

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول: الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد الثامن عشر: أبريل 2014

➤ مع مواضع العدد الثامن عشر: أبريل 2014 :

- تعديل التنظيم القضائي واختصاص المحاكم .
- المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي.
- تنازع القوانين في ظل التعاقد الإلكتروني .
- الانتهاك الإلكتروني لحرمة الحياة الخاصة .
- قضية منازعات المواقع الإلكترونية.
- تأثير الاكتشافات الطبية على النسب.
- الطبيعة القانونية للوديعة النقدية المصرفية .
- حرية الرأي والتعبير في الشريعة الإسلامية .
- لماذا يحرم خريجو الشريعة من المحاماة والتوثيق ؟

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

الصفحة الرئيسية | مدير المسؤول: الدكتور صلاح الدين دكدك | الاتصال والمراسلات: sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخزومي أستاذ القانون الخاص (2012/08/30)... المزيد	
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديدي عميد جامعة لاهي الدولية (2012/10/21)... المزيد	
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفتن المغربي : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد	
قراءة في النظام القانوني للمواضع (قانون 02/15) : الأستاذ النقيب الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... المزيد	

الصفحة الرئيسية
اللجنة الاستشارية
أهداف المجلة
أخبار المجلة
المؤلفين
المدير المسؤول
شروط النشر
مقالات قدسية
مقالات قانونية
مقالات معاصرة
مقالات بلقرنية
حوارات علمية
تساؤلات جامعية
المساهمون بالمجلة
أعداد المجلة
اشترها بالمجلة

العدد الثامن عشر أبريل 2014

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكدك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطلة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري أستاذ بكلية الحقوق السوسني بالرباط.
- الدكتور الميلود بوتريكي أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحياء الطالبي أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

ردمد : 0615 - 2336

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي. (ترسل في ملف word)
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال قد سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن أربع صفحات (مايقارب 1200 كلمة)
- إرفاق صورة لصاحب المقال. (اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله .
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الثامن عشر: لشهر أبريل 2014

محتويات العدد :

➤ دراسات وأبحاث بالعربية :

1. إشكالية تعديل التنظيم القضائي واختصاص المحاكم في الميدان الجنائي (تعليق على قرار محكمة النقض عدد 1/1053 بتاريخ 2012/12/5): الأستاذ النقيب الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط (الخميسات).....06
2. سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي : الدكتور زرزار العياشي أستاذ محاضر قسم "أ" رئيس المجلس العلمي لكلية العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة الجزائر . والأستاذة غياد كريمة أستاذة مساعدة قسم "ب" كلية العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير جامعة جيجل - الجزائر.....15
3. دور المنظمات الدولية والإقليمية في تسوية أزمة دارفور : فضيلة الأستاذ بوحبيبة رابع أستاذ القانون الدولي العام جامعة الطارف - (الجزائر).....30
4. المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي - دراسة مقارنة - خالد الدك باحث في القانون الخاص تخصص القانون والممارسة القضائية جامعة محمد الخامس السويسي الرباط.....47
5. الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في ظل التعاقد الإلكتروني : قارة سليمان محمد خليلد أستاذ مساعد ب جامعة قسنطينة باحث في الدكتوراه جامعة تلمسان قانون الأعمال المقارن.....57
6. المخاطر المرتبطة بعملية القبول البنكي للكمبيالات : يحي ولد برب ولد مخلوك باحث موريتاني بصف الدكتوراه في مجال قانون الأعمال جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة المغرب، أستاذ متعاقد بجامعة انواكشوط.....71
7. جريمة الانتهاك الإلكتروني لحرمة الحياة الخاصة - دراسة مقارنة - : إعداد الدكتور عبد الرحمن بن جيلالي أستاذ محاضر بجامعة خميس مليانة ولاية عين الدفلى - دولة الجزائر -.....85
8. ليبيا وتلازم المسارات : الأمن، الاستقرار، التنمية، الديمقراطية : الدكتور الداهية محمد فال المختار من موريتانيا حاصل على دكتوراه من كلية الحقوق وجدة تخصص دينامية النظام الدولي مخبر الأبحاث القانونية والإدارية والسياسية.....103
9. نطاق دعاوى جمعيات حماية المستهلك وشروط اعتمادها - دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي - تريكي هدى باحثة في القانون حاصلة على الماجستير في الحقوق، أمينة قسم ضبط رئيسي بمجلس قضاء تيارت ، الجزائر.....113
10. المركز القانوني لرئيس المجلس الشعبي البلدي في إطار قانون رقم 11-10 المتضمن قانون البلدية - دراسة قانونية وفق قانون البلدية الجزائري - من إعداد : الأستاذ طيبون حكيم أستاذ مؤقت بجامعة خميس مليانة.....121
11. دور إدارة الجمارك في إثبات الجريمة الجمركية" وفقا لقانون الجمارك الجزائري والأمر رقم 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب : توفيق سلامة طالب باحث في الماستر تخصص تنظيم إداري المؤسسة جامعة الشيخ العربي التبسي - تبسة - الجزائر.....131

12. تأثير الاكتشافات الطبية على النسب-نقل وزراعة الأعضاء التناسلية نموذجاً- دراسة فقهية قانونية
ربيعة بن علي خلافي أستاذة مساعدة قسم "ب" كلية العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير بجامعة
معسكر- الجزائر.....154
13. تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية في التشريع الجزائري: لعلوي محمد طالب بصف الدكتوراه جامعة وهران أستاذ
متعاقد بجامعة التكوين التوصل مركز النعمة أستاذ مكون لأعوان الإدارة العمومية، محام.....181
14. معاينة الجرائم الجمركية -دراسة مقارنة- : الدكتور مداح حاج علي ، أستاذ محاضر بكلية الحقوق
والعلوم السياسية بجامعة ابن خلدون تيارت الجزائر.....193
15. مظاهر نفاذ الرهن الرسمي و العقاري: الأستاذ مصطفى الهاشمي ماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق بين
عكنون جامعة الجزائر باحث في صف الدكتوراه في القانون الخاص.....223
16. الاستنساخ بين الحضر والإباحة : إعداد فضيلة الأستاذ عبد الحميد عيدوني المدرس بكلية الحقوق - جامعة
تلمسان-.....232
17. القانون الواجب التطبيق على منازعات المواقع الالكترونية في التشريع الجزائري : الدكتورة حسين نواردة تيزا
كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو.....239
18. الطبيعة القانونية للوديعة النقدية المصرفية وموقف المشرع الجزائري : الأستاذ فرحي محمد باحث دكتوراه تخصص
قانون الأعمال المقارن جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان-الجزائر.....252
19. حرية الرأي و التعبير في الشريعة الإسلامية : الأستاذ كرمة محمد محام لدى المحكمة العليا (منظمة المحامين لناحية
سيدي بلعباس بالجزائر) و رئيس قسم القانون العام في كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة جيلالي لباس
بسيدي بلعباس (الجزائر)260
20. لماذا يحرم خريجو الشريعة من مهنتي الحمامة والتوثيق العصري ؟ : عبد الدائم بوعيشي باحث بصف الدكتوراه
مختبر الأسرة و الطفل كلية الحقوق- سطات.....273
21. الإطار القانوني الجزائري لممارسة الشفاعة في العقار الفلاحي : إعداد الباحثة الأستاذة أسماء تخونوني أستاذ مساعد
- صنف - أ - جامعة الطارف.....276
22. إشكالية التجارب الطبية على جسم الإنسان في الموازنة بين تحقيق التقدم العلمي و حق الفرد في السلامة
البدنية والعقلية : بوجاني عبد الحكيم أستاذ في القانون والشرع وعضو باحث في مخبر الدراسات القانونية
الأورو متوسطية في جامعة تلمسان- الجزائر.....289

➤ **دراسات وأبحاث بالإنجليزية :**

- 23.US, OECD, or U.N. Transfer Pricing Methods : Mohamed El Bachir Berroho Lawyer, Tangier, Morocco Doctorate candidate in Thomas Jefferson School of Law, USA L.L.M in International Tax law from Thomas Jefferson School of Law, USA.....300

➤ **دراسات وأبحاث بالفرنسية :**

- 24.La protection des personnes vulnérables dans les conflits armés: l'enfant soldat et la femme : EL Haji Hamid Chercheur en sciences juridiques et politiques.....307

ترتيب المقالات يخضع لاعتباراته الفنية

كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

دراسات وأبحاث بالعربية :

إشكالية تعديل التنظيم القضائي واختصاص المحاكم في الميدان الجنائي

(تعليق على قرار محكمة النقض عدد 1/1053 بتاريخ 2012/12/5)



الأستاذ النقيب الطيب بن مقدم

محام بهيئة الرباط (الخميسات)

Email : benlamkaddem1947@gmail.com

مقدمة :

أصدرت محكمة النقض بالرباط قرارا بتاريخ 2012/12/5 قضت فيه : " بنقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر بتاريخ 2012/5/31 عن غرفة الجنايات الاستئنافية بمحكمة الاستئناف بطنجة في القضية ذات العدد 21/08/396 وبإحالة القضية والأطراف فيها على محكمة الاستئناف (قسم الجرائم المالية) بالرباط للاختصاص لتبت فيها طبقا للقانون 1 ، مرتكزة في ذلك على المادة 260 - 1 من قانون المسطرة الجنائية بشأن الجرائم المالية التي أصبحت من اختصاص أقسام الجرائم المالية بمحاكم الاستئناف المحددة والمعينة دوائر نفوذها بمرسوم 2011/11/4 . الشيء الذي أثار إشكالية تتعلق بمدى تطبيق هذا التعديل على القضايا الجنائية التي سبق البت فيها بحكم ابتدائي والآثار المترتبة عنه .

وهذا القرار يطرح بطبيعة الحال إشكاليتين: الأولى تتعلق بالغرفة الجنائية التي لها حق الفصل في القضية من الغرف الجنائية (قسم جرائم الأموال) بمحكمة الاستئناف بالرباط (/) والثانية تخص مدى تأثير تعديل التنظيم القضائي والاختصاص على القضايا الجنائية التي سبق فيها حكم ابتدائي (//) لكن قبل تحليل هاتين الإشكاليتين لابد من عرض موجز لوقائع هذه النازلة .

¹ قرار عدد 1/1053 ، ملف جنحي عدد 12/15268 غير منشور .

عرض موجز للوقائع :

بمقتضى قرار الاحالة الصادر عن السيد قاضي التحقيق لدى محكمة الاستئناف بطنجة تمت متابعة المتهمين معا من أجل جرائم تبديد أموال عامة بدون حق والتصرف في أموال غير قابلة للتفويت والمشاركة في ذلك وتحقير مقررات قضائية من شأنها المساس بسلطة القضاء.... وذلك حسب محاضر للضابطة القضائية خلال صيف 2007 ومحاضر التحقيق الناتجة عن شكاية تقدمت بها ادارة الأملاك المخزنية تطعن بموجبها في تقييد عقد تفويت لفائدة الغير يتعلق بحقوق مشاعة بنسبة النصف في الرسم العقاري عدد 602/ط الكائن بولاية طنجة البالغ مساحته 68 هكتار الذي كانت مملوكة عن الشياح لأحد المتهمين مع الغير، والذي كان ضمن لائحة المحكوم عليهم غيايبا في قضايا المخدرات سنة 1996 حيث تمت مصادرة هذا العقار لفائدة الدولة بناء على حكم قضائي، وبتاريخ 2008/5/27 صدر قرار جنائي تحت عدد 259 في الملف الجنائي عدد 13/07/577 عن غرفة الجنايات الابتدائية لمحكمة الاستئناف بطنجة، قضى بإدانة المتهمين معا ومعاقبة كل واحد منهما بستين اثنيتين حسب موقوف التنفيذ، غير أن غرفة الجنايات الاستئنافية بنفس المحكمة ألغت هذا القرار بتاريخ 2012/5/31 تحت عدد 312 في الملف الجنائي عدد 21/08/396 وحكمت بالبراءة. وطعنت النيابة العامة بالنقض لدى محكمة النقض بالرباط حيث أصدرت هذه الأخيرة قرارا بتاريخ 2012/12/5 تحت عدد 1/1053 في الملف الجنائي عدد 12/15268 قضت فيه بنقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر بتاريخ 2012/5/31 عن غرفة الجنايات الاستئنافية بمحكمة الاستئناف بطنجة في القضية ذات العدد 21/08/396، وبإحالة القضية والأطراف فيها على محكمة الاستئناف (قسم الجرائم المالية) بالرباط للاختصاص لتبث فيها طبقا للقانون وبتحميل الخزينة العامة المصاريف القضائية مرتكزا في ذلك على المادة 1-260 من قانون المسطرة الجنائية التي تنص على ما يلي: "استثناء من قواعد الاختصاص المنصوص عليها في هذا الفرع، تختص أقسام الجرائم المالية بمحاكم الاستئناف المحددة والمعينة دوائر نفوذها بمرسوم، بالنظر في الجنايات المنصوص عليها في الفصول 241 الى 256 من القانون الجنائي وكذا الجرائم التي لا يمكن فصلها عنها أو المرتبطة بها" وكذلك على المرسوم الصادر بتاريخ 2011/11/4 فان جرمي تبديد أموال عمومية والمشاركة فيها، والجرح المرتبطة بها المرتكبة في دائرة محكمة الاستئناف بطنجة يرجع اختصاص البت فيها الى قسم الجرائم المالية بمحكمة الاستئناف بالرباط، ذلك أن المحكمة المطعون في قرارها، عندما بتت بتاريخ 2012/5/31 في قضية تتعلق بجنايتي تبديد واختلاس أموال عمومية والمشاركة فيها المنصوص عليها وعلى عقوبتها في الفصل 241 من مجموعة القانون الجنائي وبمجنحة مرتبطة بها، بعد أن أضيفت المادة 1-260 المذكورة الى قانون المسطرة الجنائية، والتي بمقتضاها ينعقد الاختصاص للبت في الجرائم المذكورة لقسم الجرائم المالية لمحكمة الاستئناف بالرباط، فان المحكمة قد خرقت مادة القانون المذكورة، وعرضت قرارها للنقض والإبطال بالنظر لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 550 من القانون المذكور. وبهذا تكون محكمة النقض قد طرحت على بساط البحث والمناقشة، اشكاليتين قانونيتين كما سبق الإشارة اليهما آنفا، وينبغي مناقشتها في ما يلي:

(/) الغرفة الجنائية التي لها حق الفصل في القضية بعد النقض والإحالة :

لما حكمت محكمة النقض في هذه النازلة، ورد في منطوق قرارها ما يلي: "نقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر بتاريخ 2012/5/31 عن غرفة الجنايات الاستئنافية بمحكمة الاستئناف بطنجة في القضية ذات العدد 21/08/396، وبإحالة القضية والأطراف فيها على محكمة الاستئناف (قسم الجرائم المالية) بالرباط للاختصاص لتبث فيها طبقا للقانون وبتحميل الخزينة العامة المصاريف القضائية". ويظهر من قولها: "بإحالة القضية والأطراف فيها على

محكمة الاستئناف (قسم الجرائم المالية) بالرباط للاختصاص لتبت فيها طبقاً للقانون " أنها لم تحدد أي الغرف التي لها صلاحية البت في القضية ؛ أهى غرفة الجنائيات الابتدائية ؟ أم هى غرفة الجنائيات الاستئنافية ؟ .

ذلك أن عدم تحديد الغرفة ذات الصلاحية للبت في الملف بعد الإحالة لأسباب غير سبب عدم الاختصاص، قد تثير إشكالية التنازع بين الغرفتين على الفصل في القضية (أ) ويكون التنازع في أوجه عندما تكون الإحالة مبنية على عدم الاختصاص (ب) .

(أ) الإحالة بعد النقض بأسباب غير سبب عدم الاختصاص :

إذا نقضت محكمة النقض الحكم وأحالته على المحكمة بأسباب للنقض غير سبب عدم الاختصاص ، فإن الأمر قد طرح عدة مشاكل في مرحلة تطبيق قانون المسطرة الجنائية الجديد ، بحيث كان لوزارة العدل رأي ،خلاف رأي القضاء .

فأما رأي وزارة العدل فقد كان يتجه نحو إحالة جميع الملفات المنقوضة المتعلقة بغرف الجنائيات والصادرة بشأنها قرارات جنائية في ظل قانون المسطرة الملغاة ، يتجه نحو غرف الجنائيات الابتدائية ، وبذلك قام وزير العدل بتشكيل لجنة لهذه الغاية على مستوى وزارته خلال دخول قانون المسطرة الجنائية حيز التطبيق يوم فاتح أكتوبر 2003 واستقر رأيها على إحالة الملفات بعد النقض لغرفة جنائيات الدرجة الأولى .ولكن المجلس الأعلى آنذاك خالف هذا الرأي وقرر بغرفتين مجتمعتين الإحالة على غرفة الجنائيات الدرجة الثانية ؛ وهكذا حكم بنقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن غرفة الجنائيات بمحكمة الاستئناف بالقنيطرة بتاريخ 2003/1/23 في القضية ذات الرقم 2001/550 وبإحالة الدعوى والأطراف على غرفة الجنائيات التي تبت فيها بالدرجة الانتهائية بنفس المحكمة وهي مشكلة من قضية لم يسبق لهم المشاركة في البت في القضية 1 .

(ب) الإحالة بعد النقض بسبب عدم الاختصاص :

في اعتقادي أنه كلما حكمت محكمة النقض بعدم الاختصاص بعد إبطالها للحكم أو القرار المطعون فيه بالنقض، عليها أن تعين المحكمة المختصة بصورة واضحة.

وهكذا وعلى سبيل المثال فقط ، قررت محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقاً) "اعتبار المخالفة المتعلقة بعدم الإشارة الى الوزن الصافي لمادة معبأة في علب معروضة في السوق المعاقب عنها بمقتضى الفصل السابع من ظهير 5 أكتوبر 1984 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع يرجع الاختصاص للبت فيها إلى حاكم الجماعة أو المقاطعة وليس للمحكمة الابتدائية " ، وحكمت بنقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر بتاريخ 1996/11/27 عن الغرفة الجنحية لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء في القضية ذات العدد 95/3200 وبإحالتها على حاكم المقاطعة المختص بالفداء درب السلطان الدار البيضاء 2 .

ويلاحظ هنا أن محكمة النقض حددت الجهة المختصة بالضبط وحددت كذلك مكانها لتعدد المحاكم.

¹ قرار عدد 2001/463 بتاريخ 2004/3/19 منشور في قرارات المجلس الأعلى ،ضمن أهم القرارات الصادرة في المادة الجنائية بمناسبة الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى ، ج 1 مطبعة الأمنية ،الرباط 2007 ص 207

² قرار ع 1/1072 بتاريخ 2003/5/7 منشور في قرارات المجلس الأعلى ، أهم القرارات ، م.س،ص 153

وأيضاً وعلى سبيل المثال كذلك، فإن محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقاً) قضت من أنه " إذا كان الاختصاص النوعي من النظام العام يمكن إثارته تلقائياً ، فإنه لا يمكن تصور الاشتراك في الخطأ، وبالتالي إذا كانت الجنحة المنسوبة للجندي غير عمدية وان مصدر الحادثة الخطأ، فقد كان على المحكمة فصل قضيته وإحالتها على المحكمة العسكرية للاختصاص "، وحكمت بنقض القرار الصادر عن غرفة الجرح الاستثنائية لحوادث السير بمحكمة الاستئناف بالعيون بتاريخ 2004/2/18 في الملف عدد 03/87 بخصوص الدعوى المتعلقة بالظنين المانوني سيدي عثمان وإحالة القضية على المحكمة العسكرية بالرباط لتبت فيها طبقاً للقانون¹.

وأكثر من ذلك، فإن محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقاً) نزع الاختصاص لنفسها في قضية ما يعرف بملف العفورة، عامل الإقليم السابق بالدار البيضاء سواء بشأن التحقيق في الملف أو بشأن محاكمته أمامها؛ وهكذا فقد قررت فيما يخص التحقيق " كون خلو المادة 265 من قانون المسطرة الجنائية من تعيين جهة قضائية للنظر في أوامر وإجراءات التحقيق يحتم على الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى سد هذا الفراغ القانوني، ومن مراقبتها إلى ما ذكر بغية تقويم أي مساس محتمل بالحريات أو القانون، مما ينسجم مع مهامها الرقابية على المقررات القضائية والنظر بالتالي في التصريح بالاستئناف المرفوع إليها ضد الأمر القضائي الصادر عن قاضي التحقيق بإيداع المتهم في السجن مؤقتاً².

كما قررت أيضاً بشأن محاكمة المتهم أمامها من " أن مجرد نقل ملف التحقيق المتابع فيه المتهم من المحكمة الخاصة للعدل (المحذوفة) إلى محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، لا يفرض بالضرورة أن تكون هذه الأخيرة مختصة إذا ما تعارض ذلك مع ما تنص عليه المادتان 264 و 265 من قانون المسطرة الجنائية من قواعد اختصاص استثنائية حددت بوضوح وصراحة الجهة القضائية من القضاء العادي المختصة في إقامة الدعوى والتحقيق والحكم في الأفعال التي تنسب إلى المتهم أثناء مزاولته لمهامه بصفته عاملاً، وهي قواعد من صميم النظام العام، ومرتكزة على الاعتبار الشخصي والوظيفي، التي كان يقتضي حسن تطبيقها نقل القضية منها مباشرة إلى المجلس الأعلى طبقاً للقانون³.

وبعد هذه الأمثلة، فإن محكمة النقض بعد الحكم بعدم الاختصاص ارتكازاً على سبب عدم الاختصاص المثار تلقائياً لتعلقه بالنظام العام، كان عليها أن تعين وتبين المحكمة المختصة بما فيها الغرفة ذات الاختصاص إذا تعددت غرف محكمة الاستئناف، كغرفة الجنايات الابتدائية وغرفة الجنايات الاستثنائية.

وبالرجوع إلى القرار موضوع هذا التعليق نجد لم يعين غرفة معينة من غرف الجنايات في جرائم الأموال التي تتكون منها محكمة الاستئناف بالرباط، مما جعل النيابة العامة وباجتهاد منها تعين غرفة الجنايات الاستثنائية، وقد أثار ذلك إشكاليات في هذا الموضوع؛ منها إشكالية مصير مبدأ التقاضي على درجتين وأيضاً مصير مبدأ عدم رجعية القوانين. وهذا بالفعل ما حدث مؤخراً بمحكمة الاستئناف بالرباط (جرائم الأموال) حيث أحالت محكمة النقض، في الحكم موضوع هذا التعليق، الملف على محكمة الاستئناف بالرباط قسم جرائم الأموال بدون أي تحديد للغرفة التي ستولى البت في الملف، وقامت النيابة العامة بها وأحالته على غرفة الجنايات الاستثنائية ورغم الدفع في هذا الملف

¹ قرار ع 11/1408 بتاريخ 2006/7/12 منشور في قرارات المجلس الأعلى، ضمن أهم القرارات، م.س، ص 251.

² قرار ع 1/847 بتاريخ 2006/6/7 منشور في قرارات المجلس الأعلى، ضمن أهم القرارات، م.س، ص 242.

³ قرار ع 1/61 بتاريخ 2006/1/18 منشور في قرارات المجلس الأعلى، ضمن أهم القرارات، م.س، ص 233.

بعدم تعيين غرفة الجنايات الاستئنافية المختصة من قسم جرائم الأموال بمحكمة الاستئناف، إلا أن هذا الدفع كان مآله الرفض واستمرار غرفة الجنايات الاستئنافية في المناقشة بدل غرفة الجنايات الابتدائية مما يؤثر على مبدأي "التقاضي على درجتين" و "عدم رجعية القوانين" وهما من الضمانات المخولة للمتهم. وهكذا فقد قضت محكمة النقض بمصر من أن الحكم الصادر من المحكمة الاستئنافية بتأييد حكم المحكمة الجزئية بعدم الاختصاص يحال عند نقضه الى المحكمة الجزئية وليس الى المحكمة الاستئنافية حرصا على كفالة حق المتهم في التقاضي على درجتين 1 .

وفي هذا الإطار يقول الدكتور حامد الشريف: "انه اذا صدر الحكم من محكمة غير مختصة فانه لا يتصور أن تكون الإحالة لذات المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، ولكن لا بد أن تكون الإحالة للمحكمة صاحبة الاختصاص حتى يتفادى حكم النقض التضارب، ومن ثم لا يكون هناك مجال لإعادة الدعوى إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المنقوض إذا كانت تلك المحكمة غير مختصة بنظر الدعوى وكان سبب نقض الحكم هو عدم الاختصاص 2 .

(//) مدى تأثير تعديل التنظيم القضائي والاختصاص على القضايا الجنائية التي سبق فيها حكم ابتدائي :

لا نريد الدخول في مناقشة تأثير التعديل المتعلق بالتنظيم القضائي والاختصاص على القضايا الجنائية من بدايتها إلى نهايتها، أي من البحث التمهيدي والبحث الإعدادي والتحقيق وإجراءات المحاكمة وإصدار الحكم... الخ، وإنما نريد فقط التطرق إلى واقعتنا أو قضيتنا موضوع هذا التعليق: ذلك أنه بعد التحقيق في القضية وإحالة الملف على غرفة الجنايات الابتدائية بمحكمة الاستئناف بطنجة صدر حكم ابتدائي بالإدانة وبعد الطعن فيه بالاستئناف أمام غرفة الجنايات الاستئنافية قضت هذه الأخيرة بإلغاء الحكم الابتدائي والحكم بالبراءة. وهذا الحكم الأخير سبقه صدور القانون رقم 10/34 في 32011/8/17 بشأن تعديل التنظيم القضائي حيث ورد في الفصل 6 منه ما يلي: "تشتمل محاكم الاستئناف المحددة والمعينة دوائر نفوذها بمرسوم على أقسام للجرائم المالية. تشتمل هذه الأقسام على غرف للتحقيق وغرف للجنايات وغرف للجنايات الاستئنافية ونيابة عامة وكتابة للضبط وكتابة للنيابة العامة. كما أنه وبنفس التاريخ صدر قانون رقم 10/36 بشأن تغيير وتتميم القانون رقم 01/22 وبمقتضاه أضيفت الفقرة الأولى من المادة 1/260 من قانون المسطرة الجنائية فيما يخص الاختصاص، كما يلي: "استثناء من قواعد الاختصاص المنصوص عليها في هذا الفرع تختص أقسام الجرائم المالية لمحاكم الاستئناف المحددة والمعينة دوائر نفوذها بمرسوم بالنظر في الجنايات المنصوص عليها في الفصول 241 الى 256 من القانون الجنائي وكذا الجرائم التي لا يمكن فصلها عنها أو المرتبطة بها.

هذه التعديلات والإضافات الواردة بشأن التنظيم القضائي والاختصاص كما أشير إليها قبل قليل، اعتمدها محكمة النقض وصرحت بعدم اختصاص غرفة الجنايات الاستئنافية بمحكمة الاستئناف بطنجة، والذي كان قد صدر الحكم لديها بعد التعديلات التشريعية المذكورة.... فهل بعد مرور كل هذه المراحل وخصوصا المرحلة الابتدائية التي تمت

¹ نقض 1960/12/20 مجموعة أحكام محكمة النقض، س 11 رقم 183 ص 938 نقله حامد الشريف، النقض الجنائي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2012 ص 492.

² النقض الجنائي، م.س، ص 491.

³ ج ر عدد 5975 في 2011/9/5.

بشأنها عدة إجراءات للتحقيق وإجراءات المحاكمة وصدور الحكم وبعده الاستئناف وإجراءاته إلى حين صدور القرار... هل بعد هذا كله يكون من حق محكمة النقض أن تعتمد فورية تطبيق القوانين الصادرة بدون أية استثناءات قانونية أو قضائية تذكر ، وضاربة عرض الحائط بكل الإجراءات السابقة التي تمت بالمحكمة المذكورة ، لتقول بعدم الاختصاص ؟ . ذلك ما سنقوم بالجواب عنه فيما يلي : ومنذ البداية نسجل بأن محكمة النقض كانت غير صائبة في هذا الأمر ، غير أن القضاء الفرنسي ذهب الى أنه أوجب لتطبيق القانون بأثر فوري ألا تكون الدعوى قد صدر فيها حكم في الموضوع من محكمة أول درجة . ففي هذه الحالة يرى الفقه والقضاء الفرنسي انه بصدور هذا الحكم سواء لصالح المتهم أو ضده، فإن المتهم يكتسب حقا في استمرار محاكمته عند الطعن في ذلك الحكم أمام ذات الجهاز القضائي حتى تنتهي الخصومة بحكم بات¹ .

هذا وقد اختلفت الآراء في فرنسا ومصر في حالة ما اذا اقتصر القانون على نقل الاختصاص من محكمة الى أخرى دون إلغاء المحكمة الأولى ، ففريق من الشراح يرى أن القوانين المعدلة للاختصاص تسري دائما على الماضي لتعلقها بالنظام العام ولعدم وجود حق مكتسب من مسألة الاختصاص . ويخالف فريق آخر هذا الرأي في عدم سريان تلك القوانين على الماضي لأن للمتهم الحق في أن يحاكم أمام قضاة الطبيعي. ويرى فريق ثالث أن تستمر الدعوى في سيرها ولا يطبق القانون الجديد لأن الاختصاص يتعين برفع الدعوى إلى المحكمة . أما الفريق الرابع فيرى أن تلك القوانين تسري بأثر فوري على الدعاوى شرط عدم صدور حكم غير نهائي في الموضوع، وذلك حتى لا تضر رجعية قوانين الاختصاص بالحقوق المكتسبة... ويقول أنصار هذا الرأي بأن قاعدة سريان قوانين الاختصاص على الماضي يجب حتما أن تتلاشى عندما تصطدم بحكم صادر في موضوع الدعوى ، إذ أن هذا الحكم لا يمكن اعتباره كأن لم يكن لما أنه لم يبلغ أو يعدل بالطريق القانوني² .

وبتفصيل أكثر فقد ظهرت عدة نظريات فقهية في هذا المجال ، منها نظرية الأثر المباشر للقانون النافذ وقت ارتكاب الجريمة ، وقد دافع عنها كل من الفقيهين الفرنسيين شوفو و هيلي (Chauveau et Helu) وهما قد ربطا بين الشكل والموضوع من جهة ، وتمسكا بمبدأ عدم الرجعية الذي يهيمن على جميع النظام القانوني من جهة أخرى ، وتوصلا الى نتيجة مفادها أن القانون النافذ وقت ارتكاب الجريمة ، هو القانون الوحيد الذي يعرفه المتهم ، وقبل أن يحاكم بمقتضى نصوصه، غير أن هذه النظرية لم تلق رواجا في أوساط الفقه والقضاء المقارن³. ومنها أيضا نظرية الأثر المباشر لقوانين التنظيم القضائي والاختصاص سواء في إطلاق هذا الأثر أو في تقييده . فبالنسبة للنظام الأول الذي يسرى على جميع الدعاوي التي لم تكن رفعت وعلى تلك التي رفعت بالفعل قبل نفاذه ، وعلى أنه اذا عدل هذا القانون من اختصاص محكمة قائمة بنقل بعض ما كانت مختصة بنظره من القضايا طبقا للقانون القديم ، الى محكمة أو جهة قضاء أخرى ، فإن هذه الجهة الأخيرة تصبح مختصة ولا يكون للمحكمة التي عدل اختصاصها عمل بعد نفاذ القانون الجديد طالما أن الدعاوي السابقة لم تنته بحكم بائن . ولكن هذا النظام لم يحظ بقبول إجماع الفقه ، كما لم تأخذ به أحكام القضاء وخاصة في فرنسا⁴ .

¹ أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، ط 2 دار الشروق ، القاهرة 2002 ص 130

² جندي عبد المالك ، الموسوعة الجنائية، مجلد 5 دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ص 584

³ حسن الجوخدار ، تطبيق القانون الجنائي من حيث الزمان ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، ص 394 وما بعدها .

⁴ حسن الجوخدار ، م . س . ص . 408 وما بعدها .

أما بالنسبة لنظام تقييد الأثر المباشر لقوانين التنظيم القضائي والاختصاص ؛ فقد ذهب فريق من الفقهاء الى القول بسريان القانون الجديد المتعلق بالتنظيم القضائي والاختصاص بأثر مباشر على الوقائع السابقة أو اللاحقة على نفاذه ، ما لم تكن المحكمة القديمة قد تولت بصورة قانونية نظر الدعوى وفقا للقانون السابق ، أي أن الاختصاص يتحدد برفع الدعوى . وأول الفقهاء الذي نادي بهذا النظام الفقيه الفرنسي المشهور ميرلان (Merlin) بناء على قاعدة شهيرة تقول : " القضية يجب أن تنتهي حيث بدأت " . وقد سلمت الغرفة الجنائية لدى محكمة النقض الفرنسية بحجج ميرلان والسوابق الشهيرة ، وأخذت بهذا الحل في القضية الشهيرة بقضية كدودال (Cadoudal) وأيدت بقاء الدعوى منظورة أمام محكمة العدل الجنائية في السين ، رغم أن مرسوما كان قد صدر في 28 فلوريال (Floréal) للسنة 12 جعل اختصاص النظر في هذه الدعوى من سلطة المحكمة العليا التي كانت قد أنشئت حديثا ، وقد أخذ بهذا الحل في التشريع المصري ، كما أخذت بعض الأحكام الصادرة من القضاء المصري بهذا المبدأ 1. ومن الفقهاء الذين رجحوا هذا الرأي الدكتور عبد الوهاب حومد 2.

وقد ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى القول بسريان القانون الجديد المتعلق بالتنظيم القضائي والاختصاص بأثر مباشر على جميع الوقائع السابقة واللاحقة على نفاذها ويستوي في ذلك أن تكون المحكمة القديمة قد وضعت يدها على الدعوى بالفعل وبصورة قانونية أو لم تفعل ذلك ، وتنقل الدعوى بالحالة التي كانت عليها وقت نفاذ القانون الجديد ، ومهما بلغت حالتها الإجرائية، إلى المحكمة الجديدة ، على أن يستثنى من ذلك الدعاوى التي صدر فيها حكم في الموضوع من محكمة أول درجة يصح فيه الطعن إلى درجة أعلي ، حينئذ يجب أن تستمر محاكمة المتهم أمام ذات الجهاز القضائي حتى تنتهي الخصومة بحكم بات ، وبظل الاختصاص الاستثنائي معقودا لهذه الدرجة العليا كما كان عليه الوضع في ظل القانون القديم ، وبنفس المواعيد والإجراءات . وقد أخذ بهذا النظام في التشريع الفرنسي ، كما ساد هذا النظام في القضاء الفرنسي واستقر فيه نهائيا منذ سنة 31871 . وفي هذا الاتجاه أيضا ، فإن محكمة النقض المصرية حكمت بما يلي : " إذ كان ذلك ، وكان من المقرر بمقتضى الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم 120 لسنة 2008 بإصدار قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية والمعمول به اعتباراً من أول أكتوبر لسنة 2008 " أن تحيل المحاكم من تلقاء نفسها ما يوجد لديها من منازعات ودعاوى أصبحت بمقتضى أحكام القانون المرافق من اختصاص المحاكم الاقتصادية وذلك بالحالة التي تكون عليها وكانت الفقرة الثالثة من المادة ذاتها قد استثنت من تطبيق حكم الفقرة الأولى المنازعات والدعاوى المحكوم فيها أو المؤجلة للنطق بالحكم قبل تاريخ العمل بهذا القانون وأبقت الأحكام الصادرة فيها خاضعة للقواعد المنظمة لطرق الطعن السارية في تاريخ صدورهما دون أن تقصر هذا الاستثناء على درجة من درجات التقاضي فضلاً عن أن المادة الثالثة من القانون المار ذكره نصت على أن " تستمر محكمة النقض ومحاكم الاستئناف والدوائر الاستئنافية في المحاكم الابتدائية في نظر الطعون المرفوعة أمامها قبل العمل بهذا القانون عن الأحكام الصادرة في المنازعات والدعاوى المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة الثانية بما مفاده عدم إعمال الأثر الفوري للقانون طالما أن الطعن مرفوع أمام هذه المحاكم قبل العمل بهذا القانون . لما كان ذلك ، وكانت محكمة الشئون المالية والتجارية دائرة الجنيح الجزئية — جنح مالي سيدى جابر — بالإسكندرية قد أصدرت في الدعوى الجنائية محل الطعن حكماً حضورياً بتاريخ 24 من نوفمبر لسنة 2007 وتم رفع استئناف بشأنه بتاريخ 21

¹ حسن الجوخدار م.س. ص 416 وما بعدها .

² عبد الوهاب حومد ، الحقوق الجزائية العامة ، ط 6 المطبعة الجديدة ، دمشق 1963 ص 268 .

³ حسن الجوخدار ، م.س، ص 421 وما بعدها .

1/2008/ وذلك قبل تاريخ العمل بالقانون المار ذكره اعتباراً من أول أكتوبر لسنة 2008 وفقاً للمادة السادسة من مواد إصدار هذا القانون فإن قضاء كل من محكمة الاسكندرية دائرة الجرح المستأنفة للشئون المالية والتجارية بتاريخ 29/10/2008 بعدم اختصاصها نوعياً بنظر الدعوى وإحالتها بحالتها للمحكمة الاقتصادية بالإسكندرية وقضاء الأخيرة بالفصل في الدعوى دون أن يكون لها ولاية الفصل فيها فإن كل منهما يكون قد أخطأ في تطبيق القانون لما كان ما تقدم فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه والقضاء بإلغاء كلا الحكمين الصادرين من محكمة جرح مستأنف الشئون المالية والتجارية بالإسكندرية والدائرة الاستئنافية بمحكمة الاسكندرية الاقتصادية وإحالة الدعوى لنظرها من جديد أمام محكمة جرح مستأنف الشئون المالية والتجارية بالإسكندرية لكونها المحكمة المختصة بنظر الدعوى وحتى لا يجرم الطاعن من درجة من درجات التقاضي" 1.

ونحن نرجح هذا الرأي، ونرى السير عليه، لأنه في نظرنا أقوم من الناحية القانونية. مع ملاحظة أن لا تمس الإجراءات المتخذة في القضية قبل الحكم في الموضوع، في حالة تعديل قانون التنظيم القضائي والاختصاص، كأعمال التفتيش والخبرة وسماع الشهود والتحقيق ما لم يقرر المشرع غير ذلك.

وهذا النظام الخاص بسريان القانون الجديد المتعلق بالتنظيم القضائي والاختصاص بأثر مباشر مع تقييده بصدر حكم في الموضوع من محكمة أول درجة، فقد أخذ به القضاء المغربي. وهكذا فقد صدر قرار عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) قضى بأنه: "بعكس قواعد الموضوع فإن قواعد الشكل كقوانين الاختصاص والمسطرة يجري العمل بها فور دخولها في حيز التطبيق حتى بالنسبة للأفعال التي ارتكبت من قبل ما دامت لم يفصل بشأنها حكم في الجوهر". وهذه القاعدة كانت مبنية على أساس أن المحكمة المصدرة للحكم المطعون فيه عرض عليها بادئ ذي بدء دفع بعدم الاختصاص لفائدة المحاكم العادية بموجب أن الأفعال المتابع من أجلها ارتكبت قبل صدور قانون 20 مارس 1965 المحدث لمحكمة العدل الخاصة فقضت برفضه لتعلقه بقواعد الشكل غير الخاضعة لمبدأ عدم الرجعية ثم تخلصت للمناقشات وطبقت في الموضوع على الأفعال التي ثبتت لديها - والتي تكون جنائية سواء في عرف التشريع العادي القديم باعتبارها أصلح للمتهم من مقتضيات القانون الجديد، وهكذا تكون قد صادفت الصواب بتمييزها في مفعول رجعية القانون الجنائي بين قواعد الشكل وقواعد الموضوع وبنيت بالتالي حكمها على أساس قانوني مما تكون معه الوسيلة غير وجيهة" 2.

وقد سار المجلس الأعلى في طريق هذا الاجتهاد، وذلك بتأكيده حسب القرار الصادر عنه كذلك تحت عدد 10145 بتاريخ 1984/12/25 حيث وردت فيه نفس القاعدة أعلاه" 3.

¹ محكمة النقض المصرية، طعن رقم 7134 لسنة 81 القضائية، جلسة 9 يناير 2013 انظر الموقع الإلكتروني

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases_WF.aspx?ID=111145161 تاريخ الإطلاع 2014/3/15.

² قرار المجلس الأعلى ع 691 س 10 بتاريخ 1967/6/29 منشور في مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة الجنائية (1966-1986) منشورات جمعية تنمية

البحوث والدراسات القضائية بالمعهد الوطني للدراسات القضائية، الرباط 1987 ص 413. وكذلك في مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 4 س 1 يناير 1969

ص 84.

³ منشور في مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة الجنائية (1984-1995) منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية بالمعهد الوطني

للدراستات القضائية، الرباط 1996 ص 65.

فبهذا الاجتهاد الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) يكون القضاء المغربي قد تبنى ما سار عليه التشريع واستقر بشأنه القضاء في فرنسا منذ 1871. وبذلك يكون القضاء المغربي قد ساير الركب منذ صدور هذا القرار سنة 1967. غير أنه وبالرغم من ذلك، فإننا نجد بعض الحالات الشاذة لدى بعض المحاكم المغربية التي تسيير عكس هذا الاتجاه، كما هو الحال بالنسبة للقرار موضوع هذا التعليق؛ فبدل إقرار ما سبق لنفس المجلس الأعلى أن قرره، كما سبقته الإشارة إلى ذلك أعلاه، في موضوع تعديل قوانين التنظيم القضائي والاختصاص المرتكز على الأثر المباشر للقانون مع تقييده بصدور حكم ابتدائي في القضية، نجده يخالف هذا الاتجاه بإصداره لقراره موضوع هذا التعليق والمتعلق بعدم اختصاص محكمة الاستئناف بطنجة. وهنا لابد من التنويه بقرار غرفة الجنايات الاستئنافية بمحكمة الاستئناف بطنجة التي سارت في الاتجاه الصحيح، وطبقت قرار المجلس الأعلى في الموضوع، ولم تكثر بما تم من تعديل للتنظيم القضائي والاختصاص اعتقادا منها بكون القضية الجنائية قطعت أشواطاً طويلة وأهم شوط هو صدور الحكم من غرفة الجنايات الابتدائية طبقاً للقاعدة التي تقول: "القضية يجب أن تنتهي حيث بدأت" إذا ما صدر بشأنها حكم في الموضوع يكون خاضعاً لطرق الطعن.

سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي



أستاذ محاضر قسم "أ"، إعداد : الدكتور: زرار العياشي

رئيس المجلس العلمي لكلية العلوم الاقتصادية

الجزائر جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة التجارية وعلوم التسيير

والأستاذة: غياد كريمة أستاذة مساعدة قسم "ب"

الجزائر- كلية العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير جامعة جيجل

الملخص :

تعتبر سوق الأوراق المالية الإسلامية فرصة هامة جداً لكل مستثمر مسلم، حيث يتمكن من تقليل خسائره ومخاطره وزيادة عائداته من خلال تنويع محفظته المالية، واختيار الأدوات الأقوى والأكثر نجاحاً ومشروعية، كما تمثل سوق الأوراق المالية الإسلامية محطة هامة لإعادة تنقية وضخ الأموال الحلال وتمويل المشروعات البناء والنجاح مما يؤدي إلى زيادة معدل النمو الاقتصادي من خلال زيادة إنتاج الطيبات في المجتمع.

يهدف البحث إلى بيان موقف الشريعة الغراء منه بهدف نشر الثقافة الاستثمارية الإسلامية الصحيحة، بما فيها إتاحة المجال للمستثمرين للتعرف على وجهة النظر الشرعية الإسلامية بالاستثمار في سوق الأوراق المالية، وما تقوم به هذه الأسواق وبيان الجهود المبذولة لتنظيم وضبط عملها لتتوافق نشاطاتها مع الشريعة الإسلامية.

مقدمة :

الإسلام منهج حياة شامل لشتى جوانب الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ففي الجانب الاقتصادي يتصف نظام الإسلام المالي والنقدي بأنه متكامل في نطاقه، وأهدافه، ومؤسساته، وقواعد العمل فيه، وللسوق مكانة فريدة في هذا النظام، إذ لا يقتصر اهتمام الإسلام بالعناية بوجود الأسواق كمؤسسة، وإنما يعني أكثر من غيره، بل وقبل غيره، بقواعد السلوك في تلك الأسواق ومنها منع الغش والاحتكار والقمار والربا.

وإذا كانت أسواق الأوراق المالية اليوم لا تحقق المقاصد التي يتوخاها الإسلام، فإن هذا لا يعني إغفالها، وتركها وشأنها، أو الحكم على ما فيها حكماً مطلقاً بالتحريم، وإنما الأمانة تقتضي أن نبحث عن كل تفصيلاتها وجزئياتها، ونحكم من

خلال تصور دقيق لكل جزئياتها، ونبذل كل ما في وسعنا، ونستفرغ كل جهدنا للوصول إلى بديل إسلامي يراعي الأصالة والتجديد والتطوير.

ونظراً لأهمية سوق الأوراق المالية، وازدياد اهتمام شرائح عديدة من المجتمع إليه بحثاً عن الأرباح، كان لابد من بيان موقف الشريعة الغراء منه بهدف نشر الثقافة الاستثمارية الإسلامية الصحيحة، بما فيها إتاحة المجال للمستثمرين للتعرف على وجهة النظر الشرعية الإسلامية بالاستثمار في سوق الأوراق المالية، وما تقوم به هذه الأسواق وبيان الجهود المبذولة لتنظيم وضبط عملها لتتوافق نشاطاتها مع الشريعة الإسلامية.

أولاً: الأسهم وتداولها في ميزان الفقه الإسلامي :

1- الأسهم (مفهومها وخصائصها) :

يطلق علماء الاقتصاد مصطلح السهم على أمرين هما :

أ- الحصة أو النصيب للمساهم في شركة من شركات الأموال، وهذه الحصة تمثل جزء من رأس مال الشركة، ويتم إصدار السهم على صورة صك يعطى للمساهم، ويكون وسيلة لإثبات حقوقه في الشركة.

ب- الصك أو الوثيقة المثبتة التي تعطى للمساهم إثباتاً لحقه، لأن السهم يعطي للمساهم حقوقاً تجاه الشركة كما يترتب عليه التزامات نحوها.

ويرى آخرون أن الأسهم " عبارة عن صكوك متساوية القيمة، غير قابلة للتجزئة، وقابلة للتداول بالطرق التجارية، وتمثل حقوق المساهمين في الشركات التي أسهموا في رأس مالها، وتحول له بصفته هذه ممارسة حقوقه في الشركة"

أو "صك يمثل حصة في رأس مال شركة المساهمة أو التوصية بالأسهم وكلمة السهم تعني حق الشريك في الشركة كما تعني الصك المثبت لهذا الحق " من خلال التعريفات السابقة للأسهم نجد أنها تعطي معنى متقارباً أو يكاد يكون متطابقاً، وهو أن السهم كما يطلق على الصك أو الوثيقة التي تعطي للمساهم إثباتاً لحقه فهو يشير أيضاً إلى الجزء أو النصيب الذي يمتلكه المساهم في رأس مال الشركة.

تتميز أسهم الشركات المساهمة بعدة خصائص أهمها :

- تساوي القيمة الاسمية : رأس المال يقسم على أسهم متساوية القيمة، فلا توجد أسهم أعلى من الأخرى،
- غير قابلة للتجزئة : يجوز أن يشترك في السهم الواحد أكثر من شخص واحد يمثلهم تجاه الشركة شخص واحد، وان اشتركوا في عدة أسهم،
- القابلية للتداول والتصرف فيها بالبيع والشراء والرهن والتنازل وغيرها،
- مسؤولية المساهم محددة بقيمة السهم فقط،
- الأسهم لها قيمة محددة بالقانون، ولا يصدر السهم بقيمة أعلى أو أدنى منها.

2- أنواع الأسهم وحكمها في ميزان الفقه الإسلامي :

هناك أنواع عديدة من الأسهم، وهذا التنوع يرجع لاعتبارات متعددة، ومعرفة هذه الأنواع وتصورها في غاية الأهمية لتنزيل الحكم الشرعي عليها، ومن ثم سوف نبحث هذه الأنواع وفقا للاعتبارات التالية :

2-1- أنواع الأسهم من حيث الحصة التي يقدمها الشريك: تنقسم حسب هذا الاعتبار إلى :

أ- أسهم عينية : وهي الأسهم التي يكتب بها المساهم بدفع قيمتها عينا (عقارا أو منقولا) ولا تدفع نقدا، وقد اختلف الفقهاء في جواز الاشتراك بالحصص العينية¹ على ثلاثة أقوال :

القول الأول : جواز الاشتراك بالعروض المقومة 2

القول الثاني : جواز الاشتراك بالثلثيات كالحبوب والأدهان³

القول الثالث : عدم الاشتراك بالعروض مطلقا⁴

والراجع من الأقوال هو القول الأول بجواز الاشتراك بالعروض، وبناء عليه يمكن الحكم بصحة إصدار السهم العيني والتعامل به اختيارا لمذهب من قال به، تيسيرا على المسلمين في معاملاتهم، ولا يوجد دليل نقلي على منعها.

ب- أسهم نقدية : وهي التي يكتب بها المساهم ويدفع قيمتها نقدا، وهذا النوع من الأسهم جائز باتفاق الفقهاء، حيث أجمعوا على جواز المشاركة بالأثمان المطلقة.

2-2- أنواع الأسهم من حيث الحقوق الممنوحة لصاحبها :

وتنقسم حسب هذا الاعتبار إلى :

أ- أسهم عادية : وهي التي تتساوى قيمتها وتعطي المساهمين حقوقا متساوية، يتحمل حاملها الربح والخسارة بقدر أسهمه، والحكم الشرعي لهذا النوع هو الجواز بغير خلاف⁵.

ب- أسهم ممتازة : وتعطي صاحبها حقوقا خاصة، وتختص بمزايا لا توجد في الأسهم العادية، تتميز الأسهم الممتازة عن الأسهم العادية بالخصائص التالية⁶ :

1- الحصص العينية يعبر عنها فقهاء المسلمون بالعروض، والعرض هو المتاع، وكل شيء عرض إلا الدراهم والدنانير.

2- قال بهذا الرأي المالكية وأحمد.

3- قال بهذا الرأي الشافعية ومحمد بن حسن صاحب أبي حنيفة.

4- قال بهذا الرأي أبي حنيفة وأبي يوسف وظاهر مذهب أحمد.

5 البرواري شعبان محمد إسلام، بورصة الأوراق المالية من منظور إسلامي: دراسة تحليلية نقدية، دار الفكر، ط1، دمشق سورية، 2002.

6 النشار محمد عبد الفتاح، الأسهم في سوق الأوراق المالية: رؤية شرعية في ضوء الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،

- الأولوية في الحصول على نسبة من الأرباح 5% قبل التوزيع على باقي الأسهم الأخرى، حكم هذه الميزة عدم الجواز شرعا لعدم المساواة في الحقوق بين المساهمين.

- الأولوية في الحصول على نسبة ثابتة من الأرباح سواء ربحت الشركة أو خسرت، حكمها عدم الجواز شرعا لأنه عين الربا المحرم.

- الأولوية باستعادة قيمة الأسهم بكاملها عند تصفية الشركة قبل سائر المساهمين، حكمها عدم الجواز لعدم تساوي الحقوق والالتزامات بين المساهمين.

- حق صاحب السهم في أن يكون له أكثر من صوت للسهم الواحد في الجمعية العمومية، حكمها عدم الجواز لأن الأصل أن الشركاء متساوون في الحقوق.

ج- أسهم مؤجلة : وهي التي تعطي للمؤسسين ولمن يقوم بترويج الأسهم الجديدة للشركة عند إنشائها،

وتسمى مؤجلة لأنها لا تستحق نصيبا من الأرباح الموزعة إلا بعد سداد حاملي بقية الأسهم، هذا النوع من الأسهم غير جائز شرعا، لأن عقد الشركة في الفقه الإسلامي يقوم على المساواة بين جميع الشركاء وتحمل الجميع المخاطرة واستحقاقهم الأرباح¹.

2-3- أنواع الأسهم من حيث طريقة التداول أو الشكل القانوني :

وتنقسم حسب هذا الاعتبار إلى :

- أسهم اسمية : وهي الأسهم التي تحمل اسم المساهم ويسجل عليها اسم حاملها، وتثبت ملكيته لها وتتداول بطريقة التسجيل، وهذا النوع من الأسهم يجوز شرعا إصدارها والتداول بها.

- أسهم لحاملها : وهي الأسهم التي لا تحمل اسم حاملها، ويعتبر حامل السهم هو المالك في نظر الشركة وحيازته دليل ملكيته، وحكم هذا النوع من الأسهم عدم جواز إصدار السهم لحامله لجهالة الشريك ويؤدي إلى حدوث النزاعات والخصومة².

- أسهم لأمر: وهي الأسهم التي يكتب عليها عبارة لأمر وتتداول بطريقة التظهير دون الرجوع للشركة، فيصبح الثاني هو مالك السهم الجديد، وهذا النوع من الأسهم جائز شرعا لانتفاء الجهالة بمعرفة المساهم الثاني ولا يؤدي إلى منازعة أو ضرر³.

2-4- أنواع الأسهم من حيث الاستهلاك واسترداد القيمة :

وتنقسم الأسهم حسب هذا الاعتبار إلى :

¹ البروراري شعبان محمد إسلام، مرجع سبق ذكره.

² القرة داغي علي، الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء 1، 1992.

³ هارون محمد صبري، أحكام السوق المالية : الأسهم والسندات ضوابط الانتفاع والتصرف بها في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان الأردن 1999.

- أسهم رأس المال : وهي الأسهم التي لا يجوز لصاحبها استرداد قيمتها مادامت الشركة قائمة، ولا تعود إلى المساهم إلا عند التصفية النهائية للشركة، وهذا النوع من الأسهم جائز شرعا.

- أسهم التمتع : وهي التي تستهلكها الشركة بأن ترد قيمتها إلى المساهم قبل انقضاء الشركة، ويبقى صاحبها شريكا له الحق في الحصول على الأرباح والتصويت في الجمعية العمومية¹.

2-5- أنواع الأسهم من حيث المنح أو عدمه :

وتنقسم الأسهم حسب هذا الاعتبار إلى :

- أسهم يدفع صاحبها قيمتها :

- أسهم منح : وهي الأسهم التي تمنحها الشركة للمساهمين مجانا في حالة زيادة رأس مال الشركة في حال ترحيل جزء من الأرباح المحتجزة ويتم توزيعها بصورة تتناسب مع مقدار الأسهم، هذا النوع من الأسهم جائز شرعا ما دام المنح يتم بالتناسب مع مقدار الأسهم.

2-6- أنواع الأسهم من حيث التصويت :

وتنقسم الأسهم حسب هذا الاعتبار إلى :

- أسهم مصوتة: وهي الأسهم التي تجمع بين حقوق الملكية وحق الإدارة والتصويت، وهي جائزة شرعا.

- أسهم غير مصوتة: وهي الأسهم التي تمثل حقوق المشاركة في أرباح المشروع دون أن يكون لمالكها حق التصويت أو الانتخاب أو الترشح لعضوية مجلس الإدارة، وهذا النوع من الأسهم غير جائز شرعا.

الجدول (1) : جدول توضيحي بأنواع الأسهم والحكم الشرعي لكل نوع :

اعتبارات التقسيم	أنواع الأسهم	الحكم الشرعي
1- وفقا للشكل القانوني	1- أسهم اسمية	الجواز
	2- أسهم لحاملها	عدم الجواز
	3- أسهم لأمر	الجواز
2- وفقا للحقوق الممنوحة للمالكها	1- أسهم عادية	الجواز
	2- أسهم ممتازة	عدم الجواز
3- وفقا للحصة المدفوعة	1- أسهم نقدية	الجواز

الجواز(الرأي الراجح)	2- أسهم عينية	
الجواز	1- أسهم رأس المال	4- وفقا لحق الاسترداد والاستهلاك
عدم الجواز أو الجواز بشروط	2- أسهم التمتع	
الجواز	1- أسهم مصوثة	5- وفقا لحق التصويت
عدم الجواز	2- أسهم غير مصوثة	
الجواز	1- القيمة الاسمية	6- وفقا لقيمتها
الجواز	2- قيمة الإصدار	
الجواز	3- القيمة الحقيقية	
الجواز	4- القيمة السوقية	
الجواز	1- أسهم يدفع قيمتها صاحبها	7- وفقا لحق المنح أو عدمه
الجواز	2- أسهم منح	

المصدر : إعداد الباحثان بالاعتماد على المراجع السابقة.

3- إصدار وتداول الأسهم في ميزان الفقه الإسلامي.

اختلف الفقهاء والباحثون المعاصرون في حكم إصدار وتداول السهم على رأيين **1** :

الرأي الأول : جواز إصدار وتداول الأسهم، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

الرأي الثاني : عدم جواز إصدار وتداول أسهم الشركات المساهمة العامة.

الرأي الراجح : جواز إصدار وتداول الأسهم في إطار من الضوابط التالية:

أ- الضوابط الشرعية :

جواز تداول الأسهم ليس على إطلاقه بل هناك ضوابط للتعامل بها، يمكن إجمالها فيما يلي **2** :

أن لا تكون الأسهم من النوع المحرم شرعا كالأسهم الممتازة.

أن لا يترتب على التعامل بها أي محذور شرعي، كالربا والغرر والجهالة.

1 القرة داغي علي، الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء 1، 1992.

2 الخليل أحمد، الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط2، 2005.

أن تكون صادرة عن شركة تتوفر فيها قواعد وأسس المشاركة في الأعباء وتحمل المخاطر.
أن تكون طبيعة نشاط الشركة مباحا.

ب- الضوابط القانونية :

هناك ضوابط قانونية لتداول الأسهم يمكن إجمالها فيما يلي¹ :

لا يجوز تداول الأسهم العينية وأسهم المؤسسين إلا بعد نشر الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن سنتين كاملتين من تاريخ قيد الشركة في السجل التجاري.

لا يجوز تداول الأسهم النقدية إذا كانت عملية الاكتتاب بأكثر من قيمتها الاسمية إلا بعد نشر الميزانية عن سنة كاملة.

لا يجوز تداول أسهم أعضاء مجلس الإدارة طوال عضويتهم في الشركة لضمان حسن الإدارة.

للمساهمين القدامى حق الأولوية على المساهمين الجدد في شراء الأسهم المتنازل عليها.

هذه الضوابط لا تتعارض مع الفقه الإسلامي، ما دام القصد الحفاظ على مصلحة الشركة والحفاظة على حقوق المساهمين.

ثانياً: السندات وتداولها في ميزان الفقه الإسلامي :

1- السندات (مفهومها وخصائصها والاختلاف بينها وبين الأسهم).

1-1- المفهوم : السندات هي الأوراق المالية التي تصدرها الشركات المساهمة أو المؤسسات أو الدول وهي "الصكوك القابلة للتداول التي تصدرها الشركات أو المؤسسات ويمثل هذا الصك قرضاً طويل الأجل يعقد عادة عن طريق الاكتتاب العام"².

فالسندات هي صكوك متساوية القيمة، وتمثل ديونا في ذمة الشركة التي أصدرتها وتنبث حق حاملها فيما قدموه من مال، أو اقتضاء الدين المثبت في الصكوك في مواعيد استحقاقها، وتكون هذه الصكوك قابلة للتداول بالطرق التجارية³

1-2- خصائص السندات : تتميز السندات بعدة خصائص كما يلي : 4

- تمثل السندات ديون في ذمة الجهة المصدرة لها (حكومة، شركة، مؤسسة) وحاملها يكون دائماً لتلك الجهة.

- السندات قابلة للتداول كالأسهم، بطريقة القيد أو التسليم.

1 فياض عطية، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، دار النشر للجامعات، القاهرة، 1998.

2 الحناوي محمد صالح، أساسيات الاستثمار في سوق الأوراق المالية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2000.

3 رضوان سمير عبد الحميد، أسواق الأوراق المالية ودورها في تمويل التنمية الاقتصادية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، 1996.

4 هندي منير إبراهيم، أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال: الأوراق المالية وصناديق الاستثمار، البحرين، 1993.

- السندات صكوك متساوية القيمة،

- للسندات أجل لاستيفاء قيمتها، وهذا الأجل قد يكون قصيرا أو متوسطا أو طويلا.

- يعطي السند لحامله حقين أساسيين: حق الحصول على فائدة ثابتة، وحق استرداد قيمة سنده في أجل الاستحقاق.

1-3- أوجه الاختلاف بين الأسهم والسندات :

تشابه الأسهم والسندات في عدة خصائص عامة، فلكل منهما قيمة اسمية وقيمة سوقية، وكلتاهما قابلة للتداول والتعامل، وتتأثر أسعارهما في السوق تبعا لقوة العرض والطلب، وتختلف السندات عن الأسهم من عدة وجوه¹:

الجدول (2) : جدول توضيحي يبين الفرق بين الأسهم والسندات :

السند	السهم
صك يمثل جزء من رأس المال.	صك يمثل جزء من رأس المال
حامله دائن وليس شريك (أداة دين)	حامله شريك (أداة ملكية)
يصدر بعد التأسيس لتوسيع الأعمال	يصدر قبل التأسيس وبعده
ليس لحامله الحق في الحضور والتصويت في الجمعية العمومية.	لحامله الحق في الحضور والتصويت في الجمعية العمومية.
صاحب السند لا تقع عليه أي أخطار، وحصته مضمونة.	قد يفقد المساهم حصته بسبب ديون الشركة أو إفلاسها (يتحمل ديون الإفلاس)
لحامل السند الحق في فائدة ثابتة لا تتغير ربحت الشركة أم خسرت.	لحامل السهم الحق في الأرباح الأيرادية
للسند وقت محدد لسداه.	لا تسترد إلا عند تصفية الشركة
إصدار السند وسيلة للتمويل بالإقراض من الغير	إصدار السهم وسيلة للتمويل من أصحاب المشروع

2- أنواع السندات وحكم التعامل بها.

يمكن تقسيم السندات لأنواع كثيرة ومتعددة، وفقا لاعتبارات عديدة ومختلفة، نذكر من هذه التقسيمات² :

2-1- تقسيم السندات وفقا لجهة الإصدار :

سندات حكومية (سندات القطاع العام) : وهي السندات التي تصدرها الدولة ومؤسساتها للاكتتاب العام وتمثل قروض تحصل بموجبها الدولة على الأموال اللازمة لتمويل عمليات في مجال التنمية الاقتصادية أو حتى تمويل نفقاتها.

1 التميمي وسلام ، الاستثمار بالأوراق المالية، دار المسيرة للنشر، عمان، الأردن ط1، 2004.

² خريوش علي وآخرون، الاستثمار والتمويل بين النظرية والتطبيق، عمان- الأردن، الشركة الدولية للتجهيزات المكتبية، 1996.

-سندات القطاع الخاص: وهي التي تصدر عن المؤسسات المالية أو الشركات المساهمة العامة في القطاع الخاص لتمويل مشاريعها، وأهم ما يميز تلك السندات عن السندات الحكومية هي أنها بمعدلات فائدة أعلى، ولكن في المقابل أكثر مخاطرة من مثيلتها الحكومية.

2-2- تقسيم السندات شكليا :

تنقسم السندات شكليا إلى قسمين :

سندات اسمية : وهي السندات التي تحمل اسم صاحبها وتنتقل من شخص إلى آخر من خلال عمليات التداول في سوق الأوراق المالية بطريق التسجيل.

سندات لحامله : وهي السندات التي لا تحمل اسم صاحبها، وتنتقل ملكيتها بطريقة الاستلام.

2-3- تقسيم السندات من حيث الأجل: تنقسم السندات من حيث الأجل إلى ثلاثة أنواع 1 :

- سندات قصيرة الأجل : وهي السندات التي لا تتجاوز مدتها العام الواحد، ويتم تداولها في سوق النقد، وتتميز بدرجة عالية من السيولة وانخفاض درجة المخاطرة.

- سندات متوسطة الأجل : وهي السندات التي يزيد أجلها عن عام واحد ولا يتجاوز 7 أعوام، وتكون معدلات الفائدة عليها أعلى من السندات قصيرة الأجل.

- سندات طويلة الأجل : وهي السندات التي يزيد أجلها عن 7 أعوام، وتداول في سوق رأس المال، وتصدر بمعدلات فائدة أعلى من تلك على السندات قصيرة ومتوسطة الأجل.

2-4- تقسيم السندات وفقا لقابلية الاستدعاء أو الاستهلاك: تنقسم السندات وفقا لقابلية الاستدعاء والاستهلاك إلى قسمين :

- سندات قابلة للاستدعاء : هي السندات التي يكون للجهة المصدرة لها الحق في استدعائها أو استهلاكها قبل انقضاء الأجل، وتصدر عادة بعلاوة استدعاء.

- سندات غير قابلة للاستدعاء : وهي السندات التي يكون لصاحبها الحق في الاحتفاظ بها لحين انتهاء أجلها، ولا يجوز للجهة المصدرة لها استدعاء السند للاستهلاك لأي سبب من الأسباب.

2-5- تقسيم السندات وفقا لطريقة سداد الفائدة والعائد: وتنقسم وفق هذا التصنيف إلى 2 :

- سندات عادية : وهي التي تتيح لصاحبها الحصول على فائدة ثابتة خلال مدة القرض.

- سندات مشاركة في الأرباح : وهي التي تخول لصاحبها الحق في الحصول على نسبة من الأرباح المحققة.

¹ حنفي عبد الغفار، الاستثمار في بورصة الأوراق المالية، ط1، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2003

² رضوان سمير عبد الحميد، مرجع سبق ذكره.

- سندات المقارضة الإسلامية: ويطلق عليها سندات المضاربة الإسلامية وهي كبديل للأدوات الربوية في سوق رأس المال.

- سندات ذات عائد متزايد الأجل: وهي سندات تصدر بأسعار فائدة منخفضة عن المستوى المتاح في الأسواق المالية، إلا أن السعر يجرى تصعيده تدريجياً.

- سندات ذات عائد معوم: وهي السندات التي يجري تحديد سعر الفائدة لها على أساس الليبور • Libor

- سندات ذات عائد متغير: وهي السندات التي يتغير فيها سعر الفائدة صعوداً أو هبوطاً.

- سندات يرتبط عائدها بمستوى الأسعار: وهي السندات التي يتغير فيها سعر الفائدة صعوداً أو هبوطاً حسب التغير في مستوى الأسعار.

- سندات الدخل: هي السندات التي تخول لصاحبها الحق في الحصول على فائدة ثابتة بشرط تحقيق الشركة المصدرة فائض في الأرباح تغطي الفائدة.

الجدول (3): جدول توضيحي يبين أنواع السندات حسب التقسيمات المختلفة:

أنواع السندات	أساس التقسيم
1- سندات حكومية (سندات القطاع العام) 2- سندات القطاع الخاص (سندات أهلية)	تقسيم السندات وفقاً لجهة الإصدار
1- سندات اسمية 2- سندات لحامله	تقسيم السندات شكلياً
1 - سندات قصيرة الأجل 2 - سندات متوسطة الأجل 3 - سندات طويلة الأجل	تقسيم السندات من حيث الأجل
1- سندات قابلة للاستدعاء 2- سندات غير قابلة للاستدعاء	تقسيم السندات وفقاً لقابلية الاستدعاء أو الاستهلاك
1- سندات عادية 2- سندات مشاركة في الأرباح	تقسيم السندات وفقاً لطريقة سداد

• الليبور: تحديد سعر الفائدة للسندات وفقاً لمتوسط أسعار و ودائع بنوك لندن.

3- سندات المقارضة الإسلامية	الفائدة والعائد
4- سندات ذات عائد متزايد الأجل	
5- سندات ذات عائد معوم	
6- سندات ذات عائد متغير	
7- سندات يرتبط عائدها بمستوى الأسعار	
8- سندات الدخل	

المصدر: إعداد الباحثان بالاعتماد على المراجع المذكورة في البحث.

* حكم التعامل بالسندات:

اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم إصدار التعامل بالسندات على ثلاثة أقوال:

القول الأول: تحريم جميع أنواع السندات، وهو ما ذهب إليه غالبية الفقهاء.

القول الثاني: إباحة تداول بعض أنواع السندات.

القول الثالث: الإباحة المقيدة بأسباب تبررها.

الرأي الراجح: بعد عرض آراء الفقهاء المعاصرين في حكم إصدار وتداول السندات بين محرم لها مطلقا وجميع أنواعها، ومبيح لها بشروط، ومجيز لأنواعها المختلفة، يمكن ترجيح الرأي القاضي بأن جميع أنواع السندات التي مر ذكرها محرمة شرعا ما دامت تصدر بفائدة ثابتة ومحددة، وتسترد قيمتها في مواعيد استحقاقها سواء كانت الجهة المصدرة لها شركة أم حكومة، باستثناء سندات المقارضة الإسلامية والتي قدمها مفكروا الإسلام المعاصرين بديلا لأدوات التمويل الربوي¹.

3- البدائل الشرعية للسندات:

إن إجماع الفقهاء المعاصرين على اعتبار السندات "قروض ربوية" تقع في دائرة الحرام، اقتضى منهم توفير البديل الذي يحقق الغرض بعيدا عن الأضرار التي تقترن بذلك المحرم ويبعد الناس عن الوقوع فيه، ولجذب أموال المسلمين المحجمين عن التعامل في السندات المحرمة للاستفادة منها في التنمية، وهناك صيغتان للبدائل الشرعية:

الأولى: القرض الحسن.

الثانية: المشاركة في الأرباح والخسارة، طبقا لقاعدة الغنم بالغرم.

¹ قرار مجمع الفقه الإسلامي، رقم 6/ 11 / 62، 6، 1990.

إن طرح واختيار صيغة من صيغ البدائل الشرعية تعتمد على نوع المعاملة أو المشروع أو الحاجة، فإذا كانت الجهة المحتاجة إلى المال هي الحكومة، يمكن طرح عدة بدائل منها:

القرض الحسن من الأفراد.

تعجيل الزكاة.

الحض على بذل التبرعات والإنفاق في سبيل الله.

فرض ضرائب استثنائية.

أما إذا كانت الجهة شركة أو مؤسسة تريد زيادة رأسمالها لتوسيع مشاريعها، فيمكن توفير هذا التمويل عن طريق:

الاكتتاب بأسهم جديدة.

إنشاء مشاركات جديدة.

عرض الباحثون مجموعة من الصيغ البديلة للسندات المحرمة وهي 1 :

1- سندات المقارضة أو صكوك المضاربة*:

عرفت بأنها " وثائق محددة القيمة تصدر بأسماء مالكيها مقابل الأموال التي قدموها لصاحب المشروع بعينه، ويحصل مالكوها على نسبة محددة من أرباح المشروع، ولا تنتج عن هذه السندات أي فوائد وتكفل الحكومة تسديد قيمة السندات الاسمية الواجب استهلاكها بالكامل في المواعيد المقررة، وتصبح المبالغ المدفوعة لهذا السبب قروض ممنوحة للمشروع من دون فائدة مستحقة الوفاء فور الإطفاء الكامل للسندات "

وحتى تكون سندات المقارضة مقبولة شرعا لا بد أن تتوفر فيها العناصر التالية :

- أن يمثل صك ملكية شائعة في المشروع الذي أصدرت الصكوك لإنشائه وتمويله.

- لا بد أن تشتمل نشرة الإصدار على جميع البيانات المطلوبة شرعا في عقد المضاربة.

- أن تكون صكوك المضاربة قابلة للتداول بعد انتهاء الفترة المحددة للاكتتاب.

- أن من يتلقى حصيلة الاكتتاب في الصكوك لاستثمارها وإقامة المشروع هو المضارب، وبهذه الضوابط أعتبر مجمع الفقه الإسلامي سندات المقارضة صكوك مضاربة شرعية.

¹ مجموعة من الأبحاث المقدمة إلى مجمع الفقه الإسلامي في دورته 16، بجدة - المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410هـ.

* المقارضة مأخوذة من القراض، وهو العقد المعروف بالمضاربة والتي تقوم على أساس أن يكون المال من شخص والعمل من شخص آخر، على أن يكون الربح بينهما بحسب الاتفاق والخسارة على صاحب رأس المال، وسميت بالقراض لأن صاحب المال يقطع جزء ويجعل حق التصرف فيه للعامل، والعامل يقطع جزء من الربح ويعطيه لصاحب العمل.

2- شهادات الاستثمار الإسلامي :

وتقوم هذه الشهادات على أحكام المضاربة فأصحاب الودائع أو الشهادات يمثلون رأس المال وتقوم الجهة المصدرة بدور المضارب مع الاتفاق على نسبة الربح وتحمل رب المال الخسارة، تصدرها البنوك والمؤسسات المالية لتمويل تجارة الدول الإسلامية، ولا يقل أجلها عن عام، هي نوعان¹

أ- شهادات الاستثمار المخصص (الإصدار الأساسي): وهي مجموع الشهادات التي تصدر عند تأسيس المحفظة الاستثمارية، وتقتصر ملكيتها على البنوك أو المؤسسات المالية الإسلامية.

ب- شهادات الاستثمار العام (الإصدارات اللاحقة): وهي مجموع الشهادات التي تصدر بعد تأسيس محفظة الاستثمار، وتطرح للاكتتاب العام وهذه الشهادات تمتاز بإمكانية تسيلها.

3- صكوك المشاركة: تقوم صكوك المشاركة على أساليب المشاركة بمختلف صورها من المشاركة بالأموال ثم المشاركة الحقيقية في الأرباح أو الخسائر أو المشاركة بالمال من جانب والعمل والخبرة من جانب آخر، وهذا الأساس من المشاركة يعطي الضمان لتقليص خطر التعرض للخسارة.

4- صكوك الإيجار :

ولها صورتان :

أ- صكوك الإيجار المتناقصة : وهي شهادات تشبه شهادات الاستثمار المخصص لكنها تختلف عنها في أنها تمثل نوعاً من المساهمة المتناقصة، حيث تشمل أقساط الإيجار أرباح المؤجر إضافة إلى استهلاك رأس المال، وعلى هذا فإن شهادات الإيجار هذه سوف تصفى تدريجياً حتى تنتهي تماماً مع آخر الأقساط.

ب- صكوك الإيجار الثابتة : وهي شهادات إيجار غير متناقصة القيمة تقدم معدل ربح أعلى من الشهادات المتناقصة نتيجة لإمكان إعادة استثمار الأقساط المدفوعة، وذلك لأن الجهة التي تصدرها تستثمر حصيلة الأقساط المدفوعة في عقود إيجارات جديدة.

5- سندات الخزينة المخصصة للاستثمار الإسلامي : تقوم فكرة إصدارها على الأسس والقواعد التالية:2

1- إصدار سندات الخزينة للمشاركة في المشاريع المنتجة للدخل، وذلك على أساس بيع المشروع المعين مقابل إعطاء سندات تمثل حصص امتلاك وانتفاع ببيع المشروع.

2- إصدار الخزينة الإيجارية لمشاريع مملوكة لمؤسسات وشركات مساهمة ذات نفع عام باعتبار أن هذه السندات تمثل حصص امتلاك قابلة للتأجير.

1 هاني نصار، شركات الوساطة وأثرها على تنمية سوق فلسطين للأوراق المالية، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية غزة فلسطين، 2007.
2 حمود سامي حسن، الأدوات التمويلية الإسلامية للشركات المساهمة، البنك الإسلامي للتنمية- جدة، المملكة العربية السعودية، 1998، ص23.

3- إصدار سندات الخزينة بطريق السلم*، وذلك على أساس بيع الإنتاج في المستقبل مع تنظيم بيوع السلم.

إن البدائل الشرعية للسندات تبين أن الشريعة الإسلامية قادرة على إيجاد بدائل للاستثمار، ولديها القدرة على تنظيم وتداول الأسهم والسندات "الشرعية" المعروضة للبيع، وتوفر للمساهم أو لصاحب وديعة الاستثمار المرتبطة بمشروع محدد أن يحول أسهمه أو وديعته إلى سيولة متى احتاج إلى ذلك، وكذلك تمكين أصحاب الأموال السائلة الراغبين في الاستثمار أن يستثمروها في مشروعات يتوقعون ربحها دون الوقوع في الربا (أخذًا وعطاءً).

الخلاصة :

تعد سوق الأوراق المالية من أهم المؤسسات العاملة في سوق رأس المال بل من أهم المؤسسات المؤثرة في اقتصاديات الدول، وبقدر قوة واستقرار وثبات ونشاط هذه السوق يكون استقرار وتبات ونشاط اقتصاديات الدول، فهي المرآة التي تعكس صورة النشاط الاقتصادي للبلاد.

ولا يخفى أن سوق الأوراق المالية الإسلامية فرصة هامة جدا لكل مستثمر مسلم، حيث يتمكن من تقليل خسائره ومخاطره وزيادة عائداته من خلال تنويع محفظته المالية، كما تمثل سوق الأوراق المالية الإسلامية محطة هامة لإعادة تنقية وضخ الأموال الحلال وتمويل المشروعات البناء والنجاحة مما يؤدي إلى زيادة النمو الاقتصادي من خلال زيادة إنتاج الطيبات في المجتمع، وبهدف تطوير سوق الأوراق المالية الإسلامية نقدم الاقتراحات التالية :

الاقتراحات :

1- ضرورة إنشاء بورصات أوراق مالية محلية إسلامية تنضبط بالضوابط الشرعية كخطوة أولية نحو إقامة بورصات أوراق مالية عالمية.

2- جعل البورصة الإسلامية للأوراق المالية مستقلة عن البورصة التقليدية لضمان التزام أنشطتها بأحكام الشريعة الإسلامية.

3- توصي الدراسة العلماء والباحثين في الصناعة المالية الإسلامية أن يعملوا على تطوير أدوات مالية إسلامية وذلك باستحداث أدوات مالية جديدة، ولا يكتفوا بتكييف الأدوات المالية التقليدية في ميزان الشريعة الإسلامية، لجذب أكبر المستثمرين وتطوير سوق رأس المال الإسلامي.

4- إجراء الدراسات والبحوث في مجال المعاملات المعاصرة والأسواق المالية العالمية وتقييمها من الناحية الشرعية للاستفادة منها مما يوافق الشرع ولتعديل ما يجب تعديله من معاملات، وإيجاد بدائل شرعية لها لتعميق الوعي بالأدوات الشرعية في الأسواق المالية.

* السلم في الاصطلاح الفقهي هو بيع أجل بعاجل، أو بيع شيء موصوف في الذمة بلفظ السلم أو السلف، وهو مستثنى من بيع المعدوم أو ما ليس عند الإنسان وذلك لحاجة الناس إلى مثل هذا العقد، فالسلم نوع من البيوع يتأخر فيه المبيع (بسمي المسلم فيه) ويتقدم فيه الثمن (ويسمى رأس مال السلم)، فهو عكس البيع بثمن مؤجل.

قائمة المراجع :

- 1- الحناوي محمد صالح، أساسيات الاستثمار في سوق الأوراق المالية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2000.
- 2- البرواري شعبان محمد إسلام، بورصة الأوراق المالية من منظور إسلامي: دراسة تحليلية نقدية، دار الفكر، ط1، دمشق سورية، 2002.
- 3- النشار محمد عبد الفتاح، الأسهم في سوق الأوراق المالية: رؤية شرعية في ضوء الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 4- القرة داغي علي، الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء 1، 1992.
- 5- هارون محمد صبري، أحكام السوق المالية: الأسهم والسندات ضوابط الانتفاع والتصرف بها في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان الأردن 1999.
- 6- الخليل أحمد، الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط2، 2005.
- 7- التميمي وسلام، الاستثمار بالأوراق المالية، دار المسيرة للنشر، عمان، الأردن ط1، 2004.
- 8- فياض عطية، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، دار النشر للجامعات، القاهرة، 1998.
- 9- حمود سامي حسن، الأدوات التمويلية الإسلامية للشركات المساهمة، البنك الإسلامي للتنمية - جدة، المملكة العربية السعودية، 1998.
- 10- حنفي عبد الغفار، الاستثمار في بورصة الأوراق المالية، ط1، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2003.
- 11- رضوان سمير عبد الحميد، أسواق الأوراق المالية ودورها في تمويل التنمية الاقتصادية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، 1996.
- 12- هندي منير إبراهيم، أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال: الأوراق المالية وصناديق الاستثمار، البحرين، 1993.
- 13- هاني نصار، شركات الوساطة وأثرها على تنمية سوق فلسطين للأوراق المالية، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية غزة فلسطين، 2007.
- 14- خريوش علي وآخرون، الاستثمار والتمويل بين النظرية والتطبيق، عمان - الأردن، الشركة الدولية للتجهيزات المكتبية، 1996.

دور المنظمات الدولية والإقليمية في نسوية أزمة دارفور



فضيلة الأستاذ بوحبيبة رابح
أستاذ القانون الدولي العام
جامعة الطارف - (الجزائر)

الملخص :

نسعى من خلال هذه الدراسة إبراز دور المنظمات الإقليمية والدولية بوسائلها وآلياتها المختلفة في تسوية أزمة دارفور، حيث توصلنا في فرضية هذا البحث: أنه كلما اعتمدت هذه المنظمات على تمويلها ودعمها فنيا ولوجيستيا على جهات من خارج القارة الإفريقية، ضعفت فاعلية هذا الدور. كما أن الضغوط والتدخلات الخارجية أدت إلى الحد من دور هذه الهيئات، وهو الأمر الذي أخرجها من محيطها الداخلي وجعلها أزمة ذات أبعاد وتداعيات محلية وإقليمية ودولية. وهكذا أوكلت المهمة إلى الاتحاد الإفريقي، استنادا إلى الفصل الثامن من ميثاق الأمم المتحدة الذي حاول السيطرة على الأزمة وكبحها، باعتباره الأكثر دراية بقضايا القارة. لكن نتيجة لنقص التمويل والتجهيزات اللازمة، وعدم ثقة الأطراف في جهود الاتحاد الإفريقي، وعدم قدرته على التعامل مع الأزمة، أدى به إلى اتخاذ قرار بإنهاء عمل بعثته بدارفور وموافقته بتحويل المهمة إلى الأمم المتحدة بموجب قرار رقم 1769.

الكلمات المفتاحية: المنظمات - فعالية الدور - الدولية - أزمة دارفور - الإقليمية .

Résumé :

Nous cherchons a travers cette étude ; de démontrer le rôle des organisations régionales et Internationales avec ses différents moyens ; dans l'ajustement de la crise de Darfour. Nous émettons l'hypothèse que : chaque fois que ces organisations se sont appuyés sur les supports techniques et logistiques extérieurs des continents africains ; l'effet de ce rôle s'est diminué.

En plus ; la pression et l'intervention extérieur ; ont conduit a la réduction du rôle de ces organismes. C'est cette situation qui a fais sortir de son environnement intérieur ; en la rendant en crise ; possédant des dimensions locales ; régionales et internationales ; ainsi cette mission a été confié a l'union africaine.

On ce référant au huitième chapitre du la charte des Nations Unies qui ont voulu contrôler et réprimer la crise. On considérant qu'ils sont le dispositif le plus adéquat ; dans l'étude des affaires continentales.

Mais le résultat du manque de financement ; d'équipement et de confiance de la part des parties dans les efforts de l'Union Africaine comme organisation continentale et son incapacité à traiter la crise ; à conduire ; à prendre une discision ; de transférer la mission de Darfour aux Nations Unis ; en vertu de la discision numéro 1769.

Mots-clés : organisations - l'efficacité du rôle - international - la crise du Darfour - régionale.

تمهيد :

تعد أزمة دارفور^(*) واحدة من أهم الأزمات التي تواجه الدولة السودانية، بسبب عدم الاستقرار الداخلي، وتهديد السلامة الإقليمية للدولة. وبما أن مبدأ التسوية السلمية للأزمات من المبادئ الهامة في القانون الدولي المعاصر، نص عليه ميثاق المنظمات الدولية والإقليمية كمبدأ يلتزم به هؤلاء الأعضاء في تسوية أزماتهم. وهو ما كان بالفعل لتدخل الإتحاد الإفريقي كمنظمة إقليمية، ومنظمة الأمم المتحدة، وجامعة الدول العربية لعقد عدة مؤتمرات والتوقيع على العديد من الاتفاقيات، وصدور الكثير من القرارات. إلا أنها لم تصادف انفراجا حقيقيا بسبب تدويل القضية. وبالتالي يصبح الوصول إلى التسوية النهائية أمرا غير ميسور حتى وقتنا الراهن، ومن ثم يمكن القول: بأن المناخ السياسي في إقليم دارفور متجه نحو التعقيد. ولعل التنبؤ به سيساعد في إيجاد التغييرات الديمقراطية وحلول الأزمة التي طال انتظارها، وعليه فالتساؤل المطروح هو ما مدى فعالية دور المنظمات الدولية والإقليمية في تسوية أزمة دارفور؟

أولا: التعريف بإقليم دارفور:

-الموقع الجغرافي والتركيب السكاني : يقع دارفور بين خطي 22-27 شرقا وخطي العرض 10-16 شمالا ويعد شماله امتدادا لمنطقة الساحل الإفريقي الذي يمتد من السينغال حتى شرق السودان. يحده من الشمال والشمال الشرقي الولاية الشمالية، ومن الشرق والجنوب الشرقي ولايتي شمال وغرب بحر الغزال. وتشارك الحدود السياسية الدولية لجمهورية تشاد وإفريقيا الوسطى بشريط حدودي يبلغ طوله 750 كلم. تبلغ مساحته حوالي 550 ألف كلم² أي 22 % من مساحة السكان الكلية البالغة 2,5 مليون كلم² وتنقسم تركيبته السكانية إلى :

أ- المجموعة الأولى : تعتبر من الأصول السامية العربية وهم من الرعاة.

ب- المجموعة الثانية : تنحدر من الأصول الحامية الإفريقية وهم من المزارعين الذين يعتمدون على الزراعة التقليدية ويحمل تقسيم مناطق هذا الإقليم الثلاثة في طياته بذور الأزمة كما يلي:

*المنطقة الشمالية : تعد أكثر عرضة للهشاشة الايكولوجية وتشكل امتدادا للصحراء الليبية تقطنها قبائل البديات والزغاوة غير العربية بالاشتراك مع الرزيقات والحاميد وبني حسين (قبائل عربية). إذ تعتبر هذه الهشاشة البيئية عنصرا في اندلاع النزاعات حول الموارد الشحيحة ويعد معدل تساقط الأمطار بها كافيا لرعي الحيوانات لا الزراعة.

*المنطقة الوسطى : تقع بين خطي 30، 14 و12° شمالا، يقسمها جبل مرة لشطرين وهو المنطقة المركزية فيها. يبلغ ارتفاعه 3071م وتقدر مساحتها الكلية 10 آلاف كلم² تفصل المرتفعات الغربية عن المناطق المنخفضة في الشرق والتي تغطي الكثبان الرملية، بينما تغطي تربة جبل مرة طبقة رسوبية سمكية من الرماد البركاني الصالح للزراعة يتسم بقابلية عالية للتعرية وتكوين الأخاديد، يقطنها الفور الذين تنتشر قراهم على سفح الجبل وجوانب الأودية وتزيدهم كمية أمطار المتساقطة أكثر إقبالا على تربية المواشي والتنوع الزراعي.

^{*} دارفور: سمي بدارفور نسبة إلى القبيلة الأكبر في الإقليم وتشكل المحافظة الغربية في السودان ..وقد شهد الإقليم في تاريخه سلطنات عدة منها سلطنات الفور الكبرى التي تأسست سنة 1650 م وهي قبيلة تعيش على طول سلسلة جبل مرة في وسط الإقليم وهي أكثر قبائل المنفردة عددا. وللفور 99 فرعا. وقد عرف الإقليم باسمها، ولهم لغة قائمة بذاتها. كما أن نمط معيشتهم يتسم بالثراء .

* المنطقة الجنوبية : تمتد من خط 12° جنوباً إلى الحدود الجنوبية على امتداد بحر العرب. يقطنها رعاة الأبقار العرب الرحل كما تقطنها قبائل الرزيقات والبانبة وبنو هلية والتعايشة والمسيرية، ورغم استقرارها النسبي إلا أنها عانت من الجفاف، مما اضطرها إلى هجرة بعض الرعاة إلى المراكز الحضرية⁽¹⁾.

2- سياسة النظام الحاكم : إن السودان كدولة لم يتوافر له الاندماج السياسي إلا في فترة الحكم التركي، حيث فرض الحكم التركي - المصري وحدة الأقاليم الواقعة تحت سيطرته السياسية بالقوة. حيث كان نقل مركز السلطة من دارفور وباقي الأطراف إلى الخرطوم نتائج كبيرة على التنمية في السودان، حيث عنى ذلك تقوية موقع السودان النهري الأوسط على حساب الأطراف مما أنتج اختلالاً في توزيع السلطة والثروة. والحقيقة إن جمهورية السودان بمساحتها الشاسعة هي التي خلقت الاستعمار وان الوحدة والدمج اللذين استمرتا طوال الفترة الاستعمارية (1898 - 1956) كان بالقوة. وهكذا سار التحرك العسكري لقمع نزاعات التمرد دون النظر في أسبابه وأصبحت سياسة تهميش الأطراف من قبل المركز. ومن ثم نشأت الحركات المناهضة للمركز وأصبحت في مقدمة العوامل التي أدت إلى نشوء الأزمة. ومن هنا جاء الانخراط في التنظيمات العسكرية ولجأت الحكومة بسبب ضعف المركز إلى سياسة الحرب بالوكالة. وفي سنة 1964 تشكلت جبهة نهضة دارفور ذات المنهج السياسي الخالص كرد فعل على التخلف الذي يعاني منه غرب السودان مركزة مطالبها على المشاركة في السلطة والثروة مع الحكومة المركزية، أما التجمع العربي فقد نشأ في بداية الثمانينات 27 قبيلة عربية من غرب السودان مبرزا أهدافه في الاستيلاء على حكم ولايات الغرب الست في دارفور وكرد وفان والسودان. كما أن حركة الاستقطاب الحزبي خلال عهد الديمقراطية الثالثة في السودان بين (1986-1989) إبان حكم الصادق المهدي أسهمت في تأجيج النزعات بين قبائل أنصار المهدي في حزب الأمة (القبائل العربية) وأنصار الختمية في الحزب الاتحادي الديمقراطي (القبائل الإفريقية) بقيادة محمد عثمان الميرغني إلى استقطاب قبائل دارفور كل إلى جانبه، فكانت النتيجة زيادة حدة التوترات المتصاعدة في الإقليم سنة 2003 بقيادة جبهة تحرير السودان وجناحها العسكري (جيش تحرير السودان) الذي نظم مجموعة كبيرة من الضباط السودانيين السابقين بحكم ذاتي موسع وإعادة تقسيم السلطة والثروة وإعادة بناء سودان جديد مدني فيدرالي وإتاحة دور أساسي للمهمشين. هذا إلى جانب حركة العدل والمساواة ذات التوجهات الإسلامية بقيادة خليل إبراهيم الذي كان من معاوني الدكتور حسان الترابي، واعتبرتها حكومة الخرطوم تحتل الجناح العسكري لحزب المؤتمر الشعبي المنشق عن الحزب الحاكم ويقوده الترابي. حيث شهد هذا الحزب خلافات داخلية حادة فيما يتعلق بحسم مسألة تعدد مرجعيات اتخاذ القرارات في الدولة والذي قسمه الرئيس السوداني لصالحه سنة 1999 وانسلخ الترابي منه، مما أدى به للاعتقال⁽²⁾.

3 - دوافع العنف وظهور الحركات المتمردة : لقد كان العنف مدعوماً بمسألتين، الأولى هي الإرث الاستعماري الذي قسم دارفور بين قبائل العرب والفرور وأعطى بعضها الأراضي وحرم البعض الآخر. أما الثانية فهي أربعة عقود من الجفاف والتصحر فاقمت الصراع بين القبائل التي تملك الأرض والتي لا تمتلك، وظلت القبائل الممتلكة تسعى ضد الأخرى والهروب من الجفاف، وطالب بعضهم بإدارات محلية استناداً إلى حق المواطنة والمشاركة في الاقتصاد الوطني، أولاً كدار فوريين داخل السودان ثم كعرب داخل دارفور. و بدأ الصراع كحرب أهلية بين هذه القبائل

¹ - سناء حمد العوض، الخريطة الديموغرافية لإقليم دارفور، مجلة السياسة الدولية، العدد 168، مؤسسة الأهرام، القاهرة، مصر، أبريل 2007 السنة 43، ص ص 202، 203، متاح على موقع الانترنت : www.siyassa.org.eg.

² - معتصم عوض، النظام السياسي الداخلي السوداني وأزمة دارفور، مجلة السياسة الدولية، العدد 171، مؤسسة الأهرام، القاهرة، مصر، يناير 2008، متاح على موقع الانترنت : www.siyassa.org.eg.

المستقرة (غير العربية) والبدوية (العربية) بين عامي (1987 - 1989). واتهم احد الجانبين الآخر بشن حرب "إبادة جماعية" ضده، في حين ادعى الجانب الآخر انه مستهدف على تطهير الأرض من المستقرين فيها . غير أن الصراع توقف فجأة عندما أطيح بالحكومة المنتخبة في الخرطوم، واعتبر قادة الانقلاب الإسلامي فشل الحكومة واحدا من الأسباب العديدة لتحركهم. كما حاولت ثانية معالجة السبب الأساسي للصراع، إلا أنها لم تفلح، مما أدى إلى اندلاعه على نطاق واسع بين المساليت والقبائل العربية ما بين (1995-1999). ويرى المراقبون أن استخدام الوسائل الفتاكة لخوض هذا الصراع الميرير جاءت من القوى الخارجية. والحقيقة أن قرار الحكومة زاد المشكلة سوءا لأنها انتهت إلى تثبيت النظام بدلا من إصلاحه، فميلها إلى العرب ابعدها عنها صفة الحكم النزيه في عيون المساليت ويرون أن هذه الفترة هي سلسلة من النكسات المدمرة، إذ فقد فيها الجانبان خسائر فادحة قتل فيها المئات وفقدت آلاف العائلات مواشيها وممتلكاتها وفر مايزيد عن 100 ألف لاجئ إلى تشاد، حتى بدا انه ليس هناك سلطة للحفاظ على النظام ولا لحل الصراع، وهو ما أفشل عدة محاولات لإطلاق الآلية التقليدية لمؤتمرات المصالحة واحدة في 1995 والأخرى 1996.

وهنا لجأت المجموعة الإثنية لإنشاء ميليشيات الجنجويد^(*) وتدريبها وتسليحها، الأمر الذي مهد الطريق لآخر جولة من العنف وأكثرها تدميرا. حيث نظم الكفاح المسلح في دارفور في عام 2003 من قبل: حركتي جيش تحرير السودان والعدل والمساواة. وكانت الأولى هي الحركة الرائدة، إذ استولى 300 متمرد (Rebel) يطلقون على أنفسهم (جبهة تحرير دارفور) على مدينة- غولو- عاصمة مقاطعة جبل مرة بقيادة عبد الواحد محمد النور. وفي نفس السنة جاءت الحركة المتمردة الثانية التي نزعتها خليل إبراهيم وأنشأت خلايا سرية في الفاشر عام 1993 وكرد فان في 1994 والخرطوم في 1997. إذ كان هذا الميل الإسلامي بأمل في إصلاح الجبهة القومية الإسلامية، ثم جاء الاتحاد الديمقراطي الحدودي السوداني بقيادة احمد دريج.

علما أن جيش تحرير السودان واريتريا كانا مركزين مهمين لدعم تمرد دارفور. كما أنه عندما رفضت حركة العدل والمساواة التوقيع على اتفاق السلام في أبوجا في 5 ماي 2006 قدم لهم الرئيس دبيي الدعم العسكري وتعاونت اريتريا والتشاد مع جيش تحرير جنوب السودان لإنشاء جبهة الخلاص الوطني الراضة لتوقيع الاتفاق حيث ما تزال أغلب هذه المجموعات تتواجد بمخيمات الحدود الممتدة على طول 600 كلم هروبا من هجمات السودان، مما زرع الخوف في تشاد على أوسع نطاق لكون هذه المناطق الشرقية لتشاد تشهد تركيبة عرقية مشابهة لتلك التي توجد في دارفور⁽¹⁾. وفي تطور لافت للأحداث، قامت حركة العدل والمساواة يوم 10 ماي 2008 بهجوم عسكري واسع النطاق علي مدينة أم درمان، محاولة بذلك نقل معركة دارفور إلي داخل العاصمة الخرطوم، وقد كان الرد عنيفا أسفر عن قتل 450 شخصا واصر أكثر من 150 فردا، وهو ما يفسر تورط أطراف خارجية للهجوم حسب الطريقة والكيفية التي تم بها وكذا التمويل المالي الذي قدرته الجهات المختصة ما بين 150-200 مليون دولار الذي يفوق

* الجنجويد: لا يوجد تفسير متفق عليه لهذا المصطلح. فالبعض يرى أنها تعني وتشير إلى كلمة عربية عامية من المنطقة تعني: (إنسان) مثل (جن) على (جواد) والبعض يرى أنها تتكون من ثلاث كلمات تبدأ كلها بحرف جيم هي جن وجواد وجيم ثلاثة G3 السلاح المعروف، في حين يربطها البعض بصعلوك من عرب دارفور يدعى حامد جنحويت مارس الحراية مع عصابته ضد القرى الإفريقية في المانيينات وأدخل الرعب في نفوس السكان. وقد أبدعت هذه الجماعة بفنانياتها للتعذيب والتنكيل وارتكاب الإبادة الجماعية منذ بداية أزمة دارفور ستة 2003. (لمزيد من المعلومات. راجع مذكرة معزوز عبد السلام بعنوان: (تسوية أزمة دارفور في إطار الإتحاد الإفريقي ص 39).

¹ - محمود ممداني، دارفور (منقذون وناجون - السياسة والحرب على الإرهاب)، مركز دراسات الوحدة العربية الطبعة الأولى، يناير 2010، ص ص 305،307.

قوة حركة العدل، ويثبت كذلك الدورين التشادي والليبي وربما الفرنسي أيضا مما جعل الرئيس السوداني آنذاك يقطع العلاقات مع تشاد ويعدها بالرد⁽¹⁾.

ثانيا: مواقف الأطراف الداخلية من الأزمة:

1- موقف الحكومة السودانية: إن موقف الحكومة السودانية شأنها شأن غيرها من الحكومات العربية. فهي تلقى العبء وتحاول تبرير وجود مؤامرة تهدف إلى النيل من وحدتها واستقلالها وتعمل على تفتيتها وقد جاء على لسان السيد/ احمد محمد هارون أن ما يحدث على ارض السودان هو بمثابة جزء من مخطط أو مؤامرة دولية تهدف إلى تقسيم السودان، ومن ثم فإن رؤيتها في أسباب الصراع ونشأتها هو الاعتراف بوجود مشكلة دارفور ينبغي حلها علي المستويات السياسية والإنسانية والأمنية، وان كانت هذه الأسباب ترجع إلي التصحر والجفاف. كما تراها الحكومة، وان التدخلات الخارجية وانتشار السلاح أسهما في تأجيج الأحداث.

2- موقف حركة أو جيش تحرير السودان (slma): تشكلت من قبائل الفور والزغاوة والمساليت وبعض القبائل الأخرى سواء من المزارعين أو البدو الرحل لعام 2003. وقد أرجعت اتجاهها صوب العمل المسلح لتجاهل الحكومة السودانية لدارفور. حيث تولى أمانتها العامة في البداية المقاتل مني اركوي مناوي من (قبيلة الزغاوة)، بينما تزعمها المحامي عبد الواحد محمد نور من قبيلة الفور. وقد انفصل مني اركوي عن عبد الواحد مشكلا فصلا مستقلا، ووقع اتفاقية سلام دارفور في ابوجا سنة 2006 من اركوي فضلا عن الانشقاقات الأخرى التي حدثت داخل الحركتين. ومن أهم مطالبها للحكومة السودانية: منع الميليشيات البدوية الرحالة من القيام بالأعمال المسلحة تجاه القبائل الأخرى، والمطالبة بتنمية اقتصادية واجتماعية في دارفور. غير أن رفض الحكومة السودانية لهذين المطالبين جعلها تتجه نحو العمل المسلح. كما يشير بيانها من كندا أن هدفها يرمي إلى تكوين كفدرالية أو الانفصال أو كما يصرح عبد الواحد نور بمطالبة الحكم الذاتي لكل أقاليم السودان. هذا وقد قبلت حركة تحرير السودان مؤخرا في التجمع الوطني الديمقراطي المعارض وأصبحت تتمتع رسميا مع بقية الفصائل العسكرية المعارضة والمنضوية تحت مصلته⁽²⁾.

3- موقف حركة العدل والمساواة (Jem): تشكلت هذه الحركة بعد حركة تحرير السودان سنة 2003، مكونة من قبائل الزغاوة والمساليت، ويقودها سياسيا خليل إبراهيم من قبيلة الزغاوة من لندن. أما الجناح العسكري فيتولى قيادته التجاني سالم درو⁽³⁾. تهدف إلى إنشاء سودان موحد ديمقراطي وإنهاء التمييز العنصري في منهج الحكم والعمل على تقسيم الحقائق الوزارية وإدارة المؤسسات الحكومية في الدولة بالتساوي بين الأقاليم على قاعدة الكثافة السكانية والكفاءة وتكافؤ الفرص في الدولة، واختيار رئيس الجمهورية وولاية الولايات بالانتخاب الحر المباشر وبراكين التحقيق الاجتماعي ألوائى في تشكيل الحكومات الولائية بما في ذلك ولاية الخرطوم. وقد نشرت احتجاجاتها عبر كتابها الأسود (the black book) توضح فيه مدى الاختلال الفادح في توزيع السلطة لصالح الشماليين عن دارفور وباقي الأطراف السودانية الأخرى⁽⁴⁾.

¹ - riche (elodie) 'darfour :Quelle gestion des crise s africaines , annuaire français des relations internationales, volume 6 , 2005, p :840.

² - هانى رسلان، الهجوم على أم درمان : الأبعاد . . والدلالات، مجلة السياسة الدولية، العدد 173، مؤسسة لأهرام، القاهرة، مصر، السنة 44، يوليو 2008، ص 192. متاح على موقع الانترنت : www.siyassa.org.eg.

³ - احمد خميس كامل، دارفور بين الضغوط الخارجية والاستجابة الداخلية، مجلة السياسة الدولية، العدد 177، مؤسسة الأهرام، القاهرة مصر، السنة 45، يوليو 2009، ص ص 15، 17.

⁴ - إجلال رأفت، أزمة دارفور، مجلة المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، العدد 312، فيفري 2000، ص 91.

ثالثا: أسباب ظهور أزمة دارفور: ليس هناك سبب مباشر للنزاع، ومع ذلك يمكن حصر مجموعة من الأسباب التي حلت هذه الأزمة في دارفور والتي يمكن تقسيمها إلى قسمين:

1- الأسباب الداخلية:

أ- أسباب طبيعية واجتماعية: لقد سبق لنا تعريف الإقليم وقلنا بأنه تقطنه عرقيات افريقية وعربية أهمها الفور الزغاوة، المسا ليت، قبائل البقارة والرزيقات، بحيث تمتد هذه المجموعات السكانية إلى دول الجوار، وخاصة جمهورية إفريقيا الوسطى يتكلمون العربية إضافة إلى اللهجات المحلية ويجمعهم الإسلام ويشهد هذا الإقليم حاليا مأساة حقيقية بفعل نزوح أكثر من مليوني مواطن إلى تشاد ووجودهم في معسكرات اللاجئين منذ اندلاع النزاع في فيفري 2003. ونظرا لتضامن الميليشيات فيما بينها وتساهل حكومة السودان مع المتمردين وتسليح بعضهم ضد الآخر. ولما أدرك أهل دارفور تقاعس الحكومة في حماية المواطنين حملوا السلاح ضدها، فكانت النتيجة لذلك رد السلطات السودانية بالاستعمال المفرط للقوة وسلحت ميليشيات عربية المتهمه بشن هجمات على قرى يسكنها الأفارقة وبارتكاب عمليات الإبادة الجماعية، وبسبب النزاع الذي تحول إلى حرب أهلية قتل فيها الآلاف ونزوح مالا يقل عن مليوني شخص. كما كان للمتمردين في البداية مطالب تنموية مثل: المطالبة بالحقوق والمساواة وتحسين الظروف المعيشية للسكان زيادة على سياسة الانفتاح على العالم الخارجي وضغوط القوى الكبرى لنشر الحرية والديمقراطية في المنطقة، إلا أن الحكومة تقاعست في تلبية احتياجات المتمردين.

والحقيقة أن المقولة المشهورة للسودان صدقت حين قالت: (الليجي من الغرب مايسر القلب). وهكذا اكتسب صراع الموارد هذا شكلا للنزاع بين القبائل الرعوية، والقبائل الزراعية المستقرة ذات الأصول الإفريقية متخذًا بذلك مشكلا عرقيا مما يسبب للبعض لاحقا صراع الهوية. كل هذه العوامل الطبيعية والاجتماعية أدت إلى تأزم الأوضاع في دارفور⁽¹⁾.

ب- أسباب سياسية:

1- غياب الإدارة الأهلية: لقد نشأ في دارفور قديما نهج حكم يعتمد على الأعراف المحلية بين القبائل والتعاليم الإسلامية في إقامة العدالة الاجتماعية وحماية الأفراد. وكانت الإدارة الأهلية تقوم بعمل تنظيمي ايجابي لحل النزاعات سلميا بينها فكانت هي التي ترعى الاتصالات بين الزعامات. وعندما تغير هذا النظام واستبدل بنظام الحكم الإقليمي الذي لازم تطبيقه عيوب كثيرة فتعذر عليه القيام بنفس الأدوار التي كانت تقوم بها الإدارة الأهلية بكفاءة عالية واستنهض هذا الحكم للمنافسة والحصول والهيمنة على المناصب القيادية وانتخاب مجلس الشعب الإقليمي على أساس قبلي محض ولم تتغير الأمور كثيرا خلال عهد حكومة الإنقاذ التي أعلنت نظام الحكم الفدرالي عام 1994، بل تدهور الوضع أكثر بسبب تكوين القوات النظامية في إطار الدفاع الشعبي التي حادت عن أهدافها وصارت جزءا من الصراعات. وهكذا انتشرت النزاعات القبلية وزادت وتيرتها في ظل الفراغ الذي أحدثه قرار حل الإدارة الأهلية ثم اهتدى إلى نظام مؤتمرات الصلح كآلية مستحدثة هدفها احتواء النزاعات المحلية، إلا أن نسبة النجاحات كانت محدودة جدا.

2- تأثير نموذج الصراع في الجنوب السوداني: ساهم الصراع بين الشمال والجنوب في السودان الذي وصف بأنه أطول صراع في تاريخ إفريقيا، في قتل أكثر من مليوني شخص وأجبر أكثر من 4,5 مليون على ترك منازلهم، مما ساهم في إضعاف الحكومة المركزية في السودان وبالتالي ازدياد معاناة إقليم دارفور من الإهمال والتهميش. ورغم انه

¹- عبد القادر رزيق المخادمي، النزاعات في القارة الإفريقية (انكسار دائم أم انحسار مؤقت)، دار الفكر للنشر والتوزيع 2005، ص ص 155، 156.

لم يثبت مشاركة الحركة الشعبية لتحرير السودان في المعارك العسكرية في إقليم دارفور، إلا انه يمكن القول أن هذه الحركة كان لها تأثير مباشر وغير مباشر في المشكلة فالأثر المباشر: هو بيان الحركة الشعبية الصادر في 1983 الذي ركز على استخدام منهج الثورة في السودان وتحطيم الهياكل القديمة وتحرير الخرطوم وقيام السودان اشتراكي علماني ديمقراطي وإضعاف ثقافة المركز الإسلامي العربي وطرحت الحركة نفسها كحركة تمرد لتحرير كل السودان وألحاق دارفور بالمناطق الجنوبية لتخلفه واعتبرت هذه المناطق مجالا حيويا للحركة الشعبية تتوافر فيها إمكانية الثورة، وبدأت مساعي حركة غرنغ لإضعاف الحكومة من خلال توسيع نطاق العمليات العسكرية بالتحالف مع داود يحيى بولاد القيادي البارز في صفوف الحركة الإسلامية عام 1991 الذي انشق عنها واتبع التدريبات العسكرية مع الحركة وتبنوا طروحات غرنغ التي تطالب الخرطوم بمنح الأطراف المهمشة نصيبها من السلطة والثروة فقاد بولاد تمردا ضد الحكومة التي تمكنت من السيطرة عليه وأعدته. أما الأثر غير المباشر فيتمثل في ما توصلت إليه الاتفاقات والبروتوكولات مع الحركة الشعبية التي بموجبها قسمت العائدات لنفطية من الحقول الجنوبية مناصفة بين الحكومة وأقاليم وولايات الجنوب، حيث منح 2% للولايات التي يستخرج منها النفط. فكان نجاح الحركة الشعبية حافزا ومشجعا للنخب السياسية والحركات المناهضة للمركز في دارفور، للسير بالقضية عسكريا وإتباع النهج الثوري لتحرير السودان ونيل الحقوق والمكتسبات⁽¹⁾.

3- الأسباب الأمنية: تعتبر العوامل الأمنية من العوامل التي لعبت دورا مهما في تأجيج الأوضاع وانفلاتها في دارفور إذ عانى هذا الإقليم كثيرا من الاضطرابات والمشاكل السياسية التي تحولت إلى إختلالات أمنية كبيرة في الدول المجاورة والمتاخمة له من الناحية الغربية ولا تفصلها عنه موانع طبيعية تضبط أو تساعد في السيطرة على تنظيم حركة الانتقال عبر الحدود. وهو الأمر الذي سهل انتشار السلاح بكمية كبيرة في هذا الإقليم والثمرة الطبيعية للحرب الأهلية في تشاد وإفريقيا الوسطى والكونغو، والحرب الليبية- التشادية حيث كان الحاربون يدخلون دارفور للاحتماء أو الانطلاق منها، وراحوا يبيعون أسلحتهم للسكان المحليين للحصول على احتياجاتهم الضرورية في ظل غياب جهود الأجهزة الأمنية. كما أن الحكومة المركزية أسهمت هي الأخرى في إذكاء هذه الظاهرة بضخ السلاح من خلال قيامها بتسليح بعض القبائل بهدف منع تغلغل متمردي حركة تحرير السودان التي يتزعمها غرنغ ولحماية السكان ضد النهب والسراقات التي يتعرضون لها من حين لآخر وهو ما يفسر بالفعل تقصير الحكومات المتعاقبة على تصحيح الأوضاع.

4- الأسباب الاقتصادية والتنموية: بالرغم من الثقل السكاني لدارفور الذي تعرفه الحكومات المتعاقبة إلا أنها أهملت التنمية فيه بالمقارنة مع مناطق السودان الأخرى، والحقيقة انه مع ارتفاع نسبة البطالة في دارفور، كان لزاما عليها تكثيف مشاريع الاستثمار التنموية وفقا للاحتياجات البشرية وامتصاص البطالة. كما أن الإقليم كان بحاجة ماسة لإقامة السدود والآبار لمواجهة مواسم الجفاف والتصحر. ومما زاد في الطين بلة هو ارتفاع نسبة الأطفال غير المتعلمين إلى 60% في سن المدرسة مما يجعل استقطاب بعضهم للمشاركة في عمليات النهب المسلح والقيام بأعمال العنف ونشر الآفات الاجتماعية بأنواعها في البلاد⁽²⁾.

¹- زهرة بوسراج، مجلس السلم والأمن الإفريقي، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة باجي مختار - عنابة- السنة الدراسية 2009/2008، ص ص 180، 181.

²- زهرة بوسراج، المرجع السابق، ص ص 183، 184.

2- الأسباب الخارجية :

أ- دور الدول الغربية : إن دور الولايات المتحدة في حل مشكلة دارفور لا يختلف عن غيره من الأدوار الأخرى التي تلعبها بمناطق النفوذ وخاصة في البلدان الإفريقية، فهي لا تتدخل لحل مشكلة إلا من منطلق مصالحها المباشرة وغير المباشرة. إذ سارعت لإدانة ما يحدث في دارفور واصر الكونغرس في جوان 2004 قرارا يصف فيه الأزمة بالإبادة الجماعية. كما أذان آنذاك وزير الخارجية (كولن باول) في زيارته للإقليم حكومة الخرطوم لعدم وفائها بتعهداتها الخاصة بنزع سلاح ميليشيات الجنجويد ومحكمة قاداتها. ثم لجأت لاستصدار قرار من مجلس الأمن يفرض العقوبات الاقتصادية على السودان للخروج من المستنقع الآسيوي (الأفغاني والعراقي) وتضخيم جانب التدخل الإنساني . أما دور فرنسا فيظهر من كونها أنها كانت تحتل دولتي تشاد و إفريقيا الوسطى المجاورتين لإقليم دارفور الذي تراه مهما لمصلحتها الاقتصادية. حيث صرحت وزيرة الدفاع الفرنسية السابقة قائلة: (إن التعامل الفرنسي مع أزمة دارفور يتسق تماما مع الدور الفرنسي في إفريقيا والتزامها بمساعدة شركائها). وعليه تسعى الحكومة الفرنسية إلى تأمين التوصل إلى تسوية سلمية للأزمة السودانية مما يسمح لها استغلال حصتها في الثروة النفطية السودانية وتحقيق دعمها و نفوذها في إفريقيا، وكذا مصادر الطاقة والموارد الطبيعية ومجابهة الهيمنة الأمريكية ولهذا أخذت فرنسا موقفا مغايرا للولايات المتحدة وعارضت فرض العقوبات الاقتصادية على السودان.

في حين أن دور الصين انطلق من كون مصالحها البترولية في السودان، كما أنها كانت مع فكرة حل مشكلات دارفور والسودان عن طريق الاتحاد الإفريقي. حيث لا تجد الولايات المتحدة لها منفذا للتغلغل بشكل أكبر في دارفور والسودان ولم توافق على مشروع قرار العقوبات.

غير أن دور بريطانيا في السودان كان حاميا له وتعتبره منطقة نفوذ وبالتالي تعمل على تجنب تدهور الأوضاع في الإقليم وقدمت له المساعدات الإنسانية والمالية بلغت قيمتها 62,5 مليون جنيه إسترليني. غير أن الموقف البريطاني تحول عندما هددت الحكومة السودانية بمنع إيصال المساعدات لدارفور، وطالبت الحكومة بوقف العمليات المسلحة اتجاه المدنيين ونزع أسلحة الميليشيات في الإقليم وتسهيل إيصال المعونات الإنسانية وتسليم المسؤولين إلى المحكمة الجنائية الدولية وعودة اللاجئين إلى أماكنهم، والتهديد بفرض عقوبات في حالة عدم تنفيذ وتحقيق قرارات مجلس الأمن الدولي⁽¹⁾.

ب/ دور دول الجوار:

* الدور التشادي : لقد كان لتشاد دور كبير في أزمة دارفور وهذا بحكم العلاقة الاجتماعية بين البلدين، إذ يوجد (13 قبيلة عربية وإفريقية) مشتركة. وللحكومتين اتفاقيات مشتركة لضبط مشكلات الحدود وتنظيم عمليات التنقل ومنع تهريب السلاح، الأمر الذي جعل الحكومة التشادية تقوم بدور محادثات السلام بين الحكومة والمتمردين بتفويض من الإتحاد الإفريقي، أدت إلى عقد اتفاق يوقف إطلاق النار في دارفور في افريل 2004.

* الدور الليبي : لقد كان للجماهيرية الليبية دورا فاعلا في الأزمة خاصة بعد ابتعادها عن الوقوف ضد الولايات المتحدة الأمريكية. حيث تمثل هذا الدور ففي انعقاد القمة الخماسية بقيادة الراحل معمر القذافي في اكتوبر 2004 بمدينة سرت بشأن الوضع في دارفور. كما عقد المسؤولون الليبيون لقاءات مطولة مع حاملي السلاح بالإقليم للتعرف على مطالبهم ثم تلاها انعقاد قيادات الإدارة الأهلية بدارفور في طرابلس في ماي 2005 وطالبوا بنقل المفاوضات بين الحكومة والمتمردين من أبوحا إلى ليبيا، وبانعقاد القمة السادسة بطرابلس كان لهذه الاتفاقيات دورا في تأسيس اتفاق أبوحا الذي اتبعته بروتوكول سياسي بالعاصمة طرابلس في 28 نوفمبر من نفس السنة وقعت عليه الحكومة

¹ - <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=169461> , 15/02/2014 , 21 :48.

والمعاقبة على المعاملات التمييزية وانتهاك الحرمات المدنية ومبادرات حفظ السلام وجهود التوسط في الصراع القائم بين الحركات المتمردة والحكومة في دارفور.

كما شهد عام 1993 ضغوطات كثيفة من جانب الأمم المتحدة والمنظمات غير الحكومية والحكومات الغربية والعربية على النظام السوداني بسبب انتهاكات حقوق الإنسان في دارفور⁽¹⁾.

(1) تدخل الاتحاد الإفريقي ومجلس السلم والأمن :

لقد كانت بداية اقتراب الاتحاد الإفريقي من مشكلة (دارفور) هادئة ومريح للأطراف إلى حد كبير بمساعدة الرئيس السابق للاتحاد (شيسانو) الرئيس المزنبيقي. وبعد اجتماع القمة الإفريقية ومجلس السلم والأمن في 27-07-2004 بدا الحديث عن تخصيص فرقة عسكرية قدرت 300 جندي لحماية فرقة المعونة الإنسانية بمنطقة دارفور ومراقبة الأوضاع إزاء الحلول المطروحة ومراقبة وقف إطلاق النار بين الحكومة والمتمردين. غير أن الضغط الأمريكي على الأمم المتحدة ليحضر أمينها العام لدارفور رفقة وزير الخارجية الأمريكي ليعود لحظة نقل القضية من الاتحاد الإفريقي إلى أروقة مجلس الأمن دون أن يصرخ الاتحاد في وجه التدخل الاممي وهكذا أخفقت الفرقة العسكرية من منع النزاع في إقليم دارفور، الأمر الذي دفع بالحكومة السودانية إلى تقديم طلب في 02/06/2006 إلى الإتحاد من أجل الزيادة في قواته في دارفور⁽²⁾.

ومع استمرار العنف تم توسيع قوة الاتحاد التي تلقت التمويل والمعدات من الاتحاد الأوروبي والولايات المتحدة الأمريكية المملكة المتحدة وأطراف أخرى⁽³⁾ ، إذ يبلغ تعدادها 7000 شخص منهم 6000 لوقف إطلاق النار وحماية المدنيين وساد الأمن غير أن هذه القوة تفتقر إلى العدد الكافي من الجنود والتجهيزات اللازمة وفي 12 جانفي 2005 وافق الاتحاد على مبدأ تحويل القوة الإفريقية إلى قوة تابعة للأمم المتحدة، لكن الحكومة السودانية قامت بحملة دبلوماسية ضخمة ضد تشكيلها وهددت بالانسحاب من الاتحاد الإفريقي إذا دخلت قوات الأمم المتحدة دارفور، لان هذا يعد خرقا لسيادتها.

وقد حدث تطور آخر إذ أقر الكونجرس الأمريكي قانون السلام السوداني الذي أودع للمناقشة يوم الاثنين 2002/10/7 والذي يدعو الحكومة الأمريكية إلى توقيع العقوبات على الخرطوم إذا لم تتفاوض بحسن نية خلال الأشهر للسنة الثانية والتي انتهت في 2003/04/1، مما يؤكد أن الولايات المتحدة الأمريكية من الجماعات الضاغطة في ملف السودان والمؤيد للحركة الشعبية باعتبارها الطرف الممثل للجنوبيين والساعي إلى تحرير الجنوب من قيد الظلم والاضطهاد والاستعمار الشمالي أن العلاقة بين المجلس والأمم المتحدة يمكن تقييمها من خلال تدويل مشكل دارفور ومناقشتها في أروقة الأمم المتحدة وبين أحضان مجلس الأمن الدولي، اد تتضح العلاقة بين الأمم المتحدة والمجلس الإفريقي من خلال المساعدات التي يقدمها هذا الأخير للأمم المتحدة في نقل الوثائق والملفات لمشكل دارفور من أروقة الاتحاد الإفريقي إلى المنظمة الأممية ولو كان البعض يراه تعدي وسلب حق التحاد في حل نزاعاته الإقليمية وفتح المجال لتدخله وذلك بالعمل على المساعدة في انتشار القوات الدولية في دارفور وهو ما أكده رئيس المفوضية للاتحاد بان الاتحاد سيعمل على دعم انتشار القوات الأممية في إقليم دارفور.

¹ - الفريد نهيما، قضايا السلم المنشود في إفريقيا، دار الأمين للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى ، 2005 ، ص ص 78 ، 79.

² - هاشمي حسن، دور الاتحاد الإفريقي في تحقيق الأمن في إفريقيا، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم القانون العام ، جامعة باجي مختار - عنابة - ، جوان 2006 ، ص : 133.

³ - Bangoura (Dominique) : l'union africaine face aux enjeux de paix et de sécurité et de défense, l'harmattan, paris 2003, pp 223-224

لكنه طلب بالإسراع وانتشار هذه القوات في القمة الأخيرة للاتحاد الإفريقي. لذا فإن علاقة المجلس الإفريقي بالمجلس الأممي تكاد تكون ناجحة إذا ما نظرنا إلى القرارات الأممية الصادرة بهذا الشأن والتي تؤكد على أن الاتحاد الإفريقي قد قدم السعي الكافي للأمم المتحدة من أجل حل النزاعات في إفريقيا طبقا لقرار 2004/556 وقد حاول كل من الإتحاد الإفريقي ومجلس الأمن إبراز مساعيها في هذا التدخل وكذا النتائج المتوصل إليها من خلال نقطتين أساسيتين هما⁽¹⁾.

(أ) - محاولة حل النزاع سلميا: إن التدخل في حد ذاته سلمي، ذلك أنه استثناء لمبدأ عدم التدخل طبقا لنص المادة 2 الفقرة 7 من ميثاق الأمم المتحدة. وعلى الرغم من الجهود الكبيرة التي يبذلها الاتحاد الإفريقي في دارفور على الصعيد الأممي، فإن مهمته تعتبر غير كافية لوقف انتهاكات حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني ويتجلى ذلك من خلال:

* إن الآلية الإفريقية لمراقبة عملية وقف إطلاق النار التي أنشأها الاتحاد الإفريقي في دارفور لم توفق في المهام الموكلة لها، حيث تم تسجيل عدة انتهاكات من طرف الأطراف الموقعة لاتفاقية نجامينا لوقف إطلاق النار.

* لم يستطع الاتحاد الإفريقي التوصل إلى إيجاد آلية مستقلة لمحاسبة ومعاينة مرتكبي ومنتهكي أحكام القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان، وهذا ما ترتب عنه وجود ضغوطات خارجية تشكك في كفاءة وأهلية الاتحاد الإفريقي لهذه المهام.

* فشل الاتحاد الإفريقي في عملية نزع السلاح للميليشيات الجنجويد. وكذلك على الصعيد الإنساني فإن الاتحاد الإفريقي لم يحقق الأهداف المسطرة والمرجوة منه⁽²⁾.

(ب) - عدم فعالية دور الاتحاد الإفريقي: الملاحظ في هذا البحث هو محدودية تأثير الاتحاد في الأزمة بالرغم من الدعم المالي واللوجستي الكبير الذي يأتيه من الاتحاد الأوروبي والولايات المتحدة ويعود ذلك إلى:

1- عدم ارتياح الجانبين المفاوضين لوساطة ذلك لأن الحكومة تفضل الضمير العربي بينما تدعو الحركتان العسكرية المتمردتان إلى التدخل الدولي المباشر.

2- كون الاتحاد الإفريقي في ذاته لا يملك نفوذا حقيقيا يمكنه من فرض قراراته ويضمن تنفيذها⁽³⁾.

3- إن آلية فض النزاعات في الاتحاد الإفريقي - مجلس السلم و الأمن الإفريقي - لازال عبارة عن نصوص قانونية نظرية لم يطبق منها إلا القليل جدا وفي الأخير نذكر بأن الأبعاد الأمنية كانت أحد أبرز دوافع الانتقال من منظمة الوحدة الإفريقية إلى الاتحاد الإفريقي.

كما كانت أيضا الأكثر وضوحا في بنية المنظمة الجديدة. هذا بالإضافة العجز الشديد لمنظمة الوحدة الإفريقية في التعامل مع الصراعات الإقليمية والداخلية في إفريقيا، الأمر الذي جعل التعامل مع هذه الصراعات يتم من خلال منظمات دولية، بينما كانت منظمة الأمم في إفريقيا تقف عاجزة أمام هذه الصراعات بسبب النفوذ السياسي النابع من المنظمة ذاتها⁽⁴⁾.

¹ - هاشمي حسن، مرجع سابق، ص: 133.

² - معزوز عبد السلام، تسوية أزمة دارفور في إطار الاتحاد الإفريقي، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام جامعة باجي مختار - عنابة - ، 2009، ص: 125.

³ - لجلال رأفت وأخرون، " السودان على مفترق الطرق - بعد الحرب... قبل السلام" - ، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، الطبعة الأولى، 2006، ص: 169.

⁴ - Chouala (Yves alexandre) : puissance résolution de conflits et sécurité collective à l'ère de l'union africaine : théorie et pratique, annuaire français de relation internationales volume 6, 2005, p289.

ومع ذلك كان لهذه المنظمة قبل استبدالها بالاتحاد الإفريقي، دور في حق العديد من النزاعات داخل دول القارة، ويرجع لها الفضل تحديدا في تسوية النزاع في جنوب السودان، بالإضافة إلى أدوارها في تسوية النزاعات الأهلية في كل من أنغولا وبورندي. وجزر القمر. وغيرها من النزاعات المسلمة الغير دولية⁽¹⁾.

(2) - تدخل جامعة الدول العربية : تابعت الجامعة العربية أزمة دارفور منذ تفجيرها فخلال الفترة 29 افريل - 15 مايو 2004 أوفد الأمين العام أول بعثة دولية رسمية للوقوف على الأوضاع في دارفور والسودان وعقدت لقاءات مع الوزراء والمسؤولين بالحكومة السودانية، إضافة إلى زيارات سياسية للولايات الثلاث وكذا مجتمعات النازحين واللاجئين شرق تشاد وعن لقاءات مع الحكومة التشادية لما عقدت البعثة لقاء في أديس أبابا مع رئاسة الاتحاد الإفريقي ومفوض شؤون السلم والأمن للاتحاد، هذا إلى جانب لقاءات مع مسئولين وكالات الأمم المتحدة المعنية بالشأن الانسيابي حيث تضمن تقرير البعثة عرض أسباب وأبعاد الأزمة وتوراتها كما درس مجلس الجامعة في 2004/08/08 تطورات الأوضاع في دارفور بمشاركة رئيس مفوضية الاتحاد الإفريقي وممثل خاص لدارفور والسيد ن برونك ممثلا للأمين العام للأمم المتحدة ووزير الدولة النيجيري ممثلا للرئيس أديس أبابا نحو الرئيس الإفريقي حيث تقرر تقديم الدعم الكامل للاتحاد الإفريقي في قيادة الجهود الرامية إلى حل الأزمة ومشاركة الدول العربية الأعضاء الاتحاد في دعم بعثة مراكش وقف إطلاق النار وفورا وقوات حمايتها في دارفور وقد صاع هذا الإجماع خطة عربية افريقية دولية للتعاطي مع الأزمة فقد بدأت المفاوضات السياسية لتسوية الأزمة بين حكومة السودان وحركتي التمرد المسلح بالعاصمة النيجيرية في 2004/08/08 .

حيث شارك أمين عام الجامعة في افتتاح المفاوضات بدعوى من الرئيس أديس أبابا السيد ألفا عمر كوناري رئيس مفوضية الاتحاد كما شاركت الجامعة بفعالية في جهود الوساطة تحت رعاية الاتحاد الإفريقي ومشاركة المجتمع الدولي خلال كافة جولات المفاوضات التي استقرت عن النتائج كالاتي: يقع اتفاق السلام دارفور في 124 صفحة تتناول أربع موضوعات حيث تتقاسم السلطة الثروة والترتيبات الأمنية والحوار الدار فوري - الدار فوري ويمثل توقع الاتفاق خطوة بالغة الأهمية نحو حل سياسي عادل وسلمي ودائم للنزاعات في دارفور هذا إلى جانب الملاحق التي تعد جزءا من الاتفاق ثم التوصل إليها في الجولات السابقة من المفاوضات هي:

1- اتفاق وقف إطلاق النار الموقع في 2004/04/8 في المحامنا.

2- بروتوكول الخاص لتسهيل المعاملات الإنسانية الموقعة 2004/04/8.

3- اتفاق الأطراف السودانية حول الترتيبات الإنسانية ونشر المراقبين في دارفور لصادر في 2004/05/28

4- بروتوكول المتعلق بتحسين الوضع الإنساني في دارفور الموقع في 2004/11/9.

5- البروتوكول الخاص بتعزيز الوضع المني الموقع غي 2005/07/05⁽²⁾ .

(3) تدخل هيئة الأمم المتحدة : لقد كان قرار مجلس الأمن رقم 1556 الصادر في 30 جويلية 2004 بمثابة الإعلان الرسمي لتدويل قضية دارفور على الرغم من التعاون الذي أبدته الخرطوم مع الاتحاد الإفريقي. ثم جاء القرار الثاني رقم 1564 في سبتمبر 2004 يهدد الحكومة السودانية بتطبيق العقوبات الاقتصادية إذا لم يساعد في تقدم المحادثات بينها وبين المتمردين، حيث عالج الأزمة في إطار الفصل السابع من الميثاق غير أن السودان اعتبر تدخل مجلس الأمن

¹- أحمد إبراهيم محمود : الأمن الإقليمي في إفريقيا - نظرة تقييمية- مجلة السياسة الدولية، العدد 168، مؤسسة الأهرام ، القاهرة ، مصر ، السنة 43 ، جويلية 2007 ، متاح على موقع الانترنت : www.siyassa.org.eg .

²- سمير حسني وزيد الصبان ، في الشأن السوداني، مجلة السياسة الدولية . العدد 165 ، مؤسسة الأهرام ، القاهرة ، مصر ، السنة 42 ، جويلية 2006 . ص ص 150 ، 154.

بثابة اختطاف للقضية من نطاقها الإقليمي، لكونها لا تزال في أروقة الاتحاد الأفريقي، ومحل اهتمام الجامعة العربية والزعامات الإقليمية، إفريقيا وعربيا في إطار المساعي الحميدة⁽¹⁾ وفي هذه الأثناء انقسم مجلس الأمن بشأن ما يجري في دارفور ولعل السبب هو أن روسيا والصين تساندان الحكومة السودانية بسبب مصالحهما الاقتصادية، فالصين مثلا تستورد 5% من قطنها من السودان، واتخذ مجلس الأمن خطوتين مهمتين سنة 2005 هما:

1- إحالة الوضع في دارفور إلى المحكمة الجنائية الدولية بسبب الجرائم الكبرى.
2- إقامة لجنة عقوبات وهيئة خبراء لتحري الأشخاص الذين يجزفون الحظر المفروض على الأسلحة ويرتكبون انتهاكات حقوق الإنسان أو يعرقلون العملية السلمية.

ونقصد بالعقوبات في هذه المرحلة تلك التي تجرى مناقشتها في عملية الأمن وتستهدف الأفراد قصد منعهم من السفر وتجميد الحسابات المصرفية في الخارج وقد وافق المجلس على القرار رقم 1769 القاضي بنشر 26 ألف من القوات والشرطة التابعين للأمم المتحدة والاتحاد الإفريقي⁽²⁾.

كما تعتبر مسألة نشر القوات الدولية بإقليم دارفور واحدة من المسائل الأكثر تعقيدا، خاصة بعد صدور القرار رقم 1706 بتاريخ 31 أوت 2006 القاضي من قوات دولية بإقليم دارفور بعد فشل القوات الإفريقية في تحقيق أهدافها خاصة على الصعيدين الإنساني والأمني قبل مهام الاتحاد الإفريقي بالإقليم إلى الأمم المتحدة وهنا أعلنت الحكومة السودانية رفضها القاطع معتبرة انه يحول السودان إلى عراق آخر ويضعه تحت الوصاية الدولية⁽³⁾ وتعهدت بأنها سوف تتصدى بالقوة العسكرية لأية محاولة تنشر قوات دولية من دون موافقتها وقررت أنها عمل بعثة الاتحاد الإفريقي قبل حلول الموعد في نهاية سبتمبر 2006. واستند هذا القرار إلى أن الاتحاد الإفريقي وضع حدا لدوره في دارفور.

بموافقته على نقل مهمته للقوات الدولية، وكانت هذه الخطوط تهدف من ناحية للتعبير عن الاستياء الأمريكي والعربي بشأن أزمة دارفور. كما كانت تمثل محاولة من ناحية أخرى لتعيد عملية نشر قوات دولية موسعة في دارفور، استنادا إلى أن القوة الإفريقية الموجودة بالإقليم سوف يكون نواة القوة الدولية الموسعة. كما أنها سوف تتولى مواصلة تسيير الأوضاع في دارفور لحين استكمال تلك القوة الدولية. وهي مسألة سوف تستغرق عدة شهور. مما يعني أن إبعاد القوة الإفريقية سوف يتسبب في إرباك عملية نشر القوات الدولية بالكامل⁽⁴⁾.

خاتمة :

وأخيرا، يمكن القول أنه من خلال دراستنا لموضوع دور هذه المنظمات في تسوية أزمة دارفور، لاسيما من خلال محاولة إبرازها للدور الفعال الذي أتبعته في اتخاذ الإجراءات التنظيمية والقرارات الإدارية على مختلف الأصعدة الدبلوماسية والسياسية والعسكرية لإنقاذ دارفور، ومن خلال ما سبق قوله لا يعني إطلاقا، أنه لا فائدة ترجى من تواجد الاتحاد الإفريقي ومجلسه للسلم والأمن في وجود الأمم المتحدة ومجلس الأمن الدولي. فعدم نجاحهما في التدخل

¹- أجلال رأفت و آخرون، مرجع سابق، ص 133.

²- جمال محمد سيد الضلع : "تسوية أزمة دارفور في إطار الاتحاد الإفريقي"، الملتقى الدولي الرابع حول: الاتحاد الإفريقي - واقع وآفاق - كلية الحقوق ، جامعة باجي مختار -عنابة- ، يومي 09 و 10 ماي 2007.

³- سامي صبري عبد القوى : "مصر وأزمة دارفور بين الوساطة والحياد"، مجلة السياسة الدولية، العدد 168 ، مؤسسة الأهرام ، القاهرة ، مصر ، سنة 43 ، افريل 2007 ، ص200. متاح على موقع الانترنت : www.siyassa.org.eg.

⁴- احمد إبراهيم محمود : "الأبعاد العسكرية لازمة نشر القوات الدولية في دارفور" ، مجلة السياسة الدولية، العدد 166، مؤسسة الأهرام، القاهرة ، مصر ، السنة 42 ، أكتوبر 2006 ، متاح على موقع الانترنت . www.siyassa.org.eg.

يرجع إلى أنها تعد تجربة الأولى وبالتالي فهي تجربة علمية للمبادئ والأهداف والآليات، وأن هذه الأزمة بمثابة نوعية الأزمات الشديدة التعقيد، كما أن المجلس لم يستكمل آلياته المنصوص عليها في بروتوكول إنشائه آنذاك، وأصبح من الصعب جدا على هذه الهيئات التحكم في زمام الأمور والقيام بتسوية نهائية لهذه الأزمة، وخاصة الاتحاد الأفريقي الذي فشل في أداء مهامه حسب ما تبرزه للنتائج التالية:

- 1- إن ضعف التمويل و قلة الخبرة لدى الاتحاد الإفريقي ومجلس السلم والأمن أديا بهما إلى الحد من فاعلية دورهما في تسوية أزمة دارفور.
- 2- إن التمويل الذي يأتي إلى المجلس من طرف الدول الكبرى والمنظمات الدولية الأخرى أدى إلى فقدان المجلس لاستقلاله في عمله.
- 3- أن الضغوط والتدخلات الخارجية ضعفت من دور الاتحاد الإفريقي ومجلس السلم والأمن في تسوية الأزمة، مما أدى إلى توزيعها و تدويلها واستغلالها لصالح أجندات خارجية بدءا من عام 2006.
- 4- إن النزاعات المسلحة في إقليم دارفور قد تداخل فيها الاختصاص الوطني بالدولي.
- 5- إن دور مجلس السلم والأمن الإفريقي هو دور مكمل وليس رئيسي فيما يتعلق بالنزاعات المسلحة بدارفور.
- 6- إن مجلس السلم والأمن الإفريقي على الرغم من رغبته الصادقة في وضع حل لأزمة دارفور، إلا أن نقص إمكانياته وافتقاره للخبرات الكافية في إدارة عمليات التدخل في النزاعات المسلحة ، دفعت به للمطالبة بدور المجتمع الدولي في دعم قراراته مثل جلسته رقم (46) بتاريخ 2006/03/15.
- 7- إن تصاعد الأزمة في دارفور وتطورها منذ 2004 ووصول آثارها إلى دول مجاورة عديدة، وتوسيع جهات الجهد والعمل الإفريقي لحصار الأزمة، وتطور القتال ووصوله إلى درجات عالية من الدمار جعل من الصعب على المجلس الإفريقي منفردا وضع حد لمأساتها، لذلك كانت الضرورة الملحة في طلب المساعدة الدولية .

قائمة المراجع :

أ- الكتب باللغة العربية :

1. إجلال رأفت وأخرون ، " السودان على مفترق الطرق - بعد الحرب... قبل السلام" - ، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2006 .
2. بومدين محمد ، إفريقيا والأقنعة الجديدة للاستعمار، دار السبيل، الجزائر، 2009.
3. المخادمي عبد القادر رزيق ، النزاعات في القارة الإفريقية (انكسار دائم أم انحسار مؤقت)، دار الفكر للنشر والتوزيع 2005 .
4. ممداني محمود ، دارفور (منقذون وناجون - السياسة والحرب على الإرهاب)، مركز دراسات الوحدة العربية الطبعة الأولى، يناير 2010.
5. نهيمما الفريد ، قضايا السلم المنشود في إفريقيا، دار الأمين للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى ، 2005.

ب- باللغة الأجنبية :

1. Bangoura (Dominique) : l'union africaine face aux enjeux de paix et de sécurité et de défense, l'harmattant, paris 2003.
2. Chouala (vves alexandre) : puissance résolution de conflits et sécurité collective à l'ère de l'union africaine : théorie et pratique, annuaire français de relation internationales volume 6, 2005.
3. Riche (elodie), darfour :Quelle gestion des crise s africaines , annuaire français des relations internationales, volume 6 , 2005. p :840.

ج- المجلات وملتقيات :

1. احمد إبراهيم محمود : "الأبعاد العسكرية لازمة نشر القوات الدولية في دارفور" ، مجلة السياسة الدولية ، العدد 166، مؤسسة الأهرام، القاهرة، مصر ، السنة 42 ، أكتوبر 2006 ، متاح على موقع الانترنت www.siyassa.org.eg.
2. أحمد إبراهيم محمود: الأمن الإقليمي في إفريقيا - نظرة تقييمية- مجلة السياسة الدولية، العدد 168، مؤسسة الأهرام ، القاهرة ، مصر ، السنة 43 ، جويلية 2007 ، متاح على موقع الانترنت : www.siyassa.org.eg
3. حمد العوض سناء ، الخريطة الديموغرافية لإقليم دارفور، مجلة السياسة الدولية، العدد 168 ، مؤسسة الأهرام ، القاهرة ، مصر ، أبريل 2007 السنة 43، متاح على موقع الانترنت: www.siyassa.org.eg .
4. رأفت إجلال ، أزمة دارفور، مجلة المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، العدد 312، فيفري 2000.
5. رسلان هانئ ، الهجوم على أم درمان: الأبعاد . . والدلالات، مجلة السياسة الدولية ، العدد 173 ، مؤسسة لأهرام ، القاهرة ، مصر ، السنة 44، يوليو 2008 . متاح على موقع الانترنت : www.siyassa.org.eg
6. سامي صبري عبد القوى : "مصر وأزمة دارفور بين الوساطة والحياد" ، مجلة السياسة الدولية ، العدد 168 ، مؤسسة الأهرام ، القاهرة ، مصر ، سنة 43 ، افريل 2007 . متاح على موقع الانترنت : www.siyassa.org.eg

7. سمير حسني وزيد الصبان ، في الشأن السوداني، مجلة السياسة الدولية . العدد 165 ، مؤسسة الأهرام ، القاهرة ، مصر ، السنة 42 ، جويلية 2006 .

8. عوض معتصم ، النظام السياسي الداخلي السوداني وأزمة دارفور، مجلة السياسة الدولية ، العدد 171 ، مؤسسة الأهرام ، القاهرة ، مصر ، يناير 2008 ، متاح على موقع الانترنت : www.siyassa.org.eg.

9. كامل احمد خميس ، دارفور بين الضغوط الخارجية والاستجابة الداخلية، مجلة السياسة الدولية، العدد 177 ، مؤسسة الأهرام ، القاهرة مصر، السنة 45 ، يوليو 2009 .

10. جمال محمد سيد الضلع : " تسوية أزمة دارفور في إطار الاتحاد الإفريقي " ، الملتقى الدولي الرابع حول: الاتحاد الإفريقي - واقع وآفاق - كلية الحقوق ، جامعة باجي مختار - عنابة - ، يومي 09 و 10 ماي 2007.

د- مذكرات ماجستير:

1. بوسراج زهرة ، مجلس السلم والأمن الإفريقي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة باجي مختار - عنابة - السنة الدراسية 2009/2008.

2. كمرشو الهاشمي ، سلطات مجلس الأمن في الإحالة على المحكمة الجنائية الدولية (دراسة قانونية لقضية إقليم دارفور السوداني)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة بسكرة ، السنة الجامعية 2013/ 2012 .

3. هاشمي حسن، دور الاتحاد الإفريقي في تحقيق الأمن في إفريقيا، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم القانون العام ، جامعة باجي مختار - عنابة - ، جوان 2006.

4. معزوز عبد السلام، تسوية أزمة دارفور في إطار الاتحاد الإفريقي، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم القانون العام جامعة باجي مختار- عنابة - ، 2009 .

ه- مواقع الكترونية :

1. ، 15/02/2014 ، <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=169461> ،

21 :48.

المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي - دراسة مقارنة -



خالد الدك : باحث في القانون الخاص

تخصص القانون و الممارسة القضائية

جامعة محمد الخامس السويسي الرباط

مقدمة :

يعتبر موضوع الطبيعة القانونية للشخص المعنوي¹ ومسؤوليته الجنائية من المشكلات القانونية التي تثار الجدل حولها وتشعبت الآراء بشأنها في الفقه والتشريع والقضاء على السواء وذلك طوال العصور التاريخية المتعاقبة.

ففي القانون الروماني يتقاسم الفقه في هذا الصدد مذهبان، حيث يذهب فريق إلى القول بأن هذا القانون قد عرف الشخصية المعنوية وأقر مسؤوليتها، وفي هذا الصدد يؤكد الباحثون أنه كانت هناك نصوص واضحة في هذا الشأن ويوردون من أعمال Ulpian أنه لأجل مساءلة الشخص المعنوي جنائيا فلا بد أن يكون الفعل محل المساءلة صادرا عن غالبية الأعضاء، أما الفعل الذي يرتكبه المديرون فلم يكن يسأل عنه الشخص المعنوي عدا حالات استثنائية تعتبر من قبيل المسؤولية عن فعل الغير. في حين أن الفريق الآخر يعتنق فكرة أن القانون الروماني لم يعرف الشخصية المعنوية إلا على سبيل الفرض والمجاز، وكذلك المسؤولية الجنائية لهذه الأشخاص ويتزعم هذا المذهب الفقيهان جيرك وسافيني².

أما في القانون الفرنسي القديم فيؤكد الكثيرون من فقهاء القانون الجنائي الفرنسي الرأي القائل بأن هذا القانون كان يقر بالمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية على اعتبار أن مبدأ المساءلة الجنائية للجماعات كان ينسجم ومنطق الحكم الملكي المطلق الذي كان سائدا ويخدم رغباته، وخير مثال على ذلك العقوبات التي كانت توقع على المدن بواسطة الملك أو برلمان باريس على كل من تولوز سنة 1331 ومونبوليه سنة 1379 وبوردو سنة 1548 والسوربون سنة 1651.

¹ - "يقصد بالشخص المعنوي مجموعة من الأشخاص أو الأموال يعترف لها القانون بالشخصية القانونية المستقلة، فتكون قابلة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات". شريف سيد كامل-المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية- دراسة مقارنة- الطبعة الأولى- دار النهضة العربية- ص3.

² - شريف سيد كامل-المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية- مرجع سابق- ص4.

وفي الشريعة الإسلامية، فإن الفقه لم يعرف فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية كنظرية عامة مؤصلة، وإن نظرت إلى الشخصية أو الذمة انحصرت في حدود الشخصية أو الذمة الطبيعية وحدها¹، وقد ذهب بعض فقهاء القانون إلى أن الشريعة الإسلامية تسأل الشخص المعنوي جنائيا وأن تلك المسؤولية تتحول إلى مسؤولية مدنية خالصة، كحالة القسامة حيث تلزم الدية أهل المحلة التي وقع القتل بأرضها حتى لو لم يعلم القاتل²، وهناك من يرى أن الشخص المعنوي ليس أهلا للعقوبة شرعا لأن هذا الشخص لا يتمتع بعقل يفهم به التكليف لكي تناط به أهلية الأداء والعقوبة³.

وتتضح أهمية موضوع المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية سواء من الناحية النظرية أو العلمية، في كونه طرح للمناقشة في بعض المؤتمرات الدولية، ففي أكتوبر سنة 1929 بحثه المؤتمر الدولي الثاني لقانون العقوبات في بوخارست، فقد أشار المؤتمر إلى التزايد المستمر في عدد وأهمية الأشخاص المعنوية وما تمثله من قوة اجتماعية ضخمة في العصر الحديث، وأن أنشطتها التي تخالف أحكام قانون العقوبات يمكن أن تحدث بالاجتماع أضرارا بالغة الخطورة، وخلص إلى توصية بأن يتضمن قانون العقوبات الداخلي التدابير الفعالة للدفاع الاجتماعي ضد الأشخاص المعنوية بالنسبة للجرائم التي ترتكب لمصلحتها أو بوسائلها وبالتالي تتحمل مسؤوليتها، وأن تطبيق هذه التدابير يجب أن لا يحول دون معاقبة الأشخاص الطبيعيين الذين يتولون إدارة الشخص المعنوي، كما ناقشه أيضا المؤتمر الدولي السابع لقانون العقوبات الذي عقد في أثينا سنة 1957 بصدده بحثه " الاتجاهات الحديثة في تعريف الفاعل والشريك في الجريمة " وأوصى بأنه " لا يسأل الشخص المعنوي عن الجريمة إلا في الأحوال التي يحددها القانون، وعندئذ يكون الجزاء الطبيعي هو الغرامة، وهو جزاء مستقل عن التدابير الأخرى كالحل والوقف وتعيين حارس، على أن يظل يمثل الشخص المعنوي مسئولا شخصيا عن الجريمة التي ارتكبها⁴.

وعلى الرغم من أن المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية قد تقررت في التشريعات التي تنتمي إلى النظام الأنجلوسكسوني وفي مقدمتها القانون الإنجليزي منذ منتصف القرن 19 م فإن القوانين ذات النظام اللاتيني كالقانون الفرنسي والقانون المغربي لم تقر قوانينها الجزائية بهذه المسؤولية إلا مؤخرا.

على أن الدول ذات النظام الاشتراكي أجمعت على عدم مساءلة الشخص المعنوي جنائيا لأن خطاب المشرع بالتكليف موجه إلى الشخص الطبيعي دون غيره.

وبخصوص التشريعات العربية من المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية فإنها انقسمت بين مؤيد لهذه المسؤولية ومنها المشرع السوري واللبناني والسوداني والمغربي ومعارض لها.

كما تتجلى أهمية دراسة هذا الموضوع سواء من الناحية الفقهية والقضائية والقانونية، في أنه يثير العديد من الإشكاليات ومن أبرزها: هل يتعارض إقرار هذه المسؤولية مع بعض المبادئ الأساسية في قانون العقوبات الحديث؟ وما هو أساس مساءلة الشخص المعنوي جنائيا وما هو نطاقها؟ وما هي الجزاءات الجنائية التي توقع على الشخص المعنوي وكيف طبقها المشرع المغربي وما هو موقف القضاء منها؟

¹ - حسن كيرة - أصول القانون - الطبعة الثانية 1958 - دار المعارف بمصر - ص 864.

² - حسين أحمد توفيق رضا - أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن - كلية الحقوق جامعة القاهرة - 1964 - ص 98.

³ - إبراهيم علي صالح - المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية - دار المعارف - طبعة بدون تاريخ - ص 25.

⁴ - شريف سيد كامل - المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية - مرجع سابق - أنظر هامش رقم 1 - ص 8-9.

ولهذا سوف أحاول الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين: المبحث الأول : أساس المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في الفقه والقانون المقارن، و المبحث الثاني: نطاق المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي.

المبحث الأول : أساس المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي :

من المتفق عليه فقها(بفتح اللام) وقضاء(بفتح الهمزة) أن الأشخاص المعنوية تسأل مدنيا عن أفعالها التي تسبب ضررا للغير¹، لكن المسؤولية الجنائية لهذه الأشخاص هي التي أثار خلاف كبيراً في الفقه²، حيث ظهر اتجاهان: الأول يرى بعدم إمكان مساءلة هذه الأشخاص جنائياً وهذا هو الاتجاه التقليدي، أما الاتجاه الآخر فيرى ضرورة إقرار هذه المسؤولية وهذا هو الاتجاه الحديث، وسوف نعرض للحجج التي استند إليها كل من هذين الاتجاهين في (المطلب الأول) .

كما أن التشريعات الجنائية من حيث موقفها من المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية انقسمت إلى فئتين: فئة تقر بهذه المسؤولية وهي الاتجاه الحديث، أما الفئة الأخرى فقد تمسكت بالمذهب التقليدي الذي ينفي المسؤولية الجنائية عن الأشخاص المعنوية، وهذا ما سوف نناقشه في (المطلب الثاني).

المطلب الأول : موقف الفقه من المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي :

إن موضوع المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي أثار خلافاً كبيراً بين فقهاء القانون، حيث يرى اتجاه بعدم إمكان مساءلة الشخص المعنوي جنائياً وهو ما يعرف بالاتجاه التقليدي (الفقرة الأولى)، و اتجاه آخر يرى ضرورة إقرار هذه المسؤولية وهذا هو الاتجاه الحديث (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : عدم إمكان مساءلة الشخص المعنوي جنائياً :

يرفض أنصار هذا الرأي مساءلة الشخص المعنوي جنائياً عن الجرائم التي ترتكب باسمه ولحسابه، من قبل مثليه أثناء قيامهم بأعماله. ويقرون بمساءلة وعقاب الممثل القانوني للشخص المعنوي عن الجريمة التي اقترفها، وسندهم في ذلك أن الشخص المعنوي هو مجرد افتراض قانوني، لا يتصور أن يرتكب الركن المادي للجريمة، ولا يتوفر على الركن المعنوي للجريمة، وهي إحدى الركائز والمبادئ الراسخة في قانون العقوبات الحديث.

كما أن توقيع العقوبة على الشخص المعنوي سيجعلها تصيب الأشخاص الطبيعيين المكونين له دون تفرقة بين من اتجهت إرادته إلى ارتكاب الجريمة، ومن لم يردها، وهذا يتنافى مع مبدأ شخصية العقوبة، الذي يقضي بأنه لا يسأل جنائياً إلا الشخص الذي ارتكب الجريمة أو ساهم في ارتكابها.

كما أن أغلب العقوبات غير قابلة للتطبيق على الشخص المعنوي وبالخصوص عقوبة الإعدام، والعقوبات السالبة للحرية.

وعلى الرغم من ذلك فإنه يسلم بجواز اتخاذ التدابير الاحترازية ، كالمصادرة، والحل، ووقف النشاط، والوضع تحت الحراسة أو الرقابة، في مواجهة الشخص المعنوي الذي يثبت أنه يشكل خطورة على المجتمع.

¹ - عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام- المجلد الأول- رقم 541- ص 806.

² - أحمد فتحي سرور- الوسيط في قانون العقوبات- القسم العام- الطبعة السادسة- 1996- ص 480.

الفقرة الثانية : ضرورة إقرار المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي :

يذهب الرأي الغالب في فقه الحديث إلى القول بوجود مساءلة الشخص المعنوي جنائياً إلى جانب الشخص الطبيعي، الذي ارتكب الجريمة أثناء ممارسته عمله لدى الشخص المعنوي، وسند الفقه الحديث في ذلك، أن جوهر المسؤولية في الحالتين هو الإرادة، وأن الشخص المعنوي يمكنه أن يرتكب الركن المادي لكثير من الجرائم، كالنصب، خيانة الأمانة، التزوير، التهرب الضريبي، والجرائم ضد البيئة، بالإضافة إلى حقيقة الإرادة الجماعية التي تتجسد بالاجتماعات، المداولات والتصويت في مجلس الإدارة، الأمر الذي يعني أنه يتصور أن يتوفر الركن المعنوي للجريمة لديه، بالإضافة إلى تطبيق معظم العقوبات عليه، كالغرامة، المصادرة، الحل، حرمانه من مزاولة نشاط معين، أو نشر الحكم الصادر بالإدانة وهذه العقوبة من شأنها المساس بسمعته¹.

المطلب الثاني : موقف التشريع المغربي والمقارن من مبدأ المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي :

انقسمت التشريعات الحديثة من حيث موقفها من المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي إلى مجموعتين: الأولى تقر هذه المسؤولية وبالتالي تأخذ بالاتجاه الحديث (الفقرة الأولى)، والمجموعة الأخرى تتمسك بالمذهب التقليدي الذي ينفي المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : التشريعات التي تقر المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية :

رغم أن العديد من التشريعات الجنائية قد أخذت بمبدأ معاقبة هذا الشخص، إلا أنها اختلفت من حيث نطاق المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، ومن بين هذه التشريعات، القانون الإنجليزي، القانون الفرنسي.

أولاً : القانون الإنجليزي : يعتبر هذا القانون من أقدم التشريعات التي أقرت بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، والأخذ بهذا المبدأ يعتبر في الأصل من صنع القضاء، وأهم الاعتبارات التي دفعته لذلك يتمثل في أن الثورة الصناعية أدت إلى انتشار العديد من الأشخاص المعنوية الضخمة، مع تزايد عدد الجرائم المرتكبة من هذه الأشخاص، حيث أقر بمساءلة الأشخاص المعنوية جنائياً في بادئ الأمر عن جرائم الامتناع، فوسع من نطاق هذا الاستثناء وأقر بمساءلته عن جرائم السلوك الإيجابي، كجريمة الإزعاج العام.

وقد ميز الفقه بين صورتين للمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية :

الصورة الأولى : تتعلق بالمسؤولية المادية بدون خطأ وهي التي يكفي لقيامها مجرد تحقق الركن المادي، دون تطلب الركن المعنوي، ومن بين هذه الجرائم في القانون العام والتي أقرها القضاء الإنجليزي، هي جرائم الإزعاج العام، الأعمال الماسة بالراحة والصحة العامة، وتعريض الأمن العام للخطر، وبالنسبة للجرائم التنظيمية هناك جرائم التلوث، جرائم مخالفة لوائح المرور ولوائح بيع المشروبات الكحولية.

الصورة الثانية : وهي المسؤولية الجنائية المبنية على الخطأ الشخصي التي تتطلب توافر الركن المعنوي لدى الجاني، وهي تقوم على أساس نظرية التشخيص أو التطابق التي تفيد أن الشخص الطبيعي الذي يتصرف لحساب الشركة بإرادته هي إرادة الشركة وأفعاله هي أفعالها، فهو يجسد الشركة فإذا توافرت لديه الإرادة الآتمة فإن هذا الإثم يكون إثم الشركة ذاتها، إلا أن جانباً من الفقه يرى بعدم جواز مساءلة الشخص المعنوي، إذا كان الشخص الطبيعي

¹- شريف سيد كامل- المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية- مرجع سابق-ص22-26.

قد تصرف في حدود وظيفته لكن بقصد إلحاق ضرر بالشخص المعنوي، كما أن قيام مسؤولية الشخص المعنوي لا تحول دون معاقبة الشخص الطبيعي الذي ارتكب الجريمة¹.

ثانياً: القانون الفرنسي: لقد كان القانون الفرنسي القديم السابق على الثورة يأخذ بمبدأ المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، وعندما صدر قانون العقوبات لسنة 1810 لم يتضمن أي نص بشأن المسؤولية للشخص المعنوي، الأمر الذي دفع الفقه إلى القول بأن المشرع يرفض تلك المسؤولية كقاعدة عامة، علي أن محكمة النقض خرجت عن هذا المقتضى وألزمت الشخص المعنوي بدفع الغرامات المحكوم بها على تابعيه، أو ممثليه في الجرائم المادية التي تقوم على توافر الركن المادي دون الركن المعنوي لدى الجاني.

وقد أقر قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر سنة 1992 والمعمول به منذ أوائل مارس سنة 1994، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية عن الجرائم التي ترتكب لحسابها بواسطة أجهزتها أو ممثليها، على أنه لا تستبعد معاقبة الأشخاص الطبيعيين الفاعلين أو الشركاء عن نفس الأفعال.

ثالثاً: القانون المغربي: لقد استقر قضاء المجلس الأعلى قبل صدور القانون الجنائي الحالي على رفع المسؤولية الجنائية عن الشخص المعنوي، وأكد في قرار له تحت عدد 659 صادر بتاريخ 2 يونيو 1960، وبصدور القانون الجنائي سنة 1962 أقر المشرع مبدأ مساءلة الشخص المعنوي جنائياً في الفصل 127 من هذا القانون الذي أثار مواقف متباينة بين الفقهاء انقسمت إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يؤكد أن مسؤولية الشخص المعنوي جاءت على سبيل الاستثناء فقط.

والاتجاه الثاني: يرى أن المشرع المغربي وضع قاعدة عامة لمساءلة الشخص المعنوي، دون تحديد قواعد هذه المسؤولية ولا شروطها، بالإضافة إلى أنه لم يحدد أنواع الأشخاص المعنوية التي يمكن مساءلتها جنائياً، بالإضافة إلى الحكم على الأشخاص المعنوية بالعقوبات الأصلية كالغرامة، والتدابير الوقائية العينية، كإغلاق المؤسسة، المصادرة، الحل، ونشر الحكم، وقد أشار الفقيه أحمد الخليلي إلى أنه في حالة ارتكاب الشخص المعنوي لجناية فإنه يقدم إلى المحكمة الجنائية التي تصدر الحكم عليه بالعقوبات الواردة في (المادة 127) أي لا يجوز لها الحكم بأية عقوبة غير منصوص عليها في هذه المادة².

كما أشار المشرع المغربي في القانون رقم 22-01 المتعلق بالمسطرة الجنائية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 255-02-1 بتاريخ 3 أكتوبر 2002³ في بابه السادس المتعلق بأحكام خاصة ببطائق الأشخاص المعنوية من (المادة 678) إلى (المادة 686)، الهدف منها جمع المعلومات المتعلقة بالعقوبات أو التدابير الصادرة في حق الأشخاص المعنوية، أو في حق الأشخاص الذاتيين المسيرين لها.

الفقرة الثانية: التشريعات التي لا تأخذ بالمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية:

تأخذ بعض التشريعات بالمدى التقليدي الذي يرفض الاعتراف بالمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، كالقانون الألماني، والقانون الإيطالي:

¹ شريف سيد كامل- المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية- مرجع سابق- ص من 37 إلى 44.

² أحمد الخليلي- شرح القانون الجنائي- القسم العام- مكتبة المعارف بالرباط- الطبعة الأولى 1985.

³ منشور بالجريدة الرسمية عدد 5078- بتاريخ 30 يناير 2003- ص 315.

أولاً : القانون الألماني : لا يعترف المشرع الألماني بالمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، وإذا ارتكبت جريمة في نطاق أعمال الشخص المعنوي، فيسأل عنها الشخص الطبيعي الذي تصرف كمثل له، والمسؤولية هنا شخصية.

وتمشيا مع سياسة الحد من التجريم، أنشأ المشرع الألماني سنة 1975 مجموعة من الجرائم الإدارية ومسؤولية الشخص المعنوي في حال ارتكابها لا تعتبر مسؤولية جنائية، بل لها طابع إداري رغم أن الجزاء المفروض هو الغرامة.

ثانياً : القانون الإيطالي : من المقرر في القانون الإيطالي أن الشخص المعنوي لا يسأل جنائياً، ولكن يمكن مساءلته مدنياً فقط، ويمكن اعتباره مسؤولاً بالتضامن عن دفع الغرامة المفروضة على الشخص الطبيعي الذي ارتكب الجريمة لمصلحته، وذلك عندما يكون المحكوم عليه معسراً.

أما بالنسبة للجرائم الجنائية الإدارية المنصوص عليها في القانون الصادر سنة 1981، فيرى الفقه أنه لا يوجد ما يمنع من مساءلة الأشخاص المعنوية عنها بحكم أن النصوص التي أشارت إلى مسؤولية الشخص المعنوي لم تقرها كمسؤولية مباشرة أو مستقلة، وإنما جعلتها مسؤولية تضامنية عندما ترتكب المخالفة من ممثل هذا الشخص أو أحد العاملين لديه أثناء تأدية عمله.

وهناك بعض القوانين الخاصة التي صدرت في السنوات الأخيرة وأقرت صراحة المسؤولية الإدارية الجنائية للأشخاص المعنوية.

ويتجه القضاء الإيطالي منذ السبعينات إلى الاعتراف بهذه المسؤولية، على أن يتحملها الشخص المعنوي مباشرة، كما هو الحال بالنسبة للتهرب الضريبي¹.

المبحث الثاني : نطاق المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي :

كما سبق أن أوضحنا أن الاتجاه الحديث في التشريع المقارن يعترف بمبدأ المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي ، مما يعني أن هذه المسؤولية قد تجاوزت مرحلة الجدل الفقهي حول مدى ملائمة الأخذ بها من عدمه، إلا أن نطاق تطبيقها يقتضي منا معرفة الأشخاص المعنوية التي تسأل جنائياً (المطلب الأول) و العقوبات التي تقع عليها (المطلب الثاني).

المطلب الأول : المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية :

إن مساءلة الأشخاص المعنوية عن الجرائم التي تقترفها يقتضي منا معرفة شروط قيام هذه المسؤولية ومدى اختلافها من تشريع لآخر في مواجهة الأشخاص المعنوية؟ إن الإجابة عن هذه الإشكالية يقتضي منا معرفة أنواع الأشخاص المعنوية ومدى مسؤوليتها جنائياً

(الفقرة الأولى) والجرائم التي تسأل عنها الأشخاص المعنوية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : شروط قيام المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية :

من المقرر أن الأشخاص المعنوية عموماً تنقسم إلى نوعين: أشخاص معنوية عامة تخضع للقانون العام، وأشخاص معنوية خاصة تخضع للقانون الخاص. كما أنه لم يقع خلاف بشأن مساءلة الأشخاص المعنوية الخاصة جنائياً، لكن التشريعات اختلفت بشأن إخضاع الأشخاص المعنوية العامة للمسؤولية الجنائية. فما مدى جواز ونطاق المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية العامة ؟

1- شريف سيد كامل- المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية- مرجع سابق-ص 76-78.

إن تحديد مسؤولية الشخص المعنوي جنائياً بوجه عام، يقتضي منا معرفة القواعد القانونية المتعلقة بتلك المسؤولية في مواجهة الأشخاص المعنوية الخاصة (أولاً) ثم نبين نطاق المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية العامة (ثانياً).

أولاً : الأشخاص المعنوية الخاصة :

من المسلم به في التشريعات التي أقرت مساءلة الشخص المعنوي جنائياً، أن جميع الأشخاص المعنوية الخاصة تخضع للمسؤولية الجنائية، أي كان الشكل الذي تتخذه، وأياً كان الغرض من إنشائها، أي سواء كانت تهدف إلى الحصول على الربح، كالشركات التجارية والمدنية، أو لا تسعى إلى تحقيق ربح مادي كالجمعيات والأحزاب السياسية. إل أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو مدى خضوع التجمعات التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية للمسؤولية الجنائية؟ تقتضي الإجابة عن هذا السؤال التمييز بين ثلاثة اتجاهات في التشريع المقارن بالنسبة لهذا الموضوع:

الاتجاه الأول : هو مذهب القانون الإنجليزي ومؤداه أن هذه التجمعات تسأل جنائياً عن بعض الجرائم المنصوص عليها في القانون المكتوب.

الاتجاه الثاني : وهو مذهب قانون العقوبات الهولندي وهو يعترف بالمسؤولية الجنائية لهذه التجمعات.

الاتجاه الثالث : وهو السائد في القانون الفرنسي، وهو يقر بالمسؤولية الجنائية على التجمعات التي تتمتع بالشخصية المعنوية. وإذا وقعت جريمة في نطاق أعمال جماعة لا تتمتع بالشخصية المعنوية، فيسأل عنها فقط الشخص الطبيعي الذي ارتكبها¹.

ثانياً : الأشخاص المعنوية العامة :

تنقسم الأشخاص المعنوية العامة إلى نوعين: أشخاص عامة إقليمية كالدولة والجماعات المحلية والمدن والقرى. وأشخاص عامة مرفقيه كالهئات والمؤسسات العامة. والسؤال المطروح في هذا الخصوص، هل من الملائم إقرار المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية العامة؟ وللإجابة عن هذا السؤال لابد من معرفة الخلاف التشريعي حول مدى جواز مساءلة الأشخاص المعنوية العامة جنائياً؟ ونطاق هذه المسؤولية في القانون الفرنسي لكونه وضع تنظيمياً مفصلاً لأحكامها؟ تلکم هي بعض التساؤلات التي سوف نحاول الإجابة عنها كالتالي :

لقد نصت بعض التشريعات صراحة على عدم جواز مساءلة الأشخاص المعنوية العامة جنائياً ومنها التشريع العراقي.

بينما تعترف تشريعات أخرى بالمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية العامة، كما هو الحال في القانون الإنجليزي حيث لوحظ أن التطور القضائي بشأن إقرار هذا المبدأ في بداية القرن التاسع عشر، قد بدأ بإدانة بعض البلديات وهي أشخاص معنوية عامة.

وفي فرنسا، أقر المشرع المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية العامة، باستثناء الدولة (المادة 121-2) ويرى غالب الفقه أن هذا الاستبعاد يقوم على أساس أن الدولة هي صاحبة العقاب، مما يجعل من غير المتصور أن توقع العقوبة على نفسها،

¹ - شريف سيد كامل- المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية- مرجع سابق-ص 89-90.

كما أقر إخضاع جميع الأشخاص المعنوية العامة الأخرى للمسؤولية الجنائية، كالمؤسسات العامة، والتجمعات ذات النفع العام، وغيرها إلا أن الملاحظ أنها لا تطبق عليها عقوبة الحل، والوضع تحت الرقابة القضائية.

إن الاعتراف بالمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية العامة، لاسيما عند قيامها بأنشطة تجارية أو مالية أو صناعية أو غيرها مما تمارسه أشخاص القانون الخاص، لا يتعارض مع مبدأ ضرورة استمرارية المرفق العام، فضلا عن أنه أمر يتطلبه مبدأ المساواة أمام القانون، ويحقق فعالية العقاب، وبالتالي يكفل الحفاظ على مصلحة المجتمع.

الفقرة الثانية: الجرائم التي تسأل عنها الأشخاص المعنوية:

إن الشخص المعنوي بحكم طبيعته لا يمكن أن يرتكب الجريمة بنفسه، وإنما يتصرف عن طريق شخص طبيعي يعبر عن إرادته (أولا) أو تكون الجريمة قد وقعت لحسابه (ثانيا).

أولاً: ارتكاب الجريمة من شخص طبيعي يعبر عن إرادة الشخص المعنوي:

إن إسناد الفعل الجرمي للشخص المعنوي وفق هذا المبدأ يقتضي معرفة الشخص الطبيعي الذي ارتكاب الجريمة، وما إذا كان يملك التصرف باسم الشخص المعنوي، وبالتالي تعتبر الأفعال الصادرة عنه بمثابة أفعال الشخص المعنوي ذاته أم لا؟

فحسب القانون الإنجليزي، أنه يوجد لكل شخص معنوي، شخص طبيعي معين أو عدة أشخاص يتولون إدارته، والأفعال التي تقع من هؤلاء الأشخاص الطبيعيين والتي تدخل في نطاق أعمال وظيفتهم، تعتبر في نفس الوقت بمثابة أفعال الشخص المعنوي ذاته، وبالتالي يسأل عنها جنائياً مسؤولية شخصية، إذا كانت تشكل جريمة.

وكذلك الشأن بالنسبة للقانون الفرنسي على أن قيام هذه المسؤولية لا يحول دون معاقبة الشخص الطبيعي عن ذات الجريمة¹.

ثانياً: ارتكاب الجريمة لحساب الشخص المعنوي:

يجب لقيام المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، أن تكون الجريمة قد وقعت لحسابه، أي ارتكبت بهدف تحقيق مصلحة له، كتحقيق ربح أو تجنب إلحاق ضرر به، ويستوي أن تكون هذه المصلحة مادية أو معنوية، مباشرة أو غير مباشرة، محققة أو احتمالية.

والنتيجة المنطقية التي تترتب على هذا الشرط هي أنه لا يجوز أن يسأل الشخص المعنوي عن الجريمة التي يرتكبها أحد أجهزته أو ممثليه، لحسابه الشخصي، بهدف تحقيق مصلحته الشخصية، أو بقصد الإضرار بالشخص المعنوي.

المطلب الثاني: العقوبات التي تقع على الأشخاص المعنوية:

تتعدد العقوبات والتدابير التي يمكن أن توقع على الأشخاص المعنوية، ويختلف نطاقها من تشريع لآخر، فكيف عالج المشرع المغربي وباقي التشريعات الأجنبية هذا الموضوع المتعلق بالعقوبات المقررة على الأشخاص المعنوية؟ هذا ما سوف نبينه من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين: الفقرة الأولى: العقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية في القانون المغربي. الفقرة الثانية: العقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية في القانون المقارن.

¹ - شريف سيد كامل- المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية- مرجع سابق-ص 100-103.

الفقرة الأولى : العقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية في القانون المغربي.

فالقانون الجنائي المغربي ومن خلال الفصل 127¹ حدد نوعية العقوبات التي يمكن تطبيقها على الأشخاص المعنوية، وهي عبارة عن عقوبات مالية² كالغرامة (الفصل 35 من ق ج)³، وعقوبات إضافية (الفصل 36 من ق ج)⁴ وهي : المصادرة الجزئية، حل الشخص المعنوي ونشر الحكم الصادر بالإدانة، أو عبارة عن تدابير وقائية (الفصل 62 من ق ج)⁵ وهي: مصادرة الأشياء التي لها علاقة بالجريمة، أو الأشياء الضارة أو الخطيرة أو المخطور امتلاكها، وإغلاق المحل أو المؤسسة التي استغلت في ارتكاب الجريمة، وطبقا للمادة 635 من قانون المسطرة الجنائية⁶ فإنه يمكن تطبيق مسطرة الإكراه البدني في حالة عدم تنفيذ الأحكام الصادرة بالغرامة، وبالرجوع إلى نفس المادة نجد استثنى من نظام الإكراه البدني بعض الحالات والأشخاص الطبيعيين دون ذكر الأشخاص المعنوية على أساس أن هذا الإجراء لا يمكن اتخاذه ضد الشخص المعنوي.

كما تطرق المشرع المغربي للمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في القوانين الجزرية الخاصة، كالقانون رقم 13-83 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع، والقانون رقم 17-97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية.

الفقرة الثانية : العقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية في القانون المقارن :

وبالنسبة للتشريعات الأجنبية سوف نتطرق إلى ثلاثة قوانين: وهي القانون الإنجليزي (أولا) و القانون الهولندي (ثانيا) ثم القانون الفرنسي (ثالثا).

أولا : القانون الإنجليزي : يلاحظ أن هذا القانون يقصر العقوبات التي توقع على الأشخاص المعنوية، على العقوبات المالية وفي مقدمتها الغرامة، كما يطبق عليها عقوبة الحل.

ثانيا : القانون الهولندي : وفي القانون الهولندي، يحكم على الأشخاص المعنوية بالغرامة، المصادرة، نشر الحكم الصادر بالإدانة، وقف النشاط في الجرائم الاقتصادية، الحرمان من بعض الحقوق والمزايا، والوضع تحت الحراسة القضائية.

ثالثا : القانون الفرنسي : لقد خصص المشرع الفرنسي مبحثا مستقلا للعقوبات التي توقع على الأشخاص المعنوية، وذلك في المواد من 131-37 إلى 131-49 من قانون العقوبات.

وقد ميز بين عقوبات الجنايات والجرح ، وهي : الغرامة ، الحل، حظر مزاولة بعض الأنشطة، الوضع تحت الرقابة، غلق المؤسسات، الحرمان من دعوة الجمهور إلى الادخار، الاستبعاد من الأسواق، حضر إصدار شيكات، المصادرة، نشر الحكم.

وقد استبعد المشرع الفرنسي، بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 131-39 من قانون العقوبات، بعض الأشخاص المعنوية من تطبيق عقوبة الحل، وهي: الأشخاص المعنوية العامة، الأحزاب والتجمعات السياسية، النقابات المهنية. وترجع علة ذلك إلى اعتبارات دستورية تتعلق بمبدأ الفصل بين السلطات، والحرص على ضمان استمرارية المرافق

1- مجموعة القانون الجنائي- منشورات نشر المعلومة القانونية والقضائية- العدد 3 - 2009 ص 59.

2- العلمي عبد الواحد- شرح القانون الجنائي المغربي- القسم العام- طبعة ثالثة 2009- ص 307.

3- مجموعة القانون الجنائي- مرجع سابق مشار إليه أعلاه - ص 29.

4- مجموعة القانون الجنائي- أنظر هامش رقم 14- ص 30.

5- مجموعة القانون الجنائي- أنظر هامش 14- ص 39.

6- قانون المسطرة الجنائية- منشورات نشر المعلومة القانونية والقضائية- العدد 4- 2007 ص 269.

العامة، كما أن حل الأحزاب والנקابات ينطوي على المساس بالحريات الأساسية إلا إذا ثبت أنه قد أنشئ بغرض ارتكاب الجرائم¹.

خاتمة :

إن نطاق المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، يجب أن لا تقتصر فقط على الجرائم في القانون المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع، والقانون المتعلق بحماية الملكية الصناعية. وإنما ينبغي أن تمتد أيضا إلى بعض القوانين الخاصة الأخرى، مثل قانون البيئة، وقانون المخدرات، وقانون المستهلك، وقانون المال والأعمال، والنص على هذه المسؤولية في القانون الجنائي يتطلب أن يحدد المشرع شروطها والأحكام المتعلقة بالعقوبات والتدابير التي توقع على الأشخاص المعنوية.

لائحة المراجع :

المراجع العامة :

- 1- حسن كيرة - أصول القانون - الطبعة الثانية - 1958 - دار المعارف بمصر.
- 2- حسين أحمد توفيق رضا- أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن- كلية الحقوق - جامعة القاهرة 1964 .
- 3- أحمد الخمليشي - شرح القانون الجنائي - القسم العام - مكتبة المعارف بالرباط - الطبعة الأولى - 1985 .
- 4- العلمي عبد الواحد- شرح القانون الجنائي المغربي - القسم العام - طبعة ثالثة - 2009.
- 5- مجموعة القانون الجنائي - منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية - العدد3- فبراير 2009.
- 6- قانون المسطرة الجنائية - منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية - العدد4- فبراير 2007.
- 7- عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام- المجلد الأول- رقم 541.8.
- 8- أحمد فتحي سرور- الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام - الطبعة السادسة - 1996.

المراجع الخاصة :

- 1- إبراهيم علي صالح - المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية- دار المعارف - بون تاريخ.
- 2- شريف سيد كامل - المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية- دراسة مقارنة - دار النهضة العربية القاهرة - الطبعة الأولى - 1997.
- 3- لحسن البشري- المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي على ضوء الاجتهاد القضائي - بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء بالرباط - السنة 2003 - 2005 .

1- شريف سيد كامل - مرجع سابق - ص 133-141.

الحلول القانونية لمشكلة نازع القوانين في ظل التعاقد الإلكتروني



قارة سليمان محمد خليل أستاذ مساعد ب جامعة قسنطينة

باحث في الدكتوراه جامعة تلمسان قانون الأعمال المقارن

e-mail : khalid_mag@hotmail.fr

المقدمة :

وضعت شبكة الانترنت بصفقتها وسيلة جديدة للإتصال و التواصل، ما يقرب من مائتي دولة في العالم في حالة إتصال دائم، فالبيانات و المعلومات التي يتم إدخالها وتحميلها على الشبكة تنتشر في ثوان معدودة في كل الدول المرتبطة بها، بحيث يتاح لأي مستخدم الدخول إلى هذه المعلومات و البيانات. كما أوجدت الانترنت سوقا واسعة أمام مئات الملايين من التجار والمستهلكين، إذ يمكن لهؤلاء الحصول على السلع والخدمات التي يرغبونها في أماكنهم، فيتجنبوا مشقة الإنتقال من دولة لأخرى، إذ يكفي أن يكون لأحدهم حاسبا آليا لكي يشتري ما يريد.

يترتب على ما تقدم، أن العقود و المعاملات التي تتم عبر الانترنت هي بالضرورة ذات طابع دولي لأن أطرافها أشخاص متواجدون و منتمون إلى دول مختلفة. إذ أن الطابع الدولي لعقد البيع المبرم عبر الانترنت يثير مشاكل قانونية عديدة، تتلخص في ضرورة إيجاد قواعد صالحة للتطبيق على المنازعات الناشئة عن هذا النوع الجديد من العقود.

يتحدد مجال تنازع القوانين بوجود الصفة الأجنبية في أحد عناصر العلاقة القانونية، يستوي في ذلك أن يكون هذا العنصر هو الأطراف أو السبب أو المحل، وباعتبار عقد البيع الإلكتروني هو عقد دولي فيتأكد بالتالي خضوعه لقاعدة التنازع التقليدية التي تحكم العقود الدولية فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق، و التي تتمثل في حرية إختيار القانون الواجب التطبيق بإتفاق الأطراف المتعاقدة، و لكن في حالة غياب إتفاق بين الأطراف، فما هو القانون الواجب التطبيق؟

للإجابة على هذا التساؤل ارتأينا تقسيم هذه المقالة إلى قسمين تناولنا في القسم الأول مبدأ قانون إرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يخضع له عقد بيعهم الإلكتروني و خصصنا القسم الثاني للحلول المقترحة من قبل فقهاء القانون الدولي الخاص في حالة غياب اتفاق بين طرفي العقد عن القانون الذي يحكم علاقتهم القانونية.

I - قانون الإرادة :

يخضع موضوع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمناً. و هذه القاعدة معمول بها في مختلف الأنظمة القانونية، والمعاهدات الدولية، و الأخذ بهذه القاعدة في عقد البيع المبرم عبر الانترنت يرتب عدة نتائج.

أولاً : مضمون قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية :

سوف نحاول تحديد هذا المضمون من خلال بيان المقصود بقانون الإرادة الذي تشير إليه قاعدة التنازع في مجال عقود التجارة الإلكترونية ثم نوضح بعد ذلك النتائج المترتبة على خضوع عقود التجارة الإلكترونية لقانون الإرادة.

1- المقصود بقانون الإرادة :

الأصل أن يكون اختيار القانون الواجب التطبيق و تحديده باتفاق صريح بين الأطراف، بتضمين العقد شرطاً صريحاً ينص على ذلك، أو باتفاق لاحق مستقل، و هذا التحديد يمثل عنصر أمان قانوني للأطراف، فهم يعرفون مقدماً القانون الواجب التطبيق على أي نزاع حول العقد المبرم بينهما.

و الإرادة تكون صريحة بالنص عليها في سند العقد الإلكتروني، و يجب أن تكون هناك إمكانية حفظ مضمونه على جهاز المتعاقد بصورة دائمة، تضمن السلامة حتى يمكن الاعتداد بهذا النص.¹

اختلف الفقه والقضاء و حتى النصوص التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية في تحديد المقصود بقانون الإرادة التي تشير إليه قواعد الإسناد، و يمكن جمع هذا الخلاف في ثلاثة اتجاهات. إذ يضيّق أصحاب الاتجاه الأول من نطاق هذا القانون و يقصره على القوانين الوطنية الصادرة عن دولة معينة تتمتع بهذا الوصف طبقاً لأحكام القانون الدولي العام، و عليه، فإذا اختار أطراف العقد قانوناً لينظم عقدهم، فإنه يتعين أن ينصب هذا الاختيار على القانون الداخلي لدولة معينة.²

و ينادي أنصار الاتجاه الثاني بالحرية الكاملة للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم و التوسع في مفهوم إسناد العلاقة العقدية، بحيث لا تقف عند حدود القانون الداخلي لدولة معينة. فيجوز إسناد العلاقة العقدية لقواعد ذات صبغة عالمية مثل القواعد العرفية التي نشأت واستقرت بين الجماعات العاملة في مجال التجارة الإلكترونية.

¹ يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، ص. 67.

² صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص. 269.

أما الاتجاه الثالث فهو اتجاه معتدل لا يصل إلى حد تضيق نطاق قانون الإرادة كما يذهب إليه أنصار الاتجاه الأول، كما لا يذهب إلى حد إطلاق العنان للأطراف في اختيار هذا القانون حسب ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني. فهذا الاتجاه يخول المتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، عملاً بحقهم المقرر بموجب قاعدة الإسناد و احتراماً لتوقعاتهم، ولكنه يحرس في ذات الوقت على ألا تصل حرية المتعاقدين في اختيار قانون على نحو قد يؤدي إلى غش نحو القانون أو الإفلات من الأحكام الأمرة في القوانين المختارة.

فهذا الحل يقيم نوعاً من التوازن بين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وإسناد هذه الحرية على أسس مشروعة.¹

2- النتائج المترتبة على خضوع عقد البيع الإلكتروني لقانون الإرادة :

يترتب على خضوع عقود التجارة الإلكترونية لقانون الإرادة نتائج جد خطيرة نذكر من بينها:

أ- السماح للمتعاقدین باختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في عقود التجارة الإلكترونية :

يرى فقه قانون التجارة الإلكترونية الغالب² أنه ليس ثمة ما يمنع المتعاقدين من أن يخضعوا كل جانب من جوانب العقد لقانون معين. فيصح أن يتفقا على إخضاع تكوين العقد لقانون محل إبرامه و إخضاع تنفيذه لقانون محل التنفيذ، فهذا الرأي يقضي بتجزئة العقد و تعدد القوانين الواجبة التطبيق على موضوعه سواء فيما يتعلق بتكوينه أو بآثاره.³

ب- عدم لزوم توافر صلة بين القانون المختار و العقد :

اختلف فقه القانون الدولي الخاص حول مدى لزوم توافر صلة بين القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين و عقد البيع الإلكتروني الذي سيخضع لأحكام القانون المختار. كما اختلفوا أيضاً حول المقصود بتلك الرابطة التي يتعين أن تتوافر بين قانون الإرادة و عقد البيع الإلكتروني ، و ما إذا كان يتعين أن تكون هذه الرابطة ذات طابع مادي أم شخصي أم أنه يكفي أن تكون هناك مصلحة مشروعة في تطبيق القانون المختار حتى تتوافر تلك الصلة، إذ ظهرت ثلاثة اتجاهات. يميل أنصار الاتجاه الأول⁴ إلى تقييد سلطان إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد باستلزام وجود صلة حقيقية بين القانون المختار و العقد، بحيث ينصب اختيار المتعاقدين على أحد القوانين التي تتزاحم حكم عقد البيع الإلكتروني. و لا يهم بعد ذلك أن ينصب الإختيار على قانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية على أساس أنه يشكل مركز الثقل في هذه الرابطة. أما أنصار الاتجاه الثاني فتركوا الحرية للأطراف في اختيار قانون العقد، فهو

¹ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 274.

² راجع في ذلك :

VERBIEST Thibault, Commerce électronique : le nouveau cadre juridique,(publicité, contrats, contentieux) L.G.D.J ,édition lancier, Bruxelles, Belgique,2004 ,p :116.

مقتبس عن المرجع : صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 275.

³ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 275.

⁴ BATTEFFOL(H),La loi appropriée au contrat, in le droit des relations économiques international, édition litec ,p :60.

مقتبس عن المرجع : صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 277.

يجب لأطراف العقد اختيار القانون الذي يرتضونه لحكم العقد حتى وإن كان القانون المعين من قبلهم ليست له أدنى صلة بعقد البيع الإلكتروني، ومع ذلك فإن أنصار هذا الرأي اشتروا في هذا الاختيار ألا يكون مشوبا بالغش نحو القانون.¹ يشترط أنصار الاتجاه الثالث² وجود صلة بين القانون المختار والعقد ولكنه لا يتطلب أن تتحقق هذه العلاقة عن طريق عناصر شخصية كجنسية المتعاقدين أو مادية كقانون محل إبرام العقد أو تنفيذه، فيكفي وفقا له أن تكون هذه الصلة نابعة من حاجة المعاملات و التجارة الدولية، كأن يبرم عقد البيع الإلكتروني في صورة عقد نموذجي متعارف عليه في مجال سلعة معينة و تقبله أوساط التجارة الدولية، فيخضع الأطراف للقانون الذي يحكم هذا العقد بالرغم من إنتفاء الصلة بين القانون المختار و عناصر العقد.

ج- رفض فكرة الإحالة في مجال عقد البيع الإلكتروني :

يرفض الفقه الغالب³ فكرة الإحالة في مجال الروابط التعاقدية على أساس أن منطق الإحالة يتعارض في حد ذاته مع ضابط قانون الارادة.

و رفض الإحالة يعني التزام القاضي الوطني بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار، دون قواعد التنازع في ذلك القانون و علة ذلك الرفض أن أعمال قواعد التنازع في القانون المختار سيؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف و اضطراب معاملاتهم عبر شبكة الانترنت. فاختيارهم لقانون معين يقوم على اعتبارات قدورها فيه، و قبول فكرة الإحالة يؤدي إلى خضوع عقد البيع الإلكتروني لنظام قانوني لم يكن متوقعا لديه.⁴

ثانيا : كيفية تحديد إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية في مجال عقد البيع الإلكتروني :

إذا كانت النظم القانونية قد اعترفت للمتعاقدين بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فإن هذا الاعتراف يثير التساؤل حول كيفية التعرف على إرادة المتعاقدين لتحديد قانون الإرادة. و الجواب على ذلك أن إرادة المتعاقدين قد تكون صريحة و ذلك عندما يحدد المتعاقدين بعبارة صريحة في العقد، القانون الذي يحكمه، و قد تكون ضمنية.

و لكن السؤال الذي يطرح هنا هو: هل أخذ المشرع الجزائري بالإرادة الضمنية؟ أم قصر الأمر فقط على الإرادة الصريحة؟

¹ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 276-277-278.

² راجع في ذلك: فؤاد عبد المنعم رياض، د/محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي و آثار الأحكام الأجنبية، بدون ناشر، بند 255، ص. 326. مقتبس عن المرجع: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 278.

³ راجع في ذلك: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، البند 388، ص. 535، احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع اصولا و منهجا، الطبعة الاولى، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، 1996، بند 424، ص. 455. مقتبس عن المرجع : صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 278.

⁴ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 282.

1- الإختيار الصريح :

يشير استقراء الواقع أنه قد صار من المؤلف في التجارة الإلكترونية وجود عقود نموذجية يدرج بند يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وهو ما يدرج الفقه على تسميته بشرط الاختصاص التشريعي. و يخضع كل عقد للقانون المنصوص عليه فيه دون اشتراط وجود أية صلة حقيقية أو جادة بين القانون المختار والعقد.¹

2- الإختيار الضمني :

و معناه أن ينظر القاضي المعروض أمامه النزاع إلى كثير من الدلالات والظروف مثل اختيار المحكمة أو الإحالة إلى نظام قانوني معين، و في جميع الأحوال ستقوم المحكمة بدراسة كافة الظروف ذات الصلة بكل حالة لتحديد القانون المختار.²

- لكن المشرع الجزائري لا يأخذ بالإرادة الضمنية فإذا قارنا المادة 18 من القانون المدني الجزائري مع نظيراتها في القوانين العربية لوجدنا أنها لا تشتمل على الفقرة التي تعتد بالإرادة الضمنية للمتعاقدين في حالة عدم وجود إرادة صريحة لهما، مما يفيد بأن المشرع الجزائري لا يعتد إلا بالإرادة الصريحة للمتعاقدين خلافا لغيره من المشرعين العرب الذين يعتدون أيضا بالإرادة الضمنية.³

ثالثا : موقف الاتفاقيات الدولية و الأنظمة القانونية المقارنة من هذه القاعدة :

أضحى مبدأ الإرادة و ما ينتج عنه من حرية المتعاقدين في إخضاع عقدهم للقانون الذي يختارونه صراحة أو ضمنا، مبدأ ثابتا، حيث تعترف به الاتفاقيات الدولية و كذلك التشريعات الوطنية المقارنة.

1. الاعتراف بالمبدأ في الإتفاقيات الدولية :

لم يقتصر الإعتراف بمبدأ قانون الإرادة على القوانين الوطنية، بل نصت عليه العديد من الإتفاقيات الدولية، نذكر منها :

إتفاقية لاهاي الخاصة بالبيع الدولية للمنقولات المادية⁴ التي تنص في المادة 1/2 على أن :

"يسري على البيع القانون الداخلي للبلد الذي تحده إرادة الأطراف".

كما نصت المادة 1/7 من إتفاقية جنيف⁵ على أن :

¹ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 283.

² إيهاب السنباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة- مصر، 2008، ص. 240.

³ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هوم، الجزائر، 2002، ص. 309.

⁴ إتفاقية لاهاي الخاصة بالبيع الدولية للمنقولات المادية الموقعة في 15 يونيو 1955 و النافذة في 1 سبتمبر 1964، الموجودة على الموقع :

http://lexinter.net/WEB7/convention_de_la_haye_portant_loi_uniforme_sur_la_vente_des_objets_mobiliers_corporels.htm

⁵ إتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في 21 ابريل 1961 و النافذة ابتداء من تاريخ 7 يونيو 1964. الموجودة على الموقع :

<http://www.cc.lu/docdownload.php?id=317>

"الأطراف أحرار في اختيار القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع".

و جاءت في نفس المعنى المادة 1/3 من إتفاقية روما¹ بخصوص القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، حيث نصت على ما يلي :

"يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف".

كما نصت المادة 7 من اتفاقية لاهي 1986 في شأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع² على أن: "يحكم البيع القانون المختار بواسطة الأطراف".

2- الاعتراف بالمبدأ في الأنظمة الوطنية :

بالنسبة للنظم القانونية نجد أن التشريعات المعاصرة أصبحت تعترف بقدر واسع بمبدأ قانون الإرادة و من تطبيقات هذا المبدأ نجد المادة 19 من القانون المصري تنص على أن: "يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه".

المادة 62 من القانون الدولي الخاص التونسي التي تنص على أن: "العقد يحكمه القانون الذي سماه الأطراف".

فهناك بعض الدول نصت صراحة على هذا المبدأ أي مبدأ الإرادة في قوانينها الخاصة كالقوانين العربية مثلاً³، و قوانين بعض الدول الأوربية⁴ و منها التي على الرغم من عدم النص على الأخذ به في تشريعاتها قد أخذت به محاكمها⁵ مثل فرنسا.

أما فيما يخص المشرع الجزائري نص في المادة 18 من القانون المدني الجزائري على ما يلي :

"يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد".

بالتالي يتضح أن المشرع الجزائري أخذ بضابط أساسي في الإلتزامات التعاقدية الدولية وهو إرادة المتعاقدين⁶.

¹ إتفاقية روما المؤرخة في 19 جوان 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية. ، الموجودة على الموقع :

http://lexinter.net/UE/convention_de_rome.htm

² إتفاقية لاهي 1986، المبرمة في 22 ديسمبر 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع ، الموجودة على الموقع: http://lexinter.net/WEB7/convention_de_la_haye_sur_la_loi_applicable_au_contrat_de_vente_internationale_de_marchandises.htm

³ القانون المصري و القانون التونسي.

⁴ قانون بولونيا، قانون اليونان و قانون ايطاليا.

⁵ جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 1910/9/5: "القانون الذي يطبق على العقود سواء فيما يتعلق بانعقادها أو آثارها أو شروطها هو القانون الذي اختاره المتعاقدون"

⁶ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 302.

رابعا: استبعاد قانون الإرادة :

يمكن استبعاد قانون الإرادة لعدة أسباب، أولها إذا كان القانون المختار يتنافى مع النظام العام، وثانيها وهو خاص فقط بالدول الأوروبية وهو استثناء جاءت به اتفاقية روما حيث تستبعد قانون الإرادة و ذلك حماية للمستهلك. وسنبين على التوالي كل نقطة على حدى .

1- استبعاد قانون الإرادة بسبب النظام العام :

إذا كان الأصل أن الفرد حر في أن يتعاقد أو ألا يتعاقد، حر في اختيار القانون الذي يحكم العقد، فان من الثابت أيضا أن هذه الحرية التعاقدية تتقيد ب "النظام العام والآداب العامة "

فما هو مفهوم النظام العام في الأنظمة الداخلية وفي عقود التجارة الإلكترونية ؟ وما مدى اعتبار النظام العام قيда على مبدأ قانون الإرادة ؟

أ- مضمون فكرة النظام العام في الأنظمة الوطنية وفي عقود التجارة الدولية :

سننتقل إلى مفهوم النظام العام في القانون الداخلي و في مجال عقود التجارة الدولية .

-النظام العام الداخلي :

في مجال العقود التي تبرم في نطاق القوانين الوطنية وتخضع لأحكامها والتي يمكن أن نطلق عليها العقود الداخلية، تحصر القوانين السلطة الواسعة للأطراف في تنظيم عقودهم في دائرة تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام، وهنا يبرز القيد الخاص بالنظام العام .

ويعرف الفقه النظام العام الداخلي بأنه :

"مجموعة القواعد التي تنظم المصالح التي تهتم المجتمع مباشرة أكثر مما تهتم الأفراد، سواء كانت هذه المصالح سياسية إقتصادية أو إجتماعية أو أخلاقية"¹.

-النظام العام الدولي :

ينادي الفقه² في مجال عقود التجارة الدولية - بوجود نظام عام آخر هو النظام العام الدولي. ويعرف النظام العام الدولي بأنه مجموعة القواعد اللصيقة بالتجارة الدولية والتي تلبي كل متطلباتها و احتياطاتها عن طريق تشجيع وابتداع القواعد الذاتية الخاصة التي تتفق ونمو المبادلات التجارية عبر الدول. أو بمعنى آخر هو عبارة عن مجموعة أسس وقواعد عامة لا تتعلق بالمصالح الأساسية لمجتمع وطني معين، وإنما تتعلق بمصالح أساسية خاصة بالجماعة الدولية، لأنه عبارة عن مجموعة قواعد مشتركة بين مختلف الأنظمة القانونية ومرتبطة بالعلاقات الدولية.

¹ - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 290 - 291.

² ROLIN (H), Vers un ordre public réellement international, in mélanges BASDEVANT, Paris, pédonne, 1960. p. 441.

مقتبس عن المرجع: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 296.

ويفسر الأستاذ "شابول" *chapelle* الخاصية الأساسية التي يتصف بها هذا النظام العام بقوله: "إنه دولي بالمعنى الحقيقي، لأن نشاط المجموعة التي يحكمها (ويقصد مجموعة التجار) يتجاوز حدود الدولة سواء من الناحية الموضوعية أو الإقليمية"¹.

يعهد فقهاء التجارة الدولية إلى النظام العام الدولي بدورين، دور إيجابي، ويسمى حينئذ النظام العام ب" النظام العام التوجيهي" وتتبلور هذه الوظيفة عندما يدعو هذا النظام العام المحكمين إلى أن يطبقوا بصفة أولوية القواعد والمبادئ الأساسية للتجارة الدولية، التي تستقل عن كل نظام وطني، فأنصار وجود نظام قانوني خاص بعقود التجارة الدولية يرون أن عادات وأعراف التجارة الدولية، وكذلك المبادئ العامة لقانون، كافية لان تشكل نظاما قانونيا خاصا مستقلا يلتزم المحكمون بتطبيقه بصفة خاصة، عند غياب اتفاق صريح من الأطراف على النظام القانوني المطبق. أما الدور الثاني فهو دور سلبي، في هذه الحالة يسمى النظام العام ب: "النظام العام الحمائي أو الإستبعادي"، ويؤدي النظام العام، وفقا لهذه الوظيفة، إلى استبعاد القانون الوطني الواجب التطبيق وفقا لاختيار الأطراف، ويطبق أحد المبادئ والقواعد العامة للتجارة الدولية إذا قدر القاضي أن نصوص هذا القانون تصطدم بأحد المبادئ الهامة التي يجب إحترامها على المستوى الدولي، بل ذهب البعض إلى أبعد من ذلك عندما رأى أن هناك تدرجا بين الأنظمة العامة، بحيث يغلب أولا النظام العام الدولي ثم يأتي بعده النظام العام الوطني².

وفكرة تدرج هذه الأنظمة العامة أشار إليها الأستاذ "قولدمان" *GOLDMAN* بقوله إنه عندما يتعلق الأمر بأنظمة قانونية عامة، فلا يوجد أي تدرج بين هذه الأنظمة، أما إذا تعلق الأمر بنظام قانوني عام دولي بالمعنى الحقيقي ونظام عام وطني، فإنه يجب تقديم الأول على الثاني³.

لقد وجهت لهذه الفكرة عدة انتقادات، فمن الناحية العملية يصعب تحقيق فكرة وجود نظام عام دولي صالح للتطبيق في كل العلاقات الاقتصادية الدولية. وترجع هذه الصعوبة إلى عاملين: يكمن العامل الأول في عدم تحديد المقصود بهذا النظام العام، فالنظام العام يمكن أن يتخذ عدة أشكال ولم يحدد جيدا أنصار هذه الفكرة أي هذه الأشكال يعتبر نظاما عاما دوليا في مفهومهم. أما العامل الثاني فيرجع إلى صعوبة تحديد القواعد التي تدخل في نطاق هذا النظام العام، فأنصار هذه الفكرة لا يدعون أن كل القواعد التي تحتويها عادات وأعراف التجارة الدولية تنتمي إلى النظام العام الدولي، ولكنهم يتمسكون بأن من بين هذه القواعد ما هو أساسي وعالمي، وما يحقق المصالح الأساسية لتجارة الدولية هي التي تدخل في مفهوم هذا النظام العام، ولا تخفى صعوبة تحديد هذه القواعد الأساسية التي ينادي بها هذا الرأي من الفقه. إن تسمية النظام العام الدولي معيبة إذ لا يمكن القول بوجود نظام عام دولي بالمعنى الصحيح، فالنظام العام دائما وطني بمعنى أنه يتحدد وفقا لمعايير مستمدة من المجتمع الداخلي تعكس الأفكار الأساسية لمجتمع الدولة. حسب أنصار هذه النظرية، في حالة وجود تنازع بين قواعد النظام العام الداخلي و قواعد النظام العام الدولي يجب ترجيح النظام العام الدولي، ولكن كيف يمكن أن تقبل المحاكم الوطنية تغليب قواعد نظام عام آخر على قواعد النظام العام في الدولة. أما الإنتقاد الجوهرى يكمن في أن النظام العام سواء كان داخليا أو دوليا، يتحدد وفقا لمعايير مستمدة من مجتمع معين، إذ تعكس الأفكار الأساسية السائدة في المجتمع، سواء كانت سياسية أو

¹ راجع في ذلك: صالح المنزلاوي: المرجع السابق، ص. 296-297

² صالح المنزلاوي: المرجع السابق، ص. 301-302-303.

³ صالح المنزلاوي: المرجع السابق، ص. 303.

إجتماعية أو إقتصادية أو دينية، هذا بالإضافة إلى أن تطبيقه يحتاج إلى سلطة عليا تفرضه على الأطراف حتى يحقق الهدف منه.¹

ب- مدى اعتبار فكرة النظام العام كقيد على قاعدة قانون الإرادة :

في أي نظام قانوني يكون النظام العام هو المبرر الرئيسي للمحكمة لرفض تطبيق قواعد القانون الأجنبي.² والحقيقة أن رسم حدود فكرة النظام العام للمجتمع الإلكتروني لن تكون مستقلة تماما عن النظام العام الداخلي، بل إنها تقتبس منه بعض التطبيقات التي يمكن أن تنطبق بشكل أو بآخر على عقود التجارة الإلكترونية، وأفضل دليل على صحة هذا الكلام هو الموقف الذي قرّره القوانين الفرنسية التي أوجبت على المستهلك الفرنسي استخدام اللغة الفرنسية في كافة معاملاته الإلكترونية. والسبب الرئيسي وراء إصدار تلك القوانين هو هيمنة اللغة الإنجليزية على الشبكات الإلكترونية، وبصفة خاصة الانترنت، وقد أثارت هذه المسألة إهتمام الدول غير الناطقة باللغة الإنجليزية، وبصفة خاصة فرنسا لحماية لغتها الوطنية.³

2- إستبعاد قانون الإرادة بسبب الإستثناء الذي جاءت به اتفاقية روما :

يطبق الاستثناء الذي نصت عليه اتفاقية روما⁴ على عقود الاستهلاك الدولية ، إذ يتوجب دراسة مضمون هذا الاستثناء، ثم دراسة إمكانية تطبيقه على عقد البيع الإلكتروني.

أ- تعريف الاستثناء :

عرفت المادة 5 فقرة 1 من اتفاقية روما⁵ مجال تطبيق هذا الاستثناء . إذ يطبق على العقود التي يكون موضوعها بيع بضائع أو تقديم خدمات إلى المستهلك "شخص طبيعي" من أجل استعمالها خارج نطاق تجارته أو مهنته.

يستبعد قانون الإرادة و يطبق قانون بلد إقامة المستهلك، بشرط توفر أحد الاحتمالات الثلاثة المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 5 من اتفاقية روما، يتمثل مضمون الاحتمال الأول في ضرورة سبق إبرام العقد، في الدولة التي يقيم فيها المستهلك، تقديم عرض خاص أو إعلان من قبل التاجر، و استنفاد المستهلك في هذه الدولة جميع الإجراءات الضرورية اللازمة لإبرام العقد. أما الاحتمال الثاني فيتمثل في تلقي المتعاقد الآخر أو ممثله، طلب المستهلك في الدولة التي يقيم فيها هذا الأخير. أما الاحتمال الثالث فيتعلق بعقد بيع بضائع، إذ يذهب المستهلك إلى

¹ صالح المنزلاوي: المرجع السابق ، ص. 321- 326.

² إيهاب السنباطي، المرجع السابق ، ص. 296.

³ صالح المنزلاوي: المرجع السابق ، ص. 304- 305.

⁴ اتفاقية روما المؤرخة في 19 جوان 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية. ، الموجودة على الموقع :

http://lexinter.net/UE/convention_de_rome.htm

⁵ اتفاقية روما المؤرخة في 19 جوان 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية. ، الموجودة على الموقع :

http://lexinter.net/UE/convention_de_rome.htm

دولة أجنبية ويقوم فيها بتقديم الطلب، حيث أن الرحلة تكون من تنظيم البائع و من أجل إغراء المستهلك بإبرام هذا العقد¹.

ب- تطبيق الاستثناء على عقد البيع الإلكتروني :

إن الهدف المرجو من هذا الاستثناء الوارد على قانون الإرادة هو حماية المستهلك في عقود الاستهلاك الدولية، ولكن تثار هنا عدة أسئلة من بينها، هل يمكن أن نطبق هذا الاستثناء على عقد البيع الإلكتروني ؟ و ما مدى إمكانية تأقلم الاحتمالات الثلاثة التي جاء بها استثناء اتفاقية روما مع البيئة الإلكترونية ؟

- استبعاد الاحتمال الثالث :

لا يمكن تطبيق الاحتمال الثالث على عقد البيع الإلكتروني إذ يشترط هذا الاحتمال تنقل المستهلك إلى دولة أجنبية، و تقديم طلب الشراء في هذه الدولة، وهذا ما يتنافى مع جوهر عقد البيع الإلكتروني إذ أن من أهم أهدافه هو تمكين المشتري من شراء البضائع في مدة قصيرة و بدون تنقل².

- الصعوبات التي تواجه تطبيق الاحتمالين الأول و الثاني على عقد البيع الإلكتروني :

إذا كان الاحتمال الثالث مستبعد من التطبيق على عقد البيع الإلكتروني فإنه يبقى أمامنا التطرق إلى مصير الاحتمالين المتبقين، و الصعوبات التي تواجه تطبيقهما على عقد البيع الإلكتروني.

- فيما يخص الاحتمال الأول و المتمثل في الإعلان التجاري المسبق و استنفاذ المشتري لإجراءات إبرام عقد البيع الإلكتروني، تكمن الصعوبة في تحديد ما إذا سبق إبرام عقد البيع الإلكتروني إعلان تجاري عبر الانترنت في دولة المستهلك، إذ يرى جانب من الفقه³ أن عرض البائع لسلعة عبر الانترنت لا يكون موجهاً إلى طائفة معينة أو سكان دولة معينة، و عليه لا يمكن للبائع حصر عرضه في دولة معينة، إذ يمكن للمشتري في أي دولة من دول العالم أن يوجه قبولا إلى البائع وبالتالي ينعقد عقد البيع الإلكتروني. ولكن ما تجدر الإشارة إليه هنا هو صعوبة إثبات وجود الإعلان التجاري للبائع في بلد المستهلك، أو بعبارة أخرى يمكن للبائع أن ينفي تقديمه لعرض في دولة المستهلك و حجته في ذلك الطابع العالمي للانترنت إذ يصعب حصر العرض على مجال جغرافي محدد. ومن أجل تجاوز هذا المشكل يذهب الكثير من الفقهاء⁴ إلى القول بضرورة حصر تطبيق هذا الاحتمال على الإعلانات و العروض التي يقوم بها البائع عن طريق البريد الإلكتروني. إذ يمكن وبكل سهولة إثبات وجود إعلان في بلد المستهلك، وذلك

¹ بولين أنطونيوس أيوب. تحديات شبكة الأنترنت على صعيد القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2006، ص. 53.

² Lama A. KOTEICHE, La loi applicable aux contrats du commerce électronique, BEYROUTH.2005, en ligne : www.lb.refer.org/memoires/347518Lama%20Koteiche.pdf; p. 85.

³ Vincent GAUTRAIS, Le contrat électronique international- encadrement juridique, Bruylaut, DELTA, 2 ème édition ; p. 160. Cité dans l'ouvrage :

Lama A. KOTEICHE, la loi applicable aux contrats du commerce électronique, BEYROUTH.2005 en ligne : www.lb.refer.org/memoires/347518Lama%20Koteiche.pdf, p. 87.

⁴ Thibault VERBIEST, droit intrnaional privé et commerce électronique, état des lieux : <http://www.juriscom.net/>.

بالاستعانة بالرسائل الالكترونية¹. وفيما يتعلق باستنفاد المستهلك إجراءات البيع الالكتروني في دولته تظهر صعوبة تطبيق هذه القاعدة في حالة ما إذا تنقل المستهلك إلى دولة غير دولة إقامته، و قام باستنفاد إجراءات

إبرام عقد البيع الالكتروني، باستعمال جهاز الكمبيوتر المحمول الخاص به. كيف يمكن للبائع إثبات أن المشتري عند استنفاده لإجراءات التعاقد لم يكن متواجدا في بلد إقامته؟

- أما الصعوبة التي يواجهها تطبيق الاحتمال الثاني و المتمثل في تلقي البائع طلب المستهلك في بلد إقامة هذا الأخير، فتتمثل في مدى إمكانية تطبيق قانون دولة المستهلك إذا ما تلقى البائع قبول المشتري عبر صندوق البريد الالكتروني أو الموقع الخاص به على وحدة خدمة موجود في دولة المستهلك و عدم تواجد البائع في هذه الدولة؟

للإجابة على هذا التساؤل يرى جانب من الفقه² أنه لا يمكن تطبيق قانون دولة المستهلك و ذلك لان المادة 2/5 من اتفاقية روما، اشترطت وجود البائع أو ممثل عنه عندما يتلقى طلب المستهلك في دولة إقامة هذا الأخير³.

II - القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت المتعاقدين .

تحدد الجهة التي يطرح عليها النزاع القانون الواجب التطبيق، إذ لا يجوز أن يخضعه القاضي مباشرة لقانون وطنه. ذلك بالإستناد إلى ضوابط جامدة معروفة مسبقا وهو ما سندرسه في النقطة الأولى أو بالإستناد إلى عوامل ارتباط ومؤشرات موضوعية تبين ارتباط العقد بالقانون المعين، والتي قد تكون ضوابط مرنة يسميها البعض بمعيار الأداء المميز وهذا ما سندرسه في النقطة الثانية .

أولا : الإسناد الجامد :

في حالة غياب الإرادة الصريحة للطرفين المتعاقدين بخصوص تحديد واختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، يتم الاستناد في تحديد ذلك على ضوابط ذات صلة وثيقة بالعقد، أهمها قانون دولة إبرام العقد أو قانون دولة تنفيذه أو قانون جنسية المتعاقدين، أو قانون موطنهما المشترك، باعتبارها معايير موضوعية معلومة مسبقا من قبل المتعاقدين، مما قد لا يفاجئ توقعاتهم .

¹ Lama A. KOTEICHE, la loi applicable aux contrats du commerce électronique, BEYROUTH.2005 en ligne : www.lb.refer.org/memoires/347518Lama%20Koteiche.pdf, p .87.

² Alessandra ZANOBETTI, Le droit des contrats dans le commerce électronique, RDAI 2000,n°5,p. 533. Cité dans l'ouvrage :

Lama A. KOTEICHE, la loi applicable aux contrats du commerce électronique, BEYROUTH.2005 en ligne : www.lb.refer.org/memoires/347518Lama%20Koteiche.pdf, p .92.

³ Lama A. KOTEICHE, la loi applicable aux contrats du commerce électronique, BEYROUTH.2005, en ligne : www.lb.refer.org/memoires/347518Lama%20Koteiche.pdf; p. 92.

1- ضابط قانون مكان إبرام العقد :

بالرغم من أن هذا الضابط يعد من أهم الضوابط الإحتياطية المعمول بها في مناهج تنازع القوانين، فقد لقي رواجاً وتطبيقاً كبيرين مع العقود الدولية التقليدية، باعتبار إختيار المتعاقدين لدولة معينة يرمون فيها عقدهما، فيه دلالة وقرينة على علمهم المسبق بأحكام هذا القانون .

ولكن من الصعب تطبيق هذه النظرية في حالة عقد البيع الإلكتروني، لأنه قد يبرم بصفة عارضة لا تكفي لقيام رابطة حقيقية وجادة بين العقد وقانون محل إبرامه، كأن يتم عبر الحاسوب نقل لشخص متجول من دولة لأخرى، أو أن يستغل جهاز غير تابع له، أو أن يبرم عقده من خلال مقهى من مقاهي الانترنت، وهي كلها أمور تجعل من¹ المسألة عرضية ولا تشكل معيار يعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الإلكتروني.

2 - ضابط قانون محل التنفيذ :

في العقود الدولية التقليدية، كان محل تنفيذ العقد أهمية بالغة في فقه القانون الدولي الخاص، كون أنه المكان الذي تتركز فيه مصالح المتعاقدين، باعتباره المكان الذي سيجنون فيه ثمار تعاقدهم.

غير أنه في مجال التجارة الإلكترونية يثير أعمال هذا الضابط بدوره بعض الصعوبات سيما بخصوص العقود التي تنفذ على الشبكة، وبخصوص العقود التي تنفذ خارجها أيضاً، كون العقد قد ينفذ في أماكن متعددة، مما يجعله خاضعاً لأكثر من قانون ويصعب بذلك من تحقيق الإنسجام بين هذه القوانين.²

3- ضابط قانون الجنسية المشتركة :

يعتبر ضابط الجنسية المشتركة من الضوابط الإحتياطية المعتمد عليها لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد، في حال عدم تحديده من قبل الطرفين المتعاقدين، إلا أن أعمال هذا الضابط في مجال عقد البيع الإلكتروني صعب جداً، وذلك بسبب صعوبة التحقيق من هوية الأطراف وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد، وهو أمر لا تأبه به أصلاً التجارة الإلكترونية.³

4- ضابط قانون الوطن المشترك :

منحت بعض القوانين الأفضلية لهذا المعيار، باعتباره قانوناً يعد قرينة كبرى بعلم المتعاقدين بأحكامه أكثر من غيره من القوانين بإعتبارهم إعتادوا عليه، من جهة، ومن جهة أخرى فهو تطبيق للقاعدة الدستورية المعروفة في غالبية النظم القانونية التي تقضي بالألا يعذر بجهل القانون.

¹ حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2009، ص. 421.

² حمودي ناصر، المرجع السابق، ص. 422.

³ حمودي ناصر، المرجع السابق، ص. 422.

غير أنه يصعب تطبيق هذه الفكرة في مجال التجارة الإلكترونية، باعتبار أن العناوين الإلكترونية لا تعطي دلالة واضحة على العنوان الحقيقي للمتعاقدين، إذ أنها لم تصمم بمنظور جغرافي حيث أنها تتسم بعدم التوطن.¹

ثانيا : معيار الأداء المميز (الإسناد المرن) :

في ظل صعوبة تطبيق عوامل الإسناد الجامدة، نجد البعض ولأجل تفادي كل المعايير التي تعتمد على الطابع الإقليمي كونها معايير يكتنفها الكثير من الغموض في مجال الأنترنت، يفضل اللجوء إلى معيار إسناد مرن وأكثر موضوعية، وهو معيار الأداء المميز.

يقوم هذا الضابط على فكرة مفادها تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للالتزام الأساسي فيه، فعلى الرغم من تعدد الإلتزامات في العقد الواحد، إلا أن أحد هذه الإلتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره، وبالتالي يجب الإعتماد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد في جملته. تماشيا مع هذا المفهوم، عرّف الأستاذ "جون باتيست" Jean-BAPTISTE الأداء المميز للعقد بأنه: "الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى".

وعليه يعد أداء مميزا لعقد البيع المبرم عبر الأنترنت التزام البائع بتسليم المبيع أو التزامه بنقل الملكية للمشتري، على إعتباره أن هذه الأداءات تعبر عن مركز الثقل الإقتصادي والإجتماعي في الرابطة العقدية.

على الرغم من تبني معظم تشريعات القانون الدولي الخاص والإتفاقيات الدولية هذه النظرية، وعلى الرغم من أن هذا الإتجاه يمثله الفقه الغالب في مجال التجارة الإلكترونية، إلا أن أعمال هذه النظرية في مجال عقد البيع الإلكتروني لا يخلو من النقد:

- نجد أن أعمال هذه النظرية يؤدي إلى إسناد العقد لقانون الطرف القوي في العقد والتضحية بمصلحة الطرف الضعيف، ففي عقد البيع الإلكتروني القانون الواجب التطبيق حسب هذه النظرية هو قانون دولة البائع، حيث يعد أداء مميزا إلتزام البائع بتسليم المبيع.²

- إن الأساس الذي تستند إليه تلك النظرية يقوم على أسس جغرافية لا تتلائم مع طبيعة المعاملات التي تتم عبر الإنترنت والتي تتعدى الحدود الجغرافية.

- هناك بعض العقود ذات الطبيعة المركبة تتساوى فيها الإلتزامات من حيث الأهمية بحيث يمكن اعتبار أي منها أداء مميزا للعقد.³

¹ حمودي ناصر ، المرجع السابق ، ص. 423.

² صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص. 337.

³ صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص. 337.

الخاتمة :

كما يتميز عقد البيع الالكتروني، في الكثير من الأحيان، بكونه عقدا دوليا، يربط بين متعاقدين لا تجمعهم دولة واحدة، ولا نظاما قانونيا واحدا، و لذلك يثير بعض الصعوبات الخاصة بتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاعات التي يثيرها هذا العقد سواء فيما يتعلق بإبرامه أو تنفيذه.

من هنا فان التنظيم الداخلي أو الوطني لعقد البيع الالكتروني لا يكون كافيا، بل يجب الاتفاق دوليا على بعض القواعد القانونية التي تنظم هذا العقد، بصفة خاصة فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق و المحكمة المختصة بنظر منازعاته.

المخاطر المرئبطة بعملية القبول البنكي للكمبيالات



يحي ولد بمب ولد مخلوك باحث موريتاني بصف الدكتوراه في مجال قانون الأعمال
جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة المغرب
أستاذ متعاقد بجامعة انواكشوط : كلية العلوم القانونية والاقتصادية
عضو مؤسس في منتدى : الباحثين القانونيين والاقتصاديين الموريتانيين

أثناء ممارستها للأنشطة المختلفة فإن البنوك تتعرض للعديد من المخاطر التي تهددها، و بالتالي يتوجب عليها التعامل مع تلك المخاطر لتفادي تأثيراتها.

والمخاطر البنكية متعددة الأبعاد والزوايا، وبالتالي عضية على التحديد القانوني وعموما يمكن التمييز بين المخاطر العامة والخاصة (1)؛ فالمخاطر العامة تتعرض لها جميع الأعمال البنكية والاقتصادية بشكل عام؛ تتمثل في الحروب والكوارث ومخاطر التضخم، وتقلبات السوق وغيرها، أما المخاطر الخاصة فهي التي تصيب الزبون أو البنك في تجارته أو صنعته وتتطلب قبل اتخاذ القرار القيام بتحليل دقيق لمختلف العناصر التي يقوم عليها نشاطه، ونشاط زبونه خصوصا ما قد يعترى هذا النشاط من نقص في الكمية، أو السعر أو المصروفات المتغيرة، وصافي الربح وغيره.

كل هذه المخاطر وغيرها مع الارتفاع الكبير في حجم العمليات الائتمانية البنكية تدفع بمؤسسات الائتمان إلى طلب الضمانات البنكية قبل تقديم خدماتها للتأكد من سلامة مركز زبائها من جهة وبالتالي من جدارتهم بالائتمان (2).

لذلك فإنه ليس من سبيل يوفر للبنك إمكانية توقي أو مواجهة هذه المخاطر، سوى أن يأتي قراره بشأن طلبات فتح الاعتماد، قرارا مستجمعا لمقومات السلامة والتي تقتضي أول ما تقتضي أن يتحقق البنك من جدارة وإستحقاق العميل، إذ لا يخفى أن ثبوت ذلك كفيلا بإمداد المصرف بدفاع قوي تتداعى أمامه محاولات مسائلة البنك. ثم تقرير

¹ - محمد بوعرفة؛ المخاطر البنكية، مقال منشور بيومية الأحداث المغربية بتاريخ 2 مارس 2007.

² راجع حول هذه النقطة -

حجم المخاطر المتوقعة ودراسة العملية الممولة (مبحث أول) على أن يضع في مرحلة ثانية وعلى ضوء تلك التقديرات والدراسات، الطرق الكفيلة لمواجهة أو الحيلولة دون تلك المخاطر (مبحث ثاني).

المبحث الأول : دراسة المخاطر البنكية المرتبطة بعملية قبول الكمبيالة :

أشرنا فيما سبق إلى أن أكبر ما يثقل كاهل البنك القابل في الاعتماد بالقبول بعد منحه توقيعه أنه يصبح عرضة لمخاطر كثيرة، هذه المخاطر قد تزداد أهميتها أو تنقص تبعاً لعدة عوامل بعضها له علاقة بالمؤسسة البنكية ذاتها (مطلب أول) وبعضها الآخر مرتبط بالزبون (مطلب ثاني)

المطلب الأول : التدابير الاحترازية المتعلقة بالمؤسسة البنكية :

لاشك أن من أهم الأمور التي تسهر الجهات الرقابية على ضرورة أن تتقيد بها البنوك التجارية بشكل دائم هي القواعد الاحترازية أو قواعد الحذر، وهي مجموعة من القواعد والمعاملات المتعلقة بالتسيير والهادفة إلى تأمين الاستقرار المالي للمؤسسات البنكية¹ أو مجموعة المقاييس التي وضعها المشرع خاصة في مجال القروض الممنوحة وسيولة البنوك وملاءتها.

فانطلاقاً من أن موارد البنوك تتكون في غالبها من ودائع العموم وأن أموالها الخاصة لا تمثل إلا نسبة قليلة إذا ما قورنت بمجموع الأموال التي لم توظفها²، فإن من الطبيعي أن تسعى مختلف التشريعات البنكية إلى إعطاء السلطات الرقابية الصلاحيات الكافية لرقابة تسيير المؤسسات البنكية، بهدف جعل هذه المؤسسات تزاوّل نشاطها في ظروف تضمن الحفاظ على توازنها المالي.

كما أن الحرص على الاستقرار المالي للبنوك التجارية لم يقتصر على السلطات الرقابية المحلية لمختلف الدول، بل إن التحرر المالي وعوالة الاقتصاد وما تنتج عنها من ارتباط وثيق بين الاقتصاديات، ومنافسة شديدة بين مختلف الفاعلين في القطاع البنكي محلياً ودولياً، دفع الدول إلى توحيد القواعد المطبقة في هذا المجال والسهر على متابعة تطبيقها والعمل على جعلها أكثر فاعلية وجدوائية وهو ما اطلعت به لجنة بازل للرقابة المصرفية.

وتتجلى أهم القواعد التي تم وضعها من أجل الحفاظ على التوازن المالي للمؤسسات البنكية، في وضع حد أدنى لرأس مال المؤسسات البنكية³، وتقييد مساهمة البنوك في رأس مال المقاولات، إضافة إلى فرض معاملات أدنى تلزم البنوك بالتقيد بها، وأهمها معامل الملاءة (فقرة أولى) ومعامل السيولة وتوزيع المخاطر (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : واجب الملاءة :

يعتبر موضوع الملاءة البنكية من المواضيع المهمة لكل من السلطات الرقابية والبنوك على حد سواء لأنها تمثل أهم عنصر من عناصر متانة وضع البنوك.

1- Tairry Bonneau droit bancaire paris, 3ème éditions e.j.a. 1999, p : 140.

2- عائشة الشراوي المالقي، البنوك الإسلامية التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، الطبعة الأولى، بيروت، المركز الثقافي العربي، السنة 2000، هامش 1، ص: 124.

3- محمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1998، ص: 118.

و يمكن تعريفه بأنه المقابل لاحتمال إعسار البنك؛ بمعنى أن انخفاض هذه الاحتمالية يعني ارتفاع درجة ملاءة البنك (1)، وتكمن أهمية عنصر الملاءة في ما يتيح للبنوك من إمكانيات لممارسة أنشطتها في ظروف آمنة بوجود رأس مال قانوني فعال قادر على مواجهة المخاطر الكبيرة التي تواجه السوق المالية.

وقد أظهرت النصوص الحديثة صرامة في إقرار موجب الملاءة، ولم يكن المشرع المغربي بمنأى عن إقرار وفرض هذا العنصر (2)، فقد سايره المشرع الموريتاني هذا المنحى فأوجب على المصارف الموجودة في الجمهورية الإسلامية الموريتانية "أن تكون على شكل شركات مساهمة ذات رأس مال ثابت (3)، بل إن هذا القانون وصل إلى درجة النص على مبلغ الحد الأدنى لرأس المال (4) فالبنوك ملزمة بتكوين رأس مال لا يقل عن مليار أوقية، بالنسبة لتلك التي يكون أغلبية مساهميتها موريتانيي الجنسية؛ بينما يجب على البنوك التي يشكل الأجانب أغلبية المساهمين فيها أن لا يقل رأس مالها عن ستة مليارات أوقية (5)

ورأس المال الثابت يجب أن يكون قادرا على سداد فوائد التمويل لدورة نشاط كاملة؛ لذلك فإن رأس المال العامل يوفر التمويل الدائم للنشاط مما يجعله مصدرا تمويليا دائما (6).

ولم يكن المشرع التونسي كذلك بمنأى فقد ألزم البنوك التجارية بضرورة التقيد بمعامل الملاءة وأعطى للبنك المركزي التونسي صلاحية وضع قواعد التصرف ومقاييس الحذر (7).

خلاصة هذه الفقرة هي أن الأسس الفنية المتشابهة للملاءة البنكية تجعل مؤسسة الائتمان في إطار سياساتها الائتمانية تتنازعها عوامل مختلفة فهي مطالبة بالتوسع في أنشطتها مسيرة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية وسعيها للربح، كما أن هواجس المهنة ومخاطرها تدعوا للحيطه والتبصر مما يتطلب ملائمة قرارات البنك لمصلحة المتعاملين معه لان العلاقة البنكية متعددة الجوانب ولا تقتصر على المعطيات المتعلقة بالذات البنكية وإنما تمتد إلى الزبناء والمصلحة الاقتصادية العامة

الفقرة الثانية: السيولة وتوزيع المخاطر:

لا يكفي لاستقرار وضعية البنوك والحفاظ على توازنها المالي التقيد بمعامل الملاءة فقط رغم أهميته، بل إن هذه البنوك ملزمة كذلك بالتقيد بمعاملات أخرى أهمها معامل السيولة (أولا) ومعامل توزيع المخاطر (ثانيا)

1 - ماهر الشيخ حسن، قياس ملاءة البنوك الإسلامية في إطار المعيار الجديد لكفاية رأس المال؛ ورقة عمل مقدمة للمؤتمر العلمي الثالث للاقتصاد الإسلامي؛ جامعة أم القرى مكة المكرمة ص 2.

2- نصت المادة 29 من ق م ا م على انه "يجب على كل مؤسسة ائتمان يوجد مقرها الاجتماعي بالمغرب أن تتوفر على رأس مال مدفوعة مبالغه بكاملها أو إذا تعلق الأمر بمؤسسة عمومية تتوفر على مخصصات مدفوع مجموعها ويعادل مبلغها على الأقل رأس المال الأدنى كما هو محدد بالنسبة للصف أو الصنف الفرعي الذي تنتمي إليه في منشور يصدره والى بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان. ويجب على كل مؤسسة ائتمان يوجد مقرها الاجتماعي بالخارج ومأذون لها في فتح فرع بالمغرب أن ترصد لجميع عملياتها مخصصات مستخدمة بالفعل في المغرب يعادل مبلغها على الأقل رأس المال الأدنى المشار إليه أعلاه".

3- الفقرة الأولى من المادة 24 من القانون الموريتاني 07/20 القاضي بتنظيم مؤسسات القرض
4- برغم ما يوفره هذا النص من معطيات تغني عن انتظار نصوص تنظيمية تصدرها الاجهزة الرقابية- ومن النادر أن تصدرها إلا أن هذا المسلك غير محمود، بالنظر إلى أنه يتعين تغيير المؤشرات التي يتضمنها النص بشكل دوري، بما يتماشى مع المتطلبات العملية المتطورة، فلو اقتضى الحال مثلا، زيادة الحد الأدنى لرأس المال، فلا بد من انتظار وقت غير قصير في إجراءات معقدة لتغيير النص التشريعي-حكومة، برلمان، مرسوم، نشر- بخلاف الجهد الذي يتطلبه تعديل النص التنظيمي؛ منشور للبنك المركزي.

5- المادة 25 من القانون الموريتاني المنظم لمؤسسات القرض

6- عبد المجيد الشواربي، ومحمد عبد المجيد الشواربي؛ إدارة المخاطر الائتمانية من جهتي النظر المصرفية والقانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية 2002، ص 423.

7- راجع الفصل 23 من قانون القرض التونسي.

أولاً : السيولة :

السيولة تعني احتفاظ البنك بقدر من ودائع زبائنه في صورة نقدية أو شبه نقدية ؛ يسهل تحويلها إلى نقدية بسرعة وسهولة (1).

وهكذا فإن السيولة توفر للبنك القدرة على الوفاء بكل التزاماته في أي وقت لان الودائع عرضة لطلب السحب من المودعين في أي وقت كقاعدة عامة وهو ما دفع بعض الفقه إلى التفريق بين نوع من السيولة سماها سيولة الأصل أي النقد الجاهز في خزانة البنك، فرغم أن الأخير ينطبق عليه وصف السيولة لكنها سيولة عقيمة لأنها لا تحقق الربح (2).

ولقد نصت مختلف القوانين المغاربية على ضرورة إلزام المؤسسات البنكية بالتقيد بهذا المعامل. فعلى مستوى التشريع المغربي تم التنصيص عليه في المادة 50 من قانون 2006 الحالي .

ثانياً : سياسة توزيع المخاطر :

يقصد بتوزيع المخاطر إلزام البنوك بالاحتفاظ بنسبة معينة بين أموالها الخاصة من جهة والقروض التي تمنحها لمستفيد واحد أو لعدة مستفيد تربط بينهم علاقات اقتصادية كبيرة تجعلهم بمثابة مستفيد واحد من جهة أخرى (3).

وذلك حتى يتناسب حجم التمويلات التي تقدمها البنوك للمستفيد المعني مع إمكانياته وحتى لا تركز البنوك في إقراضها لودائع الجمهور على عملاء محدودين يؤدي إفلاسهم إلى تعريض ودائع الجمهور للخطر (4).

وقد نص المشرع الموريتاني في قانون 30 يوليوز 1995 الملغى على مقتضيات تتعلق بتوزيع المخاطر، فقد نص في المادة 15 من هذا القانون على أنه يجب على البنوك أن تلتزم بمعامل توزيع المخاطر

غير أنه في قانون 2007 الجديد لم يحدد نسبة معينة لتوزيع المخاطر البنكية واكتفى بالنص على ضرورة توزيع المؤسسات البنكية لهذه المخاطر على زبائنها وان تتناول ذلك أوامر ونصوص تنظيمية صادرة عن البنك المركزي الموريتاني وهو ما لم يحدث بعد⁵.

إن سياسة التوزيع التي تطبقها البنوك بشأن المخاطر المحتمل ترتبها عن الاعتمادات البنكية يتم تنفيذها عموماً من عدة أوجه :

* يجب أن يشمل تقسيم المخاطر أكبر عدد من العملاء: بحيث يتعين على البنك القابل أن لا يركز في شخص أو اثنين من زبائنه أكبر قدر من تلك المخاطر، بل ينبغي أن يكتفي فقط بنسبة مئوية ضعيفة من مجموع المخاطر المحتمل حدوثها، وذلك بالنسبة لكل عميل على حدة.

1- خالد أمين عبد الله، التدقيق والرقابة في البنك، دار وسائل النشر، عمان- الأردن، ص 115.

2- زياد رمضان، إدارة الأعمال المصرفية، دار صفاء للنشر والتوزيع عمان- الأردن الطبعة السادسة 1997 ص 153.

3- راجع عائشة الشرفاوي المالقي، مرجع سابق، ص: 105.

4- Frédérique Copin, Sandrine Lardic, l'activité d'évaluation et de contrôle des banques : Estimation d'une fonction d'incidents sur prêts, Avril 2002.

http://www.univ-orleans.fr/deg/GDRcomofi/Activ/doclon/copin.pdf.

5- راجع المادة 27 من قانون مؤسسات القرض الموريتاني.

*على البنك مراعاة المخاطر المرتبطة بالبضاعة موضوع الصفقة الممولة: من المعروف أن الجوهر الأساسي للاعتمادات البنكية بالضمان، يتجلى في تمويل عمليات على البضائع، وأن هذه البضائع هي التي يتم عن طريقها - في النهاية - تسوية الاعتماد، فعلى أساس هذه التسوية الذاتية يتوقف حسن نهاية عملية الاعتماد بالقبول، بصرف النظر عما إذا كان قد تم تخصيص البضائع موضوع الصفقة لضمان الاعتماد أم لا، ففي جميع هذه الأحوال يكون حاصل بيع البضاعة موجهها إلى تسوية الاعتماد الذي يموله، الأمر الذي يجعل من الضروري أن يكون هذا الحاصل كافياً.

فعلى البنك القابل إذن أن يتقي كل ذلك بواسطة إجراء توزيع حكيم لإعتماداته .

المطلب الثاني : المخاطر المرتبطة بالزبون :

إن أول عقبة تواجه البنك القابل عند منحه اعتماداً بالقبول أو الضمان، تكمن في نقص المعرفة بالقيمة التجارية لأولئك الذين يطلبون هذا الاعتماد (فقرة ثانية) ولا تعدو الملاءة المالية لطالب الاعتماد أن تكون وسيلة تكفل مساندة الجدارة المعنوية للعميل (فقرة أولى).

الفقرة الأولى : الجدارة المعنوية للعميل :

إن البنك شأنه شأن أي مقرض، يولي اهتماماً كبيراً للسمعة العامة لطالب فتح الاعتماد، أو ما يمكن التعبير عنه " بالجدارة المعنوية" التي تركز على ما يتسم به العميل من صراحة في التعامل، وإحساس بمعنى المسؤولية وبعض أنواع السلوك التي تنال من نزاهته في التعامل، وعزوف عن نكب أي الوسائل لتحقيق الكسب بغض النظر عن مشروعيتها، وتبدو أهمية هذه الجوانب في أوقات الأزمات التي تواجه العميل¹، ذلك أن البنك القابل في الاعتماد يعتمد أساساً على حسن نية ويسار كل من المستفيد من الاعتماد، والمشتري. حيث تتوفر مبررات الدفاع عن البقاء والتي قد تسوغ تجاهل الأصول المرعية في ممارسة أنواع الأنشطة الاقتصادية، فالبنك ليس مغامراً أو مضارباً عندما يفتح الاعتمادات، يسعى للربح دون النظر لشرعية الغاية التي يشارك بأمواله في تحقيقه فهو يسأل إذا شارك في ستر هذه الأنشطة سواء على الصعيد الجنائي أو المدني.

ويترجم البعض ذلك بأن فتح الاعتماد يدخل عنصراً أساسياً في تكوينه، انتقاء المضاربة، فالبنك يتقاضى مقابل ما يقدمه في شكل فائدة أو عمولة تتناسب مع ما يقدمه وفقاً للأعراف والعادات البنكية وفي حدود ما تسمح به القواعد والتعليمات التي تصدرها البنوك المركزية لا سيما فيما يتعلق بسعر الفائدة.

كل ذلك يهدف للابتعاد عن كل ما من شأنه أن يهز ثقة العملاء فيه، ولا شك أن ارتباط البنك بعلاقات عقدية مع عملاء ذوي سمعة سيئة، ينال من مكانة البنك في سوق المال وسوق الائتمان، ويجعله على المدى الطويل في مركز أضعف في ميدان تحترم فيه المنافسة وهو ميدان تلقي الودائع.

انطلاقاً مما سلف ينطلق واجب الجدارة من افتراض علم البنك، بوضع الزبون؛ كما ذهب إلى ذلك الاجتهاد القضائي الفرنسي (1) ويتضاعف هذا الالتزام متى كان ثمة أمارات على خطورة خاصة، تلفت النظر (2).

وقد تطرق التشريع والفقه إلى طبيعة المعلومات التي يجب الاستعلام عنها مع الإشارة إلى أن الهدف من الاستعلام قد يكون ذاتياً وقد يكون لمصلحة الغير (3) وتطبيقاً للمادة 488 م ت والمادة 80 من ق م ا م (4) فإن والى بنك المغرب حدد في المنشور المتعلق بواجب اليقظة المفروض على مؤسسات الائتمان والبيانات والمعلومات التي يتعين على مؤسسة الائتمان الاستعلام عنها والتي تتمثل في " تجميع عناصر المعلومات التي تمكن من تحديد هوية كل شخص :

- يرغب في فتح حساب أيا كان نوعه أو استئجار خزانة حديدية.

- يلجأ إلى خدماتها لتنفيذ أي عملية أخرى، وإن كانت ذات طابع عرضي، مثل تحويل الأموال" (5).

كما تضمنت النصوص التطبيقية بشكل محدد طبيعة المعلومات وحصرتها في المواد 4 و 5 و 6 ثم أكدت المادة 10 من هذا المنشور ضرورة الاستعلام عن نفس المعلومات في الحالة التي تتم فيها المعاملات عن بعد أو بشكل الكتروني.

من خلال تتبع النصوص الآنفه الذكر فإن البنك مطالب بجمع المعلومات المتعلقة بالزبون والتحقق من صدقيتها ومن ثم التأكد من سلامة محتواها وهو ما جنح إليه القضاء المصري حيث جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية انه " يتعين على البنك فاتح الاعتماد أن يستعلم ويفحص كافة الوثائق التي يقدمها الزبون للتأكد من مطابقتها الظاهرة لشروط وتفصيل الاعتماد مطابقة كاملة" (6).

أما طبيعة المعلومات التي يجب الاستعلام عنها فمنها ما يتعلق بشخص الزبون ومنها ما يتصل بنشاطه ومركزه المالي وهو ما سيتم الحديث عنه في الفقرة الثانية لاحقاً.

فبالنسبة للجانب الأول فإن المعلومات التي يتعين الاستعلام منها عادة ما تكون :

- الاسم الشخصي والعائلي للزبون.

- رقم البطاقة الوطنية: إن كان مواطناً شهادة تعريف وبطاقة تسجيله أن كان أجنبياً مقيماً، بالإضافة إلى عنوانه الكامل ومهنته ورقم قيده في السجل التجاري.

1 قرار غير منشور اطلعت عليه عبر موقعها الالكتروني. - cour cassation commercial 19/07/2000

www.lexinter.net على الرابط

2- على جمال الدين عوض، الاعتمادات المصرفية وضماناتها، دار النهضة العربية 1993 ، ص712.

3- في الحالة الأولى يكون غرض المستعلم متصلاً بمهنته ونشاطه بما يمكنه من الاحترار ويوفر الأمان القانوني على النحو الذي تفرضه متطلبات القطاع البنكي؛ أما الحالة الثانية فإن الاستعلام يكون بهدف الإعلام، راجع في هذا السياق بوعبيد عباسي ، الالتزام بالإعلام في العقود، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، مايو 2008، ص 225.

4. تنص هذه المادة على انه على المؤسسة البنكية قبل فتح أي حساب التحقق فيما يخص الأشخاص الطبيعيين، من. 41/G/2007

5- المادة الثالثة من دورية والى بنك المغرب المتعلقة بواجب اليقظة

6- نقض مصري بتاريخ 1990 /07/9 أورده احمد بركات مصطفى

وقد أبدى بعض الفقه تحفظه على استعمال البنوك عن بعض المعلومات ذات الطابع الشخصي مشبها صرامة تلك المعلومات بما تطلبه الإدارة العامة للأمن الوطني للحصول على بطاقة التعريف على غرار الحالة العائلية ووجيبة الكراء(1).

الفقرة الثانية: واجب حسن تقدير وضع الزبون:

يرتبط هذا الفرض كثيرا ويتداخل مع سابقه لان الأثر الطبيعي للاستعلام عن وضع الزبون وجدارته هو التقدير الملائم لوضعه قبل اتخاذ قرار بشأن طلبات المتعامل معه سواء كانت طلبات اعتماد أو ائتمان أو فتح حساب.

فمما لاشك فيه أن الائتمان البنكي يقوم على الاعتبار الشخصي الأمر الذي يقتضي تعرف البنك على طالب الائتمان من حيث جدارته واستحقاقه لثقلته ومن حيث وضعه الاقتصادي والمالي عن طريق القيام بكل التحريات اللازمة(2).

أكثر من ذلك اتجه القضاء إلى إلزام البنك بمراقبة استخدام الاعتماد؛ حتى دون وجود اتفاق في عقد فتح الاعتماد، بأن يتناسب حجم الاعتماد مع حجم المشروع وإمكانياته(3).

وقد قد كان القضاء سباقا في فرض واجب حسن التقدير على كاهل البنك إلى درجة إقرار المسؤولية عن الضرر الذي لحق بفعل عدم، أو سوء تقدير الوضعية المالية للمؤسسة أو الشخص الذي منحه الاعتماد(4).

ومن أهم المؤشرات التي تتيح للبنك حسن تقدير وضعية الزبون الفرد أو المنشأة دراسة بيئتها الاقتصادية من جهة، أي مدى تأثر المنشأة طوال فترة التعامل "المحتمل" بالدورة الاقتصادية العامة للنشاط الاقتصادي ككل وبالدورة الاقتصادية الخاصة للنشاط الخاص الذي يمارس الزبون وارتباطهما، ومن جهة أخرى ينبغي على البنك دراسة تأثيرات البيئة السياسية والاجتماعية والقانونية التي تعمل فيها المنشأة، ومدى القدرة على التكيف مع المتغيرات التي تحدث في السوق(5).

المبحث الثاني: طرق البنك في مواجهة المخاطر المرتبطة بالاعتماد بالقبول:

يتطلب النجاح في إدارة مخاطر الائتمان تضافر مجموعة من العوامل المختلفة والمتداخلة في ذات الوقت، من اجل الوصول إلى إدارة ناجحة فعالة تستجيب لمتطلبات المودعين والمتعاملين مع البنك القابل أو مؤسسة الائتمان ويقوم نظام تدبير الائتمان أو على الأصح المخاطر الناجمة عن الائتمان وذلك بوضع شخص أو فريق أو مسطرة للتحكيم في المخاطر، وإذا كان هذا هو المدلول الفعلي للمراقبة الحالية فإن هنالك عدة مفاهيم متداخلة ومتفاعلة لتحقيق

1- محمد الشافعي؛ بطاقة الأداء والائتمان بالمغرب، سلسلة البحوث القانونية (5) المطبعة والوراقة الوطنية مراكش 2002 ص 44.

2- عمر السكتاني، وضعية البنك مانح الائتمان لمقولة موضوع تصفية قضائية م ص 4 .

3- أشار إليه محمد صبري، الأخطاء البنكية، أساس مسؤولية البنكي عن عدم ملائمة الائتمان مع مصلحة الزبون، د ت ط ن ص 248.

4- نقض فرنسي عن الغرفة التجارية 1980/07/20 نقلا عن مريم اضريين وهشام لعماري؛ مسؤولية البنك عن عملية الائتمان، مقال منشور بمجلة الإشعاع العدد المزدوج 31/30 ابريل 2006 ص 71 وما بعدها.

5- محسن أحمد الخضير، الائتمان المصرفي؛ الناشر مكتبة "الانجلو المصرية" القاهرة مصر (بدون ذكر تاريخ النشر)، ص 169

هدف التحكم في المخاطر من خلال دور وسائل الرقابة في مواجهة المخاطر المحتملة (مطلب أول) بالإضافة إلى نوع ومقدار الضمانات التي يتطلبها (مطلب ثاني).

المطلب الأول : دور اجراءات الرقابة في مواجهة المخاطر :

تعتبر الرقابة من أهم وسائل مواجهة المخاطر المستقبلية، وتنقسم من حيث الملزم بها إلى رقابة تمارسها سلطة الوصاية على الجهاز البنكي بالإضافة إلى ما هو منوط بالبنك ذاته من عمليات الفحص والتدقيق والإفصاح، وهو ما يسمى بالمراقبة الداخلية، وتكمن أهمية المراقبة فيما تتيحه من معلومات حول الوضع المالي والاقتصادي والاجتماعي للبنك وزبنائه، بما يمكن من الاطمئنان على وضعه القانوني أو يتيح فرصة إصلاح مكامن النقص فيه.

ولذلك يتعين التركيز هنا على تحديد طبيعة الرقابة وأنواعها (فقرة أولى) قبل إبراز وتحليل إجراءاتها وآثارها (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : طبيعة الرقابة وأنواعها :

تعددت التعريفات المقدمة للرقابة البنكية، ومن أهمها أنها " تتمثل في التحقق مما إذا كان كل شيء في البنك يتم وفقا للخطة المستهدفة، وللتعليمات الصادرة والمبادئ التي تم إعدادها(1).

بينما ذهب البعض إلى تعريفها من خلال إبراز أهدافها المتمثلة في التأكد من تطبيق البنك لكافة الإجراءات اللازمة، من إعداد الدراسات والتحليل المالية، واخذ الضمانات الكافية وفقا للقواعد المصرفية المتعارف عليها وذلك لدرء المخاطر الناتجة عن العمليات البنكية(2).

غير أن تحديد طبيعة الرقابة البنكية، كأداة لتنفيذ الحذر يتطلب تكييف هذه الرقابة؛ ذلك أن أهمية هذا الإجراء تكمن في تحديد مسؤولية البنك عن الضرر الذي يلحق من جراء إهماله لممارسة الرقابة، مما يثير إشكالية الرقابة كوسيلة لمواجهة المخاطر وهل هي خيار أم التزام؟.

إن الإجابة على هذه الإشكالية يمكن أن تنطلق من عدة زوايا، فإذا كان النشاط البنكي - كما سبقت الإشارة - يقوم على الاعتبار الشخصي، وبناء على القواعد العامة فإن تكييف عملية الرقابة هذه تكون اقرب للخيار منها للالتزام، غير أنه ومع تشعب الأنشطة البنكية، وتداخل المصالح فإن الرقابة البنكية لا يمكن الا أن تكون التزاما قانونيا؛ مادامنا سلمنا بوجود التقيد بقواعد احترازية في مواجهة المخاطر؛ بالنظر إلى أن الأخيرة تتطلب هذه الرقابة، بل بدونها يستحيل تجنبها مما يجعل الرقابة من مستلزمات هذا الواجب التي لا يتم بدونها، عملا بقاعدة الأصل، مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب، ولعل في الفصل 231 من ق ل ع المغربي ما يعضد هذا الاستنتاج.

وبالاستناد إلى ما سبق يمكن ارجاع الرقابة البنكية، كوسيلة لدرء المخاطر البنكية إلى نوعين، رقابة داخلية وأخرى خارجية، مما يقتضي التعريف بكل منهما وبيان دوره كإجراء وقائي لمواجهة المخاطر البنكية.

1 - عبد المجيد الشواربي، ومحمد عبد المجيد الشواربي، إدارة المخاطر الائتمانية من وجهتي النظر المصرفية والقانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية 2002، ص184.

2 - خالد أمين عبد الله التدقيق والرقابة في البنك، دار وسائل النشر، عمان، الأردن (بدون سنة نشر) ص 385

أولاً: الرقابة الداخلية :

تسمى أيضا بالرقابة الذاتية، وقد عرفتها لجنة التدقيق المنبثقة عن المعهد الأمريكي للمحاسبين القانونيين بكونها "الخطة التنظيمية ووسائل التنسيق والمقاييس المتبعة في المشروع بهدف حماية أصوله ومراجعة البيانات الحاسبية، والتأكد من دقتها ومدى الاعتماد عليها وزيادة الكفاية الإنتاجية وتشجيع العاملين على التمسك بالسياسات الإدارية الموضوعية(1).

والرقابة الداخلية تتم على مستوى مؤسسة الائتمان ذاتها، سواء أوكلت إلى بعض مستخدميها أو تم إسنادها لمؤسسة تتخذ من التدقيق والرقابة مهنة لها.

وهكذا يمكن القول بان الرقابة الداخلية تعتبر أداة فعالة وإجراء وقائيا ضد المخاطر البنكية فهي لا تتطلب بالضرورة حدوث خطأ أو خلل، وإنما تهدف كذالك إلى تفادي الإخلال بأي من مفردات واجب اليقظة والقواعد الاحترازية المنصوص عليها في ق.م.ا.م، ولهذا الغرض أوجبت المادة 38 من ق م ا م على هذه المؤسسات، أن تعهد إلى مراقبين ومدققين خارجيين بالقيام سنويا بمراجعة ومراقبة محاسبتها قصد التأكد من صدقية ممتلكاتها ووضعيتها المالية وكذا نتائجها، وتنفيذا لهذه المادة اصدر والى بنك المغرب منشورا خاصا بهذه الرقابة² يمكن تلخيص أهم مقتضياته المتعلقة بالرقابة الداخلية في أنها تهدف إلى :

- التحقق من العمليات والمساطر الداخلية.

- قياس المخاطر والتحكم فيها.

- ضمان ظروف موثوق بها لتجميع العمليات الحاسبية ونشرها وحفظها.

- ضمان فعالية قنوات النشر الداخلي للوثائق والمعلومات ونشرها لدى الغير(3).

بالقاء نظرة على هذه الأهداف نجد أنها تتلاءم مع خصائص النظام الفعال للرقابة المصرفية ومبادئ لجنة بازل الدولية للرقابة المصرفية (4)، ومما يجب استحضاره في هذا السياق أن الإلزام بالتوفر على نظام ملائم للمراقبة الداخلية لا يقتصر على مؤسسات الائتمان، وإنما يمتد ليشمل البنوك الحرة الخاضعة للقانون 90-58 المتعلق بالمناطق المالية الحرة(5) مما يؤكد صلة المراقبة الداخلية بكل من واجب اليقظة والقواعد الاحترازية المنصوص عليهما في ق م ا م ، ويسري نظام المراقبة الداخلية كذلك على صندوق الإيداع والتدبير، وصندوق الضمان المركزي(6).

وعلى نفس النهج سار المشرع الموريتاني بنصه في المادة 36 من قانون مؤسسات القرض على انه " يجب على كل مصرف أو مؤسسة مالية أن تضم بداخلها لجنة إدارة أو لجنة للقرض ولجنة دائمة للتدقيق الداخلي وبنية مكلفة بالرقابة الداخلية".

1- - أورده خالد أمين عبد الله م س ص 163.

2- صدر هذا المنشور تحت عنوان: المراقبة الداخلية لمؤسسات الائتمان وسبقت الإشارة إليه.

3- المادة الثانية من منشور والى بنك المغرب المتعلق بواجب المراقبة الداخلية لمؤسسة الائتمان م س.

4- سميير الشاهد، المبادئ الأساسية للرقابة المصرفية الفعالة(مبادئ بازل الأساسية) ، إصدارات اتحاد المصارف العربية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2003 ، ص 20

5- القانون المتعلق بالمناطق المالية الحرة رقم 90-58 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف 1.91.131 صادر بتاريخ.

42- ج ر ، ع 4142 بتاريخ 1992/03/18 الصفحة 379 وما بعدها 211992 شعبان 1411 هـ الموافق 26 فبراير

المادة 13 من ق م ا م -

من خلال ما سلف يمكن القول بان الرقابة الداخلية هي إجراء وقائي يهدف إلى حماية المؤسسة البنكية من الوقوع في فخ الأزمات البنكية، بيد أن هذه الرقابة يجب أن تعضد برقابة أخرى تسند إلى أجهزة عمومية متخصصة، إذ لا يكفي أن يعهد إلى المكلف بتولي مراقبة نفسه، وإنما يتعين منحه الثقة لذلك، دون إغفال دور سلطة الإشراف والتنظيم تفادياً للخطأ والعمد، الذي قد يشوب سير المراقبة الداخلية و يمكن أن تتجاوز تأثيراته البنك و زبائنه إلى المساس بالنظام العام البنكي.

ثانيا : المراقبة الخارجية :

وهي تلك المراقبة التي تسهر على تنفيذها أجهزة تابعة لسلطة الدولة، وقد عرف الفقه المراقبة الخارجية بأنها "وظيفة يقوم بها أشخاص أو مؤسسات مهنية مستقلة هدفها مراجعة البيانات الختامية، وإبداء الرأي المهني عن عدالة تلك البيانات(1) التي تقصد بها النتائج المحاسبية والرقابية الناتجة عن المراقبة الداخلية كما نصت عليها المواد 35 و36 و37 ق م ا م.

والمراقبة الخارجية تقتضيها ضرورة تتبع السلطات للأوضاع المالية لمؤسسات الائتمان والتأكد من مدى مزاولتها للمهنة البنكية وفقا للقواعد القانونية التي وضعها المشرع من أجل رعاية حقوق الزبناء وحماية الاقتصاد الوطني، وضمان استقرار السيولة النقدية التي تساهم البنوك في خلقها عن طريق منحها للقروض(2).

وتهدف الرقابة الخارجية إلى التأكد من صدقية التحقيق الداخلي الذي يتم على مستوى البنك، كما أن نتائج المراقبة الخارجية تضيي الشرعية على مضمون التقارير التي تفرزها عمليات المراقبة الداخلية، هذه الأهمية جسدها المشرع المغربي في المادة 37 من ق م ا م وقد قسمت هذه المراقبة الخارجية بحسب غايتها إلى نوعين هما: رقابة وقائية وأخرى علاجية.

فالرقابة الوقائية أو التلقائية: ورد النص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة 37 ويقوم بها مدققون خارجيون معتمدون من بنك المغرب، يشترط فيهم التمتع بالمهنية والحياد؛ تتمثل مهامهم في التأكد، بناء على طلب بنك المغرب، من أن تنظيم المؤسسة البنكية يوفر الضمانات المطلوبة عادة للمحافظة على الممتلكات وتجنيب كل غش أو خطأ(3).

أما المراقبة الخارجية العلاجية، فهي التي تتوخى تدارك أي خلل قد يحدث من جراء سوء التقدير أو عدم الحيطة والحذر، فهدفها كشف الخلل عند وقوعه للحد من آثاره، وهو ما نص عليه المشرع المغربي في الفقرة الثانية من المادة 37 ق م ا م التي نصت على انه " يتحقق بنك المغرب من أن عمليات النشر المذكورة قد أُنجزت بصورة قانونية، وله أن يأمر المؤسسات المعنية بنشر استدراكات إذا لوحظت في الوثائق المنشورة بعض البيانات غير الصحيحة أو بعض الإهمال".

كما تهدف المراقبة الخارجية، كذلك إلى التأكد من أهلية الأشخاص الذين يتولون مهام الإدارة والتسيير والتدبير؛ ذلك أنها تتيح لسلطة الرقابة الاعتراض على تعيين هؤلاء بمقرر معلل(4).

1- - خالد أمين عبد الله، م س ص 165

2 - محمد لفروحي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والفانون البنكي، م س ص 404.

3 - الفقرة الأخيرة من المادة 38

4 - المادة 65 من ق م ا م

وهكذا فإن دور المدققين الخارجيين، سواء أثناء الرقابة الخارجية الوقائية أو العلاجية، تتمثل في إبداء الرأي الفني المحايد حول مدى عدالة نتائج التدقيق الداخلي في التعبير عن المركز المالي الحقيقي للمؤسسة في نهاية فترة محددة، ولذلك يتعين عند المراجعة الرقابية مراعاة الشفافية والمسؤولية بين المؤسسة و المراجعين من جهة، وكذا المرونة في عملية الاتصال والتعاون بين الطرفين (1).

وقد اسند القانون الموريتاني المنظم لمؤسسات القرض إلى البنك المركزي الموريتاني القيام بمهام الرقابة الخارجية لمؤسسات الائتمان وأتاح لها مجموعة من الآليات (2)؛ منها إلزام البنوك بوضع الوثائق والمعلومات التي يراها المدققون مفيدة لأداء واجباتهم، دون إتاحة الفرصة لمؤسسة الائتمان أن تحتج على المراقبين والمدققين بالسر المهني البنكي؛ غير أننا نشك كثيرا في أن المؤسسات البنكية تتيح فعلا للمراقبين الخارجيين الاطلاع على البيانات والمعلومات المتعلقة بأنشطتها، كما نشك حتى في أن تلك البنوك تقوم بإعداد و تحيين المعلومات والبيانات الإلزامية الدورية المنصوص عليها في المادة 45 ق مؤسسات الصرف، أما في المغرب (3)، فإن بنك المغرب، هو السلطة لمخول لها القيام بعمليات التدقيق والرقابة على تنفيذ البنوك لواجباتها القانونية والمهنية سواء تلك التي تفرضها النصوص المحلية أو متطلبات إقرار معايير بال الدولية التي اقراها بنك المغرب (4)، وهذا ما نصت عليه المادتان 7(5)، و9 من القانون المتعلق بالنظام الأساسي لبنك المغرب (6)، حيث نصت الأخيرة على انه "يتحقق البنك من حسن سير النظام البنكي ويسهر على تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بنشاط ومراقبة مؤسسات الائتمان والهيئات المعنية في حكمها".

انطلاقا من ذلك فان من الأهمية التعمق في بحث وسائل الرقابة ببيان أنواعها وإجراءاتها مع بيان أثارها القانونية.

الفقرة الثانية: أساليب الرقابة وإجراءاتها أثناء قيام المدققين بالمهام المنوطة بهم سواء في إطار الرقابة الداخلية أو الخارجية فإنهم يتبعون عدة أساليب وآليات تختلف من نظام إلى آخر، فعلى سبيل المثال في الرقابة الخارجية، التي تقوم بها سلطات الرقابة - ممثلة في بنك المغرب كما نص على ذلك القانون المنظم له، ويقابله في ذلك البنك المركزي الموريتاني - تنقسم إلى أساليب كمية وأخرى نوعية، تتكاتف لتحقيق أهداف الرقابة التي توخاها المشرع من الإلزام بالرقابة والإفصاح وهو الأمر الذي يتطلب التطرق للشقين كل على حدة.

أولا : اساليب الرقابة :

قسم الفقه القانوني أساليب الرقابة البنكية إلى أساليب نوعية وأخرى كمية؛ فالأخيرة" تهدف إلى التأثير على الحجم الكلي للائتمان الذي تمنحه المصارف التجارية، والذي يتوقف عادة على حجم الاحتياطي النقدي المتوفر لدى

1 -- فيصل محمود العتباتي، مسؤولية البنوك تجاه المخاطر المالية؛ دور الإشراف الرقابي في تقليص المخاطر المالية وفق بازل 2 رسالة لنيل الدكتوراه، جامعة لندن سنة 2000.

2- نصت المادة 26 من قانون مؤسسات القرض على هذه الصلاحيات ومنها إصدار النصوص التنظيمية.

3- السلطات على غرار النص برغم وجود تقارير بنك المغرب إلا أن نشرها يتم باللغة الفرنسية مع التوجيهات الصادرة عن www.bkam.ma التطبيقي لبازل2 وكلها منشورة باللغة الفرنسية على الموقع الإلكتروني لبنك المغرب

4 - صدرت عدة دوريات عن والى بنك المغرب تمت الإشارة لها في مناسبات مختلفة من البحث وفي هذا السياق نشير على الخصوص لما نشره بنك المغرب من وجوب تطبيق معايير بال ويمكن الاطلاع عليه عبر الرابط الإلكتروني لبنك المغرب.

5- جاء في المادة 7 من القانون الأساسي لبنك المغرب ما يلي: "يسهر البنك على حسن سير السوق النقدية ويتولى مراقبتها.

6- الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.05.38 بتاريخ 20 شوال 1426 هـ الموافق 23 يونيو 2005.

الجهاز المصرفي، ثم نسبة الاحتياطي النقدي للودائع كما يقررها البنك المركزي أو الاحتياطي الطوعي للمصرف" (1).

أما الرقابة النوعية: فهي تلك الأساليب المتبعة لضمان سلامة الإجراءات المتعلقة بالودائع من الناحية العملية، وتلك الأساليب التي تساهم في زيادة كفاءة الأساليب الكمية المتعلقة بالرقابة على الودائع (2).

وهكذا فإن الرقابة النوعية توجه إلى النواحي التي يرغب فيها البنك دون غيرها فهي تنصب على نوعية الاستثمارات دون كميتها، كما يمكن استخدامها إلى جانب الرقابة الكمية، ويعد من قبيل الرقابة النوعية منع البنوك من استثمار أموالها في نواحي معينة، غير مرغوب فيها، وإصدار تشريعات تمنع مؤسسات من مزاولة بعض النشاطات أو حدها بقيود قصوى ودنيا، بالإضافة إلى اشتراط الحصول على تصديق البنك المركزي على القروض إذا تجاوزت حداً معيناً (3).

ثانياً: إجراءات الرقابة :

تختلف إجراءات الرقابة من دولة إلى أخرى ومن تصنيف إلى آخر، فالرقابة الداخلية؛ كما سبقت الإشارة تناط بأجهزة تابعة للبنك وترفع إليه تقاريرها الدورية عملاً بالمادة 10 من دورية والى بنك المغرب لسنة 2007 المتعلقة بالرقابة الداخلية لمؤسسات الائتمان التي نصت على وجوب وجود لجنة افتحاص تتبع بشكل مباشر لجهاز التسيير وتحت مسائلته وتجتمع على الأقل مرتين كل سنة.

بالإضافة إلى قيام المؤسسة البنكية ذاتها بالرقابة الداخلية بنفسها أو عبر مؤسسات مهنية تتخذ من التدقيق حرفة لها، فإن هيئات الرقابة وسلطاتها تقوم بمهام الفحص والتدقيق في بيانات مؤسسات الائتمان، ويمكن أن نميز بين ثلاث مراحل من المراقبة هي: الفحص والتحقيق والتقرير.

الفحص: هو التأكد من صحة وسلامة قياس العمليات التي يتم تسجيلها وتحليلها وتبويبها (4).

التحقيق: يهدف إلى الحكم على صلاحية النتائج التي يبرزها الفحص

التقرير: ويهدف إلى بلورة نتائج الفحص والتحقيق فيها وإثباتها في تقرير يقدم إلى من يهمله الأمر، وهو ختام عملية التدقيق والرقابة (5).

ويتم إتباع كل خطوة خلال الرقابة الداخلية والخارجية؛ إذ لا يجب أن يغني قيام المؤسسة البنكية بهذه الخطوات سلطات الرقابة المركزية عن القيام بكل مرحلة على حدة.

1 - زياد سليم رمضان، ومحفوظ أحمد جودة، الاتجاهات المعاصرة في إدارة البنوك؛ دار وائل للنشر والتوزيع، ط 2؛ 2003 عمان، الأردن، ص 184.

2 - محمود حسين الوادي، الآثار الرقابية والاقتصادية لرقابة البنك المركزي على الودائع والائتمان في البنوك الإسلامية؛ مقال <http://ac.lj/rsail/9.doc> منشور بموقع جامعة الزرقاء الأردنية على الرابط/

3. جميل سالم الزيداني، أساسيات في الجهاز المالي، دار وائل للنشر، ط الأولى 1999 ص 168

4- خالد أمين عبد الله، م س ص 8.

5- نفس المرجع. ونفس الصفحة

أما إجراءات الرقابة فتتمثل في قيام المدققين بالاطلاع على وضعية المؤسسة البنكية الاقتصادية والاجتماعية والقانونية والفنية بشكل منتظم ودوري دون إمكانية الاحتجاج عليهم بالسرية المهنية مع إلزام هؤلاء بعدم استغلال المعلومات المتحصل عليها بما يتنافى مع المهام الموكلة إليهم تحت طائلة الجزاء.

المطلب الثاني : سياسة البنك في تحديد نوع ومقدار الضمان :

البنك قبل أن يتعهد بصفة نهائية يقوم بدراسة شاملة للمخاطر المحتملة ترتبها عن عملية الاعتماد، فيدرس بدقة وضعية العميل المالية، الحالية والمستقبلية، والظروف المحيطة بالعملية موضوع الاعتماد ومدى إمكانيات نجاحها، ليحدد بذلك حجم تلك المخاطر، وعلى ضوء ذلك التقدير يقوم البنك مانح الاعتماد بتحديد نوع السياسة التي سينتجها لمواجهة تلك المخاطر من خلال تحديد نوع ومقدار الضمانات التي يتطلبها (فقرة أولى) ثم الحصول على العمولة المستحقة عن عملية منح (فقرة ثانية)

الفقرة الأولى : الضمانات القانونية المطلوبة لمواجهة المخاطر :

من المعلوم أن هناك عمليات مصرفية تستدعي من البنك التركيز على شخص المستفيد فقط، في حين توجد عمليات أخرى تتطلب منه اهتماما أكثر، ونظرا لذلك فإن على المصالح المختصة بالبنك أن تضع في اعتبارها ظروف كل عملية على حدة واختلاف طبيعتها، فتقرر لها نوع الضمان الذي يلائمها.

والضمان هو اشتراط البنك عند تقديم بعض، أو كل خدماته، ضمانات من شأن قيمتها طمأنة البنك على الوضع المالي للزبون؛ ذلك أن هذه الضمانات، سواء كانت عينية أو شخصية، يجب أن تكفل، بل تفوق قيمتها قيمة المعاملة، مما يجعل البنك على ثقة من قدرة زبونه على الوفاء إضافة لما تتيحه تلك الضمانات من إمكانيات للتنفيذ لمباشر عند اعسار المدين أو تعرضه للصعوبات المالية.

ولاشك أن طلب البنك ضمانات قبل الإقدام أو الإحجام على التعامل كإجراء احتياطي يملية الحذر، يجد أكثر من سند فقهي واقعي واتفاقي⁽¹⁾؛ غير أن بعض الفقه انتقد تشدد البنوك في طلب الضمانات وما يكتنفها من فحص وتدقيق من شأنه التقليل من ربحية البنك⁽²⁾.

ويبقى كل من التساهل والتشدد في طلب الضمانات، وفحصها وتدقيقها وما ينتج من آثار سلبية بالإضافة إلى النواحي الإيجابية التي تبررهما، ناقص التصور إذ يجب اخذ المعطين بعين الاعتبار فالخطر الذي تمارس فيه البنوك أنشطتها يبرر تفهم القانون لمخاوفها، كما أن الإفراط في طلب الضمانات والتقدير المححف لها مع الفوائد المرتفعة للقروض يؤدي إلى نتائج عكسية على البنوك ذاتها، كما على الاقتصاد الوطني.

الفقرة الثانية : العمولة المستحقة عن فتح الاعتماد كإجراء وقائي :

يتقاضى البنك في الاعتماد بالقبول نوعان من العمولة - وذلك كإجراء قانوني لمواجهة المخاطر التي تنجم عن منح الضمان -، عمولة عن فتح الاعتماد بالقبول (أولا) وعمولة عن منح القبول (ثانيا)

1- محمد بوعرفة، مخاطر المهنة البنكية، مقال منشور بيومية الأحداث المغربية بتاريخ 2 مارس 2007 ص15
2- زياد رمضان، ومحفوظ أحمد جودة، الاتجاهات المعاصرة في إدارة البنوك، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2003، ص 154

اولا : عمولة فتح الاعتماد la commission d'ouverture de crédit :

إن فتح البنك اعتماداً بالقبول لفائدة عميله يلقي على عاتقه التزامات معينة تجاه هذا الأخير وتجاه الغير، ويرتب في نفس الوقت مخاطر جمة مرجعها طابعها الاحتمالي الصرف.

لذلك اشترطت البنوك تقديم عمولة عن فتح الاعتماد لأسباب راجعة إلى طبيعة هذه الاعتماد وما يتميز به من طابع خاص ومميز.

وعمولة فتح الاعتماد ليست شائعة الاستعمال كعمولة القبول (1).

لذلك يكون الهدف من طلب عمولة فتح الاعتماد تعويض البنك عن الخطر المحتمل تعرضه له بسبب ما سيوجد لديه من اعتمادات مفتوحة جارية لن يتم استعمالها.

ثانيا : عمولة القبول la commission d'acceptation :

البنك بقبوله للكمبيالات المسحوبة عليه، يسدي لعميله خدمة تتمثل في كونه يمنحه توقيعه، مع ما يترتب على ذلك من ترك هذا التوقيع متداولاً في السوق من جهة ومن جهة أخرى في كونه يصبح موطناً للوفاء بالكمبيالة. تلك الصفة التي تجعل البنك يضع خدماته رهن إشارة عميله حتى يتم تحقيق ذلك الوفاء بالمقابل يستحق البنك عمولة عند كل قبول يصدر عنه فعليا.

ويعتبر جزءاً من عمولة القبول بمثابة أجر عن تلك الخدمة المسدات من طرف البنك، فيما يخص الجزء الثاني لتغطية المخاطر التي تلحق بالبنك من جراء تخلف العميل عند تقديم مقابل الوفاء عند ميعاد الاستحقاق (2).

ويعتبر الجزء الأول من العمولة المخصص كمقابل عن الخدمة التي يؤديها البنك لعميله ثابتاً لا يتغير .

وعلى كل حال فإن العمولة التي تطلبها البنوك عادة نظير تدخلها لصالح عملائها في عملية القبول المصرفي، تضاف إليها نفقات أخرى بعضها مستحق لإدارة الضرائب مثل رسم الطابع على الأوراق المقبولة، ورسوم التسجيل عند فتح الاعتماد، وبعضها الآخر يدفع كمقابل عند عملية الخصم، حيث يشكل الجميع تكلفة عملية الاعتماد بالقبول، تلك العملية التي تظل أفضل للعميل وأرخص من عملية القرض.

1- علي البارودي العقود التجارية في عمليات البنوك ، دار الجامعية الإسكندرية 2001، ص 390

2- راجع Vigreux مرجع سابق ص 131

جريمة الانهالك الإلكتروني لحرمة الحياة الخاصة - دراسة مقارنة -



إعداد الدكتور: عبد الرحمن بن جيلالي

أستاذ محاضر بجامعة خميس مليانة

ولاية عين الدفلى - دولة الجزائر-

Email : loi.droit@yahoo.fr

مقدمة :

الحياة الخاصة لازمة من لوازم الحياة الإنسانية، وهي قطعة غالية وعزيزة من كيان الإنسان، لا يمكن انتزاعها منه ولا تحول إلى أداة صماء عاجزة عن القدرة على الإبداع الإنساني. وهي الشرط لممارسة غيرها من الحقوق والحريات، وإنها السبيل إلى برهنة المرء لشخصيته في المجتمع، لذا ينبغي أن يحظى بقدر من الحرية ينأى بها عن تدخل الآخرين، وأن يتحقق له صيانتها من تدخل سلطة الدولة والمجتمع والغير.

ويتوقف تحديد نطاق الحق في الحياة الخاصة على تحديد النطاق الذي يجب أن يتوقف عنده الحق في الحصول على المعلومات باستخدام الوسائل المختلفة والالكترونية، فاتساع نطاق هذا الحق يقابله ضيق في نطاق الحق في الحياة الخاصة، وعلى العكس من ذلك فإن تحديد مدلول واسع للحياة الخاصة يمتنع على الغير الخوض فيها، يؤدي إلى ضيق في نطاق الحق في الإعلام والاستخدام الإلكتروني للمعلومات على نحو يكون تجاوز نطاقه أمراً غير مشروع.

وإننا لنعالج هذه المعادلة الصعبة من خلال ما جاءت به الدساتير والتشريعات الجنائية من أحكام تحمي الحق في الحياة الخاصة من كافة أشكال التدخل، ومن ذلك عدم خوض الصحف فيما يدخل في مجال الحياة الخاصة للأفراد؛ كأحد الخطوط الحمراء التي لا يحق لمستعمل الكمبيوتر والأنترنت تجاوزها، وإلا عدّ معتدياً.

على أساس ذلك، ندرس مفهوم الحق في الحياة الخاصة في المبحث الأول، ثم الجرائم الإلكترونية المرتكبة ضد الحياة الخاصة في المبحث الثاني.

المبحث الأول : مفهوم الحق في الحياة الخاصة :

الحياة الخاصة حرمة لا يجوز اقتحامها تحت أي طائل؛ فلا يحق للصحفي مثلاً أن يتناول أحد عناصرها في الصحف والمطبوعات الإلكترونية، بحجة ممارسته لحرية الرأي والتعبير أو حرية الصحافة، ولا يحق لأحد المساس بها بوسيلة إلكترونية تحت شعار التقدم التكنولوجي. فمن المؤكد أن لا تعارض فيما بين الحريات العامة؛ فلكل حرية حدودا مرسومة لا يمكن تجاوزها - إذ لا وجود لحرية مطلقة - ذلك أن ما وراء هذه الحدود حريات أخرى من الواجب قانوناً احترامها.

ونحاول - من خلال هذا المطلب - تحديد المفاهيم التي قيلت بصدد الحق في الحياة الخاصة لبعض الفقهاء، على أن ننتهي إلى محاولة وضع تعريف واضح بالشكل الذي يتفق مع الحماية الجنائية لهذا الحق. ثم ننتقل إلى تحديد خصائص وملامح الحق في الحياة الخاصة، وذلك من خلال مطلبين مستقلين.

المطلب الأول: تعريف الحق في الحياة الخاصة:

إن الحق في الحياة الخاصة - بالنظر لأهميتها في حياة الإنسان - تحتاج إلى حماية قانونية تضمن الحفاظ على كرامة الإنسان، وذلك من كل أشكال التدخل التي تهدف إلى النيل منها، سواء تعلق الأمر بتدخل الدولة أو الغير، أو أنها بحاجة إلى حماية خاصة من أساليب الاختراق والتعدي المتجددة والمتطورة بصفة مستمرة ومتزايدة التي أفرزها التقدم العلمي الحديث؛ سواء في مجال الوسائل التكنولوجية المتطورة، أو في مجال وسائل الإعلام والصحافة التي استطاعت هي الأخرى أن تواكب تلك التطورات الحديثة.

ومن ذلك نجد التقدم العلمي في أجهزة التجسس والتصنت على حرمة الحياة الخاصة التي وصلت إلى درجة من الصغر والدقة بما يسهل زرعها في أماكن دقيقة لا يمكن تصورها، لتعمل على تسجيل محادثات الأفراد وإرسالها إلى الجهة المحددة. ويضاف إلى ذلك أجهزة التصوير المتطورة جداً تعمل بالأشعة تحت الحمراء لتتمكن من تسجيل الصورة في الغرف المظلمة، وهذا ما يشكل خطراً على حق الإنسان في الصورة كأحد عناصر الحياة الخاصة. وأجهزة الحاسبات والشبكات التي تملك القدرة الفائقة على تخزين المعلومات، وأخرى تستطيع أن تحترق الرسالة لتتمكن من رؤية ما هو مكتوب داخل الظرف المغلق...¹

وغني عن البيان أن انتشار الأجهزة الإلكترونية والاستخدام اللامسؤول للانترنت ووسائل الإعلام المرئية والمسموعة والمكتوبة الإلكترونية، وتنافس بعض الصحف الإلكترونية في مجال الخوض في تفاصيل الحياة الخاصة للأفراد؛ سعياً وراء تحقيق سبق صحفي، واجتذاب أكبر عدد من القراء بهدف تحقيق الانتشار والكسب المادي، قد أدى إلى التنقيب في الحياة الخاصة للأفراد وكشف أسرارها. ويتفق مع ما ينشر من أسرار الحياة الخاصة لبعض الأفراد مع نزعة الفضول التي تجعل النقائص الأخلاقية للآخرين وتتبع سوءاتهم مشيرة لاهتمام القراء أكثر من الأفعال الفاضلة. وقد أدى نشر أسرار الحياة الخاصة كأحد الأسلحة السياسية في التشهير بالخصوم، والتنكيل بهم بقصد إضعاف شعبيتهم والنيل منهم.²

وهكذا أصبح الإنسان أمام تلك الأجهزة والوسائل عارياً في كل مكان، فالتطور السريع والمرعب في تلك الأجهزة سوف يتجاوز جهود الدول مجتمعة أو فرادى لوضع ضمانات تشريعية لحماية حياة الأفراد الخاصة. وقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 على حرمة الحياة الخاصة في المادة 12، حيث لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته، ولا لحملات تمس شرفه وسمعته، ولكل شخص حق في أن يحميه القانون من مثل ذلك التدخل أو تلك الحملات.

من جهته ضمن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الحق في الحياة الخاصة، وذلك من خلال المادة 17 التي نصت على عدم جواز التدخل بشكل تعسفي أو غير قانوني بخصوصيات أحد أو بعائلته أو بيته أو مراسلاته، وعدم التعرض بشكل غير قانوني لشرفه وسمعته. ولكل شخص الحق في حماية القانون ضد مثل هذا التدخل أو التعرض.

وقد ذهبت الدساتير إلى حماية حرمة الحياة الخاصة؛ وذلك من خلال التأكيد عليها في نصوصها، فقد عني الدستور المصري الصادر سنة 1971 بحماية الحق في الحياة الخاصة، وذلك من خلال المادة 1/45 التي أكدت على أنه: "الحياة الخاصة حرمة يحميها القانون". من جهته نص قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر في 22 يولييه 1992 والذي دخل حيز التنفيذ في أول مارس 1994 على تلك الحماية، وذلك في المواد 226-1 إلى 226-7. كما أكد

دستور سويسرا الفيدرالي لسنة 1999 في المادة 13 على ضرورة احترام الحياة الخاصة والعائلية للأشخاص، وكذا المسكن والمراسلات البريدية والحادثات الهاتفية.³ وهو ذات الحكم الذي تضمنه الدستور البلجيكي لسنة 1994 في المادة 22 منه؛ إذ لكل فرد الحق في احترام حياته الخاصة والعائلية، وأن التمتع بهذا الحق يكون في حدود القانون.⁴ وقد تضمن الدستور الجزائري لسنة 1996 النص على حرمة الحياة الخاصة في المادة 39 منه، حيث أكدت على أنه: " لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون...".

ورغم أن الدساتير والتشريعات الحديثة قد اتفقت على حماية حرمة الحياة الخاصة، إلا أنها لم تضع تعريفاً محدداً لبيان ماهية الحق في الحياة الخاصة، كما أن المحاكم بدورها لم تحدد مفهوماً للحق في الحياة الخاصة، واكتفت بعرض أمثلة تطبيقية للحق في الخصوصية. مما ترك المجال واسعاً أمام اختلاف الفقهاء في تعريفهم لحرمة الحياة الخاصة. وفي حقيقة الأمر، وإن كان الفقهاء قد تولوا مهمة تحديد مفهوم الحق في الحياة الخاصة، إلا أنهم قد اختلفوا إلى درجة أن البعض منهم أنكر وجود هذا الحق - كحق مستقل - وذلك بحجة أن الخصوصية فكرة غامضة غير محددة، وأنه يصعب التمييز بين ما يدخل في نطاق الحياة الخاصة للأفراد وما يدخل في الحياة العامة، الأمر الذي يلقي بضلاله على التطبيق القضائي، إذ يكون من الصعوبة بمكان حماية الحق في الحياة الخاصة ما دام الأمر يتعلق بغموض فكرة الحياة الخاصة، مما يؤدي إلى اختلاف الأحكام القضائية التي تحمي هذا الحق باختلاف تقدير كل قاضي وتفسيره لفكرة الخصوصية.⁵

الواقع أن فكرة الحياة الخاصة مازالت تعتبر من الأمور الدقيقة التي تثير جدلاً في القانون المقارن، لذلك يصعب تعريفها أو إعطائها مدلولاً جامعاً مانعاً. ويعود السبب في ذلك إلى التقدم العلمي والتكنولوجي الذي أثر على كافة الحقوق والحريات، وعلى هذا الأساس اختلف مدلول الحياة الخاصة من فقيه لآخر بحسب اختلاف بيئتهم وزمانهم وأفكارهم والزوايا التي ينظر من خلالها للحق في الحياة الخاصة. بالتالي من يحاول رسم حدود ومعالم هذا الحق كمن يحاول أن يرسم على الماء.

لقد ذهب جانب من الفقهاء والمنظمات الدولية إلى تحديد مدلول واسع للحياة الخاصة، فقد عرفها معهد القانون الأمريكي من زاوية المساس بها قائلاً: " كل شخص ينتهك بصورة جدية، وبدون وجه حق، حق شخص آخر، يكون مسؤولاً أمام المعتبرى عليه ". ولاشك أن هذا المعيار واسع، إذ لا يمكن حصر صور الاعتداء بأي حال من الأحوال. لذا فإن مؤتمر فقهاء البلاد الشمالية المنعقد سنة 1967 قد عرف الحق في الحياة الخاصة بأنه حق الشخص في أن يعيش حياته حراً كما يرغب، مع أقل تدخل خارجي. فوفقاً لهذا التعريف يكون من حق الشخص دفع أي اعتداء على حياته الخاصة.⁶

وقد تبنى الأستاذ " جون شاتوك " بدوره تعريفاً واسعاً للحق في الخصوصية. فالخصوصية عنده ليست مجرد العزوف عن إفشاء المعلومات من غير مقتضى، وليست الحق في أن يظل الإنسان بمنأى عن تطفل الآخرين، ولكن يمتد ليشمل ما هو أبعد من ذلك: إنها تعني أن يعيش المرء كما يحلو له، أن يعيش مستمتعاً بممارسة أنشطة خاصة معينة حتى ولو كان السلوك الذي يسلكه مرئياً من جميع الناس، فالمرء حر في أن يرتدي ما يحلو له.⁷ والحقيقة أن هذا المفهوم الواسع قد أخلط بين الحق في الحياة الخاصة وبين الحرية؛ مما يصعب معه حماية حرمة الحياة الخاصة. ففي بعض الحالات يكون الإنسان مجرداً من الحرية ومع ذلك تبقى له حياته الخاصة.

ومن الفقهاء الفرنسيين ما حاول من الاقتراب من التعريف السليم للحق في الحياة الخاصة، تلك النظرية القائمة على أساس أن الحياة الخاصة تعني المصطلحات التالية: السرية، السكينة، الألفة، الانسحاب، الخلو، العزلة، وكل ما يقصد به الوحدة.

ففكرة السرية تقترب إلى حد بعيد من الألفة؛ فالسرية كل أمر ليس بمعلن، أو هي كل ما يميل المرء إلى إخفائه عن الآخرين. والالتزام بالسرية الواقعة على عاتق الغير يعني الالتزام بعدم إفشاء السر. وأما الألفة بحسب الفقيه الفرنسي "كاربونييه" تعني الدائرة السرية للحياة يكون لصاحبها إبعاد الآخرين عن نفسه. في حين أن "نيرسون" يعتبر الألفة تعني أقل حيز مركزي يكون لكل شخص أن يحتفظ به لتفادي تعدي الآخرين.⁸

وهناك من الفقهاء ما استندوا - في تعريفهم للحياة الخاصة - إلى فكرة السكنية؛ فالقاضي الأمريكي "كولي" عرف الحياة الخاصة بأنها: "الحق في أن يترك المرء وشأنه، أو حق الفرد في أن يترك وحده، لا يعكر عليه أحد صفو خلوته" وقد طبق هذا التعريف في قضية شهيرة في كاليفورنيا، حيث وصفته المحكمة بأنه: "حق الفرد في أن يعيش حياته بعيداً عن فضول الآخرين دون أن يتعرض بغير رضائه أو رغبته للوضع تحت دائرة الضوء، وهو باختصار حق الفرد في أن يترك وشأنه".⁹

وعرف البعض الحق في الحياة الخاصة بأنه حق الشخص في أن يعيش في هدوء وسكينة، وأن قيام الغير بنشر أمور متعلقة بحياته الخاصة دون إذنه أو موافقته تنطوي على عدوان على الحياة الخاصة.¹⁰ واتجه البعض الآخر إلى أن الحق في احترام الحياة الخاصة يهدف إلى تحقيق الأمن والسكينة لهذا الجزء من حياة كل شخص، الذي يكون مخصصاً لغير النشاط العام. وهذا هو ما تؤكد السيدة "فرانسوا جيني" من أن الحياة الخاصة تتعلق بالحياة اليومية، وتظل بالنسبة لكثيرين المعقل الأخير للسكينة الفردية، والحق الأخير للديمقراطية ضد الآخرين وضد الدولة. بل لقد ذهب الأستاذ "كابان" إلى القول بأن الحياة الخاصة تعني حق كل شخص في السلام والسكينة. ويميل جانب من الفقه الأمريكي إلى تفضيل عبارة "حق الشخص في الخلوة والسكينة" على تسمية "الحق في الخصوصية".¹¹

وقد ذهب البعض إلى أن الحق في الحياة الخاصة يعني الحق في الخلوة، أي حق الفرد في أن ينأى بنفسه عن المشاركة الاجتماعية مع الآخرين، وهذا الحق ينطوي على حرية الفرد في تقدير ما يسمح به للآخرين من اطلاع على أموره الشخصية.¹²

وهناك من الفقهاء المصريين ما أعطى للحق في الحياة الخاصة مفهوم الانسحاب والعزلة، حيث نجد الدكتور نعيم عطية يعرف الخصوصية بأنها حق الفرد في عدم ملاحقة الآخرين له في حياته الخاصة، وإذا جاز تعريف الحرية بأنها حق الفرد في أن يترك وشأنه، فإنه حق الفرد في أن ينسحب انسحاباً اختيارياً أو مؤقتاً بحسبه أو فكره من الحياة الاجتماعية، ومن ثم كان هذا الحق هو حرية المواطن في حياته الخاصة، فمن حق الفرد في أن يمارس شؤونه الخاصة بمنأى عن تدخل الآخرين.¹³

وفي حقيقة الأمر ما يقال حول هذه المفاهيم للحق في الحياة الخاصة التي تستند إلى فكرة الوحدة والخلوة والعزلة والانسحاب أنها غامضة وفضفاضة لم تستطع أن ترسم لنا حدوداً للحق في الحياة الخاصة، أو أن تحدد الحالات التي ينبغي أن ندع فيها الأشخاص وشأنهم¹⁴، ثم إن هذه الأفكار جعلت من الخصوصية ذلك الرجل المنعزل في جزيرة منعزلة وهي أفكار مثيرة للسخرية. بالإضافة إلى ذلك فإن ما يمكن قوله حول هذه المفاهيم أن الإنسان باستطاعته أن يكون في حالة خصوصية وخلوة في نفسه بالرغم من تواجده مع أشخاص آخرين.¹⁵ غاية ما في الأمر أن هذه المفاهيم استطاعت أن تقترب من الدقة والصواب حول مدلول الحق في الحياة الخاصة، ونجحت إلى حد بعيد في الوصول إلى تأصيل عملي لحماية حرمة الحياة الخاصة جنائياً، والأمثلة القضائية في ذلك كثيرة، وهي جلها اعتمدت الأفكار القائمة على أساس أن الخصوصية من الخلوة والوحدة والسرية والألفة والسكينة...

وهناك جانب من الفقه الفرنسي - من أمثال "بادنتير" - ما يذهب إلى القول أن الحياة الخاصة هي الحياة غير العلنية أو غير العامة التي تجري أحداثها خلف الجدران والأبواب المغلقة، أما الحياة العامة فهي الحياة العلنية. غير أن

هذا التعريف تجانبه الدقة والصواب؛ لأنه يعتمد على إخراج الحياة الخاصة من الحياة العامة، وأن هذا المصطلح الأخير هو الآخر غير محدد بحاجة للدقة والوضوح؛ فلا يمكن حصر وتحديد ما يدخل في الحياة العامة لنخرج منها الحياة الخاصة، مما ترك المجال أمام القاضي ليقدر الأمر بحسب كل حالة على حدة.

كما ذهب اتجاه آخر إلى تحديد مفهوم الحياة الخاصة من خلال أمثلة تطبيقية لها، وعرض هذه التطبيقات والمظاهر وتعدادها والتأكيد على عدم الاعتداء عليها. وذلك بأن تشمل الحياة الخاصة الحياة العائلية والعاطفية، وكذا الحق في الصورة وسلامة الجسم والشرف والاعتبار، وسرية المراسلات وحرمة المسكن، والحياة الزوجية...

ومن ذلك لدينا مؤتمر " استكهولم " سنة 1967، الذي ذهب إلى أن الحق في الحياة الخاصة يعني حق الفرد في أن يعيش بمنأى عن الأفعال الآتية: التدخل في حياة أسرته أو منزله، التدخل في كيانه البدني أو العقلي أو حرته الأخلاقية أو العقلية، الاعتداء على شرفه أو سمعته، وضعه تحت الأضواء الكاذبة، إذاعة وقائع تتصل بحياته الخاصة، استعمال اسمه أو صورته، التجسس والتلصص والملاحظة، التدخل في المراسلات، سوء استخدام الاتصالات الخاصة الشفوية أو المكتوبة، إفشاء المعلومات التي تصل إليه بحكم الثقة في المهنة.¹⁶

غير أن هذا الاتجاه قد وسع من نطاق الحق في الحياة الخاصة لدرجة أنه يأخذ من نطاق الحقوق الأخرى، كما أن ذلك التحديد إزاء الحياة الخاصة لا يحيط بجميع ما يتعلق بها، ومظاهرها وصور الاعتداء عليها، ويحتاج إلى مراجعة دائمة ومستمرة لحذف الأمور التي يخرجها التطور من نطاق الحياة الخاصة وإضافة ما قد يجد من مظاهر أخرى. كما أن هذه المظاهر تختلف من مجتمع لآخر مما يصعب معه وضع قائمة لمظاهر الحياة الخاصة.¹⁷

مهما يكن، اختلفت الآراء ووجهات النظر اتجاه مدلول الحق في الحياة الخاصة بين الفقهاء، وذلك راجع إلى غموض تعبير الحياة الخاصة وعدم تحديده، وقد ساهم في ذلك الغموض فكرة نسبية الحياة الخاصة لدى الأفراد، والتقدم العلمي والتكنولوجي وغيرها من الأسباب الأخرى التي جعلت من تحديد مفهوماً جامعاً مانعاً أمراً مستحيلاً. غير أن ذلك الغموض وعدم التحديد لا يمكن الاعتراف به في نطاق التشريعات الجنائية؛ وذلك راجع إلى ذاتية القانون الجنائي وطبيعته بالمقارنة بغيره من القوانين الأخرى، فالقانون الجنائي يسوده مبدأ الشرعية وهدفه حماية الحقوق والحريات، وعلى هذا الأساس ينبغي تحديد بدقة ووضوح الأفعال التي تنال من تلك الحقوق والحريات أو تعمل على الاعتداء عليها، والقول بغير ذلك يجعل من نصوص التجريم غير دستورية.

وعلى أساس ذلك، ذهب الدكتور أشرف يوسف شمس الدين بحق إلى تحديد مدلول صحيح للحق في الحياة الخاصة؛ ذلك بأن " الحق في الحياة الخاصة هو حق كل إنسان في الاحتفاظ بشؤونه التي لا يرغب أن يطلع عليها الآخرون ". وتحديد ضابط هذه الشؤون لا يكون استناداً إلى ضابط موضوعي؛ وإنما مرجعه الشخص نفسه، وقد لا يتوافر للشؤون التي يرى الشخص حجبها عن الآخرين صفة السرية في المدلول الموضوعي للسر الذي يسود القانون الجنائي، غير أنه ينتمي مع ذلك إلى الحياة الخاصة، ويكون التجسس عليه ماساً بها.¹⁸

وإننا من جهتنا نبنى التعريف الذي أفردته الدكتور أشرف يوسف شمس الدين؛ ذلك أن الشخص هو المحدد لنطاق حياته الخاصة، وعلى هذا الأساس فإن نطاق الحياة الخاصة تختلف من شخص لآخر بحسب ما يعتبره من أسرار حياته الخاصة أو دون ذلك. وما دام الأمر كذلك تذهب التشريعات الجنائية المقارنة إلى تجريم الأفعال التي تستند إلى وسائل معينة للتجسس على حياة الشخص الخاصة.

نخلص مما تقدم إلى أن الحق في الحياة الخاصة هو حق المرء في حفظ ما يراه جديراً بالحفظ عن الآخرين، وأن تحديد ذلك يعود إلى الشخص، وأن التجريم يجب أن يكون باستخدام وسائل معينة للاعتداء على هذا الحق.¹⁹

المطلب الثاني : عناصر الحق في الحياة الخاصة :

أمام صعوبة تعريف الحياة الخاصة، اتجه الفقه تدريجياً إلى العدول عن البحث عن تعريف لها، واتجه إلى وضع قائمة للقيم التي تعطيها فكرة الحق في الحياة الخاصة.

ولقد حاول فريق من الفقهاء الفرنسيين أن يضعوا قائمة بالحالات والأمور التي تدخل في الحياة الخاصة، فذكروا الحياة العائلية، والحياة المهنية، والحق في الصورة، وكشف الضرائب، وكشف المرتب، والمرض، والزواج، والطلاق، ومكان قضاء أوقات الفراغ، والموارد المالية. وقد أضاف البعض الآخر إلى ما تقدم الحق في الاسم والحق في الصوت، والحق في الشرف والاعتبار، والحق في النسيان، وماضي الشخص. بل لقد أضاف البعض إلى ذلك كله الحياة الروحية الداخلية التي يمارسها الإنسان خلف بابه المغلق.²⁰

ونود أن نلفت النظر بداية إلى عدّة ملاحظات؛ فهذه العناصر المتعلقة بالحياة الخاصة ليست محل إجماع الفقهاء، بل اختلف الأمر بشأنها، فهذا التعداد لتلك العناصر ليس بتعداد جامع مانع؛ فهو ليس جامع لأنه لا يأخذ في الاعتبار كل مواقف الحياة الخاصة التي يحميها القانون والقضاء، ومن ثم كان تعداداً ناقصاً. وغير مانع لأنه يتضمن أفكاراً عامة للغاية مثل أوقات الفراغ ومسائل أخرى بعيدة جداً عن الحياة الخاصة مثل كشف المرتب.

وعلى أي حال، فإننا سوف نقتصر على دراسة العناصر المهمة للحياة الخاصة؛ بالشكل الذي يمثل مجالاً مفتوحاً أمام انتهاك الاستعمال الإلكتروني لها، مما يشكل ذلك جريمة الاعتداء على الحياة الخاصة، يعاقب عليها القانون الجنائي. وعلى ذلك نتطرق بالدراسة إلى حرمة المسكن، وسرية المراسلات، والمخادئات الشخصية.

الفرع الأول : حرمة المسكن والمكان الخاص :

حرمة المسكن امتداد للحق في الحياة الخاصة، إن لم تكن من أبرز معالم هذا الحق، فلا قيمة لحرمة الحياة الخاصة إن لم تشمل المسكن الذي يخلو فيه الفرد إلى نفسه، فيعيش في مناجاة مع ذاته بعيداً عن أعين الرقباء، نائياً عن عيون وأسماع الآخرين، فيودع فيه خصوصياته وأسراره، وينفرد بذاته وبأسرته وبالمقربين إليه.

فمنزل الإنسان هو المكان الذي ينسحب إليه المرء برضائه ومؤقتاً من الحياة الاجتماعية. فما إن تخطو قدمه داخل داره حتى يتحرر أو يترك صفته كعضو في المجتمع ويعيش في خلوته.²¹

ومفهوم المسكن مفهوم نسبي يختلف باختلاف الزمان والمكان، بمعنى أن ما يعد مسكناً عند أهل الصحاري قد لا يكون كذلك عند غيرهم من أهل المدينة، وتتباين أيضاً الفكرة من زمن إلى آخر. وبالرغم من ذلك يمكن تعريف المسكن بأنه كل مكان خاص بأوي إليه الإنسان ويختص به بصفة دائمة أو مؤقتة، وذلك ينصرف بدوره إلى توابع المسكن وكذلك الأماكن الخاصة التي يقيم فيها المرء ولو لفترة محددة.²²

فتتوافر حرمة المسكن بغض النظر عن الطبيعة القانونية لحق صاحب المسكن، فيستوي أن يكون مالكاً للمسكن أو مستأجراً أو مستعيراً له، ويسري هذا الحكم على مستأجر الغرفة الخاصة في الفندق، فهي تعتبر مسكنه الخاص. ويستفيد من حرمة المسكن جميع المقيمين به بصفة دائمة أو مؤقتة سواء كانوا من أفراد الأسرة أو ضيوفاً.²³

وفي حكم لمحكمة النقض المصرية، عرفت المنزل بأنه : " يقصد بلفظ المنزل في معنى الإجراءات الجنائية: كل مكان يتخذ الشخص مسكناً لنفسه على وجه التوقيت أو الدوام بحيث يكون حرماً آمناً له لا يباح لغيره دخوله إلا بإذنه " .

وللمسكن في القانون الجنائي الفرنسي مدلول أوسع من القانون المدني؛ فهو يشمل كل مكان يستخدمه الفرد مقراً خاصاً له.

ويعرف المسكن في القانون الأمريكي بأنه : " المكان الذي يأوي إليه الشخص عادة ويختاره لمعيشته " .²⁴

ويكون للمسكن حرمة بهذا المفهوم متى حافظ على خصوصيته، فإذا سمح صاحب المسكن للجماهير بأن يرتاد مسكنه دون تمييز فقد تلك الحرمة التي أضفاها عليه القانون.²⁵

إن الحديث عن مفهوم المسكن يكشف لنا عن مسألة مهمة، وهي مبدأ حرمة المسكن، والذي على أساسه يمنع أي تطفل أو اعتداء في أي صورة كانت، وهذا ما يعرف بحصانة المسكن.²⁶

أولاً: مضمون مبدأ حرمة المسكن.

لقد كان لمبدأ حرمة المسكن أهميته منذ الحضارات القديمة، كما يعد من المبادئ الهامة والأساسية التي تناولتها التشريعات الوضعية منذ زمن بعيد، بل أكثر من هذا فإن المواثيق والاتفاقيات الدولية والإقليمية لم تخلو من النص على حرمة المسكن وحرية الأفراد في اتخاذها وتغييرها في أي وقت دون تقييد ذلك بأي قيد واقعي أو قانوني.²⁷

إن مبدأ حرمة المسكن إنما يعني أحقية صاحب المسكن في منع أي شخص من دخوله بغير إذن، ذلك أن المسكن يعد بمثابة المكان الذي يحتفظ فيه صاحبه بأسراره وأدق خصوصياته، وعلى ذلك فإن للمسكن حصانة قانونية مقررة له ولتوابعه الملحقه به، بحيث يترتب على ذلك أن هناك مسؤولية قانونية تنشأ وتلقى على كاهل كل من يحاول اقتحام هذا المكان أو تهديداً منه لسلامته بأية وسيلة كانت.

إلا أن تلك الحصانة لا تعني أن يسعى الإنسان في الأرض فساداً، ويتخذ من مسكنه وكراً لممارسة الأعمال الإجرامية، فكما ذكر أحد الفقهاء الفرنسيين المعاصرين: " إن هذا المبدأ لا يمكن أن يحمي الأثقياء أو يوقف قضاء العدالة أو يمنع السلطات من جباية الضرائب ". على أن الحماية المقررة للملحقات المسكن تختلف من تشريع لآخر؛ فهناك تشريعات تصبغ الحماية القانونية الكاملة على الملحقات، ومنها ما يقصرها على المسكن فقط.²⁸

والحماية القانونية المقررة للمسكن لا تقتصر على وقت دون آخر، فهي لا تختلف مثلاً في ساعات النهار عنها في ساعات الليل، وإن كانت هناك بعض التشريعات تتخذ من انتهاك حرمة المساكن ليلاً واقتحامها ظرفاً مشدداً كما هو الحال في التشريع المصري.

ثانياً: مبدأ حرمة المسكن في التشريعات الوضعية :

حرمة المسكن إحدى المجالات الرئيسية للحياة الخاصة، وهكذا نصت المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة 1948، والمادة 17 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966، والمادة 8 من الاتفاق الأوروبي لحقوق الإنسان لسنة 1950 على أن للمساكن حرمة، فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن المسكن هو المكان الذي يحق للشخص قانوناً أن يشغله. ويمتد مفهوم المسكن في القانون الفرنسي إلى الأماكن الخاصة التي لا يجوز للجماهير ارتيادها بدون إذن ممن يشغلها ولو كانت إقامة الفرد فيها لفترة محددة من اليوم مثل عيادة الطبيب ومكتب الخامي ومعمل الصيدلي والمكتب الهندسي لاتصالها بالحياة الخاصة لصاحبها. وبهذا لم يجد القضاء الفرنسي صعوبة في اعتبار المنزل أو المسكن أحد عناصر الحياة الخاصة.²⁹

كما اهتم المشرع الفرنسي بالنص في التشريع الجنائي على تقرير مبدأ حرمة المسكن، ووضع عقوبة صارمة لمن يحاول اقتحامه، يستوي في ذلك أن يكون من الأفراد العاديين أو من رجال الضبطية القضائية.

فقد ذهبت المادة 184 من قانون العقوبات الفرنسي³⁰، إلى أنه يعاقب بالحبس من ستة أيام إلى سنة أو بالغرامة من 500 إلى 3000 فرنك كل من دخل من رجال الشرطة أو الموظفين العموميين ورجال الضبط القضائي مسكن مواطن بوجه غير شرعي وبدون موافقته وبغير مراعاة الإجراءات القانونية، ولا يعتبر دخول مسكن بالقوة مشروعاً

إلا في حالة التلبس بالجريمة أو بناءً على أمر كتابي. ويعاقب بالحبس من ستة أيام إلى ثلاثة أشهر أو الغرامة من 500 إلى 1800 فرنك كل من دخل بوجه غير شرعي مسكن شخص آخر بالقوة أو بالتهديد. كما أن القانون المدني ونصوصه تكفل الحماية للغير مباشرة من جميع صور الاعتداء من الغير على المنزل من خلال المادة 9 منه؛ والتي تذهب إلى حماية الحياة الخاصة في جميع مظاهرها وصورها، في إطار القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية.

لقد نص الدستور السويسري هو الآخر على الحق في حرمة المسكن، وجاء النص على ذلك في صلب المادة 13 منه؛ إذ لكل شخص الحق في احترام مسكنه، وذلك في إطار حماية مجال الحياة الخاصة.³¹ وكذلك فعل الدستور البلجيكي لسنة 1994، حيث أكدت المادة 15 على حماية المسكن وعدم دخوله إلا في حدود القانون.³²

وقد كفل الدستور المصري الدائم لسنة 1971 حرمة المسكن، ونص على حماية هذه الحرمة في المادة 44، حيث ورد فيها أن: " للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها، ولا تفتيشها، إلا بأمر قضائي مسبب، ووفقاً لأحكام القانون ".

وقد اهتم المشرع المصري الجنائي - كغيره من المشرعين - بمبدأ حرمة المسكن، وفرض عقوبة صارمة على كل من تسول نفسه محاولة انتهاك هذه الحرمة. فنص في المادة 370 من قانون العقوبات على أنه: " كل من دخل بيتاً مسكوناً، أو معداً للسكن، أو في أحد ملحقاته، أو سفينة مسكونة، أو في محل معد لحفظ المال، وكانت هذه الأشياء في حيازة آخر، قاصداً من ذلك منع حيازته بالقوة، أو ارتكاب جريمة فيها، أو كان قد دخلها بوجه قانوني، وبقي فيها بقصد ارتكاب شيء مما ذكر، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين، أو بغرامة لا تتجاوز ثلاثمائة جنيه مصري " ³³.

يتضح مما تقدم أن المشرع المصري حماية لحرمة المسكن وحرصاً منه على هدوء وسكينة المواطنين في مساكنهم، قرر معاقبة أي شخص يحاول اقتحام أو دخول منزل شخص آخر أو ملحقاته بقصد ارتكاب جريمة فيه، أو الاستيلاء على أي متعلقات أو أشياء أو مستندات خاصة بصاحب هذا المسكن، وذلك بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بغرامة قدرها ثلاثمائة جنيه. على أنه شدد من هذه العقوبة إذا توافرت بعض الظروف المشددة بأن ترتكب الجرائم السابقة ليلاً، وهو الأمر الذي أشارت إليه المادة 372 من قانون العقوبات. كما اهتم القانون المدني المصري هو الآخر بحماية حرمة المسكن من الانتهاك، وذلك في إطار القواعد العامة المقررة للمسؤولية التقصيرية.

كما اهتم المؤسس الدستوري الجزائري لسنة 1996 بالنص على حرمة المسكن، وذلك من خلال المادة 44 منه، حيث تضمنت الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن. فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون، وفي إطار احترامه. ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة. وقد خصها المشرع الجنائي الجزائري بالمادة 135 من قانون العقوبات باعتبار الدولة ضامنة عدم انتهاك حرمة المساكن، حيث أكدت على أن كل موظف في السلك الإداري أو القضائي، و كل ضابط شرطة، وكل قائد أو أحد رجال القوة العمومية دخل بصفته المذكورة منزل أحد المواطنين بغير رضاه، وفي غير الحالات المقررة في القانون، وبغير الإجراءات المنصوص عليها فيه، يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة، وبغرامة من 500 إلى 3000 دج دون الإخلال بتطبيق المادة 107.³⁴

الفرع الثاني: سرية المراسلات :

تنطوي الرسالة على السر عادة، ولذلك لها - بما فيها من سرية - حرمتها في كافة الشرائع الدينية والقوانين الوضعية في الدول المتحضرة.³⁵ ويقصد بالمراسلات كافة الرسائل المكتوبة؛ سواء أرسلت بطريق البريد العادي أو الإلكتروني أم بواسطة رسول خاص، ولا عبرة بشكل المراسلة، فيستوي أن تكون خطاباً أم برقية أو تلكس، أم غير ذلك من الأشكال التي تستحدثها التكنولوجيا، وليس هناك أية شروط فيما يتعلق بالمظروف الموضوع به الرسالة، فقد يكون مغلق أو مفتوح، أو أن تكون بطاقة مكشوفة، طالما أن الواضح من قصد المرسل أنه لم يقصد اطلاع الغير عليها بغير تمييز.³⁶

ويرى فقهاء القانون المدني أن الرسالة يقصد بها الورقة المكتوبة التي يبعث بها شخص إلى آخر ينقل فيها خبراً أو فكراً، أو ينهي إليه أمراً. وتقوم على نقل هذه الرسالة عادة مصلحة البريد، كما قد يستلمها الشخص مباشرة بطريق رسول أو تتم بالتفاهم كما لو كان المرسل إليه أصم.³⁷

ويرى بعض فقهاء القانون الجنائي أن مدلول كلمتي الرسائل والخطابات يتسع في ذاته، فيشمل كافة الخطابات والرسائل والطرود، والرسائل البرقية (التلغرافية)، كما تندرج تحته المكالمات الهاتفية.³⁸ وتعتبر الرسائل أيضاً كان نوعها ترجمة مادية لأفكار شخصية أو آراء خاصة، لا يجوز لغير مصدرها ومن توجه إليه الإطلاع عليها، وإلا كان في ذلك انتهاك لحرمة المراسلات، وبالتالي انتهاك للحياة الخاصة، لذا فإن حرمة المراسلات تعتبر من العناصر الهامة للحياة الخاصة، لأن الرسالة قد تكون مستودعاً للسر ولخصوصيات الإنسان. وهكذا نجد هذا الحق قد كفلته معظم الدساتير في العالم، ونصت على حرمة، بحيث لا يجوز الإطلاع عليها أو مصادرتها إلا في حدود القانون.

فقد تضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في عام 1948 الحق في حرمة الرسالة، وذلك في المادة 12 منه، إذ نصت على أنه: " لا يتعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو مراسلاته. ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الاعتداءات...". وجاء في المادة 17 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية أنه لا يجوز التدخل بشكل تعسفي أو غير قانوني بخصوصيات أحد أو عائلته أو مراسلاته.

كما أكد على حرمة الرسالة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة 1789، وكذا الدستور السويسري لسنة 1999، وذلك في المادة 13 في إطار حماية المجال المخصص للحياة الخاصة؛ فلكل شخص الحق في احترام مراسلاته البريدية والتليفونية.³⁹ والدستور البلجيكي لسنة 1994 هو الآخر أكد على مبدأ حماية الأسرار التي تحتويها الرسائل من خلال المادة 29 منه.⁴⁰

وقد نص الدستور المصري على مبدأ حرمة الرسالة في المادة 45 منه، إذ جاء فيها أن للمراسلات البريدية والبرقية والمخاطبات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة، ولا يجوز مصادرتها أو الإطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة، وفقاً لأحكام القانون.

من جهته تضمن الدستور الجزائري الحق في سرية المراسلات، وذلك من خلال المادة 2/39، حيث أن سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة.

وطبقاً للنص الدستوري، جاءت المادة 137 من قانون العقوبات الجزائري لتحمي الحق الدستوري المتعلق بسرية المراسلات، حيث أكدت على معاقبة موظفي مصلحة البريد؛ من يقوم بفض أو اختلاس أو إتلاف رسائل أو برقيات مسلمة إلى البريد أو يسهل فضها أو اختلاسها أو إتلافها.⁴¹

والحقيقة أن المشرع الجزائري قد أحسن نصاً حينما أكد على جريمة إفشاء ما احتوته المراسلات، فذلك هو الآخر اعتداء على مبدأ السرية، ونستشف ذلك من خلال عبارة " أو يذيع محتواها".

وهو الاتجاه الذي أكد عليه المشرع الفرنسي؛ فقد صدر في 10 يوليو 1991 القانون رقم 646-91 المتعلق بسرية المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصال المختلفة. إذ يحرم هذا القانون التجسس أو الإطلاع على أسرار الحياة الخاصة المرسله بأي وسيلة أو طريقة كانت، ومن وسائل الاعتداء على الرسالة في مضمون هذا القانون الإفشاء كسلوك إيجابي ينقل بمقتضاه الموظف إلى الغير مضمون البرقية. غير أن كل من المشرعين الجزائري والفرنسي قد أغفلا النص على الإفشاء الذي يتم بواسطة الأساليب العلمية المتقدمة مثل استخدام أشعة الليزر وغيرها من

الوسائل التي لا تترك أثراً.⁴² وعلى هذا الأساس أمكننا القول بأن الحماية الجنائية في القانونين الفرنسي والجزائري لسرية المراسلات قاصرة من حيث عدم مواكبتها للتقدم العلمي والتكنولوجي. وتنتهك سرية المراسلات الإلكترونية بالوسائل الإلكترونية ذاتها التي أفرغت فيها، من خلال الإطلاع عليها، أو التقاطها، أو نقلها ونشرها، ولما كان الركن المادي للجريمة بشكل عام هو النشاط المادي الذي يصدر عن الجاني متخذاً مظهراً خارجياً يستهدف الاعتداء على مصلحة يحميها القانون، أو هو سلوك إجرامي بارتكاب فعل جرّمه القانون أو الامتناع عن فعل أمر به القانون، فإن الركن المادي في جريمة انتهاك مراسلات البريد الإلكتروني هو الإطلاع على المراسلات الإلكترونية عمداً ودون مسوغ قانوني، أو الحصول عليها عن طريق التقاطها أو اعتراضها وحجبها لكي لا تصل إلى المرسل إليه، أو لنشرها على عامة الناس.

الفرع الثالث: المحادثات الشخصية:

تعد المحادثات الشخصية والاتصالات الهاتفية من عناصر الحق في الحياة الخاصة. فسرية حديث المرء مع غيره تعد من الأسرار التي ترتبط بكيان الشخص، وكذلك ما تتضمنه هذه الأحاديث من دقائق الأسرار وما تفصح به النفوس من خبايا.

ففي هذه الأحاديث يثق المتحدث بشخص المتحدث إليه، ويطمئن له، فيطلق لنفسه العنان ويهمس إليه بخفاياه دون حرج أو خوف من سماع الغير، معتقداً أنه في مأمن من استراق السمع. ولذلك كان من الواجب كفالة حق الإنسان في المحافظة على أسراره وأحاديثه، لأنها أكثر الأمور ارتباطاً بشخصيته. إذ الإحساس بالأمن الشخصي الذي يستولي على المرء - وهو بصدد اتصالاته التليفونية أو محادثاته الشخصية - ضمان هام لممارسته الحياة الخاصة من خلال هذه الوسائل.⁴³ والحديث هو الكلام الذي له دلالة مفهومة سواء كان هذا الكلام موجهاً لجمهور الناس، أو لفئة محدودة منهم، وبأية لغة، حتى ولو كان يدور بالشفرة، إذ الشفرة في حقيقتها لغة. أما الصوت كأن يكون لحناً موسيقياً، أو مجرد صيحات لا تتضمن أية دلالات لا يمكن اعتبارها حديثاً بلغة القانون الجنائي.⁴⁴ ويوصف الحديث بكونه خاصاً متى تضمن سراً، ومن خلال وسائل تجعله قاصر من حيث العلم به على عدد محدد من الأفراد، أو أن يدور الحديث بين شخصين. والمحادثات الشخصية نوعان: مباشرة، وغير مباشرة.

أولاً: الأحاديث المباشرة:

وهي تلك التي تدور بين الأفراد مباشرة، فللفرد الحق في سرية حديثه مع الآخرين، وهذا الحق مرتبط بكيانه الشخصي، ويقتضي أن لا يتسلل أحد إلى خصوصياته. وهكذا فإن تسجيل الأحاديث يعد اعتداء على حق الفرد في خلوته.

ثانياً: الأحاديث غير المباشرة:

وهي تلك الأحاديث التي يتم تبادلها عبر وسائل الاتصال الحديثة السلوكية واللاسلكية. ويتحقق الاعتداء على الحياة الخاصة في هذه الحالة بمجرد التصنت على المحادثات دون التفات إلى تحديد مضمونها، أي دون حاجة إلى إقامة الدليل على أن المكالمات كانت تتضمن وقائع متصلة بالحياة الخاصة.⁴⁵

وقد نص الدستور المصري الدائم على الحق في سرية المحادثات الشخصية؛ وذلك في المادة 45 منه، حيث جاء فيها أنه: "حياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون وللمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة وسريتها مكفولة ولا يجوز مصادرتها أو الإطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة ووفقاً لأحكام القانون".

ولفظة " المواطنين " التي استهل بها المؤسس الدستوري المصري نص المادة 45 من الدستور منتقدة؛ حيث أن حماية الدولة لحرمة الحياة الخاصة والأحاديث الخاصة تشمل المواطنين والأجانب أيضاً، فليس من العدل قصر الحماية على أبناء الدولة فقط. وبهذا ينبغي على المؤسس الدستوري استبدال لفظة المواطنين بلفظة الأفراد أو الأشخاص.⁴⁶

من جهته ضمن المؤسس الدستوري الجزائري سرية الأحاديث الخاصة، وشملها بالحماية الدستورية، وذلك من خلال المادة 2/39 من دستور 1996، حيث جاء فيها أنه سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة. ومنه نستشف الحق في سرية المحادثات الشخصية من خلال عبارة " الاتصالات الخاصة مضمونة ". وعلى هذا الأساس نجد الدستور الجزائري قد ركز على وسائل الاتصال المشمولة بالأحاديث الخاصة دونما النظر إلى طبيعة الحديث إن كان خاصاً أو عاماً؛ وعليه تنتهك الأحاديث الخاصة بمجرد التجسس والتصنت عليها من خلال تلك الوسائل المتقدمة علمياً بغض النظر عن طبيعة الحديث المتداول في تلك الاتصالات ما دامت هذه الأخيرة خاصة. وفي الولايات المتحدة الأمريكية يحمي التعديل الرابع للدستور حق الشخص في الاحتفاظ بسرية أحاديثه من التدخل غير المقبول حتى ولو كان ذلك في مكان عام. وقد قضت المحكمة العليا بأن التجسس على المكالمات التليفونية يعد انتهاكاً خطيراً للحريات، بل لقد ذهب بعض القضاة إلى حد وصف مثل هذا التجسس بأنه عمل دنيء غير شرعي. وتعتبر مراقبة المكالمات التليفونية في إنجلترا إجراء غير مقبول قانوناً لما فيه من اعتداء على حقوق الإنسان.

هذه جملة العناصر الأساسية المتفق عليها دستورياً وقانونياً للحق في الحياة الخاصة. ذلك أن معظم الدساتير نصت على الحق في الحياة الخاصة، وسرية المراسلات، وعلى حرمة المسكن، وضمنان ممارستها كركائز للحريات الشخصية. غير أن ذلك لا يعني أنها كل ما يتعلق بالحياة الخاصة، فيضيف كثير من الفقهاء الحق في الصورة من الحياة الخاصة للإنسان؛ بل وتأتي التشريعات الجنائية لتحميه من الانتهاك، وفي ذلك تنص المادة 309 مكرر من قانون العقوبات المصري على تجريم تصوير شخص في مكان خاص سواء كان ذلك بالالتقاط أم بالنقل بجهاز من الأجهزة أياً كان نوعه.⁴⁷

وكذا جسم الإنسان، فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن حرمة جسم الإنسان من قبيل الحق في الخصوصية؛ وذلك لأنه لا يمكن القول بوجود حد فاصل بين الحياة ذاتها وبين التمتع بالحياة، كما أن التمتع بالحياة لا يتم إلا من خلال وجود فكرة الحياة ذاتها، ومن ثم يجب أن تدخل حرمة الجسد في نطاق الحياة الخاصة، لأنه لا يمكن للشخص أن يتمتع بحياته إلا إذا كان في مأمن من أي ضرر يصيبه في جسمه أو في نفسه بدون وجه حق. وعلى هذا الأساس لا يجوز إخضاع الشخص لأي فحوص طبية أو نفسية دون موافقته، بالإضافة إلى عدم جواز إجراءات جراحات التعقيم، أو إجراء أي تفتيش من شأنه المساس بحرمة الحياة الخاصة، مع ضرورة أن يكون التفتيش منصباً على ما أذن به فقط.⁴⁸

والحالة النفسية والعقلية للإنسان من الأسرار النابعة عن حياته الخاصة والتي يحميها القانون. ومن ثم يجوز معرفة هذه الأسرار دون رضا صاحبها، سواء كان ذلك تحت تأثير استخدام الوسائل العلمية الحديثة أو تناول العقاقير. وإذا عرفت الحالة النفسية أو العقلية للإنسان بناء على سبب قانوني، فإن أخبار هذه الحالة تعتبر من الأسرار التي لا يجوز إفشاؤها. والطبيب الذي يتوصل إلى معرفة هذه الأسرار بحكم مهنته يلتزم قانوناً بواجب الكتمان. كما أن العاملين في المراكز التي تحلل شخصية العاملين أو المرشحين للعمل برضائهم في بعض المؤسسات يلتزمون قانوناً بكتمان هذه الأسرار وعدم استخدامها إلا في الأغراض التي تم الحصول على هذه الأسرار من

أجلها.⁴⁹ ويضاف إلى الحالة النفسية والعقلية للإنسان، الحالة العائلية والعاطفية، والذمة المالية، وأوقات الفراغ؛ فهم من قبيل العناصر الحديثة للحق في الحياة الخاصة.

المبحث الثاني: صور الانتهاك الإلكتروني للحق في الحياة الخاصة:

إن علة تجريم الأفعال التي تنال من الحياة الخاصة؛ هي حماية حق كل شخص في أن تكفل حياته الخاصة حرمتها، وأن تحاط بقدر من السرية، فلا ينفذ منه شخص إلا برضاء من صاحب هذه الحياة.

وجرائم الاعتداء على الحياة الخاصة كثيرة، بحسب تعدد وتنوع عناصر الحق في الحياة الخاصة. فمن ذلك لدينا جريمة اقتحام المنازل دون إذن أو رضاه من أصحابها، أو جريمة الإطلاع على الرسالة أو فضها وإتلافها...، وجريمة التجسس على الأحاديث الخاصة، أو تلك المتعلقة بأخذ الصورة لشخص في مكان خاص، أو نقلها وإذاعتها إن تم التصوير بطريقة شرعية في مكان عام.

غير أننا نقتصر بالدراسة في هذا المجال على تلك الجرائم التي تقع بالوسائل الإلكترونية. ذلك لتمييزها بركنها المادي وعلاقتها في ارتكابها بطريق النشر الإلكتروني. وتبعاً لذلك فإن صور الاعتداء على الحياة الخاصة بطريق النشر الإلكتروني يمكن ردها إلى صورتين: الأولى التجسس على أسرار الحياة الخاصة، والثانية إذاعة هذه الأسرار. وفيما يلي نتناول الصورتين في مطلبين مستقلين.

المطلب الأول: التجسس على أسرار الحياة الخاصة:

سبق وقد أكدنا بأن مدلول الحوادث الخاصة ينصرف إلى كل ما هو صوتاً للدلالة على معنى معين، ومن ثم فهو يتم شفاهةً، ويدخل في هذا النطاق المناقشات والمداولات. وهي مشمولة بالسرية ما دامت أحاديث خاصة تجري بين أشخاص محددين. غير أن ضابط السرية هنا قد اختلفت بشأنه التشريعات الجنائية؛ فمن التشريعات ما استندت إلى طبيعة المكان، وأخرى تستند إلى طبيعة الحديث.

الفرع الأول: جريمة التصنت وتسجيل ونقل الأحاديث الخاصة بالوسائل الإلكترونية:

لقد اهتم المشرع الجنائي في القانون المقارن بحماية الحياة الخاصة ضد وسائل التجسس عليها، وفي ذلك جرم المشرع الجنائي الفرنسي في المادة 368 من قانون العقوبات السابق المضافة بالقانون رقم 70-643 لسنة 1970 والتي تقابل المادة 309 مكرر من قانون العقوبات المصري، أفعال استراق الحديث الخاص أو تسجيله أو نقله عن طريق جهاز من الأجهزة أياً كان نوعه.

فالخرم هنا هو واقعة الاستراق أو التصنت سراً أو تسجيل الحديث، أي حفظه على جهاز معد لذلك بقصد الاستماع إليه فيما بعد، أو نقل الحديث، أي نقله من المكان الذي تم فيه إلى مكان آخر غيره.

ونفيد في هذا المجال، أن جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة بالوسائل الإلكترونية تتجسد بصورة فعلية ومؤثرة على تلك الحرمة من خلال تسجيل الأحاديث والتقاط الصور، ونقلها ونشرها بالوسائل الإلكترونية التي أصبحت متاحة بأنواعها المختلفة، خاصة ما يتعلق بالانترنت. وبالتالي تتركز هذه الجريمة على أساس الركن المادي؛ وهو الركن الجوهري إن لم نقل الوحيد لقيام الجريمة الإلكترونية، إضافة إلى ركن معنوي بتوفر نية الإجرام. ويتجسد الركن المادي في قيام الجاني بنشر ما يعد انتهاكاً للحياة الخاصة - من أحاديث سرية، وصور، وبيانات شخصية... - عبر وسائط إلكترونية تتيح العامة من الأفراد سهولة الإطلاع عليها، وإدراك مضمونها حتى من خلال الاحتفاظ بها لمدة معينة.

ويشترط القانون المصري والفرنسي أن يكون هذا النشاط الإجرامي قد تم عن طريق جهاز من أجهزة التقدم العلمي السمعية البصرية - في مجال الجرائم الصحفية -، مما يفهم مع ذلك أنه إذا لم ترتكب الجريمة بواحدة من هذه الوسائل فلا ينسحب عليها النص ولا تكون من ثم محلاً للعقاب. وبالتالي التصنت على الحديث أو الاستماع إليه

عن طريق الأذن وحدها دون الاستعانة بجهاز لا تقوم به الجريمة.⁵⁰ وتبعاً لذلك لا تقوم جريمة الانتهاك الإلكتروني لحرمة الحياة الخاصة إلا من خلال الاستعانة بأحد الوسائل الإلكترونية من إنترنت وكومبيوتر وأجهزة تصوير وغيرها من الأجهزة المتطورة التي يستغلها حتى الصحفيين أنفسهم.

وتكمن العلة في اشتراط ارتكاب جريمة التجسس بأحد الأجهزة، في فكرة مجابهة خطر الوسائل العلمية للتجسس السمعي والبصري الإلكتروني المستحدثة والتي تؤدي إلى سهولة المراقبة والتسجيل لما يدور في نطاق الحياة الخاصة. ثم إن هذه الأجهزة غالباً ما تكون مخبئة مما يجعل الجاني عليه لا يتفطن إليها في كثير من الأحوال، كما أن استخدام هذه الأجهزة ينطوي على إثم الجاني، ذلك أنها في حقيقة الأمر وسائل خداعية.⁵¹

الفرع الثاني: جريمة التقاط ونقل الصورة:

صورة الإنسان هي محاكاة لجسمه أو جزء منه، وقد استطاع التقدم العلمي والتكنولوجي أن يتمكن من انتزاع صورة الإنسان منفصلة عن جسمه، إلا أن هذا الانتزاع لا يحول دون التسليم بحقيقة واقعية هي أن صورة الإنسان وجسمه وجهان متلازمان، إذ الصورة هي المعنى الذي يراه الإنسان منبعثاً من الجسم، أو هي الامتداد الضوئي لجسمه، ومن ثم فإن انفصال الصورة عن الجسم تحت تأثير الاختراع لا يفصل الصورة عن الجسم، وبالتالي فإن الصورة تأخذ حكم الجسم من حيث سرية الحياة الخاصة.⁵²

والصورة هي التي تعكس مشاعر الإنسان وأحاسيسه ورغباته، وهي المرآة المعبرة في كثير من الأحيان عما يخفيه الإنسان بداخله، وفضلاً عن ذلك فإن الأحداث التي يمر بها الإنسان سرعان ما تظهر بصماتها على وجهه، ولهذا فإن الصورة ترتبط بشخص الإنسان ارتباطاً وثيقاً، ومن هنا تأتي قيمتها وأيضاً ضرورة حمايتها. وبناءً عليه نادى الفقه بضرورة تدخل القضاء لحماية صورة الإنسان ضد النشر غير المشروع، والذي يتم دون رضاه صاحبها، وعلى إثر ذلك استقرت أحكام القضاء على حماية الحق في الصورة.⁵³

وقد حدد كل من المشرعين الفرنسي والمصري مرتكب هذه الجريمة بقوله: " كل من التقط أو نقل بجهاز أياً كان نوعه صورة شخص في مكان خاص " ⁵⁴ وبذلك ذهبت خطة التشريعات الجنائية المقارنة إلى الأخذ بضابط خصوصية المكان الذي تلتقط فيه الصورة، على خلاف ضابط سرية المحادثات؛ فقد اختلفت بشأنه التشريعات كما أسلفنا.

ويتمثل موضوع هذه الجريمة في التقاط صورة شخص في مكان خاص، وذلك بواسطة آلة أياً كانت؛ بالتالي لا تقوم هذه الجريمة من خلال الرؤيا بالعين المجردة، كاستراق النظر من ثقب الباب أو من كوة مفتوحة، وكذا الحال بالنسبة للتطفل الذي يتم عن طريق منظار مقرب. إذ ينبغي في كل الأحوال أن يتم التقاط الصورة ونقلها عن طريق وسيلة من الوسائل الفنية الحديثة؛ وهي الوسائل الإلكترونية التي لا نعرف بديلاً لها في عصرنا الذي يشهد تطوراً إلكترونياً رقمياً مذهلاً مثل آلات التصوير والكاميرات التليفزيونية. كما لا تقع هذه الجريمة بمجرد رسم صورة شخص مهما بلغت حداً من الإبداع الفني في الرسم.⁵⁵

وترتكب جريمة الاعتداء على الصورة بأحد الفعلين: الالتقاط ونقل الصورة. والأمران متساويان ومتعادلان من وجهة نظر القانون إذ يجب وقوع أيهما لتحقق الجريمة مع فرض توافر سائر عناصرها الأخرى، من قصد جنائي، وانتفاء رضاه الجاني عليه.

وبعني الالتقاط: تثبيت الصورة على مادة حساسة، فتقع الجريمة دون اشتراط إظهار الصورة على المادة المخصصة لذلك. أما النقل: فهو إرسال الصورة مباشرة إلى مكان آخر غير المكان الذي التقطت فيه، بحيث يتمكن غير الموجود في هذا المكان الأخير من الإطلاع عليها، ويستوي أن يكون المكان الذي نقلت إليه الصورة مكاناً عاماً أو

خاصاً. والنقل الذي تتحقق معه الجريمة ينبغي هو الآخر أن يتم باستخدام جهاز أياً كان نوعه.⁵⁶ وخاصة الأجهزة الإلكترونية التي تتيح للجاني إمكانية نشر الصورة على أوسع نطاق.

المطلب الثاني: إذاعة أو استعمال التسجيل أو المستند إلكترونياً:

في هذا الصدد نتكلم عن الركن المادي لهذه الجريمة الإلكترونية، إذ في أغلب حالات الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة بالأجهزة الإلكترونية، فإن الجاني ينوي استغلال ما حصل عليه من أحاديث خاصة وسرية، أو صور، أو رسائل عن طريق البريد الإلكتروني، أو بيانات شخصية عن الذمة المالية، أو عن الحالة العائلية أو البدنية أو الذهنية للفرد، وما كل ما يأخذ مفهوم المستند، بقصد نشرها وإخبار الغير بها، وبهدف الحصول على فائدة ما من ذلك.

ولذلك تذهب خطة التشريعات المقارنة إلى تجريم استغلال ما تحصل عليه الجاني كنتيجة للمساس بالحياة الخاصة للمجني عليه. وتبدو أهمية هذا التجريم بصفة خاصة في مجال النشر الإلكتروني، ذلك أن غرض الجاني من المساس بالحياة الخاصة للغير هو نشر ما تحصل عليه من معلومات، والإضرار بالآخر من خلال اطلاع العامة من الأفراد على تلك المعلومات ومن هنا كانت الضرورة ملحة لتجريم هذا الاستعمال المشين للوسائل الإلكترونية.⁵⁷

يجرم الشارع المصري بالمادة 309 مكرراً كل من أذاع أو سهل إذاعة أو استعمال ولو في غير علانية تسجيلاً أو مستنداً متحصلاً عليه بإحدى الطرق المبينة في المادة 309 مكرراً. وكان المشرع الفرنسي يجرم في المادة 369 من قانون العقوبات السابق فعل الاحتفاظ أو إذاعة أو تسهيل إذاعة أو استعمال تسجيل أو مستند متحصلاً عليه بطريق التجسس السمعي أو البصري، وأعاد الشارع الفرنسي النص على هذه الجريمة في المادة 2/226 من قانون العقوبات الحالي لسنة 1994 من دون تغيير في أركان الجريمة.

وقد جرم الشارع الألماني إذاعة حديث مسجل أو متصنت عليه جرى في غير علانية سواء كانت هذه الإذاعة لنص الحادثة أو مضمونها الجوهري (الفقرة الثانية من البند الثاني من المادة 201 من قانون العقوبات). ونص الحديث يعني ذات العبارات والألفاظ التي استخدمها المتحدثان، بينما يعني المضمون الجوهري للنص استخدام الجاني عبارات أخرى تؤدي إلى المعنى الذي قصده المجني عليها وتتفق معه.⁵⁸ وتفترض هذه الجريمة سابقة التسجيل أو التصنت غير المشروعين على محادثة خاصة، ثم إخبار العامة بها، إذ يتحقق بهذه الإذاعة المساس بالحقوق في الحياة الخاصة للغير.⁵⁹

الفرع الأول: التسجيل أو المستند:

يجب أن يكون موضوع هذه الجرائم تسجيلاً أو مستنداً متحصلاً عليه بطريق التجسس السمعي أو البصري، بأن يكون قد تم التحصل عليه بالتصنت أو النقل أو الاحتفاظ. ويقصد بالتسجيل كل حديث أو صورة تحفظ على مادة، بحيث يمكن الاستماع أو الاطلاع على مضمونه لدى الطلب.

ويلاحظ أن الشارعين المصري والفرنسي لم يعتبرا المستند داخلاً في نطاق الحماية التي قررهما بموجب النصوص التي تجرم أفعال الاعتداء على الحياة الخاصة بطريق التجسس، فلا يحميان بها سوى الأحاديث والصور. وعلى خلاف هذه الخطة فإنهما قد نصا على تجريم إذاعة المستند المتحصل عليه بطريق التجسس. ومفاد ذلك أن التجسس على المستندات غير مجرم في خطة الشارع المصري، وهو غير مجرم كذلك بحسب الأصل في القانون الفرنسي طبقاً لنص المادة 1/226 من قانون العقوبات 1994، غير أن هذا الفعل يدخل في نطاق فعل الاحتفاظ لمستند متحصل عليه بطريق التجسس.

الفرع الثاني: إذاعة مستند أو تسجيل أو تسهيل ذلك :

كان الشارع الفرنسي في قانون العقوبات السابق يستخدم لفظ " إذاعة " من خلال المادة 369، بينما نص في القانون الحالي على تجريم " النقل لعلم العامة أو أحد من الغير " (المادة 226-2 الفقرة 1). ويتفق الفقه الفرنسي على أنه لا يوجد تغيير في مضمون الفعل في القانونين، وإنما كان التعديل لفظياً فحسب. ويقصد بالإذاعة النشر والإظهار والإفشاء، وتفترض الإذاعة بطبيعتها العلانية. ويستوي في هذه الإذاعة أن تتحقق بطريق الصحف أو غيرها من وسائل الإعلام المختلفة كالراديو والتلفزيون، أو بالوسائل الإلكترونية من كومبيوتر وإنترنت، كما أنها تتحقق بمجرد إفشاء مضمون المستند أو التسجيل لشخص من الغير. ويلاحظ أن هذه الجريمة تفترض أن ينصب الإفشاء على موضوع المستند دون تعديل، أما إن قام الجاني بإجراء تحريف أو تشويه لمضمون المستند أو أجرى عملية مونتاج للصورة التي تحصل عليها، فإن الفعل في هذه الحالة لا يشكل جريمة إذاعة مستند أو تسجيل، وإنما يشكل جريمة تحريف حديث أو تزيف صورة.⁶⁰

وفعل إذاعة مستند أو حديث قد تتعدد معنويًا مع جرائم إفشاء الأسرار التي ترتكب من شخص مؤتمن عليه. ومن أمثلة ذلك قيام أحد العاملين في شركة الهاتف بإفشاء حديث استمع إليه عرضاً أثناء أداء عمله. كما تتعدد هذه الطائفة من الجرائم أيضاً صورياً مع جرائم المساس بالشرف والاعتبار، وذلك إذا تضمن هذا الإفشاء واقعة تشكل جريمة كذب أو سب.

وتسهيل الإذاعة يعني تقديم المساعدة، أيًا كانت صورتها إلى من يقوم بالإذاعة، وقد اعتبر الشارع المصري المساعد في الإذاعة فاعلاً أصلياً فيها، على الرغم من أنه في حقيقة الأمر شريك بالمساعدة، يستوي لدى الشارع أن يحصل الاستعمال علناً أو في غير علانية.⁶¹

وإذا جرى التصنت أو النقل أو التسجيل أو الالتقاط فقد يقف دور الفاعل عند هذا الحد، ويكون مرتكباً للجريمة المنصوص عليها في المادة 309 مكرراً من قانون العقوبات، ولكن قد لا يقف الفاعل عند هذا الحد فيقوم بإذاعة ما يتحصل عليه من أحاديث وصور، ولذلك أراد الشارع أن يكفل حماية أوسع للحياة الخاصة بالنص على تجريم هذه الصورة.

الخاتمة :

مما تقدم، الاعتداء على الحياة الخاصة بالوسائل الإلكترونية يكون في صورة الاطلاع على الأحاديث الخاصة ونقلها، وكذا الاطلاع على مضمون رسائل البريد الإلكتروني الخاصة بالغير دون علمه أو إذنه، مما يعني ذلك أنها جريمة واقعة على الحق في سرية المراسلات والأحاديث الخاصة. أو تكون في صورة التجسس البصري من خلال التقاط الصورة دون علم أو إذن، ثم العمل على نشرها عبر الإنترنت، وذلك ما ينتهك الحق في الصورة كأحد عناصر الحق في الحياة الخاصة. وتلك الأفعال المحددة تشكل الركن المادي لجريمة اختراق الحياة الخاصة بالوسائل والأجهزة الإلكترونية.

وفي سبيل محاربة هذه الجريمة والعمل على التقليل أو القضاء عليها، كالتزام يقع على عاتق الدول، فإنه من الضرورة بمكان على التشريعات الجنائية إعطاء تعريفاً دقيقاً محددًا لإطار الحق في الحياة الخاصة بشكل ينسجم مع مبادئ وقيم وأفكار المجتمع الواحد داخل الدولة الواحدة، وذلك ما يؤسس لسياسة جنائية راشدة. ومن بعد ذلك تبيان معنى الجريمة الإلكترونية؛ وهذا يكون أساساً بتحديد تلك الوسائل الإلكترونية وتعدادها وشرحها، ثم تفصيل وتوضيح الأفعال المجرمة باستعمال عبارات ومصطلحات جنائية محددة وواضحة بشكل لا يدع مجالاً للشك والتأويل، كل ذلك في سبيل حماية حرمة الحياة الخاصة.

الهوامش :

1. انظر د. عصام أحمد البهجي، حماية الحق في الحياة الخاصة في ضوء حقوق الإنسان والمسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، من ص 12 إلى ص 16.
2. د. أشرف توفيق شمس الدين، الصحافة والحماية الجنائية للحياة الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 1، 2007، ص 3، 4.
3. Article 13/1, Constitution fédéral de la Confédération Suisse du 18 avril 1999: "Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications..."
4. Article 22 /1, Constitution de la Belgique du 17 février 1994 : « Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi... ».
5. انظر د. عماد حمدي حجازي، الحق في الخصوصية و مسؤولية الصحفي في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 1، 2008، ص 46.
6. د. ممدوح خليل العاني، رسالة دكتوراه: الحماية القانونية للحياة الخاصة في القانون الجنائي، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1983، ص 185.
7. المرجع نفسه، ص 186، 187. وانظر د. عماد حمدي حجازي، مرجع سابق، ص 48.
8. انظر د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 51.
9. د. يوسف الشيخ يوسف، حماية الحق في حرمة الأحاديث الخاصة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط 1، 1998، ص 58، 59. انظر د. عماد حمدي حجازي، مرجع سابق، ص 50.
10. انظر د. أشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص 19.
11. د. ممدوح خليل العاني، مرجع سابق، ص 198.
12. انظر د. أشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص 20.
13. د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 56.
14. انظر د. عماد حمدي حجازي، مرجع سابق، ص 51.
15. د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 58.
16. د. يوسف الشيخ يوسف، مرجع سابق، ص 61.
17. د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 65، 66.
18. د. أشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص 31.
19. المرجع نفسه، ص 32.
20. د. ممدوح خليل العاني، مرجع سابق، ص 228.
21. المرجع نفسه، ص 233.
22. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 7، 1996، ص 458.
23. د. يوسف الشيخ يوسف، مرجع سابق، ص 64.
24. د. ممدوح خليل العاني، مرجع سابق، ص 234، 235.
25. د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 457. و انظر د. يوسف الشيخ يوسف، مرجع سابق، ص 64.

26. د. شوقي الجرف، الحرية الشخصية وحرمة الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 1993، ص395.
27. د. محمد عمر حسين، مرجع سابق، ص568.
28. المرجع نفسه، ص569.
29. د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص284.
30. المرجع نفسه، ص284، 285.
31. Article 13/1, Constitution fédéral de la Confédération Suisse du 18 avril 1999 : "Toute personne a droit au respect... de son domicile..."
32. Article 15, Constitution de la Belgique du 17 février 1994 : « Le domicile est inviolable ; aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. ».
33. المادة 186 من القانون رقم 58 لسنة 1937 بشأن قانون العقوبات المصري. مستبدلة بموجب القانون رقم 29 لسنة 1982.
34. المادة 135 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم. والمعدلة بالقانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فيفري 1982.
35. د. شوقي الجرف، مرجع سابق، ص460.
36. د. طارق سرور، مرجع سابق، ص603.
37. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج8 (حق الملكية)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص437.
38. د. شوقي الجرف، مرجع سابق، ص461.
39. Article 13/1, Constitution fédéral de la Confédération Suisse du 18 avril 1999 : "Toute personne a droit au respect... de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications..."
40. Article 29, Constitution de la Belgique du 17 février 1994 : « Le secret des lettres est inviolable .La loi détermine quels sont les agents responsables de la violation du secret des lettres confiées à la poste.».
41. تنص المادة 137 من قانون العقوبات الجزائري الصادر بالأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 على أنه : " كل موظف أو عون من أعوان الدولة أو مستخدم أو مندوب أو عن مصلحة للبريد يقوم بفض أو اختلاس أو إتلاف رسائل مسلمة إلى البريد أو يسهل فضها أو اختلاسها أو إتلافها يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 30000 دج إلى 500000 دج. ويعاقب بالعقوبة نفسها كل مستخدم أو مندوب في مصلحة البرق يختلس أو يتلف برقية أو يذيع محتواها. ويعاقب الجاني فضلاً عن ذلك بالحرمان من كافة الوظائف أو الخدمات العمومية من خمس إلى عشر سنوات".
42. انظر د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص297، 298.
43. د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص484.

44. د. عبد الحميد الشواربي، الجرائم المنافية للآداب العامة، ص 317.
45. انظر د. طارق سرور، مرجع سابق، ص 597، 598.
46. د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 221.
47. المادة 309 مكرر/ب من القانون رقم 58 لسنة 1937 بشأن قانون العقوبات المصري.
48. د. عماد حمدي حجازي، مرجع سابق، ص 173، 174.
49. د. طارق سرور، مرجع سابق، ص 581، 582.
50. انظر د. ممدوح خليل العاني، مرجع سابق، ص 382، 383.
51. د. أشرف توفيق شمس الدين، المرجع السابق، ص 69، 70.
52. د. طارق سرور، مرجع سابق، ص 584.
53. د. عماد حمدي حجازي، مرجع سابق، ص 175.
54. المادة 309 مكرر/ب من القانون رقم 58 لسنة 1937 بشأن قانون العقوبات المصري.
55. انظر د. ممدوح خليل العاني، مرجع سابق، ص 391.
56. د. ممدوح خليل العاني، مرجع سابق، ص 394.
57. انظر د. أشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص 79، 80.
58. د. أشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص 80.
59. انظر د. ممدوح خليل العاني، مرجع سابق، ص 395.
60. د. أشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص 82، 83.
61. المرجع نفسه، ص 83.

ليبيا ونزاج المسارات : الأمن، الاستقرار، التنمية، الديمقراطية



الدكتور الداهية محمد فال المختار موريتانيا

حاصل على دكتوراه من كلية الحقوق وجدة

باحث في : تخصص دينامية النظام الدولي

مخبر الأبحاث القانونية والإدارية والسياسية

Email : dahiyamv@gmail.com

لقد خلقت ثورة 17 من فبراير أملا لدى الشعب الليبي، في إحداث تغيير شامل وكامل لحياة الناس وواقع البلد، يؤدي إلى تطوير اقتصاد الدولة وإنضاج وعي المواطنين، ومن ثم التحول إلى مرحلة بناء الدولة على أسس سليمة مؤسسة على النظم والقوانين، النابعة من إرادة الشعب الليبي، لأن التضحيات الثورية قامت للتخلص من التخلف والاستبداد والدكتاتورية، سعيا لترسيخ قيم العدالة والشفافية وحقوق الإنسان والتناوب الديمقراطي، سبيلا للمفاصلة مع قيود الاستبداد وهستيريا إرهاب السلطة، وإنشاء نظام عصري تسوده العدالة والمساواة وسيادة القانون وتكافؤ الفرص، ويدرك فيه المواطن واجباته تجاه تنمية وطنه والحفاظ على أمنه واستقراره وحماية حدوده، بالقدر الذي يدرك فيه حقوقه وسبل انتزاعها بعيدا عن عهد تسول الحقوق والتمني على السلطة وخطب ودها والتزلف لحكامها.

لكن المواطن الليبي في ظل دولة الحق والقانون، مطالب باحترام القانون وحرية الآخرين وخصوصياتهم، لأن المواطن في الدولة الديمقراطية هو الذي يحمي قيم حقوق الإنسان والعدالة والمساواة والتناوب الديمقراطي، حيث تصبح بالنسبة له طبع وسجية، بينما هي بالنسبة للذي يعيش في كنف الاستبداد تكلف وعناء. "عند ما تغيب الفكرة يبيغ الصنم"⁽¹⁾.

وما يطمح له المواطن الليبي وما يأمله اليوم، هو دولة قوية توفر له الأمن والاستقرار و تؤمن له الغذاء والدواء والتعليم العصري المتميز ويجسد فيها احترام المبادئ والحرية العامة، التي تقدر وتعظم فيها إنسانية الإنسان، ويؤمن فيها الفرد بروح الجماعة وأهمية احترام القانون، كما أن وضع استراتيجية دقيقة لخلق سقف معين من فرص العمل للمواطنين الليبيين يستوعب الكفاءات وخريجي المدارس والكليات والمعاهد تكون حتمية، لإقناع

(1) مالك بن نبي : شروط النهضة، ترجمة: عمر كامل مسقاوي، وعبد الصبور شاهين، إشراف ندوة مالك بن نبي دار الفكر دمشق

المواطن بأهمية التغيير، وتوظيف الطاقة النفطية لخلق طاقة تكنولوجية علمية تؤسس لخلق إرادات بديلة عن النفط.

واستقطاب الكادر البشري المدرب تدريباً دقيقاً، حيث يكون عطاؤه أكثر جدوائية على الاقتصاد الليبي الحديث، الذي يحتاج إلى إنسان تدفعه المواطنة والحس الوطني إلى الابتكار والإبداع، بعيداً عن البيروقراطية والرتابة والروتين والفضى والمحسوبية، وحب المناصب، يحسن بالسلطة الجديدة أن تركز على الشخص المناسب في المكان المناسب، حسب الاستطاعة ومجانبة المحاصصة التي ستحاول الميليشيات فرضها في المعادلة الليبية الجديدة، ولن تستطيع الدولة الليبية الجديدة تطوير الاقتصاد الليبي وتحقيق الرفاهية، إلا بالاستثمار في خلق الكفاءات ودعم الكليات ووحدات البحث العلمي وتخصيص نسبة كبيرة من الدخل القومي للبحث العلمي، وخلق المؤهلات العلمية القادرة على النهوض بالبلاد إلى مصاف الدول المتقدمة.

وتبدو الدولة الليبية اليوم بحاجة حتمية وملحة لإنضاج مشروع مصلحة وطنية، تؤسس لعدالة انتقالية لا تستثني أحداً، يطمئن لها الجميع وتضع حداً للانفلات والفضى الأمنية وانتشار السلاح، وتركيز السلاح والسلطة والمبادرة بيد الحكومة، حتى يشعر المواطن الليبي بالأمن والأمان، وهو ما يحتم المفاصلة مع الميليشيات والنظام القبلي والنفوذ والمحسوبية، لأنه لا يمكننا أن نتصور الأمن والاستقرار والتنمية والتناوب الديمقراطي في ظل ميليشيات تحمل السلاح وتروع المواطن وتفرض أجندتها بالقوة، يتحتم ترسيخ مبدأ المواطنة بدل القبلية والجهوية وسد كل باب يمكن أن تلج منه الفرقة والفتنة للمجتمع الليبي.

إشكالية البحث :

كيف توفق ليبيا بعد الثورة بين الأمن والاستقرار والتنمية والديمقراطية؟

ما هي حاجيات ليبيا لمواجهة التدعيات الأمنية؟

ما هي أجمع وسيلة لتطبيق العدالة الانتقالية في ليبيا؟

وما هي السبل لبناء الاقتصاد الليبي بعد الثورة؟

فما هو تأثير تطبيق الديمقراطية على الاستقرار في ليبيا؟

كيف تبني ليبيا مواردها البشرية؟

ما هو نموذج الدولة الأنسب لليبيا اليوم؟

منهج البحث :

المنهج الوصفي التحليلي مع المنهج الاستنباطي الاستقرائي.

أولاً: ليبيا في مواجهة التداعيات الأمنية وتحديات البناء:

ما تحتاجه الدولة الليبية اليوم لمواجهة التداعيات الأمنية والتحديات الراهنة استراتيجية واضحة لمواجهة الفوضى الأمنية،⁽¹⁾ وذلك لن يتحقق إلا بوضع ضوابط ومحاذير، لمجابهة كل ما من شأنه تعكير صفو السكينة والاستقرار النفسي للمواطن الليبي، الشيء الذي سيحبط كل المؤامرات التي تحاك من طرف أنصار النظام السابق، الذين يسعون بكل جهد لتشويه ثورة السابع عشر من فبراير،⁽²⁾ وإظهار الدولة الليبية الجديدة بمظهر الدولة الفاشلة، العاجزة عن تأمين مواطنيها من خوف وإطعامهم من جوع،⁽³⁾ حيث يتعين على الدولة الليبية الجديدة إقناع الشعب الليبي والرأي العام الوطني والدولي، بمجدوائية التغيير الذي حصل في ليبيا، وهو ما لم يكن حتى تنجح السلطات الليبية الحديثة في تحقيق أهداف ثورة 17 من فبراير، المتمثلة في إقامة دولة الحق والقانون ورفع الظلم عن المواطن الليبي وتحقيق العدالة والمساواة وتحقيق العدالة الاجتماعية، الشيء الذي يشكل رداً على المثبتين والمشككين من بقايا النظام السابق، الذين من مصلحتهم إظهار الثورة على أنها من تدبير ومؤامرات الخارج لتفكيك الدولة الليبية، واستنزاف ثرواتها ونسف نظامها المتميز على حد قول هؤلاء، واستعمارها من جديد تحت يافطة الثورة والتغيير ومن يريد التشكيك في مصداقية الثورة، سيقوم على ذلك الحجة ويدعمها بالبرهان ويسندها بالدليل على أساس ما تشهد الأوضاع الأمنية في ليبيا من انفلاتات⁽⁴⁾ وما تتسم به النخبة السياسية من تمايز في النهج وتباين في الطرح وبالخصوص اللات للجهات والقبائل في المعادلة السياسية والأمنية وهو ما يعتبر انتكاسة بالنسبة لثورة قامت من أجل الحرية والعدالة والتناوب الديمقراطي السلمي لأن حضور القبيلة والجهة والمليشيات في المعادلة السياسية يعتبر عقبة أمام تحقيق العدالة والمساواة، حيث لا يتصور تطبيق القانون على فرد من أفراد منظمة مسلحة، لأن انتصار المليشيات لأعضائها ستكون له مضاعفات خطيرة على الأمن والاستقرار ونفس الشيء ينطبق على وجهاء القبائل، وبالتالي يحسن بالقائمين على الشأن الليبي اليوم إعطاء صورة مقنعة تجسد تحقيق أهداف ثورة السابع عشر من فبراير، بتحقيق الشفافية المالية ومحاربة الفساد الإداري والمالي ومحاسبة المفسدين والمتورطين وتقديمهم لمحاكمات عادلة تضمن لهم حق الدفاع عن أنفسهم بعيداً عن أسلوب الانتقام والتصفيات، وبناء مؤسسات قوية و متماسكة قادرة على تلبية طموحات المواطن الليبي، لا بد من تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات، وذلك ببناء قضاء مستقل ونزيه يعمل في استقلالية تام عن السلطتين التنفيذية والتشريعية وبناء جيش نظامي قوي و متماسك يحمي الحدود ويدافع عن الوطن ويكون صمام أمان لمواجهة فوضى السلاح وتعدد المليشيات.

فما هي الإشكالية المطروحة اليوم للدولة الليبية من أجل عصنة نظامها؟

(1) د. نجم العزاوي: أثر التخطيط الاستراتيجي على إدارة الأزمة، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الدولي السابع الذي احتضنته جامعة الزرقاء الخاصة تحت عنوان: تداعيات الأزمة العالمية على منظمات الأعمال، 3، 5، سبتمبر 2009

(2) د المحامي جمال الضمور: التحديات الإقليمية للأمن الوطني الأردني

(3) خالد معمري جندلي: التنظير في الدراسات الأمنية لفترة ما بعد الحرب الباردة دراسة في الخطاب الأمني الأمريكي بعد 11 سبتمبر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية، تخصص: العلاقات الدولية والدراسات الإستراتيجية، جامعة باتنة كلية الحقوق قسم العلوم السياسية، ص، 12

(4) طارق راشد عليان: دولة المليشيات: خريطة انتشار الجماعات المسلحة في ليبيا

ثانيا : ليبيا بين إشكالية التنمية وعصرنة الدولة الحديثة :

لم تكن للدولة الليبية مشكلة من حيث رأس المال المادي نتيجة لما تزخر به الأرض الليبية من ثروة نفطية متميزة بإمكانها تغطية كل تكاليف البناء التنموي وتوفير حياة كريمة للمواطن الليبي، لكن المواطن لا يمكنه أن يواكب قاطرة التقدم ما لم يحظ بالتدريب والتكوين والتأهيل العلمي اللازم لإحداث ثورة نمووية وصناعية في المجتمع الليبي لأن الموارد البشرية هي أساس نهضة أي بلد يسعى لاستغلال موارده الطبيعية ولكي تضع السلطات الليبية استراتيجية نمووية دقيقة عليها أن تهتم بمصادرها البشرية وتستثمر في تكوينها تكويناً علمياً يتناسب واحتياجات سوق العمل الليبي.

وما يحتاجه المواطن الليبي، اليوم خطة نمووية تضاعف النمو الاقتصادي وتوزعه توزيعاً عادلاً في بيئة نظيفة يتمكن فيها المواطن من تقرير مصيره والمشاركة في صنع القرارات التي لها تأثير على حياته، خطة نمووية تخلق فرص العمل وتوظف جميع الطاقات وتستوعب جميع أطراف المجتمع، تؤسس لشراكة اجتماعية حقيقية تجسد العدالة والشفافية بين المواطنين.

فالعدالة الاجتماعية تخلق رأس مال بشري وذلك يتجسد عند ما يشعر المواطن بالأمن والأمان والاستقرار والشعور بالحس الوطني يجعل المواطن مهيباً للإبداع والابتكار

باعتبار ذلك طبع وسجية، حيث تصبح قيم المواطنة ثقافة بالنسبة له

لا يحتاج لرقابة أو رادع حتى ينسجم مع النظم والقوانين، لأن وازعه الأخلاقي والوطني يمليان عليه ذلك، وبالتالي تكون العملية التنموية في دولة ليبيا الحديثة نابعة من القيم والأعراف والثقافة الليبية ضمن عملية تحديث متطورة ومدروسة تلبى حاجات المواطنين.

فما هي محددات التنمية في ليبيا اليوم؟

ثالثاً : أسس ومرتكزات التنمية الحديثة في ليبيا اليوم :

إن أي تنمية في ليبيا اليوم لا بد أن تؤسس على مبدأ العدل والمساواة في توزيع الفرص وتقاسم الثروات حتى يشعر المواطن بالطمأنينة على حقوقه وبالتالي يكون مساهماً مساهمة فعالة في إنتاج الثروة، مساهمة متناسبة مع نصيبه منها.

فالشعور بالطمأنينة، يجعل المواطن يشعر بأنه مفوض للمشاركة في اتخاذ القرار وبالتالي التأثير في وضع البرامج والخطط واتخاذ القرارات المؤثرة في مستقبل الدولة، ولبناء المسار التنموي في ليبيا على أسس سليمة يتعين التالي :

- وضوح الرؤية وتوازن النظرة والتوسط في الممارسة السياسية .

- التلاحم بين مكونات المجتمع الليبي من أجل التضامن لمصلحة الوطن وحفاظاً على بيئته وثرواته وترشيد الاستهلاك في الثروة حفاظاً على حق الأجيال القادمة، لأن استنزاف الثروة النفطية والمعدنية والطاقة غير المتجددة يؤدي إلى هدر نصيب الأجيال اللاحقة من ثروات وطنهم الطبيعية، وهنا يكون مبدأ المحاصصة وارداً بين الأجيال لكن محاصصة عادلة لتطوير وتحسين الأوضاع الاقتصادية لمختلف فئات المجتمع. تجسيدا لمبدأ الإنصاف والعدالة والمساواة حيث توزع الثروة توزيعاً عادلاً، كما أن وضع نظام ضريبي تصاعدي يأخذ من الغني للفقير ووضع نظام للقرض

والادخار يمول المشاريع الصغيرة التي تدر دخلا لأصحاب الدخل المحدود كما يمكنها أن تساعد في خلق فرص عمل للعاطلين عن العمل وبالتالي تقليص نسبة البطالة .

فما هو تأثير تطبيق الديمقراطية على الاستقرار في ليبيا؟

رابعا: ترسيخ الديمقراطية وتحقيق تكافؤ الفرص السياسية :

لتجذير الديمقراطية في الشعب الليبي لابد من تقديم ضمانات لإنجاح هذه العملية لا بد من تمكين⁽¹⁾ جميع المواطنين الليبيين على حد سواء من تكافؤ الفرص في الاستحقاقات السياسية، وإزاحة كل العوائق والعراقيل، التي من شأنها أن تشكل عقبة في تحقيق هدف الديمقراطية، وفي هذا المقام لا بد من إحداث تغيير جديد وذلك سيكون بتأهيل الطبقات المنسية والمهمشة حتى تأخذ دورها الطبيعي فتتمية البلاد وتمكين المرأة من خوض الانتخابات وإزاحة كل العراقيل من أمامها أيا كانت هذه العراقيل، اجتماعية قانونية لأن المرأة هي نصف المجتمع، لكن المسار الديمقراطي لا يمكن فصله عن المسار التنموي، وهو ما يحتم الرفع من وتيرة الإنتاج والتركيز على تنمية التعليم وتطوير المهارات الأكاديمية، وإعطاء عناية خاصة لتحسين الصحة والخدمات الطبية وتطوير الكادر البشري، وتقوية قدرات المواطنين الإنتاجية وتمويل مشاريعهم، وخلق عملية تنمية مستدامة تشمل السياسة الاقتصادية والتجارة والعمال قابلة للاستمرار والوقاية من الأعباء والديون التي قد تثقل كاهل الأجيال القادمة.

لا بد من تمكين المواطن الليبي حتى يشعر بأهمية وضرورة مشاركته في عملية التغيير ولا يكتفي بدوره كمستفيد فقط من نتائج الثورة والعملية التنموية الجديدة وهو ما سيجعل المواطن الليبي يمارس خيار صياغة قراراته بنفسه، لا بد من ديمقراطية وحرية اقتصادية ووجود سلطة لا مركزية ومشاركة جميع المواطنين ومنظمات المجتمع المدني.

كيف تبني ليبيا مواردها البشرية؟

خامسا: ليبيا وضرورة الاستثمار في التعليم :

ليبيا اليوم من اللازم أن تتخلص من نظامها التعليمي القديم، الذي لم يكن مبرمجا لاحتياجات السوق، التعليم القديم يرهق الطلاب بالشحن بالمعلومات المعلبة ومناهج عتيقة تجازوها الزمن، وهو ما ينتج عنه ظاهرة التقيؤ يوم الامتحانات حيث يتقيؤ الطالب ما ابتلعه من معلبات يوم الامتحانات دون تصرف ودون تفكيك للمعلومة واستنباط منها، لأن الممارسة والتجريب والتحليل والابتكار غائبة في مناهجنا القديمة، وهذا النمط من التعليم هو الذي جعل تعليمنا في الوطن العربي غير قادر على المنافسة العالمية، لأن الجامعة التي لا يسجل طلابها وبلحوثها ابتكارات علمية وبحوث أكاديمية متطورة تبقى في ذيل التصنيف العالمي.

فهذا النمط العقيم من التعليم يحسن بالدولة الليبية اليوم المفاصلة معه وانتهاج نهج تعليمي جديد يعطي الأولوية للابتكار والتحليل والتجريب ويحرر الطالب من رق المنهج القديم التلقيني الذي يغيب الحس النقدي وحرية التنقل في الأفكار.

لا بد من الانطلاق من قيم المجتمع وربط المنهج التربوي بالمحيط الاجتماعي والاقتصادي والاستئناس بالخبرات والتجارب الدولية الناجحة وليست التجربة الماليزية عنا ببعيد حيث ركزت التجربة الماليزية على جودة التعليم وتنمية البحث العلمي والتركيز على غرس عقلية الإبداع والابتكار لدى الناشئين وتحسيسهم بالمسؤولية، حيث

(1) رضوان بروسى:جدلية العلاقة بين الديمقراطية والتنمية:مقاربة غير معيارية، مجلة المستقبل العربي، العدد409مارس 2013ص، 19

قدمت نظاما تربويا يتماشى مع التخطيط الاستراتيجي الذي تسعى من خلاله ماليزيا إلى تحقيق الصدارة على المستوى الاقتصادي والتكنولوجي، وهو ما يجعل الحكومة الليبية، مدعوة للتركيز على التعليم وعلى بناء الإنسان الليبي في مرحلة التعليم الابتدائي والإعدادي والثانوي حتى مرحلة التعليم العالي، لأن التعليم هو مصدر الرأس المال البشري لأن الإنسان هو المكون الفعال للرأس المال الاجتماعي " لأن قيمة المجتمع تقاس بما يملك من أفكار لا بما يملك من مال " فإن تنمية مهارات ومعارف وقدرات أفراد الجنس البشري تجد في التعليم الرفعة والحاضنة، نادر فرجاني يرى ضرورة الاستثمار في البشر أولا من خلال التعليم.

ما هو نموذج الدولة الأنسب لليبيا اليوم؟

سادسا: دولة مدنية بنكهة دينية مؤسسة على قيم المجتمع الليبي:

ما يحتاجه الشعب الليبي اليوم لبناء دولته الحديثة في هذه المرحلة هو نموذج دولة مدنية بنكهة دينية نابعة من قيم وأخلاق المجتمع الليبي، لكن قبل بناء نموذج الدولة المدنية لا بد من التمهيد لذلك بأرضية مهياة وذلك سيكون بإقامة عدالة انتقالية يحاسب فيها كل من ارتكب جرما في حق الليبيين الشرفاء وهو ما يحتم إصلاح القضاء حتى يضمن للمتقاضين والمراجعين للمؤسسة القضائية محاكمات عادلة توفر كل الضمانات للمحاكمين، بالإضافة إلى إشاعة حقوق الإنسان ودعم المنظمات المدافعة عن حقوق الإنسان وجبر الضرر عن كل من تضرروا خلال فترة النظام السابق، العدالة الانتقالية تضمن حياد وشفافية ووضوح المحاكمات والمساواة للجميع واحترام الكرامة الإنسانية للمواطن الليبي الشيء الذي سيؤدي إلى انسجام ووثام المواطنين.

الدولة الليبية الحديثة لا بد أن تبنى على أسس تنطلق من تراث وقيم الشعب الليبي مع القيم الإنسانية المعروفة كحرية التعبير وحرية الرأي والفكر واحترام حقوق الإنسان، ومجانبة الإيديولوجيات وقاية من التعصب والتركيز على المواطنة التي تجمع جميع المواطنين الليبيين، مع وضع بنية المجتمع وتركيبته القبلية والجهوية والعصبية، في الحسبان، لأن القبلية والعصبية والمليشيات والجماعات والإيديولوجيات تعيق بناء الدولة الحديثة، واليقظة من تربص الخارج ومن بقايا النظام السابق الذين لا يريدون للدولة الليبية الحديثة أن تستقر ومجانبة تشييط الهمم من طرف الذين يتكلمون عن مآسي وإخفاقات الأمة ومواطن الضعف والخلل لأن منطق هؤلاء لا يريد للثورة أن تنجح فهؤلاء يركزون على عوامل التخلف، لأن مبرر ثورة السابع عشر من فبراير كان ولا يزال، للمفاصلة مع الدكتاتورية

لكن شركاء الثورة غير متفقين على آلية بناء الدولة الحديثة وقد لعب عدم التراكم وغياب مؤسسات تنطلق الإدارة الجديدة منها وعليها تؤسس وغياب الرؤية المشتركة بين من كان يعارض النظام القديم وقد عانا من اضطهاده وبين من التحق بالثورة من النظام السابق فهناك انعدام ثقة بين شركاء الثورة فكلا الفئتين تكيل الاتهامات للأخرى، مما أدى إلى استقطاب حاد وتهيج وتحريض إعلامي خطير كانت له مضاعفاته على الثورة، والحفاظ على مكتسبات ثورة 17 فبراير يقتضي من الجميع التصرف بعقلانية وتأجيل الخلافات حتى ترسو سفينة الثورة على بر الأمان، التأسيس للحرية ودعم منظمات المجتمع المدني حتى تساعد في توعية المجتمع وبناء الدولة، تأسيسا على الأفكار والقناعات التالية، لا بد من تصحيح لاتجاه الثورة واليقظة حتى لا تضع مكتسبات الثورة وبالتالي نفتح الفرصة لعودة بقايا النظام القديم، وكذلك لا بد من فتح حوار مثمر وبناء وجاد وصريح بين جميع الليبيين والخروج بمخلاصات يتم تنفيذها لصالح تحقيق أهداف الثورة تطبيق الديمقراطية بشفافية تامة، واستحضار الأبعاد المحددة للتنمية الليبية وهو ما يحتم الغوص في ماضي الشعب الليبي لاستخلاص الدروس والعبر واستخراج منهج يتماشى مع روح وقيم الشعب الليبي.

سابعاً: أي إستراتيجية تنموية فعالة لتنمية ليبيا اليوم؟

لا يمكن للحكومة الليبية إحداث تنمية فعالة إلا بإعطاء فرصة للعلماء والخبراء في المجال التنموي ليقدموا دراسات حول الأنسب والأفضل للتنمية في الدولة الليبية ولن يتحقق ذلك إلا بإقامة مؤتمرات وندوات واستضافة خبرات دولية ووطنية وتقوم الدولة الليبية بتنفيذ توصيات ومقترحات هذه المؤتمرات وتفعيلها وتنزيلها على أرض الواقع.

يجب أن تركز الدراسات والاستراتيجيات التنموية على مقومات وخصوصيات وخصائص المجتمع الليبي ومكونات الشعب وتميزاته وتبايناته حتى تتمكن الدولة الجديدة من التعامل مع كل هذه المعطيات بما يناسبها حتى تنجح في لم شمل وتوحيد الشعب الليبي، دراسة الحياة الاجتماعية والأسرية وعنصر الشباب من أجل خلق فرص عمل ومشاريع تنموية تناسب كل الفئات، العمل على خلق نمو اقتصادي كبير وتوزيعه توزيعاً عادلاً بين مكونات المجتمع الليبي، مراجعة المناهج التعليمية والتربوية وتصميمها تصميمًا يجعلها مؤهلة للإبداع والابتكار، والاستثمار في الصحة وتخصيص ميزانية كبيرة لها من الناتج القومي حتى تكون هذه الصحة بعد سنوات قادرة على إعطاء مردود كبير للاقتصاد الليبي، تشخيص لاحتياجات الخاصة الأساسية للمواطن الليبي تراعي ظروف السكن، وتحليل مواطن ومعاقل الفقر وعوامل الإقصاء الاجتماعي التي عانت منها طبقات كبيرة من الشعب الليبي، دراسة الغطاء النباتي الليبي، دراسة الخصائص اللغوية والعرقية والإثنية لمكونات المجتمع الليبي دراسة التنمية الاقتصادية والسياسية للأفراد يجب على كل المؤتمرات واللجان التي تدرس إستراتيجية تنمية ليبيا أن يقدموا نظرة استشرافية للأنسب والأفضل لليبي.

أي إستراتيجية أفضل لبناء الدولة الليبية الحديثة؟

ثامناً: الإستراتيجية الأنسب والأفضل لبناء الدولة الليبية الحديثة:

تقوم هذه الإستراتيجية من خلال وضع الخطط وبناء الاستراتيجيات في مختلف الميادين والمجالات وذلك يجب أن يكون حسب الخطوات التالية:

تطوير إمكانيات المواطنين وتنمية المشتركات ومجانبة المسائل محل الخلاف سعياً لتحقيق أكبر قدر من الانسجام والاتحاد والتلاحم بين الليبيين، لأن الشعوب العربية والإسلامية إذا احترمت خصوصيتها الثقافية وعاداتها وتقاليدها يسهل ذلك استقرارها وتنميتها.

خلق ثقافة المؤسسية وإقناع الكوادر بذلك حتى تكون المؤسسية ثقافة ديمقراطية يعيشونها كطبع وسجية وتشجيع المواهب والكفاءات الليبية في كل المجالات والتخصصات العلمية، مضاعفة الإنتاج وتوظيف الثروة النفطية في مشاريع خلاقة، وتشخيص مكامن القوة والضعف في المجتمع والدولة حتى نضع لها الحلول، إعطاء الفرصة للفاعلين السياسيين لبلورة البرامج الاقتصادية وتفعيلها وتنزيلها على أرض الواقع.

يجب على الأحزاب الليبية أن ترسخ المؤسسية والتناوب الديمقراطي داخل صفوفها والمساهمة في بناء المؤسسات الدستورية الليبية، بناء برلمان قوي يعكس إرادة الشعب الليبي، بناء جيش قوي محترم على أساس المؤسسية التي تجعل الجيش حام للديمقراطية ولا يتدخل في الشؤون السياسية، بناء شرطة محترمة توفر الأمن وتحترم حقوق الإنسان، خلق سلطة رابعة محترمة من مؤسسات صحفية تتمتع بالمهنية والمصداقية والدقة والموضوعية والحياد، إبعاد

المظاهر المسلحة ونزع السلاح من جميع الميليشيات لأن المعارضة لا بد أن تكون سلمية وإلا تحولت الدولة إلى دولة فاشلة، تعرية مرتكبي الجرائم ومنتهكي حقوق الإنسان وتقديمهم للعدالة.

الاستثمار في مؤسسات مجتمع مدني نشيط وفعال ومستقل عن الأحزاب وعن الدولة يكون صلة وصل بين الحكومة والشعب ينقل هموم واحتياجات المواطن للدولة ويسوق مشاريع واستثمارات الدولة للمواطن ويقوم أداء السلطة والمعارضة ويقدم النصيحة لهذا وذاك.

إعلان حرب لا هوادة فيها على الفساد والمفسدين المتعفين وملاحقتهم قانونيا وإعلاميا والتشهير بهم وتخليق الإدارة والإداريين وتقريب الخدمات من المواطن الليبي، الابتعاد عن المحسوبية والفوضوية والرشوة والوساطة حيث يكون معيار التوظيف الكفاءة فقط، مجابهة المثبطين ومحاربي روح التغيير، وذلك يكون بتكثيف العمل وتقريب الخدمات للمواطنين وعدم التضييق عليهم، القضاء على أي سلاح سوى سلاح الجيش والشرطة.

جبر الضرر عن كل المؤسسات ورجال الأعمال المواطنين الذين تضرروا من الثورة، تكليف لجان مختصة بتقييم هذه الأضرار وتقدير التعويضات اللازمة لها .

سد كل الثغرات الأمنية وتدريب جهاز الشرطة تدريبا دقيقا، الإسراع بكتابة الدستور والاستفتاء عليه والخروج من الفترة الانتقالية بأسرع ما يمكن - تحديد شكل النظام الذي سيحكم الدولة هل هو رئاسي أم برلماني.

محاربة تبذير المال العام ومكافحة الرشوة وذلك بالشفافية في إبرام الصفقات وترشيد الثروة وتدير التنمية تطبيق نظام اللامركزية الموسعة وإحداث مجالس للتدقيق المالي إعطاء القضاء الاستقلال التام وتوفير له من الضمانات والآليات والحصانات والضمانات المالية ما يكفي لأداء مهمته دون ضغوط وجعل القاضي لا يخضع إلا لسلطة القانون وضع الشخص المناسب في المكان المناسب، مجانية البيروقراطية المتعفنة يجب أن يغلب منطق الحوار.

لا بد من خلق زراعة نموذجية، وتوفير المياه لليبيين المياه الصالحة للشرب لا بد من تطهير البلاد من الميليشيات المسلحة ونزع السلاح من عموم التراب الليبي والدمج التام للميليشيات كأفراد في الجيش الليبي والقضاء على القبلية والجهوية، توحيد الأجهزة الأمنية والتحكم فيها.

خلق ثانويات ومدارس متوسطة للامتياز تستوعب العباقرة والمتميزين والانفتاح على التجارب التربوية العالمية الناجحة تعميم التعليم، وضع إستراتيجية على المدى القصير والمتوسط والطويل لخلق كفاءات ليبية من أطباء ومهندسين وفي كل التخصصات وخلق مراكز البحث والأكاديميات ووضع جوائز للمتميزين.

تكريم أساتذة الجامعات الليبية وتبني واحتضان بحوثهم وابتكاراتهم وجعل الطلاب في وضعية متميزة توفير السكن وتوفير المنح.

الاستثمار في قطاع الصحة وخلق كادر طبي ليبي متميز وخلق مستشفيات نموذجية تجعل ليبيا مكتفية ذاتيا وتستوعب الآخرين وتشخيص نسبة البطالة والتحكم فيها ووضع الوسائل الفعالة للقضاء على جيوب الفقر داخل ليبيا.

ووضع سياسات جبائية واضحة وعادلة توزع الضريبة على المواطنين وتمويل المرافق العامة، استقطاب الاستثمارات الخارجية مع طمأنة المستثمرين بتوفير الأمن والاستقرار، إحداث المقاولات والتحكم في الاستهلاك واقتصاد هذه المورد.

وترسيخ دولة المؤسسات التي تحترم الإعلام وحرية التعبير وحرية الفكر ودعم المؤسسات المدافعة عن حقوق الإنسان، ضرورة وجود ميثاق شرف إعلامي يضبط ويراقب كل ما يستهلك داخل الإعلام.

لا بد من أن تؤسس الدولة الليبية الحديثة للثقافة المراجعة والتقييم والتحليل والتشخيص محاسبة المتورطين ومعالجة الاختلالات الكبرى باستقلال القضاء وتطبيق اللامركزية.

لا بد من توطين واستيعاب الكفاءات الجديدة حتى يتكيفوا مع وضعهم الإداري الجديد وتوفير الاستقرار السياسي، توفير صناعة متميزة، القضاء على التمييز بين المرأة والرجل من خلال نشر ثقافة المساواة وتغيير ازدواجية المعايير التي تميز بين الجنسين وحماية المرأة وتأهيلها وإعطائها هامشا من الحرية يجعلها قادرة على المساهمة في تنمية الاقتصاد الليبي..

ما هو تأثير تطبيق العدالة الانتقالية على استقرار ليبيا اليوم؟

تاسعا: ضرورة العدالة الانتقالية :

تبدوا ليبيا اليوم بعد مضي وقت على التسوية السياسية التي عقبها الثورة الليبية وانتخاب المؤتمر العام الليبي وإنشاء الأحزاب السياسية وخلق مؤسسات وطنية

متماسكة بحاجة إلى البدء في تطبيق منهج العدالة الانتقالية، لمعالجة الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان التي ارتكبتها نظام القذافي مثل مذبحه سجن أبو سليم وغيرها من الجرائم الجنائية وكذا الجرائم الاقتصادية، وبالتالي لا بد من ملاحقة قضائية دقيقة وإنشاء لجان تقصي الحقائق لجميع الانتهاكات في التي وقعت في حقبة النظام الماضي وإنشاء برامج لجبر الضرر عن المتضررين، وتنقية الأجواء الليبية من أجل مصلحة حقيقية تطمئن لها النفوس لأن محاسبة الضالعين في الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان تحت سيادة القانون بعيدا عن الانفعالات والانتقامات الفردية وبعيدا عن منطق الميليشيات يؤسس لمصلحة حقيقية تشعر المتضررين وأصحاب الحق أن حقهم وحق ذويهم لم يضع.

ولتجسيد منهجية العدالة الانتقالية لا بد وضع آلية قضائية متميزة تكون قادرة ومؤهلة لمحاكمة وملاحقة المجرمين، وفي دولة كليبيا عانت أربعين سنة من الدكتاتورية والاستبداد ولم يترك لها النظام السابق أي مؤسسة يمكن للعدالة الانتقالية أن تنطلق منها وتؤسس عليها، يتعين مراجعة القضاة ورجال القانون الذين سيشفرون على العملية الانتقالية، والتأكد من توفرهم على شروط الكفاءة والاستقامة والنزاهة والخبرة، هذا بالإضافة إلى عملية تشاورية موسعة بين المواطنين ترمي الاتفاق على كيفية تطبيق منهج العدالة الانتقالية وأي نموذج يمكن تطبيقه وما هي التجارب الدولية والعربية التي يمكن لليبيا أن تستأنس بها التجارب الدولية مثال محكمة يوغسلافيا لمحكمة مجرمي الحرب في إبادة مسلمي البوسنة والهرسك، والمحكمة الدولية في روندوا والمحكمة الجنائية الدولية

وهناك تجارب عربية حديثة يمكن التأمل فيها مثل التجربة اللبنانية المحكمة الخاصة في لبنان رغم أنها في لبنان لم تحظ بالإجماع وخضعت للتمييزات السياسية، والتجربة التونسية التي اتسمت بالشمولية والرؤية الشاملة فيما يتعلق بالعدالة الانتقالية، والتجربة المغربية تجربة امتصاص مع بقاء النظام الذي كان موجودا حيث أنشأ النظام لجنة للإنصاف والمصالحة مع أنها بقيت محل شك وريبة من طرف الكثيرين، والتجربة المصرية التي أصابها الكثير من التلكؤ والتردد والنكوص، نتيجة لوجود الدولة العميقة، وهناك تجربة البحرين المتمثلة في إنشاء لجنة لتقصي الحقائق برئاسة الفقيه القانون الدولي المصري شريف بسيوني، حيث قدمت نتائج مهمة لكنها كانت دون المأمول لأنها لم

تحدد الجناة ولم تلصق التهمة بأحد معين، وفي اليمن تبدا عملية العدالة الانتقالية بطيئة⁽¹⁾ "جدا نتيجة لتوفير الحصانة للرئيس السابق علي عبد الله صالح، وقوة تأثيره في المشهد السياسي.

مكافحة الجرائم الاقتصادية يجب الحذر فيها تستحب الحكمة والتروي وعدم الاستفزاز.

التوقيت يعد من الأبعاد المهمة في العدالة الانتقالية مجانية الانتقام .

المصداقية في احترام حقوق الإنسان.

التعامل مع المجتمع الدولي والعدالة الدولية.

عاشرا : توصيات ومقترحات :

1. تعزيز اللحمة الوطنية الليبية وتقوية الصف الداخلي كأساس يبنى عليه عامل الأمن والاستقرار وتفادي أي تمايز يمكن أن يحدث شرخا يهدد استقرار الوطن وذلك يكون بتغليب فلسفة الاكتساب والاستيعاب على فكر المجانية والمفاصلة

2. بناء استراتيجية تنموية متوازنة وتوزيع مكاسبها بعدالة بين المواطنين الليبيين

3 مساواة المواطنين أمام القانون دون محاباة لأي أحد

4. ضبط الحدود الليبية الواسعة والتحكم فيها وقاية من تأثير الحركات المتطرفة العابرة للحدود واليقظة من مضاعفات حرب مالي في أزواد

5. تفكيك الميليشيات وبشكل عاجل ودجمهم بشكل فردي وليس بشكل جماعي في القوات المسلحة الليبية

6. تخصيص نسبة أربعين في المائة من الميزانية الليبية للصحة والتعليم

7. خلق مدارس خاصة للعباقرة والتميزين

8. الشفافية والوضوح في كل القرارات

9. الانفتاح على التجارب التنموية الدولية الناجحة والاستئناس بها

10. محاربة القبيلية والتركيز على اللامركزية الإدارية خدمة للتنمية والاستقرار

(1) عبد الرب علي حيدر: بناء الدولة اليمنية الحديثة، المعوقات والآفاق،

نطاق دعاوى جمعيات حماية المستهلك وشروط إنعقادها - دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي -



من إعداد : تريكي هدى، باحثة في القانون

حاصلة على درجة الماجستير في الحقوق

أمينة قسم ضبط رئيسي بمجلس قضاء تيارت، الجزائر

المقدمة :

عند تنظيم المشرع الجزائري لأحكام القانون، لم يكتف بضمان حق لجوء الأشخاص إلى القضاء كما نص عليه في الدستور في المادة 139 منه والمادة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإنما منحهم الحق في الحماية عندما يستحقونها وذلك باستعمال الدعوى، فنظم آليات إجرائية، وهي تعتبر أدوات حمائية وفي نفس الوقت قيودا يجب على المستهلك مراعاتها لقبول دعواه شكلا، وهي آليات لا تكاد تخرج عن القواعد العامة، ومن بين الآليات الإجرائية التي وفرها المشرع الشروط الشكلية لقبول الدعوى وهي الصفة والمصلحة والأهلية والتي يجب أن تكون متوفرة في أطراف الدعوى المدنية بصفة عامة، ودعوى الاستهلاك بصفة خاصة.

ومن المبادئ التي استقر عليها فقه المرافعات "أن لا ترفع الدعوى إلا من ذي صفة على ذي صفة" وهذا يعني أن تكون الدعوى مرفوعة من قبل صاحب الحق محل الاعتداء أو الطالب للحماية، هذا ويخلط بعض الفقه الفرنسي بين الصفة والمصلحة يخلو له إدراجها تحت بند المصلحة القانونية على اعتبار أن الصفة ليست إلا وجها من أوجه قيام المصلحة، بينما يذهب البعض الآخر إلى اعتبار المصلحة تدخل في مفهوم الصفة⁽¹⁾.

ولا تكاد دعاوى الاستهلاك وعلى تنوعها تخرج عن هذا المبدأ، بيد أن الصفة هنا تأخذ مضمونا أوسع بحسب اختلاف المصالح المنتهكة من قبل المسؤول (المدين بالتعويض) فردية تتعلق بالأذى الذي يلحق بالمستهلك، ومن بعده ذوي حقوقه، أو يرتبط الضرر بمجموع المصالح العامة للمواطنين⁽²⁾، بما يجعل النيابة العامة هي صاحبة الصفة في

1- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج - دراسة مقارنة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، بدون عدد طبعة 2007، ص 214.

2- قادة شهيدة، مرجع سابق، نفس الصفحة.

مباشرة الدعوى، وقد تنتهك المصالح المشتركة أو الفردية للمستهلكين وفي هذه الحالة يقع على عاتق جمعيات حماية المستهلك تحريك الدعوى.

وفي هذا الإطار، نصت المادة 13 من¹ والإلزامية على أنه: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون ".

ومنذ تصريح الرئيس الأمريكي "جون كيندي" في 15-03-1962 الذي تضمن حقوق المستهلك، اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة المبادئ التوجيهية لحقوق المستهلك، والذي جاء ضمن بنودها حرية إنشاء الجمعيات أو منظمات المستهلكين وإتاحة الفرصة لها للتعبير عن آراءها باتخاذ القرارات التي تمس المستهلكين.

أما في فرنسا، لم يكن القانون الفرنسي يسمح لجمعيات المستهلكين حتى سنة 1973 حق اللجوء إلى القضاء للدفاع عن المصلحة المشتركة للمستهلكين على أساس اصطدام ذلك بالمبدأ القاضي بأن النيابة العامة هي التي تدافع عن المصلحة العامة.

أولا : نشأة ونطاق جمعيات حماية المستهلك :

أ - نشأة جمعيات حماية المستهلك :

لقد كافحت جمعيات حماية المستهلكين طويلا من أجل الحصول على هذا الحق والذي اعترف لها بموجب المادة 46⁽¹⁾ من قانون 27 ديسمبر 1973 المسمى بقانون "روابي"⁽²⁾، وقد شكل هذا القانون في حينه ثورة مهمة نحو تقديمية قانون الاستهلاك كون أن الجمعيات كان ينظر إليها على أنها الأكثر كفاءة وقدرة لفرض احترام حقوق المستهلكين.

لكن محكمة النقض الفرنسية بموجب قرارها الصادر بتاريخ: 16-01-1985 أوقفت فرامل هذا التقدم، معتبرة أن مفهوم الدعوى المدنية لا يمكن أن نقصد به إلا دعوى التعويض عن الضرر الناتج عن جريمة جنائية⁽³⁾.

وبعد صدور قانون الاستهلاك سنة 1993، سمح للجمعيات التدخل في الدعاوى المدنية المباشرة، والمبنية على طلب التعويض عن الإضرار بالمصالح الفردية للمستهلكين في غير حالات المخالفات الجنائية.

1- حيث نصت هذه المادة على حق جمعيات المستهلكين إذا كانت معتمدة في رفع الدعوى المدنية أمام جميع الجهات القضائية بما يتناسب والوقائع التي ألحقت ضررا مباشرا أو غير مباشر بالمصلحة الجماعية للمستهلكين.

2- حماية المستهلك في القانون المقارن - دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي - دراسة معمقة في القانون الجزائري الجزائر، دار الكتاب الحديث، بدون عدد طبعة، 2006، ص 105.

3- محمد الهيني، إشكالية تمثيل جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة جيلالي اليابس، كلية الحقوق، سيدي بلعباس، عدد خاص، 2005، ص 03.

على أن الأهم ما حصل في فرنسا من تطور وهو تقرير قانون الاستهلاك لدعوى التمثيل المشترك، وكان القانون 92-60 الصادر في 18-01-1992 قبل تحول مواده إلى المواد من 1/42 إلى 3/422 من قانون الاستهلاك قد أرسى بعض قواعدها⁽¹⁾، ومن ثم قدمت لجنة مراجعة قانون الاستهلاك في فرنسا مشروعا يعرف بالدعاوى الجماعية.

أما في الجزائر فقد تم الاعتراف بهذا الحق لجمعيات المستهلكين المنشأة قانونا بموجب نص الفقرة 02 من المادة 12 من القانون رقم 02/89 الملغى بموجب القانون رقم 03/09 والتي تنص على أنه: " إضافة إلى ذلك جمعيات المستهلكين المنشأة قانونا لها الحق في رفع دعاوى أمام أي محكمة مختصة بالضرر الذي لحق بالمصالح المشتركة للمستهلكين قصد التعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق بها"، وهو ما عاد وأكد بإصداره للقانون رقم 90-31⁽²⁾.

إلى أن صدر القانون رقم: 03/09⁽³⁾ والذي نص بدوره على جمعيات حماية المستهلك ضمن الفصل السابع تحت عنوان جمعيات حماية المستهلكين في مواده 21-22-23.

ب- نطاق جمعيات حماية المستهلك :

إن دور جمعيات حماية المستهلك لا يقتصر فقط على التمثيل أمام القضاء بل لها مشاركات وأعمال أمام أجهزة مختلفة في الدولة، كدورها أمام مؤسسات الدولة الضابطة وكمثال على ذلك يجب أن يكون في مجلس المنافسة عضوان مؤهلان يمثلان جمعيات حماية المستهلكين⁽⁴⁾، بالإضافة لوجود تعاون وتشاور بين جمعيات حماية المستهلك وبين مجلس المنافسة⁽⁵⁾، وعليه تلعب هته الجمعيات دورا إرشاديا إذ ولا شك أنه وأمام مستهلك شبه عاجز ونيابة عامة مشغولة بالقضايا الكبرى⁽⁶⁾، فإن جمعيات المستهلكين تبقى الهيئة الأكثر تأهيلا لفرض احترام حقوق المستهلكين، سواء لرفعها دعوى مدنية أمام القاضي المدني، أو بتأسيسها طرفا مدنيا في دعوى عمومية مرفوعة من النيابة العامة.

كما أضافت المادة 22 من القانون رقم 03/09 أنه يمكن لجمعيات المستهلكين المعترف لها بالمنفعة العمومية أن تستفيد من المساعدة القضائية، وهو ما لم يكن معمولا به في القانون رقم 02/89 ولا في القانون رقم 31/90 الملغيين.

1- قادة شهيدة، المرجع سابق، ص223.

2- المؤرخ في 04-12-1990 الملغى بالقانون رقم 06/12 المؤرخ في 25/02/2012 والمتعلق بالجمعيات (ج ر ع 02 لسنة 2012).

3- المؤرخ في 25/02/2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش (ج ر ع 15 لسنة 2009).

4- ينظر للفقرة 04 من المادة 24 من الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، (ج ر ع 43 لسنة 2003).

5- الفقرة 02 من المادة 35 من نفس القانون.

6- القروي بشير سرحان، جمعيات حماية المستهلك في الجزائر ودورها في تفعيل الحماية القانونية للمستهلك مداخلة أقيمت في أشغال الملتقى الوطني تحت عنوان المنافسة وحماية المستهلك بين الشريعة والقانون بخميس مليانة 2012، ص 179، غير منشورة..

ثانيا : شروط اعتماد جمعيات حماية المستهلك :

تؤسس الجمعية بعد إتباع إجراءات معينة كان قد نص عليها القانون رقم 06/12 المتعلق بالجمعيات، والذي نص على كيفية تأسيسها من مادته الرابعة إلى المادة الثانية عشر من الفصل الأول تحت عنوان تأسيس الجمعيات من الباب الثاني المسمى بتأسيس الجمعيات وحقوقها وواجباتها، ووفقا لهته المواد تبدأ إجراءات تكوين الجمعية بإيداع تصريح بالتأسيس لدى المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للجمعيات الولائية، والولاية بالنسبة للجمعيات الولائية، الوزارة المكلفة بالداخلية بالنسبة للجمعيات الوطنية أو ما بين الولايات⁽¹⁾، ويمنح للإدارة ابتداء من تاريخ إيداع التصريح أجل أقصى لإجراء دراسة مطابقة لأحكام هذا القانون، ويكون الأجل ثلاثون يوما بالنسبة للمجلس الشعبي البلدي فيما يخص الجمعيات البلدية أربعون يوما بالنسبة للجمعيات الولائية، خمسة وأربعون يوما للوزارة المكلفة بالداخلية بالنسبة للجمعيات فيما بين الولايات، ستون يوما للوزارة المكلفة بالداخلية فيما يخص الجمعيات الوطنية، ويتعين على الإدارة خلال هذا الأجل أو عند انقضائه على أقصى تقدير، إما تسليم الجمعية وصل تسجيل ذي قيمة اعتماد أو اتخاذ قرار بالرفض⁽²⁾.

وعند انقضاء الأجل المنصوص عليها أعلاه، يعد عدم رد الإدارة بمثابة اعتماد للجمعية المعنية، وفي هذه الحالة، يجب على الإدارة تسليم وصل تسجيل للجمعية⁽³⁾ بالإضافة إلى ما سبق، وجوب توفر شروط معينة في الأشخاص الطبيعية الراغبين في تأسيس الجمعية كأن لا يقل سنهم عن ثمانية عشر سنة، وغير محكوم عليهم بجناية أو جنحة تتنافى مع مجال نشاط الجمعية، ولم يرد اعتبارهم بالنسبة للأعضاء المسيرين⁽⁴⁾ ووجوب اشتراك هؤلاء الأشخاص الطبيعية أو المعنوية في تسخير معارفهم ووسائلهم تطوعا ولغرض غير مربح من أجل ترقية الأنشطة وتشجيعها⁽⁵⁾ ويجب أن يحدد موضوع الجمعية بدقة، ويجب أن تعبر تسميتها عن العلاقة بهذا الموضوع⁽⁶⁾.

وأكد نفس القانون على وجوب أن يندرج موضوع نشاطاتها وأهدافها ضمن الصالح العام، وأن لا يكون مخالفا للثوابت الوطنية والنظام العام والآداب العامة وأحكام القوانين والتنظيمات المعمول بها⁽⁷⁾.

يلاحظ أن المشرع الجزائري أنشأ للجمعيات قانونا خاصا بها على عكس المشرع الفرنسي الذي خص إنشاء جمعيات المستهلكين بأحكام خاصة أدخلت في قانون الاستهلاك⁽⁸⁾.

1- المادة 07 من القانون رقم 06/12 المتعلق بالجمعيات النافذ.

2- المادة 08 من نفس القانون.

3- المادة 11 من نفس القانون.

4- المادة 04 من نفس القانون.

5- الفقرة 02 من المادة 02 من نفس القانون.

6- الفقرة 03 من نفس المادة.

7- الفقرة 04 من نفس المادة.

8- محمد بودالي، مرجع سابق، ص 679.

ثالثا: أنواع الدعاوى المرفوعة من قبل جمعيات حماية المستهلك :

وفقا لنص المادة 23 من قانون الاستهلاك الجزائري النافذ، فإن نوع الدعاوى المرفوعة من قبل جمعيات حماية المستهلك هو أن تتأسس كطرف مدني في حال تعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك بعدا كانت حسب قانون الاستهلاك 02/89 الملغى في مادة الثانية عشر الفقرة الثانية منها ترفع دعوى التعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق بالمصالح المشتركة للمستهلكين في حين يضيف القانون الفرنسي دعوى ثالثة هي دعوى التمثيل الزوجي كما يضيف القانون الأمريكي دعوى ثالثة تسمى بدعوى الفوج. أ- دعوى التعويض عن الأضرار الفردية التي تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك والتي لحقت بالمستهلكين :

ينص قانون الاستهلاك الجزائري من خلال فصله السابع من الباب الثاني المتعلق بحماية المستهلك في مادته الثالثة والعشرون على هته الدعوى لتمثيل المستهلكين والدفاع عن حقوقهم عند تعرضهم للأضرار، كما نص على انه يمكن لهذه الجمعيات أن تتأسس كطرف مدني، وبالتالي حدد لها المجال الذي يمكن أن تتدخل فيه أمام القضاء وهي تعتبر خطوة ايجابية من قبل المشرع الجزائري لتفعيل دور الجمعيات في مجال حماية المستهلك⁽¹⁾.

ويمكن لجمعيات حماية المستهلكين ممارسة حق الإدعاء المدني بالنسبة للحقوق المعترف بها للطرف المدني، بخصوص الأفعال التي تلحق ضررا مباشرا أو غير مباشر بالمصالح الجماعية للمستهلكين⁽²⁾، ومن أمثلة ذلك رفض المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/05/20 الاعتراف للجمعيات برفع دعوى مباشرة أمام القضاء المدني، وقصرت دورها على التأسيس كطرف في الدعوى المدنية.

وأكد المشرع الجزائري مرة أخرى هذا الحق بمناسبة إصداره لقانون حماية المستهلك الجديد، وهذا النص في الواقع هو تطبيق لنص المادة واحد وعشرين في فقرتها الأولى من نفس القانون، والتي عرفت وبينت دور جمعيات المستهلكين بقولها: " جمعية حماية المستهلكين هي كل جمعية منشأة طبقا للقانون، تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله".

وزاد المشرع الجزائري من تأكيد دور جمعيات المستهلكين في مواجهة الشروط التعسفية وأعطاهم حق التقاضي بصفة أصلية بقصد الدفاع عن المصلحة الجماعية للمستهلكين، وذلك بمناسبة إصدار قانون الممارسات التجارية رقم 02/04 في المادة 65⁽³⁾ منه، ولقبول هذه الدعوى ينبغي توافر شرطين وهما :

1- عبوب زهيرة، دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك، مداخلة غير منشورة أقيمت في الملتقى الوطني الخامس تحت عنوان أثر التحولات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك، يومي 05 و06 ديسمبر 2012 بالشلف، ص 17.

2- رفضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/05/20 الاعتراف للجمعيات برفع دعوى مباشرة أمام القضاء المدني وقصرت دورها على التأسيس كطرف في الدعوى المدنية، ولتفصيل أكثر في ذلك، ينظر لمقالة رباحي أحمد، الدور التنافسي لجمعيات حماية المستهلكين في مواجهة الشروط التعسفية، مداخلة غير منشورة أقيمت في إطار الملتقى الوطني الخامس تحت عنوان " أثر التحولات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك، يومي 05 و06 ديسمبر 2012، ص 10.

3- تنص المادة 65 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم (ج رع 41 لسنة 2004) المعدل والمتمم على أنه: " دون المساس بأحكام المادة 02 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي أنشأت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون كما يمكنهم التأسس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحق بهم "

1- وقوع عمل غير مشروع :

لم يشترط القانون الجزائري أن يشكل هذا العمل غير المشروع جريمة على خلاف القانون الفرنسي الذي منح لجمعيات المستهلكين حق المطالبة بالتعويض الناجم عن جريمة جزائية فقط، وبناء على ما سبق، فإن الدعوى المدنية في القانون الجزائري تكون مقبولة من أجل ضمان احترام النصوص الحمائية سواء ذات الطابع الجزائي أو غير الجزائي⁽¹⁾.

2- أن ينجم عن العمل غير المشروع أضرار فردية يتسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك ألحقت بمستهلك أو عدة مستهلكين :

كأن يتضرر مستهلك أو عدة مستهلكين من مادة غذائية فاسدة انتهت صلاحيتها أو الأضرار التي تسبب فيها منتج معيب.

وينحصر طلب الجمعية وفقا للقانون الجزائري في طلب التعويض عن الأضرار الفردية التي تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك ألحقت بمستهلك أو عدة مستهلكين وهنا ما على الجمعية إلا أن تتأسس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض، وهذا وفقا لنص المادة 23 من القانون الجزائري للاستهلاك، وبالنسبة لتقدير الضرر فهو متروك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

ب- دعوى التمثيل الزوجية الفرنسية :

أنشأ المشرع الفرنسي هذه الدعوى بموجب القانون المؤرخ في 18-01-1992 بمبادرة من السيدة "نيرتز" التي كانت آنذاك سكرتيرة دولة مكلفة بالاستهلاك، وأدمجت النصوص التي تحكمها في قانون الاستهلاك في المواد من 422-1 إلى 422-3 والمتمة بالمواد من 422-01 إلى 422-10، وتتمثل في المطالبة بالتعويض عن أضرار فردية عدة ذات مصدر مشترك عن طريق دعوى واحدة ترفعها جمعية معتمدة تمثل المستهلكين المتضررين⁽²⁾.

والهدف من هذه الدعوى هو تجميع الدعاوى المماثلة من حيث الهدف، والتي يرفعها عدد من المستهلكين في إطار دعوى واحدة للدفاع عن المصالح الفردية المتماثلة والمشاركة وليس المصالح الجماعية.

وقبول مثل هذه الدعوى يفترض وجود عدة مستهلكين في مركز قانوني مماثل أي لحق كل منهم ضرر تسبب عن فعل واحد (أي أن لهؤلاء المستهلكين مصلحة مشتركة).

وإذا توفرت الشروط السابقة كان للجمعية رفع الدعوى للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمستهلكين الذين تمثلهم، وإذا صدر حكم لصالحها، يستفيد بمبلغ التعويض المستهلكين الذين قامت الجمعية بتمثيلهم، أما إذا خسرت وصدر ضدها حكم فإن المستهلكين لن يحصلوا على شيء، فضلا عن فقدهم حق مباشرة الدعوى الفردية بأنفسهم.

¹ - محمد بودالي، مرجع سابق، ص 680.

² - محمد بودالي، مرجع سابق، هامش رقم 165، ص 682.

والملاحظ أن هذه الدعوى غير ذي فعالية، لأنه يمكن للجمعية أن تؤيد وترشد المستهلك أثناء مباشرة الدعوى الفردية، فضلا عن أن هذه الدعوى تعرض الجمعية لمخاطر تحمل المسؤولية في مواجهة المستهلكين الذين مثلتهم، وأيضا في مواجهة المهنيين الذين رفعت عليهم الدعوى إذا خسرت القضية.

ويشترط لقبول هذه الدعوى أن تحصل الجمعية على توكيل من مستهلكين اثنين على الأقل، وأن تكون هذه الوكالة مكتوبة قبل رفع الدعوى، وإذا أرادت الحصول على أكبر عدد من الوكالات، فإنه يجوز لها توجيه نداء عام عن طريق الصحافة المكتوبة فقط وتمنع من استعمال السائل السمعية البصرية بغرض حماية صورة المؤسسة من الدمار في وقت لم تثبت بعد مسؤوليتها⁽¹⁾.

ج - الدعاوى الجماعية (دعوى الفوج الأمريكية) :

يعتقد البعض أن حل مشكلة الأضرار التي تلحق بالمستهلكين لا يكون إلا بمنح الجمعيات الصفة للدفاع عن المصلحة الجماعية للمستهلكين عن طريق الدعوى الجماعية المعروفة في الولايات المتحدة الأمريكية وكندا، حيث يمكنها مباشرة الدعوى إذا أصيب عدة مستهلكين بأضرار من مصدر واحد دون الحاجة لوجود توكيل ولا إخطار سابق وإذا صدر حكم لصالح الجمعية فيمكن لأي منهم تقديم طلب الاستفادة منه، أما الآخرون فيظلون أحرارا في مباشرة الدعوى الفردية⁽²⁾.

د / الكفاح من أجل المصالح المشتركة للمستهلكين :

إن الطرق الإدارية والقضائية قد لا تسمح دائما بضمان احترام المصالح المشتركة للمستهلكين لأسباب عدة منها وجود نزاع قانوني في مجال حماية المستهلك تقاعس الإدارة وطول الإجراءات القضائية وتكلفتها العالية، الأمر الذي قد يدفع جمعيات حماية المستهلكين إلى الاستعاضة عن المسائل السابقة بوسائل الكفاح ضد المؤسسات التي تمس المصلحة المشتركة للمستهلكين بالضرر⁽³⁾.

لكن يبقى التساؤل عن عبارة المصالح المشتركة للمستهلكين من تحديد مضمونها وكذا تحديد طبيعة الأضرار وكذا التعويض عنها، ولتبيان ذلك يجب تحديدها من حيث وسائلها⁽⁴⁾، ومن بين هذه الوسائل المقاطعة وهو شعار ترفعه جمعيات المستهلكين تطالبهم فيه بالانقطاع عن شراء منتج معين أو خدمة معينة أو التعامل مع مؤسسة ما وهو ما لا يوجد في القانون الجزائري، وأما الوسيلة الثانية هي الإضراب عن الوفاء وهو أسلوب يستعمل في حال قيام نزاع بين المحترف الدائن والمستهلكين الدائنين فيلجأ هؤلاء إلى رفض الوفاء بمبالغ الدين المستحقة ضغطا منهم على الدائن إلى حين تحقيق مطالبهم، لكن يعتبر أسلوب غير قانوني، فقد يؤدي من جهة أولى إلى تمسك الدائن بالدفع بعدم التنفيذ ومن جهة أخرى مخالف لمبدأ القوة الملزمة للعقود.

¹ - محمد بودالي، مرجع سابق، ص 682.

² - ص 682.

³ - ص 684.

بالإضافة إلى الإعلان أو الإشهار المضاد، ويتمثل في بث نقد المنتجات والخدمات المعروضة في السوق عن طريق استعمال نفس الوسائل والأدوات المستعملة في الإشهار أو الإعلان في الصحافة والراديو والتلفزيون والانترنت والمصنقات ويمكن أن يسبب هذا الإجراء أضرارا بالغة بالمؤسسات.

والقضاء في فرنسا جرى على تقبل ما تقوم به جمعيات المستهلكين من مقارنات وتوجيه الانتقادات لبعض المؤسسات والخدمات والمنتجات، مادامت هذه الانتقادات والمقارنات مجردة وموضوعية ولمصلحة المستهلكين، وأنها لا تشكل خطأ إلا إذا توافرت فيها شروط معينة، وأن هذا الأسلوب تستعمله جمعيات حماية المستهلكين فيما يصدر عنها من مجالات.

رابعا: مسؤولية جمعيات حماية المستهلكين المدنية والجزائية :

1 - المسؤولية المدنية :

إن استعمال جمعيات المستهلكين لوسائل الكفاح سالفة الذكر قد يؤدي بالإضرار بالمخترفين وبالتالي يكون لهؤلاء ردة فعل جراء ذلك بقيامهم برفع دعاوى قضائية بوقف وسائل الكفاح المستعملة وكذلك التعويض على أساس نص المادة 124 ق م ج والمادة 1382 من ق م ف، وبناء على ذلك لا تكون جمعيات المستهلكين مسؤولة إلا إذا ارتكبت خطأ تسبب بضرر للمتدخل.

2 - المسؤولية الجزائية :

يلاحظ عدم وجود نص في القانون الجزائري يتكلم عن أساليب الكفاح سالفة الذكر، إلا أنه في حال تكييف الأفعال السابقة على أنها جنائية أو جنحة، كأن تكييف على أنها قذف وفقا للمادة 396 ق م ج أو المساس بعلامة الغير⁽¹⁾.

خاتمة :

بالنسبة لجمعيات حماية المستهلك، وباعتبارها صاحبة الصفة للدفاع عن حقوقه بالتأسس كطرف مدني للحصول على التعويض، فلا يُلمس لها أي فعالية مقارنة بالدور الهام الذي يفترض لها أن تقوم به وتأثيرها الكبير به على مجرى القضية، كما أن المشرع الجزائري لم يعالج مسائل عدة يمكن لجمعيات حماية المستهلك أن تتدخل فيها لتقرير حق المستهلك ومن بينها فكرة مكافحة الشروط التعسفية، نشر الحكم القضائي الصادر ضد المخترف في حالة ادانته، تقرير وفرض غرامة تهديدية على عاتق هذا الأخير، فالمشرع اكتفى بنص عام غير كاف لتدعيم سبل الحماية الفعلية للمستهلك، كما أنه لم يأت بنص خاص بدعوى التمثيل المشترك التي استحدثها المشرع الفرنسي منذ سنة 1992، لذلك من الواجب اجراء تعديلات واثراءات في قانون الاستهلاك الجزائري بخصوص مهام جمعيات حماية المستهلك وامدادها بالمساعدات المالية من الدولة لتفعيل نشاطها.

1- بشير بلعيد، القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، قسنطينة، دار البعث، بدون عدد طبعة، تاريخ الإيداع 2000 ص، 13.

المركز القانوني لرئيس المجلس الشعبي البلدي في إطار قانون رقم 10-11 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المنظم قانون البلدية - دراسة قانونية وفق قانون البلدية الجزائري -



من إعداد : الأستاذ طيبون حكيم
أستاذ مؤقت بجامعة خميس مليانة

مقدمة :

يعتبر التنظيم الإداري في الدولة، الشكل أو الهيكل الذي تمارس فيه الإدارة العمومية وظائفها. و يتخذ هذا التنظيم غالبا أسلوبين أساسيين هما: أسلوب المركزية الإدارية، و الذي يتم من خلاله تركيز الوظيفة الإدارية للدولة في يد واحدة، هي السلطة المركزية في العاصمة، و يشمل عادة رئاسة الجمهورية، رئاسة الحكومة، الوزارات المختلفة... الخ. أما الأسلوب الثاني فيتمثل في اللامركزية الإدارية؛ الذي يتميز بتوزيع الوظيفة الإدارية فيه بين السلطة الإدارية المركزية و هيئات إدارية محلية مستقلة¹ مرفقية أو إقليمية. و لما كانت هذه الأخيرة، تلعب دور مهم في تجسيد أسلوب اللامركزية، فقد أدى ذلك، بالمؤسس الدستوري إلى تكريسها في المادة 15 من دستور الجزائر² 1996 التي نصت على ما يلي: " الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية و الولاية. البلدية هي الجماعة القاعدية"³. يتضح من خلال هذه المادة القانونية، أن المؤسس الدستوري حصر الجماعات الإقليمية بالجزائر، في نوعين هما: الولاية، التي يحكمها القانون رقم 07-12 المؤرخ في 21 فيفري 2012 المتضمن قانون الولاية⁴. و البلدية، التي يحكمها القانون رقم 10-11 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتضمن قانون البلدية⁵.

و تعتبر البلدية هي جماعة إقليمية قاعدية، تمثل صورة تطبيقية للامركزية الإدارية الإقليمية في الدولة تتشكل من هيئتين أساسيتين هما: هيئة مداولة تتمثل في المجلس الشعبي البلدي وهيئة تنفيذية يرأسها رئيس المجلس الشعبي البلدي. و لأهمية مركز رئيس المجلس الشعبي البلدي، فقد أحاطه المشرع بإطار قانوني خاص به في ظل القانون رقم 10-11 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتضمن قانون البلدية، وذلك فصل مستقل بعنوان "رئيس المجلس الشعبي البلدي" وهو الفصل الثاني من الباب الأول المتعلق بهيئات البلدية و היאكلها من القسم الثاني المتعلق بصلاحيات البلدية، و قد تناول هذا الفصل في المواد من 62 إلى المادة 95 القانون الأساسي الخاص به و الصلاحيات المخولة له.

إشكالية الموضوع :

إلى أي مدى يمكن اعتبار رئيس المجلس الشعبي البلدي حر في ممارسة اختصاصاته القانونية؟ وهل يجسد فكرة الديمقراطية المحلية على المستوى اللامركزي؟

و للإحاطة بهذا الموضوع، قد حاولنا تقسيم الفكرة الرئيسية للبحث إلى ثلاث عناصر، وهذا على النحو التالي :

أولاً- الوضعية القانونية لرئيس المجلس الشعبي البلدي .

1- الوضعية الدائمة لرئيس المجلس الشعبي البلدي (عن طريق الانتخاب).

2- الوضعية المؤقتة لرئيس المجلس الشعبي البلدي (عن طريق الاستخلاف).

ثانياً- اختصاصات رئيس المجلس الشعبي البلدي .

1- صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي بصفته ممثلاً للبلدية.

2- صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي بصفته ممثلاً للدولة.

ثالثاً- الرقابة على رئيس المجلس الشعبي البلدي.

1- الرقابة على شخص رئيس المجلس الشعبي البلدي.

2- الرقابة على أعمال رئيس المجلس الشعبي البلدي.

أولاً- الوضعية القانونية لرئيس المجلس الشعبي البلدي :

نقصد بالوضعية القانونية لرئيس المجلس الشعبي البلدي، المركز أو الوضع القانوني له أثناء ممارسة عهده الانتخابية. وفي هذا الصدد، فقد نظم قانون البلدية رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتضمن قانون البلدية، الوضع القانوني لرئيس المجلس الشعبي البلدي في المواد من 62 المادة إلى المادة 76 منه⁶، وذلك بما يضمن حسن سير و استمرارية عمل البلدية، وهذا من خلال إلزام رئيس المجلس الشعبي البلدي بالإقامة الفعلية و الدائمة في إقليم البلدية و التفرغ التام لممارسة اختصاصه بالإضافة لإمكانية الاستخلاف. لذلك سنتناول الوضعية القانونية لرئيس المجلس الشعبي البلدي في عنصرين؛ الوضعية القانونية الدائمة لرئيس المجلس الشعبي البلدي و يكون هذا بواسطة الانتخاب (1)، ثم الوضعية القانونية المؤقتة لرئيس المجلس الشعبي البلدي و يكون هذا في حالة استخلاف (2)، وهذا على النحو التالي :

1- الوضعية القانونية الدائمة لرئيس المجلس الشعبي البلدي :

يتم اختيار رئيس المجلس الشعبي البلدي عن طريق الانتخاب من طرف ناخبي البلدية. غير أن المثير للانتباه في هذا الصدد، هو وجود اختلاف كبير في الأحكام المتعلقة باختيار رئيس المجلس الشعبي، بين قانون البلدية رقم 11-10 و بين القانون رقم 12-01 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المتعلق بنظام الانتخابات⁷.

فبالرجوع لقانون البلدية رقم 11-10، نجد المادة 65 منه نصت على ما يلي: " يعلن رئيسا للمجلس الشعبي البلدي متصدر القائمة التي تحصلت على أغلبية أصوات الناخبين"⁸. فللملاحظ من هذه المادة، أنها جاءت مبسطة وواضحة بخصوص كيفية اختيار رئيس المجلس الشعبي البلدي، و لم تترك أي مجال للتأويلات. فمتصدر القائمة التي تحصلت على أغلبية أصوات الناخبين، هو من يعلن رئيسا للمجلس الشعبي البلدي، أما في حالة وجود تساوي الأصوات، بين قائمتين أو أكثر، فيعلن الترشح الأصغر سنا رئيسا.

أما إذا رجعنا لقانون الانتخابات، نجد المادة 80 منه نصت على ما يلي: " في غضون الأيام الخمسة عشر الموالية لإعلان نتائج الانتخابات، ينتخب المجلس الشعبي البلدي من بين أعضائه له رئيسا للعهدة الانتخابية. يقدم المترشح لانتخاب رئيس المجلس الشعبي البلدي من القائمة الحائزة الأغلبية المطلقة للمقاعد.

في حالة عدم حصول أي قائمة على الأغلبية المطلقة للمقاعد، يمكن القوائم الحائزة على خمسة و ثلاثين بالمائة على الأقل من المقاعد تقديم مرشح.

في حالة عدم حصول أي قائمة خمسة و ثلاثين بالمائة على الأقل من المقاعد، يمكن جميع القوائم تقديم مرشح. يكون الانتخاب سرياً. و يعلن رئيساً للمجلس الشعبي البلدي، المترشح الذي تحصل على الأغلبية المطلقة للأصوات.

في حالة عدم حصول أي مترشح على الأغلبية المطلقة للأصوات من بين المترشحين الحائزين على المرتبة الأولى و الثانية. يجري دور ثاني خلال الثماني و الأربعين ساعة الموالية، و يعلن فائزاً المترشح المتحصل على أغلبية الأصوات. في حالة تساوي الأصوات المحصل عليها، يعلن فائزاً المترشح الأصغر سناً⁹.

ما يلاحظ على هذه المادة، أنها جاءت تحمل حالات عديدة، تطرح أكثر من تساؤل حول الجدوى من ذكرها ككل. فمن خلال استقراءنا لهذه الحالات نجد أنها جاءت تحمل تفصيلات كثيرة، قد تؤدي إلى تعقيد عملية اختيار رئيس المجلس الشعبي البلدي، في حالة عدم حصول أي قائمة على الأغلبية المطلقة من المقاعد، كما قد تؤدي إلى التلاعب في عملية اختياره؛ فيمكن للقائمة التي تحصل على مقعد واحد، أن يختار من بينها رئيس المجلس الشعبي البلدي. و هذا ما يعتبر مساساً بمبدأ التمثيل في حد ذاته، فلا يعقل أن يختار رئيس المجلس الشعبي البلدي من قائمة تحصلت على مقعد واحد، في حين لا يختار من قائمة تحصلت على 4 مقاعد. كذلك الغريب في هذه المادة، أن الفقرة الأخيرة منها، نصت على أنه في حالة عدم حصول أي مترشح على الأغلبية المطلقة للأصوات من بين المترشحين الحائزين على المرتبة الأولى و الثانية، و يجب إجراء دور ثاني، و إعلان الفائز المترشح المتحصل على أغلبية الأصوات و في حالة تساوي الأصوات، يعلن فائزاً المترشح الأصغر سناً، فكأن هذه الفقرة تحيلنا إلى تطبيق نفس أحكام المادة 65 من قانون البلدية. فلماذا لم يتم في بداية الأمر تطبيق هذه أحكام المادة 65، و بالتالي، فإن صياغة أحكام المادة 80 تطرح أكثر من علامة استفهام؟

و السؤال الذي يطرح، أي من المادتين القانونين واجبة التطبيق؟ هل نطبق المادة 65 من قانون البلدية أم المادة 80 من قانون الانتخابات، فيما يخص كيفية اختيار رئيس المجلس الشعبي البلدي؟

لقد اختلف أساتذة القانون في الجزائر، حول المادة الواجبة التطبيق، فهناك من يرى أن المادة 65 هي الواجبة التطبيق، باعتبارها متعلقة بقانون البلدية، و بالتالي الأولى تطبيق هذا القانون. كما أن أحكام المادة 65 من قانون البلدية بسيطة و سهلة التطبيق¹⁰.

بينما يرى البعض من الأساتذة، أن المادة 80 من قانون الانتخابات هي واجبة التطبيق، على اعتبار أن القانون العضوي أعلى درجة من القانون، أي المادة 80 تحجب و تنسخ المادة 65 المذكورة. كما أن قانون البلدية صدر في شهر جوان 2011، بينما صدر القانون العضوي في شهر جانفي 2012، و جاء تالياً للأول ناسخاً له، و بالتالي فهو الأحق بالتطبيق. كما أن القانون العضوي هو القانون الخاص، و تطبيقاً للقاعدة المعروفة الخاص يقيد العام¹¹.

و في رأينا حول المادة الواجبة التطبيق، فإنه كان من الأجدر على الجهة المختصة، و المخول لها دستورياً مراقبة دستورية القوانين، و مدى احترامها لمبدأ تدرج القوانين، الفصل في الأمر، أي كان على المجلس الدستوري¹² تحديد المادة الواجبة التطبيق، و ذلك بعد إخطاره من أي جهة من الجهات المختصة بذلك¹³.

تجب الإشارة، أن هذا الإشكال المتعلق بأي المادتين واجبة التطبيق في اختيار رئيس المجلس الشعبي البلدي، قد طرح بقوة في الانتخابات البلدية الأخيرة في سنة 2012. و هو ما نتج عنه تأخر تنصيب العديد من رؤساء المجالس الشعبية البلدية، مما أدى إلى تعطيل مصالح المواطنين و تعطيل العديد من مشاريع التنمية المحلية. و لتدارك الأمر

سارعت وزارة الداخلية إلى إصدار تعليمة¹⁴ تحمل رقم 3538، بتاريخ 05/12/2012، من أجل تفسير كيفية اختيار رؤساء المجالس الشعبية البلدية، و تأمر من خلالها الولاية إلى الاحتكام إلى المادة 80 لفض النزاعات القائمة حول المجالس المحلية التي لم يحسم رئاستها بعد¹⁵. و في تحليلنا لهذه التعليمة الصادرة عن وزارة الداخلية، و رغم أن دورها يقتصر على التفسير فقط¹⁶، إلا أن المتعمق فيها يرى أن هذه التعليمة تطرح إشكالا آخر، فكيف لتعليمة تأتي لتفسير قانون؟ هذا مساس و خرق لمبدأ تدرج القوانين. فمن المعلوم، أن القانون أعلى درجة من التعليمة في التدرج الهرمي للقوانين. فلا يعقل في اعتقادنا، أن تصدر تعليمة لتفسير قانون، بالإضافة إلى ذلك، يبدو لنا أن وزارة الداخلية ليست مختصة في النظر في مدى احترام دستورية القوانين، و إنما المجلس الدستوري هو المخول دستوريا الفصل في هذا الأمر. بالإضافة إلى ذلك أن المادة 80 من القانون العضوي رقم 12-01 السالف الذكر، لا تحليلنا إلى التنظيم.

و بعد اختيار رئيس المجلس الشعبي البلدي، ينصب في أجل 15 يوم من إعلان النتائج على أكثر تقدير. ويساعد رئيس المجلس الشعبي البلدي نائبان أو عدة نواب، يتراوح عددهم من 2 إلى 6 نواب حسب عدد مقاعد كل مجلس بلدي¹⁷، الذي يكون عموما حسب عدد سكان البلدية، و يختارون بعد المصادقة عليهم بأغلبية أعضاء المجلس الشعبي البلدي، بعد عرضهم من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي.

2- الوضعية المؤقتة لرئيس المجلس الشعبي البلدي :

قد يطرأ على شخص رئيس المجلس الشعبي البلدي أي ظرف أثناء ممارسة عهده الانتخابية، يغير من مركزه القانوني و يؤدي إلى استحالة ممارسته لمهامه. و من أجل ضمان عمل البلدية، أوجد المشرع في القانون رقم 11-10 السالف الذكر، آلية قانونية من أجل المحافظة على استمرارية و دوام عمل و سير البلدية، تتمثل في الاستخلاف.

و تتمثل أسباب استخلاف رئيس المجلس الشعبي البلدي في حالات حددها هذا القانون و هي حالة وفاته، استقالته، تخليه عن منصبه، وجود مانع قانوني.

ويتولى رئاسة المجلس الشعبي البلدي، إما أحد نواب رئيس المجلس الشعبي البلدي أو أحد أعضاء المجلس الشعبي البلدي و هذا في حالة عدم وجود أحد نوابه، و تكون فترة الاستخلاف مؤقتة لغاية انتخاب رئيس مجلس شعبي بلدي آخر¹⁸.

ثانيا- اختصاصات رئيس المجلس الشعبي البلدي :

تتميز صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي بالازدواج الوظيفي، حيث يتصرف أحيانا باسم البلدية(1)، و أحيانا أخرى باسم الدولة (2) :

1- صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي بصفته ممثلا للبلدية :

بما أن البلدية هي شخص معنوي عام، فإن رئيس المجلس الشعبي يمارس كل المهام الناتجة عن آثار الشخصية المعنوية، كما يمارس كل الصلاحيات البلدية باعتبارها هيئة التنفيذية. و قد نص المشرع على هذه الصلاحيات في المواد من 77 إلى 84 من هذا القانون¹⁹، و سنتطرق لأهم هذه الصلاحيات فيما يلي:

- يمثل رئيس المجلس الشعبي البلدي البلدية في كل أعمال الحياة المدنية و الإدارية وفق القانون.
- يقوم بجميع التصرفات الخاصة بالمحافظة على الأملاك و الحقوق المكونة لممتلكات البلدية و إدارتها، و أهمها نذكر :

- *التقاضي باسم البلدية و لحسابها،
- * إدارة مدا خيل البلدية و الأمر بالصرف،
- * يرم عقود اقتناء الأملاك و المعاملات و الصفقات و الإيجارات و يقبل الهبات و الوصايا،
- * يقوم بمناقصات أشغال البلدية و مراقبة حسن تنفيذها ،
- * يمارس كل الحقوق عن الأملاك العقارية و المنقولة التي تملكها البلدية بما في ذلك حق الشفعة،
- * يتخذ كل القرارات الموقفة للتقادم و الإسقاط ،
- * يسهر على المحافظة على الأرشيف،
- * اتخاذ مبادرات لتطوير مداخل البلدية.
- يقوم بتنفيذ مداوالات المجلس الشعبي البلدي.
- يقوم بتنفيذ الميزانية البلدية، و الأمر بالصرف.
- يمثل البلدية في كل الاحتفالات و التشريفات الرسمية²⁰.
- يرأس المجلس الشعبي البلدي حيث يمكن له استدعائه و إعداد مشروع جدول أعماله.
- يسهر على وضع المصالح و المؤسسات العمومية البلدية و حسن سيرها.
- 2- صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي بصفته ممثلا للدولة :**
- إن الدولة في حاجة إلى من يمثلها على المستوى المحلي، باعتبار هناك شؤون محلية ذات صبغة وطنية لا يمكن ممارستها إلا على المستوى المحلي، لذلك يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي على المستوى المحلي بالضبط بمفهومه الواسع التي تضمنتها المواد من 85 إلى 95 من هذا القانون محل الدراسة²¹ . و يمكن ذكر أهم الصلاحيات في هذا المجال فيما يلي :
- يسهر على احترام و تطبيق التشريع و التنظيم المعمول بهما.
- يقوم بنشر و تنفيذ القوانين و التنظيمات عبر تراب البلدية تحت إشراف الوالي.
- يعتبر ضابط الحالة المدنية حيث يقوم كل المهام المتعلقة بالحالة المدنية و ذلك تحت إشراف الوالي.
- يمكن له تفويض إمضائه للمندوبين و إلى موظف بلدي بهدف:
- * استقبال التصريحات بالولادة و الزواج و الوفيات،
- * تدوين كل العقود و الأحكام في سجلات الحالة المدنية،
- * إعداد و تسليم كل العقود المتعلقة بتصريحات بالولادة و الزواج و الوفيات،
- * التصديق على كل توقيع يقوم به، أي مواطن أمامهم بموجب تقديم وثيقة هوية،
- * التصديق بالمطابقة على كل نسخة بتقديم النسخة الأصلية منها.
- يعتبر ضابط الشرطة الإدارية، و بذلك يقوم بالمهام التالية تحت إشراف الوالي :
- * تبليغ و تنفيذ القوانين و التنظيمات على إقليم البلدية،
- * السهر على حماية النظام و السكنية و النظافة العمومية،
- * السهر على حسن تنفيذ التدابير الاحتياطية و الوقاية و التدخل في مجال الإسعاف، لضمان سلامة الأشخاص و الممتلكات و الأماكن العمومية،

- * تنفيذ تدابير الأمن التي تقتضيها الظروف،
- * تفعيل المخطط البلدي لتنظيم الإسعاف في حالة حدوث كوارث،
- * يتخذ كل الاحتياطات الضرورية و كل التدابير الوقائية لضمان حماية وسلامة الأشخاص و الممتلكات في الأماكن العمومية التي يمكن أن تحدث فيها، أي كارثة أو حادث.
- لرئيس المجلس الشعبي البلدي أن يأمر بهدم الجدران والعمارات والبنيات الآيلة للسقوط، و ذلك في إطار القانون و التنظيم المعمول به.
- يعتبر رئيس المجلس الشعبي البلدي ضابط شرطة قضائية، باعتباره يملك صفة ما يعرف بـ "الضبطية القضائية"، حيث يقوم باتخاذ الإجراءات و التحريات التي من شأنها القبض على المجرمين عبر تراب البلدية .
- كما له إمكانية تسخير قوات الشرطة أو الدرك الوطني المختصة إقليميا عند الاقتضاء.
- كما يسهر على احترام حقوق و حريات المواطنين، و يقوم في هذا الإطار بما يلي:
- * يسهر على المحافظة على النظام العام و أمن الأشخاص و ممتلكاتهم،
- * يتأكد من الحفاظ على النظام العام في كل الأماكن العمومية التي يجري فيها تجمع الأشخاص، و معاينة كل مساس بالسكينة العمومية، و كذا الأعمال التي من شأنها الإخلال بها،
- * تنظيم ضبطية الطرقات المتواجدة على إقليم البلدية،
- * يسهر على حماية التراث التاريخي و الثقافي و رموز ثورة التحرير الوطني،
- * يسهر على احترام المقاييس و التعليمات في مجال العقار و السكن و التعمير و حماية التراث الثقافي المعماري،
- * يسهر على نظافة العمارات و سهولة السير في الشوارع و الساحات و الطرق العمومية،
- و احترام تعليمات نظافة المحيط و حماية البيئة،
- * يسهر على سلامة المواد الغذائية الاستهلاكية المعروضة للبيع،
- * يسهر على منع تشرذ الحيوانات المؤذية و الضارة، كما يمكن له اتخاذ الاحتياطات و التدابير الضرورية لمكافحة الأمراض المتنقلة أو المعدية و الوقاية منها،
- * يضمن ضبطية الجنائز و المقابر طبقا للعادات و حسب مختلف الشعائر الدينية.
- يسهر على احترام التشريع المتعلق بالعقار، السكن، و حماية التراث المعماري على كامل البلدية.
- يقوم بتسليم رخص البناء و الهدم و التجزئة في إطار القانون.
- ثالثا- الرقابة على رئيس المجلس الشعبي البلدي :

تتميز الرقابة الممارسة على رئيس المجلس الشعبي البلدي عن الرقابة الممارسة على الهيئات الإدارية الأخرى. وهذا للخصوصية التي يتمتع بها رئيس المجلس الشعبي البلدي، فهو منتخب، لكن في المقابل ذلك، يمارس اختصاصات كثيرة و متنوعة، سواء بصفته ممثلا للبلدية، أو ممثلا للدولة على مستوى البلدية. لذلك، فإن الرقابة الممارسة عليه تختلف في طبيعتها. و عليه، سيتم التطرق إلى الرقابة على شخص رئيس المجلس الشعبي البلدي (1)، ثم إلى أنواع الرقابة على عمل رئيس المجلس الشعبي البلدي (2)، و هذا فيما يلي:

1- الرقابة على شخص رئيس المجلس الشعبي البلدي :

يعتبر رئيس المجلس الشعبي البلدي، هو رئيس الهيئة التنفيذية للبلدية، و نظرا لهذا المنصب الحساس و لحماية مرفق البلدية من أي تجاوزات تعرقل سير البلدية، مما ينعكس على حياة المواطنين. فقد فرض المشرع رقابة و

التزامات على شخص رئيس البلدية، من أجل ضمان السير الحسن لمرفق البلدية، و من بين مظاهر هذه الرقابة نذكر:

- إلزام رئيس البلدية الإقامة بصفة دائمة و فعلية بإقليم البلدية، إلا في الحالات الاستثنائية، فيمكن له طلب ترخيص من الوالي لتغيير مكان الإقامة.

- اعتبار رئيس المجلس الشعبي البلدي متخليا عن منصبه، في حالة غيابه غير المبرر لأكثر من شهر. و يتم إعلان ذلك من طرف المجلس الشعبي البلدي.

- إلزام رئيس المجلس الشعبي البلدي بالتصريح بممتلكاته، هذا ما نصت عليه المادة 4 و الفقرة 2 من المادة 6 و المادة 7 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بمكافحة الفساد و الوقاية منه²².

- خضوع رئيس المجلس الشعبي البلدي لرقابة المجلس الشعبي البلدي، و هذا ما نصت عليه الفقرة 1 من المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 13-105 المؤرخ في 17 مارس 2013 المتضمن النظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي البلدي، حيث جاء نصت الفقرة على ما يلي: " يتولى رئيس المجلس الشعبي البلدي رئاسة المجلس و يمارس سلطاته بصفته ممثلا للبلدية تحت رقابة المجلس"²³. من خلال هذا النص يتضح لنا أن رئيس المجلس الشعبي البلدي أصبح بموجب هذا المرسوم التنفيذي الجديد، يخضع لرقابة المجلس الشعبي البلدي، لكن لم تحدد كيفيات و طبيعة هذه الرقابة. الجدير بالذكر أن سحب الثقة برئيس المجلس الشعبي البلدي، قد ألغي بموجب القانون رقم 10-11، بعدما كان موجودا في إطار القانون²⁴ رقم 90-08 المؤرخ في 7 أفريل 1990. و يعود سبب إلغائه لبعثه جو الاستقرار و الاهتزاز في العديد من البلديات²⁵. فهل نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 13-105 السالف الذكر، هو بمثابة مؤشر لعودة إجراء سحب الثقة، و لو بطريقة غير مباشرة؟

2- الرقابة على عمل رئيس المجلس الشعبي البلدي :

يتخذ رئيس المجلس الشعبي البلدي بمناسبة ممارسته لصلاحياته ، أعمال قانونية تسمى "القرارات الإدارية البلدية" إذا كانت أعمال قانونية انفرادية، و تسمى "العقود الإدارية" إذا كانت أعمال قانونية اتفاقية. لذلك، فإن هذه الأعمال تخضع للرقابة بدورها هي أيضا. و تختلف هذه الرقابة حسب الصلاحيات التي يمارسها، فعندما يمارس صلاحياته كممثل للدولة، فإنه يخضع لرقابة تسلسلية، يمارسها الوالي أو الوزير. أما عندما يمارس صلاحياته كممثل للبلدية، فإنه يخضع للرقابة الوصائية²⁶. و من أمثلة ذلك نذكر:

- قرارات رئيس المجلس الشعبي البلدي لا تصبح قابلة للتنفيذ إلا بعد شهر من إرسالها للوالي، إلا في حالة الاستعجال، فهذا دليل خضوعها للرقابة الوصائية من طرف الوالي²⁷.

- للوالي سلطة الحل محل رئيس المجلس الشعبي البلدي، عندما يمتنع هذا الأخير عن اتخاذ القرارات الموكلة له بمقتضى القوانين و التنظيمات²⁸.

تجب الملاحظة كذلك، أن قرارات رئيس المجلس الشعبي البلدي، تخضع لرقابة القضاء الإداري، إذا كانت مشوبة عيب من عيوب المشروعية، و هذا في حالة رفع دعاوى قضائية ممن له الصفة و المصلحة في ذلك وفقا للقواعد العامة و الشروط المتعارف عليها في المنازعات الإدارية، التي ينظمها القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية²⁹.

خاتمة :

و كحوصلة حول الموضوع في إطار الاستقلالية العضوية و الوظيفية لمركز رئيس المجلس الشعبي البلدي. يمكن القول أن المشرع قد منح استقلال عضوي لمركز رئيس المجلس الشعبي البلدي من أجل ضمان السير الحسن للبلدية، و يمكن أن نلمس هذه الاستقلالية فيما يلي :

- انتخاب رئيس المجلس الشعبي البلدي من طرف ناخبي البلدية وفق قانون الانتخابات، بما يجسد الديمقراطية المحلية.

- إلزام رئيس المجلس الشعبي البلدي بقوة القانون بالإقامة الفعلية و الدائمة في البلدية و التفرغ التام لمزاولة وظائفه خلال فترة عهده الانتخابية من أجل ضمان السير الحسن للبلدية.

- إرساء الاستخلاف كآلية قانونية استثنائية للحفاظ على استمرارية نشاط البلدية.

- إعطاء ضمانات لرئيس المجلس الشعبي البلدي و نوابه و مندوبو البلدية لممارسة مهامه و التي تتمثل في القانون الأساسي لهم و المنحة المرتبطة بأداء وظائفهم.

أما فيما يخص الاستقلالية الوظيفية، فنجدها تتميز بالنسبية حيث تكون في بعض المهام موجودة خصوصا تلك الناتجة عن تمتع البلدية بالشخصية المعنوية، إلا إننا نلمس في بعض المهام لرئيس المجلس الشعبي البلدي نوع من التبعية للوالي، خصوصا في الصلاحيات المتعلقة بتمثيل الدولة على اعتبار وجود سلطة رئاسية بين الوالي و رئيس المجلس الشعبي البلدي .

أما فيما يخص الرقابة الممارسة عليه، فنلاحظ عدم وجود رقابة فعالة من المجلس الشعبي البلدي على رئيسه، وهذا راجع لغياب آليات تطبيق الرقابة و المتمثلة في سحب الثقة من رئيس المجلس الشعبي البلدي، وهذا ما يطرح عدة تساؤلات باعتبار أنها كانت موجودة في القانون السابق 90-08 السالف الذكر. كما نلاحظ وجود رقابة رئاسية من طرف الوالي على رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره ممثلا للدولة، و رقابة وصائية عليه، باعتباره ممثلا للبلدية. و نخلص في الأخير، إلى طغيان المتطلب الإداري أكثر منه المتطلب السياسي، وبالتالي فكرة اللامركزية غير مجسدة في قانون البلدية الجديد 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011، فيما يخص رئيس المجلس الشعبي البلدي بشكل مطلق، وإنما هي مجسدة بشكل نسبي، ونفسر هذا بحرص المشرع على الحفاظ على وحدة كيان الدولة . وبالتالي مدى تطبيق النظام اللامركزي هو بشكل نسبي و ليس مطلق .

الهوامش :

- 1- تعتبر هذه الاستقلالية نسبية، لأن هذه الهيئات تخضع للرقابة الوصائية.
- 2- راجع، دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، (الجريدة الرسمية، رقم 76، لسنة 1996).
- 3- راجع، المادة 15 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996.
- 4- راجع، القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فيفري 2012 المتضمن قانون الولاية، (الجريدة الرسمية، رقم 12 لسنة 2012).
- 5- راجع، القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتضمن قانون البلدية، (الجريدة الرسمية، رقم 37 لسنة 2011).
- 6- راجع، المواد 62 إلى 76 من القانون رقم 11-10 السالف الذكر.
- 7- راجع، القانون العضوي رقم 12-01 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المتعلق بنظام الانتخابات، (الجريدة الرسمية، رقم 01 لسنة 2012).
- 8- راجع، المادة 65 من القانون رقم 11-10 السالف الذكر.

- 9- راجع، المادة 80 من القانون رقم 12-01 السالف الذكر.
- 10- من مؤيدي تطبيق المادة 65 من القانون رقم 11-10، الأحزاب الفائزة بالأغلبية النسبية في الانتخابات البلدية 2012.
- 11- راجع، عمار بوضياف، شرح قانون البلدية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر العاصمة 2012 ص 208 و 209.
- 12- راجع، المادتين 163 و 165 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996.
- 13- راجع، المادة 166 من نفس الدستور.
- 14- هذه التعليمة تحمل رقم 3538 صادرة بتاريخ 05 ديسمبر 2012 من وزارة الداخلية، غير منشورة.
- 15- لمزيد من التفصيل، راجع، ق. عاطف، الداخلية تأمر الولاية بتطبيق قانون الانتخابات لإنهاء الصراع بالبلديات، جريدة الخبر الصادرة بالجزائر، ليوم الخميس 06 ديسمبر 2012، وهذه المقالة منشورة بالموقع <http://www.elkhabar.com/ar/politique/313264.html> الإلكتروني لجريدة الخبر الجزائرية :
- 16- للمزيد من التفصيل حول التعليمة التفسيرية، راجع، راجحي أحسن، مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2005، ص 588 و يليها.
- 17- راجع، المادة 69 من القانون رقم 11-10 السالف الذكر.
- 18- للمزيد من التفصيل حول إجراءات الاستخلاف، راجع المواد من 71 إلى 75 من نفس القانون.
- 19- راجع، المواد من 77 إلى 84 من نفس القانون.
- 20- راجع، المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 13-105 المؤرخ في 17 مارس 2013 المتضمن النظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي البلدي (الجريدة الرسمية، رقم 15 لسنة 2013).
- 21- راجع، المواد من 85 إلى 95 من القانون رقم 11-10 السالف الذكر.
- 22- راجع، المادة 4 والفقرة 2 من المادة 6 و المادة 7 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بمكافحة الفساد و الوقاية منه (الجريدة الرسمية، رقم 14 لسنة 2006).
- 23- راجع، الفقرة 1 من المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 13-105 السالف الذكر.
- 24- راجع، المادة 55 من القانون رقم 90-08 المؤرخ في 7 ابريل 1990 المتضمن قانون البلدية (الجريدة الرسمية، رقم 15 لسنة 1990). تجب الملاحظة، أن هذا القانون ألغي بموجب القانون رقم 11-10 السالف الذكر الذي حل مكانه، و لمزيد من التفصيل حول سحب الثقة في القانون رقم 90-08، راجع على سبيل المثال، بلعباس بلعباس، دور صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع إدارة و مالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003/2002، ص 58 .
- 25- راجع، عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 211.
- 26- راجع، ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجدد للنشر والتوزيع، سطيف، 2010. ص 147؛ لمزيد من التفصيل فيما يخص هذه المسألة أيضا، راجع ، بلعباس بلعباس، المرجع السابق، ص 146 و ما يليها.
- 27- راجع، المادة 99 من القانون رقم 11-10 السالف الذكر.
- 28- راجع، المادة 101 من نفس القانون.
- 29- راجع، القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، (الجريدة الرسمية، رقم 21 لسنة 2008).

قائمة المراجع :

1- النصوص القانونية :

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، (الجريدة الرسمية، رقم 76، لسنة 1996).
- القانون العضوي رقم 12-01 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المتعلق بنظام الانتخابات، (الجريدة الرسمية، رقم 01 لسنة 2012).
- القانون رقم 90-08 المؤرخ في 7 ابريل 1990 المتضمن قانون البلدية (الجريدة الرسمية، رقم 15 لسنة 1990).
- القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بمكافحة الفساد و الوقاية منه (الجريدة الرسمية، رقم 14 لسنة 2006).
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، (ج ر، رقم 21 لسنة 2008).
- القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتضمن قانون البلدية، (الجريدة الرسمية، رقم 37 لسنة 2011).
- القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فيفري 2012 المتضمن قانون الولاية، (الجريدة الرسمية، رقم 12 لسنة 2012).
- المرسوم التنفيذي رقم 13-105 المؤرخ في 17 مارس 2013 المتضمن النظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي البلدي (الجريدة الرسمية، رقم 15 لسنة 2013).
- التعليم رقم 3538 صادرة بتاريخ 05 ديسمبر 2012 من وزارة الداخلية، المفسرة لكيفية اختيار رؤساء المجالس الشعبية البلدية، غير منشورة.

2- المؤلفات :

- عمار بوضياف، شرح قانون البلدية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر العاصمة، 2012.
- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجلد للنشر والتوزيع، سطيف، 2010.

3- الرسائل و المذكرات:

- راجحي أحسن، مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2005.
- بلعباس بلعباس، دور و صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع إدارة و مالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003/2002.

4- الوثائق:

- جريدة الخبر الصادرة بالجزائر، الصادرة يوم الخميس 06 ديسمبر 2012 .

5- مواقع الانترنت :

- الموقع الالكتروني لجريدة الخبر الجزائرية :

<http://www.elkhabar.com/ar/politique/313264.html>

دور إدارة الجمارك في إثبات الجريمة الجمركية

وفقا لقانون الجمارك الجزائري والأمر رقم 05-06 المنعلق بمكافحة التهريب



توفيق سلامة طالب باحث في الماستر تخصص تنظيم إداري

المؤسسة : جامعة الشيخ العربي التبسي - تبسة - الجزائر

مقدمة :

تبدأ مرحلة الكشف عن الجريمة الجمركية عند معاينتها من طرف الأعوان المؤهلين لذلك، وتعد المعاينة أولى محطات المنازعة الجمركية الجزائرية، إذ بها تستطيع إدارة الجمارك أن تكشف عن مخالفات التشريع الجمركي (قانون الجمارك، الأمر 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب...)، وحين تتمكن الجمارك من الكشف عن الجرائم الجمركية يتسنى لها ضبطها بالآليات التي منحها لها القانون، ومن أهم هاته الآليات المحاضر التي تحرر طبقا لأحكام قانون الجمارك، والجرائم الجمركية - يقول الأستاذ كلود بير - "تأسس على فكرة العبور السري للحدود ولا تترك أي أثر إذا لم تتم معاينتها وقت ارتكابها"¹، وهو ما يستوجب من إدارة الجمارك ممارسة صلاحياتها وتحرير محاضر الحجز التي تتم جراء معاينة الجريمة الجمركية أثناء عبورها الحدود بسرية، وإذا أفلت المخالف من إدارة الجمارك - فيقول الأستاذ كلود بير - "فإنها تستطيع متابعة أشخاص لم يتم ضبطهم وهم بصدد ارتكاب الفعل، وإنما يفترض فيهم أنهم معنيون بالغش، وخاصة أولئك الذين يمسون أو يقومون بتداول البضائع المشبوهة"².

ومن منطلق دورها في محاربة الغش والتهرب من أداء حقوق الخزينة العمومية متمثلة في الحقوق والرسوم التي تحصلها، فقد أعطاه المشرع صلاحيات وسلطات واسعة وخاصة تضمنها قانون الجمارك، لأجل معاينة الجرائم الجمركية والتحقق من عدم إفلات المخالف، وقد تجلّى كل ذلك في إعطاء قوة ثبوتية للمحاضر الجمركية لتصبح دليلا قويا في مواجهة المخالف، وليس له إمكانية التملص منه إلا في حالات قليلة حددها المشرع.

لذلك سنتطرق إلى المحاضر الجمركية التي تمكن إدارة الجمارك من ضبط المخالفات المتعلقة بالتشريع الجمركي مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، وهذا من خلال مبحثين كالاتي :

¹ كلود بير، الغش الضريبي والتهريب الجمركي، يومان دراسيان، المحكمة العليا، الجزائر، 13-14/11/2007، ص: 2.

² المرجع نفسه، ص: 3.

المبحث الأول: إجراءات البحث والتحري الخاصة بإدارة الجمارك؛

المبحث الثاني: دور المحاضر الجمركية في الإثبات.

المبحث الأول: إجراءات البحث والتحري الخاصة بإدارة الجمارك :

لقد خول المشرع الجمركي لإدارة الجمارك سلطات واسعة للبحث عن مخالفات المرتبطة بالتشريع الجمركي، منها ما هو خاص بها وحدها بحيث تمتلك صلاحيات واسعة في استعمالها، ومنها ما تشاركها فيها بعض الجهات الأخرى كالضبطية القضائية، المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ، إدارة الضرائب، وغيرها... ولغرض البحث عن الجريمة الجمركية بين قانون الجمارك¹ السلطات الممنوحة لإدارة الجمارك ممثلة في أعوانها، وباستقراء نصوص قانون الجمارك نجد حق إجراء الحجز الجمركي، حق إجراء التحقيق الجمركي، حق الإطلاع، حق تفتيش الأشخاص والمنزل، حق توقيف الأشخاص، وغيرها من الحقوق، وما يهمنا هنا إجراء الحجز الجمركي وإجراء التحقيق الجمركي، لأنهما إجراءان يتصلان مباشرة بوقوع الجريمة الجمركية.

المطلب الأول: إجراء الحجز الجمركي :

يرتبط الحجز الجمركي ارتباطاً وثيقاً بوضع إدارة الجمارك يدها على محل الجريمة الجمركية متمثلة في: البضائع محل الغش، البضائع التي تخفي الغش، وسائل النقل المستعملة في الغش²، الوثائق التي ترافق البضاعة القابلة للمصادرة³، وقد اعتبره المشرع بمثابة إجراء التلبس المنصوص عليه في قانون الإجراءات الجزائية⁴ وبالتحديد في المادة 1/41 بقولها " توصف الجنائية أو الجنحة بأنها في حالة تلبس إذا كانت مرتكبة في الحال أو عقب ارتكابها...."

إذ يشكل الحجز الجمركي الوسيلة الأكثر سرعة وفاعلية⁵ في الكشف عن الجريمة الجمركية من تلك الوسائل المذكورة في القانون العام، بالنظر إلى وضع اليد على محل الجريمة الجمركية وضبط المخالفين في معظم الأحيان، ولدراسة الحجز الجمركي وجب علينا أن نبين من هم الأشخاص المخولين لإجرائه وما هي صلاحياتهم في إطار إجراء الحجز؟

الفرع الأول: الأشخاص المؤهلين بإجراء الحجز الجمركي :

حرص المشرع الجمركي على بيان الأشخاص المؤهلين بإجراء الحجز الجمركي، حيث أوردت ذكرهم المادة 1/241 من قانون الجمارك بقولها: " يمكن أعوان الجمارك وضباط الشرطة القضائية وأعوانها المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية، وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ وكذا الأعوان المكلفين بالتحريات الاقتصادية والمنافسة والأسعار وقمع الغش، أن يقوموا بمعاينة الجرائم الجمركية وضبطها"، ومما يفهم من نص المادة أن أعوان

¹ قانون رقم 79-07 مؤرخ في 21 جويلية 1979م المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-10 مؤرخ في 22 أوت 1998م.

² أحسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية، ط4، دار هومة للنشر، الجزائر، 2009، ص: 142.

³ المرجع نفسه، ص: 143.

⁴ الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966م المعدل والمتمم.

⁵ عبد الحميد الحاج صالح، التهريب الجمركي بين النظرية والتطبيق، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 23، العدد 02، 2007، ص: 12.

الجمارك هم أصحاب الإختصاص الأصلي في معاينة الجرائم الجمركية¹، ويتضح ذلك من ذكرهم في أول القائمة الخاصة بالأشخاص المؤهلين لمعاينة وضبط الجريمة الجمركية، ونلاحظ كذلك أن المادة نصت على أعوان الجمارك ولم تحدد رتبهم ولم تخصص الإجراءات لعون دون آخر، وبذلك فإن جميع الأعوان مهما كانت رتبهم مؤهلون لإجراء الحجز الجمركي، والجدير بالذكر أن المادة 32 من الأمر 06-05 المؤرخ في 23-08-2005 المتعلق بمكافحة التهريب جاءت بنفس صياغة المادة 241 من قانون الجمارك، وقد قضت المحكمة العليا بأنه " يتعين التوضيح في هذا المجال بأن معاينة المخالفات الجمركية لا يقتصر على أعوان الجمارك ولكن القانون خول لضباط الشرطة القضائية وأعوانها المنصوص عليهم في ق ج ح حق معاينة المخالفات الجمركية وذلك ما نص عليه حكم المادة 241 ق ج فإن ضبط الطاعن من طرف الشرطة القضائية غير مخالف للقانون"².

الفرع الثاني : سلطات الأعوان في إطار الحجز الجمركي :

خول التشريع الجمركي للأعوان المؤهلين للقيام بالحجز سلطات واسعة تجاه البضائع محل الجريمة، أو تجاه الأشخاص، غير أن هناك سلطات خص بها القانون أعوان الجمارك دون غيرهم من الأعوان المذكورين في المادة 241 قانون الجمارك، بالإضافة إلى سلطات أخرى تتشارك فيها مع الأعوان السابق ذكرهم، نبين في الآتي هذه السلطات. أولاً. سلطات الأعوان تجاه البضائع :

في إطار التحري عن الجريمة الجمركية وضبطها، فقد بينت المواد 41، 42، 43، 49 قانون الجمارك حق التحري الذي تختص به إدارة الجمارك وحدها، والمواد 2/241، 250 قانون الجمارك حق ضبط الأشياء.

1. حق التحري : ينصب حق التحري في صلب اختصاص أعوان الجمارك دون غيرهم، وبغرض ممارسة هذا الحق يقوم الأعوان بـ³:

- تفتيش البضائع ووسائل النقل والأشخاص، في حدود الإختصاص الإقليمي لكل فرقة (المادة 41 قانون الجمارك)؛
- إخضاع الأشخاص لفحوص طبية للكشف عن المخدرات، بالإضافة إلى التفتيش الجسدي للأشخاص الذين يحتمل أنهم يحملون على أجسادهم بضائع محل غش (المادة 42 قانون الجمارك)؛
- إعطاء الأوامر لسائقي وسائل النقل وتوقيفهم ولو باستعمال القوة إذا اقتضت الظروف ذلك (المادة 43 قانون الجمارك)؛

- حق تفتيش مكاتب البريد بما في ذلك قاعات الفرز ذات الإتصال المباشر مع الخارج، للبحث ومراقبة المظاريف المحظورة الإستيراد أو التصدير، والمظاريف الخاضعة لحقوق ورسوم تحصلها إدارة الجمارك، والمظاريف الخاضعة لقيود وإجراءات عند دخولها أو خروجها (المادة 49 قانون الجمارك).

غير أن قانون الإجراءات الجزائية يخول لضباط الشرطة القضائية إختصاصا عاما بنص المادة 3/12، حيث تناط بهم مهمة البحث والتحري عن الجرائم المقررة في التشريع الجزائي، وجمع الأدلة عنها والبحث عن مرتكبيها، وتبقى

¹ سعادة العيد، الإثبات في المواد الجمركية، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة، 2006، ص: 31.

² قرار رقم 270137 صادر في 03/02/2003م، غ.ج.م.ق.3، قضية ب م ك، مصنف الإجتهااد القضائي، صادر عن مديرية المنازعات، د س ن، ص: 17.

³ بن يعقوب حنان، التوجهات الجديدة في المنازعات الجزائية الجمركية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، (2003-2004)، ص- ص: 82-84.

المخاض المحررة من طرفهم وفق قانون الإجراءات الجزائية مخاض جمع استدلالات ولا ترقى أن تكون محاضر جمركية، بالإضافة إلى أن المادة 32 من الأمر 05-06 خولت للأعوان المؤهلين لمعاينة جرائم التهريب حق التحري.

2. حق ضبط الأشياء : يعتبر هذا الحق حقا غير حصري لأعوان الجمارك، إذ يمكن لكل الأعوان المذكورين في المادة 1/241 قانون الجمارك والمادة 32 من الأمر 05-06 أن يمارسوا حقهم في ضبط الأشياء محل الغش الجمركي، والذي يتخذ بدوره صورتين¹:

أ. حجز الأشياء القابلة للمصادرة : باستقراء نص المادة 2/241 نجد أن الأعوان المؤهلين لمعاينة الجرائم الجمركية الحق في حجز البضائع الخاضعة للمصادرة وهي: البضائع محل الغش، البضائع التي تخفي الغش، ووسائل النقل التي تخفي الغش بما في ذلك الحيوانات، وفي هذا الإتجاه قضت المحكمة العليا بأن: " القرار المطعون فيه صدر خرقا لقانون الجمارك في مواده 226، 234، 326، 328، عندما أمر برد الأربعة أجهزة تلفاز من نوع ENIE على أساس أنها من صنع جزائري غير أنها كانت تخفي الغش، فالبضاعة الجزائرية ساهمت في إخفاء البضاعة ذات المصدر الأجنبي والقرار المطعون فيه صدر خرقا للقانون ويستحق النقض.

وحيث يتبين فعلا أن البضاعة من صنع أجنبي ضبطت مع تلك التي من صنع جزائري وأن البضاعة الأجنبية هي ذات علاقة بالجزائرية عملا بالمادة 5 بند-ط- من قانون الجمارك ومن ثم فإن البضاعة الجزائرية الصنع تكون جعلت لإخفاء البضاعة من صنع أجنبي وهو ما يجعل المادة 326 قانون الجمارك واجبة التطبيق ويعرض القرار المطعون فيه للنقض في الدعوى الجبائية (نقض وإبطال القرار المطعون فيه جزئيا وإحالة القضية على نفس المجلس القضائي للحكم فيها طبقا للقانون في الدعوى الجبائية"².

ونلاحظ أن هذا الحق هو حق مطلق³ إذا تمت المعاينة في الأماكن الخاضعة لمراقبة أعوان الجمارك، ويقصد بها: النطاق الجمركي، المستودعات سواء كانت عمومية أو خاصة أو صناعية، المكاتب الجمركية، وغيرها من المناطق الخاضعة للحراسة الجمركية حتى ولو كانت خارج النطاق الجمركي.

أما في باقي الأماكن الأخرى فإن المادة 2/250 قانون الجمارك، قيدت من سلطات الأعوان في حجز الأشياء القابلة للمصادرة إذا تمت المعاينة في هاته الأماكن، وهاته الحالات المذكورة على سبيل الحصر كالاتي:

- الملاحقة على مرأى العين، إذ يتعين أن تستمر الملاحقة دون انقطاع من داخل النطاق الجمركي حتى القيام بالحجز؛
- التلبس بالجريمة؛
- مخالفة أحكام المادة 226 قانون الجمارك، التي تتكلم عن حيازة وتنقل البضائع الحساسة القابلة للتهريب والتي ترك المشرع بيانها للتنظيم، إذ حدد قائمتها وزير المالية بموجب قرار مؤرخ في 30-11-1994؛
- إكتشاف مفاجئ لبضائع يتبين أصلها المغشوش من خلال تصريحات حائزها، أو في حالة غياب وثائق تثبت وضعها تجاه التشريع الجمركي عند أول طلب⁴.

¹ Rozzen cren, poursuites et sanctions en droit pénal douanier, thèse doctorat en droit privé pénal, université panthéon-Assas, France, 2011, p: 96.

² غ.ج.م.ق3 قرار رقم 290364 مؤرخ في 2004/09/06، غ.ج.م.ق3، قضية إ ج ضد س و د، المصنف سابق الذكر، ص: 11.

³ محمد حسين عبطان الرقاد، الدعوى الجزائية الجمركية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، 2009، ص: 28.

⁴ كلود بير، مرجع سابق، ص: 01.

ب. حق احتجاز الأشياء : يعتبر هذا الحجز احتياطياً يريد من خلاله القائم بالحجز أن يضمن سداد الغرامات المستحقة قانوناً لصالح الخزينة العمومية حيث تجيز المادة 2/241 قانون الجمارك للأعوان المؤهلين لإجراء الحجز احتجاز الآتي :

- البضائع التي في حوزة المخالف، وغالبا ما ينصبُّ هذا الحجز على وسائل النقل أو بضائع غير قابلة للتلف لضمان عدم نقصان قيمتها، مع التشديد على أن لا تتجاوز قيمة البضاعة المحتجزة على سبيل الضمان، مبلغ الغرامة المستحقة قانوناً؛
 - الوثائق التي ترافق البضاعة الخاضعة للمصادرة وذلك لاستعمالها كسند إثبات.
- ثانياً. سلطات الأعوان تجاه الأشخاص والمنازل : بالإضافة إلى السلطات المخولة للأعوان الذين يقومون بالحجز تجاه البضائع والأشياء، هناك صلاحيات مهمة تجاه الأشخاص ونميز نوعين من الصلاحيات:

1. توقيف الأشخاص : إذ تجيز المادة 3/241 قانون الجمارك للأعوان المؤهلين بالقيام بالحجز الجمركي توقيف الأشخاص في حالة التلبس، ولعدم النص عليه في قانون الجمارك نرجع إلى الأحكام العامة التي تحكم التلبس وشروطه هي :

- أن يكون الفعل المجرم جنحة أو جناية¹؛
 - أن تكون الجنحة أو الجناية متلبس بها، فلا يجوز التوقيف في الحالات الأخرى؛
 - أن يتجاوز سن الشخص الموقوف 13 سنة، فلا يجوز توقيف من هم دون سن 13 سنة.
- والجددير بالذكر أن المادة نفسها تلزم المحررين لمخض الحجز الجمركي إقتياد الشخص الموقوف أمام وكيل الجمهورية المختص²، وهو ما أيدته المادة 2/251 قانون الجمارك بنصها " في حالة التلبس، يجب أن يكون توقيف المخالف (أو المخالفين) متبوعاً بالتحريير الفوري لمخض الحجز ثم إحضاره أمام وكيل الجمهورية".

وبما أن توقيف الأشخاص من المهام الأصيلة لأعوان الشرطة القضائية فهو لا يثير أي إشكال، فالمادة 3/251 ق ج تلزم كلا من السلطات المدنية والعسكرية بتقديم يد المساعدة لأعوان الجمارك عند أول طلب، وخاصة لتوقيف المخالفين وحراستهم وإحضارهم أمام وكيل الجمهورية³.

والواقع أن المادة 61 قانون الإجراءات الجزائية تمنح الحق لكل شخص بضبط مرتكب الجنحة أو الجناية المتلبس بها، واقتياده إلى أقرب ضابط للشرطة القضائية، لذلك فأعوان الجمارك لهم الحق بموجب المادة سابقة الذكر بتوقيف الأشخاص واقتيادهم إلى أقرب مركز للضبطية القضائية، ليحول بمعرفة ضابط الشرطة القضائية إلى وكيل الجمهورية.

أما بالنسبة إلى توقيف الأشخاص للنظر، فالأصل أنه جائز لضباط الشرطة القضائية في الجريمة المتلبس بها، لذلك لا يجوز لأعوان الشرطة القضائية توقيف الأشخاص للنظر، وهو ما ينطبق على أعوان الجمارك إذ لم تنص عليهم

¹ قبل صدور الأمر 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب، كانت الجرائم الجمركية تحتل وصفين اثنين لا ثالث لهما، إما أن تكون مخالفة أو تكون جنحة، وأضاف الأمر السابق الذكر وصف الجنحية على جرائم تهريب الأسلحة (المادة 14)، والجرائم التي تشكل تهديداً خطيراً على الأمن الوطني أو الإقتصاد الوطني أو الصحة العمومية (المادة 15).

² عبد الرحمن خلفي، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص: 76.

³ أحسن بوسفيعة، مرجع سابق، ص: 144.

المادة 51 قانون الإجراءات الجزائية، كما سكت عن هذا الحق قانون الجمارك وبالتالي فأعوان الجمارك غير مؤهلين لتوقيف الأشخاص للنظر¹.

2. تفتيش المنازل : بالإضافة إلى سلطات أعوان الجمارك تجاه الأشياء والأشخاص، هناك سلطات أخرى تجاه المنازل في إطار الحجز الجمركي، وبالنسبة للتفتيش فهو إجراء قانوني يتم بموجبه الإطلاع على المحل كالمسكن والشخص قصد إظهار الحقيقة، كما ورد نصه في المادة 81 قانون الإجراءات الجزائية، بحيث يهدف هذا الإجراء إلى كشف الأدلة التي من شأنها توضيح حقيقة الجريمة²، وقبل معرفة حدود سلطة أعوان الجمارك في التفتيش، نرى تعريف المنزل وشروط التفتيش العامة والخاصة ثم نرى سلطة الأعوان في التفتيش:

أ. تعريف المنزل : عرفت المادة 355 من قانون العقوبات³ المنزل بقولها " يعد منزلا مسكونا كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك ولو متنقل ولو لم يكن مسكونا وقتذاك وكافة توابعه مثل الأحواش وحظائر الدواجن ومخازن الغلال والإسطبلات والمباني التي توجد بداخلها مهما كان استعمالها حتى ولو كانت محاطة بسيج خاص داخل السياج أو السور العمومي".

ب. مدى جواز تفتيش المنازل لأعوان الجمارك : يجيز قانون الجمارك لأعوان الجمارك في إطار الحجز الجمركي تفتيش المنازل، وقد ميز بين حالتين :

1. التفتيش داخل النطاق الجمركي : نجد أن هناك سلطة واسعة في التفتيش في النطاق الجمركي⁴ حيث نصت المادة 1/47 قانون الجمارك على: " للبحث عن البضائع التي تمت حيازتها غشا داخل النطاق الجمركي... يمكن أعوان الجمارك المؤهلين من قبل المدير العام للجمارك القيام بتفتيش المنازل بعد الموافقة الكتابية من الجهة القضائية المختصة، على أن يرافقهم أحد مأموري الضبط القضائي..."، حيث يستشف من نص المادة أعلاه أنه يحق لأعوان الجمارك تفتيش المنازل لغرض البحث عن البضائع التي تمت حيازتها غشا، وبالتالي فإجراء التفتيش داخل النطاق الجمركي حق مطلق للبحث عن جميع البضائع التي تمت حيازتها غشا دون استثناء، غير أن المادة أوردت شرطين خاصين للتفتيش بالإضافة إلى الشروط العامة وهما⁵: شرط التأهيل من طرف المدير العام للجمارك ومرافقة أحد ضباط الشرطة القضائية ل يتم التفتيش تحت رقابته، أما الشرطان العامين فقد ورد ذكرهما في المواد 44، 47 قانون الإجراءات الجزائية وهما⁶: الحصول على موافقة كتابية من الجهة القضائية المختصة (وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق)، وأن يتم التفتيش داخل الآجال القانونية (من الخامسة صباحا إلى غاية الثامنة مساء)، غير أن التفتيش الذي شرع فيه نهائيا يمكن مواصلته ليلا.

2. التفتيش خارج النطاق الجمركي : حصرت المادة 1/47 و2 قانون الجمارك حق أعوان الجمارك في التفتيش في حالتين هما: البحث عن البضائع الخاضعة لأحكام المادة 226 قانون الجمارك وهي البضائع الحساسة للغش، والمتابعة على مرأى العين المذكورة في المادة 250 ق ج على أن تتم المتابعة من داخل النطاق الجمركي دون انقطاع وتدخل إلى المنزل المراد تفتيشه ويخضع التفتيش في هاتين الحالتين إلى الشروط المذكورة سابقا.

¹ سعادنة العيد، مرجع سابق، ص: 53.

² رحمان حسينية، البحث عن الجرائم الجمركية وإثباتها في ظل القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، د س ن، ص: 24.

³ الأمر 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

⁴ هو الشريط المرسوم من الحدود إلى الداخل على طول 30 كلم، ويمدد إلى 60 كلم في ولايات إليزي، تامنراست، أدرار، وتندوف.

⁵ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص: 146.

⁶ جباري عبد المجيد، دراسات قانونية في المادة الجزائية على ضوء أهم التعديلات الجديدة، دار هومة للنشر، الجزائر، 2012، ص: 117.

غير أن أحكام المادة 2/47 قانون الجمارك تعفي أعوان الجمارك الذين تابعوا البضاعة على مرأى العين من شرط التأهيل من طرف المدير العام للجمارك، شرط الحصول على إذن كتابي من الجهة المختصة، وشرط مرافقة أحد ضباط الشرطة القضائية، ويكفي في هاته الحالة إبلاغ النيابة العامة فوراً¹.

وأضافت المادة 3/47 قانون الجمارك أنه في حالة امتناع صاحب المنزل عن فتح الأبواب لأعوان الجمارك ليقوموا بمهامهم، فعليهم الإستعانة بضباط الشرطة القضائية إذ لا يجوز فتح الأبواب إلا بحضوره.

المطلب الثاني: إجراء التحقيق الجمركي :

سبق وذكرنا في المطلب السابق أن الحجز يمثل الوسيلة المثلى لكشف الجريمة الجمركية، أما بالنسبة للتحقيق الجمركي فيبقى إجراءً إستثنائياً²، وقد نظم المشرع الجمركي أحكامه في المادة 252 قانون الجمارك تحت عنوان محضر المعاينة، ويهدف التحقيق الجمركي إلى الكشف عن جرائم مر على وقوعها مدة زمنية معينة، حيث يستعمل التحقيق في الكشف عن الجرائم الجمركية غير المتلبس بها، وهي الميزة الأساسية لهذا الإجراء الذي يعد حديثاً نسبياً، ونلاحظ أن المادة 252 قانون الجمارك تشدد على أن هذا الإجراء مخول لأعوان الجمارك دون سواهم من الأعوان المذكورين في المادة 241 قانون الجمارك، وسنتطرق فيما يأتي إلى الأعوان المؤهلين بإجراء التحقيق الجمركي ثم إلى سلطاتهم في هذا الإطار.

الفرع الأول: الأعوان المؤهلون لإجراء التحقيق الجمركي :

ميزت المادة 252 قانون الجمارك هذا الإجراء عن إجراء الحجز بحصره في أعوان الجمارك دون سواهم من الأعوان المذكورين في المادة 241 قانون الجمارك، غير أن التحقيق الجمركي نوعان: تحقيق عادي، وتحقيق يتم إثر مراقبة الوثائق والسجلات الحسابية بموجب الإحالة إلى المادة 48 قانون الجمارك من المادة 252 قانون الجمارك.

أولاً. التحقيق الجمركي العادي: وهو الذي يتعلق باكتشاف الجرائم الجمركية إثر نتائج التحريات³، وفي هذا الإطار حصر قانون الجمارك سلطة إجراء التحقيق الجمركي في أعوان الجمارك دون النظر إلى رتبهم، إذ يجوز لجميع أعوان الجمارك القيام بهذا الإجراء بموجب نص المادة 1/252 قانون الجمارك بقولها: "يجب أن تكون محضر معاينة المخالفات الجمركية التي تتم معاينتها من طرف أعوان الجمارك... وبصفة عامة، على إثر نتائج التحريات التي يقوم بها أعوان الجمارك".

ثانياً. التحقيق الجمركي الذي يتم إثر مراقبة الوثائق والسجلات الحسابية: جعلت المادة 48 قانون الجمارك تحت عنوان حق الإطلاع، سلطة إجراء هذا التحقيق أكثر حصراً في أعوان الجمارك الذين لهم رتبة ضابط مراقبة على الأقل والأعوان المكلفين بمهام القابض، وبالرجوع إلى القانون الأساسي لموظفي إدارة الجمارك⁴ يمكننا أن نبين بالضبط من

¹ سعادنة العيد، مرجع سابق، ص: 85.

² كلود بير، مدخل في القانون الجمركي، ترجمة: سعادنة العيد، ITCIS Edition، الجزائر، 2009، ص: 102.

³ رحمان حسبيبة، مرجع سابق، ص: 31.

⁴ مرسوم تنفيذي رقم 10-286 مؤرخ في 2010/11/14م، ج ر رقم 71 مؤرخة في 2010/11/24، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بإدارة الجمارك.

لهم الحق في القيام بهذا الإجراء وهم: ضباط الرقابة، القابضين، المفتشين الرئيسيين، المفتشين العمداء، المراقبين العامين، المراقبين العامين الرئيسيين.

وقد بينت المادة 48 قانون الجمارك على سبيل المثال لا الحصر بقولها "ولا سيما..."، الأماكن التي يجوز لأعوان الجمارك الإطلاع على جميع الوثائق التي تهتم إدارتهم نذكر من بين الأماكن ما يأتي: محطات السكك الحديدية، مكاتب شركات الملاحة البحرية والجوية، مكاتب وكلاء العبور والوكلاء لدى الجمارك... وغيرهم.

وأجازت المادة السابقة للأعوان المؤهلين بممارسة حق الإطلاع، بتفويض هذا الحق إلى الأعوان الذين لهم رتبة ضابط فرقة على الأقل، ويمارسون هذا الحق وفق أمر مكتوب ممن فوضهم لذلك.

بالإضافة إلى إمكانية استعانة الأعوان المؤهلين لممارسة حق الإطلاع بموظفين أقل رتبة منهم¹.

الفرع الثاني: السلطات المخولة لأعوان الجمارك في إطار إجراء التحقيق:

مثلما ذكرنا في إجراء حجز الجمركي أن لأعوان الجمارك سلطات واسعة في هذا الإطار، فنفس الشيء نرى بأن لأعوان الجمارك عدة سلطات يمارسونها تجاه الوثائق المطع عليها وتجاه الأشخاص، وسنرى حدود هاته السلطات في الآتي:

أولاً. سلطات أعوان الجمارك تجاه الوثائق: هناك نوعان من السلطات تجاه الوثائق²:

1. حق الإطلاع على الوثائق: يجد هذا الحق أساسه القانوني في نص المادة 48 قانون الجمارك، المعترف به لأعوان الجمارك الذين لهم رتبة ضابط مراقبة على الأقل والأعوان المكلفين بمهام القابض، وتييز لهم المطالبة بالإطلاع على كل الوثائق المتعلقة بالعمليات التي تهتم مصالح إدارة الجمارك، ويشمل هذا الحق كل الأوراق والسندات بأنواعها كالفواتير وسندات التسليم وجداول الإرسال وعقود النقل والدفاتر والسجلات المختلفة.

وتتسع سلطات الأعوان تجاه الوثائق، إذ لا يقتصر حق الإطلاع على وثائق وسجلات الأشخاص الطبيعيين فقط بل ينصرف كذلك إلى الإطلاع على وثائق وسجلات الأشخاص المعنويين، ويمارس هذا الحق على الوثائق في كل مكان توجد فيه³ مثلما ذكرنا سابقاً وبينته المادة 48 قانون الجمارك.

2. حق حجز الوثائق: أجاز قانون الجمارك لأعوان الجمارك إثر معابنتهم أو عندما يكلفون بالتحقيق، أن يطلعوا على كل الوثائق التي تهتم إدارتهم، وأن يضعوا اليد عليها عند الإقتضاء لضرورة التحقيق، أي حجز الوثائق التي من شأنها أن تسهل أداء مهمتهم، أو يراها مفيدة لإظهار الحقيقة وهذا الحق أجازته المادة 4/48 قانون الجمارك بقولها: "يمكن أثناء المراقبة والتحقيق... أن يقوم أعوان الجمارك المشار إليهم في الفقرتين 1 و2 من هذه المادة إن اقتضى الأمر ذلك، بحجز جميع أنواع الوثائق التي من شأنها أن تسهل أداء مهمتهم، وذلك مقابل سند إبراء"، أي أن الحجز في هاته الحالة يتم مقابل سند إبراء وهو الشرط المقيد لحجز الوثائق في إطار

¹ أعوان الرقابة، أعوان الحراسة...، أنظر المرسوم التنفيذي رقم 10-286 سابق الذكر.

² أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص: 150.

³ رحمانى حسبيبة، مرجع سابق، ص: 32.

التحقيق الجمركي¹، عكس الحجز الجمركي الذي يتم دون سند إبراء، ويختلف هذا الحق عن حق الحجز الجمركي من حيث طبيعته ومن حيث الغاية منه، فالأول إجراء عملي ذو طابع مؤقت الغرض منه نقل الوثائق إلى مكاتب المحققين، حتى يتسنى لهم استغلال المعلومات التي تتضمنها بكل راحة وإرجاعها إلى أصحابها بعد إتمام التحقيق، وهو ما جعل المشرع يحرص على أن يتم الحجز مقابل سند إبراء، أما الثاني فهو يدخل ضمن إجراء حجز البضائع القابلة للمصادرة، وهو ذو طابع استدلالي الغرض منه استعمال الوثائق المحجوزة كسند إثبات².

ثانياً. سلطات أعوان الجمارك تجاه الأشخاص والمنازل: في هذا الإطار أعطى القانون الجمركي لأعوان الجمارك الحق في سماع الأشخاص والحق في تفتيش المنازل:

1. حق سماع الأشخاص: يعتبر حق سماع الأشخاص من صميم اختصاصات الضبطية القضائية خلال التحقيق الابتدائي بنص المادة 17 قانون الإجراءات الجزائية، بينما لم يكن من اختصاص أعوان الجمارك سماع الأشخاص قبل تعديل قانون الجمارك بالقانون رقم 98-10، إذ أصبحت المادة 252 قانون الجمارك تشير إلى هذا الحق بصفة غير مباشرة، عندما ذكرت البيانات التي يجب أن تنص عليها محاضر المعاينة ومنها: " ...طبيعة المعينات التي تمت والمعلومات المحصلة إما بعد مراقبة الوثائق أو بعد سماع الأشخاص... "، بالإضافة إلى أن نص المادة 2/254 بقولها: " وتثبت صحة الإقرارات والتصريحات المسجلة في محاضر المعاينة ما لم يثبت العكس... "، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على حق محوري محاضر المعاينة في سماع الأشخاص، والهدف منه استكمال التحقيقات للإحاطة بجوانب الجريمة³.

وخلاصة القول أن لأعوان الجمارك الحق في سماع الأشخاص في إطار إجراء التحقيق الجمركي.

2. حق تفتيش المنازل: يرى الأستاذ أحسن بوسقيعة أن المادة 1/47 قانون الجمارك التي تبين حق أعوان الجمارك المؤهلين من قبل المدير العام للجمارك تفتيش المنازل* في إطار الحجز الجمركي، لا تمنع الأعوان أنفسهم بالقيام بتفتيش المنازل في إطار التحقيق الجمركي، للبحث عن الجرائم الجمركية في كل مكان هذا إذا كانت مقتضيات الحال تبرر ذلك التفتيش⁴.

وإذا كان إجراء الحجز والتحقيق الجمركيين هما الطريقتان الطبيعيان للبحث عن الجريمة الجمركية، نظراً لتلاؤمهما مع خصوصية هذا النوع من الجرائم، غير أن هناك طرق أخرى للكشف عن الجرائم الجمركية، نذكرها فقط لأنها ليست من اختصاصات أعوان الجمارك ومنها: تحقيقات الضبطية القضائية، المعلومات والمستندات الصادرة عن السلطات الأجنبية، أساليب خاصة بالبحث عن جرائم التهريب ونص عليه الأمر 05-06 السالف الذكر، والذي أحالنا بدوره إلى الأساليب الخاصة بمكافحة الجريمة المنظمة⁵.

¹ المرجع نفسه، ص: 35.

² أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص: 151.

³ Rozzen cren, op-cit, p: 78.

* لمزيد من التفصيل حول تفتيش المنازل أنظر: محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ط6، دار هومة للنشر، الجزائر، 2011، ص- ص: 118-121.

⁴ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص: 152.

⁵ محمد حزيط، مرجع سابق، ص: 178.

وبعد الكشف عن الجريمة الجمركية تأتي مرحلة مهمة من مراحل المتابعة، ألا وهي إثبات ما تم اكتشافه من جرائم جمركية، وضبطها في محرمات ليتم الإستدلال بها أمام الهيئات القضائية، وحتى لا يدعوا مجالاً لأن يفلت المخالف من العقاب المقرر لهذه الجريمة.

المبحث الثاني: دور المحاضر الجمركية في الإثبات:

إن أهم ما يميز المنازعات الجزائية الجمركية مقارنة بالمنازعات الجزائية بوجه عام، هو ما أضفاه المشرع على المحاضر التي تحرر وفقاً لأحكام قانون الجمارك من قوة ثبوتية، سواء تجاه المخالفين أو تجاه إدارة الجمارك نفسها، بحيث أعفى النيابة العامة وإدارة الجمارك من عبء إثبات الجريمة، وجعل على عاتق المخالف عبء إثبات براءته إذ يفترض فيه سوء نيته، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها " حيث أنه كان على قضاة المجلس أن يناقشوا الأدلة التي تقدم بها الطاعن وذلك لأن المتهم هو الملزم بتقديم الدليل وأن إدارة الجمارك غير ملزمة بتدعيم دفاعها ما دام الأمر يتعلق بجريمة جمركية حرر بشأنها محضراً طبقاً لأحكام المادتين 254 و 257 قانون الجمارك"¹.

وتبعاً لما تقدم فإن المحاضر الجمركية متمثلة في محاضر الحجز ومحاضر المعاينة، تلعب دوراً بارزاً في إثبات الجريمة الجمركية، فهي أساس المتابعات كما استقر على ذلك قضاء المحكمة العليا، والجدير بالذكر أن هناك طرقاتاً أخرى للبحث والتحري عن الجريمة الجمركية، كمحاضر التحقيق الإبتدائي المحررة من طرف الشرطة القضائية، وكذلك المعلومات والمستندات الصادرة عن الهيئات والسلطات الأجنبية، غير أنها لا تهمنا في معرض حديثنا عن دور إدارة الجمارك في الإثبات، إذ لا يتجلى دورها في الإثبات إلا في المحاضر الجمركية المحررة وفق التشريع الجمركي.

وفي المطلبين الآتين سنبين ما هي المحاضر الجمركية ثم نُعرِّج على مدي حجيتها في الإثبات أمام الهيئات القضائية.

المطلب الأول: المحاضر الجمركية:

كما سبق وتقدم ذكره فإن هناك نوعين من المحاضر التي يحق لأعوان الجمارك تحريرها، يأتي محضر الحجز لضبط الجرائم المتلبس بها ثم محضر المعاينة الذي يأتي ليكمل عملية البحث والتحري عن الجرائم الجمركية التي قد تفلت من أعوان الجمارك أثناء عبورها إلى داخل الإقليم الجمركي.

الفرع الأول: محضر الحجز:

عند التطرق إلى إجراء الحجز الذي يخول لأعوان الجمارك سلطات واسعة تجاه الأشياء والأشخاص المرتبطين بالجريمة الجمركية، نجد أن هذا الإجراء غالباً ما ينتهي إلى تحرير محضر يتضمن شكليات معينة، ليؤدي الوظيفة التي أوجده المشرع من أجلها، وسنتعرض إلى هاته الشكليات كالتالي:

¹ قرار رقم 302009 مؤرخ في 2004/11/24م، غ.ج.م.ق.3، قضية إ.ج.ض.د.ب.ص.م، المصنف سابق الذكر، ص: 14.

أولاً. الشكليات الجوهرية لمخضّر الحجز :

فأما الشكلية الجوهرية فهي تلك المنصوص عليها في المادتين 241 و 242 قانون الجمارك وفي المواد 244 و 250 قانون الجمارك ويتعلق الأمر بما يأتي¹:

1 . صفة محرري المخضّر : حصرت المادة 1/241 قانون الجمارك والمادة 32 من الأمر رقم 05-06 كما رأينا سابقاً، سلطة تحرير مخضّر الحجز في الأعوان الآتي بيانهم: أعوان الجمارك دون التمييز بينهم من حيث الوظيفة أو الرتبة، ضباط الشرطة القضائية، أعوان مصلحة الضرائب، الأعوان المكلفون بالتحريات الاقتصادية والمنافسة والأسعار والجودة وقمع الغش، أعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ.

نلاحظ من خلال القائمة المذكورة سابقاً، أن مخضّر الحجز ليس حكراً على أعوان الجمارك وأن أيّاً من الأعوان السابقين مؤهلون لتحرير مخضّر الحجز، وهو ما قضت به المحكمة العليا بقولها " يتعين التوضيح في هذا المجال بأن معاينة المخالفات الجمركية لا يقتصر على أعوان الجمارك ولكن القانون خول لضباط الشرطة القضائية وأعوانها المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية حق معاينة المخالفات الجمركية وذلك ما نص عليه المادة 241 قانون الجمارك فإن ضبط الطاعن من طرف الشرطة القضائية غير مخالف للقانون"².

وبالتالي لا يجوز لغير هؤلاء الأعوان تحرير مخضّر الحجز وإلا كان باطلاً³.

2. وجهة الأشياء : رأينا في ما سبق أن إجراء الحجز يخول للأعوان الذين مارسوه حجز البضائع القابلة للمصادرة والوثائق المرافقة لها، بالإضافة إلى الحجز الوقائي الذي يمكن أن ينصب على أي شيء آخر وبالخصوص وسائل النقل، وهذا في حدود ما يضمن تسديد الغرامات الجمركية التي قد تترتب عن المخالفة.

وإذا استعمل الأعوان هذا الحق توجب عليهم المادة 242 قانون الجمارك التي تنص على " عند معاينة المخالفة الجمركية يجب توجيه البضائع بما فيها وسائل النقل والوثائق المحجوزة إلى أقرب مكتب أو مركز جمركي من مكان الحجز وإيداعها فيه..."، ومما يفهم من نص المادة أنه بعد استكمال تحرير المخضّر يجب على الأعوان المحررين للمخضّر توجيه الأشياء المحجوزة إلى أقرب مكتب أو مركز جمركي من مكان الحجز وإيداعها فيه، غير أن هناك استثناء على وجهة البضائع المنصوص عليها في المادة 242 قانون الجمارك ورد ذكره في المادة 1/243 قانون الجمارك "عندما لا تسمح الظروف والأوضاع المحلية بالتوجيه الفوري للبضائع إلى مكتب أو مركز جمركي، يمكن وضع هذه البضائع تحت حراسة المخالف أو الغير إما في أماكن الحجز نفسها وإما في جهة أخرى"، وتبعاً لمضمون المادتين 242 و1/243 قانون الجمارك نجد أن الأصل توجيه الأشياء المحجوزة إلى أقرب مكتب أو مركز جمركي، وإذا حالت الظروف دون ذلك تترك البضائع محل مخضّر الحجز في حراسة المخالف في مكان الحجز ذاته، أو في مكان آخر تحت حراسة الغير⁴.

¹ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص- ص: 159-163.

² قرار رقم 270137 مؤرخ في 2003/02/03م، قضية ب م ك، غ.ج.م.ق.3، المصنف سابق الذكر، ص: 17.

³ أنظر الجزء الخاص ببطان المحاضر الجمركية، ص: 22.

⁴ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص: 160.

3. زمان ومكان تحرير المحضر: أثناء تحرير محضر الحجز يطرح تساؤلين رئيسيين هما: أين ومتى يتم تحرير هذا المحضر؟ والذي أجاب عليه المشرع في المادتين 242 و 243 قانون الجمارك كالآتي¹:

أ. مكان تحرير المحضر: يستفاد من أحكام المادة 242 قانون الجمارك أن يتم تحرير محضر الحجز وجوبا إما في مكان معاينة الجريمة أو مكان إيداع البضائع المحجوزة، بقولها " ...يجب توجيه البضائع بما فيها وسائل النقل والوثائق المحجوزة إلى أقرب مكتب أو مركز جمركي من مكان الحجز وإيداعها فيه، ويحرر محضر الحجز فوراً"، وفي هذا الصدد يجب تحرير المحضر في المكتب أو المركز الجمركي الأقرب لمكان ضبط الجريمة الجمركية، والذي تم إيداع البضائع فيه.

أما إذا تعذر التوجيه الفوري للبضائع إلى مكتب أو مركز جمركي فإن المادة 2/243 قانون الجمارك تميز لمحوري المحضر أن يحرره بصفة صحيحة في:

- أي مكتب أو مركز جمركي آخر؛
- مقر المحطة البحرية لحراس الشواطئ؛
- مقر فرقة الدرك الوطني؛
- مكتب موظف تابع لإدارة المالية؛
- مقر المجلس الشعبي البلدي لمكان الحجز.

بالإضافة أنه إذا وقع الحجز في المنزل، فيمكن تحرير المحضر فيه بصفة صحيحة.

إنطلاقاً مما سبق وما نصت عليه المادتان 242 و 243 قانون الجمارك نجد أن على أعوان الجمارك تبرير اختيارهم للمكان الذي تم فيه تحرير محضر الحجز.

ب. زمان تحرير المحضر: وهو ما أورده المشرع في نص المادة 242 قانون الجمارك بقوله " ...فوراً..." التي تفيد بأن هناك زمانان مختلفان يمكن تحرير المحضر فيهما هما: زمن معاينة الجريمة أم زمن إيداع البضائع في المكتب أو المركز الجمركي².

وعبارة " فوراً" تفيد العجل³، أي تحرير المحضر دون تأخير أو تماطل، حيث يفهم من العبارة تحرير المحضر فور معاينة الجريمة للحفاظ على معالمها⁴، لكن تسلسلها الزمني في المادة 243 الذي جاء بعد تحديد وجهة البضائع المحجوزة يجعلنا نعتقد أن المشرع يقصد بعبارة " فوراً" فور إيداع البضائع في المكتب أو المركز الجمركي، أي فور الوصول إلى ذلك المكتب أو المركز، وعلى العموم يمكن تحرير المحضر في أي من الزمنين السابقين ما دامت المادة لم تحدد بالضبط وبدقة زمن تحرير المحضر⁵.

¹ المرجع نفسه، ص: 161.

² أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص: 161.

³ ابن منظور، لسان العرب، ج18، ط1، دار صادر للنشر، بيروت، د س ن، ص: 171.

⁴ مجدي محب حافظ، الموسوعة الجمركية، دار العدالة، القاهرة، 2007، ص: 226، [www.bibalex.com].

⁵ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص: 161.

4. مضمون المحضر: يجب أن يتضمن محضر الحجز جميع البيانات التي تمكن من معرفة المخالفين والبضائع ووسائل النقل لإثبات الوقائع و الجرمية في حق المتهم¹، أي يجب أن تصب المعينة في قالب رسمي " وثيقة " تكتب فيها جميع الشكليات التي تتميز بأن هناك شكليات عامة وأخرى خاصة².

أ. الشكليات العامة : وقد أوردت المادة 1/245 قانون الجمارك مجمل البيانات التي يجب أن يتضمنها محضر الحجز وهي كالآتي:

- تاريخ وساعة ومكان الحجز؛
 - سبب الحجز؛
 - التصريح بالحجز للمخالف؛
 - ألقاب وأسماء وصفات وعناوين الحاجزين والقابض المكلف بالمتابعة؛
 - وصف البضائع المحجوزة وطبيعة الوثائق المحجوزة؛
 - الأمر الموجه إلى المخالف لحضور وصف البضائع وتحرير المحضر وكذا النتائج المترتبة على هذا الأمر؛
 - مكان تحرير المحضر وساعة ختمه؛
 - وعند الإقتضاء، لقب واسم وصفة حارس البضائع المحجوزة.
- هذا بالنسبة للحجوز العادية التي يكون محلها بضائع أو الوثائق المرافقة لها كالفواتير أو الدفاتر التجارية أو شهادات المنشأ³ وغيرها...

وفي حالة حضور المخالف لعملية تحرير المحضر يجب تضمين المحضر ما يفيد أن أعوان الجمارك وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ الذين حرروا المحضر أن يدرجوا فيه بيانا خاصا يبين أنهم قرؤوه عليه وطلبوا منه توقيعه بالإضافة إلى تسليمه نسخة منه وتجدها القانوني في حكم المادة 1/247 قانون الجمارك بقولها: " يجب على أعوان الجمارك وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ الذين قاموا بتحرير محضر الحجز، أن يقرؤوه على المخالف أو المخالفين وأن يدعوه إلى توقيعه، وأن يسلموه نسخة منه " ومما يستخلص من نص المادة أن هذا الإجراء حق حصري لكل من أعوان الجمارك وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ دون غيرهم من الأعوان المذكورين في المادة 241 قانون الجمارك والمادة 32 من الأمر 05-06.

كما أن المادة ذاتها في فقرتها الثانية توجب تقييد البيانات المتعلقة بإجراءات قراءة المحضر على المخالف، ودعوته لتوقيعه و تسليمه نسخة منه، على سبيل الإلزام وإلا عرضوا المحضر للبطلان (المادة 2/247 قانون الجمارك).

وتأتي الفقرة الثالثة من المادة 247 قانون الجمارك لتبين الإجراءات المتبعة في حالة غياب المخالف بقولها " وعند غياب المخالف أو المخالفين، أثناء تحرير محضر الحجز أو رفضه لتوقيعه، تجب الإشارة إلى ذلك في هذا المحضر الذي تعلق نسخة منه خلال الأربع والعشرين (24) ساعة على الباب الخارجي لمكتب أو مركز الجمارك لمكان تحريره أو في مقر المجلس الشعبي البلدي عندما لا يوجد مكتب للجمارك في مكان تحريره".

¹ مجدي محب حافظ، مرجع سابق، ص: 234.

² المرجع نفسه، ص: 287.

³ إليزابيت نتاريل، دور الجمارك في العلاقات التجارية الدولية، ترجمة ITCIS edition ، الجزائر، 2008، ص: 74.

ويعد المخالف غائبا إذا رفض حضور تحرير المحضر أو انسحب قبل ختمه أو رفض استلام نسخة منه، غير أنه يعد حاضرا إذا قرئ عليه المحضر ووقعه ثم رفض استلام نسخة منه¹.

ب. الشكليات الخاصة : بالإضافة إلى الشكليات سابقة الذكر التي ترد في جميع محاضر الحجز، هناك شكليات تتعلق ببعض الحجوز الخاصة وبالتالي تستلزم شكليات خاصة منها:

- **حجز وثائق مزورة أو محرقة :** في هاته الحالة يتم تحرير محضر يبين نوع التزوير مع وصف دقيق للتحريفات والكتابات الإضافية، وتوقيع جميع الوثائق المزورة بعبارة "لا تغيير" وإحاقها بالمحضر وتجد سندها القانوني في حكم المادة 2/245 قانون الجمارك.

- **الحجز في المنزل:** تميز المادة 248 قانون الجمارك بين الحالة التي تكون فيها البضاعة محل الحجز محظورة عند الإستيراد والتصدير وبين الحالات الأخرى، حيث أن في الحالة الأولى تنقل البضائع وجوبا إلى أقرب مكتب أو مركز جمركي أو إلى جهة أخرى إذا لم تسمح الظروف بذلك ولا يمكن تركها في يد المخالف خشية التصرف فيها²، أما في بقية الحجوز فلا تنقل البضائع إذا قدم المخالف ضمانا يغطي قيمة الغرامات المستحقة، ويعين المخالف حارسا عليها، وإذا لم يستطع تقديم الضمان فتنقل إلى أقرب مكتب أو مركز جمركي، وفي كلتا الحالتين يجب أن يحضر ضابط الشرطة القضائية الذي حضر التفتيش عملية تحرير المحضر، وفي حالة الرفض يكفي أن يشار إلى طلب الحضور ورفض ذلك في المحضر³.

- **الحجز على متن السفينة :** الأصل في هاته الحالة أن يتم تفريغ البضائع دفعة واحدة⁴ وتوجه إلى أقرب مكتب أو مركز جمركي من مكان الحجز وفق أحكام المادة 1/242 قانون الجمارك، غير أنه قد يتعذر التفريغ دفعة واحدة لذلك تجيز المادة 249 قانون الجمارك لأعوان الجمارك وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ، الذين يباشرون الحجز، تفريغها تدريجيا بعد وضع الأختام على المنافذ المؤدية إليها، ويجب تفي هاته الحالة تضمين محضر الحجز تباعا للتفريغ، عدد الطرود وأنواعه وعلاماتها وأرقامها وبأمر الأعوان المخالف بحضور الوصف المفصل للبضائع، ثم يسلم نسخة منه.

- **الحجز خارج النطاق الجمركي :** في هاته الحالة يتم تقييد المحضر بشكليات خاصة⁵، إذ يجب أن يبين المحضر أن ملاحقة البضائع على مرأى العين تمت من داخل النطاق الجمركي، واستمرت دون انقطاع إلى خارج النطاق الجمركي حتى القيام بعملية الحجز، وأن هذه البضائع لم تكن مصحوبة بوثائق تثبت حيازتها القانونية طبقا للتشريع الجمركي (المادة 250 قانون الجمارك).

5. عرض رفع اليد : هو إجراء يقوم به الأعوان المحررون للمحضر، إذ يقترح الأعوان المؤهلون لذلك وهم أعوان الجمارك وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ، على المخالف رفع اليد على وسيلة النقل التي ستحجز مقابل تقديمه لكفالة قابلة للدفع بحسب المادة 246 قانون الجمارك، ونلاحظ أن المادة جعلت هذا الإجراء وجوبيا على الأعوان الذين يجرون الحجز، إذ يقوم الأعوان وقبل اختتام المحضر بعرض رفع اليد عن وسائل النقل القابلة

¹ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص: 163.

² كلود بير، مدخل إلى القانون الجمركي، مرجع سابق، ص: 65.

³ خصائص المنازعات الجمركية، بحث منشور على مستوى المديرية الجهوية للجمارك-تبسة- (مديرية المنازعات)، د س ن، ص: 49.

⁴ إليزابيت نتاريل، مرجع سابق، ص: 89.

⁵ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص: 166.

للمصادرة بشرط ألا تكون وسيلة النقل هي محل الجريمة الجمركية، بالإضافة إلى اقتراح عرض رفع اليد عن وسائل النقل الموقوفة كضمان لدفع الغرامات المقررة وهذا تحت كفالة قابلة للدفع أو إيداع قيمتها¹.

أما بالنسبة للمالك حسن النية الذي أبرم مع المخالف عقد نقل أو إيجار أو قرض إيجار يربطه بالمخالف فتجيز المادة سابقة الذكر لأعوان الجمارك وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ، أن يرفعوا اليد عن وسائل النقل المحجوزة دون إيداع أي كفالة و دون إيداع قيمة الغرامات المستحقة لإدارة الجمارك (إذ يعتبره قانون الجمارك حسن النية وهو الإستثناء الوحيد على الركن المعنوي في الجريمة الجمركية)².

ويخضع رفع اليد المذكور سابقا لشرط دفع المصاريف التي تكون إدارة الجمارك قد تحملتها بمناسبة الحجز ابتداء من تاريخ الحجز إلى غاية التنازل عن وسيلة النقل إلى مالكيها حسن النية، وتكون هاته المصاريف على عاتق المخالف.

والجدير بالذكر أن هذا الإجراء خاص بأعوان الجمارك وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ وحدهم، دون الأعوان الآخرين المذكورين في المادة 1/241 قانون الجمارك، وبالتالي فعنصر الإلزام بالقيام بهذا الإجراء متوقف على أعوان الجمارك وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ، أما البقية فهم غير ملزمين بالقيام بهذا الإجراء بل ليس من حقهم أن يارسوا هذا الإجراء ما دام حكم المادة قد استبعدهم منه.

وعلى العموم فجميع الشكليات المذكورة سابقا يجب أن يتضمنها محضر الحجز والتي يترتب على عدم مراعاتها بطلان محضر الحجز³.

ثانياً. الشكليات الثانوية: بالإضافة إلى ما سبق ذكره من شكليات جوهرية يترتب على عدم مراعاتها بطلان محضر الحجز، جاءت المواد 244 و 251 قانون الجمارك بشكليات أخرى ليست جوهرية - لكنها مهمة - ولا يترتب على عدم مراعاتها بطلان محضر الحجز ويتعلق الأمر بـ⁴:

- إثتman قابض الجمارك المكلف بالمتابعات على البضائع المحجوزة (244 قانون الجمارك)؛
- تسليم المحضر إلى وكيل الجمهورية بعد اختتامه؛
- تقديم المخالف الموقوف، في حالة التلبس، إلى وكيل الجمهورية المختص فور تحرير محضر الحجز (251 قانون الجمارك).

الفرع الثاني: محضر المعاينة: سبق وأن بينا أن إجراء التحقيق الجمركي يتم في الجرائم غير المتلبس بها، وجاء في إطار حق الإطلاع المخول لأعوان الجمارك دون غيرهم من الأعوان المذكورين في المادة 241 قانون الجمارك، ويتضمن محضر المعاينة نتائج التحقيقات⁵ التي أجراها أعوان الجمارك للبحث عن الجرائم الجمركية، سواء إثر مراقبة السجلات أو الوثائق أو سماع الأشخاص أو غيرها وقد نصت المادة 252 قانون الجمارك على جميع البيانات التي يجب أن يتضمنها محضر المعاينة نعددها في الآتي:

¹ المديرية الجهوية للجمارك - تبسة- (مديرية المنازعات)، مرجع سابق، ص: 50.

² أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص: 169.

³ أنظر الجزء الخاص بطلان المحاضر، ص: 22.

⁴ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص: 170.

⁵ إليزابيت نتاريل، مرجع سابق، ص: 79.

- ألقاب الأعوان الخريين وأسمائهم وصفاتهم وإقامتهم الإدارية؛
 - تاريخ ومكان التحريات التي تم القيام بها؛
 - طبيعة المعاينات التي تمت والمعلومات المحصلة، إما بعد مراقبة الوثائق أو بعد سماع الأشخاص؛
 - الحجز المحتمل للوثائق مع وصفها؛
 - الأحكام التشريعية والتنظيمية التي تم خرقها والنصوص التي تقمعهما*؛
 - إطلاع الأشخاص الذين أجريت عندهم عمليات المراقبة والتحري على تاريخ ومكان تحرير المحضر؛
 - تلاوة وعرض التوقيع على المحضر للأشخاص الذين أجريت عندهم عمليات المراقبة والتحري؛
 - ذكر غياب الأشخاص المستدعين قانونا في المحضر؛
 - تعليق المحضر على الباب الخارجي لمكتب الجمارك أو مركز الجمارك المختص.
- ويلاحظ من المادة 252 قانون الجمارك أنها لم تحدد زمان تحرير محضر المعاينة وبالتالي لأعوان الجمارك تحرير المحضر بصفة صحيحة وسليمة بعد مدة من معاينة الجريمة.

وجميع البيانات التي جاء ترتيبها في النقاط السابقة هي بيانات إلزامية الورود في المحضر ويترتب على إغفالها بطلان محضر المعاينة¹.

والجدير بالذكر أن هناك طرقا أخرى لإثبات الجريمة منها المعلومات والوثائق والشهادات التي تضعها سلطات البلدان الأجنبية في إطار اتفاقيات التعاون المشترك، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرار لها مفاده "وحيث أنه بمعزل عن كل ما سبق بيانه واستفاضة في البحث القانوني يجب تذكير قضاة الموضوع بأنه في المجال الجمركي يمكن إثبات الجريمة الجمركية ومتابعتها بكافة الطرق حتى وإن لم يتم أي حجز وأن المعلومات والشهادات والمحاضر وغيرها من الوثائق الأخرى التي تسلمها سلطات البلدان الأجنبية كوسائل إثبات يمكن أن تستعمل بصفة صحيحة.

وحيث أنه لما ذهب قضاة المجلس وغرفة الإتهام في قضائهم تأييد الأمر الرامي إلى انتفاء وجه الدعوى مستبعدين ما هو ثابت في المحضر الجمركي والوثائق المرفقة به بدون اتخاذ أي إجراء قانوني وفي غياب دليل يدحض ذلك والمتوجب تقديمه من المتهم الطاعن يكونون كما فعلوا قد أخطأوا في تطبيق القانون لا سيما المادتين 254 و286 من قانون الجمارك وعليه وبدون حاجة لبحث سائر أسباب الطعن المدلى بها، فإن الوجه المثار سديد ومؤسس ويؤدي إلى نقض وإبطال القرار المطعون فيه"².

المطلب الثاني: حجية المحاضر الجمركية:

بعد التطرق إلى الشكليات المقررة قانونا والتي يجب أن ينطوي عليها كل من محضر الحجز ومحضر المعاينة، نرى في ما يأتي حجيتها أمام القضاء وفيما إذا كانت ذات حجية مطلقة أم حجية نسبية وما مدى حرية القاضي في الأخذ بها أو تركها.

* يعتبر هذا الإجراء تكييفاً للجريمة الذي هو من سلطات القضاء وحده (نيابة عامة، قاضي التحقيق، قاضي الحكم) وبالتالي فهو تدخل في صلاحيات القضاء على المشرع أن يتفاداه ليضمن استقلال القضاء.

¹ سعادة العيد، مرجع سابق، ص: 44.

² قرار رقم 303529 مؤرخ في 2005/03/09م، غ.ج.م.ق.3، قضية إ.ج.ض.ق.ع.م-ص.م.ط، المصنف سابق الذكر، ص: 17.

الفرع الأول : المحاضر ذات الحجية الكاملة : تتمتع المحاضر الجمركية بحجية كاملة في الإثبات متى ما توافرت على شرطين هما¹: أن يحررها عونان محلّفان على الأقل من الأعوان المذكورين في المادة 1/241 قانون الجمارك والمادة 32 من الأمر 05-06، وأن يتضمن المحاضر نقل معاينات مادية وهو ما يفصله في الآتي :

أولاً. المعاينات المادية : نظراً للقوة الإثباتية التي أضفها ق ج والأمر رقم 05-06 على المحاضر الجمركية المحررة وفق التشريع الجمركي، عندما تنقل معاينات مادية لذا وجب أن نبين مفهوم المعاينات المادية، وقد أجابت المحكمة العليا في قرار لها أن " المعاينات المادية التي يقصدها المشرع هي تلك الناتجة عن الملاحظات المباشرة التي يسجلها أعوان الجمارك اعتماداً على حواسهم و التي لا تتطلب مهارة خاصة لإجرائها"².

ومما نستنتجه من القرار السابق أن المحكمة العليا اشترطت شرطين يجب أن يتوافرا في المعاينات لتعتبر من قبيل المعاينات المادية حسب نص المادة 1/254، وهما :

- أن تكون ناتجة عن ملاحظات مباشرة باستعمال حواس النظر أو الشم أو السمع أو الذوق أو اللمس؛
- أن لا تتطلب هذه المعاينات مهارة خاصة.

وبوجه عام فإن المعاينات المادية هي: كل ما يقع تحت حواس الملاحظين مثل مكان معاينة الجريمة وطبيعة البضائع والظروف التي تم فيها القبض على المتهمين والتعرف على المخالفين³.

وبناء على ما سبق فإن القضاء استبعد من مفهوم المعاينات المادية ما ينقله المحاضر عندما يكون ذلك نتاج استنتاجات ذهنية أو عندما يقتصر الأعوان على إبداء انطباعاتهم الشخصية، أو نقل شهادات أشخاص⁴، وهو ما حاول المشرع تبينه في نص المادة 254 قانون الجمارك بقوله: " ...المعاينات المادية الناتجة عن استعمال محتواها أو بوسائل مادية من شأنها السماح بالتحقق من صحتها..."، ويعد: الوزن وعدد الطرود والقياس وغيرها من قبيل المعاينات المادية، ويفهم مما سبق ذكره أن المعاينات المادية يجب أن يلاحظها الأعوان بأنفسهم وبالتالي كل ما تنقله المحاضر من تصريحات أو شهادات أو سماع أشخاص أو تخمينات لا يعد من قبيل المعاينات المادية ونجد في قرار للمحكمة العليا " المحاضر لا بد أن يتضمن على المعاينة المادية للمخالفة وإلا أصبح مجرد تصريحات تخضع لتقدير القاضي.

حيث أنه بالرجوع إلى معطيات الملف والوثائق المرفقة به لا يتبين أن المخالفة الجمركية قد أثبتتها محضر معاينة مادية حسب المادة 254 قانون الجمارك بل نحن بصدد تصريحات فقط قدرها قاضي الموضوع.

حيث أن تقدير الوقائع هو من سلطة قاضي الموضوع⁵.

ثانياً. صفة الأعوان وعددهم : علاوة على مضمون المحاضر الجمركية تشترط المادة 1/254 قانون الجمارك والمادة 32 من الأمر 05-06، ولكي تكون المحاضر ذات حجية كاملة في الإثبات، أن يكون محرروها عونين محلّفين من الأعوان المذكورين في المادة 1/241 قانون الجمارك والمادة 32 من الأمر 05-06، وفي هذا الإتجاه قضت المحكمة العليا أنه "من

¹ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص: 171.

² أحسن بوسقيعة، قانون الجمارك في ضوء الممارسة القضائية، منشورات بيرتي، (2008-2009)، ص: 113.

³ Rozzen cren, op-cit, p: 123.

⁴ مجدي محب حافظ، مرجع سابق، ص: 267.

⁵ قرار رقم 198069 مؤرخ في 01/06/1999م، غ.ج.م.ق3، قضية ل ع س ضد إ ج، المصنف سابق الذكر، ص: 43.

المستقر عليه قانونا وطبقا لأحكام المادة 241 قانون الجمارك فإنه يجوز لضباط الشرطة القضائية وأعاونها المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية أن يقوموا بمعاينة المخالفات الجمركية وضبطها وتحرير محاضر الحجز ومن ثم فإن محضرهم المنجز لها القوة الإثباتية التي يجوزها محضر الجمارك¹.

وبالتالي فكل من يخرج من نطاق ذكر المادة أعلاه غير مؤهلين لتحرير المحاضر الجمركية، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرار لها " حيث أنه فعلا وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه والذي تبنى الحكم المستأنف القاضي ببراءة المتهم يتضح جليا بأن قضاة المجلس استندوا في قضائهم الرامي إلى تأييد الحكم المعاد على عدم اكتساب المحضر المحرر من طرف حرس الحدود للحجية القانونية على أساس أن حرس الحدود غير مختصين بتحرير المحاضر المثبتة للجرائم الجمركية، أنهم أشاروا في حيثيات القرار المطعون فيه إلى أن الوقائع تمت معابنتها بعد دورية مشتركة ما بين حرس الحدود وأعاون الجمارك، وحيث أن المحاضر الجمركية تعد صحيحة ما لم يطعن فيها بالطرق المحددة قانونا طبقا للمادة 254 قانون الجمارك.

وحيث أنه متى كان الأمر عكس ذلك في قضية الحال فإن ما توصل إليه قضاة الموضوع لدى تصريحهم ببراءة المتهم صارفين النظر عما تضمنه المحضر من معابنات ودون أن يطعن فيه بالطرق القانونية يشكل خطأ في تطبيق القانون²، وما نستخلصه من القرار أن حرس الحدود غير مؤهلين لتحرير المحاضر الجمركية، ولا يؤخذ بها في إثبات الجريمة الجمركية.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 1/254 قانون الجمارك نجد أنها تنص على عدد الأعوان بقولها " تبقى المحاضر الجمركية المحررة من طرف عونين على الأقل من بين الأعوان المذكورين في المادة 241 من هذا القانون، صحيحة ما لم يطعن فيها بتزوير المعابنات المادية..."، وما يفهم من نص المادة أن عدد الأعوان المحررين للمحضر يجب أن يكونوا اثنين على الأقل، أي لكي يكون المحضر حائزا لحجية كاملة في الإثبات يجب أن يكون الحد الأدنى للأعوان المحررين للمحضر "إثنان"، وتؤيد هذا الحكم المادة 32 من الأمر 05-06.

ملاحظة : باستقراء نص المادة 32 من الأمر 05-06 نجد أنها لم تحدد عدد ضباط الشرطة القضائية الذين يصفون الحجية الكاملة للمحاضر المحررة من طرفهم مما يجعلنا نطرح الإشكال الآتي :

- هل للمحاضر التي يحررها ضابط واحد من الشرطة القضائية حسب نص المادة 32 من الأمر 05-06 حجية كاملة في الإثبات؟ يبقى هذا الإشكال مطروح إلى غاية تعديل هذه المادة لكي تطابق المادة 254 قانون الجمارك.

الفرع الثاني : المحاضر ذات الحجية النسبية : فضلا عما سبق هناك حالات يكون فيها للمحاضر الجمركية حجية نسبية، إذا نقلت تصريحات أو اعترافات أو إذا نقلت معابنات مادية وكانت محررة من طرف عون واحد، وحسب ما تقتضيه أحكام المادة 2/254 قانون الجمارك " وتثبت صحة الاعترافات والتصريحات المسجلة في محاضر المعاينة ما لم يثبت العكس، مع مراعاة أحكام المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية"، وفي هذه المادة يتكلم المشرع عن محضر

¹ قرار رقم 297971 مؤرخ في 2005/01/05م، غ.ج.م.ق.3، قضية إ ج ضد ق ب، المصنف سابق الذكر، ص: 44.

² قرار رقم 301030 مؤرخ في 2002/11/05م، غ.ج.م.ق.3، قضية إ ج ضد ب ص، المصنف سابق الذكر، ص-ص: 39-40.

المعاينة فقط وأغفل محضر الحجز، والأصل أن عبء الإثبات يقع على المدعي ليثبت ادعاءاته تجاه المدعى عليه¹، لكن ق ج خرج عن هاته القاعدة إذ جعل عبء الإثبات في المواد الجمركية على عاتق المدان ليثبت براءته إذ يسيره مبدأ مغاير "المتهم مدان إلى أن يُثبت براءته" وهو يعد انتهاكا للمبدأ المكرس في المادة 45 من الدستور² بقولها "كل متهم بريء حتى تثبت جهة قضائية نظامية براءته، مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون"، وهو ما اتجهت له المحكمة العليا في قضائها بقولها "حيث أن ما تدعيه الطاعنة إدارة الجمارك صحيح، فإثبات أن البضاعة غير أجنبية الصنع يقع على المحجوز عليه إذ خلافا للقواعد العامة فإن إثبات عدم ارتكاب جريمة جمركية يقع على المتهم بارتكابها عملا بالمادة 286 ق ج، كما أن إثبات شرعية حيازة البضاعة يقع أيضا على الحائز إذا تعلق الأمر ببضاعة أجنبية (من نوع البضاعة الحساسة للغش) وكانت الحيازة لأغراض تجارية وواردة في القائمة الصادرة بقرار وزاري مشترك عملا بالمادة 226 قانون الجمارك، وما دام القرار المطعون فيه ذهب إلى تطبيق القواعد العامة والمطلوب منه قانونا في القضايا الجمركية تطبيق قانون الجمارك، فإنه يكون قد صدر خلافا للقانون ويستحق النقض والإحالة فيما يتعلق بالدعوى الجبائية فقط"³.

وقد بين قانون الجمارك في المادة 3/254 منه للمتهم كيفية إثبات عكس ما جاءت به محاضر المعاينة في حالة واحدة هي مراقبة السجلات بقولها "وفي مجال مراقبة السجلات لا يمكن إثبات العكس إلا بواسطة وثائق يكون تاريخها الأكيد سابقا لتاريخ التحقيق الذي قام به الأعوان المحررون"، وفي غياب نص صريح يحكم كيفية إثبات العكس في الحالات الأخرى مما نعتبره إحالة ضمنية إلى الأحكام العامة التي تحكم الإثبات⁴.

وبالرجوع إلى نص المادة 216 قانون الإجراءات الجزائية نجد أنها تنص على أن يكون الدليل العكسي وجوبا بالكتابة أو بشهادة الشهود⁵، وقد اعتبرت المحكمة العليا أن الإنكار لا يعد دليلا عكسيا للمعاينات المادية الواردة في المحضر الجمركي بقولها "إن الوجه المثار من طرف المدعين المتعلق بالبضاعة التي نقلها أي الفول السوداني الذي هو من مصدر وطني، وكان يتعين عليهما (المتهمان) تبرير مصدره سواء أمام المحكمة أو أمام المجلس القضائي بوثائق ثبوتية لتقديم الدليل العكسي للمعاينات المادية الواردة في محضر الجمارك.

حيث أن مجرد إنكارات المدعين لا يمكن اعتبارها كدليل عكسي"⁶.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا أقرت فيه بالأخذ بالخبرة كوسيلة إثبات عندما يتم إثبات عكس ما جاء به المحضر الجمركي وذلك بقولها "حيث بالعكس من ذلك فإن الخبرة المنجزة من طرف الخبير المعين من قبل المحكمة أثبت أن الرقم التسلسلي للسيارة والرقم في الطراز مطابقين للبطاقة الرمادية وأن الأرقام المنقوشة أصلية وأنها مشوبة بالصديد ناجم عن قدم السيارة وهذا ما ارتكز عليه قضاة الموضوع لتبرئة ساحة المدعى عليه.

¹ نجيمي جمال، إثبات الجريمة على ضوء الإجتهد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص: 144.

² الدستور الجزائري 1996، معدل بالقانون 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، وبالقانون 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008.

³ قرار رقم 294136 مؤرخ في 2004/10/06م، غ.ج.م.ق.3، قضية ق ف، المصنف سابق الذكر، ص: 15.

⁴ أحسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية، مرجع سابق، ص: 179.

⁵ نجيمي جمال، مرجع سابق، ص: 147.

⁶ قرار رقم 285395 مؤرخ في 2004/02/10م، غ.ج.م.ق.3، قضية ع خ-ع ش، المصنف سابق الذكر، ص: 15.

حيث أن قضاة المحكمة والمجلس قضوا حسب ما هو ثابت لأن جريمة الإستيراد دون تصريح وإعادة الرقم التسلسلي للسيارة تتكون من عناصر مادية وهي عدم مطابقة لوحة الترقيم التسلسلي في الطراز مع البطاقة الرمادية وما دام أن الخبرة أثبتت عكس ما جاء به المحضر يجعل الوجه في غير محله وأن قضاة المجلس لم يخرقوا ق ج بل طبقوه بصفة سليمة"¹.

الفرع الثالث : حدود حجبة المحاضر الجمركية : إن القوة الثبوتية التي أضفاها المشرع على المحاضر الجمركية تجعل من الصعب على المتهم أن يطعن فيها، وتجعل القاضي مقيدا بالأخذ بها كدليل إثبات قوي للجريمة الجمركية، غير أن المشرع وحفاظا على حقوق الأفراد في الدفاع، بحيث أتاح للمتهم الطعن في صحة المحاضر الجمركية عن طريق الطعن بالبطلان وكذلك الطعن في صدقها عن طريق الطعن فيها بالتزوير وسنين في ما يأتي طرقا الطعن وكذلك سلطة القاضي في الأخذ بالمحاضر قبل وبعد الطعن.

أولاً. الطعن ببطلان المحاضر الجمركية : يأتي الطعن ببطلان المحاضر الجمركية بإثارة المتهم لدى صحة الشكليات الوجودية التي يحتويها المحضر والإجراءات المتبعة في تحريرها²، وقد سبق وأن تطرقنا إلى الشكليات الجوهرية والشكليات الثانوية للمحاضر الجمركية، وسنتعرف على حالات الطعن بالبطلان والجهة المختصة بالنظر فيه وآثاره.

1. حالات الطعن بالبطلان : في إطار الطعن بالبطلان فقد نصت المادة 255 قانون الجمارك بأنه " يجب أن تراعى الإجراءات المنصوص عليها في المادتين 241 و 242 وفي المواد 244 إلى 250 وفي المادة 252 من هذا القانون، وذلك تحت طائلة البطلان ولا يمكن أن تقبل المحاكم أشكالا أخرى من البطلان ضد المحاضر الجمركية إلا تلك الناتجة عن عدم مراعاة هذه الإجراءات"، ومن خلال المادة يتضح أن المشرع قد حصر حالات الطعن ببطلان المحاضر الجمركية في عدم مراعاة الأشكال والإجراءات المنصوص عليها في المواد 241، 242، 244، 245، 246، 247، 248، 249، 252 قانون الجمارك والمذكورين في المادة 255 أعلاه والتي تطرقنا لدراستها في جزء " المحاضر الجمركية" لذلك سنورد باختصار حالات البطلان في النقاط الآتية³ :

- عدم اختصاص محرر المحضر حسب المادة 241 قانون الجمارك ؛
- عدم مراعاة الشكليات المتعلقة بتحرير المحضر الواردة في كل من المواد 242، 244، 245، 246، 247، 248، 249، 250، 252 قانون الجمارك.

2. الجهة المختصة بالنظر في طلب البطلان : تختص الجهة القضائية التي تبت في الدعوى الأصلية بالنظر في طلب البطلان وقد استقر قضاء المحكمة العليا على مبدأين هما :

- أن حالات البطلان المقررة في نص المادة 255 قانون الجمارك، ليست من النظام العام فليس لقضاة الموضوع إثارته من تلقاء أنفسهم بل يتعين على من يهمله الأمر أن يثيرها قبل أي دفاع في الموضوع⁴؛

¹ قرار رقم 209749 مؤرخ في 2000/03/07م، غ.ج.م.ق.3، قضية إ ج ضد ع م، المصنف سابق الذكر، ص: 18.

² رحمان حسيبة، مرجع سابق، ص: 136.

³ سعادنة العيد، مرجع سابق، ص: 201.

⁴ قرار رقم 331898 مؤرخ في 2004/05/10م، غ.ج.م.ق.3، قضية إ ج، ن ع لمجلس قضاء وهران، م س أ، ب ص، ضد القرار الصادر في 2003/01/12م،

المصنف سابق الذكر، ص-ص: 41-42.

- يجب إثارة الدفع بالبطلان أمام محكمة أول درجة ومن ثم يرفض الطلب إذا أثير لأول مرة أمام المجلس، أو المحكمة العليا¹.

3. آثار البطلان : لقد ميز القضاء بين آثار البطلان حسب أسبابه، فإذا كان البطلان بسبب شكليات لا تقبل التجزئة كخلو المحضر من توقيع محرريه أو صفتهم أو تاريخ تحريره...، فيكون البطلان في هاته الحالة مطلقا بحيث يطال المحضر برمته فيصبح لاغيا في كل ما تضمنه غير أنه يعتد به فيما يخص المعاينات المادية التي نقلها في إثبات الجريمة الجمركية، أما إذا كان البطلان بسبب شكلية يمكن فصلها عن باقي مضمون المحضر مثل كمية الأشياء المحجوزة، أو عرض رفع اليد عن وسيلة النقل، أو عدم مراعاة الإجراءات الشكلية بخصوص تفتيش المنازل، فيكون البطلان نسبيا حسب ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا وفي قرار لها جاء ليميز بين العيوب الجوهرية والعيوب الثانوية بالنسبة للمحضر مفاده " حيث أنه فيما يخص عدم إمضاء المحضر من قبل المتهم وأيضا عدم تسليمه نسخة منه. حيث استندت كل من محكمة مغنية ومجلس قضاء تلمسان التصريح بإبطال المحضر أساس المتابعة ويتعين التأكد من الإجتهد القضائي المستقر للمحكمة العليا فيما يخص أوجه البطلان التي يمكن إثارتها ضد محضر الحجز يستوجب التمييز بين العيوب الجوهرية والعيوب الثانوية التي ليست لها الطابع المؤدي إلى بطلان كل المحضر ونتيجة لذلك الإجراءات في مجملها.

حيث أنه تبعا لنفس اجتهاد المحكمة العليا فإن العيب الذي يشوب إحدى عمليات المعاينة في المحضر لا يؤدي بنص القانون إلى بطلان المحضر بكامله، الذي يبقى صحيحا بخصوص المعاينات المادية الأخرى طبقا للقانون والتي تكفي لإثبات الجريمة أو تتضمن الإعتراف غير المنازع فيه من طرف المتهم.

وعليه واستنادا إلى هذا الإجتهد للمحكمة العليا يتعين التصريح بأن العيوب التي استندت إليها كل من محكمة مغنية ومجلس قضاء تلمسان للنطق ببطلان إجراءات محضر الحجز أساس المتابعة ما هي إلا عيوب ثانوية لا يمكنها أن تؤدي إلى محو المعاينات المادية الواردة في المحضر.

إن المعاينات المادية الواردة في المحضر تكفي لإثبات الجريمة الجمركية المنسوبة للمتهم ونتيجة لذلك فإن محكمة مغنية ومجلس قضاء تلمسان لما نطقا ببطلان محضر الحجز أساس المتابعة والذي هو صحيح في نظر القانون قد خرقوا القانون².

أما بالنسبة لأثر بطلان المحاضر الجمركية على المتابعات القضائية فهو لا ينصرف إليها بل يتحول المحضر إلى مجرد محضر تحقيق ابتدائي استدلالي لا غير وقد قضت المحكمة العليا في هذا الإتجاه أنه "حيث أنه من المستقر قضاء أن إبطال إجراءات الحجز لا ينجر عنه إبطال المتابعة وكل ما في الأمر أن ذلك المحضر لم يعد محضر حجز ذي قوة إثباتية وإنما يصبح محضر تحقيق ابتدائي يعتبر مجرد استدلالات وفقا للمادة 215 قانون الإجراءات الجزائية ولقاضي الموضوع التقدير الواسع له"³.

¹ قرار رقم 291730 مؤرخ في 2004/09/07م، غ.ج.م.ق.3، قضية م م، ح ح، المصنف سابق الذكر، ص: 41.

² قرار رقم 106404 مؤرخ في 1994/03/06م، غ.ج.م.ق.3، قضية إ ج ضد ج م، المصنف سابق الذكر، ص: 42.

³ قرار رقم 290081 مؤرخ في 2004/10/06م، غ.ج.م.ق.3، قضية م ر، ج ن د، إ ج، ضد ن ع، المصنف سابق الذكر، ص: 45.

ثانياً. الطعن بالتزوير: يتم الطعن بالتزوير بضرب صدق ما نقله المحضر من معائنات ومعلومات حول الجريمة الجمركية، وأول ما نلاحظه أن ق ج لم يحدد إجراءات الطعن بالتزوير في المحاضر الجمركية، لذلك نفهم أن هناك إحالة ضمنية من المشرع على الأحكام العامة، وبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية نجد أن هناك تمييزاً من حيث الإجراءات الواجب اتباعها بحسب الجهة التي يقدم أمامها الطعن بالتزوير.

1. الطعن بالتزوير أمام المحكمة أو المجلس: نظمت أحكامه المادة 536 قانون الإجراءات الجزائية بقولها "إذا حصل أثناء جلسة بمحكمة أو مجلس أن أدعي بتزوير ورقة من أوراق الدعوى فلتلك الجهة القضائية أن تقرر بعد أخذ ملاحظات النيابة العامة وأطراف الدعوى ما إذا كان ثمة محل لإيقاف الدعوى أو عدم إيقافها ريثما يفصل في التزوير من الجهة القضائية المختصة.

وإذا انقضت الدعوى العمومية أو كان لا يمكن مباشرتها عن تهمة التزوير وإذا لم يتبين أن من قدم الورقة كان قد استعملها متعمداً عن قصد التزوير قضت المحكمة أو المجلس المطروح أمامه الدعوى الأصلية بصفة فرعية في صفة الورقة المدعى بتزويرها"، وما يلاحظ على المادة أنها مشوبة بالتقصير من طرف المشرع إذ لم تستوف كامل جوانب الطعن من إجراءات وغيرها¹، أما قانون الجمارك في مادته 257 فقد ألزم الطاعن بالتزوير في محضر المعاينة بتقديم طعنه في الآجال وبالأشكال المحددة، وإذا ألغت وسائل التزوير وجود الغش بالنسبة لطالب الطعن، يقوم وكيل الجمهورية بالإجراءات المناسبة من أجل الفصل فيها فوراً، غير أنه يمكن تأجيل النظر في المخالفة الجمركية إلى غاية الفصل في الدعوى العارضة بالتزوير، طبقاً لأحكام المادة 536 قانون الإجراءات الجزائية، ويكون أمام المحاكم التي تبت في المسائل الجزائية لأن جريمة التزوير من جرائم القانون العام.

2. الطعن بالتزوير أمام المحكمة العليا: أحالت المادة 537 قانون الإجراءات الجزائية فيما يتعلق بالطعن بالتزوير في مستند مقدم أمام المحكمة العليا إلى قانون الإجراءات المدنية²، وبالرجوع إلى هذا القانون نجد أنه قد ألغى بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية³ الجديد، والذي نظم أحكام الدعاوى المتعلقة بتزوير المحررات الرسمية في المواد (من 179 إلى 188)، فبالنسبة للآجال تكون 08 أيام ابتداء من تاريخ أمر القاضي بإيداع المستند المطعون فيه بالتزوير، ولم تبين الجهة المختصة التي يقدم أمامها طلب الطعن بالتزوير.

ومما سبق طرحه نستخلص أن الأصل في الجرائم الجمركية أن تكون سلطة القاضي التقديرية مقيدة بالمحاضر المحررة من طرف الأعوان المبيينين في المادة 241 قانون الجمارك، وفي هذا الصدد جاء في قرار للمحكمة العليا أن "محضر الجمارك يعد قيدياً ورداً للحد من السلطة التقديرية للقاضي (لا مجال لقضاة الموضوع من ممارسة سلطتهم التقديرية).

حيث أنه من المقرر قانوناً وقضائياً أن حجية المحاضر المحررة من طرف الأعوان المذكورين في المادة 241 قانون الجمارك موثوق بها فيما يخص الإثباتات والمعاينات المادية المضمنة فيها طبقاً لأحكام المادة 254 قانون الجمارك ومن ثم فليس من حق قاضي الموضوع ممارسة سلطته التقديرية لما جاء في محضر الجمارك الذي يعتبر ذو قوة ثبوتية بل يجب الأخذ به

¹ عبد الرحمان خلفي، مرجع سابق، ص: 118.

² الأمر رقم 66-154 مؤرخ في 08 جوان 1966م.

³ قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008.

واعتبار جميع عناصره صحيحة طالما لم يطعن فيه بالتزوير ولم يؤت الدليل العكسي الذي يناقضه وهو بذلك يعد قيدا وحدا من السلطة التقديرية للقاضي"¹.

وفي حالة الطعن بالبطلان أو بالتزوير وثبوتهما فإن القاضي يستعيد سلطته التقديرية في مجال الأخذ بالأدلة المطروحة أمامه².

والجدير بالذكر أن المحاضر المثبتة لجرائم التهريب الموصوفة جنائيات كاملة الحجية مثلها مثل المحاضر الجمركية التي أحالت إليها المادة 32 من الأمر 05-06 مما يجعل القاضي مقيدا بالأخذ بها وهو ما يتناقض مع مبدأ "محكمة الجنايات محكمة اقتناع شخصي"، وعندما نأخذ بقاعدة الخاص يقيد العام نأخذ بأحكام الأمر 05-06 فيما يخص الإثبات³.

الخاتمة :

لقد بينا فيما سبق أن لأعوان الجمارك سلطات أوسع من الأعوان المذكورين في المادة 241 قانون الجمارك وبصفتهم ممثلين لإدارة الجمارك فإنهم يقومون بممارسة الصلاحيات التي رسمها لهم ق ج، وتمثل هاته السلطات في معاينة الجرائم الجمركية وضبطها بالأساليب التي نظم أحكامها قانون الجمارك، وقد رأينا أن المحاضر الجمركية هي السبيل الأمثل لمعاينة الجرائم الجمركية، بما لأعوان الجمارك من سلطات في إطار إجراء الحجز وإجراء التحقيق الجمركيين، والالذان ينتهيان إلى تحرير محاضر الحجز والمعاينة، لإثبات الجرم المنسوب إلى المخالف، بالإضافة إلى أن سلطة الإطلاع أو حق المعاينة مخول لأعوان الجمارك دون غيرهم من الأعوان المنصوص عليهم في المادة 241 قانون الجمارك، أما حق الحجز فهو جائز لجميع الأعوان المذكورين سابقا عدا بعض الحقوق الخاصة مثل عرض رفع اليد الذي حصره ق ج لأعوان الجمارك وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ.

وقد تبين لنا الدور المهم الذي تلعبه المحاضر الجمركية في إثبات الجريمة الجمركية، حيث أحاطها المشرع بحماية ضد الطعن فيها ما عدا حالتين: الطعن بالبطلان والطعن بالتزوير، بحيث يصعب إثبات كلا الإدعاءين السابقين نتيجة القصور الواضح من المشرع في تبين الإجراءات التي تحكم هذين الإدعاءين.

وبعد أن تتم معاينة الجريمة الجمركية وضبطها بالمحاضر الجمركية، تنتقل المنازعة إلى القضاء ليبت فيها طبقا لأحكام التشريع الجمركي.

¹ قرار رقم 330297 مؤرخ في 28/09/2005م، غ.ج.م.ق.3، قضية إ ج ضد ف م- ش ي، المصنف سابق الذكر، ص: 46.

² مجدي محب حافظ، مرجع سابق، ص: 461.

³ أحسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية، مرجع سابق، ص: 198.

نأثير الأكتشافات الطبية على النسب

-نقل وزراعة الأعضاء التناسلية نموذجاً- دراسة فقهية قانونية



ربيعة بن علي خلافي أستاذة مساعدة قسم "ب" كلية العلوم

الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير بجامعة معسكر - الجزائر

الملخص باللغة العربية :

يعرف العصر الحديث تطورا علميا مذهلا في مختلف مجالات المعرفة عموما وفي المجال الطبي خصوصا، فقد تم استحداث جراحات طبية لم يكن لها سابق وجود على الساحة العلمية كزراعة الأعضاء التناسلية وذلك كمحاولة من الأطباء للوصول إلى القضاء على بعض حالات العقم الناتجة عن فشل الأعضاء التناسلية للقيام بوظيفتها الحيوية أو عملية التلقيح لأصابتها بأمراض .

وقد طرحت هذه العمليات مسائل خلافية بين فقهاء الشرع من منطلق حماية الشريعة الإسلامية للأنساب وإنطتها بأحكام خاصة حول مدى شرعية هذه العمليات وبين فقهاء القانون باعتبارها تثير إشكالا عمليا في حالة اقتطاع هذه الأعضاء من جثث الموتى أو جزء منها فقط بالنسبة للأشخاص الأحياء وكيفية إثبات نسب المولود في حالة حدوث الحمل.

مقدمة :

يعرف العصر الحديث تطورا علميا مذهلا في مختلف مجالات المعرفة عموما وفي المجال الطبي خصوصا، فقد تم توظيف التقدم العلمي في تطوير الطرق العلاجية، حيث أصبحت الجراحات الصحية التي كانت تبدو مستحيلة في الماضي عمليات جراحية عادية يمكن مباشرتها بسهولة وبدون معاناة للمريض⁽¹⁾.

فضلا عن ذلك فقد تم استحداث جراحات طبية لم يكن لها سابق وجود على الساحة العلمية كزراعة الأعضاء التناسلية، فقد بدأ التفكير في هذه الجراحة كمحاولة من الأطباء للوصول إلى أحد سبل العلاج الحاسم لحالات العقم الناتجة عن فشل الأعضاء التناسلية للقيام بوظيفتها الحيوية أو عملية التلقيح لأصابتها بأمراض .

وانطلاقاً من هذه المعطيات فإن حساسية الموضوع وتشابك العديد من جوانبه، نظراً لتأثيرها على مسألة النسب كأصل عام كانت الدافع الأساسي لدراسة هذه القضية، باعتبار أن وسائل الإنجاب الحديثة أفرزت أوضاعاً مغايرة للوضع المعهود للإنجاب الطبيعي، مما يتطلب تدخلاً من أهل الفقه والقانون وذلك لإزالة الكثير من الضبابية التي تكتنف العديد من جوانبها، ونظراً لجهل عامة الناس بهذه العمليات وقلة البحث فيها.

فقد استطاع الطب أن يبتكر طرقاً فعالة للقضاء على العقم وأسبابه، حيث أتاح فرصاً للإنجاب عن طريق التلقيح بالمساعدة الطبية أو زراعة الأعضاء التناسلية، مما يمكن المحرومين من الذرية من تذوق مشاعر الأبوة والأمومة. وبالتالي القضاء على العديد من المشاكل الأسرية والاجتماعية التي تنجم عن العجز عن الإنجاب.

كما يشهد لأهمية موضوع البحث الندوات العلمية والمؤتمرات والفتاوى الشرعية والبحوث التي اتخذت هذه الابتكارات العلمية محورا لها، والتي شهدتها السنوات الماضية المصاحبة لظهور هذه التقنيات، سواء كان تناولها من الجانب الطبي والبحث أو من جانب الفقه الإسلامي أو من جهة القانون والتشريع الوضعي.

وتجدر الإشارة إلى هذا النوع من الجراحة يثير مسائل كثيرة سواء من الجانب الشرعي، لتعلقها بمقصد شرعي خاص وهو مقصد الشارع في حفظ الأنساب من الاختلاط. فقد تكون الأعضاء التناسلية محل الزرع حاملة للصفات الوراثية المنقول منه، وهو ما يؤدي إلى مفاصد اجتماعية وأخلاقية⁽²⁾، بل يتعدى الأمر إلى حد إنجاب أطفال غير شرعيين.

لهذا فقد طرحت هذه العمليات مسائل خلافية بين فقهاء الشرع من منطلق حماية الشريعة الإسلامية للأنساب وإنطاطها بأحكام خاصة حول مدى شرعية هذه العمليات، من خلال مدى حمل المولود للصفات الوراثية المنقولة وثبوت النسب فيه، إما للشخص المتبرع به أو الشخص المتلقي.

بالإضافة إلى ذلك فقد حظرت معظم التشريعات الوضعية زراعة الأعضاء التناسلية، كاستثناء على باقي الأعضاء البشرية الأخرى بخلاف التشريع الجزائري الذي سكت عن هذه المسألة، وهو ما يطرح إشكالاتاً عملياً في حالة اقتطاع هذه الأعضاء من جثث الموتى أو جزء منها فقط بالنسبة للأشخاص الأحياء وكيف يتم إثبات النسب في هذه الحالة إذا حصل الحمل؟

وعليه تأتي هذه الدراسة الموسومة بالاكشافات الطبية وأثرها على النسب - زراعة الأعضاء التناسلية نموذجاً - وذلك للبحث والوقوف على آراء واجتهاد أهل العلم من الفقهاء والقانونيين التي عاجلت تلك المسائل والممارسات الطبية المستحدثة مع كشف الآثار التي تنشأ عنها خاصة حينما يتعلق الأمر بجلل كالنسب الذي يتوقف عليه مصير المولود حفاظاً وضياعاً.

بالإضافة إلى الإجابة على بعض التساؤلات التي يطرحها هذا الموضوع لعل أهمها:

1- ما هي أنواع الأعضاء التناسلية التي تكون قابلة للنقل أو الغرس؟

2- ما حكم الشرع والقانون من زراعة الأعضاء التناسلية؟

3- ما مدى تأثير نقل الصبغات الوراثية الموجودة في الأعضاء التناسلية في تشكيل الجنين عند حدوث عملية الإخصاب؟

4- ما مدى كفاية القواعد الفقهية والقانونية التي أقيم عليها النسب في استيعاب القوالب الجديدة للإنجاب؟

5- لمن ينسب المولود الناتج عن عمليات زراعة الأعضاء التناسلية؟

وفي سبيل إيضاح ما تقدم حرصت في هذا المقام على دراسة هذه العمليات من الناحية الطبية، الفقهية وكذا القانونية وبسط وجهة نظر بعض التشريعات الوضعية من هذه الابتكارات الطبية. حيث قسمت هذه الدراسة ضمن محورين أساسيين، تناولت في المبحث الأول دراسة ماهية عمليات غرس الأعضاء التناسلية من خلال إبراز التمييز بينها وبين بعض العمليات المشابهة لها وكذا تبيان أنواع الأعضاء التناسلية القابلة للنقل، لنتقل في المبحث الثاني لتبيان مدى مشروعية غرس الأعضاء التناسلية وأثرها على النسب سواء في الفقه الإسلامي أو موقف القانون الوضعي.

خطة الدراسة :

مقدمة :

المبحث الأول : ماهية عمليات نقل زراعة الأعضاء التناسلية .

المطلب الأول : تمييز عمليات نقل الأعضاء التناسلية عن غيرها من العمليات المشابهة لها .

الفرع الأول : عمليات تثبيت الجنس .

الفرع الثاني : عمليات تغيير الجنس .

المطلب الثاني : أنواع الأعضاء التناسلية القابلة للغرس .

الفرع الأول : حسب تركيب الأعضاء التناسلية .

الفرع الثاني : استنادا إلى مدى انتقال الصفات الوراثية للإنسان .

المبحث الثاني : مدى مشروعية عمليات نقل وزراعة الأعضاء التناسلية وأثرها على النسب .

المطلب الأول : حكم الشريعة الإسلامية في عمليات نقل الأعضاء التناسلية وإثبات النسب .

الفرع الأول : حكم نقل الأعضاء التناسلية التي تنقل الصفات الوراثية وأثرها على النسب .

الفرع الثاني : حكم الشريعة من نقل الأعضاء التناسلية التي لا تنقل الصفات الوراثية .

المطلب الثاني : موقف القانون الوضعي من عمليات غرس الأعضاء التناسلية وكيفية إثبات النسب .

الفرع الأول : القوانين التي حظرت غرس الأعضاء التناسلية صراحة .

الفرع الثاني: التشريعات الوضعية التي لم تنظم هذه العمليات.

خاتمة.

المبحث الأول: ماهية عمليات نقل وزراعة الأعضاء التناسلية:

إن عمليات التحكم في الإنجاب والتقدم الذي أحرزه العلماء في مجال غرس الأعضاء، فتح أبوابا جديدة في الممارسات الطبية ومن ذلك عمليات غرس الأعضاء التناسلية⁽³⁾. إذ تهدف هذه العمليات إلى تعويض الإنسان عما يصيب الأعضاء التناسلية بشكل تام مما يحول دون القدرة على الإنجاب والجماع.

إذ يقصد بعمليات نقل الأعضاء التناسلية من الناحية الطبية هي إدماج عنصر تناسلي في جسم الإنسان الحي للمساهمة في التقليل مما تعانيه الوظائف الفيزيولوجية من نقص⁽⁴⁾. غير أن التعريف الجلي لهذه العملية يظهر في اعتبارها مجموعة العمليات الجراحية التي يقوم بمباشرتها الطبيب الجراح بهدف نقل عضو تناسلي سليم أو جزء منه من جسم المتبرع إلى جسم مستقبل آخر لإحلاله محل العضو المصاب وتمكين الشخص المصاب بالعقم من الإنجاب بصورة طبيعية.

ومن ثم فإن هذه العمليات تتميز عن غيرها من التطبيقات الحديثة التي ظهرت في الآونة الأخيرة لعل أهمها عمليات تثبيت الجنس أو عمليات تغييره. بالإضافة إلى ذلك فإن طبيعة الأعضاء التناسلية محل الزرع أو الغرس تختلف في وضعها عن غيرها من أجزاء الجسد الأدمي، بل إن تركيبة هذه الأعضاء تختلف باختلاف الجنس ذكورة أو أنوثة وبحسب الظهور سواء كانت داخلية أو خارجية.

لهذا فإن الضرورة العلمية تستلزم دراسة هذه الأعمال الطبية، والتي قد تتشابه مع عمليات نقل الأعضاء التناسلية كمطلب أول، لنتقل إلى إبراز أنواع الأعضاء التناسلية المراد غرسها كمطلب ثاني.

المطلب الأول: تمييز عمليات نقل الأعضاء التناسلية عن غيرها من التطبيقات الطبية الحديثة المشابهة لها:

لقد أفرزت الطفرة العلمية الهائلة في مجال العلوم الطبية عدة ممارسات لها من الخطورة والفائدة ما يجعل من دراستها ومحاولة ضبط جوانبها أمر مهما وذلك لارتباطها بالعلاقات الاجتماعية والجنس بصفة عامة. إذ تختلف هذه الوسائل الطبية الحديثة من نوع إلى آخر وذلك بالنظر إلى الهدف المتوخى منها وكذا الآثار المترتبة من الناحية الشرعية أو القانونية

وعليه سنحاول دراسة البعض من هذه الممارسات الطبية الشبيهة بعمليات نقل الأعضاء التناسلية، بحيث نستهل هذا الفرع بتحديد المقصود من تثبيت الجنس (الفرع الأول)، لنتقل إلى إيضاح عمليات تغيير الجنس (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عمليات تثبيت (تصحيح) الجنس:

يقصد بتصحيح مستحسن الإنسان بأنه عملية جراحية يقوم من خلالها الطبيب بعلاج حالة مرضية تخص الإنسان الخاضع للعملية يعرف باضطراب الهوية الجنسية، إذ لا يشعر هذا الشخص بأنه ينتمي إلى الجنس المعاكس

لجنسه مما يثير بداخله تناقضا رهيبا ومن ثم مشكلة معقدة ، بحيث يقع هناك اختلاط بين الصفات الذكورية والأنوثة⁽⁵⁾.

وترتبيا على ذلك تعتبر عمليات تثبيت الجنس تصحيح لوضع خاطئ إلى آخر سليم، بسبب وجود إنسان مشتبه بين الذكر والأنثى فهي تثبيت لجنس الشخص في جنسه الحقيقي والصحيح.

وتجدر الإشارة إلى أن قضية تثبيت (تصحيح الجنس) ما زالت تشغل الأوساط الاجتماعية والطبية، غير أن مثل هذه العمليات لا يرفضها الشرع، لأنها لا تعتبر تغيير في خلق الله، بل هي تصحيح لبعض الاختلاط للوصول إلى جنس الحقيقي سواء ذكر أو أنثى نظرا لوجود بعض الخلل في الغدد الجنسية، كما تكون أعضاء الجنسية غامضة فتجرى له هذه العملية لتثبيت جنسه الحقيقي والصحيح⁽⁶⁾.

وقد أكد على ذلك قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية العاشرة المنعقدة بمكة المكرمة⁽⁷⁾، كما أجازت دار الإفتاء المصرية إجراء هذا النوع من الجراحة. إذ يتضح من هذه الفتوى أنه ينبغي توافر الأعضاء التناسلية للجنس الذي أمكن التحويل عليه لتكون العملية الجراحية مجرد كشف عن الأعضاء وليس لزراعة أعضاء جديدة⁽⁸⁾.

فضلا عن ذلك تعد هذه العمليات ظاهرة تتميز بها مختلف التشريعات بما فيها التشريعات العربية ومنها التشريع المغربي⁽⁹⁾، إلا أن هناك تأخر في معالجتها نظرا لحساسية هذا الموضوع وخطورته في الوقت ذاته .

والجدير بالذكر في هذا الصدد إلى أن عمليات تصحيح أو تثبيت الجنس تتشابه مع عمليات زراعة الأعضاء التناسلية في الغاية العلاجية التي تدفع بإجرائها، ففي تصحيح الجنس الإنسان يكون إجراء الجراحة لتصليح الخلل المتسبب في اختلاط الجنس والذي قد يرتبط بعوامل وراثية⁽¹⁰⁾. ومن ثم فإن اختلاط تحديد الجنس يعد عيبا خلقيا مثله مثل العيوب الخلقية الأخرى كالتشوهات الولادة أو التشوهات المرضية⁽¹¹⁾، والتي يمكن للأطباء اللجوء إلى التدخل الجراحي لإصلاح هذه العيوب الخلقية لتحديد جنس الإنسان بعد أن كان مشكوكا فيه.

غير أن الفارق الجوهرى بين هاتين العمليتين يظهر في أن الشخص الخاضع لعملية تثبيت الجنس يصبح رجلا بعد أن كان ظاهره امرأة أو العكس، ولا يخفى على أحد الآثار القانونية الناجمة عن هذا التغيير سواء تعلق الأمر بحالته المدنية أو غيرها، بخلاف عمليات زراعة الأعضاء التناسلية التي يكون الغرض منها إما تحصيل النسل أو الاستماع نظرا لتلف الأعضاء التناسلية لأحد الزوجين أو انسداد القنوات الناقلة للبويضات أو الحاملة للمني⁽¹²⁾.

كما قد يكون القصد منها الجمال، ذلك لأن تلف المبيضين أو الخصيتين يسببان فقدان كل الصفات المناسبة للأنوثة أو الذكورة، حسب الحالة وفقدان الجمال تبعا لذلك أو التجميل والذي يحدث في حالة وجود الذكر من الرجل مقطوعا أو ضامرا. ويمكن تصور الحاجة إلى هذه العمليات أيضا في زراعة ركب المرأة، وهو العضو الظاهر، إذ أن المراد بالتجميل كأصل عام العودة بالصورة الظاهرة للبدن على صورتها الطبيعية دون تصحيح.

الفرع الثاني : عمليات تغيير الجنس :

وقد عرف بعض الفقهاء عمليات تغيير الجنس بأنها عمليات استئصال وطمس المظاهر الجنسية الحقيقية للشخص واصطناع مظاهر للنوع الآخر. كما يقصد بأنها عملية طبية يتم بمقتضاها تحويل مظهر العضو التناسلي إلى الجنس المعاكس لجنس الشخص دون مبرر شرعي لذلك⁽¹³⁾.

ومن ثم فإننا نستطيع القول بأن تغيير الجنس هو رغبة غير مبررة لأفراد عاديين في تكوينهم البدني سليم وكامل من الناحية التكوينية التي فطروا عليها.

وهذا وقد أثار هذا النوع من العمليات ضجة كبيرة حول مشروعيتها، نظرا لانتشارها انتشارا كبيرا في كثير من الدول الغربية، فقد اعتبر الجمع الفقهي الإسلامي محاولة تحويل إلى النوع الآخر جريمة يستحق فاعلها العقوبة لأنها تغيير لخلق الله⁽¹⁴⁾ ، وهو ما أكدته أيضا هيئة كبار المسلمين، بحيث نجد العلماء المسلمين المعاصرون أجمعوا على عدم جواز إجراء التدخل الجراحي لمجرد الرغبة في التغير دون وجود دواعي جدية وصریحة⁽¹⁵⁾. كما اتجهت إليه أيضا دار الإفتاء المصرية السابقة باعتبار أن التغير الإنفاقي للجنس يتنافى مع الأحكام الشرعية التي تقضي بعدم جواز التصرف في حالة الأشخاص⁽¹⁶⁾.

غير أنه بالرغم من حظر معظم التشريعات الوضعية لهذه العمليات، نظرا لتنافيها مع قواعد النظام العام وما استقر عليه العلم حديثا، لاعتباره تشويه لكل علاج طبي أو جراحي يؤثر في مستقبل المريض، إلا أن هناك بعض القوانين أبحاث عمليات تغيير الجنس كما نظمتها باحترام ضوابط معينة لإباحة فعل التغير⁽¹⁷⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن عمليات تغيير الجنس قد تشترك مع عمليات نقل الأعضاء التناسلية في الحل الذي ينصب على كليهما، والمتمثل في الأعضاء التناسلية. غير أن الفارق الجوهرى بينهما يكمن في الهدف من إجرائها، بحيث يكون زرع الأعضاء التناسلية لغرض علاجي وليس لمجرد رغبة نفسية شخصية⁽¹⁸⁾ ، بينما تعد عمليات تغيير الجنس بمثابة تغيير للوضع السليم إلى الخاطئ، على عكس عمليات تصحيح الجنس التي تكون أعضائه الجنسية غامضة ومما يشتهه في جنسه ذكرا أو أنثى، بل أكثر من ذلك فقد يترتب على هذا النوع من الجراحة آثارا قانونية خطيرة سواء من الناحية الاجتماعية أو القانونية نظرا لتغيير حالته المدنية، بخلاف عمليات غرس الأعضاء التناسلية

فضلا عن ذلك فإن عمليات تغيير الجنس تعتبر كعملية يفقد صاحبها صفاته الجنسية دون أن يكتسب خصائص الجنس الآخر⁽¹⁹⁾. ويرجع السبب في ذلك إلى أن التغير الذي يترتب على هذا النوع من الجراحة هو تغيير من الشكل الخارجي دون التركيب البيولوجي الذي يظل دون ذلك، بخلاف عمليات التصحيح التي ينجم عنها إظهار حقيقة الشخص لجنسه، بعد أن كان يعاني من تشوهات خلقية أو خلل عضوي في الجهاز التناسلي.

المطلب الثاني : أنواع الأعضاء التناسلية القابلة للغرس :

يتشكل جسم الإنسان في مجموعه من الأعضاء الداخلية والخارجية وكافة المشتقات والمنتجات البشرية، إذ أثبتت الممارسات الطبية الحديثة ضرورة التمييز بين هذه العناصر، نظرا لما يترتب على ذلك من اختلاف كل منها عن الأخرى⁽²⁰⁾ سواء من حيث المساس بأحدهما والذي ينتج آثار قانونية متباينة ناهيك عن الاختلاف في الشروط القانونية المتعلقة بنقل تلك العناصر وإجراء التجارب العلمية عليها.

بالإضافة إلى ذلك فإن طبيعة الأعضاء التناسلية تختلف في وضعها عن غيرها من أجزاء الجسد الأدمي ، إذ يقصد بها تلك الأعضاء التي لها دور في عملية التناسل والتوالد عند الإنسان، كما تقوم بإنتاج عناصر الإخصاب من البويضات ونطف وهي أيضا محل الجماع⁽²¹⁾.

وقد اختلف المختصون حول تصنيف الأعضاء التناسلية، فمنهم من قسمها بحسب تركيبها الجنسي ذكورة أو أنوثة، ومنهم من قسمها استنادا إلى مدى نقل هذه الأعضاء للصفات الوراثية للإنسان. على هذا الأساس سنحاول من خلال هذا المطلب إبراز أنواع الأعضاء التناسلية ، بحيث سنحاول في الفرع الأول تقسيم الأعضاء حسب تركيبها لنتقل إلى دراسة النوع الثاني من استنادا إلى مدى نقل الأعضاء للصفات الوراثية في الفرع الثاني.

الفرع الأول : تقسيم الأعضاء التناسلية حسب تركيبه الجنسي :

يختلف تركيب الجهاز التناسلي الذكري عن الأنثوي باختلاف الوظيفة، حيث تكون الوظيفة عند الذكر تكوين وخزن وقذف الحيوانات المنوية وعند الأنثى تكوين البويضة ثم رعاية الجنين ونموه وولادته⁽²²⁾. وهو ما سنحاول إيضاحه في هذا الفرع بحيث ستناول كل فرع على حدى وذلك وفق ما يلي :

أولاً: الأعضاء التناسلية عند الذكر :

يتكون الجهاز التناسلي الذكري من أجزاء خارجية وأجزاء داخلية، تختلف وظيفتها عن الأخرى، وذلك كما يلي :

أ- الأعضاء الداخلية : وهي تشمل كل من الخصية التي هي عبارة عن غدة بيضوية الشكل تقع داخل كيس الصفن⁽²³⁾ ، إذ تعتبر هذه الأخيرة عضو التناسل الذكري الأول باعتبارها صانعة للنطاف والهرمونات الذكرية.

بالإضافة إلى البربخ الذي يشكل قناة تصب فيها مجموعة كبيرة من القنوات المنوية الصادرة من الخصية وهو ملتوي كثيرا ، يتصل بالقناة المنوية الناقلة التي تنقل الحيوانات المنوية من الخصيتين إلى الخارج⁽²⁴⁾.

فضلا عن ذلك فإن الجهاز التناسلي للذكر يتكون من الحويصلات المنوية والتي تفرز مواد سائلة تحتوي على السكر وهرمون البروستاتا جلاندين⁽²⁵⁾ ، كما يتكون من غدة البروستاتا التي تقم بإفراز 20% من السائل إلى يخرج من المني⁽²⁶⁾.

ب- الأجزاء الخارجية : وتتألف من الصفن وهو عبارة عن كيس جلدي يحتوي على الخصيتين والبربخ، إذ يقوم بدور هام في حماية الخصيتين في درجة حرارة أقل من درجة حرارة الجسم⁽²⁷⁾ ، وهناك أيضا القضيب الذي يعد عضو الجماع عند الذكر، حيث يستعمل لإدخال الحيوانات المنوية إلى المهبل⁽²⁸⁾.

ثانيا : الأعضاء التناسلية عند الأنثى :

وهي تنقسم إلى أعضاء تناسلية ظاهرة خارجية وأخرى باطنية داخلية على الوجه التالي :

أ- الأعضاء التناسلية الباطنة: وهي تتألف من المبيضين ثم بوقي الرحم الذين ينقلان البويضات إلى الرحم، الذي يحضن الجنين ثم المهبل اللذان يعتبران محل الجماع⁽²⁹⁾، إذ يقوم المبيضان بتخزين وإنتاج البويضات. كما يقوم بإفراز الاستروجينات والبروجستون وهي هرمونات جنسية وأنثوية ومن يعتبر المبيض عضو التناسل الأولي عند المرأة⁽³⁰⁾.

ب- الأعضاء التناسلية الظاهرة: حيث يطلق على الأجزاء الخارجية للجهاز التناسلي الأنثوي فرج الرحم⁽³¹⁾، فضلا عن ذلك يعد الثدي جزء من الجهاز التناسلي الأنثوي وهو عبارة عن غدة عرقية كبيرة تفرز الحليب⁽³²⁾.

الفرع الثاني: تقسيم الأعضاء التناسلية استنادا إلى مدى انتقال الصفات الوراثية للإنسان:

وقد صنف المختصون هذه الأعضاء إلى نوعين أساسيين، أولاهما ماله من دخل في نقل الخصائص الوراثية للإنسان، أما ثانيهما فهو ما ليس دخل في نقل الصفات الوراثية، وهو ما سنحاوله إيضاحه كما يلي:

أولا: ماله دور في نقل الخصائص الوراثية:

وهو ما يعرف باسم الغدد التناسلية، حيث يقوم من هذا النوع إنتاج الخلايا التناسلية، وهما شيثان أولهما، الخصيتان عند الرجل، باعتبارهما المسؤولتان عن صناعة المني والبذرة التي تنقل خصائص الرجل وخصائص أصوله إلى ذريته إضافة إلى مسؤوليتها عن إفراز الهرمونات الذكرية.

أما ثانيها فهو المبيضان عند المرأة، ومنه تتولد البويضات باعتبارها البذرة التي تحمل الصفات الوراثية للأنتى وتنقل خصائصها إلى ذريتها، إضافة إلى إفراز هرمونات الأنوثة⁽³³⁾.

ثانيا: ما ليس له دور في نقل الصفات الوراثية:

ويطلق هذا النوع من اسم أعضاء الجهاز التناسلي، كالذكر بالنسبة لرجل باعتباره مجرد أداة نقل المني، وقناتي فالوب، فإنهما مجرد طريق لنقل البويضة بعد تلقيحها وكذلك الرحم فإنه مجرد محضن⁽³⁴⁾.

وبناء على ما تقدم يتضح لنا أن عمليات غرس الأعضاء التناسلية تتميز بنوع من الخصوصية لا تتعلق فقط بطبيعة الأعضاء التناسلية محل الغرس، وإنما لارتباطها بمسألة النسب وكيفية إثباته للمولود، مما أثار مسألة زراعتها جدلا فقهيا كبيرا سواء من الجانب الشرعي أو القانوني وهو ما سنحاول إيضاحه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: مدى مشروعية نقل الأعضاء التناسلية وأثرها على النسب:

مع تطور العلوم الطبية في العصر الحاضر والتقدم الكبير الذي أحرزه العلماء في مجال زراعة الأعضاء، فتوصل الأطباء المختصون في أواخر التسعينات من القرن العشرين من مدى إمكانية زراعة الأعضاء التناسلية المأخوذة من متبرع أو متوفى في رجل أو امرأة عقيمة⁽³⁵⁾.

غير أنه ورغم ما تحققه عمليات غرس الأعضاء التناسلية من منافع اجتماعية وفردية باعتباره الحل الأنسب لمشاكل عدم الإنجاب والعقم نتيجة تلف الأعضاء المسؤولة عن تحصيل النسل والاستمتاع، إلا إن هذا النوع من الجراحة يثير الكثير من الاختلافات في الآراء بين رجال القانون وعلماء الدين وغيرهم من المهتمين بهذا المجال. الأمر الذي جعل مشروعية هذه العمليات تشغل بال الباحثين واستدعت انتباههم إلى البحث والتدقيق في هذا الموضوع،

ويرجع السبب في ذلك إلى طبيعة الأعضاء التناسلية محل الغرس وخصوصيتها نظرا لحمل البعض منها الصبغات الوراثية مما يؤثر مباشرة على نسب المولود.

على هذا الأساس سنتناول في هذا المبحث دراسة الحكم الشرعي لغرس الأعضاء التناسلية وأثرها على النسب (المطلب الأول) ثم نلي في بيان موقف القانون من هذا النوع من العمليات وكيفية إثبات النسب (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حكم الشريعة الإسلامية من نقل وزراعة الأعضاء التناسلية وإثبات النسب:

مما لا شك فيه أن الأعضاء التناسلية تختلف عن باقي أعضاء الجسم الإنسان نظرا لتعلقها بمقصد شرعي خاص وهو مقصد الشارع في حفظ الأنساب من الاختلاط⁽³⁶⁾. الأمر الذي أثار الخلاف الذي بقي منصبا حول الحكم الشرعي لغرس هذه الأعضاء ونقلها من إنسان آخر، فلا يخفى على أحد الآثار المترتبة عن هذه العمليات. ومن ثم يحتاج هذا النوع إلى التوضيح والبيان من قبل الفقه الإسلامي للوقوف على مدى شرعيتها من جهة وكذا تأثير غرس الأعضاء التناسلية على النسب.

وتجدر الإشارة إلى أن النسب يعتبر من الحقوق المشتركة بين الله وبين العباد، إذ تتعلق به حرمان وحقوق فرضها الله تعالى كمحارم الزواج ووجوب الإنفاق والتوارث وغيرها، ولو كان حقا خالصا للعباد لجاز لهم التصرف فيه وفق إرادتهم بالتنازل عنه أو هبته أو بيعه⁽³⁷⁾. فقد نجد الشرع الحكيم قد سد كل الذرائع والمنافذ التي قد تفضي إلى الوقوع في الحرام الذي هو الطريق الأول لتضييع الأنساب بالنهي عما يخلط النسب.

وقد اختلف العلماء المعاصرون في حكم نقل الأعضاء التناسلية بين مؤيد ومعارض، نظرا لعدم وجود نص صريح يبيح أو يرفض مثل هذا النوع من العمليات. وبناء على ذلك سنحاول من خلال المطلب الأول إيضاح مختلف الآراء التي وضعها الفقهاء، بحيث سنتناول في الفرع الأول حكم نقل الأعضاء التناسلية التي تنقل الصفات الوراثية، لنتنقل إلى دراسة حكم الشريعة من نقل الأعضاء التناسلية التي لا تنقل الصفات الوراثية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حكم نقل الأعضاء التناسلية التي تنقل الصفات الوراثية وأثرها على النسب:

إذ يطلق على هذه الأعضاء اسم الغدد التناسلية وتتمثل أساسا في الخصيتين والمبيضين، وسميت كذلك لأنها تقوم بنقل الصفات الوراثية من الآباء إلى الأبناء⁽³⁸⁾. وقد اختلف العلماء المعاصرون في حكم نقلها إلى ثلاثة أقوال، فمنهم من حرمها على الإطلاق ومنهم من أجاز نقل هذه الغدد مطلقا أما البعض الآخر فقد اقتصر الإجازة على أحد الخصيتين و المبيضين فقط دون الأخرى، وقد استدل أنصار كل قول على حجج وأدلة سنحاول إيضاحها كما يلي:

أولا: القول الذي لا يبيح غرس الغدد التناسلية:

إذ يحرم هذا الإتجاه نقل الأعضاء التناسلية التي تنقل الصفات الوراثية تحريما مطلقا، وهو قول جمهور الفقهاء المعاصرين⁽³⁹⁾ وهو أيضا القرار الذي تبناه مجمع الفقه الإسلامي بالإجماع المنعقد بتاريخ 20 مارس 1990.

كما أكد على ذلك البيان الختامي والتوصيات الصادرة عن الندوة الطبية الفقهية السادسة، والتي انعقدت بالتعاون بين المنظمة الإسلامية للعلوم بالكويت ومجمع الفقه الإسلامي⁽⁴⁰⁾، وقد سار على نفس الرأي بيان المجمع

البحوث الإسلامية بالأزهر⁽⁴¹⁾. وأكدت عليه جميع الفتاوى الشرعية الصادرة من البلدان العربية كلجنة الإفتاء بالمملكة الهاشمية الأردنية ولجنة الإفتاء التابعة للمجلس الأعلى بالجزائر⁽⁴²⁾.

وقد استدلت أصحاب هذا الرأي بجرمة غرس الغدد التناسلية على اعتبار أن نقل الخصيتين والمبيضين إلى الشخص المستقبل فيه تغيير لخلق الله تعالى، وبالتالي يكون داخلا في الذم المحرم شرعا، بل أن البعض اعتبره وصل لهما في جسم المستقبل فيكون محرما⁽⁴³⁾.

فضلا عن ذلك فقد اتجه أنصار هذا الإتجاه إلى اعتبار نقل الخصيتين بمثابة تشويه لخلقة الإنسان المنقول منه وهذا أمر محرم شرعا، كما أن استئصال الخصيتين والمبيضين يعد إخصاء للشخص المتبرع وقطع نسله وهو أمر محرم أيضا. إذ نجد أن الشريعة الإسلامية منعت كل مظاهر الاعتداء على النسل وذلك بالنهاي عن الإخصاء والعزل المطلق وكل ما من شأنه أن يقطع النسل، فقد جاء في حديث عبد الله بن مسعود قال: "كنا نغزو مع النبي صلى الله عليه وسلم ليس لنا نساء، فقلنا يا رسول الله ألا نستخصي، فنهانا عن ذلك."⁽⁴⁴⁾.

بالإضافة إلى ذلك فقد حرم بعض أنصار هذا الاتجاه نقل الخصيتين والمبيضين قياسا على تحريم غرس بيضة في رحم أجنبية وتحريم التلقيح بمبي رجل غير الزوج من باب أولى، ويرجع السبب في ذلك إلى نقل الغدد التناسلية يؤدي إلى انتقال الصفات الوراثية وهي شبهة موجبة للتحريم. إذ يعني ذلك أن ذرية الشخص المنقول إليه ستحمل صفات الشخص المتبرع من البياض أو السواد أو الطول أو القصر والذكاء أو الغباء وغير ذلك من الأوصاف الجسمية والعقلية والنفسية وهذا يعد لونا من ألوان الاختلاط الأنساب⁽⁴⁵⁾.

وحقيقة الأمر في هذه المسألة أن الصلة بالمصدر (المنقول منه) تظل قائمة مما سوف يكون منبعا للقلق ويكون لها تأثير نفسي شديد على كلا من المنقول منه والمنقول إليه بسبب حمل المولود للصفات الوراثية للأول. إضافة إلى ذلك فقد ينتج عن عملية النقل مشاكل كثيرة لعائلة المستقبل والعلاقات الأسرية ومشاكل أخرى خاصة بالنسب والميراث⁽⁴⁶⁾.

كما استدلت أصحاب هذا الاتجاه إلى انتفاء شرط الضرورة في هذا النوع من العمليات، بحكم وجود طرق بديلة للإنجاب، وذلك لأن المقصود من زراعة الأعضاء الجنسية إما تحصيل النسل أو تكميل الاستماع أو التجميل، وكلها مقاصد تحسينية أو حاجية وليست من قبيل الضرورات، لذا لا يستباح بما يستباح لأجل الضرورة من كشف العورات وانتهاك حرمة الموتى أو الأحياء⁽⁴⁷⁾.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن أصحاب هذا القول بنوا رأيهم بجرمة الغدد التناسلية أيضا على شهادات الأطباء والمتخصصين، حيث بينوا أن هذه الغدد تحتوي على الخلايا التناسلية للبيضات والحيوانات المنوية، وهذا ما يعني أن مأل غرس هذه الغدد سيؤدي إلى إفراز الخصائص الوراثية للمنقول منه.

وعليه فإن ثمرة الإنجاب ستكون متولدة عن غير الزوجيين الشرعيين المرتبطين بعقد الزواج الصحيح أي أن نسب المولود من جهة الواقع لا يكون له صلة بالزوج أو الزوجة⁽⁴⁸⁾، لأن البذرة الناتجة عن ذلك إنما هي للشخص المنقول منه وليست للمنقول إليه. ومن ثم يؤدي القول بجواز إلى اختلاط الانساب مما يوجب حرمة غرسها.

فهناك جملة من تقارير الأطباء عن أثر غرس الغدد التناسلية على نسب المولود فضلنا إبرازها سواء بالنسبة للرجل أو المرأة، والتي سنوجزها فيما يلي :

1- أثر غرس الخصية على نسب المولود : إذ يقول الدكتور محمد أيمن صافي : "...إن الخصية هي المصنع المتكامل الذي ينتج النطف ولا يحتاج لعملها هذا إلا لأوامر من الغدة النخامية، ولا تحتاج إلى أية مواد خارجية تدخل في تصنيع النطف.

وهذا يعني الإنسان الذي يتلقى الخصية لا دخل في إنتاج النطف سوى أن غدته النخامية ترسل أوامر بواسطة الهرمونات على الخصية الغريبة المغروسة ثم تقوم الخصية بإنتاج النطف ذاتيا طوال فترة العمر الجنسي، فالنطف من الخصية والخصية ملك للرجل المتبرع. وهذا كما يبدو إنما هو تلقيح بويضة زوجية بنطفة غير نطفة الزوج وهو حرام لأنه ينطوي ضمن دائرة الزواج الذي يستخدم طرفا ثالثا ألا وهو نطفة غريبة."⁽⁴⁹⁾

إضافة إلى ذلك فقد أشار الدكتور محمد علي البار في هذا الصدد أن زرع الخصية في شخص عقيم هو نوع من النكاح فيه شبهة، لأن النطفة ترجع في الأصل إلى الشخص المتبرع وهو ما يتشابه مع التلقيح الصناعي بماء رجل آخر. كما أنه اعتبر زرع الخصية من شخص لآخر يترتب عليها انتقال الحيوانات المنوية من المتبرع إلى المتلقي، ومن ثم فإن الصفات الوراثية تتبع الشخص المتبرع لا الشخص المتلقي ولا تتغير. وبالتالي يشبه ذلك دخول طرف ثالث في موضوع الإنجاب⁽⁵⁰⁾.

هذا وقد أكدت على ذلك أيضا الدكتورة صديقة العوضي ، بحيث اعتبرت أن الخصية بالنسبة للرجل تقوم بدور المصنع الذي ينتج الحيوانات المنوية بفضل المواد الأولية الموجودة في الخصية، ومن ثم فإن نقل الخصيتين من شخص إلى آخر يشبه في حقيقة الأمر نقل المصنع بالآته ومعداته ومواده الأولية إلى يحتويها من شخص لآخر⁽⁵¹⁾.

وعلى ضوء ما تقدم فإن دور الشخص المنقول إليه الخصية لا يتعدى مجرد تشغيله، أي لن يكون له دور في نقل المورثات التي يحملها إلى أولاده، بل سوف يقوم بنقل الصبغات الوراثية الخاصة بالمنقول منه. وبالتالي هي شكل من أشكال إخصاب البويضة بحيوان منوي آخر غير الحيوان المنوي من الزوج وهذا محرم شرعا.

2- أثر غرس المبيض على نسب المولود: إن التفسير العلمي في حالة نقل المبيض يشبه تماما نقل الخصية، ذلك لأن المبيض يحتوي على عدد معين من البويضات تحمل الشفرة الوراثية التي قدرها وحددها الله عز وجل قبل ولادة الأنثى من بطن أمها والمستمدة من صفات الوراثية للأم والأب. فإذا تم استقطاع هذا العضو ونقله إلى امرأة أخرى، فإن ذلك يترتب عليه بحكم اللزوم نقله بما يحتوي من بويضات تحمل الصفات الوراثية التي ورثتها الأنثى المنقول منها من والديها⁽⁵²⁾. وهذا النقل سوف يؤدي إلى اختلاط الأنساب، حيث أن الأبناء الناتجين من المنقول إليها المبيض سوف يكونون من الناحية الوراثية أولاد المنقول إليها المبيض ، مما يشبه حالة استعمال بويضة غير الزوجة وإخصابها من الزوج.

ثانيا : الاتجاه القائل بجواز نقل المبيضين :

يميز هذا الإتجاه نقل الأعضاء التناسلية إجازة مطلقة، وقد استدلت أصحابه بحجج كثيرة⁽⁵³⁾. إذ يعتقد أصحاب هذا الإتجاه أن الحيوانات المنوية خارجة في الأصل من الرجل الثاني المنقول إليه الخصية، وأن الخصية ليس مجرد آلة أو

وعاء لاحتواء وتنظيم هذه الحيوانات المنوية لدى الرجل، ومن ثم لا وجه للشبهة من عملية نقلها لاختلاط الأنساب⁽⁵⁴⁾.

كما يعتقد هؤلاء أنه ينتج عن زرع الخصية انتقال ملكيتها إلى الشخص المستقبل، ومن ثم لا تليق النظر إلى الأصل الذي أخذت منه واعتبارها جزء لا يتجزأ من المستقبل وهو ما يجعلها تأخذ حكمه في كل شيء⁽⁵⁵⁾، نظرا لأن الشخص الثاني المنقول إليه الخصية، قد ملك الخصية بعد تبرع الشخص الأول بها وزرعه في جسمه.

وأ أنه يمكنه الخروج من الخذور بوجود غسل كل من الخصيتين أو المبيضين، أو مضى فترة كافية لزوال الحيوانات المنوية والبيوضات قبل التمكين من الجماع ويقدر هذه المدة أهل الخبرة من الأطباء، من ثم تنقطع علاقته بالمصدر انقطاعا كلياً⁽⁵⁶⁾.

زيادة على ذلك فقد يرى أنصار هذا القول أنه لا تأثير للجينات الوراثية ولا خوف من تطابقها لدى شخصين عند عملية نقل الأعضاء التناسلية، ودليلهم في ذلك أن للأخوين نسل مختلف، بحيث ينجب أحدهم ذكورا في حين ينجب الثاني إناثا من جهة أخرى، رغم أن الأخوين من أصل واحد، وانتقلت إليهما صفات وراثية واحدة، إلا أنه يجوز الزواج بين فروعهما (زواج أبناء العمومة) فهو دليل على عدم تأثير تطابق الصفات الوراثية⁽⁵⁷⁾.

ثالثا: القول بجواز نقل إحدى الغدد التناسلية:

حيث يجيز هذا الاتجاه نقل الأعضاء إجازة نسبية، فلا مانع حسب رأي أنصاره من نقل الخصية من شخص لآخر، لأن نقل الخصيتين مما يؤدي إلى قطع نسل المتبرع بخلاف نقل إحداهما وترك الأخرى⁽⁵⁸⁾. وقد أجاز هؤلاء نقل الخصية قياسا على إجازة إحدى الكليتين أو إحدى الرئتين، بحكم أن الفرد يمكنه الحياة بواحدة من كل منهما⁽⁵⁹⁾.

غير أن الراجح بشأن هذه المسألة هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من حرمة الغدد التناسلية، لما ثبت علميا أن غرسها بمنزلة خلط مائتين أجنبيين، وهذا سبيله أن يفضي على مولود انعقد في وجه حرام، وهو مخالف لمقصود الشارع من حفظ الأنساب، وعليه فإن كل ما يقضي أو يغالب حفظ الأنساب محرم شرعا⁽⁶⁰⁾.

كما يضيف الدكتور أحمد شرف الدين إلى أن مؤدى زرع أعضاء التكاثر كالخصية والمبيضين أن يختلف التكوين الوراثي للعضو المزروع عن التركيب الوراثي للشخص المتلقي، ويترتب على ذلك أن ما ينتقل إلى الجنين عقب اتصال المتلقي بزوجه هي العوامل الوراثية المنقوشة على عناصر الإنجاب الصادرة عن العضو المزروع، وهو بالفرض لشخص آخر غير الزوج المتلقي، وهذه الأمور تدخل الشك في نسب الوليد، فهو ولد الزوج طبقا لقاعدة الفراش، ولكنه ينتسب تكوينه الوراثي لصاحب العضو المزروع، وبذلك يكون ارتباط الشخص المتلقي بالوليد ارتباط الشخص المتلقي بالوليد ارتباطا صناعيا لا يكفل ترتيب العاطفة والمودة بينهما يتضمن قطعا لنسبه الحقيقي، وهو أمر محرم كما يحرم وسيلته، ومثل هذا الاضطراب والازدواج في النسب يتعارض مع الأحكام الأمر الذي يجعلها محرمة⁽⁶¹⁾.

ومثل ذلك كذلك عمليات التلقيح الصناعي عن طريق نقل مني غير الزوج الذي يتم لامرأة غير متزوجة وقد تكون المرأة متزوجة مثل الحمل لصالح الغير، وهو في الحالتين يصطدم مع النظام العام والآداب العامة ذات الطابع

الديني والأخلاقي باعتبار أن الشرائع السماوية حددت الزواج بين ذكر وأنثى كطريق واحد للإنجاب يضمن عدم اختلا الأنساب، وبالتالي يعد عملا غير مشروع.

وقد انتهت الندوة العلمية حول نقل وزراعة الأعضاء واستئجار الأرحام والاستنساخ ومدى شرعيتها إلى أن عمليات نقل الغدد التناسلية مخالفة لأحكام الشرع الإسلامي، لأنها تؤدي إلى اختلاط الأنساب الذي منعه الشريعة الإسلامية من خلال تحريم الزنا والتبني⁽⁶²⁾.

الفرع الثاني : حكم نقل الأعضاء التناسلية التي لا تنقل الصفات الوراثية :

وقد اختلف العلماء المعاصرون حول هذه المسألة أيضا، فمنهم من حرمها مطلقا، أما البعض الآخر استثنى العورات المغلظة وقد استدل كل منهم على بعض الحجج لتدعيم رأيهم سنحاول إيضاحها فيما يلي :

أولا : الاتجاه القائل بتحريم نقل هذه الأعضاء وقد أجاز هذه المسألة بعض العلماء المعاصرون⁽⁶³⁾ :

بحيث استدل هؤلاء على أن صاحب العضو المزال غير خلق الله بنقص جسمه، كذلك المتلقي قد غير من خلق الله بوصل جزء من جسمه بجسم غريب عنه وهو محرم شرعا. كما يرى أنصار هذا الاتجاه بأن نقل الأعضاء التناسلية هو نقل من موضع من مواضع المقاتل، فقد يؤدي إلى الهلاك فهو منهي عنه شرعا⁽⁶⁴⁾ ، لما فيه من الأضرار بالمأخوذ منه إذا كان حيا ولو أذن.

بالإضافة إلى ذلك فقد يعتقد أن أصحاب هذا القول بأنه في حال نقل الذكر أو الفرج ، يكون الوطاء اللاحق لذلك من قبيل الوطاء المحرم شبيها بالزنا المحرم⁽⁶⁵⁾ وحتى لو قلنا بأن العضو المنزوع منسوباً شرعا للمتلقي دون المصدر، فإن مجرد الإحساس نسبته إلى مصدر مغاير قد يولد نفورا أو أمراض نفسية أو شقاق بين الزوجين⁽⁶⁶⁾.

كما يرى هؤلاء أنه في نقل الرحم من امرأة إلى أخرى يكون ذلك شبيها بالرحم المؤجر الذي أنكره الفقهاء بل إن نقل الرحم ينبغي أن يكون ابلع في المنع في إجازته ، لأن جميع محاذير إجارة الرحم موجودة في نقل الرحم ، وفيه زيادة محاذير من استمتاع الرجل برحم غير امرأته والقذف فيه ومن ثم ينبغي القول بمنعه سدا لهذه الذريعة⁽⁶⁷⁾.

ويضيف أنصار هذا القول بأن نقل الأجهزة التناسلية قد يؤدي إلى العقم الأبدي باختيار وعمد وهو نقل محرم شرعا، لأن عملية النقل ليس من باب الضروريات والحاجيات بل هو من باب التحسينات فقط ، كما أن نقل العورة المغلظة يعتبر امتهان ظاهر للمتبرع والمتلقي⁽⁶⁸⁾.

ثانيا : الاتجاه القائل بجواز نقل هذه الأعضاء⁽⁶⁹⁾ :

إذ يعتقد أنصار هذا الاتجاه إلى هذا النوع من النقل يدخل في حدود الضروريات لذلك فهو جائز، لأن تحصيل النسل مطلوب شرعا والرغبة فيه رغبة طبيعية مادامت في الحدود المشروعة. فهي وسيلة للإخصاب وإيجاد النسل الذي دعا إليه الشرع⁽⁷⁰⁾. كما أن زراعة الأعضاء التناسلية لا تؤدي إلى خطر اختلاط الانساب بخلوها من صفاته الوراثية التي تتبع الشخص المنقول فيه⁽⁷¹⁾.

ثالثا: الاتجاه القائل بجواز نقل هذه الأعضاء عدا العورات المغلظة:

إذ يستثنى أنصار هذا الاتجاه من العورات المغلظة⁽⁷²⁾ وذلك باعتبار أن نقل الفرج يكون الوطاء اللاحق لذلك من قبيل الوطاء المحرم شبيها بالزنا المحرم، ويرجع السبب في ذلك إلى أن الأصل في الفروج الاحتياط والتورع والمنع.

كما يضيف هؤلاء إلى أن العورة المغلظة لا يجوز غير صاحبها أن يمسه أو أن ينظر إليه ولو كان ذلك بعد لموت. فهي ليست كسائر أعضاء جسم الإنسان. ومن ثم فإن القياس على جواز نقلها على سائر الأعضاء قياس خاطئ⁽⁷³⁾.

وبناء على ما تقدم فإن الراجح في هذه المسألة هو الاتجاه الثالث، بحيث لا يجوز التبرع بالعورات المغلظة، أما ما عدا ذلك فقد أكدت كل من ندوة الرؤية الإسلامية لزراعة بعض الأعضاء التناسلية وكذا قرار المجمع الفقه الإسلامي على جواز زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل عن الصفات الوراثية لضرورة مشروعة ما عدا العورات المغلظة، لأن ذلك لا يترتب عليه خلط الأنساب⁽⁷⁴⁾.

غير أنه إذا كان غرس الأعضاء التناسلية قد أثار مسائل خلافية كثيرة بين فقهاء الشريعة الإسلامية نظرا لخصوصيتها، فما موقف القانون الوضعي من هذه العمليات؟

المطلب الثاني: موقف القانون الوضعي من غرس الأعضاء التناسلية وكيفية إثبات النسب:

يعد النسب في القانون الوضعي من مسائل النظام العام، حيث يمكن للنياحة العامة التدخل لحفظه وجودا أو عدما بالأمر بإثباته، لذلك فإنه من الضروريات الأساسية التي يجب تجنبها في عمليات نقل الأعضاء هي اختلاط الأنساب بين المتبرع والمستفيد من العضو المنقول، إذ يبقى هذا المبدأ قائما حتى ولو كان الهدف علاجيا ولم يخلف أي ضرر للمتبرع، ذلك لأنه يصطدم بفكرة النظام العام والآداب العامة من الوجهة الدينية والأخلاقية⁽⁷⁵⁾. باعتبار أن الأصل أن تكون ثمرة الإنجاب وليدة من الزوجين المرتبطين بعقد الزواج، وهذا الأخير يعد الطريق الوحيد لضمان عدم اختلاط الأنساب⁽⁷⁶⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن خصوصية المحل الذي تنصب عليه هذه العمليات أدى حظر بعض التشريعات الوضعية لهذه الأخيرة صراحة، بخلاف البعض الآخر الذي سكت عن هذه المسألة. على هذا الأساس سنحاول من خلال هذا المطلب إبراز أهم القوانين التي حظرت صراحة هذه العمليات (الفرع الأول)، لتنتقل إل إبراز البعض الآخر من التشريعات الوضعية التي لم تعمل على تنظيم هذا أنواع من الجراحة (الفرع الثاني) دون أن ننسى موقف المشرع الجزائري.

الفرع الأول: القوانين التي حظرت غرس الأعضاء التناسلية صراحة:

لقد نصت بعض القوانين العربية صراحة على تحريم نقل الأعضاء التناسلية سواء للرجال أو النساء على اعتبار أن هذه الأعضاء تستمر في حمل الشفرات الوراثية حتى بعد نقلها إلى شخص آخر وهو ما يؤدي إلى اختلاط الأنساب⁽⁷⁷⁾.

فإذا تم نقل الخصية من شخص إلى آخر أو المبيض من امرأة لأخرى ونشأ عن ذلك النقل جنين، فإنه يترتب على ذلك ثبوت نسب الولد إلى صاحب الخصية المتبرع لا إلى المتلقي، لأن المولود انعقد من خلية المتبرع. كما ينسب إلى أمه المتبرعة صاحبة المبيض للعللة نفسها، وبذلك تكون الأم المتلقية للمبيض والتي حملت ووضعت بمنزلة الأم من الرضاع⁽⁷⁸⁾.

على هذا الأساس ونظرا لخطورة هذه العمليات والمشاكل الاجتماعية والأسرية الناجمة عن هذه العمليات اشترط القانون القطري المنظم لعمليات زراعة الأعضاء عدم إجراء العمليات التي يترتب عليها اختلاف الأنساب⁽⁷⁹⁾. أما بالنسبة للتشريع الأردني فنجد أنه قد سار على نفس النهج الذي اتبعته التشريعات السابقة وذلك في قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان لسنة 1977⁽⁸⁰⁾، كما نلاحظ أن القانون رقم 23 سنة 2000 المعدل لقانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان الأردني يؤكد على ضرورة مراعاة المبادئ الأساسية لأحكام الشريعة الإسلامية والفتاوى الصادرة عن مجلس الإفتاء الأردني عند إجراء عمليات نقل الأعضاء وزراعتها والتي نجدها هي الأخرى منعت نقل الأعضاء التناسلية لما فيها من خلط الأنساب، ومن ثم يمنع قانوننا زرع الغدد التناسلية سدا لذريعة الفساد⁽⁸¹⁾.

كما تعرض لهذا الأمر القانون التونسي حينما منع نقل الأعضاء لأن مثل هذه الأعضاء تعد ناقلة للصبغات الوراثية، وهي أعضاء تختلف من الناحية البيولوجية عن سائر أعضاء الجسم، لأنها منتجة للعناصر الحاملة للصفات الوراثية⁽⁸²⁾، فضلا عن ذلك تعتبر الأعضاء التناسلية أشد علاقة بصاحبها والداعي إلى نقلها إنما هو الحاجة إلى إنجاب الذرية أو ممارسة العلاقات الجنسية.

بالإضافة إلى ذلك فقد أكد على هذا المبدأ كل من القانون المصري الذي اعتبر مثل هذه العمليات تمس الوجهة الدينية والأخلاقية للنظام العام⁽⁸³⁾، وأيضا النظام المغربي الذي تفتن خطورة هذا النوع من النقل مما أورده في المادة الثانية من قانون 98-16 المتعلق بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها⁽⁸⁴⁾، وتقرر مسؤولية كل طرف مساهم أو مشارك في عمليات النقل لمخالفتها للقانون.

الفرع الثاني: التشريعات الوضعية التي لم تنظم هذه العمليات:

رغم خطورة هذه العمليات وتأثيرها على مسألة النسب إلا أن باقي التشريعات العربية الأخرى لم تتعرض إلى هذه المسألة، بما يفيد إجازة أو منع مثل هذا النوع من النقل سواء بالنسبة للرجال أو النساء. ومن هذه التشريعات التشريع الكويتي، الإماراتي، اللبناني⁽⁸⁵⁾ وحتى المشرع الجزائري الذي لم يتضمن قانون الصحة وترقيتها ما يمنع بموجبها صراحة هذا النوع من العمليات مثلما فعل المشرع التونسي والمغربي بسبب ما يترتب على إجازتها من آثار سلبية على المجتمع وتعارضها مع مبادئ النظام العام والآداب العامة.

غير أنه وبالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري، فإننا نجد أنه جرم اقتطاع الخصيتين أو المبيضين حيث تقدر العقوبة إلى السجن المؤبد، لأنه يؤدي إلى قطع النسل لدى الضحية، وهو الغرض الأساسي من تجريم هذا الفعل، والتي تعرف بجريمة الخصاص. غير أنه قد تصل العقوبة إلى الإعدام إذا أدت جناية الخصاص إلى الوفاة، إذا تمت في شكل عدوان بغرض الإضرار بالضحية⁽⁸⁶⁾.

وعليه يمكن الاستناد إلى هذا النص لمنع اقتطاع الخصيتين أو المبيضين ولو تم ذلك برضا المجني عليه، طالما تدعو إلى ذلك ضرورة علاجية لبر هذه الأعضاء من جسم المريض ، أما الفرد السليم فلا مجال للمساس بأعضائه التناسلية سواء كان ذلك رجلا أو امرأة إذا كان ستؤدي إلى قطع النسل بالنسبة إليه⁽⁸⁷⁾.

إلا أنه وما ينبغي الإشارة إليه في هذا الصدد أن المشرع الجزائري لم يحدد صفة الشخص المرتكب لهذا النوع من الجريمة، مما يعني أنها ليست خاصة بالأطباء، إذ يمكن أن تقع من أي شخص على الضحية إثر اعتداء غير مشروع⁽⁸⁸⁾.

على هذا الأساس فإن الإشكال يبقى مطروح في حالة اقتطاع هذه الأعضاء من جثث الموتى ، أو اقتطاع جزء منها فقط من إنسان حي بحيث لا يؤدي إلى النسل لديه ؟

ومن ثم فإننا نلتمس من المشرع إدراك هذا النقص بإضافة مادة جديدة وصریحة في قانون الصحة وترقيتها يمنع بموجبها صراحة هذا النوع من الجراحة، كما يجب إيقاع عقوبة على كل طرف يساهم أو يشارك في عملية النقل لإضفاء الطابع الردعي لكل ممارس لها ، كما هو الحال في الاتجار بالأعضاء البشرية لمخالفتها للنظام العام والآداب العامة وذلك احتراماً لمبدأ الشرعية.

خاتمة :

إن خاتمة هذا البحث ليست تلخيصاً لما تم بسطه وسرده من دراسة الأحكام التي تخضع لها نقل وزراعة الأعضاء التناسلية وإشكالات قد يثيرها هذا النوع من العمليات، ولكن مغزاه وغايته المنشودة وحتى الفائدة التي تعود من هذه الدراسة القانونية من خلال تناول هذا البحث والتحقيق في مواضيعه. ولعل الحكمة واضحة والمبرر قائم في تناول هذا الموضوع بالدراسة، وذلك لكونه يعد من أهم الدراسات في الفقه القانوني المقارن أو في أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا بالنظر للتطورات الطبية الحديثة التي قد تثير الكثير من الجدل حول مشروعيتها.

وفي حقيقة الأمر فإن عمليات نقل الأعضاء البشرية مسألة مستجدة وليدة ما توصل إليه التقدم العلمي، وما أفرزته الثورة الطبية الحديثة، كما يعتبر من المواضيع الحساسة ذات الأهمية البالغة، باعتبارها عمليات تشكل خطراً حقيقياً على حق الإنسان في التناسل والإنجاب.

على هذا الأساس فقد أثارت هذه الطريقة الطبية الحديثة الكثير من التساؤلات ذات الطابع الديني والقانوني، في ظل زمن باتت فيه هذه الممارسات الطبية مطلوبة، للقضاء على مشاكل العقم، إذ تتميز عمليات نقل الأعضاء التناسلية بنوع من الخصوصية، نظراً لاختلاف محلها عن باقي الأعضاء البشرية الأخرى. لهذا وجب توخي الحذر ومراعاة الضوابط عند إجرائها باعتبارها تحمل الصفات الوراثية للشخص المتبرع والتي قد تنتقل إلى المتلقي.

كما أنها تعتبر من المواضيع الحساسة والشائكة، نظراً لتأثيرها الخطير على مسألة النسب كأصل عام وعلى العلاقات الجنسية، باعتبارها الحل الأمثل لمشاكل الإنجاب. فقد يواجه الأطباء صعوبات كبيرة في هذه العمليات، حيث تتطلب الدقة الشديدة لإجرائها لدقة الأوعية الدموية للمبيض والخصية والأنابيب وضرورة زراعتها في نفس موضعها الأصلي الأمر الذي يختلف عن مشكلة زرع أي عضو آخر بالجسم. كما أن البويضة أو النطفة التي تخرج من

المبيض أو الخصية في هذه الحالات ستكون حاملة للصفات الوراثية لصاحب العضو الأصلي وليس للشخص المنقول إليه هذا العضو، مما يثبت نسب المولود للمتبرع وليس للمتلقي.

كما أن الصبغيات التي يحملها الحيوان المنوي أو البويضة لا تتغير عند نقل الخصية والمبيض من شخص إلى آخر ولو مضى عليها وقت طويل لدى الشخص الجديد. وبما أن الحيوانات المنوية أو البويضة تبقى حية عند نقل الخصية أو المبيض، فإن الجنين المتكون منها سوف يرث أشخاصا لا حق له في إرثهم وقد يتزوج إحدى قريباته التي حرمهن عليه الشرع. لهذا يشترط لصحة عمليات نقل الأعضاء البشرية ألا تؤدي إلى اختلاط الأنساب بين المتبرع والمستفيد.

وما يمكن استخلاصه كذلك هو أن المشرع الجزائري أغفل تنظيم هذا النوع من الجراحة، بالرغم من خطورتها مما يستوجب التدخل لمنع إجراء هذه العمليات وتقرير مسؤولية الطبيب عند القيام بذلك لقطع دابر الخلاف حول هذا النوع من الجراحة من منطلق تعارضها مع النظام العام والآداب العامة وتعلقها بمسألة النسب. ولسد الفراغ القانوني لتنظيم هذه العمليات. لاسيما في ظل التطورات التي يعرفها المجال الطبي للقضاء على مشكل العقم الذي يؤرق الأزواج ويقضي على بعض التفككات الأسرية الناتجة عنه نظرا لتأثيره الخطير على مسألة الأنساب الذي مازال محورا يشغل بال القضاة من حيث إثباته أو عدمه .

قائمة الهوامش :

- (1) - عبد الكريم مأمون، جراحة تثبيت الجنس و أثرها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، مجلة صدى الجامعة، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد رقم 02 ، الصادرة في أكتوبر 2008، ص 11.
- (2) - فرحات عبد العاطي سعد، نقل وزرع الأعضاء البشرية في ميزان الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة جامعة الأزهر، العدد رقم 29، دون ذكر تاريخ العدد، ص 237.
- (3) - سفيان بن عمر بورقعة، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته (دراسة تحليلية فقهية)، الرياض المملكة العربية السعودية، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، 2007م (ط1)، ص 489.
- (4) - فرج صالح الهريش، موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة (دراسة مقارنة)، بنغازي ليبيا، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، 1996م (ط1)، ص 53.
- (5) - عمر الفاروق الفحل، تحول الجنس بين الشريعة والقانون، مقال منشور في مجلة المحامون السورية، العدد رقم 10، 1988، ص 871، 872.
- (6) - فالله خلق البشر بجنسين لا ثالث لهما ذكرا أو أنثى، وقد أشار إلى ذلك عبد الكريم مأمون، جراحة تثبيت الجنس و أثرها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 12.
- (7) - والذي جاء فيها كما يلي: "...ثانيا: أما من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال فينظر فيه الغالب من حالة فإن غلبت عليه الذكورة جاز علاجه طبيا لما يزيل الاشتباه في ذكورته ومن غلبت عليه علامات الأنوثة جاز علاجه طبيا بما يزيل الاشتباه في أنوثته سواء كان العلاج بالجراحة أو بالهرمونات لأن هذا المرض والعلاج يقصد به الشفاء وليس تغييرا لخلق الله عز وجل." القرار صدر في الفترة الممتدة من يوم 13 رجب 1409 الموافق ل 19 فبراير 1989 إلى 20 رجب 14 الموافق ل 26 فبراير 1989 في فقرته الثانية بشأن تحويل الذكر إلى أنثى وبالعكس، فقه النوازل، أعدته لجنة المناهج بالجامعة الأمريكية المفتوحة، ص 262.

(8) - وقد ورد فيها ما يلي: "الأحاديث الشريفة تميز إجراء جراحة يتحول بها الرجل إلى امرأة والمرأة إلى رجل، متى انتهى الطبيب الثقة على وجود الدواعي الخلقية في ذات الجسد بعلامات الأنوثة المطمورة أو علامات الذكورة المغمورة باعتبار هذه الجراحة مظهره للأعضاء المطمورة أو المغمورة تداوبا من علاج مدته لا تزول إلا بهذه الجراحة." الفتوى مقيمة برقم 168 لسنة 1988 والصادر بتاريخ 02-11-1988 بدار الإفتاء المصرية، ولمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، القاهرة مصر، دار النهضة العربية، 2001 (ط1)، ص 322.

(9)- حيث تفيد المعلومات أن عمليات تثبيت الجنس تجري في المغرب الأقصى منذ الخمسينات ولم تثار مسألة شرعيتها أو تنظيمها، عبد الكريم مأمون، جراحة تثبيت الجنس و أثرها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 11.

(10)- خاصة لدى عائلات ممن تشهد تداخلا كبيرا في الزواج من الأقارب إضافة إلى استخدام النساء لبعض الأدوية أثناء العمل والتي تكون ذات مفعول هرموني مما يؤدي إلى تقليل الجهاز التناسلي أو تضخمه وفيه كالذكر بينما يكون في الأصل أنثويا، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى أحمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر والإباحة - دراسة مقارنة-، القاهرة مصر، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، 1993 (ط1)، ص 196.

(11)- وقد أشار إلى ذلك أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، بيروت، دار النقاش للطباعة والنشر والتوزيع، 2000 (ط1)، ص 1851، وهيبة مكرلوف، المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، مذكرة ماجستير في علم الإجرام والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2004-2005، ص 185.

(12)- محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، الأردن، دار النفائس للنشر والتوزيع، (د.ذ.ط)، ص 129.

(13)- Abdelhafid Ossoukine, **L'éthique Biomédicale**, Oran Algérie, Dar Gharb, éd. 2000, p 203 .

(14)- وهو ما جاء في قرار الجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشر المنعقدة بمكة في الفترة المنعقدة 19-26 فبراير 1989 بعنوان موضوع تحويل الذكر إلى أنثى والعكس في الفقرة الأولى والتي تقضي بما يلي: "أولا: الذكر الذي كملت أعضائه ذكوره والأنثى التي كملت أنوثتها لا يحل تحويلها أحدهما إلى النوع الآخر، ومحاولة التحويل جريمة يستحق عليها عقوبة لأنه تغيير لخلق الله. وقد حرم سبحانه عز وجل هذا التغيير بقوله تعالى مخبرا عن قول الشيطان:

وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلَأَمْرَنَّهُمْ فَلَيْبَتَنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَأَمْرَنَّهُمْ فليغيرن خلق اللهومن يتخذ الشيطان وليا من دون الله فقد خسر خسرا مبينا/ سورة النساء الآية 119 فقد جاء في صحيح مسلم عن ابن مسعود أنه: "لعن الله الوأشمت والمستوشمت والنامصات والتمنصات والمتفلجات لحسن المغيرات خلق الله عز وجل ثم فقال ألا لعن من لعن رسول الله وهو في كتاب الله عز وجل يعني قوله: "وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا..." لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى فقه النوازل، المرجع السابق، ص 262.

(15)- قرار الهيئة العامة رقم 176 بتاريخ 17-03-1993 في دورته 39، الطائف السعودية، وقد أشار إليه محمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر والإباحة، المرجع السابق، ص 93.

(16)- وهذا مصداقا لقول الله تعالى " يَا أَيُّهَا الْإِنْسَانُ مَا غَرَّبَكَ رَبِّكَ الْأَكْرِيمِ (٦) الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ (٧) 7-6: الانفطار .

(17)- لعل أهمها القانون السويدي الصادر بتاريخ 21 أبريل 1972 وكذا ألمانيا الديمقراطية السابقة الصادر في 10 سبتمبر 1980 وبالإضافة إلى كل من القانون الألماني الصادر في 15 مارس 1969 والقانون السويسري سنة 1945 ، الدنماركي الصادر بتاريخ 1935/05/11، النرويجي الصادر في 1 جوان 1934، وقد أشار إلى ذلك أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 462، عمر الفحل، المرجع السابق، ص 872.

(18)- عبد الكريم مأمون، جراحة تثبيت الجنس و أثرها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 12.

(19)- عمر الفاروق الفحل، المرجع السابق، ص 873.

(20)- طارق سرور، المرجع السابق، ص 53.

(21)- أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص 78، سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 489.

(22) - رمزي الناجي، عصام الصفدي، تشريح جسم الإنسان، عمان الأردن، دار اليازور في العملية للنشر والتوزيع، 2005، ص 146.

(23)- محمود بدر عقل، الأساسيات في تشريح الإنسان، عمان الأردن، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1999 (ط1)، ص 371.

(24)- نسرین عبد الحمید نبیہ، نقل وبيع الأعضاء البشرية، الإسكندرية مصر، دار الوفاء لندنيا للطباعة والنشر، 2008 (ط1)، ص 92.

(25)- لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى اسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، رسائل جامعية، مصر، دار بن الجوزي، دون ذكر سنة الطبع، ص 98.

(26)- أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص 87.

(27)- علي غالب ياسين، علم التشريح، بغداد، دار الحرية للطباعة، 1985 (ط1)، ص 59-61.

(28)- رمزي الناجي، عصام الصفدي، المرجع السابق، ص 151.

(29)- سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 493

(30)- حيث يقع كل مبيض على جانبي الرحم أسفل البطن ويكون المبيض البشري بيضوي الشكل، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص 87.

(31)- حيث يتكون من جبل العانة (الزهرة)، الشفران الكبيران والصغيران البظر ويشبه القضيب عند الذكر إضافة إلى فتحة المهبل والإحليل وكذلك فوهات وقنوات مجموعة عديدة من الغدد المخاطية، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى رمزي الناجي، عصام الصفدي، المرجع السابق، ص 151-152، علي غالب ياسين، المرجع السابق ص 18,17.

(32)- ويتشابه الثدي في الذكور والإناث حتى سن المراهقة وبعدها يبدأ الثدي بالنمو عند الإناث نتيجة الإفراز الهرمونات الأنثوية وقد أشار إلى ذلك محمود بدر عقل، المرجع السابق، ص 386.

- (33)- سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 131
- (34)- أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة- دراسة فقهية مقارنة-، الإسكندرية مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، 2006، ص 78، نسرين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 93.
- (35)- أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص 91.
- (36)- فرحات عبد العاطي سعد، المرجع السابق، ص 238.
- (37) - إقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب (دراسة فقهية قانونية)، رسالة دكتوراه في قانون الأسرة، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2009-2011، المنشورة بدار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، المدينة الجديدة تيزي وزو الجزائر، سنة 2012، ص 28.
- (38)- نسرين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 92.
- (39)- ومنهم الدكتور محمد نعيم ياسين ، الدكتور محمد سيد الطنطاوي، الدكتور محمد الأشقر، الدكتور محمد بن محمد المختار الشنقيطي، الدكتور يوسف القرضاوي وغيرهم ، وقد أشار إلى ذلك إسماعيل مرحبا، المرجع السابق، ص 99-100.
- (40)- إذ جاء في هذا القرار رقم 6/7/59 الصادر عن قرار مجلس الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي المنعقد في دورته السادسة بجدة من 14 إلى 20 مارس 1990 بشأن زراعة الأعضاء التناسلية في فقرته الأولى والتي قضت بما يلي :
- 1- زرع الغدد التناسلية: بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعها في متلف جديد ، فإن زرعها محرم شرعا. " نصر الدين ماروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية و القانون المقارن (دراسة مقارنة)، الكتاب رقم 3 بعنوان " القوانين والقرارات والبيانات الصادرة في العالم العربي ومنظمة الصحة العالمية وفرنسا والمتعلقة بزراعة الأعضاء البشرية" بوزريعة الجزائر، دار هومه، 2003 (ط1)، ج 1، ص 163-164.
- (41)- إذ صدرت هذه التوصية في الفترة الممتدة بين 23 و 26 أكتوبر 1989 والتي قضت بأنه : " بحكم أن الخصية والمبيضين يستمران في حمل وإفراز الشفرة الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعها في متلف جديد فإن زرعها محرم مطلقا ، نظرا لأنه يقضي إلى اختلاط الأنساب وتكون مدة الإنجاب غير وليدة من الزوجين الشرعيين المرتبطين بعقد الزواج " محمد علي البار، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج 1، ع 4، 1988، ص 299.
- (42) - وقد صدرت الفتوى الخاصة بلجنة الإفتاء الأردنية في سنة 1977 م الموافق لعام 1397 هـ والتي أجازت نقل الأعضاء باحترام الضوابط الشرعية ومنها احترام مقاصد الشرع عند إجراء هذا النوع من العمليات وهو نفس الأمر الذي أقرته أيضا الفتوى الصادرة عن لجنة الإفتاء الجزائرية التي كانت في عام 1972 .
- (43) - وذلك مصداقا لقوله تعالى :

وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلَأَمْرَنَّهُمْ فَلَيْبَتَنَّ آدَانَ الْأَنْعَامِ وَلَأَمْرَنَّهُمْ فليُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا/سورة النساء « الآية 119 وهو ما نهى عنه الرسول صلى الله عليه وسلم في حديث عبد الله بن مسعود: " لعن الله الواشحات والمتنمصات والمتفلجات للجنس المغيرات في خلق الله "....و ما لي لا ألعن من لعن رسول الله ومن في كتاب الله. " ، أخرجه البخاري في صحيحه ومسلم في صحيحه (167/3) في كتاب الزينة واللباس 33، باب تحريم فعل الواصلة والمستوصلة.

(44)- ومعنى ذلك ألا نفعل بأجسامنا ما نفعل بالفحول من سل الحصى، ونزع البويضة نستبق جلدها حتى نخلص من شهوة النفس وسواس الشيطان أخرج هذا الحديث البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب ما يكره من التبتل والخصاء، حديث رقم 5075، ج 2، ص 558، واللفظ له، مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب نكاح المتعة وبيان أنه أبيع ثم نسخ ثم أبيع ثم نسخ واستقر تحريمها إلى يوم القيامة، حديث رقم 1404، ج 2، ص 05.

(45)- سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 136، فرحات عبد العاطي سعد، المرجع السابق، ص 238.

(46)- طارق سرور، المرجع السابق، ص 197.

(47)- سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 135.

(48)- أحمد محمد بدوي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، القاهرة مصر، سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، 1999، ص 58.

(49)- سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 501.

(50)- ذلك لأن المورثات الجينات تكون مبرمجة منذ البداية حتى وانتقلت إلى بيئة جديدة وتتخذ من مصادر مختلطة وهو ما أشارت إليه نسرین عبد الحميد، المرجع السابق، ص 93.

(51)- طارق سرور، المرجع السابق، ص 198.

(52)- سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 143.

(53)- وهو قول الشيخ السيد سابق، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى اسماعيل مرحبا، المرجع السابق، ص 106.

(54)- عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، الإسكندرية مصر، دار المطبوعات الجامعية، 2006، ص 106.

(55)- سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 137.

(56)- اسماعيل مرحبا، المرجع السابق، ص 105.

(57)- نصر الدين ماروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، ك 1، بعنوان "نقل وزرع الأعضاء بين الحظر والإباحة"، بوزريعة الجزائر، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، 2003، ج 1، ص 206.

(58)- وقول بعض الفقهاء المعاصرين كالشيخ عبد القديم يوسف والشيخ عطية صقر، كما أفتت به مشيخة الأزهر، وقد أشار إلى ذلك سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 504.

(59)- طارق سرور، المرجع السابق، ص 198.

(60)- إذ يقول القرافي: "الوسيلة إلى أفضل المقاصد، أفضل الوسائل وإلى أقبح المقاصد، أقبح الوسائل وإلى ما يتوسط متوسطة، وهو ما أشار إليه سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 505.

(61)- لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى أحمد شرف الدين، هندسة الإنجاب والوراثة في ضوء الأخلاق والشرائع، مصر، المكتبة الأكاديمية، 2001، ص 226.

(62)- وقد نظم هذه الندوة مجلس وزراء العدل العرب في إطار جامعة الدول العربية في بيروت في الفترة الممتدة ما بين 4 إلى 12 سبتمبر 2000 ولمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 406.

(63)- كالدكتور عبد الله بن نبي، وقد أشار إلى ذلك إسماعيل مرحبا، المرجع السابق، ص 108.

(64)- وذلك مصداقا لقوله تعالى: "وَأْمُرْنَهُمْ فَلْيَغْيِرْنَ خَلْقَ اللَّهِ." [119: النساء]، وحديث النبي -صلى الله عليه وسلم- لعن الله الواصلة والمستوصلة وكذا لقوله تعالى: " وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا ۗ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ (١٩٥) ". [195: البقرة]

(65)- لأنه في حالة زرع الفرج يكون الرجل قد وطأ فرجا لا يملكه لكونه فرج لغير امرأته وفي حالة زرع الذكر تكون المرأة قد وطأت بذكر غير زوجها، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 134.

(66)- طارق سرور، المرجع السابق، ص 199

(67)- سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 135

(68)- أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص 59.

(69)- وهو قول كل من محمد سيد الطنطاوي، محمد الأشقر، خالد الجميلي، محمد نعيم ياسين وغيرهم.

(70)- وذلك مصداقا لقوله تعالى: وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ

مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَنَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ ۗ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ (٧٢) [النحل]

فامتن الله على عباده بذلك وقوله تعالى أَجَلٌ لَكُمْ لَيْلَةَ الصَّيَامِ الرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَائِكُمْ ۗ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ

وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ ۗ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ ۗ

فَالَّذِينَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغَوْا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ

وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّىٰ يَبَيِّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ۗ ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ۗ
وَلَاتُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرُبُوهَا ۗ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ
يَتَّقُونَ (١٨٧) [187: البقرة] قال المفسرون ما كتب الله لكم، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى أبو الفداء إسماعيل

بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير ابن كثير، بيروت لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1981، م 1، ص 230.

(71)- أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 79.

(72)- ومن نص على ذلك: الدكتور محمد مختار السلامي، الشيخ محمد سالم بن عبد الودود، الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور، الدكتور عبد السلام العبادي، والدكتور محمد عبد الغفار الشريف، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إسماعيل مرحبا، المرجع السابق، ص 109.

(73)- سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 134.

(74)- حيث جاء في التوصية ما نصه: "رأت الندوة بالأكثرية أن زرع بعض الأعضاء الجهاز التناسلي ماعدا العورات المغلظة التي لا تنقل الصفات الوراثية جائز استجابة لضرورة مشروعة وفق الضوابط والمعايير الشرعية." كما قضى قرار الفقه الإسلامي رقم 6/ 8/59 في دورته مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410 الموافق ل 14 إلى 20 مارس 1990 بأنه: "زرع بعض الأعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنتقل الصفات الوراثية ما عدا العورات المغلظة جائز لضرورات مشروعة وفق الضوابط والمعايير الشرعية." وقد أشار إلى ذلك كل من أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 79، وسفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 110.

(75)- وهيبه مكرلوف، المرجع السابق، ص 135، 136 عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، 479، 480.

(76)- أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص 60.

(77)- نجم بركة، اقتطاع وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، مذكرة لمجلس في القانون المدني، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة مصر، السنة الجامعية 2007، غير منشورة، ص 78.

(78)- سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 506.

(79)- وذلك في المادة الثامنة من قانون رقم 21 لسنة 1997 الصادر 1997/11/5 على انه: "يحظر نقل الأعضاء التناسلية التي تحمل الصفات الوراثية من جسم شخص حي أو جثة المتوفى وزرعها في جسم شخص آخر" وقد أشار إلى ذلك عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والتشريعات دراسة مقارنة، القاهرة مصر، دار الفكر العربي، دون ذكر سنة الطبع (ط1)، ص 25.

(80)- وذلك بموجب أحكام المادة الثامنة من القانون الأردني رقم 23 لسنة 1977 المتعلق بقانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان

(81) - وذلك بمقتضى المادة الثالثة من القانون سنة 2000 المعدل لقانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم 23 لسنة 1977 في فقرتها الأولى: "يشترط في إجراء عمليات نقل الأعضاء وزراعتها:

1- الالتزام بالفتاوى الصادرة عن مجلس الإفتاء الأردني بهذا الشأن."

(82)- حيث نص القانون التونسي رقم 22 لسنة 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها في الفصل الخامس من الباب الأول على أنه: "يحظر مطلقاً أخذ الأعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية من الأحياء الأموات قصد زرعها" محمود السيد عبد المعطي خيال، التشريعات الحديثة في عمليات نقل الأعضاء، الإسكندرية مصر، منشأة المعارف، دون ذكر سنة الطبع، ص 90.

(83)- وذلك بموجب المادة الثانية في قرتها الثانية من القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية الصادرة في 16 مارس 2010 والتي تقضي صراحة: "ويحظر زرع الأعضاء البشرية أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدي إلى اختلاط الأنساب ج. رسمية العدد 9 مكرر السنة الثالثة والخمسون، الصادرة في 6 مارس 2010.

(84)- والتي نصت صراحة على أنه: "لأجل تطبيق هذا القانون، يراد بعبارة عضو كل جزء من جسم الإنسان سواء كان قابلاً للخلفة أو الأنسجة البشرية، باستثناء تلك المتصلة بالتوالي، نصر الدين ماروك، نقل وزراعة الأعضاء في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ج 1 ك 3، المرجع السابق، ص 622.

(85)- نجم بركة، المرجع السابق، ص 79.

(86)- وقد نص على ذلك المادة 274 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، والتي تقضي بأنه: "كل من ارتكب جريمة الخشاء يعاقب بالسجن المؤبد، ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة." الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم، ج.ر.ع 49، الصادرة في 11/06/1966.

(87)- فقد كشف الطب حديثاً على بعض الطرق التي يمكن استعمالها كوسيلة لمنع الحمل دون الحاجة إلى اقتطاع الأعضاء التناسلية، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى راجي عباس التكريتي، السلوك المهني للأطباء، بغداد العراق، دار التربية للطباعة والنشر والتوزيع، 1987 (ط 3)، ص 283-284.

(88)- كريم عشوش، العقد الطبي، مذكرة ماجستير، تخصص فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، المنشورة بدار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة الجزائر، 2007، ص 117.

قائمة المراجع:

أولاً: باللغة العربية:

I - القرآن الكريم.

II - مصادر تفسير القرآن الكريم:

1- أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير ابن كثير، بيروت لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط 1981، م 1.

III - الكتب :

- 1- أحمد شرف الدين، هندسة الإنجاب والوراثة في ضوء الأخلاق والشرائع، مصر، المكتبة الأكاديمية، 2001.
- 2- أحمد محمد بدوي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، القاهرة مصر، سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، 1999.
- 3- أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، بيروت، دار النقاش للطباعة والنشر والتوزيع، 2000 (ط1).
- 4- أحمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر والإباحة- دراسة مقارنة-، القاهرة مصر، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، 1993 (ط1).
- 5- أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة- دراسة فقهية مقارنة-، الإسكندرية مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، 2006.
- 6- اسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، رسائل جامعية، مصر، دار بن الجوزي، دون ذكر سنة الطبع.
- 7- راجي عباس التكريتي، السلوك المهني للأطباء، بغداد العراق، دار التربية للطباعة والنشر والتوزيع، 1987 (ط3).
- 8- رمزي الناجي، عصام الصفدي، تشريح جسم الإنسان، عمان الأردن، دار اليازور في العملية للنشر والتوزيع، 2005.
- 9- سفيان بن عمر بورقعة، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته (دراسة تحليلية فقهية)، الرياض المملكة العربية السعودية، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، 2007م (ط1).
- 10- طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، القاهرة مصر، دار النهضة العربية، 2001 (ط1).
- 11- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والتشريعات دراسة مقارنة، القاهرة مصر، دار الفكر العربي، دون ذكر سنة الطبع (ط1).
- 12- علي غالب ياسين، علم التشريح، بغداد، دار الحرية للطباعة، 1985 (ط1).
- 13- فرج صالح الهريش، موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة (دراسة مقارنة)، بنغازي ليبيا، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، 1996م (ط1).
- 14- محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، الأردن، دار النفائس للنشر والتوزيع، دون ذكر تاريخ الطبعة.
- 15- محمود السيد عبد المعطي خيال، التشريعات الحديثة في عمليات نقل الأعضاء، الإسكندرية مصر، منشأة المعارف، دون ذكر سنة الطبع.
- 16- محمود بدر عقل، الأساسيات في تشريح الإنسان، عمان الأردن، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1999 (ط1).
- 17- نسرين عبد الحميد نبيه، نقل وبيع الأعضاء البشرية، الإسكندرية مصر، دار الوفاء لندنيا للطباعة والنشر، 2008 (ط1).

18- نصر الدين ماروك:

- أ- نصر الدين ماروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية و القانون المقارن (دراسة مقارنة)، الكتاب رقم 3 بعنوان " القوانين والقرارات والبيانات الصادرة في العالم العربي ومنظمة الصحة العالمية وفرنسا والمتعلقة بزراعة الأعضاء البشرية " بوزريعة الجزائر، دار هومه، 2003 (ط1)، ج 1.
- ب- نصر الدين ماروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، ك 1، بعنوان "نقل وزرع الأعضاء بين الحظر والإباحة"، بوزريعة الجزائر، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، 2003، ج 1.

IV - الرسائل و المذكرات :

- 1- زبيدة إقورفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب (دراسة فقهية قانونية)، رسالة دكتوراه في قانون الأسرة، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2009-2011، المنشورة بدار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، المدينة الجديدة تيزي وزو الجزائر، سنة 2012.
- 2- عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، الإسكندرية مصر، دار المطبوعات الجامعية، 2006.
- 3- كريم عشوش، العقد الطبي، مذكرة ماجستير، تخصص فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، المنشورة بدار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة الجزائر، 2007.
- 4- ناجم بركة، اقتطاع وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير في القانون المدني، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة مصر، السنة الجامعية 2007، غير منشورة.
- 5- وهيبه مكرلوف، المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، مذكرة ماجستير في علم الإجرام والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2004-2005.
- V - المقالات و الدوريات :**

- 1- عبد الكريم مأمون، جراحة تثبيت الجنس و أثرها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، مجلة صدى الجامعة، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد رقم 02 ، الصادرة في أكتوبر 2008.
- 2- عمر الفاروق الفحل، تحول الجنس بين الشريعة والقانون، مجلة المحامون السورية، العدد رقم 10، الصادرة في سنة 1988.
- 3- فرحات عبد العاطي سعد، نقل وزرع الأعضاء البشرية في ميزان الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة جامعة الأزهر، العدد رقم 29، دون ذكر تاريخ العدد.
- 4- محمد علي البار، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج 1، ع 4، 1988.

VI - النصوص القانونية :

- 1- الأمر رقم 66- 156، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم، ج.ر.العدد رقم 49، الصادرة في 11/06/1966.
- 2- القانون رقم 23 لسنة 1977 المتعلق بقانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان الأردني، رقم الجريدة الرسمية 2703، الصادرة بتاريخ 01-06-1977 .

- 3- القانون الأردني سنة 2000 المعدل لقانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم 23 لسنة 1977، رقم الجريدة الرسمية 4426، الصادرة بتاريخ 16-04-2000.
- 4- القانون التونسي رقم 22 لسنة 1991، الصادر في 1991/03/25، المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها، رقم الجريدة الرسمية 3652.
- 5- القانون القطري رقم 21 لسنة 1997، الصادر 1997/11/05، المنظم لعمليات نقل وزراعة الأعضاء، رقم الجريدة الرسمية 6875.
- 6- القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية الصادرة في 16 مارس 2010، ج. رسمية العدد رقم 9 مكرر السنة الثالثة والخمسون، الصادرة في 6 مارس 2010.
- ثانيا : باللغة الفرنسية :

1- Abdelhafid Ossoukine, L'éthique Biomédicale, Oran Algérie, Dar Gharb, éd. 2000.

نجرير الانجار بالاعضاء البشرية في التشريع الجزائري



لعلوي محمد : طالب بصف الدكتوراه جامعة وهران

أستاذ متعاقد بجامعة التكوين التواصل مركز النعامة

أستاذ مكون لأعوان الإدارة العمومية : محام

المقدمة :

المتدبر لشريعتنا السمحاء يرى أنها قد كرمت الانسان عن باقي المخلوقات، فمجدته وجعلت المحافظة عليه في جسمه وماله من أي اعتداء، من صميم مقاصدها قال تعالى " ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق " (1)، كما أكدت ذلك سنة رسوله الكريم في أكثر من موضع قال عليه السلام " لن يزال المؤمن في فسحة من دينه ما لم يصب دما حراما " (2).

وفي ذات السياق أكدت جميع دساتير وتشريعات الدول هذا المبدأ، إلى جانب المواثيق والاتفاقيات الدولية، فنظمت الحق في تكامل الجسد والحق في الحياة، لكن سرعان ما تحول هذا الحق من الاصل الذي هو عليه، إلى الاستثناء الذي يقتضي إمكانية المساس بجسد الانسان من خلال إجراء عمليات جراحية تكون بديلا مقصودا للفشل الذي عرفته الادوية والعقاقير في التغلب على الامراض المستعصية.

ونتيجة لهذه الحماية عرف الطب تطورا ملحوظا خصوصا في النصف الثاني من القرن العشرين، الذي شهد عمليات نقل وزراعة الاعضاء البشرية، التي تعتبر طفرة حقيقية في المجال الطبي.

إلا أن التطور الذي عرفته العلوم الطبية، أوجد عدة ممارسات لها من الخطورة ما يؤهلها لتكون محلا لدراسات قانونية جدية، فالإنجار بالأعضاء البشرية واحدة من أهم هذه الممارسات المنافية لما خلق عليه الانسان، فحاجة المرضى لأمل يبعث في نفوسهم من جهة، وحاجة الفقراء لما يسدون به جوعهم من جهة ثانية، كلها ظروف جعلت الارض خصبة لذوي النفوس المريضة في استحداث مثل هذه الجرائم التي لم تكن معروفة من قبل، فظهرت بذلك عصابات الاجرام المنظم، وغيّرت مسار الطب، فانقلبت بهذا عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية من قضية إنسانية نبيلة، هدفها تخفيف الألم والمعاناة عن المرضى، إلى تجارة سوداء تمتاز بالخسة والدناءة، تمارس من قبل أناس يفترض فيهم الامان، باعوا ضمائرهم لأجل دراهم معدودات.

فمن خلال ماسبق جاءت فكرة إنجاز هذه المقالة للوقوف على مدى فعالية التشريع الجنائي الجزائري في تكريس الحماية الجنائية للأعضاء البشرية .

والتي سوف نعالجها وفق الإشكالية التالية :

• كيف عالج المشرع الجزائري ظاهرة المتاجرة بالأعضاء البشرية ؟

مقسمين هذه الورقة البحثية الى قسمين نعالج من خلالها :

- ✓ ماهية الاتجار بالأعضاء البشرية في المبحث الاول .
- ✓ تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية في التشريع الجزائري في المبحث الثاني .

المبحث الاول : ماهية الاتجار بالأعضاء البشرية :

يعد ضبط المفاهيم الاساسية ضرورة منهجية ومبدئية لا بد منها لأي دراسة، ولما كان موضوع دراستنا يتمحور حول الاتجار بالأعضاء البشرية، وجب علينا بداية تحديد المقصود بالأعضاء البشرية ومعنى المتاجرة بها في (المطلب الاول)، والتعرض للموقف فقهاء القانون من مسألة المتاجرة بالأعضاء البشرية في (المطلب الثاني) .

المطلب الاول : المقصود بالأعضاء البشرية والمتاجرة بها :

من خلال هذا المطلب سوف نحاول تحديد المقصود بالأعضاء البشرية في (الفرع الاول)، والتعرض الى معنى المتاجرة بها في (الفرع الثاني).

الفرع الاول : المقصود بالأعضاء البشرية :

لم يعرف لنا المشرع الجزائري العضو البشري، حاله كحال العديد من التشريعات العربية، لا من خلال القانون رقم 01/09⁽³⁾ المعدل والمتمم للقانون العقوبات⁽⁴⁾، ولا من خلال القانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها⁽⁵⁾، ولا حتى في القوانين المعدلة والمتممة لهذا الاخير، بالرغم من أنه جاء على ذكر مصطلح العضو في كلا القانونين السابقين، فهذا العزوف والشح في تحديد المقصود بالعضو قد يصعب الامر لا محالة على رجالا لقانون في تكييفهم للمسؤولية الجنائية على الاعتداءات الواقعة على جسم الانسان⁽⁶⁾.

لهذا سنحاول في هذا الفرع اعطاء التعريف اللغوي والاصطلاحي للعضو البشري .

أولا : التعريف اللغوي للعضو البشري :

العضو لغة : بالضم والكسر هو كل لحم وافر بعظمه⁽⁷⁾.

ويعرفه ابن منظور على أنه " كل عظم وافر اللحم"⁽⁸⁾.

كما يعرفه صاحب المعجم الوسيط بأنه " جزء من جسم الانسان كاليد والرجل"⁽⁹⁾.

ويعرفه الدكتور محمد يسري ابراهيم على أنه : " كل عظم وافر بلحم، سواء كان من إنسان أم حيوان"⁽¹⁰⁾.

من خلال التعريفات السابقة يتضح أن العضو هو ذلك اللحم الوافر الذي به عظم، وبالتالي فكل عضو خالي من العظم لا يعتد به كعضو من الاعضاء البشرية، وعليه فاعتمادنا على هذا المعنى قد يجعلنا في قصور كبير، يؤدي بنا إلى عدم الوصول إلى النتيجة المرجوة من هذه الدراسة، ذلك أن التعريفات السابقة اعتمدت على مفهوم جد ضيق للعضو البشري، في وقت عرف فيه عالم الطب تطوراً مذهلاً.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للعضو البشري :

لقد اختلف تعريف العضو باختلاف الميادين والتخصصات، فكل عرفه بحسب تخصصه ومن ذلك نجد أن :

رجال الدين يعرفونه على أنه جزء متميز من مجموع الجسد، كاليد والرجل والاذن والانف واللسان والاصبع، سواء أكان من إنسان أم حيوان⁽¹¹⁾.

عرف مجمع الفقه الإسلامي العضو بأنه "أي جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودمه ونحوها، كقرنية العين، سواء كان متصلاً به أم منفصلاً عنه"⁽¹²⁾.

وعرفه القانون المغربي بأنه "كل جزء من جسم الإنسان سواء كان قابلاً للخلفة أم لا، والأنسجة البشرية باستثناء تلك المتصلة بالتوالد"⁽¹³⁾، أما القانون القطري عرفه في مادته الأولى كالاتي: "...العضو أي عضو من أعضاء الجسم الإنسان أو جزء منه يكون حيويًا وهامًا لانقاذ المريض..."⁽¹⁴⁾.

في حين عرف من قبل الفقه القانوني على أنه عبارة عن مجموعة من العناصر الخلوية القادرة على أداء وظيفة معينة سواء أكانت ظاهرة في وظيفتها أو داخلية⁽¹⁵⁾.

ويعرفه الأطباء بأنه جزء محدد من الجسم يقوم بأداء وظيفة معينة أو أكثر، سواء كان ذلك كأعضاء مثل القلب والرئة والكبد...، وما يفرزه من سوائل كالدم، وخلايا كالحيوانات المنوية ونخاع العظم...⁽¹⁶⁾ فهو إذن حسب تعريف الأطباء جزء محدد من الجسم يقوم بأداء وظيفة معينة أو أكثر.

وعليه من خلال التعريفات السابقة نجد أنها عرفت العضو بشكل أعم وأشمل مما نستطيع به اعتبار أي عملية حصول أو انتزاع للنسيج أو عدد من الخلايا بطريقة غير مشروعة يشكل اتجاراً بالأعضاء البشرية.

الفرع الثاني: معنى الإتيار بالأعضاء البشرية :

قبل الخوض في تحديد معنى الإتيار بالأعضاء البشرية، وجب علينا أولاً إعطاء تعريف لمصطلح الإتيار، ثم بعد ذلك محاولة تسليط الضوء على معنى الإتيار بهاتين الأعضاء كمرحلة لاحقة .

أولاً: تعريف الإتيار في اللغة :

إتجر وتاجر واتجر، وهذا كله بمعنى مارس التجارة أي باع وإشترى⁽¹⁷⁾.

ثانيا : تعريف الاتجار في الاصطلاح :

الاتجار مصطلح مشتق من التجارة، والتي يقصد بها النشاطات المحددة في القانون التجاري والتي تنقل المواد من الانتاج إلى الاستهلاك⁽¹⁸⁾، ويقصد بها تقليب المال بقصد الربح، فهي بهذا المدلول التنمية في المال، فنشترى سلعة بثمان ما ثم نبيعها بزيادة في السعر لتحصيل الفائدة من الفارق بين سعر البيع والشراء، وفي هذا يعرفها ابن خلدون في مقدمته بأنها: "محاولة الكسب بتنمية المال بشراء السلع بالرخص وبيعها بالغلاء."

وبهذا فالإتجار يقصد به البيع والشراء بقصد الحصول على الربح، فهو من قبيل التجارة يكون مشروعاً وقانونياً إذا كان المحل المتعامل فيه أو المتاجر فيه مشروعاً، كالإتجار في البضائع والسلع، ويكون غير مشروع إذا كان محل التجارة محظوراً وممنوع قانوناً، كالإتجار في المخدرات والاعضاء البشرية.

أما الاتجار بالأعضاء البشرية هو قيام فرد أو جماعة إجرامية منظمة بتجميع الأشخاص دون رضاهم بالتحايل أو الإكراه، أو حتى برضاهم، حيث يتم نزع أعضاء هؤلاء الضحايا وبيعها كبضاعة من أجل الحصول على أرباح مالية⁽¹⁹⁾.

المطلب الثاني : موقف فقهاء القانون من مسألة المتاجرة بالأعضاء البشرية :

عرف فقهاء القانون اختلافاً كبيراً حول مسألة المتاجرة بالأعضاء البشرية، فمنهم من أجاز بيع الأعضاء البشرية (أولاً)، في حين يحظر فريق آخر ذلك (ثانياً).

أولاً : الفريق المؤيد لبيع الأعضاء البشرية :

يرى هذا الجانب من الفقه أنه لا مانع من بيع الأعضاء البشرية، فحصول المتبرع من مقابل مالي لا يتنافى وكرامة الإنسان ولا يحط من قيمته، بل بالعكس فهو يهدف إلى صونها والحفاظة عليها، والتنازل عن العضو نظير مقابل مالي في هذه الحالة هو بمثابة تعويض عن ما أصاب الشخص المنزوع عضوه من ضرر، فإذا سلمنا وفق ما نصت عليه قواعد القانون المدني بمبدأ حق الشخص المضرور في الحصول على تعويض مالي من مسبب الضرر، فليس هناك في مقابل هذا ما يمنع من التسليم بتقاضي مبلغ مالي نظير تنازل المتبرع عن عضو من أعضائه، فالتصرفين يعتبران مساساً بجسم الإنسان، فكيف نجيز تصرف، في حين نحظر الثاني، وقد أسس أصحاب هذا الاتجاه رأيهم على الحجج التالية :

- القيام بعملية نزع الأعضاء البشرية من شأنه أن يحدث مشاكل صحية انية أو مستقبلية، لهذا تظهر أهمية الحصول على مقابل مالي، لأجل التخفيف من الآلام والمعاناة التي يتعرض لها الشخص المنزوع منه العضو، حتى وإن كانت معنوية⁽²⁰⁾.
- نقل الأعضاء يهدف إلى تحقيق قيم إنسانية نبيلة، ومدام أن الأمر قد وصل إلى حد استخدام العضو كبديل عن الأدوية، فلا بأس من المساهمة في بعث الأمل لدى فئة من الناس لمواصلة حياتهم بصفة عادية، ويستوي في هذا بيع الأعضاء البشرية أو التبرع بها.⁽²¹⁾
- ويواصلون تبرير موقفهم على أن بيع الأعضاء يهدف إلى تحقيق قيم إنسانية نبيلة، ومن ذاك إنقاذ حياة مريض من الهلاك والتي لا تتحقق إلا بنقل عضو بشري جديد إليه، وبالتالي المساهمة في بعث الأمل لدى فئة من الناس لمواصلة حياتهم بصفة عادية⁽²¹⁾.

- كما يرون أن الانسان لايتكون من جانب مادي فقط والمحصور في الجسد، بل من عناصر تكوينه كذلك نجد تلك القدرات العقلية والفكرية التي يساهم بها في بناء مجتمعه، وهذا الجانب الاخير لا يتأثر حتى وإن تصرف الشخص في أعضائه نظير مقابل مادي⁽²²⁾.
- ويضربون مثال حول بيع جزء من جسد الانسان كالدم، فمادام ثبت أنه من قبيل الاعضاء البشرية المتجددة، فالتصرف فيه بالبيع لا يفقد الشخص شيئاً من حرته أو كرامته، لا سيما وأن بعض القوانين، ومنها القانون المصري رقم 178 لسنة 1960 والمتعلق بتنظيم وجمع وتخزين الدم، أجاز التبرع به نظير مقابل مادي، بل إنه ذهب إلى أبعد من ذلك، بجواز قيام الدولة بإعادة بيع هي الاخرى هذا الدم المجمع إلى المرضى⁽²³⁾، ولهم أدلة في الشريعة الاسلامية بجواز بيع اللبن بموجب عقد الرضاعة⁽²⁴⁾.

وعليه وبعد استطلاع رأي المؤيدين للمتجارة بالأعضاء البشرية فإننا نرى على أن لا نأخذ ما جاء به هذا الاتجاه على إطلاقه، خصوصاً وأنه قد تم تخصيص بعض القيود التي لا بد من توافرها حتى نستطيع الأخذ براى هذا الاتجاه والمبينة كالآتي :

- لا بد من انعدام غاية الربح والتجارة والتداول، كما يجب أن يكون الانتفاع بالعضو لأصلاً خصص له، وأن يكون الهدف من بيعه دفع مفسدة أكبر، وأن تقوم عملية البيع والشراء تحت إشراف مؤسسة وأطباء موثوق في نزاهتهم .

ثانياً: الفريق المعارض لبيع الاعضاء البشرية :

يرى هذا الجانب من الفقه، وهو رأي يتبناه أغلبية الفقهاء⁽²⁵⁾، أنه لا يجوز للإنسان أن يبيع عضواً من أعضاء جسمه، لأن ذلك يناهى تكريم الله تعالى لعباده، فأعضاء البشر ليست محلاً للبيع أو الشراء، وليست سلعة من السلع التي يصح فيها التبادل التجاري أو المالي .

وفي هذا يرون أن الشخص المتنازل عن أحد أعضائه لقاء ثمن، لا يكون همه سوى تقاضي المبلغ المتفق عليه، فقد يقوم ابتغاء تحقيق ذلك بإخفاء مشاكل صحية يعاني منها يكون لها تأثيراً مباشراً على مدى ملائمة العضو المراد نقله، مما يسبب أزمات صحية للشخص المنقول إليه العضو، لأنه في أحوال كهذه قد لا تقام فحوصات طبية جديده، ويصبح في الاخير الخاسر الوحيد في هذه العلاقة هو المنقول له العضو، سواء في ضياع ماله أو فشل العملية الجراحية⁽²⁶⁾.

ويضيفون أن مقايضة الاعضاء البشرية بالمال مجرد عمل المعطي من كل القيم المعنوية والاخلاقية التي من المفروض أن يحس ويشعر بها المتبرع في حالة عدم أخذ عوض، ذلك أنه إذا استطاع أن يكون سبباً في إنقاذ شخص مريض بحاجة لعضو معين سوف يشعر حتماً بالسعادة والارتياح فهذه ميزة ذات طابع معنوي وخلقي⁽²⁷⁾.

ويعتبر الاستاذ سافتيه savatier وهو من بين أكبر المعارضين لبيع الاعضاء البشرية، أن جسم الانسان وأعضائه البشرية لا يمكن بأي حال من الاحول أن يكون محلاً للمعاملات التجارية، فلا يمكن أن يصبح سلعة تقوم بالمال تتداول لمن يدفع أكثر⁽²⁸⁾.

وعليه فالحديث عن المقابل المالي، لا محالة أنه يعدم الحديث عن الايثار والحبة والتراحم والشفقة، بل أكثر من ذلك فقد يكون سبباً حقيقياً في خلق أفات اجتماعية، كاستغلال الغني للفقير، تكوين سوق يعرض فيها الفقراء أجسادهم، وأعضائهم مقابل الحصول على عوائد مالية⁽²⁹⁾.

وبما أننا في إطار دراسة ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية، وفق ما جاء به القانون الجزائري، فالواضح أنه قد انتهج موقف الفريق المعارض بتجريمه لهذه الاعمال والتصرفات، الامر الذي سوف نتطرق إليه من خلال المبحث الثاني .

المبحث الثاني : تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية في التشريع الجزائري :

سوف نحاول في هذا المبحث ان نتطرق الى المعالجة الموضوعية للجرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في (المطلب الاول)، في حين نتطرق الى العقوبات الواردة على هذه الجرائم في (المطلب الثاني).

المطلب الاول : المعالجة الموضوعية للجرائم الاتجار بالأعضاء :

للقيام أي جريمة يقتضي توافر أركانها الاساسية، فانعدام ركن من هاته الاركان يؤدي بالضرورة الى انتفاء الجرم، وقد كيف المشرع الجزائري جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية من قبيل جرائم الجنح، وفيما يلي تطبيق هاته الاركان على جريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية.

الفرع الاول : الركن الشرعي :

ويقصد بالركن الشرعي ذلك النص القانوني الذي يجرم السلوك ويعاقب عليه، سواء كان سلوكا ايجابيا أو سلبيا، تطبيقا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات⁽³⁰⁾.

صدرت العديد من القوانين والتشريعات التي تجرم الاتجار بالأعضاء البشرية، حماية منها للجسم الانسان من أن يصبح سلعة اقتصادية تستغل بالمتاجرة في أعضائه، ويعتبر التشريع الجزائري من بين القوانين التي كافحت وجرمت هكذا سلوكات، إلا أنه وبالرغم من هذا لم ينص المشرع الجزائري على قانون خاص ومستقلا يجرم الاتجار بالأعضاء البشرية، وعليه نجد الاساس القانوني في تجريم هذا السلوك من خلال :

اولا : قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05، وذلك في الفصل الثالث من الباب الرابع والذي جاء تحت عنوان "انتزاع أعضاء الانسان وزرعها"، حيث نصت الفقرة الاولى من المادة 161 منه على وجوب انتزاع الاعضاء لأغراض علاجية او التشخيصية فقط، كما منعت الفقرة الثانية من نفس المادة السابقة الاستفادة بمنفعة مالية "لا يجوز أن يكون انتزاع الاعضاء ولا زرعها موضوع معاملة مالية".

ثانيا : وفي نفس المجال فقد نص قانون العقوبات إثر تعديله بالأمر 09-01 على تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية من خلال إضافة القسم الخامس مكرر والمتضمن المادة 303 مكرر 16 الى 303 مكرر 29، فنص على عقوبات مشددة مستدركا بذلك النقص الذي شهده قانون الصحة وترقيتها .

الركن المادي :

يتحقق السلوك المادي في جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في الحصول على الاعضاء أو بانتزاع الانسجة أو الخلايا أو بجمع مواد من جسم شخص سواء كان حي أو ميت ولو في وجود موافقة منه، ومبادلتها بمقابل مهما كانت طبيعته، مالية كانت او ذا طبيعة أخرى.

وتجدر الإشارة إلى أن عبارة "الحصول" الواردة في المادة تقتضي أن يكون ذلك بإرادة الشخص المنتزع منه العضو، مما يدل على وجود إرادة واعية ومدركة، إلا أن المشرع بالرغم من هذا فقد جرم هذا الفعل لأجل قمع هؤلاء المجرمين من القيام بهاته الممارسات الاجرامية، وهذا حتى لاتصبح اعضاء الانسان قطع غيار .

كما أن الانتزاع الوارد في ذات المادة يقتضي الاكراه، ويتم ذلك عادة عن طريق إختطاف الاطفال والنساء والمعوقين وحتى الموتى ، وإجراء عمليات جراحية لنزع أعضائهم أو أنسجتهم والقيام ببيعها في السوق السوداء الخاصة بالأعضاء.

وتتحقق النتيجة الاجرامية هي الاثر المادي الذي ترتبه الجريمة والمدرك حسيا⁽³¹⁾، وتتحقق النتيجة في جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في ذلك الاعتداء على الجسم البشري من خلال نزع أحد الاعضاء أو جزء من الانسجة او الخلايا، مما ينقص من صحة الانسان وسلامة جسده، الذي يعتبر من الحقوق التي يعمل القانون على حمايتها وصيانتها من أي اعتداء⁽³²⁾.

الركن المعنوي :

الاتجار في الاعضاء البشرية من قبيل الجرائم العمدية التي يتوافر فيها القصد الجنائي، والذي يقوم على عنصري العلم والارادة، أي ارادة السلوك والعلم بالنتيجة المترتبة عليه، والمتمثلان في جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في القيام بالتجارة بأعضاء الانسان او انسجته او خلاياه مع اتجاه إرادة الجاني للقيام بهذا الفعل رغبة في الحصول على أرباح مالية⁽³³⁾.

المطلب الثاني : العقوبات المترتبة عن جرائم الاتجار بالأعضاء :

العقوبة هي الجزاء الذي يقرره المشرع ويوقعه القاضي على من تثبت مسؤوليته في ارتكاب الجريمة، حماية لمصلحة الجماعة وإصلاح الافراد⁽³⁴⁾. في هذا و كباقي التشريعات الاخرى واجه المشرع الجزائري بكل حزم وشدة الافعال التي تشكل إعتداء على جسم الانسان، وكان ذلك بموجب المواد 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 29 المستحدثة بالقانون 01-09 المعدل والمتمم للقانون العقوبات، والوارد ذكرها بالقسم الخامس مكرر 1⁽³⁵⁾، وقد اعتمد في تكريس هذه السياسة العقابية عقوبات اصلية وعقوبات تكميلية .

الفرع الاول : العقوبات الاصلية :

نص المشرع الجزائري على العقوبات الاصلية سواء كانت سالبة للحرية أو غرامات مالية من خلال المواد 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 19، والملاحظ من خلال هاته المواد أن المشرع قد قيد القاضي بضرورة الحكم بكلا العقوبتين وإلا عرضه حكمه لنقض، ودليلنا في ذلك هو استعمال "و" الربط بدلا من استعمال "أو" التي تفيد الاختيار، وبالتالي فقد حرم القاضي السلطة التقديرية في إمكانية الجمع بين العقوبتين أو الحكم بإحدهما فقط⁽³⁶⁾.

كما أنه من خلال المادة 303 مكرر 20 شدد في مقدار العقوبة بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 18 والمادة 303 مكرر 19، وعاقب بالسجن المشدد والغرامة بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 16 والمادة 303 مكرر 17، متى توافرت ظروف التشديد الواردة في ذات المادة وعاقب كل شخص لم يبلغ السلطات المعنية بارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء، حتى ولو كان من أصحاب الاختصاص الذين يفترض فيهم عادة

حفظ السر المهني ، وذلك بعقوبة الحبس من سنة إلى 5 سنوات وغرامة مالية من 100.000 دج إلى 500.000 دج ، أما بالنسبة لأقارب وحواشي وأصهار الفاعل إلى غاية الدرجة الرابعة ، استثناهم من العقوبة مادام أن الجريمة لم تقع على قاصر دون 13 سنة (م 303 مكرر 25).

وبما أن هذه الجرائم ذات الوصف الجنحي فقد عاقب المشرع فيها على الشروع بذات العقوبة المقدرة للجريمة التامة، ذلك أن الاتجار بالأعضاء البشرية من قبيل الجرائم المادية أي تلك الجرائم التي تخلف نتيجة إجرامية ، فمن غير المعقول أن نبيع عضو بشري دون استئصاله من جسم الانسان من جهة ، ومن جهة أخرى وجود نص صريح يعاقب على ذلك، لان قانون العقوبات يشترط ان ينص صراحة على معاقبة الشروع في الجنح⁽³⁷⁾.

ويعفى منها كل من يبلغ قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها ، في حين إذا تم التنفيذ أو الشروع ولم تحرك الدعوى العمومية ، فيستفاد من يبلغ عن الجريمة بتخفيض العقوبة إلى النصف (303 مكرر 24)، وبالنسبة للشخص المعنوي المثبت في حقه المسؤولية الجزائية والمقصود به المستشفيات أو العيادات الخاصة أو أي أماكن صالحة للإجراء عمليات طبية ، فطبق عليه العقوبات الواردة في نص المادة 18 مكرر من قانون العقوبات .

الفرع الثاني : العقوبات التكميلية :

العقوبات التكميلية هي عقوبات ثانوية إضافية لا يمكن الحكم بها إلا بوجود عقوبة أصلية ، قد تكون إجبارية كما قد تكون إختيارية⁽³⁸⁾.

فمن خلال نصوص قانون العقوبات لاسيما تلك الواردة في القسم الخامس مكرر 1، والمتعلقة بالإتجار بالأعضاء البشرية ، يتضح جليا أن المشرع خص هاته الجرائم بعقوبات تكميلية عامة والمنصوص عليها في المادة 9 من قانون العقوبات ، إلى جانب عقوبات تكميلية مميزة .

أولا : العقوبات التكميلية الواردة في المادة 9 من قانون العقوبات الجزائري :

نص المشرع الجزائري من خلال المادة 303 مكرر 22، بضرورة الحكم بعقوبة تكميلية من العقوبات التكميلية الواردة في المادة 9 من قانون العقوبات على الشخص الطبيعي الذي تم الحكم عليه نتيجة ارتكابه جريمة من الجرائم المنصوص عليها في قسم الاتجار بالأعضاء البشرية، إلا أنه في مقابل هذا اعطى الحرية الكاملة للقاضي بالحكم بعدد هذه العقوبات ، فله - القاضي - أن يحكم بعقوبة واحدة أو أكثر على حسب ما يراه ردعا للجاني وتحقيقا للعدالة .

ثانيا : المصادرة :

في حالة الادانة بالجرائم المنصوص عليها في المواد السابقة ، تأمر الجهة القضائية وجوبا بمصادرة الاشياء والوسائل التي استعملت أو كانت ستستعمل في تنفيذ الجريمة ، إضافة إلى مصادرة الاموال المتحصلة منها ، مع مرعاة الغير حسن النية⁽³⁹⁾ ، والمصادرة هنا من قبيل العقوبة التكميلية الاجبارية وليست الاختيارية ، فالقاضي ليس له الخيار في الحكم بها من عدمه على حسب تعبير المادة " تأمر الجهة القضائية ... " ، كما أن قانون العقوبات قد نص على وجوبية الحكم بها في حالة الادانة بجنحة أو مخالفة ، طالما توفر نص صريح يقضي بذلك⁽⁴⁰⁾.

الخاتمة :

بعد أن انتهينا من إعداد هذه المقالة، توصلنا إلى مجموعة من النتائج، إلى جانب توصيات فرضتها علينا أهمية الموضوع، نرى ضرورة إعمالها.

فأهم نتيجة نستطيع استنباطها من خلال هاته المقالة، هو أن المشرع لم يوفق في تحديد الوصف الحقيقي لهاته الجرائم، حيث جعلها من قبيل الجرح، وأنا أرى في هذا غرابة كبيرة، فكيف تصنف جريمة على أنها من قبيل الجرح، في حين أن الجاني قد يهتك بجياة المجني عليه حتماً لأجل أن ينال مبتغاه والممثل في العضو أو النسيج أو الخلايا، فالواضح ضعف عقوبة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، لهذا وجب على المشرع الجزائري التخلي عن هذه السياسة العقابية، وإيراد عقاب يلائم جسامة مثل هذه الجرائم، وذلك لما تمتاز به من البشاعة والخسة ما يجعلها من قبيل الجنايات، والتي يجب أن تكون العقوبة فيها الاعدام أو على الأقل السجن المؤبد.

كما أنه بعد إلقاء الضوء على موقف فقهاء القانون الوضعي، نستطيع الوصول إلى أن الراي القائل بعدم جواز المتاجرة في الأعضاء البشرية، هو الراي الأرجح، لان في القول بجواز المتاجرة في الأعضاء البشرية، إستهوان ومساس بكرامة وحرمة جسم الانسان، إلا أنه في حلة الضرورة القصوى فلامانع من بيع العضو البشري، ولكن بشرط أن لا يكون هذا التصرف بقصد التجارة والتداول وتحقيق الربح، وإنما لأجل تحقيق منفعة.

وبالنسبة للتوصيات فستطيع الخروج من هاته المقالة بمجموعة توصيات نرى في اعتمادها - إن جاز لنا ذلك - قيام نظام قانوني متكامل لحماية حياة الانسان وضمان كرامته والتي نلخصها في المحاور التالية :

- باعتبار أن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية تلحق الضرر بالضحية، وفي ذات الوقت تلحق الضرر بالمجتمع، ووجب تجريم هذا النشاط في نصوص قانونية خاصة واضحة ومستقلة بذاتها، تحدد عقوبات شديدة لهذه الافعال الضارة بالكيان الانساني و كرامته، فإذا إستطاع المشرع الجزائري سن قوانين خاصة لأجل مكافحة المخدرات وغسيل الاموال ...، فمن باب أولى أن يسن قانون خاص يجرم ويكافح هذه الانشطة المستحدثة - التي تهتك بخليفة الله في الارض - بأكثر شدة وصرامة.
- التكثيف من النشاطات التحسيسية لتعريف بخطورة ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية، المنافية للقيم الدينية والاخلاقية، وفي نرى عقد ندوات ومؤتمرات يدعى فيها رجال القانون والدين والاعلام، لأجل تسليط الضوء على هذه الانشطة الاجرامية.
- تحسين المستوى المعيشي للأفراد ومكافحة البطالة وتوفير حياة كريمة، فقد تبت أن الفقراء هم الذين يسعون إلى بيع أعضائهم لأجل ضمان لقمة العيش لهم أو لأفراد عائلاتهم، كما أن الاغنياء هم من يشترون هاته الاعضاء لأجل بقائهم على قيد الحياة
- نشر الوعي حول مخاطر اللجوء إلى عمليات استئصال العضو لأجل بيعه، لأنه لا يراعى فيها الحالة الصحية للمنقول منه العضو، ولكن كل ما يهم أعضاء شبكة التجارة بالأعضاء البشرية هو الحصول على العضو أياً كانت العاقبة التي يصل إليها البائع لعضوه.
- تعزيز التعاون الدولي لأجل مكافحة الجريمة، فبدون تعاون دولي نشط وفعال يصعب مكافحة هذا النوع من الجرائم، لاسيما وأنها من قبيل الجرائم المنظمة، وفي ذات الوقت لا بد من توسيع الجهود الوطنية والاقليمية.

الهوامش والمراجع :

- (1) - الآية 33 من سورة الاسراء.
- (2) - حديث رواه الترميني.
- (3) - القانون 01-09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري، (ج.ر عدد 15، ص 6).
- (4) - القانون 156-66 المؤرخ في 8 جوان 1956، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، (ج.ر عدد 49، ص 702).
- (5) - القانون رقم 05-85، المؤرخ في 16 فبراير 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم (ج.ر عدد 8، ص 176).
- (6) - هامل، فوزية، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في ظل القانون 01-09، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، سنة 2012، ص 28.
- (7) - الفيروز، أبادي، القاموس المحيط، الطبعة السادسة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، دون سنة نشر، ص 1312.
- (8) - ابن منظور، جمال الدين محمد ابن مكرم، لسان العرب، الجزء التاسع، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1988، ص 264.
- (9) - د.الهييتي، محمد حماد مرهج، التكنولوجيا الحديثة في القانون الجنائي، دون دار النشر، الاسكندرية، 2004، ص 58.
- (10) - د.ابراهيم، محمد يسري، سرقة الاعضاء بالجراحة الطبية وأحكام القصاص المترتبة عليها في الفقه الاسلامي، الطبعة الاولى، دار طيبة الخضراء، مكة المكرمة، 2005، ص 125.
- (11) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.
- (12) - قرار مجمع الفقه الاسلامي في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 6 - 17 فبراير 1988، بشأن الانتفاع بجسم آخر حيا أو ميتا، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الثالث، السنة الاولى، سنة 1990، ص 220.
- (13) - المادة الثانية من القانون المغربي المؤرخ في 25 غشت، و1999 المتعلق بالتبرع الاعضاء والانسجة البشرية واخذها وزرعها.
- (14) - القانون القطري، رقم 14 لسنة 1971، المتعلق بنقل وزرع الاعضاء البشرية.
- (15) - د.زعال، حسني عودة، التصرف القانوني بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ص 35.
- (16) - د.إبراهيم، محمد يسري، المرجع السابق، ص 126.
- (17) - د.البستاني، عبد الله، معجم الوافي في وسيط اللغة العربية، بدون طبعة، بدون دار نشر، بيروت، 1980، ص 59.
- (18) - د.الورثان، علي بن عبد الرحمن، جرائم الاعمال الطبية في الاتجار باليشر في النظام السعودي، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الامنية، الرياض، 2010، ص 23.

- (19) - د.الورثان ،علي بن عبد الرحمن،المرجع السابق،ص85.
- (20) - د.إدريس ،عبد الجواد عبد الله،الاحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية بين الاحياء،دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ،الاسكندرية ،2009،ص153.

(21) Marc Dupout ,ClaudineEsper ,Christian Paire ,Droit hospitalier ,3eme édition ,Dalloz,2001,p 394

- (21) - د.مأمون ،عبد الكريم ،رضا المريض عن الاعمال الطبية والجراحية دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية ،2006،ص497.
- (22) - د.حميدة،السيد سليمان ،بيع الاعضاء الادمية بين الحضر والاباحة ،كلية الحقوق ،جامعة المنصورة ،مصر 2010،ص9.
- (23) - د.منذر ،الفضل ،التصرف القانوني في الاعضاء البشرية ،دار الشؤون الثقافية العامة ،بغداد،1995،ص57.
- (24) - إسمي ،قاوة فضيلة ،الاطار القانوني لعمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية ،مذكرة ماجستير ،قسم الحقوق ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جمعة تيزي وزو ،سنة 2011،ص73.
- (25) - د.مأمون، عبد الكريم،المرجع السابق،ص501.
- (26) - د.حميدة ،السيد سليمان،المرجع السابق،ص11.
- (27) - د.محمد ،اسامة عبد الله قايد ، المسؤولية الجنائية للأطباء (دراسة مقارنة)،دار النهضة العربية ،القاهرة ،1987،ص341.
- (28) - د. مهند ،صلاح أحمد فتحي العزة ،الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة ،بدون طبعة ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الاسكندرية ،2002،ص159.
- (29) - د.عبدالله ،أوهابيه ،شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام ،دون طبعة ،موفم للنشر،الجزائر،2011،ص86.
- (30) - المرجع نفسه ،ص230.
- (31) - د.صلاح ،رزق عبد الغفاريونس،جريمة استغلال الاعضاء البشرية للأطفال في ظل القانون لسنة 2010 ،ص33،
- (32) - هامل ،فوزية ،مرجع سابق ،ص150.
- (33) - د.عودة ،عبد القادر ،التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ،الجزء الاول ،المجلد الاول ،دون دار ومكان النشر ،ص338.
- (34) - أضيف القسم الخامس مكرر 1 والمتضمن المواد من 303 مكرر16 إلى 303 مكرر29 بالقانون رقم 9-1 المؤرخ في 25 فبراير 2009 (ج.ر عدد 15،ص6).
- (35) - د.خليفة ،عبد الرحمن ،الحماية الجزائية للحقوق المؤلف والحقوق المجاورة،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ،دون سنة،ص160.
- (36) - راجع المادة 31،من الامر 156_66 المتعلق بقانون العقوبات الجزائري ،المعدل والمتمم.

- (37) - عبد الله، أوهايبية، المرجع السابق، ص375.
- (38) - راجع المادة 303 مكرر 28، من الامر 66-156 المتعلق بقانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم
- (39) - راجع المادة 15 مكرر 1 الفقرة الثانية، من نفس الامر السابق.
- (40) - راجع المادة 15 مكرر 1 الفقرة الثانية، من نفس الامر السابق.

معاينة الجرائم الجمركية -دراسة مقارنة-

La constatation des infractions douanières –étude comparée-



الدكتور مداح حاج علي ، أستاذ محاضر بكلية الحقوق

والعلوم السياسية بجامعة ابن خلدون تيارت الجزائر

البريد الإلكتروني : .alimeddah@gmail.com

ملخص :

على غرار جرائم القانون العام، فإنه يجوز معاينة الجرائم الجمركية عن طريق إجراءات التحقيق الابتدائي، التي تتم ممارستها من طرف ضباط وأعاون الشرطة القضائية. ومن جهة أخرى، فإن المشرع الجنائي الجمركي قد استحدث إجراءات أخرى للتحقيق الأولي، مقررة هذه المرة لصالح أعوان مصلحة الجمارك، والتي يطلق عليها تسمية "التحقيق الجمركي". ومن الناحية العملية، فإن الجريمة الجمركية المرتكبة لا تتم معاينتها عن طريق التحقيق الابتدائي المقرر في القانون العام إلا عند غياب أعوان الجمارك، وعندما يكون هؤلاء حاضرين، فإنهم يلجؤون إلى التحقيق الجمركي. وطريقة المعاينة هذه تسمح لأعوان الجمارك بممارسة نوعين من السلطات: فمن جهة، فإن لهم إمكانية اللجوء إلى "سلطات الرقابة الجمركية". ومن جهة أخرى، فإنهم مؤهلون لممارسة "سلطات التحري الجمركي". وقد تم تكريس هذه الدراسة لكلا النوعين من السلطات.

Résumé :

A l'instar des infractions de droit commun, les infractions douanières peuvent être constatées par les procédures de l'instruction préparatoire, lesquelles sont exercées par les officiers et les agents de police judiciaire. Par ailleurs, le législateur pénal douanier a créé d'autres procédures d'instruction préliminaires, reconnue cette fois aux agents du service des douanes, et qui sont désignées sous le terme d'«enquête douanière». Pratiquement, l'infraction douanière commise n'est constatée par l'instruction préparatoire de droit commun qu'en l'absence des agents des

douanes, et lorsque ceux-ci sont présents, ils procèdent aux procédures de l'enquête douanière. Cette voie de constatation permis aux agents des douanes d'exercer deux types de pouvoirs : d'une part, ils ont la faculté de procéder aux « pouvoirs du contrôle douanier ». D'autre part, ils sont habilités à exercer « les pouvoirs d'investigations douanières ». Cette étude a été consacrée à l'ensemble de ces pouvoirs.

مقدمة :

تعتبر مرحلة معاينة الجريمة،- أو كما تسمى أيضا مرحلة التحري أو مرحلة جمع الاستدلالات أو مرحلة التحقيق الابتدائي أو الأولي-، أولى المراحل التي يمر بها النزاع أو الدعوى الجزائية، وهي تقوم على مجموعة من الصلاحيات أو السلطات تتم ممارستها من طرف جهاز الضبط القضائي في سبيل الكشف عن مرتكب الجريمة وجمع الأدلة عنها. وقد عنيت قواعد القانون العام أو قانون الإجراءات الجزائية بتنظيم مرحلة جمع الاستدلالات باعتبارها السبيل الأول لتحريك الدعوى العمومية¹. والجرائم الجمركية كغيرها من الجرائم تخضع لقواعد التحري الواردة في قانون الإجراءات الجزائية² ما دام لا يوجد نص يقضي بغير ذلك، وهو ما نصت عليه صراحة الفقرة 01 من المادة 258 من قانون الجمارك الجزائري بقولها "فضلا عن العمليات التي تتم بواسطة المحاضر، يمكن إثبات المخالفات (الجرائم) الجمركية ومتابعتها بجميع الطرق القانونية ...". وذات الحكم تضمنته الفقرة 01 من المادة 342 من قانون الجمارك الفرنسي³.

لكن من جهة أخرى قد تضمنت النصوص الجمركية أحكاما خاصة في مادة التحري أو معاينة الجرائم الجمركية (التحقيق الجمركي)، وهذه الأحكام تقوم على الاعتراف لأعوان الجمارك بسلطة ممارسة بعض الصلاحيات بالمقابل للصلاحيات الممنوحة لأعوان الضبط القضائي في القانون العام، وهي تتميز عن هذه الأخيرة بطابع السرعة والفعالية⁴، وبذلك أصبح اللجوء إلى التحري عن هذه الجرائم من خلال التحقيق الابتدائي المقرر في قانون الإجراءات الجزائية أمرا نادرا، إذ لم يعد ممكنا تصوره من الناحية العملية إلا في أحيان قليلة، كما لو تم ضبط هذه الجرائم متلبسا بها، أو كانت قد ارتكبت في مكان بعيد عن مصالح الجمارك، بل وقد اتجه بعض الفقه إلى القول بأن العلة من إقرار قواعد خاصة بشأن التحري عن الجرائم الجمركية تكمن في محاولة تفادي اللجوء إلى التحقيق الابتدائي المقرر في القانون العام⁵.

وتقتضي دراسة الأحكام الخاصة بالتحقيق الجمركي أن نتعرض للصلاحيات أو السلطات التي تم الاعتراف بها لأعوان الجمارك خلال عملية التحقيق هذه. ويمكن تصنيف هذه السلطات إلى فئتين: الفئة الأولى منها تضم مجموعة من السلطات يارسها كقاعدة عامة أعوان الجمارك لوحدهم دون غيرهم، ويكون الغرض منها كقاعدة عامة هو السهر

¹ أنظر: د. أحمد شوقي الشلقاني، "مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري"، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص 157.

² أنظر: د. أحسن بوسقيعه، "المنازعات الجمركية"، دار هوومه، الطبعة الرابعة، 2009، ص 152.

³ « Tous délits et contraventions prévus par les lois sur les douanes peuvent être poursuivis et prouvés par toutes les voies de droit ... ».

⁴ أنظر: رحمان حسيبة، "البحث عن الجرائم الجمركية وإثباتها في ظل القانون الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق بوخالفة، (دون ذكر السنة الدراسية)، ص 08.

⁵ V. CLAUDE J. BERR et HENRI TRÉMEAU, « Le droit douanier », - communautaire et national-, ECONOMICA, 4^e édition, 1997, p 515.

عموما على ضمان احترام أحكام التشريع الجمركي ككل، ويطلق على هذه السلطات تسمية "سلطات الرقابة الجمركية"¹ (pouvoirs de contrôle). أما الفئة الثانية من هذه السلطات، فهي تضم مجموعة من السلطات يمارسها كل من أعوان الجمارك وأعوان الضبط القضائي وبعض الأعوان التابعين لبعض الإدارات العمومية²، ويكون الغرض منها هو فقط التحري عن جريمة جمركية، ويطلق على هذه السلطات تسمية "سلطات التحري الجمركي" (pouvoirs d'investigations douanières).

ونتعرض فيما يلي لدراسة كل من سلطات الرقابة الجمركية (المبحث الأول) وسلطات التحري الجمركي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: سلطات الرقابة الجمركية:

نظم المشرع الجزائري هذه السلطات في المواد من 41 إلى 50 من قانون الجمارك، وهي تشمل: تفتيش الأشخاص والبضائع ووسائل النقل (المواد 41 - 46)، وتفتيش المنازل (المادة 47)، وحق الاطلاع (المادة 48)، والمراقبة الجمركية للمظاريف البريدية (المادة 49)، ومراقبة هوية الأشخاص (المادة 50). وقد قضت المادة 31 من الأمر 06/05 المتعلق بمكافحة التهريب بتطبيق هذه الأحكام على عمليات التحري عن الجرائم الجمركية الواردة في هذا الأمر، حيث نصت على أنه "تم معاينة الجرائم المنصوص عليها في هذا الأمر، وفقا للتشريع المعمول به، من طرف نفس الأعوان المخولين لهذا الغرض بموجب قانون الجمارك". وقد أضافت المادة 40 من ذات الأمر إجراء آخر يتمثل في "التسليم المراقب"، لكنها لم تفصل في أحكامه كثيرا واكتفت بالقول بأنه "يمكن للسلطات المختصة بمكافحة التهريب أن ترخص بعلمها وتحت رقابتها حركة البضائع غير المشروعة أو المشبوهة للخروج أو المرور أو الدخول إلى الإقليم الجزائري، بغرض البحث عن أفعال التهريب ومحاربتها، بناء على إذن وكيل الجمهورية المختص".

أما المشرع الفرنسي فقد نظم هذه السلطات في المواد من 60 إلى 67 مكرر3 من قانون الجمارك، وقد كانت قائمة هذه السلطات أوسع بكثير من تلك التي أوردها المشرع الجزائري، حيث تشمل هذه السلطات: تفتيش البضائع ووسائل النقل والأشخاص (المواد 60 - 63 مكرر)، وحق الدخول إلى المحلات والأماكن ذات الاستعمال المهني وتفتيش المساكن (المواد 63 مكرر1 - 64)، وحق الاطلاع (المواد 64/أ - 65 مكرر1)، وعمليات مراقبة بعض العمليات التي تتم في إطار الاتحاد الأوروبي (المواد 65/أ - 65/ج)، والمراقبة الجمركية للمظاريف البريدية (المواد 66 - 66 مكرر)، وتقديم السندات ووثائق الهوية (المواد 67 - 67/1)، والتسليم المراقب (المواد 67 مكرر - 67 مكرر1)، وتشكيل الفرق المشتركة للتحري (المادة 67 مكرر1/أ)، والحجز المؤقت للأشخاص (المادة 67 مكرر1)، ومراقبة السندات (المادة 67 مكرر2)، والاطلاع على نظم المعالجة الآلية للمعطيات لأغراض الرقابة الجمركية (المادة 67 مكرر3).

¹ مع مراعاة أن المشرع الجزائري قد أعطى صلاحية تفتيش بعض السفن، -باعتبار هذا التفتيش من قبيل سلطات الرقابة الجمركية-، لأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ بدلا من أعوان الجمارك (أنظر: ثانيا من الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الأول). كما أن المشرع الفرنسي قد اشترط في بعض الحالات أن تمارس بعض هذه السلطات فقط قصد التحري عن جريمة جمركية (أنظر مثلا: الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الأول، وكذا الفرع الأول من المطلب الثاني من نفس المبحث).

² أنظر في تفصيل ذلك: المبحث الثاني لاحقا.

ونتولى فيما يلي عرض سلطات الرقابة الجمركية التي أوردها المشرع الجزائري في المواد من 41 إلى 50 المذكورة أعلاه، فتعرض لسلطة تفتيش الأشخاص والبضائع ووسائل النقل (المطلب الأول)، وسلطة تفتيش المنازل (المطلب الثاني)، وحق الاطلاع (المطلب الثالث)، والمراقبة الجمركية للمطاريق البريدية (المطلب الرابع)¹.

المطلب الأول : تفتيش الأشخاص والبضائع ووسائل النقل :

على غرار التفتيش المنصوص عليه في قانون الإجراءات الجزائية، فإن النصوص الجمركية قد أعطت لأعوان الجمارك الحق في تفتيش البضائع والأشخاص ووسائل النقل : فقد نصت المادة 41 من قانون الجمارك الجزائري على أنه "يمكن لأعوان الجمارك، في إطار الفحص والمراقبة الجمركية، تفتيش البضائع ووسائل النقل والأشخاص، مع مراعاة الاختصاص الإقليمي لكل فرقة". ونصت أيضا المادة 60 من قانون الجمارك الفرنسي على أنه "لتطبيق أحكام هذا القانون وفي سبيل البحث عن الغش، فإنه يجوز لأعوان الجمارك القيام بتفتيش البضائع ووسائل النقل والأشخاص"². كذلك نصت المادة 26 من قانون الجمارك المصري على أنه "لموظفي الجمارك الحق في تفتيش الأماكن والأشخاص والبضائع ووسائل النقل داخل الدائرة الجمركية وفي الأماكن والمستودعات الخاضعة لإشراف الجمارك، وللجمارك الحق في أن تتخذ كافة التدابير التي تراها كفيلة بمنع التهريب داخل الدائرة الجمركية".

وتقتضي دراسة أحكام تفتيش الأشخاص والبضائع ووسائل النقل، أن نتعرض في البداية للأحكام العامة التي يخضع لها هذا التفتيش (الفرع الأول)، لنتقل بعد ذلك إلى بعض الصور الخاصة لتفتيش الأشخاص ووسائل النقل (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الأحكام العامة لتفتيش الأشخاص والبضائع ووسائل النقل :

تخضع عملية تفتيش الأشخاص والبضائع ووسائل النقل لمجموعة من الأحكام العامة :

فبالنسبة للحالات التي يجوز فيها التفتيش، فيلاحظ أن المشرع الجزائري قد أجاز التفتيش في إطار الفحص والمراقبة الجمركية بشكل عام، فلم يحصره فقط في حالة التحري عن جريمة جمركية، وذات الحكم يسري على المشرع المصري. في حين أن المشرع الفرنسي قد حصره في حالة البحث عن الغش لوحدها، والمقصود بذلك هو حالة التحري عن جريمة جمركية، مما يعني عدم جواز استخدامه في غير هذه الحالة³. وفي جميع الأحوال يكون التفتيش جائزا حتى وإن اتخذت الجريمة الجمركية المرتكبة وصف جريمة من جرائم القانون العام (تعدد معنوي)، أو كانت مرتبطة بجريمة من هذه الجرائم (تعدد مادي)، بل إنه في هذه الحالة الأخيرة سيكون جائزا معاينة جريمة القانون العام هذه أو التحري عنها بأي إجراء من إجراءات التحري المقررة في المادة الجمركية⁴. كذلك فإنه ليس مشروطا لممارسة التفتيش أن تكون الجريمة الجمركية محل التحري قد ضبطت في حالة تلبس⁵. وحسب المشرع الجزائري والفرنسي، فإنه ليس

¹ أما سلطة مراقبة هوية الأشخاص، فقد نصت عليها المادة 50 من قانون الجمارك الجزائري بقولها "يمكن أعوان الجمارك مراقبة هوية الأشخاص الذين يدخلون الإقليم الجمركي أو يخرجون منه أو ينتقلون داخل النطاق الجمركي". وهذا النص مطابق لنص المادة 67 من قانون الجمارك الفرنسي.

² « Pour l'application des dispositions du présent code et en vue de la recherche de la fraude, les agents des douanes peuvent procéder à la visite des marchandises et des moyens de transport et à celle des personnes ».

³ Crim. 18/12/1989. B.c., n° 485. Cité par: ROZENN CREN, « Poursuites et sanctions en droit pénal douanier », thèse de doctorat en droit privé spécialité droit pénal, Université Panthéon-Assas (France), novembre 2011, p 33.

⁴ V. BERR et TREMEAU, op.cit, p 514 - 515.

⁵ Crim. 26/02/1990. D.P 1992, comm n° 226. Cité par : Ibid., p 525, marge 25.

مشرطاً لممارسة التفتيش أن تكون هنالك شبهة أو علامات مسبقة تؤدي إلى افتراض ارتكاب جريمة جمركية¹. وذات الحكم ينطبق على قانون الجمارك المصري، لكن هذا الأخير قد أورد استثناء على هذا الحكم في الفقرة 02 من المادة 28 منه، التي نصت على أنه "ولهم أيضاً (موظفو الجمارك) في حالة وجود شبهة قوية على التهريب الحق في تفتيش الأماكن والمحلات داخل نطاق الرقابة للبحث عن البضائع المهربة". وقد عرفت محكمة النقض المصرية الشبهة القوية على التهريب بأنها "بمجرد وجود حالة ذهنية تقوم بنفس المنوط به تنفيذ القوانين الجمركية، يصح معها في العقل القول بقيام مظنة التهريب من شخص موجود في حدود دائرة المراقبة الجمركية، وتقدير ذلك منوط بالقائم بالتفتيش تحت إشراف محكمة الموضوع"².

وبالنسبة للمكان الذي يجوز فيه التفتيش، فلم يحصره المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي في منطقة معينة، مما يعني أنه سيكون جائزاً ممارسته في أي مكان على كامل الإقليم الجمركي وليس فقط في منطقة الحدود³. لكن محكمة النقض الفرنسية قد قضت من جهة أخرى بأن هذا التفتيش لا يتم إلا على الطرق العمومية، ولا يجوز إجراؤه في المحلات المهنية حتى وإن كانت هذه الأخيرة مخزناً مفتوحاً للجمهور⁴⁻⁵، وقد كان ذلك هو السبب في استحداث المادة 63 مكرر¹ في قانون الجمارك الفرنسي بموجب القانون رقم 314/96⁶، التي أجازت الدخول إلى المحلات والأماكن ذات الاستعمال المهني للقيام بالتحريات الضرورية للبحث عن الجرائم الجمركية. وبالنسبة لقانون الجمارك المصري، فقد وضع قاعدة عامة تقضي بأن يمارس التفتيش في الدائرة الجمركية فقط، مما يعني أنه لا يجوز لأعوان الجمارك تفتيش الأماكن البضائع ووسائل النقل والأشخاص خارج هذا النطاق ولو بحثاً عن مهربات⁷. غير أن المشرع المصري عاد بعد ذلك ووضع استثناءات ثلاث على هذه القاعدة: فالاستثناء الأول يقضي بجواز تفتيش السفن المتواجدة في نطاق الرقابة الجمركية (النطاق الجمركي)، وقد نصت عليه الفقرة 01 من المادة 27 من قانون الجمارك بقولها "لموظفي الجمارك حق الصعود على السفن داخل نطاق الرقابة الجمركية لتفتيشها...". أما الاستثناء الثاني فيقضي بجواز تفتيش الأماكن والمحلات الموجودة في نطاق الرقابة الجمركية، وقد نصت عليه الفقرة 02 من المادة 28 من نفس القانون بقولها "ولهم أيضاً في حالة وجود شبهة قوية على التهريب الحق في تفتيش الأماكن والمحلات داخل نطاق الرقابة للبحث عن البضائع المهربة". أما الاستثناء الثالث فهو يتضمن إباحة التفتيش على كل أجزاء الصحراء سواء كانت واقعة ضمن نطاق الرقابة الجمركية أو كانت خارجة عنه⁸، وقد نصت عليه الفقرة 02 من المادة 29 من ذات القانون بقولها "ولهم أيضاً حق المعاينة والتفتيش على القوافل المارة في الصحراء عند الاشتباه في مخالفتها لأحكام هذا القانون"، والتفتيش المقصود في هذا النص هو التفتيش المنصب على الأشخاص أو البضائع أو وسائل النقل.

¹ Crim. 16/01/1995. Pourvoi n° 8481722, non publié. Cité par: CHRISTOPHE SOULARD, « Guide pratique du contentieux douanier », Lexis Nexis-LITEC, 2008, p 153.

² نقض في 1961/02/06، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 12، ص 181. أشار إليه: د. مجدي محب حافظ، "جريمة التهريب الجمركي"، - في ضوء الفقه وأحكام النقض والإدارية العليا والدستورية العليا حتى عام 1995-، (دون ذكر دار النشر)، 1995، ص 302.

³ Crim. 23/03/1992. B.c., n° 124; crim. 24/01/1994. B.c., n° 32. cités par: WILFRID JEANDIDIER, « Droit pénal des affaires », DALLOZ, 4^e édition, 2000, p 258.

⁴ Crim. 24/01/1994. B.c., n° 32 (précité); crim. 30/01/1997. B.c., n° 43. Cités par: CHRISTOPHE SOULARD, op.cit, p 151.

⁵ V. JEAN-NOËL NATALELLI, « La constatation et la preuve des infractions douanières », dans « Études de droit pénal douanier », Annales de la faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence, PUF 1968, p 181.

⁶ المؤرخ في 1996/04/12 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية المؤرخة في 1996/04/13)، المتضمن أحكاماً متنوعة في المجال الاقتصادي والمالي.

⁷ أنظر مثلاً: نقض جنائي في 1961/02/06، س 12، ص 181. - نقض جنائي في 1981/03/19، س 32، ص 253. أشار إليهما: د. كمال حمدي، "جريمة التهريب الجمركي"، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2004، ص 117.

⁸ د. محمد عوض، "قانون العقوبات الخاص"، - جرائم المخدرات والتهريب الجمركي والنقدي-، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، 1966، ص 223.

وبالنسبة لحل التفتيش، فهو إما وسائل النقل وإما الأشخاص وإما البضائع :

فأما وسائل النقل، فإنها تؤخذ بمعناها الواسع الوارد في المقطع ي من المادة 05 من قانون الجمارك الجزائري¹، وبالتالي فإنها ستشمل مثلا كل وسائل النقل البرية والبحرية والحديدية (ferroviaire) والجوية². وإعطاء أعوان الجمارك سلطة تفتيش وسائل النقل يقتضي أن يتم الاعتراف لهم أيضا بسلطة توجيه الأوامر التي تمكن من تفتيش وسائل النقل هذه، وهو ما قرره المادة 43 من قانون الجمارك الجزائري بقولها "يجب على كل سائق وسيلة نقل أن يمثل لأوامر أعوان الجمارك. - يمكن لأعوان الجمارك استعمال جميع الآلات المناسبة أو الوسائل المادية لسد الطريق، قصد توقيف وسائل النقل، عندما لا يمثل السائقون لأوامرهم". وذات الحكم تم تقريره في المادة 61 من قانون الجمارك الفرنسي³. وتظهر أهمية النص السابق في أنه يزود أعوان الجمارك بوسيلة إضافية (توجيه الأوامر) تمكنهم من تفتيش وسائل النقل التي تكون مودعة في مكان خاص⁴، إذ سيكون بإمكانهم وقتها أمر السائق بإخراجها إلى الطريق لتفتيشها. والأوامر التي تمكن أعوان الجمارك من تفتيش وسيلة النقل كثيرة ويصعب حصرها، ويعتبر من قيل هذه الأوامر: الأمر بالتوقف، والأمر باتخاذ وضعية معينة خلال التوقف، والأمر بإخراج المركبة من مكان تتواجد فيه كما سبق بيانه، وكذا الأمر برفع غطاء السيارة (l'ordre de soulever le capot) أو بفتح أبواب (portières) المركبة⁵. وقد أجمع كل من المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي على تجريم عدم الامتثال لأوامر أعوان الجمارك السابق ذكرها⁶. وتجدر الإشارة إلى أن الأوامر التي تمكن من تفتيش وسيلة النقل لا يكون جائزا استخدامها من طرف أعوان الجمارك إلا خلال التحري أو معاينة جريمة جمركية⁷، مما يعني أنه لا يجوز لهؤلاء استخدام هذه الأوامر في غير هذه الحالة، وعلى هذا الأساس لا يكون جائزا لأعوان الجمارك توجيه الأوامر السابقة من أجل معاينة جريمة من جرائم المرور مثلا ولو تم ذلك بناء على طلب من الشرطة⁸.

وأما البضائع، فيقصد بها البضائع التي يشتبه أنها قد كانت محلا للغش أو أنها أخفت الغش.

وأما الأشخاص، فيقصد بهم كل الأشخاص الذين يشتبه أنهم قد ساهموا في الغش، سواء بمفهوم القواعد العامة للمساهمة الجنائية أو بمفهوم المساهمة الجمركية الخاصة. وتفتيش الأشخاص قد ينصب على جسم الشخص⁹، الشخص⁹، وقد يمتد أيضا إلى الأشياء التي يحملها معه كالحافظة والأمتعة أو حتى البيانات المكتوبة باليد في المفكرة¹⁰. وقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها إلى القول بأن التفتيش المنصب على الأشخاص لا يجوز أن يتم

¹ وطبقا له، يعد من قبيل وسائل النقل "كل حيوان أو آلة أو سيارة أو أية وسيلة نقل أخرى استعملت بأية صفة كانت لتنقل البضائع محل الغش، أو التي يمكن أن تستعمل (أو التي كانت ستستعمل) لهذا الغرض".

² ROZENN CREN, th. préc., p 37.

³ « 1- Tout conducteur de moyen de transport doit se soumettre aux injonctions des agents des douanes. 2- Ces derniers peuvent faire usage de tous engins appropriés pour immobiliser les moyens de transport quand les conducteurs ne s'arrêtent pas à leurs injonctions ».

⁴ V. JEAN-NOËL NATALELLI, art. préc., p 181.

⁵ Crim. 28/05/1984. B.c., n° 192. Précité.

⁶ جرم المشرع الجزائري هذا الفعل كمخالفة جمركية من الدرجة الأولى، طبقا للبند و من الفقرة 02 من المادة 319 من قانون الجمارك. أما المشرع الفرنسي، فقد جرم ذات الفعل كمخالفة جمركية من الدرجة الخامسة، طبقا للفقرة 01 من المادة 413 مكرر من قانون الجمارك.

⁷ مع مراعاة ما أتينا على ذكره منذ قليل في المتن أعلاه.

⁸ V. Crim. 18/12/1989. B.c., n° 485. Cité par: ROZENN CREN, th. préc., p 34.

⁹ V. Crim. 02/01/1856. S. 56, 1, 133 et Doc. Jur., (1830 - 1870), n° 446, p 169. Cité par: PAUL BEQUET, « La contrebande », -Législation jurisprudence usages et pratique de la douane-, LAIBRAIRIES TECHNIQUES (librairie de la cour de cassation), 1959, p 188.

¹⁰ V. Crim. 18/04/1988. B.c., n° 162. Cité par: WILFRID JEANDIDIER, op.cit, p 258.

بغير رضائهم، كما أوجبت فيه أن يتم بدون استخدام تدابير إكراهية (mesures coercitives)¹. وعلى هذا الأساس، اتجهت في قرار آخر إلى نقض قرار لم يتضمن الرد على طلب البطلان الذي قدمه المتهمون، والمؤسس على واقعة أنهم خلال تفتيش سيارتهم ومراقبة وضعيتها تم إجبارهم بالقوة على البقاء في مكتب الجمارك والإجابة على الاستجواب².

وبالنسبة للمدة الزمنية للتفتيش، فقد أغفل كل من المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي والمشرع المصري تنظيمها بنص صريح، لكن محكمة النقض الفرنسية قد وضعت قاعدة عامة في هذا الشأن تقضي بوجود أن يتم التفتيش لمدة زمنية معقولة، حيث قضت في أحد قراراتها بأن "الاحتفاظ بشخص ما تحت تصرف إدارة الجمارك لا تكون ممارستها قانونية إلا إذا تم في حدود المدة الضرورية لإعداد المحضر الذي يسرد أو يروي عمليات التفتيش التي تم إجراؤها"³. وتحدد المدة السابقة تبعا لظروف كل قضية على حدة، فمثلا قد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الاحتفاظ بسفينة مع طاقمها لمدة عشرين ساعة منذ بدء عملية التفتيش دون انقطاع، ليس من شأنه أن يجعل هذا التفتيش غير قانوني⁴. وذات الحكم طبقته في قضية تتعلق بمركب شراعي تم الاحتفاظ به لمدة ثلاث وعشرين ساعة⁵.

الفرع الثاني: الصور الخاصة لتفتيش الأشخاص ووسائل النقل:

لقد أورد كل من قانون الجمارك الجزائري وقانون الجمارك الفرنسي صورة خاصة لتفتيش الأشخاص (أولا)، كما أوردتا صورتين خاصتين لتفتيش وسائل النقل (ثانيا)، وتعرض لهذه الصور تباعا.

أولا: الصورة الخاصة لتفتيش الأشخاص:

تتمثل هذه الصورة في "تفتيش الشخص الذي يشتبه في حمله مواد مخدرة داخل جسمه عن طريق فحص الكشف الطبي"، وقد نظمتها كل من المادة 42 من قانون الجمارك الجزائري والمادة 60 مكرر من قانون الجمارك الفرنسي، حيث نصت الفقرة 01 من المادة 42 سابقة الذكر على أنه "في إطار ممارسة حق تفتيش الأشخاص، وعند وجود معالم حقيقية يفترض من خلالها أن الشخص الذي يعبر الحدود يحمل مواد مخدرة مخبأة داخل جسمه، يمكن لأعوان الجمارك إخضاعه لفحوص طبية للكشف عنها وذلك بعد الحصول على رضاه الصريح، وفي حالة رفضه يقدم أعوان الجمارك لرئيس المحكمة المختصة إقليميا طلب الترخيص بذلك". كذلك نصت الفقرتان 01 و02 من المادة 60 مكرر سابقة الذكر على أنه "عند وجود معالم حقيقية تؤدي إلى افتراض أن شخصا ينقل مواد مؤثرة عقليا مخبأة داخل جسده، يمكن لأعوان الجمارك إخضاعه لفحوص الكشف الطبي بعد الحصول مسبقا على رضاه الصريح. - في حالة الرفض، يقدم أعوان الجمارك طلب ترخيص إلى رئيس المحكمة الجزئية العليا المختص إقليميا أو القاضي المفوض من قبله، ويرسل هذا الطلب إلى القاضي بأية وسيلة كانت"⁶.

¹ Crim. 13/06/1996. B.c., n° 252. Précité.

² Crim. 04/12/1997. B.c., n° 416. Cité par : CHRISTOPHE SOULARD, op.cit, p 158.

³ Crim. 15/06/1987. B.c., n° 249, p 675. Cité par : FRANCIS CABALLERO et YANN BISIQU, « Droit de la drogue », DALLOZ, 2° édition, 2000, p 733, marge 02.

⁴ Crim. 13/06/1996. B.c., n° 252. Cité par : ROZENN CREN, th. préc., p 44.

⁵ Crim. 17/09/1991. D 1993, somm, p 79, note J. Pannier. Cité par : Ibid.

⁶ « Lorsque des indices sérieux laissent présumer qu'une personne transporte des produits stupéfiants dissimulés dans son organisme, les agents des douanes peuvent la soumettre à des examens médicaux de dépistage après avoir préalablement obtenu son consentement exprès. - En cas de refus, les agents des douanes présentent au président du tribunal de grande instance territorialement compétent ou au juge délégué par lui une demande d'autorisation. Celle-ci est transmise au magistrat par tout moyen ».

ومن خلال المادتين السابقتين، يلاحظ أن المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي قد حددا آلية معينة يتم بها التفتيش، وهي "فحص الكشف الطبي"، وأخضعا إجراء هذا الفحص لمجموعة من الشروط وهي: 1- توفر معالم حقيقية (indices sérieux) على أن شخصا ما يحمل مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية داخل جسده، أي داخل عضو من أعضاء جسمه، مما يعني أنه ليس مشترطا لإجراء هذا الفحص أن يكون هنالك تلبس بجريمة¹. ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد اشترط لإجراء هذا الفحص أن يكون الشخص عابرا للحدود، في حين أن المشرع الفرنسي لم يشترط مثل هذا الشرط وهذا هو الصواب. 2- الحصول على رضا الشخص -الذي قامت ضده معالم إخفاء مواد مخدرة داخل جسده- بالخضوع لفحص الكشف الطبي، وهو ما يعد فعلا ضمانا إجرائيا². وإذا لم يتم الحصول على هذا الرضا، فإنه يجب وقتئذ أن يقدم إلى رئيس المحكمة التي يوجد بدائرتها مكان ضبط الشخص طلب للترخيص بإجراء الفحص. وطبقا للفقرة 02 من المادة 42 والفقرة 03 من المادة 60 مكرر سابقتي الذكر، فإنه يجوز للقاضي الذي رفع إليه الطلب أن يصدر ترخيصا بإجراء الفحص الطبي، وأن يعين في هذا الترخيص الطبيب المكلف بإجراء الفحص. وطبقا للفقرة 03 من المادة 42 والفقرة 04 من المادة 60 مكرر السابقتين، فإنه يتم تحرير محضر تسجل فيه: نتائج الفحص المصرح بها من طرف الطبيب، وملاحظات الشخص المعني، وكذا الظروف التي تم فيها هذا الفحص (سير الإجراء)، ويتم إرسال هذا المحضر إلى القاضي الذي رخص بالفحص. وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على وجوب أن لا يتم استبقاء الشخص الخاضع للفحص إلا للمدة الضرورية لإتمام هذا الإجراء³. ومن جهة أخرى، فإن المشرع الفرنسي قد جرم الامتناع عن الخضوع للفحص الطبي بعد الترخيص به من قبل القضاء، حيث نصت الفقرة 05 من المادة 60 مكرر سابقة الذكر على أنه "يعاقب كل شخص رفض الامتثال للفحوص الطبية المأمور بها من طرف القاضي بالحبس لمدة سنة وبغرامة قدرها 3750 أورو"⁴.

ثانيا: الصورتان الخاصتان لتفتيش وسائل النقل :

تشارك هاتان الصورتان في أن وسيلة النقل محل التفتيش فيهما هي سفينة، وتختلف هاتان الصورتان فيما بعد حول نوع السفينة المعنية بالتفتيش، فالصورة الأولى تتعلق بتفتيش السفن العادية المتواجدة في المنطقة البحرية من النطاق الجمركي، أما الصورة الثانية فتتعلق بتفتيش السفن المستخدمة في استغلال المنطقة البحرية من النطاق الجمركي ومعها أيضا المنشآت والأجهزة الموجودة في هذه المنطقة.

¹ Crim. 30/06/1999. B.c., n° 169. Cité par : CHRISTOPHE SOULARD, op.cit, p 160.

² V. CABALLERO et BISIQU, op.cit, p 735 - 736.

³ Crim. 30/06/1999. B.c., n° 169. Précité.

⁴ « Toute personne qui aura refusé de se soumettre aux examens médicaux prescrits par le magistrat sera punie d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende de 3750 euros ».

أ- تفتيش السفن العادية المتواجدة في المنطقة البحرية من النطاق الجمركي :

نصت على هذا التفتيش المادة 44 من قانون الجمارك الجزائري بقولها "يمكن لأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ أن يفتشوا كل سفينة تقل حمولتها الصافية عن مائة (100) طن أو تقل حمولتها الإجمالية عن خمسمائة (500) طن عندما توجد في المنطقة البحرية من النطاق الجمركي". ونصت عليه المادة 62 من قانون الجمارك الفرنسي بقولها "يجوز لأعوان الجمارك تفتيش كل السفن المتواجدة في المنطقة البحرية من النطاق الجمركي، وفي المنطقة الميينة في المادة 44 مكرر (المنطقة الملاصقة) ضمن الشروط الميينة في هذه المادة"¹⁻². ويلاحظ على المشرع الجزائري أنه قد أعطى صلاحية التفتيش لأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ دون أعوان الجمارك، كما أنه حصر محل التفتيش فقط في السفن التي تقل حمولتها الصافية عن 100 طن أو تقل حمولتها الإجمالية عن 500 طن.

وقد أجمع المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي على إعطاء الأعوان القائمين بتفتيش السفن بعض الصلاحيات أو السلطات التي تستلزمها عملية التفتيش هذه :

فمن ناحية أولى ، تم منح الأعوان السابق ذكرهم "حق الصعود على متن السفينة والبقاء فيها"، وذلك بموجب الفقرتين 01 و 02 من المادة 45 من قانون الجمارك الجزائري، اللتين نصتا على أنه "يمكن لأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ الصعود إلى جميع السفن الموجودة في المنطقة البحرية من النطاق الجمركي والمكوث فيها حتى يتم رسوها أو خروجها من النطاق الجمركي. - غير أنه، باستثناء حالات السفن التي تقل حمولتها الصافية عن 100 طن أو تقل حمولتها الإجمالية عن 500 طن، لا يمكن إجراء عمليات التفتيش³ إلا في المياه الداخلية والموانئ التجارية والفروض (المراسي)". ومن خلال هذا النص، يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أجاز الصعود والبقاء على متن السفينة في كامل المنطقة البحرية من النطاق الجمركي عندما يتعلق الأمر بسفينة تقل حمولتها الصافية عن 100 طن أو تقل حمولتها الإجمالية عن 500 طن، أما السفن الأخرى (ذات الحمولة الأقل) فلا يجوز الصعود والبقاء على متنها إلا في المياه الداخلية والموانئ التجارية والمراسي. وبالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد نص في الفقرة 01 من المادة 63 من قانون الجمارك على أنه "يجوز لأعوان الجمارك الصعود على متن كل السفن، بما في ذلك السفن الحربية، التي تتواجد في الموانئ والمراسي أو التي تدخل أو تخرج من الأنهار والبحيرات، ويجوز لهم البقاء فيها إلى غاية إفراغها أو خروجها"⁴. ومن خلال هذا النص، يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد أجاز الصعود والبقاء على متن السفينة فقط في الموانئ والمراسي والأنهار والبحيرات، كما أنه جعله شاملا لكل السفن تجارية كانت أم حربية.

¹ « Les agents des douanes peuvent visiter tout navire se trouvant dans la zone maritime du rayon des douanes et dans la zone définie à l'article 44 bis dans les conditions prévues à cet article ».

² كذلك نصت المادة 27 من قانون الجمارك المصري على أنه "الموظفي الجمارك حق الصعود إلى السفن داخل نطاق الرقابة الجمركية (النطاق الجمركي) لتفتيشها أو المطالبة بتقديم قوائم الشحن (المانيفست) وغيرها من المستندات التي تقتضيها القواعد المقررة، ولهم أن يستعينوا في هذا الصدد بموظفي السلطات الأخرى. - وفي حالة الامتناع عن تقديم المستندات أو عدم وجودها أو الاشتباه في وجود بضائع مهربة أو ممنوعة، تتخذ الندابير اللازمة بما في ذلك استعمال القوة لضبط البضائع واقتياد السفينة إلى أقرب فرع للجمارك عند الاقتضاء".

³ وقد ترجمت عبارة "عمليات التفتيش" خطأ عن عبارة les opérations de vérification التي تعني "عمليات التحقيق أو الفحص"، وقد كان المقصود من هذه العبارة في جميع الأحوال هو "حق الصعود والبقاء على متن السفن" المذكورين في الفقرة 01 من المادة المذكورة في المتن.

⁴ « 1- Les agents des douanes peuvent aller à bord de tous les bâtiments, y compris les navires de guerre, qui se trouvent dans les ports ou rades ou qui montent ou descendent les rivières et canaux. Ils peuvent y demeurer jusqu'à leur déchargement ou sortie ».

ومن ناحية ثانية، تم منح الأعوان القائمين بالتفتيش سلطة "طلب فتح كوى وخزائن وغرف السفينة والطرود" أيضا، وذلك بموجب الفقرة 03 من المادة 45 من قانون الجمارك الجزائري التي نصت على أنه "يجب على ربانة السفن، بناء على طلب أعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ أو أعوان الجمارك¹ فيما يخص البواخر المرسله، أن يأمرؤا بفتح كوى (écoutilles) سفنهم وغرفها وخزائنها وكذا الطرود المعينة للتفتيش". وبالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد كان أكثر تفصيلا في هذا الصدد، حيث نص في الفقرة 02 من المادة 63 سابقة الذكر على أنه "يجب على الربانة والقادة استقبال أعوان الجمارك ومرافقتهم، والأمر بفتح كوى وغرف وخزائن سفينتهم وكذا الطرود المعينة للتفتيش إذا ما طلب هؤلاء منهم ذلك. وفي حالة الرفض، يجوز لأعوان الجمارك طلب حضور قاض (وفي حالة عدم وجود قاض بعين المكان فضايط بلدي بالمكان المذكور أو ضابط شرطة قضائية)، والذي يكون ملزما بالأمر بفتح المراكب والغرف والخزائن والطرود، ويجزر محضر عن هذا الفتح وهذه المعينات على نفقة الربان أو قائد السفينة"².

ومن ناحية ثالثة تم منح الأعوان القائمين بالتفتيش سلطة "غلق كوى السفينة وختمها"، وذلك بموجب الفقرة 04 من المادة 45 من قانون الجمارك الجزائري التي نصت على أنه "يمكن للأعوان المكلفين بتفتيش السفن وحمولتها أن يقوموا بغلق الكوات (كوى السفينة) وختمها عند غروب الشمس، ولا يمكن فتحها إلا بعد حضورهم". وهذا النص مطابق لنص الفقرة 03 من المادة 63 من قانون الجمارك الفرنسي³.

ب- تفتيش السفن المستخدمة في استغلال المنطقة البحرية من النطاق الجمركي وكذا المنشآت والأجهزة الموجودة في هذه المنطقة :

نصت على هذا التفتيش المادة 46 من قانون الجمارك الجزائري بقولها "يمكن لأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ أن يفتشوا في أي وقت المنشآت والأجهزة الموجودة في المنطقة البحرية للنطاق الجمركي، ويمكنهم تفتيش وسائل النقل التي تساعد على استغلاله أو استغلال ثرواته الطبيعية داخل مناطق الأمن المحددة قانونا وفي المنطقة البحرية من النطاق الجمركي". ونصت عليه المادة 63 مكرر من قانون الجمارك الفرنسي بقولها "يجوز لأعوان الجمارك في أي وقت تفتيش المنشآت والأجهزة الموجودة في الجرف القاري للمنطقة الاقتصادية، ويمكنهم أيضا تفتيش وسائل النقل التي تساهم في استغلالها أو استغلال مواردها الطبيعية داخل مناطق الأمن المحددة قانونا وداخل المنطقة البحرية من النطاق الجمركي"⁴.

وتجدر الإشارة إلى أن الأعوان القائمين بتفتيش سفن استغلال المنطقة البحرية من النطاق الجمركي يتمتعون بذات السلطات المقررة لهم عند تفتيش السفن العادية، كما سبق بيانه أعلاه.

¹ يثور التساؤل عن جدوى ذكر أعوان الجمارك في هذا النص، فإذا كان الاختصاص بتفتيش السفن قد منح لأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ دون أعوان الجمارك، كما سبق بيانه في المتن، فهذا يعني أن ذكرهم في النص السابق قد تم بسهو من المشرع الجزائري، ولذلك نلتمس منه حذف عبارة "أعوان الجمارك" من هذا النص.

² « 2- Les capitaines et commandants doivent recevoir les agents des douanes, les accompagner et, s'ils le demandent, faire ouvrir les écoutilles, les chambres et armoires de leur bâtiment, ainsi que les colis désignés pour la visite. En cas de refus, les agents peuvent demander l'assistance d'un juge (ou, s'il n'y en a pas sur le lieu, d'un officier municipal dudit lieu ou d'un officier de police judiciaire), qui est tenu de faire ouvrir les écoutilles, chambres, armoires et colis ; il est dressé procès-verbal de cette ouverture et des constatations, faites aux frais des capitaines ou commandants ».

³ « 3- Les agents chargés de la vérification des bâtiments et cargaisons peuvent, au coucher du soleil, fermer les écoutilles, qui ne pourront être ouvertes qu'en leur présence ».

⁴ « Les agents des douanes peuvent à tout moment visiter les installations et dispositifs du plateau continental et de la zone économique. Ils peuvent également visiter les moyens de transport concourant à leur exploration ou à l'exploitation de leurs ressources naturelles, à l'intérieur des zones de sécurité prévues par la loi et dans la zone maritime du rayon des douanes ».

المطلب الثاني : تفتيش المنازل :

على غرار ما هو مقرر في القانون العام أو قانون الإجراءات الجزائية، فإن القانون في المادة الجمركية قد أهل أعوان الجمارك لدخول المساكن وتفتيشها، وأخضع هذا التفتيش لمجموعة من الشروط بعضها مستمد من مبادئ القانون العام والبعض الآخر منها مستمد من قواعد جمركية بذاتها¹. وعلى الرغم من الفوارق الكثيرة الموجودة بين التفتيش الجمركي للمنازل والتفتيش المقرر في القانون العام، إلا أن الفارق الأساسي بينهما يكمن في جواز القيام بالأول دائما دون حاجة إلى أن يكون قد تم فتح تحقيق قضائي، وذلك مراعاة لمصلحة تتمثل في ضمان تحقيق عملية كشف أكثر سرعة².

وقد تولى المشرع الجزائري تنظيم أحكام التفتيش الجمركي للمنازل في المادة 47 من قانون الجمارك، وقد كان تنظيمه لهذا التفتيش شديد الاقتضاب إذ لم يفصل في أحكامه كثيرا. في حين نظم المشرع الفرنسي هذا التفتيش في المادة 64 من قانون الجمارك، وقد عرفت هذه الأخيرة تعديلات مستمرة³، كما أنها قد فصلت كثيرا في أحكام عملية التفتيش هذه. ويضاف إلى المادة السابقة المادة 63 مكررا¹ من ذات القانون المستحدثة بقانون 314/96، حيث وضعت أحكاما خاصة بشأن الدخول إلى المحلات و الأماكن ذات الاستعمال المهني وتفتيشها⁴. أما المشرع المصري، فقد أشار بشكل عام إلى تفتيش الأماكن الذي يتم في الدائرة الجمركية في المادة 26 من قانون الجمارك، كما نص في الفقرة 02 من المادة 28 من نفس القانون على تفتيش الأماكن الذي يتم في نطاق الرقابة الجمركية بحثا عن بضائع مهربة⁵.

وبالعودة إلى المادة 47 من قانون الجمارك الجزائري، نجد أنها تميز بين صورتين للتفتيش: فالصورة الأولى تتعلق بالتفتيش الذي يتم بقصد البحث عن البضائع بشكل عام (الفرع الأول)، أما الصورة الثانية فتتعلق بالتفتيش الذي يتم بحثا عن بضائع تمت متابعتها على مرأى العين دون انقطاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول : التفتيش بقصد البحث عن البضائع بشكل عام :

نصت عليه الفقرة 01 من المادة 47 سابقة الذكر بقولها "1- للبحث عن البضائع التي تمت حيازتها غشا داخل النطاق الجمركي، وقصد البحث في كل مكان عن البضائع الخاضعة لأحكام المادة 226 أدناه، يمكن لأعوان الجمارك المؤهلين من قبل المدير العام للجمارك القيام بتفتيش المنازل بعد الموافقة الكتابية من الجهة القضائية المختصة، على أن يرافقهم أحد مأموري الضبط القضائي (ضابط شرطة قضائية). - يجب أن يتضمن الطلب كل عناصر المعلومات الموجودة بحوزة إدارة الجمارك والتي تسمح بتبرير التفتيش المنزلي".

ومن خلال النص السابق، يلاحظ أن المشرع الجزائري قد قيد عملية التفتيش هذه بمجموعة من الشروط هي :

1- أن يكون الغرض من التفتيش هو البحث عن البضائع ، مما يعني أنه سيكون غير جائز عندما يكون الغرض منه هو البحث عن أشياء أخرى غير البضائع، وهو ما حكم به القضاء الفرنسي عندما كانت المادة 64 من

¹ BERR et TREMEAU, op.cit, p 527.

² V. PAUL BEQUET, op.cit, p 189.

³ راجع في عرض هذا التطور: ROZENN CREN, th. préc., p 71 et s.

⁴ راجع ما سبق ذكره أعلاه في الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الأول.

⁵ راجع الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الأول أعلاه.

قانون الجمارك الفرنسي قبل تعديلها بقانون (المالية) 1986/12/30 تحصر هي أيضا هذا التفتيش في غرض البحث عن البضائع لوحدها، حيث قضى في تلك الحقبة بعدم جواز استخدام هذا الإجراء من أجل البحث عن وثائق¹. غير أنه بصدر القانون السابق، عدلت المادة السابقة وأصبحت تقضي في الفقرة 01 منها بجواز التفتيش بحثا عن البضائع والوثائق المتعلقة بالجرائم محل التحري وكذا الأموال أو الممتلكات الناجمة بشكل مباشر أو غير مباشر عن هذه الجرائم، وعلى هذا الأساس حكم القضاء الفرنسي بجواز الحجز على مراسلة بريدية (correspondance postale) خلال التفتيش². وقد ميز المشرع الجزائري في مسألة التفتيش بحثا عن البضائع بين البضائع الحساسة القابلة للتهريب من جهة والبضائع الأخرى من جهة أخرى: فبالنسبة للبضائع الأخرى فقد اشترط فيها أن تكون "محلا للحيازة عن طريق الغش داخل النطاق الجمركي"، ويفهم من ذلك أنه قد اشترط في هذه البضاعة أن تكون محلا لغش أو جريمة جمركية تقوم على فعل الحيازة، وأنه قد أجاز التفتيش للبحث عنها فقط في النطاق الجمركي. وبالنسبة للبضائع الحساسة القابلة للتهريب، فلم يشترط فيها أن تكون محلا لغش أو جريمة جمركية سابقة، كما أنه أجاز التفتيش للبحث عنها في كامل الإقليم الجمركي. أما المشرع الفرنسي فقد اشترط في الفقرة 01 من المادة 64 سابقة الذكر أن يتم التفتيش من أجل التحري عن جنح التهريب أو جنح الاستيراد والتصدير بدون تصريح، كما أنه أجاز التفتيش في كل الأماكن على مستوى كامل الإقليم الجمركي.

2- أن يكون المكان المراد تفتيشه "منزلا"، وقد كان المشرع الفرنسي أكثر دقة فاستعمل في الفقرة 01 من المادة 64 سابقة الذكر عبارة "كل الأماكن ولو كانت خاصة" (tous lieux même privés). ويؤخذ مصطلح "المنزل" (أو المسكن) بمعناه الواسع المعروف في القانون العام، فهو يشمل "كل مكان يشكل إقامة أو مأوى يمكن أن يشغله الشخص على سبيل الإقامة"³، مما يعني أنه لا يعد منزلا "المكان الذي تهدم جزئيا وأصبح غير قابل للسكن"⁴، كذلك فإن عربات السكة الحديدية لا تشكل منزلا أو مسكنا⁵. غير أن القضاء الفرنسي قد خرج أحيانا عن المفهوم السابق للمسكن، فقضى باعتبار ساحة مزرعة (cour de ferme)⁶ من هذا القبيل⁶، بل وقد اعتبر أيضا الخزائن البنكية (coffres bancaires) من قبيل المسكن⁷.

3- تقديم طلب بالتفتيش إلى الجهة القضائية المختصة، وقد أغفل المشرع الجزائري تحديد الجهة المختصة نوعيا بالنظر في الطلب، إذ سيثور التساؤل حول ما إذا كان واجبا تقديم هذا الطلب إلى وكيل الجمهورية أم إلى رئيس المحكمة أم إلى قاضي التحقيق؟. ونلتمس من المشرع الجزائري تدارك هذا النقص بتحديد الجهة المختصة في الفقرة 01 من المادة 47 المذكورة سابقا. أما الاختصاص المحلي للجهة القضائية السابقة، فإنه يتحدد بالجهة التي يوجد في دائرة اختصاصها المنزل المراد تفتيشه رغم سكوت المشرع الجزائري عن النص على ذلك صراحة. وقد اشترط المشرع الجزائري في طلب التفتيش أن يتضمن "كل العناصر الموجودة بجوزة إدارة الجمارك والتي تسمح بتبرير التفتيش المنزلي"، ومثل هذا التحديد لا يخلو من النقد إذ قد أغفل تحديد البيانات التي يجب أن يتضمنها هذا الطلب بدقة، ولذلك نلتمس من المشرع الجزائري تعديل الفقرة 01 من المادة 47 سابقة الذكر والنص فيها على قائمة هذه البيانات.

¹ Crim. 15/10/1984. B.c., n° 298. Cité par : WILFRID JEANDIDIER, op.cit, p 259.

² Crim. 04/03/1991. B.c., n° 105. Cité par : Ibid., p 260.

³ Crim. 24/06/1987. B.c., n° 267. Cité par : ROZENN CREN, th. préc., p 77.

⁴ Crim. 31/05/1994. B.c., n° 213. Cité par : GASTON STEFANI, GEORGES LEVASSEUR et BERNARD BOULOC, « Procédure pénale », DALLOZ, 17^e édition, 2000, p 589, marge 01.

⁵ Crim. 29/12/1952. Doc. Cont., n° 1027. Cité par : PAUL BEQUET, op.cit, p 193.

⁶ Cf. crim. 05/01/1966. doc cont, n° 1424. Cité par : BERR et TREMEAU, op.cit, p 527, marge 31.

⁷ Aix. 25/5/1954. JCP, 54, II, 8411.note Vienne. Cité par : PAUL BEQUET, op.cit, p 193.

4- صدور موافقة كتابية من الجهة القضائية التي قدم إليها الطلب ، ويقصد بذلك أن يصدر إذن أو ترخيص كتابي بالتفتيش. وقد كان المشرع الفرنسي أكثر حكمة في هذا الصدد، فأوجب في الفقرة 02 من المادة 64 سابقة الذكر الحصول على أمر من قاضي الحريات والحبس لدى المحكمة الجزئية يرخص بالتفتيش، وذلك فقط في غير حالة التلبس. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية ببطالان التفتيش الذي يتم بغير الإذن القضائي عندما يكون لازما على النحو السابق بيانه¹، وهو ما يصلح تكريسه في ظل قانون الجمارك الجزائري.

5- أن يتم إجراء التفتيش من قبل أعوان الجمارك المؤهلين لذلك من قبل المدير العام للجمارك.

6- أن يتم التفتيش بحضور ضابط للشرطة القضائية، وذات الحكم قرره الفقرة 01 من المادة 64 من قانون الجمارك الفرنسي. ولم يشترط المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي أن يتم التفتيش بحضور صاحب المنزل²، كما أنهما لم يشترطا أن يكون صاحب المنزل مشتبه في مساهمته في الجريمة محل التحري³. واشترط حضور ضابط للشرطة القضائية عملية التفتيش يقتضي حتما بطلان التفتيش الذي يتم بغير حضور هذا الأخير.

7- وقد حددت الفقرة 03 من المادة 47 سابقة الذكر الوقت التي يتم فيه إجراء التفتيش بقولها "يمنع التفتيش المنصوص عليه في الفقرات السابقة ليلا، غير أن التفتيش الذي شرع فيه نهارا يمكن مواصلته ليلا". ويفهم من هذا النص أن التفتيش يجوز نهارا ولا يجوز ليلا إلا إذا تم البدء فيه نهارا، والحقيقة أن مصطلحا "الليل" و"النهار" غير مناسب استخدامهما في هذا المقام، ولذلك نلتمس من المشرع الجزائري تحديد الوقت الذي يجوز فيه التفتيش بالساعات. كذلك نلتمس من المشرع الجزائري أن يجعل من التفتيش جائزا في كل وقت عندما يتعلق الأمر بالتحري عن جنحة أو جنابة جمركية.

الفرع الثاني: التفتيش بقصد البحث عن البضائع التي تمت متابعتها على مرأى العين دون انقطاع:

نصت عليه الفقرة 02 من المادة 47 سابقة الذكر بقولها "غير أنه قصد البحث عن البضائع التي تمت متابعتها على مرأى العين دون انقطاع، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 250 أدناه، والتي أدخلت في منزل أو في أية بناية أخرى توجد خارج النطاق الجمركي، يؤهل أعوان الجمارك لمعاينة ذلك، وإبلاغ النيابة العامة فورا. - عند الامتناع عن فتح الأبواب، يمكن أعوان الجمارك العمل على فتحها بحضور أحد مأموري الضبط القضائي (ضابط شرطة قضائية)".

ومن خلال هذا النص، يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أعفى عملية التفتيش التي تتم بحثا عن بضائع تمت متابعتها على مرأى العين دون انقطاع من شرط الحصول على إذن من القضاء، كما أعفاها كقاعدة عامة من شرط حضور ضابط للشرطة القضائية، كذلك فإن عملية التفتيش هذه قد أجازها المشرع الجزائري في أي مكان على الإقليم الجمركي، وذلك بغض النظر عن نوع البضاعة التي يتم التفتيش بحثا عنها. وقد كانت الغاية من هذا الحكم واضحة، إذ أن عملية تفتيش من هذا القبيل تتطلب نوعا من السرعة لا يتلاءم مع القيود السابقة، فكان لزاما أن يتم التنازل عنها.

وقد قيد المشرع الجزائري عملية التفتيش هذه بمجموعة من الشروط هي:

¹ Crim. 24/01/1994. B.c., n° 32. Cité par : WILFRID JEANDIDIER, op.cit., p 260, marge 02.

² V. PAUL BEQUET, op.cit, p 189.

³ V. CHRISTOPHE SOULARD, op.cit, p 181.

1- أن يكون الغرض من التفتيش هو البحث عن "بضائع تمت متابعتها على مرأى من العين دون انقطاع"، وطبقا للفقرة 03 من المادة 250 من قانون الجمارك الجزائري، فإنه يقصد بهذه الأخيرة "البضائع غير المصحوبة بوثائق تثبت وضعيتها القانونية إزاء التشريع الجمركي، والتي بدأت متابعتها في النطاق الجمركي واستمرت دون انقطاع حتى وقت الحجز". وعليه فإنه ليس ضروريا أن تقترن المتابعة على مرأى العين بحالة التلبس.

2- أن يكون المكان المراد تفتيشه منزلا أو بناء (bâtiment) أدخلت فيه البضائع السابقة، أما المنازل والأبنية التي لم تدخل فيها هذه البضائع فلا يتم تفتيشها إلا طبقا لأحكام الفقرة 01 من المادة 47 سابقة الذكر. وإذا تعددت المنازل أو الأبنية التي أدخلت فيها البضائع جاز تفتيشها جميعا، ولا يشترط أن تبقى البضاعة في المنزل أو البناء الذي أدخلت فيه، فمجرد إدخالها فيه يعطي الحق في التفتيش حتى وإن كان قد أعيد إخراجها مرة أخرى على مرأى أعين أعوان الجمارك.

3- إبلاغ النيابة العامة فورا بعملية التفتيش، ويقصد بذلك أن يتم إبلاغ هذه الأخيرة خلال الشروع في عملية التفتيش هذه وليس بعد الانتهاء منها، ويترتب على عدم الإبلاغ بطلان التفتيش. ولم يحدد المشرع الجزائري كيفية الإبلاغ وهذا يعني جواز أن يكون شفويا.

4- حضور ضابط شرطة قضائية عملية فتح الأبواب التي تم الامتناع عن فتحها من قبل حائزي المكان المراد تفتيشه، وليس مشروطا أن يحضر هذا الضابط خلال كامل مراحل عملية التفتيش.

5- إجراء التفتيش في الوقت المحدد في الفقرة 03 من المادة 47 سابقة الذكر، أي أن يتم نهارا وأن لا يتم ليلا إذا كان قد بدأ نهارا. ومثل هذا التحديد لا يتلاءم مع طبيعة هذا النوع من التفتيش، لأنه سيصبح لمن تمت متابعتها على مرأى العين ودخل ليلا إلى منزل أو بناء ما أن يكون في مأمن من تفتيش أعوان الجمارك إلى غاية الصباح، ولذلك نلتزم من المشرع الجزائري أن يجعل من هذا التفتيش جائزا في أي وقت.

المطلب الثالث : حق الاطلاع :

نظم المشرع الجزائري الأحكام المتعلقة بحق الاطلاع في المادة 48 من قانون الجمارك، في حين نظم المشرع الفرنسي أحكامه في المواد من 64-أ إلى 65 مكررا من قانون الجمارك. أما المشرع المصري فقد أورد هذه الأحكام في المادة 30 من قانون الجمارك. ويشكل رفض أو الاعتراض على الاطلاع الذي يمارسه أعوان الجمارك جريمة جرمية¹.

ويقوم حق الاطلاع، على ما هو واضح من تسميته، على "حق أعوان إدارة الجمارك في طلب الاطلاع على بعض الوثائق التي يجوزها بعض الأشخاص أو المتواجدة في بعض الأماكن، مع الحق في حجز هذه الوثائق". وتقتضي دراسة أحكام حق الاطلاع بيان أعوان الجمارك لهم سلطة ممارسة هذا الحق (الفرع الأول)، والوثائق التي يجوز لهم الاطلاع عليها (الفرع الثاني)، والجهات التي يمارس حق الاطلاع في مواجهتها (الفرع الثالث)، والسلطات التي يملك أعوان الجمارك ممارستها خلال عملية الاطلاع (الفرع الرابع).

¹ جرم المشرع الجزائري "رفض الاطلاع الذي تمارسه إدارة الجمارك" كمخالفة جرمية من الدرجة الأولى، طبقا للبند و من الفقرة 02 من المادة 319 من قانون الجمارك. أما المشرع الفرنسي، فقد جرمه كمخالفة جرمية من الدرجة الخامسة، طبقا للفقرة 01 من المادة 413 مكرر من قانون الجمارك.

الفرع الأول : الأعوان الذين لهم سلطة ممارسة حق الاطلاع :

طبقا للفقرة 01 من المادة 48 من قانون الجمارك الجزائري، فإن حق الاطلاع تتم ممارسته من قبل الأعوان الذين لهم رتبة مراقب على الأقل وكذا قابضي الجمارك. وطبقا للفقرة 02 من ذات المادة، فإن حق الاطلاع يمارس أيضا من قبل أعوان الجمارك الذين لهم رتبة ضابط فرقة على الأقل، شرط أن يصدر بذلك أمر مكتوب من ضابط مراقبة، يتضمن أسماء ضباط الفرق المكلفين بإجراء هذه العملية. وطبقا لذات الفقرة، فإنه يكون جائزا للأعوان السابقين أن يستعينوا بموظفين أو أعوان أقل منهم رتبة.

الفرع الثاني : الوثائق التي يجوز الاطلاع عليها :

طبقا للفقرة 01 من المادة 48 سابقة الذكر، فإن هذه الوثائق تشمل " كل أنواع الوثائق المتعلقة بالعمليات التي تهم مصلحة أو إدارة الجمارك"، وقد أوردت ذات الفقرة أمثلة على هذه الوثائق وهي: الفواتير وسندات التسليم وجداول الإرسال وعقود النقل والدفاتر والسجلات... إلخ. وذات الوثائق تقريبا أشارت إليها الفقرة 01 والبند ب من الفقرة 04 من المادة 65 من قانون الجمارك الفرنسي. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بأن لأعوان الجمارك الحق في طلب الاطلاع على كل وثيقة تدخل في اختصاص إدارة الجمارك عندما يكون من شأنها تسهيل أدائهم لوظائفهم¹، فيكون جائزا لهم مثلا الاطلاع على دراسة تمت بناء على طلب من بنك حول الوضعية المالية لأحد الزبناء².

الفرع الثالث : الجهات التي يمارس حق الاطلاع في مواجهتها :

حددها الفقرة 01 من المادة 48 من قانون الجمارك الجزائري على سبيل الحصر، وهي تتمثل في: محطات السكك الحديدية، ومكاتب شركات الملاحة البحرية والجوية، ومحلات مؤسسات النقل البري. ومحلات الوكالات بما فيها "وكالات النقل السريع" التي تتكلف بالاستقبال والتجميع والإرسال بكل وسائل النقل وتسليم الطرود، والمجهزون وأمناء الحمولة والسماصرة البحريون، ووكلاء العبور والوكلاء لدى الجمارك، ووكلاء الاستيداع والمخازن والمستودعات العامة، والمرسل إليهم والمرسلون الحقيقيون للبضائع المصرح بها لدى الجمارك، ووكالات المحاسبة والدواوين المكلفة بتقديم المشورة للمدنيين في المجال التجاري أو المجال الجبائي أو في غيرهما من المجالات. وذات الجهات تقريبا أشار إليها المشرع الفرنسي في الفقرة 01 من المادة 65 سالفه الذكر، لكن التعداد الذي قدمه قد كان واردا على سبيل المثال، بدليل أنه قد اختتم هذا التعداد بقوله "وبشكل عام لدى كل الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين المعنيين، بشكل مباشر أو غير مباشر، بعمليات قانونية أو غير قانونية تدخل في اختصاص إدارة الجمارك"³. وعلى هذا الأساس، يكون جائزا ممارسة حق الاطلاع لدى مؤسسة بنكية مثلا⁴.

الفرع الرابع : السلطات التي يملك أعوان الجمارك ممارستها خلال عملية الاطلاع :

يملك أعوان الجمارك خلال مباشرتهم لعملية الاطلاع سلطة "الاطلاع" على الوثائق التي سبق ذكرها، كما أنهم يملكون سلطة "حجز" بعض الوثائق :

¹ Crim. 30/01/1975. JCP 1975, II, 18137, note C. Gavalda ; crim. 15/01/1977. JCP 1977, II, 18651, note C. Gavalda. Cités par : ROZENN CREN, th. préci., p 58.

² Crim. 25/01/1977. B.c., n° 32. Cité par : CHRISTOPHE SOULARD, op.cit, p 204, marge 04.

³ « ... et, en général, chez toutes les personnes physiques ou morales directement ou indirectement intéressées à des opérations régulières ou irrégulières relevant de la compétence du service des douanes.

⁴ V. par ex : crim. 25/01/1977. JCP 1977, II, 19.651, note C. Gavalda. Cité par : WILFRID JEADIDIER, op.cit, p 263.

فأما سلطة الاطلاع، فهي تقوم أساسا على مجرد طلب الاطلاع على الوثائق، وليس لأعوان الجمارك الحق في استخدام وسائل قهرية لإجبار المعني على تمكينهم من الاطلاع عليها، أي أن تمكينهم من الاطلاع يجب أن يتم بشكل تلقائي ورضائي من هذا الأخير¹. وسلطة الاطلاع على الوثائق لا تعطي لأعوان الجمارك صلاحية استجواب أو سماع شهادة الأشخاص الخاضعين لعملية الاطلاع²، لكنها ستمارس في مواجهتهم سواء كانوا حائزين للوثائق محل الاطلاع بأنفسهم، أو كانت هذه الوثائق في حيازة شخص آخر كمؤسسة بنكية مثلا³، وهذه هي حال الشخص الذي يراد الاطلاع على كشوف أو مستخرجات حساباته البنكية المفتوحة في الخارج⁴. ويثور التساؤل حول مدى جواز الاعتراض على الاطلاع من جانب الأشخاص الملزمين بالسر المهني كأصحاب البنوك مثلا⁵، وفي هذا الصدد، فإن المشرع الجزائري لم يورد حكما صريحا في هذا الشأن، في حين أن الفقرة 01 من المادة 64-أ من قانون الجمارك الفرنسي قد وضعت قاعدة عامة تقضي بعدم جواز الاعتراض على الاطلاع بحجة السر المهني في مواجهة أعوان الجمارك الذين لهم رتبة "مراقب" على الأقل، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في شأن التحجج بالسر البنكي⁶.

أما سلطة الحجز على الوثائق، فقد نصت عليها الفقرة 04 من المادة 48 من قانون الجمارك الجزائري بقولها "يمكن أثناء عمليات المراقبة والتحقيق لدى الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين المذكورين أعلاه، أن يقوم أعوان الجمارك المشار إليهم في الفقرتين 01 و02 من هذه المادة، إن اقتضى الأمر ذلك، بحجز جميع أنواع الوثائق التي من شأنها أن تسهل أداء مهمتهم، وذلك مقابل سند إبراء". وبالمثل نصت الفقرة 05 من المادة 65 من قانون الجمارك الفرنسي على أنه "خلال عمليات المراقبة والتحقيقات التي تتم لدى الأشخاص أو الشركات المذكورة في الفقرة 01 من هذه المادة، يجوز لأعوان الجمارك المبيينين في ذات الفقرة القيام بحجز الوثائق من أية طبيعة كانت (محاسبة، فواتير، نسخ رسائل، دفاتر شيكات، سفتجات، حسابات بنوك... الخ)، التي من شأنها تسهيل أداء مهامهم"⁷. ومن خلال هذين النصين، يلاحظ أن الوثائق محل الحجز أوسع نطاقا من الوثائق محل الاطلاع، فهي ليست قاصرة فقط على الوثائق التي تهم مصلحة أو إدارة الجمارك، ولكنها تشمل كل الوثائق التي من شأنها أن تسهل لأعوان الجمارك أداء مهامهم. ومن جهة أخرى، فإن هذا الحجز لا يجوز أن ينصب على البضائع⁸، وهو ما دفع القضاء الفرنسي إلى إعطاء الوثائق السابقة مفهوما واسعا، حيث اعتبر "عينات قماش" من قبيل هذه الوثائق⁹. ومن ناحية أخرى، قضت محكمة النقض الفرنسية بأن هذا الحجز لا يشترط فيه رضاه المعني بعد تسليم الوثائق¹⁰، وذلك على عكس الاطلاع الذي يكون برضاه صريح من هذا الأخير كما سبق القول.

¹ Crim. 15/10/1984. B.c., n° 298. Cité par : ROZENN CREN, th. préc., p 60.

² Crim. 08/10/2002. B. civ., IV, n° 139. Cité par : CHRISTOPHE SOULARD, op.cit, p 204.

³ Crim. 23/11/1987. B.c., n° 422. Cité par : Ibid.

⁴ Crim. 21/11/1983. B.c., n° 304. Cité par : WILFRID JEANDIDIER, op.cit, p 264.

⁵ V. BERR et TREMEAU, op.cit, p 518.

⁶ Crim. 03/05/2001. B.c., n° 107. Cité par : CHRISTOPHE SOULARD, op.cit, p 204.

⁷ « 5° Au cours des contrôles et des enquêtes opérés chez les personnes ou sociétés visées au 1° du présent article, les agents des douanes désignés par ce même paragraphe peuvent procéder à la saisie des documents de toute nature (comptabilité, factures, copies de lettres, carnets de chèques, traites, comptes de banque, etc.) propres à faciliter l'accomplissement de leur mission ».

⁸ Crim. 10/07/1995. B.c., n° 250. Cité par : WILFRID JEANDIDIER, op.cit, p 264, marge 04.

⁹ Crim. 03/10/1996. B.c., n° 344. Cité par : Ibid.

¹⁰ Crim. 05/05/1997. B.c., n° 164. Cité par : ROZENN CREN, th. préc., p 61.

المطلب الرابع : المراقبة الجمركية للمظاريف البريدية :

نظم المشرع الجزائري أحكام المراقبة الجمركية للمظاريف البريدية في الفقرة 01 من المادة 49 من قانون الجمارك التي نصت على أنه "يمكن أعوان الجمارك أن يدخلوا جميع مكاتب البريد بما في ذلك قاعات الفرز ذات الاتصال المباشر مع الخارج، للبحث بحضور أعوان البريد والمواصلات في المظاريف مغلقة كانت أم لا ومحلية كانت أم أجنبية، باستثناء المظاريف الموجودة رهن العبور، والتي تحتوي أو يبدو أنها تحتوي على بضائع من طبيعة البضائع المذكورة في الفقرة أدناه. - تخضع للمراقبة الجمركية، مع مراعاة أحكام قانون البريد والمواصلات، المظاريف المحظورة عند الاستيراد أو عند التصدير والخاضعة للحقوق والرسوم المحصلة من إدارة الجمارك. - ولا يجوز في أي حال من الأحوال المساس بسرية المراسلات". وهذا النص موافق للمادة 66 من قانون الجمارك الفرنسي¹.

ومن خلال النصين السابقين، فإن المراقبة الجمركية للمظاريف البريدية تقوم على الاعتراف لأعوان الجمارك بسلطة الدخول إلى مراكز البريد (الفرع الأول)، وسلطة البحث عن بعض الرسائل والطرود (الفرع الثاني)، وكذا سلطة فحص هذه الرسائل والطرود (الفرع الثالث).

الفرع الأول : الدخول إلى مراكز البريد :

يشكل الدخول إلى مراكز البريد في حقيقته إجراء تمهيديا لعملية الرقابة هذه، وهو يخضع لشرتين هما :

1- أن يتم الدخول من طرف أعوان الجمارك، ولا تشترط أية رتبة في العون المكلف بهذه العملية. ويلاحظ أنه لم يحدد الوقت الذي يجوز فيه الدخول إلى مراكز البريد، لكن يفترض أنه سيمارس في الوقت الذي تكون فيه مراكز البريد مفتوحة للجمهور. كذلك فإن أعوان الجمارك ليس لهم الحق في استعمال وسائل قهرية للدخول إذا ما تم منعهم من قبل أعوان مصلحة البريد.

2- أن يكون الغرض من الدخول هو مجرد البحث عن الإرساليات البريدية سواء كانت رسائل أو كانت طرودا، مما يعني أعوان الجمارك لا يملكون الدخول إلى مراكز البريد من أجل استجواب أو سماع شهادة أعوان البريد.

الفرع الثاني : البحث عن الرسائل والطرود :

تأتي عملية البحث عن الرسائل والطرود لاحقة لعملية الدخول إلى مركز البريد، وهي تخضع لشرتين هما:

1- حضور أعوان البريد لعملية البحث.

¹ « 1- Les fonctionnaires des douanes ont accès dans les bureaux de poste sédentaires ou ambulants, y compris les salles de tri, en correspondance directe avec l'extérieur, pour y rechercher, en présence des agents des postes, les envois, clos ou non, d'origine intérieure ou extérieure, à l'exception des envois en transit, renfermant ou paraissant renfermer des objets de la nature de ceux visés au présent article. 2- La Poste est autorisée à soumettre au contrôle douanier, dans les conditions prévues par les conventions et arrangements de l'Union postale universelle, les envois frappés de prohibition à l'importation, passibles de droits ou taxes perçus par le service des douanes ou soumis à des restrictions ou formalités à l'entrée. 3- La Poste est également autorisée à soumettre au contrôle douanier les envois frappés de prohibition à l'exportation, passibles de droits en taxes perçus par le service des douanes ou soumis à des restrictions ou formalités à la sortie. 4- Il ne peut, en aucun cas, être porté atteinte au secret des correspondances ».

2- أن ينصب البحث على الرسائل و الطرود التي تحتوي على بضاعة محظورة أو بضاعة خاضعة لرسوم، ولا يهم بعد ذلك أن تكون هذه الرسائل والطرود مرسله إلى الخارج أو آتية من الخارج، كما لا يهم ما إذا كانت مغلقة أو مفتوحة، على أنه تستثنى من عملية البحث هذه الطرود المرسله تحت نظام العبور.

الفرع الثالث : فحص الرسائل و الطرود :

إذا كشفت عملية البحث عن وجود رسائل أو طرود محظورة أو خاضعة لرسوم، فإنه سيكون بإمكان أعوان الجمارك فحص هذه الرسائل والطرود، وتخضع عملية الفحص لذات الشروط التي تخضع لها عملية البحث، ويضاف إلى ذلك شرط آخر يتمثل في "عدم المساس بسرية المراسلات"، وهذا يعني مثلا أنه لا يجوز خلال عملية الفحص قراءة الرسائل التي تم فتح مظاريفها، كما أنه لا يجوز استجواب أعوان البريد حول المعلومات التي تتضمنها هذه الرسائل ...

المبحث الثاني : سلطات التحري الجمركي :

ما يميز هذه السلطات هو أنها تمارس فقط من أجل التحري عن جريمة جمركية، يستوي بعد ذلك أن تكون هذه الجريمة متلبسا بها أم لا، كما أنها ليست حكرا على أعوان الجمارك لوحدهم وإنما تجوز ممارستها من قبل أعوان آخرين. وقد حدد المشرع الجزائري هؤلاء الأعوان في الفقرة 01 من المادة 241 من قانون الجمارك التي نصت على أنه "يمكن لأعوان الجمارك وضباط الشرطة القضائية وأعوانها المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية، وأعوان مصلحة الضرائب وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ، وكذا الأعوان المكلفين بالتحريات الاقتصادية والمنافسة والأسعار والجودة وقمع الغش، أن يقوموا بمعاينة المخالفات (الجرائم) الجمركية وضبطها". أما المشرع الفرنسي فقد حدد هؤلاء الأعوان في الفقرة 01 من المادة 323 من قانون الجمارك التي نصت على أنه "يجوز معاينة كل مخالفة للقوانين والتنظيمات الجمركية من قبل عون جمارك أو عون تابع لأية إدارة أخرى"¹.

وتشمل سلطات التحري الجمركي حسب قانون الجمارك الجزائري سلطتين هما: سلطة الحجز الجمركي من جهة (المطلب الأول)، وسلطة المعاينة من جهة أخرى (المطلب الثاني)، وتعرض لهاتين السلطتين تباعا.

المطلب الأول : الحجز الجمركي :

نظمته المواد من 242 إلى 251 من قانون الجمارك الجزائري، والمواد من 324 إلى 333 من قانون الجمارك الفرنسي، وهو يقوم على ضبط جسم الجريمة أي البضائع، وهو ما من شأنه أن يوفر دليلا ماديا ومباشرا عن هذه الجريمة ما دامت غالبية الجرائم الجمركية مرتبطة بالبضائع². والحجز الجمركي يفترض من الناحية العملية أنه قد كان مسبقا بإحدى عمليات الرقابة كفتيش المنازل أو الأشخاص أو البضائع أو وسائل النقل ...، أو أنه كان مسبقا بعملية "معاينة"، ولذلك يكون عادة هو آخر إجراء يتم اتخاذه خلال عملية التحري أو التحقيق الجمركي في الجرائم الجمركية.

¹ « 1- Les infractions aux lois et règlements douaniers peuvent être constatées par un agent des douanes ou de toute autre administration ».

² JEAN-NOËL NATALELLI, art. préc., p 180.

والحجز الجمركي قد يفترن بتوقيف الشخص الذي حجزت عليه البضائع إذا ما كانت الجريمة التي تم الحجز بمناسبةها قد ضبطت في حالة تلبس، وهو ما نصت عليه الفقرة 03 من المادة 241 من قانون الجمارك الجزائري بقولها "وفي حالة التلبس، يمكنهم القيام بتوقيف المخالفين وإحضارهم فوراً أمام وكيل الجمهورية، مع مراعاة الإجراءات القانونية"، ولعل المقصود من هذه العبارة الأخيرة هو وجوب احترام أحكام المادة 61 من قانون الإجراءات الجزائية التي تشترط لضبط أو توقيف الشخص أن تكون الجريمة المتلبس بها جنائية أو جنحة معاقبا عليها بالحبس. ويفهم أيضاً من الفقرة 03 من المادة 241 سابقة الذكر أنه لا يجوز أن يكون المتلبس محل إجراء "التوقيف للنظر" المقرر لضباط الشرطة القضائية في المواد من 51 إلى 52 من قانون الإجراءات الجزائية¹. أما المشرع الفرنسي فقد نظم بشكل مفصل عملية التوقيف هذه تحت عنوان "التوقيف الجمركي" (retenue douanière)، وذلك في المواد من 1-323 إلى 10-323 من قانون الجمارك، وهذا الإجراء يقابل إجراء "التوقيف للنظر" المعروف في القانون العام، وهو يختلف عن الحجز الجمركي (saisi douanière) من حيث أن محله هو الأشخاص وليس الأشياء أو البضائع².

والحجز الجمركي محل هذه الدراسة يختلف عن "الحجز على الوثائق" المقرر لأعوان الجمارك خلال عملية الاطلاع، فهذا الأخير لا يشترط لممارسته أن يتم ضبط جريمة جمركية ما ومحله قاصر فقط على الوثائق دون البضائع، كما سبقت دراسته. في حين أن الأول يفترض أن جريمة جمركية ما قد ارتكبت سواء كان متلبسا بها أم لا³، ومحله يشمل البضائع والوثائق معا كما سنأتي على بيانه.

وتقتضي دراسة الحجز الجمركي أن نتعرض في البداية للأحكام العامة التي يخضع لها الحجز (الفرع الأول)، لنتقل بعد ذلك إلى بعض الصور الخاصة لهذا الحجز (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأحكام العامة للحجز الجمركي:

يقصد بالأحكام العامة للحجز الجمركي تلك الأحكام المتعلقة بتحديد محل الحجز (أولاً)، والمكان الذي يتم فيه إجراء هذا الحجز (ثانياً)، وحالات منح رفع اليد عن الحجز (ثالثاً)، وإيداع الأشياء المحجوزة (رابعاً). ونتعرض فيما يلي لهذه المسائل تباعاً.

أولاً: محل الحجز الجمركي:

حدده الفقرة 02 من المادة 241 من قانون الجمارك الجزائري بقولها "إن معاينة المخالفة (الجريمة) الجمركية تخول للأعوان المحررين للمحضر أن يحجزوا ما يأتي: - البضائع الخاضعة للمصادرة. - البضائع الأخرى التي هي في حوزة المخالف كضمان في حدود الغرامات المستحقة قانوناً. - أية وثيقة مرافقة لهذه البضائع". وكذلك نصت الفقرة 02 من المادة 323 من قانون الجمارك الفرنسي على أنه "للذين يعاينون جريمة جمركية الحق في حجز كل الأشياء الخاضعة

¹ أنظر: د. أحسن بوسقيعه، المرجع السابق، ص 145.

² WILFRID JEANDIDIER, op.cit, p 261.

³ Crim. 09/04/1999. B.c., n° 125. Cité par : ROZENN CREN, th. Préc., p 46.

للمصادرة وحبس الوثائق وكل المستندات المرتبطة بالأشياء المحجوزة، والقيام بالحبس المسبق لأشياء تخصص لتأمين العقوبات¹.

وحسب المشرع الجزائري، فإن محل الحجز الجمركي هو: البضائع الخاضعة لعقوبة المصادرة الجمركية، والبضائع الأخرى التي هي بحوزة الجاني، والوثائق المرفقة بالبضائع المحجوزة.

أ- البضائع الخاضعة لعقوبة المصادرة الجمركية :

وهي تشمل البضائع محل الغش والبضائع التي تخفي الغش ووسائل النقل المستعملة في الغش² عندما يكون منصوبا على خضوعها لعقوبة المصادرة، وبذلك فإن محل الحجز الجمركي هو ذاته محل عقوبة المصادرة الجمركية³. وتجدر الإشارة إلى أنه بالنسبة للحجز المنصب على وسائل النقل، لا يكون ثمة محل للتمييز بين المركبة التي ساهمت في إدخال البضائع محل الغش إلى الإقليم الجمركي وتلك التي سمحت بنقل البضائع داخل هذا الإقليم⁴. والعلة في إقرار حجز الأشياء الخاضعة للمصادرة تقوم على الحيولة دون إتلافها أو التصرف فيها قبل المتابعة⁵، وبالتالي التمهيد للنطق بعقوبة المصادرة⁶.

ب- البضائع الأخرى التي هي بحوزة الجاني :

تؤخذ هذه البضائع بمعنى مخالف لسابقتها، فهي تشمل كل الأشياء التي ليست خاضعة لعقوبة المصادرة الجمركية، وهذا يعني أنها قد تكون "بضاعة مخفية للغش" أو "وسيلة نقل استعملت في الغش" لم ينص القانون على خضوعها لعقوبة المصادرة الجمركية، وقد تكون بضاعة لم تكن محلا للغش ولم تخفي الغش أو وسيلة نقل لم تستعمل في الغش. وقد أقر المشرع الجزائري هذا الحجز كتأمين أو ضمان لاقتضاء عقوبة الغرامة الجمركية المقررة قانونا والتي قد يحكم بها فيما بعد، في حين أن المشرع الفرنسي قد أقر هذا الحجز ضمنا لكل العقوبات المالية التي قد يحكم بها.

وقد اشترط المشرع الجزائري لحجز الأشياء السابقة توفر شرطين: أولهما أن تكون هذه الأشياء بحوزة الجاني، ويقصد بذلك أن تكون في حيازته في المكان الذي حجز فيه على أشياءه الخاضعة لعقوبة المصادرة، مما يعني أن هذا الحجز لا يمتد إلى ممتلكاته الأخرى الموجودة تحت حيازته بشكل عام، فهذه الأخيرة تكون محلا للحجز التحفظي المنصوص عليه في المادة 291 من قانون الجمارك⁷. أما المشرع الفرنسي فلم يورد شرطا ماثلا. ثانيهما أن تكون قيمة قيمة الأشياء المحجوزة في حدود مقدار الغرامات الجمركية المقررة للجريمة، وهذا أمر طبيعي ما دام الغرض من الحجز هو تأمين اقتضاء هذه الغرامات.

¹ « 2- Ceux qui constatent une infraction douanière ont le droit de saisir tous objets passibles de confiscation, de retenir les expéditions et tous autres documents relatifs aux objets saisis et de procéder à la retenue préventive des objets affectés à la sûreté des pénalités ».

² د. أحسن بوسقيعه، المرجع السابق، ص 142.

³ مع مراعاة أن قانون الجمارك الجزائري قد استخدم لفظ "البضائع الخاضعة للمصادرة"، وهو ما قد يوحي لأول وهلة بأن محل الحجز لا يشمل وسائل النقل، في حين أن المشرع الفرنسي استخدم لفظ "الأشياء الخاضعة للمصادرة" وهذه العبارة لا تثير أي لبس حول شمول محل الحجز لوسائل النقل.

⁴ Crim. 18/01/1967. B.c., n° 28. Cité par : CHRISTOPHE SOULARD, op.cit, p 190.

⁵ JEAN-NOËL NATALELLI, art. préc., p 183.

⁶ V. ROZENN CREN, th. préc., p 46.

⁷ نصت الفقرة 01 منها على أنه "في الحالات الاستعجالية، يمكن للجهة القضائية التي تبت في القضايا المدنية، وبناء على طلب من إدارة الجمارك، أن ترخص بالحجز التحفظي للأشياء المنقولة للمخالفين بموجب حكم يقضي بإدانتهم أو حتى قبل صدور هذا الحكم، وذلك مع مراعاة الاستثناءات التي ينص عليها القانون".

وتجدر الإشارة إلى أن "الحجز الجمركي المنصب على أشياء غير خاضعة لعقوبة المصادرة" يقترب كثيرا من "الحق في حبس البضائع ووسائل النقل غير الخاضعة لعقوبة المصادرة" المنصوص عليه في المادة 290 (الفقرة 02) من قانون الجمارك الجزائري والمادة 378 من قانون الجمارك الفرنسي¹، فمحل كل من الحجز الجمركي والحق في الحبس واحد، كما أن كلا منهما يشكل تأمينا أو ضمانا لاقتضاء العقوبات المالية (الغرامة)، غير أنهما يختلفان عن بعضهما البعض من عدة نواح: فالحجز الجمركي يهدف أيضا إلى إقامة الدليل على الجريمة، في حين أن الحق في الحبس يهدف فقط إلى ضمان اقتضاء عقوبة الغرامة². والحجز الجمركي لا يشترط لممارسته أن يكون هنالك تلبس بالجريمة، في حين أن الحق في الحبس يشترط لممارسته هذا التلبس. ومن جهة أخرى، فإن رفع اليد عن البضائع ووسائل النقل في الحجز الجمركي يعرف نوعا من القيود، كما سنأتي على بيانه، لا يعرفها رفع اليد عن البضائع ووسائل النقل محل الحق في الحبس، إذ أن رفع اليد في هذه الحالة الأخيرة يمنح في أي وقت بمجرد تقديم كفالة أو إيداع مبلغ العقوبة³. كذلك فإن الحجز الجمركي يشترط فيه أن يتم في ذات الوقت الذي تعين فيه الجريمة الجمركية⁴، في حين ليس ذلك لازما عند ممارسة الحق في الحبس.

وإذا توفرت الشروط اللازمة لممارسة الحجز الجمركي والحق في الحبس في آن واحد، فإنه يجوز تأسيس الاحتفاظ بالأشياء (البضائع ووسائل النقل غير الخاضعة للمصادرة) على أحدهما فقط دون الآخر، وتحديد ذلك متروك للسلطة التقديرية المطلقة لإدارة الجمارك⁵. وإذا أسس الاحتفاظ بالأشياء السابقة على الحق في الحبس مثلا، وشاب هذا الأخير البطلان نتيجة لعدم توفر أحد الشروط اللازمة لممارسته، كما لو لم تتوفر حالة التلبس، فإنه لا يجوز لقضاة الموضوع محاولة تأسيس صحته على توفر الشروط اللازمة لممارسة الحجز الجمركي⁶.

ج- الوثائق المرفقة بالبضائع المحجوزة:

لم يورد المشرع الجزائري أمثلة على هذه الوثائق، حيث اكتفى بالقول بأن تكون مرفقة بالبضائع المحجوزة. ولا يختلف الأمر بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد اكتفى بالقول بأن تكون الوثائق مرتبطة بالأشياء المحجوزة دون أن يورد أمثلة عنها. والعلة في إقرار هذا الحجز تقوم أساسا على إتاحة السبيل لإثبات الجريمة⁷، لأنه في الغالب تكون الوثائق هي الوسيلة الفعالة الوحيدة لإثبات مساهمة الشركاء في الجريمة والمستفيدين منها غير الحاضرين لحظة الحجز⁸.

¹ نصت المادة 290 المذكورة في المتن على أنه "يجب أن يتم ضمان تأمين العقوبات المستحقة بتقديم كفالة مصرفية أو بإيداع مبلغ يغطي هذه العقوبات، وذلك عندما يثبت التلبس بمخالفة (جريمة) جمركية. - إذا لم تتوفر إحدى هذه الضمانات فإنه يمكن الاحتفاظ بالبضائع بما فيها وسائل النقل غير الخاضعة للمصادرة، لغاية إيداع مبلغ الغرامات المستحقة طبقا للشروط المنصوص عليها في الفقرة 03 من المادة 246 أعلاه". ونصت المادة 378 المذكورة أيضا في المتن على أنه "في جميع الحالات التي تعين فيها جريمة جمركية متلبس بها، فإنه يجوز الاحتفاظ بوسائل النقل والبضائع المتنازع فيها غير الخاضعة للمصادرة من أجل ضمان العقوبات المستحقة، وذلك إلى غاية تقديم كفالة أو دفع إيداع مبلغ هذه العقوبات".

² V. PAUL BEQUET, op.cit, p 197.

³ JEAN-NOËL NATALELLI, art. préc., p 182.

⁴ Crim. 16/10/1997. B.c., n° 340. Cité par : WILFRID JEANDIDIER, op.cit, p 264, marge 06.

⁵ BERR et TREMEAU, op.cit, p 526 - 527.

⁶ Cass. Com. 22/07/1986. B. civ., IV, n° 165. Cité par : CHRISTOPHE SOULARD, op.cit, p 195.

⁷ أنظر: د. أحسن بوسقيعه، المرجع السابق، ص 143.

⁸ PAUL BEQUET, op.cit, p 197.

ثانيا : مكان إجراء الحجز الجمركي :

المقصود بمكان إجراء الحجز في هذا المقام هو النطاق الجغرافي الذي يجوز أن يمارس فيه هذا الإجراء، وفي هذا الصدد نصت الفقرة 01 من المادة 250 من قانون الجمارك الجزائري على أنه "يمكن معاينة المخالفات (الجرائم) الجمركية في الأماكن الخاضعة لمراقبة أعوان الجمارك". ويفهم من هذا النص أنه يجوز إجراء الحجز الجمركي في أي مكان على مستوى النطاق الجمركي ما دام هذا النطاق خاضعا دائما لمراقبة أعوان الجمارك، أما خارج النطاق الجمركي فإنه لا يجوز إجراء الحجز إلا في الأماكن الخاضعة خصيصا لمراقبة أعوان الجمارك. وقد عبر المشرع الفرنسي عن هذا المعنى بوضوح في الفقرة 01 من المادة 332 من قانون الجمارك التي نصت على أنه "في خارج النطاق الجمركي، فإن أحكام المواد السابقة تطبق على الجرائم المكتشفة داخل المكاتب والمستودعات والأماكن الأخرى الخاضعة لرقابة مصلحة الجمارك"¹.

غير أن هنالك حالات يكون جائزا فيها إجراء الحجز في أي مكان على مستوى كامل الإقليم الجمركي ولو في منطقة غير خاضعة لرقابة أعوان الجمارك، وقد حدد المشرع الجزائري هذه الحالات في الفقرة 02 من المادة 250 من قانون الجمارك بقوله "ويمكن أيضا معاينة المخالفات (الجرائم) الجمركية بصفة صحيحة في كل الأماكن في الحالات الآتية: - المتابعة على مرأى العين. - التلبس بالمخالفة (الجريمة). - مخالفة أحكام المادة 226 من هذا القانون. - اكتشاف مفاجئ لبضائع يتبين أصلها المغشوش من خلال تصريحات حائزها أو في حالة غياب الوثائق عند أول طلب". وذات الحالات تقريبا أوردها المشرع الفرنسي في الفقرة 02 من المادة 332 من قانون الجمارك بقوله "يجوز أيضا إجراء عمليات الحجز في كل الأماكن في حالة المتابعة على مرأى العين، أو حالة التلبس بالجريمة، أو في حالة مخالفة المادة 215 أعلاه، أو حالة الاكتشاف المفاجئ لبضائع ذات مصدر إجرامي تم تبينه بوضوح من تصريحات حائزها أو من الوثائق المثبتة التي وجدت بجزائه"².

وحسب المشرع الجزائري، فإن الحالات التي يكون جائزا فيها إجراء الحجز في أي مكان في كامل الإقليم الجمركي هي أربع:

فالحالة الأولى هي حالة البضائع التي تمت متابعتها على مرأى العين، وطبقا للفقرة 03 من المادة 250 من قانون الجمارك الجزائري فإنه يقصد بهذه الأخيرة "البضائع التي بدأت متابعتها في النطاق الجمركي واستمرت دون انقطاع حتى وقت الحجز".

أما الحالة الثانية فهي حالة التلبس بالجريمة، وتفترض هذه الحالة أن الجريمة الجمركية المرتكبة هي من الجرائم الجمركية التي يكون ممكنا ارتكابها في أي مكان على مستوى كامل الإقليم الجمركي، وهذا هو شأن بعض جرائم التهريب الحكمي³ وغالبية جنح الاستيراد والتصدير بدون تصريح المتضمنة إخلالا بالالتزامات الجمركية غير

¹ « 1- En dehors du rayon, les dispositions des articles précédents sont applicables aux infractions relevées dans les bureaux, entrepôts et autres lieux soumis à la surveillance du service des douanes ».

² « 2- Des saisies peuvent également être pratiquées en tous lieux dans le cas de poursuite à vue, d'infraction flagrante, d'infraction à l'article 215 ci-dessus ou de découverte inopinée de marchandises dont l'origine frauduleuse ressort manifestement des déclarations de leur détenteur ou de documents probants trouvés en sa possession ».

³ وهي تلك الجرائم التي يكون محلها بضائع حساسة قابلة للتهريب. وهذه الجرائم تقع بالمخالفة لأحكام المادة 226 من قانون الجمارك الجزائري. وطبقا للمقطع 02 من المادة 324 من ذات القانون، فإن مخالفة أحكام المادة 226 هذه تشكل جريمة تهريب (حكومي).

الالتزام بالتصريح¹. ويتم الرجوع في تحديد حالة التلبس إلى الأحكام العامة الواردة في المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

أما الحالة الثالثة فهي حالة جرائم التهريب الحكمي المتعلقة بالبضائع الحساسة القابلة للتهريب، وهي الجرائم التي تتضمن مخالفة لأحكام المادة 226 من قانون الجمارك الجزائري، وليس مشروطا في هذه الجرائم أن تضبط في حالة تلبس.

أما الحالة الرابعة فهي حالة "الاكتشاف المفاجئ لبضائع يكون واضحا أنها ناجمة عن جريمة جمركية، وذلك استخلاصا من التصريحات المقدمة من طرف حائزها أو من حالة عدم تقديم الوثائق التي تثبت وضعيتها القانونية عند أول طلب". وتظهر أهمية النص على هذه الحالة في تمكين أعوان الجمارك من إجراء الحجز الجمركي عند عدم قيام حالة التلبس وحالة المتابعة على مرأى العين.

ثالثا: حالات منح رفع اليد عن الحجز :

يقصد بحالات رفع اليد عن الحجز "تلك الحالات التي تتنازل فيها إدارة الجمارك بشروط معينة عن حيازة الأشياء المحجوزة، وذلك لصالح مالكيها أو حائزها مرتكب الجريمة أو لصالح مالكيها حسن النية الذي لم يساهم في الجريمة". وقد نظم المشرع الجزائري هذه الحالات في المادة 246 من قانون الجمارك، ونظمها المشرع الفرنسي في المادة 326 من قانون الجمارك، وقد جعل كل منهما إجراء "رفع اليد" قاصرا على وسائل النقل لوحدها بل على بعضها فقط، مما يعني أن هذا الإجراء غير جائز بشأن سائر الأشياء الأخرى المحجوزة.

وحسب المادة 246 سابقة الذكر، فإنه يجب التمييز في حالات رفع اليد عن وسائل النقل المحجوزة بين حالات رفع اليد لصالح مرتكب الجريمة والذي قد يكون مالكا أو مجرد حائز، وحالة رفع اليد لصالح المالك حسن النية أي الذي لم يساهم في الجريمة.

أ- حالات رفع اليد لصالح مرتكب الجريمة :

وهي تشمل حالتين: حالة يكون فيها منح رفع اليد جوازيا، وحالة يكون فيها منح رفع اليد وجوبيا.

1- حالة رفع اليد الجوازي :

نصت عليها الفقرتان 01 و02 من المادة 246 سابقة الذكر بقولهما "يجوز لأعوان الجمارك وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ الذين يقومون بالحجز، أن يقترحوا على المخالف قبل اختتام المحضر عرض رفع اليد عن وسائل النقل القابلة للمصادرة، تحت كفالة قابلة للدفع أو إيداع قيمتها. - غير أن هذا الحكم لا يطبق في الحالات الآتية: - عندما تكون وسيلة النقل هي محل الجريمة. - عندما تكون وسيلة النقل مهيأة خصيصا لإخفاء بضائع محل الغش، أو مستعملة لنقل بضائع مغشوشة في أماكن غير معدة لاستقبال البضائع. - عندما تكون وسيلة النقل مستعملة لنقل البضائع المحظورة (حظرا مطلقا) بمفهوم المادة 21-1 من هذا القانون".

ومن خلال النص السابق، فإن منح رفع اليد يكون خاضعا للشروط الآتية :

¹ كما هو الشأن بالنسبة للصورتين الوارديتين في البندين "ح" "ط" من الفقرة 02 من المادة 325 من قانون الجمارك الجزائري.

- أن يتم عرضه من قبل أعوان الجمارك أو أعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ، مما يعني أن الأعوان الآخرين، المحددين في الفقرة 01 من المادة 241 من قانون الجمارك الجزائري، لا يجوز لهم عرض منح رفع اليد. كما أن مجرد طلبه من طرف مرتكب الجريمة لا يترتب عنه وجوب منحه ما دام جوازيا. وطبقا للفقرة 03 من المادة 246 سابقة الذكر، فإنه تجب الإشارة إلى اقتراح أو عرض رفع اليد والرد عليه في محضر الحجز.
- أن يتم عرض رفع اليد قبل اختتام محضر الحجز، مما يعني عدم جواز عرضه أو منحه بعد اختتام هذا المحضر.
- أن يكون موضوع رفع اليد وسيلة نقل خاضعة لعقوبة المصادرة الجمركية، ويشترط في وسيلة النقل هذه أن لا تدخل في صنف وسائل النقل المذكورة في الفقرة 02 من المادة 246 سابقة الذكر كما هو مبين أعلاه.
- تقديم كفالة قابلة للدفع (solvable) أو دفع قيمة وسيلة النقل المراد رفع الحجز عنها.

2- حالة رفع اليد الوجوبي :

- نصت عليها الفقرة 03 من المادة 246 سابقة الذكر بقولها "ويجب كذلك على أعوان الجمارك وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ الذين يقومون بإجراء الحجز، أن يقترحوا على المخالف قبل اختتام المحضر عرض رفع اليد عن وسائل النقل الموقوفة كضمان لدفع العقوبات المقررة، تحت كفالة قابلة للدفع أو إيداع قيمتها".
- ومن خلال النص السابق ، فإن منح رفع اليد يكون خاضعا للشروط الآتية :

- أن يتم عرضه من قبل أعوان الجمارك أو أعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ، أو أن يتم طلبه من هؤلاء من طرف مرتكب الجريمة ما دام وجوبيا. ويجب أن تتم الإشارة إلى اقتراح أو عرض رفع اليد والرد عليه في محضر الحجز.

- أن يتم عرض رفع اليد قبل اختتام محضر الحجز.

- أن يكون موضوع رفع اليد وسيلة نقل تم حجزها ضمنا لعقوبة الغرامة، وهذا يقتضي حتما أن تكون غير خاضعة لعقوبة المصادرة. وتجدر الإشارة إلى أن وسيلة النقل هذه غير معنية بحكم الفقرة 02 من المادة 246 سابقة الذكر كما هو مبين أعلاه.

- تقديم كفالة قابلة للدفع أو دفع قيمة وسيلة النقل المراد رفع الحجز عنها.

ب- حالة رفع اليد لصالح المالك حسن النية :

- ما يميز هذه الحالة هو أن منح رفع اليد فيها يكون وجوبيا، كما أنه يتم دون اشتراط تقديم كفالة ودون إيداع قيمة وسيلة النقل، وقد نصت عليه الفقرتان 05 و06 من المادة 246 سابقة الذكر بقولهما "يمنح رفع اليد عن حجز وسيلة النقل بدون كفالة أو إيداع قيمتها للمالك حسن النية، عندما يكون قد أبرم عقد نقل أو إيجار أو قرض إيجار (crédit- bail) يربطه بالمخالف ، وفقا للقوانين والأنظمة المعمول بها أو حسب تقاليد المهنة. - غير أن رفع اليد المذكور يخضع لرد المصاريف التي تكون إدارة الجمارك قد تحملتها بمناسبة الحجز إلى غاية استرداد وسيلة النقل، وذلك على نفقة المخالف".

ومن خلال النص السابق، فإن منح رفع اليد يكون خاضعا للشروط الآتية :

- أن يكون طالب رفع اليد مالكا حسن النية، أي أنه لم يساهم في الجريمة ولم تقم في جانبه أي مسؤولية جنائية عنها.

- أن يكون مرتكب الجريمة التي نتج عنها الحجز قد سبق له تسلم وسيلة النقل من مالكيها بموجب أحد العقود المذكورة في الفقرة 05 من المادة 246 المذكورة أعلاه، فإذا كان قد تسلمها بموجب عقد آخر غير هذه العقود، فإن المالك لن يكون بإمكانه طلب رفع اليد ويكون له فقط حق الرجوع على مرتكب الجريمة، وذلك طبقا للمادة 289 من قانون الجمارك الجزائري¹.

- دفع المبالغ التي تكون إدارة الجمارك قد أنفقتها على وسيلة النقل منذ حجزها إلى غاية يوم استردادها من المالك حسن النية.

ولم يشترط المشرع الجزائري أن يتم عرض منح رفع اليد من طرف أعوان الجمارك، كما لم يشترط أن يتم قبل اختتام محضر الحجز، لأن المالك سيكون غير حاضر وقت إجراء الحجز، ولذلك فإن رفع اليد في هذه الحالة سيتم بطلب من هذا الأخير يقدم إلى مصلحة الجمارك التي أجرت الحجز. كذلك فإن رفع اليد في هذه الحالة سيكون جائزا بغض النظر عما إذا كانت وسيلة النقل خاضعة أو غير خاضعة لعقوبة المصادرة، وبغض النظر عما إذا كانت تدخل أو لا تدخل في فئات وسائل النقل المذكورة في الفقرة 02 من المادة 246 سابقة الذكر كما هو مبين أعلاه.

رابعا: إيداع الأشياء المحجوزة :

تعتبر مرحلة إيداع الأشياء المحجوزة آخر مرحلة في عملية الحجز الجمركي، وهي تفترض أن هذه الأشياء لم تستفد من إجراء رفع اليد. وتقوم عملية الإيداع هذه على إخراج الأشياء من حيازة المحجوز عليه وإدخالها في حيازة إدارة الجمارك.

وقد حدد المشرع الجزائري "المكان الذي يتم فيه الإيداع" في المادة 242 من قانون الجمارك بقوله "عند معاينة المخالفة (الجريمة) الجمركية، يجب توجيه البضائع بما فيها وسائل النقل والوثائق المحجوزة إلى أقرب مكتب أو مركز جمركي من مكان الحجز وإيداعها فيه، ويجزر محضر الحجز فوراً". وحدده المشرع الفرنسي في البند أ من الفقرة 01 من المادة 324 من قانون الجمارك بقوله "بحسب ما تسمح به الظروف، يتم اقتياد وإيداع البضائع ووسائل النقل المحجوزة في مكتب أو مركز الجمارك الأقرب لمكان الحجز. - وإذا وجدت في ذات الجهة عدة مكاتب أو مركز جمركية، فإنه يجوز نقل الأشياء المحجوزة دون أي تمييز إلى أي واحد منها"². ومن خلال النصين السابقين، فإن القاعدة العامة في إيداع الأشياء المحجوزة هي "أن يتم في مكتب أو مركز الجمارك الأقرب لمكان الحجز".

¹ حيث نصت الفقرة 01 منها على أنه "لا يجوز للملكي البضائع المحجوزة أو المصادرة أن يطالبوا بها، ولا للدائنين أن يطالبوا بثمنها سواء كان مودعا أم لا ولو كان هؤلاء الدائنين ذوي امتياز ما، إلا عن طريق الطعن ضد مرتكي الغش، مع مراعاة أحكام المادة 246 من هذا القانون".

² « 1- a) Autant que les circonstances le permettent, les marchandises et moyens de transport saisis sont conduits et déposés au bureau ou poste de douane le plus proche du lieu de la saisie. - Lorsqu'il existe dans une même localité plusieurs bureaux ou postes de douane, les objets saisis peuvent être transportés indifféremment dans l'un quelconque d'entre eux. ».

ومن جهة أخرى، قد تطرأ بعض الظروف والأوضاع تحول دون إمكانية إيداع الأشياء المحجوزة في مكتب أو مركز الجمارك الأقرب، وفي هذا الصدد أوردت الفقرة 01 من المادة 243 من قانون الجمارك الجزائري استثناء على القاعدة العامة السابقة بقولها "عندما لا تسمح الظروف والأوضاع المحلية بالتوجيه الفوري للبضائع إلى مكتب أو مركز جمركي، يمكن وضع هذه البضائع تحت حراسة المخالف أو الغير إما في أماكن الحجز نفسها وإما في جهة أخرى". وكذلك نص البند ب من الفقرة 01 من المادة 324 من قانون الجمارك الفرنسي على أنه "عندما لا يمكن اقتياد البضائع فوراً إلى مكتب أو مركز الجمارك أو إذا لم يوجد مكتب أو مركز في المنطقة، فإنه يجوز أن يعهد بالأشياء المحجوزة إلى حراسة المتهم أو الغير في أماكن الحجز أو في جهة أخرى"¹. ومن خلال النصين السابقين، فإن الاستثناء في إيداع الأشياء المحجوزة هو "أن يتم في أي مكان آخر غير مكاتب ومراكز الجمارك، وذلك تحت حراسة المحجوز عليه مرتكب الجريمة أو الغير".

وفي جميع الأحوال، فإن المادة 244 من قانون الجمارك الجزائري قد قضت بأنه "يؤتمن قابض الجمارك المكلف بالمتابعات على البضائع المحجوزة".

الفرع الثاني : صور خاصة للحجز الجمركي :

لقد أورد المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي صوراً خاصة للحجز الجمركي تتضمن في بعض أحكامها خروجاً عن القواعد العامة للحجز السابق بيانها، وتتمثل هذه الصور في: الحجز الذي يتم في منزل (أولاً)، والحجز الذي يتم على متن سفينة غير جاهزة للتفريغ فوراً (ثانياً)، والحجز المنصب على وثائق مزورة (falsifiés) أو مزيفة (altérés) (ثالثاً). ونتعرض فيما يلي لهذه الصور الثلاث تباعاً².

أولاً : الحجز في منزل :

نظمتها المادة 248 من قانون الجمارك الجزائري والمادة 330 من قانون الجمارك الفرنسي، ومراعاة لخصوصية هذا الحجز، فإن النصين السابقين قد أخضعاه لقواعد تتضمن خروجاً عن بعض القواعد العامة للحجز الجمركي، وذلك من ناحيتين :

فمن ناحية أولى ، تم الخروج عن القواعد العامة المتعلقة بتحديد مكان إيداع الأشياء المحجوزة، إذ طبقاً للفقرة 01 من المادة 248 والفقرة 01 من المادة 330 سابقتي الذكر، فإن إيداع البضائع المحجوزة لا يتم في مكتب أو مركز الجمارك الأقرب، وإنما يتم وجوباً تحت حراسة مرتكب الجريمة في المنزل الذي أجري فيه الحجز، ويشترط لتطبيق هذا الحكم أن تكون البضاعة محل الحجز بضاعة غير محظورة، وأن يقدم مرتكب الجريمة كفالة تغطي قيمة هذه البضائع. وطبقاً للفقرة 02 من المادة 248 سابقة الذكر والفقرة 01 من المادة 330 سابقة الذكر، فإنه إذا تخلف أحد الشرطين السابقين فإنه يكون جائزاً إيداع الأشياء المحجوزة إما في مكتب أو مركز الجمارك الأقرب، وإما في أي مكان آخر وذلك تحت حراسة شخص آخر غير مرتكب الجريمة.

¹ « b) Lorsqu'on ne peut les conduire immédiatement au bureau ou au poste ou lorsqu'il n'y a pas de bureau ou de poste de douane dans la localité, les objets saisis peuvent être confiés à la garde du prévenu ou d'un tiers sur les lieux de la saisie ou dans une autre localité ».

² ويضاف إلى هذه الصور صورة رابعة تتمثل في "الحجز الذي يتم في أي مكان على مستوى كامل الإقليم الجمركي"، وقد تم الخروج فيها عن القواعد العامة المتعلقة بمكان إجراء الحجز، ونجبل بشأنها إلى ما تم تفصيله في: ثانياً من الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني أعلاه.

ومن ناحية ثانية فإن عملية الحجز التي تتم في منزل قد استلزمت إقرار ضمان إجرائي لحماية حرمة المنزل لم تقرره القواعد العامة للحجز، فقضت كل من الفقرة 03 من المادة 248 والفقرة 02 من المادة 330 سابقتي الذكر بوجوب حضور ضابط شرطة قضائية عملية الحجز وعملية تحرير محضر الحجز أيا كان مكان تحريره¹، ومثل هذا الشرط لن يثير أي مشكل ما دام ضابط الشرطة القضائية سيكون قد حضر عملية تفتيش المنزل التي سبقت الحجز. وإذا رفض ضابط الشرطة القضائية الحضور، فإنه يجب، طبقا للنصين السابقين، الإشارة في محضر الحجز إلى طلب الحضور الموجه له وكذا رفضه هذا الطلب.

ثانيا: الحجز على متن سفينة غير جاهزة للتفريغ فوراً :

نظمت المادة 249 من قانون الجمارك الجزائري والمادة 331 من قانون الجمارك الفرنسي. وما يميز هذا الحجز هو أنه سيكون مستحيلا فيه اقتياد البضائع أو الأشياء المحجوزة وإيداعها في مكتب أو مركز الجمارك الأقرب، وهذا يعني أنه سيتم إيداعها في السفينة تحت حراسة مرتكب الجريمة أو الغير، وذلك إلى حين أن تصبح السفينة جاهزة للتفريغ. ومثل هذا الوضع يخشى معه أن يتم استبدال البضاعة المحجوزة ببضاعة أخرى خلال فترة الحراسة أو فترة ما قبل التفريغ، فكان لزاما إقرار إجراء ما يضمن عدم حصول مثل هذا الأمر. وفي هذا الصدد، فإنه يمكن للأعوان القائمين بالحجز استخدام "حق الصعود والبقاء على متن السفينة" كما هو مقرر في المادة 45 من قانون الجمارك الجزائري والفقرة 01 من المادة 63 من قانون الجمارك الفرنسي².

لكن من جهة أخرى، فإن الفقرة 01 من المادة 249 من قانون الجمارك الجزائري قد أعطت لأعوان الجمارك وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ الحق في "وضع ترخيص على المنافذ المؤدية إلى البضائع"، ومثل هذا الإجراء لم تقرره القواعد العامة للحجز الجمركي. وبالمثل فإن المادة 331 من قانون الجمارك الفرنسي قد أجازت وضع أختام (scellés) على كوى (écoutilles) وأطر (panneaux) السفن المحسرة (pontés). وقد أوجبت الفقرة 02 من المادة 249 والمادة 331 سابقتي الذكر تحرير محضر الحجز أولا بأول خلال عملية التفريغ مع الإشارة فيه إلى عدد الطرود وأرقامها وطبيعتها وعلاماتها، كما أوجبت إجراء عملية وصف مفصل للبضائع عند الوصول إلى مكتب الجمارك، وذلك بعد إخطار مرتكب الجريمة بحضور هذه العملية، وكذا تسليم نسخة عن عملية الوصف هذه إلى هذا الأخير.

ثالثا: الحجز المنصب على وثائق مزورة أو مزيفة :

نظمت الفقرتان 03 و04 من المادة 245 من قانون الجمارك الجزائري والمادة 329 من قانون الجمارك الفرنسي. وما يميز هذا الحجز هو أن الوثائق المحجوزة فيه مزورة أو مزيفة، وهذا الوضع يعني أن الجريمة الجمركية التي يتم التحري عنها قد اتخذت في ذات الوقت وصف إحدى جرائم التزوير والتزييف الواردة في تقنين العقوبات (تعدد معنوي)، أو أنها قد ارتبطت بجريمة من هذا النوع (تعدد مادي)، وفي كلتا الحالتين سي طرح التساؤل حول ما إذا كان أعوان الجمارك سيقتصر دورهم فقط على حجز الوثائق المزورة أو المزيفة والإشارة إليها بشكل عادي كآية وثيقة أخرى في محضر الحجز، أم أنهم سيملكون فضلا عن ذلك سلطة معاينة حالة التزوير أو التزييف وتشبيتها هي أيضا في هذا المحضر؟

¹ V. Crim. 11/12/1989. B.c., n° 470. Cité par : CHRISTOPHE SOULARD, op.cit, p 193.

² راجع: ثانيا من الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الأول أعلاه.

وإذا كانت القواعد العامة للحجز الجمركي لم تجب عن هذا التساؤل، فإن بعض الفقه الفرنسي قد استقر بشكل عام على القول بجواز معاينة أو التحري عن جرائم القانون العام بأي إجراء من إجراءات التحري المقررة في المادة الجمركية¹، وهو ما كرسته فعلا الفقرة 03 من المادة 245 والفقرة 01 من المادة 329 سابقتي الذكر، حيث أجمعتا على وجوب أن يبين (يثبت) في محضر الحجز نوع التزوير ووصف التحريفات والكتابات الإضافية، وهذا يقتضي مسبقا معاينة حالة التزوير أو التزييف.

ومن جهة أخرى، أجمعت الفقرة 04 من المادة 245 والفقرة 02 من المادة 329 سابقتي الذكر على وجوب التوقيع على الوثائق المزورة أو المزيفة والتأشير عليها بعبارة "لا تغيير" من قبل الأعوان القائمين بالحجز، وإرفاقها بمحضر الحجز.

المطلب الثاني : المعاينة :

إلى جانب الحجز الجمركي، فإن المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي قد نصا على "المعاينة"، حيث نصت الفقرة 01 من المادة 252 من قانون الجمارك الجزائري على أنه "يجب أن تكون موضوع محضر معاينة المخالفات (الجرائم) الجمركية التي تتم معاينتها من طرف أعوان الجمارك إثر مراقبة السجلات، وضمن الشروط الواردة في المادة 48 من هذا القانون، وبصفة عامة على إثر التحريات التي يقوم بها أعوان الجمارك". ونصت الفقرة 01 من المادة 334 من قانون الجمارك الفرنسي على أنه "تدون في محاضر المعاينة نتائج عمليات المراقبة التي تتم ضمن الشروط المقررة في المادة 65 أعلاه، وبشكل عام نتائج التحقيقات والاستجوابات التي تتم من طرف أعوان الجمارك"².

وما يلاحظ على النصين السابقين أنهما قد ركزا فقط على بيان الحالات التي يتم فيها "تحرير محضر معاينة"، ولم يهتما بالمعاينة ذاتها كإحدى إجراءات أو سلطات التحقيق الجمركي، فهما لم يوردا تعريفا دقيقا لها كما لم يحددا بشكل حصري ما يندرج تحتها من صلاحيات أو سلطات، لكنه يفهم منهما أن المعاينة تشمل كل إجراء يكون مفيدا في عملية التحقيق الجمركي حتى وإن كان غير مندرج في قائمة "سلطات الرقابة الجمركية" التي سبقت دراستها.

ويمكن في هذا الصدد استخلاص بعض الصلاحيات أو السلطات التي تندرج تحت سلطة المعاينة، وذلك ضمنا من خلال بعض النصوص : فالفقرة 02 من المادة 252 من قانون الجمارك الجزائري قد أوجبت الإشارة في محضر المعاينة إلى "طبيعة المعلومات التي حصلت بعد مراقبة الوثائق أو سماع الأشخاص"، كما أن الفقرة 02 من المادة 334 من قانون الجمارك الفرنسي قد أوجبت أن يشار في ذات المحضر إلى "المعلومات المقدمة" (renseignement) بل إن الفقرة 01 من المادة 334 سابقة الذكر قد أوجبت صراحة الإشارة في المحضر إلى "الاستجوابات (recueillis) التي تتم من طرف أعوان الجمارك"، مما يعني أن إجراء المعاينة يشمل عملية "استجواب المشتبه به" مثلا³⁻⁴. كذلك فإن الفقرة 02 من المادة 254 من قانون الجمارك الجزائري والفقرة 02 من المادة 336 من قانون الجمارك الفرنسي قد قضتا بأن المحاضر الجمركية تكون حجة إلى حين إثبات العكس وذلك فيما تعلق بصحة الاعترافات والتصريحات

¹ V. BERR et TREMEAU, op.cit, p 514 - 515.

² « 1. Les résultats des contrôles opérés dans les conditions prévues à l'article 65 ci-dessus et, d'une manière générale, ceux des enquêtes et interrogatoires effectués par les agents des douanes sont consignés dans les procès-verbaux de constat ».

³ Crim. 04/05/1964. JCP 1964, II, 13.881, note H.G. cité par : ROZENN CREN, th. préc., p 139.

⁴ أنظر في هذا المعنى أيضا: د. أحسن بوسقيعه، المرجع السابق، ص 151. وأنظر أيضا: قبيلي محمد، "التحريات الجمركية في مجال التهريب"، مذكرة تخرج بالمدسة الوطنية للإدارة، السنة الدراسية 2003/2004، ص 17.

الواردة فيها، ويفهم من ذلك أن إجراء المعاينة يشمل "سماع الأشخاص الآخرين غير المشتبه بهم" كشهود على الجريمة المرتكبة أو باعتبارهم قد سمعوا بارتكابها. على أن ذلك لا يتم إلا بشكل إرادي منهم دون أي إكراه¹.

واستجواب المشتبه بهم وسماع الأشخاص أو الشهود، على النحو السابق بيانه، لا يتم اللجوء إليهما إلا عند اكتشاف جريمة جمركية خلال مباشرة سلطات الرقابة الجمركية، أما إذا لم تكتشف مثل هذه الجريمة فإنه لن يكون جائزا اللجوء إليهما، على النحو الذي أتينا على بيانه فيما سبق.

قائمة المراجع :

أولاً: باللغة العربية :

- أحمد شوقي الشلقاني، "مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري"، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.
- أحسن بوسقيعه، "المنازعات الجمركية"، دار هوم، الطبعة الرابعة، 2009.
- كمال حمدي، "جريمة التهريب الجمركي"، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2004.
- مجدي محب حافظ، "جريمة التهريب الجمركي"، - في ضوء الفقه وأحكام النقض والإدارية العليا والدستورية العليا حتى عام 1995-، (دون ذكر دار النشر)، 1995.
- عوض محمد، "قانون العقوبات الخاص"، - جرائم المخدرات والتهريب الجمركي والنقدي-، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، 1966.
- رحمانى حسبية، "البحث عن الجرائم الجمركية وإثباتها في ظل القانون الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق بوخالفة، (دون ذكر السنة الدراسية).
- قبيلي محمد، "التحريات الجمركية في مجال التهريب"، مذكرة تخرج بالمدرسة الوطنية للإدارة، السنة الدراسية 2004/2003.

• ثانياً: باللغة الفرنسية :

- CHRISTOPHE SOULARD, « Guide pratique du contentieux douanier », Lexis Nexis-LITEC, 2008.
- CLAUDE J. BERR et HENRI TRÉMEAU, « Le droit douanier », - communautaire et national-, ECONOMICA, 4^e édition, 1997.
- FRANCIS CABALLERO et YANN BISIQU, « Droit de la drogue », DALLOZ, 2^e édition, 2000.
- GASTON STEFANI, GEORGES LEVASSEUR et BERNARD BOULOC, « Procédure pénale », DALLOZ, 17^e édition, 2000.

¹ PAUL BEQUET, op.cit, p 217.

- PAUL BEQUET, « La contrebande », -Législation jurisprudence usages et pratique de la douane-, LAIBRAIRIES TECHNIQUES (librairie de la cour de cassation), 1959.
- ROZENN CREN, « Poursuites et sanctions en droit pénal douanier », thèse de doctorat en droit privé spécialité droit pénal, Université Panthéon-Assas (France), novembre 2011.
- WILFRID JEANDIDIER, « Droit pénal des affaires », DALLOZ, 4^e édition, 2000.
- JEAN-NOËL NATALELLI, « La constatation et la preuve des infractions douanières », dans « Études de droit pénal douanier », Annales de la faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence, PUF 1968, p 181.

مظاهر نفاذ الرهن الرسمي و العقاري



ذ : مصطفى الهاشمي ماجستير في القانون الخاص

كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر

باحث في صف الدكتوراه في القانون الخاص

من عوامل قوة الرهن الرسمي والرهن العقاري (الرهن الحيازي الوارد على العقار) أن نتائجهما قد لا تقتصر على أطرافهما، بل قد تمتد إلى الغير، بحيث يتضرر من الرهن أشخاص رغم أنهم ليسوا طرفا فيه، وذلك أن الرهن ينشئ وضعا قانونيا يستطيع الدائن المرتهن الاحتجاج به في مواجهة الغير، كما بالمقابل يمكن للغير أن يستفيد من هذا الرهن على اعتبار أنه يضيف عنصرا إيجابيا لذمة الدائن المرتهن و يزيد في ضمانه، وهذا هو مفهوم مبدأ نفاذ العقد الذي (يفرض احترام عقد أبرمه الغير دون الإلزام بالتزام سلمي أو إيجابي محدد).¹

و رتب القانون على أعمال النفاذ مظاهرا تحمي حق الدائن المرتهن في مواجهة الغير، هي آليتان بالنسبة للرهن الرسمي، التقدم والتتبع، وأضاف لهما آلية ثالثة بالنسبة للرهن العقاري هي آلية الحبس.

1. آلية الحبس :

تنص المادة 962 ق م ج² على أنه (يجوز الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون على الناس كافة، دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون).

وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه، كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقا لأحكام الحيازة).

¹ الأستاذ د. محمد سليمان. نفاذ العقد. رسالة دكتوراه. 2004. جامعة الجزائر. كلية الحقوق بن عكنون. ص 9 و 51 بتصرف
² ق م ج : اختصار لـ القانون المدني الجزائري.

حق الحبس مخول للدائن المرتهن قانونا، وله بموجب ذلك رفض التخلي عن العقار المرهون طالما أن حق الرهن لم ينقض بعد¹، و ورد تعريفه عند تعريف الرهن الحيازي ذاته حيث تنص المادة 948 ق م ج على أن (الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص...أن يسلم إلى الدائن شيئا...يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين).

1-1. نطاق آلية الحبس:

1-1-1. النطاق الشخصي:

يتحدد نطاق نفاذ آلية الحبس تبعا لنطاق نفاذ حق الرهن، فيكون للدائن المرتهن أن يحتج به على الأشخاص الذين يكون الرهن نافذا في مواجهتهم، وهم:

- الراهن: يحتج المرتهن بآلية الحبس في مواجهة الراهن إلى غاية أن يستوفي دينه المضمون.
- الغير: سواء كان الغير دائنا عاديا للراهن أو دائنا صاحب حق عيني تبعي تال في المرتبة أو كان خلفا خاصا اكتسب حقوقا على العقار المرهون، فإن المرتهن يتمسك بميزة الحبس في مواجهته².
- غير أن نص المادة 962 ق م ج حفظ الحقوق التي اكتسبها الغير قبل نفاذ حق حبس المرتهن، بمعنى أن المرتهن لا يتمسك بحق الحبس في مواجهة من سبقه في المرتبة³.

¹ أنور العمروسي . الحقوق العينية التبعية التأمينات العينية في القانون المدني. معلقا على نصوصها بالفقه وأحكام النقض.دون رقم طبعة 2003. منشأة المعارف. الإسكندرية مصر. ص453

² لم يعرف التشريع الغير، بينما يعرفه الفقه بأنه (كل من يضر بسبب وجود الرهن نتيجة لتأثره بما يخوله الرهن للدائن المرتهن من حق في الأفضلية والتتبع ، عدا الراهن وورثته ، كالدائن المرتهن وأصحاب حقوق الامتياز ومن تقرر له حق اختصاص، وكذا الدائن العادي للراهن، وأيضا مشتري العقار المرهون ، ومن اكتسب عليه حق انتفاع)د.محمود عبد الرحيم الديب. أحكام استثمار المال المرهون في القانون المدني. الطبعة الأولى 2007. دار الفكر الجامعي الإسكندرية.مصر. ص 54

³ د.محمود جمال الدين زكي . التأمينات الشخصية والعينية. دار الكتاب الحديث. الطبعة الثالثة 1979. مصر . ص414

1-1-2. النطاق الموضوعي :

يختلف حق الحبس الناشئ عن عقد الرهن العقاري عن الحق في الحبس كوسيلة ضمان المقررة في القواعد العامة¹، على اعتبار أن مصدره هو الحق العيني التبعية بينما الحق في الحبس مصدره الحق الشخصي، ويشترط في الأول أن يتم قيد العقد حتى يكون نافذاً في مواجهة الغير بخلاف الثاني²، كما أن الحبس يعد وسيلة لاستيفاء أصل الدين المضمون والمصرفات الضرورية حسبما تنص عليه المادة 963 ق م ج، فيما يمتد الحق في الحبس إلى المصرفات النافعة حسبما تقضي به المادة 1/200 ق م ج، كما أن أجل طلب الاسترداد في حق الحبس هو سنة واحدة، بينما حددت المادة 2/202 ق م ج أجل ثلاثين يوماً بالنسبة للحق في الحبس، ولا يمنح الحق في الحبس أي ميزة قانونية للدائن فلا يحوله ميزة التقدم ولا ميزة التتبع بعكس حق الحبس³، كما أنه بخلاف حق الحبس فإن الحق في الحبس قد ينشأ دون وجود عقد ومثلها الحق في الحبس لاسترداد مصاريف المحافظة على شيء مملوك للغير حسبما تنص عليه المادة 2/200 ق م ج.⁴

تضمن آلية الحبس حق الرهن المتعلق بها فقط، بمعنى أنه إذا نشأ للدائن حقوقاً أخرى في ذمة الراهن غير متعلقة بالرهن العقاري، فلا يوجد نص قانوني يسمح له أن يجلس العقار المرهون استناداً إلى حقوقه الأخرى.

وإذا كان الأصل أن الرهن لا يتجزأ، فإن آلية الحبس بدورها لا تتجزأ، و لو قبل الدائن الوفاء الجزئي لدينه، فإنه لا يترتب عليه بالمقابل أن يتخلى المرتهن عن جزء من العقار المرهون ولو كان بطبيعته قابلاً لذلك⁵، إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك.

1-1-3. النطاق الزمني :

تبدأ آلية الحبس من لحظة استلام المرتهن أو الشخص المعين للعقار المرهون وتبقى سارية إلى أن يستوفي الدائن حقه المضمون.⁶

بيد أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وضع حكماً لا يقف حق الحبس عائقاً أمامه، حيث تنص المادة 2/764 منه على أنه (يترتب على قيد رسو المزاد بالمحافظة العقارية تطهير العقار و/أو الحق العيني العقاري

¹ هذا رأي بعض الفقهاء، وخالفهم آخرون معتبرين أنه يندرج ضمن أنواع الحبس المقررة في القواعد العامة، وهو مستقل عن حق الرهن إلا أنه يعمل على تدعيمه، وامتد الخلاف إلى تحديد الطبيعة القانونية للحق في الحبس هل هو حق عيني أو شخصي. انظر سمير تناغو. التأمينات الشخصية والعينية. دون رقم طبعة 1996. منشأة المعارف. الإسكندرية. مصر. ص 357، ود.وجدي حاطوم. حق الحبس في القانون المدني كوسيلة ضمان غير مباشرة. الطبعة الأولى 2007. منشورات حلبي الحقوقية ببيروت لبنان. ص 220، و

. Ph. Malaurie, L. Aynès. . Les sûretés La publicité Foncière. 2^e édition 2006. par Laurent Aynès et Pierre Croqo. Defrénois. Paris. P.188

² . Bull. civ. : Cass. Civ. 3^e. 16déc.1998. III. n° 253 . (l'opposabilité du droit de rétention n'étant pas subordonné à la publicité foncière..) وهو ما أكدته أحد القرارات القضائية

³ G.Marty, P.Raynaud. Droit civil les sûretés la publicité foncière. tome III 1^e volume.2éd 1971. Sirey. Paris -v . p.34 et 35.

⁴ P. Voirin G. Goubeaux. Droit civil personnes- famille- incapacité- biens- sûretés. Tome1. 29^e édition 2003. L.G.D.j. Paris. P.630

تنص المادة 2/200 ق م ج على: (ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصرفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع).

⁵ M.planiol, G .Ripert. Traité pratique de droit civil français .2édition1953.Tome12 sûretés réelles.1ere partie par Emile Becqué. L.G.D.j. Paris.p.358

⁶ المستشار أنور العمروسي . المرجع السابق. ص450

من كل التأمينات العينية)، بمعنى أنه إذا تم بيع العقار المرهون جبراً ورساً المزاد على شخص معين وتم قيده، فإن ذلك يطهر العقار من جميع القيود والحقوق التي تثقله، بما فيها التأمينات العينية، وعليه لا يجوز للمرتهن أن يتمسك بألية الحبس في مواجهة من رسا عليه المزاد، سواء كان قد استوفى دينه من الثمن أو لم يستوفه، حتى لو كان البيع قد تم بناء على طلب دائن آخر، على اعتبار أن التأمين العيني لا يفقد الغير ضمانه العام.

2-1 استرداد العقار المحبوس :

خولت الفقرة 2 من المادة 962 ق م ج للدائن المرتهن استرداد العقار المحبوس إذا خرج من يده دون إرادته أو دون علمه، وتطبق أحكام في هذه الحالة أحكام حماية الحياة الواردة في المواد من 817 إلى 826 ق م ج والتي يستنبط منها ما يلي :

1-2-1. شروط طلب الاسترداد :

باستقراء المواد القانونية المذكورة نجد أن الشروط هي :

- أن يكون قد سبق للمرتهن حياة العقار.
- أن يفقد المرتهن الحياة بغير إرادته.
- أن لا يكون من أخذ الحياة من المرتهن أحق بالترتيب منه، فإذا كان للمرتهن وللغاصب سند قانوني متكافئ، كانت الحياة لمن كان أسبق في التاريخ، غير أنه لا عبرة بالأحق في التفضيل إذا استعمل الغاصب القوة في أخذ الحياة.
- أن يرفع دعوى الاسترداد في الميعاد القانوني، كما خول القانون له رفع دعوى منع التعرض. وأكد قرار للمحكمة العليا¹ على الحياة الأحق بنصه على أنه (من المقرر قانوناً أن الحياة الأحق بالترتيب هي الحياة القائمة على سند قانوني، فإذا لم يكن لدى أي من الحائزين سند أو تعادلت سندتهما، كانت الحياة الأحق، هي الأسبق في التاريخ).

1-2-2. آجال طلب الاسترداد :

بحسب نص المادة 817 ق م ج فإن للمرتهن أجل سنة للمطالبة باسترداد العقار الذي فقده، تبدأ بالسريان من تاريخ فقدانه إذا كان علماً بالأمر من حينها، وإلا من وقت انكشاف ذلك إذا كان الفقدان خفية .

ويلاحظ على أحكام حياة الدائن المرتهن ما يلي :

اعتبار خروج الحياة من المرتهن انقضاء لحق الرهن يخالف مفهوم آثار العقد من جهة و حكم الشرط من جهة أخرى، فانتقال الحياة هو أثر للعقد يترتب في ذمة الراهن و حق للمرتهن ولا يتوقف قيام العقد عليه وإنما يخول - بحسب القواعد العامة - طلب التنفيذ الجبري أو الفسخ مثلما سبقت الإشارة إليه، بينما ترتب الانقضاء على الرجوع، يوحي بأنه ركن في العقد وليس أثراً للعقد!

وإذا كان من جانب ثانياً شرط لنفاذ الرهن في مواجهة الغير، فإن الإخلال بهذا الشرط كان

الأولى - والمعقول - أن يفقد صاحبه حق الحبس وآليتي التقدم والتتبع، لا أن ينهي حق الرهن ويجعله منقضيًا.

¹ قرار رقم 82585 الصادر في 1992/01/21 عن الغرفة المدنية. المجلة القضائية العدد 1. سنة 1995. ص 97

2. آلية التقدم :

هل التقدم و التتبع آليتان مستقلتان عن بعضهما أم هما آلية واحدة ؟

بالرجوع إلى الكتاب الرابع من القانون المدني و المتعلق بالتأمينات العينية، نجد انه خصص القسم نفسه لهما¹، لكنه فصل بينهما بشكل يوحي باستقلالهما عند سرد أحكامهما، فنصت المادة 907 ق م ج على التقدم ولم تتضمن أي إشارة إلى التتبع، الذي ورد النص عليه في المادة 911 ق م ج بشكل مستقل أيضا .

وبالنظر إلى أحكامهما، نجد أن التقدم و التتبع يهدفان إلى استيفاء حق الدائن المرتهن، و هما قوام الرهن²، و أعمال التتبع سيتبعه حتما أعمال التقدم، بيد أن التتبع تظهر فعاليته عند خروج العقار من ذمة الراهن، بينما التقدم يتم إعماله بغض النظر عن بقاء العقار في ذمة الراهن أو انتقاله إلى الغير، مما يجعل التتبع وسيلة لحماية التقدم .

و عليه التتبع يختلف عن التقدم، لكنهما مرتبطان بحيث يكمل احدهما الآخر و يدعمه³.

1-2. مفهوم التقدم :

الرهن ليس غاية في حد ذاته، بل هو وسيلة تمكن الدائن المرتهن من استيفاء حقه، عند عدم الوفاء له به ، عن طريق الثمن المتحصل عليه من التنفيذ على العقار المرهون ، غير أن الراهن قد يكون لدينا لعدة أشخاص من جهة ، و تكون ذمته المالية لا تكف للوفاء بجميع الديون التي عليه من جهة أخرى ، فيتزاحم الدائنون على حقوقهم ، فلمن يكون التقدم ؟

التقدم يقصد به أولوية الدائن المرتهن في أن يتقاضى حقه من ثمن العقار المرهون قبل غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة ، و تتمثل أحكامه فيما يلي :

2-2 نطاق التقدم :

1-2-2 من حيث المحل :

ينصب محل التقدم على ثمن العقار المرهون ، حسبما تنص عليه المادة 948 ق م ج، أي المبلغ النقدي المتحصل عليه جراء التنفيذ على العقار المرهون، و يكون ذلك نتيجة بيع العقار المرهون، أما في الحالات الأخرى ، فإن المادة 900 ق م ج، جعلت التقدم ينصب على التعويض عن الضرر ، وعلى مبلغ التأمين .

و منه فإن التقدم يرد على (المقابل النقدي للعقار المرهون أيا كان)⁴، سواء كان ثمن بيعه

بالمزاد العلني أو مبلغ التأمين على هلاكه أو مبلغ التعويض المترتب على الإضرار به.

¹ القسم الثالث من الفصل الثاني المعنون بـ: حق التقدم وحق التتبع.

² عبر د. سمير تناغو عن ذلك بقوله أنهما جوهر الحق العيني التبقي . د. سمير تناغو. المرجع السابق. ص 244. و عبر أحد الفقهاء الفرنسيين عن ذلك بقوله:

(C'est le but essentiel de la sûreté réelle qui permet d'échapper au concours avec les créanciers....) Ph. Malaurie. L. Aynès, op. cit., p158

وإذا كان هناك اتجاه فقهي ينفي آليتي التقدم و التتبع عن الحق العيني الأصلي، فإن هناك اتجاه ثان يثبت له. انظر في ذلك: د. احمد سلامة. الرهن الطليق للمنقول. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية. العدد 2 السنة العاشرة يوليو 1968. جامعة عين شمس. مصر. ص 104

³ د. احمد سلامة. المرجع نفسه. ص 392

⁴ د. جلال محمد إبراهيم و د. احمد محمود سعد . الحقوق العينية التبعية. الجزء الاول الرهن الرسمي. دون رقم طبعة 1994. دون ناشر. . ص 246

2-2-2: من حيث الموضوع :

الحقوق التي يقوم الدائن المرتهن باستيفاء وممارسة آلية التقدم من أجلها هي أصل الدين والمصرفات والتعويضات المنصوص عليها في المادة 963 ق م ج، وقد تظهر الصعوبة في تحديد الحق المضمون، وهذا إذا كان الدين إحتماليا أو مستقبلا واتخذ دائن آخر إجراءات التنفيذ على العقار المرهون قبل أن يتحقق الدين المضمون إذا كان إحتماليا أو يتأكد إذا كان مستقبلا.

لم يضع التشريع أحكاما لهذه الحالة¹.

2-2-3: من حيث الأشخاص :

يستعمل الدائن المرتهن آلية التقدم في مواجهة الغير كما يلي² :

- إذا كان الغير دائنا عاديا: للمرتهن الأولوية في استيفاء حقه على جميع الدائنين العاديين للمدين، سواء ثبت حقهم قبل عقد الرهن أو بعده، وهم لا يستوفون شيئا من ثمن العقار المرهون إلا بعد أن يستوفي المرتهن كامل حقوقه منه، وهذا هو أهم أثر لآلية التقدم. ويأخذ حكم الدائن العادي الدائن المرتهن الذي لم يقيد رهنه.

- إذا كان الغير دائنا مرتهنا: فالأولوية تكون بحسب المرتبة، والتي تتحدد بتاريخ النفاذ في مواجهة الغير.

- إذا كان الغير صاحب حق امتياز: تنص المادة 3/986 ق م ج على أن (..الحقوق الممتازة جميعا تكون أسبق في المرتبة على أي حق امتياز عقاري آخر أو حق رهن رسمي...).

2-3: التنازل عن مرتبة الرهن :

المقصود بالتنازل عن مرتبة الرهن، أن يتم تبادل مراتب الرهن بين دائن مرتهن أسبق في المرتبة مع دائن مرتهن متأخر عنه في المرتبة بالنسبة للعقار ذاته ، بحيث يحل كل منهما في مرتبة الآخر³.

وتختلف أسباب الاتفاق على هذا التنازل فقد يكون الأسبق في المرتبة أكثر ملاءمة مالية من المتأخر، وتكون بينهما روابط أو مصالح معينة تدفع بهما إلى هذا الاتفاق، إما بمقابل أو على سبيل التبرع.

والتنازل عن مرتبة الرهن يختلف عن التنازل عن الرهن ذاته ، الذي إن حصل رتب إنقضاء الرهن بصفة أصلية ، فما حكم التنازل عن مرتبة الرهن ؟

تشرط المادة 904 ق م ج لنفاذ التنازل عن مرتبة القيد، التأشير بذلك على هامش القيد الأصلي ، وهو ما يدل على جواز التنازل عن مرتبة الرهن ، ويكون ذلك وفق الأحكام الآتية :

¹ اختلف الفقه في ذلك، فالفقه الفرنسي يذهب إلى إبقاء دينه - الذي يتحدد مقداره وفقا لمرتبته - لدى الراسي عليه المزداد أو صندوق المحكمة إلى حين تحقق الشرط الواقف أو تخلف الشرط الفاسخ ، مع جواز تقديم الدائن التالي له رهنا رسميا يضمن له الحصول على نصيبه عند ثبوته.

وإذا كان الدين مستقبلا يرى الفقه الفرنسي تقديم رهن رسمي يضمن الوفاء أو يتم تأجيل التوزيع إلى حين تحقق الدين إذا كان قريبا.

Aubry et Rau .Droit civil français. Tome3 .7° édition par P.Esman. Librairie technique 1968. p562

² مزية التقدم و التبع موجهان ضد الغير ، بخلاف آلية الحبس التي توجه ضد كافة الأشخاص الراهن والغير.

³ د.جلال محمد إبراهيم و د.احمد محمود سعد . المرجع السابق . ص260

2-3-1: أثر التنازل عن مرتبة الرهن :

يتم التنازل في حدود حق التنازل (الدائن الأسبق في المرتبة)، فإذا كان حق التنازل له أكبر من حق التنازل، فإن التنازل له لا يتقدم بحقه كاملاً وإنما في حدود حق التنازل، والعكس كذلك، أي إذا كان حق التنازل له أقل من حق التنازل، فهو لا يحل إلا بمقدار حقه.

وعليه فإن أثر التنازل يكون في حدود أقل القيمتين (حق التنازل أو حق التنازل له).¹

وهذا الحكم يحمي الدائنين المتوسطين في المرتبة، بحيث لا يضر التنازل بحقوقهم.

2-3-2: التمسك بالدفع :

بحسب نص المادة 910 ق م ج، يجوز التمسك في مواجهة التنازل له بجميع الدفع التي كان يمكن التمسك بها في مواجهة التنازل، باستثناء الدفع التي تتعلق بانقضاء حق التنازل إذا كان هذا الانقضاء لاحقاً للتنازل.

ومثال ذلك جواز الدفع بعدم تجديد القيد إذا كان واجبا قبل حدوث التنازل، أما إذا كان ميعاده لاحقاً لشهر التنازل، فلا يجوز التمسك به.

3. آلية التتبع :

إثقال الراهن للعقار المملوك له بتأمين عيني لا يمنعه من التصرف فيه، بما في ذلك إخراجه من ذمته المالية سواء عن طريق نقل ملكيته كاملة للغير أو عن طريق التصرف في أحد الحقوق المتجزئة عن الملكية التي يجوز له التصرف فيها إستقلالاً .

فهل يؤدي تصرف الراهن في العقار إلى فقدان الدائن المرتهن لحقه ؟

3-1. مفهوم التتبع :

المقصود بآلية التتبع، قدرة الدائن المرتهن على اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون، في أي يد ينتقل إليها.²

وهي مكنة قانونية مقررة لكل دائن مرتهن بغض النظر عن مرتبته³، وهو ما لا يملكه الدائن العادي الذي لا يستطيع التنفيذ على ما يخرج من الذمة المالية لمدينه⁴.

وبالتالي فإن لجوء الدائن المرتهن إلى تتبع العقار، يفترض أن المدين قد تصرف في العقار إلى الغير، وهذا ما يجعل آلية التتبع ضماناً قانونية للدائن المرتهن في مقابل احتفاظ المدين بحقه في التصرف في العقار المرهون، وهو ما يحقق التوازن بين حماية حق الراهن في التصرف، وحماية حق المرتهن في الضمان.⁵

¹ د.جلال محمد إبراهيم ، د.احمد محمود سعد. المرجع نفسه. ص 265

² د.سمير تناغو. المرجع السابق. ص 243

³ د.سعيد سعد عبد السلام. الوجيز في الحقوق العينية التبعية. دون رقم طبعة 2004. مطابع الولاة الحديثة. مصر. ص 385

⁴ يمكنه في حال إثبات التحايل الدفع بما تخوله القواعد العامة، مثل الدعوى البولصية.

⁵ د.جلال محمد إبراهيم و د.احمد محمود سعد. المرجع السابق. ص 268

والمقصود بالتتبع ليس التتبع المادي للعقار¹، ففي الرهن العقاري الأصل هو بقاء حيازة العقار في يد المرتهن، وإنما المقصود هو التتبع القانوني².

وإذا كان التقدم هو تزامم بين الدائنين المرتهنين لاستيفاء حقوقهم، فإن التتبع هو تزامم بين صاحب حق عيني تبعي هو الدائن المرتهن، مع صاحب حق عيني أصلي هو الخلف الخاص.

3-2. شروط التتبع : يجب توافر الشروط الآتية :

- إنتقال العقار المرهون إلى الغير، تبعا لتصرف الراهن فيه أو بناء على حكم قانوني.
- أن يكون حق الرهن نافذا في مواجهة الغير، أي توافر شرطي الحيازة والقيود بالنسبة للرهن العقاري، والقيود بالنسبة للرهن الرسمي.
- حلول أجل الدين، وإلا امتنع الدائن المرتهن عن المطالبة بالتنفيذ على العقار، و يكون حلول الأجل بحسب التاريخ المحدد أو عند سقوط الأجل .
- اتخاذ إجراءات التنفيذ المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹ يقصد بالتتبع المادي: تتبع العقار المرهون عند خروجه من حيازة المرتهن بغرض استرداده، أما التتبع القانوني فالمقصود به سلطة الدائن الحائز للعقار المرهون في تعقبه حيثما استقرت ملكيته للتنفيذ عليه واستيفاء دينه من ثمنه. د. محمد وحيد الدين سوار . شرح القانون المدني الحقوق العينية التبعية. الكتاب 3 الطبعة الأولى. الإصدار الخامس 2006. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان. الأردن . ص 236

² د. سمير تناغو. المرجع السابق. ص 361، وهناك من يعده تبعا معنويا للملكية، انظر د سعيد سعد عبد السلام. المرجع نفسه. ص 629 وحسين عبد اللطيف حمدان . التأمينات العينية. دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز. دون رقم طبعة. 2003 منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان. ص 173

3-3. دفع المتبع :

يسمح نص المادة 911 ق م ج¹ للغير الذي انتقل لصالحه العقار المرهون أن يطلب تطهير العقار² أو تخليته³، فهذا الغير لا يعد حائزاً⁴، وبالتالي إذا أراد الغير تفادي نزع الملكية منه فما عليه إلا أن يقوم بالوفاء بالدين والحلول محل الدائن المرتهن طبقاً للقواعد العامة في الوفاء مع الحلول، حيث تنص المادة

1/258 ق م ج على أنه (يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص له مصلحة في الوفاء..).

وتقضي المادة 261 ق م ج بأنه (إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية:.... - إذا كان الموفي اشترى عقاراً و دفع ثمنه و فاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم).

وبذلك يحل صاحب العقار محل الدائن المرتهن بما له من حقوق حولها له عقد الرهن بناء على ما تقضي به المادة 264 ق م : (من حل محل الدائن قانوناً أو إتفاقاً كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفعات ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن).

¹ تنص المادة 911 على أنه (يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن يقوم بنزع ملكية العقار المرهون من يد الحائز لهذا العقار إلا إذا اختار الحائز أن يقضي الدين أو يطهر العقار من الرهن أو ينخلي عنه).

وإطلاق نص المادة 911 ق م مصطلح الحائز على من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون رهناً رسمياً قد يضع نوعاً من اللبس، على أن إعتبار أن هذا المصطلح يطلق على من يجوز قطعة أرض معينة وفق شروط تضمنتها أحكام الحيازة الواردة في القانون المدني وفي قانون التوجيه العقاري، ويتأكد اللبس بالنظر إلى المصطلح المقابل باللغة الفرنسية le tiers détenteur وهو يختلف عن le possesseur، على اعتبار أن وضع اليد يعرف كما يلي:

(Maîtresse matérielle sur un bien, indépendamment de titre qui pourrait la justifier.)

فيما الحيازة هي : (Maîtresse de fait exercée sur une chose corporelle et correspondant, dans l'intention du possesseur, à l'exercice d'un droit réel).

يراجع حول هذا الموضوع تعليق الأستاذة: Ghenima Lahlou. Sens et portée de l'article 30 de la loi 90-25 commentaire de l'arrêt n° 386808. Revue de la cour suprême. Numéro spécial. jurisprudence de la chambre foncière. Tome 3. 2010. p155

² المقصود بالتطهير هو تخليص العقار مما يتقله من حقوق، وهو أحد الخيارات التي حولها القانون للحائز، حتى يحتفظ بالعقار في مقابل دفع ثمنه، ونص القانون المدني على أحكام التطهير في المادة 915 وما يليها، والتي تشترط للتطهير ما يلي:

- يتعلق التطهير بعقار منقول برهن رسمي.

- يحق التطهير للحائز، وهو من امتلك العقار بناء على سند ملكية مسجل، أو من اكتسب حق الانتفاع أو حق الرقبة على العقار.

- يجب ألا يكون الحائز مسؤولاً مسؤولاً شخصية عن الدين المضمون بالرهن، فلا يكون هو المدين ولا هو الكفيل (الشخصي ولا العيني).

- أجل عرض التطهير يمتد إلى غاية إيداع قائمة شروط البيع.

- يجب أن يوجه الحائز إعلانات وفق الشروط القانونية إلى الدائنين المقيدين.

- يجب أن لا يقل الثمن المعروف عن السعر الذي يتخذ أساساً لتقدير الثمن في حالة نزع الملكية، ولا يقل عن المبلغ المتبقي في ذمة الحائز من ثمن البيع.

د. سليمان مرقس. التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد. الطبعة الثانية 1959. مطابع النشر للجامعات المصرية. مصر. ص 487، د. محمد حسين منصور. النظرية العامة للتأمينات. صور الائتمان و ضماناته والوسائل التقليدية والحديثة لحمايته الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز. دون رقم طبعة 2001. دار الجامعة الجديدة للنشر. الإسكندرية. مصر. ص 327، د. همام محمد محمود زهران. التأمينات العينية والشخصية. التأمينات العينية. دون رقم طبعة 1997. دار المطبوعات الجامعية. مصر. ص 286،

M. planiol. G Riper. Op. cit. p541

³ تخول المادة 922 ق م ج للحائز مكنة التخلي، والتي تجعل التنفيذ على العقار المرهون يتم في مواجهة حارس تعيينه المحكمة وليس في مواجهته رغم أنه لا يفقد ملكية العقار.

⁴ د نبيل إبراهيم سعد. التأمينات العينية (الرهن الرسمي-حق الاختصاص-الرهن الحيازي - حقوق الامتياز). دون رقم طبعة 2005. دار الجامعة الجديدة للنشر.

الإسكندرية. مصر. ص 246، ود سليمان مرقس. المرجع نفسه. ص 487

الاستنساخ بين الحضر والإباحة



إعداد فضيلة الأستاذ عبد الحميد عيدوني

المدرس بكلية الحقوق - جامعة تلمسان-

لا شك أن الاستنساخ موضوع قد تطرق إليه من قبل و بشكل مكثف، إلا أن المثير في غالبية البحوث التي تطرقت إلى هذا الموضوع أنها تصب في موقف واحد، و هو كون الاستنساخ برمته إما محرم شرعا أو ممنوع قانونا. و ليس الغرض من هذه المقالة هو محاولة إيجاد فرجة لرفع التحريم بالحل و إزاحة المنع بالإجازة عن الاستنساخ، بل الهدف-هنا- هو التنبيه إلى ضرورة إعادة النظر في الموضوع .

و مما لا يخفى أن المبادئ الأساسية لأخلاقيات الطب تدور حول تساؤل واحد، و هو كيف يمكن الموازنة بين الفوائد المرجوة و المخاطر المحتملة الناجمة عن الأعمال الطبية.

ولهذا سينصب الجهد هنا على البحث في ما مدى تعارض الاستنساخ مع أحكام الشريعة الإسلامية و المبادئ القانونية ، فهل يعتبر الاستنساخ برمته معارضا للشريعة و القانون .

هذا ما سيتم التطرق إليه في هذه المقالة المعنوية ب :

الاستنساخ بين الحضر والإباحة.

المبحث الأول: مفهوم الاستنساخ.

المطلب الأول: تعريف الاستنساخ .

الفرع الأول: التعريف اللغوي للاستنساخ :

الاستنساخ¹ في اللغة من نسخ الشيء ينسخه نسخا و انتسخه، و استنسخه اكتبه عن معارضه ، و من ذلك نسخ الكتاب أي اكتب كتاب عن كتاب آخر حرفا بحرف² ، و من ذلك قول الله تعالى : " إِنَّا كُنَّا نَسْتَنْسِخُ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ"¹ أي أن كل عمل الإنسان مكتوب لا ينقص حرفا و لا يزيد⁴.

الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي للاستنساخ :

الاستنساخ في الاصطلاح هو أخذ خلية جسدية من كائن حي تحتوي على كافة المعلومات الوراثية، و زرعها في بيضة مفرغة من موروثاتها ليأتي المخلوق الجديد ، أو الجنين مطابقا تماما للكائن الذي أخذت منه الخلية⁵.

المطلب الثاني:أنواع الاستنساخ :الاستنساخ نوعين :

- استنساخ توالدي؛
- و استنساخ علاجي .
- الفرع الأول:الاستنساخ التوالدي : و هو بدوره ينقسم إلى قسمين :
- استنساخ جنسي
- و استنساخ حيوي .

أولا : الاستنساخ الجنسي : و هي أن تلقح بويضة بحيوان منوي، و عند انفصام البويضة الملقحة إلى خليتين ينزع الغشاء الذي يجمعهما، ثم يفصلان عن بعضهما، ثم توضع كل خلية في غشاء مشابه للغشاء المنزوع، لتقوم كل خلية بالانقسام لنحصل في الأخير على توأمين متماثلين⁴.

ثانيا:الاستنساخ الحيوي : و يتم هذا الاستنساخ بأخذ خلية من جسم حيوان أو إنسان بالغ، لتوليد كائن مماثل جينيا لذلك الإنسان أو الحيوان الذي أخذت منه الخلية، حيث يتم إدخال نواة تلك الخلية في خلية تناسلية أنثوية مستأصلة ، و بعد تشكل الجنين عن طريق تقنية الأنايب يزرع هذا الجنين في رحم الأم الحاملة⁴.

و يرجع أصل هذا النوع من الاستنساخ إلى عام 1952 حيث قام الباحثان: " روبرت برج و توماس كينج" - (robert Briggs et Tomas King)- بأخذ خلية جنينية من شرغوف⁸ ، و زرعها في بويضة صفدة منزوعة النواة⁹.

و في عام 1962 تمكن العالم "جون جوردن" -« John Gurdon. » من استنساخ ضفادع أيضا لكنه استخدم نواة خلايا معوية بالغة مأخوذة من شراغيف أكبر¹⁰ ، و في سنة 1973 تم استبدالها بخلايا ظاهرية¹¹.

إلا أن أبرز حادثة اشتهر بها الاستنساخ التوالدي الحيوي بالخصوص هي حادثة النعجة (Dolly)، ففي 27 فبراير 1997 تمكن معهد روزلين بأدنبر—roslin institue d'Edinbourg—باستنساخ النعجة دولي من خلية مأخوذة من ضلع نعجة زرعت نواتها في بيضة منزوعة النواة ثم وضعت في رحم نعجة أخرى¹².

و في نفس العام تمت ولادة "تيتو و ديتو" -Tito et Dito- و هما توأم من قرود الريفيروس - بطريقة الاستنساخ التوالدي الحيوي⁴.

و للاستنساخ التوالدي الحيوي أربعة صور :

1. الصورة الأولى : استنساخ ثلاثي الأطراف : وهي أن تؤخذ نواة من خلية جسدية لأنثى (أ)، و تغرس في داخل غلاف بويضة منزوعة النواة لأنثى ثانية (ب)، ليوضع الجميع في رحم أنثى أخرى ثالثة (ج) ، و التي تقوم بحمل البويضة الملقحة بالخلية الجسدية مدة الحمل الطبيعية لتنجب كائنا حيا هو صورة طبق الأصل للأنثى (أ) ¹⁴ ، وهي الطريقة نفسها التي تم بها استنساخ النعجة دولي ¹⁵ .

2. الصورة الثانية : استنساخ ثنائي الأطراف : و هو أن تنزع خلية جسدية من كائن حي ذكرا كان أو أنثى و تزرع في بويضة أنثى منزوعة النواة، و التي تقوم بحمل هذا الخليط لتجنب كائن حي مماثل للكائن الحي الذي أخذت منه الخلية الجسدية ¹⁶ .

3. الصورة الثالثة : الإسنساخ الأحادي : و هي أن تؤخذ نواة خلية جسدية من أنثى، و يتم زرعها في بويضة منزوعة النواة لنفس الأنثى، التي تقوم بحمل هذا الخليط لتجنب صورة طبق الأصل عنها ¹⁷ .

4. الصورة الرابعة : استنساخ الميت : و هي أن تؤخذ خلية حية جسدية مجمدة من ميت، و تغرس في بويضة منزوعة النواة لأنثى لتجنب صورة طبق الأصل للميت ¹⁸ .

الفرع الثاني: الإستنساخ العلاجي :

هو استخلاص خلايا جذعية ¹⁹ من أجنة بشرية أو حيوانية بهدف معالجة هذه الخلايا مخبريا و تحويلها إلى مختلف أنواع الأنسجة و الأعضاء البشرية المرغوب فيها ²⁰ .

المبحث الثاني : مدى مخالفة الاستنساخ للشريعة و أخلاقيات الطب.

المطلب الأول : مدى تعارض الإستنساخ مع الشريعة.

الفرع الأول :حكم الإستنساخ النباتي و الحيواني : جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة - لعام 1418 1997 - : " يجوز شرعا الأخذ بتقنيات الإستنساخ و الهندسة الوراثية في مجالات الجراثيم و سائر الأحياء الدقيقة و النبات و الحيوان في حدود الضوابط الشرعية بما يحقق المصالح و يدرأ المفاسد" ²¹ .

و ذهب قلة من أهل العلم إلى حرمة هذا النوع من الإستنساخ، نذكر منهم الدكتور عمر الأشقر الذي يرى حرمة الاستنساخ الحيواني و النباتي لمخالفته سنة الله في التكاثر و الخلقة ²² .

و يشهد للقول الأول القائل بالجواز قول الله تعالى: " هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا" ، و قوله تعالى : " أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ " ²³ ، و قوله تعالى : " وَالْأَنْعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنَافِعُ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ " ²⁴ ، فدللت هذه الآيات أن الأصل في كل الكائنات سوى البشر هو حل التصرف فيها إلا بدليل من النص على التحريم، و منه كانت القاعدة أن الأصل في الأشياء الإباحة ²⁶ .

الفرع الثاني : حكم الإستنساخ البشري :

ذهب غالبية أهل العلم إلى تحريم الاستنساخ البشري جملة و تفصيلا ²⁷ ، فقد جاء عن قرار المجمع الفقهي بحله ب: " تحريم الاستنساخ البشري بطريقتيه المذكورتين أو بأي طريقة أخرى تؤدي إلى التكاثر البشري" ²⁸ .

إلا أن اللجنة الطبية الفقهية بالأردن استثنت من هذا التحريم الاستنساخ التوالدي الجنسي إذ جاء في أحد قراراتها أن: " فصل الخلايا من البويضة الملقحة بعد الانقسام الأول أو الثاني أو الثالث أو بعد ذلك بقصد استعمالها لإحداث الحمل في فترة الزوجية جائز شرعا ، و تحكمه القواعد ذاتها التي تحكم موضوع التلقيح الاصطناعي الخارجي و قد وافق الفقهاء الحضور بالإجماع على ذلك. و قد تحفظ على هذا الرأي كل من الشيخ الدكتور راجح الكردي و الشيخ الدكتور عبد الناصر أبو البصل، الذي كان رأيه أن الاستنساخ الجنيني - الجنسي - غير جائز إلا في حالة امرأة لديها مشكلة في ثبات الحمل ، فيجيز الاستنساخ و التجميد لهذه الغاية فقط"²⁹.

و قال الدكتور علي عارف علي : " استنساخ الجنين بمعنى الحصول على توائم متطابقة من انقسام بويضة مخصبة واحدة بطريقة صناعية، أي فصل الخليتين الأوليتين كميائيا فهذا يشبه ما يتم بصورة طبيعية في رحم الأم، أحيانا في التوائم التي تحدث نتيجة إنشطار البويضة المخصبة، فإستنساخ البويضة المخصبة يجوز في حالات الضرورة لمساعدة المصابين بالعقم"³⁰.

و ذهب الدكتور محمد رأفت عثمان إلى أن الإستنساخ التوالدي الحيوي الثنائي جائز بخمسة شروط و هي :

أولا: أن يكون هناك الضمانة الطبية الكاملة أن لا يكون ذلك ضارا بالمستنسخ و والدته و المجتمع،

ثانيا: أن توجد رابطة زوجية بين الرجل صاحب الخلية و المرأة صاحبة البويضة؛

ثالثا: أن يكون الحمل برحم الزوجة صاحبة البويضة؛

رابعا: توفر حالة الضرورة كانسداد كل الطرق العادية و العلاجية للعقم؛

خامسا: الاكتفاء بطفل مستنسخ واحد لاحتمال أن يكون عقيما كوالده³¹.

المطلب الثاني: مدى تعارض الإستنساخ مع القانون :

الفرع الأول: موقف المواثيق الدولية و القانون المقارن من الإستنساخ :

أولا: موقف المواثيق الدولية من الإستنساخ: لقد اتخذت أغلب الاتفاقيات و المواثيق الدولية موقفا موحدا في تحريم الاستنساخ البشري ، إلا أنها اختلفت في درجة التحريم ، فمنها من نص على ضرورة حضر الاستنساخ البشري بكل أنواعه ، و منها من حرمه تحريما مقيدا .

فقد جاء عن جمعية الصحة العالمية في دورتها الواحدة و الخمسين المنعقدة عام 1998 أن : " التنسيل لأغراض استنساخ الأفراد أمر مرفوض من الناحية الأخلاقية، و يتعارض مع كرامة الإنسان و سلامته، غير أن هذه القرارات غير ملزمة للأعضاء"³².

و قد دعت الجمعية الطبية العالمية الأطباء و الباحثين إلى التوقف عن ممارسة الاستنساخ البشري إلى أن يتم تحليل المسائل العلمية، و الأخلاقية و القانونية بعمق من طرف الأطباء و المختصين خلال الجلسة العلمية، مع وضع الرقابة الضرورية على هذه الأبحاث"³³.

و قد جاء عن بعض المواثيق الدولية التحريم المقيّد للاستنساخ البشري، فقد دعا إعلان الأمم المتحدة بشأن الاستنساخ البشري "الدول الأعضاء إلى حظر جميع أشكال استنساخ البشر بقدر ما تتنافى مع كرامة البشرية و حماية الحياة الإنسانية"³⁴.

كما نصت المادة 6 من إعلان الأمم المتحدة بشأن مسؤوليات الأجيال الحاضرة تجاه الأجيال المقبلة: "يجب حماية المجين البشري و صون التنوع البيولوجي، مع الاحترام الكامل لكرامة الإنسان و حقوقه ، و ينبغي أن لا يتسبب التقدم العلمي و التكنولوجيا بأي شكل من الأشكال في الإضرار أو الإخلال ببقاء النوع البشري و غيره من الأنواع"³⁵.

ثانيا : موقف القانون المقارن من الإستنساخ :تذهب غالبية الدول إلى تحريم الإستنساخ البشري، إلا أن بعض الدول كبريطانيا و السويد و استراليا تذهب إلى جواز الإستنساخ العلاجي³⁶.

و بقيت معظم الدول كفرنسا³⁷ و الولايات المتحدة الأمريكية³⁸ متشددة و مانعة للاستنساخ البشري برمته .

الفرع الثاني : موقف القانون الجزائري من الاستنساخ :

لم يورد المشرع الجزائري نصا خاصا للاستنساخ، إلا أنه يفهم تحريمه و منعه للاستنساخ البشري على وجه الخصوص من استقراء نصوص قانونية كثيرة، منها ما ورد في المادة 34 من دستور 1996 إذ جاء فيها أنه : "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان.

و يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة." و إذا رجعنا إلى مدونة أخلاقيات الطب نجد المادة 35 منه أكثر المواد التي توضح منع المشرع للاستنساخ البشري بنصها أنه :

"لا يمكن ممارسة عمليات أخذ الأعضاء إلا حسب الحالات و الشروط المنصوص عليها في القانون"³⁹.

خاتمة :

من خلال ما ذكر يتبين أنه لا ينبغي أن يحمل الاستنساخ على العموم و الاستنساخ البشري على الخصوص محملا واحدا ، و أن يراعى ما يكون نافعا للبشر كالاستنساخ النباتي و الحيواني

و لا بد من التنبيه هنا أنه لا بد من إعادة النظر في الاستنساخ التوالدي الجنسي و الحيوي الثنائي بين الزوجين و الاستنساخ العلاجي، فإن إجازة التلقيح الإصطناعي يستلزم بالضرورة إجازة هذه الأنواع من الاستنساخ، و لم يلزم الشرع أنه لا بد من تلقيح البويضة بالمني دون غيره هذا من جهة، و من جهة أخرى لا بد أن يراعى في كل ما ذكر المصلحة المتوخاة من الاستنساخ و الموازنة بينها و بين المضار الناجمة عنه .

الهامش :

1- و الإستنساخ في اللغة الفرنسية يعبر عليه بلفظة (clonage) و يعني الوليد أو البرعم .

2- انظر، محمد بن منظور، لسان العرب، ط.1، ج.3، دار صادر، بيروت، دس، ص 61.

3- القرآن الكريم، سورة الجاثية، الآية.29

- 4- انظر، أبو الفداء بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج.12، ط.1، دار الفاروق الحديثة، القاهرة، 2000، ص. 366.
- 5- انظر، وهبة الزحيلي، الجوانب الإنسانية والأخلاقية والدينية في الاستنساخ جلد العلم والدين والأخلاق، ط.1، دار الفكر، دمشق، 1998، ص.117.
- 6- انظر، كمال محمد السعيد، الضوابط القانونية للإستنساخ، ط.1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص.24.
- 7- Le petit larousse illustré 2010, Paris, 2009, P.214.
- 8- الشرغوف هو فرخ الضفدع أو هو الضفدع في أطواره الأولى
- 9- M.L.Moinet, un siecle de manipulation, in science et vie, mai 1997, N°956, P.89-91.
- 10- انظر، شوقي زكريا الصلحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية دراسة مقارنة، ط.1، دار النهضة العربية، بيروت، 2001، ص.325.
- 11- انظر، سعد الدين مسعد هلال، الجانب الفقهي والتشريعي للإستنساخ دراسة فقهية مقارنة، مجلة روح القوانين، جامعة طنطا، كلية الحقوق، ع.18، ص.772.
- 12- انظر، أسامة محمود عبد الصمد، الأحكام المتعلقة بالأرحام في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون بالأزهر، القاهرة، 2006، ص.229.
- 13- انظر، عبد الهادي مصباح، الإستنساخ بين العلم والدين، الدار المصرية اللبنانية، مصدر، 1998، ص.28.
- 14- انظر، عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة الجزائر، د.س، ص.111.
- 15- انظر، عبد الرشيد قاسم، الإستنساخ، موسوعة الرد على المذاهب الفكرية المعاصرة، جمع وإعداد.علي بن نايف الشحوذ، ج.15، مكتبة صيد الفوائد، ث.86.
- 16- انظر، جيلالي تشوار، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والإستنساخ البشري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، ج.36، ع.4، 1998، ص.37.
- 17- انظر، محمد فريد الشافعي، الإستنساخ البشري بين أوهام الغرب وحقائق الإسلام دراسة في أحكام الفقه الإسلامي، دار البيان، مصر، 2003، ص.47.
- 18- عشوش كريم، المرجع السابق، ص.112.
- 19- الخلايا الجذعية هي تلك الخلايا التي لم تتحول بعد إلى أعضاء معينة، أي أنها غير متميزة، إلا أنه يوجد في نواتها الحمض النووي ADN، الذي يقوم بترميز المعلومات الجينية اللازمة لتمييزها في المستقبل مع نموها، فالخلايا الجذعية المرمزة لنسيج الجلد تتحول إلى نسيج حلدي، والخلايا الجذعية المرمزة لنسيج القلب تتحول إلى نسيج قلبي. انظر، خير الدين شامة، الإستنساخ، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، ع.2008، 6، ص.181.
- 20- ضحى العديبي، الأعمال الطبية المستحدثة والقانون دراسة مقارنة، بحث لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 2006، ص.41.
- 21- قرارات و توصيات مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره العاشر بجدة خلال الفترة من 23-28 صفر 1418 الموافق 28 حزيران (يونيو)

3- تموز (يوليو) 1997، ص.216.

- 22- عمر الأشقر ، قضايا طبية معاصرة ، بحث منشور في كتاب، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصر ، تأليف لجنة من الفقهاء، ج.2، ط.1، دار النفائس، الأردن، 2001، ص.119
- 23- القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية.29
- 24- القرآن الكريم، سورة لقمان، الآية.20
- 25- القرآن الكريم، سورة النحل، الآية.5
- 26- أنظر سعد الشترى، شرح المنظومة السعدية في القواعد الفقهية، ط.1 دار الحسن، الجزائر، 2010، ص.115
- 27- كمال محمد السعيد، المرجع السابق، ص.285
- 28- المقصود بالطريقتين هنا هما الإستنساخ الجنسي و الحيوي ، قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره العاشر بجدة، المرجع السابق
- 29- و لافقهاء الموافقون هم :محمد الأشقر و محمد شبير و عمر الأشقر و همام سعيد و فضل عباس. دراسات فقهية في قضايا طبية، المرجع السابق، ج.2، ص.173
- 30- علي عارف علي ،قضايا فقهية في الجينات البشرية من منظور إسلامي ، بحث منشور في كتاب. دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، المرجع السابق، ج.2، ص.754
- 31- انظر ،زبيدة إقروفة ،التلقيح الإصطناعي ،دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ،ط.1، دار الهدى، الجزائر ،2010، ص.36.
- 32- قرار منظمة الصحة العالمية ، الدورة.115. المؤرخ في 2004/12/16
- WWW.YAHOO.FR-33
- 34- انظر ، إعلان الامم المتحدة بشأن الإستنساخ البشري ،إعتمد و نشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 280/59 ،مارس 2005 ، في الدورة التاسعة و الخمسون ، البند 150، من جدول الأعمال، الجمعية العامة . 82
- 35- انظر، إعلان الامم المتحدة بشأن مسؤوليات الأجيال الحاضرة تجاه الأجيال المقبلة ،صدر يوم 1998/02/12 في سجلات المؤتمر العام ، الدورة.29، باريس، 21 أكتوبر- 12 نوفمبر 1998، ج.1- القرارات. منظمة الامم المتحدة للتربية و العلم و الثقافة، 1998، عن منظمة الامم المتحدة للتربية و الثقافة.
- 36- كمال محمد السعيد، المرجع السابق ، ص.313 ؛و انظر كذلك الموقع ،www.doh.UK و انظر أيضا ،
www.ashkra.com/news/view.phpLes députés français refusent le clonage thérapeutique, www.yahoo.fr/17-02-2002
- 37-La chambre des représentant interdit le clonage humain/le monde du /08/2001
- 38- و انظر كذلك المواد 7 و 17 و 18 ، من المرسوم التنفيذي .92-276، المؤرخ في 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.ع.52 المؤرخة في 08 يوليو 1992 .

القانون الواجب التطبيق على منازعات المواقع الإلكترونية في التشريع الجزائري



الدكتورة حسين نواراة / تيزا

كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو

مقدمة :

لقد أدى انطلاق عصر الثورة المعلوماتية و الرقمية التي شهدها العالم الى تطور هائل في عالم الإتصال و نقل المعلومات باستعمال الانترنت في أغلب المجالات لا سيما في التجارة الاليكترونية ، إذ أصبحت معظم الشركات التجارية و المؤسسات تلجأ الى الأنترنت للدعاية و لتسويق منتجاتها و عرض خدماتها على الزبائن في اطار ما يسمى بمواقع الانترنت ، بحيث المواقع تستغل لأغراض تجارية ، علمية ، فنية، أدبية ...و غيره . و قد أفرزت هذه التطورات اشكالات قانونية هامة لاسيما ما يتعلق منها بمسألة حماية حقوق الملكية الفكرية التي يتمتع بها مستغلي المواقع الاليكترونية باعتبارها عنصر من عناصر الملكية الفكرية⁽¹⁾ ، خاصة و أنه بمجرد التسجيل يحتكر المسجل اسم الموقع الاليكتروني ، و يمنع غيره من التسجيل بنفس الاسم.

و أمام التداول الكثير لعناصر الملكية الفكرية اليكترونيا ظهرت اعتداءات من نوع جديد على الحقوق عموما كالخق في الخصوصية ، و المعلوماتية و حقوق الملكية الفكرية المستغلة عبر شبكة الانترنت... و هي المسماة بالإعتداءات الاليكترونية أو الجرائم الاليكترونية ، الأمر الذي يتطلب التدخل السريع للمشرع بقوانين جديدة تنظمها و تستوعبها ، تكون قادرة على ردعها لحماية الحقوق التي تعتدي عليها بشكل فعال .
من خلال هذا المقال نتسائل عن المسائل القانونية المتعلقة بتسوية نزاعات المواقع الاليكترونية لاسيما القانون الواجب التطبيق عليها؟ .

¹ - لقد تطرقت منظمة التعاون الاقتصادي و التنمية عند تعريفها للتجارة الإليكترونية في تقريرها الذي صدر في سنة 1998 للمشاكل المتعلقة بحماية الموقع الاليكتروني و اسمه و عنوانه على الشبكة العالمية ، وكل حقوق الملكية الفكرية و القانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية التي تتم من خلالها .

-أنظر /خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الاليكتروني، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية ، 2011 ص 45.

المبحث الأول: مفهوم المواقع الاليكترونية عبر شبكة الانترنت:

أدى عصر التكنولوجيا الرقمية و الاليكترونية و المعلوماتية الى ظهور الدعائم الاليكترونية و أهمها " المواقع الاليكترونية " ، و هي من بين الحقوق التي تمنح أصحابها حق احتكار ملكيتها ، فبمجرد تسجيل اسم الموقع يمنع القانون الغير من الاعتداء عليه⁽¹⁾.

غير أنه بسبب حداثة جرائم الاعتداء على مواقع الانترنت جعل محل الاعتداء عليها غير واضح سواء من حيث دلالة أو مفهومه، رغم أن معظم الاعتداءات الاليكترونية تتم عن طريق التسلل الى المواقع التي يملكها الأشخاص أو الهيئات الحكومية أو العمومية بطريقة غير مشروعة على الشبكة العالمية، لإلحاق الضرر بالمعلومات السرية أو بحقوق الملكية الفكرية التي تنشأ من تسجيل الموقع ، أو التي يتم استغلالها عبر الموقع على الشبكة . لذلك قبل التطرق للقانون الواجب التطبيق على منازعات المواقع يجدر بنا توضيح المقصود بمواقع الانترنت .

المطلب الأول: تعريف المواقع الاليكترونية:

تعتبر المواقع الاليكترونية حقا من حقوق الملكية الفكرية⁽²⁾ ، تتخذها الحكومات ، الجامعات، المنظمات المعاهد العلمية، المكتبات الدولية، المراكز الطبية، الشركات التجارية، و الخواص كعناوين اليكترونية على شبكة الانترنت ، للوصول الى العملاء و المتعاملين معما من مختلف أنحاء العالم ، ويستطيع من خلالها المؤلف و المبتكر و الرسام و الموسيقي و التاجر...و غيرهم عرض مصنفااتهم الأدبية و الفنية أو ابتكاراتهم القابلة للاستغلال الصناعي أو سلعهم و خدماتهم على الجمهور، لكن يتطلب ذلك تسجيل الموقع باسم معين . فاسم الموقع عبارة عن عنوان فريد و مميز، يتكون من عدد من الأحرف الأبجدية و اللاتينية أو الأرقام التي يمكن بواسطتها الوصول الى الموقع على الانترنت ، ولا يستطيع أي مستخدم الدخول الى هذا الموقع الا عن طريق هذا الاسم.

فالموقع الإلكتروني أو كما يسمى بـ " نطاق الأنترنت " (Domaine name/ Nom de domaine)

لم يتم الإجماع على تعريفه، فهناك من يستند في تعريفه إلى المعيار الفني وهناك من يعتمد على المعيار الشكلي والآخر يستند إلى المعيار الوظيفي. فإذا اعتمدنا في تعريفه على المعيار الفني فالموقع الإلكتروني هو " مجرد تحويل أو نقل مجموعة من الأرقام في صورة حروف تشكل مصطلح تواءم اسم المشروع أو المنظمة". أما إذا اعتمدنا المعيار الشكلي فالموقع الإلكتروني يتكون من جزئين الجزء الثابت الذي يشير إلى البروتوكول المستخدم ويحدد أن الموقع يوجد على شبكة الاتصال العليا، الجزء المتغير الذي ينقسم بدوره إلى جزئين هما العنوان من الدرجة الأولى

1 - " الاعتداءات الاليكترونية ظاهرة معاصرة ظهرت في الدول العربية بدخول الانترنت ، تلحق الاضرار بأصحاب المواقع سواء لأنها تمس الحقوق الشخصية كالحق في السرية، و أخرى تمس بحقوق الملكية الفكرية و البعض الآخر يمس بالحقوق العامة للمؤسسات و الأجهزة الحكومية و هي كلها جرائم معلوماتية " .

- أنظر رضا متولي وهدان، النظام القانوني للعقد الاليكتروني ، دار الفكر و القانون ، القاهرة، 2008، ص 127.

2 - أنظر حكم محكمة باريس المؤرخ في 2000/10/18 ، و الذي كيفت فيه الموقع الرقمي على أنه حقا يصح أن يكون موضوعا للملكية ، أي الملكية المعنوية الفكرية و قابل للحماية .

والعنوان من الدرجة الثانية⁽¹⁾. ومثالا على ذلك موقع المنظمة العالمية للملكية الفكرية الذي هو على النحو التالي:
<http://www.wipo.int>

: جزء ثابت، و هو المستوى الثالث و اختصار للويب الواسع العالمي www.
 : إسم الموقع الإلكتروني من المستوى الثاني، و يتكون من مختصرات المنظمة wipo.
 : إسم الموقع الإلكتروني من المستوى الأول ، و يشير الى أن المنظمة غير ربحية⁽¹⁾ int.
 وفيما يخص التعريف المعتمد على المعيار الوظيفي، يرى أن الموقع يعد بديلا للعنوان البريدي الذي يحدد عنوان الشخص أو موقع الشركة على شبكة الأنترنت.
 ومن جهة أخرى يمكن تعريف المواقع الإلكترونية من الناحية القانونية أنها : "علامة تأخذ مظهر إندماج الأرقام والحروف بحيث يتولى هذا المظهر تحديد مكان الحاسوب أو موقعه أو صفحة عبر الأنترنت، وهو يتكون من ثلاثة مقاطع: المستوى العام أو العالمي الذي يتولى تحديد طبيعة الجهة التي يتم الإتصال معها، ومستوى ثان يتناول العلامة التجارية أو الإسم المختار، ومستوى ثالث يتناول تحديد خادم مضيف يتم التعامل معه".

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للمواقع الاليكترونية :

نقصد بتحديد الطبيعة القانونية للمواقع الاليكترونية كحق معنوي فكري له مقابل مالي ، تكييفها قانونيا أي الفصل فيما إذا كانت كانت عنصر من عناصر الملكية الصناعية أي علامة تجارية أو اسم تجاري، أو أنه حق من الحقوق الأدبية و الفنية التابعة للمؤلف ، و هذا بغرض تحديد نظام الحماية القانونية الذي نطبقها عليها في حالة تعرضها للاعتداء أي لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها .

في الواقع أنه في البداية عارض القضاء فكرة اعتبار الموقع حقا فكريا لأنه اعتبره مجرد لافتة إعلانية للمشروعات أو عنوان عادي ، لكن بعد ذلك تم شبه الإجماع على ما يخالف ذلك ، و كان أساس ذلك أنه إذا كنا نقبل حماية علامة الخدمة الخاصة بالهاتف فلا يوجد أي مانع قياسا من إصباغ الحماية على علامة الخدمة التي تشير إلى منتجات غير مادية و هي أسماء المواقع التي تعرض ألعاب الفيديو ، الأفلام السينمائية ، المقطوعات الموسيقية ، اللوحات الزيتية على شبكة الانترنت .

و حاليا يرى معظم الفقه أن " الموقع الاليكتروني مصنف متعدد الأغراض " ، Multimédia، يتم استخدامه من الشركات التجارية كعلامة تجارية لتمييز منتجاتها المعروضة للتسويق أو للدعاية عن غيرها على شبكة الانترنت ، أو كاسم تجاري أو شعار لجذب الجمهور ، كما يمكن أن يستغل كمصنف أدبي أو فني من المؤلفين عند عرض أفلامهم السينمائية أو لوحاتهم الزيتية أو ألعاب الفيديو ...و غيره، و في كل الحالات يختار صاحب الموقع العنوان الذي يريده في شكل علامة أو اسم تجاري أو مصنف بهدف تحديد هويته عبر الشبكة لكي يعرض ما يريد من سلعة أو خدمة عند إبرام العقد مع إحدى الشركات التي تقدم الخدمات على الشبكة، و بمجرد تسجيل اسم الموقع يحضرا بالحماية القانونية المقررة لحق الملكية الفكرية الذي يتضمنه ، و بالمقابل يترتب عن اختلاف الطبيعة القانونية للمواقع ما يلي:

- عند تسجيل الموقع كعلامة تجارية ، فلا يجوز للموقع أن يعتدي على علامة تجارية أخرى مسجلة على الانترنت أو على علامة تجارية أخرى مشهورة و إن لم تسجل على الانترنت .
- عند تسجيل الموقع كاسم تجاري لا يجوز أن يعتدي على اسم تجاري آخر مسجل على الانترنت أو غير مسجل لأن ذلك يشكل منافسة غير مشروعة .
- عند تسجيل الموقع كمصنف أدبي أو فني لا يجوز أن يعتدي على أي مصنف أدبي أو فني مسجل و يحميه القانون كاستعمال لوحة زيتية في الموقع دون الحصول على موافقة من صاحبها لأن ذلك الفعل يكيف على أنه جنحة تقليد .
- عند تسجيل الموقع الإلكتروني لا يجوز أن يعتدي على أي جانب من جوانب الحياة الخاصة للأفراد كاستعمال اسم كامل لشخص معين معروف دون الحصول على موافقة من صاحبها .

المطلب الثالث : تسجيل أسماء المواقع على شبكة الانترنت :

قد يعتقد البعض أن شبكة الانترنت تملكها دولة معينة أو منظمة دولية تقوم بإدارتها ، لكن في الواقع أن الشبكة لا يملكها أحد، و لا تخضع لهيمنة أي سلطة و لا لإدارة مركزية، و هي من حيث التشبيه تشبه شبكة الصيد البحري، لأنه لا توجد فيها نقطة مركزية ، بل إنها ترابط بين كل من أجهزة الحاسوب الحكومية التي تملكها مختلف شعوب العالم، و أجهزة الحاسوب التي تدار من قبل مئات الجامعات و الحكومات و المؤسسات التجارية الكبيرة مثل Microsoft، فلا يوجد من يسيطر على نشاط الانترنت ، فالانترنت أول مؤسسة عالمية لا تملكها أي حكومة. أما عن الخدمات الرئيسية فهي ملك لمقدم خدمة الانترنت ، و بالمقابل يتحمل عن خدماته المسؤولية القانونية التعاقدية أو التقصيرية.⁽¹⁾

أما عن تسيير الانترنت و إدارتها فيتم عن طريق عدة هيئات ، ففي المستوى الأعلى يوجد عدد من الهيئات التنظيمية مسئولة عن تكنولوجيا و هندسة و تصميم شبكة الانترنت، مثل شركة الانترنت المكلفة بتسجيل أسماء النطاق « ICANN » التي تتكون من فريق عمل خاص بتشغيل الشبكة، مهمتها تحديد نظام إدارة أسماء ملاك المواقع التي تنقسم إلى قسمين رئيسيين هما:

أولا : أسماء المواقع العليا المكونة من رموز الدول :

حيث يخصص لكل دولة من دول العالم رمزا خاصا بها يتكون من حرفين من إسم كل دولة، فمثلا تنتهي أسماء مواقع الجزائر بـ (Dz) وأسماء مواقع فرنسا بـ (Fr) وأسماء مواقع أمريكا بـ (US) ، ويوجد في الوقت الحاضر حوالي 244 إسم موقع عالي عام مكون من رموز الدول⁽²⁾.

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق ، ص 32.

² - عجة الجيلالي ، أزمامات حقوق الملكية الفكرية، دار الخلدونية، الجزائر، 2012 ، ص 96.

ثانيا: أسماء المواقع العليا العامة:

تختار هذه المواقع إما لطبيعة المنظمة أو نشاطها أو بصفة مستقلة أي بدون الأخذ في الاعتبار بلدها الأصلي ومنها: **aero** لمواقع صناعة الطيران، و **biz** لمواقع الأعمال، و **com** للتجارة، و **edu** للمواقع التعليمية، و **gov** للمواقع الحكومية ...

وتختلف الجهات التي تسجل لديها أسماء المواقع بحسب نوع الموقع المطلوب تسجيله، فبالنسبة لأسماء المواقع العليا المكونة من رموز الدول أو أسماء المواقع الوطنية فتختلف هذه الجهات بحسب الدولة التي يرغب بتسجيل اسم الموقع الوطني لديها، فكل بلد يختار الهيئة أو المؤسسة العمومية أو الخاصة المؤهلة لتسيير اسم الموقع المحلي، ففي الجزائر إن الهيئة المسؤولة على منح اسم الموقع على شكل "Dz" هو مركز البحث في الإعلام العلمي والتقني "CERIST"، وذلك منذ سنة 1999 حيث قام هذا المركز بإنشاء مصلحة تابعة له **nic.dz** مسؤولة على استقبال كافة الطلبات المتعلقة بتسجيل اسم الموقع (dz).

وبالنسبة لأسماء المواقع العليا العامة، فتدخل الجهات المسؤولة عن التسجيل في اتفاقية تسجيل مع منظمة منح الأسماء والأرقام على الأنترنت المعروفة باسم "الإيكان ICANN"، بحيث تتيح هذه الاتفاقية لهذه الجهات القيام بإدارة نظام التسجيل وخدم الأسماء.

وقد أصبح لأسماء المواقع قيمة مالية كبيرة، وعلى سبيل المثال فقد بيع اسم موقع **www.business.com** لشركة E **compagnies** بمبلغ 7.5 مليون دولار في عام 1999.⁽¹⁾

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على المواقع:

تعتبر مواقع الانترنت عنصرا جديدا من عناصر الملكية الفكرية⁽²⁾، و بما أن هذه الأخيرة تنقسم إلى عدة عناصر بعضها يدخل في نطاق حقوق المؤلف الأدبية والفنية والبعض الآخر في نطاق الحقوق التجارية والصناعية، فإن وسائل حمايتها والقانون الواجب التطبيق عليها لا يمكن تحديدهما إلا إذا تم تحديد الغرض الذي أريد تحقيقه من خلال إنشاء الموقع⁽³⁾. أي تحديد طبيعة الموقع كما سبق شرحه. فعند تسجيل الموقع كمصنف أدبي أو فني يتم حمايته عند تعرضه للاعتداءات بموجب قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة، وعند تسجيله كعلامة تجارية يتم حمايته بموجب قانون العلامة التجارية، وعند تسجيله كاسم تجاري فيطبق عليه قانون المنافسة غير مشروعة... وغيره.

1 - بوشعبه أمين، "تسوية المنازعات بين أسماء المواقع على الانترنت والعلامات التجارية المشهورة"، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص 106.

2 - "بظهور ثورة المعلوماتية توسعت عناصر حقوق الملكية الصناعية، إذ أضيفت إليها المواقع الإلكترونية، البرامج الإلكترونية و بنوك المعلومات". خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 36.

3 - "من المسائل القانونية التي أثارها شبكة الانترنت والتي يجب بحثها سعيا وراء وقف انتهاكها وحماية حقوق أصحابها الحقوق المعنوية كحق المؤلف والابتكار، العلامة التجارية وعلاقتها بأسماء المواقع على الانترنت".

أنظر - محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص 18-19.

المطلب الأول: حماية مواقع الانترنت بموجب قانون حق المؤلف:

يعتبر قانون حق المؤلف و الحقوق المجاورة القانون الذي يهتم بتنظيم و حماية المصنفات الادبية و الفنية و اخضاع المواقع الالكترونية لقواعده يعني أنها عبارة عن مصنفات في حد ذاتها أو أنها الركيزة و الدعامة التي يتم استغلال مصنف أدبي أو فني من خلالها، و في هذا المطلب نتطرق بالتفصيل الى فكرة خضوع المواقع لهذا القانون .

الفرع الأول: أساس حماية مواقع الانترنت بقانون حق المؤلف : تتحقق حماية حق المؤلف من خلال تلك الحقوق المتاحة للمؤلفين و المبدعين على مصنفاتهم الأدبية و الفنية التي تشمل جميع صور الابداع و الابتكار الفكري لذا نصت التشريعات الوطنية و حتى الدولية على قائمة بأنواع المصنفات القابلة للحماية و ذلك على سبيل المثال و ليس الحصر تاركا المجال مفتوحا لأي مصنف جديد قد يظهر مستقبلا ، أخذا بعين الاعتبار التطور العلمي و التكنولوجي الذي أدى الى تطوير المصنفات الادبية و الفنية ⁽¹⁾ ، و قد نصت المادة 04 من القانون رقم 05/03 المتضمن قانون حق المؤلف و الحقوق المجاورة ⁽²⁾ على قائمة المصنفات باستعمال مصطلح "على وجه الخصوص " للدلالة على أنها مذكورة على سبيل المثال لا الحصر كمايلي : " تعتبر على الخصوص من المصنفات المحمية الأدبية و الفنية مايلي...". و قد نصت كذلك المادة 03 من القانون نفسه على أنه : " يمنح كل صاحب إيداع أصلي لمصنف أدبي أو فني ... الحماية مهما يكن نوع المصنف و نمط تعبيره و درجة استحقاقه و وجهته، بمجرد ايداع المصنف سواء كان المصنف مثبنا أم لا بأية دعامة تسمح بإبلاغه للجمهور"، فمن خلال هذين النصين يتبين لنا أن نطاق الحماية التي يشملها قانون حق المؤلف و الحقوق المجاورة يمكن أن يشمل مواقع الانترنت التي يستغل في إطارها المؤلف مصنف من مصنفاته الفنية أو الأدبية، فالنص واضح عندما أدرج في نطاق الحماية كل أعمال الذهن أيا كان نوعها و طريقة التعبير عنها ، و هذا يعني أن المشرع يحمي المصنفات في كل أشكالها بغض النظر إذا كانت كتابة أو شفاهة بل و مهما كانت الركيزة التي تحتويها. أي يتم حماية كل المصنفات و حتى تلك التي تكون الركائز التي تحتويها مستحدثة و من نوع جديد دون الحاجة إلى تدخل تشريعي ليدخلها في طائفة الأعمال الإبداعية المستحقة للحماية بموجب قانون حق المؤلف و الحقوق المجاورة ، لأن المادة السابق الإشارة إليها تستوعبها طالما نصت على كل طرق التعبير عن المصنفات ، و عليه تجد حماية المواقع التي تستغل المصنفات عبر شبكة الانترنت مبررا قويا لحمايتها بقانون حق المؤلف و الحقوق المجاورة لأن " الموقع في هذه الحالة هو الركيزة التي تحتوي المصنف " أو بمفهوم آخر هو دعامة الالكترونية للمصنف .

و يقول الدكتور الجبوري في هذا الصدد ما يلي:" من يدخل إلى حاسوبه المرتبط بشبكة الأنترنت معلومات أو برامج بصورة كتابية أو فلما تصويريا أو مقطوعة موسيقية يستفيد من الحماية أيا كانت طريقة العرض "، فالمواقع أو بصفة عامة الانترنت ما هي إلا وسيلة للإتصال و للتعامل مع الجمهور.و لا يرد على الحق في الحماية القانونية بموجب قانون حق المؤلف و الحقوق المجاورة إلا قيد واحد يتمثل في الشروط اللازم توافرها للمطالبة بهذه الحماية و

¹ - بن عمر ياسين ، جرائم تقليد المصنفات الادبية و الفنية و آليات مكافحتها في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي ، جامعة ورقلة ، 2011 ، ص ص 10-11 .

² - أمر رقم 05-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة، ج ر عدد 44 مؤرخة في 23 جويلية 2003.

التي تتمثل في شروط حماية الموقع أيا كان الغرض من استغلاله من جهة ، و شروط حماية المصنف الأدبي أو الفني المستغل عبر الشبكة من جهة ثانية . الفرع الثاني: المقصود من إخضاع مواقع الأنترنت لقانون حق المؤلف : يقصد عموما بحماية مواقع الأنترنت المسجلة باسم المؤلف الذي يعرض مصنفاه الأدبية أو الفنية على شبكة الأنترنت بقانون حق المؤلف و الحقوق المجاورة السماح له في حالة الاعتداء على حقوقه المعنوية و الأدبية و حقوقه المادية المرتبطة بالمصنف باللجوء إلى قواعد قانون حق المؤلف للمطالبة بالحماية المقررة فيها ، و اللجوء إلى كل القواعد القانونية المعتمدة لحماية المصنفات لاسيما الاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذه الحقوق المعنوية الأدبية و الفنية ، بحيث تشمل هذه الحماية السماح لصاحب الموقع بالتخاذ كل الإجراءات التحفظية أو المطالبة بترتيب المسؤولية المدنية و الجزائية و ذلك حسب الحالة و حسب طبيعة و نوع الاعتداء الذي يتعرض له الموقع عبر الشبكة . فالمؤلف الذي يملك مصنفا يدخله في إطار شبكة الأنترنت على أحد المواقع التي يقوم بتسجيلها باسمه كعرض لوحة زيتية أو صور فوتوغرافية أو تسجيلات صوتية...يعد بحكم القانون مالكا له ، بحيث يستطيع في حالة تعرضه لأي شكل من أشكال الاعتداء كالسرقة، التقليد، أن يتخذ كل التدابير المقررة في قانون حق المؤلف و الحقوق المجاورة⁽¹⁾ . و المصنف من حيث المفهوم لا ينصرف فقط إلى المادة الملموسة في الخطوط و التماثيل أو اللوحات الزيتية وإنما هي الفكرة المدرجة في المحل الملموس و هي جوهر الإبداع الأدبي أو الفني لأنها الأساس الذي يقوم عليه المصنف أما المادة التي نفذت عليها المادة ما هي إلا وسيلة لنقله إلى الجمهور و قياسا لذلك على موضوعنا تصبح مواقع الأنترنت الوسيلة المستخدمة لعرض المصنفات على الجمهور ، و بهذه الصورة فإن حماية مواقع الأنترنت التي تستغل مصنفا أدبيا أو فنيا على شبكة الأنترنت بقانون حق المؤلف و الحقوق المجاورة ينتج عنه حماية الحق الأدبي و المالي للموقع المسجل كمصنف و في كل الأحوال لا يمكن الفصل بين حماية المصنف المستغل في الموقع وحماية الموقع في حد ذاته، لأن حماية الموقع تؤدي بالضرورة إلى عدم الاعتداء على محتوياته بما في ذلك المصنف .

أما عن مدة الحماية فإن القواعد التقليدية للملكية الأدبية و الفنية تقرر بأن الحق على المصنفات محل الحماية يمتد طيلة حياة المؤلف و 50 سنة بعد وفاته⁽²⁾ ، لكنها مدة غير معقولة بالنسبة للمصنفات المستغلة عبر شبكة الأنترنت المعروفة بالتجدد المستمر و التقدم السريع ، و المدة الطويلة في الحماية قد تشكل عقبة أمام الغير الذين يريدون التجديد و التحديث .

المطلب الثاني : حماية مواقع الأنترنت بموجب قانون حق العلامة .

الفرع الأول : أساس حماية مواقع الأنترنت بقانون العلامة :

أصبحت المواقع الإلكترونية في ظل التجارة الإلكترونية وسيلة لتحديد مصدر البضائع أو الخدمات، وعنصرا مميزا من عناصر المشروع التجاري و وسيلة غير مكلفة في الدعاية و التسويق ، لذلك غالبا ما يستغل الموقع كعلامة تجارية تساعد في تمييز المنتجات و الخدمات المعروضة على الشبكة عن غيرها.

و تطبيقا لتعريف اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية *Trips* للعلامة الوارد في المادة 10 على المواقع بالمفهوم السابق نجدها قابلة للإستغلال في صورة العلامة كما يلي : " تعتبر أي علامة أو مجموعة علامات تسمح بتمييز السلع والخدمات التي تنتجها المنشآت الأخرى صالحة لأن تكون علامة تجارية لاسيما الكلمات التي

¹ - الجبوري سليم عبد الله، الحماية القانونية لمعلومات شبكة الأنترنت ، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1 ، لبنان ، 2011 ، ص241 .

² - حدد الاتحاد الأوروبي في سنة 1996 هذه المدة ب 70 سنة بعد وفاة المؤلف .

تشمل أسماء شخصية وحروف وأرقاماً وأشكالاً ومجموعات ألوان ، وأي مزيج من هذه العلامات مؤهلة للتسجيل كعلامة تجارية". فمتى انطبق هذا التعريف على اسم الموقع الإلكتروني صح اعتباره علامة تجارية. و بالرجوع إلى القانون الجزائري ، فقد عرّف الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالعلامات، العلامة في المادة 1/2 كما يلي: " العلامات: كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لاسيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام والرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع أو توكيفها والألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره".⁽¹⁾، فالمرشع الجزائري من خلال هذا النص الأخير قد أكد على أنّ الأشكال التي تتخذ كعلامة تجارية في تطور مستمر ودائم، الأمر الذي جعله يسردها على سبيل المثال لا الحصر، لترك المجال مفتوحاً لتتخذ العلامة التجارية أشكالاً حتى إن لم يتم النص عليها صراحة⁽²⁾ فالمهم في العلامة أن يقصد من استخدامها تمييز سلعة أو خدمة شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره أي حتى وإن كانت في إطار الشبكة العنكبوتية . و عليه أصبحت لأسماء المواقع قيمة اقتصادية هامة تخول صاحبها ميزة تنافسية و طابعها التجاري لم يعد محل الشك طالما الموقع يمثل علامة تجارية ، لكن في المجال الإلكتروني يخضع تسجيل أسماء المواقع لمبدأ الأسبقية، لذلك نتج على هذا المبدأ العديد من المنازعات أغلب صورها تتمحور في تسجيل أسماء مواقع مطابقة أو مشابهة لأسم علامة تجارية مشهورة، الأمر الذي يؤدي إلى تظليل الجمهور و حرمان أصحاب الحقوق الأصلية من التمتع بحقوقهم.

الفرع الثاني : المقصود من إخضاع مواقع الأنترنت لقانون العلامة :

يقصد عموماً بحماية مواقع الأنترنت المسجلة كعلامة تجارية على شبكة الأنترنت بقانون العلامة هو تطبيق القوانين المقررة لحماية العلامات بصفة عامة أي علامة الخدمة - الصنع - والتجارية التي يتم تسجيلها لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية ، في حالة الاعتداء عليها بالتشبيه أو التقليد . و تطبيق كل القواعد القانونية المعتمدة لحماية العلامات ، لاسيما الاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذه الحقوق ، بحيث تشمل هذه الحماية السماح لصاحب الموقع باتخاذ كل الإجراءات التحفظية أو المطالبة بترتيب المسؤولية المدنية و الجزائية و ذلك حسب الحالة و حسب طبيعة و نوع الاعتداء الذي يتعرض له الموقع عبر الشبكة. وفي الواقع ليس هناك قانون محدد يتعلق بعلامات التجارة في المواقع الإلكترونية لذلك يجب اعتماد آليات الحماية القانونية التقليدية المعتمدة في قوانين الملكية ، خاصة ما يتعلق بالعلامة التجارية في هذا الإطار، بالتالي العودة إلى القواعد العامة التي ستطبق على العلامات التجارية التي توجد في المواقع الإلكترونية على شبكة الأنترنت.

وتطبيق القوانين التي كانت تطبق على العلامة المستغلة بالطرق التقليدية علة الموقع المستغل كعلامة يتحقق رغم أن الاعتداءات الإلكترونية أدت إلى تغيير في المفاهيم التقليدية للجرائم التي تقع على حقوق الملكية الفكرية عموماً ومنها جرائم المعلوماتية ، و ذلك من حيث وسائل ارتكابها أو الضرر الناتج عنها و حتى دلائل إثباتها، بل و حتى

¹ - أمر رقم 03-06 مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالعلامة، ج ر عدد 44، المؤرخة في 23 جويلية 2003.

² - VERKADE (D. W. F), De nouveaux types des marques, une contribution des pays des Benelux, éditions PIBD, 2001, N°715, p. 41.

جرائم الانترنت بصفة عامة تواجه مشكل طبيعة المال المحمي الأمر الذي أدى بالقضاء إلى الاستناد للنظم الوضعية و القوانين المقارنة المطبقة لحماية هذه الحقوق⁽¹⁾.

و لنؤكد على أن القانون الواجب التطبيق في النزاعات التي تنشأ بين المواقع المستغلة كعلامة تجارية و العلامات التجارية المشهورة هو قانون العلامة، نستدل بقضية Alta Vista التي عرضت على القضاء الفرنسي، هذا النزاع الذي نشب بسبب قيام شخص فرنسي بحجز اسم موقع Alta Vista.fr على الانترنت لدى الهيئة المكلفة بالتسجيل، لكن قبل أن يستغل الموقع، و هو مطابق لاسم موقع مشهور تستغله شركة INTERNET solution LTD في معظم دول العالم لكنها لا تملك العلامة في فرنسا، فرفعت الشركة دعوى أمام القضاء الفرنسي لتطلب الأمر بنقل اسم الموقع من الشخص الذي حجزه لصالحها لن هذا الحجز عرقل مصالحها لاسيما فتح موقع Alta Vista.fr على الانترنت عي فرنسا. فصدر الحكم بتاريخ 2000/01/28 لصالح الشركة منطوقه ما يلي: " عند اختيار أو حجز اسم موقع مطابق لاسم موقع أو علامة مشهورة دوليا في عالم الانترنت فان الشخص مسجل الموقع يعتبر متعسفا و ذلك بتسجيله اسم الموقع و حجزه و هذا التصرف يعد مصدر تشويش تجاري على الشركة المالكة للعلامة Alta Vista و المشهورة و المستغلة في العديد من الدول منها في أوروبا و القارة الأمريكية ". و بتحليل هذا الحكم فانه يشبه أحكام قانون العلامة الذي يحمي العلامات غير المسجلة التي تتمتع بشهرة عالية .

المطلب الثاني: حماية مواقع الانترنت بموجب قانون المنافسة غير المشروعة :

يعتبر الاسم التجاري ذلك الاسم الذي يعين بموجبه أي شخص طبيعي أو معنوي ما يستغله من مشروع أو محل تجاري، بقصد التعريف به في علاقاته بالزبائن، لذلك يستطيع أصحاب المواقع استغلال الأسماء التجارية بقصد التعريف به، وكل اسم تجاري تكتسب ملكيته بالاستعمال، و بالأشهر به حتى يكون حجة على الغير و بما أن أسماء النطاقات المواقع على درجة عالية من الانتشار بسبب استغلالهم على شبكة الانترنت. و الاسم التجاري حاله مثل أحوال حقوق الملكية الفكرية الأخرى يتعرض كذلك عن طريق تسجيل اسم النطاق أو الموقع بنفس التسمية، وفي هذه الحالة يعد التسجيل انتحالا للاسم التجاري سواء تحقق الاعتداء بنفس الاسم كاملا أي بشكل مطابق بحيث يخلق الخلط في ذهن الجمهور و التضليل حول خدمة أو سلعة تعرض على الشبكة و مشابهة لتلك التي يقدمها صاحب الاسم التجاري المعتدى عليه أو العكس تماما، أي أن يكون الاسم مسجلا مسبقا على الشبكة و تستغله شركة معينة تقدم خدمات أو سلع في نفس النشاط معتدية بذلك على الحقوق المترتبة عن استغلال الاسم عبر الشبكة في نطاق الموقع، بحيث الوضعية متشابهة في كلتا الحالتين و تشكل منافسة غير مشروعة الامر الذي يؤدي الى حماية الحقوق المعتدى عليها بموجب قانون « المنافسة غير المشروعة »⁽²⁾.

و في الواقع شهد القضاء عدة نزاعات من هذا النوع ومنها نذكر على سبيل المثال قضية شركة " Lumiservices " المسجلة في السجل التجاري بالاسم " Lumipharma " و المتخصصة في المواد الكهربائية و الاليكترونية الخاصة بالصيادلة التي اكتشفت أن أحد العاملين لديها سجل لحسابه اسم موقع " Lumipharma .com " دون الحصول على رخصة منها، بحيث حكمت المحكمة الابتدائية لمدينة مرسيليا بتاريخ 1998/12/18 بأن صاحب الموقع

¹ - رضا متولى وهدان، مرجع سابق، ص 146 .

² - عدنان ابراهيم سرحان، أسماء النطاق على الشبكة العالمية، مرجع سابق، ص 342-343 .

باعتباره استغل الاسم التجاري للشركة بحك معرفته الجيدة للشركة و زبائنها و أدى ذلك الى خلق اللبس في ذهن الجمهور و بالتالي هي منافسة غير مشروعة يتطلب الامر الغاء اسم الموقع و تغييره لحماية حقوق الشركة .⁽¹⁾

المطلب الثالث : حماية مواقع الاليكترونية بموجب القوانين المستحدثة :

كما و سبق قوله ، فقد أثر التطور العلمي على جوانب كثيرة من سلوكيات المجتمع بحيث تغيرت أنماط الحياة و تطورت بسبب ظهور الوسائل الاليكترونية للاتصال و الإعلام ، في البعض منها ايجابيا و في البعض الأخر سلبيا ، بحيث أصبحت وسائل كثيرة تتيح الاطلاع على المعلومات الخاصة للغير أو حتى نشر صورهم الشخصية دون الحصول على موافقتهم و التجسس على أسرارهم ، و المتاجرة بها في سبيل كسب الربح السريع ، كما أن الكثير من المواقع الاليكترونية تعتدي على حقوق الملكية الفكرية، فمجال مواقع الانترنت واسع وخطير في طبيعة الأفعال التي تنتهك الحقوق في شكلها العام ، خصوصا و أن النصوص القانونية لم تتناولها بصريح العبارة و لم تجرم الاعتداء الاليكتروني بنص خاص بها ، الأمر الذي لاق تعقيدات في مرحلة تحديد طبيعة الفعل القانونية أي التكييف القانوني للاعتداء الاليكتروني، و تحديد أركان الجريمة لترتيب العقاب المناسب للجاني الذي بدوره يشكل مشكلا أساسيا فيما يخص تحديد هويته . للتفصيل أكثر نتطرق لبعض النصوص القانونية التي صدرت لمواجهة الجرائم التي تقع على المواقع.

1- تطبيق قانون العقوبات على منازعات المواقع الاليكترونية :

ذهب بعض الفقه إلى أن القوانين الجنائية هي الميدان الحقيقي لتنظيم الحماية الجنائية للحقوق في شكلها المطلق، لأن حق الدولة في العقاب يحتاج إلى اتخاذ إجراءات معينة قد تنطوي على اعتداءات على حقوق الفرد بغض النظر عن مجال الاعتداء. لذا حاول المشرع الجزائري أن يتماشى مع ما هو معمول به في مجال محاربة الإجرام المعلوماتي و ذلك باستحداث نصوص تجرime لقمع الاعتداءات الواردة في إطار المواقع ، بموجب القانون رقم 15/04 المتضمن تعديل قانون العقوبات ، خاصة بسبب التزايد اللا متناهي للاعتداءات على الأنظمة المعلوماتية بتطور آليات الاتصال و ظهور مواقع الاليكترونية و الانترنت . و قد نصت المادة 303 مكرر من قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006⁽²⁾ على ما يلي " يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى 3 سنوات كل من تعمد المساس بجرمة الحياة الخاصة للأشخاص ، بأي تقنية كانت ... " .

و نص القانون رقم 15/04 المؤرخ في 10/11/2004 ، المتضمن تعديل قانون العقوبات في قسم " المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات "، في المادة 394 مكرر ما يلي: " يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة و بغرامة من 50000 إلى 100000 دج كل من يدخل أو يبقى عن طرق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية

-18- TGI Marseille , 18 décembre 1998 , Revue de droit informatique et des télécom, 1999 ,p64-

Disponible en ligne : <http://www.legalis.net/legalnet/judiciare/decision/ord-tgi181298.htm>

² 13 - القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006/ يتضمن تعديل قانون العقوبات ، ح ر عدد 84.

للمعطيات أو يحاول ذلك".⁽¹⁾ وذلك مهما كانت قاعدة المعلوماتية أو طبيعتها لذلك يمكن أن تندرج ضمن هذه الاعتداءات تلك التي تقع على المواقع الالكترونية خاصة بالنظر إلى بعض العقوبات التي تضمنها القانون السابق لاسيما غلق المواقع الالكترونية⁽²⁾ ، فالاعتداء على الحقوق بموجب نظام معالجة المعلومات أو البيانات دون تحديد طبيعة الحق يجعل كذلك الحقوق على المواقع الالكترونية موضوع حماية ، وهي جريمة كيفها المشرع الجزائي بالجنحة. وتقرير العقوبات الجزائية لجرائم المعلوماتية كجرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات و للجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الاتصال ، هي حماية فرضتها ظروف التطور التكنولوجي في مجال وسائل المراقبة والتصنت على الأحاديث الخاصة وتسجيلها إلكترونياً بشكل يهدد أسرار الحياة الخاصة، و قرصنة حقوق الملكية الفكرية، و تخريب المعلومات أو سرقتها، بغض النظر عن هوية المعتدى سواء أجهزة الدولة⁽³⁾ ، أو اعتداء الأفراد على حقوق غيرهم.

2- تطبيق قانون الصحافة على بعض جرائم المواقع الالكترونية :

تنص كل القوانين المتعلقة بالصحافة على أنه تمارس الصحافة مهمتها بحرية في تقديم الأخبار والمعلومات والتعليقات وتساهم في نشر الفكر والثقافة والعلوم في حدود القانون وفي إطار الحفاظ على الحريات والحقوق والواجبات العامة واحترام حرية الحياة الخاصة للآخرين وحرمتها، بحيث يلتزم كل صحفي بتحري الحقيقة والالتزام بالدقة والحيدة والموضوعية في عرض المادة الصحفية والامتناع عن نشر ما يتعارض مع مبادئ الحرية والمسؤولية الوطنية وحقوق الإنسان وقيم الأمة العربية والإسلامية، خاصة أن آداب مهنة الصحافة وأخلاقياتها ملزمة للصحفي وتشمل احترام الحريات العامة للآخرين وحفظ حقوقهم وعدم المساس بجرمة حياتهم الخاصة، و تنطبق هذه الأحكام على كل أنواع الصحافة حتى الصحافة الالكترونية التي تقدم

خدماتها عبر مواقع الانترنت⁽⁴⁾ . وقد نص المشرع الجزائي على نفس المبادئ في القانون العضوي رقم 05/12 المؤرخ في 2012/01/12 و يتعلق بالصحافة في المادة 2 : "يمارس نشاط الإعلام بحرية في إطار أحكام هذا القانون العضوي و التشريع و التنظيم المعمول بهما و في ظل احترام -الدستور وقوانين الجمهورية.

¹ - القانون رقم 15/04 المؤرخ في 2004/11/10 ، متضمن تعديل قانون العقوبات، ج ر عدد 71 .

² - نصت المادة 394 مكرر6 على أنه بالإضافة إلى العقوبة الحبس و الغرامة يحكم بالعقوبات التالية : "يحكم بمصادرة الأجهزة و البرامج و الوسائل المستخدمة مع إغلاق المواقع التي تكون محلا لجريمة من الجرائم المعاقب عليها وفقا لهذا القسم ، علاوة على إغلاق المحل أو مكان الاستغلال إذا كانت الجريمة قد ارتكبت بعلم مالكتها " .

³ 22- أنظر المادة 4 القانون رقم 04/09 المتعلق بالقواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام و الاتصال و مكافحتها التي أشارت إلى حالة مساس سلطات الدولة بحق الحياة الخاصة عند القيام بمهمة المراقبة لكشف ارتكاب جرائم المعلوماتية

23- تنص المادة 67 من قانون الصحافة على ما يلي " الصحافة الالكترونية هي كل خدمة اتصال مكتوب عبر الانترنت ..ينشر بصفة مهنية من قبل شخص طبيعي أو معنوي يخضع للقانون الجزائي، أما نشاط الصحافة المكتوبة عبر الانترنت كل إنتاج موجه إلى الصالح العام و يتكون من أخبار لها صلة بالأحداث ..في حين خدمة السمعى البصري عبر الانترنت هي خدمة اتصال مثل (واب-تلفزيون) و (واب- إذاعة) موجهة للجمهور أو فئة منه يحتوي أخبار ذات صلة بالأحداث.

- الدين الإسلامي و باقي الأديان .

- الهوية الوطنية و القيم الثقافية للمجتمع...

- حق المواطن في إعلام كامل و موضوعي

- سرية التحقيق القضائي.

- كرامة الإنسان و الحريات الفردية و الجماعية" ⁽¹⁾ ، و هو نص عام و واضح فيما يتعلق بالحماية المضمونة للحقوق التي تتعرض للانتهاك عبر مواقع الانترنت من طرف المقالات الصحفية لذلك نصت المادة 115 من نفس القانون على أنه : "يتحمل المدير مسؤول النشرية أو مدير جهاز الصحافة الاليكترونية ، وكذا صاحب الكتابة أو الرسم مسؤولية كل كتابة أو رسم يتم نشرهما من طرف نشرية دورية أو صحافة اليكترونية ، و يتحمل مدير خدمة الاتصال السمعي البصري أو عبر الانترنت و صاحب الخبر الذي تم بثه المسؤولية عن الخبر السمعي و أو البصري المبت من قبل خدمة الاتصال السمعي البصري أو عبر الانترنت " . و هي مسؤولية جزائية لأن قانون الصحافة نص على أن كل الاعتداءات التي سبق الإشارة إليها تكيف بالجنحة ، غير أنه حدد مدة 6 أشهر لتقدم الدعوى العمومية و المدنية المتعلقة بالجنح المرتكبة عن طريق الصحافة الاليكترونية تحسب من تاريخ ارتكابها .

-3- تطبيق قانون الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الاتصال.

نص القانون رقم 04/09 المتعلق بالقواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الاتصال و مكافحتها في المادة 4 على أنه : "يمكن القيام بعمليات المراقبة المنصوص عليها في المادة 3 ... للوقاية من الأفعال الموصوفة بجرائم الإرهاب و التخريب أو الجرائم الماسة بأمن الدولة ، في حالة توافر معلومات عن احتمال اعتداء على منظومة معلوماتية... و ذلك تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات ، بالنسبة للمساس بالحياة الخاصة للغير" ⁽²⁾ . و المقصود من النص أن القانون يخول لبعض السلطات المختصة بالقيام بعمليات المراقبة لكل الاتصالات الاليكترونية⁽³⁾ ، بهدف الوقاية من الأفعال الموصوفة بجرائم الإرهاب و التخريب أو الجرائم الماسة بأمن الدولة إذا تلقوا معلومات عن احتمال اعتداء على منظومة معلوماتية لكن في حدود ما يسمح به القانون لاسيما احترام و عدم المساس بالحياة الخاصة للأفراد ، تحت طائلة تعرضهم للعقوبات المقررة في قانون العقوبات الجزائري عن جنحة المساس بالحق في الحياة الخاصة .

-4- قابلية القانون المدني للتطبيق :

ترتيباً على الأهمية الدستورية لحماية الحقوق عموماً سارع المشرع ونص على أنه لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر في المادة 124 من التقنين المدني الجزائري " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء يسبب ضرراً للغير يلزم من كان

¹ - قانون عضوي رقم 05/12 ، مؤرخ في 2012/01/12 ، يتعلق بالصحافة ، مرجع سابق .

² - قانون رقم 04/09 ، مؤرخ في 2009/08/05 ، يتضمن القواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الاتصال و مكافحتها ، ج ر عدد 47 مؤرخة في 2009/08/16 .

³ - عرفت المادة 2 من القانون السابق للاتصالات الاليكترونية أنها "...إرسال أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات مختلفة بواسطة أي وسيلة اليكترونية " ، مثل الهواتف الخليوية و مواقع الانترنت .

سببا في حدوثه بالتعويض " وقد جاء هذا النص عاماً وشاملاً لأي اعتداء يقع على أي حق من الحقوق الملازمة للشخصية بما فيها الحق في الحياة الخاصة و في الحقوق الفكرية ... وقد أورد هذا النص مبدأ مهماً هو حق من وقع الاعتداء عليه في التعويض عما لحقه من ضرر فالمسؤولية المدنية ترتب الحق في الحكم بالتعويض. " فالفعل الضار هو أساس المسؤولية "، و هو الركن الأساسي الذي يؤسس عليه الحق في رفع الدعوى القضائية عن الاعتداءات الاليكترونية التي تمس بالحياة الخاصة على شبكة الانترنت، و هو عنصر متحول و صعب التحديد في الجرائم التي تقع على المواقع الاليكترونية لما تشكله من صعوبات في الإثبات، و في تحديد هوية المعتدي. و في هذه المسألة المشرع الجزائري حذا حذو المشرع الفرنسي الذي أقام المسؤولية عن الفعل الاليكتروني الشخصي على أساس الخطأ الواجب الإثبات فلا يكفي أن يحدث الضرر الذي يمس أي حق كان بل يجب أن يكون ذلك الفعل الاليكتروني قد وصل إلى درجة الخطأ الذي يشكل اعتداء قابل للإثبات و إن وقع على الشبكة، لذلك يصبح القانون المدني صعب التطبيق على أنواع كثيرة من الجرائم الاليكترونية التي تتسم بالحدائثة و التعقيد .

خاتمة :

من خلال استقراء النصوص القانونية نجد بان المشرع الجزائري يحاول جاهدا وضع نوع من التوازن ما بين الحق في الحماية في شكلها المطلق ضد كل انتهاك واعتداء يقع على حقوق الأفراد، و الحق في التفتح على تكنولوجيات الإعلام والاتصال على شبكات الانترنت و المواقع الاليكترونية، ونجد بان تطبيق و تفعيل النصوص المتقدم ذكرها أمر كافي للحماية من الاعتداءات التي تمس هذه الحقوق مقارنة مع ما وصلت إليه مسألة التطور التكنولوجي و الرقمي و الانترنت في الجزائر مقارنة مع الدول الأخرى على الأقل في السنوات القليلة المقبلة . و أن مسألة تسوية النزاعات التي تثور عبر شبكة الانترنت أي المواقع الاليكترونية و بالأحرى مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها يتبين من تحديد الطبيعة القانونية للموقع و نطاق استغلاله أو الغرض من استغلاله من جهة ، أو عن طريق النظر في طبيعة الحق القانوني المحمي و المعتدى عليه عبر الشبكة ، لذا تبقى لدى القاضي الناظر في النزاع السلطة التقديرية في تحديد طبيعة النزاع و القانون الواجب التطبيق ، لاسيما بسبب نقص النصوص القانونية الخاصة لمثل هذه النزاعات أو حدائتها .

الطبيعة القانونية للوديعة النقدية المصرفية وموقف المشرع الجزائري



الأستاذ : فرحي محمد باحث دكتوراه

تخصص : قانون الأعمال المقارن

جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان-الجزائر

الإيداع النقدي لدى البنوك عقد قديم الاستعمال، وهذا ما تدل عليه النصوص اليونانية والرومانية¹، بحيث كان بإمكان الصيرافة في القرون الوسطى تلقي الأموال من المودعين مع إمكانية تصرفهم فيها استناداً لموافقة ضمنية من قبلهم.

وكان للحاجة الماسة للتعامل بالنقود وما يتضمنه هذا التعامل من مخاطر بالنسبة لأطرافه أثره الإيجابي على تطوير العمليات المصرفية عموماً وعمليات الإيداع بصفة خاصة، كونها كانت ولا زالت تشكل المصدر الأساسي لأموال البنك وشريان الحياة بالنسبة له.

هذه العمليات أوردتها المادة 66² من الأمر 03-11³ الصادر بتاريخ 2003/08/27 المتعلق بالنقد والقرض، ثم عرّفت المادة الموالية الأموال المتلقاة من الجمهور بأنها: "... الأموال التي يتم تلقيها من الغير لا سيما في شكل ودائع مع حق استعمالها لحساب من تلقاها، بشرط إعادتها..."⁴.

¹ أنظر في التطور التاريخي لعقد الوديعة النقدية: ج. زبير و ر. رولبو، ترجمة علي مقلد، المطول في القانون التجاري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص. 548-459.

² وهي نفس محتوى المادة 110 من الأمر 90-10 الصادر بتاريخ 14-04-1990 (الملغى) باستثناء مصطلح "الأعمال المصرفية" الوارد في هذا الأخير والمستبدل بمصطلح "العمليات المصرفية" في الأمر 03-11، و بالرجوع للنصين باللغة الفرنسية يعتبر المشرع صائبا في تعديله.

³ الأمر 03-11 المؤرخ في 26-08-2003، المتعلق بالنقد والقرض، ج. ر العدد 52، المؤرخ في 27-08-2003، المعدل والمتمم بموجب الأمر 10-04 المؤرخ في 26-08-2010، ج. ر العدد 50 المؤرخ في الفاتح سبتمبر 2010.

⁴ تقابلها المادة 111 من القانون 90-10 المتعلق بالنقد و القرض (الملغى) بدون تغيير.

ومن خلال هذه الصياغة يتّضح أن مدلول عبارة " الأموال المتلقاة من الجمهور " واسع يؤدي إلى إدخال عدد كبير من العمليات تحت غطاءه¹، على أن تتوفر في هذه الأموال الشروط التالية :

- 1- أن يتلقى البنك الأموال من الغير: ويؤخذ الغير بمفهومه الواسع، وهو كل شخص ما عدا البنك.
- 2- أن تذهب إرادة الأطراف أي البنك والغير إلى استعمال الأموال لحساب البنك.
- 3- أن يلتزم البنك بردّ القيمة العددية للأموال التي استعمالها وفقاً لشروط العقد أو الاتفاق.

وعليه يمكن تعريف الإيداع النقدي بأنه العقد الذي يتم بين الزبون المودع والبنك المودع لديه، يضع بموجبه العميل مبلغاً نقدياً لدى البنك، ويترتب على هذا العقد الذي يخول البنك ملكية النقود المودعة لديه والتصرف فيها لحسابه الخاص، التزام البنك بردّ القدر العددي للنقود المودعة لديه في الميعاد المحدد حسب الاتفاق، والذي قد يكون عند الطلب أو بعد أجل معين أو بشرط إخطار سابق².

ورغم البنية العقدية لعملية الإيداع النقدي لدى البنوك بقيت مسألة تكييف العقد تشكل محطه لجدل فقهي واسع لدى الفقه والقضاء، قديماً وحديثاً، تتجاذبه فكرتان رئيسيتان هما الحفظ أو الاستثمار، فهل تكفيان لتحديد طبيعته؟ وما هو الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري من بين هذه الآراء؟

المطلب الأول: الإيداع النقدي ما بين فكرتي الاستثمار والحفظ.

قبل التطرق لهاتين الفكرتين، كان من الضروري استبعاد ما ذهب إليه بعض الشراح من إعتبار عقد الوديعة النقدية أقرب إلى عقد الإيجار، تأسيساً على أن البنك يقصد استغلال الودائع، ويملك هذا الاستغلال بموجب عقد الوديعة في مقابل عوض هو العائد³ - أي الفائدة - و مناط هذا الإستبعاد هو أن الإيجار عقد يمكن بمقتضاه للمستأجر الإنتفاع بالشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم، في حين أن ما يدفعه البنك للعميل مقابل إستعماله الأموال المودعة لديه تسمى الفائدة، وهي ليست من مستلزمات عقد الوديعة النقدية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الصورة الغالبة للوديعة النقدية أن تكون واجبة الردّ بمجرد الطلب، أي دون تحديد مسبق لتاريخ الردّ، في حين أن عقد الإيجار عقد محدد المدة.

كما لا يمكن إعتبار الوديعة النقدية من قبيل الوكالة أو الإنابة طالما تُعرّف المادة 571 من القانون المدني⁴ هذه الأخيرة بأنها: "...عقد يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شئى لحساب الموكل و باسمه". كما تقضي المادة 578⁵ من نفس القانون بعدم جواز استعمال الوكيل مال موكله لصالح نفسه.

وبالتالي نعود للآراء الفقهية التي سبق الإشارة إليها وذلك كما يلي :

¹ Voir en se sens : J.P.DESCHAMEL, Droit bancaire, l'institution bancaire, Dalloz, France, 1995, p. 28.

² أنظر في صور الودائع النقدية: فائق محمود الشماع، الإيداع المصرفي، الجزء الأول، الإيداع النقدي، دراسة قانونية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص. 39 وما بعدها؛ الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، " دراسة في طرق استخدام النقود من طرف البنوك مع إشارة إلى التجربة الجزائرية"، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص. 26 وما بعدها؛ ... وغيرهم.

³ محمد علي محمد أحمد البناء، القرض المصرفي دراسة تاريخية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الكتاب العلمية، لبنان، 2006، ص. 461.

⁴ الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج. ر العدد 78، المؤرخ في 30 سبتمبر 1975.

⁵ المادة 578 من القانون المدني: "لا يجوز للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه".

الفرع الأول: فكرة الحفظ كأساس لتكييف عقد الإيداع النقدي:

رغم إتفاق دعاة هذا الإتجاه على أن الغرض من الإيداع النقدي لدى البنوك هو حفظ الأموال المودعة، إلا أنهم انقسموا إلى اتجاهين:

أولاً. الإيداع النقدي لدى البنوك عقد وديعة عادية:

أبرز المتمسكين بهذا الرأي الفقيه الفرنسي G. Ripert، إذ يُعَلب فكرة الحفظ ويرى فيها الهدف الحقيقي من عملية إيداع النقود لدى البنك¹.

ولما كان البنك في عقد إيداع النقود يقوم بإستغلال الأموال المودعة لديه، فإنه يُقدم للمودع فائدة هي بمثابة تعويض لقاء ما كسبه من إستغلال لأمواله، وهذا ما يتجلى بوضوح في الوديعة لأجل إذ يُقبل المودع على إيداع أمواله بقصد حفظها واستردادها وقت الطلب، و ذلك رغم إنتقال ملكية النقود المودعة للبنك، لأن الغرض من التعاقد هو حفظ الأموال لحساب الزبون.

لكن سرعان ما يُقر الفقيه بأنّ ما قدّمه ليس له إلا قيمة نظرية فقط على أساس استحالة إعمال القواعد الخاصة بعقد الوديعة العادية على الوديعة النقدية، من ذلك مثلاً عدم جواز خضوع الشيء المودع للمقاصة طبقاً للقواعد العامة²، في حين أن المستقر عليه وقوعها- أي المقاصة - بين ما يودعه العميل وما يترتب في ذمته من ديون للبنك، كما أن ضمان البنك للأموال المودعة يُختلف عن ضمان المودع لديه في الوديعة العادية، إذ يمتدُّ إلى تلف المال ولو بقوة قاهرة، بالإضافة إلى ذلك فإن البنك المودع لديه لا يلتزم بعدم خلط الوديعة بأمواله الأخرى³.

ويؤكد هذا التباين بالنسبة للمشرع الجزائري مقارنة المادتين 591 من القانون المدني والمادة 67 في فقرتها الأولى من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، إذ تقضي الأولى بأنه: " على المودع لديه أن يتسلم الوديعة.

وليس له أن يستعملها دون أن يأذن له المودع في ذلك صراحة أو ضمناً"، بينما تنص المادة الثانية بأنه: " تعتبر أموالاً متلقاة من الجمهور الأموال التي يتم تلقيها من الغير لا سيما في شكل ودائع، مع حق إستعمالها لحساب من تلقاها، بشرط إعادتها".

¹ « Or la personne qui dépose des fonds en banque ne propose essentiellement de se décharger sur une autre de la garde de ses fonds si elle en remet l'usage au banquier, c'est que cette usage ne peu détériorer la chose et que la restitution a l'identique et pour elle la seul exigence » G. RIPERT et R. ROBLOT par: Ph. DELBEQUE et M. GERMAIN, Traité de droit commercial, T 2, 17^{ème} édition, L.G.D. J., 2004, p. 303.

² المادة 299 من القانون المدني: " تقع المقاصة مهما اختلفت مصادر الديون فيما عدا الحالات التالية...

- إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً للإستعمال وكان مطلوباً رده، ... "

³ محمد علي محمد أحمد البناء، المرجع السابق، ص. 459.

ورغم تلاقي العقدين في عنصر الإلتزام بالرد، يبقى الإلتزام الأساسي في عقد الوديعة العادية هو الإلتزام بالحفظ¹، في حين لا يلتزم البنك سوى بأن يردّ للمودع مقدار ما أودعه.

ونظراً للاختلافات الجوهرية بين العقدين فإن أغلب الفقه² لا يجد مناص من التمييز بينهما.

ثانياً. الوديعة النقدية عقد وديعة ناقصة :

بالرغم من المهجران الذي لاقته فكرة وصف الإيداع النقدي بأنه عقد وديعة كاملة، حاول بعض الفقهاء متمسكين بفكرة الحفظ كأساس لتكييفه، عدم إخراجها من نطاق الوديعة فوصف بأنه عقد وديعة ناقصة³.

والتسليم بهذا الرأي يعني إخضاع الإيداع النقدي للأحكام المنظمة للوديعة العادية، باستثناء ما تعلق منها بانتقال ملكية الأموال المودعة للبنك، ما ينجر عنه إمكانية تمسك هذا الأخير بالمقاصة، وكذا اعتباره ضامناً للوديعة ولو هلكت بقوة قاهرة، لأن هلاك المال على صاحبه وفق ما تقضي به القواعد العامة.

ولما كان الإلتزام بالحفظ يمثل جوهر عقد الوديعة كاملة كانت أو ناقصة، فإن الإلتزام بالحفظ يفرض في هذه الأخيرة على المودع لديه أن يحتفظ دائماً بشيء مماثل لما تمّ إيداعه كي يتمكن من رده عند الطلب. لكن واقع البنوك يقضي بخلاف ذلك، حيث أن خبرتها في مجال تجارة الأموال تمكنها من استثمار الأموال المودعة لديها مع الإحتفاض بقدر معين من الأموال لسدّ الطلبات اليومية للمودعين دون أن تُلزم بحفظ مقدار ما تمّ إيداعه لديها.

وحقيقة الأمر أن القول بحرية المودع لديه في التصرف بوديعة يسقط الإلتزام بالحفظ أصلاً، وهذا ما يدركه طرفاً العقد مسبقاً، وبانتفاء الإلتزام بالحفظ في الإيداع النقدي يرى الفقه الغالب عدم جدوى هذا التكييف خاصة وأن أغلب التشريعات المقارنة جاءت خالية من هذه التسمية ومن أحكامها⁴.

الفرع الثاني. فكرة الاستثمار كأساس لتكييف عقد الإيداع النقدي :

يذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن الوديعة الناقصة تحتلط اختلاطاً تاماً بالقرض⁵، وأن التمييز بينهما يقتضي الرجوع إلى نية المودع، فإذا ثبت أن الغرض الأساسي من التعاقد هو الحفظ كان العقد وديعة ولو تقاضى الزبون فائدة، أما إذا سعى من التعاقد الحصول على فائدة فالعقد قرض ولو لم يتقاضاها.

¹ قضية رقم 128623، بين التعاونية ن(م) و بنك التنمية المحلية، قرار بتاريخ 10/04/1994، المجلة القضائية 1996، العدد 01، ص. 154-156.

² أنظر في هذا الخصوص: عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك في ضوء الفقه، القضاء، التشريع، وصيغ العقود والدعاوى التجارية وفقاً لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، منشأة المعارف، مصر، 2006، ص. 58؛ سميحة القليوبي، الموجز في القانون التجاري، عمليات البنوك، العقود التجارية، دار النهضة العربية، مصر، 1978، ص. 235، ... وغيرهم.

³ « C'est un contrat par lequel les parties ont convenu que le dépositaire restituerait, non pas l'objet même du dépôt, mais une chose semblable. Par cette technique, le dépositaire obtient l'usage de la chose déposée, ce qui est inhabituel en matière de dépôt... ». J. J. BARBER, Contrats civils, commerciaux, Masson éditeur, 1995, p. 119.

⁴ محمد علي محمد أحمد البنا، المرجع السابق، ص. 439.

⁵ أنظر في هذا المعنى: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، المجلد 1، ص. 758.

ولما كان البنك بموجب عقد الوديعة يتمتع بجرية استعمال الأموال المودعة لديه لحسابه الخاص على أن يصبح لدينا برّدٍ مثلها، رأى الفقه الغالب أن فكرة الاستغلال والاستثمار هي التي تلقي بظلالها على العقد، و بالتالي تتجه به ناحية عقد القرض. و هي فكرة لاقت قبولا لدى بعض الفقه¹ و القضاء²، ولدى بعض التشريعات³ المقارنة أيضاً.

ويرى مؤيدوا هذا الاتجاه أن تعريف القرض ينسجم وعقد الإيداع النقدي من حيث أن الزبون يمثل المقرض، فيلتزم بنقل ملكية مبلغ من النقود إلى البنك في دور المقترض، على أن يرّد إليه المقترض عند نهاية القرض مثله في مقداره دون أن يقع على عاتقه أي التزام بالحفظ، كما يمكنه أن يتمسك بالمقاصة بين طلب الاسترداد وما يكون له من حقوق قبل المودع.

وإذا كان اعتبار الوديعة النقدية عقد قرض لا يثير اعتراضاً متى كانت مصحوبة بأجل، فإن الأمر ليس على إطلاقه في حالة الوديعة لدى الطلب. إذ يرى البعض أن العقد في هذه الحالة يميل نحو الوديعة لأن الرد بمجرد الطلب يمنع البنك من استخدام النقود، مما يقابله عدم دفع فائدة للزبون. في حين لا يؤثر هذا الوصف لدى فقهاء آخرين على اعتبار العقد قرض ذلك أن الفائدة ليست من مستلزمات عقد القرض، وإن كانت من طبيعته⁴. وليس في الاعتبارات القانونية ما يحول دون إبرام القرض على أن يكون مستحق الأداء عند الطلب⁵.

والواقع أن مشاهير القانون التجاري يرفضون هذا الرأي ويأخذون عليه تعارضه مع وجوب تكييف العقد وفق الإرادة المشتركة للطرفين. إذ لم تتصرف إرادة الزبون إلى تقديم قرض للبنك، بل يكفي ما يحصل عليه من أمن وطمأنينة من إيداع أمواله لدى البنك، خاصة في الودائع لأجل.

وبالمقابل لم تتجه إرادة البنك إلى الإقراض من العميل لأن الغالب أن يلجأ المقترض بنفسه للتفتيش عن مقرضين بينما يلجأ المودع إلى الإيداع ساعة يشاء دون أي طلب أو دعوة من المصرف⁶.

المطلب الثاني. فكرة الاستعمال المطمئن للنقود وموقف المشرع الجزائري من الآراء الفقهية :

اعتمد الفقه الكلاسيكي في محاولة لوضع عقد الوديعة النقدية في إحدى خانات القانون المدني على فكري الوديعة والقرض، وذلك من خلال البحث عن إرادة الأطراف المتعاقدة، فيعيب على فكرة الوديعة عدم التزام البنك برّد ذات النقود المودعة، وغلبت فكرة القرض على اعتبار أن البنك يقترض الأموال لاستعمالها لحسابه الخاص. لكن يبقى أن تملك البنك للنقود ليس تملكاً حقيقياً، إذ يستطيع الزبون استعمال أمواله كما لو كان حائزاً لها، من خلال إصدار شيكات على الحساب، أو إصدار أمر للبنك بإجراء عمليات نقل مصرفي. من هنا كان

¹ يساند هذا الاتجاه كل من: بسام حمد الطراونة وباسم محمد ملحم، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص. 406؛ أنطوان ناشف و خليل الهندي، العمليات المصرفية والسوق المالية، الجزء الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 1997، ص. 72؛ مراد منير فهيم، القانون التجاري...، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1989، ص. 256-257؛... وغيرهم.

² Cass 15 mai 1945, 5. 1946, 1.1. Cass. Req. 25 juille. 1938. Gas. Pal. 1938. 2. 684.

³ المادة 196 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، المادة 726 من القانون المدني المصري، المادة 223 من القانون المدني الليبي.

⁴ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص. 73.

⁵ عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الجزء الثاني، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة، الأردن، 2007، ص. 73.

⁶ إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، عمليات المصارف، الجزء الثالث، عويدات للطباعة والنشر، بيروت، 1999، ص. 355.

من الضروري البحث عن أساس آخر لهذا العقد. وبالتالي ما الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري من هذه الآراء الفقهية؟

الفرع الأول. الوديعة النقدية عقد من نوع خاص :

أمام التباين في القرارات القضائية والآراء الفقهية بشأن الوديعة النقدية، على أساس انجذابها نحو عقد الوديعة العادية تارة، وغلبت خصائص عقد القرض تارة أخرى، يرى بعض الفقه¹ أنه من الأجدر اعتباره عقدا ذو طبيعة خاصة نشأ في بيئة تجارية محضة، فاستمد منها مميزات أضفت عليه إطارا قانونيا مختلفا عن بقية العقود المسماة.

فليس من الصائب التسليم بأنه مجرد صورة شاذة لعقد آخر مسمى، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تعارف الناس على تسميته "عقد الوديعة النقدية" دليل على عدم حاجته لانضواء تحت عقد آخر، زد على ذلك خصائصه، إذ يمتلك البنك النقود المودعة لديه ولا يُعتبر مع ذلك خائنا للأمانة، إضافة إلى تمسكه بالمقاصة في مواجهة الزبون وبالمقابل يكون البنك مسؤولا عن ردّ المبالغ ولو هلكت بقوة قاهرة.

وعليه فإنه من الأجدر في نظر بعض الفقهاء عدم اعتباره عالة على غيره من صور العقود المعروفة في القانون المدني²، وبالتالي التسليم بكونه عقد وديعة نقدية مصرفية له ذاتيته الخاصة، لأن منبته كان في بيئة تجارية تحكمها قواعد العرف المصرفي.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من الآراء الفقيه :

بالنسبة للمشرع الجزائري يمكن القول بأنه اقتضى أثر نظيره الفرنسي من حيث تحاشي اعتماد مواد ينظم بموجبها عقد الإيداع النقدي، واكتفى بإعطاء وصف للعمليات التي تشكل موارد مالية للبنك وذلك بموجب المادة 67 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

ومع ذلك فإن محاولة إعطاء تعريف لعقد الوديعة النقدية³ بمراجعة نص المادة السالفة الذكر لن يختلف على ما جاء في نص المادة 598⁴ من القانون المدني، والتي تحيل بدورها إلى الأحكام الواردة في الفصل السابع، أي المواد من 450 إلى 458 من ذات القانون والمتعلقة بالقرض الاستهلاكي⁵. على أن مؤسسات القرض وفي حالة إيداع إيداع أموال لديها يمكنها أن تمنح للمودعين فائدة يتم تحديد قدرها أي نسبتها بموجب قرار يصدر عن الوزير المكلف بالمالية وذلك بغية تشجيع الادخار.

¹ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص. 70.

² عماد الشريبي، القانون التجاري الجديد لسنة 1999، أعمال البنوك و الأوراق التجارية ونظام الإفلاس، دار الكتب القانونية، مصر، ص. 32.

³ Article 02 de la loi du 24-01-1984 dispose : « Sont considérés comme fonds reçus du public les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous forme de dépôt avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge de les restituer ».

⁴ المادة 598 من القانون المدني : " إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو أي شيء آخر مما يستهلك وكان المودع لديه مأذونا له في استعماله اعتبر العقد قرضا".

⁵ المادة 450 من القانون المدني : " قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع، والقدر، والصفة".

وهذا ما يستشف كذلك من نص الفقرة الأولى من المادة 35 من النظام رقم 86-12 المؤرخ في 10-08-1986 والمتعلق بنظام البنوك (الملغى)، إذ تعتبر الوديعة دينا على هذه المؤسسة سواء في ذلك أصل المبلغ أو فوائده المحتملة. بمعنى أنها تجعله في حكم القرض الذي يجب رده.

الخاتمة :

رغم المحاولات الفقهية التي سبقت بخصوص تكييف عقد الإيداع النقدي لدى البنوك وما ذهبت إليه بعض التشريعات المقارنة صراحة من اعتباره عقد قرض وسكوت تشريعات أخرى، تبقى عملية وضعه في خانة أحد العقود المعروفة في القانون المدني عملياً ونظرياً عملية صعبة، تظهر في عدة جوانب منها تعدد صور الوديعة النقدية، وكذا الدافع من وراء التعاقد. بحيث يلاحظ على الآراء السابقة تركيزها على الدافع من جانب واحد، في حين أنه عقد ناتج عن تراضي إرادتين أو أكثر لكل منها غاية معينة يجدر مراعاتها في الآن نفسه.

I- المراجع باللغة العربية :

- 1- الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، "دراسة في طرق استخدام النقود من طرف البنوك مع إشارة إلى التجربة الجزائرية"، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 2- الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، عمليات المصارف، الجزء الثالث، عويدات للطباعة والنشر، بيروت، 1999.
- 3- أنطوان ناشف وخليل الهندي، العمليات المصرفية والسوق المالية، الجزء الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 1997.
- 4- بسام حمد الطراونة وباسم محمد ملحم، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- 5- ج. ريبور. روبلو، ترجمة علي مقلد، المطول في القانون التجاري، الجزء الثاني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.
- 6- محمد علي محمد أحمد البنا، القرض المصرفي دراسة تاريخية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الكتاب العلمية، لبنان، 2006.
- 7- سميحة القليوبي، الموجز في القانون التجاري، الأوراق التجارية، عمليات البنوك، العقود التجارية، العقود التجارية، دار النهضة العربية، مصر، 1978.
- 8- عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك في ضوء الفقه، القضاء، التشريع، وصيغ العقود والدعاوى التجارية وفقاً لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، منشأة المعارف، مصر، 2006.
- 9- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 10- عزيز العكيلي شرح القانون التجاري، الجزء الثاني، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة، الأردن، 2007.

11- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، مصر، 2008.

12- عماد الشربيني، القانون التجاري الجديد لسنة 1999، أعمال البنوك و الأوراق التجارية ونظام الإفلاس، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.

13- فائق محمود الشماع، الإيداع المصرفي، الجزء الأول، الإيداع النقدي، دراسة قانونية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2011.

II- المراجع باللغة الفرنسية :

1 G. RIPPERT et R. ROBLOT, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, Traité de droit commercial, T2, 17^{me} édition, L.G.D. J., 2004.

2 J. J. BARBER, Contrats civils, commerciaux, Masson éditeur, 1995.

III-النصوص القانونية :

1- الأمر 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني، ج. ر العدد 78، المؤرخ في 30-09-1975.

2- القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14-04-1990 المتعلق بالنقد والقرض، ج. ر العدد 16، المؤرخ في 18-04-1990 (الملغى).

3- الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26-08-2003 المتعلق بالنقد والقرض، ج. ر العدد 52، المؤرخ في 27-08-2003، المعدل والمتمم بموجب المر 10-04 المؤرخ في 26-08-2010، ج. ر العدد 50، المؤرخ في الفاتح سبتمبر 2010.

حرية الرأي و التعبير في الشريعة الإسلامية



الأستاذ : كريمة محمد محام لدى المحكمة العليا

(منظمة المحامين لناحية سيدي بلعباس بالجزائر)

ورئيس قسم القانون العام في كلية الحقوق

والعلوم السياسية جامعة جيلالي ليابس بسيدي بلعباس (الجزائر)

تعتبر حرية الإنسان في إبداء رأيه من أهم الحقوق التي يقرها الإسلام ويكفلها لأفراد المجتمع، ولا رقابة على الفرد في رأيه طالما كان الرأي خالصا لوجه الله تعالى ولصالح المجتمع¹.

إن الإسلام يعتبر الحكم مشاركة بين الحاكم و المحكوم، وأن الحاكم إنما يقوم وجوده على أساس تحقيق مصالح الناس. ومن هذا المنطلق وضع الفقهاء القاعدة الأصولية التي تقول (تصرفات الإمام منوطة بالمصلحة) .

وهنا تظهر الأهمية القصوى لحرية الرأي والتعبير، باعتبارها وسيلة توجيه السلطة العامة و تقويمها في حالة الإعوجاج .

فحرية إبداء الرأي تتمثل في قدرة الإنسان على التعبير عن وجهة نظره بالوسائل المشروعة عن طريق الجهر بالحق و إسداء النصح في كل ما يمس المصالح العامة والنظام العام .

وقد أعطى الإسلام للفرد الحق في الإسهام برأيه في الأمور العامة للدولة سواء أكانت سياسية أم اقتصادية أم حربية، طالما كان مؤهلا لذلك ولديه الخبرة في هذه المجالات، وقد كان الرسول عليه الصلاة والسلام يستشير أصحابه في الأمور العامة، وكان يأخذ - غالبا - بأرائهم وإن خالفت رأيه كما حصل في مواقف عديدة في غزوات بدر وأحد والخندق².

¹ - محمد سليم غزوى ، الحريات العامة في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الغربية و الماركسية ، الإسكندرية : مؤسسة شهاب الجامعة ، دون طبعة ، 1977 ، ص 169 .

² - محمد بن أحمد بن الصالح الصالح ، حقوق الإنسان في القرآن و السنة ، و تطبيقاتها في المملكة العربية السعودية ، دون مدينة النشر ، دون دار النشر ، الطبعة الأولى ، 2002 ، ص 163 .

مظاهر حرية الرأي والتعبير في الشريعة الإسلامية :

تأخذ حرية إبداء الرأي في الشريعة الإسلامية صوراً عديدة نجملها في: الشورى، والمناصحة، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ومقاومة الظلم .

أولاً : الشورى :

تعتبر الشورى أهم صور حرية التعبير عن الرأي في الإسلام، وهي ليست مجرد حق من حقوق الإنسان، وإنما أصل من أصول الدين ومقتضى من مقتضيات الإستخلاف والعمود الفقري في سلطان الأمة ونهوضها بأمانة الحكم على أساس المشاركة والتعاون والمسؤولية.¹ ولهذا اهتمت الشريعة الإسلامية بمبدأ الشورى وحرصت على تأكيدها والدعوة إليها وإلزام المسلمين العمل بها. فالشورى أساس الحكم الراشد ودعامة من دعائم الحكم الإسلامي، والسبيل إلى معرفة الرأي الراجح، والطريق لاستخراج الرأي الصحيح الذي يجب إتباعه والمسلك الذي يستجلي الحقيقة التي تلتزم بها الأمة حتى تهتدي إلى الحق وتصل إلى الصواب وتحقق لنفسها التقدم والإزدهار.²

وقد اختلف العلماء في تعريف الشورى، فعرفها الطبري بأنها: «المفاوضة في الكلام ليظهر الحق»،³ وعرفها الراغب الأصفهاني بأنها: «استخراج الرأي بمراجعة البعض إلى البعض»⁴، وعرفها ابن العربي بأنها: «الإجتماع على الأمر ليستشير كل واحد صاحبه ويستخرج ما عنده»⁵.

وينحصر أمر الشورى في بيان أفضل السبل والوسائل لتنفيذ القانون الإسلامي، فالشورى لا تعمل فيما جاء فيه نص محرر لا خلاف على تفسيره، فهذا الأمر خارج عن نطاق البشر أجمعين، ولكن تبقى الشورى في مجال طرق التنفيذ .

والشورى في الشريعة الإسلامية هي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى إظهار العلم وتحكيمه في شؤون المسلمين وسيطرته على جميع أمورهم، لأن الشورى تقوم على تشعب الأفكار وتعدد وجهات النظر واختلاف الآراء.⁶

ولقد اختلف العلماء في حكم عرض الحاكم المسائل الإجتهادية على أهل الشورى، فرأى بعضهم أنه مندوب، ورأى الآخرون أنه واجب. وقد استدلل الفريق الأول بقوله تعالى: « وأمرهم شورى بينهم »⁷. معتبرين أن النص القرآني هذا خبر لا دليل فيه على الوجوب، فينصرف إلى الندب، أما الأمر في قوله عز وجل: « وشاورهم في الأمر »⁸، فإنه يدل على الوجوب ولكنه صرف إلى الندب لثلاثة أسباب :

1- أحمد حمدي يوسف عفيفي ، «حقوق الإنسان بين النظم القانونية القديمة و المواثيق الدولية المعاصرة (دراسة مقارنة بالأصول العامة لحقوق الإنسان في الإسلام)»، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1997 ، ص 235 .

2- إسماعيل البدوي ، معالم الشورى في الإسلام ، القاهرة : دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، 1994 ، ص 10 .

3 - أنظر صبحي عبده سعيد ، الإسلام وحقوق الإنسان ، القاهرة : دار النهضة العربية، دون طبعة، دون سنة النشر ، ص 184 .

4 - أنظر صبحي عبده سعيد ، المرجع نفسه ، ص 184 .

5 - أنظر إسماعيل البدوي ، المرجع السابق ، ص 11 .

6- خديجة النبراوي ، موسوعة حقوق الإنسان في الإسلام ، القاهرة : دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ، الطبعة الأولى ، 2006 ، ص 422 .

7- سورة الشورى ، الآية 38 .

8- سورة آل عمران ، الآية 159 .

السبب الأول: أن هذا الأمر من قبيل تطيب النفوس كمثل قول الرسول عليه الصلاة والسلام «والبكر يستأذن أبوها في نفسها»¹، فكما يجوز أن يكره الأب ابنته البكر على الزواج، ولكن الأولى أن يستأذنها، فكذلك يجوز ترك المشاورة ولكن الأولى إتباعها.

ولأن سادات العرب كانوا إذا لم يشاوروا في الأمر شقّ عليهم، فقد أمر الله تعالى نبيه عليه الصلاة والسلام أن يشاورهم في الأمر، فإن ذلك أطيب لنفوسهم وإكراماً لهم.

السبب الثاني: قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «إن المستشار معان و المستشار مؤتمن»²، فلو كانت الشورى واجبة لجاء الحديث بصيغة الإلزام.

السبب الثالث: أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان في غنى عن المشاورة ولكنه أراد أن يستن بذلك الحكام من بعده.³

أما الفريق الثاني والذي يمثل جمهور العلماء فقد ذهب إلى أن عرض الحاكم المسائل الإجتهدية على أهل الشورى واجب. يقول ابن عطية: « والشورى من قواعد الشريعة و عزائم الأحكام، ومن لا يستشير أهل العلم والدين فعزله واجب هذا ما لا خلاف فيه»⁴.

ويستدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: أن الله سبحانه وتعالى أمر رسوله الكريم صلى الله عليه وسلم بأن يشاور أصحابه في شؤون الحياة، والأمر يقتضي الوجوب. فالشورى واجبة على النبي وعلى الحكام من بعده، ذلك أن الخطاب القرآني ليس خاصاً، وإنما يلزم ويعم الأمة وأولي الأمر.

الدليل الثاني: أن الله مدح المؤمنين، لأنهم يجعلون أمرهم شورى بينهم، فإن ترك الشورى يقتضي الذم والعقاب و لا يكون ذلك إلا عن فعل مباح، فترك الشورى غير مباح.

الدليل الثالث: أن الله سبحانه وتعالى قرن الشورى بركنين من أركان الإسلام في قوله تعالى: « والذين استجابوا لربهم وأقاموا الصلاة وأمرهم شورى بينهم ومما رزقناهم ينفقون»⁵.

الدليل الرابع: أن السنة جاءت تؤكد هذا الوجوب و تثبته، فقد حرص الرسول عليه الصلاة والسلام في كافة أعماله السياسية على تطبيق مبدأ الشورى.

وفي السيرة النبوية الشريفة شواهد كثيرة تؤكد حجية الشورى، ففي غزوة الأحزاب، وبعد أن اشتد البلاء بالمسلمين دخل الرسول عليه الصلاة والسلام في مفاوضات مع أهل الطائف واتفقوا على أن يرجع الطائفيون ولهم ثلث ثمار المدينة. واستشار الرسول الكريم سعد بن معاذ و سعد بن عبادَةَ في ذلك، فقالا له: « يا رسول الله! أمرا

1 - رواه مسلم في صحيحه.

2 - رواه الترمذي في السنن.

3 - إسماعيل البدوي، المرجع السابق، ص 31.

4 - أنظر إسماعيل البدوي، المرجع نفسه، ص 32.

5 - سورة الشورى: الآية، 38.

تجبه فنصنعه ، أم شيئاً أمرك الله به لا بدّ لنا من العمل به ، أم شيئاً تصنعه لنا؟»، قال: « بل شيء أصنعه لكم، والله ما أصنع ذلك إلاّ لأنني رأيت العرب قد رمتكم عن قوس واحدة، وكالبوكم من كل جانب، فأردت أن أكسر عنكم من شوكتكم إلى أمر ما». فقال سعد بن معاذ: « يا رسول الله قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الأوثان، لا نعبد الله ولا نعرفه، وهم لا يطمعون أن يأكلوا منها ثمرة إلاّ قرى أو يبعوا، أفحين أكرمنا الله بالإسلام وهدانا له و أعزنا بك وبه نعطيتهم أموالنا؟ والله مالنا بهذا من حاجة، والله لا نعطيتهم إلاّ السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم». فقال صلى الله عليه وسلم « أفأنت وذاك»، فتناول سعد بن معاذ الصحيفة فمحا ما فيها من الكتاب، ثم قال: « ليجهدوا علينا»، فلم يغضب الرسول عليه الصلاة والسلام وسرّ بذلك المسلمون جميعاً.¹

ويرى بعض الباحثين المعاصرين أن هذه الحادثة تؤسس لقاعدة دستورية هامة للمسلمين، هي أن الحاكم - ولو كان رسولا معصوما - يجب عليه أن لا يستبدّ بأمر المسلمين، ولا أن ينفرد برأي في مسألة هامة، ولا أن يعقد معاهدة تلزم الرعية المسلمة دون مشاورتها وأخذ رأيها، فإن فعل كان لها حق إلغاء كل ما استبد به من دونها وتمزيق كل معاهدة لم يكن لها رأي فيها.²

ويذهب الدكتور محمد عمارة إلى أن الإسلام لم يقف عند حد اعتبار الشورى حقا من حقوق الإنسان وإنما ذهب فيها إلى الحد الذي جعلها فريضة شرعية واجبة على كافة الأمة حكاما ومحكومين في الدولة والمجتمع، وهي فريضة واجبة حتى على الرسول عليه الصلاة والسلام في شؤون الحكم والسياسة وال عمران الدنيوي لأنه في هذا الميدان كان مجتهدا غير معصوم.³

وأرى أن الشورى واجبة في جميع الأحوال على الحكام لأنها من المبادئ الكلية للنظام الإسلامي، فالشورى في حقيقة أمرها مدرسة فكرية للأمة الإسلامية، وتكويننا للمسلم القوي الذي يجاهر بالحق ولا يخشى بأس الحاكم، فالمبدأ تكريم لذات الإنسان المسلم، وأن المسلمين أجمعين إنما هم أعضاء في جماعة يشتركون في حكمها، بطريق غير مباشر.

وقد استنبط الفقه الإسلامي قواعد إسلامية من النصوص التي قررت مبدأ الشورى، وأهم هذه القواعد:

- 1- أن الشورى حق تقرر للمجتمع الإسلامي حكاما ومحكومين، ولكل طرف أن يبدي رأيه بحرية وليس للحاكم أن يكتم أفواه المحكومين، وإذا حدث ذلك يكون قد صادر مبدأ الشورى مما يستوجب عزله .
- 2- أن إجراء الشورى واجب على الحكام، فهو أصل من أصول الحكم وليس حقا إن شاء طرح وإن شاء منع و ذلك لقوله تعالى بصيغة الأمر لنبيه عليه الصلاة والسلام «وشاورهم في الأمر»⁴ وإذا كانت الشورى واجبة على الرسول الكريم، فإنها من باب أولى واجبة على الحكام من بعده .

¹ - ابن هشام، السيرة النبوية، تحقيق و ضبط و شرح مصطفى السقا و ابراهيم الأبياري و عبد الحفيظ شلبي ، الجزء الثالث، دمشق : دار الخير للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الخامسة، 2004 ، ص ص 176-177.

² - محمود شلتوت ، من توجهات الإسلام ، القاهرة : مطبوعات الإدارة العامة للثقافة الإسلامية بالأزهر ، دون طبعة ، 1959 ، ص 530 .

³ - محمد عمارة، الإسلام و حقوق الإنسان، ضرورات لا حقوق، القاهرة : دار الشروق، الطبعة الثانية، 2006 ، ص 34 .

⁴ - سورة آل عمران ، الآية 159.

3- أن المطلوب في الشورى ليس هو الإجماع على رأي، بل المطلوب هو استطلاع رأي الأغلبية فيما تراه و تتجه إليه وتقلب الأمر على وجوهه المختلفة حرصاً على صالح الأمة¹.

وفيما يتعلق بأهل الشورى، فقد كان للنبي عليه الصلاة والسلام طرق ثلاث في استشارته للناس :

الطريقة الأولى : كان يستشير المسلمين الحاضرين مثل استشارته أصحابه يوم أحد².

الطريقة الثانية : كان يستشير جماعة معينة، مثل استشارته الأنصار في الخروج إلى غزوة بدر واستشارته من حضر عنده في أسرى بدر .

الطريقة الثالثة : كان يستشير أصحاب الرأي، مثل استشارته الحباب بن منذر في منزل البدرين، واستشارته سعد بن معاذ وسعد بن عباد في مصالحة الأحزاب.

وقد اتبع الخلفاء الراشدون طريق النبي صلى الله عليه و سلم، فكانوا يستشيرون جمهور الأمة، وذوي الرأي، ويستشيرونهم في الأمور العامة، وسلوكوا سبيل الشورى الخاصة، فكانوا يجمعون عدداً من الصحابة الأولين المعروفين بحجة الرأي ورجاحة العقل لاستشارتهم في دقائق شؤون الدولة³.

فأهل الشورى باختصار هم أصحاب الرأي وقادة الفكر من كل جانب من جوانب الحياة، وأهل الاختصاص، والنظر العميق و البحث الدقيق في كل ما يصب في مصلحة الأمة و شؤونها المختلفة، السياسية والاقتصادية والاجتماعية. وكون أولي الأمر هم أهل الشورى لا يعني أن الشورى تقتصر عليهم، فإن من يشاورهم الحاكم يختلف باختلاف موضوع المشاورة، فإذا كان الأمر يهم الجميع وجب مشاورة الجميع، وإذا كان موضوع المشاورة من المسائل الفنية شاور الحاكم أهل الخبرة و المعرفة والاختصاص .

ولم تبن الشريعة الإسلامية أسلوب المشاورة وكيفيةها، ولم يضع الرسول عليه الصلاة والسلام سنة معينة في ذلك وجعل المسألة من شؤون الدنيا والمسلمون أعلم بشؤون دنياهم .

ثانياً : المناصحة :

المناصحة هي صورة من صور حرية الرأي في الإسلام، ومعناها أن الرعية هي التي تقوم بإسداء النصيحة إلى الحاكم .

وأساس هذا المبدأ القرآن الكريم، فقد قال الله تعالى على لسان نبيه نوح عليه السلام: « يا قوم ليس بي ضلالة و لكني رسول من رب العالمين أبلغكم رسالات ربي وأنصح لكم ، وأعلم من الله ما لا تعلمون »⁴.

¹ - عبد الجليل محمد علي ، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي و الأنظمة القانونية المعاصرة - دراسة مقارنة - القاهرة : عالم الكتب ، الطبعة الأولى ، 1984 ، ص 258 .

² - و تشبه هذه الطريقة ما يعرف اليوم بالاستفتاء الشعبي .

³ - علي عبد الواحد وافي ، حقوق الإنسان في الإسلام ، القاهرة : نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الثامنة ، 2004 ، ص 193 .

⁴ - سورة الأعراف ، الآية 61 .

وقال عز من قائل على لسان نبيه هود عليه السلام: « يا قوم ليس بي سفاهة ولكني رسول من رب العالمين أبلغكم رسالات ربي وأنا لكم ناصح أمين، أوعجبتكم أن جلهم ذكر من ربكم على رجل منكم لينذركم وأذكروا إذ جعلكم خلفاء من بعد قوم نوح و زادكم في الخلق بصطة فأذكروا آلاء الله لعلكم تفلحون»¹.

وقال جل شأنه على لسان نبيه صالح عليه السلام: « يا قوم لقد أبلغتكم رسالة ربي و نصحت لكم و لكن لا تحبون الناصحين»².

وقال جلت قدرته على لسان نبيه شعيب عليه السلام: « يا قوم لقد أبلغتكم رسالات ربي و نصحت لكم فكيف آسى على القوم الكافرين»³.

إن في ذلك حجة بالغة، وأن الله سبحانه وتعالى لم يسق هذه القصص لأجل التسلية، بل للعة و العمل بها، وتبين النصوص السابقة وجوب المناصحة، لأن الله سبحانه وتعالى في بيان أحكامه في القرآن الكريم لم يستعمل أساليب المصطلحات الفقهية للدلالة على الأحكام، فلم يعبر عن الأفعال التي أوجبها بمادة الوجوب ولا عن الأفعال التي حظرها بلفظ الحرمة فحسب، بل تراه في بعض الأحيان يدل على الوجوب بما يترتب على الفعل في الدنيا أو الآخرة، كما تراه أحيانا يدل على الحرمة بما يترتب على الفعل من عقاب في الدنيا والآخرة.

أما أساس مشروعية المناصحة في السنة، فنذكر حديث جابر رضي الله عنه، حيث قال: « بايعت رسول الله صلى الله عليه و سلم على إقامة الصلاة و إيتاء الزكاة و النصح لكل مسلم»⁴. و قوله عليه الصلاة و السلام: « الدين النصيحة لله و لرسوله و لأئمة المسلمين و عامتهم»⁵.

ثالثا: الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر :

لقد جعل الإسلام من حق الناس - بل من واجبهم - الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر و تقويم الحاكم في حالة الإعوجاج، فالحاكم هو واحد من المسلمين و ليس أكبر من أن ينصح ويؤمر و ليست الأمة أصغر من أن تقدم النصيحة، بل إن سر تميزها و سبب خيرتها هو قيامها بواجب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، و تخليها عن هذا الواجب مرادف لتقهقرها و إصابتها باللعنة كما حصل للأمم من قبلها عن « كانوا لا يتناهون عن منكر فعلوه لبئس ما كانوا يفعلون»⁶.

ولم تُسبق الشريعة الإسلامية بجعل الأمر بالحق و النهي عن الباطل واجبا على المكلفين، بل ولم يصل بحرية الرأي إلى هذه المرتبة تشريع مما يتحاكم إليه الناس حتى اليوم.

ويعد مبدأ الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر بمفهومه المطلق الوارد في القرآن الكريم، المبدأ السليم الذي تستقيم به أمور الأمة و الدولة و المجتمع، و تنتصر فيه قوى الحق على قوى الباطل. و نوازع الخير على مزالق الشر،

¹ - سورة الأعراف ، الآيات 68-69 .

² - سورة الأعراف ، الآية 79 .

³ - سورة الأعراف ، الآية 93 .

⁴ - رواه البخاري في صحيحه.

⁵ - رواه مسلم في صحيحه و الترمذي في السنن.

⁶ - سورة المائدة ، الآية 79 .

⁷ - محمد سليم العوا ، في النظام السياسي للدولة الإسلامية، القاهرة : دار الشروق، الطبعة الثالثة، 2008، ص 144.

ويرى فيه الحاكم أنه مراقب من كل فرد من أفراد الأمة يحاسبه على الزلة و الهفوة وينبئه إلى الخطأ، فلا يقدم على أي أمر من الأمور إلا بعد أن يقلب فيها وجوه النظر، حتى إذا رأى أن جمهور الناس سيرضى عنه أقدم عليه، وإلا امتنع عن القيام به.¹

يقول الإمام الغزالي: « إن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هو القطب الأعظم في الدين، وهو المهم الذي ابتعث الله له النبيين أجمعين، ولو طوى بساطه وأهمل علمه وعمله لتعطلت النبوة واضمحلت الديانة وعمت الفترة وفشت الضلالة و شاعت الجهالة، واستشرى الفساد واتسع الخرق وخربت البلاد وهلك العباد».²

والمعروف هو كل قول أو فعل ينبغي قوله أو فعله طبقاً لنصوص الشريعة الإسلامية، ويشمل ذلك الواجب و المندوب، سواء أكان النص عليه قد ورد صراحة أم كان وجوبه أو كونه مندوباً مأخوذاً من روح النصوص الشرعية.³

والمنكر هو كل فعل أو قول لا ينبغي فعله أو قوله طبقاً لنصوص الشريعة.⁴ ويعتبر البعض المنكر معصية حرمتها الشريعة من قول أو فعل سواء وقعت من مكلف أو غير مكلف. في حين يذهب الإمام الغزالي إلى اعتبار المنكر بأنه: « كل محذور الوقوع في الشرع »⁵ مفضلاً التعبير بمحذور الوقوع بدلاً من التعبير بالمعصية لأن المنكر في رأيه أعم من المعصية، فلا يعتبر فعل الصبي والمجنون معصية، لأن الفعل في رأيه لا يكون معصية إلا إذا كان فاعله عاصياً.

ويعرف فقهاء الشيعة الإمامية المعروف والمنكر بقولهم: « المعروف كل فعل حسن اختص بوصف زائد على حسنة إذا عرف ذلك فاعله أو دل عليه، والمنكر كل فعل قبيح عرف قبحه فاعله أو دل عليه ».⁶

و الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هو الإطار العام لحرية الرأي والتعبير عنه في الشريعة الإسلامية، شرعه الله للمسلمين كافة وميز به الأمة الإسلامية عن سائر الأمم، قال تعالى: « كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله ».⁷

ومن الآيات القرآنية الدالة على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر قوله عز وجل: « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف و ينهون عن المنكر و أولئك هم المفلحون ».⁸ وقوله عز من قائل: « يؤمنون بالله و اليوم الآخر و يأمرون بالمعروف و ينهون عن المنكر و يسارعون في الخيرات و أولئك من الصالحين ».⁹ وقوله تعالى: « لولا ينهاهم الربانيون والأحبار عن قولهم الإثم وأكلهم السحت لبئس ما كانوا يصنعون »¹⁰ وقوله عز

¹ - ظافر القاسمي ، نظام الحكم في الشريعة و التاريخ الإسلامي، الكتاب الأول : الحياة الدستورية، بيروت : دار النفائس، الطبعة الخامسة، 1985 ، ص 101 .

² - أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ، إحياء علوم الدين ، الجزء الثاني ، بيروت : دار الكتاب العربي ، الطبعة الأولى ، 2005 ، ص 813 .

³ - محمد سليم العوا ، المرجع السابق ، ص 144 .

⁴ - محمد سليم العوا ، المرجع نفسه ، ص 145 .

⁵ - أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ، إحياء علوم الدين، الجزء الثاني، بيروت : دار الكتاب العربي ، الطبعة الأولى، 2005 ، ص 834 .

⁶ - محمد سليم العوا ، المرجع السابق ، ص 145 .

⁷ - سورة آل عمران ، الآية 110 .

⁸ - سورة آل عمران ، الآية 104 .

⁹ - سورة آل عمران ، الآية 114 .

¹⁰ - سورة المائدة ، الآية 63 .

وجل « الذين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة و آتوا الزكاة وأمروا بالمعروف و نهوا عن المنكر و لله عاقبة الأمور »¹.

ومن السنة النبوية الشريفة ، قوله عليه الصلاة والسلام: « من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فإن لم يستطع ، فبلسانه، فإن لم يستطع ، فبقلبه وذلك أضعف الإيمان»².

غير أن طبيعة الحياة الإنسانية لا تساعد على أن يقوم جميع أفراد المجتمع بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر – وإن كان ينبغي أن يكون ذلك أصلا من أصول غرائزهم – فكثير من الناس لا يشغله إلا نفسه و لا يلقي بالا إلى ما يجري حوله، ولا يهتم إلا بطعامه، وشرابه و ربما غفل بعضهم أو أكثرهم عن الإهتمام بالشؤون العامة، ولما كان الله تعالى أعلم بخلقه من أنفسهم، أنزل قوله المحكم على رسوله عليه الصلاة و السلام « ولتكن منكم أمة » فإذا كان نقد الحكام مستحيلا على كافة الناس، فلا بدّ من أن تكون منهم فئة تهتم بهذا الأمر الخطير في حياة الأمم، فإن لفظ " منكم " يفيد التبعية. وعلى هذا فلقد ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض كفاية، لا فرض عين. يقول الإمام الغزالي: «... و قال « و أولئك هم المفلحون » وفيها بيان أنه فرض كفاية لا فرض عين، وأنه إذا قام به أمة سقط الفرض عن الآخرين، إذ لم يقل كونوا كلكم أمرين بالمعروف، بل قال: « و لتكن منكم أمة » فإذا مهما قام به واحد أو جماعة سقط الحرج عن الآخرين»³.

إن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، الذي تأسس في مؤسسة الحسبة، هو مبدأ شامل يشرعن المعارضة ليس في الأمور السياسية والاجتماعية فحسب، بل في التصرفات الأخلاقية، فهو واجب فردي و سياسي لأن القرآن يفرض ضرورته لقيام المجتمع الصالح.

وقد قامت المعارضة في رفع لواء الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر عندما كانت تقف في مواجهة الدولة و النظام السياسي، فالمسلمون مطالبون بعدم السكوت على الخطأ، بل العمل على تصحيحه .

وكمبدأ شرعي أعطى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر المعارضة سلاحا قرآنيا يوظف ضد الحاكم أو الحكومة التي تقوم بأعمال مخالفة لتعاليم الإسلام أو في غير صالح الأمة، فهو مبدأ يوازي مبدأ آخر و هو ضرورة طاعة الحاكم.⁴

1- سورة الحج ، الآية 41.

2 - رواه الأئمة مسلم و أبو داود و ابن ماجة و الترمذي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

3 - أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ، المرجع السابق ، ص 814 .

4- أحمد الموصلي ، جدليات الشورى و الديمقراطية، الديمقراطية و حقوق الإنسان في الفكر الإسلامي، بيروت : مركز دراسات الوحدة العربية ، الطبعة الأولى، 2007 ، ص ص 112-113 .

رابعاً: مقاومة الظلم :

لقد أمر النبي عليه الصلاة والسلام بشكل صريح بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بالقول والفعل وبالتصريح والرأي، فانعقد بذلك الإجماع على ضرورة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وألزم التشريع الإسلامي ولاية الأمور بتنفيذ أحكام الدين وتعاليمه ورعاية مصلحة الأمة، ومقابل ذلك أوجب الشارع على الأمة طاعة ولاية الأمور، يقول الله تعالى: « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم »¹.

فحق طاعة الحاكم في الإسلام مرتبط بمدى محافظة الحاكم على الأمة و وحدتها وتجنّبها الفتن والإضطرابات وإقامة تعاليم الدين، فإن خالف أمر الله ورسوله لم يكن له أن يطلب حق طاعته. يقول جلّ شأنه: « ولا تطيعوا أمر المسرفين الذين يفسدون في الأرض ولا يصلحون »².

وانطلاقاً من ذلك دار الاختلاف حول طرق تطبيق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وما مدى جواز المقاومة المادية لظلم الحكام ؟

يجد مبدأ مقاومة الظلم أساسه التشريعي في آيات كثيرة من القرآن الكريم، يقول عز وجل: « والذين إذا أصابهم البغي هم ينتصرون »³. ويقول عز من قائل: «قاتلوهم حتى لا تكون فتنة و يكون الدين لله فإن انتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين »⁴.

و يقول تعالى: « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل »⁵.

ومن السنة النبوية الشريفة قوله عليه الصلاة والسلام: « أفضل الجهاد كلمة حق عند سلطان جائر »⁶ وقوله أيضاً: « خير الشهداء حمزة بن عبد المطلب ثم رجل قام إلى إمام جائر فأمره ونهاه فقتله »⁷.

ولقد طالب الخلفاء الراشدين من الرعية مقاومتهم إذا خالفوا أحكام الشريعة، فهذا عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول حين تولى الخلافة: « إن رأيتم في إعوجاجا فقوموني »، ورد عليه أحد الصحابة رضي الله عنه بالقول « لو رأينا فيك إعوجاجا لقومناك بجد سيوفنا ».

وكل ذلك يفيد إقرار الشريعة الإسلامية حق مقاومة ظلم الحاكم وجوره .

غير أن فقهاء الشريعة اختلفوا في مواقفهم من حق مقاومة الظلم مقاومة مادية وانقسموا إلى ثلاثة آراء :

¹ - سورة النساء ، الآية 59 .

² - سورة الشعراء ، الآية 151 .

³ - سورة الشورى ، الآية 39 .

⁴ - سورة البقرة ، الآية 193 .

⁵ - سورة الحجرات ، الآية 09.

⁶ - رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما.

⁷ - رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما.

الرأي الأول: وهو رأي الجمهور ويرى وجوب الصبر على جور الحاكم، وأن أفضل طريقة هي المعارضة السلبية، وأعلها الوعظ والإرشاد، فلا يرى جمهور الفقهاء ضرورة العمل المسلح ضد الحكومة من أجل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر¹.

ويؤيد هذا الرأي من المعاصرين محمد سليم العوا، حيث يقول: «...فكثير من الشباب يقرأون نصوص الفقه الإسلامي في شأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فيتوهمون أن هذه النصوص تبيح لهم - و لكل فرد منهم - أن يغيّر " المنكر " بما يستطيع من قوة حتى يدخل في عداد المغيّرين " باليد "، ولا يبالي في ذلك أن يكون ما يغيّره " منكرا " في نظره وحده، أو منكرا بمعايير الشريعة الإسلامية الصحيحة، فالتحقيق مسألة لا تعنيه، أو لعله لا يفكر فيها قبل البدء في التغيير»².

الرأي الثاني: ويرى وجوب مقاومة الإمام الجائر ولو استدعى الأمر شهر السيف في وجهه، وأن الصابر على ظلم الحاكم آثم معين على الظلم، وعلى هذا الرأي جماعة من أهل السنة والمعتزلة والخوارج والزيدية³.

ويؤيد هذا الرأي من المعاصرين أحمد جلال محمود حسن، حيث يقول: «...فكل فرد مسلم وكل جماعة مسلمة مكلفة شرعا ومسؤولة ومسؤولة كاملة عن كل مخالفة لأحكام الشريعة، فإذا وقعت أي مخالفة في المجتمع لأحكام الشرع المنظم للدين والدنيا، لم يكن من حق مسلم أو جماعة من المسلمين السكوت عليها، فالسكوت عن الحق شيطان أحرص، وليس لأحد بالتالي أن يتغاضى عن شرايرها، فكل مخالفة في المجتمع لا تمس المحني عليه وحده، بل تمس الجماعة الإسلامية كلها، وعلى كل فرد فيها الرد عنها، وهو تكليف مفروض من الشرع وليس عملا إختياريا إن أراد الشخص فعله، وإن لم يرد تركه، بل واجب عليه الجهاد في إزالة الشر ودعم الخير، وليس لمسلم أن يتذرع بسبب ما، سواء الخوف أو المخاطرة، مادام أن مصيره هو الشهادة في سبيل الله»⁴.

الرأي الثالث: ويقوم هذا الرأي على أساس الجمع بين أدلة الرأي الأول (أدلة الصبر) وأدلة الرأي الثاني (أدلة السيف)، وقال أصحاب هذا الرأي بأنهم يأخذون بأدلة الصبر إن كان الخروج عن الشرعية دون الكفر البواح، ويأخذون بأدلة أهل السيف إذا كان الخروج عن الشرعية يبلغ حد الكفر البواح⁵.

¹ - أحمد الموصلي، المرجع السابق، ص 113.

² - محمد سليم العوا، المرجع السابق، ص 166.

³ - أحمد الموصلي، المرجع السابق، ص 113.

⁴ - أحمد جلال محمود حسن، «حرية الرأي في الميدان السياسي في ظل مبدأ المشروعية، بحث في الديمقراطية الغربية والإسلام»، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دون تاريخ، ص ص 229-230.

⁵ - إن مسألة المقاومة الإيجابية المادية للظلم والخروج على الحاكم ليست بالأمر الهين، إذ يجب ألا تخضع للهوى والحسابات الشخصية والطائفية. و من جانب آخر يجب - في هذه الحالة - مراعاة وحدة الأمة وصيانتها والحرص على تجنبها الفتنة وإراقة الدماء بغير ضرورة، ذلك أن حق الأمة في الإشراف على نشاط الحكومة، و نقد تصرفاتها وإسقاطها إذا لزم الأمر يجب ألا يفهم على أنه حق الانتفاضة المسلحة على الحكومة من قبل شخص أو مجموعة من الأشخاص، فالوسيلة الوحيدة لإقصاء الحكومة الإسلامية عن السلطة وإسقاطها سلميا- إذا أمكن - بالقوة إذا دعت الضرورة تكون عن طريق اتفاق غالبية الأمة على هذا الأمر.

حدود حرية الرأي والتعبير عنه في الشريعة الإسلامية :

ليست حرية الرأي والتعبير عنه في الإسلام مطلقة ، وإنما هي مقيدة ضمن حدود الشريعة، فقد وضعت الشريعة الإسلامية لهذا الحق حدودا وقيودا، حفاظا على النظام العام والأخلاق والآداب العامة¹، فالإنسان إذا ما تجاوز نطاق هذه الحرية وجب رده و ردعه ومنعه من الخوض فيما يمس أصول الدين ومصالحة الأمة منعا من الاعتداء وليس حرمانا من الحق.²

وتتمحور قيود حرية الرأي والتعبير في الشريعة الإسلامية فيما يلي :

1- يكون أسلوب التعبير عن الرأي بالحكمة والموعظة الحسنة ، قال الله تعالى : « أدع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة »³. ويقول عز وجل: « خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين ».⁴ ويقول عز من قائل: « لا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا عدوا بغير علم »⁵ ويقول أيضا: « ولا تجادلوا أهل الكتاب إلا بالتي هي أحسن ».⁶ ويقول في آية أخرى: « لا يجب الله الجهر بالسوء إلا من ظلم ».⁷

2 - يجب أن تمارس حرية الرأي في حدود عدم الإضرار بالغير، قال صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار »⁸، ذلك أن الحرية لعامة الناس وليست لفرد دون الآخر، فلا بد أن تكون حرية الرأي في حدود عدم الإضرار بالغير .

3 - يجب أن تمارس حرية الرأي في إطار الصالح العام للمجتمع ويتضح ذلك في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مثل القائم على حدود الله ، والواقع فيها ، كمثل قوم استهموا على سفينة ، فأصاب بعضهم أعلاها و بعضهم أسفلها فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم، فقالوا لو خررنا في نصيبنا خررنا، لم نؤذ من فوقنا ، فإن يتركوهم و ما أرادوا هلكوا جميعا، وإن يأخذوا على أيديهم نجوا و نجوا جميعا »⁹.

وقد أمر النبي عليه الصلاة والسلام بهدم مسجد ضرار لكونه كان منبرا للإضرار بالمجتمع الإسلامي، قال جل شأنه: « لمسجد أسس على التقوى من أول يوم أحق أن تقوم فيه »¹⁰.

¹ - وهبة الزحيلي ، حق الحرية في العالم، دمشق : دار الفكر، الطبعة الأولى، 2000 ، ص 136 .

² - إسماعيل البدوي ، دعائم الحكم في الشريعة الإسلامية و النظم الدستورية المعاصرة ، الحقوق و الحريات العامة، القاهرة: دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى، 1994 ، ص 238 .

³ - سورة النحل، الآية 165.

⁴ - سورة الأعراف ، الآية 199 .

⁵ - سورة الأنعام ، الآية 108 .

⁶ - سورة العنكبوت ، الآية 46 .

⁷ - سورة النساء ، الآية 148 .

⁸ - رواه مسلم في صحيحه.

⁹ - رواه البخاري في صحيحه والترمذي في السنن.

¹⁰ - سورة التوبة ، الآية 108 .

4- من حدود حرية الرأي في الإسلام، المسؤولية الفردية، وأقامها الإسلام على أسس راسخة متينة، قال تعالى: « ألا تزر وازرة وزر أخرى». ¹ وقال جل شأنه: « ومن يكسب إثماً فإنما يكسبه على نفسه». ² وقال سبحانه جلت قدرته: « كل نفس بما كسبت رهينة ». ³ وقال عز من قائل: « من عمل صالحاً فلنفسه ومن أساء فعليها». ⁴

فإنسان مسؤول عن كل كلمة ينطق بها وكل عمل يقوم به، فقد قال عليه الصلاة والسلام - مجيباً معاذ بن جبل رضي الله عنه حين سأله: أو مؤاخذون بما نقول يا رسول الله -: «ثكلتك أمك يا معاذ، و هل يكب الناس في النار على وجوههم إلاّ حصاد ألسنتهم». ⁵

5 - يجب أن تكون حرية الرأي والتعبير عنه في حدود الآداب والمبادئ الأخلاقية التي جاء بها الإسلام و منها:

أ- عدم الخوض في أعراض الناس حتى يكون المجتمع طاهراً، فالإنسان يحاسب على الكلمة، قال الله تعالى: « ما يلفظ من قول إلاّ لديه رقيب عتيد». ⁶ فقد حرّم الإسلام نهش أعراض الناس بالبهتان و حرّم قذفهم و إذاعة أسرارهم، قال جل شأنه: «والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون». ⁷ وقال عز من قائل: « إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة والله يعلم وأنتم لا تعلمون ». ⁸ ولقد حرمت الشريعة الإسلامية أن يجهر الإنسان بالسوء من القول إلاّ من ظلم، يقول الله تعالى: « لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلاّ من ظلم و كان الله سميعاً عليماً ». ⁹

ب - عدم التعصب لرأي معين، بل يجب الرجوع عن الرأي إذا تبين خطؤه، فقد نزل الرسول عليه الصلاة والسلام عن رأيه وأخذ برأي الحباب بن المنذر في غزوة بدر، وأخذ برأي سلمان الفارسي في مسألة حفر الخندق حول المدينة في غزوة الأحزاب، فالإسلام يوجب الرجوع عن الرأي الخطأ وعدم التمادي فيه. قال صلى الله عليه وسلم: « من حلف عن يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير ». ¹⁰

ج - ومن القيود على حرية الرأي والتعبير عنه في الإسلام النهي عن السب والهمز واللمز والسخرية والتنازع بالألقاب، قال الله تعالى: « يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيراً منهم ولا نساء من نساء عسى أن يكنّ خيراً منهن ولا تلمزوا أنفسكم ولا تنابزوا بالألقاب بئس الاسم الفسوق بعد الإيمان ومن لم يتب فأولئك هم الظالمون ». ¹¹ وقال صلى الله عليه وسلم: « سباب المسلم فسوق وقتاله كفر ». ¹²

1 - سورة النجم ، الآية 38 .

2 - سورة النساء ، الآية 111 .

3 - سورة المدثر ، الآية 38 .

4 - سورة فصلت ، الآية 46 .

5 - رواه الترمذي .

6 - سورة ق ، الآية 18 .

7 - سورة النور ، الآية 04 .

8 - سورة النور ، الآية 19 .

9 - سورة النساء ، الآية 148 .

10 - رواه الترمذي .

11 - سورة الحجرات ، الآية 11 .

12 - رواه البخاري في صحيحه .

وقد نهى الإسلام عن سب الأموات أيضا، قال عليه الصلاة والسلام: « لا تسبوا الأموات فإنهم قد أفضوا إلى ما قدموا»¹.

وأخلص من ذلك أن حرية الرأي والتعبير عنه في الإسلام ليست إنطلاقا بلا حدود، إنما هي مقيدة بالنظام العام والأمن والاستقرار العام وعدم الإضرار بالغير وبالأخلاق، فالشريعة الإسلامية تكفل للناس حريات الرأي والتعبير، فلكل فرد أن يدعو ويعبر عن رأيه بالحكمة والموعظة الحسنة والمجادلة بالتي هي أحسن، ولكنها لا تبيح الجهر بالسوء من القول ولا تبيح العدوان اللفظي، فتحظر على الإنسان أن يكون شتاما أو سببا أو كذابا، وهذه الحدود ليست لأجل كبت الحرية وإنما لأجل المحافظة على الفرد والمجتمع معا ولأجل تمكين الأفراد من ممارسة حرياتهم بعيدا عن الفوضى والإضرار بالغير.

¹ - رواه البخاري في صحيحه.

لماذا يخرج خريجو الشريعة من مهنتي المحاماة والتوثيق العصري؟



عبد الدائر بوعيشي : باحث بصف الدكتوراه

سطات - مختبر الأسرة والطفل كلية الحقوق

يتساءل العديد من طلبة وخريجي كلية الشريعة وبعض رجال القضاء والمحامون والأساتذة الباحثون عن قضية إقصاء خريجي الشريعة من الترشح لمباراة المحاماة و مهنة التوثيق العصري، ويستغربون لهذا الإقصاء في الوقت الذي يسمح لهم قانونيا بمزاولة مهنة القضاء بنوعيه الواقف والجالس، ولما لا مهمة رئيس محكمة استئناف أو محكمة ابتدائية أو محكمة النقض. هل من المعقول أن نسمح قانونيا لخريجي الشريعة بمزاولة القضاء ونحرمهم من مهنة المحاماة؟ وكأن القانون الذي سمح لهم بارتداء بدلة القضاء ليس هو القانون الذي حرّمهم من مهنة المحاماة والتوثيق العصري. وإذا كان المنع من مزاولة مهنة التوثيق العصري مبررا في مرحلة من المراحل باعتباره قانونا مفرسا مما يقتضي كتابة العقود بالفرنسية وبدعوى أن خريج كلية الشريعة غير ضابط للغة الفرنسية؟ فإن هذا المبرر غير المنضبط لم يعد قائما لأن هناك ثلة من طلبة الشريعة متمكنون من اللغة الفرنسية والانجليزية أيضا. ومع الدستور الجديد الذي يعيد الاعتبار بقوة للغة العربية، وإلزامية كتابة العقود بالعربية، وخروج مدونة الحقوق العينية إلى الوجود والتي تستمد جل نصوصها من الفقه المالكي (الشيخ خليل والدردير ..) (وهذا موجود في مقررات الشريعة بعمق أكثر من مقررات كلية الحقوق) فإن استمرارية هذا الإقصاء تبدو غير منطقية عقلا، وغير مقبولة شرعا وقانونا. ولا يمكن تفسير ذلك إلا برغبة المتحكمين في سن وتشريع القانون في استبعاد هذه الفئة من الخريجين عن هذا الميدان. ومن حق كل متتبع منصف أن يسأل المعنيين عن سبب استمرار هذا الحرمان؛ أليست كلية الشريعة هي امتداد لجامعة القرويين التي خرج من رحمها علماء وفقهاء وأطباء وفلاسفة وقضاة ورجال قانون...؟ فهل تعجز أن تنجب محامين؟

سأحاول في هذه الكلمات أن أبسط منطقا وقانونا مشروعية ولوج خريجي الشريعة لمهنة المحاماة، ومهنة التوثيق العصري لعلها تكون تذكيرا لمن أراد أن يتذكر ، ورسالة إلى السيد وزير العدل والخريات، وإلى السيد رئيس الحكومة الذي قال بالحرف " الي عندوا شي حق يخذوا". وهذه الكلمات نكتبها اليوم تزامنا مع الاستعداد لتقديم حصيله أشغال دورات إصلاح القضاء إلى جلالة الملك محمد السادس رئيس المجلس الأعلى للسلطة القضائية وذلك من أجل صياغة ميثاق إصلاح نظام العدالة بالمغرب .

لقد نصت مقتضيات المادة 5 من قانون المحاماة على أنه يشترط في المرشح لمزاولة مهنة المحاماة أن يكون حاصلًا على شهادة الإجازة في العلوم القانونية من إحدى كليات الحقوق المغربية أو شهادة من كلية الحقوق معترف بمعادلتها لها. هذه المادة تخول مزاولة مهنة المحاماة للحاصلين على الشهادات التالية فقط : الإجازة في الحقوق المسلمة من إحدى كليات الحقوق المغربية ثم الشهادة المحصل عليها من طرف كلية أجنبية للحقوق معترف بمعادلتها لشهادة الإجازة في العلوم القانونية.

نص هذه المادة لا يسمح لخريجي الشريعة الترشح لمهنة المحاماة بالمغرب. لكن هل لهذا المنع مبرر معقول؟؟
أولاً : إن المشرع المغربي الذي حرم خريجي كلية الشريعة من مزاولة مهنة المحاماة هو نفسه يقر بالمعادلة القانونية لشهادة الإجازة في العلوم القانونية لشهادة الإجازة في الشريعة في مزاولة بعض المهن القانونية الحرة، وكذا في ممارسة القضاء ومهنة كتابة الضبط بمختلف مراتبها، وذلك في أكثر من مناسبة منها :

- ما جاء في مقتضيات الفصل 5 من النظام الساسي لرجال القضاء المؤرخ في 11 نونبر 1974 والمعدل بمقتضى ظهير 10 شتنبر 1993، بحيث نصت على أنه يوظف الملحقون القضائيون بحسب ما تقتضيه حاجات مختلف المحاكم على إثر مباراة يشارك فيها حملة شهادة العالمية للتعليم العالي الإسلامي أو الإجازة في الحقوق (فرع القانون الخاص) أو الإجازة في الشريعة من جامعة القرويين أو شهادة تعتبر معادلة لذلك، بمقتضى مرسوم يصدر باقتراح من وزير العدل.

- ما جاء بمقتضيات من قانون المتدربين القضائيين.

- ما جاء بمقتضيات المادة الرابعة من قانون المفوضين القضائيين رقم 81-03 التي تشترط في المرشح لمزاولة مهنة المفوض القضائي أن يكون حاصلًا على شهادة الإجازة في الحقوق أو ما يعادلها أو شهادة الإجازة في الشريعة الإسلامية.

- ما جاء في مقتضيات المادة 6 من القانون رقم 16-03 المنظم لخطة العدالة بالمغرب، بحيث نصت على أنه " يشارك في المباراة المشار إليها في المادة 4 أعلاه وكذا في التمرين والإمتحان المهني حملة شهادة الإجازة المحصل عليها في المغرب من إحدى كليات الشريعة

- ما جاء بمقتضيات المادة الثالثة من قانون تنظيم مهنة النسخة بحيث نصت على أنه يشترط في المرشح لمهنة النسخة أن يكون حاصلًا على شهادة السلك الأول من الإجازة من إحدى كليات الشريعة

ثانياً : إن البرنامج الدراسي المحدد لطلبة كلية الشريعة يعتبر برنامجاً متنوعاً يتكون من مواد شرعية وقانونية خصوصاً المواد المدرسة بكلية الحقوق - فرع القانون الخاص - (القانون الدستوري - مدونة الأسرة - القانون الجنائي العام والخاص - الاقتصاد السياسي - القانون المدني - القانون الاجتماعي - قانون المسطرة الجنائية - المواريث - القانون التجاري - الفقه المقارن بالقانون - القانون القضائي الخاص - القانون الإداري - القانون الدولي الخاص) وتجدر الإشارة أن كلية الشريعة بفاس حالياً تعرف تحولاً كبيراً في مجال البحث العلمي، وهذا راجع إلى تعدد مختبرات البحث المتنوعة من داخل الكلية (مختبر صياغة القوانين التشريعية - مختبر المهن القضائية ومختبر في شؤون الأسرة ...) تم إلى نوعية الماستر المفتوح من داخل الجامعة (ماستر القضاء والتوثيق - ماستر العقار - ماستر الأسرة) إذن يتبن من خلال ما قدمناه في هذه السطور - سواء من جانب المقتضيات القانونية التي تسمح لخريجي كلية الشريعة

بمزاولة العديد من المهن القضائية، القريبة من المحاماة، أو من جانب المواد المعتمدة من داخل الكلية ، وأيضا إذا استحضرتنا التوصية التي رفعها المشاركون (باحثون وقضاة ومحامون ومحافظون عقاريون..) في الندوة الدولية في موضوع مدونة الحقوق العينية وآفاق التطبيق التي احتضنتها رحاب كلية الشريعة بفاس يوم 2-3 يناير 2013 - والتي طالبت الجهات المعنية بضرورة مراجعة القانون المنظم لمهنة المحاماة بشكل يسمح لخريجي الشريعة بولوج هذه المهنة نظرا للمستوى العلمي والتكوين القانوني لخريجي كلية الشريعة والمتطلبة في المهنة ، ثم إذا أضفنا إلى كل هذا الشكوى المباشرة والغير المباشرة من طرف العديد من المحامين والقضاة في وجود ضعف كبير لدى المحامين في المادة العقارية وبالخصوص دعاوي العقار غير المحفظ ، دون أن ننسى مقتضيات الدستور الجديد التي تنظم المباريات على حسب المساواة والاستحقاق ..

إذا استحضرتنا كل هذا تأكدنا من أحقية ومشروعية ولوج خريجي الشريعة لمهنة المحاماة والتوثيق العصري، وعدم صوابية موقف المشرع المغربي في هذا الإقصاء. وعليه لا بد أن يبادر إلى مراجعة موقفه، وذلك بالسماح لهذه الفئة من الخريجين بولوج مهنتي المحاماة والتوثيق العصري بصفة قانونية، وهذا من شأنه أن يساهم في إحياء القضاء الشرعي ببلادنا وإنقاذه من الضعف الذي أصابه بفضل التكوين المزدوج لخريجي كلية الشريعة القانوني والشرعي .

الإطار القانوني الجزائري لممارسة الشفعة في العقار الفلاحي



إعداد الباحثة : الأستاذة أسماء تخونوني

أستاذ مساعد - صنف - أ - جامعة الطارف

asmatakhouni@yahoo.com

ملخص :

إن المشرع أعطى للدولة صلاحيات واسعة تمكنها من التدخل في العقار ذي الطابع الفلاحي ، بوسائل جديدة ، والتي تعتبر الشفعة أحد أهمها ، بغية المحافظة على الوجهة الفلاحية للأراضي بالدرجة الأولى ، وتدعيم عمل الأرض توسيع البنيات التحتية أثناء إنجاز الأشغال العامة ، ، وحماية قابلية استغلال المستثمرات الفلاحية المعرضة لتهديد بسبب غياب الرقابة من طرف المعنيين ومنحها لأشخاص لا علاقة لهم بالفلاحة ، وقد نظم المشرع هذه الوسيلة - أي الشفعة - وفق شروط قانونية دقيقة مجرد توفر أحدها تبادر الهيئة المؤهلة قانونا بممارسة الشفعة باسم الدولة ولحسابها ، وبغض النظر عن الأهمية الاقتصادية والاجتماعية للأراضي الفلاحية ، فإنه وبالشفعة تضمن الدولة استغلالا أمثل لهذه الأراضي وعدم تركها بورا ، أو التعامل فيها بشكل يقلص من إنتاجها ، وذلك تحت طائلة توقيع جزاءات تذهب إلى حد التجريد من الملكية .

Résumé :

Le législateur a octroyé et attribué à l'état de larges attributions lui permettant d'intervenir par rapport à l'immeuble ayant un caractère agricole et ce par des moyens récents d'où le droit de préemption est l'un de ses importants moyens aux fins de conserver l'objectif agricole des terres en premier lieu et en vue de renforcer le travail de la terre et la protection de l'acceptation de l'exploitation des domaines agricoles qui sont menacés par l'extension des bâtiments et constructions sous-terraines et ce durant la réalisation des travaux publics , en raison de l'absence du contrôle de la part des concernés et leur attributions à des personnes qui n'ont aucune relation avec l'agriculture , le législateur a organisé cette question c'est - dire le droit de

préemption au nom de l'Etat et pour son propre compte , en dehors de l'importance économique et sociale des terres agricoles car grâce droit de préemption l'Etat pourrait garantir une exploitation meilleure de ces terres et ne pas les laisser infertiles et incultes et improductives , ou son utilisation de façon diminuant sa production et ce sous peine de sanctions provoquant même la privation de la propriété et du bien .

مقدمة :

إن الأراضي الفلاحية في المادة 23 من القانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري ، تندرج تحت ثلاثة أصناف قانونية ، فيمكن أن تكون أراضي فلاحية ملك للخواص ، أو أراضي وقفية أو أملاك وطنية

أو حسب قانون الأملاك الوطنية فإن الأراضي الفلاحية محل ممارسة الشفعة من طرف الدولة ، هي تلك التابعة للأملاك الوطنية الخاصة بنص المادة 18 من قانون الأملاك الوطنية ، ونظم القانون 87-19 المؤرخ في 1987/12/08 كيفية استغلالها ، غير أنه نظرا للأهمية الاقتصادية والاجتماعية للأراضي الفلاحية ، فإن المشرع وبغض النظر عن صنفها القانوني أعطى للدولة صلاحيات واسعة للتدخل بغية ضمان استغلالها استغلالا أمثل وعدم تركها بورا أو التعامل فيها بشكل يقلص من إنتاجها وذلك تحت طائلة توقيع جزاءات تذهب إلى حد التجريد من الملكية ، كما منع تحويلها عن وجهتها الفلاحية خارج الحالات التي نظمها قانون التهيئة والتعمير⁽¹⁾ .

والمشرع اعطى للإدارة - كما سبق وقلنا - صلاحيات واسعة تمكنها من التدخل ، للمحافظة على الوجهة الفلاحية للأرض بإجراءات جديدة لو طبقت فعلا لأعطت أكثر فعالية للوسائل القانونية الممنوحة للدولة ، والتي تعتبر الشفعة أحد أهمها ، إذ أحاط ممارستها في العقار ذي الطابع الفلاحي بشروط قانونية ، وإجراءات هامة نبين تفاصيلها من خلال مبحثي هذه الدراسة ، حيث نحلل في المبحث الأول شروط ممارسة الدولة للشفعة في العقار الفلاحي باسمها ولحسابها ، ونبين في المبحث الثاني إجراءات ممارستها في حال تحقق الشروط المطلوبة .

المبحث الأول : شروط الشفعة في العقار الفلاحي :

إن الشفعة كأحد أهم الوسائل القانونية الممنوحة للدولة بغية المحافظة على الوجهة الفلاحية للأرض ، نظمها المشرع وفق شروط قانونية دقيقة ، والتي منها ما يتعلق بالهدف المتبع ، وأخرى بالعقار والتصرف المشفوع فيهما ، وشروط متعلقة بالهيئة المخولة قانونا بممارسة الشفعة للدولة باسمها ولحسابها وهي الشروط الآتي تحليلها في المطالب الموالية :

المطلب الأول : الشروط المتعلقة بالهدف :

يهدف المشرع من وراء إنشاء حق الشفعة للدولة واستعمالها في السوق العقارية الفلاحية وجوبا ، إلى جملة من الأهداف المقررة قانونا ، وإلا شاب قرارها عيب الغاية وتعرض للطعن ، وهذه الأهداف نجملها في النقاط الآتية :

(1) ليلي زروقي وعمر حمدي باشا ، المنازعات العقارية ، الجزائر ، دار هومة ، 2006 ، ص 177 .

أولاً : تدعيم عمل الأرض ، وهذا بفتح مجال الملكية العقارية لفائدة الفلاحين الشباب ، و إعادة تنصيب الفلاحين المنزوعة ملكيتهم ، وكذا لفائدة المستثمر المستأجر في حال بيع الأرض التي يستثمرها .

ثانياً : المحافظة على هذا النوع من الأراضي نتيجة للوظيفة الاجتماعية والاقتصادية المنوطة بالعقار الفلاحي ، وللمحافظة على الوجهة الفلاحية للأرض ، أكدت المادة 36 من قانون التوجيه العقاري على أن القانون هو الذي يرخص بتحويل أي أرض فلاحية خصبة أو خصبة جدا ، ويحدد القدرة التقنية أو المالية لهذا التحويل ، كون الأرض الزراعية ثروة مستقلة وهامة لا يهددها الاستنفاد المحتوم ، مثل الثروات المعدنية ، ولا تكون عرضة للتقادم الذي تتعرض له الصناعة التي يتحتم عليها ملاحقة التطور التكنولوجي على الدوام ، إذ تعد الزراعة إحدى قواعد النمو الاقتصادي في البلاد ، وعلامة ذو أهمية كبرى في التقدم الاجتماعي⁽¹⁾ .

ثالثاً : حماية قابلية استغلال المستثمرات الفلاحية المعرضة لتهديد توسيع البنيات التحتية أثناء إنجاز الأشغال العامة⁽²⁾ ، بسبب غياب الرقابة من طرف المعنيين ، إذ منحت لأشخاص لا علاقة لهم بالفلاحة ، وأصبحت هذه الأرض الطيبة محل أطماع واختلاسات تعسفية لفائدة عمران زاحف أو لإنشاء مناطق مخصصة لنشاطات صناعية وسياحية أو لبناء سكنات اجتماعية⁽³⁾ .

رابعاً : توسيع وتحسين قدرات المستثمرات الفلاحية بما يتماشى مع التطور في طرق الاستغلال⁽¹⁾ ، وفي هذا الإطار يشكل الاستثمار الفعلي المباشر أو غير المباشر واجب على كل مالك لحقوق عينية عقارية أو حائزها ، وعلى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس حيازة ذلك عموماً ، وبالتالي أصبح استغلال الأرض بمثابة التزام قانوني ، أي قيد على ممارسة حق الملكية العقارية⁽²⁾ .

خامساً : حماية الأملاك الفلاحية العائلية ، والمحافظة على طابعها .

سادساً : محاربة المضاربة في سوق الأراضي الفلاحية .

سابعاً : حماية الأراضي والمستثمرات الفلاحية المتواجدة فوقها من عملية القسمة وتجزئة الأراضي .

وهذه عموماً جملة الأهداف التي تبنى عليها وجوباً غاية ممارسة الشفعة من طرف الدولة في العقار ذي الطابع الفلاحي ، ضمن القرار الذي تصدره الهيئة المخولة قانوناً بذلك ، وإلا شاب قرارها عيب الغاية وتعرض للطعن

المطلب الثاني : الشروط المتعلقة بالعقار المشفوع فيه :

لقد قسم المشرع العقار الفلاحي المعنى بممارسة الشفعة عليه من طرف الدولة إلى ثلاثة أشكال ، هي على التوالي : الأرض الفلاحية الفضاء ، المستثمرة الفلاحية ، وحق الامتياز نوضحها في فروع هذا المطلب .

(1) بن رقية بن يوسف ، شرح قانون المستثمرات الفلاحية ، الجزائر ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الطبعة الأولى ، 2001 ، ص 9 .

(2) اسماعين شامة ، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري ، الجزائر ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، 2002 ، ص 103 .

(3) بن رقية بن يوسف ، المرجع السابق ، ص 11 .

(4) اسماعين شامة ، المرجع السابق ، ص 11 .

(5) عمر حمدي باشا ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، الجزائر ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، 2004 ، ص 107 .

الفرع الأول: الأرض الفلاحية الفضاء:

باستقراء قانون التوجيه العقاري (25/90) المعدل والمتمم ، فإن الأرض الفلاحية ، أو ذات الوجهة الفلاحية في مفهوم هذا القانون ، هي كل أرض تنتج بتدخل الإنسان سنويا أو خلال عدة سنوات إنتاجا يستهلكه البشر أو الحيوان ، أو يستهلك في الصناعة استهلاكاً مباشراً أو بعد تحويله ، وتصنف الأراضي الفلاحية تبعاً لضوابط علم التربة ، والانحدار ، والمناخ والسقي إلى ثلاثة أصناف هي :

الصف الأول : الأراضي الفلاحية الخصبة جداً أي طاقتها الإنتاجية عالية وهي الأراضي العميقة الحسنة التربة المستقيمة أو القابلة للسقي .

الصف الثاني : الأراضي الفلاحية الخصبة ، وهي الأراضي المتوسطة العمق ، المستقيمة أو القابلة للسقي ، أو الأراضي الحسنة العمق غير المستقيمة ، الواقعة في مناطق رطبة أو شبه رطبة ، ولا تحتوي على أي عوائق طبوغرافية .

الصف الثالث : الأراضي الفلاحية الضعيفة الخصب ، وهي أراضي تحتوي على عوائق طبوغرافية كبيرة وعوائق في نسبة الأمطار ، والعمق و الملوحة والبنية والانجراف .

ونشير إلى أن المقصود من القول بأنها أرضا فضاء ، وذلك حتى نميز بينها وبين أرض فلاحية يبني عليها ، فالأرض الفضاء هي كل الأراضي العارية المخصصة للنشاط الفلاحي ، مهما كان صنفها أو طبيعتها ، وعليه لا يمكن استعمال الشفعة في التصرف في :

- كل أرض تم تغيير طبيعتها الفلاحية قبل التصرف فيها ، حتى وان استمر استغلالها في الفلاحة ، وعادة ما تكون أراضي متواجدة على أطراف المناطق الحضرية ، ويتم اعتمادها في أدوات التهيئة والتعمير على اعتبارها أراضي قابلة للتعمير على الأمد المتوسط أو الطويل .
- كل أرض ملحقة مباشرة بعقار غير فلاحي كالحدايق والبساتين العائلية، الأراضي المستعملة كحواضر أو مراكز تخزين حتى في المناطق الحضرية والصناعية.
- كل أرض مستعملة كمساحة غابية .
- كل أرض مخصصة من أجل استغلال المناجم والمقالع .

الفرع الثاني : المستثمرة الفلاحية :

تنص المادة الثالثة من القانون (19/87) المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية ، التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم ، على أن الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية الخاصة تتكون في شكل مستثمرات فلاحية متجانسة ، تتطابق مساحتها مع عدد المنتجين الذين تتألف منهم الجماعة وقدراتهم على العمل ، ومع مناهج الإنتاج المتوفرة وقدرات الأراضي ، والهدف من تكريس مبدأ الاستغلال الجماعي للأراضي ، هو المحافظة على الأراضي المتخصصة في إنتاج بعض المحاصيل الزراعية الهامة كالقمح والشعير وغيرهما .

والمستثمرة الفلاحية هي اصطلاح اقتصادي تعني وحدة ترابية مسيرة ومستغلة طيلة السنة من طرف شخص أو عدة أشخاص ، تنظم وسائل الإنتاج وذلك لخدمة الإنتاج الفلاحي ، وقانونا تكون ملكا للشخص أو الأشخاص المستغلين لها ، ويصبح للمستثمرة الفلاحية وجود قانوني عند نشر العقد الإداري في سجل الحفظ العقاري ، وبالتالي

تخضع للأحكام الأساسية المحددة في المواد من 13 إلى 39 من القانون (19/87) السابق الذكر ، وكذا لأحكام القانون المدني ، فقد اعتبر المشرع أن الجماعة المكونة للمستثمرة الفلاحية الجماعية شركة أشخاص مدنية ، لأن العمل الذي يقوم به المستفيدون ، لا يعد عملا تجاريا بل هو عمل مدني ، وفيه الاعتبار الشخصي هو الغالب .

الفرع الثالث : حق الامتياز :

إن حق الامتياز هو البديل لحق الانتفاع الدائم ، أو اللفظ المرادف له ، والامتياز طبقا للقانون (03/10) المؤرخ في 2010/08/15 المحدد لشروط و كفاءات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة هو العقد الذي يمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية - يدعى في صلب النص " المستثمر صاحب الامتياز " - حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة ، وكذا الأملاك السطحية المتصلة بها ، بناء على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم ، لمدة أقصاها أربعون (40) سنة قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية ، وتضبط كفاءات تحديدها وتحصيلها ، وتخصيصها بموجب قانون المالية ، ويقصد بمفهوم القانون (03/10) المذكور أعلاه ، بالأملاك السطحية مجموع الأملاك الملحقة بالمستثمرة الفلاحية ولاسيما منها المباني والأغراس ومنشآت الري .

ويمنح الامتياز المنصوص عليه في هذا القانون ، لأعضاء المستثمرات الفلاحية الجماعية والفردية وتمارس الدولة الشفعة في حق الامتياز في حالتين هما :

- 1- التنازل عن هذا الحق بعوض أو بدون عوض من طرف أحد المستفيدين.
- 2- إسقاط حق الامتياز من المستفيد أو المستفيدين .

المطلب الثالث : الشروط المتعلقة بالتصرف :

نصت المادة 105 من القانون (30/90) المتضمن قانون الأملاك الوطنية على أن استغلال الأراضي الفلاحية وذات الوجهة الفلاحية يتم وفقا لأحكام القانون (19/87) والذي حدد كيفية استغلالها ، وأجاز للدولة ممارسة الشفعة ولو أنها لا مالكة للرقبة ، ولا هي صاحبة حق الانتفاع ، ولا حتى شريكة في الشروع ، وذلك محافظة على الوجهة الفلاحية وتحقيقا للأهداف السابقة ، ونتطرق خلال هذا المطلب لشروط التصرف والتي نشير بداية أن مجرد توافر أحدها فقط يخول للدولة ممارسة الشفعة والتي نضمونها محتوي الفروع الآتية .

الفرع الأول : عدم الاستغلال الفعلي للأراضي الفلاحية :

إن حالة عدم الاستغلال ظاهرة قائمة من حيث الفعل و الواقع ، ففي الحقيقة لم يعرف المشرع الجزائري عدم الاستغلال ، لكن يمكن أن نستشف من نص المادتين 48 و 49 من قانون التوجيه العقاري ، خمسة معايير يمكن أن تدلنا على مفهومه هي :

المعيار الأول : إن عدم الاستغلال يجب أن يكون فعليا ، ذلك أن واجب استغلال الأراضي الفلاحية هو بذاته فعليا ، لكن نتساءل بالنسبة لهذا المعيار حول الحالة التي يتحقق فيها عدم الاستغلال ، هل هي حالة الانعدام الكلي

للزراعة أم نكتفي بزراعة جزئية وغير كافية؟ فمن المعلوم أن تقدير عدم الاستغلال يجب أن يؤخذ فيه بعين الاعتبار طبيعة الأرض وموقعها، وكذا العوامل المناخية والفلاحية⁽¹⁾

المعيار الثاني: عدم الاستغلال يعني كافة الأراضي الفلاحية دون التمييز بين أصنافها وأهمية الاستغلال فيها، فالنصوص القانونية لا تميز ولا تأخذ بعين الاعتبار مساحة الأرض المستغلة والوسائل المستعملة، وعليه يمكن القول بأن المزارع الصغيرة العائلية التي يخدمها أصحابها لحاجياتهم الشخصية معنية بهذا المفهوم⁽²⁾.

المعيار الثالث: يدخل ضمن مفهوم عدم الاستغلال، الاستعمال غير الفلاحي للأراضي الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية.

المعيار الرابع: عدم الاستغلال مرتبط بالمدة، بحيث يتحقق إذا استمر فعليا، طيلة موسمين فلاحيين متاليين وذلك بصريح نص المادة 49 من القانون (25/90) المذكور، التي تنص على أن: "تعد أرضا غير مستثمرة في مفهوم هذا القانون كل قطعة أرض فلاحية تثبت بشهرة علنية أنها لم تستغل فلاحيا مدة موسمين فلاحيين متعاقبين على الأقل". وهو الحد الأدنى الذي يتحقق فيه عدم الاستغلال، ومرتبط أيضا بخصوبة الأرض المعنية، وكذا العوامل الفلاحية والطبيعية للمنطقة.

المعيار الخامس: عدم الاستغلال الفعلي يجب أن يكون علنيا.

وقد نص المشرع في المادة 48 من القانون (25/90) المذكور، على أن المستغل للأرض الفلاحية هو بمثابة "مدين" بالالتزام باستغلالها، ويكون متعسفا في استعمال الحق في حالة إخلاله بهذا الالتزام، كما أعطى - المشرع - للدولة صلاحيات واسعة في مجال الرقابة والتدخل في حالة الإخلال بواجب الاستغلال الفعلي للأراضي الفلاحية وكونها مسؤولة على المحافظة على الوجهة الفلاحية للأراضي واستغلالها استغلالا أمثل، فهي تمارس الرقابة عن طريق أدوات معينة تتمثل أساسا في "لجنة إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية"، وهي هيئة معتمدة بنص المادة 50 من قانون التوجيه العقاري.

الفرع الثاني: التصرف بعوض في المستثمرة الفلاحية:

إن التصرفات التي يمكن أن تكون محل استعمال حق الشفعة من قبل الهيئة العمومية، هي تلك التي ترد على انتقال الملكية العقارية في الأراضي الفلاحية بعوض، أي بصفة عامة البيوع بمختلف أنواعها، وهي كافة التصرفات الناقلة للملكية العقارية في الأراضي الفلاحية بمقابل نقدي، حتى ولو لم يتم تكييفها على أنها عقد بيع من قبل الأطراف، ونذكر منها⁽³⁾:

- البيع بالمساومة.
- التبادل سواء بدفع معدل المقايضة أولا.
- بيع مقابل إيراد لمدى الحياة.
- البيع بالمزاد العلني ما لم يكن القانون قد ألزم ذلك البيع.

(1) انظر المادة 48 - الفقرة الثانية، من القانون (25/90) المتضمن التوجيه العقاري

(2) انظر المادة 49 من القانون.

(3) اسماعين شامة، المرجع السابق، ص 245.

- الرهنية أي وفاء عيني لدين .

غير أنه ثمة استثناءات على هذه القاعدة ، إذ لا يمكن الاحتجاج بممارسة الشفعة في الحالات التالية :

- بيع مقابل إيراد لمدى الحياة ، إذا كان المقابل يمثل كله ، أو في جزئه الأكبر في خدمات عينية .

تقديم العقار كحصة في شركة .

- كل تصرف يتم على أساس التبرع ، وتتدخل في إطار هذا الحكم ، كل من الهبة والقسمة .

- التنازل على ملكية الرقبة لصالح صاحب الانتفاع .

- نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية .

وزيادة على تلك الاستثناءات تضاف تلك المنصوص عليها في المادة 798 من القانون المدني وهي :

- إذا تم البيع بين العائلة الواحدة بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، وبين الأصدقاء إلى الدرجة الثانية .

- إذا كان القصد من البيع بناء للعبادة أو ملحق له .

الفرع الثالث : التنازل عن حق الامتياز :

فالأصل أنه لا يجوز للمستفيد أن يتصرف في حصته ما دامت المستثمرة الفلاحية قائمة ، لأنه مرتبط بعقد جماعي ابتدائي قبل تكوين المستثمرة ، كما أنه قد اختير من طرف الجماعة للعمل معهم بناء على اعتبارات شخصية ، ورغم ذلك فإن المشرع قد أجاز التنازل عن حق الامتياز بعوض أو بدون عوض ، وأعطى للدولة صلاحية الحل محل هذا المستفيد باستعمال حق الشفعة عليه ، ولكن بشروط :

الشرط الأول : أن يتم التنازل للعمال في القطاع الفلاحي .

الشرط الثاني : أن ينال المتنازل له باستثناء الدولة والعمال في المستثمرة الفلاحية الجماعية إرضاء ببقية الأعضاء الآخرين مسبقا ، ويهدف هذا الشرط إلى تفادي النزاع الذي قد يحدث بين المستفيدين داخل المستثمرة ، وذلك عند دخول شخص جديد غير مرغوب فيه ⁽¹⁾ .

الشرط الثالث : يجب تحرير هذا التصرف في شكل رسمي يخضع لإجراءات التسجيل والإشهار بنص المادة 34 من القانون (19/87) .

الفرع الرابع : إسقاط حق الامتياز :

تمارس الدولة الشفعة في حق الامتياز ، عند إسقاطه من المستفيدين منه ، ويسقط حق الامتياز في حالة الإخلال بأحد الالتزامات القانونية المقررة لأصحاب حق الامتياز ، وفقا لما نص عليه كل من المرسوم التنفيذي رقم (51/89) المؤرخ في 1989/04/18 المتضمن كليات تطبيق المادة 29 من القانون (19/87) ، وكذا المرسوم التنفيذي رقم (51/90) المؤرخ في 1990/02/06 الذي يحدد كليات تطبيق المادة 28 من القانون (19/87) أيضا .

(1) انظر المادة 25 من القانون (19/87) المذكور .

ويعد مغلا بالتزامات المستثمر صاحب الامتياز في الحالات الآتية :

1. تحويل الوجهة الفلاحية للأراضي والأملاك السطحية .
2. عدم استغلال الأراضي والأملاك السطحية فترة سنة واحدة .
3. التأجير من الباطن للأراضي أو الأملاك السطحية.
4. عدم دفع الإتاوة بعد سنتين متتاليتين.

وفضلا على إسقاط صاحب حق الامتياز عنه هذا الحق ، فإنه يتعرض لعقوبات الإخلال بالتزامات المنصوص عليها على التوالي في المواد 26-27 و28 من القانون (03/10) المؤرخ في 2010/08/15 المحدد لشروط و كفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة .

المطلب الرابع : الشروط المتعلقة بالهيئة العمومية :

وتتجسد الشروط المتعلقة بالهيئة المخولة قانونا بممارسة الشفعة باسم الدولة ولحسابها في شخص هذه الهيئة ذاتها ، والمتمثلة في كونها : " الديوان الوطني للأراضي الفلاحية " ويعتبر الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بموجب المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم (87/96) المؤرخ في 1996/02/24 المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية ، هيئة عمومية مكلفة بالتنظيم العقاري ، أنشئ بموجب المرسوم المذكور ، ويتولى باعتباره أداة تابعة للدولة ، بالتصرف لحسابها تنفيذا للسياسة العقارية الفلاحية المقصودة ، وتزود الدولة الديوان الوطني للأراضي الفلاحية عن طريق التخصيص بالوسائل البشرية والمادية الضرورية لنشاطاته ، وذلك بغية تحقيق أهدافه والقيام بمهامه .

ويخضع الديوان الوطني للأراضي الفلاحية للقواعد الإدارية المطبقة على الإدارة في علاقاته مع الدولة ، ويعد تجرا في علاقاته مع الغير ، فهو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري ، وهو الأداة الأساسية لتنفيذ السياسة الوطنية العقارية الفلاحية ، ويمارس الديوان مهام الخدمة العمومية ، طبقا لدفتر شروط تبعات الخدمة العمومية ، ففي إطار نشاطاته الخاصة ، يمكن للديوان أن يقتني أي مستثمرة أو أرض فلاحية أو ذات نشاط فلاحية ، تستند تهيئتها ، أو تميمها أو استصلاحها عن طريق التعاقد⁽¹⁾ أما في إطار تنفيذ السياسة الوطنية العقارية الفلاحية ، يجب أن تساهم النشاطات المحددة في دفتر الشروط في الاستعمال الأمثل للأملاك العقارية الفلاحية الوطنية ، والحفاظ عليها⁽²⁾ .

ويكلف الديوان في إطار مهامه على الخصوص بممارسة حق الشفعة لامتلاك الأراضي الموضوعة للبيع في حال تحقق الشروط الموضحة خلال هذا المبحث ، لنخصص الدراسة في المبحث الثاني لإجراءات الأخذ بالشفعة وثبوتها للدولة .

(1) انظر المادة 03 من المرسوم (87/96) المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية .

(2) انظر المادة 02 من ملحق المرسوم (87/96) المتضمن دفتر شروط تبعات الخدمة العمومية للديوان الوطني للأراضي الفلاحية .

المبحث الثاني: إجراءات الأخذ بالشفعة في العقار الفلاحي:

إن صدور حكم قضائي بإسقاط حقوق المستفيدين لعدم الاستغلال الأمثل للأراضي الفلاحية، أو بإسقاط حق الامتياز للإخلال بالالتزامات المفروضة على المستفيد قانوناً، أو عدم توفر شروط الاستفادة به، أو حتى التنازل عن حصة صاحب حق الامتياز في المستثمرة الفلاحية، وفقاً للإجراءات والشكليات الموضحة آنفاً، أو وفاة صاحب هذا الحق دون ترك وارث يتوفر على صفة المستفيد، أو كذلك التصرف بعوض الصادر عن صاحب الحق، وكل تلك هي شروط وأسباب، ولجورد توفر أحدها، أو صدور حكم قضائي بها فإن للمدير الولائي لأملاك الدولة أن يبادر بممارسة الشفعة باسمها ولحسابها - أي للدولة - بموجب التعليمات الوزارية المشتركة رقم 07 المؤرخة في 15 جويلية 2000، وذلك قبل تنصيب الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، وبعد تنصيبه فعلياً أحيل القيام بإجراءات ممارسة الشفعة إلى مديره، والتي تتحدد حسب طبيعة التصرف المشفوع فيه، إذ تميز بين إجراءات ممارسة الشفعة في حالة التصرف بعوض، وبين الحالات الأخرى، وهو محتوى مطلبي هذا المبحث.

المطلب الأول: الإجراءات في حالة التصرف بعوض:

والقصد بذلك التصرف بعوض في المستثمرة الفلاحية، كالبيع مثلاً، أو التنازل عن حق الامتياز فالقاسم المشترك بين هذين السببين هو أن كلاهما يتم بعقد رسمي أمام الموثق، وفي هذا الصدد نصت المادة (08) من مشروع المرسوم المتعلق بممارسة حق الشفعة من طرف الدولة⁽³⁾ على ما يلي:

"... أو التنازل عن حق عيني عقاري بموجب القانون رقم (19/87) المؤرخ في 1987/12/08، والتي يتبادر بها ملاكها أو أصحابها وذلك إذا انصب على المحيطات الخاضعة لممارسة حق الشفعة، يجب حتماً وتحت طائلة بطلان المعاملة أن ترفع إلى علم الهيئة العمومية المؤهلة، وذلك من قبل الموثق المكلف بتحرير العقد"، وعليه تتحدد الإجراءات فيما يلي:

(3) بن رقية بن يوسف، المرجع السابق، ص 189.

أولاً: التصريح بنية التصرف:

إذ يكون كل من البائع والمشتري أو المتنازل و المتنازل له ، المتصرفون في العقار محل الشفعة عموماً ، ملزمون قبل إتمام تصرفاتهما في شكل عقد نهائي رسمي بتصريح على نيتهما بالتعاقد للديوان الوطني للأراضي الفلاحية مبدئياً ، وفي غياب نص قانوني واضح يحدد إجراءات ذلك ، يكون من الأفضل كما جاءت به التعليمات الوزارية المشتركة رقم (07) أن يتم التصريح المذكور في شكل محرر رسمي⁽¹⁾ على أن يتكفل الموثق بتحريره وتبليغه لمدير الديوان الوطني للأراضي الفلاحية وقد نصت المادة 09 من مشروع المرسوم المتعلق بممارسة حق الشفعة من طرف الدولة عن مشتملات رسالة الإخطار هذه وهي :

- بيان كاف للأموال والحقوق العينية العقارية لحقوق الشفعة .
- بيان الثمن واسم كل من البائع والمشتري ولقبهما وموطنهما ومهنتهما .
- عقد الملكية أو وثيقة أخرى تقوم مقامها مرفوقة بشهادة كشف من المحافظة العقارية .
- قيمة الحصص المعتمدة من قبل المالكين على الشيوع أو قيمة الحق العيني العقاري إذا تعلق الأمر بمستثمرة فلاحية فردية .

ويفسر التصريح المذكور من الناحية القانونية بأنه إيجاب للتعاقد ، وعليه يتكفل القانون بتحديد الأجل الممنوح للهيئة من أجل الرد على ذلك العرض وهذا حماية لطرفين الأصليين في العقد المزمع إبرامه ، وبالمقابل تنص المادة 16 من مشروع المرسوم المذكور أعلاه على أنه عندما تقرر الهيئة العمومية المؤهلة تملك الأملاك العقارية ، والحقوق العقارية الموضوعة للبيع فإن المعاملة يجب أن تتم تحت طائلة البطلان في مهلة لا تتجاوز 3 أشهر ، ابتداء من تاريخ إخطار الموثق عن موافقتهم لاستكمال إجراءات البيع مع الإشارة إلى أن التعليمات الوزارية المشتركة رقم (07) قد حددت المهلة بشهر واحد وبالتالي يمكن تقدير ذلك بشهرين على الأقل أو ثلاثة أشهر على الأكثر⁽²⁾ .

(1) بن رقية بن يوسف ، المرجع نفسه ، 189 .

(2) اسماعين شامة ، المرجع السابق ، ص 251 .

ثانيا : موقف الهيئة العمومية :

وعند تسليم الهيئة العمومية رسالة الإخطار، فإن لها مهلة سنتين يوما لإعلام الموثق عن نيتها بأحد المواقف التالية :

1- قبول الهيئة العمومية بممارسة حق الشفعة وهذا القبول يجب أن يكون صريحا ويبلغ لطرفي العقد ، كما تشعر الهيئة العمومية الموثق المكلف بإجراء البيع لصالحها بتحرير العقد في الأجل لصالحها بتحرير العقد في الأجل المحدد لذلك ، وهذا خروجاً على قواعد الشفعة في القانون المدني حيث يمكن للهيئة المعنية من تغيير الثمن المتفق عليه أصلاً بين البائع والمشتري ، وعليه يمكننا تصور قبول ممارسة حق الشفعة وفق إحدى الصور الآتية ⁽¹⁾ .

الصورة الأولى : قبول الهيئة العمومية بالثمن المحدد في التصريح بنية التصرف ، ففي هذه الحالة ينعقد العقد بين البائع والهيئة المعنية بإبرامه في شكل عقد رسمي .

الصورة الثانية : قبول الهيئة العمومية للعرض مبدئياً غير أنها تعرض ثمنا مغاير (أقل من المصرح به) ففي هذه الحالة يمكن تصور إحدى الفريضتين :

أ- يقبل البائع بذلك فينعقد العقد ويبقى على الأطراف أن يفرغ تصرفاتهما في شكل عقد رسمي .

ب- يرفض البائع العقد ويبقى على الهيئة العمومية اللجوء الى القضاء المختص لتحديد ثمن العقار المعروض للبيع .

2- تخلي الهيئة العمومية عن ممارسة حق الشفعة والذي قد يكون صريحا بعد إخطار الموثق برسالة موصى عليها تبلغ للطرفين الأصليين في العقد ، أو رفضاً وتخلياً ضمناً يستخلص من عدم رد الهيئة العمومية بعد مهلة ستين (60) يوماً فيعد ذلك ضمناً بمثابة عدول عن شراء المبيع و يجب على الموثق هنا أن يبين في مضمون العقد الميثب للمعاملة العدول أو عدم الرد تحت طائلة البطلان طبقاً للمواد 10-12-13 من مشروع المرسوم المتعلق بممارسة حق الشفعة من طرف الدولة .

المطلب الثاني : الإجراءات في الحالات الأخرى :

وتتجسد أساساً في حالات عدم الاستغلال الفعلي للأرض الفلاحية والحكم بإسقاط حق الامتياز حيث أنه :

من مضمون المادتين 51 و 52 من قانون التوجيه العقاري أن نستشف أن المشرع وقع على المخل بواجب استغلال الأرض الفلاحية عقوبات أو جزاءات تتمثل في الوضع الجبري للأرض حيز الاستغلال أو التأجير ، فإذا ثبت وجود أسباب قاهرة جعلت المالك عاجزاً مؤقتاً عن استغلال الأرض الفلاحية يتدخل الديوان الوطني للأراضي الفلاحية لوضع الأرض حيز الاستغلال تحت نفقته ولحساب المالك أو الحائز الظاهر أو عرضها للتأجير فالمعيار الذي اعتمده المشرع لتقرير هذا الجزاء هو الأسباب القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً سواء بالنسبة للمستغل نفسه أو أي مستغل آخر ⁽²⁾ ، فإذا لم توضع الأرض حيز الاستغلال فقد وقع المشرع جزاءً آخر هو بيع الأرض الفلاحية الخصبة أو الخصبة جداً جبراً في حالة ثبوت عدم استغلالها والديوان الوطني للأراضي الفلاحية هو الذي يتكفل بالعملية ويتخذ شكل البيع بالزاد العلني فمالك الأرض الفلاحية الذي أحل بواجب استغلال أرضه يكون قد ارتكب خطأ أكثر من

(1) اسماعين شامة ، المرجع نفسه، ص 252 .

(2) وذلك بمفهوم نص المادة 127 من القانون المدني .

ذلك ، إذ يكون متعسفا في استعمال حق الاستغلال فينشأ ضمن هذا الخطأ مسؤوليته التقصيرية ويجد نفسه ملزما بالتعويض للمتضرر وهذا الجزء تبرره الوظيفة العمومية المنوطة بالأرض الفلاحية للمالك الذي لا يستغل أرضه الفلاحية خاصة الخصبية أو الخصبية جدا فإنه غير جدير بتملكها ومن هذه اللحظة تفقد خاصيتها بكونها حق شخصي وتصبح حق للمجتمع .

وعند إثبات لجنة عدم استغلال الأراضي الفلاحية ذلك وبعد قيامها بالإجراءات الخاصة بالإثبات ، تقوم اللجنة بإبلاغ الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بغرض تطبيق التدابير المقررة وفقا لأحكام المادة 51 و 52 من قانون التوجيه العقاري حيث تحول له الفقرة الثالثة من المادة 52 المذكورة ممارسة الشفعة باسم الدولة ولحسابها تبعا للرتبة المحددة في نص المادة 795 من القانون المدني ، ويلزم الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بإظهار رغبته والقيام بالإجراءات كما هي مذكورة في المطلب الأول .

- في حالة الحكم بإسقاط حق الامتياز فإن الهيئة المكلفة بالتنظيم العقاري - أي الديوان الوطني للأراضي الفلاحية - تحل محل المستفيد أو المستفيدين الذين أسقطت حقوقهم طبقا لنص المادة 62 من قانون التوجيه العقاري وتمارس الهيئة العمومية حق الشفعة المنصوص عليه قانونا .

خاتمة :

وكخلاصة لموضوع الشفعة في العقار الفلاحي في إطار النظام القانوني الجزائري، يمكن القول أنه وبالتحديد نجد القانون (25/90) المتضمن قانون التوجيه العقاري قد وفر حماية قانونية خاصة للعقار الفلاحي قبل اللجوء إلى الشفعة من خلال :

1- تكليف أصحاب العقارات الفلاحية بالمساهمة الإجبارية في زيادة الطاقة الإنتاجية بغض النظر عن الصنف القانوني الذي ينتمي إليه العقار الفلاحي تحت طائلة سقوط حق الملكية (المادة 35 من قانون التوجيه العقاري) .
2 - حضر البناء داخل المستثمرات الفلاحية عامة كانت أم خاصة ، الواقعة في نطاق الأراضي الخصبية جدا أو الخصبية ، وكل بناء يتطلب رخصة صريحة تسلم وفقا للأشكال والشروط التي تحددها الأحكام التشريعية المتعلقة بالتعمير ولا تسلم هذه الرخصة إلا للملاك أو الحائزين أو الشاغلين الذين يبادرون بذلك في نطاق الاحتياجات الذاتية (المادة 35 من قانون التوجيه العقاري) .

3 - عدم جواز إدماج أرض فلاحية خصبة جدا أو خصبة ضمن صنف الأراضي القابلة للتعمير إلا بموجب قانون خاص يحدد القيود التقنية والمالية المرافقة لعملية التحويل ، ويجب أن يترتب عن كل تحويل تعويض لفائدة الدولة والجماعات المحلية يكون مقابل لنفس القيمة الناجمة عن هذا التحويل (المادة 37 من قانون التوجيه العقاري) .

4 - إسقاط حق التملك بسبب عدم الاستغلال حيث يعد هذا الأخير - كما رأينا في صلب الدراسة - بمثابة تعسف في استعمال الحق حسب نص المادة 48 من القانون (25/90) والملاحظ أن هذا المفهوم الجديد للتعسف في استعمال الحق جاء مخالفا لأحكام نص المادة 41 من القانون المدني ، والتي تشترط لقيام التعسف ثبوت نية الإضرار بالغير أو الحصول على فائدة غير مشروعة أو قليلة الأهمية بالنظر إلى حجم الضرر ويثبت هذا التعسف من طرف لجنة مختصة بذلك - أي لجنة إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية - حيث توجه إنذار إلى مالك الأرض المستغلة ، بعد معاينة عدم الاستغلال لفترة موسمين فلاحيين على الأقل وإذا تجاهل المالك الإنذار ولم يستأنف نشاطه خلال السنة الموالية يكون من حق اللجنة وضع الأرض حيز الاستغلال لحسابها وعلى نفقة المالك أو الحائز أو عرض الأرض

للتأجير أو بيعها إذا كانت خصبة أو خصبة جدا وذلك لحالة تعرض المالك لعجز مؤقت يجعله غير قادر على مباشرة النشاط فيما عدا ذلك تعتمد الهيئة المؤهلة إلى بيع الأرض مع الاحتفاظ بحق الشفعة للديوان الوطني للأراضي حسب الترتيب المنصوص عليه في القانون المدني

5 - كما يتمتع بحق الشفعة الديوان الوطني للأراضي الفلاحية المنصوص عليه في المادة 24 من القانون رقم (19/87) ويحل محل المستفيدين نتيجة عدم استغلالهم للمستثمرة الفلاحية بعد تجريدهم من حقوقهم العقارية .

قائمة المراجع :

أولا : المؤلفات :

- 1- بن يوسف بن رقية ، شرح قانون المستثمرات الفلاحية ، الجزائر ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الطبعة الأولى ، 2001 .
- 2- باشا عمر حمدي ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، الجزائر ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، 2004 .
- 3- زروقي ليلي وباشا عمر حمدي ، المنازعات العقارية ، الجزائر ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، 2006 .
- 4- شامة اسماعين ، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري ، الجزائر ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، 2002 .

ثانيا : النصوص القانونية :

القوانين :

- 1- الأمر رقم (58/75) المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .
- 2- القانون رقم (19/87) المؤرخ في 08/12/1987 المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم .
- 3- القانون رقم (25/90) المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم بالقانون رقم (26/95) المؤرخ في 26/09/1995 .
- 4- القانون رقم (30/90) المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية .
- 5- القانون رقم (03/10) المؤرخ في 15/08/2010 المحدد للشروط و كيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة .

المراسيم :

- 6- المرسوم التنفيذي رقم (51/89) المؤرخ في 18/04/1989 المتضمن كيفيات تطبيق المادة 29 من القانون 19/87
- 7- المرسوم التنفيذي رقم (51/90) المؤرخ في 06/02/1990 المتضمن كيفيات تطبيق المادة 28 من القانون 19/87
- 8- المرسوم التنفيذي رقم (87/96) المؤرخ في 01/03/1996 المنظم لإنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية .

إشكالية التجارب الطبية على جسم الإنسان

في الموازنة بين تحقيق التقدم العلمي و حق الفرد في السلامة البدنية والعقلية



بوجاني عبد الحكيم أستاذ في القانون والشرع

وعضو باحث في : مخبر الدراسات القانونية

الأورو متوسطية في جامعة تلمسان - الجزائر

مقدمة :

لقد أثارت البحوث العلمية والتجارب الطبية على الإنسان إشكالية الموازنة بين متطلبات تحقيق التقدم العلمي وبين حتمية توافر الحد الأدنى من الاحترام الواجب للجسم البشري و الحفاظ على الكرامة الإنسانية الأدمية، وذلك لا يكون في الدول العربية والإسلامية إلا بصياغة تشريعات جديدة، وذلك لتحديد الضوابط الشرعية والقانونية والأخلاقية والإنسانية للبحوث العلمية والتجارب الطبية على الإنسان¹.

ولاشك أن التقدم الذي يشهده الطب لم يكن إلا نتاجا لهذه البحوث العلمية والتجارب المتواصلة، والتي تعتبر النواة الأساسية وحجر الزاوية في تقدم كل علم وبالأخص في المجال الطبي، فعن طريق التجارب الطبية نعرف ما قد يتهددنا من مشاكل صحية وكيف يكون لنا معرفة مدى فعالية وكفاءة ما نتعلمه².

كما يرجع الفضل الكبير للتجارب الطبية في اتساع آفاق المعرفة أمام العلوم الطبية التي أصبحت تزود البشرية يوميا بحلول لمشاكلها الصحية وتزرع الأمل في نفوس الكثير من مرضى الأمراض المستعصية التي لا تزال محل بحث وتنقيب لأجل الوصول إلى علاج لها³.

¹- أنظر ، منذر الفضل ، التجربة الطبية على الجسم البشري ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية، مجلة الكوفة، كلية القانون، جامعة عمان العربية، د.س.ن، العدد 7، ص.07.

²- أنظر، عبد المجيد بن علي بن ثابت العمري، حكم إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان في الشريعة والنظام السعودي، شهادة ماجستير في الأنظمة، كلية الشريعة، قسم القضاء والسياسة الشرعية، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، السعودية، سنة 1430 هـ، ص.04.

³- أنظر، مامون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، سنة 2004-2005، ص.449.

إلا أن التجارب الطبية والعلمية على الإنسان سببت مشاكل قانونية تدور أساسا حول حماية السلامة البدنية والعقلية للإنسان من الاعتداءات والمخاطر المحتملة من إساءة استخدام هذه التجارب.

وإذا كان الأمر كذلك، فهل يجوز المساس بسلامة الجسم البشري في غير الغرض النافع لصاحب الجسد؟ أو من أجل منفعته إلا أن نتائج المنفعة غير معلومة وغير متوازنة مع المخاطر بإجراء التجربة لدواء أو علاج معين؟ وهل أن قبوله بإجراء تجربة طبية على جسمه يعني الفاعل من المسؤولية القانونية؟ وهذا ما يجعلنا نبحث عن موقف المشرع الجزائري في كل ما يتعلق بهذا الموضوع؟.

إن الإحاطة بأهم الأجوبة المتعلقة بإجراء التجربة الطبية على الجسم البشري و بيان موقف

المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها ومدونة أخلاقيات الطب فيما يخص حماية بدن الإنسان وصحته يلزم الخطة التالية :

المبحث الأول : حقيقة التجارب الطبية على الإنسان وأهدافها.

المطلب الأول : مفهوم التجارب الطبية على جسم الإنسان.

أولا: تعريف التجارب الطبية على الإنسان.

أ- لغة.

ب- اصطلاحا.

ثانيا: أنواع التجارب الطبية على الإنسان.

أ- التجارب الطبية العلاجية.

ب- التجارب الطبية العلمية (لغرض الاكتشافات العلمية).

المطلب الثاني : معصومية جسم الإنسان وحقه في السلامة.

المبحث الثاني : حدود وضوابط التطوع البشري من أجل إجراء التجارب الطبية.

المطلب الأول : أخلاقيات التجارب الطبية على الجسم البشري.

أولا : الشروط العامة لمزاولة الأعمال الطبية.

ثانيا: وجوب توافر الضمانات الطبية والقانونية.

أ- الضمانات الطبية.

ب- الضمانات القانونية.

المطلب الثاني : موقف المشرع الجزائري من التجارب الطبية على الجسم البشري.

خاتمة.

المبحث الأول : حقيقة التجارب الطبية على الإنسان وأهدافها :

إن استمرارية العلم في تقدمه وتطوره بجميع مجالاته يلزم منه الاستمرار في إجراء التجارب العلمية المختلفة، لكن ما حقيقة هذه التجارب؟ وما هي أهم أهدافها؟، هذا ما نسعى للوقوف عليه من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول : مفهوم التجارب الطبية على الإنسان :

سنين في هذا المطلب، تعريف التجارب الطبية على الإنسان (أولا)، وأنواعها (ثانيا).

أولا- تعريف التجارب الطبية على الإنسان :

أ- لغة : التجربة مصدر من الفعل جَرَّب، يقال جرب الرجل تجربة أي اختبره، ويقال له رجل مجرَّب بالكسر أي قد عرف الأمور وجربها، ورجل مجرَّب، أي قد جربته الأمور¹.

والتجربة في المعجم الوسيط: هي اختبار منظم لظاهرة أو ظواهر يراد ملاحظتها ملاحظة دقيقة ومنهجية للكشف عن نتيجة ما، أو تحقيق غرض معين².

ب- اصطلاحا: يتفق المعنى الاصطلاحي مع المعنى اللغوي للتجارب على معنى واحد وهو الاختبار للفروض المحددة لإثبات صحتها أو عدم صحتها، وكذلك قياس الأمور ومعرفتها، وهذا هو أصل المعنى اللغوي³.

وعرفها الدكتور مجدي عبد الله بأنها : "طريقة لاختبار صحة فرض"، "أو أنها ملاحظة مقصودة مقيدة بشروط تجعلها تحت مراقبة الباحث وإشرافه، فهي تغيير مدبر"، وهي أيضا عنده: "إحداث ظاهرة في ظروف صناعية معينة يرتبها الباحث قبل إجراء التجربة، بقصد جمع المعلومات عن ظاهرة، تعيينه على التحقيق من صحة فرض افتراضه"⁴.

وعرفها الأستاذ الدكتور مامون عبد الكريم بأنها: "مجموع الأعمال العلمية أو الفنية التي يكون الغرض منها ليس العلاج وإنما الحصول على معلومات جديدة بخصوص المرض موضوع البحث أو علاجه"⁵.

¹- أنظر، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج.9، ط.3، دار الهداية، ص.153.

²- أنظر، إبراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، ج.3، دار الدعوة، ص.119.

³- أنظر، ناريمان وفيق محمد أبو المطر، التجارب العلمية على جسم الإنسان، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، سنة 2011، ص.04.

⁴- أنظر، مجدي عبد الله، علم النفس التجريبي بين النظرية والتطبيق، دار المعرفة الجامعية، مصر، سنة 1966، ص.33 وما بعدها.

⁵- أنظر، مامون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص.452.

وبهذا المفهوم يمكن للمريض محل التجربة أن يستفيد مباشرة من المعلومات التي توصل إليها الطبيب من هذه التجربة، أما إذا كان بصدد تجربة غير علاجية فلا يستفيد منها سوى المرضى المستقبليين¹.

ثانيا- أنواع التجارب الطبية على الإنسان :

تختلف التجارب الطبية باختلاف القصد العام منها، فإذا كان القصد منها علاج المريض وتخفيف آلامه، تعتبر التجربة علاجية، أما إذا كان القصد منها الحصول على معارف جديدة دون أن تكون هناك مصلحة شخصية مباشرة لمن تُجرى عليه التجربة تكون التجربة علمية أو غير علاجية، وعليه فإن التجارب الطبية نوعان:

أ- التجارب الطبية العلاجية :

وهي التجارب التي يباشرها الطبيب بقصد علاج المريض باستخدام وسائل حديثة في الحالات المرضية التي تفتقد إلى دواء معروف كفيل بتحقيق الشفاء².

فالغرض الأساسي من هذا النوع من التجارب هو محاولة إيجاد علاج للمريض من خلال طرق جديدة في العلاج كالأدوية الجديدة، أو الأشعة أو غيرها من الوسائل الحديثة.

ب- التجارب الطبية العلمية (لغرض الاكتشافات العلمية) :

يمكن تعريفها بأنها أعمال فنية وعلمية يباشرها الطبيب على جسم المريض بغرض اكتساب معارف جديدة بخصوص الوقاية من الأمراض أو المعالجة الوقائية³.

وإذا كانت التجارب العلاجية لا تثير إشكالا من الناحية القانونية والأخلاقية من حيث أساس مشروعيتها، فإن الأمر يختلف بالنسبة للتجارب العلمية التي ينتفي فيها قصد العلاج، مما يثير إشكالية مدى حماية السلامة البدنية والعقلية للإنسان من الاعتداءات والمخاطر المحتملة من إساءة استخدام هذه التجارب، وهو ما سنتطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني : معصومية جسم الإنسان وحقه في السلامة :

ليس هناك أدنى شك في أن "الحق في الحياة" يعتبر من أول وأهم الحقوق العامة الأساسية للصيقة بالإنسان، فهو أعلى ما يحرص عليه الإنسان؛ لأن الحياة هي مصدر القوة للفرد في نشاطه المالي وغير المالي، وأن فقدان هذا الحق

¹- مامون عبد الكريم، نفس المرجع، ص.453.

²- أنظر، أسامة عبد الله فايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دار النهضة العربية، سنة 2003، ص.318؛ عبد الكريم مامون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص.453.

³- أنظر، حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، د.ت.ن، ص.286؛ عبد المجيد بن علي بن ثابت العمري، حكم إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان في الشريعة الإسلامية والنظام السعودي، المرجع السابق، ص.09.

يعتبر شر المصائب؛ لأنه فوق الألم الجسماني والنفسي الذي يصاحبه، يجرم الإنسان من كل متعة ويقضي على أهم عنصر من العناصر التي تعتمد عليها ثروته¹.

ولهذا السبب دأبت الدول إلى النص على هذا الحق في المبادئ الأساسية للدساتير، فضلا عن وجود المواثيق العالمية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1984 وغيرها التي نصت على هذا الحق.

ونشير إلى أن جميع الشرائع السماوية حظرت الاعتداء على هذا الحق، وقد ورد في القرآن الكريم الكثير من الآيات تحرم إزهاق الروح والاعتداء على الحق في الحياة وسلامة الجسم البشري، ونذكر منها قوله تعالى: "ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ذلكم وصاكم به لعلكم تعقلون"².

ومن أهم مظاهر حق الإنسان في الحياة، الحق في السلامة الجسدية، فلا يجوز قانونا المساس بمبدأ التكامل الجسدي بأي شكل من الأشكال، سواء ما يخص الكيان المادي أو الناحية المعنوية والصحية.

كما ذهب الأستاذ Jean KARBINEER إلى أن: "حرمة الشخص الطبيعي أول ما تعني أن كل شخص له أن يعترض على أي مساس بسلامة جسده ويرفض الخضوع لإجراء التجربة الطبية أو العمليات الجراحية أو التحليل الطبي؛ لأن الإنسان يتمتع بحقوق طبيعية لصيقة بشخصه، وله الحق في الاسم وقبل هذا الحق في السلامة للكيان البدني"³، ومن مظاهر حماية الحق في سلامة الجسم البشري بطلان الاتفاقات الماسة بهذه السلامة⁴.

ولا يستطيع المجتمع أن يحتفظ بوجوده كمجتمع له مستواه الخاص من التقدم والازدهار إلا إذا كان هذا الحق محاطا بحماية كاملة.

وإذا كنا قد بينا باختصار أهمية الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم البشري، فهل أن إجراء التجربة الطبية على البدن يعد من الأفعال المحظورة ويعاقب الفاعل عليها؟ وما هو دور رضا الشخص في رفع الصفة الجرمية لفعل القائم بالتجربة؟ وبصفة عامة ماهي الضوابط والحدود التي يجب أن يخضع لها التطوع البشري من أجل إجراء التجارب الطبية؟ وما مدى حماية المشرع الجزائري لهذا المتطوع؟، هذا ما سيتم الإجابة عنه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: حدود وضوابط التطوع البشري من أجل إجراء التجارب الطبية:

سنتطرق في هذا المبحث إلى أخلاقيات التجارب الطبية على الجسم البشري (المطلب الأول)، ثم سنبين موقف المشرع الجزائري من حيث حمايته لصاحب الجسد الخاضع لهذه التجارب (المطلب الثاني).

¹ - منذر الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية، المرجع السابق، ص.09؛ هاشم فارس الجبوري، حق الإنسان في الحياة ووسائل حمايته في الشريعة والقانون، أطروحة ماجستير في الدين، بغداد، سنة 1987، ص.84.

² - سورة الإسراء، الآية 33.

³ - Mazeaud (H.I.J) , Leçons de droit civil , Obligations, Paris, 1966, p.610-611-612.

⁴ - أنظر، محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد، سنة 1959، العدد 3، ص.01؛ منذر الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري...، المرجع السابق، ص.10.

المطلب الأول: أخلاقيات التجارب الطبية على الجسم البشري :

يشترط لإباحة التجارب الطبية على الإنسان وجوب مراعاة مجموعة من الضوابط القانونية التي تضمنتها المواثيق الدولية والتشريعات الداخلية، وتتضمن الشروط العامة اللازم توافرها للأعمال الطبية (أولاً)، ويضاف إليها شروط أخرى تفرضها طبيعة التجارب الطبية وتتمثل في الضمانات الطبية والضمانات القانونية الخاصة بحماية الأشخاص الخاضعين لهذه التجارب¹ (ثانياً)، وهي بمثابة التنظيم القانوني لممارسة التجربة على البدن².

أولاً- الشروط العامة لمزاولة الأعمال الطبية :

عند عرضنا لأنواع التجارب الطبية تم التوصل إلى أن التجارب العلاجية هي التجارب التي يكون الهدف منها علاج المريض الخاضع لها، وعليه يشترط في القائم بهذا النوع من التجارب الشروط العامة لإباحة الأعمال الطبية المتمثلة في ما يلي :

- ترخيص القانون بمزاولة مهنة الطب؛

- إتباع الأصول العلمية؛

- قصد العلاج؛

- رضا المريض.

ولا يختلف مضمون هذه الشروط في التجارب العلاجية عنه في الأعمال الطبية العامة، حيث يكفي توافر هذه الشروط وفقاً لخصائصها العامة للقول بتوافرها في مجال التجارب العلاجية.

كما لا تختلف هذه الشروط بالنسبة للتجارب الغير علاجية أيضاً، حيث لا يمكن مبدئياً المساس بالسلامة البدنية للإنسان بدون ترخيص قانوني من الجهات المعنية، من ثم يشترط أيضاً في القائم بالتجربة الغير علاجية الشروط المشار إليها أعلاه إذا كان هذا الأخير ينتمي إلى المهن الطبية³.

كما يشترط على الطبيب الذي يريد إجراء تجربة الغير علاجية ضرورة الحصول على رضا المريض بعد إطلاعه على أخطار التجربة والهدف منها، فالموافقة الحرة الكاملة للشخص المتطوع بجسده ضرورية قبل إجراء التجربة الطبية على الجسم البشري⁴.

¹- مامون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص.498-499.

²- منذر الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري، المرجع السابق، ص.17.

³- مامون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص.499.

⁴- أنظر، حسم الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، سنة 1975، ص.8-9؛ منذر الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري، المرجع السابق، ص.17.

وعلى العموم، فإن خطورة التجارب الطبية تتطلب عناية خاصة بالشخص الخاضع لها، ليس فقط من الناحية الطبية فحسب، بل من الناحية القانونية أيضاً، وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

ثانياً- وجوب توافر الضمانات الطبية والقانونية:

أ- الضمانات الطبية :

إن للتجارب علاقتها المتشعبة في شتى مجالات الحياة الإنسانية، لذلك كان لا بد على الطبيب المحرّب أن يلتزم ببعض الشروط لكي يكون تأثير تجاربه إيجابياً لا سلبياً، ومن هذه الشروط ما يلي :

- الالتزام بتقوى الله وشرعه، فعلى من يقوم بالتجارب أن يضع نصب عينيه مخافة الله، والتمسك بالنزاهة والأمانة، وعليه أن يلتزم بشرع الله، فلا يكون هناك انتهاك للأعراض.

- أن يكون الباحث دقيقاً في تسجيل وملاحظة كل التغيرات والآثار الناجمة عن كل خطوة من خطوات البحث العلمي الذي يجريه، وأن يرصدها بأمانة كما هي على أرض الواقع من غير لبس ولا تزويد.

- يجب أن يكون القائمون بالبحث العلمي من أهل الاختصاص، وأن يكونوا من أهل الخبرة والدراية بأساليب البحث العلمي وضوابطه العلمية والشرعية.

- أن تكون التجربة واضحة الأهداف والخطوات.

- أن يحذر من التحيز لمتغير ما دون الآخر، ففي ذلك تغيير وتزييف لنتائج البحث، وربما أدى التحيز إلى ضرر كبير بالمحرّب عليه، وأن يكون الباحث موضوعياً في بحثه¹.

- يجب عليه أن يحترم آدمية المتطوعين، ويقوم بتعريفهم بخطوات التجربة التي ستجرى عليهم، وكذلك يقوم بتدريبهم على بعض مراحل التجربة التي تحتاج لتدريب، فإن عدم تدريبهم قد يؤثر في نتائج التجربة؛ وبذلك يضمن نجاح تجربته وصدق نتائجها.

- وجوب التجريب على الحيوان قبل الانتقال للتجريب على الإنسان، إذ لا يجوز اتخاذ الإنسان حقلاً ابتدائياً لتجربة العقاقير والطرق العلاجية الجديدة².

- وجوب الموازنة بين المزايا المنتظرة من التجربة والأخطار المقترنة بها، إذ لا يجوز إجازة التجارب التي تفوق مخاطرها المنافع المنتظرة منها.

¹- ناريمان وفيق محمد أبو مطر، التجارب العلمية على جسم الإنسان، المرجع السابق، ص.57-58.

²- منذر الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري، المرجع السابق، ص.19.

ب- الضمانات القانونية :

كقاعدة عامة، لا يكفي لإجازة التجارب الطبية توافر الضمانات الطبية فقط، ذلك أن إباحة التجارب بدون رقابة على الأطباء فيه خطر كبير على سلامة الأفراد الخاضعين لهذا النوع من التدخلات الطبية، خاصة منها التجارب العلمية¹.

وذلك لأن فرض الرقابة على التجارب الطبية يحقق منفعة عملية تتمثل في تذكير الباحثين بضرورة تمحيص الجوانب القانونية والأخلاقية قبل الإقبال على التجارب الطبية التي يكون محلها الإنسان. وذلك أن سعي الطبيب الباحث إلى تحقيق التقدم العلمي قد ينسيه الرعاية اللازمة للشخص الخاضع للتجربة ويعرضه لمخاطر قد لا تناسب الفائدة المنتظرة من التجربة².

ولهذا يجب إسناد هذه الرقابة إلى أجهزة مختلطة تتضمن أعضاء ينتمون إلى المهن الطبية وغير الطبية بغرض تحقيق رقابة اجتماعية على هذه التجارب، أو بإسنادها إلى لجان استشارية طبية بالإضافة إلى الرقابة التي تمارسها وزارة الصحة.

إن كل هذه الشروط التي تم ذكرها، قد اتفقت عليها معظم القوانين العربية والغربية والمواثيق الدولية، كما اتفقت أيضا على أنه إذا لم تتوفر هذه الشروط لا يجوز إجراؤها على أحد من البشر حتى وإن كان بموافقة من تجرى عليه التجربة، كل هذا يجعلنا نتساءل عن مدى حماية المشرع الجزائري لصاحب الجسد الذي يريد إخضاعه للتجارب غير العلاجية (أي العلمية)، وهذا ما سنبينه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من التجارب الطبية على جسم الإنسان :

تجد التجارب الطبية أساسها القانوني في القانون الجزائري في المادتين 168 مكرر 02 و 168 مكرر 03 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 هـ الموافق لـ 16 فبراير سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها³، وكذا في المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق لـ 6 يوليو سنة 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

حيث جاء في المادة 2/168 فقرة أولى ما يلي: "يجب حتما احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان، في إطار البحث العلمي..."

في حين نصت المادة 3/168 على ما يلي: "تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 1/168 أعلاه".

¹- مامون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص.501.

²- مامون عبد الكريم، نفس المرجع، ص.502.

³- نشير بأن هذا القانون قد تم تعديل بعض مواد بموجب القانون رقم 08-13 المؤرخ في 17 رجب 1429 الموافق لـ 20 يوليو سنة 2008 المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 الذي أشرنا إليه.

كما تنص المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على ما يلي: "لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة وعند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض".

ومن استقراء هذه المواد يتضح جليا أن التشريع الجزائري يبيح صراحة التجارب الطبية على الإنسان سواء كانت علاجية أو علمية.

أما بخصوص القواعد الأساسية المنظمة لكيفية إجراء هذه التجارب، فقد اقتصر تدخل المشرع الجزائري على البعض منها فقط، كشرط الموافقة¹، وطبيعة المسؤولية الناتجة عن تضرر الخاضع للتجربة، حيث جاء في المادة 4/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها ما يلي: "لا تبرئ موافقة الشخص موضوع التجريب ورأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادر إلى التجريب من مسؤوليته المدنية".

في حين أسند مهمة التوجيه والرقابة بخصوص التجارب الطبية على الإنسان إلى المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية، وهو ما يعني أن إجازة التجارب الطبية، خاصة منها الغير علاجية، مرتبطة بالرأي المسبق لهذا المجلس وفقا للضوابط العلمية المعمول بها²، ففي هذا الصدد تنص المادة 1/168 على ما يلي: "ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية، يكلف بتوجيه وتقديم الآراء والتوصيات حول عملية انتزاع الأنسجة والأعضاء وزرعها والتجريب وكل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية والبحث العلمي مع السهر على احترام حياة الإنسان وحماية سلامته البدنية وكرامته، والأخذ بعين الاعتبار الوقت الملائم للعمل الطبي والقيمة العلمية لمشروع الاختبار والتجريب".

ومن خلال النصوص التشريعية التي تضمنها قانون حماية الصحة وترقيتها وكذا مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية، يمكن استخلاص أهم الشروط التي يجب مراعاتها للتجريب على الإنسان في ظل القانون الجزائري على النحو التالي:

* وجوب استشارة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية بخصوص كل التجارب الطبية التي يكون محلها الإنسان غير أن إجراء التجارب الغير علاجية متوقف على إجازة المجلس المشار إليه بحكم دوره الرقابي عليها.

* يشترط لإجازة التجربة، تحقيقها لمصلحة علاجية مباشرة للشخص الخاضع لها أو لتقدم البحث العلمي.

* لا بد من احترام الكيان الجسدي للشخص الخاضع للتجربة وكذا كرامته؛ وهو ما يعني التأكد من موافقته. من جهة، وتوافر الشروط الأمنية اللازمة لسلامته البدنية في مكان إجراء التجربة. من جهة أخرى³.

¹- راجع الفقرتين الثانية والأخيرة من المادة 2/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

²- مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص. 497.

³- حيث تنص المادة 17 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على ما يلي: "يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحصه أو علاجه".

* التأكد من القيمة العلمية لمشروع التجربة بالنظر إلى زمن تنفيذها، إذ لا يتم تنفيذ التجربة إلا إذا تحققت الظروف المواتية بالنتائج المرجوة، وفي إطار احترام السلامة البدنية للشخص، وهو ما جاء في المادة 2/168.

إلا أن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم ينص في قانون حماية الصحة وترقيتها على أي إجراء إداري بخصوص الحصول على الترخيص اللازم لإجراء التجارب الطبية، وهو ما يعني أهل المهن الطبية بالرقابة المطلقة على هذا النوع من التدخلات الطبية.

ويخالف هذا النوع من الرقابة الاتجاه السائد في الكثير من الأنظمة والذي يقضي بإسناد هذه الرقابة إلى لجان مختلطة لتمكين الرأي العام من الإطلاع على ما يجري في مؤسسات البحث العلمي وإشراكه في الرقابة على التجارب الطبية التي يكون محلها الإنسان¹.

الخاتمة :

تعتبر التجارب الطبية من النشاطات الطبية التي لا يمكن اجتنابها لتقدم العلوم الطبية والجراحية، فبفضل هذه التجارب استطاع الأطباء والعلماء عبر العصور الحد من الكثير من الأمراض التي حصدت الكثير من الأرواح البشرية لمدة طويلة من الزمن.

كما يرجع الفضل الكبير للتجارب الطبية في اتساع آفاق المعرفة أمام العلوم الطبية التي أصبحت تزود البشرية يوميا بحلول لمشاكلها الصحية.

وتكمن أهمية التجارب الطبية على الإنسان من الناحية العملية بالنظر إلى الاختلافات الجوهرية من الناحية التكوينية بين الإنسان وغيره من الكائنات الحية، وهو ما يعني حاجة الإنسان إلى التجريب على نفسه للحصول على النتائج الحقيقية للمادة أو الطريقة العلاجية المراد تجربتها.

ولقد حظيت التجارب الطبية والعلمية على الإنسان باهتمام خاص خلال الربع الأخير من القرن الماضي في الكثير من الدول، بما فيها الدول الإسلامية بسبب ما أثارته هذه التجارب من تساؤلات قانونية وأخلاقية حول شرعيتها ومدى توافر الضمانات الخاصة بحماية الكيان الجسدي والعقلي للكائن البشري الخاضع لهذه التجارب.

أما بخصوص تنظيم التجارب الطبية في القانون الجزائري، فيمكن القول أنه لا يزال في مراحله الأولى، حيث اكتفى التشريع الجزائري من خلال قانون حماية الصحة وترقيتها، على وضع الأساس القانوني للتجارب الطبية، وإسناد مهمة الرقابة عليها إلى المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية.

ويظهر قصور التشريع الجزائري في عدم توفير الحماية اللازمة للأشخاص الخاضعين لهذا النوع من التجارب الطبية، حيث اكتفى المشرع بنص واحد يؤكد من خلاله على ثبوت المسؤولية المدنية للقائم بالتجربة على الأضرار التي تمس الشخص المشارك في التجربة.

وعليه، نأمل أن يتدخل المشرع الجزائري في أقرب الآجال لتوضيح الغموض الذي يكتنف بعض النصوص المنظمة لهذا الموضوع الحساس.

¹ - مامون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص. 504.

دراسات وأبحاث بالإنجليزية :

US, OECD, or U.N. Transfer Pricing Methods



Mohamed El Bachir Berroho

Lawyer, Tangier, Morocco

Doctorate candidate in Thomas Jefferson School of Law, USA

L.L.M in International Tax law from Thomas Jefferson School of Law, USA

I. Introduction :

Since the emersion of Transfer pricing (TP) in the U.S. regulations, an increasing number of countries world wide have been adopting TP provision in the their legal bodies. The goal of Transfer pricing, for tax purposes, is to allocate and prevent income shifting through inter-multinational companies' transactions.

The arm's length principal is the Standard used for that purpose.It was initiated by the U.S. regulations and got adopted by the organization of Economic Cooperation and Developments (OECD). This standard was also accepted by the United Nations (U.N.) model convention.

Subsequently, there are two questions to be posed in here. First, what is the arms length principal?Second, what are the Transfer pricing methods preferred by U.S. Regulations, the OECD Model convention, and The U.N. model convention mentioned above ?

II. The Arm's Length Principal :

“Transfer prices are the prices at which an enterprise transfers physical goods, intangible property, provides services, or financing to its associated enterprises.”¹ And the standard that gains wide acceptance in this matter is the arm's length principal, which means that prices charged between related enterprises should be “the prices that would have been agreed on by unrelated parties engaging in the same or similar transactions under the same or similar conditions in the open market.”²

Historically speaking, the arm's length principal was first stated in U.S Regulations under section 482 of the IRC code in 1934. In this regard, the United States was the first promoter of the adoption of the arm's length standard in the first OECD Model Income Tax Convention released in 1963³. Thus, the OECD guideline on transfer pricing matter was influenced deeply by S482. The arm's length principal is stated in article 9 of the OECD Income Tax Model Convention, and has since gained acceptance in all OECD members as a fundamental principal governing International transfer pricing.⁴

Despite of that worldwide acceptance of the arm's length standards, its practice varied remarkably on the level of methods followed by different international factors. So, what are those methods accepted therein?

III. Accepted Transfer pricing methods :

Both U.S. regulations under S482 and OECD guidelines emphasize on the principal of arm's length standard as a criteria to measure associated enterprises' transactions.

¹Richard M. Hammer, Cym H. Lowell & Marc M. Levey, (2012),

http://web2.westlaw.com.tjssl.idm.oclc.org/result/default.wl?ss=CNT&cfid=2&mt=Westlaw&origin=Search&tnprdd=None&sskey=CLID_SSSA993721512203&query=Hammer%2c+Lowell%2c+Burge+%26+Levey%3a+International+Transfer+Pricing+-OECD+Guidelines&method=WIN&srch=TRUE&cnt=DOC&rlt=CLID_QRYRLT407621512203&rltdb=CLID_DB432226412203&service=Search&eq=search&rp=%2fsearch%2fdefault.wl&fn=_top&tnprpds=TaxNewsFIT&disrelpos=-4&scxt=WL&cxt=DC&vr=2.0&db=WGL-ITPOECD&candisnum=3&disnav=PREV&tf=0&tc=0&rlti=1&sv=Split&n=1&fmqv=c&elmap=Inline&action=DODIS&rs=WLW13.01

²Richard M. Hammer, Cym H. Lowell & Marc M. Levey, (2012),

http://web2.westlaw.com.tjssl.idm.oclc.org/result/default.wl?rs=WLW13.01&ss=CNT&cnt=DOC&cite=ITPOECD+WGL+p+1.02&cfid=1&cxt=DC&service=Find&fn=_top&n=1&elmap=Inline&action=DODIS&tnprdd=None&vr=2.0&tnprpds=TaxNewsFIT&rlt=CLID_FQRLT978335013143&candisnum=1&mt=Westlaw&rlti=1&disrelpos=8&tf=0&rp=%2fFind%2fdefault.wl&scxt=WL&tc=0&disnav=NEXT&sv=Split

³Richard M. Hammer, Cym H. Lowell & Marc M. Levey, *International Transfer Pricing -OECD Guidelines*, (2012),

http://web2.westlaw.com.tjssl.idm.oclc.org/result/default.wl?rs=WLW13.01&ss=CNT&cnt=DOC&cite=ITPOECD+WGL+p+1.02&cfid=1&cxt=DC&service=Find&fn=_top&n=1&elmap=Inline&action=DODIS&tnprdd=None&vr=2.0&tnprpds=TaxNewsFIT&rlt=CLID_FQRLT978335013143&candisnum=1&mt=Westlaw&rlti=1&disrelpos=8&tf=0&rp=%2fFind%2fdefault.wl&scxt=WL&tc=0&disnav=NEXT&sv=Split

⁴*Id.*

The purpose of the of S482 and OECD guidelines is to make sure taxpayers reflect the real income related to controlled transactions within a Multinational enterprises (MNEs), and to prevent avoidance of taxes by shifting income while establishing those related transaction within family enterprises. The second purpose, is to eliminate double or under taxation of the same income generated by the MNCs inter-transactional deals within the family group.

How does the selection of methods under both OECD and US S482 happen, and what is the standard of the U.N. model convention in this regards as well?

A. The US. Regulations under S482 :

According to the U.S. Regulations, the methods listed in section 1.482-2 apply to different types of transactions, such as transfers of property, services, loans or advances, and rentals. It emphasizes that the method or methods most appropriate to the calculation of arm's length results for controlled transactions must be selected. It means, moreover, that different methods may be applied to inter-related transactions if such transactions are most reliably evaluated on a separate basis¹. Additionally, under this section the arm's length result of a controlled transaction should be determined under the light of proper facts and circumstances. Obviously, the U.S. Regulations emphasizes on the use of the method that provides the most reliable measure; and there is no strict priority of methods and no preference is entitled to one method over the other. Any method can be reliable in determining an arm's length price unless another method, afterward, produces more reliable measure of an arm's length result then this method must be used.²

According to what have been discussed above, the best method appears to be determined based on two major factors: (1) the degree of comparability between the controlled transaction (or the taxpayer) and any uncontrolled comparables; (2) the quality of the data and assumptions that are used in the analysis.

B. The OECD guidelines :

The OECD model takes a different stands in this matter, and highlights the traditional transaction methods to be used in applying the arm's length principal. They are the comparable uncontrolled price method (CUP), the resale price method, and the cost-plus method. In addition to the abovementioned transactional profit methods, other methods are also applied when certain circumstances exist such as profit-split and the transactional net margin method (TNMM). While these two methods focus on the enterprise's profits the first-mentioned transactional methods were traditionally preferred given the fact that they are the most direct

¹ Treas. Reg. S 1.482-2.

² Treas. Reg. S 1.482-8.

and accurate measures to determine whether a commercial and financial relation between controlled companies are within the arm's length principal or not.

The 2010 update of the OECD guideline brought, however, a new change in the preference of the methods chosen. It emphasizes on the profit methods especially the TNMM method taking in consideration that they represent the most predominantly used method by either tax authorities or MNEs. But, the main 2010 guideline breakthrough from the 1995 is the introduction of a new term "most appropriate method"¹. This term under no circumstances should be confused with the "best method" rule under the U.S. regulations because the last sentence of paragraph 2.2 of the 2010 TP guidelines stipulates that no one method is suitable in every possible situation, nor is it necessary to prove that a particular method is not suitable under the circumstances"². Contrary to the US regulations, under the OECD TP guideline the taxpayer is not required to prove that all other methods were not appropriate.

From a comparative perspective, the US regulations are built on the foundation that the best method is chosen under the best method rule with some exceptions apply. The US regulations stipulate that when there are two methods with no clear choice about the best method of the two; the decision, then, may be considered based on the results of an analysis under a third method³. It is evidently clear that there may be more than one method required under this procedure.

Another distinction exists at the level of services where the US regulations include a cost safe harbor (the services cost method). This method is considered to be the best under relevant conditions.⁴. While this service cost method is elective under US regulations, the OECD TP guidelines consider the arm's length as the standard to be used. The service cost method is exceptionally accepted under specific circumstances at the discretion of the tax administration. That exception is justified where a cost-benefit analysis reveals that the additional revenue from an arm's length price does not justify the effort.

It is clear that the hierarchy in selecting the transfer pricing method under the 2010 updates remains the same as in OECD guidelines of 1995. Consequently, Pursuant to paragraph 2.2 traditional transactional methods especially the CUP method still considered preferable to the Transactional profit method.

¹Center For Tax Policy. Organisation for Economic Co-Operation and Development, *2010 Report of the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, (2010), <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/45689524.pdf>

²*Id.*

³Treas. Reg. S 1.482-1c(2)(iii).

⁴Treas. Reg. S 1.482-9(b)(2).

C. U.N. Model :

Although the United Nations model convention, in an identical language of the OECD, endorses the arms' length standard; it is worth mentioning here that this standard has been a subject of swaying on the level of United Nations model convention between acceptance from the part of aligned countries and non-aligned countries.

The new U.N. 2011 commentary on article 9 (published March 15, 2012) shows a different viewpoint than the OECD. That fact is that since 1999, many developing countries have amassed remarkable experiences in transfer pricing, which has resulted in different viewpoints on the application of arm's length methods use within the country members of the U.N.

U.N. members like "China, India, and Brazil have adopted positions that would seem difficult to reconcile with the OECD guidelines."¹ The U.N. manual published on October 15, 2012 "confirms that developing countries have acquired independent views on transfer pricing, presumably to ensure that a larger share of the profits of multinational enterprises are subject to taxation in developing countries."² This was a sign that "the U.N has abandoned the neutral position toward the OECD guidelines."³

The U.N. manual recognized that developing countries suffers from lack of local or public information on independent comparables, and signaled the absence of empirical evidence. Practically speaking, in this regard, China and India have emphasized on applying different methods like Profit split.⁴

The abovementioned analysis, consequently, demonstrated clearly that the U.N. practical manual on transfer pricing has departed from neutral position vis-à-vis the OECD guidelines. It seems undoubtedly that developing countries have already, since 1999, chosen their own perception of the arm's length principal.

All in all, the conclusion to be drawn is that "the profit split method is often considered to be the best method."⁵ Chosen by the U.N. model convention.

IV. Conclusion :

The U.S. regulations of transfer pricing falls under S482 and it is not like article 9 of the OECD model convention, which is to be followed by member countries and other non-OECD members as well. So, the difference is clear as the U.S. S482 represent a regulation while the OECD stands as a model. Since the beginning, the OECD TP guideline has been under historical

¹Jens Wittendorff, *U.N. Transfer Pricing Manual -- The Choice Between International Consistency and Conflict*, (Nov. 5, 2012), <http://services.taxanalysts.com.tjssl.idm.oclc.org/taxbase/tni3.nsf/dockey/159F4C860762E45C85257AAB00008CFA?OpenDocument>

²*Id.*

³*Id.*

⁴*Id.*

⁵*Id.*

development. It has expanded considerably in term of acceptance even among non-European countries.

The fight against Income shifting is a continuous battle, and the OECD has definitely shaken the world by top-line international tax practice. The question that remains unanswered is not about the preference between U.S. regulations of S482 or OECD guidelines, but the expected vigorous debate between the OECD officials and the multi national interests especially in the field of intangible Transfer pricing. It will express the changes needed to bring the guideline into compliance with the arm's length principal and to reduce the rampant income shifting throughout the world.

The OECD members including the U.S. need to do some changes in their Tax laws as Michael C. Durst eloquently suggested.¹ He stated that, "the future of the OECD in the area of taxation may well depend on whether it is successful in maintaining its analytical independence, and continued insistence on clear articulation of its reasoning, as the current debate over transfer pricing for intangibles continues"².

The OECD is required to continue its effort to live up to its goals of being an international efficient organization. But, the emersion of The BRIC countries (Brazil, Russia, India, and china) within the U.N. members seems to lead a new trend in the perception of transfer pricing methods application within the U.N. model convention.

I, therefore, believe that the OECD should also seek a comprehensive discussion with the U.N. organization least the issue of income shifting due to uncooperative tax competition will remain an anomaly, which may even increase in the future due to the reality of the world financial crisis that could push the tax jurisdictions world wide to an era of further unhealthy tax competition.

¹Michael C. Durst, *OECD's Fight Against Income Shifting -- and for Its Global Role*, (Nov. 29, 2012),

<http://services.taxanalysts.com.tjsl.idm.oclc.org/taxbase/tni3.nsf/dockey/4E654AB779856BB485257AC5000CC50F?OpenDocument>

²*Id.*

دراسات وأبحاث بالفرنسية :

La protection des personnes vulnérables dans les conflits armés : l'enfant soldat et la femme



**EL Haji Hamid Chercheur en
sciences juridiques et politiques**

Introduction :

Le droit international humanitaire ou le droit des conflits armés est l'une des branches autonomes les plus importantes du droit international général qui régit les situations de conflits armés. Ce droit a pour vocation principale d'humaniser les conflits armés, notamment par l'interdiction de plusieurs actes qui transgressent certains droits humains fondamentaux. Il vise à limiter le choix des Parties en conflit quant aux méthodes et moyens de guerre, interdire certains comportements, protéger les personnes et les biens civils, etc.¹.

Il convient de souligner que les règles du droit international humanitaire accorde une protection particulière aux personnes civiles et hors de combat, surtout aux personnes vulnérables: les femmes, les enfants, les personnes handicapées et les personnes âgées, parce que ces personnes sont de plus en plus exposées aux atrocités et aux conséquences souvent dramatiques et dévastatrices des conflits armés interétatiques et intra-étatiques.

Le présent article s'attellera à étudier, dans un premier temps, la protection spécifique accordée à l'enfant soldat (I), puis, jeter la lumière sur les fondements juridiques de la protection particulière garantie aux femmes en tant que personnes civiles et vulnérables (II).

¹ JANATI-IDRISSI (A.), *Droit international humanitaire*, Oujda, Hilal Impression, 1^{ère} Éd., 2006, p. 4; EL KOUHENE (M.), *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et en droit de l'homme*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 4; BOUCHET-SAULNIER (F.), *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, Paris, La Découverte, 3^e Éd., 2006, p. 214.

(I). La protection garantie à l'enfant soldat

Pour garantir une protection spécifique à l'enfant dans le contexte belliqueux de la guerre, le droit international humanitaire interdit le recrutement des enfants dans les forces armées (A). De même, ce droit interdit la participation des enfants dans les hostilités (B).

(A). L'interdiction de recruter les enfants dans les forces armées

L'interdiction de recruter les enfants dans les conflits armés constitue, selon le commentaire de l'Etude du CICR, une règle coutumière qui s'applique tant dans les conflits armés internationaux que non internationaux¹.

Il importe de noter au préalable que plusieurs dispositions juridiques sont consacrées à l'implication des enfants dans les conflits armés. Effectivement, dès 1949, le droit de Genève a consacré plusieurs articles qui visent à protéger spécifiquement les enfants. L'article 50 de la IV^e Convention de Genève dispose que la puissance occupante ne pourra en aucun cas enrôler les enfants dans des formations ou organisations dépendant d'elle. Toutefois, l'apport le plus importé à ce sujet, a été marqué par les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1977. En fait, ces Protocoles ont renforcé la protection accordée à l'enfant soldat durant les hostilités. Ainsi, l'article 77, para. 2, du Protocole additionnel I de 1977 impose aux parties à un conflit armé de prendre «toutes les mesures possibles dans la pratique pour que les enfants de moins de quinze ans ne participent pas directement aux hostilités, notamment en s'abstenant de les recruter dans leurs forces armées»². Les mentions «possible» et «indirectement» excluent l'interdiction absolue et complète du recrutement des enfants dans les forces armées³. En particulier, elles permettent la participation indirecte des enfants aux conflits, en leur autorisant la transmission d'informations militaires, le transport d'armes et de munitions, le ravitaillement, etc.⁴.

Il convient de préciser que la formule «mesures possibles dans la pratique» est moins contraignante que celle qui a été proposée lors de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire (1974-1977) par le CICR. Ce dernier avait proposé l'expression «mesures nécessaires». En fait, les gouvernements qui ont participé à la négociation de l'article 77, lors de la Conférence diplomatique (1974-1977), ont choisi la formule actuelle dans l'intention de ne pas contracter des obligations absolues concernant la contribution impulsive des enfants aux hostilités⁵. Dans le même sens, mais d'une manière plus restrictive, l'article 38 para. 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989 affirme que: «Les Etats parties s'abstiennent d'enrôler dans leurs forces armées toute personne n'ayant pas atteint l'âge de quinze ans»⁶.

¹ HENCKAERTS (J.-M.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit international humanitaire coutumier*, Vol. I: Règles, Bruxelles, Bruylant, 2006, Règle 136, p. 636-640.

² 1^{er} Protocole additionnel (1977), article 77, para. 2.

³ JANATI-IDRISSI (A.), «La protection juridique des enfants dans les conflits armés», in *Revue de droit et d'économie*, n° 21-22, janvier 2006, pp. 57-85.

⁴ HAROUEL-BURELOUP (V.), *Traité de droit humanitaire*, Paris, PUF, 2005, p. 305; JANATI-IDRISSI (A.), «La protection juridique des enfants...», *op. cit.*, pp. 57-85.

⁵ DUTLI (M. T.), «Enfants-combattants prisonniers», in *R.I.C.R.*, n° 785, septembre-octobre 1990, pp. 456-470.

⁶ Convention relative aux droits de l'enfant (1989), article 38 para. 3.

S'agissant de la situation de conflits armés non internationaux, l'article 4, para. 3, al. c) du Protocole additionnel II de 1977, interdit expressément le recrutement des enfants de moins de 15 ans dans une force armée ou un groupe armé¹. Il s'agit ici d'une interdiction absolue qui impose, aux États, des obligations plus strictes que lors des conflits armés internationaux².

L'article 22, para. 2, de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de 1990 oblige tous les États parties de prendre toutes les mesures nécessaires pour veiller «à ce qu'aucun enfant ne soit enrôlé sous les drapeaux»³. À cet égard, il convient de souligner que la Charte africaine ne fait pas de distinction entre l'enrôlement obligatoire et l'engagement volontaire. En effet, l'expression «enrôlé sous les drapeaux», utilisée par l'article 22, est assez générique pour réunir ces deux formes d'enrôlement⁴. Ainsi, tout en interdisant le recrutement ou l'utilisation des enfants de moins de 18 ans, ladite Charte observe qu'on entend par «enfant» tout être humain âgé de moins de 18 ans⁵. Cela a deux conséquences. Premièrement, les États de l'Union africaine qui ont ratifié la Charte sont obligés d'élever à 18 ans l'âge définissant l'enfant dans leur législation nationale. Deuxièmement, la Charte africaine constitue la base pour développer une coutume régionale considérant comme «enfant» tout être humain âgé de moins de 18 ans⁶.

L'interdiction de recruter les enfants dans les forces armées a été confirmée et codifiée dans le Statut de la Cour pénale internationale de 1998. Ce Statut qualifie de crime de guerre engageant la responsabilité pénale individuelle, tant dans les conflits armés internationaux ou non internationaux, le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de quinze ans dans les forces armées ou dans des groupes armés⁷.

La prohibition de recruter les enfants dans les forces armées a été aussi confirmée par la pratique des organisations internationales et par la jurisprudence. Ainsi, le Conseil de sécurité des Nations Unies et l'Assemblée générale des Nations Unies ont condamné énergiquement le recrutement des enfants dans les conflits armés en violation du droit international. Et, ils ont demandé aux États de multiplier les efforts pour empêcher et en finir avec le recrutement et l'utilisation des enfants dans les conflits armés, surtout par l'adoption de mesures juridiques nécessaires pour criminaliser de telles pratiques⁸. En outre, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a condamné le recrutement d'enfants soldats par les milices, et a souligné l'importance d'en traduire tous les auteurs devant la justice⁹.

¹ 2^o Protocole additionnel (1977), article 4, para. 3, al. c).

² DUTLI (M. T.), *op. cit.*, pp. 456-470.

³ Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (1990), article 22, para. 2.

⁴ SOREL (J.-M.) et POPESCU (C.-L.), *La protection des personnes vulnérables en temps de conflit armé*, Bruxelles, Bruylant, Colle. MAGNACARTA, 2010, pp. 190-191.

⁵ Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, (1990), article 2.

⁶ ARZOUMANIAN (N.) et PIZZUTELLI (Fr.), «Victimes et bourreaux: questions de responsabilité liées à la problématique des enfants-soldats en Afrique», in *R.I.C.R.*, n° 852, décembre 2003, pp. 827-856, p. 832.

⁷ Statut de la CPI (1998), article 8, para. 2, al. b) xxvi) et article 8, para. 2, al. e) vii).

⁸ CSNU, rés. 1261 (1999), CSNU, rés. 1083 (1996), para. 6; voir aussi CSNU, rés. 1539 (2004), para. 1, rés. 1612 (2005), para. 1, rés. 1882 (2009), para. 1 et rés. 1998 (2011) para.1; AGNU, rés. 62/141 (2007); voir aussi AGNU, rés. 51/77 (1997), AGNU, rés. 55/119 (2000), para. 3.

⁹ Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, rés. S-8/1, «Situation des droits de l'homme dans l'est de la République démocratique du Congo», (2008).

Au niveau de la jurisprudence, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme a déclaré l'existence d'une tendance en droit international à éliminer l'intégration des enfants âgés de moins de dix-huit ans dans les forces armées¹. En outre, dans sa décision du 31 mai 2004, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a conclu que la prohibition de recruter des enfants-soldats existait en droit coutumier avant la perpétration des faits reprochés à l'accusé Sam Hinga Norman en déclarant que depuis le milieu des années 80, les Etats, aussi bien que des entités non-étatiques ont commencé à empêcher l'utilisation d'enfants soldats et à finir avec l'emploi de ceux déjà recrutés². Plus encore, la Cour pénale internationale, dans son premier jugement rendu le 14 mars 2012, dans l'affaire *le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, a reconnu qu'il y a crime de conscription et d'enrôlement dès qu'un enfant de moins de 15 ans rejoint le groupe armé «avec ou sans contrainte». Cette conclusion crée donc un seuil élevé de l'interdiction de toute utilisation des enfants dans les forces armées, même au cas où l'enfant rejoindrait ces forces de sa propre volonté ou avec l'approbation de sa famille³.

Concernant l'âge minimal à partir duquel un enfant peut être enrôlé dans les forces armées ou dans les groupes armés, on constate que même si la pratique n'a pas de caractère uniforme à ce sujet, il y a incontestablement consensus sur le fait que cet âge ne doit pas être en dessous de 15 ans⁴.

(B). L'interdiction aux enfants de participer aux hostilités

L'interdiction aux enfants de participer aux hostilités constitue, selon le commentaire de l'Etude du CICR, une règle coutumière qui s'applique tant dans les conflits armés internationaux que non internationaux⁵. L'article 77, para. 2, du Protocole additionnel I de 1977, oblige les États à prendre «toutes les mesures possibles» pour que les enfants de moins de 15 ans «ne participent pas *directement* aux hostilités»⁶. Cette disposition parle de la participation directe aux hostilités. Peut-on en déduire que les actes de participation indirecte, qui comprennent notamment la recherche, la transmission d'informations militaires, le transport d'armes et de munitions, ou encore le ravitaillement, etc. - ne soient pas visés par ledit article?

En réponse à cette question, il convient de préciser que l'intention des rédacteurs des Protocoles vise clairement de tenir les enfants de moins de 15 ans en dehors des actes d'hostilités. En conséquence, ces services ne doivent pas leur être demandés. Toutefois, si des enfants de moins de 15 ans participent, spontanément ou sur demande, à de tels actes, il faudrait

¹ Cour interaméricaine des droits de l'Homme, *Vargas Areco c. Paraguay*, 26 septembre 2006, série C, n° 155, para. 122.

² Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *The Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment, 31 mai 2004, para. 23, [Notre traduction].

³ CPI, *le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Résumé du jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, Chambre de première instance I, 14 mars 2012, para. 13; voir aussi ALISON (C.), Une décision de justice internationale qui fera date, [en ligne] in <http://french.lubangatrial.org/2012/03/14/une-decision-de-justice-internationale-qui-fera-date/> (Consulté le 06 octobre 2013).

⁴ HENCKAERTS (J.-M.) et DOSWALD-BECK (L.), *op. cit.*, p. 640.

⁵ HENCKAERTS (J.-M.) et DOSWALD-BECK (L.), *op. cit.*, Règle 137, p. 640-644.

⁶ 1^{er} Protocole additionnel (1977), article 77, para. 2. (Nous soulignons).

au moins, en cas de capture, qu'ils ne soient pas considérés comme des espions, des saboteurs ou des combattants illégitimes¹.

En vertu de l'article 38 para. 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989, les Etats parties sont priés de prendre toutes les mesures possibles pour que les enfants n'ayant pas atteint l'âge de quinze ans ne participent pas directement aux hostilités².

S'agissant des conflits armés non internationaux, l'article 4, para. 3, al. c) du Protocole additionnel II de 1977, a opté pour une interdiction directe en observant que «les enfants de moins de quinze ans *ne devront pas être* [...] autorisés à prendre part aux hostilités»³. En effet, en plus de l'interdiction de recruter ou enrôler des enfants, il est aussi interdit de les autoriser à prendre part aux hostilités, c'est-à-dire, il est interdit de les faire participer à des opérations militaires tels que la collecte de renseignements, la transmission d'ordres, le transport de munitions et de vivres ou encore des actes de sabotage⁴. En d'autres termes, l'interdiction observée par l'article 4, para. 3, al. c) du Protocole additionnel II a un caractère absolu en ce sens qu'elle englobe la participation directe et indirecte aux hostilités⁵.

L'interdiction aux enfants de participer aux hostilités a été codifiée par le Statut de la Cour pénale internationale de 1998 qui, dans son article 8, para. 2, al. b) xxvi), considère que le fait de faire participer activement les enfants à des hostilités est un crime de guerre dans les conflits armés internationaux⁶. Pour les conflits armés non internationaux, l'article 8, para. 2, al. e) vii) du même Statut, mentionne des obligations comparables⁷. Il en va de même pour l'article 8, para. 2, al. b) xxvi), relatif aux conflits armés internationaux et l'article 8, para. 2, al. e) vii), relatif aux conflits armés non internationaux, des *éléments des crimes* de la Cour pénale internationale, adoptés en 2002, qui interdisent le fait de faire participer activement les enfants de moins de 15 ans aux hostilités⁸.

L'interdiction a été confirmée par la pratique des organisations internationales. Ainsi, le Conseil de sécurité des Nations Unies, dans sa rés. 1261, a condamné énergiquement le fait d'utiliser les enfants dans les conflits armés⁹. Il a aussi exhorté les États et tous les organismes compétents des Nations Unies à multiplier les efforts afin de mettre fin à l'utilisation des enfants dans les conflits armés en violation du droit international¹⁰. En plus, suite à l'examen, par le Conseil de sécurité des Nations Unies, de la question intitulée "Les enfants et les conflits armés", son Président a condamné fermement la poursuite de l'emploi des enfants dans des conflits armés en violation du droit international applicable¹¹. Plus encore, la Cour pénale internationale dans son premier jugement, rendu le 14 mars 2012, dans l'affaire *le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ont reconnu à l'unanimité que Thomas Lubanga est coupable des

¹ Protocoles, commentaire, para. 3187.

² Convention relative aux droits de l'enfant (1989), article 38 para. 2.

³ 2^e Protocole additionnel (1977), article 4, para. 3, al. c). (Nous soulignons).

⁴ Protocoles, commentaire, para. 4557.

⁵ JANATI-IDRISSI (A.), «La protection juridique des enfants...», *op. cit.*, pp. 57-85.

⁶ Statut de la CPI (1998), article 8, para. 2, al. b) xxvi).

⁷ Statut de la CPI (1998), article 8, para. 2, al. e) vii).

⁸ Élément des crimes de la CPI (2002), article 8, para. 2, al. b) xxvi); article 8, para. 2, al. e) vii).

⁹ CSNU, rés. 1261 (1999); rés. 1612 (2005); rés. 1539 (2004).

¹⁰ CSNU, rés. 1261 (1999).

¹¹ Déclaration du Président du Conseil de sécurité, *S/PRST/2006/48*, 28 novembre 2006.

crimes de conscription et d' enrôlement des enfants de moins de 15 ans et aussi du fait de les avoir fait *participer* activement à un conflit armé¹.

Concernant l'âge minimal pour la participation des enfants aux hostilités, il convient de noter que même si la pratique n'a pas de caractère uniforme à cet égard, il y a consensus sur le fait que cet âge ne doit pas être en dessous de 15 ans².

(II). La protection des femmes dans les conflits armés

Le droit international humanitaire oblige les parties en conflit à respecter les besoins spécifiques des femmes affectées par les conflits armés tant internationaux que non internationaux (A). De même, elle a exigé que des égards particuliers soient accordés aux femmes³(B).

(A). L'obligation de respecter les besoins spécifiques des femmes dans les conflits armés

L'article 12, al. 4 de la I^e et la II^e Convention de Genève et l'article 14, al. 2 de la III^e Convention de Genève prévoient qu'en temps de conflit armé, les femmes doivent être traitées avec tous les égards particuliers dus à leur sexe. Ces «égards particuliers» ne sont pas définis en droit. Toutefois, ils doivent, quelle que soit la condition faite à la femme, soit dans le pays d'origine, soit dans le pays détenteur, recouvrir certaines notions, à savoir: la faiblesse, l'honneur et la pudeur, la grossesse et l'enfantement⁴.

Le droit international humanitaire réserve explicitement la situation du sexe féminin dans divers cas, soit en consacrant un traitement privilégié (dortoirs séparés, lieux de détention séparés); soit en se contentant de viser le privilège d'une manière générale (en tenant compte de leur sexe)⁵. Il importe de noter qu'il ne faut pas en déduire que ce privilège est limité aux seules dispositions de la Convention qui le mentionnent expressément. Au contraire, ce principe est applicable même dans les cas où il n'a pas été formellement souligné. En effet, la mention expresse renforce la portée du principe plutôt qu'elle n'en limite l'application, et par conséquent ce traitement différencié est reconnu à la femme même s'il n'est pas mentionné expressément⁶.

En application du principe selon lequel «les femmes doivent être traitées avec tous les égards dus à leur sexe», un certain nombre de dispositions se fondent sur ce principe pour faire bénéficier les femmes d'une protection spéciale. Par exemple, plusieurs articles qui font expressément références aux conditions de détention des femmes, établissent l'obligation de

¹ CPI, *le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Résumé du jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, Chambre de première instance I, 14 mars 2012, para. 42.

² HENCKAERTS (J.-M.) et DOSWALD-BECK (L.), *op. cit.*, p. 644.

³ HENCKAERTS (J.-M.) et DOSWALD-BECK (L.), *op. cit.*, Règle 134, p. 626-631.

⁴ Conventions, commentaire, (III), p. 157.

⁵ Conventions, commentaire, (III), p. 156; voir aussi KRILL (Fr.), «La protection de la femme dans le droit international humanitaire», in *R.I.C.R.*, n° 756, décembre 1985, pp. 343-370.

⁶ Conventions, commentaire, (III), p. 156; voir aussi KRILL (Fr.), *op. cit.*, pp. 343-370.

prévoir des dortoirs séparés pour les femmes et les hommes¹, ainsi, l'article 29, para. 2 de la III^e Convention de Genève impose l'obligation de prévoir des installations sanitaires distinctes².

Concernant les conflits armés non internationaux, il importe de souligner que l'article 3 commun aux Conventions de Genève et le Protocole additionnel II de 1977 ne contiennent pas de règle générale déclarant que les besoins spécifiques des femmes doivent être respectés. Néanmoins, ces deux instruments évoquent plusieurs aspects spécifiques de cette règle. Effectivement, l'article 3 commun aux Conventions de Genève, oblige les parties à un conflit ne présentant pas un caractère international de traiter avec humanité et sans aucune distinction de sexe les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités et les personnes qui ont été mises hors de combat³. De même, l'article 4, para. 2, al. e) du Protocole additionnel II, exige que les personnes qui ne participent pas directement ou ne participent plus aux hostilités seront protégées contre toutes «atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur»⁴. Ces aspects ont été renforcés par l'article 5, para. 2, al. a) du Protocole additionnel II, qui dispose que les femmes doivent être gardées dans des locaux séparés de ceux des hommes et placées sous la surveillance immédiate de femmes, sauf lorsque les hommes et les femmes d'une même famille sont logés ensemble⁵.

L'obligation de respecter les besoins spécifiques des femmes affectées par les conflits armés a été confirmée par la pratique des organisations internationales. À ce sujet, le Conseil de sécurité des Nations Unies, dans sa rés. 1261, adoptée en 1999, a rappelé aux belligérants de faire le nécessaire pour protéger les mineurs et surtout les petites filles, contre toute forme de violence sexuelle et de prendre en considération leurs besoins spécifiques durant ces moments difficiles de guerre⁶. Ainsi, dans sa rés. 1296, adoptée en 2000, il s'est déclaré vivement préoccupé par les dommages étendus provoqués par les conflits armés aux personnes civiles, notamment aux femmes, et a réaffirmé qu'il est fondamental de tenir pleinement compte des besoins particuliers des femmes en matière de protection et d'assistance⁷.

En plus, le Plan d'action pour les années 2000-2003, adopté en 1999 par la XXVII^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge, oblige toutes les parties à un conflit armé de prendre des mesures de protection spéciales pour les femmes et les jeunes filles⁸.

¹ III^e Convention de Genève (1949), article 25, para. 4.

² III^e Convention de Genève (1949), article 29, para. 2.

³ Conventions de Genève (1949), article 3, para. 1, voir aussi LINDSEY (Ch.), «Les femmes et la guerre - vue d'ensemble de la question», in *R.I.C.R.*, n° 839, septembre 2000, p. 561-579.

⁴ 2^e Protocole additionnel (1977), article 4, para. 2, al. e).

⁵ 2^e Protocole additionnel (1977), article 5, para. 2, al. a).

⁶ CSNU, rés. 1261 (1999).

⁷ CSNU, rés. 1296 (2000).

⁸ XXVII^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, rés. I, Genève, 31 octobre au 6 novembre 1999, in *R.I.C.R.*, n° 836, p. 852-869.

(B). Exemples des égards particuliers pour les femmes

Le droit international humanitaire exige que les femmes enceintes et les mères de jeunes enfants soient traitées avec des égards particuliers. Il prévoit aussi d'autres mesures qui renforcent le statut particulier de la femme.

1. La femme enceinte et les égards particuliers

L'obligation de protéger et de respecter les femmes enceintes est générale et absolue, c'est-à-dire qu'elle ne souffre aucune dérogation. Cette obligation s'adresse à toutes les Parties au conflit et à tous les membres des forces armées. Elle s'explique, notamment, par le fait que les femmes enceintes se trouvent dans un état de faiblesse qui nécessite une sollicitude spéciale¹. Les articles 14 et 15 de la IV^e Convention de Genève prévoient que les parties au conflit pourront créer des zones neutralisées ou de sécurité pour mettre à l'abri des effets de la guerre les personnes civiles, notamment les femmes enceintes et les mères des enfants de moins de sept ans².

En matière de santé, l'article 16 de la IV^e Convention de Genève prévoit que les femmes enceintes doivent être l'objet d'une protection et d'un respect particuliers³. Tandis que l'article 17 de la IV^e Convention de Genève impose aux Parties au conflit de s'efforcer de conclure des arrangements pour l'évacuation d'une zone assiégée ou encerclée, des femmes en couches, et pour faciliter le passage du matériel et du personnel sanitaires à destination de ladite zone⁴. Ainsi, l'article 18 de la IV^e Convention de Genève exige que les hôpitaux civils destinés à donner des soins aux blessés, aux infirmes, aux malades, et aux femmes en couches ne puissent, en aucun cas, être l'objet d'attaques. Ils seront, en tout temps, protégés et respectés par les Parties au conflit⁵. En plus, la Commission NUDH a réaffirmé que dans les interventions humanitaires réalisées dans les situations de conflits armés, l'accent devrait être mis sur les besoins particuliers des femmes et des petites filles, notamment, en matière de santé génésique⁶.

En ce qui concerne le domaine du transport, l'art. 21 de la IV^e Convention de Genève exige que les convois de véhicules et trains-hôpitaux, ou, des navires transportant des femmes en couches soient respectés et protégés au même titre que les hôpitaux prévus à l'art. 18 (de la même Convention). De même, l'art. 23 de la IV^e Convention de Genève impose aux États l'obligation d'accorder le libre passage de tout envoi de vivres nécessaires, de vêtements et de fortifiants réservés aux femmes enceintes ou en couches⁷.

Pour ce qui est des mesures préférentielles, l'article 38 de la IV^e Convention de Genève dispose que les femmes enceintes et les mères d'enfants de moins de sept ans bénéficieront de

¹ Conventions, commentaire, (IV), pp. 144-145.

² IV^e Convention de Genève (1949), article 14 et 15.

³ IV^e Convention de Genève (1949), article 16.

⁴ IV^e Convention de Genève (1949), article 17.

⁵ IV^e Convention de Genève (1949), article 18.

⁶ Commission NUDH, rés. 1998/76.

⁷ IV^e Convention de Genève (1949), article 21 et 23.

..... tout traitement préférentiel¹. Notons que la Puissance occupante ne devra pas entraver l'application des mesures préférentielles prises en faveur des femmes enceintes et des mères des enfants de moins de sept ans, en ce qui concerne la nourriture, les soins médicaux et la protection contre les effets de la guerre². Ces mesures ne seront, sous aucun prétexte, abrogées et leur application ne sera pas entravée, quand un belligérant occupe tout ou une partie d'un territoire où elles sont en vigueur. Cela concerne les mesures préférentielles prévues par la Convention, ainsi que toutes autres mesures du même ordre adoptée par l'Etat occupé³.

2. Autres mesures renforçant le statut particulier de la femme

Il importe de noter qu'il existe d'autres mesures qui visent à renforcer le statut particulier de la femme. On peut les résumer en cinq points essentiels:

La question de la femme et la peine de mort: il est à souligner que bien qu'il n'existe aucune disposition qui traite de cette question dans les Conventions de Genève⁴, cette lacune a été comblée par le Protocole additionnel I. Ce dernier, s'est inspiré du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, qui prévoit à son article 6, para. 5 qu'une sentence de mort ne peut être exécutée contre des femmes enceintes⁵. Effectivement, l'article 76, para. 3 du Protocole additionnel I exige que les Parties à un conflit s'efforceront dans toute la mesure du possible d'éviter que la peine de mort soit prononcée contre les femmes enceintes ou les mères d'enfants en bas âge dépendant d'elles pour une infraction commise en relation avec le conflit armé. En outre, une condamnation à mort contre ces femmes pour une telle infraction ne peut être exécutée⁶.

Il importe de noter que la première phrase de l'article 76, para. 3) a le caractère d'une obligation limitée, comme le montrent clairement les termes employés dans la rédaction dudit article: «dans toute la mesure du possible», «s'efforcer» et «éviter». En revanche, la seconde phrase constitue une prohibition claire et rédigée sans aucune restriction. Par conséquent, au cas où une peine de mort serait prononcée contre une mère dont un enfant dépend ou une femme enceinte, malgré la recommandation de la première phrase, cette peine ne devrait, en aucun cas, être exécutée, même quand l'enfant n'est plus en bas âge⁷.

Au niveau des conflits armés non internationaux, le Protocole additionnel II va même plus loin que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Selon son article 6, para. 4, non seulement la peine de mort ne doit pas être exécutée contre les femmes enceintes mais elle ne doit pas non plus être exécutée contre les mères d'enfants en bas âge⁸.

¹ IV^e Convention de Genève (1949), article 38.

² IV^e CG (1949), article 50.

³ Conventions, commentaire, (IV), p. 312,

⁴ KRILL (Fr.), *op. cit.*, pp. 343-370.

⁵ Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), article 6, para. 5.

⁶ 1^{er} Protocole additionnel (1977), article 76, para. 3.

⁷ Protocoles, commentaire, para. 3169.

⁸ 2^e Protocole additionnel (1977), article 6, para. 4.

Pour ce qui est des normes protégeant les femmes arrêtées, détenues ou internées pour des raisons liées à un conflit armé, l'article 14 de la III^e Convention de Genève de 1949 atteste que les femmes prisonnières de guerre doivent être traitées avec tous les égards dus à leur sexe et profiter à tous les cas d'un traitement aussi favorable que celui qui est donné aux hommes¹. En effet, l'article 75, para. 5 du Protocole additionnel I de 1977 prévoient que les femmes prisonnières de guerre doivent être gardées dans des locaux séparés de ceux réservés aux hommes. En plus, elles doivent être placées sous la surveillance immédiate de femmes² et leur fouille ne pourra être effectuée que par une femme³. Plus encore, l'article 29 de la III^e Convention de Genève oblige la Puissance détentrice de prendre toutes les mesures d'hygiène essentielles pour garantir la propreté et la salubrité des locaux de détention et pour éviter les épidémies⁴.

En ce qui concerne le traitement différencié accordé aux femmes enceintes et en couches, l'article 89, para. 5 de la IV^e Convention de Genève prévoit qu'en territoire occupé, elles doivent recevoir des suppléments de nourriture proportionnés à leurs besoins physiologiques⁵. En effet, ce traitement différencié s'explique par le fait que les auteurs de la Convention ont voulu éviter les troubles de carence qui, chez ces personnes, seraient particulièrement déplorables, comme portant atteinte à l'avenir même de la race⁶.

Concernant le lieu réservé à l'internement, l'article 91 de la IV^e Convention de Genève exige que chaque lieu de ce genre doit être équipé d'une infirmerie adéquate. De même, il ordonne que les femmes en couches internées soient admises dans tout établissement qualifié pour les traiter et où elles reçoivent des soins qui ne doivent pas être inférieurs à ceux réservés à l'ensemble de la population⁷.

Pour ce qui est du transfert des internés, l'article 127, para. 3 de la IV^e Convention de Genève considère que les femmes en couches ne seront pas transférées tant que leur santé pourrait être compromise par ce déplacement, à moins que leur sécurité ne l'exige impérativement⁸.

Conclusion

En termes de conclusions, nous soulignons que le droit international humanitaire a garanti aux enfants soldats et aux femmes en tant que personnes vulnérables, une protection spéciale dans les conflits armés. Effectivement, les Conventions de Genève comportent plusieurs articles qui visent spécialement à garantir un statut spécial à l'enfant soldat et à la femme en tant que personnes civiles durant le contexte des conflits armés. Dans la même lignée, les Protocoles

¹ III^e Convention de Genève (1949), article 14.

² 1^{er} Protocole additionnel (1977), article 75, para. 5.

³ IV^e Convention de Genève (1949), article 97.

⁴ III^e Convention de Genève (1949), article 29.

⁵ IV^e Convention de Genève (1949), article 89, para. 5.

⁶ Conventions, commentaire, (IV), p. 422; KRILL (Fr.), *op. cit.*, pp. 343-370.

⁷ IV^e Convention de Genève (1949), article 91, voir aussi DE PREUX (J.), «Protection spéciale des femmes et des enfants», in *R.I.C.R.*, n° 755, octobre 1985, p. 297-307.

⁸ IV^e Convention de Genève (1949), article 127, para. 3.

additionnels ont élargi la protection garantie aux enfants soldats, notamment dans les conflits intra-étatiques. En outre, la protection garantie aux enfants soldats et aux femmes en tant que personnes vulnérables a été confirmée par les résolutions des organes des Nations Unies et a été codifiée par le Statut de la Cour pénale internationale de 1998.

En somme, la perception publique du problème de la protection de l'enfant soldat et de la femme dans les conflits armés a connu des développements considérables entre 1949 et 2012. La preuve, c'est que le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a conclu au caractère coutumier de la prohibition de recruter des enfants-soldats et la Cour pénale internationale a sanctionné les personnes commettant le crime de conscription et d'enrôlement des enfants.

Il convient de souligner que les règles protégeant les personnes vulnérables, notamment les enfants soldats et les femmes sont d'origine coutumière. Par conséquent, toutes les parties au conflit armé doivent respecter les exigences de ces règles. En outre, les Etats et les groupes armés ont l'obligation de protéger ces deux catégories de personnes quelle que soit la nature du conflit, qu'il s'agisse d'un conflit armé international ou interne.

En définitive, les parties au conflit ont l'obligation de respecter les règles qui interdisent de recruter ou de faire participer les enfants aux hostilités. Elles sont aussi obligées de se conformer aux règles relatives à la protection des femmes en tant que personnes vulnérables. Nous disons à ce sujet qu'en plus des dispositions juridiques régissant la question de l'enfant soldat et de la femme durant les conflits armés, la communauté internationale, les Etats et les organisations internationales doivent penser aux origines de ces conflits afin de les prévenir et de forger les fondements de la paix qui favorisent les relations de coopération internationale.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

ردمد : 2336-0615