؟

للإجابة عن هذا السؤال، يرى الأستاذ أحمد السنهوري: "أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تقوم حيث يوجد عقد وإذا تولى الغير نيابة عن المسؤول المفاوضة في عقد ثم قطعت المفاوضة فأصاب قطعها الطرف الآخر بالضرر فالمسؤولية عن الغير هنا لا تكون عقدية، وإذا إنعقد العقد غير صحيح فإن المسؤولية لا تكون عقدية أيضاً. ويقول البعض، أنه لا يمكن الكلام عن المسؤولية التعاقدية في الوقت الذي لم يتكون فيه عقد بعد، مستندا إلى رأي سافتييه الذي يقول: "ويظهر أن المسألة قليلة الحدوث في الحياة العملية. والقرارات القضائية نادرة في هذا الموضوع ويظهر أن مثل هذه المسؤولية قبل إنعقاد العقد تكون مسؤولية تقصيرية".

وبتطبيق ذلك على مسؤولية الموثق، فإن المسألة قليلة الحدوث إن لم تكن منعدمة، إن للموثق في رأيه، وضع خاص، فقد يحدث أن يتفاوض الموثق تمهيدا لتقديم خدماته ثم يرفض ذلك لأن القواعد المهنية تحدده أو أن تحرير محرر ما قد تربطه به علاقة قرابة، إلى غير ذلك من الإلتزامات المهنية⁽¹⁸⁾.

أما عن الجزء الثاني من التساؤل، والمتمثل في إثارة المسؤولية العقدية عن فعل الغير بعد تكوين العقد فقد أجاب عليه أغلب الفقه المعاصر⁽¹⁹⁾ بعدم ترتب المسؤولية العقدية عن فعل الغير بعد إنتهاء العقد وإنما تكون المسؤولية تقصيرية إذا توافرت شروطها. إلا أن بعض الشراح رأى خلاف ذلك، وذهب إلى القول أن العقد المنتهي إذا خلف إلتزامات تعاقدية ولم يوف الملتزم أمكن قيام المسؤولية.

ثانياً: أن يعهد المدين إلى الغير تنفيذ الإلتزام، أو أن يمارس الغير حقا من حقوق المدين برضاه الصريح أو الضمني، أي أن في هذه الحالة عندما يعهد المدين إلى غيره تنفيذ الإلتزام بدلا عنه. أو عندما يستدعي الغير لمساعدته في تنفيذ إلتزامه، ويسبب هذا الأخير بنشاطه ضررا للدائن يكون مسؤولا عن الضرر طبقا للقانون⁽²⁰⁾.

هذا بالنسبة للتشريعات التي أوردت مبدأ عاما للمسؤولية العقدية عن الغير، وبمقتضاها يكون المدين مسؤولا عن عدم تنفيذ الإلتزام الذي أنشأه العقد مسؤولية عقدية عن الغير متى كانت لهذا الغير علاقة قانونية تربطه بالمدين وبموضوع الإلتزام خاصة. وبناء عليه يمكن إستبعاد أفعال الأشخاص الذين يتدخلون دون طلب من المدين في تنفيذ الإلتزامه ودون أن تربطهم به علاقة قانونية من دائرة هذه المسؤولية، فلا يسأل بالتالي المدين عنهم مسؤولية عقدية عن أفعالهم.

و بتطبيق ذلك على الموثق، فإن هذا الوضع نادر في التطبيق لأن تدخل الغير في أعمال الموثق بطريق الإنابة أو المساعدة يكون عادة بإذن خاص وهذا ما ورد في الفصل السادس من الباب الأول من القانون رقم 06-02 في المواد من 33، 34 و 35.

وعليه، فإن الغير الذي يكون المدين مسؤولا عن فعله هو كل من كان مكلفا من قبله إتفاقا أو قانونا بتنفيذ العقد، ويعتبر من الغير الذي يسأل المدين عن أفعالهم، الأعوان والأتباع بإختلاف أنواعهم والمستخدمين.

ثالثاً : إرتكاب الغير خطأ

يقول بعض شراح القانون: "إن ما يميز المسؤولية العقدية عن فعل الغير عن المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي هو أن الأولى تقوم مجردة عن خطأ المتعاقد نفسه مبنية على خطأ الغير الذي يسأل عنه هذا المتعاقد".

وإذا كانت مسؤولية المتبوع التقصيرية عن تابعه لا تقوم إلا إذا تحققت مسؤولية التابع. فإن القاعدة كذلك في دائرة المسؤولية التعاقدية عن الغير إذ يشترط لقيام مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير أن يكون من إستخدمهم المدين في تنفيذ إلتزامه قد إرتكب خطأ، وإن لم يصدر عن المدين خطأ ما، كما قضت بذلك أكثر التشريعات التي قررت مبدأ عام للمسؤولية العقدية عن الغير⁽²¹⁾.

ولم يخرج عن شبه الإجماع هذا حول إشتراط خطأ الغير لترتب المسؤولية باستثناء قانون الإلتزامات السويسري التي جاءت المادة 101 منه بدون ذكر الخطأ⁽²²⁾.

وفي البحث عن تكييف قانوني أفضل لمسؤولية الموثق عن فعله الشخصي في الأنظمة القانونية القائمة على الرأي الغالب في الفقه والقضاء والتشريع المعاصر والقائل أن مسؤولية الموثق مسؤولية تقصيرية وذلك بعد إستعراض آراء الإتجاه الذي يقول بالتصور العقدي، وبعد مناقشة حججهم والرد عليها تمكنت من تبيان أوجه القصور فيها ومن ثمة ومسايرة للرأي الراجح الذي إنتهى بضرورة القول بالمسؤولية التقصيرية للموثق، ولذلك فإن إدخال الأعوان وتدخل الموثق لينوب عن زميله في الحالات التي ذكرها المشرع الجزائري بمقتضى المواد من 33 الى 36 لدليل آخر يعزز النتيجة التي توصلت إليها من خلال البحث عن مسؤولية الموثق التقصيرية عن أفعال غيره، ومن هنا كانت المسؤولية التقصيرية أوسع نطاقا من المسؤولية العقدية في هذا المجال، إن هذا التكييف أراه أقرب للعدالة من القول بالمسؤولية العقدية .

الهوامش:

- (1) - عباس الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن، دار النهضة العربية - دون تاريخ ص: 131 .
- (2) - سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الثاني الأحكام الخاصة بالمسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن فعل الأشياء على طلبة قسم الدراسات، معهد الدراسات العربية، جامعة الدول العربية 1960 ص: 6 .
- (3) - سافتييه، دروس في القانون المدني الفرنسي ج 2 ص: 8 أورده عبد الباقي محمود سوادي، المسؤولية المدنية للمحامي، ص: 220.
- (4) - عبد الباقي محمود السوادي، المسؤولية المدنية للمحامي دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع 1994، ص: 220.
- (5) - عبد الباقي محمود السوادي، نفس المصدر ص: 221.
- (6) - أنظر إلى أهم الفروق بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في السنهاوري، الوسيط ج 1 العقد، دار النهضة العربية ، القاهرة 1981 ص: 848 .
- (7) - عبد الباقي محمود سوادي، المرجع السابق، ص: 221 و 223.
- (8) - عبد الرحمان عبد الرزاق، المرجع السابق، ص: 414.
- (9) - وعليه نصت المادة 378 من التقنين الألماني الإتحادي بقولها: "يكون المدين مسؤولا عن تقصير نائبه الشرعي وتقصير الأشخاص الذين يستخدمهم لتنفيذ تعهده كما لو كان ناتجا عن تقصيره الشخصي، والمادة

259 من القانون المدني العراقي والمادة 217 من التقنين المدني المصري على أنه "يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ إلتزامه العقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عن مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه".

(10)- أنظر د/ أحمد السنهوري، الوسيط، ج1، نفس المرجع فقرة 432.

(11)- قول جيورجي، أورده عبد الباقي محمود السوادي، المرجع السابق، ص: 227 .

(12)- سافتييه، دروس في الإلتزام، ج2 سنة 1939، ص: 173، أورده عبد الباقي السوادي، المرجع السابق، ص: 229

(13)- عبد الباقي محمود السوادي، المرجع السابق، ص218 وديموج، ج1، ص: 1028 وما بعدها، وبلانيول، وروبير، وبولانجيه، ص371 فقرة 1103، ص: 228.

(14)- عبد الباقي محمود، المرجع السابق، ص: 230.

(15)- وفي ذلك يقول بيكيه: "الحقيقة أن القانون والقانون وحده هو الذي يفرض على المدين ضمان أفعال الغير أراد المدين أم لم يرد، وإذا كان من الممكن للمرء أن يتحدث عن الضمان فإن هذا الضمان ليس إلا ضمانا قانونيا". كما يقول بعض شراح القانون المدني والعراقي: "تستطيع أن نقرر باطمئنان تام أن الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المدني المصري والمدني العراقي أيضا هو الضمان القانوني الذي يفرضه المشرع على كل مدين يتسبب في إستحالة تنفيذ إلتزامه خطأ الأشخاص الذين ربطته معهم علاقة معينة، وذلك في الحدود التي يلتزم هو فيها بتحقيق تلك الإلتزامات بنتيجة". أورده عبد الباقي محمود السوادي المرجع السابق، ص: 232 و233.

(16)- أ/ أحمد السنهوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، نبذة 431، ص: 746.

(17)- أ/ أحمد السنهوري، الوسيط ج1، ص: 746، بند 431.

(18)- أنظر المواد 15 و19 و20 و21 و22 من القانون رقم 06-02 المتضمن مهنة التوثيق.

(19)- مازو وجوسران ولالو، أورده عبد الباقي محمود، المرجع السابق، ص: 237.

(20)- أنظر المواد 278 مدني ألماني و101 مدني سويسري و217 مدني مصري، أوردها، عبد الباقي محمود، المرجع السابق، ص: 239.

(21)- أنظر المادة 378 من القانون الألماني التي أكدت على عنصر الخطأ بقولها: "على أن المدين يسأل عن خطأ نائبه الشرعي وخطأ الأشخاص الذين يستخدمهم لتنفيذ تعهده كما لو كان ذلك تقصيره الشخصي".

(22)- تنص المادة 101 من القانون السويسري: "إن كل من يعهد ولو بصورة شرعية إلى معاونيه كاهل منزله أو مستخدميه بأمر تنفيذ تعهداته أو مباشرة حقوقه قبل مدينه يكون مسؤولاً قبل الطرف الآخر عما قد يقع من ضرر أثناء تأديتهم وظيفتهم".

دور المعاملة الضريبية في تشجيع الاستثمار الأجنبي وتوجيهه في قانون الاستثمار الجزائري

معيفي لعزیز

أستاذ مساعد - كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة عبد الرحمن ميرة - بجاية

مقدمة

من المسلم به بأن السبيل الأفضل لدى الدول النامية لتطوير مجتمعاتها وتنميتها لا يتم إلا من خلال استقطابها لرؤوس الأموال الأجنبية، ولكن اتجاه الاستثمارات إليها يتوقف على مدى توفيرها لمناخ استثماري ملائم لها، وعلى هذا الأساس تعتبر المعاملة الضريبية التفضيلية (سياسة التحفيز أو التحريض الجبائي) إحدى الأساليب المستخدمة من طرف هذه الدول لجذب المستثمرين إليها.

والجزائر كغيرها من البلدان النامية قد أولت أهمية خاصة لمجال الاستثمار، بحيث أرست العديد من الأنظمة ووضعت ترسانة من التشريعات لمعاملة تلك الأموال، التي تفر على أشكال مختلفة للحوافز الضريبية سعياً منها للرفع من التدفقات الاستثمارية اللازمة لتنمية الاقتصاد الوطني.

لنصل إلى حقيقة والمتمثلة في كون أن سياسة الحوافز الضريبية للاستثمار أصبحت تحل مساحة واسعة في غالبية تشريعات الدول المتعلقة بالاستثمار، بل تنوعت صورها وتعددت أساليبها، ليثار التساؤل عندئذ عن أثر هذه الحوافز الذي تعتمد عليه الكثير من الدول في تفعيل الاستثمارات؟

هذا التساؤل يدفع بنا إلى البحث والإحاطة بأهم العناصر التي تحكم المعاملة الضريبية للاستثمار (المبحث الأول)، وفي دراسة نموذجية نحاول عرض موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة ذلك بتبيان أهم الامتيازات الضريبية الممنوحة للاستثمارات وفقاً لأحكام قانون الاستثمار رقم 03/01 المعدل والمتمم (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم الحوافز الضريبية للاستثمارات

لقد تعددت تعاريف سياسة التحفيز الضريبي للاستثمارات، وقصد فعالية هذه السياسة لأبد من توافر مجموعة من الشروط، وبالنظر إلى تعدد أشكالها نجد أن الدول تتبناها بغية تحقيق أهداف مسطرة من جوانب عدة.

المطلب الأول

تعريف سياسة التحفيز الضريبي :

لعل اختلاف المفكرين - لاسيما الاقتصاديين منهم - في استعمالهم لمصطلحات كثيرة والتي تدل كلها على تسمية مصطلح التحفيز الضريبي بالحث الجبائي أو الضريبة الحافزة، هو ما أدى إلى تعدد تعريفاته، وعلى العموم يقصد بالتحفيز الضريبي على أنه: " مجموعة من الإجراءات والترتيبات ذات قيم اقتصادية قابلة للتقويم بقيمة نقدية، تمنحها الدولة للمستثمرين سواء كانوا محليين أو أجانب، لكامل الاستثمارات أو لبعضها قصد تحقيق أهداف معينة، كأن تهدف الدولة مثلا إلى توجيه الاستثمارات إلى مجالات يعزف الاستثمار فيها أو أن تسعى إلى تنمية مناطق معينة... إلخ"¹.

المطلب الثاني

شروط فعالية سياسة التحفيز الضريبي:

من أجل فعالية سياسة التحفيز الضريبي للاستثمارات يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط التي نوجزها فيما يلي؛

الفرع الأول: شروط تتعلق بنطاق تطبيق التحفيز الضريبية

لإنجاح سياسة التحفيز الضريبي ينبغي وجود تطابق بينها وبين المشاريع الاستثمارية التي تستفيد منها، إضافة إلى ذلك فإنه من أجل الحفاظ على التوازن بين القطاعات يستلزم الأمر أن يكون حجم الإعفاء متناسب مع حجم المشروع الاستثماري فمثلا إذا كان هذا الأخير في بدايته فمن الأفضل منحه إعفاءات تخص رأسماله وبالتالي التخفيض من التكلفة، أما إذا كان في مرحلة الإنتاج والاستغلال فالمستثمر سوف يكون في حاجة ماسة إلى منح مشروعه إعفاءاً على الدخل أو الأرباح قصد استرجاع جزء من نفقاته².

الفرع الثاني: شروط تتعلق بتحديد مدة التحفيز الضريبية

إن تدخل الدولة في تحديد مدة التحفيز الضريبي يلعب دوراً مهماً في فعالية سياسة التحفيز الضريبي على المشاريع الاستثمارية، والوقت المناسب لتدخل الدولة عبر سياستها الجبائية هي الفترة التي تكون فيها الوضعية الاقتصادية في حاجة إلى إنعاش³.

الفرع الثالث: شرط يتعلق بالإعلام

يساهم عامل الإعلام في تفعيل سياسة التحفيز الضريبي عن طريق إيصال ونقل كل المعلومات الضرورية والكافية التي تتضمنها هذه السياسة للمستثمرين وبالتالي يسهل لهم الأمر من معرفة والإطلاع على الامتيازات الممنوحة⁴.

المطلب الثالث

الأشكال الشائعة للحوافز الضريبية للاستثمارات:

تسعى الدول النامية إلى زيادة حجم الاستثمارات بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية مستخدمة في ذلك أساليب عديدة أبرزها الحوافز الضريبية، والاعتماد على هذا الأسلوب أدى إلى ظهور ما يسمى بالتنافس الضريبي بينها، أما بشأن أشكال التيسيرات الضريبية بالرغم من كونها متفاوتة من تشريع دولة إلى أخرى، إلا أن هناك أشكالاً شائعة والتي تتحدد أساساً فيما يلي:

الفرع الأول: الإعفاءات الضريبية

يراد بالإعفاء الضريبي إسقاط حق الدولة عن بعض المكلفين في مبلغ الضرائب الواجب السداد مقابل التزامهم بممارسة نشاط معين في ظروف معينة⁵.

في حين هناك يفضل تسمية هذا النوع من التحفيز بالفراغ الضريبي، وهو التخفيض الجزئي أو الكلي للضرائب لفترة محدودة ويختلف مداه حسب رأس مال المستثمر والمنطقة المرغوب الاستثمار فيها ونوع الصناعة المعطاة لها⁶.

من خلال ما سبق، يتبين لنا أن الإعفاء الضريبي قد يكون كلياً أو جزئياً، وفي كلتا الحالتين قد يكون دائماً لمدة تشغيل المشروع أو حياته لدى بعض الدول، وقد يكون مؤقتاً أو ما يعرف بالإجازة الضريبية عند بعض الدول الأخرى، حيث يمنح هذا الشكل للمشروعات الاستثمارية إعفاء مؤقت من كل الضرائب أو بعضها لعدد من السنوات في

بداية حياتها يتمتع خلالها المستثمر بإجازة في التعامل الضريبي ثم ينتهي هذا الإعفاء بانتهاء هذه المدة أو الإجازة المحددة سلفاً⁷.

على الرغم من أن الإعفاءات الضريبية تعتبر من بين أشكال الحوافز الضريبية الأكثر شيوعاً في تشريعات الدول النامية، إلا أنها يشوبها العديد من العيوب لعل أبرزها؛ مشكلة تحديد تاريخ سريان الإعفاء فهل تحتسب من تاريخ الحصول على الموافقة لإنشاء المشروع أو تاريخ بدء العملية الإنتاجية.

الفرع الثاني: التخفيضات الضريبية

تلجأ معظم الدول إلى التخفيضات الضريبية من أجل تخفيف العبء الضريبي على المستثمرين مما يشجع على الاستثمار، ويتمثل هذا النظام كشكل من أشكال الحوافز الضريبية في قيام الدولة بتقليل قيمة الضريبة المستحقة على المستثمرين مقابل التزامهم ببعض الشروط كإعادة استثمار الأرباح والعوائد أو تخفيض جزء من رأس المال لتمويل المشروعات الاقتصادية بالدول المضيفة، وعموماً فإن هذه التقنية تستخدم وفقاً للتوجهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تسعى الدولة إلى تحقيقها⁸.

الفرع الثالث: نظام تثبيت الضريبة

تلجأ بعض تشريعات الدول إلى استعمال النظام الضريبي المثبت الذي يعد حافزاً قوياً لتشجيع تدفق الاستثمارات خاصة الأجنبية نحو نشاطات تقع في قمة سلم أولويات التنمية بها، وهي قطاعات لا يقبل المستثمر الاستثمار فيها إلا إذا تمتع بنوع من الاستقرار في وضعه الاقتصادي والضريبي.

ويثبت الوضع الضريبي للمستثمر إما من تاريخ الترخيص له بالاستثمار أو تاريخ إبرامه اتفاقية إنشاء الاستثمار، بحيث يكون المستثمر غير معني بالتغييرات التي تحدث في المجال الضريبي في الدولة المضيفة لاستثماره والتي يترتب عليها زيادة في أعبائه الضريبية إذا طبقت عليه فلا يتعرض بذلك لاضطراب في أعماله.

وبالنظر إلى كون أن هذا النظام يتعلق أساساً بسيادة الدولة المضيفة للاستثمار من خلال تنازلها عن أحد مظاهر السيادة على إقليمها، فإن تشريعها عادة يشترط صدور قانون أو مرسوم أو التصديق على اتفاقية إنشاء الاستثمار تقضي بمنح هذا النظام، فإذا استوفى المستثمر شروط الاستفادة من هذا النظام فإنه يرضخ خاضعاً للضرائب والرسوم

بحالتها القائمة في تاريخ صدور مرسوم الاعتماد أو التصديق وبه تضمن الدولة عدم تغيير معدل الضرائب محل النظام ووعائها وطرق حسابها وتحصيلها.

وإذا كان لنظام تثبيت الضريبة فوائد عملية للمستثمر المستفيد منه إلا أن له عدة مساوئ فإلى جانب كونه الذي يتضمن مساسا بالسيادة الضريبية للدولة المضيفة للاستثمار، فإنه يؤدي إلى تعقيدات بالنسبة لها وللمشروع المستفيد في آن واحد، فالتعديلات اللاحقة التي تطرأ على قوانين الضرائب قد تؤدي إلى تغيير جوهري في قواعد التحصيل البعض منها يمثل أكبر فائدة للمستثمر المستفيد من هذا النظام وبعضها ليس كذلك فإذا كان للمستثمر الحق من الاستفادة من هذه التعديلات فإن ممارسة هذا الحق يؤدي إلى جعل رقابة الإدارة على الوضع الضريبي للمستثمر أكثر تعقيداً⁹.

الفرع الرابع: نظام المعاملة الضريبية للخسائر المرحلة

تعتمد الدولة على نظام المعاملة الضريبية للخسائر المرحلة، كأسلوب لتفعيل الاستثمارات لديها، فالمشروع الاستثماري قد يحقق أو يتعرض إلى خسائر خلال سنة معينة، وعليه فإن الدولة تساهم في تحمل هذه الخسائر مثلما تساهم في أرباحه فتقوم بخصم هذه الخسائر من الأرباح المحققة في السنوات اللاحقة فكلما زادت السنوات التي يسمح لها بترحيل الخسارة في حدودها زاد الحافز لدى المستثمرين¹⁰.

الفرع الخامس: الأسعار أو المعدلات التمييزية

إن التمييز في معدل أو سعر الضريبة كشكل من أشكال الحوافز الضريبية يرتبط عكسياً بنتائج محددة لعمليات المشروع الاستثماري، كحجم استخدامه اليد العاملة المحلية وحجم التصدير ومدى مساهمته في تحقيق التنمية الاقتصادية... إلخ، فتزداد المعدلات تدريجياً كلما انخفضت نتائج عمليات الاستثمار والعكس صحيح.

وعلى هذا الأساس، فمثلاً ينخفض معدل أو سعر الضريبة كلما اتسع حجم المشروع الاستثماري وزاد عدد اليد العاملة المحلية المستخدمة أو زادت نسبة صادراته أو نسبة ما يحققه من أهداف الخطة التي تسعى الدولة لبلوغها أو كلما زادت حجم مداخله من المنتج الصناعي أو الزراعي المحلي، وبتزايد سعر الضريبة تدريجياً كلما قل استخدام المشروع الاستثماري من هذه المتغيرات¹¹.

وكخلاصة لما سبق، يبقى نظام الإعفاءات الضريبية هو الأكثر شيوعاً لدى الدول ولعل ذلك يعود إلى توافقه مع النماذج الدولية وما تجرى عليه في عقد الاتفاقيات لمنع الازدواج الضريبي وخضوع الدخل مرتين للضريبة مرة في الدولة المضيفة للاستثمار ومرة أخرى في الدولة المصدرة لرأس المال، كما أن لهذا الأسلوب أيضاً دور كبير في ضمان تدفق الاستثمارات بين الدول مع ضرورة التوسع في اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمارات بين الدول وإعطاء الحرية الكاملة لتحويل الأموال¹².

المطلب الرابع: أهداف سياسة التحفيز الضريبي

بالرغم من كون أن سياسة التحفيز الضريبي تقتضي على الدولة التضحية بإيرادات مالية ضخمة التي تعتبر من قبيل النفقات الجبائية التي تتحملها ميزانيتها، إلا أنها ترمي من خلال ذلك إلى إحداث آثار إيجابية وأبرزها؛

الفرع الأول: الأهداف الاقتصادية

من الجانب الاقتصادي يسعى المشرع من خلال مصادقته على برنامج التحفيز الضريبي إلى بعث الحركية للنشاط الاقتصادي بصفة عامة وتنمية الاستثمار بصفة خاصة، حيث تشجع الحوافز الجبائية تراكم رؤوس الأموال بتخفيض العبء الضريبي ومن ثمة حجم التكاليف، خاصة وأن المشاريع الاستثمارية عادة ما لا تحقق أرباحاً كبيرة، كما تهدف أيضاً إلى تحسين الإنتاجية من خلال زيادة مردودية عوامل الإنتاج وتخفيض تكلفة اليد العاملة من جانب، وتخفيض تكلفة الاستثمار ومن ثمة إمكانية منافسة السلع الأجنبية والعمل على تشجيع الصادرات خارج المحروقات من جانب آخر¹³.

الفرع الثاني: الأهداف الاجتماعية

تهدف سياسة التحفيز الضريبي إلى تشجيع المشاريع التي تعمل على توفير مناصب الشغل وبالتالي تساهم في التقليل من انتشار ظاهرة البطالة وتحقيقها للتوازن الجهوي من خلال توجيه الاستثمارات نحو المناطق المحرومة والأنشطة ذات الأولوية في المخطط الوطني للتنمية.

المبحث الثاني: موقف المشرع الجزائري تجاه الحوافز الضريبية للاستثمارات

إن الدولة الجزائرية من أجل تحقيق أكبر من النمو، تبنت سياسة التحفيز الجبائي

كأداة لتوجيه الاستثمار وتطويره وبهدف تحفيز رؤوس الأموال دوليًا ومحليًا منذ زمن الإصلاحات الاقتصادية، إلا أنه في السنوات الأخيرة حظيت هذه السياسة باهتمام أكبر، ويبرز ذلك من خلال إعادة صياغة نظام الامتيازات الممنوحة للمستثمرين في ظل قانون الاستثمار الحالي.

المطلب الأول

نطاق تطبيق نظام الامتيازات الضريبية:

لقد حدّد المشرع الجزائري في قانون الاستثمار لسنة 2001 المعدل والمتمم المستثمر وكذا أنواع الاستثمارات التي يمكن لها أن تستفيد من الامتيازات الضريبية.

الفرع الأول: تحديد المستثمر

تنص المادة الأولى من الأمر 03/01 المعدل والمتمم على أنه: " يحدد هذا الأمر النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية..."، ليكون بذلك كل من المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي المخاطبين بالاستفادة من الامتيازات الضريبية.

أولاً: المستثمر الوطني

الملاحظ أن الأحكام التي تضمنها قانون تطوير الاستثمار يشوبها نوع من الغموض، باعتبارها أوردت الاستثمارات الوطنية دون تحديد أي نوع منها، وهذا ما أثار الكثير من الجدل والتساؤلات حول مدى إمكانية استفادة المستثمر العمومي الوطني من أحكام هذا الأمر، إلى أن جاء الأمر رقم 04/01 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها الذي أكد المشرع من خلاله استبعاد المستثمر العمومي الوطني من نطاق تطبيق الأمر المتعلق بتطوير الاستثمار وبالتالي عدم إمكانية استفادته من الحوافز الضريبية المكرسة فيه¹⁴.

وعلى هذا النحو، فالمستثمر الوطني الخاص إذا كان قد لقي تهميشاً قبل مرحلة الإصلاحات الاقتصادية التي عرفتتها الدولة الجزائرية فإنه قد منحت له مكانة خاصة في فترة الإصلاحات وما بعدها بالنظر إلى الاستعانة به من أجل النهوض بالاقتصاد الوطني وتجاوز الأزمة الاقتصادية.

وعليه فالمستثمر الوطني الخاص قد يكون شخصاً طبيعياً كما يمكن أن يكون شخصاً معنوياً.

ثانياً: المستثمر الأجنبي

وفقاً لمعيار الجنسية يعتبر مستثمراً أجنبياً في قانون الاستثمار الجزائري كل من يحمل جنسية دولة غير الجنسية الجزائرية، والمستثمر الأجنبي على هذا النحو قد يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً.

فالمستثمر الأجنبي عندما يكون شخصاً طبيعياً يشترط أن يحمل جنسية دولة تقيم معها الدولة الجزائرية علاقات وتتعاقد معها، وحينما يكون شخصاً معنوياً يتم تحديد جنسيته بالنظر إلى دولة مقره الاجتماعي التي تتعاقد معها الجزائر، أو أن يكون مراقباً بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من قبل مواطني دولة تتعاقد معها الجزائر، أو من طرف أشخاص معنوية لها مقرها الاجتماعي على إقليم دولة تتعاقد معها الجزائر¹⁵، والشخص المعنوي في شكل شركة أجنبية لا يمكن له الاستثمار في الجزائر إلا إذا استوفى الإجراءات القانونية والإدارية لإنشاء هيكل قانوني على إقليم الدولة الجزائرية وفقاً لتشريعاتها وقيدته في السجل التجاري.

الفرع الثاني: تحديد الاستثمار

باستقراء نص المادة 01 من الأمر 03/01 السالف الذكر، يمكن أن نستنتج نطاق تطبيق الحوافز الضريبية من حيث موضوع الاستثمار، والتي تشمل على وجه الخصوص الاستثمارات التي تتجزأ في مجال إنتاج السلع والخدمات وكذا الاستثمار في بعض المجالات التي كانت حكراً على الدولة والمؤسسات العمومية التابعة لها ذلك بعد الحصول على رخصة من السلطات المختصة، وعلى خلاف التشريعات السابقة المتعلقة بالاستثمار نجد أنه أضاف أشكالاً جديدة والمتمثل في المساهمة في رأسمال مؤسسة واستعادة النشاط في إطار حوصصة جزئية أو كلية.

أولاً: تحديد مجالات الاستثمار التي يمكن أن تستفيد من الحوافز الضريبية

لقد وسع قانون تطوير الاستثمار من مجالات الاستثمار التي يمكن لها الحصول من المزايا الجبائية.

1- الاستثمارات المنتجة للسلع والخدمات

إن الاستثمارات المنتجة سواء تعلق الأمر بإنتاج السلع أو إنتاج الخدمات تؤدي

دورا هاما في تحقيق النمو الاقتصادي، وزيادة القدرة الإنتاجية وتوفير مناصب الشغل وزيادة حجم الصادرات وتوفير مختلف المنتجات من سلع وخدمات¹⁶.

وكقاعدة عامة كل عملية استثمارية تشمل إنتاج سلع أو خدمات هي معنية من الاستفادة للحوافز الضريبية التي تضمنها قانون تطوير الاستثمار، ففيما يخص الاستثمارات المنتجة للسلع فإن الأمر يتعلق بعملية تحويل المواد الأولية لإنتاج أو صناعة منتجات جزائرية، كصناعة الآلات الالكترونية والمعدات وتركيبها، صناعة الملابس، صناعة المواد الغذائية...إلخ، أما الاستثمارات المنتجة للخدمات فتشمل المنتجات غير المادية، أي هي عبارة عن مجموعة من الحقوق المتصلة بالملكية ولها قيمة اقتصادية، وعادة ما تكون تابعة لعمليات إنتاج السلع كخدمات بعد البيع، الاستثمارات الاقتصادية¹⁷. وما ينبغي الإشارة إليه، هو أن هناك مجموعة من النشاطات والسلع مستثناة من التحفيز الضريبي، المحددة في المرسوم التنفيذي رقم 08/07 المؤرخ في 11 جانفي 2007¹⁸.

2- الاستثمار في إطار منح الامتياز أو الرخصة

يعتبر الاستثمار الذي ينجز في إطار منح الامتياز أو الرخصة الجديد الذي كرسه المشرع الجزائري في قانون تطوير الاستثمار، إذ يعتبر بمثابة استثمار لإنتاج سلعة أو خدمة، يخضع لرخصة تسلم من قبل الإدارة المختصة وفق إجراءات تختلف باختلاف طبيعة ومجال النشاط الاستثماري، وهذا الأسلوب يحاول المشرع من خلاله الاحتفاظ بسلطة الرقابة على ممارسة بعض النشاطات الاستثمارية نظراً لأهميتها أو لأسباب أخرى قد تكون أمنية، الحفاظ على النظام العام، حماية البيئة والصحة العمومية أو بغية تحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية...إلخ¹⁹.

وعن أمثلة للاستثمارات التي تخضع لنظام الرخصة نذكر على سبيل المثال لا الحصر، الاستثمار في مجال الطيران المدني، الاستثمار في قطاع البريد والمواصلات، الاستثمار الخاص بممارسة نشاط الحراسة ونقل المواد الحساسة، الاستثمار في المجال البنكي...إلخ، وعليه فكل شخص يستثمر أمواله في هذا المجال بإمكانه الاستفادة من الحوافز الضريبية عن طريق تقديم طلب منح الامتيازات يكون مرفوقا بطلب الترخيص إلى الهيئة المختصة.

ثانياً: تحديد أشكال الاستثمارات التي يمكن أن تستفيد من الحوافز الضريبية

لقد عدّ المشرع أهم الأشكال التي تتخذها الاستثمارات المعنية بالمعاملة الضريبية التفضيلية، وتمثل هذه الصور في؛

1- إنشاء نشاطات جديدة المنمية للقدرات والمعدة للتأهيل أو الهيكلة

لقد وسع قانون الاستثمار في صور الاستثمار، وللمستثمر الحرية الكاملة في اختيار الشكل الذي يرغب فيه، من بين الأشكال، إنشاء نشاطات استثمارية جديدة (منشئة) ويراد بها إنشاء مؤسسة جديدة برأسمال وطني أو أجنبي يتمتع بالشخصية المعنوية، إلى جانب الاستثمارات المنمية للقدرات لإنتاج السلع أو الخدمات والتي يقصد بها الاستثمارات التي تنجز من أجل الزيادة في الإنتاج وتحسين النوعية والتوسيع في قدرات المؤسسة الموجودة²⁰.

إضافة إلى الاستثمارات المعدة للتأهيل أو الهيكلة، فأما تأهيل المؤسسة يقصد به استرجاع نشاطها بعد ما كانت تعاني من صعوبات في طريقة تسييرها وتنظيمها والمعرضة للإفلاس أو الغلق، أما إعادة الهيكلة يراد بها تفكيك المؤسسات الوطنية الكبرى التي تعاني من عدم الفعالية في التسيير والتنظيم والتي يصعب التحكم فيها إلى مؤسسات عمومية صغيرة الحجم حتى تسهل عملية تفعيلها سواء من حيث التنظيم والتسيير وكذا التحكم فيها²¹.

والشيء الجدير بالذكر في هذا المقام، هو أن معظم المؤسسات العمومية المطروحة للخصوصية تكون في الغالب غير مؤهلة وبالتالي لا تحظى بإقبال كبير جداً قصد شرائها، مما يدفع في هذا المجال السلطات العمومية إلى إعادة هيكلتها قصد ضمان استمراريتها من جانب، وزيادة متحصلات البيع الناجم عن خصوصتها من جانب آخر، وهذا ما يجعل إجراء إعادة الهيكلة نوع من أنواع الإعداد والتطوير للمؤسسات في اتجاه الملكية الخاصة²²، ليظهر بذلك الدور الذي توخاه المشرع من وراء هذا النوع من الاستثمار هو إشراك المستثمرين الوطنيين والأجانب في عملية هيكلة الاقتصاد الوطني.

2- المساهمة في إطار رأسمال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية

نصت عليها الفقرة 02 من المادة 02 من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار، حيث ينقسم رأسمال الشركة المساهمة إلى حصص صغيرة القيمة تسمى بالأسهم، وقد

تكون هذه الحصص في شكل مساهمات نقدية (les actions numéraires) والتي تمثل حصة مالية في رأس مال الشركة والاكنتاب العام لا يقع إلا عليها، كما يمكن أن تكون هذه الحصص في شكل مساهمات عينية (les actions d'apport)، والتي تشمل تقديم شيء آخر غير النقود يلتزم المساهم بتقديمها للشركة على سبيل التمليك أو الانتفاع سواء كانت عقار أو منقول مادي أو معنوي²³.

3- استعادة النشاطات الاستثمارية في إطار خصوصية

يعتبر استعادة النشاط في إطار عملية خصوصية جزئية أو كلية من أهم الأشكال الجديدة للاستثمار التي جاء بها قانون تطوير الاستثمار، ويقصد بعملية الخصوصية الزيادة في تدخل أو إشراك دور القطاع الخاص والتقليص من دور القطاع العام في عملية التنمية الاقتصادية²⁴.

لقد شهدت الدولة الجزائرية الخصوصية في بداية الأمر من خلال القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12/01/1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، إذ بموجبه تم السماح للمؤسسات العمومية الاقتصادية إمكانية التنازل عن أملاكها والتصرف فيها وفقا لقواعد القانون التجاري²⁵، ليصدر بعد ذلك الأمر رقم 22/95 المؤرخ في 26/08/1995 الذي يعد بمثابة قانون خاص بالخصوصية، واعتبر المؤسسات العمومية الاقتصادية نوع من أنواع الاستثمار²⁶، لتترجم الدولة الجزائرية نيتها الصريحة في تبنيها وإرسائها لأسس اقتصاد السوق الذي يعبر عن التنافس والحرية في امتلاك وسائل الإنتاج عن طريق تعديل بعض الأحكام الواردة في الأمر رقم 22/95 المشار إليه أعلاه بالأمر رقم 04/01، هذا الأخير عرّف الخصوصية على أنها كل صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من قبل المؤسسات العمومية، وتشمل هذه الملكية كل رأسمال المؤسسة أو جزء منه تحوزه الدولة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة أو الأشخاص المعنويين الخاضعون للقانون العام وذلك عن طريق التنازل عن أسهم أو حصص اجتماعية واكتتاب في الزيادة في رأس المال، والأصول التي تشكل وحدات استغلال مستقلة في المؤسسات التابعة للدولة²⁷.

وعلى هذا الأساس فإلى جانب كون أن الخصوصية تعتبر من بين الأشكال الأساسية للاستثمار، فهي كذلك محفزة للمستثمرين الأجانب والوطنيين بالنظر إلى

التحفيّزات والتسهيلات الضريبية التي تمنح لهم في حالة اختيارهم لهذا النوع من الاستثمار.

المطلب الثاني: محتوى الامتيازات الضريبية في ظل قانون الاستثمار

لقد ميّز المشرع في قانون تطوير الاستثمار بين صنفين من المزايا وأدرجهما في نظامين مختلفين، امتيازات النظام العام للاستثمار من جهة، وامتيازات النظام الاستثنائي للاستثمار من جهة أخرى .

الفرع الأول: امتيازات النظام العام للاستثمار

تعرف امتيازات النظام العام للاستثمار على أنها تلك الامتيازات والحوافز الجبائية والجمركية التي تمنح للاستثمارات كيف ما كانت طبيعتها ومهما كان تموقعها، أو بالأحرى تشكل امتيازات النظام العام للاستثمار الحد الأدنى من التدابير التشجيعية التي يمكن أن تمنح للمستثمر سواءً كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، عامّاً أو خاصّاً، مقيماً أو غير مقيم يحقق بإسهامه استثماراً بالجزائر²⁸.

إن الامتيازات الجبائية الممنوحة في إطار النظام العام للاستثمار والتي تمس أصناف مختلفة من المستثمرين والاستثمارات، تتضمن التخفيض أو الإعفاء من بعض الضرائب تمنح وفقاً لهذا النظام على مرحلتين؛ امتيازات تمنح لدى انجاز الاستثمار وأخرى تمنح لدى استغلاله.

أولاً: الامتيازات بعنوان انجاز الاستثمار

تستفيد الاستثمارات المحددة في المادتين 01 و 02 من الأمر 03/01 المعدل والمتمم في مرحلة الانجاز إلى جانب الحوافز الضريبية وشبه الضريبية والجمركية المنصوص عليها في القانون العام من الامتيازات التالية؛

- إعفاء المستثمر من دفع الحقوق الجمركية فيما يخص السلع غير المستثناة من الامتيازات والمستوردة والتي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار.

- إعفاء الاستثمارات من دفع الرسم على القيمة المضافة فيما يخص السلع والخدمات غير المستثناة من الامتيازات والمستوردة أو التي يتم اقتناؤها محلياً والتي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار.

- إعفاء المستثمرين من دفع حق نقل الملكية بعوض عن كل المقفنيات العقارية التي تمت في إطار الاستثمار المعني.

ثانيا: الامتيازات بعنوان استغلال الاستثمار

مباشرة بعد تشغيل أو استغلال المستثمر لمؤسسته أو شركته يستفيد من امتيازات تتمثل في الإعفاء لمدة سنة إلى ثلاث سنوات بعد معاينة الشروع الفعلي لممارسة نشاطه الاستثماري الذي تعده المصالح الجبائية بطلب منه، من الإعفاء للضريبة على أرباح الشركات وكذا الإعفاء من دفع الرسم على النشاط المهني.

مع إمكانية رفع مدة الإعفاء من ثلاث إلى خمس سنوات بالنسبة للاستثمارات التي تنشئ أكثر من مائة (100) منصب شغل عند بداية النشاط²⁹.

والشيء الجدير بالذكر، هو أن مضمون الامتيازات المتعلقة بالنظام العام التي تمنح للاستثمارات بعنوان الاستغلال تمثل الجديد الذي كرسه قانون المالية التكميلي لسنة 2010 الذي عدل بعض الأحكام التي تضمنها الأمر 08/06 المعدل والمتمم للأمر 03/01 الذي لم يتناول أصلا الامتيازات في مرحلة الاستغلال التي تمنح للاستثمارات في إطار امتيازات النظام العام للاستثمار، ومن الواضح أن السلطات العمومية في الجزائر تهدف من خلال ذلك تحفيز وتشجيع المشاريع الاستثمارية التي تخلق مناصب شغل جديدة إلى التقليل من ظاهرة البطالة التي تعاني منها.

المطلب الثاني: امتيازات النظام الاستثنائي

تشمل امتيازات النظام الاستثنائي مجمل الحوافز التي يمكن أن تمنح للمشاريع الاستثمارية التي تنجز في المناطق التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من الدولة، وكذا الاستثمارات التي تشكل أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني.

الفرع الأول: الامتيازات الممنوحة للاستثمارات التي تنجز في المناطق التي يستدعي تنميتها مساهمة خاصة من الدولة

لقد نصت المادة 10 في فقرتها 1 من الأمر 03/01 المعدل والمتمم على استفادة المشاريع الاستثمارية التي تنجز في المناطق التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من طرف الدولة من مزايا خاصة، تختلف بحسب ما إذا كان المشروع الاستثماري في مرحلة الانجاز أو مرحلة الاستغلال.

أولاً: امتيازات في مرحلة إنجاز الاستثمار

- تستفيد الاستثمارات التي تنجز في المناطق ذات الأولوية، المتعلقة بالنشاطات غير المستثناة من المزايا، في مرحلة إنجازها من المزايا التالية؛
- الإعفاء من دفع حقوق نقل الملكية بعوض من كل المقتنيات العقارية التي تتم في إطار عملية الاستثمار.
 - تطبيق حق التسجيل بنسبة مخفضة قدرها اثنان في الألف (02%) فيما يخص العقود التأسيسية للشركات والزيادات في رأس المال.
 - إن الدولة هي التي تتكفل جزئياً أو كلياً بالمصاريف والنفقات فيما يخص الأشغال المتعلقة بالمنشآت الأساسية لانجاز الاستثمار، بعد تقييم أولي تقوم به الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار.
 - إعفاء المشاريع الاستثمارية من الرسم على القيمة المضافة فيما يخص السلع والخدمات غير المستثناة من المزايا والتي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار سواء كانت مستوردة أو مقتناة من السوق المحلية.
 - يتم إعفاء كل مستثمر أنجز مشروعه الاستثماري في المناطق ذات الأولوية من الحقوق الجمركية فيما يخص السلع المستوردة وغير المستثناة من المزايا والتي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار.
- من خلال ما تقدم ذكره، نستنتج أن المشرع من خلال التعديل الذي جاء به الأمر رقم 08/06 قد منح مزايا أكبر من تلك التي أقرها الأمر رقم 03/01، حيث تم الانتقال إلى النص على تطبيق الإعفاء من بعض الضرائب بدلاً من تطبيق النسبة المخفضة عليها، شريطة أن تكون هذه المزايا الممنوحة للاستثمارات التي تنجز في إطار المناطق التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من الدولة، أثناء مرحلة إنجازها، متعلقة أساساً بنشاطات غير مستثناة من المزايا.

ثانياً: امتيازات بعد معاينة انطلاق الاستغلال

- عندما تباشر الاستثمارات المذكورة في الفقرة 2 من المادة 10 من قانون تطوير الاستثمار عن طريق محضر معاينة تعدده المصالح الجبائية وبطلب من المستثمر فإنها تستفيد من امتيازات خاصة في هذه المرحلة والتي تشمل؛

- الإعفاء لمدة عشر (10) سنوات من النشاط الفعلي من الضريبة على أرباح الشركات ومن الرسم على النشاط المهني.

- الإعفاء لمدة عشر (10) سنوات ابتداءً من تاريخ الاقتناء من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار.

إضافة إلى المنافع المذكورة، تمنح الوكالة أيضاً لهذا النوع من الاستثمارات مزايا إضافية من شأنها أن تحسن أو تسهل عملية الاستثمار كتأجيل العجز أو آجال الاستهلاك³⁰.

الفرع الثاني: الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني

تنص المادة 10 في فقرتها 02 من الأمر 03/01 المعدل والمتمم على أنه : " وكذا الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني لا سيما عندما تستعمل تكنولوجيا خاصة من شأنها أن تحافظ على البيئة وتحمي الموارد الطبيعية وتدخر الطاقة وتفضي إلى تنمية مستدامة " .

وعليه فالمشاريع الاستثمارية التي تشكل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني يمكن لها الاستفادة من الامتيازات يتم التفاوض عليها بين الوكالة و المستثمر في إطار إبرام اتفاقية الاستثمار.

أولاً: اتفاقية الاستثمار

لصحة إبرام اتفاقية الاستثمار لابد من توافر ومراعاة شروط شكلية وأخرى موضوعية.

1- الشروط الشكلية

إن اتفاقية الاستثمار عبارة عن عقد دولي تخضع لأحكام القانون الدولي الخاص ويطلق عليها بمصطلح "عقود الدولة"، فهي تختلف عن اتفاقية تشجيع و حماية الاستثمارات التي تخضع لأحكام القانون الدولي العام و التي تعتبر كمعاهدة³¹، وتبرم اتفاقية الاستثمار بين المستثمر من جهة، والوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار التي تتصرف باسم ولحساب الدولة الجزائرية من جهة أخرى، ذلك بعد أخذ موافقة من المجلس الوطني للاستثمار³².

وإذا كان المستثمر أجنبيا فإنه يتم التفاوض حول شروط وكيفيات الاستثمار في الجزائر، والامتيازات الجبائية التي تمنحها الوكالة، كما يمكن أن تتناول الاتفاقية تحديد القانون الواجب التطبيق وبالتالي إمكانية استبعاد تطبيق القانون الوطني كما تتناول إجراءات تسوية المنازعات التي قد تترتب بشأن الاستثمارات التي تضمنتها الاتفاقية³³.

2- الشروط الموضوعية

بالرجوع إلى أحكام نص المادة 10 في فقرتها الثانية من الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم يتبين لنا بأن المشاريع الاستثمارية التي تكون محل وموضوع اتفاقية الاستثمار هي تلك الاستثمارات التي تشكل أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني.

وما يمكن الإشارة إليه، هو أن العبارة الواردة في مضمون نص المادة السالفة الذكر "أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني" هي فكرة عامة ومطلقة، يرجع أمر تحديدها وتقديرها وفق معايير تخضع للتنظيم - الذي لم يصدر بعد - وبعد وصول الطرفان إلى الاتفاق حول موضوع اتفاقية الاستثمار ومضمونها اشترط المشرع إلزامية خضوعها لموافقة المجلس الوطني للاستثمار الذي يتولى دراسة مضمون المزايا الممنوحة، وإذا رأى بأن الاتفاقية تتعارض مع التشريع المعمول به فإنه يرفضها، ولا تكون اتفاقية الاستثمار سارية المفعول إلا بعد نشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ثانيا: الامتيازات الممنوحة للمشاريع الاستثمارية التي تشكل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني

إن التعديلات الجديدة التي طرأت على قانون الاستثمار لاسيما الأمر 08/06 وكذا الأمر 01/09 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، قد غيرت جذريا من محتوى الامتيازات التي يمكن للاستثمارات التي تشكل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني أن تستفيد منها³⁴، وهذه الامتيازات تختلف بحسب ما إذا كان المشروع الاستثماري في مرحلة الانجاز أو مرحلة الاستغلال .

1- امتيازات في مرحلة إنجاز المشروع الاستثماري

تستفيد هذه الاستثمارات في مرحلة الإنجاز ولمدة أقصاها خمس سنوات كلاً أو جزءاً من المزايا التالية؛

- إعفاء و/أو خلوص الحقوق و الرسوم و الضرائب و غيرها من الاقتطاعات الأخرى ذات الطابع الجبائي المطبقة على الاقتناءات سواء عن طريق الاستيراد أو من السوق المحلية، للسلع والخدمات الضرورية لإنجاز المشروع الاستثماري.

- إعفاء من حقوق التسجيل المتعلقة بنقل الملكيات العقارية المخصصة للإنتاج وكذا الإشهار القانوني الذي يجب أن يطبق عليها.

- إعفاء من حقوق التسجيل فيما يخص العقود التأسيسية للشركات و الزيادات في رأس المال.

- إعفاء من الرسم العقاري فيما يخص الملكيات العقارية المخصصة للإنتاج.

2- امتيازات في مرحلة استغلال المشروع الاستثماري

تستفيد الاستثمارات التي تشكل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني في مرحلة الاستغلال ولمدة عشر سنوات، بناءً على محضر معاينة، بداية استغلال المشروع الاستثماري، التي تعدها المصالح الجبائية بطلب من المستثمر، من المزايا الآتية ذكرها؛

- الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات.

- الإعفاء من الرسم على النشاط المهني.

إلى جانب ذلك، فإنه يمكن للمجلس الوطني للاستثمار أن يمنح مزايا إضافية طبقاً للتشريع المعمول به.

خاتمة

من خلال هذه الدراسة نخلص للقول أن قانون الاستثمار الجزائري الجديد قد عرف تطوراً كبيراً خلال العشرية الأخيرة فيما يخص جانب الامتيازات الممنوحة للاستثمارات، فقد منح مزايا جبائية وإعفاءات جمركية ومالية للمستثمر لم تمنحها التشريعات السابقة، ونخص بالذكر المرسوم التشريعي رقم 12/93 الذي قيد منح الامتيازات في إطار اتفاقية الاستثمار وذلك بضرورة مراعاة التشريع المعمول به، فلا تمنح امتيازات احتياطية إلا في إطار ما تضمنته قوانين المالية.

كما نستشف أيضا من أحكامه أن المشرع قد أعاد صياغة نظام الامتيازات واستثنى الامتيازات المتعلقة بمناطق التبادل الحر ولم ينص على أي تقييد لنظام الامتيازات (الامتيازات الخاصة بنظام اتفاقية الاستثمار)، كما أعطى الحرية في تقديرها وتقديرها للوكالة بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار عليها كأجهزة جديدة مستحدثة، وخول لهما الاختصاص فيما يتعلق بإعداد وتطبيق سياسة الدولة في مجال الاستثمارات. وفيما يخص موضوع تحديد طبيعة الاستثمارات التي تنجز في المناطق التي تتطلب تمهيتها مساهمة خاصة من الدولة، وكذا الاستثمارات التي تشكل أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني فإن المشرع رغم أنه كان واضحا فيما يتعلق بالاستثمارات التي تنجز في المناطق المذكورة في الفقرة 1 من المادة 10 من الأمر 03/01 أين أسند هذه المهمة إلى المجلس الوطني للاستثمار، إلا أنه فيما يتعلق بالجهة المخولة لها بتحديد الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني يشوبها نوع من الغموض - بتعبير أدق التعارض - فمن جهة تنص المادة 10 في فقرتها 3 على أن المجلس الوطني للاستثمار هو صاحب الاختصاص في تحديد هذا النوع من المناطق، ومن جهة أخرى فإنه بموجب التعديل الأخير في سنة 2006 لقانون الاستثمار تضمنت الفقرة 2 نص المادة 12 مكرر منه على أن الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني يتم تحديدها وفق معايير تخضع للتنظيم - الذي لم يصدر بعد - ذلك بعد أخذ موافقة المجلس الوطني للاستثمار، ليصبح هذا الأخير ليس هو المكلف بتحديد هذه الاستثمارات وإنما مهمته تتحصر فقط على الموافقة على معايير تحديدها.

الهوامش

¹ طالب محمد، أثر الحوافز الضريبية وسبل تفعيلها في جذب الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد السادس، ص 316.

² قرقوس فتيحة، النظام الجبائي والاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001/2000، ص 91.

³ PIERRE Fantaneau, Essai sur l'investissement, Edition PUF, 1957, p 45.

⁴ قرقوس فتيحة، المرجع السالف الذكر، ص 92.

- ⁵ قدي عبد المجيد، المدخل إلى السياسات الاقتصادية الكلية، الطبعة الثانية، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص 173.
- ⁶ دراز حامد عبد المجيد، دراسات في السياسات المالية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 151.
- ⁷ عطية عبد الحليم صقر، الحوافز الضريبية لتشجيع الاستثمار في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 138.
- ⁸ طالبي محمد، المرجع السابق، ص 317.
- ⁹ المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، الاتجاهات التشريعية لمعاملة الاستثمار ضريبيا في القانون المقارن والتشريعات العربية، ندوة المعاملة الضريبية للاستثمار العربي الوافد في الأقطار العربية، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، 22 و 23 أكتوبر 1984، ص ص 44 إلى 46.
- ¹⁰ محمد ريحان حسين، دور الحوافز الضريبية في توجيه الاستثمارات وآثارها على الدخل الضريبي، المجلة العلمية للبحوث والدراسات التجارية، العدد الثالث، جامعة حلوان، 1988، ص 105.
- ¹¹ عطية عبد الحليم صقر، المرجع السالف الذكر، ص 136.
- ¹² منصور الزين، آليات تشجيع وترقية الاستثمار كأداة لتمويل التنمية الاقتصادية، رسالة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، تخصص نقود ومالية، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير، جامعة الجزائر، ص 183.
- ¹³ قويدري كمال، السياسة المالية وأثرها على الاستثمار في الجزائر، بحث لنيل شهادة الماجستير، تخصص نقود، مالية وبنوك، جامعة سعد دحلب، البليدة، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، سبتمبر 2006، ص 99.
- ¹⁴ تنص المادة 02 من الأمر 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج.ر.ج.ج عدد 47، الصادرة في 22 أوت 2001، على أنه: "المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام أغلبية رأس المال الاجتماعي مباشرة أو غير مباشرة وهي تخضع للقانون العام".
- ¹⁵ أنظر المادة 02 من النظام رقم 03/90 المحدد شروط تحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل النشاطات الاقتصادية وإعادة تحويلها إلى الخارج ومداخلها، ج.ر.ج.ج عدد 45، الصادرة في 24 أكتوبر 1990.
- ¹⁶ يوسف محمد، مضمون وأهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار، مجلة إدارة، العدد 02، لسنة 1999، ص 89.

¹⁷ أوباية مليكة، مبدأ حرية الاستثمار في القانون في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2005/12/27، ص 30.

¹⁸ مرسوم تنفيذي رقم 08/07 مؤرخ في 11 جانفي 2007، يحدد قائمة النشاطات والسلع المستثناة من المزايا المحددة في الأمر 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2003 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج. عدد 04، الصادرة في 2007/01/12.

¹⁹ عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2006/2005، ص 119.

²⁰ عليوش قريوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، د.م.ج، الجزائر، 1999، ص 23.

²¹ عرباجي اسماعيل، اقتصاد المؤسسة - أهمية التنظيم ديناميكية الهياكل - ، الطبعة الثانية، د.م.ج، الجزائر، ص32.

²² قدي عبد المجيد، المرجع السالف الذكر، ص 241.

²³ فوضيل نادية، شركات الأموال في القانون الجزائري، د.م.ج، الجزائر، ص 198.

²⁴ أوباية مليكة، المرجع السالف الذكر، ص 34.

²⁵ أمر رقم 02/88 مؤرخ في 12/01/1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر.ج. عدد 02، الصادرة في 13/01/1988.

²⁶ أمر رقم 22/95 مؤرخ في 26/08/1995، يتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر.ج. عدد 48، الصادرة في 03/09/1995.

²⁷ أنظر المادة 13 من الأمر رقم 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001، المرجع السابق الذكر.

²⁸ SADOUDI Ahmed, Les incitations fiscales et la promotion des investissements en Algérie, In annales de l'institut-maghrébines d'économie douanière et fiscales, 1994, pp 35-46.

²⁹ راجع المادة 49 من الأمر 01/10 المؤرخ في 26 أوت 2010 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج.ر.ج. عدد 49، الصادرة في 29 أوت 2010.

³⁰ أنظر المادة 11 من الأمر 03/01، المؤرخ في 20 أوت 2003، المتضمن قانون تطوير الاستثمار، ج.ر.ج. عدد 47، الصادرة في 22 أوت 2001.

³¹ قادري عبد العزيز، دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية عقد الدولة، مجلة الإدارة، العدد 01، لسنة 1997، ص 44.

³² راجع المادة 12 من الأمر 03/01، يتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم، المرجع السالف الذكر.

³³ أنظر في هذا الإطار:

- NADJI Mouhamed Salah, Analyse du code des investissements 93-12 du 05 octobre, Thèse pour l'obtention de diplôme de magister, Spécialité droit et relations internationales, Institut

de droit et sciences administratives de Ben Aknoune, Université d'Alger, soutenu le 07/02/1996, pp. 35 et 36.

³⁴ قانون 01/09 مؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.ج. عدد 44، الصادرة في 26 جويلية 2009.

التحديات الراهنة للإتحاد الإفريقي في مجال السلم والأمن الإفريقيين

معزى عبد السلام

أستاذ مساعد - كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

مقدمة:

لقد عرفت القارة الإفريقية متغيرات ومستجدات و تحديات إقليمية عديدة كانت دافعا للدول الإفريقية قصد الاهتمام بمسألة أمنها و استقرارها، بحيث سارعت لإيجاد بديل للتكامل والتعاون الإقليمي الأمني السابق حتى تتمكن من مواجهة هذه المستجدات والتحديات والتطلع إلى إتحاد إفريقي أكثر تنظيما وتنسيقا وهيكلية.

وعلى أساس ذلك جاء الإعلان عن إنشاء الإتحاد الإفريقي في الدورة العادية الخامسة والثلاثون لمؤتمر رؤساء الدول و الحكومات الأعضاء بمنظمة الوحدة الإفريقية المنعقدة بالجزائر في الفترة الممتدة من 12 - 14 جوان 1999 والتي صدر عنها قرار بقبول الدعوة المقدمة من القائد الليبي معمر القذافي لاستضافة دولته لمؤتمر قمة استثنائية في سبتمبر 1999 بقصد تفعيل المنظمة، و قد انعقدت القمة الاستثنائية يومي 8 و 9 سبتمبر 1999 وهي القمة الرابعة لمؤتمر رؤساء الدول و الحكومات الأعضاء بمنظمة الوحدة الإفريقية، وتوجت أعمالها بإعلان "سيرت" الذي نص على إنشاء "الاتحاد الإفريقي" ليصبح التنظيم الإقليمي الجديد المنوط به تعزيز السلم والأمن والاستقرار في القارة، بعدما عصفت بها ما يقرب من خمسة نزاعات حدودية وأكثر من خمسة عشر حرب أهلية، أدت إلى تأخر القارة على جميع المستويات السياسية والاقتصادية والأمنية والاجتماعية، تنوعت أسبابها ما بين الممارسات القهرية لأنظمة الحكم الإفريقية، والحرمان الاقتصادي، والتنافس على الموارد، والمشروطة السياسية والاقتصادية، والعولمة، والتدخل الخارجي في شؤون دول القارة، وعصر القطبية الواحدة بزعامة الولايات المتحدة.

وترتبيا على ذلك قامت الأمانة العامة للمنظمة بإعداد مشروع نص القانون الأساسي للاتحاد الإفريقي الذي تم دراسته بجانب برتوكول برلمان عموم إفريقيا، على مستوى الخبراء والقانونيين والبرلمانيين "بأديس أبابا" في الفترة الممتدة 12 إلى 17

أفريل من عام 2000، وبطرابلس في الفترة الممتدة من 27 إلى 30 ماي 2000، ثم في المؤتمر الوزاري المنعقد في الفترة من 31 ماي إلى 02 جوان 2000. قد تم تقديم مشروع القانون التأسيسي لاتحاد الإفريقي إلى الدورة العادية السادسة و الثلاثون لمؤتمر رؤساء الدول و الحكومات الأعضاء بمنظمة الوحدة الإفريقية بـ "لومي" في الفترة من 10 - 12 جويلية 2000 بحيث تم اعتماده رسميا.

ويعكس ما سبق إجماع الدول الإفريقية على أهمية دور الإتحاد الإفريقي في تعزيز السلم والأمن والاستقرار في القارة، وعزمها على توفير البيئة المناسبة للتنمية الاقتصادية لتحقيق الرفاهية لشعوبها، كي تأخذ المكانة التي تليق بها على الساحة الدولية، بما يتفق مع ما لديها من موارد وقدرات و ثروات بشرية ومادية.

لكن هذا التحول الذي عرفته القارة الإفريقية من الجانب المؤسساتي بظهور الإتحاد الإفريقي كبديل عن منظمة الوحدة الإفريقية، صاحبه العديد من التساؤلات خاصة مع الأزمات التي كثرت في الآونة الأخيرة و مدى قدرة هذا التنظيم من الحد منها، فهل يتمتع الإتحاد الإفريقي بالإمكانات اللازمة لحفظ السلم و الأمن في القارة ؟ و ما هي أهم التحديات الراهنة للإتحاد الإفريقي في المجال الأمني؟

لذا فإن هذه الورقة البحثية سوف تبين تحديات الإتحاد الإفريقي في ممارسة صلاحياته المتعلقة بحفظ السلم و الأمن الإفريقيين في مبحث أول، وندرس في المبحث الثاني مشاكل الإتحاد الإفريقي التي تواجهه على أداء مهامه الأمنية في القارة وانعكاساتها.

المبحث الأول: تحديات الإتحاد الإفريقي في ممارسة صلاحياته المتعلقة بحفظ السلم و الأمن الإفريقيين

يعتبر حفظ السلم و الأمن في إفريقيا من بين الأولويات و الأهداف و المبادئ التي يسعى الإتحاد الإفريقي إلى تحقيقها، ولا يكون له ذلك إلا إذا اتخذ تدابير من شأنها أن تساهم في تعزيز السلم والأمن والاستقرار الجماعي في القارة الإفريقية، وكذا الإسراع في تسوية مختلف النزاعات الداخلية التي تعاني منها إفريقيا.

المطلب الأول: الجهود الرامية إلى تعزيز السلم والأمن والاستقرار الجماعي للقارة الإفريقية

يبدل الإتحاد الإفريقي جهود كبيرة و جبارة في سبيل تحقيق السلم و الأمن في القارة الإفريقية لاسيما تلك التي تؤدي إلى الحد من انتشار العنف وعدم الاستقرار في القارة ومن بين هذه الجهود نذكر ما يلي:

الفرع الأول: منع انتشار الأسلحة في إفريقيا

إن ظاهرة انتشار الأسلحة في إفريقيا خاصة الأسلحة الخفيفة أو الصغيرة لها من مميزات تجعلها تشكل خطورة كبيرة على الأمن و السلم و الاستقرار في إفريقيا، خاصة وأنها لا تشكل أي صعوبة في عملية الحصول عليها سواء من قبل الحكومات أو الأفراد (الجماعات المتمردة)، كما تتميز بسهولة نقلها وتهريبها وإخفائها وبانخفاض أسعارها وبساطة تصنيعها، وهو ما يجعلها كثيرة الانتشار في الدول التي تموج بالصراعات والحروب².

على أساس ذلك فإن منع انتشار الأسلحة في إفريقيا ونزعها من الأطراف المتنازعة من بين المسائل و التحديات الهامة التي يولي لها الإتحاد الإفريقي أهمية كبيرة ويكرس جهوده في تحقيق هذا المبتغى، وهو ما سعى إليه في دارفور من خلال وضع وتنفيذ برنامج شامل ودائم لنزع سلاح المقاتلين وفق اتفاق سلام دارفور، كما أن تفعيل معاهدة "بيلندابا" لعام 1996 التي تريد أن تجعل من إفريقيا قارة خالية من السلاح النووي، والتي دخلت حيز التنفيذ الآن، وتحظر اختبار المتفجرات النووية أو صناعتها و تخزينها أو اقتنائها و حيازتها في إفريقيا، وهي الإجراءات التي من شأنها أن تساهم في تفعيل الأمن الجماعي في القارة الإفريقية، وفي مقابل ذلك أقرت الدول الإفريقية على حقها في الإسخدام السلمي للطاقة النووية في المؤتمر الإقليمي حول الاستخدامات والتطبيقات السلمية للطاقة النووية المنعقد بالجزائر في جانفي 2007.

الفرع الثاني: منع تجنيد الأطفال أثناء النزاعات المسلحة الإفريقية

يعتبر تجنيد الأطفال أثناء النزاعات المسلحة تحدي كبير يواجهه الإتحاد الإفريقي، يجب أن يتصدى له نظرا لوجود أعداد كثيرة من الأطفال تتعرض للعديد من ويلات

وفضائع هذه النزاعات، وتعد ظاهرة الطفل الجندي أسوأ ما أنتجت الصراعات الأفريقية، لاسيما أن هذه القارة تعد الأكثر استخداما في العالم للأطفال كجنود في الحروب خاصة الداخلية منها، وقد تعددت الأسباب التي أدت إلى انتشار هذه الظاهرة من تدهور الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية للدول، وكذا مشاكل ومخلفات الحروب وانتشار الأسلحة وغيرها من الأسباب التي تساهم بصفة مباشرة أو غير مباشرة في تجنيد الأطفال.

يُعرف الطفل الجندي بأنه شخص تحت سن 15 ، ويكون عضواً أو مرتبطاً بالقوات المسلحة الحكومية أو أي نظام عسكري أو قوة مسلحة³.

ولبلوغ هذا المسعى فقد ندد الاتحاد الإفريقي كل الدول والجماعات المسلحة التي تقوم بتسليح الأطفال وتجنيدهم لإشراكهم في الحروب والصراعات، كما قام الاتحاد الإفريقي بوضع وتنفيذ برنامج شامل في إطار المفاوضات والوساطة بين الأطراف المتنازعة من أجل تسريح الأطفال المرتبطين بالمقاتلين، وإعادة إدماجهم وفق لما هو منصوص عليه في اتفاق دارفور للسلام⁴، على غرار ما قام به في الصومال .

الفرع الثالث: التغييرات غير الدستورية للحكومات في إفريقيا وتدخل الاتحاد

الإفريقي لدعم الشرعية الدستورية

لقد حددت اتفاقية "لومي" الحالات التي تعتبر تغييرات غير دستورية في الحكم و

التي تتمثل في:

- 1- الانقلاب العسكري على حكومة منتخبة دستوريا
- 2- تدخل المرتزقة لاستبدال الحكومة المنتخبة دستوريا
- 3- تبديل حكومة منتخبة ديمقراطيا من طرف مجموعات منشقة مسلحة أو حركة متمردة
- 4- رفض حكومة قائمة التخلي عن السلطة للحزب الفائز في انتخابات نزيهة وقانونية

على ضوء ذلك، اعتبر الإتحاد الإفريقي أن مسألة الشرعية الدستورية لانتقال السلطة لابد أن تُحترم من طرف الدول الإفريقية، حيث عرفت القارة الإفريقية في الآونة الأخيرة عدة تغييرات غير دستورية للحكومات وشكلت تحدي رئيسي آخر بشأن السلم والأمن في القارة، من بين هذه الحالات هناك:

أولاً: حالة الطوغو

ظهرت أزمة الطوغو على إثر انتشار أعمال عنف بين الأطراف المتنافسة على السلطة بعد مقتل غناسينغي إيباد يما، الرئيس السابق لجمهورية الطوغو، وإعلان "فور ناسينبي Faure Gnassingbe" نفسه رئيساً للوطغو دون إجراء انتخابات رئاسية خلال سنتين يوماً، وفق ما ينص عليه الدستور الطوغولي⁵.

قرر الإتحاد الإفريقي عن طريق مجلس السلم والأمن الذي عقد اجتماعه في تاريخ 25 فبراير 2005 بشأن الصراع في الطوغو تعليق عضويتها في الإتحاد الإفريقي واعتبار أن ما حدث بمثابة انتقال غير دستوري للسلطة وفقاً لإعلان "لومي" لعام 2000، وميثاق الإتحاد الإفريقي وكذا نص المادة 7 فقرة (ج) من بروتوكول مجلس السلم والأمن المتعلق بالتغييرات غير الدستورية للحكومات.

في 9 فيفري 2005 أعلن "فور ناسينبي Faure Gnassingbe" رضوخه لقرارات الإتحاد الإفريقي بتتحيه عن السلطة، وترحيبه بإجراء انتخابات رئاسية في البلاد.

ثانياً: حالة موريتانيا

علق الإتحاد الإفريقي عضوية موريتانيا من جميع مؤسساته بسبب الانقلاب الحاصل في 03 أوت 2005، وبناء على الضغوطات التي فرضها الإتحاد الإفريقي وعد المجلس العسكري الذي تولى السيطرة على الحكم بإجراء انتخابات في غضون سنتين، وبالفعل أجريت الانتخابات في أوائل 2007 لتكون بذلك أول انتخابات رئاسية في البلاد والتي وصفها الجميع بالمقبولة.

في أعقاب الانتخابات، تم استعادة عضوية موريتانيا في الإتحاد الإفريقي، وفي 6 أوت 2008 أطاح انقلاب عسكري جديد بقيادة الجنرال محمد ولد عبد العزيز بالحكومة

المنتخبة في 2007، الذي أوجب على الإتحاد الإفريقي تعليق عضوية موريتانيا مرة أخرى لعدم اعترافه بشرعية الانقلاب⁶.

على ضوء هذه الحالات، عقد مؤتمر الرؤساء الدول و الحكومات الإفريقية دورته العادية الثانية عشرة في أديس أبابا من 1-3 فبراير 2009، أعرب من خلالها عن قلقه العميق إزاء تجدد آفة الانقلابات العسكرية في القارة، والتي لا تشكل فقط انحدارا سياسيا ونكسة كبيرة للعمليات الديمقراطية والسلم والأمن وإنما تهديدا لاستقرار القارة، حيث دعا المؤتمر دول الأعضاء إلى التصدي لمثل هذه الحالات من أجل وضع حد نهائي لهذه الآفة، وطلب أيضا من رئيس المفوضية تقديم توصيات ببناءة حول تنفيذ التدابير المناسبة للحيلولة دون التغييرات غير الدستورية للحكومات في إفريقيا .

ثالثا: حالة كوت ديفوار:

عرفت كوت ديفوار أزمة الشرعية الدستورية إثر فوز "الحسن وتره " في الانتخابات الرئاسية على خصمه " لوران غباغبو" ،وقد رفض هذا الأخير التنازل عن السلطة لصالح المرشح الفائز في الانتخابات مما أدخل الدولة الإيفوارية في دوامة من المشاكل السياسية، ولجوء أنصار وتره إلى أعمال عنف من أجل إجبار لوران غباغبو التخلي عن السلطة، وقد سعى الإتحاد الإفريقي إلى تسوية هذه الأزمة من خلال إرسال بعثة مفوضية الإتحاد الإفريقي بتاريخ 2010_12_21 إلى كوت ديفوار و الاعتراف بفوز " الحسن وتره "في الانتخابات الرئاسية وطالب " لوران غباغبو" التخلي عن الرئاسة.

في نفس السياق، قام الإتحاد الإفريقي بتجميد عضوية دولة ساحل العاج في الإتحاد إلى غاية التنازل عن السلطة وفرض ضغوطات على غباغبو.

المطلب الثاني: مساعي وتحديات الإتحاد الإفريقي في تسوية النزاعات الداخلية في إفريقيا

إن تعزيز السلم والأمن والاستقرار في القارة من بين مبادئ وأهداف الإتحاد الإفريقي، والحل السلمي للنزاعات بين الدول الأعضاء أو داخل الدولة الواحدة من خلال الوسائل المناسبة، وهي أول طريقة متبعة لتحقيق ذلك الهدف. ويناط بمجلس السلم والأمن تنفيذ تلك المبادئ والأهداف، باعتباره الهيئة الرئيسية لتحقيق الهدف المنشود.

من بين الصلاحيات الممنوحة له إرسال بعثات للسلام وفرض عقوبات في حالة حدوث أي تغيير غير دستوري للحكومة، واتخاذ المبادرات والإجراءات التي يراها المجلس مناسبة لتفادي أي نزاعات على وشك الحدوث أو إيقاف نزاعات حدثت بالفعل.

وعليه، فمجلس السلم والأمن هو جهاز لصنع القرار في حد ذاته، وقراراته ملزمة للدول الأعضاء طبقاً لنص المادة 4 فقرة "ح" من القانون التأسيسي للإتحاد الإفريقي، والمادة 4 من البروتوكول التأسيسي لمجلس السلم والأمن، وخولت هذه النصوص للإتحاد الحق في التدخل في أي دولة من الدول الأعضاء في حالات جرائم الحرب والإبادة الجماعية وجرائم ضد الإنسانية، ويتوجب أن تدلي الجمعية العامة بناءً على توصية من مجلس السلم والأمن بقرار التدخل⁷.

في هذا الصدد إهتم الإتحاد الإفريقي بأزمته دارفور و الصومال، وأقر بنشر قوات حفظ السلام التابعة للإتحاد الإفريقي في الصومال ودارفور، وفرض عقوبات على الأشخاص المهددين للسلام والأمن.

الفرع الأول: مساعي الإتحاد الإفريقي لتسوية أزمة دارفور

بذل الإتحاد الإفريقي جهود كبيرة ولازال يسعى لإيجاد حل وتسوية لأزمة دارفور، تفادياً منه تكرار مجزرة رواندا، متخذاً في ذلك تدابير وإجراءات من بينها :

أولاً: وساطة الإتحاد الإفريقي بين الأطراف المتنازعة

لعب الإتحاد الإفريقي هذا الدور منذ تدخله في هذه الأزمة سعياً منه للقيام بدور التهدئة و إقناع الأطراف بضرورة أن الحل يندرج ضمن أطر إفريقية، ومن بين أهم معالم وساطته في عملية صنع السلام في دارفور نجد :

1 - الترتيب لعملية وقف إطلاق النار: تم الإعلان عن وقف إطلاق النار في قمة أديس أبابا، حيث تولى الإتحاد الإفريقي هذه المهمة التي من شأنها أن تساهم في تفعيل عملية السلام، إضافة إلى اقتراح لجنة إفريقية لمراقبة هذه العملية⁸.

2 - رعاية المفاوضات بين الأطراف المتنازعة

تبلور دور الإتحاد الإفريقي كوسيط في تسوية أزمة دارفور من خلال سلسلة المفاوضات التي رعاها ابتداء من قمة أديس أبابا 2004، التي ناقشت قضية دارفور بمختلف أبعادها الإنسانية والسياسية والأمنية، بالإضافة إلى مفاوضات أوجا الأولى والثانية، واتفاق السلام الشامل 2006 الذي وضع ترتيبات لعملية السلام، حيث حقق الإتحاد الإفريقي بعض الأهداف و فشل في بعضها لأسباب عديدة.

ولا تزال جهود الإتحاد الإفريقي في رعاية المفاوضات مستمرة إلى حد الآن بالدوحة، التي قطعت أشواطاً كبيرة في إحلال السلم في دارفور بغية إيجاد حل وتسوية نهائية للأزمة، مع إشراك دولة قطر في هذا المسعى رغم المشاكل والعقبات التي تواجهها⁹.

ثانياً: إرسال بعثة الإتحاد الإفريقي إلى دارفور

يتمثل الدور الآخر للإتحاد الإفريقي في دارفور في نشر عملية سلام للإتحاد الإفريقي، وقد كان دورها في بداية إنشائها كآلية إفريقية لمراقبة عملية وقف إطلاق النار وتوفير الحماية للمدنيين ولعمال الإغاثة الإنسانية وللمراقبين الأفارقة¹⁰، وقد تم توسيع مهمتها فيما بعد لتشمل التصدي للانتهاكات الجسيمة المرتكبة، وكان لها دور كبير في تقليص العنف المنظم المرتكب على نطاق واسع في دارفور، ونظراً للظروف التي كان يعاني منها الإتحاد الإفريقي تم تحويل هذه البعثة إلى بعثة مشتركة مع الأمم المتحدة اليوناميد بتاريخ 10 مارس 2006 من طرف مجلس السلم والأمن الإفريقي.

من هنا يكون الإتحاد الإفريقي بقدر ما أحاط بدوره في أزمة دارفور من آمال وطموحات كبيرة قصد الوصول إلى اتفاق سلام شامل ونهائي، من خلال رعايته للمفاوضات وكذا الدور المعترف لبعثته المشتركة مع الأمم المتحدة في دارفور في عملية حفظ السلام، إلا أن هذا الدور تعرض في الوقت ذاته لمعوقات وصعوبات حالت دون تسوية هذه الأزمة.

الفرع الثاني: جهود الإتحاد الإفريقي في الأزمة الصومالية

لا تختلف مساعي الإتحاد الإفريقي في الصومال عن أزمة دارفور في إعادة السلم و الأمن للمنطقة و اعتبار أن الأزمة الصومالية تشكل تهديدا للسلم والأمن الإفريقيين وتعيق من جهة أخرى التنمية في المنطقة، وبذلك أولى لها الإتحاد الإفريقي أهمية بالغة متخذا بشأنها تدابير وجهود وفقا لما يلي:

أولاً: مبادرة مؤتمر رؤساء الدول وحكومات الإتحاد الإفريقي:

تعرض مؤتمر رؤساء الدول وحكومات الإتحاد الإفريقي في دوراته العادية إلى الوضع في الصومال وتبنى عدة تدابير أهمها:

1- الاعتراف بالحكومة الانتقالية الصومالية ودعمها باعتبارها السلطة الشرعية في البلاد، وذلك من خلال تمكينها من القيام بمسئولياتها وواجباتها على نحو يحقق السلم والأمن في الصومال.

2- مناقشة كافة الأطراف الصومالية للامتناع عن القيام بأعمال تؤدي إلى تفاقم الوضع في الصومال، واللجوء للحوار باعتباره الطريق الوحيد لحل الخلافات وتحقيق السلم الدائم.

3- اتخاذ كافة الإجراءات الضرورية لنشر بعثة IGASOM في الصومال، والتي وافق عليها مجلس السلم والأمن الإفريقي في 12 مايو 2005¹¹.

ثانيا: التنسيق مع جامعة الدول العربية ومنظمة "الإيجاد" لحل أزمة الصومال

من بين المبادرات التي قام بها الإتحاد الإفريقي لحل الأزمة الصومالية التنسيق مع جامعة الدول العربية و كذا منظمة "الإيجاد" من خلال الدعوة لتقديم الدعم المالي و السياسي لتسيير عملية المصالحة وتحقيق السلام في الصومال، الذي نتج عنه عقد اجتماع مشترك في مقر الإتحاد الإفريقي أقروا فيه بإنشاء آلية مشتركة للمتابعة مشكلة من المنظمات الثلاثة، لمراقبة تنفيذ القرارات والتعهدات التي التزمت بها الأطراف الصومالية¹².

ثالثا: نشر قوات حفظ السلام في الصومال

قام الإتحاد الإفريقي بنشر قوات حفظ السلام تابعة له في الصومال في 19 جانفي 2007 بديلة عن البعثة السابقة وأطلق عليها بعثة الإتحاد الإفريقي في الصومال (AMISOM) ، واشترط على الحكومة الانتقالية أن تتحاور مع كافة الأطراف بما فيها المحاكم الصومالية¹³، وقد رحب مجلس الأمن الدولي في قراره 1744 الذي صدر في 21 فيفري 2007 بإنشاء بعثة للإتحاد الإفريقي في الصومال، أسند لها وظائف هامة منها توفير السلام في بعض أنحاء مقديشو وتعزيز بناء الثقة وتقديم المساعدات الإنسانية، مثل توفير الرعاية الطبية والمياه الصالحة للشرب للسكان المحليين، ونظرا لعدم استقرار الوضع تم تعزيز تواجد بعثة الإتحاد الإفريقي في الصومال من خلال نشر قوات إضافية تضم حوالي 5100 عنصر جديد، إضافة إلى ذلك يقوم الإتحاد الإفريقي بالتنسيق مع الأمم المتحدة لدعم عملية السلام في الصومال¹⁴.

ويركز عمل الإتحاد الإفريقي في الصومال على كيفية تقوية مؤسسات الحكومة الصومالية وتعزيز الأمن وتنفيذ مختلف قراراته و قرارات الأمم المتحدة.

الفرع الثالث: التنسيق مع الأمم المتحدة في المجال الأمني

إن التنسيق والتعاون بين الإتحاد الإفريقي والأمم المتحدة له أهمية بالغة و قد أكد ذلك نص الفصل الثامن من ميثاق الأمم المتحدة للدور الذي تلعبه المنظمات الإقليمية في المحافظة على الأمن و السلم و الاستقرار في مجالها الإقليمي.

في هذا الإطار، سعى الإتحاد الإفريقي إلى التنسيق و التعاون مع الأمم المتحدة من أجل ترقية السلم و الأمن والاستقرار في إفريقيا، وهو ما تم تكريسه في أزمة دارفور من

خلال البعثة المشتركة لحفظ السلام **اليوناميد** وكذا رعاية المفاوضات .كما دعمت وعززت الأمم المتحدة جهود الإتحاد الإفريقي في الصومال.

المبحث الثاني: العراقيل التي يواجهها الإتحاد الإفريقي وانعكاساتها على أداء مهامه الأمنية في القارة

لقد صادف الإتحاد الإفريقي بعض العراقيل التي كان لها انعكاسات سلبية على جهوده المبذولة من أجل تحقيق السلم و الأمن في القارة.

المطلب الأول: العراقيل التي تواجه الإتحاد الإفريقي في أداء مهامه الأمنية

يواجه الإتحاد الإفريقي مشاكل متعددة في سبيل تحقيق السلم و الأمن في القارة تتمثل أساسا في تنوع النزاعات و استمرارها و نقص خبرته وتنظيميه و عدم التحكم فيها، بالإضافة إلى إمكاناته المادية والمالية المحدودة.

الفرع الأول: نقص الخبرة لدى الإتحاد الإفريقي و افتقاده لأدوات الضغط

على الرغم من مرور أكثر من ثمانية سنوات من تأسيس الإتحاد الإفريقي، إلا أنه يبقى يفتقد إلى الخبرة الكافية لمواجهة هذه التحديات، وذلك راجع إلى عدم وجود التنسيق بين مختلف القوات الإفريقية لحفظ السلام و نقص الكفاءة لديها، وعدم امتلاكها للمعدات الحديثة مقارنة بالحلف الأطلسي، ضف إلى ذلك ظاهرة الفساد و التبذير في تسيير الموارد المالية التي بحوزته، مما يعيق من عمل الإتحاد الإفريقي في تحقيق مبتغاه الأمني، لاسيما و انه يفتقد لأدوات الضغط¹⁵.

الفرع الثاني: تعدد وتنوع الصراعات الإفريقية

تنتم الصراعات الإفريقية بالتعقيد والتنوع من جهة واستمرارها في بعض مناطق من إفريقيا من جهة أخرى التي مازالت تشن حروبا مستمرة على حساب أعداد هائلة من أرواح البشر.

هذه الصفة رغم الضغوطات التي يمارسها الإتحاد الإفريقي لحل الصراعات في إفريقيا وبالتعاون المشترك بين الأمم المتحدة، إلا أنها تشكل عقبة أمام الإتحاد الإفريقي في تحقيق أهدافه بالنظر إلى نقص و ضعف إمكاناته، مما يسهل عملية التدخل الأجنبي للدول الكبرى لتحقيق مصالحهم على حساب الأمن و الاستقرار في إفريقيا وما يفرضه من تهديد للسلم و الأمن و الاستقرار في القارة .

الفرع الثالث: نقص الإمكانيات المادية والمالية للاتحاد الإفريقي

يحتاج الاتحاد الإفريقي كغيره من المنظمات الدولية و الإقليمية إلى إمكانيات مادية و مالية من أجل تحقيق الأهداف التي يسعى إليها، و على الرغم من كثرة الدول الإفريقية و امتلاك بعضها لثروات هائلة و تعهداتها بتمويله - نظريا فقط - إلا انه يعاني من نقص كبير في تمويل عمليات حفظ السلام التي يقوم بها ،سواء تعلق الأمر من ناحية الإمكانيات المادية و الأجهزة أو من الناحية المالية¹⁶، إضافة إلى ما تواجهه الدول الإفريقية من مشاكل مالية بسبب الديون الخارجية التي هي في تصاعد مستمر، حيث بلغت حسب مصادر البنك النقد الدولي 1500 مليار دولار في سنة 2001، ومن بين 44 دولة وصفها البنك الدولي بالدول الفقيرة المثقلة بالديون توجد 33 من إفريقيا.

المطلب الثاني: انعكاسات مشاكل الاتحاد الإفريقي على أداء مهامه الأمنية في القارة

إن المشاكل والصعوبات التي يواجهها الاتحاد الإفريقي حاليا في تعبئة قوى المساعدة والوساطة، وما تعانيه قوات حفظ السلام وما يحدث من حروب أهلية في دارفور والصومال من جهة وأزمة الشرعية في ساحل العاج من جهة أخرى، ليذكرنا دوماً بالأم الماضي فيما يخص معالجة منظمة الوحدة الإفريقية لمثل هذه القضايا. فمن الواضح أن هذه المشاكل والصعوبات قد انعكست سلبا على دور الاتحاد الإفريقي، مما جعلته لا يؤدي وظيفته بنفس الطريقة التي انتهجتها الأمم المتحدة في تحقيق السلم وكذا حلف الناتو، فإذا أراد أن يحقق أهدافه ويتخطى هذه الصعوبات التي واجهته ولا يزال يواجهها ينبغي عليه أن يتخذ التدابير التالية:

- إعادة النظر في تمويل ميزانيات الاتحاد الإفريقي بطريقة ملائمة من أجل تحقيق أهدافه
- توظيف المؤسسات الفرعية الأخرى كعامل آخر من عوامل استقرار القارة وتدعيم الاتحاد الإفريقي
- السهر على احترام الشرعية و سمو حكم دولة القانون و تقليل الممارسات الفاسدة، وبناء مؤسسات في كل دولة عضو بالاتحاد الإفريقي، مما سيدفع إلى الأمام بألية حماية ومراقبة حقوق الإنسان، على نحو يكون له أثر من الحد من الأزمات الداخلية.

خاتمة:

يعد إنشاء الإتحاد الإفريقي تحدٍ بحد ذاته للقارة الإفريقية، وسعيه إلى تحقيق السلم و الأمن في إفريقيا يعتبر من أكبر التحديات التي تواجهها، وقد حقق قفزة نوعية في هذا المجال مقارنة بما شاهدهته القارة خلال العقود الماضية من صراعات ونزاعات فتاكة وطويلة الأمد تنوعت بين نزاعات داخلية و دولية .

لكن الملاحظ مؤخرا أنها قد انخفضت و تراجعت نسبيا بسبب التكامل والتكامل الإفريقي في إطار منظم ومهيكل ودور أجهزة الإتحاد الإفريقي و مساعدة شركائه. رغم ذلك تبقى بعض النزاعات مثل دارفور و الصومال وما تخلفه من آثار خطيرة على المستويين الإقليمي و الدولي من أولويات الإتحاد قصد تسويتها، وعلاوة على ذلك فإن تحديات السلم و الأمن لا تقتصر على النزاعات المسلحة فقط، بل إن انتشار الأسلحة و غياب الديمقراطية و الحكم الراشد وتعثر التحول الديمقراطي في إفريقيا وكذا ظاهرة الإرهاب من بين التحديات الأكثر أهمية واجهها ولا يزال يواجهها الإتحاد الإفريقي حتى الآن إيماناً منه أن السلم و الأمن أساس التنمية و التطور و الاستقرار في إفريقيا .

الهوامش

¹ - أد مانع جمال عبد الناصر، الإتحاد الإفريقي كمنظمة إقليمية في إطار الأمم المتحدة، أعمال الملتقى الدولي الرابع حول: الإتحاد الإفريقي: واقع وأفاق، المنعقد يومي 09 و 10 ماي 2007 بكلية الحقوق، جامعة باجي مختار - عنابة،

مجلة العلوم القانونية الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة باجي مختار - عنابة، عدد خاص، العدد 11: جوان 2007، ص 13 .

² - http://fr.wikipedia.org/wiki/Union_africaine

³ - المادة 77 فقرة 2 من البرتوكول الإضافي الأول (1977) لاتفاقيات جنيف لعام 1949

⁴ - المادة 31 من اتفاق السلام (أبوجا :05 ماي 2006)

⁵ - مجدي جلال، دور مجلس السلم والأمن الإفريقي في تعزيز السلم والأمن والاستقرار في إفريقيا، أفاق إفريقية، الهيئة العامة للاستعلامات المصرية، العدد 21، خريف 2006، انظر:

<http://www2.sis.gov.eg/Ar/Pub/africanperspective/212006/110206000000000021.htm>

- 6 - بودة نسيمة، النظام القانوني للأمن و السلم في إفريقيا، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2008- 2009، ص 145.
- 7- المادة 4 فقرة ح من القانون التأسيسي للإتحاد الأفريقي، والمادة 4 من البروتوكول التأسيسي لمجلس السلام والأمن الإفريقي.
- 8 - عماد عواد، الاتحاد الإفريقي وأزمة دارفور، مجلة الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، العدد 30، شتاء 2004، ص 36.
- 9 - معزیز عبد السلام، تسوية أزمة دارفور في إطار الإتحاد الإفريقي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2008-2009، ص 102.
- 10 - عماد عواد، المرجع السابق، ص 37.
- 11- عبد الرحمن لحرش، دور الاتحاد الإفريقي في تسوية الأزمة الصومالية، أعمال الملتقى الدولي الرابع حول: الاتحاد الإفريقي: واقع وأفاق، المنعقد يومي 09 و 10 ماي 2007 بكلية الحقوق، جامعة باجي مختار - عنابة، مجلة العلوم القانونية الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة باجي مختار - عنابة، عدد خاص، العدد 11 جوان 2007 ، ص 115
- 12 - الهيئة العامة للاستعلامات المصرية، موقف المنظمات الإقليمية من الصراع في الصومال، أفاق إفريقية، العدد 25، صيف 2007، انظر: <http://www.sis.gov.eg/Ar/Pub/africanperspective/issue25/110210000000000002.htm>
- 13 - عبد الرحمن لحرش، المرجع السابق، ص 115.
- 14 - **Abdou yero ba**, la contribution de l'union africaine au maintien de la paix ,Revue de droit international et droit comparé, 2006, p213.
- 15 - معزیز عبد السلام، المرجع السابق، ص 116.
- 16- بودة نسيمة، المرجع السابق، ص 170.

التكييف القانوني لجريمة تبييض الأموال

دموش حكيمة

أستاذة مساعدة - كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

مقدمة

إن فكرة التكييف القانوني هي عملية تهدف إعطاء الفعل المرتكب الوصف الذي ينطبق عليه من بين كافة الأوصاف التي يتضمنها التشريع الجزائي. ولا يختلف الرأي على عدم مشروعية نشاط غسيل الأموال لكن هذا لا يكفي لوصف تبييض الأموال بجريمة، وإنما يجب أن يكون نشاط التبييض مطابق للنموذج القانوني الذي ينص عليه المشرع.

و لقد ثار جدال عما إذا كانت هناك حاجة ماسة إلى أفراد جريمة تبييض الأموال بتشريع خاص أم لا و معظم التشريعات لم تهتم إلا منذ وقت قريب بإصدار تشريعات تعالج جريمة تبييض الأموال.

حيث يرى بعض الفقه أن هناك نصوص في قانون العقوبات تكفي لمواجهة جريمة تبييض الأموال، مما يغني عن الحاجة إلى أفراد تشريع خاص بها. وذلك على أساس أن غياب التجريم الخاص لجريمة تبييض الأموال على أنها جريمة مستحدثة لا يعني حتما عدم مسؤولية الفاعل جنائيا أي الذي قام بالتبييض، أي انه يمكن عقابه إما على أساس قواعد المساهمة الجنائية التبعية، أو بوصف جريمته جريمة إخفاء متحصلات جنائية أو جنحة⁽¹⁾. إذن نتساءل حول مدى كفاية وفعالية النصوص الواردة في قانون العقوبات في تجريم عملية تبييض الأموال؟.

أولا: صعوبة متابعة النشاطات المتعلقة بتبييض الأموال وفقا للأوصاف الجزائية

التقليدية:

لقد أجمعت الآراء حول عدم قانونية إخفاء أو حيازة أو التصرف في أموال أتت من مصدر غير مشروع لكن هذا القول لا يكفي لإطلاق وصف الجريمة على هذه

النشاطات، و ملاحقة فاعليها على أنهم مخالفون لأحكام القانون ، فلا بد من وجود نصوص تشريعية تقضي بتجريم هذه السلوكيات⁽²⁾.

وبتطبيق العناصر المكونة للركن المادي لجريمة تبييض الأموال على مجموعة من الأوصاف و النماذج التي جرى النص عليها في التشريع الجزائري فإننا نجد من مجموع الفقهاء من يقول بوجود تطابق بين هذه السلوكيات وبعض الأوصاف الجرمية المنصوص عليها في هذا التشريع.

وأهم السلوكيات التي جرى البحث في مدى اتفاقها مع النصوص القانونية هي تلك النشاطات التي تمارسها البنوك والمؤسسات المالية سواء بإيداع أو تحويل أو استثمار أموال مع علمها بعدم مشروعية المصدر الذي استمدت منه هذه الأموال⁽³⁾.

أ/ مدى جواز اعتبار النشاطات المكونة لتبييض الأموال من قبيل المساهمة التبعية في الجريمة :

تفترض المساهمة الجنائية تعدد الجناة ووحدة الجريمة المرتكبة حيث تصبح هذه الأخيرة ثمرة لجهود أكثر من شخص واحد والتقاء إراداتهم ، وإذا كان الأصل أن يقوم شخص واحد بارتكاب كافة العناصر المكونة للنشاط الإجرامي فان ذلك لا يمنع من أن يشترك آخرون في الوصول بهذا النشاط إلى غايته عن طريق التحريض أو الاتفاق أو المساعدة⁽⁴⁾.

و أصحاب هذا الرأي يرون أن جريمة تبييض الأموال من قبيل المساهمة التبعية في الجريمة الأصلية التي تنجم عنها أموال غير مشروعة، أي أن مرتكب النشاطات التي ترتب تبييض الأموال يعد مت دخلا في الجريمة الأصلية⁽⁵⁾.

1- الأساس القانوني لتطبيق وصف المساهمة الجنائية التبعية في مجال تبييض الأموال:

إن الاستعمال غير الشرعي للحساب المصرفي يسهل وقوع الجريمة الأصلية ،و إذا كانت المساهمة الجنائية تقضي وجود ثلاث صور (التحريض أو الاتفاق أو المساعدة)، فالغالب أن تتمثل مساهمة المصرف في سلوك المساعدة التي لولاها لما أقدم العميل على ارتكاب جريمته فالاشتراك عن طريق المساعدة يشمل كافة طرق المساعدة⁽⁶⁾.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 42 من قانون العقوبات على ما يلي: " يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك"⁽⁷⁾.

2- ضوابط وصف المساهمة الجنائية:

لكي نعطي لجريمة تبييض الأموال وصف المساهمة التبعية يجب الالتزام ببعض الضوابط تتمثل في:

2-1 أن يكون سلوك المصرف عمل ايجابي حيث الاشتراك في الجريمة لا يكون إلا من أعمال إيجابية و لا ينج أبدا من أعمال سلبية.

2-2 أن يكون عمل المصرف سابق أو على الأقل معاصر للجريمة الأصلية فلا عقاب استنادا لسلوك لاحق على ارتكاب الجريمة.⁽⁸⁾

3- قصور وصف المساهمة الجنائية:

إن الأخذ بوصف المساهمة الجنائية التبعية في مجال غسل الأموال الاستخدام غير المشروع للحساب المصرفي أمر منتقد لاعتبارات عديدة، منها أن تبييض الأموال ذات المصدر غير المشروع يمثل نشاط له خصوصيته لأنه تحكمه قواعد وآليات معقدة ومتنوعة ويظهر القصور في نقطتين:

3-1- أوجه القصور الموضوعية:

يتمثل نشاط تبييض الأموال بقبول البنك أو المؤسسة المالية إيداع أو تحويل أو استثمار أموال مع علمها بمصدرها غير المشروع ، وعدم مشروعية المصرف هنا تأتي من طبيعة الأموال المودعة أو المحولة أو المستثمرة ، أي أنها تم التحصل عليها من نشاط غير مشروع .

إن هنا لا يمكن القول بأن نشاط البنك أو المؤسسة المالية كان سببا في وقوع الجريمة الأصلية التي تحصلت منها الأموال غير المشروعة، لأن السبب لا يكون لاحقا للنتيجة⁽⁹⁾.

والصلة هنا بين النشاطات التي يمارسها البنك أو المؤسسة المالية تقتصر في تمكين الفاعل في الجريمة الأصلية من التمتع من ثمار جريمته ، و على الرغم من وصف

نشاط البنك هنا بالتواطؤ مع الفاعل من خلال تنظيف وتطهير أمواله إلا أن هذا لا يصل إلى درجة وصفه بأنه السبب في ارتكاب الجريمة الأصلية⁽¹⁰⁾.

و بدون توفر العلاقة السببية بين نشاط الشريك و الجريمة الأصلية لا تقوم المساهمة التبعية قانونا، ولا يجوز بالتالي معاقبة الشريك. هذا ما ينفي صحة هذه النظرية ولا يجوز ملاحقة البنك أو المؤسسة المالية على أساسها.

ومن زاوية أخرى فإن نظرية المساهمة التبعية تستلزم توافر الاتفاق المسبق بين الفاعل والبنك أو المؤسسة المالية على ارتكاب الجريمة أو الاتفاق المعاصر لها على الأقل⁽¹¹⁾. وهذا الشرط مختلف في جرائم تبييض الأموال لأنها تتم بصورة لاحقة على الجريمة الأصلية.

أضف إلى كل هذا فإن مجرد علم البنك أو المؤسسة المالية بمصدر تلك الأموال لا يعتبر في القانون أساس للمسائلة الجنائية باعتبار أن العالم بوقوعها يعتبر شريكا في وقوعها ، فالاشتراك في الجريمة لا يعتبر قائما إلا إذا ثبت اتفاق الشريك مع الفاعل على اقتراف الجريمة أو تحريضه عليها أو مساعدته فيها.⁽¹²⁾

3-2- أوجه القصور الإجرائية :

يبدو أن وصف المساهمة التبعية عاجز على الملاحقة الجنائية بالنسبة لجريمة تبييض الأموال وهذا العجز يظهر عندما يأخذ نشاط البنك أو المؤسسة المالية صورة الجريمة الدولية المنظمة أي إذا تمت الجريمة في أكثر من دولة.

فالدولة التي يتم فيها الغسل أو التبييض قد لا يمنح نظامها القانوني الاختصاص بالنظر في الجريمة لكونها فعل من أفعال المساهمة التبعية إذ المساهمة بهذا الوصف تتبع من حيث الاختصاص الجريمة الأصلية.

كما أن الدولة التي تقع على إقليمها الجريمة الأصلية قد لا تختص محاكمها في النظر في جريمة تبييض الأموال لوقوعها خارج إقليمها.⁽¹³⁾

ويجب الإشارة إلى أن الأخذ بالمساهمة الجنائية التبعية في ملاحقة البنك أو المؤسسة المالية عن تبييض الأموال بوصفه شريكا قد تمنح هذا الأخير فرصة الإفلات من المتابعة ، خاصة إذا استفاد فاعل الجريمة الأصلية من أسباب الإباحة هذا ما يؤدي

إلى إفلات الشريك من المساءلة الجنائية. ونفس الشيء بالنسبة لانقضاء الدعوى بالتقادم وكذا العفو بالنسبة للجريمة الأصلية. (14)

ومن كل ما تقدم يبدو لنا أن وصف المساهمة الجنائية التبعية قاصر سواء من الجوانب الموضوعية أو الإجرائية عن استيعاب خصوصية نشاط تبييض الأموال. ب/ مدى جواز اعتبار النشاطات المكونة لتبييض الأموال من قبيل الأفعال المكونة لجريمة إخفاء الأشياء:

إن جريمة الإخفاء تقضي بمتابعة كل من يخفي أو يحوز أو يستعمل شيئاً أو ينتفع به أو يتوسط في تداوله أياً كانت صورة هذا الشيء , متى كان يعلم بكونه متحصلاً عن جريمة أياً كان نوعها جنائية أو جنحة. (15)

حيث نص المشرع الجزائري في المادة 387 فقرة أولى من قانون العقوبات على مايلي: "كل من يخفي عمداً أشياء مختلسة أو مبددة أو متحصلة من جنائية أو جنحة في مجموعها أو في جزء منها..." (16)

1- مبررات الأخذ بوصف إخفاء الأشياء ذات المصدر غير المشروع :

نتساءل حول المبررات التي وضعها الفقه والتي يمكن الاعتماد عليها لتجريم تبييض الأموال اعتماداً على وصف إخفاء الأشياء ذات المصدر غير المشروع.

1-1 السلوك المكون للركن المادي (فعل الإخفاء) :

إن مصطلح الإخفاء الذي معناه قيام المتهم بإبعاد الشيء عن أنظار الناس وبعيدا عن متناولهم , أصبح يشمل إتيان الجاني لأي سلوك يتحقق فيه الاتصال بالشيء المتحصل من ارتكاب الجريمة، بالإضافة إلى حيازة الشيء المتحصل من الجريمة بأي شكل من أشكال الحيازة. (17)

إن فالتوسع في مفهوم الإخفاء أصبح يشمل الكثير من الأفعال التي تتم بها عملية تبييض الأموال كقبول أو إيداع أو نقل أو تحويل أو استثمار أو استخدام أو انتفاع أو الوساطة في تداول الشيء أو المال أو الحيازة المفترضة لهذا المال أو قبول حيازتها مع العلم بمصدرها غير المشروع .

1-2 محل الإخفاء أو الحيازة:

محل الإخفاء الذي هو الشيء المتحصل عليه من ارتكاب الجنائية أو الجنحة وهذا

ما ورد في المادة 387 السالفة الذكر دون ذكر تلك الجناية أو الجنحة ، في هذا المجال توسع الفقه في مفهوم المحل أين أصبح يشمل الأشياء المادية و غير المادية ، بحيث يمكن ملاحقة وتتبع المتحصلات الجرمية سواء كانت بصورتها المباشرة أو أية صورة تتحول إليها، من خلال الحسابات والعمليات المصرفية العديدة أو الأنشطة التجارية المختلفة.(18)

1-3 الجريمة الأولية السابقة :

حتى الجريمة الأولية التي تنتج عنها الأموال أو الأشياء محل الإخفاء أو الحيازة، هي أيضا بدورها لم تعد مقصورة على جرائم الأموال بل امتدت إلى صور الجرائم الأخرى.(19)

2- قصور وصف إخفاء الأشياء:

هناك مجموعة من الصعوبات التي تعترض اعتبار نشاط تبييض الأموال صورة من صور الإخفاء ومن بين الانتقادات الموجهة:

2-1 قصور وصف الإخفاء على مستوى السلوك المكون للركن المادي : (عدم اعتبار البنك حائز للأموال) :

يتطلب الركن المادي لجريمة إخفاء الأشياء وقوع نشاط إيجابي يتمثل في إخفاء أو حيازة الشيء ذي المصدر غير المشروع ، والبنك الذي يقبل إيداع أو تحيل أو استثمار الأموال فإنه لا يحوزها باسمه إنما تظل مملوكة باسم ولحساب المستفيد منها ، وإن رفض الإيداع فإنه يخالف مقتضيات العمل المصرفي.(20)

2-2 قصور وصف الإخفاء على مستوى محل الإخفاء أو الحيازة : (إنكار مبدأ عدم قابلية الحساب المصرفي للتجزئة) :

إن التوسع في مضمون محل الجريمة ليشمل المال النقدي و الأشياء كالمجوهرات والبضائع وغيرها، قد ساهم كثيرا في ملاحقة جرائم تبييض الأموال ضمن وصف الإخفاء، لكن هذا يصطدم مع مبدأ عدم قابلية الحساب المصرفي للتجزئة ، وهذا الأخير يسمح ويسهل اختلاط الأموال المشروعة مع غير المشروعة بصورة يستحيل الفصل بينهما .

ويمكن القول أن هذا المبدأ هو الذي يسهل إذابة الأموال غير المشروعة.(21)

2-3 قصور وصف الجريمة على مستوى الجريمة الأولية: (انتهاك مبدأ الشرعية الجنائية):

إذا كان المشرع لم يحدد نوع الجريمة الأولية السابقة لسلوك الإخفاء أو الحيازة , فإن القضاء يستغل عمومية النص و يتوسع في تطبيقه , بحيث يمكن القول أن كل جريمة في قانون العقوبات توصف بأنها جنائية أو جنحة تصلح لأن تكون مصدرا للأشياء محل الإخفاء أو الحيازة . هذا ما يمس بمبدأ الشرعية الذي يقضي بأنه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص". (22)

ومن مجمل مظاهر القصور السابقة يتبين لنا أن تكييف إخفاء الأشياء المتحصلة من جنائية أو جنحة غير ملائم لمتابعة نشاط تبييض الأموال الذي له خصوصيته. لهذا يجب أن يكون هناك تدخل تشريعي عن طريق التجريم الخاص لمثل هذا النوع من النشاطات التي لا تتطابق مع الأوصاف التقليدية.

ثانيا: ضرورة البحث عن تكييف قانوني خاص لتجريم وملاحقة النشاطات المكونة لتبييض الأموال:

إن أوجه القصور التي عانت منها الأوصاف التقليدية جراء محاولة تكييفها لتشمل جرائم تبييض الأموال توحى بالضرورة التدخل التشريعي لمواجهة هذه النشاطات و الجرائم و التصدي لها من خلال استحداث نصوص تشريعية صريحة خاصة. وتدخل المشرع بنص خاص لتجريم و عقاب هذه الظاهرة من ناحية يحسم كل خلاف ينشأ من تفسير النصوص الجنائية التقليدية .

أ/ التكييف الحديث لظاهرة تبييض الأموال:

إن تدخل المشرع بنص خاص لتجريم وعقاب هذه الظاهرة ذو مزايا عديدة فهو من ناحية يحسم كل خلاف قد ينشأ بخصوص تفسير النصوص القانونية التقليدية التي لا شك أن معظمها لم يكن صادرا أساسا لمواجهة ظاهرة تبييض الأموال ، فالظاهرة اقتصادية مصرفية في المقام الأول ، وبالتالي لا بد من نصوص خاصة تحدد على وجه الدقة جوانبها الفنية , ومن جهة ثانية فإن التدخل التشريعي بمقتضى نصوص خاصة يسمح بطبيعة الحال بضمان جزاءات جنائية أكثر تفردا للظاهرة والتغلب على العقبات

الإجراءات التي قد تحد من الحماية الجنائية الموجودة .وعلى العموم ثمة مستويان لتجريم تبييض الأموال سنتناولهما في كالأتي :

1- تجريم عمليات تبييض الأموال في ذاتها :

وهو ما دعت إليه اتفاقية فيينا ووضعت الأمم المتحدة بشأنه قانونا نموذجيا ، وقد استجابت كثير من الدول من بينها الجزائر إلى هذه الدعوة في إطار تفعيل الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر في هذا المجال حيث صدر في هذا الخصوص القانون رقم 01-05 المؤرخ في 2005/02/06 يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها ، حيث جاء في المادة 02 من هذا القانون تعريف لتبييض الأموال حيث نصت على ما يأتي : " يعتبر تبييضاً للأموال :

أ- تحويل الممتلكات أو نقلها مع علم الفاعل بأنها عائدات إجرامية ، بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الممتلكات أو مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب الجريمة الأصلية التي تحصلت منها هذه الممتلكات على الإفلات من الأثار القانونية لأفعاله .

ب- إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها، مع علم الفاعل أنها عائدات إجرامية

ج- اكتساب الممتلكات أو حيازتها أو استخدامها مع علم الشخص القائم بذلك وقت تلقئها أنها تشكل عائدات إجرامية.

د- المشاركة في ارتكاب أي من الجرائم المقررة وفقا لهذه المادة أو التواطؤ أو التآمر على ارتكابها أو محاولة ارتكابها والمساعدة أو التحريض على ذلك وتسهيل وإسداء المشورة بشأنه". (23)

وبصدور هذا القانون المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، تكون الجزائر قد تداركت الوضع السابق بخطوة كبيرة تحسب لها في مجال مكافحة تبييض الأموال، لتلحق بركب الدول العربية التي سارعت هي الأخرى في إصدار تشريعات خاصة بمكافحة تبييض الأموال، (كقانون مكافحة تبييض الأموال اللبناني في 2001، وقانون مكافحة غسل الأموال المصري لسنة 2002، وقانون مكافحة غسل الأموال البحريني 2001، وقانون مكافحة غسل الأموال الإماراتي لسنة 2002).

وتجدر الإشارة هنا أن المشرع الجزائري لم ينص في قانون العقوبات على جريمة تبييض الأموال إلا بعد تعديله في 2004 ، ثم عدل بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 2006/12/20 (24)، حيث عدلت وتمت بموجبه المادتان 389 مكرر 01 و 389 مكرر 02 والمتعلقتان بالعقوبات المقررة بشأن جريمة تبييض الأموال . من خلال هذه النصوص يتبين لنا أن المشرع الجزائري ارتأى إنشاء جريمة عامة للتبييض فمهما كانت الجريمة الأصلية جنائية أو جنحة فإنه يمكن لكل شخص يستعمل عائدات هذه الجريمة أن يكون محل متابعة جزائية . وعليه فإن المشرع الجزائري عند تعمله عدم حصر الجريمة الأصلية للتبييض كان يهدف إلى القضاء على المشاكل العملية للتكليف التي رأيناها سابقا.

2-التجريم الاحتياطي لبعض الأنشطة الممهدة لغسيل الأموال :

إن مكافحة جريمة تبييض الأموال لن تكون كاملة بتجريم الفعل في ذاته بل وجب على تشريعات الدول الساعية في هذا المجال أن تعمل على ملاحقة بعض الأفعال التي تجعل من غسيل الأموال أمرا ممكنا فهو تجريم ذو هدف وقائي.

فلا شك أن النظم المصرفية المتواطئة والمتساهلة قد تسهل عمليات تبييض الأموال بواسطة ما تملكه من آليات مصرفية معقدة وتقنيات متطورة بل أنها قد تحتج ببعض قواعد العمل المصرفي التي يقرها القانون لتهيئة المناخ اللازم لعملية التبييض ولهذا يبدو ضروريا إلزامها بواجب اليقظة مما يؤدي إلى سد الثغرات التي قد تتسلل من خلالها الأموال غير النظيفة ، واعتبار الإخلال بها من قبيل الأعمال التي يعاقب عليها القانون الجنائي ، وقد استطاعت الجزائر أن تسن بعض التدابير في مواجهتها لظاهرة تبييض الأموال مثل تجريم الاتجار في المخدرات ومكافحة الإرهاب والمتاجرة في السلاح كما أوجدت الجزائر نظاما مؤسساتي لمكافحة هذه الظاهرة مثل خلية معالجة الاستعلام المالي بموجب المرسوم التنفيذي 02-127⁽²⁵⁾ الذي يفترض أن يأتي بعد نص تشريعي سابق، لكن هذا النص لم يأتي إلا بعد 08 أشهر من إحداث هذه الخلية⁽²⁶⁾ وهذا بموجب قانون المالية لسنة 2003⁽²⁷⁾ .

خاتمة

إن تبييض الأموال إجرام منظم يتسم بكثير من الخطورة وهو غالبا ما يحول الجريمة من جريمة فردية إلى جريمة منظمة. وعليه فإن مكافحة هذا النوع من الجرائم

تظهر في مكافحة الجريمة الأصلية التي نتجت عنها الأموال، فإذا كانت الأموال ناتجة عن سرقة أو تزويج للمخدرات مثلا، فإن منع استغلال هذه الأموال التي نتجت عن فعل جرمي لأنها عائدات جريمة السرقة أو جريمة الاتجار في المخدرات يعني في الحقيقة منع الجريمة الأصلية أو على الأقل الحد من استعمالها. لذلك فإن التشريعات المعاصرة تمضي الآن قدما نحو تجريم هذا النوع من الأفعال، كما أن المجتمع الدولي يحث الدول على تبني هذا الاتجاه في إطار التعاون الدولي. فعلى مستوى التشريع المقارن، فإن أغلب التشريعات تقوم حاليا بتجريم تبييض الأموال وإن اختلفت في الأسلوب. فهناك من التشريعات من لا تجرم صراحة الفعل ولكن قوانينها الجنائية تجرم بعض الأفعال المتعلقة بعائدات الجريمة، ليس بصفقتها تبييضا للأموال ولكن بأوصاف أخرى، كإخفاء شيء متحصل عليه من جريمة، أو يجرم التبييض كفعل من أفعال المساهمة الجنائية. ونظرا لضرورة توفر التشريعات الداخلية للدول على قانون يجرم تبييض الأموال، فقد سارعت العديد من الدول في هذا الاتجاه من بينها الجزائر من خلال القانون بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهم، كما نص قانون العقوبات على العقوبات المقررة لهذا الفعل في القانون 06-23 المؤرخ في 2006/12/20 المعدل والمتمم لقانون العقوبات. التي لم تصدر لمواجهة مثل هذه الظاهرة الحديثة، فالتدخل التشريعي يضمن تقرير جزاءات جنائية أكثر تفردا لهذه الجريمة.

الهوامش

¹ حسين صلاح عبد الجواد، المسؤولية الجنائية عن غسيل الأموال، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص 104 و 105.

² مفيد نايف تركي الراشد الدليمي، غسيل الأموال في القانون الجنائي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 83.

نائل عبد الرحمان صالح، جريمة غسيل الأموال - المدلول العام والطبيعة القانونية - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر و التوزيع، الأردن، 2002، ص 121.

³ نائل عبد الرحمان صالح، مرجع سابق، ص 121.

⁴ الخريشة أمجد سعود، جريمة غسيل الأموال (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 117.

- سليمان عبد المنعم، مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة (ظاهرة غسل الأموال)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002، ص 37.
- ⁵⁻ نائل عبد الرحمان صالح، مرجع سابق، ص 124.
- ⁶⁻ سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 43.
- ⁷⁻ المادة 42 من الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات ، معدل ومتمم، ج ر عدد 49، الصادر في 11 جوان 1966.
- ⁸⁻ وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي، سليمان عبد المنعم ، مرجع سابق، ص 45. انظر أيضا إسماعيل سمر فايز، تبييض الأموال (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، الأردن، 2010، ص 104 و 105.
- ⁹⁻ سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 48.
- ¹⁰⁻ نائل عبد الرحمان صالح، مرجع سابق، ص 125.
- ¹¹⁻ إسماعيل سمر فايز ، مرجع ، سابق، ص 104
- ¹²⁻ سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 50.
- ¹³⁻ نفس المرجع، ص 51.
- انظر أيضا نائل عبد الرحمان صالح، مرجع سابق، ص 127.
- ¹⁴⁻ الخريشة أمجد سعود، مرجع سابق، ص 125، و نائل عبد الرحمان صالح، مرجع سابق، ص 128.
- ¹⁵⁻ إسماعيل سمر فايز، مرجع سابق، 106، و الخريشة أمجد سعود، مرجع سابق، ص 126.
- ¹⁶⁻ المادة 387 من الأمر رقم 66-156، مرجع سابق.
- ¹⁷⁻ كبيش محمود ، السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 86. سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 60.
- ¹⁸⁻ سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 66. مفيد نايف تركي الراشد الدليمي، مرجع سابق، 102. و حسين صلاح عبد الجواد، مرجع سابق، ص 124.
- ويمكن الإشارة هنا إلى أن المشرع وفق عند استعماله لمصطلح الأشياء بدلا من مصطلح المال ، لأن مصطلح شيء يشمل الأشياء المادية وغير المادية ، ونفس المصطلح استعمال عند معظم التشريعات.
- ¹⁹⁻ مفيد نايف تركي الراشد الدليمي، مرجع سابق، ص 106.
- ²⁰⁻ نفس المرجع ، ص 112.
- أنظر أيضا: نائل عبد الرحمان صالح، مرجع سابق، ص 121. و سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 72.

²¹- سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 73. و مفيد نايف تركي الراشد الدليمي، مرجع سابق، ص 122.

²²- مفيد نايف تركي الراشد الدليمي، مرجع سابق، ص 115-116. و سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 76. و نائل عبد الرحمان صالح، مرجع سابق، ص 133.

²³- قانون 05-01، مؤرخ في 06 فيفري 2005، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، ج ر عدد 11، صادر في 09 فيفري 2005.

²⁴- قانون رقم 04-15، مؤرخ في 10 نوفمبر 2004، يعدل الأمر رقم 66-156 يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 71، صادر في 2004.

قانون رقم 06-23، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يتضمن تعديل الأمر رقم 66-156، المتعلق بقانون العقوبات، ج ر عدد 84، صادر في 2006.

²⁵- مرسوم تنفيذي 08-275، مؤرخ في 06 سبتمبر 2008، يعدل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 02-127 المتعلق بإنشاء و تنظيم و سير خلية معالجة الاستعلامات المالية، ج ر عدد 53، صادر في 07 سبتمبر 2008.

²⁶- ZOUAIMIA Rachid, Blanchiment d'argent et financement du terrorisme : L'arsenal Juridique, Revue Critique de Droit et Science Politique, N° 01, Université de Tizi Ouzou, 2006, P22 .

²⁷- قانون رقم 02-11، مؤرخ في 24 ديسمبر 2002، يتضمن قانون المالية لسنة 2003، ج ر عدد 86، صادر في 25 ديسمبر 2002.

المركز القانوني لأعضاء مجلس الدولة الجزائري

علام لياس

أستاذ مساعد - كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

مقدمة :

إذا كان صحيحاً أنّ الوسام لا يصنع القاضي فإنّه لا يجوز أن نفترض أن كلّ قاضٍ قديس أو نزيه يجب أن يقف بمفرده في وجه القوى ذات المصلحة في إخضاعه لهيمنتها... وإنما بعبارة أخرى يجب أن يوفر النظام القانوني نفسه هذه الضمانات التي تطمئن القاضي على استقلاليته وحرية وتقف عائقاً أمام هذه القوى⁽¹⁾.

وبصدد الحديث عن النظام القانوني المنظم لفئة القضاة يظهر أنّ أعضاء مجلس الدولة الجزائري ينتمون إلى نفس النظام المنظم لهذه الفئة، وعليه فإنهم يخضعون للقانون العضوي رقم 11/04 المتضمن القانون الاساسي للقضاء⁽²⁾ ما عدا مستشاري الدولة في مهمة غير عادية. وبالتالي فهم يتمتعون بنفس الحقوق والحماية والضمانات ويخضعون للالتزامات نفسها السارية على قضاة القضاء العادي. وهذا تبرير أو تأكيد على فكرة استقلالية القاضي الإداري عن السلطة التنفيذية وذلك عن طريق إدماج وخضوع القاضي الإداري للسلطة القضائية حسب ما جاء في عرض أسباب مشروع القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة (القانون العضوي 01/98 سالف الذكر). ويُعدّ هذا التبرير غير جدي، لأن هذا الانتماء لا يضمن بالضرورة هذه الاستقلالية وإنما كان منالأجدر أن يحظى مركز أعضاء مجلس الدولة بنظام خاص على غرار أعضاء مجلس الدولة الفرنسي حتى لا تستحوذ أي سلطة على استقلاليتهم مهما كانت⁽³⁾. كما إنّ خضوع أعضاء مجلس الدولة للنظام الأساسي للقضاء لا يساير مبدأ التخصيص ولايستجيب لمقتضيات القضاء الإداري وإنما يدعم فكرة النظام القضائي الموحد⁽⁴⁾ وهذا ما قد يؤثر أيضاً على استقلاليتهم.

أولاً - انتماء أعضاء مجلس الدولة للنظام الأساسي للقضاء:

لقد جاء في عرض أسباب مشروع القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة أنّ أعضاءهم ينتمون إلى سلك القضاة، وهي قاعدة أكدتها المادة 20 من القانون العضوي 01/98 سالف الذكر: « يتشكل مجلس الدولة من القضاة الآتي ذكرهم... ».

قدمت فكرة استقلالية القاضي الإداري عن السلطة التنفيذية كمبرر لإدماج وخضوع القاضي الإداري للقانون الأساسي للقضاء. وهذا الموقف غير مُجدٍ لأن خضوع القضاة الإداريين بما فيهم أعضاء المجلس للقانون الأساسي للقضاة وانتماءهم أو تعيينهم للسلطة القضائية لا يضمن بالضرورة هذه الاستقلالية⁽⁵⁾.

إنّ أعضاء مجلس الدولة ينتمون للقانون الأساسي للقضاء ما عدا المستشارين في مهمة غير عادية، وبالتالي فهم يتمتعون بذات الحقوق والواجبات المرسومة للقضاة العاديين، وهذا على عكس أعضاء مجلس الدولة الفرنسي ليسوا قضاة **Magistrates** بالمعنى الضيق وإنما هم موظفون **Fonctionnaires** خاضعون لقانون الوظيف العمومي أصلاً مع وجود قانون أساسي **Statut particulier** يسري عليهم كما هو الشأن بالنسبة لبعض الموظفين الآخرين (الدبلوماسيين... الخ)⁽⁶⁾. ولعل أهم ملامح نظامهم الخاص، تتمثل في خضوعهم لنظام تأديبي أقل ضمانات مقارنة بوضع القضاة عموماً ومن حيث قابليتهم للنقل، كما أنّ إجراءات تأديبهم أقل حماية أيضاً.

ثانياً - استقلالية أعضاء مجلس الدولة:

إنّ مهمة القاضي الإداري بصفة عامة بما في ذلك أعضاء مجلس الدولة تكمن في رقابة مشروعية أعمال وتصرفات السلطة العامة بكل ما لها من امتيازات، إلا أن هذه الرقابة لا تكون فعالة إلا بفضل وجود قضاء مستقل في مواجهة السلطات الأخرى خاصة التنفيذية، هذا من جهة ومن جهة أخرى لا يمكن أن نتصور وجود هذه الامتيازات إلا باستقلالية مجلس الدولة في حدّ ذاته التي يستمدّها هو الآخر من استقلالية السلطة القضائية، وبالتالي فاستقلالية أعضاء مجلس الدولة لا يمكن أن تتحقق إلا باستقلالية الهيئة التي ينتمي إليها هؤلاء الأعضاء.

1 - استقلالية السلطة القضائية عن السلطات الأخرى:

إنّ تجسيد استقلال السلطة القضائية لن يكون إلا بتقرير مبدأ الفصل بين السلطات الذي نادى به مجموعة من الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه (مونتسكيو) في كتابه "روح القوانين" لعام 1748 والذي مفاده استقلال كل سلطة عن السلطات الثلاث في الدولة بأداء مهامها التي أسندها لها الدستور⁽⁷⁾. وهذا المبدأ لا يجب أخذه على إطلاقه لأنه يؤدي إلى نتائج مخالفة⁽⁸⁾. لأنّ ذلك يؤدي إلى منع السلطة القضائية من التعرض إلى أعمال الإدارة،

وبالتالي تصبح الإدارة تتصرف بدون قيد ولا ضابط، وهذا ما قد يفتح المجال للاستبداد والتعسف على الأفراد دون أن تكون لهم وسيلة لمجابهتها سوى التظلم إليها. فالإدارة أصبحت خصماً وحاكماً في نفس الوقت⁽⁹⁾.

إلا أنّ المشرّع الفرنسي تظن إلى هذه الوضعية وأدرك خطورتها فعمد إلى إنشاء قضاء خاص عن القضاء العادي يتمثل في إنشاء مجلس الدولة الذي تطور حتى أصبح هيئة إدارية ذات ولاية عامة في المنازعات الإدارية.

ورغم أنّ معظم دساتير العالم تكرّس مبدأ استقلالية السلطة القضائية، إلا أنه في الواقع يبقى تجسيده مرهوناً بطبيعة نظام الحكم والظروف المحيطة بتلك الدولة. فرغم تجسيد الأنظمة الدكتاتورية مثلاً لهذا المبدأ، إلا أنه يبقى شعاراً لا أساس له في الواقع، حيث تكون مصالح السلطة السياسية فوق كلّ اعتبار وليس القضاء سوى وسيلة في خدمتها تستعملها لتحقيق أغراضها، كما أنّ استقلالية السلطة القضائية في هذا النوع من النظام قد تشكل خطراً على الاستقرار والوحدة الإدارية للدولة⁽¹⁰⁾.

أمّا في ظلّ الدول الديمقراطية التي تقوم على مبدأ المشروعية وسيادة القانون فإنّه رغم تكريس مبدأ استقلالية السلطة القضائية في دساتيرها، باعتباره القانون الأسمى إلا أنّ هذه الاستقلالية لن تكون حقيقية وكاملة إلا بقدر الضمانات المقررة لحماية القضاة أثناء ممارسة مهامهم. وأحسن مثال على ذلك نجد فرنسا التي أكدت في دستورها لسنة 1958 على استقلالية القضاء والذي تحقق فعلاً رغم أن القضاء اعتبر بمثابة هيئة قضائية (Autorité) على عكس الدساتير السابقة التي نصت صراحة على أنّ القضاء سلطة قائمة بذاتها مستقلة عن السلطات الأخرى. وهذا حسب دستور 1791 في مادته الخامسة ودستور 1848 في المادة 81 منه⁽¹¹⁾، وبالتالي ليست الأهمية في تسمية القضاء بسلطة أو هيئة وإنما الأهمية في تجسيد مبادئ هذه الاستقلالية بما في ذلك استقلالية القضاة أثناء ممارسة صلاحياتهم على غرار ما فعله المشرّع الفرنسي.

أمّا عن القضاء في الجزائر فإنّ تحديد طبيعته تفترض التمييز بين مرحلتين أساسيتين: مرحلة ما قبل تعديل دستور 1989، ومرحلة ما بعد تعديل دستور 1989. ولكن ما يهمنا نحن هو التعديل الدستوري لسنة 1996، لأنه هو المنشئ لمجلس الدولة وبالتالي تخصنا هذه المرحلة أكثر من سابقتها رغم أن دستور 1996 لا يختلف عن دستور 1989 فيما يتعلق باستقلالية السلطة القضائية.

إنّ التعديل الدستوري لسنة 1996 على غرار دستور 1989⁽¹²⁾ أكد على مبدأ استقلالية السلطة القضائية، كما أضاف أنها تمارس في إطار القانون⁽¹³⁾. وجاء أيضاً في هذا التعديل الاستغناء عن نظام وحدة القضاء وتبني نظام ازدواجية القضاء عكس ما كانت عليه قبل هذا التعديل وهذا ما يعزز أكثر في استقلالية القضاء، وبالتالي هو تغيير في السلطة القضائية ذاتها.

2 - تبعية مجلس الدولة للسلطة القضائية ومدى استقلاليته:

إنّ مجلس الدولة حسب نصّ المادة 152 سالفه الذكر يكون تابعاً للسلطة القضائية، وهذا ما يؤثّر على استقلاليته، وهذا ما سنراه في النقاط التالية:

أ - تبعية مجلس الدولة للسلطة القضائية:

أوردت المادة 152 من الدستور المجلس تحت عنوان السلطة القضائية، وهذا خلافاً لمجلس الدولة الفرنسي الذي نجده تابعاً للسلطة التنفيذية، وبالتالي فإنّ مجلس الدولة الجزائري يشكّل هيئة قضائية عليا في المواد الإدارية، وهو يمثل من حيث الموقع والمكانة على مستوى القضاء العادي محكمة النقض. ويقضي مركزه هذا أن يمارس مهمة تقويم أعمال المحاكم الإدارية من خلال الطعون المرفوعة أمامه ويعمل أيضاً على توحيد الاجتهاد القضائي⁽¹⁴⁾ وهذا ما قد يشكّل خاصية أو ميزة خاصة لمجلس الدولة الجزائرية.

لتبرير هذا الاختيار عرض وزير العدل أسبابه أثناء تقديم مشروع القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة أمام مجلس الوزراء قائلاً⁽¹⁵⁾: «إنّ مجلس الدولة وضع تحت وصاية السلطة القضائية، خلافاً للنظام الذي تبنته بعض الدول والذي يلحق مجلس الدولة بالسلطة التنفيذية، وهكذا فإنّ هذا الاختيار يشكل مرحلة إيجابية لتكريس مبدأ الفصل بين السلطات ومن ثمّ توطيد السلطة القضائية في دور حماية المجتمع والحريات».

إنّ المبرر الأساسي لإلحاق مجلس الدولة القضائية ينطلق من مبدأ الفصل بين السلطات، وإن كان هذا المبدأ يتماشى مع فكرة النظام الموحد خاصة النظام البريطاني الذي يركز على القانون المشترك **The commonlaw** ومبدأ المساواة أمام القانون دون تمييز بين الإدارة والفرد فإنّه لا يتماشى مع نظام الازدواجية القضائية.

يكن الهدف من العمل بنظام الازدواجية القضائية في وجود مرفق عام يسمى "الإدارة" له أهداف غير أهداف الأفراد، ينظمه قانون غير عادي ويتمتع بامتيازات غير

مألوفة تجعله يختلف عن الفرد من حيث القاضي والقانون، وإن ما جاء بعد 1998 في إطار المادة الثانية 2 من القانون العضوي رقم 01/98 لا يشكّل إلا إخراج الغرفة الإدارية السابقة الموجودة ضمن المحكمة العليا ووضعها في صورة مجلس الدولة دون تغيير آخر يذكر⁽¹⁶⁾.

ب - تمتع مجلس الدولة بالاستقلالية:

نعني بالاستقلالية هنا الاستقلالية عن السلطة التنفيذية لأنّ تخصص مجلس الدولة بالفصل في المنازعات الإدارية لا يعني أنه تابع للسلطة التنفيذية باعتبارها طرفاً في المنازعة لأن التسليم بهذه التبعية يعني أن قرارات المجلس سوف لن تلزم السلطة التنفيذية في شيء طالما مارست هذه السلطة وصايتها ونفوذها على مجلس الدولة. وتستمد هذه الاستقلالية وجودها القانوني من المادة 138 من الدستور سالف الذكر، ومن نص المادة 152 التي أنشأت مجلس الدولة تحت عنوان السلطة القضائية موضوع الفصل الثالث من الدستور.

تجسيدا للاستقلالية الوظيفية للمجلس اعترف له باستقلالية المالية والاستقلالية في مجال التسيير وهذا بموجب المادة 13 من القانون العضوي رقم 01/98: «يتمتع مجلس الدولة بالاستقلالية المالية والاستقلالية في التسيير يزود بالموارد البشرية والوسائل المالية والمادية اللازمة لتسييره وتطوير نشاطاته تسجل الاعتقادات اللازمة لتسييره في الميزانية العامة للدولة».

لا تتنافى صفة الاستقلالية مع إلزام مجلس الدولة برفع تقرير عن قراراته وحصيلة نشاطاته لرئيس الجمهورية باعتباره ممثلاً للدولة⁽¹⁷⁾ وهذا ما أدته نص المادة السادسة (6) من القانون العضوي 01/98: «يعد مجلس الدولة تقريراً عاماً سنوياً يرفعه إلى رئيس الجمهورية يتضمن تقدير نوعية قرارات الجهة القضائية الإدارية التي رفعت إليه، وكذا حصيلة نشاطاته الخاصة. تبلغ نسخة من التقرير إلى وزير العدل».

3 - ضمانات استقلالية أعضاء المجلس والازدواجية القضائية:

إنّ استقلال القاضي وضمانات وظيفته بصفة عامة هي معطيات موضوعية كرّسها التاريخ عبر الأزمنة، بحيث لا يستطيع أي نظام اجتماعي أن يتجاهلها أو ينكرها⁽¹⁸⁾ لأنهم هم الذين يسهرون على تسهيل الأمور عن طريق تطبيق القواعد السامية العامة على ظروف خاصة، وكلّ سلطة تحاول عزلهم أو زعزعتهم يُعدّ ذلك مساساً باستقلاليتهم، وإنّما يمكن فقط

مراقبتهم في أربعة التزامات: قول العدل، النطق بالحكم باسم الشعب، إعادة الحقوق إلى أصحابها وعدم الخروج عن اختصاصاتهم⁽¹⁹⁾ ولا ينتهي دور القاضي في المجال القضائي وإنما اليوم يُعدّ غير محدود المجال وذلك لممارسته لمهام متنوعة وأدوار مختلفة بما في ذلك الدور الاقتصادي، الاجتماعي، التربوي والتشريعي⁽²⁰⁾.

يبدو من الضروري تدعيم استقلالية القاضي خاصّة القاضي الإداري، نظراً لما تفرضه طبيعة مهامه، ونظراً لما له من علاقات مع السلطات الإدارية، فهو يوجهها بكل ما لها من امتيازات وسلطات عامة، وبالتالي فعدم تقرير ضمانات كافية له تجعله تحت ضغط السلطات العامة، وهذا ما يؤثر في حياده ونزاهته. وعليه نتساءل ما هي الضمانات المقررة لأعضاء مجلس الدولة الجزائري؟

جاء في عرض أسباب مشروع القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة أن أعضاءه ينتمون إلى سلك القضاة يعني للسلطة القضائية وهي قاعدة أكدتها المادة 20 من القانون العضوي رقم 01/98 سألقة الذكر. لهذا قدّمت فكرة استقلالية القاضي الإداري عن السلطة التنفيذية كمبرر لإدماج وخضوع القاضي الإداري للقانون الأساسي للقضاء.

بيدوا هذا الموقف غير جدي لأن خضوع القضاة الإداريين للقانون الأساسي للقضاة وانتماءهم للسلطة القضائية لا يضمنان بالضرورة الاستقلالية وبالتالي على هذا الأساس فإنّ ضمانات استقلالية أعضاء مجلس الدولة لا تتعدى تلك المخولة للقضاة العاديين بما أنهم من نفس المرتبة والدرجة والمركز⁽²¹⁾ والتي تتمثل في الاستقلالية العضوية والاستقلالية الوظيفية.

أ - الاستقلالية العضوية:

الاستقلال العضوي هو عدم تدخل أية سلطة غير قضائية في إدارة المسار المهني للقضاة، وهذا ما يفترض وضع كلّ ما يتعلق بالمسار المهني للقاضي بعيداً عن التحكم⁽²²⁾ وعلى هذا الأساس فإنّ المادة 155 من تعديل دستور 28 نوفمبر 1996 نصّت على أنه:

«يقرر المجلس الأعلى للقضاء، طبقاً للشروط التي يحددها القانون، تعيين القضاة ونقلهم وتسيير سلمهم الوظيفي كما يسهر على احترام القانون الأساسي للقضاء، وعلى رقابة انضباط القضاة تحت رئاسة الرئيس الأوّل للمحكمة العليا».

ومن خلال هذه المادة يمكن أن نستنتج أنّ المجلس الأعلى للقضاء هو الجهة الوحيدة المكلفة بتسيير كلّ ما يتعلّق بالمسار المهني للقضاة بما في ذلك أعضاء مجلس الدولة، طبقاً للقانون الأساسي للقضاء⁽²³⁾.

- من حيث التعيين:

بالرجوع إلى نص المادة 155 من الدستور الحالي، نجد أنّ المشرّع الدستوري اتجهت نيته إلى تخويل المجلس الأعلى للقضاء دون سواه سلطة تعيين القضاة⁽²⁴⁾، وبالتالي كان من الواجب أن يجسد هذا المبدأ تطبيقاً لأحكام الدستور.

وبالرجوع أيضاً إلى القانون العضوي رقم 11/04 سالف الذكر نجد أن المادة 03 تنص على ما يلي:

«يعين القضاة بموجب مرسوم رئاسي بناءً على اقتراح وزير العدل، وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء».

كما حددت المادة 38 من القانون العضوي 11/04 المعنيين بالتعيين. وهم حاملو شهادة المدرسة العليا للقضاء، وذلك بعد فوزهم في المسابقة الوطنية التي تنظمها وزارة العدل. إلاّ أنه يمكن اللجوء إلى التعيين المباشر بصفة استثنائية لتولي مناصب محددة طبقاً للمادة 41 من القانون العضوي المشار إليه أعلاه.

يتضح على هذا الأساس أنّ السلطة التنفيذية هي التي تهيمن على سلطة تعيين القضاة، خاصّة فيما يتعلق برئيس مجلس الدولة الذي يعيّن عن طريق رئيس الجمهورية، وبالتالي يكون تابعاً للسلطة التنفيذية وما دور المجلس الأعلى للقضاء إلاّ استشاري، بحيث لا يتمتع بسلطة القرار وهذا ما يتنافى مع روح نص المادة 155 من الدستور ويشكّل مساساً بمبدأ استقلالية السلطة القضائية، وهذا ما يؤدي إلى اعتبار أن المجلس الأعلى للقضاء أداة تحت نفوذ السلطة التنفيذية، وهذا نظراً للدور التمثيلي للقضاة في المجلس الأعلى للقضاء وكذا محدودية صلاحيته⁽²⁵⁾، وهذا كلّه قد يؤثر في استقلالية أعضاء مجلس الدولة.

كما يستفاد من حالة تعيين رئيس مجلس الدولة من طرف السلطة التنفيذية أن مركز رئيس المجلس غير مستقر ويثير عدّة شكوك، حيث إنّ من جهة ينص الدستور على أنه يعين من طرف رئيس الجمهورية حسب المادة 78 سالفة الذكر، ومن جهة أخرى تنص المادة

الثانية على أنّ مجلس الدولة تابع للسلطة القضائية ويتمتعون بذات مركز قضاة القضاء العادي وهذا ما يميز رئيس مجلس الدولة عن سائر الأعضاء الآخرين للمجلس كما أنّ المادة الثانية من القانون العضوي تعد مناقضة لأحكام الدستور.

إنّ تمييز رئيس مجلس الدولة عن غيره لا يخدم المجلس ذاته، إذ يمس مباشرة استقلاليته، وبالتالي يعتبر مديناً للسلطة التنفيذية في تعيينه⁽²⁶⁾.

- من حيث عدم قابليتهم للعزل:

إنّ عدم جواز عزل القضاة شرط لاستقلال القضاء، واستدلال القضاء علامة وجود سلطة قضائية مستقلة عن السلطات الأخرى⁽²⁷⁾ ومفاد هذه الضمانة هو منع عزل أو وقف أو نقل أو إحالة القضاة على التقاعد إلاّ وفقاً للشروط المقررة في القانون⁽²⁸⁾ هذا يُعد واقياً للتدخلات المحتملة من طرف السلطة التنفيذية.

و بالعودة إلى الدستور الحالي نجد أنّ المشرّع لم ينص على هذه الضمانة وإنما نص عليها في القانون العضوي 11/04 في المادة 26 منه «مع مراعاة أحكام المادتين 49 و 50 من هذا القانون العضوي ، حق الاستقرار مضمون لقاضي الحكم...» .

إنّ محافظ الدولة ومحافظي الدولة المساعدين على مستوى مجلس الدولة وحتى المحاكم الإدارية لا يستفيدون من ضمانة الاستقرار لكونهم يمثلون النيابة العامة كما أسلفنا ذكراً.

أما بالنسبة لمجال الترقية فبعد أن كان القاضي حراً في قبول أو رفض الترقية أصبح ملزماً بقبول المنصب المقترح عليه دون أن تكون له حرية الاختيار وهذا حسب ما نصّت عليه المادة 59 من القانون العضوي 11/04 المشار إليه أعلاه والتي جاء فيها: «كلّ قاضٍ مستفيد بالترقية في الوظيفة ملزم بقبول الوظيفة في المنصب المقترح عليه...» .

- في مجال التأديب:

لقد عرفت المادة 60 من القانون العضوي رقم 11/04 المشار إليه أعلاه الخطأ التأديبي بأنه:

«يعتبر خطأً تأديبياً بمفهوم هذا القانون العضوي كلّ تقصير يرتكبه القاضي إخلالاً

بواجباته، ويعتبر أيضا خطأً تأديبياً بالنسبة الى قضاة النيابة و محافظي الدولة اخلالاً بالواجبات الناتجة عن التبعية التدريجية.».

في حالة ارتكاب أحد القضاة خطأً تأديبياً ، يقوم وزير العدل بالمتابعة التأديبية⁽²⁹⁾ أمام المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كمجلس تأديبي، إلا أنه في حالة ارتكاب القاضي لخطأً جسيم كالإخلال بواجب مهني أو اقترافه جريمة، فإنه من حق وزير العدل أن يصدر قراراً بوقفه فوراً، وإحالة ملف المتابعة التأديبية إلى المجلس الأعلى للقضاء وهذا ما نصت عليه المادة 65 من القانون العضوي نفسه.

كما تنص المادة 68 من القانون العضوي رقم 11/04 أن لوزير العدل أن يتخذ في مواجهة القضاة، عقوبات تتراوح ما بين الدرجة الأولى الى الدرجة الرابعة ذلك حسب جسامة الخطأ.

وتكون العقوبات مرفوقة بمجموعة من الضمانات يمكن حصرها فيما يلي:

1 - تغيير تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء عندما ينعقد كمجلس تأديبي حيث يترأسه

الرئيس الأوّل للمحكمة العليا بدلاً من رئيس الجمهورية.

2 - عدم جواز نشر قرار الإيقاف الذي يتخذه وزير العدل.

3 - استمرار القاضي في تقاضي مرتبه خلال مدة 6 أشهر تبدأ اعتباراً من يوم

صدور قرار الإيقاف وذلك طبقاً للمادة 67 من القانون العضوي رقم 11/04.

4 - وجوب الفصل في الدعوى التأديبية خلال مدة الأشهر الستة وذلك وفقاً للمادة

66 فقرة 2 من القانون العضوي 11/04.

نستنتج من خلال دراسة هذه الضمانات المقررة للقاضي أثناء متابعته تأديبياً، أنها

مجرد ضمانات شكلية لا تحقق الهدف من تقريرها. والسبب في ذلك هو عدم النص على

الجزاء المترتبة على مخالفتها، وعليه فعادة ما تهدر هذه الضمانات في الواقع العملي،

دون أن يكون للقاضي سبيل لدفع ذلك⁽³⁰⁾، وبالتالي يبدو من الضروري إعادة النظر في

هذه المسائل وذلك بتكريس الضمانات الحقيقية والفعالية من أجل تجسيد مبدأ استقلالية

السلطة القضائية دستورياً. ولن يكون ذلك إلا برد الاعتبار للمجلس الأعلى للقضاء. كما أنّ

تبني الجزائر للازدواجية القضائية بتأسيس مجلس الدولة والمحاكم الإدارية، فإنّ المنطق

يفترض إعادة النظر في تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء، وذلك بإعطاء مكانة لرئيس

مجلس الدولة خاصة عندما يكون القاضي الإداري محل المتابعة. وهذا كله إلى حين استفادة القاضي الإداري بنظام قانوني خاص به. فأعضاء مجلس الدولة الجزائري ككلّ القضاة، لا يتمتعون بموجب القانون الساري المفعول، بأدنى الضمانات التي تجسد حقيقة استقلالية السلطة القضائية باعتبار أن استقلال القاضي واستقلالية السلطة القضائية أمران مرتبطان، لا يغني أحدهما عن الآخر⁽³¹⁾.

ب - الاستقلالية الوظيفية:

تتمثل الوظيفة القضائية في تطبيق القانون على المنازعات المعروضة على القضاة، مما يفترض أن تمارس بعيداً عن كلّ الضغوطات والتهديدات التي من شأنها أن تمس بحياد ونزاهة القاضي.

يكون تجسيد فكرة الاستقلالية الوظيفية بتقرير مبدأ الفصل بين السلطات، والذي مفاده عدم تدخل سلطة من السلطات الثلاث في شؤون إحداهما، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنّ تجسيد فكرة الاستقلالية للقاضي يكون بإخضاعه للقانون دون سواه، ولقد حرص المشرّع على هذا المبدأ وذلك من خلال المادة 147 من دستور 28 نوفمبر 1996، حيث إنّ القاضي لا يخضع إلا للقانون. كما أكدت المادة 138 على أن السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون. وإلى جانب هذا فقد أكد المشرّع الدستوري على حماية القاضي من كلّ أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي تضرب بأداء مهامه وتمس بنزاهة حكمه وذلك في المادة 148 ولم يكتف المشرّع بهذا الحد بل أكد جلّ هذه المبادئ من خلال القانون العضوي رقم 11/04 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

والجدير بالذكر أنّ استقلالية القاضي وفقاً للمفهوم الاشتراكي أي خلال دستور 1976⁽³²⁾ هي كلّ ما من شأنه أن يحاول تحويل القاضي عن الهدف الاشتراكي والمتمثل في حماية مكاسب الثورة الاشتراكية. إلا أنّ المشرّع عدل عن هذا التوجه وأقرّ مبدأ استقلالية السلطة القضائية وإخضاع القاضي للقانون دون سواه وذلك خلال تعديل دستور 23 نوفمبر 1989. ورغم هذا التوجه إلا أنّ السلطة القضائية بقيت دائماً تحت السلطة السياسية، فحسب بعض الكتاب هذا العامل السياسي يصبغ العدالة صراحة أو ضمناً⁽³³⁾.

ثالثاً - الازدواجية القضائية وإلزامية تخصص القاضي الإداري

إنّ الازدواجية القضائية تقتضي تخصص القاضي وذلك من أجل تقسيم مجالات تخصص القضاء الإداري، وهذا أمر ضروري ومهم بالنسبة للقضاة والقضاء، فالقاضي

الإداري يتخصص في مجال المنازعات الإدارية وهذا سوف يدعم مركزه ويجعله متمكناً في نوع معين من النصوص، كما يجعله يتابع دراسات فقهية معينة ويجتهد في مجال محدد. كما يجعله أيضاً يضطلع بمهمته بكل اطمئنان وبالتالي يقدم مردودية أفضل.

ونظراً لأهمية فكرة التخصص نجد أنّ الاتحاد الدولي للقضاة قد أفرد لها عدّة مؤتمرات منها مؤتمر روما (من 11 إلى 13 أكتوبر 1958)، مؤتمر نيس (من 4 إلى 6 أكتوبر 1972)، ومؤتمر ريو دي جانيرو (من 27 إلى 2 ديسمبر 1978). وحسب ما تشير إليه توصيات الاتحاد الدولي للقضاء نجد أنه في كلّ مرّة كان مندوبو الدول المختلفة يثيرون مسألة التخصص في مجال القضاء، حيث يركزون على دورها وأهميتها في رفع مستوى العمل القضائي⁽³⁴⁾.

خاتمة :

فرغم تكريس مبدأ الفصل بين السلطات فإنّ استقلالية السلطة القضائية يبقى شعاراً لا أساس له في الواقع المعيش، وذلك بسبب التدخل المستمر للسلطة التشريعية والتنفيذية في المجال القضائي، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ عدم تقدير الضمانات الكافية لحماية القضاة في ممارسة مهامهم يعبر بصورة واضحة عن عدم رغبة السلطة السياسية في وجود سلطة قضائية مستقلة .

رغم أهمية فكرة التخصص فإنّ النظام القضائي الجزائري لا يعرف مكانة لها وبالتالي فالقاضي الإداري يتلقى تكويناً عاماً مثل قضاة القضاء العادي، وهذا ما يجعله لا يطلع على كيفية سير الإدارة الهادفة إلى تحقيق المصلحة، وهذا ما يمس طبعاً بالحريات والحقوق العامة للأفراد. وبهذا الصدد وصف القاضي الإداري الجزائري أنه غريب عن الإدارة التي يراقبها⁽³⁶⁾.

وإذا كان في وقت سابق لا تسمح الظروف بإمكانية التخصص في المسائل الإدارية فقد حان الوقت خصوصاً بعد الإصلاحات التي تبناها المجتمع الجزائري على جميع الأصعدة، وخاصة أنّ الجزائر تتوفر على رصيد معتبر من الإطارات القضائية التي بإمكانها توفير التكوين اللازم للقضاة، ولا يكفي هذا التكوين وحده وإنما يجب أيضاً تقديم ضمانات أكبر للقاضي الإداري من أجل الوقوف والتصدي أمام وجه السلطات العامة.

الهوامش :

- ¹⁻ بلودنين أحمد: استقلالية القضاء بين الطموح والتراجع، بحث لنيل شهادة الماجستير في الإدارة والمالية العامة، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1999، ص 3.
- ²⁻ قانون عضوي رقم 11/04 مؤرخ في 6 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الاساسي للقضاء ج ر عدد 57 سنة 2004
- ³⁻ GUSTAVE (Peiser), op.cit., p. 9.
- ⁴⁻ خلوفي رشيد، القضاء الإداري (تنظيم واختصاص)، مرجع سابق، ص 97.
- ⁵⁻ ديدان مولود: تكوين القاضي ودوره في النظام الجزائري، بحث لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 2003، ص 190.
- ⁶⁻ JEAN (Vicent): Institutions Judicaire (organisation, juridictions, gens de justice), 6^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2001, p. 649.
- ⁷⁻ BOLLET-Pomsignon Aude, La notion de séparation des pouvoirs dans la préparation constitution de 1958, L.G.D.J, Paris, 1993, p. 17.
- ⁸⁻ سليمان السعيد: دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003، ص 64.
- ⁹⁻ المرجع نفسه، ص 65.
- ¹⁰⁻ YONABA (Solif) : "Indépendance de la justice: Quelle est la réalité", Revue Africaine des Droits de l'Homme, France, 1999, p. 405.
- ¹¹⁻ بوشير محند أمقران: السلطة القضائية في الجزائر، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 04.
- ¹²⁻ مرسوم رئاسي رقم 18/89 المؤرخ في 1989/02/28، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 1989/02/23، جريدة رسمية، عدد 09، 1989، حيث تنص المادة 129 منه على أن: «السلطة القضائية مستقلة»
- ¹³⁻ تنص المادة 138 من تعديل دستور 28 نوفمبر 1996 على أن: «السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون».
- ¹⁴⁻ بوضياف عمار: مرجع سابق، ص 52 و 53.
- ¹⁵⁻ ديدان مولود: مرجع سابق، ص 196.
- ¹⁶⁻ خلوفي رشيد: مجلس الدولة، مرجع سابق، ص 58 و 59.
- ¹⁷⁻ بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 53 و 54.
- ¹⁸⁻ لعشب محفوظ، التجربة الدستورية في الجزائر، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية، الجزائر، ص 102.
- ¹⁹⁻ ROBERT (Jacques), "De l'indépendance des juges", In Revue de Droit Public, Janvier-Février, France, 1988, p. 6.

²⁰- بوضياف عمار، "دور القاضي في المجتمعات الحديثة"، نشرة القضاة، عدد 48، الجزائر، 1984، ص 123 وما بعدها.

²¹- انظر في ذلك: المادة 2 من القانون العضوي 01/98 المتضمن اختصاصات مجلس الدولة تنظيمه وعمله سالف الذكر.

- انظر كذلك: المادة 3 من القانون 02/98 المتعلق بالمحاكم الإدارية، سالف الذكر.

²²- بوبشير محند أمقران، مرجع سابق، ص 45.

²³- الأمر رقم 218/63 المؤرخ في 18/06/1963 المتضمن إنشاء المجلس الأعلى للقضاء، ج ر، عدد 43، الصادرة بتاريخ 19/06/1963.

²⁴- المبدأ نفسه أشارت إليه المادة 182 من الأمر رقم 76-97 المؤرخ في 22/11/1976، المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر عدد 94، 1976، وكذا المادة 146 من المرسوم الرئاسي رقم 18/89 المؤرخ في 28/02/1989، يتعلّق بنشر نصّ تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، ج ر عدد 09، 1989.

²⁵- بو بشير محند أمقران: عن انتفاء السلطة القضائية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري كلية الحقوق، تيزي وزو، 2006، ص 119 و 120.

²⁶- بوضياف عمار: السلطة القضائية بين الشريعة والقانون، دار الريحانة، الجزائر، 2001، ص 108.

²⁷- محمد عبد الله العربي بك: "كفالة حقوق الأفراد والحريات العامة في الدساتير"، مجلة مجلس الدولة، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، القاهرة، 1951، ص 44.

²⁸- LAGGOUNE (Walid), "La justice dans la constitution algérienne du 22 Novembre 1976" In Revue Algérienne des Sciences Juridique Economique et Politique, N° 2, Algérie, Juin 1981, p. 206

²⁹- الشبخلي عبد القادر: "نظام تأديب الموظف العام والقاضي في التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 4، الجزائر، 1975، ص 30 و 31.

³⁰- بوبشير محند أمقران، السلطة القضائية في الجزائر، مرجع سابق، ص 51.

³¹- عبيد محمد كمال: استقلال القضاء، نادي المطبوعات المصري، القاهرة، 1991، ص 11.

³²- أمر رقم 97/76 المؤرخ في 22/11/1976 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر، عدد 94، 1976.

³³- MAHIOU Ahmed, Cour de contentieux administratif, facicule 1, l'organisation juridictionnelle, O.P.U, Alger, 1979, p. 64.

وفي هذا السياق أكد الأستاذ بوبشير محند أمقران أن الدور السياسي خاصّة في العهد الاشتراكي يعد بمثابة التزام قانوني تفرضه حماية المصالح العليا للدولة، انظر في ذلك: بوبشير محند أمقران: القضاء

من وظيفة تخدم مصالح "الثورة الاشتراكية" إلى سلطة "تخدم المصلحة العليا للمجتمع"، المحاماة، مجلة تصدر عن منظمة المحامين منطقة تيزي وزو، ص 42.

³⁴- مرسوم رئاسي رقم 234/99 مؤرخ في 19 أكتوبر 1999، يتضمن إحداث اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة، ج ر عدد 74، 1999.

³⁵- صدراتي صدراتي: "القاضي الإداري غريب عن الإدارة التي يراقبها"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، عدد 3، الجزائر، 1992، ص 580.

اللعان و إشكالاته الفقهية، القانونية و القضائية

نجومن م. قندوز سناء

أستاذة مساعدة بكلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

المقدمة

لقد استوقفني موضوع اللعان بإشكالاته المتشعبة التي يثيرها من حيث المفهوم و من حيث التطبيق... و كذا من حيث مدى خطورته على العلاقة الزوجية و على نسب الأطفال ، و إن كان الشارع قد تساهل و توسع في طرق إثبات النسب فإنه قد تشدد في نفيها و لم يجعل لذلك إلا طريقا واحدا مقيدا بجملة من الشروط و هو "اللعان"⁽¹⁾ فمجرد التلفظ بعبارات اللعان يكون الأمر كاف لحل رابطة زوجية إلى الأبد و لنفي نسب كان يمكن أن يكون ثابتا... و لأن النسب له أطراف ثلاثة: الأب، الأم، و الولد فهو حق لكل هذه الأطراف، فضلا عن أن النسب فيه حق لله تعالى أيضا... أما وجه كونه حق لله تعالى لأنه يحقق مصلحة عامة للمجتمع في عدم اختلاط الأنساب و أما كونه حقا للأب لأن من حقها صيانة الولد من الضياع و دفع تهمة الزنا عن نفسها ، أما من جهة الأب فلأن ثبت نسب الولد منه يترتب عنه الولاية و حق الحضانة و الإرث منه ، أما للولد فمن حق كل طفل أن ينتسب لأبيه و أمه لأن في ذلك حفظ لنسبه هو كفرد و حفظ للجماعة من عدم اختلاط الأنساب كما أن نسب الولد يدفع العار عنه و يحفظ شرفه من كونه ولد زنا و يستتبع له حقوقا منها حق النفقة و حق الرضاع و حق الحضانة و الإرث⁽²⁾... و رغم أن الشريعة الإسلامية قد أولت عناية خاصة لمسألة الأنساب و أحاطتها بسياسات منيع من الأحكام باعتبارها أحد الكليات الخمس⁽³⁾... و لكن التشريع و القضاء لم يهتما بموضوع اللعان و لم يولياها العناية الكافية كغيره من المواضيع. و لدراسة هذا الموضوع سنحاول الإجابة على الإشكال التالي: ما هو اللعان و ما موقف الفقه، التشريع و القضاء منه؟ و ذلك بالتعرف على ماهية اللعان من حيث المقصود به ، الشروط و الآثار المترتبة عنها ثم التطرق للإشكاليات التي يطرحها فقها، قانونا و قضاء.

المبحث الأول: مفهوم اللعان

لا يمكن معرفة معنى اللعان إلا من خلال تعريفه، تحديد شروطه و ما يترتب عنه.

المطلب الأول: تعريف اللعان

اللعان لغة مصدر "لاعن"، و الجمع "لعان" و "لعنات" و اللعنة هي العذاب و الطرد من رحمة الله أو الإبعاد من الخير.

أما فقها : فاللعان في عرف الشارع هو شهادات مؤكدة يؤديها الزوجان تقوم مقام حد القذف في حق الرجل و مقام حد الزنا في حق المرأة⁽⁴⁾ .

أو هو ما يقع بين الزوجين بسبب نفي شرعية حمل أو دعوى رؤية الزنا فيتحالفان كما نص عليه القرآن الكريم⁽⁵⁾ ، و قد يكون سبب الملائنة إما رمي الزوجة بالفاحشة بمشاهدة الزوج لها و هي ترتكب الزنا مع أجنبي، أو لنفي حملها من الانتساب إليه لعدم مقاربتها أو غيابه عنها مدة تفوق أشهر امتداد الحمل... هذا إذا لم يعتمد الزوج إلى رمي زوجته بالزنا افتراء و بهتاناً.

الفرع الثاني: كيفية اللعان

إن القاعدة العامة في الأنساب تقضي بأن كل مولود تضعه المرأة على فراش زوجها هو ابن شرعي ثابت نسبه لهذا الزوج ، ما لم يقر الزوج⁽⁶⁾ بنفي هذا النسب و قد أقرت الشريعة الإسلامية طريقاً واحداً لنفي النسب ألا وهو اللعان ... و صفة اللعان هو ما جاء في كتاب الله تعالى و سنة رسوله صلى الله عليه و سلم بان يقول الزوج أربع مرات أشهد أو أقسم بالله الذي لا اله إلا هو أنني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي من الزنا و يقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان كاذباً و تقابله الزوجة بأربع شهادات بالله بأنه لمن الكاذبين فيما قذفها به و الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين⁽⁷⁾ ...

و الحكمة من وجوب الشهادات الأربع في اللعان أن جريمة الزنا لا تثبت بالشهادة إلا بأربعة من الرجال لكن لما كانت شهادة الشهود متعسرة في إثبات ما يقذف الزوج به زوجته ، اكتفى الشارع بان يأمر الزوج بان يشهد تلك الشهادات الأربع لتقوم مقام الشهود الأربعة فان شهدها سقط عنه الحد⁽⁸⁾ .

و الأصل في مشروعيته اللعان هو أن من قذف امرأة حرة عفيفة بالزنا فإما أن يأتي بأربعة شهداء على دعواه ، وحينئذ يقام على المرأة حد الزنا، وإما أن يعجز عن ، فيحد حد القذف ثمانين جلدة⁽⁹⁾ ، لقوله تعالى : " و اللذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة و لا تقبلوا لهم شهادة أبدا و أولئك هم الفاسقون إلا اللذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم"⁽¹⁰⁾ .

حيث أنه من المقرر في الشريعة الإسلامية أن من يرمي امرأة محصنة بالزنا يجلد ثمانين جلدة ، إلا إذا رمي زوجته بالزنا أو بنفي نسب الولد ، فإنه لا يجلد إذا لاعن .. و بالتالي فإن امتناع الزوج عن رمي نفسه باللعنة يوجب حد القذف ، أما امتناع الزوجة فيوجب حد الزنا ... كما أنه من أحكام اللعان هو الامتناع عن قذف المرأة أو قذف ابنها على وجه المشاتمة و من أقدم على ذلك أقيم عليه الحد⁽¹¹⁾ .

المطلب الثاني: دليل مشروعيته اللعان

الفرع الأول: من الكتاب

إن دليل مشروعية اللعان من القرآن الكريم هو :قوله تعالى : " و اللذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين،والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين و يدروا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين و الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين"⁽¹²⁾ .

الفرع الثاني: من السنة

لقد كان المسلمون قبل نزول آيات اللعان يعتقدون بأن حكم النص القرآني الخاص بآيات القذف عام فيمن رمي زوجته و فيمن رمى الأجنبية على حد سواء... حيث أنه و فيما أخرجه البخاري عن ابن عباس أن هلال ابن أمية قذف زوجته عند النبي صلى الله عليه و سلم بشريك بن سحماء , فقال له النبي صلى الله عليه و سلم : " البينة أوحد في ظهرك " فقال يا رسول الله : " إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة و الذي بعثك بالحق إني لصادق ولينزلن الله تعالى ما يبئري ظهري من الحد" .، فنزل جبريل و أنزل عليه " و اللذين يرمون أزواجهم ... إن كان من الصادقين و لولا فضل الله عليكم و رحمته و أن الله تواب حكيم"⁽¹⁴⁾ وكانت هذه الواقعة هي سبب مشروعية اللعان ، من

ثم كان اللعان طريقة مشروعة تخفيفاً على الزوج الذي يقذف زوجته بالزنا و يعجز عن البينة⁽¹⁵⁾ وعن أنس بن مالك قال: إن هلال ابن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء، قال فلاعنهما فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "أبصروها فإن جاءت به أبيضاً سبطاً"⁽¹⁶⁾ قضي العينين⁽¹⁷⁾ فهو لهلال بن أمية، وإن جاءت به أكحلاً جعداً⁽¹⁸⁾ حمش الساقين⁽¹⁹⁾ فهو لشريك ابن سحماء قال فأنبئت أنها جاءت به أكحل جعداً حمش الساقين⁽²⁰⁾

المطلب الثاني : شروط اللعان

هناك من الشروط ما يتعلق بالزوجين، و شروط أخرى تتعلق بضوابط أداء اللعان.

الفرع الأول: ما يتعلق بالزوجين و الولد

أولاً: أن تكون الزوجية قائمة بين المتلاعنين و ثابتة و معترف بها من الزوج سواء⁽²¹⁾ كان الزواج صحيحاً أو فاسد، و سواء كانت الزوجة مدخول أو غير مدخول بها و قد تحفظ الحنفية عن هذا الشرط باستبعاد إمكانية الملاعنة في الزواج الفاسد و كذا الإقرار بإمكانية قيام اللعان بين الزوج و المطلقة منه رجعيًا إن كانت في العدة مادام النكاح صحيحاً لأنها في حكم الزوجة⁽²²⁾....

ثانياً : أن يكون كل من الزوجين مسلماً ، عاقلاً ، بالغاً، مختاراً. و أضاف الحنفية شرط عفاف الزوجة و الزوج ألا يكونا فاسقين أو وقع عليهما الحد سابقاً لقذف أو غيره⁽²³⁾ **ثالثاً:** أن يضل الولد الذي يريد نفي الزوج نسبة عنه حياً أثناء اللعان،⁽²⁴⁾ وإلا يتقدم الإقرار بالنسب للعان، لأنه لا يجوز الرجوع عن الإقرار بالنسب⁽²⁵⁾.

رابعاً: أن تتم الملاعنة و الحكم بالتفريق بين الزوجين في آن واحد و أثناء حياتهما، فإذا نفي الولد ثم مات الزوج أو الزوجة قبل اللعان أو بعده و قبل الحكم بالتفريق فلا ينتفى النسب في هذه الحالة⁽²⁶⁾.

الفرع الثاني : ما يتعلق بضوابط أداء اللعان

أولاً: التعجيل بإجراء اللعان في أجاله الشرعية حال رؤية الزنا أو العلم بالحمل: ، و هناك من مدد هذه الأجال لغاية ساعة ولادة الولد أو في وقت شراء الزوج لأدوات الولادة أو في أيام التهئة الأولى لأنه إن سكت عن نفيه في هذه الأوقات اعتبر إقراراً بنسبه و دفع لجريمة الزنا عن زوجته فلا يقبل منه اللعان بعد ذلك ... و هو ما ذهب إليه أبو حنيفة و غيره... أما الملكية فقد اشترطوا الفورية في إجراء اللعان بعد العلم بالحمل أو الوضع و

عدم الوطاء بعد الرؤية ، و ذلك ما لم يكن هناك عذر على رأي الجمهور، فإذا دفعت الزوجة دعوى الزوج على أساس انه قد علم بالميلاد في حينه أو بعده لكنه تراخى في النفي و ثبت ذلك وجب الحكم برفض الدعوى دون السير في إجراءات اللعان و يضل نسب الولد ثابتا بالفراش (27).

ثانيا: أن يتم اللعان أمام القاضي و بأمر منه : حيث أن الزوج هو من يقوم برفع دعوى اللعان و هو الذي يسعى لنفي الطفل عنه مادام أن النسب ثابت للزوجة بواقعة الولادة،.... و يبدأ القاضي بتوجيه صيغة اللعان له و أمره بأدائها لأنه المدعى ثم للزوجة المدعي عليها ، و السنة أن يقوم الرجل حتى يحلف و المرأة جالسة و تقام المرأة و الرجل قاعد حتى تشهد ، و انه على القاضي أن يتقدم للزوجان بالموعظة بمثل قوله لكل منهما عند الانتهاء من الملاعة : " اتق الله فإنها لعنة و فرقة و عقوبة و لعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة " (28).

فان لم يسمعا كلامه فليس له الخيار أو السلطة التقديرية في الحبس و التحقيق أو تصديق أحد الزوجين، على حساب الآخر فاللعان أمره عند الله ... و لذلك فقد اعتبر بعض الفقهاء أن اللعان هو كفر يلحق أحد الزوجين ... و ذلك اعتمادا على أن قول أحدهما هو يمين كاذب (29) ... و بالتالي... بعد أداء اللعان يحكم القاضي بالتفريق بين الزوجين و قطع نسب الولد عن الزوج و يجب أن يتم اللعان بين الزوجين بشخصهما حيث لا يجوز التوكيل أو النيابة في اللعان كما لا تجوز فيه الكتابة (30).

المطلب الثالث: ما يترتب عن اللعان

إذا توافرت شروط اللعان وتم وفق صورته المشروعة وفضلا عن كونه يدرأ عذاب و حد القذف والزنا عن الزوجين فانه يترتب عنه الأحكام التالية :

الفرع الأول: اعتبار المرأة الملاعة من المحرمات المؤبدة

إن أداء الزوجين لصيغة اللعان يترتب عنه الحرمة الأبدية بينهما حيث أن ما تقتضيه حرمة اللعان هو أن يكون التحريم مؤبدا بين الزوجين لان لعنة الله قد حلت بأحدهما لا محالة و لا نعلم عين من حلت به على وجه اليقين ، فوجب التفريق بينهما خشية أن يكون الزوج هو الذي قد وجبت عليه لعنة الله فيعاشر امرأة غير ملعونة و حكمة الشرع تأبى ذلك... و أيضا فإن النفرة الحاصلة من إساءة كل منهما للآخر لا تزول أبدا ،

فإن الرجل إن كان صادقاً عليها فقد أشاع فاحشتها و فضحها على رؤوس الإِشهاد وأقامها مقام الخزي والعار ، و إن كان كاذباً فقد أضاف إلى ذلك أنه بهتها وزاد في غيضاها و حسرتها، و كذلك المرأة إن كانت صادقة فقد أكذبتة و أوجبت عليه لعنة الله ، و إن كانت كاذبة فقد أفسدت فراشه و خانته في نفسها و ألزمتة العار و الفضيحة ...و هو ما يبعد السكن و المودة و الرحمة التي هي أساس الحياة الزوجية⁽³¹⁾ أما من حيث **طبيعة اللعان** فهناك من إعتبره فسخا. و هذا القول جاءت به الأئمة مالك و الشافعي و أحمد و اعتبروا اللعان فسخ لكونه فرقة أبدية تحرم المراجعة بين الزوجين كفرقة الرضاع ، و ذلك استنادا لقوله صلى الله عليه و سلم " **المتلاعنان لا يجتمعان أبدا**".

و تستحق المرأة الملاعنة المهر ووجوب العدة عليها مع إنقطاع التوارث بين الزوجين.

أما أبو حنيفة فعد اللعان طلاقا بائنا و من ثمة تجب للمرأة الملاعنة نفقة العدة والسكنى و فسر قول رسول الله بأن المقصود من الحديث هو أن الاجتماع لا يكون وقت اللعان فقط كالقول : المصلي لا يتكلم أي مادام في صلاته يمنع عنه الكلام و بالتالي يحل للزوج الملعن الزواج ثانية من زوجته الملاعنة في حالة: تكذيب الملعن لنفسه أو حالة خروج أحد الزوجين عن أهلية الشهادة .

كما أضاف الحنفية وجوب قيام القاضي عند القيام بالملاعنة أن يفرق بين الزوجين، أما الشافعية و المالكية و الحنابلة فقد اعتبروا بأن اللعان الصادر من الزوج يكفي وحده لزوال فراش الزوجية و لا يتوقف التفريق على حكم الحاكم...⁽³²⁾.

الفرع الثاني: نفي النسب عن الزوج الملعن و ثبوته للزوجة:

إن أساس قاعدة ثبوت النسب هو قول الرسول صلى الله عليه و سلم : " **الولد للفراش و للعاهر الحجر** " حيث أن طريق ثبوت النسب الأساس هو العلاقة الزوجية القائمة بين الرجل و المرأة أثناء حدوث الحمل و سواء كان هذا الزواج صحيحا أو فاسدا أو نكاح شبهة، و في حالة الإنكار أو حدوث نزاع فالإقرار أو البينة كفيلا بجله كما يشترط وضع الحمل بين أدنى مدته وأقصاها حال قيام الزوجية أو أثناء العدة سواء كانت عدة طلاق أو عدة وفاة.

و هذه طرق ثبوت النسب للأب ... أما الأم فيثبت لها النسب بواقعة الولادة يستوي في ذلك إن كان الولد شرعياً من زواج قائم أو حملته من سفاح أو اغتصاب فقد قال ابن شهاب الزهري: " فكانت السنة أن يفرق بين المتلاعنين و كانت حاملاً ، و كان ابنها يدعى لأمه، وأنها ترثه ، ويرث منها ما فرض الله له " (33).

فجمهور الفقهاء لم يفرقوا بين ولد اللعان وولد الزنا من حيث إثبات التوريث للأم و قرابتها، ولم يثبتوه لصاحب الحمل أو الفراش أو قرابته ، و على ذلك إذا مات صاحب الحمل لا يرثه ولا يرث أحداً من عصبته أو ذوي القرابة منه و إذا مات الولد عن مال لا يرثه صاحب الحمل ولا صاحب الفراش لعدم ثبوت النسب بشرط قيام الزوج بنفي النسب عنه فلا ينتمي النسب بمجرد نفيه بل لابد من اللعان و في وقته المحدد ولأنه يثبت الطفل لأمه بواقعة الولادة فإنه يرث أمه وكل قرابتها سواء أكانوا أصحاب فروض أو كانوا ذوي أرحام و يرثه ذوو الفروض و ذوو الأرحام من قرابة أمه (34) و ذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بمدة الحمل التي حددت الشريعة الإسلامية حدها الأدنى بستة (6) أشهر و ليس في أقصاها كتاب و لا سنة .

ورغم إتفاق جمهور الفقهاء على أنه لا نفقة و لا توارث بين الزوج الملعان والطفل الذي تم نفي النسب عنه إلا أنه تجوز شهادة أحدهما للآخر و لكن لا صرف زكاة ماله إليه إلا إذا كان من الأصناف المقرر لها الزكاة و أيضاً لا يجب القصاص على الرجل الملعان بقتله ، و لو كان لابن الملعنة ابن و للزوج بنت من امرأة أخرى لا يجوز للابن أن يتزوج بنتك البنت ، و لو ادعى إنسان هذا الولد لا يصح و إن صدقه الولد في ذلك ما دام الملعان على قيد الحياة لاحتمال أن يكذب الرجل نفسه فيعود نسبه له ، باعتبار أن اللعان يزول بالإقرار، غير أنه يجوز بعد وفاة الملعان أن يدعيه الغير بشرط أن يكون ممن يولد مثله لمثله (35) أي بتوفر شروط الإقرار بالنسب.

المبحث الثاني: الإشكالات التي يثيرها موضوع اللعان

نظراً لتشعب قضية اللعان و خطورتها فقد أثارت الكثير من الإشكالات على الصعيد الفقهي، القانوني و القضائي.

المطلب الأول: الآراء الفقهية بين الغموض و التناقض

الفرع الأول : اللعان و البصمة الوراثية

لاشك أن الفقه الإسلامي قد لعب دورا كبيرا في تفسير موضوع اللعان و تحديد شروطه و ضوابطه، وقد اتفق جمهور الفقهاء على أن الطريق الوحيد لنفي النسب هو الملاعنة بين الزوج و زوجته ، على أن الفقه الحديث و نتيجة للتطور العلمي الحاصل و للتكنولوجيا الحديثة فقد اعتنق وسيلة أخرى من وسائل إثبات النسب و هي البصمة الوراثية أو تقنية تحليل المورثات الجينية ADN التي أثبتت دقة نتائجها و جديتها كقرينة قوية يستعان بها في الإثبات إضافة للطرق التقليدية المعمول بها والتي تم التطرق لها سابقا، و قد أقرت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الصادرة في :08 أكتوبر 2001 الأخذ بالبصمة الوراثية في حال تنازع أكثر من شخص على أبوة طفل مجهول النسب، و ضرورة الإحتكام إليها في تنازل إثنين في مجهول النسب أو عدول الأب عن إستلحاق مجهول النسب أو إنكار أبناؤه و توريث مجهول النسب، و لكن بالمقابل فقد اختلف الفقهاء حول إمكانية الاستعانة بالبصمة الوراثية لنفي النسب فانقسم الفقهاء المعاصرون إلى اتجاهين: (36) .

أ- **المذهب الأول يرحب بتقديم اللعان على البصمة الوراثية :** و هو قول جمهور أهل العلم و منهم الدكاترة :وهبة الزحيلي ،ناصر عبد الله الميمان ،عمر السبيل ،سعد العنزي و هو نفس ما ذهب إليه قرار مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشر (16) سنة 2002، و قد استند مؤيدو هذا المذهب على الحجج التالية:

(1) اللعان حكم شرعي ثابت بنص قرآني و لا يمكن للبصمة الوراثية أن تقدم عليه أو تحل محله لان في ذلك إبطال و نسخ لنص ثابت بالكتاب و السنة و الإجماع .

(2) إن البصمة الوراثية تعتمد على وجود أو انعدام الخصائص الجينية بين الأصل و الفرع بعينه، و قد أهدر النبي صلى الله عليه و سلم الشبه مقابل اللعان في واقعة هلال بن أمية حينما قال بعد الانتهاء من إجراء أيمان الملاعنة " أبصروها فان جاءت به أكحل العينين سابغ الآليتين خدلج الساقين فهو لشريك ابن سحماء "(37) فجاءت به كذلك فقال النبي صلى الله عليه و سلم : " لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي و لها شأن " و ذلك

يدل على عدم الاعتداد بالشبه إذا عارض اللعان لان ما ثبت بالنص أقوى مما ثبت بالقرينة مهما بلغت درجة قوتها .

3) إن إجراء إيمان اللعان له صفة تعبدية و يرتب عدة آثار شرعية حيث لا يقتصر دوره على مجرد نفي النسب، أما البصمة الوراثية و لكونها تقوم على معرفة الحقيقة المجردة فقد يشوبها الخطأ باعتبارها عمل بشري .

و يرد على هذا الرأي بأن هناك من الفقهاء من أجاز اللجوء للقيافة أو إمكانية تصادق الزوجين على نفي النسب دون حاجة للعان بينهما .

ب- المذهب الثاني يجيز تقديم البصمة الوراثية على اللعان : لقد قال بعض

الفقهاء بأنه يمكن للبصمة الوراثية أن تتوب عن اللعان و نستغني بنتائجها نفيًا و إثباتًا و هو رأي الشيخ محمد المختار السلامي و الدكتور سعد الدين مسعد هاللي..

و ذلك لأنه إذا ثبت يقينا بالبصمة الوراثية بأن الحمل ليس من الزوج فلا حاجة لإجراء اللعان، أما جانب آخر من الفقه فقد قالوا بأنه لا يسقط الحق في اللعان لأنه رغم ثبوت النسب بالتحاليل و لكن ذلك لا يمنع من كون زوجته قد زنت قبل أو بعد حملها من زوجها كما ذهب الدكتور القرضاوي إلى القول بأن التحاكم إلى البصمة الوراثية جائز إذا كان بطلب من الزوجة دون الزوج لتدراً تهمة الزنا عن نفسها.

و يرد على هذا المذهب بأنه يمنع انكار نسب الولد أو حجوده بعد معرفته أو ثبوته بأي وسيلة كانت و منها البصمة الوراثية مصداقاً لقوله صلى الله عليه و سلم "و أيما رجل أنكر ولده و قد عرفه احتجب الله منه يوم القيامة و فضحه على رؤوس الأشهاد"...و أيضا لا يمكن اللجوء للعان الذي كانت الحكمة من تشريعه هو رفع الحرج عن الأزواج لأجل ظلم الطفل بحرمانه من النسب و ربما ظلم الزوجة بالطعن في عرضها إذا كانت دعوى اللعان ظلما و بهتاناً...

ج- المذهب الثالث يفضل الاستفادة من تقنية البصمة الوراثية: و هو الرأي الذي

يعتبر أكثر استجابة لحاجة الأسرة في ضمان استقرارها و عدم ضياع شرفها ونسبها ... و يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يمكن للقاضي إذا التجأ إليه الزوج العازم على اللعان أن يجبره على إجراء اختبار البصمة الوراثية بحيث إذا ظهرت النتيجة بأن الطفل منه لا ينبغي له اللعان ، و إذا ظهر عكس ذلك فليعلن ونحن نرى انه من حق كل شخص عدم

الخضوع لأمر القاضي بأجراء التحاليل جبرا لأن في ذلك إنتهاك للحرية الشخصية له، و لكن بالمقابل فالقاضي يملك السلطة التقديرية في تقديم طلب و ليس أمر للخصوم بإجراء التحاليل كما يملك كل من الزوج و /أو الزوجة الحق في طلب إجراء البصمة الوراثية قبل الملاعنة كشفا للحقيقة ودرءا للفضيحة ، فمن الأولى تعليق اللعان عن هذا الإجراء ، و أن كل رفض له يعتبر تهربا و دليلا و على القاضي حينئذ تفسير هذا الامتناع كقرينة ضده و قد رأى جانب آخر من الفقه أن اللعان يمتد أثره للتفريق بين الزوجين فقط ودرء الحد عنهما ، لكن نسب الطفل يبقى قائما لهذا الزوج حتى لو نفاه ما لم يثبت قطعا بالتحاليل عدم نسبه إليه لان في ذلك حق للشارع و حرص على مصلحة الطفل.

الفرع الثاني : اللعان و التلقيح الإصطناعي

يعتبر التلقيح الإصطناعي وسيلة حديثة اعتمدها الفقهاء و التشريعات كوسيلة لإثبات النسب، و هذه الطريقة هي من مستجدات العصر و من أمهات مسائل الفقه الجديدة نظرا للإشكاليات التي تثيرها ... و يقصد بالتلقيح الإصطناعي هو إدخال البذور الذكرية في الجهاز التناسلي للمرأة وبغير الطريق الطبيعي و يكون ذلك في إحدى صورتيه : تلقيح داخلي و تلقيح خارجي أو ما يعرف (بطفل الأنابيب) (38).

و قدأقر الفقهاء بالإجماع بان الطريقة الوحيدة المشروعة في التلقيح الاصطناعي هو أن يتم التلقيح بدون تدخل عنصر أجنبي عن الزوجين أي أن يتم بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة حفاظا على حرمة النسب و شرعيته و هذا ماجاء في القرار رقم 16 لمجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره الثالث (39) على أنه و مثلما شذ بعض الفقهاء عن القاعدة الأصلية في اعتبار اللعان هو الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب فقداعتبر بعض الفقهاء أيضا بأنه يمكن أن يكون للتلقيح الاصطناعي أربعة (4) صور بتصور تدخل عنصر أجنبي في كل واحدة من هذه الصور ، فأحيانا يتم اللجوء للتلقيح الإصطناعي بتدخل مني رجل آخر، و أحيانا بويضة امرأة أخرى، و في صورة ثالثة يتم الاستعانة بالأم البديلة مانحة الرحم

و اعتبر بذلك هذا الجانب من الفقهاء أنه يثبت النسب لصاحب الفراش في كل الأحوال ما لم ينفه باللعان ... و هذا خروج عن ضوابط العمل باللعان لأن أول و أهم

شرط لتحقيقه هو أن يتم بين الزوجين دون غيرهما فكيف يمكن للزوج أن ينفي نسب طفل عنه جاء نتيجة تلقيح اصطناعي و زوجته لم تكن أصلا هي الأم صاحبة الحمل مادامت قد تمت الاستعانة بعنصر أجنبي لحدوثه، فليست هناك إمكانية لإثبات النسب و لا مجال لنفيه و تستوي في ذلك حالات الاغتصاب أو حالات التلقيح الاصطناعي الذي لم يسع فيه الزوجان لتدخل عنصر أجنبي أو أن يكون ذلك قد تم عن طريق الخطأ أو بمسؤولية من مركز الإخصاب الطبي .

كما يمكن أيضا أن يتم نفي الحمل دون حاجة للإتهام الزوجة بالزنا و ملاحظتها في إحدى صور نكاح الشبهة و هي حالة أخرى تضاف للحالات السابقة بناء على أنه لا يمكن القول بإمكانية ملاحنة الزوج للأجنبية وفي حالة إنكار الزواج أيضا لا يقبل من المنكر نفي النسب باللعان.

المطلب الثاني: القوانين الوضعية بين الجمود والتردد

الفرع الأول: موقف القوانين المقارنة من اللعان

لقد حاولت البلدان الغربية مع تطور القوانين الوضعية إيجاد وسيلة لأجل الكشف عن النسب إثباتا و نفيًا، و لما كانت هذه القوانين لا تركز في قواعدها القانونية على مبادئ الشريعة الإسلامية ، فلم تعرف يوما العمل بأحكام اللعان ، بل كانت سباقة إلى الاستعانة بالبصمة الوراثية في مسائل الكشف عن الأنساب باعتبارها أدق الوسائل و أنجعها على الإطلاق. و تتجلى الدلالة القطعية للبصمة الوراثية في أفراد كل شخص بنمط وراثي معين لا يوجد عند أي كائن آخر في العالم ، إذ لا يمكن أن ينتشبه الـADN لشخصين إلا مرة واحدة كل 86 بليون حالة، أي أن نسبة التشابه يتساوى من 1 إلى 86 بليون شخص ، فمن ثمة يمكن القول أن نسبة التشابه منعدمة تماما (40).

وقد إلترزم كل من التشريع الفرنسي و الألماني و غيرهما بنتائج أعمال الخبرة الطبية التي تعد حقائق علمية لا بد من الأخذ بها، أما المشرع الايطالي فقد ذهب لأبعد من ذلك بأن فرض على الخصم الخضوع لهذه التحاليل دون التمسك بأن في ذلك مساس بحريته الشخصية أو حرمة جسده و للقاضي السلطة في الاستعانة بالقوة الجبرية لإرغامه على الاستجابة لأمر الفحص الوراثي (41) .

أما الدول العربية فلم تعرف طريقا آخر غير اللعان لنفي النسب و قوانين الأحوال الشخصية و إن أقرت بعضها و بعد تردد شديد إمكانية الاستعانة بالبصمة الوراثية كطريق رابع لإثبات النسب إضافة للفراش و البيئة والإقرار ، و لكن تبقى مترددة في إحكام اللعان كوسيلة لنفي النسب ، و أيضا في إحكام البصمة الوراثية كطريقة أخرى للنفي، رغم أن معظم رجال القانون قد تبنوا هذه الفكرة ...

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

إن قانون الأسرة الجزائري لم يشر للقيمة القانونية للطرق العلمية لإثبات النسب و لم ينص على اللعان صراحة كطريق شرعي لنفي النسب أو على غيره من الطرق، فالبرجوع للأمر 02/05 المعدل لقانون الأسرة 17/84⁽⁴²⁾ نجد أن المادة 40 منه تتضمن طرق إثبات النسب المتمثلة في: الزواج الصحيح الزواج الفاسد ، نكاح الشبه ، الإقرار و البيئة ثم أشارت الفقرة الثانية من نفس المادة إلى إمكانية لجوء القاضي للطرق العلمية لثبوت النسب ... و في ذلك إقرار ضمني بإمكانية الاستعانة بالبصمة الوراثية لإثبات النسب دون نفيه ما دامت أن المادة 40 تنص على طرق إثبات النسب لا على طرق نفيه. ثم انه و بالرجوع أيضا لنص المادة 41 من نفس الأمر فنجد أنها تتضمن شروط إثبات النسب بالزواج المتمثلة في: أن يكون الزواج شرعيا مع إمكانية الاتصال و عدم نفي الولد بالطرق المشروعة...

و لم يتم التطرق لهذه الطرق المشروعة، ولم يرد في أي مادة أخرى النص على طريقة اللعان التي تنفي نسب الولد عن الزوج، بل تم التطرق للعان مرة واحدة و ذلك في إطار المادة 132 من قانون الأسرة الجزائري باعتباره مانع من موانع الإرث.. و بالمقابل- و فيما يتعلق بالبصمة الوراثية- فإنه و لعدم وجود نص يعين البصمة الوراثية بذاتها كوسيلة لإثبات النسب أو يضبط حدود استعمالها و لكن يمكن تفسير المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري بأنه للقاضي السلطة التقديرية في اللجوء للبصمة الوراثية من عدمها و إن تم اللجوء إليها فيبقى له الحق أيضا في الأخذ بنتائجها من عدمه⁽⁴³⁾ ، ثم إن تفسير المادة 41 أيضا يسمح بإمكانية اعتبار البصمة الوراثية طريقا آخر لنفي النسب مادام لم يتم تحديد الطرق المشروعة لذلك و بالتالي يبقى اللعان هو الطريقة الوحيدة لنفي النسب عملا بأحكام الشريعة الإسلامية مادام أن قانون الأسرة

الجزائري يعتمد و في اغلب مواده على مبادئ الشريعة الإسلامية و يحيلنا في إطار المادة 222 منه على هذه الأحكام في كل ما سكت عنه المشرع الجزائري ... و نحن نرى ضرورة تعديل قانون الأسرة الجزائري بما يسمح بفك هذا الغموض و تحديد موقف واضح للمشرع الجزائري فيما يخص كيفية و طرق نفي النسب، و بناءا على ذلك توضيح موقفه أيضا من اللعان و ضوابطه و أثاره..و هو ما يخل منه القانون الحالي مثلما يخلو من الكثير من الأحكام المهمة التي لها صلة بهذا الموضوع و غيره و من ذلك عدم الإشارة مطلقا لاعتبار المرأة الملاعنة من المحرمات المؤبدة و عدم ورودها ضمن أصناف المحرمات من النساء الواردة بالمواد من 24 إلى 30 من قانون الأسرة ، وهو ما يسمح للقاضي بالتفسير الواسع للمادة لعدم وجود نص قانوني واضح يمكن تطبيقه في هذا النوع من القضايا .

المطلب الثالث: التطبيق القضائي المحتشم لللعان

الفرع الأول: تمسك القاضي بتطبيق القانون

إن التطبيق القضائي المحتشم لللعان مناطه هو تمسك القاضي بتطبيق القانون، فالقاضي ملزم باحترام القانون و الانصياع له و متى ما لم يرد نص قانوني يتضمن اللعان كطريق لنفي النسب و ضوابط العمل به و أثاره و كذا إمكانية اللجوء للبصمة الوراثية للكشف عن الأسباب إثباتا و نفيًا، فإن ذلك يؤدي إلى استبعاد القاضي و رفض كل دعوى من شأنها إثارة هذا النوع من النزاعات ...

و القضاء العربي في هذه المسألة لم يستقر على رأي واحد فاحيانا تكون الأحكام و القرارات القضائية متناقضة حتى في القضية الواحدة بين محكمة الدرجة الأولى و محكمة الاستئناف كبعض الأحكام الصادرة في لبنان ودبي⁽⁴⁴⁾، وأحيانا أخرى يرفض بعض القضاة أصلا الاستعانة بالتحاليل البيولوجية في مسائل الأنساب المتنازع عليها و تبريرهم في ذلك هو عدم وجود نص شرعي، و هو ما ذهب إليه القضاء المغربي قبل تعديل مذكرة الأحوال الشخصية لسنة 2004 ثم بعد التعديل أجاز استعمال البصمة الوراثية كطريق للكشف عن الأنساب إثباتا و نفيًا ، مع التقيد بشرطين في حالة النفي أولاهما إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه و ثانيا صدور أمر قضائي بالتحكيم للخبرة الطبية⁽⁴⁵⁾، أما القضاء في تونس و عملا بالتشريع التونسي الذي شدّ على أغلب

التشريعات العربية الإسلامية في كثير من القضايا كإقراره بالتبني ثم إقراره بالبصمة الوراثية كوسيلة لإثبات الأنساب الشرعية و حتى لإثبات الأنساب الناتجة عن العلاقات غير الشرعية⁽⁴⁶⁾، أما في مصر فالملاعة نظام غير معمول به لعدم وجود نص يجيز توقيع عقوبة حد الزنا أو حد القذف على الزوجين في حالة عدم الملاعة و هو ما يقضي به الأصل في الملاعة ، و بما أنه لا جريمة و لا عقوبة إلا بقانون فلا يمكن العمل باللعان إلا أنه يمكن للقاضي و في كل قضية فيها مساس بالنظام العام أن يأمر بإخضاع المدعي عليه للتحليل الوراثي، وإذا امتنع عن ذلك فإن للقاضي السلطة في تفسير هذا الامتناع كقرينة ضد المدعي عليه⁽⁴⁷⁾ ...

و بالتالي فإن أغلب المحاكم و إن اختلفت في اعتبار البصمة الوراثية كطريق لنفي النسب و لكنها استقرت على العمل بها و إن تأخرت عن اعتناقها فيكون ذلك إما بسبب العجز المادي عن فتح المخابر الخاصة بذلك و ما تتطلبه من عتاد مادي و بشري أو بسبب جمود التشريع⁽⁴⁸⁾ و عدم تطرقه لهذه الطريقة كوسيلة حديثة للكشف عن الأنساب و ضوابط العمل بها و اقتصارها على الطرق التقليدية و التي وردت على سبيل الحصر بشروطها الشرعية.

الفرع الثاني : ما استقر عليه القضاء الجزائري

إن القضاء الجزائري قد استقر على أن اللعان هو الطريق الوحيد لنفي النسب و لم يتم الاستعانة بأي طريق آخر و ذلك كله واضح في قرارات المحكمة العليا التي أقرت تطبيق اللعان ووفق ضوابطه الشرعية سواء من حيث شروط القيام به أو من حيث أحكامه و أثاره. فأقرت المحكمة العليا بأن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام ما لم يمنع عن تأخيرها ظروف خاصة و يجب إثباتها و ذلك بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا و عن ذلك نماذج كثيرة :

1- قضية (س أ) ضد (س د)

إثبات النسب - وضع الولد بعد 16 شهرا من غيبة الطاعن -الحكم بإثبات النسب لعدم نفيه بالطرق المشروعة - (المادتان 41 و42). من المقرر شرعا أن " الولد للفراش و للعاهر الحجر" و من المستقر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام .

ومتى تبين في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت و الزوجية قائمة بين الزوجين، و أن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة و أن لا تأثير لغيبة الطاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة، و أن القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون.

و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن⁽⁴⁹⁾.

2- " من المقرر شرعا أن دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرجت و لو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا و بالتالي يكون باطلا القرار الذي يقضي قبل البث في الدعوى الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين لكل واحد من الطرفين إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي 12 يوما بوضع زوجته لحملها"⁽⁵⁰⁾.

3- قضية (ع م) ضد (و ب و من معه)

لعان-جواز تأخيره - ظروف خاصة -(أحكام الشريعة الإسلامية)

"من المقرر شرعا وفقها وجوب التعجيل باللعان غير أن هذا لا يمنع من تأخيره لظروف خاصة، و من ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقواعد الشرعية. و لما كان ثابتا- في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضوا بنفي اللعان دون مراعاة الظروف الخاصة للزوج خرجوا عن القواعد الشرعية.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽⁵¹⁾.

.... و بالتالي فإن المحكمة العليا استقرت في قراراتها على أنه إذا لم يستوف النسب بالزواج شروطه فحينئذ لا يعتبر النسب صحيحا ، كما لو ثبت عدم اللقاء بين الزوجين أو أثبت أحدهما استحالة إنجاب الآخر ولدا ، أو قام الزوج بنفي النسب عن طريق إنكار ولادة الولد لعدم مرور الفترة المحددة للحمل⁽⁵²⁾ و التي حددها المشرع الجزائري في قانون الأسرة و في المادة 42 منه بستة(6) أشهر كأدنى مدة للحمل عشرة (10) أشهر أقصاها ، كما يملك الزوج نفي النسب باللعان رغم توفر شروط إثبات النسب بالزواج لرؤية واقعة الزنا أو العلم بها، و يكون هذا النفي عن طريق اللعان⁽⁵³⁾.

كما أقرت المحكمة العليا بأن اللعان يأخذ حكم الطلاق البائن و لا يكون فسخا⁽⁵⁴⁾، و بالتالي فإنه في ذلك قد أخذت بالمذهب الحنفي ، حيث أنه و بعد الانتهاء من صيغة اللعان يثبت القاضي ذلك في حكمه و يقرر التفريق بين الزوجين حالا بطلقة بائنة و أن

امتناع الزوج عن اللعان يعرضه للمتابعة الجزائية بتهمة القذف تطبيقاً لأحكام المادة 296 من قانون العقوبات⁽⁵⁵⁾، و المادة 298 تحدد العقوبة المقررة لذلك ،أما امتناع الزوجة عن الملاعة فيثبت في حقها تهمة الزنا تطبيقاً لأحكام المادة339 من نفس القانون ...

و القضاء الجزائري تماشياً مع أحكام قانون الأسرة فقدعمد إلي اللجوء للطرق التقليدية فقط لإثبات النسب ، حيث أنه و بعد أن ذهب في بعض القضايا المعروضة عليه إلى اللجوء لتحليل الزمرة الدموية كوسيلة حديثة لإثبات النسب و التي تحتل الكثير من الخطأ فقد عاد و ألغى هذه الوسيلة في قرار للمحكمة العليا⁽⁵⁶⁾... ثم أنه وإذا ما أردنا معرفة موقف القضاء الجزائري من البصمة الوراثية و إمكانية اعتباره طريقاً منفيًا للنسب نرجع لما وردفي أحد الأحكام القضائية و الذي جاء في إحدى حيثياته:"غير أنه لا ينتفي الولد عن الرجل أو حمل الزوجة منه إلا بحكم القاضي و يعتمد القاضي في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعاً و قانوناً في نفي النسب"⁽⁵⁷⁾.

ففي هذا الحكم الصادر عن محكمة المدية و رغم عدم إلزام القضاة الآخرين به لعدم اعتباره اجتهاداً قضائياً أو سابقة قضائية لعدم صدوره عن المحكمة العليا و لكنه يسمح باعتماد طرق أخرى غير اللعان في نفي النسب و هو ما يسمح بالتالي باللجوء للبصمة الوراثية و هو ما يطالب به المتقاضين اليوم في العالم الإسلامي حيث أنه و على مستوى القضاء الجزائري على وجه الخصوص نلاحظ التزايد المستمر للدعاوى الخاصة بمسائل الأنساب سواء لأجل الإثبات أو النفي و ذلك لتعلق أصحاب هذه الدعاوى بالنتائج الجدية للتحاليل حيث و بإنشاء العمل الجنائي بالجزائر العاصمة سنة 2004 (و الذي لم ينطلق به العمل حتى سنة 2006 بسبب نقص الكفاءات و الإطارات العلمية) فقد استبشر رجال القانون و القضاة و العامة خيراً و تم الاعتماد على البصمة الوراثية في مجالات عديدة خاصة فيما يتعلق لمجال التحقيقات الجنائية و الطب الشرعي و تحديد الهويات⁽⁵⁸⁾، على أنه لم يتم الإقرار بالعمل بالبصمة الوراثية فيما يخص قضايا الأحوال الشخصية إلا بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري بمقتضى الأمر 02/05 و الذي منح مشروعياً اللجوء للبصمة الوراثية من خلال المادة 2/40 كوسيلة حديثة لإثبات النسب مع احتفاظ القاضي بحق الاستعانة بها و سلطته التقديرية في الأخذ بها من عدمه رغم اعتبارهها قرينة قوية للإثبات ،و مدى تأثير هذه الخبرة الطبية في هذا المجال على الحكم وجوداً أو عدماً.

الخاتمة

و من هنا نتوصل إلى أن ملاءنة الزوجة بعد إجراء التلقيح الإصطناعي أو بالإستعانة بنتائج البصمة الوراثية لا يكون إلا باعتبار ذلك وسيلة لتأكيد أو نفي صحة الإنكار أو الثبوت و أنه للقاضي حرية الإستعانة بها بناء على ذلك ... و أن اللجوء للعان يجب أن تحترم فيه ضوابطه و أحكامه الشرعية، و أن الغرض منه ليس قذف الزوجة بالزنا فقط ما لم يكن هناك حمل أو ولد يسعى الزوج لنفيه و في رأينا أن أفضل وسيلة لدرأ الشبهات و العذاب و غضب الله و الطرد من رحمته هو فك الرابطة الزوجية و المطالبة بإجراء تحاليل البصمة الوراثية للتأكد من ثبوت النسب من عدمه و كذا تضيق دائرة التلقيح الإصطناعي الذي ما أجازته التشريعات و الفقه المعاصر إلا لأجل إيجاد حل للعقم داخل إطار علاقة زوجية شريفة و يتدخل من الزوجين دون غيرهما.

و لعل الإجتهدات القضائية المتواصلة حول قضايا التنازع في الأنساب كفيلا بان تدفع السلطات التشريعية في البلدان العربية للخروج عن صمتها و لا مبالاتها بهذه المستجدات البيولوجية و بالتالي الاستعانة بالتحاليل الطبية سواء لأجل إثبات أو نفي النسب لتفادي الإشكالات التي يثيرها تطبيق اللعان ...

الهوامش

(1) زبيدة إقرونة، الإكتشافات العلمية والبيولوجية وأثرها على النسب:

التلقيح الإصطناعي و البصمة الوراثية نموذجا ، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في أصول الفقه ، كلية الشريعة ، جامعة الجزائر، 2010، ص256

(2) كمال لدرع ، مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية والسياسية ، جامعة الجزائر ، الجزء 39، رقم1، 2001، ص49 ، و راجع أيضا : معوض عبد التواب ، الدفع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، الطبعة 1، 1997، ص473-474.

- (3) و تتمثل الكليات الخمس التي عليها مدار الشريعة في: الدين ، النفس،النسل، العقل و المال ، راجع أكثر : زبيدة إقروفة المرجع السابق ،ص16.
- (4) كمال صالح البناء، المشكلات العلمية في دعاوى النسب و الإرث ، عالم الكتاب ،2002،ص08.
- (5) محمد العمراني ، الميراث في الفقه الإسلامي ، و قانون الأسرة الجزائري ، المؤسسة الوطنية للإتصال النشر و التوزيع و الإشتهار ANEP،2000،الجزائر،ص48.
- (6) زبيدة إقروفة ، المرجع السابق ، ص61.
- (7) كمال صالح البناء ، المرجع السابق ، ص09.
- (8) أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام : الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب ، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية، 1998، ص168.
- (9) المرجع نفسه ، ص162.
- (10) الآياتان 4.5 من سورة النور .
- (11) زبيدة إقروفة ، المرجع السابق ،ص16.
- (12) الآيات من 5 إلى 9 من سورة النور.
- (13) أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص162-163.
- (14) الآيات من 6 إلى 10 من سورة النور .
- (15) أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص1634.
- (16) السبب (بفتح السين و كسر الباء): هو الشعر المنبسط المسترسل الذي لا جعودة فيه .
- (17) قضيتي العينين :محرر العينين ، مسترخيهما .
- (18) جعدا:الجعودة هو عكس السبب و تعني إتواء الشعر و تقبضه .
- (19) حمش الساقين :رقيق الساقين .
- (20) رواه البخاري و مسلم في صحيحهما .
- (21) كمال صالح البناء،المرجع السابق ، ص9.
- (22) أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ' ص163.
- (23) المرجع نفسه،ص164.
- (24) كمال صالح البناء ، المرجع السابق ، ص9.
- (25) و هو قول مالك و الشافعي و أصحاب الرأي و رواية عندالحنابلة، راجع: زبيدة إقروفة ،المرجع السابق ، ص61.
- (26) كمال صالح البناء ، المرجع السابق ،ص9.

- (27) راجع في هذا كل من كمال صالح البنا، المرجع السابق، ص 77-78 و إقروفة زبيدة ، المرجع السابق ، ص 59-61.
- (28) احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 167-168.
- (29) صالح ججيك الورثلائي، الميراث في القانون الجزائري، الطبعة 2، 2008، ص 22.
- (30) كمال صالح البنا ، المرجع السابق ، ص 9 و أيضا :أحمد فراج حسين، المرجع السابق ، ص 167، و ذلك رغم أنه و في قرار للمحكمة العليا فقد أقرت بأن اللعان لا يتم أمام المحاكم و لكن مكانه المسجد العتيق : انظر في ذلك أحمد عمراني : رسالة الماجستير في القانون الخاص أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي و التلقيح الإصطناعي ، جامعة الجزائر ، 2000، ص 80.
- (31) أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 172.
- (32) المرجع نفسه، ص 171.
- (33) خالد عبد الرحمان العك، تربية الأبناء و البنات في ضوء القرآن و السنة، دار المعرفة، بيروت، د ت، ص 38-39.
- (34) محمد أبو زهرة ، أحكام التركات و المواريث ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، د ت ، ص 215-216.
- (35) أحمد فراج حسين ، المرجع السابق، ص 170.
- (36) زبيدة إقروفة ، المرجع السابق ، ص 256.
- (37) سابغ الآليتين ، أي عظيمهما ، و خدلج الساقين : أي ساقاه ممثلتان
- (38) أحمد عمراني، المرجع السابق، ص 90.
- (39) نبيل سليم، البصمة الوراثية و تحديد الهوية ، مجلة حماية الوطن ، عدد 256، الكويت ، 2004، ص 46.
- (40) أحمد عمراني ، المرجع السابق ، ص 57.
- (41) زبيدة إقروفة ، النسب بين تطور العلم و حمود التشريع في البلدان الغربية و العربية : البصمة الوراثية ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني جامعة بجاية ، عدد 01، 2010، ص 79-80.
- (42) الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة يعدل و يتمم القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984.
- (43) زبيدة إقروفة ، النسب بين تطور العلم و جمود التشريع...، المرجع السابق ، ص 89-90.
- (44) المرجع نفسه ، ص 85.

(45) ma.gov. Justice.www

- (46) و هذا طبقا لما جاء في الفصل الثالث مكرر و الفصل الخامس من القانون المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب ، و هو القانون رقم 77 المؤرخ في 28/10/1998 المعدل بالقانون رقم 51 الصادر في 2003/7/8.
- (47) كمال صالح البنا ، المرجع السابق ،ص78.
- (48) إقروفة زبيدة ، النسب بين تطور العلم و جمود التشريع ...، المرجع السابق ،ص80.
- (49) قرار المحكمة العليا رقم 165408 بتاريخ 1997/07/08، غرفة الأحوال الشخصية المجلة القضائية، عدد خاص ،2001،ص67.
- (50) قرار المحكمة العليا رقم 35934 بتاريخ 1985/08/25، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية، عدد 01،1989،ص83.
- (51) قرار المحكمة العليا رقم 76343 بتاريخ 1990/07/16، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية، عدد 03،1991،ص75.
- (52) بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول، الزواج و الطلاق ،ديوان المطبوعات الجامعية ،ص200.
- (53) نقلا عن بلحاج العربي ، المرجع السابق :قرار غير منشور ، المحكمة العليا بتاريخ 25 فبراير 1985 ، ملف رقم 35829،ص59.
- (54) كمال لدرع، المرجع السابق ،ص49.
- (55) الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم.
- (56) قرار المحكمة العليا رقم 222674 بتاريخ 1999/06/15، غرفة الأحوال الشخصية ،المجلة القضائية، عدد خاص ،2001،ص91.
- (57) نقلا عن بلحاج العربي ، المرجع السابق ،قرار محكمة المدية بتاريخ 3 أفريل 1983 ، ملف رقم 83/180 ، ن ق 1986، عدد 4،ص84.

(58) www.haridy.com

استخدام القوة في العلاقات الدولية: بين ضوابط الميثاق ومقتضيات الممارسة الدولية

بويحيى جمال (*)

أستاذ مساعد - كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

مقدمة

إذا كانت التحولات الايجابية للقانون الدولي، قد أدت إلى ظهور توافق بشأن مسألة تحريم استخدام القوة في العلاقات الدولية، منذ اعتماد ميثاق " بريان كيلوغ " لعام 1928م عموماً، ودخول ميثاق الأمم المتحدة حيز النفاذ سنة 1945م خصوصاً. فإن هذا الأمر يبقى نظرياً - مع الأسف - فعملياً تكاد تكشف لنا الممارسة الدولية المعاصرة عن واقع مغاير يقرّ بمحدودية التوافق الدولي الوارد أعلاه.

هذا، وإذا سلّمنا بصحة التوصيف السابق، واعتبرناه أحد سمات المجتمع الدولي منذ النصف الثاني من القرن العشرين، إلا أن سبب طرحنا لهذا الموضوع، يعود بالأساس إلى تلك الأبعاد الجديدة التي أخذها في الفترة ما بعد التسعينيات من القرن نفسه، كنتيجة لاختلال موازين القوى وميل العلاقات الدولية نحو أحادية قطبية، مجابهة - في حالات كثيرة - مبادئ وأحكام الأمم المتحدة.

ومنه، فقد دفعنا ذلك، إلى محاولة إعطاء مقارنة قانونية للبحث قيد الدراسة، باستقراء الأسباب والحلول الممكنة لتفعيل الأحكام المؤطرة لموضوع استخدام القوة في العلاقات الدولية؟

نحاول الرد على الاستفهام السابق من خلال، التعرّض إلى ضوابط الميثاق في مسألة استخدام القوة في العلاقات الدولية (المحور الأول)، لنعرّج بعدها إلى الكشف عن بعض أهم مظاهر الممارسة الدولية في ذات الإطار (المحور الثاني).

* المحور الأول: الإطار القانوني لمسألة استخدام القوة في العلاقات الدولية ضمن أحكام الميثاق:

حرص صانعو ميثاق الأمم المتحدة، على وضع ضوابط وقيود، من شأنهما أن يبقيا

مسألة استخدام القوة في العلاقات الدولية، خارج نطاق القانون الدولي، وهو ما نستعرضه من خلال منطوق المادة 4/02 من الميثاق (I)، وكذلك المادة 51 منه (II)

(I) - قراءة قانونية للمادة 02 فقرة 04 من ميثاق الأمم المتحدة:

تنص المادة 4/02:

" يتمتع أعضاء الهيئة جميعاً 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" .. " (1)

ومنه، باعتماد النص أعلاه، يكون مبدأ تحريم استخدام القوة في العلاقات الدولية قد اكتسب القوة القانونية، إذ حرم كل الأشكال التي يمكن أن تتخذها " القوة " المستعملة من خلال عبارة "ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة، أو على وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة " سواء كانت هذه القوة مباشرة أو غير مباشرة؛ كالضغوط السياسية والعسكرية والاقتصادية، إلا أنه - مع ذلك - فقد ثار نقاش حول مفهوم القوة الواردة في المادة 2 الفقرة 4، أين اعتبر جانب من الفقه أن المقصود من لفظ " القوة " هو القوة المسلحة التي تؤكد شكل الاعتداءات المسلحة أي العسكرية ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي للدولة، فلا يجوز حينئذ اعتبار مجرد التهديدات العسكرية أو الإعلامية وإثارة الاضطرابات والقتال الداخلية ضمن نطاق القوة الذي يستوجب الدفاع المشروع وفقاً لمفهوم المادة 51 من الميثاق (2).

كما أثير نقاش كذلك حول مجال استخدام القوة في نطاق المادة نفسها، وربطها بالدولة دون سواها من الكيانات القانونية الأخرى من خلال مصطلح "علاقاتهم الدولية " وكذلك " الدولة " في منطوق المادة قيد الدراسة ، الأمر الذي يُغفل بقية التنظيمات غير المتوفرة على مقومات الدولة من "أرض، شعب، وسلطة سياسية "، ونخص بالذكر حركات التحرر، التي سعت إلى الوصول - لاسيما في النصف الثاني من القرن العشرين - لمركز الدول المستقلة عبر ممارسة حقها في عملية استرداد سيادتها المحجوزة بفعل الاستعمار، وتقرير مصير الشعوب التي تمثلها، وتبرز في هذا الإطار الثورتين الجزائرية والفييتامية، إلى الواجهة محدثة تحولاً كبيراً على صعيد قواعد القانون الدولي (3).

ومنه، بالعودة لمفهوم المادة 2 الفقرة 4 من الميثاق، لا يمكن اعتبار استعمال القوة في موضوع قضايا تقرير المصير محرماً وغير مشروع دولياً، بل على العكس تماماً، كون عدم

احترام هذا المبدأ يُعد بمثابة عدوان يمنح فيها للدولة المتعرضة له، الحق في رده في إطار الدفاع المشروع (الشرعي)⁽⁴⁾ إلى أن يتدخل مجلس الأمن الدولي ليتخذ التدابير اللازمة في سبيل إعادة استتباب السلم والأمن الدوليين⁽⁵⁾.

هذا، وتبرز مظاهر الصعوبة في عملية تفسير نص المادة 4/02، من عدة أوجه، غير أن أهمها على الإطلاق، يكمن في مدى شمول هذا النص سائر القواعد العرفية الناضجة لاستخدام القوة في العلاقات الدولية عند وضع الميثاق ونفاذه، فهل تعد المادة 4/02 انعكاسا على العرف النافذ آنذاك أم أنها تنطوي على قطيعة جذرية بين ما كان معمولاً به حتى عام 1940؟⁽⁶⁾.

إن الاصطلاح اللغوي الذي ورد به الحكم المقرر في المادة 4/2 يثير مجموعة من الأسئلة المهمة فهل يستفاد من عبارة " ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة " أن الحكم القاضي بتحريم اللجوء إلى القوة يقتصر أثره على الحالات التي توجه فيها القوة ضد الاستقلال السياسي للدولة وضد وحدتها الإقليمية؟ وهل يعد حق مجلس الأمن الدولي مطلقاً في أن يتخذ ما يراه ضرورة من الأعمال بشأن حفظ السلم والأمن الدوليين أو إعادته إلى نصابه؟ فعلاً، تصعب الإجابة عن كل هذه التساؤلات، التي تتطلب بحثاً منفرداً خاصاً بها.

كما أن المادة 4/02 لم تحدد ما إذا كانت القوة التي تشير إليها هي القوة المسلحة أو أي نوع آخر من أنواع القوة. وفي هذا يرى البعض، أن المقصود بالقوة هي القوة المسلحة فقط، باعتبار أن تطبيق هذه القوة أو استخدامها إنما يتم بواسطة حرب عدوانية أو هجوم مسلح أو عدوان ترتكبه الدول باستخدام قواتها المسلحة أو جماعة تابعة لها أو مسندة من قبلها. ويستند هؤلاء في ذلك بالرجوع إلى عبارة " القوة المسلحة " الواردة في ديباجة الميثاق، على الرغم من أن العدوان لم يكن قد عرف عند وضع الميثاق و إن هذا يعني أنه ليس هناك ما يمنع دولة ما، من اللجوء إلى أعمال انتقامية أو غيرها لا تنطوي على استخدام القوة إذا ارتكبت دولة أخرى عملاً يتنافى والقانون الدولي⁽⁷⁾.

بينما يرى فريق آخر من الفقهاء، أنه ما من سبب قانوني يدعو إلى اقتصار معنى "القوة" على القوة المسلحة فقط، بل إن ذلك يمكن أن يوسّع ليشمل الضغط الاقتصادي، أو النفسي أو أعمال أخرى ويشفعون رأيهم بأن الإكراه السياسي والاقتصادي قد يكون تهديداً للاستقلال السياسي للدولة، يعادل في خطورته التهديد العسكري. وهذا الرأي الفقيه (كلسن)

وهناك فريق ثالث ومنهم (براونلي وروزا لين هجنز)، يميلون إلى رأي (كلسن) مع القول بأن القوة لا تشمل الإكراه غير العسكري الذي يمارس على درجة قليلة، ويقصدون بذلك استخدام الإكراه بشكل يكفي لتقييد حرية تصرف الدولة الموجه ضدها، ويعتقدون أن ذلك أمر تتطلبه الممارسة الدولية، لذا فهو عمل مشروع ولا يعتبر جريمة دولية بل إضرار دولي⁽⁸⁾.

أخيراً، إذا أردنا تبني مفهوم "القوة المسلحة" فلا بد من تحديد ما هو المقصود بالسلاح فهل يقصد به المتفجرات فقط؟ أم هو كل ما يسبب التدمير للكائنات الحية والممتلكات؟ ثم بالمفهوم الأخير دائماً؛ ألا يعتبر السلاح الاقتصادي مدمراً أيضاً؟ أفلا يؤدي إلى الموت جوعاً؟ وكذلك الحرب النفسية والإعلامية التي تسمم الأفكار وتزرع الخوف والفرع وهكذا يمكن اعتبار الضغط النفسي والإكراه والدعاية سلاحاً لأنهما يدمران الروح والعقل⁽⁹⁾.

لذلك، ينبغي الخروج من التفسير الضيق لاستخدام القوة الوارد في المادة 4/02، حتى يوفر السند القانوني لمقاومة أية عدوان يقع على سيادة الدول، على اختلاف طبيعته، من جهة، وحتى لا يستغل من طرف بعض الدول " ذات المراكز العملية المؤثرة في العلاقات الدولية" على شاكلة الولايات المتحدة الأمريكية.

(II) - في الاستثناءات التي ترد على منع أعمال القوة في العلاقات الدولية:

لقد تم تقييد اللجوء إلى القوة، في العلاقات الدولية بجملة من الضوابط، لعل أبرزها

يكمن في مايلي:

أ- حالة الدفاع المشروع (الشرعي) الفردي:

و هو ما نصت عليه المادة 51 من الميثاق

" ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينقص الحق الطبيعي للدول، فرادى أو جماعات، في الدفاع عن أنفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء "الأمم المتحدة"، وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدولي، والتدابير التي اتخذها الأعضاء استعمال الحق الدفاع عن النفس تبلغ إلى المجلس فوراً، ولا تؤثر تلك التدابير بأي حال فيما للمجلس - بمقتضى سلطته ومسؤولياته المستمرة من أحكام هذا الميثاق - من الحق في أن يتخذ في أي وقت ما يرى ضرورة لاتخاذ من الأعمال لحفظ السلم والأمن أو إعادته إلى نصابه "

يستقرأ من خلال المادة - أعلاه- أنها ربطت بين الدفاع المشروع وبين فكرة

العدوان، حتى لا يخرج عن ضوابطه، غير أن هذا الأخير أحيط بكثير من الغموض، الأمر

الذي جعل الفقه الدولي يجتهد، في هذه المسألة، ويقرّ بضرورة وقوع عدوان فعلي، بيّن وواضح، إذ النص اعتبر منشأً لحق الدفاع المشروع وليس مقرراً له.

زيادة على ذلك، وجب أن يكون العدوان مسلحاً، و/أو منطوي على خطر جسيم، ويمكن التحقق من ذلك، بالنظر إلى عدد وحجم القوات القائمة بالعدوان ومدى تسليحها وفاعلية تلك الأسلحة، وتقريباً على ذلك، تُستبعد المناوشات الطفيفة التي تنتشبه هنا وهناك، على حدود الدول، فمثل هذه الممارسات ينبغي تفعيل فيها الحلول السلمية، بدل الدفاع المشروع، إضافة إلى ذلك ينبغي أن يكون العدوان غير مشروع، ويترتب على ذلك نتيجتان في غاية الأهمية؛ الأولى، ينتفي الدفاع المشروع، إذا كان مصدر الخطر هو الآخر مشروعاً، والثانية؛ عدم جواز التحجج بفكرة الدفاع المشروع ضد كل خطر غير مشروع، مثلما أشرنا إليه بخصوص المناوشات البسيطة بين الحدود، ومن الفقهاء من يضيف على ذلك، ضرورة توافر القصد الجنائي⁽¹⁰⁾.

كما أن العدوان يجب أن يكون واقعاً بالفعل، و/أو داهم لا مجرد التهديد به، علاوة على ذلك، استوجب أن يكون مباشراً (بدأ بالفعل) وليس غير مباشر (مناورات بين الحدود مثلاً)، وأخيراً لا بد من مراعاة في أعمال الدفاع المشروع ثلاثة (03) أفكار أساسية؛ وهي أن يمس العدوان الدولة في سلامة إقليمها (البري، الجوي والبحري)، كذلك أن يمسها في استقلالها السياسي وأخيراً حقها في تقرير مصيرها، كحالة الشعوب المستعمرة⁽¹¹⁾.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، وجب أن تتوافر في الحركة المضادة (الدفاع كي يكون مشروعاً)، جملة ضوابط وتأطيرات؛ منها لزوم الدفاع، هذا الأخير بدوره يحوي على شروط تمثلت في:

- أن يكون الدفاع هو الوسيلة الوحيدة لصد العدوان.
- أن يوجه الدفاع إلى مصدر الخطر.
- أن يكون الدفاع من طبيعة تأقيتية (مؤقتة).

كما لا بد من وجود التناسب بين فعل الاعتداء والدفاع المشروع، علاوة على ذلك، ومن البديهي التنويه بأن لمجلس الأمن الدولي السلطة الكاملة لممارسة الرقابة على مدى توافر الشروط السابقة من عدمها كونه الجهاز الذي تؤول إليه مهام الاضطلاع بصيانة السلم والأمن الدوليين⁽¹²⁾.

ب/- حالة الدفاع المشروع (الشرعي) الجماعي:

مسلم به، وبصفة أساسية، أن الدفاع المشروع (الشرعي)، هو حق فردي، بمعنى أن إتيانه يقع على الدولة التي وقع عليها الاعتداء، غير أنه من ناحية أخرى يقتضي مبدأ التعاون الدولي، أن تهب الدول إلى مساعدة الدولة المعتدى عليها، وإعادة صيانة السلم والأمن الدوليين، فبالإضافة إلى الطابع الإتفاقي لهذه الفكرة، فهي كذلك تتطوي على بعد أخلاقي دولي.

ذاك ما تستوضحه حيثيات المادة 51 من الميثاق " ... ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينقص الحق الطبيعي للدول، فرادى أو جماعات، في الدفاع عن أنفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء "الأمم المتحدة"..."، مع ضرورة مراعاة كل الشروط التي استعرضناها مع حالة الدفاع المشروع (الشرعي) الفردي، ومنها وقوع الاعتداء بالفعل، وأن يبلغ المجلس فوراً، والانصياع التام للمجلس في صورة طلبه التخلي عن استخدام القوة، باتخاذ التدابير اللازمة لذلك.

ولما لم يكن النص السابق واضحاً بما فيه الكفاية، بخصوص مسألة وجود آلية معينة تكفل مباشرة حق الدفاع، فقد استقر الفقه الدولي على إلزامية وجود تنظيم إقليمي لممارسته، وفي إطار ذلك تم إنشاء عدة تنظيمات إقليمية خاصة بذلك منها، اتفاقية الدفاع المشترك للدول العربية لعام 1950م، المادة السادسة من ميثاق جامعة الدول العربية (على مستوى النصوص)، وحلف شمال الأطلسي لعام 1954م (على مستوى الآليات) ⁽¹³⁾.

* المحور الثاني: استقراء لبعض أهم المفاهيم والممارسات المستحدثة لمسألة استخدام القوة في العلاقات الدولية:

نلتمس ذلك من خلال القراءات الأحادية لأحكام الميثاق ذات الصلة بالموضوع من جهة (I)، والواقع العملي الدولي من جهة أخرى (II)

(I) - القراءة والفهم الأحاديين لبعض أحكام الميثاق ذات الصلة بموضوع استخدام القوة في العلاقات الدولية:

نستعرض أهمها في ما يأتي:

أ/ نظرية الدفاع المشروع (الشرعي) الوقائي؟:

نذكر منذ البداية، أن هذه الفكرة ليست وليدة اليوم، بل كانت متأصلة في الممارسة الدولية قبل اعتماد ميثاق الأمم المتحدة، من ذلك؛ قيام ألمانيا بغزو لكسمبورغ وبلجيكا عام 1974م، بدعوى إعمال فكرة الدفاع المشروع (الشرعي) وهي الأسباب ذاتها التي وظّفت إبان مهاجمة إيران من طرف كل من القوات السوفيتية - سابقا - وبريطانيا عام 1941م...⁽¹⁴⁾، غير أنه وبعد دخول ميثاق منظمة الأمم المتحدة حيّز النفاذ 1945م، لم يعد بالإمكان معه إحياء هذه الفكرة التي تعتبر إحدى مخلفات القانون الدولي التقليدي، إذ لا بد حاليا من وقوع فعل الاعتداء لا مجرد التخوف من وقوعه، وهو ما يستقرأ من خلال نص المادة 51 من الميثاق حين وظّفت مصطلح "...إذا اعتدت..."، بمعنى حصل بالفعل أو بصفة، لا ينعف معها إلا مباشرة حركة مضادة وهي الدفاع المشروع (الشرعي).

و بناء عليه، قام بعض الفقهاء والباحثين في القانون الدولي بتكييف هذه الممارسات المستحدثة التي تقوم بها بعض الدول (كالولايات المتحدة الأمريكية ودولة "إسرائيل"...) في حالات محددة - على أنها من قبيل جرائم إرهاب الدولة⁽¹⁵⁾، وعليه تقع باطلا من الأساس مثل هذه الممارسات وترتب على مرتكبها المسؤولية الدولية، كما يستوجب الأمر من المجموعة الدولية، الوقوف في مواجهتها، عن طريق إدانتها لأن القول بعكس ذلك من شأنه أن يؤدي إلى محاولة تأصيل شرعية موازية، قائمة على جعل النصوص متطابقة مع الوقائع وليس العكس⁽¹⁶⁾.

ب/- نحو مراجعة الأحكام التي تضبط مسائل اللجوء للقوة في العلاقات الدولية؟:

وذلك، بإنشاء قواعد جديدة متعلقة بالحرب على ما يطلق عليه "الإرهاب الدولي"، خصوصا بعد أحداث 11 سبتمبر 2001م، والتي يفهم منها أنها قامت باستثناء هذه الطائفة من الحروب من مبدأ تحريم استخدام القوة المنوّه إليه سابقا، والمحدد في المادة 4/02 من أحكام الميثاق، فالتحريم هنا يشمل مجرد "التهديد باستخدام القوة"، وليس فقط "الاستخدام الفعلي لها"، كما أنه يشمل جميع الدول بما فيها غير الأعضاء هيئة الأمم، والدول دائمة العضوية في مجلس الأمن الدولي⁽¹⁷⁾.

أخيرا، حتى ولو افترضنا المقصود بذلك "القوة المسلحة"، فإن التحريم هنا يمتد ليشمل

جميع أشكال القوة المسلحة كالهجوم البرّي والغازات والقصف الصاروخي ونشر القوات العسكرية...⁽¹⁸⁾.

(II) - في بعض أهم الممارسات المجابهة صراحة لمبدأ تحريم استخدام القوة في العلاقات الدولية:

مواكبة منا للتحوّلات الدولية في هذا المجال، نركز على حالتين مهمّتين هما؛ الحرب على أفغانستان (أ) ثم الحرب على العراق (ب).

أ/- الحرب غير الاعتيادية على أفغانستان: تجاؤز للأمم المتحدة؟

اتخذت الولايات الأمريكية بالخصوص غداة أحداث 11 سبتمبر 2001م، إستراتيجية جديدة في ما يطلق عليه الحرب على " الإرهاب الدولي"، ومنه فإننا في هذا المقام لا نريد مناقشة الجوانب القانونية التي كان يفترض بـ (و.م.أ) أن تقوم بها، وهي؛ خيِّرات ثلاثة، تقضي بمطالبة تسليم المتهمين، ومحاكمتهم، طبقاً للقانون الأمريكي، فمن هذه الزاوية ينعقد الاختصاص النوعي لقضائها الداخلي، (طبعاً نراعي مدى وجود اتفاقيات تسليم المطلوبين بين الأطراف المعنية)، أو محاكمتهم في أفغانستان إذا ثبت رابطة الجنسية (لا توجد حتى تاريخ الاعتداء اتفاقيات تسليم المطلوبين بين الطرفين)، وأخيراً تسليمهم إلى المحكمة الجنائية الدولية، في صورة تكييف هذه العمليات على أنها جرائم ضد الإنسانية، إعمالاً للمادة 05 من نظام المحكمة الأساسي⁽¹⁹⁾، كما أنها لم تنتظر حتى صدور قرار من مجلس الأمن الدولي، لتتصرف في إطار قانوني معقول، بل على العكس من ذلك، سارت في طريق التصعيد من جانب أحادي، عجّلت به مسألة اللجوء إلى الخيار العسكري، لحاجات ذاتية لا تعبر بالضرورة عن رغبة المجموعة الدولية.

هذا، ونشير إلى أن الأمر الذي لا يمكن استساغته من الجانب القانوني، هو تلك السرعة الفائقة التي سارع بها مجلس الامن الدولي إلى إصدار قراره الشهير تحت رقم 1368 في اليوم الموالي للأحداث(2001/09/12م)، الذي جاء فيه أن المجلس "... يسلّم بالحق الطبيعي الأصيل الفردي والجماعي للدفاع عن النفس وفقاً للميثاق..."⁽²⁰⁾، فهنا يحق لنا التساؤل - حتى ولو سلمنا بأن مجلس الامن الدولي هو الجهاز المسؤول عن صيانة الأمن والسلم الدوليين - كيف أمكن له تفويض (و.م.أ) "حقها" في الدفاع عن نفسها بطريقة غير مقيدة بأية ضوابط ضد دولة ذات سيادة؟ وعلى افتراض أن من قام بها " جماعات إرهابية " لها رابطة الجنسية مع دولة أفغانستان، فهي ليست جيشاً نظامياً تؤول مسؤولية تسييره إلى السلطة الرسمية في الدولة؟

لاشك، أن هذا الإجراء وبطريقة ما، أدى إلى أمركة شرعية الحرب على ما يطلق عليه "الإرهاب الدولي"، والخطورة تكمن في أن القرار رقم 1368، تم تفسيره من قبل (و.م.أ) وشركائها في التحالف المناهض لـ "الإرهاب" على أنه تفويض عام ودائم لملاحقة من تعتبرهم (و.م.أ) خطرا على أمنها القومي، بينما بالرجوع إلى المادة 51 من أحكام الميثاق، فإن هناك ضرورة إبلاغ المجلس بأي تدابير متخذة من طرف الدولة المعنية، من دون إخلال بما للمجلس من سلطة اتخاذ ما يراه مناسباً. لذلك استغلت (و.م.أ) الوضع وقامت تحت غطاء الشرعية الدولية بتبرير انتهاكات خطيرة لأهداف ومبادئ الأمم المتحدة (21).

ومنه، فقد قامت مباشرة بغزو أفغانستان، مستعملة في هذه العملية ترسانة غير مسبوقة من الأسلحة، بالدرجة التي تم وصفها فيها بأنها "حرب غير تقليدية"، قوامها القنابل من نوع (جي بي يو 28) التي تزن 2.5 طن، وهي ذات قدرة عالية على الاختراق الأرضي والقنابل العنقودية التي تزن هي الأخرى 430كغم (الواحدة منها) كما تملك كل قنبلة بداخلها 202 قنبلة صغيرة، علاوة على ذلك فقد تم الاستعانة بطائرات (بريدا تور) وهي طائرة من دون طيار تستطيع التصوير بالفيديو بشكل متواصل بتسجيلها لخطوط الطول والعرض بدقة، فأصبح الجندي الأمريكي يجاوز مسألة الضغط على الزناد إلى وظيفة تحديد أهداف أرضية للقوات الجوية عن طريق منظار مزوّد بالليزر (22).

ولم تكتف (و.م.أ) بهذا، بل انتهكت صراحة القواعد المعمول بها في النزاعات المسلحة، وأعطت بذلك نموذجاً يفيد بأننا في عودة نحو تفعيل - مع كل أسف - قانون الحرب الذي ساد إبان الحقبة الكلاسيكية للقانون الدولي (يركّز على حماية الجندي في المعركة دون غيره)، والتخلي عن تطبيق قانون النزاعات المسلحة الذي يجاوز الفكرة السابقة، ليحمي - بالإضافة إلى المقاتلين - من هم في غير وضعية قتال، كالجرحي والأسرى، بل حتى الأعيان. وفيما يلي نسرد بعض نماذج هذا التحول السلبي في قواعد القانون الدولي الإنساني:

* مجزرة سجن القلعة كاخفاق للقانون الدولي الإنساني؟

تجدر الإشارة في البداية إلى عديد المجازر المروعة المرتبطة بهذا الغزو، منها مجزرة "جانغي" التي قضي فيها على جلّ الأسرى - بعد حركة معاكسة قاموا بها (تمرد) - ظهرت بعدها جثثهم أمام محطات التلفزة العالمية، بعضها متفحم والآخر مقيّد الأيدي إلى الورا والآخر أغرق بالماء في قبو سجن القلعة في مدينة "مزار الشريف" شمال

أفغانستان...، يذكر أنه لم تكن هذه هي المجزرة الوحيدة للـ (و.م.أ) في حربها على أفغانستان، بل شهدت قرية " قدام " (40 كم) جنوب مدينة جلال آباد مجزرة شنيعة، أين تم تسوية الأرض بمن فيها، وراح ضحيتها 200 من قاطنيها، وكذلك فعلت بقرية (جكر) التي اغتيل فيها 93 ضحية منها 18 لعائلة واحدة⁽²³⁾، هذه بعض الوقائع "الفظيعة"، وإلا لا يتسع المجال هنا لذكر أغلبها، أما حصرها، فيستحيل كونها ما تزال في استمرار إلى يومنا هذا، كممارسة مرتبطة بالغزو الأمريكي لأفغانستان؟.

* سجناء غوانتانامو في بحث عن مركز قانوني؟.

ننطلق من محاولة تكييفنا للنزاع المسلح الدائر في أفغانستان، منذ 2003م، والذي يطلق عليه جانب من الفقه، بأنه من فئة " النزاعات المسلحة المدوّلة "، بحيث يعرفه بعض الشراح بأنه نزاع مسلح داخلي في الأصل، يرتقي ليصبح دولي، نتيجة لأسباب عديدة ومعقدة، بمفهوم آخر، تكون فيه مواجهات مسلحة مباشرة بين دولتين أو أكثر بسبب تدخلها في نزاع داخلي لدعم أحد المتحاربين ضد الآخر أو تتدخل لدعم متمردين ضد القوات الحكومية، وذلك ما أشارت إليه غرفة الاستئناف للمحكمة الجنائية المؤقتة الخاصة بيوغسلافيا - سابقا - في قضية (تاديش* Tadic)، في يوليو 1999⁽²⁴⁾.

يذكر، أن القانون الدولي الإنساني يركّز تقسيمه -أساسا- على طائفتين: "المقاتلين" و"المدنيين"، فإذا وقع المقاتل في يد الخصم اعتبر أسير حرب خاضع للمادة 03 من اتفاقية جنيف 1949م ما لم يكون هذا الأخير يقاتل بمخالفة لقوانين الحرب وأعرافها، عندئذ لا يستحق وصف أسير حرب، لكن ومع ذلك، يخضع للحماية بموجب الاتفاقية الرابعة، ويبقى مستفيد من أحكام القانون الدولي الإنساني، بل إن القسم 73 من كتيّب تعليمات الجيش الأمريكي نفسه بشأن الحرب البرية (1956م) تحت عنوان "الأشخاص الذين يرتكبون أفعالا عدائية ولا يستحقون معاملتهم أسرى حرب"، فإنهم يكونوا محميين وفقا للمادة 04 من اتفاقية جنيف الرابعة⁽²⁵⁾، لذلك كان ينبغي أن يحدد مركزهم القانوني، بشكل يوفر لهم محاكمة عادلة، لكن بدلا من ذلك أطلقت عليهم الإدارة الأمريكية وصف "مقاتل عدو"، وهو - على حدّ بحثنا- وصف جديد على قاموس القانون الدولي الجنائي، الأمر الذي جعل من الحكومة الأمريكية الحالية (باراك أوباما) تسارع إلى سحبه و تقرّر إسقاط صفة "عدو مقاتل" كأساس لاحتجاز المعتقلين في غوانتانامو بتاريخ 2009/03/13م⁽²⁶⁾.

فقد كشفت وزارة العدل إن قوانين الحرب الدولية التي أقرها الكونغرس الأميركي ستكون أساساً لأي عملية احتجاز مستقبلي لمعتقلي غوانتانامو، وكذلك وقع الرئيس الأميركي باراك أوباما في 22-1-2009، بعد يومين من توليه مهامه، قراراتين ينصان على إغلاق معتقل غوانتانامو في مدة أقصاها عام، ووضع حد للأساليب المنتقدة من طرف المنظمات الحقوقية الدولية⁽²⁷⁾، لكن هذا غير كاف، صحيح أن أية دولة لها الحق في حماية أمنها الإقليمي - وفق ضوابط معينة- لكن احترام الصكوك الدولية ذات الصلة بالموضوع تبقى ضرورة، والمساءلة الجنائية الدولية ينبغي أن تُفَعَّلَ في مواجهة (و.م.أ)، للحفاظ على هيبة وسلطان القانون الدولي.

ب/- الحرب على العراق: مُجَابَهَةٌ صريحة لإرادة المجموعة الدولية؟

لا تختلف هذه الحرب "العدوانية" التي قامت بها (و.م.أ) عن الحرب الأفغانية، لكن سبقت بمبررات مختلفة، أهمها الأربعة التالية:

- منع العراق من امتلاك وتطوير الأسلحة النووية، مرتكزة في ذلك على أنها تعمل باسم المجتمع الدولي لتنفيذ قرارات الشرعية الدولية وأهمها القرارات رقم 678 لعام 1990م و القرار رقم 687 لعام 1991م، بالإضافة إلى القرار رقم 1441 لعام 2002م.

- الحيلولة دون أن يصبح العراق ملاذاً لـ " المنظمات والعناصر الإرهابية"، وذلك بمنعه من أن يصبح "أفغانستان ثانية"، و وضع حدّ في وجه تهريب الأسلحة لفائدة الفاعلين من غير الدول في المنطقة.

- الإطاحة بنظام الرئيس العراقي السابق (صدام حسين) " القمعي " وتعويضه بنظام " ديمقراطي"،

فللولايات المتحدة الأمريكية مسؤولية أخلاقية، لا تسمح معها ببقاء مجتمعات داخلية تحت وطأة الحكومات الاستبدادية!؟

- ديمقراطية المجتمعات، قد يصل معها الأمر إلى حد الحسم العسكري، وهي نتيجة متفرعة عن النقطة التي سقناها - أعلاه-⁽²⁸⁾.

وعليه فإن الحرب على العراق من وجهة نظر قانونية مفتقدة للشرعية الدولية من عدة أوجه نذكر أهمها فيما يلي:

- أن القرار رقم 1441 (2002) الذي اتخذ مجلس الأمن في جلسته 4644 المعقودة في 8 نوفمبر 2002م، وإن كان بالفعل، قد اعتبر سنداً رئيسياً للغزو الأميركي للعراق، مشيراً في

فقرته الفرعية 13 "يذكر في هذا السياق بأن المجلس حذر العراق مرارا بأنه سيواجه عواقب خطيرة نتيجة لانتهاكاته المستمرة للالتزامات"⁽²⁹⁾.

إن اصطلاح "العواقب الوخيمة" الواردة أعلاه ينبغي أن تفهم في حدود آليات عمل الأمم المتحدة، فالمنطق السليم والمقاربة القانونية المشروعة يقضيان، بأن تقرر الأمم المتحدة (مجلس الأمن) ذاتها ووحدها وليس الدول بكيفية انفرادية كما فعلت (و.م.أ)، ما إذا كانت طرق الحل السلمي للنزاعات الدولية استنفذت أم لا؟ أو إذا كان هناك تهديد للسلم والأمن الدوليين يقتضي اللجوء إلى استخدام القوة. وحتى لو حدثت خروقات للقرار الأممي السابق، هل وصل الحد إلى أن يصبح معه الأمن والسلم الدوليين مهددان، مما يبيح إذاً أعمال المادة 51 من الميثاق، مع العلم أن العراق أعلن التزامه بفحوى القرار⁽³⁰⁾؟

- انتهاك (و.م.أ) أثناء حربها على العراق - بالإضافة إلى المادة 4/02 من الميثاق - المادة 24 من الميثاق بخصوص تخويل مجلس الأمن الدولي، حق التدخل في أي نزاع يخشى معه قيام حرب.

هذا، بالإضافة إلى عديد أوجه الانتهاكات الخاصة باتفاقيات جنيف الأربعة وبروتوكولاتها الإضافيين، أدت بالأمين العام للأمم المتحدة السيد "كوفي عنان" إلى تقديم تقرير إلى الجمعية العامة تحت رقم 232 في 22 سبتمبر 2003م، يتساءل فيه عن شرعية استخدام القوة في العلاقات الدولية بمناسبة غزو العراق بدون تفويض من مجلس الأمن الدولي، كما طرح سؤال آخر عن شرعية الحرب الوقائية لمنع اعتداء وشيك التي أطلقها الرئيس الأمريكي السابق لغزو العراق؟⁽³¹⁾.

خاتمة

توصلنا من خلال المقاربة القانونية المعتمدة في هذا البحث، إلى نتيجة أساسية وهي أن المجموعة الدولية لم تستطع إلى يومنا هذا - مع كل أسف - حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية، حظرا نهائيا، خارج حالتها الدفاع المشروع (الشرعي) الفردي والجماعي، بل سجلنا من خلال استقراء الممارسة والواقع الدوليين، وجود حالات عديدة، تستخدم فيها القوة خارج الإطارين السابقين.

ومنه، فإن الأمم المتحدة كمنظمة تسهر على صيانة السلم والأمن الدوليين، تواجه أزمة حقيقية، نتجت عن جمود نصوصها التي تنظم مساءل اللجوء للقوة في العلاقات الدولية، من جهة، وعدم استقلاليتها في مواجهة بعض الدول وخاصة (و.م.أ)، سواء من الجانب

المادي، أو القانوني - في إشارة إلى المركز القانوني والفعلي الذي استأثرت به على إثر الترتيبات التي وضعتها اتفاقية سان فرانسيسكو 1945م- لذلك ولأغراض التخفيف من الاستخدام الواسع للقوة في العلاقات الدولية نقترح مايلي:

- إعادة النظر في مواد الميثاق التي تؤطر هذا الموضوع، عن طريق إيجاد صياغة جديدة توضّح المقصود بـ "استخدام القوة" هل المقصود منه القوة المسلحة؟ ثم إذا سلمنا بأن لفظ "استخدام القوة" ينصرف ليشمل الدول فقط - كما هو بيّن في المادة- فإنه بذلك يترتب نتائج خطيرة بإقصاء حركات التحرر الوطنية من استخدام هذا الحق لدرء العدوان وتحرير أراضيها، فحتى وإن كانت هذه الكيانات غير موجودة في وقت اعتماد هذا النص، إلا أن ذلك لا يمنع من مراجعته الآن، لغرض مسايرة الواقع الدولي الحالي؟

- ضرورة إثراء المادة 51 من الميثاق، بما يواكب التحوّلات الرّاهنة فمصطلح "إذا اعتدت" الوارد فيها، يفيد حصل الاعتداء، وتطورّ الأسلحة اليوم جعل التهديد - من دون شك- واقع حتى قبل أن يقع بالفعل، كما أن تركها بالصياغة الحالية أعطى "منطلقاً" - حتى لا أقول أساساً قانونياً- لبعض الدول للتقدير بأن سلامة أقاليمها أصبحت مهددة من مسافة بعيدة ولمدة زمنية غير محددة؟

إن بقاء النصوص الدولية على جمودها الحالي، من شأنه أن يعمّق من الأزمة التي يعيشها القانون الدولي الرّاهن، الذي يشهد من ناحية الممارسة توجهها نحو إعمال فكرة "الحرب العادلة"، التي رتبها العصر الوسيط، بصبغة دينية، لكن بأشكال ووسائل مختلفة؟.

الهوامش:

(*)- بويحيى جمال، أستاذ مساعد، مكلف بالدروس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية-، ومكلف بالبحث مشارك، لدى جامعة مولود معمري - تيزي وزو-.

(1)- ميثاق الأمم المتحدة والنظام الأساسي لـ م.ع.د، منشورات إدارة شؤون الإعلام للأمم المتحدة، الأمم المتحدة، نيويورك.

(2)- شنكاو هشام، تحريم استخدام القوة في العلاقات الدولية، منشور على الموقع الإلكتروني:

<http://chengaouhicham.elaphblog.com/Posts.aspx?U=3209&A=32163>

(3)- تفريعا في ذلك، ترجى العودة إلى، بوسلطان محمد وحمّان بكاي: القانون الدولي العام، وحرب تحرير الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص119-124.

(4)- قمنا بتكليفه على انه دفاع مشروع بدل دفاع " شرعي" لأنه وإعمالاً لقواعد القانون الخاص في

مسألة مطابقة التصرفات للقاعدة القانونية تندرج ضمن العلاقات العمودية التي يصح معها القول هذا تصرف مشروع من عدمه، وليس العلاقات الأفقية الخاصة بالسلطة، والتي توظف فيها عادة اصطلاح سلطة شرعية، وأخرى فعلية.

(5)- شنكاو هشام، تحريم استخدام القوة في العلاقات الدولية، المرجع السابق.

(6)- المرجع نفسه.

(7)- المرجع نفسه.

(8)- المرجع نفسه.

(9)- في مثل هذا، ذهب الباحث:

- محمد وليد اسكاف، حق استخدام القوة في العلاقات الدولية، منشور على الموقع الإلكتروني:

بتاريخ 2009/01/11 ص.11. <http://www.dctcrs.org/s5641.htm> -

(10)- سامي جاد عبد الرحمان واصل، إرهاب الدولة في إطار قواعد القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص.208-209.

(11)- المرجع نفسه.

(12)- المرجع نفسه.

(13)- تجدر الإشارة أنه يجوز تجاوز التنظيمات الإقليمية وطلب المساعدة من دول أخرى كحالة طلب حكومة الكويت الشرعية وبعض الدول الخليجية المجاورة لها المساعدة من بعض الدول الأوروبية لرد الاعتداء العراقي على الكويت في 02 أوت 1990، تفصيلا في ذلك، يرجى الرجوع إلى:

- سامي جاد عبد الرحمان واصل، إرهاب الدولة في إطار قواعد القانون الدولي العام، المرجع السابق، 220-221.

(14)- المرجع نفسه.

(15)- المرجع نفسه.

(16)- تفصيلا في ذلك يرجى العودة إلى:

- بويحيى جمال، قواعد القانون الدولي الرّاهنة بين الشرعية القانونية والشرعية الموازية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 02، 2010، ص.ص 08-18.

(17)- لمزيد بالتفصيل في ذلك، نرجو العودة إلى:

- يوسف أمال، عدم مشروعية الإرهاب في العلاقات الدولية، دار هوم، الجزائر، 2008، ص.110.

(18)- المرجع نفسه ص.111.

(19)- بن داود عبد القادر، أحداث 11 سبتمبر في ميزان العدالة الدولية بين الخيارات الأمنية وأطروحة

الخطر الأخضر، الموسوعة القضائية الجزائرية، العدد الخامس، 2004، ص.142.

(20) http://www.un.org/arabic/docs/SCouncil/SC_Res/S_RES_1368.pdf

(21) - يوسفى آمال، عدم مشروعية الإرهاب في العلاقات الدولية، المرجع السابق، 92.

(22) - راجع، تقرير، الحرب الأمريكية على ما يسمى " الإرهاب"، الجزء الأول، (الحرب على أفغانستان

2001)، الطبعة الأولى، مركز دراسات الشرق الأوسط، عمان ، 2004 ، ص.51-53.

(23) - المرجع نفسه، ص.ص.63-71.

(24) - رشيد حمد العنزي، معتقلو جوانتانامو بين القانون الدولي الإنساني ومنطق القوة، مجلة الحقوق، تصدر

عن جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة الثامنة والعشرون، ديسمبر، 2004، ص.ص.20-21.

(25) - مشار إليه في المرجع نفسه السابق على الهامش، ص.44، باللغة الإنجليزية كما يلي:

- US. Military FM27-10, the law of land warfare, 1956; 73. persons committing hostile acts not entitled to be treated as prisoners of war; " if a person is determined by a competent tribunal, acting in conformity with article [GCIII] not to fall within any of the categories listed in article 4 [GCIII], he is not entitled to be treated as a prisoner of war. He is, however, a «protected a person », withing the meaning of article 4 [GCIII]...."

(26) - http://www.nobles-news.com/news/news/print_details.php?page=showdet&id=62494

(27) - <http://www.alarabiya.net/articles/2009/01/22/64744.html>

(28) - محمد وليد اسكاف، حق استخدام القوة في العلاقات الدولية، منشور على الموقع الإلكتروني:

<http://www.dctcrs.org/s5641.htm>. 26. ص بتاريخ 2009/01/11

(29) - القرار مسحوب من النت على الموقع الإلكتروني:

<http://www.aljazeera.net/NR/exeres/90FE236B-DOCC-438D-B9F7-63280213B3B5.htm>

(30) - معتز فيصل العباسي، التزامات الدولة المحتلة اتجاه البلد المحتل " دراسة حالة العراق "، منشورات

الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2009م، ص.49-50.

أحكام تشريع العمل، أي ذاتية ؟

كمال مخلوف

أستاذ مساعد - المركز الجامعي بالبويرة

ملخص:

إن أهمية قانون العمل تأتي من كونه يحكم و ينظم علاقات قطاع عريض من المجتمع ، هذه الأهمية مستمدة بصفة خاصة من خطورة العمل التبعية الذي ينظمه ، فتبعية العمال الذين يقومون بهذا العمل لصاحب العمل و خضوعهم له قد يؤدي إلى إستغلال للطبقة العاملة مما قد يؤثر على وضعيتهم الإجتماعية و الإقتصادية ، مما قد يؤدي إلى عدم الإستقرار في علاقات العمل .

و يتميز قانون العمل عن بقية فروع القانون الأخرى ، أن الطبقة العاملة لعبت دورا مهما في وضع أحكامه و قواعده ، كما تأثر هذا القانون بالظروف التي مرت بها الطبقة العاملة في صراعاتها المستمرة ، و كذلك تأثرت أحكامه بالمطالب المهنية للنشاط ، إلى جانب المطالب الخاصة بالعمال .

و قد ترتب عن الدور الذي لعبته الطبقة العاملة إلى تراجع سلطة العقد أمام سلطة القانون ، ثم في مرحلة لاحقة ، تراجعت سلطة القانون أمام القواعد التي نشأت عن المطالب العمالية ، و هي المرحلة التي ظهرت فيها النقابات ، هذه الأخيرة أصبحت تملّي على السلطة العمومية و أصحاب العمل الأحكام التي تتناسب مع العمال .

و نظرا لطبيعة علاقات العمل ، فإن أحكام قانون العمل لم تخرج عن هذه القاعدة ، فهي أحكام تتسم بالصبغة العملية و الواقعية ، حيث تراعي حماية العامل في شتى أصناف النشاط المهني ، هذه الطبيعة لأحكام تشريع العمل ، جعلت منه قانون يختلف عن بقية أحكام فروع القانون الأخرى ، بما يتميز به من ذاتية و إستقلالية تتجلى من خلال إطاره التنظيمي التشريعي أو الإتفاقي ، و كذلك من خلال علاقاته الفردية أو الجماعية .

مقدمة

يحضى قانون العمل في الوقت الحاضر باهتمام بالغ من جانب الفقه والقضاء و التشريع ، نظرا لإرتباطه بقطاع عريض من المجتمع من ناحية ، ولما يترتب عليه من آثار إجتماعية و إقتصادية هامة من ناحية أخرى .
و إذا كان لقانون العمل مثل هذه الأهمية الكبيرة ، فإنه يعتبر رغم ذلك من أحدث فروع القانون الحديث من حيث النشأة و التكوين .
و لذلك ضمن الأهمية بمكان تحديد طبيعة تشريع أحكام العمل و مدى ما لها من ذاتية وإستقلال بالنسبة لفروع القانون الأخرى و خاصة القانون المدني .
فهل لأحكام قانون العمل طبيعتها الفنية التي تحدد موضعها في النظام القانوني بصفة عامة ، و التي تجعل منها تمتاز بذاتية خاصة ؟

بداية نؤكد أن النظام القانوني ككل هو نظام مترابط كل فرع فيه يساهم بنصيب في تحقيق الإستقرار القانوني و حماية المصالح المعتبرة . و بالتالي فإن الذاتية لا تعني الإنفصام التام بين فروع القانون ، أو أن النظام القانوني مفكك لا يربط بين فروع أي روابط . إنما ما تعنيه الذاتية هو تحديد علاقة القواعد القانونية ببعضها البعض ، سواء على مستوى النظام القانوني ككل ، أو على مستوى النظام القانوني الواحد ، أو على مستوى القانون نفسه ، أو على مستوى المصطلحات المتشابهة في فروع النظام القانوني .

و لاشك أن يمثل هذا البحث أهمية كبيرة في إبراز ذاتية أحكام تشريع العمل يؤدي حتما إلى إنسجام التشريعات العمالية و عدم تعارضها ، الأمر الذي يؤدي إلى إمكان تطور قانون العمل ، حيث تتجمع كافة المسائل الخاصة بالعمل .
كما أن لذاتية قانون العمل تتيح للقضاء أن يهتدي إلى المهنج الذي يرشده نحو تطبيق قانون العمل تطبيقا صحيحا دون الخضوع للأحكام المقررة في غيره من القوانين . فتطور قانون العمل أدى به إلى الإستقلال بأحكامه التي تتلاءم مع ذاتيته متحررا بذلك من كافة الأحكام التي تفرضها القوانين الأخرى .

و إلى جانب ذلك ، فإن ذاتية قانون العمل تمكن القضاء من تفسير قانون العمل عند الشك لمصلحة العامل دائما كان أم مدينا في الإلتزام، اي دون التقيد بقاعدة القانون المدني التي تقضي بأن يكون التفسير عند الشك لمصلحة المدين .

فإن كان قانون العمل من أحدث فروع القوانين ، إذ يرجع ظهوره إلى منتصف القرن التاسع عشر ، إلا أنه يكتسب كل يوم أفاقا جديدة ، و تزداد أهميته في الحياة العملية نتيجة المجال الذي يؤثر فيه و يتأثر به و لتقدم الحريات العمالية خاصة التنظيمات النقابية منها ، التي ساعدت على تقدم هذا القانون و تطوره و إستقلاله بقواعد ذاتية يستمد مبادئه من القانون المدني ، اتسع قطره و إستطاع بضوئه ان يجذب إليه الأبصار متميزا بخصائصه و صفاته ، الأمر الذي يؤدي بنا إلى إضهار الذاتية التي يتميز بها هذا القانون ، و هي المسألة التي سوف نحاول إثباتها من خلال هذه الدراسة ، معتمدين في ذلك على الخطة التالية :

المبحث الأول

ذاتية التنظيم القانوني لعلاقات العمل الفردية:

إن الميزة الأساسية التي تتميز بها قواعد قانون العمل أنها قواعد أمره لا يجوز الإتفاق على خلافها ، سواء من حيث شروط العمل أو الأجر أو إنتهاء عقد العمل الذي قيد القانون حق صاحب العمل بإنهاءه بالإرادة المنفردة . و فضلا عن ذلك فإن التعامل بين العامل و صاحب العمل أصبح يتم من خلال إتفاقية جماعية ، اخذت تلعب دورا هاما في تنظيم هذه العلاقة ، حيث تحدد بقدر كبير مدى إحترام الحقوق و الواجبات الناشئة عن عقد العمل الفردي . و تعتبر القواعد المنظمة لعقد العمل سواد في ذلك التي تحكم نشأته أو آثاره أو وقفه أو إنتهائه هي في الغالب قواعد لها ذاتيتها الخاصة التي تخرج عن القواعد العامة .

المطلب الأول

المظاهر الذاتية في إبرام عقد العمل ان المظاهر الذاتية في إبرام عقد العمل، هي تلك القيود المفروضة على حرية التعاقد ، ثم إن تحديد طرفي عقد العمل تحكمه قواعد خاصة ، كما أن اهلية أطراف عقد العمل تختلف باختلاف طرفيه ، خروجاً على حكم القواعد العامة في الأهلية ، و كذلك التعرض إلى إنهاء علاقة العمل و أخيراً ينبغي التعرض إلى القواعد الخاصة بإثبات عقد العمل .

الفرع الأول

مظاهر الذاتية في القيود المفروضة على حرية التعاقد:

الأصل العام ، وفقا للقواعد العامة ، هو حرية التعاقد على العمل ، و حرية التعاقد في مجال علاقات العمل ، تتسع لحرية صاحب العمل في إختيار من يشأ من طالبي العمل و الإمتناع عن إستخدام من يشأ منهم . كما تتسع لحرية العامل في الإلتحاق بما يشأ من أعمال ولدى من يرغب من أصحاب العمل . إلا أن القيود الإجتماعية التي تمخضت عنها الممارسة الفعلية لهذه الحرية غير المقيدة ، دعت المشرع إلى فرض قيود على حرية التعاقد على العمل ، سواء بالنسبة لأصحاب العمل أو بالنسبة للعمال .

و أغلب القيود الواردة على حرية التعاقد على العمل تتصرف أساسا لتقييد حرية صاحب العمل في التعاقد على العمل أو رفضه في تجديده ، و هي قيود عديدة و متنوعة و تختلف باختلال الإعتبارات التي تتأسس عليها هذه القيود ، فهناك قيود تهدف تحقيق تكافؤ الفرص و مكافحة البطالة⁽¹⁾ ، و قيود تتعلق بإعتبارات إنسانية ، حماية لشخص العامل⁽²⁾ ، و كذلك قيود مقررة لإعتبارات وطنية⁽³⁾ ، و كذلك قيود خاصة بتوظيف فئة مسيري المؤسسات الذين يخضعون لنظام خاص بهم⁽⁴⁾ .

فالمشرع و على خلاف القواعد العامة ، لم يترك للمتعاقدين و خاصة صاحب العمل أي قدر من الحرية في التعاقد ، بل يلزمه بأحكام أمره تحكم العقد في إبرامه ، و فيما يجوز له أن يفرضه على العامل من شروط ، و في حقه في إجراء إنهاء علاقة العمل حتى لا يقع العامل في فعل تعسفي من جانب صاحب العمل .

الفرع الثاني

مظاهر الذاتية في أهلية إبرام عقد العمل لا شك أن عقد العمل يعتبر بالنسبة للعامل من الأعمال الدائرة بين النفع و الضرر ، و كان مقتضى ذلك إستلزام بلوغ العامل سن الرشد⁽⁵⁾ ، و لكن هذا يؤدي إلى تفاقم البطالة ، إلى جانب أن الكثير من لم يبلغوا هذه السن ليس لديهم مورد من موارد الرزق سوى عملهم ، و لذلك و نظرا للطابع المميز لقواعد قانون العمل ، و لإعتبارات

اقتصادية و إجتماعية ، قد فرضت أهلية خاصة بالعمل ، و برجعنا إلى أحكام المادة 15 من القانون 90-11 ، نجد ان المشرع الجزائري حدد سن التوظيف بست عشرة (16) سنة (6) ، و يقتضي هذا السن المعمول به في التشغيل ، و الذي يمكن إعتبره أهلية العمل ، تكييف هذه الأهلية بأنها " أهلية أداء قاصرة ، أو مقيدة " و التي تعرف بأنها " أهلية الشخص لصدور بعض الأعمال القانونية من دون البعض الآخر " (7) ، و هو ما أدى بالمشرع إلى تقييد صحة و صلاحية عقود العمل المبرمة من قبل العمال القاصرين - مدنيا - بالزامية موافقة أوليائهم الشرعيين طبقا لنص المادة 44 من القانون المدني، و يتطابق محتوى هذه المادة، مع ما تنص عليه الفقرة 2 من المادة 15 من القانون 90-11 على أنه " لا يجوز توظيف القاصر الأبناء على رخصة من وصيه الشرعي " .

الفرع الثالث

مظاهر الذاتية في إثبات عقد العمل يعتبر عقد العمل من العقود الرضائية، لذلك فإن علاقة العمل لا تشترط لإنعقادها توافر أي شكل (8) ، و قد أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ من خلال المادة 08 من القانون 90-11 التي تنص " تنشأ علاقة العمل بعقد كتابي أو غير كتابي . و تقوم هذه العلاقة ، على أية حال، بمجرد العمل لحساب مستخدم ما " . و مسايرة لهذا المبدأ ، فإن المشرع لم يتشدد في إثبات قيام علاقة العمل ، و هذا ما نصت عليه المادة 10 من القانون المشار إليه أعلاه (9) . و بذلك يمكن إثبات عقد العمل أو علاقة العمل بأية وسيلة كانت .

و بهذه القاعدة العامة ، فإن طرق و وسائل إثبات عقد العمل أو علاقة العمل تختلف عن أحكام الإثبات المعمول بها في المعاملات المنتجة للإلتزامات ، و ذلك نظرا لإختلاف طرق و وسائل إنعقاد هذه العلاقة ، و التي تتم بعقد مكتوب ، أو غير مكتوب، و تعتبر قائمة بمجرد قيام شخص بالعمل لحساب شخص آخر (10) .

و يرجع سبب عدم تشدد المشرع في وسائل إثبات علاقة العمل، إلى الخصوصية التي تتميز بها هذه العلاقة، و هي أنها علاقة قائمة بين طرفين غير متكافئين، تجعل من العامل في حالة تبعية لصاحب العمل و تحت إشرافه (11) . و عليه فإن إثبات علاقة العمل تتم بالنظر إلى الأداة التي تمت بها هذه العلاقة . فإذا تمت بمقتضى عقد مكتوب، فإن أداة الإثبات تكون بالرجوع إلى وثيقة ذلك العقد، أما في حالة عدم وجود عقد

مكتوب، فهنا يمكن اللجوء إلى كافة وسائل الإثبات الأخرى المختلفة المنصوص عليها في القانون المدني⁽¹²⁾ ، كالأدلة بشهادة الشهود والإقرار واليمين .

وبهذا فإن المشرع قد خرج على قاعدة المساواة في العلاقات التعاقدية طبقاً لأحكام القانون المدني ، والتي تستوجب معاملة لكل من الطرفين على قدم المساواة، ولكن طبيعة الروابط العمالية من توافر علاقة الخضوع وحماية العامل بإعتباره الطرف الضعيف استوجب الخروج على هذه القواعد. ويتضح بذلك مدى ما يتميز به قانون العمل من خصائص وأفكار تعطيه ذاتية وإستقلالاً معيناً .

المطلب الثاني

المظاهر الذاتية في آثار عقد العمل

تنشئ علاقة العمل إلتزامات متبادلة على عاتق كل طرف من أطرافه تجاه الآخر، ومن أهم الآثار التي تترتب على وجود علاقة عمل ، ويستمد منها قانون العمل ذاتيته المتميزة ، تلك السلطات التي يعترف بها القانون لصاحب العمل . و من ناحية أخرى، فإن حق العامل في الحصول على الأجر يخضع لقواعد خاصة تختلف عن القواعد العامة.

الفرع الأول

بعض مظاهر الذاتية في سلطات صاحب العمل

نتطرق إلى بعض مظاهر الذاتية في سلطات صاحب العمل داخل الهيئة المستخدمة ، والتي يبدو فيها خروجاً على القواعد العامة في العقد .
أولاً : مظاهر الذاتية في سلطة صاحب العمل في إصدار التعليمات .
من الحقوق التي كفلها القانون لصاحب العمل ، الحق في تنظيم العمل داخل الهيئة المستخدمة بإعتباره المالك لها ، أو المسؤول عن إدارتها ، وهذا ما أكده المشرع في المادة 07 من القانون 90-11 التي تنص " يخضع العمال في إطار علاقات العمل للواجبات الأساسية التالية : ... أن ينفذوا التعليمات التي تصدرها السلطة السلمية التي يعينها المستخدم أثناء ممارسته العادية لسلطاته في الإدارة " .

و تطبيقاً لحق صاحب العمل في تنظيم العمل داخل الهيئة المستخدمة ، يحق له ، و على خلاف القواعد العامة في العقود ، إصدار الأوامر اللازمة لتنفيذ العمل ،

و من واجب العامل إطاعة هذه الأوامر ، طالما صدرت في حدود تنفيذ علاقة العمل، و لم تكن مخالفة للقانون أو الأداب العامة في المجتمع و لم يكن فيها ما يعرض العامل للخطر⁽¹³⁾ ، و يمكن أن نحدد نطاق سلطة صاحب العمل في إصدار الأوامر بالحدود الآتية :

1- أن تصدر الأوامر في صورة تنفيذ علاقة العمل

يجب أن تصدر أوامر صاحب العمل في حدود تنفيذ العمل المتفق عليه ، و ذلك لأن تبعية العامل لصاحب العمل تنحصر في حدود العمل محل العقد، و لا تتعدى ذلك إلى حياة العامل⁽¹⁴⁾.

و لكن إذا كان سلوك العامل الشخصي يتعارض مع مقتضيات حسن العمل أو يضر بسمعة الهيئة المستخدمة فإنه من حق صاحب العمل إصدار الأوامر اللازمة لدرء الخطر أو الضرر عن الهيئة المستخدمة ، و أي إجراء يتخذه صاحب العمل ، يجب أن يخضع للإجراءات المحددة في النظام الداخلي⁽¹⁵⁾.

2- عدم مخالفة الأوامر للعقد أو القانون

الأوامر التي تصدر من صاحب العمل مقيدة أيضا بعدم مخالفة العقد ، فلا يجوز لصاحب العمل مخالفة شرط من شروط عقد العمل ، أو إتفاقية جماعية، و يجب أن تأتي هذه الأوامر في إطار القانون ، فلا يلزم العامل مثلا بطاعة أوامر صاحب العمل بغش المواد التي يقوم بتصنيعها .

ثانياً : مظاهر الذاتية في السلطة التأديبية لصاحب العمل .

من بين السلطات و الصلاحيات التي يتمتع بها صاحب العمل في مواجهة العامل ، نجد السلطة التأديبية ، التي تمكن صاحب العمل من إتخاذ كافة الإجراءات التأديبية الضرورية ضد العامل الذي يرتكب خطأ مهني أثناء أدائه لعمله ، أو يخالف بأي تصرف من تصرفاته النظام المعمول به في مكان العمل⁽¹⁶⁾.

القاعدة العامة، إذا أخل العامل بإلتزامه الناشئ عن العقد، جاز لصاحب العمل أن يطالبه بالتعويض وفقا لقواعد القانون المدني، و لكن من مظاهر الذاتية و الإستقلالية لقانون العمل في هذا المجال، هو تمتع صاحب العمل بسلطة تأديبية، يقوم من خلالها بتوقيع جزاءات تأديبية ضد العامل الذي تثبت في حقه ارتكابه لخطأ

مهني ، وذلك بإعتبار أن صاحب العمل هو المسؤول عن تنظيم العمل ، و صاحب السلطة التنظيمية داخل الهيئة المستخدمة .

إلا أن التسليم لصاحب العمل بهذه السلطة الخطيرة ، لم يترك دون قيد أو ضابط تحد من إمكانية التعسف في إستعمال صاحب العمل لهذا الحق و هذه السلطة ، في الإضرار بالعمال دون مبرر مقبول ، لذلك فرضت أغلب التشريعات العمالية على صاحب العمل إلزامية وضع نظام خاص بالتأديب ، تحدد فيه الأعمال و التصرفات التي تشكل أخطاء مهنية ، و أن يحدد لكل نوع من هذه الأخطاء العقوبات المناسبة لها ، إلى جانب ضرورة توفير الضمانات الكافية للعامل عن طريق وضع إجراءات تأديبية (17). و نظرا لخطورة العقوبات التأديبية التي قد تصل إلى فصل العامل نهائيا من العمل ، نجد أن المشرع الجزائري حدد على سبيل الحصر من خلال المادة 73 القانون 90-11 (18) الأفعال التي تشكل أخطاء جسيمة تؤدي إلى إمكانية تسريح العامل .

و تشكل هذه الإجراءات الإلزامية سواء التي يحددها القانون ، أو التي ينظمها النظام الداخلي و المتعلقة بالنظام التأديبي ، حلقة من حلقات ما يستمد منه قانون العمل ذاتيته و إستقلاله عن بقية القوانين الأخرى ، و قد ساير القضاء في العديد من قراراته هذا التوجه التشريعي (19).

الفرع الثاني

مظاهر الذاتية في إستقلال الأجر بقواعد خاصة

يعتبر الأجر (20) ذا أهمية بالغة في حياة العامل ، بحيث يعتبر مصدر رزقه ، بإعتبار أن الأجر هو مقابل الإلتزام الذي يقم على عاتق العامل (21)، في الوقت ذاته يمثل الأجر الوسيلة الأساسية للعيش لشريحة معتبرة من المجتمع . لذا فقد أحاطه المشرع بحمايته لكفالة حصوله عليه في جزئه الأكبر على الأقل .

لذلك يستغل حق العامل في الحصول على الأجر بقواعد خاصة ، ليس فقط من حيث وجود حد أدنى له (22)، بل لعل الأكثر حيوية أن في قانون العمل قواعد آمرة ، تنتمي إلى النظام العام الإجتماعي ، قواعد وظيفتها أن تجعل لحق العامل في الأجر ، فاعليه قانونية ملموسة في التطبيق العملي ، من حيث الحرص على تسلم العامل أجره فعلا (23)، مع ضرورة تسليم كشف مفصل عن الأجر

للعامل، وكذلك تقييد مكونات الأجر و الإقتطاعات القانونية في سجل خاص بذلك (24)، حتى يتمكن العامل من أن يتحقق من هذه البيانات، وكذلك تسهيل الرقابة على هذه السجلات من طرف مفتش العمل .

وتبدو كذلك مظاهر الذاتية لإستقلال الأجر بقواعد خاصة ، من خلال جعل الفصل الثالث من الباب الرابع من القانون 90-11 تحت عنوان " الإمتيازات و الضمانات " ، حيث جعلت المادة 89 منه للأجر أفضلية في الدفع على جميع الديون الأخرى بما فيها ديون الخزينة والضمان الإجتماعي ، و ذلك مهما كانت طبيعة علاقة العمل وصحتها وشكلها . كما تمنع المادة 90 الإعتراض على الأجر المترتبة على المستخدم (25) .

أما فيما يخص مسألة إمكانية حجز الأجر من عدمها ، فبرجعنا إلى المادة 90 المشار إليها أعلاه نجد أن لا تجيز حجز الأجر مهما كان السبب ، بحيث جاءت صياغة المادة بأسلوب النفي - لا يمكن - ، و لكن و برجعنا إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، نجد أن المادة 775 تجيز الحجز على الأجر في حالة وجود سند تنفيذي (26) ، إلى جانب ذلك فبرجعنا إلى المادة 636 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، حددت على سبيل الحصر قائمة الأموال الغير قابلة للحجز، و لا نجد ضمن هذه القائمة أجزور العمال . و لكن الإمتياز الذي تتمتع به الأجر أنها ليست قابلة للحجز بصفة كلية ، حيث حددت المادة 776 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نسبة معينة فقط من الأجر تكون قابلة للحجز، حددها المشرع من 10% إلى 50% من الأجر (27)، و الباقي غير قابل للحجز، يجوز للعامل المدين الإستئثار به .

ونلاحظ من خلال نص المادة 90 من القانون 90-11 و نص المواد 775 و 776 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، أن هناك تناقض بين النصين، بين قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي يجيز الحجز على الأجر، و هو يمثل الشريعة العامة ، و بين قانون العمل الذي يمنع الحجز على الأجر لأي سبب كان، و هو يعتبر نص خاص . فإذا أخذنا بالمبدأ القانوني ، أن الخاص يقيد العام، فإن الأجر تتمتع بحصانة قانونية من أي حجز، لكن الأكيد أن نية المشرع إتجهت نحو إزالة هذه الحصانة عن الأجر، مع الإبقاء على إمتياز أن الحجز لا

يمس إلا نسبة معينة من الأجر و ليس كله. و للقضاء على هذا التعارض بين النصين ، نقتراح تعديل و تتميم المادة 90 من القانون 90-11 ، بأن يكون الحجز على الأجر ممكنا في حدود النسبة التي يحددها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و ذلك للقضاء نهائيا على هذا التناقض .

و لكن رغم ذلك ، فإن مبدأ عدم جواز الحجز على جزء محدد من أجر العامل⁽²⁸⁾ ، يشكل في حد ذاته مظهر ذاتية و إستقلال الأجر بقواعد خاصة تميزه عن بقية الأموال القابلة للحجز بصفة كلية .

المطلب الثالث

مظاهر الذاتية في إنتهاء علاقة العمل

برجعنا إلى حالات إنتهاء علاقة العمل المبينة في تشريع العمل ، نجد أنها محددة على سبيل الحصر⁽²⁹⁾ ، إلى جانب أن المشرع حدد الإجراءات التي يجب أن تتبع، بحيث يجعل الخروج على هذه الإجراءات المقررة سبب من أسباب تكيف الإنهاء على أنه إنهاء تعسفي .

و نظرا لتعدد حالات إنهاء علاقة العمل ، فسوف نعكف على التصدي لحالة واحدة فقط وهي التسريح التأديبي.

التسريح التأديبي ، هو الإجراء الذي يعترف فيه القانون لصاحب العمل بحق فصل العامل الذي يثبت في حقه إرتكاب خطأ مهني جسيم أثناء قيامه بعمله أو بمناسبة ذلك⁽³⁰⁾ .

و تظهر ذاتية إنهاء علاقة العمل بسبب التسريح التأديبي ، في حصر تحديد الخطأ المهني الجسيم المؤدي إلى التسريح ، و إلى صرامة تحديد الإجراءات التأديبية اللازمة للفصل في هذه الحالة .

الفرع الأول

حصر الخطأ المهني الجسيم

نظرا لخصوصية علاقة العمل، التي تجمع بين طرفين غير متكافئين و هما العامل و صاحب العمل، فإن المشرع و حرصا على فرض توازن المصالح لكلا طرفي العلاقة، و كذا للأثار الخطيرة التي قد تنتج عن تسريح العامل، بالنسبة له، و كذلك لأسرته، و المجتمع ككل، فقد اتبع الطريقة القانونية في تحديد طبيعة و نوعية

الأخطاء المهنية الجسيمة ، فلم يترك تحديد هذه الأخطاء إلى أطراف علاقة العمل من خلال الإتفاقيات الجماعية أو النظام الداخلي .

لذلك فبرجوعنا إلى المادة 73 من القانون رقم 90-11 ، نجد أن المشرع حدد على سبيل الحصر الأخطاء الجسيمة التي يمكن أن تؤدي إلى تسريح العامل، و عليه لا يمكن لصاحب العمل أن يسلط عقوبة التسريح على عامل ، إلا إذا كان هذا الفعل الصادر من العامل يدخل ضمن قائمة الأخطاء الجسيمة المحددة ضمن المادة 73 المشار إليها أعلاه . و يعتبر إتجاه المشرع في هذا الصدد صائب، و ذلك حتى لا يفتح المجال لأصحاب العمل لإدراج ما يحلو لهم من الأخطاء المهنية الجسيمة المؤدية للتسريح في النظام الداخلي ، و هو الأمر الذي جعل المحكمة العليا تعطي لمداول هذه القائمة نطاقا ضيقا (31)، و فضلا عن ذلك فإن المحكمة العليا رأت بأن كون المشرع جاء بقائمة الأخطاء الجسيمة في نص تشريعي ، فإن إحترام مبدأي شرعية الخطأ و جزاءه و إحترام توازي أشكال النصوص القانونية يفرض ألا يكون تحديد الأخطاء الجسيمة المؤدية للتسريح إلا عن طريق القانون .

و يشكل حصر المشرع لقائمة الأخطاء المهنية المؤدية للتسريح في نص تشريعي ضمنا للعمال ، من أي تعسف من أصحاب العمل لتكييف درجة الأخطاء المهنية، و ما ينجر عنه من عقوبات تأديبية التي قد تصل إلى حد فصل العامل ، لما لهذا الإجراء من تأثير على حفظ السلم الإجتماعي في العمل .

الفرع الثاني

وجوب إحترام إجراءات التسريح التأديبي

إذا كان التسريح التأديبي للعامل وسيلة منحها المشرع لصاحب العمل للمحافظة على مصالحه (32)، فإن المشرع في مقابل ذلك ألزم صاحب العمل بإتباع إجراءات قانونية تقيد من عملية التسريح، و هي تمثل ضمانات ضد تعسف صاحب العمل، و تمثل كذلك الجانب المميز لقانون العمل .

و من بين أهم الإجراءات التي أقرّها المشرع في هذا المجال، ما جاءت به المادة 73-1 من القانون 90-11 (33) ، التي تلزم صاحب العمل بأن يراعي الملاحظات و ظروف إرتكاب العامل للفعل المكيف على أنه خطأ جسيم، و بحث الدوافع التي أدت به إلى إرتكاب ذلك الفعل، و هذا من خلال الرجوع إلى حياة

و محيط و شخصية العامل طوال وجوده بالهيئة المستخدمة ، وكذلك الرجوع إلى ملفه الإداري ، و تتبع سيرته المهنية ، خاصة الإنضباطية منها ، و من خلال دراسة كل هذه المعطيات ، يتم تكيف التصرف ، و كذلك العقوبة المستحقة .

إلى جانب ذلك، فإن إتخاذ قرار التسريح من طرف صاحب العمل ، يجب أن يتخذ في إطار الإجراءات المحددة في النظام الداخلي ، و منها على الخصوص إستماع المستخدم للعامل المعني (34) ، و أن يتخذ قرار التسريح بإقترام من لجنة التأديب (35) ، و أن يتم تبليغ العامل بالتسريح بقرار مكتوب .

و يترتب على مخالفة صاحب العمل للإجراءات سواء المنصوص عليها في القانون 90-11 ، أو الإجراءات المحددة في النظام الداخلي ، من تحول التسريح - حتى و إن كان مبررا- إلى تسريح تعسفي ، و هو ما أكده المشرع من خلال المادة 3-73 من القانون 90-11 التي تنص " كل تسريح فردي يتم خرقا لأحكام هذا القانون ، يعتبر تعسفيا و على المستخدم أن يثبت العكس " (36) .

إلى جانب الضمانات المشار إليها أعلاه ، فإن المشرع أحاط النقابيين الممثلين للعمال بحماية خاصة ، تتمثل بعدم جواز تسليط أي عقوبة عليهم من طرف صاحب العمل بسبب نشاطاتهم النقابية ، و أن الهيئة المخولة لها حصريا معالجة الأخطاء ذات الطابع النقابي ، هي التنظيمات النقابية التي يتبع لها المندوب النقابي (37) . و حتى في حالة إرتكاب المندوب النقابي لأخطاء مهنية، فإنه لا يجوز لصاحب العمل مباشرة أي إجراء تأديبي ، إلا بعد إعلام التنظيم النقابي الذي يتبع له هذا المندوب (38) .

و عليه يتضح، أن تدخل المشرع لتحديد طبيعة الأخطاء المهنية الجسيمة، و كذلك تدخله بفرض إجراءات خاصة بالتسريح التأديبي في حالة إرتكاب العامل لخطأ مهني جسيم، هو لأجل المحافظة على توازن العلاقات المهنية، التي تمتاز بعدم التكافؤ. لكن مع المحافظة على مصالح صاحب العمل ، و كذلك على مؤسسته من جهة، و من جهة أخرى توفير ضمانات و حماية للعامل من أي تعسف قد يصدر من صاحب العمل يؤدي إلى تسريح العامل.

المبحث الثاني

ذاتية التنظيم القانوني لعلاقات العمل الجماعية

إن ما يميز قانون العمل عن غيره من فروع القانون الأخرى، هو إلتجاؤه إلى الأساليب الجماعية في تنظيم علاقات العمل، و يتضح ذلك من خلال تكوين العمال للنقابات العمالية، و تجمع أصحاب العمل في منظمات خاصة بهم ، و في المفاوضات الجماعية بين العمال و أصحاب العمل التي قد تؤدي إلى إبرام إتفاقيات جماعية، و في الإضراب الذي يقوم به العمال للضغط على صاحب العمل، و كذلك في حل نزاعات العمل الجماعية .

هذه الصفة الجماعية لعلاقات العمل و منازعاته ، قد أكسبت قانون العمل إستقلالا و ذاتية خاصة، حيث أنشأت نظما و وسائل و آليات جديدة تتجاوب مع طبيعتها الخاصة .

المطلب الأول

الإنتقال من علاقات العمل الفردية إلى علاقات العمل الجماعية

أدى إنتشار الصناعات الكبرى و تمركزها حول المدن التي تجمع العمال تجمعا واقعيا ثم قانونيا في إطار الهيئة المستخدمة و المهنة . فترافق العمال داخل المؤسسة و خضوعهم لنفس النظام يولد وعيا بالتضامن الوثيق في المصلحة المشتركة التي تربطهم . و كانت ترجمة هذه الظاهرة الإجتماعية إلى ظاهر قانونية ممثلة في تكوين العمال لجماعة منظمة لها تمثيلها الخاص أطلق عليها إسم النقابة التي كان لها دور هام في تحسين أحوال العمال و إنتزاع الحقوق لهم .

و تدخل المشرع من ثم لتنظيم النقابات ثم لتنظيم إتفاقيات و إتفاقيات العمل الجماعية ، و كذلك للإعتراف بالإضراب و تنظيمه ، و تدخل كذلك لوضع نظاما لتسوية نزاعات العمل الجماعية، و ذلك بإدخال آليات و وسائل جديدة لحل هذه النزاعات، و تتمثل في المصالحة، و الوساطة ، و التحكيم .

و على الجانب الآخر ، قام أصحاب العمل بتكوين روابط أو منظمات، و أصبح التعامل بين العمال و أصحاب العمل يتم من خلال هذه الجماعات. و بذلك إنتقل الحوار من حوار فردي بين عامل و صاحب عمل إلى حوار جماعي بين عمال المؤسسة و صاحبه ، و ظهرت على هذا الوجه تشريعات تحكم نشاط جماعة العمال،

و تنظم علاقاتها مع أصحاب العمل و نقاباتهم، فالى جانب عقد العمل الفردي ظهرت إتفاقية العمل الجماعية (39).

ولهذا فإن المشرع الجزائري خصص كل من الباب السادس من القانون رقم 90-11(40)، و القانون 90-02 (41)، و القانون رقم 90-14 (42)، لتنظيم علاقات العمل الجماعية، فأصبحت هذه النصوص من أهم ما يميز قانون العمل و يبرز مدى ذاتيته .

و تبقى صفة الجماعية متأصلة في قانون العمل، و من أهم صفاته، رغم أن بعض فروع القانون تحتوي على نصوص تنظم العلاقات الجماعية، كإعتراف القانون التجاري بجماعة الدائنين في حالة الإفلاس (43)، كما ينظم عقد الصلح بين المدين و دائته الذي يعد عقدا جماعيا(44)، و لكن ذلك لا يضيفى على تلك القوانين، طابعا جماعيا لأن التنظيم الجماعي لا يعد من الأسس التي تقوم عليها تلك القوانين و إنما يعرض كإستثناء على الأصل العام، أما قانون العمل فإن التنظيم الجماعي يعد أصلا من أصوله و أسلوبا فنيا من أساليبه .

الفرع الأول

أهمية علاقات العمل الجماعية

تتخذ علاقات العمل بصورة مضطربة صبغة جماعية مؤداها أن العلاقة بين العامل و صاحب العمل لا تحكمها قواعد قانون العمل فحسب، بل تخضع أيضا لعلاقات القوى القائمة بين النقابات العمالية من جهة و النقابات الممثلة لأصحاب العمل من جهة أخرى، و ما تسفر عنه هذه العلاقات من إبرام إتفاقيات العمل الجماعية و تسوية ما يثور بشأنها من نزاعات عن طريق المصالحة و الوساطة و تحكيم، أو عن طريق إستخدام النقابات العمالية لحق الإضراب . و يتوقف نجاح هذه العلاقات الجماعية على قوة المنظمات العمالية و حرية تكوينها .

و الواقع أن العمال، رغم تدخل المشرع بتنظيم عقد العمل الفردي بقوانين أمرة، لم يظفروا بمساواة حقيقية مع أصحاب العمل حين إبرام عقود العمل، إلاّ بعد ظهور النقابات العمالية التي قامت بدور فعّال في تحسين أوضاعهم، تارة بالإضراب، و تارة أخرى بالإتفاقيات الجماعية .

و لا شك أنه كان لظهور الإتفاقيات الجماعية دور كبير في تحسين ظروف العمال ، حيث أدت إلى تحقيق المساواة في عقد العمل بين الطرفين المتعاقدين و توحيد شروط العمل و تحقيق المساواة بين العمال .
و لعل أهمية الإتفاقيات الجماعية (45)، ترجع إلى أسباب فنية و أخرى إجتماعية ، فمن ناحية الفن القانوني تتميز هذه الإتفاقيات بأنها أكثر مرونة و أيسر إصدارا من التشريع الذي يحتاج سلسلة طويلة من الإجراءات الأمر الذي يضيف على القاعدة القانونية نوعا من الجمود لا يتفق و طبيعة علاقات العمل. أما من الناحية الإجتماعية، فالرأي الغالب يفضل أن يترك لذوي الشأن حرية تحديد و تنظيم القواعد التي تحكم علاقاتهم المتبادلة ، في نطاق الإطار القانوني العام الذي حدده المشرع، مراعاة لمصلحة العامل ، فأطراف العقد أقدر من غيرهم على التوصل إلى أفضل تنظيم لعلاقاتهم .

الفرع الثاني

أثر الطابع الجماعي على قانون العمل

يتميز قانون العمل بما له من طابع نلمسه ، من ناحية ، في تنظيمه لنقابات العمال ، و من ناحية ثانية في تنظيمه لإتفاقيات العمل الجماعية ، و من ناحية ثالثة في تنظيمه لمنازعات العمل الجماعية. و مما لا شك أن تطور أحكام قانون العمل مرتبط إلى حد بعيد بتطور تلك العلاقات الجماعية .

فقيام نقابات العمال و إزدياد قوتها بإعتبارها ممثلة لرغبات و مصالح العمال أثر إلى حد كبير في تطور روابط العمل، بحيث أصبح من المتعذر دراسة روابط العمل دون أن يأخذ في الإعتبار مدى ما وصلت إليه الحركة النقابية من قوة و من تنظيم بما يمكنها من التدخل لدى أصحاب العمل لتحقيق مستوى أفضل للعمال، و لضمان شروط عمل أكثر فاعلية لمصلحة العامل، مستخدمة في ذلك وسائل العمل النقابي المختلفة و خاصة التفاوض الجماعي و ما يترتب عنه من إبرام إتفاقات عمل جماعية .

و من ناحية أخرى ، فإن إتفاقات العمل الجماعية التي تعد دستورا لما يبرم من عقود عمل فردية بين العامل و صاحب العمل، أثر على روابط العمل التقليدية ، حيث تسري آثار إتفاقيات العمل الجماعية ليس فقط على من أبرم الإتفاق من أصحاب العمل

و المنظمات النقابية الممثلة للعمال ، بل و على الأطراف الذين ينظمون إلى إتفاق العمل الجماعي بعد إبرامه و تسجيله (46).

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لعلاقات العمل الجماعية

إن دراسة الطبيعة القانونية الخاصة بعلاقات العمل الجماعية يتطلب التعرف على الطبيعة القانونية لاتفاقيات العمل الجماعية، و الطبيعة القانونية لتسوية نزاعات العمل الجماعية ، وأخيرا الطبيعة القانونية للإضراب .

الفرع الأول

الطبيعة القانونية الإتفاقية العمل الجماعية

ظهرت إتفاقية العمل الجماعية في أواخر القرن التاسع عشر كوسيلة لإنهاء الإضراب و حسم الخلافات بين العمال و أصحاب العمل ، ثم أصبحت تقي من وقف العمل المباغت بسبب الإضراب ، و أصبحت في الوقت الحاضر وسيلة عادية لتنظيم علاقات العمل بإعتبارها مصدرا من مصادر قانون العمل .

و قد إحتدم النقاش حول طبيعة إتفاقية العمل الجماعية ، نظرا للصيغة الجماعية التي يتميز بها ، فنظر إليها فقهاء القانون الخاص على أنها عقد ، بينما نظر إليها فقهاء القانون العام على أنها لائحة أو نظام .

أولا : نظرية الطبيعة التعاقدية :

نادى بهذه النظرية فقهاء القانون المدني ، في أواخر القرن التاسع عشر ، فاتفاق العمل الجماعي يشبه العقد بإعتبار أن الإلتزامات الناشئة عنه مصدرها إتفاق أطراف العقد ، نتيجة لدخول الأطراف المعنية في محادثات قبل الإتفاق ، يتم خلالها تقديم إقتراحات من الأطراف حتى تنتهي المفاوضات التي توافق إرادتي الطرفين (47).

ثانيا : النظريات اللائحية :

ذهب فقهاء القانون لعام إلى القول بالطبيعة اللائحية إتفاقية العمل الجماعية ، إذ أنه في نظر أصحاب هذا الإتجاه لا تعتبر الإتفاقية الجماعية عقدا بإعتبار أن العقد من أهم خصائصه تعارض مصالح أطرافه ، و هذا لا يصدق في إتفاق العمل الجماعي الذي يهدف إلى تحقيق مصلحة مشتركة ، هي مصلحة أطراف علاقة العمل .

و على هذا يرى أنصار هذا الإتجاه ، أن إتفاقية العمل الجماعية تتوفر فيها أهم خصائص القاعدة القانونية من عمومية و تجريد و إلزام، وقد تصل إلى حد أن تصبح تشريعا بالمعنى الفني. و يرى أنصار هذا الإتجاه كذلك، أن الطبيعة اللائحية للإتفاقية الجماعية هي التي تفسر لنا إمتداد نطاق تطبيقه إلى أشخاص ليسوا أطرافا فيه. كما تفسر لنا الصفة الأمرة للقواعد التي تنشئها هذه الإتفاقية (48).

ثالثا : موقف المشرع الجزائري :

إن إتفاقية العمل الجماعية ليست شكلا جديدا على المشرع الجزائري، و لا ترجع فقط إلى القوانين التي صاحبت مرحلة الإصلاحات الإقتصادية (49)، بل سبق للمشرع أن نظمها من خلال الأمر 71-75 المتعلق بعلاقات العمل في القطاع الخاص (50)، و عرفتها المادة 114 منه على أنها " إتفاق مكتوب يتضمن شروط التشغيل و العمل فيما يخص فئة أو عدة فئات مهنية ... إلخ "

و من خلال قراءتنا للنصوص القانونية المنظمة لإتفاقية العمل الجماعية، خاصة المادة 114 السابقة ، نجد أن المشرع يعتبرها عقدا مع إشتراط عنصر الكتابة فيها و لكنها ليست عقدا عاديا يقتصر أثره على الأعضاء المنضمين إلى الهيئات الموقعة و عليه فإن خصوصية علاقات العمل جعلت المشرع يمزج في التعامل مع إتفاقية العمل الجماعية بين الطبيعة العقدية ، و الطبيعة التنظيمية أو اللائحية .

حيث يظهر الأساس التعاقدية في إتفاقية العمل الجماعية في تكوينها ، فلا تنشأ إلا إذا كان هناك إتفاق إرادي ، و لا شئ يمكن أن يقوم مقام هذا الإتفاق و السلطة العامة ليس لها أية وسيلة لإحلال أمرها محل رضا المعنيين بالإتفاق .

أما الأساس أو الطبيعة التنظيمية اللائحية ، فيظهر من خلال رقابة الدولة على الإتفاقية ، و وضع إطارها التنظيمي بواسطة التشريع ، و هو ما يفسر إكتسابها للقوة الإلزامية في التطبيق (51)، و إمتداد أثرها للعمال التابعين للقطاع المهني المعني و غير المنتسبين للهيئات الموقعة على الإتفاقية.

و هكذا تمزج إتفاقية العمل الجماعية الإرادة الخاصة لأطراف علاقة العمل، مع أمر السلطة ، و هو مزيج يعطيها طابعها الخاص.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لتسوية نزاعات العمل الجماعية .

تعتبر النزاعات الجماعية في العمل إحدى الإفرازات الطبيعية لعلاقات العمل الجماعية (52)، وذلك بحكم المصالح المتناقضة لكل من العمال وأصحاب العمل من جهة. وبحكم التغيرات التي قد تحدث في المعطيات التي تتحكم في هذه العلاقة، وهذه المصالح، والتي تؤدي إلى إختلال التوازن بين هذه المصالح، وما ينجم عن ذلك من حسابات و تنازلات من أحد الأطراف ، أو من الطرفين معا، من جهة أخرى .

ونظرا لما تمثله هذه النزاعات من أهمية في سير العلاقات المهنية وما قد ينجم عنها من أخطار و أضرار إقتصادية و إجتماعية في مصالح الطرفين و كذا التأثير على إستقرار و المحافظة على السلم الإجتماعي في العمل ، فقد أحيطت بعناية بالغة من طرف المشرع ، و كذا الإتفاقيات الجماعية ، فخصت له أحكام و آليات خاصة بها تهدف إلى الوقاية من حدوثها و آليات أخرى تتكفل بتسويتها في حالة فشل الآليات الوقائية .

و يتضح للدارس لأحكام و آليات تسوية المنازعات الجماعية للعمل ، أن المشرع و على غرار تشريعات العمل المقارنة ، خصى هذا النوع من المنازعات بعناية خاصة ، بحيث جعل طرق تسوية هذه المنازعات يختلف إختلافا جذريا عن تسوية المنازعات الأخرى الغير مهنية . فإذا كانت المنازعات الأخرى يتم الفصل فيها من خلال اللجوء إلى القضاء وفق الإجراءات معينة يحددها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، فإن تسوية المنازعات الجماعية في العمل تخرج عن هذا الإطار ، بحيث ترك المشرع لأطراف علاقة العمل صلاحية البحث عن حل لتسوية نزاعاتهم ، وذلك من خلال الآليات التي يحددها القانون (53)، أو المتفق عليها من خلال إتفاقيات العمل الجماعية .

أولا : التسوية الوقائية للنزاع الجماعي :

نظرا لأهمية نزاعات العمل الجماعية ، نجد أن المشرع وضع نظام وقائي لتسوية هذا الصنف من النزاعات، و يتجسد هذا النظام في التفاوض الجماعي المباشر، حيث تنص المادة 4 من القانون 90-02 " يعقد المستخدمون و ممثلوا

العمال إجتماعات دورية يدرسون فيها وضعية العلاقات الإجتماعية و المهنية و ظروف العمل العامة داخل الهيئة المستخدمة".

و تعتبر المفاوضة المباشرة أسلوب مباشر للحوار و النقاش بين طرفي النزاع الجماعي، يلتقي من خلاله ممثلوا العمال ، سواء كانوا ممثلين نقابيين أو منتخبين مباشرة من طرف العمال (54) و بين صاحب العمل أو أصحاب العمل ، لتبادل الآراء و طرح الحلول الممكنة بهدف الوصول إلى حل مشترك للنزاع . و يحيل القانون إلى الإتفاقيات الجماعية لتنظيم الإجتماعات بين الطرفين (55).

ثانيا : التسوية العلاجية للنزاع الجماعي :

يقصد بالتسوية العلاجية ، تلك الآليات التي تهدف إلى دراسة و بحث أسباب النزاع لإيجاد الحلول المناسبة لها ضمن أطر و هيئات معينة. و تؤدي هذه التسوية إلى تدخل طرف أجنبي عن علاقة العمل يتولى مهمة التقريب بين وجهات نظر الأطراف و تتمثل آليات التسوية العلاجية في: المصالحة، و الوساطة، و التحكم .

1 - المصالحة :

تنص المادة 05 من القانون 90-02 " إذا اختلف الطرفان في كل المسائل المدروسة أو في بعضها ، يباشر المستخدم و ممثلوا العمال إجراءات المصالحة المنصوص عليها في الإتفاقيات أو العقود التي يكون كل من الجانبين طرفا فيها و إذا لم تكن هناك إجراءات إتفاقية للمصالحة أو في حالة فشلها ، يرفع المستخدم أو ممثلوا العمال الخلاف الجماعي في العمل إلى مفتشية العمل المختصة إقليميا " .

و يتضح من خلال هذا النص ، أن المصالحة في مجال نزاعات العمل الجماعية تأخذ صورتين ، مصالحة إتفاقية و مصالحة تنظيمية . بالنسبة للمصالحة الإتفاقية يكون أطراف النزاع بتحديد إجراءاتها في الإتفاقيات الجماعية ، أما بالنسبة للمصالحة التنظيمية فيتم اللجوء إليها عند فشل المصالحة الإتفاقية ، أو في حالة عدم وجود إجراءات خاصة بالمصالحة الإتفاقية . ففي كلتا الحالتين يقوم الطرف الأكثر إستعجالا بإحالة النزاع إلى مفتشية العمل و التي تقوم بمحاولة التقريب بين وجهات النظر لمحاولة تسوية النزاع القائم بين الأطراف .

في حالة نجاح المصالحة يعد مفتش العمل محضرا يوقعه الطرفان يدون فيه المسائل المتفق عليها (56)، و في حالة فشل هذه المصالحة يعد مفتش العمل

محضرا بعدم المصالحة، وفي هذه الحالة يمكن لأطراف النزاع إما اللجوء إلى الوساطة أو التحكيم (57).

2 - الوساطة :

الوساطة هي لجوء أطراف النزاع إلى شخص محايد لا علاقة له بالنزاع ، يقدم له الأطراف كل المعلومات و المعطيات عن النزاع (58)، على أن يتولى تقديم حل النزاع في شكل توصية ، و للأطراف كامل الحرية بالأخذ بها أو برفضها، بإعتبار أن التوصية لا تكتسب القوة الإلزامية إلا إذا قبلها الأطراف صراحة (59). و نظرا لإفتقاد هذه الآلية للطابع الإلزامي، و كذلك عدم إعطاء المشرع العناية الكافية للوساطة ، من خلال عدم تحديد شروط إختيار الوسيط و كذلك الجوانب الإجرائية الأخرى المتعلقة بالآثار المترتبة على نتائج عمل الوسيط، كل هذه النقائص أدت إلى إفراغ هذه الآلية من الهدف الذي وجدت من أجله، و هو تسوية النزاع الجماعي، و تشير الإحصائيات الرسمية الصادرة من وزارة العمل أنه منذ تبني المشرع لهذه الآلية في قانون 02-90 لم يتم إطلاقا اللجوء إلى هذه الوسيلة في حل نزاعات العمال الجماعية (60).

3 - التحكيم :

لقد سبقت الإشارة إلى أنه في حالة فشل المصالحة في تسوية النزاع، فإن يمكن للأطراف المتنازعة اللجوء إلى الوساطة، أو إلى التحكيم. و برجعنا إلى أحكام القانون رقم 02-90 نجد أن المادة 13 منه تنص على أنه " في حالة إتفاق الطرفين على عرض خلافهما على التحكيم ، تطبق المواد من 442 إلى 445 من قانون الإجراءات المدنية مع مراعاة الأحكام الخاصة في هذا القانون " و لكن قانون الإجراءات المدنية تم إلغائه بمقتضى القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي أصبح ساري المفعول منذ تاريخ 25 أبريل 2009 ، و بإعتبار أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد لم يأتي بأي إستثناء يتعلق بمنازعات العمل الجماعية ، فإن أحكامه المتعلقة بالتحكيم و المنصوص عليها في المواد من 1006 إلى 1038 تطبق على التحكيم الحاض بعلاقات العمل الجماعية .

و عليه فالبرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، يجوز لأطراف النزاع اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع القائم بينهما (61)، و يتم اللجوء إلى التحكيم من خلال وجود شرط التحكيم منصوص عليه في إتفاقية جماعية أو إتفاق جماعي (62)، و شرط التحكيم هو إتفاق على اللجوء إلى التحكيم في كل النزاعات التي قد تثور مستقبلا بين الأطراف دون أن يكون من اللازم تحديد موضوع النزاع بدقة ما دام أنه غير قائم بعد (63)، و يشترط المشرع أن يكون شرط التحكيم منصوص عليه صراحة في إتفاقية أو أي وثيقة أخرى، و ذلك تحت طائلة البطلان (64).

و يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم ، و إذا اختلف الأطراف على تشكيل محكمة التحكيم ، يعين المحكم أو المحكمين من طرف رئيس المحكمة (65).

كما يمكن اللجوء إلى التحكيم من خلال إتفاق التحكيم ، أي من خلال الإتفاق باللجوء إلى التحكيم بعد قيام النزاع (66)، و يجب أن يتضمن إتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، موضوع و أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم .

و بمجرد تشكيل المحكمة ، يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار المحكمة بالنزاع (67) و يتم الفصل في النزاع وفقا لقواعد القانون، و كذلك وفقا للمستندات التي يقدمها كل طرف ، و تحوز أحكام التحكيم حجية الشئ المقضي فيه بمجرد صدورها (68) و يكون قابل للإستئناف أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة إختصاصه حكم التحكيم في أجل شهر (1) واحد من تاريخ النطق به (69).

و ينفذ حكم التحكيم النهائي من قبل رئيس المحكمة عن طريق أمر، و يصبح نافذا في حق أطراف النزاع بمجرد إمهارة بالصيغة التنفيذية (70)، و هو بذلك يأخذ صفة الأحكام النهائية .

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية للإضراب

تحدد الطبيعة القانونية للإضراب ببيان تعريفه ، و تحديد أثره على علاقة العمل التي تربط صاحب العمل بالعامل المضرب و يمكن تعريف الإضراب بأنه إمتناع العمال عن العمل إمتناعا إراديا و مدبرا، لتحقيق مطالب مهنية (71) فالإضراب

يفترض من ناحية توقف العمال دون رضا صاحب العمل ، عن تنفيذ العمل الذي كلفوا به ، و لا يشترط في التوقف عن العمل مدة معينة .

و يشترط أخيرا أن يكون الإمتناع إراديا و مدبرا يهدف مطالب مهنية رفض صاحب العمل تحقيقها ، كالمطالبة بزيادة الأجور ، أو تحسين ظروف العمل أما إذا امتنع العمال عن العمل بطريقة جماعية دون أن يتكون لهم مطالب مهنية يهدفون إلى تحقيقها فلا يكون هناك إضراب (72).

المشرع الجزائري لم يعرف الإضراب ، بل إكتفى بتحديد إطاره التنظيمي من خلال تحديد إجراءات و شروط اللجوء إلى ممارسة حق الإضراب . فبرجوعنا إلى المادة 24 من القانون 90-02 نجد أن لجوء العمال لممارسة حق الإضراب مشروط بإستنفاد إجراءات التسوية العلاجية لنزاعات العمل الجماعية، و هي المصالحة و الوساطة و التحكيم. إلى جانب ذلك يشترط المشرع من خلال المادة 27 من نفس القانون أن تتم الموافقة على الإضراب في جمعية عامة في مواقع العمل بحضور صاحب العمل بقصد إعلامه بنقاط الخلاف ، و يوافق على اللجوء إلى الإضراب عن طريق إقتراع سري بأغلبية العمال المجتمعين في الجمعية العامة تضم على الأقل نصف العمال المعنيين بالإضراب (73).

و من بين شروط الإضراب كذلك، وجوب الإشعار المسبق بتاريخ و مدة الإضراب، أي أن يتم إعلام صاحب العمل مسبقا بقرار اللجوء إلى الإضراب، و تكمن العلة في إشتراط الإشعار المسبق ، هو إعطاء فرصة لصاحب العمل حتى يتمكن من البحث على تسوية ودية للخلاف القائم ، و إجراء المفاوضات اللازمة للوصول إلى حل النزاع . و يتم تحديد هذه المهلة بمقتضى الإتفاقيات الجماعية ، أي عن طريق التفاوض، و في حالة عدم وجود إتفاق، أو عدم تحديدها فإن هذه المهلة لا يجب أن تقل عن ثمانية (8) أيام تحسب من تاريخ إعلام صاحب العمل و المفتشية الإقليمية للعمل (74).

و يحمي القانون حق الإضراب الذي يمارس مع إحترام الأحكام القانونية، بحيث لا يجوز لصاحب العمل تسليط أية عقوبة على العمال المشاركين في إضراب قانوني شرع فيه وفقا للشروط القانونية (75).

و أهم حماية يمنحها القانون للعمال المشاركين في الإضراب ، أن علاقة العمل خلال فترة الإضراب تعلق و لا يتم إنهاؤها (76)، و على ذلك تبقى علاقة العمل قائمة طوال فترة الإضراب، و يعفى أطراف علاقة العمل من تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن علاقة العمل ، و يستأنف تنفيذه بمجرد إنتهاء فترة الإضراب .

و تظهر ذاتية أحكام تشريع العمل هنا من خلال أن الإضراب في قانون العمل، على خلاف المبادئ العامة في القانون المدني أنه حق فردي يمارس جماعيا ، بحيث يعتبر وسيلة جماعية في أيدي العمال لتحقيق التوازن الإجتماعي و الإقتصادي في علاقة العمل، فعلاقة العمل هي علاقة قانونية تجمع بين طرفين غير متساويين و غير متكافئين، فصاحب العمل يكتسب قوة رأس المال إلى جانب سلطة الإشراف التأديب، بينما العامل لا يحوز إلا على قوة عمله، مادية كانت أو فكرية، لذلك يمثل الإضراب حلقة التوازن في علاقة العمل .

و بذلك يتضح أن الإضراب يعد من أهم الأفكار التي يتميز بها قانون العمل ، فهو بمحاولته إخراج القاعدة القانونية من دائرة التجريد إلى واقع الحياة الإقتصادية، إنما ينقلنا من فكر قانوني قديم، إلى ظاهرة قانونية حديثة وليدة التطور، مؤادها إضفاء الحماية على الطبقات الإجتماعية الضعيفة، و يستحق هذا القانون من ثم النظر إليه على إستقلال و ذاتية.

الخاتمة

على أساس ما تقدم يتضح أن ذاتية أحكام تشريع العمل حقيقة لا مجال لإنكارها، تمثلت في تمتع قانون العمل بدراسات و أبحاث علمية، و توافرت بتضمن قانون العمل الأحكام الخاصة بشؤون العمل و العمال. و قد إترف المشرع بهذه الذاتية ، ففطن العديد من المبادئ التي تصدر عنها قواعد قانون العمل، و كذلك حددت جهات إختصاص معينة للفصل في المنازعات العمالية .

و قد سجل المشرع إقراره بهذه الذاتية تسجيلا صريحا حينما تجاهل الأحكام المقررة لبعض القوانين و أفرد أحكاما خاصة لقانون العمل. فلم يعتد ببعض أحكام كل من القانون المدني و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، بل خرج عليها خروجاً واضحا .

و ذاتية قانون العمل هي التي حملت بعض الفقه على أن يبين مدى ما يتمتع به قانون العمل من إستقلال، موضحا الأحكام الأساسية التي ينفرد بها قانون العمل دون سائر القوانين، بل أن هناك من الفقه اعتبر بأن القانون المدني لا يصلح كشرية تامة لقانون العمل، فالقانون المدني يتميز بطابع فردي حر و يقوم على أساس المساواة الفردية ، أما قانون العمل، فهو يقوم على أسس و أهداف إجتماعية و التي تعتبر خرقا للمساواة المدنية بين الأشخاص .

كما أن عدم فاعلية بعض أحكام قانون العمل مرجعه تطبيق المبادئ العامة للقانون المدني، فالجوء إلى القاعدة المدنية التي تقرر أنه إذا أصر المدين على رفض التنفيذ العيني، فإن إلتزامه يصبح إلتزاما بدفع التعويض، أصبح مانعا من إعادة العمال الذين تم تسريحهم تعسفا إلى العمل⁽⁷⁷⁾، لذلك فقانون العمل، بالنظر إلى الفلسفة التي يقوم عليها و الطبيعة الخاصة لأحكامه، أصبح نظاما قانونيا مستقلا و قائما بذاته .

و الطبيعة الخاصة لعلاقات العمل هي التي أدت بالمشرع إلى الإعراف بذاتية قانون العمل ، فأصبحت أحكام قانون العمل تمتاز بنوع كبير من الإنسجام و الثبات مع عدم خضوع أحكامه في الكثير من الأحيان إلى غيره من القوانين . و الطبيعة الخاصة لقانون العمل ، هي التي أدت بالقضاء أن يهتدي إلى الضابط الذي يرشده نحو تطبيق أحكام قانون العمل تطبيقا صحيحا دون خضوع للأحكام المقررة في غيره من القوانين ، لذلك نهيب بالقضاء أن يؤهل من خلال أحكامه ذاتية قانون العمل، لأحكام علاقات العمل، و هو الأمر الذي يترتب عليه تأصيل لأحكام علاقات العمل تأصيلا من شأنه تطوير قانون العمل، و بذلك يتحقق الإستقرار القانوني في علاقات العمل .

الهوامش:

¹- تنص الفقرة 3 من المادة 6 من القانون 90-11 المؤرخ في 24 أبريل 1990 المتضمن علاقات العمل " يحق للعمال أيضا في إطار علاقة العمل ، ما يلي : الحماية من أي تمييز لشغل منصب عمل غير المنصب القائم على أهليتهم أو إستحقاقهم "

²⁻ ومنها القيد الذي وضعته المادة 28 من القانون السابق الإشارة إليه ، التي تنص " لا يجوز تشغيل العمال من كلا الجنسين الذين تقل عمرهم عن تسع عشرة (19) سنة كاملة في أي عمل ليلي .

و كذلك ما جاءت به المادة 29 التي تنص " يمنع المستخدم من تشغيل العاملات في أعمال ليلية "

³⁻ قيدت المادة 21 من القانون السابق سلطة صاحب العمل لتوظيف يد عاملة أجنبية ، و ذلك وفق شروط يحددها التنظيم .

⁴⁻ تخضع فئة مسيري المؤسسات لمعاملة خاصة في إطار علاقة عمل ، نظرا لخصوصية المناصب و كذلك المؤسسات التي يشرفون عليها ، حيث يخضعون للمرسوم التنفيذي رقم 90-290 المؤرخ في 29 سبتمبر 1990، المتعلق بالنظام الخاص بعلاقات العمل الخاصة بمسيري المؤسسات.

⁵⁻ يحدد المشرع الجزائري من خلال المادة 40 من القانون المدني سن الرشد ب 19 سنة كاملة .

⁶⁻ و نجد نفس السن للعمل يأخذ به المشرع الفرنسي من خلال المادة 1-211 من قانون العمل .

⁷⁻ د . عبد الرزاق السنهوري ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للإلتزامات ، نظرية العقد ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت بدون سنة نشر ، ص 319 .

⁸⁻ تنص المادة 10 من القانون رقم 90-11 " يمكن إثبات عقد العمل أو علاقته بأية وسيلة كانت " .

⁹⁻ على العكس من ذلك فإن المشرع المصري يشترط الشكلية في عقد العمل ، حيث تنص المادة 32 من القانون رقم 12 لسنة 2003 المتضمن قانون العمل " يلتزم صاحب العمل بتحرير عقد العمل كتابة باللغة العربية من ثلاث نسخ ، يحتفظ صاحب العمل بواحدة ويسلم نسخة للعامل وتودع الثالثة بمكتب التأمينات الإجتماعية المختص .

¹⁰⁻ د. السيد محمد السيد عمران ، شرح قانون العمل ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2000 ، ص 319.

¹¹⁻ VERDIER (J-M) , Relations de travail et droit fondamentaux , le caractère inégalitaire de la relation de travail , Dalloz , paris , 2000 , p 653 .
TEKELY (M) , le particularisme des modes de preuve en droit du travail , thèse Magistère , université Nancy II , 2001/2002 , p 03 .

¹²⁻ و التي حددها المشرع من المواد 323 إلى المادة 350 من القانون المدني .

¹³⁻ OLLIER (PIERRE-D) , le Droit du travail , librairie ARMAND Colin , Paris , 1972 , p98

- 14- د. همام محمد محمود ، قانون العمل عقد العمل الفردي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2001 ، ص 414.
- 15- حدد المشرع الجزائري الإطار التنظيمي للنظام الداخلي في الفصل السابع من القانون 90-11 ، المواد من 75 إلى 79 .
- 16- د . أحمية سليمان التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية ، الجزائر ، 1994 ، ص 183 .
- 17- أخضع المشرع الجزائري الإعلان عن أي تسريح بضرورة إحترام الإجراءات المحددة في النظام الداخلي، وذلك من خلال المادة 73-2 من القانون 90-11 . كما جعل كل تسريح يتم خرقا لأحكام القانون، يعتبر تعسفيا ، و هو ما نظمته المادة 73 - 3 من نفس القانون .
- 18- قبل تعديلها بالقانون رقم 91-29 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991 كانت المادة 73 من القانون 90-11 تحيل على النظام الداخلي تحديد طبيعة و شروط الأخطاء الجسيمة .
- 19- نأخذ على سبيل المثال القرارات الصادرة عن المحكمة العليا : القرار رقم 159428 الصادر بتاريخ 1998/06/09 ، وكذلك القرار رقم 204623 الصادر بتاريخ 2000/10/10 ، مشار إليهما من طرف، عبد السلام ديب ، قانون العمل الجزائري و التحولات الإقتصادية ، دار القصة للنشر ، الجزائر ، 2003 ، ص 435 و 437 .
- 20- تعرف المادة 81 من القانون 90-11 الأجر بأنه " يفهم من عبارة مرتب ، حسب هذا القانون ما يلي: الأجر الأساسي الناجم عن التصنيف في الهيئة المستخدمة . التعويضات المدفوعة بحكم أقدمية العامل أو مقابل الساعات الإضافية بحكم ظروف خاصة ... العلاوات المرتبطة بإنتاجية العمل و نتائجه " .
- 21- تنص المادة 80 من القانون 90-11 " للعامل الحق في أجر مقابل العمل المؤدي ، و يتقاضى بموجبه مرتبا أو دخلا يتناسب و نتائج العمل " .
- 22- حدد المرسوم الرئاسي رقم المؤرخ في الأجر الوطني الأدنى المضمون بـ 15 ألف دينار جزائري.
- 23- جعلت المادة 06 من القانون 90-11 الأجر من الحقوق الأساسية للعامل .
و تنص المادة 88 من نفس القانون على ضرورة دفع الأجور لكل عامل بانتظام عند حلول أجل إستحقاقه .
- 24- حدد المرسوم التنفيذي رقم 96-98 المؤرخ في 6 مارس 1996 قائمة الدفاتر و السجلات الخاصة التي يلزم بها المستخدمون و محتواها ، و من بين هذه السجلات الإلزامية ، نجد دفتر الأجور ، حيث حددت المادة 2 منه البيانات الخاصة بهذا الدفتر ، كما نص المادة 14 منه على ضرورة ترقيم و تسجيل الدفتر من طرف كاتب ضبط المحكمة المختصة ، كما نصت المادة 22 من المرسوم على معاقبة كل مخالف لأحكام المرسوم طبقا للتشريع المعمول به .

25- و تأخذ بهذا المبدأ العديد من التشريعات العمالية ، منها قانون العمل الفرنسي من خلال المواد 143 و ما يليها من القانون :

Pélissier (J) , supiot (A) , (A) , precis droit du travail , DALLOZ , Paris , 2001,P 1056 .

26- تم تحديد السندات التنفيذية في المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

27- يتم تحديد النسبة القابلة للحجز بالنظر إلى مبلغ الأجر الصافي ، و ما يمثل من قيمة الأجر الوطني الأدنى المضمون ، أنظر نص المادة 776 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

28- نصت المادة 777 من قانونا لإجراءات المدنية و الإدارية ، أنه " لا يجوز في جميع الأحوال أن يتجاوز الحجز نصف الأجر أو الراتب ". و ذلك حتى و إن كان الدين المحجوز من أجله الأجر يمثل مقابل النفقة الغذائية ، و يعتبر ذلك تفسيراً للمرتبة التي يحتلها الأجر ، في مصاف الأموال الأخرى .

29- حدد المشرع حالات إنتهاء علاقة العمل على سبيل الحصر من خلال المادة 66 من القانون رقم 90-11، سابق الإشار إليه .

30- عرفت محكمة النقض الفرنسية الخطأ المهني الجسيم ، بأنه التصرف الصادر من العامل و يكون الغرض منه الإضرار بصاحب العمل أو بالهيئة المستخدمة .

« la faute lourde , caractérisant l'intention du salarié de nuire à l'entreprise ou à l'employeur » . cass . soc . 10 AVRIL 1996 , N° 1745 , jurisprudence social , groupe revue fiduciaire , Paris , 2003 , p 518 .

في حين أن المشرع الجزائري ، و الفرنسي لم يتطرقا إلى تعريف الخطأ الجسيم .

31- و يتجلى هذا الموقف للمحكمة العليا من خلال العديد من قراراتها ، و منها : القرار رقم 204623 المؤرخ في 2000/10/10، و كذلك القرار رقم 157838 المؤرخ في 1998/02/10، و كذلك القرار رقم 160802 الصادر بتاريخ 1998/03/10 مشار إليه في ، عبد السلام ديب ، المرجع السابق ، ص 435 و ما يليها .

32- مثلما يرى : د. أهمية سليمان ، المرجع السابق ، ص 287 .

33- تنص المادة 73-1 من القانون 90-11 " يجب أن يراعي المستخدم على الخصوص ، عند تحديد و وصف الخطأ الجسيم الذي يرتكبه العامل ، الظروف التي ارتكب فيها الخطأ و مدى إتساعه و درجة خطورته و الضرر الذي ألحقه و كذلك السير التي كان يسلكها العامل حتى إرتكابه الخطأ نحو عمله و نحو ممتلكات هيئته المستخدمة " .

34- أنظر المادة 73-2 من القانون 90-11 سابق الإشارة إليه .

35- قضت المحكمة العليا من خلال قرارها رقم 193740 الصادر بتاريخ 2000/08/15 ، بنقض الحكم المطعون فيه الذي من خلاله أسست المحكمة حكمها على المادة 73 من القانون 90-11، الذي يحيل الفصل في النزاع المماثل إلى الشروط المحددة في النظام الداخلي ، و هذا

ما إفتقده الحكم المطعون فيه ، حيث ليس هناك ما يفيد أن المطعون ضدها أعدت نظامها الداخلي ، مشار إليه في : عبد السلام ديب ، مرجع سابق ، ص 483 .

36- وقد سايرت المحكمة العليا توجه المشرع في العديد من قراراتها منها :
- قرار رقم 188849 صادر بتاريخ 2000/02/15 ، قضت " بنقض الحكم المطعون فيه لمخالفة المطعون

ضدها للإجراءات التأديبية "

- قرار رقم 186395 الصادر بتاريخ 2000/01/18 قضت بنقض الحكم المطعون فيه ، " أنه كان على قاضي الدرجة الأولى أمام مخالفة الطاعنة للإجراءات التأديبية أن يقضي بإلغاء مقرر التسريح ، ولما لم يفعل فإنه خالف القانون و عرض بذلك حكمه إلى النقض " .

قرارات مشار إليها في : عبد السلام ديب ، مرجع سابق ، ص 490 و 491 .

37- وهي الضمانات المحددة في المادة 53 من القانون رقم 90-14 المؤرخ في 1990/06/02 المتعلق بالحق النقابي ، ج ر ، عدد 23 مؤرخة في 06 جوان 1990 .

38- أنظر المادة 54 من القانون 90-14 المشار إليه أعلاه .

39- عرفت المادة 114 من القانون رقم 90-11 الإتفاقية الجماعية بأنها " إتفاق مدون يتضمن مجموع شروط التشغيل و العمل فيما يخص فئة أو عدة فئات مهنية ... "

40- المواد من 114 إلى 134 .

41- القانون رقم 90-02 المؤرخ في 6 فبراير 1990 ، المتضمن الوقاية من نزاعات العمل الجماعية وتسويتها و ممارسة حق الإضراب ، ج . ر عدد 6 مؤرخة في 7 فبراير 1990 .

42- القانون رقم 90-14 المؤرخ في 6 فبراير 1990 المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي .

43- وهي الحالات المنصوص عليها في المواد من 292 إلى 316 من القانون التجاري الصادر بمقتضى الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المعدل و المتمم .

44- المواد من 317 إلى 324 من القانون السابق .

45- ALIPRANTIS (N) , la place de la convention collective dans la hiérarchie des Normes , LG DJ , Paris , 1980 , P 20.

46- وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 118 من القانون رقم 90-11 ، سابق الإشارة إليه .

DANIEL MARCHAND , le Droit du travail en partique , 19 ed , CYROLLES , Paris , 2008 , P 36.

47- FRANCOIS GAUDU , Traité des contrats , les contrats du travail , convention Collectives et actes unilateraux , LG DJ , Paris , 2001 , P 479 et s .

48- PIERR VERGE , GUYLAINE VALLEE , op , cit , P 109

49- ونقصد بها القوانين التي صدرت بعد دستور 1989 .

- 50- الأمر رقم 71-75 المؤرخ في 16 نوفمبر 1971 ، يتعلق بعلاقات العمل في القطاع الخاص ، ج . ر عدد 101 مؤرخة في 13 ديسمبر 1971 .
- 51- تعتبر المادة 153 من القانون 90-11 أي مخالفة لما نصت عليه الإتفاقيات الجماعية ، كمخالفة لتشريع العمل .
- 52- يعرف المشرع الجزائري النزاعات الجماعية في العمل من خلال المادة 02 من القانون 90-02 كما يلي " يعد نزاعا جماعيا في العمل خاضعا لأحكام هذا القانون كل خلاف يتعلق بالعلاقة الإجتماعية و المهنية في علاقة العمل والشروط العامة للعمل ، ولم يجد تسويته بين العمال و المستخدم بإعتبارهما طرفين في نطاق أحكام المادتين 4 و 5 أدناه .
- 53- و ذلك من خلال القانون رقم 90-02 المؤرخ في 6 فبراير 1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل و تسويتها و ممارسة حق الإضراب ، ج . ر عدد 6 مؤرخة في 7 فبراير 1990 .
- 54- و هو ما تجيزه الفقرة 2 من المادة 4 من القانون 90-02 ، سابق الإشارة إليه .
- 55- الفقرة 3 من المادة 4 من القانون 90-02 ، سابق الإشارة إليه .
- 56- المادة 8 من القانون 90-02 .
- 57- المادة 9 من القانون السالف الذكر .
- 58- المادة 10 من القانون 90-02 .
- 59- المادة 12 من نفس القانون .
- 60- المصدر المفتشية العامة للعمل .
- 61- و هو ما يفهم من نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
- 62- المادة 1007 من القانون السابق .
- 63- GUYON YVES , l'arbitrage , ed econmica , Paris , 1995 , P 23
- 64- المادة 1008 من القانون السابق .
- 65- المادة 1009 من القانون السابق .
- 66- عرّفت المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إتفاق التحكيم بأنه " إتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوئه على التحكيم " .
- 67- المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
- 68- المادة 1031 من القانون السابق .
- 69- المادة 1033 من القانون السابق .
- 70- المواد 1035 و 1036 من القانون السابق .
- 71- Javillier Jean-Claud, manuel droit du travail, 7 em ed, L.G.D.J, 1999, P732.
- 72- DANIEL MARCHAUD , le droit du travail , EYROLLES , 2 em ed , Paris , 2008 , P515 .
- 73- المادة 28 من القانون 90-02 ، سابق الإشارة إليه .

-74 المادة 308 من القانون 90-02 ، سابق الإشارة إليه .

-75 المواد 32 و 33 من القانون السالف الذكر .

-76 تنص المادة 32 من القانون 90-02 " يحمي القانون حق الإضراب الذي يمارس مع

إحترام أحكام هذا القانون ولا يقلع الإضراب الذي شرع فيه حسب هذه الشروط ، علاقة العمل "

-77 و هو المبدأ المنصوص عليه في المادة 625 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و

المطبق من طرف القضاء .

الإرهاب والمقاومة في ظل النظام الدولي الجديد

د.عباسة دربال سورية

أستاذة محاضرة - كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة مستغانم

مقدمة

لقد أضحت الإرهاب من القضايا الشائكة في ظل عدة متغيرات دولية، ساهمت كلها في الزيادة من حدة الاختلاف حول هذه الظاهرة التي باتت عالمية، خاصة في ظل نظام دولي أصبح يعرف بأنه جديد، كونه شهد تغيرا في موازين القوى، وأصبح العالم مسيرا بأحادية قطبية بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية، وكذا أحداث 11 من سبتمبر 2001، ولا سيما في ظل غياب اتفاق دولي حول ضبط مفهوم الإرهاب، وبعض الظواهر قد يكون القاسم الوحيد المشترك بينها هو استخدام القوة فقط، وعلى رأسها ظاهرة المقاومة.

وبناء على ما تقدم، فيما يمكن المركز القانوني لكل من الإرهاب والمقاومة في ظل وجود خلط بين المفهومين، زاد من حدته ما بات يعرف بالنظام الدولي الجديد؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال إتباع الخطة التالية:

المبحث 1: ماهية الإرهاب والمقاومة:

لقد اختلط مفهوم الإرهاب باعتبار أنه يعتمد على الاستعمال اللامشروع للقوة، ببعض الأعمال الأخرى التي تقوم بدورها على القوة، وعلى رأسها المقاومة المسلحة ضد الاحتلال، هذه الأخيرة التي باتت محل خلاف بين الدول المستعمرة والدول المستعمرة.

حيث ترى الأولى أن استخدام القوة ضدها هو من قبيل الإرهاب، باعتبار أنه لم يتم النص عليها صراحة في الميثاق، في حين تذهب الثانية إلى أن هذا الحق أكد عليه الميثاق في أكثر من مسألة.

هذا وفي سبيل وضع حدود فاصلة بين المفهومين، يتطلب الأمر تسليط الضوء على التعاريف، التي أعطيت لكليهما، وكل ذلك في سبيل إزالة هذا الغموض الذي يكتنف كلا المصطلحين.

المطلب 1: تعريف الإرهاب والمقاومة:

أثارت مسألة تعريف الإرهاب عدة إشكالات، مردها عدم الاتفاق على تحديد تعريف قانوني موحد، وخاصة بعد إطلاق هذا المصطلح على عدد من الأعمال التي لا يمكن وصفها بالإرهاب ولا سيما المقاومة، ومن خلال هذا المطلب سنحاول التعرض لأهم التعاريف التي أعطيت لهذين المصطلحين.

1- تعريف الإرهاب:

في هذا السياق يمكن أن نستعرض التعريف اللغوي والفقهي والتشريعي للإرهاب.

أ- التعريف اللغوي للإرهاب:

إن تعريف الإرهاب لغويا، يستدعي التطرق لتعريفه في اللغات العربية والانجليزية والفرنسية.

*تعريف الإرهاب في اللغة العربية:

يعتبر الإرهاب، كلمة مشتقة من كلمة رهب، بمعنى خوف وأزعج، أما الإرهابي فهو الذي يسلك طريق العنف¹.

هذا وقد وردت كلمة الرهبة في القرآن الكريم للدلالة على معنى الخوف، كقوله تعالى: بسم الله الرحمن الرحيم: "وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل، ترهبون به عدو الله وعدوكم وآخرين من دونهم لا تعلمونهم الله يعلمهم"².

*تعريف الإرهاب في اللغتين الفرنسية والانجليزية:

1- في اللغة الفرنسية:

يعرف الإرهاب في المعجم الفرنسي روبير، بأنه الاستعمال المنظم لوسائل استثنائية للعنف من أجل تحقيق هدف سياسي، وعلى وجه الخصوص، فهو مجموع

¹ محمد عبد العزيز السماعيل، الإرهاب والإرهابيون، بدون دار النشر، 1990، ص 55.

² سورة الأنفال، الآية 60.

أعمال العنف من اعتداءات فردية أو جماعية أو تدمير، ينفذها تنظيم سياسي للتأثير على السكان، وخلق مناخ بانعدام الأمن¹.

2- في اللغة الانجليزية:

في هذا الإطار يعرف الإرهاب بأنه استخدام للعنف والتخويف بصفة خاصة لتحقيق أغراض سياسية².

ب- التعريف الفقهي للإرهاب:

لم يتمكن الفقه ومنذ ظهور هذا المصطلح، من الوصول إلى تعريف الإرهاب باعتبار أن الإرهاب ليس مصطلحا قانونيا محددًا، فهو مصطلح يطغى عليه الطابع السياسي، حيث ذهب الفقه المصري إلى تعريفه بأنه:

(كل اعتداء على الأرواح والممتلكات العامة أو الخاصة بالمخالفة لأحكام القانون الدولي، بمصادره المختلفة وهو بذلك جريمة دولية سواء قام به فرد أو جماعة أو دولة، كما يشمل أيضا أعمال التفرقة العنصرية التي تباشرها بعض الدول)³.

في حين يذهب الفقه الغربي إلى تعريفه بأنه:

عمل يتسم بالعنف يصدر عن جماعة، غالبا ما يكون ذو طبيعة دولية لتحقيق غاية سياسية، مما يجعل هذه الأفعال مؤثرة ومن شأنها نشر الخوف والرعب، وذلك عن طريق استخدام المتفجرات لتدمير خطوط السكك الحديدية، وتحطيم السدود، وتسميم المياه المستخدمة للشرب، ونشر الأمراض المعدية مما يؤدي إلى خلق حالة من الفوضى وعدم الاستقرار بين أفراد المجتمع⁴.

وفي رأينا، فإن الإرهاب هو عمل فردي أو جماعي، فيه استخدام للعنف أو تحريض على استخدامه قصد إثارة الخوف بفرد أو جماعة أو دولة من خلال استهداف أمنها واستقرارها.

¹ Le petit Robet, Dictionnaire de la langue Française, 1993, p 2238.

² OXFORD ADVANCED LEARNER'S DICTIONARY OF CURRENT ENGLISH, 1974.

³ محمد عزيز شكري، الإرهاب الدولي، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الأولى، 1991، ص 204.

⁴ عبد الواحد محمد الغار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 535.

ج- التعريف التشريعي للإرهاب:

وفيه سنتطرق لتعريف الإرهاب في التشريع الدولي (الاتفاقيات الدولية) والتشريع الوطني.

*تعريف الإرهاب في الاتفاقيات الدولية:

1- اتفاقية جنيف الخاصة بمنع وقمع الإرهاب لعام 1937:

حيث جاءت المادة الأولى في فقرتها الثانية، لتقرر أن الإرهاب يتطرق إلى الأفعال الإجرامية الموجهة ضد دولة، والتي من شأنها إثارة الفزع لدى شخصيات معينة، أو جماعات من الناس أو لدى الجمهور. في حين ذهبت المادة الثانية من هذه الاتفاقية، إلى النص على بعض الأفعال الجنائية التي تعتبرها كجرائم إرهاب، والتي حثت الدول على النص عليها في تشريعاتها الجنائية.¹

2- الاتفاقية الأوروبية لمنع وقمع الإرهاب لعام 1977:

فقد أشارت مادتها الأولى إلى تحديد الأفعال التي تعتبرها كجرائم إرهابية، كالاستيلاء الغير مشروع على الطائرات والجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المحميين دوليا كالمبعوثين الدبلوماسيين، وجرائم خطف واحتجاز الرهائن.... إلخ.²

3- الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب لعام 1998:

لقد تطرقت المادة الأولى، الفقرة الثانية إلى تعريف الإرهاب بأنه: (كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به، أيا كانت بواعثه أو أغراضه، يقع تنفيذا لمشروع إجرامي فردي أو جماعي، ويهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس، أو ترويعهم بإيذائهم أو تعريض حياتهم أو حريتهم أو أمنهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة، أو بأحد المرافق أو الاملاك العامة أو الخاصة، أو احتلالها أو الاستيلاء عليها، أو تعريض أحد الموارد الوطنية للخطر³ .

¹المادة 1/ف2، والمادة 2 من اتفاقية جنيف الخاصة بمنع وقمع الإرهاب لعام 1937.

²المادة الأولى من الاتفاقية الأوروبية لمنع وقمع الإرهاب لعام 1977.

³المادة 1/ف2 من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب لعام 1998.

*في التشريعات الوطنية المقارنة: لقد تضاربت التشريعات الوطنية المقارنة بين وضع وتعريف محدد للإرهاب الدولي كالقانون المصري وبين تحديد ما يسمى بمظاهر الإرهاب أو الأعمال الإرهابية كالتشريع الأردني، في حين ذهب المشرع الجزائري ومن خلال المادة 87 مكرر من قانون العقوبات، إلى تعريف الأفعال الإرهابية كما سماها كذلك بالأفعال التخريبية، بل وذهب كذلك ومن خلال نفس المادة إلى تحديد الأفعال التي توصف بذلك¹

-وبناء على كل ما تقدم، فإننا نقترح تعريفا للإرهاب مقتضاه أن الإرهاب هو استخدام غير مشروع للعنف فقد يكون مرتبكا ضد أشخاص، مؤسسات، ممتلكات عامة أو خاصة، قصد نشر الذعر، ومن أجل ردع المدنيين والسلطة، وبغرض تحقيق مآرب خاصة أيا كانت طبيعتها، ولا علاقة لها بالدفاع عن النفس أو الدين أو المقاومة من أجل نيل الاستقلال.

2- تعريف المقاومة:

إن استخدام القوة من أجل تقرير المصير، كان ولا يزال يشكل اختلافا في وجهات النظر بين طرفي هذه المعادلة المستعمر والمستعمر، حيث يراها الطرف الأول على أنها إرهاب، في حين يراها الطرف الثاني على أنها حق مشروع من أجل تحقيق هدف مشروع، ألا وهو الاستقلال، وعليه فيما يكمن المفهوم القانوني للمقاومة؟ لقد مر مفهوم المقاومة الشعبية المسلحة وحق تقرير المصير بثلاث مراحل سأنتطرق إليها إتباعا:

المرحلة الأولى: عرفت فيها المقاومة بأنها:

(النشاط الذي تقوم به عناصر شعبية باستخدام القوة المسلحة في مواجهة قوة أو سلطة تقوم بغزو الوطن أو احتلاله)

هذا وقد تبنى هذا المفهوم كل من مؤتمر بروكسل لعام 1874، ومؤتمر لاهاي لعامي 1899-1907، ومؤتمر جنيف لعام 1949.

¹ راجع المادة 87 مكرر من الأمر رقم 11/95 المؤرخ في 1995/02/25.

في حين ذهب جانب من الفقه إلى أن هذا المفهوم كان الغرض منه هو تحقيق الأطماع الدولية الاستعمارية التوسعية¹.

المرحلة الثانية: وتتمثل في الفترة التي أعقبت الحرب العالمية الثانية، والتي اعتبرت فيها المقاومة نضال مسلح، تقوده الشعوب من أجل نيل استقلالها وحققها في تقرير المصير، وهذا ما كرسته الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها 15، المنعقدة في 1960/12/14، أين أعلنت منح الاستقلال للبلدان والشعوب المستعمرة²

المرحلة الثالثة: وهو التعريف الذي جاء به الفقهاء، من منطلق هذا المفهوم الواسع الذي أعقب الحرب العالمية الثانية، وذلك بأن المقاومة هي:

(عمليات القتال التي تقوم بها عناصر وطنية من غير أفراد القوات المسلحة النظامية، دفاعاً عن المصالح الوطنية أو القومية ضد قوى أجنبية، سواء كانت تلك العناصر تعمل في إطار تنظيم يخضع لإشراف وتوجيه سلطة قانونية أو واقعية، أم كانت تعمل بناء على مبادراتها الخاصة، سواء باشرت هذا النشاط فوق الإقليم الوطني أم من قواعد خارج هذا الإقليم)³.

وبناء على ما تقدم، نجد أن المفهوم الواسع للمقاومة المسلحة ترسخ بعد انتشار فكرة الاستقلال السياسي، التي اعتنقتها الدول المستعمرة بعد الحرب العالمية الثانية، وزاد من تأييدها كل من الفقه والقانون الدوليين.

المطلب الثاني: الخصائص المميزة للإرهاب والمقاومة:

باعتبار أن الإرهاب والمقاومة فعلين قد يكونان متشابهان تارة ومختلفين تارة أخرى، فإن الأمر يقتضي أن يكون لكليهما خصائص ينفرد بها وتميزه عن الفعل الآخر، ففيما تكمن هذه الخصائص المميزة بينهما؟

¹ صلاح الدين عامر، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص42، 41.

² عائشة عبدالرحمان راتب، مشروعية المقاومة الشعبية المسلحة، دراسات في القانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 2-1970 ص207.

³ صلاح الدين عامر، المرجع السابق ص41-42.

أولاً: **الطابع الشعبي**: أي أنه لا تكون هناك مقاومة شعبية لا توجد بها عناصر من أفراد الشعب، وهو ما لا نجده في الأعمال الإرهابية التي يقودها فئة من الخارجين عن القانون.

ثانياً: **الدافع الوطني**: وهي أهم خاصية أو مقوم تقوم من أجله المقاومة، في حين تهدف الأعمال الإرهابية إلى التخريب للحصول على مآرب خاصة، حتى ولو كانت موجهة ضد عدو أجنبي.

ثالثاً: **العنصر المستهدف**:

ذلك أن المقاومة تقوم ضد عدو أجنبي يتواجد على أرض الوطن، في حين أن الأعمال الإرهابية تستهدف أهدافاً محددة داخل أو خارج الوطن وغالباً ما يكون ضحيتها مدنيين أبرياء¹.

رابعاً: **الوسائل المعتمد عليها**: وهنا نسجل نقطة الالتقاء بين العمليتين، فما هو الفرق بين المقاومة والإرهاب إذا ركزنا على هذا المعيار، لإجراء التفرقة بينهما، خاصة وأن كليهما يعتمدان على نفس الوسيلة وهي العنف.

وفي هذا الإطار نذهب إلى أن المقاوم يلجأ إلى هذه الوسيلة، عندما يصل إلى طريق مسدود في الدفاع عن قضيته العادلة، وهذا في سبيل توجيه أنظار الرأي العام العالمي إلى قضيته، مثلما حدث بالنسبة للمقاومة الفلسطينية ليلي خالد عام 1969، عندما شاركت في اختطاف الطائرة الأمريكية *TWA*.

في حين أن الإرهاب يستخدم العنف لتحقيق غايات شخصية فقط، قد يروح ضحيتها مدنيين أبرياء، بمعنى أن الإرهاب فيه استخدام غير مشروع للقوة. ومما سبق، ومن خلال ما قدمناه من خصائص لكلا الفعلين، نجد أنهما حسب رأينا يختلفان في كل شيء، حتى في الخاصية التي يعتقد بأنها مشتركة بينهما، ألا وهي الوسيلة المستخدمة لتحقيق الهدف، لاعتبار أن الإرهاب هو استخدام غير مشروع للعنف، في حين أن المقاومة فيها استخدام مشروع للقوة، لأنه ممارس من طرف شعب مضطهد يريد به ممارسة حقه في تقرير المصير.

¹صلاح الدين عامر، المرجع السابق، ص ص 44.

المبحث الثاني: المركز القانوني للإرهاب والمقاومة

إن عجز المجتمع الدولي عن التوصل إلى وضع إطار قانوني لتعريف الإرهاب يكون جامعا، مانعا، ملزما لجميع الدول، بات يشكل نوعا من الفوضى ولاسيما بعد أحداث 11 سبتمبر 2001، كونه أفرز خلطا واضحا بين الإرهاب وبين أفعال أخرى لا علاقة لها بالاستخدام اللامشروع للقوة، ألا وهي المقاومة المسلحة، هذا وبالرغم من غياب الإطار القانوني الذي يعنى بذلك، إلا أن قواعد القانون الدولي توفر بعض الأحكام، التي تهتم بتحديد الإرهاب والمقاومة، وهذا ما سنحاول التعرض إليه، لا شيء إلا لتكييف مدى شرعية أو لا شرعية كلا الفعلين على ضوء المتغيرات الدولية، آخذين بذلك أمثلة عملية، وهذا ما سنحاول التركيز عليه من خلال المطلبين الموليين:

المطلب الأول: تكييف الإرهاب على ضوء أحكام القانون الدولي:

لقد عكفت الأمم المتحدة على وضع جملة من الاتفاقيات، حثت الدول على ضرورة التصديق عليها، وكل ذلك في محاولة منها للقضاء على الإرهاب من خلال تجريم بعض مظاهره، على اعتبار أنه لم يتم التوصل لحد الآن إلى تعريف جامع للإرهاب، كل ما هناك أن الأمم المتحدة ومن خلال هذه الاتفاقيات جرمت بعض الأفعال باعتبارها كما سبق الذكر من مظاهر الإرهاب، وفي هذا قصور واضح عن إمكانية القضاء على الإرهاب والتخلص من الأسباب المؤدية إليه، وفي هذا السياق، نذكر بعضا من هذه الاتفاقيات التي تفرض فيها على الدول المصادقة ضرورة تقديم من قام بها إلى المحاكمة دون أن تتجراً على تسميتها بالأعمال الإرهابية، ومنها:

- اتفاقية طوكيو - 1964/09/14، والخاصة بالجرائم وبعض الأعمال المرتكبة على متن الطائرات.

- اتفاقية لاهاي - 1970/11/14، الخاصة بمكافحة الاستيلاء غير المشروع على الطائرات.

- اتفاقية نيويورك 1974/11/14، الخاصة بمناهضة أخذ الرهائن، إلى جانب جملة أخرى من الاتفاقيات، التي لها صلة بموضوع الإرهاب، غير أن ما يهمنا هنا، هو هل أن هذه الاتفاقيات استطاعت أن تجزم بأن الإرهاب هو جريمة دولية؟ أم ماذا؟

-على خلاف التشريعات الوطنية، التي نجد بأن معظمها قد جرمت ظاهرة الإرهاب، ومنها التشريع الجزائري¹، بل وعرفته وحددت أشكاله وصوره ووسائله، حتى وإن تضاربت فيما بينها، الأمر الذي لا يحفزنا للاعتماد عليها في تجريمنا للإرهاب، فإن القانون الدولي عجز عن وضع اتفاقية جامعة يعرف فيها الإرهاب، بل اقتصر في جملة من الاتفاقيات السابق ذكرها بالإضافة إلى اتفاقيات أخرى، على تحديد بعض الأفعال التي اعتبرها من مظاهر الإرهاب، هذا عن الإشكالات التي تطرحها هذه الاتفاقيات فيما يتعلق بالإرهاب في زمن السلم².

أما في وقت الحرب، جاءت القواعد الاتفاقية أكثر وضوحاً، باعتبار أنها أدانت الإرهاب واعتبرته جريمة دولية، سواء وقع أثناء النزاعات المسلحة الدولية أو الغير دولية.

هذا وبالإضافة إلى هذه الاتفاقيات الدولية، هناك العديد من الاتفاقيات الإقليمية كالاتفاقية الأوروبية بشأن قمع الإرهاب لعام 1977، وكذا جملة من الندوات وكذا القرارات الصادرة عن مجلس الأمن الدولي، والتي ازدادت حدة وجدية بعد أحداث 2001/09/11، نتيجة إدراك الدول الدائمة العضوية في المجلس، بأنها ليست بمنأى عن هذه الاعتداءات، التي طالت قائدة النظام الدولي الحالي، ألا وهي الولايات المتحدة الأمريكية، حيث أصدر المجلس خلال الفترة الممتدة من (2001-2005) 17 قراراً بشأن الإرهاب، جرم فيها هذه الظاهرة باعتبارها تهدد السلم والأمن الدوليين، نذكر منها القرار رقم 1368، والذي جاء في 2001/09/12، أدان فيه بالإجماع تلك الهجمات، هذا وأصدر قرار ثانياً رقم 1373 يوم 2001/09/28³، استناداً للفصل السابع من الميثاق، نص من خلاله على بعض الإجراءات الكفيلة بالقضاء على هذه الظاهرة تحت إشراف ما يسمى بلجنة مكافحة الإرهاب.

¹ أحمد بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2004،

ص 47.

² محمد عزيز شكري، المرجع السابق، ص 137.

³ علي يوسف الشكري، الإرهاب في ظل النظام العالمي الجديد، إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع،

القاهرة، ص ص 205-207.

-إذن وبناء على ما تقدم، توصل مجلس الأمن الدولي، إلى أن الإرهاب هو أخطر ما يهدد السلم والأمن الدوليين، نتيجة مهمة وإيجابية، لكن السؤال المطروح، ما الذي دفع بمجلس الأمن الدولي إلى هذا التحرك المثير للانتباه فيما يتعلق بالإرهاب، بعد أحداث 2001/09/11، ألكونه مس أهم الدول الكبرى الموجودة على صعيد المجتمع الدولي الحالي، ألم يهدد الإرهاب قبل هذا التاريخ دولا أخرى، ومن بينها، الجزائر، لم يوليها المجلس عناية مثل العناية التي بذلها بشأن هذه الأحداث، ألا نجد بأنه في هذا الإطار ينتهج سياسة الكيل بمكيالين، ألم يعاني الشعب الفلسطيني واللبناني من الإرهاب الإسرائيلي لسنين طوال ولازال، دون أن يحرك هذا المجلس ساكنا، وحتى وإن تحرك فإنه يصطدم بجدار واق لإسرائيل في مثل هذه المسائل والمتمثل في الولايات المتحدة الأمريكية، التي اعتقدت بأنها أهم دولة مسها الإرهاب.

وعليه، وبالرغم من وجود إشكالات بخصوص تعريف الإرهاب وتحديد صورته، فإننا نجزم بأنه سيظل جريمة دولية في كل زمان ومكان، يستدعي الأمر حيالها تضافر كل الجهود من أجل مكافحتها والقضاء عليها.

المطلب الثاني: المقاومة بين أحكام القانون الدولي والواقع العملي:

تعتبر المقاومة المسلحة المرتبطة بحق تقرير المصير من القضايا، التي أثارت إشكالات حول شرعيتها أو لاشرعيتها، ولاسيما أن هناك العديد من ألحقها بالإرهاب، على اعتبار أن العنف هو الوسيلة المستخدمة في كلتا الحالتين.

في حين أن هناك فرقا شاسعا بين الإرهاب والمقاومة المسلحة المرتبطة بحق تقرير المصير، على اعتبار أن الإرهاب يقوم على الاستعمال غير المشروع للقوة، من خلال عنف منظم بمختلف أشكاله أو حتى التهديد بهذا الاستعمال الموجه ضد جماعة سياسية أو عقائدية أو دولة لتحقيق السيطرة على تلك الجماعة أو الدولة بنشر الخوف، بغرض تحقيق أهداف سياسية مخالفة بذلك أحكام القانون الدولي.

بينما المقاومة المسلحة والممارسة من طرف حركات التحرير، تستخدم العنف المشروع ضد الأنظمة الاستعمارية بغرض تقرير المصير.

هذا وفي سبيل التأكيد على شرعية المقاومة المسلحة المقترنة بحق تقرير المصير، لابد من الذهاب إلى التأسيس القانوني لهذه الشرعية، من خلال ما ذهب إليه

القانون الدولي بكل أحكامه في هذا المجال، بل وأكثر من ذلك المقارنة بين ما ذهب إليه القانون الدولي وما هو حاصل في الواقع العملي.

في هذا السياق نجد أن المجتمع الدولي عرف عدة إسهامات خلال القرن العشرين في مسألة المقاومة وحق تقرير المصير، كان أولها نظام الوصاية الذي كرسه الأمم المتحدة كوسيلة لتحقيق السلم والأمن الدوليين من جهة، وتطبيق مبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من جهة أخرى.

وعليه، نجد أن هذا الحق جاء نتيجة جهود بذلت من طرف الأمم المتحدة، ولاسيما جمعيتها العامة تارة، ومبادرات منظمات إقليمية أخرى كمنظمة الوحدة الإفريقية وحركة عدم الانحياز، وتضحيات الشعوب تارة أخرى، وهذا ما أدى في النهاية إلى الإسهام في ترسيخ حق تقرير المصير كحق قانوني وضعي، يتعين على الجميع احترامه، بل وبذل يد المساعدة لكل من يحتاجها للوصول إلى تحقيق الاستقلال. - وفي هذا المجال أصدرت الأمم المتحدة قرارها رقم (545) بتاريخ 1952/12/5، وقرارها رقم (637) بتاريخ 1952/12/16، بالإضافة إلى القرار رقم 1514 بتاريخ 1960/12/15، وتوجت حملتها هذه بإصدار إعلان الجمعية العامة الخاص بمنح الاستقلال للبلدان المستعمرة، غير أن الملاحظ هنا، أن هذه القرارات لم يتم فيها ذكر حركات التحرير، ولكن وبفضل هذه المنظمات الإقليمية العربية والإفريقية، وكذا دعم الدول الآسيوية والاتحاد السوفياتي، أصبح معترفا بحركات التحرير وبحقها في استخدام المقاومة المسلحة من أجل تقرير المصير، بالإضافة إلى جملة أخرى من القرارات والتي انصبت كلها في نفس السياق¹.

هذا ولم يبق مجلس الأمن بعيدا عن هذه الجهود، ذلك أنه أصدر بدوره جملة من القرارات التي تؤكد على الحق في تقرير المصير، ومنها قراره رقم (322) الصادر بتاريخ 1972/11/22.

¹عزيز شكري، مفهوم تقرير المصير في الأمم المتحدة، بدون دار نشر، دمشق، 1965، ص

إلى جانب محكمة العدل الدولية التي أشارت إلى حق تقرير المصير في قرارها الصادر عام 1970، وذلك في قضية ناميبيا¹.

وعليه نجد أن فكرة استخدام القوة من طرف حركات التحرير الوطنية ظلت تواجه معارضة من طرف الدول الغربية لمساسها بسيادتها، وبحجة أنها تهدد السلم والأمن الدوليين، على خلاف نظرة دول العالم الثالث التي كانت تدعم وبكل قوة فكرة شرعية الكفاح المسلح، غير أن موقف هذه الدول تغير بعد عام 1970، وذلك بصدور إعلان مبادئ القانون الدولي بالإجماع في 1970/10/24، والذي يعتبر تأكيداً على تأييد الدول لشرعية الكفاح المسلح.

وهذا ما قامت بتأكيدته الجمعية العامة من خلال القرار رقم (3070) الصادر في 1973/11/30، والذي أكد على شرعية كفاح الشعوب للتحرر من السيطرة الاستعمارية وذلك بجميع الوسائل المتاحة بما فيها الكفاح المسلح².

وعليه وبناء على كل هذه الأسانيد القانونية، لما تغير الوضع بعد 2001/09/11، وأصبحت المقاومة تتعدت بالإرهاب، مثلما هو حال حركة حماس في فلسطين وحزب الله في لبنان، والتي نعنت بالمنظمات الإرهابية ليس من طرف إسرائيل، وإنما من طرف حقوقيين غربيين، وكذا الإعلام الغربي، وإنما هنا لا نستغرب هذا الوصف، لأن هذه الحركات ومن خلال أنشطتها تشكل تهديداً للتواجد الإسرائيلي ومن ورائه الأمريكي في المنطقة ولرغبته في السيطرة على المنطقة، وهي بوصفها لهذه المنظمات بالإرهابية، إنما تريد به نزع طابع المشروعية الذي اعترف لهم بها المجتمع الدولي والمنظمات الدولية.

ومن ثم نجد أن هذا الوصف لا يصدق على هذه المنظمات، على اعتبار أنها تتصف بكل خصائص المقاومة، والتي سبق ذكرها بالإضافة إلى خروج المحتل عن قواعد قانون الاحتلال، وهو ما يمنح من وجهة نظرنا صفة المقاومة لهذه الأعمال التي تقوم بها هذه الحركات، بل وأكثر من ذلك فإن استمرار المحتل في سياسته الاستفزازية

¹ عائشة محمد أسعد طلس، الإرهاب الدولي والحصانة الدبلوماسية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998، ص 371.

² قرار الأمم المتحدة، رقم 3070، الصادر في 1973/11/30.

وبتماطله حتى عن إتباع الطريق الدبلوماسي لحل النزاع، هو الذي يزيد في رأينا من شرعية هذه المقاومة، بل ويساهم في الزيادة من حدتها.

وعليه فإن المقاومة المسلحة متى كانت تستهدف الحصول على حق تقرير المصير مشروعة، ويعد الكفاح المسلح الذي تستخدمه مشروعا، مثلما هو حال المقاومة الفلسطينية التي تعتبر مشروعة في ظل الميثاق وطبقا لمبادئ القانون الدولي، وبالتالي فلا داعي أن يستغيث كل محتل بما أفرزته أحداث 2001/09/11 لمحاولة إعادة تكيف هذه المقاومات بأنها إرهاب بحجة الدفاع عن النفس وبمساعدة دول أخرى، مثلما هو حال أمريكا بالنسبة لإسرائيل لقمع وإجهاض هذه المقاومة، من خلال توفير التغطية الكاملة لأعمالها الإرهابية في مجلس الأمن.

الخاتمة:

لقد تبين أن هناك فرقا شاسعا بين الإرهاب والمقاومة المسلحة، بمعنى أن لا هناك وجه للمقارنة بين الاستخدام الغير المشروع للقوة وهو ما يركز عليه الإرهاب، والاستخدام المشروع للقوة والذي تقوم عليه المقاومة، ويندرج تحت أحكام اتفاقيتي جنيف لعام 1949، والبروتوكولين الملحقين بها.

بل وأكثر من ذلك، فإننا نسجل مشروعية لهذه المقاومة المسلحة، حتى وإن كان فيها خروج عن هذه القواعد الدولية، ذلك لأن المقاوم لن يقدم على مخالفة أحكام القانون الدولي، طالما لم يكن هناك استمرار في هضم حقه في تقرير المصير من طرف الجانب المحتل مثلما هو حال المقاومة الفلسطينية، ذلك أن الشرعية لا ينبغي أن تضى على المقاومة، متى كانت موجهة فقط ضد السلطة الاستعمارية، وإنما لا بد من التسليم بشرعية المقاومة كذلك باعتبارها أداة تلجأ إليها الشعوب المستعمرة للدفاع عن حقوقها التي يقرها القانون الدولي، مهما كانت الوسائل المستخدمة فيها، وفي هذا السياق لا بد من تضافر الجهود الدولية من أجل تحقيق إجماع دولي حول مفهوم الإرهاب، وبالتالي رسم الخط الفاصل بينه كعمل غير مشروع وبين المقاومة المسلحة باعتبارها مشروعة، طالما أن هناك طرفا معتديا على حقوق الغير، ومن ثم لا بد كذلك من حصول إجماع دولي حول إزالة وصف الإرهاب عن الحركات والمنظمات التي تلعب دورا نشطا في مجال المقاومة، ولاسيما حركة حماس وحزب الله.

الحماية الجنائية للبيئة في ظلّ الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي

بن زحاف فيصل

أستاذ مساعد بكلية الحقوق و العلوم التجارية
جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم

مقدمة:

تأسس نظام دولي يحمي البيئة من مخاطر التلوث النووي قلل من انتشار الأسلحة النووية، ومنع التجارب النووية، إلا أنه لم يحظر استخدام الأسلحة النووية⁽¹⁾، الأمر الذي جعل خطر التلوث النووي قائماً يهدد البيئة في أي مرحلة من المراحل، وفي أي نزاع أو توتر دولي وإقليمي، وزادت هذه الخطورة بتصاعد أعمال الإرهاب الدولي في جميع أنحاء العالم وصلت إلى أوجها بتفجير برج مركز التجارة العالمي بنيويورك، وضرب وزارة الدفاع الأمريكية البنتاغون في 11 سبتمبر 2001. كما تضاعفت هذه الخطورة بظهور جماعات إرهابية في دول نووية كروسيا، باكستان، الهند تسعى لاكتساب أسلحة نووية أو تستولي عليها إذا ما أطاحت بالنظام، مما جعل الأمم المتحدة تدق ناقوس الخطر بمكافحة الإرهاب النووي لحماية البيئة جنائياً، وذلك من خلال إبرام اتفاقية دولية تتعلق بقمع أعمال الإرهاب النووي في 14 سبتمبر 2005 متبينة في ذلك المشروع الروسي الذي قدم للجمعية العامة التي أصدرت قراراً بشأنه في 17 ديسمبر 1996 يتضمن إنشاء اللجنة المخصصة لصياغة الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي.

تهدف هذه الاتفاقية إلى الحماية الجنائية للبيئة من أخطار أعمال الإرهاب النووي من خلال تجريم هذه الأعمال، ووضع ترتيبات ترمي إلى قمعها، وحماية المواد المشعة بجعلها عديمة الضرر، وتستخدم إلا للأغراض السلمية، إلا أنها تطرح عدة تساؤلات تتعلق بمخاطر استخدام الأسلحة النووية، وما هي السلوكيات الإجرامية التي تعدّ إرهاباً نووياً؟ ومن هم مرتكبو جرائم الإرهاب النووي الذين تخاطبهم الاتفاقية؟ وما طبيعة جريمة الإرهاب النووي؟ هل هي جريمة داخلية أم جريمة دولية تخضع

لقواعد المسؤولية الجنائية الدولية؟ وهل التدابير التي وضعتها الاتفاقية كافية لقمعها وحماية البيئة جنائيا؟

الإجابة على هذه الأسئلة يتم أولا من خلال تحديد مخاطر الأسلحة النووية على البيئة في المبحث الأول، ودراسة أركان جريمة الإرهاب النووي وتحديد طبيعتها في المبحث الثاني، ثم التطرق إلى التدابير المنصوص عليها في الاتفاقية في المبحث الثالث، وأخيرا التطرق إلى مصادقة الجزائر على الاتفاقية بتحفظ في المبحث الرابع.

المبحث الأول: مخاطر الأسلحة النووية على البيئة

التجارب النووية التي قامت بها الدول العظمى بعد الحرب العالمية الثانية كشفت عن حجم القوة التدميرية الهائلة لهذه الأسلحة على أقاليم جغرافية واسعة النطاق، بحيث دمّرت الكائنات الحية، وغير الحية على سطح الأرض بتلوث الجو، الهواء، البحر، والسماء يغطيها غبار كيميائي لأسابيع وشهور عديدة، مما يجعل الأمم المتحدة على مستوى برنامج البيئة والتنمية تتبّه عن خطورة استخدام الأسلحة على البيئة والإنسان، وتهديدها لمستقبل الأجيال⁽²⁾.

خطورة الأسلحة النووية أكدتها فتوى محكمة العدل الدولية الصادرة بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها بتاريخ 08 جويلية 1996، وبرنامج الأمم المتحدة للبيئة والتنمية.

المطلب الأول: من خلال فتوى محكمة العدل الدولية

أصدرت محكمة العدل الدولية رأيها الاستشاري في 08 جويلية 1996 بشأن الإجابة على طلب قدمته الجمعية العامة للأمم المتحدة يتعلّق بمشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، لم تخلص فيه المحكمة إلى نتيجة بشأن ما إذا كان التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها مشروعاً أو غير مشروع، وخاصة لما تكون الدولة في حالة دفاع عن النفس أو يكون فيه بقاء الدولة مهدّد بالخطر⁽³⁾، ولكن خلصت بإجماع قضاتها أن استخدام الأسلحة النووية يشكّل خطراً على البيئة المعرضة للتهديد يوماً من قبل الدول الكبرى التي كثفت تجاربها النووية في المحيطات، البحار، الجو، وأعماق الأرض مما أثر على الحيّز المعيشي للشعوب ونوعية الحياة، وصحة الكائنات البشرية ذاتها بما فيها الأجيال التي تولد فيما بعد⁽⁴⁾.

مخاطر الأسلحة النووية أكدها القاضي " ويرامنتري " في رأيه المعارض للرأي الاستشاري، بحيث أشار إلى أن استخدام هذه الأسلحة يسبب الدمار والهلاك، ويؤدي إلى إصابة الإنسان بالسرطان وسرطان الدم، وما يتصل بها من فئات، وتظل آثار الإشعاعات النووية مستمرة لعقود من الزمن تضرّ بالحقوق للأجيال المقبلة، وتتسبب في التشوهات الخلقية، والتأخر العقلي، والضرر الوراثي، كما يمكنها إحداث شتاء نووي تجعل السماء مسودة بأطنان من الأدخنة على مساحات جغرافية واسعة لأسابيع وشهور، وتخفض درجة الحرارة إلى مادون درجة التجمد، وستؤثر هذه التغيرات المناخية على الزراعة والنظم الأيكولوجية، ويمكن لها أن تلوّث السلسلة الغذائية وإفسادها، كما تؤدي إلى التفكك الاجتماعي، وتهتدّد كل الحضارات، وبقاء الجنس البشري، وتمتد آثارها زمنيا عبر آلاف السنين، وتهتدّد كل مظاهر الحياة على الأرض، وتلحق بالأجيال القادمة أضرارا لا سبيل لتداركها، وهذه الأضرار لا يحدثها أي سلاح آخر⁽⁵⁾.

هذا الرأي الاستشاري يشكّل أساسا قانونيا صادرا من أعلى جهاز قضائي دولي على مخاطر الأسلحة النووية التي تتطلب بذل المزيد من الجهود الدولية على مستوى الدول والمنظمات الدولية لحظر استخدامها ونزعها نهائيا.

المطلب الثاني: من خلال تقارير خبراء الأمم المتحدة

خبراء الأمم المتحدة العاملين في الوكالة الدولية للطاقة الذرية، ومؤتمر الأمم المتحدة، ومؤتمر نزع السلاح أكدوا على مخاطر هذه الأسلحة علميا بالنظر لمكوناتها الكيميائية، وقدرتها التدميرية التي تحدث دمارا شاملا في بضع دقائق، مخلفة تأثيرات إشعاعية تضر بالبيئة والإنسان لعقود من الزمن، ويمكن إجمال هذه المخاطر الواردة في مختلف التقارير كما يلي:

- يحدث السلاح النووي طاقة تفجيرية هائلة، وقدرة على تدمير كل ما هو فوق سطح الأرض في نطاق دائرة يتراوح نصف قطرها 100 كم وفقا لحجم القنبلة النووية، وكلما زاد الحجم زاد اتساع قطرة الدائرة⁽⁶⁾.

- يحدث السلاح النووي تلوّثا إشعاعيا بيئيا قاتلا يستمر لعقود من الزمن.

- الإصابات التي يحدثها السلاح النووي تشمل الحروق من كل الدرجات وتهشيم الجسم، وأمراض إشعاعية مستقبلية على المدى البعيد.
- استعمال السلاح النووي من طرف دولة لها القدرة على إحداث شتاء نووي يستطيع أن يدمر الكرة الأرضية ، وتختفي كل مظاهر الحياة، بحيث استعماله يؤدي إلى تراكم ملايين الأطنان من الأبخرة التي تحجب أشعة الشمس عن الأرض، ويؤدي ذلك إلى توقف النباتات، وتلويث المياه، هلاك الحيوانات والإنسان (7) .
- حيازة الأسلحة النووية في مفاعلات نووية يهدد البيئة، بحيث أن المفاعل النووي يلفظ إشعاع نيوتروني، ويحدث الإشعاع أضرار بالمبنى المحكم السداد للمفاعل، فالنيوترونات تحدث فقاعات غازية صغيرة داخل الدعامات الخرسانية للمبنى مما يجعله هشاً قابلاً للتصدع، وتسرب أي إشعاع نووي من المنشآت النووية يشكل خطر على الإنسان والبيئة (8).
- القنابل النووية التي تحتوي على مادة اليورانيوم المستنفذ تعدّ أخطر الأسلحة النووية نظراً للإشعاع المتأين لجزيئات ألفا وغاما الذي تخلفه عند انفجارها (9).

المبحث الثاني : تجريم الإرهاب النووي

بررت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 210/51 المؤرخ في 17 ديسمبر 1996 تجريمها للإرهاب النووي من خلال صياغة مشروع اتفاقية دولية لقمع أعمال الإرهاب النووي على تعاضم التهديدات الإرهابية بصنع قنابل نووية، والتهديد بتفجير مفاعلات نووية موجودة على أقاليم الدول الكبرى، وإنّ هذه التهديدات تزرع الرعب في وسط الدول والشعوب، وتهدد البيئة، كما أن الصكوك الدولية ذات الصلة غير كافية للتصدي للإرهاب النووي، ومن بين هذه الصكوك اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية لسنة 1980 التي اقتصررت في تجريمها على المواد النووية المستخدمة لأغراض سلمية، وأغفلت عن المواد النووية المستخدمة لأغراض عسكرية.

اتفاقية قمع أعمال الإرهاب النووي المقدمة من الاتحاد الروسي كمشروع للجنة المخصصة لإعداد الاتفاقية تهدف إلى سدّ الثغرات التي خلفتها كل الصكوك الدولية

ذات الصلة، وتغطية الأهداف والأشكال المحتملة لأعمال الإرهاب النووي باتخاذ تدابير كفيلة بمحاربتة من خلال تجريمه ووضع تدابير ترمي لقمعه.

المطلب الأول: الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي

تم التوقيع على الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي في 14 سبتمبر 2005، وهي مفتوحة للتوقيع عليها بنويويورك من طرف الدول غير الموقعة، احتوت الاتفاقية على ديباجة و 28 مادة (10).

من أهم المحاور التي تضمنتها الاتفاقية ما يلي:

- نصت الديباجة أن الاتفاقية تتماشى مع مبادئ ميثاق الأمم المتحدة المتعلقة بحفظ السلم والأمن الدوليين، وتعزيز حسن الجوار والعلاقات الودية والتعاون بين الدول، وأن إبرام هذه الاتفاقية لا يخلّ بحق جميع الدول في إنتاج الطاقة النووية واستعمالها لأغراض سلمية، كما تطرقت الديباجة إلى تحديد مبررات إبرام الاتفاقية التي جاءت نتيجة القلق المتزايد للمجتمع الدولي إزاء تصاعد أعمال الإرهاب بجميع أشكاله ومظاهره في جميع أنحاء العالم، وأن استخدام الأسلحة النووية في أعمال الإرهاب سيسفر عن أوخم العواقب التي تهدد السلم والأمن الدوليين.
- تضمنت المادة الأولى تعريف بالمصطلحات التي استخدمت في الاتفاقية، وهي كلها مصطلحات علمية في مواد الفيزياء والكيمياء النووية، بحيث تطرقت الاتفاقية إلى تعريف مصطلح المواد المشعة، المواد النووية، اليورانسيوم، المرفق النووي....الخ.
- أما المادة الثانية حددت الأعمال الإرهابية التي تشكل جرائم الإرهاب النووي، والنتائج الإجرامية الناتجة عنها.
- المواد 05 وما بعدها من الاتفاقية حددت حزمة من التدابير لقمع جريمة الإرهاب النووي، معظمها في شكل التزامات تقع على عاتق الدول الأطراف تعمل على الالتزام بها، منها ما تتعلق بسن تشريعات داخلية تجرم أعمال الإرهاب النووي بموجب القانون الوطني وإقامة الولاية القضائية على جميع

صور الإرهاب النووي ، ومنها ما ترتبط بتعاون الدول الأطراف بينها في المجال الأمني والقضائي ، ومنها مرتبطة بالتزام الدول بحماية المواد النووية .

المطلب الأول: أركان جريمة الإرهاب النووي

يشترط في قيام جريمة الإرهاب النووي طبقا للاتفاقية توافر الأركان العامة للجريمة وهي: الركن الشرعي، الركن المادي، الركن المعنوي ، يضاف إليها ركن رابع وهو الركن الدولي .

الفرع الأول: الركن الشرعي

لا يمكن الحديث عن جريمة ما لم يتصف الفعل المكوّن لركنها المادي بالصيغة غير المشروعة، ويكتسب الفعل تلك الصفة عند مخالفته لقواعد القانون الدولي العام أو القانون الوطني.

و ما تجدر الإشارة إليه في جريمة الإرهاب النووي هو أن مشروعية الفعل من عدمه قررتها الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي في المادة الثانية بنصها: " يرتكب جريمة بمفهوم هذه الاتفاقية كل من يقوم بصورة غير مشروعة....."، وبالتالي فإن ركن الشرعية في جريمة الإرهاب النووي تقرّر وفقا لقواعد القانون الدولي العام وحدها، وذلك دون النظر إلى ما تقضي به قواعد القانون الداخلي ، لذا فإن الأفعال المحددة في المادة 2 من الاتفاقية تعدّ غير مشروعة حتى ولو أصبغ عليها القانون الداخلي صفة المشروعية⁽¹¹⁾.

الفرع الثاني: الركن المادي

ارتكاب الجريمة بصفة عامة في إطار القانون الجنائي الداخلي أو القانون الدولي الجنائي تفترض وجود تصرف إنساني متمثل في القيام بعمل (سلوك ايجابي) أو الامتناع عن عمل (سلوك سلبي)، هذا التصرف هو الذي يمنح الإرادة الكامنة داخل مرتكبه تجسيدا ملموسا واقعيا في العالم الخارجي، لأنّ الإرادة الداخلية وحدها دون مظهر خارجي لا تجعل الركن المادي للجريمة قائما، ولا يمكن تقرير المسؤولية الجنائية لشخص عن أفكاره ومعتقداته الداخلية ما لم تترجم أو تجسّد في مظهر خارجي يرتّب أضرارا بالمصالح التي يحميها القانون الجنائي⁽¹²⁾.

الركن المادي لجريمة الإرهاب النووي نصت عليه المادة 2 من الاتفاقية التي حدّدت الأفعال التي تشكّل سلوكاً إجرامياً، والنتيجة المترتبة عليها، والعلاقة السببية بين الفعل والنتيجة⁽¹³⁾.

أولاً: عناصر الركن المادي:

1- السلوك الإجرامي:

الاتفاقية الدولية في المادة 2 نصت على عدة أفعال تشكل سلوكاً إجرامياً وهي

كما يلي:

- حيازة مواد مشعة أو حيازة جهاز أو صنع مادة مشعة يعد فعلاً غير مشروع إذا كان القصد من إزهاق الأرواح أو التسبب في أذى بدني جسيم، أو قصد الإلحاق ضرر بالبيئة⁽¹⁴⁾.

- استخدام مادة مشعة أو جهاز مشع بأي طريقة أو استخدام مرفق نووي، وإحداث أضرار به بطريقة تؤدي إلى إطلاق مادة مشعة أو تهدد بانطلاقها إذا كان القصد منها إزهاق الأرواح والتسبب في أذى بدني أو قصد الأضرار بالممتلكات أو البيئة، أو بقصد إكراه شخص طبيعي أو اعتباري أو منظمة دولية أو دولة على القيام بعمل ما أو الامتناع عن القيام به⁽¹⁵⁾.

- التهديد بارتكاب جريمة على النحو المبين في الفقرة 1 (ب) والمقصود به السلوك المذكور آنفاً أي سلوك الاستخدام للمادة المشعة أو الجهاز أو استخدام مرفق نووي والإضرار به.

- كل من يطلب بصورة غير مشروعة، وعن عمد عن طريق التهديد مادة مشعة أو جهازاً مشعاً أو مرفقاً نووياً في ظل ظروف توحى بمصادقية التهديد باستخدام القوة⁽¹⁶⁾.

2- النتيجة:

يقصد بالنتيجة الإجرامية الآثار المترتبة على السلوك الإجرامي⁽¹⁷⁾، وأثار الأفعال المادية في جريمة الإرهاب النووي نصت عليها المادة 2 من الاتفاقية عندما أشارت بان القصد من الفعل الإجرامي هو إزهاق الأرواح أو التسبب في أذى بدني جسيم أو يحدث ضرر جسيم بالممتلكات والبيئة، وهذه النتائج الإجرامية تجعل جريمة

الإرهاب النووي من جرائم الضرر، كما اعتبرت السلوك إجرامياً ولو لم تتحقق النتيجة الإجرامية طبقاً للفقرة 2 (أ) عندما يتم التهديد باستخدام مادة مشعة أو جهاز مشع أو استخدام مرفق نووي أي تقوم الجريمة بمجرد سلوك التهديد دون تحقق النتيجة مما يجعل جريمة الإرهاب النووي من جرائم الخطر.

3- العلاقة السببية:

العلاقة السببية هي ما يربط بين الفعل والنتيجة الإجرامية، بمعنى أن إثبات النتيجة ما كانت لتحدث في العالم الخارجي ما لم يرتكب الفعل أو الإتيان به⁽¹⁸⁾.

والعلاقة السببية في الركن المادي لجريمة الإرهاب النووي تضمنتها المادة 2 من الاتفاقية عند تحديدها للسلوك الإجرامي والنتائج المترتبة عليه، بحيث اشترطت مثلاً أن يكون سلوك حيازة مادة مشعة أو استخدامها يفضي إلى إزهاق الروح أو الإضرار بالبيئة، وبالتالي لا جريمة مثلاً إذا حاز شخص على مواد مشعة واستخدمها ولم يضر بالبيئة، أو نتج هذا الضرر لسبب آخر كلفظ مفاعل نووي نفايات لمواد مشعة.

قيام المسؤولية الجنائية في جريمة الإرهاب النووي يشترط فيها أن يكون السلوك الإجرامي قد أدى إلى النتيجة الإجرامية أو على الأقل يكون سبباً يفضي إلى هذه النتيجة، وإذا ثبتت العلاقة السببية اكتمل الركن المادي، غير أنه في حالات معينة قد لا يكتمل الركن المادي لعدم تحقق النتيجة الإجرامية وهو ما يسمّى بالشروع في الجريمة، أو قد يرتكب عدة أفراد الركن المادي ضمن ما يسمى بالمساهمة الجنائية، والاتفاقية نصت في المادة 2 فقرة 3 وفقرة 4 على تجريم الشروع في جريمة الإرهاب النووي، وتجريم فعل المساهمة في تحقيق الركن المادي للجريمة سواء بالاشتراك أو التنظيم أو التوجيه.

الفرع الثالث: الركن المعنوي

لا تقوم جريمة الإرهاب النووي بمجرد ارتكاب أحد الأفعال الإجرامية، وإحداث النتيجة الإجرامية، وإنما يجب أن تكون إرادة الجاني قصدت الإضرار بالمصالح التي أرادت الاتفاقية تحميها.

اعتبرت الاتفاقية الدولية في نص المادة 2 أن جرائم الإرهاب النووي هي من الجرائم العمدية التي تتطلب لقيامها قصدا جنائيا عاما، وقصدا جنائيا خاصا، بحيث أن الجاني يجب أن تكون له نية تحقيق إحدى النتائج الإجرامية المنصوص عليها في المادة الثانية كإزهاق الأرواح أو التسبب في أذى بدني جسيم، أو بقصد إلحاق ضرر ذي شأن بالممتلكات أو البيئة⁽¹⁹⁾.

الفرع الرابع: الركن الدولي

الركن الدولي هو ركن تختص به الجريمة الدولية وحدها دون باقي الجرائم الأخرى، وارتأينا لمناقشة هذا الركن في جرائم الإرهاب النووي بالنظر إلى أن هذه الجرائم مجرمة باتفاقية دولية ينطبق عليها قواعد القانون الدولي العام، وإن طبيعة المصالح المعتدى عليها تهم الجماعة الدولية كلها، كما أنها جرائم تهدد السلم والأمن الدوليين. وبناء على ذلك هل جريمة الإرهاب النووي جريمة دولية؟

الإجابة على هذا السؤال يتم من خلال تعريف الجريمة الدولية التي لا يوجد نص في القانون الدولي أو التشريعات الوطنية يعرفها، مما ترك المجال للفقهاء الدولي لتعريفها، حيث يعرفها Pella بأنها: "كل عمل أو امتناع عن عمل معاقب عليه بعقوبة ينطق بها وتنفذ باسم الجماعة الدولية"⁽²⁰⁾، أما Glaser يعرفها بأنها: "كل فعل مخالف للقانون الدولي يلحق أضرارا جسيمة بالمصالح التي يحميها القانون مما يدفع الدول إلى إنشاء قاعدة تجرمه وتعاقب عليه جنائيا"⁽²¹⁾.

مهما تعددت تعاريف الجريمة الدولية فإنها أجمعت على أن الجريمة الدولية تتميز عن غيرها من الجرائم الأخرى بتوافر عنصرين⁽²²⁾:

- يجب أن تشكل الجريمة اعتداء على مصلحة يحميها القانون الدولي الجنائي أي الاعتداء على مصالح تهم الجماعة الدولية كلها.

- يجب أن ترتكب باسم ولحساب دولة أو منظمة دولية.

جريمة الإرهاب النووي طبقا للاتفاقية الدولية تعتدي على مصالح الجماعة الدولية، وتهدد السلم والأمن الدوليين⁽²³⁾، بحيث تستخدم فيها مواد نووية ذات قوة تدميرية شاملة تضر بمصلحة البيئة الدولية، وحماية هذه الأخيرة هي حماية لمصلحة الجماعة الدولية، أما بالنسبة لمرتكبي هذه الجريمة فإنها ترتكب من طرف أفراد أو

جماعات لحسابهم الخاص، وليس لحساب الدولة أو منظمة دولية، ونصت الاتفاقية في المادة 4 على أن هذه الاتفاقية لا تمس بحقوق الدول والأفراد بموجب القانون الدولي، ولا تسري على أنشطة القوات المسلحة خلال النزاع المسلح أو عندما تضطلع القوات العسكرية لدولة ما بصدد ممارسة واجباتها الرسمية، كما أنها لا تتناول مسألة مشروعية استعمال الأسلحة النووية أو التهديد باستعمالها من قبل الدول⁽²⁴⁾.

ويفهم من هذا النص أن الاتفاقية لم تخاطب الدول أو الأفراد الذين يرتكبون الأفعال لحساب الدولة وإنما الأفراد العاديون أو الجماعات الإرهابية، وهذا المفهوم أكدته مشروع الاتحاد الروسي الذي هو أساس هذه الاتفاقية عندما ينص في المادة الثانية فقرة 1 أن أثر هذه الاتفاقية يمتد ليشمل الأعمال التي يرتكبها أشخاص بصفة فردية أو في عداد جماعات غير حكومية أو اتحادات أخرى، ولا يشمل دول أو منظمات دولية⁽²⁵⁾.

وبناء على عدم توافر العنصر الثاني المتعلق بأن جريمة الإرهاب النووي لا ترتكب من أفراد باسم ولحساب دولة أو منظمة دولية، وأن هذه الاتفاقية لا تسري على الدول والمنظمات الدولية، فإنها لا تعد جريمة دولية، وإنما جريمة داخلية ذات طابع دولي مادام أن الاعتداء يقع على مصالح الجماعة الدولية ومجرمة بموجب القانون الدولي.

المبحث الثالث: التدابير الرامية لقمع جريمة الإرهاب النووي

مخاطر الإرهاب النووي على البيئة، وتهديده للسلم والأمن الدوليين، يتطلب من الدول الالتزام ببنود الاتفاقية الدولية لقمع الإرهاب النووي وذلك بسن تشريعات داخلية تجرم ما جرمته الاتفاقية، والتعاون فيما بينها في إطار التدابير التي وضعتها الاتفاقية تمنع من وقوعها قبل ارتكابها عن طريق التعاون الأمني بين أجهزة الأمن للدول الأطراف، وبين السلطات المختصة في مكافحة الإرهاب الدولي، وإجراءات لملاحقة مرتكبيها وعدم إفلاتهم من العقاب عن طريق التعاون القضائي لتسليمهم أو محاكمتهم.

المطلب الأول: التجريم الداخلي للإرهاب النووي

نصت المادة 5 من الاتفاقية بإلزام الدولة الموقعة والمصادقة على الاتفاقية بتجريم الإرهاب النووي طبقاً لقانونها الوطني، وذلك بسنّ قانون داخلي يقرّر عقوبات تتناسب مع خطورة كل فعل من الأفعال التي نصت عليها المادة 2⁽²⁶⁾، ومثال ذلك تشدّد العقوبة على من يستخدم المواد المشعة، وتخفف العقوبة على من يحوز المواد

المشعة لأن فعل الاستخدام أشد خطورة على فعل الحيازة. كما تلتزم الدول بسن تشريع داخلي يكفل بأن لا تكون أعمال الإرهاب النووي أعمال مشروعة ومبررة لاعتبارات سياسية أو فلسفية أو عقائدية أو عرقية أو اثنية أو دينية أو أي طابع مماثل آخر⁽²⁷⁾.

المطلب الثاني: إقامة الولاية القضائية

عندما ترتكب جريمة من جرائم الإرهاب النووي فإنّ الدولة المصادقة على الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي ملزمة بسن قانون داخلي إجرائي يمنح الولاية القضائية لقضائها الوطني طبقاً لمبدأ الإقليمية إذا ارتكبت الجريمة على أراضيها، أو سفنها التي تحمل علمها الوطني، أو الطائرات التابعة لها، أو ارتكبت من قبل أحد مواطنيها، أو ارتكبت ضد مرفق عام أو حكومي تابع لها موجود في الخارج كالسفارات والقنصليات⁽²⁸⁾. أو طبقاً لمبدأ الاختصاص الشخصي الإيجابي إذا ارتكبت خارج إقليمها وكان مرتكب الجريمة يحمل جنسيتها أو مبدأ الاختصاص الشخصي السلبي إذا كان الضحايا يحملون جنسيتها أو طبقاً لمبدأ الاختصاص الجنائي العالمي الذي تنعقد به الولاية القضائية للقضاء الوطني في ملاحقة مرتكبي جرائم الإرهاب النووي دون النظر إلى مكان ارتكابها ودون اشتراط توافر ارتباط معين يجمع بين الدولة وبين مرتكبيها أو ضحاياها، وأياً ما كانت جنسية مرتكبيها أو ضحاياها « ubi » « te inveniro, ubi te jubicabo »، وهذا المبدأ يصبغ النص الجنائي بالصبغة العالمية⁽²⁹⁾.

المطلب الثالث: التعاون الأمني

تتعاون الدول الأطراف أمنياً عندما تتوافر أو ترد معلومات عن قيام أشخاص أو جماعات تحضر لارتكاب جرائم الإرهاب النووي أو تشجع على ارتكابها أو تنظمها أو تمويلها عن علم بالمعارف العلمية والمساعدات التقنية⁽³⁰⁾، وتلتزم الدولة الواردة لها هذه المعلومات بفتح تحقيق وتبادل المعلومات مع مختلف الأجهزة الأمنية والقضائية والأجهزة المختصة بمكافحة الإرهاب الدولي، وبعد التحقيقات الأمنية تباشر الأجهزة الأمنية إجراءات جنائية لإحالة المشتبه فيهم إلى القضاء المختص لمحاكمتهم.

المطلب الرابع: التعاون القضائي

الفرع الأول: المساعدة القضائية

تضمّنت المادة 14 من الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي إجراء المساعدة القضائية، والتزام الدول بهذا الإجراء الكفيل بمساعدة الدولة ذات الولاية القضائية بجمع الأدلة، نقل الإجراءات، تنفيذ اناباتاتها القضائية بشأن سماع شهود أو مشتبه فيهم أو التحقق من الأدلة طبقاً للاتفاقيات الدولية والترتيبات المتفق عليها بين الدول في مجال المساعدة القضائية، أو طبقاً لقانونها الوطني⁽³¹⁾.

الفرع الثاني: الالتزام بالتسليم أو المحاكمة

يعد تسليم المجرمين من الوسائل الأكثر فعالية لتحقيق العدالة الجنائية، وقمع الجريمة، بموجبه لا يجد المجرم ملاذاً آمناً يمنع عنه العقاب، والاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي لم تغفل عن هذا الإجراء، بل نظمتها في عدة نصوص حسب القواعد المتعارف عليها في الاتفاقيات الدولية، والتشريعات الوطنية⁽³²⁾.

أشارت الاتفاقية على أن جريمة الإرهاب النووي من الجرائم الموجبة للتسليم، ولا تعتبر جريمة سياسية مهما كان صفة مرتكبها أو الغرض الذي ارتكبت من أجله⁽³³⁾، والدولة الطرف إذا رفضت محاكمة شخص مطلوب من دولة طرف أو لم تكن لها الولاية القضائية فهي ملزمة بتسليمه⁽³⁴⁾، ويتم تسليم مرتكبي جرائم الإرهاب النووي من الدولة المطلوب إليه إلى الدولة الطالبة قصد محاكمتهم عن جريمة الإرهاب النووي أو تنفيذ عقوبة صادرة ضدهم طبقاً لقواعد التسليم المتفق عليها في معاهدة التسليم بن الدولتين، وفي حالة عدم وجود معاهدة فإنّ الاتفاقية تعدّ أساساً قانونياً للتسليم بين الدولتين⁽³⁵⁾.

المطلب الخامس: الحماية المادية للمواد المشعة

خطورة المواد المشعة على البيئة والإنسان تتطلب من الدولة الطرف في المعاهدة توفير الحماية القانونية، والحراسة الأمنية عليها سواء قبل ارتكاب الجريمة أو بعد ارتكابها عند ضبطها وحجزها.

فقبل ارتكاب الجريمة قد تكون للدولة مفاعلات نووية لأغراض سلمية واستخدامها كطاقة أو لأغراض عسكرية، فالدولة ملزمة بحمايتها خوفاً من أن تسقط

هذه المواد في يد أفراد أو جماعات يستخدمونها في أعمال إرهابية يتسببون في إزهاق الأرواح والإضرار بالبيئة، والتزام الدول بحماية المواد المشعة قبل ارتكاب الجريمة نصت عليه المادة 08 من الاتفاقية الدولية لقمع الإرهاب النووي أن الدول الأطراف في الاتفاقية ملزمة ببذل قصارى جهودها باتخاذ تدابير لضمان حماية المواد المشعة مع مراعاة المهام والتوصيات للوكالة الدولية للطاقة الذرية التي تعرفها على تدابير الحماية⁽³⁶⁾.

بعد ارتكاب الجريمة إذا قامت إحدى الدول الأطراف بحجز مواد مشعة أو أجهزة مشعة أو مرافق نووية، وسيطرت عليها فإن الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي فرضت مجموعة من التدابير تقوم بها الدول الحائزة وهي كما يلي⁽³⁷⁾:

- تتخذ إجراءات لجعل مادة مشعة أو جهاز مشع أو مرفق نووي عديم الضرر
- تضمن الاحتفاظ بأي مواد نووية وفقا لما ينطبق عليها من ضمانات الوكالة الدولية للطاقة الذرية.
- تراعي التوصيات المتعلقة بالحماية المادية ومعايير الصحة والسلامة البيئية الصادرة عن الوكالة الدولية للطاقة الذرية.
- كما حدّدت الاتفاقية كيفية التصرف في المواد المشعة والأجهزة والمرافقة النووية بعد انقضاء الدعوى الجنائية بحكم جزائي نهائي وهي إرجاع هذه المواد للدولة الطرف التي لها هذه المواد والجهاز والمرفق النووي ، أو للدولة التي يحمل جنسيتها مالك المواد والجهاز والمرفق النووي، وإذا كان القانون الدولي يحظر على الدولة الطرف تسليمها هذه المواد تبقى الدولة حائزة لها مع اتخاذ تدابير حمايتها ولا تستخدمها إلا في الأغراض السلمية، وإذا الدولة الحائزة يحظر القانون الدولي حيازتها فإنها تضعها في حيازة دولة طرف يجوز لها قانونا حيازتها تكون قدت ضمانات حمايتها وتتشاور الدولتان الحائزتان والمسندة لها الحيازة على أن تجعل تلك المواد عديمة الضرر ولا تستخدم إلا في الأغراض السلمية⁽³⁸⁾.

المبحث الرابع: مصادقة الجزائر على الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي
صادقت الجزائر بتحفظ على الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب الدولي بمقتضى مرسوم رئاسي رقم 10-270 الصادر في 03 نوفمبر 2010 وتم نشره في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية بتاريخ 10 نوفمبر 2010 في العدد رقم 68.

المطلب الأول: التحفظ على الاتفاقية

التحفظ حسب المادة 2 فقرة 1 (د) من اتفاقية قانون المعاهدات لسنة 1996 هو: "إعلان من جانب واحد. أي كانت صيغته وتسميته، تصدره دولة ما حين توقع المعاهدة أو تصادق عليها أو قبلها أو تقرها أو تنظم إليها مستهدفة به استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة في تطبيقها على تلك الدولة"⁽³⁹⁾.

طبقا لهذا التعريف فإن الجزائر أبدت تحفظا على الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي لاستبعاد أثر قانوني للاتفاقية، وانصب التحفظ الجزائري البند المتعلق استخدام الطاقة لأغراض سلمية، فالجزائر وان كانت الاتفاقية تسلم بحق الدول في إنتاج الطاقة واستخدامها لأغراض سلمية، فإنها لا تمنع من جهة ثانية عرقلة أي محاولة للدول النامية في استخدام الطاقة النووية لأغراض سلمية.

يلاحظ من خلال هذا التحفظ أن الجزائر أبدته خوفا من أن يقتصر استخدام الطاقة النووية لأغراض سلمية المنصوص عليه في ديباجة الاتفاقية على الدول الكبرى دون الدول النامية⁽⁴⁰⁾، لذا أدرجت عبارة الدول النامية حتى تضمن لنفسها بأن مصادقتها على الاتفاقية لا يمنعها من إنتاج الطاقة النووية واستخدامها لأغراض سلمية⁽⁴¹⁾.

المطلب الثاني : تجريم أعمال الارهاب النووي بموجب التشريع الجزائري

بعد مصادقة الجزائر على الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي ونشرها في الجريدة الرسمية، فإن أحكام هذه الاتفاقية أصبحت ملزمة للجزائر، وتسمو على أي قانون، ومن بين الالتزامات التي نصت عليها الاتفاقية في المادة 5 هو الالتزام بسن قانون داخلي يجرم الأعمال التي جرمتها الاتفاقية في المادة 2، وتقرر العقوبات المناسبة لكل فعل على حسب درجة خطورته⁽⁴²⁾. المشروع الجزائري لحد الآن لم يصدر تشريعا وطنيا يجرم أعمال الإرهاب النووي. وأن الأوان للمشرع أن يعكف إلى

إنفاذ الاتفاقية في قانون وطني يجرم أعمال الإرهاب النووي، ويسمح بانعقاد الإختصاص القضائي للمحاكم الجزائرية في ملاحقة مرتكبي هذه الأعمال، وتوقيع العقاب عليهم بعد محاكمتهم محاكمة عادلة.

الخاتمة:

إبرام عدة اتفاقيات دولية تتعلق بحظر التجارب النووية ومنع انتشارها أسس لنظام دولي يحمي البيئة من أخطار التلوث، وإبرام الأمم المتحدة للاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي هو إثراء لهذا النظام، وخطوة أولى لتأسيس قانون جنائي دولي بيئي يهدف إلى حماية البيئة من الجرائم البيئية ذات الطابع الدولي، إلا أنها ورغم وضعها لإجراءات قمعية كفيلة بعدم إفلات مرتكبي الجرائم من العقاب، تبقى غير كافية لحماية البيئة من مخاطر الأسلحة النووية لأنها جاءت تخاطب أفراد عاديين وليس أفراد ارتكبوا هذه الجرائم باسم الدولة أو المنظمات الدولية، أي بمعنى آخر فإن الاتفاقية لم تكيّف جريمة الإرهاب النووي أنها جريمة دولية، لأن معظم هذه الجرائم ترتكب باسم الدولة والمنظمات الدولية سواء في زمن السلم أو الحرب، لذا من بين التوصيات التي نقدمها في خاتمة الدراسة ما يلي:

- ضرورة إبرام اتفاقية أممية لحظر استخدام الأسلحة النووية، وعدم مشروعية استخدامها أو التهديد بها.
- تعديل الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي، وتكييف الجريمة على أساس أنها جريمة دولية تخاطب الأفراد سواء ارتكبوا الجريمة باسمهم الخاص أو لحساب دولة أو منظمة دولية.
- اختصاص المحكمة الجنائية الدولية الدائمة في جرائم الإرهاب النووي.

الهوامش:

(1) أهم الاتفاقيات التي أسست لنظام دولي يهدف للحدّ من استخدام الأسلحة النووية وحماية البيئة ، اتفاقية حظر التجارب النووية في الجو، الفضاء، وتحت الماء سنة 1963، اتفاقية حظر استخدام الأسلحة النووية في أمريكا الأتينية سنة 1967، اتفاقية حظر انتشار الأسلحة النووية سنة 1967،

اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية سنة 1980، ثم الاتفاقية الدولية للحظر الشامل للتجارب النووية سنة 1996، وهي اتفاقيات دخلت حيز التنفيذ، انضمت إليها معظم الدول التي أكدت على رغبتها العيش في بيئة دولية خالية من الأسلحة النووية تحفظ حق الإنسان في الحياة حاضرا ومستقبلا.

(2) عمر رضا بيومي، مخاطر أسلحة الدمار الشامل على الأمن القومي العربي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2002، ص 25.

(3) نصت الفقرة (هاء) من منطوق الفتوى على ما يلي: "بناء على المقترحات الواردة أعلاه فإن التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها مخالف بصورة عامة لقواعد القانون الدولي المنطبقة في أوقات النزاع المسلح، وخاصة مبادئ القانون الدولي الإنساني وقواعده.

إلا أن المحكمة بالنظر إلى حالة القانون الدولي الراهنة والعناصر الوقائية التي هي تحت تصرفها، ليس في وسعها أن تخلص إلى نتيجة حاسمة بشأن ما إذا كان التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها مشروعاً أو غير مشروع في ظرف أقصى من ظروف الدفاع عن النفس يكون بقاء الدولة ذاته معرض للخطر".

خلص الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية لهذه الخلاصة لأنه لا يوجد في القانون الدول الاتفاقي أو العرفي نص يحظر استخدام الأسلحة النووية أو التهديد باستخدامها. لمزيد من التفاصيل يرجع إلى: الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية الصادر في 08 جويلية 1996، ص 02.

(4) تقرير لجة القانون الدولي عن آثار النزاع المسلح على المعاهدات البيئية الصادر خلال الدورة السابعة والخمسون الممتدة من 02 ماي إلى 03 جوان 2005، ص 28.

(5) موجز لمخلص آراء وأحكام محكمة العدل الدولية من سنة 1992 إلى سنة 1996.

(6) مؤتمر الأطراف في معاهدة انتشار الأسلحة النووية لاستعراض المعاهدة 2005، وثائق الجمعية العامة الصادرة في 18 نوفمبر 2005، ص 02

(7) إسرائيل تملك أسلحة نووية قادرة على إحداث "شقاء نووي" على الكرة الأرضية، بحيث بدأت برنامجها النووي سنة 1953 بمساعدة فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، وفي السنوات الأخيرة حصلت على 1400 طن من اليورانيوم المخصب يكفي لإنتاج 400 قنبلة نووية. لمزيد من التفاصيل: بادر محمد علي، الإرهاب النووي الإسرائيلي، مجلة البيئة والتنمية، العدد 59، الأردن، ص 48.

(8) سبق للمفاعل النووي الروسي "تشيرنوبل" أن تصدع مبناه سنة 1986، وأحدث كارثة بيئية لازالت عالقة في الأذهان، وسبب في هلاك كل الكائنات المحيطة به، حجم الكارثة أرغم بيلاروسيا، روسيا، أوكرانيا على مناشدة المجتمع الدولي تقديم المساعدة لأكثر المناطق معاناة في هذه البلدان،

وإخطار تشير نوبل الناجمة عن تسرب المواد الإشعاعية مازالت مستمرة لحد الآن. وحاليا هناك مفاعل نووي إسرائيلي المسمى "ديمونا" يبعد عن الأردن بـ 40 كم ، يشكل تهديد للبيئة نظرا لان هذا المفاعل خطط له العمل لمدة 30 سنة وتجاوز عمره 40 سنة، مما يجعله يعد بتشيرنوبل جديد، لمزيد من التفاصيل أنظر: بادر محمد على، المرجع السابق الإشارة إليه، ص20.

(9) وثائق الجمعية العامة للدورة الرابعة والخمسون A/C.4/54/SR.21

(10) الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 68، الصادرة بتاريخ 10 نوفمبر 2010.

(11) محمد صافي يوسف، الإطار العام للقانون الدولي الجنائي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2002، ص39

(12) المصدر نفسه، ص 36 نقلا عن:

Glasser, Infraction international, L.G.D.J , paris , 1957, P.11

(13) نص المادة الثانية من الاتفاقية الدولية لقمع الإرهاب النووي.

(14) نص المادة الثانية فقرة 1 (أ). عرفت الاتفاقية المواد المشعة في المادة الأولى من الاتفاقية في

تعريفها بالمصطلحات المواد المشعة وهي: " المواد النووية وغيرها من المواد المشعة التي تحتوي على نويدات تتحل تلقائيا) وهي عملية يصحبها انبعاث نوع أو عدة أنواع من الإشعاعات المؤينة مثل أشعة ألفا وبيتا وجسيمات النيوترونات وأشعة غاما) والتي قد تسبب نظرا لخواصها الإشعاعية أو الانشطارية، الموت أو الأذى البدني الجسيم، أو تلحق أضرارا ذات شأن بالمتلكات أو البيئة".

وعرفت "الجهاز" في الفقرة 4 بأنه" - أي جهاز متفجر نووي أو أي جهاز لنشر المواد الإشعاعية أو لبث الإشعاع، والذي قد يسبب نظرا لخواصه الإشعاعية الموت أو الأذى البدني الجسيم أو يلحق أضرارا بالمتلكات ذي الشأن أو البيئة"

(15) الفقرة 1 (ب) من نص المادة الثانية من الاتفاقية. وعرفت الاتفاقية مرفق نووي في المادة

الأولى فقرة 3 بان المقصود بعبارة مرفق نووي هو: أ- أي مفاعل نووي بما في ذلك المفاعلات التي تجهز بها السفن أو المركبات أو الطائرات أو الأجسام الفضائية لاستعماله كمصدر للطاقة لدفع هذه السفن أو المركبات أو الطائرات أو الأجسام الفضائية، أو لأي غرض آخر

ب- أي منشأة نووية أو وسيلة نقل تستعمل لإنتاج أو خزن أو معالجة أو نقل مادة مشعة".

(16) نص المادة الثانية من الاتفاقية الفقرة 2 (ب).

(17) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1995، ص149.

(18) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات (القسم العام)، دار النهضة العربية، القاهرة،

1996، ص330 وما بعدها.

(19) نصت المادة الثانية في الفقرة 1 (أ) على ما يلي : " ... بحيازة مادة مشعة أو صنع أو حيازة جهاز :

"1" بقصد إزهاق الأرواح أو التسبب في أذى بدني جسيم أو

"2" بقصد إلحاق ضرر ذي شأن بالملكيات أو البيئة " ، ونفس النص في الفقرة 1 (ب).

(20) صافي يوسف، المرجع السابق الإشارة إليها ص32 نقلا عن:

Pella, la criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir, Imperimerie de l'Etat, Bucarest

(21) المصدر نفسه، ص33 نقلا عن : Glaser, Introduction à l'étude du droit :

international pénal, Bruylant, Bruxelles, Recueil Sirey, Paris, 1954,p11

(22) صافي يوسف ، المرجع السابق الإشارة إليه، ص 40.

(23) الاتفاقية الدولية لقمع الإرهاب النووي نصت في ديباجتها على خطورة جريمة الإرهاب النووي

وتهديدها للسلام والأمن الدوليين بنصها: " وإذ تلاحظ أن أعمال الإرهاب النووي يمكن أن تسفر ع،

أوخم العواقب، وقد تشكل خطرا يهدد السلام والأمن الدوليين".

أنظر نص المادة الرابعة من الاتفاقية الدولية لقمع الإرهاب النووي.

(24) نصت المادة الثانية فقرة 1 من مشروع الاتفاقية الدولية لقمع الإرهاب النووي الذي قدمته

روسيا للجمعية العامة ما يلي:

" 1- يمتد أثر هذه الاتفاقية ليشمل جميع الأعمال التي يرتكبها أشخاص (بصفة فردية أو في عداد

جماعات غير حكومية أو اتحادات أخرى)، ولا يشمل مسائل عدم انتشار الأسلحة النووية أو التهديد

النووي من جانب دول أو منظمات دولية أو حكومية دولية أو من أشخاص آخرين من أشخاص

القانون الدول".

(25) نص المادة الخامسة من الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي

(26) نص المادة السادسة من الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي

(27) نص المادة التاسعة من الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي

(28) طارق سرور، الإختصاص الجنائي العالمي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى

2006، ص25

(29) نص المادة السابعة والعاشر من الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي.

(30) أنظر نص 14 من الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي

(31) الأمم المتحدة أصدرت معاهدة نموذجية لتسليم المجرمين سنة 1990 تلتزم بها الدول في

اتفاقياتها. انظر: قرار الجمعية العامة رقم 116/45 في الدورة 54 البند 100، منشور في وثائق

الأمم المتحدة في تقرير الأمانة العامة ، ص58

(32) نص المادة 13، والمادة 15 من الاتفاقية الدولية لقمع جريمة أعمال الإرهاب النووي.

(33) نص المادة 10 و 11 من الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي.

(34) نص المادة 13 فقرة 2 من الاتفاقية.

(35) نص المادة 08 من الاتفاقية.

(36) نص المادة 18 من الاتفاقية

(38) نص المادة 18 من الاتفاقية فقرة 2 و3 و4 و5 و6 و7.

(39) محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية،

الجزائر، 1994، ص 292

(40) نصت الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي في الديباجة على مايلي : " وإذ تسلم بحق

جميع الدول في أن تنتج الطاقة النووية وتستعملها للأغراض السلمية، وتسلم بمصالحها المشروعة

في المنافع المحتمل أن تستمد من استعمال الطاقة النووية في الأغراض السلمية".

(41) أبدت الجزائر هذا التحفظ بإدراج الدول النامية خوفا من حرمانها من استخدام الطاقة النووية

لأغراض سلمية، ويفسر البند الوارد في الاتفاقية حسب رؤية الدول النووية الدائمة في مجلس الأمن

التي تتخذ من معاهدة منع انتشار الأسلحة النووية حجة لها في التشويش على برامج الطاقة النووية

الموجهة لأغراض سلمية لدى بعض الدول، ومن بينها الجزائر التي تعرضت لحملة دعائية سنة

1991، حيث ادعت الولايات المتحدة الأمريكية أنها اكتشفت عن طريق صور أقمار صناعية

مفاعلا نوويا سريا بجنوب الجزائر العاصمة، وهي الحملة التي كررتها إسرائيل السنة الماضية،

بحيث ذكرت إحدى الصحف الإسرائيلية أن الجزائر وبمساعدة الصين بصدد تخصيب اليورانيوم

بالمفاعل النووي الموجود بعين وسارة من أجل تصنيع قنبلة نووية. هذه الحملة الدعائية تشبه إلى

حد ما لتلك الحملة الموجهة ضد إيران منذ ثلاث سنوات بخصوص برنامجها النووي السلمي، وردا

على هذه الحملة صادقت الجزائر على الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي بتحفظ لضمان

حقها في إنتاج طاقة نووية واستخدامها لأغراض سلمية كطاقة بديلة ومتجددة.

(42) نص المادة 05 من الاتفاقية

المراجع:

الكتب:

- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات (القسم العام)، دار النهضة العربية، القاهرة،

1996.

- عمر رضا بيومي، مخاطر أسلحة الدمار الشامل على الأمن القومي العربي، دار النهضة

العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2002.

- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1995.
- محمد صافي يوسف، الإطار العام للقانون الدولي الجنائي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2002.
- محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- طارق سرور، الإختصاص الجنائي العالمي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2006.

المقالات:

- بادر محمد علي، الإرهاب النووي الإسرائيلي، مجلة البيئة والتنمية، العدد 59، الأردن، ص48.

الوثائق:

- موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية من 1992-1996 الصادر عن الأمم المتحدة ST/LEG.F/Add.1K، منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.97.v.7، ص113.
- تقرير لجنة القانون الدولي عن آثار النزاع المسلح على المعاهدات البيئية الصادر خلال الدورة السابعة والخمسون الممتدة من 02 ماي الى 03 جوان 2005، ص28.
- مؤتمر الأطراف في معاهدة انتشار الأسلحة النووية لاستعراض المعاهدة 2005، وثائق الجمعية العامة الصادرة في 18 نوفمبر 2005، ص02
- وثائق الجمعية العامة للدورة الرابعة والخمسون A/C.4/54/SR.21
- قرار الجمعية العامة رقم 116/45 في الدورة 54 البند 100، منشور في وثائق الأمم المتحدة في تقرير الأمانة العامة، ص58
- الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 68، الصادرة بتاريخ 10 نوفمبر 2010.

زراعة ونقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون المقارن

د. حسين فريجه

أستاذ محاضر - جامعة مسيلة / الجزائر

تمهيد :

تشهد الإنسانية والعالم بأجمعه اليوم تقدما علميا هائلا في كل المجالات وخاصة في المجال الطبي ، لا سيما في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية .

إن الواقع والتقدم العلمي المذهل ، يفرض على المواطن العربي أن يتفاعل معه تفاعلا إيجابيا خاصة فيما يتعلق بعمليات نقل وزرع الأعضاء وغيرها من الأمور الحديثة في مجال التقدم العلمي الطبي ، الأمر الذي دفعني إلى الخوض في غمار هذا الموضوع وخاصة لعدم وجود نص صريح يجيز أو يرفض مثل هذه العمليات وإنما هي نصوص عامة متناثرة لدى الفقهاء المسلمين ، فمن محرم لمثل هذه العمليات سواء بين الأحياء بعضهم البعض أو من الأموات إلى الأحياء ، ومن محرم لمثل هذه العمليات بين الأحياء ويجيزها من الأموات إلى الأحياء وذلك إن توافرت قواعد معينة أبيح فيها النقل والزرع.

كما أن علماء الشريعة الإسلامية قرروا أن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان وطبقا للظروف والأحوال ،ولهذا يجب أن يعرض الأطباء لما توصلوا إليه من نتائج في ميدانهم، ويبحث الفقهاء عن الحلول الفقهية وخاصة إذا كان الأمر يتعلق بنقل وزراعة الأعضاء ، وهو يتعلق بالتداوي والإسلام شرع التداوي .

كما أن التشريع القانوني في هذا المجال لا زال ناقصا بحيث لا يوجد حتى الآن تشريعا واضحا فيما يتعلق بنقل وزراعة الأعضاء البشرية، ولا زالت المنظومة التشريعية العربية غير متكاملة الأجزاء في هذا الميدان.

إشكالية الدراسة:

أثبتت عمليات زرع الأعضاء البشرية نجاحا باهرا في مجال الطب الحديث ، وأنقذت العديد من الأرواح من الموت ومن كثرة العذاب، وفي ضوء هذا ما أنفك يطرح التساؤل عن حكم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الدين والقانون وفي مدى شرعية جواز استقطاع الأعضاء من جسم الإنسان بغرض الزرع .

ومن هنا فما هو موقف الشريعة الإسلامية من قضية نقل وزراعة الأعضاء البشرية؟ وما هو موقف القانون الوضعي؟.

أهداف الدراسة :

تهدف هذه الدراسة إلى إبراز الفكرة الأساسية والجوهرية التي تقوم عليها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ليس المساس بكرامة الإنسان ولا التلاعب بخلق الله أو أرواح البشر وإنما الهدف إنساني شجعها الإسلام وسعي إليها من أجل الصالح العام انطلاقاً من ترجيح المصالح.

و المبدأ المؤيد لعمليات نقل وزرع الأعضاء هو جواز المحافظة على الحياة وهو من أهم الأسس التي يقاس عليه نقل الأعضاء البشرية من الأجساد، وحيث لم تتفق لا التشريعات الوضعية ولا الاجتهادات الفقهية وآراء العلماء علي اتجاه موحد من تنظيم نقل وزرع الأعضاء البشرية فمنها من أجاز التبرع بالأعضاء في حياة الفرد شريطة ألا يقع ضرر عليه ويكون لديه بديل عن أعضائه و تؤثر علي حياته. ومنها من لم يجز. فبعض الدول تركت تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء لقوانين متفرقة.

توصي الدراسة المشرع العربي بسن نصوص متعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء وتكون هذه النصوص متضمنة جميع جوانبها القانونية. وسن عقوبات مشددة علي كل من يقوم بنقل الأعضاء وزراعتها دون موافقة المريض والشخص المراد نقل العضو منه.

خطة الدراسة :

قسمت هذا البحث إلى ثلاثة مباحث: تعرضت في المبحث الأول إلى ماهية نقل وزراعة الأعضاء البشرية وفي المبحث الثاني إلى نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية وفي المبحث الثالث تطرقت إلى موقف القانون من نقل وزراعة الأعضاء البشرية .

المبحث الأول: ماهية نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

قسمت هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف وتطور نقل وزراعة الأعضاء.

ندرس في هذا المطلب تعريف نقل وزراعة الأعضاء، وكذلك التطور التاريخي لنقل وزراعة الأعضاء البشرية.

أولاً: تعريف نقل وزراعة الأعضاء.

يقصد بنقل وزراعة الأعضاء البشرية، أن يتم نقل عضو من إنسان سواء كان حياً أو ميتاً بغرض زراعته في إنسان آخر⁽¹⁾.

أو هي عبارة عن نقل عضو من جسم إلى آخر، أو نقل جزء من جسد المريض إلى الجزء المصاب في الجسد نفسه، بهدف استبدال العضو التالف أو الغائب تماماً في جسد المتلقي. و تتمثل الأعضاء التي يمكن زراعتها في القلب والكلى والكبد والرئتين والبنكرياس والأمعاء. و تشمل الأنسجة كلاً من العظام والأوتار (وكلاهما يُشار إليه بعمليات ترقيع العضلات والعظام) والقرنية والجلد وصمامات القلب والأوردة. تعد زراعة الكلى هي أكثر عمليات زراعة الأعضاء شيوعاً على مستوى العالم، بينما تفوقها عمليات زراعة العضلات والعظام عدداً بأكثر من عشرة أضعاف.

وقد يكون المتبرعون بالأعضاء أحياء أو متوفين دماغياً. ويمكن الحصول على أنسجة المتبرعين المتوفين بأزمات قلبية وذلك في غضون 24 ساعة من توقف ضربات القلب. على عكس الأعضاء، ويمكن حفظ معظم الأنسجة باستثناء القرنية وتخزينها لفترة تصل إلى 5 سنوات، وهذا يعني أنها يمكن أن تُخزن في "بنوك". يثير موضوع زراعة الأعضاء العديد من القضايا الأخلاقية الحيوية، بما في ذلك تعريف الوفاة، وتوقيت وكيفية التصريح بزراعة أحد الأعضاء، إضافة إلى فكرة دفع مقابل مالي للأعضاء المزروعة، ومن أمثلة القضايا الأخلاقية الأخرى موضوع السياحة القائمة على عمليات زراعة الأعضاء، وتشمل القضايا الأخلاقية الأوسع نطاقاً السياق الاجتماعي-الاقتصادي الذي ستُجرى في إطاره عمليات نقل أو زراعة الأعضاء. وهناك مشكلة محددة وهي تجارة الأعضاء. ويعد طب زراعة الأعضاء واحداً من أكثر مجالات الطب الحديث صعوبةً وتعقيداً. وتتمثل بعض أبرز جوانب الإدارة الطبية لعمليات زراعة الأعضاء في مشكلات رفض الجسم للعضو المزروع، وفيها يكون لدى الجسم استجابة مناعية مضادة للعضو المزروع، مما قد يؤدي إلى فشل عملية زراعته في الجسم، ومن ثم ضرورة إزالة العضو المزروع من جسد المتلقي على الفور. وفي هذا الشأن، يجب تخفيض عدد حالات الرفض قدر الإمكان وذلك من خلال الاختبارات المتعلقة بمقاومة الأمصال لتحديد المتلقي الأمثل لكل متبرع، بالإضافة إلى استخدام الأدوية المثبطة للمناعة

ثانياً: تاريخ نقل زرع الأعضاء البشرية.

إن موضوع زرع الأعضاء ليس أمراً حديثاً على البشرية، فقد بينت الحفريات القديمة أن قدماء المصريين عرفوا عمليات زرع الأسنان، ثم أخذها عنهم اليونان والرومان، ثم اشتهر بها الأطباء المسلمون في القرن الرابع الهجري - العاشر الميلادي⁽²⁾. كما عرف الهنود القدماء عمليات زرع الجلد وإصلاح الأنف المتآكلة والأذن المقطوعة وذلك منذ 2700 عام قبل الميلاد على الأقل⁽³⁾.

وقد عالج الرسول صلى الله عليه وسلم ، عين قتادة رضي الله عنه بعد أن خرجت حدقته يوم أحد إثر سهم أصابها فكانت أحسن عينيه وأحدهما بصراً⁽⁴⁾. وهذه أول عملية زرع أعضاء في الإسلام قام بها الرسول صلى الله عليه وسلم .

وبعد مضي عدة قرون، أجرى الجراح الإيطالي جاسبارو تاجلياكوزي عمليات ناجحة لزراعة الجلد بطريقة الترقيع الذاتي؛ وقد فشل في الوقت نفسه في عمليات الطعم المغاير، مما يعد أول حالة في التاريخ لرفض الجسم للعضو المزروع قبل قرون من إدراك حقيقة هذا الأمر 1596. و أرجع ذلك إلى "القوة والسلطة الفردية"، وشهدت فترة الحرب العالمية الأولى خطوات بارزة في مجال عمليات زراعة الجلد، وفي عام 1962، أجريت أول عملية جراحية ناجحة لإعادة زراعة - إعادة توصيل- أحد الأطراف التالفة واستعادة عمل مراكز الإحساس والوظائف الحيوية بصورة محدودة. وقد تطورت زراعة الأعضاء عند الإنسان في القرن العشرين⁽⁵⁾. فقد أجريت عمليات نقل الجلد والقرنيات والغدة وأجزاء من الأمعاء وانتشر نقل الدم بصورة واسعة وزراعة الكلى⁽⁶⁾.

المطلب الثاني: هل للإنسان حق على جسده؟.

بمعنى هل الإنسان يتصرف في جسده كما يحلوا له، أم أن الجسد ملك لله وحده؟ وللإجابة على هذا السؤال فإنه يجب علينا أن نعرف الحق في الشريعة الإسلامية حتى نحدد تحت أي نوع يندرج جسم الإنسان؟

فقهاء الشريعة الإسلامية ينظرون إلى الحق مرة باعتبار صاحبه وأحياناً أخرى باعتبار محله وقد قسم فقهاء الشريعة الإسلامية أنواع الحق باعتبار صاحبه إلى أنواع ثلاثة: (7)

- حق الله تعالى .
- حق العبد.

- الحق المشترك أي ما اجتمع في الحقان.

فالحقوق منها ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص لأحد فتنسب إلى الله تعالى العظيم خطرها وشمول نفعها وبالتالي لا يحق لأحد المساس بها. وهي تدور حول العبادات، وموارد الدولة المالية والعقوبات حفظا للدين والنفوس والعرض والمال والعقل، ومنها ما يتعلق بالعبء كحرمة مال الغير⁽⁸⁾. وهذا الحق تعود منفعته المالية إلى صاحبها فقط ويسمى بحق العبد. ولكل من هذين الحقين خصائصه المستقاة في كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ومنها : أن حق الله تعالى لا يجري فيه عفو أو صلح ولا إبراء ولا يورث ويستوفيه الإمام ، وأن حق العبد يجري فيه العفو والصلح والإبراء ويورث ويستوفيه صاحبه .

أما الحق المشترك فعندما يكون حق الله تعالى غالبا لا يجوز إسقاطه مثل حد القذف لأنه شرع لصيانة عرض العبد ولدفع العار عن المقدوف فهو حقه .

ومن حيث هو حق الله تعالى فيستوفيه الإمام ولا يملك إسقاطه، ولا يجوز فيه العفو⁽⁹⁾. ويقيمه القاضي بعلمه ويقدم باعتباره حقا للعبد لا يصح الرجوع بعد الإقرار، لأن المقصود إخلاء العالم من الفساد. وقد يكون حق الإنسان هو الغالب، فهنا يجوز التصرف فيه كما هو الحال في القصاص الذي يثبت لولي المقتول، قال الله تعالى:

" وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ " ⁽¹⁰⁾. والإمام يكلف بتنفيذ حقوق الله تعالى وأحكامه والحقوق في الشريعة الإسلامية لها وظائف إجتماعية لا يجب لصاحبها أن يتجاوز بها الحد المعقول ، ومن خلال تعرضنا لأنواع الحقوق السابقة فإنه يمكننا أن نتساءل هل جسم الإنسان وحياته حق من حقوق الله ؟ أو هي حق للعبد ؟ أم هي من الحقوق المشتركة ؟ .

وللإجابة عن هذا التساؤل فقد اختلف الفقهاء ويمكننا أن نجمل هذا الاختلاف في

رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن حياة الإنسان وجسمه، وكل ما يتصل بهذا الجهاز هي حق من حقوق الله تعالى، وليست حقا من حقوق العبد.

فلا يجوز للإنسان أن يتنازل عن حياته أو عن جزء من أجزاء جسمه وليس له أن يتصرف فيها تصرف ناقل للملكية معاوضة أو تبرعا ، لأن المالك للإنسان هو الله تعالى ، وفي ذلك يقول الإمام القرافي : " وكذلك تحريمه تعالى المسكرات، صونا لمصلحة عقل العبد

عليه وحرمة السرقة صونا لماله ، والزنا صونا لنسبه، والقذف صونا لعرضه، والجرح صونا لصحته وأعضائه ومنافعها عليه، ولو رضي العبد بإسقاط حقه من ذلك لم يعتبر رضا ولم ينفذ إسقاطه . فهذه كلها وما يلحق بها من نظائرها ، مما هو مشتمل على مصالح العباد حق الله تعالى ، لأنها لا تسقط وهي مشتملة على حقوق العباد ، ولما فيها مصالحهم ودرء مفاسدهم .. " (11) .

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي، أن حياة الإنسان وجسمه، وكافة ما يتصل بهذا الجهاز الآدمي هي حق من الحقوق المشتركة الذي يجمع بين حق الله وحق العبد مع تغليب حق الله على حق العبد⁽¹²⁾ . ويرى الإمام الشاطبي: " إن نفس المكلف داخلة في هذا الحق، ويقصد بذلك الحق المشترك مع تغليب حق الله إذ ليس للمكلف أي العبد التسلط على نفسه ولا على عضو من أعضائه (13) .

غير أنه يمكننا القول أن حياة الإنسان وجسمه من الحقوق المشتركة بين الله تعالى وبين العبد مع تغليب حق الله لأن حق الله في حياة العبد وسلامة جسده إنما تكون ليتمكن الإنسان من القيام بالتكاليف الشرعية والواجبات المفروضة عليه. ومن ثم ليس للعبد أن يقتل نفسه أو يسقط عضو من أعضائه، قال الله تعالى: " وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا " (14) .

ولا يصح له أن يتصرف في حياته بدون إذن الشرع كما هو الحال في نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

المبحث الثاني: نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية.

وسأتعرض في هذا المبحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول: مبررات نقل وزرع الأعضاء.

أثبتت عمليات زرع الأعضاء البشرية نجاحا باهرا في مجال الطب الحديث ، وأنقذت العديد من الأرواح من الموت ومن كثرة العذاب، وفي ضوء هذا ما أنك يطرح التساؤل عن حكم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الدين والقانون وفي مدى شرعية جواز استئطاع الأعضاء من جسم الإنسان بغرض الزرع .

نحاول أن نعرض لقواعد الفقه الإسلامي التي يمكن على ضوءها استخلاص التطبيقات الحديثة للعمل الجراحي كاستئطاع عضو من إنسان بهدف زرعه في جسم إنسان آخر على سبيل العلاج وهنا يمكننا أن نميز بين ثلاثة قواعد نعرض لها كمايلي:

أولاً: قاعدة التصرف في سلامة الحياة والجسد.

- (1) - قتل الإنسان أو قطع عضو من أعضائه لا يحتمل الإباحة بغير حق.
- (2) - يقدم حق الله وحق العبد على ما كان فيه حق الله وحده⁽¹⁵⁾. لأن حقوق الله مبنية على التسيير، أما حقوق العبد فهي مبنية على التشديد إلا في حالة الضرورة⁽¹⁶⁾.

ثانياً : الترجيح بين المصالح والمفاسد.

ويمكن معرفة قواعد الترجيح هذه من خلال نصوص الشريعة كقوله تعالى: "أتستبدلون الذي هو أدنى بالذي هو خير"⁽¹⁷⁾. فهذا نص تصريح بتفضيل المصلحة الأعلى على الأدنى، وهنا يمكن استنتاج عدة قواعد⁽¹⁸⁾.

- (1) - ارتكاب أخف الضررين، عند المفاضلة بين المصالح وهنا يجب تحصيل الأفضل فإن تعذر الجمع بين حفظ النفس والعضو والمال قدم دفع الضرر عن النفس على دفع الضرر عن العضو، وهكذا فإن دفع المحافظة على النفس أعظم من المحافظة على العضو⁽¹⁹⁾. ومن هنا فإن الأطباء يدفعون أعظم المرضين بالتزام بقاء أديانها ويجلبون أعلى السلامة والصحة ولا يباليون بفوات أديانها، فالطب كالشرع وضع لجلب مصالح السلامة ولدرء مفاسد الأسقام ولجلب ما أمكن جلبه من المصالح⁽²⁰⁾.

(2) - تقديم المصلحة على المفسدة : وهنا إذا اجتمعت المصالح والمفاسد وكانت المفسدة أعظم من المصالح فهنا ندرأ المفسدة لأن " درأ المفاسد أولى من جلب المنافع"⁽²¹⁾. أما إذا كانت المصلحة أعظم من المفسدة فنقدم المصلحة ، ففي مصلحة إنقاذ الحي أولى بالرعاية من مفسدة انتهاك حرمة الموتى ، وإجراء عملية جراحية للمرأة من أجل إخراج الجنين المرجو حياته أعظم مصلحة من مفسدة انتهاك حرمة أمه .

- (3) - الضرورات تبيح المحظورات : فقطع يد السارق فيه افسادا لها ، إلا أنه فيه مصلحة حفظ الأموال⁽²²⁾. كما تقدر الضرورة بحقها فلا يتوسع فيها لقوله تعالى: "فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ"⁽²³⁾. ومن هنا إذا أكد طبيب مختص بأن عضو المتبرع صالح للمتبرع إليه، وهو الذي سيتم نقله من المتبرع إلى المتبرع إليه، فلا يجوز أن يتجاوز ذلك إلى عضو آخر بدلا منه، لأن الضرورة تقدر بقدرها⁽²⁴⁾.

ثالثاً : قاعدة مزاولة الطبيب لعمله

وهنا نتعرض لمزاولة الطبيب لعمله كحقه وحدوده ذلك إذا وجب الشارع واجب التطبيب لقوله صلى الله عليه وسلم: "تداووا عباد الله فإن الله سبحانه لم يضع داء إلا وضع معه شفاء إلا الهرم" (25).

ويراعى العلاج قواعد تهدف إلى حفظ الصحة الموجودة مع العمل على رد الصحة المفقودة بقدر الإمكان، كما أن الطبيب يلتزم بحدود تتمثل في إزالة العلة مع العمل على وجه يأمن معه عدم حدوث علة أعظم منها فإن لم يأمن ذلك أبقى على العلة الأصلية ، ومن ثم وجب على الطبيب أن يوازن بين قوة الدواء وقوة احتمال المريض (26). وللطبيب أن يعمل قدرته وله أن يجرب الدواء بما لا يضر كما يكون العلاج من الدواء البسيط إلى الدواء المركب .

فإذا قام الطبيب بما يخوله له عمله فلا يسأل عن الضرر الحادث، ومن ثم فإن الطبيب ملزم بتقديم مجهود وعناية وليس ملزماً بتقديم نتيجة لأن الشفاء من الله، ومن ثم لا يسأل إلا عن المسؤولية التقصيرية في إطار قواعد القانون المدني .

المطلب الثاني: شروط نقل وزراعة الأعضاء البشرية:

لابد أن نضع نصب أعيننا " تحصيل المصلحة ودرأ المفسدة وسنتعرض إلى شروط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية .

وقد وضع الشارع الإسلامي عدة شروط يجب التقيد بها يمكن التعرض لها كما يلي :

أولاً : توافر حالة تستدعي نقل وزرع العضو

إن الدارس للشريعة الإسلامية يجد أنها قد أذنت بنقل جزء من جسم المعطي إلى جسم المريض المتلقي ، طالما أن الانتفاع جاء نتيجة ضرورة شرعية لقوله تعالى: " وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً " (27).

ويفهم من هذه الآية أن إعطاء إنسان عضواً من أعضائه لإنسان آخر مريض، يترتب عليه إنقاذه من الهلاك دون أن يترتب على ذلك هلاك المتبرع فإنه يعد بذلك إحياء للناس جميعاً (28).

و يجوز الانتفاع بأعضاء الأدمي حياً أو ميتاً لعلاج آدمي آخر إذا كان الانتفاع نتيجة ضرورة شرعية، وهو يعد عملاً مميزاً للتضامن الإنساني ومعبراً عن معاني المودة والرحمة (29).

ثانيا: رضا المريض.

ويكون تدخل الطبيب بناء على رضا المريض وطلب وليه إن كان قاصرا ولا يجوز إرغام الشخص على معالجة نفسه إلا إذا تطلبت المصلحة ذلك كما هو الحال في الأمراض المعدية، كما يستثنى إذن المريض أو وليه في الحالات المستعجلة⁽³⁰⁾. ويجب أن يكون نقل العضو وزرعه هو العلاج الوحيد بعد فشل الدواء العادي، ولا يجوز للطبيب أو الجراح أن يتدخل بدون إذن المريض وإلا حقت عليه المسؤولية لخروجه عن دائرة عمله.

ثالثا: رضا المتبرع أو المعطي

لكي يقتطع عضو من المعطي لابد أن يسمح بذلك ويكون برضاه ويكون على بينة من أمره. و من ثم يجب أخذ إذن المعطي ولا يجوز للطبيب أخذ عضو من المريض دون علمه.

و إذا قام الطبيب بنقل عضو من جسد شخص دون إذنه فمعنى ذلك أنه أفقده منفعة هذا العضو الذي أوجب له الشارع الإسلامي مقابلا له يسمى بالدية ومن ثم يعتبر في هذه الحالة كأنه سرق منه مالا⁽³¹⁾.

رابعا: أن يكون النقل تبرعا لا تجارا.⁽³²⁾

الغاية من الزرع ونقل العضو هي رعاية المصلحة العلاجية للمريض، ومن هنا فإن الشريعة الإسلامية حين تسمح بإقامة التفاضل بين المصالح المتنازعة في ممارسة الطب والجراحة فإنها لا تقبل بالأغراض المالية في حل مثل هذا الأمر، الذي يجب أن يقوم على غايات نبيلة بعيدة عن الربح. ومن ثم لا يجوز بيع الأعضاء البشرية أو المتاجرة فيها⁽³³⁾.

وقد دل القرآن الكريم على كرامة الإنسان بقوله تعالى: "ولقد كرمتنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا"⁽³⁴⁾. وعلى هذا فإن جسد الإنسان ليس ملكا له، وإنما المالك هو الله ولا يجوز التصرف فيه وإلا كان خائنا للأمانة التي أوُتمن عليها⁽³⁵⁾.

كما أن القول بجواز بيع أعضاء الإنسان قد يؤدي بالفقراء إلى بيع أعضائهم، بل قد يؤدي إلى اختطاف الأبرياء إن لم يتم البيع بالتراضي⁽³⁶⁾.

وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة بالسعودية من 6- 11 فيفري لسنة 1988 بأنه: "ينبغي ملاحظة أن الاتفاق على جواز نقل العضو مشروط بأن لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع".

خامسا: أن لا يلحق النقل ضررا فاحشا بالمتبرع وأن يقبل جسم المتبرع إليه. إن الطبيب الماهر في صناعته هو الذي يقرر شروط نقل العضو من المتبرع وهو الذي يعرف مدى قبول جسم المتبرع إليه بالعضو الجديد وهنا معناه أن الطبيب بصفة عامة هو الذي يغلب الظن على نجاح العملية الجراحية التي يقوم بها وإلا تتوقف .

ولقد توصل الطب الحديث أن عملية نقل وزراعة الأعضاء ، قد نالت نجاحا باهرا وساعدت الإكتشافات الطبية على إيجاد أدوية تساعد العضو المزروع في جسم المريض وقد ارتفعت نسبة نجاح العمليات المتعلقة بزرع الأعضاء إلى أكثر من 90%.(37) . كما أنه لا يجوز نقل العضو أن يلحق ضررا فاحشا بالمتبرع أو تعطيل وظيفة أساسية في حياته ولو برضاه، لأن الشرع قد أقام التساوي بين بني آدم، ولا يسمح أن يقتل أحدهم لأحياء الآخر (38). وهذا ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي بجدة. (39) بحيث أنه حرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب أو عضو يحرم وظيفة أساسية في حياة الإنسان كنقل قرينة العينين.

كما قرر مجمع الفقه الإسلامي السادس المنعقد بجدة عام 1990 بأنه لا يجوز زراعة الغدد التناسلية لأنها تحمل سر الوراثة كنقل الخصيتين لأي في هذا النقل والزرع اختلاط الأنساب(40). كما صدرت عدة فتاوي تجيز زرع ونقل الأعضاء في الدول العربية (41).

المبحث الثالث: موقف القانون من نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

مازال كيان الإنسان الجسدي محل اهتمام الحماية القانونية سواء فيما يتعلق بالقانون الدستوري أو القانون الجنائي.

واهتمت التشريعات الوضعية بإضفاء الحماية الجسدية وتوقيع العقاب على كل اعتداء يخل بهذه الحماية القانونية ،وفي القانون المدني لازال الأمر لم يتطور جيدا بعد في هذا المجال بحيث لم تظهر القواعد المنظمة لزرع ونقل الأعضاء البشرية ، غير أن التطور الذي أصاب الطب والتطور العلمي الحديث أمكنه المس وبسهولة بنقل وزراعة الأعضاء، وقد اختلف فقهاء القانون حول نقل وزراعة الأعضاء نتعرض إلى هذا الاختلاف في المطالب التالية:

المطلب الأول: جواز نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

إن كل اتفاق يجيز التعامل في جسم الإنسان يعد باطلا بطلانا مطلقا، فلا يجوز للشخص أن يتصرف في كامل جسده (42). كما أن التصرف في القلب أو الكبد فهو محظور ولا مجال برضاء صاحب الشأن (43).

غير أن النجاح العلمي الهائل الذي حدث في القرن العشرين لعمليات زرع الكلى والرئة والبنكرياس والعيون أوجب تطويع هذا المبدأ وما يتفق والمصلحة العامة التي تعود على المجتمع بأثره ، وإن كان لا يوجد لحد الآن نص تشريعي يبيح عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء غير أن حالة الضرورة والمصلحة العامة وحالة الضرورة والسبب المشروع تحتم ضرورة القول بشرعية مثل هذه العمليات كالسماح بنقل الدم لأغراض علاجية، والسماح بنقل قرنيات العيون.

أولاً : جواز نقل الدم

نظم القانون عمليات جمع وتخزين وتوزيع الدم ، وقد أجاز القانون لبنوك الدم الحصول على الدم عن طريق التبرع أو إقتضاء مقابل للدم على سبيل الهدية أو المساعدة المالية عما يفوته المتبرع من منافع⁽⁴⁴⁾. ونظراً لأن نقل الدم يعتبر عنصراً من عناصر الجسم ، وبما أن إعطاء الدم طبقاً للقانون سمح به المشرع ووضع له قوانين تحكمه في الدول العربية⁽⁴⁵⁾ والأجنبية⁽⁴⁶⁾، وعلى هذا ذهب البعض أن المشرع قد أباح التصرف في جزء من أجزاء الجسم والقول بقانونية نقل وزرع الأعضاء البشرية.⁽⁴⁷⁾ بحيث لا يترتب على نقل جزء منه إصابة الجسم بضرر.

ثانياً : نقل العين

اعتبر القانون⁽⁴⁸⁾ أن الشخص الذي يمكنه أن يستأصل العين هو طبيب تابع لبنك العيون شريطة ألا تمس بأداء الجسم الوظيفي.⁽⁴⁹⁾ وأن تكون هناك مصلحة علاجية مؤكدة للغير وأن يكون نزع العين لاستخدامها في أغراض طبية ، وليس لأغراض تجريبية ، والهدف هو مساعدة فاقد البصر على استرداد هذه النعمة وهنا يحق للأطباء المختصين إجراء عمليات استئصال العيون من أجل علاج الغير عن طريق الزرع.⁽⁵⁰⁾ والحكمة التي تجيز نقل وزرع الأعضاء هي المصلحة الإنسانية المؤكدة التي تعود على الغير في استبدال العضو التالف بالعضو الصالح .

فالتضامن الإنساني يفرض على البشر التعاون وإذا كان المشرع قد سمح بنقل العين وزرعها وهي من أهم أجزاء الجسم فهي نور الحياة ، وإذا كان القانون قد سمح باستئصالها فإنه يسمح من باب أولى باستئصال الأعضاء الأخرى من جسم الإنسان لزرعها في شخص المريض ، ورعاية للمصلحة الإنسانية جميعاً .

غير أنه ورغم أهمية نقل وزراعة الأعضاء البشرية فإن البلاد العربية لازالت لم تضع التشريعات الكافية لتنظيم عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بصورة كافية وواضحة والتي قد تصبح محلا للإتجار بصورة واسعة إذا لم توضع قوانين تحكم هذه العملية ، وبالتالي فإن التشريعات العربية ملزمة بوضع تشريعات تضع ضوابط لهذه العمليات وكيفية التصرف فيها .

كما أن زراعة ونقل العضو يجب أن يتم برضا المعطي ويكون هذا الرضا صادرا عن إرادة حرة ويجب أن يتم هذا الرضا حتى لحظة الإستئصال .⁽⁵¹⁾ وأن يكون الرضا صادر عن شخص بالغ وعاقل وأن لا تكون هناك وسيلة لعلاج المتنازل له غير عملية النقل والزرع .⁽⁵²⁾

كما أن رضا المريض يعد شرطا ضروريا لإباحة الأعمال الطبية التي تقع على جسمه وهذا ما ذهب إليه بعض فقهاء القانون الوضعي.⁽⁵³⁾ بأن المس بجسم المريض لا يجوز التلاعب به. غير أن بعض الحالات يجوز الاستغناء عن رضا المريض في حالة وجود المتبرع وكان المريض في حالة فقدان للوعي وحياته معرضة للخطر وأن عملية الزرع تهدف إلى إنقاذ حياته وهو في حالة نفسية لا تسمح له بمناقشة أو أخذ رأيه .⁽⁵⁴⁾ وقد طور الأطباء أبحاثا تساعد في علاج العمى بزرع خلايا للمريض الذي يعاني من تلف الشبكية. كما أن زراعة القلب تطور منذ 1993 وأصبح القلب يزرع كاملا من المتبرع.⁽⁵⁵⁾

المطلب الثاني: عدم جواز نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

توصلنا في المطلب السابق بأنه يوجد بعض الفقهاء يجيزون نقل وزراعة الأعضاء البشرية طبقا للقانون، غير أننا نجد رأيا من فقهاء القانون⁽⁵⁶⁾ يقول بعدم جواز نقل وزراعة الأعضاء البشرية. باعتبار أن هذا يدخل في المساس الدائم بحياة المتنازل ، وهذا يتنافى مع قصد العلاج ، وأن عملية الزرع والنقل تؤدي في الواقع إلى وجود شخصان مريضان داخل المجتمع هما الشخص المعطي والشخص الآخذ ، وهذا يعني انتشار المرض وارتفاع نسبة العجز في المجتمع .⁽⁵⁷⁾ وإذا قام الطبيب بإجراء عملية النقل من شخص إلى آخر ، إنما يعد عملا غير مشروع منه ، فحرمة الحياة تعتبر مبدأ من النظام العام ، والسلامة الجسدية التي يتمتع بها الإنسان على جسمه لا يجوز المساس بها ، إذ أن السلامة الجسمية تعتبر أثمن ما يملكه الإنسان ، ولهذا لا يحق المساس بها على الإطلاق .

ولهذا وجب عدم إباحة نقل وزرع الأعضاء أو إجراء هذا النوع من العمليات لعدم مشروعيتهما وذلك للأسباب التالية :

أولاً : حق الإنسان على جسده هو حق انتفاع :

أن حق الإنسان على جسمه هو حق انتفاع، أما ملكية الرقبة فهي لله تعالى، وبالتالي لا يجوز للإنسان أن يتصرف في مالا يملك وعليه أن يترك الجسد بالحالة التي تلقاها. (58) غير أنه لا يمكن مسايرة هذا الرأي على إطلاقه وخاصة إذا ما علمنا بأن الكون كله لله تعالى وليس جسد الإنسان وحده، ومع ذلك فقد أباح الله سبحانه وتعالى للناس أن يتصرفوا فيما يملكه بالطريقة التي يرضاها ولذلك فإن الجسد ملك لله عز وجل لكنه فوض الإنسان فيما يملك وحينما يتبرع بجزء منه يجوز إذا كان لا يضر به . حيث لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، قال تعالى : " وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ " (59). وقال أيضا: " وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا " (60). على أن الذي يقدر هل الضرر يصيب الجسم بعد نقل العضو يرجع فيه إلى أطباء مختصين.

ثانياً: جواز عدم نجاح عملية النقل الزرع.

يمكن عدم نجاح العملية وخاصة فيما يتعلق بمشكلة طرد الأجسام وبالتالي فإنه لا يوجد ما يضمن نجاح العملية وخاصة وأن الطبيب الحاذق الماهر ملزم ببذل مجهود وليس بإعطاء نتيجة وبالتالي فإن نقل وزرع العضو من شخص السليم إلى المريض قد لا يحقق الاستقرار .

غير أنه للرد على هذا يمكننا القول أن زرع الأعضاء يدخل ضمن الأعمال العلاجية عندما يباشرها الطبيب، وأن الطبيب إذا لم يكن متأكداً من نجاح العملية فإنه لا يخاطر بحياة الأشخاص ولا يدخل العملية ضمن الدائرة العلاجية. وخاصة وأن العملية هذه يقوم بها طبيب ملزم بتوخي الدقة في فنه، كما أن الفشل في العلاج لا يعتبر قرينة قاطعة على خطأ الطبيب، فقد يفشل العلاج على الرغم من التزام الطبيب الأصول والقواعد العلمية التي يدعو إليها الحذر والاحتياط (61).

والطبيب الذي يستأصل العين يحدد السبب الدافع إلى ذلك، والقانون لا يجيز التصرف في عيون الأحياء إلا في حالة العين التي يتقرر استئصالها لعدم صلاحيتها طبياً، ومن ثم فإن الاتفاق على نقل عين من شخص على قيد الحياة إلى شخص مريض يعتبر باطلاً لأنه يصيب الجسم بعجز جسيم دائم (62). غير أن جانب من الفقه يرى بأن القول بالتبرع بالعين

السليمة أثناء الحياة باطل لمخالفته للنظام العام ، هذا غير صحيح لأن التبرع هنا تم بنص القانون ، وهذا نص ولا اجتهاد مع النص (63).

أما كون التبرع بالعين السليمة فيذكر الإمام القرافي فيقول : " ومن المدهش حقا أن نرى بعض الفقهاء قد استعانوا بنتائج التشريح للقول بأن قوة إبصار أحد العينين عند قلعها، تنتقل إلى الأخرى لأن مجرد النور الداخل مشترك بينهما (64).

إن تدخل التشريع ضروري من أجل تنظيم عملية نقل وزرع الأعضاء لأسباب حيوية على أن لا يصاب المتبرع بخطر حال أو محتمل، كما أن وضع قانون يحمي نقل الأعضاء بات ضرورة حتمية (65).

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة تبين لنا بأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية ليس أمرا حديثا ، بل هو قديم عرفته البشرية فقد عرف المصريون زرع الأسنان كما انتقلت منهم إلى اليونان والرومان ، وكذلك عرفها سكان الأمريكيتين وعرفها الأوروبيون وخلال الـ 40 سنة الماضية تطورت زراعة الأعضاء من مرحلة التجارب إلى الممارسة العملية وأصبحت الآن في أمريكا وأوربا العلاج الأمثل لكثير من حالات الفشل ، وهكذا صار الطب بإمكانه إنقاذ ملايين الأرواح ، وطب نقل وزرع مختلف الأعضاء والأنسجة انتشر وذاع صيته ، غير أن النجاح العلمي الهائل في ميدان الطب الحديث وخاصة فيما يتعلق بعمليات زرع الكلى والرئة والبنكرياس والعيون والقلب والأنسجة فإنه يجب تطور هذا المبدأ مع المصلحة العامة التي تعود على المجتمع بالفائدة وخدمة الإنسانية وذلك طبقا لمبادئ شريعتنا الإسلامية .

النتائج :

- 1- يجب توافر حالة الضرورة التي تتطلب زراعة ونقل الأعضاء البشرية وأن يكون النقل هو العلاج الوحيد.
- 2- أن يتم النقل عن طريق التبرع وبإذن المريض وقبول جسم المتبرع إليه بالعضو المنقول إليه وأن لا يترتب أي ضرر جسيم للمتبرع.
- 3- أجاز القانون مشروعية التبرع بالدم واعتبره من قبيل البر والتكامل والتضامن الاجتماعي، كما يجب أن يكون الشخص المتبرع بالدم سليما وخاليا من الأمراض المعدية.

- 4- لا يجوز نقل وزراعة الغدد التناسلية لأنها تؤدي إلى اختلاط الأنساب ، غير أنه يجوز تلك الغدد التناسلية التي ليست فيها صفات وراثية أو خلط للأنساب لأنها مجرد محضن وفقا لما قرره مؤتمر الفقه الإسلامي بجدة عام 1990 .
- 5- جواز الترجيح بين المصالح والمفاسد، حيث تبرر هذه القواعد أخذ واستقطاع أجزاء جثة بغرض زرعها في جسم مريض تقتضي ضرورة المحافظة على حياته أو صحته القيام بهذا العمل، فمصلحة إنقاذ الحي أولى بالرعاية من مفسدة انتهاك الجثة .
- 6- أن تصدر تشريعات ويجب أن تعمم ويطلع عليها الجمهور بحيث يكون هناك سماح بزراعة ونقل الأعضاء البشرية بعيدة عن كل عملية تجارية.

الهوامش

- ¹ / د . أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006 ص 9 ؛ زراعة الأعضاء، مقال منشور على الموقع : <http://www.givelife.net/transplant>
- ² / د. محمد علي البار ، زرع الغدد والأعضاء التناسلية ، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي ، جدة 1990، ص 32.
- ³ / د. مدحت فريد، طب الأسنان عند قدماء المصريين ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1998، ص 21
- ⁴ / ابن هشام ، السيرة النبوية ، الجزء الثالث ، دار التراث ، القاهرة، ص 30 .
- ⁵ / حيث أن تاريخ سلسلة نقل وزراعة الأعضاء البشرية كالتالي:
- 1905: أول عملية زراعية قرنية ناجحة أجراها إدوارد زيرم .
 - 1954: أول عملية زراعية كلية ناجحة والتي قام بها جوزيف موراي بوسطن، الولايات المتحدة الأمريكية.
 - 1966: أول عملية زراعة بنكرياس ناجحة قام بها كل من ريتشارد ليلهاي ووليام كيلمي مينيسوتا، الولايات المتحدة الأمريكية.
 - 1967: أول عملية زراعة كبد ناجحة أجراها توماس ستارزل دينفر، الولايات المتحدة الأمريكية.
 - 1967: أول عملية زراعة قلب ناجحة أجراها كريستيان برنارد كيب تاون، جنوب أفريقيا: 1981
 - أول عملية زراعة قلب/رئة ناجحة قام بها بروس ريتز ستانفورد، الولايات المتحدة الأمريكية.
 - 1983: أول عملية ناجحة لزراعة أحد فصي الرئة قام بها جويل كوبر تورنتو، كندا.
 - 1986: أول عملية ناجحة لزراعة رئتین للمريضة (آن هاريسون) أجراها جويل كوبر تورنتو، كندا.

- 1995: أول عملية استئصال كلية ناجحة بالمنظار من أحد المتبرعين الأحياء والتي أجراها كل من لويد راتنر ولويس كافوسي بالتييمور، الولايات المتحدة الأمريكية.
- 1998: أول عملية زراعة بنكرياس جزئية ناجحة من أحد المتبرعين الأحياء أجراها ديفيد ساذرلاند مينيسوتا، الولايات المتحدة الأمريكية.
- 2006: أول عملية زراعة فك لتركيب فك المتبرع في جسد المريض باستخدام النخاع العظمي للمريض، وأجراها إريك إم. جيندين مستشفى ماونت سيناي في نيويورك .
- 2008: أول عملية زراعة ذراعين كاملين ناجحة أجراها كل من إيجار بيمار وكريستوف هانكه ومانفريد ستانجل الجامعة التقنية في ميونيخ، ألمانيا.
- 2008: أول طفل يولد من مبيض مزروع.
- 2010: أول عملية زراعة وجه بالكامل، أجراها دكتور جوان بيرري باريت وفريقه مستشفى جامعة فال ديبرون في يوم 26 يوليو 2010 في برشلونة، أسبانيا.
- 6 / في عام 1933 قام الجراح الأوكراني بوفورني بأول عملية زرع كلية من إنسان لإنسان واستمرت الكلية لمدة ست ساعات وباعت بالفشل ، وفي بداية الخمسينات توالى الدراسات حتى توصلوا إلى عقار السيكلوسبورين الذي فتح المجال واسعا أمام زرع الأعضاء .وظهر موت الدماغ في الثمانينات من القرن العشرين فتمكن الجراحون من أخذ الأعضاء وهي بحالة جيدة بسبب التروية الدموية المستمرة ، وأصدر مجمع الفقه الإسلامي عام 1986 م إقراره بالموت الدماغى ومساواته لتوقف القلب والتنفس . (منشور على الموقع: [http:// www.givelife.net/transplant](http://www.givelife.net/transplant)).
- 7 / د. سلام مذكور ، مدخل الفقه الإسلامي ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1966 ، ص 124 .
- 8 / الإمام زين الدين إبراهيم، الشهير بابن نجيم الحنفي، فتح الغفار لشرح المنار، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر 1936 م، ص 60.
- 9 / ابن نجيم الحنفي ، فتح الغفار بشرح المنار ، المرجع السابق ، ص 60 .
- 10 / سورة البقرة - الآية 179.
- 11 / الإمام القرافي ، الفروق ، الجزء الأول ، دار المعرفة بيروت ، 1344 هـ ، ص 140 .
- 12 / د. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الطبعة الثانية ، مطبعة جامعة عين شمس، 1987 ، ص 34 .
- 13 / الإمام الشاطبي، الموافقات ، الجزء الأول ، دار إحياء الكتب العربية ، بيروت ، ص 224 .
- 14 / سورة النساء من الآية 29 .
- 15 / أباح الشارع أكل النجاسات والتداوي بها إذا لم يوجد طاهر يقوم مقامها ، لأن مصلحة الجسم والسلامة أسبق من مصلحة اجتناب النجاسة (أنظر قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، لسلطان العلماء أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي المتوفي سنة 660 هـ ، دار الجيل، بيروت، ص 95 .

- ¹⁶ / لحالة الضرورة قال الفقهاء يجوز أكل لحم الميتة ، لأن المنع من أكل الميتة حق الله تعالى .
- ¹⁷ / سورة البقرة - الآية 61 .
- ¹⁸ / الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، مطبعة الحلبي ، القاهرة 1959 ص 73 .
- ¹⁹ / إتلاف عضو للإصلاح جائز (عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، المرجع السابق، ص 87) .
- ²⁰ / د. أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق ، ص 22 .
- ²¹ / الإمام جلال الدين السيوطي ، المرجع السابق ، ص 87 .
- ²² / سلطان العلماء أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام ، المرجع السابق ص 117 .
- ²³ / سورة البقرة - الآية 173 .
- ²⁴ / د . حسام الأهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية ، مطبعة جامعية عين شمس ، القاهرة 1979 ص 22 .
- ²⁵ / سنن ابن ماجة لمحمد بن يزيد القزويني أبو عبد الله بن ماجة المتوفي 273 هـ ، دار الريان للتراث ، مصر ، حديث رقم 3436 .
- ²⁶ / د. أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث ، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل الأعضاء البشرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ص 114 .
- ²⁷ / سورة المائدة من الآية 32 .
- ²⁸ / د . أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق ، ص 35 .
- ²⁹ / د . عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة، بيروت ص 577 .
- ³⁰ / د . أحمد إبراهيم ، مسؤولية الأطباء في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن ، بحث منشور بمجلة الأزهر ، المجلد التاسع عشر ، مجمع البحوث الإسلامية ، القاهرة ، 1367 هـ ص 268 .
- ³¹ / الإمام السيوطي ، الأشباه والنظائر ص 86 .
- ³² / تقوم عقود التبرعات على أساس المساواة بين أفراد المجتمع وتدعم الترابط الاجتماعي والتبرعات مصلحة ضرورية وتعبر عن خلق إسلامي رفيع لأن التبرعات تهدف إلى إسعاف المعوزين ، والإنسان مثاب عليها في الدنيا والآخرة ، هذا إذا كانت التبرعات عادية فما بال إذا كان التبرع بعضو بشري .
- ³³ / الإمام يحيى بن شرف النووي (ت 676 هـ) شرح النووي على صحيح مسلم ، المطبعة المصرية ومكتبتها بالقاهرة ، القاهرة بدون تاريخ ص 49 .
- ³⁴ / سورة الإسراء الآية 7 .
- ³⁵ / د . محمد سيد طنطاوي ، حكم بيع الإنسان لعضو من أعضائه أو التبرع به ، بحث منشور ومقدم بندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية المنعقدة بالكويت عام 1987 ص 308 .
- ³⁶ / د . محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، دار القلم، دمشق، ص 184 .

³⁷ / د أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق ص 67.

³⁸ / الإمام علاء الدين بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت 587 هـ) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1982 ص 177.

³⁹ / مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة - المنعقد بجدة في السعودية 6 -11 فيفري عام 1988، القرار رقم 1 د 1988/80/4 .

- أجمع أغلب العلماء على جواز التبرع بالأعضاء ما لم يؤد ذلك إلى ضرر بالغ بالمتبرع كما لو تبرع بإحدى كليتيه أو يعطله عن واجباته كالتبرع باليدين أو الرجلين.

⁴⁰ / مؤتمر الفقه الإسلامي السادس، المنعقد بجدة 1990م، القرار رقم 59 / 6/8 .

⁴¹ / - صدرت فتوى في تونس التبرع بالعين، وأفتى مفتي تونس بتاريخ 2003/10/21 فتوى تبيح أخذ الأعضاء البشرية وزرعها . وأصدرت دار الإفتاء المصرية بمشروعية زرع القرنية من عيون الموتى سنة 1959 ، وصدرت فتوى تشرع سلخ جلد الميت لعلاج حروق الأحياء ، وفي السعودية قررت هيئة كبار العلماء سنة 1978 جواز نقل قرينة العين من شخص لآخر وفي سنة 1982 أصدرت فتوى بشأن زرع الأعضاء ، وفي الكويت قررت لجنة الفتوى بوزارة الأوقاف بمشروعية زرع الأعضاء بموجب القرار رقم 455 لسنة 1985 ، وفي الجزائر أصدرت فتوى لجنة الإفتاء في المجلس الإسلامي الأعلى سنة 1972 بمشروعية زرع الأعضاء (أنظر الموقع: [http:// www.givelife.net/transplant](http://www.givelife.net/transplant))

⁴² / د . حمدي عبد الرحمان فكرة الحق ، دار الفكر العربي ، القاهرة سنة 1979 ص 47 .

⁴³ / د . حسام الأهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ص 22 .

⁴⁴ / د . علي داود الجفال ، وسائل طبية معاصرة ، رسالة دكتوراه - تمت مناقشتها بكلية الشريعة والقانون - جامعة القاهرة ، 1985 ص 120 .

⁴⁵ / فقد حدد المشرع اللبناني الإطار العام لعمليات نقل وزرع الأعضاء من جنث الموتى إلى الأحياء من خلال المرسوم الإشتراعي رقم 109 بتاريخ 1993/9/16م والقانون رقم 288 لسنة 1994م المتعلق بالأداب الطبية إضافة إلى ما أورده من حرمة للجنة في نصوص المواد 479-483 من قانون العقوبات فقد بين المشرع اللبناني في المادة الثانية في المرسوم الإشتراعي بأنه يمكن أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية من جسد شخص ميت أو نقل ميتا إلى مستشفى أو مركز طبي لمعالجة مرض أو جروح شخص آخر أو لغاية علمية وذلك عند توافر أحد الشروط التالية:

أولا : أن يكون المتوفى قد أوصى بذلك بموجب وصية منظمة حسب الأصول أو بأي وثيقة خطية ثابتة.

ثانيا : أن تكون عائلة المتوفى قد وافقت على ذلك تتم الموافقة باسم العائلة حسب الأولويات التالية:

أ- الزوج أو الزوجة وبحال عدم وجودهما الولد الأكبر سنا وبحال غيابه الأصغر فالأصغر وبحال عدم وجود الأولاد الأب والأم وبحال عدم وجوده.

ب في حال عدم وجود أي شخص من الأشخاص المذكورين في الفقرة (أ) أعلاه يجوز للطبيب رئيس القسم في المستشفى أن يعطي الموافقة ولا تؤخذ معارضة الأقارب من غير المذكورين أعلاه بعين الاعتبار.

- حدد المشرع الأردني الإطار العام لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية المستأصلة من جثة المتوفى إلى جسد إنسان حي من خلال قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم 23 لسنة 1977م (مؤقت) والمعدل بالقول المؤقت رقم 17 لسنة 1980م وقانون الانتفاع بعيون الموتى لأغراض طبية رقم 43 لسنة 1956.

مقال منشور على الموقع: <http://www.eyeslaw.net/vb/showthread.php?t=33967>

⁴⁶ / في التشريع الفرنسي صدر القانون رقم 76/1811 بتاريخ 22 كانون الأول لعام 1976 والخاص بنقل وزرع الأعضاء.

-أما إيطاليا فقد نظمت عمليات استئصال الكلية وزرعها بموجب القانون الصادر في 1967/6/26م، وجاء نص المادة الأولى مؤكداً "على ضرورة أن يكون التصرف في الكلية مجاناً" ونصت المادة السادسة على بطلان كل شرط يمنح المتنازل الحق في الحصول على التعويض المالي.

مقال منشور على الموقع: <http://www.eyeslaw.net/vb/showthread.php?t=33967>

⁴⁷ / أحمد شوقي أبو خطوة ، القانون الجنائي والطب الحديث ، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل الأعضاء البشرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ص 59.

48 - صدر في جمهورية مصر العربية القانون رقم 103 لسنة 1962م نص في المادة الثانية على الحصول على العيون من الموتى وقتلى الحوادث الذين تشرح جثثهم ، وكذلك عن طريق الأشخاص الذين يوصون بأعينهم.

وهناك تبرير لعمليات زرع الأعضاء مؤداه أن النصوص التي وردت في القانون رقم 103 المشار إليه بشأن عملية زرع القرنية ليست إلا تطبيقات لقاعدة عامة مؤداه جواز المساس بالجثة من أجل المصلحة الإنسانية القطعية والمؤكدة فإذا توافرت الشروط في حالات أخرى فإن الإباحة تمتد إليها.

⁴⁹ / د . حسام الأهواني ، المشاكل التي تبثها عمليات زرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ص 79 .

⁵⁰ / د . أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 125.

⁵¹ / أحمد شوقي أبو خطوة، المرجع السابق ص 75.

⁵² / د . حسام الأهواني ، المرجع السابق ، ص 124 .

⁵³ / د . محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1982 ص 175 .

⁵⁴ / د . أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 137.

⁵⁵ / د . رأفت ، مذكرات في النظرية العامة للحق ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1985 ص 26 .

⁵⁶ / وقد ذهب رأي كبير في فرنسا إلى وجوب عدم إباحة نقل وزرع الأعضاء لمخالفتها النظام العام. ذلك أن السلامة، سلامة الجسم ميزة من الميزات التي يتمتع بها الإنسان على جسمه وتعتبر محلاً للحق في سلامة الجسم ، وهي كالحياة غير ذات قيمة مالية ومن غير الجائز التصرف بها - أولاً: الاعتبار القانوني : مؤداه أن حق الإنسان في الحياة وأعضاء جسمه من الحقوق التي تخرج عن نطاق الاتفاقات والعقود ومن ثم فإن رضاء البائع أو المتبرع ليس من شأنه إجازة هذا التصرف ، أي ذلك أن الرضاء يجب توافره بجانب قصد العلاج الذي هو سبب تبرير أو إباحة التطبيب والجراحة ، ومن ثم ينظر للرضاء من ضمن عناصر تخلف المسؤولية ولكن لا يكفي بمفرده كسبب للإباحة ، إلا في الأشياء التي يجوز للإنسان أن يتصرف ويتعامل فيها .

ثانياً: الاعتبار الأخلاقي : فمعناه أن الأفراد متساوون من الناحية الاجتماعية ، وأن إباحة مثل هذا النوع من العمليات وإن كان المقصود منه حماية شخص على حافة الموت فإن إطلاق مثل هذا النوع وتبريره برضاء المتنازل قد يؤدي إلى نتيجة تفوق الاعتبار الذي أدى إلى إباحتها ألا وهو انهيار قيمة الإنسان في المجتمع واستغلال تلك الإباحة يخلق نوع من الطبقيّة ومفاضلة حياة شخص على آخر عدا عن فتح باب التبرير من قبل الجراحين للمرضى وإيهامهم بسهولة العملية ، تحت شهوة الانتصار العلمي مستغلين بذلك الفقراء المعدمين والمعوزين لاسيما في حالة احتضار المتنازل.

مقال منشور على الموقع: <http://www.eyeslaw.net/vb/showthread.php?t=33967>

⁵⁷ / د . حمدي عبد الرحمن ، فكرة الحق ، دار الفكر العربي ، القاهرة 1979 ص 48 .

⁵⁸ / د . حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 48 .

⁵⁹ / سورة البقرة من الآية 195 .

⁶⁰ / سورة النساء من الآية 29 .

⁶¹ / د. أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الخطر والإباحة ، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 1982، ص 68.

⁶² / د . أحمد سلامة ، المرجع السابق ص 179 .

⁶³ / د . أسامة السيد عبد السميع ، المرجع السابق ، ص 155 .

⁶⁴ / القرافي أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، الفروق، الجزء الثالث، دار المعرفة ، بيروت، 1344 هـ ، ص 191.

⁶⁵ / المدة الزمنية التي يبقى فيها العضو بعد استقطاعه ووضعها في محلول مثلج في درجة حرارة منخفضة وتبقى الكلى لمدة 72 ساعة مجمدة في درجة حرارة 4 مئوية ويمكن الاحتفاظ بالقلب لمدة أربع ساعات ويحتفظ بالكبد لمدة 8 ساعات والبنكرياس لمدة 72 ساعة . (منشور على الموقع: <http://www.givelife.net/transplant>)

أثر حق الرد و التصحيح على الصحافة المكتوبة

الطيب بلواضح

أستاذ مساعد - كلية الحقوق

جامعة المسيلة

مقدمة:

حرية الرأي و التعبير هي من الدعامات الأساسية التي تقوم عليها الأنظمة الديمقراطية الحديثة، و تنشدها المواثيق العالمية و الإقليمية و الداخلية على حد سواء، و تعد المدخل الأساسي لممارسة الحريات الأخرى كحرية الإعلام و النشر... و التي تعتبر وسائل تتيح للفرد الإفصاح عن رأيه و التعبير عنه علنا، و قد يتضمن هذا الإعلان مساسا بشرف و اعتبار الأفراد و الهيآت التي يصبغها القانون بالحماية القانونية. و حرية الصحافة ليست امتيازاً للصحفيين وحدهم، ولكنها أداة و وسيلة لجميع فئات المجتمع وقواه للدفاع عن حقوقها، و حمايتها من أي اعتداء عليها... و هي بذلك ترصد الأخطاء و تقوم بكشفها و تعريتها و تقديمها للناس كي يعرفوا الحقيقة في مجال نقدي.

و حرية الصحفي في نشر الأخبار ليس على حدود الإطلاق، و إنما هذه الحرية تتقيد بعدم الإضرار بالغير من جراء هذا النشر، و هذا التقيد قد يكون سابقا بمنع النشر، و قد يكون لاحقا على النشر و ذلك بتقرير حق كل شخص في الرد و التصحيح على ما تنشره الصحف و يكون متصلا به و قد يرتب المسؤولية القانونية. و حق الرد و التصحيح يؤكد الوظيفة الإعلامية للصحافة من خلال تدارك الخلل في ما تم نشره من نقص أو تشويه، لكي يتمكن الرأي العام من تحديد موقفه من مجريات الأحداث وهو على علم بحقائق الأمور، كما يدفع الصحفي إلى تحري الدقة في كل ما ينشره، و بذلك يكون أحد الضوابط الإعلامية و القواعد الأخلاقية.

فما هو هذا الحق الذي نصت عليه قوانين الشريعة الدولية و نص عليه المشرع الجزائري في قانون الإعلام، وكيف يكون أحد الضوابط للممارسة الإعلامية، و كيف يكون حق الرد و التصحيح قسطا وسطا حقا للفرد من جانب و واجبا على الإعلام من جانب آخر؟

و ما هي تداعياته على الصحافة المكتوبة؟ و عليه نتطرق في هذا المقال لماهية حق الرد و التصحيح و نظرة التشريع الدولي و الداخلي له أولاً، و أثره على الصحافة المكتوبة ثانياً.

أولاً: ماهية حق الرد و التصحيح و نظرة التشريع الدولي و الداخلي له

قبل أن نتناول حق الرد و التصحيح من منظور القانون الدولي و التشريع الداخلي، يجب أن ندرك حق الرد و التصحيح و ممارسيه ثم نبحت في التفرقة و التمييز بينهما على النحو التالي:

أ- ماهية حق الرد و التصحيح و التمييز بينهما

نتناول حق الرد و التصحيح و من هم الأشخاص المنوط لهم ممارسته، كما نتطرق لجانب أساسي و مهم و هو التفرقة ما بين حق الرد و حق التصحيح و الذي كثير من الفقه و التشريع يخلط فيما بين الحقين.

1- مفهوم حق الرد و التصحيح

لقد أصبح تصويب المعلومات حقاً من حقوق الفرد و المجتمع في أن واحد في الوقوف على الحقائق بل دعامة تقوى و تكمل الحرية الفردية و ضماناً لحرية الصحافة ذاتها التي لا تقوى إلا باحترام حريات الآخرين.

ويقع في كثير من الحالات أن تنشر الصحف بقصد أو بدونها، بعض الأنباء غير الصحيحة حول تصرفات أحد رجال السلطة مثلاً أو تصرفات شخص عادي، ويكتسي هذا النشر صفة جنحة حالة تضمنه قذفاً، وآنذاك تطبق عليه المقتضيات المترتبة على الجرح المرتكبة بواسطة الصحافة، ولكن هذا النبأ الكاذب قد لا يكتسي صفة الجنحة، و من تم لا يكون من المعقول أن يبقى هذا الخطأ عالقاً بأذهان القراء.

1.1- تعريف حق الرد و مجاله

تعددت الآراء بصدد إيجاد تعريف لحق الرد فمنهم من عرفه على أنه تعتبر من الحقوق الأساسية للشخصية بمقتضاه يتمكن الشخص المضروب دون سواه في إعلام الجمهور بالحقيقة التي لم يظهرها النشر، فكل شخص يختصم في جريدة أو دورية من حقه المساواة أمام قراء هذه الجريدة أو الدورية بإعطائه الحق في عرض حججه و وجهة نظره⁽¹⁾، و حق الرد يؤكد الوظيفة الإعلامية للصحافة من خلال تدارك الخلل في ما تم نشره من نقص أو تشويه، لكي يتمكن الرأي العام من تحديد موقفه من مجريات الأحداث وهو على علم بحقائق الأمور، كما يدفع الصحفي إلى تحري الدقة في كل ما ينشره⁽²⁾.

و يذهب رأي آخر إلى القول بأن حق الرد هو حق الشخص في توضيح أو مواجهة ما قد ينشر في الصحف و يكون ماسا به سواء بصورة صريحة أو ضمنية⁽³⁾، و هو الإمكانية التي تمنح بواسطة القانون لكل شخص متضرر من جريدة دورية لتقديم نظرته في تلك القضية ويكون في نفس الجريدة⁽⁴⁾.

و أخيرا ذهب رأي ثالث إلى القول بأن لحق الرد مفهومين أحدهما نسبي و الثاني مطلق، و يقصد بحق الرد وفقا للمفهوم النسبي هو الذي يسمح للأفراد بالدفاع ضد هجومات الصحافة، و تصحح الأخطاء المادية في الأخبار التي تتعلق بهم.

أما المفهوم المطلق لحق الرد فإنه حق كل شخص تحدثت عنه الصحف الدورية في ممارسة حق الرد بصرف النظر عن مصلحته في ذلك⁽⁵⁾.

و هو " حق كل شخص في التعليق بذات الصحيفة على ما نشر فيها صراحة أو ضمنا متصلا بشخصه أو بعمله و ذلك في إطار الشروط التي قررها القانون " ⁽⁶⁾.

و يذهب جانب من الفقه إلى أن الرد يجب أن يشمل التصحيح، و نعني بذلك أن يتسع الرد ليشمل تصحيح المعلومات و البيانات الخاطئة أي هو عبارة عن رد مراد به تصحيح معلومة ما، و يجب أن يكون الرد متضمنا للحقيقة⁽⁷⁾. و يعرف حق الرد على أنه الإمكانية الممنوحة من طرف القانون لكل فرد متهم في وسيلة اتصال مطبوعة⁽⁸⁾، بأن يبدي وجهة نظره في هذا الاتهام في نفس الصحيفة أو الدورية⁽⁹⁾.

و نحن نرى بأن " حق الرد هو ذلك الحق الذي قرره القانون لمن مسه النشر الصحفي بأي ضرر في أن يعلم الجمهور في ذات الصحيفة بالحقيقة التي لم تظهر مدعما ذلك بالحجج و البراهين ".

هذا و ينسحب حق الرد في عديد مجالات الصحافة و التي أهمها الصحافة المكتوبة و المرئية و المسموعة نتناولها كما يلي.

1.1.1- حق الرد في الصحافة المكتوبة

إن القانون الفرنسي هو أول من أقر حق الرد عبر الصحافة المكتوبة لذلك يبقى خاصية من خاصيات التشريع الفرنسي، ففي عام 1796 أحدث النائب جاك أونونوني دولور Jacques, Antoine DULAURE (1755 – 1835) عن مقاطعة Puy-de-Dôme في فرنسا حركة فريدة من نوعها في مجلس الخمسمائة⁽¹⁰⁾، حيث أثناء المناقشة حول قانون حرية الصحافة اقترح كإجراء إضافي إجبار الصحفي الذي مس بسمعة شخص ما أن يدرج رد هذا

الأخير، لكن العقوبات المقترحة من طرف دولور ضد الصحف التي ترفض نشر الردود قوبلت بالرفض من طرف النواب الذين اعتبروها جد قاسية (11).

إن حق الرد في الصحافة المكتوبة الوارد في المادة 13 من قانون 29 جويلية 1881 الصادر في فرنسا منذ قانون 22 مارس 1822 و منذ ذلك الوقت يحرص العرف على الحفاظ على طبيعته العامة و القطعية، في هذا المعنى الظروف المتطلبة تطبيقه تتوافر فقط عند وجود إشارة، إنه إذن العنوان المقترح من طرف النائب البرلماني Cunéo d'Ornano عام 1881 الذي اقترح استبدال لفظ رد باللفظ تصحيح أثناء المناقشة البرلمانية هذه الأخيرة رأت بأن اللفظ الأول يسوده عدم الدقة (12).

2.1.1- حق الرد في السمي البصري

إذا كان للإعلامي حرية العرض و التعليق على الأحداث، فإن للمستمع و المشاهد الحق في إيضاح حقيقة ما تم إذاعته متعلقا به، و لاشك أن الحق في الرد بهذه المثابة يعد قيذا مهما على عمل الإعلامي، إذ إنه يتعين عليه أن يحرص على مزيد من الدقة و الحرص عند إذاعة أي أخبار أو معلومات. و يكون الرد بإيضاح حقيقة ما تم إذاعته إما بتكذيبه أو بإذاعة حقيقة الوقائع التي أحاطت بما تم إذاعته أو بإضافة بيانات أخرى أو بطلب حذف بعض الأخبار و البيانات. و حق الرد مقرر للناس كافة بلا تمييز، فلا يجوز حرمان أي شخص من ممارسته بسبب اتجاهه السياسي أو عقيدته الدينية أو جنسيته.

و لا يشترط أن تكون للإشارة إلى الشخص باسمه أو مهنته، بل يكفي مجرد الإشارة إلى اللقب الذي يحمله الشخص أو الإسم المستعار. و يشمل حق الرد كافة صور التعبير المستخدمة في وسائل الإتصال السمعية و البصرية، سواء كانت قولاً أو كتابة أو رسماً أو صورة أو كاريكاتيراً. و من خصائص الرد أنه حق مستقل عن الحق في المطالبة بالتعويض أمام القضاء المدني إذا توافرت شروطه ، فيجوز للفرد أن يجمع بين الحقين معا.

و يجدر ملاحظة أن حق الرد لا يقتصر على الأفراد و الجماعات فحسب بل يشمل حق الدولة في إيضاح حقيقة ما تم إذاعته عنها إما بتكذيبه أو بإذاعة حقيقة الوقائع التي أحاطت بما تم إذاعته أو بإضافة بيانات أخرى أو بطلب حذف بعض الأخبار و البيانات. و يشترط في حق الرد ألا يتضمن قذف أو سبا للإعلامي أو غيره، و لا يشترط لثبوت الحق في الرد للشخص أن يكون أصابه ضرر من إذاعة تلك الأخبار أو المعلومات عنه، بل إن الحق في الرد ثابت للأفراد سواء كانوا قد أضراروا أم لا (13).

و قد لاحظنا أن حق الرد يجد نطاق تطبيقه في حقل الإعلام المكتوب و المسموع و المرئي و كذا في الأنترنت، غير أننا نرى أن هذا الحق يتسع - نظرا للتطور التكنولوجي الهائل في وسائل الإعلام الحديثة- ليجد مجالا فيما ينشر في الصحف سواء كان النشر تقليديا أو إلكترونيا عبر الأنترنت، إذ أنه لا وجه للتمييز بين وسائل علانية الصحف فلا فرق بين العرض تحت أنظار الجمهور في مكان عام و العرض بدون تمييز على الأنترنت طالما أن طبيعة المطبوعة و شكل الكتابة و نوع المادة الصحفية لها مقومات الجريدة التي تصدر بصفة دورية.

و الواقع أن المشرع الجزائري لم يتناول في قانون الإعلام 90-07 ممارسة حق الرد في الأنترنت، لذلك لم نجد نصا ينظم هذا الحق في وسائل الإتصال الحديثة و هذا ما يجعلنا نهيب بالمشرع الجزائري أن يتدارك هذا النقص و يستحدث نصوصا مواكبة لما هو حاصل على المستوى الدولي.

2.1- مفهوم حق التصحيح⁽¹⁴⁾

هو حق ذي الشأن في تصويب واقعة أو بيان أو معلومة أو رقم أو تصريح منسوب إليه أو متعلق به، و منشور بإحدى الصحف أو المجالات⁽¹⁵⁾.

حق التصحيح - أحيانا يختلط من حيث المفهوم بحق الرد - يعتبر حقا للفرد الذي أسيء إلى سمعته من طرف الصحافة لتصحيح ما نشر عنه. حق التصحيح يعالج فورا الإضرار بسمعة أي شخص كان قد تأثر سلبيا بأخبار أو تصريحات غير صحيحة أو مبالغ فيها من طرف أي وسيلة إعلامية . كما يساهم حق التصحيح في التنمية الإجتماعية لأنه يعطي لأي شخص في المجتمع الاستفادة من المعلومة المصححة، و بالتالي فإن توافر علاج من هذا القبيل هو أكثر فعالية لخدمة اهتمامات الأشخاص الذين تضرروا من وسائل الإعلام⁽¹⁶⁾.

و الأصل في حق التصحيح هو حق الشخص في فحص المعلومات التي تمتلكها منظمة ما عنه، و التصدي لدقة تلك المعلومات التي نشرت. و بموجب هذا الحق تغير المعلومات غير الصحيحة أو غير الدقيقة، أو غير الكاملة، أو غير المناسبة، أو غير ذات صلة بذلك الشخص.

و حق التصحيح من شأنه أن يخلق توازنا في نشر المعلومات، و يعتبر حجر الأساس لتشكيل الرأي العام. إن التشكيل غير المقيد للرأي العام يعتمد أساسا على المعلومة الصحيحة، و هو بذلك ضروري و لا غنى عنه لخلق مجتمع ديمقراطي حيوي.

و يعرف حق التصحيح بأنه هو عبارة عن الحق الذي يقرره القانون للقائم بأعمال السلطة العامة لتصحيح الموضوعات التي سبق نشرها بالصحيفة و تتعلق بأعمال وظيفته ، في أن يرسل هذه التصحيحات إلى مدير النشر (في القانون الفرنسي) أو رئيس التحرير (في القانون المصري) (17). و يقابل حق التصحيح الذي يقرره قانون الصحافة الفرنسي 1881 حق نشر البلاغات الرسمية الذي يقرره القانون المصري، إلا أنه أوسع نطاقاً، لأن قانون المطبوعات المصري يجيز للحكومة أن تنشر في الصحف بلاغات رسمية و لو لم يكن لها علاقة بموضوع سبق نشره بالجريدة (18).

2- صاحب الحق في الرد

السؤال الذي يطرح من يملك ممارسة حق الرد و التصحيح ؟ نقول حقيقة أنه ينشأ هذا الحق لكل من أشارت إليه الجريدة أو الصحيفة أو المطبوعة صراحة أو ضمناً للشخص الطبيعي بغض النظر عن صفته و سواء في ذلك أن يكون موظفاً أو عاملاً أو عاطلاً و بغض النظر عن جنسه أو لونه أو دينه، فهذه الأمور ليست محل اعتبار لقيام هذا الحق (19). و الذين يناط لهم ممارسة هذا الحق بالتالي هم الشخص الطبيعي و كذا فاقد الأهلية ، و الورثة ، كما يناط للشخص الاعتباري من خلال ممثله القانوني هذا بالإضافة للجريدة و الصحفي و كذا الموظف العام إن أراد الرد باعتباره شخصاً عادياً أو التصحيح باعتباره ممثلاً للسلطة العامة.

3- التمييز بين حق الرد و حق التصحيح

إن أغلب المتخصصين في التشريعات الإعلامية لا يفرقون بين مفهومي الرد و التصحيح، بل تعرضوا لهذين المفهومين باعتبارهما مفهوماً واحداً لذا يجب أن نتوقف هنا لنبحث في الفرق بين حق الرد و حق التصحيح.

" أنه قد يكون الخبر المنشور مفتقراً كله أو بعضه إلى الصحة، فيوصف الرد في هذه الحالة بأنه تصحيح، و قد يكون محتاجاً إلى توضيح أو إضافة أو متضمناً لرأي ، فيكون من حق من تعرض له هذا النشر أن يرد عليه ، فحق الرد أوسع نطاقاً من حق التصحيح (20) " فحق الرد و التصحيح يقرر إذا نشرت الصحف موضوعات تمس بعض الأشخاص، جاز لهؤلاء طلب إيضاح وجهة نظرهم فيما نشر. و يطلق على هذا الإيضاح حق الرد إذا كان صادراً من فرد أو جهة خاصة، تمييزاً له عن حق التصحيح الذي ينصرف إلى ما ترسله السلطة العامة من بلاغات لبيان حقيقة بعض تصرفاتها (21).

و هذه التفرقة هي في بعض القوانين كالقانون الفرنسي⁽²²⁾، و هناك قوانين أخرى لا تعترف بمثل هذه التفرقة¹ بل تعتبر كلا الحقين هو حق واحد. بحيث يصبح تعريف حق الرد و التصحيح بأنه الإمكانية التي يمنحها القانون للشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يرد اسمه في دورية معينة ضمن تحقيق أو تعليق أو خبر بأن يعقب على هذا التحقيق أو التعليق أو الخبر، و بأن يبدي وجهة نظره الخاصة في هذا المجال ... و هو يوازي حق النشر و يحد من إساءة استعماله بشكل فعال⁽²³⁾. و غالبا ما يتم التفريق بين حق الرد و حق التصحيح على أن الأول يتضمن نشر الوسيلة الإعلامية لتصريح مقدم من طرف الشخص المتضرر، بينما يتطلب حق التصحيح من الوسيلة الإعلامية أن تنشر بيانا مصححة فيه تصريحا لها كان قد سبق⁽²⁴⁾. هذا و قد أحسن المشرع الجزائري في قوانين الإعلام المتتابعة عندما فرق بين حق الرد المكفول للأشخاص و حق التصحيح المنوط لممثل السلطة العامة، حسب المواد 9، 44، 45، من قانون الإعلام رقم 90-07 الساري العمل به الآن و كذلك المواد 74، 79 من قانون الإعلام رقم 82-01.

ب- حق الرد و التصحيح من منظور القانون الدولي و القانون الداخلي

إن حق الرد و التصحيح لم يقتصر على التشريعات الداخلية بل أصبح ذو نطاق دولي لما له من أهمية كبرى، لذا سنتناول حق الرد و التصحيح من منظور القانون الدولي، ثم من منظور القانون الداخلي كما يلي:

1- حق الرد و التصحيح من منظور القانون الدولي

حق الرد و التصحيح كان مركز اهتمام القانون الدولي لمدة 80 سنة، حق الرد العالمي اقترح عام 1929 عندما وافق المؤتمر الدولي التشريعي للإذاعة على تمديد حق الرد للثلاثيوني، و الذي كان قد اعترف به من طرف عدة قوانين وطنية⁽²⁵⁾، عامين من بعد أوصت عصبة الأمم بحق الرد نيابة عن أي دولة تعترض على التقارير الإخبارية غير الصحيحة أو المراد بها زعزعة العلاقات الدولية⁽²⁶⁾. و في عام 1934 قدم الإتحاد الدولي للصحفيين اقتراح مماثل⁽²⁷⁾.

و نظرا لوضوح هذا الحق و أهميته بالنسبة للفرد، و ارتباطه بحق الدفاع و هو حق مقدس تستلزمه العدالة، فقد أكدته المواثيق الدولية و القوانين الصحفية على حد سواء. فقد نص ميثاق الشرف الصحفي الدولي الصادر عن الأمم المتحدة عام 1952 على أن لكل من تمسه تهمة في أخلاقه أو سمعته الحق في تيسير الرد على هذه التهمة التي ترد في الأنباء أو

التعليقات. كما نص ميثاق شرف الفيدرالية الدولية للصحفيين الذي يتم اعتماده كمعيار للأداء المهني للصحفيين⁽²⁸⁾، على أنه قبلي على عاتق الصحفي بذل أقصى طاقة لتصحيح و تعديل معلومات نشرت و وجد بأنها غير دقيقة على نحو مسيء.

و قد نص ميثاق العمل الصحفي العربي الصادر عن اتحاد الصحفيين العرب المنعقد في بغداد عام 1972 على أن رسالة الصحافة تقتضي الموضوعية و التأكد من صحة المعلومات قبل النشر، كما يلتزم الصحفيون بالحصول على المعلومات و الحقائق بالطرق المشروعة، و يلتزمون بتصحيح ما سبق نشره إذا تبين خطأ المعلومات المنشورة⁽²⁹⁾.

1.1- حق الرد و التصحيح في الأمم المتحدة

لجعل حق الرد حقا عالميا لعبت هيئة الأمم المتحدة دورا هاما - و لكنه نادرا ما لوحظ - منذ تأسيسها عام 1945 ، في عام 1949 تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة مسودة اتفاقية - اتفاقية نقل الأنباء الدولية و حق التصحيح. و كان أهم ما جاء في هذه الإتفاقية خاصا بهذا الحق، تمكين الحكومة التي تداع عنها رسالة إخبارية من شأنها أن تسيء على علاقاتها بدول أخرى أو إلى مركزها القومي و هيبته، أن تصدر بلاغا دوليا تصحح فيه الواقعة موضع الخبر المشكو منه، على أن لا يحتوي هذا البلاغ على أي تعليق أو إبداء للرأي من جانبها. و يتحتم على الدولة التي أذيعت الرسالة فيها أن تقوم خلال مدة لا تتجاوز خمسة أيام من تاريخ استلامها للبلاغ بإذاعته على المراسلين و وكالات الأنباء فيها بكل الطرق المعتادة لإذاعة الأخبار الدولية.

فإذا رفضت إحدى الدول المتعاقدة إذاعة البلاغ جاز للدولة الشاكية معاملتها بالمثل كما أن لها أن تحول هذا البلاغ إلى السكرتير العام للأمم المتحدة لإذاعته خلال عشرة أيام من استلامه و ذلك عن طريق وسائل الإعلام التي تحت تصرفه⁽³⁰⁾.

في الوقت الذي تحافظ فيه هذه الإتفاقية على حرية تبادل الأنباء عليها أن تحترم سيادة كل دولة و حقها في المحافظة على سلامتها، كما أن خضوع هذه أحكام هذه الاتفاقية لقضاء محكمة العدل الدولية من شأنه أن يزيد الثقة في احترام الدول جميعا لها⁽³¹⁾.

2.1- حق الرد و التصحيح في الإتفاقيات الدولية

في إطار العمل على احترام حقوق الإنسان الأساسية و منها حرية الرأي و التعبير فقد استطاعت المجموعة الدولية أن تعمل على ضمانها من خلال مشاركة الجماهير انطلاقا من النص على حق الرد و التصحيح، و في إطار مساهمة وسائل الإعلام في صون السلم و

الأمن و العمل على توثيق عرى التعاون بين الأمم فقد نصت المادة الخامسة من الإعلان الذي أصدره المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية و العلوم و الثقافة بشأن المبادئ الأساسية الخاصة بإسهام وسائل الإعلام في دعم السلام و التفاهم الدولي، و تعزيز حقوق الإنسان، و مكافحة العنصرية و الفصل العنصري و التحريض على الحرب، و التي جاء فيها على أنه من الضروري لكي تحترم حرية الرأي و التعبير و الإعلام، و لكي يعكس الإعلام كل وجهات النظر، نشر وجهات نظر أولئك الذين يرون أن المعلومات التي نشرت أو أذيعت على الملأ بشأنهم قد ألحقت ضررا جسيما بالنشاط الذي يضطلعون به في سبيل دعم السلام و التفاهم الدولي و تعزيز حقوق الإنسان أو في سبيل مكافحة العنصرية و الفصل العنصري و التحريض على الحرب (32).

1.2.1- في الإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان

نصت المادة 14 من الإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان² أي شخص تضرر من معلومات غير دقيقة أو بيانات أو أفكار مسيئة بثت للجمهور بصفة عامة من طرف وسيلة إعلامية، له الحق في الرد أو إجراء تصحيح باستخدام نفس الوسيلة الإعلامية وفقا للقانون. أما المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان أقرت بأن حق الرد و إجراء التصحيح هو حق واجب النفاذ بموجب الإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، و تلزم الدول الأطراف على اتخاذ تدابير تشريعية أو تدابير أخرى قد ضرورية لتفعيل هذا الحق (33).

2.2.1- في الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان

إن الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لا تشير لحق الرد بشكل صريح و مع ذلك نجده ضمنيا في المادة 10 من الإتفاقية التي تمنح لكل إنسان الحق في حرية التعبير³. كما قررت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن هناك ظروف استثنائية أين تجد الصحافة نفسها ملزمة بنشر التراجع في الرأي، الإعتذار أو إصدار حكم في جريمة نشر (34).

و ترى أنه بإمكان الدولة أن تساعد الفرد في أن يمارس حقه في التعبير في وسائل الإعلام، و بالمقابل أكدت المحكمة (35)، بأن المنع من الوصول إلى وسائل الإعلام ليس بأي حال من الأحوال تدخلا اعتباطيا من طرف الدولة في حرية الفرد في التعبير عن رأيه، كون أن هذا التدخل ضرورة لحماية المصلحة العامة، و أن أي فرد بإمكانه أن يعترض على هذا المنع بالوسائل القانونية أمام السلطات المحلية المختصة.

2- حق الرد و التصحيح من منظور القانون الداخلي

إن حق الرد و التصحيح قد ارتقى إلى مصاف المبادئ الدستورية و بلغ اهتمام الدول بتقرير هذا الحق إلى درجة أنها نصت عليه في دساتيرها و كذا ضمن قوانينها الداخلية كما فعل المشرع الجزائري في قوانين الإعلام المتتابعة .

1.2- حق الرد و التصحيح كمبدأ دستوري

إن الباحث و المتخصص في القوانين الأساسية لبعض الدول يصل إلى أن حق الرد و التصحيح في بعض الدول يعتبر حقا دستوريا، فمن جهة يبدو منفصلا عن حرية التعبير و حرية الصحافة لكن من جهة أخرى يعتبر معادلا لهما. و الباحث في القوانين الأساسية لهذه الدول يرى أن منها من نصت على هذا الحق في دستورها كالدستور اليوغسلافي الصادر في 7 أبريل سنة 1963⁽³⁶⁾، و دستور تركيا الصادر في 07 نوفمبر 1982 في المادة 28 منه.

و قد نص الدستور اليوناني على حق الرد و التصحيح و ذلك في المادة 14 الفقرة 5 حيث يمنح حق الرد لكل شخص نشرت أو بثت عنه معلومات غير صحيحة أو غير دقيقة، و كل شخص أسيء إليه بالشتم أو القذف من طرف نشرية أو وسيلة سمعية بصرية، و هذه الأخيرة ملزمة على توفير تراجع كامل و فوري عما تم نشره أو بثه، و حق الرد مضمون و الطريقة التي يمارس بها يحددها القانون⁽³⁷⁾.

غير أن الدستور الجزائري لم يرتق بحق الرد و التصحيح إلى مصاف المبادئ الدستورية على غرار دساتير الدول السابقة الذكر مما يجعلنا نوجه عنايتنا بالنص على حق الرد و التصحيح في تعديلات الدستور اللاحقة و ذلك لأهميته في المسار الديمقراطي الفعال.

2.2- حق الرد و التصحيح في التشريع الجزائري

اهتم المشرع الجزائري بحق الرد و التصحيح في الممارسة الإعلامية و نص عليه في الفصل الثالث من الباب الرابع من أول قانون للإعلام بعد الإستقلال (قانون الإعلام رقم 82-01 الصادر في 06-02-1982) بغية تنظيم مهنة الصحافة في المواد 74 إلى 84. و قد فرق المشرع بين حق التصحيح الممنوح لممثلي السلطة العامة⁽³⁸⁾، و حق الرد المكفول للأشخاص الطبيعيين و الاعتباريين⁽³⁹⁾.

و قد عملت الجزائر على تكريس حرية الصحافة و إعطائها بعدها العميق، لاسيما بعد التحولات التي طرأت على نظامها السياسي و الإقتصادي، و ما اشتمل ذلك على مسابرة هذه

التحولات للحقوق المرتبطة بالإنسان، فالتعديل الدستوري الصادر في 28 نوفمبر 1996 نص على حرية الإعلام و أعطاهما الإطار القانوني، و قد وردت في الباب الأول الفصل الرابع بعنوان الحقوق و الحريات، و نصت المادة 36 من هذا الدستور على: " لا مساس بحرمة حرية المعتقد، و حرمة حرية الرأي"، و قد نص التعديل الدستوري لعام 1996 على أن حريات التعبير، و إنشاء الجمعيات، و الإجتماع، مضمونة للمواطن" (40).

و مع ضمان التعديل الدستوري لسنة 1996 حرية الرأي و التعبير أضاف حرية الإبتكار الفكري و الفني و العلمي، و أضاف كذلك منع و حجز أي مطبوع أو أية وسيلة أخرى من وسائل الإعلام إلا بمقتضى أمر قضائي (41)، كما أورد مواداً ذات صلة بهذه الحرية لا سيما المواد 32.35.39 .

و لقد كرس هذا الحق القانون رقم 90-07 المؤرخ في 03 أبريل 1990 المتعلق بالإعلام، و الذي ينص في مادته الثانية على أن: " الحق في الإعلام يجسده حق المواطن في الإطلاع بكيفية كاملة و موضوعية، على الوقائع و الآراء التي تهتم المجتمع على الصعيدين الوطني و الدولي و حق مشاركته في الإعلام بممارسة الحريات الأساسية في التفكير و الرأي و التعبير".

فالمشرع الجزائري قد نص على ممارسة حق الرد و التصحيح، في قانون الإعلام رقم 90-07 المؤرخ في 03 أبريل 1990 في الباب الرابع منه ، و مكن كل فرد أن يمارسه، فيمكن لكل شخص نشر عنه خبر يتضمن وقائع غير صحيحة أو مزاعم مسيئة من شأنها أن تلحق ضرراً معنوياً أو مادياً أن يستعمل حق الرد (42). و وفقاً لقانون الإعلام السالف الذكر فإن ممارسة حق الرد و التصحيح مكفول لكل شخص طبيعي أو معنوي طالما أصابه ضرر من النشر، بل أجاز لهم حق الرد إذا كان المقال يظهر فيه مساس بالقيم الوطنية (43).

هذا و المشرع الجزائري في قانون الإعلام قد أوجب على الصحفي أثناء ممارسة مهنته على أن يقوم بـ" تصحيح أي خبر يتبين أنه غير صحيح " (44). في حين أنه لم ينص على الجزاء في حال الإخلال بهذا الواجب ، أي في حالة عدم الإمتثال لطلب التصحيح من طرف الأفراد، لذا نهيب بالمشرع الجزائري تدارك هذا النقص، كما أننا نلاحظ من صيغة الوجوب المنصوص عليها في المادة 51 من قانون الإعلام بالنسبة لمواعيد نشر الرد فهل نعتبر الإخلال بصيغة الوجوب تشكل جريمة معاقبة عليها؟ الواقع المشرع الجزائري لم

ينص على جريمة الإمتناع عن نشر الرد ولتصحيح بخلاف الم - شرع الفرنسي و
المصري (45).

ثانيا: أثر حق الرد و التصحيح على الصحافة المكتوبة

في عام 1947 في الولايات المتحدة الأمريكية تم اقتراح أنه بإمكان الأمريكيين أن يتعلموا من التجارب الأجنبية فيما يخص حق الرد لإيجاد طريقة أكثر تحضرا لحل مشاكل النشر الصحفي (46). و في القرن 19 استطاع القانون الأوروبي أن يحدث القطيعة مع الماضي الشيء الذي جعل شافي و هو عضو اللجنة الأمريكية لحرية الصحافة أن يولي أهمية لهذا الحق في أوروبا و ما أظهره من قدر كبير من البراعة في إيجاد علاجات جديدة لمواجهة مساوئ العصر بما في ذلك الإدعاءات الكاذبة في الصحافة (47).

و في وقت سابق استنتج روتنبورغ (48)، بأن الولايات المتحدة قد استفادت حقا من تبنيها للتجربة الأوروبية فيما يتعلق بحق الرد و التصحيح، و أعلن بأن عدد لا حصر له من الأخطاء تم تصحيحها بفضل الردود و التصحيحات، و أن كثيرا من الدعاوى القضائية ضد وسائل الإعلام تم تفاديها، لأن عددا كبيرا منها أصبح بالإمكان تسويته باستعمال الرد و التصحيح دون اللجوء إلى القضاء.

هذا و يمكننا ملاحظة جهود عدة دول ترمي إلى تعزيز حق الرد و المراد من كل ذلك هو إزالة بعض التجاوزات في تطبيقه، و كذلك إضافة بعض التعديلات القانونية التي تكفل حق الدفاع لكل شخص قد أسيء إليه من طرف الصحف (49). و في هذا السياق أوصت اللجنة الأمريكية لحرية الصحافة كعلاج بديل لجرائم النشر في ممارسة حق الرد و التصحيح.

1- أثر حق الرد على الصحافة المكتوبة

بالتطور التكنولوجي لوسائل الإعلام يرى كثير من الفقه بأن حجة الوصول إلى حق الرد لا يكون لها أي معنى ذلك لأن من نتائج هذا التطور هو التدفق الحر للأفكار و المعلومات دون أي قيد. و الواقع أن هذه النظرة المتفائلة للوسط الإعلامي تفتقد لعدة نقاط نعتبرها مهمة و هي:

- المشكلة الإجتماعية الناتجة عن تجزئة و تقسيم المجتمع الناتج عن وسائل تكنولوجيا الإعلام الحديثة (50).

- سيطرة و احتكار عمالقة وسائل الإعلام الحديثة على الوسط الإعلامي و تأثيرهم على صورة المنافسة في السوق الإقتصادية.

- تأثير الإعلام الحديث على فرص الأشخاص في جمع المعلومات و كذا على عاداتهم المكتسبة ، هذه الأخيرة غالبا ما تكون نتيجة للتأثر الواضح بالفئة الأكثر قوة و الأكثر فعالية في وسائل الإعلام الحديثة (51).

- ازدواجية خدمة الوسيلة الإعلامية الواحدة فمن جهة يمكن لها أن تخدم مصالح فئة معينة و تحمي سمعتها، و من جهة ثانية قد تكون منتجة لضرر نتيجة نشرها لمعلومات غير دقيقة.

و نتيجة للتطور السريع لوسائل الإعلام الحديثة و تنوعها من الصحافة المكتوبة، و السمعية البصرية، و الإلكترونية، بات من الضروري إعادة النظر في تنظيمها، و يعتبر النموذج الأوروبي في حرية التعبير قادرا على حماية حق الرد على الأقل في الصحافة المكتوبة و السمعية البصرية بعكس النموذج الأمريكي الذي يعتبر حرية الصحافة بأنها تتمتع بحماية التعديل الأول للدستور. و الواقع أن الولايات المتحدة على غرار انجلترا تعتبر من الدول القليلة التي ليس لها قوانين خاصة بحق الرد و التصحيح (52).

و نحن نهيب بالمشرع الأمريكي ألا يتدرع بالتعديل الأول للدستور دائما و أن يصدر قانونا لحق الرد يكون إختياريا في الممارسة من طرف كل متضرر مما يعطي الموازنة الحقيقية بين كل الأطراف التي قد تكون محل تنازع نتاج الممارسة الإعلامية.

2- أثر حق التصحيح على الصحافة المكتوبة

لا يزال تفسير حق التصحيح يسبب جدلا في المجتمع حيث يعتبر هذا الحق وسيلة فعالة لإرضاء اهتمامات أولئك الذين يعتقدون بأنهم قد تضرروا من طرف وسائل الإعلام، و هو بمثابة بديل للدعوى القضائية المكلفة التي بإمكانها أن تعيق الممارسة المستقلة و تعرقل استقلالية إتخاذ قرارات ناشري الصحف.

علاوة على ذلك يعتبر حق التصحيح أقل تدخلا في حرية النشر من حق الرد هذا من ناحية، و من ناحية أخرى رغم أن حق التصحيح يجب أن يكون أقل تطفلا و أقل قسوة لعلاج السمعة الممسوس بها للقائم بأعمال السلطة العامة، يمكن أن نضيف بأن حق التصحيح يجب أن يكون محصورا فقط لأولئك الذين استطاعوا إثبات بأن المعلومات المنشورة هي خاطئة و أنها قد أحدثت ضررا بحقوقهم القانونية.

و من أهم ما أسفر عنه الجدل بين المؤيدين و المعارضين لحق التصحيح هو أن تصحيح أخبار وسائل الإعلام يمكن أن تتواءم مع حرية الصحافة و حرية التعبير⁽⁵³⁾.

علاوة على ذلك يمكن القول بأن حق التصحيح كأحد الحلول بإمكانه أن يؤثر على حرية الصحافة بطريقة أو بأخرى، خاصة إذا كان يفترق للدعم القانوني، و بالتالي يصبح من الصعب للمتضرر أن يصحح المعلومات غير الدقيقة عندما تعرقه وسائل الإعلام بحجة حرية الصحافة كما هو موجود في الولايات المتحدة الأمريكية. و من الأمور التي تجعل ممارسة حق التصحيح أكثر تعقيدا هو اختلاف طبيعة هذا الحق من دولة لأخرى، لذلك يبقى من المهم التأكيد مما إذا كان حق التصحيح سيعمل كآلية فعالة و ذاتية التنظيم في نشر المعلومات و الأخبار عبر وسائل الإعلام لكي يستفيد منها أكبر قدر من الجمهور انطلاقا من حقه في المعرفة و الإطلاع و الإعلام.

و الواقع أن حق التصحيح يمكن أن يكون سلاحا ذو حدين فهو من جهة وسيلة فعالة لتسوية النزاعات بين ممثلي السلطة العامة و وسائل الإعلام، و من جهة أخرى قد يكون عاملا مثبطا في قانون الصحافة لما يترتب عنه من متابعات قضائية للصحفيين في حالة ثبوت عدم صحة المعلومات المنشورة⁽⁵⁴⁾.

و مع ذلك فعلى وسائل الإعلام تفضيل حق التصحيح حتى تتفادى النتائج المترتبة عن اللجوء للقضاء من إهدار المال من رسوم القضاء و التكاليف ذات الصلة كما أنها تتطوي على إجراءات قانونية قد تستغرق وقتا طويلا، و كذلك من أجل الوصول لأداء الصحافة المكتوبة أداء مميزا ناقدا و مقوما لأعمال القائم بالسلطة العامة.

الخاتمة:

إن للإعلام دور مهم في المجتمع بصورة عامة، و دور إستثنائي في مرحلة التحول الديمقراطي ويتعاضم هذا الدور الاستثنائي إذا انطوى التحول الديمقراطي على عوائق في العمل الصحفي من خلال صدقية النشر و تحري الدقة فيه، هذا من جهة، و الإمتناع عن نشر الرد و التصحيح من طرف الغير من جهة أخرى، و تضاعف هذه العوائق من مسؤوليات الإعلام في مرحلة التحول الديمقراطي، مما ينعكس سلبا على إبراز وظائف الصحافة و التي من أهمها صون نظام الرقابة، و المساهمة في إكتشاف العيوب القائمة و

تحديدها، و ذلك بنشر الآراء و العمل على تقييم الأعمال المختلفة التي تهم المجتمع، و كذا تبين إختلالاتها و الوقوف عند نقاط قصورها.

و على الصحفي أثناء الممارسة الإعلامية أن يأخذ بعين الاعتبار الجوانب الثلاث المترتبة عن ممارسة حق الرد و التصحيح و هي: القاعدة الأخلاقية و المتعلقة بالصحفي نفسه، و الضابط الإعلامي و المتعلق بالوسيلة الإعلامية، و المسؤولية القانونية و المترتبة عن إساءة استعمال حق النشر و التي تهدف لحماية الرأي العام .

فحماية الفرد و الدفاع عن كرامته يجب أن تكون مسؤولية أي تنظيم للصحافة في المستقبل من خلال تعديل قانون الإعلام، و لذلك فإن قانون الإعلام الجزائري الصادر في أفريل 1990 يضع تنظيما لحق الفرد - و إن كان مشوبا بالقصور - في أن يرد على ما ينشر بشأنه في الصحف و المطبوعات الدورية و يلزمها بنشر الرد و التصحيح. و لكن هذا الحق لا يزال باهتا حيث لا تقرر على مخالفته أي عقوبة أو جزاء، بينما حق الرد يعتبر بمثابة الدفاع الشرعي للفرد ضد ما قد ينشر عنه محرفا أو كاذبا، حتى أن بعض الدول قد إرتقت به إلى مستوى الحماية الدستورية.

و المشرع الجزائري في قانون الإعلام قد أوجب على الصحفي أثناء ممارسة مهنته أن يقوم بـ" تصحيح أي خبر يتبين أنه غير صحيح"، في حين أنه لم ينص على الجزاء في حال الإخلال بهذا الواجب، أي في حالة عدم الإمتثال لطلب التصحيح من طرف الأفراد، لذا نهيب بالمشرع الجزائري تدارك هذا النقص.

و الواقع إن فعالية سلطة رقابة المجتمع من خلال آلية الرد و التصحيح قد يساهم بدرجة كبيرة في تضيق حدود الممارسات الإعلامية خاصة وأن أغلب الإعلاميين يتجنبون التصادم مع قيم المجتمع مما يجعل العمل الصحفي يسير في إتجاه تحري الدقة في النشر، و في الوقت نفسه يساهم في بناء نظام ديمقراطي سليم ذو قناة تفاعلية بين الصحفي و الغير مما يجعل مفاصل الدولة و المجتمع مترابطة و متحاكمة.

الهوامش:

¹ - خالد رمضان عبد العال سلطان، المسؤولية الجنائية عن جرائم الصحافة "دراسة مقارنة". الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2002. ص.251.

² - خالد رمضان عبد العال سلطان، المرجع السابق. ص.251.

³- Dumas Roland. Le droit de l'information. 1981. P 586.

⁴ - Biolly (G), Le droit de réponse en matière de la presse. Thèse, Paris, 1963. p.148.

⁵- ibid. P. 23

⁶ - حسين عبد الله قايد ، حرية الصحافة دراسة مقارنة. دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر . 1994 . ص. 522.

⁷ - . يرى أوغست باكو بأن الرد قد يتسع ليشمل تصحيح المعلومات و يطلق عليه في هذه الحالة تسمية " الرد التصحيحي " "La réponse rectificative" . أنظر في ذلك : Auguste Paccaud, Du Régime de la Presse en Europe et aux Etats-Unis. (Lausanne, 1887) . p.114.

⁸ - وسائل الإتصال المطبوعة : تطلق صفة المطبوعة في تعريفات وسائل الإتصال على تلك الوسائل التي تستخدم آلات الطباعة في نقل الرسائل الإتصالية. و تعتمد وسائل الإتصال المطبوعة على كل من حاسة الإبصار بوصفها وسائل بصرية أو مرئية و كذلك تحتاج إلى القدرة على القراءة بوصفها وسائل مقروءة . و قد ارتبط ظهور هذه الوسائل بعدة مظاهر أساسية كانت تميز الفترة التاريخية التي عاصرت ظهورها و انتشارها منها اختراع الحروف المتحركة في الطباعة في القرن 15 على يد يوحنا غوتنبرغ و لكن الذي ساعد على تطورها بشكل سريع هو إنتاج الورق الخام و النسخ المطبوعة و التي ساعدت على إنتاجها بشكل جماهيري لتلبية الإحتياجات للأفراد . أنظر في ذلك : سوزان القليني، وسائل الإعلام النشأة و التطور. دار النهضة العربية. القاهرة، مصر. 2004. ص. 11.

⁹- Auvret Patrick , Les Journalistes statut – responsabilités. 1 édition. Delmas . 1994. p .237

¹⁰ - مجلس الخمسائة هو مجلس تشريعي فرنسي و الذي أسس مع مجلس الشيوخ بموجب دستور السنة الثالثة ، في 23 سبتمبر 1795.

¹¹ - Ignace Rothenberg , "The Right of Reply to Libels in the Press". *Journal of Comparative Legislation and International Law*. 3th Series, Vol. 23. No.1. (1941).P.38.

¹²- Auvret Patrick , op.cit. p.237.

¹³ - عصام إبراهيم خليل إبراهيم - النظام القانوني لحرية الاتصال السمعي و البصري. رسالة دكتوراه. 2007 . ص 129 .

¹⁴ - التصحيح في اللغة من صحح : الصح و الصحة و الصحاح خلاف السقم و ذهاب المرض ، و صحیح : البراءة من كل عيب و ريب ، و صححت الكتاب و الحساب تصحيحا إذا كان سقيما فأصلحت خطأه . لسان العرب للإمام العلامة ابن منظور، طبعة دار إحياء التراث العربي. بيروت. لبنان ج 7 ط 3. 1999. ص. 287.

¹⁵ - محمد كمال القاضي. التشريعات الإعلامية (الضوابط الإعلامية- القواعد الأخلاقية) . المركز الإعلامي للشرق الأوسط . القاهرة . مصر . 2007. ص. 119.

¹⁶- Jae-Jin Lee, "Right of Reply". *The international encyclopedia of communication*. edited by Wolfgang Donsbach.. Blackwell Publishing Ltd. 2008. p .4412.

¹⁷ - خالد رمضان عبد العال سلطان ، المرجع السابق . ص 266.

- 18 - جمال العطيبي ، حرية الصحافة. القاهرة، مصر. 1971. ص.196. و هنا نلاحظ حقيقة الخلط الذي وقع فيه المشرع المصري حيث يستعمل حق الرد في حالة ما إذا طالب الأفراد بالنشر، و كذا نشر البلاغات الرسمية إذا طالبت السلطات العمومية بذلك.
- 19 - حسين عبد الله قايد، المرجع السابق. ص.528.
- 20 - جمال الدين العطيبي، المرجع السابق. ص. 195. أنظر كذلك ليلي عبد المجيد، تشريعات الإعلام. دار العربي للنشر و التوزيع. ط1. القاهرة . مصر . 2001. ص.135.
- 21 - فتحي فكري، دراسة تحليلية لبعض جوانب قانون سلطة الصحافة. دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر. 1987. ص.145.
- 22 - كقانون الصحافة الفرنسي في المادة 12 و 13 منه .
- 23 - كقانون الصحافة البحريني قانون رقم (47) لسنة 2002 المادة 60 منه ، و قانون المطبوعات والنشر في الكويت المؤرخ في 6 مارس 2006 في المادة 17 منه ، و قانون الصحافة المصري قانون رقم 96 لسنة 1996 . في المادة 24 و 25 منه.
- 24 - هندي إحسان ، حق نشر الردود و التصحيحات في قوانين المطبوعات و النشر في دول مجلس التعاون الخليجي لدول الخليج العربية . مجلة التعاون. جدة. 1986 . السنة الأولى. العدد الأول. ص . 75 .
- 25- Kyu Ho Youm , "The Right of Reply and Freedom of the Press: An International and Comparative Perspective" . *The George Washington Law Review* , June 2008 Vol. 76 No. 4. p 1017.
- 26- John B. Whitton, Editorial Comment, *An International Right of Reply*, 44 AM. J. INT'L L. 141, 143 (1950).
- 27- *ibid* . citing *Moral Disarmament: Memorandum from the Polish Government*, League of Nations Doc. C.602.M.240 1931 IX app. 2, at 4 (1931).
- 28- *ibid*. (citing 7 LEAGUE OF NATIONS, SECTION OF INTERNATIONAL BUREAUX, BULLETIN OF INFORMATION ON THE WORK OF INTERNATIONAL ORGANISATIONS 50-51 (1935)).
- 29 - تم تبني هذا الإعلان من قبل المجلس العالمي للفدرالية الدولية للصحفيين عام 1954، و تم تعديله من قبل المجلس عام 1986.
- 30 - ماجد راغب الحلو، حرية الإعلام و القانون. منشأة المعارف ، الإسكندرية، مصر. 2006. ص. 313.
- 31 - المواد 9 ، 10 ، 11 من اتفاقية نقل الأنباء الدولية و حق التصحيح .
- 32 - مختار محمد التهامي، مشروع دستور دولي للصحافة. مستقى من تحديد مهمة الصحافة في المجتمع الدولي الحديث. رسالة دكتوراه، كلية الصحافة، جامعة القاهرة. مصر. نوفمبر 1957. ص. 265.
- 33 - المادة 5 من الإعلان بشأن المبادئ الأساسية الخاصة بإسهام وسائل الإعلام في دعم السلام و التفاهم الدولي، و تعزيز حقوق الإنسان، و مكافحة العنصرية و الفصل العنصري و التحريض على الحرب،

الذي أصدره المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية و العلوم و الثقافة في دورته العشرين يوم 28 نوفمبر 1978.

34 - تمت المصادقة عليها في الملتقى الأمريكي الخاص بحقوق الإنسان ، بسان خوزي بكوستاريكا في 22 نوفمبر 1969.

35- Enforceability of the Right to Reply or Correction, Advisory Opinion OC-7/85, Inter- Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 7, at 9 (Aug. 29, 1986).

و من خلال التدابير الأخرى الضرورية لتفعيل حق الرد و التصحيح فقد أصدرت جمعية رؤساء تحرير الصحف الأمريكية بيانا في اجتماع بتاريخ 23 أكتوبر 1975 يتضمن مبادئ أخلاقيات الصحافة و ينص في مادته الرابعة على وجوب تصحيح الأخطاء ، و في مادته السادسة على إعطاء الأشخاص - الذين يتم اتهامهم علنا- حق الرد.

36 - المادة 10 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تنص على :

1- لكل إنسان الحق في حرية التعبير. هذا الحق يشمل حرية اعتناق الآراء وتلقى وتقديم المعلومات والأفكار دون تدخل من السلطة العامة، وبصرف النظر عن الحدود الدولية. وذلك دون إخلال بحق الدولة في تطلب الترخيص بنشاط مؤسسات الإذاعة والتلفزيون والسينما.

2- هذه الحريات تتضمن واجبات ومسؤوليات. لذا يجوز إخضاعها لشكليات إجرائية، وشروط، وقيود، وعقوبات محددة في القانون حسبما تقتضيه الضرورة في مجتمع ديمقراطي، لصالح الأمن القومي، وسلامة الأراضي، وأمن الجماهير وحفظ النظام ومنع الجريمة، وحماية الصحة والآداب، و من أجل حماية حقوق و سمعة الآخرين، ومنع إفشاء الأسرار، أو تدعيم السلطة وحياد القضاء.

37- Melnychuk v. Ukraine, App. No. 28743/03, Eur. Ct. H.R., (July 5, 2005). p.7 .

38- ibid.

39 - الدستور اليوغوسلافي الصادر في 7 أبريل 1963 ، المادة 6/40.

40 - دستور اليونان (التعديل السابع الصادر في 6 أبريل 2001) ، المادة 5/14 : كل شخص تمت الإساءة إليه بواسطة منشور أو بث إذاعي يتضمن معلومات غير دقيقة له الحق في الرد ، ووسيلة الإعلام ملزمة على التراجع الفوري و الكامل . كل شخص أسيء إليه بالشتم أو القذف من طرف نشرية أو وسيلة سمعية بصرية ، له الحق في مطالبة الوسيلة الإعلامية بإدراج تراجع كامل و فوري عما تم نشره أو بثه القانون يحدد الطريقة التي يمارس بها حق الرد و التراجع الكامل و الفوري و كذا نشر و نقل الرد .

41 - أنظر المادة 74 من ق.إ رقم 82-01 المؤرخ في 6 فيفري 1982.

42 - أنظر المادة 79 من ق.إ رقم 82-01 المؤرخ في 6 فيفري 1982.

43 - المادة 41 من التعديل الدستوري الصادر في 28 نوفمبر 1996.

44 - المادة 38 من التعديل الدستوري الصادر في 28 نوفمبر 1996.

45 - المادة 45 من قانون الإعلام رقم 90-07 المؤرخ في 03 أبريل 1990.

46 - المادة 46 من قانون الإعلام رقم 90-07 المؤرخ في 03 أبريل 1990.

47 - المادة 40 من قانون الإعلام الجزائري رقم 90-07.

48 - أنظر المواد 27 ، 28 ، 29 من قانون الصحافة المصري رقم 96 لسنة 1996.

49- Zechariah Chafee, JR., *Government and Mass Communications* Chicago, Univ. of Chicago Press . 2 v . 1947.p.149.

50- *ibid* . p.145-146.

51 - Ignaz Rothenberg .op.cit.

52 - *ibid* . p.139.

53- CASS R. SUNSTEIN : The Future of Free Speech. In LEE C. BOLLINGER – GEOFFREY R. STONE (eds.): *Eternally Vigilant – Free Speech in the Modern Era*. Chicago: University of Chicago Press, 2002.

54- Lee C. BOLLINGER: *Images of a Free Press*. Chicago: University of Chicago Press, 1991. p . 140-141.

55- Ignace Rothenberg , "The Right of Reply to Libels in the Press". *Journal of Comparative Legislation and International Law*. 3 th Series, Vol. 23. No.1.(1941).p.38.

56- Jae-Jin Lee, "Right of Correction". *The international encyclopedia of communication*. edited by Wolfgang Donsbach.. Blackwell Publishing Ltd. 2008. p .4406.

57 - هذه نتائج دراسة أجريت من طرف Bezanson, R. P., Soloski, J., & Cranberg, G على مجموعة من الصحفيين في الولايات المتحدة الأمريكية . أنظر في ذلك :

Bezanson, R. P., Soloski, J., & Cranberg, G. (1987). *Libel law and the press: Myth and reality*. NewYork: Free Press. P.104.

UNIVERSITE ABDERRAHMANE MIRA - BEJAIA
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES



Revue Académique
de la Recherche Juridique

Revue semestrielle spécialisée – N° 02/2011

ISSN : 2170 - 0087

Revue Académique de la Recherche Juridique

**Revue Semestrielle éditée par la Faculté de Droit
et des Sciences Politiques**

Université Abderrahmane Mira de Béjaia

Directeur de la Publication

BOUDRIOUA Abdelkrim, Doyen de la Faculté de Droit - Université Abderrahmane Mira de Bajaia

Rédacteur en Chef

REDDAF Ahmed, Professeur à la Faculté de droit - Université Abderrahmane Mira de Bajaia

Comité scientifique

- ZOUAIMIA Rachid, Professeur à la Faculté de Droit, UAM Bejaia
- REDDAF Ahmed, Professeur à la Faculté de Droit, UAM Bejaia
- BOUDRIOUA Abdelkrim, Maitre de conférences, Faculté de Droit, UAM Bejaia
- TAYEB Essaid, Professeur à la Faculté de Droit, Université d'Alger
- KACHER Abdelkader, Professeur à la Faculté de Droit, Université Tizi-ouzou
- DJAFOUR Med Saïd, Professeur à la Faculté de Droit, Université Tizi-ouzou
- ZERGUINE Ramdane, Professeur à la Faculté de Droit, Université Batna
- KAHLOULA Mohamed, Professeur à la Faculté de Droit, Université Tlemcen
- BENHAMOU Abdallah, Professeur à la Faculté de Droit, Université Tlemcen
- MENTRI Messaoud, Professeur à la Faculté de Droit, Université Annaba.

Université Abderrahmane Mira-Béjaia
FACULE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES
Campus Aboudaou
Tel/Fax : 034229357 – Email : facdroit_bej@yahoo.fr

Protocole de rédaction

Les articles adressés à la rédaction sont soumis à l'appréciation du comité scientifique de la Revue. Les contributions, rédigées soit en arabe, soit en français, doivent respecter les normes suivantes :

Indications relatives à l'auteur

Nom et Prénom de l'auteur suivis du titre universitaire ou professionnel qu'il souhaite utiliser.

Notes de bas de pages

Les notes seront numérotées d'une manière continue du début à la fin de l'article.

Références

Les auteurs indiqueront :

- Ouvrages : Auteur, Titre, Editeur, Lieu d'édition, Année d'édition, pages.
- Articles : Auteur, Titre, Revue, Volume, Numéro, Année, Pages.
- Communication : Auteur, Titre, Nature de la rencontre scientifique, Lieu, Période, Pages.

Présentation

Les articles soumis à la Revue ne doivent pas dépasser une trentaine de pages. Il est recommandé aux auteurs d'utiliser la police Time New Roman taille 12 pour développements et taille 10 pour les notes.

Les articles doivent être remis ou transmis en 1 exemplaire format papier accompagné d'un CD.

Les opinions émises dans les articles publiés par la Revue n'engagent que leurs auteurs.
--

Sommaire

- **Problématique du financement du Développement Economique de la Commune en Algérie: Contribution a une Lecture Critique de la Loi 11-10 du 22 Juillet 2011 Relative au Nouveau Code Communal.**

Samir BOUMOULA 06



PROBLEMATIQUE DU FINANCEMENT DU DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE DE LA COMMUNE EN ALGERIE: CONTRIBUTION A UNE LECTURE CRITIQUE DE LA LOI 11-10 DU 22 JUILLET 2011 RELATIVE AU NOUVEAU CODE COMMUNAL

Samir BOUMOULA^(*)

Maître de Conférence - Faculté des Sciences Economiques,
Commerciales et des Sciences de Gestion - Université de Béjaïa

Résumé

La recherche de l'efficacité des politiques publiques et la montée en puissance des idées libérales ont conduit beaucoup de pays dans le monde à réorganiser leur mode d'intervention particulièrement à partir des années quatre vingt (80).

En Algérie plus de quinze ans après la publication de la loi 90-08 relative à la commune^(*) qui consacre de façon officielle cette réorganisation, en favorisant le processus de décentralisation-déconcentration et le développement par le bas, on se pose, dans cette contribution, la question de savoir quelles sont les principales contraintes auxquelles est soumise l'action communale en Algérie? Sont-elles uniquement d'ordre financier **comme on a souvent tendance à les présenter?**

La réponse à cette question nous conduit à faire une **lecture critique de la dernière loi relative à la commune (loi 11-10) promulguée le 22 Juillet 2011 tout en la rapprochant avec le texte fondateur du premier code communal de l'Algérie indépendante à savoir l'ordonnance N°67-24 du 18 Janvier 1967 et plus tard la loi 90-08 du 07 Avril 1990 relative à la commune.** Cet état de rapprochement ne manquera pas de relever d'autres contraintes liées à l'action publique locale.

Introduction et problématique

Entre la décentralisation « **octroyée** » du code communal version 1981⁽¹⁾ et ce que l'on pourrait désormais appeler la décentralisation "**acquise**" sur le terrain, la question des finances publiques locales ne semble pas avoir évolué dans le sens tracé par la constitution.

^(*) Maître de conférences, Université Abderrahmane Mira de Béjaïa (Algérie).

^(*) Qui renforce également le processus de décentralisation-déconcentration énoncé par la loi 67-24 du 18 Janvier 1967 portant le premier code communal de l'Algérie indépendante.

⁽¹⁾ Loi 81-09 du 04 Juillet 1981 modifiant et complétant la loi 67-24 du 27 Janvier 1967 portant premier code communal de l'Algérie indépendante.

Pendant que les missions socio-économiques s'élargissent et les finances se rétrécissent, la question du développement local demeure-elle un simple problème de moyens financier ? N'est-elle pas au contraire, à la faveur du bouleversement de l'échiquier politique national, devenu l'enjeu d'un partage de pouvoir entre l'Etat et la commune?

En d'autres termes, la revendication « locale » n'étant plus une simple question de moyens mais une revendication du pouvoir de créer les moyens du développement local, *qu'elle est alors la signification à donner au code communal, dans ce contexte politique national et international en profondes mutations ?*

I. Le pouvoir de décision de la commune en Algérie ou la nouvelle problématique des moyens de développement local (DL)

Située au troisième palier de la « hiérarchie » administrative, la commune clôture ainsi le schéma de la décentralisation administrative en Algérie.

Dotée de la personnalité morale et de "l'autonomie financière", la commune est appelée à devenir un outil essentiel dans la recherche d'un développement socio-économique inter-régional équilibré.

Ce rôle important de la commune est en effet très explicitement consacré par le législateur, lorsqu'il dispose :

A. Qu'en « rapport avec (...) le plan de wilaya et des objectifs des plans d'aménagement du territoire, la commune élabore et adopte son plan de développement (...) et veille à son exécution » (article 86) ;

B. Que « la commune participe aux procédures de mise en œuvre des opérations d'aménagement du territoire » (article 87);

C. Que « la commune initie toute action et toute mesure propre à favoriser et à impulser le développement d'activités économiques en relation avec ses potentialités » (...) (article 88).

En lui attribuant ce rôle « **modulateur** » de l'équilibre économique régional⁽²⁾, le législateur fait de la commune le vecteur essentiel de toute opération de planification socio-économiques et spatiales nationales. Mais en même temps, limite implicitement toute initiative propre à la commune, puisqu'il explicite par ailleurs ce que doit être ce plan de wilaya avec lequel elle doit harmoniser son plan à elle. En

⁽²⁾ L'article 86 précise que la commune élabore ses plans à court, moyen et long termes « en cohérence avec le plan de wilaya et les objectifs des plans d'aménagement du territoire ».

effet, dès lors que les objectifs et les moyens des programmes de wilaya sont déterminés avec l'Etat, ils constituent des garde-fous à l'initiative communale.

Une disposition légale de cette nature signifie en dernière analyse que c'est l'Etat ou plus précisément c'est avec l'Etat que ce décident les actions socio-économiques de la commune. Or, d'après la loi 90-08, la commune « met en œuvre (dans le domaine économique) toute mesure de nature à encourager et favoriser l'intervention des opérateurs » (article 88 al 2).

Cette double contradiction « **légale** » qui consiste d'une part à inciter la commune à « mettre en œuvre toute mesure... » et d'autre part à limiter le champ d'investissement de ces mesures par les « programmes et objectifs déterminés contractuellement avec l'Etat » illustre la persistance, malgré la promulgation de la dernière loi 11-10 du 22 Juillet 2011 relative au nouveau code communal cette vision restrictive de la décentralisation qui consiste à **enlever d'une main ce que l'on a donné avec l'autre.**

En contact direct avec les préoccupations des citoyens la commune constitue pour le pouvoir central le « **lieu d'appréciation** » de ses actions en direction de ceux-ci.

Dans l'autre sens, l'action de la commune constitue aux yeux des citoyens la « **vitrine** » du pouvoir central. Elle concentre sur elle, par ce fait, toutes les revendications sociales et économiques de la population.

Avec la configuration du champ politique national depuis les années 90, cette « **dialectique d'appréciation** » de l'action communale est appelée à se nuancer dans la mesure où le pouvoir local n'apparaît plus comme l'exécutant « **docile** » des injonctions du pouvoir central dont il constituait l'échelon hiérarchique subalterne.

Cela signifie que désormais, dans la conduite des affaires communales, l'exécutif local ne se contentera plus comme ce fut le cas jusqu'à aujourd'hui d'une simple revendication de moyens financiers ou autres (humains et matériel) mais d'une revendication du pouvoir de création de ces moyens.

En d'autres termes si la décentralisation est perçue par l'Etat comme « **un geste de déresponsabilisation** » du pouvoir du centre à l'égard des affaires communales, l'exécutif local aura à revendiquer pleinement sa part dans le pouvoir de décider dans ses actions.

Le désengagement de l'Etat à l'égard de la commune comme il apparaît dans la définition légale de celle-ci signifie que la décentralisation est synonyme de partage

du pouvoir politique entre l'Etat et la commune. C'est d'ailleurs, dans la logique imprimée par la constitution du 23 février 1989.

Or, cela ne semble pas être le cas. Dans le domaine économique et financier cela impliquera en effet, que l'Etat transfère à l'échelon local une partie dans son pouvoir fiscal par exemple, pour permettre à celle-ci d'appliquer les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 86 dans toute sa signification. **Aucune disposition, dans le sens du partage du pouvoir de décision n'a été prévue par la nouvelle loi relative au nouveau code communal qui s'est contentée de reconduire le cadre général des finances locales par le code communal antérieur** (Loi 90-08 du 07 Avril 1990 relative à la commune).

II. Le cadre général des finances publiques locales ou la reconduction de la prééminence du pouvoir central sur le "pouvoir local"

La situation nouvelle introduite sur le terrain politique n'avait pas été « **intégrée** » par la loi 11-10 du 22 Juillet 2011 relative au nouveau code communal. La lecture de celle-ci laisse apparaître en effet, que dans l'esprit du législateur, les bouleversements de l'échiquier politique local n'étaient pas plausibles. Les actions de développement économique local y sont traitées de la même façon que le code antérieur, comme le résultat d'un simple transfert de tâches que la commune est appelée à réaliser. L'Etat continue alors à décider lui-même des moyens de cette réalisation.

L'examen rapide du cadre général des finances publiques locales tel qu'il est tracé dans la loi 90-08 du 07 Avril 1990 repris pratiquement tout entier par la nouvelle loi 11-10 du 22 Juillet 2011 montre qu'il s'agit, au plan pratique d'une simple reconduction du cadre institué en 1990, par la loi 90-08 du 07 Avril 1990 relative à la commune. Cela signifie que la nouvelle loi relative à la commune n'a pas pris en compte toutes les implications de la constitution.

Bien qu'elle fasse référence à une commune « dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière », la loi 11-10 du 22 Juillet 2011, ne se démarque pas, pour l'essentiel, de la problématique de répartition des pouvoirs décisionnels tels qu'ils furent arrêtés antérieurement. Au plan des ressources financières, **cette problématique de répartition de la décision apparaît à travers la prééminence des recettes fiscales sur les autres ressources possibles de la commune**. Or, le pouvoir de lever l'impôt est une prérogative du centre. Pour mieux comprendre le mécanisme de cette prééminence du centre, il nous semble nécessaire de revenir à l'examen détaillé du cadre réglementaire des finances publiques locales.

A. Cadre réglementaire des finances publiques locales

« Le budget communal (BC) est l'état de prévision de recettes et de dépenses annuelles de la commune ».

Il est constitué d'un budget primitif (BP) établi avant le début de l'exercice concerné, il est ajusté, en cours de l'exercice au moyen d'un budget supplémentaire (BS). Cet ajustement des dépenses et des recettes est effectué en cours d'exercice en fonction des résultats de l'exercice précédent (article 150).

Selon qu'elles interviennent avant ou après le budget supplémentaire, les crédits prennent respectivement le nom « d'ouverture de crédit par anticipation ou « d'autorisations spéciales » (article 50 al 2).

B. Structure et contenu du budget communal

Le budget communal est divisé en deux sections classiques forcément équilibrées obligatoirement en recettes et en dépenses. Il s'agit de la section de fonctionnement et de la section d'équipement. Schématiquement le budget communal se présente de la manière suivante :

Section de fonctionnement		Section d'équipement et d'investissement	
Recettes	Dépenses	Recettes	Dépenses

Source : Loi 11-10 du 22 Juillet 2011 relative nouveau code communal.

Un prélèvement sur les recettes de fonctionnement (minimum légal de prélèvement qui s'élève à 10%) est affecté à la couverture des dépenses d'équipement et d'investissement. Les dépenses et recettes de la commune sont divisées à leurs tours en deux groupes :

- Les dépenses (recettes) de fonctionnement,
- Les dépenses (recettes) d'équipement et d'investissement.

1. Les dépenses de fonctionnement

La section des dépenses de fonctionnement est constituée par :

- a- Les rémunérations dépenses et charges de personnel communal,

- b- Les contributions établies par les lois sur les biens et revenus communaux (impôts et taxes)
- c- Les frais d'entretien des biens meubles et immeubles,
- d- Les dépenses d'entretien de la voirie communale,
- e- Les participations de contingents communaux,
- f- Les frais de gestion des services communaux,
- g- Les intérêts de la dette,
- h- Le prélèvement pour les dépenses d'équipement
- i- Le prélèvement pour les dépenses d'investissement

2. Les dépenses de la section d'équipement et d'investissement

On trouve dans cette section toutes les dépenses relatives :

- a- Aux charges d'amortissement de la dette,
- b- Aux dépenses d'équipement public,
- c- Aux dépenses de participation en capital à titre d'investissement

3. Les recettes de la section de fonctionnement

Elles concernent :

- a- Le produit des ressources fiscales perçues aux profits des communes soit partiellement ou en partie),
- b- Les participations ou attribution de fonctionnement de l'Etat, des collectivités et établissements publics (EPIC par exemple),
- c- Les taxes, droits et rémunérations pour services et prestations fournies.

4. Les recettes de la section d'équipement et d'investissement

Les recettes affectées à la couverture des dépenses de la section d'équipement et d'investissement se composent :

- a- Du prélèvement sur les recettes de fonctionnement prévu à l'article.161,
- b- Du produit de concessions des services publics communaux,

c- De l'excédent des services publics gérés en la forme d'établissement à caractère industriel et commercial (EPIC),

d- Du produit des participations en capital,

e- Du produit des emprunts autorisés, les dotations de l'Etat, la wilaya, du fonds commun des collectivités locales, fonds de concours et participations d'équipement (FCPE), des aliénations, dons et legs acceptés et toutes recettes temporaires et accidentelles.

C. Solidarité et péréquation

La solidarité est l'aide et l'assistance souvent financière apportée par des personnes aisées à d'autres personnes ne disposant pas de la totalité des moyens nécessaires à leur subsistance. Dans le cadre des collectivités locales, la solidarité s'organise entre des « **personnes morales** » publiques : que sont les communes, les wilayas et l'Etat à fin de permettre aux plus démunies d'assurer leur fonctionnement et de mener à bien leurs missions. Cette solidarité s'exerce à travers un fonds dénommé le fonds commun des collectivités locales (FCCL), créé par décret N°86-266 du 04 novembre 1986 conformément aux dispositions des articles 266, 267 et 268 du code communal. Il a pour principales missions :

D'assurer aux collectivités des dotations du service public obligatoires ;

De procéder à la répartition de la part des ressources fiscales affectées annuellement à la péréquation ;

D'accorder des concours financiers aux collectivités locales dans une situation difficile ou en cas d'événements imprévisibles, ou calamiteux ;

De leur consentir des subventions pour la réalisation de projets d'équipements et d'investissements dans le cadre des plans communaux de développement PCD ;

De garantir le versement à leur budget du montant prévisionnel des recettes fiscales ;

La création du FCCL répond à un souci de stabilisation de ressources locales dans le temps et dans l'espace. Les ressources du FCCL sont d'origine fiscale et proviennent en grande partie d'impôts locaux, des parts d'impôts d'Etat. La mission première du FCCL est la gestion des fonds de solidarité et de garantie des communes et des wilayas. Ainsi le FCCL est composé de deux (02) fonds en l'occurrence le fonds communal de solidarité (FCS) et le fonds communal de garantie (FCG).

1. Les fonds communaux de solidarité et de garantie (FCG)

Pour recevoir les dotations d'équipement, l'attribution de péréquation ou encore assurer l'équation entre le montant des impositions et leurs prévisions, la commune dispose du recours à deux fonds :

Le fonds communal de solidarité et

Le fonds communal de garantie.

2. Le fonds communal de solidarité (FCS)

Il est chargé de verser aux communes :

a- Une attribution annuelle de péréquation destinée à la section de fonctionnement du budget communal,

b- Des dotations d'équipement destinées à la section d'équipement et d'investissement du budget communal,

c- Des dotations exceptionnelles aux communes dont la situation financière est particulièrement difficile ou qui ont à faire face à des événements calamiteux ou imprévisibles.

2. Le fonds communal de garantie

Il est destiné à faire face :

a- A l'insuffisance du montant des impositions directes inscrites sur rôles par rapport au montant des prévisions de ses impositions,

b- Aux dégrèvements et non-valeur prononcés au cours de l'exercice.

L'action de ces fonds est comme on le constate, d'une double portée :

a- Financière dans la recherche de l'équilibre budgétaire,

b-Economique, puisqu'ils assurent un minimum de dotation pour le financement des actions d'équipement et d'investissement au profit des communes.

III. La place de la fiscalité dans les ressources communales, expression de l'hégémonie du centre au détriment de l'arrière paya dans la conduite du développement local (DL)

La constitution du 23 février 1989 a induit, à un rythme vertigineux toutes sortes de réformes politiques, économiques et institutionnelles. Mais, la loi 11-10 du 22 Juillet 2011 **qui aurait dû « formaliser » les nouveaux rapports entre le centre et la**

commune n'a pas modifié dans ses dispositions, les conditions d'accès de la commune aux ressources financières à lui assurer une plus grande autonomie de gestion des affaires économiques locales.

Pratiquement aucune disposition de la loi 11-10 n'est venue en effet modifier les modalités de transfert des ressources vers les communes. Pendant ce temps, ses missions aux plans social, sanitaire, économique et culturel ont donné lieu à des dispositions expresses qui consacrent pleinement sa responsabilité. Par exemple, les problèmes de l'emploi et du logement, qui sont pour le moins le résultat de politiques étatiques faciles, conduites par le passé, sont aujourd'hui « **rétrocédés** » à la commune⁽⁴⁾ sans possibilités réelles pour elles de les prendre en charge.

En fait, la nouvelle loi relative au code communal demeure encore dans ce contexte dépassé de la « **décentralisation octroyée** » où il est plus facile d'affirmer qu'elle (la commune) a tous les pouvoirs que de dire avec précision ce qu'elle fait effectivement par elle-même⁽⁵⁾. Et en effet, lorsqu'on examine, la structure des ressources financières de la commune, dominée par la fiscalité « **transférée** », il est difficile de dire, aujourd'hui aussi, malgré les changements intervenus depuis la promulgation de la loi 90-08 ce que la commune fait ou peut faire avec ses propres moyens.

Les réformes **fiscales et financières** introduites jusqu'à aujourd'hui et celles en cours offrent nous semble-il l'occasion d'une révision des « finances publiques locales » donnant son sens plein à cette expression.

Cela signifie que dans le sillage de cette refonte des finances locales que c'est ni moins la loi 11-10 qu'il y a lieu de revoir.

Le système fiscal national présente une large panoplie d'impôts dont le produit alimente à la fois le budget de l'Etat et celui des collectivités locales (wilaya, communes) de même qu'une partie de produit de certains impôts est versée au fonds commun des collectivités locales (FCCL).

Ce schéma de répartition entre les différents budgets du produit des impôts consacre en lui-même la frontière des compétences fiscales entre l'Etat, qui détient seul le pouvoir de créer et lever l'impôt, et les collectivités locales qui perçoivent une part de ce « pouvoir » en aval par le seul fait qu'il existe des impôts dont le produit est intégralement versé aux communes.

⁽⁴⁾ Article 89 « La commune initie toute mesure de nature à assurer l'assistance et la prise en charge des catégories sociales démunies notamment, dans le domaine de la santé, de l'emploi et du logement ».

⁽⁵⁾ S. BENAÏSSA in Annales de l'IEDF, N°4, Alger, page 256.

Mais l'expression « fiscalité locale » n'acquiert pas pour autant sa pleine signification, dans la mesure où la commune n'a aucun moyen d'agir sur les modalités d'élaboration de ces impôts.

En fait dans ce système de « **Transfer d'enveloppes** » le pouvoir fiscal de la commune se mesure au pourcentage de répartition du produit de l'impôt entre le budget de l'Etat et celui de la commune. Comme on peut le constater sur les différents tableaux statistiques, cette part avoisine à peine les 20% du total des recettes fiscales ordinaires⁽⁶⁾.

Quand on sait par ailleurs que les recettes fiscales qui constituent la part la plus importante des ressources de la commune sont légalement⁽⁷⁾ destinées aux dépenses de la section de fonctionnement du budget local. Et même si quelque part, dans le discours officiel il a été réaffirmé que la décentralisation « n'est pas un simple transfert de problèmes d'un niveau à un autre mais une opération globale concernant simultanément les moyens et les compétences » il ne semble pas à la lecture de la dernière loi relative à la commune que « **cette opération globale** » ait été le souci du législateur.

Au demeurant, de quelles compétences peut-il s'agir lorsque la fiscalité qui constitue en moyenne 60% des recettes globales de la commune échappe totalement dans son élaboration à la « compétence » communale.

En ajoutant environ 30% des recettes communales en provenance du FCCL, c'est pratiquement 90% de ses ressources qui lui sont octroyées. En maintenant cette dépendance, la loi 90-08 promulguée après le 23 Février 1989 et la nouvelle loi 11-10 du 22 Juillet 2011 ont-elles réellement pris en compte toutes les implications de la constitution.

Conclusion

Sans se déconnecter outre mesure du cadre référentiel national de la gestion des finances publiques locales, la réglementation relative aux finances locales doit permettre aujourd'hui, de tenir compte des **spécificités** tant géographiques, économiques et techniques⁽⁷⁾ que politique propre à chaque commune.

⁽⁶⁾ La fiscalité pétrolière est en effet destinée intégralement au budget de l'Etat.

⁽⁷⁾ Article 163 de la loi 11-10 du 22 Juillet 2011 relative au nouveau code communal.

⁽⁸⁾ A défaut d'un terme plus adéquat, nous visons par cet adjectif le fait que certaines communes seront malgré tout plus aptes que d'autres à mener des actions économiques et socio-culturelles en raison de l'inégale répartition (au départ) des moyens infrastructurels et humains.

Si la politique gouvernementale en matière de décentralisation procède de cette volonté de rapprocher, à travers la commune, l'Etat de ses administrés, la maîtrise de la seule mission de service public ne constitue pas une fin en soi.

La décentralisation vise, surtout, à mieux intégrer les choix économiques locaux dans la hiérarchie des priorités qui s'expriment à travers le plan national de développement. Cette démarche vise un double objectif :

1. D'une part, elle élimine les erreurs liées à une gestion jusque là trop centralisée tant des besoins que des moyens en matière d'investissements socio-économiques et,

2. D'autre part, elle concrétise, sur le terrain, les relations de coopération entre l'Etat et ses démembrements institutionnels qu'implique (ou que doit impliquer) la nouvelle configuration de l'échiquier politique national qui prend forme pour l'avenir.

En définitive, la réforme des finances publiques locales⁽⁹⁾, dans ce contexte de mutations multidimensionnelles nationales, mais également internationales, devrait reposer sur cette banale question: **Qui mieux que l'échelon local est à même d'exprimer les besoins à l'échelon local?**

Une réponse claire à cette question, outre qu'elle ne manquera pas de replacer les concepts de **décentralisation** et de **développement local** dans leur pleine signification, elle évitera par la même l'opposition stérile entre des objectifs exprimés localement et les intentions d'un pouvoir central soucieux de maîtriser tout seul l'exécution et la conception des programmes de développement économiques et sociaux.

Références bibliographiques

I. Ouvrages de portée générale

1. Annie (V), "*Les systèmes fiscaux*", édition LE SEUIL, Paris 2000.

2. Abdelmalki (L) et Courlet (C), « *Les nouvelles logiques de développement ; régionalisation versus localisation* », édition L'HARMATAN, Paris 1996.

⁽⁹⁾ Particulièrement par la **redéfinition** de la fiscalité "**d'essence locale**", l'amélioration de l'encadrement humain et technique des communes ainsi que le renforcement des outils de planification au niveau local.

3. **Adjaho (R)**, « *Décentralisation au Bénin, en Afrique et ailleurs dans le monde. Etat sommaire et enjeux* », édition COPE, Cotonou Bénin (2002).
4. **Adjaho (R)**, « *Décentralisation : La question de la tutelle de l'Etat sur les collectivités locales* », édition FLOMBYANT, Cotonou Bénin 2004.
5. **Atkinson (AB) et Stiglitz (JE)**, « *Lectures on public economics* », Mc Graw-Hill Book Company, Maidenhead, Washington 1980.
6. **Benaissa (S)**, « *L'aide de l'Etat aux collectivités locales* », édition OPU, Alger 2003.
7. **Benakzouh (CH)**, « *La déconcentration en Algérie : Du centralisme au déconcentrationisme* », édition OPU, Alger 1980.
8. **Bouef (JL) et Magnan (M)**, « *Les collectivités territoriales et la décentralisation* », édition VIE POLITIQUE, Paris 2005.
9. **Boukherzaza (H)**, « *Décentralisation et aménagement du territoire, cas de la wilaya de Skikda* », édition OPU, Alger 2001.
10. **Dafflon (B)**, " *La gestion des finances publiques locales*", édition ECONOMICA, Paris 2009.

II. Textes législatifs et réglementaires

1. Ordonnance N°67-24 du 18 Janvier 1967 portant code communal,
2. Loi 81-09 du 04 Juillet 1981 modifiant et complétant la 3. Loi 67-24 du 27 Janvier 1967.
4. Loi 90-08 du 07 Avril 1990 relative à la commune;
5. **Loi 11-10 du 22 Juillet 2011 relative au nouveau code communal.**
6. Loi N° 90-09 relative à la wilaya du 07 Avril 1990.
7. Loi N° 90-25 du 18 Novembre 1990, portant loi d'orientation foncière,
8. Loi N° 99-11 du 23 Décembre 1999 portant loi de finances 2000, JORA N° 92 du 25-12-1999.
9. Décret exécutif 91-26 du 02 Février 1991 portant statut particulier des travailleurs appartenant au secteur des communes,
10. Décret N°86-266 du 04 novembre 1986 portant création du FCCL

11. Arrêté ministériel N°6729 du 11 Octobre portant organisation administrative des services communaux,

12. Arrêté interministériel du 09 Octobre 1991 fixant les communes à promouvoir.

Sigles et abréviations

DL: Développement local

BC: Budget communal

FCCL: Fonds commun des collectivités locales

FCS: Fonds communal de solidarité

FCG: Fonds communal de garantie

BP: Budget primitif

BS: Budget supplémentaire

APN: Assemblée populaire nationale

APC: Assemblée populaire communal

P/APC: Président de l'assemblée populaire communale

APW: Assemblée populaire de wilaya

SG: Secrétaire général

VF: Versement forfaitaire

TAF: Taxe foncière

IEDF: Institut d'études douanières et financières

OPU: Office des publications universitaires

PCD: Plans communaux de développement

CNA: Conseil de la nation

FCPE: Fonds de concours et participation d'équipement

EPIC: Etablissement public à caractère industriel et commercial

JORA: Journal officiel de la république algérienne.