



قانونية دراسات



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

العدد عشرون (20) - أبريل 2014

حيثالة معمر	لجنة الإشراف على التأمينات
صلاح الدين جبار	الدفاع المشروع
عبد الرحمن العيشي	الحق في الرجوع عن القبول في العقد الالكتروني كآلية قانونية لحماية المستهلك
نعمان وهيبية	الحماية القضائية لبراءة الاختراع
غلاي محمد	ضمانات أصل البراءة أمام المحكمة الجنائية الدولية
منصوري المبروك	زنا الزوجين في القوانين المغاربية دراسة تحليلية مقارنة
خالد سماحي	أهمية التمييز بين عقود المعاوضات والتبرعات
حرز الله كريم	السوق العقارية ودورها في عملية التقييم العقاري في الجزائر
أحمد بشارة موسى	المسؤولية الجنائية في الحرب على غزة



رئيس التحرير:

أ.د. فوزي أوصديق

oussedik@hotmail.com

نائب رئيس التحرير

أ. العربي بلحاج

larbibelhadj68@gmail.com

المراسلات باسم مديرة البحوث والاستشارات
والخدمات التعليمية وهيبة قطوش

46 تعاونية الرشد القبة القديمة - الجزائر

ها: 021.28.97.78

فا: 021.28.36.48

النقال: 0550.54.83.05

البريد الإلكتروني:

dirassatcan@yahoo.fr

الموقع الإلكتروني:

www.albasseera.net

حقوق الطبع محفوظة

ردم د : 1112-8003

التوزيع



دار الخلدونية للنشر والتوزيع

05، شارع محمد مسعودي القبة الجزائر.

ها/فا : 021.68.86.48

باسم الرحمن الرحيم

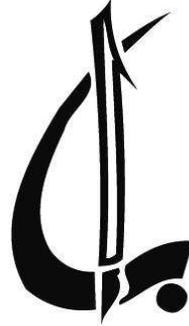
قانون دراسات
وقانون

العدد العشرين

20

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 ويُبَلِّغ 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 يُبلِّغ 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 بليبيا.)
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)

عضوا	د. فزو محمد آكلي (أستاذ القانون العام بكلية الحقوق / جامعة سعد دحلب – البليدة)
عضوا	د. أرزقي العربي أبرباش (كلية الحقوق/جامعة الجزائر)
عضوا	د. سعيد بوزير (جامعة تيزي وزو)
عضوا	محمد ناصر بوغزالة (أستاذ التعليم العالي/ جامعة الجزائر 1 /كلية الحقوق)
عضوا	يحي دنيدي (أستاذ التعليم العالي/جامعة محمد بوقرة-بومرداس-كلية الحقوق)



دورية فصلية محكمة تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية-الجزائر
العدد العشرين- أفريقيا. 2014م- جمادى الآخر 1435هـ

محتويات

الصفحة	بقلم	الموضوع
7	د. فوزي أوصديق	الافتتاحية.
9	أ/ حيتالة معمر أستاذ مساعد "أ" كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم	لجنة الإشراف على التأمينات
33	د/ صلاح الدين جبار أستاذ محاضر بكلية الحقوق	الدفاع المشروع
55	أ/ عبدا لرحمن العيشي أستاذ بكلية الحقوق جامعة سعد دحلب البلدية	الحق في الرجوع عن القبول في العقد الالكتروني كآلية قانونية لحماية المستهلك
73	أ/ نعمان وهبية كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر(1)	الحماية القضائية لبراءة الاختراع

<p>87</p>	<p>أ / غلاي محمد دكتوراه في القانون الخاص أستاذ مساعد بكلية الحقوق جامعة تلمسان</p>	<p>ضمانات أصل البراءة أمام المحكمة الجنائية الدولية</p>
<p>101</p>	<p>أ / منصور المبروك أستاذ مساعد "أ" المركز الجامعي بتامنغت</p>	<p>زنا الزوجين في القوانين المغاربية دراسة تحليلية مقارنة</p>
<p>123</p>	<p>أ / خالد سماحي أستاذ القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ابن خلدون . تيارت</p>	<p>أهمية التمييز بين عقود المعاوضات والتبرعات</p>
<p>137</p>	<p>أ / حرز الله كريم طالب دكتوراه في كلية الحقوق جامعة . د. يحيى فارس بالمدينة</p>	<p>السوق العقارية ودورها في عملية التقييم العقاري في الجزائر</p>
<p>155</p>	<p>د / أحمد بشارة موسى كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة حسبية بن بوعلی الشلف</p>	<p>المسؤولية الجنائية في الحرب على غزة</p>

افتتاحية العدد

أ.د. فوزي أوصديق
عميد سابق في كلية الحقوق

في هذا العدد، نقدّم مجموعةً من البحوث، من مختلف الجامعات في الجزائر، و يمكن تصنيفها تبعاً كالتالي:

البحث الأول، يقدم لنا الأستاذ **حيثالة معمّر**، الأستاذ المساعد في كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم - تحت عنوان "لجنة الإشراف على التأمينات" نبذة عن تطور ونشأة لجنة الإشراف على التأمينات، أهدافها وأجهزتها وتكوين أعضائها وتمويلها، وما هي أهمّ الأغراض المناطة بعملها، من حيث مراقبة وترقية سوق التأمين. وينتقل في بحثه إلى بيان صلاحيات هذه اللجنة، المشتركة منها والاحترازية والعقوبات على تدرّجها، كذلك درس في هذا البحث مهنة سمسار التأمين وشروط ممارستها ومنح الاعتماد لها. وهذا البحث مهم جداً لأنه يبين دور هذه اللجنة في خلق نوع من التكامل وعدم تداخل الأدوار في سير العملية الاقتصادية وتطوير السوق الوطنية للتأمينات.

أما البحث التالي فهو تحت عنوان "الدفاع المشروع"، للدكتور **صلاح الدين جبار**، أستاذ محاضر بكلية الحقوق، فيتناول قضية الدفاع الشرعي من حيث كونها حقاً قانونياً منصوصاً عليه، و ليس بواجب مفروض، وقارن بين تعريفه في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. ويبحث كذلك في شروطه وإثبات حالته، وآثاره و تجاوز حدوده.

البحث الثالث للأستاذ **عبد الرحمن العيشي**، بكلية الحقوق - جامعة سعد دحلب البليدة - الذي يتحدّث عن "الحق في الرجوع عن القبول في العقد الإلكتروني كآلية قانونية لحماية المستهلك" حيث عرّفه قانونياً وتشريعياً، في التشريعات الغربية والتشريعات العربية. ويبيّن أساسه القانوني وكيفيته وآثار ممارسته بالنسبة للمهنيّ وللمستهلك.

أما البحث الرابع، فهو للأستاذة **نعمان وهيبة**، من كلية العلوم الإسلامية - جامعة الجزائر (1)، وتعلّق **بالحماية القضائية لبراءة الاختراع**، وقد تطرقت الباحثة إلى إشكالية هذا الموضوع وتأثيره على الجانب الاقتصادي وغيره، وما إن كان صاحب البراءة عليه أن يكتفي بالتسجيل الإداري أم عليه الحصول على الحماية القضائية.



البحث الموالي للأستاذ المساعد بكلية الحقوق في جامعة تلمسان **غلاي محمد "ضمانات أصل البراءة أمام المحكمة الجنائية الدولية"**، نرى بياناً لبعض مواد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة التي تضمن أصل البراءة أثناء التحقيق وحقوق المتهم، كذلك ضمانات أصل البراءة أثناء المحاكمة والحق في المحاكمة العلنية والمنصفة.

في البحث السادس للأستاذ **منصوري المبروك**، الأستاذ المساعد في المركز الجامعي بتانمغست **"زنا الزوجين في القوانين المغاربية- دراسة تحليلية مقارنة"**، يعرف الأستاذ الزنا وفقاً لبعض القوانين الوضعية من حيث تجريم هذه الجريمة أو عدمه، وتوضيح أن القانون المغربي يتعامل مع هذه الجريمة استناداً إلى الشريعة الإسلامية، موضحاً أركانها ومقاصدها وإثباتها وإقرار من هو المتهم قضائياً وشروط شكوى الزوج المتضرر وآثار سحب الشكوى ووفاء الزوج الجاني أو المتضرر، والجزاء على هذه الجريمة من حيث الشروط والمتابعة والعقوبة.

البحث السابع **"أهمية التمييز بين عقود المعاوضات والتبرعات"**، لأستاذ القانون الخاص- كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة ابن خلدون- تيارت الأستاذ **خالد سماحي**، يوضح الأستاذ في بحثه حقيقة عقود المعاوضات والتبرعات في القانون الجزائري والقوانين العربية والغربية وكذلك في الفقه الإسلامي. ويبيّن أيضاً أنواع التبرعات من حيث كونها هبات مباشرة وغير مباشرة والفروق بين المعاوضات والتبرعات من حيث الإنشاء والأركان والآثار.

أما البحث الثامن فهو للأستاذ **حرز الله كريم** من جامعة د. يحيى فارس بالمدينة **"السوق العقارية ودورها في عملية التقييم العقاري في الجزائر"** حدد فيه الأستاذ مفهوم السوق العقارية وذلك بتعريف هذه السوق وتحديد أنواعها ثم عرج إلى التنظيم القانوني لهذه السوق ودورها في عملية التقييم عن طريق تحديد البيوع العقارية وكذلك المتعاملين فيها

آخر بحث في هذا العدد هو للدكتور أحمد بشارة موسى، كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة حسيبة بن بوعلي- الشلف- الموسوم بـ **"المسؤولية الجنائية في الحرب على غزة"** نجد شرحاً واضحاً لأساس مسؤولية القادة عن الجرائم المرتكبة على غزة، من انتهاكات وتجاوزات لاتفاقيات جنيف ولاهاي والبروتوكولات بمختلف موادها. وأظهر ضرورة التزام إسرائيل نظراً لكونها متعاقدة في هذه الاتفاقيات، وكذلك إمكانية ملاحقة الفلسطينيين لمجرمي الحرب الإسرائيليين وطرق وأدوات المساءلة الجنائية لمرتكبي هذه الجرائم. وأهمية التعويض عن الأشخاص والأضرار المادية.

هذه مجموع البحوث التي يحملها العدد عشرون من مجلة "دراسات قانونية" نتمنى أن يجد فيها كل مهتم ضالته، وإلى العدد القادم بإذن الله.

لجنة الإشراف على التأمينات

أ/حيتالة معمر أستاذ مساعد "أ"
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

مقدمة:

إن الإصلاحات الاقتصادية المتخذة من قبل الجزائر بداية من سنة 1988 كان هدفها انسحاب الدولة من الحياة الاقتصادية لصالح قانون السوق.

وبداية من سنة 1990 بدأت الدولة في هذا المنحى عبر إصدارها مجموعة من التشريعات كان الهدف منها التحول من نظرية الدولة المتدخلة والمهيمنة على السوق إلى نظرية الدولة المنظمة والتي مهمتها الأساسية تنظيم ومراقبة السوق وهذا في عدة مجالات خصوصا في ميدان الخدمات (البنوك والمؤسسات المالية والتأمينات وغيرها...).

غير أن هذا الانسحاب لصالح اقتصاد السوق لم يكن ليخلي الدولة من التزاماتها وهي ضرورة التدخل لتنظيم ومراقبة قطاعات الإنتاج والمنافسة إما بشكل مباشر أو عن طريق إنشاء هيئات خارجية، يطلق عليها مصطلح هيئات التنظيم المستقلة أو الهيئات الإدارية المستقلة.

إن الخصائص الأساسية للتنظيم الاقتصادي الحديث هو الجمع بين عدة وظائف داخل هيئة واحدة، بمعنى أن هذه الهيئات المستحدثة تستغل الدولة في مجال المراقبة والإشراف على قطاع اقتصادي معين.

إن هذه الهيئات منحت لها صلاحيات عديدة ومختلفة، بدءا من سلطة إصدار الآراء والتوصيات إلى سلطة التحقيق والمراقبة إلى سلطة إصدار إعدارات إلى سلطة إصدار قرارات وتوقيع عقوبات تأديبية.

في قطاع التأمينات وبعد تعديل الأمر 95- 07 المؤرخ في 25/01/1995 المتعلق بالتأمينات والذي فتح المجال للشركات الخاصة للنشاط في هذا القطاع والذي كان محتكرا من قبل الدولة، فإن صلاحيات الرقابة التي كانت ممنوحة من قبل للوزير المكلف بالمالية عن طريق مديرية التأمينات إلى غاية تعديل الأمر بالقانون 06- 04 المؤرخ في 20/02/2006 بتعديله للمادة



209 من الأمر، فإن المشرع أنشأ هيئة التنظيم المستقلة الخاصة بقطاع التأمينات وهي لجنة الإشراف على التأمينات.

والإشكالية المطروحة: ما هي ظروف إنشاء هذه اللجنة وما هي أهداف الرقابة المخولة لها، وما هي الأدوات التي منحت لها لتجسيد هذه الرقابة، وما هو الدور الذي يمكن أن تلعبه لتنظيم وتطوير سوق التأمين؟

المبحث الأول: إنشاء لجنة الإشراف على التأمينات وأهدافها:

إن رقابة الدولة على قطاع التأمينات في الجزائر مرت بتحويلات جذرية بدءاً من سنة 1963 إلى غاية 2006 أين تم إنشاء لجنة الإشراف على التأمينات، أين كان الهدف الرئيسي من هذه الرقابة إحكام الدولة رقابتها على هذا القطاع الاقتصادي المهم قصد تنظيمه وترقيته وأيضاً حماية المؤمن لهم، وعلى هذا سيتم التعرض في مطلب أول لإنشاء لجنة الإشراف على التأمينات، وفي مطلب ثانٍ لأهداف الرقابة المخولة لهذه اللجنة.

المطلب الأول: إنشاء لجنة الإشراف على التأمينات:

عرفت الجزائر قبل إنشاء لجنة الإشراف على التأمينات اهتماماً شديداً من قبل السلطات العمومية لموضوع الرقابة، ويكفي القول بأن أول نص تنظيمي لقطاع التأمينات كان القانون المؤرخ في 8 جوان 1963 الخاص بتنظيم كفاءات وطرق الرقابة على قطاع التأمين⁽¹⁾، ولهذا سيتم استعراض لأجهزة الرقابة قبل صدور القانون 06-04 في فرع أول، ثم في فرع ثانٍ التعرض لاستحداث لجنة الإشراف على التأمينات عبر تعديل المشرع للمادة 209 من الأمر 95-07.

فرع أول: استعراض أجهزة الرقابة قبل صدور القانون 06-04.

يمكن تقسيم هذه المرحلة من الناحية التاريخية إلى مرحلتين، مرحلة احتكار الدولة لنشاط التأمين وبيدأ من صدور الأمر المؤرخ في 27 ماي 1967 والذي أقر مبدأ احتكار الدولة لجميع عمليات التأمين وإعادة التأمين في الجزائر ويستمر الاحتكار إلى غاية سنة 1995، وتبدأ المرحلة الثانية بإصدار المشرع للأمر 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995، هذا الأمر ألغى احتكار الدولة لنشاط التأمين وفتح المجال للشركات الخاصة للنشاط في هذا القطاع.

⁽¹⁾ القانون رقم 63-201 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1963 والتعلق بالالتزامات والضمانات المطلوبة من مؤسسات التأمين التي تمارس نشاطها بالجزائر.

1- مرحلة احتكار الدولة لنشاط التأمين وإعادة التأمين:

أصدر المشرع الأمر رقم 66- 127 المؤرخ في 27 ماي 1966 المنشئ لاحتكار الدولة لعمليات التأمين، في سياق تأمين الدولة الجزائرية لمختلف النشاطات الاقتصادية المهمة في الدولة، هذا الأمر وأيضاً عبر التنظيم الذي صدر لتطبيقه وهو القرار المؤرخ في 27 ماي 1966 عبر وزير المالية والتخطيط آنذاك أدى إلى نتيجتين⁽¹⁾:

النتيجة الأولى هو حل جميع شركات التأمين الأجنبية العاملة في الجزائر آنذاك، أين فرضت عليهم المادة الأولى من الأمر القيام بالتصفية والتي يشرف عليها كل من موظف خاص ينوب عن الشركة المعنية وتحت رقابة محافظ الحكومة المعين من قبل وزير المالية والتخطيط.

النتيجة الثانية هي السماح للشركات المعنية بالتصفية بتحويل جزئي أو كلي لمحافظها التأمينية لصالح شركات التأمين الوطنية (المادة 6 من القرار)

وعليه فقد تم حل وتصفية جميع شركات التأمين الأجنبية العاملة بالجزائر وعددها آنذاك 270 شركة منها 66 شركة فرنسية، وبالمقابل تم إنشاء شركات تأمين وطنية وهي: الشركة الوطنية للتأمين SAA والشركة الجزائرية للتأمين الشامل CAAT والصندوق المركزي لإعادة التأمين CCR إضافة إلى الشركة الجزائرية للتأمين وإعادة التأمين CAAR المنشأة سنة 1963.

ثم أصدر المشرع الجزائري أول قانون خاص بالتأمينات، وهو القانون رقم 80- 07 المؤرخ في 9 أوت 1980 المتعلق بالتأمينات⁽²⁾، أين كرس مبدأ احتكار الدولة لعمليات التأمين عبر مادته الأولى، بقولها: "إن احتكار الدولة لعمليات التأمين يمارس عبر شركات التأمين المملوكة للدولة".

♦ **أجهزة الرقابة في ظل القانون 80- 07:** عالج القانون 80- 07 مسألة الرقابة في القسم الرابع منه تحت عنوان "رقابة الدولة على التأمين"، في فصلين اثنين: الفصل الأول تحت عنوان أهداف وميدان الرقابة، والفصل الثاني لأحكام انتقالية تتعلق برقابة الدولة على شركات التأمين الأجنبية التي ما زالت في حالة تصفية.

⁽¹⁾ القرار المؤرخ في 27 مايو سنة 1966 المتضمن تطبيق الأمر رقم 66- 127 المؤرخ في 27 مايو سنة 1966 المنشئ لاحتكار الدولة لعمليات التأمين، ج.ر.ج. ليوم 7 يونيو سنة 1966، ص. 422.

⁽²⁾ القانون رقم 80- 07 مؤرخ في 9 أوت سنة 1980 المتعلق بالتأمينات، ج.ر.ج. ليوم 12 أوت سنة 1980، ص. 856.



أما عن أهداف وميدان الرقابة، فتتص المادة 182 من القانون 80-07 على أن هدف رقابة الدولة هو ضمان شرعية عمليات التأمين، وحماية حقوق المؤمن لهم والمستفيدين، والمساهمة في تطوير قطاع التأمينات.

والنتيجة أن أجهزة الرقابة في ظل هذا القانون موكلة إلى وزارة المالية عبر مديرة التأمينات بالوزارة، فهي الجهة المخولة بإصدار نماذج عقود التأمين، أيضا بتسعير الأخطار، وأيضا مراقبة الالتزامات المالية المفروضة على شركات التأمين وهي الاحتياطات والديون التقنية والأرصدة وغيرها وما يقابلها من ضمانات.

2- إنهاء احتكار الدولة لعمليات التأمين وإعادة التأمين:

عرفت الجزائر مع نهاية سنوات الثمانينات وبداية التسعينات سلسلة من التحولات الجذرية في مجال الاقتصاد، وبدأت ما سمي بمرحلة الإصلاحات الاقتصادية والتي تميزت بالتركيز على إعادة هيكلة المؤسسات العمومية الاقتصادية والتي كانت تمثل النموذج الواضح للاقتصاد الموجه⁽¹⁾، وبدأت الجزائر في مرحلة تحرير الاقتصاد عبر معالجة كل قطاع على حدة.

ولم يكن قطاع التأمينات والذي هو عصب النشاط الاقتصادي أن ينأى عن هذه الإصلاحات، وبالتالي فقد أصدر المشرع الأمر 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 والذي أنهى احتكار الدولة لعمليات التأمين وإعادة التأمين عبر الشركات المملوكة للدولة، وفتح المجال للشركات الخاصة سواء الوطنية أم الأجنبية للاستثمار في قطاع التأمينات⁽²⁾، وذلك بإلغائه للأمر رقم 66-127 الخاص بإنشاء احتكار الدولة لعمليات التأمين، وأيضا إلغاء القانون رقم 80-07 المتعلق بالتأمينات.

♦ أجهزة الرقابة في ظل الأمر 95-07: تعرض الأمر 95-07 لمسألة الرقابة في القسم

الثاني من الكتاب الثالث منه، تحت عنوان "رقابة الدولة على نشاط التأمين"، وفي المادة 209 بقولها: "إن رقابة الدولة على عمليات التأمين تمارس بواسطة إدارة الرقابة وتهدف إلى:

- حماية مصالح المؤمن لهم والمستفيدين من عقد التأمين، بالسهر على شرعية عمليات التأمين وعلى يسار شركات التأمين أيضا،

- ترقية وتطوير السوق الوطنية للتأمين قصد إدماجها في النشاط الاقتصادي والاجتماعي."

⁽¹⁾ صدرت في هذه المرحلة قوانين الإصلاح الاقتصادي وإعادة الهيكلة، وأهمها على الإطلاق القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988، المتضمن قانون توجيه المؤسسات العمومية الاقتصادية، المعدل والمتمم.

⁽²⁾ الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير سنة 1995 المتعلق بالتأمينات، ج.ر.ج. عدد 13 ليوم 8 مارس سنة 1995، ص. 3.



وتشير المادة 210 من الأمر 95-07 إلى مجموعة من الصلاحيات مخولة لإدارة الرقابة، وإدارة الرقابة هنا هي وزارة المالية عن طريق مديرية التأمينات.

أيضا، يساعد إدارة الرقابة في عمليات المراقبة والتفتيش الميدانية محافظون للتأمين محلفون تكون مهمتهم الانتقال إلى مقرات شركات التأمين والمتعاملين قصد المراقبة والتفتيش للوثائق والمستندات، حسب نص المادة 212 من الأمر.

فرع ثان: تعديل المادة 209 من الأمر 95-07 وإنشاء لجنة الإشراف على التأمينات:

بعد عشر سنوات من التطبيق العملي للأمر 95-07، وقصد إصلاح النقائص التي ظهرت في الواقع، لجأ المشرع إلى تعديل الأمر 95-07 بالقانون 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006⁽¹⁾.

مست التعديلات التي جاء بها القانون 06-04 عدة جوانب، لكن أهم تعديل هو ما طرأ على المادة 209 من الأمر 95-07 المتعلقة بالرقابة، بحيث استحدث المشرع هيئة رقابة جديدة في قطاع التأمينات بجانب وزارة المالية، وهي لجنة الإشراف على التأمينات. إذ نصت المادة 209 المعدلة على ما يلي: "تشأ لجنة الإشراف على التأمينات التي تتصرف كإدارة رقابة بواسطة الهيكل المكلف بالتأمينات لدى وزارة المالية".

تمارس رقابة الدولة على نشاط التأمين وإعادة التأمين من طرف لجنة الإشراف على التأمينات المذكورة أعلاه، وتهدف إلى:

- حماية مصالح المؤمن لهم والمستفيدين من عقد التأمين بالسهر على شرعية عمليات التأمين وعلى يسار شركات التأمين أيضا،
 - ترقية وتطوير السوق الوطنية للتأمين قصد إدماجها في النشاط الاقتصادي والاجتماعي".
- بالإضافة إلى تعديله للمادة 209 من الأمر 95-07، أضاف المشرع عدة مواد خاصة باللجنة، تركيبها، طريقة التعيين، وأعضائها وطريقة اتخاذ القرارات، وكذا تمويلها.
- وقد قام المشرع أيضا بتعديل جميع المواد المتعلقة بالرقابة، وإضافة مواد أخرى في حال استلزم الأمر ذلك.

أ/ تركيبة اللجنة: تنص المادة 209 مكرر على أن لجنة الإشراف على التأمينات تتكون من خمسة أعضاء من بينهم الرئيس، وتضيف المادة 209 مكررا أن رئيس اللجنة يعين بموجب

⁽¹⁾ القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 المعدل والمتمم للأمر 95-07 المؤرخ في 25 يناير سنة 1995 المتعلق بالتأمينات، ج.رج.ج. عدد 15 ليوم 12 مارس سنة 2006، ص. 3.



مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالمالية، وأن وظيفته هذه تتنافى مع كل العهد الانتخابية أو الوظائف الحكومية. أما بالنسبة لأعضاء اللجنة الآخرين فهم محدودون في المادة 209 مكرر 2 وهم:

قاضيان تقترحهما المحكمة العليا، ممثل عن الوزير المكلف بالمالية، خبير في ميدان التأمينات يقترحه الوزير المكلف بالمالية، وهم أيضا يعينون بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالمالية.

وقد تم تعديل هذه المادة بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2008 بإضافة فقرة وهي: "يستفيد أعضاء اللجنة من تعويضات تحدد قيمتها بموجب التنظيم"⁽¹⁾

وفيما يخص التنظيمات المرتبطة بهذه المواد فقد صدر مرسوم رئاسي مؤرخ في 2 يناير 2008 بتعيين رئيس لجنة الإشراف على التأمينات، وتعيين أعضاء لجنة الإشراف على التأمينات⁽²⁾، أما بالنسبة لمسألة التعويضات الممنوحة لأعضاء اللجنة فقد صدر مرسوم تنفيذي رقم 09- 233 مؤرخ في 14 جويلية 2009 يحدد مبلغ التعويض الممنوح لأعضاء اللجنة⁽³⁾.

ب/ تمويل اللجنة: تنص المادة 209 مكرر 3 على أنه تتكفل الدولة بمصاريف تسيير لجنة الإشراف على التأمينات، وتعديلا لهذه المادة، فقد أضاف المشرع عدة أحكام تتعلق بمسألة ميزانية اللجنة بموجب المادة 58 من قانون المالية التكميلي لسنة 2008، وهذه الأحكام هي كما يلي:

إن الاعتمادات المخصصة تكون مسجلة في ميزانية وزارة المالية. والأمر بالصرف لهذه الاعتمادات هو رئيس لجنة الإشراف على التأمينات، وهذه الاعتمادات هي مخصصة لتغطية:

∞ نفقات التسيير،

⁽¹⁾ المادة 58 من قانون المالية التكميلي لسنة 2008 المعدلة للمادة 209 من الأمر 95- 07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، ج.رج.ج. عدد 42 ليوم 27 يوليو سنة 2008، ص.15.

⁽²⁾ المرسوم الرئاسي المؤرخ في 2 يناير سنة 2008 المتضمن تعيين رئيس لجنة الإشراف على التأمينات وهو السيد حاج بابا عمي، والمرسوم الرئاسي المؤرخ في 2 يناير سنة 2008 المتضمن تحديد قائمة أعضاء لجنة الإشراف على التأمينات، وهم السادة: عبد الرحمان زواوي، حسين مقداحي، كمال مرامي، عمر جفاقل، ج.رج.ج. عدد 4 ليوم 27 يناير سنة 2008، ص.19.

⁽³⁾ وقد حددت المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 09- 233 المؤرخ في 14 يوليو سنة 2009 التعويض الممنوح لأعضاء لجنة الإشراف على التأمينات، وهو مبلغ 11.000 دينار جزائري عن كل اجتماع (ج.رج.ج. عدد 41 ليوم 15 يوليو سنة 2009، ص. 5)



∞ التعويضات الممنوحة لأعضاء لجنة الإشراف على التأمينات،

∞ نفقات التجهيز،

∞ وكل النفقات المرتبطة بنشاط لجنة الإشراف على التأمينات.

وعلى سبيل المقارنة مع التشريع الفرنسي فإن إدارة الرقابة الحالية على قطاع التأمينات وهي "هيئة الرقابة الوقائية «Autorité de Contrôle Prudentiel ACP» والتي عوضت " لجنة الرقابة على التأمينات CCA Commission de contrôle des assurances".

فهيئة الرقابة الوقائية جاءت بعد عدة تعديلات مست القانون الفرنسي عبر إدخال توصيات الاتحاد الأوروبي، ويمكن أن نلخص هذا التطور، ففي البداية كانت رقابة سوق التأمينات من اختصاص وزارة الاقتصاد والمالية عن طريق مديرية التأمينات يساعدها مفتشون مراقبون للتأمين⁽¹⁾.

بعد تعديل 1989 عبر القانون رقم 89- 1014 مؤرخ في 31 ديسمبر 1989 والذي يوصف بأنه أهم تعديل لقانون التأمينات بعد سنة 1930⁽²⁾، فإن رقابة شركات التأمين قسمت بين هيئتين، هيئة إدارية مستقلة وهي لجنة الرقابة على التأمينات CCA ووزارة الاقتصاد والمالية عن طريق مديرية الخزانة⁽³⁾.

في سنة 2003، وعبر قانون الضمان المالي رقم 2003- 706 مؤرخ في 1 أوت 2003، حصل تعديل جديد في أجهزة الرقابة فقد استبدل المشرع الفرنسي لجنة الرقابة على التأمينات CCA بهيئة جديدة هي لجنة مراقبة التأمينات، التعاضديات وهيئات الادخار (CCAMIP) وسميت لاحقاً بهيئة رقابة التأمينات والتعاضديات Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles ACAM

⁽¹⁾ أنشأت مديرية التأمينات منذ سنة 1935 وكانت تابعة لوزارة العمل غير أنها منذ قانون 12 يوليو 1940 أصبحت تابعة لوزارة الاقتصاد والمالية، يراجع لمزيد من التفاصيل حول التطور التاريخي للأجهزة الرقابة على قطاع التأمينات:

Jean BIGOT, Traité de droit des assurances, Tome 1, Entreprises et organismes d'assurances, 2^e éd., Delta, Beyrouth, Liban, 2000 et L.G.D.J., Paris, 1996., p.431.

⁽²⁾ صدر قانون التأمين البري الفرنسي بتاريخ 13 يوليو 1930، ويعتبر حجر الأساس بالنسبة للتأمينات، وتم تقنين النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتأمين ككل بالرسومين الذين يحملان رقم 666- 667 المؤرخان في 1976/07/16 وأصبح في فرنسا الآن قانون للتأمين. Code des assurances.

⁽³⁾ يعتبر تعديل 1989 من أهم التعديلات التي مست قانون التأمينات الفرنسي، بإنشائه لأول مرة لهيئة تنظيم مستقلة لقطاع التأمين وهي لجنة مراقبة التأمينات CCA Commission de contrôle des assurances.



في سنة 2010، أصدر المشرع الفرنسي تعديلا جديدا على جهاز الرقابة، بأن عوض هيئة ACAM بهيئة جديدة ووسع من دائرة نشاطها بحيث لم تعد تقتصر على قطاع التأمينات وإنما كل القطاع المصرفي والمالي، وهذه الهيئة هي هيئة الرقابة الوقائية Autorité de Contrôle Prudentiel ACP⁽¹⁾.

وعلى المستوى الأوروبي، فإن هيئة الرقابة على قطاع التأمينات هي الهيئة الأوروبية للتأمينات والمعاشات المهنية Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP) وهذا بداية من 1 يناير 2011، وقد أنشئت هذه الهيئة بموجب التنظيم رقم 2010/1094 للبرلمان الأوروبي والاتحاد مؤرخ في 24 نوفمبر 2010، وقد عوضت هذه الهيئة اللجنة الأوروبية لمراقبي التأمين والمعاشات المهنية المنشأة سنة 2003.⁽²⁾

المطلب الثاني: أهداف الرقابة المخولة للجنة الإشراف على التأمينات:

تتخلص أهداف الرقابة الممنوحة للجنة الإشراف على التأمينات في هدفين رئيسيين: الهدف الأول هو حماية مصالح المؤمن لهم والمستفيدين من عقد التأمين والهدف الثاني هو ترقية وتطوير سوق التأمين، بحسب نص المادة 209، ولأجل هذا منحت للجنة صلاحيات رئيسية محددة في المادة 210 والتي تنص على أنه: "تكلف لجنة الإشراف على التأمينات بما يأتي:

- السهر على احترام شركات ووسطاء التأمين المعتمدين، الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتأمين وإعادة التأمين،
- التأكد من أن هذه الشركات تفي بالالتزامات التي تعاقدت عليها تجاه المؤمن لهم ولازالت قادرة على الوفاء،
- التحقق من المعلومات حول مصدر الأموال المستخدمة في إنشاء أو زيادة رأسمال شركة التأمين و/أو إعادة التأمين".

⁽¹⁾ لمزيد من التفاصيل حول تطور أجهزة الرقابة في القانون الفرنسي، يراجع:

Pierre-Grégoire MARLY et Vincent RUOL, Droit des entreprises d'assurance, Revue Banque éd., Paris, 2011, p.239.

⁽²⁾ حول الهيئة الأوروبية للتأمينات والمعاشات المهنية واختصاصاتها، يراجع:

Pierre-Grégoire MARLY et Vincent RUOL, Op.cit., p.263.

وقد صدر مرسوم تنفيذي رقم 08- 113 مؤرخ في 9 أفريل 2008 والذي يحدد مهام لجنة الإشراف على التأمينات⁽¹⁾.

فرع أول: حماية مصالح المؤمن لهم:

يرمي المشرع الجزائري بتقريره لهذه القواعد والأهداف إلى حماية الطرف الضعيف في عقد التأمين وهو المؤمن لهم والمستفيدون من عقد التأمين، فبعد تقريره لعدة أحكام في القانون المدني⁽²⁾، خصوصا ما تعلق منها بعقود الغرر لحماية الطرف المدعن، وأيضا للأحكام الخاصة بعقد التأمين في القانون المدني والرامية لحماية المؤمن له من تعسف شركات التأمين، فإن الأمر 95- 07 يقرر أحكاما كثيرة متعلقة بحماية المؤمن لهم ومن بينها الأحكام التي جاءت بها المواد 210 وما بعدها:

1- الرقابة على شرعية عمليات التأمين وإعادة التأمين:

إن لجنة الإشراف على التأمينات مكلفة بالسهر على احترام شركات التأمين وإعادة التأمين ووسطاء التأمين للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتأمين وإعادة التأمين، وذلك بمراقبة شرعية عمليات التأمين وإعادة التأمين.

والمقصود بعمليات التأمين وإعادة التأمين كل العمليات الناجمة عن اكتتاب وتسيير عقود التأمين وإعادة التأمين، والمقصود بمراقبة شرعيتها عن مخالفة عقود التأمين واتفاقيات إعادة التأمين للأحكام التشريعية والتنظيمية.

وتتحقق مصلحة المؤمن لهم عندما تلتزم شركات التأمين وإعادة التأمين ووسطاء التأمين باحترام هذه الأحكام التشريعية والتنظيمية.

ويخلص من هذا أن اللجنة تأخذ على عاتقها مهام المرفق العام في النظام الإداري الكلاسيكي، فالمرفق العام يجسد تدخل الدولة في قطاع معين ويسهر على شرعية الأعمال المرتبطة بهذا القطاع، وهنا فإن مفهوم الهيئة الإدارية المستقلة يظهر جليا من خلال منح اللجنة

⁽¹⁾ المرسوم التنفيذي رقم 08- 113 مؤرخ في 9 أفريل سنة 2008 الذي يحدد مهام لجنة الإشراف على التأمينات، ج.رج.ج. عدد 20 ليوم 13 أفريل 2008، ص.4.

⁽²⁾ الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، ج.رج.ج. عدد 78 لسنة 1975، ص.990. المواد 110 و112 الخاصة بعقود الغرر، والمادة 622 الخاصة بعقد التأمين.



هذه الصلاحيات، فهي تركز تدخل الدولة في قطاع التأمينات وتسهر على شرعية العمليات المرتبطة به⁽¹⁾.

2- الرقابة الوقائية:

وهو مصطلح يدل على رقابة الدولة على المسائل المالية لعمليات التأمين وإعادة التأمين. ففي إطار مهامها المتعلقة بحماية مصالح المؤمن لهم والمستفيدين من عقود التأمين، فإن لجنة الإشراف على التأمينات مكلفة بضمان يسار جميع المتعاملين في قطاع التأمينات من شركات تأمين وإعادة تأمين وفروع شركات التأمين الأجنبية، ووكلاء عامين وسماسرة تأمين.

وعلى هذا فإن اللجنة، مخولة بمراقبة ومعاينة جميع العمليات التي تقوم بها شركات التأمين وإعادة التأمين من أجل ضمان أن هذه الشركات تقوم دائماً بالوفاء بالتعهدات التي أبرمتها مع المؤمن لهم.

وفي هذا الإطار فإن المشرع الجزائري قد عزز من رأسمال شركات التأمين وإعادة التأمين، وذلك لتأهيلها بالرفع من قيمة الحد الأدنى لرأسمال شركات التأمين حتى يمكنها من مواجهة الأخطار المختلفة والقدرة دائماً على الوفاء بتعهداتها تجاه المؤمن لهم والمستفيدين من عقد التأمين، وذلك بتعديله للمرسوم التنفيذي رقم 95- 344 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995⁽²⁾ والمتعلق بالحد الأدنى لرأسمال شركات التأمين بموجب المرسوم التنفيذي رقم 09- 375 المؤرخ في 16 نوفمبر 2009⁽³⁾.

وعلى سبيل المثال فإن الحد الأدنى لرأسمال شركات التأمين فيما يخص عمليات تأمينات الأشخاص والرسملة ارتفعت من 200 مليون دينار إلى (1) مليار دينار، أما الحد الأدنى لرأسمال شركات التأمين فيما يخص عمليات تأمينات الأضرار فقد ارتفعت من 300 مليون دينار إلى (2) مليار دينار، وبالنسبة لشركات إعادة التأمين فإن الحد الأدنى ارتفع من 450 مليون دينار إلى (5) مليار دينار.

(1) ينظر: رشيد زوايمية، قانون التنظيم الاقتصادي، بارتي للنشر، الجزائر، 2006، ص. 109.

(2) المرسوم التنفيذي رقم 95- 344 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995 المتعلق بالحد الأدنى لرأسمال شركات التأمين، ج.رج.ج. عدد 65 ليوم 5 نوفمبر سنة 1995، ص. 24.

(3) المرسوم التنفيذي رقم 09- 375 المؤرخ في 16 نوفمبر 2009 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 95- 344 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، المتعلق بالحد الأدنى لرأسمال شركات التأمين، ج.رج.ج. عدد 67 ليوم 19 نوفمبر 2009، ص. 6.



ومن بين إجراءات ضمان يسار شركات التأمين وإعادة التأمين قيام المشرع بتعديل المادة 216 من الأمر 95- 07 بموجب القانون 06- 04 وإلزام شركات التأمين وإعادة التأمين بإيداع المبالغ المذكورة أعلاه كلياً ونقداً عند الاكتتاب، وبالنسبة لفروع شركات التأمين الأجنبية فقد ألزمهم القانون بإيداع ودیعة ضمان تساوي على الأقل الحد الأدنى للرأسمال المطلوب.

وحتى بالنسبة لسمسار التأمين وهو من وسطاء التأمين المنصوص عليهم قانوناً، فإن المشرع ألزمه في المادة 262 من الأمر 95- 07 أن يثبت في كل وقت وجود ضمان مالي كافية لتسديد الأموال التي أوكلت له قصد دفعها لشركات التأمين أو للمؤمن لهم.

وهذا يبين بوضوح رغبة المشرع الجزائري في إلزام شركات التأمين وغيرها من المتعاملين على تنفيذ تعهداتها إزاء المؤمن لهم، من خلال هذه الرقابة الوقائية أي قبل دخول شركات التأمين وإعادة التأمين في صعوبات مالية، أما إذا خالفت شركات التأمين هذه الإجراءات فإن لجنة الإشراف على التأمينات إجراءات احترازية وعقوبات يتم بحثها في المبحث الثاني.

فرع ثان: ترقية وتطوير سوق التأمين:

لقد تظن المشرع الجزائري ومنذ الاستقلال إلى الدور الكبير الذي يلعبه قطاع التأمين في تحريك عجلة الاقتصاد، فلا وجود لاقتصاد حقيقي وإلى مبادرات استثمارية بدون وجود آلية للمستثمر تقيه من خطر وقوع أخطار تهدد مشروعه الاقتصادي، وهذه الآلية هي التأمين وإعادة التأمين، وإذا تمكن المتعاملون الاقتصاديون من الاستفادة من عروض التأمين المختلفة فإنهم يساهمون في المشاريع الاقتصادية والاجتماعية المختلفة.

ولذلك وجه المشرع اهتمامه منذ البداية ببسط الرقابة على هذا القطاع، لما يلعبه من دور في المجتمعات الحديثة، وأقر مجموعة من الإجراءات تهدف إلى ترقية سوق التأمين وتطويره وتطهيره وذلك بغية إدماجه في نشاط الدولة الاقتصادي والاجتماعي، وكان التأمين أصبح وسيلة في يد الدولة لترقية نشاطاتها المختلفة سواء كانت اقتصادية أم اجتماعية وحتى سياسية إذا نظرنا إلى الأهمية التي توليها الدولة لعمليات إعادة التأمين والتي تعتبر وسيلة للحفاظ على العملة الأجنبية داخل الوطن.

أيضا وفي مجال تطهير سوق التأمين، فإن لجنة الإشراف على التأمينات من صلاحيتها التحقق من المعلومات حول مصدر الأموال المستخدمة في إنشاء أو زيادة رأسمال شركة التأمين



وإعادة التأمين، أي التحقق من أن هذه الأموال ليست لها أية خلفية غير شرعية ولا تدخل ضمن نطاق المحظورات المنصوص عليها في القانون المتعلق بتبييض الأموال وتمويل الإرهاب⁽¹⁾.

وقصد تطهير سوق التأمين، فإن المادة 217 من الأمر 95- 07 قد حظرت على الأشخاص الذين يثبت إدانتهم بارتكاب جنح تتعلق بالسرقة أو الخيانة أو الاحتيال وغيرها من الجنح المشابهة لها، حظرت عليهم تأسيس أو إدارة شركات التأمين وإعادة التأمين، أو ممارسة مهنة وسيط للتأمين سواء وكيل عام أم سمسار للتأمين.

وكخلاصة لهذا المبحث فإن صلاحيات اللجنة المنصوص عليها أعلاه كانت تؤول سابقا إلى الوزير المكلف بالمالية، وعلى ذلك نشهد - على غرار الدول الغربية - تجزئاً لسلطة الدولة، بمعنى تخفيف الحمل عن السلطة التنفيذية والعمل على تحويل الاختصاصات المتعلقة بتنظيم السوق إلى هيئات جديدة هي الهيئات الإدارية المستقلة.

إذ إن لجنة الإشراف على التأمينات تتمتع بمجموعة من الصلاحيات والتي هي في الأصل مخولة للإدارة العامة، فبمقتضى النصوص المنشئة لها، فإنها مكلفة بحماية مصالح المؤمن لهم والمستفيدين من عقد التأمين بالسهر على شرعية عمليات التأمين وأيضا على يسار شركات التأمين، وتسهر مع ذلك على سير وشفافية سوق التأمين. مما يعني أن هذه النصوص منحت للجنة سلطة السهر على تطبيق القانون فيما يخص هذا القطاع، ومنحت لها أيضا صلاحيات السلطة العامة.

هذه الصلاحيات هي مرتبطة بسير مرفق عمومي تستلزم الاحتكام إلى امتيازات السلطة العامة، يظهر لنا بوضوح الطابع الإداري للجنة الإشراف على التأمينات والتي وصفتها المادة 209 المعدلة "إدارة رقابة"، والتي ورثت هذه الصفة عن الوزير المكلف بالمالية⁽²⁾.

المبحث الثاني: صلاحيات لجنة الإشراف على التأمينات:

تتعد صلاحيات لجنة الإشراف على التأمين من حيث إنها جهة اعتماد وجهة رقابة وإشراف وجهة عقاب، أيضا تتنوع صلاحياتها بالنظر إلى المتعاملين الاقتصاديين، فللجنة صلاحيات مشتركة تجاه شركات التأمين وإعادة التأمين ووسطاء التأمين ولها صلاحيات خاصة فيما

⁽¹⁾ القانون رقم 05- 01 المؤرخ في 6 فبراير 2005 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، ج.ج.ج. عدد 21 ليوم 7 فبراير 2005.

⁽²⁾ يراجع: رشيد زوايمية، قانون المسؤولية التأديبية للأعوان الاقتصاديين، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص. 52.



يخص اعتماد سماسرة التأمين، وعليه فإنه يتم التعرض للصلاحيات المشتركة المطبقة على جميع المتعاملين وهي تقسم بدورها إلى الرقابة والإشراف من جهة ومن جهة أخرى إلى الإجراءات الاحترازية والعقوبات، ثم في مبحث ثان يتم التعرض للصلاحيات للجنة فيما يخص منح الاعتماد لسماسر التأمين.

المطلب الأول: الصلاحيات المشتركة:

ونعني بها الصلاحيات الممنوحة للجنة الإشراف على التأمينات تجاه جميع المتعاملين في قطاع التأمين سواء كانوا شركات تأمين أم إعادة تأمين أم وكلاء عامين أم سماسرة تأمين أم فروع شركات تأمين وإعادة تأمين أجنبية.

وتقسم هذه الصلاحيات إلى قسمين، الرقابة والإشراف من جهة ومن جهة أخرى الإجراءات الاحترازية والعقوبات.

فرع أول: الرقابة والإشراف:

تتصرف لجنة الإشراف على التأمينات كإدارة رقابة على المتعاملين في قطاع التأمينات، ولهذا منحت لها صلاحيات عديدة ومتعددة، ولم يخرج من نطاق صلاحياتها إلا ما احتفظ به الوزير المكلف بالمالية من منح الاعتماد ورفضه وسحبه بالنسبة لإنشاء شركات التأمين وشركات إعادة التأمين⁽¹⁾.

بداية، يخضع كل تعيين لأعضاء مجلس الإدارة والمسيرين الرئيسيين لشركات التأمين وشركات إعادة التأمين وفروع شركات التأمين الأجنبية إلى موافقة لجنة الإشراف على التأمينات⁽²⁾.

وعند إنشاء الشركة وبمناسبة أية عملية زيادة رأسمال الشركة، فإن اللجنة ملزمة بفحص كل المعلومات المتعلقة بالأموال، والتحقق من أن هذه الأموال ليست لها أية خلفية غير شرعية ولا تدخل ضمن نطاق المحظورات المنصوص عليها في القانون المتعلق بتبييض الأموال وتمويل الإرهاب.

⁽¹⁾ تنص المادة 204 من الأمر 95-07 على أنه: "لا يمكن لشركات التأمين و/أو إعادة التأمين أن تمارس نشاطها إلا بعد الحصول على اعتماد من الوزير المكلف بالمالية"، والمادة 218 بقولها: "يجب أن يكون رفض الاعتماد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية مبرر قانوناً"، والمادة 221 بقولها: "يتم سحب الاعتماد كلياً أو جزئياً بموجب قرار الوزير المكلف بالمالية".

⁽²⁾ المادة 204 مكرر 1 من الأمر 95-07.



إضافة إلى ذلك، فإن اللجنة تفحص العمليات المتعلقة بالتعريفات الاختيارية والتي تم تزويدها بها من قبل شركات التأمين أو التي تم تعديلها من قبل اللجنة، وأيضا احترام الشركات لنسب عمولات وسطاء التأمين، وأيضا احترامها لتعريفات التأمينات الإلزامية والتي هي من اختصاص إدارة الرقابة⁽¹⁾.

إن اللجنة مكلفة أيضا بضمان شرعية الشروط العامة لوثائق التأمين وأية وثيقة أخرى، وفي هذا الشأن فإن وضع الشروط العامة يخضع لموافقة مسبقة من قبل اللجنة في أجل 45 يوما من تاريخ استلام الطلب، أيضا يضيف القانون أنه بإمكان اللجنة أن تفرض شروطا نموذجية⁽²⁾.

إن لجنة الإشراف على التأمينات مخولة بموجب القانون لمراقبة الوثائق التجارية التي يصدرها المتعاملون للجمهور. هذه الوثائق توضع قبل عرضها لدى اللجنة التي يمكن أن تطلب إجراء تعديلات عليها⁽³⁾.

إن اللجنة في هذا الخصوص تفحص جدية المعلومات الواردة في هذه الوثائق وهي بذلك تضمن الشفافية لنشاط الشركات.

إن لجنة الإشراف على التأمينات مخولة بفحص العقود التي تبرمها الشركات مع الوكلاء العامين في أجل 45 يوما قبل تاريخ بداية العقد، كما تتلقى طلبات المصادقة على القوانين الأساسية للجمعيات المهنية للوكلاء العامين والسماحة وأيضا التعديلات التي تجرى عليها⁽⁴⁾.

ولأجل القيام بهذه المهام على أكمل وجه، فإن اللجنة تتلقى محاضر التحقيق التي يجريها مفتشو التأمين المحلفون الذين يقومون بمراقبة وتحقيق الوثائق داخل مقرات الشركات في أي وقت يختارونه وعلى جميع العمليات المتعلقة بنشاط الشركات⁽⁵⁾. *contrôle sur pièces et sur places.*

(1) المواد 233 و 234 و 235 من الأمر 95 - 07.

(2) المادة 227 من الأمر 95 - 07.

(3) المادة 3/227 من الأمر 95 - 07.

(4) يعتبر الوكيل العام من وسطاء التأمين ممثلا لشركة تأمين، وتخضع عقد التعيين الذي يبرمه مع شركة التأمين لفحص المسبق من قبل لجنة الإشراف على التأمينات (المادة 254 من الأمر 95 - 07).

(5) يعتبر مفتشو التأمين المحلفون *Inspecteurs d'assurances assermentés* جهاز رقابي آخر بجانب وزارة المالية ولجنة الإشراف على التأمينات، وتناط بهم مهمة الانتقال إلى مقرات الشركات والمتعاملين في قطاع التأمينات قصد التحقيق وفحص الوثائق في عين المكان، وقد تم استحداث هذا الجهاز بتعديل المادة 212 من الأمر 95 - 07 بموجب القانون 06 - 04 وقد عوضوا ما كان يسمى سابقا بالمحافظين المراقبين المحلفين *asssermentés Commissaires- contrôleurs*.



وفي هذا الإطار وعندما يلاحظ مفتشو التأمين أن هناك نقائص متعلقة بالقوانين واللوائح السارية المفعول، يقومون بالنص عليها في المحاضر ويقومون بتوقيع المحاضر (02 مفتشان على الأقل)، وأيضا يقوم الأشخاص المعنيون بهذه المخالفات بتوقيع هذه المحاضر، وتكون لهذه الأخيرة قوة ثبوتية لحين إثبات العكس⁽¹⁾. وعندما تكون هذه المخالفات ذات طبيعة جزائية فإن اللجنة تقوم بإخطار النيابة العامة قصد المتابعة الجزائية⁽²⁾.

وفي إطار مهامها المتعلقة بحماية مصالح المؤمن لهم والمستفيدين من عقود التأمين وأيضا المساهمين في شركات التأمين، فإن لجنة الإشراف على التأمينات مكلفة بضمان يسار جميع متعاملي القطاع (شركات تأمين وإعادة تأمين وفروع شركات التأمين الأجنبية، الوكلاء العاميين، سماسرة التأمين...) واحترام الإجراءات الوقائية المتعلقة بهذا المجال.

إن اللجنة مخولة بمراقبة ومعاينة جميع العمليات التي تقوم بها شركات التأمين وإعادة التأمين من أجل ضمان أن هذه الشركات تقوم دائما بالوفاء بالتعهدات التي أبرمتها مع المؤمن لهم وأن عملياتها موافقة للأحكام التشريعية والتنظيمية خصوصا ما تعلق منها بوجود مسك الدفاتر والسجلات المحددة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

ولأجل القيام بمهامها، فإن المشرع ألزم المتعاملين بضرورة أن ترسل إلى اللجنة قبل 30 يونيو من كل سنة كآخر أجل مجموعة من الوثائق تسمح بمراقبة الوضعية المالية لكل متعامل وظروف استغلالها، وهذه الوثائق هي: الميزانية والتقارير الخاص بالنشاط وجداول الحسابات والإحصائيات وكل الوثائق الضرورية المرتبطة بها والتي تحدد قائمتها وأشكالها بقرار من الوزير المكلف بالمالية⁽³⁾.

وفي هذا الخصوص، فإن اللجنة مخولة لإعطاء استثناءات فيما يخص الأجل المذكور أعلاه حسب العناصر المقدمة في طلب الاستثناء في حدود ثلاثة (3) أشهر.

⁽¹⁾ اعتبر المشرع أن محضر المخالفة الموقع من قبل مفتشين على الأقل وموقع أيضا من قبل المخالف بمثابة الدليل إلى أن يثبت العكس (المادة 4/212 منه الأمر 95-07).

⁽²⁾ المادة 5/212 من الأمر 95-07.

⁽³⁾ المادة 226 المعدلة من الأمر 95-07، أما قبل التعديل فإن الأجل الممنوح لإرسال الوثائق إلى إدارة الرقابة هو 31 يوليو من كل سنة.



نفس الالتزام يقع على عاتق سمسرة التأمين الذين يلزمون بإرسال جداول الحسابات والإحصائيات إلى لجنة الإشراف على التأمينات⁽¹⁾.

أيضا، فإن القانون يفرض على شركات التأمين وإعادة التأمين وفروع شركات التأمين الأجنبية أن تقوم سنويا بنشر ميزانيتها وحساب نتائجها في أجل أقصاه ستون (60) يوما بعد المصادقة عليها من طرف الهيئة المسيرة للشركة، في يوميتين وطنيتين على الأقل، إحداهما باللغة العربية⁽²⁾.

من جانب آخر، فإن اللجنة يمكنها أن تطلب من محافظي الحسابات أن يوافقوا بجميع المعطيات والمعلومات الضرورية المتعلقة بشركات التأمين وإعادة التأمين وفروع شركات التأمين الأجنبية. وعندما يلاحظ محافظو الحسابات أية اختلالات فإن عليهم واجب إبلاغ لجنة الإشراف على التأمينات⁽³⁾.

وكهيئة رقابة، فإن اللجنة مخولة بأن تلجأ وتطلب خبرة لتقييم كلي أو جزئي للأصول والخصوم المتعلقة بالالتزامات المقننة لشركات التأمين و/أو إعادة التأمين المعتمدة وفروع شركات التأمين الأجنبية، وتتجز هذه الخبرة على حساب الشركات المعنية⁽⁴⁾.

إن الخبرة موجهة أساسا لضمان أن العمليات التي تقوم بها شركات التأمين تحترم القواعد الوقائية، وتبرز التقديرات المتعلقة بالالتزامات النظامية التي تلتزم الشركات بتكوينها، وفي هذا الإطار فإن الاحتياطات والأرصدة التقنية والديون التقنية، يتعين أن تقابلها أصول معادلة لها تتمثل في سندات وودائع وقروض وقيم منقولة وأية سندات مماثلة، أصول عقارية أو أية أصول أخرى.

من جهة أخرى، فإن أية تغييرات مهمة من شأنها أن تحدث تأثيرا على حياة الشركة يتعين أن تبلغ إلى لجنة الإشراف على التأمينات، وبالخصوص كل طلبات تحويل المحفظة جزئيا أو

(1) المادة 261 مكرر من الأمر 95 - 07.

(2) لم يكن هناك تحديد لأجل النشر في الجرائد اليومية في المادة 226 قبل التعديل، أما حاليا بعد التعديل فهو 60 يوما كحد أقصى.

(3) المادة 212 مكرر من الأمر 95 - 07.

(4) المادة 224 مكرر من الأمر 95 - 07.



كلياً يتعين تبليغها إلى الدائنين لوضع ملاحظاتهم، وبعد ذلك توضع لمصادقة اللجنة عليها والتي تتأكد من أن عملية التحويل هذه لا تؤثر على مصالح المؤمن لهم⁽¹⁾.

إضافة إلى هذا، فإنه يتعين على شركات التأمين و/أو إعادة التأمين إبلاغ لجنة الإشراف على التأمينات بكل تغيير يطرأ على رأسمال الشركة وبذلك فإن كل مساهمة في رأسمال الشركة والتي تتعدى نسبة 20 بالمائة من رأسمالها تخضع لموافقة مسبقة من اللجنة، كذلك فإن كل مساهمة للشركة والتي تتعدى نسبة 20 بالمائة من أموالها الخاصة تخضع للموافقة المسبقة من لجنة الإشراف على التأمينات⁽²⁾.

من جهة ثانية، يفرض القانون على شركات التأمين عندما تقوم: "بإبرام أي اتفاق يخص التعريفات أو الشروط العامة والخاصة للعقود أو التنظيم المهني أو المنافسة أو التسيير المالي" بوضعه تحت التبليغ المسبق إلى اللجنة تحت طائلة البطلان⁽³⁾.

إن هذه الأحكام تسمح بالتحقق من أن هذه الاتفاقات لا تقع ضمن أحكام الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة وخصوصاً الأحكام المتعلقة بالاتفاقات المحظورة والتي جاءت في المادة 06 من الأمر بقولها: "تعتبر اتفاقات محظورة، متى كان الهدف منها أو يمكن أن تؤدي إلى عرقلة أو تقييد أو تضليل كل حرية للمنافسة في سوق واحد أو في جزء منه، الأعمال والأفعال المركزة أو المتفق عليها صراحة أو ضمناً، خصوصاً التي تؤدي منها إلى:

- تحديد الدخول إلى السوق أو القيام بنشاطات تجارية،
- تحديد أو مراقبة الإنتاج، المسارات، الاستثمارات أو التطور التقني،
- اقتسام الأسواق أو منابع التموين،
- عرقلة أي تحديد للسعر عن طريق حرية المنافسة عن طريق العمل على ارتفاعه أو انخفاضه،
- فرض على المتعاملين التجاريين شروطاً غير متعادلة⁽⁴⁾...

⁽¹⁾ تعتبر عملية تحويل المحفظة Transfert de portefeuille، إجراء تقوم فيه شركة تأمين بالتنازل عن عقود التأمين سواء كلياً أو جزئياً لصالح شركة تأمين أخرى، يخضع تحويل المحفظة إلى الموافقة المسبقة للجنة الإشراف على التأمين وبعد القيام بعدة إجراءات أهمها تبليغ الدائنين (المادة 229 من الأمر 95-07).

⁽²⁾ يخضع أي تغيير لرأس مال شركات التأمين وإعادة التأمين إذا جاوز نسبة معينة إلى موافقة لجنة الإشراف على التأمينات (المواد 228 مكرر و228 مكرر 2 من الأمر 95-07).

⁽³⁾ المادة 228 من الأمر 95-07.

⁽⁴⁾ المادة 6 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، ج.ج.ج. عدد 43 ليوم 20 يوليو 2003.



من جهة أخرى، فإن لجنة الإشراف على التأمينات تفرض رقابة على عمليات التجميع بين شركات التأمين، وهنا فإن القانون يفرض على الشركات المعنية بمشروع التجميع أن تقوم بإشهار مشروع التجميع عن طريق إشعار في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفي جريدتين وطنيتين، إحداهما باللغة العربية قبل وضعها لمصادقة اللجنة.

أيضا تكون خاضعة لمصادقة لجنة الإشراف على التأمينات أي إجراءات تجميع سواء كانت تركيز أم توحيد شركات التأمين وإعادة التأمين أو أي شركات وساطة للتأمين⁽¹⁾.

فرع ثان: الإجراءات الاحترازية والعقوبات:

إن فعالية عمليات الرقابة والإشراف التي تقوم بها اللجنة، تفرض أن تمنح للجنة أدوات تمكنها من فرض هذه الإجراءات على المتعاملين الاقتصاديين وأيضا سلطة عقاب للمخالفين للأحكام التشريعية والتنظيمية.

وعليه فقد منح المشرع الجزائري للجنة الإشراف على التأمينات مجموعة من الإجراءات الاحترازية حماية للمؤمن لهم وللمساهمين في شركات التأمين وإعادة التأمين في حالة إذا ما خالف المتعامل الاقتصادي في مجال التأمينات الأحكام التشريعية والتنظيمية، أو قام بأي إجراء من شأنه أن يقلص من هامش الملاءة لديه أو يؤثر على تنفيذ التعهدات التي تعاقده بشأنها مع المؤمن لهم أو المنخرطين أو ذوي حقوقهم، وأيضا عندما تكون الوقائع أو القرارات التي اتخذها من شأنها أن تؤثر على وضعيته المالية أو على حساب نتائج الاستغلال أو حتى على رأسمال الشركة، فهنا لجنة الإشراف على التأمينات يكون من صلاحياتها اتخاذ إجراءات الوقاية والاحتراز والتي من شأنها تسوية وضعية الشركة أو المتعامل الاقتصادي.

1- الإجراءات الاحترازية:

إذا أظهرت التحقيقات والمراقبة وجود مخالفات للأحكام التشريعية والتنظيمية من شأنها أن تهدد حقوق ومصالح المؤمن لهم أو المساهمين، فإن المشرع الجزائري قد قرر مجموعة من الإجراءات من شأنها تسوية وضعية الشركة ودعم وضعها المالي وتطوير أساليب التسيير داخل الشركة حتى تتماشى مع أهداف تطوير الشركة.

إن المادة 213 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات تقرر أنه: "إذا كان تسيير شركة التأمين من شأنه أن يعرض حقوق ومصالح المؤمن لهم أو المستفيدين من عقود التأمين، فإن لجنة الإشراف على التأمينات يمكن لها أن:

(1) المادة 230 من الأمر 95-07.



- تقلص نشاط الشركة في فرع واحد أو عدة فروع للتأمين.
 - تقلص أو تمنع حرية التصرف في كل أو جزء من عناصر الأصول حتى وضع إجراءات التسوية الأساسية.
 - تعين مسيراً مؤقتاً لاستخلاف هيئات التسيير من أجل المحافظة على رأسمال الشركة وتسوية وضعيتها⁽¹⁾
- عند استقراء هذه الأحكام، فإن المشرع قد أعطى للجنة التأمينات الحق في التدخل لتسيير الشركة والحد من حريتها في استعمال أموالها⁽¹⁾.

2- العقوبات التأديبية:

- تتقاسم لجنة الإشراف على التأمينات مع الوزير المكلف بالمالية صلاحيات إصدار العقوبات التأديبية في مواجهة شركات التأمين وإعادة التأمين وفروع شركات التأمين الأجنبية والمتعاملين في قطاع التأمين.
- بالنسبة للعقوبات التي يصدرها الوزير المكلف بالمالية وبناء على اقتراح المجلس الوطني للتأمينات، فإن الوزير المكلف بالمالية يقرر:
- سحب الاعتماد الكلي أو الجزئي،
 - التحويل التلقائي لجزء أو كل محفظة عقود التأمين.
- أما لجنة الإشراف على التأمينات فهي مخولة لإصدار العقوبات التالية:
- عقوبة مالية،
 - الإنذار،
 - التوبيخ،
 - إيقاف مؤقت لأحد أو عدة مسيرين مع أو بدون تعيين وكيل متصرف مؤقت⁽²⁾.

⁽¹⁾ وهنا المشرع قد خالف المنهج الذي اعتمده بالنسبة لبعض الهيئات الإدارية الأخرى كاللجنة البنكية مثلاً أين تكتفي الهيئة بإعذار أو إنذار المتعامل الاقتصادي المخالف، لا أن تتدخل في التسيير كما في حالة لجنة الإشراف على التأمينات.

ينظر: رشيد زوايمية، قانون التنظيم الاقتصادي، ص.116.

⁽²⁾ المادة 241 من الأمر 95 - 07.



أول ملاحظة على العقوبات التي تقررها لجنة الإشراف على التأمينات أنها لم ترد بشكل تسلسلي بحيث لا نعلم درجة العقوبات وما يقابلها من مخالفات، وهل هذا التسلسل تسلسل تدرجي للعقوبة أم يترك الأمر للسلطة التقديرية للجنة.

إضافة إلى هذا فإنه ما عدا العقوبات التي لها طابع معنوي كالإنذار والتوبيخ، فإن العقوبة المالية والتي هي مرتبطة بالغرامة المالية محددة من قبل المشرع في بعض الحالات بطريقة جامدة لا تترك للجنة أي سلطة تقديرية، ومثالها: فإن عدم تبليغ اللجنة بالميزانية وتقرير النشاط وجداول الحسابات والإحصائيات أو أية وثيقة أخرى فإن الغرامة المقررة هي 10.000 دج.⁽¹⁾

أيضا عدم نشر الميزانية وحساب النتائج فإن الغرامة هي 100.000 دج⁽²⁾، أما بالنسبة لسمسار التأمين الذي لا يودع جدول الحسابات والإحصائيات أو أية وثيقة أخرى فإن الغرامة هي 1.000 دج عن كل يوم تأخير.⁽³⁾

في حالات أخرى ترك المشرع للجنة الإشراف على التأمينات سلطة تقديرية في تحديد العقوبة المالية المناسبة بأن وضع نسبا معينة كحد أقصى ومثاله ما قرره المادة 245 من الأمر 95- 07 فيما يخص تعريفات التأمينات الإلزامية والتي قرر إخضاعها لنسبة 1 بالمائة من رقم الأعمال كحد أقصى، أيضا فيما يخص الصفقات فهنا المتعاملون الذين لا يحترمون الأحكام القانونية الخاصة بالمنافسة يخضعون لعقوبة مالية لا تتجاوز 10 بالمائة من مبلغ الصفقة.⁽⁴⁾

المطلب الثاني: الصلاحيات الخاصة بمنح الاعتماد لسمسار التأمين

تتمتع لجنة الإشراف على التأمينات، إضافة إلى صلاحيات الرقابة والإشراف واتخاذ الإجراءات الاحترازية وتوقيع العقوبات، بسلطة منح الاعتماد لسمسار التأمين لممارسة مهامه، وهذا بعد التعديل الذي أحدثه المشرع سنة 2006 على المادة 209 واعتبارها إدارة رقابة، وبهذا الصفة الجديدة فإنها أصبحت توكل لها جميع الصلاحيات الممنوحة لإدارة الرقابة ومن بينها منح الاعتماد لسمسار التأمين.

غير أنه قبل دراسة التعديلات الجديدة التي طرأت على مهنة سمسار التأمين، لا بد من التعرض في فرع أول لمهنة سمسار التأمين من حيث تعريفها وشروط ممارستها، ثم في فرع ثان لسلطة منح الاعتماد التي انتقلت من الوزير المكلف بالمالية إلى لجنة الإشراف على التأمينات.

(1) المادة 1/243 من الأمر 95- 07 والتي تحيلنا على المادة 1/226 لتحديد الركن المادي للجريمة.

(2) المادة 2/243 من الأمر 95- 07 والتي تحيلنا على المادة 2/226 لتحديد الركن المادي للجريمة.

(3) المادة 3/243 من الأمر 95- 07 والتي تحيلنا على المادة 261 المتعلقة بسمسار التأمين.

(4) المادة 248 مكرر 1 من الأمر 95- 07.

فرع أول: التعريف بمهنة سمسار التأمين وشروط ممارستها:

استحدث المشرع في الأمر 95- 07 مهنة الوساطة في التأمين، بمعنى وجود وسيط بين المؤمن لهم وشركات التأمين أثناء إبرام العقود وكذا المطالبة بالتعويضات، ووسطاء التأمين حسب نص المادة 252 من الأمر 95- 07 هم: الوكيل العام للتأمين، سمسار التأمين وأيضا البنوك التي بإمكانها توزيع المنتجات التأمينية لربائتها.

يعتبر سمسار التأمين كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس مهنة التوسط بين المؤمن له وشركة التأمين، ويعتبر وكيلا للمؤمن له، في مقابل ذلك يعتبر الوكيل العام للتأمين وكيلا عن شركة التأمين.⁽¹⁾

وتعتبر مهنة سمسار التأمين نشاطا تجاريا، لذا فإن سمسار التأمين يخضع للتسجيل في السجل التجاري كما يخضع للالتزامات الأخرى الموضوعة على عاتق التاجر، وبهذا تتعارض ممارسة نشاط وسيط التأمين مع أي نشاط تجاري آخر.⁽²⁾

يجب على وسيط التأمين إثبات معارف كافية لممارسة المهنة، وعليه أن يثبت وجود ضمانات مالية لنشاطه وأن يكتب تأمينا لتغطية التبعات المالية التي قد تتعرض لها مسؤوليته المدنية المهنية.⁽³⁾

أما بالنسبة لشروط ممارسة مهنة سمسار التأمين، فقد حظر القانون على مجموعة من الأشخاص ممارسة مهنة سمسار التأمين، وهم الذين عدت لهم المادة 263 من الأمر، وهم الأشخاص الثابتة إدانتهم في جرائم السرقة أو خيانة الأمانة أو النصب أو إصدار شيك بدون رصيد وغيرها من الجرائم المشابهة.

وقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 95- 340 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995 والذي يحدد شروط منح وسطاء التأمين، الاعتماد والأهلية المهنية وسحبه منهم، ومكافاتهم، ومراقبتهم.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ المادة 258 من الأمر 95- 07 مهنة سمسار التأمين، وهي مهنة التوسط بين طالبي التأمين من جهة وشركات التأمين من جهة أخرى، وتركز على أنه يعتبر وكيلا للمؤمن له يبحث له عن أفضل الضمانات بأقل التكاليف.

⁽²⁾ المادة 259 من الأمر 95- 07.

⁽³⁾ المادتان 261 و265 من الأمر 95- 07.

⁽⁴⁾ المرسوم التنفيذي رقم 95- 340 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، يحدد شروط منح وسطاء التأمين، الاعتماد والأهلية المهنية وسحبه منهم، ومكافاتهم، ومراقبتهم، ج.ج.ج. عدد 65 ليوم 31 أكتوبر 1995، ص. 11.



فقد حدد هذا المرسوم الشروط التي يتعين توافرها في طالب اعتماد سمسار التأمين سواء كان شخصا طبيعيا أم مسيري شركات السمسرة والشركاء، والملف المطلوب إيداعه لدى إدارة الرقابة.

أيضا في حالة رفض إدارة الرقابة منح الاعتماد فإنه يمكن لطالب الاعتماد الطعن أمام مجلس الدولة، وأيضا حالات سحب الاعتماد بنص المادة 11 من المرسوم الذي يمكنه الطعن في قرار سحب الاعتماد.

وقد حددت المادة 20 من المرسوم مقدار الضمان المالي الذي يقدمه سمسار التأمين، وهو 1.500.000 دج بالنسبة إلى السمسار الذي يكون شخصا طبيعيا، و1.500.000 دج بالنسبة إلى كل واحد من شركاء شركة السمسرة.

وبالنسبة لمكافأة سمسار التأمين فهو يأخذ عمولة من شركة التأمين التي أودع لديها عقد التأمين، تسمى عمولة الجلب *commission d'apport*، وفي حالة ما إذا منحت له شركة التأمين وكالة خاصة لتسيير عقد التأمين الذي جلبه، فإنه يستحق أيضا عمولة على التسيير تسمى عمولة التسيير *commission de gestion*.

أما بالنسبة للرقابة، فإن سمسار التأمين يخضع لرقابة لجنة الإشراف على التأمينات، وتطبق عليه جميع الأحكام المذكورة أعلاه.

فرع ثان: منح الاعتماد لسمسار التأمين:

قبل استحداث المشرع للجنة الإشراف على التأمينات سنة 2006، فإن السلطة المكلفة بمنح الاعتماد لشركات التأمين وشركات إعادة التأمين وسماسرة التأمين كانت وزارة المالية، والتي كانت تمسك بجميع الصلاحيات في قطاع التأمين بدءا من منح الاعتماد إلى الرقابة والإشراف إلى اتخاذ الإجراءات الوقائية إلى سلطة اتخاذ قرارات تأديبية.

غير أن استحداث لجنة الإشراف على التأمينات ومنحها صلاحيات عديدة في مجال الرقابة والإشراف والعقاب، ومنحها أولا وقبل كل شيء إدارة الرقابة بموجب المادة 209 المعدلة، جعل جميع الصلاحيات والتي كان يشير إليها المشرع سابقا أنها تعود إلى إدارة الرقابة فإنها تعود بصفة آلية للجنة. ومن بين هذه الصلاحيات التي كانت ممنوحة لإدارة الرقابة صلاحية منح الاعتماد لسمسار التأمين.

إن نص المادة 260 من الأمر 95-07 يشير بوضوح إلى ما يلي: "لا يمكن لسمسار التأمين أن يمارس نشاطه إلا بعد الحصول على اعتماد تسلمه له إدارة الرقابة".

وإدارة الرقابة آنذاك كان الوزير المكلف بالمالية، وأيضاً جاءت المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 95- 340 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995 والذي يحدد شروط منح وسطاء التأمين، الاعتماد والأهلية المهنية وسحبهم، ومكافآتهم، ومراقبتهم، لتؤكد هذا الأمر، بقولها: "تتوقف ممارسة مهنة سمسار التأمين على اعتماد يمنحه إياه الوزير المكلف بالمالية بقرار بعد استشارة المجلس الوطني للتأمينات".

أما بعد تعديل الأمر 95- 07 بالقانون 06- 04، وتعديل المادة 209 منه واعتبار إدارة الرقابة مصطلحاً يدل على لجنة الإشراف على التأمينات، فإنه لا يسعنا إلا التسليم بأن إدارة الرقابة المكلفة بمنح الاعتماد لسمسار التأمين لممارسة نشاطه هي لجنة الإشراف على التأمينات، وذلك بالرغم من عدم تعديل المشرع الجزائري للمرسوم التنفيذي رقم 95- 340.

ويدعم هذا التحليل التعديل الذي أورده المشرع على الأمر 95- 07 بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2010 في نص مادته 50 والتي أضافت المادة 204 مكرر 4 والتي نصت على ما يلي: "لا يمكن لسماسة إعادة التأمين الأجانب أن يساهموا في اتفاقيات أو تنازلات لإعادة التأمين لشركات التأمين و/أو إعادة التأمين المعتمدة وفروع شركات التأمين الأجنبية المعتمدة في الجزائر إلا بعد الحصول على رخصة نشاط في السوق الجزائرية تمنحها لجنة الإشراف على التأمينات ومصادق عليها بمرسوم تنفيذي"⁽¹⁾.

ومن هذا النص يتضح أن المشرع منح للجنة الإشراف على التأمينات سلطة منح رخصة نشاط بالنسبة لسماسة إعادة التأمين الأجانب، وبالمقارنة مع سلطات الوزير المكلف بالمالية فهو يختص بمنح الاعتماد لشركات التأمين وإعادة التأمين الوطنية ويختص بمنح رخصة نشاط لشركات التأمين الأجنبية لفتح فروع لها⁽²⁾.

وعليه فإن لجنة الإشراف على التأمينات، ومن حيث إنها مختصة بمنح رخصة نشاط لسمسار التأمين الأجنبي، فإنها مختصة بمنح الاعتماد لسمسار التأمين الوطني لممارسة نشاطه.

ونخلص إلى أن منح الاعتماد لممارسة مهنة سمسار التأمين، وإن لم يتم تعديل المرسوم التنفيذي رقم 95- 340 المذكور أعلاه، انتقل من الوزير المكلف بالمالية والذي كان يعتبر إدارة رقابة قبل تعديل 2006، انتقل إلى لجنة الإشراف على التأمينات والتي تضطلع حالياً بدور إدارة الرقابة، وبالتالي يتعين على المشرع وتماشياً مع التعديلات التي يجريها على الأمر 95- 07، تعديل النصوص التنظيمية ومن بينها المرسوم 95- 340.

(1) المادة 50 من قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج.ج.ج. عدد 49 ليوم 29 أوت 2010، ص. 13.

(2) يخضع فتح فروع لشركات التأمين الأجنبية بالجزائر إلى الحصول المسبق على رخصة يمنحها الوزير المكلف بالمالية (المادة 204 مكرر 2 من الأمر 95- 07).



خاتمة:

من خلال هذه الدراسة، يتبين أن المشرع الجزائري قد تدرج في استحداث أجهزة الرقابة في قطاع التأمينات وهذا منذ الاستقلال، فبعدما كانت الرقابة مخولة فقط للوزارة الوصية على قطاع التأمينات وهي وزارة المالية عن طريق مديرية التأمينات، أصبح لدينا حالياً ثلاثة أجهزة للرقابة وهي الوزير المكلف بالمالية، لجنة الإشراف على التأمينات المنشأة سنة 2006 ومفتشو التأمينات، بالإضافة إلى الأجهزة المنصوص عليها في قانون المنافسة باعتباره يهيمن على جميع القطاعات.

يلاحظ أن المشرع قد حاول أن يخلق نوعاً من التكامل بين هذه الأجهزة حتى لا يتم التداخل بينها في الصلاحيات، فقد منح للوزير المكلف بالمالية صلاحية منح الاعتماد ورفضه وسحبه لشركات التأمين وإعادة التأمين ومنح الرخصة للنشاط لفروع شركات التأمين وإعادة التأمين الأجنبية ومكاتب تمثيل شركات التأمين وإعادة التأمين الأجنبية، ومنح صلاحية الرقابة والإشراف على سوق التأمين للجنة الإشراف على التأمينات وأضاف لها صلاحية منح الاعتماد لسمسار التأمين ومنح الرخصة لسماسرة التأمين وإعادة التأمين الأجانب، ووزع بينهما صلاحيات تقرير العقوبات التأديبية، أما مفتشو التأمين فصلاحياتهم ميدانية تتمثل في الانتقال إلى المقرات للتحقيق والمعاينة ورفع التقارير والمحاضر إلى إدارة الرقابة.

غير أن لجنة الإشراف على التأمينات بتركيبتها الحالية وطريقة تعيين أعضائها والاختصاصات الممنوحة لها، وبالأخص نظراً للوسائل الممنوحة لها سواء المادية والبشرية تبقى قاصرة عن التكفل الحقيقي بمشاكل قطاع التأمينات وفرض سلطتها على المتعاملين.

وعليه فإن لجنة الإشراف على التأمينات تعبر عن مرحلة انتقالية قصد الوصول إلى اعتبارها هيئة إدارية مستقلة تماماً عن وزارة المالية وعن القطاع الحكومي بأكمله، تتكفل بجميع المهام وتمنح لها جميع الصلاحيات، غير أن ما يهم أن تمنح لها الإمكانات اللازمة حتى تؤدي وظيفتها على أكمل وجه وتساهم بحق في ترقية وتطوير السوق الوطنية للتأمينات.

الدفاع المشروع

د/ صلاح الدين جبار
أستاذ محاضر بكلية الحقوق

الدفاع الشرعي أو الدفاع المشروع، هو حق قانوني نص عليه المشرع في المادة 39 فقرة 2 والمادة 40 من قانون العقوبات، وقد عدل مصطلح الدفاع الشرعي بمصطلح الدفاع المشروع بموجب القانون رقم: 06 - 23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، وذلك لتقريب اللفظ القانوني من اللفظ اللغوي الصحيح، وذلك للترقية بين ما هو شرعي، وهو تعبير واسع يشمل ميادين الشريعة والقانون، وبين ما هو مشروع للدلالة على تبرير هذا الفعل من طرف المشرع الوضعي. وقد جاء النص على الدفاع المشروع في الفصل الرابع من الباب الأول من الكتاب الثاني، بعنوان الأفعال المبررة، حيث نصت المادة 39 على ما يلي:

(لا جريمة:

1 - إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون،

2 - إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحائلة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامته الاعتداء). وما دام أمر أو إذن القانون الوارد في الفقرة الأولى من المادة 39، لا يدخل ضمن دراستنا هذه، فسوف نتناول ما يتعلق بالدفاع المشروع في الفقرة 2 من نفس المادة.

كما نصت المادة 40 من قانون العقوبات على أنه: (يدخل ضمن حالات الضرورة الحائلة للدفاع المشروع:

1 - القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو تواجها أو كسر شيء منها أثناء الليل.

2 - الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة.)



ونستطيع أن نعرف الدفاع المشروع بأنه "الحق في دفع الاعتداء غير المشروع والحال على أن يكون الدفاع ضرورياً ومنتاسباً مع جسامته الخطر أو الضرر".

وما دام الدفاع المشروع يوصف بأنه حق، فمعنى ذلك أنه ليس بواجب مفروض، فنحن نعرف أن الحق مستوي الطرفين مخير صاحبه في استعماله أو عدم استعماله فهو حر، وما دامت حرية الاختيار مكفولة له، فهذا ينفي كونه واجباً قانوناً، فلا نعلم أن القانون بجرم من لم يستعمل حقه في الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عرضه.

ولابد هنا من أن نشير إلى الفرق بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: فمن الحقوق ما يباح بالإباحة ومنها ما ليس كذلك، فالمحافظة على النفس والجسم والعرض واجبة في الشريعة الإسلامية والدفاع عنها واجب⁽¹⁾: فكل اعتداء يهدد النفس أو سلامة الجسم أو العرض يكون دفعه واجباً، أما الأموال فتباح بالإباحة فيجوز فيها الهبة والصدقة والتنازل عنها بعبث أو بدونه، فالرضا ينفي عن الفعل صفة العدوان أو الاعتداء، وإذا انتفى الاعتداء انتفت تبعاً له الجريمة وبالتالي السبب الداعي للحديث عن إباحتها.

أما في غير الأموال فالاعتداء ليس موجهاً ضد حق المعتدي عليه مباشرة حتى يكون للرضا أثر قانوني مبيح، وإنما ضد الجماعة على اعتبار أن القانون في مثل هذه المسائل يحمي قيماً عامة. وإن شئنا نستطيع القول إنها حق لله تعالى فلا يجوز من ثم التنازل عنها.⁽²⁾

وفي القانون الوضعي، ليس هناك ما يمنع الشخص من التخلي عن ممارسة هذا الحق مهما كانت طبيعة العدوان المهدد به، وهذا لا يمنع من أن هناك من يدعي أن الدفاع الشرعي يعتبر صورة من صور أداء الواجب وهذا مردود كما قلنا لأن أداء الواجب يقتضي تقرير جزاء معين على المخالفة والقانون لا يرتب أي جزاء على من يمتنع عن الدفاع.⁽³⁾

ومنهم من قال إن أساس الدفاع الشرعي هو تخلف حرية الإرادة وبهذا فهو يعتبر صورة من صور الإكراه، وهذا مردود كذلك لأنه لو كان الأمر كذلك لما اشترط القانون شروطاً ومنها

(1) الإمام محمد أبو زهرة: "الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي"، دار الفكر العربي - القاهرة 1976. ص. 155.

(2) الدكتور محمد سليم العوا: "في أصول النظام الجنائي الإسلامي"، دراسة مقارنة، دار المعارف، القاهرة، 1983، الطبعة الثانية. ص: 83.

(3) الدكتور محمد الرازقي: "محاضرات في القانون الجنائي"، دار الكتاب الجديد، بيروت، لبنان، 1999. ص. 64.



التناسب، فكيف تطلب ممن فقدت حريته هذا الشرط فضلاً عن ذلك فإن كثيراً من حالات الدفاع المشروع، كالدفاع دون المال أو دون الغير، لا يتصور فيها فقدان حرية الاختيار⁽¹⁾.

ولهذا، فإن الدفاع المشروع لا يكون إلا حقاً، وهذا هو موقف القوانين المعاصرة.

وحيث أن الدفاع المشروع يتكون من عنصرين رئيسيين وهما الاعتداء أو التهديد به والدفاع، فإن القانون حدد شروطاً معينة في الاعتداء وفي الدفاع حتى يستفيد من وقع عليه الاعتداء من مزايا هذا الحق، فينتج آثاره القانونية.

ولهذا فالحديث عن الدفاع المشروع يقتضي أن نبحث عن هذه الشروط، أولاً، وإثبات حالة الدفاع المشروع ثانياً، وآثار الدفاع المشروع وتجاوز حدوده ثالثاً. ولذلك قسمنا هذه الدراسة إلى ثلاثة مطالب، خصصنا لكل نقطة من النقاط المذكورة مطلباً.

المطلب الأول: شروط الدفاع المشروع:

للدفاع المشروع شروطاً يجب توافرها في الاعتداء، وشروطاً يجب توافرها في الهجوم، سنتطرق إليها ضمن الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في الاعتداء:

يجب أن نلاحظ أولاً، أن الاعتداء الحال والغير مشروع هو سبب الإباحة الحقيقي، وليس "الدفاع الشرعي"، فالاعتداء الظالم هو السبب المبيح لفعل المدافع.

فإن أفعال الدفاع هذه لا تشكل جريمة بأي حال من الأحوال، وقد يقال إنها جريمة فعلاً ولكنها جريمة مباحة ولهذا نتكلم عن "أسباب الإباحة"، وهذه مغالطة لأن المشرع لا يتصور أن يبيح الجرائم⁽²⁾.

أولاً: شروط الاعتداء:

1. يجب أن يكون الاعتداء حالاً Actuel: فليس لحق الدفاع المشروع وجود متى كان من الممكن الاحتماء في الوقت المناسب برجال السلطة العامة". وهذا منطقي، لأن الدفاع لا يصبح ضرورياً إلا إذا كان الخطر حالاً، بمعنى ألا يكون لدى المهدد بالعدوان من الوقت ما يكفيه إلى الاحتماء برجال السلطة العمومية، فالدفاع عن أفراد المجتمع موكول أساساً إلى المجتمع أي إلى السلطة العامة، لأنه وفقاً لنظرية العقد الاجتماعي، يتنازل الأفراد عن بعض

(1) Alain Prothais: « Tentative et attentat » Paris L. G. D. J. 1985 P 56

(2) Adophe Chauveau et Faustin Hélie: « Théorie du code pénal » cujas Paris 1987. p: 123.



حقوقهم ومنها حقهم في الحماية الخاصة ضد أي اعتداء ظالم في مقابل حماية المجتمع لهم. وحيث أنه يستحيل على السلطة العامة، في كل الأوقات والظروف، تنفيذ بنود هذا العقد وبسط حمايتها الكاملة، فإنه لا يمكن الإدعاء بوجود هذه الحماية إلا إذا أعطينا لهؤلاء الأفراد الحق في حماية أنفسهم بأنفسهم عند الضرورة، وتتحقق الضرورة عندما يكون الخطر حالاً بالمعنى الذي قررناه.

ولكن ما معيار الحالية؟

هناك حالتان نستطيع أن نتصور فيهما وجود الحق في الدفاع:

الحالة الأولى: الاعتداء لم يبدأ بعد ولكن هناك تهديد جدي به. لأن الحكمة من الدفاع الشرعي تكمن في تفادي الضرر، فالمشرع الجنائي لا يمكن أن يبيح الدفاع وتحييد المعتدي من جهة، ويطلب من جهة أخرى من المهدد بالاعتداء، انتظار وقوع الضرر أو الطلقة الأولى، فالدفاع حينئذ قد يكون لا معنى له البتة، إذ يكون الوقت متأخراً، وقد بلغ المعتدي هدفه، ومن ثم يفقد حق الدفاع الشرعي معناه.

فالشخص الذي يرى آخر وهو بصدد تعبئة بندقيته ليصوبها إليه، ليس مضطراً قانوناً أن ينتظر حتى يفرغ من عمله ويسدد له الطلقة الأولى، فيستطيع أن ينتزع منه سلاحه أو أن يضربه بحيث يجعله يعدل عن هذه الفكرة وحتى قتله إذا كانت الظروف الواقعة تسمح بهذا النوع من الدفاع، يعني إما أن يكون قاتلاً أو مقتولاً، ومن البديهي أن حق المعتدى عليه يغلب حق المعتدي، فالحق في الحياة بالنسبة للأول أولى بالرعاية من حق الأخير⁽¹⁾.

الحالة الثانية: المعتدي شرع في اعتدائه فعلاً ولكنه لم يفرغ منه بعد، ففي هذه الحالة، ومن باب أولى، يحق للمعتدى عليه أن يستعمل كل الوسائل المناسبة لدرء الضرر ودفع هذا الاعتداء الفعلي الواقع عليه، وهو في الحالة الأولى يحاول بدفاعه أن يتفادى حلول الضرر بدفع خطره، وفي الحالة الثانية يحاول أن يقلل من الآثار الضارة للاعتداء. ولكن المدافع هنا هو في حقيقة الأمر، في موقف حرج للغاية، فالظرف يقتضي ردّاً سريعاً ومحسوباً على العدوان، لأن المدافع بعد أن يحمي الاعتداء ويدفع الخطر، قد يستمر في "دفاعه" رغم ذلك ولكن القانون لا يعتبر هذا - التمادي - دفاعاً مشروعاً، فهو قد تجاوز حدوده دفاعه وأصبح عدواناً غير

(1) الدكتور: أحمد محمد خليفة: "النظرية العامة للجريمة" كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1995 رسالة دكتوراه، ص 104.



مشروع يعاقب عليه القانون، إذ لا يحق للمدافع سوى إيقاف حالة استمرار الاعتداء الظالم الواقع عليه، لا أن يتحول هو بدوره إلى معتد.

وقد يتعرض الفرد لاعتداء جسدي يضر بجسمه ولا يستطيع صده في الحال، ثم بعد مدة من انتهاء استمرار الخطر، يتعرض للمعتدي بالضرب أو القتل باسم الدفاع المشروع، فهذا لا يعد دفاعاً مشروعاً بل انتقاماً واعتداءً معاقباً عليه.

2. يجب أن يكون الاعتداء غير مشروع (Injuste): إن أسباب الإباحة في القانون الوضعي مؤسسة على أداء الواجب أو استعمال الحق، وانطلاقاً من ذلك، فالخطر غير المشروع هو الذي لا يعتبر قياماً بواجب أو استعمالاً لحق.

ويمكن تحديد هذا الشرط طبقاً للقاعدة التالية: كل فعل مجرم هو دائماً غير مشروع، والفعل غير المجرم ليس دائماً مشروعاً، فهو مشروع فقط إذا كان أداء لواجب أو استعمالاً لحق.⁽¹⁾

من هذه القاعدة نخلص إلى نتيجتين هاتين:

الأولى: الدفاع غير مشروع إذا كان الخطر أو الاعتداء مشروعاً.

الثانية: الدفاع مشروع إذا كان الخطر غير مشروع.

1- **الحالة الأولى:** إذا أباح القانون الفعل أو أمر به، فهذا معناه أنه يمنع أي تصرف يعرقل ما أباحه أو أمر به كنتيجة مباشرة لهذه الإباحة أو لهذا الأمر، لأن الإباحة تخرج الفعل من دائرة التجريم ليصبح مشروعاً، ومن ثم فإن الدفاع الشرعي غير متصور قانوناً، لأن المشرع عندما يعترف بحق، فمن اللازم أن تكون وسيلة استعمال هذا الحق مشروعة وإلا أصبح الحق وهمياً.

ومن هذه الحقوق، حق التأديب وممارسة الأعمال الطبيعية وغيرها، فجميع هذه الحالات تتضمن اعتداءً مادياً لا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي دونه، لأن هذا الاعتداء - إذا صح التعبير - يعد مشروعاً.

أما القيام بالواجب، فهناك ضمن الموظفين العموميين من تتطلب وظائفهم القيام بأعمال العنف، ويلجؤون في الغالب إلى القوة المادية للمحافظة على الأمن والنظام العام، والقانون لا بد أن يمنع مقاومة هؤلاء الموظفين ويعتبر ذلك جريمة يعاقب عليها المشرع الجنائي، فتفويض عقوبة

(1) الدكتور: أحمد محمد خليفة: المرجع السابق. ص. 53.



الإعدام أو إيقاف أحد المجرمين الفارين أو الدخول إلى المساكن خلال تفتيش قضائي، تقييد حرية الأشخاص وفقاً للقانون، كل هذه التصرفات تعتبر مشروعة ولا يجوز لأي كان مقاومتها: فلا أحد يستطيع الاحتجاج باستعمال حق الدفاع المشروع ضد هؤلاء الموظفين ما داموا يقومون بواجباتهم وفقاً للقانون.

ولكن هل تجوز المقاومة عندما يتجاوز هؤلاء الموظفون حدود واجباتهم؟ بمعنى هل يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد الأعمال غير المشروعة لهؤلاء الموظفين العموميين؟

هناك عدة نظريات حول هذا الموضوع:

إحداها تسمى (نظرية الطاعة السلبية)، وهي عدم إباحة الدفاع المشروع ضد التصرفات غير المشروعة لهؤلاء الموظفين احتراماً لهم، فللمعتدى عليه الحق فقط في أن يرفع دعواه أمام القضاء ويطلب بحقه أمام المحاكم⁽¹⁾.

ثانيها تسمى (نظرية المقاومة المطلقة) وهي ترى أن للفرد حق المقاومة ضد كل من اعتدى على حقه ولو كان موظفاً عمومياً تجاوز حدود صلاحياته القانونية، فلا مجال للدعاء بعدم احترام القانون والدولة من قبل الفرد المعتدى عليه ظلماً وعدواناً، فهو على العكس من ذلك، يدافع عن القانون والدولة حينما يتصدى للتصرفات المخالفة لهذا القانون بالذات، فالقانون لا يمكن أن يقف مع الظلم والعدوان⁽²⁾.

ثالثها تسمى ب: (النظرية التوفيقية)، والتي تحاول أن تكون وسطاً بين الاتجاهين السابقين:

بعض الفقهاء يرون جواز المقاومة فقط إذا كانت المخالفة ظاهرة والآثار المترتبة عليها خطيرة⁽³⁾.

والبعض الآخر يفرق بين الاعتداء البدني، بعني الاعتداء الواقع على الجسم، وبين الاعتداء الواقع على المال، حيث تباح المقاومة في الحالة الأولى وتمنع في الثانية: فأعمال التعذيب تبرر

(1) الدكتور محمد زكي أبو عامر: "الحماية الجنائية للحريات الشخصية" منشأة المعارف، الإسكندرية 1979. ص. 49.

(2) الدكتور: محمد الرازقي. المرجع السابق. ص. 122.

(3) Adophe Chauveau et Faustin Hélic: «Théorie du code pénal» cujas Paris 1987. p. 72.



المقاومة، أما الاعتداء الواقع على المال فيمكن تعويضه لاحقاً، فلا بأس من تحمله في تلك اللحظة، لأن مقاومة رجال السلطة العامة أشد ضرراً من ضياع المال مؤقتاً.⁽¹⁾

اتخذ المشرع الجزائري من هذه النظريات موقفاً وسطاً: فمقاومة الموظفين العموميين ممنوعة من حيث المبدأ، ولكنها مسموح بها في بعض الحالات فقط كما وضحت ذلك المادة 40 من قانون العقوبات في فقرتها الأولى، حيث جاء فيها: (يدخل ضمن حالة الضرورة الحالة للدفاع المشروع 1 - القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه....).

ويعد إثبات ذلك من الصعوبة بمكان، إذ لا بد من الرجوع إلى العناصر الشخصية لإثبات وجود هذا الخطر من عدمه، ولهذا نستطيع أن نقبل هذا العذر من البعض دون البعض الآخر. كما أن الدفاع المشروع عادة غير متصور في العلاقة بين الأفراد العاديين ورجال السلطة العامة، مع التحفظ فيما يتعلق ببعض الفروض التي يراها البعض في صالح الدفاع المشروع ضد التصرفات غير المشروعة للموظفين العموميين، حيث يتطلب توفر حسن النية من قبل الموظفين العموميين لمنع مقاومتهم. وحيث أن المجني عليه هو الذي يقع عليه عبء الإثبات أي إثبات نية الموظف، لأنه من الاستثناءات، فمن الصعب دائماً إثبات سوء النية هذا، فضلاً عن أن السلطة العامة لا تعدم وسيلة لتبرهن على حسن نية موظفيها، ولهذا فنحن نرى أن هذا الموضوع يستحق دراسة مستقلة ودقيقة، وقد نوهنا في بداية دراستنا على عدم الخوض فيه.

2 الحالة الثانية: هذه الحالة تتمثل في الخطر غير المشروع الذي يبيح الدفاع، ففي غالب الأحوال يكون مصدر الخطر غير المشروع إنساناً مسؤولاً عن أفعاله.

ولكن قد يحدث أن يكون المعتدي شخصاً غير مسؤول أو غير معاقب أصلاً أو أن تكون العقوبة مخففة.

في الفرض الأول: أن يكون المعتدي غير مسؤول، كالصبي غير المميز والمجنون فهؤلاء الأشخاص هم فاقدو الشعور والإرادة، فهم لا يعاقبون، ولكن الفعل يبقى مع ذلك غير مشروع، فيحق لمن هو مستهدف به أن يدفعه لأن الدفاع المشروع، ليس عقوبة توقع على الفاعل، كما أنه لا يشكل جريمة، بنص المادة 39 عقوبات التي تستهل بلفظ: لا جريمة ولكن مجرد حماية حق أو مصلحة، ولكل إنسان الحق في حماية حقه أو مصلحته إذا تعرضت لعدوان غير مشروع مهما كان مصدره.

⁽¹⁾H. Donnedieu de vabres: « Traite élémentaire de droit criminel et législation pénale comparé » 3^{ème} Editions. Librairie de recueil Sirey. Paris 1967. P. 98.



ومع ذلك يرى بعض الكتاب، أن الخطر الذي يكون مصدره شخصاً غير مسؤول جنائياً هو خطر مشروع من وجهة نظر شخصية، فلا يمكن استعمال حق الدفاع المشروع تجاهه.

وليس معنى ذلك أن المهدد بهذا الخطر ينبغي عليه أن يتخذ موقفاً سلبياً ويعرض نفسه لعدوان ظالم محقق به، ولكن صد هذا العدوان مؤسس ليس على استعمال حق الدفاع المشروع بل على حالة الضرورة.⁽¹⁾ ونلاحظ هنا أولاً، أن المعتدي غير مسؤول جنائياً لا يستحق عقوبة لأنه معدوم الإرادة، ولكن ليس معنى ذلك أن يسمح له بالإضرار بحقوق الآخرين، فالدفاع هنا ليس عقاباً بحال، وإنما هو إجراء وقائي محض.

ونلاحظ ثانياً أن استعمال حق الدفاع المشروع ليس مسموحاً به إلا في حالات استثنائية، وهو عند غياب الحماية العامة للدولة، فلماذا يمنع على الشخص من التدخل استثنائياً والقيام بمهمة الدولة في هذا الظرف الاستثنائي؟

ونلاحظ ثالثاً - أن القول بالمشروعية الشخصية للخطر الواقع من غير المسؤولين جنائياً يتطلب شيئاً من المناقشة:

أولاً: ليس واضحاً تماماً أن هذا الخطر يمكن أن يكون مشروعاً، فحتى يكون كذلك يجب أن يكون له أصل من القانون والحال أنه ليس كذلك.

ثانياً: إذا كان هذا الاعتداء مشروعاً من وجهة نظر شخصية، أي من وجهة نظر المعتدي، فهذا يعني أن لديه شعور وإرادة، بمعنى أنه يوجد في حالة عقلية تسمح له بالتمييز بين المشروع وغير المشروع، وعلى ذلك فهو مسؤول مسؤولية كاملة، وسوف يكون من آثار هذه المسؤولية تحمل العقوبة المفروضة قانوناً.⁽²⁾

في واقع الأمر: هؤلاء الفقهاء يريدون بلوغ هدفين:

الهدف الأول: وجوب الهروب أمام الصغير أو المجنون واستبعاد الدفاع من طريق العنف إلا عند الضرورة القصوى.

الهدف الثاني: ضرورة مراعاة التناسب المطلق بين الحق موضوع الحماية والحق المضحى به.

(1) الدكتور: عبد الله سليمان: " شرح قانون العقوبات "، القسم العام، دار الهدى، عين مليلة، بدون سنة. ص. 96.

(2) الأستاذ عبد القادر عودة: " التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي "، مكتبة دار العروبة - القاهرة. 1964، الجزء الثاني، ص. 212.



ولكن نحن نعتقد أن القواعد العامة التي تحكم الدفاع المشروع تكفي وحدها مراعاة كل هذه الاعتبارات: لأن المقصود بالدفاع المشروع هو تحييد الخطر، فليس بالضرورة أن يكون تحييد هذا الخطر باستعمال القوة المادية: فقد يكون عن طريق الابتعاد عن متناول يده أو نزع السلاح منه أو تهديده، وعلى كل حال فهذه مسألة موضوعية تترك لتقدير القاضي وفقاً للظروف الموضوعية للواقعة المعروضة وملابساتها المختلفة التي لا يمكن تحديدها نظرياً.

الفرض الثاني: قد يكون فيه مصدر الخطر شخصاً غير معاقب أو معاقب بعقوبة خفيفة فنحن نعرف أن هناك بعض الحالات التي يمنع فيها القانون رفع الدعوى العمومية كحالة الممثلين السياسيين فهم يتمتعون بحصانة تحميهم من توقيع العقوبة فقط، ولكن هذه الصفة لا تخول لهم الاعتداء على الآخرين بدون أن يكون لهؤلاء الحق في دفع هذا العدوان كما سبق وأشرنا وحالة الاستفزاز عذر من شأنه أن يخفف العقوبة على الفاعل كما جاء في المواد من 277 إلى 283 من قانون العقوبات، فالقتل في هذه الحالات حفظاً للعرض يعتبر عذراً مخففاً للعقوبة وهذا من باب أولي يبيح الدفاع لأن الإغفاء الكامل أو الجزئي من العقاب لا يعني مشروعية الفعل ونحن قلنا أن الدفاع مشروع إذا كان الاعتداء غير مشروع كهذه الحالات وغيرها من الحالات المشابهة.

ثانياً: الخطر الوهمي:

الخطر الوهمي هو ما ليس له وجود في الواقع والحقيقة، فهو موجود فقط في مخيلة الشخص، فهل يبرر هذا الخطر الوهمي وجود حق الدفاع المشروع؟ سبقت الإشارة إلى أن الدفاع المشروع لا يمكن أن يكون له وجود قانوني إلا إذا توفرت شروطه الموضوعية⁽¹⁾، أي لا بد من وجود خطر حقيقي حال وغير مشروع، والخطر الوهمي غير موجود، مما ينفي الحق في استعمال الدفاع المشروع.

ولكن قد نستخلص من اجتهاد المحكمة العليا ما يوحي بجواز الأخذ بالخطر الوهمي، حيث جاء في أحد قراراتها: "لا يحتم حصول الخطر المطلوب درؤه فعلاً بل يكفي خشية الخطر والخوف من حصوله إذا كان لهذا الخوف أسباب معقولة، فلا يلزم في الفعل المتخوف منه والمسوغ للدفاع المشروع بصفة عامة أن يكون خطراً حقيقياً في ذاته، بل يكفي أن يبدو كذلك في اعتقاد المتهم بشرط أن يكون هذا الاعتقاد مبيئاً على أسباب معقولة، إذ ليس من

(1) الدكتور: عبد الله سليمان: المرجع السابق ص 213.



الضروري أن ينتظر الشخص المهدد وقوع الضرر بالفعل كي يمكنه استعمال القوة، بل يجوز له استعمالها بمجرد أن يتحقق حلول الخطر" ...⁽¹⁾

فهي تشير إلى حالة عدم حصول الاعتداء بالفعل، ولكن الخطر بالاعتداء قائم، وسبق أن قلنا بصدد هذه الحالة بجواز الدفاع ضد هذا الخطر قبل أن يتحول هذا الخطر إلى ضرر فعلي.

وجاء في قرار آخر "... يصح قيام هذه الحالة (حالة الدفاع المشروع) ولو كان الاعتداء وهمياً أي لا أصل له في الواقع وحقيقة الأمر، متى كانت الظروف والملابسات تلقي في روع المدافع أن هناك اعتداء جدياً وحقيقياً موجهاً إليه أو يكون اعتقد على الأقل لأسباب مقبولة وجود خطر حال على نفسه".⁽²⁾

والملاحظ من هذه الاجتهادات أنها لم تراع طبيعة الدفاع المشروع، فهو "حق" والحق لا يمكن أن يترتب من طرف واحد أي من اعتقاد المتهم أنه موجود. وقد تكون مثل هذه الفروض حالة من حالات الإكراه المعنوي، ولكن لا بد أن ينص على ذلك صراحة فهي أضيق نطاقاً من الأخذ بالدفاع المشروع.

فهي تؤسس الدفاع المشروع على الإكراه وتعتبره صورة من صوره، وهي بذلك لا تعترف إلا بالدفاع عن النفس فقط، وهذا ما لا يتفق مع مفهوم الدفاع المشروع طبقاً للمادة 39 عقوبات، فموقف المحكمة العليا منتقد لأن عدم المشروعية الذي يطلبه القانون في إباحة الدفاع صفة موضوعية تتعلق بتكليف السلوك في ذاته ولا تتوقف على أهلية صاحبه في تحمل المسؤولية الجنائية أو العقاب.

فالدفاع المشروع سبب موضوعي للإباحة يقتضي توفر شروطه الموضوعية أيضاً.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الدفاع:

يجب أن يكون الدفاع **ضرورياً ومتناسباً**، وهما شرطان مرتبطان ببعضهما أشد الارتباط، فالدفاع يمكن أن يكون ضرورياً دون أن يكون متناسباً، ولكن لا نستطيع أن نتحدث عن التناسب إذا لم يكن الدفاع ضرورياً، ولذلك ففكرة الضرورة تسبق شرط التناسب.⁽³⁾

الشرط الأول للدفاع: أن يكون الدفاع ضرورياً (Nécessaire).

(1) قرار بتاريخ 16.03.1981 ملف رقم 4 66 53. S. Chron. 4 66 53. Crim. 21/04/1921.

(2) نقض جنائي للمحكمة العليا الليبية بتاريخ 05.11.1975. أنظر كذلك: نقض جنائي 02.06.1970.

(3) الدكتور: محمد الرازقي. المرجع السابق ص 165.



إذ جاء في الفقرة الثانية من المادة 39: (إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة).

أي أنه لا يمكن للشخص المهذب بالعدوان دفعه إلا باللجوء إلى القوة المادية فهو لا يستطيع أن يتحاشاه بوسيلة أخرى.

فالدفاع حتى يكون ضرورياً يقتضي وجود عنصرين:

1 . غياب حماية الدولة: وهو السبب الأول للضرورة، لأن المهمة الأولى للدولة هي بسط حمايتها لكافة أفراد المجتمع وفي كل وقت، ولكن من المستحيل عملياً أن تستطيع الدولة حماية كل فرد في المجتمع بصفة مستمرة، وهذا يعتبر قصوراً من الدولة، وحتى نتقاضي هذا القصور وتكون الحماية كاملة فلا أقل من أن تبيح لهم حماية أنفسهم بأنفسهم، ففكرة الدفاع المشروع تعتمد أساساً على غياب الدولة المؤقت، فإذا استطاع المهذب بالعدوان الاحتماء برجال السلطة العامة في الوقت المناسب، فالخطر غير حال، وبالتالي فالدفاع غير ضروري، فلا مجال لاستعمال حق الدفاع المشروع، فاللجوء إلى الدفاع المشروع يجب أن يكون قد دفعت إليه الضرورة،

2 . تحييد السبب المباشر للخطر: يجب أن يكون الدفاع مقصوداً به دفع العدوان ولا يكون كذلك إلا إذا كان موجهاً إلى مصدر الخطر، فالغرض هو تحييد العدوان، ولكي يصل المعتدي عليه إلى هذه الغاية، ينبغي أن يختار الوسيلة الأقل ضرراً، أي تلك التي بواسطتها يمكن تحييد هذا الخطر بأقل كلفة ممكنة: كنزع السلاح من يد المعتدي، الاستتجاد بالجيران أو المارة، تخويف المعتدي، تقييد حرية المعتدي حتى يتم استدعاء رجال الأمن... الخ.

ولكن لا بد أن نلاحظ هنا أنه يجب أن نبحث عن السبب الحقيقي للعدوان حتى نستطيع من ثم أن نحدد ضرورة أو عدم ضرورة الدفاع: نزع السلاح من يد المعتدي لا يعتبر وسيلة من وسائل الدفاع إلا إذا كان الهدف من الاعتداء هو القتل، ولكن إذا كان الهدف هو الضرب أو هتك العرض مثلاً فنزع السلاح وحده لا يكفي لتحييد الخطر الحقيقي، فاستعمال القوة أصبح ضرورياً في هذه الحالة.

وهكذا فمعيار الضرورة يكمن في تحييد أسباب الخطر، فإذا كان رغم تحييد بعض الأسباب لا زال الخطر قائماً، فالدفاع يكون ضرورياً حتى يحيد الخطر بتحييد آخر أسبابه والقضاء على وسائله.⁽¹⁾

(1) أحمد محمد خليفة. المرجع السابق ص 201.



ويطرح السؤال: هل يجوز للمعتدى عليه استعمال القوة المادية إذا كان بإمكانه يتحاشى العدوان عن طريق الهرب؟

أغلب الفقهاء يقولون بضرورة الدفاع حتى لو كان الهرب ممكناً للدفاع: فيجب أن لا نخضع ونستسلم للظلم والعدوان⁽¹⁾، فنحن لسنا مضطرين للهرب إذا كان يؤدي إلى الاعتراف بهذا العدوان. نستطيع أن نقول بالهرب إذا استطعنا بهذه الوسيلة أن نحيد جميع أسباب الخطر، فحالة الهرب أمام شروع في سرقة بالقوة تحيد عقبة واحدة وهي الخطر الذي يهدد النفس أو سلامة الجسم، ولكن لا نتحاشى الخطر الحقيقي وهو السرقة.

ولكن هل نستطيع أن نقول أن الدفاع لا معنى له في هذه الحالة أو غير مشروع؟

لابد هنا من إيراد ملاحظتين:

الملاحظة الأولى: الأولى وهي ما عليه أغلب رجال الفقه من أن الهروب غير مشرف ويعتبر عاراً يتنافى مع الشرف والكرامة الإنسانية وهذه القيم يحترمها القانون ويحميها.⁽²⁾

الملاحظة الثانية: أن المدافع عن نفسه أو عرضه أو ماله يدافع في نفس الوقت عن المصلحة العامة والنظام العام فهو يقوم بنفس الوظيفة والمهمة التي يقوم بها رجل الأمن.

3. الاختيار الملائم للسبب الحقيقي للخطر بين مجمل أسبابه: فإذا رجعنا إلى فكرة الأسباب التي تحدثنا عنها آنفاً، فإنه يجب أن نحيد أولاً الأسباب الأكثر سهولة والأقل ضرراً، فالابتعاد عن المعتدي في الأمثلة السابقة معناه تحييد وسيلة الهجوم، فالخطر أصبح غير موجود، والابتعاد لا يعني الهرب على كل حال. لأننا بهذا التصرف نحيد أهم سلاح لدى المعتدي وهو حضورنا أمامه، فإذا كان هذا التصرف غير كاف، فليس ثمة ما يمنع من استعمال القوة فهي ضرورية في مثل هذه الحالة.

ولكن لا ينبغي أن ننسى مع ذلك أنه إذا قرر المهدد بالعدوان الهرب، فليس للشاهد أن يتدخل بحجة دفع العدوان، وليس معنى ذلك أن حق الدفاع المشروع متوقف على إرادة المجني عليه، ولكن لأن الخطر أصبح معدوماً في هذه الحالة، ونحن قلنا أن الخطر الحال وغير المشروع هو سبب الإباحة الحقيقي.

(1) الدكتور: عبد الله سليمان. المرجع السابق ص 111.

(2) الدكتور: عبد الله سليمان. المرجع السابق. ص 121.



فإذا فرضنا أن المهدد بالعدوان اتخذ موقفاً سلبياً وترك للمعتدي حرية الاعتداء على شخصه أو ماله، فيحق لأي كان أن يدفع هذا العدوان لسبب واحد، وهو وجود سبب الإباحة وهو: العدوان الحال وغير المشروع على الغير. ومع ذلك، فإن هذا الحل لا يصدق في جميع الفروض، لأن القواعد العامة هي التي تحكمها.

الشرط الثاني للدفاع: يجب أن يكون الدفاع متناسباً (Proportionnelle).

إن الهدف من الدفاع هو تحييد المعتدي أو القوة الظالمة. وعليه، فالدفاع يجب ألا يتجاوز هذه الغاية أو هذا الهدف وإلا أصبح غير مشروع.

ونعني بالتناسب، الدفاع الضروري الذي به يتم تحييد الخطر، بمعنى أن للمعتدي عليه الحق في الدفاع بالوسيلة التي من شأنها أن تبعد الخطر أو التهديد به.

والتناسب لا يعني أن الضرر الذي أحدثه الدفاع يجب ألا يتجاوز في شدته الضرر الذي كان سوف يحدثه العدوان، لأن التناسب لا يعني بالضرورة المساواة.

وتوجد عدة آراء فقهية:

1- نظرية الوسائل: حيث ترى أن التناسب يكمن بالذات في المساواة بين الوسائل المستعملة بمعنى أن سلاح المدافع يجب أن يكون من طبيعة سلاح المعتدي.⁽¹⁾

ولكن هذا المعيار لا يصلح أساساً لهذا الشرط لأن المعتدي عليه لا يملك في الغالب سلاحاً كسلاح المهاجم لضيق الوقت، ثم أن المعتدي غالباً ما يكون أقوى جسدياً من المعتدي عليه الأمر الذي يقتضي من هذا الأخير اللجوء إلى استعمال سلاح معين ليدافع به عن نفسه ولو كان المعتدي مجرداً من كل سلاح.

كما أن المسألة لا تكمن في مساواة السلاح أو عدمها، إذ يجب أن يؤخذ في الاعتبار استعمال هذا السلاح نفسه عند تقدير وجود هذا الشرط أو عدم وجوده، وفي غالب الأحوال يكون السلاح الأكثر خطورة هو الأكثر جدوى وفعالية لتفادي العنف، فهو أفضل في جعل المعتدي يعدل عن تنفيذ مشروعه الإجرامي. فنظرية الوسائل وحدها متقدمة.

⁽¹⁾H. Donnedieu de vabres OP. Cit. P 201.



2- نظرية المصالح: يرى بعض الفقهاء⁽¹⁾ أن التناسب يكمن في المقارنة بين شدة الخطر والمصالح المستهدفة بالعدوان، بمعنى أن التناسب يقاس دائماً وفقاً للمصالح المتعارضة ليست مصلحة المعتدى عليه فحسب ولكن حتى مصلحة المعتدي كذلك.

وهذا الفقه لا يقر إلا تناسباً فعلياً بين الدفاع وطبيعة العدوان: وهكذا، فالشخص المعتدى عليه لا يستطيع أن يلجأ إلى قتل المعتدي إلا إذا كان هذا الأخير يهدف إلى القضاء على حياته، والضرب لا يستطيع أن يدفعه إلا بالضرب.. الخ.

ولكن التناسب بهذا المعنى يقودنا بالضرورة إلى نتائج تتعارض والغاية من مشروعية الدفاع المشروع التي تكمن في تحييد العدوان، فهذه الغاية يمكن بلوغها ربما بوسائل أقل ضرراً من الخطر المستهدف أصلاً، فضلاً عن ذلك، فإن الدفاع مشروع حتى قبل أن يبدأ العدوان الفعلي، وفي هذه الحالة ربما لا نستطيع أن نتبين بصفة قاطعة الغرض منه.

وإذا اعتمدنا هذا المعيار في كل الأحوال فسنضطر إلى منع استعمال الدفاع المشروع في بعض الفروض إذا كانت المصالح متباينة: لنفترض أن المعتدي يهدف إلى الاستيلاء على المال فلا يستطيع المعتدى عليه الدفاع عن هذا الحق، لأنه قد يقتضي استعمال القوة المادية ضد شخص المعتدي.

وإذا كانت المصلحة المستهدفة بالعدوان تحدد في الغالب خطورته والتي يجب أن تقابلها شدة مناسبة، ولكن المصلحة غير قادرة قانوناً على تحديد القوة الدفاعية من جهة، لأن الدفاع يجب أن يكون دائماً بالقدر الضروري فقط لتحديد الخطر، ومن جهة أخرى، فإن الدفاع المشروع كما يدل عليه اسمه، سابق على العدوان، فقد لا نعرف مسبقاً مدى إصرار المعتدي على تنفيذ عدوانه ولا الوسائل التي سوف يستعين بها في بلوغ هدفه حتى لو عرفنا هذا الهدف.

لا ننكر أن استعمال القوة قد يكون ضرورياً في كثير من حالات الدفاع المشروع ولكن كيف للقاضي أن يقدر وجود التناسب من عدمه.

وهذا التقدير لا بد أن يعتمد على أساسين اثنين: موضوعي وشخصي.

ويقصد بالأساس الموضوعي، أنه ينبغي على القاضي تحليل العناصر الموضوعية للخطر والدفاع معاً: فالمصالح المستهدفة بالعدوان لا بد أن تدخل ضمن عناصر هذا التقدير وكذلك الوسائل المستعملة، فلا نستطيع القول بأن كل وسيلة صالحة لردع العدوان يمكن اللجوء إليها مهما كانت خطورتها، فهذا يعتبر تعسفاً في استعمال هذا الحق، فلكي نتحاشى لطمة

(1) الدكتور: أحمد محمد خليفة. المرجع السابق، ص. 222.



لا ينبغي أن نقتل المعتدي، كما لا يعقل أن نكسر مرفق طفل لأنه يهدد الآخرين بالحجارة، أو نرمي أحد السكارى بغيار ناري لأنه يضايق الآخرين في محل عام.. الخ. ولهذا فالوسائل المستعملة تعتبر عاملاً مهماً في تقدير هذا التناسب، فيدخل في الاعتبار، القوة الجسدية لكلا الطرفين، والمصالح المستهدفة بالعدوان بصفة عامة وجميع الظروف الموضوعية لهذا الفعل.

مع ذلك يجب أن لا نغفل بجانب الشخصي في الموضوع، لأن القرار الحكيم للقاضي يقتضي منه أن يحكم على الخطر كما هو بالنسبة للمعتدى عليه في اللحظات الحرجة والموقف الصعب الذي كان فيه، فلا ينبغي أن نطلب من المعتدى عليه الاحتفاظ ببرودة أعصابه وأن يكون هادئاً، بحيث يتمكن من تقدير الوضع الذي هو فيه التقدير الصحيح ويتخذ حياله القرار السليم، فغالباً لا يملك الوقت الكافي للتفكير الهادئ المتزن فلا يتناسب دفاعه شيئاً ما مع شدة الخطر، فلا بد للقاضي أن يتجاوز عن هذا الخطأ البسيط العارض.

فالمعول عليه في تقدير وجود الخطر، هو الرجوع إلى الزمن والظروف التي وقعت فيها الجريمة.. لا بالكيفية التي تظهر للقاضي وهو يفكر في هدوء واطمئنان فيما يتعلق بوجود الخطر من عدمه على حياة المعتدى عليه أو حياة غيره ممن يهمه أمرهم، ولكن بالطريقة التي ظهرت للمتهم وقت دفعه لهذا الخطر، أي أنه يجب مراعاة الخوف الذي اعتراه أو حالة الضعف الموجودة به، أو الأحوال التي كانت سبباً في ضياع رشده، مع مراعاة سنه ودرجة إدراكه والظروف المحيطة به، مما أوجب اعتقاده بنية سليمة أن الخطر حال، فالتقدير هنا لا يتصور إلا أن يكون اعتبارياً بالنسبة للشخص الذي فوجئ بفعل الاعتداء، في ظروفه الحرجة وملابساته الدقيقة التي كان هو وحده دون غيره المحيط بها، والمطلوب منه تقديرها والتفكير على الفور في محاولة الخروج من مأزقها، مما لا يصح معه مطالبته بمقتضى التفكير الهادئ المطمئن الذي كان يستحيل عليه وقتئذ.⁽¹⁾

(1) الدكتور: محمد الرازقي. المرجع السابق. ص 213.



المعيار الخاص للتناسب:

لم يكتف المشرع الجزائري بالمعيار العام الذي ذكرناه، بل أورد معياراً خاصاً للتناسب بمقتضى أحكام المادة 40 من قانون العقوبات، التي جاء فيها: (يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع:

1 - القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل.

2 - الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة.) .

فالظروف المحددة عن طريق هذا النص، تعتبر قرينة على توافر شرط التناسب بين القتل والخطر.

ولكن هذه القرينة ليست قاطعة على تناسب الدفاع مع الخطر في هذه الحالات بل هي قابلة لإثبات العكس.

فالمشرع لا يعطي في هذه الفروض تصريحاً بالقتل: لأن التناسب القانوني أو الشرعي لا يمكن أن يستبعد التناسب العام: فالقانون يشترط في الدفاع بالقتل نوعين من التناسب: تناسباً قانونياً بمعنى أن الدفاع بقتل المعتدي لا يكون قانوناً متناسباً مع درجة الخطر إلا في هذه الحالات، وتناسباً حقيقياً، بمعنى أن القاضي يجب أن يعمل على تقدير الظروف الموضوعية والشخصية لفعل الدفاع، فليس من الضروري اللزم أن دفع الخطر لا يكون إلا بهذه الوسيلة، فقد تكون هناك وسائل أخرى أقل ضرراً ولها نفس النتائج لدرء الخطر، فلا يكون القتل مباحاً في هذه الحالة.

فالحالات الواردة في النص لا تعتبر قرينة مطلقة ولكنها قابلة لإثبات العكس: فإذا ثبت أن المدافع كان يستطيع أن يصد الخطر بوسيلة أخرى غير القتل، فسوف يكون مسؤولاً عن هذا التجاوز، بل يكون مسؤولاً عن قتل عمد إذا كان يعلم أن الشخص الداخل في منزله ليلاً لا يقصد ارتكاب جريمة وإنما لسبب آخر، فلا يمكن أن يستغل هذا النص لارتكاب الجرائم تحت ستار ممارسة حق الدفاع المشروع.



المطلب الثاني: إثبات حالة الدفاع المشروع:

على من يقع عبء الإثبات في حالة الدفاع المشروع؟ وفي حالات أسباب الإباحة بصفة عامة على المتهم أم على النيابة العامة؟ بمعنى هل يجب على المتهم أن يثبت أنه كان في حالة دفاع مشروع أم أن النيابة العامة هي الملزمة بإثبات العكس، وإذا لم تستطع ذلك يبرئ المتهم مما نسب إليه؟

اختلف الفقه حول هذا الموضوع، وهناك نظريتان: النظرية المدنية التي سنخصص لها الفرع الأول من هذا المطلب، والنظرية الاستقلالية التي سنتناولها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: النظرية المدنية:

ترى هذه النظرية أن أسباب الإباحة تعتبر ظروفًا استثنائية، فمن يدعي وجود ظرف استثنائي يجب عليه إثبات ذلك، لأنه يدعي شيئاً ضد المجرى العادي للأمر، فهو يصبح طالباً، كما هو الحال في القانون المدني، فمن يدعي دفع الدين عليه إثبات ذلك، وفقاً لقاعدة: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه". فالنيابة العامة تثبت وقوع الجريمة من قبل المتهم، وعلى هذا الأخير إثبات أنه كان في حالة دفاع مشروع.

فقواعد القانون المدني تقول: "من يدعي باستثناء لابد أن يبرهن على ادعائه".

فهذه قاعدة عامة تطبق، ليس في القانون المدني وحده: ولكن في جميع فروع القانون.

فالمتهم ملزم بإثبات حالة الدفاع المشروع، وعلى النيابة العامة إثبات العكس.

الفرع الثاني: النظرية الاستقلالية:

تقوم النظرية الاستقلالية على فكرة استقلال القانون الجنائي عن النظم القانونية الأخرى، فقواعد القانون المدني يجب أن لا تسري في المسائل الجنائية وذلك لسببين:

أولاً: خصوصية الأدلة في المسائل الجنائية.

فنحن نعرف أن اكتشاف الحقيقة في المسائل الجنائية له أهمية بالغة، فلا بد أن نضمن لسلطة الاتهام من الوسائل ما تصل بمقتضاها إلى هذه الغاية: فنظام الإثبات في القانون الجنائي ذو طبيعة خاصة يختلف عن المسائل المدنية. والقياس في المسائل الجنائية يؤدي إلى نتائج خطيرة، والتي من أهمها الأخطاء القضائية.

فالمدعى عليه في المسائل المدنية حينما يدعي بظرف استثنائي، فإنه يؤكد بأن العلاقة القانونية بينه وبين الدائن انقطعت، فهو حينما يدعي التخلص من الدين، يعترف بوجود هذه



العلاقة وهو الدين، وحين يدعي التخلص منه، فهو يثبت وجود هذه العلاقة أساساً، ولهذا لا بد أن يثبت انقطاعها تطبيقاً، للمبدأ المدني.

ولكن في المسائل الجنائية، فإن المتهم حينما يدعي أنه كان في حالة دفاع مشروع، فإنه لا يعترف بوجود الجريمة أساساً حتى يثبت إباحتها من جانبه.

ثم أننا قد نحمل المتهم ما لا يطبق إذا فرضنا عليه، إثبات براءته، لأنه في الغالب يكون مقبوضاً عليه.

ثانياً: قرينة البراءة:

لقرينة البراءة يقوم على قاعدة: أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته.

وينتج عن هذا المبدأ، أن النيابة العامة أو المدعي بالحق المدني، لا بد أن يثبت وجود الجريمة كما نص عليها القانون، فإذا لم تأت النيابة العامة بالدليل الكافي، فلا بد من تبرئة المتهم، لأن الشك يفسر دائماً لصالح المتهم.

ويجب أن نلاحظ أن النيابة العامة وهي تدافع عن مصلحة المجتمع، لا تأخذ موقفاً معادياً للمتهم، ولكن تطالب دائماً بتطبيق القانون، فهي لا تثبت فقط أن المتهم قد ارتكب جريمة، ولكن أيضاً أنه لا يستفيد من أحد أسباب الإباحة.

ثم إن القاضي الجنائي يختلف عن القاضي المدني، فهذا الأخير محايد، بحيث يتخذ موقفاً سلبياً يقارن بين أدلة الخصوم، فهو يكتفي بالحقيقة الشكلية كما هي لدى المدعي والمدعى عليه، ولكن القاضي الجنائي يبحث عن الحقيقة كما هي في الواقع وليست الحقيقة كما يتصورها طرفا النزاع.

وتجب الإشارة أخيراً أن على المتهم أن يدفع بوجود حالة الدفاع المشروع حتى تستطيع المحكمة أن ترد على هذا الدفع، فهو من الدفوع الموضوعية التي يتعين إثارتها أمام محكمة الموضوع، فلا تجوز إقامتها لأول مرة أمام المحكمة العليا إلا إذا كانت الوقائع بذاتها كما صورها الحكم المطعون فيه دالة على تحقق الدفاع المشروع كما عرفه القانون، وفي هذه الحالة تتدخل محكمة النقض إذ مهما قصر المتهم في دفاعه لدى محكمة الموضوع، فإن ذلك لا يغير شيئاً من طبيعة فعله ولا من كيفية اعتبار القانون لهذا الفعل.⁽¹⁾

(1)Crim. 16/03/ 1955. Bullcrim. ref 391 et 420.



المطلب الثالث: آثار الدفاع المشروع وتجاوز حدوده:

لمعرفة آثار الدفاع المشروع وجزاء تجاوزه حدود الدفاع المشروع كما حدده المشرع، قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، خصصنا الفرع الأول إلى آثار الدفاع المشروع، والفرع الثاني إلى تجاوز حدوده.

الفرع الأول: آثار الدفاع المشروع:

الآثار الجنائية واضحة من نص المادة 39 من قانون العقوبات: "لا جريمة... إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع..."، ومن ثم فلا عقوبة.

ويستفيد من ذلك كل من الفاعل والشريك بلا فرق، لأنه ليس هناك جريمة، سواء أكان الشخص يدافع عن نفسه أو عرضه أو ماله، أو عن نفس الغير أو عرضه أو ماله بالإباحة عامة إذا توفرت شروطها.

فاذا توفرت شروط الدفاع المشروع في قضية معروضة على القضاء، فإن المحكمة تصدر الحكم بالبراءة.

ويطرح السؤال، هل يستطيع المتضرر من فعل الدفاع المشروع، أو المدعي بالحق المدني، المطالبة بالتعويض أمام جهات القضاء المدني، بعد صدور الحكم بالبراءة؟

نصت المادة 128 من القانون المدني على أن "من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه، أو عن ماله، أو نفس الغير، أو عن ماله، كان غير مسؤول، على أن لا يتجاوز في دفاعه القدر الضروري، وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي". فالمسؤولية المدنية في القانون الوضعي مؤسسة على الخطأ، ولا خطأ على من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً كما قدمنا.

وهذا النص يمنع من إثارة أي إشكال قانوني، وذلك من وجهين:

أولاً: ازدواجية الخطأين:

الخطأ الجنائي والخطأ المدني، بمعنى أنه حتى إذا بُرئ المتهم اعتماداً على استعمال حق الدفاع المشروع، فهذا لا يحول دون رفع الدعوى المدنية لأن الخطأ البسيط الذي قد يتجاوز عنه القاضي الجنائي كما وضحنا ذلك، قد يرى فيه القاضي المدني أساساً للتعويض، ولكن نص المادة 127 مدني يحول دون ذلك، حيث جاء فيها: (إذا الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه، كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر عن المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك).



ثانياً: التعسف في استعمال الحق.

يحول نص المادة 128 مدني كذلك، دون إثارة نظرية التعسف في استعمال الحق، لأن الحق ينتهي حين يبدأ التعسف، فلا يوجد استعمال متعسف لحق ما لسبب واحد، وهو أن نفس العمل لا يمكن أن يكون في آن واحد موافقاً للقانون ومخالفاً له، فإذا كان هناك تعسف في سلوك الأفراد، فلا يكون ذلك حينما يستعملون حقوقهم، وإنما حين يتجاوزون حدودها..⁽¹⁾، ولكن حين يظهر التجاوز في استعمال هذا الحق، فإن هذا الاستعمال يصبح غير مشروع جنائياً ومدنياً.

الفرع الثاني: تجاوز حدود الدفاع المشروع

لا نستطيع أن نبحت مسألة تجاوز حدود الدفاع المشروع من عدمه إلا إذا كانت كل الشروط المنصوص عليها قانوناً متوافرة ما عدا شرط التناسب.

ومسألة تجاوز حدود الدفاع المشروع تتطلب تحقق شرطين: وجود الحق في الدفاع وحسن النية.

أولاً: وجود الحق في الدفاع:

فإذا لم يكن هناك خطر حال وغير مشروع، أو لم يكن الدفاع ضرورياً، فالقول بوجود الحق في الدفاع غير وارد أصلاً حتى يمكن لنا أن نبحت مسألة تجاوز حدود الدفاع المشروع، فإذا انتفى السبب وهو: "وجود الحق"، انتفى المسبب عنه بالضرورة وهو: "التجاوز".

فحالة تجاوز حدود الدفاع المشروع لا تقوم إلا إذا نشأ للمجني عليه حق في الدفاع عن نفسه.....

ثانياً: حسن النية:

قد يكون تجاوز حدود الدفاع المشروع، عن حسن نية، وقد يكون عن سوء نية. ويحدث التجاوز عن حسن نية نتيجة خطأ، حيث يخطئ المدافع في تقدير دفاعه فيتجاوز به التناسب المطلوب بينه وبين الخطر المحدق به.

وتجاوز حدود الدفاع الشرعي عن حسن نية، يكيف قانوناً على أنه جريمة خطئية، (إذا نص القانون على إمكان ارتكاب تلك الجرائم خطأ)، لأن التجاوز هو وليد إهمال وسوء

(1) الدكتور إسحاق إبراهيم منصور: "المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982، ط 2.



تقدير للأمر لا يصدر عن الشخص العادي الذي يوجد في نفس ظروفه: فإذا كان يكفي في رد العدوان مجرد الضرب أو الجرح، فقتل المعتدي يعتبر تجاوزاً لحدود الدفاع المشروع فيسأل عن جريمة القتل الخطأ، حتى في الظروف المنصوص عليها في المادتين 39 و40 من قانون العقوبات.

أما تجاوز حدود الدفاع المشروع عن سوء نية، فيحدث إذا كانت إرادة المتهم منصرفة إلى غير رد الاعتداء الواقع عليه أو الذي سيقع، كأن يكون للقصاص أو للانتقام، فإن حالة الدفاع المشروع لا تكون متوفرة، فالمتهم هنا سيء النية يقصد الفعل لذاته، لأنه يعلم أن فعله كان أشد مما يستلزمه رد العدوان، فإنه في هذه الحالة لا يسأل عن جريمة خطئية باعتباره تجاوز حدود دفاعه الشرعي، وإنما عن جريمة عمدية.

أما إذا كانت الأفعال التي ارتكبت تجاوزاً لا يعاقب عليها القانون باعتبارها جرائم خطئية، فإن الفاعل لا يعاقب في مثل هذه الحالات، كأن يحجز على حرية المعتدي والحال أن الخطر المعرض له لا يستلزم هذا الإجراء، لأن القانون لا يعرف جريمة القبض أو الحبس غير العمدية.

المراجع:

القرآن الكريم.

- 1- الأستاذ عبد القادر عودة: "التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي"، مكتبة دار العروبة - القاهرة - 1964، الجزء الثاني.
- 2- الإمام محمد أبو زهرة: "الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي"، دار الفكر العربي - القاهرة 1976
- 3- الدكتور محمد سليم العوا: "في أصول النظام الجنائي الإسلامي"، دراسة مقارنة، دار المعارف، القاهرة، 1983، الطبعة الثانية
- 4- الدكتور: عبد الله سليمان: "شرح قانون العقوبات"، القسم العام، دار الهدى، عين مليلة، بدون سنة.
- 5- الدكتور إسحاق إبراهيم منصور: "المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982، ط 2.
- 6- الدكتور: محمد الرازقي: "محاضرات في القانون الجنائي"، دار الكتاب الجديد، بيروت، لبنان، 1999.



- 7- الدكتور محمد زكي أبو عامر: " الحماية الجنائية للحريات الشخصية " منشأة المعارف، الإسكندرية 1979.
- 8- الدكتور: أحمد محمد خليفة: " النظرية العامة للتجريم " كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1995 رسالة دكتوراه.
- 9Adophe Chauveau et Faustin Hélie: «Théorie du code pénal» cujas Paris 1987 .
- 10Alain Prothais: « Tentative et attentat » Paris L. G. D. J. 1985.
- 11H. Donnedieu de vabres: « Traite élémentaire de droit criminel et législation pénale comparé » 3^{ème} Editions. Librairie de recueil Sirey. Paris 1967 .

الحق في الرجوع عن القبول في العقد الإلكتروني كآلية قانونية لحماية المستهلك

أستاذ بكلية الحقوق - جامعة سعد دحلب البلدية -
عبد الرحمن العيشي

مقدمة:

بالنظر للتطور في الطابع الفني للسلع والخدمات وظهور صيغ تعاقدية جديدة، عن طريق وسائل الاتصال الحديثة وخصوصاً منها الأنترنت، فإنه من المتصور أن يقدم المستهلك على إبرام العقد متأثراً بوسائل الدعاية والإعلان فيأتي تعاقدته متسرعاً دون تمهل يترتب عليه أن يكون تعاقدته في غير صالحه، ثم يريد التخلص من العقد والعدول عنه وهو ما لا يتحقق في ظل القواعد العامة لأنها تثبت للعقد قوته الملزمة ولا تجيز لأي من عاقيه أن يتحلل منه بإرادته المنفردة، الأمر الذي يستوجب حمايته في هذه المرحلة وهي مرحلة تنفيذ العقد، فهناك صعوبة إذا في حماية المستهلك من آثار مبدأ القوة الملزمة للعقد، لذلك كان لزاماً البحث عن صيغة معينة لحمايته بوصفه طرفاً ضعيفاً في العقد عن طريق معالجة القوة الملزمة للعقد وذلك بمنح المستهلك آلية قانونية معينة تمكنه أن يعدل عن عقد أبرمه إلكترونياً إذا ما تسرع فيه، ولعل هذه الصيغة تعد من أهم صيغ الحماية التي يحظى بها المستهلك بعد إبرام العقد.

المبحث الأول: تعريف الحق في العدول عن العقد الإلكتروني وأساسه القانوني:

بموجب القوة الملزمة للعقد فإن أيّاً من طرفيه لا يستطيع أن يرجع عنه، فعندما يتطابق الإيجاب والقبول ينعقد العقد، طبقاً لمبدأ الرضائية، ومن ثم يصبح تنفيذه ملزماً لكل من طرفيه ولا تملك إرادة أحد طرفيه دون الأخرى إنهاءه أو تعديله، استناداً للمادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"⁽¹⁾.

(1) القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975م. المعدل والمتمم بقانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005م.



فالالتزام الناشئ من العقد يعادل في قوته الملزمة، الالتزام الناشئ من القانون، بمعنى أنه إذا كان لا يجوز للفرد أن يتحلل من التزام فرضه القانون، فإنه أيضاً لا يجوز للمتعاقد أن يتحلل من التزام أنشأه العقد هو طرف فيه، وكما أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين بإرادته المنفردة أن ينقض العقد أو ينهيه، أو يعدل فيه، فإنه لا يجوز أيضاً للقاضي أن يفعل شيئاً من ذلك، وهذا ما يعبر عنه بالقول: إن العقد شريعة المتعاقدين⁽¹⁾، وهي العبارة التي استهل بها المشرع الجزائري نص المادة 106 السابقة الذكر.

وسوف نتطرق فيما يلي إلى بعض التعاريف الفقهية التي حددت المقصود بحق العدول عن القبول الإلكتروني، كما نستعرض بعض التشريعات سواء الأجنبية منها أم العربية، التي أقرت هذا الحق والمتمثل في رجوع المستهلك عن العقد، وكذا الأساس القانوني لهذا الحق في العقد الإلكتروني، كل ذلك في المطلبين الآتين:

المطلب الأول: تعريف الحق في العدول⁽²⁾ عن العقد المبرم إلكترونياً:

نتناول في هذا المطلب المقصود بالحق في الرجوع عن العقد الذي يبرم إلكترونياً، ولبيان ذلك لا بد من التطرق لهذا الحق من الناحية الفقهية ثم التشريعية وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التعريف الفقهي لحق العدول عن العقد الإلكتروني:

عرف هذا الحق بأنه: "هو حق المشتري في الرجوع في تعاقدته، خلال سبعة أيام من تاريخ تسلمه المبيع بدون أية جزاءات من جانبه سوى مصاريف الرد"⁽³⁾.

(1) د/ وليد صلاح مرسي رمضان - القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة) - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - سنة 2009م - ص 41.

(2) في الواقع أن رخصة العدول عن العقد بعد إبرامه لا تقتصر على التشريعات الحديثة المنظمة للبيع عن بعد عبر وسائل الاتصال الحديثة، وإنما نجد لهذه الرخصة تنظيماً دقيقاً وشاملاً في الفقه الإسلامي تحت مسمى الرجوع في التعاقد، وهي لا تقتصر على حالة التسرع في التعاقد وإنما تتسع لتشمل حالات أخرى يمكن معها القول بوجود نظرية عامة للعدول عن التعاقد ينظمها الفقه الإسلامي تحت فكرة العقد غير اللازم والتي يفرض بها هذا الفقه الحنيف. أنظر بالتفصيل د/ مندى عبد الله محمود حجازي - التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني وفقاً لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة) - الطبعة الأولى - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - سنة 2010م - ص 219.

(3) د/ أبو الخير عبد الونيس الخويلدي - حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني) - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - سنة 2006م - ص 113.

كما عرف الحق في الرجوع على أنه: "حق المستهلك في إرجاع السلعة أو رفض الخدمة في خلال مدة معينة يحددها القانون، دون إبداء أية مبررات، مع التزام التاجر أو مقدم الخدمة بحسب الأحوال برد قيمتها، مع تحمل المستهلك مصروفات الرجوع فقط"⁽¹⁾.

وأقترح تعريفاً لحق المستهلك⁽²⁾ في العدول عن العقد وهو: "آلية قانونية منحها المشرع للمستهلك الذي تعاقده عبر وسائل الاتصال الحديثة منها الأنترنت، وذلك بأن يعدل عن عقد أبرمه خلال مدة معينة يحددها القانون، دون إبداء أسباب العدول، مع تحمله مصاريف الرجوع".

وفقاً لهذه التعريف فإن المستهلك يمكنه الانسحاب من العقد الذي أبرمه إلكترونياً في مدة معينة يحددها القانون ودون إبداء الأسباب، وهو ما يعد خروجاً واضحاً عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فالمستهلك عدل عن العقد الذي أبرمه دون أن يتوقف ذلك على إرادة المتعاقدين الآخر.

الفرع الثاني: التعريف التشريعي لحق الرجوع عن القبول الإلكتروني:

تعتمد غالبية التشريعات العالمية المتعلقة بحماية المستهلك في العقود التي تبرم عن بعد أو تلك المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية أن تمنح للمستهلك مهلة أو مدة معينة تختلف من دولة إلى أخرى تسري من يوم استلام السلعة أو الخدمة، يمارس المستهلك خلالها حقه في إعادة النظر في العقد الذي أبرمه وذلك برد المنتج إلى البائع بغرض التغيير أو استرجاع الثمن المدفوع من غير تحمل تبعات أية مسؤولية⁽³⁾، وسوف نتعرض لبعض هذه التشريعات التي نظمت هذا الحق، منها بعض التشريعات الغربية، ثم بعض التشريعات العربية، وذلك فيما يلي:

(1) الدكتورة كوثر سعيد عدنان خالد - حماية المستهلك الإلكتروني - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - سنة 2012م - ص 627.

(2) عرف المشرع الجزائري المستهلك في قانون رقم 09 - 03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009م، والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجاناً، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".

(3) قارة مولود - خصوصية التعاقد الإلكتروني - أطروحة دكتوراه - القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة سعد دحلب البليدة - سنة 2012م - ص 92.



أولاً: التشريعات الغربية:

سوف نتطرق لمفهوم حق العدول عن القبول في كل من التوجيه الأوروبي والقانون الفرنسي وذلك فيما يلي:

أ/ التوجيه الأوروبي: لقد قرر توجيه المجلس الأوروبي رقم 7 /97 الصادر في 20 ماي 1997م والمتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد، الحق في الرجوع في المادة 6 فقرة 1 والتي تنص على أنه: "يملك المستهلك في كل عقد عن بعد مدة سبعة أيام عمل على الأقل للرجوع أو العدول دون جزاءات، ودون بيان السبب، والمصاريف الوحيدة التي يمكن أن يتحملها المستهلك لممارسة حق العدول هي المصاريف المباشرة لرد البضائع"⁽¹⁾.

ب/ القانون الفرنسي: من بين التشريعات الغربية التي أعطت للمستهلك الحق في العدول التشريع الفرنسي وذلك في المادة 121 / 20 فقرة 1 من قانون الاستهلاك الفرنسي المضافة بالأمر رقم 2001 – 741 الصادر في 23 أوت 2001م على أنه: "يكون للمستهلك مدة سبعة أيام كاملة من أيام العمل لممارسة حقه في الرجوع دون أن يلتزم ببيان الأسباب، أو دفع الجزاءات، باستثناء مصاريف الرد"⁽²⁾، وهذا الحق في الرجوع ليس جديداً على المشرع الفرنسي، فقد سبق وقرره في قوانين سابقة⁽³⁾.

ووفقاً لهذا النص يكون للمستهلك ممارسة حقه في العدول خلال المدة المحددة له دون إبداء الأسباب، فحق المستهلك في العدول يعتبر في الواقع حقاً تقديرياً، يخضع لتقدير المستفيد

(1) النص باللغة الفرنسية كما جاء في التوجيه الأوروبي:

Article 6:

Droit de rétractation:

1. Pour tout contrat à distance, le consommateur dispose d'un délai d'au moins sept jours ouvrables pour se rétracter sans pénalités et sans indication du motif. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises".

(2) النص باللغة الفرنسية: "Le consommateur dispose d'un délai de sept jours France pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, le cas échéant, des frais de retour".

(3) مثال ذلك: القانون الصادر في 13/1/1972 المتعلق بالسعي إلى المنازل بقصد إبرام الاتفاقيات المالية، حيث منح هذا القانون للشخص الذي يوقع في منزله على خطة ادخار أو عقد متعلق بالاستثمار، الحق في العدول عن ارتباطه خلال مدة لا تقل عن 15 يوم من تاريخ الاكتتاب.

وكذلك قانون رقم 88 – 12 بتاريخ 1988/1/6 بشأن البيع عن بعد، والبيع من خلال التلفزيون، والذي نص في مادته الأولى على منح المشتري في هذا المجال الحق في العدول عن العقد خلال سبعة أيام تحسب من تاريخ تسلمه الطلبية.



منه، أي المستهلك، ولذلك فليس عليه أي التزام بتبرير قراره بالعدول، أو بيان بواعثه التي دفعته إلى ذلك⁽¹⁾.

أما عن نطاق الحق في العدول في القانون الفرنسي فنلاحظ أن المادة 121 - 2/20 من قانون الاستهلاك قد استبعدت من نطاق الحق في العدول العديد من العقود التي تدخل في مفهوم التعاقد عن بعد، وهي كالاتي:

- عقود توريد الخدمات التي يبدأ تنفيذها، بالاتفاق مع المستهلك، قبل انتهاء المدة المقرر ممارسة الحق في العدول خلالها.

- عقود توريد السلع والخدمات التي تتحدد أثمانها وفق ظروف السوق.

- عقود توريد التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرامج المعلوماتية عندما يكون قد تم نزع الأختام عنها بمعرفة المستهلك.

- عقود توريد الصحف والدوريات والمجلات.

- عقود خدمات الرهان وأوراق اليانصيب المصرح بها.

ثانياً: التشريعات العربية:

سوف نتناول فيما يلي بعض التشريعات العربية التي نظمت الحق في رجوع المستهلك عن قبوله، منها القانونان المصري والتونسي.

أ/ حق الرجوع عن القبول في القانون المصري: تعرض مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري للحق في الرجوع، وذلك بمقتضى المادة 20 حيث تنص على أنه: "مع عدم الإخلال بأحكام الضمان القانونية والاتفاقية يجوز للمستهلك أن يفسخ العقد المبرم إلكترونياً خلال الخمسة عشر يوماً التالية لتاريخ تسلمه للسلعة، أو من تاريخ التعاقد على تقديم الخدمة، وذلك بدون حاجة إلى تقديم أية مبررات"⁽²⁾.

يتفق هذا النص مع النصوص المشار إليها سابقاً، في إعطاء المستهلك الحق في العدول عن العقد دون إبداء الأسباب إلا أنه يختلف عنها في المدة المقررة للرجوع، إذ تضمنت المادة مدة 15 يوماً لممارسة هذا الحق، فهي تعد حماية أكبر للمستهلك.

(1) د/ محمد حسن قاسم - التعاقد عن بعد قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - سنة 2005م - ص 66.

(2) المادة 20 من المشروع المعد من قبل مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار بمجلس الوزراء المصري.



ب/ حق العدول عن القبول في القانون التونسي: من بين التشريعات العربية التي أعطت للمستهلك الحق في العدول نجد قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 الصادر في 9 أغسطس لسنة 2000م، حيث نص في الفصل 30 منه على أنه: "مع مراعاة مقتضيات الفصل 25⁽¹⁾ من هذا القانون يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل، تحتسب:

- بالنسبة إلى البضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك.
- بالنسبة إلى الخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد.
- ويتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقاً في العقد في هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع البضائع أو العدول عن الخدمة، ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة".

يمكن ممارسة حق العدول عن الشراء عملاً بالفصل 30 السالف الذكر في أجل لا يتجاوز عشرة أيام عمل، مما جعل البعض يتساءل حول جدوى هذا التصييص خصوصاً أن الأنترنت يشغل على امتداد اليوم؟ لكن الإجابة عن هذا التساؤل ترتبط بسؤال آخر وهو هل إن عملية الشراء تمت من مكان العمل أم لا؟

(1) ينص الفصل الخامس والعشرون على ما يلي: "يجب على البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية:

- هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسندي الخدمات.
- وصفا كاملاً لمختلف مراحل إنجاز المعاملة.
- طبيعة وخاصة وسعر المنتج.
- كلفة تسليم المنتج ومبلغ تأمينه والادعاءات المستوجبة.
- الفترة التي يكون خلالها المنتج معروضاً للأسعار المحددة.
- شروط الضمانات التجارية والخدمة بعد البيع.
- طرق وإجراءات التطلع وعند الاقتضاء شروط القروض المقترحة.
- طرق وآجال والتسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم إنجاز الالتزامات.
- إمكانية العدول عن الشراء وأجله.
- كيفية إقرار الطلبية.
- طرق إرجاع المنتج أو الأبدال وإرجاع المبلغ.



فإذا تمت عملية الشراء خارج مقر العمل، من المنزل مثلاً، في هذه الحالة يصبح استعمال مصطلح "أيام عمل" في غير محله باعتبار أن المستهلك يستطيع متى شاء ممارسة حقه في التراجع وإعلام المهني بذلك، وهنا يوجد فرضيتان:

- إما أن يكون واضعو القانون لم يتقنوا بعد طريقة تشغيل الأنترنت.
- وإما أن يكونوا ذهبوا أبعد من ذلك وافترضوا حالة المستهلك الذي يبرم صفقاته من المراكز العمومية للأنترنت، وفي كلتا الحالتين فإن لفظة أيام عمل تخدم المستهلك لأنها تمكنه من التمتع بأجل أطول يتجاوز العشرة أيام.

أما إذا تمت عملية البيع من مكان العمل فيجب التمييز كذلك بين حالتين:

- إذا تم البيع سرا من طرف أجير عادي فقد يعتبر ذلك حالة تبديد ثروة المؤسسة ولا يمكن أن نتصور أن المشرع يريد حماية مثل هذه التصرفات.
- أما إذا قام صاحب المؤسسة بالمبادلة التجارية أو صدر منه أمر لهدف غير مهني، فيمكن أن نتصور أن المشرع في هذه الحالة يريد حماية هذه الفئة من المستهلكين وذلك عندما أوجب أن تكون أيام احتساب المدة أيام عمل كي يستطيع المستهلك الإعلام بتراجعته⁽¹⁾.

ولكن هذا القانون لم يجعل الحق في العدول مطلقاً بل قيده نسبياً، وذلك حماية للطرف المهني حسن النية⁽²⁾، حيث أورد المشرع التونسي استثناءات لا يجوز فيها للمستهلك الرجوع عن العقد، وذلك في الفصل 32 حيث ينص على أنه: "مع مراعاة أحكام الفصل 30 من هذا القانون وباستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية:

- عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك.
- إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب خاصيات شخصية أو تزويده بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاج مدة صلاحيتها.

(1) الأستاذة مريم بن رجب بن صالح - حماية المستهلك في المبادلات التجارية الالكترونية - محاضرة ختم التمرين - الهيئة الوطنية للمحامين - الفرع الجهزي للمحامين - تونس - نوفمبر 2009م - منشورة على الموقع:

www.chawkitabib.info

(2) عائشة قصار الليل - الخطوات القانونية لإنشاء عقد عبر الانترنت - ماجستير في القانون - كلية الدراسات العليا - الجامعة الأردنية - سنة 2008م - ص 61.



عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آلياً.

- شراء الصحف والمجلات.

المطلب الثاني: الأساس القانوني للحق في العدول عن القبول في العقد الإلكتروني:

لقد اختلفت وجهات النظر حول الأساس القانوني للحق في العدول عن العقد المبرم إلكترونياً، وسوف نبين هذه الآراء المختلفة فيما يلي:

الرأي الأول:

هناك من يرى أن العقد الذي يتم إبرامه عبر الأنترنت يعتبر عقداً غير لازم بالنسبة للمستهلك، فمن حقه أن يعدل عن هذا العقد في المهلة المحددة في القانون، فيحق له الرجوع عن هذا العقد بإرادته المنفردة ودون أن يتوقف ذلك على إرادة المتعاقد الآخر⁽¹⁾.

وهذا ما يشكل خروجاً عن المبدأ العام من خلال أنه لا يشترط الالتزام به من قبل المستهلك خلال فترة زمنية محددة نصت عليها أغلب التشريعات الحديثة، فهو عقد صحيح غير لازم خلال مدة زمنية معينة بالنسبة للمستهلك، أي يصبح بعد انتهاء المدة المعينة عقداً صحيحاً لازماً، وعقداً صحيحاً لازماً للمزود من لحظة انعقاد العقد الإلكتروني⁽²⁾.

الرأي الثاني:

يرى البعض الآخر أن العدول عن العقود التي تتم عن بعد، في حالة عدم الرضا، يمكن أن يفسر كبيع بشروط التجربة وبالتالي يصبح العقد معلقاً، أي أن عملية البيع تصبح بغرض التجربة.

ولنا أن نتساءل عما إذا كان هذا النظام يطبق حتماً على التجارة الإلكترونية، يمكن تشبيهه بالبيع بشروط التجربة التي تمكن المشتري من تقدير المنتج قبل شرائه أو الحصول عليه

(1) د/ سامح عبد الواحد التهامي - التعاقد عبر الأنترنت (دراسة مقارنة) - دار الكتب القانونية - مصر - سنة 2008م ص 340.

(2) عبدالله ذيب عبدالله محمود - حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) - رسالة ماجستير في القانون الخاص - كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية - نابلس - فلسطين. - 2009م - ص 129.



وبالتالي تأخير تاريخ إبرام العقد⁽¹⁾؟ علينا أن نوضح المقصود بالبيع بشرط التجربة أولا ثم نرى إن كان يصلح أساسا للحق في العدول.

البيع بشرط التجربة هو البيع الذي يتفق فيه على أن للمشتري حق تجربة المبيع ولا يشترط أن يكون هذا الاتفاق صريحا بل قد يكون ضمنيا⁽²⁾.

ولقد نظم القانون المدني الجزائري أحكام البيع بشرط التجربة في المادة 355 والتي تنص على أنه: "في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا".

يعتبر البيع على شرط التجربة بيعا موقوفا على شرط القبول إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ".

فإذا أبرم البيع بشرط التجربة، بأن يحتفظ فيه المشتري بحق تجربة المبيع، ثبت له بذلك خيار قبول المبيع أو رفضه في خلال الفترة المتفق عليها لتجربة المبيع، للتأكد من ملاءمته له شخصيا، أو للتأكد من خصائصه وصلاحيته للغرض الذي أعد له، فالمشتري مع البيع بشرط التجربة لا يصدر قبولا نهائيا إلا بعد تجربة المبيع وعندئذ يجوز له أن يقبل المبيع أو يرفضه⁽³⁾.

وعليه يرى البعض أن البيع المتضمن خيار الرجوع فيه لا يعد بيعا بشرط التجربة، ويتمثل الفرق بينهما خصوصا فيما يخص نطاق التطبيق، أو مدى الحق.

- من حيث التطبيق فإن البيع المتضمن خيار الرجوع لا يشمل إلا بيوع المسافات، بينما يتسع نطاق التجربة ليشمل جميع البيوع بين حاضرين أو غائبين، وينطبق خصوصا على بيوع الآلات الميكانيكية، والأدوات الكهربائية، والسيارات المستعملة، وما أشبه.

- أما من حيث مدى الحق المخول للمشتري في البيع المتضمن خيار الرجوع، فقد يكون أوسع منه في البيع بشرط التجربة، ذلك أن خيار الرجوع قد يتمثل في العدول نهائيا عن البيع،

(1) الدكتور إيمان مأمون أحمد سليمان - إبرام العقد الإلكتروني وإثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية) - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - سنة 2008م - ص 146.

(2) د. محمد حسنين - عقد البيع في القانون المدني الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - سنة 2000م - ص 40.

(3) د/ أبو الخير عبد الونيس الخويلدي - المرجع السابق - ص 151.



وقد يرى المشتري الإبقاء على العقد مع تغيير المبيع بآخر، وقد يجمع بين الخيارين معاً إذا تبين له بعد طلب تغيير المبيع أنه لا يحقق الغرض المقصود من الشراء مثلاً، أو أنه غير ملائم أو غير صالح للعمل المخصص له، وعلى أية حال فإن خيار الرجوع يمثل حقاً إرادياً محضاً يترك تقديره لمشيئة المشتري دون معقب عليه في قراره من خبير أو قاض، بينما لا يجوز للمشتري في البيع بشرط التجربة إلا قبول العقد أو رفضه، وليس له أن يطلب تغيير المبيع بآخر وإذا طلب ذلك فلا يجبر البائع على التنفيذ⁽¹⁾.

الرأي الثالث:

وهناك من يرى أن العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد⁽²⁾، فإن المستهلك الإلكتروني يتمتع بحق خيار الرؤية - كما يرى جانب من الفقه - ويعرف هذا الحق أنه: "إثبات حق المشتري في إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية العقود عليه إذا لم يكن رآه عند العقد أو قبله، والمستهلك الإلكتروني الذي يشتري السلعة عن طريق الأنترنت لم يكن قد رأى البضاعة وإنما رأى صورتها أو علم بأوصافها المكتوبة على الشاشة أمامه، فإذا استلم السلعة يكون له حق خيار الرؤية في إمضاء العقد أو فسخه⁽³⁾."

فالمستهلك في العقد الإلكتروني ليس لديه هذه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة والإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد، وهذا يعني تحويله حق نقض العقد بعد انعقاده بالإرادة المنفردة، وهو ما يعد مخالفاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين الذي لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، لذلك فإن هذا الحكم المخالف لهذه القاعدة يجب النص عليه إما في اتفاق الطرفين أو في القانون⁽⁴⁾.

(1) نفس المرجع - ص 153

(2) د/ عاطف عبد الحميد حسن - وجود الرضا في العقد الإلكتروني - دار النهضة العربية - القاهرة - سنة 2008م ص 128.

(3) أنظر د/ عبد الحق حميش - حماية المستهلك الإلكتروني - بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون - المنعقد في الفترة من 10 إلى 12 ماي 2003م - جامعة الإمارات العربية المتحدة بدبي - ص 1290 - 1291 - ويرى أن دليل مشروعيته فيما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من اشترى شيئاً لم يراه فهو بالخيار إذا رآه" - أخرجه البيهقي مشار إليه في مرجع الدكتور محمد سعيد أحمد إسماعيل - أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - سنة 2009م - ص 393.

(4) د/ خالد ممدوح إبراهيم - التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - سنة 2008م - ص 126.



الرأي الرابع:

يرى بعض الفقهاء أن أساس العدول هو عربون العدول الذي يعني اتفاق المتعاقدين على أن يكون لأحدهما أو لكليهما خيار العدول عن التعاقد مقابل دفع مبلغ من المال وقت التعاقد يفقده دافعه إذا رجع في تعاقدته أو يسترده ومثله إذا جاء العدول من الطرف الآخر.

ويجد هذا الرأي سنداً في موقف بعض التشريعات⁽¹⁾ التي أقرت العدول عن التعاقد والتي ألزمت المستهلك بأن يدفع مقابلها إذا ما عدل عن التعاقد، ومن ثم قال هؤلاء إن عربون العدول هو الأساس القانوني للعدول.

إلا أننا نجد فروقاً كبيرة بينهما، فمن حيث المصدر نجد أن مصدر إلزام المتعاقد في العربون بدفع المقابل هو الاتفاق في حين إن المقابل الذي يدفعه المستهلك نظير العدول في بعض التشريعات التي أقرته يحدده المشرع⁽²⁾.

كذلك هناك اختلاف آخر بينهما من حيث المصلحة، حيث إن مصلحة صاحب العدول عن التعاقد تختلف عن العدول بشرط العربون، ففي النوع الأول يتقرر هذا العدول للمستهلك فقط دون البائع، في حين إن العدول في الثاني يتقرر للمشتري والبائع على حد سواء، فضلاً عن ذلك فإن العدول التشريعي يمثل انتهاكاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد في حين إن فقد العربون لا يتضمن مثل هذا الانتهاك ما دام الأمر يتقرر باتفاق الطرفين⁽³⁾.

وعليه يمكن القول إن فقد العربون لا يصلح أساساً قانونياً لخيار العدول لاختلاف الآثار القانونية بينهما.

الرأي الخامس:

وفي الأخير هناك من يرى أن الحق في العدول يمثل في الواقع أداة تشريعية تلعب دوراً أساسياً في حماية هؤلاء الذين يتعاقدون في الغالب دون إمكانية حقيقية لمناقشة شروط

(1) من هذه التشريعات القانون المدني الجزائري رقم 75 - 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975م المعدل والمتمم بقانون رقم 05 - 14 المؤرخ في يونيو 2005م الذي أقر العربون وذلك في المادة 72 مكرر التي تنص على أنه: "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك.

فيذا عدل من دفع العربون فقده. وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر".

(2) د / موفق حماد عبد - الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) - الطبعة الأولى - مكتبة السنهوري - بغداد - ومنشورات زين الحقوقية - بيروت - سنة 2011م - ص 227.

(3) نفس المرجع نفس الموضوع



تعاقداتهم، ويخضعون لتأثير الإعلان وما يحمله من ضغط وحث على التعاقد⁽¹⁾، لذلك لم يكن متصوراً أن يتم تنظيم التعاقد عن بعد، دون إعطاء المستهلك ذات الحق المقرر لغيره من فئته، ففي هذا النوع من التعاقد تظهر بالضرورة الاعتبارات الموجبة لتقرير هذا الحق، والمنوه بها، بل ويضاف إليه كذلك اعتبار جديد هو أنه في التعاقد عن بعد يتم التعاقد دون إمكانية حقيقية للمستهلك لرؤية ما يتم التعاقد عليه أو التحقق من خصائصه⁽²⁾.

ومن جهتي أميل إلى هذا الرأي الأخير، فآلية العدول عن العقد الذي تم إبرامه، هي آلية قانونية أقرها المشرع لحماية الطرف الضعيف في العقد وهو المستهلك الإلكتروني الذي قد ينخدع بإعلانات إلكترونية تحمله على التعاقد، فهذا الحق في العدول أساسه القانون، وهو يمثل استثناء عن قاعدة القوة الإلزامية للعقد، أما إذا انتهت مدة العدول ولم يستعمل المستهلك حقه في العدول، فإنه يكون قد رضي بهذا العقد وتوضحت إرادته في إتمامه.

المبحث الثاني: كيفية ممارسة الحق في العدول وأثاره:

نتناول في هذا المبحث مسألتين، الأولى تتعلق بكيفية ممارسة آلية الحق في العدول من قبل المستهلك في العقد الإلكتروني، أما الثانية فنبين فيها آثار هذا الحق بالنسبة للمهني، وبالنسبة أيضاً للمستهلك. وكل ذلك في المطالبين الآتين:

المطلب الأول: كيفية ممارسة الحق في العدول:

بمقتضى قوانين الاستهلاك في التعاقد الإلكتروني فإنه يكون للمستهلك خيار العدول خلال المدة المحددة.

وخيار المستهلك في العدول بحسب الأصل يخضع لتقدير المستهلك وحده بإرادته المنفردة دون موافقة الطرف الآخر ودون اللجوء إلى القضاء بل ودون الحاجة إلى تقديم أسباب أو بيان الدوافع التي دفعته إلى ذلك، إلا أنه قد تستلزم بعض القوانين أن يدفع المستهلك حين عدوله عن العقد مبلغاً يتمثل بنسبة معينة من قيمة الصفقة وبشرط أن تكون قيمة محل العقد قد وصلت إلى حد معين.

(1) د/ مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة - إبرام عقد البيع عبر الانترنت (دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقهاء الإسلامي) - الطبعة الأولى - سنة 2010م - ص 390.

(2) د/ محمد حسن قاسم - التعاقد عن بعد (قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي) - مجلة الحقوق - العدد الثاني - سنة 2003م - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - ص 58.

إن القوانين التي أقرت هذا الخيار لم تخضع ممارسته من حيث الأصل لشكل معين أو إجراءات خاصة إذ يكفي أن يعبر المستهلك عن إرادته في العدول وهذا التعبير عن إرادة العدول قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا كأن يرد المستهلك المبيع الذي سبق أن تسلمه خلال المدة المحددة لممارسة هذا الخيار، وإذا كانت التشريعات لم تحدد شكلا معيناً لممارسة عدول المستهلك عن العقد إلا أنه من الناحية العملية يكون من مصلحة المستهلك عند استعماله لهذا الخيار أن يعبر عن عدوله من خلال وسيلة تمكنه من إثبات العدول عند منازعة المحترف له في حدوثه⁽¹⁾.

ويثور التساؤل عن جواز استعمال المستهلك السلعة المستلمة قبل ممارسة حق العدول؟

يفرض بعض المهنيين شروطا صارمة لممارسة حق العدول، ويعتبرون فك التعبئة أو استعمال المنتج مانعا من ممارسة حق العدول من جانب المستهلك، وقد تمت مناقشة هذه المسألة أمام محكمة باريس إذ قدرت في حكمها الصادر في 4 فبراير 2003م أنه إذا كان الشرط ينص على عدم تطبيق حق الرجوع إذا كانت المنتجات المسلمة محل استعمال مستمر (أكثر من عدة دقائق) يكون هذا الشرط تعسفيا من حيث إنه يقيد الحقوق القانونية للمستهلك في موضوع البيع عن بعد، وطبقا لما ارتأته المحكمة فإن حق العدول يكون مطلقا وتقديريا ويسمح للمستهلك أن يجرب الشيء المطلوب، وأن يقوم باستعماله⁽²⁾.

المطلب الثاني: آثار ممارسة الحق في العدول:

إذا عدل المستهلك عن العقد فإن الأثر الجوهري لممارسة هذا الخيار بعد تنفيذ العقد هو رد الثمن للمستهلك الذي يلتزم في الوقت عينه برد السلعة إلى المحترف.

وسوف نتطرق إلى آثار ممارسة الحق في العدول في نقطتين نبحت في الأولى آثار العدول بالنسبة للمحترف فيما نخصص الثانية للبحث في تلك الآثار بالنسبة للمستهلك.

الفرع الأول: آثار ممارسة حق العدول بالنسبة للمهني:

تتمثل آثار العدول بالنسبة للمحترف بصفة أساسية في التزامه برد الثمن الذي دفعه المستهلك له مقابل حصوله على السلعة وفسخ عقد القرض الذي قد يكون المستهلك أبرمه تمويلًا للعقد الذي عدل عنه.

أ / رد الثمن للمستهلك: يقع على عاتق المهني عند ممارسة المستهلك حقه في العدول، وقيامه بإرجاع السلعة أو رفض الخدمة، أن يلتزم برد المبالغ التي دفعها المستهلك مقابل تلك

(1) د / موفق حماد عبد - المرجع السابق - ص 240.

(2) الدكتورة كوثر سعيد عدنان خالد - المرجع السابق - ص 643.



السلعة أو الخدمة، وهذا ما أقرته المادة 121 - 20 - 1 المضافة بمرسوم 2001 - 741 في أوت 2001م السالف الذكر، إذ نصت على أنه: "إذا بوشر حق الرجوع، يلتزم المهني بأن يرد دون تأجيل إلى المستهلك المبلغ المدفوع، أو على الأكثر خلال الثلاثين يوماً التالية للتاريخ الذي مورس فيه هذا الحق.

وينتج المبلغ المستحق فيما جاوز ذلك الفوائد بالسعر القانوني السائد، تلقائياً"⁽¹⁾.

لم يترك المشرع الفرنسي التاجر حراً في اختيار وقت تنفيذ التزامه برد المبلغ إلى المستهلك، ينفذه وقتما شاء، فأوجب عليه أن ينفذ هذا الالتزام فوراً، ودون تأجيل منذ استخدام المستهلك حقه في الرجوع، ووضع له حداً أقصى للمدة التي يجب تنفيذ الالتزام برد المبلغ خلالها وهي ثلاثين يوماً، تبدأ من الوقت الذي استخدم فيه المستهلك حقه في العدول⁽²⁾.

ب/ فسح عقد القرض المبرم تمويلًا للعقد الذي عدل عنه المستهلك: نصت المادة (311- 1/15) من قانون الاستهلاك الفرنسي على أنه: "إذا كان الوفاء بثمن المنتج أو الخدمة قد تم تمويله كلياً أو جزئياً بائتمان من قبل المورد أو من قبل شخص من الغير على أساس اتفاق مبرم بين الأخير والمورد فإن ممارسة المستهلك لخيار العدول يؤدي إلى فسح عقد الائتمان بقوة القانون دون تعويض أو مصروفات باستثناء المصروفات المحتملة لفتح ملف الائتمان".

فالمشرع الفرنسي نظر إلى العقدين، العقد الذي أبرمه المستهلك والعقد المبرم تمويلًا له بوصفه كلا لا يتجزأ فقرر أن زوال الأصلي منهما أي عقد المستهلك عن بعد يتبعه زوال تابعه أي العقد المبرم لتمويل الأول ولا شك أن ذلك يمثل حماية للمستهلك في هذا المجال فهو في الواقع لم يبرم عقد الائتمان إلا بقصد تمويل العقد الذي أبرمه عن بعد، فإذا زال العقد الذي قصده أصلاً بممارسة خيار العدول تعين إنهاء العقد المرتبط به والذي لم يعد هناك مبرر للإبقاء عليه، والارتباط العقدي يعد من الوسائل التي لجأ إليها المشرع الفرنسي في مجال عقود الاستهلاك بهدف حماية المستهلك الذي يلجأ إلى الحصول على الائتمان بقصد تمويل العقد المقصود من قبله.

(1) النص باللغة الفرنسية:

"Lorsque le droit de rétractation est exercé, le professionnel est tenu de rembourser sans délai le consommateur et au plus tard dans les trente jours suivant la date à laquelle ce droit a été exercé. Au-delà, la somme due est, de plein droit, productive d'intérêt au taux en vigueur"

(2) الدكتوراة كوثر سعيد عدنان خالد - المرجع السابق - ص 644.



كما نصت 33 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي على أنه: "إذا كانت عملية الشراء ناتجة كلياً أو جزئياً عن قرض ممنوح الى المستهلك من قبل البائع أو الغير على أساس عقد مبرم بين البائع والغير فان عدول المستهلك عن الشراء يفسخ عقد القرض بدون تعويض".

والمشرع التونسي بهذا قد نظر إلى العقدين: العقد الالكتروني المبرم عن بعد وعقد القرض المبرم تمويلًا له باعتبارهما كلا لا يتجزأ فقرر بالتالي أن زوال الأصلي منهما أي (العقد الالكتروني) تتبع زوال تابعه، أي عقد القرض، ولا شك أن ذلك يمثل حماية للمستهلك في هذا المجال، فهو في الواقع لم يبرم عقد القرض إلا بقصد تمويل العقد الذي أبرمه عن بعد، فإذا زال العقد الذي قصده أصلاً بممارسة الحق في العدول عنه تعين إنهاء العقد المرتبط به، والذي لم يعد هناك مبرر للإبقاء عليه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: آثار العدول بالنسبة للمستهلك:

إن ممارسة المستهلك لحقه في العدول يستتبع نقض العقد السابق إبرامه، ويترتب على ذلك أن يكون عليه رد السلعة أو المنتج إلى المهني أو التنازل عن الخدمة، والمستهلك الذي يمارس حقه في العدول خلال المدة المقررة لا يتحمل في مقابل ذلك أية جزاءات أو مصروفات فيما عدى المصروفات المحتملة لإرجاع المنتج أو السلعة، فهو لا يتحمل أي جزاءات من أي شكل كانت نتيجة عدوله عن العقد، وإلا لأدى ذلك في حالات كثيرة إلى الامتناع عن استعمال هذا الحق تفادياً لما قد يلحق به من جزاء، أما المصروفات التي يتحملها لرد السلعة، فهي أمر متوقع من قبل المستهلك بالنظر لخصوصية العقد المبرم عن بعد⁽²⁾.

لذلك فقد نصت المادة 6 من التوجيه الأوربي رقم 7/97 في هذا الصدد على أن المصروفات التي يمكن أن يتحملها المستهلك بسبب عدوله عن العقد هي فقط المصروفات المباشرة لإعادة البضائع إلى المهني، كما كرست ذلك المادة 121 - 20 من قانون الاستهلاك السالفة الذكر ذات الحكم، بقولها أن للمستهلك سبعة ايام لممارسة حقه في العدول دون أن يكون ملزماً بابداء أية مبررات، ودون أية جزاءات أو مصروفات، باستثناء تلك المتعلقة بارجاع السلعة أو المنتج⁽³⁾.

(1) د / مندى عبد الله محمود حجازي - المرجع السابق - ص 350.

(2) الأستاذة دينا محمود حبال - حماية المستهلك المتعاقد عن بعد - بحث علمي قانوني لنيل لقب أستاذة في المحاماة - نقابة المحامين فرع دمشق - الجمهورية العربية السورية - سنة 2007م - ص 24 - منشور على الموقع: www.cpa-sy.com

(3) محمد حسن قاسم - المرجع السابق - ص 71.



الغاتمة:

ان الحق في العدول يعتبر من أهم الحقوق التي تكفل حماية المتعاقد عبر الانترنت بصفة عامة وللمستهلك بصفة خاصة ، حيث يسمح للمتعاقد الذي ابرم عقده متسرعا بدون روية ان يرجع فيه خلال مدة معينة يعينها القانون من خلال آلية معينة سبق وان وضعناها ، كما ان الحق في الرجوع عن العقد وكما تبين معنا يعد استثناء مهما عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، التي أصبحت قاعدة نسبية بفعل استعمال هذا الحق من طرف المتعاقد.

ان المشرع الجزائري لم ينظم هذا النوع من التعاقد الذي يتم عن بعد لذلك فان قانون حماية المستهلك يخلوا من هذه القاعدة لذلك نوصي بما يلي:

توصيات:

بالرجوع إلى قانون حماية المستهلك رقم 09 - 03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009م، والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، نجد أن المشرع الجزائري لم ينص على مسالة الحق في رجوع المتعاقد عن قبوله في العقد الالكتروني، تاركا المجال للقواعد العامة لمعالجة هذا الوضع وتحديدًا في مسالة ضمان العيوب الخفية المنصوص عليها في المادة 379 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع ، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله ، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجوده" ، حيث ان هذه المادة غير كافية لضمان حق المتعاقد في العدول لذلك نقترح على المشرع ان يقوم باجراء تعديل وذلك باضافة مادة جديدة تقرر الحق في الرجوع عن العقد خلال مدة معينة ودون ابداء ابداء الاسباب وذلك لخصوصية أو للطبيعة الخاصة للعقد الالكتروني الذي لم ينظمه المشرع الجزائري لحد الان، لكن بالمقابل هناك الكثير من الأشخاص يتعاقدون الكترونيا.

قائمة المراجع:

المراجع:

1/ د/ سامح عبد الواحد التهامي - التعاقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة) - دار الكتب القانونية - مصر - سنة 2008م.

2/ د/ وليد صلاح مرسي رمضان - القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الاسلامي والقانون المدني(دراسة مقارنة) - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - سنة 2009م.



- 3/ د/ محمد سعيد أحمد إسماعيل - أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - سنة 2009م.
- 4/ د/ خالد ممدوح ابراهيم - التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - سنة 2008م.
- 5/ د/ أبو الخير عبد الونيس الخويلدي - حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني) - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - سنة 2006م.
- 6/ الدكتورة كوثر سعيد عدنان خالد - حماية المستهلك الالكتروني - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - سنة 2012م.
- 7/ د/ موفق حماد عبد - الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة) - الطبعة الأولى - مكتبة السنهوري - بغداد - ومنشورات زين الحقوقية - بيروت - سنة 2011م.
- 8/ الدكتورة إيمان مأمون أحمد سليمان - إبرام العقد الالكتروني وإثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية) - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - سنة 2008م.
- 9/ د/ محمد حسنين - عقد البيع في القانون المدني الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - سنة 2000م.
- 10/ د/ أبو الخير عبد الونيس الخويلدي - حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني) - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - سنة 2006م.
- 11/ د/ مندى عبد الله محمود حجازي - التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت واثبات التعاقد الالكتروني وفقاً لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة) - الطبعة الأولى - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - سنة 2010م.
- 12/ د/ محمد حسن قاسم - التعاقد عن بعد قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - سنة 2005م.
- 13/ د/ عاطف عبد الحميد حسن - وجود الرضا في العقد الالكتروني - دار النهضة العربية - القاهرة - سنة 2008م.
- 14/ د/ مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة - إبرام عقد البيع عبر الانترنت (دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الاسلامي) - الطبعة الأولى - سنة 2010م.



الرسائل العلمية:

- 1/ قارة مولود - خصوصية التعاقد الإلكتروني - أطروحة دكتوراه - القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة سعد دحلب البليدة - سنة 2012م.
- 2/ عبدالله ذيب عبدالله محمود - حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) - رسالة ماجستير في القانون الخاص - كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية - نابلس - فلسطين. - 2009م.
- 3/ عائشة قصار الليل - الخطوات القانونية لإنشاء عقد عبر الانترنت - ماجستير في القانون - كلية الدراسات العليا - الجامعة الأردنية - سنة 2008م.

المواقع الإلكترونية:

- 1/ الاستاذة دينا محمود حبال - حماية المستهلك المتعاقد عن بعد - بحث علمي قانوني لنيل لقب أستاذة في المحاماة - نقابة المحامين فرع دمشق - الجمهورية العربية السورية - سنة 2007م - منشور على الموقع: www.cpa-sy.com
- 2/ الاستاذة مريم بن رجب بن صالح - حماية المستهلك في المبادلات التجارية الإلكترونية - محاضرة ختم التمرين - الهيئة الوطنية للمحامين - الفرع الجهزي للمحامين - تونس - نوفمبر 2009م - منشورة على الموقع: www.chawkitabib.info

القوانين:

- 1/ القانون المدني الجزائري رقم 75 - 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975م المعدل والمتمم بقانون رقم 05 - 14 المؤرخ في يونيو 2005م
- 2/ قانون رقم 09 - 03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009م، والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.
- 3/ قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل سنة 2001م
- 4/ قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 الصادر في 9 أغسطس لسنة 2000م.

الحماية القضائية لبراءة الاختراع

كهدى / نعمان وهيبة
كلية العلوم الإسلامية
جامعة الجزائر (1)

مقدمة:

تحتل براءة الاختراع أهمية بالغة، نظرا للدور الذي تؤديه على مختلف المستويات، وينعكس استغلال هذه الأخيرة على الاقتصاد بصورة ملحوظة على المستوى الوطني والدولي، مما استوجب على الدول أن تحيطها بحماية إدارية وذلك بإلزامية تسجيل الاختراع لدى الهيئة المختصة. والتساؤل المطروح هنا هو: هل يكفي صاحب براءة الاختراع بحماية حقوقه إداريا بتسجيلها أم يحق له أن يوسعها ويكملها بحماية قضائية؟

وكإجابة عن هذا التساؤل، سنت الدول في التشريعات المتعلقة بهذا الحق نصوصا قانونية تسمح لصاحبه باللجوء إلى المحكمة لحماية حقوقه ووقف أي اعتداء يثبت من الغير.

تحتل براءة الاختراع بحماية قضائية ثنائية وتبعاً لهذا نتناول هذه الدراسة في بحثين أساسيين:

- حماية براءة الاختراع بموجب دعوى مدنية من المنافسة غير المشروعة، وفق شروط قانونية. (المبحث الأول).

- حماية براءة الاختراع بالدعوى الجزائية من جنحة التقليد وفق الأحكام القانونية الخاصة بها. (المبحث الثاني).

المبحث الأول: حماية براءة الاختراع بالدعوى المدنية:

يتبع صاحب حق براءة الاختراع طرق الحماية القضائية بشرط أن يكون من ذوي الصفة، وهو المدعي، ويتمثل في صاحب البراءة أو خلفه⁽¹⁾، أو أصحاب الحق إذا جمعهم مصلحة واحدة، وذلك في حالة ما إذا كان ضحية اعتداء وقع على حقه، أو يوشك أن يقع، ويكون الادعاء ضد الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يصدر منه الخطأ، أو الشريك المساهم فيه وقد يكونوا متعددين، وهو المدعى عليه والذي يشترط فيه علمه بالفعل غير المشروع أو كان بإمكانه العلم به، ويرتب العمل غير المشروع المسؤولية بتعويض الضرر الذي يصيب الغير عن

(1) المادة 58 من الأمر 07/03 المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق ببراءة الاختراع.



طريق دعوى المنافسة غير المشروعة (المطلب الأول)، وذلك بعد توفر الشروط الواجبة لهذه الدعوى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم دعوى المنافسة غير المشروعة:

تعتبر المنافسة روح المعاملات التجارية ومقصد الحريات الاقتصادية، ومبدأ حرية المنافسة يخول لكل شخص صاحب براءة الاختراع الحق في استعمال كل الوسائل المناسبة لاستغلالها، ولا يخفى على أحد ما لهذه المنافسة من آثار على التجارة الداخلية والدولية، لأنها تقوم على الشرف والأخلاق والاستقامة، إلا أن المنافسة كعمل مشروع قد تتعدى حدودها لتتحول إلى عمل غير مشروع بلجوء البعض إلى أعمال تتنافى وأعراف التعامل التجاري والشرف المهني، لذا سعت الدول إلى تنظيم المنافسة بين المتعاملين الصناعيين، التجاريين والمستهلكين حماية لهم، والعمل غير المشروع يعد منافسة غير مشروعة (الفرع الأول)، والتي تتحقق وفقاً للمظاهر المحددة قانوناً (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف المنافسة غير المشروعة:

لم ينظم التشريع المتعلق بحماية براءة الاختراع المنافسة غير المشروعة بصراحة وإنما تم ذلك ضمناً، غير أن اتفاقية باريس التي صادقت عليها الجزائر عرفتها في المادة 3/10 منها بأنها: "تعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة كل منافسة تتعارض مع العادات الشريفة في الشؤون الصناعية أو التجارية...". كما عرفت بأنها التزاحم على الزبائن عن طريق استخدام وسائل منافية للقانون أو الدين أو العرف أو العادات أو الاستقامة أو الشرف المهني⁽¹⁾، ويعرفها أيضاً الفقه الفرنسي بأنها مجموعة من أعمال المنافسة المخالفة للقانون والعادات التجارية سواء قامت على خطأ عمدي أو لا، والتي من شأنها إحداث ضرر بالمنافس⁽²⁾.

ورغم هذه الآراء فإنه يعد من الصعب تعريف المنافسة غير المشروعة تعريفاً جامعاً مانعاً، بسبب تعدد طرقها والتغييرات التي تطرأ على الحياة الاقتصادية، ما يسمح بظهور طرق ووسائل جديدة لم تكن معروفة، إلا أنه يمكننا استنتاج أن المنافسة غير المشروعة هي: "كل فعل يقوم به المنافس ويكون منافياً للقانون، العادات والأعراف، الشرف، النزاهة والاستقامة التجارية، من شأنه أن يسبب ضرراً لمنافس آخر، كالمساس بالسمعة التجارية والتشكيك في

⁽¹⁾ شكري أحمد السباعي، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، ج 3، مكتبة المعارف، الرباط، 1986، ص 347.

⁽²⁾ Jacques AZEMA. le Droit de la concurrence. presse universitaire. France. 1^{ère} Ed. 1^{er} trimestre 1981. p 93.



جودة المنتج (لنزع الثقة وتضليل الجمهور)، وذلك باستعمال وسائل كخلق الالتباس، التشهير، استعمال غير مشروع للمعلومات أو طرق الالتزام بالسرية أو تحويل حملة إخبارية من أجل الخلط بين الأنشطة التجارية بهدف جلب عملاء ومستهلكي هذا الصانع أو التاجر المنافس"، ونلاحظ أن هذه التعاريف تتضمن في طياتها المظاهر التي يمكن أن تتخذها المنافسة غير المشروعة، والتي أوردتها اتفاقية باريس في المادة العاشرة ونذكر منها:

الفرع الثاني: مظاهر المنافسة غير المشروعة:

أولا- اللبس:

وهي كافة الأعمال التي من طبيعتها أن توجد بأي وسيلة كانت لبسا مع صاحب البراءة أو أحد المنافسين أو المنتجين أو نشاطه الصناعي أو التجاري وتعد أعمال المنافسة التي تؤدي إلى الالتباس هي الأكثر شيوعا ويلجأ إليها منافس للاستفادة من سمعة المستغل لبراءة الاختراع التي يتمتع بها لدى عملائه والمستهلكين بتضليلهم وإحداث خلط يوقع لبسا بين المنتجات المعتادين التعامل معها ومنتجاته التي يطرحها بغرض تحويلهم إليه، ويتم تقدير المنافسة غير المشروعة القائمة على إحداث لبس على معيار المستهلك العادي متوسط الحرص والانتباه، وتقدير وجود خطر الالتباس يعود إلى السلطة التقديرية لقاضي المحكمة⁽¹⁾، ولما كان اللبس محتملا فقد يقوم بالمقاربة والتشابه في نفس النشاط أو حالة ما إذا كان المنافس مستخدما سابقا عند صاحب البراءة، فيقوم بصناعة المنتج أو استعمال طريقة الصنع واستعمال المنتج الناتج مباشرة عن هذه الطريقة⁽²⁾.

ثانيا- الأعمال الطفيلية:

والتي تتمثل في استعمال سمعة الغير دون البحث بالضرورة إلى إحداث اللبس، فهو إذا فعل يقوم به الشخص لتحويل شهرة صاحب البراءة أو مستغلها، وتقوم الفكرة المؤدية للمساءلة على رغبة الغير في العيش متطفلا في محيط فاعل اقتصادي عن طريق الاستفادة من الجهود التي بذلها الغير ومن تحويل السمعة التي اكتسبها أو منتجاته أو استثماراته أو المصاريف التي بذلها من أجل التطوير، ويتحقق ذلك حين يقوم بصناعة نفس المنتج أو بإتباع نفس الطريقة بالاستعمال أو البيع أو العرض للبيع أو الاستيراد دون رضا أو علم مالك الحقوق الاستثنائية

⁽¹⁾ قرار المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 05/02/2002، المجلة القضائية، العدد الأول، 2003 ص265 - 268.

⁽²⁾ المادة 11 من الأمر 07/03 المرجع السابق.



لبراءة الاختراع، وتعتبر الممارسة الطفيلية صيغة من صيغ المسؤولية المدنية مثلها مثل الأساس الذي تنبني عليه نظرية المنافسة غير المشروعة.

المطلب الثاني: شروط دعوى المنافسة غير المشروعة:

لا يستقيم أمر التطرق إلى شروط دعوى المنافسة غير المشروعة دون تحديد الأساس القانوني لها.

لقد اعتمد المشرع الجزائري أساسا تقام عليه دعوى المنافسة غير المشروعة، بمسائلة مرتكبها وتعويض الضرر، وهو قواعد المسؤولية التقصيرية استنادا إلى المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، غير أن الفقه يرى أن دعوى المنافسة غير المشروعة تختلف عن دعوى المسؤولية التقصيرية، لأن الأولى لا يقتصر دورها على إصلاح الضرر كما في الدعوى الثانية بل تتعدى ذلك إلى كونها وقائية للمستقبل، فهي تؤكد حق الشخص على براءة الاختراع وحمايتها من أي اعتداء، بالإضافة إلى أن الأمر أصبح لا يستقيم، مع الاعتراف للتاجر بحق البراءة، لأن هذه الملكية المعنوية تتطلب حماية حقوقها بدعوى خاصة⁽¹⁾.

وقد تؤسس دعوى المنافسة غير المشروعة على نظرية التعسف في استعمال الحق⁽²⁾، لأن القيام بها يلخص جميع مظاهر التعسف، فالفعل يعد تعسفا في استعمال الحق إذا تم وكان الغرض منه الإضرار بالغير والحصول على فائدة قليلة مقارنة بالضرر الذي يصيب الغير بالإضافة إلى سعي صاحبه من ورائه إلى فائدة غير مشروعة⁽³⁾.

وعليه فمبدئيا يستلزم قيام فعل المنافسة غير المشروعة، أن يكون النشاط الذي يمارسه الأطراف متماثلا أو متشابهها حتى يمكن القول بأن الجمهور قد انصرف به الذهن إلى أن المنتوجات مصدرها نفس الشخص، مما يسمح باستخلاص الخطأ والضرر، وتستلزم دعوى المنافسة غير المشروعة توفر شروط المسؤولية المدنية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية.

(1) ثروت عبد الرحيم، الملكية التجارية والصناعية في الأنظمة السعودية، شؤون الناشر للمكتبات، جامعة الملك سعود، 987 ص 181.

(2) محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 265.

(3) المادة 41 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975، المعدل والمتمم بالأمر 10/05 المؤرخ في 20/06/2005،

المتضمن القانون المدني الجزائري.

الفرع الأول: شرط الخطأ:

هو شرط يستوجب توافره لأنه في حالة غيابه لا يمكن إقامة دعوى المنافسة غير المشروعة، ويستلزم لقيامه وجود عنصر المنافسة إلى جانب عدم مشروعيتها، ويعرف الخطأ بأنه "كل عمل أو التزام قانوني يقوم به الإنسان وهو مدرك تمام الإدراك أنه يضر الغير"⁽¹⁾، وعليه فأساس الخطأ هو الإخلال بواجب عام يلتزم به الكافة⁽²⁾، ويتمثل في إتباع أساليب وطرق لا تتناسب مع العادات الصناعية والتجارية، وهذا ما يؤدي بنا إلى القول بأن الخطأ يقوم على عنصر موضوعي وهو إخلال المخطئ، مدركا أنه بعمله هذا قد أخل بالواجب القانوني، وعنصر شخصي وهو ضرورة توافر التمييز لدى المخل بهذا الواجب، ما يستوجب مسؤوليته⁽³⁾.

ومنه فالخطأ في هذه الحالة يعتبر عمديا ويعلم به فاعله، غير أنه لا يشترط فيه سوء نية المنافس الغير لأنه من قام بهذه الأعمال يعتبر منافسا غير مشروع، حتى لو لم يقصد الإضرار بصاحب الحق، لأنه يفترض في الشخص الذي ارتكب الخطأ أنه قام بتقليد اختراع لا لأغراض الاستعمال الشخصي في المختبرات وإنما بنية البيع وجذب الزبائن ومتعاملي صاحب براءة الاختراع، أو الإعلان بأن صاحب البضاعة المماثلة هو صاحب هذه البضاعة، أو إعطاء بيانات تتضمن مميزات معينة والحقيقة غير ذلك⁽⁴⁾، هذا ما يترتب عنه تضليله الجمهور لمنافسة صاحب براءة الاختراع، وعليه فكل هذه الأعمال تحدث لبسا بين المنتجات الصناعية، فيقع الخطأ الذي يوجب المساءلة.

الفرع الثاني: شرط الضرر:

لا يكفي في دعوى المنافسة غير المشروعة حدوث خطأ وإنما يجب أن يترتب عنه ضررا يلحق الشخص صاحب براءة الاختراع، ولا يشترط فيه أن يكون جسيما وإنما يعتبر الضرر قائما ولو كان بسيطا، إلى جانب أنه لا يجب أن يكون أكيدا، فيكفي أن يكون احتماليا، خاصة وأن حق الاتصال بالعملاء ليس ثابتا وأكيدا، وإنما هو حق متحرك مفاده هو استمرار التعامل دون وجود عنصر الإلزام، لذلك لا تشترط المحاكم إثبات وقوعه الأكيد

(1) خليل أحمد حسن قعادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص 242.

(2) سمير جميل حسين الفتلاوي، الملكية الصناعية وفق القوانين الجزائرية، سلسلة القانون والمجتمع، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984، ص 433.

(3) صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، براءة الاختراع، الرسوم والنماذج، العلامات التجارية، 2000، ص 379.

(4) Cas. Paris. 8/10/92. D. 1994. p 203.



بل تكفي باحتمال وقوعه، والضرر قسمان، ضرر مادي يتمثل في ابتعاد العملاء والمستهلكين، ومعنوي يتمثل في انتقاص وفقد الشهرة والسمعة التجارية، كما يجب أن يكون الضرر مباشراً سواء كان متوقفاً أو غير متوقع، والضرر المباشر هو خسارة الشخص المتضرر وما فاتها من كسب⁽¹⁾، هذا ما يجعل تقدير الضرر عملية صعبة تدفع بالمحكمة إلى تقديره جزافاً أو بواسطة خبرة، إلا أن وجود الخسارة في حالة المنافسة غير المشروعة لا يفترض بالضرورة أنه ضرر سببته هذه المنافسة⁽²⁾، وعليه فإذا كانت دعوى المنافسة غير المشروعة غالباً ما تعمل على إصلاح الضرر الذي أصاب صاحب الحق الضحية فهي بذلك تصلح أيضاً الخسارة التي تولد ضرراً له بسبب اضطراب السوق مثلاً.

أما إثبات الضرر فإذا كان إثباته في القواعد العامة يكون بكافة وسائل الإثبات، فإن في مجال براءة الاختراع يتم إثبات الضرر الناتج عن الاعتداء طبقاً للقواعد العامة.

ومنه فطبيعة الضرر تتحدد في فقدان العملاء والأرباح، وخسارة العقود، ما يترجم بهبوط في رقم الأعمال، ضياع فرصة تطوير، وقد يصل إلى فقد التاجر أو المؤسسة لقيمتها.

الفرع الثالث: شرط العلاقة السببية بين الخطأ والضرر:

لا يكون للضرر أثر إلا إذا كان الخطأ بذاته هو السبب في هذا الضرر، بحيث تقضى القواعد العامة بضرورة وجود علاقة سببية بين الخطأ الواقع والضرر المترتب عنه لقيام المسؤولية عن العمل غير المشروع أساس دعوى المنافسة غير المشروعة، ويقع عبء إثبات هذه العلاقة على الشخص المتضرر، غير أنه إذا أثبت المدعى عليه وجود قوة قاهرة أو فعل الغير سبب الضرر تزول في هذه الحالة العلاقة السببية⁽³⁾، إلا أنه إذا تأكدت المحكمة بأن الضرر هو نتيجة للخطأ فتقر بالمنافسة غير المشروعة وتقضى لصالح المدعى المتضرر بالتعويض عن الأضرار مع وقف الاستمرار في الأعمال غير المشروعة⁽⁴⁾، وهي الآثار المترتبة عن دعوى المنافسة غير المشروعة، ويأتي التعويض نتيجة تحقق الضرر لأنه في بعض الأحيان لا يكون الضرر قد تحقق بصفة نهائية كما هو الحال في الضرر الاحتمالي، ولا يعد من الإنصاف تعويض الشخص عن ضرر لم يتحقق بعد، وفي مثل هذه الحالة تكفي المحكمة بوقف

(1) محمد حسنين، المرجع السابق، ص 269.

(2) Olivier. REISCH. Concurrence déloyale et parasitisme. In encyclopédie juridique des biens informatiques. 29/06/2004.

(3) المادة 127 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

2 المادة 58 من الأمر 07/03، المرجع السابق.



الأعمال غير المشروعة التي تهدد بوقوع الضرر، أما إذا تقرر منح التعويض فيجب أن يكون مساويا للضرر، ويرجع تقدير ذلك لسلطة القاضي مع إمكانية استعانتة بالخبرة، ويكون التعويض عن الضرر المادي على أساس نص المادة 124 من ق. م. ج.

والتعويض عن الضرر المعنوي يكون بمبلغ مالى تقدره المحكمة إضافة إلى نشر الحكم على نفقة المحكوم عليه بغرض رد اعتبار الشخص المتضرر⁽¹⁾ صاحب الاختراع، ويمكن تقدير قيمة التعويض بتقدير الفوائد التى جناها المنافس غير المشروع بنقله عن صاحب الحق مع جميع الامتيازات وكل الأرباح التى جناها جراء قيامه بهذا الفعل⁽²⁾.

وفي حالة إفشاء معلومات سرية، يمنح تعويضا شاملا للأرباح التى كان بإمكان الشخص صاحب الحق تحقيقها لولا فعل الاعتداء⁽³⁾.

التعويض عن الضرر ليس دائما هو العقاب الأوحى الممكن لدى الشخص المتضرر من المنافسة غير المشروعة الكثير من الضحايا يبحثون عن إعطاء سعة أو فسحة وسيطة لأعمالهم هذا ما يجعلهم يسعون غالبا لما يفوق ذلك، فبالإضافة إلى التعويض يأمر القاضي:

أولا- بوقف الأعمال غير المشروعة ومنع مواصلتها، وهو الجزاء الطبيعى للمنافسة غير المشروعة، والمنطق يفترض أن تحكم المحكمة بإزالة العمل غير المشروع باتخاذها الإجراءات اللازمة لمنع استمرار الوضع غير القانونى ويكون عن طريق حجز أو مصادرة المنتوجات، الأدوات، المواد والأجهزة التى تمت بها المنافسة غير المشروعة، ولها أيضا أن تأمر بإتلاف الاختراعات المقلدة.

ثانيا- الأمر بإجراءات نشر الحكم في النشرات المختصة، ليتمكن الجمهور من الاطلاع على التصرفات غير المشروعة لبعض الأشخاص، وتمكينه من اختيار متوجه المفضل، أما في حالة غياب مثل هذا الإجراء، لا شئ يمنع المتضرر من القيام بنشر الحكم على نفقته الخاصة فالنتيجة واحدة⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ استئناف مختلط 19 مايو 1926 رقم 275 ص 419 السنة السابعة، المحاماة 7 - 419، (الجدول العشري الأول لمجلة المحاماة 1920 - 1930 - نقابة المحامين الأهليين - مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة - ص 304).

⁽²⁾ Cas. Paris. 10 juillet 1986. JCP. Éd. G 1986. II. 20712. note E. Agostini.

⁽³⁾ www.unidroit.org

⁽⁴⁾ P. ROUBIER. Le Droit de la propriété industrielle. Sirey. Paris. 1952. T1. N° 120. p. 546



ويعود الاختصاص القضائي في قضايا المنافسة غير المشروعة إلى القاضى التجارى إذا كان للأطراف المتنافسة صفة التاجر، أما في حالة الأعمال المختلطة فيكون لهم الخيار بين اللجوء للقضاء التجارى أو المدنى.

هذا فيما يخص دعوى المنافسة غير المشروعة، غير أنه إلى جانب الحماية المدنية تحمى براءة الاختراع من التقليد بموجب دعوى جزائية.

المبحث الثاني: حماية براءة الاختراع بالدعوى الجزائية:

تحقق براءة الاختراع مزايا لأصحابها وذلك بامتلاكها واحتكار استغلالها، والتصرف فيها بشتى الوسائل القانونية، ما يمكنهم من جني الأرباح الطائلة من وراء ذلك، ونظرا لهذا الدور فإنها تتعرض كباقي الحقوق إلى الاعتداءات من طرف الغير عن طريق التقليد، طمعا من هذا الأخير في تحقيق أرباح على حساب أصحابها الأصليين، لذلك عمد التشريع الجزائي على غرار التشريعات الأخرى إلى حماية هذا الحق ومالكه

- شخصا طبيعيا كان أو معنويا - حماية جزائية من هذه الاعتداءات، حيث سطر عقوبات لكل من ارتكب جريمة تعد بحكم القانون تقليدا، بشرط أن تقوم أركانها صحيحة (المطلب الأول)، عندئذ يجوز لصاحب الحق المتضرر أن يرفع دعوى التقليد أمام المحكمة المختصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أركان جنحة التقليد:

طبقا لأحكام القانون العام تقوم جنحة تقليد براءة الاختراع بتوافر الركن الشرعي (الفرع الأول)، الركن المادي (الفرع الثاني)، الركن المعنوي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الركن الشرعي:

لا يمكن اعتبار عمليات استغلال البراءة تقليدا، إلا إذا كانت غير مشروعة، ويكتسى الفعل هذه الصفة عندما يتطابق مع نص التجريم باستيفائه جميع الصور التي تجعل نص التجريم واجب التطبيق عليه.

وأصل الركن الشرعي نجده في القاعدة القانونية لقانون العقوبات في مادته الأولى التي تنص: " لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"⁽¹⁾، وعليه فإن الركن الشرعي يقر أنه لا

⁽¹⁾ الأمر 156/66 المؤرخ في 08/06/1966، والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم مؤخرا بالقانون 01/09



يمكن معاقبة الشخص إلا بوجود نص قانوني يجرم الفعل الذي قام به، وبالرجوع إلى التشريع المتعلق ببراءة الاختراع نجد أن المشرع قد جرم الأفعال الماسة بالحق الإستثنائي لهذه البراءة، طبقا لنص المادة 61 من الأمر 07/03: "يعد كل عمل متعمد يرتكب حسب مفهوم المادة 56 أعلاه جنحة تقليد....."، ولكي يقوم الركن الشرعي يجب أن تكون براءة الاختراع التي وقع عليها الاعتداء بالتقليد صحيحة، وأن لا يخضع الفعل المسبب للتقليد لسبب من أسباب الإباحة، لأنه في حالة وجود أعمال مبررة تستبعد جنحة التقليد، كقيام الشريك في ملكية البراءة مثلا بإنجاز الاختراع⁽¹⁾، أو من قام بحسن نية بصناعة منتوج أو استعمال طريقة الصنع موضوع الاختراع المحمي بالبراءة، والقيام بتحضيرات لمباشرة الصنع أو الاستعمال وقت تقديم طلب البراءة أو عند تاريخ المطالبة بالأولية، بحيث يسمح له بمواصلة نشاطه رغم وجود البراءة ولا يعتبر هذا الفعل تقليدا⁽²⁾.

الفرع ثاني: الركن المادي:

يتمثل الركن المادي في الأفعال المادية التي تتطابق مع نص التجريم، وعليه فلا جريمة دون ركن مادي، ويتجسد هذا الركن في فعل تقليد المنتوج موضوع البراءة وتحقيقه ماديا، ولا يشترط الاستعمال لأن التشريع يعاقب عملية الصنع بغض النظر عن عملية الاستعمال⁽³⁾، والقيام بإخفاء الشيء المقلد أو عرضه للبيع أو إدخاله إلى التراب الوطني، وكذا الفعل الذي يقوم فيه المقلد باستعمال طريقة الصنع موضوع البراءة، وعليه فالركن المادي يتحقق بارتكاب الفعل المعاقب عليه، ولا يشترط لقيام الفعل المادي تحقق الربح بل الشخص أو الطرف الذي لحقه الضرر جراء هذه الأفعال يعد مشمولاً بالتقليد أي تم تقليد اختراعه.

الفرع ثالث: الركن المعنوي:

يتمثل الركن المعنوي في القصد الجنائي أو سوء نية المقلد، وهو ركن يشترط طبقا للقواعد العامة في الجريمة، وعلى خلاف هذه القواعد العامة فإن التشريع المتعلق ببراءة الاختراع يفترض أن يكون العمل الذي ارتكبه الغير وسبب ضررا بالحقوق الاستثنائية لصاحب براءة الاختراع قد تم عن قصد، بمعنى أنه عملا متعمدا⁽⁴⁾، بغض النظر عن سوء أو حسن نية المقلد، فالركن المعنوي

⁽¹⁾ المادة 2/10 من الأمر 07/03، المرجع السابق.

⁽²⁾ المادة 1/14، نفس المرجع.

⁽³⁾ فرحة زراوي، "الكامل في القانون التجاري الجزائري"، "الحقوق الفكرية"، مطبعة ابن خلدون، 2006، ص 170.

⁽⁴⁾ المادة 1/61، من الأمر 07/03، المرجع السابق.



إذا ليس ضروريا إثباته لقيام جنحة تقليد براءة الاختراع، بمعنى أن مالك هذه الأخيرة غير ملزم بإثبات سوء نية المقلد، وعليه فإن سوء نية المقلد غير مرتبطة بجريمة التقليد، فبوجود الركن الشرعي وقيام الركن المادي في جنحة التقليد لا جدوى من إثبات الركن المعنوي، لأن الجريمة قائمة بمجرد قيام فعل الاعتداء (الركن المادي).

بمجرد توافر أركان الجريمة تقوم جنحة التقليد ويحق للمتضرر حماية حقوقه من الاعتداء باللجوء إلى مباشرة دعوى التقليد.

المطلب الثاني: دعوى التقليد:

لا يمكن لصاحب حقوق الملكية الصناعية مباشرة الدعوى الجزائية لدفع الاعتداء على حقه في البراءة، إلا وفقا لأحكام محددة قانونا (الفرع الأول) والاستفادة من العقوبات الجزائية الرادعة المقررة للحماية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أحكام دعوى التقليد:

لا يجوز في ظل التشريع الجزائري المتعلق ببراءة الاختراع رفع دعوى التقليد إلا من طرف مالك حقوق البراءة أو خلفه⁽¹⁾.

أولا- إجراءات الدعوى:

وترفع دعوى التقليد ضد الاعتداء الذي وقع على البراءة الصحيحة أي التي تم إيداعها لدى المعهد الوطني للملكية الصناعية وحصل صاحبها على سند يمنحه حقوقا شرعية، وقد أتم في شأنها إجراءات النشر، لإعلام الغير بوجودها بصفة منتظمة، لأن الأعمال السابقة لنشر التسجيل لا تعد اعتداء على الحق⁽²⁾، باستثناء الأعمال الواقعة بعد تبليغ الشخص المعترف مقلدا، ويتم التبليغ بتوجيه نسخة رسمية من الوصف التفصيلي للاختراع الذي قدم عند طلب البراءة.

وتكون دعوى التقليد أمام الجهة القضائية المختصة وعملا بالقواعد العامة فإن الجهة المختصة هي المحكمة الجزائية أي الفرع الجزائي على مستوى المحكمة، الفاصل في جرائم الجنح والمخالفات بما فيها الجرائم الواقعة على الحق في براءة الاختراع، وفيما يخص الاختصاص الإقليمي وطبقا للأحكام العامة تختص محكمة مكان ارتكاب الجريمة، وعليه تختص إقليميا بالنظر في جنحة التقليد محكمة محل الجريمة أو محل إقامة أحد المتهمين أو شركائهم أو محل

⁽¹⁾ المادة 1/58 من الأمر 03-07، المرجع السابق.

⁽²⁾ المادة 57، نفس المرجع.



القبض عليهم، حتى ولو كان هذا القبض قد تم لسبب آخر، ويجب في هذا المجال الأخذ بمعنى التقليد الوارد في المادة 56 والتي تحيل إلى المادة 11 من الامر 07/03،

- ففي حالة ما إذا وقع الاستعمال أو الاستغلال أو البيع فيكون الاختصاص في هذه الحالة للمحكمة التي يدخل في اختصاصها مكان وقوع هذه الأفعال.

- إذا وجدت الأشياء المقلدة في مسكن الجاني أو مخزنة، أو تم استعمالها في محل الإقامة، فالمحكمة المختصة هي التي يقع في دائرتها إقامة الجاني⁽¹⁾.

- في حالة نقل أشياء مقلدة إلى مكان آخر لبيعها، وتم القبض على الجاني قبل البيع، فتختص محكمة مكان القبض، وقد يتم القبض على الجاني لسبب من الأسباب في قضية أخرى وتبين من خلال المحاكمة قيامه بجريمة التقليد، فتفصل في جنحة التقليد المحكمة الفاصلة في الدعوى الأصلية.

وللإشارة فإن دعوى التقليد يجوز رفعها ضد الجاني مفردا كان أو جماعة، ويجب رفعها في المدة المقررة قانونا لأن دعوى التقليد تتقدم طبقا للقواعد العامة بمرور 03(ثلاث) سنوات⁽²⁾.

ثانيا _ الإجراءات التحفظية:

نظرا لأهمية حق براءة الاختراع وما تحققه من فوائد مادية فإن الاعتداء عليها بالتقليد جريمة خطيرة، ونظرا للأضرار التي قد تلحق مالك هذا الحق، فقد أجاز المشرع الجزائري لصاحبها اتخاذ إجراءات تحفظية لتدعيم دعوى التقليد وحفظ حقوقه والحصول على الأدلة اللازمة لإثبات التقليد والاعتداء على حقه في الاستثثار ببراءة الاختراع واستغلالها كقيامه بالحجز لإثبات التقليد، غير أنه في هذا المجال لم تنص الأحكام التشريعية والتنظيمية الخاصة ببراءة الاختراع على هذا الإجراء رغم أهميته، خاصة وإذا علمنا أن التشريع السابق نص على هذه التدابير التحفظية⁽³⁾، وعليه يعد ضروريا الإجازة لمالك البراءة المعتدى عليها سيما إذا كانت مؤسسة، القيام بالإجراءات التحفظية.

⁽¹⁾ المادة 329 من الأمر 08/01 بتاريخ 26/06/2001، المعدل والمتمم للأمر 155/66 بتاريخ 08/06/1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

⁽²⁾ المادة 08، نفس المرجع.

⁽³⁾ المواد 66، 65، 64، من الأمر 54/66، المتعلق بشهادات المخترعين وإجازات الاختراع، بتاريخ 03 مارس 1966.



الفرع الثاني: الجزاءات المقررة لجنحة تقليد براءة الاختراع:

حدد التشريع المتعلق ببراءة الاختراع صراحة العقوبات التي توقعها المحكمة المختصة على من قام بجنحة التقليد، وتكون عقوبات أصلية وتدابير تكميلية.

أولاً-العقوبات الأصلية:

لقد كيّف المشرع الجزائي هذه الجريمة على أنها جنحة ومنه يتحدد جزاؤها بعقوبات الحبس والغرامة وهو ما جاء في المادة 61|2 من الأمر 07/03 المتعلق ببراءة الاختراع والتي تنص: " يعاقب على جنحة التقليد بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين وبغرامة من مليونين وخمسمائة ألف دينار (2.500.000 دج) إلى عشرة ملايين دينار (10.000.000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط. "

وقد نص هذا الأمر على تسليط نفس العقوبة على الشخص الذي يتعمد إخفاء شيء مقلد أو إخفاء عدة أشياء مقلدة أو يبيعهها أو يعرضها للبيع أو يدخلها إلى التراب الوطني⁽¹⁾، فمن يقوم بهذه الأعمال له نفس عقوبة المقلد الأصلي.

ثانياً-التدابير الوقائية أو(العقوبات التكميلية):

إلى جانب العقوبات الأصلية يجوز للمحكمة:

- اتخاذ بعض التدابير لمنع المقلد من مواصلة استغلال الاختراع محل النزاع، باللجوء إلى التهديدات المالية⁽²⁾، والتي يلزم بها المقلد الذي يرفض تنفيذ الحكم القضائي وإجباره على التنفيذ، والتهديدات المالية هي عقوبات مالية، توقع على المقلد الذي يرفض تنفيذ قرار القاضي ويلزم بدفعها كلما ارتكب فعل تقليد جديد، وتجدر الإشارة إلى أن هذه العقوبات في جوهرها تختلف عن التعويضات.

خاتمة:

نخلص من خلال دراستنا لهذا الموضوع إلى أن، توافر الشروط المسبقة لبراءة الاختراع يضي عليها الصحة والتسجيل يمنحها الحماية الإدارية التي تسمح بالاستغلالها، إلا أنه رغم الحماية الإدارية التي يتمتع بها صاحب الحق بالتسجيل، إلا أنه قد تتعرض حقوقه للاعتداء

⁽¹⁾ المادة 62، من الأمر 07/03، المرجع السابق.

⁽²⁾ فرحة زراوي، المرجع السابق، 2006، ص182.



من طرف الغير طمعا في الاستفادة من المداخل المادية، هذا ما يسمح لصاحبها باللجوء إلى الحماية القضائية، مدنية كانت أو جزائية وذلك بموجب رفع دعوى المنافسة غير المشروعة أو بواسطة دعوى التقليد.

إن فعالية الحماية القانونية والقضائية موقوفة على نوعية العقوبة المطبقة على المقلد وصرامتها وطلبها الردعي حتى يحترم الغير ممتلكات صاحب حق براءة الاختراع، ففي حالة عدم توفر أركان جنحة التقليد، أو أن البراءة نفسها باطلة، يرفض ادعاء صاحبها ويحكم عليه بدفع تعويضات إلى المدعى عليه، إذا كان الادعاء تعسفيا، أما إذا ثبت صحة الادعاء بالتقليد تمنح التعويضات عن الضرر، بالإضافة إلى حماية صاحب الحق مستقبلا من العود إلى اقتراح الجنحة، وبما أن التشريع الحالي المتعلق ببراءة الاختراع لم يشير إلى حالة العود، رغم أنه نص عليها في المرسوم التشريعي 93 / 17 المادة 36 منه، فإن الحكم يكون بالرجوع إلى القواعد العامة، والتي تقضي بأنه في حالة العود تشدد دائما العقوبة عن العقوبة السابقة.

إلا أنه يبقى التساؤل مطروحا حول ما إذا كانت الحماية المدنية والعقوبات الجزائية أصلية أو تحفظية المقررة في القانون الجزائري الحالي كفيلة وقادرة على حماية صاحب حق براءة الاختراع المحمي إداريا؟

المراجع قائمة:

المراجع باللغة العربية:

- الكتب:

- 1- ثروت عبد الرحيم، الملكية التجارية والصناعية في الأنظمة السعودية، شؤون الناشر للمكتبات، جامعة الملك سعود، 1987.
- 2- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
- 3- سمير جميل حسين الفتلاوي، "الملكية الصناعية وفق القوانين الجزائرية"، سلسلة القانون والمجتمع، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984.
- 4 - شكري أحمد السباعي، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، ج 3، مكتبة المعارف، الرباط، 1986.



- 5- صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، براءة الاختراع، الرسوم والنماذج، العلامات التجارية، ط2000.
- 6- فرحة زراوي، "الكامل في القانون التجاري الجزائري"، "الحقوق الفكرية"، مطبعة ابن خلدون، 2006.
- 7- محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.

- النصوص القانونية:

- 1- الأمر 54/66، المتعلق بشهادات المخترعين وإجازات الاختراع، بتاريخ 03 مارس 1966.
- 2- الأمر 155/66 بتاريخ 1966/06/08، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية. المعدل والمتمم بالأمر 08/01 بتاريخ 2001/06/26.
- 3- الأمر 156/66 المؤرخ في 1966/06/08، والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم مؤخرا بالقانون 01/09 المؤرخ في 2009/02/25.
- 4- الأمر 07/03، المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق ببراءة الاختراع.
- 5- الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، المعدل والمتمم بالأمر 10/05 المؤرخ في 2005/06/20، المتضمن القانون المدني الجزائري.
- 6- المجلة القضائية الجزائرية، العدد الأول، 2003.
- 7- الجدول العشري الأول لمجلة المحاماة 1920 - 1930 (نقابة المحامين الأهليين) مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة.

المراجع باللغة الأجنبية:

- 1- Olivier. REISCH. Concurrence déloyale et parasitisme. In encyclopédie juridique des biens informatique. 29/06/2004.
- 2 - P. ROUBIER. Le Droit de la propriété industrielle. Sirey. Paris. 1952. T1. N° 120.
- 3-Jacques AZEMA. le Droit de la concurrence. presse universitaire. France. 1^{ère} Ed. 1^{er} trimestre 1981.
- 4 - DALLOZ. 1994.
- JCP. Éd. G 1986. II. 20712. note E. Agostini.

⁵ - www.unidroit.org

ضمانات أصل البراءة أمام المحكمة الجنائية الدولية

محمد /أ/ غلاي محمد
دكتوراه في القانون الخاص
أستاذ مساعد بكلية الحقوق جامعة تلمسان

مقدمة:

تشكل معاهدة روما المؤسسة للمحكمة الجنائية الدولية تطورا غير مسبوق في نظام العدالة الدولية الجنائية⁽¹⁾، فهي جهاز قضائي دولي دائم تنظر في الجرائم التي تشكل خطورة على الجنس البشري، سواء كان مرتكبها مسؤولين ذوي حصانات أم أفرادا عاديين⁽²⁾.

تتمتع هذه المحكمة بالشخصية القانونية الدولية، وهي مستقلة عن منظمة الأمم المتحدة، مقرها لاهاي بهولندا⁽³⁾، تعتبر سلطتها مكملة للمحاكم الوطنية.

ولقد أثارَت مسألة حقوق الأشخاص المتهمين أمام المحكمة الجنائية الدولية كثيرا من المناقشات، وكذلك من قبل أمام المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا⁽⁴⁾، ورواندا⁽⁵⁾.

ولا شك أنه من أهم حقوق المتهم أمام المحكمة هو ضمان أصل البراءة حتى تثبت إدانته قانونا، وذلك من خلال حماية حرية الفرد والشخص محل التحقيق أو المحاكمة من الإجراءات التي تتخذ ضده، وإرساء قواعد المحاكمة العادلة من أجل كشف الحقيقة. وبالرجوع إلى النظام الأساسي للمحكمة فقد نصت كل من المواد 55 و66، و67 على مجموعة من الحقوق المهمة التي تنطبق على الشخص أثناء التحقيق والمحاكمة تمثل بحق

⁽¹⁾ تم افتتاح مؤتمر المفوضين الدبلوماسيين لإقرار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في مقر منظمة الأغذية والزراعة في روما في 15 يوليو 1998 بمشاركة أكثر من 160 ممثل دولة، 17 منظمة حكومية و238 منظمة غير حكومية/ نقلا عن أحمد أبو الخير عطية، المحكمة الجنائية الدولية دار النهضة العربية القاهرة 1999، ص 15.

⁽²⁾ التحالف العربي من أجل إنشاء محكمة جنائية دولية الموقع www.acicc.org

⁽³⁾ المواد من 1 إلى 04 من النظام الأساسي للمحكمة.

⁽⁴⁾ علي عبد القادر القهوجي أهم الجرائم الدولية، المحاكم الدولية الجنائية منشورات الحلبي الحقوقية 2001، ص 285.

⁽⁵⁾ كوسة فوضيل المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2003، 2004، ص 39.



مصدرا من مصادر الحماية القانونية لأصل البراءة فما هي هذه الضمانات؟ هذا ما سيتم دراسته في هذه الورقة البحثية من خلال مطلبين أساسيين:

المطلب الأول: ضمانات أصل البراءة أثناء التحقيق.

المطلب الثاني: ضمانات أصل البراءة أثناء المحاكمة.

المطلب الأول: ضمانات أصل البراءة أثناء التحقيق (المادة 55 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة):

نصت المادة 55 من النظام الأساسي للمحكمة على عدد من الحقوق المهمة، والمنصوص عليها في الأنظمة القضائية المتطورة وأدوات حقوق الإنسان الأوروبية والدولية⁽¹⁾.

وهي تنطبق على أي شخص خلال التحقيق معه، والتي ينبغي بالضرورة أن يحترمها المدعي العام للمحكمة والدائرة التمهيدية وغيرهم من المسؤولين ممن يساعدون المحكمة في التحقيق⁽²⁾، باعتبار أن هذه الحقوق تشكل مصدرا من مصادر الحماية القانونية لأصل البراءة.

وبالرجوع إلى نص المادة 55 من النظام الأساسي للمحكمة فإنها تحتوي على فقرتين، كل فقرة تكسّر مجموعة من الضمانات التي تكفل حماية أصل البراءة، على هذا الأساس يتم دراسة هذه الضمانات من خلال فرعين أساسيين.

الفرع الأول: الضمانات المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 55:

أولا: ألا يجبر الشخص على تجريم نفسه أو الاعتراف بأنه مذنب:

فلا يجوز إكراه أي شخص يتهم بارتكاب فعل جنائي بأن يشهد ضد نفسه أو يقر بذنبه، ويتفق هذا الحظر مع مبدأ افتراض البراءة الذي يلقي عبء الإثبات على عاتق الادعاء.

وهذا المبدأ يتماشى مع مدلول المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان رغم أنها لم تنص عليه صراحة، وبالتالي لا يجوز لسلطة الاتهام أن تستند إلى دلائل تم الحصول عليها ضد إرادة المتهم⁽³⁾.

⁽¹⁾ قيذا نجيب حمد المحكمة الجنائية الدولية منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2006، ص 192.

⁽²⁾ منظمة العفو الدولية، المحكمة الجنائية الدولية، قائمة تذكيرية للتنفيذ الفعال عبر الموقع www.ara.amnesty.org،

وأنظر كذلك William BOURDON Emmanuelle DUVERGER. la cour pénale internationale. éd du Seuil, 2000, p173 ets.

⁽³⁾ انظر كل من:

- دليل المحاكمات العادلة، منظمة العفو الدولية عبر الموقع الإلكتروني www.ara.amnesty.org.
- Jacques Buisson « la garde à Vue dans la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes », RSC 2001, n°1 janvier – mars 2001, p 37.



كما أنه لا يسمح بأن يجبر الشخص على تجريم نفسه أو اتهام ذاته أو الشهادة ضد نفسه⁽¹⁾.

ثانياً: ألا يخضع لأي شكل من أشكال القسر أو الإكراه أو التهديد أو سوء المعاملة:

يعني أن يعامل الشخص أثناء التحقيق معاملة إنسانية ومحترمة بحكم أنه شخص ينتمي إلى الأسرة الإنسانية.

وإذاً يتعرض للتعذيب أو سوء المعاملة وهو حق متأصل في مبدأ افتراض البراءة، فإذا كان هذا المتهم محتجزاً مثلاً فلا بد أن يوفر له الطعام، الرعاية الصحية الفراش والملابس⁽²⁾.

ثالثاً: أن يحصل الشخص على مساعدة مجانية من مترجم شفوي كفاء والترجمة التحريرية اللازمة:

لكل متهم بارتكاب فعل جنائي الحق في أن يحصل على مساعدة من مترجم شفوي دون مقابل إذا لم يكن يفهم أو يتكلم اللغة المستخدمة في المحكمة⁽³⁾. ولكي يكون هذا الحق مجدياً، فيجب على المترجم الشفهي أن يتمتع بالكفاءة ويتحلى بالدقة، كما يجب على المتهم أو محاميه أن يطلب الاستعانة بمترجم شفوي.

ويتولى المترجم إعداد نسخ محررة من الوثائق باللغة ذات الصلة وتوفير تسهيلات كافية للمتهم، لكي يعدّ دفاعه وحتى يتحقق مبدأ تكافؤ الفرص بين الإدعاء والدفاع تجسيدا لمبدأ المحاكمة العادلة، وهو ما يعرف بمبدأ المساواة بين حقوق الأطراف، أو المساواة في الأسلحة بين أطراف الخصومة في القانون الجنائي⁽⁴⁾، وهو من المبادئ التي أكدت عليها مختلف الصكوك الدولية⁽⁵⁾، وأي خرق لهذا الحق يعد انتهاكاً وهدماً لأصل البراءة.

⁽¹⁾ Cherif BASSIOUNI: Note explicative sur le statu de la cour pénale internationale », R. internationale de droit pénal, Vol 71, 2000, p25.

⁽²⁾ المادة 7 و10 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966، وللتنصيص أكثر، انظر، دلائل المحاكمات العادلة المرجع السابق.

⁽³⁾ وهو نفس التعبير الذي استعمل في المادة 4/21 (و) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا سابقاً، والمادة 4/20 (9) من نظام المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، والمادة 03/14 (و) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966.

⁽⁴⁾ Mireille Delmas, Marty: le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, R. S. D, janvier, mars Dalloz, 2001, p 9 et S, Chérif BASSIOUNI, op cite, p25.

⁽⁵⁾ المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة 1/14 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.



رابعا: ألا يخضع الشخص للقبض أو الاحتجاز التعسفي، وألا يحرم من حريته على نحو يخالف المسموح به في النظام الأساسي:

إنّ الأمر بالقبض على المتهّم من أخطر الإجراءات الماسة بالحرية التي تصدرها الدائرة التمهيدية بناء على طلب المدعي العام⁽¹⁾، ويترتب على هذا الأمر المساس بحرية التنقل أو التجول، وقد نصت المادة 09 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على منع القبض على أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفا، ومن ضروب القبض التعسفي غموض النصوص القانونية الذي احتجز الشخص بموجبها، أو عدم تبليغ المتهّم بأسباب القبض عليه فوراً⁽²⁾، وعدم معاملة المقبوض عليه بما يحفظ كرامته كتعذيبه أو ضربه.

فيجب أن يوفر للشخص الحق في الحرية على النحو المسموح به في النظام الأساسي للمحكمة وفقا للمعايير الدولية لحقوق الإنسان، وتوفير الضمانات ضد الأشكال الأخرى لإساءة معاملة المحتجزين.

فالشخص الذي يقبض عليه في بادئ الأمر لضرورة قانونية، ثم تأمر المحكمة بالإفراج عنه، ولا يفرج عنه يعتبر احتجازه ضربا من التعسف⁽³⁾.

الفرع الثاني: الضمانات المنصوص عليها في المادة 2/55 من النظام الأساسي للمحكمة:

تنص الفقرة الثانية من المادة 55 من النظام الأساسي للمحكمة على أنه عندما يشتبه في ارتكاب شخص لجريمة من اختصاص المحكمة، ويكون من المزمع استجوابه، إما من قبل المدعي العام أو السلطات الوطنية بناء على طلب مقدم من المحكمة، يكون لذلك الشخص الحقوق التالية مع إبلاغه بها قبل استجوابه:

أولا: إبلاغه بأنه مشتبه في ارتكابه للجريمة:

حتى يكون لحق الدفاع فعالية، وتأثيرا إيجابيا خلال مرحلة التحقيق، لا بد أن يحاط المتهّم علما بأنه مشتبه في ارتكابه لجريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة 5 من النظام الأساسي للمحكمة⁽⁴⁾.

(1) المادة 57 من النظام الأساسي للمحكمة.

(2) المادة 2/9 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والمادة 2/5 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، المادة 06 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان.

(3) منظمة العفو الدولية المرجع السابق، ص 27.

(4) بالرجوع إلى النظام الأساسي للمحكمة فإنه نص على الجرائم الأكثر جسامة التي تكون من اختصاصها وهي جريمة الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب، وجريمة العدوان.



وهذا يعني إحاطته علما بالوقائع المنسوبة إليه والأدلة المقدمة ضده مع ذكر النصوص القانونية المحددة لنوع العقوبة المقررة لتلك الوقائع.

وقد أكدت على هذا الحق المادة 9 من العهد الدولي لحقوق الإنسان والمدنية والسياسية حيث نصت على "وجوب إبلاغ كل من يقبض عليه بأسباب ذلك عند حدوثه، كما يجب إبلاغه فورا بأي تهمة توجه إليه"⁽¹⁾.

كما أن اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان أوضحت أن المادة 5/2 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تعني أن كل شخص يقبض عليه يجب أن يخطر ببلغة بسيطة من التعقيدات الفنية، ويستطيع أن يفهمها بالأسباب القانونية للقبض عليه والوقائع التي تبرر ذلك حتى يتمكن، إن أراد من الطعن في مشروعية القبض عليه"⁽²⁾.

فبدون هذا الحق يصبح أصل البراءة منتهكا، وحق الدفاع مشوبا بالغموض وفاقدا الفعالية.

ثانيا: الحق في التزام الصمت دون أن يعتبر هذا الصمت عاملا في تقرير الذنب أو البراءة:

يعتبر حق المتهم في التزام الصمت أثناء الاستجواب متضمنا في حقين من الحقوق المكفولة بموجب المواثيق الدولية، وهما الحق في افتراض البراءة، والحق في عدم الإغرام على الشهادة أو الاعتراف بالذنب"⁽³⁾.

ومن ثم فهو مصدر من مصادر الحماية القانونية لأصل البراءة، ويجب أن يحترم هذا الحق حتى عندما يشتبه الشخص في ارتكابه لأسوأ الجرائم مثل الإبادة الجماعية أو الجرائم ضد الإنسانية، أو جرائم الحرب"⁽⁴⁾، ويعتبر هذا متضمنا في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وهو كحق يدخل في صلب فكرة عدالة الإجراءات الواردة في المادة 06 من الاتفاقية"⁽⁵⁾، كما نصت المادة 55 من النظام الأساسي للمحكمة على ضرورة إبلاغ المشتبه فيه بحقه في التزام الصمت.

(1) كما نصت المادة 03/14 (i) على هذا الحق كذلك.

(2) دليل المحاكمات العادلة المرجع السابق.

(3) المرجع السابق.

(4) المادة 42 (i) (3) من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا سابقا، والمادة 42 (i) (3) من المحكمة الدولية لرواندا.

(5) Jacques BUISSON, op cite, p 37.



ثالثا: الحق في الاستعانة بمساعدة قانونية يضارها بنفسه:

هذا الحق يؤدي إلى تقوية معنويات المتهم، ويشعره بأنه ليس وحيدا، مما يزيل عنه شبح الانهيار الذي كثيرا ما يؤدي إلى اعترافه بجريمة قد يكون غير مسئول عنها.

كما أن المحامي يسلم المتهم ضد الأسئلة الخادعة، فيجنبه الخضوع للوسائل غير المشروعة التي قد تصل أحيانا إلى حد الاعتداء عليه وضربه لحمله على الاعتراف⁽¹⁾.

وقد نصت على هذا الحق المادة 14/03 من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية، والمادة 42 من النظام الأساسي لمحكمة رواندا، وقد اعترفت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بحق المتهم في الحصول على المساعدة القانونية لتكريس مبدأ المحاكمة العادلة ومضمون المادة 06 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان⁽²⁾.

رابعا: الحق في أن يجرى استجوابه في حضور محام ما لم يتنازل طواعية عن هذا الحق:

الاستجواب يتضمن مناقشة تفصيلية عن التهمة الموجهة إليه، ومواجهته بالأدلة القائمة ضده إثباتا أو نفيا، كمحاولة للكشف عن الحقيقة.

والاستجواب ذو طبيعة مزدوجة فهو من ناحية إجراء من إجراءات التحقيق ومن ناحية أخرى وسيلة من وسائل الدفاع، لأنه يهدف أساسا إلى مواجهة المتهم وتلقى دفاعه⁽³⁾، وله خطورة على أصل البراءة لما قد يتخذ ضد المتهم من إجراءات تمس بمركزه وحرية كالحبس المؤقت⁽⁴⁾.

لهذا لا بد من إحاطة هذا الإجراء بضمانات تكفل حماية أصل البراءة ومن بين هذه الضمانات أن يجرى استجوابه في حضور المحامي ما لم يتنازل طواعية المتهم عن هذا الحق.

والعبرة في ذلك هو أنّ المحامي يكون بمثابة سندا معنويا يعول عليه لدحض كل إكراه مادي أو معنوي، والتنديد بكل ما يخالف القانون ويهدر كرامة الإنسان، وإذا تنازل المتهم

(1) انظر كل من هلالي عبد الإله أحمد، حقوق الدفاع في مرحلة ما قبل المحاكمة دار النهضة العربية القاهرة 1995، ص 40، شرف على، المحامون ودولة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، 192، ص 60.

(2) دليل المحاكمات العادلة المرجع السابق.

(3) هلالي عبد الإله، المرجع السابق، ص 35 وما بعدها.

(4) أحمد إدريس أحمد، افتراض براءة المتهم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1984، ص 518.



عن حقه في الاستعانة بمحامي عند الاستجواب يشترط أن يكون هذا التنازل طواعية وليس تحت الإكراه أو التهديد⁽¹⁾.

وقد احتل هذا الحق مكانة عالمية بالتأكيد عليه في الاتفاقيات والمواثيق الدولية⁽²⁾، كما أن المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات المنعقد في روما سنة 1953 أكد على هذا الحق⁽³⁾، وكذلك المبدأ الخامس من المبادئ الأساسية الخاصة بدور المحامين الذي أقرته منظمة الأمم المتحدة⁽⁴⁾.

من خلال ما سبق لا شك أن هذه الحقوق المنصوص عليها المادة 55 من النظام الأساسي للمحكمة تعتبر بمثابة ضمانات للمحاكمة العادلة، ومظهرا من مظاهر عدالة الإجراءات التي تحترم أصل البراءة ولا تهدرها.

المطلب الثاني: ضمانات أصل البراءة أثناء المحاكمة:

يتم التطرق في هذا المطلب إلى مجموعة أخرى من الضمانات التي تكفل احترام أصل البراءة أثناء المحاكمة أمام المحكمة وذلك من خلال فرعين أساسيين، يخصص الفرع الأول لدراسة أصل البراءة في حد ذاته (المادة 66)، وذلك باعتباره أساسا للمحاكمة العادلة، وفي الفرع الثاني حقوق المتهم المنصوص عليها في المادة 67 من النظام الأساسي للمحكمة.

الفرع الأول: أصل البراءة أساسا للمحاكمة العادلة:

لكل فرد الحق في أن يعتبر بريئا، وأن يعامل أثناء المحاكمة باعتباره بريئا، إلى أن يصدر الحكم بإحاطته وفقا للقانون في سياق المحاكمة تتفق على أقل تقدير مع الحد الأدنى للشروط الأساسية المقررة للعدالة، ويجب أن يظل افتراض البراءة قائما ما لم يصدر هذا الحكم⁽⁵⁾.

على هذا الأساس يعتبر أصل البراءة عنصرا أساسيا للمحاكمة العادلة وعنصر جوهري فيها، بل إن جميع عناصرها ترتد إليه.

(1) غلاي محمد، إجراءات التقاضي أمام المحكمة الجنائية الدولية، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، 2004، ص 130.

(2) المادة 3/06 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

(3) نبيلة رزاقى التنظيم القانوني للجنس الاحتياطي، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2008، الهامش رقم 1، ص 116.

(4) عبد المنعم سالم شرف الشيباني الحماية الجنائية لأصل البراءة دكتوراه جامعة عين شمس 2006، ص 351.

(5) دليل المحاكمات العادلة، المرجع السابق.



وكما قيل بأن "قرينة البراءة تتفرع عنها كافة الإجراءات، وذلك بحسبانها افتراض قانوني يتفق مع الأصل في الأمور"⁽¹⁾.

ولذلك فإن افتراض أن المتهم بريئاً حتى تثبت إدانته، هو حالة تلازم المتهم طول مراحل الدعوى الجنائية أي حتى قبل المحاكمة، أي ينطبق حتى على المشتبه به قبل اتهامه رسمياً⁽²⁾، وهو حالة تنعكس على قواعد معاملة المتهم في مراحل الدعوى، ومن هنا كان أثرها في كافة قواعد الإجراءات الجنائية، ولكن آثارها تبدوا أعظم في مرحلة المحاكمة باعتبارها مرحلة الحسم في الدعوى الجنائية⁽³⁾.

ومن تم فإذا كان أصل البراءة هو حجر الزاوية في الإجراءات الجنائية أو كما يعبر عنه بالوجه الثاني لمبدأ الشرعية الجنائية (أي شرعية الإجراءات)، فإن المحاكمة العادلة تقتضي وجود مجموعة من الإجراءات التي تتولاها محكمة مستقلة، ومحايدة، ومشكلة وفقاً للقانون، وتتم بصورة علنية إلا ما اقتضته قواعد النظام العام، والأداب العامة، وأن يسودها مبدأ المساواة أو مبدأ تكافؤ الفرص بين الخصوم⁽⁴⁾.

ومتى توافرت جميع هذه العناصر التي تشكل عناصر المحاكمة العادلة، فإن أصل البراءة لا يمكن دحضه إلا باحترام شرعية الإجراءات وما يترتب هذا الأصل من نتائج وهي:

أ - واجب النيابة العامة (المدعي العام): بإثبات التهمة ضد المتهم: حيث يلتزم مدعي المحكمة بأن يقدم الدليل على صحة التهمة التي ينسبها للمتهم مع إثبات عناصر الجريمة وأركانها.

ب - عدم التزام المتهم بإثبات براءته، وأن لا يجبر على أن يدين نفسه، أو يعترف بأنه مذنب، وما يترتب عليه من حقه في التزام الصمت⁽⁵⁾، أو أن يتخذ موقفاً سلبياً في مواجهة الاتهام المسند إليه⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ حاتم بكار حماية حق المتهم في محاكمة عادلة منشأ المعارف الإسكندرية 1997، ص 60 - 61.

⁽²⁾ المرجع السابق، ص 61، دليل المحاكمة العادلة المرجع السابق.

⁽³⁾ انظر كل من حاتم بكار، المرجع السابق، ص 61 و Mohamed Jalal ESSAID, la présomption d'innocence thèse, paris 1969, p 113.

⁽⁴⁾ الشيباني، المرجع السابق، ص 464 - 465.

⁽⁵⁾ دليل المحاكمات العادلة، المرجع السابق.

⁽⁶⁾ حاتم بكار، المرجع السابق، ص 62.



ج- يجب أن تكون الإدانة بناء على يقين: لأنّ الافتتاح اليقيني هو الضمانة الحقيقية لضبط ميزان العدالة الذي تثقل إحدى كفتيه بمبدأ حرية الإثبات الجنائي، وتتواء الأخرى بمبدأ الأصل في الإنسان البراءة.

ومن ثم يشترط في الحكم الصادر بالإدانة أن يستند إلى الأدلة التي طرحت في الجلسة والتي يتاح للخصوم مناقشتها، بحيث يمكن لكل منهم أن يدافع عن الدليل إذا كان في صالحه، وأن يفنده إن كان ضده.

وأن يؤسس القاضي اقتناعه بناء على أدلة صحيحة، وليس على أساس أدلة باطلة، إذ لا قيمة لحقيقة يتم الوصول إليها على مذهب الحرية الفردية⁽¹⁾.

وقد نص النظام الأساسي للمحكمة "يجب أن تقتنع المحكمة بأن المتهم مذنب بصورة لا تدع أي مجال معقول للشك قبل أن تدينه"⁽²⁾.

ورغم أن معيار الإثبات ليس منصوصا عليه بصراحة في المعايير الدولية الأخرى، إلا أن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان قالت "يقع عبء الإثبات على الإدعاء ويفسر الشك لصالح المتهم بسبب افتراض براءته" ولا يجوز افتراض أنه مذنب بأية صورة حتى تثبت عليه التهمة بما لا يدع أي مجال معقول للشك⁽³⁾.

وبالرجوع إلى الصكوك الدولية، فإن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان نص في المادة 1/11 على "أن كل شخص متهم بجريمة يفترض أنه بريء، إلى أن يثبت ارتكابه لها قانونا في محاكمة علنية تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه".

فهذا الإعلان يبرز مدى الاعتراف الدولي بأصل البراءة في المتهم، باعتباره حقا من الحقوق الأساسية للإنسان، التي أجمعت عليه الجماعة الدولية، وأصبح محميا من كل ما يؤدي للمساس بهذا الأصل خارج حالة الضرورة التي تقتضيها كشف الحقيقة⁽⁴⁾.

وفعلا لقد كرست المادة 66 من النظام الأساسي للمحكمة هذا الحق في الفقرة الأولى بقولها "الإنسان بريء إلى أن تثبت إدانته أمام المحكمة وفقا للقانون الواجب التطبيق"⁽⁵⁾.

(1) المرجع السابق، ص 63.

(2) المادة 66 (3) من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية.

(3) دليل المحاكمات العادلة.

(4) الشيباني، المرجع السابق، ص 109.

(5) المادة 2/14.



كما نص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أنه "من حق كل متهم بارتكاب جريمة أن يعتبر بريئاً إلى أن يثبت عليه الجرم قانوناً".

كما تم تكريس هذا الحق في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في الفقرة الثانية من المادة 6 على أن "كل شخص متهم بارتكاب جريمة يفترض أنه بريء حتى تثبت إدانته على وجه قانوني"⁽¹⁾.

إذن فمبدأ أصل البراءة يعد من المبادئ الأساسية للحق في المحاكمة العادلة، ويظل افتراض البراءة قائماً ما لم يثبت العكس، لذلك ينبغي معاملة المتهم معاملة الإنسان الشريف وبعيدا عن كل شبهة، إلى أن يصدر حكم نهائي بإدانته وفقا للقانون في سياق محاكمة منصفة ونزيهة، وإذا كان القاضي في موضع شك فيجب أن يفسره لصالح المتهم.

الفرع الثاني: حقوق المتهم المنصوص عليها في المادة 67 من النظام الأساسي للمحكمة:

بالإضافة إلى ما نصت عليه كل من المادتين 55 و66 من النظام الأساسي للمحكمة، والتي نصت على مجموعة من الحقوق لحماية المشتبه أو المتهم، فإن هذه الحقوق لا تبقى ذا فعالية، إذا لم تضاف لها حقوق أخرى أثناء المحاكمة، وهو ما نصت عليه المادة 67 تحت عنوان "حقوق المتهم".

أولا: الحق في المحاكمة العلنية والمنصفة⁽²⁾:

نصت الفقرة 1 من المادة 67 على هذا الحق بقولها: "عند البت في أية تهمة، يكون للمتهم الحق في أن يحاكم محاكمة علنية، مع مراعاة أحكام هذا النظام الأساسي، وفي أن تكون المحاكمة منصفة وتجري على نحو نزيه ويكون له الحق في الضمانات الدنيا التالية على قدم المساواة التامة:

أ - أن يبلغ فوراً وتفصيلاً بطبيعة التهمة الموجهة إليه، وسببها ومضمونها، وذلك بلغة يفهمها تماماً ويتكلمها، لا بد من الإشارة أولاً إلى أن علانية المحاكمة « la publicité » تعد

⁽¹⁾ Article 6/2: toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie, Voir sur le site: <http://www.France.grd.org/textes/conv-euro-dh.html>.

⁽²⁾ اختلف الفقه حول التعبير الأمثل لهذا الضمان فاتجاه يقول يطلق عليه تعبير المحاكمة المنصفة، والاتجاه الآخر يطلق عليه المحاكمة العادلة، ويفضل الاتجاه الأول تعبير الإنصاف كونه يشير إلى التوازن بين أصل البراءة والإجراءات الجنائية وعند البعض الآخر مجال الإنصاف أكثر نطقاً من مجال العدالة، لأن الأخيرة ترتبط بالنصوص لا حرفيتها، ويفضل الاتجاه الثاني تعبير المحاكمة العادلة لأن تعبير الإنصاف ينطوي على نوع من الإيثار للمتهم بينما المحاكمة العادلة هي التي تنتهي إما بالإدانة إن ثبت الاتهام أو بالبراءة إن لم يثبت، أنظر الشيباني، المرجع السابق، الهامش رقم 1، ص 463.



إحدى الضمانات الأساسية لعدالة، واستقلالية القضاء، وهي كحق تعتبر وسيلة لحماية الثقة العامة في نظام العدالة⁽¹⁾.

وتعني العلانية أو الحق في العلانية أن يحضر أطراف الدعوى في الجلسات، وأن تكون هذه الجلسات مفتوحة أمام الجمهور العام، ووسائل الإعلام، لأنّ من حق الجمهور أن يعرف كيف تدار العدالة والأحكام التي ينتهي إليها النظام القضائي⁽²⁾.

كما أنه يجب أن تكون المحاكمة نزيهة، بدون أي تحيز لأي طرف من الأطراف، (شهود، متهم، ضحية)، وأن تمنح لهم الضمانات اللازمة بشكل متساو ومتكافئ أما بخصوص تبليغ التهمة للمتّهم فيجب أن تتم فوراً مع ذكر طبيعتها هل هي جريمة حرب، أو إبادة جماعية أو جرائم ضد الإنسانية، وذلك بلغة يفهمها المتّهم احتراماً لحقوق الدفاع، وحتى يستطيع إعداد دفاعه.

ب- إعطاء الوقت الكافي والتسهيلات اللازمة لتحضير دفاعه وللتشاور بحرية مع محام من اختياره وذلك في جو من السرية: حتى يكون حق الدفاع مجدياً، يجب أن تتاح لأي شخص يتهم بارتكاب فعل جنائي، ولمحامية مساحة زمنية وتسهيلات كافية لإعداد الدفاع، تحقيقاً لمبدأ تكافؤ الفرص والمساواة أمام المحكمة⁽³⁾، وهذا الحق ينطبق على المتهم ومحاميه خلال جميع مراحل الدعوى⁽⁴⁾.

أما بخصوص سرية الاتصال بالمحامين، فيجب فرض أي ضرب من ضروب التدخل أو الرقابة على الاتصالات التحريرية، أو الشفوية بما في ذلك المكالمات الهاتفية بين المتّهمين ومحاميهم⁽⁵⁾.

وقد فسرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان المادة 3/14 من العهد الدولي التي تضمن الحق في الاتصال بالمحامين بقولها أن هذه المادة تلزم المحامي بالاتصال بالمتّهم في ظل أوضاع توفر الاحترام الكامل لسرية هذه الاتصالات⁽⁶⁾.

ولكن قد يرفض المتّهم أن يعين له محامي لأي سبب كعدم اعترافه بالمحكمة مثلاً كما حصل مع "سلوفودان ميلوزوفيتش" الرئيس السابق ليوغسلافيا أثناء محاكمته أمام المحكمة الجنائية الدولية على الجرائم المرتكبة في يوغسلافيا.

(1) G. STEFANI, G. LEVASSEUR et Bernard BOULOUC, procédure pénale, 16 éd, Dalloz 1996, p 684.

(2) دليل المحاكمات العادلة، المرجع السابق.

(3) الشيباني المرجع السابق، ص 361 - 362.

(4) دليل المحاكمات العادلة، المرجع السابق.

(5) الشيباني، المرجع السابق، ث 367.

(6) دليل المحاكمات العادلة، المرجع السابق.



ج- حقه في أن يحاكم دون تأخير لا موجب ولا مبرر له، ويجب أن تبدأ الإجراءات الجنائية وتنتهي في غضون مدة معقولة كافية لإعداد دفاعه، وضرورة البدء في نظر الدعوى وإصدار الحكم⁽¹⁾.

ورغم أن المتهم يدفع بأن الإجراءات لم تتم في غضون فترة زمنية معقولة، فإنه ليس مضطرا لأن يدل على أن التأخير قد ألحق به ضررا معيناً⁽²⁾.

د- يجب أن يكون المتهم حاضرا أثناء المحاكمة، وأن يدافع عن نفسه بنفسه أو بالاستعانة بمساعدة قانونية كلما اقتضت ذلك مصلحة العدالة ودون أن يدفع أية أتعاب لقاء هذه المساعدة إذا لم تكن لديه الإمكانيات الكافية لتحملها.

لكن في نفس الوقت يجب على المتهم الالتزام بعدم عرقلة أو إعاقة سير المحاكمة، ففي هذه الحالة يجوز للمحكمة إبعاده، وتوفير له ما يمكنه من متابعة المحاكمة وتوجيه المحامي من خارج المحكمة عن طريق استخدام تكنولوجيا الاتصالات إذا لزم الأمر⁽³⁾. والحق في المحاكمة الحضورية، حق ممنوح لكل شخص يتهم بارتكاب فعل جنائي، وهو جزء مكمل لحق المتهم في الدفاع عن نفسه، ومواجهته بالأدلة المتوافرة ضده، ومن خلال هذه المواجهة يكون السعي نحو معرفة الحقيقة لكافة أطراف الدعوى.

هـ- أن يستجوب شهود الإثبات بنفسه أو بواسطة آخرين وأن يؤمن له حضور واستجواب شهود النفي بنفس الشروط المتعلقة بشهود الإثبات، ويكون للمتهم أيضا الحق في إبداء أوجه الدفاع وتقديم أدلة أخرى مقبولة بموجب النظام الأساسي للمحكمة: من الأركان الرئيسية لمبدأ تكافؤ الفرص بين الدفاع والإدعاء، حق المتهم في استدعاء الشهود وسؤالهم، وقد وضع هذا الحق ليكفل للمتهم نفس السلطات المخولة للإدعاء من حيث استدعاء الشهود والزامهم بالحضور وفحص واستجواب أي شاهد إثبات يستدعيه الإدعاء.

كما يحق للدفاع استجواب الشهود الذين سيدلون بأقوال في صالح المتهم، وأن يدحض أدلة الإثبات المقدمة⁽⁴⁾.

(1) انظر المواد 3/14 من العهد الدولي، المادة 4/21 من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا والمادة 4/20 من النظام الأساسي لمحكمة رواند والمادة 1/6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

(2) دليل المحاكمات العادلة، المرجع السابق.

(3) دليل المحاكمات العادلة، المرجع السابق.

(4) المادة 14 (3) (هـ) من العهد الدولي، والمادة 3(3) (د) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.



ومن جهة أخرى فإن هذا الحق له صلة وطيدة بحق المتهم في منحه وقت كاف وتسهيلات مناسبة لإعداد دفاعه يشتمل على حق الاستعداد لمناقشة الشهود، وأن يتم ذلك في جلسة علنية⁽¹⁾، وهي كلها أركان من أركان المحاكمة المنصفة.

وفي الوقت نفسه مصدرا من مصادر الحماية لأصل البراءة، ومن مصادر هذه الحماية كذلك ما نصت عليه نفس الفقرة وهو حق المتهم في إبداء أوجه الدفاع وتقديم أدلة أخرى مقبولة بموجب النظام الأساسي للمحكمة، حيث يجوز للمتهم أن يقدم بنفسه أوجه دفاعه بحرية شفويا أو كتابيا، والمستندات المدعمة لذلك، كما له الحق في أن يلتزم الصمت ولا يجوز للمحكمة أن تستخلص من هذا الصمت قرينة ضده.

و- أن يستعين مجانا بمترجم شفوي كفاء وبما يلزم من الترجمات التحريرية لاستيفاء مقتضيات الإنصاف إذا كان ثمة إجراءات أمام المحكمة، كذلك هذا الحق له علاقة وثيقة بحق الدفاع ومبدأ المساواة أو تكافؤ الفرص والحق في المحاكمة العادلة، وبدون هذا الحق، وهذه المساعدة فقد يعجز المتهم عن فهم ما يدور في المحاكمة ولا يستطيع أن يشارك فيها وبالتالي حرمانه حتى من حقه الحضورية ومبدأ الوجاهية: وهذا يعد انتهاكا لأصل البراءة.

ز- ألا يجبر على الشهادة ضد نفسه أو على الاعتراف بالذنب وأن يلزم الصمت، دون أن يدخل هذا الصمت في الاعتبار لدى تقرير الذنب أو البراءة أو يحظى المتهم بضمانات وذلك حتى عند اعترافه بالذنب، ففي هذه الحالة على المحكمة التأكد من أن المتهم يفهم طبيعة ونتائج الاعتراف بالذنب، وما إذا كان الاعتراف قد صدر طوعا من المتهم بعد تشاور كاف مع محامي الدفاع، وما إذا كان الاعتراف تدعمه وقائع الدعوى، ويمكن للمحكمة إما إدانة المتهم بتلك الجريمة، أو عند عدم اقتناعها لها أن تأمر بمواصلة المحاكمة وفقا للإجراءات العادية⁽²⁾، فعند الإكراه على الشهادة على النفس أو الاعتراف بالذنب يتفق ومقتضيات أصل البراءة⁽³⁾.

كما أوضحت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن الخروج باستنتاجات سلبية ضد المتهم من جراء التزامه بالصمت انتهاكا لمبدأ افتراض البراءة والحق في عدم تجريم النفس، إذا كان الحكم بإدانته يستند فحسب أو في المقام الأول على صمته⁽⁴⁾.

ح- أن يدلي ببيان شفوي أو مكتوب، دون أن يحلف اليمين دفاعا عن نفسه.

(1) Bruce BROOMHALL: la cour pénale internationale, directive pour l'adoption des lois national d'adaptation Vol 13 quarter éd, ères 1999, p 77/78.

(2) Bruce BROOMHALL: op cite 77-80, William, Emmanuelle, op cite, p 196-197.

(3) المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، المادة 3/14 من العهد الدولي.

(4) دليل المحاكمات العادلة، المرجع السابق.



ط- ألا يفرض على المتهم عبء الإثبات أو واجب الدحض على أي نحو: يجب على المحكمة أن تعامل المتهم على أساس أنه بريء حتى تثبت إدانته وفقا للقانون. ومن ثم فإن الفرد لا يستطيع أن يدافع مستندا إلى مبدأ عدم اتهام الذات لتفادي المهانة أو فقدان السمعة أو عدم الشهور بالكرامة.

كما أن هذا الحق هو حق شخصي لا يجوز التنازل عنه⁽¹⁾، فعبء الإثبات يتحملة المدعي العام تطبيقا للقواعد العامة، وعليه وحده تقديم الدليل الذي يدين المتهم، وعلى هذا الأخير مناقشته حماية لحق الدفاع، كما له أن يلتزم الصمت دون أن يفسر ضده.

ثانيا: نصت الفقرة 2 من المادة 67 من النظام الأساسي للمحكمة:

"أنه بالإضافة إلى أي حالات أخرى خاصة بالكشف منصوص عليها في هذا النظام الأساسي، يكشف المدعي العام، في أقرب وقت ممكن، الأدلة التي في حوزته أو تحت سيطرته والتي يعتقد أنها تظهر أو تميل إلى إظهار براءة المتهم أو تخفف من ذنبه أو التي قد تؤثر على مصداقية أدلة الإدعاء وعند الشك في تطبيق هذه الفقرة تفصل المحكمة في الأمر".

إذن فلما كان على عاتق الإدعاء عبء إثبات أن المتهم قد ارتكب الجريمة وإدانته قانونا، وعليه التزامات الكشف عن الحقيقة.

فإن الحقيقة كذلك أن الأصل في الإنسان البراءة، وأن المتهم غير مكلف بإثبات براءته، لأنها أصل فطري كامن في حياة الإنسان وتطبيقا لذلك يجب على المدعي أن يكشف الأدلة التي تكون في حوزته والتي تميل إلى إظهار براءة المتهم، وكل شك يفسر لصالح المتهم، لأن الإدانة لا تبنى إلا على اليقين، أما البراءة فيجوز أن تبنى على أساس الشك وهذا بلا شك تطبيق لأسس المحاكمة العادلة.

الخاتمة:

علاوة على ضمانات أصل البراءة المنصوص عليها في كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، ومختلف المواثيق الدولية والإقليمية، فقد تضمن نظام روما الأساسي ضمانات أساسية مقاصدها العدالة الجنائية وهو حماية حقوق الإنسان، وبالتالي فإن نظام روما عبارة عن اتفاقية دولية متعددة الأطراف، وبمثابة تقنين جنائي دولي، ونرجو أن تكون أحكامها كفيلة بوضع حد للإفلات من العقاب، وتكريس الضمانات الكافية للمتهم وخاصة أصل البراءة.

⁽¹⁾ مبدد ألويس، أثر التطور التكنولوجي على الحريات العامة منشأ المعارف الإسكندرية دون سنة النشر، ص 445 - 446.

زنا الزوجين في القوانين المغاربية

دراسة تحليلية مقارنة

✍️ / منصورى المبروك
أستاذ مساعد "أ" المركز الجامعى بتامنغست

مقدمة:

لم تضع القوانين الوضعية المختلفة تعريفاً لفعل الزنا ، وإنما حددتها بصيغ وبعبارات مختلفة. فقد عرفها البعض من فقهاء القانون بأنها: "ارتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج، مع امرأة برضاها حالة قيام الزوجية فعلاً أو حكماً".⁽¹⁾ كما عرفها (موران) على أنها تدنيس فراش الزوجية وانتهاك حرمتها بتمام الوطء.⁽²⁾

ولقد جاء في الموسوعة الكبيرة الفرنسية "بوردياس" BORDAS على أن الزنا هو علاقة جنسية لشخص متزوج خارج إطار الزواج. ويميز بين نوعين من الزنا: زنا بسيط ADULTERE SIMPLE وهو الزنا الذي يرتكبه الشخص المتزوج مع شخص غير متزوج. وزنا ثنائي ADULTERE DOUBLE ، وهو زنا يرتكبه شخص متزوج مع شخص متزوج.⁽³⁾

ويعتبر الزنا في القانون الفرنسي اعتداء يمس التزامات وواجبات الزواج خصوصاً واجب المعيشة المشتركة⁽⁴⁾ وواجب الإخلاص.⁽⁵⁾ ولهذا فالزنا في الفكر الفرنسي يعتبر خطأ مدنياً أكثر من كونه خطأ جنائياً.⁽⁶⁾ على أساس أن هذه الجريمة لا تمس إلا الأخلاق والأسرة.⁽⁷⁾

⁽¹⁾ أحمد حافظ نور، جريمة الزنا في القانون المصري والمقارن، رسالة مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، 1958.

⁽²⁾ عبد الحكيم فودة، الجرائم الماسة بالأداب العامة والعرض، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2004، ص 605.

⁽³⁾ En cyclopedie. , BORDAS tome 1, SGED, Paris 1984

⁽⁴⁾ P. Couvrat; Le droit pénal et la famille, In, Rev. Sc. Crime. 1969, p. 817; etv P. Monzein , Lé mariage dans rapports avec le droit penal, Thé se, Caen. 1941, p. 14.

⁽⁵⁾ j. Chevrat; et L. B. ache . droit civil, t. 16 éd , paris, 1974, p. 144.

⁽⁶⁾ A. Rput; De la notion de faute en droit privé , h'ése , paris 1946, Sirey, 1948, P. 165.

⁽⁷⁾ أنظر عبد الرحيم صديقي، جرائم الأسرة في الشريعة والقانون المصري والفرنسي، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، سنة 1987. ص 141.



هذا ولم تتفق التشريعات المعاصرة المختلفة، بخصوص جريمة الزنا، إذ نجد أن الشريعة الإسلامية تعاقب عقاباً شديداً على هذه الواقعة الإجرامية، بغض النظر عما إذا كان الجاني متزوجاً أم غير متزوج، لكن مع وجود التفرقة في العقوبة المقررة لها، فإن كان الجاني أو الفاعل متزوجاً يكون عقابه الرجم حتى الموت، أما إذا كان الفاعل غير متزوج أو غير محصن، فعقوبته الجلد، فالشريعة الإسلامية تعاقب على الواقعة في حد ذاتها، بغض النظر عن تعدي أثرها إلى الغير⁽¹⁾، وهو ما أخذ به المشرع المغربي⁽²⁾.

وعلى العكس من ذلك فإن هناك بعض القوانين الوضعية لا تجرم الزنا - خاصة القوانين الغربية- حتى وإن كان الفاعل الأصلي زوجاً أو زوجة، كما هو الحال في القانون الإنجليزي- الذي أصبح لا يعاقب على هذا الفعل، بعدما كان يشكل جريمة فيما سبق- الذي كان يعتبر واقعة الزنا مجرد خطيئة أخلاقية مدنية، تسمح للزوج المضروب بطلب التخليق والتعويض على أساس أن العقاب لن يردع من يتردد في الإقدام على هذا الفعل، إذ لم تعد تحول دونه اعتبارات اجتماعية ودينية، أقوى من العقاب.

ومن هذه القوانين أيضاً القانون الفرنسي، حيث ألغيت النصوص القانونية المتعلقة بجريمة الزنا بموجب القانون الصادر سنة 1975⁽³⁾ بناءً على توصية أصدرها المؤتمر الدولي التاسع في قانون العقوبات، الذي عقد في لاهاي سنة 1923، وذلك لأسباب عديدة أهمها عدم جدوى العقاب، لمن لم تردعه الأخلاق والمبادئ العامة، إضافة إلى تجنب إثارة الفضيحة التي قد ينجم عنها من الضرر ما لا يمكن للأسر أن تتحمله، لكن الأمر في الولايات المتحدة الأمريكية مختلف؛ إذ تعتبر الزنا جريمة في قوانين أكثر من نصف عدد الولايات.

في حين أن بعض التشريعات أخذت موقف وسط بين المذهبين السابقين، فهي لم تعاقب على الفعل باعتباره رذيلة في حد ذاتها؛ بل أولت العقاب على الفعل الذي يحصل من متزوج باعتباره خيانة زوجية، وقيدت تحريك الدعوى العمومية بشكوى الزوج المضروب، الذي له

⁽¹⁾ أنظر كامل السعيد، شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة والأسرة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 1994، ص 247. وأنظر كذلك محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطبعة جامعة القاهرة، سنة 1984، ص 302.

⁽²⁾ أنظر عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي القسم الخاص، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، سنة 2009، ص 209 - 211.

⁽³⁾ أنظر هامش كامل السعيد، الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة والأسرة، المرجع السابق، ص 247.



الحق وحده في تقديم الشكوى وفي التنازل عنها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، وقد أخذت بهذا الاتجاه القوانين العربية التي لم تحذ حذو الشريعة الإسلامية⁽¹⁾، منها قانون العقوبات الجزائري الذي لم يجرم واقعة الزنا إلا في إطار الخيانة الزوجية، وذلك من خلال نص المادة 339 منه وهذا ما ذهب إليه القانون الجنائي التونسي من خلال نص المادة 236 من المجلة الجنائية التونسية⁽²⁾.

أما قانون العقوبات المغربي، فقد ذهب إلى أبعد من ذلك حين جرم الزنا أين كان فاعله؛ سواء كان متزوجا أو غير متزوج، غير أن الملاحظ هنا هو إن الشخص الذي يقترب فعل الزنا إذا كان غير متزوج أعتبر مرتكبا لجريمة الفساد التي هي ليست محل الدراسة، وفقا للمادة 490 من القانون الجنائي المغربي، التي تقول: "كل علاقة بين رجل وامرأة لا تربط بينهما علاقة زوجية تكون جريمة الفساد، ويعاقب عليها بالحبس من شهر واحد إلى سنة". أما إذا كان الفاعل متزوج، فإنه يعد مرتكبا لجريمة الخيانة الزوجية طبقا للمادة 490 من نفس القانون، التي جاء فيها: "يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين أحد الزوجين الذي يرتكب جريمة الخيانة الزوجية، ولا تجوز المتابعة في هذه الحالة إلا بناء على شكوى من الزوجة أو الزوج المجني عليه....".

بهذا نلاحظ أن القانون المغربي كما بينا أعلاه، أقرب إلى الشريعة الإسلامية، إذ أنه عاقب كل شخص ذكرا كان أم أنثى، متزوجا كان أم غير متزوج في حال إقدامه على هذا الفعل المجرم، خلافا للمشرعين الجزائري والتونسي، اللذين انحازا إلى المذهب الوسطي إذ لم يعاقبا على كل وطء في غير حلال، وإنما قصرا العقاب على كل فعل يحصل من شخص متزوج على اعتبار إن فيه انتهاك لحرمة الزوج الآخر⁽³⁾ وهكذا لا يجيز المشرع الجزائري والتونسي والمغربي المتابعة، إلا بناء على شكوى يقدمها الزوج المضرور، غير أن المشرع المغربي في هذا الصدد يسمح للنياحة العامة بمتابعة الزوج الآخر، الذي يتعاطى الخيانة الزوجية

(1) أنظر أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الأول، الطبعة العاشرة، دار هومه، الجزائر، سنة 2009، ص 130.

(2) أنظر محمد اللجمي، الحصانة العائلية في القانون التونسي والمقارن، تونس، سنة 2005، ص 131. إضافة إلى ذلك أنظر رضا خماس، القانون الجنائي التونسي، الطبعة الثالثة، تونس، سنة 2003، ص 260.

(3) أنظر أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 130.



بصفة ظاهرة، في حالة غياب الزوج المضرور، خارج تراب المملكة المغربية، طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة 491 من القانون الجنائي المغربي.⁽¹⁾

إذا كان ذلك حكم المشرع الجزائري والتونسي والمغربي في جريمة الخيانة الزوجية فإن المشرع المصري قد ذهب إلى ابعده من ذلك، حيث لا تقوم هذه الجريمة بالنسبة للزوج، إلا إذا وقع منه فعل الزنا في بيت الزوجية، بينما تعد الزوجة مرتكبة لجريمة الزنا إذا ارتكبتها في أي مكان، وتعاقب بالحبس لمدة سنتين، أما الزوج فيعاقب لمدة لا تتجاوز ستة أشهر.

الأكثر من ذلك إن القانون المصري قد قصر التنازل أو العفو على الزوج دون الزوجة، فهو حق للزوج فقط، ولهذا ينتقد الفقه المصري هذه التفرقة في العقاب، ويعزوها إلى القانون الروماني، الذي كانت فيه المساواة بين الزوجين منعدمة، وكان هذا الفعل المجرم لا يرتكب إلا من طرف الزوجة.⁽²⁾

وقد يستنتج من هذه التفرقة التي جاء بها القانون الجنائي المصري من حيث اشتراط أن يكون الزاني زوجا بصرف النظر عما إذا كانت شريكته متزوجة أم لا، والزانية زوجة بصرف النظر عما إذا كان شريكها متزوجا أم لا، أن تقوم جرمتي الزنا في واقعة واحدة، إذا كان الطرفان متزوجين بحيث يصبح كل زوج فاعل للجريمة الزنا مستقلة عن جريمة شريكه المتزوج، وبالتالي فإن هذا التعدد معنوي باعتبار أن الجريمتين قامتتا بفعل واحد. وتدخل جريمة الزنا ضمن الجرائم ذات الصفة الخاصة.⁽³⁾ لا مجال لهذه الآثار والإشكالات في القوانين المغربية، فالزانيان مهما كانت صفتها يشتركان في جريمة واحدة، لا جريمتين، حيث كل واحد منهما يعتبر فاعلا أصليا يشترك مع غيره في الجريمة، وذلك طبقا للنص المادة 339 من القانون الجنائي الجزائري، والمادة 236 من المجلة الجنائية التونسية، والمادة 491 من القانون الجنائي المغربي.

إذا كانت هذه أوجه الاختلاف في جريمة الزنا في القوانين المغربية، فإن هناك أوجها للاتفاق؛ تتمثل في بعض الأحكام الشكلية أهمها ألا مجال للملاحقة الجنائي

(1) أنظر عبد الواحد العلمي، المرجع السابق، ص 217.

(2) أنظر كامل السعيد، الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة والأسرة، المرجع السابق، ص 238. أنظر

كذلك محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص 331.

(3) أنظر محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1986، ص 595. وأنظر

كذلك محمود محمود مصطفى، نفس المرجع، ص 337.



إلا بناءا على شكوى الزوج المضرور. لكن المشرع المغربي أجاز للنياحة العامة المتابعة في حالة غياب هذا الأخير.⁽¹⁾

ولدراسة جريمة الخيانة الزوجية وفقا لما هو مستخلص من القوانين المغربية، تقسم هذا الموضوع إلى مبحثين: بحيث نخصص المبحث الأول إلى أركان الجريمة، ونفرد المبحث الثاني للمتابعة والجزاء.

المبحث الأول: أركان جريمة الخيانة الزوجية:

تتطلب قيام جريمة الخيانة الزوجية توافر الشروط التالية: هي وقوع الوطء غير المشروع، حال قيام الرابطة الزوجية، مع توفر القصد الجنائي.

المطلب الأول: حصول الوطء غير المشروع:

يتمثل فعل الخيانة الزوجية في حدوث اتصال جنسي رضائي صحيح بين ذكر وأنثى،⁽²⁾ وإلا اعتبر اغتصابا وفقا للقوانين المغاربية، فالالاتصال الجنسي أو المواقعة أو الوطء الطبيعي؛ يعني إيلاج العضو التناسلي الذكري في المكان المعد له طبيعيا في جسم المرأة الفرج، هذا الفعل أو النشاط هو الذي يقوم عليه الركن المادي للجريمة، ولا عبء بعد ذلك فيما إذا كان الرجل أو المرأة قد نال شهوته من الجماع المحرم، أم لم ينل شهوته منه، كما أن الاعتياد لقيام هذه الجريمة غير مطلوب، بل يكفي لذلك عملية وطء واحدة. فإن لم يحدث الإيلاج، لا مجال لقيام جريمة الخيانة الزوجية، وبذلك تشترك جريمة الزنا في القانون الجنائي الجزائري مع جنائية هتك العرض في هذا الشرط،⁽³⁾ وتشترك هذه الجريمة مع جريمة الفساد في الشرط ذاته في القانون المغربي، إذا لم يحدث الإيلاج فلا مجال للحدوث عن الخيانة الزوجية؛ لأن هذه الأخيرة لا تقوم بأفعال التحرش أو الأفعال التي هي دون الإيلاج، من أفعال الفاحشة الأخرى،⁽⁴⁾ التي يرتكبها أحد الزوجين مع غيره، مثل القبلات والملامسات الجنسية، وإتيان المرأة من الدبر، إلى غير ذلك من الأفعال المنافية للحياء، وهذا ما ذهب له القضاء التونسي في القرار التعقيبي عدد 3482 المؤرخ في 14 جانفي 1980 قائلا: "مجرد الاتصال الجنسي تتم به جريمة الزنا ولو بوجود الدليل فلا يشترط الإيلاج". خاصة إذا علمنا إن الشرع في هذه الجريمة

⁽¹⁾ أنظر المادة 491 الفقرة الثانية من القانون الجنائي المغربي.

⁽²⁾ كامل السعيد، الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة والأسرة، نفس المرجع، ص 239 - 240.

⁽³⁾ أنظر أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 131.

⁽⁴⁾ أنظر نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دار الهدى، الجزائر، سنة 2009، ص 311 - 312.



غير معاقب عليه قانونا؛ لأنها جريمة ذات وصف جنحي، والقاعدة تقول: ألا عقاب على الشروع في الجنح دون وجود نص قانوني صريح.⁽¹⁾

وانطلاقا مما تقدم لا تقوم جريمة الخيانة الزوجية بمجرد تحقق الخلوة بين رجل وامرأة متزوجة، إذا لم تصاحب هذه الخلوة وطء أو إيلاج، إضافة إلى ذلك لا يعد وطئا فض غشاء بكرة امرأة متزوجة بغير العضو التناسلي.⁽²⁾ خاصة إذا كان الغرض من العقاب في هذه الجريمة هو صيانة الحرمة الزوجية، وليس منع الاختلاط بالأنساب، لذلك فإن مجرد الوطء؛ أي التحام ذكر وأنثى إذا كان أحدهما متزوجا وليس الوقاع الفعلي كاف لتكوين الركن المادي للجريمة.

ومنه يمكن حدوث هذه الجريمة من شيخ أو صبي لم يبلغ الحلم أو من عنين أو مع امرأة بلغت سن اليأس أو كانت حالتها الصحية تمنعها من الحمل أو كانت عقيما، لذلك نجد القضاء في فرنسا قد قضى بقيام جريمة الزنا بالإيلاج حتى وإن كان الاتصال الجنسي غير مكتمل، ولقد ذهب القضاء التونسي إلى أبعد من ذلك حيث تتم جريمة الزنا بمجرد الاتصال الجنسي ولو بوجود حائل خفيف أو بدون انتشار.⁽³⁾

وعليه تتحقق جريمة الخيانة الزوجية متى كان الاتصال الجنسي واقعا بين رجل وامرأة ليست ملكا له أو حلاله، كما إنه يتعين أن تحدث الواقعة بين الرجل والمرأة بالرضا الصحيح والإعد اغتصابا.

المطلب الثاني: قيام الرابطة الزوجية:

يشترط وقوع الوطء أثناء قيام الرابطة الزوجية، وهي العلاقة التي تجمع بين الزوجين، وتلزم كل زوج بالإخلاص للطرف الآخر. ويعتبر الطرفان الزوج والزوجة، مقيدين بالإخلاص المتبادل فيما بينهما بالأمانة التامة من اللحظة التي تم فيها إبرام عقد الزواج، سواء كان ذلك في حضورهما أم في غيبتهما.

هذا وقد قضت المحكمة العليا في الجزائر بقيام جريمة الخيانة الزوجية في حق الزوجة التي تزوجت بالفاتحة مع رجل آخر دون أن تنتظر الفصل في القضية التي كانت بينها وبين زوجها الأول.

(1) أنظر كامل السعيد، الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة والأسرة، المرجع السابق، ص 240.

(2) أنظر عبد السلام مقلد، الجرائم المعلقة على شكوى والقواعد الإجرائية الخاصة بها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1989، ص 74.

(3) أنظر القرار التعقيبي عدد 4520 المؤرخ في 29 أكتوبر 1980، أنظر رضا خماس، نفس المرجع، ص 280.

فالقانون الجنائي الجزائري والقانون الجنائي التونسي عكس القانون الجنائي المغربي، لا يعقبان على الوطء الذي يقع قبل الزواج حتى ولو حملت بسببه المرأة وتحقق وضعها منه بعد الزواج، إضافة إلى أن المرأة التي تخون خطيبها في مرحلة الخطوبة لا تعاقب إذا ما فعلت ذلك قبل انعقاد العقد.⁽¹⁾ ففي هذه الحالة لا يشترط أن يكون الزوج قد دخل بزوجه، لأن العلاقة الزوجية لا تتوفر قانوناً إلا إذا تم العقد الصحيح،⁽²⁾ ولا يشترط أيضاً أن يكون العقد ثابتاً في ورقة رسمية، بل يكفي الزواج العرفي متى أمكن إثبات وجوده.⁽³⁾

وأيضاً لا تعاقب القوانين المغاربية السالفة الذكر، على جريمة الخيانة الزوجية التي وقعت أو تم التبليغ عنها بعد الطلاق، لكن في هذا الموضوع يجب التفرقة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن.

الطلاق الرجعي هو الطلاق الذي يقع لطلقة واحدة، ولا يترتب عليه رفع أحكام الزوجية قبل مضي فترة معينة من الزمن يطلق عليها في الشريعة الإسلامية بالعدة، وهذا الطلاق لا يزيل العصمة الزوجية، بل يبقى الزواج قائماً مادامت المرأة في عدتها؛ لأن الزوج في هذه الحالة يجوز له مراجعتها وأن يردها إلى عصمته في أي وقت شاء من الأوقات؛ لكن خلال العدة. وعليه فإن جريمة الخيانة الزوجية تقوم إذا وقعت من المرأة أثناء هذه المدة. وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري من خلال القرار رقم 570 المؤرخ في 6 جوان 1989، حيث قضت المحكمة العليا بقيام الزنا في حق الزوجة التي أبرمت عقد زواج مع رجل آخر قبل أن يصبح حكم الطلاق بينها وبين زوجها الأول نهائياً.⁽⁴⁾ كما سار على نفس المنوال القضاء التونسي، في قرار تعقيبي له رقم 9522 المؤرخ في 25 جانفي 1975، قائلًا: إن إثارة جريمة الزنا من طرف الزوجة يعتبر ممن لها الصفة مادامت علاقة الزوجية قائمة عند وقوع الجريمة، ولا تأثير للطلاق الواقع إثر ذلك على مشروعية قيام العلاقة الزوجية، طبقاً للمادة 236 من المجلة الجنائية التونسية، وأكد ذلك القرار التعقيبي عدد 1323 المؤرخ في 4 جوان 1977، قائلًا: إذا استأنف الزوجان حكم الطلاق استمرت الرابطة الزوجية فيما بينهما وأن قيام أحدهما ضد الآخر، بدعوى

(1) أنظر نبيل صقر، المرجع السابق، ص 306 - 307.

(2) أنظر كامل السعيد، الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة والأسرة، المرجع السابق، ص 240.

(3) أنظر عبد السلام مقلد، المرجع السابق، ص 76.

(4) قرار غير منشور، أنظر أحسن بسقيعة، المرجع السابق، ص 131.



الزنا صحيح ما دام الحكم لم يصبح باتا. ⁽¹⁾ كما سار أيضا على نفس النهج القضاء الجنائي المغربي، في قرار للمجلس الأعلى عدد 7471 المؤرخ في 2 أكتوبر 1984 قائلا: أن المطلقة أثناء فترة العدة تظل في حكم الزوجة، ولذلك إذا ثبت اقترافها للفاحشة أثناء هذه العدة، فإنها تعتبر مرتكبة لجريمة الخيانة الزوجية وليس جريمة الفساد.

أما الطلاق البائن في الشريعة الإسلامية، ينقسم إلى قسمين، طلاق بائن بينونة صغرى، وطلاق بائن بينونة كبرى، فالطلاق الأول إذا أنقضت العدة، لا يمكن للزوج مراجعة زوجته إلا بعقد وصدّق جديدين؛ لأن الطلاق في هذه الحالة يزيل العصمة الزوجية، بينما إذا كان الطلاق بائن بينونة كبرى، لا يجوز للمطلق أن يتزوج من طليقته حتى تتزوج رجل غيره، أو حتى يموت عنها، أو يطلقها، وبعد انتهاء عدتها، عند إذن يمكنه أو بالأحرى يجوز له أن يتزوجها من جديد. ⁽²⁾

فإذا ارتكبت جريمة الزنا من طرف أحد الزوجين، بعد الطلاق البائن أيا كان نوعه، لا تعتبر جريمة الخيانة الزوجية، في القوانين المغاربية، حيث أكد ذلك القضاء التونسي في القرار التعقيبي عدد 507 المؤرخ في 12 مارس 1976 بقوله: "صدور الحكم بالطلاق واتصال القضاء فيه تفصم بموجبه العلاقة الزوجية، وتبعاً لذلك تنتفي تهمة الزنا إذا أثبت بعدة". ⁽³⁾ كما سار على هذا النهج أيضا القضاء الجنائي المغربي، من خلال قرارا للمجلس الأعلى رقم 478 المؤرخ في 16 فبراير 1978، لما قال: "لما أبرزت المحكمة إن المتهم لم يكن متزوجا وقت فتح المتابعة ضده، وإنه كان قد طلق زوجته فإن إدانته والحالة هذه بجريمة الفساد تكون مطابقة للقانون". ⁽⁴⁾

يتضح مما سبق إن جريمة الخيانة الزوجية، لا ترتكب في حق الزوجين إذا وقع الوطء قبل عقد الزواج، حتى ولو حصل أثناء الخطبة، أو حصل بعد الطلاق. وذلك خلافا للشريعة الإسلامية التي نجد أن فقهاؤها يرون بأن الزواج لا يلزم بقاؤه قائما ومستمرا لأجل إثبات صفة الإحصان لحين ارتكاب جريمة الزنا؛ لأن هذه الصفة دائمة وتبقى أبدية لمن سبق له الزواج، حتى ولو طلق زوجته، وبقي مجردا وزنى فيجد بالرجم حتى الموت.

⁽¹⁾ أنظر رضا خمّاخ، المرجع السابق، ص 280.

⁽²⁾ أنظر عبد السلام مقلذ، المرجع السابق، ص 76.

⁽³⁾ أنظر رضا خمّاخ، المرجع السابق، ص 280.

⁽⁴⁾ أنظر هامش عبد الواحد العلمي، المرجع السابق، ص 221.



أما إذا كان عقد الزواج فاسداً أو باطلاً، لا تقوم جريمة رابطة الزوجية، وإذا دفع المتهم أو شريكه، بأنه مطلق أو أنه لم يكن متزوجاً بتاتا أو إن زواجه فاسد أو باطلاً، وجب إيقاف الفصل في الدعوى الجنائية، حتى تفصل محكمة الأحوال الشخصية، في صحة أو عدم صحة عقد الزواج وقيامه من عدمه.⁽¹⁾

ويكون التبليغ عن هذه الجريمة من الطرف الزوج المتضرر، حال قيام الرابطة الزوجية، فإن حدث الطلاق بينهما، لا يجوز للزوج المتضرر المطلق أن يبلغ عنها.

لكن إذا حدثت الواقعة أو الوطء وبلغ عنه الزوج المضروب، ثم وقع الطلاق بينهما، فلا يحول هذا الطلاق دون الحكم على الزوج الجاني.

المطلب الثالث: القصد الجنائي:

إن القصد الجنائي؛ يعني اتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب الواقعة الإجرامية، مع العلم بتوافر أركانها القانونية. إذن هو يتطلب ما يلي:

- توجيه الإرادة نحو ارتكاب الفعل المجرم والمعاقب عليه قانوناً، سواء كان هذا الفعل سلبياً أو إيجابياً، إضافة إلى توجيه أردته نحو تحقيق النتيجة المطلوبة، إذا طلب القانون توفر نتيجة معينة للعقاب.

- ويتطلب العلم بتوفر أركان الجريمة، خاصة إذا علمنا إن العلم هو إدراك الأمور على النحو الصحيح، المطابقة للواقع، فلا بد للجاني أن يعلم بتوفر جميع أركان الفعل المجرم، وأن يعلم أيضاً إن القانون يعاقب على هذه الوقائع الإجرامية.

ومنه ينتفي القصد الجنائي إما للجهل بالقانون أو الغلط فيه، وإما للجهل بالواقع أو الغلط فيه.⁽²⁾

إن جريمة الخيانة الزوجية من الجرائم العمدية، لا تقوم إلا بوجود القصد الجنائي، والقصد المطلوب هنا هو القصد العام، ويعتبر هذا القصد متوفراً في حق الزوج المضروب، متى ارتكب الفعل عن علم وإرادة، بأنه متزوج يواقع شخص آخر غير زوجته.

(1) أنظر عبد السلام مقلد، المرجع السابق، ص 77. أنظر كذلك أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 131.

(2) أنظر ذلك عبد السلام مقلد، نفس المرجع، ص 77. وأنظر كذلك عبد الواحد العلمي، المرجع السابق، ص 214.



ويتضح مما تقدم ألا عقاب على الزوجة التي وطئت بإكراه في التشريعات المغربية، ويصدق نفس الحكم على الزوج، إذا كان ضحية إكراه، أو غلط، أو في حالة سكر إجباري أو اضطراري، أو في حالة جنون.

وتبعاً لذلك لا تقوم هذه الجريمة، إذا ثبت إن الوطء، قد حصل بدون رضا الزوج، كأن يكره رجل على موافقة أنثى ضد إرادته فيكون الفعل حينئذ هتكا لعرضه من قبل المرأة التي أكرهته على ذلك، أو كما لو تم نتيجة للخديعة أو المباغطة، كأن يتسلل رجل إلى فراش امرأة، فتسلم له نفسها ظناً منها بأنه زوجها. وبالمقابل تقوم جريمة الاغتصاب في حق من واقع امرأة بدون رضاها.

لكن يثار التساؤل بشأن الزوج الذي يتحجج بعدم معرفة، إن كان لا يزال مقيدا بعقد الزواج أم لا، خصوصاً إذا اعتقد أنه مطلق أو إن الزوج المفقود قد مات، فهل يعتد بهذا الجهل كسبب للانتفاء القصد الجنائي؟ وبالتالي انتفاء الواقعة الإجرامية؟.

في الحقيقة يجب أن يكون الجواب بالنفي لوجود مبدأ عام في القانون ألا وهو: "عدم جواز الجهل بالقانون". ذلك إن الرابطة الزوجية تظل قائمة، ما لم تتحل بطلاق نهائي، يقيد على هامش عقد الزواج، أو تتحل الرابطة الزوجية قضائياً، بحكم موت المفقود طبقاً لما هو مقرر في إجراءات الأحوال الشخصية.⁽¹⁾

ويشترط أيضاً علم الشريك، بأن خليلته (أو خليله) متزوجة (أو متزوجاً)، فإذا كان يجهل قيام الرابطة الزوجية أثناء إتيان الفعل، فإن القصد الجنائي ينتفي في هذه الحالة.

ومن جهة أخرى لا يعاقب الشريك إذا أقام الدليل بأنه يجهل حقاً أن خليلته كانت غير متزوجة، ويقع على النيابة العامة عبء إثبات علم الشريك، بأن خليلته متزوجة. وهكذا اشترط القضاء المغربي أيضاً علم المشارك غير المتزوج، بكون الطرف الآخر متزوج، حتى يعاقب بعقوبة المشاركة في جريمة الخيانة الزوجية.

وفي الأخير إذا توفرت أركان جريمة الخيانة الزوجية، وقام أحد الزوجين بتقديم شكواه للنسابة العامة، قامت هذه الأخيرة بمتابعة الزوج الجاني من أجل توقيع العقوبة المقررة في التشريعات الجنائية المغربية.

(1) أنظر أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص 133.

المبحث الثاني: المتابعة والجزاء:

تخضع المتابعة الجزائية في جريمة الخيانة الزوجية، إلى قيدين هما:

القيد الأول: يتمثل في إثبات الجريمة بإحدى الطرق الواردة حصرا في المادة 341 من القانون الجنائي الجزائري، والمادة 493 من القانون الجنائي المغربي، أما القانون الجنائي التونسي، أرى أن الفصل 236 من المجلة الجنائية التونسية، لم يحدد أو يحصر مسألة الإثبات في مادة الزنا، بل أخضعها إلى الاقتناع النظري للمحكمة، حسب الأدلة المقدمة، بشرط تعليل حكمها القاضي، بالإدانة أو بالبراءة، بما هو ثابت في أوراق الملف، الذي يكون ملما بجميع الدفوع والأسانيد القانونية الجوهرية، التي لها تأثير على وجه البث في الجريمة.⁽¹⁾

القيد الثاني: يتمثل في الشكوى، حيث قيد القانون تحريك الدعوى العمومية في جريمة الخيانة الزوجية بناء على شكوى الزوج المتضرر، وهذا استثناء من الأصل العام وهو حرية النيابة في تحريك الدعوى العمومية، حيث ذهبت في هذا الطريق تشريعات الدول المغاربية، غير أن المشرع المغربي، كما بينا سابقا، أجاز للنياحة العامة متابعة الزوج الذي يتعاطى الزنا بصفة ظاهرة، في حالة غياب الزوج الآخر خارج التراب المغربي.⁽²⁾

للتطرق في هذا الموضوع، لا بد أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول، إثبات جريمة الخيانة الزوجية، ونعالج في المطلب الثاني، شكوى الزوج المضروب.

المطلب الأول: إثبات جريمة الخيانة الزوجية:

لقد خرج المشرع الجزائري والمغربي عن قاعدة الإثبات المقرر في الميدان الجنائي، القائم على مبدأ الاقتناع الوجداني،⁽³⁾ القائم أساسا على حرية القاضي الجنائي في تكوين قناعته الشخصية من أي دليل يطمئن إليه، لكن لا يجوز إثبات هذه الجريمة، إلا بإحدى الوسائل الثلاثة، الواردة على سبيل الحصر في القانون الجزائري وفقا لنص المادة 341 بقولها: "الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم أما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة التلبس وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادر من

(1) أنظر القرار التعقيبي، عدد 812 المؤرخ في 18 افريل 1987. وأنظر كذلك القرار التعقيبي، عدد 13671 المؤرخ في 25 فيفري 1987، على التوالي، أنظر ذلك في رضا خماسم، المرجع السابق، ص 281.

(2) أنظر عبد الواحد العلمي، المرجع السابق، ص 217.

(3) أنظر ذلك كامل السعيد، الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة والأسرة، المرجع السابق، ص 248.



المتهم وإما بإقرار قضائي. " والقانون المغربي طبقا لنص المادة 493 بقولها: "الجرائم المعاقب عليها في الفصلين 490 و491 لا تثبت إلا بناء على محضر رسمي يحرره احد ضباط الشرطة القضائية في حالة التلبس أو بناء على اعتراف تضمنته مكاتيب أو أوراق صادرة عن المتهم أو اعتراف قضائي".، بينما أخضع القانون الجنائي التونسي، إثبات أو عدم إثبات هذه الجريمة، إلى قناعة القاضي الشخصية.

ومما لاشك منه إن القانونين الجزائري والمغربي، حين تعرضا في هذا الصدد، إلى بيان أدلة معينة قصدوا من ذلك أنه لا يجوز للقاضي أن يبني حكمه في حصول هذه الجريمة إلا بناء على الأدلة الثلاثة الواردة على سبيل الحصر. ومنه فإن الحكم الذي يدين المتهم في جريمة الخيانة الزوجية، هو الحكم الذي يبني على الأدلة التالية:

الفرع الأول: حالة التلبس:

يقصد بالتلبس مشاهدة الجاني وقت ارتكاب الفعل أو عقب ارتكابه ببرهة يسيرة من الزمن، كما تعد الجريمة متلبس بها إذا تبعه العامة أو المجني عليه مباشرة أثناء أو إثر وقوعها، أو إذا شهد بعد وقوعها بوقت ليس ببعيد، وشهد معه أشياء تدل على ارتكابها، وإن ضبط معه في ذات الوقت دلائل أو آثار تفيد أنه هو من فعل ذلك.⁽¹⁾

لكن التساؤل الذي يثار هنا أن مشاهدة الجريمة حال ارتكابها غالبا ما تكون بالرؤية فهل الرؤية شرطا في كشف حالة التلبس؟ أم هل يكفي أن يكون الشاهد قد حضر ارتكاب الواقعة أو الجريمة وأدرك وقوعها بأية حاسة من حواسه، سواء كان ذلك بالبصر أو السمع؟

في هذا الموضوع نلاحظ إن التشريعين الجزائري والمغربي صريحين في تعريفهما لأحوال التلبس، حيث ذهب المشرع الجزائري إلى إثبات جنحة التلبس في محضر يحرره ضابط من ضباط الشرطة القضائية، وذلك طبقا لنص المادة 15 من قانون الإجراءات الجزائية وهم: رؤساء المجالس الشعبية، وضباط الدرك الوطني، ومحافظو الشرطة، وضباط الشرطة، وضباط الجيش التابعين للمصالح العسكرية للأمن..... الخ.

وأن تكون الجنحة متلبسا بها مثل ما ورد في المادة 41 من نفس القانون التي نصت في فقرتها الأخيرة أن التلبس يتم ولو في غير الظروف المذكورة أعلاه إذا ارتكب في منزل

⁽¹⁾ أنظر مصطفى الشاذلي، الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار والآداب، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية،

بدون سنة، ص 122. أنظر أيضا عبد السلام مقلد، المرجع السابق، ص 83.



وكشف صاحب المنزل عنها عقب وقوعها وبادر في الحال باستدعاء أحد ضباط الشرطة القضائية لإثباتها.⁽¹⁾

أما القانون المغربي فقد نص على التلبس كدليل من أدلة إثبات، في جرمي الفساد والخيانة الزوجية، وفقا لنص الفصل 1/493 من القانون الجنائي المغربي، المحضر المحرر من طرف أحد ضباط الشرطة القضائية في حالة التلبس بالجريمة، ولذلك فإن محاضر الشرطة القضائية هي التي يوثق مضمونها ما لم يثبت مغالفتها الفصل 291، هي تلك المحاضر التي يثبت فيها محرروها ما يعاينوه وما شاهدوه. أما المحاضر الأخرى التي تتضمن اعتراف بعض الأشخاص بجرائم الخيانة الزوجية أو جرائم الفساد، والموقع عليها من طرف المعترفين بها، فهي وإن كانت بمثابة الاعتراف الذي تتضمنه مكاتب أو أوراق صادرة من المتهم، فإن ذلك منوط باقتناع قاضي الموضوع بمحتوى هذا الاعتراف، فتبقى تلك المحاضر خاضعة للسلطة التقديرية للمحاكم.

وانطلاقا مما تقدم لا يقوم التلبس قانونا إذا اكتشف عن طريق إجراءات باطلة، فلا يجوز إثبات التلبس بناء على مشاهدات يختلسها رجال الشرطة القضائية من خلال ثقب أبواب المنازل.⁽²⁾ والأكثر من ذلك أن المشرع فقد اشترط أن تكون حالة التلبس قائمة على محضر يحرره أحد ضباط الشرطة القضائية، والغرض هنا هو معاينة حالة التلبس والتأكد من وجودها، وليس الغرض معاينة جريمة الخيانة الزوجية، وهكذا فإذا لم توجد مثل هذه المحاضر تنتفي جريمة الزنا بين الزوجين، حتى ولو كان متلبس بها.⁽³⁾

الفرع الثاني: الإقرار من المتهم الوارد في رسائل ومستندات:

يقصد بالرسائل والمستندات تلك المحررات الصادرة من المتهم، والتي يكون من شأنها إثبات وقوع جريمة الخيانة الزوجية، فيكفي صدور هذا الإقرار في الأوراق والمكاتب والوثائق، سواء وقعها بتوقيعه الصريح أو بتوقيع رمزي، أو لم يوقعها إذا ثبت أنها بخطه، لكن من الضروري أن تتضمن هذه المحررات والرسائل اعتراف المتهم، وعلى ذلك فالإقرار الشفهي أو الإقرارات الواردة في غير رسائل ومستندات المتهم لا تصلح لأن تكون وسيلة مقبولة لإثبات جريمة الخيانة الزوجية، وهكذا أيضا لا نكون بصدد هذه الجريمة إذا كان الاعتراف على النفس وارد في رسائل

(1) أنظر أحس بوسقيعة، المرجع السابق، ص 135.

(2) أنظر هامش عبد الواحد العلمي، المرجع السابق، ص 215. وأنظر عبد السلام مقلد، المرجع السابق، ص 83.

(3) أنظر لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء الجزائي: الجرائم ضد الأسرة والآداب العامة والجرائم ضد الأموال، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2010، ص 144.



ومستندات الغير، لأن هذا الاعتراف لا يصلح أيضا كدليل إثبات لأنه صادر عن الغير، وإنما ما بهم هو أن تتضمن اعترافا على النفس من المتهم.⁽¹⁾

وقد اشترط المشرع الجزائري أن يكون هذا الإقرار واضحا، ليس فيه لبس أو غموض، يتناول مضمونه ذكر علاقات جنسية، على أن يكون هذا الاعتراف واردا في صور أو في سند أو في أي محرر آخر، شريطة أن يكون صادرا عن المتهم⁽²⁾. وهذا ما استقر عليه التشريع المغربي⁽³⁾.

أما بالنسبة للتشريع التونسي، فإن المتصفح للقرارات التعقيبية يجد أن القضاء التونسي قد بنى بعض أحكامه على وسائل الإثبات التي نص عليها المشرعين الجزائري والمغربي، وهذا ما تضمنه القرار التعقيبي عدد 9637 مؤرخ في 13 جوان 1984 قضى بما يلي "درج فقه القضاء على اعتبار وسيلة إثبات دعوى الزنا إما بالإقرار الصحيح المدعم أو بضبط الجانين بمكان الخطيئة أو وجودهما في وضع مستراب أو في حالة دالة على قيام العلاقة الفاجرة بينهما".⁽⁴⁾

والأصل أن القواعد العامة تقول أن كل من يريد التمسك بالإقرارات الواردة في المستندات والرسائل عن المتهم في دعوى الخيانة الزوجية، يجب أن يكون قد حصل عليها بطرق مشروعة، وفي حالة عدم دفع المتهم بأن تلك المستندات أو الأوراق والرسائل قد سرقت منه، فيحقق للقاضي إذن بأن يأخذها كدليل إثبات، خاصة إذا علمنا أن القانون قد أباح لكل زوج مراقبة الزوج الآخر، بحيث يتتبع أخباره وسيرته، وبذلك إذا حامت على الزوجة شكوك وشبهات قوية عند زوجها، فهذا الأخير أن يستولي - ولو خلسة - على ما يشك بوجوده من رسائل العشاق وأصدقائها في حقيبتها الموجودة في بيته وتحت بصره، ثم له أن يستشهد بها عليها إذا رأى محاكمتها جزائيا لإخلالها بشروط عقد الزواج، ويكون للزوجة نفس الحق إذا شككت هي الأخرى على زوجها.

ووفقا لقرارات محكمة النقض المصرية، فإنه يجوز لأي زوج أن يضبط هذه المسودات والوثائق في الأمتعة الخاصة بزوجه التي يحوزها في منزل الزوجية، وهذا يعني أن قرارات محكمة النقض المصرية، ترمي إلى أحقية الزوج في تفتيش أمتعة الزوج الآخر بحثا عن تلك الرسائل والوثائق التي تدل على وقوع الفعل.

⁽¹⁾ أنظر لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 144 - 145.

⁽²⁾ أنظر أحس بوسقيعة، المرجع السابق، ص 134.

⁽³⁾ أنظر عبد الواحد العلمي، المرجع السابق، ص 215.

⁽⁴⁾ أنظر رضا خماخم، المرجع السابق، ص 280.

وقد استدلت محكمة النقض المصرية، على أن الزوج في علاقته مع زوجته لا يعتبر من الغير في هذا الصدد، فعشرة كل منهما وسكونه للآخر، وما يفرضه عليهما عقد الزواج من تكاليف لصيانة الأسرة في كيانها وسمعتها، تخول له مراقبة سلوك شريكه حتى يكون على بينة من عشيده.⁽¹⁾

وفي هذا الإطار فإن الصور الفوتوغرافية التي تمثل الجاني في وضع مشبوه مع شريكه في جريمة الخيانة الزوجية، فإنه لا يجوز اعتبارها كدليل إثبات في التشريعين الجزائري والمغربي، لأنهما قد قصرا ذلك على الرسائل والمستندات دون غيرها، ولا يجوز أن تفسر القواعد الجزائية بواسطة القياس احتراماً لمبدأ الشرعية، إذ قد تخضع الصور الفوتوغرافية للتركيب في بعض الأحيان، لذلك كان على المحكمة عندما تقضي بالإدانة، أن تشير إلى العبارات التي تتضمنها تلك الأوراق والرسائل والمستندات، التي تؤكد ارتكاب جريمة الخيانة الزوجية من طرف الزوج المتهم، مع الإشارة إلى أنها صادرة عن هذا الأخير.⁽²⁾

الفرع الثالث: الإقرار القضائي:

الإقرار هو الاعتراف الصريح الصادر من نفس المتهم باقتراح جريمة الخيانة الزوجية، سواء أكان أمام النيابة العامة، أو أمام جهة التحقيق؛ أي أمام قاضي التحقيق، أو أمام جهة الحكم - حتى ولو كانت أمام جهة استئناف جزائية - حيث يجب أن يكون هذا الإقرار صريحاً وواضحاً حتى لا يحتمل أي تأويل.⁽³⁾

ولا يشترط أن يكون الإقرار القضائي كتابة، بل يصح أن يكون شفاهة، مثل ما عليه الحال أثناء استجواب المتهم أمام المحكمة الجزائية، بشرط تدوينه أو كتابته في سجل المرافعات، حتى يمكن الرجوع إليه عند الضرورة.

إضافة إلى ذلك قد يصدر الاعتراف على النفس كتابة في محضر رسمي، كأن يقر المتهم على نفسه بقيامه بجريمة الخيانة الزوجية، إمام قاضي التحقيق في محضر السماع عند الحضور الأول، أو في محضر الاستجواب في الموضوع، أو في المواجهة، أو في أي محضر، ويدون قاضي التحقيق ذلك الاعتراف أو الإقرار في محضر رسمي، عن طريق كتابته، ويوقع عليه المتهم.⁽⁴⁾

(1) أنظر كامل السعيد، الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة والأسرة، المرجع السابق، ص 250.

(2) أنظر لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 145 - 146.

(3) أنظر مصطفى الشاذلي، المرجع السابق، ص 122 - 123.

(4) أنظر أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 134.



كما يجب أن يكون الشخص المقر، مميزا وعاقلا، وأن يكون اعترافه صريحا لا يحتمل أي غموض كما اشرنا إليه سابقا، على أن يأخذ بمنتهى الحذر؛ لأن المقر قد تكون له دوافع أخرى، كالحصول على التطلق مثلا أو الطلاق، كما لا يعتد بالاعتراف إذا كان ناتجا عن تهديد أو إكراه؛ إلا أنه يجب على القاضي أن يبحث عن الدوافع التي دفعت المعترف للإدلاء بأقواله، ويجب عليه أن يراعي الانسجام بين الإقرار ووسائل الإثبات الأخرى، وأن يأخذ التحقيق باعتراف المتهم على نفسه ولو عدل عنه أثناء المحاكمة⁽¹⁾، وهذا ما ذهب إليه القانون الجزائري الجزائي، وقانون المسطرة الجنائية المغربي على حد سواء، أما الإقرار أمام الشرطة القضائية فلا يعتد به⁽²⁾.

وفي هذا الصدد نرى إن القضاء التونسي قد نص في إحدى قراراته التعقيبية، على اعتبار الإقرار الصحيح وسيلة من وسائل الإثبات في جريمة الخيانة الزوجية، وذلك في القرار التعقيبي عدد 9637 المؤرخ في 13 جوان 1984.⁽³⁾

بناء على ما تقدم نلاحظ أن المشرع الجزائري، والمشرع المغربي، قد جعلوا أدلة الإثبات في جريمة الزنا محددة مسبقا وعلى سبيل الحصر، بحيث لا يجوز للقاضي أن يكون اقتناعه من الأدلة الأخرى، غير الأدلة السالفة الذكر، وبهذا فإن المحكمة الجزائرية لا تقبل وسائل أخرى للإثبات جريمة الخيانة الزوجية، مثل الشهادة وغيرها من وسائل الإثبات الجنائية، عكس القانون التونسي والقانون الليبي.

وتبعاً لذلك قضت المحكمة العليا الجزائرية، في الكثير من الأحيان بنقض قرارات أدانت متهمين بالخيانة الزوجية، استناداً على قرائن غير منصوص عليها في المادة 341 من قانون العقوبات الجزائري.

إلا أن تقديم الدليل على قيام الجثة بإحدى الوسائل المذكورة في المادة 341 من قانون العقوبات الجزائري، لا يمنع القاضي من استعمال سلطته التقديرية، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها قائلة: بأن الإقرار القضائي في مجال الزنا شأنه شأن أي إقرار يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع وفقا لنص المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية.

(1) أنظر لحسن بن الشيخ آث ملويا، نفس المرجع، ص 147.

(2) أنظر عبد الواحد العلمي، المرجع السابق، ص 211.

(3) أنظر رضا خماخم، المرجع السابق، ص 280.

المطلب الثاني: شكوى الزوج المضرور:

وتتطوي دراستنا في هذا الشأن على القيد المتمثل في الشكوى، الذي يعد ذا أهمية في متابعة الزوج المرتكب لجريمة الخيانة الزوجية، لكن قبل الخوض في هذا الموضوع لا بد من تعريف الشكوى.

الشكوى بمفهومها الواسع: هي ذلك الإخطار أو البلاغ الذي يقدمه المجني عليه إلى السلطات المختصة، طالبا تحريك الدعوى العمومية بشأن جريمة من الجرائم التي قيد المشرع تحريكها، بناءً على شكوى المجني عليه فقط. وقد أطلق المشرع الجزائري كلمة شكوى - كغيره من المشرعين التونسي والمغربي - على البلاغ المقدم من المضرور من الجريمة - جناية كانت أو جنحة - إلى قاضي التحقيق والمصحوبة بالإدعاء المدني.

أما الشكوى التي نحن بصدد دراستها هي ذلك البلاغ الذي يقدمه الزوج المضرور إلى السلطة المختصة طالبا منها تحريك الدعوى العمومية ضد الزوج المتهم بارتكابه لجريمة الخيانة الزوجية، الذي قيد القانون حرية النيابة في تحريك الدعوى، مراعاة لمصلحة المجني عليه بصفته فردا في الأسرة. هو إجراء جوهري يجب أن يتخذه الزوج أو الزوجة أمام الجهات المختصة يعبر فيه عن إرادته في تحريك الدعوى الجزائرية ضد الزوج الزاني بغية توقيع العقاب، على اعتبار إن هذه الشكوى حق شخصي للزوج المضرور، لا ينقضي إلا في حالة وفاته أو بالتنازل عنه، لا ينتقل إلى الورثة⁽¹⁾ حتى ولو كان الزوج المضرور مصرا على تقديم الشكوى قبل وفاته.⁽²⁾ وعليه سوف نتناول في الفرع الأول: شروط الشكوى، ثم نعالج في الفرع الثاني: آثار الشكوى.

الفرع الأول: شروط الشكوى:

إن جريمة الخيانة الزوجية لا تتم متابعتها إلا بناءً على شكوى الزوج المضرور، ويستوي في ذلك التشريع الجزائري، والمغربي، وحتى التشريع التونسي، حيث لا تتم متابعة الزوج إذا كان فاعلا أصليا، إلا بناءً على شكوى تقدمها زوجته، وإذا كانت الزوجة الفاعل الأصلي فلا تتم متابعتها إلا بناءً على شكوى يقدمها الزوج، أما إذا وقعت هذه الجريمة من متزوجين، فكلاهما يعتبران فاعلان أصليان، وتكون متابعتها بناءً على شكوى الزوجين المتضررين.⁽³⁾

(1) أنظر محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 233.

(2) أنظر طارق سرور، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار النهضة العربية، ص 258.

(3) أنظر فتحي بهنسي، المرجع السابق، ص 56.



ومنه تستلزم جريمة الخيانة الزوجية، كما بينا سابقا، أن يكون أحد الطرفين متزوجا، لكن هل هذا الشرط يعني ضرورة بقاء هذا الطرف متزوجا إلى حين اقترافه جريمة الخيانة الزوجية؟ أم يكفي أن يكون قد سبق له أن تزوج ثم توفى عنه زوجه أو طلق زوجه طلاقا بائنا، ولم يستمر زواجه لوقت ارتكابه للجريمة؟

بالنسبة للشريعة الإسلامية، خلافا للقوانين الوضعية المقارنة فقد شددت عقوبة الزاني المحصن، مقارنة مع الزاني غير المحصن، لذلك نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية يرون بأن عقد الزواج لا يلزم بقاءه مستمرا؛ لكي تبقى صفة الإحصان ثابتة، فبمجرد أن يسبق له الزواج، ثم يفصل عن زوجته بعد ذلك لأي سبب من الأسباب، يعتبر محصنا في نظر الشريعة الإسلامية، فإذا ارتكب فعل الزنا فيجب حده بالرجم حتى الموت.

لكن بالنسبة للقانون الجنائي الجزائري والتونسي والمغربي، فإن صفة الزوجية؛ أي صفة الإحصان يستوجب قيامها أثناء اقتراف الجريمة؛ أي أن الفاعل إذا كان غير متزوج عند ارتكابه للجريمة، كأن توفى عنه زوجه مثلا، أو كان قد طلاق زوجته طلاقا بائنا،⁽¹⁾ فلا يعتبر مرتكبا لجريمة الخيانة الزوجية.

وطالما أن المشرع جعل جريمة الخيانة الزوجية ذات طابع خاص، تهم الزوج المضروب دون سواء وعليه فلا تجوز المتابعة، عن أخ الزوج المضروب أو والده أو أخته أو أي أحد سواء، كما لا يحق للنيابة العامة أن تباشر المتابعة القضائية من تلقاء نفسها، خاصة في القانون الجزائري والقانون التونسي، أما في القانون المغربي فقد أجاز هذا الأخير للنيابة العامة أن تقوم تلقائيا بمتابعة الزوج الآخر، الذي يتعاطى الخيانة الزوجية بصفة ظاهرة، في حالة غياب أحد الزوجين خارج تراب المملكة المغربية.

غير أنه يجوز للزوج المجني عليه، أن يوكل شخص آخر ينوب عنه لتقديم الشكوى، لكن في شكل وكالة خاصة، حررت خصيصا لهذا الموضوع، كما يجوز أيضا للزوج المجني عليه، أن يقدم شكواه في شكل عريضة، إذا كان مسافرا، على أن تكون هذه الشكوى ممضاة من طرف الشاكي؛ أي الزوج المضروب أو من قبل الوكيل.

مع العلم أن هذه الشكوى لا تخضع إلى أية إجراءات شكلية معينة، بل يكفي فقط أن يفصح الزوج المضروب عن رغبته أو نيته في توقيع العقوبة على الزوج الجاني.

⁽¹⁾ إن المطلقة أثناء فترة العدة تظل في حكم الزوج، ولذلك إذا ثبت اقترافها للفاحشة أثناء هذه الفترة، تعتبر مرتكبة لجريمة الخيانة الزوجية، وليس للفساد، قرار المجلس الأعلى عدد 7471 بتاريخ 02 أكتوبر 1984، مجلة القضاء والقانون عدد 135 - 136 ص 225، أنظر هامش عبد الواحد العالمي، المرجع السابق، ص 221.



وانطلاقاً مما تقدم فإنه يجوز للنيابة العامة أن تتصرف في شكوى الزوج المضرور؛ من أجل جريمة الخيانة الزوجية، مثلها مثل الجرائم الأخرى، فلها حق المتابعة بأي طريقة كانت (تلبس، تحقيق، استدعاء مباشر)، ولها كامل السلطة في استعمال طرق الطعن عند صدور الحكم أو القرار القضائي.⁽¹⁾

الفرع الثاني: أثار سحب الشكوى:

مادامت المتابعة الجزائية مقيدة بشكوى الزوج المضرور، فإن التنازل على هذه الشكوى يضع حداً للمتابعة ضد الفاعل الأصلي وشريكه، طبقاً لإحكام المادة 339 من القانون الجنائي الجزائري، والمادة 236 من المجلة الجنائية التونسية.

أما في القانون الجنائي المغربي، فإن تنازل أحد الزوجين عن شكايته، حتى ولو كان بعد صدور حكم غير قابل للطعن، فإنه يضع حداً لمتابعة الزوج المشتكى به في جريمة الخيانة الزوجية فقط، مع الملاحظة أن الشريك لا يستفيد مطلقاً من التنازل وفقاً للفصل 492 من القانون الجنائي المغربي.⁽²⁾

وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة، التي تحكم الدعوى العمومية، إذ نصت المادة السادسة الفقرة الثانية من قانون الإجراءات الجزائية، أن الدعوى العمومية تنقضي في حالة سحب الشكوى أو التنازل عنها، إذا كانت هذه الأخيرة شرطاً لازماً للمتابعة، مما يجعل الشريك يستفيد من سحب الشكوى طبقاً للقواعد العامة للاشتراك.

حيث أنه قبل تعديل نص المادة 339 بموجب القانون رقم 82-04 المؤرخ في 13/02/1982- إذ كان القانون الجزائري يتماشى مع القانون المغربي - كان لصفح الزوج المتضرر، أثر نسبي ينحصر في زوجه ولا يتعدى أثره إلى الشريك.

- **آثار وفاة الزوج الجاني:** إذا توفى الزوج المذنب، قبل تقديم الشكوى، فلا يجوز متابعة الشريك وتتوقف إجراءات المتابعة، إذا حدثت الوفاة بعد تقديم الشكوى.

- **آثار وفاة الزوج المتضرر:** بعد تردد كبير استقر القضاء الفرنسي إلى أن موت الزوج المتضرر بعد تقديمه الشكوى، لا تؤثر في المتابعة التي تبقى قائمة إلى غاية صدور الحكم، على أساس أن الجريمة تمس كيان المجتمع ككل من جهة، وتخص النظام العام من جهة أخرى، وهذا يتماشى مع النظام العام في المجتمعات المغاربية.

(1) أنظر أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 136.

(2) أنظر عبد الواحد العلمي، المرجع السابق، ص 222.



- **آثار الطلاق:** في حقيقتة الأمر لا تقبل أي شكوى بعد انحلال الرابطة الزوجية، من أجل وقائع سبقت حكم الطلاق؛ لأن الشاكي لم تتوفر فيه صفة الزوجية، التي تتطلبها القوانين المغاربية. غير أن الشكوى المقدمة من طرف الزوج المتضرر قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية، تستمر إلى ما بعد الحكم بالطلاق.

المطلب الثالث: الجزاء:

تعاقب القوانين المغاربية على جريمة الخيانة الزوجية بجزاءات مختلفة، حيث يعاقب القانون الجزائري على هذه الجريمة بعقوبة الحبس من سنة إلى سنتين، دون تمييز بين الزوج والزوجة، وتطبق نفس العقوبة على الشريك طبقاً لنص المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري، ويعاقب القانون التونسي على هذه الجريمة بالسجن لمدة خمسة أعوام وبخطيئة قدرها خمسمائة دينار تونسي ويعاقب الشريك بنفس العقوبة المقررة للزوجة أو الزوج المرتكب للجريمة، وفقاً لنص المادة 236 من المجلة الجنائية التونسية.⁽¹⁾

أما القانون الجنائي المغربي، فقد جاء في نص المادة 491 منه، يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين أحد الزوجين الذي يرتكب جريمة الخيانة الزوجية، ولم يتعرض إلى عقوبة الشريك مما يثير عدة تساؤلات، منها أن صياغة المادة 491 تفيد بأن المشرع قد عاقب المتزوج الذي يرتكب الزنا، بعقوبة مشددة مقارنة مع عقوبة جريمة الفساد، فلا يثور أي أشكال إذا كان الطرفان متزوجين؛ لأنهما سيعاقبان بالعقوبة المقررة لجريمة الخيانة الزوجية، طبقاً لنص المادة 491 السالفة الذكر، ولكن إذا كان أحد الأطراف غير متزوج فهل يعد مرتكباً لهذا النوع من الجريمة، وبالتالي يعاقب بالعقوبة المقررة لها، أم يعد مرتكباً لجريمة الفساد، ويعاقب بعقوبتها؟.

أن النصوص القانونية المتعلقة بجريمة الخيانة الزوجية في التشريع المغربي، لم تتعرض لهذه الحالة، عندما يكون أحد الطرفين في العلاقة الجنسية غير المشروعة متزوجاً وشريكه غير متزوج، مما يحتم علينا الرجوع إلى القواعد العامة في القانون الجنائي، لإيجاد الحل المناسب، ذلك لأن صفة الزوجية تشكل ظرفاً مادياً في الجريمة؛ لأنها تغير من وصفها، من جنحة فساد إلى جنحة الخيانة الزوجية من جهة، ومن جهة أخرى تشكل ظرفاً شخصياً مشدداً للعقوبة يرتبط بشخص الفاعل.

⁽¹⁾ أنظر رضا خماسم، المرجع السابق، ص 277.

أما الظروف العينية المرتبطة بجريمة الزنا - التي تشدد العقوبة أو تخففها - فإن مفعولها ينتج بالنسبة لجميع المشاركين والمساهمين في الجريمة حتى ولو كانوا يجهلون بها.⁽¹⁾

غير أن القضاء المغربي في هذا الصدد، يشترط علم المشارك غير المتزوج بكون الطرف الآخر متزوجاً، حتى يعاقب بعقوبة المشاركة في جريمة الخيانة الزوجية، وهذا ما يستفاد من حيثيات قرار المجلس الأعلى المغربي الذي جاء فيه: "حيث أن الثابت من تنقيصات الحكم المطعون فيه أن الطاعن ضبط في حالة تلبس بالاتصال الجنسي مع المرأة (ح) مع علمه بأنها متزوجة، وأن هذا الفعل يُكوّنُ جنحة الخيانة الزوجية بالنسبة للمرأة المذكورة، ويكون مشاركة في الجنحة المشار إليها بالنسبة للطاعن".⁽²⁾

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي قد استعمل مصطلح "المشارك" في المادة 492 وهو يقصد المساهم في الجريمة؛ بمعنى الطرف الآخر في العلاقة الجنسية غير المشروعة، حينما قرر أنه: "لا مشاركة الزوج ولا مشارك الزوجة يستفيد مطلقاً من تنازل المشتكي، وليس المقصود بالمشارك بالمفهوم الوارد في الفصل 129 من القانون الجنائي المغربي.

وما دنا في الجزاء، فإن القانون الجزائري بوجه عام يجيز للجهة القضائية الحكم على الزوج الجاني، بالعقوبات التكميلية المقررة للمحكوم عليه، عند إدانته بالجنحة، مع العلم إن القوانين المغاربية تشترط في هذه الجريمة، الاتصال الجنسي وفي نفس الوقت فهي لا تعاقب على الشروع.

وانطلاقاً مما تقدم يتضح لنا أن القوانين المغاربية، قد سوت بين زنا الزوج وزنا الزوجة، من كافة النواحي والأوجه، بينما المشرع المصري كان قد فرق بين زنا الزوج وزنا الزوجة، من عدة أوجه تتمثل فيما يلي:

1- من حيث شروط الجريمة: حيث تقوم جريمة الخيانة الزوجية في حق الزوجة، إذا ارتكبتها في أي مكان، بينما لا تقوم هذه الجريمة في حق الزوج إلا إذا ارتكبتها في منزل الزوجية.⁽³⁾

2- من حيث المتابعة: بالنسبة للزوجة لا يجوز لها التنازل عن الشكوى، إلا قبل أن يصبح الحكم نهائياً أو باتاً. بينما للزوج أن يعفو عن الزوجة حتى بعد الحكم عليها.

⁽¹⁾ لمزيد من التفصيل انظر عبد الواحد العلمي، المرجع السابق، ص 218 - 219.

⁽²⁾ قرار رقم 61 المؤرخ في 12 / 11 / 1967، أنظر مجلة القضاء والقانون، عدد 93، ص 129.

⁽³⁾ أنظر عبد السلام مقلد، المرجع السابق، ص 80 - 18.



3- من حيث العقوبة: يعاقب الزوج بالحبس لمدة لا تزيد على ستة أشهر، أما الزوجة فتعاقب على جريمة الخيانة الزوجية، بالحبس لمدة لا تزيد عن السنتين.⁽¹⁾

خاتمة:

من خلال دراستنا لهذا الموضوع نستنتج أن القانون المغربي هو القانون الأقرب إلى الفقه الإسلامي، على اعتبار أنه جرم فعل الزنا على إطلاقه، ولم يحصره في نطاق الزوجية كما فعل القانونين الجزائري والتونسي، كما نلاحظ أن القانون التونسي قد وسع من وسائل وطرق إثبات هذه الجريمة، خلافاً للقانونين الجزائري والمغربي اللذين حصرا أدلة إثبات جريمة الخيانة الزوجية في ثلاثة طرق هي:

- 1- محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبطية القضائية عن حالة التلبس.
- 2- إقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم.
- 3- إقرار قضائي.

كما نلاحظ أيضاً إن المشرع المغربي عاقب الشريك في حالة تنازل المشتكي عن شكواه، خلفا عن المشرع الجزائري والتونسي.

لذا يجب على المشرع المغربي أن يتعدى هذه الفوارق ليصل إلى قانون شبه موحد على الأقل، وهذا لا يكون إلا بتجريم هذا الفعل على إطلاقه خصوصا في القانونين التونسي والجزائري، إضافة إلى حمل المشرع التونسي على حصر طرق ووسائل إثبات هذه الجريمة، بالأدلة الثلاث السابقة الذكر، إضافة إلى حمل المشرع المغربي على استفادة الشريك في الإغفاء في حالة تنازل أو صفح الزوج المضروب عن زوجه.

هذا وأن كانت تعتبر جريمة الخيانة الزوجية، من أخطر الجرائم التي تقع على كيان الأسرة، وتهدد حياتها واستقرارها واستمراريتها، فإن هناك جرائم أخرى لا تقل خطورة عنها، تهدد هي الأخرى كيان العائلة التي تتعدى العلاقة الزوجية لتطال الأصول والفروع، وتصل أيضا الأقارب.

⁽¹⁾ أنظر أحسن بوبسقية، المرجع السابق، ص 137.

أهمية التمييز بين عقود المعاوضات والتبرعات

✍️ /i خالد سماحي
أستاذ القانون الخاص
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة ابن خلدون - تيارت

ملخص:

في هذا البحث توضيح بتوسع لأهم تقسيم للعقود، وهو تقسيمها إلى عقود المعاوضات وعقود التبرعات.

لذلك تم تناول حقيقة كل من العقدين وأنواعهما المختلفة، وحقيقة نوع العقود التي يختلط فيها المعاوضة بالتبرع. ثم تم تناول الفروق بين العقدين من حيث الأركان أي التكوين والإنشاء، فبين البحث وجود اختلاف كبير في أطراف العقد، والتراضي، والعيوب التي تلحق الرضاء، وأيضا وجود فوارق في شروط الأركان الأخرى كالمحل والسبب، وأهم ما يميز العقدين هو ركن الشكل الذي يلزم عقود التبرع غالبا، وليس كذلك في العقود المقابلة له وهي عقود المعاوضات.

ومن جهة ثانية تناول البحث التمييز بين العقدين من حيث الآثار والأحكام، فتكلم عن ثلاثة أمور أساسية وهي اختلاف المسؤولية العقدية في كل من العقدين، وكذلك الأوصاف التي تلحق الالتزام كالشروط والأجل، وفي الأخير اختلاف النزاع إذا وجد في كل من العقدين. ومن خلالها أشار البحث إلى الثمرات العملية في التفريق والتمييز بين العقدين المذكورين محل الدراسة.

Résumé:

L'importance de distinction entre les contrats à titre onéreux et les contrats à titre gratuit.

a clarification et l'expansion des principales divisions des contrats, la tenue à titre onéreux et à titre gratuit.

Lorsque nous avons abordé la réalité de chacun de ces deux contrats, leurs diverses formes et aussi le caractère mixte de certains cont les deux contrats selon les éléments de fondation (formation et constitution).



Nous avons trouvé par la recherche, une différence significative dans les parties des deux contrats, à l'angle de l'élément de consentement et les vices qui sont la cause et le reste d'autres éléments, y compris la cause et l'objet de contrat, ainsi que la forme de contrat qui est un élément fondateur dans la plupart des contrats à titre gratuit, sans autres contrats à titre onéreux.

D'autre part, nous constatons que la recherche fait la distinction entre les deux contrats en termes d'effets et les dispositions, a inclus trois considérations qui sont fondamentales: la différence dans la responsabilité contractuelle de chacun des contrats à titre gratuit et les contrats à titre onéreux, ainsi que dans les formes ci-joint à l'obligation, tel que le terme et la condition, également une différence au conflit - le cas échéant - dans chacun des deux contrats.

Trouvée porter ses fruits de recherche la distinction entre les contrats à titre gratuit et les contrats à titre onéreux dont est l'objet de cette recherche.

مقدمة:

هناك عدة تقسيمات للعقود باعتباريات شتى، يذكرونها غالبا في مستهل دراسة النظرية العامة للعقد، أو قانون العقود، ومن بين هذه التقسيمات يذكر تقسيم العقود إلى عقود معاوضات وعقود تبرع، باعتبار وجود المقابل للالتزام المقدم من أحد الأطراف من عدمه، فإن وجد سمي العقد عقد معاوضة، وإن لم يوجد كان العقد عقد تبرع.

ويلاحظ عدم الوقوف كثيرا عند أهمية هذا التقسيم، أو عدم التوسع في شأنه، بل يتناول في بضع سطور، لكن استقراء التشريعات والقضايا وبحوث الفقه والقانون في الموضوع يدعنا نقف عند نقاط كثيرة تفترق فيها عقود المعاوضات عن عقود التبرع، وتترتب على ذلك آثار عملية هامة؛ مما يجعل ضمهما مع بعض، وشملهما بأحكام موحدة في كل وقت وحال، مما لا يستسيغ ولا يناسب، خاصة وأن العقدين المذكورين قسيما للعقد ويضمان ما لا يحصى من العقود تندرج تحتها.

وفي الدراسة التالية محاولة وجيزة تبين أهمية التمييز بين العقدين، موضحة ما يفرق بينهما سواء من حيث الحقيقة والمفهوم، أو من حيث الإنشاء والتكوين، أو من حيث الأحكام والآثار؛ لذلك كانت هذه الدراسة من ثلاثة مباحث وفق العناصر الآتية:

المطلب الأول: حقيقة عقود المعاوضات والتبرع

المطلب الثاني: أنواع التبرعات

المطلب الثالث: تمييز التبرعات عن المعاوضات



المطلب الأول: حقيقة عقود المعاوضات والتبرعات:

نتناول في هذا المطلب تعريف عقد المعاوضة ولا لإشكال كبير فيه، ثم تعريف التبرع وهو ما يحتاج إلى تفصيل، فنتعرض إلى ما ورد في تعريفه في القوانين العربية والغربية، وفي الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: حقيقة عقد المعاوضة:

المعاوضة هي بذل شيء بمقابل، سواء كان هذا البذل عبارة عن إعطاء مال، أو تقديم عمل أو خدمة، أو غير ذلك.

ولعل الأدق تعريف لعقد المعاوضة نص عليه في التقنين، ما جاء في التقنين المدني الكندي (كيبك) الذي عرف عقد المعاوضة في المادة 1381 ق.م للكيبيك (كندا) الفقرة الأولى بما يلي:

"عقد المعاوضة هو العقد الذي يستفيد فيه كل طرف مقابلاً متبادلاً لالتزامه"⁽¹⁾

أما ما ورد من تعريفات أخرى سواء في التقنين المدني الفرنسي أو من تأثر به في ذلك من التقنينات العربية، فقاصر ومعترض عليه.⁽²⁾

ومن أمثلة عقود المعاوضات البيع والإيجار والمقايضة

⁽¹⁾ Art 1381/1 C.c.Q: Le contrat à titre onéreux est celui par lequel chaque partie retire un avantage en échange de son obligation

⁽²⁾ عرفت المادة 58 من القانون المدني الجزائري عقد المعاوضة الذي يقابل عقد التبرع بما يلي: "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء، أو فعل شيء ما". وهو أقرب إلى تعريف القانون المدني الفرنسي، حيث عرفه في المادة 1106 منه، بأنه عقد يلزم كل طرف بإعطاء شيء أو بفعله (السنهوري، نظرية العقد ص135). وقد انتقد هذا التعريف الأستاذ السنهوري ورأى أنه معيب لأنه أقرب لأن يكون تعريفاً للعقد الملزم للجانبين والأدق في نظر الأستاذ السنهوري: "أن يعرف عقد المعاوضة بأنه العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلاً لما أعطاه. فالبيع عقد معاوضة بالنسبة للبائع لأنه يأخذ الثمن في مقابل نقل ملكية الشيء المبيع. وبالنسبة للمشتري لأنه يأخذ الشيء المبيع في مقابل الثمن. والقرض بفائدة عقد معاوضة بالنسبة للمقرض لأنه يأخذ الفوائد في مقابل إعطاء الشيء لأجل، وبالنسبة للمقترض لأنه يأخذ الشيء لأجل في مقابل إعطاء الفوائد. وعقد الكفالة معاوضة بالنسبة للدائن المكفول لأنه أخذ كفالة في مقابل الدين الذي له، وهو بالنسبة للكفيل يكون متبرعا إذا لم يأخذ أجرا على كفالته إذ يكون قد التزم دون مقابل. ومن ذلك يتضح أن العقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة لأحد المتعاقدين وتبرعا بالنسبة للمتعاقد الآخر". انظر: السنهوري، نظرية العقد ص134، وما بعدها.



الفرع الثاني: حقيقة عقود التبرع:

التبرعات جمع تبرع، وهو أن تفعل الشيء من غير أن يطلب إليك فعله، أو تفعله بدون أن تطلب عليه عوضاً⁽¹⁾.

وهناك مصطلح آخر وهو العطية جمعها عطايا libéralités، ومن خلال استقرائي لكتابات الفقه الإسلامي القديمة فإن مصطلح العطية والعطايا هو أكثر شيوعاً في القرون الأولى للفقه الإسلامي، ثم أصبح مصطلح "التبرع والتبرعات" أكثر تداولاً في القرون المتأخرة.

أولاً: حقيقة التبرع في القانون الجزائري والقوانين العربية:

أما في القانون: فالتبرع عمل قانوني، مضمونه تقديم التزام بدون انتظار مقابل له، وقد يكون عقداً، يستدعي اتفاق إرادتين فأكثر لإنشائه، وقد يقتصر قيامه على صدور إرادة منفردة من المتبرع.

ولم يعرف القانون الجزائري التبرع، فلم يورد ق.أ.ج تعريفاً لعقد التبرع مع أنه عنون ب(كتاب التبرعات) عندما ذكر أحكام ثلاثة عقود مشهورة فيه وهي: الوصية والهبة والوقف.

كذلك القوانين العربية لم تنص على تعريف للتبرع، ولم تتناوله كتصرف مستقل، وإن تناولته كما سبق ذكره مع القانون الجزائري كوصف يعرض لبعض العقود، فتترب عليه أحكام معينة نصوا عليها في مواضعها وسيأتي تفصيلها.

كذلك نصت القوانين العربية على أحكام التصرفات المنضوية تحت التبرع، وربما عرفت ذلك النوع من عقود التبرع كما فعلت مع الهبة وغيرها.

وربما يكون سبب عدم إيراد القوانين العربية لتعريف خاص بالتبرع تأثرها بالقانون المدني الفرنسي الذي لم يأت بتعريف للتبرع.

لكن القانون المدني الفرنسي بالمقابل أورد تعريفاً لعقد التفضل (Contrat de bienfaisance)، واستدرك في تعديل له سنة 2006 فأورد تعريفاً للعطية (Libéralité)، وهما قسمان للتبرع، كما سيأتي.

⁽¹⁾ أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، 1932، ص 2، عدد ص 605.



ثانيا: حقيقة التبرع في القوانين الغربية:

نتناول هنا تعريف التبرع في القوانين الغربية وذلك بما ورد في القانون المدني الفرنسي في هذا الشأن، والقانون المدني لمنطقة الكيبك (كندا)، وما يتميز به الأخير هو أنه تعرض بالنص لتعريف عقد التبرع.

أ . حقيقة التبرع في القانون الفرنسي: كما سبق بيانه فإن القانون الفرنسي لم يعرف عقد التبرع، لكنه عرف عقدين يعتبران مكونين وقسميين لعقد التبرع، وهما: العطايا، وعقد التفضل؛ بحيث إن العطايا عندهم تختص بالتبرع الذي يقتضي التمليك، وخصها في تصرفين: الهبات بين الأحياء والوصية. وجعل عقد التفضل مختصا بالتبرع بإسداء خدمة.

أما عقد التفضل contrat de bienfaisance فقد أوردته منذ إصداره الأول في قانون نابليون

سنة 1804م، في المادة 1105 منه بما يلي:

"عقد التفضل هو العقد الذي يقدم فيه أحد أطرافه إلى الآخر منفعة مجانية خالصة"⁽¹⁾

ثم عرف العطايا libéralités جمع عطية بتعديل المادة 893 من ق.م. الفرنسي، وذلك بإعادة

صياغتها سنة 2006، وأصبح نصها كما يلي:

"العطية هي التصرف الذي ينقل به شخص بدون عوض كل أو بعض أملاكه أو حقوقه

لصالح شخص آخر.

لا يمكن أن تكون العطية إلا عن طريق الهبة بين الأحياء، أو بطريق الوصية"⁽²⁾

⁽¹⁾ نصها الأصلي كما يلي:

Art1105: Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit.

⁽²⁾ نصها كما يلي:

Art 893: La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne.

Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament.

وكان نصها قبل التعديل كما يلي:

Art 893: On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament, dans les formes ci après établies.



ب . حقيقة التبرع في القانون الكندي: من التقنيات القليلة التي تناولت تعريف التبرع

القانون المدني للكيبك Québec (كندا)، حيث عرفه في م1381/2 بما يلي:

"عقد التبرع هو العقد الذي يلتزم فيه أحد أطرافه تجاه الآخر لمصلحة هذا الأخير، دون أن يفتك أي منفعة له"⁽¹⁾

وخصصت الفقرة الأولى من المادة لتعريف عقد المعاوضة كما سبق.

وهو كما نرى تعريفا صالحا للتصرف التبرعي، وجامع لأفراده مانع من دخول غيره فيه. فيضم عقود التبرع سواء كانت مقتضية للملك كالهبة والصدقة وغيرها مما فيه نقل حق عيني أو حق متفرع عن حق الملكية، أو كان الالتزام المقدم مجرد تقديم التزام بعمل، أو امتناع عن عمل، وهو ما يدخل في أنواع أخرى من التبرع لا تقتضي التمليك كالوكالة بدون أجر وغيرها.

لكن يبقى إشكال وهو أن التعريف خاص بالتبرع الذي نشأ من عقد وهو اتفاق إرادتين، ولا يتناول التبرع الناشئ من تصرف بالإرادة المنفردة كالوصية؛ لذلك كان ينبغي تعريف التصرف التبرعي acte à titre gratuit، ليعم كل أفراد التبرع سواء كان عقدا أم تصرفا بالإرادة المنفردة.

ثالثا: حقيقة التبرع في الفقه الإسلامي:

التبرع في الفقه الإسلامي هو أن يلزم الشخص نفسه شيئا لم يكن لازما عليه على سبيل التبرع. قال الحطاب: الالتزام (ويقصد التزام التبرع): هو إلزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا أو معلقا على شيء فهو بمعنى العطية⁽²⁾.

وهناك ملاحظتان على هذا التعريف:

1 . أن الالتزام المذكور إذا كان مطلقا أي من غير تعليق فإنه يدخل فيه كل أنواع التبرع

سواء كان على شكل عقود أي باتفاق إرادتين، أم تصرفا بالإرادة المنفردة.

⁽¹⁾ نصها كما يلي:

Art 1381/2 C. c. Q: Le contrat à titre gratuit est celui par lequel l'une des parties s'oblige envers l'autre pour le bénéfice de celle-ci, sans retirer d'avantage en retour.

⁽²⁾ الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام (فتح العلي المالك 218/1)



2 - أنه جعل العطية libéralité بمعنى التبرع. وهذا إطلاق عام فيها، ولهم معنى لها خاص يقابل ما في القانون وهو التبرع المقتضي للتملك فتكون بمعنى الهبة. وعرفوها على هذا المعنى بما يلي: العطية تملك متمولاً من غير عوض إنشاء⁽¹⁾. والمتمول: هو الأمور المملوكة أي التي يصح تملكها وهي الحقوق المالية.⁽²⁾

ويقول الشيخ أحمد إبراهيم: التزام التبرع هو إلزام الإنسان نفسه شيئاً من المعروف، وإجابه على نفسه من تلقاء نفسه، إما بنية القرية إلى الله تعالى ويسمى "نذراً"، وإما لإيصال نفع إلى شخص أو جماعة من الناس أو لما يعود نفعه على الناس⁽³⁾.

الحاصل: أن إطلاق التبرع في الفقه الإسلامي هو ما يقابل المعاوضة، ويعم كل أنواع التبرع سواء كان تملكاً للعين أو للمنفعة، أو تقديم خدمة، أو تنازل عن حق، أو مجرد امتناع. نشأ من عقد أي باتفاق إرادتين أو من خلال تصرف بالإرادة المنفردة، يعني التصرف التبرعي أياً كان (acte à titre gratuit).

المطلب الثالث: أنواع التبرعات:

نذكر في هذا الفرع تقسيم التبرعات إلى هبات وتفضل، وتقسيمها إلى هبات مباشرة وغير مباشرة.

أولاً: تقسيم التبرعات إلى هبات وتفضل:

تتقسم عقود التبرع contrats à titre gratuit أو تصرفات التبرع actes à titre gratuit

في القانون الفرنسي إلى قسمين:

(1) الهبات (actes de libéralités) وفيها يخرج المتبرع عن شيء من ماله، كعقد الهبة

ينقص من مال الواهب بقدر ما وهب. ومعناها: أعمال التبرع التي يلتزم فيها المتبرع بإعطاء.

⁽¹⁾ شرح حدود ابن عرفة

⁽²⁾ انظر شرح حدود ابن عرفة، القرائي: المتمول ما بذل العقلاء الثمن لأجله (الذخيرة)، يعني كل ما يقصد بالعوض.

⁽³⁾ أحمد إبراهيم، التزام التبرعات ص 605



(2) وعقود التفضل *contrats à titre gracieux, actes de bienfaisance* أو عقود التبرع

بالخدمات *contrat de services gratuits* ومعناها: إذا كان المتبرع يلزم بتقديم منفعة أو خدمة أي يلزم بعمل أو بالامتناع عن عمل.⁽¹⁾

فعقود التفضل هي عقود التبرع التي لا يترتب عليها خروج مال من ذمة المتبرع وإنما مجرد عدم دخول عوض في ذمة هذا المتبرع مقابل ما يؤديه من خدمة للطرف الآخر. ولهذا يمكن القول بأن التبرع في عقود التفضل يؤدي إلى افتقار افتقارا سلبيا، ومن أمثلة هذه العقود: عقد العارية والقرض بدون فائدة والوديعة بدون أجر.

وأما عقود الهبات فهي تلك التي لا يترتب عليها مجرد عدم دخول عوض في ذمة المتبرع وإنما خروج مال من ذمته ينتقل إلى الطرف الآخر⁽²⁾ كالهبة مثلا والوصية أيضا.

ويطلق على عقود التفضل بالفرنسية أيضا (*Les contrats désintéressés*)، ويقابلها الهبات (*Les contrats intéressés*)⁽³⁾، أي تصرفات تبرعية ذات اعتبار وغير ذات اعتبار.

وتكمن أهمية هذا التقسيم أيضا، في أنه "يرى البعض اشتراط أهلية التبرع في الهبات دون التبرعات، أما هذه فيكفي فيها أهلية التصرف"⁽⁴⁾

ثانيا: تقسيم التبرعات إلى هبات مباشرة وهبات غير مباشرة:

يقسم أهل القانون أيضا التبرعات تقسيما آخر، وهو تقسيمها إلى هبات مباشرة وهبات غير مباشرة.

ويقصدون بالهبة المباشرة التبرع الذي يتصرف فيه المتبرع في ماله دون مقابل، إما بنقل حق عيني للمتبرع له، أو بإنشاء التزام شخصي في ذمته للمتبرع له. وهذا النوع من التبرع (الهبة المباشرة) هو وحده الذي يجب إفراغه في الشكل الواجب قانونا في الهبة.

⁽¹⁾ السنهوري: نظرية العقد ص126، الوسيط 9/5

⁽²⁾ د. جلال العدوي، أصول الالتزامات 64/1.

⁽³⁾ Actes juridiques à titre gratuit formes des libéralités (critères concernant leur différenciation par rapport au autres actes, revue: acta universitatis danubius juridica, n°1/2009.

⁽⁴⁾ السنهوري: نظرية العقد هامش ص126.

أمثلة على الهبة المباشرة:

- أن يعطي شخص لآخر دارا أو سيارة بدون مقابل على سبيل التبرع، فيكون قد نقل له حقا عينيا هو حق الملكية على الدار أو على السيارة.
- أن يلتزم شخص لآخر بمبلغ من النقود على سبيل التبرع.
- أما الهبة غير المباشرة: أن يكسب المتبرع له حقا عينيا أو حقا شخصيا دون مقابل على سبيل التبرع، ولكن دون أن ينتقل إليه هذا الحق مباشرة من المتبرع.

أمثلة على الهبة غير المباشرة:

- النزول عن حق عيني يعتبر هبة غير مباشرة.
 - النزول عن حق شخصي - أي الإبراء - يعتبر هبة غير مباشرة.
 - الاشتراط لمصلحة الغير يعتبر هبة غير مباشرة
 - قبول المحال عليه لحوالة الدين دون مقابل يعتبر هبة غير مباشرة.
- ففي كل هذه الأمثلة يكسب المتبرع له الحق المتبرع به ولكن ليس بانتقاله مباشرة من المتبرع.⁽¹⁾

وفائدة التقسيم أنه يساعد في التمييز لنا بين التبرع الذي يفتقر إلى الشكلية والعينية (الحيازة) وهو ما سموه بالهبة المباشرة المكشوفة، وبين التبرع الذي لا يحتاج إلى الشكلية وهو الهبة غير المباشرة، بالإضافة إلى الهبة المستترة تحت ستار عقد آخر فلا تحتاج إلى الشكلية وإنما تأخذ شكل العقد الذي يسترها.

المطلب الثالث: الفروق بين المعاوضات والتبرع:

تتميز التبرعات عن المعاوضات بأوصاف وأحكام تفرق بينها نوجزها في ثلاث مجموعات كما يلي:

الفرع الأول: تمييز التبرعات عن المعاوضات من حيث الإنشاء

الفرع الثاني: تمييز التبرعات عن المعاوضات من حيث الآثار

الفرع الثالث: تمييز التبرعات عن المعاوضات إجمالا

⁽¹⁾ انظر تفصيل الكلام عن هذا التقسيم ومما اختلف فيه، في السنهوري، الوسيط 78/5 إلى 84.



الفرع الأول: تمييز التبرعات عن المعاوضات من حيث الإنشاء والأركان:

تختلف تصرفات التبرع عن تصرفات المعاوضة من حيث أركانها المكونة لها ، وفي كيفية إنشائها ، ومن هذه الفروق ما يلي:

(1) في عقود التبرع لا يتطلب القانون نفس الأهلية أو الولاية التي يتطلبها في عقود المعاوضة.

فمن حيث الأهلية يعد الصبي المميز بالنسبة لعقود التبرع كامل الأهلية إذا كان هو المتبرع له ، وعديم الأهلية إذا كان هو المتبرع ، بينما يعد بالنسبة لعقود المعاوضة ناقص الأهلية. ومن حيث الولاية لا يكون للجد أو الوصي أو القيم ولاية من تثبت لهم الولاية على ماله ، بينما يكون لهم ، على اختلاف بينهم ، وفي حدود معينة ، ولاية المعاوضة على ذلك المال.⁽¹⁾

(2) طيبة النفس (الرضاء) المقصود في التبرعات أخص من طيبة النفس المقرر في المعاوضات ، ومعنى ذلك أن تكون مهلة لزوم عقد التبرع عقب العزم عليه وإنشائه أوسع من مهلة انعقاد عقود المعاوضة ولزومها.⁽²⁾

(3) لا عوض عن التزامات أحد أطراف التبرع وهو المتبرع ، أما المعاوضات فمن خاصيتها وجود العوض المقدم من كل طرف فيها.

(4) في عقود التبرع يعد الغلط في شخص المتبرع له غلطا جوهريا يعيب الرضاء ويجعل العقد قابلا للإبطال. أما في عقود المعاوضة فالأصل أن الغلط في الشخص لا يعد غلطا جوهريا إلا في شركات الأشخاص والعقود الواردة على عمل يعتد فيه بالاعتبار الشخصي دون سواها من العقود التي لا يعد فيها الغلط في الشخص غلطا جوهريا إلا إذا ثبت أن شخصيته كانت محل اعتبار في التعاقد.⁽³⁾

⁽¹⁾ جلال العدوي ، أصول الالتزامات 65/1.

⁽²⁾ ابن عاشور ، مقاصد الشريعة ص362.

⁽³⁾ جلال العدوي ، مرجع سابق 65/1.



- (5) ضرورة توثيق التبرع والتشديد في ذلك بالحيازة والشهود إضافة إلى الرسمية في بعضها، أما المعاوضات فهي عقود رضائية في الأصل. ولهذا لا يعتبر انعقاد عقد التبرع إلا بعد التحويز دون عقود المعاوضات⁽¹⁾
- (6) للتصرف التبرعي ركن شكل خاص لا يعرف في سائر العقود والتصرفات.
- (7) خفة شروط المتبرع له أو انعدامها، بخلاف المعاوضات التي تشترط فيها تعيين أطراف التعاقد كلها وأن تكون لها أهلية التعاوض.
- (8) في الفقه الإسلامي خاصة يتسامح في باب التبرعات عن الجهل والغرر الواقعين في محل التبرع كما سيأتي تفصيله، أما باب المعاوضات فيرون أنه باب المكايسات ومؤدي للنزاع والتشاحن فلا بد من سد مثل هذه الأمور فيه⁽²⁾.

الفرع الثاني: تمييز التبرعات عن المعاوضات من حيث الآثار:

أيضا تفترق التبرعات عن المعاوضات في الآثار والأحكام التي تترتب بعد إنشاء كل منها، ونذكر من ذلك ما يلي:

- (1) المسؤولية العقدية للمتبرع أخف من المسؤولية العقدية للمعاوض باتفاق القانون والفقه الإسلامي.
- (2) لا تبعه على المتبرع في هلاك العين التبرع بها أو المتبرع بمنفعتها، إذا لم يكن ذلك بسبب خطئه الجسيم، أو تعمده في ذلك، بخلاف المعاوضات فإنه ضامن لذلك.
- (3) لا ضمان على المتبرع في تبرعه باختلاف أنواعه، يعني ضمان الاستحقاق، وضمن العيوب الخفية، بخلاف المعاوض فإن شرط التعاوض أن يضمن ما يعاوض به.
- (4) ديون المحاصة لا تدخل فيها التبرعات بخلاف المعاوضات⁽³⁾.

(1) ابن عاشور، مرجع سابق ص362.

(2) انظر مثلا: الونشريسي، المعيار 324/9

(3) انظر ابن رشد، المقدمات 333/2، وشرح حدود ابن عرفة باب في دين المحاصة.



(5) يتوسع في حرية اشتراطات المتبرع في تبرعه في القانون وفي الفقه الإسلامي، ويختلف مدى هذا التوسع حسب المذاهب، وأكثرهما توسعا المذهب المالكي، فيتوسع في وسائل انعقاد التبرعات على حسب رغبة المتبرعين، فيما يشترطونه من قيود وتعليقات في تبرعاتهم ما لم يخالف مقتضى العقد كاشتراط الاعتصار في الصدقة والهيئة، واشتراط المتصدق أو الواهب أن لا يبيع ولا يهب، وغيرها من الشروط بخلاف المعاوضات⁽¹⁾

الفرع الثالث: تمييز التبرعات عن المعاوضات إجمالاً:

أيضا تتميز التبرعات عن المعاوضات بأمور أخرى غير ما يخص إنشائها أو آثارها، كخصائص كل منها وغير ذلك، نضمها في مجموعة خاصة بها منما ما يلي:

(1) التبرع قد يكون تصرفا بالإرادة المنفردة، أما المعاوضة فهي عقد تبادلي يلزم فيه الطرفين، فلا تكون إلا عقدا.

(2) عقود التبرع تعتبر أعمالا مدنية فقط؛ بينما عقود المعاوضة قد تكون أعمالا مدنية أو تجارية حسب الأحوال.

(3) لا بحث عن التوازن بين أطراف العقد في حالة التبرع، خلافا للمعاوضات، فلا يبحث عن استغلال أو غبن يقع على الطرف الثاني للتبرع وهو المتبرع له.

(4) سبب التزام أحد طرفي عقد التعاوض هو وجود التزام الطرف الآخر، فله الحق بالدفع بعدم التنفيذ، أي أن يتمتع عن تنفيذ التزام عليه لمدينه حتى يقوم الطرف الآخر الذي هو مدينه بتنفيذ التزامه. لكن لا يتصور الدفع بعدم التنفيذ في عقود التبرع لعدم وجود التزامات متقابلة.

⁽¹⁾ انظر ابن عاشور، مرجع سابق ص364.



(5) في الفقه الإسلامي باب المعاوضة أقوى من التبرع المحض⁽¹⁾، ولعلمهم يقصدون قوة اقتضاء اللزوم، "فأقواها البيع إذ هو معاوضة تتم بالقول وتلزم به أحكامه على التمام..."⁽²⁾، ولذلك قالوا: نهت الشريعة عن بيع التبرعات حتى تقبض.⁽³⁾

(6) في باب فلسفة التشريع الإسلامي يقولون لابد من ترغيب وتحريض أفراد المجتمع على تصرفات التبرع، أما المعاوضات فالجبلية الخلقية والحاجة داعيان إليها.

المراجع:

- السنهوري، نظرية العقد، ط2، 1998، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، ط3، 2011، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- د. جلال العدوي، مصادر الالتزام، 1997، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الثانية 1932، العدد: ص605-642.
- علي الخفيف، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، بحث مقارن، محاضرات على طلبه قسم الدراسات القانونية، 2009، دار الفكر العربي.
- الحطاب المالكي، تحرير الكلام في مسائل الالتزام (مدرج في كتاب: فتح العلي المالك للشيخ عليش) ط1958، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر.
- التوزري عثمان بن المكي، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، ط1، 1339هـ، المطبعة التونسية، تونس.

⁽¹⁾ انظر الذخيرة للقراي

⁽²⁾ انظر: الونشريسي، المعيار 335/9.

⁽³⁾ علي الخفيف، التصرف الانفرادي ص11.



- ابن عاشور الطاهر، مقاصد الشريعة، ط1، 1999، دار النفائس، الأردن.
- الونشريسي، المعيار المعرب، تحقيق: محمد حجي، طبعة دار الغرب، بيروت.
- ابن رشد، المقدمات، ط1، 1988، دار الغرب، بيروت.
- الرصاع، شرح حدود ابن عرفة المالكي، ط1، 1993، دار الغرب، بيروت.
- القانون المدني الجزائري
- قانون الأسرة الجزائري
- القانون المدني الفرنسي
- القانون المدني للكيبك (كندا)

السوق العقارية ودورها في عملية التقييم العقاري في الجزائر

ك.أ/ حرز الله كريم
طالب دكتوراه في كلية الحقوق
جامعة د. يحيى فارس بالمدية

مقدمة:

إن السلبيات التي نجمت عن أساليب التسيير العقاري المنتهجة في السابق وإدارة السلطات العمومية في تحرير الاقتصاد أدت إلى إعادة النظر في المنظومة القانونية التي تحكم النظام العقاري إلى غاية 1990 فاتخذت جملة من التشريعات الرامية إلى إرساء نظام عقاري يختلف تماماً عن سابقه ويرفع بصفة نهائية احتكار الدولة للمعاملات العقارية وإخضاعها إلى سوق حرة تحدد أسعار العقار فيها وفقاً لقانون العرض والطلب.

مرت السوق العقارية في الجزائر بمرحلتين، المرحلة الأولى قبل 1990 والمرحلة الثانية بعد سنة 1990 ففي المرحلة الأولى كانت السوق العقارية في ظل النظام الاقتصادي الموجه - سوق عقارية موجهة إدارياً - أما في المرحلة الثانية أصبحت سوق عقارية حرة في جميع المعاملات العقارية⁽¹⁾، وعليه ارتأينا دراسة السوق العقارية كأحد معايير التقييم العقاري من خلال تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين يُعالج أولها مفهوم السوق العقارية والمبحث الثاني التنظيم القانوني للسوق ودورها في عملية التقييم.

المبحث الأول: مفهوم السوق العقارية:

إن تحديد مفهوم السوق العقارية يقتضي التطرق إلى تعريف السوق العقارية والتطرق إلى أنواعها، وهذا ما سنحاول دراسته من خلال مطلبين، المطلب الأول تعريف السوق العقارية والمطلب الثاني أنواع السوق العقارية.

⁽¹⁾ د. عبد القادر بلطاس، استراتيجية تمويل السكن في الجزائر، دار هومة للطباعة، الجزائر، 2007، ص 83.



المطلب الأول: تعريف السوق العقارية:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف السوق العقارية لا في النصوص القانونية ولا في النصوص التنظيمية بل وحتى التشريعات الأخرى لم تورد تعريفاً لها وهذا راجع إلى كون التعريف ليس من اختصاص المشرع بل من وظيفة الفقه، لذا سنحاول التطرق لبعض التعريفات الفقهية.

من بين تعريفات الفقهاء للسوق العقارية نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

- عرفها الدكتور يوسف محمد: "السوق العقارية هي مجموعة العمليات التجارية المنصبة على العقارات المعروضة للبيع في مكان وزمان معينين"⁽¹⁾.

كما عرفها الدكتور ناصر لباد: "السوق العقارية بنوعها العقارات المبنية أو غير المبنية مثلها في ذلك مثل سوق السلع أو المنتجات الاستهلاكية العادية، فهي تتكون من طلب يصدر من أفراد يكونون ما يسمى بالمستهلكين ومن عرض للسلع أو المنتجات ومن الالتقاء بين هذا الطلب وهذا العرض لهذه السلع أو هذه المنتجات، وهذه الأخيرة أي السلع أو المنتجات، هي من جهة محلات موجودة إما حالياً وإما مستقبلاً، ومن جهة أخرى هي الأرض التي تعتبر مالياً خاضعاً لقواعد العرض والطلب التي بموجبها يتحدد الثمن، وفي المجال العقاري، فالاستهلاك يسمى المعاملة أو التسويق، فالسوق العقاري تتكون من مجموع المحلات أي العقارات المبنية الموجودة داخل المحيط العمراني أي العقارات الحضرية أو خارجه، ومن مجموع الأراضي العارية أي غير المبنية داخل المحيط العمراني أي الحضرية أو خارجه."⁽²⁾

المطلب الثاني: أنواع السوق العقارية:

تنقسم السوق العقارية إلى قسمين، السوق العقارية الحضرية والسوق العقارية الريفية.

الفرع الأول: السوق العقارية الحضرية:

هي السوق العقارية الموجودة داخل المحيط العمراني أي داخل المدينة، من سوق العقار المبنى أي مجموع المحلات ومن سوق العقار غير المبنى أي الأراضي العارية أي غير المبنية.⁽³⁾

⁽¹⁾ د. يوسف محمد، السياسة العقارية في المجال الصناعي، مجلة إدارة المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 2، لسنة 1999، ص 49.

⁽²⁾ د. ناصر لباد، السوق العقارية، مجلة الوثوق، العدد 13 لسنة 2005، ص 37.

⁽³⁾ الجريدة الرسمية، عدد 47، لسنة 1983.

أولاً-سوق العقار المبني:

يجب التمييز هنا بين سوق العقار المبني الذي يستعمل لأغراض سكنية أو الذي يستعمل لأغراض تجارية:

أ- العقارات المبنية ذات الاستعمال السكني: فيما يخص هذا النوع من العقارات المبنية، يجب التمييز بين حالتين الحالة الأولى وتتعلق بمجالات تكون موجودة في عقار يستعمل بصفة جماعية، أما في الحالة الثانية فتتعلق بالعقار المبني الفردي.

ففي حالة المحلات السكنية الموجودة في العقارات ذات الاستعمال الجماعي، نجد أن المشرع الجزائري لم يتخلف عن مواكبة تطور هذا النوع من الملكية، فعرف العقار السكني الجماعي بموجب المادة 02 من المرسوم 81- 97 المؤرخ في 16 ماي 1981 الذي يحدد كميّات ضبط أسعار بيع المحلات ذات الاستعمال السكني القابلة للتنازل عنها في إطار القانون 01/81 على ما يلي "العقار السكني الجماعي هو العقار المخصص للبيع بالشقة أو المحل، وهو يخضع لنظام الملكية المشتركة" بالإضافة إلى القواعد العامة في الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني تحت عنوان الملكية المشتركة في العقارات المبنية من المادة 743 إلى المادة 772 والتي عدلت بموجب القانون رقم 83- 01 المؤرخ في 29 جانفي 1983 ثم صدر المرسوم رقم 83- 666 المؤرخ في 12 نوفمبر 1983⁽¹⁾، الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية وعُدل هذا الأخير بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94- 59 المؤرخ في 07 مارس 1994.⁽²⁾

وفي حالة المحلات السكنية الموجودة في العقارات ذات الاستعمال الفردي، نجد أن السوق المتعلقة بهذا النوع من السكنات مطلوبة جداً من طرف الأفراد وذلك لتوفر عدة أسباب من بينها المحيط المعيشي الجيد، وجود الحديقة، إمكانية تهيئة السكن الفردي حسب طلبات المستهلك وبصفة كبيرة وجود المرآب...إلخ، وقد عرف المشرع أيضاً العقار الفردي بموجب المادة 3 الفقرة 1 من المرسوم رقم 81/97 على ما يلي: "العقار الفردي هو العقار الذي يخصص تصميمه المعماري السكن وتوابعه للاستعمال الفردي".

⁽¹⁾ الجريدة الرسمية، عدد 47، لسنة 1983.

⁽²⁾ الجريدة الرسمية، عدد 13، لسنة 1994.



ب- العقارات المبنية ذات الاستعمال التجاري: يجب أولاً تحديد عبارة ذات "الاستعمال التجاري"، إن هذه العبارة أخذت في مفهومها القانوني أي أنها تطبق على كل المحلات التي يمكنها استقبال نشاطات تجارية في منظور القانون التجاري وبالتالي فهذه العبارة تنطبق على: المحلات التي تأوي النشاطات الصناعية، المحلات التي تأوي نشاطات البيع بالتجزئة، المحلات التي تأوي النشاطات الخدمائية... إلخ.⁽¹⁾

ثانياً سوق العقار غير المبني:

ويتعلق بالأرض المهيأة أو القابلة للتهيئة مستقبلاً لتستعمل في البناء فتكون ما يسمى بقطع الأراضي الصالحة للبناء، فإنها إذن أراضي غير مبنية أي أراضي عارية كما يمكنها أن تكون أراضي توجد فوقها بنايات معرضة للهدم.

إن قطع الأراضي الصالحة للبناء يمكن أن تكون لها عدة وظائف تؤثر هذه الأخيرة على قيمتها في وقت معين ويمكن أن تكون هذه الوظائف في إطار الاستعمال الجماعي، الاستعمال الفردي والاستعمال الصناعي... إلخ.

أ- الاستعمال الجماعي: هذا الاستعمال يهدف إلى إنجاز سكنات عديدة ويعطي قيمة كبيرة للقطعة الأرضية خاصة إذا كانت هذه الأخيرة في وضعية جغرافية حسنة داخل المحيط العمراني.

ب- الاستعمال الفردي: الاستعمال الفردي يمكن أن يكون بصفة معزولة أو باشتراك سَكَنِيْن أو اشتراك عدة سكنات أي يكون استعمال القطعة جماعياً وهذا حسب نوع السكن المسموح به ويتعلق هنا الأمر بأراضي مختلفة عن تلك المستعملة في السكنات الجماعية أي قطع الأراضي البعيدة عن المناطق العمرانية أو تلك الموجودة في محيط عمراني صغير، فتكون قيمتها في السوق ضعيفة.

ج- الاستعمال الصناعي: إن القطع الأرضية المستعملة في إطار الاستعمال الصناعي تكون لها قيمة ضعيفة حتى إن وجدت في منطقة حضرية وذلك راجع للنشاط الصناعي بحيث يرتكز أكثر على شساعة القطع الأرضية وتجدر الإشارة أن العقار غير المبني متعدد ومختلف بتعدد الوظائف التي يستعمل فيها وبالتالي فإن قيمة كل عقار مرتبطة من جهة بالأهداف

⁽¹⁾ ناصر لباد، النظام القانوني للسوق العقارية في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون العام،

جامعة باجي مختار، عنابة، 2005، ص 34.



الملتصقة بكل عقار ومن جهة أخرى بالحاجيات المحلية وبالتالي بالسلوك الذي ستسلكه السوق العقارية بكاملها، وينقسم سوق العقار غير المبني إلى ثلاث قطاعات أساسية: القطاع العمومي، القطاع المهني والقطاع الخاص حيث يقوم الأول بتلبية حاجيات المجموعات المحلية وكذلك حاجيات المؤسسات التابعة للدولة، فيقوم في هذا الإطار بتكوين الاحتياطات العقارية، تجهيز المناطق الصناعية أو السكنية وكذلك بناء المنشآت العمومية، أما القطاع المهني فيقوم بتنشيطه المستثمرون والمتعاملون في الترقية العقارية والبناءون الخواص والبناءون شبه العموميين وداخل هذا القطاع تبرم المعاملات المتعلقة بقطع الأراضي التي يتم استعمالها في بناء السكنات الموجهة للإيجار والمجمعات السكنية، والتخصيصات القريبة من المناطق الحضرية وكذلك المناطق الترفيهية...إلخ.

وأخيراً القطاع الخاص يمارس فيه البيع بالتجزئة لصالح أفراد يريدون بناء السكنات الفردية أو لصالح مستثمرين صغار.⁽¹⁾

الفرع الثاني: السوق العقارية الريفية:

السوق العقارية الريفية هي السوق الموجودة خارج المحيط العمراني أي خارج المدينة، من سوق العقار الفلاحي المبني ومن سوق العقار الفلاحي غير المبني أي الأراضي الفلاحية.

أولاً-العقارات الفلاحية غير المبنية:

يتمثل العقار الفلاحي غير المبني في الأراضي الصالحة للزراعة الأراضي الرعوية والبساتين وأراضي الغابات...إلخ، والعقار الفلاحي غير المبني يعتبر ثروة وليس مالأً مصطنعاً ابتكره الإنسان مقارنة بالعقار المبني.

إلا أنه تجب الملاحظة أن الأرض بتدخل من الإنسان فإنها تتعرض للتحسين، ففي بعض الأحيان تكون خصوبتها من عمل الإنسان، فالإنسان هو من أحيا الأرض سواء بحرثها وإنجاز الطرق للوصول إلى المزارع وجني المحاصيل...إلخ.⁽²⁾

⁽¹⁾ عبد الحميد جبار، السياسة العقارية في المجال الصناعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة الجزائر، 2002، ص 71.

⁽²⁾ أ. سماعيل شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دراسة وصفية تحليلية، دار هومة، الجزائر، طبعة 2002، ص 139.



ثانيا-العقارات الفلاحة المبنية:

يتمثل العقار الفلاحي المبني في العقارات ذات الاستعمال السكني والعقارات المرتبطة باستغلال زراعي وكذلك العقارات التي تستعمل في تخصيصات فلاحية أخرى.

إن الحصول على سكن للإيواء يعتبر من الحاجيات الأساسية المرتبطة بطبيعة الإنسان، ولكن الوظائف التي يؤديها السكن تختلف إذا تعلق الأمر بسكن حضري منه بسكن فلاحي.

في المدينة إن وظيفة السكن تعتبر بسيطة فإنه يستعمل في إيواء العامل وعائلته، ففي أغلب الأحيان هناك تمييز بين العقار الذي يستعمل كسكن والعقار الذي يستعمل لأغراض مهنية، أما في الريف بالعكس، فالعقار له وظائف متعددة إيواء الفلاح وبنيات لحماية الأبقار والأغنام والعتاد وحماية كذلك المحاصيل.

وبالتالي فإلى جانب السكن يجب على الفلاح بناء منشآت الاستغلال وكل هذه المباني مرتبطة ببعضها البعض بحيث تساهم كلها في الحصول على تسيير عقلائي للمزرعة.⁽¹⁾

المبحث الثاني: التنظيم القانوني للسوق ودورها في عملية التقييم:

سنتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين يتمثلان في التنظيم القانوني للسوق العقارية في المطلب الأول، ودور السوق العقارية في عملية التقييم في المطلب الثاني.

المطلب الأول: التنظيم القانوني للسوق العقارية:

إن التنظيم القانوني للسوق العقارية يتعلق بالبيع العقارية والمتعاملين في السوق العقارية.

الفرع الأول: البيوع العقارية:

تتجسد البيوع العقارية في ثلاثة أنواع، البيع الإجباري، البيع بالتراضي والبيع بالمزاد.

أولا-البيوع الإجبارية:

تمارس البيوع الإجبارية إما لصالح أشخاص عمومية وإما لصالح الأفراد.

⁽¹⁾ ناصر لباد، النظام القانوني للسوق العقارية في الجزائر، المرجع السابق، ص 41.

أ- البيوع الإجبارية لصالح أشخاص عمومية:

ويتعلق الأمر ببيع العقار في إطار عملية الاحتياطات العقارية لصالح البلديات ثم في إطار نزع الملكية للمنفعة العمومية.

1- طريقة الإحتياطات العقارية: الاحتياطات العقارية هي طريقة إجبارية للبيع العقاري،

لأنها تجبر صاحب العقار غير المبني التنازل عليه للبلدية دون سواها وذلك من خلال استعمال العمل الإداري الانفرادي أي القرار الإداري والمتمثل في قرار الإدماج، بحيث أن قائمة الأراضي التي ينبغي إدراجها في الاحتياطات العقارية البلدية تحدد في كل سنة بموجب قرار من الوالي الذي يأتي بعد المداولة التي تتخذها البلدية والتي تحدد من خلالها الأراضي موضوع الإدماج⁽¹⁾

إن استعمال القرار الإداري من خلال قرار الوالي كوسيلة قانونية، هو دليل واضح على نية الإدارة في الحصول بصفة إجبارية على العقار، وثانياً لأنه يمنح لصاحب العقار تعويض تحددته المصالح الإدارية للدولة أي إدارة أملاك الدولة⁽²⁾.

لقد جعل الأمر رقم 74- 26 المتضمن تكوين احتياطات عقارية لصالح البلديات السالف الذكر من البلدية المتعامل الوحيد في المعاملات العقارية داخل المحيط العمراني، حيث كانت السياسة العقارية آنذاك تركز أساساً على التدخل المباشر للدولة من خلال الاحتكار الذي تمارسه البلديات في مجال التسيير العقاري، لكن بعد عقدين تقريباً من تطبيق هذه السياسة فقد أصبح الأمر رقم 74- 26 موضوع انتقادات.

إن هذه الوضعية ألزمت السلطات في التفكير على وضع حد لهذه الوضعية وبالتالي إعادة تنظيم التشريع العقاري طبقاً للإصلاحات التي كرسها دستور 23 فبراير 1989، وعليه فقد صدر القانون رقم 90- 25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري، وقد تضمن هذا القانون إلغاء الأمر رقم 74- 26 بموجب المادة 88.

وعليه نقول أن الاحتياطات العقارية كطريقة للبيع الإجباري قد تراجعت وقد فسحت المجال لأسلوب آخر، أصبح يستعمل أكثر فأكثر وهو أسلوب نزع الملكية.

⁽¹⁾ الأمر 26/74 المؤرخ في 20- 02- 1974، المتضمن تكوين الاحتياطات العقارية، الجريدة الرسمية، عدد 19، لسنة 1974.

⁽²⁾ التعليم رقم 4044 المؤرخ في 04- 06- 2006، الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية.



2- نزع الملكية للمنفعة العمومية: نصت المادة 71 الفقرة الأولى من القانون 90- 25 على ما يلي: "ينشأ حق الدولة والجماعات المحلية في الشفعة بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية، بصرف النظر عن اللجوء المحتمل إلى إجراء نزع الملكية".

وتضيف المادة 72 ما يلي: "يترتب على نزع الملكية للمنفعة العامة تعويض قبلي عادل ومنصف تطبيقاً للمادة 20 من الدستور، إما في شكل تعويض نقدي أو في شكل عقار مماثل للملكية المنزوعة إذا أمكن ذلك...".

وقد نصت المادة 20 من دستور 23 فيفري 1989 على ما يلي: "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف".

وتجسيدا لهذه المادة من الدستور، صدر القانون رقم 91- 11 المؤرخ في 27 أفريل 1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية المعدل والمتمم السالف الذكر⁽¹⁾، وقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على ما يلي: "عملاً بالمادة 20 من الدستور، يحدد القانون نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، وشروط تنفيذها والإجراءات المتعلقة به، وكيفيات التعويض القبلي العادل والمنصف".

فاستناداً إلى النصوص السابق ذكرها، يتضح أن أسلوب نزع الملكية من أجل المنفعة العامة أصبح مع بداية التسعينات هو الأسلوب المكرس قانوناً للاستعمال أكثر فأكثر للحصول على عقارات أو حقوق عينية عقارية لصالح المجموعات العمومية.

إن طريقة نزع الملكية هي طريقة إجبارية للبيع العقاري، لأنها تجبر صاحب العقار التنازل عليه للدولة وذلك من خلال استعمال القرار الإداري والمتمثل في قرار نزع الملكية، حتى وإن اشترط المشرع القيام قبل ذلك بمحاولات الاقتناء بالتراضي، إلا أنه يجب الإشارة، أن صاحب العقار موضوع عملية نزع الملكية، يمنح له تعويض مسبق وعادل ويقصد بالمسبق، أي أن السلطات العمومية لا تباشر العمل في المشروع المراد إنجازه، مستعملة في ذلك العقار موضوع عملية نزع الملكية إلا بعد أن يتم تسوية قضية التعويض.

⁽¹⁾ الجريدة الرسمية رقم 21، لسنة 1991.

ويقصد بالعدل على ضوء القانون رقم 91- 11 هو أن يأخذ بعين الاعتبار وبالقدر الممكن، فيما يخص تحديد التعويض المقاييس المعتمدة في السوق العقارية الحرة⁽¹⁾، كما أنه يجب الإشارة إلى أن قيمة التعويض، تبقى دائماً وفي المقام الأول تحدد من جانب واحد أي بمبادرة من طرف مصالح إدارة أملاك الدولة أي من طرف الدولة نفسها.⁽²⁾

ب- البيوع الإجبارية لصالح الأفراد:

ويدخل في هذا الإطار أولاً تسوية ما يسمى بالبناء غير المشروع ثم ما يسمى بعملية ضم الأراضي، وإذا كان النوع الأول من البيوع الإجبارية لصالح الأفراد هي طريقة كانت ومازالت محل جدال، فإن النوع الثاني هي طريقة فرضتها الضرورات الاقتصادية.

1- تسوية البناءات غير المشروعة: البناءات غير المشروعة ظاهرة من الظواهر التي خلفها الاستعمار الفرنسي وواكبت الجزائر من الاستقلال إلى يومنا هذا، وأصبحت تكون إشكالية على المستوى القانوني وكذلك على المستوى الاقتصادي والاجتماعي، وقد أخذ البناء غير المشروع في الجزائر أبعاداً معقدة، فقد ورثت الجزائر بعد الاستقلال مشاكل عدة من بينها النزوح الريفي نحو المدن ولقد تحول السكان من القطاع الفلاحي إلى القطاع الصناعي بسبب ظهور المشاريع الصناعية وتركيز القوة العاملة داخل المدن وعليه ومن جراء النزوح الريفي وكذلك عوامل أخرى مثل النمو الديمغرافي وطريقة توزيع السكن، جعل الطلب على السكن يزداد كل يوم كذلك هناك عرقلة للمبادرة الخاصة المتمثلة في البناء الذاتي وعراقيل في الحصول على رخصة البناء والحصول على القروض وكذلك الحصول على القطع الأرضية الصالحة للبناء.

وعليه أصبحت في أواخر السبعينات وبداية الثمانينات أزمة السكن أزمة حادة وبدأت تتفاقم ظاهرة البناء غير المشروع، فأصبحت أغلب المدن الجزائرية إن لم نقل كلها يحيط بها البناء غير المشروع، وقد حاولت الدولة التصدي لهذه الظاهرة.

⁽¹⁾ راكم سهيلة، واقع السوق العقاري الجزائري من خلال مهنة الوكيل العقاري الخاص، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الجزائر 2، ص12.

⁽²⁾ التعليم رقم 6408 المؤرخة في 15- 10- 2005 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية.



وعليه ولمعالجة هذه الظاهرة أصدرت الدولة الأمر 01/85 المؤرخ في 13 أوت 1985 الذي يحدد انتقالياً قواعد شغل الأراضي قصد المحافظة عليها وحمايتها⁽¹⁾، وقد تبع الأمر 01/85، صدور مجموعة من النصوص الأخرى ويتعلق الأمر بالمرسوم رقم 85 - 211 المؤرخ في 13 أوت 1985 الذي يحدد كفايات تسليم رخصة البناء ورخصة تجزئة الأراضي للبناء⁽²⁾، والمرسوم رقم 85 - 212 المؤرخ في 13 أوت 1985 الذي يحدد شروط تسوية أوضاع الذين يشغلون فعلاً أراضي عمومية أو خاصة كانت محل عقود أو مباني غير مطابقة للقواعد المعمول بها وشروط إقرار حقوقهم في التملك والسكن⁽³⁾، وكذا التعليم الوزارية المشتركة المؤرخة في 13 أوت 1985 المتعلقة بمعالجة البناء غير المشروع⁽⁴⁾، وتجدر الإشارة أن الأمر رقم 01/85 قد تم إلغاؤه وبصفة صريحة بموجب القانون رقم 29/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم، غير أن هذا الأخير لم يتمكن من وضع حد لظاهرة البناء غير المشروع مما دفع بالمشروع إلى إصدار القانون رقم 15/08 المؤرخ في 20 - 07 - 2008 والمتعلق بقواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها والمراسيم التنفيذية لهذا القانون والمتمثلة في المرسوم التنفيذي رقم 154/09 المؤرخ في 02 - 05 - 2009 الذي يحدد إجراءات تنفيذ التصريح بمطابقة البناء وكذا المرسوم التنفيذي رقم 155/09 المؤرخ في 02/05/2009 الذي يحدد تشكيلة لجنة الدائرة والطقن المكلفتين بالبت في تحقيق مطابقة البناء وكفايات سيرها.

وعليه مما سبق، يتضح أن البناء غير المشروع وبصفة عامة يمكن أن يتخذ حالتين أساسيتين إما أنه غير مشروع لأن صاحب البناء يفتقد لرخصة البناء حتى ولو كان الوعاء العقاري الذي أنجزت فوقه البناء هو ملكاً له، وإما أنه قد أنجز البناء فوق وعاء عقاري ليس لديه الوثائق القانونية التي تثبت مشروعية ملكيته لهذا الوعاء، ويكفي أن نشير أن عملية التسوية تكون بموجب مقرر لجنة الدائرة للتسوية أو إذا اقتضى الأمر من طرف لجنة الولاية، وهنا يكمن الطابع الإجباري لهذه العملية المتضمنة بيع العقار المبني غير المشروع في إطار التسوية أي القيام بعملية البيع بموجب قرار إداري⁽⁵⁾.

(1) الجريدة الرسمية، عدد 34، لسنة 1985.

(2) الجريدة الرسمية، عدد 34، لسنة 1985.

(3) الجريدة الرسمية، عدد 34، لسنة 1985.

(4) الجريدة الرسمية، عدد 34، لسنة 1985.

(5) الجريدة الرسمية، عدد 84، لسنة 1985.



2- عملية ضم الأراضي: إن الإطار القانوني الذي يحدد عملية ضم الأراضي في الجزائر يتمثل في النصوص القانونية التالية:

- المادة 70 وما بعدها من الأمر رقم 71- 73 المتضمن الثورة الزراعية، إن هذا الأمر كما سبق الذكر قد تم إلغاؤه بموجب القانون رقم 25/90 المتضمن قانون التوجيه العقاري.

- المادة 02 من دفتر شروط تبعات الخدمة العمومية للديوان الوطني للأراضي الفلاحية المنشأ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96- 87 المؤرخ في 24- 02- 1996.

- المادة 58 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري والتي تنص على ما يلي: "تشجع الدولة والجماعات المحلية، وتطور بواسطة الهيئات العمومية المؤهلة، وسائل تقنية ومالية تساعد على عصنة المستثمرات الفلاحية من خلال تبادل القطع الأرضية بالتراضي، كيفما كان الصنف القانوني الذي تتبعه وعمليات إعادة توزيع الأراضي بغية تجميعها".

إن نص المادة 58 من القانون رقم 25/90 يبرز صيغة التراضي في عملية الضم، إلا أن الواقع والتجربة قد أثبتتا عجز هذه الطريقة، إذا لم تتدخل الدولة وتجبر الأطراف على الخضوع لهذه العملية لأنها تهدف إلى تحقيق الصالح العام.

ويبدو أن هذه العملية، نظراً للضرورات الاقتصادية، لكن كذلك لاعتبارات عملية ستفرض نفسها بشكل أوسع في المستقبل، ومن بين النصوص القانونية التي بدأت تركز هذه الضرورة يمكن ذكر وعلى سبيل المثال المرسوم التنفيذي رقم 490/97 المؤرخ في 20- 12- 1997⁽¹⁾، الذي يحدد شروط تجزئة الأراضي الفلاحية، إن هذا المرسوم التنفيذي يتضمن منع تجزئة الأراضي الفلاحية إلى حد ينقص من مردوديتها المحددة حسب المنطقة الجغرافية ونوعية المنتج.

ويعرف ضم الأراضي بأنه عملية تجميع في مستثمرة واحدة مجموعة من القطع الأرضية الفلاحية لجعلها مستثمرات ذات مساحة أوسع، الهدف من هذه العملية هو تحقيق إنتاجية أكبر وبالتالي تحقيق الصالح العام، ويعتبر ضم الأراضي نقلاً إجبارياً للملكية ويمس الضم فقط العقار الفلاحي غير المبني داخل منطقة تحدد بصفة إدارية، ويتم تكريس عملية الضم

⁽¹⁾ الجريدة الرسمية، عدد 84، لسنة 1985.



بموجب قرار إداري وهو القرار الذي يسمح للمستفيدين من مباشرة عملية الاستغلال في الأراضي موضوع الضم.⁽¹⁾

ثانياً- البيع بالتراضي:

قد تم تكريس التوجه الجديد في الاقتصاد بإصدار دستور 23 فبراير 1989 وبعده دستور 28 نوفمبر 1996 وبالتالي فإنه تكريس للنظام الليبرالي، ونتيجة على المستوى الاقتصادي بالمفهوم الواسع هو تراجع الدولة في هذا الميدان ومنح مجال أكبر للمبادرة الخاصة ونقصد بالمبادرة الخاصة سواء صدرت من الأشخاص الخاصة أو الأشخاص العمومية، وفي حالة استمرار الدولة والجماعات المحلية والشركات العمومية كمتعامل اقتصادي فتكون هذه الممارسة مثلها مثل المتعاملين الخواص أي أنها تستعمل نفس الوسائل القانونية المستعملة من طرف الأشخاص الخاصة وهي أسلوب العقد باستثناء الحالات التي تمارس فيها الدولة وجماعاتها نشاطاتها كممثل للمصلحة العامة أي كسلطة عمومية، حينئذ فإنها تلجأ إلى استعمال امتيازات السلطة العمومية أي استعمال الأسلوب الإجباري وهو القرار الإداري وتجب الملاحظة هنا إلى أن القوانين إذا سمحت باللجوء إلى هذا الأسلوب الإجباري فإنها تشترط قبل هذا اللجوء إذا أمكن ذلك إلى أسلوب التراضي، إن أهمية تكريس أسلوب العقد كوسيلة قانونية في المعاملات الاقتصادية لا سيما في المجال العقاري تبرز من خلال النصوص القانونية في هذا المجال وبانتظام منذ نهاية الثمانينات وبداية التسعينات، إن عدد هذه النصوص يبين بوضوح أن الجزائر تسير في اتجاه تكريس هذا الأسلوب وعلى نطاق واسع.⁽²⁾

ومن بين النصوص التي تكرر أسلوب العقد كوسيلة أساسية في المعاملات بين الأشخاص سواء كانت هذه الأخيرة أشخاص خاصة أو أشخاص عمومية، نذكر على سبيل المثال ما يلي:

- المادة 679 من القانون رقم 14/88 المؤرخ في 03 ماي 1988 المعدل والمتمم للأمر 58/75

المتضمن القانون المدني.

⁽¹⁾ ناصر لباد، النظام القانوني للسوق العقارية في الجزائر، المرجع السابق، ص 261.

⁽²⁾ يوسف حفصي، بيع الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة

البلدية، 2005، ص 66.



المادة 14 من القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمقاولات العمومية الاقتصادية.

ثالثاً- البيوع بالمزاد:

يمكن تعريف المزاد العلني من جهة بأنه التزايد في قيمة العطاءات النقدية للوصول إلى أكبر قيمة معروضة بحيث يقع التفاضل فتصل إلى أعلى سعر للبيع.

ومن جهة أخرى يعني إجراء عملية للبيع بصورة علنية أمام مرأى الناس، وهو ما يتجلى خلال الإعلان عن البيع في الصحف والملصقات (المادة 389 من ق.إ.ج) وكذلك من خلال إجرائها في جلسات علنية في المحكمة أو في أماكن عمومية.

إن البيوع بالمزاد نوعان، إما أن البيع يتم بطريقة إدارية وإما أنه يتم بطريقة قضائية، فالبيع بالمزاد بالطريقة الإدارية يهدف من ورائه أساساً إلى ضمان قسط كبير من الشفافية أما البيع بالمزاد عن طريق القضاء فالهدف منه هو ضمان الحصول على أحسن ثمن⁽¹⁾.

الفرع الثاني: المتعاملين في السوق العقارية:

بعد تطرقنا للبيوع كعنصر يتعلق بالتنظيم القانوني للسوق العقارية، سنتطرق من خلال هذه الجزئية إلى العنصر الثاني والمتمثل في المتعاملين في السوق العقارية.

أولاً- المتعاملين التابعين للقطاع العمومي:

يتمثل المتعاملين التابعين للقطاع العمومي في الإدارات العمومية الهيئات المالية والهيئات التجارية:

أ- الإدارات العمومية:

قد حاول المشرع الجزائري تعريف الإدارة العمومية في جملة من النصوص القانونية نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

المادة 02 من المرسوم رقم 85 - 59 المؤرخ في 23 مارس 1985 والمتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية التي تنص على ما يلي⁽²⁾: "يشتمل القطاع الذي تعمل

⁽¹⁾ يوسف حفصي، بيع الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة، المرجع السابق، ص 63.

⁽²⁾ الجريدة الرسمية، عدد 13، لسنة 1985.



فيه المؤسسات والإدارات العمومية على المصالح التابعة للدولة و الجماعات المحلية والمؤسسات والإدارات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها ومصالح المجلس الشعبي الوطني والمجلس الأعلى للمحاسبة وتتبع هذا القطاع الهيئات العمومية التي تخضع لقواعد المحاسبة العامة".

- وعرفتها كذلك المادة 14 من القانون رقم 90 - 02 المؤرخ في 06 فيفري 1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، كما يلي⁽¹⁾: "تعد مؤسسات وإدارات عمومية في مفهوم هذا القانون المؤسسات والهيئات العمومية ذات الطابع الإداري، وكذلك الإدارات المركزية التابعة للدولة والولايات والبلديات".

- كما عرفتها المادة 02 من الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 - 07 - 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية وذلك كما يلي⁽²⁾: "... يُقصد بالمؤسسات والإدارات العمومية، المؤسسات العمومية والإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير المركزية التابعة لها والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي...".

فاستناداً إلى النصوص السابق ذكرها يتضح أن الإدارات العمومية هي كل الإدارات والمؤسسات العمومية والإدارات المركزية ومصالحها الخارجية والجماعات الإقليمية وكل مؤسسة يخضع مستخدموها لأحكام الأمر 06 - 03 المتعلقة بالقانون الأساسي للوظيفة العمومية منها المجموعات المحلية، إدارة أملاك الدولة... إلخ.

ب- الهيئات المالية:

نقصد هنا بالهيئات المالية، الهيئات المالية العمومية وهي مجموع الهيئات العمومية التي تقوم بتقديم جملة من الخدمات المالية التي لها علاقة بالعقار، وهذه الخدمات إما أن تكون في شكل تمويل للمعاملات العقارية وإما تمويلاً وفي نفس الوقت المشاركة في هذه المعاملات العقارية أي القيام بالبيع والشراء... إلخ في المجال العقاري.

(1) الجريدة الرسمية، عدد 06، لسنة 1990.

(2) الجريدة الرسمية، عدد 46، لسنة 2006.

ويكون هذا التمويل إما عن طريق الاستثمار في المجال العقاري وإما عن طريق منح القروض لشراء العقارات.

وعليه فإن الهيئات المالية العمومية لها علاقة مباشرة بالسوق العقارية، نظراً للدور الذي تلعبه هذه الهيئات كمتعامل عمومي في السوق العقارية ومن أهم هذه الهيئات المالية العمومية البنوك، المؤسسات المالية المتخصصة شركات التأمين... إلخ.⁽¹⁾

ج- الهيئات التجارية: الهيئات التجارية هي مقاولات ومؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تقوم بإنجاز عمليات عقارية، ومن بين هذه الهيئات منها ما هو متخصص في العقار المبني مثل ديوان الترقية والتسيير العقاري والمؤسسة الوطنية للترقية العقارية، ومنها ما هو متخصص في العقار غير المبني مثل الوكالة الولائية للتنظيم والتسيير العقاري.

ثانياً- المتعاملين التابعين للقطاع الخاص:

يتمثل المتعاملين التابعين للقطاع الخاص في الأشخاص المعنوية والأشخاص الطبيعية.

أ- الأشخاص المعنوية:

تتجسد الأشخاص المعنوية خاصة في شركات الترقية العقارية والتعاونيات العقارية:

1. **شركات الترقية العقارية:** الترقية العقارية تتعلق بترقية العقار المبني وإما ترقية العقار غير المبني وتكون إما في شركات تمارس هذا النشاط بصفة أساسية فتعتبر حينئذ مرقياً عقارياً محترفاً وإما أن هذه الشركات تقوم بنشاط الترقية العقارية بصفة ثانوية، فتتشئ لهذا الغرض شركة تابعة.

2. **التعاونيات العقارية:** التعاونية العقارية حسب ما جاء في المادة 02 الأمر 76- 92: "هي شركة أشخاص مدنية وذات رأس مال متغير، هدفها الأساسي هو المساعدة على الحصول على ملكية السكن العائلي..." والذي يكرس كذلك التملك الخاص للعقار وبالتالي تكريس التعاونية العقارية كشخص معنوي متعامل خاص في السوق العقارية فالمشرع الجزائري استمر في تكريس نظام التعاونيات العقارية زيادة على الأمر 76- 92 في نصوص أخرى كرسها كمتعامل خاص في السوق العقارية ومن بين هذه النصوص القانون 07/86

⁽¹⁾ ناصر لباد، النظام القانوني للسوق العقارية في الجزائر، المرجع السابق، ص 288.



المتعلق بالترقية العقارية⁽¹⁾، والمرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري⁽²⁾ والقانون 04/11 المتعلق بالترقية العقارية⁽³⁾...إلخ.

ب- الأشخاص الطبيعية:

للأشخاص الطبيعية كمتعاملين خواص في السوق العقارية أهمية في تنشيط السوق العقارية في الجزائر وذلك باعتبارهم كمشاركين في المعاملات العقارية سواء كبائع ومشترى للعقار أو على الأقل كوسطاء في هذه العملية، وهؤلاء الأشخاص هم لا سيما الأشخاص الذين يمارسون المهن الحرة أو ما يعبر عنها بالمهن للحساب الخاص التي أُعيد إحيائها مع نهاية الثمانينات في إطار ما اصطلح عليها مرحلة بروز اقتصاد السوق وهؤلاء الأشخاص هم الموثق ومحافظ البيع بالمزاد العلني، المهندس المعماري، الوكيل المتصرف القضائي، الوكيل العقاري القائم بإدارة الأملاك والمصفي...إلخ.

المطلب الثاني: دور السوق العقارية في عملية التقييم:

عملية التقييم العقاري هي طريقة منتظمة ومتبعة لإيجاد قيمة تقديرية عقارية لطالب القيمة، تبدأ عملية التقييم بمعرفة القيمة المطلوبة وتنتهي بتقدير هذه القيمة وإيصالها إلى طالب التقييم، ومعظم التقديرات أو التقييمات تتطلب القيمة على أساس السوق العقارية الحرة، وتُعد هذه الأخيرة الأساس التقني لعملية التقييم العقاري، فمثلاً فيما يتعلق بعملية نزع الملكية لا يمكن أن يكون التعويض الذي يحدد بموجب التقييم عادلاً ومنصفاً إذا لم يكن مقارباً لما هو متداول في السوق العقارية.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ الجريدة الرسمية، عدد 10، لسنة 1986.

⁽²⁾ الجريدة الرسمية، عدد 14، لسنة 1993.

⁽³⁾ الجريدة الرسمية، عدد 44، لسنة 2011.

⁽⁴⁾ أ. سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، المرجع السابق، ص 90.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن السوق العقارية في الجزائر تتميز بمجموعة من المميزات قد تجعلها غير مؤهلة لتكون معياراً يعتمد عليه في عملية التقييم العقاري وتتمثل في:⁽¹⁾

- **عدم كفاءة العرض:** من أهم المميزات التي تمتاز بها السوق العقارية في الجزائر قلة أو عدم كفاية الأراضي المعروضة للبيع سواء ما تعلق منها بالعقارات التابعة للدولة أو الخواص، وهذا النقص ناتج أساساً عن الطلب الكبير الذي عرفته البلاد خلال الفترة الممتدة بين 1970 - 1990 حيث تضاعف حجم الاستثمارات في كافة الميادين خاصة الصناعية منها والعمرانية، وقد تسبب هذا النقص في ظهور السوق العقارية الموازية القائمة على أساس غير سليمة بحيث يطغى عليها عامل ارتفاع الأسعار مقارنةً بما هو معمول به في السوق الرسمية بالإضافة إلى تهرب المتعاملين من المصاريف المترتبة عن نقل الملكية، كمصاريف التسجيل والشهر العقاري والضريبة على العقارات وما إلى ذلك من، مما قد يسبب خسارة كبيرة لخزينة الدولة وسعيها منها لامتصاص المعاملات اللاشريعة التي تتم بين مختلف الأطراف تبنت الدولة العرض المكثف للأموال العقارية التابعة لها قصد تنظيم السوق، ولكن هذا الإجراء لم يحقق النتيجة المرجوة.

- **نقص الشفافية عند التعامل:** لا يمكن للأموال العقارية المعروضة في السوق أن تعكس القيمة الحقيقية لها ما لم تتميز هاته السوق بالشفافية التامة عند التعامل، وهذه الخاصية غائبة في السوق العقارية الجزائرية، حيث أن المبالغ المصرح بها لدى مصالح التسجيل جد منخفضة وخاصة لما يتعلق الأمر بالأموال العقارية التابعة للدولة المتنازل عنها لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية أو حتى الخواص في إطار القانون 01/81 المؤرخ في 07 فبراير 1981⁽²⁾، وفي إطار المرسوم التنفيذي 269/03 المؤرخ في 07 أوت 2003⁽³⁾، إضافة إلى المعاملات المنجزة بين الخواص والتي يتم التصريح فيها بأثمان منخفضة جداً بغرض التهرب من دفع حقوق التسجيل كاملة.

- **المضاربة:** ما من تجارة تشتد فيها المضاربة كتلك التي تنصب على العقارات، فالمضاربة حقيقة اقتصادية ضرورية للسير الحسن لكل سوق عقارية، ذلك أن المنطق الليبرالي يولي اعتباراً

⁽¹⁾ عبد الحميد جبار، السياسة العقارية في المجال الصناعي، المرجع السابق، ص 88.

⁽²⁾ الجريدة الرسمية، عدد 11، لسنة 1981.

⁽³⁾ الجريدة الرسمية، عدد 29، لسنة 2003.



كبيراً لمبدأ المضاربة رغم اللا توازن الموجود في السوق الذي يمكن تصحيحه من طرف الدولة وذلك باعتماد سياسة عقارية واضحة، إلا أن المضاربة في المعاملات العقارية في الجزائر قد بلغت ذروتها بحيث جعلت أسعار العقارات ترتفع بصفة خيالية مما أدى إلى ركود السوق العقارية.

- **قلة المنافسة:** تعتبر المنافسة التامة من أهم خصائص السوق العقارية الحرة فهي تسمح للمستثمر من اختيار نوع العقار المراد اكتسابه، وتتميز المنافسة التامة بوجود عدد كبير من المنتجين، كل منهم ينتج جزءاً ضئيلاً من حجم الإنتاج الإجمالي المعروض في السوق، أما فيما يخص الجزائر فإن السوق العقارية لا تحكمها المنافسة التامة وإنما تسيطر عليها المنافسة الاحتكارية لا سيما فيما يتعلق بالعقار الموجه للاستثمار (الصناعي والفلاحي والسياحي... إلخ) باعتبار أن الدولة هي الممول الوحيد لسوق العقار الموجه للاستثمار.

- **قلة المعلومات الخاصة بالسوق العقارية:** لا توجد أي جهة يمكن استفتاء منها المعلومات الضرورية حول المساحات العقارية المتوفرة لذا كان لزاماً على الدولة إجراء جرد عام وشامل لكافة الأملاك العقارية المتواجدة عبر الوطن وتفعيل دور لجان متابعة وتشجيع الاستثمار، وإنشاء مرصد وطني يسمح من خلاله للإدارة والأفراد بمتابعة توجهات السوق.

الخاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع السوق العقارية ودورها في عملية التقييم العقاري، نجد أن المشرع تناول مسألة السوق العقارية للعقارات الحضرية والفلاحية من خلال مرحلتين، المرحلة الأولى قبل سنة 1990 والمرحلة الثانية بعد سنة 1990، ففي المرحلة الأولى كانت السوق العقارية سوق عقارية موجهة إدارياً، وأصبحت في المرحلة الثانية سوق عقارية حرة.

وفي الأخير يمكن القول أن الإستراتيجية المكرسة من الدولة هو إنشاء سوق عقارية حرة بنوعها الحضرية والريفية تتسم بنوع من الوضوح والتفصيل يحكمها قانون العرض والطلب، لأن كل التقييمات العقارية التي تقوم بها الدولة أو الخبراء العقاريين يعتمدون على السوق العقارية الحرة كمعيار للتقييم العقاري، مع احتفاظ الدولة بحق اكتساب الأراضي عن طريق وسائل قانونية تتجلى فيها السلطة العمومية وهي حق الشفعة ونزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

المسؤولية الجنائية في الحرب على غزة

د/أحمد بشارة موسى
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة حسنية بن بوعلی الشلف

ملخص:

يتناول المقال المسؤولية الجنائية الدولية للأشخاص الذين يرتكبون بعض الجرائم الخطيرة، التي توصف بأنها انتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني الذي يطبق أثناء النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، لقد أدت المطالبة بتطبيق المسؤولية الجنائية الدولية لمن ارتكبوا جرائم الحرب الواردة في اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 والبروتوكولين الإضافيين الملحقين لهذه الاتفاقيات إلى تشكيل عدة لجان تحقيق تتعلق بالانتهاكات الجسيمة للقيم الإنسانية المشتركة. ونادت بإنشاء المحاكم الجنائية الدولية لتحقيق العدالة الجنائية الدولية، وبما أن القادة الإسرائيليين قاموا بشن حرب عدوانية على قطاع غزة واستعمالها للأسلحة المحرمة دولياً التي تسببت في إلحاق أضرار جسيمة في الأرواح والممتلكات ثم فرضها للحصار البري والبحري والجوي، وفرض معيشة صعبة جداً على السكان المدنيين، وهو أمر مخالف للقانون الدولي الإنساني الذي يهدف إلى حماية الأعيان المدنية الذين ليس لهم علاقة بالعمليات العسكرية، ولهذا فإنها تتحمل المسؤولية بشقيها الدولي الذي يتمثل في التعويض المناسب والعدل والمنصف، والمسؤولية الجنائية الدولية الفردية للقادة الذين أعطوا الأوامر للجيش بشن الحرب على قطاع غزة.

Résumé:

L'article porte sur la responsabilité pénale internationale des personnes qui commettent de graves crimes, décrits comme étant de graves violations de la loi internationale humanitaire qui est appliquée lors des conflits armés internationaux et non internationaux ;

La revendication d'appliquer la responsabilité pénale internationale concernant ceux qui ont commis des crimes de guerre incluse dans les quatre conventions de Genève et les deux protocoles annexés, a donné lieu à la formation de plusieurs commissions d'enquête relatives aux graves violations des valeurs humanitaires communes. Et a appelé à la création de tribunaux pénaux internationaux pour concrétiser la justice pénale internationale, et puisque les dirigeants israéliens ont Bande de Gaza, ont utilisé des armes prohibées sur le plan international et ont déclaré une guerre d'agression qui a causé de graves dégâts humains et matériels, puis ont imposé un blocus terrestre,



maritime et aérien, et des conditions de vie très dures pour la population civile, ce qui est contre la loi internationale humanitaire qui vise à protéger les populations civiles qui n'ont aucune relation avec les opérations militaires, c'est pourquoi, elle assume sa responsabilité quant à l'indemnisation adéquate, juste et équitable, et sa responsabilité pénale internationale individuelle quant aux dirigeants qui ont donné les ordres à l'armée pour la guerre sur la Bande de Gaza.

مقدمة:

المسؤولية الجنائية الدولية للرؤساء والقادة العسكريين الذين يرتكبون بعض الجرائم الخطيرة، أصبحت في الوقت الحالي أمراً من الأهمية بمكان، بالنسبة للمجتمع الدولي، وعلى سبيل المثال وجهت بعض الاتهامات إلى قادة ورؤساء الدول الحاليين والسابقين والمناداة لمعاقبتهم، لقد أدت المطالبة بتطبيق المسؤولية الجنائية الدولية منذ انتهاء الحرب العالمية الأولى إلى إنشاء خمس لجان تحقيق دولية تتعلق بانتهاكات خطيرة للقيم الإنسانية، وإنشاء أربع محاكم دولية خاصة لمعاقبة المسؤولين عن تلك الجرائم.

تلك المؤسسات استفادت من دعم الحكومات المدفوعة بأهمية القيم الإنسانية، وكذلك الحكومات التي أدركت وجود آليات للمسؤولية الجنائية الدولية، كوسيلة للحفاظ على السلم والأمن الدوليين.

ومع ذلك فإن مباشرة تطبيقها على أساس المحاكم الجنائية الدولية الخاصة أمر غير مرض بالقدر الكافي، والدليل على ذلك أنه بالرغم من إنشاء محاكم جنائية دولية بعد الحرب العالمية الثانية وتطبيق المسؤولية الجنائية على المتسببين فيها بمناسبة النزاع المسلح في يوغسلافيا السابقة والإبادة الجماعية في رواندا فإن هذا الإجراء الدولي لم يتم إلا بعد المجازر الرهيبة التي وقعت.

لا يمكن تطبيق قواعد القانون الدولي التي تحمي ممثلي الدول في بعض الأحوال على الأفعال التي يجرمها القانون الدولي، والدليل على ذلك أن الحلفاء قد أجمعوا على تقديم هتلر رئيس الدولة الألمانية للعدالة بتهمة ارتكاب جرائم منصوص عليها في القانون الدولي.

كذلك لم تأخذ الأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية بالحصانة كسبب لنفي المسؤولية الجنائية الدولية، فالمحكمة الجنائية الدولية لم تنشأ إلا لمحكمة كبار مسؤولي الدول من رؤساء الدول والحكومات والوزارات عن الأفعال التي اقترفوها، وبالتالي أصبح من الممكن إحالة أي مسؤول مهما علت درجته أو وظيفته، كما يطبق هذا النظام على جميع الأشخاص بصورة متساوية دون أي تمييز بسبب الصفة الرسمية.



لقد أسهمت بعض الأحداث الدولية التي ارتكبت فيها بعض الجرائم الدولية بصورة واسعة النطاق مثلما حدث في قطاع غزة من جانب الجيش الإسرائيلي، حيث حركة المجتمع الدولي والمنظمات الدولية وغير الدولية للمطالبة بمحاسبة القادة الإسرائيليين عن تلك الجرائم.

كما أنه لا يعفى من المسؤولية الجنائية، الشخص الذي تصرف بصفته الرسمية، كرئيس دولة أو موظف كبير ولا الشخص الذي تصرف أو ارتكب الفعل الإجرامي تنفيذ الأمر صدر إليه من رئيسه الأعلى منه.

وبذلك ثبتت مسؤولية رؤساء الدول والقادة العسكريين ذوي المناصب العليا في الجيوش أو المسؤولين الحكوميين إذا ما ارتكبوا جرائم دولية خطيرة.

أيضا تضمنت المادة 28 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة، القواعد المتعلقة بالمسؤولية الجنائية الدولية الفردية للقادة والرؤساء عن الأفعال التي ترتكب من مرؤوسيه، حيث بينت هذه المادة الحالات والشروط التي يكون فيها القائد أو الرئيس مسئولا عن أفعال مرؤوسيه.

وبطبيعة الحال فإن مفهوم المسؤولية الجنائية الدولية الفردية للقائد أو الرئيس عن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية تحكمها مجموعتان من القواعد الأساسية المتعلقة بالمسؤولية.

المجموعة الأولى وردت في نص المادة 25 من النظام الأساسي التي فصلت قواعد المسؤولية الجنائية الفردية بصفة عامة.

المجموعة الثانية من القواعد تضمنتها المادة 28 من النظام الأساسي للمحكمة، وهذه المسؤولية تشمل سلسلة القائمين بإصدار الأوامر والقرارات العسكرية أو المتعلقة بتنفيذ أفعال إجرامية.

وهي تشمل جميع من هم في التسلسل الهرمي بدءا من أعلى مستويات مصدر القرارات السياسية ومرورا بالضباط والجنود وحتى أفراد المليشيات أو المدنيين الذين ارتكبوا تلك الجرائم.

السؤال الذي يطرح في هذا الموضوع هو: هل يمكن ملاحقة قادة إسرائيل جنائيا أمام المحاكم الجنائية الدولية، كمجرمي حرب عن جرائم الحرب الأخيرة على غزة؟

وكيف يتحقق ذلك في ظل عدم انضمام إسرائيل للمحكمة الجنائية الدولية، وقلة عدد الدول العربية الأعضاء في هذه المحكمة، وارتباطها باتفاقيات سلام مع إسرائيل؟

وللإجابة على هذا السؤال قسمنا الموضوع إلى مبحثين:

المبحث الأول: أساس مسؤولية القادة الجنائية.



المبحث الثاني: كيف يمكن للفلسطينيين ملاحقة مجرمي الحرب الإسرائيليين.

المبحث الأول: أساس مسؤولية القادة الجنائية:

تتبع مسؤولية القادة من منطلق موقعهم، باعتبارهم قادة ارتكبوا الجرائم الدولية أو الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي، وهي مكرسة عرفياً ووضعيًا، وتطورت مع تطور القانون الدولي بجميع فروعه وبالتالي هم مسؤولون مباشرة عندما يرتكبون تجاوزات واسعة النطاق للقاعدة العرفية أو الاتفاقية. أما كيفية ممارسة هذه المسؤولية في الواقع العملي، فتلك مسؤولية الإرادة السياسية للدول ومدى حسن نيتها في احترام ما التزمت به تجاه المجتمع الدولي.

المطلب الأول: التكييف القانوني للجرائم التي ارتكبت على غزة:

لقد بلورت الأسرة الدولية وثبتت قواعد ومبادئ عامة في القانون الدولي الإنساني لزمّن الحرب، منها اتفاقية لاهاي لعام 1907، اتفاقيات جنيف لعام 1949، لا سيما الاتفاقية الرابعة المتعلقة بحماية المدنيين في زمن الحرب، منها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948، البروتوكولين الإضافيين لحقوق الإنسان لعام 1976، واتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها واتفاقية إلغاء جميع أشكال التمييز العنصري⁽¹⁾.

كما رتبت المحاكم الجنائية الدولية مثل محكمة نورمبرغ ومحكمة طوكيو والمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا والمحكمة الجنائية الدولية الدائمة، المسؤولية الجنائية الدولية الفردية للقادة والرؤساء الذين يرتكبون أو يأمرّون بارتكاب جرائم دولية⁽²⁾، وورد في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الوصف الدقيق لجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجريمة الإبادة الجماعية، اعتبرت لكل مخالفة جسيمة ضد الأشخاص المحميين تعتبر مخالفة خطيرة لاتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949، كما أن جميع هذه الجرائم ارتكبت في كافة الأراضي التي احتلتها إسرائيل منذ عام 1967 إلى يومنا هذا. وتكيف على أنها مخالفات خطيرة للقانون الدولي الإنساني الذي يطبق على المنازعات المسلحة الدولية وغير الدولية على حد سواء⁽³⁾.

(1) Dr. Antoine jan Bulliez, Petite affiche droit pénal international, I, université de Paris Panthéon, Sorbonne, 1998, p.07.

(2) د. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، مدخل لدراسة أحكام وآليات الإنقاذ الوطني، للنظام الأساسي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثانية، 2009، ص 177.

(3) د. حسام علي عبد الخالق الشيخة، المسؤولية والعقاب على جرائم الحرب، مع دراسة تطبيقية على جرائم الحرب في البوسنة والهرسك، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2004، ص 306.



شرعت قوات الاحتلال الإسرائيلي منذ 2008/12/27 في تنفيذ عملية عسكرية على قطاع غزة أسمتها "الرصاص المسبوك"، والتي ابتدأت بقصف جوي واسع النطاق استهدف أغلب مقر الشرطة الفلسطينية ومقار حركة المقاومة الإسلامية حماس ومقار الوزارات والمؤسسات المدنية، والأحياء السكنية ودور العبادة والمدارس والجامعات والطواقم الطبي، وهو ما أسفر عن سقوط أكثر من ألف قتيل وجرح وإصابة أكثر من أربعة آلاف فلسطيني بجروح وحروق مختلفة، علما بان أغلب ضحايا اليوم الأول كانوا من قوى الشرطة المدنية وغيرها، الذين استهدفهم القصف الجوي خلال حفل تخريج في أكاديمية الرئيس عرفات.

وفي مساء يوم السبت الموافق 2009/1/3 أعلنت سلطات الاحتلال في الشروع في بدء تنفيذ هجومها البري على قطاع غزة من عدة محاور، والذي تم التمهيد له بقصف بري وجوي وبحري مكثف للمحاور التي اختيرت لتقدم القوات البرية، علما بان الفترة الزمنية المحددة للهجوم البري كما هو واضح من تصريحات رئيس دولة إسرائيل ورئيس الوزراء الإسرائيلي ووزير الدفاع غير محددة بل من الممكن لها أن تطول وان يشارك فيها عشرات الآلاف من أفراد قوات الاحتلال الإسرائيلي، ما يعني استمرار سفك الدم الفلسطيني.

ولعل من أهم الجرائم المرتكبة من قبل قوات الاحتلال الإسرائيلي خلال تنفيذ مختلف مراحل هذا العدوان ما يلي:

- تعتمد قتل المئات من المدنيين جراء القصف العشوائي للأحياء السكنية، فضلا عن الاستهداف المباشر للأشخاص⁽¹⁾.
- إسقاط وتغيير مبدأ التمييز بين الأشخاص المدنيين والعسكريين والممتلكات المدنية والعسكرية حال تنفيذ قوات الاحتلال لقصفها الجوي والبري والبحري على القطاع.
- بث الذعر في نفوس المدنيين، سواء بالتهديد أو من خلال الإعلان الصريح عن عدم وجود مناطق آمنة في قطاع غزة.
- الإعلان عن عدم الإبقاء على الحياة، جراء الإعلان الصريح عن استهداف وقتل كل الأفراد المنتمين لحركة المقاومة الإسلامية حماس من عسكريين وسياسيين.

(1) د. محمد صافي يوسف، الإطار العام للقانون الدولي الجنائي، في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2002، ص 47.



- استخدام الأسلحة والقذائف والمواد التي من شأنها إحداث إصابات وآلام لا مبرر لها، جراء استخدام القذائف الفسفورية الحارقة والخانقة التي لا تبررها الضرورة العسكرية.
- الاستهداف المباشر لأفراد الخدمات الطبية ووسائل النقل الطبي والمشافي⁽¹⁾.
- تهديد سكان الأراضي المحتلة والضغط عليهم للإدلاء بمعلومات عن القوات المسلحة للمقاومة، وعن وسائل الدفاع التي تستخدمها.
- منع دخول المواد الغذائية والإمدادات الطبية للمناطق الفلسطينية لقطاع غزة أثناء سير المعارك.
- رفض السماح للطواقم الطبي من الوصول لمناطق الجرحى والمرضى والمصابين.
- استهداف المدارس والمؤسسات التعليمية والجامعات والمساجد.
- منع إخلاء الجرحى والمصابين.
- استهداف المقابر.
- قصف وتدمير مئات المنازل انتقاماً من السكان المدنيين.
- القصف العشوائي للممتلكات المدنية والمحمية.
- النقل والترحيل لمئات الأسر الفلسطينية من مناطق سكنهم إلى غيرها من مناطق القطاع بحجة حماية أمنهم.
- تدمير وتخريب البيئة الفلسطينية، جراء استخدام الأسلحة العنقودية وغيرها من الأسلحة المشابهة لها.
- كما يمكننا في هذا الصدد حصر وتحديد أحكام لائحة لاهاي لعام 1907 واتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949، والإعلان بشأن حماية الأطفال في حالات الطوارئ والمنازعات المسلحة الذي اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 3318 (د - 29) في 14 كانون الأول/ ديسمبر 1974 وغيرها من مواثيق القانون الدولي الإنساني التي انتهكتها وخالفت مضمونها صراحة دولة الاحتلال الإسرائيلي جراء عدوانها المسلح غير المشروع على قطاع غزة المحتل بالنقاط التالية:
- انتهاك صريح لنص ومضمون الفقرة (ز) من المادة 23 من لائحة لاهاي المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب لعام 1907، التي تدعى دولة الاحتلال باحترامها وتطبيقها استناداً لطبيعتها العرفية والمألوفة، جراء قصف وتدمير الممتلكات العامة والخاصة.

(1) د. عمر سعد الله، تطور تدوين القانون الدولي الإنساني، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1997، ص 144.



دراسات قانونية

- انتهاك صريح لنص المادة 25 من لائحة لاهاي لعام 1907 التي حظرت مهاجمة وقصف المدن أو القرى والمساكن والمباني المحمية أيا كانت الوسيلة المستعملة.
- انتهاك صريح لنص ومضمون المادة 56، جراء استهداف الممتلكات التعليمية والأثرية والفنية والعلمية والمساجد⁽¹⁾.
- انتهاك صريح لنص المادة 18 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 التي حظرت الهجوم على المستشفيات المدنية.
- انتهاك لنص ومضمون المادة 33 من ذات الاتفاقية التي تحظر تدابير الاقتصاص من الأشخاص المحميين وممتلكاتهم.
- انتهاك صريح لنص ومضمون المادة 27 والمادة 33 من اتفاقية جنيف الرابعة، جراء العقوبات الجماعية وأعمال الاقتصاص الجاري ارتكابها في الأراضي الفلسطينية المحتلة.
- انتهاك صريح لنص ومضمون المادة 53 من اتفاقية جنيف الرابعة، جراء عمليات الهدم والتخريب غير المبررة للملكيات الفلسطينية العامة والخاصة، التي شرعت قوات الاحتلال الإسرائيلي بتدميرها وتخريبها على نطاق واسع منذ بدء العدوان.
- انتهاك صريح لنص ومضمون المادة 50 والمادة 51 و52 من بروتوكول جنيف الأول الملحق باتفاقيات جنيف الأربع لعام 1977، الذي نص على حصانة السكان المدنيين وعدم تأثير صفتهم المدنية بوجود أفراد بينهم لا يسر عليهم تعريف المدني، كما أكد على حظر استهداف المدنيين وحظر شن الهجمات العشوائية أي تلك لا توجه إلى هدف عسكري محدد، أو من شأنها أن تصيب الأهداف العسكرية والأشخاص المدنيين، أو الأعيان المدنية دون تمييز، أو تنفيذ عمليات متوقع أن تؤدي إلى خسائر في الأرواح المدنية أن تؤدي إلى تدمير الممتلكات المدنية⁽²⁾.
- انتهاك صريح لنص ومضمون المادة 54 من البروتوكول التي حظرت بشكل كلي تجويع المدنيين ووضعهم في ظروف معيشية صعبة⁽³⁾.

(1) أمير فرج يوسف المحكمة الجنائية الدولية والطابع القانوني لها ونشوء عناصر فوق الوطنية في القضاء

الجنائي الدولي، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى 2009، ص 468.

(2) د. عمر محمود المخزومي، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الولى، دار الثقافة للنشر

والتوزيع الطبعة الأولى، 2009، ص 403.

(3) د. زياد عيتاني، المحكمة الجنائية الدولية وتطور القانون الدولي الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية،

الطبعة الأولى 2009، ص 213.



• انتهاك صريح لنص ومضمون المادة 55 من البروتوكول التي حظرت استخدام أساليب أو وسائل القتال التي يقصد بها أو يتوقع منها أن تسبب مثل هذه الأضرار بالبيئة الطبيعية ومن ثم تضر بصحة وبقاء السكان.

• انتهاك صريح لنص ومضمون المادة 71 من البروتوكول التي ألزمت الأطراف المتحاربة باحترام وتسهيل مهمة أعمال الغوث ونقل توزيع إرساليات الغوث، وضرورة احترام وتجنب استهداف العاملين الذين يؤدون واجباتهم في هذا الشأن⁽¹⁾.

انتهاك صريح لنص ومضمون المادة 79 من البروتوكول التي أكدت على وجوب حماية الصحفيين الذين يباشرون مهمات مهنية خطيرة في مناطق المنازعات المسلحة باعتبارهم أشخاص مدنيين.

المطلب الثاني: التزامات إسرائيل الناجمة عن الاتفاقيات الدولية:

تلتزم جميع الدول بما فيها الدولة المتعاقدة في اتفاقيات جنيف منذ اندلاع النزاع أو الاحتلال الحربي، بتطبيق الاتفاقيات، بل أن سريانها يبدأ قبل ذلك بمجرد إعلان الحرب أو قيام حالة الاشتباك المسلح أو حالات الاحتلال الجزئي أو الكلي حتى إذا لم تقابل بمقاومة مسلحة.

حيث جاء ذلك في المادة 2 الفقرة 3 من اتفاقية حماية المدنيين وأكد هذا المعنى البروتوكول الأول الإضائي لعام 1976 في المادة 3 فقرة ب، كما تظل أطراف النزاع ملتزمة بالبروتوكول الأول والثاني معا.

ويترتب على ذلك قيام الدول المتعاقدة بالالتزام بمحاسبة كل من ينتهك نصوصها وأن تحاكم كل من يرتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المواد 49 من الاتفاقية الأولى، 50 من الاتفاقية الثانية، 146 من الاتفاقية الرابعة دون النظر إلى جنسيتهم⁽²⁾.

كما أن الدول هي المطالبة بتنفيذ هذه الاتفاقيات الدولية، ولهذا أصبحت الدول بموجب هذه النصوص ملزمة بملاحقة رعاياها أنفسهم، إذ ارتكبوا انتهاكا لنصوص الاتفاقيات الأربع، وهي خطوة كبرى للتخلص من النعرات القومية الضيقة، فلم يعد المنتصر يكتفي بملاحقة مجرمي الحرب من أعدائه وإنما أصبح ملزما بموجب تعهد صريح بملاحقة كل مجرم حرب، حتى وإن كان من مواطنيه، يبدو من هذا أنه لم تعد أية دولة قادرة على

(1) Dr. Florial lattanzi, compétence de la cour pénal international, et consentement des états, revue général de droit international, public, paris, 1999, p.427.

(2) Dr. Cherif Bassiouni, projet de statut du tribunal pénal international, interdiction, association international de droit pénal, 1993, p.145.

التخلص من واجباتها بشأن الاتفاقيات التي تضمنت نصا قاطعا بعدم السماح للدولة في إعفاء نفسها من هذا الالتزام، حيث نصت المادة 51 من الاتفاقية الأولى لجنيف على أن لا يسمح لأحد من الدول الأطراف السامية أن يخلي نفسه أو يخلي آخر من الأطراف الساميين المتعاقدين من المسؤولية الملقاة على عاتقه، أو على الطرف الآخر بالنسبة للمخالفات المشار إليها في المادة السابقة وأكدت المادة 52 من الاتفاقية الثانية والمادة 131 من الاتفاقية الثالثة والمادة 148 من الاتفاقية الرابعة والمادة 86 من البروتوكول الإضافي الأول على ذلك الالتزام.

وعلى ذلك فإن هذا القيد يمنع الدولة من إصدار عفو عام عن الجرائم المرتكبة أو يمنع المحاكم من عدم تحريك الدعوى الجزائية، بل يجب أن يفهم بعدم خضوع هذه الجرائم لأي تقادم، وليس أدل على ذلك من أن المتهمين بارتكاب جرائم الحرب العالمية الثانية مازالوا عرضة للملاحقة على الرغم من مرور أكثر من نصف قرن من الزمن على وقوعها⁽¹⁾.

وقد أكدت اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية لعام 1968، على مبدأ عدم تقادم هذه الجرائم وتأمين تطبيقها تطبيقا شاملا عالميا⁽²⁾.

تضمنت المادة الأولى من الاتفاقية ما يلي:

لا يسري أي تقادم على الجرائم التالية بصرف النظر عن وقت ارتكابها:

أ- جرائم الحرب الوارد تعريفها في النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ الدولية الصادر في 8 آب عام 1945 والوارد تأكيدها في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، المؤرخ في 13 شباط عام 1946، ولاسيما الجرائم الخطيرة المحددة في اتفاقيات جنيف المؤرخة في 12 آب عام 1949 لحماية ضحايا الحرب.

ب- الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية سواء ارتكبت في زمن الحرب أو السلم الوارد تعريفها في النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ الدولية والوارد تأكيد في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 3- د- 1 المؤرخ في 13 شباط عام 1946، وتشمل الطرد بالاعتداء المسلح الاحتلال العسكري والأفعال المنافية للإنسانية والناجمة عن سياسة الفصل العنصري، وجريمة الإبادة

(1) Stefan Glaser, *infraction internationale librarie général de droit et des Jurys prudence*, E.T.R. Purand Auzias Paris 1957 P.10.

(2) Dr. Sourek les principes, de Nuremberg étape décisive, dans *évolution du droit international*, revue de droit contemporain, 1961, p.56.



الجماعية الوارد تعريفها في اتفاقية منع جريمة الإبادة لعام 1948، حتى لو كانت الأفعال المذكورة لا تشكل جريمة ولا إخلال بالقانون الداخلي للبلد الذي ارتكبت فيه⁽¹⁾.

ومن وجهة نظرنا كباحثين في هذا الموضوع يبدو لنا أن إسرائيل ملزمة بأحكام اتفاقيات جنيف الدولية باعتبارها دولة صادقت عليها عام 1951 وباعتبارها قواعد قانونية ملزمة لها، وبالتالي يقتضي معاقبة الأفراد مرتكبي الجرائم في الأراضي المحتلة بأسرها بتقديمهم إلى المحاكم الجنائية الدولية المختصة.

كما يبدو أن المسؤولين الإسرائيليين يدركون تماما بأن الأعمال المهجية والقتل العمد والتعذيب والتخريب ومهاجمة المدن والسكان الآمنين، قصف جميع المنشآت وانتهاك جميع مبادئ حقوق الإنسان والاتفاقيات والمواثيق الدولية والإنسانية، تهز الضمير العالمي وأصحاب الفكر القانوني لتحريك الدعوى والمطالبة بمحاكمة زعماء الكيان الصهيوني محاكمة عادلة ومنصفة وليست المحاكمات الصورية.

المبحث الثاني: كيف يمكن للفلسطينيين ملاحقة مجرمي الحرب الإسرائيليين:

أثار موضوع الملاحقة الجنائية لمجرمي الحرب الإسرائيليين الكثير من الإشكاليات، على صعيد المجتمع الفلسطيني وحتى على الصعيد الدولي، بل أظهرت النقاشات المتعلقة بهذا الموضوع حجم الخلط الكبير في تحديد المرجعيات القانونية المختصة بنظر الجرائم المرتكبة من القادة الإسرائيليين ضد الشعب الفلسطيني.

مما لا شك فيه بأن فهم المرجعيات القانونية المتعلقة بالمساءلة والملاحقة لمجرمي الحرب وغيرها من الجرائم الدولية، يمثل الخطوة الأولى والأساسية في تجسيد وتحقيق هذا التوجه، ولهذا نرى ضرورة أهمية توضيح مختلف الأبعاد المتعلقة بهذا الجانب كي نسهم في تحديد الاتجاه السليم لجميع الجهات المعنية بالملاحقة والمساءلة الجنائية لمجرمي الحرب الإسرائيليين.

المطلب الأول: طرق وأدوات المساءلة الجنائية لمرتكبي جرائم الحرب:

يتضح من الممارسة الدولية ومن أحكام المواثيق الدولية المعنية بالمساءلة الجنائية لمرتكبي جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجريمة الإبادة الجماعية وجود ثلاث أدوات قانونية من خلالها يمكن ملاحقة المجرمين⁽²⁾.

(1) Dr. Cherif Bassiouni, le droit pénal international son histoire, son objet contenu, la criminalité internationale, udp, 1981, p.41.

(2) د. منى محمود مصطفى، الجريمة الدولية بين القانون الدولي الجنائي والقانون الجنائي الدولي، دار النهضة

الطريقة الأولى: تشكيل مجلس الأمن الدولي لمحاكم جنائية دولية خاصة، تتسم المحاكم الجنائية الدولية الخاصة بكونها محاكم جنائية مؤقتة، أي محددة من حيث المدة الزمنية كما أنها قاصرة في ولايتها على محاكمة مجرمي الحرب أو الجرائم الدولية في نزاع محدد بذاته وأيضاً تقتصر على أشخاص من جنسيات محددة في دولة أو دول محددة.

كما توجد هناك سوابق دولية في هذا الشأن، مثل لجنة المسؤوليات التي اهتمت بمساءلة مجرمي الحرب في الحرب العالمية الأولى ومحكمة نورمبرغ عام 1945، ومحكمة طوكيو عام 1946 التي اقتصت بمساءلة مجرمي الحرب الألمان واليابان في الحرب العالمية الثانية، ولقد تشكلت هذه المحاكم بناء على اتفاق بين الدول المنتصرة في الحرب⁽¹⁾.

وفي أعقاب قيام الأمم المتحدة أصبح مجلس الأمن الدولي استناداً إلى صلاحياته ومسؤولياته الناشئة عن ميثاق الأمم المتحدة، المالك الأصل لصلاحيات تشكيل هذه المحاكم، حيث أنشأ مجلس الأمن الدولي استناداً على الفصل السابع من الميثاق كل من المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة بمقتضى قراره رقم 808 في عام 1993، لكي تتولى التحقيق والمحاكمة للمتهمين بارتكاب الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني في أراضي يوغسلافيا السابقة، كما أنشأ المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا بمقتضى قراره رقم 955 عام 1994، لكي تتولى إجراءات التحقيق والمحاكمة فيما يخص جرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب التي ارتكبت في رواندا⁽²⁾ كذلك أنشأ مجلس الأمن الدولي بمقتضى قراره رقم 1664 المحكمة الخاصة ذات الطابع الدولي لمحاكمة المتهمين باغتيال رئيس الوزراء اللبناني رفيق الحريري.

كذلك أصدر مجلس الأمن الدولي أكثر من قرار بشأن محاكمة مجرمي الحرب، كما هو الحال بشأن القرار رقم 1593 الخاص بمحاكمة مجرمي الحرب في دارفور وقراره رقم 1315 الخاص بمحاكمة مجرمي الحرب في سيراليون وغيرها.

لا شك بأن هذا الخيار غير ممكن لإدراكنا اليقين بأن الولايات المتحدة الأمريكية ستجهض أي مشروع قرار قد يحال إلى مجلس الأمن الدولي بهذا الشأن، إذ ستلجأ إلى

(1) د. منتصر سعيد حمودة، المحكمة الجنائية الدولية، النظرية العامة للجريمة الدولية، أحكام القانون الدولي الجنائي، دراسة تحليلية، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية 2006، ص 333.

(2) سوسن تمرخات بكه، الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2006، ص 21.



استخدام حقها في النقض للحيولة دون تحقيق ذلك، ولعل تاريخ تعاطي الولايات المتحدة الأمريكية مع القرارات الدولية المتعلقة بالقضية الفلسطينية على صعيد مجلس الأمن الدولي ما يحمل دلالة قاطعة وأكيدة وحتمية هذه النتيجة.

الطريقة الثانية: هي إحالة مجلس الأمن الدولي للوضع القائم في قطاع غزة وفلسطين بصفة عامة إلى المحكمة الجنائية الدولية، يحق لمجلس الأمن الدولي استنادا إلى صلاحياته المنصوص عليها في الفصل السابع من الميثاق وأيضا استنادا إلى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، أن يحيل للمحكمة أي جريمة تدخل في اختصاص المحكمة بغض النظر عن عضوية الدولة في النظام الأساسي للمحكمة⁽¹⁾.

لقد مارس مجلس الأمن الدولي فعليا هذه الصلاحية في مواجهة السودان وكذلك في أعقاب تسلم المجلس لتقرير لجنة التحقيق التي شكلها بمقتضى القرار رقم 1564 للتحقيق في الأوضاع في دارفور، إذ قرر المجلس بعد استلامه لتقرير اللجنة الصادر عام 2005، إحالة الوضع القائم في دارفور إلى المحكمة الجنائية الدولية، التي قبلت بدورها هذه الإحالة من خلال إعلان النائب العام للمحكمة الجنائية الدولية عن مشروع المحكمة بمباشرة التحقيق في جرائم دارفور.

إلا أن السؤال الذي يطرح في هذا الموضوع هل يمكن إحالة الوضع القائم في غزة إلى المحكمة الجنائية الدولية عن طريق مجلس الأمن الدولي؟

قد لا يختلف الوضع في هذه الحالة عن الوضع السابق، لكون قرارات مجلس الأمن المتعلقة بموضوع الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية، يجب أن تتخذ استنادا لأحكام الفصل السابع من الميثاق، وهنا لا شك سيصبح هذا الخيار أيضا غير ممكن لإدراكنا اليقين والقاطع بأن الولايات المتحدة الأمريكية لن تدخر جهدا في سبيل إجهاض أي مشروع متعلق بإحالة الانتهاكات والجرائم المرتكبة من الإسرائيليين للمحكمة الجنائية الدولية.

الطريقة الثالثة: المقاضاة أمام المحكمة الجنائية الدولية، دخل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حيز النفاذ في 2002/7/1 وبلغ عدد الدول التي صادقت على النظام الأساسي للمحكمة حوالي 106 دولة، منها أربع دول عربية، هي الأردن، جيبوتي، جزر القمر، اليمن، وهناك تسع دول عربية وقعت على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ولم تصادق عليه بعد، وهي: الجزائر، البحرين، مصر، الكويت، المغرب، سلطنة عمان،

(1) Dr Eric David, le tribunal international, pénal, pour l'ex-Yougoslavie, revue belge de droit international, Bruxelles, 1992, p.145.

الإمارات العربية المتحدة، سوريا، السودان، وتختص محكمة الجنايات الدولية بنظر أربع جرائم هي: جريمة الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب، جريمة العدوان، لم يتم تعريف هذه الجريمة من قبل الدول الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ولهذا لا تزال هذه الجريمة وأركانها قيد البحث إلى أن يتم التوصل إلى اتفاق وتوافق عليها مستقبلاً⁽¹⁾.

كما تباشر المحكمة النظر في الدعاوى المتعلقة بالجرائم المختصة بها حال تلقيها لشكوى من أي من الجهات التالية:

- الدول الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة، كذلك الدول غير الأطراف التي تودع إعلان لدى مسجل المحكمة، تقر بمقتضاه بقبول ممارسة المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بجريمة قيد البحث⁽²⁾.

- إذ أحال مجلس الأمن الدولي، متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة جريمة أو أكثر من الجرائم الداخلية في اختصاص المحكمة، وبهذا الصدد يجوز للمجلس أن يحيل ما يراه من الجرائم بغض النظر عن عضوية الدولة في النظام الأساسي للمحكمة⁽³⁾.

- تحريك المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية من تلقاء نفسه، ولكن الملاحظة الهامة هي أن ولاية المحكمة تقتصر:

- على الدول الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة فقط كقاعدة عامة، عندما تقع الجريمة في إقليم الدولة أو يكون الجاني أحد رعاياها، أما الاستثناء يمكن لولاية المحكمة أن تمتد لتشمل الدول غير الأطراف وذلك في حالتين:

- قبول الدولة غير الطرف في النظام الأساسي للمحكمة رضائياً بممارسة المحكمة لاختصاصها وذلك بموجب إعلان يودع لدى مسجل المحكمة.

⁽¹⁾ أبو الخير أحمد عطية، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، دراسة للنظام الأساسي للمحكمة وللجرائم التي تختص المحكمة بالنظر فيها، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2006، ص 215.

⁽²⁾ د. السيد مصطفى أبو الخير، النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات وأركان جرائم الحرب الدولية، إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2005، ص 44.

⁽³⁾ Dr. Mauro polito, le statut de Rome de la cour pénal international, le point de vue d, un négociateur, revue pénal de droit international public, volume 103, paris, 1999, p.827.



أن تمارس المحكمة اختصاصها على الدولة غير الطرف قسرا دون رضاها، في الأحوال التي يقررها مجلس الأمن الدولي بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة إحالة الجرائم المرتكبة من رعايا هذه الدولة، وعلى إقليمها إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية.

ويمكن المحاكمة عن طريق المحاكم الأوروبية على غرار ما حدث في المحاكم البلجيكية والبريطانية في عام 2002. أما عدم عضوية إسرائيل في المحكمة الجنائية الدولية وارتباطها باتفاقيات سلام مع بعض الدول العربية لا تمنع من تحقيق المحاكمة لقادة إسرائيل، متى توا فرت الإرادة السياسية والقانونية فيمن يملكون استخدام هذا الحق قانونا، وهي الدول العربية والسلطة الفلسطينية والمنظمات الدولية وغير الدولية وعلى رأسها الأمم المتحدة. إلا أنه للأسف الشديد أن المجتمع الدولي يصنف جرائم الاحتلال بأنها دفاع عن النفس ضد ما يسميه الإرهاب الفلسطيني أو الدولي، رغم أن المقاومة للاحتلال حق مشروع تكلفه كل القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية والشرائع السماوية.

أما عدم توقيع إسرائيل على النظام السياسي للمحكمة الجنائية الدولية لا يسقط عنها المسؤولية الجنائية الدولية عن هذه الأفعال التي تجر لها بنود الاتفاقية الدولية، والقانون الدولي الجنائي، والقانون الدولي الإنساني، كما أنها ليست مبررا لسد الباب أمام المحاكمة العادلة للمتهمين بجرائم حرب، مؤكدة في اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكولين الإضافيين لها.

كما أن هناك 120 دولة من الدول الأعضاء في الأمم المتحدة وعلى رأسها دول أوروبية، مثل بريطانيا والسويد وألمانيا وفرنسا وبلجيكا، تسمح بمحاكمة مجرمي الحرب الدوليين، بغض النظر عن المكان والزمان الذي ارتكبت فيه الجريمة.

كما رفعت دعوات قضائية في ألمانيا ضد وزير الدفاع السابق للولايات المتحدة رونالد رامسفيلد بسبب مسؤوليته عن ارتكاب جرائم حرب وتعذيب وجرائم ضد الإنسانية وانتهاكات لحقوق الإنسان في العراق وأفغانستان، كما صدر في بلجيكا عام 1993، قانون يسمح بمحاكمة كل مشتبه فيه بارتكابه جرائم حرب سواء ارتكبها في بلجيكا أو خارجها، وبموجبه جرت محاكمة أربعة من كبار العسكريين السابقين في رواندا ورفعت دعوى قضائية ثانية ضد شارون ودعوى قضائية ثالثة ضد الرئيس السابق لتشاد حسين حبري، بغض النظر عن صفتهم الرسمية.

وكلها جرائم موثقة بالصوت والصورة وتعد من أركان جرائم الحرب، كما وردت في القوانين الدولية واتفاقيات جنيف الأربع والقانون الدولي الجنائي الذي يجرم الجرائم الدولية.



المطلب الثاني: تعويض عن خسائر الأشخاص والأضرار المادية:

يترتب على الاحتلال الحربي أو العسكري أضرار كبيرة تصيب المدنيين في الأراضي المحتلة وممتلكات الدولة، نتيجة لعمليات التدمير والنسف والاستيلاء أو المصادرة أو السلب والنهب، وبانتهاء الاحتلال تثور مسألة التعويض فيمن يتحمل التعويض؟ تنص الفقرة الأولى من المادة 33 من اتفاقية لاهاي لعام 1907 على حماية جميع الأموال الخاصة في الأراضي المحتلة، أما الفقرة الثانية من المادة 33 فتتص على معاقبة مرتكبي جريمة السلب والمحرضين عليها والأميرين بها.

ووفقا لنص المادة 52 من اتفاقية لاهاي تلتزم سلطات الاحتلال بدفع قيمة ما يتم الاستيلاء عليه بالنقد فوراً لأصحاب الحق وإذا لم يتم الدفع فوراً فيتم إعطاء إيصال بقيمة ما تم الاستيلاء عليه على أن يدفع الإيصال بأسرع ما يمكن بعد ذلك، ذلك لأن القاعدة القانونية تقر أن دولة الاحتلال هي الملزمة بالتعويض، كما أن القاعدة الفقهية تقول "أن الخطأ لا يصبح مشروع في نظر القانون" كما تنص المادة 53 على ضرورة تعويض الأشخاص الذين يتم الاستيلاء على وسائل المواصلات المملوكة لهم والموجودة في الأراضي المحتلة، فور عودة السلام وبنفس المعنى جاءت المادة 54 من اتفاقية لاهاي، كذلك جاء في معاهدة السلام التي وقعت في فرساي في 26 حزيران عام 1999، بالنص على مسؤولية ألمانيا عن تعويض الأضرار التي لحقت بالحلفاء ومواطنيهم خلال الحرب العالمية الأولى واحتلال ألمانيا لبعض الدول الأوروبية، فنصت المادة 231 من المعاهدة على اعتراف الدول بمسؤولية الأضرار التي لحقت بالحلفاء ومواطنيهم، بسبب الحرب وبالتالي أصبحوا مسؤولين عن تعويض مواطني الدول المحتلة وإلزام الحكومة الألمانية بتعويض كل الأضرار⁽¹⁾.

وبالمثل جاءت المادة 55 من اتفاقية جنيف لعام 1949 الخاصة بحماية المدنيين، فنصت على مسؤولية دولة الاحتلال عن تعويض السكان في الأراضي المحتلة⁽²⁾.

والجدير بالذكر هو أن اللاجئين الفلسطينيين لهم الحق في العودة إلى أراضيهم وممتلكاتهم علاوة على حقهم في التعويض العادل وفقاً لقرار الأمم المتحدة رقم 194 المعروف

(1) د. نصر الدين بوسماحة، حقوق ضحايا الجرائم الدولية على ضوء أحكام القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2008، ص 38.

(2) د. عمر سعد الله، مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، الطبعة الثالثة 2003، ص 231.



بالحل الوسط، حيث تنص الفقرة 2 من المادة 17 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، بعدم جواز تجريد أي شخص من ملكيته تعسفا.

لقد نصت الفقرة 1 من المادة 42 من مشروع مسؤولية الدول الذي نوقش من قبل لجنة القانون الدولي في دورتها 51 المنعقدة عام 1999، وافقت الحكومات على مبدأ الجبر الكامل المنصوص عليه في الفقرة الأولى وهي:

• يحق للدول المتضررة أن تحصل من الدولة التي ارتكبت فعلا غير مشروع دوليا على جبر كامل للضرر في واحد أو مجموعة من الأشكال التالية:

- الرد العيني أو التعويض المالي أو الترضية أو التأكيد وضمان عدم التكرار، كما تنص الفقرة 4 من المادة 42 ما يلي:

- لا يجوز للدولة التي ارتكبت الفعل غير المشروع دوليا، أن تحتج بأحكام قانونها الداخلي كمبرر لعدم الجبر الكامل.

• وقد تقرر في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في المادة 75، جبر الأفراد المجني عليهم فنصت على:

- تضع المحكمة مبادئ فيما يتعلق بجبر الأضرار التي تلحق بالمجني عليهم فيما يخصهم بما في ذلك رد الحقوق والتعويض ورد الاعتبار، وعلى هذا الأساس يجوز للمحكمة أن تحدد في حكمها عند الطلب أو بمبادرة منها في الظروف الاستثنائية، نطاق ومدى أي ضرر أو خسارة أو أذى يلحق بالمجني عليهم أو فيما يخصهم.

- للمحكمة أن تصدر أمرا مباشرا ضد أي شخص مدان تعد فيه أشكال ملائمة جبر الأضرار بما في ذلك رد الحقوق والتعويض ورد الاعتبار.

- كما أن إسرائيل كدولة معتدية ومغتصبة وعدوانية، مسؤولية عن تنفيذ جميع القرارات التي صدرت من مجلس الأمن الدولي والجمعية العامة للأمم المتحدة الخاصة بفلسطين، وفي حالة عدم وفاء إسرائيل بالتزاماتها الدولية، فيجب إجبارها على تنفيذها.

- هكذا وضعت القواعد القانونية التي تقرر مبدأ التعويض عما يحدث للملكية الخاصة من أضرار أو استيلاء أو تدمير أثناء فترة الاحتلال الحربي، ويكون من حق السكان المدنيين الذين تضرروا المطالبة بالتعويض المادي عن جميع الأضرار التي لحقت بهم.



أما الإجابة المنطقية على من يتحمل التعويض، فإن مسؤولية التعويض تتحملها دولة الاحتلال الإسرائيلي التي قامت قواتها المسلحة وأفراد سلطاتها بعملية الاستيلاء والسلب والنهب والتدمير للممتلكات الخاصة للسكان المدنيين، وإذا كانت إسرائيل مازالت إلى يومنا هذا تطالب بتعويضات اليهود الذين تعرضوا للهولوكست رغم مرور أكثر من 50 عاما على إحداثها، فإن الأجدر بالعرب المطالبة بحقوقهم بشأن كافة الجرائم التي ارتكبتها إسرائيل منذ زمن غير بعيد وحتى هذه اللحظة فإن جرائمها مستمرة.

بالنظر لاستحالة إعادة الحال على ما كان عليه قبل الاحتلال الإسرائيلي فإن الحل القانوني الأكثر والواجب تطبيقه في مثل هذه الأحوال، هو دفع دولة الاحتلال مبالغ مالية لجميع من تضرر من انتهاكاتها في هذا المجال كتعويض مالي على أن تراعي فيما تقدمه من مبالغ ضرورة وجوب أن تكون عادلة ومنصفة، كما يجب أن تراعي هذه التعويضات كافة الأضرار التي لحقت بسكان الأراضي المحتلة وممتلكاتهم العامة والخاصة، ولعل الملاحظ بهذا الشأن تجنب أعضاء المجتمع الدولي وحتى الطرف الفلسطيني الحديث عن مسؤوليات المحتل المدنية، أي التعويض المالي، وضرورة ملاحقة لتحمل كافة الأضرار المدنية الناشئة عن إخلاله بالتزاماته القانونية.

وبالطبع أن تنفيذ سلطات الاحتلال الإسرائيلي للمتطلبات السابقة كتعويض عن انتهاكها وإخلالها بالمواثيق والاتفاقيات الدولية، يعد إجراء وعمل لا بد من تفيذه استنادا لقواعد القانون الدولي العام ولأحكام وقواعد القانون الدولي الإنساني المتعلقة بحالات الاحتلال، إضافة إلى قيام المسؤولية الجنائية الدولية للأفراد الذين أمروا أو أعطوا الأوامر أو خططوا أو نفذوا هذه التصرفات التي تعتبر جرائم خطيرة بمقتضى قواعد القانون الدولي الإنساني.

الخاتمة:

من خلال العرض السابق لموضوع المسؤولية الجنائية الدولية لقادة إسرائيل على الجرائم التي ارتكبت في قطاع غزة، نقول تقع مسؤولية هذه الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني واتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949، والبروتوكولين الإضافيين الملحقين بهذه الاتفاقيات على عاتق قادة إسرائيل العسكريين والمدنيين الذين أعطوا الأوامر لجيشهم بارتكاب هذه المجازر التي لم تميز بين المقاتلين وغير المقاتلين ولا بين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية، وبذلك تثبت مسؤوليتهم الجنائية الدولية الفردية باعتبارهم قادة ومسؤولون عن كل ما ارتكب في العدوان الأخير على مدينة غزة.



المراجع:

أولاً: باللغة العربية:

- 1- د.أبو الخير أحمد عطية، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، دراسة للنظام الأساسي للمحكمة والجرائم التي تختص المحكمة بالنظر فيها، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2006، ص215.
- 2- د.السيد أبو الخير مصطفى، النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات وأركان جرائم الحرب الدولية، إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2005، ص44.
- 3- سوسن تمرخات بكه، الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2006، ص21.
- 4- د. حسام علي عبد الخالق الشبيخة، المسؤولية والعقاب علي جرائم الحرب، مع دراسة تطبيقية في البوسنة والهرسك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص306.
- 5- د. عمر سعد الله، مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2003، ص231.
- 6- د. عمر سعد الله، تطور القانون الدولي الإنساني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1997، ص144.
- 7- د. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، مدخل لدراسة أحكام وآليات الإنفاذ الوطني للنظام الأساسي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثانية، 2009، ص177.
- 8- د. محمد صافي يوسف، الإطار العام للقانون الدولي الجنائي، في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2002، ص47.
- 9- د. مني محمود مصطفى، الجريمة الدولية بين القانون الدولي الجنائي والقانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص42.
- 10- د. منتصر سعيد حمودة، المحكمة الجنائية الدولية، النظرية العامة للجريمة الدولية، أحكام القانون الدولي الجنائي، دراسة تحليلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص333.



11- د. نصر الدين بو سماحة، حقوق ضحايا الجرائم الدولية علي ضوء أحكام القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2008، ص231.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

12- Dr. Antoine jan bullier, Petite affiche droit pénal international, l, université de paris panthéon, Sorbonne, 1998, p.07.

13- Dr. Cherif bassiouni, projet de statut du tribunal pénal international, interdiction, association international de droit pénal, 1993, p.145.

14- Dr. Cherif bassiouni, le droit pénal international son histoire, son objet contenu, la criminalité international, udp, 1981, p.41.

15-Dr Eric David, le tribunal international, pénal, pour l'ex-Yougoslavie, revue belge de droit international, Bruxelles, 1992, p.145.

16- Dr. Florial lattanzi, compétence de la cour pénal international, et consentement des états, revue général de droit international, public, paris, 1999, p.427.

17- Dr. Mauro politi, le statut de Rome de la cour pénal international, le point de vue d, un négociateur, revue pénal de droit international public, volume 103, paris, 1999, p.827.

18- Dr. Sourek les principes, de Nuremberg étape décisive, dans évolution du droit international, revue de droit contemporain, 1961, p.56.

19- Stefan Glaser, infraction international, librairie général de droit et des jurys prudence, E,T,R, Purand Auzias paris, 1957,p.10.

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 الموقع الالكتروني: www.Bassiracenter.com

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، تاريخية، الطفولة والأرطفونية.
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 تاريخية | <input type="checkbox"/> دراسات نفسية |
| <input type="checkbox"/> دراسات أرطفونية | <input type="checkbox"/> دراسات الطفولة |

يُرسل 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

