



قانونية دراسات



دورية محكمة تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية- الجزائر

العدد السادس عشر (16) جانفي 2013م/ربيع الأول 1434هـ

حماية حق الغنسان في صورته

أ.العاقب عيسى

الخبرة القضائية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري "دراسة مقارنة"

أ.عصامي ليلي

زواج مثلي الجنس

أ.دلال وردة

مدى حجية الكتابة و التوقيع الإلكترونيين في إثبات العقد المبرم عبر الأنترنت

أ.بن جديد فتحي

التعويض عن الأضرار الناشئة عن عقد النقل البري للأشخاص

أ.مكيد نعيمة

تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

أ.بن عصمان جمال

مبدأ التكامل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية

أ.حساني خالد

رئيس التحرير

أ.د. فوزي أوصديق

oussedik@hotmail.com

نائب رئيس التحرير

أ. العربي بلحاج

larbibelhadj@hotmail.fr

المراسلات باسم مدير مركز البصيرة
46 تعاونية الرشد القبة القديمة - الجزائر

ها: 021.28.97.78

فا: 021.28.36.48

النقال: 0550.54.83.05

البريد الالكتروني:

dirassatcan@yahoo.fr

الموقع الالكتروني:

www.albasseera.net

حقوق الطبع محفوظة

ردم د : 7988-1112

التوزيع



دار الخلدونية للنشر والتوزيع
05، شارع محمد مسعودي القبة الجزائر.

ها/فا : 021.68.86.48

باسم الرحمن الرحيم

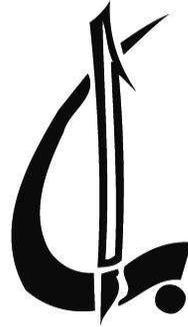
قانون دراسات

العدد السادس عشر

16

دورية فصلية تصدر عن:

مركز البصيرة



للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية

بمساهمة:

المنتدى الإسلامي للقانون الدولي الإنساني

إحدى المنظمات المتخصصة لمنظمة

المؤتمر الإسلامي

قواعد النشر

- ① الالتزام بالتحليل والمنهجية العلمية.
 - ② تقدم الأبحاث إلى رئيس التحرير، أو من ينوبه ويبلغ أصحابها بالقرار المتعلق بالقبول أو الرفض أو التعديل.
 - ③ لا يقل حجم البحث عن 20 صفحة.
 - ④ يكون البحث مرفوقاً بالمراجع.
 - ⑤ يُكتب ببرنامج وورد (Word) مع خط Arabic Transparent بحجم 13 وباللغة العربية.
 - ⑥ يُبلغ البحث في قرص مرن (Disquette, CD) مع نسخة مطبوعة على ورق 29.7/21 (A4)
 - ⑦ يكون البحث جديداً لم يسبق أن نُشر في أية نشرية أخرى.
 - ⑧ يكون البحث ملخصاً يُعبّر عن أهم نقاط البحث ولو في نصف صفحة.
 - ⑨ لا تُنشر إلا الأبحاث المتخصصة في العلوم القانونية أو ذات العلاقة.
 - ⑩ يبلغ صاحبه بقرار النشر قبل إصداره بإفادة.
- مركز البصيرة يرحب بأبحاثكم واقتراحاتكم ونصائحكم.

آراء الباحثين لا تعبر بالضرورة عن وجهة نظر المركز

هيئة التحرير

أ.د. فوزي أوصديق
رئيس التحرير
أ. العربي بلحاج
نائب رئيس التحرير

الهيئة العلمية

أ.د. فوزي أوصديق	رئيسا
(عميد سابق لكلية الحقوق / جامعة البليدة)	
أ. العربي بلحاج	مقررا
(أستاذ القانون بكلية الحقوق جامعة بومرداس)	
أ.د. تونسي بن عامر.	عضوا
(عميد كلية الحقوق / الجزائر)	
أ.د. محمد حمد العسبلي	عضوا
(مقرر المنتدى الإسلامي للقانون الدولي الإنساني بلبييا.)	
أ.د. موسى دويك	عضوا
(مدير المعهد الفلسطيني للقانون الدولي الإنساني - فلسطين)	
أ.د. سيدي ولد الخباز	عضوا
(رئيس جامعة نواكشوط)	
أ.د. بطاهر بوجلال	عضوا
(أستاذ بجامعة ليون، مدير مركز التربية والتعليم حول حقوق الإنسان - فرنسا)	
د. بن شويخ الرشيد	عضوا
(جامعة سعد دحلب البليدة)	
د. جمال محي الدين	عضوا
(جامعة سعد دحلب البليدة)	
د. عبد الهادي بن زيطة	عضوا
(جامعة أدرار)	
د. عجة الجيلالي	عضوا
(جامعة الشلف)	
د. فزو محمد آكلي	عضوا
(أستاذ القانون العام بكلية الحقوق / جامعة سعد دحلب - البليدة)	
د. أرزقي العربي أبرباش	عضوا
(كلية الحقوق/جامعة الجزائر)	
د. سعيد بويزري	عضوا
(جامعة تيزي وزو)	



دورية فصلية محكمة تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية-الجزائر
العدد السادس عشر - جانفي 2013م ربيع الأول 1434هـ

محتويات

الصفحة	بمقام	الموضوع
7	أ. د فوزي أوصديق عميد سابق بكلية الحقوق	الافتتاحية.
11	أ / العاقب عيسى أستاذ مساعد كلية الحقوق - جامعة سعد دحلب- البليدة	حماية حق الإنسان في صورته
37	أ. عصماني ليلى أستاذة مساعدة. أ كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران.	الخبرة القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري "دراسة مقارنة"
53	أ. مساعدة أ الأستاذة: دلال وردة مسجلة في الدكتوراه سنة رابعة كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان	زواج مثلي الجنس
77	أ / بن جديد فتحي أستاذ مساعد معهد الحقوق المركز الجامعي غليزان	مدى حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في إثبات العقد المبرم عبر الأنترنت

<p>121</p>	<p>الأستاذة مكيد نعيمة</p>	<p>التعويض عن الأضرار الناشئة عن عقد النقل البري للأشخاص</p>
<p>137</p>	<p>أ. بن عصمان جمال أستاذ محاضر "ب" كلية الحقوق جامعة تلمسان - الجزائر</p>	<p>تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد</p>
<p>155</p>	<p>أ. حساني خالد أستاذ مساعد بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية (الجزائر)</p>	<p>مبدأ التكامل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية</p>

افتتاحية العدد

أ.د. فوزي أوصديق
عميد سابق في كلية الحقوق

إن العدد " 16 " من مجلة: "الدراسات القانونية" يتناول مواضيع ثرية وإضافة نوعية للمكتبة القانونية.

ويمكن تصنيف البحوث على النحو التالي:

البحث الأول: للأستاذ العاقب عيسى من جامعة سعد دحلب يتناول موضوع حماية حق الإنسان في صورته، وهو موضوع جديد وشائك في ظل تطور وتشابك وسائل الإعلام الحديثة، من خلال المقاربات في التشريعات الوضعية، وأنه حق من أهم الحقوق الشخصية لحق الحياة الخاصة كما تناولها في مرحلة موالية من خلال الحماية المقررة للحق، والمتابعة الجنائية في حالة الإخلال سواء في القانون الفرنسي أو المصري أو الجزائري بالتفصيل والتمحيص. فالبحث جدير بالدراسة، وهو بحث معمق ويفتح فضول العديد من الباحثين.

أما البحث الثاني، وهو للأستاذ عصماني ليلي، من كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران، حول الخبرة القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالجزائر، دراسة مقارنة ويتناول فصول تحتم التعرض لها بالدراسة والتحليل سواء الخاصة بتعيين الخبير، من خلال الشروط الواجب توافرها، ومضمون الحكم القضائي بالخبرة والتزامات الخصم بعد صدور الحكم، ثم في مرحلة موالية حول رد الخبير واستبداله، بذكر الحالات، وفي مرحلة موالية تنفيذ الخبرة، وتقدير الخبير، وأخيراً التزامات الخبير وحقوقه، والحكم الخاص بالخبرة ومناقشة التقرير.

اعتمدت الباحثة المنهجية الوضعية وهو موضوع جدير بالاهتمام في ظل التحولات العميقة التي يعرفها المجتمع والدولة الجزائرية.



أما البحث الثالث للأستاذة دلال ورده، كلية الحقوق فهو موضوع حول مثلي الجنس، وبالأخص هذا الزواج محرم في الدول الإسلامية، رغم محاولة البعض زجه باسم شعار حقوق الإنسان، ومن ثم حاولت معرفة مرتكزات هذا الزواج الخارق لفطرة الله في الكون بالإجابة على العديد من التساؤلات للباحثة من خلال ثلاثة مباحث، المبحث الأول الاختلاف في الجنس كركن في عقد الزواج، باعتبار ذلك هو الأصل سواء في الدول الإسلامية أو حتى الغربية، أما المبحث الثاني فخصصته الباحثة بطبيعة الحال للاستثناء حول زواج المثليين بين التحريم ومشروعيته وأخيراً الباحثة حاولت أن تكشف في مبحث ثالث الانعكاسات السلبية لذلك الزواج ولهذا النوع من العلاقة على الحقوق في الدول الغربية والإسلامية.

أما الدراسة الرابعة للأستاذة بن جديد فتحي، من المركز الجامعي بغليزان، فتناول مدى حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في إثبات العقد المبرم على الأنترنت بطرح إشكالية مفادها أنه ما دام العقد الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت لا يحتاج للشكالية للانقضاء، كما أن الكتابة الخطية في صورتها التقليدية ليست عي الوسيلة الوحيدة لإثباته، بل أصبح يعتد بالكتابة التي تكون على دعامة غير ورقية، مادامت هذه الدعامة تسمح بحفظ الكتابة وقراءتها، ففي أي صنف يمكن إدخال هذه الكتابة الحديثة في الإثبات ؟

وما مدى الاعتراف بحجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في الإثبات وفقاً للقواعد التقليدية المنظمة للإثبات ؟

ومحاولة إيجاد إجابة للمسائل التالية من خلال الفقرات التالية:

أولاً: مفهوم العقد الإلكتروني كتمهيد لا بد منه، ويشمل:

أ- التعريف القانوني والفقهني للعقد الإلكتروني .

ب- وضع تمييز معتبر بين العقد الإلكتروني وما يشابهه من عقود خاصة العقود الموجودة في البيئة الإلكترونية .

ج- خصائص العقد الإلكتروني .

ثانياً: دراسة تحليلية ومقارنة لمسألة إثبات العقد المبرم عبر الإنترنت، من خلال شرح مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني، أي الكتابة على الدعامة الغير ورقية وتحديد شروطها وخصائصها الجديدة كلياً عن الكتابة الورقية وكيفية حفظها، ثم دراسة دورها في الإثبات بمعنى بمعنى قيمتها القانونية كوسيلة لإثبات العقد، ومدى قوتها الثبوتية للتصرفات القانونية الإلكترونية (حجية المحرر الإلكتروني)

وكذلك حالة التنازع بين الكتابة الإلكترونية والكتابة على الورق في الإثبات ووضع حل قانوني وهو مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة على الورق، لكن أي الكتابة تقصد الرسمية أم يكون التعادل على مستوى الكتابة العرفية فقط .

ثالثاً: تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني من خلال تعريفه وذكر أنواعه وكيفية حدوده، وخصائصه.

مع التطرق لأهم الشروط الواجب توفرها فيه كي تكون له القيمة القانونية كوسيلة إثبات، ولكي تعطي له نفس القوة القانونية الخاصة بالتوقيع التقليدي، (التعادل الوظيفي في الإثبات) وانتهى الباحث إلى خاتمة تضم اقتراحات لترقية العمل بالإنترنت في مجال التعاقد الإلكتروني.

أما البحث الموالي يتناول "التعويض عن الأضرار الناشئة عن الأضرار الناشئة عن عقد النقل البري للأشخاص" للأستاذ مكيد نعيمة وهو بحث جدير بالاهتمام أمام التحولات التي تعرفها الجزائر في مجال التجارة، وما نتج من اختلالات في البنية القانونية والمنظومة التشريعية، وهي دراسة وصفية تحليلية معتمدة على بعض الفقهاء، واجتهادات المحاكم، محاولاً إسقاطه على الواقع الجزائري وبالأخص الأمر 15/74 المؤرخ في 1974/01/30 المعدل والمتمم بقانون 31/88 المؤرخ في 1988/07/19 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام تعويض الأضرار في ظل غياب نظام خاص شامل للتعويض ذلك ما نحاول أن نكتشفه مع الأستاذة .

أما البحث ما قبل الأخير فيتناول تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد للأستاذ بن عصمان جمال، كلية الحقوق من جامعة تلمسان، وهي دراسة وصفية تحليلية تتناول شروط تنفيذ الحكم الأجنبي، وفي خطوة موالية الشروط الإجرائية المرتبطة بالقواعد الخاصة بإصدار الحكم سواء ما تعلق بقواعد الاختصاص، أو الموضوع الخاصة بحجية الشيء المقضي به، فهو موضوع تقني ومختص، وأخيراً يحاول الأستاذ الباحث تناول إجراءات تنفيذ الحكم الأجنبي وآثار الحكم الخاص بدعوى التنفيذ.

أما البحث الأخير والموسوم بـ "مبدأ التكامل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية" فهو للأستاذ حساني خالد، الأستاذ المساعد في جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية.

ويناقش نشأة ودور المحكمة الجنائية الدولية ومفهوم التكامل وحالات تدخل هذه المحكمة ليصل بنا إلى كيفية تطوّر مبدأ التكامل وإبراز مبرراته من حيث ضمان معاقبة الشخص عن الفعل ذاته مرة واحدة فقط واحترام سيادة الدول وإبراز صورة مبدأ التكامل الموضوعي والإجرائي وحيثيات تنفيذ العقوبة وتطبيقها.



كذلك بيّن موقف المحكمة الجنائية الدولية من أحكام المحاكم الوطنية وحقيقة الاستثناء الوارد على المادة "20" من نظام روما. واعتبارها حجر الأساس لانعقاد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية.

بهذه الأبحاث نكون أنهينا العدد " 16 " من دراسات قانونية، ونكون ساهمنا في مسيرة البحث العلمي، وحركية الإنتاج القانوني بعرض هذه البحوث والدراسات، متمنياً المزيد في الأعداد المقبلة، وشاكرين الأساتذة الباحثين بإثرائهم العدد، والمكتبة القانونية الجزائرية، وما توفيقني إلا بالله، والله من وراء القصد.

حماية حق الإنسان في صورته

أ/ العاقب عيسى

أستاذ مساعد كلية الحقوق

— جامعة سعد دحلب- البليدة

مقدمة:

تعدّ الصورة انعكاسا لشخصية الإنسان، سواء في مظهرها المادي أم المعنوي، لأنها تعكس أحاسيسه ورغباته، فهي المرآة التي تعكس ما في جوف صاحبها، وما يدور في خلد من أفكار، وما يعتريه من انعكاسات⁽¹⁾، وإن كل امتداد ضوئي للجسم البشري يدل دلالة واضحة على شخصية صاحبه، ويستوي أن يكون هذا ناقلا للصورة على حقيقتها أو أن يدخل عليها تحريفا، بحيث يعطيها منظرا هزليا⁽²⁾. ويرى الفيلسوف "J.P.SARTRE" أن الصورة ليست ذلك التشابك والتداخل بين الخطوط والألوان فحسب، وإنما هي في الواقع شبه شخص مع شبه وجه"، أو على حد تعبير الفقيه الإيطالي François DEGNI "سمة مميزة لفردية الشخص وبصمة خارجية لأناه"⁽³⁾، ويمكن تعريف الصورة بأنها:

(مجموعة من الأشكال والخطوط المتداخلة التي تحدد ملامح الشخص الخارجية، سواء كانت لوحة مرسومة باليد، أم صورة ضوئية بصرف النظر عن الوسائل المستخدمة، أو الطريقة التي أخذت بها) وبذلك تستبعد صور الأشعة عن مفهوم الصورة باعتبارها تشكل انعكاسا ضوئيا للأعضاء الداخلية لجسم الإنسان.

(1) د/ علي احمد عبد الزعبي: الحق في الخصوصية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ط2006، ص176.

(2) د/ نجيب محمود حسني: جرائم الاعتداء على الأشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1978، ص776.

(3) د/ احمد محمد حسان: نحو نظرية عامة لحماية الحق في الحياة الخاصة، في العلاقة بين الدولة والأفراد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2001، ص91.



ويعرف الحق في الصورة بأنه (الحق الذي يكون للشخص الذي تم تصويره بإحدى الطرق الفنية أن يعترض على نشر صورته)⁽¹⁾ وقد اعترف القضاء الفرنسي بالحق في الصورة في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، وفي ذلك صدر قرار قضائي قبي عام 1855 عن محكمة "السين" المدنية، يقر بأن حق الإنسان في الاعتراض على نسخ ملامحه حق مطلق⁽²⁾، وبعد ثلاث سنوات، أي في سنة 1858 أصدرت ذات المحكمة قرارا تعاقب فيه نشر صورة للفنانة (راشيل) وهي على فراش الموت.

وفي نفس التوجه ذهبت محكمة باريس إلى أن: حق كل فرد بأن يمنع عرض صورته تحت أي شكل كان، حق لا نزاع فيه⁽³⁾ ومع التطور التكنولوجي في مجال تقنيات التصوير ونقل الصورة، أصبح التصوير، أكثر الوسائل انتهاكا للحق في الحياة الخاصة، فجسم الإنسان يعتبر أكثر عناصر الشخصية استحقا لأقصى درجات الحماية القانونية من العدسات الملصقة بآلات التصوير على اختلافها، بما فيها الهاتف النقال الذي أصبح يشكل هاجسا كبيرا باعتباره من أخطر الوسائل المستخدمة في الاعتداء على الحياة الخاصة للأشخاص.

وقد زادت الاهتمامات وتضاعفت في السنوات الأخيرة بالتقنية الحديثة في مجال التصوير، وتسجيل الصوت والصورة، وعرضها على الفيديو، وأجهزة التصوير على مسافة كبيرة من الهدف لدرجة أصبحت معها الحياة الخاصة للأفراد في متناول كل من يرغب في الوصول إليها أو اختراقها دون عناء كبير، إضافة إلى ذلك عدد الدول التي تبنت أسلوب المراقبة عن طريق الدوائر التلفزيونية المغلقة التي يتم تثبيت عدساتها في مواقع مختارة في الساحات والطرق العامة في المدن، وذلك لمراقبة حركة المارة، والسيارات، وأماكن التجمعات، إضافة إلى تصوير المظاهرات والمسيرات لمعرفة منظميها ومنشطيتها، وتقدير المناسب لمواجهتها.

وقد اشتدت حاجة الإنسان إلى هذه الأجهزة (أجهزة التصوير) من الناحية الأمنية، كحماية المساكن، ومقرات العمل، والمصانع والبنوك، والإدارات على اختلافها، والجامعات من الاعتداءات.

(1) د/ ممدوح خليل بحر: حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1983، ص236.

(2) قرار محكمة "السين" الابتدائية الصادر في 11 افريل 1885، وقرار 16 جوان 1858 من ذات المحكمة.

أشار إليه، د/ محمود عبد الرحمن محمد، نطاق الحياة الخاصة، ص230

(3) Paris ; 8, juillet 1887, GP.1888-2-11.

ومن جهة أخرى أصبح الفرد عرضة لأن تخترق حياته الخاصة نتيجة ما يترتب على إساءة استخدام هذه الأجهزة⁽¹⁾.

المبحث الأول: الحق في الصورة في التشريعات الوضعية:

لقد تعددت آراء الفقه والقضاء المقارن حول تحديد الطبيعة القانونية للحق في الصورة، وسوف نتناول بالدراسة أهم الآراء التي تعرضت لهذا الجانب من الموضوع.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للحق في الصورة:

الفرع الأول: الحق في الصورة عنصر من عناصر الحق في الحياة الخاصة:

يرى أصحاب هذا الرأي أن الحق في الصورة يعد عنصرا من عناصر الحياة الخاصة، وأحد مظاهرها، فصورة الفرد ليست سوى إحدى مقومات خصوصياته، بل إن الاعتداء على صورة الفرد، مظهر من المظاهر الصارخة للاعتداء على خصوصياته، ولا يمكن أن يخلو الاعتداء على الحق في الصورة، من الإخلال بحرمة الحياة الخاصة لصاحبها. فإذا أخذت صورة الإنسان وهو على فراش الموت، أو أخذت له صورة وهو يحتضر، فإن ذلك يكون ذا تأثير كبير على الشخص المعني، وحتى على أفراد أسرته، من وصف ذات المنظر بالكلمات⁽²⁾.

ويرى الأستاذ كايزر أن الحق في الصورة، يستهدف دائما حماية الحياة الخاصة، ليس فقط، إذا تعلققت الصورة بهذه الحياة، وإنما أيضا في الحالة التي ترسم الصورة، وهي تعبر عن ملامح الشخص، نظرا لأن هذه الملامح، هي التي تكشف عن شخصية المرء⁽³⁾.

وقد قيل أيضا: "إن أخذ الصورة يعني أخذ جزء من حياة الإنسان"، لما يوجد من ارتباط قوي بين الصورة والحياة الخاصة للشخص⁽⁴⁾. وقد ذهب أحد الفقهاء إلى تبيان ذلك بوضوح بالقول: "إذا كانت قسما شكل الإنسان تعتبر من عناصر حياته الخاصة، فإنها تكون أهم هذه العناصر على الإطلاق، فقد يتصور وجود شخص دون حرفة أو مهنة، وليس له حياة عائلية أو عاطفية، وليس له ماض ذو قيمة، إلا أنه منذ انقضاء عصر القناع الحديدي لا

(1) انظر المرسوم التنفيذي رقم 410/09 الصادر في 10 ديسمبر 2009. الجريدة الرسمية، العدد 73.

(2) د/ نعيم عطية: حق الأفراد في حياتهم الخاصة، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الرابع، السنة الحادية والعشرين، أكتوبر، ديسمبر، 1977.

(3) KAYSER: les droits de la personnalité p 466 N° 22.

(4) GOURLOU (R) la photographie et droit de l'auteur, thèse, Paris 1957, p 172.

أشار إليه الدكتور محمود عبد الرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 231.



يمكن أن يتصور وجود من لا تكون له صورة معينة"، ويستدل على ذلك مثلاً بأن المتهم في جريمة، يحرص دائماً على إخفاء وجهه بيديه، حتى لا يمكن تصويره أثناء خروجه من المحكمة، أو من مسكنه حين القبض عليه، فهو يعتقد أن الأسوأ من اتهامه هو نشر صورته، حيث يعتبره اعتداءً حال على أكثر الجوانب خصوصية في حياته.

فالمساس بالصورة يكون أخطر أنواع الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة، وعملياً غالباً ما يقترن المساس بالحق في الصورة بالمساس بالحق في الحياة الخاصة، والنادر هو وجود مساس بالحق في الصورة دون أن ينطوي على مساس بالحق في الحياة الخاصة.

وأخذاً بالغالب الأعم، فقد رجح أنصار هذا الرأي الوحدة بين الحقين، على أساس أن الأصل في حماية الحق في الصورة، قد تقرررت باعتبار الصورة عنصراً من عناصر الحق في الحياة الخاصة.

ويستدل على ذلك من المادة 226 - 1 نقطة 2 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد، التي تجرم المساس بالحياة الخاصة عن طريق الصورة، وكذلك الأمر بالنسبة لقانون العقوبات الجزائري في المادة 303 مكرر (قانون رقم 06 - 23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006)، الذي يعاقب كل من تعمد المساس بحرمات الحياة الخاصة للأشخاص بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة شخص في مكان خاص بغير إذن صاحبها أو رضاه، وينطبق ذلك، على ما أورده المشرع المصري في المادة 309 مكرر نقطة 2 من قانون العقوبات.

ويرى الأستاذ حسام الدين كامل الأهواني، أنه من الضروري عند دراسة الحق في الحياة الخاصة التعرض للصورة، باعتبارها عنصراً أساسياً من عناصر الحياة الخاصة للشخص، فعدم دراسة المساس بالحياة الخاصة عن طريق الصورة يعتبر إهداراً للجانب الأكثر أهمية في الحياة العملية.

الفرع الثاني: الحق في الصورة مستقل وتمييز عن الحق في الحياة الخاصة:

أما هذا الرأي فيرى أن الحق في الصورة هو حق مستقل وتمييز عن الحق في الحياة الخاصة، ويتجاوز الحياة الخاصة بحيث تتم حمايته خارج هذا الإطار، فالحياة الخاصة تنتهي عند حدود الحياة العامة للإنسان، في حين أن حق الإنسان على صورته يخوله سلطة الاعتراض على تصويره، ليس فقط أثناء ممارسة حياته الخاصة، بل أيضاً، أثناء ممارسة حياته العامة، كما يخوله هذا الحق سلطة الاعتراض على نشر صورته حتى ولو كان هذا النشر لا يمثل أي اعتداء على حياته الخاصة.

واعتُبر طبقاً لهذا الرأي بأن تصوير الشخص أثناء ممارسته لحياته العامة جائز تأسيساً على رضائه المفترض به، إلا أن هذا الحكم لا يجب أن يؤخذ على إطلاقه، بل ينظر إلى كل

حالة على حدة، في إطار الرضاء المفترض، والرضاء المفترض هو الذي يؤسس وفقا لمعيار رضاء الشخص العادي، أي الرضاء الذي لا يسيء إلى شخصه، أو ينزل من قدره، أو اعتباره، فإذا تعدى الاستخدام للصورة هذه الحدود يكون تعديا على الحياة الخاصة، حتى ولو كانت الصورة قد أخذت في مكان عام.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول إن الحق في الصورة حق متميز ومستقل عن الحق في الحياة الخاصة، وذلك تأسيسا على أن نشر صورة الشخص يمكن أن يكون معاقبا عليه، حتى ولو لم تكن هذه الصورة قد أخذت أثناء ممارسة الشخص لحياته الخاصة. وأساس الجزاء عندئذ هو انتهاك الحق في الصورة، وليس الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة، على اعتبار أن هذا الأخير لم يتعرض للانتهاك في هذه الحالة⁽¹⁾.

ولتوضيح هذا التعارض، يستدعي الأمر التمييز بين وضعين وهما:

الأول: هناك حقيقة قائمة، وهي وجود الحق في الصورة، الذي يخول الشخص في أن يطلب وقف نشر صورته، ولو لم تكن هناك أية علاقة بينها وبين الحياة الخاصة.

الثاني: إن الصورة إذا أخذت لشخص في مكان عام، والتي تتعلق بالحياة العامة له، لا تنطوي على اعتداء على الحياة الخاصة. إلا أن الوضع يختلف إذا كانت الصورة قد أخذت في مكان عام، نتيجة التطفل على حياته الخاصة.

ولذلك يمكن القول إن الاعتداء على الحق في الصورة قد يرتبط بالاعتداء على الحق في الحياة الخاصة وقد لا يكون كذلك. إلا أن الحقين قد يتواجدان معا في حالات معينة، وهو ما يدعو إلى القول بأن الحق في الصورة ذو طبيعة مزدوجة.

ومن التطبيقات القضائية التي تؤيد هذا الرأي، ما قضت به محكمة GRASSE الابتدائية في 1991/09/21 بأن: الحق في الصورة مستقل عن الحق في حماية الحياة الخاصة، ويمكن أن تقع عليه اعتداءات أثناء ممارسة الشخص لحياته الخاصة، حتى ولو لم يكن هناك سر يجب المحافظة عليه.

كما أن الفقه المصري⁽²⁾، بدوره يميل إلى اعتبار الحق في الصورة حقا مستقلا عن الحياة الخاصة، ويدرس ضمن فئة الحقوق العامة التي تعنى بحماية الكيان الأدبي أو المعنوي للإنسان، وإن كان البعض يرى بأن هذه الاستقلالية نظرية فقط.

⁽¹⁾KAYSER (p): « les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques » R.I.D.C. 1971.P,137

⁽²⁾ يراجع جريدة الأهرام المصرية الصادرة بتاريخ 31 - 01 - 1991 حيث قام المصورون بتصوير الفنانة شريهان أثناء نقلها للعلاج إلى باريس، ورغم رفع يدها مما يحجب ووجهها، ما يدل على عدم رغبتها في التقاط صور لها في تلك الظروف.



ويرجع بعض الفقه المؤيد لاستقلال الحق في الصورة عن الحق في الحياة الخاصة، إلى أن الحق في الصورة، يحمي الجانب الجسدي أو المادي في شخص الإنسان، في حين أن الحق في الحياة الخاصة غايته ضمان الأمن والسكينة لهذا الجانب من الحياة، الذي لا يتصل بالنشاط العام، الأمر الذي يجعله بمنأى عن التحري والإفشاء غير المشروعين، وبالتالي حماية الجانب المعنوي في شخصيته⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الحق في الصورة ذو طبيعة مزدوجة:

فقد اتخذ هذا الفريق موقفا وسطا بين الفريقين السابقين، فهو يرى أن الحق في الصورة ذو طبيعة مزدوجة، فهو يكون أحيانا عنصرا من عناصر الحق في الحياة الخاصة، كما يكون عنصرا مستقلا بذاته في أحيان أخرى.

ولتوضيح ذلك، يرون بأن التصوير إذا كان يمس بالحق في الحياة الخاصة، بمعنى إذا كانت الصورة تكشف عن حياة الفرد الخاصة، دون موافقته، فإن الحق في الصورة يتعلق بالحق في الحياة الخاصة، أما في الحالة العكسية إذا كانت الصورة لا تمثل اعتداء على الحياة الخاصة للفرد، فيكون الحق في الصورة مستقلا بذاته عن الحق في الحياة الخاصة، أو إذا كانت الصورة متعلقة بحياة الفرد العامة، وذلك عندما يكون هذا الفرد مختلطا بالجمهور ومتصلا بهم سواء كان ذلك في الشارع أم في مكان العمل، أم في الملعب أم في إحدى وسائل المواصلات، إلى غير ذلك من الأماكن العامة.

فإذا تم التقاط مثل هذه الصورة أو نشرها دون موافقة صاحبها، فإنه لا يمكن تأسيس المسؤولية في هذه الحالة على انتهاك الحق في الحياة الخاصة، وإنما تستند المسؤولية هنا إلى انتهاك الحق في الصورة باعتباره حقا مستقلا⁽²⁾.

المطلب الثاني: الحماية القانونية للحق في الصورة:

سيتم التعرض للحماية القانونية بالاختصار على الحماية الجنائية، في فرع أول، ثم الحماية المدنية في الفرع الثاني، من الجانب الموضوعي، أما الجانب الإجرائي فستتم الإشارة إليه باختصار.

الفرع الأول: الحماية الجنائية للحق في الصورة:

تجدر الإشارة، إلى أنه يتم تناول الموضوع من زاوية القانون المقارن، وذلك في كل من القوانين: الجزائري والفرنسي والمصري، وهذا للتقارب الكبير القائم بين التشريعات الثلاثة.

(1) د/ محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص238.

(2) د/ محمود عبد الرحمن محمد، الذي يري بأن مقتضيات الحياة في المجتمع تتطلب عدم التعسف في استعمال الصورة - كحق شخصي - على نحو يعطل المصور عن التقاط مشاهد الحياة العامة، تحقيقا لأغراض فنية فقط.

ولأنّ المشرع الجزائري كان متأخرا عنهما في إصدار النصوص الخاصة بحماية حرمة الحياة الخاصة، من خلال حماية الحق في الصورة، وانتظر حتى سنة 2006. ونتيجة ذلك، كان غياب الموقف الفقهي الجزائري في الموضوع، إضافة إلى غياب الأحكام القضائية بطبيعة الحال، قبل سنة 2006.

أولاً: جريمة التقاط أو تسجيل أو نقل الصورة:

1- في القانون الفرنسي:

فقد اهتم المشرع الفرنسي بحماية حرمة الحياة الخاصة جنائياً، فأصدر القانون رقم 643/70 المؤرخ في 17 جويلية 1970، أضاف فيه المواد من 368 إلى 372 إلى قانون العقوبات والتي تجرم أعمال التعدي المتمثلة في التجسس على الأحاديث الخاصة والتقاط الصور، دون رضا المعني بالأمر حين تواجده في مكان خاص. إلا أن هذا القانون تعرض للنقد من الفقه الفرنسي، ما أدى بالمشرع الفرنسي، إلى إصدار نصوص جديدة متمثلة في المواد "226-1، 226-2، 226-3" من ذات الأحكام التي كانت منصوصا عليها في المواد من 368 إلى 372 من القانون القديم، مع إجراء بعض التعديلات عليها - وذلك بموجب قانون رقم 684/92 لسنة 1992، حيث جرم المشرع الفرنسي فعل الالتقاط أو التسجيل أو النقل بموجب نص المادة 226-1 الفقرة الثانية التي ورد فيها ما يلي:

"يعاقب بالحبس... كل من اعتدى عمدا بوسيلة أيا كان نوعها، على ألفة الحياة الخاصة للغير..."

1-

2- بالالتقاط أو بالتسجيل أو بالنقل بدون موافقة صاحب الشأن صورة شخص في مكان خاص"

كما نص على معاقبة كل من يحتفظ أو يعلن أو يسهل إعلان أو استعمال أي تسجيل أو مستند في المادة 226-2 من قانون العقوبات الجديد، التي قضت بأنه: "يعاقب بنفس العقوبات، كل من يحتفظ أو يعلن أو يسهل إعلان الجمهور، أو الغير، أو استعمال بأي وسيلة كانت أي تسجيل أو مستند متحصل عليه بواسطة أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 226-1".

2- في القانون المصري:

فقد أضاف المشرع المصري قانون رقم 37 لسنة 1971 بشأن حماية حرمة الحياة الخاصة، إلى قانون العقوبات مادتين وهما: 309 مكرر، و309 مكرر "أ" فقرة 2، جرمتا الاعتداء على حق الإنسان في الحياة الخاصة.

وقد أعطى المشرع المصري أهمية لصورة الشخص كحديته الخاص، واعتبرها من الأمور التي تدخل في دائرة حياته الخاصة، ففرض حماية جنائية من خطر الحصول على صورة



الشخص بغير رضاه سواء عن طريق التقاطها أو نقلها بجهاز من الأجهزة أيا كان نوعه، حيث أوردت المادة 309 مكرر فقرة 2 من قانون العقوبات على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن.

أ-

ب- التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أيا كان نوعه، صورة شخص في مكان خاص.

كما نصت المادة 309 مكرر "أ" على أنه "يعاقب بالحبس كل من أذاع أو سهل إذاعة أو استعمل ولو في غير علانية تسجيلاً أو مستنداً متحصلاً عليه بإحدى الطرق المبينة بالمادة السابقة "309 مكرر"، أو كان ذلك بغير رضاه صاحب الشأن".

3 - في القانون الجزائري:

أورد المشرع الجزائري فيما يتعلق بالموضوع المواد من 303 مكرر إلى 303 مكرر 3 من قانون العقوبات، بموجب "القانون رقم 06- 23 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006".

حيث نصّ في المادة 303 مكرر على أنه: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأية تقنية كانت وذلك:

1-

2- بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص، بغير إذن صاحبها أو رضاه.

أمّا المادة 303 مكررا، فنصت على أنه: "يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة السابقة كل من احتفظ أو وضع أو سمح بأن توضع في متناول الجمهور أو الغير أو استخدم بأية وسيلة كانت. التسجيلات أو الصور أو الوثائق المتحصل عليها بواسطة أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 303 مكرر من هذا القانون".

من خلال المادة 303 مكرر فقرة 2 من ق ع ج، ومقارنتها بالمادة 226 - 1 فقرة 2 من ق ع ف، والمادة 309 مكرر فقرة ب، من ق ع م، السالفتي الذكر، يتضح أن جنحة الحصول على صورة الشخص دون موافقة صاحبها أو رضاه، تقوم على ركنين وهما:

1- الركن المادي:

يتحقق الركن المادي في جنحة الحصول على الصورة، وفقا للمادة 303 مكرر فقرة 2 من ق ع ج، بوجود توافر العناصر التالية وهي:

أ- سلوك إجرامي يتخذ شكل التقاط أو تسجيل أو نقل صورة شخص.

ب- استخدام تقنية⁽¹⁾ أيا كانت في التقاط صورة الشخص أو تسجيلها أو نقلها.

ج- تواجد من تلتقط أو تسجل أو تنقل صورته في مكان خاص.

د- عدم رضاء المجني عليه.

ونتناول هذه العناصر على التوالي فيما يلي:

أ- السلوك الإجرامي: يتحقق السلوك الإجرامي بالتقاط أو تسجيل أو نقل الصورة، ويقصد بالصورة المعاقب على التقاطها أو تسجيلها أو نقلها، وفقا للمادة 303 مكرر فق 2 من ق ع ج، المقابلة للمادة 226- 1 فق 2 من ق ع ف، وللمادة 309 مكرر فق ب من ق ع م، الصورة التي تمثل شكل الإنسان على دعامة مادية أيا كانت، ومن ثم تخرج من نطاق الحماية المقررة بهذا النص، الصور التي يتم التقاطها أو تسجيلها أو نقلها للأشياء⁽²⁾، إذ لا يحمي القانون بهذه الجريمة سوى الإنسان، أما الأشياء أيا كانت أهميتها، أو الأضرار التي أصابتها، فلا تدخل ضمن نطاق هذا النص.

- معنى الالتقاط والتسجيل والنقل.

الالتقاط: الالتقاط لغة معناه، الأخذ من حيث لا يحس، والتقاط الصورة معناه، تثبيتها على مادة حساسة، أي بمجرد التثبيت يتحقق الركن المادي الذي يجرمه القانون ويعاقب عليه، أما إظهار الصورة في هيئة إيجابية، على الدعامة المادية المخصصة لذلك، فليس عنصرا في الركن المادي للجريمة، لذلك فإن الجريمة تقع تامة بمجرد الالتقاط، حتى ولو لم يستطع الجاني معالجة فنية لازمة لعملية الإظهار، ولا يؤثر في قيامها أن يجري بعد التقاطها تشويها أو تغييرا على الصورة، ليضفي عليها مظهرا هزليا أو مغايرا.

التسجيل: يقصد بالتسجيل حفظ صورة الشخص على مادة معدة لذلك، بأي وسيلة أيا كان نوعها لمشاهدتها فيما بعد، أو توزيعها أو نشرها⁽³⁾، بمختلف الوسائل، سواء التقليدية منها أم الحديثة، (الهاتف المحمول، الفيديو، التليفزيون... الخ). وعليه يتحقق الركن المادي للجريمة متى تم تسجيل صورة شخص موجود في مكان خاص دون موافقته، عن طريق الرسم

⁽¹⁾ د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، سنة 1978، ص 770.

⁽²⁾ د/ آدم عبد البديع آدم، الحق في حرمة الحياة الخاصة ومدى الحماية التي يكفلها القانون الجنائي، القاهرة، ط 2000، ص 447.

⁽³⁾ د/ أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، ط 1976، ص 763.



على لوحة أو أي مادة أخرى معدة لذلك لمشاهدتها فيما بعد، أو نقلها إلى مكان آخر لمشاهدتها كأن تعرض في معرض خاص بالصورة مثلا.

النقل: ويعني النقل تحويل أو إرسال صورة شخص من مكان تواجدته إلى مكان آخر - عاما كان أو خاصا - بحيث يتمكن الغير من مشاهدة شكله، وما يصدر عنه من أفعال أو تصرفات، مثلما يحدث في البث التلفزيوني المباشر، وكذا في الدوائر التلفزيونية المغلقة⁽¹⁾، وينطوي نقل الصورة على معنى التقاطها باعتباره التقاطا ونقلها متزامنين.

كما أن المشرع قصر نطاق الحماية الجنائية على صورة الشخص فقط. وتقوم هذه الجريمة أيا كان الوضع الذي كان عليه صاحب الصورة وقت الالتقاط أو التسجيل أو النقل، إذ يستوي أن يكون الوضع الذي كان عليه المجني عليه، مخجلا، لا يرغب أحد في الاطلاع عليه، أو غير مخجل لا يخشى فيه أهدا. ولا يشترط أن يكون هذا الشخص على قيد الحياة إنما تمتد الحماية لتشمل الشخص المتوفى، وهو ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية، حيث قضت بأن التقاط صورة شخص على قيد الحياة أو متوفى أمر محظور⁽²⁾.

ب- وسيلة ارتكاب الجريمة: يلاحظ أن المشرع الجزائري قد استخدم في نص المادة 303 مكرر باللغة العربية عبارة "بأية تقنية كانت"، في حين استخدم في ذات النص باللغة الفرنسية عبارة "بأية وسيلة كانت" وهو ما استخدمه المشرع الفرنسي في المادة 226-1 ع.ف. أما المشرع المصري فقد استخدم عبارة "بجهاز من الأجهزة". ذلك أن المشرع الفرنسي لم يشترط في ظل قانون العقوبات الجديد، لقيام جريمة الحصول على الصورة، أن يستخدم الجاني وسيلة معينة في ارتكاب أفعال الالتقاط أو التسجيل أو النقل، بل أطلق نوع الوسيلة التي يتم بها ارتكاب هذه الأفعال، بإتيانه لعبارة "بأية وسيلة كانت"، وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد وسع من دائرة الحماية الجنائية المقررة لحرمة الحياة الخاصة في مجال الصورة، حيث يمتد هذا التوسع ليشمل أفعال الاعتداء على الصورة التي ارتكبت بوسائل أخرى تقليدية، من غير استخدام الأجهزة، كما هو الحال بالنسبة لرسم صورة شخص موجود في مكان خاص بدون رضاه، إضافة إلى أنه يفهم من عبارة "بأية وسيلة كانت" أنها تتضمن الوسائل التقنية الحديثة، تمشيا مع التطور التكنولوجي الحديث في مجال السمعي البصري، باستخدام التقنية والأجهزة الحديثة على اختلافها في هذا المجال.

⁽¹⁾ د/ هشام محمد فريد رستم: الحماية الجنائية لحق الإنسان في صورته، مكتبة الآلات الحديثة، أسبوط، 1986، ص 89

⁽²⁾ Ch. crim, Paris, 21 oct 1980, DALLOZ ; P 72, note Lindon.

ج- المكان الخاص: اشترط المشرع الجزائري، بموجب نص المادة 303 مكرر من ق ع، لتجريم الفعل، أن يقوم المتهم بالتقاط صورة المجني عليه، أو تسجيلها أو نقلها حال وجوده في مكان خاص.

وقد اختلف الفقه الفرنسي حول تحديد مفهوم المكان الخاص، فذهب فريق منه إلى الأخذ بالمفهوم الموضوعي للمكان الخاص، كما ذهب فريق آخر إلى الأخذ بالمفهوم الشخصي لدلول المكان الخاص.

الاتجاه المرجح للمفهوم الموضوعي:

يذهب هذا الاتجاه إلى ترجيح المفهوم الموضوعي عند تحديد المكان الخاص، ويقوم رأيهم على تحديد المكان العام، كالشارع، والحدائق العامة، والمساحات العامة، والملاعب، والشواطئ، وغيرها من الأماكن العامة، وتبعاً لذلك فإن هذه الأماكن العامة ومثيلاتها لا تشملها الحماية الجنائية⁽¹⁾. وما عداها يعد مكاناً خاصاً.

الاتجاه المرجح للمفهوم الشخصي:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن المعيار الشخصي للمكان الخاص يقوم على رضا صاحب الشأن، أو إرادته، وقد ذهب أحد الفقهاء إلى القول بأنه يعد مكاناً خاصاً عندما يكون الدخول إليه متوقفاً على رضا الشخص الذي يشغله⁽²⁾.

د- عدم رضا المجني عليه: وأخيراً يلزم لتحقيق الركن المادي في هذه الجريمة أن يكون التقاط أو تسجيل أو نقل صورة الشخص الموجود في مكان خاص، قد تم ضد إرادة هذا الشخص، ولكي يكون الرضاء منتجا لآثاره القانونية، يجب أن يصدر عن صاحب الحق في الصورة أو من يمثله قانوناً، بإرادة حرة ومدركة لمدى آثار ذلك الرضاء، ويستوي أن يكون الرضاء صريحاً أو ضمناً، كما يجب أن يكون الرضاء معاصراً لفعل الالتقاط أو التسجيل أو النقل، فإن كان سابقاً، يجب أن يبقى قائماً حتى لحظة وقوع الفعل، كما أن الرضاء اللاحق يمكن أن يؤدي إلى النتيجة ذاتها في انتفاء قيام الجريمة، نظراً لأن المشرع يتطلب لتحريك الدعوى الجنائية تقديم شكوى من المجني عليه، ويترتب على ذلك، أن عدم تقديم الشكوى يعد بمثابة رضاء لاحق يحول دون ملاحقة المعتدي جنائياً⁽³⁾.

⁽¹⁾BADINTER: la protection de la vie privée contre l'écoute électronique clandestine, J. C. P 1971-1 N° 2435.

⁽²⁾RAVANAS (J): la protection des personnes, J. C. P 1978, P 516.

⁽³⁾د / إبراهيم عيد نايل: الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في قانون العقوبات الفرنسي، دار النهضة العربية، 2000، ص 245.



2- الركن المعنوي:

جريمة التقاط أو تسجيل أو نقل الصورة، المنصوص عليها في المواد السابقة الذكر في كل من القانون الجزائري والفرنسي والمصري جريمة عمدية، يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي العام بعنصره العلم والإرادة، بمعنى أن يعلم المتهم بأن الأفعال التي يرتكبها وهي الالتقاط أو التسجيل أو النقل تشكل جريمة، وإذا انتفى العلم فلا يقوم الركن المعنوي وبالتالي لا تقوم الجريمة، ومثال ذلك من يقوم بتصوير منزل أثري قديم على الطريق العام، فيلتقط دون علمه صورة مالكه بداخله، فلا يكون مرتكبا لجريمة التقاط الصورة. كما يتعين أن تتجه إرادة الجاني إلى التقاط أو تسجيل أو نقل صورة شخص دون رضاه، كما لا تقوم الجريمة إذا قام شخص سهوا بتشغيل جهاز للتصوير في مكان خاص، فالتقط صورة شخص موجود فيه، إلا أن بعض الفقه الفرنسي يتطلب توفر نية خاصة لقيام الجريمة، وهي قصد الجاني المساس بألفة الحياة الخاصة.

ثانيا: جريمة الاحتفاظ، ونشر واستخدام التسجيل أو الصور أو الوثائق:

إنّ الاعتداء على الواقع على الشخص بإحدى الجريمتين المنصوص عليهما في المادة 303 مكرر، أثناء وجوده في مكان خاص، لا يحدث في الغالب لمجرد الفضول وحب الاستطلاع، وإنما قد يكون الهدف من ورائه، الاستفادة ماليا بطريقة أخرى، كأن ينشر الصورة، أو يعلن الحديث الخاص للغير، مقابل مبالغ مالية، وهو الاستغلال المادي لهذا المنتج، كما أن الاستغلال قد يأخذ أسلوبا آخر وهو التهديد للوصول إلى تحقيق مآرب غير مشروعة. لذلك، كان منطوقا أن يكمل المشرع الجنائي، تجريم الأفعال السابقة، بتجريمه للاحتفاظ وإعلام وتسهيل إعلام الجمهور أو الغير، وكذا استخدام التسجيلات أو الصور أو الوثائق المتحصل عليها بواسطة الأفعال المنصوص عليها في المادة 303 سالفه الذكر.

وتأسيسا على ذلك، نصت المادة 303 مكررا 1 في فقرتها الأولى على ما يلي:

"يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة السابقة كل من احتفظ أو وضع أو سمح بأن توضع في متناول الجمهور أو الغير أو استخدم بأية وسيلة كانت، التسجيلات أو الصور أو الوثائق، المتحصل عليها بواسطة أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 303 مكرر من هذا القانون" ويقابل هذا النص، نص المادة 226-2 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد، الذي قضى بأنه: "يعاقب بنفس العقوبة كل من يحتفظ أو يعلن أو يسهل إعلان الجمهور، أو الغير. أو استعمل بأية وسيلة كانت أي تسجيل أو مستند متحصل عليه بواسطة أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 226-1".

كما يقابلها نص المادة 309 مكرر (أ) من قانون العقوبات المصري، في فقرتها الأولى التي ورد فيها بأنه: "يعاقب بالحبس كل من أذاع أو سهل إذاعة أو استعمال ولو في غير علنية تسجيلاً أو مستنداً متحصلاً عليه بإحدى الطرق المبينة بالمادة السابقة، أو كان ذلك بغير رضا صاحب الشأن".

ويتضح من نص المادة 303 مكرر 1 فقرة أولى من ق ع ج، ومن المادتين 226 - 2 ق ع ف، و309 مكرر (أ) من ق ع م، أنه لتحقيق هذه الجريمة يجب توفر الشروط التالية:

1- الركن المادي:

أورد المشرع الصور التالية لتحقيق الفعل أو السلوك الإجرامي، وهي:

أ - الاحتفاظ بالتسجيل أو الصور أو الوثائق: الاحتفاظ: وهو إبقاء الشخص تحت حيازته على التسجيل أو الصور أو الوثائق، للغير، عن عمد منه، مع علمه بمحتواه، ويعد هذا الفعل جنحة مستمرة، ولا يسري عليه التقادم، إلا من وقت توقيه أو انقطاعه. ولكي يعتبر هذا الفعل جنحة، يجب أن يكون التسجيل أو الصور أو الوثائق، قد تم الحصول عليها بإحدى الطرق المنصوص عليها في المادة 303 مكرر.

ولا فرق بين أن يكون الاحتفاظ بموضوع الجنحة للاستعمال الشخصي للجاني أو لفائدة غيره، ففي كلا الحالتين، تتحقق الجنحة، وتنتج عن حيازة غير مشروعة.

ب- الوضع في متناول الجمهور: وهي المرحلة التي يبدأ فيها الجاني في تنفيذ الفعل المجرم، لأنها تتيح للغير بأن يعلم ما محتوى التسجيلات، أو الصور أو الوثائق التي تكشف عن الحياة الخاصة للشخص. بصرف النظر عن عدد الأشخاص الذين يطلعون على تلك المواد، لأن النشر أو الإذاعة أو الإعلان، قد يكون عاماً يشمل عدداً غير محدود من الأشخاص، كما قد يكون خاصاً بصفة معينة، وعلى نطاق ضيق.

وبالنظر للموضوع من زاوية الفقه المقارن، فقد ذهب الفقيه "كايزر" إلى أن السلطة المعترف بها لكل شخص في الاعتراض على نشر صورته، أثناء قيامه بأنشطة خاصة، تقتضي أن يكون النشر كاشفاً لستر الحياة الخاصة، ومفاد ذلك أن الجريمة لا تقوم إلا إذا عرضت الصورة على مجموعة غير محددة من الأشخاص⁽¹⁾. إلا أن القضاء الفرنسي لا يؤيد هذا الرأي،

⁽¹⁾ KAYSER (p); Diffamation et atteinte au droit et au respects de la vie privée». etudes offertes a Alfred JAUFFRET, Paris, 1974,116



فأحكامه تقضي دائماً بعدم مشروعية تسليم صورة الشخص إلى غيره دون إذن منه، ما يستفاد منه أن عرض صورة الغير، ولو في محيط خاص، غير جائز إلا بإذن⁽¹⁾.

فالشخص الذي يعرض صورة فتاة على أحد أصدقائه، يعد عملاً غير مشروع، من الوجهة المدنية، طالما يستنتج من الوقائع أن هناك رضاً ضمناً، من جانب صاحبة الصورة. أما إذا كانت الصورة قد التقطت في مكان خاص، وبغير موافقتها، وقت عرضها على الصديق، فإنها تقع تحت طائلة القانون الجنائي.

ج- السماح بالوضع في متناول الجمهور: في هذه الحالة يفترض أن هناك أكثر من شخص، يقوم بفعل الإعلام أو النشر، والذي يعني إطلاع الجمهور على التسجيلات أو الصور أو الوثائق المتحصل عليها، بأحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 303 مكرر من قانون العقوبات سواء كان ذلك بطريق مباشر من المعتدي شخصياً، أم عن طريق شخص أم أشخاص آخرين غيره، أم جهة من الجهات⁽²⁾. وفي حال تعدد الأشخاص، فإنه ينظر إلى أي منهم باعتباره فاعلاً أصلياً وليس شريكاً، وفقاً لنص المادة 303 مكرر 1. ونفس الحكم ينطبق في حال تسهيل الإعلام، والنشر والاطلاع على التسجيلات أو الصور أو الوثائق لفئة معينة من الأشخاص.

د- استخدام التسجيل أو الصور أو الوثائق: وهي الحالة التي يهدف من خلالها المعتدي على الحياة الخاصة للغير، للوصول إلى تحقيق هدف معين، سواء كان مادياً أم معنوياً، ووسيلة الإعلام أو تسهيل الإعلام والنشر، بوضع ما توصل إليه في متناول الجمهور أو الغير، أو استخدامه، يتضح من نص المادة 303 مكرر 1، بأنها تسمح بتنفيذ الجنحة بأية وسيلة كانت. وإن كان التفسير في التصرفات الجنائية يجب أن يتفق مع القواعد الأصولية في القانون الجنائي، المبنية على قواعد التفسير الضيق، إلا أن الصيغة التي وردت بها عبارة "بأي وسيلة كانت" من شأنها أن تتسع لتشمل كل ما يستجد من تطور في الوسائل الحديثة، على اختلافها بدءاً من الهاتف المحمول، إضافة إلى الوسائل التقليدية في الإعلام والنشر، سواء لشخص معين أم عدد غير محدود من الأشخاص لإمكان الاطلاع عليها.

وإذا كان موضوع النشاط الإجرامي تسجيلاً مصوراً، فيتطلب - وفق ما قررت محكمة باريس الابتدائية في 16/01/1975 - أن يكون في الإمكان تمييز الشخص موضوع الصورة بوضوح، حتى

⁽¹⁾ RAVANAS (J): Jouissances de droit civil, protection de la vie privée, délimitation de la protection, répertoire notarial, 2002- 2005 et 2007, P 210.

⁽²⁾ وقد نصّت المادة 303 مكرر 1 باللغة الفرنسية بالآتي:

porte ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers...).

ولو لم يكن وجهه واضحا، لأن الحق في الصورة كعنصر من عناصر الحق في الحياة الخاصة لا يحمي الوجه فقط، وإنما يحمي شكل الشخص ككل، أو جسم الإنسان بوجه عام.

2- الركن المعنوي:

جريمة إعلان أو استخدام التسجيل أو المستند أو الصورة المنصوص عليها في المادة 303 مكررا 1 من قانون العقوبات الجزائي جريمة عمدية، يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي العام، ويتحقق بتوفر عنصر العلم والإرادة.

فالعلم، يجب أن يشمل كل عناصر الفعل المادي المكون للجريمة، كأن يعلم المتهم بمصدر الحصول على الوثيقة أو التسجيل، أو الصورة، وأن من شأن نشاطه إعلان أو تسهيل إعلانه أو استخدامه بإحدى الطرق الواردة في المادة 303 مكرر، وعليه فلا يعد مرتكبا لهذه الجريمة من يحتفظ بهذه الوسائل المنصوص عليها في المادة سألقة الذكر، من غير عمد منه، ودون علم بمضمونها.

وأما الإرادة فيتعين أن تتجه إلى الاحتفاظ أو إعلان أو استخدام التسجيلات أو الصور أو الوثائق المتحصل عليها بإحدى الطرق المنصوص عليها في المادة 303 مكرر.

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن القصد الجنائي في هذه الجريمة قصد خاص، أساسه الإضرار بألفة الحياة الخاصة، وذلك وفقا لنص المادة 369 من قانون العقوبات الفرنسي القديم، التي كانت تنص على تجريم أفعال الاحتفاظ أو الإعلان أو تسهيل الإعلان أو الاستعمال للتسجيل أو المستند، إذا ارتكبت "بقصد الاعتداء على ألفة الحياة الخاصة أو الحصول على ربح أو فائدة" غير أن هذه العبارة قد استبعدت من المادة 226-1 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد.

- العقوبة:

قرر المشرع لهذه الجنحة ذات العقوبة للجنحة الواردة في المادة 303 مكرر وهي الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، وغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج أصلا.

أما العقوبة التكميلية التي أوردها المشرع في المادة 303 مكرر 2، فتمثل في جواز منع المحكوم عليه من أجل هذه الجنحة، من ممارسة حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في المادة 9 مكررا 1 لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، كما يجوز للمحكمة أن تأمر بنشر حكم الإدانة طبقا للكيفيات المبينة في المادة 18 من هذا القانون. وبالنسبة للأشياء المستخدمة في ارتكاب هذه الجنحة، فيتعين دائما الحكم بمصادرتها.



ويعاقب على الشروع في ارتكاب هذه الجنحة المنصوص عليها في المادة 303 مكررا 1، بالعقوبات ذاتها المقررة للعقوبة التامة.

أما إذا ارتكبت الجنحة من شخص معنوي، فتطبق المادة 303 مكرر، وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر. ومسؤولية الشخص المعنوي لا تمنع من مساءلة الشخص الطبيعي باعتباره فاعلا أصليا، أو كشريك في نفس الأفعال.

وأما في حالة ارتكاب الجنحة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 303 مكررا 1 عن طريق الصحافة، فتطبق عليها النصوص ذات العلاقة في قانون الإعلام.

ثالثا: مشروعية الدليل المستمد من التصوير خفية في القانون الجزائري:

اهتم المشرع العقابي الجزائري بموضوع حماية الحق في الحياة الخاصة، هذا الحق الذي كان في أمس الحاجة إلى العناية به تشريعا، نظرا للفرغ الكبير الذي حدث بين التطور التكنولوجي في مجال التصوير، والوسائل التقنية والألات والأجهزة التي انتشرت بسرعة مذهلة. وبالرغم من إيجابياتها، فإن سلبياتها ذات تأثير واضح على الحياة الخاصة للأشخاص. وحين تزايدت الاعتداءات على الحياة الخاصة للأشخاص على اختلاف مراكزهم الاجتماعية عن طريق الصورة. تدخل المشرع بمناسبة إصداره لقانون 06- 23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، وذلك في المواد من 303 مكرر إلى 303 مكرر3 من قانون العقوبات.

إن توضيح موقف المشرع العقابي الجزائري في هذا الصدد يقتضي التعرض لمدى مشروعية التصوير خفية للحصول على دليل في مرحلة الاستدلال، وفي مرحلة التحقيق الابتدائي.

1- في مرحلة الاستدلال:

نصت المادة 1/17 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، (القانون رقم 01- 08 المؤرخ في 16 جوان 2001 على أنه: "يباشر ضباط الشرطة القضائية السلطات الموضحة في المادتين 12 و13 ويتلقون الشكاوى والبلاغات ويقومون بجمع الاستدلالات وإجراء التحقيقات الابتدائية". وبناء على ذلك، فإن كل إجراء يباشره ضباط الشرطة القضائية، أثناء عملية البحث عن الجرائم ومرتكبيها يعتبر صحيحا ومشروعا، ما دام لم يتعارض مع الآداب العامة، والحريات العامة، ولا يتعارض مع حقوق الأفراد وحرياتهم الخاصة.

وانطلاقا من هذا المفهوم، فإنه لا يجوز لضباط الشرطة القضائية، في سبيل الكشف عن الجرائم ومرتكبيها أن يلتقط أو يسجل خفية وقائع تدور في مكان خاص عن طريق التصوير، بأية تقنية كانت حتى ولو كانت هذه الوقائع مما يقع تحت طائلة قانون العقوبات.

ولا يغير من الأمر شيئاً أن تكون أجهزة التصوير قد وضعت في مكان بعيد عن المكان الخاص. والدليل المستمد من هذا التصوير، يكون باطلاً، ويتعلق البطلان بالنظام العام، لأن الحصول عليه تم بفعل جرمه القانون، بموجب نص المادة 303 مكرر، في النقطة الثانية، لذا يجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى، وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.

ومن تطبيقات ذلك في القانون المقارن، ما قرره المحكمة العليا المصرية، في أحد أحكامها "أن عشرة الزوجين وسكون كل منهما للآخر، وما يفرضه عقد الزواج عليهما من تكاليف لصيانة الأسرة في كيانها وسمعتها... يخول كل منهما ما لا يباح للغير من مراقبة زميله في سلوكه وسييره وغير ذلك مما يتصل بالحياة الزوجية، لكي يكون على بينة من عشيره. وهذا يعطيه الحق عند الاقتضاء أن يتقصى ما عساه أن يساوره من ظنون أو شكوك لينفيه، فيبدأ باله أو ليتثبت منه فيقرر فيه ما يريثيه". إلا أن التقصي لا يتعين أن يصل إلى حد مراقبة الآخر، والتلصص، أو التجسس عليه باستعمال وسائل فنية يحظرها القانون، ويكون الدليل المستمد من استعمال هذه الوسائل باطلاً. وفي هذا المعنى يستفاد من حكم لمحكمة "ليون" الابتدائية في 10 أكتوبر 1972، الذي جاء فيه أنه: "إذا كانت الحياة المشتركة للزوجين تسمح لكل منهما بمعرفة بعض وقائع الحياة الخاصة للآخر، إلا أنه يستفاد بوضوح من صياغة المادة 368 عقوبات (المقابلة للمادة 226 - 1 من قانون العقوبات الجديد)، أن التلصص والتسجيل الذي يجريه أحدهما على المحادثات التليفونية للطرف الآخر مع الغير، يعد من وسائل التقصي التي يحظرها القانون، والتي لا يمكن أن تصلح بالتالي أساساً لدعوى الطلاق".

2- في التحقيق الابتدائي:

أجاز المشرع الجزائري في المادة 65 مكرر5 من قانون الإجراءات الجزائية (قانون 06 - 22 المؤرخ في ديسمبر 2006) والمواد التي تليها إلى غاية المادة 65 مكرر10، للسلطة العامة، أن تعترض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية، كما تضع الترتيبات التقنية دون موافقة المعنيين، من أجل التقاط وتثبيت وبث وتسجيل الحديث الخاص أو السري الذي يصدر من طرف شخص أو عدة أشخاص في أماكن خاصة أو عمومية، أو التقاط صور لشخص أو عدة أشخاص يتواجدون في مكان خاص.

كما يسمح الإذن الممنوح بغرض وضع الترتيبات التقنية بالدخول إلى المحلات السكنية وغيرها، ولو خارج المواعيد المحددة في المادة 47. وهذا على عكس قانون الإجراءات الجنائية المصري، الذي أشار في المادتين 95 و206 منه، إلى عبارة "لإجراء تسجيلات لأحاديث جرت في مكان خاص" التي أثارها اختلافاً فقهيًا في مصر في مدى مشروعية التصوير في مكان خاص من عدمه.



فالاتجاه الذي قال بمشروعية التصوير في مكان خاص، يرى بأنه متى أذنت سلطة التحقيق بعد استيفاء الإذن لشروطه، وفقا للمادتين السابقتين، فإن الدليل المستمد من هذه الوسيلة هو دليل مشروع ويمكن الأخذ به في الإثبات الجنائي، حيث اعتبر هذا الرأي أن كلمة التسجيل التي وردت بصفة العمومية دون التخصيص فهي تشمل أيضا التسجيلات الصوتية والمرئية. وفي هذا الاتجاه، ذهبت محكمة النقض المصرية، إذ استقر قضاؤها على أن القانون لم يحدد شكلا خاصا لتسبيب الإذن بتسجيل المحادثات الشفوية السلوكية واللاسلكية والتصوير. كما قضت بأن طريقة تنفيذ إذن تسجيل المحادثات الشفوية السلوكية واللاسلكية والتصوير موكولة إلى عضو الرقابة الإدارية المأذون له بإجرائه تحت رقابة محكمة الموضوع⁽¹⁾.

أما الاتجاه الذي قال بعدم مشروعية التصوير في مكان خاص، فإنه استند إلى أن المشرع أضاف إلى قانون العقوبات بموجب القانون رقم 37 لسنة 1972 المادتين 309 مكرر، و309 مكرر(1)، إعمالا لحكم المادة 45 من الدستور، وعند تعديله بموجب ذات القانون للمادتين 95 و206 من قانون الإجراءات الجنائية لينسجما مع نص المادة 45 من الدستور أضاف إليهما فقط النص على إجراءات الإذن بتسجيل المحادثات التي تجري في مكان خاص، دون الإشارة إلى حكم الوقائع التي تدور في مكان خاص عن طريق التصوير الضوئي.

أما المشرع الجزائري فقد فصل في هذه المسألة، بأن نص بكل وضوح في المادة 303 مكررا 1 على أنه: "يعاقب... كل من احتفظ أو وضع أو سمح بأن توضع في متناول الجمهور أو الغير أو استخدم بأية وسيلة كانت، التسجيلات أو الصور أو الوثائق المتحصل عليها بواسطة أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 303 مكرر من هذا القانون.

وعند الرجوع للمادة سالفه الذكر في النقطة 2، نجدها تنص على ما يلي:

2- "بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص..."

رابعا: مشروعية الدليل المستمد من التصوير في مكان عام:

إن مجرد تواجد الشخص في مكان عام، كالشارع أو السوق أو الملعب مثلا، يعني بالضرورة أنه تنازل عن حقه في صورته، بما يخوله هذا الحق من سلطات منها حقه في الاعتراض على التقاط صورته، ومع ذلك فإن هذا الاعتراض مقيد ولا يمكن الأخذ به على إطلاقه.

(1) د / احمد جمعة شعادة: جرائم التنصت والتقاط الصور، مجلة المحاماة، العدد الأول والثاني، جانفي وفيفري 1991.

فمثلا، حالة الضرورة التي تقتضي حماية الأمن والنظام العام والآداب العامة، لا سيما في الشوارع المزدحمة، والأماكن العامة، ومقرات الإدارات، والبنوك، والسفارات، والأماكن الحساسة الأخرى.

ثبتت فيها كاميرات لالتقاط تحركات الأشخاص، والسيارات، وذلك لمراقبة ومتابعة تصرفات الأشخاص الذين تتنافى سلوكياتهم مع سلوكيات الشخص العادي، من خلال الدائرة التلفزيونية المغلقة.

ورغم أن صورة الشخص تلتقط، وهو عالم بذلك، فلا يمكنه أن يعترض، للسببين التاليين:

1- أن الصورة لا تنتشر، على نطاق واسع، بل يطلع عليها فقط الأشخاص المكلفون بذلك للضرورة الأمنية، والآداب العامة.

2- أن الصورة تلتقط في الشارع، وهو مكان عام، وليس خاصا، والمشرع العقابي الجزائري نص في المادة 303 مكرر نقطة 2، على أنه: "يعاقب بالحبس... بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة في مكان خاص، بغير إذن صاحبها أو رضاه.

ولا يختلف حكم التصوير خفية في مكان عام في مرحلة التحقيق الابتدائي، عنه في مرحلة الاستدلال، إذ لا يعدو تسجيل الوقائع التي تدور في مكان عام، أو الطرقات العامة، عن طريق التصوير - متى خلا من التركيب والتعديل والتحريف - أن يكون بديلا عمليا لوصفه كتابة، بالإضافة إلى أن هذا التسجيل، لا يمس شخص المتهم وحرية وحقه في الحياة الخاصة.

وقد ذهب بعض الفقه إلى أن حجية الصور تتوقف على أربعة عوامل رئيسية وهي:

1- **العامل الفني:** ويتعلق بمدى مراعاة القواعد والأصول العلمية والفنية المتعارف عليها في التصوير الضوئي.

2- **العامل الموضوعي:** ويتعلق بالصورة في ذاتها، من حيث درجة وضوحها، وخلوها من الخدع والحيل التصويرية، ومدى دلالتها في ذاتها على مكان وزمان وملابس التقاطها، أو الأشخاص الذين تمثلهم.

3- **العامل الشخصي:** ويتعلق بشخص القائم بالتصوير من حيث خبرته ودرايته الفنية ومدى خبرته.



4- العامل الإجرائي: وهو عامل إجرائي يتعلق بإثبات إجراءات التصوير في محاضر تتضمن تأكد المحقق من الشريحة "الذاكرة" وخلوها من أي صور أو تسجيلات سابقة، ثم التحفظ عليها، وتحريزها عقب ذلك، لحين عرضها على سلطات التحقيق⁽¹⁾

الفرع الثاني: الحماية المدنية للحق في الصورة:

أمّا بالنسبة للحماية المدنية فانقسم الفقه إلى فريقين:

الفريق الأول: يرى عدم وجود أي مساس بالحياة الخاصة، إذا كان الشخص الذي التقطت صورته وهو يسير في الطريق العام، أو يوجد في مكان عام، وإعطاء الشخص سلطة الاعتراض على التقاط صورته، ينطوي على منحة مبالغ فيها، لأن وجوده في مكان عام وسط الجمهور يخرج عن دائرة الحياة الخاصة، ولأنه يتعرض للرؤية، فيصبح حكمه حكم ما يوجد في هذا المكان من بنايات وأشجار وسيارات وغيرها، بمعنى أنه يصبح كجزء من الأجزاء المشكلة للمكان العام، وتصوير المنظر العام أو المكان العام لا يتطلب الحصول على إذن من أحد، ولذلك يجوز للمصور أن يلتقط صورة للشخص الموجود ضمن المكان العام دون موافقته.

وطالما أنه يصبح جزءاً من المنظر العام، فمن حق الغير عليه أن يروه كما يراه، والرؤية لا تقتصر على الرؤية البصرية، بل يمكن تثبيتها في فيلم التصوير، ولا يتصور وجود خطورة في نظر هؤلاء، أو مساس بحياتهم الخاصة، لأنه لا يجوز نشر الصورة إلا بعد موافقة صاحب الشأن. وفي حالة النشر دون إذن منه، يكون ذلك اعتداء على حياته الخاصة. ويحق له المطالبة بوقف النشر، بالإضافة إلى حقه في طلب التعويض، عن انتهاك حياته الخاصة، تطبيقاً لأحكام المسؤولية المدنية.

الفريق الثاني: يرى وجوب التفرقة بين ما إذا كان المصور يهدف إلى تصوير المكان العام، ويعتبر موضوعاً لصورته، دون اهتمامه بالشخص، وبين ما إذا كانت صورة الشخص هي الأساس في الصورة، أمّا ما عداها فهي خلفية لها.

ففي الحالة الأولى: قد يكون الشخص في الصورة بطريقة عرضية، بل قد يكون المصور نفسه لا يعلم بوجوده، فالمصور في هذه الحالة لا يحتاج إلى إذن للتصوير، أما إذا نشرت الصورة وظهر فيها وجه أحد الأشخاص، فيحق لهذا الأخير أن يعترض على النشر، وعلى المصور أن يقوم بإزالة معالم الصورة.

أمّا الحالة الثانية: وهي حالة أن يكون الشخص موضوعاً رئيسياً للصورة.

(1) د/ آ دم عبد البديع آدم: المرجع السابق، ص563.

في هذه الحالة لا يجوز تصوير الشخص أصلاً، ومن باب أولى لا يجوز نشر صورته إلا بعد الحصول على إذنه. فالصورة التي يحميها القانون هي الصورة المقصودة للشخص بصرف النظر عن الخلفية. فالتقاط صورة لشخص يسير في الطريق العام، غير جائز، والالتقاط في حد ذاته يعتبر عملاً غير مشروع، دون انتظار النشر واعتراض الشخص صاحب الشأن.

فإذا نشرت الصورة، كان من حق المعني، أن يطالب قضائياً بوقف النشر، والتعويض عما أصابه من ضرر وفقاً لأحكام المسؤولية المدنية.

ونفس الحكم ينطبق على تصوير أي تجمع عام لمجموعة من الناس، كالاحتفالات والمهرجانات والمقابلات الرياضية، والأسواق العامة، فتصوير ذلك يعد من قبيل تصوير المشاهد وليس الأشخاص. ولذلك لا يحق لمن يشارك فيها أن يعترض على التقاط صورة له وهو في هذا المكان العام. أما إذا كان التجمع خاصاً، كاجتماع عائلي بمناسبة خاصة كزواج أو وفاة، فلا يجوز التقاط صور المشاركين فيه أو نشرها إلا برضائهم، حتى لو تم التجمع في مكان عام.

ولقد راعى القانون المدني مبدأ حق الشخص في صورته، من عدم التقاطها أو نشرها بغير رضاه أو موافقته، بالرغم من عدم النص على ذلك صراحة، حيث اعتبر القانون أن حق الإنسان على صورته أحد حقوقه الشخصية. وقد تضمنت المادة 47 من القانون المدني الجزائري النص على حماية حقوق الشخصية، حيث ورد فيها أن "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما قد لحقه من ضرر". وهذا ما قرره أيضاً المادة 50 من القانون المدني المصري.

وللإشارة، لقد كانت المادة 93 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري والخاصة بحماية الاسم تعطي الشخص الحق في طلب وقف "التعرض الضار"، إلا أن هذه العبارة قد أُلغيت واستبدلت بعبارة "وقف الاعتداء". وهذه العبارة الأخيرة أوردتها المشرع الجزائري في المادة 47 سالفه الذكر.

ويرى الفقه، أن ذلك التعديل يرجع إلى رغبة المشرع في حماية الحقوق الملازمة لصفة الإنسان، حتى ولو لم يؤد الاعتداء إلى ضرر معين. فمجرد الاعتداء على هذه الحقوق يكون اعتداءً على ذاتية الإنسان، وذلك يعتبر في حد ذاته مبرراً كافياً لتدخل القضاء لتوفير الحماية اللازمة للإنسان. ووقف الاعتداء يعتبر بمثابة التنفيذ العيني للالتزام الكافية باحترام الحقوق اللصيقة بالشخصية.

وللمعتدى على حقه في الصورة أن يلجأ إلى القضاء بمجرد الاعتداء، ليطلب اتخاذ الإجراءات اللازمة لوقف نشر الصورة. ولا يلزم بإثبات عنصر الخطأ والضرر.



ومن ثم فإن الحماية القانونية، تعد أكثر فاعلية مما لو اعتمد على قواعد المسؤولية المدنية على أساس المادة 124 ق.م. فإن الحالة الأخيرة توجب إثبات أركان المسؤولية المدنية الثلاثة: الخطأ والضرر، والعلاقة السببية. ومن مصلحة المضرور أن يؤسس دعواه على أساس المادة 47 من ق.م. بدلا من المادة 124 من القانون المدني.

إلى جانب ذلك، هناك الإجراءات الوقائية التي من صلاحية القاضي أن يختار الإجراء الأكثر ملاءمة وفي مجال الصورة، نرى أن وقف النشر، ثم يليه الإجراء المتمثل في الحجز، وقد أوردت قوانين الإجراءات المدنية والجنائية النص على الحجز في حالة انتهاك حرمة الحياة الخاصة بأي وسيلة كانت سواء عن طريق الصحافة، بأنواعها المختلفة المكتوبة أو المسموعة أو المرئية أو هما معا، والمسمأة بالسمعي البصري، المنصوص عليها في المادة 58 من قانون الإعلام الجديد. أو الصحافة الإلكترونية التي نصت عليها المادة 67 من ذات القانون السابق، كما يقصد بخدمة السمي البصري عبر الإنترنت في مفهوم هذا القانون في المادة 60 كل خدمة اتصال سمعي بصري عبر الإنترنت (واب-تلفزيون، واب-إذاعة). أو كتب، أو جرائد، أو أفلام، أو رسوم، أو مجلات دورية... الخ.

إلا أن الحجز بقدر ما هو فعال، فإنه يمس بحرية الإعلام، لذلك لا يأمر به قاضي الاستعجال أو قاضي الموضوع إلا في حالات نادرة.

المبحث الثاني: الحق في الصورة في الشريعة الإسلامية

إن مبادئ حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية مبادئ أصلية، سبقت بها كل العهود والمواثيق والقوانين الأخرى، كما أن حقوق الإنسان كثيرة وهي تحيط بكافة جوانب حياته، ولعل أهمها الحق في حرمة الحياة الخاصة، حيث جعل الإسلام حماية هذه الحرمة ضرورة إنسانية مثل سائر الضرورات التي تعتبر من مقومات المجتمع الإسلامي. فقد وردت في القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، ليس كمجرد توجيهات أخلاقية لا تقوى على رفع نظام تشريعي أو فقهي، وإنما هي واجبات تأثم من يرتكبها ويعاقب من يهتك سرها أو ينتهك حرمتها⁽¹⁾.

وما يهمنا هنا هو حق الإنسان في صورته، وهي من مظاهر الحياة الخاصة التي يحميها الإسلام، فالتجسس الذي نهى عنه الإسلام، هو التجسس بكل صوره، حيث يشمل التجسس عن طريق التقاط الصورة ونقلها باستخدام أية تقنية كانت ومهما كان الجهاز المستخدم، كما أن الاعتداء على حرمة المسكن، وعلى حرية الشخص وشرفه، واعتباره، يمكن أن

(1) د/ حسن الجندي، ضمانات حرمة الحياة الخاصة في الإسلام، ط1، دار النهضة العربية- القاهرة، 1983، ص311.

تستخدم فيه آلات التصوير الحديثة على اختلافها وتطورها، وصولاً إلى الهاتف المحمول الذي أصبح في متناول الجميع بمن فيهم أطفال المدارس، دون سن التمييز.

وسنتعرض إلى حكم الشريعة الإسلامية في التصوير والصورة، في مطلب أول، ثم إلى مجال تحريم التصوير والصورة في مطلب ثان على التوالي.

المطلب الأول: حكم الشريعة الإسلامية في التصوير والصورة

لم تكن الصورة معروفة بالمفهوم الحالي في عهد الرسول ﷺ، وإنما عرفت فقط في العصور المتأخرة، وأما ما كان معروفاً آنذاك، فهو النحت من الحجر أو الخشب، أو الرسم باليد، أي الذي يهدف إلى إيجاد تماثيل (لها ظل)، وهذا النوع من التصوير لا اختلاف في تحريمه، فقد جاءت الأحاديث الصحيحة والصريحة بالنهي عن صناعة التماثيل وعن تصوير ما فيه روح إنسان أو حيوان أو طير، أما ما لا روح فيه فإنه يجوز تصويره.

فعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: "من صور صورة في الدنيا كلف يوم القيامة أن ينفخ فيها الروح وليس بنافخ". وقال رسول الله ﷺ: "إن من أشد الناس عذاباً يوم القيامة الذي يصورون هذه الصور". وروى البخاري أن النبي ﷺ لم يكن يترك في بيته شيئاً فيه تصاليب إلا نقضه، كما روى أن النبي ﷺ قال: "إن الملائكة لا تدخل بيتاً فيه تماثيل".⁽¹⁾

وما سبق ذكره خاص بالصور المجسدة التي لها ظل، أما الصورة التي لا ظل لها، كالنقوش في الحوائط وعلى الورق والصور التي توجد في الملابس والستور، والصور الفوتوغرافية فهذه كلها جائزة، وكانت ممنوعة في أول الأمر ثم رخصت فيما بعد.⁽²⁾

أما التصوير بالوسائل الحديثة اليوم، فإن الراجح من آراء أهل العلم هو إباحتها هذا النوع من التصوير الذي يتم بالأجهزة الحديثة شريطة ألا يتم تصوير ما هو محرم شرعاً.

ويرى جانب من الفقه في هذا الخصوص أن التصوير بالوسائل الحديثة وبالشرط المذكور جائز، لأنه لا ينطبق عليه ما ورد في النصوص الشرعية من تحريم التصوير، أما الاستناد إلى ما ورد في تلك النصوص من أجل تحريم التصوير الفوتوغرافي فهو استدلال غير صحيح، لأن الألفاظ الواردة في الأحاديث النبوية الشريفة لا تتناول التصوير المعروف اليوم سواء من ناحية اللفظ أم المعنى وإنما تتناول التصوير المعروف آنذاك، وهي بالتالي لا يمكن القياس عليها، ومن يفسر الألفاظ تلك بشكل مطلق، فهو كمن يفسر نصوص القرآن

(1) أنظر صحيح البخاري ج 7، ص 215 - فقه السنة، السيد سابق، ص 501/499.

(2) السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، ط 1985، دار الكتاب العربي، بيروت، ص 501.



الكريم بغير معناها، وإن تفسير النصوص بغير دلالتها اللغوية مناف للمقصد الشرعي وهو من القول على الله بغير علم⁽¹⁾.

ودليل ذلك أن الصورة في العصر الحالي، لا يمكن الاستغناء عنها، لضرورتها وأهميتها، في جميع مجالات الحياة، طالما أنها تتضمن ما هو مباح شرعا.

المطلب الثاني: مجال تحريم التصوير والصورة:

إذا كان التصوير يهدف إلى إيجاد صور مجسدة، والتي لها ظل يعد محرما، فإن التصوير بالوسائل الحديثة اليوم، إذا كان يهدف إلى تكريس المفاسد، أو المحظورات الشرعية، يصبح أيضا محرما شرعا، ومعاقبا عليه قانونا ومن ذلك:

- نشر الفاحشة بين الناس:

فقد تتم عملية التصوير وتتبعها عملية دبلجة للصورة، ونشرها في أوضاع مخلة بالأداب، وخصوصا في الوقت الراهن، بعدما أصبحت الأمور سهلة وفي متناول الأغلبية الساحقة من الناس، وجهلهم بالنتائج الوخيمة التي تنجم عن تلك التصرفات، حيث يعد ذلك نشرا للفاحشة التي نهى الله عز وجل عنها، قال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾⁽²⁾.

ونشر الصورة يمكن أن يتم بين الهواتف المحمولة ذاتها عبر استخدام تقنيات البلوتوث والوسائط المتعددة، كأجهزة الحاسوب والانترنت، وتوزع على ملايين الأشخاص، وذلك يعد من أبشع صور الظلم⁽³⁾.

- إلحاق الضرر بالناس:

وهذا في الحالات التي يقصد فيها الشخص القائم بعملية التصوير، استغلال صور الشخص ليلحق به ضررا، يقول الله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾⁽⁴⁾، كمن يقوم بتصوير امرأة متزوجة، نشر صورتها، فتصل للزوج ويتسبب ذلك في وقوع الطلاق بين الزوجين، ويتبعه تشريد الأطفال.

(1) د/ حسام الدين عطاية: الموقع الإلكتروني <http://www.islamonline.net/servlet>.

(2) سورة النور الآية 19.

(3) د/ جعفر محمد المغربي - حسن شاكر عساف، المسؤولية المدنية عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول - دار الثقافة للنشر والتوزيع - ط1، 2010، ص 56.

(4) سورة الأحزاب - الآية 58.

- التجسس على الناس:

ينهى الله سبحانه وتعالى عن انتهاك خصوصية الناس بالتجسس على أسرهم، والتطلع على عوراتهم، ومن الوسائل المستخدمة في التجسس التصوير والتقاط الصور للأشخاص وتتبع عوراتهم بهدف إلحاق الأذى بهم، من خلال نشر أسرهم، وذلك يعد انتهاكا فاضحا لخصوصية المسلمين، يقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّكُم بِبَعْضِ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا يَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا﴾⁽¹⁾.

الغاية:

من خلال ما تقدم يتضح أن للصورة أهمية لا يمكن نكرانها بالنسبة للأفراد سواء في معاملاتهم اليومية مع الغير، أم مع الإدارات على اختلافها، فعلى المستوى الفردي، فللشخص أن يوثق بالصورة بعض المناسبات التي يراها ذات أهمية بالنسبة له أو لعائلته أو لأقاربه. أما في تعامله مع الإدارة، فإن أغلبية الملفات لا تخلو من اشتراط وجود الصورة. إضافة إلى ذلك فإن الصورة لم تعد تمثل تلك الملامح لشخص معين على دعامة مادية -كالورق مثلا- بل أصبحت تنقل عبر أجهزة متطورة تكنولوجيا، من مسافات بعيدة لتبث على مسافات أبعد. كل ذلك، إذا كانت الصورة تتمشى مع النظام العام والآداب، ومع القانون والشريعة الإسلامية، فإن ضرورتها أكيدة ولا يمكن الاستغناء عنها، خاصة في الوقت الراهن، الذي ارتبط فيه الإنسان بالأجهزة السمعية البصرية، ارتباطا لا بديل عنه، ومثال ذلك، جهاز التلفزيون والإنترنت، اللذان أصبحا المنفذ الأساسي للإطلاقة على العالم الخارجي.

إلا أن الصورة تشكل خطورة جسيمة سواء بالنسبة للفرد أو بالنسبة للدولة.

فيالنسبة للفرد: فإن حياته الخاصة تنتهك بالتقاط وتسجيل ونقل صورته إذا كان في مكان خاص، بدون رضاه أو موافقته، أو تم التطفل عليه وهو في مكان عام، بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورته.

فقد أوردت التشريعات المختلفة سواء في قوانينها المدنية أو الجنائية، نصوصا تحمي من خلالها الأشخاص من أي اعتداء عن طريق الصورة، ومثال ذلك، ما نص عليه القانون الفرنسي في المادة 226-1 الفقرة الثانية، التي ورد فيها أنه: "يعاقب بالحبس... كل من اعتدى بوسيلة أيا كان نوعها على ألفة الحياة الخاصة للغير.

- بالالتقاط أو بالتسجيل أو بالنقل بدون موافقة صاحب الشأن صورة شخص في مكان خاص.

(1) سورة الحجرات - الآية 12.



كما فرض المشرع المصري حماية جنائية من خطر الحصول على صورة الشخص بغير رضاه، سواء عن طريق التقاطها أو نقلها بجهاز من الأجهزة أيا كان نوعه، صورة شخص في مكان خاص.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أورد الحماية الجنائية في المادة 303 مكرر من قانون العقوبات الفقرة الثانية، حيث يعاقب كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأية تقنية كانت وذلك:

- بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص بغير إذن صاحبها أو رضاه
أما المادة 303 مكررا 1، فقد قضت بأنه: "يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة السابقة، كل من احتفظ أو وضع أو سمح بان توضع في متناول الجمهور أو الغير أو استخدم بأية وسيلة كانت.

التسجيلات أو الصور أو الوثائق المتحصل عليها بواسطة أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 303 مكرر من هذا القانون".

أما الحماية المدنية لحق الشخص في صورته، فقد راعى المشرع المدني مبدأ حق الشخص في صورته بالرغم من عدم النص على ذلك. حيث اعتبر القانون أن حق الإنسان في صورته أحد حقوقه الشخصية. فتضمنت المادة 47 من القانون المدني الجزائري النص على حماية الشخصية، فأوردت عبارة "وقف الاعتداء" حتى ولو لم يؤد الاعتداء إلى ضرر معين، ومن ثم فإن الحماية القانونية تعد أكثر فاعلية بالاعتماد على المادة 47 بدلا من الاعتماد على المادة 124 من القانون المدني.

أما بالنسبة للدولة: فلا شك أن الدول في سياق دائم سواء بالنسبة للتسلح أم الثروات أم النزاعات القائمة هنا وهناك، وللوصول إلى معرفة الحقائق على الأرض، فيألى جانب وسائل الجوسسة التقليدية، تلجأ الدول إلى التكنولوجيات الحديثة، ومنها الصورة، باستخدام الأرقام الاصطناعية لمراقبة ما يجري بالعين المجردة، لدى الدولة الهدف، وهذه الوسيلة هي التي شكلت الفارق ما بين الجوسسة في الماضي والجوسسة اليوم. والصورة أيضا هي التي صنعت الفارق ما بين العالمين التكنولوجي وغير التكنولوجي.

الخبرة القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري "دراسة مقارنة"

أ/عصماني ليلي

أستاذة مساعدة. أ

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة وهران.

المقدمة:

كثيرا ما تصادف القاضي مسائل تقنية أو علمية محضة تحتم عليه ضرورة اللجوء إلى ذوي الاختصاص ليسترشد بأرائهم. وهو ما أقره المشرع الجزائري في المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾ المؤرخ في 25 فبراير 2008 رقم 09/08⁽²⁾؛ جاء فيها أنّ الخبرة "تهدف... إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي". وتكون لتقارير الخبراء أهمية قانونية كقرائن أو أدلة في الإثبات القضائي"⁽³⁾.

تعد الخبرة القضائية وسيلة للتحقيق والتحري يعتمدها القاضي في المسائل القضائية، جزائية، مدنية وإدارية.

بالنظر لأهمية موضوع الخبرة القضائية على المستوى العملي تم التطرق له في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بشكل مفصل - خلافا لقانون الإجراءات المدنية الجزائري القديم - وذلك في الكتاب الأول المتعلق بالأحكام المشتركة لجميع الجهات

⁽¹⁾ الإجراءات القضائية هي مجموعة قواعد قررها المشرع وذلك للتحكم في السير الحسن للعدالة وسعيا لتمكين المتقاضين من حقوقهم أمام القضاء سواء الإداري، المدني أو الجزائي... في المسائل الإدارية والمدنية تكون هذه الإجراءات كتابية وهو ما جاء في المادة 14 من قانون 09/08 المعدلة للمادة 12 من الأمر رقم 154/66. نصت على ما يلي "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محام، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف".

⁽²⁾ قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بتاريخ 2008/02/25، دخل حيز النفاذ بعد سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، طبقا للمادة 102 منه والتي جاء فيها ما يلي "يسري مفعول هذا القانون، بعد سنة (1) من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية".

⁽³⁾ إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، وهران، 1992، ص: 348.



القضائية القسم الثامن من الباب الرابع الخاص "بوسائل الإثبات"؛ من المادة 125 إلى المادة 155، في حين عالجهما المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية الصادر بتاريخ 1966/07/08 بموجب الأمر رقم 154/66 في ثماني مواد فقط من المادة 47 إلى المادة 55.

يقتضي موضوع البحث؛ الوقوف على الأحكام الجديدة لموضوع الخبرة القضائية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري من خلال دراسة مقارنة بين الأمر رقم 154/66 والقانون رقم 09/08. وهل أحدث المشرع الجزائري تغييرا جذريا للقواعد القانونية في مجال الخبرة القضائية أم أنّ تلك البنود هي مجرد تفسير وتكميل لما كان ساريا في ظل القانون القديم، هذا سيتم الوقوف عليه من خلال دراسة المسائل التالية:

- كيفية تعيين الخبراء.
 - حالات استبدال أو رد الخبير.
 - إجراءات تنفيذ الخبرة
 - الأسس المعتمدة في تحديد أتعاب الخبير
 - طبيعة الحكم الخاص بالخبرة ومدى إمكانية الطعن فيه.
- البحث في هذه المسائل يستدعي التعرّض بالدراسة والتحليل لما يلي:

أولا: تعيين الخبير

- أ - الشروط الواجب توافرها في الخبير.
- ب - مضمون الحكم القاضي بالخبرة.
- ج - التزامات الخصم بعد صدور الحكم الأمر بالخبرة.

ثانيا: رد الخبير أو استبداله

- أ - حالات الاستبدال.
- ب - حالات الرد.

ثالثا: تنفيذ الخبرة

- أ - مهام الخبير
- ب - مضمون تقرير الخبرة

رابعاً: التزامات الخبير وحقوقه

أ - التزاماته.

ب - حقوقه.

خامساً: الحكم المتعلق بالخبرة ومناقشة التقرير

أ - الطعن في الحكم القاضي بالخبرة.

ب - القيمة القانونية لتقرير الخبير.

أولاً، تعيين الخبير:

للقاضي أن يعيّن الخبير من تلقاء نفسه إذا رأى أنّ معالجة المسألة موضوع النزاع تتطلب رأي خبير، كما له أن يعينه بناء على طلب أحد الخصوم. وهو ما نصت عليه المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾، في حين كان القانون وقبل التعديل يشترط لتعيين الخبير من طرف القاضي بناء على طلب الخصوم؛ ضرورة اتفاق هؤلاء على الطلب. وهو ما كان مقرراً بوضوح في المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية التي نصت على أنه "يعين القاضي الخبير من تلقاء نفسه أو بناء على اتفاق الخصوم"، ويجوز طلب تعيين الخبير في أي مرحلة من مراحل الدعوى سواء أمام قاضي الدرجة الأولى أم قاضي الدرجة الثانية⁽²⁾.

تتناول الخبرة مسألة عن واقعة قد تكون علمية؛ فنية أو تقنية؛ يتطلب الجواب عنها تعيين شخص مختص في ذات المجال وهو "الخبير". يلزم تعيينه ضرورة توافر شروط محددة (أ)، ويصدر قاضي الجلسة أمر تعيين الخبير بموجب حكم ينبغي أن يتضمن معطيات محددة قانوناً (ب). بمجرد صدور هذا الحكم؛ على الخصوم القيام بإجراءات لتنفيذه (ج).

⁽¹⁾ المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على مايلي "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات المختلفة".

⁽²⁾ محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، ديوان المطبوعات الجامعية، وهران، الطبعة الأولى، 1991، ص: 101.

**أ - الشروط الواجب توافرها في الخبير:**

يشترط لتعيين الخبير من طرف المحكمة توافر شرطين:

أولهما: أن يكون الخبير مختصا: يجب أن يكون الخبير مختصا فيما يطلب منه إعطاء رأيه بوضع تقرير حول نزاع بين الخصوم، فإذا كانت الواقعة تتعلق بنزاع بين الماثل والمالك بخصوص عيوب البناء والطلاء يكون الخبير مهندس بناء كما يعين القاضي خبيرا آخر إلى جانبه وهو محترف الطلاء، وإذا كان الأمر يتعلق بتقدير الخسائر التجارية فإنه يتم تعيين محاسب...

شرط تخصص الخبير في الواقعة موضوع النزاع تم النص عليه في المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها ما يلي "تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة".

إنّ الواقع العملي وقيل صدور هذه المادة كان يأخذ بهذا الشرط لكن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية السابق لم ينص عليه صراحة.

ثانيهما: تأدية اليمين: اليمين هي إجراء جوهري من النظام العام تؤدي قبل مباشرة عملية الخبرة. هذه اليمين كافية لكل مهمة يعين فيها الخبير من طرف القاضي⁽¹⁾.

المبدأ أنّ القاضي ولدى تعيينه للخبير بمقتضى حكم فإنه يختار الخبير المقيد في الجدول لدى مجلس قضاؤه. وعملية التقييد في الجدول تتم بعد ترشّح الشخص لاعتماده، الذي يشترط فيه وفقا للمرسوم التنفيذي الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 1995⁽²⁾ أن يكون من حملة الشهادات الجامعية وذا تجربة في الميدان⁽³⁾ يوم إيداع ملفه لدى مجلس قضاء الإقليم، حيث يباشر مهامه. وهو ما نصت عليه المادة 06 من المرسوم التنفيذي المؤرخ في 10 أكتوبر 1995.

بعد إجراء تحريات عن المترشح وقبوله كخبير معتمد، يستلم الاعتماد ويحدّد الإقليم الذي يعمل فيه لدى مجلس قضاء معين، ثم يستدعى الخبير من طرف النائب العام ليطلب من المجلس أن يشهد تأدية يمينه⁽⁴⁾.

(1) محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، دار هومه، الجزائر العاصمة، 2002، ص: 65 - 66.

(2) المرسوم التنفيذي المؤرخ في 10/10/1995 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 60 الصادرة بتاريخ 15/10/1995؛ وضّح شروط تسجيل الخبراء وواجباتهم.

(3) بعد استقلال الدولة الجزائرية اختير الكثير من الخبراء اعتبارا لأقدميتهم في الميدان ولو أنهم لا يحوزون شهادات جامعية وذلك نظرا لافتقار العدالة والمجتمع الجزائري لحاملتي تلك الشهادات.

(4) محمود توفيق اسكندر، المرجع السابق الإشارة إليه، ص: 65.

على غرار ما كان مقرراً في قانون الإجراءات المدنية السابق⁽¹⁾ فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد نص على ضرورة تأدية الخبير لليمين. وإذا ارتأى القاضي تعيين خبير غير مقيد في قائمة الخبراء للقيام بتقرير حول واقعة محددة، فعلى هذا الأخير أن يؤدي اليمين القانونية⁽²⁾ أمام القاضي المعين في الحكم الأمر بالخبرة، كما تودع نسخة من محضر أداء اليمين في ملف القضية، وهو ما ورد في المادة 131: "يؤدي الخبير غير المقيد في قائمة الخبراء اليمين أمام القاضي المعين في الحكم الأمر بالخبرة". على اعتبار أن هذه القاعدة أمرية لا يمكن الاتفاق على ما يخالفها، وهذا يختلف تماماً عن ما كان مقرراً في قانون الإجراءات المدنية القديم حيث كان بإمكان الخصوم إعفاء الخبير غير المقيد في الجدول من أداء اليمين، جاء في المادة 50 من قانون الإجراءات المدنية القديم "يلف الخبير غير المقيد بجدول الخبراء اليمين أمام السلطة التي يحددها الحكم الصادر بنده ما لم يعف من اليمين باتفاق الخصوم".

بإمكان القاضي أن يعين عدة خبراء في نفس الحكم ونفس الواقعة على أن يودع هؤلاء وبعد إتمام خبرتهم تقريراً واحداً وأن يقوم الخبراء بعملية الخبرة سويًا مع تسبب النتيجة التي توصلوا إليها. وحالة اختلاف آرائهم فإنّ على كل خبير أن يدلي برأيه مع التسبب (المادة 127)⁽³⁾ وهو نفس الحكم الذي كان وارداً في قانون الإجراءات المدنية القديم المادة 49 الفقرة الثانية والثالثة دون أن يطرأ عليه أي تعديل.

إذا ثبت وجود تناقض بين آراء الخبراء وتعدّر فض النزاع، وجب الاستعانة بخبرة فاصلة تماشياً مع مقتضيات العدل والإنصاف⁽⁴⁾.

الحكم المعين للخبير يكون إماً حكماً تحضيرياً أو تمهيدياً يوضّح فيه القاضي بعض المعطيات على وجه الإلزام.

(1) المادة 50 من قانون الإجراءات المدنية نصت على ما يلي "يلف الخبير غير المقيد بجدول الخبراء اليمين..."

(2) إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق الإشارة إليه، ص: 348.

(3) نصت المادة 127 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي "في حالة تعدد الخبراء المعينين، يقومون بأعمال الخبرة معاً، ويعدّون تقريراً واحداً. إذا اختلفت آراؤهم، وجب على كل واحد منهم تسبب رأيه". نفس الحكم كان وارداً في المادة 49 من قانون الإجراءات المدنية قبل تعديله جاء في فقرتها الثاني والثالثة مايلي "... وإذا تعدد الخبراء، وجب عليهم القيام بأعمال الخبرة سوية، وبيان خبرتهم في تقرير واحد. وإذا اختلفت آراؤهم، وجب على كل واحد منهم أن يدلي برأيه المسبب.."

(4) قرار المحكمة العليا الصادر في 1998 / 11 / 18، قضية رقم 159373، بين (ب م) و(ب ق)، المجلة القضائية،

1998، العدد 2، ص: 55 - 57.

**ب. مضمون الحكم القاضي بالخبرة:**

يجب أن يتضمّن الحكم القاضي بالخبرة أربعة معطيات حدّتها المادة 128⁽¹⁾ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي كالتالي:

1. عرض القاضي أسباب اللجوء إلى الخبرة. وحالة تعيين عدة خبراء يتم توضيح أسباب ذلك.
 2. بيان اسم ولقب وعنوان الخبير أو الخبراء مع تحديد التخصص.
 3. تحديد بوضوح ودقة مهمة الخبير.
 4. تحديد أجل إيداع التقرير بأمانة الضبط.
- قانون الإجراءات المدنية القديم لم يكن يشترط هذه المعطيات بل اشترط في المادة 49 الفقرة الأولى أن يتضمّن الحكم تحديد المهلة لإيداع الخبير تقريره الكتابي بكتابة الضبط أو الشفهي بالجلسة⁽²⁾.

كما يتضمّن الحكم الأمر بالخبرة مبلغ تسبيق لأداء الخبرة وللقاضي السلطة التقديرية في تحديد المبلغ المسبّق على أن يكون مقاربا للمبلغ النهائي لمصاريف الخبير، مع توضيح أجل إيداع المبلغ لدى كتابة الضبط وتعيين الخصم المكلف بإيداعه (المادة 129 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)⁽³⁾. بعد صدور الحكم؛ على الخصم أن يكمل الإجراءات قصد تنفيذ الخبرة.

⁽¹⁾ نصت المادة 128 من القانون الجديد على أنه "يجب أن يتضمن الحكم الأمر بإجراء الخبرة ما يأتي:

1. عرض الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة. وعند الاقتضاء تبرير تعيين عدة خبراء.
2. بيان اسم ولقب وعنوان الخبير أو الخبراء المعيّنين مع تحديد التخصص.
3. تحديد مهمة الخبير تحديدا دقيقا.
4. تحديد أجل إيداع تقرير الخبرة بأمانة الضبط.

⁽²⁾ جاء في المادة 49 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية القديم ما يلي "تحدد في الحكم القاضي بإجراء الخبرة مهلة للخبير، يتعين عليه فيها إيداع تقريره الكتابي أو الإدلاء بتقريره الشفوي".

⁽³⁾ نصت المادة 129 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد على ما يلي "يحدد القاضي الأمر بالخبرة مبلغ التسبيق، على أن يكون مقاربا قدر الإمكان للمبلغ النهائي المحتمل لأتعاب ومصاريف الخبير يعين القاضي الخصم أو الخصوم الذين يتعيّن عليهم إيداع مبلغ التسبيق لدى أمانة الضبط في الأجل الذي يحدده يترتب عن عدم إيداع التسبيق في الأجل المحدد اعتبار تعيين الخبير لاغيا".

ج . التزامات الخصم بعد صدور الحكم الأمر بالخبرة:

القاضي وبعد أن يعين في الحكم الأمر بالخبرة الخصم أو الخصوم المكلفين بإيداع مبلغ مسبق لأداء الخبرة، على الخصم المعين في الحكم أن يسحب الحكم أولاً ثم يقوم بدفع لدى كتابة الضبط المبلغ المحدد في الحكم القاضي بالخبرة. بعدها يتلقى من كاتب الضبط وصل دفع مصاريف الخبرة المسبقة، ثم يقدم ذلك الحكم مع الوصل إلى الخبير حتى يبدأ في أعمال الخبرة.

إذا لم يلتزم الخصم بالمهلة المحددة في الحكم القاضي بالخبرة لإيداع مصاريف الخبرة المسبقة فإن التعيين يعد لاغياً إلا إذا أثبت الخصم حسن نيته فإنه يجوز له في هذه الحالة أن يتقدم بطلب تمديد الأجل أو رفع إلغاء تعيين الخبير بموجب أمر على ذيل عريضة (المادة 130 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) ⁽¹⁾.

هذا الحكم بإلغاء التعيين يعد قاعدة جديدة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث لم يكن منصوصاً عليه في قانون الإجراءات المدنية القديم.

عملياً الطرف الأكثر استعجالاً - ويكون غالباً المدعي - هو من يبادر بأخذ الأمر أو الحكم إلى الخبير المعين.

ثانياً ، رد الخبير أو استبداله:

تحديد القاضي لخبير لا يعني أن هذا التعيين نهائي، بحيث يمكن إعادة النظر فيه. لأسباب قد يدفع بها أحد أطراف النزاع (أ) أو يمتنع الخبير نفسه عن القيام بالمهمة المسندة إليه (ب).

أ - حالات الاستبدال:

هناك حالتان يتم فيهما استبدال الخبير وقد نص عليهما كل من القانونين (قانون الإجراءات المدنية قبل التعديل وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد):

الحالة الأولى: حالة رفض الخبير للمهمة أو وجود مانع: بإمكان الخبير أن يرفض أداء الخبرة أو يتعدّر عليه أداؤها وذلك لسبب من الأسباب فله في هذه الحالة أن يتقدم بطلب استبداله مع تحديد الأسباب الدافعة إلى ذلك، وهو ما أجازته المادة 132 من قانون الإجراءات

⁽¹⁾ المادة 130 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد؛ نصت على ما يلي "يجوز للخصم الذي لم يودع مبلغ التسبيق، تقديم طلب تمديد الأجل أو رفع إلغاء تعيين الخبير بموجب أمر على ذيل عريضة، إذا أثبت حسن النية".



المدنية والإدارية التي نصت في فقرتها الأولى على أنه "إذا رفض الخبير إنجاز المهمة المسندة إليه أو تعذر عليه ذلك، استبدل بغيره بموجب أمر صادر عن القاضي الذي عينه". هذا الحكم كان منصوصاً عليه في قانون الإجراءات المدنية القديم في المادة 51 الفقرة الأولى التي جاء فيها أنه "إذا رفض الخبير القيام بالعمل الذي كلف به أو حصل مانع له، استبدل بغيره، بموجب أمر يصدر في ذيل طلب تبديله".

وللخبير أن يعتذر عن القيام بخبرة ما لأسباب معينة حددتها المادة 11 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر. كما أن للقاضي سلطة تقدير مبررات الرفض التي تقدم ضد الخبير، ويطلب بها رفضه للمهمة⁽¹⁾

الحالة الثانية: حالة قبول الخبير للمهمة مع تقصيره في أدائها: قد يحدث أن يقبل الخبير المهمة المسندة إليه غير أنه لا يقوم بها أصلاً أو أنه قام بها ولم ينجز التقرير أو أنجز التقرير ولم يودعه في الأجل المحدد، يتم في كل هذه الوضعيات يمكن استبداله؛ وجاز الحكم عليه بكل ما تسبب فيه من مصاريف وعند الاقتضاء الحكم بالتعويضات المدنية. (المادة 132 الفقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 51 من قانون الإجراءات المدنية القديم).

ب - حالات الرد:

على غرار قانون الإجراءات المدنية القديم فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد يجيز للخصم رد الخبير المعين من طرف القاضي حتى لا تكون آراؤه منحازة إلى طرف في النزاع، وينبغي أن يقدم طالب الرد عريضة تتضمن أسباب الرد إلى نفس القاضي الذي أمر بالخبرة وذلك خلال ثمانية أيام من تاريخ تبليغه بهذا التعيين، على أن يفصل القاضي دون أي تأخير في الطلب بموجب أمر غير قابل للطعن، وهو ما جاء في المادة 133 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وقد كانت هذه القاعدة واردة في المادة 52 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية القديم.

يقتضي رد خبير من الخبراء ذكر الأسباب التي تبرر الاعتراض على قيامه بالمهمة التي أسندت إليه. مثلاً يمكن رد الخبير إذا كانت له قرابة بأحد أطراف النزاع. في هذا الإطار جاءت المادة 133 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أكثر وضوحاً ودقة من المادة 52 الفقرة الثانية الواردة في قانون الإجراءات المدنية القديم بحيث حددت الأسباب التي يجوز الرد فيها فيما يلي "لا يقبل الرد إلا بسبب القرابة المباشرة أو القرابة غير المباشرة لغاية

(1) محمود توفيق اسكندر، المرجع السابق الإشارة إليه، ص: 62 - 63.

الدرجة الرابعة أو لوجود مصلحة شخصية أو لأي سبب جدي آخر" في حين نصت المادة 52 الفقرة الثانية على ما يلي "ولا يقبل الرد إلا إذا كان مبنيًا على سبب قرابة قريبة أو أي سبب جدي". غير أنه في كلتا الحالتين - في القانون القديم والجديد - لم يحصر المشرع الجزائري أسباب الرد كما فعلت بعض التشريعات وإنما تركها للسلطة التقديرية للقاضي وهو ما جاء في عبارة "أو لأي سبب جدي" ⁽¹⁾.

ثالثاً، تنفيذ الخبرة:

بمجرد أن يقرّر الخبير قبول المهمة المسندة إليه فإنه يبدأ في إنجازها (أ)، وفي نهاية مهمته ينجز تقرير الخبرة، الذي ينبغي أن يتضمّن وعلى سبيل الإلزام نقاطاً معينة (ب).

أ. مهام الخبير:

الخبير، وبعد قبوله أداء المهمة وتوصّله بالحكم ووصل دفع المصاريف المسبقة للخبرة، يبدأ في تنفيذ المهمة الموكلة إليه. فيخطر الخصوم بيوم وساعة ومكان إجراء الخبرة عن طريق المحضر القضائي والأ اعتبرت الخبرة باطلة كمبدأ عام ⁽²⁾. غير أنه إذا كانت طبيعة الخبرة تمنع الخصوم من الحضور فإنه لا يلتزم بإجراءات الاستدعاء وهو ما جاء في المادة 135 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ونفس القاعدة وردت في قانون الإجراءات المدنية قبل التعديل، المادة 53 الفقرة الأولى ⁽³⁾.

غير أنه في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم كان يقوم الخبير بإخطار الخصوم قبل اليوم المحدد لإجراء الخبرة بخمسة أيام على الأقل بموجب رسالة موصى عليها بعلم الوصول إما إلى موطنهم الحقيقي أو محل إقامتهم أو إلى الموطن المختار ⁽⁴⁾.

(1) محمد زهدور، المرجع السابق الإشارة إليه، ص: 102.104.

(2) محمد زهدور، المرجع السابق الإشارة إليه، ص: 104.

(3) المادة 135 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد؛ جاء فيها ما يلي: "فيما عدا الحالات التي يستحيل فيها حضور الخصوم بسبب طبيعة الخبرة، يجب على الخبير إخطار الخصوم بيوم وساعة ومكان إجرائها عن طريق محضر قضائي". نفس الحكم ورد في الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الإجراءات المدنية قبل تعديله والتي نصت على أنه "يجب على الخبير أن يخطر الخصوم بالأيام والساعات التي سيقوم فيها بإجراء أعمال الخبرة".

(4) جاء في المادة 53 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية قبل التعديل ما يلي "وفي غير حالات الاستعجال يرسل هذا الإخطار إلى الخصوم قبل اليوم المحدد بخمسة أيام على الأقل بكتاب موصى عليه بعلم وصول...".



قاعدة الإخطار بموجب رسالة موسى عليها بعلم الوصول قد أُلغيت وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد حيث ورد في المادة 135 منه أن الخبير يقوم بإخطار الخصوم عن طريق المحضر القضائي⁽¹⁾.

بإمكان الخبير إذا اقتضى الأمر أن يطلب من الخصوم تقديم وثائق لإنجاز خبرته، وحالة اعتراض أي طرف يطلع الخبير القاضي الذي يصدر أمرا بتقديم المستندات اللازمة تحت طائلة الغرامة التهديدية. هذا الإجراء لم يكن منصوصا عليه في قانون الإجراءات المدنية القديم وجاء النص عليه في المادة 137 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد⁽²⁾.

القيام بالخبرة قد يقتضي ترجمة مكتوبة أو شفوية وهنا للخبير أن يختار مترجما من بين المترجمين المعتمدين وهو ما أقرته المادة 134 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكان منصوصا عليه في قانون الإجراءات المدنية قبل التعديل وفقا للمادة 55.

كما أنّ المصاريف القضائية المقدرة من طرف القاضي قد لا تكفي لتغطية أتعاب الخبير، ففي هذه الحالة يحدّد القاضي مبلغا إضافيا وأجلا لإيداعه لدى أمانة الضبط، وإذا لم يتم إيداعه في الأجل المحدّد فإنّ الخبير يودع تقريره على ما أنجزه من أعمال دون أن يكمل المهام المتبقية (المادة 139 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

بهذا يكون عمل الخبير تنوير القضاء في المهمة التقنية أو العلمية الموكلة إليه، وليس الفصل في النزاع المطروح. وعليه أن يلتزم بالموضوع المسند إليه؛ يوضّح ما طلب منه توضيحا دقيقا. إذا أسندت للخبير مهمة تقدير ما إذا كان هناك سوء بناء من طرف مقاول بسبب غش في مواد البناء عليه أن يوضّح بأدلة ما إذا كان هناك غش فعلا، مع تحديد ما يمكن إصلاحه. وعلى الخبير أن لا يبتعد عن موضوع الخبرة والمهمة المحددة له في الحكم فيقوم بها كاملة دون أي نقص⁽³⁾.

في نهاية أعماله يحرّر الخبير تقريرا عما قام به وينبغي أن يضمّنه عناصر محدّدة بمقتضى القانون.

(1) ورد في المادة 135 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد التي جاء فيها ما يلي: "... يجب على الخبير إخطار الخصوم بيوم وساعة ومكان إجرائها عن طريق محضر قضائي".

(2) ورد في المادة 137 المشار إليها أعلاه أنّه "يجوز للخبير أن يطلب من الخصوم تقديم المستندات التي يراها ضرورية لإنجاز مهمته دون تأخير.

يطلع الخبير القاضي على أي إشكال يعترضه، ويمكن للقاضي أن يأمر الخصوم، تحت طائلة غرامة تهديدية، بتقديم المستندات يجوز للجهة القضائية أن تستخلص الآثار القانونية المترتبة على امتناع الخصوم عن تقديم المستندات".

(3) محمود توفيق إسكندر، المرجع السابق الإشارة إليه، ص: 61.

ب . مضمون تقرير الخبرة: خلافا لقانون الإجراءات المدنية القديم فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد وضّح ما ينبغي أن تحتويه الخبرة من معلومات فعلى الخبير أن يقيّد في تقريره أقوال أطراف النزاع، ملاحظاتهم، مع توضيح المستندات التي اعتمد عليها لإنجاز خبرته كما يعرض كل ما قام به من أعمال وما عاينه من أماكن وفي الأخير يوضّح توضيحا دقيقا ما توصل إليه من نتائج، هو ما جاء في المادة 138 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد التي نصت على أنه: "يسجّل الخبير في تقريره على الخصوص:

1 . أقوال وملاحظات الخصوم ومستنداتهم.

2 . عرض تحليلي عما قام به وعاينه في حدود المهمة المسندة إليه.

3 . نتائج الخبرة".

رابعاً ، التزامات الخبير وحقوقه:

تقع على عاتق الخبير التزامات محدّدة قانوناً (أ)، كما يقرّر له المشرّع الجزائري حقوقاً بموجب نصوص صريحة (ب).

أ . التزاماته:

على الخبير أن يتلقى مصاريف الخبرة عن طريق كاتب الضبط بعد إيداعها من طرف الخصم المستعجل في النزاع أو المعين في الحكم ولا يجوز له أن يتلقى مصاريف الخبرة من الخصم مباشرة. وفي حالة ما إذا قبل الخبير تسبيقات عن الأتعاب من الخصم مباشرة، يشطب من قائمة الخبراء وتبطل خبرته. (المادة 140 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)⁽¹⁾.

⁽¹⁾ جاء في النص العربي للمادة 140 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد: الفقرة الأولى منها أنه: "يجوز للخصم بأي حال من الأحوال، أداء تسبيقات عن الأتعاب والمصاريف مباشرة للخبير". غير أنه بالرّجوع للنص باللغة الفرنسية يؤكد عكس ذلك حيث جاء فيه مايلي:

art 40/1: "L'avance des vocations et frais des experts ne peut, en aucun cas, être faite directement par les parties aux experts"

هذا التناقض الوارد في النصين يضعنا في جدل بين ترجيح النص باللغة العربية أم النص باللغة الفرنسية؟. برجعونا إلى المادة نفس المادة - الم 140 - الفقرة الثانية والتي تتعلق بالآثار المترتبة عن دفع الخصم المصاريف إلى الخبير وقبول هذا الأخير لها، أكدت الفقرة السالف ذكرها ما يلي "يترتب على قبول الخبير المقيّد في الجدول، هذه التسبيقات، شطبه من قائمة الخبراء وبطلان الخبرة". يتبث هذا الأثر أنه قد ورد خطأ مادي في النص باللغة العربية فكان ينبغي إدراج "لا" النهاية في الفقرة الأولى من المادة 140 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.



كما يلتزم الخبير بأداء مهمته كاملة وأن لا يتعد عن العمل المحدد له في الحكم، أما إذا عين عدة خبراء فعليهم أن يعملوا معا وإلا كانت خبرتهم باطلة.

إذا اعترض الخبير أو الخبراء إشكالات عند تنفيذ مهمتهم فعليهم رفع تقرير إلى القاضي (المادة 136 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) ليتخذ التدابير اللازمة لذلك.

في حالة تصالح الخصوم فإن مهمة الخبير تصبح بلا موضوع وهنا عليه أن يخبر القاضي بموجب تقرير.

إذا أنهى الخبير مهمته الموكلة إليه يلزم بإيداع تقرير خبرته الذي ينبغي أن يتضمن على الخصوص المعلومات المحددة في المادة 139 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. بعد إعادة السير في الدعوى من طرف أحد الخصوم، وجب على الخبير إذا استدعاه القاضي الحضور إلى الجلسة، وتقديم التوضيحات والمعلومات الضرورية إذا رأى القاضي أنّ التقرير يشوبه غموض أو لم يكن وافيا (المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

ب - حقوقه:

عند إنهاء الخبير لمهمته بإيداعه تقرير الخبرة، يحدّد رئيس الجهة القضائية الأتاعاب النهائية للخبرة ويراعي في ذلك المساعي المبذولة من طرف الخبير، جهوده ومدى احترامه للأجال المحددة في الحكم وجودة العمل المنجز.

يسلم كاتب الضبط المبالغ المودعة لديه إلى الخبير بناء على إذن من رئيس الجهة القضائية الذي يحدد المبلغ المستحق مقابل أتعابه.

إذا كانت المبالغ المودعة لدى أمانة الضبط غير كافية يصدر الرئيس أمرا يحدّد فيه المبلغ المستحق لتكملة أتعاب الخبير مع تعيين الخصم الذي يتحمّله. وفي الحالة العكسية أي حالة ما إذا كانت المبالغ المودعة لدى أمانة الضبط أكثر من المبالغ المستحقة فإنّ هذا الفائض يرجع إلى الخصم الذي أودع المبلغ.

وفي كل الحالات السالفة الذكر يفصل الرئيس بموجب أمر يسلم كاتب الضبط نسخة رسمية منه إلى الخبير حتى يمكنه من الحصول على حقوقه. وهو ما جاء في المادة 143 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولم ينص قانون الإجراءات المدنية القديم على هذه الأحكام.

خامسا ، الحكم المتعلق بالخبرة:

الحكم المتعلق بالخبرة قد يكون حكما تحضيريا أو حكما تمهيديا ، فهل يجوز للخصم الراض له أن يطعن فيه؟ (أ). وحالة تنفيذ هذا الحكم (التحضييري أو التمهيدي) وقيام الخبير بالمهمة الموكلة إليه بإيداعه لتقرير الخبرة ، يطرح التساؤل عن القيمة القانونية لهذا التقرير ما إذا كان إلزاميا أم استشاريا؟

أ . الطعن في الحكم القاضي بالخبرة:

إنّ الحكم القاضي بالخبرة يمكن أن يكون حكما تحضيريا أو حكما تمهيديا وفي جميع الأحوال لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف إلا بمعية الحكم القطعي الفاصل في موضوع النزاع ، هو ما جاء في المادة 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "لا يجوز استئناف الحكم الأمر بالخبرة... إلا مع الحكم الفاصل في موضوع النزاع". هذه القاعدة أكدت عليها المادة 334 من نفس القانون السالف الذكر والتي جاء فيها ما يلي: "الأحكام الفاصلة في جزء من موضوع النزاع أو التي تأمر بالقيام بإجراء من إجراءات التحقيق أو تدبير مؤقت ، لا تقبل الاستئناف إلا مع الحكم الفاصل في أصل الدعوى برمتها...".

إذا وقع استئناف في الحكم الصادر قبل الفصل في الدعوى مع الحكم الفاصل في موضوع الدعوى فإنه يتم بموجب نفس عريضة الاستئناف وذلك في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الشخصي ، أمّا إذا كان التبليغ في الموطن المختار أو الحقيقي فإن الاستئناف يمدد أجله إلى شهرين. (المادة 336 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

نفس القاعدة تطبق حالة الطعن بالنقض حيث لا يمكن نقض الحكم الصادر قبل الفصل في الدعوى وحده بل مع الحكم الفاصل في موضوع النزاع ، وهو ما أقرته المادة 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها أنه "لا يجوز... الحكم الأمر بالخبرة ، الطعن فيه بالنقض إلا مع الحكم الفاصل في موضوع النزاع" وأكدت نفس القاعدة المادة 351 من القانون السالف الذكر حيث نصت على أنه "لا يقبل الطعن بالنقض في الأحكام الأخرى الصادرة في آخر درجة إلا مع الأحكام والقرارات الفاصلة في الموضوع" ، ويكون الطعن بالنقض في أجل شهرين من تاريخ تبليغ الحكم المطعون فيه إذا تم التبليغ شخصيا أما إذا كان التبليغ في الموطن المختار أو الحقيقي فإن مدة الطعن بالنقض تمدد إلى ثلاثة أشهر (المادة 354 والمادة 355 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).



قاعدة "حظر استئناف الحكم التمهيدي" المقررة في كل من المادتين 145 و334 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ألغت القاعدة القائلة "بجواز استئناف الحكم التمهيدي لوحده دون الحكم القطعي" التي كانت مقررة في المادة 106 من قانون الإجراءات المدنية القديم، حيث كانت تنص على أنه: "في جميع المواد - ما لم ينص القانون على خلاف ذلك - يجوز استئناف كل حكم تمهيدي قبل الحكم القطعي في الدعوى. أمّا الحكم التحضيري فلا يجوز رفعه إلا مع الحكم القطعي".

وعليه عدل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الشق الأول من المادة 106 بمنعه استئناف الحكم التمهيدي وأقر الشق الثاني من نفس المادة (106 قانون الإجراءات المدنية القديم) الذي يحظر استئناف الحكم التحضيري لوحده إلا بجمعية الحكم القطعي.

ب. القيمة القانونية لتقرير الخبير:

بإمكان الأطراف مناقشة تقرير الخبير فمن يرى أنّ التقرير لصالحه يظهر الأوجه التي تؤيد مزاعمه ومطالبه، ومن رأى أنّه يعارض مطالبه يدفع بخطأ ما توصل إليه الخبير من نتائج بناء على حجج وأدلة وقد يطالب بخبرة مضادة.

مناقشة تقرير الخبرة غالباً ما يكون في غير حضور الخبير ولكن في بعض الحالات يتطلب الأمر حضوره أمام المحكمة لاستجلاء الغموض الموجود في التقرير⁽¹⁾، ويجوز للخصم تقديم مثل هذا الطلب إلى القاضي، كما يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها حضور الخبير ولها أيضاً أن ترجع الخبرة إلى الخبير لاكتمال ما تراه ناقصاً. هذا ما ورد في المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية القديم⁽²⁾ وكذا المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها ما يلي: "إذا رأى القاضي أنّ العناصر التي بنى عليها الخبير تقريره غير وافية، له أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة، كما يجوز له على الخصوص أن يأمر باستكمال التحقيق، أو بحضور الخبير أمامه، ليتلقى منه الإيضاحات والمعلومات الضرورية".

إنّ القاضي غير ملزم بملاحظات الخبير بل له الحرية الكاملة في تقدير قيمة الخبرة وله أن يصادق عليها ويتبنى الأسباب الواردة فيها. وفي جميع الأحوال على القاضي أن يفصل في موضوع الخبرة ويذكر في الحكم قبول المصادقة على الخبرة أو رفضها⁽³⁾.

(1) إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق الإشارة إليه، ص: 348.

(2) محمد زهدور، المرجع السابق الإشارة إليه، ص: 105.

(3) محمود توفيق اسكندر، المرجع السابق الإشارة إليه، ص: 51 - 52.

ف رأي الخبير يعد رأيا استشاريا لا إلزاميا وللقاضي أن يؤسس عليه حكمه أو يستبعده وفي الحالة الأخيرة يسبب القاضي موقفه الراض للخبرة. (المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

عمليا؛ تعامل المحكمة مع تقرير الخبرة لا يخرج عن الحالات الثلاث: إمّا الموافقة على الخبرة كلها أو إبطالها كلية أو الأخذ ببعض منها ورفض البعض الآخر.

الحالة الأولى: المصادقة على تقرير الخبرة: يكون هذا عندما يقتنع القاضي بأعمال الخبرة ورأى أن رأيه مؤسس فيقضي القاضي بما جاء في الخبرة.

الحالة الثانية: إبطال الخبرة: قد لا يحترم الخبير الإجراءات المعمول بها في الخبرة أو قصر في إنجاز المهمة الموكلة إليه فيرفض القاضي الخبرة وله أن ينتدب خبيرا آخر أو يحكم بما يظهر له من وسائل إثبات أخرى.

الحالة الثالثة: اعتماد بعض الخبرة ورفض البعض الآخر: يمكن للقاضي أن يأخذ بجزء من الخبرة دون الجزء الآخر وهذا إذا رأى الصواب في الأول والخطأ في الثاني، لأن القاضي لا يحكم إلا بناء على اقتناعه بالخبرة أو عدم اقتناعه بها ⁽¹⁾.

أخلص بالقول إلى أن الخبرة القضائية هي عمل يقصد منه التحري لا الدليل، حيث إن الخبير المعين من طرف القاضي يختص بالتحقيق في المسألة موضوع النزاع. وليس له أن يستشهد بالقانون، فقد تهدف تلك التحريات إلى الوقوف على مدى مطابقة الأفعال أو الأعمال المنجزة للتعقود المبرمة بين أطراف النزاع، ويعتمد القاضي على تقرير الخبرة الذي يجوز له قبوله أو رفضه.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25 فبراير 2008 والصادر بموجب القانون رقم 09/08 جاء في مسألة الخبرة القضائية أكثر تفصيلا من قانون الإجراءات المدنية القديم الصادر بمقتضى أمر 154/66 المؤرخ في 08 جويلية 1966، الذي لم يناقش العديد من المسائل؛ أهمها: العناصر التي يتضمنها الحكم القاضي بالخبرة، مضمون تقرير الخبرة القضائية، الحكم المتعلق بشطب الخبير المقيّد في الجدول حالة قبوله تسببات عن الأتعاب والمصاريف من الخصم مباشرة.

كما تعرّض قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى إجراءات دفع أتعاب الخبير والجهة المكلفة بتقديرها. وعن الحكم القاضي بالخبرة فإنّه عالج بنص خاص شروط الطعن فيه، بخلاف قانون الإجراءات المدنية القديم الذي أرجعه إلى الأحكام العامة المنصوص عليها في نفس القانون، وضح

⁽¹⁾ محمد زهدور، المرجع السابق الإشارة إليه، ص: 105 . 106.



القانون الجديد أيضا القيمة القانونية للخبرة القضائية وفي الحالة الأخيرة هذه لم يخرج المشرع الجزائري عما كان مقررا من أحكام في قانون الإجراءات المدنية القديم.

- قائمة المراجع:

1، الكتب:

- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، وهران، 1992.

- محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، دار هومه، الجزائر العاصمة، 2002.

- محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، ديوان المطبوعات الجامعية، وهران، الطبعة الأولى، 1991.

2، القوانين، الأوامر والمراسيم:

- قانون الإجراءات المدنية الصادر بمقتضى أمر 154/66 المؤرخ في 08 جويلية 1966.

- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008.

- المرسوم التنفيذي المؤرخ في 1995/10/10 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 60، في 1995/10/15: المتعلق بشروط تسجيل الخبراء وواجباتهم.

3، المجالات القضائية والقرارات:

- المجلة القضائية، 1998، العدد 2.

- قرار المحكمة العليا الصادر في 1998 / 11/18، رقم 159373.

زواج مثلي الجنس

أ/ دلال وردة .

أستاذة مساعدة أ

جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان

مقدمة:

إن الزواج هو الإطار الشرعي في بناء الأسرة والركيزة الأساسية في تكوين الروابط الأسرية. هذه الأسرة التي اهتمت بها مختلف القوانين القديمة والشرائع السماوية، خاصة الشريعة الإسلامية والتي منحت الزوجين والأطفال حقوقا على أساس هذا الميثاق الغليظ لم تمنحها إياهم باقي الشرائع. فقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالإنسان - فيما يتعلق بالأسرة- في كل مراحل حياته سواء كان جنينا أم طفلا أم شيخا كبيرا، بل إن اهتمام الشريعة بالأسرة والإنسان قد ذهب إلى ما قبل مرحلة الأجنة، فقد وضعت الشريعة الإسلامية أسسا يجب مراعاتها عند الشروع في بناء الأسرة المسلمة. ومن المسلمات في الشريعة الإسلامية أنه لا توجد علاقة شرعية بين رجل وامرأة بغير عقد زواج صحيح شرعا. ومن هنا تترتب حقوق للزوجين والأولاد. كما نجد أن التشريعات الحديثة والاتفاقيات الدولية قد أولت عناية خاصة بالأسرة والحقوق الأسرية، فقد صدرت العديد من النصوص القانونية والمواثيق الدولية التي تطالب الدول باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لتوفير حماية قانونية خاصة لأفرادها، وذلك كله في إطار عقد الزواج- كما سبق القول- . فالزواج مهم جدا لأنه يرتبط بعملية تكوين الأسرة والإنجاب والاستقرار، حتى تتم المحافظة على الجنس البشري من الاندثار والانقراض. لكن ما نسمع عنه من زيجات وعلاقات فاسدة في الوقت الحاضر لا يهدف لتحقيق تلك الأغراض، بل ما هو إلا تحايل على الأديان وعلى نظم وعادات وتقاليده المجتمع بشكل عام. وتلك الزيجات لم تقتصر على المجتمعات الغربية فقط بل امتدت حتى إلى مجتمعاتنا العربية والإسلامية، وبشكل عام في دول العالم الثالث التي لم تتمكن من مواجهة تلك المشاكل وتركتها تتفاقم إلى أن ظهرت على السطح. فبدلا من أن نسمع بعمليات الزنا المحرمة والاعتصاب، أصبحنا نسمع باصطلاحات متعددة مرادفة لها، كزواج المسيار وزواج المتعة والزواج المدني والزواج المثلي وخلافه. ولعل أخطر هذه الزيجات هو الزواج المثلي، لأن الله



سبحانه وتعالى عندما شرع الزواج شرعه بين رجل وامرأة، أي أن من شروط الزواج المرتب للحقوق الأسرية اختلاف الجنس وليس التماثل في الجنس، ومع ذلك فهناك من التشريعات الغربية ما أباحت الزواج بين مثليي الجنس. وهناك ما أباحت العلاقة الحرة بينهما دون الزواج. أما بالنسبة للدول الإسلامية فهي لا تعترف بطبيعة الحال بمثل ذلك الزواج، أو حتى العلاقات الحرة في قوانينها. ولكن، ألا توجد مثل تلك العلاقات في المجتمعات الإسلامية؟ لكن هل من الممكن أن تعترف الدول الإسلامية بهذا النوع من الزوجات خارقة فطرة الله في الكون؟ أو بعبارة أخرى هل كان هناك صدى للمؤيدين لمثل هذا الزواج على المجتمعات الإسلامية؟ ولو حدث ذلك باسم حقوق الإنسان والعودة فما هو مصير الحقوق الزوجية في ظل ذلك العقد من الزواج؟ هل تختلف عن الزواج العادي أم هناك حقوق أكثر لهؤلاء المثليين؟ وما هي طبيعة ذلك العقد؟ وهل ستبقى لعقد الزواج طبيعته المقدسة أو سيتحول إلى عقد كسائر العقود؟

وللإجابة عن كل هذه التساؤلات ارتأينا تقسيم هذا الموضوع إلى ثلاثة مباحث، حيث نعالج في المبحث الأول الاختلاف في الجنس كركن في عقد الزواج، باعتبار ذلك هو الأصل سواء في الدول الإسلامية أم حتى الغربية. أما المبحث الثاني فنخصصه بطبيعة الحال للاستثناء أو الأمر الشاذ، وذلك من خلال الحديث عن الصراعات القائمة حول الزواج المثلي من تجريم ومشروعية. أما المبحث الأخير فنحاول أن نكشف فيه عن الانعكاسات السلبية لذلك الزواج ليس فقط بالنسبة إلى الدول الإسلامية بل حتى على الدول الغربية التي أبحاثه، وما ستؤول إليه الحقوق الزوجية التي يرتبها عقد الزواج العادي. وذلك وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: الاختلاف في الجنس كركن في عقد الزواج

المطلب الأول: مفهوم الاختلاف في الجنس

الفرع الأول: الاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي

الفرع الثاني: الاختلاف في الجنس بمعناه البسيكولوجي

المطلب الثاني: حق المعاشرة الجنسية بين الزوجين كأثر للاختلاف في الجنس

الفرع الأول: تعريف حق المعاشرة الجنسية ومناطه

الفرع الثاني: علة إباحة حق المعاشرة الجنسية

المبحث الثاني: الصراعات القائمة حول الزواج المثلي

المطلب الأول: موقف الشريعة الإسلامية من السحاق واللواط

الفرع الأول: تعريف السحاق واللواط

الفرع الثاني: حكم السحاق واللواط

المطلب الثاني: القوانين المطالبة بحق مثليي الجنس في الزواج

المبحث الثالث: الانعكاسات السلبية لإباحة الزواج المثلي

المطلب الأول: الانعكاسات السلبية لإباحة الزواج المثلي على الدول الإسلامية

الفرع الأول: الاتفاقيات والمؤتمرات المساندة للزواج المثلي

الفرع الثاني: صدى المؤيدين للزواج المثلي على الدول الإسلامية

المطلب الثاني: الانعكاسات السلبية لإباحة الزواج المثلي على الدول الغربية

المبحث الأول: الاختلاف في الجنس كركن في عقد الزواج:

إنّ الأسرة هي أساس المجتمع والخلية الأولى التي تطورت لتشكّل المجتمعات في مختلف الشرائع والأديان⁽¹⁾، إلا أنّ تلك الأسرة لا تنشأ إلاّ عن طريق عقد زواج شرعي بين رجل وامرأة، وعلى أساس ذلك العقد يحلّ لكلّ من الزوجين الحق في المعاشرة الجنسية، أي أنّ ما يميز عقد الزواج في أغلب المجتمعات هو الاختلاف الجنسي، لذلك سوف نتطرّق في هذا المبحث إلى مفهوم الاختلاف الجنسي (مطلب أول)، وما يترتّب عليه من حق في المعاشرة الجنسية (مطلب ثان).

المطلب الأول: مفهوم الاختلاف في الجنس:

لتوضيح مفهوم الاختلاف في الجنس لا بدّ من التّطرّق إلى الاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي (الفرع الأول)، وبمعناه البسيكولوجي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإختلاف في الجنس بمعناه الفعلي:

أولاً: حالة الشخص العادي من حيث التكوين الجنسي:

إنّ مسألة الاختلاف في الجنس مسألة جوهرية في عقد الزواج، بحيث لا يمكن أن تبنى الرابطة الزوجية إلا على أساسها، وهذا ما نستخلصه⁽²⁾ من المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري التي عرفت عقد الزواج بأنه: "عقد يتمّ بين رجل وامرأة على الوجه الشّرعي". وهذا ما قرّره كلّ الأديان السماوية وليس الشريعة الإسلامية فقط.

⁽¹⁾ د| محمد حسين منصور. أحكام الأسرة المطبقة على المسيحيين المصريين، دار المطبوعات الجامعية، 1999 ص 7.

⁽²⁾ في الحقيقة نجد أنّ المشرع الجزائري قد سكت صراحة على هذا الركن عند حديثه عن أركان الزواج الأخرى. أنظر أ.د / تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه اكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية 2001، ص 10.



ويتم إثبات الاختلاف في الجنس طبقاً لقانون الحالة المدنية الجزائري عن طريق تقديم الطرفين نسخة من عقد ميلادهما الشخصي للموظف، والذي يذكر فيه جنسه إضافة إلى معلومات أخرى⁽¹⁾، وهذا ما نصّت عليه المادة 74 من قانون الحالة المدنية كذلك⁽²⁾، وإذا حدث أن أبرم ضابط الحالة المدنية عقد زواج بين رجلين مثلاً معتقداً بأن أحدهما امرأة يكون ذلك العقد باطلاً ومنعماً رغم انعقاده، لانتهاء الركن البيولوجي في عقد الزواج وهو الاختلاف في الجنس.

ولا يقصد بالاختلاف في الجنس كركن في عقد الزواج أن يكون الشخص المقبل على الزواج سليماً من الناحية الجنسية، أو أن يكون أهلاً للتناسل وإنجاب الذرية، ولكن يمكن أن يكون العجز الجنسي سبباً للمطالبة بالطلاق أو التطلق في حالة عدم العلم به وكما له. وهذا بالنسبة إلى القانون الجزائري، أمّا القانون الفرنسي فيجعل من الجهل بالعجز الجنسي سبباً لإبطال عقد الزواج لإصابة إرادة الزوج الآخر بعيب من عيوب الرضا وهو الغلط في صفة من الصفات الجوهرية للزوج.

ثانياً: حالة الخنثى:

لقد ظهر في عالمنا إضافة إلى الأشخاص الذين لديهم أعضاء تناسلية عادية يسهل تحديد جنسهم بسهولة، نوع آخر من الأشخاص أو جنس ثالث لديهم أعضاء تناسلية غير واضحة. ويسمى هذا الجنس الثالث بالخنثى.

ويعرف الخنثى أنه ذلك الشخص الشاذ في تكوينه، بحيث لا يعرف إذا كان ذكراً أم أنثى، فيبقى أمره متردداً بين الذكورة والأنوثة. وقد لا يتضح أمره إلا بعد مضي الزمان وتعاقب الأيام، وذلك بعد ظهور أمارات الرجولة وأمارات الأنوثة، كما قد يبقى طول حياته على حالته الأصلية.

أمّا بالنسبة إلى زواج الخنثى، فقد أباح الفقه الإسلامي له الزواج وأوجب التحري عن حاله من الذكورة والأنوثة بواسطة العلامات المميزة عنده، أي أنه إذا أمكن ترجيح جانب الذكورة فيه على جانب الأنوثة اعتبر ذكراً ولا يحق له عندئذ أن يتزوج إلا بامرأة، أمّا إذا أمكن تغليب جانب الأنوثة على جانب الذكورة اعتبر أنثى ويحق لها حينئذ أن تتزوج برجل.

(1) أنظر المادة 63 من قانون الحالة المدنية الجزائري.

(2) تنص المادة 74 من قانون الحالة المدنية على أنه: "يجب على كل واحد من طالبي الزواج أن يثبت حالته المدنية بتقديم... ملخص مؤرخ بأقل من ثلاثة أشهر إما لشهادة الميلاد وإما لتسجيل الحكم الفردي أو الجماعي المثبت للولادة".

لكن لتحري عن حالة الذكورة أو الأنوثة بالنسبة إلى ما يعرف بالخنثى المشكل ليس بالأمر السهل، والخنثى المشكل هو الشخص الذي لا تتضح لديه ذكورته من أنوثته بأية علامة مميزة، ولكن من غير العدالة ترك هذا الشخص هكذا بدون حل، إنما لا بد من الاستعانة بالتقدم العلمي في مجال الطب وإجراء عملية جراحية لأعضائه التناسلية لتوطيد سمة العضو المتغلب لديه، وذلك بعد فحص طبيّ دقيق حتى يمكن تحديد معطياته الجسمية التي تخوله الانتماء إلى جنس معيّن، ومن ثمّ تصحيح أعضائه التناسلية وكذا أوراقه الرسمية، ومن ثمّ السماح له بالزواج⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الاختلاف في الجنس بمعناه البيكولوجي:

سبق وأن أوضحنا أنّ سبب تصحيح الجنس هو الإبهام الجنسي الأصلي الموجود لدى الخنثى المشكل، أي أنّ تصحيح الجنس يكون نتيجة لأمر طبيعىة. أمّا الشخص الذي لديه جنس مورفولوجي مميّز ومحدّد تماما، إلّا أنّه يشعر نفسيا بأنه ينتمي إلى الجنس المضاد لجنسه الطبيعي (أي أنه امرأة في جسم رجل أو رجل في جسم امرأة)⁽²⁾، إذا أجريت له عملية جراحية فلا تكون بغرض التصحيح إنما بغرض التغيير في الجنس، لأنّ هذا الشخص لم يكن ضحية لغلط يوم الولادة، كل ما في الأمر أنه يعتقد أنّ جنسه الحقيقي هو جنسه البيكولوجي لا المورفولوجي⁽³⁾. وقد أصبح يطلق على هذه الحالة وغيرها في عصرنا الحالي "بالجنس" وأصلها الكلمة الإنجليزية "Gendre"، حيث تعرف الموسوعة البريطانية الهوية الجندرية بأنها "شعور الإنسان بنفسه كذكر أو أنثى. وفي الأعم فإنّ الهوية الجندرية تطابق الخصائص العضوية، لكن هناك حالات لا يرتبط فيها شعور الإنسان بخصائصه العضوية، ولا يكون هناك توافق بين الصفات العضوية، وهويته الجندرية (أي شعوره الشخصي بالذكورة أو الأنوثة)... وتواصل التعريف بقولها إنّ "الهوية الجندرية ليست ثابتة بالولادة - ذكر أو أنثى - بل تؤثر فيها العوامل النفسية والاجتماعية بتشكيل نواة الهوية الجندرية وهي تتغيّر وتتوسع بتأثير العوامل الاجتماعية التي ينمو بها الطفل".

هذا يعني أنّ الفرد من الذكور إذا تأثر في نشأته بأحد الشواذ جنسيا، فإنّه قد يميل إلى جنس الذكور لتكوين أسرة بعيدا عن الإناث ليس على أساس عضوي فسيولوجي، وإنما على أساس التطور الاجتماعي.

(1) أد/ تشوار جيلالي، المرجع السابق. الصفحات 11 و12 و16 و17.

(2) وفق الفقه المعاصر تسمى ظاهر التخث بالتقاطع الجنسي "Le syndrome transsexuel".

(3) أد / تشوار جيلالي، نفس المرجع، ص 19.



كما عرفت منظمة الصحة العالمية مصطلح الجندرة بقولها إنّ "كونك ذكراً أو أنثى عضوياً ليس له علاقة باختيارك لأي نشاط جنسي قد تمارسه، فالمرأة ليست امرأة إلاّ لأنّ المجتمع أعطاهما ذلك الدور، ويمكن حسب هذا التعريف أن يكون الرجل امرأة وأن تكون المرأة زوجاً تتزوج امرأة من نفس جنسها، وبهذا تكون قد غيرت صفاتها الاجتماعية، وهذا الأمر ينطبق على الرجل أيضاً"⁽¹⁾.

أي حسب الاتجاه الغربي الحديث فإنّ الخنثى لا يشمل الشخص الذي كان ضحية الطبيعة فقط، بل حتى الشخص الذي تؤثر عوامل نفسية أو اجتماعية على ذكورته أو أنوثته، أو ما اصطلاحوا على تسميته بـ "Gendre".

أمّا بشأن السماح بتغيير الجنس نتيجة عوامل ببيكولوجية فستحدث عنه عند كلامنا عن الصراعات القائمة حول الزواج المثلي.

المطلب الثاني: حق المعاشرة الجنسية بين الزوجين كأثر للاختلاف في الجنس:

من المعلوم أنّ حقوق كلّ من الزوجين قبل الآخر هي مجموعة من المزايا، تتمثل في الاتفاق والطاعة والمتعة، وهي تجعل كلا من الزوجين بالنسبة إلى زوجته في وضع متميّز عن سائر الناس، بشرط أن يمارس تلك الحقوق حسب القيود والحدود المقررة لها⁽²⁾. وفي هذا الجزء سندرس حقّ المعاشرة الجنسية (حق المتعة) كحق من الحقوق الزوجية بين الرجل والمرأة وليس بين رجل ورجل أو امرأة وامرأة. لذلك سنحاول تعريف حق المعاشرة ومناطه في فرع أول وعلتها في فرع ثان.

الفرع الأول: تعريف حق المعاشرة الجنسية ومناطه:

أولاً: تعريف حق المعاشرة الجنسية:

يقصد بالمعاشرة الجنسية حق الاتصال بين الرجل والمرأة، وفقاً للفطرة الطبيعية⁽³⁾، وحيث إنّ إشباع الشهوة الجنسية من مقاصد عقد الزواج⁽⁴⁾ فإنّ أهمّ آثار الزواج هي إباحة الصلات

⁽¹⁾ نزار محمد عثمان. الجندرة: مطية الشذوذ الجنسي، شبكة المشكاة الإسلامية، سنة 2003، مقال منشور في الموقع التالي: www.nizar@meshkat.

⁽²⁾ د/ محمود نجيب حسني. أسباب الإباحة في التشريعات العربية "النظرية العامة للإباحة" - استعمال الحق- (معهد الدراسات العربية العالمية). المطبعة العالمية. 1962. ص 60.

⁽³⁾ عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1968، ص 279.

⁽⁴⁾ د/ عوض محمد عوض، الجنائي والمجنني عليه في جريمة الواقعة، مجلة الدراسات القانونية، مج 3، القاهرة سنة 1973، ص 160.

الجنسية بين الزوجين إلى حد أنها تصبح حقاً لهما معاً، وتصير ممارستها، تبعاً لذلك، واجباً قانونياً عليهما معاً، أي أنه حق مشترك بين الزوجين⁽¹⁾.

ثانياً مناطق حق المعاشرة الزوجية:

إن مناطق حق المعاشرة الجنسية هو قيام الزوجية، حيث إن شرعية الصلة الجنسية موقوتة بالوقت الذي يقوم خلاله الزواج، ومشروطة بصحة هذا الزواج⁽²⁾. وهذا ما سنتناوله في البنود التالية:

البند الأول: صحة عقد الزواج:

لا ينتج الزواج أثره المبيح للصلات الجنسية بين الزوجين إلا إذا كان صحيحاً، ولهذا يجب التأكد من توافر الشروط والأوضاع التي تؤكد صحة هذا العقد⁽³⁾. أما إذا كان الزواج باطلاً أو فاسداً فهو لا يخلع على الصلة بين طرفيه الصفة المشروعة. ومن المسائل الفقهية المثارة بصدد شرط صحة الزواج مسألتان: الزواج من المحارم، ومسألة الوطء الواقع في نكاح باطل مجمع على بطلانه.

البند الثاني: الوقت الذي يقوم خلاله الزواج:

إن العبرة في تحديد وقت بدء الزواج هي بإنهاء الإجراءات التي يتطلبها القانون لإتمامه⁽⁴⁾:

- 1 - أما قبل ذلك، أي في فترة الخطبة، فإن أي صلة جنسية بين الرجل والمرأة تكون غير مشروعة، ولو عقد الزواج بعد ذلك بوقت يسير، إذ ليس لعقد الزواج أثر رجعي في إباحة هذه الصلة.
- 2 - أما إذا كانت الصلات الجنسية قد قامت بعد انتهاء الزواج فإننا نفرق بين حالتين:
 - أ - حالة الطلاق الرجعي: تكون المعاشرة الجنسية مشروعة إذا حدثت قبل انتهاء العدة، لأن هذا الطلاق لا يزيل ملكاً، والمعاشرة هنا تعتبر مراجعة لاستئناف الحياة الزوجية⁽⁵⁾.
 - ب - حالة الطلاق البائن: فإن المعاشرة الجنسية بعده تكون غير مشروعة

⁽¹⁾ د/ زكي أبو عامر، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مكتبة الصحافة، الإسكندرية. الطبعة الثانية. 1989. ص 822.

⁽²⁾ د/ مجدي محب حافظ. جرائم العرض. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. 1993. ص 187.

⁽³⁾ د/ عثمان سعيد عثمان. المرجع السابق، ص 279.

⁽⁴⁾ وتلك الإجراءات تكون طبعاً بعد توافر كل أركان عقد الزواج، أنظر لأكثر تفصيل، د/ محمد محي الدين عوض، قانون العقوبات السوداني، المطبعة العالمية، القاهرة، 1970، ص 657 وما يليها.

⁽⁵⁾ د/ محمود نجيب حسني الموجز في قانون العقوبات، القسم الخاص دار النهضة العربية القاهرة، 1993 ص 334.



الفرع الثاني: علة إباحة حق المعاشرة الجنسية:

إنّ إباحة هذا الحقّ أمر يقتضيه المدلول الأخلاقي للعرض، الذي يرتكز على النّظر للزواج باعتباره نظاما اجتماعيا، يهدف إلى تحقيق أهداف ومصالح اجتماعية ارتأى المشرع الإسلامي جدارة تحقيقها وحمايتها من الاعتداء عليها، لما لها من صلة وثيقة بالفرد والعائلة والمجتمع، ومن ثمّ فإنّ للزواج دورا مهما باعتبار أنه "الوسيلة" الوحيدة إلى تحقيق هذه الأهداف والمصالح. وإباحة حقّ المعاشرة الجنسية داخل نطاق الزوجية أمر يقتضيه المدلول الأخلاقي للعرض، لما يترتب على عدم إباحته من احتمال بحث كلّ من الزوجين عن شريك آخر، يمكن أن يباشر معه تلك الصلة. ولا مراء في أنّ الصلة الزوجية تجعل في اللقاء الزوجي استدامة رعاية للأبناء ولتماسك العائلة. ومن هنا فإنّ التنظيم السليم للحياة الجنسية هو الذي يكفل نشوء عائلة قوية متماسكة، تحسن أداء دورها الاجتماعي⁽¹⁾. فالزواج ضابط شرعية الصلة الجنسية، وفقا للمدلول الأخلاقي للعرض، وهو وسيلة اللقاء بين الجنسين، ومن ثمّ تكوين العائلة التي هي نواة المجتمع وأساسه، وهو بذلك يحقّق التلاقي بين رغبات الفرد ومصصلحة المجتمع، وهو النظام الوحيد الذي يضيف على الصلات الجنسية التي تقع خلاله وصف الشرعية، فالزواج وصيانة العرض وجهان لعملة واحدة، فصيانة العرض هي صيانة الزواج، والزواج هو في ذاته صيانة للعرض، إذ أنّ الزواج يعتبر وسيلة لإشباع الغريزة الجنسية، بشكل يتلاءم وأغراض ومصالح المجتمع، ففي نطاق الزواج وحده تباح الصلة الجنسية بين الرجل والمرأة. وإباحة هذا الحقّ تعدم احتمال بحث كلّ من الزوجين عن شريك آخر، يمكن أن يباشر معه تلك العلاقة⁽²⁾.

المبحث الثاني: الصراعات القائمة حول الزواج المثلي:

رغم كل ما سبق قوله من أن حق المعاشرة الجنسية يكون بين رجل وامرأة في إطار عقد زواج صحيح، فإننا نجد في الواقع أن هناك معاشرات جنسية تتم بين الرجل والمرأة خارج نطاق المشروعية، ويجرمها المشرع كجريمة الزنا مثلا وهناك ما تركها دون تجريم⁽³⁾، بل أكثر

(1) د/أشرف توفيق شمس الدين: الحماية الجنائية للحق في صيانة العرض، رسالة دكتوراه. كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994، ص 47 و157.

(2) يقول عليه الصلاة والسلام "إذا أحدكم أعجبتة المرأة فوقع في قلبه، فليعمد إلى امرأته فليواقعها، فإن ذلك يردمها في نفسه". صحيح مسلم، ج 29، دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ص 1021. مشار اليه عند د/ أشرف توفيق شمس الدين، المرجع السابق. ص 158.

(3) كالعلاقة الجنسية بين شخصين غير متزوجين، ودون توافر شرط العلانية الواجب توافره في الفعل العلني المخل بالحياة (المادة 333 من قانون العقوبات الجزائري).

من ذلك هناك من الدول ما سمحت في قوانينها بالعلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة خارج نطاقات المشروعية دون عقد الزواج أو ما يسمى بالمساكنة أو الزواج التجريبي. وأباححت حتى العلاقة بين شخصين من نفس الجنس أو ما يعرف في الشريعة الإسلامية بالسحاق واللواط.

والأمر المريب أن هناك من القوانين ما يبارك تلك العلاقة بين مثليي الجنس ليس عن طريق عقد زواج مدني فقط بل عن طريق عقد ديني داخل الكنيسة.

لذلك سنحاول في هذا المبحث أن نعالج موقف الشريعة الإسلامية والدول العربية الإسلامية من السحاق واللواط (مطلب أول)، ثم نبين الاتجاه المعاكس من القوانين التي تطالب بحق مثليي الجنس بالزواج باسم حقوق الإنسان (مطلب ثان).

المطلب الأول: موقف الشريعة الإسلامية من السحاق واللواط:

من حقائق الإسلام أنه راعي الفرائض الإنسانية، وفتح لها بابا وحيدا لتفريغ طاقتها والتمتع بملذاتها، ومن بين تلك الفرائض غريزة الشهوة الجنسية، فقد حدد لها - كما سبق القول - إطارا شريفا عفيفا بالارتباط بين الرجل والمرأة بميثاق غليظ، باعتبار ذلك الارتباط ضرورة من ضرورات الحياة كالطعام واللباس. فقد قال سبحانه وتعالى في سورة البقرة: ﴿هُنَّ لِيَأْسُ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَأْسُ لَهُنَّ﴾⁽¹⁾، وبذلك يكون الإسلام قد أغلق أبواب الفواحش من زنا⁽²⁾ وسحاق ولواط.

الفرع الأول: تعريف السحاق واللواط:

يعرف اللواط لغة بأنه: إتيان الذكر للذكر في دبر بحيث يكون أحدهما الجانب الإيجابي والآخر الجانب السلبي⁽³⁾ أو أحدهما فاعلا والآخر مفعولا به كما يصطلح عليه الفقه الإسلامي. ويقال: لاط الرجل لوطا ولوط أي عمل عمل قوم لوط.

واصطلاحا: اللواط هو إدخال الحشفة في دبر ذكر، وبصفة عامة هو نوع من أنواع الشذوذ الجنسي أو السلوك غير السوي.

(1) سورة البقرة: الآية 187.

(2) يقول سبحانه وتعالى في سورة النور: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَجْهٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾.

(3) د/ أمال عبد الرزاق مشالي (أستاذة الطب الشرعي والسموم الأكلينيكية): الطب الشرعي المعاصر 2006، ص 132.



أما السحاق فهو نوع آخر من الشذوذ الجنسي الذي تمارسه بعض النسوة، وهو لقاء جنسي بين امرأتين كما يحصل بين الأزواج من احتكاك جسدي⁽¹⁾. وفي أغلب الأحوال تحدث تلك العلاقة بموافقة الطرفين، وفي أحيان كثيرة تكون إحداها أو كلاهما مصابة بمرض الغلظة النسوية، وهو مرض تزداد فيه الرغبة الجنسية للمرأة، وأحيانا أخرى تكون الأنثى المصابة بهذا النوع من الشذوذ فاقدة تماما للرغبة في الجنس مع الذكور⁽²⁾.

الفرع الثاني: حكم السحاق واللواط:

إن فاحشة اللواط والسحاق من أعظم الفواحش بل من الكبائر التي حرّمها الله عز وجل، وأول من قام بهذه الفاحشة المستقذرة هم قوم لوط، فقد قص الله - عز وجل - علينا في كتابه العزيز قصة قوم لوط في غير موضع، من ذلك قوله تعالى: "فلما جاء أمرنا جعلنا عاليها سافلها وأمطرنا عليها حجارة من سجيل منضود مسومة عند ربك وما هي من الظالمين ببعيد" سورة هود الآية 82 إلى 83. وذلك عقابا لهم لما كانوا يقومون به من منكر، فقد قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلُوطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ ﴿٨٠﴾ إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِنْ دُونِ النِّسَاءِ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ مُّسْرِفُونَ ﴿٨١﴾ وَمَا كَانَ جَوَابَ قَوْمِهِ إِلَّا أَنْ قَالُوا أَخْرِجُوهُمْ مِنْ قَرْيَتِكُمْ إِنَّهُمْ أَنَاسٌ يَنْظَهُرُونَ ﴿٨٢﴾ فَكَانَ جَوَابَهُمْ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَا كَانَ جَوَابَ قَوْمِهِ إِلَّا أَنْ قَالُوا أَخْرِجُوهُمْ مِنْ قَرْيَتِكُمْ إِنَّهُمْ أَنَاسٌ يَنْظَهُرُونَ ﴿٨٤﴾

فقد كان في نظر قوم لوط أن الفاحشة هي الفضيلة وأصروا على قلب الموازين واعتبار الفطرة السليمة من إثبات الزوجات الطاهرات عنوان الرذيلة والفاحشة هي الأصل، فكان عقابهم محققهم وقطع دابرهم كما سبق أن بينا.

ولهذا قال النبي ﷺ: "إن أخوف ما أخاف على أمتي عمل قوم لوط"⁽⁵⁾.

(1) أميرة محمد مغازي محمود: الممارسات الضارة وأثرها على العلاقة الزوجية، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، الإسكندرية، 2007، ص 86.

(2) د / أسامة رمضان الغمري (أستاذ الطب الشرعي): الجرائم الجنسية والحمل والإجهاض من الوجهة الطبية الشرعية، دار الكتب القانونية، مصر المحلة الكبرى، 2005، ص 48.

(3) سورة الأعراف، الآية 80 - 81

(4) سورة الأعراف، الآية 82

(5) حسنه الألباني رحمة الله في صحيح بن ماجه (ح 2.77) مشار إليه عند الإمام الحافظ شمس الدين الذهبي:

الكبائر. مكتبة الصفا 748 هـ، ص 65

أما بالنسبة إلى حكم من يقوم بهذا الفعل فهو القتل سواء للفاعل أم المفعول به، وسواء كانا محصنين أم غير محصنين، وذلك لقوله ﷺ: "من وجد تموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به" وكذلك اتفق أصحاب النبي ﷺ على قتلها⁽¹⁾.

وفي مذهب الشافعي - رحمه الله - أن حد اللوطي وحد الزنا سواء، وأجمعت الأمة على من فعل بمملوكه فهو لوطي مجرم. كما يأخذ السحاق حكم الزنا لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: "سحاق النساء زنا بينهن". وقد أجمع المسلمون على أن التلوط من الكبائر التي حرم الله تعالى⁽²⁾.

هذا عن الشريعة الإسلامية أما الدول الإسلامية كالجائر، فنجدها قد أباحت العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة في إطار عقد زواج شرعي، وجرمت ما عدا ذلك من زنا⁽³⁾ وشذوذ جنسي يرتكب من شخص من نفس الجنس باعتباره فعلا علنيا مغلا بالحياء. وذلك حسب ما جاء في المادة 333 قانون العقوبات الجزائري.

أي أنها جرمت السحاق واللواط باعتبارهما شذوذا جنسيا، إلا أنها اشترطت لتوافر هذه الجريمة قيام عنصر العلنية⁽⁴⁾. وهذا يعتبر نقصا أو عيبا في القانون الجزائري، لأنه بهذا الشرط يفلت من العقاب من يقوم بهذا الفعل دون توافر العلانية، خاصة أن مثل هذا الشذوذ نادرا جدا ما يرتكبه شخصان من نفس الجنس بصورة علنية في المجتمع الجزائري.

ولكن ما يهمنا أن القانون الجزائري وغيره من القوانين العربية يبيح الزواج بين الرجل والمرأة في إطار عقد شرعي إذ لا مجال للزواج المثلي في هذه القوانين، أو حتى العلاقة الحرة. بل أكثر من ذلك لا زالت المثلية الجنسية محظورة ومعاقبا عليها في 77 دولة في العالم، ووصلت العقوبة إلى حد عقوبة الإعدام في 7 دول هي السعودية، الإمارات العربية المتحدة، السودان، اليمن، إيران، موريتانيا ونيجيريا⁽⁵⁾.

(1) الإمام ابن تيمية، تحقيق وتعليق وتقديم محمد عبد القادر ومصطفى عبد القادر: الفتاوى الكبرى، دار العيان للتراث القاهرة 1988، ص 412.

(2) الإمام الحافظ شمس الدين الذهبي، المرجع السابق، ص 65.

(3) وإن كان المشرع الجزائري يشترط لقيام جريمة الزنا توافر شرط مفترض، وهو توافر صفة الزوج بالنسبة لأحد أطراف العلاقة الجنسية (المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري).

(4) غ.ج.م.ق. 3 ملف 1 3 1 4 1 1 قرار 1996/12/3 مشار إليه عند أحمد بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، طبعة 2007 - 2008 - منشورات بيرتي، ص: 151.

(5) مقال بعنوان: نداء لعدم تجريم المثلية الجنسية 19 ديسمبر 2008، منشور في الموقع التالي:

<http://www.algamal.net/clinic/question: aspx qid=1042>



ولكن رغم المعارضة على مثل هذا النوع من العلاقات في الدول الإسلامية أو حتى الدول الغربية، فهناك اتجاهات معاكسة تنادي بإباحة ليس فقط العلاقة بين مثليي الجنس بل الزواج بينهما وإعطائهما نفس الحقوق المترتبة على الزواج العادي.

المطلب الثاني: القوانين المطالبة بحق مثليي الجنس في الزواج:

لم تكتف بعض القوانين كالقانون السويدي والدانمركي بإباحة تغيير الجنس في نطاق التقاطع الجنسي⁽¹⁾، بل أباحت حتى الزواج بين مثليي الجنس، كالتشريع الدانمركي بقانون ماي 1989 وذلك مع الآثار المترتبة عادة على الزواج الطبيعي⁽²⁾ لكن دون السماح لهم بعقد زواجهم في الكنيسة. أي أن الدانمرك هي أول دولة كان لها سبق في الموافقة على تشريع يسمح بزواج مثليي الجنس.

وبغالبية حقوق الزواج العادي المتمثلة في الميراث والتأمين الاجتماعي والسكن والتوظيف أقرت السويد وإيسلندا (سنة 1996) وألمانيا (سنة 2001) وفرنندا (سنة 2002) وبريطانيا ونيوزيلندا زواج المثليين دون السماح بعقد في الكنيسة. وبإقرار القانون الجديد في النرويج تصبح هي الدولة رقم 6 على مستوى العالم، والتي تعطي مثليي الجنس كامل حقوق الزواج، بما في ذلك إعلان الزواج داخل الكنيسة وإعطائهم الحق في التبني، كما يعطي الحق للنساء في الإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي والتمتع بكافة المزايا والحقوق المكفولة لعائلات مختلفي الجنس. حيث تنضم إلى هولندا - التي أصبحت عام 2001 أول دولة في العالم تمنح كامل الحقوق بعد الموافقة عليه سنة 1998 - كل من بلجيكا 2003 وكندا 2005 وإسبانيا 2005 وجنوب إفريقيا 2006.

وفي البرتغال وإيطاليا يتم السماح للأزواج المثليين الذين يعيشون معا منذ فترة طويلة بالحصول على معونات اجتماعية. وفي الأرجنتين، فإن الأزواج المثليين يمكنهم التسجيل بعقد رباط مدني. وفي اليابان، فإنه لم يعد ينظر إلى اللواط والسحاق كمرض نفسي⁽³⁾. أما القانون

(1) العملية الجراحية التي تغير جنس الشخص تعتبر بين التشريع الجزائري بمثابة عدوان يردع قانون العقوبات فاعلمها لأنها ليس لغرض علاجي.

(2) أ د / تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 28.

(3) مقال منشور في صحيفة "نيويورك تايمز" الأمريكية 28 جوان 2008 في الموقع التالي:

الفرنسي فنجده يسمح بالعلاقة الحرة بين شخصين من نفس الجنس لكن دون أن يسمح لهما بالزواج، لأن من شروط الزواج في القانون الفرنسي هو الاختلاف في الجنس⁽¹⁾.

أما بالنسبة إلى الولايات المتحدة الأمريكية، فقد أعلنت ولاية كاليفورنيا في 16 جوان 2008 رفعها الحظر عن زواج المثليين لتكون ثاني ولاية أمريكية تحطو تلك الخطوة بعد ماساتشوستس، لكن كاليفورنيا - أكبر الولايات المتحدة الأمريكية سكانا وثالثها مساحة - تختلف عن ماساتشوستس في أنها أبدت استعدادها لمنح تراخيص زواج للمثليين من ولايات أخرى. ولم تمر ساعات قليلة على رفع الحظر في كاليفورنيا، حتى أقيم في سان فرانسيسكو أول حفل زفاف رسمي للمثليين من الجنسين في الولاية⁽²⁾، وطالما بدأت تحركات المؤيدين لهذا الزواج في الولايات المتحدة الأمريكية فلن تتوقف حتى تم كافة الولايات.

وهذا كله إن دل عن شيء فإنه يدل على تأثر الحياة الاجتماعية في الغرب، وكان من أشدها تأثرا الأسرة التي أخذت تتفكك حتى إنها تكاد تندثر في زمننا هذا، بل إن مصطلح الأسرة بدأ يتغير فلم تعد هي الأب والأم والأولاد والجد والجدة وغيرهم، ولكن الأسرة في الغرب أصبحت عبارة عن لقاء بين اثنين من بني البشر، حتى أصبحت من الممكن أن تتكون من رجل ورجل، أو امرأة وامرأة، أما الأولاد فيمكن إضافتهم بالتبني أو الإنجاب بالتلقيح الاصطناعي بالنسبة إلى النساء.

والخطير في الأمر أن تلك القوانين لم تكتف بإباحة الزواج المثلي في بلدانها، بل نجد أن ثلث دول العالم أطلقت - باسم شمولية حقوق الإنسان - في الأمم المتحدة نداء تاريخيا لعدم تجريم المثلية الجنسية، بالرغم من المعارضة الشديدة لعدد من الدول العربية والفايتكان. لكن هذا الإعلان السياسي الذي لا يلزم سوى موقعه، لا يحمل أي طابع إلزامي لكنه يضع مسألة حقوق مثليي الجنس من لواطيين وسحاقيات ومزدوجي الميول الجنسي، على جدول أعمال الجمعية العامة للأمم المتحدة⁽³⁾.

وقد كان التحالف الوطني لمنظمات اللواطيين في أمريكا، قد وضع في مؤتمره المنعقد في شيكاغو عام 1972 وثيقة بعنوان "منهجية حقوق اللواطيين"، وهي وثيقة خطيرة، لأنها تروج

⁽¹⁾. Jean- Paul Branlard: Droit de la famille. P18.

⁽²⁾ حيث أقيم أول مراسم زواج مثليين بين السيدتين: "دبل مارتن وفيليس ليبون" بحضور رئيس البلدية، أنظر محمد حامد، النرويج أحدث دولة تجيز زواج الشواذ. 2008، مقال منشور في الموقع التالي: <http://www.islamonline.net>

⁽³⁾ مقال بعنوان، نداء لعدم تجريم المثلية الجنسية، 19 ديسمبر 2008 منشورة في الموقع التالي

<http://www.algamal.net/clinic/Question.aspx?Qid=1042> □



للفكر اللوطني السحاقى عالميا، واستحداث الأطر القانونية الوضعية التي تحميه وتوفر له مظلة الأمن والأمان وتروج لسلامته وحقه في الوجود⁽¹⁾.

المبحث الثالث: الانعكاسات السلبية لإباحة الزواج المثلي:

لقد تغيرت نظرة الغرب إلى الأسرة، فهو يعتبر الأسرة التي تتكون من رجل وامرأة أسرة تقليدية ذات نمط اجتماعي تاريخي، أي أنه يمكن تجاوزه وتشكيل بديل أو بدائل عنه، إسنادا إلى الإرادة الحرة والحق الفردي الطبيعي بمعزل عن فكرة الدين، الأمر الذي نتج عنه عدد من الظواهر، أو تشكيلات عائلية متنوعة كالأسرة التي تشمل الأبناء بالتبني، والعلاقات المختلطة والأسرة المثلية - التي نعالجها في هذا الموضوع - والأسرة المتشكلة بالتقنيات الحديثة. وهذه التوجهات والخيارات كانت في صالح الشواذ، حيث تحول الشذوذ من الانحراف إلى "خيار" أو توجه مقبول، ورفضوا حتى تسميتهم بالشواذ⁽²⁾، وحصلوا على الاعتراف الرسمي بحقهم في الزواج ومساواتهم في الحقوق مع الزوجين الطبيعيين في بعض الدول السابقة الذكر.

ورغم اختلاف مفهوم الأسرة في الدول الإسلامية عنه في الدول الغربية، نجد هناك محاولات عديدة لفرض النموذج الغربي وعولته، باعتباره يتصل بمفهوم "حقوق الإنسان" رغم سلبياته، ليس فقط بالنسبة إلى الدول الإسلامية (المطلب الأول)، بل حتى على الدول الغربية التي أبحاثه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الانعكاسات السلبية لإباحة الزواج المثلي على الدول الإسلامية:

إن أهم وسيلة يعتمدها الغرب لعولمة المفهوم الغربي للأسرة هي هيئة الأمم المتحدة، فكما سبق الذكر قد أطلقت ثلث دول العالم عبر الأمم المتحدة نداء لعدم تجريم المثلية الجنسية، كما أن هناك العديد من الاتفاقيات والمؤتمرات التي يمكن الاستناد إليها لتشريع الزواج المثلي، وأهمها: اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (1979)، والمؤتمر الدولي للسكان والتنمية (سنة 1994)، ومؤتمر بكين (1994)، والتي ركزت على قضايا مركزية في المفهوم الغربي هي: الحرية الجنسية، والإجهاض، ومصطلح الجندر بدل لفظ "الجنس" ليشمل التوجهات الجنسية الأخرى كاللواط والسحاق. وسنحاول أن نبين نماذج عن

⁽¹⁾ د/وسيم فتح الله. تحذير أهل الصراط من أهل السحاق واللواط. ص 5. مقال منشور في الموقع التالي: <http://ar.wikipedia.org/w/index.php?titl>

⁽²⁾ أ. معتر الخطيب، الأسرة بين الحداثة الغربية... والرؤية الإسلامية 2002، مقال منشور في الموقع التالي: <http://www.Law-zag.com/forums>.

تلك الاتفاقيات والمؤتمرات التي يمكن أن يدعم بها مؤيدو الزواج المثلي رأيهم (فرع أول) والصدى الذي أحدثته في الدول الإسلامية (فرع ثان).

الفرع الأول: الاتفاقيات والمؤتمرات المساندة للزواج المثلي:

مما أثاره الحداثيون والعلمانيون أن قيام الدولة الإسلامية التي تحكم بالشريعة الإسلامية يتعارض مع الميثاق العالمي أو الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي صدر عن الأمم المتحدة (1948) وتلقاه العالم بالقبول، وذلك في عدة مجالات وأهمها مجال حقوق الشواذ والإباحيين، فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان ينص في أول مادة منه أنه "يولد جميع الناس أحراراً متساوين في الكرامة والحقوق، وقد وهبوا العقل والوجدان وعليهم أن يعاملوا بعضهم بعضاً بروح الإخاء". أي أن الشخص حر في ميوله الجنسي بما في ذلك اختيار زوجه من رجل أو امرأة. وبما أن الدول الإسلامية قد صادقت على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فهي ملزمة بتطبيق بنوده خصوصاً بعد النداء الذي توجه به ثلث دول العالم لعدم تجريم المثلية الجنسية، والذي على أساسه أصبحت حقوق أولئك المثليين على جدول أعمال هيئة الأمم المتحدة.

كما تعتبر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (1979)، من الاتفاقيات التي ساهمت في إباحة الزواج المثلي، فقد حاولت القضاء ليس على الفوارق في الحقوق بين الرجل والمرأة فحسب، بل حاولت إسقاط حتى الفوارق البيولوجية بينهما، وضم كل من الرجل والمرأة في مصطلح الجندر، وذلك بمنح المرأة حقوقاً مساوية للرجل في جميع المجالات، وتوصية الدول الأعضاء بالنص على تلك المساواة في دساتيرها. لكن أسوأ نتيجة على الإطلاق للمساواة المزعومة في الغرب هي شيوع العلاقات المثلية بين النساء، ورفعهن شعارات معادية للرجال واعتبار الأسرة نظاماً لقهر المرأة جنسياً، بل أكثر من ذلك أصبحوا ينادون بمجتمع نسوي خالص، وطرح الشذوذ الجنسي كبديل للزواج، والذي شجعهم على ذلك أن تلك الاتفاقية اعتبرت "الأمومة" وظيفية اجتماعية، وأعطتهم نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة⁽¹⁾.

والجانب الخطير في هذه الاتفاقية بالنسبة إلى الدول الإسلامية أنها تستغل بمظلة الأمم المتحدة، وتستثمر شعارات العولمة وأدبياتها، كما أنها توظف سلطان الدول الكبرى سياسياً واقتصادياً لتنفيذ توصياتها.

(1) أ/معتز الخطيب. الأسرة بين الحداثة الغربية... والرؤية الإسلامية. 2002 مقال منشور في الموقع التالي:



ومن بين الطرق الأخرى لعولمة الزواج المثلي المؤتمر الدولي للسكان والتنمية، فمن بين بنود هذا المؤتمر:

1. تقرير الفصل بين الزواج والإنجاب وعن الجنس، فالجنس موضوع، والإنجاب موضوع، والزواج موضوع ولا علاقة بين هذه الموضوعات الثلاثة إطلاقاً.
2. الزواج عقد بين شخصين، قد يكون عقداً بين رجلين، أو بين امرأتين.

ويتضح من خلال هذين البندين أن اللوات والسحاق اللذين يعاقب عليهما الدين بالقتل صاروا مباحين مقبولين، بحيث يمكن أن تجد الشاذ مدير شركة أو حاكم ولاية أو قاضياً أو حتى وزيراً⁽¹⁾. وبالتالي أصبح عقد الزواج الذي يعد أقدس عقد على الإطلاق، بمنظار العولمة وهذا المؤتمر، عقداً بين شخصين. وهناك حملة لترويج هذه البنود في العالم الثالث، وكانت أول دولة أقيم فيها هذا المؤتمر هي مصر، إلا أنه لاقى إخفاقاً كبيراً لأن علماء المسلمين فندوا بنود هذا المؤتمر تقنيدياً راعياً، مستبدلين طبعاً بما جاءت به الشريعة الإسلامية. ومع ذلك لا يزال يسعى هذا المؤتمر للإجماع على بنوده، وذلك إما بممارسة ضغوطات سياسية واقتصادية وإعلامية على الدول الإسلامية، وإما بمنحها مساعدات فنية وقروض لتنفيذ بنود المؤتمر.

إضافة إلى ما سبق نجد أن التحالف الوطني لمنظمات اللواطيين، قد وضع في أمريكا في مؤتمره المنعقد في شيكاغو عام 1972 وثيقة خطيرة بعنوان "منهجية حقوق اللواطيين". ومن أهم بنود هذه الوثيقة⁽²⁾:

- 1- البند المتعلق بفتح أبواب الهجرة والتجنيس للواطيين والسحاقيات، فقد أصبح إيواء اللواطيين والسحاقيات من الدول الإسلامية بصفة لاجئين سياسيين أمراً مستقراً في نظم الهجرة في الولايات المتحدة الأمريكية وهولندا وبريطانيا وغيرها من الدول الغربية.
- 2- البند المتعلق بالتحقيق الجنسي، لا سيما ما يتعلق ببث ثقافة الجنس الشاذ، فقد جاء في توصيات ورقة العمل الخاصة بالشباب في مؤتمر المرأة العالمي في بكين عام 1995 ما يلي: "العمل

⁽¹⁾ وقد حدث فعلاً في بريطانيا أن صرح وزير الصحة البريطاني الحالي في مؤتمر صحفي أنه شاذ. أنظراً/ محمد راتب النابلسي، خطوة مبادئ مؤتمر السكان والتنمية على المسلمين. مقال منشور في الموقع التالي:

<http://v.b.aljrtmh.coml/forum18.html>

<http://www.america.gov/st/warhfileenglish>

⁽²⁾ أنظر الموقع التالي:

[/2005/november/2005118155600ndyblehs0.1021997.html](http://2005/november/2005118155600ndyblehs0.1021997.html)

على تدريب الطاقات المهنية الطبية كي تسير المسائل الصحية النسائية بغض النظر عن عمر الأنتى، وخلفيتها وحالتها الاقتصادية، وتصوراتها الجنسية (أي من حيث السحاقيات أو عدمها)⁽¹⁾ .

3 - أما البند الثالث فمتعلق بالمطالبة بالإفراج عن اللواتيين والسحاقيات أينما كانوا.

هذا ويعتبر محور حقوق اللواتيين والسحاقيات جزءاً لا يتجزأ من التقرير السنوي الذي تعده الخارجية الأمريكية لتقييم دول العالم، بحيث ترصد ما يتعلق بتعقب هؤلاء المنحرفين في المجتمعات الإسلامية وغيرها.

أما البنود الأخرى والمتعلقة بإبطال القوانين التي لا تزال تلجم على استحياء بعض الممارسات الجنسية الشاذة الفاحشة، فهي تسفر في حقيقة الأمر عن الغاية التي يتطلع إليها رموز الشذوذ في العالم.

ولم تكتف الدول التي أبحاث الزواج المثلي بالاستناد إلى المؤتمرات والاتفاقيات السابقة لتدعيم رأيها، بل استندت حتى إلى الجانب العلمي. فقد ثبت علمياً عدم مخالفة اللوات والسحاق للحالة السوية، وذلك من طرف الدكتور "روبرت سيبزر" عام 1973، فقد أثبت أن الشذوذ الجنسي ليس مرضاً عقلياً، وترتب على ذلك أن قامت رابطة الطب النفسي الأمريكي بحذف الشذوذ فعلاً من جملة الأمراض العقلية والنفسية. **وبذلك يعد هذا التأصيل الحيوي للوطية والسحاقيات أكبر موارد الخطر على عقيدة وفكر المسلمين المنهزمين أمام صولة العلم المادي الحديث.** والأخطر من ذلك أن هناك محاولات لإثبات أن الشذوذ الجنسي مرتبط بمرز وراثي معين على الصبغي الجنسي، وبالتالي يعتبر هذا السلوك أمراً طبيعياً لا علة فيه، وبعبارة أخرى يكون الشخص مجبوراً أن يكون شاذاً جنسياً من خلال رموزه الوراثة.

الفرع الثاني: صدى المؤيدين للزواج المثلي على الدول الإسلامية:

لقد كان للاتفاقيات والمؤتمرات الدولية المساندة للزواج المثلي صدى في الدول الإسلامية، والدليل على ذلك أنه عام 1997 بلغت حالات اللجوء السياسي التي منحها دائرة الهجرة الأمريكية للواتيين والسحاقيات من دول مسلمة نحو 50 حالة، وكذلك فعلت الحكومة الهولندية سنة 2006، حيث قررت منح اللجوء السياسي لفئة من اللواتيين والسحاقيات الإيرانيين، نظراً لما يتعرضون له من اضطهاد وتعذيب إذا ما أجبروا على العودة إلى بلدهم، وأصبحت هناك مؤسسات متخصصة تعين الشواذ في كل أنحاء العالم على تقديم طلبات اللجوء السياسي من أجل الفرار من مجتمعاتهم⁽²⁾.

(1) أنظر توصيات ورقة العمل الخاصة بالشباب - مؤتمر المرأة العالمي - بكين منشور في نفس الموقع.

(2) أنظر د/وسيم فتح الله، المرجع السابق، ص 7 و6.



وهذه الحالات الواقعية تمثل انتصارا عمليا لمن يحاولون عوالة هذا الزواج المثلي.

ولم يتوقف الأمر عند لجوء المثليين إلى الدول الغربية، بل نجد أن نشطاء مغاربة في مجال حقوق الإنسان، قد أصدروا عريضة تطالب بإبطال العمل بفصل في القانون الجنائي ينص على معاقبة الشذوذ الجنسي، كما تطالب بإطلاق سراح المسجونين في قضية "حفل قران شاذين"، والذي أقيم يومي 18 و19 نوفمبر 2007 بمدينة القصر الكبير، والتي حسمت المحكمة الابتدائية بمدينة القصر الكبير فيها مساء الاثنين 10/12/2007 الجدل الدائر بالمغرب، بإدانة ستة أشخاص ثبت تورطهم في هذا الحفل وعقابهم بالسجن لمدة تتراوح من 4 أشهر إلى 10 أشهر مع إيقاف التنفيذ وذلك طبقا للمادة 489 من القانون الجنائي المغربي، والتي تعاقب على جريمة الشذوذ⁽¹⁾ بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وغرامة من 120 إلى 1000 درهم.

والجدير بالذكر أن نشاط الشواذ في المغرب بدأ يتزايد في الآونة الأخيرة، حيث أعلنوا عبر الإنترنت في 27 جوان 2007 عن تأسيس جمعية سرية خاصة بهم أطلقوا عليها تسمية "كيف كيف"، مشددين على تسميتهم بـ "المثليين" ورفضهم لمصطلح الشواذ⁽²⁾.

بالإضافة إلى المغرب، نجد أن المثليين بمصر بدؤوا في الحركة والمطالبة بحقوقهم في الزواج أمام المحكمة الدستورية، بل أكثر من ذلك قد وصلت طاهرة الزواج المثلي لأول دولة إسلامية وهي السعودية حيث أثارت حادثة الزواج المثلي التي تمت بين شابين من الذكور استغرابا كبيرا وواسع النطاق، وقد أقيمت مراسيم ذلك الزواج بإحدى الاستراحات بمدينة جدة وحضر حفل الزواج مجموعة من الشباب المنحرفين، وقد تم القبض على ثلاثين من الحضور وأحيلوا للمحاكمة⁽³⁾.

أما باقي الدول الإسلامية وإن لم يتم حفل زفاف للشواذ، فإن الظاهرة موجودة ولا بد من معالجتها قبل أن يحاول الاتجاه الغربي استمالة تلك الطائفة من الشواذ، للمطالبة بحقوقهم في الزواج باسم حقوق الإنسان، فإن حدث ذلك فستكون انعكاسات سلبية ليس فقط على الدول الإسلامية بل على الدول الغربية والعالم بأسره.

⁽¹⁾ مقال بعنوان جماعات حقوق الإنسان تصدر عريضة بإلغاء تجريم الشذوذ الجنسي 2008، منشور في الموقع التالي:

http://www.magharebia.com/coconlawilxhtml1arlspecial-dz-08lawispecialcontentldz_bonbingldc2008.

⁽²⁾ أحمد حمدوش، المغرب... تحرك قضائي ضد حفل الشواذ 2007 مقال منشور في الموقع

التالي: <http://www.islamonline.net>:

⁽³⁾ مقال منشور بالموقع التالي: <http://sanabes.com/forumes/member.php?S=3cS346>

المطلب الثاني: الانعكاسات السلبية لإباحة الزواج المثلي على الدول الغربية:

ستدفع الدول الغربية ضريبة كبيرة بسبب إباحتها للزواج المثلي، والدليل على ذلك أن من الأمور اللافتة للانتباه في الأسرة الأوروبية تراجع معدلات الإنجاب، فقد أعلنت أوروبا نذير الخطر بأن دولارا منها سوف تتلاشى في الربع الأول من القرن الواحد والعشرين، وذلك نتيجة لتراجع نسبة المواليد وزيادة نسبة الشيوخ مما يقلل من القوة القادرة على الإنتاج. وتؤكد الإحصائيات الرسمية هذا الأمر حيث ذكر التقرير السنوي للحكومة البريطانية سنة 1993 أن حجم الأسرة البريطانية مثلا انخفض من 2،9 فرد سنة 1971 إلى 2.4 عام 1993 أما عن الأطفال في الأسرة البريطانية فقد وصل إلى 1.8 من بداية الثمانيات بما في ذلك الأطفال المتبنون⁽¹⁾.

وهذا يرجع كله إلى تغيير النظرة إلى الأسرة، من الأسرة المكونة من رجل وامرأة وأولاد، إلى أسرة مكونة من شخصين وحتى لو تمت علاقة بين رجل وامرأة، فإنها تتم بطريق غير شرعي لا يصل إلى تكوين أسرة وإنجاب أولاد بالمفهوم الإسلامي⁽²⁾.

وقد حذرت كذلك النائب الأمريكية في الحزب الجمهوري "سالي كيرن" من مخاطر إباحة الزواج المثلي، واصفة هذا الانتشار الواسع له بأنه: "نقرة الموت" بالنسبة إلى الولايات الأمريكية. واستشهدت بأن الأشخاص الذين يقعون في هذه الممارسات الشاذة، يكونون أكثر عرضة للانتحار والأمراض من غيرهم⁽³⁾. ومن بين تلك الأمراض مرض الإيدز أو نقص المناعة. فقد أثبتت الدراسات والإحصائيات الدولية أن من أكثر المجموعات عرضة للإصابة هم فئة المثليين جنسيا⁽⁴⁾. ومن بين الأمراض أيضا ما يعرف بالأمراض الزهريّة أو الأمراض

⁽¹⁾ المفوضية الأوروبية تدق ناقوس الخطر. مجلة الشرق الأوسط، عدد 6307، في 05 مارس 1996. منشور في الموقع التالي: <http://www.sharkawsat.com>

⁽²⁾ وإن كانت هناك ممارسات للزواج خاطئة في الدول الإسلامية، قد تكون لما آثار سلبية كزواج المسيار والزواج العربي، والزواج المؤقت ونحو ذلك.

⁽³⁾ منى الدرديري: الشذوذ سيدمر أمريكا خلال عقود. 2008، مقال منشور في الموقع التالي: <http://www.islamolin.net/servelet/satelite?C=ArticleA>

⁽⁴⁾ د/وحيد الفرشيشي: مراجعة وتحليل القوانين المتعلقة بفيروس نقص المناعة البشري، المعهد العربي لحقوق الإنسان الإقليمي، اليونسف مكتب عمان، ص13. منشور في الموقع التالي: <http://www.saudinokia.com>



المتنقلة بالجنس⁽¹⁾.

وما يؤكد تاريخيا أن مصير الدول الغربية التي أباحت الزواج المثلي هو التلاشي، أن كلا من الإمبراطورية الإغريقية والرومانية قد ضاعت وتلاشت بسبب الشذوذ الجنسي⁽²⁾.

بالإضافة إلى ذلك فإن الدول التي أباحت الزواج المثلي تتناقض مع نفسها، ففي نفس الوقت قد أقرت من خلال الاتفاقية الخاصة بحقوق الطفل بحقه في النسب ومعرفة والديه وتلقي الرعاية، وفي المقابل تمنح للسحاقيات الحق في الإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي، دون الاهتمام بنسب الطفل، كما تسمح للواطيين بالتبني دون مراعاة شعور ذلك الطفل الذي سيعيش وسط أبوين وليس أب وأم، كما أنه ستضيع العديد من حقوق الطفل كحقوق الرضاعة مثلا حالة كون الأم أنثى.

أما بالنسبة إلى حقوق الزوجين الأسرية في ظل هذا الزواج، فستتدمر بالكامل إذا ما قورنت بالحقوق الموجودة في الشريعة الإسلامية، حيث سيزول حق التأديب وحق النفقة (من سينفق على من)، الحق في الصداق للزوجة، حق الطاعة للزوج. **ولن يبقى هناك حديث عن أي حقوق أسرية، والسبب في ذلك هو أن الأسرة زالت بزوال مفهومها التقليدي وتحولها لمجرد مؤسسة مكونة من شخصين عن طريق العقد**، بحيث يعتبر ذلك العقد كأى عقد آخر مثل البيع والإيجار وغيرهما من العقود، يضيف فيه طرفا العقد أولادا حسب اتفاقهما وحسب مبدأ سلطان الإرادة، فإن أراد أحد الشخصين إعطاء الحق للآخر في النفقة أو الميراث كان له ذلك. أي أن الأسرة التي هي الخلية الأساسية في المجتمع أصبحت في يد فئات من الشواذ يطالبون بحقوق وهمية لو ثبتت لهم لانهارت المجتمعات بأكملها.

خاتمة:

إن ما وصلت إليه حالة الأسرة في المجتمع الغربي من ابتداء مفهوم جديد للأسرة، إنما هو ناتج عن سلسلة من الانحرافات والابتعاد عن الدين، ليس الدين الإسلامي فقط بل كافة الشرائع السماوية، فموقف الإسلام ليس منفردا في اعتبار الأسرة ميثاقا غليظا بين رجل وامرأة تباح في

⁽¹⁾. ومن بين الأمراض الأخرى التي تنتشر بسبب اللواط: التهاب الكبد الفيروسي، مرض الزهري، مرض السيلان، مرض الهريس، التهابات الشرج الجرثومية، مرض التيفوئيد، مرض الاميبيا، الديدان المعوية، ثواليل الشرج، مرض الجرب، مرض قمل العانة، فيروس السايتموجالك الذي قد يؤدي إلى سرطان الشرج، المرض الحبيبي للمفاوي التناسلي. مقال بعنوان: اللواط، الممارسة من الدبر: أسباب وأضرار ووقاية وعلاج. 2007.

منشور في الموقع التالي: <http://www.saudinokia.com/vbl/archivelindex.php/f69.html>.

⁽²⁾ منى الدرديري. المرجع السابق.

نطاقه المعاشرة الجنسية، بل كل الأديان السماوية تحرم الفواحش ما ظهر منها وما بطن من زنا وغيرها، فما بالك إن كانت تلك العلاقة بين شخصين من نفس الجنس. فمن الوصايا العشر المشهورة في التوراة: "لا تقتل، لا تسرق، لاتزن..."، كما جاء في الإنجيل عن المسيح أنه قال لتلاميذه: لقد كان من قبلكم يقولون: لا تزن، وأنا أقول لكم: "من نظر إلى امرأة يشتهيها بقلبه فقد زنى"⁽¹⁾ وحتى النظرة يعتبرها نوعا من الزنا، وهذا يلتقي مع ما جاء به محمد عليه الصلاة والسلام: "العينان تزنيان، وزناهما النظر، واليدان تزنيان، وزناهما البطش، والرجلان تزنيان وزناهما المشي، والفم يزني وزناه القبل، والقلب يهوى ويتمنى، والفرج يصدق ذلك أو يكذبه"⁽²⁾. فموقف الإسلام هنا هو موقف اليهودية والمسيحية، وموقف القرآن هو موقف التوراة والإنجيل. ومن هنا لا يجيز الإسلام ما يسمونه بالزواج المثلي، فهذا في الحقيقة ليس زواجا لأن الزواج أو الزوجية لا تكون إلا بين الشيء ومقابلته: الذكر والأنثى، الموجب والسالب، لا بين الشيء ومثله، وهو الذي جاء في قوله تعالى: ﴿ وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾⁽³⁾. فأول ما خلق الله الإنسان خلق آدم وبعده حواء، فلو أراد أن يجعل الزواج مثليا لخلق لأدم شخصا معه من نفس الجنس، لكن اختلاف آدم وحواء، والرجل والمرأة بصفة عامة هي الفطرة التي فطر الله الناس عليها، ففي كليهما تتوافر أمور تكمل النقص الموجود عند الآخر. لهذا فالتصرف ضد تلك الفطرة، واستسلام البشرية لهذه النزعة، سيؤدي إلى هلاك العالم بعد جيل أو جيلين وليس فقط القضاء على حقوق الأسرة من حقوق زوجية وحقوق للطفل. لذلك، ونظرا لهذه السلبيات التي يرتبها إباحة مثل هذه الزواج نوصي بما يلي:

1. سعي كل من الدولة العربية والإسلامية بصفة عامة إلى القضاء على ظاهرة المثلية الجنسية التي تفاقمت، وظهرت على السطح.
2. تجريم المثلية الجنسية دون ربطها بشرط العلنية، حتى لا يفر من العقاب من يباشرونها خفية، إضافة إلى تشديد العقوبة بالنسبة على الجريمة الشنعاء.
3. التوعية بخطورة هذه الظاهرة واستفحالها في مجتمعاتنا الإسلامية، وذلك دون خجل أو حياء من الكلام في هذا الموضوع، فإن لم يستحيوا هم من إباحة الخبث فكيف نستحي نحن من تحريمه والدعوة للفضيلة.

⁽¹⁾ القرضاوي، مذكرات القرضاوي الجزء 4، مجلة القرضاوي، 2006، منشورة في الموقع التالي: <http://www.qaradawi.net/site/topics/index.asp?>

⁽²⁾ رواه أحمد في المسند (8356) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

⁽³⁾ سورة الذاريات: الآية 49.



4. حذر رؤساء الدول الإسلامية من المصطلحات التي تستعملها الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية، والتي تهدف إلى إباحة الزواج المثلي.
5. محاولة عوامة النموذج الإسلامي للأسرة، بدلا من قبول النموذج الغربي.

قائمة المراجع:

أولا: الكتب

- 1- أحمد بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، طبعة 2007 - 2008 - منشورات بيرتي.
- 2- د/ أمال عبد الرزاق مشالي (أستاذة الطب الشرعي والسموم الإكلينيكية): الطب الشرعي المعاصر 2006.
- 3- د/ أسامة رمضان الغمري (أستاذ الطب الشرعي): الجرائم الجنسية والحمل والإجهاض من الوجهة الطبية الشرعية، دار الكتب القانونية، مصر المحلة الكبرى. 2005.
- 4- أ.د / تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه اكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية 2001.
- 5- د | محمد حسين منصور: أحكام الأسرة المطبقة على المسيحيين المصريين، دار المطبوعات الجامعية، 1999.
- 6- د/ محمود نجيب حسني: الموجز في قانون العقوبات، القسم الخاص دار النهضة العربية القاهرة، 1993.
- أسباب الإباحة في التشريعات العربية "النظرية العامة للإباحة" - استعمال الحق - (معهد الدراسات العربية العالمية). المطبعة العالمية. 1962.
- 7- د/ مجدي محب حافظ. جرائم العرض. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. 1993.
- 8- د/ زكي أبو عامر: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مكتبة الصحافة، الإسكندرية. الطبعة الثانية. 1989.
- 9- الإمام ابن تيمية، تحقيق وتعليق وتقديم محمد عبد القادر ومصطفى عبد القادر: الفتاوى الكبرى، دار العيان للتراث القاهرة 1988.
- 10- د/ عوض محمد عوض: الجاني والمجنني عليه في جريمة الواقعة، مجلة الدراسات القانونية، مج3، القاهرة سنة 1973.

- 11- د/ محمد محي الدين عوض، قانون العقوبات السوداني، المطبعة العالمية، القاهرة، 1970.
- 12- الإمام الحافظ شمس الدين الذهبي: الكبائر. مكتبة الصفا 748 هـ.
- 13- Jean- Paul Branlard: Droit de la famille.

ثانياً: الرسائل:

- 1- أميرة محمد مغازي محمود: الممارسات الضارة وأثرها على العلاقة الزوجية، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، الإسكندرية، 2007.
- 2- د/ أشرف توفيق شمس الدين: الحماية الجنائية للحق في صيانة العرض، رسالة دكتوراه. كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994.
- 3- عثمان سعيد عثمان: استعمال الحق كسبب للإباحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1968.

ثالثاً: مقالات منشورة على شبكة الأنترنت:

- 1- نزار محمد عثمان: الجندرة: مطية الشذوذ الجنسي، شبكة المشكاة الإسلامية، سنة 2003، مقال منشور في الموقع التالي: <http://www.nizar@meshkat>
- 2- مقال بعنوان: نداء لعدم تجريم المثلية الجنسية 19 ديسمبر 2008، منشور في الموقع التالي: <http://www.algamal.net/clinic/question.aspxqid=1042>
- 3- مقال منشور في صحيفة "نيويورك تايمز" الأمريكية 28 جوان 2008 في الموقع التالي: <http://www.islam.online.net>
- 4- محمد حامد: النرويج أحدث دولة تجيز زواج الشواذ. 2008، مقال منشور في الموقع التالي: <http://www.islamonline.net>
- 5- د/ وسيم فتح الله: تحذير أهل الصراط من أهل السحاق واللواط. مقال منشور في الموقع التالي: <http://ar.wikipedia.org/wl/index.php?titl>
- 6- أ. معتز الخطيب: الأسرة بين الحداثة الغربية.... والرؤية الإسلامية 2002، مقال منشور في الموقع التالي: <http://www.Law-zag.com/forums>
- 7- أ/ محمد راتب النابلسي: خطورة مبادئ مؤتمر السكان والتنمية على المسلمين. مقال منشور في الموقع التالي: <http://v.b.aljrtmh.com/forum18.html>
- 8- مقال منشور بالموقع التالي:



- <http://www.america.gov/st/warhfileenglish>
005/november/2005118155600ndyblehs0.1021997.html /
- 8- مقال بعنوان: جماعات حقوق الإنسان تصدر عريضة بإلغاء تجريم الشذوذ الجنسي
2008، منشور في الموقع: <http://www.magharebia.com/lcococonlawilxhtml1arlspecial-dz-08lawilspecialcontentldz>
bonbingldc2008.
- 9- أحمد حمدوش، المغرب...تحرك قضائي ضد حفل الشواذ 2007 مقال منشور في
الموقع التالي: <http://www.islamonline.net>
- 10- مقال منشور بالموقع التالي: <http://sanabes.com/forumes/member.php?S=3eS346>
- 11- المفوضية الأوروبية تدق ناقوس الخطر. مجلة الشرق الأوسط، عدد 6307، في 05
مارس 1996. منشور في الموقع التالي: <http://www.sharkawsat.com>
- 12- منى الدرديري: الشذوذ سيدمر أمريكا خلال عقود. 2008، مقال منشور في الموقع
التالي: <http://www.islamolin.net/servelet/satelite?C=ArticleA>
- 13- د/ وحيد الفرشيشي: مراجعة وتحليل القوانين المتعلقة بفيروس نقص المناعة
البشري، المعهد العربي لحقوق الإنسان الإقليمي، اليونسف مكتب عمان. منشور بالموقع
التالي: <http://www.saudinokia.com>
- 14- مقال بعنوان: اللواط، الممارسة من الدبر: أسباب وأضرار ووقاية وعلاج. 2007.
منشور في الموقع التالي: <http://www.saudinokia.com/vbl/archivelindex.php1f69.html>.
- 15- القرصاوي، مذكرات القرصاوي الجزء 4، مجلة القرصاوي، 2006، منشورة في
الموقع التالي: <http://www.qaradawi.net/site/topics/index.asp?>

مدى حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في إثبات العقد المبرم عبر الأنترنت

أ/ بن جديد فتحي

أستاذ مساعد معهد الحقوق

المركز الجامعي غليزان

الملخص:

حاولت في هذا البحث طرح الإشكال التالي:

بما أن العقد الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت لا يحتاج للشكلية للإنعقاد، كما أن الكتابة الخطية في صورتها التقليدية ليست هي الوسيلة الوحيدة لإثباته، بل أصبح يعتد بالكتابة التي تكون على دعامة غير ورقية، ما دامت هذه الدعامة تسمح بحفظ الكتابة وقرائها، ففي أي صنف يمكن إدخال هذه الكتابة الحديثة في الإثبات؟

وما مدى الإعراف بحجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في الإثبات وفقا للقواعد التقليدية المنظمة للإثبات؟

وإيجاد إجابة للمسائل التالية:

- **أولا:** مفهوم العقد الإلكتروني كتمهيد لا بد منه، ويشمل:
 - 1- التعريف القانوني والفقهى للعقد الإلكتروني.
 - 2- وضع تمييز معتبر بين العقد الإلكتروني وما يشابهه من عقود خاصة العقود الموجودة في البيئة الإلكترونية.
 - 3- خصائص العقد الإلكتروني.

- **ثانيا:** دراسة تحليلية ومقارنة لمسألة إثبات العقد المبرم عبر الأنترنت، من خلال شرح مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني، أي الكتابة على الدعامة غير الورقية وتحديد شروطها وخصائصها الجديدة كليا عن الكتابة الورقية وكيفية حفظها، ثم دراسة دورها في الإثبات بمعنى قيمتها القانونية كوسيلة لإثبات العقد، ومدى قوتها الثبوتية للتصرفات القانونية الإلكترونية (حجية المحرر الإلكتروني)



وكذلك حالة التنازع بين الكتابة الإلكترونية والكتابة على الورق في الإثبات ووضع حل قانوني وهو مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة على الورق، لكن أي الكتابة نقصد الرسمية أم يكون التعادل على مستوى الكتابة العرفية فقط.

- **ثالثا:** تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني من خلال تعريفه وذكر أنواعه وكيفية حدوثه، وخصائصه.

مع التطرق لأهم الشروط الواجب توفرها فيه كي تكون له القيمة القانونية كوسيلة إثبات، ولكي تعطى له نفس القوة القانونية الخاصة بالتوقيع التقليدي، (التعادل الوظيفي في الإثبات)

خاتمة: تضم إقتراحات لترقية العمل بالإنترنت في مجال التعاقد الإلكتروني.

ملاحظة: حاولت في هذا البحث الإلتزام بشروط قواعد النشر المعلن عنها في الدورية

مقدمة:

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم، وذلك بالطرق التي حددها القانون وإثبات العقود الإلكترونية لا يختلف كثيرا عن إثبات العقود التقليدية، حيث تبقى نفس أدلة الإثبات المعتمدة في القانون مطبقة على العقود الإلكترونية.

وبالقضاء على مادية العقود وزوال الكتابة التقليدية في التصرفات الإلكترونية الحديثة، أدّى إلى بروز مشاكل خاصة عندما يطلب القضاء تقديم دليل للإثبات، وبما أن العقد أبرم عبر الإنترنت فلا وجود لدليل مكتوب.

كما أن الكتابة الخطية في صورتها التقليدية ليست هي الوسيلة الوحيدة في الإثبات، بل أصبح يعدت بالكتابة التي تكون على دعامة غير ورقية، ما دامت هذه الدعامة تسمح بحفظ الكتابة وقراءتها، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري من خلال تعديل قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني بقانون 10/05 مع العلم أن إبرام العقد الإلكتروني ليس بالضرورة يحتاج للكتابة إلا في حالة العقود الشكلية بطبيعة الحال (المادة 324 مكرر واحد وما يليها كمثال)⁽¹⁾.

⁽¹⁾ إذا كانت الشريعة الإسلامية أكدت على أهمية الكتابة في تدوين المعاملات، فإن القوانين الحديثة جعلتها من جهة أداة إثبات أساسية في العقود ومن جهة أخرى ركنا من أركان العقد، وهنا لا بد من التمييز بين الكتابة التي تكون كوسيلة للإثبات والكتابة التي تعتبر شرطا للانعقاد فقد نصت المادة 324 مكررا على أنه "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها. أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي.. فهذه المجالات المذكورة تفرض الكتابة للانعقاد.

وحتى ولو كان القانون التجاري يقوم على حرية الإثبات المادة 30(ق.ت.ج) ففي أي صنف يمكن إدخال هذه الكتابة الحديثة في الإثبات ؟

فهي ليست نسخة لأصل غير موجود كما نصت عليه المادة 326 من (ق.م.ج)، وليست بداية الإثبات بالكتابة الذي يشترط فيه المشرع أن تكون الإستحالة تتعلق بطلب الدليل الكتابي وليس بتقديم مع فقد الدائن لسنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته، مع كون الحصول على الدليل فيه مشقة⁽¹⁾.

الأمر نفسه كذلك بالنسبة للتوقيع في مواد الإثبات، فقد ظلت فكرة التوقيع التقليدي منذ اعتمادها في أواسط القرن السادس عشر الميلادي، تعتبر وسيلة لتصديق وإقرار المعلومات التي تتضمنها المحررات، وبقيت قائمة إلى أن ظهر هذا التحول الملموس في المعاملات المالية من الواقع المادي إلى الواقع الإلكتروني، وظهر أيضا توقيع يواكب ما أستجدى على المعاملات المالية من تطور، سمي بالتوقيع في الشكل الإلكتروني⁽²⁾.

وهنا يطرح السؤال عن ما مدى الاعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات وفقا للقواعد التقليدية المنظمة للإثبات؟

المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني:

إن النتيجة الغالبة على عملية الترويج والإشهار للسلع والمنتجات والخدمات عبر الأنترنت، أو بصفة عامة التجارة الإلكترونية هي التعاقد الإلكتروني، الذي يعتبر بحق القلب النابض للتجارة الإلكترونية⁽³⁾.

وإن استمدت أركانها من القواعد العامة إلا أنها تتفاوت في صورها وتتنوع في طبيعتها، على نحو يضي عليها الكثير من الخصوصية، باعتبار أن هذه العقود تعمل بفضل البنية التحتية للاتصالات عن بعد وذات طابع دولي⁽⁴⁾.

ولفهم العقد الإلكتروني، لابد من دراسة العناصر التقليدية الثلاثة في أي دراسة وهي التعريف والتمييز عما يشابهه من نظم وعقود، قد توجد في البيئة الإلكترونية وكذا دراسة

⁽¹⁾ المادة 336(ق.م.ج).

⁽²⁾ التوقيع في الشكل الإلكتروني هو المصطلح الصحيح، لانه غير شكله ولم يغير طبيعته وآثاره القانونية وإن كنت سأستعمل مصطلح التوقيع الإلكتروني لتسهيل العبارة.

⁽³⁾ bochurberg lionel «internet et commerce electronique ». delmas. 2édition. 2001. p121.

⁽⁴⁾ د/ أسامة أبو الحسن مجاهد (التعاقد عبر الانترنت)، دار الكتب القانونية، مصر، ط 2005 ص40.



خصائصه التي تميّزه، مع التركيز حول العنصر الإلكتروني، في هذا العقد ومن ثم دراسة الطريقة والوسيلة التي ينقدها بها .

المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني:

في البداية أشير إلى أن العقد الإلكتروني لا يوجد له تعريف محدد سواء في العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية⁽¹⁾ أو في التوجيه الأوروبي⁽²⁾ أو في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية للأمم المتحدة⁽³⁾، وهذا في ظل غياب تعريف له في القانون الجزائري أيضا، بل وغياب الأحكام الخاصة التي تنظم العقد الإلكتروني عامة.

الفرع الأول: التعريف القانوني:

البند الأول: التعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة وفي الوثائق الأوربية:

لم ينص القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية على تعريف واضح للتعاقد الإلكتروني، لكنه أتى على تعريف مصطلح شبيه بالعقد وهو رسالة البيانات حيث جاء في المادة الثانية منه «رسالة البيانات هي المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل

⁽¹⁾ العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين والذي تم إعداده من غرفة التجارة والصناعة الفرنسية في 1998/4/30 واعتمد أيضا من اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الإلكترونية في 1998/5/4 وتمت صياغته وفقا لأحكام القانون الفرنسي الصادر في 1978/1/6 والخاص بالمعلوماتية والحريات.

⁽²⁾ التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد والمعتمد من البرلمان والمجلس الأوروبي في 20/5/1997، والذي يضع الحد الأدنى الإلزامي للدول الأوروبية في مجال حماية المستهلكين.

⁽³⁾ صدر القانون في 12/6/1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

«uncitral: the united nations commission on international trade law»

أو بالفرنسية «cnudci: la commission des nations unies pour le droit commercial international»

وتم إقراره بناء على توصية صادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 162/51 في 16/12/1996، يتكون هذا القانون من 17 مادة قليلة للزيادة في المستقبل وهذه المواد مقسمة إلى بابين، الباب الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد من 1 إلى 10 أما الباب الثاني فمكون من فصل وحيد متعلق بعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين 16، 17 منه، ويلحق هذا القانون ملحق داخلي يوجه خطاباً للدول الأعضاء لكيفية إدماجه ضمن تشريعاتها الداخلية ويتضمن هذا القانون نوعين من القواعد قواعد أمره تتعلق بالتطبيق العام للقوانين وأخرى مكملة لا تطبق على المستخدمين إلا في حالة عدم وجود اتفاق يخالفها وتكمن مزايها في توجيه القواعد

القانونية المعمول بها في التجارة الإلكترونية، ينظر الموقع : www.uncitral.org

البيانات إلكترونيا أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي»⁽¹⁾ كذلك عرّف تبادل المعلومات الإلكترونية (l'échange des données informatisées) بـ «نقل المعلومات إلكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات»⁽²⁾، الملاحظ أن التطور التكنولوجي الحالي قد تعدّد تبادل البيانات الإلكترونية بين الحواسيب فقط إلى نقل وتبادل البيانات بين الحاسب والهاتف النقال أو بين الهواتف النقالة فيما بينها خاصة تلك التي تتوفر على خدمة الويب، وهذا مالم يأخذه بعين الاعتبار هذا التعريف.

أما في أوروبا فقد صدر عن البرلمان الأوروبي التوجيه رقم 07/97 المتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلكين نص في المادة 02 منه على تعريف التعاقد عن بعد بأنه «كل عقد يتعلق بالبيضاء أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظّمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه»⁽³⁾.

وعرفت تقنية الاتصال عن بعد في نفس النص بأنها «كل وسيلة بدون وجود مادي ولحظي للمورد وللمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه».

لا جدال في أن العقد الإلكتروني يتم عن بعد، وهو بذلك ينتمي لطائفة العقود عن بعد وبالتالي تطبق عليه، قواعد التوجيه الأوروبي، مع الاحتفاظ بخاصيته الإلكترونية لكن ما يؤخذ على هذا التعريف أنه حصر مجال العقد الإلكتروني بين الموردين أي المحترفين من جهة والمستهلكين من جهة أخرى دون باقي العقود الإلكترونية الأخرى كالتى تتم بين الموردين فيما بينهم أو بين المستهلكين والحكومة وغيرها من الأنواع الأخرى.

كما أنه من جهة أخرى وسّع من مجال التعاقد ليشمل أي وسيلة إلكترونية تستعمل في التعاقد عن بعد، ولاشك أن إبرام العقد الإلكتروني عبر الانترنت يدخل ضمن هذا التعريف.

⁽¹⁾ المادة 1/2 من القانون النموذجي للأمم المتحدة أونسترال حول التجارة الإلكترونية.

⁽²⁾ المادة 2/2 من القانون النموذجي للأمم المتحدة أونسترال حول التجارة الإلكترونية.

⁽³⁾ «contrat à distance tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestation de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même» la directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance. n°97-07 ce du 20 mai 1997 jo ce 4/6/1997. n°1144, p19.

**البند الثاني: التعريف الوارد في التشريع العربي:**

لقد أتى على تعريف العقد الإلكتروني في القوانين العربية، كل من المشرع الأردني والإماراتي وخالفهم في ذلك التشريع التونسي.

أولاً: التشريع الأردني:

عرّف قانون المعاملات الإلكترونية الأردني⁽¹⁾، العقد الإلكتروني على أنه «الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية كلياً أو جزئياً»⁽²⁾، وهذا بحسب نوعه فقد يكون إلكترونياً إبراماً وتنفيذاً كما هو الحال في عقود الحصول على المعلومات والبرامج، وقد يكون إلكترونياً من حيث الإنعقاد دون التنفيذ، الذي يتم خارج الشبكة الدولية مثل عقد بيع المنتجات المادية والتي يتم تسلمها بالطرق العادية⁽³⁾.

أضافت نفس المادة من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني تعريفاً خاصاً بالمعاملات بأنها «إجراء أو مجموعة من الإجراءات يتم بين طرفين أو أكثر لإنشاء التزامات على طرف واحد أو التزامات تبادلية، بين أكثر من طرف ويتعلق بعمل تجاري أو التزام مدني أو بعلاقة مع أي دائرة حكومية».

ثانياً: التشريع الإماراتي:

جاء في تشريع إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية⁽⁴⁾، تعريف المعاملات الإلكترونية بأنها «أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي

⁽¹⁾ قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 الصادر في 2001/12/31، هذا القانون مستند إلى قانون أونسيترال، ويتكون من 41 مادة موزعة على سبعة فصول المادة الأولى والثانية مخصصة لتعريف بعض المصطلحات والمفاهيم القانونية، الفصل الأول بعنوان أحكام عامة من المادة 3 إلى 6، الفصل الثاني تحت عنوان السجل والعقد والرسالة والتوقيع الإلكتروني ويضم المواد من 7 إلى 18

⁽²⁾ المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المرجع نفسه، كما أن هذا القانون عرف مصطلح إلكتروني بأنه «تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية أو أي وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها»

⁽³⁾ lamy « droit de l'informatique », no 5238, p.1488.

⁽⁴⁾ أصدرت إمارة دبي قانون خاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 الصادر في 2002/2/12، ويضم 39 مقسمة إلى ثمانية فصول، نجد في الفصل الأول ستة مواد مخصصة لتعريف بعض المفاهيم القانونية ولتحديد أهداف هذا القانون ومجال تطبيقه وكذا الاستثناءات من تطبيقه أما الفصل الثاني من المادة 7 إلى 12 تضم المتطلبات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية، وجاء في الفصل الثالث تنظيم إبرام العقود وصحتها من المادة 13 إلى 18

بواسطة المراسلات الإلكترونية⁽¹⁾ والمراسلات الإلكترونية هي «إرسال واستلام الرسائل الإلكترونية» وتتمثل الرسائل الإلكترونية في «معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في مكان المستلمة فيه» .

و ما يلاحظ على كلا القانونين الأردني والإماراتي، أنهما اعتبرا مجرد استعمال وسيلة إلكترونية في أي مرحلة من مراحل التعاقد سواء كلياً أو جزئياً دون بقية مراحل التعاقد الأخرى كافياً لإضفاء الصفة الإلكترونية على العقد وهذا ما يجعل مفهوم العقد الإلكتروني، يتوافق مع مفهوم رسالة البيانات المنصوص عليها في قانون أونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، حيث اعترفت أنه يكفي فقط إرسال أو إنشاء أو إستلام أو تخزين المعلومات بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو ما شابهها كي تسمى برسالة البيانات .

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني:

يمكن تعريف العقد الإلكتروني بأنه «عقد يتعلق بتقديم منتج أو خدمة وينعقد بمبادرة من البائع دون حضور مادي متعاصر لطرفي العقد، وباستخدام تقنية الاتصال عن بعد من أجل عرض المنتج من البائع وأمر الشراء من المشتري»⁽²⁾، هذا التعريف يضع عقد البيع عبر الأنترنت ضمن العقود التي تتم عن بعد كالتعاقد عن طريق التلفزيون أو الهاتف⁽³⁾.

وهناك من يعرف العقد الإلكتروني بأنه « اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد ، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل⁽⁴⁾ بين الموجب والقابل⁽⁵⁾»

(1) المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الاماراتي، المرجع نفسه.

(2) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص52.

(3) الهاتف هو جهاز يستخدم لنقل المكالمات بين شخصين أحدهما المرسل والآخر المستقبل، وذلك عن طريق تحويل الذبذبات إلى موجات مغناطيسية تمر عبر أسلاك لتصل إلى المستقبل بعد أن تتحول إلى ذبذبات صوتية، والهاتف سواء كان سلكياً أو خلوياً أو عادياً أو مرئياً يعتبر أفضل وسيلة لنقل صوت المتحدث بدقة والتعاقد عبر الهاتف هو تعاقد بين حاضرين، لا يوجد فاصل زمني بينهما. ينظر أ/ بشار محمود دويدين (الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت)، دار الثقافة الاردن، طبعة 2006، ص49.

(4) التفاعل هو «إمكانية التبادل بين مستعمل نظام المعلومات والآلة بواسطة نهاية طرفية متصلة بشاشة للرؤية»، د/أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص39.

(5) «une convention par laquelle une offre et une acceptation rencontrent sur une réseau de télécommunication international ouvert selon un mode audiovisuel, grâce à l'interactivité entre l'offrant et l'acceptant». beaure d'augères, pierre breese et stéphanie thuilier «paiement numérique sur internet, état de l'art, aspects juridiques», thomson publishing, 1997, p76.

المشار إليه من طرف د/أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص39.



من هذا التعريف نجد أن العقد الإلكتروني لا يختلف عن أي عقد آخر، فأطرافه بائعون أو مقدمو خدمات محترفون، كما قد يكون أطرافه بين مستهلكين أو بين محترفين، أما عن محل العقد فيجوز أن يرد على المنتجات أو الخدمات ولكن ما يؤخذ على هذا التعريف السابق أنه يشترط وسيلة مسموعة ومرئية (audio-visuel)، لكي يعتبر العقد إلكترونيا وهذا غير صحيح، حيث يمكن إبرام العقد الإلكتروني، بدون استعمال الوسائل المسموعة أو المرئية مثل التعاقد عبر البريد الإلكتروني، الذي يكون التعبير فيه عن الإرادة بواسطة الكتابة أو التعاقد عبر خدمة الويب أو غيرها من الخدمات الأخرى التي لا تجمع بين عنصري السماع والرؤية، وهذا ما أكدته قانون أنسيترال النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية في تعريفه لرسالة البيانات.

قد أورد الفقه عدة تعريفات أخرى للعقد الإلكتروني، أبرزها تلك التي اعتمدت في تعريفه على إحدى وسائل إبرامه معتبرا أن «العقد الإلكتروني، هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الانترنت»⁽¹⁾ ولكن ما يؤخذ على هذا التعريف أنه قصر وسيلة إبرام العقد الإلكتروني في شبكة الانترنت متجاهلا الوسائل الأخرى لإبرامه مثل التلكس والفاكس، إضافة إلى المنيثيل (minitel) في فرنسا⁽²⁾.

كذلك من الفقهاء من يعتبر العقد إلكترونيا، بمجرد أن يبرم ولو جزئيا بوسيلة إلكترونية «العقد الإلكتروني هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كلياً أو جزئياً أصالة أو نيابة»⁽³⁾ وهذا ما أخذ به المشرع الإماراتي والأردني ومن التعاريف ما يشمل جميع الوسائل الإلكترونية، ولكنه اشترط لكي يعتبر العقد إلكترونيا، أن تكتمل كافة عناصره عبر الوسيلة الإلكترونية، حتى إتمامه معتبرا أنه «كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة إلكترونية وذلك حتى إتمام العقد»⁽⁴⁾.

ويظل أفضل تعريف في نظري هو ذلك التعريف الشامل المحدد لمفهوم عقد البيع الإلكتروني، فيشمل استعمال أي خدمة إلكترونية تقدمها شبكة الأنترنت سواء عند إبرام

(1) د/ محمد حسين منصور، (المسؤولية الإلكترونية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ط. 2003، ص 18.

(2) لاكتشاف جهاز المنيثيل minitel والتعرف عليه أكثر ينظر فرانسيس بال وجرار إيميري (وسائل الإعلام الجديدة)، ترجمة فريد أنطونيوس دار عويدات بيروت لبنان، ص 62 وما بعدها.

(3) الف/ أحمد خالد العجلوني (التعاقد عبر الأنترنت)، الدار العلمية الدولية الاردن، ط. 2002، ص 123.

(4) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي (النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية)، دار الفكر الجامعي، مصر،

العقد أو تنفيذه أو كلاهما وسواء كان ذلك كلياً أو جزئياً، بمعنى آخر التعريف الذي يبقى على خصوصيته، والمتمثلة بصفة أساسية في طريقة إنعقاده عن طريق شبكة الأنترنت، و عدم إغفال الطابع الإلكتروني اللامادي له مع التأكيد على إعتبره من العقود التي تبرم عن بعد.

المطلب الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود:

لتوضيح العقد الإلكتروني أكثر لا يكفي مجرد تعريفه، بل علينا أيضاً البحث عن أهم المميزات التي يختلف بها عن غيره من العقود والتي قد تتشابه معه خاصة تلك العقود التي تنتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، فهو يشترك معها في هذه الميزة، هذا من ناحية، أما من ناحية أخرى، فإن العقد الإلكتروني ليس هو العقد الوحيد الذي يظهر لنا بمناسبة التعاقد عبر الأنترنت، أو في البيئة الإلكترونية بصفة عامة، بل هناك عقود أخرى ملازمة له في نفس البيئة.

الفرع الأول: تمييز العقد الإلكتروني عن بعض العقود بالنظر إلى طريقة التعاقد وعن غيره

من العقود عن بعد:

البند الأول: تمييز العقد الإلكتروني عن عقد البيع التقليدي:

جاء تعريف عقد البيع في المادة 51 من (ق.م.ج) بأنه «عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء، أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي»⁽¹⁾

وعرفه القانون المدني الفرنسي بأنه «عقد بمقتضاه يلتزم شخص بتسليم شيء إلى شخص آخر يدفع له ثمنه»⁽²⁾

ويمتاز هذا العقد أنه من العقود التبادلية وهو رضائي، ناقل للملكية ومن عقود المعاوضة⁽³⁾ وفيه يكون كلا المتعاقدين حاضرا في مواجهة الآخر عند تبادل التعبير عن الإرادة.

ومن الواضح أن العقد الإلكتروني ليس عقد بيع تقليدي فهذا الأخير يتسم بصفة رئيسية وهي المواجهة بين المتعاقدين الحاضرين في مجلس العقد، أما العقد الإلكتروني فيقوم بين

⁽¹⁾ أمر 58/75 المؤرخ في 1975/9/26 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

⁽²⁾ l'article n°1582 «la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer»

⁽³⁾ د / عبد الرزاق السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني)، ج4، دار النهضة العربية، ط2، ص25.



طرفين بعيدين منفصلين عن بعضهما ويلتقيان بواسطة جهاز إلكتروني، وإن كانت وسيلة الإتصال فورية وحديثة⁽¹⁾

إضافة إلى الخصوصية الإلكترونية التي تميزه عن البيع التقليدي، مع الإشارة إلى أن عقد البيع التقليدي تعطى له الصفة الإلكترونية لو كان في أحد مراحلها إلكترونياً⁽²⁾

البند الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن عقود البيع عن بعد:

عقد البيع عن بعد (contrat de vente à distance) هو عقد يتم بين غائبين ولا يجمع المتعاقدين فيه مجلس واحد، فهو عقد يتميز بعدم الحضور المادي المتعاصر للمتعاقدين، و ينتقل فيه الإيجاب عن بعد بوسائل مختلفة مثل إرسال كاتالوج أو بالتليفون أو عن طريق التلفزيون أو بوسيلة إتصال مرئية (vidéotex) أو مسموعة (audiotex)، ونفس الشيء بالنسبة للمشتري⁽³⁾.

وقد عرفه التوجيه الأوروبي رقم 07/97 الصادر عن البرلمان الأوروبي عليه بأنه «عقد يتعلق بتقديم منتج أو خدمة ينقصد بمبادرة من المحترف دون حضور مادي متعاصر للمحترف والمستهلك، وباستخدام تقنية للاتصال عن بعد، من أجل نقل عرض المحترف وأمر الشراء من المستهلك»⁽⁴⁾

كما جاء قانون حماية المستهلك الفرنسي يعرف عملية البيع عن بعد بأنه «كل بيع لمال أو أداء لخدمة يبرم دون الحضور المادي المتعاصر للأطراف بين مستهلك ومهني والذين يستخدمان لإبرام هذا العقد على سبيل الحصر وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد»⁽⁵⁾.

(1) ينظر إلى كلامن: د/أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص48. / بشار محمود دودين، المرجع السابق، 67.

(2) lamy « droit de l'informatique », no 5238, p, 1488.

(3) ينظر إلى كلامن: د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص49.

د/ بودالي محمد، أطروحة دكتوراه (الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر)، ج1، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2003/2002، ص 132

(4) «contrat concernant un produit ou un service, conclu après sollicitation du fournisseur, sans présence physique simultanée du fournisseur et du consommateur et en utilisant une technique de communication à distance pour la transmission de la sollicitation de contractes et de la commande» directive n°97/07 ce du 20/5/1997. jo ce 4/6/1997. n°1-44. p19.

(5) l'article 1121-16 du code de la consommation stipule que les disposition de la présente section s'appliquent à tout vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue ,sans la présence physique .simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat ,utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance », www.journal-officiel.fr. □

ومما يستوجب الملاحظة أن عقد البيع المبرم عبر الأنترنت هو نوع خاص من العقود المبرمة عن بعد والتي تتم ما بين غائبين، وفي نفس الوقت تستخدم أحدث وسائل الإتصال الفورية الحديثة.

أبرز صور التعاقد عن بعد، عقد البيع بالتلفزيون⁽¹⁾ المنظم في فرنسا بقانون 88/21 المؤرخ في 1988/01/06، والذي تم إدراج أحكامه ضمن قانون حماية الاستهلاك بالمواد من 121 -16 إلى 121 -20 L يعرف بأنه عبارة عن طلب سلعة أو منتج بواسطة التلفيزيون أو المنيتيل المعروضة على وسائل الإتصال السمعية المرئية⁽²⁾ وما يميزه عن العقد المبرم عبر الأنترنت أنه يبث عبر الإذاعة المسموعة والمرئية (التلفزة) فهو إعلام وقتي يزول سريعا، ولا يستمر إلا مدة البث، أما الأنترنت فالإعلام فيها مستمر بدون إنقطاع، إضافة إلى لجوء طالب التعاقد عبر التلفاز إلى الإتصال بالبائع من أجل مزيد من التفاصيل حول الشيء المبيع، وقد تكفلت مواقع الأنترنت بهذا الأمر في حالة البيع عبرها بحيث يجد المشتري كل التفاصيل الدقيقة للشيء المبيع.

إضافة إلى أن عقد البيع عبر التلفزيون فيه عنصر البث من طرف واحد ولا توجد فيه إمكانية للتجاوب من الطرف الآخر، على عكس عقد البيع عبر الأنترنت الذي يمتاز بميزة التفاعلية بين طرفيه⁽³⁾.

كذلك من صور التعاقد عن بعد التعاقد عن طريق الهاتف الذي يشبه العقد الإلكتروني المبرم عن طريق الأنترنت في أن كلاهما تعاقد فوري ومباشر ليس لعامل الزمن فيه إعتبار، إلا أن التعاقد عن طريق الهاتف تعاقد شفوي يحتاج إلى تأكيد كتابي يرسله الطرف الآخر، أما

(1) ظهر البيع عن طريق التلفزيون في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1978 بمناسبة بيع المزايدات المبرمجة على محطة الراديو المحلي بولاية فلوريدا، ثم ظهر نظام الكابل وأصدر المشرع الأمريكي قانون الكابل التلفزيوني للمنافسة وحماية المستهلك 1992 ثم إنتقلت هذه التجربة إلى كندا وأوروبا ثم فرنسا عام 1987 وسمي بـ (le télé-achat) والعقد إيجاب موجه للجمهور ينظر: د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، ط2006، ص68. / محمد حسن رفاعي العطار (البيع عبر شبكة الأنترنت)، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط2007

(2) د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه، ص68.

(3) ينظر إلى كلام من د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص40. / بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص68.



التعاقد عبر الأنترنت لا يحتاج الموجب فيه إلى الكتابة لأن التعبير عن إرادة الطرف القابل يكون من خلال الضغط على زر خاص بالموافقة، أو طباعة الرسالة الإلكترونية الموجودة عبر موقع البائع أو المرسل إلى البريد الإلكتروني الخاص بالمشتري.

البند الثالث: تمييز العقد الإلكتروني عن عقد البيع في الوطن:

أو ما يسمى بالسعي لإبرام العقود (démarchage)، والذي يتمثل في دعوة من الجانب المهني لمقابلة المستهلك، من أجل أن يقترح عليه بيع أو إيجار شيء أو تقديم خدمة له، ويكون ذلك إما بتقل التاجر إلى موطن المستهلك في مسكنه أو أن ينتقل المستهلك لمقابلة التاجر في مكان ليس مخصصا للتجارة ويظهر التقارب بين عقد البيع الإلكتروني والسعي لإبرام العقود، إذا تم هذا الأخير بواسطة التليفون، فنكون أمام إيجاب موجه لشخص معين، ويكون هذا الاتصال بمبادرة من البائع، في حين أن الاتصال يكون بمبادرة من المشتري (العميل) في حالة عقد البيع الإلكتروني⁽¹⁾.

كذلك يختلف العقد الإلكتروني عن السعي لإبرام العقد، كون هذا الأخير يتميز بحضور مادي معاصر للمحترف والمستهلك⁽²⁾.

وهذا عكس التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، فإن صفة التفاعلية في هذه الشبكة تسمح بحضور إفتراضي معاصر (présence virtuelle simultanée) كما تسمح صفة التفاعلية، بتسليم بعض الأشياء وأداء بعض الخدمات فورا على الشبكة، مثل الحصول على المعلومات أو برنامج الكمبيوتر⁽³⁾.

خلاصة هذا التمييز أنه إذا كانت الأحكام الخاصة بالعقد المبرم عن بعد تطبق على عقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، إلا أنه يظل يخضع لأحكام خاصة به، وهذا نظرا للخصوصية التي تميزه، خاصة حين نعلم أن البعد المكاني بين الموجب والقابل، يظل واقعا مؤثرا لا يجوز إنكاره، خاصة فيما يتعلق بمسألة التحقق من أهلية المتعاقد وصفته في التعاقد وكذا ضمان العيوب الخفية.

(1) / محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص49.

(2) / د/ أسامة أحمد بدر، (حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني)، دراسة مقارنة ن، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط 2005 ص100.

(3) / د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص53.

الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن العقود المحيطة به في البيئة الإلكترونية:

المقصود بالعقود المحيطة به في البيئة الإلكترونية، تلك العقود الخاصة بتجهيز وتقديم خدمات الانترنت وكيفية الاستفادة منها، أي تلك التي تبرم بين القائمين على تقديم الخدمات والمستفيدين منها.

وسأشير إلى بعض هذه العقود القريبة من العقد الإلكتروني والتي ترتبط به أو اللازمة لوجوده في الغالب.

البند الأول: عقد الدخول إلى الشبكة Le contrat d'accès au réseau:

يطلق عليه أيضا عقد الاشتراك في الانترنت، وهو العقد التي يحقق الدخول إلى الشبكة من الناحية الفنية وبمقتضى هذا العقد يتيح مقدم خدمة الدخول إلى الانترنت للعميل، الوسائل التي تمكنه من الدخول إلى الشبكة مقابل سداد مبلغ معين يسمى بالاشتراك⁽¹⁾.

وبناء عليه فإن العميل يلتزم في عقد الدخول إلى الانترنت بالتزام رئيسي هو سداد مبلغ معين وذلك في مقابل الدخول لمدة محددة أو غير محددة لجميع الخدمات التي تقدم على شبكة الأنترنت وهذا الالتزام الأخير أي التزام المورد هو إلزام بتحقيق نتيجة⁽²⁾.

البند الثاني: عقد الإيجار المعلوماتي:

ويطلق عليه أيضا عقد الإيواء (contrat d'hébergement)⁽³⁾ وهو عقد من عقود تقديم الخدمات، يتمثل موضوعه في التزام مقدم خدمة الانترنت، بأن يضع تحت تصرف المشترك جانبا من إمكانياته الفنية في تحقيق مصالحه، ويتمثل ذلك غالبا في إتاحة انتفاع الشخص بمساحة على القرص الصلب (espace disque dur) بأحد أجهزة الكمبيوتر الخاصة به على نحو معين⁽⁴⁾.

(1) د/ محمد حسين منصور، (المسؤولية الإلكترونية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ط. 2003، ص. 26.

- Le tourneau (ph) « contrat informatique et électronique ». dalloz. 2éd. 2002. p151.

(2) Marino loure « les clauses abusives dans les contrats d'accès à l'internet ». Revue lamy droit civil .n°21.2005.p.55.

(3) د/ محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص. 27.

(4) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. 59.



أو أن يتيح مقدم الخدمة المعلوماتية للمشارك إمكانية أن يكون له عنوان بريد إلكتروني لديه، فيخصّص له حيزاً على القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر المملوك له والمتصل بشبكة الانترنت حيث يتمكن من التعامل بموقعه الإلكتروني، من خلال هذا الجهاز⁽¹⁾.

يتضح من هذا أن عقد الإيجار المعلوماتي أقرب في طبيعته القانونية إلى عقد إيجار الأشياء من عقد البيع، حيث يتمثل في أن يتيح مقدم الخدمة لعميله الانتفاع بأجهزته، مع احتفاظه بملكيتها، ويتنازل له عن حيازته لبعض الإمكانيات التي توفرها الأجهزة .

فيستتبع ذلك نقل المسؤولية عن سوء الاستعمال على عاتق المشترك، وتثور المسؤولية العقدية لمقدم الخدمة، في حالة عدم تقديم الإمكانيات المطلوبة أو تقديمها بصورة ناقصة أو معيبة.

ولا يكون مسؤولاً عن الاستعمال الذي يقوم به المشترك أو الأضرار التي يسببها للغير ما لم يثبت مقدم الخدمة، قد شارك في ذلك أو كان على علم به، أو لم يتخل عن حيازته لإمكانيات أجهزته⁽²⁾

البند الثالث: عقد إنشاء المتجر الافتراضي *La réalisation de la boutique virtuelle*

ويطلق عليه أيضاً عقد المشاركة (le contrat de participation)، وهو العقد المبرم بين المشترك (التاجر) ومقدم خدمة الإشتراك في الأنترنت، أو بين المشترك وصاحب المركز التجاري الافتراضي على الشبكة، بحيث يلتزم مقدم الخدمة أو صاحب المركز التجاري بتخصيص موقع على الشبكة، ويضم المركز التجاري عدة مشاركين تحت عنوان معين في مكان واحد⁽³⁾.

كما يلتزم المشارك بدفع المقابل المالي، ويتضمن هذا العقد عادة بعض الأحكام التي تنظمه مثل تحديد البيانات الشخصية للمشارك، وتقديم بيان مفصّل للمنتجات والسلع والخدمات المعروضة، كذلك تحديد اللغة التي يتم العرض بها، وتحديد كذلك الأسعار

⁽¹⁾ **متعهد الإيواء** هو شخص طبيعي أو معنوي يسمح بالوصول إلى الموقع من خلال شبكة الأنترنت، وغالباً ما يكون شركة تجارية أو أحد أشخاص القانون العام كالجامعات والمؤسسات العامة بغرض إيواء صفحات الويب على حاسباته الخاصة ويتم ذلك مقابل أجر من خلال عقد إيجار، ينظر *د/عبد الفتاح بيومي حجازي* (النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية) دار الفكر الجامعي، مصر، ط 2002 ص 81 وما يليها.

⁽²⁾ د/محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 28.

⁽³⁾ *gostes(l) «transactions en ligne, paiement électroniques»*, lamy droit de l'informatique n°97 .novembre.1997.p5

بوضوح، مع بيان الضرائب ونفقات الشحن، مواعد التسليم، وضمان احترام الطرفين للأعراف التجارية وتنظيم إبرام العقود مع الأفراد وطرق الوفاء وغيرها⁽¹⁾.

المطلب الثالث: خصائص العقد الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت⁽²⁾:

بما أننا قد حصرنا وسيلة التعاقد الإلكتروني في الإنترنت، فسوف نركز على أهم الخصائص التي تقدمها هذه الوسيلة للعقد الإلكتروني، إضافة إلى أن العقد مبرم بوسيلة إلكترونية، وهو من العقود المبرمة عن بعد، وذو طابع دولي وتجاري، نجد أن الإيجاب القائم عليه العقد يتسم غالباً بالعمومية فهو موجه للجمهور كافة كما أنه يخضع لقواعد ووسائل إثبات خاصة منها الوثائق الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، وسأتي على شرحها في حينها.

الفرع الأول: العقد الإلكتروني هو عقد مبرم بوسيلة الكترونية:

الخاصية الإلكترونية⁽³⁾ هي أهم الخصائص التي تميز العقد الإلكتروني عن باقي العقود والتي سبق وأن أشرنا إليها، خاصة عقد البيع التقليدي الذي يختلف عنه في استعماله لوسيلة الإلكترونية في إبرام العقد وتنفيذه أو في أحد مراحل العقد.

وشبكة الأنترنت هي واحدة من عدة أنواع من الوسائل الإلكترونية التي يتم التعاقد بها، لكنها هي الغالبة على التعاقد الإلكتروني، فقد سبق الإشارة إلى أن قانون أونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، قد أشار في تعريفه لرسالة البيانات إلى ذكر عدة وسائل وجعلها على سبيل المثال لا الحصر كالبرق أو التلكس أو النسخ البرقي (الفاكس) أو غيرها⁽⁴⁾.

مع هذا تفوقت شبكة الأنترنت على باقي الوسائل الأخرى في التعاقد، وتفوقت خدمة شبكة المواقع WEB، على باقي الخدمات المعروضة عبر شبكة الأنترنت، فأصبحت هي الجزء الرئيسي المكون لها، وهذا راجع لمميزاتها التي تعتمد على أسلوب الوصف والصور الملونة، وعلى طرق البحث السهلة والسريعة التي تقوم على مجرد الإشارة إلى الموقع المراد الدخول إليه⁽⁵⁾.

(1) د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص31.

(2) أذكر هنا أن المقصود بالعقد الإلكتروني في هذا البحث هو فقط عقد البيع المبرم عن طريق الأنترنت.

(3) «إلكتروني» هو ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة وذو قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو لاسلكية أو بصرية أو كهرومغناطيسية أو مؤتمتة أو ضوئية أو ما شابه ذلك» المادة الثانية من قانون 2002/2 المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، المرجع السابق.

أو هو «تقنية استخدام وسائل كهروإتية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترونمغناطيسية أو أي وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها» المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الإردني رقم 85/2001، المرجع السابق.

(4) ينظر المادة الثانية من قانون 162/51 الخاص بالتجارة الإلكترونية

(5) أ/ بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص75.



وأشير هنا إلى أنه يتم استخدام عدة وسائل إلكترونية في التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت أهمها:

أولاً: جهاز الكمبيوتر:

وهو أوسع الأجهزة انتشاراً واستخداماً في التعاقد عبر الأنترنت وجهاز الكمبيوتر هو «جهاز إلكتروني يستطيع أن يقوم بأداء العمليات الحسابية والمنطقية طبقاً للتعليمات المعطاة بسرعة ودقة كبيرتين وله القدرة على التعامل مع عدد هائل من البيانات وكذلك تخزينها واستخراجها عند الحاجة إليها».

وجهاز الكمبيوتر سواء كان الثابت أو المحمول، فكلاهما يستخدمان في عملية الاتصال بالأنترنت، وسواء أيضاً باستعمال خطوط الهاتف التقليدي، أو الشبكات المحلية اللاسلكية⁽¹⁾.

ثانياً: التجهيزات الذكية: Intelligent Equipments

وهي عبارة عن أجهزة تحتوي على رقائق تمكن من عملية الدخول إلى الأنترنت، وتبادل عمليات الاتصال وإرسال واستقبال الإشارات، وتنتشر بشكل واسع في الأجهزة المنزلية كالثلاجات الذكية، إذ تستطيع هذه الأخيرة أن تقوم بإصدار أمر شراء المستلزمات الغذائية إلكترونياً، عندما ينقص عددها أو وزنها بداخلها، بإرسال أمر الشراء إلكترونياً إلى أحد المتاجر الافتراضية المتواجدة عبر شبكة الأنترنت، فتتم العملية دون تدخل بشري، وهذا ما يطلق عليه إسم المعاملات الإلكترونية المؤتمتة.

ثالثاً: الهاتف المحمول:

ويسمى كذلك الهاتف النقال أو الهاتف الخليوي⁽²⁾، الذي بإمكانه الدخول إلى شبكة الأنترنت وتسمى هذه الخدمة بخدمة (wap)، حيث تمكن من إبرام العقود والتجارة الإلكترونية الخلية بصفة عامة، ويرمز لها ب(M-commerce)⁽³⁾

⁽¹⁾ د/شامل زكريا (التجوال اللاسلكي في الأنترنت)، مقال منشور في مجلة العربي، وزارة الإعلام، الكويت، العدد 550، لسنة 2004، ص156 وما بعدها.

⁽²⁾ للإطلاع على نشأة الهاتف النقال ينظر د/حسن عماد مكايي، (تكنولوجيا الاتصال الحديثة في عصر المعلومات)، الدار المصرية اللبنانية، ط 2003، ص222 وما بعدها.

⁽³⁾ آ/يونس عرب (البنوك والتجارة والمعطيات الخلية، ثورة جديدة تبتأ بانطلاق عصر ما بعد المعلومات)

ولا من الإشارة إلى حلول وسائل الدفع الإلكتروني في العقد الإلكتروني محل الوسائل التقليدية، ذلك أنه مع تطور التكنولوجيا وازدياد التعامل بأسلوب التجارة الإلكترونية ظهرت تلك الوسائل كأسلوب حديث لدفع الثمن.

ومن هذه الوسائل الإلكترونية البطاقات المصرفية الإلكترونية والأوراق التجارية الإلكترونية والنقود الإلكترونية بنوعيتها النقود الرقمية والمحفظة الإلكترونية، إضافة إلى الوسائط الإلكترونية الجديدة مثل عمليات التحويل الإلكتروني للأموال والوسيط الإلكتروني.

الفرع الثاني: العقد الإلكتروني هو عقد مبرم عن بعد:

من خصائص العقد الإلكتروني، كذلك أنه من العقود المبرمة عن بعد، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

ويقصد بالعقد المبرم عن بعد في القانون الفرنسي « العقد الذي يبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن متباعدة، وهذا باستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد»⁽¹⁾ فالسمة الأساسية لهذا العقد تتمثل في:

- **أولا:** عدم الحضور المادي المتعاصر لإطرافه، في لحظة تبادل الرضا بينهم، فهو عقد مبرم بين طرفين لا يتواجدان وجها لوجه، في لحظة التقاء أرائديهما.

- **ثانيا:** إن إبرام هذا العقد يتم عبر وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد، بما فيها الانترنت.

واعتبار العقد الإلكتروني من العقود المبرمة عن بعد، يتطلب أن يتمتع ببعض القواعد الخاصة، التي لا نجد لها مثيلا في العقود المبرمة بالطرق التقليدية، وإن كانت هذه الأخيرة تسمح بضمان بعض المسائل القانونية وأهمها:

1- باستطاعة كل من الطرفين التحقق من أهلية الآخر وصفته في التعاقد، والتحقق من مكان إبرام العقد.

2- التحقق من تلاقي الإرادتين، إذا تم ذلك بشكل متعاصر بحيث يتم صدور الإيجاب من أحدهما، فيتعبه القبول من الطرف الآخر.

3- الإعداد المسبق لأدلة الاثبات مع التحقق من تاريخ التصرفات والمستندات المقدمة.

4- توقيع المتعاقدين⁽²⁾

⁽¹⁾ L'article L121-16 du code de la consommation.

⁽²⁾ أ/أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص41.



والعقد المبرم عبر الأنترنت يمتاز بصفة التفاعلية ما بين أطرافه وإن لم يكونوا حاضرين في مجلس عقد فعلي، إلا أنه يعتبر مجلس عقد حكمي افتراضي، ما دام أن هناك حضور مادي متعاصر لطرفي العقد وهذا ما يميزه عن بقية العقود المبرمة عن بعد.

الفرع الثالث: العقد الإلكتروني ذو طابع دولي وتجاري:

يتميز عقد البيع الإلكتروني غالبا بالطابع الدولي، حيث تبرم أغلب العقود بين أشخاص ينتمون إلى دول مختلفة مما يثير التساؤل حول القانون الواجب التطبيق وكذا القضاء المختص.

ولتحديد متى تكون الصفة الدولية للعقد قائمة نحتاج لتطبيق إحدى المعيارين الشخصي والموضوعي، فالأول به يعتبر العقد دوليا في حالة اختلاف جنسية المتعاقدين أو اختلاف مركز أعمالهم أو محل إقامتهم، وبه يعدّ البيع دوليا ولو كان كل من البائع والمشتري من جنسية واحدة.

أما المعيار الموضوعي فيقتضي توفر إحدى ثلاثة مسائل وهي صدور الإيجاب والقبول في دولتين مختلفتين أو وقوع البيع على سلعة تحتاج للنقل من دولة إلى أخرى، أو تسليمها في دولة غير التي صدر فيها الإيجاب أو القبول.

لكن لا بد من التذكير أنه ليس دائما يقع العقد بين طرفين مختلفي الجنسية أو مختلفي مراكز العمل أو يقيمان أو يصدر الإيجاب والقبول من دولتين مختلفتين، أو أن يكون محل العقد بحاجة للنقل عبر الحدود، فقد يتعاقد طرفان محليان عبر الأنترنت، وتكون كل عناصر العقد السالفة الذكر وطنية، إلا أن وسيلة التعاقد هي شبكة الأنترنت.

إضافة إلى اعتبار العقد الإلكتروني من أهم وسائل التجارة الإلكترونية، حتى أطلق مصطلح (التجارة الإلكترونية) على تلك المعاملات والعلاقات التي تتم بين المتعاملين، من خلال استخدام أجهزة ووسائل الكترونية .

والتجارة الإلكترونية هي ممارسة تلك الأعمال بواسطة وسائل إلكترونية، ومن هنا يمكن القول أن عقود التجارة الإلكترونية، لا تختلف عن التجارة التقليدية من حيث مضمونها ومحترفيها، أما وجهة الخصوصية فتتمثل في وسائل مباشرتها ووسائل تنفيذها وهي وسائل إلكترونية، ومع هذا تصنف العقود الإلكترونية ضمن عقود التجارية لأن العقود التي ينظمها القانون المدني هي نفسها العقود التجارية، بشرط أن لا يكون محلها عملا تجاريا أو يبرمها تاجر وتعلق بشؤون تجارته⁽¹⁾

(1) /i بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص74.

وإذا بحثنا في أنواع عقود التجارة الإلكترونية نجد أن منها العقود التي تبرم بين المحترفين في التجارة، فهي عقود ذات صفة تجارية إذا كان الغرض منها إشباع حاجات مهنية، وأخرى عقود تتم بين المستهلكين عبر الشبكة يرمز لها (C2C)⁽¹⁾، فهي عقود ذات صفة مدنية لأنها بعيدة عن النشاط التجاري وتهدف لإشباع الحاجات الشخصية من السلع والخدمات المختلفة، وأخرى تتم بين مستهلكين ومحترفين فهي عقود مختلطة، حيث يعد العقد تجارياً بالنسبة للمحترف ومدنياً بالنسبة للمستهلك.

المبحث الثاني: إثبات العقد المبرم عبر الأنترنت:

المطلب الأول: الكتابة في الشكل الإلكتروني ودورها في الإثبات (حجية المحرر الإلكتروني):

تعتبر الكتابة من أقوى طرق الإثبات المعروفة، لما تتوفر عليه الكتابة من مزايا، وما توفره للأشخاص من ضمانات⁽²⁾، وبظهور وسائل اتصال حديثة كالفاكس والبريد الإلكتروني أدى إلى ظهور دعائم غير ورقية ذات طابع إلكتروني تستعمل في الكتابة ومن ثم في الإثبات.

وإن كان المرسوم الأوروبي الخاص بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد، في مادته الخامسة، قد فرض على المحترف المقدم لعرضه للمستهلك أن يؤكد بالكتابة المعلومات التي جاءت في عرضه، لأن هذه المعلومات تتميز بخاصية التأقيت (éphémère) وهي سريعة الزوال لا تثبت على شاشة الحاسوب الآلي⁽³⁾.

يستتبط هذا التأكيد الكتابي للمعلومات محل الإيجاب الإلكتروني أيضاً من نص المادة (L121 -27) من قانون الاستهلاك الفرنسي⁽⁴⁾، والتي تحكم البيوع التي تتم في موطن

⁽¹⁾ أي بين المستهلكين (Consumer to Consumer) وهناك التجارة الإلكترونية التي تربط بين الأعمال (Business to Business) وبين رجال الأعمال والمستهلكين (Business to Consumer) لتوضيح أكثر

ينظر: BOCHURBERG(I) op.cit.p12.

⁽²⁾ قال الله تعالى ﴿يَأْتِيهَا الذَّبَرَةُ، أَمْثَلًا إِذَا نَدَّيْنِمُ بَدِينِ إِلَهٍ أَجَلٌ مُسَمًّى فَاسْكُوبُهُ وَيَكْتُبُ بَيْنَكُمْ كَاتِبًا بِالْمَدْلِ﴾ إلى أن قال ﴿وَلَا تَسْمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ﴾ الآية 282 سورة البقرة.

⁽³⁾ La directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, Dir. N°97/7/CE, 20 mai 1997, JOCE, 4 juin 1997, N°2144, p19.

المشار إليه كلاً من: د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 44. ود/ أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 217.

⁽⁴⁾ قانون الإستهلاك الفرنسي رقم 93/949 الصادر في 1993/07/26.



المستهلك، فقد نصت المادة أنه بمجرد اتصال الشركة تلفونيا أو بأية وسيلة تقنية مماثلة يجب عليها أن ترسل إلى المستهلك معلومات عن الإيجاب الخاص بالعقد المراد إبرامه كتابة والوسيلة التقنية تشمل الفاكس والرسالة الإلكترونية.

والكتابة الشائعة في الإثبات رسمية كانت أو عرفية يصطلح على تسميتها بالمحرر أو السند (Ecrit-acte ou Titre)

والمحرر العرفي هو كل محرر تخلف فيه أحد الشروط الضرورية كي يصبح محررا رسمياً، وهذه الشروط نصت عليها المادة 324 من (ق.م.ج.)⁽¹⁾

الفرع الأول: مفهوم الكتابة في شكل الإلكتروني:

لا بد من الإشارة إلى أنّ المفهوم التقليدي للكتابة كان مرتبطاً بشكل وثيق بالدعامة الورقية التي توضع عليه إلى درجة عدم إمكانية الفصل بين الكتابة والورق، وإن كان الأصل جواز تحرير الكتابة على الخشب أو الحجر أو الجلود أو الرمال أو غير ذلك مما كان مستخدماً في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم.

لم يكن القانون يعترف بالكتابة المدونة على دعامة إلكترونية لأنها لا تترك أثراً مادياً مدوناً له نفس الأثر المكتوب على الورق في الإثبات، ثم تغير موقف المشرع فاعترف بالكتابة الإلكترونية كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية أول مرة في المادة 323 مكرر من (ق.م.ج.).

أولاً: تعريف الكتابة الإلكترونية:

يقصد بالكتابة الإلكترونية تلك الحروف أو الأرقام أو الرموز أو أية وسيلة أخرى مشابهة تعطي دلالة قابلة للإدراك، وتستخدم في رسائل البيانات التي ترسل وتستقبل بطريقة إلكترونية أو رقمية في مجال التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت⁽²⁾.

أو هي كل جسم منفصل أو يمكن فصله عن نظام المعالجة الآلية للمعلومات، وقد سجلت عليه معلومات معينة، سواء كان معداً للاستخدام بواسطة نظام المعالجة الآلية

⁽¹⁾ نصت المادة 324 «العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاص»، من هذه المادة نستخرج شروط العقد الرسمي وهي:

صدور العقد الرسمي (أو المحرر) من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، إختصاص هذا الموظف أو الضابط العمومي بهذا العقد، وأن يراعي في توثيق العقد الأشكال والأوضاع التي قررها القانون.

⁽²⁾ / محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص 170.

للمعلومات أم كان مشتقا منه، وتشمل الكتابة الإلكترونية السجل الإلكتروني وهو بيانات إلكترونية، تنشأ بواسطة منظومة بيانات إلكترونية تكون قابلة للاسترجاع أو الحصول عليها في شكل يمكن فهمها، وتستخدم في المعاملات الإلكترونية⁽¹⁾.

وقد سماها المشرع الأردني بالسجل الإلكتروني وهو «القيود أو العقد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية»⁽²⁾.

كما جاء في المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي تعريف له بأنه «سجل أو سند إلكتروني يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجة أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية، على وسيط ملموس أو على أي وسيط إلكتروني آخر، ويكون قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه»⁽³⁾.

أما في التشريع الجزائري فقد نصت المادة 323 مكرر من (ق.م.ج) على تعريف جديد للكتابة بأنها: «ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامة أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا الطرق إرسالها»⁽⁴⁾.

وبالتالي الكتابة في الشكل الإلكتروني⁽⁵⁾ هي ذلك التسلسل في الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامة أو رموز ذات معنى مفهوم والمكتوبة على دعائم إلكترونية، ومهما كانت طرق إرسالها.

⁽¹⁾ د/عبد الرحمان بن عبد الله السند، (حجية الوثيقة الإلكترونية)، مقال منشور في مجلة العدل السعودية، العدد 24 سنة 2007.

⁽²⁾ قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85/2001 المرجع السابق.

⁽³⁾ قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم 2/2002 المرجع السابق.

⁽⁴⁾ استعمل المشرع في تعريف الكتابة عبارة: (مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها) والصحيح هو (مهما كانت الدعامة التي تتضمنها) حسب الترجمة الفرنسية للنص (Quel que soient leur supports).

⁽⁵⁾ سأستعمل في هذه الدراسة مصطلح الكتابة الإلكترونية بدلاً من الكتابة في الشكل الإلكتروني تبسيطاً للعبارة وإن كان المصطلح الأخير هو الصحيح لأن الكتابة لم تغير طبيعتها وإنما غيرت شكلها من ورقي إلى

إلكتروني، وفي هذا الشأن يقول الأستاذ Eric Caprioli :

«Nous préférons également l'expression écrit sous forme électronique à celle d'écrit électronique car ce ne sont que les formes de l'écrit qui changent et non sa nature, s'il peut exister plusieurs formes de preuve littérale, les écrits, à condition qu'ils remplissent les exigences fixées par le législateur sont de même nature et d'une force probante équivalente ». Voir Eric Caprioli «Le juge et la preuve électronique, réflexion sur le projet de loi portant adaptation de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique». www.caprioli-avocats.com

**ثانيا: خصائص التعريف الجديد للكتابة:**

يفهم من عبارة نص المادة 323 مكرر « ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنه »، أن المشرع قد وسع من مفهوم الكتابة للإثبات، فسواء كانت على دعامة ورقية أو إلكترونية أو قرص مضغوط أو على قرص مرن، أو أي دعامة جديدة تظهر في المستقبل⁽¹⁾.

كما إشتراط المشرع أن تكون هذه الكتابة مفهومة (Signification Intelligible)، فتكون هذه الأحرف أو الأرقام أو الأشكال أو الإشارات أو الرموز لها دلالة قابلة للإدراك وللقراءة والفهم⁽²⁾، بحيث أن المحتوى المعلوماتي لهذه الكتابة المعبر عنها في الشكل الإلكتروني إن كان مشفرا، أي لا يمكن إدراك معانيته إلا من قبل الحاسوب فقط، فإن هذه الكتابة لا تصح لتكون دليل إثبات، لأنه لا يمكن للقاضي إدراك محتواها في حالة وجود نزاع⁽³⁾.

الفرع الثاني: القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الإلكتروني (حجية المحرر الإلكتروني):

الفصل بين مضمون الكتابة والشكل الذي ترد فيه يثير مسألة الثقة في هذا النوع من الكتابة، فالكتابة الإلكترونية على خلاف الكتابة التقليدية معرضة للتبديل وللتحوير اللاحق مما يمس قوتها الثبوتية.

⁽¹⁾ وهذا المبدأ الذي أخذ به المشرع الجزائري في عدم التفرقة بين الدعامات الإلكترونية بشتى أنواعها والورقية سماه الفقيه Caprioli

«Principe de neutralité technique et de non discrimination à l'encontre d'un support ou d'un média» وهو نفس المبدأ الذي كرسه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في المادة 9 منه والمادة 1316 - L من (ق.م.ف) الذي تقابلها المادة 323 مكرر من (ق.م.ج) والمادة 7 قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، جاء فيها « يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجا للأثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات »، ينظر كذلك للمادة 12 من قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي.

⁽²⁾ Huet Jérôme « Le code civil et les contrats électroniques » ; journée d'étude à l'université de paris 2 .2004.p5.

⁽³⁾ Eric Caprioli.op.cit.jour 11/12/2005

لهذا نجد أن المادة 323 مكررا 1 من (ق.م.ج) قد ذكرت شرطين ضروريين كي تعطى للمحرر الإلكتروني نفس القوة الثبوتية للمحرر الورقي، أو ما يسمى بمبدأ التعادل الوظيفي⁽¹⁾ بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الدعامة الورقية وهذه الشروط هي إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي صدرت منه هذه الكتابة، وثانياً أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها⁽²⁾.

أولاً: مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة على الورق:

ثار جدل فقهي حول اعتبار الكتابة في صورتها الحديثة في الشكل الإلكتروني معادلة في حجيتها حجية الكتابة الرسمية على الورق، وطرحت المادة L1316 (ق.م.ف) هذا الإشكال أول الأمر في فرنسا.

فهل يمكن إثبات العقود التي يتطلب القانون في إثباتها الكتابة الرسمية بالكتابة في الشكل الإلكتروني؟

انقسم الفقه حول هذه المسألة إلى فريقين، ذهب جانب منه⁽³⁾ في تفسير أحكام هذه المادة في أن نطاقها يتسع ليشمل الكتابة التي تكون في الشكل الرسمي، نظراً لعمومية تعريف الكتابة الواردة في نص المادة L 1316 - (ق.م.ف)، المقابلة لها للمادة 323 مكررا (ق.م.ج)، الموجودة ضمن الباب المخصص بإثبات الالتزام في الفصل الأول الخاص بالإثبات بالكتابة، كما اعترفت المادة 323 مكررا 1 من (ق.م.ج) بالكتابة الإلكترونية في إثبات التصرفات والعقود من جهة، وجعلتها معادلة في حجيتها للكتابة على دعامة ورقية من جهة أخرى، أي لهما نفس الفعالية من حيث الحجية وصحة الإثبات.

⁽¹⁾ مبدأ التعادل الوظيفي (L'équivalent fonctionnel) وهو نفس المبدأ الذي كرسه القانون النموذجي للأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية في المادة 6 منه التي تنص « عندما يشترط أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقاً » ينظر كذلك المادة L 1316 - (ق.م.ف) الذي تقابلها المادة 323 مكررا 1 من (ق.م.ج) والمادة السابعة من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الأردني.

⁽²⁾ نصت 323 مكررا 1 من (ق.م.ج) « يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها »

⁽³⁾ Huet Jérôme. Op.cit. p6



بينما ذهب الفريق الثاني⁽¹⁾ للقول بأن هذا التدخل التشريعي يجب أن يحصر مجال إعماله في العقود العرفية⁽²⁾، وبالتالي فإن الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني لا يمكن لها أن تكون إلا عرفية، لأن المشرع أراد حماية رضا المتعاقدين لما اشترط إثبات بعض العقود بالكتابة الرسمية التي يشترط لصحتها حضور الضابط العمومي وتوقيعه، وهذا الأخير هو الذي يمنحها رسميتها، والذي لا يمكن حضوره إذا ما تعلق الأمر بالكتابة الإلكترونية.

يدعم هذا الرأي الثاني في الجزائر وجود المادة 324(ق.م.ج) التي تشترط حضور الضابط العمومي والحضور المادي لإطراف العقد أمامه لصحته⁽³⁾ وبالتالي فإن الكتابة الإلكترونية لا يمكن إلا أن تكون عرفية لعدم حضور ضابط عمومي فيها، وما يدعم هذا الطرح أيضا أن المشرع نص على التوقيع الإلكتروني الذي هو مرادف للكتابة الإلكترونية حين تعريفه للعقد العرفي في المادة 327(ق.م.ج)⁽⁴⁾

لذلك فإن الأحكام المتعلقة بالكتابة العرفية هي التي تطبق على الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني، لذا يمكن إثبات العقود والتصرفات القانونية التي تفوق قيمتها مائة ألف دينار بالكتابة المبرمة في الشكل الإلكتروني، تطبيقا لنص المادة 333 (ق.م.ج) من جهة، ولا يمكن معارضة الكتابة في الشكل الإلكتروني بشهادة الشهود من جهة أخرى، غير أن اليمين الحاسمة قد تقوض الدليل الثابت الإلكتروني في الشكل العرفي.

ثانيا: شروط قبول الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات:

بما أن طبيعة المعاملات التي تبرم عبر الأنترنت ذات خاصية إلكترونية، وتتم في محيط يصعب فيه التعرف على هوية أطراف العلاقة العقدية، كونه محيط افتراضي وليس محسوس، مع احتمال تعرض الكتابة الإلكترونية التي تثبت العقد للتغيير من دون أن يترك هذا التغيير أثرا ملموسا.

(1) Eric Caprioli.op.cit.

(2) نص المشرع الفرنسي في المادتين 1325.1326 على ثلاثة شروط لا بد من توفرها لصحة الورقة العرفية، ففي العقود الملزمة لطرفين لا بد من تعدد نسخها بقدر تعدد أطراف العقد ذوي المصالح المستقلة، أما بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد لا بد أن يكتب مقدار الإلتزام بالحروف بالأرقام وأخيرا شرط التوقيع

(3) نصت المادة 324(ق.م.ج) «العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ماتم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه»

(4) أما في فرنسا فقد حسم في هذه الإشكالية بصدور المرسومين اللذين يسمحان بإبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية في الشكل الإلكتروني.

Décret N°2005-972modifiant le décret N°56-222 relatifs au statut des huissiers de justice

Décret N°2005-973modifiant le décret N°71-941 relatifs aux actes établis par les notaires.

لهذا فقد وضع المشرع لقبول الكتابة الإلكترونية للإثبات شرطين، وهما: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، هذا ما أكدته التشريعات التي اعترفت صراحة بالإثبات بالكتابة الإلكترونية، فقد نص قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على ذلك «يستمد السجل الإلكتروني أثره القانوني ويكون له صفة النسخة الأصلية إذا توافرت فيه مجتمعة الشروط التالية:

- 1- أن تكون المعلومات الواردة في ذلك السجل قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها بحيث يمكن في أي وقت الرجوع إليها.
- 2- إمكانية الاحتفاظ بالسجل الإلكتروني بالشكل الذي تم به إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيه عند إنشائه أو إرساله أو تسلمه
- 3- دلالة المعلومات الواردة في السجل على من ينشأه أو يتسلمه وتاريخ ووقت إرساله وتسلمه.....»⁽¹⁾.

البند الأول إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها:

إمكانية تأكد المتعاقد من هوية الطرف الآخر وتوثقه من أن الشخص الذي يخاطبه هو فعلا ذلك الذي قدم له اسمه وعنوان بريده الإلكتروني، وغير ذلك من المعلومات، هو أمر صعب في بيئة إلكترونية.

وربما تمتد هذه الصعوبة في حالة وجود نزاع حول حجية العقد الإلكتروني، فما الذي يضمن للقاضي أن الوثيقة الإلكترونية المقدمة له كدليل إثبات صادرة أو متعلقة بذلك الشخص؟ هناك عدة وسائل أوجدها التقنيون لحل هذه المشكلة، منها استعمال تعريف الشخصية عبر كلمة السر، وكذا وسائل التشفير أو ما يعرف بوسيلة المفتاح العام والمفتاح الخاص أو رمز التعريف⁽²⁾، أو وسائل التعريف البيولوجية للمستخدم كبصمات الأصابع المنقولة رقمياً أو تناظريا أو حدقة العين أو سمات الصوت.

⁽¹⁾ المادة 8 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المقابلة لها المادة 8 أيضا من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، المرجع السابق.

⁽²⁾ المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، المرجع نفسه.



هذه الوسائل وإن كانت فيها ثغرات أمنية وغير كافية إلا أنها تساعد على ضمان إثبات هوية الشخص الذي أصدر الوثيقة الإلكترونية من جهة، وتأكيد الإتصال من جهة أخرى⁽¹⁾.

وهذا ما استدعى اللجوء إلى فكرة الشخص الوسيط في العلاقة العقدية أو ما يسمى (السلطات الموثوقة)⁽²⁾ وهي عبارة عن أشخاص وشركات ناشطة في ميدان الخدمات التقنية تقدم شهادات تضمن تأكيداً من شخصية المخاطب، وتتضمن تأكيداً بأن الطلب أو الجواب قد صدر من الموقع المعين وتحدد تاريخ صدور الطلب أو الجواب، وتستعمل تقنيات التعرف على الشخص بدءاً بكلمة السر وانتهاء بتقنيات التشفير، وقد سماها قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي ب(مزود خدمات التصديق)، فقد تكون أي شخص أو جهة معتمدة أو معترف بها تقوم بإصدار شهادات تصديق إلكترونية أو أية خدمات أو مهمات متعلقة بها وبالتواقيع الإلكترونية⁽³⁾، وبعد أن تقوم بالتحقق من إجراءات التوثيق، تسلم شهادة التوثيق وهي «الشهادة التي تصدر عن جهة مختصة مرخصة أو معتمدة لإثبات نسبة توقيع إلكتروني إلى شخص معين إستناداً إلى إجراءات توثيق معتمدة»⁽⁴⁾

وقد أخذت معظم التشريعات التي اعترفت بحجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات بهذه الوسيلة للتأكد من هوية الشخص الذي صدر منه الإيجاب أو القبول، ومنها القانون الفرنسي الذي أنشأ ما يسمى بهيئة خدمات التصديق (Prestataire de service de certification)، وكذلك

⁽¹⁾ رغم ما يمكن أن يعتري ذلك من نقائص، فإذا تمكن الشخص من سرقة المفتاح السري الخاص بشخص آخر فإنه يستطيع سرقة هويته فينتحل شخصيته في إبرام العقود، فتكون الكتابة أو الوثيقة الإلكترونية المحتج بها أمام القضاء صادرة باسم صاحب المفتاح، ولذلك يرى الأستاذ Caprioli بأن مصطلح (Identification de la personne dont l'écrit émane) الوارد في المادة 1316 - 2 من (ق.م.ف) المقابلة للمادة 323 مكرراً من (ق.م.ج) يقصد بها في الحقيقة (L'imputabilité à l'auteur). لمزيد من التفصيل ينظر: Eric Caprioli, Op cit

⁽²⁾ Autorité de certification ou Prestataire de service de certification électronique

⁽³⁾ المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، كما نص هذا القانون على الأحكام المتصلة بالشهادة وخدمات التصديق في الفصل الخامس منه بدءاً من المادة 23 إلى 26 وفي القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية في الباب الرابع منه بدءاً بالمادة 11 منه

⁽⁴⁾ المادة الثانية من قانون المعاملات الأردني، كما عرفها قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي في المادة الثانية بأنها «شهادة يصدرها مزود خدمات التصديق يفيد فيها تأكيد هوية الشخص أو الجهة الحائزة على أداة توقيع معينة»

القانون الأردني الذي أنشأ سلطات التوثيق⁽¹⁾، والقانون التونسي سماها الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية⁽²⁾.

أما في الجزائر فقد سماها بخدمة التصديق والقائم عليها يسمى بمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني وقد عرفه المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 162/07 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية في مادته الثالثة بأنه كل شخص في مفهوم المادة 8/8 من قانون رقم 03/2000 والذي يسلم شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني⁽³⁾، والشهادة الإلكترونية هي وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني والموقع⁽⁴⁾.

كما أعطى المشرع الجزائري نفس القيمة للشهادات التي يسلمها مؤدي خدمات تصديق إلكتروني مقيم في بلد أجنبي بشرط أن يكون هذا الأخير يتصرف في إطار إتفاقية للاعتراف المتبادل تبرمها سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية الجزائرية.

كما أن هناك من الفقهاء من يقترح إنشاء خدمة الأرشيف (Service d'archivage)، وهي جهات ثالثة تضمن سلامة الوثائق الإلكترونية، لأن تخزين المعلومات في الكمبيوتر الخاص بأحد المتعاقدين يمكن أن يعرضها للتبديل أو التحريف، كون هذا الجهاز يخضع لإرادة وإشراف وتوجيهات مستعمليه، وإذا كان هذا الكمبيوتر يؤدي مهمته تنفيذاً للتعليمات الشخص الذي يخزنها فإن هذه المعلومات التي سوف تقدم كدليل إثبات يمكن أن تكون من صنع هذا المستعمل، فهي إذن صادرة عنه ولا يجوز له أن يحتج بها كدليل إثبات، تطبيقاً لمبدأ

⁽¹⁾ نصت المادة 34 من القانون الأردني على أن « شهادة التوثيق التي تبين رمز التعريف، لا تكون معتمدة إلا في الحالات التالية: صادرة عن جهة مرخصة أو معتمدة، أو صادرة عن جهة مرخصة من سلطة مختصة في دولة أخرى ومعترف بها، صادرة عن دائرة حكومية أو مؤسسة أو هيئة مفوضة قانوناً، صادرة عن جهة وافق أطراف المعاملة على اعتمادها ».

⁽²⁾ المادة 08 وما بعدها من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83/2000 المؤرخ في 2000/8/9.

Décret N°2001-272du30Mars2001pris pour l'application de l'article 1316-4-du code civil français et relatif à la signature électronique, JO N°77du31/2001page2070 www.journalOfficiel.gouv.fr

⁽³⁾ نصت المادة 8/8 من قانون 03/2000 المؤرخ في 05 أوت 2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية على تعريف موفر الخدمات بأنه كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمات مستعملاً وسائل المواصلات السلكية واللاسلكية) ج ر رقم 48

⁽⁴⁾ المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 162/07 المرجع السابق.



عدم جواز إصطناع الشخص دليلا لنفسه ومن هنا تظهر القيمة القانونية لوجود الوسيط لحفظ هذه الوثائق⁽¹⁾.

البند الثاني: أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها:

الإفرازات التقنية المستحدثة في كلّ حين، تجعل من الصعب ضمان وجود وسائط إلكترونية لازمة لقراءة الكتابة الإلكترونية الموضوعية على دعوات قديمة، أو لم يعد من الإمكان استعمالها⁽²⁾، حتى ولو حفظت في ظروف ملائمة وهنا يكمن الاختلاف بين الدعامة المادية الورقية والدعامة الإلكترونية غير الملموسة.

لهذا يشترط أن يمتاز الحامل الإلكتروني الذي تحفظ عليه الوثيقة الإلكترونية، بخاصية إمكانية الإطلاع على الوثيقة الإلكترونية طيلة مدة صلاحيتها وذلك أن هذه الوثيقة كالوثيقة المكتوبة تماما لها فترة صلاحية، وإذا ما إنتهت هذه الصلاحية يكون من المتعذر استرجاع البيانات المدونة بها والاستفادة منها، وهذا ما يقتضي أن يكون للحامل صفة القابلية للاستمرار⁽³⁾

وهذا نظرا لتعرض الدعوات الإلكترونية التي تحمل الكتابة للتلف والضياع، مثل الدعامة الورقية، لذلك أوجب المشرع ضرورة حفظ الوثيقة الإلكترونية من أجل الحفاظ على حقوق الأفراد الذين يتعاملون بها.

⁽¹⁾ أكد القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية أونيسترال في مادته 03 إمكانية اللجوء إلى المختص كوسيلة لإضفاء الجدية على الوثيقة الإلكترونية، إلا أنه أشار إلى بعض الشروط التي يجب توافرها عند حفظ الوثيقة الإلكترونية وهي: - تيسر الإطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح الرجوع إليها لاحقا. - الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به. - الاحتفاظ بالمعلومات إن وجدت، التي تمكن من إستبانة الرسالة ووجهة وصولها وتاريخ ووقت استلامها ووصولها.

⁽²⁾ مثال ذلك التجديد المستمر لبرامج الكتابة معلوماتية مثل برنامج (word97, 98, 2003)، وكذلك برنامج

(Adobe Reader PDF)

⁽³⁾ لذلك فقد إستثنى التوجيه الأوروبي رقم 97- 07 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد مواقع الأنترنت من الدعومات القابلة للاستمرار كونها دعامة تقتصر إلى هذه الخاصية، ماعدا تلك التي تستجيب للمعايير المبينة بشأن تعريف الدعامة التي لها قابلية الاستمرار وهو التعريف الذي جاءت به المادة 02 من هذا التوجيه « كل أداة تسمح للمستهلك بتخزين المعلومات التي توجه إليه شخصيا على نحو يمكن معه الرجوع إليها بسهولة مستقبلا خلال فترة زمنية تتلاءم مع الأغراض التي من أجلها تم توجيه أداة تسمح للمستهلك بتخزين المعلومات، وتسمح بإعادة نسخ هذه المعلومات نسخة مطابقة لتلك التي تم تخزينها ».

ويمكن حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني يسمى الوسيط، وهو وسيلة قابلة للتخزين وحفظ واسترجاع المعلومات بطريقة إلكترونية مثل ذاكرة الحاسوب في أسطواناته الصلبة (Disques durs) أو في قرص مدمج (CD-ROM) أو قرص مرن أو قرص فيديو رقمي (DVD) أو على الموقع في شبكة الأنترنت، أو أي حامل إلكتروني تتم صناعته في المستقبل.

كذلك أن يتم حفظ المعلومات المتعلقة بالجهة التي صدرت عنها الوثيقة الإلكترونية سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً، وكذلك الجهة المرسله إليها، كما يجب حفظ الوثيقة الإلكترونية في شكلها النهائي طوال مدة صلاحيتها، بحيث يمكن الرجوع دائماً لهذا الشكل النهائي عند الحاجة إليها، وأخيراً حفظ المعلومات المتعلقة بتاريخ ومكان إرسال الوثيقة واستقبالها، وذلك لأن هذه المعلومات ترتب آثاراً قانونية في حق طرفي الوثيقة متى تعلقت بعقد إلكتروني، إذ يمكن عن طريق هذه البيانات تحديد مكان وزمان انعقاد العقد، وما إذا كان طرفاً العقد قد جمعهما مجلس عقد واحد أم لا.

وأضاف كل من المشرع الإماراتي والأردني والمشرع التونسي⁽¹⁾ التزاماً على المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في ذات الشكل الذي أرسلها به، حتى تكون حجة عليه متى تعلق حق للغير بهذه الوثيقة، فإذا ادعى خلاف ذلك، كانت الصورة المسلمة إليه، حجة عليه وحجة للطرف الآخر الذي يتمسك ضده بهذه الوثيقة الإلكترونية⁽²⁾، إضافة إلى ذلك وجب عليه أن يقدم نسخة خطية للمرسل إليه، أو أن يضمن قدرة المرسل إليه على طباعة تلك المعلومات وتخزينها⁽³⁾.

ثالثاً: التنازع بين الكتابة الإلكترونية والكتابة على الورق في الإثبات:

لم يكن يعترف القانون المدني قبل صدور الأمر 10/05 الذي أقر بحجية الكتابة الإلكترونية في إثبات العقود والتصرفات القانونية بالكتابة على دعامة إلكترونية، ولم تطرح مسألة تنازع أدلة الإثبات المكتوبة على الورق وعلى دعامات إلكترونية، وبالتالي لم يكن من الممكن تصور حدوث تنازع بين أدلة الإثبات الكتابية فيما بينها، فكل منها قوتها الثبوتية ودرجتها المحددة قانوناً، فالمحررات الرسمية الأقوى ثم الكتابة العرفية المعدة للإثبات فالمحررات العرفية غير المعدة للإثبات.

⁽¹⁾ المادة الثامنة من القانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، المادة 8 و11 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المادة 4 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

⁽²⁾ د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق ص 149.

⁽³⁾ المادة 9 و11 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.



إلا أنه بظهور الكتابة الإلكترونية التي تختلف في طبيعتها عن الكتابة الورقية وتوازيها معها في نفس الوقت في قوتها الثبوتية، أصبح من الممكن حدوث التنازع فيما بينهما، فلو وقع نزاع حول تنفيذ عقد ما وكان مبرما بطريقة إلكترونية إلا أنه كتب على دعامتين ورقية وإلكترونية مع إختلاف فيما بينهما، وتمسك كل طرف بأحد الوثيقتين المعدة للإثبات، فأى الدليلين يرجح القاضي؟

لم يفصل المشرع في مسألة تنازع أدلة الإثبات في التعديل الأخير للقانون المدني عندما أدخل الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، وهذا عكس القانون الفرنسي الذي عالج هذه النقطة بمناسبة تعديله للقانون المدني بموجب القانون 230 - 200 المؤرخ في 13/03/2000 المتعلق باصلاح قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الإلكتروني، وتحديدًا في المادة 1316-2 التي جاء فيها «عندما لا ينص القانون على قواعد مخالفة أو عندما لا يكون هناك اتفاق متكافئ في إثبات الالتزامات والحقوق بين الأطراف يثبت القاضي في النزاعات القائمة حول الإثبات بالكتابة عبر تحديد الأكثر مصداقية، أيًا كانت دعامته، وذلك عن طريق استخدام كافة الطرق المتوفرة لديه»⁽¹⁾.

فقد أعطت هذه المادة للقاضي صلاحية البث في النزاعات القائمة حول وسائل الإثبات وتحديد الدعامة الأكثر مصداقية، و له كذلك سلطة تقديرية واسعة في عملية التحديد فهو الذي يرجح وسيلة إثبات دون أخرى، بغض النظر إن كانت الدعامة ورقية أو إلكترونية⁽²⁾، مع إمكانية وضع اتفاق بين المتعاقدين يخالف قواعد الإثبات الموجهة للقاضي⁽³⁾.

الأمر نفسه نصت عليه القوانين العربية المقارنة، ففي القانون الإماراتي والأردني نجد أن السجل الإلكتروني له نفس الأثر القانوني الذي يعطى للنسخة الأصلية، إذا توفر على جميع الشروط القانونية المنصوص عليها⁽⁴⁾، ما لم يوجد نص قانوني صريح يمنع ذلك.

(1) L'article 1316-2 « lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuves littérales en déterminant par tous les moyens le titre le plus vraisemblable quel qu'en soit le support ». www.journal-officiel.gouv.fr

(2) Eric Caprioli, Op cit.

(3) د/ ثروت عبد الحميد « مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات على ضوء القواعد التقليدية للإثبات »، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين التشريعة والقانون من 10 إلى 12/5/2003 بكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، جزء أول، ص 403

(4) فيما يخص شروط السجل الإلكتروني ينظر المادة 8 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني السالفة الذكر، والمادة 11 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، السالف الذكر، ويكون السجل موثقًا من تاريخ التحقق منه من طرف أطراف العقد أو المحكمة في حالة وجود نزاع كما نصت المادة 30 من القانون الأردني والمادة 19 من القانون الإماراتي على إجراءات التوثيق.

هذه الأحكام التي نصّ عليها القانون الفرنسي والقوانين العربية يمكن الاستعانة بها في الجزائر لأنها لا تخرج عن القواعد العامة المتعلقة بالإثبات، فالقاضي الجزائري في غياب النص الذي يفصل في تنازع أدلة الإثبات بإمكانه استعمال سلطته التقديرية لترجيح أحد الأدلة على غيرها، كما في حالة ما إذا عرض عليه محرران عرفيان ورقيان، إلا إذا اتفق طرفا العقد على ترجيح إحدى الوثائق على الأخرى، كأن يتفقا على ترجيح وثيقة إلكترونية على الوثيقة الورقية، وهذا الاتفاق جائز لأن قواعد الإثبات الموضوعية ليست من النظام العام، وإن كان هناك إتجاه فقهي يرى عكس ذلك، إلا أنه لا بد من التفرقة بين قواعد الإثبات الموضوعية والإجراءات الخاصة بالإثبات.

فيجوز الإتفاق حول الأولى، باعتبارها حقوق ترجع إلى الخصوم وأن من حقهم التنازل عنها، ويمنع الاتفاق حول الثانية لأنها تصنف ضمن قواعد النظام العام⁽¹⁾ ولذلك يمنع الإتفاق على تحديد إجراءات وشروط قواعد الإثبات والشكليات المقررة في ذلك، وقيمة تلك القواعد والحجج التي ينبغي أن تعطى لها⁽²⁾.

المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني:

حتى يكون المستند دليلاً كافياً على الإثبات لا بد أن يشتمل على توقيع ممن صدر منه، كي ينسب ما كتب في المستند إلى الموقع⁽³⁾، فالتوقيع عبارة عن التعبير عن قبول ما كتب على الدعامة، ورقية كانت أو إلكترونية.

⁽¹⁾ قررت محكمة النقض الفرنسية بأن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام ما دام أنها متعلقة بالمصالح الخاصة للأفراد وهذا إن القواعد القانونية المتعلقة بالدعوى قد ورد النص عليها في المادتين 1134 و1341 من القانون المدني، وهما تميزان للأفراد الاتفاق على مخالفة حكمهما، إذا هما تعلقاً بقواعد مكملة، وليست أمرة، يجوز الإتفاق على مخالفة حكمهما، ومن ثم فإن الإتفاق على قواعد الإثبات جائز ومشروع»

Civ. 3ème, 16/12/1977 ; Bull. civ. III. N°993. P300 **نقلا عن** د/بودالي محمد، المرجع السابق، ص62.

⁽²⁾ د/عبد الرزاق السنهوري، (الوسيط الإثبات آثار الإلتزام)، منشورات الحلبي، لبنان 1998، ص94/أ يحيى بكوش، (أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي)، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، ص 52 وما يليها.

⁽³⁾ يعدّ أول ظهور للتوقيع في المحررات الرسمية في الإسلام في السنة السادسة للهجرة النبوية، حين خاطب رسول الله صلى الله عليه وسلم ملوك الدول المجاورة برسائل موقع عليها بختمه الشريف.

يعتبر التوقيع بالختم في الشريعة الإسلامية جائز ينظر محمد بن عرفة الدسوقي، (حاشية الدسوقي على الشرح

الكبير)، دار الفكر، لبنان ج4، ص160



ويتمثل التوقيع في علامة شخصية خاصة ومميزة يضعها الشخص باسمه، أو بأي وسيلة أخرى على مستند لإقراره والالتزام بمضمونه⁽¹⁾.

وبحسب للمادة 1/327 من (ق.م.ج)، فإن التوقيع يقتصر على الإمضاء، وهو الكتابة المخطوطة بيد من تصدر منه، ويشمل الإسم كاملاً أو مختصراً، كما يشمل كل إشارة أو اصطلاح خطي يختاره الشخص لنفسه بمحض إرادته للتعبير عن صدور المحرر منه، والموافقة على ما ورد فيه ثم الإلتزام به⁽²⁾.

وقد اعترف المشرع الجزائري في المادة 2/327 من (ق.م.ج)، صراحة بالتوقيع الإلكتروني إستكمالا لاعتراضه بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني، وذلك تماشياً مع التطورات الحاصلة في مجال التعاقد، حيث أصبح التوقيع الكتابي التقليدي غير ملائم للإثبات بعد أن صار التعبير عن الإلتزام العقدي يتم عن طريق إدخال أرقام أو كلمة سر أو شفرة معينة في جهاز الحاسوب الآلي.

الفرع الأول: تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني:

مفهوم التوقيع الإلكتروني قد تطور من مجرد إمضاء كتابي أو التوقيع بصمة الأصابع أو الختم، إلى ما هو حديث ويتماشى مع التطور الهائل للتكنولوجيا الحديثة⁽³⁾

أولاً: تعريف التوقيع الإلكتروني:

اختلفت التعاريف القانونية التي أعطيت للتوقيع الإلكتروني، حيث ركز بعضها في التعريف على ذكر الوسائل التي تستخدم فيه، وبعضها الآخر بالأدوار التي يقوم بها التوقيع، ومنها من جمع بين الوظائف والوسائل في نفس الوقت.

فقد عرفت لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة التوقيع الإلكتروني في المادة الثانية من القانون نموذجي للتوقيعات الإلكترونية « توقيع إلكتروني يعني بيانات في شكل

(1) آ/ يحيى بكوش، المرجع السابق، ص 56.

(2) نصت المادة 327 من (ق.م.ج) على أنه: « يعتبر العقد العربي صادراً ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق. ويعتمد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرراً أعلاه ».

(3) Nataf(Ph) et Lighburn(J) « La loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information » JCP ; Entreprise et affaires , n°21-22.2000, p836.

لإلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات»⁽¹⁾ كما نصت التعليمات الأوروبية المؤرخة في 1999/12/13 في المادة 2 منه تعريفاً للتوقيع الإلكتروني بأنه عبارة عن «معلومات أو معطيات في شكل إلكتروني، ترتبط منطقياً بمعطيات إلكترونية أخرى وتستخدم كوسيلة لإقرارها»⁽²⁾

كما عرفه مجلس الدولة الفرنسي في تقريره «التوقيع يعرف بالموقع ويظهر رضاه وقبوله لمحتوى العقد الموقع وللالتزامات الناتجة عنه» وفي القانون الفرنسي فقد نصت عليه المادة 1316-4 (ق.م.ف) بأنه «التوقيع الضروري لإكمال التصرف القانوني، والتعريف بهوية صاحبه، والمعبر عن رضا الأطراف بالتزامات الناشئة عنه»⁽³⁾

يوصف هذا التعريف بأنه تعريف جامع لكل أصناف التوقيعات، سواء كان توقيعاً خطياً أو الكترونياً أو أي شكل آخر محتمل ظهوره في المستقبل.

وفي التشريعات العربية، نصّ القانون الإماراتي في المادة الثانية منه على تعريف التوقيع الإلكتروني «توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقياً برسالة إلكترونية وممهورة بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة»⁽⁴⁾

وعرفه قانون المعاملات الإلكترونية الأردني «البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغض الموافقة على مضمونه»⁽⁵⁾

⁽¹⁾ قانون أونسيترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، المنعقدة في دورتها الرابعة والثلاثون في فيينا، من 25 جوان إلى 13 جويلية 2001، المكون من 13 مادة.

⁽²⁾ «une donnée sous forme électronique qui jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui serre de méthode d'authentification»..ص 55. نفس المرجع السابق، محمد، د/بودالي محمد، **ينظر:**

⁽³⁾ L'article 1316-4 « la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifié celui qui l'oppose, elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui en découlent de cet acte » www.journal-officiel.gouv.fr

أو ينظر: د/بودالي محمد، (التوقيع الإلكتروني)، مجلة الإدارة، العدد رقم 2، لسنة 2003، ص 55

⁽⁴⁾ قانون رقم 2/2002 للمعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي والمرجع السابق.

⁽⁵⁾ قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85، المرجع السابق.



نستنتج من خلال هذا التعاريف المنصوص عليها في القوانين المقارنة، أن التوقيع الإلكتروني إما تم تعريفه بالوسائل التي تستخدم فيه، وإما بالوظائف والأدوار التي يقوم بها التوقيع، ومن التعاريف من يجمع بين الوظائف والأدوار والوسائل في نفس الوقت، وعلى ذلك نتبين مما سبق أن التوقيع يتمثل في علامة خاصة ومميّزة يضعها الشخص باسمه أو بصمته أو بأي وسيلة أخرى على محرر لإقراره والالتزام بمضمونه.

وقد نص المرسوم التنفيذي رقم 162/07 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية في مادته الثالثة على تعريف للتوقيع الإلكتروني بأنه معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر 1 من القانون المدني⁽¹⁾

وقد عرف التوقيع الإلكتروني فقهيًا بأنه «أي علامة مميزة خاصة بالشخص الموقع تسمح بتحديد شخصيته والتعرف عليها بسهولة بشكل يظهر إرادته الصريحة المعبرة عن الرضا بالعقد»⁽²⁾

كما عرفه البعض بأنه «إتباع مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية المحددة التي تؤدي في النهاية، إلى نتيجة معينة معروفة مقدما»⁽³⁾

فالتوقيع الإلكتروني يتحقق من خلال إتباع بعض الإجراءات الحسابية المرتبطة بمفتاح رقمي خاص بالشخص المرسل، ثم الضغط على هذه الرقم الخاص، أثناء الإتصال المباشر عبر الأنترنت، ويمكن أن يتم تحديد هذه الرقم الخاص من خلال اتفاقيات جماعية لمستخدمي الأنترنت في المعاملات التجارية أو من خلال عقد مبرم بين الطرفين يحدد الرقم السري الخاص بكليهما، بحيث إن اقتران الرسالة المرسله بهذا الرقم، يستطيع الشخص أن يحدد شخص المتعاقد الذي أرسل الرسالة.

(1) المرسوم التنفيذي رقم 162/07 المؤرخ في 30 ماي 2007 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 123/01 المؤرخ في 9 ماي 2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية (ج ر) رقم 37

(2) أ/بشار محمود دويدين، المرجع السابق، ص 241.

(3) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 182.

ثانيا: خصائص التوقيع الإلكتروني:

يمتاز التوقيع الإلكتروني بخصائص تميّزه عن التوقيع الكتابي التقليدي، وهي:

- **أولاً:** التوقيع الإلكتروني لا يقتصر على الإمضاء أو بصمة الأصابع كما في التوقيع التقليدي، بل يشمل الرموز والإشارات والحروف والأرقام والصور والأصوات، وغيرها من النماذج، بشرط أن تكون ذات طابع فردي، يسمح بتمييز الشخص صاحب التوقيع وتحديد هويته، وإظهار رغبته في التعاقد.

فالتوقيع الإلكتروني يتم بتشفيره وإرساله مع الرسالة أو الوثيقة باعتباره جزء صغير من بيانات تلك الوثيقة أو الرسالة، بحيث يتم التوثق من صحة صدور الرسالة أو الوثيقة من الشخص عند فك شيفرة التوقيع الإلكتروني⁽¹⁾.

- **ثانياً:** لا يتم التوقيع الإلكتروني عبر وسيط مادي أو أي دعامة ورقية تذيّل به الكتابة كما هو الحال بالنسبة للتوقيع الكتابي على الدعامة الورقية، وإنما يتم كلياً أو جزئياً عبر وسيط إلكتروني من خلال أجهزة الكمبيوتر، أو عبر الأنترنت، بحيث يكون التوقيع الإلكتروني مذيّل على كتابة إلكترونية في دعامة إلكترونية⁽²⁾.

- **ثالثاً:** إضافة إلى تمييز الشخص صاحب التوقيع الإلكتروني وتحديد هويته، كي يتم التأكد من صحة رضاه أثناء التعاقد، فإن هذا التوقيع له وظيفة أساسية تتمثل في التوثق من مضمون المحرر (الكتابة) الإلكتروني، وحمايته من أي تعديل أو تبديل، ما دام أن الإلتزامات والحقوق المنصوص عليها في هذا المحرر مذيّلة بالتوقيع الإلكتروني⁽³⁾.

⁽¹⁾ التشفير (Cryptographique) هو عملية تغيير البيانات بحيث لا يمكن قراءتها إلا من قبل الشخص المستخدم لمفتاح فك التشفير.

Eric Caprioli, Op ci - **ينظر إلى كل من: أ/** يونس عرب، المرجع السابق. **ب/** بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 247.

«إما استعمال رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تمريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير أو استعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إلى المعلومة بدونها»، المادة 2 من القانون التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية.

⁽²⁾ د/ بودالي محمد، المرجع السابق، ص 57.

⁽³⁾ **التذييل** هو وضع التوقيع أو وضع الختم في آخر الكتابة، كما جرت عليه العادة، وهو بهذا الشكل يعتبر تصديقا لما نصت عليه الكتابة.



- **رابعاً:** يسمح التوقيع الإلكتروني بوجود طرف ثالث يقوم بدور الوسيط بين أطراف العقد، حيث إستلزمت ضرورة الأمن القانوني وجوب استخدام تقنية آمنة في التوقيع الإلكتروني تسمح بالتعريف على شخصية الموقع⁽¹⁾.

ثالثاً: صور التوقيع الإلكتروني:

البند الأول: التوقيع الرقمي: (La signature numérique)

هو آلية كتابية مشفرة هدفها كمال وأصلية المعلومات الرقمية⁽²⁾ ويطلق عليه اسم التوقيع الكودي، هذا لأنه يقوم بتزويد الوثيقة الإلكترونية بتوقيع مشفر يمكن من خلاله تحديد الشخص الذي قام بتوقيعها، والوقت الذي قام فيه بتوقيعها، إضافة لمعلومات أخرى خاصة بصاحب التوقيع.

ويتم هذا التوقيع بوجود مفتاحين، مفتاح عام وهو معروف للعامة ويسمح لكل شخص مهتم بقراءة رسالة البيانات عبر الأنترنت دون أن يتمكن من تعديلها، ومفتاح خاص يتوفر فقط لدى الشخص الذي أنشأه ويمكنه من وضع توقيعه على رسالة البيانات إذا رضي بمضمونها وقبل الإلتزام بها.

ويمكن بهذه الطريقة لأي شخص يملك المفتاح العام أن يرسل الرسائل المشفرة، ولكن لا يستطيع أن يفك الشفرة الرسالة إلا الشخص الذي لديه المفتاح الخاص، وبعد التوقيع على المحرر أو رسالة البيانات تعلق، إضافة إلى تسجيل التوقيع الرقمي بشكل رسمي عند جهات تعرف بسلطات التوثيق⁽³⁾.

(1) د/ بودالي محمد، المرجع السابق، ص 57.

(2) « La signature numérique est un mécanisme cryptographique dont le but est de garantir l'intégrité et l'origine de données numériques ». Elle est définie dans la norme française NF ISO.74982-2 de 1990.

(3) وطريقة عمل هذا التوقيع تتمثل في وجود مفتاحين، المفتاح العام (Clé publique) هو معروف للعامة، ومفتاح خاص (Clé privée) يتوفر فقط لدى الشخص الذي أنشأه، ويمكن بهذه الطريقة لأي شخص يملك المفتاح العام أن يرسل الرسالة المشفرة، ولكن لا يستطيع أن يفك شفرتها إلا الشخص الذي لديه المفتاح الخاص، ويجب في هذا الصدد عدم الخلط بين التوقيع الإلكتروني وبين التشفير الرسالة الإلكترونية chiffrement du message فصحيح أن كليهما يقوم على عملية حسابية يتم من خلالها تشفير مضمون التوقيع أو الرسالة، ولكن هناك فرق وهو أن تشفير الرسالة يشملها بأكملها، في حين أن التشفير في التوقيع الإلكتروني يقتصر فقط على التوقيع دون بقية الرسالة بحيث أنه يمكن أن يكون مرتبطاً برسالة غير مشفرة.

Eric Caprioli, Op cit - ينظر إلى كل من: أ/ يونس عرب، المرجع السابق. د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل،

المرجع السابق، ص56.

هذا التوقيع يحقق أعلى درجات الثقة والأمان في الدعامة الإلكترونية، وتضمن سلطات التوثيق هوية الموقع، كما نجد هذا التوقيع أكثر استخداماً في التعاملات البنكية وأبرز مثال على ذلك بطاقة الإئتمان التي تتضمن رقماً سرياً لا يعرفه إلا الزبون الذي يدخل بطاقته في آلة السحب عندما يطلب الاستعلام عن حسابه أو يرغب في صرف جزء من رصيده.

وللتوقيع الرقمي سلبات منها احتمال تعرض الرقم السري أو الكودي للسرقة أو الضياع أو التقليد، مما يجعل صاحبه ملزماً بسرية رقمه، وفي حالة تسرب الرقم للآخرين فيعدّ هو المسؤول عن الأضرار المترتبة على ذلك طالما أنه لم يراع قواعد الحيطة والحذر، إلا إذا قام بالإبلاغ عن سرقة أو فقدانه إلى سلطات التوثيق أو البنك.

البند الثاني: التوقيع البيومتري: (Signature biométriques)

هو التوقيع باستخدام الخواص الذاتية والصفات والخصائص الجسدية والسلوكية للشخص⁽¹⁾، فكما أن للفرد عدة خواص فيزيائية وطبيعية تختلف عن غيره، فإن لهذا التوقيع أيضاً عدة طرق بحسب تلك الخواص، وأبرز هذه الطرق استعمال البصمة الشخصية (L'empreinte digitale)، وبصمة العين والبصمة الصوتية، وبصمة الشفاه أو خواص الوجه أو اليد وكلها تتم بعملية المسح الضوئي، وأخذ صورة دقيقة لليد أو للوجه أو لشبكية العين، ثم يتم تخزينها وحفظها بصورة مشفرة داخل الحاسوب، واستخدامها كتوقيع في أي تصرف قانوني، حيث يتم تخزين الصورة من خلال مجموعة أرقام أو خانات رقمية في ذاكرة الحاسوب، وأثناء التعاقد تلتقط للشخص بواسطة جهاز خاص بصمة يده أو عينه وغيرها من صفاته الفيزيولوجية المخزنة في ذاكرة الحاسوب، فإن تمت المطابقة بين تلك الصورة مع السجل الرقمي الموجود في الحاسوب، فإنه يتم تنفيذ العقد، وإلا ألغيت عملية التعاقد.

هذا النوع من التوقيع يعتبر وسيلة آمنة وموثوق بها لتمييز الشخص وتحديد هويته، خاصة إذا تم تذيّله في الكتابة الإلكترونية فتصبح لها حجية مطلقة في الإثبات، وفي تحديد أطراف العقد بدقة شديدة.

(1) أد/إبراهيم الدسوقي أبو الليل (إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون

المقارن)، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط 2003، ص 55.

**البند الثالث: التوقيع بالقلم الإلكتروني:**

هو كذلك توقيع بيومتري، لكنه يتمثل في نقل التوقيع المحرر بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي (Scanner)، ثم يتم تخزينه في جهاز الحاسوب، وبعد ذلك تنقل صورته إلى الملف أو العقد قصد تذييله بالتوقيع.

هذا النوع من التواقيع يمتاز بسهولة الإستعمال، لأنه يتحول من توقيع تقليدي إلى توقيع في شكل إلكتروني، فهو يعتمد على تحديد نمط خاص تتحرك به يد الشخص الموقع أثناء التوقيع إذ يتم توصيل قلم إلكتروني بجهاز الكمبيوتر، ويقوم الشخص بالتوقيع باستخدام هذا القلم الذي يسجل حركات يد الشخص أثناء التوقيع كسمة مميزة له أخذاً في الاعتبار بأن لكل شخص سلوك معين أثناء التوقيع⁽¹⁾.

ويتم التحقق من صحة هذا التوقيع عن طريق قيام نفس البرنامج الذي تم التوقيع بواسطته، بفك رموز الشفرة البيومترية، ومقارنة المعلومات مع التوقيع المخزن، ثم إرسالها إلى برنامج كمبيوتر الذي يعطي الإشارة فيما إن كان التوقيع صحيحاً أم لا⁽²⁾.

الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات:

اعترفت المادة التاسعة من قانون أونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية بالمستندات الإلكترونية، وأعطت لها نفس الحجية القانونية في الإثبات، ثم جاء القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني في مادته السادسة⁽³⁾ ليضع الشروط الضرورية للتوقيع الإلكتروني المعد للإثبات.

(1) أ/يونس عرب، المرجع السابق. د/سميحة القليوبي الأوراق التجارية، المرجع السابق.ص.570

(2) د/عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 199.

(3) نصت المادة السادسة من قانون أونسيترال للتوقيع الإلكتروني «حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يعد ذلك الإشتراط مستوفى بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيع إلكتروني موثوق به بالقدر المناسب للغرض الذي أنشأت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة... يعتبر التوقيع الإلكتروني موثوقاً به لغرض الوفاء بالإشتراط المشار إليه في الفقرة الأولى إذا: - كانت بيانات إنشاء التوقيع مرتبطة..بالموقع دون أي شخص آخر.

- كانت بيانات إنشاء التوقيع خاضعة وقت التوقيع لسيطرة الموقع

- كان أي تغيير في التوقيع يجري بعد حدوث التوقيع قابلاً للإكتشاف

- كان الغرض من إشتراط التوقيع قانوناً هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع.....»

وحدث الأمر نفسه في الإتحاد الأوروبي، الذي أصدر تعليمة تلزم الدول الأعضاء بمنح التوقيع الإلكتروني الحجية القانونية ذاتها التي تمنح للتوقيع الخطي، طالما توفرت فيه الشروط القانونية التي يتطلبها القانون⁽¹⁾.

وقد نصت المادة الثانية من هذه التعليمة الأوروبية على مراعاة شروط معينة كي يكون للتوقيع حجية في الإثبات أو ما يسمى بالتوقيع المحمي وهي: «أن يكون مرتبطاً فقط بالموقع - أن يتم إنشاؤه بوسائل يستطيع الموقع من خلالها الاحتفاظ به والسيطرة عليه بشكل حصري - ارتباطه بمعطيات تخرجه في شكل يسمح بإمكانية كشف كل تعديلات لاحقة على هذه المعطيات»

أما في القانون الإماراتي فقد نصت المادة العاشرة منه على أن للتوقيع الإلكتروني حجية في الإثبات طالما أنه محمي⁽²⁾، ولا يكون كذلك إلا إذا توفرت في التوقيع الشروط المنصوص عليها في المادة عشرين منه مجتمعة، وهي كالتالي:

- أن ينفرد بالتوقيع الشخص الذي استخدمه.
 - أن يكون من الممكن أن يثبت هويته من استخدامه.
 - أن يكون تحت سيطرته التامة وقت إنشائه واستعماله.
 - أن يرتبط بالرسالة الإلكترونية ذات الصلة⁽³⁾
- الأمر نفسه في التشريع الأردني، فلا يعطى للتوقيع الإلكتروني حجيته في الإثبات، إلا بعد أن يوثق، وهذا يستلزم توفر شروط وهي على النحو التالي:
- أن يتميز بشكل فريد ويرتبط بصاحبه.
 - أن يكون كافياً للتعرف على صاحبه.
 - أن يتم إنشاؤه بوسائل خاصة بالشخص وتحت سيطرته.

(1) التعليمة الأوروبية رقم 93/1999 الصادرة عن الإتحاد الأوروبي المؤرخة في 13/12/1999، المتعلقة بالتوقيعات الإلكترونية.

(2) **التوقيع الإلكتروني المحمي**: نصت المادة 2 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي على أن التوقيع المحمي هو التوقيع الإلكتروني المستوي في لشروط المادة 20 من هذا القانون، والمقابلة لها المادة 31 من القانون الأردني، المرجع السابق.

ونصت المادة 10 على ما يلي «إذا اشترط القانون وجود توقيع على مسند أو نص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك، فإن للتوقيع الإلكتروني الذي يعول عليه في إطار المعنى الوارد في المادة 20 من هذا القانون يستوي ذلك الشرط...»

(3) **ينظر** المادة 20 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، **وتقابلها** المادة 7 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المرجع السابق.



- أن يرتبط بالسجل الذي يتعلق به بصورة لا تسمح بإجراء تعديل على القيد بعد توقيعه⁽¹⁾.
أما في الجزائر فقد أسماه المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 162/07 في مادته الثالثة بالتوقيع الإلكتروني المؤمن وهو توقيع إلكتروني يفي بالمتطلبات الآتية: يكون خاصا بالموقع. يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية. يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابل للكشف عنه.

كما نصت فقد نصت المادة 02/327 (ق.م.ج) على أنه: «يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكررا أعلاه»، وهذه الشروط هي: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدر التوقيع، وأن يكون معدا ومحفوظا في ظروف تضمن سلامته.

وكما نلاحظ مما سبق ذكره، فقد إتفقت جميع التشريعات لدول عدة بما فيها الجزائر والتي أعطت للتوقيع الإلكتروني الحجية القانونية في الإثبات، على ضرورة توفر شروط معينة، يمكن جمعها على النحو التالي أن يقتصر التوقيع على صاحبه، وأن يخضع لسلطته المطلقة، وأن يكون قابلاً للتحقق من صحته، إضافة إلى إرتباطه بالرسالة التي يثبتها، فإن هي تحققت هذه الشروط أصبح التوقيع موثقاً ومحمياً ومؤمناً فتعطى له الحجية الكاملة للإثبات، ويفترض فيه أنه صادر عن الشخص المنسوب إليه، وأنه قد وضع من قبله للتدليل على موافقته على مضمون المستند⁽²⁾.

فإذا توفرت هذه الشروط، يتساوى التوقيع التقليدي مع التوقيع الإلكتروني في حجية الإثبات، لأن هذا الأخير يمكنه أن يقوم بذات الوظائف التي يقوم بها التوقيع التقليدي في تحديده لهوية صاحبه وإقراره بمضمون التعامل الموقع أسفله⁽³⁾، وهذا ما يسمى بالتعادل الوظيفي⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ سمي المشرع الأردني التوقيع المحمي أي المسجل لدى سلطة التوثيق، بالتوقيع الموثق، ينظر المادة 31 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

⁽²⁾ المادة 32 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردنية الأردني، المقابلة لها المادة 2/20 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي.

⁽³⁾ للإمام ابن القيم كلام مختصر جميل في هذا الأمر «إن القصد حصول العلم بنسبة الخط إلى كاتبه فإن عرف ذلك وتيقن كان كالعلم بنسبة اللفظ إليه، فإن الخط دال على اللفظ، واللفظ دال على القصد والإرادة وغاية ما يقدر إشتباه الخطوط وذلك كما يفرض من اشتباه الصور والأصوات» **نقلا** عن د/عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر، (العقود الإلكترونية، دراسة فقهية تطبيقية مقارنة)، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنظم بكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة من 10 إلى 12 ماي 2003 بغرفة تجارة وصناعة دبي، المجلد الخامس، ص 2148.

⁽⁴⁾ د/ سعيد السيد تعديل. التوقيع الإلكتروني. دار الجامعة الجديدة. مصر. ط. 2004. ص 54.

فإرسال الرسالة الإلكترونية مقترنة بالتوقيع الإلكتروني يؤكد نسبتها لشخص محدد من جهة، وأنه لم يحدث تلاعب أو تحريف أو تعديل في الرسالة من جهة أخرى، وهذا من شأنه إضفاء نوع من الثقة في التعامل الذي يتم عبر شبكة الأنترنت.

لكن لا بد من التذكير أنه لا يمكن أن يحدث ذلك التعادل الوظيفي، ولا يمكن أن تتحقق الشروط الضرورية للالزمة للتوقيع الإلكتروني، إلا بوجود جهة وسيطة وهي هيئة إقرار، تضمن أن صدور التوقيع كان من الشخص المنسوب إليه فتبين إسمه وعنوانه، وإن كان شخصاً معنوياً تحدد سلطاته ورقمه السري، وتؤكد أنه لم يحدث أي تحريف أو تعديل في التوقيع، وهذا ما يسمى بخدمة التصديق، والقائم عليها يسمى بمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني⁽¹⁾.

وخدمات التصديق الإلكتروني تخضع لترخيص تمنحه سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية ويكون الترخيص مرفقاً بدفتر شروط يحدد حقوق وواجبات مؤدي الخدمات والمستعمل⁽²⁾

هذا وأشار في الأخير إلى أنّ مسألة حجية التوقيع الإلكتروني، تثير عدة إشغالات قانونية منها:

1 - ما مدى توفر التوقيع الإلكتروني على جميع شروطه الضرورية والتي يتطلبها القانون حتى يمنح المحرر حجية في الإثبات؟

⁽¹⁾ نصت المادة 8/8 من قانون 03/2000 المؤرخ في 05 أوت 2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية على تعريف موفر الخدمات بأنه (كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمات مستعملاً وسائل المواصلات السلكية واللاسلكية)، (ج ر) رقم 48

⁽²⁾ المادة 6/3 من المرسوم التنفيذي رقم 162/07 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 123/01 المتعلق بنظام الأستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

كما أصدر المشرع الفرنسي مرسوماً تنظيمياً يحدد كيفية تطبيق المادة 1316-4 من القانون المدني الذي أنشأ هيئة التوثيق، و نظم هذه المهنة بشكل دقيق، وأحاط بالجوانب التقنية للتوقيع الإلكتروني

Décret n°2001-272 du 30/3/2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, JO n°77 du 31/3/2001, p2070. www.journal-officiel.gouv.fr



خاصة وأن هذا التوقيع يتعرض لعدة مخاطر منها القرصنة والاختراق والفيروسات⁽¹⁾ الموجود في بيئة الأنترنت⁽²⁾

ما يجعل من التعرف على صاحب التوقيع أمر بالغ الصعوبة، وهذا يؤدي إلى زعزعة الثقة والأمان في البيع عبر الأنترنت بصفة خاصة والمعاملات الإلكترونية بصفة عامة.

2- تعارض بعض صور التوقيع الإلكتروني مع مبادئ قانون الإثبات، منها مبدأ أساسي وهو عدم جواز إصطناع الشخص دليلاً لنفسه، خاصة في التعاملات التي تستخدم البطاقات المصرفية⁽³⁾ في سحب النقود من أجهزة الصراف الآلي، ففي حالة قيام نزاع بين البنك والعميل حول مقدار المبلغ المسحوب، فإنه يكفي المؤسسة المصرفية لإثبات حقها أن تقدم تسجيلاً للعمليات التي تتم بواسطة الجهاز الصراف، وهذا الأخير يخضع لسيطرة المؤسسة المصرفية⁽⁴⁾. غير أن محكمة النقض الفرنسية اعترفت بالتوقيع الإلكتروني الذي يصاحب عملية السحب بحجته الكاملة، واكتفت بالأدلة التي قدمها البنك من التسجيلات التي يقوم بها الجهاز الصراف، بالرغم من سيطرة المؤسسة المالية عليه⁽⁵⁾.

الخاتمة:

يلاحظ مما سبق تناوله في هذا البحث أن إمكانية التعاقد عبر الأنترنت بشكل خاص وعبر وسائل الإتصال الإلكترونية بشكل عام أبرز مشكلة القيمة القانونية لتلك الوسائل

⁽¹⁾ **الفيروس المعلوماتي**؛ هو مرض يصيب الحاسوب الآلي وشبكة الأنترنت، وهو عبارة عن برنامج صغير يتم تسجيله أو زرعه على أسطوانات الحاسوب، فيظل خاملاً لفترة معينة، ثم ينشط فجأة في توقيت معين ليهدم البرامج والمعلومات المخزنة، أو يلفها جزئياً. **ينظر**: د/عبد الفتاح بيومي حجازي، (النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية)، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى 2003، ص39.

⁽²⁾ هناك عدة أنظمة متخصصة في مجال الحماية المعلوماتية، منها تقنية الجدار الناري، وهو برنامج يفصل شبكة المعلومات الداخلية للمستخدم عن شبكة الأنترنت، وهناك كذلك تقنية تعرف بـ (SPA: Secure Payment Application)، وهي مخصصة لمعاملات الدفع التي تتم عبر الأنترنت بواسطة بطاقة الإئتمان وبطاقة السحب بين حاملي هذه البطاقة والمؤسسات المالية .

⁽³⁾ **بطاقة السحب الآلي** هي بطاقة مخصصة لسحب مبالغ نقدية من الحساب، بحد أقصى متفق عليه، من خلال أجهزة خاصة، بعد إدخال البطاقة فيها وإدخال الرقم السري. لمزيد من التفصيل **ينظر**: د/عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص111.

⁽⁴⁾ د/ ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص404.

⁽⁵⁾ Com. 2/12/1997:JCP. Ed E 1998, n°5.P178, note Bonneau (T)

نقلا عن د/بودالي محمد، المرجع السابق، ص61 .

والحجية الناجمة عن مستخرجاتها متمثلة في وثائق العقود وما تحتويه من توقيعات إلكترونية، لقد إتضح لنا كذلك أنه لا بد من الإقرار بالمساواة بين الكتابة الإلكترونية والورقية وذلك بإعطاء الكتابة على الدعامة الإلكترونية نفس القيمة القانونية للكتابة على الدعامة الورقية الرسمية وليس العرفية، وأن يعطى للتوقيع الإلكتروني أيضا نفس حجية التوقيع الخطي في مجال الإثبات.

فالتطور السريع للتجارة الإلكترونية ألزم الدول على ضرورة أن تكون الكتابة والتوقيع الإلكتروني وسيلة آمنة وسريعة في إتمام العقود التي تتم عبر شبكة الانترنت، أو تتم جزئيا.

ولاحظنا إشتراط المشرع لشرطين في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري كي تعطى نفس القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الإلكتروني وهما: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

كما برز مشكل الحفاظ على سلامة الوثيقة الإلكترونية بعد مرور مدة زمنية معينة، وهو ما إستلزم ظهور خدمة الأرشيف الإلكتروني.

و بينا في هذا البحث أن التوقيع الإلكتروني ما هو في حقيقة الأمر إلا امتداد للتوقيع الخطي، فهو يهدف إلى التعبير عن رضا الموقع بما إحتواه المحرر الإلكتروني ومنح هذه الوثيقة صفة الأصل، كما يسعى إلى الحفاظ على نزاهة وسلامة الوثيقة الإلكترونية من التعديل.

ولتحديد هوية الموقع في التوقيع الإلكتروني لا بد من وجود شهادة التصديق الإلكتروني، التي تحدد هوية الموقع بشكل دقيق بحيث تحتوي على كل البيانات المتعلقة بالموقع كالاسم واللقب والمهنة والعنوان.

وبالاعتراف بشهادات التصديق الأجنبية يصبح التوقيع الإلكتروني أداة ذات طابع دولي لا تعترف بالحدود الوطنية على هذا الأساس فإن على الجزائر كي تكون طرفا فعالا في التجارة الإلكترونية - ولن يتسنى لنا ذلك - إلا إذا أصدرت قوانين خاصة بالتجارة الإلكترونية والتعاقد عبر الأنترنت والنظام الخاص بخدمة التوثيق الإلكتروني والتي يجب أن تبرز على الخصوص ما يلي:

- أحكام عمليات التعاقد عبر الأنترنت، بشتى أنواعها.
- المساواة بين الكتابة على الورق وفي الشكل الإلكتروني وشروط صحتها.
- شروط استخدام التوقيع الإلكتروني.



- توضيح المركز القانوني لمزودي الخدمات، إذ يجب أن تبين هيئة ضبط الاتصالات السلكية واللاسلكية الشروط الخاصة لمنح هذا الترخيص، ووضع أحكام المسؤولية المدنية والجنائية لمزود الخدمات.
- تنظيم شهادة التصديق الإلكتروني وبيان حالات تعليقها وإلغائها.
- يمكن أن ينص القانون على إمكانية تولي مزود الخدمات القيام بمهام أخرى مثل الأرشفة الإلكترونية.

التعويض عن الأضرار الناشئة عن عقد النقل البري للأشخاص

أ/ مكيد نعيمة

مقدمة:

إن عقد النقل البري من العقود البالغة الأهمية سواء في نقل الأشخاص أم نقل الأشياء، إذ أن النقل عماد حياة الإنسان، فهو يعد إحدى الدعائم الأساسية التي يرتكز عليها النشاط الاقتصادي. وأهمية نقل الأشخاص لا تقل أهمية عن نقل الأشياء إن لم نقل إنها تزيد عنها بسبب اتصال تنفيذ هذا العقد بجسم الراكب وحياته.

وتعتبر وسائل النقل على اختلاف أنواعها من الأشياء الخطرة التي تهدد حياة الإنسان، لذلك كان لازماً على المجتمع أن يهيئ حماية كافية للإنسان من تلك المخاطر. هذه الحماية تتمثل في مختلف التشريعات التي تم سنها من أجل جعل القائمين بعملية النقل يلتزمون بالمحافظة على أرواح الناس وتحميلهم مسؤولية الأضرار التي يتعرض لها الركاب أثناء نقلهم.

ويعرف عقد النقل بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه متعهد النقل مقابل ثمن بأن يتولى بنفسه نقل شخص أو شيء إلى مكان معين⁽¹⁾، وانطلاقاً من هذا التعريف فإن النقل لا يكون إلا بمقابل والغرض الأساسي منه هو تغيير المكان حيث تكون نقطة الانطلاق مختلفة عن نقطة الوصول، فلا يتحقق النقل إلا بإيصال المسافر من مكان إلى آخر.

وعقد النقل عندما يتم بين الناقل والراكب يرتب عليهما التزامات متقابلة، أهمها بالنسبة إلى الراكب دفع الأجرة وإلا اعتبر النقل مجانياً وانتفت عنه صفة العقود بعوض، أما التزامات الناقل فأهمها هو ضمان سلامة المسافر وإيصاله إلى المكان المقصود في المدة المتفق عليها وتأمين المكان للمسافر في الدرجة المتعاقد عليها ونقل أمتعته والمحافظة عليها.

وبالتالي يترتب على إخلال أي طرف بهذه الالتزامات قيام المسؤولية المدنية، فإذا تعرض المسافر إلى حادث أثناء النقل ونتج عنه ضرر له أو تسبب في وفاته قامت المسؤولية المدنية للناقل عن ذلك وأصبح عندئذ ملزماً بدفع التعويض.

(1) المادة 36 من القانون التجاري الجزائري.



لذلك فإن دعوى المسؤولية المدنية التي يقيمها المضررون من جراء الحوادث التي تقع على المسافرين أثناء عملية النقل أساسها الالتزام بضمان سلامة المسافر وهو أحد الالتزامات المترتبة على عقد النقل.

فإذا أخل الناقل بالتزامه بضمان سلامة الراكب وترتب على ذلك ضرر فإنه يكون من حق المضرور رفع دعوى المسؤولية المدنية والمطالبة بالتعويض. ويكفي هنا إثبات أن إصابة الراكب قد حدثت أثناء النقل ليثبت إخلال الناقل بالتزامه العقدي بضمان سلامة الراكب، ولا يستطيع الناقل التخلص من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت رجوع الإصابة إلى السبب الأجنبي.

ونظرا إلى أن الالتزام بضمان سلامة الراكب كان ثمرة جهد كبير ومتواصل من القضاء والفقه بغية تحقيق أكبر قدر من الحماية لهذه الفئة من ضحايا حوادث وسائل النقل. فإن تقدير قيمة التعويض المستحق للمضرور وتحديد الأشخاص الذين يستحقونه في حالة وفاة المسافر ما زال يتأرجح بين قواعد المسؤولية العقدية وقواعد المسؤولية التقصيرية، بالرغم من أن الأصل هو تطبيق قواعد المسؤولية العقدية بصفة عامة على عقد النقل.

وما يثير الإشكال أكثر هو عدم قيام المشرع الجزائري بوضع نظام خاص بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن حوادث النقل بالسكك الحديدية مثل ما هو الحال بالنسبة إلى الأضرار الناجمة عن حوادث السيارات المنظم بموجب الأمر رقم 15/74 المؤرخ في 30/01/1974 المعدل والمتمم بالقانون رقم 31/88 المؤرخ في 19/07/1988 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار. كما أن القانون التجاري الجزائري عند تناوله لعقد نقل الأشخاص جاء خاليا من أي تنظيم لأحكام التعويض وكيفية تقديره.

ذلك أن ما تشهده الجزائر من تطور في مجال النقل بالسكك الحديدية وتوسيع شبكتها بين النقل بالقطارات والميترو والتراموي، يثير التساؤل حول الطرق المعتمدة لتقدير التعويض ونوع التعويض المستحق للمضرور؟

لذلك ارتأينا دراسة التعويض المستحق للمضرور وذوي حقوقه باعتباره الأثر المترتب على ثبوت المسؤولية نتيجة إقامة الدعوى على الناقل.

ولذلك سنقسم هذه الدراسة إلى مبحثين، إذ سنتناول في المبحث الأول تقدير التعويض، أما المبحث الثاني فسنتناول فيه نطاق التعويض.

المبحث الأول: تقدير التعويض:

يعتبر التعويض الأثر الذي يترتب على قيام المسؤولية على الناقل نتيجة قيام الدعوى عليه من طرف المضرور من عقد النقل.

ويهدف التعويض إلى محو الضرر أو التخفيف من وطأته إذا لم يكن محوه ممكناً، وهو بذلك يختلف عن العقوبة التي تهدف إلى زجر المخطئ أو تأديبه أو إصلاحه. وفي حوادث النقل عادة ما يكون التعويض مبلغاً من المال.

ولذلك فإن تقدير التعويض لا يتأثر بدرجة الخطأ من حيث الجسامة أو الضآلة لأنه قد يؤدي خطأ تافه إلى ضرر بالغ، كما قد يؤدي خطأ جسيم إلى ضرر تافه. لذلك فإن العبرة في تقدير التعويض تكون بالنظر إلى الضرر اللاحق بالمضرور والناجم عن فعل الناقل⁽¹⁾.

لذلك سنتناول في هذا المبحث التعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع في المطلب الأول وفي المطلب الثاني سنتناول التعويض عن الضرر المادي والضرر الأدبي.

المطلب الأول: التعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع:

إن التعويض الذي يتحصل عليه المضرور يجب أن يكون جبراً لكل ضرر أصابه، ويشمل ما أصابه من خسارة وما فاتته من كسب.

وإن كان المبدأ يقضي بأن يكون التعويض جابراً بقدر الإمكان لكل ضرر أصاب المضرور إلا أنه يرد على هذا المبدأ قيد، وهو أن المدين لا يلزم إلا بتعويض عن الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر.

فالتعويض يقتصر على الأضرار التي تعتبر نتيجة مباشرة للإخلال بالتزام، أي أنه نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو التأخير فيه، ويكون كذلك إذا لم يكن في استطاعة الناقل أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

كما يرد على هذا المبدأ قيد آخر بالنسبة إلى المسؤولية العقدية وهو أن يقتصر التعويض على الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع، لكن بشرط أن لا يرتكب الناقل غشاً أو خطأً جسيماً، فإذا ارتكب الناقل غشاً أو خطأً جسيماً فإنه يكون مسؤولاً عن الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع.

(1) د/عادل علي المقدادي: مسؤولية الناقل الري في نقل الأشخاص، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، 1997، ص 258.



ويبرر ذلك بأن المتعاقدين لم يتعدا إلا على ما يتوقعانه من ضرر في ذلك الوقت، أما الضرر غير المتوقع فإنه يكون خارجا عن نطاق العقد فلا تعويض عنه⁽¹⁾.

ففي المسؤولية العقدية يقتصر التعويض عن الضرر المباشر المتوقع وحده فقط ولا يتجاوزه إلى الضرر المباشر غير المتوقع، وهذا بخلاف المسؤولية التقصيرية التي يكون فيها التعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع⁽²⁾.

ويعلل الفقه كون التعويض في المسؤولية العقدية ينصب على الضرر المباشر المتوقع لأن المتعاقدين هم الذين بإرادتهم قد أنشؤوا هذا الالتزام وحددوا مداه ومن ثم رسموا مدى التعويض عن الضرر فلم يدخل في الحساب الضرر غير المتوقع ولم تنصرف إرادتهم إلى التعويض عنه.

ولهذا فقد افترض المشرع أن هذه الإرادة قد اتجهت إلى جعل المسؤولية عن الضرر مقصورة على المقدار المتوقع من قبل المتعاقدين.

ويرى الفقيه المصري الدكتور عبد الرزاق السنهوري أنه يمكن أن نلتزم مبررا لقاعدة قصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم في الاعتبارات التالية: (الأصل في المسؤولية العقدية وجوب التعويض عن الضرر المباشر بأكمله حتى لو كان غير متوقع. ذلك أن المدين مسؤول عن هذا الضرر، فهو الذي أحدثه مباشرة بخطئه، إلا أن المسؤولية العقدية تتميز بأنها تقوم على العقد، فإرادة المتعاقدين هي التي تحدد مداها. وقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسؤولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذي يتوقعه المدين، فهذا المقدار يمكن أن يفترض افتراضا معقولا أن المدين قد ارتضى ذلك، ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط اتفاقي يعدل من مقدار المسؤولية بقصرها على مقدار معين هو مقدار الضرر المتوقع، ولكن لما كان هذا الشرط باطلا في حالتي غش المدين وخطئه الجسيم كما قدمنا أصبح المدين في هاتين الحالتين ملتزما بالتعويض عن كل ضرر متوقعا كان أو غير متوقع لأنه راجع إلى الأصل بعد إبطال الشرط الاتفاقي الذي يعدل مقدار المسؤولية⁽³⁾.

(1) د/عادل علي المقدادي: مسؤولية الناقل الري في نقل الأشخاص، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، 1997، ص 258.

(2) د/عبد القادر أفصاحي: الإلتزام بضمان السلامة في العقود (نحو نظرية عامة)، دار الفكر الجامعي الإسكندرية مصر، 2010، ص 373.

(3) د/وجدي عبد الواحد علي: التعويض عن الإخلال بالالتزام ضمان سلامة الراكب والمسافر، الطبعة الأولى، 2004.

إذن فالقاعدة أن المسؤولية العقدية تشمل الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع ما لم يرتكب الناقل غشا أو خطأ جسيماً، ومعيار توقع الضرر هو معيار موضوعي لا معيار ذاتي والذي عبرت عنه المادة 182 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري "... بتعويض الضرر الذي يكمن توقعه عادة وقت التعاقد"، أي أن العبرة في توقع الضرر تكون بالنظر إلى وقت التعاقد. والضرر المتوقع هو الضرر الذي كان من الممكن أن يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف التي وجد فيها المدين وقت التعاقد وليس الضرر الذي يمكن أن يتوقعه مدين بالذات، ولكن يجب أن يوضع الشخص المعتاد في الوسط الاجتماعي والاقتصادي الذي ينتمي إليه المدين، كما يجب أن يؤخذ في الاعتبار درجة التخصص الحر في للمدين.

وتقدير توقع الضرر يعد مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا باعتباره من المسائل التي تحدد مضمون العقد، أما عن تقدير القيمة النقدية للضرر فيعد مسألة موضوعية مستقل بتقديرها قاضي الموضوع⁽¹⁾.

غير أنه ونظراً إلى خصوصية عقد نقل الأشخاص عن غيره من العقود فإنه من الضروري التمييز بين الأضرار الناتجة بسبب التأخير أو فقدان الأمتعة وبين تلك التي تحصل بسبب الإصابة الجسمية، ففي الحالة الأولى يجوز أن يكون التعويض عن الضرر المتوقع، أما في الحالة الثانية فيجب الأخذ بعين الاعتبار الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة عند الحكم بالتعويض مثل ما هو مقرر في المسؤولية التقصيرية.

إذ أنه من غير المعقول أن يكون الناقل مسؤولاً عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع في حالة دهسه أحد الأشخاص وتعرض هذا المصاب للضرر، في حين أنه في حالة إصابة الراكب يكون مسؤولاً فقط عن تعويض الضرر المتوقع لأن كلا الضررين قد حدثا بفعل هذا الناقل وانصبا على جسم إنسان فالعدالة تأبى أن يكون هذا التمييز بين هاتين الحالتين، بالإضافة إلى ذلك فإن الراكب يكون في مركز أقوى مع الناقل من ذلك الشخص الذي تعرض للدهس.

ولذلك ذهب جانب من الفقه ورأى بضرورة التعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع في حالة تعرض الراكب لضرر أثناء عملية النقل⁽²⁾.

(1) د/ عبد القادر أقصاصي، المرجع السابق، ص 454.

(2) من أصحاب هذا الرأي: د/ سعد واصف: التأمين من المسؤولية، دراسة في عقد النقل البري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1958، ص 263. د/ صلاح الدين قورة: التكييف القانوني لمسؤولية الناقل البري في القانون المصري، مجلة التأمين وحوادث النقل، العدد 3، 1970، بيروت، ص 55.

ولقد نصت المادة 03 من الأمر رقم 15/74 المؤرخ في 30/01/1974 المعدل والمتمم بالقانون رقم 31/88 المؤرخ في 19/07/1988 المتعلق بالزامية التأمين عن السيارات ونظام التعويض عن الأضرار بأن: "إلزامية التأمين الواردة في هذا الأمر لا تطبق على النقل بالسكك الحديدية".

لذلك نجد أن القضاء الجزائري يستند في التعويض إلى القواعد العامة مستعينا في ذلك بما ورد في القانون المدني مع مراعاة ظروف الضرور وحالته الصحية والاجتماعية والمهنية وغيرها، إلا أنه في بعض الأحكام يستند في تقدير التعويض عن حوادث السكك الحديدية إلى أحكام الأمر رقم 15/74 المذكور أعلاه، وهو ما يعد تناقضا في الاجتهاد القضائي فيما يتعلق بالمقاييس والعناصر المعتمدة في تقدير التعويض.

خاصة أن ما يتوصل القاضي في تحديده من مبلغ التعويض يكون بصفة جزافية لتغطية لكافة الأضرار اللاحقة بالضرور المادية أو المعنوية إذ تقوم الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية بدفع هذا التعويض من ميزانيتها الخاصة بما أنها غير مؤمنة عن الحوادث⁽¹⁾.

ولذلك نرى من الضروري أن يضع المشرع الحدود اللازمة لتقدير التعويض عن النقل بالسكك الحديدية وفرض نظام التأمين عليها.

المطلب الثاني: التعويض عن الضرر المادي والضرر الأدبي:

يعد الضرر العنصر الأساسي الذي تقوم المسؤولية من أجل جبره ولا قيام لها بدونه، والضرر هو الأذى الذي يصيب المضرور في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة سواء انصب على حياته أم جسمه أم حريته أم ماله أم عواطفه وشعوره. وعلى العموم فإن الضرر يتمثل في الخسارة المادية أو المعنوية التي تلحق بالضحية⁽²⁾.

وتعويض المضرور عن الأضرار اللاحقة به يجب أن يشمل الضرر بنوعيه وهو الضرر المادي والضرر المعنوي.

والضرر المادي هو ذلك الضرر الذي يصيب المضرور في جسمه أو ماله أو انتقاص حقوقه المالية أو بتفويت مصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية، فالضرر المادي يتمثل في قيمة اقتصادية يفقدها المضرور.

(1) مختار رحمان محمد: المسؤولية المدنية عن حوادث نقل الأشخاص بالسكك الحديدية (دراسة مقارنة في ضوء الفقه والقضاء)، دار هومة، 2003، ص 125 وما يليها.

(2) علي فيلالي، الإلتزامات، العمل المستحق التعويض، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة رعاية، الجزائر، 2002، ص 247.

وفي عقد النقل فإن الناقل يلتزم بإيصال المسافر سليما معافى إلى مكان الوصول فإذا أصيب هذا الأخير في جسده أثناء النقل فإن هناك أضرار اقتصادية تلحقه مثل مصاريف العلاج أو ما فقده من دخل نتيجة انقطاعه عن العمل.

ويشترط في الضرر الموجب للتعويض أن يكون إخلالا بحق أو مصلحة مشروعة، كالاتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه، أو الضرر الذي يصيب شخصا آخر نتيجة لإصابة المضرور، ذلك أن وفاة الشخص نتيجة حادث نقل تعدا ضرا يصيب المسافر في حياته ثم تصيب ذوي حقوقه الذين يعولهم.

كما يشترط في الضرر أن يكون محققا ويكون كذلك إذا كان حالا أي وقع فعلا ومثال ذلك أن يصاب الراكب بعاهة مستديمة نتيجة حادث نقل، كما يكون الضرر محققا إذا كان مستقبلا أي أنه لم يقع في الحال لكنه محقق الوقوع في المستقبل ومثاله تعويض المضرور عن التعطل عن العمل مستقبلا بسبب العجز الكلي.

وإذا لم يكن الضرر محقق الوقوع في المستقبل ولكنه محتمل فحسب فلا يمكن المطالبة بالتعويض عنه قبل تحققه، غير أنه يجب التمييز بين الضرر المحتمل الذي لا يعوض عنه إلا إذا تحقق وبين الضرر في تقويت الفرصة والذي يعوض عنه في الحال، مثال ذلك أن يفوت على

الراكب بسبب تأخره في الوصول للاشتراك في مسابقة الحصول على وظيفة، فلا شك أنه ليس للراكب أن يطلب التعويض عن فقد تلك الوظيفة إذ لا يمكن القول إنه كان سيفوز حتما في المسابقة لو أنه تقدم إليها، لكن التأخير فوت عليه فرصة الفوز وهذا الضرر محقق يستحق التعويض عنه⁽¹⁾.

أما الضرر المعنوي فهو ذلك الضرر الذي يمس المضرور في مشاعره أو عواطفه أو شرفه أو عقيدته، فلقد تطور التعويض عن الضرر المعنوي أو الأدبي تطورا كبيرا⁽²⁾، بحيث أصبح اليوم لا أحد ينازع في مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي.

والضرر الأدبي على عكس الضرر المادي، فهو لا يمس مصلحة اقتصادية أو حقا ماليا، وبعبارة أخرى يحتوي الضرر المعنوي على عدة أصناف منها ما يتعلق بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية وهي تلك التي تمس المضرور في شرفه وفي سمعته، ومنها ما يتعلق بالجانب العاطفي

(1) د/ عبد القادر أقصاصي، المرجع السابق، ص 450.

(2) علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 161.



للذمة المعنوية وهي تلك التي تمس المضرور في عاطفته، ومنها ما يتعلق بالمعتقدات الدينية أو الأخلاقية، ومنها الأضرار التي تصيب المضرور في جسمه كالآلام والحزن⁽¹⁾.

المبحث الثاني: نطاق التعويض:

المضرور هو الذي له الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به بسبب عقد النقل، وليس لغيره هذا الحق، ويثبت حق المطالبة للراكب عن الضرر الذي أصابه أو لورثته بعد وفاته.

ولذلك سنتناول في هذا المبحث في المطلب الأول تعويض الراكب عن الأضرار اللاحقة به عدا حالة الوفاة، وفي المطلب الثاني التعويض في حالة الوفاة.

المطلب الأول: تعويض الراكب عن الأضرار (عدا حالة الوفاة):

يحق للراكب الحصول على التعويض عن الأضرار اللاحقة به أثناء عملية النقل وذلك في حالة إصابته بجروح أو عند حصول تأخير له، أو إذا لم يمكنه الناقل من الحصول على الراحة والامتيازات في الدرجة المتعاقد عليها، وكذلك عند تعرض أمتعته للهلاك أو التلف، وهو ما سيتم تفصيله.

1. الإصابة بجروح (الإصابة بضرر جسماني):

إذا أصيب الراكب أثناء عملية النقل بجروح أو أي ضرر جسماني آخر يكون الناقل مسؤولاً تعاقدياً عن تعويض الراكب عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحقه.

والتعويض عن الضرر المادي الذي يستحقه الراكب يتحلل إلى عنصرين هما ما لحق الراكب من خسارة وما فاتته من كسب⁽²⁾.

إذ تنص المادة 182 في الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

(1) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 250.

(2) د/عادل علي المقدادي، المرجع السابق، ص 261.

ويدخل في ما لحق الراكب من خسارة مصاريف العلاج التي تكبدها الراكب بسبب الحادث كأجرة الأطباء والمستشفى وثمان الدواء، وكذلك المصروفات والرسوم وأتعاب المحامي التي أنفقتها عند إقامة الدعوى على الناقل.

أما العنصر الثاني من الضرر المادي، فيشمل ما فات المتضرر من الكسب نتيجة تعطله عن العمل بسبب الإصابة ويدخل في ذلك دخل العمل الذي فقده الشخص المتضرر، كذلك كل ما كان يمكن أن يحصل عليه المتضرر من كسب في الحياة فيما لو لم يصب بالحادث. أما التعويض عن الضرر المعنوي فيتمثل في الآلام النفسية التي عاناها الراكب بسبب الإصابة، وتقدير التعويض عن الألم يجب أن يقدر في ضوء أهمية الإصابة والمدة اللازمة للشفاء منها مع الأخذ بعين الاعتبار سن المتضرر⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قد ساير أغلب القوانين المدنية العربية التي تجيز التعويض عن الضرر الأدبي بنصوص صريحة في إطار المسؤولية العقدية، إذ تنص المادة 182 مكرر على أنه "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي، كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

وعادة ما يتلازم الضرر الأدبي مع الضرر المادي فعندما يصاب الشخص في حادث فإنه تلحقه أضرار مادية تتمثل في مصاريف العلاج أو فقد أجره مدة انقطاعه عن العمل ويلحقه أيضا ضرر أدبي يتمثل فيما عاناه من آلام جراء الحادث⁽²⁾.

وبناء على ذلك فإن قاضي الموضوع هو من يستقل بتقدير التعويض الذي يجب دفعه للمضرور جبرا للضرر اللاحق به سواء كان ماديا أم معنويا وهذا بالاعتماد على القواعد العامة مع مراعاة ظروف المضرور الشخصية أي بالنظر إلى حالته الصحية والعائلية والمالية وغيرها.

فإذا كانت الإصابة التي يتعرض لها الراكب يترتب عليها انخفاض في دخله، فيجب أن يأخذ بعين الاعتبار هذا الانخفاض عند تقدير التعويض لأن الفعل الضار هو الذي سبب هذا الانخفاض فهو يدخل في ما لحقه من خسارة⁽³⁾.

(1) د/عادل علي المقدادي، المرجع السابق، ص 262.

(2) د/عبد القادر أقصاصي، المرجع السابق، ص 455.

(3) د/عادل علي المقدادي، المرجع السابق، ص 262.



2- التأخير:

يحصل التأخير عندما لا يصل الراكب إلى المكان المقصود في الموعد المحدد أو في الوقت الذي يستغرقه الناقل العادي فيما لو وجد في نفس الظروف وهذا في حالة عدم تحديد الوقت.

وللتأخير أثر على الراكب لما له من علاقة في إنجاز الأعمال الوظيفية أو التجارية التي يقصدها المسافر، لهذا قد تترتب على عدم وصول الراكب إلى المكان الذي يقصده أضرار تنتج من حرمانه من تلك الفرص التي كان يريد تحقيقها⁽¹⁾.

والتأخير في حد ذاته ليس دليلاً على وجود ضرر يستحق التعويض، إنما يجب على الراكب أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من جراء هذا التأخير لكي يستحق التعويض.

والضرر الناجم عن التأخير قد يكون مادياً أو معنوياً فمثال عن الضرر المادي عندما لا يتمكن الناقل من إيصال المسافر إلى المكان المقصود فيتأخر الراكب نتيجة لذلك فيلحقه من جراء هذا التأخير مصاريف الإقامة خلال مدة التأخير، أو قد يتم الرحلة بوسائل أخرى فيتحمل مصاريف جديدة.

أما الضرر الأدبي فيمكن تصويره في الحالة التي يتأخر فيها الراكب عن حضور تشييع جنازة شخص عزيز عليه أو الضيق الذي يعانیه الراكب من جراء التأخير خاصة عندما يستغرق هذا الأخير وقتاً طويلاً.

والتعويض عن التأخير يشمل الضرر المباشر المتوقع، كما قد يشمل الضرر غير المتوقع في الأحوال التي يعلم فيها الناقل بقصد الراكب من الرحلة وارتكب غشاً أو خطأ جسيماً أدى إلى تأخير الراكب وحصول ضرر له، بسبب تفويت الغرض الذي كان يهدف إليه الراكب فيكون بذلك الناقل مسؤولاً عن تعويض ما لحق الراكب من خسارة وما فاتته من كسب⁽²⁾.

3- عدم توفير الراحة والمكان:

يقع على الناقل التزام بتوفير المكان للراكب في الدرجة المتعاقد عليها وكذلك كل الامتيازات التي تخوله هذه الدرجة من مأكّل ومنام وتهوية، هذه الأمور لا شك في أن الراكب يقصد منها الحصول على نوع من الراحة أثناء سفره، خصوصاً عندما تكون الرحلة طويلة.

(1) د/عادل علي المقدادي، المرجع السابق، ص 180.

(2) د/عادل علي المقدادي، المرجع السابق، ص 264.

ولذلك فإن عدم توفير تلك الراحة والامتيازات المحددة من تهوية وطعام ومنام قد يؤدي إلى ضرر معنوي للراكب يتمثل في الضيق الذي سيعانيه نتيجة حرمانه من تلك الأمور، كما أن المسافر قد لا يتمكن من الجلوس في المكان المخصص في الدرجة المتعاقد عليها ويحصل ذلك عندما يقوم أشخاص آخرون بالجلوس في مكانه مما يضطره للجلوس في درجة أدنى من الدرجة المتعاقد عليها وهذا ما يخوله حق استرداد الفرق بين أجرتي الدرجة مع ما دفعه من ثمن لبعض الامتيازات⁽¹⁾.

4- هلاك أو تلف الأمتعة:

يقصد بالهلاك تلك الحالة التي لا يستطيع فيها الناقل تسليم الراكب الأمتعة التي تسلمها منه، وللهلاك عدة صور، فهو قد يكون انعدام الأمتعة أو زوالها من الوجود كما هو الحال في حالة السرقة أو الحريق أو تحطمها، أو أنها قد تكون موجودة فعلا ولكنها ضاعت بسبب قيام الناقل بتسليمها لشخص آخر ليس له الحق في تسلمها ولو تمكن من استعادتها منه.

وهذه الحالات تتعلق بالهلاك الكلي للأمتعة، غير أنه قد لا يتسلم الراكب أمتعته كاملة وإنما يتسلم جزءا منها، وهذه الحالة يطلق عليها الهلاك الجزئي وهي التي تكون فيها الأمتعة موجودة ولكنها ناقصة عندما تسلم للراكب.

أما تلف الأمتعة فيقصد به أن الراكب لا يستلم أمتعته في مكان الوصول بالحالة التي كانت عليها عندما سلمها للناقل في مكان الانطلاق، وإنما تكون في حالة سيئة تجعلها أقل فائدة مما كانت عليه سابقا، كأن يصيبها صدم أو تشقق وتقدير ذلك يتم بالمقارنة بين حالة الأمتعة بعد التلف وتلك التي كانت عليها سابقا⁽²⁾.

وتجدر الإشارة أن نقل الأمتعة التي يأخذها معه المسافر تخضع لأحكام القواعد المتعلقة بنقل البضائع، لذلك فإن التعويض في حالة فقدان الأمتعة لا يختلف عما هو مقرر في نقل البضائع، فإذا كانت قيمتها مسجلة على قسائم نقل الأمتعة ففي هذه الحالة يكون التعويض بمقدار ما هو مبين في تلك القسائم من ثمن لهذه الأمتعة ومحتوياتها في حالة الضياع أو التلف.

إلا أنه في غالب الأحيان نجد أن المسافر لا يعلن عن محتويات أمتعته وقيمتها، ولذلك ذهب الفقه إلى أن التعويض في حالة ضياع الأمتعة أو تلفها يكون عن الضرر المتوقع

(1) د/عادل علي المقدادي، المرجع السابق، ص 265.

(2) د/ عدلي أمير خالد: عقد النقل البري، قواعد وأحكام في ضوء قانون التجارة الجديد والمستحدث من أحكام محكمة النقض والدستورية العليا، دار الجامعة الجديدة، 2006، 79.78.



حصوله في مثل هذه الظروف فيما عدا حالتي الغش أو الخطأ الجسيم التي يكون فيها التعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع.

وبناء على ما تقدم فإذا ما ادعى الراكب أن حقيبته التي فقدتها تشمل مجوهرات ثمينة، فإن الناقل لا يكون مسؤولاً عن تعويض ذلك إذا لم يكن عالماً بمحتوى هذه الحقيبة ولم يتوقع وجود هذه المجوهرات فيها، غير أن التعويض هنا يكون عن قدر الضرر المتوقع حدوثه في حالة ضياع مثيلات هذه الحقيبة.

ويشترط في الضرر المتوقع كل من سببه ومقداره وقت التعاقد ولا يكفي توقع سببه وذلك تطبيقاً لمبدأ حسن النية ومقتضيات العدالة.

وتجدر الإشارة أن للقاضي سلطة مطلقة في تقدير التعويض وتحديد المبلغ المالي للأمتعة التي يستطيع المسافر عادة نقلها في حقائبه وذلك تبعاً للظروف أي بحسب الحالة الاجتماعية للراكب ومهنته والغرض من سفره وكمية الأمتعة وقيمة التذكرة... إلخ⁽¹⁾.

المطلب الثاني: التعويض في حالة الوفاة:

تختلف الإصابة التي يتعرض لها الراكب أثناء السفر وتترتب عليها مسؤولية الناقل من إصابة قاتلة يلقي معها الراكب حتفه في الحال، وإصابة يتراخى مفعولها المميت إلى ما بعد مضي فترة زمنية معينة وفي كلتا الحالتين يحق للورثة المطالبة بالتعويض⁽²⁾.

فالحادث الذي يؤدي إلى وفاة الراكب ينشئ حقاً في التعويض إلى ورثته سواء كانت فورية أم تراخت في الزمن، ذلك أن وفاة الراكب تلحق ضرراً بورثته والذين كان يعيّلهم المتوفى وهذا الضرر الشخصي لا علاقة له بالضرر الذي يصيب الراكب المتوفى، لذلك سُمي بين التعويض المستحق للراكب عند وفاته وتعويض الغير بسبب وفاة الراكب.

1. التعويض المستحق للراكب عند وفاته:

ينشأ للراكب الحق في التعويض عندما يؤدي الحادث إلى وفاته، وهذا التعويض لا يختلف عما يستحقه في حالة الإصابة الجسمية من حيث نوعي الضرر فهو يشمل التعويض عن الضرر المادي والمعنوي. والضرر المادي يتحلل إلى عنصرين هما ما لحق الراكب من خسارة وما فاتته

(1) د/عادل علي المقدادي، المرجع السابق، ص 265.

(2) د/إدريس فتاحي: المسؤولية المدنية لناقل الأشخاص المترتبة على عقد النقل، مطبعة الأمانة زنتقة دمشق -

الرباط، 2002، ص 82.

من كسب، أما الضرر المعنوي فيتمثل في الآلام النفسية التي عاناها المتوفى بسبب الحادث الذي أصابه، وعندما ينشأ هذا التعويض في ذمة الراكب ينتقل من بعده إلى الورثة⁽¹⁾.

ومما لا شك فيه أن حق الورثة في المطالبة بالتعويض سيكون ثابتا إذا لم يترتب على الإصابة وفاة الراكب فورا بحيث تأخر الموت زمنا معيناً، ولجأ فيه الراكب إلى إقامة دعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به ثم توفي فيها يحق لورثته مواصلة المطالبة به والتقاضى بشأنه إذ يكون مثل غيره من الحقوق قابلاً للانتقال إلى الورثة.

إلا أنه وفي المقابل تنشأ صعوبات عديدة في حالة ما إذا أدت الحادثة إلى مقتل الراكب ووفاته فورا، إذ أنه يثور التساؤل عما إذا كان حق المصاب المتوفى في التعويض ينتقل إلى الورثة أم لا مع ما ينتقل إليهم من أصول الشركة؟

وللإجابة عن هذا التساؤل ذهبت بعض الآراء إلى أنه عندما تقع الحادثة ويترتب عليها وفاة الراكب ينشأ الحق في التعويض في مواجهة الناقل لفائدة المسافر، وينتقل منه إلى ورثته على أساس أن الحادث ولو كان قاتلاً إلا أن حصول الموت وخروج الروح يتأخر ولو للحظة خاطفة، إذ تشكل فترة فاصلة بين تاريخ وقوع الحادث وتاريخ الوفاة، وخلالها يثبت للمسافر المتوفى الحق في التعويض الذي ينتقل إلى الورثة والذين يطالبون به الناقل استناداً لقواعد المسؤولية العقدية أي بالارتكاز على عقد النقل الذي أبرم بين الراكب المتوفى والناقل⁽²⁾.

إلا أنه إذا تنازل الراكب عن حقه في التعويض قبل وفاته فإن هذا التنازل يمنع من انتقال هذا الحق لأن هذا الحق من الحقوق التي تتصل بشخصه وهو الذي يملك حق التصرف فيه، غير أن هذا التنازل لا يمنع الورثة من المطالبة بما أصابهم من ضرر شخصي بسبب وفاة الراكب وهو ضرر لا علاقة له بالضرر الذي أصاب الراكب المتوفى⁽³⁾.

وعليه فإنه يحق لكل من أصابه ضرر من جراء وفاة الراكب المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به طبعاً إذا كان من فئة الأشخاص الذين يخول لهم القانون هذا الحق.

ونتيجة لذلك يمكن أن تجد المحكمة نفسها في مواجهة شخص من ذوي الحقوق للراكب من جراء حادث سير يطالب في آن واحد الحق بالتعويض المبني على أساس المسؤولية العقدية الذي انتقل إليه من مورثه المسافر وبالحق في التعويض عن الضرر الذي لحق به

(1) د/عادل علي المقدادي، المرجع السابق، ص 269.

(2) د/إدريس فتاحي، المرجع السابق، ص 84.

(3) د/عادل علي المقدادي، المرجع السابق، ص 270.



شخصيا بسبب وفاة مورثه المسافرين والقائم على قواعد المسؤولية التقصيرية وفي مثل هذه الحالة يتعين على المحكمة أن تستجيب للطلبين معا إذ أن كل واحد منهما يختلف عن الآخر في أساسه وفي سببه بحيث لا يعتبران مطالبة بضم تعويضين⁽¹⁾.

2. تعويض الغير بسبب وفاة الراكب:

يستطيع الغير ممن تضرر بسبب وفاة الراكب أن يطلب من القضاء تعويضه عما لحقه من ضرر نتيجة لتلك الوفاة، هذه المطالبة تعتبر شخصية خاصة بالورثة وتقوم على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية فهي لا تستند لعقد النقل لأن الورثة لم يكونوا أطرافا في عقد النقل الذي جمع بين الراكب المتوفى والناقل.

وبالرغم من التسليم بأن الدعوى التي يقيمها الورثة للمطالبة بالتعويض عن الضرر الشخصي الذي لحق بهم من جراء وفاة مورثهم المسافر هي دعوى مبنية على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية إلا أن الخلاف قد وقع بشأن الأساس الذي ترتكز عليه دعوى الورثة بهذا الخصوص.

فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن المسافر عند تعاقد مع الناقل، فإن عقد النقل يتضمن في الوقت ذاته اتفاقا خاصا ينطوي على اشتراط لمصلحة الورثة، أي أن عقد النقل يتضمن شرطا لفائدة الورثة مفاده أن الناقل يجب عليه توصيل الراكب إلى وجهته سليما معافى، فإذا لم يصل الراكب كان ذلك بمثابة قبول من جانب الورثة للاشتراط الذي عقد لصالحهم عند رجوعهم على الناقل لمطالبته بالتعويض عن الضرر الذي لحق بهم بسبب وفاة مورثهم.

وهم بذلك يرجعون عليه وفقا لقواعد المسؤولية العقدية المنبثقة عن عقد الاشتراط الملحق بعقد النقل، إذ يظل الناقل مسؤولا قبل الورثة لأنه لم ينفذ التزامه بإيصال الراكب المتوفى.

غير أن هذا التصور الذي ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية لم يلق قبولا ومساندة، إذ عيب عليه أنه تفسير تحكمي لا مبرر، لأنه ليست هناك أية إرادة لا للناقل ولا للمسافر في عقد اشتراط لمصلحة الغير بل إن كلاهما يرجو أن يصل الراكب سليما ومعافى إلى وجهته فلا يمكن تصور وجود عقد لم تتجه الإرادة إلى إبرامه.

وخلافا لهذا التصور اتفق الفقه والقضاء والتشريع على أن مسؤولية الناقل في حالة عدم وجود عقد بينه وبين المتضرر تعتبر من صور المسؤولية عن حراسة الأشياء، التي تفرض على الناقل إيصال المسافر سليما ومعافى وإلا اعتبر مخرلا بتنفيذ التزامه.

(1) د/ إدريس فتاحي، المرجع السابق، ص 86.

ولذلك على الناقل للتحلل من هذه المسؤولية أن يقيم الدليل على أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي تماما وليست له أي يد في حدوثه وإلا وجب عليه أداء التعويض لمستحقيه وهم الورثة في حالة وفاة المسافر⁽¹⁾.

ولذلك لكي يسأل الناقل عن الحوادث التي تلحق المسافرين وجب على المضرور الاعتماد على نظرية المسؤولية عن الأشياء والتي تلزم تعويض الضرر الذي تحدثه الأشياء التي في حراسته⁽²⁾. وهو ما تنص عليه المادة 138 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري إذ جاء فيها: "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء".

والتعويض الذي يستحقه الورثة من الضرر الشخصي يتضمن الضرر المادي والأدبي معا، فالضرر المادي يتمثل في حرمانهم من المعونة التي كان ينفقها عليهم مورثهم، ولكن إذا كان أحد الورثة مستقلا في حياته ومعتمدا على نفسه في المعيشة فلا يستحق تعويضا في هذه الحالة عن الضرر المادي أما التعويض عن الضرر المعنوي فيتمثل في الألم والحزن الذي عاناه هؤلاء الورثة بسبب وفاة مورثهم.

وتطبيقا لذلك فقد قضى لزوجات الراكب المتوفى ولولده القاصر بتعويض عن الضرر المادي والأدبي الذي لحقهم من تلك الوفاة.

والتعويض عن الضرر الأدبي يقضى به للوارث بغض النظر عن كونه معتمدا على المتوفى أم لا، لأن هذا التعويض يكون عن الآلام النفسية، وهذه حتما سيعانيها الوارث ولا علاقة لها بالنفقة.

وبما أن وفاة الراكب تستوجب القيام بعملية تشييع جنازته ومن ثم دفنها وهذه العملية تتطلب مصاريف، لذلك تعطى غالبية القوانين الحق في المطالبة بمصاريف الدفن.

وإضافة لما سبق يحق للأشخاص الذين تكون إعالتهم واجبة على الراكب المتوفى أن يطالبوا الناقل بالتعويض عن الضرر الناجم عن إصابتهم شخصا بسبب وفاة معيلهم⁽³⁾. والتعويض هنا يشمل كذلك الضرر المادي والأدبي، أما الضرر المادي فيتمثل في حرمانهم من المعونة التي كانوا يعتمدون عليها في عيشهم وأما الضرر الأدبي فيتمثل في الحزن والألم الذي عاناه هؤلاء الأشخاص بسبب الوفاة.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قد حدد من هم الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بهم بسبب وفاة مورثهم المسافرين جراء حادث سير بموجب الأمر

(1) د/إدريس فتاحي، المرجع السابق، ص 88.

(2) مختار رحمانى محمد، المرجع السابق، ص 124.

(3) كما هو الحال بالنسبة للمكفول حيث تكون إعالتهم واجبة على المتوفى، وعليه فمن حقه المطالبة بالتعويض.



76- 15 المؤرخ في 1947/01/30 المعدل والمتمم: كوالدين الذين في كفالتة وزوجته والأولاد القصر واستثنى الإخوة والأخوات.

وهذا خلافا لحوادث السكك الحديدية التي تطبق عليها القواعد العامة في التعويض مما يجعل الإخوة والأخوات يستفيدون من تعويض مناسب عن الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة بهم⁽¹⁾.

الخاتمة:

من خلال ما تقدم نجد أن التعويض عن الحوادث الناتجة عن عقد النقل البري للأشخاص تخضع لقواعد المسؤولية المدنية بنوعيتها، سواء المسؤولية العقدية أم المسؤولية التقصيرية.

وهي تخضع بذلك للقواعد العامة للتعويض بالاستعانة في ذلك بما ورد في القانون المدني مع مراعاة ظروف الضرور وحالته الصحية والاجتماعية والمهنية وغيرها، لعدم وجود قواعد خاصة بالنقل بالسكك الحديدية، في حين أن حوادث السيارات لها قواعد خاصة بها في تقدير التعويض والأشخاص الذين يستحقونه.

لذلك يتعين على المشرع الجزائري تدارك هذا النقص ووضع أحكام خاصة بنظام التعويض عن حوادث النقل بالسكك الحديدية أو على الأقل وضع قواعد عامة خاصة بالتعويض في القانون التجاري.

وبالنتيجة فإن المسؤولية العقدية للناقل تشمل الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع ما لم يرتكب الناقل غشا أو خطأ جسيما إذ تشمل في هذه الحالة الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة عند الحكم بالتعويض مثل ما هو مقرر في المسؤولية التقصيرية.

وتعويض المستحق للضرور عن الأضرار اللاحقة به أثناء النقل يجب أن يشمل الضرر المادي والضرر المعنوي، إذ يحق للراكب الحصول على التعويض عن الأضرار اللاحقة به في حالة إصابته بجروح أو عند حصول تأخير له، أو إذا لم يمكنه الناقل من الحصول على الراحة والامتيازات في الدرجة المتعاقد عليها، وكذلك عند تعرض أمتعته للهلاك أو التلف.

كما أن الحادث عندما يؤدي إلى وفاة المسافر ينشئ حقا في التعويض إلى ورثته سواء كانت فورية أم تراخت في الزمن، ذلك أن وفاة الراكب تلحق ضررا بورثته والذين كان يعيلهم المتوفى وهذا الضرر الشخصي لا علاقة له بالضرر الذي يصيب الراكب المتوفى، ومسؤولية الناقل في حالة عدم عقد بينه وبين المتضرر تعتبر من صور المسؤولية عن حراسة الأشياء.

(1) مختار رحمانى محمد، المرجع السابق، ص 126.

تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد

أ. بن عصمان جمال

أستاذ محاضر "ب"

كلية الحقوق جامعة تلمسان – الجزائر

مقدمة:

إن فكرة السيادة واحترام النظام العام في دولة القاضي تجعل الحكم الأجنبي يعامل معاملة مختلفة عن الحكم الصادر عن القضاء الوطني، إذ مما لا شك فيه أن تنفيذ حكم أجنبي صادر عن قضاء دولة أجنبية دون قيد يعني الخضوع لهذه الدولة، إذ سيمثل الأعوان المكلفون بالتنفيذ لأوامر قضائهم وإنما لأوامر قضاء أجنبي، هذا من جهة ومن جهة أخرى قد يحدث أن يصدر حكم في الخارج ويكون من شأن تنفيذه أن يخالف المبادئ الأساسية في دولة القاضي، فهل من الصائب تنفيذ الحكم رغم هذا التعارض؟

إن هذه النتائج هي التي جعلت الكثير من القوانين تقر بعدم إمكانية تنفيذ حكم أو الاعتراف به⁽¹⁾ مباشرة وإنما تستلزم اللجوء إلى القضاء الوطني من أجل تقديم طلب الاعتراف أو التنفيذ. على أنه إذا كانت غالبية الدول تتفق على وضع قواعد خاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، فإنها تختلف بالمقابل في مكان إدراج هذه القواعد وهي في ذلك ثلاثة اتجاهات رئيسية:

- اتجاه يضع القواعد الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية في قانون خاص يصدر لهذا الغرض، هذا هو الحال مثلا في الأردن حيث هناك قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم 1952/08 الذي يبين الحكم الأجنبي القابل للتنفيذ ويحدد الشروط والإجراءات اللازمة لذلك.

⁽¹⁾ الغالب أن يكون الطلب المقدم هو تنفيذ الحكم غير أن ذلك لا يمنع من أن يكون الطلب هو مجرد الاعتراف، والفرق بينهما هو أن هذا الأخير عبارة عن إجراء يرمي إلى التسليم بالحكم دون تنفيذه، أما التنفيذ فهو أبعد من مجرد التسليم إذ يتم فيه مباشرة عمل من أعمال التنفيذ، وبمعنى آخر في الاعتراف المستفيد من الحكم لا يطلب تنفيذه بل فقط الإقرار من قبل القضاء بوجود الحكم وبذلك يدخل الحكم المعترف به ضمن النظام القانوني الوطني، وعادة ما يكون الاعتراف في حالة دفع وذلك بهدف الاعتراض على طلبات يناقضاها الحكم الأجنبي. أنظر: مصطفى تراري الثاني، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مجلة دراسات قانونية، عدد 1، جوان 2002، ص. 51؛ B. MOREAU،



- اتجاه آخر ينظم قواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية ضمن قانون خاص يتناول العلاقات ذات العنصر الأجنبي، هذا ما هو عليه الوضع في تونس حيث قواعد التنفيذ منصوص عليها ضمن قانون 97/98 المتضمن القانون الدولي الخاص.

- واتجاه أخير ينظم قواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية ضمن قوانين المرافعات، هذا هو المتبع في كثير من الدول العربية كسوريا⁽¹⁾ ومصر⁽²⁾ واليمن⁽³⁾ وليبيا⁽⁴⁾.

في الجزائر، يبدو أن المشرع الجزائري فضّل الاتجاه الثالث حيث نظم موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم، ثم بأكثر تفصيل في ظل القانون الجديد⁽⁵⁾. فما هي شروط تنفيذ الحكم الأجنبي، وما الإجراءات المتبعة في هذا المجال، وما هي آثار الحكم الخاص بدعوى التنفيذ؟

المبحث الأول: شروط تنفيذ الحكم الأجنبي:

قبل التطرق لهذه الشروط نرى أنه من الضروري بدءاً تحديد النصوص التشريعية المتعلقة بهذا الموضوع.

في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم، تنفيذ الأحكام الأجنبية، تناولته المادة 325 حيث جاء فيها ما يلي: "الأحكام الصادرة من جهات قضائية أجنبية والعقود الرسمية المحررة بمعرفة موظفين عموميين أو موظفين قضائيين أجانب، لا تكون قابلة للتنفيذ في جميع الأراضي الجزائرية إلا وفقاً لما يقضى بتنفيذه من إحدى جهات القضاء الجزائرية، دون إخلال بما قد تنص عليه الاتفاقيات السياسية من أحكام مخالفة".

ما هي الأمور التي يمكن استخلاصها من هذه المادة؟

- أولاً: المبدأ هو قبول تنفيذ الأحكام الأجنبية غير أن ذلك يبقى مشروطاً بصدور حكم من القضاء الجزائري يقضي بذلك.

(1) المواد من 306 إلى 311 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية.

(2) المواد من 296 إلى 301 من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

(3) الفصل التاسع قانون المرافعات المدنية والتجارية لسنة 1992.

(4) المواد من 405 إلى 411 من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

(5) قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25/04/2008.

- ثانيا: طلب التنفيذ لا يقتصر فقط على الأحكام القضائية الأجنبية، بل يمكن أن يشمل أيضا العقود الرسمية التي تحرر من قبل موظفين عموميين أو قضائيين أجانب.
 - ثالثا: المادة تتكلم عن وجوب صدور أمر بالتنفيذ من قبل القضاء الجزائري وهو ما يفترض مراقبة هذا الأخير للحكم الأجنبي عن طريق التأكد من توافر بعض الشروط، غير أننا بالمقابل لا نجد ذكرا لهذه الشروط.
 - وأخيرا تقرر المادة 325 صراحة تغليب المعاهدات السارية المفعول في الجزائر بخصوص تنفيذ الأحكام الأجنبية على التشريع الداخلي.
- وإذا كان هذا هو الوضع في ظل القانون القديم، فإن الأمور اختلفت قليلا في ظل القانون الجديد، إذ تم تناول موضوع التنفيذ بشيء من التفصيل، وفي أكثر من مادة هي المواد من 605 إلى 608 ق.إ.م.ج.ج. وتتميز هذه المواد بالأمور التالية:
- أولا: لقد جاء النص على الشروط التي يجب أن تتوفر في الحكم الأجنبي حتى يمكن الأمر بتنفيذه، وهو أمر لم يكن موجودا في القانون القديم.
 - ثانيا: في ظل القانون القديم المادة 325 كانت تستعمل مصطلح الحكم فقط، بينما كان المشرع أكثر دقة في القانون الجديد حيث يستعمل عبارات الأوامر، الأحكام والقرارات، وهذا يعني أن طلب التنفيذ يمكن أن يتعلق بحكم ابتدائي صادر عن محكمة أول درجة شريطة أن يكون نهائيا حائزا لقوة الشيء المقضي فيه وذلك إما لكونه صدر في حدود الاختصاص النهائي للمحكمة، وإما لأنه استنفذ مواعيد الاستئناف، فمثل هذه الأحكام هي التي يعبر عنها في ظل قانون الإجراءات المدنية الجزائري بعبارة "الحكم"، في حين ما يصدر من أحكام عن المجالس، وهي محاكم الدرجة الثانية في ظل النظام القضائي الجزائري، يعبر عنه بالقرارات، وهذه بطبيعة الحال قابلة هي أيضا للتنفيذ. أمّا عبارة الأوامر فيقصد بها الأعمال الولائية وهي تلك التي تتعدم فيها الوجاهية، ولقد قضى المشرع الجزائري بإمكانية تنفيذ هذه الأوامر دون إعطاء تفاصيل أكثر، إذ المقرر أن هذه الأخيرة هي نوعان، نوع يكون أثره التنفيذ الجبري، ونوع آخر لا يتضمن أي تنفيذ على الأموال أو الأشخاص ومنها الأحكام الخاصة بالحالة والأهلية كتعيين وصي أو تصحيح شهادة ميلاد أو الاعتراف



بالولد الطبيعي، ويكاد يتفق الفقه في فرنسا أنّ النوع الأول هو الذي يجب أن يكون موضوع طلب تنفيذ، أمّا النوع الثاني فيرتب أثره دون حاجة إلى أمر بالتنفيذ.⁽¹⁾

- ثالثا: إضافة إلى الأحكام والقرارات والأوامر، المشرع يتكلم أيضا عن تنفيذ العقود والسندات الرسمية المحررة في بلد أجنبي وهو أمر كان موجودا في ظل القانون القديم، لكن الشيء الجديد الذي أضافه المشرع هو تخصيص مادة تتعلق بتنفيذ هذه العقود والسندات، حيث لم يشأ توحيد الشروط وإنما نص على شروط خاصة بتنفيذ الأحكام والقرارات والأوامر الأجنبية وشروط أخرى تتعلق بتنفيذ العقود والسندات الرسمية المحررة في بلد أجنبي.

- رابعا: رغم أنّ كلا من القانون القديم والقانون الجديد اهتما معا ببيان الجهة المختصة بالنظر في طلب التنفيذ إلا أنه في ظل القانون القديم النصوص الخاصة بتحديد هذه الجهة كانت منفصلة تماما عن تلك التي تنظم موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية، إذ كان موضعها ضمن المواد الخاصة بالاختصاص النوعي، وبالضبط المادة 3/1 ق.إ.م.ج.ق.، وهذا بخلاف القانون الجديد حيث تحديد الجهة القضائية المختصة في طلب التنفيذ جاءت ضمن المواد الخاصة بهذا الموضوع وهي هنا المادة 607 ق.إ.م.ج.ج.

- وأخيرا وفي نقطة التقاء بين القانون القديم والجديد، يبقى للمعاهدات الدولية والاتفاقيات القضائية المبرمة بين الجزائر ودول أخرى الغلبة والأولوية على التشريع الداخلي المتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية.

هذا إذن فيما يخص النصوص التشريعية المتعلقة بموضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية، فما هي الآن شروط التنفيذ طبقا لهذه النصوص؟

كما سبقت الإشارة أعلاه، لم نكن نجد في ظل القانون القديم بيانا للشروط التي يجب أن تتوافر في الحكم الأجنبي من أجل تنفيذه، وهي وضعية فتحت المجال للاجتهاد القضائي الذي كثيرا ما استأنس بالاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر من أجل الوقوف على هذه الشروط، غير أنّ ذلك لم يمنع من وجود اضطراب في الحلول، فالمحكمة العليا لم تهتم بوضع

⁽¹⁾cf. p. mayer, v. heuze, droit international prive, 8^e édition, montchrestien, 2004, n° 359, p. 259 ; j. p. niboyet, droit international prive, t. vi., recueil sirey, 1949, n° 1712, p. 4 ; d. buret, droit international prive, 3^e édition, dalloz, 2002, n°318, p. 261.

شروط متكاملة وواضحة وإنما كل ما قررته في حكم لها صادر في 1989/01/02 هو اشتراط عدم مخالفة الحكم للنظام العام الجزائري دون ذكر لأية شروط أخرى⁽¹⁾.

أمّا على مستوى محاكم الموضوع، فإنّ من الأحكام والقرارات ما لم تكن تهتم إطلاقاً ببيان شروط التنفيذ رغم أنها كانت تقضي في حيثياتها من وجوب تحقق القضاة من الشروط التي صدر فيها الحكم الأجنبي⁽²⁾، في حين محاكم أخرى سردت هذه الشروط وهي إعادة لما قرره حكم MUNZER⁽³⁾، حيث اشترطت لمنح الأمر بالتنفيذ خمسة شروط هي اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم، سلامة الإجراءات المتبعة أمام القضاء الأجنبي، تطبيق القانون المختص حسب قواعد التنازع الجزائرية، عدم الإخلال بالنظام العام الجزائري أو مبادئ القانون العام الجزائري، انتفاء كل غش نحو القانون⁽⁴⁾.

هذا التضارب سيتم من دون شك التقليل من حدّته أو حتى القضاء عليه في ظل أحكام قانون الإجراءات المدنية الجديد الذي عني هذه المرة بوضع الشروط التي يتوجب على قاضي التنفيذ التأكّد من توافرها من أجل الأمر بالتنفيذ، هذه الشروط، والتي ورد ذكرها في المادة 605 ق.إ.م.ج. منها ما يتعلق بالقواعد الإجرائية المتبعة في إصدار الحكم، ومنها ما يرتبط بمحتوى هذا الحكم. هذا، وما دام أنّ الأمر يتعلق هنا بمسألة تنفيذ حكم أجنبي يرتبط بمصالح خاصة للأفراد، فإنّ المنطق يقضي أن يكون لهذا الحكم الصفة الأجنبية،

⁽¹⁾ قرار 52207 منشور في م.ق. 1990، ع.4، مشار إليه في مؤلف ولد الشيخ الشريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة، 2004، ص.176.

⁽²⁾ محكمة الجزائر العاصمة (القسم التجاري)، 1972/06/13، غير منشور، مشار إليه في مؤلف ولد الشيخ الشريفة، المرجع السابق، ص.179.

⁽³⁾ Cass.civ. 1^{er}, 07/01/1964, J. C. P., 1964, II, 13590, note ANCEL ; R. C. D. I. P., 1964, p. 344, note BATIFFOL ; J. D. I., 1964, 302, note GOLDMANE.

ولقد وضع هذا الحكم خمسة شروط من أجل إمكانية الأمر بالتنفيذ هي:

- صدور الحكم من محكمة مختصة.
- تطبيق القاضي الأجنبي للقانون المختص.
- إتباع الإجراءات الصحيحة في إصدار الحكم.
- عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام في فرنسا.
- غياب غش نحو القانون.

⁽⁴⁾ محكمة سيدي محمد، 1975/05/08، غير منشور، مشار إليه في مؤلف ولد الشيخ الشريفة، المرجع السابق، ص.180.



وأن يكون قد فصل في نزاع يحكمه القانون الخاص وهذا شرط آخر يبقى ضروريا لإمكانية الأمر بالتنفيذ حتى وإن لم يكن هناك نص يقضي بذلك، وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري، وكما سبق بيانه، وضع شروطا خاصة بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، وأخرى تخص العقود والسندات الرسمية الأجنبية، ولأن موضوعنا هنا يتعلق بتنفيذ الأحكام القضائية فسندقتفي ببيان الأولى دون الثانية.

المطلب الأول: الشروط المرتبطة بالقواعد الإجرائية الخاصة بإصدار الحكم:

لقد بينت المادة 605 ق.إ.م.ج. هذه الشروط في فقرتها الأولى والثانية، ويتعلق الأمر هنا بالتأكد من عدم مخالفة الحكم لقواعد الاختصاص، وأن يكون حائزا لقوة الشيء المقضي به.

الفرع الأول: عدم مخالفة الحكم الأجنبي لقواعد الاختصاص:

هذا الشرط هو ما يعرف بشرط الرقابة القضائية والذي عبرت عنه الفقرة الأولى من المادة 605 ق.إ.م.ج. بقولها: "الآ يتضمن (أي الحكم الأجنبي) ما يخالف قواعد الاختصاص"، وهي عبارة تبقى واسعة جدا تثير مسألتين أساسيتين كثيرا ما كانت محل اختلاف في الحلول، الأولى تخص تحديد القانون الذي يجب الرجوع إليه لتقدير الاختصاص الدولي وهو ما يعرف بالاختصاص العام، والمسألة الثانية ترتبط بحدود الرقابة التي يجريها قاضي التنفيذ، هل تقتصر فقط على الاختصاص العام أم يمكن الذهاب إلى حد مراقبة الاختصاص الداخلي.

أولا: رقابة الاختصاص العام:

إذا كان المشرع الجزائري قد ألزم القاضي بأن يتأكد من أن الحكم الأجنبي لا يتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص مما يعني وجوب صدور الحكم من محاكم مختصة، إلا أنه لم يحدد بالمقابل القانون الذي يتوجب الرجوع إليه من أجل التأكد من ذلك، هل هو القانون الجزائري بوصفه قانون بلد التنفيذ، أم قانون الدولة التي أصدر قضاؤها الحكم؟

هذه المسألة كانت محل اهتمام لدى كل من الفقه والقضاء في فرنسا، إذ لفترة من الزمن كان المبدأ عند القضاء الفرنسي هو التأكد من اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم على ضوء قواعد الاختصاص المقررة في القانون الفرنسي، وهو موقف كان يعتبره الفقه صارما إذ كان يجب، من أجل إمكانية الأمر بالتنفيذ، أن تتطابق قواعد الاختصاص

الفرنسية مع القواعد المقررة في الدولة الأجنبية التي أصدرت الحكم، وهذا أمر يلعب فيه الحظ دورا كبيرا⁽¹⁾.

للتخفيف من صرامة هذه النتيجة اتجهت محكمة النقض الفرنسية ابتداء من سنة 1962 إلى إجراء تفرقة بين اختصاص حصري أو مانع، (Competence exclusive) واختصاص ليس كذلك، حيث قررت رفض آثار حكم أجنبي كونه "صدر من جهة قضائية أجنبية غير مختصة في نظر القانون الدولي الخاص الفرنسي بسبب الاختصاص الحصري للمحاكم الفرنسية الوحيدة المختصة في قضية الحال"⁽²⁾.

المشكل الذي صار يطرح في هذه الحالة هو معيار التفرقة بين اختصاص حصري أو مانع واختصاص عادي، وهي حالة حاول الفقه والقضاء إيجاد بعض الحلول لها فكان أول هذه المعايير إرادة الأطراف وذلك متى اتفق هؤلاء على أن تكون المحاكم الفرنسية مختصة، كما تم استخلاص معيار الاختصاص المانع من طبيعة النزاع كأن يتعلق الأمر بمجال عقود العمل أو التأمين حيث هناك قواعد اختصاص خاصة، وكان المعيار الثالث هو فكرة التلازم بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي حيث يكون الاختصاص حصريا ومانعا في كل مرة يكون فيها ضروريا وجود تلازم بين الاختصاص التشريعي والقضائي، كاختصاص المحاكم الفرنسية بنظر دعوى ميراث تتعلق بعقارات موجودة بفرنسا⁽³⁾. ولفترة طويلة كان امتياز الاختصاص المقرر في المادتين 14 و15 يعتبر كمييار للاختصاص المانع قبل أن تقر محكمة النقض الفرنسية في حكم Prieur التخلي عن ذلك⁽⁴⁾.

وإذا كان مصير حكم أجنبي هو رفض التنفيذ إذا كان يدخل ضمن الاختصاص الحصري للمحاكم الفرنسية، وهو شيء يتم تقديره طبعا على ضوء القانون الفرنسي، فإن التساؤل يبقى مطروحا بالنسبة للحالات التي تكون فيه هذه المحاكم غير مختصة، أو أن

⁽¹⁾ cf. y. loussouarn, p. bourel, droit international privé, 6^{ème} édition, dalloz, 1999n°503, p. 592.

⁽²⁾ civ. 05/05/1962, d. 1962, 718, note holleaux.

⁽³⁾ cf. b. audit, droit international privé, 4^e édition, economica, 2007, n°465, p. 377 ; h. batiffol, p. lagarde, droit international privé, t. ii, 5^e édition, lgdj, 1971, n°718, p. 424 ; m. l. niboyet, g. g. de lapradelle, droit international privé, lgdj, 2007, n° 465, p. 377.

⁽⁴⁾ « l'article 15 du code civil ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française, impropre a exclure la compétence indirecte d'un tribunal étranger dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée à l'état dont la juridiction est saisie et que le choix de la juridiction n'est pas frauduleux ». civ. 23/05/2006, j. d. i. 2006, p 1377, note chalas.



اختصاصها غير مانع، هل يتم التأكد من اختصاص الجهة التي أصدرت الحكم هنا أيضا على ضوء القانون الفرنسي أم على ضوء قانون بلد الإصدار؟

لقد انتهى القضاء الفرنسي إلى تقرير الرجوع في مثل هذه الحالة إلى قواعد الاختصاص المقررة في قانون الدولة التي أصدرت الحكم لكن مع وضع بعض الشروط، ففي حكم شهير صادر في 1985/02/06 يعرف بحكم Simitch قررت محكمة النقض الفرنسية أنه "يجب، في كل مرة لا تعطي فيها القواعد الفرنسية الخاصة بتنازع الاختصاص القضائي الاختصاص الحصري للمحاكم الفرنسية، الاعتراف باختصاص المحكمة الأجنبية متى كان النزاع يرتبط بشكل محدد بالبلد الذي رفعت أمام قضاؤه الدعوى، وما لم يتم اختيار هذا القضاء عن طريق التحايل"⁽¹⁾.

هذا ما هو عليه الوضع عند القضاء الفرنسي، فكيف يجب أن يكون الأمر في ظل القانون الجزائري؟

نعتقد أن الإجابة ستكون من خلال التفرقة هنا أيضا بين اختصاص حصري للمحاكم الجزائرية واختصاص عادي، فتكون الرقابة في الحالة الأولى على ضوء أحكام القانون الجزائري، في حين يتم الرجوع في الحالة الثانية إلى قانون الدولة التي أصدر قضاؤها الحكم، وإن كان ذلك سيصطدم بمشكلة أساسية هي تحديد ما يدخل ضمن الاختصاص المانع، وهو أمر يتحقق في رأينا عند وجود قواعد اختصاص خاصة ومرتبطة بطبيعة النزاع، كما يتحقق أيضا عندما يرتبط الأمر باحترام إرادة الأطراف وذلك متى اتفق الأطراف على عرض نزاعهم أمام المحاكم الجزائرية. ومنه، فلو حدث أن اتفق الخصوم على عرض نزاعهم أمام القضاء الجزائري ثم خالف أحدهم ذلك ورفع دعواه أمام قضاء دولة أجنبية كان على القضاء الجزائري الامتناع عن الأمر بتنفيذ الحكم لصدور هذا الأخير عن محكمة غير مختصة.

ثانيا: رقابة الاختصاص الداخلي:

استعمال المشرع الجزائري لعبارة قواعد الاختصاص بصفة عامة ودون تحديد يجعلنا نتساءل بحق عن حدود الرقابة التي يجريها القاضي الجزائري، هل تقتصر فقط على مراقبة

⁽¹⁾ « toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dans le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux ». j. d. i., 1985, 450, note huet.

الاختصاص الدولي، أم تتجاوز ذلك لتصل إلى درجة رقابة الاختصاص الداخلي، أي التأكد من أن المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم كانت مختصة محليا ونوعيا بإصداره؟

بعض أحكام القضاء الفرنسي القديمة كانت تفرض مثل هذا النوع من الرقابة وتجريه على ضوء قانون الدولة التي أصدر قضاؤها الحكم⁽¹⁾، لكن غالبية الفقه الفرنسي شككت في جدوى هذا النوع من الرقابة على اعتبار أن المقرر هو أن الحكم لا ينفذ إلا إذا كان نهائيا وفق قانون الدولة التي صدر بها وهو ما يفترض صدوره من محكمة مختصة داخليا⁽²⁾.

ويبدو أن محكمة النقض الفرنسية بدأت تتراجع عن فرض مثل هذا النوع من الرقابة، ذلك ما استخلصه الفقه بعد صدور حكم Bachir⁽³⁾ الذي قلّص من شروط التنفيذ ملغيا تلك المتعلقة بصحة الإجراءات المتبعة، ومدرجا إياها ضمن مفهوم أعم وأشمل هو مفهوم النظام العام.

ونعتقد من جهتنا أنه ليس للقاضي الجزائري مراقبة الاختصاص الداخلي، فهذا الأخير لا يمكن أن يلعب دور الرقيب على القاضي الأجنبي في تطبيقه لقواعد وإجراءات داخلية، فهي قواعد لا علاقة لها بالنظام القانوني الجزائري ولا يمكن بالتالي تصور أن يكون القاضي الجزائري أكثر حرصا من القاضي الأجنبي في تطبيق قواعد وإجراءات سليمة، كما أن هذا يتماشى مع ما هو مقرر في الفقرة الثانية من المادة 605 ق.إ.م.ج. التي تشترط وجوب أن يكون الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي فيه طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه وهو أمر لا يتحقق إلا إذا كان الحكم قد صدر مبدئيا من محكمة مختصة.

الفرع الثاني: وجوب أن يكون الحكم الأجنبي حائزا لقوة الشيء المقضي به:

مفاد هذا الشرط هو استلزام أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه نهائيا غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية، وهو ما يعني وجوب أن يكون الحكم قابلا للتنفيذ ويستتج هذا من عبارة "الشيء المقضي فيه" المستعملة في الفقرة الثانية من المادة 605 ق.إ.م.ج. التي تقتضي إصدار أمر إلى عمال السلطة العامة بتنفيذ الحكم جبرا عند الاقتضاء، وهذا بخلاف عبارة "حجية الشيء المقضي فيه" حيث إن الحجية تثبت للحكم بمجرد صدوره سواء كان

(1) راجع بخصوص هذه الأحكام: y. lousouarn et p. bourel, op. cit. n°504, p. 596.

(2) cf. h. batiffol, p. lagarde, op. cit. n°720, p. 430. □

(3) civ. 04/10/1967, d., 1968, 95, note mezger. □



قابلا للطعن فيه أم لا ، ومهما كان طريق الطعن ، وهي تقتضي منع عمال القضاء النظر من جديد في النزاع الذي تم الفصل فيه بموجب الحكم القضائي⁽¹⁾.

وترجع علة اشتراط قوة الشيء المقضي فيه في الحكم الأجنبي إلى فكرة توفير الاستقرار ، إذ لو تم الاكتفاء بوجود الحكم فقط دون اشتراط أن يكون نهائيا ، فإنه ليس هناك ما يمنع من إمكانية إصدار أمر بالتنفيذ بخصوص حكم أجنبي تم بعد ذلك إلغاؤه في الدولة التي صدر فيها.

وبخلاف الشرط الأول الخاص برقابة الاختصاص القضائي ، نجد أنّ المشرع الجزائري قد حدد هذه المرة القانون الذي يُرجع إليه من أجل الوقوف على مدى توفر الحكم الأجنبي لقوة الشيء المقضي فيه ، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 605 ق.إ.م.ج. صراحة على الرجوع إلى قانون البلد الذي أصدر قضاؤه الحكم.

ويترتب على اشتراط أن يكون الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي فيه من أجل إمكانية الأمر بتنفيذه الكثير من النتائج أهمها عدم إمكانية تنفيذ الأحكام غير القطعية وهي تلك الصادرة قبل الفصل في الموضوع ، وأيضا الأحكام المشمولة بالتنفيذ المعجل إذ هي أحكام تحتمل الإلغاء والتعديل ، ولا تنفذ كذلك الأحكام الوقفية على اعتبار أنّ لها حجية مؤقتة الغرض منها اتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية من أجل حماية مصالح الخصوم إلى حين الفصل في نزاعهم⁽²⁾.

المطلب الثاني: شروط الأمر بالتنفيذ المرتبطة بمحتوى الحكم:

بعد التأكد من أنّ الحكم صدر من جهة قضائية مختصة وأنه حائز لقوة الشيء المقضي فيه ، على القاضي الجزائري أن يبحث في محتوى هذا الحكم أو مضمونه لا ليقوم بمراجعته ، وإنما للتأكد من عدم تعارضه مع حكم آخر صدر عن القضاء الجزائري ، ومن أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة في الجزائر.

(1) عكاشة محمد عبد العال ، القانون الدولي الخاص دار الجامعة الجديدة للنشر 1996 ، رقم 214 ، ص. 620.

ولد الشيخ الشريفة ، المرجع السابق ، ص. 193.

(2) هشام علي صادق ، دروس في تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية ، 2003 ، رقم 382 ، ص. 281.

الفرع الأول: عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم صادر عن الجهات القضائية الوطنية:

عبرت عن هذا الشرط الفقرة الثالثة من المادة 605 ق. إ. م. ج. ج. وذلك بنصها ألا يتعارض الحكم الأجنبي مع "أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعى عليه".

ويرى الكثير من الشراح في مصر أن هذا الشرط وإن تم وضعه في نص تشريعي هو المادة 4/298 ق. م. م. فإنه يعتبر في حقيقة الأمر بمثابة تطبيق لفكرة النظام العام، وهذا هو المستقر عليه عند الفقه الفرنسي، إذ المؤكد أن السماح بتنفيذ حكم يتعارض محتواه مع حكم سابق صادر عن القضاء الوطني هو أمر يتعارض مع النظام العام في الدولة المطلوب منها التنفيذ⁽¹⁾.

ولقد تساءل الفقه عن الحالة التي لا يكون فيها هناك حكم صادر عن القضاء الوطني، وإنما فقط دعوى مقامة أمام هذا القضاء، هل هذا كاف للقول بوجود تعارض وبالتالي رفض التنفيذ؟ دون الدخول في الجدالات الفقهية⁽²⁾ نعتقد أن مجرد وجود دعوى قضائية مرفوعة أمام القضاء الجزائري في نفس الموضوع لا تحول دون إمكانية الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي، لأن القول بعكس ذلك سيفتح يقينا باب التحاليل ليعمد الخصم الذي صدر الحكم ضده إلى رفع دعواه عن سوء نية أمام القضاء الجزائري لعرقلة سير دعوى التنفيذ في الجزائر هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه يمكن تفهم وجود هذا الجدل في فرنسا لعدم وجود نص صريح، أما في الجزائر فيبدو، ولوضوح النص، أن الأمور لا تستدعي الجدل والاختلاف، فالفقرة الثالثة من المادة 605 ق. إ. م. ج. ج. تستعمل عبارة "الأمر أو الحكم أو القرار" ولن يعترض أحد إذا قلنا إنه وفقا لما هو مقرر في قواعد الإجراءات المدنية وجود دعوى مرفوعة وإجراءات متبعة لم يتم الفصل فيها، لا هي بأمر ولا حكم ولا هي بقرار، فكيف يمكن القول بعد هذا إنه يمكن أن تشكل دعوى مرفوعة في نفس الموضوع لم يتم الفصل فيها، سببا لرفض التنفيذ؟

ولوضوح النص أيضا لن نتساءل هنا عما إذا كان يشترط أن يكون الحكم الصادر من قبل القضاء الجزائري سابقا للحكم المراد تنفيذه أم لا، ولن نقول برأي بعض الشراح الفرنسيين الذين قرروا بأن وجود حكم صادر عن القضاء الوطني ومتعارض مع الحكم

⁽¹⁾ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، رقم 216، ص. 623: هشام علي صادق، المرجع السابق، رقم 383، ص. 282. p. 599. 506y. loussouarn et p. bourel, op. cit. n° 282.

⁽²⁾ انظر في هذا الجدل: عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، رقم 216، ص. 264 وما يلي:

m. l. niboyet, g. g. de lapradelle, op. cit. n°674, p. 493.



الأجنبي كاف لرفض التنفيذ بغض النظر عن تاريخ صدور الحكمين⁽¹⁾، بل بالعكس من ذلك يجب وفقا لنصوص القانون الجزائري أن يكون الحكم الصادر عن القضاء الجزائري سابقا عن الحكم المطلوب تنفيذه حتى يمكن التكلم عن وجود تعارض بين الحكمين.

وجود تعارض بين الحكم الأجنبي والحكم الوطني يعتبر إذن سببا آخر لإمكانية رفض التنفيذ، لكن من يثير هنا مسألة التعارض؟

مبدئياً يجب أن يكون القاضي، إذ هو من يتولى مهمة التأكد من توفر الحكم الأجنبي للشروط الضرورية، وهو يفعل ذلك من تلقاء نفسه ولا ينتظر أن يثير ذلك أحد الخصوم، ولكن يبدو أنّ الأمور لا تتم بهذه الطريقة، إذ أنّ المشرع الجزائري يضيف في الفقرة الثالثة من المادة 605 ق.إ.م.ج. عبارة تفيد وجوب أن يثير المدعى عليه مسألة وجود التعارض وهي عبارة لا وجود لها في بقية الشروط الأخرى مما يجعلنا نستخلص أنه ليس للقاضي الجزائري أن يتأكد من تلقاء نفسه أنّ الحكم الأجنبي هو متعارض أم لا مع حكم وطني، وليس له أن يقضي بالرفض حتى ولو كان عالما بوجود هذا التعارض، وإنما عليه أن ينتظر أن يثير المدعى عليه مثل هذا الدفع، وهذه نتيجة نرفضها دون تردد إذ قد تؤدي إلى إمكانية تنفيذ حكم أجنبي يتعارض تماما مع حكم وطني فقط لأنّ المدعى عليه لم يثر ذلك، ولا ندري سبب وضع المشرع الجزائري لمثل هذا القيد الذي لا وجود له في قوانين دول أخرى كالقانون المصري حيث لا تجيز المادة 4/298 ق.مرافعات الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق من أنّ "الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية" دون اشتراط أن يثير المدعى عليه هذا التعارض.

وعلى كل فإنّ النتيجة التي توصلنا إليها الفقرة الثالثة من المادة 605 يمكن تجنبها عن طريق إعمال الشرط الرابع وهو عدم تضمن الحكم الأجنبي ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر إذ لا مجال للشك في أنّ رفض تنفيذ حكم أجنبي لتناقضه مع حكم آخر وطني ما هو في الحقيقة سوى تطبيق لفكرة النظام العام التي ترفض الاعتراف بما يتعارض مع قرينة الصحة والحقيقة التي يتضمنها الحكم الوطني، كما أنّ السيادة التي باسمها صدر هذا الحكم تفترض التضحية بالحكم الأجنبي وتغليب الحكم الوطني.

⁽¹⁾ voir sur cette méthode de résolution du conflit: m. l. niboyet, g. de lapradelle, op. cit. n°671, p. 489.

الفرع الثاني: عدم تضمن الحكم الأجنبي ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة في الجزائر:

يصف فقه القانون الدولي الخاص النظام العام كصمام أمان ضروري لحماية المبادئ والأسس التي يقوم عليها كل مجتمع، فدور النظام العام في مجال تنازع القوانين هو استبعاد تطبيق القوانين الأجنبية، وهو رفض تنفيذ الحكم في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية وبذلك قضت الفقرة الرابعة من المادة 605 ق.إ.م.ج.

ويقسم الفقه والقضاء في فرنسا النظام العام إلى نوعين، نظام عام من حيث الموضوع، ونظام عام من حيث الإجراءات وعلى الحكم الأجنبي أن يحترم النوعين معا حتى يمكن الأمر بتنفيذه، هذا التقسيم أشارت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكم Bachir حيث بعد أن كانت شروط التنفيذ بعدد خمسة تم إلغاء شرط التأكد من سلامة الإجراءات المتبعة في الخارج، حيث قررت هذه المحكمة أنه "إذا كان من واجب قاضي التنفيذ أن يتأكد من أن الدعوى المقامة أمام الجهة القضائية الأجنبية تمت بشكل سليم، فإن شرط السلامة هذا يجب أن يقدر بالنظر إلى النظام العام الفرنسي فقط، واحترام حقوق الدفاع"⁽¹⁾.

مثل هذا التقسيم نرى وجوب الأخذ به في ظل القانون الجزائري خاصة وأن المادة 605 ق.إ.م.ج. لم تتكلم عن وجوب أن يتأكد القاضي من سلامة الإجراءات المتبعة وصحتها كشرط للأمر بالتنفيذ بخلاف بعض القوانين كالقانون المصري الذي قضى بوجوب التحقق من أن "الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا" (المادة 2/298 ق.مر.)، وكذلك فعل المشرع الأردني حيث أجاز البند (ج) من المادة 07 ق.ت.أ.أ. للمحكمة المطلوب إليها إصدار الأمر بالتنفيذ رفض الطلب "إذا كان المحكوم عليه لم يبلغ بمذكرة الحضور من المحكمة التي أصدرت الحكم ولم يحضر أمامها رغمًا عن كونه كان يقطن داخل قضائها، وتشمله صلاحية المحكمة أو كان يتعاطى أعماله فيها"، وينهج القانون التونسي نفس النهج وإن كان يستعمل عبارات أعم وأشمل حيث تقضي المادة 3/11 ق.د.خ. برفض التنفيذ إذا ظهر أن الحكم الأجنبي صدر وفق إجراءات لم تحترم حقوق الدفاع.

⁽¹⁾ « Si le juge de l'exequatur doit vérifier si le déroulement du procès devant la juridiction étrangère a été régulier, cette condition de régularité doit s'apprécier uniquement par rapport à l'ordre public français et au respect des droits de la défense ». précité.



على قاضي التنفيذ الجزائري إذن أن يتأكد من أنّ الحكم الأجنبي لا يخالف النظام العام في الجزائر من حيث الموضوع ومن حيث الإجراءات مهتديا في ذلك بالأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية السائدة في دولته ويمتنع عن تنفيذ كل حكم من شأنه المساس بهذه الأسس، كما عليه أن يمتنع أيضا عن تنفيذ كل حكم تجاهل الضمانات الأساسية لحقوق الدفاع كالتمثيل الصحيح وإعطاء مهلة كافية وضرورة لتحضير الدفاع.

التعارض مع النظام العام أو الآداب العامة أثره هو رفض تنفيذ الحكم كليا، على أنه إذا كان هذا هو الأصل فإنه ليس هناك ما يمنع من إمكانية الأمر بالتنفيذ الجزئي، بحيث يتم الأمر فقط بتنفيذ الجزئية التي لا تتعارض مع النظام العام ورفض المسائل الأخرى التي تتضمن تعارضا مع هذا الأخير، على أنّ الفقه وإن كان يسلم بهذا الحل فهو بالمقابل حل يجب أن يستوفي شرطا أساسيا وهو وجوب أن تكون المسائل التي فصل فيها الحكم قابلة للتجزئة بحيث يمكن الفصل بينها، فإذا لم يتحقق ذلك توجب رفض الحكم كلية⁽¹⁾.

هذه هي مجمل الشروط التي ورد ذكرها في التشريع الجزائري من أجل إمكانية الأمر بتنفيذ حكم أجنبي في الجزائر، فما هي الآن الإجراءات المتبعة من أجل طلب التنفيذ، وما الآثار التي يرتبها الحكم الذي فصل في مثل هذا الطلب؟

المبحث الثاني: إجراءات تنفيذ الحكم الأجنبي وأثار الحكم الخاص بدعوى التنفيذ:

طبقا لمقتضيات قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد طلب التنفيذ يكون عن طريق رفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة التي تقتصر مهمتها في هذا النوع من الدعاوى على مراقبة مدى توافر الشروط السابق بيانها، ولهذه الأخيرة قبول الطلب كما لها أن ترفضه وهذا كله يستوجب بطبيعة الحال اتباع إجراءات معينة تؤدي في النهاية إلى صدور حكم يرتب بعض الآثار.

المطلب الأول: إجراءات تنفيذ الحكم الأجنبي:

طلب التنفيذ يكون عن طريق رفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة وهذا يفترض تكوين طالب التنفيذ لملف يشتمل على جميع الوثائق التي من شأنها أن تؤدي إلى قبول طلبه، وهو شيء إذا تم رتب بعض الآثار.

⁽¹⁾cf. m. issad, droit international prive, t. ii, o. p. u., 1986, p. 70.

الفرع الأول: الوثائق الخاصة بطلب التنفيذ:

لا نجد في قانون الإجراءات المدنية الجزائري بيانا للوثائق التي يلتزم طالب التنفيذ بتقديمها أمام الجهة القضائية المختصة، على أنه بالرجوع إلى طبيعة الدعوى المرفوعة التي تفترض وجود حكم أجنبي، وبالنظر للشروط التي تطلبها القانون الجزائري من أجل الأمر بالتنفيذ، وبالإستئناس بالاتفاقيات السارية المفعول في الجزائر، بالرجوع لكل هذا يمكن التكلم عن حد أدنى من الوثائق لا بد أن يحتويها الملف المقدم من طرف طالب التنفيذ.

أول هذه الوثائق هي تلك التي تهدف إلى إثبات وجود الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه وهو ما يعني وجوب تقديم صورة رسمية للحكم طبق الأصل.

كما يجب أيضا تقديم وثائق يكون الهدف منها التأكد من توافر شروط التنفيذ، ويترتب على هذا أن طالب التنفيذ ملزم بتقديم نسخة تنفيذية للحكم لإثبات أن هذا الأخير هو قابل للتنفيذ، ويلتزم أيضا بإثبات أن الإجراءات كانت سليمة وتم فيها احترام حقوق الدفاع، وهو ما يتم عن طريق تقديم محضر تبليغ الحكم المطلوب تنفيذه أو أي وثيقة يمكن أن تحل محلها والتي من شأنها أن تثبت أن المحكوم ضده قد تم تبليغه بالحكم، وأن إجراءات التبليغ تم احترامها، كما أنه يبدو ضروريا تقديم صورة طبق الأصل لورقة التكليف بالحضور وذلك متى كان الحكم غائبا.

وكما أشرنا من قبل، هذه الوثائق تشكل الحد الأدنى لما يجب تقديمه أمام القضاء الجزائري في دعوى الأمر بالتنفيذ مما لا يمنع هذا الأخير من اشتراط أي وثيقة أخرى يعتبرها ضرورية، كما نشير أيضا إلى ضرورة تقديم نسخ مترجمة للوثائق المبينة أعلاه في كل مرة يكون فيها الحكم صادرا عن قضاء دولة الأحكام فيها غير محررة باللغة الرسمية التي تصدر بها الأحكام بالجزائر.

ثانيا: الجهة المختصة بدعوى طلب التنفيذ والإجراءات المتبعة: طلب التنفيذ، أو ما يسميه المشرع الجزائري بطلب منح الصيغة التنفيذية، يتم عن طريق رفع دعوى قضائية كأي دعوى متعلقة بالمسائل المدنية، أي عن طريق تكليف بالحضور ومواجهة الأطراف ويكون الحكم الصادر قابلا للطعن بكافة الطرق المقررة في القانون الجزائري⁽¹⁾.

⁽¹⁾ cf. m. issad, op. cit., p. 79.



الاختصاص المحلي في دعوى منح الصيغة التنفيذية يؤول طبقا للمادة 607 ق. إ. م. ج. (1) إلى محكمة موطن المنفذ عليه، وما ذلك في الحقيقة سوى تكريس للقاعدة العامة في هذا المجال، فالمنفذ عليه هنا سيكون بدون شك في مركز المدعى عليه. على أن ذات المادة أضافت معيار اختصاص آخر هو موطن محل التنفيذ، وهو ما يتطابق مع مكان تواجد الأموال، وتجدر الإشارة هنا إلى أن المعيارين المقررين هنا هما اختياريان، فلا يعتبر موطن المنفذ عليه هو الأصل ومحل التنفيذ هو الاحتياط بحيث لا يلجأ إلى المعيار الثاني إلا إذا لم يكن للمنفذ عليه موطن بالجزائر، بل كلا المعيارين هما أصليان ولطالب التنفيذ الاختيار بينهما لكن مع مراعاة ما قرره المادة 607 دائما، التي إضافة إلى الاختصاص المحلي وضعت أيضا اختصاصا مانعا، إذ أن طلب التنفيذ لا يكون أمام كل محكمة يتحقق فيها المعياران المذكوران أعلاه وإنما يجب أن يكون ذلك أمام المحكمة المنعقدة في مقر المجلس الذي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ.

ونشير في النهاية أن نصوص القانون الجزائري لم تحدد القسم المختص داخل المحكمة بالنظر في طلب التنفيذ على أن منطق الأمور يفترض في هذه الحالة أن يرجع الاختصاص إلى القسم المماثل الذي أصدر الحكم الأجنبي، فإذا لم يتحقق ذلك كان الاختصاص للقسم المدني (2).

المطلب الثاني: آثار الحكم الخاص بدعوى التنفيذ:

الآثار المترتبة على حكم فصل في دعوى التنفيذ ستختلف بحسب ما إذا تم منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي أو تم رفض ذلك.

في الحالة الأولى، منح الصيغة التنفيذية يعني تقرير جميع الآثار التي يرتبها الحكم الأجنبي بمقتضى منطوقه دون أي تعديل بحيث يصير قابلا للتنفيذ في كل الإقليم الجزائري، ويتم من أجل ذلك اتباع طرق التنفيذ المقررة في القانون الجزائري حتى وإن لم تكن معروفة في القانون الأجنبي، كما أن لقاضي التنفيذ الحرية في اتخاذ الإجراءات التي يراها مناسبة كإعطاء مهلة للمدين من أجل الوفاء أو الأمر بالتنفيذ الوتقي للحكم الأجنبي (3).

(1) المادة 607: "يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية، أما محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ".

(2) ولد الشيخ الشريفة، المرجع السابق، ص. 175؛ 78؛ p. issad, op. cit.,

(3) هشام علي صادق، المرجع السابق، رقم 404، ص. 301؛ 394؛ p. 491، n° cf. b. audit, op. cit.,

أمّا في الحالة الثانية حيث يتم رفض طلب التنفيذ، فإنه يكون للحكم القاضي بذلك حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة للأطراف وهو ما يمنع رفع دعوى تنفيذ من جديد، غير أنّ ذلك لا يمنع من إعادة رفع دعوى جديدة أمام القضاء الجزائري بخصوص نفس الموضوع الذي فصل فيه القضاء الأجنبي⁽¹⁾.

رفض تنفيذ الحكم الأجنبي لا يعني تجريد هذا الأخير من كل حجية في الإثبات، إذ تذهب غالبية الفقه إلى الاعتراف بقوة هذا الحكم الأجنبي كدليل إثبات واعتباره محررا رسميا ودليلا على ما ورد فيه من وسائل الإثبات كالإقرار والبينة والمعينة وأداء الخبرة وإن كان للقاضي الوطني هنا حرية تقدير تلك الأدلة الثابتة في الحكم الأجنبي.

ويذهب الكثير من الفقه إلى القول باعتبار الحكم الأجنبي الذي تم تنفيذه بالخارج واقعة قانونية يتوجب الاعتراف بها دونما حاجة إلى تدخل القضاء الوطني⁽²⁾.

خاتمة:

إذا كان الأصل أنّ الحكم يتم تنفيذه داخل الدولة التي أصدرت محاكمها هذا الحكم ووفقا للإجراءات المتبعة هناك، فإنّه مع ذلك قد يضطر من صدر الحكم لفائدته ولأسباب معينة أن يطلب تنفيذ الحكم في دولة أجنبية، وهنا تتور مشكلة مدى إمكانية تنفيذ هذا الحكم في هذه الدولة، وهو الموضوع الذي خصص له المشرع الجزائري مواد تعالجه ضمن قانون الإجراءات المدنية الجديد حيث بين شروط التنفيذ وهذا أمر لم يكن موجودا في القانون القديم، بل إنّ المشرع وإسهابا منه في التفصيل وضع نوعين من الشروط، الأول يرتبط بتنفيذ الأحكام بينما يتعلق النوع الثاني بتنفيذ العقود والسندات الرسمية، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد تمكن من تغطية نقص كبير كثيرا ما كان سببا في اضطراب الحلول أمام المحاكم.

قائمة المراجع

- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، 2003.
- مصطفى تراري الثاني، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مجلة دراسات قانونية، عدد 1، جوان 2002.

⁽¹⁾ cf. b. audit, op. cit., n°492, p. 395.

⁽²⁾ cf. h. batiffol, p. lagarde, op. cit., n°740, p. 456, d. buret, op. cit., n°319, p. 262.



- ولد الشيخ الشريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة، 2004.

- b. audit, droit international prive, 4^e édition, economica, 2007.
- b. moreau, arbitrage internationale, répertoire commercial. dalloz, avril, 2004.
- d. buret, droit international prive, 3^e édition, dalloz, 2002.
- h. batiffol, p. lagarde, droit international prive, t. ii, 5^e édition, lgdj, 1971.
- j. p. niboyet, droit international prive, t. vi., recueil sirey, 1949.
- m. l. niboyet, g. g. de lapradelle, droit international prive, lgdj, 2007.
- p. mayer, v. heuze, droit international prive, 8^e édition, montchrestien, 2004.
- y. loussouarn, p. bourel, droit international privé, 6^{ème} edition, dalloz, 1999.

مبدأ التكامل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية

أ/ حساني خالد
أستاذ مساعد بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية (الجزائر)

ملخص:

يعتبر مبدأ التكامل حجر الأساس في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وعلى أساسه فإن أولوية الاختصاص في معاقبة مرتكبي أشد الجرائم الدولية خطورة على المجتمع الدولي مثل جريمة الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب وجريمة العدوان، تكون للقضاء الوطني، غير أنه إذا امتنع هذا القضاء عن ممارسة ولايته الجنائية لسبب من الأسباب، أو لعدم رغبته في مباشرة اختصاصه، فإن الاختصاص ينعقد حينئذٍ للمحكمة الجنائية الدولية، بوصفها قضاءً مكملًا للقضاء الوطني.

إن هذه الورقة تتناول بالدراسة مبدأ التكامل، وذلك قصد التعرف على أهم ركائز هذا المبدأ، وتحديد مضمونه بشيء من التفصيل، بداية من تحديد مفهومه، والمبررات التي دعت إلى صياغة هذا المبدأ.

هذا ونشير إلى أن أهمية هذه الدراسة تكمن في أهمية مبدأ التكامل ذاته والذي يلعب دوراً بارزاً في قمع الجريمة الدولية، كما أنه يبرز الحدود الفاصلة بين ما يدخل في اختصاص القضاء الجنائي الوطني، وما يدخل في اختصاص القضاء الجنائي الدولي ممثلاً بالمحكمة الجنائية الدولية، وبمعنى آخر فإنه يحدد العلاقة بين القضاء الجنائي الوطني والقضاء الجنائي الدولي بمختلف صورها.

Résumé:

Le principe de complémentarité est considéré comme la base de fondation de la Cour pénale internationale. Par conséquent, la priorité de spécialisation est donnée aux juridictions nationales, mais quand il devient impossible pour le système judiciaire national, la pratique de son devoir pour toute autre raison, le rôle de la Cour pénale internationale vient en effet comme un gratuit à la magistrature nationale.

Cette étude souligne le Principe de la complémentarité par la définition de ce principe et expliquant les caractéristiques les plus importantes de ce Principe et les justifications qui conduit à son adoption.



L'importance de cette étude s'élève de l'importance de ce principe, car elle marque la ligne de séparation entre ce qui relève du système judiciaire national et celui qui relève de la spécialisation des tribunaux internationaux. En d'autres termes, il clarifie la relation entre le droit pénal national et le droit pénal international.

مقدمة:

عرف العالم محاولات عديدة لإنشاء نظام قضائي جنائي ذي طبيعة دولية، يتولى الفصل في القضايا التي تشكل انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، حيث بدأت تلك الجهود بمعاهدة فرساي التي صدرت في أعقاب الحرب العالمية الأولى، وذلك حينما أراد الحلفاء المنتصرون محاكمة الإمبراطور الألماني غليوم الثاني وأعوانه عما ارتكبه من جرائم حرب، وجرائم ضد الإنسانية. وقد توالت هذه الجهود، وتطور معها نطاق المسؤولية الجنائية عن الجرائم الأشد جسامة، مع التوسع في تحديد الجرائم التي يستوجب العقاب عليها، إلى أن صدر قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 46/50 بتاريخ 01 ديسمبر 1995 المتضمن إنشاء لجنة تحضيرية لإعداد مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة، حيث أقرت الجمعية العامة القرار في 17 ديسمبر 1996، وتوالت الجهود إلى أن تم اعتماد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية خلال أعمال مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية، والذي عقد في مدينة روما الإيطالية في الفترة الممتدة من 15 جوان إلى 17 جويلية 1998⁽¹⁾، ودخل حيز النفاذ في 01 جويلية 2002.

تعتبر المحكمة الجنائية الدولية هيئة قضائية دولية دائمة مستقلة أنشئت بموجب معاهدة دولية لغرض التحقيق ومحاكمة الأشخاص الذين يرتكبون أشد الجرائم خطورة بحيث تكون موضع الاهتمام الدولي، وهي جرائم الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب وجريمة العدوان، مع العلم أن المحكمة ليست كيانا فوق الدول بل هي كيان مماثل لغيره من الكيانات القائمة⁽²⁾، كما أن المحكمة لا تعتبر بديلا عن القضاء الجنائي الوطني، وإنما مكمل له تتعقد فقط في حالة عدم رغبة هذا الأخير أو عدم قدرته على معاقبة مرتكبي أبشع الجرائم الدولية في حق البشرية، وذلك بهدف احترام سيادة الدولة من جهة، ومحاربة ظاهرة الإفلات من العقاب من جهة أخرى.

⁽¹⁾ عبد الفتاح سراج، مبدأ التكامل في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وتطوره، مجلة مركز بحوث الشرطة، أكاديمية مبارك للأمن، العدد 21، يناير 2002، ص 466.

⁽²⁾ أنظر، ساشا رولف لودر، الطابع القانوني للمحكمة الجنائية الدولية ونشوء عناصر فوق وطنية في القضاء الجنائي الدولي، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد 2002، ص 153 - 163.

وبهدف التعرف على كل الجوانب المتعلقة بمبدأ التكامل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ينبغي علينا تحديد مفهومه وتطوره، ثم التعرض إلى مبررات وضعه حتى يتسنى لنا تحديد مختلف صورته، وأخيرا أثره على القضاء الوطني.

أولا: مفهوم مبدأ التكامل:

حرص واضعي النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على سيادة الدولة فيما يقع على إقليمها من أفعال تمثل أشد الجرائم خطورة، ومن ثم وضعوا مبدأ التكامل في نظام روما الأساسي، قصد التوفيق بين سيادة الدول وضمن عدم إفلات الجناة من العقاب.

1- تعريف مبدأ التكامل: لا بد أن نشير في البداية إلى أنه لم يرد في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تعريف محدد لمبدأ التكامل، وإنما أشير فقط إليه من خلال النصوص المختلفة لنظام روما⁽¹⁾، ويعتبر مبدأ التكامل هو المبدأ الأساسي الذي يحكم العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية والمحاكم الوطنية، كما يعد من بين الركائز الأساسية التي ينعقد بها اختصاص المحكمة الجنائية الدولية. وقد أشارت إليه ديباجة نظام روما الأساسي بنصها على أن "المحكمة الجنائية الدولية المنشأة بموجب هذا النظام الأساسي ستكون مكملة للولاية القضائية الجنائية الوطنية"⁽²⁾، كما أكدته كذلك المادة الأولى من النظام الأساسي للمحكمة "... وتكون المحكمة مكملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية ..."⁽³⁾.

يتضح من خلال نصوص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أنها تحت الدول المصدقة على نظام روما الأساسي على المبادرة بالتحقيق في أي وقائع تشكل جرائم وفقا لنصوص الاتفاقية بمعرفة سلطاتهم الوطنية وطبقا لتشريعاتهم الداخلية، باعتبار أن ذلك سوف يشكل دائما خط الدفاع الأول للتعامل مع تلك الجرائم. أما في حالة عجز السلطات الوطنية عن الاضطلاع بتلك المهمة لسبب أو لآخر، فإن الاختصاص لا محالة سوف ينعقد للمحكمة الجنائية الدولية وفقا للقواعد والشروط التي حددها نظامها الأساسي، ولذلك فإن دور المحكمة من المناسب أن يطلق عليه دائما "محكمة دائمة احتياطية"، أي أن دور المحكمة سيكون تكميليا لدور القضاء الوطني وهو ما يتحقق به مبدأ الاختصاص التكميلي⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Christine A.E. Bakker, Le principe de complémentarité et les "AUTO-SAISINES": un regard critique sur la pratique de la cour pénale internationale, Revue Générale De Droit International, N° 2, 2008, pp 362- 378.

⁽²⁾ أنظر الفقرة العاشرة من ديباجة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

⁽³⁾ أنظر المادة الأولى من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

⁽⁴⁾ عادل ماجد، المحكمة الجنائية الدولية والسيادة الوطنية، مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية،

القاهرة، 2001، ص 81.



وعلى ذلك فإن المحكمة الجنائية الدولية لا يجوز لها النظر في أية دعوى إذا ما أدت السلطات الجنائية الوطنية واجباتها بالتحقيق ومحاكمة مرتكبي الجرائم الدولية الداخلة في اختصاصها بفعالية، وقد جسدت هذا المبدأ المادة 17 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المتعلقة بالمقبولية، والتي جاء فيها أنه "... تقرر المحكمة أن الدعوى غير مقبولة في حالة ما:

- أ- إذا كانت تُجري التحقيق أو المقاضاة في الدعوى دولة لها ولاية عليها، ما لم تكن الدولة حقا غير راغبة في الاضطلاع بالتحقيق أو المقاضاة أو غير قادرة على ذلك.
- ب- إذا كانت قد أجرت التحقيق في الدعوى دولة لها ولاية عليها وقررت الدولة عدم مقاضاة الشخص المعني، ما لم يكن القرار ناتجا عن عدم رغبة الدولة أو عدم قدرتها حقا على المقاضاة.
- ج- إذا كان الشخص المعني قد سبق أن حوكم على السلوك موضوع الشكوى ولا يكون من الجائز للمحكمة إجراء محاكمة طبقا للفقرة 3 من المادة (20)⁽¹⁾.

استنادا إلى ما سبق يمكن القول إن الأصل في الاختصاص أنه اختصاص وطني، ولا يتدخل القضاء الدولي إلا في حالات معينة، لتحقيق العدالة للمجني عليهم في جرائم الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجريمة العدوان. فنظام روما يستوجب على الدول اتخاذ الإجراءات اللازمة والمناسبة على الصعيد الوطني لوضع حد لإفلات مرتكبي هذه الجرائم من العقاب، ويذكر الدول بالدور الأساسي الذي يقع على عاتقها، ويشدد على مسؤوليتها في ذلك، كما يشجعها على ممارسة اختصاصها في نظر الجرائم المحددة في المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ووضع الضوابط اللازمة لانتقال الاختصاص في مقاضاة هذه الجرائم إلى المحكمة الجنائية الدولية⁽²⁾.

وبناء على ذلك يمكن تعريف مبدأ التكامل على أنه تلك الصياغة التوفيقية التي تبناها المجتمع الدولي، لتكون بمثابة نقطة الارتكاز لحث الدول على محاكمة المتهمين بارتكاب أشد الجرائم الدولية خطورة، على أن تكمل المحكمة الجنائية الدولية هذا النطاق من الاختصاص في حالة عدم قدرة القضاء الوطني على إجراء هذه المحاكمة، بسبب عدم اختصاصه أو فشله في ذلك لانتهاء بنيانه القضائي والإداري، أو عدم إظهار الجدية في تقديم المتهمين للمحاكمة⁽³⁾.

(1) سالم الأوجلي، **العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية والمحاكم الوطنية، مداخلة في ندوة "المحكمة الجنائية الدولية الطموح- الواقع- وأفاق المستقبل"**، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، 10- 11 يناير 2007، ص 11.

(2) أنظر نص المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(3) **محمد شبلي العتوم وعلاء عباسي**، اختصاص المحكمة الجنائية الدولية استنادا إلى مبدأ التكامل، مجلة أبحاث اليرموك، الأردن، المجلد 27، العدد 1، 2011، ص 623.

2- تطور مبدأ التكامل: تم النص على مضمون مبدأ التكامل لأول مرة في القضاء الجنائي الدولي في اتفاق لندن الذي يعد النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ⁽¹⁾، حيث نصت المادة السادسة منه على أنه "لا يوجد في هذا الاتفاق أي نص من شأنه أن يسيء إلى سلطة أو اختصاص المحاكم الوطنية أو محاكم الاحتلال المنشأة قبلاً، أو التي ستنشأ في الأراضي الحليفة أو في ألمانيا لمحكمة مجرمي الحرب"، ويعتبر هذا النص اعترافاً صريحاً بالاختصاص الأصيل للقضاء الوطني، وإشارة واضحة إلى أن تدخل المحكمة في هذا الاختصاص يعد إساءة له، وأن المحكمة تكمل الاختصاص القضائي الوطني ولا تعلق عليه، كما أكدت المواد 10 و11 من نظام المحكمة هذا المبدأ عندما أوضحت أن الأولوية في الاختصاص تكون للمحاكم الوطنية ويكملها في الاختصاص المحاكم العسكرية، ويكون الاختصاص أخيراً لمحاكم الاحتلال⁽²⁾.

لقد تأكد مبدأ التكامل في المادة العاشرة من النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ حيث جاء فيها أن "في كل الأحوال إذا قررت المحكمة أن جماعة أو منظمة ما، هي ذات طبيعة إجرامية، فإنه يحق للسلطات المختصة في كل دولة موقعة أن يمثل أي شخص أمام المحاكم الوطنية أو العسكرية أو محاكم الاحتلال".

إن ما يمكن ملاحظته حول هذه الصياغة يتمثل في أن الاختصاص ينعقد في بادئ الأمر إلى المحاكم الوطنية، ثم يكملها في الاختصاص المحاكم العسكرية، ويليها محاكم الاحتلال وهو نص صريح بالتكامل بين المحاكم بأنواعها الثلاثة، وهو ما قررته أيضاً المادة الحادية عشرة التي قضت بأنه "يجوز اتهام أي شخص حكمت عليه المحكمة الدولية أمام محكمة وطنية أو عسكرية أو إحدى محاكم الاحتلال"⁽³⁾.

كما جاء النص على مبدأ التكامل في العديد من الاتفاقيات الدولية، وعلى رأسها اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام 1948، حيث جاء في مادتها السادسة أنه "يحاكم الأشخاص المتهمون بارتكاب الإبادة الجماعية، أو أي من الأفعال الأخرى المذكورة في المادة الثالثة أمام محكمة مختصة من محاكم الدولة التي ارتكب الفعل على

⁽¹⁾ تمخضت هذه المحكمة عن مؤتمر لندن الذي انعقد بتاريخ 26 جوان 1945، حيث تم عقد اتفاقية لندن في 8 أوت 1945 بين حكومات الولايات المتحدة الأمريكية، فرنسا، المملكة المتحدة والاتحاد السوفيتي، تقرر بموجبها إنشاء محكمة عسكرية دولية عليا لمحكمة مجرمي الحرب العالمية الثانية الذين ليس لجرائمهم موقع جغرافي معين، أنظر: - **عمر محمود المخزومي**، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 136 وما يليها.

⁽²⁾ **خيرية مسعود الدباغ**، حق المتهم في المحاكمة أمام قاضيه الطبيعي في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2009، ص 212.

⁽³⁾ **عبد الفتاح سراج**، مرجع سابق، ص 480.



أرضها، أو أمام محكمة جزائية دولية تكون ذات اختصاص إزاء من يكون من الأطراف المتعاقدة قد اعترف بولايتها القضائية"⁽¹⁾.

غير أن الأمر يختلف بالنسبة للمحكمتين الجنائيتين الدوليتين لكل من يوغسلافيا سابقا ورواندا، حيث يعتبر اختصاصهما متزامنا ومشاركا مع القضاء الوطني، بمعنى أنهما تزامنا القضاء الوطني في الاختصاص، إلا أن المحكمتين لهما الأولوية على القضاء الوطني⁽²⁾.

إضافة إلى ذلك فقد أكدت دائرة الاستئناف التابعة للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا سابقا أولوية اختصاص المحكمة على اختصاص القضاء الوطني، في ردها على الدفوع التي قدمها *Dusko Tadic*، والمتمثلة في أن مقاضاته أمام المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا سابقا تشكل انتهاكا لسيادة جمهورية يوغسلافيا السابقة⁽³⁾.

هذا ونشير إلى شرط الأسبقية في مواجهة المحاكم الوطنية، وفقا لذلك يجوز لهاتين المحكمتين، أن تطلب في أي وقت من الأوقات من المحاكم الوطنية أن تتخلى عن اختصاصها لمصلحتها، وهذا ما تم النص عليه في كل من المادة 2/9 من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا، والمادة 2/8 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، وكمثال على ذلك يمكن أن نذكر الأمر بالتخلي الصادر عن المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا سابقا في 08 نوفمبر 1994 الذي طلب بموجبه من القضاء الألماني التخلي عن النظر في قضية *Dusko Tadic*، الأمر الذي امتثلت له السلطات القضائية الألمانية بتحويل المتهم إلى لاهاي في 24 أبريل 1995، رغم أن الإجراءات القضائية أمام القضاء الألماني كانت على وشك الوصول إلى مرحلة المحاكمة⁽⁴⁾.

ثانيا: مبررات مبدأ التكامل:

يعود السبب في إدراج مبدأ التكامل ضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في إتاحة الفرصة للقضاء الوطني لكي يشارك المحكمة الجنائية الدولية في الاختصاص بمحاكمة مرتكبي الجرائم التي حددها المادة الخامسة من نظام روما الأساسي، وقد تم

⁽¹⁾ اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق أو الانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 260 ألف (د- 3)، المؤرخ في 9 كانون الأول / ديسمبر 1948، ودخلت حيز النفاذ في 12 كانون الأول/ يناير 1951 وفقا لأحكام المادة 13 من الاتفاقية.

⁽²⁾ **أوسكار سوليرا**، الاختصاص القضائي التكميلي والقضاء الجنائي الدولي، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد 2002، ص 165.

⁽³⁾ **خيرية مسعود الدباغ**، مرجع سابق، ص 213.

⁽⁴⁾ **بديار براهيمية الزهراء**، إشكالية مبدأ الاختصاص التكميلي للمحكمة الجنائية الدولية، مداخلة قدمت إلى الملتقى الوطني الأول حول "المحكمة الجنائية الدولية واقع وأفاق"، كلية الحقوق، جامعة 08 ماي 1945، قالمة (الجزائر)، يومي 28 و29 أبريل 2009، ص 30- 31.

تقديم عدة حجج لتبرير مبدأ التكامل خلال انعقاد مؤتمر روما الدبلوماسي الخاص بإنشاء المحكمة تتلخص فيما يلي:

أ - ضمان عدم معاقبة الشخص عن فعل واحد مرتين: إن مبدأ التكامل يرتبط بتطبيق مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن ذات الفعل مرتين، لا سيما أن هذا المبدأ يشكل ضماناً من الضمانات الأساسية لحق الشخص في محاكمة عادلة، وهو ما جسده نظام روما الأساسي في المادة 2/20⁽¹⁾، ومن ثمة إذا صدر حكم من المحاكم الوطنية ضد أحد الأشخاص ألزم المحكمة الجنائية الدولية بعدم إعادة محاكمة نفس الشخص عن ذات الجريمة.

وفي هذا السياق فقد تحوّفت الدول الأطراف من إعطاء صلاحيات واسعة للمحكمة الجنائية الدولية وانفرادها بالاختصاص بالجرائم الدولية، إذ قد لا تنجح المحكمة الجنائية الدولية في محاكمة ومعاينة المسؤولين عن الانتهاكات الخطيرة، ولذلك تعتبر الدول المؤيدة للمحكمة الجنائية قد حققت نجاحاً فائقاً باعتماد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية⁽²⁾.

زيادة على ضعف آليات تطبيق قواعد القانون الدولي وعجزها عن ردع مرتكبي الجرائم الدولية، ذلك أن إصدار المجتمع الدولي للعديد من الاتفاقيات الدولية التي تجرم الانتهاكات الجسيمة لم يواكبه تطور في الأجهزة القضائية المنوط بها تطبيق هذه الاتفاقيات الدولية، وحتى المحاكم نفسها فهي غير مهيأة لتنفيذ مهمة محاكمة مرتكبي الجرائم الدولية⁽³⁾.

إن الغرض من إقرار مبدأ التكامل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية هو القضاء على ظاهرة الإفلات من العقاب، فقد اتفقت أغلب الدول المشاركة في إنشاء المحكمة على اعتبار اختصاصها غير قائم على أساس الأولوية، الصدارة، الأسبقية أو الأفضلية، بل ينعقد الاختصاص الأول والأصيل للقضاء الوطني قبل المحكمة الجنائية الدولية، ذلك أن أخطر الجرائم التي تثير قلق المجتمع الدولي لا يجب ألا تمر دون عقاب لكونها مصدر تهديد السلم

⁽¹⁾ تنص المادة 2/20 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه "لا تجوز محاكمة أي شخص أمام محكمة أخرى عن جريمة من تلك المشار إليها في المادة الخامسة كان قد سبق لذلك الشخص أن أدانته بها المحكمة أو برأته منها".

⁽²⁾ Voir, **Mauro politi**, le statut de ROME de la Cour Pénale Internationale: le point de vue d'un négociateur, Revue Générale de Droit International Public, N° 4, 1999, pp 818- 850; **Luigi Condorelli**, La Cour Pénale Internationale: Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli), Revue Générale de Droit International Public, N°1, 1999, pp 8- 21; **Juan- Antonio Carrilo- Salcedo**, La Cour Pénale Internationale:l'humanité trouve une place dans le droit international, Revue Générale de Droit International Public, N°1, 1999, pp, 23- 28.

⁽³⁾ سالم الأوجلي، مرجع سابق، ص 6.



والأمن والرفاه في العالم ، وأنه يجب ضمان مقاضاة مرتكبيها على نحو فعال من خلال تدابير تتخذ على الصعيد الوطني وكذلك من خلال تعزيز التعاون الدولي⁽¹⁾.

غير أنه إذا لم يباشر القضاء الوطني اختصاصه في معاقبة مرتكبي الجرائم الدولية بسبب عدم الرغبة في إجراء المحاكمة أو عدم القدرة عليها ، أو عندما تكون المحاكمة صورية وشكلية أو غير جدية أو غير قائمة على أصول المحاكمة المقنعة والصحيحة ، أو بناء على رغبة الدولة نفسها ورضاها في التنازل الإرادي عن الاختصاص فيما يتعلق بالتحقيق والمحاكمة وتقرير العقوبة ، ينعقد حينئذ الاختصاص للمحكمة الجنائية الدولية استنادا إلى مبدأ الاختصاص التكميلي قصد ضمان عدم إفلات الجناة من العقاب⁽²⁾.

ب- ضمان احترام سيادة الدول: يعتبر مبدأ السيادة المتساوية بين الدول من المبادئ الرئيسية التي يقوم عليها القانون الدولي المعاصر وفق ما تنص عليه المادة 2/2 من ميثاق الأمم المتحدة⁽³⁾ ، كما يرتبط ارتباطا وثيقا بمبدأ عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول (المادة 7 /2 من الميثاق)⁽⁴⁾.

غير أنه نتيجة الانتقادات التي قدمت إلى مبدأ أسبقية الاختصاص لكل من محكمة يوغسلافيا سابقا ورواندا ، ظهرت الحاجة إلى ضرورة إيجاد نمط جديد من العلاقة بين القضاء الجنائي الدولي والقضاء الوطني ، يوفق بين هدف القضاء على ظاهرة الإفلات من العقاب والحفاظ على سيادة الدولة.

وقد ذهبت لجنة القانون الدولي -في المرحلة السابقة لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية- إلى أنه حتى لا يواجه أي اقتراح بإنشاء محكمة دولية دائمة بمقاومة من قبل الدول ، ينبغي أن يتجنب المساس بسيادة الدول ، أو تقويض الجهود التشريعية المبذولة على الصعيد الوطني لسن تشريعات للملاحقة عن الجرائم الدولية تطبيقا لمبدأ الاختصاص العالمي⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ أنظر ديباجة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

⁽²⁾ **علاوة العايب** ، المحكمة الجنائية الدولية اختصاص أصيل أم تكميلي ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية ، العدد 04 ، 2011 ، ص 521.

⁽³⁾ تنص المادة 2/2 من ميثاق الأمم المتحدة على أنه "تقوم الهيئة على مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضائها".

⁽⁴⁾ أنظر ، **محمد علي مخادمة** ، السيادة في ضوء المتغيرات الدولية ، مجلة الشريعة والقانون ، كلية القانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، العدد 34 ، السنة 23 ، أبريل 2008 ، ص ص 165 - 203.

⁽⁵⁾ لمزيد من التفاصيل حول مبدأ الاختصاص الجنائي العالمي أنظر ، **طارق سرور** ، الاختصاص الجنائي العالمي ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، وأنظر أيضا :

- **Luis Jimena Quesada** , Compétence universelle et crimes internationaux: l'illustration par l'Espagne , Revue de science criminelle, 2009 p 217- 240.

ونتيجة لذلك فقد فضلت الدول - مراعاة لاعتبارات السيادة الوطنية - أن يكون اختصاص المحكمة مكملاً لاختصاص القضاء الوطني وألا يسمو عليه، غير أنها اختلفت حول كيفية تطبيق هذا المبدأ، حيث أصرت بعض الدول على منح المحكمة صلاحية تقرير مدى ملاءمة حلولها محل القضاء الوطني في كل حالة، بينما أصرت دول أخرى على قصر اختصاص المحكمة على الحالة الاستثنائية التي ينهار فيها القضاء الوطني، أو لا يكون قادراً أو راغباً في ممارسة مهامه⁽¹⁾.

ثالثاً: صور مبدأ التكامل:

تتعدد صور مبدأ التكامل حيث تشمل كل من الجانب الموضوعي والإجرائي، علاوة على التكامل في تنفيذ العقوبة، وهو ما نبينه بالدراسة أدناه.

أ - التكامل الموضوعي: يقصد بالتكامل الموضوعي ذلك المتعلق بأنواع الجرائم التي تقع في نطاق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، بحيث ينعقد لها الاختصاص على وجه التحديد، متى كان القضاء الوطني مختصاً بهذه الجرائم. فصفة الموضوعية هنا تتعلق بالجرائم محل الاختصاص، أي أنه إذا لم ينص القانون الجنائي الداخلي على تجريم للجرائم الواردة في المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فإن القضاء الجنائي الدولي يعتبر صاحب الاختصاص الأصيل في تحقيق ومحاكمة المتهمين بهذه الجرائم⁽²⁾.

فإذا شرعت دولة ما في تجريم الجرائم الواردة في المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، فإن الاختصاص ينعقد للقضاء الوطني مباشرة، ولا يمكن للمحكمة أن تتدخل، لا سيما إذا باشرت المحاكم الوطنية اختصاصاتها في معاقبة مرتكبي الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الإبادة الجماعية، جرائم الحرب وجريمة العدوان بعد دخولها حيز النفاذ عام 2017⁽³⁾.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن إمكانية التوسع في النصوص التجريبية المحددة في المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية دفع محرري نظام روما إلى وضع قيدين لهما أهمية بالغة في الابتعاد عن تطبيق أحكامه طبقاً للأهواء والمعايير الشخصية، يتمثل القيد الأول في ما تضمنته المادة التاسعة التي حددت أركان الجرائم، حيث جاء في فقرتها الأولى أنه "تستعين المحكمة بأركان الجرائم في تفسير وتطبيق المواد (6)، (7)، (8) وتعتمد هذه الأركان

(1) خيرية مسعود الدباغ، مرجع سابق، ص 215.

(2) السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المبادئ العامة في القانون الدولي المعاصر، الطبعة الأولى، إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، 2006، ص 342.

(3) أنظر نص المادة 8 مكرر من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.



بأغلبية ثلثي أعضاء جمعية الدول الأطراف". بينما أضافت الفقرة الثانية أنه في حالة إجراء أية تعديلات على أركان الجرائم فإنه يتعين اعتمادها بأغلبية ثلثي أعضاء جمعية الدول الأطراف⁽¹⁾.

أما القيد الثاني فقد حددته المادة 2/22 من نظام المحكمة الأساسي حيث نصت على أنه "يؤول تعريف الجريمة تأويلاً دقيقاً ولا يجوز توسيع نطاقه عن طريق القياس وفي حالة الغموض يفسر التعريف لصالح الشخص محل التحقيق أو المقاضاة أو الإدانة"⁽²⁾، وهذا يعد ضماناً لعدم توسع الدول في تفسير قسم من الأفعال بأنها تعد جرائم ذات طابع دولي، وتدخل ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية⁽³⁾.

ب - التكامل الإجرائي: يقصد بالتكامل الإجرائي التكامل في الإجراءات التي تباشرها المحكمة الجنائية الدولية للفصل في الدعاوى المعروضة عليها، والثابت أن جوهر تطبيق مبدأ التكامل هو إعطاء القضاء الجنائي الوطني الاختصاص الأصيل. لكن استثناءً ينعقد الاختصاص للقضاء الدولي الجنائي بناء على طلب الدول الأطراف في النظام الأساسي كما ورد في المواد (12، 13/أ، 14)، أو بناء على طلب دولة غير طرف في هذا النظام وفق المادة 3/12 إذا ما قدمت إعلاناً يودع لدى مسجل المحكمة، أو إحالة حالة من مجلس الأمن إلى المدعي العام طبقاً للمادة 13/ب⁽⁴⁾، أو من طرف المدعي العام من تلقاء نفسه (المادة 15)، حيث يجب على المحكمة أن تتحقق من انعقاد اختصاصها وفقاً للمادة 1/19، إضافة إلى أنه لا يجري التحقيق أو المقاضاة في الدعوى بمعرفة دولة لها ولاية عليها (المادة 1/17 أ)، أو إذا كانت هذه الدولة التي لها الولاية قد أجرت تحقيقاً في الدعوى (المادة 1/17 ب)⁽⁵⁾.

كما يعتبر نص المادة 20 من نظام روما التعبير الحقيقي عن التكامل الإجرائي، والذي يمنع انعقاد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية في نظر دعوى معينة في حالات ثلاث هي:

- عند قيام المحكمة الجنائية الدولية بنظر الدعوى سابقاً والفصل فيها سواء بالبراءة أم الإدانة والحكم كما هو النص في الفقرة الأولى من المادة 20.

⁽¹⁾ أنظر نص المادة 9 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وأنظر أيضاً:

- علاء الدين راشد، القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات في إطار نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مجلة مركز بحوث الشرطة، أكاديمية مبارك للأمن، العدد 21، يناير 2002، ص 280-304.

⁽²⁾ أنظر نص المادة 22 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

⁽³⁾ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 343.

⁽⁴⁾ **Prezas Ioannis**, La justice pénale internationale à l'épreuve du maintien de la paix: à propos de la relation entre la cour pénale internationale et le conseil de sécurité, Revue Belge de Droit International, n° 1, 2006, pp 57- 98.

⁽⁵⁾ خالد عكاب حسون العبيدي، مبدأ التكامل في المحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة

العربية، القاهرة، 2006، ص 49.

- عند قيام المحكمة الجنائية الدولية بمحاكمة شخص معين وأصدرت قرارها سواء بالإدانة أم البراءة، فإنه لا يجوز لأي محكمة جنائية أخرى محاكمة الشخص نفسه عن الجريمة ذاتها (م 2/20).

- عند قيام محكمة جنائية أخرى (مختصة) بإجراء محاكمة المتهم ذاته عن الجرم نفسه بشرط أن تكون هذه الإجراءات لم تكن بصورة مجاباة أو أنها اتخذت لحماية المتهم، بمعنى يجب أن تكون إجراءات المحاكمة هذه متممة بالاستقلال والنزاهة وطبقا لأصول المحاكمات المعترف بها في القانون الدولي، ففي هذه الحالة لا يُعقد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية (المادة 2/20).

إضافة إلى ذلك فقد ألزمت المادة 2/18 الدول أن تبلغ المحكمة في غضون شهر واحد من تلقي ذلك الإشعار، بأنها تجري أو أنها أجرت تحقيقا مع رعاياها أو مع غيرهم في حدود ولايتها القضائية فيما يتعلق بالأفعال الجنائية التي قد تشكل جرائم من تلك المشار إليها في المادة الخامسة، وتكون متصلة بالمعلومات المقدمة في الإشعار الموجه إلى الدول وبناء على طلب تلك الدولة، يتنازل المدعي العام لها عن التحقيق مع هؤلاء الأشخاص ما لم تقرر دائرة ما قبل المحاكمة الإذن بالتحقيق بناء على طلب المدعي العام⁽¹⁾.

غير أن عبارة يتنازل الواردة في المادة أعلاه لا تتسق مع مفهوم التكامل، وهناك أمر آخر يعد خروجاً عن مفهوم مبدأ التكامل وفق ما جاء في المادة 2/18، حيث إن المدعي العام وخلال ستة أشهر بعد التنازل يمكن له أن يعيد النظر في قرار التنازل بالتماس يقدم إلى دائرة ما قبل المحاكمة خطياً، ويتضمن الأساس الذي استند إليه في تقديم الالتماس، وحتى عند تنازل المدعي العام عن التحقيق وفق الفقرة الثانية من المادة 18 فإنه يمكن أن يطلب من الدولة التي تنازل عن التحقيق لمصالحها أن تبلغه بصفة دورية عن التحقيق الذي يجريه وأن تكون الإجابات أو الرد على هذا الطلب بدون تأخير غير مبرر⁽²⁾.

ج - **التكامل في تنفيذ العقوبة:** يقصد بالتكامل في توقيع العقوبات بين التشريعات الوطنية والعقوبات التي اعتمدها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، حيث نصت المادة 80 من نظام روما أنه "ليس هناك ما يمنع الدول من توقيع العقوبات المنصوص عليها في قوانينها الوطنية، أو يحول دون تطبيق قوانين الدول التي لا تنص على العقوبات المحددة في هذا الباب"، ويعني ذلك ما يأتي:

- أن وجود عقوبة في قانون دولة ما ليست موجودة في النظام الأساسي للمحكمة، أو عدم وجود عقوبة في قانون دولة ما، رغم وجوده في النظام الأساسي للمحكمة، لا يشكل تعارضاً بين النظام الأساسي والقانون الوطني.

(1) أنظر نص المادة 2/18 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(2) خالد عكاب حسون العبيدي، مرجع سابق، ص 53.



- أن المتهم لا يمكنه - إذا تمت محاكمته أمام القضاء الوطني - أن يطلب تطبيق قاعدة القانون الأصلح للمتهم الواردة في النظام الأساسي للمحكمة، إذا لم يقررها التشريع الوطني.

كما حدد الباب العاشر من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حدود العلاقة بين المحكمة والدولة التي يتم تنفيذ العقوبة فيها. حيث أعطت المحكمة سلطة الإشراف على تنفيذ حكم السجن وفقا للأوضاع السائدة في الدولة التي ستقرر المحكمة أن تنفذ فيها العقوبة⁽¹⁾، وهذا التكامل يعطي المحكمة سلطات واسعة بما لا يخل بقواعد النظام الأساسي، مع عدم التدخل في التشريعات والنظم الإدارية الوطنية التي تحدد طرق وأساليب تنفيذ العقوبة الصادرة بموجب حكم المحكمة⁽²⁾.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن تعيين الدولة التي ستنفذ فيها العقوبة يتم بناء على طلب المحكمة، ولا يكون هذا التعيين ملزما لهذه الدولة، حيث يمكن للدولة رفض هذا الطلب وتحديد أسباب ذلك، وفق ما جاء في المادة 1/103 ج، ولكن من حق الدولة أن تبين شروطا محددة للتنفيذ بما لا يخرج عما جاء من أحكام وقواعد النظام الأساسي (المادة 1/103 ب)، ويكون ذلك بطبيعة الحال وفقا لشروط التنفيذ السائدة في الدولة التي ستحددها المحكمة (المادة 2/106)، وعلى هذه الدولة الالتزام بتطبيق المعايير الدولية الخاصة بمعاملة السجناء التي جاءت بها المعاهدات الدولية المقبولة على نطاق واسع⁽³⁾.

غير أن المادة 104 من نظام روما أجازت للمحكمة أن تقرر، في أي وقت، نقل الشخص المحكوم عليه إلى سجن تابع لدولة أخرى، كما يجوز للشخص المحكوم عليه أن يقدم للمحكمة، في أي وقت، طلبا بنقله من دولة التنفيذ⁽⁴⁾.

أما بالنسبة لتنفيذ أحكام الغرامة والمصادرة التي تصدرها المحكمة الجنائية الدولية على المحكوم عليه بهذه العقوبة، فقد ألزم نظام روما الدول الأطراف بتنفيذ هذه العقوبات وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانونها الوطني دون المساس بحقوق الأطراف الثالثة حسنة النية طبقا للمادة 1/109 من نظام روما⁽⁵⁾.

(1) أنظر نص المادة 1/106 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(2) السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 344.

(3) أنظر المادة 103/3 ب من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(4) أنظر المادة 104 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(5) أنظر المادة 1/109 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

لكن إذا كانت الدولة الطرف غير قادرة على تنفيذ أمر المصادرة يجب عليها أن تتخذ تدابير لاسترداد قيمة العائدات أو الممتلكات أو الأصول التي أمرت المحكمة بمصادرتها وذلك من دون المساس بحقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية⁽¹⁾.

أما فيما يخص مسألة تخفيض العقوبة فإنه لا يجوز لدولة التنفيذ أن تخرج عن الشخص قبل انقضاء مدة العقوبة المقررة بالحكم الذي قضت به المحكمة، وللمحكمة وحدها حق الفصل في تخفيض أي عقوبة⁽²⁾.

رابعاً: حالات تطبيق مبدأ التكامل:

حددت المادة 17 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية معيارين أساسيين ينعقد على أساسهما اختصاص المحكمة في نظر الجرائم المحددة في المادة الخامسة، بدلا من القضاء الوطني وتطبيقا لمبدأ التكامل، وهما عدم الرغبة في الاضطلاع بالتحقيق أو المقاضاة، وعدم القدرة في الاضطلاع بالتحقيق أو المقاضاة، فقد جاء في المادة 1/17 من نظام روما الأساسي أنه "مع مراعاة الفقرة 10 من الديباجة والمادة 1 تقرر المحكمة أن الدعوى غير مقبولة في حالة:

- أ- إذا كانت تجري التحقيق أو المقاضاة في الدعوى دولة لها ولاية عليها، ما لم تكن الدولة حقا غير راغبة في الاضطلاع بالتحقيق أو المقاضاة أو غير قادرة على ذلك.
- ب- إذا كانت قد أجرت التحقيق في الدعوى دولة لها ولاية عليها وقررت الدولة عدم مقاضاة الشخص المعني، ما لم يكن القرار ناتجا عن عدم رغبة الدولة أو عدم قدرتها حقا على المقاضاة.
- ج- إذا كان الشخص المعني قد سبق أن حوكم على السلوك موضوع الشكوى، ولا يكون من الجائز للمحكمة إجراء محاكمة طبقا للفقرة 3 من المادة 20.
- د- إذا لم تكن الدعوى على درجة كافية من الخطورة تبرر اتخاذ المحكمة إجراء آخر".

لقد أثار هذا النص جدلا واسعا وكبيرا بين ممثلي الدول في مؤتمر روما حول تحديد المقصود بعدم الرغبة، أو عدم القدرة، حيث رأى البعض أن استخدام تعبير الدولة غير راغبة unwilling، أو غير قادرة unable لهما تفسير واسع ومرن، مما قد يترتب عليه التضييق والحد من اختصاص المحكمة، بالإضافة إلى صعوبة إثبات عدم الرغبة لتعلقها بالنية، كما أن إثبات عدم القدرة يصبح أيضا أمرا صعبا في بعض الأحوال لعدم القدرة على الحصول على المعلومات الكافية حول الانهيار الجزئي أو الكلي للنظام القضائي الوطني. وقد فضل البعض

⁽¹⁾ أنظر المادة 2/109 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

⁽²⁾ أنظر المادة 110 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.



خلال المفاوضات المتعلقة بإنشاء المحكمة استخدام عبارتي غير فعالة ineffective وغير متاح unavailable على أساس أنهما يقدمان معيارا موضوعيا لتقييم أداء المحاكم الوطنية، حيث ينصب عدم الفعالية على الإجراءات القضائية أمام المحاكم الوطنية، في حين تنصب عدم الإتاحة على النظام القضائي الوطني برمته، غير أن هذه الآراء لم يؤخذ بها وصدر النص على ما هو عليه أعلاه، إذ تم الإبقاء على عبارتي غير راغبة وغير قادرة⁽¹⁾.

وفي السياق ذاته فقد ثار جدل كبير بين وفود الدول المشاركة في مؤتمر روما حول مسألة من يقع عليه عبء إثبات عدم الرغبة، وعدم القدرة، حيث انقسمت الدول إلى فريقين؛ الفريق الأول يرى بأن عبء الإثبات يكون على السلطات الوطنية استنادا إلى أن الدولة هي التي بادرت بتأكيد اختصاصها، وعليها أن تثبت أنها اضطلعت بالأمر بحسن نية، وليس كوسيلة لسلب اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، وإذا اضطلعت المحكمة الجنائية الدولية بعبء إثبات عدم رغبة الدولة أو عدم قدرتها فإن ذلك سيشكل إساءة في حق تلك الدولة، وأن عبء الإثبات على الدولة يكون أكثر إيجابية باعتبار أنها هي التي تملك أفضل الأدلة على كفاءة نظامها القضائي.

أما الفريق الثاني من الوفود المشاركة في مؤتمر روما الدبلوماسي فقد رأى أن تضطلع المحكمة الجنائية الدولية بعبء إثبات عدم الرغبة أو عدم القدرة، وبالإطلاع على نص المادة 17 من النظام الأساسي يتبين أنها قد صيغت على أساس أن المحكمة الجنائية الدولية هي التي يقع عليها عبء الإثبات، ويبدو أن ما قرره النظام الأساسي هو الأرجح تماشيا مع القواعد العامة في الإثبات في القانون المدني حيث إن البينة على من ادعى وعلى المدعى عليه أن يثبت عكس ذلك، ومن المقرر بالنسبة للإثبات في القانون الجنائي أن النيابة العامة يقع عليها إثبات التهمة ضد المتهم بأدلة الإثبات وعلى المتهم أن يأتي بأدلة النفي، وسنعرض للأمور التي تلتزم بها المحكمة في الإثبات وفق نص المادة 17 من النظام الأساسي على النحو التالي⁽²⁾.

1- إثبات عدم الرغبة: لكي تثبت المحكمة عدم رغبة الدولة في الاضطلاع بالتحقيق أو المضاضة في دعوى معينة يجب عليها أن تلتزم بما ورد في المادة 17 / 2 بأن تتظر فيما إذا كان قد جرى الاضطلاع بالتدابير أو يجري الاضطلاع بها، أو جرى اتخاذ القرار الوطني بغرض حماية الشخص المعني من المسؤولية الجنائية عن جرائم تدخل في اختصاص المحكمة، كما ينبغي على المحكمة أن تتظر فيما إذا حدث تأخير لا مبرر له في التدابير بما يتعارض في هذه الظروف مع نية تقديم الشخص المعني للعدالة، زيادة على ضرورة نظر المحكمة فيما إذا

⁽¹⁾ حمدي رجب عطية، العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية والمحاكم الوطنية، مداخلة في ندوة "المحكمة الجنائية الدولية الطموح- الواقع- وأفاق المستقبل- "، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا،

11 يناير 2007، ص 11.

⁽²⁾ حمدي رجب عطية، مرجع سابق، ص 12.

كانت الدولة تباشر التدابير أو لا تجري مباشرتها بشكل مستقل أو نزيه، أو بوشرت أو تجري مباشرتها على نحو لا يتفق في هذه الظروف، مع نية تقديم الشخص المعني للعدالة بهدف محاكمته⁽¹⁾.

2- إثبات عدم القدرة: يمكن للمحكمة أن تستخلص عدم قدرة القضاء الوطني للدولة على نظر دعوى معينة من نص المادة 3/17 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حيث تنظر المحكمة فيما إذا كانت الدولة غير قادرة، بسبب انهيار كلي أو جوهري لنظامها القضائي أو الوطني أو بسبب عدم توافره على إحضار المتهم أو الحصول على الأدلة والشهادة الضرورية أو غير قادرة لسبب آخر على الاضطلاع بإجراءاتها⁽²⁾.

غير أنه ينبغي الإشارة إلى أن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ينعقد دون مراعاة مبدأ التكامل إذا كانت الإحالة إلى المحكمة كانت عن طريق مجلس الأمن بموجب قرار صادر عن الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة⁽³⁾، وهو ما ينطبق على الوضع في دارفور بموجب القرار 1593 الصادر بتاريخ 31 مارس 2005، حيث أكد مجلس الأمن أن الوضع في دارفور يشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين، ثم قرر إحالة الوضع في السودان إلى المحكمة الجنائية الدولية رغم أن هذه الأخيرة لا تعد طرفا في نظام روما.

ومن ثم يمكن للمحكمة ممارسة اختصاصاتها في حالة الإحالة من طرف مجلس الأمن بناء على الفصل السابع من الميثاق بغض النظر عن قبول أو عدم قبول الدولة التي ارتكبت الجريمة على إقليمها أو التي يحمل المتهم جنسيتها بهذا الاختصاص، ودون اعتبار لكونها طرفا في النظام الأساسي للمحكمة من عدمه، ويبرر الفقه سريان اختصاص المحكمة وفقا لنص المادة 13/ب بالمخالفة لمبدأ التكامل بأن الإحالة في هذه الحالة تتم استنادا إلى الفصل السابع من ميثاق منظمة الأمم المتحدة التي تعتبر أغلب دول العالم أعضاء فيها، وبذلك فإن الإحالة الصادرة عن المجلس تكون بحكم الصادرة عن الدول الأعضاء في الأمم المتحدة كونه نائبا عن الأخيرة في حفظ السلم والأمن الدوليين⁽⁴⁾، علاوة على أن ميثاق الأمم المتحدة يسمو على أي اتفاقية دولية أخرى بما في ذلك النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية⁽⁵⁾.

(1) أنظر نص المادة 2/17 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(2) أنظر نص المادة 3/17 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(3) أنظر نص المادة 13/ب من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(4) خيرية مسعود الدباغ، مرجع سابق، ص 386.

(5) تنص المادة 103 من ميثاق الأمم المتحدة على أنه "إذا تعارضت الالتزامات التي يرتبط بها أعضاء الأمم المتحدة وفقا لأحكام هذا الميثاق مع أي التزام دولي آخر يرتبطون به فالعبرة بالالتزام المترتبة على هذا الميثاق".



خامساً: حجية أحكام المحاكم الوطنية أمام المحكمة الجنائية الدولية:

تعد الفكرة السائدة في الماضي في القانون الجنائي هي أن الحكم الجنائي الذي تصدره دولة ما لا يتعدى أثره حدودها، فليست له أهمية في الخارج سواء أكانت سلبية أم إيجابية. وعلى ذلك يجوز محاكمة الجاني مرة أخرى بالرغم من أنه سبق الحكم عليه من قبل دولة أجنبية عن ذات الفعل. ولكن هذه الفكرة تغيرت بعد تطبيق مبدأ عالمية القانون الجنائي وتكريس التعاون الدولي في المجال القضائي لمحاربة الإجرام الدولي، فلم يعد من المعقول أن تحصر الدولة نفسها داخل إقليمها بما يؤدي إلى إقليمية أحكامها الجنائية، لكن إذا كانت تلك هي خطة غالبية التشريعات الوطنية في الاعتراف بالحجية السلبية للأحكام الأجنبية فما هو موقف المحكمة الجنائية الدولية من الأحكام التي تصدرها المحاكم الوطنية في الجرائم التي تدخل ضمن اختصاصها (اختصاص المحكمة الجنائية الدولية)؟⁽¹⁾

1- موقف المحكمة الجنائية من الأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية: لقد أقر النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في المادة (20) الاعتراف بالأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية في الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، حيث نصت في فقرتها الأولى على أنه "لا يجوز إلا كما هو منصوص عليه في هذا النظام الأساسي محاكمة أي شخص أمام هذه المحكمة عن سلوك شكل الأساس لجرائم كانت المحكمة قد أدانت الشخص بها أو برأته"⁽²⁾.

ومن ثمَّ فإذا كانت السلطات الوطنية لدولة ما قد حاکمت بصورة صحيحة شخصاً عن فعل يدخل ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية فإنه لا يجوز للمحكمة المذكورة محاكمة ذلك الشخص مرة ثانية. وبالمقابل منعت الفقرة الثانية من المادة (20) محاكمة أي شخص أمام محكمة أخرى عن جريمة من الجرائم المشار إليها في المادة الخامسة إذا كانت المحكمة الجنائية الدولية قد برأته منها أو أدانتها عليها⁽³⁾.

غير أنه نظراً لسهولة التحايل على النظام القضائي إذ باستطاعة الدولة التي لا ترغب في معاقبة مرتكب الجريمة ألا تمارس اختصاصها فعلياً، ولا تفصل في الدعوى بشكل موضوعي أن تخضع الشخص لمحاكمة صورية، فإن المادة 20 فقرة 3 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قضت بإعادة محاكمة الشخص عن جريمة مشار إليها في النظام الأساسي حتى بعد أن يكون قد حوكم على نفس الفعل في محكمة وطنية وذلك في الحالتين التاليتين:

(1) سالم الأوجلي، مرجع سابق، ص 6.

(2) أنظر الفقرة الأولى من المادة 20 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(3) أنظر الفقرة الثانية من المادة 20 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

- إذا كانت الإجراءات في المحكمة الوطنية تهدف إلى حماية الشخص من المسؤولية الجنائية.
- إذا لم تجر الإجراءات بصورة تتسم بالاستقلال والنزاهة طبقاً لأصول المحاكمات التي يقرها القانون الدولي، أو جرت في هذه الظروف على نحو لا يتسق مع النية في تقديم الشخص المعني للعدالة.

يلاحظ من خلال هذا النص بأنه إذا لم تقم المحاكم الوطنية العدالة الجنائية بشكل صحيح وطبقاً للمعايير الدولية للمحاكمات العادلة كأن تتخذ دولة ما جميع الإجراءات القانونية بشأن مرتكب الجريمة ومع ذلك تهدف إلى حماية هذا الشخص من المسؤولية الجنائية عن الجريمة التي ارتكبتها، أو أن المحكمة الوطنية لم تراعى الإجراءات القانونية وتنتهك أصول المحاكمات الجنائية المعترف بها بهدف منع تقديم الشخص المسؤول عن جريمة بالغة الخطورة إلى العدالة الجنائية فإن المحكمة الجنائية الدولية تتمتع بصلاحيات التدخل في هذه الحالة لمحاكمة الشخص المسؤول عن الجريمة من جديد⁽¹⁾.

2- حقيقة الاستثناء الوارد على المادة (20) من نظام روما: إذا كان الاستثناء الذي

أوردته الفقرة (3) من المادة (20) على مبدأ عدم جواز المحاكمة عن ذات الجريمة مرتين وبموجبه يصبح من صلاحية المحكمة الجنائية الدولية أن تحاكم شخصاً عن أفعال تدخل في اختصاصها مع أنه قد حوكم أمام محكمة وطنية عن نفس الأفعال، تملية اعتبارات العدالة في منع التلاعب في إجراءات المحاكمة لإصدار أحكام بعدم الإدانة إزاء أشد الجرائم خطورة على المجتمع والحيولة دون الاضطلاع بإجراءات صورية تهدف إلى عدم الفصل في الدعوى الجنائية بشكل موضوعي⁽²⁾.

ويعتبر أيضاً هذا الاستثناء ضماناً ضرورياً لا سبيل لتجاهلها من أجل إقامة محاكمة عادلة ونزيهة لمرتكبي الجرائم الدولية الأشد خطورة على المجتمع الدولي وتحقيق فعالية للأجهزة القضائية الوطنية في توقيع عقوبات جزائية رادعة على الأشخاص الذين يرتكبون انتهاكات خطيرة لقواعد القانون الدولي، فإن ذلك يقودنا إلى القول بأن هذا الاستثناء يخول المحكمة الجنائية فحص الأحكام التي تصدرها المحاكم الوطنية من حيث مدى اتخاذها لحماية الشخص المسؤول عن الجريمة ومدى اتسامها بالاستقلالية والنزاهة. وهذا يبين أن

⁽¹⁾ سالم الأوجلي، مرجع سابق، ص 6.

⁽²⁾ أشارت الأعمال التحضيرية للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أن إعمال مبدأ التكامل يقتضي التزام المحكمة بتطبيق مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن ذات الفعل الواحد مرتين، وذلك سواء كان الحكم الصادر بالإدانة أو البراءة، غير أنه يمكن إهدار هذا المبدأ إذا ثبت للمحكمة الجنائية الدولية أن إجراءات المحاكمة الوطنية قد اتخذت لحماية الشخص المعني بالمسؤولية أي أن المحاكمة كانت صورية أو أن هذه المحاكم لم تتخذ بشأنها القواعد الإجرائية القانونية المتعارف عليها والتي يلتزم أن تتصف بالموضوعية والعدالة، خالد عكاب حسون العبيدي، مرجع سابق، ص 50.



المحكمة الجنائية الدولية أعلى درجة من المحاكم الوطنية، وهي بهذا الدور تعد محكمة رقابة على أحكام المحاكم الوطنية، فلا تعيد محاكمة الشخص الذي يثبت لها أن المحاكم الوطنية قد حاكمته بصورة صحيحة. ولا تعتد بالأحكام التي تشذ عن الإطار العام لأصول المحاكمات الجزائية المعترف بها. وبذلك تختص بتوجيه أحكام المحاكم الوطنية في إطار توقيع العقوبات الرادعة على مرتكبي الجرائم الخطيرة وعدم إفلاتهم من العقاب والتطبيق العادل للقانون وتحقيق العدالة الجنائية الدولية، غير أن هذه المهمة لا تقوم بها المحكمة الجنائية الدولية من تلقاء نفسها، وإنما تتم عن طريق إحالة دعوى جديدة أمامها ضد نفس الشخص عن نفس الأفعال التي سبق نظرها أمام المحكمة الوطنية⁽¹⁾.

خاتمة:

لقد كشفت هذه الدراسة أن مبدأ التكامل يعد حقيقة حجر الأساس في انعقاد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية لمحاكمة مرتكبي أشد الجرائم الدولية خطورة مثل جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجريمة الإبادة الجماعية، لكن اختصاص المحكمة اختصاص تكميلي للاختصاص الأصلي للمحاكم الوطنية التي تتولى هذه السلطة بصفة أولى.

وتختلف المحكمة الجنائية الدولية عن المحاكم الأخرى، فإذا كانت المحكمة الجنائية الدولية قد حددت أطر العلاقة بين القضاء الجنائي الدولي والقضاء الجنائي الوطني بصورة صريحة، فإن محكمة نورمبرغ أشارت إلى هذه المسألة ضمناً فقط، أما المحكمتان الجنائيتان لكل من يوغسلافيا سابقا ورواندا فإن أنظمتها الأساسية لا تتضمن هذا المبدأ، وإنما نصت على سمو القضاء الدولي على الوطني، ولعل ظروف نشأة هاتين المحكمتين هي التي أدت إلى إسقاط مبدأ التكامل من اختصاصهما.

هذا ونشير في الأخير إلى أن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية يعد في الحقيقة خطوة بارزة نحو حماية حقوق الإنسان وتدعيم أسس العدالة الجنائية الدولية، كما أن اختصاص المحكمة استناداً إلى مبدأ التكامل يشكل ضماناً من ضمانات عدم محاكمة الشخص مرتين عن ذات الفعل، والقضاء على ظاهرة الإفلات من العقاب، علاوة على التوفيق بين محاربة الجرائم الدولية وسيادة الدول.

(1) سالم الأوجلي، مرجع سابق، ص 6.

قائمة المراجع:

1 / باللغة العربية:

- السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المبادئ العامة في القانون الدولي المعاصر، الطبعة الأولى، إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، 2006.
- أوسكار سوليرا، الاختصاص القضائي التكميلي والقضاء الجنائي الدولي، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد 2002.
- بديار براهيمية الزهراء، إشكالية مبدأ الاختصاص التكميلي للمحكمة الجنائية الدولية، مداخلة قدمت إلى الملتقى الوطني الأول حول "المحكمة الجنائية الدولية واقع وأفاق"، كلية الحقوق، جامعة 08 ماي 1945، قالمة (الجزائر)، يومي 28 و29 أفريل 2009.
- حمدي رجب عطية، العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية والمحاكم الوطنية، مداخلة في ندوة "المحكمة الجنائية الدولية الطموح- الواقع- وأفاق المستقبل- "، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، 10- 11 يناير 2007.
- خالد عكاب حسون المبيدي، مبدأ التكميل في المحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- خيرية مسعود الدباغ، حق المتهم في المحاكمة أمام قاضيه الطبيعي في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2009.
- ساشا رولف لودر، الطابع القانوني للمحكمة الجنائية الدولية ونشوء عناصر فوق وطنية في القضاء الجنائي الدولي، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد 2002.
- سالم الأوجلي، العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية والمحاكم الوطنية، مداخلة في ندوة "المحكمة الجنائية الدولية الطموح- الواقع- وأفاق المستقبل- "، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، 10- 11 يناير 2007.
- طارق سرور، الاختصاص الجنائي العالمي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- عادل ماجد، المحكمة الجنائية الدولية والسيادة الوطنية، مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية، القاهرة، 2001.



- **عبد الفتاح سراج**، مبدأ التكامل في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وتطوره، مجلة مركز بحوث الشرطة، أكاديمية مبارك للأمن، العدد 21، يناير 2002.
- **علاء الدين راشد**، القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات في إطار نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مجلة مركز بحوث الشرطة، أكاديمية مبارك للأمن، العدد 21، يناير 2002، ص 280 - 304.
- **علاوة العايب**، المحكمة الجنائية الدولية اختصاص أصيل أم تكميلي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، 2011.
- **عمر محمود المخزومي**، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
- **محمد شبلي العتوم وعلاء عباسي**، اختصاص المحكمة الجنائية الدولية استنادا إلى مبدأ التكامل، مجلة أبحاث اليرموك، الأردن، المجلد 27، العدد 1، 2011.
- **محمد علي مخادمة**، السيادة في ضوء المتغيرات الدولية، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 34، السنة 23، أبريل 2008، ص 165 - 203.

2/ باللغة الفرنسية

- **Christine A.E. Bakker**, Le principe de complémentarité et les "AUTO-SAISINES": un regard critique sur la pratique de la cour pénale internationale, Revue Générale De Droit International, N° 2, 2008, pp 362- 378.
- **Juan- Antonio Carrilo- Salcedo**, La Cour Pénale Internationale: l'humanité trouve une place dans le droit international, Revue Générale de Droit International Public, N°1, 1999, pp, 23- 28.
- **Luigi Condorelli**, La Cour Pénale Internationale: Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli), Revue Générale de Droit International Public, N°1, 1999, pp 8- 21.
- **Luis Jimena Quesada**, Compétence universelle et crimes internationaux: l'illustration par l'Espagne, Revue de science criminelle, 2009 p 217- 240.
- **Mauro politì**, le statut de ROME de la Cour Pénale Internationale: le point de vue d'un négociateur, Revue Générale de Droit International Public, N° 4, 1999, pp 818- 850.
- **Prezas Ioannis**, La justice pénale internationale à l'épreuve du maintien de la paix: à propos de la relation entre la cour pénale internationale et le conseil de sécurité, Revue Belge de Droit International, n° 1, 2006, pp 57- 98.

مركز البصيرة للبحوث والدراسات والظلمة العلمية

46، تعاونية الرشد القبة القديمة – الجزائر.

ها : 00.213.21.28.97.78 - 00.213.0550.54.83.05 فا : 021.28.36.48

البريد الالكتروني: markaz_bassira@yahoo.fr / markazbassira2009@hotmail.fr

الموقع الالكتروني: www.albassira.net

دفعاً لعملية البحث على مستوى المركز والتواصل العلمي مع مختلف المؤسسات البحثية والباحثين، يفتح المركز فضاءه العلمي، أمام كل القدرات العلمية الجادة من خلال الاشتراك أو الكتابة في دورياته المتخصصة: دراسات اقتصادية، دراسات إستراتيجية، دراسات إسلامية ودراسات أدبية، ودراسات قانونية ودراسات اجتماعية ودراسات نفسية أو من خلال التواصل العلمي مع المركز .

■ تصدر الدوريات فصلياً، أي أربع أعداد في السنة لكل دورية.

■ الاشتراك السنوي في الدورية الواحدة للأفراد: 1000 دج لكل دورية، وخارج الوطن: 14 دولار.
للمؤسسات في الجزائر: 1200 دج و خارج الوطن: 15 دولار.

قسمة الاشتراك السنوي

دورية دراسات إسلامية ودراسات إستراتيجية ودراسات اقتصادية ودراسات قانونية
ودراسات أدبية ودراسات اجتماعية ونفسية
تصدر أربع مرات في السنة

الاسم واللقب أو المؤسسة.....الهاتف.....

العنوان.....

- | | |
|--|--|
| <input type="checkbox"/> دراسات إستراتيجية | <input type="checkbox"/> دراسات أدبية |
| <input type="checkbox"/> دراسات قانونية | <input type="checkbox"/> دراسات إسلامية |
| <input type="checkbox"/> دراسات اجتماعية | <input type="checkbox"/> دراسات اقتصادية |
| | <input type="checkbox"/> دراسات نفسية |

يرسل الاشتراك إلى رقم الحساب الجاري : مؤسسة دار الخلدونية

Ccp : 7625589 clé 81

ملاحظة : ترسل قسيمة الاشتراك وصورة الحوالة البريدية يمكن تسديد
المباشر والاستلام المباشر على مستوى المركز.

تكاليف البريد مقدرة ضمن سعر المجلة

