



قانونية دراسات



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

العدد الرابع والعشرون (24) - فيفري 2017

مدى فعالية المنافسة في القطاع البنكي الجزائري

سحوت جهيد

نسب الولد

حواس فتيحة

الحماية الدولية لحق الطفل في التعليم

جنيدي مبروك

إشكالية إسناد الحضانة في الزواج المختلط

يوي سعاد

أساليب التحرير الخاصة

معزير أمينة

ضمان الانتهاء الكامل لأشغال الإنجاز في القانون الجزائري مقارنة بالقانون الفرنسي

بلمختار سعاد

التفتيش في البيئة الافتراضية

لرقت عزيزة

قراءة في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، يتضمن تنظيم الصفقات

العمومية في ضوء أحكام القانون الدولي

جمال فورار العيدي

العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني

بخيت عيسى

رئيس التحرير:

أ.د. فوزي أوصديق

oussedik@hotmail.com

نائب رئيس التحرير

أ. العربي بلحاج

larbibelhadj68@gmail.com

المراسلات باسم مدير مركز البصيرة
حي ماكودي 02 رقم 13 واد السمار - الجزائر

ها: 023.75.75.81

النقال: 05.60.18.59.00

البريد الإلكتروني:

info@albasseera.net

contact@albasseera.net

studies@albasseera.net

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.

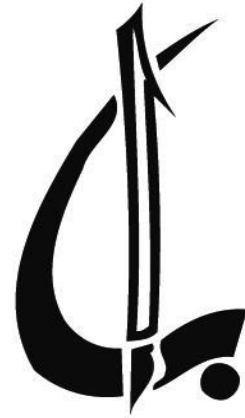
ها/فا: 021.68.86.48

بسم الله الرحمن الرحيم

قانون دراسات
فلسفية

دورية سداسية محكمة تصدر عن:

مركز البصيرة



للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية

العدد الرابع والعشرون

24

فيفري 2017 م

قواعد النشر

11. توثق هوامش البحث وقائمة مصادره ومراجعته في نهاية البحث.
12. تخضع البحوث للتحكيم العلمي المتعارف عليه عالميا، ويبلغ الباحث بقرار هيئة التحرير في آجالها.
13. يعدّ البحث في حكم المسحوب إذا تأخر الباحث عن إجراء التعديلات المطلوبة على البحث لمدة تزيد عن شهر من تاريخ تسلمه الرد بوجوب التعديل.
14. لا يمكن للباحث أن يسحب بحثه بعد موافقة الهيئة العلمية عليه وإدراجه ضمن مواضيع المجلة.
15. الإدارة ليست ملزمة بنشر كل البحوث التي تصلها وليست ملزمة كذلك بإعادتها نشرت أم لم تنشر.
16. تعبر البحوث عن رأي صاحبها ولا تمثل بالضرورة رأي الدورية أو المؤسسة التي تصدرها.
17. يحق للدورية إعادة نشر البحث كاملا أو جزء منه بأي شكل وبأي لغة دون الحاجة إلى استئذان الباحث، إذ تتمتع الدورية بكامل الحقوق الفكرية للبحوث المنشورة فيها.
18. من حق الدورية إصدار عدد يخصص بأكمله لغرض واحد عند الحاجة.

**مركز البصيرة يرحب بأبحاثكم
واقتراداتكم ونصائحكم.**

تقبل البحوث والدراسات التي تعالج القضايا المتخصصة المتميزة. ويشترط في تلك الأعمال مراعاة قواعد النشر التالية:

1. أن يتوافق البحث مع أهداف الدورية ومحاورها.
2. أن يكون البحث غير منشور سابقا.
3. يرفق البحث بإقرار خطي بعدم تقديم البحث إلى أي جهة أخرى لغرض النشر.
4. ألا يكون البحث جزءا أو مقتطفا أو مقتبسا من رسالة تخرج نال بها صاحبها شهادة علمية.
5. يرفق البحث بملخصين: (العربية والفرنسية) أو (العربية والإنجليزية).
6. يقدم الباحث نبذة مختصرة عن سيرته الذاتية.
7. ترسل البحوث والدراسات إلكترونيا أو تسلم في قرص مضغوط إلى إدارة المجلة.
8. تقبل البحوث باللغات: العربية والفرنسية والإنجليزية، على ألا يقل عدد صفحات البحث عن 15 صفحة ولا يزيد عن 25 صفحة، وألا يزيد عدد الأشكال والملاحق عن 15 بالمائة من حجم البحث.
9. أن يكتب البحث ببرنامج (Word). ب: بخط: (Arabic Transparent) حجم 14 بالنسبة إلى المتن وحجم 10 بالنسبة إلى الهوامش (اللغة العربية) ويخط: (Times New Roman) حجم 12 بالنسبة إلى المتن وحجم 10 بالنسبة إلى الهوامش (اللغة الأجنبية).
10. أن يراعى في البحث المنهجية العلمية، ومناهج البحث العلمي. وعلى صاحبه الالتزام بالموضوعية.

أراء الباحثين لا تبهر بالضرورة عن وجهة نظر المركز

هيئة التحرير

أ.د. فوزي أوصديق
أ. العربي بلحاج

رئيس التحرير

نائب رئيس التحرير

الهيئة العلمية

رئيسا	أ.د. فوزي أوصديق (عميد سابق لكلية الحقوق / جامعة البليدة)
مقررا	أ. العربي بلحاج (أستاذ القانون بكلية الحقوق جامعة بومرداس)
عضوا	أ.د. تونسى بن عامر (عميد سابق لكلية الحقوق / جامعة بومرداس)
عضوا	أ.د. محمد حمد العسبلى (مقرر المنتدى الإسلامى للقانون الدولى الإنسانى بليبيا)
عضوا	أ.د. موسى دويك (مدير المعهد الفلسطينى للقانون الدولى الإنسانى-فلسطين)
عضوا	أ.د. سيدي ولد الخباز (رئيس جامعة نواكشوط)
عضوا	أ.د. بظاهر بوجلل (أستاذ بجامعة ليون، مدير مركز التربية والتعليم حول حقوق الإنسان-فرنسا)
عضوا	د. بن شويخ الرشيد (جامعة سعد دحلب البليدة)
عضوا	د. جمال محي الدين (جامعة سعد دحلب البليدة)
عضوا	د. عبد الهادي بن زيطة (جامعة أدرار)
عضوا	د. عجة الجيلالي (جامعة الشلف)
عضوا	د. فزو محمد آكلى (أستاذ القانون العام بكلية الحقوق / جامعة سعد دحلب - البليدة)
عضوا	د. أرزقي العربي أبرباش (كلية الحقوق / جامعة الجزائر)
عضوا	د. سعيد بونزرى (جامعة تيزي وزو)
عضوا	محمد ناصر بوغزالة (أستاذ التعليم العالى / جامعة الجزائر 1 / كلية الحقوق)
عضوا	يحي دنيديني (أستاذ التعليم العالى / جامعة محمد بوقرة - بومرداس - كلية الحقوق)
عضوا	أ.د. حدوم كمال (كلية الحقوق جامعة بومرداس)



دورية سداسية محكمة تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية-الجزائر
العدد الرابع والعشرون - فيفري 2017 م - ذو الحجة 1438 هـ

محتويات

الصفحة	بقلم	الموضوع
07	العربي بلحاج رئيس التحرير	الافتتاحية
09	أ/ جهيد سحوت كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة جيجل	مدى فعالية المنافسة في القطاع البنكي الجزائري
21	د/ حواس فتحيّة جامعة الجزائر 01	نسب الولد
35	د/ جنيد مبروك كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة	الحماية الدولية لحق الطفل في التعليم
49	أ/ يوبي سعاد كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان	إشكالية إسناد الحضانة في الزواج المختلط
69	أ/ معزيز امينة	أساليب التحري الخاصة
89	أ/ بلمختار سعاد	ضمان الانتهاء الكامل لأشغال الإنجاز في القانون الجزائري مقارنة بالقانون الفرنسي:
101	أ/ لرقط عزيزة جامعة باجي مختار بعنابة	التفتيش في البيئة الافتراضية la perquisition dans l'environnement virtuel
117	د/ ملاتي معمر كلية الحقوق - جامعة محمد بوقرة، بومرداس	قراءة في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام
125	د/ جمال فورار العيادي جامعة بومرداس	التمييز بين بين الإرهاب والمقاومة في ضوء أحكام القانون الدولي
139	د/ بخيت عيسى كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الشلف	العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الالكتروني La Rétractation Du Contrat Électronique

بـ بقلم الأستاذ العربي بلحاج

نائب رئيس التحرير

نبقى مع الطفل في بحث الأستاذة يوبي سعاد من جامعة أبي بكر بالقايد بتلمسان والمعنون بـ " إشكالية إسناد الحضانة في الزواج المختل " وهو موضوع بالغ الأهمية لما تكتسيه مهمة الحاضن وعلاقته بالتنشئة الاجتماعية والدينية للمحضون، وهو الأمر الذي عالجته الأستاذة من خلال مسألة الأولوية في مَنْ تُسند إليه الحضانة، خاصة في القانون الجزائري وشروط إسنادها للأُم الأجنبية، وبالأخص إذا لم تكن من نفس دين المحضون.

البحث الخامس في هذا العدد للأستاذة معزیز أمينة من جامعة والموسوم بـ " أساليب التحري الخاصة " تناولت فيه بالدراسة نظام اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور من خلال تحديدها لمفهوم هذه الإجراءات والضوابط القانونية التي تحكمها، ثم تناولت الأسلوب الجديد في التحري، والذي أستخدمه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية والمتمثل في نظام التسرب، الذي يعتمد على المهارات الشخصية للمحققين، أين حددت ماهية وسير العملية التي تعتمد على هذا الأسلوب.

مقال الأستاذة بلمختار سعاد عنوانه " ضمانات الانتهاء الكامل لأشغال الإنجاز في القانون الجزائري مقارنة بالقانون الفرنسي " تناولت فيه نطاق تطبيق ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز ، حيث تطرقت للنطاق الشخصي والموضوعي ، ثم عرجت على النظام القانوني ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز ، أين تناولت الطبيعة القانونية للضمان في كل من

قراء مجلة دراسات قانونية، مرحبا بكم في عددنا الرابع والعشرون، الذي سنقدم لكم فيه مجموعة من الأبحاث والمقالات نتمنى أن تتال إعجاب حاكم العلمي وأن تجدوا فيها حاج البحتية.

نبدأ بأول مقال وهو للأستاذ جهيد سحوت من جامعة جيجل والموسوم بـ "مدى فعالية المنافسة في القطاع البنكي الجزائري " تناول فيه بالدراسة التطور التاريخي للنظام البنكي الجزائري بداية من مرحلة الاقتصاد المخطط، أي من 1962 إلى غاية 1990 ثم مرحلة المنافسة الحرة في القطاع البنكي بداية من 1990 من خلال العمل بنظام اقتصاد السوق الضامن لحرية المنافسة وضبط السوق المالية.

البحث الثاني للدكتورة حواس فتيحة من جامعة الجزائر بعنوان " نسب الولد " عالجت فيه أسباب ثبوت النسب في الزواج الصحيح والزواج الفاسد والدخول بشبهة وكذا طرق إثبات هذا النسب، ثم أعطت للدراسة بعدا دوليا حين تطرقت لمسألة نسب ابن الزنا واللقيد بين القانون والاتفاقيات الدولية.

في نفس الاتجاه، والمتعلق بالطفل، يصب مقال الدكتور جنيدي مبروك من جامعة بسكرة، ناول فيه بالدراسة " الحماية الدولية لحق الطفل في التعليم " حيث بدأ بحثه بأحقية الطفل في التعليم في المواثيق الدولية وفي الشريعة الإسلامية ثم تطرق للجهود الدولية التي بذلت من أجل إرساء هذا الحق، وفي الأخير أبان عن الآليات التي يعتمد عليها لحماية حق الطفل في التعلم.



ومقومات مشروعيتها أين حدد مفهومها وشروطها والأسانيد القانونية لمشروعيتها، وفي الأخير حدد الفروق الجوهرية التي تميز الإرهاب المحظور عن المقاومة المشروعة.

آخر بحث في هذا العدد للدكتور **بخيت عيسى** من كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الشلف، عنوانه " **العدول عن التعاقد في عقد الإستهلاك الإلكتروني** " تطرق فيه الأستاذ بالدراسة إلى موضوع التعاقد بطريقة إلكترونية في المجال الاستهلاكي فحدد ماهية العدول في التعاقد الإلكتروني، ثم عرج على التنظيم التشريعي لخيار العدول عن التعاقد عند تبينه لضوابط العدول عن التعاقد من خلال تحديد مدة للعدول ومسوغات وقيود أعمال مكنة العدول، وفي النهاية تطرق الأستاذ إلى الآثار المترتبة عن هذا العدول.

لا نود فراقكم في هذا العدد إلا بعد أن نؤكد كم، قراء مجلة دراسات قانونية، بأن ما بذل من طرف الأساتذة الذين أسهموا في هذا العدد ليس بالجهد الهين، وما تم تحقيقه وتدقيقه من طرف المحكمين والمصححين اللغويين، وهم مشكورين عليه، لا يستهان به، فلذلك نرجو تشجيعهم والاهتمام بما أنجزوه وتحفيز غيرهم على اللحاق م، خدمة للعلم والوطن.

التشريع الجزائري والفرنسي ومزاحمة ضمان تمام الإنجاز للضمان العشري، وختمت مقالها بنتيجة مفادها أن تنظيم هذه المسألة في التشريع الجزائري يشوبها القصور ويقتضي الأمر الإقتداء بالتشريعات التي سبقتنا إلى تنظيم هذه المسألة كالقانون الفرنسي .

البحث السابع المعنون ب " **التفتيش في البيئة الافتراضية** " للأستاذة **لرقت عزيزة** من جامعة باجي مختار بعبابة، يتعلق بالجريمة المعلوماتية، وهي جريمة تمتاز بخصوصية البيئة التقنية التي ترتكب فيها. فطرقت الأستاذة فيه إلى موضوع التفتيش في الجرائم المعلوماتية والشروط التي يجب توفرها لإجراء هذا التفتيش، الشكلية منها والموضوعية.

قال الدكتور **ملاتي معمر** من جامعة امحمد بوقرة بومرداس والموسوم ب " **قراءة في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** " عالج فيه مسألة في غاية الأهمية تتمثل في النزاعات التي يمكن أن تثور بين أطراف الصفقات العمومية والتي يمكن أن تنتهي إلى حل ودي، وهو الأمر الذي أشارت إليه المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15. فالأستاذ تطرق في مقاله إلى ماهية النزاع المؤهل لأن ينتهي بحل ودي، وذلك من خلال تبيان الأسباب المنشئة لهاذ النزاع ومدى نجاعة طرق التسوية المعتمدة وأوصى بضرورة ضبط تنظيم لجنة التسوية الودية من خلال دعمها بقضاة.

الدكتور **جمال فورار العيدي** من جامعة بومرداس أسهم معنا في هذا العدد بموضوع يتعلق بمسألة تشغل الفقه الدولي بشكل ملح تتمثل في " **التمييز بين الإرهاب والمقاومة في ضوء أحكام القانون الدولي** " أين تطرق، بداية، إلى صعوبة تعريف الإرهاب لعدم وجود مضمون قانوني دقيق له، ثم عرج على مدلول المقاومة المسلحة

مدى فعالية المنافسة في القطاع البنكي الجزائري

كـهـأ/ جهيد سحوت
كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة جيجل

وفي المبحث الثاني، تكريس المنافسة الحرة في القطاع البنكي منذ سنة 1990.

المبحث الأول: واقع النظام البنكي الجزائري فلا ظل للاقتصاد المنطط

لقد ورثت الدولة الجزائرية غداة الاستقلال مؤسسات مالية وبنكية تابعة للأجانب، لذلك لم تتمكن من مسايرة متطلبات التنمية المنشودة للاقتصاد الجزائري الناشئ، ومن ثم عملت السلطات الجزائرية على بذل مجهودات حثيثة لبعث التنمية في جميع المجالات، ومنها النشاط المالي والبنكي، فأنشأت بعض المؤسسات البنكية الضرورية، كما حاولت التكيف مع البعض الآخر، حيث أممت البعض منها وأنشأت في آخر المطاف نظاما بنكيا جزائريا ينسجم ومتطلبات تلك المرحلة. واستمر الأمر على هذا الحال إلى غاية الثمانينيات، حيث تم إقرار إصلاحات عميقة للنظام البنكي.

المطلب الأول: النظام البنكي الجزائري خلال الفترة 1962 - 1978.

يعتبر النظام البنكي الجزائري نظام حديثا، إذ لا يتعدى عمره عدد من السنين، بينما عمر هذا النظام في الدول المتقدمة يصل عدة قرون. وحداثة هذا النظام لم تتح له الوقت الكافي للحصول على معرفة متراكمة وخبرة مهنية كافية لكي يكون لنفسه آليات عمل تتلاءم مع الشروط العامة والشاملة المعروفة لدى مختلف الأنظمة البنكية المتقدمة.⁽¹⁾

لذلك تميز النظام البنكي الجزائري في الفترة الممتدة من الاستقلال وإلى غاية 1986، بتنظيم خاص، يستند إلى خلفية إيديولوجية وفلسفة عامة، متماشية مع النهج الاشتراكي الذي تم تبنيه في مؤتمر طرابلس قبيل الاستقلال، وتكريسه فيما بعد من خلال دستور 1963 وميثاق الجزائر سنة 1964.

مقدم

بعد احتكار المهنة البنكية في الجزائر من طرف البنوك العمومية قرابة ثلاثة عقود من الزمن، صدر قانون النقد والقرض رقم 90-10 لينهي هذا الاحتكار، ويسمح لأول مرة في الجزائر بتأسيس بنوك ومؤسسات مالية من طرف القطاع الخاص الوطني والأجنبي، تماشيا مع مقتضيات الانتقال نحو اقتصاد السوق، وذلك شريطة الاستجابة للشروط التي أوجبها هذا القانون.

وهذا ما أدى إلى إنشاء بنوك ومؤسسات مالية خاصة، ظهرت لتعمل إلى جانب البنوك العمومية الموجودة قبل صدور هذا القانون، لتقوم بذلك منافسة حرة - على الأقل من الناحية النظرية - في القطاع البنكي الجزائري.

لكن وبالرغم مما تمليه المعطيات الاقتصادية والمالية الجديدة على المستويين الوطني والدولي، فإن هذا القطاع لا يزال يواجه تحديات كبيرة على جميع المستويات، وخاصة بعد الهزات العنيفة التي عرفها القطاع البنكي منذ عشرية من الزمن، مسّت البنوك العمومية والخاصة على حدّ سواء، مما أثر بشكل سلبي على كل القطاع المالي في الجزائر.

لذلك، سنتناول واقع النظام البنكي الجزائري منذ الاستقلال وإلى غاية صدور القانون 90-10 المتعلق بالنقد والقرض، ومن بعده الأمر 03-11 الذي ألغى القانون 90-10 وحلّ محله، ثم مدى تجسيد المنافسة الحرة في هذا القطاع، وواقع البنوك والمؤسسات المالية في ظل هذه المنافسة، لا سيما بعد صدور الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة، ثم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، الذي حل محل الأمر السابق. وسيكون ذلك في مبحثين؛ نتعرض في المبحث الأول لواقع النظام البنكي الجزائري في ظل الاقتصاد المخطط،



وفضلا عما سبق ذكره، بادرت السلطات الجزائرية خلال تلك المرحلة إلى اتخاذ إجراء هام، وهو حصر عملية الاستيراد والعمل على مراقبة الصرف الأجنبي، وكل ذلك بهدف التحكم في الموارد المالية للدولة والعمل على تعبئة وتخصيص تلك الموارد بشكل رشيد. مما دفعها إلى إنشاء مؤسسة تعمل في هذا الاتجاه وهو الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط الذي دعم نشاط شركة التأمين وإعادة التأمين وكذا الشركة الجزائرية للتأمين وذلك منذ سنة 1963.

كما تمكنت السلطات الجزائرية من استكمال سيادتها الوطنية بإصدارها للعملة الوطنية ممثلة في الدينار الجزائري الذي ظهر إلى الوجود منذ سنة 1964 حيث حددت قيمته بـ 18 غرام من الذهب وهي قيمة مساوية للفرنك الفرنسي آنذاك. وقد تولى البنك المركزي الجزائري إدارة وإصدار النقود الوطنية منذ إنشائها.

لكن مع أن النصوص بينت بدقة ووضوح المسؤوليات، أثبت الواقع أن البنك المركزي لم تكن له سلطة فعلية تسمح له بتكريس مهامه في الميدان لعدة أسباب، أهمها وجود البنوك التجارية تحت سلطة وزارة المالية وليس تحت سلطته.⁽⁴⁾ والتالي لا البنك المركزي الجزائري ولا الصندوق الوطني للتنمية كان باستطاعتها مواجهة التحديات التي واجهت الاقتصاد الوطني آنذاك، وذلك بالرغم من إنشاء الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط في 10 أوت 1964، والتي كانت مهمته الأساسية في تلك الأثناء، جمع ادخار المواطنين لتمويل بناء سكنات يستفيدون منها بعد إنجازها.⁽⁵⁾

وأمام استمرار مشكلة نقص التمويل بسبب تعنت وتشدد البنوك الأجنبية في مجال تمويل المؤسسات الاقتصادية الوطنية، لجأت السلطات الجزائرية إلى اتخاذ إجراءات تتسم وطبيعة المرحلة التي يمر بها الاقتصاد الجزائري الناشئ وكذا طبيعة التوجه الاقتصادي والسياسي المنتهج في فترة الستينيات، تمثلت هذه الإجراءات بشكل خاص في تأميم الكثير من المؤسسات المالية والمصرفية، ومن ثم إنشاء نظام مصرفي وطني، ولعل أولى تلك الإجراءات تأسيس البنك الوطني الجزائري سنة 1966

وهذه المرحلة، يكمن تقسيمها إلى مرحلتين رئيسيتين، مرحلة 1962-1971 ومرحلة 1971-1986.

الفرع الأول: النظام البنكي الجزائري في مرحلة 1971-1962:

إن أهم إجراء اتخذته الحكومة الجزائرية في المجال النقدي والمالي، هو إنشاء الخزينة الجزائرية ثم البنك المركزي الجزائري بمقتضى القانون رقم 62/44 الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 1962، حيث تم تحويل النشاطات الممارسة من طرف بنك الجزائر (الذي كان تابعا للمستعمر الفرنسي) إلى هذا البنك الجديد، والذي عهد إليه مهمة الإصدار وصلاحيات أخرى في المجال البنكي، الأمر الذي مكن المؤسسات الجزائرية من تجاوز العقبات المالية التي واجهتها بعد الاستقلال مباشرة.

ومن أجل التخلص من تقاعس البنوك الأجنبية القائمة في الجزائر في مجال مد المؤسسات الجزائرية بما تحتاجه من تمويلات لأنشطتها المختلفة، فقد عملت السلطة الجزائرية على خلق مؤسسة مؤهلة لذلك، وهي الصندوق الجزائري للتنمية وذلك في 07 ماي 1963.

ولقد تم إنشاء الصندوق الجزائري للتنمية؛ والتي كانت أول مؤسسة ضخمة أوكل لها العديد من المهام. فكانت تشبه مديرية التخطيط من حيث أن لها دور في إعداد برامج الاستثمار العمومي، وتشبه مديرية المالية في أن لها دور في تسيير ميزاني التجهيز ومنح المقابل للإعانات الأجنبية، وهي كذلك تشبه بنك الأعمال من حيث أن لها صلاحية لإعطاء قروض قصيرة، متوسطة وطويلة الأمد.

ويبدو أن سبب إعطاء هذه الأهمية الكبيرة للصندوق الجزائري للتنمية هو قيام السلطات بعملية تأميم البنوك الأجنبية العاملة في الجزائر في ذلك الوقت بموجب سلسلة من النصوص التشريعية.⁽²⁾

وتجدر الإشارة هنا أن هذا الصندوق ساهم في إنشاء المؤسسات الوطنية الكبرى الأولى، وهي المؤسسة الوطنية للحديد والصلب والمؤسسة الوطنية للنقل البحري وشركة سوناطراك.⁽³⁾

-التخصص الوهمي للبنوك التجارية.

وضمن هذا الإطار تم إرساء القواعد الأساسية لتمويل قطاع الإنتاج، حيث أصبحت الخزينة تلعب دورا أساسيا في هذا المجال، وأصبح هناك اعتمادا كليا على الخزينة في مجال التمويل، التي تتكفل بتحديد مصادر تمويل مختلف الاستثمارات المخططة. ومن الناحية العملية نجد نتائج هذا الإصلاح متعددة، حيث أدت إلى الانتقال التدريجي للمنظومة المالية إلى وصاية وزارة المالية، وانكمش معها دور البنك المركزي بصفته بنك البنوك ووضع السياسة النقدية بما ينسجم ومتطلبات الاقتصاد، وانحصر دوره في عمليات السوق النقدية، بل الأمر أكثر من هذا حيث أصبح عرض النقد يقرر في الخطط المركزية بما يخدم خزينة الدولة باعتبارها الوسيط الأساسي للدولة.

المطلب الثالث: واقع للنظام البنكي الجزائري في مرحلة 1978-1990.

بعد أن تبين محدودية تعديلات 1971 التي شهدها القطاع البنكي الجزائري، تمّ الشروع بداية من سنة 1978 وإلى سنة 1990، في تعديلات وإصلاحات أخرى أهمها إصلاح 1986.

الفرع الأول: مرحلة 1978-1986

في عامي 1978 و1979 تقرر مراجعة المخططات الإنمائية للفترة السابقة، مما انبثق عن ذلك فكرة إعادة هيكلة المؤسسات العمومية الوطنية بهدف إعطائها نوعا من الاختصاص في نشاطها، وانبثق عن ذلك، بنك الفلاحة والتنمية الريفية، الذي أنشئ بتاريخ 13 مارس 1982 خصيصا لتمويل الأنشطة الفلاحية والتقليدية عامة، يمكن بيانها فيما يلي:

- تمويل هياكل وأنشطة الإنتاج الفلاحي وكل ما تعلق بهذا القطاع،

- تمويل هياكل وأنشطة الصناعات الفلاحية،

- تمويل هياكل وأنشطة الصناعات التقليدية والحرفية.

من جراء تأميم مجموعة من البنوك الأجنبية منها القرض العقاري الجزائري، وكذا القرض الشعبي الجزائري، وفي سنة 1967 تم إنشاء البنك الخارجي الجزائري على نفس المنوال.

كما أنّ مجيء مجلس الثورة إلى الحكم سنة 1965، عقب ما عرف بـ "التصحيح الثوري" أعطى دفعا جديدا للنظام البنكي الجزائري، لا سيما من خلال التعبير بشكل واضح عن "إرادة الاستقلال" لأجل التحكم في المستقبل الاقتصادي والمالي للبلاد، حيث تمّ بعد فترة قليلة من إنشاء البنك الوطني الجزائري، تأسيس القرض الشعبي الجزائري في 29 ديسمبر 1966. وبإنشاء هذا البنك الثاني والذي أسندت له مهمة أساسية، هي ترقية وتطوير بعض الأنشطة المتخصصة أدى إلى انخفاض ملموس في رقم أعمال البنوك الأجنبية العاملة في الجزائر.⁽⁶⁾

الفرع الثاني: النظام البنكي الجزائري في مرحلة 1971-1978:

كانت الفلسفة التي قام عليها النظام البنكي الجزائري بداية من العام 1971، هي نفس الفلسفة التي قام عليها الاقتصاد الوطني ككل. فقد ارتكز تنظيم الاقتصاد الوطني على التخطيط المركزي المستند إلى مبادئ وقواعد الاقتصاد الاشتراكي. وفي هذا النوع من الاقتصاد حيث تمتلك الدولة بالكامل وسائل الإنتاج، فإن كل القرارات المتعلقة بالاستثمار والإنتاج والتوزيع والتمويل تتخذ بطريقة إدارية، إذا بيروقراطية، من المركز.

وعليه، فإن البنوك الوطنية التي ظهرت بعد اتخاذ قرارات تأميم القطاع البنكي، كانت بنوكا عمومية، تعود ملكية رؤوس أموالها كليا إلى الدولة. وانطلاقا من فلسفة هذا النظام الاقتصادي وآليات أدائه، فإن كل القرارات الهامة المتعلقة بالنظام البنكي كانت تتخذ مركزيا وبطريقة إدارية أيضا.⁽⁷⁾

لذلك يمكن القول، أنه ابتداء من الإصلاح المالي لسنة 1971 أصبح القطاع المالي الجزائري يتميز بـ -:

التمركز،

-هيمنة دور الخزينة،



عقب تدهور أسعار البترول حيث وضعت أول أسس وقواعد التحول إلى اقتصاد السوق، واستخدم تلك الأزمة حجة للإسراع بالإصلاحات.⁽⁹⁾

فموجب القانون 86-12 الصادر في 19 أوت 1986 المتعلق بنظام البنوك والقرض، تم إدخال إصلاح جذري على الوظيفة البنكية. وقد كان روح هذا القانون يسري في اتجاه إرساء المبادئ العامة والقواعد الكلاسيكية للنشاط البنكي؛⁽¹⁰⁾ فلقد تمكن البنك المركزي من استعادة صلاحياته فيما يتعلق بتطبيق السياسة النقدية بمختلف أدواتها بما فيها تحديد سقف إعادة الخصم المفتوحة لمؤسسات القرض. كما أعيد النظر في العلاقة التي تربط خزانة الدولة بالبنك المركزي، حيث أصبحت القروض الممنوحة للخزينة تنحصر فيما يقرره المخطط الوطني للقرض.

ومنذ سنة 1988 شرعت الجزائر في تطبيق برنامج إصلاحي واسع النطاق، شمل مختلف القطاعات الاقتصادية خاصة ما تعلق منها بالمؤسسات الاقتصادية العمومية، حيث منحها القانون رقم 88-01 استقلالية في التسيير، كما أقر مفهوم الفائدة والمردودية التجارية، وأضفى الصفة التجارية على كافة المؤسسات الاقتصادية العمومية، حيث اعتبرها مؤسسات ذات شخصية معنوية تسييرها قواعد القانون التجاري، وتم تمييزها عن الهيئات العمومية الأخرى بصفقتها أشخاص معنوية خاضعة للقانون العام ومكلفة بتسيير الخدمات العمومية.

وعليه، أصبحت ممتلكات البنوك بموجب هذا القانون قابلة لإجراءات تحصيلية كما هو الحال بالنسبة للمؤسسات التجارية ذات رؤوس الأموال الخاصة. فبناء على هذا القانون 88-01 أصبحت مؤسسات القرض عبارة عن مؤسسات عمومية اقتصادية مستقلة في مجال تسييرها وفي علاقاتها بالمؤسسات العمومية الاقتصادية الأخرى، تلك العلاقة التي أصبحت تخضع لقواعد المتاجرة وللقواعد التقليدية التي تقود البنوك إلى اقتصاد السوق.

وفي نفس الإطار تمخض عن سياسة إعادة هيكلة المؤسسات العمومية جملة من المصاعب المالية، مما تطلب الأمر إعادة هيكلتها ماليا بالإضافة إلى إعادة الهيكلة العضوية، وذلك اقتضى إجراء تطهير مالي للمؤسسات العمومية، تمخض عنه ظهور بنك جديد ينشط على المستوى المحلي وهو بنك التنمية المحلية؛ فبتاريخ 30 أبريل 1985 تم إنشاء بنك محلي سمي بنك التنمية المحلية، يهتم بشكل خاص بتمويل الأنشطة المحلية منها:

- عمليات الاستثمار الانتاجي المخططة من طرف الجماعات المحلية،

- عمليات الرهن، كما يقوم بجميع العمليات المصرفية التقليدية خاصة الإيداع.⁽⁸⁾

وهكذا نلاحظ أن تصميم النظام البنكي، وتنظيمه وأدائه كان يخضع إلى فلسفة واحدة تقوم على مبدأ التخطيط المركزي لكل القرارات المرتبطة بالاستثمار والتمويل، وأن قرارات التمويل ترتبط بقرارات الاستثمار وهي تابعة لها. وهذا يعني أن الدائرة البنكية والنقدية بصفة عامة ترتبط بالدائرة الحقيقية، التي تقوم على التخطيط الكمي. والنتيجة الرئيسية لكل ذلك هي أن قرارات التمويل التي تقوم بها البنوك كان يتم اتخاذها عمليا في مكان آخر غير البنك، ولا اعتبارات أخرى غير اعتبارات البنك كمؤسسة.

لذلك كانت هذه الإصلاحات قاصرة، ونجاعتها محدودة للغاية، الأمر الذي بات معه إجراء إصلاحا عميقا مطلباً أساسيا للمنظومة البنكية الجزائرية. وقد بدأ في تجسيد ذلك منذ سنة 1986 عبر إصلاحات جديدة للقطاع البنكي.

الفرع الثالث: واقع النظام البنكي الجزائري في ظل إصلاحات 1986.

تعدّ إصلاحات سنة 1986 أهمّ إصلاحات حقيقية للقطاع البنكي في الجزائر، فقد شكّلت مرحلة حاسمة في تاريخ الجزائر الاقتصادي، لكونها جاءت متزامنة مع الأزمة الاقتصادية الخانقة التي شهدتها البلاد آنذاك،

يأتي البنك المركزي على رأس النظام البنكي، وهو الدعامة الأساسية للهيكل النقدي والرأس المالي في كل أقطار العالم. ويعتبر نشاطاته في غاية الأهمية لأن وجوده ضروري لتنفيذ السياسة المالية للحكومة، ويلعب دورا هاما في تنفيذ السياسة الاقتصادية في الدولة كما يتمتع بالسيادة والاستقلال، فهو يقوم بأداء الكثير من الأعمال ذات الطبيعة المختلفة.

ففي إطار قانون النقد والقرض 90-10، ومن بعده الأمر 03-15 أصبح البنك المركزي الجزائري يحمل اسم " بنك الجزائر"، وهو مؤسسة وطنية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي. وقد حدّد هذا القانون مهام وصلاحيات بنك الجزائر علاقته مع البنوك والمؤسسات العمومية، وبذلك استرجع امتيازه كمؤسسة إصدار.⁽¹²⁾

فالبنك المركزي هو مؤسسة نقدية عامة، يحتل الصدارة في الجهاز المصرفي وهو الهيئة التي تتولى إصدار " البنكنوت" وتضمن بوسائل شتى سلامة أسس النظام المصرفي، ويوكل إليها الإشراف على السياسة الائتمانية في الدولة بما يترتب على هذه السياسة من تأثيرات هامة في النظامين الاقتصادي والاجتماعي. ويستند البنك المركزي في عمله على نظم اقتصادية وأحوال صرفية وظروف سياسية واجتماعية معينة، لا بد أن تترك أثرها يتمتع بالقدرة على وضع خطة الإصدار وحجم النقد المتداول، ويشرف على تنفيذ الخطة وهو أيضا المسؤول عن غطاء العملة الورقية من الذهب والعملات الأجنبية.

وأصبح يعمل هذا المجلس تارة بصفته مجلس لإدارة البنك المركزي وتارة أخرى بصفته سلطة نقد للدولة، لذلك فهو ملزم بالسهر على خلق الظروف المناسبة للقرض وللصرف الأجنبي قصد ضمان الاستقرار النقدي الداخلي والخارجي.

كما أن بنك الجزائر أصبح بنكا للحكومة حيث تقوم باستشارته بالنسبة لكل مشروع قانوني أو نصّ تنظيمي متعلق بشؤون النقد والمال، ويمكن للبنك اقتراح أي إجراء من شأنه التأثير على إيجابيا على وضع ميزان المدفوعات، وعلى الوضعية المالية للدولة، والبنك ملزم

وفي هذا الإطار، يمكن أن نستنتج العناصر الرئيسية التي جاءت بها إصلاحات 1988، أهمها:

- بموجب هذا القانون يعتبر البنك شخصية معنوية تجارية تخضع لمبدأ الاستقلالية المالية والتوازن المحاسبي. وهذا يعني أن نشاط البنك يخضع ابتداء من هذا التاريخ إلى قواعد التجارة، ويجب أن يأخذ أثناء نشاطه مبدأ الربحية والمردودية ولكي يحقق ذلك، يجب أن يكيّف نشاطاته في هذا الاتجاه.

- يمكن للمؤسسات المالية غير البنكية أن تقوم بعمليات التوظيف المالي كالحصول على أسهم أو سندات صادرة من مؤسسات تعمل داخل التراب الوطني أو خارجه. يمكن أيضا لمؤسسات القرض أن تلجأ إلى الجمهور من أجل الاقتراض على المدى الطويل، كما يمكنها أن تلجأ إلى طلب ديون خارجية. وعلى المستوى الكلي تم دعم دور البنك المركزي في تسيير السياسة النقدية.⁽¹¹⁾

المبحث الثالث: تكريس المنافسة الحرة في القطاع البنكي منذ سنة 1990.

على الرغم من أهمية وجدية إصلاحات 1986، فإن هذه الإصلاحات على أصبحت لا تتسجم ومتطلبات المرحلة الجديدة للاقتصاد الجزائري، بعد تبني اقتصاد السوق والتخلي النهائي عن الاقتصاد المخطط، تم تدريجيا تكريس المنافسة الحرة في القطاع البنكي الجزائري، بداية من سنة 1990، من خلال القانون 90-10 والأمر 03-11 فيما بعد؛ والتي تزامنت مع صدور أول قانون للمنافسة في الجزائر، من خلال الأمر 95-06 المؤرخ في 25 يناير 1995، والذي غوّض سنة 2003 بالأمر رقم 03-03.

المطلب الأول: بنك الجزائر في ظل اقتصاد السوق

بعد صدور القانون 90-10 المتعلق بالنقد والقرض، المؤرخ في 14 أبريل 1990، الذي أنهى احتكار المهنة البنكية من طرف الدولة، منحت صلاحيات جديدة لكل من بنك الجزائر والبنوك العمومية على حدّ سواء.

الفرع الأول: بنك الجزائر وضمان حرية المنافسة



كما أن القانون لم يترك هذه المؤسسات تعمل دون ضوابط، بل كلف هيئة أسند لها مهمة الرقابة على نشاط البنوك التجارية والمؤسسات المالية كما أحدث آلية نقدية لمراقبة السوق النقدية.

أولاً: اللبّاح المصرفي

إن المهمة الأساسية للجنة المصرفية المحدثة بموجب القانون 10/90 تتمثل في أحكام رقابة صارمة على نشاط المؤسسات المصرفية والمالية، حيث تسهر على التطبيق الحسن للقوانين والإجراءات المنظمة للمهنة المصرفية والتطبيق الفعلي للأوامر والقواعد المعمول بها في هذا المجال، ومن تمّ يمكن لها أن تعاقب المؤسسات التي تتحرف في عملها عن القواعد والتشريعات المنصوص عليها بقوة القانون.

وفي هذا الشأن منحت هذه اللجنة صلاحيات واسعة في مجال الرقابة بالمعنى الواسع دون تحديد معناه بشكل دقيق، الأمر الذي منحها سلطات واسعة في مجال الرقابة ومكّنها من تنظيم عملها بكل يسر وسهولة وتكيفه مع التطورات التي عرفها التنظيم البنكي ذاته، وكل ذلك بهدف تقادي كل ما من شأنه أن يسيء للسمعة المالية للمؤسسات المصرفية خاصة ويمكنها من تقادي حالات العسر المالي.

وتلعب اللجنة المصرفية دوراً أساسياً في الحفاظ على الوضعية المالية الجيدة للمؤسسات المالية والمصرفية. وبالتالي لها دور وقائي من خلال ممارسة مهامها الرقابية التي توصف في الغالب بأنها غير منتظمة أو فجائية، وهو ما يبرز واضحاً من خلال المواد الواردة في قانون النقد والقرض. وبذلك تكون هذه الرقابة فعالة في مجال تقادي الأخطاء قبل حدوثها، وتمكين البنك من اتخاذ قرارات صائبة تجنبه الوقوع في العديد من المخالفات القانونية.

كما تتجلى مراقبة التسيير من خلال تقدير شروط تسيير المؤسسات المصرفية، وكذا متابعة مدى إيفاء البنوك بالمتطلبات التي يفرضها القانون ونظام بنك الجزائر

باطلاع الحكومة على كل مستجد في مجال النقد، ومن جهة أخرى خوّلت له صلاحية مراقبة البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر، قصد التقيد الصارم بالقوانين المنظمة للقطاع البنكي، وأيضاً من خلال الأنظمة التي يصدرها بهدف ضبط هذا القطاع بشكل عام، والعملية التنافسية بشكل خاص.

الفرع الثاني: بنك الجزائر وضبط السوق المالي

إن مفهوم استقلالية بنك الجزائر، باعتباره بنكاً مركزياً يشرف على تنظيم القطاع البنكي وضمان حرية المنافسة فيه، تقاس من خلال المهام المنوطة به وبالأهداف التي تصبوا إلى تحقيقها، فالسلطة النقدية ممثلة في مجلس النقد والقرض، أصبحت تعمل على تحديد المعايير ضمان التنفيذ الخاص بما يلي:

- تنظيم التداول النقدي في الاقتصاد (الإصدار النقدي)،
- تحديد المعايير والشروط الخاصة بعمليات البنك المركزي (الخصم، إعادة الخصم، إيداع ورهن السندات العمومية والخاصة... الخ)،
- تحديد الأهداف الخاصة بتطور مكونات الكتلة النقدية وحجم القرض،
- وضع الشروط الخاصة باعتماد البنوك والمؤسسات المالية،

هذا مع العلم أن مجلس النقد والقرض يتمتع بكل الصلاحيات الخاصة بأية سلطة نقدية، كتحديد القواعد والنسب المطبقة على البنوك والمؤسسات المالية، لا سيما في مجال التغطية وتوزيع أخطار السيولة والملاءة.⁽¹³⁾

وعليه يمكن القول أنّ القانون 90-10 مكن بنك الجزائر من التحكّم في منظومة مالية ومصرفية تعمل في بيئة تنافسية وفي محيط تكتنفه الكثير من المخاطر، بالآليات التي تحكم النشاط المصرفي التجاري والتي أقرها قانون النقد والقرض لسنة 1990، وهو ما تطلب تفعيل النشاط المصرفي والمؤسسات المالية عامة في مجال نشاطها في ظل بيئة تتطلب الكثير من الحيطة والحذر.

لكونها لا تخص الرقابة على حجم الائتمان في حد ذاته بل تكون عبر سقوف عملية إعادة الخصم بهدف إعادة تمويل البنوك التجارية من طرف البنك المركزي.

وفي هذا المجال يمكن لبنك الجزائر أن يعيد خصم السندات المنشأة لتشكيل قروض متوسطة الأجل لمدة لا تتجاوز الستة أشهر، كما يمكنه خصم سندات تمثل قروضا موسمية أو قروض قصيرة الأجل. وفي نفس المجال يؤسس بنك الجزائر المفتوحة لممارسة عملية بيع وشراء السندات العمومية، التي تكون قصيرة الأجل في الغالب (ستة أشهر) وكذا السندات الخاصة القابلة لإعادة الخصم من طرف البنك المركزي.

وهكذا أدخل القانون 90-10 نمطا جديدا لتنظيم العلاقة بين بنك الجزائر والخزينة العمومية. فمع تبدل أهداف السياسة الاقتصادية ونمط تنظيم الاقتصاد وتناقص أعباء الخزينة مقارنة بالفترة السابقة، فإن تحديد هذه العلاقة بشكل دقيق لم يعد يشبه أي تردد. وبدأ تعريف العلاقة الجديدة بإبعاد الخزينة أولا عن مركز نظام التمويل، وإعادة البنك المركزي بعد ذلك وبشكل فعلي إلى قمة النظام النقدي.⁽¹⁴⁾

المطلب الثالث: البنوك العمومية والخاصة فلا يزال المنافسة الحرة

في ظل النظام السابق لإصدار قانون النقد والقرض رقم 1090 كانت المهنة البنكية محتكرة من طرف القطاع العام، ولكن مقتضيات الانتقال نحو اقتصاد السوق فتحت المجال لأول مرة أمام رأس المال الجزائري والأجنبي للدخول إلى القطاع البنكي، شريطة الاستجابة للشروط التي أوجبها قانون النقد والقرض. وهذا ما أدى إلى ظهور بنوك خاصة، جزائرية وأجنبية، إلى جانب البنوك العمومية التي كانت تمارس هذه المهنة في ظل النظام السابق، لتجد البنوك العمومية نفسها أمام منافسة حرة، تجسدت عمليا المنافسة لأول مرة في هذا القطاع الهام.

لممارسة النشاط المصرفي، ولعل من بين هذه المتطلبات نذكر:

- نسبة الأموال الخاصة إلى إجمالي الالتزامات،
- معامل السيولة على مستوى البنك،
- نسبة الأموال الخاصة إلى إجمالي القروض،
- نسبة إجمالي الودائع إلى إجمالي القروض،
- توظيفات الخزينة،

- المخاطر المصرفية بشكل عام، ولتدعيم السلطة الرقابية لهذه اللجنة، خول لها القانون الحق في مطالبة أي بنك باتخاذ أي تدبير من شأنه أن يصحح أوضاعها ويساعدها على تحسين أساليب التسيير.

وبشكل عام فإن اللجنة تسهر على التطبيق الحرفي للقواعد الاحترازية المنصوص عليها في قانون النقد والقرض وتلك المفروضة من قبل بنك الجزائر خاصة في مجال تغطية الأخطار، تصنيف الديون حسب درجة الخطر المحتمل وتشكيل احتياطي لمواجهة ذلك. وفي هذا الشأن كان لزاما على هذه اللجنة أن تسهر على وجوب احترام البنوك لما يلي:

- الحد الأقصى للعلاقة بين جميع الأخطار المحتملة وقيمة الأموال الخاصة،

- الحد الأدنى بين قيمة صافي أموالها الخاصة وجميع الأخطار المحتملة.

ثانيا: السوق النقدية

لقد تم إحداث سوقا نقدية سنة 1989 مما فتح المجال أمام المؤسسات المالية غير المصرفية للتعامل فيها بصفتها مقرضة للأموال الفائضة عن حاجاتها، وقد سمحت هذه العملية التي كانت حكرًا على الخزينة العامة للدولة لمدة من الزمن للبنك المركزي بمراقبة هذه السوق من خلال الرقابة على أسعار الخصم التي أصبحت أعلى من أسعار الفائدة.

كما إن الرقابة الكيفية على الائتمان التي أصبح يقرها القانون رقم 90-10 تكون لها صفة الرقابة غير المباشرة



الفرع الأول: البنوك العمومية وتحديات المنافسة

بعد أن هيمنت الدولة الجزائرية ولفترة طويلة على الحقل المالي والاقتصادي بشكل عام، عن طريق تطبيق نظام الاحتكارات أين كانت المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي هي المسيطرة على النشاط الاقتصادي. وبعد أن كانت البنوك العمومية المملوكة من طرف الدولة تحتكر ممارسة المهنة البنكية، وجدت نفسها أمام منافسة القطاع الخاص الوطني والأجنبي على حد سواء.

ولطالما اعتبرت البنوك العمومية الذراع المالي للاقتصاد المركزي، لذلك فرضت السياسات التنموية بعد الاستقلال وجوب امتلاك الدولة للبنوك، ومنعت على هذه الأخيرة الاستقلالية التجارية أو المنافسة الخارجية والداخلية على حد سواء، وجعلت مهمتها الأساسية تقديم القروض آليا للمؤسسات المملوكة من الدولة.

وحتى حين بدأ الركود الاقتصادي الطويل الأمد في الجزائر في منتصف الثمانيات، استمرت البنوك في تقديم الدعم المالي للمؤسسات العمومية، على الرغم من أن معظم هذه المؤسسات كانت تسجل خسائر كبيرة، ما أفقد البنوك مصداقيتها المالية. لكن هذا الوضع تغير مع الإصلاحات التي باشرتها السلطات بداية مع استقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية، حيث أصبحت هذه الأخيرة مسؤولة عن التزاماتها، وأصبحت العلاقة بينها وبين البنوك العمومية تخضع للتعاقد.⁽¹⁵⁾

وعليه، أصبح من الضروري للبنوك العمومية التحديث والاستجابة للمقاييس العالمية التي يجب أن تتوفر في البنوك حتى تبقى على ساحة المنافسة، فإذا لم تفعل ذلك فإنها ستندثر أمام البنوك الأجنبية ذات الخدمات المصرفية والتي بدأت تبرز على الساحة البنكية، منذ صدور القانون 90-10.

هذا وقد كرس الأمر 95-06 المؤرخ في 25 يناير سنة 1995⁽¹⁶⁾، المتعلق بالمنافسة مبدأ حرية المنافسة في جميع القطاعات، بما فيه القطاع البنكي، إذ نص على ذلك صراحة، حيث جاء في مادته الأولى أن هذا الأمر يهدف إلى تنظيم المنافسة الحرة وترقيتها وتحديد قواعد

حمايتها قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين معيشة المستهلكين، وهو ما أكد عليه الأمر 03-03، الذي حل محله في مادته الأولى أيضا⁽¹⁷⁾.

لكن بالرغم من فتح القطاع البنكي وإنهاء احتكار الدولة له، لا يزال يتسم هيكل ملكية الجهاز المصرفي الجزائري بالمساهمة الكبيرة للقطاع العمومي، تصاحبه سيطرة كاملة لهذا القطاع على إدارة وعمليات البنوك. وقد أثر وجود الملكية والسيطرة في الهيكل المالي للمصارف على استراتيجيات وعمليات المؤسسات البنكية بشكل كبير.

وعلى الرغم من سياسة التقليل من نسبة ملكية القطاع العمومي في البنوك وتخفيف قيود الدخول إلى القطاع المالي والمصرفي، إلا أن القطاع العمومي ما زال يمتلك حصة الأسد في الجهاز المصرفي، حيث أنه من بين 13 مصرف مرخص، تمتلك السلطات العمومية 8 بنوك وهي الأكبر حجما.

لذلك يشير المتخصصون في القطاع المصرفي إلى ضرورة العمل على خوصصة البنوك العامة المتعثرة وتقديم خطوات خوصصتها يرتبط بالتقدم في خطوات الإصلاح الاقتصادي، لارتباط نجاح الإصلاح الاقتصادي بنجاح الإصلاح المالي وارتباط نجاح الإصلاح المالي بالتقدم في خوصصة البنوك التجارية⁽¹⁸⁾.

وكذلك على الرغم من التطور الذي شهدته البنوك الجزائرية من حيث زيادة أصولها ورؤوس أموالها، إلا أنها لا تزال تعاني من صغر أحجامها مقارنة مع البنوك العربية والأجنبية، حيث أن الاتجاه السائد الآن هو اندماج البنوك فيما بينها من أجل تقوية مكانتها وتعزيز كفاءتها. فضلا عن التركيز في نصيب البنوك، حيث تمتلك البنوك التجارية العمومية أكثر من 95% من إجمالي الأصول، الأمر الذي يحد من المنافسة، لأنه في مثل هذه الحالات، يكون لممارسات بعض البنوك انعكاسات هامة على أداء البنوك الأخرى وتطوير الصناعة البنكية، مما يؤثر بدرجة جوهريّة على أداء السوق من ضمن الإصلاحات التي يتطلب حدوثها في النظام المصرفي الجزائري هو تأسيس بنوك للاستثمار

1- الخليفة بنك:

يعدّ الخليفة بنك أهم بنك وطني برأسمال كله خاص ينشأ في الجزائر، من حيث انتشاره ورقم أعماله. ولقد منح له الاعتماد بموجب المقرر رقم 98-04 جويلية 1998⁽²²⁾، وتتصّ المادة 02 من هذا القرار أنّ الخليفة بنك يمكنه أن يقوم بجميع العمليات المخولة للبنوك بموجب المادة 114 من قانون 90-10. إلا أن هذا البنك، وبنفس السرعة القياسية التي نما بها، عرف انهيارا سريعا، نتيجة خرق كل قواعد العمل البنكي، مما أدى إلى سحب اعتماده وتصفيته، ولا تزال أطوار المحاكمات المتصلة به إلى حدّ الآن مستمرة أمام المحاكم.

2- البنك التجاري الصناعي الجزائري:

يعدّ البنك التجاري الصناعي الجزائري (B.C.I.A) الذي اعتمد بصفته بنكا بموجب المقرر رقم 98-02 المؤرخ في 24 سبتمبر 1998⁽²³⁾، ثالث بنك خاص يظهر في الجزائر، بعد كل من يونيون بنك UNION BANK وبنك الخليفة، وخوّلت له المادة 02 من هذا المقرر الحق في القيام بجميع العمليات المصرفية المعترف بها للبنوك بموجب قانون 90-10 المعدل والمتمم.

ولقد تأسس البنك التجاري الصناعي الجزائري في شكل شركة ذات أسهم، برأسمال قدره مليار دينار جزائري، يتألف من أسهم تعود لمساهمين جزائريين خواص، وكان يأمل منه الكثير حين تأسس، حيث كان يتوفر حين اعتماده على وكالتين إحداها بالجزائر العاصمة والثانية بوهران، ثم توسعت وكالاته تدريجيا لتشمل عدة مناطق من الجزائر.

لكن هذا البنك بدوره لم يلتزم بالقوانين والتنظيمات المتعلقة بالقطاع البنكي هو الآخر. فعلى إثر معاینات ميدانية قامت بها اللجنة المصرفية بمساعدة مصالح بنك الجزائر ابتداء من سنة 1999، تمّ اكتشاف عدّة مخالفات لقواعد النشاط البنكي، السارية المفعول، أهمها: -عدم احترام قواعد نسب الحذر (Les ratios prudentiels)،

الطويل الأجل دون الائتمان القصير الأجل، وعلى بنوك الاستثمار هذه ان تكيف أوضاعها ومواردها المالية لتعزيز دورها في التنمية الاقتصادية سواء بتقديم القروض المباشرة أو المشاركة كمساهم في إقامة مشروعات التنمية⁽¹⁹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المختصين في القطاع المالي يرون القطاع البنكي في الجزائر يحتاج إلى زيادة مستوى الاستثمار في التكنولوجيا البنكية الحديثة، وتطبيق الأنظمة والبرامج العصرية، وذلك حتى يكون قادرا على مواكبة المنافسة في الأسواق الداخلية والخارجية. كما أن استخدام التكنولوجيا يزيد من سرعة التسويات وزيادة الشفافية، إذ يسمح بنشر كافة المعلومات الموجودة فوراً، مما يزيد من ثقة المستثمرين بالبنوك. كما أن المنافسة الدولية تتطلب وجود بيانات قابلة للمقارنة وفق معايير موحدة، وهذا يتطلب بدوره جهدا لتطوير قواعد الشفافية ونشر البيانات والقوائم المالية بشكل مناسب لجذب المستثمرين الأجانب.⁽²⁰⁾

الفرع الثالث: البنوك الخاصة بعد صدور القانون 90-10

بعد صدور القانون رقم 90-10، أصبح مجلس النقد والقرض يحدّد الشروط الواجب توفرها لتأسيس البنوك من حيث الحدّ الأدنى لرأس المال الواجب توفره وكذلك الشروط الواجب توفرها في مؤسسيها، بعدما اخضع هذا القانون البنوك والمؤسسات المالية لقواعد خاصة، والتي بموجبها تنفرد على الشركات التجارية الأخرى.

ويشترط لتأسيس بنك أو مؤسسة مالية ضرورة توافر شروط موضوعية، تتعلق بالشكل القانوني للشركة، الحد الأدنى لرأس المال وكذا الشروط الشكلية المتمثلة في الحصول على الترخيص والاعتماد من طرف مجلس النقد والقرض⁽²¹⁾.

وسنتطرق إلى بعض أهم البنوك الخاصة، التي تأسست بعد فتح القطاع البنكي على سبيل المثال، لا الحصر، لأن هذه الأخيرة ظهر عدد معتبر منها، ثم اختفى بعد فترة وجيزة، كما أنه من حين لآخر تظهر بنوك جديدة.



تحقيق عمليات مصرفية تتوافق وأحكام الشريعة الإسلامية⁽²⁸⁾. وقد تطوّرت أعمال هذا البنك الذي يقع مقرّه بالجزائر العاصمة تطورا محسوسا في مجال التمويل غير الربوي⁽²⁹⁾.

كما تمّ الترخيص ابتداء من عام 1991 بفتح مكاتب تمثيل لبنوك أجنبية عديدة، سيتي بنك، الشركة العامة الجزائر، بنك الريان الجزائري، المؤسسة العربية المصرفية- الجزائر-، البنك العربي، ب-ن-ب باريس- الجزائر.... إلخ. لكن المعطيات الأمنية في الجزائر أدت بهذه المؤسسات إلى تأجيل مشاريع العديد منها مؤقتا، قبل أن تعود تدريجيا للنشاط في الخمس سنوات الأخيرة.

الخلاصة

بالنظر إلى ما واجهه وما يواجهه النظام البنكي الجزائري من مخاطر متعددة، على غرار الأنظمة البنكية للدول النامية الأخرى، إضافة إلى خصوصية الاقتصاد الوطني والمراحل التي مرّ بها التي أثرت بشكل مباشر على أداء البنوك، حيث لم تسمح لها بلعب دورها الحقيقي في الوساطة المالية ومبدأ الربح والتجارة، والتي بالرغم من إصدار مجموعة من النظم والتعليمات البنكية الهادفة بالأساس إلى مساهمة التغيرات المحلية والعالمية في المجال المصرفي، وخاصة بعد أزمات البنوك الخاصة وتأثير ذلك على سلامة الجهاز البنكي ككل، والتي سلطت الضوء بشكل كبير على دور وفعالية الرقابة المصرفية الممارسة من طرف بنك الجزائر، فإن القطاع البنكي الجزائري لا زال لا يعرف منافسة فعلية بسبب هيمنة القطاع العام بنسبة تقرب الـ 95%، الأمر الذي يحد من المنافسة، بل يجعلها تكاد تنعدم.

ولأنه من المعلوم أنّ في مثل هذه الحالات، يكون لممارسات بعض البنوك انعكاسات هامة على أداء البنوك الأخرى وتطوير الصناعة البنكية، مما يؤثر بدرجة جوهرية على أداء السوق المالية بصفة خاصة والقطاع المالي بصفة عامة، فمن الضروري للنظام البنكي الجزائري أن يمتلك المقومات الأولية الضرورية التي تمكنه من انطلاقة فعلية نحو تطوير خدماته والرفع

-عدم كفاية الحساب الجاري لدى بنك الجزائر، عدم وجود الاحتياطات الإلزامية (Absence de constitutions de réserves obligatoires)، مخلفة التشريع والتنظيم في عمليات الصرف⁽²⁴⁾. وهو ما أدى إلى سحب اعتماده في سنة 2003.

3- الصندوق الوطني للتعااضية الفلاحية:

إنّ الصندوق الوطني للتعااضية الفلاحية قد رخص له بممارسة جميع العمليات المعترف بها للبنوك، مع كونه ليسا بنكا⁽²⁵⁾، وهذا تطبيقا للنظام رقم 0195 المؤرخ في 28 فبراير 1995، المتضمن منح الصندوق الوطني للتعااضية الفلاحية رخصة لممارسة عمليات مصرفية.⁽²⁶⁾ وهذه الرخصة منحت لهذا الصندوق تطبيقا لنص المادة 123 من قانون النقد والقرض التي تسمح لمجلس النقد والقرض بموجب نظام أن يمنح إعفاءات من تطبيق نص المادة 120 القاضي بالمنع على كل شخص طبيعي أو معنوي القيام بالعمليات التي تجريها البنوك والمؤسسات المالية⁽²⁷⁾.

وتجدر الإشارة أخيرا أن القانون 90-10 ومن بعده الأمر 03-11 سمح للأجانب بإنشاء بنوك في الجزائر لممارسة جميع العمليات المصرفية المعترف بها للبنوك وفق أحكامه، وتكون البنوك التي ينشئها هؤلاء الأجانب برأسمال 100% أجنبي. ويكون ذلك عن طريق الفروع للبنوك الأجنبية الموجودة مراكزها القانونية خارج الوطن، كما يمكن للأجانب أيضا إنشاء بنوك بمشاركة الرأسمال الوطني العام أو الخاص.

وهكذا، فابتداء من تاريخ صدور القانون 90-10 جلب هذا الأخير انتباه العديد من البنوك الأجنبية ذات السمعة الدولية العالمية، والتي كانت تأمل في الاستثمار في الجزائر، لذا تمّ الترخيص بإنشاء بنك البركة الجزائري في 6 ديسمبر 1990، عدّة أشهر فقط بعد صدور هذا القانون. وهو عبارة عن مؤسسة مختلطة جزائرية سعودية برأسمال مختلط، 50% منه يحوزه بنك الفلاحة والتنمية الريفية الذي يمثل الجانب الجزائري والـ 50% الأخرى لبنك البركة الدولي الذي يمثل الجانب السعودي، والذي بمقتضى قانونه الأساسي، نشاطه الأساسي يتمثل في

11- سامية العايب، نشأة وتطور النظام المصرفي في الجزائر، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني الثالث حول الإصلاحات البنكية في ظل التعديلات التشريعية والتحول الاقتصادي، جامعة قالم 2010.

12- أنظر المادة 08 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر، العدد 52 لسنة 2003.

13- أنظر المواد 39 إلى 55 من الأمر رقم 03-11، مرجع سابق.

14- الطامر لطرش، مرجع سابق، ص 213.

15- زغيب مليكة، نجار حياة، لبجيري نصيرة، "دراسة معوقات التمويل البنكي للاستثمارات"، المؤتمر الدولي العلمي الثاني حول سبل تنشيط الاستثمارات في الاقتصادات الانتقالية"، يومي 14-15 مارس 2004، كلية الاقتصاد وعلوم التسيير، جامعة سكيكدة، ص 6.

16- نفس المرجع، ص 7.

17- الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة، ج.ر. عدد 9 مؤرخة في 22 فيفري 1995 (ملغى).

18- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، ج.ر. عدد 43 مؤرخة في 20 جويلية 2003.

19- إصلاحات النظام المصرفي الجزائري وآثارها على تعبئة المدخرات وتمويل التنمية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في العلوم الاقتصادية، فرع: تحليل اقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر 2006، ص 302.

20- نفس المرجع، ص 304.

21-Zouaïmia Rachid, Droit de la régulation économique, BERTI Editions, Alger 2006, p 25.

22- مقرر رقم 98-04 مؤرخ في 27 يوليو 1998، يتضمن اعتماد بنك، ج.ر، العدد 63 لسنة 1998.

23- مقرر رقم 98-08 مؤرخ في 24 سبتمبر 1998، يتضمن اعتماد بنك، ج.ر، العدد 73 لسنة 1998.

من مستوى أدائه للاندماج بفعالية في النظام المالي الدولي الجديد، ومساهمته بفعالية في دفع عجلة الاقتصاد الوطني.

ولعل أحد أهم عوامل تطوير أداء البنوك والمؤسسات المالية هو إرساء قواعد منافسة حرة حقيقية في هذا الميدان بين القطاع العام والقطاع الخاص مع ضرورة التطبيق الصارم للقوانين المنظمة له، وفقا للآليات وهيئات الرقابة المنصوص عليها في قانون النقد والقرض والقوانين ذات الصلة.

الهوامش:

1- الطامر لطرش، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003، ص 175.

2- أنظر في هذا الشأن: نائل عبد الرحمان الطويل ونجاح داود رباح، الأعمال المصرفية والجرائم الواقعة عليها، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن 1999، ص 13 وما بعدها.

3-Amour Benhalima, Le système bancaire Algérien, Textes et réalités, Ed Dahleb, 1999, p, 12

4- شاكر القزويني، محاضرات في اقتصاد البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1992، ص 157.

5-Amour Benhalima, op, cit, p 34.

6- عصام نجاح، النظام المصرفي الجزائري من التأميم إلى الخصخصة، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني الثالث حول الإصلاحات البنكية في ظل التعديلات التشريعية والتحول الاقتصادي، جامعة قالم 2010.

7- الطامر لطرش، مرجع سابق، ص 193.

8- أنظر في هذا الشأن: شاكر القزويني، محاضرات في اقتصاد البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1992، ص 63 وما بعدها.

9- الطامر لطرش، مرجع سابق، ص 194.

10- أنظر، الطامر لطرش، مرجع سابق، ص 195 وما بعدها.

24- Note d'information de Banque d'Algerie, Média Bank (le journal interne de la Banque d'Algérie), n°67 Aout/Septembre 2003.

25- تدريست كريمة، النظام القانوني للبنوك في القانون الجزائري، مدكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003، ص 41.

26- نظام رقم 01-95 المؤرخ في 28 فبراير 1995، المتضمن منح الصندوق الوطني للتعاضدية الفلاحية رخصة لممارسة عمليات مصرفية، ج.ر، العدد 20 لسنة 1995.

27- تنص المادة الأولى من النظام رقم 01-95 على ما يلي: تطبيقاً لأحكام المادة 123 من القانون رقم 14 أبريل سنة 1990 والمذكور أعلاه، يمنح هذا النظام الصندوق الوطني للتعاضدية الفلاحية رخصة لممارسة الأعمال المصرفية لصالح زبائن القطاع الزراعي المنتج وقطاعات تربية المواشي والغابات والصيد البحري".

28- تدريست كريمة، مرجع سابق، ص 42. 29- الطامر لطرش، مرجع سابق، ص 202.

نسب الولد

كح/حواس فتحية
أستاذة محاضرة "ب"
جامعة الجزائر 01

المطلب الثالث: ثبوت النسب بالدخول بشبهة

المبحث الثاني: طرق إثبات النسب

المطلب الأول: إثبات النسب بالإقرار

المطلب الثاني: إثبات النسب بالبينة

المطلب الثالث: إثبات النسب بالطرق العلمية

الفرع 1: الطرق العلمية القطعية

الفرع 2: الطرق العلمية الظنية

المبحث الثالث: نسب ابن الزنا واللقيط بين القانون
والاتفاقيات الدولية

المطلب الأول: نسب ابن الزنا

الفرع 1: من الناحية الشرعية والقانونية

الفرع 2: وفق الاتفاقيات الدولية

المطلب الثاني: نسب اللقيط

الفرع 1: من الناحية الشرعية والقانونية

الفرع 2: وفق الاتفاقيات الدولية

المطلب الثالث: نظام التبني والكفالة

الفرع 1: من الناحية الشرعية والقانونية

الفرع 2: وفق الاتفاقيات الدولية

المبحث الأول: أسباب ثبوت النسب

النسب حق لكل من الزوجين لأنه يضمن التناسل الذي يعتبر من أغراض الزواج الرئيسية ويثبت بالزواج الصحيح (المطلب 1) أو الزواج الفاسد (المطلب 2) أو الدخول بشبهة (المطلب 3)، إذ نصت المادة 40 من أمر 02/05 على أنه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو

تعد رابطة النسب أسمى الروابط الإنسانية، وقد اهتم بها الإسلام اهتماما بالغا، فنهى الآباء أن يدعوا أبناء غيرهم وينسبهم إليهم، كما نهى عن إنكار نسب الأولاد الذين منهم، كما نهى النساء أن ينسبن إلى أزواجهن من تعلمن أنه ليس منهم، كما نهى الأبناء أن ينتسبوا إلى غير آبائهم.

وبهذا، أقام الإسلام علاقة وطيدة بين رابطة النسب ورابطة الزواج، فجعل الثانية سببا لثبوت الأولى، فالزواج هو الوسيلة الصحيحة والشرعية للإنجاب وعلى إثرها ينسب الولد إلى أبيه، سواء كان الولد ناتجا عن تلاقي الزوجين أم ناتج عن تلقيح اصطناعي.

ومناط الاهتمام الكبير بالنسب من طرف الشريعة الإسلامية وتشريع الأسرة الجزائري يعود إلى أن ضياع نسب الولد يؤدي إلى المهانة والذل والعار والضياع، وإذا ثبت نسبه من والديه نتج عنه العديد من الحقوق الخاصة بالطفل كحقه في النفقة والميراث والحضانة والرعاية، فالنسب هو أول حق يثبت للولد بعد انفصاله من أمه.

- فما هي القواعد المحددة لثبوت النسب وطرق إثباته في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية؟

- كيف يثبت نسب ولد الزنا واللقيط في القانون والاتفاقيات الدولية؟

للإجابة عن هذه الإشكالية نقترح الخطة التالية:

المبحث الأول: أسباب ثبوت النسب

المطلب الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح

الفرع 1: ثبوت نسب الولد أثناء قيام الرابطة الزوجية

الفرع 2: ثبوت نسب الولد بعد الطلاق أو وفاة الزوج

المطلب الثاني: ثبوت النسب في الزواج الفاسد



بالإضافة إلى العقد الصحيح يستلزم مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة 41 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية"، وكذا الشرط الذي نصت عليه المادة 42. ويمكن إجمال هذه الشروط فيما يلي:

تتمثل فيما يلي:

أولاً: إمكانيات الاتصال بين الزوجين

العقد وحده لا يكفي، بل يجب أن يتم الاتصال الجنسي بينهما بصورة فعلية، الذي يعتبر الوسيلة التي أقرها المشرع للإنجاب. فإن تأكد عدم التلاقي بينهما فلا يثبت النسب.

لكن ما توصلت إليه التطورات العلمية يثبت أنه بالإمكان أن تصبح المرأة حاملاً دون الاتصال الجنسي، وذلك عن طريق التلقيح الاصطناعي كبديل لعملية الإنجاب الطبيعي، وهذا ما لم يشر إليه المشرع في المادة 41 من قانون الأسرة، وكان من المستحسن ذكر ذلك خاصة بعد التعديل في الأمر 02/05 الذي جاء بالمادة 45 مكرر المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي، إذ نصت على أنه: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي".

وحسنا فعل المشرع بنصه في قانون الأسرة على التلقيح الاصطناعي باعتباره وسيلة للإنجاب للأشخاص الذين لديهم مانع أو مرض، وبذلك يكون وسيلة لإثبات نسب الولد.

ثبوت النسب بواسطة التلقيح الاصطناعي:

يعتبر التلقيح الاصطناعي وسيلة للتلقيح كبديل للتلقيح الطبيعي في حالة تعذر، وقد كرس المشرع الجزائري في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجديد حق اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باعتباره أحدث الوسائل العلمية للإنجاب.

بالإقرار أو بالبينة أو....أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون".

المطلب الأول: ثبوت النسب الزوجي الصحيح

يعد العقد الصحيح سبباً شرعياً لثبوت نسب الولد سواء أثناء قيام الزوجية (الفرع 1) أو بعد انفصالهما بطلاق أو وفاة (الفرع 2). متى كان الاتصال بين الزوجين ممكناً، ولم يكن الزوج قد نفاه بالطرق المشروعة. فمتى كانت ولادة الولد خلال أدنى مدة الحمل وأقصاها ثبت نسب الولد للزوج.

الفرع 1: ثبوت النسب أثناء قيام الرابطة الزوجية

فإذا كان نسب الولد إلى أمه ثابت في كل الأحوال سواء كانت نتيجة العلاقة شرعية أو غير شرعية، فإن نسب الولد إلى أبيه ليس دائماً سهلاً كسهولة نسبه إلى أمه ذلك أن الشريعة الإسلامية والقانون لا يثبتان نسب الولد لأبيه إلا بالفراش¹. وفي هذا يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"².

ويقصد بالفراش في الزواج الصحيح الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة، على أساس أن عقد زواج استوفى جميع شروطه وأركانه التي نص عليها المشرع في المادة 9 و9 مكرر من قانون الأسرة

فالفراش يعد سبباً شرعياً لثبوت النسب دون اشتراط بينة أو إقرار ممن سيثبت نسب الولد إليه³. ذلك أن الزوجة مقصورة على زوجها، وليس لغيره حق التمتع بها. ولا يحل لها أن تمكن غير زوجها من الاستمتاع بها.

1 سلامي دليمة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، الجزائر، 2007-2008، ص 7.

2 رواه الجماعة إلا الترمذي والجماعة: أحمد وأصحاب الكتب التسعة، نيل الأوطار، ج 7، ص 279.

3 العربي بلحاج، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 191.

أما التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة دون الزوجة، فلا يعتد به كوسيلة إثبات النسب، وهذا ما نصت عليه المادة 45 مكرر، لأن موضوعها علاقة إنجابية ثلاثية وليست ثنائية كما يعرفها قانون الطبيعة¹.

ويتم اللجوء إلى الأم البديلة عند عدم مقدرة الرحم على حمل الجنين مع سلامة المبيضين أو أخذ بويضة المرأة المستعارة وماء الزوج مع زرع اللقحة بعد ذلك في رحم الزوجة.

وهكذا يصبح الطفل ينسب لامرأتين اشتركتا في إنجابه بعد أن كان ينسب لامرأة واحدة، امرأة صاحبة البويضة وامرأة صاحبة الرحم الذي يتغذى المولود منها. ومن الناحية القانونية لا يمكن أن ينسب الولد إلا إلى امرأة واحدة.

فربط القران الكريم بين الحمل والأمومة فالتى تحمل هي الأم وليست من تمنح البيضة لغيرها لقاء أجر معين، فتعين من باب سد الذرائع ودرأ المفسدة بمنع الأم البديلة مهما كان في هذه الطريقة من مصلحة آتية لان المفسدة فيها أكبر.

ثانيا- ولادة الولد بين أقل وأقصى مدة الحمل

نصت على هذا الشرط المادة 42 إذ نصت على أنه: "أقل مدة الحمل 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر".

وبذلك يثبت نسب الولد إذا جاءت الزوجة بالولد في الفترة الواقع بيت أقل مدو الحمل وهي 6 أشهر، وأقصاها 10 أشهر من تاريخ الزواج. وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قراراتها حيث جاء قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية في 98/05/19 ملف رقم 193825 انه: "من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانونا ان اقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر....".

والتلقيح الاصطناعي هو أحدث الوسائل العلمية للإنجاب، ويقصد به أن تحمل المرأة وتلد مولودها دون اتصال جنسي طبيعي بينها وبين الرجل، ويلجأ إليه حالة إصابة أحد الزوجين بالعقم أو ضعف يحول دون إتمام الحمل بالطريق الطبيعي، وهذا التلقيح قد يكون داخليا داخل رحم المرأة، وقد يكون خارجيا خارج رحم المرأة، ويتم في أنبوب اختبار تم يعاد إلى جسم المرأة.

شروط اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي:

ضبط المشرع عملية التلقيح الاصطناعي بشروط وردت في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة وهي:

1- أن يكون الزواج شرعيا:

أي أن يثبت الزواج الصحيح بين الزوجين ووجود عقد زواج يعطي العملية أساسها القانوني.

2- أن يكون التلقيح برضاع الزوجين وأثناء حياتهما:

وبذلك لا يجوز استعمال بنوك النطاف المجمدة وما قد ينجر عنها من فساد واختلاط في الأنساب والتحايل من جهة، ولا يجوز كذلك أن تلقح المرأة بنطاف زوجها المتوفى تلقيحا اصطناعيا ويلحق به النسب وهذا لأن العلاقة الزوجية تكون قد انتهت، كما أنه لا نسب بعد الوفاة أو أقصى مدة الحمل والتي هي عشرة شهور وفقا لأحكام قانون الأسرة لا سيما المادة 43 من قانون الأسرة.

3- أن يتم برضاع الزوج وبويضاح راحم الزوج دون غيرهما:

أجاز المشرع التلقيح الصناعي بالوسائل العلمية الحديثة باستعمال ماء الزوجين فقط حفاظا على حرمة النسب وشرعيته.

في حقيقة الأمر أن المشرع الجزائري قد وضع إطارا قانونيا لمسألة التلقيح الاصطناعي دون أن يفكر فيما يترتب خلف إحدى شروطه من آثار على العلاقة الزوجية من جهة أولى وبالنسبة لثبوت ونفي النسب في هذه الحالة.

1 سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 29.



فطبقاً للقواعد والأحكام الشرعية العامة، حين يظهر حمل الزوجة وتبين للزوج أن الحمل ليس منه، يحق له أن يدعي أن هذا الحمل ليس منه، أما إذا مضى وقت طويل نسبياً بعد الحمل أو الوضع فإنه لا يقبل منه نفي نسبه³.

وبناء على ما سبق، إذا اتهم الزوج زوجته بأن الولد ليس منه، وأراد نفيه لزم أن يطلب من القاضي إجراء اللعان إذا ما توافرت الشروط اللازمة لإجرائه، قام القاضي بإجراء الملاعنة، وحكم بنفي نسب الولد عن الزوج وإحاقه بالأُم، ثم يفرق بين الزوجين كأثر حتمي للملاعنة.

وتجدر الملاحظة في هذا المجال أن نفي الولد بالطرق المشروعة قد فتح أمام التعديل الذي طرأ على المادة 40 بموجب الأمر 02/05، فيما يخص الطرق العلمية كوسيلة من وسائل هذا النفي، باعتبارها من الطرق العلمية المشروعة لنفي النسب، ذلك أن مفهوم المخالفة في ذلك أن استعمال هذه الوسائل لإثبات النسب يقتضي بالضرورة، ومن باب أولى استعمالها كذلك للنفي، ما دامت تؤدي إلى نفس النتيجة الأكثر حتمية مقارنة باللعان الذي يبقى مجرد تصريح للزوجين يحتمل الصدق والكذب معا

الفرع 2: ثبوت النسب الولد بعد الطلاق أو وفاة الزوج

إذا كانت ولادة المولود قد وقعت أثناء قيام الرابطة الزوجية بين أدنى وأقصى مدة الحمل، وبعد الدخول بالزوجة تبعا لعقد صحيح، تكونت قرينة شرعية وقانونية على أن الولد للفرش وينسب للزوجين. لكن قد تكون ولادة الولد قد وقعت بعد انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة. فهل ينسب هذا المولود مباشرة إلى الزوج ويسجل دون قيد أو شرط؟ أم أنه هناك شروط لا بد من توفرها لإمكانية نسب الولد لأبيه المطلق أو المتوفى؟

وهذا الشرط يتعلق بالمرأة المتزوجة (الزوجية قائمة)، أما بالنسبة للمرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها، فقد نصت المادة 43 على أنه: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

ذلك فإن ولد المطلقة أو المتوفى عنها زوجها ينسب لأبيه إذا ولدته أمه خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

ثالثاً: عدم نفي الولد بالطرق المشروعة

بالإضافة إلى شرطي إمكانية الاتصال بين الزوجين وولادة الولد بين أدنى وأقصى مدة الحمل، أضاف المشرع شرطاً ثالثاً لثبوت النسب بالزواج الصحيح وهو عدم نفي الولد من طرف أبيه بالطرق المشروعة، وهذا حسب المادة 41 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "ولم ينفع بالطرق المشروعة".

بالرجوع إلى المادة 41 السالفة الذكر نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد الطرق المشروعة لنفي النسب، وبذلك فإن عبارة "الطرق المشروعة" تحتل عدة معاني، وبالرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة نجدها تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وفي الشريعة وسيلة نفي النسب تتمثل في اللعان.

فلا يتم النفي إلا بواسطة حكم من طرق القاضي والذي يعتمد فيه على كل جميع الوسائل المقررة شرعاً في نفي النسب¹.

ويشترط لصحة النفي ألا يسبقه إقرار ضمني، كإعداد الزوج معدات الولادة وقبوله التهنية... إلخ. أو إقرار صريح، كأن يقر الزوج قبل الولادة أن الحمل منه، إذا كانت المدة بيت الإقرار والحمل أقل من 10 أشهر، وبذلك إذا ثبت النسب بالإقرار فلا يقبل النفي بعد ذلك².

1 العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 194.

2 محمد أبو زمرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مطبعة المدني، مصر دون سنة نشر، ص 385.

3 حدد القضاء أجل محدد لا يتجاوز 08 أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه.

أولاً- ثبوت نسب ولد المطلق

بالنسبة للمطلقة قبل الدخول لا نسب لأولادها باسم الرجل العاقد عليها، لأنه لا يوجد اتصال جنسي بينهما. أما المطلقة بعد الدخول، فإنها لا تعتبر مطلقة إلا إذا حكم القاضي بذلك، وهذا لأن المادة 49 من قانون الأسرة نصت على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته 3 أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

وهناك إشكالا في القانون إذ اعتبر المشرع مدة 10 أشهر تحسب من تاريخ الانفصال أو الوفاة¹، إذ نصت المادة 43 على أنه: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة". في حين نصت المادة 60 من قانون الأسرة على أنه: "أقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

وعلى هذا إذا ولدت المطلقة ولدا خلال 10 أشهر من تاريخ صدور الحكم بالطلاق ينسب الولد إلى الزوج المطلق ويسجل الولد على اسمه في سجلات الحالة المدنية. ولكن في حقيقة الأمر قد أنجبته خلال مدو أكثر من 10 أشهر، لأن الفرقة الحقيقية في غالب الأحيان لا تكون يوم صدور الحكم بالطلاق، وإنما بالضبط من اليوم الذي يتلفظ فيه الزوج بالطلاق، وهذا هو الطلاق الحقيقي طبقا للشريعة الإسلامية.

وبالتالي تكون الحالة التي يثبت فيها النسب من الزوج المطلق رغم أن الولادة قد حصلت في مدة أطول من أقصى مدة الحمل، وهذا فيه خروجاً على القواعد الأساسية التي يبنى عليها النسب الذي هو حق من حقوق الله.

وعليه كان على المشرع أن يضبط المصطلحات لأنه إذا فسرنا مصطلح الانفصال بالطلاق خاصة وأن المادة

60 من قانون الأسرة تشير إلى ذلك، فهذا خروجاً عن القواعد العامة للنسب. أما إذا لم يقصد ذلك ومن دون الأخذ بما جاءت به المادة 60، أي أن مصطلح الانفصال لم يقصد به الطلاق، وإنما قصد به الفراق أو الانفصال الفعلي بين الزوجين قبل الحكم بالطلاق، فإذا تم الاعتماد على تاريخ الفراق أو الانفصال الفعلي بين الزوجين لحساب 10 أشهر كحد أقصى لمدة الحمل فإنه يكون فعلاً الولد الذي وضعتة الأم المطلقة خلال هذه المدة منسوباً لأبيه شرعاً وقانوناً.

وتجدر الإشارة كذلك أن المشرع الجزائري في المادة 43 لم يميز في النسب بين المطلقة رجعيًا والمطلقة بائناً مع أن الفقهاء فرقوا بينهما. لذلك لا بد من التمييز في نسب الولد المولود بعد كل طلاق.

1- نسب الولد بعد الطلاق الرجعي:

*- إذا ولدت المطلقة خلال فترة العدة، ففي هذه الحالة يثبت نسب الولد إلى الزوج المطلق، وهذا لأن الزوجية قائمة وفي الطلاق الرجعي يمكن للزوج مراجعة زوجته خلال فترة العدة فيجامعها. هذا سواء أتت به الزوجة لأقل مدة الحمل أو لأقصاها أو حتى لأكثر من عشرة أشهر من تاريخ الطلاق².

*- أما إذا جاء الولد بعد انقضاء العدة وهذا بإقرار الزوجة شخصياً بانتهاء المدة ففي هذه الحالة علينا التمييز بين:

- ما إذا أتت الزوجة بالطفل بعد مضي 6 أشهر فلا ينسب الولد للمطلق، لأنه يحتمل أن تلده الزوجة من رجل آخر طالما وأن مدة الحمل هي 6 أشهر..

- أما إذا جاءت بالطفل لأقل من ستة أشهر، يثبت النسب للأب المطلق على أن المدة بين الطلاق (الفرقة) ووضع الحمل لا تتجاوز أقصى مدة الحمل، وكذلك إذا وضعت الطفل بعد 10 أشهر من تاريخ الفراق بين المطلقين فإن الولد ينسب لأبيه.

1 صالح بوغراة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء

التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون

الخاص، جامعة الجزائر 1، 2006-2007، ص 29.

2 العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 193.



2- نسب الولد بعد طلاق بائن:

إن الطلاق البائن مثل الموت فيرفع قيد الزواج في الحال، وبذلك لا يثبت نسب الولد للزوج المطلق إلا إذا ولد في مدة عشرة أشهر من تاريخ الطلاق، وهذا حسب المادة 43 من قانون الأسرة. وهذا لأنه في الطلاق البائن لا يمكن للزوجة أن يمسها أو يطأها أي رجل سواء زوجها أو غيره خلال فترة العدة.

ثانيا- نسب المولود بعد وفاة الزوج

إن نسب الولد يثبت للزوج المتوفى إذا وضعته الأرملة ما بين تاريخ الوفاة وأقصى مدة الحمل أي عشرة أشهر، لاحتمال أن الحمل كان قائما وقت الوفاة.

أما إذا جاءت به الأرملة بعد أكثر من 10 أشهر كاملة، لأنه أصبح متيقنا أن الحمل حصل بعد الوفاة، فهنا لا يثبت النسب. وفي هذه الحالة إذا حصل وأن نسبته الأرملة إلى الزوج المتوفى دون علم الورثة، فإنه من حق أي شخص له مصلحة أن يطعن في هذا النسب، ويتم الرجوع إلى الطرق العلمية إذا تعنتت الأرملة في أن الولد من الزوج المتوفى.

المطلب الثالث: ثبوت النسب بالزواج الفاسد

الزواج الفاسد هو كل عقد وجد فيه الإيجاب والقبول ولكنه فقد شرطا من شروطه الأساسية¹ الواردة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة كأن يكون العقد من دون ولي في حالة وجوبه أو صداق أو عدم توافر أهلية الزوجين أو كأن يشتمل على مانع من موانع الزواج الشرعية أو القانونية سواء المؤبدة أو المؤقتة. والفسخ هو الجزاء الذي قرره المشرع الجزائري على العقد الفاسد والفسخ يكون وفقا للمواد 33 و34 من قانون الأسرة.

ونص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الزواج الفاسد في المادة 2/33 منه إذ نصت على أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه. ويثبت بعد الدخول

بصداق المثل". أما الزواج الباطل فهو كل عقد اختل فيه ركن الرضا (المادة 33) أو اشتمل العقد على مانع- سواء مؤقتة أو مؤبدة-أو شرط يتنافى ومقتضياته (المادة 32). والجزاء الذي قرره المشرع الجزائري في الزواج الباطل هو البطلان

إن الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار عقد الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول، إذ يعتبر وجوده كعدمه، ويجب على كل من الزوجين أن يتفرقا في الحال، ومثله زواج المسلمة بغير المسلم وكذا زواج المحارم².

وإذا نتج من الزواج الباطل أطفال فإن المشرع الجزائري رتب عليه ثبوت النسب، وهذا حسب المادة 34 و40 من قانون الأسرة، وهذا مراعاة لحقوق الولد.

فيما يخص ثبوت النسب في الزواج الفاسد: فالمشرع لا يعترف بثبوته قبل الدخول بل يعتبره زنا. ويتعرف به بعد الدخول وتترتب عليه بعض الآثار القانونية ومنها ثبوت النسب، الإرث، النفقة، ذلك لمصلحة الولد خشية من ضياع نسبه. ويترتب عليه كذلك وجوب التفريق بين الزوجين وحرمة المصاهرة ووجوب العدة واستحقاق المهر³.

يأخذ الزواج الفاسد حكم النسب في الزواج الصحيح في حق ثبوت النسب، تطبيقا لقاعدة إحياء الولد، لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلا له، لكنه يشترط في ذلك شروطا هي:

1- أن يكون الزوج قد دخل بالزوجة التي عقد عليها عقدا فاسدا، فلو لم يكن هناك دخولا فلا محل للقول بالنسب، لأن الفراش في النكاح الفاسد يثبت من حين الدخول الحقيقي⁴.

2 المرجع نفسه، ص 152.

3 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة، الجزائر، ص 186.

4 عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، منشورات تالة، الجزائر، 2000، ص 285.

1 المرجع نفسه، ص 148.

يواقع الرجل امرأته التي طلقها طلاقاً بائناً وهي في عدتها منه ضانا أن وقاعها يكون مراجعة لها كما في المطلقة طلاقاً رجعيًا². فإذا حملت المرأة نتيجة ذلك فإن نسب الولد في هذه الحالة يلحق بأبيه³.

ثانياً- شبهة العقد

ومثاله أن يتزوج رجل امرأة زوجاً صحيحاً في البداية على اعتقاد أنها حل له وهو حل لها، ثم يتضح بعد الدخول أنها أخته من الرضاع. فإن حصل وأن حملت المرأة وولدت قبل علمه بسبب التحريم فإن نسب الولد يثبت صحيحاً. أما إذا كان يعلم بالتحريم فالعقد باطل. ولا يثبت ب النسب عند جمهور الفقهاء⁴. مثال هذا النوع أن يتزوج شخص مع إحدى المحارم ويدخل بها بناء على ذلك، أو أن يتزوج الخامسة على الرابعة وهذه الأخيرة لا تزال على عصمته، أو زواجه من غير دين سماوياً أو كل من حددتها الشريعة الإسلامية من المحرمات.

ثالثاً- شبهة الفعل

وتسمى الاشتباه، وفيها يعتقد الشخص حل الفعل ويظن في نفسه أن الحرام حلال من غير دليل قوي أو ضعيف، أو خبر من الناس، ومن أمثلة ذلك أن يواقع الرجل امرأة على أنها زوجته ثم يتبين له من بعد أنها ليست زوجته⁵. فإذا جاءت المرأة بولد فإن النسب لا يثبت للولد الحاصل من وطء، وإن ادعى الزوج الولد، وذلك لأن النسب لكي يثبت يجب أن يكون ملك أو حق في المحل، إذ هو لا يثبت بغير الفراش. وعلى ذلك فإن النسب لا يثبت سواء ظن الحل أم أنه عالم بالحرمة، لأن هذا

2- أن تأتي المرأة بالولد في أقل مدة للحمل وهي 6 أشهر.

وتجدر الإشارة أن الزوج لا يستطيع نفي نسب الولد عن طريق اللعان، وهذا لأن اللعان لا يكون إلا في الزواج الصحيح.

المطلب الثالث: ثبوت النسب بنكاح الشبهة

ويقصد بنكاح الشبهة أن يقارب الرجل امرأة تحرم عليه، ويتصل بها اتصالاً جنسياً مع جهله بالتحريم¹.

إن الوطء بشبهة هو اتصال جنسي غير الزنا، وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد فهو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص. وهو من الأحداث القليلة الوقوع في أيامنا هذه.

ويشترط في نكاح الشبهة أن تضع المرأة الولد في مدة لا تقل عن ستة ولا تزيد عن عشرة أشهر من وقت الوطء حتى يثبت الولد لأبيه، لأنه كان نتيجة غلط إذ كان الزوج يظن أنها تحل له. وإذا أتت به في مدة أقل من ستة أشهر لا يثبت النسب منه.

ونكاح الشبهة يقع صحيحاً من حيث المبدأ، ثم يتبين أنه اشتمل على خطأ أو مانع كأن يتزوج الرجل مع امرأة على أساس أنها خالية من كل الموانع ثم يتضح أنها أخته من الرضاع.. وفي هذا المعنى نصت المادة 34 على أنه: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء".

والدخول بشبهة على ثلاثة أنواع، لأن الشبهة إما أن تكون شبهة الملك أو شبهة العقد أو شبهة الفعل

أولاً- شبهة الملك

وتسمى أيضاً شبهة الحكم أو شبهة في المحل، حاصلها أن يشتبه الدليل الشرعي على الرجل، فيفهم منه إباحة وقاع المرأة في حين أنه غير مباح له ومن أمثلتها: أن

2 محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، طبعة أولى، دار الكتاب العربي، مصر، 1984، ص 362.

3 عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج2، الطلاق وآثاره، ط5، المطبعة الجديدة، سوريا، 1979، ص 169.

4 المرجع نفسه، ص 170.

5 عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، 1961، ص 81.

1 عبد الفتاح تقي، المرجع السابق، ص 285.



ب- أن يصدق العقل والعادة: ويعني ذلك أن يكون من الممكن أن يولد مثل هذا الولد للمقر، بأن يكون فارق السن بينهما يسمح بأن يكون المقر له ولد للمقر.

ج- أن لا يصرح المقر أن الولد ابنه من زنا: لأن النسب نعمة تثبت بالزواج والزنا جريمة لا تصلح أن يثبت بها النسب.

أما إذا كان المقر امرأة، فلا يعتد بشرط عدم إقرار بأنه من الزنا، لأن ابن الزنا يثبت نسبه من أمه، ولا يثبت من الذي زنا بها³.

د- أن يصدق المقر له في إقراره إذا كان أهلا للتصديق: وهنا يجب على المقر له أن يصدق ثبت نسبه، أما إذا كذبه كان الإقرار باطلا ولا يثبت به النسب.

أما إذا كان المقر له غير مميز ثبت نسبه بالإقرار فقط دون حاجة إلى تصديق لأن في ذلك مصلحة له. وإذا ما بلغ وأنكر هذا النسب فلا يسمع منه، لأن النسب متى ثبت لا يقبل الإنكار⁴.

وفي حالة الإقرار بالأبوة أو الأمومة يشترط كذلك أن يصدق المقر له في هذا الإقرار. أما إذا كذبه فإن للمقر في هذه الحالة أن يثبت إقراره بالبينة، وإذا عجز عن ذلك يحلف المقر له بأنه ليس أبا للمقر، فإن حلف بطل إقرار المقر، أما إذا لم يلفا تثبت دعوى المقر وينسب إلى المقر له⁵.

كما يمكن أن يقر الولد بأن امرأة معينة هي أمه، وهذا الإقرار يأخذ حكم الإقرار بالبينة باستثناء شرط الزنا. فينسب نسبه من أمه ولو كان نتاج زنا، وهنا إن صدقته المقر لها ثبت نسبه منها، وإن لم تصدقه في إقراره فإنه يستطيع إثباته بالبينة، وإن عجز عن الإثبات. تحلف

الأمر متعلق بالفعل نفسه، إذ الفعل في ذاته لا شبهة فيه أنه زنا، والزنا لا يثبت به النسب¹.

ثبوت النسب بنكاح الشبهة هو واحد من الطرق التي تضمنتها المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري في مجال إثبات النسب وبالتالي فإن المشرع قد أقر مطلقا ثبوت النسب في نكاح الشبهة إذا جاءت به المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأقصاها.

المبحث الثالث: طرق إثبات النسب

فقد أباح القانون للشخص أن يثبت نسب شخص آخر منه، وسمي ذلك إقرارا أو دعوى النسب في الفقه (المطلب 1)، ويمكن أيضا إثبات النسب عن طريق البينة وهذا ما يجعل النسب يكشف بعد أن كان ناشئا (المطلب 2)، كما يمكن إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة (المطلب 3). ويشترط لصحة طرق الإثبات بالوسائل السالفة الذكر أن تكون المعاشرة بين الرجل والمرأة تستند إلى علاقة شرعية، وإن كانت غير ذلك فلا قيمة لها ولا يمكن اعتبارها كأدلة لإثبات النسب.

المطلب الأول: إثبات النسب بالإقرار

نصت المادة 44 من قانون الأسرة على أنه: "يثبت النسب بالإقرار بالبينة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب. ولو في مرض الموت متى صدقه العقل والعادة".

الإقرار أو الاستلحاق يكون من رجل أو امرأة لطفل ليس له نسب معروف يلحق به في نسبه، لذلك اشترط الفقهاء لصحته الإقرار بالنسب الشروط التالية:

أ- أن يكون الولد المقر له مجهول النسب من جهة

الأب: لأنه إذا كان المقر له معلوم النسب إلى أب معين لم يصح الإقرار، كما يعتبر ابن الملاعن في حكم معلوم النسب فلا يجوز ادعاؤه أو الإقرار ببينوته لإحتمال تكذيب الملاعن نفسه².

3 عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 99.

4 سلامي دليلا، المرجع السابق، ص 18.

5 عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 89.

1 المرجع نفسه، ص 85.

2 سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج 1، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري، الجزائر، 1985، ص 219-220.

وبذلك بالإمكان شرعا وقانونا إثبات واقعة الولادة عن طريق شهادة النساء اللاتي حضرن عملية الولادة أو الأطباء أو الممرضات أو القابلات إذا وضعت حملها في المستشفى.

وما يمكن ملاحظته هو أن إثبات النسب بالبيئة لا يمكن تصوره إلا بناء على زواج صحيح أو فاسد، فلا يمكن إثبات نسب ولد نتج عن علاقة غير شرعية ولا قانونية بأية بيئة باستثناء نسبه إلى والدته.

المطلب الثالث: إثبات النسب بالطرق العلمية

ومحاولة من المشرع الجزائري الاستجابة للتطورات العلمية الحديثة فإنه قد أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب، وهذا ما أجل مراعاة مصلحة الولد في إثبات نسبه، وعدم اختلاط الأنساب من جهة أخرى، وهذا أثناء تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02-05 في الفقرة الثانية من المادة 40 دون حصرها أو توضيح لمجال تطبيقها وحجبتها، وتنقسم طرق الإثبات إلى طرق علمية قطعية (الفرع 1)، وطرق علمية ظنية (الفرع 2).

الفرع 1: الطرق العلمية القطعية

وتتمثل في نظام البصمة الوراثية أو الحمض النووي وهي المادة المورثة الحاملة لصفات وخصائص معينة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية. فكل إنسان بصمته الوراثية الخاصة به وتبقى ملازمة له مدى الحياة، وهي موجودة على صيغة واحدة في جميع مكونات الجسم، ولتحديد البصمة الوراثية الخاصة بالولد يؤخذ عينة من الحمض النووي لأحد المواد في جسمه سواء الدم أو الجلد أو الشعر أو اللعاب.. مما يسمح للخبرة العلمية من معرفة النسب، ويعتبر هذا الفحص دليل دقيق لإثبات النسب أو نفيه بطريقة أكيدة وقاطعة.

والحمض النووي للولد يتكون من اتحاد الحمض النووي للأب والأم، وبذلك فإن البصمة الوراثية تساهم في إثبات ونفي نسب الطفل، فإذا حصلت المطابقة بين ADN الأب والأم وADN الطفل ثبت نسب الطفل للأب

المقر لها بأن المقر ليس ابنها، فإن حلفت بطل إقراره، ولم يثبت نسبه منها¹.

هذا الإقرار بالبنة أو الأبوة حالة نادرة على مستوى محاكمنا لأن الإقرار وحده لإلحاق النسب من الأمور الخطيرة والتي تتيح الفرصة أمام العلاقات المشبوهة والمحرمة التي ينتج عنها أولاد غير شرعيين ويكون من السهل بمجرد الإقرار أن يثبتوا نسب هؤلاء الأولاد ويصبح ولد الزنا ولدا شرعيا يتمتع بحقوق ليست له وهذا ما دفع المشرع إلى وضع قيد على رفع هذه الدعاوى يتمثل في ضرورة إثبات قيام العلاقة الزوجية.

المطلب الثاني: إثبات النسب بالبيئة (الشهادة)

وقد ورد النص على إثبات النسب عن طريق البيئة في المادة 40، وعليه فإذا ادعت امرأة أنها حملت من زوجها وولدت في غيابه مثلا أو في حضوره فأنكر الزوج واقعة الولادة في ذاتها، أو اعترف بالولادة كواقعة مادية وأنكر أن يكون الولد الذي بين يديها هو نفسه الذي ولدته، ففي هذه الحالة يحق للزوجة أن تثبت بالشهود ما ينكره الزوج، والإثبات هنا ليس بإثبات نسب لأن النسب يثبت بالفراش ولكن النزاع الحقيقي قائم على حصول الولادة.

والمشرع الجزائري لم يبين ما يقصده بالبيئة، وما هي الحجج التي يعتد بها كبيئة، وكيف يثبت بها النسب. وعليه يتم اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 مت قانون الأسرة. وبذلك يكون إثبات النسب بالبيئة عند جمهور الفقهاء بالشهادة سواء شهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند أبي حنيفة، وشهادة رجلين فقط عند المالكية وجميع الورثة عند الشافعية والحنابلة، والشهادة تكون بمعاينة المشهود به أو سماعه².

1 عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 102.

2 أحمد عمراني، أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي والتلقيح الاصطناعي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، 2000، ص 63.



الفرع 1: من النسخة الشرعية والقانونية

إن الزنا هو الولد الذي أتت به أمه عن طريق غير شرعي، فهو ثمرة علاقة جنسية محرمة بين الرجل والمرأة، وهو بذلك يختلف عن ابن الشبهة، وابن الزواج الفاسد، لأنهما ناتجان عن زواج شرعي.

وبالنسبة لنسب ابن الزنا فإن الشريعة الإسلامية تقر أنه ينسب لأمه، لأن نسب الولد يثبت من أمه بالولادة، كما لا ينسب ابن الزنا لأبيه الزاني لأن نسب الأب يشترط فيه أن يكون الزواج شرعياً، وهذا ما نصت عليه المادة 41 من قانون الأسرة: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً". وقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراس وللعاهر الحجر"¹.

وعليه يرى جمهور الفقهاء من المالكية والأحناف والشافعية، ويساندونهم في ذلك الفقهاء المحدثين أن ولد الزنا لا ينسب إلى أبيه الزاني، ذلك أن الزنا لا يصلح سبباً لإثبات النسب إلى الزاني، فالزنا جريمة والنسب نعمة، ولا تصلح الجريمة التي يستحق صاحبها العقاب سبباً للنعمة².

وبذلك فإن ولد الزنا لا يلحق بالزاني ولا يثبت نسبه منه ولو ادعاه، وأقر به بأنه من الزنا أو أثبتت البصمة الوراثية أنه ابنه، وهذا لأن إثبات النسب بالزنا قد يكون سبباً في جرأة الناس على هذه الفاحشة وإقدامهم عليها مادامت تؤدي إلى نسب صحيح مثل الزواج تماماً، وهذا مخالف لمقاصد الشريعة الإسلامية التي تنص على الزنا لا تصلح أن تكون سبباً في إثبات النسب شرعاً.

أو الأم أو كليهما معاً. أما إذا لم تتم المطابقة فهذا يدل على نفي النسب منهما.

الفرع 2: الطرق العلمية للطبخ

يعتبر نظام فحص الدم إحدى الطرق العلمية الشائع استعمالها في مجال نفي النسب، ذلك أن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون، وبذلك فإنها لا ترقى بالشك إلى اليقين.

ذلك أن فصيلة دم كل من الطفل والأم والأب تحدد عن طريق تحاليل فحص الدم، فكل طفل له خاصية جينية إما مع الأم وإما مع الأب، وبما أن الأم معروفة دائماً بواقعة الولادة فإذا كانت له خاصية لم تكن موجودة لدى الأم، فهي بالضرورة موجودة عند الأب، فإذا ثبت غياب هذه الخاصية عند الأب المفترض فإن أبوته لهذا الطفل غير ممكنة، ويتم على أساسها نفي النسب.

المبحث الثالث: نسب ابن الزنا واللقبط بين الشرع والقانون والاتفاقيات الدولية

تعتبر مشكلة الأطفال مجهولي النسب وأطفال الزنا من أكثر المشاكل تعقيداً، حيث تواجه كافة المجتمعات على اختلاف مذاهبها وعقائدها، فالاعتراف بالنسب الشرعي وحده لا يعني أن يعيش الطفل غير معروف النسب بدون هوية ولا اسم، سواء كان هذا الولد ابن زنا أو لقيط، وهذا ما عالجته القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية محاولة إيجاد حلول له ليعيش مثل الطفل العادي.

المطلب الأول: نسب ابن الزنا

اعتبر الإسلام الزواج هو السبيل الوحيد لإنجاب الأولاد لتسهيل معرفة والد الطفل، وهذا لأن الزنا تؤدي إلى اختلاط الأنساب وضياعها، لذا حرمه الله تحريماً قطعياً. لذلك يتم التساؤل عن نسب الولد الناتج من علاقة غير شرعية سواء من الناحية الشرعية أو القانونية أو الاتفاقيات الدولية.

1 رواه البخاري، باب للعاهر الحجر، ح 6818، ص 254.

2 زينب خلادي، حق الطفل في النسب في المواثيق الدولية والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في الشريعة الإسلامية، فرع شريعة وقانون، جامعة وهران، 2013، ص 60. منقول عن ابن القيم، زاد المعاد، ج 4، ص ص 173-174.

الفرع 2: وفق الاتفاقيات الدولية

نتيجة لانتشار ظاهرة الأطفال غير الشرعيين، نجد بعض الدساتير الغربية كفلت نفس الحقوق للطفل غير الشرعي مع الطفل الشرعي¹.

على الصعيد الدولي نجد أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 أول من نص على التسوية بين الطفل الشرعي والطفل غير الشرعي في المادة 2/25 حيث نصت على أنه: ".ينعم كل الأطفال بالحماية نفسها، سواء كانت ولادتهم ناتجة رباط شرعي أو غير شرعي".

أما إعلان حقوق الطفل لسنة 1959، اكتفى بالمبادئ العامة، فلم ينص على الأطفال غير الشرعيين، الذين لا شك أن النصوص العامة تشملهم أيضا مثل الأطفال الشرعيين.

أما اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، فلم تنص صراحة على المساواة بين الأطفال الشرعيين وغير الشرعيين، وهذا لأنه أثناء إعدادها احتجت الدول الإسلامية على أساس أن الشريعة تمنع الزنا، وتحظر إنجاب الأطفال خارج العلاقة الزوجية. فجاءت المادة 2 من الاتفاقية بصيغة توفيقية متجنبة الإشارة الصريحة للمساواة بين الأطفال دون الإشارة إلى كونهم شرعيين أو غير شرعيين فنصت على أنه: "...دون أي نوع من أنواع التمييز... بغض النظر عن... مولدهم أو أي موضع آخر". وهذه المادة في الحقيقة كناية عن الولد الشرعي والولد غير الشرعي.

وبذلك فإن المواثيق الدولية تسوي بين الطفل الشرعي والطفل غير الشرعي من حيث حقهم في النسب لأبيهم، وهذا مخالف للشريعة الإسلامية كما سبق ذكره.

المطلب الثاني: نسب اللقيط

الفرع 1: من الفلح الشريخ والقانوني

اللقيط هو المولود حديث العهد بالولادة، لا يعرف له أب أو أم، طرحه أهله خوفا من الفقر أو خوفا من شبهة الزنا، أو غير ذلك من الأسباب². ويسمى كذلك المنبوذ.

فاللقيط هو طفل وجد منبذاً في مكان ما والتقط منه، ويعرف بأنه مجهول النسب أي لا يعرف له أب ولا أم، على عكس ابن الزنا التي أمه معلومة، فاللقيط هو الطفل الضائع الذي لا يعرف أبواه لأسباب عديدة منها³:

- قد يكون للطفل أبوان، لكن دعتهم الحاجة والفقر إلى تركه في المستشفى بعد ولادته مباشرة.
- قد يكون المولود ثمرة زواج عرفي عجزت الأم على إثباته.

- أن يكون الأب مصاب بمرض الشك في عرض الزوجة ويتهما أن الطفل ليس منه.

- أن يكون الطفل فقد والديه بسبب نزاعات أو حروب في البلد الذين يقطنون فيه.

المشرع الجزائري لم ينظم هذه الحالة -اللقيط- في أية مادة من مواد قانون الأسرة، وبذلك لم يتكلم علة نسبه ولكنه منع التبني ليدخل تحت حكم التبني.

أما في ما يخص نسب اللقيط فإنه يتعذر إثبات نسبه بالطرق الشرعية كالفراش أو البيئة وغيرها. لذلك فإنه يثبت نسبه عن طريق الدعوى.

فاتقت كلمة الفقهاء على المدعي نسب اللقيط، إذا أقام البيئة التي تشهد له صحة دعواه بالنسب لحق به اللقيط قولاً واحداً. لكنهم اختلفوا في ثبوت نسب اللقيط بمجرد الدعوى الخالية من بيئة⁴.

2 صالح بوغرة، المرجع السابق، ص 45.

3 زينب خلادي، المرجع السابق، ص 74-75.

4 المرجع نفسه، ص 77.

1 الدستور الإيطالي لسنة 1947 المادة 30، الدستور البلغاري لسنة 1948 المادة

76، دستور بولندا لسنة 1956 المادة 67 زينب خلادي، المرجع السابق، ص

68-69.



الفرع 2: نسب اللقيط وفق الاتفاقيات الدولية

لم ينص إعلان جنيف لسنة 1924 وإعلان حقوق الطفل لسنة 1909 على حقوق اللقطاء صراحة. أما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 فقد نص في المادة 2/25 على أنه: "ينعم كل الأطفال بنفس الحماية الاجتماعية سواء أكانت ولادتهم ناتجة عن رباط شرعي، أم بطريقة غير شرعية".

نص إعلان حقوق الطفل في البد 6 منه على أنه: "يجب على المجتمع والسلطات العامة تقديم عناية خاصة للأطفال المحرومين من الأسرة" ويفهم من هذه المادة أنه يتكلم عن الطفل اللقيط. أما اتفاقية حقوق الطفل المؤرخة في 1989/11/20 تحدثت بالإجمال على عدم التمييز بين الأطفال عامة.

وبذلك تكون الاتفاقيات الدولية لم تميز بين الطفل الشرعي والطفل غير الشرعي، وكذلك بين الطفل غير الشرعي واللقيط.

المطلب الثالث: نظام التبني والكفالة

إن الطفل مجهول النسب له حقوق كفلتها له الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية وكذا الاتفاقيات الدولية، باعتباره إنسان له ما لغيره من حقوق وإن كان وضعه الخاص يحتم أن يكون له نظام خاص يحكمه ويعالجه.

الفرع 1: من النسخة الشرعية والقانونية

تجدر الإشارة أولاً أنه يجب أن نميز بين التبني ونظام الإقرار بالنسب، فالإقرار بالبنوة هو إقرار بنسب صحيح وحقيقي لشخص مجهول النسب، شئت ظروف خاصة بالأبوين عدم تثبيته في وقته، ويشترط فيه أساساً أن يكون المقر له مجهول النسب، وألا يكون من نتاج علاقة زنا، وإنما هو نتاج زواج شرعي وصحيح، أما التبني فهو إلحاق شخص معروف أو مجهول النسب إلى شخص آخر والتصريح بأنه ولد له، وهو ليس بولد

والنظام المتبع في الجزائر هو أنه من وجد لقيطاً يسلمه إلى رجال الشرطة الذين بدورهم يسلمونه إلى إحدى دور الرعاية الاجتماعية المعدة لاستقبال اللقطاء وتربيتهم وحمايتهم.

وتنص المادة 3/442 من قانون العقوبات على أنه: "يعاقب بالحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8000 دج إلى 16000 دج:

3-.. كل من وجد طفلاً حديث العهد بالولادة ولم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية كما يوجب القانون.."

وتؤكد المادة 67/1 من قانون الحالة المدنية على أنه: "يتعين على كل شخص وجد مولوداً حديثاً أن يصرح إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه. وإذا لم تكن له رغبة بالتكفل بالطفل يجب عليه تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية". وبعدها يقوم ضابط الحالة المدنية بتحرير محضر مفصل يذكر فيه جنس المولود وساعة ومكان وتاريخ التقاطه وغيرها من معلومات، وبعدها يسجل المحضر بهذا التاريخ في سجلات الحالة المدنية، وبعدها يقوم ضابط الحالة المدنية بإعداد عقد ميلاد الطفل يذكر فيه الاسم والجنس وتاريخ الميلاد الظاهري، وتعين البلدية التي وجد فيها مكان ولادته¹.

وضابط الحالة المدنية يتسلم اللقيط وطبقاً للمدة 4/64 من قانون الحالة المدنية يقوم بإعطاء الأسماء إلى الأطفال اللقطاء المولودين من أبوين مجهولين، والذين لم ينسب لهم المصريح أية أسماء، ويعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي.

وفي حال ظهور والدي اللقيط أو أحدهما بعد ذلك فمن حقهما أخذه من دور الرعاية الاجتماعية وإلحاقه بنسبهما².

1 راجع المدة 76 من قانون الحالة المدنية المؤرخ في 19 فيفري 1970 بموجب أمر 20-70.

2 صالح بوغرة، المرجع السابق، ص 45.

لقوله صلى الله عليه وسلم: "أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما شيئا"⁶.

وبهذا فالكفالة هي التزام تطوعي للتكفل برعاية طفل قاصر وتربيته وحمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه، إذ تمنح الكفالة بناءا على طلب المعني وتكون سواء أمام القاضي المختص أو الموثق⁷.

وبالرغم من هذه النصوص التشريعية الصريحة في منع التبني، فإن المرسوم التنفيذي رقم 92-24 الصادر في 13 جانفي 1992 والمتعلق بتغيير اللقب، يجيز التبني بطريقة غير مباشرة حيث أنه يمكن قانونا للشخص الذي كفل في إطار كفالة ولدا قاصرا مجهول النسب أن يتقدم بطلب بتغيير اللقب باسم الولد ولقائده، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي⁸، وبهذا يكون قد أجاز الشيء الممنوع قانونا والمحرم شرعا؟

الفرع 2: وفق المواثيق الدولية

إن إهمال حق النسب في المواثيق الدولية، ليس وليد الصدفة وإنما هو تحصيل حاصل للقوانين الغربية، التي تستمد المواثيق الدولية مشروعيتها، والتي أبيحت العلاقات الجنسية غير المشروعة، مما أدى إلى وجود فئة كبير من الأطفال يفتقرون إلى أسر دافئة تحميها، مما جعل بالدول الغربية تسن قوانين تحمي بها هذه الفئة المحرومة وعلى رأسها قانون التبني.

إن اتفاقية حقوق الطفل جعلت من نظام التبني حقا من حقوق الطفل، وهو بذلك يساوي بين الطفل الشرعي والمتبني في الميراث والحضانة وكل الحقوق الأخرى، وهذا في المادة 3/20 منها.

و أكدت في المادة 21 على ضرورة أن تكفل الدول في قوانينها الداخلية على حقوق الطفل المتبني بوصفه

له في الحقيقة¹. وتأييدا لهذا المعنى حرم الإسلام التبني²، كذلك منعه القانون إذ نصت المادة 46 من قانون الأسرة على أنه "يمنع التبني شرعا وقانونا". فنجذ في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر أنه يمنع التبني شرعا وقانونا، ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا للمتبني، فإن للمدعية الحق في إخراجها من الميراث لأن التبني ممنوع شرعا وقانونا...."³.

ومنه لا يجوز لأي مسلم جزائري أن ينسب فلانا إليه ويسجله تحت لقبه واسمه في سجلات الحالة المدنية، لا مباشرة أمام ضابط الحالة المدنية، ولا بموجب حكم قضائي، وكل تصرف مخالف لذلك يمكن أن يعرض فاعله إلى اتهامه بالتزوير ومعاقبته بمقتضى قانون العقوبات⁴.

وبذلك فالتبني لا يثبت به نسب من المتبني، ولا يترتب عليه أي حق من الحقوق الثابتة بين الآباء والأبناء.

المشرع الجزائري منع نظام التبني، وأقر نظام الكفالة والذي نص عليه في قانون الأسرة من المادة 116 إلى المادة 125⁵. مقتديا بذلك بأحكام الشريعة الإسلامية

1 المرجع نفسه، ص 45.

2 الآية 4، 5 من سورة الأحزاب: "وما جعل أدياءكم أبناءكم ذلك قولكم بأفواهكم، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله، فإن لم تعلموا آباءهم فأخوانكم في الدين ومواليكم".

3 المحكمة العليا غ أش قرار في 94/06/28 ملف رقم 129761 المجلة القضائية عدد خاص 2001 ص 155.

- وكذلك في القرار الصادر بتاريخ 1995/05/2 في الملف رقم 103232 المجلة القضائية عدد خاص 1995 ص 99.

4 عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 220.

5 الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي (المادة 116)

6 رواه البخاري.

7 المادة 117 من قانون الأسرة.

8 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 203.

إذا كانوا نتاج زواج شرعي عرفي، أو نكاح فاسد خاصة في ظل المستجدات العلمية

فرد من أفراد الأسرة المتبنية¹. كما فرض بعض الإجراءات والضوابط التي يجب مراعاتها والالتزام بها من قبل الدول الأعضاء، عند إجازة التبني، وخاصة بالنسبة للتبني في بلد آخر، إذ أجازت للطفل المتبني أن يسافر مع الأسرة المتبنية مع إمكانية حصوله على جنسيتهم، وكل ذلك مع مراعات المعاهدات والاتفاقيات بين الدول².

إن أغلبية الدول الغربية تأخذ بنظام التبني، أما الدول الإسلامية فقد رفضت الأخذ به لأنه محرم شرعا ولذلك حرّمته في قوانينها الداخلية هناك من انظم إلى هذه الاتفاقية وهناك من لم ينظم إليها³.

الخلاصة:

إن إثبات النسب لا يكون إلا بالفراش ويتبعه كثير من الأحكام كالرضاع والنفقة والحضانة والميراث وغيرها: ولما كان من الراجح عدم ثبوت نسب ابن الزنا من الزاني، فلا يثبت شيء من الأحكام السابقة على الأب غير الشرعي، إنما تتحمل الأم كل الأعباء.

وما دام أن الطفل الناتج من علاقة غير مشروعة أو الطفل اللقيط لا ذنب لهما، فلا يجب أن نحاسبهما على خطيئ لم يرتكباها مصداقا لقوله تعالى: "ألا تزر وازرة وزر أخرى"، النجم الآية 38. لدى علينا أن نبذل كل الجهود لرعايتهم وتهيئة الظروف لرعايتهم مثلهم مثل الأطفال الطبيعيين.

وفي الأخير إن ظاهرة أطفال ضحايا المأساة الوطنية في الجزائر وخاصة الذين يجهلون نسبهم، تعتبر نازلة من نوازل الفقه الإسلامي التي يجب الوقوف عندها والتعجيل بدراساتها فقها وقانوني أو اجتماعيا، حيث لهؤلاء الأطفال كل الحق في الالتحاق بأبائهم في النسب،

1 خلوفي رشيد، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، 2003-2006، ص 12.

2 المرجع نفسه، ص 12.

3 إن المشرع التونسي أجاز التبني في القانون رقم 27 لسنة 1998، أخذاً بالقوانين الغربية التي تجيزه مثل القانون الفرنسي في قانون المدني. أما المشرع الجزائري فقد حرم التبني في المادة 46 من قانون الأسرة.

الحماية الدولية لحق الطفل في التعليم

د/ جنيدى مبروك

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بكرة

ملخص:

Par conséquent, dans cet article, nous traitons le sujet de la reconnaissance du droit à l'éducation de l'enfant en vertu du droit international public, et les moyens d'assurer la protection de ce droit

مقدمه

لقد لاقى موضوع حقوق الطفل اهتماما كبيرا وواسعا ولا يزال، سواء على المستوى الدولي أم المحلي؛ كون الأمر يتعلق بفئة عمرية حساسة تحتاج إلى عناية ورعاية خاصتين، وبضرورة التكفل بحماية حقوق هذه الفئة - فئة الطفولة - من خلال التحديد الدقيق لهذه الحقوق أولا، ووضع الوسائل والآليات الكفيلة بحمايتها ثانيا.

وبهذا الخصوص فقد جاءت العديد من الإعلانات والاتفاقيات الدولية المختلفة مؤكدة على هذه الحقيقة بالدعوة الصريحة والواضحة لحماية حقوق الطفل، نذكر من ذلك إعلان جنيف لسنة 1924، وإعلان 1959 الخاص بحقوق الطفل، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948، والعهد الدولي للصالحين سنة 1966، (العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية)، وصولا إلى صدور الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989، والمدعومة بثلاثة بروتوكولات اختيارية.

ومن بين الحقوق التي ركزت عليها معظم هذه الإعلانات والاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان عامة، أو ما اختصت به الإعلانات والاتفاقيات الخاصة المتعلقة بفئة الطفولة، الاعتراف للطفل بالحق في التعليم، الذي يعد من أهم الحقوق التي تُسهم في تنمية قدرات الأطفال وفي إعدادهم مستقبلا لخدمة الوطن.

ولئن كان اهتمام القانون الدولي العام بحق الطفل في التعليم واضحا، خصوصا من خلال الإعلانات

يكتسي موضوع حق الطفل في التعليم أهمية بالغة في القانون الدولي، كون الاهتمام بتعليم الطفل تترتب عليه آثار إيجابية جمّة، كإسهامه في تنمية قدراته وشخصيته وفي حمايته من كثير من الانحرافات والمخاطر التي قد يتعرض لها في حياته، لذا فقد أولته العديد من الإعلانات والاتفاقيات الدولية اهتماما خاصا، كإعلان حقوق الطفل لسنة 1959، والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966، والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989، وغيرها، فضلا عن الجهود الدولية الأخرى.

وعليه، فستتم في هذا المقال معالجة موضوع الاعتراف للطفل بالحق في التعليم في ظل القانون الدولي العام، والوسائل الكفيلة بحماية هذا الحق.

Resume:

Le sujet du droit à l'éducation de l'enfant revêt une très grande importance dans le droit international, du fait que cet intérêt pour l'éducation de l'enfant entraîne des grands effets positifs, comme la participation dans le développement des capacités de l'enfant, sa personnalité et dans sa protection des nombreuses distractions et les risques à qui il pourrait être exposé dans sa vie, pour cela de nombreuses déclarations et conventions internationales lui ont accordé une importance spéciale, comme la déclaration des droits de l'enfant en 1959, le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels de 1966, la Convention internationale des droits de l'enfant en 1989, et d'autres, ainsi que d'autres efforts internationaux.



1- حق الطفل في التعليم في نصوص الإعلانات والاتفاقيات الدولية

من الإعلانات والمواثيق الدولية التي دعت إلى ضرورة الاعتراف للطفل بالحق في التعليم نذكر:

أ- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (1948): لقد كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10-12-1948 سباقا في هذا الميدان بالنص وبشكل واضح على حق الطفل في التعليم، حيث ورد في المادة 26 منه على أن: " لكل شخص الحق في التعليم، ويجب أن يكون التعليم في مراحله الأساسية على الأقل بالمجان، وأن يكون التعليم الأولي إلزاميا. وينبغي أن يعمم التعليم الفني والمهني، وأن ييسر القبول للتعليم العالي، على قدم المساواة التامة للجميع وعلى حسب الكفاءة.

وقد أشار البند الثاني من هذه المادة على أن هذا التعليم ينبغي أن يهدف إلى إثناء شخصية الإنسان، وإلى تعزيز احترامه والحريات الأساسية، وتنمية التفاهم والتسامح والصداقة بين الشعوب والجماعات العنصرية والدينية، وإلى زيادة جهود الأمم المتحدة لحفظ السلام. في حين أن البند الثالث ينص أن للأباء الحق الأول في اختيار نوع التعليم الذي يُمنح لأولادهم.

ب- إعلان حقوق الطفل لسنة 1959: يعد إعلان حقوق الطفل الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20/11/1959 من أهم الخطوات الرامية إلى حماية حقوق الطفل والاهتمام بالطفولة على المستوى الدولي¹. وجاء هذا الإعلان الخاص بحقوق الطفل مشتملا على ديباجة وعشرة مبادئ أساسية.

والاتفاقيات الدولية المختلفة، فإن الشريعة الإسلامية الغراء كانت سباقة في هذا الميدان، من خلال تأكيدها على هذه الحقيقة، والشواهد في ذلك كثيرة.

وتأسيسا على ما سبق فسنحاول إبراز حماية حق الطفل في التعليم بالتعرف على مضمون هذا الحق في المواثيق والاتفاقيات الدولية، وكيفية حماية هذا الحق وذلك من خلال المحاور التالية:

المحور الأول: حق الطفل في التعليم في المواثيق الدولية وفي الشريعة الإسلامية

المحور الثاني: الجهود الدولية المبذولة لإرساء حق الطفل في التعليم

المحور الثالث: آليات حماية حق الطفل في التعليم

المحور الأول: حق الطفل في التعليم في المواثيق الدولية وفي الشريعة الإسلامية

إن حق الطفل في التعليم يعد من أهم الحقوق التي لاقت ولا تزال تلاقي اهتماما خاصا في القانون الدولي العام، حيث عُتبت بهذا الحق العديد من المواثيق الدولية، سواء بالنص عليه، أو بتحديد مبادئه وأهدافه. كما أن مكانة هذا الحق عظيمة في الشريعة الإسلامية، فيكفي التعليم شرفا أن أول ما نزل من القرآن الكريم جاء يدعو إلى القراءة والتعلم، قال الله تعالى: "اقرأ باسم ربك الذي خلق، خلق الإنسان من علق، اقرأ وربك الأكرم، الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم" الآيات (1-5) من سورة العلق.

أولاً: حق الطفل في التعليم في المواثيق الدولية

إن العديد من الإعلانات والاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان عامة، وحقوق الطفل بصورة خاصة، قد نصت في بعض من موادها على الاعتراف للطفل بالحق في التعليم، مشيرة إلى المبادئ والأهداف التي ينبغي أن يُوجه إليها هذا التعليم.

¹ منتصر سعيد حمودة، حماية حقوق الطفل- دراسة مقارنة بين القانون الدولي العام والفقه الإسلامي- دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2010، ص54.

التدريجي لمبدأ التعليم الإلزامي المجاني للجميع وفي حد معقول من السنين.

د- [اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989]: وجبت الإشارة - ابتداء - إلى أن اعتماد هذه الاتفاقية التي جاءت مخصصة لحقوق الطفل قد تم بقرار عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 25/44 المؤرخ في: 1989/11/20، ودخلت حيز النفاذ في: 1990/09/02. وقد تضمنت ديباجة و54 مادة.

وقد عدت هذه الاتفاقية قانونا دوليا لحقوق الطفل، كونها تضمنت كافة المواثيق الدولية المعنية بحقوق الطفل، وأضافت إليها حقوقا وحريات أخرى، فضلا عن آليات التنفيذ ووسائل الحماية²، والحقيقة أن الاعتراف للطفل بالحق في التعليم قد تضمنته المادتان 28 و29 من هذه الاتفاقية، مشيرة إلى المبادئ الأساسية والأهداف من هذا التعليم وما يقتضيه من متطلبات، وهو ما سنتطرق له في النقطة الموالية الخاصة بمبادئ وأهداف التعليم.

هـ- [اتفاقيات الإفريقية]: تشير في هذا الصدد إلى الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لسنة 1979 الذي جاء فيه النص على الحق في التعليم عاما ومقتضبا، فقد جاء في المادة 17/1 على أن: "الحق في التعليم مكفول للجميع".

أما الميثاق العربي لحقوق الإنسان فقد أشار في مادته 34 على أن: "...التعليم حق لكل مواطن، على أن يكون الابتدائي منه إلزاميا كحد أدنى وبالمجان، وأن يكون كل من التعليم الثانوي والجامعي ميسورا للجميع".

2- مبادئ وأهداف التعليم في الإعلانات والاتفاقيات الدولية

مع أن المبادئ الأساسية لتعليم الطفل وأهدافه قد جاءت بصورة واضحة في اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 من

وقد خُصص المبدأ السابع من هذا الإعلان بحق الطفل في تلقي التعليم، حيث ورد فيه بأن: "للطفل حق في تلقي التعليم، الذي يجب أن يكون مجانيا وإلزاميا، وفي مراحل الابتدائية على الأقل، وأن يستهدف رفع ثقافة الطفل العامة وتمكينه - على أساس تكافؤ الفرص من تنمية ملكاته وحصافته وشعوره بالمسؤولية الأدبية والاجتماعية، ومن أن يُصبح عضوا مفيدا في المجتمع".

ج- العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية

والثقافية لسنة 1966: لقد أقر العهد الدولي للحقوق

الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966¹

بالاعتراف للطفل بالحق في التعليم من خلال المادتين 13 و14، حيث ورد - مثلا - في المادة 13/1 من أنه: "تقر الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية بحق كل فرد في الثقافة. وهي تتفق على أن توجه الثقافة نحو التنمية الشاملة للشخصية الإنسانية وللإحساس بكرامتها، وأن تزيد من قوة الاحترام لحقوق الإنسان والحريات الأساسية. كما أنها تتفق على أن تمكن الثقافة جميع الأشخاص من الاشتراك بشكل فعال في مجتمع حر، وأن تعزز التفاهم والتسامح والصداقة بين جميع الأمم والأجناس والجماعات العنصرية، أو الدينية، وأن تدعم نشاط الأمم المتحدة في حفظ السلام".

كما أكدت الفقرة 2 من هذه المادة على جملة من مبادئ الحق في التعليم. أما الفقرة الثالثة فتتحدث على ضرورة احترام حرية الآباء والأوصياء القانونيين في اختيار ما يناسب أبناءهم من تعليم ومن مدارس. أما المادة 14 فقد تناولت ضرورة تبني خطة عمل مفصلة من أجل التطبيق

¹ لقد صدر العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بقرار عن الجمعية العامة رقم: 20 (21د) بتاريخ 1966/12/16، بالتزامن مع العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وبنفس التاريخ، وقد شكلا هذان العهدان بالإضافة إلى البروتوكولين الاختياريين الملحقين بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 ما يسمى بـ "الشرعة الدولية".

² منتصر سعيد حمودة، مرجع سابق، ص 69.



مع اتخاذ التدابير المناسبة، كإدخال مجانية التعليم وتقديم المساعدة المالية عند الحاجة إليها.

- العمل بشتى الوسائل على جعل التعليم العالي متاحا للجميع على أساس القدرات.

- جعل المعلومات والمبادئ الإرشادية التربوية والمهنية متوفرة لجميع الأطفال، وفي متناولهم.

- اتخاذ التدابير الكافية من أجل تشجيع الحضور المنتظم في المدارس، والتقليل من معدلات ترك الدراسة.

وللإفادة فقد أشارت المادة 2/13 في فقرتها "هـ" إلى وجوب تشجيع التعليم الأساسي، أو تكثيفه بقدر الإمكان بالنسبة للأشخاص الذين لم يحصلوا على كامل فترة تعليمهم الابتدائي ولم يتموها.

ب- **أهداف تعليم الطفل:** إن حق الطفل في التعليم، وإن كان ضروريا ولازما ينبغي الاعتراف به وتحقيقه وفقا للمبادئ المذكورة أعلاه، فإنه يجب من ناحية أخرى مراعاة مضمون هذا الحق، بأن يكون له هدف ومغزى واضح، حيث أن لكل عملية تعليمية أهدافا، يجب العمل على تحقيقها³.

وقد جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (1948) في مادته 2/26⁴ مشيرا إلى بعض من أهداف التربية والتعليم، بتأكيدا على أن التربية ينبغي أن تهدف إلى الإنماء الكامل لشخصية الإنسان، وإلى تعزيز احترام حقوق الإنسان وحياته الأساسية، والسعي لتنمية أواصر التفاهم والتسامح والصداقة بين الشعوب والجماعات كلها، بغض النظر عن عنصرها أو دينها. كما يهدف

³ مامر جميل أبو خوات، الحماية الدولية لحقوق الطفل، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 129.

⁴ للتذكير فقد نصت المادة 2/26 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: "يجب أن تهدف التربية إلى إنماء شخصية الإنسان إنماء كاملا، وإلى تعزيز احترام الإنسان والحريات الأساسية، وتنمية التفاهم والتسامح بين جميع الشعوب والجماعات العنصرية أو الدينية، وإلى زيادة مجهود الأمم المتحدة لحفظ السلام".

خلال المادتين 28 و29، إلا أن بعض المواثيق الأخرى قد تضمنت هي كذلك معظم هذه الأهداف، وما يقتضيه ذلك من متطلبات، وهو ما سنتطرق إليه كالاتي:

أ- **المبادئ الأساسية لتعليم الطفل:** تجدر الإشارة إلى أن الفقرة 2 من المادة 13 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية قد نصت على مجموعة من المبادئ الخاصة بتعليم الطفل، جاءت مطابقة تقريبا للمبادئ المتضمنة في اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989¹.

حيث إن المادة 1/28 من اتفاقية حقوق الطفل وبعد إقرارها بضرورة اعتراف الدول بحق الطفل في التعليم، ومن أجل تحقيق الأعمال الكامل لهذا الحق تدريجيا وعلى أساس تكافؤ الفرص، فقد دعت الدول للأخذ بالمبادئ التالية²:

- جعل التعليم الابتدائي إلزاميا، ومتاحا للجميع.

- تشجيع تطوير مختلف أشكال التعليم الثانوي، سواء العام منه، أو المهني، وتوفيرها وإتاحتها لجميع الأطفال،

¹ تنص المادة 2/13 على: "تقر الدول الأطراف في هذا الاتفاقية الحالية رغبة منها في الحصول على تحقيق كلي لهذا الحق: أ- وجوب جعل التعليم الابتدائي إلزاميا ومتاحا بالمجان للجميع. ب- وجوب جعل التعليم الثانوي في أشكاله المختلفة بما في ذلك التعليم الثانوي الفني والمهني، متاحا وميسورا للجميع بالوسائل المناسبة، وعلى وجه الخصوص عن طريق جعل الثقافة مجانية بالتدريب.

ج- وجوب تشجيع التعليم العالي كذلك، وجعله ميسورا للجميع على أساس الكفاءة بكل الوسائل الممكنة، وعلى وجه الخصوص عن طريق جعل الثقافة مجانية بالتدريب.

د- وجوب تشجيع التعليم الأساسي، أو تكثيفه بقدر الإمكان بالنسبة للأشخاص الذين لم يحصلوا على كامل فترة تعليمهم الابتدائي ولم يتموها.

هـ- وجوب متابعة تطوير النظام المدرسي على كافة المستويات بنشاط وإنشاء نظام مناسب للمنهج التعليمية، وتحسين الأحوال المادية للهيئة التعليمية بشكل مستمر".

² يمكن الرجوع للفقرة الأولى من المادة 28 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

وتحقيقاً للأهداف المتوخاة من التعليم، فإن هناك بعض المتطلبات والالتزامات الملقة على عاتق الدول، التي تستشف من نص المادة 28 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989:-

- **المساواة التامة بين الإناث والذكور في التعليم (مبدأ تكافؤ الفرص):** لقد أكدت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 على أن التعليم حق لكل إنسان، ومن دون تمييز، وقد جاء ذكر ذلك في بداية الفقرة 1 من المادة 28: "وعلى أساس تكافؤ الفرص". كما تمت الإشارة إلى ذلك أيضاً في المبدأ السابع من إعلان حقوق الطفل لسنة 1959.²

والحقيقة أن هذا الالتزام إنما أفرزته الحياة العملية، الدولية والوطنية منها على حد سواء، حيث عانت الفتيات ولغترات طويلة معاملة غير عادلة، ولا تزال في بعض الأماكن؛ حيث يتم التمييز بينها وبين الذكور، وذلك من خلال تمكين الأطفال الذكور من التعليم وحرمان البنات من هذا الحق، لا سيما في المجتمعات التي تحكمها بعض التقاليد البالية أو المتعصبة، وخصوصاً في المناطق الريفية. حيث تسود نظرة مفادها: أن البنت لا حاجة لها بالتعليم فهي غير مسؤولة ومكانها البيت، وخير لها أن تتزوج وترعى شؤون زوجها وأولادها، وأن الطفل الذكر هو من يحتاج التعليم نظير مسؤوليته بالعمل والإنفاق على الأسرة، وهي في حقيقتها نظرة متخلفة وفسادة.³

وكنيجة لهذا التمييز بين الإناث والذكور-خصوصاً الحق في التعليم-فقد حاول القانون الدولي وعبر سنين

التعليم أيضاً وفقاً لهذه الفقرة إلى زيادة مجهود الأمم المتحدة في حفظ السلام.

أما المادة 1/13 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المشار إليها أعلاه- ومع أنها عبرت عن التعليم هنا بالثقافة- فقد أكدت على الأهداف السابقة التي جاء بها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وأضافت إليها هدفاً آخر وهو وجوب اتفاق الدول الأطراف في العهد على أن يمكن التعليم جميع الأشخاص من الاشتراك بشكل فعال في مجتمع حر¹.

أما الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989، ومن خلال المادة 1/29 فقد أكدت على كل الأهداف السابقة، وأضافت إليها هدفاً آخر، والمتمثل على الخصوص في تنمية احترام البيئة الطبيعية، وقد نصت هذه المادة على أن يكون تعليم الطفل موجهاً نحو:

- تنمية شخصية الطفل ومواهبه وقدراته العقلية والبدنية إلى أقصى إمكاناتها.

- تنمية حقوق الإنسان والحريات الأساسية والمبادئ المكرسة في ميثاق الأمم المتحدة.

- تنمية احترام ذوي الطفل وهويته الثقافية ولغته وقيمه الخاصة، والقيم الوطنية للبلد الذي يعيش فيه الطفل والبلد الذي نشأ فيه في الأصل والحضارات المختلفة عن حضارته.

- إعداد الطفل لحياة تستشعر المسؤولية في مجتمع حر، بروح من التفاهم والسلم والتسامح والمساواة بين الجنسين والصداقة بين جميع الشعوب والجماعات الإثنية والوطنية والدينية والأشخاص الذين ينتمون إلى السكان الأصليين.

- تنمية احترام البيئة الطبيعية.

ج- **المتطلبات والالتزامات الملقة على عاتق الدول:**

انطلاقاً من المبادئ سالفة الذكر ومن أجل تمكين الطفل من التمتع بالحق في التعليم بالشكل اللازم والمطلوب،

² ينص المبدأ السابع من إعلان حقوق الطفل لسنة 1959 بأن: "للطفل حق في تلقي التعليم، الذي يجب أن يكون مجانياً وإلزامياً، وفي مراحله الابتدائية على الأقل، وأن يستهدف رفع ثقافة الطفل العامة وتمكينه- على أساس تكافؤ الفص من تنمية ملكاته وحضافته وشعوره بالمسؤولية الأدبية والاجتماعية، ومن أن يصبح عضواً مفيداً في المجتمع".

³ منتصر سعيد حمودة، مرجع سابق، ص 101.

¹ مامر جميل أبو خوات، مرجع سابق، ص 126.



التصدع الاجتماعي، ومنها ما يرجع إلى الأداء التعليمي السيئ وإلى تلك الأساليب المعقدة، وكذا استخدام العنف... الخ³.

ولمواجهة هذه الظاهرة - ظاهرة التسرب الدراسي - فإن الدول ملزمة قانوناً باتخاذ ما يلزم من تدابير وإجراءات لتشجيع الحضور، والحد من معدلات ترك الدراسة، خاصة ضرورة مراعاة طرق وأساليب تحسين مختلف جوانب العملية التعليمية، وكذا العمل على إيلاء عناية خاصة لمعاملة الطفل الإنسانية التي تراعي كرامتهم وإشعارهم بتقدير الذات⁴، ترغيباً لهم على حب المدرسة، وبالتالي الرغبة في التعلم.

ولعل ذلك ما أشارت إليه اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 في الفقرة 2 من المادة 28 التي تنص على أن: "تتخذ الدول الأطراف كافة التدابير المناسبة لضمان إدارة النظام في المدارس على نحو يتماشى مع كرامة الطفل الإنسانية ويتوافق مع هذه الاتفاقية".

- **تشجيع التعاون الدولي في مجال التعليم:** لقد ورد في الفقرة الثالثة من المادة 28 من اتفاقية حقوق الطفل بأن: "تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بتعزيز وتشجيع التعاون الدولي في الأمور المتعلقة بالتعليم، وبخاصة بهدف الإسهام في القضاء على الجهل والامية في جميع أنحاء العالم، وتيسير الوصول إلى المعرفة العلمية والتقنية، وإلى وسائل التعليم الحديثة، وتراعي بصفة خاصة احتياجات البلدان النامية في هذا الصدد".

ولا شك أن للتعاون الدولي في مجال التعليم دوره وأثره الكبيرين في تحقيق الأهداف المتوخاة من التعليم، وفي ضمان حق الطفل في هذا التعليم. خصوصاً إذا ما نظرنا إلى التفاوت الاقتصادي والاجتماعي بين الدول، حيث أن التعليم قد لا يمكن تحقيقه على وجهه الأكمل،

طويلة ردم هوة هذا التمييز وتحقيق مبدأ تكافؤ الفرص. ولا أدل على ذلك من إصدار اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 والتي جاءت تهدف إلى تحقيق مبدأ المساواة، وإزالة أي تمييز يتم على أساس الجنس من شأنه أن يؤدي إلى عدم الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية، ومنها الحق في التعليم¹.

ومع ما لاتفاقية حقوق الطفل من دور في إرساء مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين الإناث والذكور، فقد أعقبتها مبادرات عديدة تنادي بضرورة تعليم الطفلة الأنثى، ومن بين هذه المبادرات "مبادرة الأمم المتحدة لتعليم الفتيات عام 2003"، الصادرة عن 13 وكالة من وكالات وأجهزة الأمم المتحدة؛ والتي تهدف إلى القيام بحملة ترمي إلى تحسين نوعية التعليم الذي يتاح للفتيات وتوفيره على المستويين العالمي والوطني².

- **تشجيع الحضور المنتظم في المدارس:** لقد ورد في المادة 28/ف1/هـ بضرورة: "اتخاذ تدابير لتشجيع الحضور المنتظم في المدارس، والتقليل من معدلات ترك الدراسة".

وعلى هذا الأساس فإنه من الواجب على الدول الأطراف في اتفاقية حقوق الطفل أن تلتزم بضرورة تشجيع حضور الأطفال إلى المدارس بالشكل الدائم والمنتظم، مع العمل على الحد قدر الإمكان من مشكلة التسرب المدرسي وترك مقاعد الدراسة.

فقد أشارت بعض الدراسات، إلا أنه وبالإضافة إلى ملايين الأطفال الذين لا يلتحقون أصلاً بالمدارس، فهناك حوالي 150 مليون طفل في الدول النامية يبدؤون الدراسة، غير أنهم لا يستمرون فيها حتى السنة الخامسة ابتدائي. وأسباب هذا التخلي المفرط متعددة وكثيرة: منها -مثلاً- ما يعود إلى الفقر الشديد، ومنها ما يعود إلى

³ منتصر سعيد حمودة، مرجع سابق، ص 103. كما يمكن الرجوع إلى:

مامر جميل أبو خوات، مرجع سابق، ص 116.

⁴ مامر جميل أبو خوات، مرجع سابق، ص 117.

¹ المرجع نفسه، ص 102.

² مامر جميل أبو خوات، مرجع سابق، ص 115.

والحقيقة أن هناك نصوصاً عديدة من القرآن الكريم جاءت مقررّة وحاشة على العلم وفضله، ومكانة من يمتلكوه، فقد قال سبحانه وتعالى: "يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات" (الآية 11 من سورة المجادلة)، وقوله عز من قائل: "قل هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون" (الآية 9 من سورة الزمر)، وقوله تعالى "إنما يخشى الله من عباده العلماء" (الآية 28 من سورة فاطر)، وقوله: "قل ربي زدني علماً" (الآية 114 من سورة طه).

وكل هذه الآيات الكريمات فيها حث ودعوات إلى ضرورة التزود بالعلم، ولا يتم ذاك إلا عن طريق التعليم.

كما أن العلم في نظر الرسول صلى الله عليه وسلم هو قوام الدنيا وقوام الدين، حيث يقول عليه الصلاة والسلام: "من أراد الدنيا فعليه بالعلم، ومن أراد الآخرة فعليه بالعلم، ومن أرادهما معاً فعليه بالعلم". وكان صلى الله عليه وسلم يشجع التعليم عملاً وقولاً. ففي غزوة بدر كان يُطلق سراح الأسرى في مقابل تعليم بعض المسلمين القراءة والكتابة³. بل أنه عليه الصلاة والسلام قد جعل طلب العلم وسيلة لنيل الجنة، حيث قال: "من سلك طريقاً يلتمس فيه علماً سهل الله له طريقاً إلى الجنة"⁴.

وقد جاءت دعوة الإسلام للعلم والتعليم شاملة للجنسين، فلم يفرق بين الذكر والأنثى في التعليم، يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة". ووجه الدلالة المستفادة من هذا الحديث، أن فيه تسوية تامة بين الولد والبنت في الحق في التعليم⁵.

³ هلالى عبد الله أحمد وخالد محمد القاضي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، دار الطلائع للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة، ط 1، 2006، ص 189.

⁴ رواه مسلم، عن كتاب، محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، 1982، ص 486.

⁵ هلالى عبد الله أحمد وخالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص 191.

خاصة في البلدان التي تعاني الفقر والارتفاع في معدلات المديونية، مما يصعب عليها -ولا شك- مهمة ضمان حق الطفل في التعليم. الأمر الذي يحتم هذا التعاون الدولي، لمساعدة هذه الأقطار في تحسين قدراتها في مجال التعليم¹.

كما أنه من جهة أخرى يمكن النظر للتعاون الدولي في مجال التعليم من زاوية أخرى، ألا وهي تبادل الخبرات العلمية والتقنية المختلفة ونقل المعرفة بين الدول، خصوصاً في الطرق والأساليب، والوسائل التي يمكن اعتمادها.

ومن أمثلة التعاون الدولي في مجال التعليم يمكن الإشارة إلى ما يسمى بـ "مبادرة الدرب السريع لسنة 2002" التي أطلقها البنك الدولي، والتي تطالب من دول العالم بمشاركة سريعة بين الدول المانحة والدول الآخذة في النمو بهدف التعجيل بتقديم الدول منخفضة الدخل لتحقيق الهدف الإنمائي للألفية الثالثة، وهو تعميم التعليم الابتدائي على مستوى العالم بحلول سنة 2015، والوصول إلى المساواة التامة بين الذكور والإناث في التعليم بحلول 2010، وذلك عن طريق زيادة المساعدة الإنمائية الرسمية².

ثانياً: خلق الطفل فلاح التعليم فلاح الشريعة الإسلامية

إن الشريعة الإسلامية قد أولت العلم والتعليم أهمية خاصة، فلا غرو - كما سبق وأن ذكرنا - أن تكون أول آية من الوحي الكريم أنزلت على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم في غار حراء، جاءت تدعو إلى القراءة وإلى التعلم، فقد قال الله عز وجل: "اقرأ باسم ربك الذي خلق، خلق الإنسان من علق، اقرأ وربك الأكرم، الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم" (الآيات 1-5) من سورة العلق.

¹ المرجع نفسه، ص 118.

² منتصر سعيد حمودة، مرجع سابق، ص 104.



وحق الطفل في التعليم يقع على عاتق الوالدين أولاً، فهو حق للطفل وواجب على الوالدين، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " ما نحل والد ولدا أفضل من أدب حسن"¹.

المحور الثالث: الجهود الدولية لإرساء حق الطفل في التعليم

إن الاعتراف للطفل بالحق في التعليم وباعتباره ليس حقاً مقتصرًا على الطفل، وإنما هو حق من حقوق الإنسان، فقد أضحت حقاً وواجباً، نتاج ما له من دور كبير في تنمية شخصية الطفل. لذلك فإن الاهتمام به قد زادت حدته وتوسعت بشكل متزايد محلياً ودولياً، وذلك من خلال عقد المؤتمرات والمننديات العالمية المختلفة. وكل ذلك من أجل تدعيم وإرساء هذا الحق وتحسين العملية التعليمية برمتها. وفي هذا الصدد يمكن الإشارة إلى:

أولاً - المؤتمر العالمي حول التعليم للجميع سنة 1990

لقد انعقد هذا المؤتمر بمدينة جومتيان بـتايلاندا في مارس 1990. ومع أن الهدف الأساسي من هذا المؤتمر العالمي قد كان تمثل بالأساس في ضرورة إنعاش التزام العالم بتعليم مواطنيه كافة، مركزاً على المطالبة بتعليم جيد النوعية، مع التنبيه لضرورة الاهتمام لأكثر سكان العالم فقراً. إلا أنه وضع ستة أهداف رئيسة من بينها²:

- إتاحة فرص التعليم الأساسي للجميع...مع إزالة أوجه التفاوت بين البنين والبنات، أي تحقيق مبدأ تكافؤ الفرص

- التوسع في التعليم الأساسي والتدريب للشباب والكبار.

- التقدم في مجال التعليم يسهم في صحة الأم والأطفال، وفي حماية البيئة وفي التنمية القابلة للاستمرار.

ثانياً - المؤتمر العالمي للطفولة لعام 1990

لقد انعقد هذا المؤتمر بمقر الأمم المتحدة بتاريخ: 1990/11/30 وبحضور الكثير من قادة وحكومات العالم، وهي أول قمة عالمية تتعلق بالطفولة، وقد تم بخصوصه إصدار " الإعلان العالمي لبقاء الطفل وحمايته ونمائه".

وقد كان من بين الأهداف التي التزم بها ممثلو الدول الحاضرة في هذا المؤتمر: العمل على وضع برامج تحد من الأمية، وتوفير فرص التعليم لجميع الأطفال من دون تمييز لأي سبب كان. كما تم اعتماد خطة عمل ووضعها موضع التنفيذ، ومن بين ما أكدت عليه هذه الخطة هو موضوع التعليم الأساسي، ومحو الأمية، عن طريق اتخاذ إجراءات محددة من أجل تعميم إمكانية الحصول على التعليم الأساسي، وإكمال التعليم الابتدائي، مع الحد من أوجه التفاوت بين البنين والبنات في الالتحاق بالتعليم³.

ثالثاً - المنتدى العالمي للتربية لعام 2000

انعقد هذا المؤتمر في مدينة داكار بالسنغال في الفترة الممتدة بين 26 و28 أبريل من سنة 2000، وكان يهدف لاستعراض التقدم المحرز بعد 10 سنوات من اعتماد المؤتمر العالمي حول التعليم المنعقد بـ "جومتيان" بـتايلاندا سنة 1990.

وقد وضع هذا المنتدى ما يسمى بـ " إطار عمل داكار" حول التعليم للجميع، حيث أعلن الحاضرون في هذا المنتدى التزامهم بشكل جماعي بإتاحة التعليم لكل مواطن في كل مجتمع، محددين جملة من الأهداف لتمكين كل الأفراد - إناثاً وذكوراً - من الحق في التعليم،

¹ منتصر سعيد حمودة، مرجع سابق، ص 281.

² مامر جميل أبو خوات، مرجع سابق، ص 120-121.

³ المرجع نفسه، ص 122.

وأن يتاح التعليم الابتدائي المجاني والإلزامي وجيد النوعية للجميع ومن دون تفرقة بين البنات والبنين².

المحور الثالث: آليات حماية حق الطفل في التعليم

إن حماية حق الطفل في التعليم، وكون هذا الحق جزءاً من حقوق الطفل الواردة بالمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان عامة وفي اتفاقية حقوق الطفل بصورة خاصة، فسيقودنا ذلك إلى التطرق إلى اللجان المعنية بالرقابة على هذه الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية حقوق الطفل أولاً، على أن نتطرق إلى ما تقوم به هذه الأجهزة من إجراءات، مركزين على لجنة حقوق الطفل كنموذج.

أولاً: أجهزة الرقابة (اللجان)

مع أن أجهزة الرقابة على الاتفاقيات التي تضمنت الحق في التعليم كثيرة، ولكن وعلى اعتبار أن اتفاقية حقوق الطفل تعد بمثابة القانون الدولي لحقوق الطفل، وكونها تخص هذه الفئة الخاصة بالطفل فسننظر لجنتها - (لجنة حقوق الطفل) - كمثال، خصوصاً في جانب الإجراءات التي تتشابه بين جميع اللجان التعاقدية، دون إغفال التعريف ببقية اللجان الأخرى التي ورد في اتفاقياتها ما يتعلق بالحق في التعليم.

1- لجان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

في الحقيقة أن العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966 لم ينص في البداية على إنشاء أية لجنة للرقابة على تنفيذ أحكامه، غير أن المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة، كان قد أنشأ سنة 1976 فريق عمل

وقد أوصى هذا المنتدى كذلك بتحقيق أهداف ستة مستقبلاً نذكر منها¹:

- توسيع وتحسين الرعاية والتعليم على نحو شامل في مرحلة الطفولة المبكرة.

- العمل على أن يتم بحلول سنة 2015 تمكين كل الأطفال من الحصول على تعليم ابتدائي جيد مجاني وإلزامي، مع التركيز بوجه الخصوص على البنات والأطفال الذين يعيشون ظروفًا صعبة، وكذا أطفال الأقليات الإثنية.

- إزالة أوجه التفاوت بين الجنسين في مجالات التعليم الابتدائي والثانوي بحلول عام 2005. وتحقيق المساواة بين الجنسين بحلول عام 2015.

- تحسين كافة الجوانب النوعية للتعليم وضمان الامتياز للجميع.

رابعاً- الدورة الخاصة بالمعنى بالطفل لسنة 2002

وقد تم عقد هذه الدورة الاستثنائية الخاصة بالطفولة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في الفترة الممتدة بين 08 و 10/05/2002، لمتابعة تعهدات رؤساء الدول في مؤتمر الطفولة لسنة 1990، وماهي المكاسب التي تحققت والتي لم تكتمل بخصوص تطبيق اتفاقية حقوق الطفل.

وقد صدر عن هذه الدورة " إعلان عالم جدير بالطفولة" مرفقاً بخطة عمل لتنفيذه. حيث أكد رؤساء وممثلو الدول التزامهم بمقاصد ومبادئ الأمم المتحدة، وبما جاء في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989، بما لها من تأثير عالمي، مناشدين جميع أعضاء المجتمع الدولي إلى الانضمام إليهم في حملة عالمية تساعد في بناء عالم جدير بالأطفال، كالالتزام بحق كل طفل في التعليم،

² المرجع نفسه، ص 124-125.

¹ المرجع نفسه، ص 123.



الشخصية، مع مراعاة مبدأ التوزيع الجغرافي العادل، وتمثيل مختلف الأشكال الحضارية، والنظم القانونية الرئيسية. ويتم انتخابهم بالاقتراع السري من قائمة أشخاص ترشحهم الدول الأطراف، بحيث أن لكل دولة طرف في الاتفاقية أن ترشح شخصا واحدا من بين مواطنيها⁴.

وتتمثل وظيفة هذه اللجنة - لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة - في تلقي ودراسة التقارير للوقوف على مدى التقدم المحرز من الدول الأطراف، كما أن من مهامها تلقي الشكاوى الفردية والقيام بإجراء تحقيقات طبقا للبروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمد 1999/10/06.

3- لائحة حقوق الطفل

لقد أنشئت هذه لجنة حقوق الطفل بمقتضى نص المادة 43 من الاتفاقية⁵، وتتألف هذه اللجنة المنشأة سنة 1991 من 18 خبيرا من ذوي المكانة الخلقة الرفيعة والكفاءة، ويكون انتخابهم من بين رعايا الدول الأطراف، ويشترط فيهم العمل بصفتهم الشخصية، مع مراعاة التوزيع الجغرافي العادل ومختلف النظم القانونية الرئيسية⁶.

يتم انتخاب أعضاء اللجنة بالاقتراع السري من قائمة أشخاص ترشحهم الدول الأطراف، بحيث يكون لكل دولة طرف الحق في أن ترشح شخصا واحدا من بين رعاياها⁷. والفائزون بالعضوية في اللجنة هم المتحصلون

للإشراف يتكون من 15 دولة، وفي عام 1985¹ أعيدت تسمية هذا الفريق ب: "لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية".

وتتكون هذه اللجنة من 18 خبيرا من ذوي الاختصاص في مجال حقوق الإنسان. وتختص هذه اللجنة بالوظائف المتصلة بتنفيذ العهد الدولي، فتقوم بدراسة التقارير الواردة من الدول الأطراف بشأن ما اتخذته من تدابير وما أحرزته من تقدم حيال الحقوق المنصوص عليها في العهد الدولي. وهي تساعد المجلس الاقتصادي والاجتماعي والثقافي في تأدية الدور المنوط به من حيث وظائف الإشراف المتصلة بالعهد².

كما أنه وطبقا للبروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، المعتمد من مجلس حقوق الإنسان بقراره رقم: 2/8 بتاريخ: 18/06/2008، والذي دخل حيز النفاذ أخيرا بتاريخ: 05/05/2013، أصبح لها الحق في أعمال نظام الشكاوى بنوعيه - شكاوى الدول وشكاوى الأفراد وكذا نظام التحقيق.

2- لائحة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

أنشئت اللجنة المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1982 طبقا للمادة 17 من الاتفاقية، وتتكون هذه اللجنة من 23 خبيرا³، ينتخبون لمدة أربع سنوات من الدول الأعضاء من ذوي المكانة الخلقة الرفيعة والكفاءة العالية، ويعملون بصفتهم

¹ محمد يوسف علوان ومحمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، المصادر ووسائل الرقابة، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1 2005، ص253.

² الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الرابعة، 2007، ص295.

³ تشير المادة 17 من الاتفاقية إلى أن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة تتكون عند بدء نفاذ الاتفاقية من ثمانية عشر خبيرا فقط، وبعد تصديق الدولة الطرف الخامسة والثلاثين عليها أو انضمامها إليها يصبح عدد الخبراء ثلاثة وعشرين خبيرا.

⁴ يُنظر المادة 1 ف2 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

⁵ تنص المادة 43 من اتفاقية حقوق الطفل على أنه: "تنشأ لغرض دراسة التقدم الذي أحرزته الدول الأطراف في استيفاء تنفيذ الالتزامات التي تعهدت بها في هذه الاتفاقية لجنة معنية بحقوق الطفل تضطلع بالوظائف المنصوص عليها..."

⁶ انظر الفقرتين 1 و2 من المادة 43 من اتفاقية حقوق الطفل.

⁷ انظر الفقرة 3 من المادة 43 من اتفاقية حقوق الطفل.

أحرزته من تقدم في هذا المجال، وما يعترضها من صعوبات وعقبات، وما هي في حاجة إليه من مساعدة في هذا النطاق³.

أ- **أنواع التقارير:** استنادا إلى المادة 1/44 من اتفاقية حقوق الطفل، فإنه يمكن التمييز بين ثلاثة من التقارير:

- **التقارير الأولية:** وتقدم هذه التقارير قي غضون سنتين من بدء نفاذ الاتفاقية، وتعتبر فيها الدولة عادة عن وضعية حقوق الإنسان وعن الضمانات الخاصة بحماية هذه الحقوق ويفترض أن يتناول هذا التقرير الإطار الدستوري والقانوني وثيق الصلة بمواد الاتفاقية، والتدابير القانونية والعملية المتخذة من الحكومة المعنية، والتي يكون عليها أن تعزز التزامها بأحكام الاتفاقية، كما يتعين على الحكومة في تقريرها الأولي أن تقدم الإيضاحات الكافية بخصوص مكانة الاتفاقية بالنسبة للتشريع الداخلي⁴.

- **التقارير الدورية:** تقدم هذه التقارير بشكل دوري مرة كل خمس سنوات، حيث يتم التركيز فيها على أبرز المستجدات ذات الصلة التي شهدتها البلاد منذ التقرير الأولي.

- **التقارير الإضافية:** لجنة حقوق الطفل الحق في أن تطلب من الدول الأطراف معلومات إضافية ذات صلة بتنفيذ الاتفاقية.

ب- **تفليح التقارير ودراساتها:** بعد تقديم هذه التقارير إلى الأمين العام للأمم المتحدة، يحيلها هو الآخر بدوره للجنة حقوق الطفل للنظر فيها⁵. ولهذه الأخيرة أن تقدم تقارير

على أكبر عدد من الأصوات، بالأغلبية المطلقة من أصوات الدول الأطراف الحاضرين المصوتين، ويكون ذلك لمدة أربع سنوات، مع جواز إعادة انتخابهم إذا تم ترشيحهم من جديد¹.

ثانياً: إجراءات الرقابة (البلج حقوق الطفل)

تختص لجنة حقوق الطفل بتلقي التقارير من الدول الأطراف في الاتفاقية ودراساتها²، وكذا تلقي الشكاوى الذي تم النص عليه بمقتضى البروتوكول الاختياري الثالث والقيام بإجراءات التحقيق.

1- نظام التقارير

نصت المادة 44 من اتفاقية حقوق الطفل على أنه: " تتعهد الدول الأطراف بأن تقدم إلى اللجنة عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة تقارير عن التدابير التي اعتمدها لإنفاذ الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية وعن التقدم المحرز في التمتع بتلك الحقوق، (أ) في غضون سنتين من بدء نفاذ هذه الاتفاقية بالنسبة للدولة الطرف المعنية؛ (ب) وبعد ذلك مرة كل خمس سنوات...".

وللإشارة فإن نظام التقارير يعد الأسلوب الأكثر إتباعاً في عملية الرقابة على اتفاقيات حقوق الإنسان كلها - بل هو النظام الإلزامي الوحيد - الذي تلتزم بمقتضاه كل دولة طرف في كل اتفاقية من اتفاقيات حقوق الإنسان بتقديم تقاريرها للجان الرقابة، بغية مراقبة ومتابعة وتقييم مدى التزام الدول الأطراف بأحكام هذه الاتفاقيات، ووضع الحقوق الواردة بها موضع التنفيذ، وما

¹ انظر الفقرات 4.5 و6 من المادة 43 من اتفاقية حقوق الطفل.

² للتذكير فإن المادة 44 من اتفاقية حقوق الطفل تشير إلى أنه: " تتعهد الدول الأطراف بأن تقدم إلى اللجنة، عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة، تقارير عن التدابير التي اعتمدها لإنفاذ الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية وعن التقدم المحرز في التمتع بتلك الحقوق..."

³ مصطفى عبد الغفار، ضمانات حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص45.

⁴ عصام الدين محمد حسن، التقارير الحكومية وتقارير الظل، مصر والهيئات التعامدية لحقوق الإنسان، سلسلة تعليم حقوق الإنسان (19)، مركز القاهرة لدراسة حقوق الإنسان، 2008، ص26.

⁵ انظر المادة 1/44 من اتفاقية حقوق الطفل.



- يجب استنفاد طرق الطعن الداخلية، إلا إذا كانت سبل الانتصاف الداخلية قد استغرقت مدة غير معقولة أو كان من غير المحتمل أن يتحقق الانتصاف الداخلي.
- أن يكون للبلاغ أساس سليم، وأن يكون مدعما بما يكفي من حجج.
- يجب أن تتعلق الشكوى بدولة طرف في البروتوكول الاختياري.

- ألا تكون الوقائع موضوع الشكوى قد حدثت قبل نفاذ هذا البروتوكول بالنسبة للدول الأطراف، إلا إذا استمرت تلك الانتهاكات بعد تاريخ نفاذ البروتوكول.

- أن يقدم البلاغ في غضون مدة سنة بعد استنفاد سبل الانتصاف المحلية...

إذا قررت اللجنة عدم مقبولية الشكوى لتخلف أحد الشروط المذكورة أعلاه أو أكثر، فإن المسألة تنتهي برد التبليغ المقدم شكلا. أما إذا تم قبول الشكوى المقدمة، فإن اللجنة تقوم بمباشرة إجراءات النظر في هذه الشكوى متوخية السرية. والدولة الطرف المعنية مطالبة بأن تقدم للجنة تفسيرات أو معلومات مكتوبة تبين فيها القضية وسبل الانتصاف التي يمكن للدولة أن تكون قد وفرتها، وذلك في غضون ستة أشهر³.

تقوم اللجنة بعرض مساعيها الحميدة على الأطراف المعنية بغية الوصول إلى تسوية ودية على أساس احترام الالتزامات التي تنص عليه الاتفاقية أو بروتوكولها الاختياريان. ويعد الاتفاق على التسوية الودية بمثابة إنهاء للنظر في البلاغ بموجب هذا البروتوكول⁴.

وعلى اللجنة أن تنتظر في أقرب وقت ممكن في البلاغات المقدمة إليها على أن تكون جلساتها مغلقة، كما تقوم بإحالة آرائها مشفوعة بتوصياتها إلى الأطراف

عن أنشطتها إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة عن طريق المجلس الاقتصادي والاجتماعي كل سنتين¹.

بعد فراغ اللجنة من دراسة وتحليل تقرير الدولة الطرف، تقوم بإصدار ملاحظاتها الختامية في تقرير خاص يشكل قرار اللجنة فيما يتعلق بتطبيق الاتفاقية في الدولة الطرف متضمنا توصيات واقتراحات.

2- نظام الشكاوى

لقد نص البروتوكول الاختياري الثالث لاتفاقية حقوق الطفل على نظام الشكاوى بنوعيه شكاوى الأفراد وشكاوى الدول.

أ- **الشكاوى الفردية:** نعني بنظام الشكاوى الفردية أو ما يسمى بالبلاغات أن يقوم الفرد بشكوى ضد دولته بدعوى أن هذه الأخيرة تنتهك حقوقه المكفولة له بموجب أحكام الاتفاقية، وتُقدم هذه الشكوى إلى اللجنة المكلفة بالرقابة على تنفيذ هذه الاتفاقية، وذلك إذا توافرت لها شروط معينة².

ووفقا للمادة 7 من البروتوكول الاختياري الثالث فإن مقبولية الشكوى تتوقف على توافر جملة من الشروط الشكلية نوجزها في الآتي:

- أن يكون صاحب الشكوى معلوم الهوية.
- يجب أن يكون البلاغ المقدم مكتوبا.
- ألا يشكل البلاغ إساءة لاستعمال الحق في تقديم الشكوى وأن تكون هذه الشكوى متفقة وأحكام الاتفاقية وبروتوكولها الاختياريين.

- ألا تكون الشكوى ذاتها قد سبق للجنة وأن نظرتها، أو جرى أو يجري بحثها بموجب إجراء من إجراءات تحقيق دولي أو تسوية دولية.

³ انظر المادة 8 من البروتوكول الاختياري الثالث لاتفاقية حقوق الطفل.

⁴ انظر المادة 9 من البروتوكول الاختياري الثالث لاتفاقية حقوق الطفل.

¹ انظر المادة 44/5 من اتفاقية حقوق الطفل.

² إبراهيم علي بدوي الشيخ، التطبيق الدولي لاتفاقيات حقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 154.

انتهاكات جسيمة أو منهجية من طرف الدولة الطرف لحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية أو في البروتوكول الاختياري للاتفاقية المتعلقة ببيع الأطفال وبغاء الأطفال واستغلال الأطفال في المواد الإباحية، أو في البروتوكول الاختياري للاتفاقية المتعلقة بإشراك الأطفال في النزاعات المسلحة فإن لها أن تدعو الدولة الطرف إلى التعاون في فحص المعلومات والقيام بتقديم ملاحظاتها بهذا الشأن ومن دون تأخير، كما يجوز للجنة القيام بعملية التحري لكشف الحقيقة من خلال تكليف عضو أو أكثر القيام بذلك بما فيها إمكانية زيارة الدولة المعنية شريطة موافقتها متى استلزم الأمر ذلك³.

ووفقا للمادة 13 ف(3،4،5،6) فإن القيام بعملية التحقيق تكون بصفة سرية، ويتوخى من الدولة الطرف المعنية أن تتعاون مع اللجنة في جميع مراحل هذه العملية، وبعد دراسة استنتاجات هذا التحري تقوم اللجنة بإحالة تلك الاستنتاجات إلى الدولة الطرف المعنية مشفوعة بأي تعليقات أو توصيات. وعلى الدولة الطرف المعنية أن تقدم ملاحظاتها إلى اللجنة في غضون ستة أشهر من تلقيها التعليقات والتوصيات المحالة إليها من طرف اللجنة، وبعد استكمال إجراءات التحقيق المذكورة يجوز للجنة أن تقرر بعد قيامها بمشاورات مع الدولة الطرف المعنية، أن تدرج بيانا موجزا بنتائج الإجراءات في تقريرها المنصوص عليه في المادة 16 من هذا البروتوكول⁴.

الثالث

يتضح من كل ما تقدم أن حيز حق الطفل في التعليم يحتل مكانة كبيرة وواسعة في ظل القانون الدولي العام،

المعنية، وعلى الدولة أن تقدم في غضون ستة أشهر ردا مكتوبا متضمنا معلومات عن الإجراءات التي قد تكون اتخذتها في ضوء آراء اللجنة وتوصياتها، كما يجوز للجنة أن تدعو الدولة المعنية إلى تقديم معلومات إضافية بشأن أي إجراء تكون قد اتخذته استجابة لآراء اللجنة وتوصياتها أو بشأن تنفيذ اتفاق للتسوية الودية إن وجد¹.

ب- شكاه الدول: لقد ورد في المادة 12 من البروتوكول الاختياري الثالث الملحق باتفاقية حقوق الطفل على أنه: "يجوز لأي دولة طرف في هذا البروتوكول أن تعلن في أي وقت أنها تعترف باختصاص اللجنة في تلقي ودراسة بلاغات تدعي فيها دولة طرف أن دولة طرفا أخرى لا تقي بالتزاماتها بموجب الاتفاقية، أو البروتوكول الاختياري للاتفاقية المتعلقة ببيع الأطفال وبغاء الأطفال واستغلال الأطفال في المواد الإباحية، أو البروتوكول الاختياري للاتفاقية المتعلقة بإشراك الأطفال في النزاعات المسلحة..."

وما يمكن الإشارة إليه هو أن اللجنة لا تقبل أي بلاغ يتعلق بدولة طرف لم تصدر إعلانا تعترف فيه باختصاص اللجنة في القيام بهذه المهمة. ودور اللجنة هنا هو أن تعرض مساعيها الحميدة على الدول الأطراف المعنية بغية التوصل إلى حل ودي للمسألة على أساس الالتزامات التي تنص عليها الاتفاقية وبروتوكولاتها الاختيارية².

3- نظام التحقيق

لقد تم اعتماد نظام التحقيق كآلية من آليات تطبيق الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل بموجب المادة 13 من بروتوكولها الاختياري الثالث، حيث أنه وفي حال تلقي لجنة حقوق الطفل معلومات موثوق بها تفيد بوقوع

³ انظر المادة 13 ف1 و2 من البروتوكول الاختياري الثالث لاتفاقية حقوق الطفل

⁴ تنص المادة 16 من البروتوكول الاختياري الثالث الملحق باتفاقية حقوق الطفل على أنه: "تدرج اللجنة في تقريرها الذي يقدم إلى الجمعية العامة كل سنتين، وفقا للمادة 44(5) من الاتفاقية موجزا للأنشطة التي اضطلعت بها بموجب هذا البروتوكول".

¹ انظر المادة 11 من البروتوكول الاختياري الثالث لاتفاقية حقوق الطفل.

² انظر المادة 11 من البروتوكول الاختياري الثالث لاتفاقية حقوق الطفل.

وهو ما تمت ملاحظته بكل وضوح، سواء من خلال النص عليه في العديد من الإعلانات والاتفاقيات الدولية بما تضمنته من مبادئ وأهداف ومتطلبات، أو بما احتوته من آليات للرقابة، أو من خلال الجهود الدولية الأخرى عن طريق عقد المنتديات والمؤتمرات العالمية الرامية إلى الاعتراف بهذا الحق، وجعله أولوية من الأولويات التي تحظى بالاهتمام والرعاية التامتين، أو بما أولته الشريعة الإسلامية من عناية لهذا الحق. وانطلاقاً من هذا يمكن تسجيل الملاحظات التالية:

- أن الاعتراف بهذا الحق-حق الطفل في التعليم-في بعض الإعلانات، حتى وإن كانت غير ملزمة من الوجهة القانونية، إلا أن ذلك يبقى أمراً مهماً، وبداية جيدة.

- لقد كان للاتفاقيات الدولية التي نصت على هذا الحق دور مهم في الاعتراف بهذا الحق، وغيره من الحقوق الأخرى التي تتعلق بالطفل، خصوصاً بما تضمنته من وسائل الحماية، سواء من خلال الأجهزة المخولة بالرقابة كلجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ولجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ولجنة حقوق الطفل. أو من خلال إجراءات الرقابة المتمثلة في كل من نظام التقارير ونظام الشكاوى ونظام التحري.

- لقد كان لاتفاقية حقوق الطفل- التي تعد في حد ذاتها قانوناً دولياً لحقوق الطفل- الدور البارز في الاعتراف بهذا الحق؛ حيث تم فيها إعادة بلورة مضمون ما جاء في المواثيق السابقة عن موضوع حق الطفل في التعليم محددة مبادئه وأهدافه وما يترتب على الدول من التزامات لتجسيد هذا الحق، فضلاً عن آلياتها الرقابية.

- يُرجى أن تكون هنالك فعالية أكبر لتجسيد حق الطفل في التعليم وغيره من حقوق الطفل الأخرى، خصوصاً بعد دخول البروتوكول الاختياري الثالث الملحق باتفاقية حقوق الطفل المتعلق بنظام الشكاوى والتحري، والذي دخل حيز النفاذ في سنة 2013.

إشكالية إسناد الحضانة في الزواج المختلط

د. أ. يوبي سعاد
أستاذة مساعدة "أ"

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان

مقدم

إلا أنه مسألة الحضانة في الزواج المختلط تطرح إشكالات أخرى، فرغم أن المشرع الجزائري حدد أصحاب حق الحضانة ضمن المادة 64 ق.أ.ج

المعدلة، إلا أنه لم يشر في حالة ما إذا كان للأجنبي أو بالأحرى غير المسلم حق حضانة المحضون الجزائري المسلم، هذا من جهة ومن جهة أخرى من الشروط المهمة التي أوردها المشرع في هذا المجال مسألة تربية المحضون على دين أبيه في المادة 62 ق.أ.ج، وإشارة في المادة 69 من ذات القانون إلى مسألة الإقامة في بلد أجنبي من جهة أخرى.

كل هذه المسائل تثير إشكالية مهمة وهي مدى أحقية الأم الأجنبية أو الغير مسلمة في حضانة ابنها المسلم (الجزائري)؟

المطلب الأول: الأولويات فلاخ إسناد خلق الصانع

الأصل في إسناد الحضانة هي حماية المحضون والقيام بشؤونهم وتدبر أمورهم نظرا لضعفه وعجزه فمسألة إسناد الحضانة تعتبر من المشاكل العويصة التي قد تعرض على القاضي، فإسناد الحضانة لطرف دون الآخر مرهون بمصلحة المحضون.

حدد المشرع الجزائري عن أصحاب الحق في حضانة الصغير من خلال مضمون نص المادة 64 من قانون الأسرة جزائري، لذلك بجدر بنا التساؤل عن الأشخاص الذين حددتهم هذه المادة وهل الأم الأجنبية من ضمن هؤلاء الأشخاص، بمعنى هل للام الأجنبية الحق في حضانة ابنها الجزائري؟ لكن وقبل الإجابة عن هذا الإشكال بجدر بنا في البداية التطرق إلى تحديد مضمون فكرة الحضانة، من خلال إعطاء تعريف لمسألة

لا خلاف في أن تربية الأطفال والقيام بشؤونهم من أعظم المسؤوليات على الإطلاق. فهي الأساس لنشوء مجتمع سليم معافى من الآفات الاجتماعية التي تكاد تفتك بالمجتمعات المنحلة خلقيا. لذلك، كان لزاما الاهتمام بالطفل ضحية الخلافات الزوجية وانهيار الأسرة وتشتتها.

وتعد الأسرة البيئة الطبيعية الأصلية في حمايته ورعايته، لما للوالدين من دور هام في إنمائه ومنح الرعاية المعنوية والمادية على حد السواء، ولكن قد تشتتت هذه الأسرة وتنقلب المحبة بغضا، والتعاون على حفظ وتربية الأطفال تنافرا وأنانية، يحاول فيها كل طرف الاستئثار بالصغار دون الآخر، مما يتطلب تدخل الحماية القانونية لهؤلاء الصغر.

لذلك، يعد حق الحضانة وسيلة أساسية ومهمة في تربية المحضون وحفظه، أوجبها الشريعة الإسلامية الغراء منذ قرون، وكانت محل اهتمام ما بين الفقهاء لتكون بذلك من أهم الوسائل الشرعية في تحقيق المصلحة الفضلى للطفل المحضون، من خلال تضمينها بمجمل القواعد اللازمة لتحقيق أكبر حماية له.

كما أن المشرع الجزائري نظم حق الحضانة ضمن أحكام قانون الأسرة في المواد من 62 إلى 71، وقد أدخل عليها تعديلات بموجب الأمر 05 . 11 المعدل والمتمم لقانون الأسرة رقم 84 . 05 وهذا تماشيا مع التطور الاجتماعي وما تتطلبه مصلحة المحضون، وإن كان قد فتح المجال بموجب المادة 222 ق.أ.ج للعودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية لسد الثغرات القانونية.



وعرف الحنفية الحضانة: "بأنها تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة لمن له الحق في الحضانة."⁵

عرفها الشافعية: "بأنها حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه لصغر أو جنون أو عته."⁶

كما عرفها الفقه الحنبلي فقال ابن قدامه: "هي كفالة الطفل وحفظه من الهلاك، والإنفاق عليه وإنجازه من المهالك."⁷

إن الظاهر من هذه التعريفات الفقهية أنها تتفق في مدلولها حول الحضانة وتتماشى مع الحكمة التي شرعت لأجلها الحضانة وهي حفظ المحضون من الهلاك والضياع، وإن اختلفت في العبارات. على أن هذه التعريفات لا تختلف عما ورد في قانون الأسرة الجزائري⁸، فقد نص في المادة 62 من قانون الأسرة جزائري بقولها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك."

على أن الملاحظ في هذا النص أن المشرع الجزائري ركز في تعريفه للحضانة على أسبابها وأهدافها وهي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحته وخلقا. ومما يؤخذ على هذا التعريف أنه استخدم مصطلح الولد من دون أن يشير

الحضانة، ثم بعد ذلك التطرق إلى طبيعة أو إعطاء وصف لمسألة الحضانة

الفرع الأول: تحديد مضمون فكرة الحضانة.

تشكل الحضانة إحدى أهم الوسائل التي بموجبها يمكن العناية والحرص على حماية حقوق المحضون والسهر على مصالحه وتنشئته وتنشئة سليمة وفق أسس متينة، فمداها تحقيق المصلحة والنفع للطفل بالدرجة الأولى. لأجل الوقوف على مضمونها سنحاول تعريفها وطبيعتها الشرعية.

أولاً: تعريف الحضانة

يقصد بالحضانة لغة الضم مأخوذة من الحضن وهو الصدر، فالحاضن يضم المحضون إلى نفسه فكأنه يضمه إلى صدره ويحميه¹، أما اصطلاحاً الحضانة هي رعاية وتربية الطفل والعناية به والقيام بكل ما يصلح أمره ووقايته مما يؤذيه في سن معينة ممن له الحق في ذلك²، أو هي القيام بتربية الطفل ورعاية شؤونه وتبدير طعامه وشرابه ولباسه وتنظيفه وقيمه ونومه³.

نظراً لأهمية الحضانة أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة بها، وتباينت تعريفات الفقهاء لها نذكر منه على سبيل المثال:

عرفها فقهاء المالكية: فعرض لها العدوي بقوله: "هي الكفالة والتربية والقيام بجميع أمور المحضون ومصالحه، وهي: فرض كفاية لا يحل أن يترك الطفل بغير كفالة"⁴.

⁵ انظر، صلاح الدين جمال الدين، مشكلات الحضانة في زواج الأجانب (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 09.

⁶ انظر نشوان زكي سليمان، الحضانة وشروط ممارستها (دراسة مقارنة)، مجلة الرافين، المجلد 16، العدد 59، السنة 18، جامعة الموصل، العراق، ص 63.

⁷ انظر، نشوان زكي سليمان، المرجع السابق، ص 63.

⁸ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، ج. ر 24 المؤرخة في 12/06/1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، ج. ر 15 المؤرخة في 27/02/2005.

¹ انظر، ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج 13، دار الصادر، بيروت 1990، ص 122.

² انظر، رمضان على السيد الشرنباوي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص 169.

³ انظر، بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، 112.

⁴ انظر، محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشرع والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، 2010، ص 30.

بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية.⁵

من هنا فالحضانة هي تربية الصغير وتنشئته وحفظه مما يضره، ولما كانت كذلك فهي حق للصغير في أن يكون له من يتولها ويقوم بشؤونه، وواجب لما في ذلك من أعباء القيام بمسؤولية الحفظ والرعاية، لذلك تثار مسألة طبيعة الحضانة من حيث كونه الحق أو الواجب، لذلك تباينت الآراء حول تحديد طبيعة الحضانة وما يترتب على ذلك من آثار ومدى إمكانية صاحب حق التنازل عنه وبين من اعتبرها واجب وعليه لا يمكن التنازل عنها.

ثانياً: طبيعة الحضانة شرعاً.

اتجهت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية الشريعة الإسلامية إلى القول أن الطبيعة الحضانة أما حق للحاضن وأما حق للمحضون ورأي توفيقى هي حق مشترك بين الحاضن والمحضون، وكل رأي له حجته الشرعية، هذه الآراء هي على النحو التالي:

الاتباع الأول: الحضانة لله تعالى

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الحضانة حق لله تعالى فإذا أسقطتها الحاضنة لا تسقط ولا تجبر عليها، إلا إذا وجد عذر عن الوفاء بها، مستدلين في ذلك إلى أن الحضانة شرعت لحفظ النفوس وحفظها من حقوق الله تعالى وفي هذا قال المالكية في إحدى الروايتين والاباضية في قول لهم⁶.

الاتباع الثاني: الحضانة حق للمحضون

يرى القائلون بهذا الاتجاه إلى أن الحضانة حق للمحضون فهي واجب طبيعي تقوم به الأم إزاء الطفل

التعريف لا من بعيد ولا قريب إلى مصلحة الولد المحضون ذكر كان أو أنثى¹.

أما القانون العراقي نص على أنه: "يقصد باصطلاح الحضانة في قانون الأحوال الشخصية: تربية الطفل وتبدير شؤونه من قبل من له الحق في ذلك قانوناً، والمحافظة على من لا يستطيع تبدير أموره بنفسه، وتربيته بما يصلحه ويقيه مما يضره"².

كما عرفه المشرع المغربي في المادة 163 من مدونة الأسرة بنصه: "حفظ الولد مما يضره والقيام بتربيته ومصالحه"³.

كذلك قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 27 لسنة 2005 في مادته 143 عرف الحضانة بأنها: "حفظ الولد وتربية ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي على الولاية على النفس"، إذن الحضانة تعني وجود علاقة شخصين الأول المحضون (الطفل الصغير) بحاجة لرعاية خاصة، والثاني الحاضن⁴.

في هذا الشأن يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الوارد في المادة 62 ق.أ.ج يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية، حيث أنه تعريف جمع في عموميته كل ما يتعلق

¹ انظر، نشوان زكي سليمان، المرجع السابق، ص 22.

² قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 (التعديل الثاني) المقدمة، رابعا 2، ص 17.

³ مدونة قانون الأسرة المغربية.

⁴ انظر، حسن رجب محمد خلف الزيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي (دراسة مقارنة)، مجلة التقني، المجلد الرابع والعشرون، العدد العاشر، 2011، ص 642.

⁵ انظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، دار البحث، قسنطينة، ص 293.

⁶ انظر، نشوان زكي سليمان، المرجع السابق، ص 59.



تستحق البذل الذي تصالحت عليه لان الحاضن يملك حقه ولا يملك إسقاط حق غيره.

- إذا ما خلعت أم المحضون أباه على أن تترك حقها في حضانتها مدة الحضانة، فان الخلع يصح، ولكن البذل يبطل لأنها فوتت حق المحضون وهي لا تملك هذا الحق.

الحضانة حق للحاضن الإلزامي الثالث:

يرى أن الحضانة هي حق للحاضنة (الأم) لا تجبر عليها إن امتنعت أو تنازلت عن حقها، إلا إذا لم يوجد غيرها أو لم يقبل الصغير حضانة غيرها، أو لم يكن للأب أو الصغير مال يكفي لاستئجار الحضانة⁶.

بناء على ذلك إذا أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة من غير عذر - فلا تعود الحاضنة إن أرادت العودة إليها لان من اسقط حقه لا يجوز أن يرجع عليه - وبهذا الرأي هو المشهور عند المالكية وقال به أحمد والشافعي والبعض من الحنفية والحنابلة والأمامية⁷.

ويترتب على هذا القول أن الحضانة حق للحاضنة عدة نتائج منها أنه

- لا يجوز لأب الصغير أن ينقله من البلدة التي تقيم فيها الحاضنة، لأنه أن فعل ذلك ضيع عليها حقها.

- كما لا يجوز للأب أيضا أن ينتزع الصغير من يد حاضنته المستكملة لشروط الحضانة ليدفعه إلى من هو دونها في الدرجة لان في ذلك تقويت لحق الحاضنة.

- كذلك لو كان للصغير مرضعة غير التي تحضنه فانه يجب على هذه المرضعة ان تقوم بإرضاعه في منزل الحاضنة حتى لا تقوت حقها في حضانتها.

الصغير، وليس للحاضن الامتناع عنها إنما تجبر عليها بوصفها واجبا عينيا عليه¹، إي لا يجوز بناء على ذلك الامتناع عن القيام بهذا الواجب، فإذا امتنعت من لها الحق في الحضانة أجبرت عليها، ولا يجوز لها إسقاط حق غيرها، وهذا القول لبعض الفقهاء في المذهب المالكي والحنفي والإباضي².

يقول أبو زهرة: "إنما ثبت وجوب الحضانة على النساء أولا، لان الطفل في ذلك الدور من حياته يحتاج إلى رعايتهن".³ لذلك الحضانة حق للصغير أي حقه أن يتولاه من يقوم على تربيته بسبب البراءة التي ولد عليها ونموه البطء وعجزه عن القيام بشؤونه، وتعهده حتى يتدبر هو وحده أمر نفسه دون حاجة إلى مساعدة من غيره.

واستدل أصحاب هذا الرأي لقوله تعالى "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين".⁴ أمر والأمر يفيد الوجوب فلا يصح إسقاط الحضانة لأن مدار الحضانة على النفع، ونفعه لا يتحقق إلا عند أمه ما كان بحاجة إليها لما لها من كمال الشفقة التي لا تتوفر لدى غيرها⁵.

ويترتب على كون الحضانة حق للمحضون ما يلي:

- انه لا يجوز لأم المحضون المستحقة لحضانتها أن تصالح أباه على إسقاط حقها في الحضانة مقابل بدل تأخذه، منه لما في ذلك من تقويت لحق المحضون وهي لا تملك إسقاط حقه فان فعلت ذلك لم يصح الصلح، ولم

¹ - انظر، مرنان عبد الرحمان، أحكام الحضانة ومدى تأثيرها بالعنصر الأجنبي، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، الجزائر، 1978، ص 27.

² انظر، المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، 2010، ص 507، نقلا عن أبو زمرة، الأحوال الشخصية، ص 406.

³ انظر، صلاح الدين جمال الدين، مشكلات الحضانة في زواج الأجانب، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004، ص 108.

⁴ سورة البقرة، 233 الآية.

⁵ انظر، نشوان زكي سليمان، المرجع السابق، ص 59.

⁶ انظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 100.

⁷ انظر، عبد الرحمان مرنان، المرجع السابق، ص 27.

الاتجاه الخامس: المصالح ثلاثية حقوق خلق الصغير، خلق المصالح وخلق الأب

هذا الاتجاه الأخير يرى بأن الحضانة ثلاثة حقوق حق الصغير وحق الحاضنة وحق للأب، والتوفيق بينهما واجب متى أمكن الوصول إليه وإلا فمصلحة الصغير هي المقدمة، لأن مدار الحضانة على نفع المحضون، كما أنه لا يضار الأب بولده والأم بولدها، وهذا الرأي استقر عليه القضاء المصري⁴.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري:

أما عن طبيعة الحضانة في التشريع الجزائري فبحسب نص المادة 66 ق.أ.ج وردت عبارة " يسقط حق الحاضنة " من جهة وعبارة " بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون "، هذه العبارات تدل على أنها حق للحاضن كما نص المشرع على ذلك من جهة والسماح للحاضنة بالتنازل من جهة آخر مع اشتراط عدم الإضرار بالمحضون كما أشار إليه نص المادة 66 ق.أ.ج.

وفي مواد أخرى من ذات القانون بين أن الحضانة حق للحاضنة كنص المادة 67 فقرة 2 التي نص على عدم

⁴ جاء في القرار الأول: " المنصوص عليه شرعا أن الحضانة ثلاثة حقوق حق الصغير وحق الأم وحق الأب، وأن غير الأب من العصبية في حكمه وغير الأم من الحاضنات كالأم، وأن هذه الحقوق متى أمكن التوفيق بينها وجب أن يصار إلي التوفيق نظرا لمصلحة الصغير - وأن تعارضت فيقدم حق الصغير على غيره لأن مدار الحضانة على نفع الولد كما أنه لا يضار المولود له بولده لا تضار الحاضنة بهذا الولد أما أو غيرا. " قرار رقم 36/48، آجا (32/12/21)، ت س، م ش 370/10، أنضر ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص 85.

وفي قرار آخر: " في الحضانة ثلاثة حقوق بعضها في الوجوب أقوى من الآخر، حق الصغير، حق الحاضنة، حق الأب، وهذه الحقوق مجتمعة متى أمكن التوفيق بينها صير إليه، وإلا فحق الصغير أولى بالرعاية والاعتبار فيقدم على حقهما جميعا. " قرار رقم 47/295 الطارين (48/01/20) م ش 240/20، أنضر ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص 87.

إلا أنه انتقد هذا الرأي على أنه اجتهاد فقهي يمثل خطر على مصلحة الصغير ويتناقض مع الغاية التي شرعت لأجلها الحضانة¹.

الاتجاه الرابع: المصالح خلق مشترك بين الحاضن والمحضون

يرى جانب من الفقه الحنفي والبعض من الشافعية أن الحضانة حق للام الحاضنة والمحضون فان وجد من يقوم بها لا تجبر الأم عليها وحق المحضون أقوى، لأن مصلحة الصغير مقدمة على مصلحة حاضنيه ويجب العمل بما هو أنفع وأصل له².

وقد رجح بعض المعاصرين هذا القول بأن الحضانة حق للحاضنة والمحضون معا، وهذا التكييف في يتماشى مع مصلحة كل منهما فالمحضون صاحب حق في أن يكون عند أمه التي وضعته وأشفق الناس عليه، أو حضانة العمل بما هو أنفع وأصل له.

وقد رجح بعض المعاصرين هذا القول بأن الحضانة حق للحاضنة والمحضون معا، وهذا التكييف في يتماشى مع مصلحة كل منهما فالمحضون صاحب حق في أن يكون عند أمه التي وضعته وأشفق الناس عليه، أو حضانة النساء عموما في هذه الفترة من حياته اذ النساء اقدر على أمور الحضانة من الرجال ومن ناحية أخرى حق للحاضن لأن الشارع جعل لها ذلك وتجتمع المصلحة في ان يثبت المحضون على الجادة وأن يبتعد عما هو شائن³.

وان كان حسب هذا الرأي الحضانة هي مؤسسة يتعايش فيها حقان حقا للمحضون وحق الحاضن ولكن الأول أقوى من الثاني.

¹ انظر، حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004-2005، ص 453.

² انظر، نشوان زكي سليمان، المرجع السابق، ص 70.

³ انظر، محمد عليوي ناصر، المرجع السابق، ص 123.



الذي توفرت فيه الشروط القانونية من إسناد الحضانة إليه ومن حق المحضون أن يسند إلى أيادي أمينة تحافظ عليه وتصوره بما تقتضي مصلحته في ذلك، إلا أن تكييف الحضانة في العلاقات الدولية الخاص يختلف عنه في الفقه الشرعي كما سنرى في البند الموالي.

الفرع الثالث: أولوية الأمر فلاح إسناد الحضانه.

بعد أن بين مفهوم حق الحضانة نتساءل في هذا المطلب عن أصحاب الأولوية في استحقاقها، بمعنى الشخص الأكثر كفاءة وقدرة على القيام بمسؤولياته ومهامه تجاه المحضون، لكن بما أن الدراسة تشمل أحقية الأم الأجنبية في الحضانة سنركز عن أحقية الأم في إسناد الحضانة والشروط الخاصة بالأم الأجنبية في إسناد الحضانة.

أولاً: خلق الأمر فلاح الحضانه

لما كانت المرأة أكثر الناس شفقة ورحمة على الصغير وألحق لحضانته وأشد صبرا على تلبية حاجاته المتنوعة فقد قدمها الشرع على الرجل في استحقاق الحضانة، من هذا المنظور يشهد البعض أن الحضانة مؤسسة نسوية بالأساس، فالنساء تحتفظ بالأولوية وتحظى بالأسبقية في موضوع الحضانة إن لم نقل تحتكره.⁴

إن كانت للنساء الأولوية في الحضانة قبل الرجال لأنهن مطبوعات على الحنان والشفقة وأصبر على القيام بتربية الطفل ورعاية شؤونه، فكانت الأم في صدر قائمة المستحقين للحضانة فهي أولى من غيرها في حضانة ابنها وذلك استنادا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم حيث جاءته امرأة فقالت: "يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء وأن أباه

سقوط حق الحضانة بسبب عملها وكالمادة 68 التي جعل المشرع بمقتضاها مصير ممارسة الحضانة رهن إرادة صاحبها إذ منح مطالبتها في ظرف سنة، ونص المادة 71 الذي أكدت على أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الشرعي، كما أن المشرع الجزائري أبرز حق المحضون والدعوة إلى تعالیه على أي حق آخر بحيث أضاف عبارة مصلحة المحضون في المواد 62، 67، 60 أو ما يماثلها كعبارة "ما لم يضر بمصلحة المحضون". مما يتقدم يظهر أن المشرع الجزائري يرى بأن الحضانة حق للحاضن والمحضون معا، وهذا ما استقر عليه القضاء الجزائري حيث قضى المجلس الأعلى في 25 ديسمبر 1968 على "أن الحضانة حق وواجبات في آن واحد".¹

كما قرر في قرار صادر بتاريخ 1986/05/05 بأن: "من المقرر شرعا بان الشريعة الإسلامية تراعي بالدرجة الأولى مصلحة الأولاد المحضونين".²

أيضا تأكد هذا المبدأ كذلك في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2002/07/03 وذلك بقولها: "حيث إن عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط... فضلا عن ذلك أن الحضانة ليست حق للحاضنين فقط وإنما هي حق للمحضون أيضا".³

من خلال ما سبق بيانه من قرارات للمحكمة العليا والمجلس الأعلى الجزائري فإن موقفه يتماشى مع الرأي الراجح في الفقه الشرعي والذي يرى أن الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون فمن حق الحاضن

¹ انظر، المجلس الأعلى، غ.م، 1968/12/25، ن.س، 1986، ص136.

² ملف رقم 41110، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1986/05/05، غير منشور، مقتبس عن العربي بلحاج، مبادئ الاجتهاد... المرجع السابق، ص128 -

³ ملف رقم 274207، المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2002/07/03، (غير منشور)، نقلا عن تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون، المرجع السابق، ص517.

⁴ - v, hadjira benchikh hocine denouni, la garde un attribut de la maternité en droit algérien, R.I.D. C, V38, n°3, p897-917

من التشريعات، كما نص عليه القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية وإن كان فصل في حق الحضانة بين حالتين، الأولى أثناء قيام الزوجية فالحضانة واجبة على الأبوين سوية⁸ أما في حالة الفرقة فإن كان الصغير فالأم ملزمة بالحضانة وليس لها تركها⁹.

لم يخرج المشرع الجزائري عن هذه القاعدة وأكد هو بدوره أولوية الأم في حضانة الأطفال كما أشرنا سابقا، ذلك من خلال نص المادة 64 من قانون الأسرة فالأولوية في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة يعود للأم، وقد كرس القضاء الجزائري هذا المبدأ من خلال عدة قرارات سواء تعلق الأمر بالقرارات السابقة لصدور قانون الأسرة الجزائري أي لسنة 1984 والتي استمد أحكامها من مبادئ الشريعة الإسلامية أو اللاحقة لصدور قانون الأسرة على كل سنحاول سرد بعض القرارات المتعلقة بهذه المسألة.

طلقني ويريد أن ينتزعه مني"، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق بهم ما لم تتكحي".¹

فيعتبر هذا الحديث دليل ثابت على أن لأم الأولوية عن الأب في حضانة طفلها ما لم يحصل مانع في زواجها، وهذا ما استند إليه الشوكاني، ويقول ابن المنذر في هذا الصدد "أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد أن الأم أحق به ما لم تتكح".²

وفي هذا المجال أثبتت الدراسات أن الأم أكثر إمداد للمحضون بالعطف والطمأنينة، وهي قواعد أساسية لنشأته نشأة سليمة فما يتلقاه من تربية منذ ولادته لا حتى بلوغه سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل جوانب شخصيته سواء النفسية أو الخلقية أو الاجتماعية طيلة سنوات عمره.³

كما استقر على هذا الرأي أغلب التشريعات فنص عليه المشرع العراقي⁴ واستقر عليه القضاء العراقي عليه⁵، والمشرع الكويتي⁶، والمشرع المغربي⁷ إلى غير ذلك

المشامي، مطبعة الزمان 1999، نقلا عن شذى مظفر، المرجع السابق، ص

⁶ المادة 183 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 151 لسنة 1984: "أ- حق الحضانة للأم، وإن علت، ثم الخالة". وفي المذكرة الإيضاحية وبخصوص هذه المادة ص 286: "جاء الأم فهي أحق الناس بالحضانة سواء كانت زوجة لأبي الصغير أو مطلقة ثم تقول، "ولان الأم الأشفق وأقدر على تحمل مشاققة الأولاد فكان في تفويض الحضانة إليها مصلحة الصغير، أنضر محمد ناصر عليوي، المرجع السابق، ص 48.

⁷ المادة 171 من مدونة الأسرة المغربية: "نحول الحضانة للأم.....".
⁸ المادة 137 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية: "الحضانة من واجبات الأبوين معا ما دامت الزوجية قائمة بينهما فإن افترقا فهي للأم، ثم للأب، ثم لأقرباء المحضون وفق الترتيب التالي ما لم يقدر القاضي خلافه لمصلحة المحضون: جدة المحضون للأمه وإن علت، ثم خالته، ثم خالة أمه، ثم عمه أمه، ثم جدته لأبهر وإن علت، ثم أختها، ثم عمته، ثم عمه أبيه، ثم خالة أبيه، ثم بنت أخيه، ثم بنت أختها، ويقدم في الجميع الشقيق ثم لام، ثم لأب".
⁹ المادة 139: "إذا تركت الأم بيت الزوجية لخلاف أو غيره، فتكون الحضانة لها ما لم يقدر القاضي خلاف ذلك، وإذا كان المحضون رضيعا تلتزم الأم بحضانتهم.

¹ انظر، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، دار الفكر للطباعة، لبنان، حديث رقم 2276، ص 252.

² انظر، ابن القيم الجوزي، زاد المعاد في هدي خير العباد، دار الفجر للتراث، القاهرة، 1999، ص 134..

³ أنضر خيرة العرابي، الحضانة عند المشرع الجزائري وفي الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 2002، ص 202.

⁴ نص في المادة 1/57 من القانون رقم 188 لسنة 1959: "على أن الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون".

⁵ استقر عليه قضاء محكمة التمييز العراقية، فقد جاء في قرار لها: "الأم أحق بالحضانة مادامت محتفظة بشروط الحضانة". قرار محكمة التمييز المرقم 1126/شخصية/2000، نقلا عن شذى مظفر، المرجع السابق، ص، وفي قرار آخر: "الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك". أنضر قرار محكمة التمييز المرقم 171 في 27/02/1995، مشار إليه في المختار من قضاء محكمة التمييز قسم الأحوال الشخصية، إعداد إبراهيم



1- أثر اختلاف الدين على إسناد الحضانة

من المعلوم أن الزواج المختلط يكون بين شخصين مختلفين في الجنسية وحتى من الممكن أن يكون هناك اختلاف في الدين أيضا لذلك لزاما علينا البحث عن أثر اختلاف الدين في إسناد الحضانة. في الواقع للإجابة عن هذا السؤال لم نجد نص قانوني في التشريع الجزائري نسترشد به، مما يتعين علينا الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 قانون الأسرة جزائري.

إن كان فقهاء الشريعة الإسلامية انقسم في مسألة إسناد الحضانة إلى الأم الأجنبية (غير مسلمة)، إلى رأيين مختلفين الأول بالنسبة للشافعية والحنابلة إذ اشترطوا إسلام الحاضن سواء كان ذكرا أو أنثى، بينما ذهب الأحناف والمالكية خلاف ذلك، يجوز إسناد الحضانة إلى الأم الغير المسلمة وعللوا ذلك بكون شفقة المرأة على المحضون لا تختلف باختلاف الدين.

الرأي الأول: اختلاف الدين بين الحاضنة والمحضون لا يؤثر في أحقية الحاضنة لحضانة صغيرها، فإذا كانت الحاضنة غير المسلمة والولد مسلم فيجوز حضانتها له سواء كانت أما أولا، وسواء كان رباط الزوجية قائما بين الزوجين أو انفصمت عرى الزوجية.

تفصيل ذلك حسب ما يرى الحنفية أنه إذا كانت الحضانة للمرأة فانه لا يشترط اتحاد الدين لان الحضانة مبنية على الشفقة والرفق وهذا أمر تستوي فيه غير المسلمة مع المسلمة، إلا في حالة واحدة وهي كون المرأة مرتدة³، أما إذا كانت الحضانة للعصبة من الرجال

ففي قرار مؤرخ في 12/05/1968 صادر عن المجلس ورد فيه: "وحيث إن الشريعة حرصا منها على مصلحة الطفل تكل حضانتها إلى أمه أولا طالما أنه لم يسقط عنها حقها فيها لأحد الأسباب المبنية بوضوح".¹

في قرار آخر مؤرخ في 14/02/2013 نصت المحكمة العليا وفي تعليلها لإسناد الحضانة إلى الأم: "لكن حيث إنه طبقا لأحكام المادة 64 من قانون الأسرة فان الأم أولى بحضانة أبنائها خاصة وأن البنت المذكورة لا تزال طفلة صغيرة في أمس الحاجة إلى خدمة النساء التي يعجز الطاعن عن تقديمها لها في مثل هذه السن، ومن ثم فان مصلحتها تقتضي إسنادها إليها".²

إذا كان حق الأم مادام أنها كانت مستوفية للشروط القانونية في الحضانة ثابتا فقها وقانونا وقضاء، إلا أن السؤال الذي يثار في هذه الحالة حينما نكون في انحلال زواج مختلط ما مدى أحقية الأم الأجنبية في حضانة أبنائها، بمعنى آخر ما مدى اختلاف الدين في إسناد الحضانة؟

ثانيا: أثر الدين على إسناد الحضانة

إذا ما وقع الشقاق بين الزوجين وكان بينهما أطفال أول ما يثار بالنسبة للأطفال إلى من تسند حضانتهم، أو من الأحق بالحضانة، لكن الإجابة ليست بهذه السهولة خاصة إذا كان الحضانة مرتبطة بانحلال زواج مختلط، مما يطرح مسألة اختلاف العادات والتقاليد وسلوكيات الأفراد الاجتماعية والأكثر من كل ذلك تثار إشكالية اختلاف الدين مما يطرح التساؤل ما مدى أحقية الأم الأجنبية في الحضانة؟

¹ قرار بتاريخ 12/05/1968، نشرة القضاة، العدد الرابع، ص 79.

² ملف رقم 728882، قرار مؤرخ في 14/02/2013، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2014، ص 307.

³ انظر، بدر الدين العيني الحنفي، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الاولى، 1420هـ، 2000م، ص 466

ناحية وقال لها اقعدي ناحية، وأقعد الصبية بينهما، ثم قال أدعوها فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: لهم اهديها، فمالت الصبية إلى أبيها فأخذها.⁵ وجه الدلالة: تخيير النبي صلى الله عليه وسلم للطفلة فيه دلالة على أحقية الأم الكافرة في حضانة ولدها المسلم مما انه يدل على انه لا اثر لاختلاف الدين في الحضانة.⁶

- أن الحضانة إنما شرعت لخدمت الرضيع والقيام على شؤونه، والأم أكثر الناس شفقة على ولدها وأكثرهم قدرة على رعايته وفي هذا تستوي المسلمة والكافرة.⁷

الرأي الثاني: لا يجوز ثبوت الحضانة لغير المسلم على المسلم، فلا بد من اتحاد الدين بين الحضانة والمحضون وهو رأي الشافعية والحنابلة وبن القيم والظاهرية.⁸

واستدلوا أصحاب هذا الرأي على ما يلي:

- أن الحضانة نوع من أنواع الولاية والله سبحانه وتعالى قطع الموالاة بين الكافرين والمؤمنين سبحانه وتعالى، قطع الموالاة بين الكافرين والمؤمنين⁹ حيث قال عز وجل: "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا".¹⁰

- إن الحاضن حريص على تربية المحضون على دينه وفي حضانة الكافر للمسلم تنشئة للمسلم على عقيدة

فيشترط لصحة الحضانة أن يكون الحاضن متحدا دسنة مع دين الصغير¹

لكن هناك شرطان لا بد من توافرها بحيث إذا تخلف أحدهما تسقط حضانة غير المسلمة للولد المسلم وهما:

1- أن يكون الصغير غير عاقل للأديان، فان عقل الأديان سقطت حضانة الكافرة له.

2- الأمن عليه من التأثير بعقيدة الكفار، أما إذا خيف عليه أن يعتاد الكفر أو يألفه، كان تأخذه معه إلى الكنيسة أو تسقيه خمرا أو تطعمه الخنزير، فعندئذ يسقط حقها في الحضانة.²

أما المالكية أن الحضانة تثبت للكافرة على المحضون وقد جاء في هذا السياق في مدونة الإمام مالك: "قلت أرأيت إن طلقها زوجها وهو مسلم وهي نصرانية أو يهودية، ومعها ولد صغار من أحق بولدها؟ قال هي أحق بولدها وهي كالمسلمة في ولدها...قلت فان كانت مجوسية؟ قال أحق بالولد واليهودية والمجوسية في هذا سواء بمنزلة المسلمة".³

واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

- " أن رافعا بن سنان أسلم وأبنت امرأته أن تسلم فأتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي فطيم⁴ أو شبهه، وقال رافع ابنتي، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم اقعد

¹ انظر، علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، دون تاريخ، ص157.

² انظر، الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المجلد الثاني، الجزء 5، في حضانة الأم، مطبعة السعادة بجوار مصر القديمة 1323 هـ، ص356.

³ انظر، المرجع نفسه، ص356.

⁴ الفطيم: المفطوم ذكرا كان أم انثى والجمع فطم، والفطام انتقال أولاد الحيوان من الرضاع الى اكل العلف، أنظر ابن منظور، لسان العرب، 2/219، (وفطم الصبي فصله عن الرضاع، أو شبهه أي شبه الفطيم) انظر، أبادي، عون المعبود، 6/238.

⁵ انظر، أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب اذا اسلم أحد الابوين برقم 2244، ص2/273.

⁶ انظر، الصنعاني محمد بن اسماعيل، سبل الإسلام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1379، هـ، (2/156).

⁷ انظر، السرخسي محمد ابي سهل، المبسوط، دار المعارف، بيروت، 1406 هـ، ص210..

⁸ انظر، النووي يحيى بن شرف، روضة الطالبين، دار المعارف، بيروت، 98/9.

⁹ انظر، ابن القيم زاد الميعاد، المرجع السابق، (5/409)

¹⁰ سورة النساء آية 141.



الجزائري يتماشى مع ما ذهب إليه المالكية والحنفية في أن إسلام الحاضنة الأم ليس بشرط لممارسة الحضانة أو كونها غير مسلمة لا يعتبر انتقاد أو انتقاص لها وإنما المشرع الجزائري وضع شروط عامة تحدد صلاحية ممارسة الحضانة وكلاهما (المسلمة وغير المسلمة) تخضعان لنفس الشروط.

لكن هناك إشكالية غاية في الأهمية ففي الحالة السابقة الأم غير مسلمة منذ البداية، غير أن ماذا لو أن هذه الأم كانت في الأصل مسلمة ولكن غيرت دينها فهل تسند لها الحضانة؟

2- تغيير الدين وأثره فاعل إسناد الحضانة

قرر الإسلام الحرية الدينية للإنسان في معتقده، وعباداته وطقوسه وأماكن عبادته، وحمايته وطبق الإسلام ذلك عمليا، والتزم به المسلمون نظريا وعمليا مع أهل الذمة والشعوب التي حكمها الإسلام⁴.

لكن هذه الحرية الدينية ليست مطلقة فان كان أصحاب الديانات الأخرى غير الإسلام لهم الحق في تغيير ديانتهم، فالأمر ليس كذلك بالنسبة للأسمى الأديان "الإسلام"، وهذا الطرح يثير مسألة الردة، وحكم الارتداد عن الإسلام هو ما يثيره كثير من الأعداء والمشككين، وضعاف الإيمان، أمام هذا الطرح نتساءل عن المقصود بالردة وأثرها في إسناد الحضانة؟

أ- تعريف الردة.

يقصد بالردة لغة: الرجوع والإعادة، أي رجوع الشيء إلى غيره، أو إعادته إلى حاله⁵.

الكفار ولنا في ذلك حديث للرسول الله صلى الله عليه وسلم: "فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه" فالطفل عندما يكون سليم الفطرة لا يعقل الأديان تنتقش في ذاكرته كل عقيدة يتلقاه وفي ذلك خوف عليه وإلحاق الضرر به.

بعد ما رأينا موقف الفقه من إشكالية إسناد الحضانة للام غير المسلمة بقي لنا أن نتساءل عن موقف القضاء الجزائري من هذه المسألة باستعراض بعضا من أحكامه، اذ قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 05 أفريل 1982 بصريح العبارة: "إن العمل بالمجلس فيما يخص الحضانة لا يتحيز بين الأم المسلمة وغير المسلمة، فكليهما الأولوية فيها طالما كانتا تعيشان بالجزائر....."¹

وفي قرار آخر صدر بتاريخ 08/03/1982 قضى المجلس أن المجلس الأعلى لحد الآن لم يعتبر...الاختلاف في الدين من مسقطات الحضانة، فالمسيحية لها....الأولوية فيها بالجزائر كما للمسلمة الحق فيها... وأن الشريعة الإسلامية تولي الأهمية في مسألة الحضانة للام وتعطي لها الأسبقية فيها بقطع النظر عن دينها.²

وفي قرار آخر: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه."³

وما يمكن استخلاصه من القرارات السالفة الذكر وسكوت المشرع لجزائري عن المسألة، أن موقف القضاء

¹ انظر المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 05/04/1982، ملف رقم 23063 غير منشور، منقول عن تشوار زكية، حماية المحضون عبر ممارسة الحضانة، ص56.

² انظر، المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 08/03/1982، ملف رقم 29293، غير منشور، مقتبس عن تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون، المرجع السابق، ص350.

³ قرار المحكمة العليا رقم 52221، بتاريخ 13/03/1989، م.ق عدد 01، سنة 1993، ص48.

⁴ انظر، محمد الزحيلي الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية أبعادها وضوابطها، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية، المجلد 27، العدد الأول، سنة 2001، ص308.

⁵ المعجم الوسيط، معجم اللغة العربية، مطبعة مصر، 1381هـ - 1961م، 337/1.

أو من القاضي الشرعي، ولا يقبل التكفير والحكم بالردة من الجاهل وأنصاف العلماء⁵.

أما في ما يخص تأثير مسألة الردة على الحضانة، فيشترط في الحاضن ذكرا كان أو أنثى ألا يكون مرتدا عن دين الإسلام، حيث أن رده قد تدفعه إلى أن يغير دين الصغير فلا يؤمن عليه فلا يكون بناء على ذلك الحق في الحضانة.

ويرى جانب من الفقه الإسلامي أن سبب عدم ثبوت حق الحضانة للمرتدة إلى حبسها لتموت أو لتتوب، إذ وهي في هذه الحالة لا تتمكن من القيام بتربية أولادها والعناية بأمرهم⁶.

لكن بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري لم نجد ما يشر صراحة إلى هذا الشرط، وإن كان المشرع الجزائري قد اعتبر صراحة الردة مانعا للميراث في نص المادة 138 من قانون الأسرة، لذلك سنحاول بحث موقف القضاء الجزائري من مسألة الردة ففي قرار مؤرخ 13/03/1989: "لا تسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية حقها في الحضانة، طالما لا تثبت ردها عن الدين الإسلامي"⁷.

من خلال ما سبق تبيانه أن حق حضانة الأم الأجنبية يتمشى التكليف الراجح في الفقه الشرعي الذي يرى أن الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون، فمن حق الحاضن الذي توفرت فيه الشروط القانونية من إسناد الحضانة إليه، ومن حق المحضون أن يسند إلى أيادي أمينة تحافظ عليه وتصوره، بما تقضي مصلحته في ذلك، ولن يجد أشفق وأحن عليه في ذلك من أمه،

أما في الاصطلاح الشرعي: هي الخروج عن الإسلام باعتقاد أو قول أو عمل، فهي رجوع عن دين الإسلام إلى الكفر، كمن ينكر وجود الله، أو نفي الرسل، أو تكذيب رسول، أو أنكر حكما شرعيا معلوما من الدين بالضرورة، أو حل حراما أو مجمعا عليه، أو ثابتا بدليل قطعي، أو أتى فعلا من أفعال الكفار في العقيدة والعبادة¹.

ب- حكم الردة والارتداد.

أجمع العلماء على تحريم الردة، وأنها جريمة كبرى، وهي من أكبر الكبائر، وتستوجب العقاب الشديد في الدنيا، والعقاب الوبيل والخلود في نار الآخرة إذا مات عليها لقوله تعالى: "ومن يرتدد منكم عن دينه، فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة، وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون"².

وما تجدر الإشارة إليه انه يشترط في الحكم بالردة أن يكون الشخص مسلما أولا، ثم يترك الإسلام إلى غيره من الأديان، فإن ترك الدين كله كان مرتدا أو ملحدا أو زنديقا، كما يشترط أن يكون المرتد عاقلا، فلا يحكم بردة المجنون والنائم والسكران، وإن يكون بالغا، فلا يحكم بردة الصغير لأنه لم يكتمل عقله، وإن تكون الردة عن قصد واختيار، فإن أكره المسلم على النطق بالكفر فإنه لا يكفر³. لقوله تعالى: "من كفر بالله من بعد إيمانه، إلا من أكره وقلبه مطمئن، ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليه غضب من الله، ولهم عذاب عظيم"⁴.

كما يشترط في الردة صدور الحكم من العلماء الثقات العارفين بالأحكام وغير المسرعين في تكفير المسلمين،

¹ انظر، محمد الزحيلي، المرجع السابق، 403.

² سورة البقرة، الآية 217.

³ أنظر، ومبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلتها، ج7، الاحوال

الشخصية، ط1، دار الفكر الجامعي، دمشق، 1984م، ص556.

⁴ سورة النحل، الآية 106.

⁵ انظر، محمد الزحيلي، المرجع السابق، 403.

⁶ انظر، حميدو زكية، مصلحة المحضون...، المرجع السابق، ص356.

⁷ انظر، المحكمة العليا، ملف رقم 457038، بتاريخ 2008/09/12، م.ق. العدد الثاني، سنة 2008، ص313.



افتراق الزوجين، لحل هذه الإشكالية تبانت مواقف التشريعات المقارنة منها تشريعات منحت لأحد الوالدين الحق في الاعتراض على التعليم الديني لأبنائهم كالقانون الانجليزي والبلجيكي والنمساوي². في حين تشريعات أخرى وحلا لإشكالية التوجيه الديني للقاصر وضعت في تشريعاتها ما يسمى " بسن الرشد الديني "، الذي حدده القانون الألماني 14 سنة في القانون المدني سنة 1921 والقانون السويسري الذي حدده ب16 سنة في المادة 303 من القانون المدني³.

كما يرى الفقه أن الدين الذي يربى عليه الطفل قبل الطلاق هو الذي يجب أن يتبعه بعده، لكن رأي المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مخالف تماما لذلك إذ ترى يجوز لأحد الوالدين أن يغير من ديانة ابنه بإرادة المنفردة، وهو ما جاءت به هذه الأخيرة في قرار "HOFFMAN" الحق في تربية أبنائها على دينها الجديد (LES TEMOINS DE JEHOVAL)، وتمثلت دفع هذه الأخيرة في أن قرار محكمة النقض النمساوية الذي أسند الحضانة لوالد الطفلة يمس بحريتها الدينية وحقها في تربية أولادها وحقها في عدم التدخل في حياتها الشخصية بالإضافة إلى حقها في عدم التمييز⁴.

على هذا فان طرح الإشكالية في المجال الجزائري والدول الإسلامية يأخذ بعدا آخر، بمعنى آخر بالنسبة للمجتمعات ذات المرجعية الدينية الإسلامية الذي يعتبر الإسلام أسمى الأديان والخروج عنه بمعنى الردة والخروج

لكن هذا يدفعنا للتساؤل عن الشروط الخاصة بإسناد الحضانة للام الأجنبية؟

المطلب الثاني: شروط إسناد الحضانة عن الأم الأجنبية.

نضرا لأهمية الحضانة وأثرها في تربية الطفل ورعايته فقدھا المشرع بشروط وجب مراعاتها في إسناد الحضانة، وهذا بحسب ما هو وارد في المادة 62 من قانون الأسرة: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلفا، ويشترط أن يكون أهلا للقيام بذلك."

الملاحظ في هذه المادة أن المشرع الجزائري حصر شروط الحضانة في الأهلية، ولا يقصد بالأهلية هنا بلوغ سن الرشد القانوني وإنما المقصود بالأهلية هنا القدرة على القيام بمهمة شاقة ومحفوفة بالمخاطر تتعلق بحضانة الطفل وإعداده سليما ليكون قادرا على الاعتماد على نفسه في المستقبل.

لكن ما يهمنا في هذا المجال الشروط الخاصة بالأم الأجنبية والمتعلقة بشرط "تربية الولد على دين أبيه"، وشرط الإقامة بالمحزون داخل التراب الوطني وسنحاول دراستها على النحو التالي:

الفرع الأول شرط تربية المحزون على دين أبيه

تثير مسألة إسناد الحضانة في الزواج المختلط العديد من المشاكل فيما يخص الدين¹ الذي يتبعه الطفل بعد

¹ يعرف الدين في اللغة انه الطاعة والقهر والخضوع والذل والتعبد والملك والاقتراض، أما لغة بقصد به علاقة بين طرفين، الطرف الأول يتمتع بالسلطان والقدرة والملك والجبروت والحكم والقهر والمحاسبة والمجازاة، والطرف الثاني يقف في الجانب الآخر بالخضوع والطاعة والذل والاستكانة والعبادة والورع والعلاقة بين الطرفين الدين أو المنهج أو الطريقة التي تحدد علاقة الأول بالثاني وبالعكس، والدين في الاصطلاح له تعريفات كثيرة ومتباينة وأشهر تعاريف لعلماء الإسلام: " وضع الهي يرشد الى الحق في الاعتقاد والى الخير في السلوك والمعاملات." أو انه " وضع الهي سائق لدى العقول

السليمة باختيارهم الصلاح في الحال والفرح في المآل. " أنصر، محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص374.

² P. Courbe, Droit de la famille, Dalloz/Armand COLIN, Coll. U, 3ème, ED, Paris, 2003, P383.

³ انظر مالطي نهار فائزة، حرية الديانة بين النظرية والتطبيق، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، 2005-2006، ص43.

⁴ C.E.D.H, Arret Hoffman C. Autriche, Serie A N°255-C, 23 juin 1993, <http://www.echr.coe.int>.

(réserve)⁴، تؤكد فيه على احترام حق الطفل في حرية التعبير والدين ليس مطلق وإنما مقيد بالمقومات الأساسية للنظام القانوني الجزائري المتمثل في أن الإسلام دين الدولة حسب الدستور الجزائري بالإضافة إلى أن حرية الرأي والضمير لا يمكن المساس بها، إذ أن هذا الإعلان لا يمس بأحكام الاتفاقية وإنما يؤكد ها ويوضح معالمها أكثر، نفس الملاحظة يمكن أن نبديها بالنسبة للجزء الأخير من هذا الإعلان والمتمثل في واجب الدولة على احترام حق الوالدين أو الممثل الشرعي لتوجيهه لممارسة حقه في الدين فحسب الإعلان الجزائري الذي ينص على أن الطفل يربي وفقا لدين أبيه حسب أحكام الشريعة الإسلامية هذه الأخيرة تعد من مقومات الدولة الجزائرية فالإعلان الأول إذا يؤكد بأن أحكام الاتفاقية تتماشى وتشريعاتها السابقة على الصدور.

بعد أن بينا الإشكالية التي تثيرها الدين المتبنى للمحزون، نذهب إلى نص المادة 62 من قانون الأسرة وإلى شرط تربية المحزون على دين أبيه، إذن فزواج المسلمة بالمسلم لا إشكال يثار فوحدة الدين كفيلة بتوجيه الطفل إلى الدين الموحد لأبويه سواء أثناء قيام الزوجية أو بعد الانفصال أما بالنسبة لزواج المسلمة بغير المسلم، فالمسألة كفلها الشرع والقانون بمنع هذا النوع من الزيجات إلا إذا اثبت الزوج دخوله في الإسلام (شهادة اعتناق الإسلام خاصة بالزواج مسلمة من وزارة الشؤون الدينية)، ولكن قد تثار الإشكالية في حالة تغيير الزوج لديناته ما بعد الزواج فهل تربي الحاضنة ابنها على الدين الجديد لأبيه؟

في الواقع من المسائل الجوهرية التي اعتنى بها فقهاء الشريعة الإسلامية التربية الدينية وقد تمت دراساتها في

عن الجماعة، ومسألة مسألة حرية المحزون في اختيار دينته أو تغيير الحاضن لديانة المحزون من المسائل الحساسة.

وبهذا الخصوص نشير إلى أن اتفاقية حقوق الطفل¹ الصادرة بتاريخ 1989 نصت في مادتها 14 على أن:

1- تحترم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين.

2 - تحترم الدول الأطراف حقوق وواجبات الوالدين وكذلك تبعاً للحالة، الأوصياء القانونيين عليه في توجيه الطفل في ممارسة حقه بطريقة تتسجم مع قدرات الطفل المتطورة

- لا يجوز أن يضع الاجهار بالدين، أو المعتقدات إلا للقيود التي ينص عليها القانون والالزمة لحماية السلامة العامة أو النظام أو الصحة أو الآداب العامة أو الحقوق والحريات الأساسية للآخرين.

أثارت الفقرة الأولى من هذه المادة حساسية الدول الأطراف في الاتفاقية² حيث تحفظت 16 دولة بشأنها وأصدرت 5 دول تحفظات عامة مفادها عدم تطبيق أحكام المعاهدة المتعارضة مع الشريعة الإسلامية. كما أصدرت دول من بينها الجزائر إعلانات تفسيرية بخصوصها³.

إذن أرفقت الجزائر وثيقة موافقتها على اتفاقية حقوق الطفل بإعلان تفسيري متعلق بالمادة 14 من الاتفاقية (déclaration interprétative) وليس تحفظاً (

¹ اتفاقية حقوق الطفل التي اعتمدها الجمعية العامة في قرارها 25/44

ليوم 21 نوفمبر 1989، والتي دخلت حيز التنفيذ في 02 سبتمبر 1990

² انظر، مالطي فائزة نهار، المرجع السابق، 43.

³ messaoud mentri, la convention relative aux droits de l'enfant et son application par le juge de statut personnel, R.d.d.S.P.

Faculté de droit tlemcen ; n°3, 2005.P150.

⁴ انظر سهيلة قمودي شيعاوي، وفاء شيعلاوي، الإعلانات التفسيرية الجزائرية المتعلقة باتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، المجلة العلوم القانونية والإدارية العدد 3، سنة 200، ص 200.



ببلوغ المحضون السنة السابعة من عمره وعندها فلا حضانة له.

لكن بالرجوع إلى القضاء الجزائري فمن الثابت أن محاولة الأم تغيير ديانة المحضون يسقط عنها الحضانة وهذا ما نجده في القرار ففي قرار للمحكمة العليا " من المقرر شرعا أن الأم تستحق حضانة الأولاد ولكن شريطة أن يبقى هؤلاء على دين أبيهم ⁴ ". وفي هذا القرار "ثبت من أوراق ملف القضية أن الأم التي هي مسيحية عمدت تمسح الأولاد كما ثبت ذلك من سجل الكنيسة والشهادات على التمسح في الملف، وإن المجلس الأعلى لاحظ أن مع هذا السبب المبطّل للحضانة أقر المجلس القضائي الحضانة للأم، مع أن الطاعن تقدم بطلب إسقاطها ولم يجب المجلس على ذلك، لهذا يستوجب النقض."

على هذا فإن مسألة تربية الولد على دين أبيه لها من الأهمية البالغة في إسناد الحضانة والقضاء الجزائري كما سبق ذكره يسير على نهج المذهب المالكي في إسناد الحضانة إلى الأم الأجنبية ولكن في حالة ثبوت محاولتها لتغيير عقيدة المحضون تسقط الحضانة وهنا يكمن دور رقابة وإشراف الأب والذي يعد صاحب حق الزيارة في هذه الحال، مما يثير مسألة شرط الإقامة بالمحضون داخل التراب الوطني كما سنرى في الشرط الموالي.

الفرع الثالث: شرط مكان ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني.

لما كان النزاع حول الحضانة في الزواج المختلط فمن الواضح أن انحلال رابطة هذا الزواج قد تؤدي برجوع المطلقة إلى بيت أهلها وهنا في أغلب الأحيان يكون خارج التراب الوطني، مما يعني السفر والانتقال

جميع الفرضيات الممكنة رغم اختلاف وجهت النظر فيما بينهم، كما أود أن أشير في البداية أن تبعية الولد عند اختلاف الأبوين في الدين تختص بالولد الصغير الذي لم يبلغ ولم يميز، أو الولد البالغ المجنون (غير العاقل) الذي لا يميز. أما الولد البالغ العاقل فلا يتبع أحد أبويه في الدين عند اختلافهما في الملة، والبالغ لا يحتاج إلى التبعية لأنه بالغ راشد عاقل مسؤول عن تصرفاته ومعتقداته فلا يجبر على تبعية الوالدين في الدين، وإنما يخير العاقل البالغ بين دين أبيه ودين أمه، والدليل على ذلك قوله تعالى: " لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي." ¹ وحديث الغلام (أبو سلامة الأنصاري) الذي أسلم أبوه وأبت أمه أن تسلم فخيره النبي بين أمه وأبيه. ²

بالرجوع إلى التشريع الجزائري نص على تربية الولد على دين أبيه، في حين سكت عن مسألة الأم الغير مسلمة وإسناد الحضانة إليها كما فصلنا سابق، أو حتى متى تسقط عنها، بخلاف ما نجده في بعض التشريعات العربية التي تفرق في مسألة مدة الحضانة بين الأم المسلمة وغير المسلمة ومنها نص المادة 192 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984³. فبقاء المحضون عند الحاضنة مرهون بالمساح الديني للمحضون، فلو علم أن مستحق الحضانة يمهّد للولد ليألف غير الإسلام فلا حضانة له، كما انه حدد موعد انتهاء حضانة غير المسلم على الطفل المسلم

¹ سورة البقرة آية 256.

² انظر عبد الودود مصطفى مرسى السعودي، تبعية الولد لأبويه في الدين، " دراسة فقهية مقارنة بالقانون " حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، السنة الخامسة، العدد 09، ص 233.

³ تنص المادة 192 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 على ما يلي: " الحاضنة غير المسلمة تستحق حضانة الولد المسلم حتى يعقل الأديان، أو يخشى عليه أن يألف غير الإسلام وإن لم يعقل الأديان وفي جميع الأحوال يجوز إبقاء المحضون عند هذه الحاضنة بعد بلوغ السابعة من عمره."

⁴ انظر، ملف رقم 19287 بتاريخ 16/04/1976، نشرة القضاة 1981، العدد 2، ص 108.

عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون." مما لاشك فيه أن نص المادة 69 تتعلق بالانتقال بنية الاستيطان أي الإقامة الدائمة والمستمرة وليس فقط من أجل قضاء عطلة أو فترة علاج.

ما نلاحظه على نص هذه المادة أن المشرع لم يحدد المقصود بعبارة " بلد أجنبي " هل المقصود بها كل بلد غير الجزائر سواء أكان مسلم أو غير مسلم؟ لان البلد المسلم غير الجزائر هو بلد أجنبي طبقا للتقسيم الحدودي. وقد قدم القضاء تفسيراً لهذه العبارة بطريقة ضمنية وغير مباشرة، وذلك في قرار عن المحكمة العليا جاء فيه أنه: " من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه من يوجد بالجزائر يكون أحق بها ولو كانت الأم غير مسلمة." ⁴ وبالتالي فإن الاستيطان في بلد مسلم لا يعد مسقط للحضانة.

وان كانت عبارة " أن يستوطن في بلد أجنبي " التي جاءت في المادة 96 من قانون الأسرة في بداية الأمر أساء المجلس الأعلى فهمها، فقد اعتقد أن المشرع قد قصد من ورائها وبمفهوم المخالفة اشتراط ضرورة استيطان الحاضن في الجزائر حتى يتمتع بأولوية الحق في الحضانة مجارياً في ذلك الفقه الإسلامي. وقد تأكد هذا المفهوم في عدة قرارات.

ففي القرار المؤرخ في 1988/04/05 كُتب: "...وعليه فما دامت أم البنين مقيمة بهما بالجزائر فلا حق للطاعن فيما يقول، فإذا همت بالخروج بهما فالعدالة بجانبه والطرق القانونية كفيلة بحمايته".

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 1989/12/25 قررت المحكمة العليا بأن: " من المقرر شرعاً وقانوناً أن

بالمحضون بعيداً عن أهلهم ورقابة وسلطة الأب في تقويم المحضون مما يعني قطع الرابطة الرحمية بين المحضون وأهلهم لذلك اخضع المشرع الجزائري مسألة إسناد الحضانة للام الأجنبية بشرط الممارسة داخل التراب الوطني.

في البداية نود أن ننوه أن شرط مكان ممارسة الحضانة يجد مصدره الفقه الإسلامي، ففي رأي المالكية أن الحضانة تسقط بسفر الحاضنة سفر نقلة أو انقطاع إلى مكان بعيد، والذي قدرة بستة برود فأكثر¹، وأما الحنفية ففرقوا بين الحاضنة الأم وغير إلام، فإذا سافرت الحاضنة الأم إلى بلد بعيد لا يستطيع فيه الأب زيارة ولده في نهار ويرجع فيه إلى بيته ويبقى فيه سقطت الحضانة عنها، وأما غير الأم فتسقط حضانتها بمجرد الانتقال²

هذا ومن الفقهاء كالحنابلة من يرى بإسقاط الحضانة بالسفر للبلد يبعد بمقدار مسافة القصر فأكثر³، ومنهم كالشافعية من يرى بإسقاط الحضانة بالسفر لمكان لا يؤتمن فيه على المحضون أو بقصد النقلة سواء أكان طويلاً أو قصيراً.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري أورد هذا الشرط في نص المادة 96 قانون الأسرة جزائري: " إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها

¹ إذ يرى المالكية بأنه سافرت الحاضنة لمسافة أكثر من ستة برود سقطت الحضانة عنها، وللولي أخذ المحضون، أنضر عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4، كتاب النكاح، كتاب الطلاق، المكتبة التوفيقية، (بدون سنة الطبع)، ص 525 وما بعدها.

² انظر، الكاساني، المرجع السابق، ج 4، ص 44، ومبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 730-731.

³ مسافة القصر يقصد بها مسافة قصيرة، أنضر، ومبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 730-731.

⁴ انظر، ملف رقم 52207، المجلس الأعلى، غ.أ.ش، المجلة القضائية، 1990، عدد 04، ص 74.

⁵ انظر، ملف رقم 23063 المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1982/04/05، غير منشور، منقول عن تشوار زكية، المرجع السابق، ص 56.



في الواقع أن المجلس الأعلى بقي مستقرا وثابتا في تطبيق نص المادة السالفة الذكر، التي اعتبرها من النظام العام. كما فسرتها المحاكم والمجالس القضائية تفسيراً صارماً، واعتبر في كل حالة أن الإقامة بالمحزون خارج التراب الوطني وبلد أجنبي غير مسلم (في غالب الأحيان يكون فرنسا) مما يؤدي التأثير على عقيدة المحزون ويبعده عن عادات بلده الأصلي ورقابة صاحب حق الزيارة، والإشكالية الأكبر من ذلك انه ساوى في تطبيق هذه المادة بين الأم الأجنبية والأم الجزائرية المسلمة والمقيمة خارج التراب الوطني.

مع ذلك فان هذا التفسير الغير الصائب لتلك المادة لم يعمر طويلا فقد جدت ظروف دفعت القضاء إلى أن يتراجع عن موقفه ويحل محله موقف آخر من مقتضاه جعل إسناد الحضانة في هذه الحالة مرهون بطلب من له مصلحة في ذلك مع التأكيد على أن شرط الإقامة بالمحزون لا يقرره القاضي تلقائياً، مما يدلنا على أن شرط الإقامة بالجزائر في إسناد الحضانة ليست قاعدة آمرة يلزم القاضي تطبيقها تلقائياً بالمحزون تلقائياً، وأن الحاضن إذا أراد الانتقال بالمحزون إلى بلد أجنبي عليه طلب الإذن من المراقب هذا الأخير يتمثل في القاضي⁴.

من ذلك قرار المحكمة العليا الصادر في 23 جوان 1993 الذي جاء فيه: "...غير أنه فيما يخص شرط ممارسة الحضانة بالجزائر الذي قضى به الحكم المستأنف وأيده القرار المطعون فيه، لم يراع فيه قضاة الموضوع أحكام المادة 69 من قانون الأسرة أيضا أن شرط الإقامة بالمحزون في الجزائر لا يقرره القاضي تلقائياً بل بناء على طلب ممن له مصلحة في ذلك، كما أن إثبات الحضانة أو إسقاطها عن الشخص الموكول به

الحضانة تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أباً".¹

وهذا ما أكدته المحكمة ذاتها في قرار لاحق، حيث قضت بأن: "لكن وحيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الاستئناف أسسوا قرارهم على أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص القانون في المادة 69 من قانون الأسرة... وذلك كون رعاية الأبناء وتربيتهم بالمراقبة عن طريق الزيارة تكون الأب، غير أن بعد المسافة بين إقامة الأب والحاضنة لا يمكن الأب من القيام بمسؤوليته خاصة وان الحاضنة تقيم في بلد أجنبي مما يفقد حق الأب في الزيارة والمراقبة، وهذا يؤدي حرمانه وأن العطف والحنان على الأبناء المحزونين هذه الأسس سليمة وأسباب كافية تجعل القرار سليما في قضائه...."²

استخلاصا مما سبق ذكره في القرارات السابقة نجد أن المقصود من نص المادة 69 قانون الأسرة هو الانتقال خارج التراب الوطني، بمفهوم المخالفة فان الاستيطان في مدينة جزائرية، مهما كان بعد الأب عن مكان ممارسة الحضانة لا تنطبق عليها هذه المادة، ذلك أن المسألة تطرح إشكال مهما وهو مدى تقارب الآداب العامة للجزائر مع الآداب العامة للبلد الأجنبي والذي له علاقة مباشرة بالتربية الدينية للمحزون.³

¹ انظر، ملف رقم 56597، محكمة العليا، غ.أ.ش، المجلة القضائية، سنة 1991، عدد 3، ص 61

² انظر، ملف رقم 273526، المحكمة العليا بتاريخ 2001/12/26، غير منشور، نقلا عن تشوار حميدو زكية، حماية مكان ممارسة الحضانة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، رقم 01 سنة 2000، ص 56

³ كما قضى بذلك المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1987/03/09، بقوله: "حيث أن السيدة الحاضنة تقيم بفرنسا، وخوفا على العقيدة الإسلامية للبنات، فان الحضانة تعطى للأب المقيم بالجزائر، وحيث أن الحكم غير نهائي، فمتى رجعت الأم إلى الوطن يمكنها المطالبة بحضانة بناتها الثلاثة". أنظر المجلس الأعلى، غ.أ.

ش، 1987/09/03، ملف رقم 45186، غير منشور مقتبس عن بلحاج العربي، مبادئ الاجتهاد القضائي...، المرجع السابق، ص 131-132.

⁴ انظر، تشوار حميدو زكية، حماية مكان ممارسة الحضانة...، المرجع السابق، ص 58.

رغم ذلك نؤكد في الأخير أن لابد من تفعيل عامل التوعية لدى كل المواطنين المقبلين على هذا النوع من الزيجات وتبيان كل السلبات التي يمكن أن تنتج عن الزواج المختلط وبالأخص في ما يتعلق بالأطفال تعد الوسيلة الأساسية لحماية أطفالنا..

قائمة المراجع.

- القرآن الكريم

المراجع الفقهي

- 1- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج13، دار الصادر، بيروت 1990.
- 2- ابن القيم الجوزي، زاد المعاد في هدي خير العباد، دار الفجر للتراث، القاهرة، 1999.
- 3- الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المجلد الثاني، الجزء 5، في حضنة الأم، مطبعة السعادة بجوار مصر القديمة 1323 هـ. 4- المعجم الوسيط، معجم اللغة العربية، مطبعة مصر، 1381هـ - 1961م
- 5- بدر الدين العيني الحنفي، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، 1420هـ، 2000م.
- 6- علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، دون تاريخ.
- 7- بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 8- حسن رجب محمد خلف الزيدي، الحضنة في قانون الأحوال الشخصية العراقي (دراسة مقارنة)، مجلة التقني، المجلد الرابع والعشرون، العدد العاشر، 2011.

إذا أراد أن يستوطن بالمحضون في بلد أجنبي يستدعي طالب ذلك من الحاضن مراعاة مصلحة المحضون ذاته.¹

على هذا ما يمكن قوله أن شرط الإقامة في الجزائر تكون واجبة لممارسة الحضنة إذا طلب من له مصلحة في ذلك وهو في الغالب صاحب سلطة الرقابة، أو كان هذا الأخير يقيم بالجزائر والحاضنة غير مسلمة وفي كل الأحوال لابد من مراعاة مصلحة المحضون وقد تقرر هذا المبدأ في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ والذي قضى به في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2008/03/12 على أن: "يمكن إسناد حضنة الأبناء للام المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم".²

النتائج:

في نهاية البحث نستطيع القول إن إشكالية الحضنة الناجمة عن انحلال الزواج المختلط هي من المشاكل العويصة والخطيرة على مستقبل الطفل الناتج عن هذا الزواج، باختلاف العادات وسلوكيات الأشخاص من مختلف الدول قد تؤثر سلبا على المحضون، وتزداد المسألة صعوبة إذا ما تعلق بمصلحة المحضون والمساس بمعتقداته ومحاولة إبعاده عن جذوره الأصلية وطمس هويته وانتسابه لأبيه.

لذلك كان لزاما وضع ضوابط تحدد مدى أحقية الأم الأجنبية في حضنة ابنها، أخذا بعين الاعتبار مصلحة المحضون، فإن كانت الحضنة حق للحاضن والمحضون فإن حق المحضون اقوي، فالتربية الدينية للمحضون من الضوابط المهمة في إسناد الحضنة وحماية حقوق المحضون

¹ انظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش 1993/06/23، ملف رقم 91671، مجلة قضائية لسنة 1994، العدد 1، ص77-78.

² انظر، ملف رقم 426431، بتاريخ 2008/03/12، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 2008، ص271.



- 9- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004-2005
- 10- تشوار حميدو زكية، حماية مكان ممارسة الحضانة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، رقم 01 سنة 2000.
- 11- صلاح الدين جمال الدين، مشكلات الحضانة في زواج الأجانب (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004
- 12- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، دار البحث، قسنطينة.
- 13- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4، كتاب النكاح، كتاب الطلاق، المكتبة التوفيقية، (بدون سنة الطبع).
- 14- رمضان على السيد الشرنباوي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار الجامعية، الإسكندرية، 2009.
- 15- محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشرع والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، 2010.
- 16- نشوان زكي سليمان، الحضانة وشروط ممارستها (دراسة مقارنة)، مجلة الرافدين، المجلد 16، العدد 59، السنة 18، جامعة الموصل، العراق.
- 17- مرنان عبد الرحمان، أحكام الحضانة ومدى تأثيرها بالعنصر الأجنبي، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، الجزائر، 1978.
- 18- ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997.
- 20- سنن أبي داود، كتاب الطلاق، دار الفكر للطباعة، لبنان، حديث رقم 2276.
- 21- خيرة العربي، الحضانة عند المشرع الجزائري وفي الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 2002.
- 22- الصنعاني محمد بن اسماعيل، سبل الإسلام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 4، 1379هـ، (156/2).
- 23- السرخسي محمد أبي سهل، المبسوط، دار المعارف، بيروت، 1406هـ..
- 24- النوي يحيى بن شرف، روضة الطالبين، دار المعارف، بيروت، 98/9.
- 25- محمد الزحيلي الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية أبعادها وضوابطها، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية، المجلد 27، العدد الأول، سنة 2001
- 26- المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، 2010
- 27- ومبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، الأحوال الشخصية، ط 1، دار الفكر الجامعي، دمشق، 1984م.
- 28- مالطي نهار فائزة، حرية الديانة بين النظرية والتطبيق، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، 2005-2006.
- 29- سهيلة قمودي شيعاوي، وفاء شيعلاوي، الإعلانات التفسيرية الجزائرية المتعلقة باتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، المجلة للعلوم القانونية والإدارية العدد 3، سنة 200.
- 30- عبد الودود مصطفى مرسي السعودي، تبعية الولد لأبويه في الدين، "دراسة فقهية مقارنة بالقانون" حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، السنة الخامسة، العدد التاسع.

القوانين.

- 1- قانون الأسرة رقم 84 - 11 المؤرخ في 19 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005...
- 2- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.

3- اتفاقية حقوق الطفل التي اعتمدها الجمعية العامة في قرارها 25/44 ليوم 21 نوفمبر 1989، والتي دخلت حيز التنفيذ في 02 سبتمبر 1990.

المراجع بالفرنسية

- 1- hadjira benchikh hocine denouni , la garde un attribut de la maternité en droit algerien, R.I.D.C ,V38 ,n°3.
- 2- Courbe , Droit de la famille, Dalloz/Armand COLIN , Coll. U ,3^{ème} , ED,Paris ,2003,
- 3- messaoud mentri , la convention relative aux droit s de l'enfant et son application par le juge de statut personnel, R.d.d.S.P. Faculté de droit tlemcen ; n°3 , 2005.

موقع الإنترنت

,<http://www.echr.coe.int>.

أساليب التحري الخاصة

ك / معززة أمينة

مقدم

باستعمال أساليب البحث والتحري الكلاسيكية. هذه الأساليب التي اصطلح على تسميتها "أساليب أو تقنيات التحري الخاصة" تناولها المشرع الجزائري في المواد 65 مكرر 5 إلى 65 مكرر 18 من قانون الإجراءات الجزائية. ويمكن تعريف أساليب التحري الخاصة بأنها تلك العمليات التي تستخدمها الضبطية القضائية تحت المراقبة والإشراف المباشر للسلطة القضائية بغية البحث والتحري عن الجرائم الخطيرة المقررة في قانون العقوبات وجمع الأدلة عنها والكشف عن مرتكبيها وذلك دون علم ورضا الأشخاص المعنيين بها⁽¹⁾، كما قد يقصد بها استعمال أساليب التحقيق الخاصة من أجل الوصول للكشف عن المنظمات الإجرامية والوقاية والقضاء على الجرائم الخطيرة⁽²⁾

وعادة ما تشكل هذه الأساليب مساس بحقوق الإنسان لذلك لا ينبغي اللجوء إليها إلا في نطاق محدود وجرائم معينة، وأن تستخدم الأساليب المتعارف عليها في النطاق القانوني والتي تخدم حقوق الإنسان في إطار مبدأ الشرعية، كما يجب عدم اللجوء إلى استخدام هذه الوسائل إلا إذا لم تكن هناك وسيلة أخرى مشروعة أقل خطورة وأن يكون ذلك بناء على قرار من سلطة التحقيق⁽³⁾

وتتعلق هذه الأساليب باعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور وعملية التسرب، هذه الإجراءات لاشك أنها تختلف عن الإجراءات العادية،

يشهد العالم في العصر الحديث مجموعة من التطورات والتحولات أسهمت بلا شك في تغيير حياة الأفراد والارتقاء بها إلى الأفضل، خاصة مع تطور وسائل الاتصال والموصلات السلكية واللاسلكية، وإذا كان هذا التطور خدم الإنسان، إلا أنه في الوقت ذاته أثر بشكل كبير على طريقة ارتكاب الجريمة، حيث استطاعت بفضلها أن تجد المناخ المناسب لتطور من أسلوب ارتكابها وتنوع من أنشطتها، وهو ما جعل منها خطرا متفاقما وتحديا آخر لأجهزة العدالة الجنائية في الدولة، بالإضافة إلى ازدياد معدلات الجريمة وظهور أنماط إجرامية جديدة أكثر خطورة مستغلة التطور التكنولوجي والعلمي المتزايد وما يوفره من تسهيلات وريح في الوقت. وبهذا الشكل أصبحت الجريمة أكثر تنظيما وتعقيدا، خاصة في ظل ضعف أجهزة إنفاذ القوانين في الدول على مواجهة هذا النوع من الإجرام باستعمال الوسائل الإجرائية التقليدية والعادية التي أصبحت غير قادرة على مسايرة المتغيرات ولم تعد تفي بالغرض في الكشف عن المجرمين الخطرين والحد من أنشطتهم الإجرامية، حيث يقوم المجرمون باستغلال هذا الفراغ القانوني من أجل توسيع شبكة أنشطتهم الإجرامية لذلك كان لزاما على الدول أن تضمن تشريعاتها الداخلية إجراءات وأساليب خاصة من أجل مواكبة خصوصية الإجرام الحديث، وهو ما قام به المشرع الجزائري من خلال عدة نصوص قانونية لمحاربة الأنماط المستحدثة من الإجرام باستعمال تقنيات حديثة في البحث والتحري في جرائم محددة على سبيل الحصر. ومن بين هذه القوانين، القانون رقم 22/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية، هذا القانون الذي جاء بأحكام إجرائية جديدة لم تكن معروفة من قبل أسهمت بشكل كبير في كشف الغموض عن العديد من الجرائم الخطيرة التي يصعب الكشف عنها

¹ - نور الدين لوجاني، أساليب التحري الخاصة وإجراءاتها، يوم دراسي حول علاقة النيابة العامة بالشرطة القضائية ايليزي 12 ديسمبر 2007.

² - Yanne BISSIQU, Enquête proactive et lutte contre la criminalité organisée en France, In Nouvelles méthode de lutte contre la criminalité, Sous la direction de Maria Luisa Cesoni, Bruylant Bruxelles, LGDJ, Paris 2007 P 350.

- سليمان أحمد إبراهيم، القواعد الجنائية للجريمة المنظمة، دار الكتاب الحديث، القاهرة سنة 2008 ص 359.³



أدرج المشرع الجزائري هذه الإجراءات في المواد 65 مكرر 5 إلى 65 مكرر 10، وهي إجراءات تشكل خطورة على الحياة الخاصة للأفراد لذلك لابد من الوقوف على مفهوم كل من اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور كما يلي.

الفرع الأول: مفهوم اعتراض المراسلات

طبقا للفقرة 2 من المادة 65 مكرر 5 يقصد بها المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية أو اللاسلكية، وعليه فإن المشرع الجزائري لم يقصر الاعتراض على المكالمات الهاتفية بل وسعه لمختلف أنواع الاتصالات السلكية واللاسلكية، ولتحديد نوع هذه المراسلات لابد من الرجوع إلى القوانين الخاصة بالمنظمة لهذه الوسائل وحسب القانون 03/2000 المؤرخ في 05 أوت 2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، وطبقا للمادة 08 من هذا القانون يقصد بالمواصلات السلكية واللاسلكية "كل ترأسل أو إرسال أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات مختلفة عن طريق الأسلاك أو البصريات أو اللاسلكي الكهربائي أو أجهزة أخرى كهربائية مغناطيسية" وعليه حسب هذه المادة يعتبر من بين الوسائل التي تدرج في إطار المواصلات السلكية واللاسلكية خدمات الهاتف، التليكس والمراسلات التي تتم بواسطة جهازي الفاكس والتلغراف وعن طريق البريد الإلكتروني، وكذا الرسائل الصوتية المخزنة على جهاز الهاتف، وعليه وبمفهوم المخالفة للمادة 65 مكرر 5 فإن المراسلات التي لا تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية مثل الرسائل لا تدرج ضمن المراسلات المعنية بالاعتراض، وعليه فإن أي اعتراض للمراسلات البريدية العادية يضع القائم به تحت طائلة التجريم طبقا للمادة 137 ق ع، وتتم عملية الاعتراض باستعمال تقنية مساعدة من أجل الحصول

وهو ما يدفعنا إلى التساؤل حول خصوصية هذه الإجراءات ومدى نجاعتها في تسهيل عملية الكشف عن الجرائم الخطيرة ومركبها هذه الإشكالية سنحاول معالجتها من خلال الخطة التالية:

المبحث الأول: نظام اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور

المطلب الأول: مفهوم هذه الإجراءات

المطلب الثاني: الضوابط القانونية للجوء لهذا الأسلوب

المبحث الثاني: نظام التسرب

المطلب الأول: ماهية التسرب

المطلب الثاني: سير عملية التسرب

المبحث الأول: نظام اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور

إن حق الإنسان في حياته الخاصة وحقه في أن يمارسها كما يريد حق أساسي ولا يحق لأحد الانتقاص منه أو الاعتداء عليه، لذلك وجب المحافظة عليه وحمايته من كافة أساليب التدخل، ومعروف أن التطور العلمي والتكنولوجي أسهم في ظهور وسائل حديثة تؤثر على الحياة الخاصة للأفراد، لذلك كان لزاما على المشرع مواكبة هذا التطور وتوفير الحماية اللازمة لهذا الحق من الانتهاكات التي قد يتعرض لها الإنسان، وهو ما قام به المشرع الجزائري في المواد 303 مكرر و303 مكرر 1 من قانون العقوبات حيث جرم التقاط أو تسجيل المكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية أو النقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص بغير علم صاحبها أو رضاه، كما يعاقب كل من يضع في متناول الجمهور وبأية وسيلة كانت هذه التسجيلات أو الصور أو الوثائق المتحصل عليها.

المطلب الأول: مفهوم هذه الإجراءات

ويخضع لهذا الغرض وهو غير محدد الموضوع بمحادثات معينة⁽³⁾

الفرع الثاني: مفهوم تسجيل الأصوات

يقصد بذلك تسجيل الأحاديث التي يدلي بها الشخص مباشرة بواسطة أجهزة مخصصة لذلك وحفظ هذه الأحاديث على جهاز معد لذلك بغرض الاستماع إليها مرة أخرى وتتم هذه العملية خفية دون علم الشخص الذي تسجل أقواله، وعليه تخرج عن هذا المفهوم الأحاديث الإذاعية أو الصحفية التي تتم بمعرفة المعنيين⁽⁴⁾ وقد نصت على هذا الإجراء المادة 65 مكرر 2/5، ويقصد بالأحاديث والكلام المدلى به بصفة خاصة أو سرية في أماكن خاصة أو سرية من طرف شخص أو عدة أشخاص.

والملاحظ أن المشرع الجزائري اعتمد بالنسبة لتحديد الكلام المتقوه به على المعيار الشخصي للكلام بغض النظر عن مكان صدوره كما بين طبيعة هذا الكلام بكونه صادر بصفة خاصة أو سرية وهو الكلام أو الحديث المشمول بالحماية الجنائية طبقا للمادة 303 مكرر قانون العقوبات وعليه فإن الكلام غير السري يجوز تسجيله لكونه غير مشمول بالحماية الجنائية.

ويقصد بالأحاديث والمكالمات، الألفاظ الصادرة عن الأشخاص وبالتالي لا يمتد مدلولها إلى أشكال التعبير الشفوي الأخرى للإنسان فلا تعني الأصوات الدالة على السب أو الاحتقار كما لا تعني أيضا الصوت الموسيقي الذي يؤلفه أحد الموسيقيين أو أنين المريض⁽⁵⁾

كما مدد المشرع الجزائري مجال تسجيل الأصوات لتشمل الأماكن الخاصة أو العامة ولم يقع المشرع

على محتويات تلك المكالمات موضوع الاعتراض وعادة ما تكون باستخدام ميكروفونات خفية على أنواعها⁽¹⁾

ولم يول المشرع الجزائري أهمية لأداة الاعتراض فلم يحدد وسيلة خاصة لذلك بل ترك المجال مفتوحا فقد تكون تقليدية أو بأحدث ما تم ابتكاره في هذا المجال. كما لم يقع المشرع الجزائري بوضع تعريف لعملية اعتراض تاركا المهمة في ذلك للفقهاء، فقد عرفت لجنة الخبراء للبرلمان الأوروبي بستراسبورغ بتاريخ 20/06/2006 في اجتماع لها حول أساليب التحري التقنية وعلاقتها بالأفعال الإرهابية بأن اعتراض المراسلات "عملية مراقبة سرية للمراسلات السلوكية واللاسلكية وذلك في إطار البحث والتحري عن الجريمة وجمع الأدلة والمعلومات حول الأشخاص المشتبه في ارتكابهم أو مشاركتهم في ارتكاب الجريمة"⁽²⁾

وتكمن خطورة هذا الإجراء في أنه يكشف أدق تفاصيل الحياة الخاصة للأفراد، حيث تعتبر المحادثات الهاتفية أسلوبا من أساليب التعبير عن الحياة الخاصة ففيها يهدأ المتحدث إلى غيره فهي مجال لتبادل الأفكار والأسرار دون خوف أو حرج وهو ما يجعل هذه الوسيلة جد مهمة في البحث والتحري عن الجريمة في إطار التحقيقات الجنائية عن طريق التصنت على المكالمات الهاتفية من طرف القضاء كفعل مبرر للمساس بالحياة الخاصة، في حين تكمن خطورة هذا الإجراء في كونه يكشف أسرار الإنسان دون علمه فلا فرق بين محادثة لها علاقة بالجريمة موضوع التحقيق وغيرها من المحادثات الخاصة ذات الطابع الشخصي. وفي هذا الصدد لا بد من التفريق بين اعتراض المراسلات والمكالمات الهاتفية وبين وضع الخط الهاتفي تحت المراقبة لأن هذا الأخير يتم برضا صاحب الشأن

³ - لوجاني نور الدين، المرجع السابق، ص 8.

⁴ - نقادي حفيظ، التسجيل الصوتي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الأول سنة 2009، ص 311.

⁵ - عبد العزيز نويري، الحماية الجنائية للحياة الخاصة- دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة 2010 ص 108

¹ - كوثر أحمد خالد، الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية، مكتب التفسير للنشر والإعلان، الطبعة الأولى، العراق 2007 ص 220.

² - لوجاني نور الدين، المرجع السابق، ص 8.



الأصوات أو ما يعرف "بالمونتاج" ولذلك فإن المسألة تحتاج إلى خبراء ومختصين في هذا المجال.⁽³⁾ وتحظى صورة الإنسان بحماية جزائية خاصة طبقا للمادة 303 مكرر ق ع ويقصد بالالتقاط أن يتم تثبيتها أو تركيزها بسرعة ثم أخذها عن طريق جهاز كي يتم استعمالها مستقبلا بغرض تحقيق مصلحة، وهو ما لا تستطيع العين المجردة أن تقوم به، والتقاط الصور يتم بواسطة أجهزة تكنولوجيا وتقنية معينة، وعليه لا يعد من قبل التقاط الصور استعمال وسيلة البصر الطبيعية وحدها مثل النظر إلى الشخص وتتبع حركاته في أدق تفاصيلها أو رسم صورة شخص على الورق.⁽⁴⁾

ويشترط أن ينصب الالتقاط على صورة شخص وبالتالي لا يمتد هذا المفهوم إلى صور أخرى غير الإنسان مثل الحيوان أو الجماد، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن صورة الشخص تعتبر من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان وهذا طبقا للمادة 47 من القانون المدني.

المطلب الثاني: الضوابط القانونية لهذه الإجراءات

إذا كان المشرع الجزائري قد نص على إمكانية اللجوء لإجراء اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور، إلا أنه لم يترك ذلك على إطلاقه بل حدد الإطار أو المجال القانوني الذي يجوز فيه القيام بهذه الإجراءات من خلال نصه على عدة شروط يجب توافرها للجوء إلى هذه الإجراءات وتنفيذها وذلك حرصا من المشرع الجزائري على احترام الحياة الخاصة وعدم انتهاكها.

الفرع الأول: شروط تطبيق هذه الإجراءات

حدد المشرع الجزائري الشروط القانونية التي يجب توافرها من أجل القيام بهذه الإجراءات كما يلي:

أولاً: من حيث الجرائر

الجزائري بالتوضيح ماهي الأحاديث المدلى بها بصفة خاصة، وتلك المدلى بها بصفة سرية وما الفرق بينهما، فالأقوال المعبر عنها بصفة خاصة هي تلك الأحاديث الصادرة بصوت خافت كي لا يتم سماعها من طرف الغير في مكان عام غير أنه يمكن التقاطها بواسطة أجهزة حساسة جدا.

أما الأقوال المعبر عنها بصفة سرية فهي التي تتم بصوت منخفض لكنها تحاط بعناية أكبر من قبل الأشخاص الذين يتبادلونها، وهذه الأحاديث كثيرا ما تكون متعلقة بحرمة الحياة الخاصة⁽¹⁾

وقد اختلف الفقه حول التكييف القانوني لهذه الإجراءات (اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات) فهناك من اعتبرها نوع من أنواع التفتيش يخضع للضمانات والقيود المقررة لممارسة هذا الأخير، وذهب اتجاه آخر للقول بأن مراقبة المحادثات الهاتفية إجراء من نوع خاص فهو يشبه التفتيش لكنه لا يرقى إلى مرتبته وإنما هو أقرب الإجراءات إليه.

الفرع الثالث: مفهوم التقاط الصور

حسب المادة 65 مكرر 5 إج نقصد بالتقاط الصور وضع ترتيبات تقنية وأجهزة خاصة دون علم وموافقة المعنيين من أجل التقاط صور شخص أو عدة أشخاص يتواجدون في مكان خاص، وتعمل هذه الأجهزة بشكل سريع بحيث تلتقط خمس أو ست صور خلال ثانية واحدة وعادة ما يتم ربط أجهزة خاصة بهذه الكاميرات بغرض تقوية الصورة وجعلها أكثر وضوحا في الظلام.⁽²⁾ ومن الناحية الفنية تصطدم هذه الإجراءات بمجموعة من الاعتبارات إذ يمكن تغيير أو حذف أو نقل مقطع أو كلمة أو حرف من الشريط المسجل وإعادة تركيب الجمل من الحديث مما يغير معه المعنى الأصلي دون تغيير

¹ - عبد العزيز نويري، المرجع السابق، ص 110.

² - نقادي حفيظ، التسجيل الصوتي، المرجع السابق، ص 226.

³ - كوثر أحمد خالد، المرجع السابق، ص 225.

⁴ - عبد العزيز نويري، المرجع السابق، ص 129.

- 4- جرائم تبييض الأموال: نصت عليها المواد 389 مكرر إلى 389 مكرر 07 من قانون العقوبات، وقد عرفت المادة 389 مكرر تبييض الأموال على أنه " يعتبر تبييضاً للأموال: أ/ تحويل الممتلكات أو نقلها مع علم الفاعل بأنها عائدات إجرامية، بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الممتلكات أو مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب الجريمة الأصلية التي تأتت منها هذه الممتلكات، على الإفلات من الآثار القانونية لفعلته ب/ إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها، مع العلم أنها عائدات إجرامية ج/ اكتساب الممتلكات أو حيازتها أو استخدامها مع علم الشخص القائم بذلك وقت تلقيها، أنها تشكل عائدات إجرامية د/ المشاركة في ارتكاب أي من الجرائم المقررة وفقاً لهذه المادة، أو التواطؤ أو التآمر على ارتكابها ومحاولة ارتكابها والمساعدة والتحريض على ذلك وتسهيله وإسداء المشورة بشأنه" ثم صدر القانون رقم 01/05 المؤرخ في 06 فبراير 2005 يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، قام هذا القانون بتعريف تبييض الأموال وهو نفس التعريف الوارد في قانون العقوبات بالإضافة إلى تبينه إجراءات مكافحة هذه الجريمة.
- 5- جرائم الإرهاب: تعددت الاتفاقيات والمعاهدات الدولية لمكافحة الإرهاب، ولكن لم يتم التوصل إلى اتفاق مشترك حول وضع تعريف عام مشترك للإرهاب وهذا بالنظر إلى الاختلاف في وجهات النظر وتضارب المصالح وعدم التمييز والخلط بين الأعمال الإرهابية وحالات الكفاح والمقاومة المشروعة ضد الاحتلال. وقد تناول المشرع الجزائري هذه الجريمة في المواد من 87 مكرر إلى 87 مكرر 10.
- 6- الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف: هي جريمة ذات طبيعة خاصة تحكمها نصوص تنظيمية

نظراً للطبيعة الاستثنائية لهذه الإجراءات من حيث مساسها بالحياة الخاصة للأفراد اشترطت معظم التشريعات التي تناولت هذه الإجراءات ألا يتم اللجوء إليها إلا في الجرائم الخطيرة والتي ترتكبها عصابات إجرامية منظمة وهو الاتجاه الذي أخذ به قانون الإجراءات الجزائية في المادة 65 مكرر 5 حيث حصر اللجوء إلى استعمال هذه الإجراءات في جرائم محددة تنطوي على خطورة خاصة وهي كالتالي:

1- جرائم المخدرات: نص على هذه الجرائم القانون رقم 18/04 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 يتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بهما.

2- الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية: لم يتضمن قانون العقوبات تعريف لهذه الجريمة، ولذلك لا بد من اللجوء إلى التعريف الوارد في اتفاقية الأمم المتحدة للجريمة المنظمة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25 الدورة 55 سنة 2000، وقد نصت المادة 2/أ من الاتفاقية على " يقصد بتعبير جماعة الجريمة المنظمة جماعة ذات هيكل تنظيمي مؤلف من ثلاثة أشخاص أو أكثر موجودة لفترة من الزمن وتعمل بصورة متضافرة بهدف ارتكاب واحد أو أكثر من الجرائم الخطيرة أو الأفعال المجرمة وفقاً لهذه الاتفاقية من أجل الحصول بشكل على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى" وقد صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي 55/02 المؤرخ في 05 فبراير 2002

3- الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات: نصت عليها المواد 394 مكرر إلى 394 مكرر 7 ق ع وتعتبر هذه الجريمة من الجرائم المستحدثة ظهرت مع ظهور الحاسب الآلي والانترنت، وتعرف على أنها الدخول أو البقاء عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة المعالجة الآلية للمعطيات أو يحاول ذلك. ثم صدر القانون 04/09 المؤرخ في 5 غشت 2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.



إرهابية أو تتعلق بالعصابات الإجرامية أو بالقتل أو التسميم أو الاختطاف أو أخذ الرهائن أو بتزيف أو تزوير النقود أو سندات القرض العام أو بالمخدرات والمؤثرات العقلية أو بالأسلحة والذخيرة والمتفجرات أو بحماية الصحة. كما حدد المشرع الفرنسي في المواد 706-95 و 706-96 إ ج نطاق تطبيق هذه الإجراءات في الجرائم المحددة في المادة 706-73 من نفس القانون والمتعلقة بالجريمة المنظمة.

وعلى خلاف ذلك هناك تشريعات وسعت من حالات اللجوء إلى هذه الإجراءات ومنها قانون الإجراءات الجزائية المصري الذي نص في المواد 95 206 على أن هذا الإجراء لا يكون إلا بصدد جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد عن ثلاثة أشهر واشترط أن يكون في استخدام هذا الإجراء فائدة في ظهور الحقيقة.⁽¹⁾

ثانيا: من حيث الأشخاص

طبقا للمادة 65 مكرر 8 ينقسم القائمون بعملية اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور إلى

1- ضباط الشرطة القضائية: طبقا للمادة 65 مكرر 8 يتولى القيام بهذه العملية ضباط الشرطة القضائية، وبالرجوع إلى المادة 15 إ ج -المعدلة سنة 2015 بموجب الأمر 15-02 المؤرخ في 23 يوليو 2015 - نجد أنها حددت الأشخاص الذين يتمتعون بصفة ضابط الشرطة القضائية وهم:

-رؤساء المجالس الشعبية البلدية ؛

-ضباط الدرك الوطني ؛

-الموظفون التابعون للأسلاك الخاصة للمراقبين،

ومحافظي وضباط الشرطة للأمن الوطني؛

-ذوو الرتب في الدرك، ورجال الدرك الذين أمضوا

في سلك الدرك الوطني ثلاث (3) سنوات على الأقل

تصدر عن الهيئات المالية الرسمية في الدولة كبنك الجزائر بهدف مراقبة حركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، تناولها المشرع الجزائري في الأمر 22/96 المؤرخ في 09/07/1996 المتعلق بقمع ومخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج المتمم بالأمر 01/03 المؤرخ في 19 فبراير 2003 والقانون 08/03 المؤرخ في 2003/06/14

7- جرائم الفساد: تناول المشرع الجزائري هذه الجرائم في القانون 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 متعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وطبقا للمادة 01 منه فإن هذا القانون يهدف إلى دعم التدابير الرامية إلى الوقاية من الفساد ومكافحته وتعزيز النزاهة المسؤولة والشفافية في تسيير القطاعين العام والخاص وكذا إلى تسهيل ودعم التعاون الدولي والمساعدة التقنية من أجل الوقاية من الفساد ومكافحته، بما في ذلك استرداد الموجودات.

ووقوع جريمة من هذه الجرائم لا يعد سببا كافيا للجوء لمثل هذه الإجراءات بل لابد أن تقتضي ضرورات التحري أو التحقيق في جريمة من هذه الجرائم وذلك طبقا للمادة 65 مكرر 5 إ ج.

والملاحظ أن المشرع الجزائري حدد هذه الجرائم على سبيل الحصر، وعليه فخارج نطاق هذه الجرائم لا يمكن اللجوء إلى أسلوب اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور، ويرجع ذلك إلى الخطورة الإجرامية لهذه الأفعال ومساسها بالفرد والمجتمع على حد سواء وأثرها السلبية على السياسة العامة في الدولة واقتصادها والاستقرار الأمني لذلك وجب تغليب المصلحة العامة في مكافحتها على مصلحة الفرد في حماية حياته الخاصة

وقد أخذت عدة تشريعات بهذا الاتجاه حين حصرت الجرائم التي يتم اللجوء فيها إلى هذه الإجراءات، ومن بينها المشرع المغربي في المادة 108 فقرة 3 من قانون المسطرة الجنائية المغربي الذي حصر اللجوء لهذه الإجراءات في الجرائم التي تمس بأمن الدولة أو جريمة

- جمال جرجس ومجلع تاووضروس، المرجع السابق، ص 197.¹

الشرطة القضائية تنفيذ إذن وكيل الجمهورية أو أنه ينتظر صدور إذن آخر من قاضي التحقيق، بالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من المادة 65 مكرر 5 " في حالة فتح تحقيق قضائي، تتم العمليات المذكورة بناء على إذن من قاضي التحقيق وتحت مراقبته المباشرة " تطبيق هذه الفقرة لا يثير أي إشكال إذا لم يكن وكيل الجمهورية قد أصدر إذن كون الإذن يصدره قاضي التحقيق المختص ولم تشر هذه الفقرة إلى ما يفيد مواصلة العمل بالإذن السابق لوكيل الجمهورية. وعليه ولرفع اللبس لابد على قاضي التحقيق بمجرد اطلاعه على ملف الإجراءات بما في ذلك إذن وكيل الجمهورية المصحوب بالطلب الافتتاحي لإجراء تحقيق أن يعتمد إلى إصدار إنذه لضابط الشرطة القضائية ولا يكفي بالإذن السابق الصادر عن وكيل الجمهورية الذي توقفت سلطته بشأن تلك الإجراءات بمجرد تقديم الطلب الافتتاحي لإجراء تحقيق، فوكيل الجمهورية له الحق في تقديم طلباته إلى قاضي التحقيق للقيام بكل إجراء يراه لازما لإظهار الحقيقة طبقا للمادتين 36 و 69 إ ج

2-الأشخاص المؤهلون المسخرون لهذا الغرض:

نصت المادة 65 مكرر 8 على إمكانية الاستعانة بأهل الاختصاص الفني في مجال المواصلات السلكية واللاسلكية، نظرا لكون هذه العمليات تقنية بحثه ولتعلقها بالمراقبة الهاتفية والالكترونية التي تمر عبر شبكات المواصلات السلكية واللاسلكية التي تعود لتلك الهيئات. والملاحظ أن المشرع الجزائري أورد هذا التسخير تحت باب الجواز لا الإلزام وذلك في حال عدم توفر الضبطية القضائية على أهل الاختصاص الفني حسب المادة 65 مكرر 8 " يجوز لوكيل الجمهورية أو ضابط الشرطة القضائية الذي أذن له، ولقاضي التحقيق أو ضابط الشرطة القضائية الذي ينييه أن يسخر كل عون مؤهل لدى مصلحة أو وحدة أو هيئة عمومية أو خاصة مكلفة بالمواصلات السلكية واللاسلكية للتكفل بالجوانب التقنية للعمليات المذكورة في المادة 65 مكرر 5 أعلاه "،

والذين تم تعيينهم بموجب قرار مشترك صادر عن وزير العدل ووزير الدفاع الوطني، بعد موافقة لجنة خاصة؛ -الموظفون التابعون للأسلاك الخاصة للمفتشين وحفاظ وأعوان الشرطة للأمن الوطني الذين أمضوا ثلاث (3) سنوات على الأقل بهذه الصفة والذين تم تعيينهم بموجب قرار مشترك صادر عن وزير العدل ووزير الداخلية والجماعات المحلية، بعد موافقة لجنة خاصة. -ضباط وضباط الصف التابعين للمصالح العسكرية للأمن الذين تم تعيينهم خصيصا بموجب قرار مشترك صادر عن وزير الدفاع الوطني ووزير العدل والملاحظ أن المادة 65 مكرر 8 إ ج استثنت أعوان الضبط القضائي الذين يتولون مهمة معاونه ضباط الشرطة القضائية طبقا للمواد 19 و 20 إ ج، وعليه فلا يمكن أن يصدر الإذن مباشرة إليهم بل لابد أن يصدر لضابط الشرطة القضائية وإلا اعتبر إجراء مخالف للنصوص الإجرائية ويعد غير مشروع ويرد تحت طائلة المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص المعنيين طبقا للمادة 303 مكرر ق ع.

ويثار التساؤل بالنسبة لرؤساء المجالس الشعبية البلدية فلا يمكن من الناحية العملية منح الإذن لهم من أجل القيام بوضع الترتيبات التقنية لاعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور، والتحري والتحقيق في الجرائم الخطيرة التي تتطلب الخبرة والدقة في تنفيذ هذا النوع من الإجراءات، ولذلك فلا بد من اللجوء إلى باقي ضباط الشرطة القضائية بما لهم من قدرات أمنية بسبب ممارستهم المستمرة لمهام مكافحة الجريمة والجرائم الخطيرة بشكل خاص.

كما أكدت المادة 65 مكرر 5 أن تنفيذ العمليات يتم تحت المراقبة المباشرة لوكيل الجمهورية المختص أما في حالة فتح تحقيق قضائي فيتم بناء على إذن من قاضي التحقيق وتحت مراقبته المباشرة، ويثار التساؤل في حال كون وكيل الجمهورية اصدر إذن وأثناء تنفيذ الإذن قدم طلبا افتتاحيا لإجراء تحقيق قضائي، فهل يواصل ضابط



الشروط الشكلية وهو نفس الاتجاه الذي أخذ به المشرع الفرنسي في المادة 706-95 إ.ج حيث حدد عدد مرات التجديد بمرة واحدة لمدة شهر واحد وبناء على إذن من قاضي الحريات والحبس. ويجب أن يكون تجديد المدة قبل انتهاء ميعاد التدابير السابقة السارية المفعول⁽²⁾

كما لم تحدد معظم التشريعات التي تناولت هذه الإجراءات الوقت الذي يبدأ منه حساب هذه المدة هل من تاريخ وضع الترتيبات أو من تاريخ إصدار الإذن، وفي هذا الصدد قررت محكمة النقض الفرنسية أن هذه المدة تبدأ من تاريخ وضع الترتيبات وليس من تاريخ إصدار الإذن وهذا لسببين أولاً لأن فعالية هذه الإجراءات لا تبدأ إلا عند وضع الترتيبات اللازمة التي تسمح بالنقاط الاتصالات والصور ثم أن انتهاك حق الحياة الخاصة للشخص المعني هو الذي يبرر مراقبة القاضي لهذا الإجراء، ثانياً لابد من إخطار القاضي الذي أصدر الإذن ببداية عملية⁽³⁾

الفرع الثالث: تنفيذ هذه العمليات

إن تنفيذ هذه العمليات يخضع إلى عدة شروط من أجل ضمان عدم انتهاك حرمة الحياة الخاصة، سواء فيما تعلق بالحصول على إذن أو في عملية وضع الترتيبات الفنية والتقنية من أجل القيام بالعملية أو حتى في عملية تحرير محاضر عن العمليات المنجزة.

أولاً: ضرورة الحصول على إذن

نظراً لكون عمليات اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور إجراءات استثنائية فإن المشرع الجزائري أجازها وفقاً لضوابط معينة منها وجوب الحصول على إذن من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق في حالة فتح تحقيق قضائي وتحت مراقبته المباشرة⁽⁴⁾ ويصدر هذا الإذن لضابط الشرطة القضائية حيث يتولى تنفيذه، وطبقاً للمادة 16 إ.ج فإن لضابط

ولا يشترط أن يقوم العون المسخر بأداء اليمين⁽¹⁾ وطبقاً للفقرة 2 من المادة 11 إ.ج فإن هذا العون ملزم بكتمان السر المهني ولا يمكنه التذرع بكونه لم يقر بأداء اليمين القانونية عند توليه مهامه بالمصلحة العمومية، حيث تنص هذه المادة على "كل شخص يساهم في هذه الإجراءات ملزم بكتمان السر المهني بالشروط المبينة في قانون العقوبات وتحت طائلة العقوبات المنصوص عليها فيه"

ثالثاً: من حيث المدة

حدد المشرع الجزائري في المادة 65 مكرر 7 مدة هذه العمليات بأربعة (04) أشهر قابلة للتجديد لنفس المدة وضمن نفس الشروط الشكلية والموضوعية. وهي نفس المدة التي حددها القانون المغربي في المادة 109 من المسطرة الجنائية المغربي، أما القانون الفرنسي فقد حدد هذه المدة بشهر واحد فقط في الجرائم المتعلقة بالجريمة المنظمة طبقاً للمادة 706-95 إ.ج المعدلة بموجب القانون 2011-267 المؤرخ في 14 مارس 2011 بعد أن كانت مدة هذه الإجراءات 4 أشهر، وتقليص هذه المدة من شأنه أن يضيف ضمانات أخرى لاحترام حرمة الحياة الخاصة للشخص.

وتكون هذه المدة قابلة للتجديد ضمن نفس الشروط الشكلية والزمنية أي بناء على إذن من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق طبقاً للفقرة 2 من المادة 65 مكرر 7. وإذا كان قانون الإجراءات الجزائرية أقر إمكانية تجديد هذه المدة فإنه بالمقابل لم يحدد عدد مرات التجديد وهو ما قد يفتح المجال واسعاً للتعسف في استعمال هذه الإجراءات خاصة أنها تمس بصفة مباشرة الحياة الخاصة للأفراد، لاسيما إذا كانوا من الغير الذين لا علاقة لهم بالجريمة، وهو ما ينبغي على المشرع تداركه بتحديد عدد مرات التجديد مثلاً قامت به التشريعات الأخرى، كالتشريع المغربي في المادة 109 حين حدد عدد مرات التجديد بمرة واحدة لنفس المدة وضمن نفس

² - cass.crim 13 novembre 2008 N°08-85.456.

³ - Jaques Buisson, sonorisation- point de départ de la durée de quatre mois, RSC N°04,2009.

⁴ - Cass. Crim 12/12/2000 Bull Crim N° 369.

¹ - Cass. Crim 23 Mai 2006 N°06.81705.

يشتمل الإذن على مجموعة من العناصر وردت في المادة 65 مكرر 7 وهي:

-نوع الجريمة المراد التحقيق أو التحري عنها والتي يجب أن تكون واحدة من الجرائم الواردة في المادة 65 مكرر 5

-تعيين الأماكن التي يجري فيها وضع هذه الترتيبات، وقد حددت المادة 65 مكرر 5 هذه الأماكن التي يمكن القيام فيها باعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور وذلك في أماكن خاصة أو عمومية. أما المكان العام فهو كل مكان معد لاستقبال كافة أو فئة معينة من الناس لأي غرض من الأغراض وينقسم إلى مكان مغلق وهو الذي له شكل البناء المتكامل لا يدخله الهواء إلا من خلال نافذة معدة لذلك ويعتبر في حكم المكان العام المغلق وسائل النقل العام.⁽⁴⁾

أما المكان الخاص فهو المكان غير المفتوح للعامة ولا يستطيع الجمهور الدخول إليه إلا بإذن من الشخص الشاغل لهذا المكان، فهو المكان الذي يعترف فيه القانون لهذا الشخص بحماية ضد أي تدخل في حياته الخاصة.⁽⁵⁾

ويلحظ أن المشرع لم يشير إلى أماكن خاصة لا يجوز اتخاذ هذه الإجراءات فيها لأن هذه الأماكن يشغلها أشخاص ملزمون بكتمان السر المهني كمكتب المحامي، الموثق وعيادة الطبيب وإنما أشار في الفقرة الأولى من المادة 65 مكرر 6 إجماعاً إلى إلزامية احترام السر المهني وهذا على خلاف المشرع الفرنسي في الفقرة 3 من المادة 96-706 إجماعاً الذي يمنع القيام بتسجيل الأصوات والنقاط الصور في مكتب أو منزل أو سيارة المحامي الموثق أو الطبيب أو المحضر القضائي أو نواب البرلمان أو مؤسسات الإعلام.

الشرطة القضائية في الجرائم التي تبرر اللجوء إلى هذه العمليات اختصاص محلي موسع يمتد إلى كافة التراب الوطني بخلاف الجرائم العادية، وتتم هذه العمليات دون موافقة الشخص ورضاه والحكمة من ذلك حتى لا تطمس معالم الجريمة وتخفي أثارها، بحيث يتم وضع أجهزة التصنت والتسجيل والأجهزة الخاصة بالنقاط الصور في الأماكن التي يتردد عليها المشتبه فيه أو المتهم ورصد الكلام المتفوه به والحصول على صور الأشخاص المشتبه فيهم بالقيام بالأعمال التحضيرية للجريمة في تلك الأماكن⁽¹⁾ واشترط قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي في المادة 706-95 أن يصدر الإذن من قاضي الحريات والحبس لدى محاكم الدرجة الأولى بناء على عريضة وكيل الجمهورية، كما تضمنت المادة 706-96 إجماعاً إلزامية الحصول على إذن من قاضي التحقيق بعد أخذ رأي وكيل الجمهورية يسلم الإذن لضابط أو عون الشرطة القضائية بناء على إنابة قضائية خاصة تضمن تنفيذ العملية فلا يكفي إصدار أمر مسبب بالسماح بالعملية وإنما لابد من صدور إنابة قضائية خاصة تتضمن الجرائم التي تتم على أساسها العملية، مدتها وكذا تحديد الأماكن تحديداً دقيقاً⁽²⁾

ولابد أن يكون الإذن مكتوباً بعبارة واضحة ودقيقة تتضمن كافة الأعمال التي يقوم بها ضابط الشرطة القضائية والتي تساعد على إتمام المهام الموكلة له، وعليه فلا يجوز أن يكون هذا الإذن مبهماً أو فيه لبس أو غموض كما لا يجوز أن يكون شفويًا،⁽³⁾ ويجب أن

¹ - مقني بن عمار وبوراس عبد القادر، التصنت على المكالمات الهاتفية واعتراض المراسلات، الملتقى الوطني الأول حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، جامعة ورقلة 2-3 ديسمبر 2008.

² - Jacques BUISSON, Tout sonorisation implique la délivrance d'une commission rogatoire spéciale, juriscasseur, Juin 2008. Cass. 13 Février 2008 N° 07-87.458.

³ - نصر الدين هنوني ودارين يقدح، الضبطية القضائية في القانون الجزائري، دار هومر، الجزائر سنة 2009، ص 78

⁴ - لوجاني نور الدين، المرجع السابق.

⁵ - Robert Finietz, criminalité organisée- sonorisation et fixation

d'image, RSC N°4 2009

Crim 27 Mai 2009 N° 09-82.115 Bull Crim 108.



وإذا تم أثناء القيام بهذه العمليات اكتشاف جريمة أو جرائم أخرى غير تلك الواردة في الإذن فإن ذلك لا يكون سببا في بطلان إجراءات التحقيق ولا يحول ذلك دون متابعة مرتكبيها طبقا للمادة 65 مكرر 6 إ.ج. وإذا كان قانون الإجراءات الجزائية قد تطرق لكيفية وضع هذه الترتيبات والأجهزة داخل الأماكن المخصصة، فإنه لم يشر إلى الطريقة التي يتم بواسطتها نزع هذه الترتيبات والأجهزة، ومع ذلك يمكن نزعها بإتباع نفس الإجراءات المعمول بها في وضعها.

ثالثا: نتائج التحري

طبقا للمادة 65 مكرر 9 اشترط المشرع على ضابط الشرطة القضائية تحرير محضر مفصل عن كل عملية من هذه العمليات المتعلقة باعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور، وكذا عن عمليات وضع الترتيبات التقنية وعمليات الالتقاط والتثبيت والتسجيل الصوتي أو السمعي البصري. وبالنظر للطبيعة الخاصة لهذه العمليات لا يتم انتظار نهاية التحقيق لتحرير محضر بشأنها، فقاضي التحقيق بحكم مراقبته المباشرة لهذه العمليات وضابط الشرطة القضائية المنتدب لإجراء هذه العمليات عليهما تحرير محاضر عن كل مرحلة على حذا، إذ يحرر بشكل منفصل محضر الترتيبات التقنية ومحضر الدخول إلى المساكن ومحضر الالتقاط ومحضر التثبيت ومحضر التسجيل الصوتي أو السمعي البصري ومحضر عملية الاعتراض ومحضر تسجيل المراسلات⁽²⁾

ويجب أن يذكر في كل محضر من هذه المحاضر تاريخ وساعة بداية هذه العمليات والانتهاؤها منها طبقا للفقرة 2 من المادة 65 مكرر 9 إ.ج.

كما يجب أن يودع بملف الدعوى محضر يتضمن وصفا أو نسخة من المراسلات أو الصور أو المحادثات المسجلة والمفيدة في إظهار الحقيقة. وأما إذا كانت

-تبيين العناصر التي تسمح بالتعرف على الاتصالات المطلوب التقاطها مكالمات هاتفية، أحاديث، التقاط صور وتحديد الأشخاص أو الشخص المعني بهذه الإجراءات.

-تحديد مدة هذه الإجراءات، وهو ما يمكن اعتباره قيذا زمنيا على هذه الإجراءات لتفادي التعسف في استعمالها، وقد حدد المشرع الجزائري مدة هذه الإجراءات بأربعة أشهر قابلة للتجديد.

-فضلا عن هذه البيانات لابد أن يتضمن الإذن سبب اللجوء إلى هذه الإجراءات، أي أن يكون مبررا ومسببا، وطبقا للمادة 56 من قانون مكافحة الفساد أن الإذن يكون من أجل تسهيل جمع الأدلة المتعلقة بجرائم الفساد، مما يعني تسبب هذا الإذن بإيراد مبررات اللجوء إلى تلك الإجراءات.

ثانيا: وضع الترتيبات التقنية

من أجل أن يتمكن ضابط الشرطة القضائية من القيام بهذه الإجراءات ووضع التجهيزات اللازمة لذلك نصت المادة 65 مكرر 5 إ.ج على إمكانية الدخول إلى الأماكن السكنية وغيرها حتى خارج الأوقات المقررة في المادة 47 إ.ج المتعلقة بالتفتيش بغير علم أو رضا الأشخاص الذين لهم الحق على تلك الأماكن ولم يحدد المشرع الجزائري من يملك الحق في الاطلاع على هذه التسجيلات والصور المحصل عليها من إجراء هذه العمليات وما إذا كان يمكن للأعوان المسخرين الاطلاع على هذه التسجيلات أم أن الأمر يقتصر على قاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية وضابط الشرطة القضائية المنتدب لهذا الغرض فيما يقتصر دور الفنيين على إنجاز هذه العمليات دون الاطلاع على محتوى التسجيلات.⁽¹⁾ كما ولم يحدد قانون الإجراءات الجزائية فيما إذا كان يحق لمحامي الدفاع الاطلاع على هذه التسجيلات أم لا.

¹ - فوزي عمارة، اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط

الصور والتسرب كإجراء تحقيق قضائي في المواد الجزائية، مجلة العلوم الإنسانية جامعة منتوري، العدد 33 جوان 2010 ص 242.

² - فوزي عمارة، المرجع السابق، ص 243.

كما لم يشر المشرع الجزائري صراحة إلى طريقة لحفظ التسجيلات والصور وما إذا كان يمكن اعتبارها من قبيل الأشياء المضبوطة الخاضعة لنص المادة 18 وحكم المادة 45 إ.ج، ذلك أن الأشرطة المسجلة أدلة إثبات مادية أصلية تقتضي الشرعية الإجرائية حفظها بطريقة خاصة بما يضمن عدم التلاعب أو العبث في الحديث المسجل بالزيادة أو الحذف⁽²⁾

كما لم يتضمن قانون الإجراءات الجزائية ميعاد معين يتم خلاله القضاء على هذه التسجيلات نهائيا خلاف ما نصت عليه التشريعات المقارنة كالمرجع الفرنسي الذي نص على أنه يتم القضاء على جميع التسجيلات عند انقضاء ميعاد تقادم الدعوى العمومية وهو الاتجاه الذي أخذ المشرع المغربي في المادة 113 من قانون المسطرة الجنائية المغربي. ولهذا كان على المشرع الجزائري أن يحدد مدة معينة يتم خلالها القضاء على هذه التسجيلات والصور لاسيما إذا كانت تحوي على بيانات متعلقة بالحياة الشخصية للأفراد خاصة وأن الدعوى العمومية المتعلقة بهذه الجرائم لا تقتضي بالتقادم طبقا للمادة 8 مكرر إ.ج كذلك بالنسبة للعقوبات المحكوم بها في الجنايات والجنح المتعلقة بهذه الجرائم طبقا للمادة 612 مكرر إ.ج.

ولم يحدد المشرع الجزائري الآثار القانونية أو الجزاء المترتب على مخالفة هذه الإجراءات من طرف ضابط الشرطة القضائية مثل التصوير أو التسجيل دون إذن مسبق أو القيام بعمليات المونتاج أو تسريب هذه التسجيلات والصور واستعمالها بغرض الابتزاز أو لأي غرض كان فهل تعتبر هذه الأفعال جريمة إفشاء الأسرار أم انتهاك حرمة الحياة الخاصة، لذلك فمن الضروري تحديد هذه الآثار بنص تشريعي واضح يحدد العقوبات المفروضة على كل من يسئ استعمال هذه الإجراءات مثل ما نص عليه المشرع المغربي حين عاقب كل من

المكالمات التي يتم اعتراضها بلغة أجنبية فلا بد أن يتم ترجمتها بمرجم يسخر لهذا الغرض طبقا للمادة 65 مكرر 10.

ولم يحدد المشرع الجزائري حجية هذه المحاضر المتضمنة الأدلة المادية المتحصل عليها من خلال العملية، ومن تم يتعين علينا الرجوع إلى القواعد العامة في المادة 212 التي تجيز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات وللقاضي أن يصدر حكمه حسب اقتناعه الشخصي، وبما أن المادة 65 مكرر 9 والمادة 65 مكرر 10 لم تنطرق إلى حجية هذه المحاضر فالمشرع يكون قد ترك السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في الأخذ بها أم لا، غير أن أهمية الأخذ بالدليل المتحصل عليه من هذه العمليات تصطدم ببعض التحفظات من الناحية التقنية مثل تشابه الأصوات وصعوبة التمييز بينها، وإمكانية إخراج الصورة والصوت بما يخالف الحقيقة بواسطة تقنيات حديثة تستعمل في التركيب أو ما يعرف بالمونتاج، وبالتالي تصبح هذه العمليات في عداد القرائن لا غير أثناء مرحلة جمع الاستدلالات وإلا لما أخضعها المشرع الوطني للقواعد العامة.

والمحدثات التي يجريها الشخص ليست كلها لها علاقة بالجريمة فهناك أحاديث تتعلق بالحياة الخاصة للمتحدث وأن تسجيل هذه المكالمات واعتراضها من شأنه أن يهدد الغير حسن النية الذي لا علاقة بالجريمة وتنتهك خصوصياته لمدة أربعة أشهر أو أكثر، وهو ما لم يتصدى له قانون الإجراءات الجزائية وما إذا كان يمكن حفظ هذه التسجيلات التي تحوي أحاديث متعلقة بالحياة الخاصة أم لا، ففي قرار المجلس الدستوري الفرنسي 492-2004 أن المعلومات المتعلقة بالحياة الخاصة وغير المتعلقة بالجريمة موضوع التحقيق لا يمكن أن يتم حفظها في ملف الدعوى.⁽¹⁾

⁽²⁾ - لوجاني نور الدين، المرجع السابق.

⁽¹⁾ - Jacques Buisson, Ibid.



المعلومات المتعلقة بالجريمة والمجرمين والتصرف في الوقت المناسب، شرط ألا يشكل هذا التصرف تحريضا على ارتكاب الجريمة.

وقد أطلق المشرع الجزائري على هذا الأسلوب مصطلح "التسرب" في قانون الإجراءات الجزائية بينما أطلق تسمية "الاختراق" في المادة 56 من قانون مكافحة الفساد، وقد ورد تعريف التسرب في المادة 65 مكرر 12 إ.ج أنه " يقصد بالتسرب قيام ضابط عون الشرطة القضائية، تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية، بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جناية أو جنحة بإيهامهم أنه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف" فمن خلال هذا التعريف يتبين لنا أن المشرع الجزائري سمح لضابط أو عون الشرطة القضائية بالتسلل والتوغل داخل جماعة إجرامية بناء على إذن من السلطة القضائية (وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق) وإيهامهم باستعمال هوية مستعارة بأنه فاعل أو شريك أو خاف لهم في الجريمة، وذلك من أجل كسب ثقة أفراد الجماعة الإجرامية. فالتسرب بهذا المعنى مشاركة إرادية لعناصر الشرطة في جماعة إجرامية (1)

وقد حدد المشرع الجزائري في المادة 65 مكرر 11 إ.ج نطاق استخدام هذا الأسلوب في الجرائم الواردة في المادة 65 مكرر 5 إ.ج وهي نفس الجرائم المتعلقة بإجراء اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور.

الفرع الثاني: شروط التسرب

ربط المشرع الجزائري اللجوء إلى عملية التسرب بجملة من الشروط الشكلية والموضوعية تضمنتها النصوص الواردة في قانون الإجراءات الجزائية وذلك بغرض إنجاح العملية وتسهيل مهمة الشخص القائم بها، ومن أجل بلوغ الأهداف والنتائج المرجوة من وراء هذه العملية.

أولاً: الشروط الشكلية

قام بوضع وسائل مهيأة لإنجاز النقاطات أو التقط أو بدد أو استعمل أو نشر مراسلات مرسله بواسطة وسائل الاتصال عن بعد خلافا للمقتضيات المشار إليها كما عاقب في المادة 116 من نفس القانون كل عون من أعوان السلطة العمومية أو أجير لدى شبكة عمومية للاتصالات أو لدى مزود بخدمات الاتصالات قام بمناسبة ممارسة مهامه بالكشف عن وجود التقاط أو أمر أو ارتكب أو سهل التقاط أو تبديد مراسلات مرسله بواسطة وسائل الاتصال عن بعد.

المبحث الثاني: نظام التسرب

يعتبر التسرب أسلوب جديد من أساليب التحري الخاصة استحدثه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية نظرا لعدم كفاية الأساليب العادية للبحث والتحري أمام التطورات التي تعرفها الجرائم التي أصبحت تهدد امن واستقرار المجتمع، وقد تناول المشرع الجزائري هذا الإجراء في المواد 65 مكرر 11 إلى 65 مكرر 18

المطلب الأول: ماهية التسرب

حدد قانون الإجراءات الجزائية الشروط الواجب توافرها للجوء إليه

الفرع الأول: تعريف التسرب

يعتبر التسرب واحد من أهم وأخطر طرق البحث والتحري وأكثرها تعقيدا حيث يعتمد على المهارات والقدرات الشخصية لضباط وأعوان الشرطة القضائية القائمين بالعملية والتي تعتمد على الكفاءة والخبرة والحيلة والذكاء، وتستخدم فيها مختلف الأساليب من أجل كسب ثقة المشتبه فيهم وتحديد طبيعة ومدى النشاط الإجرامي. حيث يقوم ضابط أو عون الشرطة القضائية باختراق جماعة إجرامية باستعمال هوية مستعارة وإيهامهم بأنه فرد لا يتجزأ من العصابة الإجرامية بغية مراقبة الأشخاص المشتبه فيهم والحصول على المعلومات المتعلقة بمخططات العصابة والكشف عن أنشطتها الإجرامية والوسائل التي تستعملها في ذلك، وغيرها من

¹ Yann Bisiou, Op.cit. , p 358.

في حالة ما إذا تم اتخاذه دون اقتضاء⁽¹⁾ كما اشترطت المادة 65 مكرر 15 إ.ج أن يتضمن الإذن الجريمة التي تبرر اللجوء إلى هذا الإجراء، ويشترط ألا تخرج عن نطاق الجرائم المحددة على سبيل الحصر في المادة 65 مكرر 5 وأن يتضمن أيضا هوية ضابط الشرطة القضائية التي تتم العملية تحت مسؤوليته.⁽²⁾

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يربط البطلان في حالة عدم ذكر الجريمة وهوية ضابط الشرطة القضائية خلافا لما تضمنته الفقرة 1 من المادة 65 مكرر 15 فيما يتعلق بالكتابة والتسبيب "يجب أن يكون الإذن المسلم تطبيقا للمادة 65 مكرر 11 أعلاه، مكتوبا ومسببا وذلك تحت طائلة البطلان".

كما لم يشترط المشرع أن يتضمن الإذن تعيين المتهم أو المتهمين أو الأشخاص محل هذا الإجراء⁽³⁾

3- مدة العملية: حدد قانون الإجراءات الجزائية في المادة 65 مكرر 15 مدة العملية بأربعة (04) أشهر قابلة للتجديد ضمن نفس الشروط، أي بناء على إذن مكتوب من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بعد إخطار وكيل الجمهورية وهي نفس المدة التي أخذ بها قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي في المادة 706-83. ويمكن لوكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق الذي أصدر الرخصة أن يأمر بإيقاف العملية في أي وقت قبل انقضاء المدة المحددة طبقا للفقرة 4 من المادة 65 مكرر 15 في هذه الحالة فإن العضو المتسرب قد لا يتمكن من إيقاف نشاطه مع الجماعة الإجرامية فجأة ودون سبب مما قد يعرضه لأن يكون عرضة للانتقام خوفا من انكشاف أمره، وهو ما يجعل حياته وحياة أسرته عرضة للخطر، لذلك نظم المشرع الجزائري هذه المسألة في المادة 65 مكرر 17 وسمح للمتسرب بمواصلة نشاطاته الوقت الكافي لتوقيف عمليات المراقبة

1- تحرير تقرير من طرف ضابط الشرطة القضائية: طبقا للمادة 65 مكرر 13 "يحرر ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق عملية التسرب تقريرا يتضمن العناصر الضرورية لمعينة الجرائم غير تلك التي قد تعرض للخطر أمن الضابط أو العون المتسرب وكذا الأشخاص المسخرين طبقا للمادة 65 مكرر 14 أدناه" وعليه فلا بد على ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية وقبل مباشرتها أن يقوم بتحرير تقرير مفصل عن العملية، يتضمن هذا التقرير:

-العناصر الأساسية لمعينة الجريمة محل العملية في ظروف تأمين عدم تعرض ضابط أو عون الشرطة القضائية المتسرب للخطر، ويجب أن تكون الجريمة واحدة من تلك المحددة في المادة 65 مكرر 5 إ.ج.
-ذكر هوية ضابط أو عون الشرطة القضائية القائم بالعملية، وذلك بكتابة جميع المعلومات المتعلقة بهويته وصفته.

ثم يقدم هذا التقرير مع طلب الإذن بمباشرة عملية التسرب ويرسل إلى وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق للاطلاع عليه وإصدار الإذن بالتسرب طبقا للمادة 65 مكرر 15 إ.ج.

2- الإذن بمباشرة عملية التسرب: قبل البدء في تنفيذ عملية التسرب لابد من الحصول على إذن من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بعد إخطار وكيل الجمهورية طبقا للمادة 65 مكرر 15 إ.ج، ويجب أن يكون الإذن مكتوبا ومسببا طبقا للمادة 65 مكرر 15 إ.ج، وذلك تحت طائلة البطلان، ولابد أن يتضمن إذن التسرب السبب وراء منح الإذن، ويتعلق التسرب غالبا بضرورة البحث والتحري في الجرائم الواردة في المادة 65 مكرر 5.

والتسبيب يكفي للدلالة على أن الإذن مكتوبا مما يؤدي إلى استبعاد الإذن الشفوي، وتسبب الإذن يتيح للقضاء تقدير صحة الإذن بعملية التسرب وتقرير بطلانه

¹ - فوزي عمارة، المرجع السابق، ص 248.

² - المادة 65 مكرر 15 من قانون الإجراءات الجزائية.

³ - فوزي عمارة، المرجع السابق ص 249.



-جرائم المخدرات

-الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية

-الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية

للمعطيات

-جرائم تبييض الأموال

-جرائم الإرهاب

-الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص

بالصرف

والملاحظ أن هذه الجرائم هي نفسها الجرائم المذكورة في المادة 65 مكرر 5 والخاصة بأساليب التحري الخاصة باستثناء جرائم الفساد التي لم يرد ذكرها في المادة 6/16 إ.ج، إلا أنه بالرجوع إلى قانون مكافحة الفساد نجد أنه ينص في المادة 24 مكرر على إنشاء الديوان المركزي لقمع الفساد يكلف بمهمة البحث والتحري عن جرائم الفساد، وقد صدر المرسوم 11-426 المؤرخ في 13 محرم 1433 الموافق لـ 8 ديسمبر 2011 يحدد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفية سيره، وطبقا للمادة 5 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر والمادة 24 مكرر 1/2 من قانون مكافحة الفساد يمارس ضباط الشرطة القضائية التابعون للديوان مهامهم وفقا لقانون الإجراءات الجزائية، أما فيما يتعلق بنطاق اختصاصهم المحلي في هذه الجرائم فيمتد ليشمل كافة الإقليم الوطني

وعليه فالتسرب في هذه الجرائم يتم عبر كامل الإقليم الوطني، غير أنه وبعد الحصول على الإذن والبدء في عملية التسرب قد يصطدم القائم بها بعقبة أخرى وهي أن الجماعة الإجرامية لها نشاطات خارج الإقليم الوطني وأن أغلب هذه الجرائم تشكل صورة من صور الجريمة المنظمة عبر الوطنية تتم في إطار عصابات إجرامية لها أنشطة خارج الإقليم الوطني، وهي الحالة التي لم يتطرق لها المشرع الجزائري، فكان بإمكانه النص - في هذه الحالة - على إمكانية إنشاء هيئات تحقيق مشتركة وذلك عن طريق إبرام اتفاقات أو ترتيبات ثنائية وقد نصت على هذا الشكل من أشكال التعاون المادة 19 من اتفاقية

في ظروف تضمن سلامته ودون أن يكون مسؤولا جنائيا على ألا تتجاوز هذه المدة 04 أشهر وإذا لم يتمكن من توقيف نشاطاته خلال هذه المدة يمكن للقاضي أن يرخص بتمديد المدة 04 أشهر أخرى على الأكثر طبقا للمادة 65 مكرر 17 فقرة 2 إ.ج.

ولا يودع الإذن المتعلق بالتسرب في ملف الإجراءات إلا بعد انتهاء العملية. والحكمة من إيداعها بعد نهاية العملية وليس قبلها أو في أثناءها كون عملية التسرب سرية لا يعلم بها إلا القاضي الذي رخص بها والضابط المشرف عليها والعون المتسرب⁽¹⁾

وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الإذن يشكل وسيلة لتبرير أعمال الأعضاء المتسربين في الجماعات الإجرامية وأن غياب الإذن لا يؤثر على صحة الإجراءات المتخذة في مواجهة المهربين.⁽²⁾

4- الاختصاص الإقليمي يقصد بالاختصاص

الإقليمي النطاق الجغرافي الذي يمارس فيه هؤلاء صلاحياتهم وتحدد بالدائرة الإقليمية التي يباشرون فيها أعمالهم حسب المادة 1/16 إ.ج وجعل هذا الاختصاص وطنيا بالنسبة لفئة معينة وهم ضباط الشرطة التابعين لمصالح الأمن العسكري طبقا للمادة 6/16 إ.ج.

ولم يضع المشرع الجزائري ضوابط تحدد انعقاد الاختصاص المحلي لضباط الشرطة القضائية إلا أنه يمكن تحديده بالرجوع إلى المواد 37 و40 إ.ج التي تحدد الاختصاص المحلي لوكيل الجمهورية وقاضي التحقيق بمكان وقوع الجريمة أو محل إقامة المشتبه فيه أو المكان الذي تم في دائرته القبض على المشتبه فيه.

إلا أنه وفيما يتعلق بجرائم محددة على سبيل الحصر في المادة 6/16 إ.ج أقر المشرع الجزائري إمكانية تمديد الاختصاص المحلي لضباط الشرطة القضائية ليشمل كافة الإقليم الوطني وتتعلق هذه الجرائم بـ:

¹ - لوجاني نور الدين، المرجع السابق، ص 16.

² - Yann Bisiou, OP cit, P 358.

في إذن التسرب، في هذه الحالة يطرح الإشكال ما الحكم بالنسبة لهذه الجرائم؟ وما هي الإجراءات التي يتخذها المتسرب في هذه الحالة؟

بالرجوع إلى المواد التي تتناول إجراء التسرب نجد أنها جاءت خالية من النص على هذه الحالة، ولم يتناول الجرائم التي تكشف عرضاً، على العكس بالنسبة لإجراء اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور في المادة 65 مكرر 2/6 إ.ج.

والإشكال المطروح في هذه الحالة هل يمكن إسقاط أحكام هذه المادة 65 مكرر 2/6 على التسرب بحكم أن الحلقة المشتركة بين الإجراءين المادة 65 مكرر 5 المتعلقة بالجرائم المطلوبة لتطبيق أساليب التحري الخاصة؟ فإذا كانت الإجابة بنعم أي أن اكتشاف جريمة أخرى أثناء العملية لا يكون سبباً للبطلان هل يمكن اتخاذ إجراءات المتابعة ضد المتهم وما مدى تأثير ذلك على سير العملية خصوصاً وأن التسرب يتم في سرية تامة لذلك كان لا بد على المشرع الجزائري أن يتدخل بنصوص تشريعية ليوضح حكم هذه الحالة.

2- القائمون بعملية التسرب: طبقاً للمادة 65 مكرر 12 إ.ج يتولى القيام بعملية التسرب ضابط أو عون الشرطة القضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية.

وقد قامت المادة 15 إ.ج بتحديد الأشخاص الذين يتمتعون بصفة ضباط الشرطة القضائية يتمتعون بصفة ضباط الشرطة القضائية، أما الفئة الثانية والمتمثلة في أعوان الضبط القضائي، وهم الأشخاص الذين لهم صفة ضابط الشرطة القضائية ويمارسون وظائفهم تحت سلطة ومسؤولية ضباط الشرطة القضائية وطبقاً للمادة 19 إ.ج يعد من أعوان الضبط القضائي:

- موظفو مصالح الشرطة وذوو الرتب في الدرك الوطني ورجال الدرك ومستخدمو مصالح الأمن العسكري الذين ليست لهم صفة ضباط الشرطة القضائية

مكافحة الجريمة المنظمة" يتعين على الدول الأطراف أن تنظر في إبرام اتفاقات أو ترتيبات ثنائية أو متعددة الأطراف تجيز للسلطات المعنية أن تنشئ هيئات تحقيق مشتركة، فيما يتعلق بالمسائل التي هي موضع تحقيقات أو ملاحقات أو إجراءات قضائية في دولة أو أكثر. وفي حال عدم وجود اتفاقات أو ترتيبات كهذه، يجوز القيام بالتحقيقات المشتركة بالاتفاق في كل حالة على حدة ويتعين على الدول الأطراف المعنية أن تكفل الاحترام التام لسيادة الدولة الطرف التي سيجري ذلك التحقيق داخل إقليمها"

وتساعد هذه الوسيلة في كسب الوقت وتقديم نتائج أفضل كما تسمح بتجنب ازدواجية المتابعة وتجنب المشاكل الناتجة عن تنازع الاختصاصات.

ثانياً: الشروط الموضوعية: إضافة إلى الشروط الشكلية السالفة الذكر يتطلب اللجوء إلى عملية التسرب مجموعة من الشروط الموضوعية يمكن إجمالها في:

1- دوافع اللجوء إلى عملية التسرب: بالنظر إلى خطورة عملية التسرب فإنه لا يتم اللجوء إلى هذه العملية إلا إذا اقتضت ضرورة التحري والتحقيق في إحدى الجرائم المذكورة في المادة 65 مكرر 5 وهذا طبقاً للمادة 65 مكرر 11.

كما يجب أن تنصب عملية التسرب على جناية أو جنحة متعلقة بالجرائم المنصوص عليها في المادة 65 مكرر 5 وأن يكون هو الإجراء الوحيد أو الأنسب الذي بواسطته يمكن إظهار الحقيقة بعد أن أثبتت الإجراءات الأخرى عدم نجاعتها، فضرورة التحقيق تعد من الشروط الأساسية للجوء لهذا الإجراء لأن التسرب أجاز لغرض خاص وبصفة استثنائية، وعليه فالتسرب الذي لا يلتمس من حصوله فائدة لإظهار الحقيقة يعد تسرباً حكماً⁽¹⁾

غير أنه وأثناء قيام المتسرب بتنفيذ العملية قد يكشف جرائم أخرى غير تلك التي تسرب من أجلها وغير واردة

¹ - فوزي عمارة، المرجع السابق، ص 248.



الفرع الأول: تنفيذ عملية التسرب

يتطلب تنفيذ عملية التسرب تسخير الوسائل المادية والقانونية وتبين الأفعال التي يمكن للمتسرب القيام بها من أجل ضمان نجاح العملية.

1- تسخير الوسائل المادية والقانونية: طبقا

للمادة 65 مكرر 14 إ.ج. يمكن لضابط وأعوان الشرطة القضائية المرخص لهم بإجراء عملية التسرب والأشخاص الذين يسخرونهم لهذا الغرض، دون أن يكونوا مسؤولين جزائيا القيام بما يأتي:

-اقتناء أو حيازة أو نقل أو تسليم أو إعطاء مواد أو أموال أو منتجات أو وثائق أو معلومات متحصل عليها من ارتكاب الجرائم أو مستعملة في ارتكابها.

-استعمال أو وضع تحت تصرف مرتكبي هذه الجرائم الوسائل ذات الطابع القانوني أو المالي وكذا وسائل النقل أو التخزين أو الإيواء أو الحفظ أو الاتصال "

أحيانا لا يكفي أن يقوم المتسرب بالتسرب داخل الجماعة الإجرامية، بل لابد له من القيام ببعض الأفعال حتى يطمئنا إليه، وهو ما يطرح فكرة المسؤولية الجنائية للمتسرب. ومن أجل تمكينه من أداء مهامه على أكمل وجه أجاز قانون الإجراءات الجزائية في المادة 65 مكرر 2/14 لضباط أو أعوان الشرطة القضائية وكذا الأشخاص المسخرين لهذه المهمة، إذا دعت الضرورة لذلك، ارتكاب بعض الممارسات غير القانونية وغير المشروعة محددة في القانون والتي تكفل له النجاح في مهمته دون أن يشكل ذلك تحريضا على ارتكاب الجريمة.

وقد حصر المشرع الجزائري هذه الأفعال في المادة 65 مكرر 2/14 السالفة الذكر.

وعليه يمكن للعون المتسرب استعمال الأموال المتحصل عليها من ارتكاب الجرائم المذكورة في المادة 65 مكرر 5، وهو ما يشكل استثناء على المادة 2 من القانون 01/05 والمتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب

وهناك فئة أخرى يمكنها المشاركة في عملية التسرب طبقا للمواد 65 مكرر 13 والمادة 65 مكرر 14 وهم " الأشخاص الذين يتم تسخيرهم لهذا الغرض وهم كل شخص ذكر أو أنثى يتم الاستعانة بهم في عملية التسرب بناء على تعيينه من ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية، ولم تحدد هذه المواد طبيعة هؤلاء الأشخاص أو مهامهم أو وضعيتهم القانونية أو طبيعة تكوينهم.

ومن جهته يشترط القانون البلجيكي أن يكون القائم بعملية التسرب من موظفي الشرطة وأن يكون قد تلقى تكوينا للقيام بمثل هذا النوع من العمليات، كما يحظر القانون البلجيكي اللجوء إلى الأشخاص المدنيين من أجل القيام بهذه العملية، وذلك نظرا لصعوبة مراقبتهم وكذا عدم الثقة فيهم، إلا أنه يمكن للعون القائم بالتسرب الاستعانة بهؤلاء إذا كانت لدى الشخص خبرة خاصة في مجال معين، مثال ذلك الاستعانة بشخص متخصص في الكيمياء في إطار عملية التسرب في جماعة إجرامية متخصصة في إنتاج والاتجار بالمخدرات وكذا إذا كانت ضرورة نجاح العملية تقتضي ذلك، في هذه الحالة لابد من الحصول على ترخيص من القاضي⁽¹⁾

المطلب الثالث: سير عملية التسرب

بعد توفر جميع الشروط الموضوعية والشكلية وصدر إذن التسرب لضابط أو عون الشرطة القضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية للقيام بعملية التسرب، من أجل ضمان السير السليم للعملية ونجاحها وعدم انكشاف المتسربين، وضع المشرع الجزائري مجموعة من الآليات قانونية ومادية من أجل التنفيذ الصحيح للعملية إضافة إلى إضافته حماية خاصة للقائم بعملية التسرب من أجل ضمان عدم انكشافه.

1- Samuel d'orazio, l'évaluation de la lutte contre la criminalité

grave et organisée en Belgique, In nouvelles méthode de lutte contre la criminalité, sous la direction de Maria Luisa Cesoni,

73 Bruylant Bruxelles, LGDJ, p

المجرمة في ذهن الشخص من أجل متابعته بهذه الأفعال" ⁽¹⁾ ولمعرفة فيما إذا كان هناك تحريض أم لا يجب النظر إلى العلاقة السببية بين فعل عون الشرطة والجريمة المرتكبة، فإذا كان فعل العون هو الذي دفع بالشخص لارتكاب الجريمة نكون بصدد التحريض ⁽²⁾

وعليه فإن إيهام الغير بأن المتسرب فاعل، إنما هو من أجل الحصول على دليل وليس من أجل التحريض على الجريمة، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 65 مكرر 12 حين نص على أن هذه الأفعال لا يجوز أن تشكل تحريضا على ارتكاب الجرائم.

-المتسرب كشريك: ورد تعريف الشريك في المادتين 42 و 43 ق ع، فحسب المادة 42 فالشريك هو كل من ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك ويدخل في حكم الشريك طبقا للمادة 43 من اعتاد تقديم مسكن أو ملجأ أو مكان للاجتماع لواحد أو أكثر من الأشرار الذين يمارسون اللصوصية أو عنف ضد أمن الدولة أو الأمن العام أو ضد الأشخاص أو الأموال مع علمه بسلوكهم الإجرامي.

-المتسرب كخاف: يقصد بذلك أن يقوم المتسرب بإيهام أعضاء الجماعة الإجرامية بأنه واحد منهم من خلال قيامه بإخفاء أشياء قد تكون أدلة ارتكابهم الجرائم أو العائدات التي تم تحصيلها من خلال ارتكاب الجرائم، وقد ورد النص على مفهوم إخفاء الأشياء في المواد 387 ق ع " كل من أخفى أشياء مختلسة أو مبددة أو متحصلة من جناية أو جنحة في مجموعها أو في جزء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر بغرامة من 500 إلى 20.000

وقيام المتسرب بفعل من هذه الأفعال أثناء مباشرة عملية التسرب تعفيه من المسؤولية الجزائية كون هذه الأفعال مرتبطة بالعملية.

وإذا كان المشرع الجزائري قد نص على إعفاء العضو المتسرب من المسؤولية الجزائية فإنه أغفل ذكر المسؤولية المدنية المترتبة على العملية، كالعقود التي يضطر ضابط أو عون الشرطة القضائية القائم بعملية لإبرامها باستعمال هوية مستعارة، يثار الإشكال بعد نهاية العملية حول مصير هذه العقود هل تبقى سارية المفعول أو تعتبر باطلة خاصة وأنها تكون قد أنتجت آثارها القانونية لذلك كان على المشرع أن يتكفل بتنظيم هذه المسألة

2- صور تنفيذ عملية التسرب: لم يكفي المشرع

الجزائري بتبيين الأساليب أو الأفعال التي يمكن للمتسرب القيام بها بل قام بتبيين صور تنفيذ العملية في المادة 65 مكرر 12 كما يلي:

-المتسرب كفاعل: ورد تعريف الفاعل في المادة 41

ق ع " يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي" وطبقا للمادة 65 مكرر 12 يمكن للشخص الذي يتولى القيام بعملية التسرب عن طريق التموهية أن يتخذ صورة فاعل أساسي في الجريمة ويقوم بالأفعال المنصوص عليها في المادة 65 مكرر 14 وفي هذا الصدد لابد من التفريق بين إيهام الغير بأنه فاعل وبين التحريض على ارتكاب الجريمة.

فالتحريض الشرطي هو دفع الشخص إلى ارتكاب الجريمة والذي لم يكن ليرتكبها لولا تدخل عون الشرطة، وعليه في هذه الحالة لابد من معرفة فيما إذا كان لدى الشخص مرتكب الجريمة ميول أو استعداد لارتكاب الجريمة، وقد عرفت محكمة النقض الأمريكية التحريض على أنه " مشروع إجرامي يجد مصدره في تصرفات أعوان الحكومة الذين يقومون بغرس فكرة ارتكاب الأفعال

¹ - Kenneths. Gallant et Catherien Denis et Cecil Mathieu, la lutte contre la criminalité en droit fédérale américaine, In nouvelles méthode de lutte contre la criminalité, sous la direction de Maria Luisa Cesoni, Bruylant Bruxelles, LGDJ, p 137.

² - Samuel d'Orazio, Op.cit. P 67.



عشر سنوات وغرامة من 200.000 إلى 500.000 دج، أما إذا تسبب الكشف في موت أحد هؤلاء تشدد عقوبة الحبس من عشرة إلى عشرين سنة وغرامة من 500.000 إلى 1.000.000 دج.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد عاقب كل شخص يؤدي إلى الكشف عن المتسرب أو معاونيه، إلا أنه تناقض مع مبادئ التجريم والعقاب، فلم يعتد بالخطورة الإجرامية والمتمثلة في الكشف عن الهوية الحقيقية للمتسرب وإنما أخذ بالنتائج المترتبة عن ذلك⁽¹⁾ واستعمال الهوية المستعارة يتطلب إصدار وثائق إدارية ورسمية تتضمن الهوية المستعارة، وهو ما يستلزم التنسيق بين جميع المصالح الإدارية والأمنية لاستخراج هذه الوثائق اللازمة كبطاقة التعريف الوطنية، رخصة السياقة وجواز السفر ولذلك فمن الضروري تنظيم هذه الحالة بتحديد هذه الوثائق وكيفية الحصول عليها.

2- الشهادة القانونية: الحماية القانونية للمتسرب لا تكون فقط أثناء قيامه بالعملية بل تمتد أيضا بعد انتهاء العملية حيث يتم سماع أقوال ضابط الشرطة القضائية المسؤول عن العملية بصفته شاهدا عن العملية دون سواه، وهذا حفاظا على سلامته طبقا للمادة 65 مكرر 18، حيث قام المشرع الجزائري باستثناء العون المتسرب الذي قام بالعملية على الرغم من أنه الشاهد الحقيقي في القضية على الأفعال الإجرامية التي حدثت خلال فترة قيامه بالعملية لاعتبارات أمنية وللحفاظ على سرية هوية المتسرب. وفي نفس الإطار نص المشرع الفرنسي على هذه الأحكام في المادة 706-86 أ ج ونص على إمكانية أن يطلب المتهم مواجهة العون الذي قام بالتسرب شريطة أن لا تؤدي الأسئلة المطروحة أثناء المواجهة إلى الكشف عن الهوية الحقيقية للمتسرب بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. أما القانون البلجيكي فقد نص على أنه يمكن للقاضي الذي أصدر الإذن أن يأمر بوضع العون المتسرب أثناء قيامه بالعملية تحت المراقبة

دينار " والمادة 43 قانون مكافحة الفساد " يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل شخص أخفى كلا أو جزءا من العائدات المتحصل عليها من إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون" ومن خلال هاتين المادتين فإن هذه الجريمة تقوم على عنصرين:

• العلم بأنه هاته الأشياء مختلسة أو مبددة أو متحصلة من جناية أو جنحة.

• حيازة وإخفاء هاته الأشياء.

وطبقا للمادة 65 مكرر 12 يستطيع المتسرب إخفاء الأشياء المتحصل عليها من الجريمة أثناء قيامه بمهامه دون أن تقوم مسؤوليته الجنائية.

الفرع الثاني: المصالح القانونية المقررة للمتسرب:

بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لنظام التسرب وخطورته على القائم به فقد خصه قانون الإجراءات الجزائية بتدابير خاصة من أجل حمايته والحفاظ على أمنه وسلامته من أي أعمال انتقامية قد يكون عرضة لها سواء أثناء العملية أو بعدها.

1- الهوية المستعارة: نظرا للخطورة التي قد

يتعرض لها ضابط أو عون الشرطة القضائية القائم بعملية التسرب، نص المشرع الجزائري في المادة 65 مكرر 2/12 على أن هذه العمليات يتم إجرائها تحت هوية مستعارة، ولا يجوز إظهار الهوية الحقيقية لضابط أو أعوان الشرطة القضائية الذين باشروا عملية التسرب في أي مرحلة من مراحل الإجراءات طبقا للمادة 65 مكرر 1/16 ويعاقب كل من يكشف هوية الضابط أو العون المتسرب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من 50.000 إلى 200.000 دج، وإذا تسبب كشف هوية الضابط أو العون في أعمال عنف أو جرح على أحد هؤلاء أو أزواجهم أو أبنائهم أو أصولهم المباشرين تشدد عقوبة الحبس من خمس سنوات إلى

¹ - نصر الدين هنوني ودارين يقدح، المرجع السابق، ص 82

للمعنيين بهذه العمليات، وكذلك بالنسبة للقائمين بها فيما يتعلق بعملية التسرب.

وأخيرا ونظرا لأهمية هذا الإجراءات وخطورتها في نفس الوقت لابد من إيلائها الاهتمام الكافي والعمل على تطويرها من خلال معرفة مواطن النقص فيها والعمل على معالجتها لاسيما وأن هذا الإجراءات مازالت في بداية تطبيقها في الجزائر، وفي هذا الصدد يمكن الاستعانة بتجارب الدول الأخرى التي قطعت أشواطاً متقدمة في العمل به من أجل مكافحة الجريمة بأكثر فعالية في إطار احترام الحقوق والحريات الأساسية للأفراد.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع بالغ العربية

- 1- أحسن بوسقية، التحقيق القضائي، دار هوهم، الطبعة السابعة، الجزائر سنة 2008.
- 2- جمال جرجس ومجلع تاووضروس، الشريعة الدستورية لأعمال الضبطية القضائية، سلسلة حقوق الإنسان المتهم في مجال الضبط الجنائي، سنة 2006.
- 3- سليمان أحمد إبراهيم، القواعد الجنائية للجريمة المنظمة، دار الكتاب الحديث، القاهرة سنة 2008.
- 4- عبد العزيز نويري، الحماية الجزائية للحياة الخاصة، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة 2010.
- 5- فوزي عمارة، اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور والتسرب كإجراء تحقيق قضائي في المواد الجزائية، مجلة العلوم الإنسانية جامعة منتوري، العدد 33 جوان 2010.
- 6- كوثر أحمد خالد، الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية، مكتب التفسير للنشر والإعلان، الطبعة الأولى، العراق 2007.
- 7- مقني بن عمار وبوراس عبد القادر، التصنت على المكالمات الهاتفية واعتراض المراسلات، الملتقى الوطني

وذلك بالقيام بالتصنت عليه من أجل التمكن من التدخل بسرعة في حالة تعرض العون المتسرب للخطر ولا يشترط للقيام بهذه العملية صدور إذن من قاضي التحقيق ولا تعتبر الأشرطة المسجلة دليل يجب الأخذ به، كما يجب تدمير كل هذه الأشرطة والتخلص منها بمجرد انتهاء العملية (1).

ولم يبين المشرع الجزائري قيمة التصريحات التي يدلي بها الضابط وبالتالي ينبغي الرجوع إلى القواعد العامة، حيث تؤخذ تصريحاته على سبيل الاستدلال ولا ترقى إلى دليل ما لم تقترن بدلائل أخرى والأمر متروك لقاضي الموضوع في الأخذ بها من عدمه.

خاتمة

تعتبر أساليب التحري الخاصة تقنية جديدة من تقنيات جديدة البحث والتحري أضافها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائي سنة 2006 نظرا لعدم كفاية الأساليب العادية للبحث والتحري أمام التطورات الخطيرة التي تعرفها الجريمة التي أصبحت ترتكب في إطار جماعات إجرامية منظمة وبأساليب في غاية الدقة والتنظيم وفي سرية تامة وابتكارها لأساليب إجرامية جديدة تمكنها من الإفلات من السلطات المكلفة بمواجهة الجريمة التي غالبا ما تعتمد على إجراءات تقليدية لا تتماشى مع التطور الذي وصلت إليه الجريمة، وهو ما جعل أغلب التشريعات منها المشرع الجزائري تقوم باستحداث أساليب تحري خاصة إضافة إلى جانب الإجراءات المعمول بها ومن هذه الإجراءات اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور لا يتم اللجوء إليها إلا في جرائم خاصة وطبقا لشروط محددة، هذه الأساليب وإن كانت تساعد بشكل كبير في الكشف عن الجرائم ومركبها إلا أنها تثير العديد من الإشكالات خاصة فيما يتعلق باحترام الحق في الحياة الخاصة

¹ - Samuel d'orazio, Op.cit. P 73.

la direction de Maria Luisa Cesoni, Bruylant
Bruxelles, LGDJ

الأول حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، جامعة ورقلة
2-3 ديسمبر 2008.

8-نقادي حفيظ، التسجيل الصوتي، المجلة الجزائرية
للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الأول سنة
2009.

9-نقادي حفيظ، مراقبة الهاتف، المجلة الجزائرية
للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الثاني سنة
2009.

10-نصر الدين هنوني ودارين يقده، الضبطية
القضائية في القانون الجزائري، دار هووم، الجزائر سنة
2009.

11-نور الدين لوجاني، أساليب التحري الخاصة
وإجراءاتها، يوم دراسي حول علاقة النيابة العامة بالشرطة
القضائية ايليزي 12 ديسمبر 2007.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

1-Jaques Buisson, sonorisation- point de départ de
la durée de quatre mois, RSC N°04,2009.

2-Jacques Buisson, Tout sonorisation implique la
délivrance d'une commission rogatoire spéciale,
jurisclasseur, Juin 2008.

3-Kenneths. Gallant et Catherien Denis et Cecil
Mathieu, la lutte contre la criminalité en droit
fédérale américaine, In nouvelles méthode de lutte
contre la criminalité, sous la direction de Maria Luisa
Cesoni, Bruylant Bruxelles, LGDJ.

4-Robert Finieltz, criminalité organisé-
sonorisation et fixation d'image, RSC N°4 2009.

5-Samuel d'Orazio, l'évaluation de la lutte contre
la criminalité grave et organisée en Belgique, In
nouvelles méthode de lutte contre la criminalité, sous

ضمان الانتهاء الكامل للأشغال الإنجاز في القانون الجزائري مقارنة بالقانون الفرنسي:

كها / بلمختار سعاد

ملخص:

insuffisant ces notamment en ce qui concerne le champ et les modes de son application.

Abstract

Works completion warranty in Algerian and French law

Works completion warranty is a legal obligation which aims to execute repairs of the defects recorded by the project owner in accordance with conditions stated in the contract to make theme consistent with the state that should be in during the project delivery.

In the Algerian law, this warranty was inspired from the French legislation which was the first to create this warranty and to set a corresponding legal system for the application of this latter.

However the organization of this system by the Algerian legislator contains deficiencies and gaps in particular in relation to the scope and the modes of its application.

مقدم

نصت المادة 26 من القانون 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية¹ في فقرتها الثالثة على: "غير أن الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقى

ضمان الإنهاء الكامل لانتقال الإنجاز يعد التزاما قانونيا موضوعه إصلاح كل خلل أشار إليه رب العمل، طبقا للشروط المنصوص عليها قانونا، وذلك بهدف إعادة العمل مطابقا للحالة التي كان عليها أو كان ينبغي أن يكون عليها عند التسلم.

لقد استلهم المشرع الجزائري أحكام هذا الضمان من التشريع الفرنسي الذي كان سباقا في استحداث هذا الضمان، وفي وضع نظام قانوني نحكم له. غير أن تنظيم المشرع الجزائري لهذا الضمان يشوبه النقص والقصور، لاسيما من حيث نطاق تطبيق هذا الضمان وشروط تحققه وكيفية إعماله.

Résumé

La garantie de parfait achèvement des travaux en droit Algérien et Français

La garantie de parfait achèvement des travaux est une obligation légale qui a pour objet d'exécuter de réparations des malfaçons constatés par le maître d'ouvrage conformément aux conditions prévues au contrat afin de les rendre conforme à l'état dans il devraient être à la réception des travaux.

En droit Algérien cette garantie a été inspiré de la législation Française laquelle a été la première à créer la dite garantie et a élaborer un système juridique correspondant à son application.

Néanmoins l'organisation de cette garantie par le législateur Algérien comporte des lacunes et des

¹ مؤرخ في 17 فبراير 2011، منشور في الجريدة الرسمية عدد 14 الصادرة في 06 مارس 2011.



محضر التسليم أم بطريق الإخطار الكتابي بالنسبة للعيوب اللاحقة².

ويثور التساؤل هنا عما إذا كان المشرع الجزائري قد وفق في وضع نظام محكم لهذا الضمان أي في الإحاطة بهذا الضمان من مختلف الجوانب، اقتداء بالمشرع الفرنسي، أم إنه لا يزال بعيدا عن ذلك؟

الإجابة عن هذا التساؤل تستلزم البحث عن نطاق تطبيق أحكام هذا الضمان، وكذا معرفة نظامه القانوني.

المبحث الأول: نطاق تطبيق ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز:

يتحدد هذا النطاق من حيث الأشخاص وهو ما يسمى بالنطاق الشخصي، كما يتحدد من حيث الموضوع وهو ما يسمى بالنطاق الموضوعي.

المطلب الأول: النطاق الشخصي:

تقتضي دراسة النطاق الشخصي لضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التعرض لكل من الملتزم بهذا الضمان، وكذلك المستفيد منه إلى النحو التالي:

الفرع الأول: الملتزم بالضمان:

المشرع الجزائري نص على ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز في القانون 04-11 وألزم به المرقى العقاري البائع وحده، دون غيره من المتدخلين في عملية البناء.

فالمرقي العقاري هو ملزم بهذا الضمان في عقد البيع سواء لعقار مبني¹ أو لعقد بيع بناء على التصاميم².

العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقى العقاري طيلة سنة واحدة³.

لقد أتم المشرع الجزائري بموجب هذه المادة ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز الذي يعد التزاما قانونيا موضوعه إصلاح كل خلل أشار إليه رب العمل، طبقا للشروط المنصوص عليها قانونا. وذلك بهدف إعادة العمل مطابقا للحالة التي كان عليها، أو كان ينبغي أن يكون عليها عند التسلم⁴.

إن هذا الضمان يسمح لرب العمل بالمطالبة بإزالة النقائص الظاهرة عند تسلم العمل، أو التي تظهر بعد سنة من ذلك³، فهو ضمان موجه للاستجابة للتحفظات المعايينة عند الاستلام وتدارك النقائص الظاهرة في السنة الأولى⁴.

إن المشرع الجزائري استلهم أحكام هذا الضمان من القانون الفرنسي، فهذا الأخير كان سابقا في استحداث هذا الضمان، كان ذلك بموجب القانون رقم 12 الصادر في 4 يناير 1978 حيث نصت المادة 1792-6 في فقرتها الثانية على أنه "يعتمد ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل الذي بواسطته يكون المقاول مسؤولا خلال مدة سنة من تسليم الأعمال إلى إصلاح كل خلل أشار إليه رب العمل سواء بطريق التحفظات التي ذكرها في

¹ عمرو طهر بدوي محمد علي، الإلتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد (دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية)، رسالة دكتوراه، القاهرة، 2004، ص، 430.

² La garantie de parfait achèvement est destinée à permettre au maître de l'ouvrage de disposer, un an après la réception, d'un ouvrage dont les défauts apparents, on ceux qui sont apparus dans ce délai, auront été effacés, Philippe le Tourneau, Loïc Cadet, droit de la responsabilité, Dalloz, Paris, 1998, P594.

³ Il s'agit donc d'une garantie de parfait achèvement destinée à satisfaire aux réserves formulées lors de la première année, Philippe Malinvaud et autres. Droit de la promotion immobilière, Dalloz, 8^{ème} édition, Paris, France, 2009, P.99.

² L'article 1792-6 al 2: «La garantie de parfait achèvement à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an, à compter de la réception étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage soit au moyen de réserves mentionnées au procès-verbal de réception, script par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception ».

قد يبدو أن هناك اختلاف في الصياغة بين الفقرتين، إلا أن هذا الاختلاف ليس له أي أثر يذكر، إذ أراد المشرع الفرنسي أن يبين المجال الشخصي لضمان تمام الإنجاز بالفقرة الثانية حيث أنه لم يذكر سوى كلمة المقاول، في حين أراد في الفقرة الثالثة أن يبين المجال الموضوعي لضمان فذكر المقاول الذي يعنيه الأمر، فإذا ما تعدد المقاولين المشاركين في إنجاز العمل، فلا يلتزم بالضمان إلا المقاول المعني، والمقصود به ذلك المقاول الذي ظهر الخلل في الجزء الذي شيده وذلك طبقاً للطرق التي نص عليها القانون.

ويترتب على تحديد الملزم بهذا الضمان عدم وجود تضامن أو حتى التزام تضامني بينه وبين غيره من المشيدين الأمر الذي يقف بدعوى الضمان عنده فقط، دون أن يكون لرب العمل الحق في إدخال غيره من المشيدين معه في المطالبة، إلا أن هذا القول لا يمنع المدين بهذا الضمان الذي رجع عليه رب العمل بالمطالبة بالإصلاح في الرجوع على المسؤول الحقيقي المتسبب بفعله في إحداث هذا الخلل.

في القانون الجزائري يحق للمركي الرجوع بعد تعويضه عينا للمقتني على المقاول أو المهندس المعماري أو أي متدخل آخر بما يكون قد تحمله من نفقات ومصاريف في سبيل تحقيق مطابقة العقار أو إزالة ما به من خلل أو عيوب وذلك طبقاً للمسؤولية العشرية إذا ما توافرت شروطها خاصة ما تعلق منها بطبيعة العيب، عملاً بأحكام المادة 46 من القانون 11-04⁶، لأن المركي في ظل أحكام هذا القانون يكون مديناً بالضمان العشري من جهة ودائناً به من جهة أخرى، وذلك في الحالة التي يظهر فيها كصاحب مشروع حيث يرتبط مع مؤجري العمل (المقاول ومكاتب الدراسات) بعقد.

⁶ المادة 46 من القانون 11-04، سابق الذكر: "تقع المسؤولية القسرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد..."

حيث بالرجوع للمرسوم التنفيذي 13-431 المؤرخ في 18-12-2013³ في الملحق الأول المتضمن نموذج عقد البيع على التصاميم، نص المشرع على هذا الضمان تحت اسم ضمان حين التنفيذ أو الضمان الجيد للأشغال، وألزم به البائع في أجل متفق عليه في عقد البيع، على أن يبدأ سريان هذا الأجل من تاريخ إخطاره من طرف المكتب وأنه صالح لمدة معينة يتم الاتفاق عليها ابتداء من تاريخ الحيازة.

أما المشرع الفرنسي فقد قصر أحكام ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل على المقاول دون غيره من المشيدين الآخرين⁴ وفقاً لنص المادة 1792-6 الفقرة الثانية حيث تنص على أن "يمتد ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل، والذي بواسطته يكون المقاول مسؤولاً..."، أو المقاول الذي يعنيه الأمر وفقاً لنص المادة 1792-6 الفقرة الثالثة: "وتحدد المهل اللازمة لتنفيذ عمليات الإصلاح بالاتفاق المشترك بين رب العمل والمقاول المعني"⁵.

¹ عقد بيع عقار مبني عرفته المادة 26 من القانون 11-04 في فقرتها الأولى: "أنه كل عقد رسمي يحول بموجبه المركي العقاري مقابل تسديد السعر من طرف المقتني الملكية التامة والكاملة للعقار المبني موضوع الصفقة".

² عقد البيع على التصاميم عرفته المادة 28 من القانون 11-04 أنه "العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البناءات من طرف المركي العقاري لقائدة المكتب متوازنة مع تقدم الأشغال، وفي المقابل يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز".

³ يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملوك العقارية، وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها، منشور في الجريدة الرسمية عدد 66 صادرة في 25-12-2013.

Philippe le Tourneau، Droit de la responsabilité et des P1051، 2008، 7^{ième} édition، Dalloz، contrats

⁵ L'article 1792-6 al3: «Les délais nécessaire à l'exécution des travaux de réparation sont fixés d'un commun accord par le maitre de l'ouvrage et l'entrepreneur concerné ».



التأكيد فيها أن هذا الضمان مقرر لمصلحة رب العمل أو من آلت إليه ملكيته.

بعض الشراح الفرنسيون يقصرون الإفادة من هذا الضمان على رب العمل وحده³ وذلك على اعتبار أن المشرع الفرنسي لم يرد أن يجعل من متلقي ملكية العقار المشيد مستفيدا من أحكام هذا الضمان لذلك لم ينص عليه صراحة كما فعل بالنسبة للضمان العشري حيث نص عليه صراحة في صلب المادة 1792.

وخالفهم في ذلك رأي آخر نميل إلى ترجيحه يقر بوحدة المستفيد من تطبيق أحكام الضمانات الثلاثة بمعنى أن يستفيد من هذا الضمان رب العمل وكذا ما آلت إليه ملكيته، لأن ذلك يتفق مع قصد المشرع الفرنسي ورغبته في مد نطاق الحماية القانونية من حيث الأشخاص إلى كل من رب العمل أو من يتلقى عنه ملكية العقار المشيد، أيا كان سبب انتقال الملكية، وهذا ما استقر عليه الفقه الفرنسي منذ أمد بعيد على اعتبار دعوى الضمان دعوى تابعة لملكية هذا العقار، وتنقل معه⁴ حيث ما انتقل، دون التنفيذ بشخص معين.

كما أنه ليس هناك أي مبرر قانوني أو منطقي يستدعي القول بالفرقة بين كل من رب العمل أو من يتلقى عنه الملكية من حيث الاستفادة بأحكام ضمان إتمام الإنجاز دون أحكام الضامين الآخرين، مادام لم ينص المشرع على ذلك صراحة⁵.

المطلب الثاني: النطاق الموضوعي

يتحدد مجال هذا الضمان ببيان الأعمال التي يرد عليها، وكذا الأسباب الموجبة لتطبيق أحكامه.

الفرع الأول: الأعمال التي يرد عليها ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل: في القانون الجزائري

ولكن إذا كانت العيوب التي لحقت البناء ليست بالجسامة المطلوبة لتطبيق الضمان العشري طبقا للمادة 554 من القانون المدني، فلا شك أن المرقى سوف يطالب المقاول بتعويضه عما تحمله من نفقات في سبيل أشغال الإصلاح طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية¹.

أما في القانون الفرنسي، فيكون للمقاول الذي رجع عليه رب العمل بالمطالبة بالإصلاح الرجوع على المسؤول الحقيقي المتسبب بفعله في إحداث هذا الخلل، والذي قام بإصلاحه هذا المقاول وفقا لأوضاع وشروط المسؤولية التقصيرية لعدم وجود علاقة تعاقدية ما بين الاثنين، ويكون رجوعه بدعوى الحلول محل رب العمل في حقوقه قبل هذا المسؤول².

الفرع الثاني: المستفيد من الضمان

في القانون الجزائري المستفيد من هذا الضمان هو المقتني لعقار مبني حسب ما نصت عليه المادة 26 فقرة 3 من القانون 04-11 وكذلك المكتتب في عقد البيع بناء على التصاميم حسب المرسوم التنفيذي 13-431 سابق الذكر، وكلاهما يرتبطان مع المرقى بعقد بيع وليس بعقد مقاول، ومع ذلك يستفيدان من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز.

أما في القانون الفرنسي فيمكن تحديد المستفيد من هذا الضمان بالرجوع لنصوص المواد 1792 وكذا 1792-6 في فقرتها الثانية والثالثة، نلمس في هذه النصوص اختلافا من حيث الصياغة، إذ المادة 1792-6 الفقرة الثانية والثالثة قصرت الاستفادة من هذا الضمان على رب العمل وحده، أما المادة 1792 والخاصة بالضمان العشري فقد حرص المشرع على

Albert Cyaston³، La responsabilité des constructeurs، 1979،

P.106.

⁴ عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص 433.

⁵ عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص 434.

¹ فؤاد كامل، التزام المرقى بضمان كمال إنجاز المنشأة العقارية دفاتر

السياسة والقانون، العدد الثالث عشر، جوان 2015، ص 435.

² عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص 435.

وفي القانون الفرنسي نصت المادة 1792-6 فقرة 2 على أن يمتد ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل إلى إصلاح كل خلل أشار إليه رب العمل سواء بطريق التحفظات التي ذكرها في محضر التسليم أو بطريق الإخطار الكتابي بالنسبة للعيوب اللاحقة خلال مدة سنة من تسلم الأعمال.

كما نصت المادة 111-11 من قانون التشييد والإسكان الفرنسي على أن "عقود المقاولات المتعلقة بتشيد المباني السكنية تعتبر متضمنة بقوة القانون الالتزام بمراعاة القواعد القانونية والتنظيمية في شأن توفير الحد الأدنى المطلوب توافره في هذه المباني في مجال العزل الصوتي، وأن الأعمال التي من شأنها وضع مثل هذه القواعد موضع التنفيذ تدخل في نطاق ضمان تمام الإنجاز المنصوص عليه في المادة 1792-6 من التقنين المدني..."⁴

من خلال نصوص هذه المواد يتضح أن موضوع ضمان تمام الإنجاز يشمل أي خلل يشوب العقار المشيد، كما يشمل أي عيب في العزل الصوتي للبناء.

الفقرة الأولى: الخلل الذي يشوب العقار المشيد:

يدخل في النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام هذا الضمان كل خلل يشوب العقار المشيد، دون النقص بوصف معين، فلا يشترط توافر قدر من الخطورة في الخلل، بل يخضع لأحكام الضمان مهما قلت درجة خطورته، بل ومهما ازدادت هذه الخطورة، إذا ما تم تعيينه من قبل رب العمل سواء تم تعيينه في شكل تحفظ

وبالرجوع إلى المادة 44 من قانون 11-04 التي نص على أنه "تحدد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و/أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية بموجب العقد المذكور في المادة 26 أعلاه، يمتد ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز وفقا لهذا النص إلى عيوب البناء، وكذا حسن سير عناصر تجهيز البناية.

إن نص المادة أشار إلى ضمان عيوب البناء بشكل عام دون تمييز بين الظاهرة منها والخفية¹، وإلى حسن سير عناصر تجهيز البناية دون توضيح، هل هي العناصر القابلة للانفصال، أم العناصر الأخرى، إن محل هذا الضمان واسع جدا، إذ يشمل العقار في مجموعه، فلا فرق بين عناصره التكوينية أو عناصره التجهيزية، وفي نطاق هذه الأخيرة لا فرق بين تلك التي لا فرق بين تلك التي لا تقبل الانفصال وتلك التي تقبل الانفصال، فهو يشمل جميع العيوب أو النقائص التي تلحق البناء، والتي تكون ظاهرة² وقت الاستلام أو ستظهر خلال السنة الموالية له الجسيمة منها والبسيطة على حد سواء.

وإذا كان ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز يشمل كل عيوب البناء، حتى ولو كانت بسيطة، فمن باب أولى يشمل عيوب المطابقة، خاصة وأنه التزام قانوني يرمي إلى تحقيق مطابقة العقار المشيد لما تم الاتفاق عليه أو للحالة التي يجب أن يكون عليها وقت الاستلام³.

¹ لقد كان المرسوم التشريعي المؤرخ في 1 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري الملغى يشير صراحة إلى العيوب الظاهرة في المادة 15 منه، غير أن هذه العبارة لم تكن مصحوبة بكلمة "البناء"، كما أنه لم يوضح وقت ظهور تلك العيوب هل هو وقت حصول الاستلام أم بعده.

² يشترط في العيوب الظاهرة حتى يشملها ضمان الكمال الإنجاز، أن يتم التحفظ عليها من طرف رب العمل أثناء الاستلام، وهو ما يعني أن العيوب الظاهرة غير المتحفظ عليها لا يشملها هذا الضمان، إذ أنها تمحي وتزال بمجرد الاستلام.

³ فؤاد كامل، المرجع السابق، ص 215.

⁴ L'article 1 111-11 code de la construction et de l'habitation: »Les contrats de louage d'ouvrage ayant pour objet la construction de bâtiments d'habitation sont réputés contenir les prescriptions légales ou réglementaires relatives aux exigences minimales requises en matière d'isolation phonique. Les travaux de nature à satisfaire à ces exigences relèvent de la garantie de parfait achèvement visée à l'article 1792-6 du code civil.



فأساس هذا الاستبعاد أنه بالتسليم أصبح البناء تحت حراسة صاحبه الذي يكون من تم مسؤولاً بصيانتته، مادام أن من حقه استخدامه منذ أن وضع يده عليه بالطريقة التي يراها محققة لمصلحته، وإن كان لا يخفى أن من شأن هذه الاستبعادات أن تجعل محلاً للكثير من المنازعات في العمل خصوصاً إذا ما أثار المقاول مسألة قدم الأعمال والفرض أن مدة هذا الضمان لا تتجاوز سنة واحدة من تسليم الأعمال، أو ادعى إساءة استعمال البناء من قبل رب العمل، فيما يتمسك هذا الأخير بأن استعماله له كان استعمالاً عادياً جداً⁵.

الفقرة الثانية: العيب في العزل الصوتي للبناء:

إن المشرع الفرنسي بمقتضى قانون 4 يناير 1978 ألزم المقاولين بضرورة توفير حد أدنى معين من العزل الصوتي فيما يشيدونه من أبنية معدة لغرض السكن، ولقد اعتبر الإخلال بالحد الأدنى المذكور سبباً يوجب ضمان تمام الإنجاز المنصوص عليه في المادة 1792-6 قانون المدني وذلك في أثناء السنة التالية للتسليم، دون حاجة لإثبات خطأ المقاول المدعى عليه.

وبذلك يكون المشرع الفرنسي حسم خلافاً كبيراً في الفقه والقضاء الفرنسي حول تكييف الضرر المتمثل في الخلل في العزل الصوتي للبناء المشيد بغرض السكن، وهل هو ضرر خطير من شأنه أن يجعل المبنى في مجموعه غير صالح للغرض الذي شيد من أجله، ومن تم يجوز أن تترتب عليه المسؤولية العشرية.

فمنذ صدور قانون 4 يناير 1978 يتمتع على رب العمل سلوك طريق الضمان العشري في رجوعه بالنسبة للخلل في العزل الصوتي، بل تعين عليه الاستناد إلى ضمان تمام الإنجاز، أي كانت درجة خطورة الضرر المترتب على هذا الخلل، أي حتى ولو أدى إلى المساس

تضمنه محضر التسليم والتسلم وذلك في حالة انكشافه قبل التسلم أو في حينه، أو عن طريق إخطار المقاول به بإخطار مكتوب من قبل رب العمل، إذا ما ظهر بعد تمام التسلم، وذلك في خلال السنة التالية لتسلم الأعمال¹.

ويدخل في نطاق هذا الضمان عيوب عدم المطابقة لأن إتمام الأعمال على الوجه الأكمل يتطلب مطابقة هذه الأعمال إلزامياً لما هو متفق عليه² ومنصوص عليه في الصيغة وغالباً ما تظهر عيوب عدم المطابقة أثناء التسليم، فينبغي التحفظ بشأنها في محضر التسليم والتسلم، أما إذا تأخر اكتشافها عن ذلك ولكن قبل انقضاء سنة من تسلم الأعمال فيتم إخطار المقاول بها فور ظهورها، وعلى هذا الأخير أن يتخذ كافة الإجراءات التي من شأنها إزالة عدم المطابقة، حتى يأتي العمل في النهاية مطابقاً لما هو متفق عليه.

لقد نص المشرع الفرنسي على إخراج بعض الأعمال من نطاق تطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز حيث نص في الفقرة السادسة من المادة 1792-6 على أن "ضمان تمام الإنجاز لا يشمل الأعمال الضرورية اللازمة لعلاج لأثار الاستهلاك أو الاستعمال العادي"³.

من الواضح أن هذا الاستبعاد لا يمس الخلل المتحفظ عنه أثناء التسلم لأن عملية الاستهلاك أو الاستعمال العادي تتطلب فترة زمنية بعد التسلم، لذلك كان هذا الاستبعاد يخص بالدرجة الأولى الخلل الذي ينكشف في السنة الثانية لتسلم الأعمال⁴.

¹ Philippe Malinvaud, droit de la construction, Dalloz, Paris, 2000, P.1109-1111.

² Philippe Malinvaud, op.c.T., P1110

³ L'Article 1792-6 al6: « La garantie ne s'étend pas aux travaux nécessaires pour remédier aux effets de l'usure normale ou de l'usage ».

⁴ Philippe Malinvaud, op.cit., P1111.

⁵ محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص175.

وإنما بين ذلك صراحة، كما ينبغي الإعلان عن العيب أو الخلل في البناء خلال مدة معينة تسمى بمدة الضمان.

الفقرة الأولى: تعيين الخلل بإحدى الوسائل المنصوص عليها قانوناً:

القانون الفرنسي يلزم لإعمال ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل أن يسلك رب العمل في تعيينه للخلل إحدى الوسيلتين الآتيتين:

الوسيلة الأولى: أن يتم تعيين الخلل في شكل تحفظ يضمنه رب العمل لمحضر التسليم والتسلم الذي يتم تحريره بمناسبة إتمام هذه العملية⁴، فإذا لم يتم رب العمل بذلك، فإن قبوله للعمل يكون من شأنه إخراج هذا الخلل من نطاق ضمان تمام الإنجاز، وبالتالي لا يلتزم المقاول الذي يعنيه الأمر بإصلاحه عينا طبقاً لأحكام هذا الضمان، حيث يعتبر التسلم على هذا الوجه مبرراً لزمة المقاول من هذا الالتزام، باعتبار أن رب العمل يعد متنازلاً عن حقه في طلب الإصلاح⁵.

الوسيلة الثانية: أن يكون الخلل موضوعاً لإخطار كتابي موجه من رب العمل إلى المقاول الذي يعنيه الأمر، وفي خلال السنة الأولى اعتباراً من تاريخ التسلم، وهذه الحالة تفترض أن الخلل يكون خفياً عند التسلم، سواء في ذاته أو في آثاره حيث يصعب على رب العمل العادي أن يكتشفه أو يعلم به، فتتم عملية التسليم والتسلم ويحرر محضرها خالياً من أي تحفظ بشأن هذا الخلل، لكن يتحقق الخلل أو ينكشف أثناء السنة التالية من التسلم، وفي هذه الحالة تطلب المشرع الفرنسي من رب

بصلاحية البناء وللغرض الذي شيد من أجله، بل أن المشرع الفرنسي لم يكتف بمجرد تقرير مسؤولية المقاول وحده عن تنفيذ هذا الالتزام فنص في الفقرة الأخيرة من المادة 11-111 من قانون التشييد والإسكان¹ على اعتبار البائع أو الممول العقاري ضامناً للمقاول في تنفيذ التزاماته المحددة في هذا الصدد تجاه الشاغل الأول لكل وحده سكينه في البناء وذلك في أثناء الستة أشهر التالية على تسلمه السكن أو شغله بالفعل.

ومعنى ذلك أن المقاول وإن كان ملتزماً بضمان جودة العزل الصوتي للبناء ومطابقته للمواصفات الفنية في القانون وفي لوائح التنظيم مثله في ذلك مثل البائع أو ممول العقار، إلا أنه يخضع لهذا الضمان في أثناء مدة مختلفة عن تلك التي يخضع لها كل من البائع والممول، في حين يبقى كل من البائع والممول مسؤولين تجاه الشاغل الأول لكل وحدة سكينه في العقار لمدة 6 أشهر تبدأ في السريان من تاريخ شغلها، أما المقاول فلا يلتزم بهذا الضمان إلا في خلال السنة التالية على تاريخ تسلم رب العمل للأعمال².

الفرع الثالث: الأسباب الموجبة لتطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز:

إن المشرع الجزائري لم يبين الطريقة التي يتم بواسطتها إعلام المرقى البائع بالعيوب الواجب إصلاحها، إنما ترك المجال للأطراف أن يتفقوا على صيغة ملائمة لذلك في عقد البيع ذاته³، في حين أن المشرع الفرنسي لم يترك لرب العمل حرية اختيار الوسيلة أو الوسائل التي يتم بها تعيين مظاهر العيب أو الخلل في البناء،

⁴ ما عدا العيوب المتعلقة بعدم توافر الحد الأدنى لمقتضيات العزل الصوتي، فإن رب العمل غير ملزم بذكرها في تحفظات يضمنها محضر التسليم والتسلم، ذلك أن التسليم ليس له أي أثر نفى أو مبرر لزمة المقاول الذي يعنيه الأمر بالنسبة لهذه العيوب.

droit de la Crille Charbonneau⁵ Laurent Karila
construction:responsabilités et assurances
P.59، 2007، Paris، Litec

¹ L'article L111-11 code de la construction et de l'habitation à al3: »Le vendeur ou le promoteur immobilier est garant de la l'égard du premier occupant de chaque logement conformité à ces exigences pendant un an à compter de la prise de possession.

² عمرو بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص 438-439.

³ راجع المادة 44 من قانون 04-11، سابق الذكر.



ومن تم يجب على رب العمل أن يبادر إلى الإبلاغ بما يظهر أو ينكشف له من خلل بعد تمام عملية التسليم والتسلم بمجرد هذا الظهور أو الانكشاف، ولا يجوز له التأخير في هذا الإبلاغ من اليوم الأخير من مدة السنة المحددة كمدة للضمان، وإلا سقط حقه في المطالبة بالإصلاح العيني².

المبحث الثاني: النظام القانوني لضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز:

سنتناول في هذا المبحث الطبيعة القانونية لضمان تمام الإنجاز، ومدى مزاحمته للضمان العشري من جهة ومن جهة أخرى كيفية إعمال هذا الضمان.

المطلب الأول: طبيعة ضمان تمام الإنجاز ومزاحمته للضمان العشري:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للضمان:

في القانون الجزائري وبالرجوع إلى نص المادة 26 الفقرة الثالثة، والمادة 44 من قانون 04-11، المشرع لم يشر فيها إلى طبيعة هذا الضمان، إن كان مبنيا على فكرة الخطأ الثابت أو حتى المفترض.

المشرع الفرنسي هو الآخر لم يشر في نص المادة 1792-6 إلى أي فكرة عن الخطأ أو المسؤولية، ولا حتى المفترضة منها، وهذا ما جعل الفقه الفرنسي³ يكاد يجمع على شدة غموض الطبيعة القانونية لضمان تمام الإنجاز، إلا أن غالبية الفقه تميل إلى اعتبار أن ضمان تمام الإنجاز هو ضمان موضوعي بحث، وذلك لكونه يعتبر التزاما يندرج في نطاق الالتزام التعاقدي المحدد أي الالتزام بتحقيق نتيجة⁴، هذا من جهة ومن جهة أخرى أن القول بغير ذلك يجعل هذا الضمان غير ذي معنى

العمل القيام بإبلاغ المقاول الذي يعنيه الأمر بالخلل الذي انكشف خلال السنة التالية للتسلم عن طريق إخطار مكتوب، ويطلب فيه الإصلاح العيني، وعلى هذا الأخير أن يقوم بهذا الإصلاح في المدة المتفق عليها، وعلى الوجه المرضي طبقا لأحكام هذا الضمان.

ويتطلب المشرع أن يكون هذا الإخطار كتابة، والحكمة من ذلك توفير وسيلة إثبات لرب العمل لكي يقيم على المقاول الحجة على تمام إعلانه بظهور الخلل في خلال السنة التالية لتسلم العمل، وحتى يحجب عنه فرصة الادعاء بعدم العلم به¹.

ويترتب على ذلك أنه إن ظهر العيب أو انكشف الخلل خلال السنة التالية لتسلم العمل، ولم يقم رب العمل بإخطار المقاول الذي يعنيه الأمر كتابة طالباً إصلاحه عينا، فإنه يعتبر بذلك متنازلاً عن حقه في طلب الإصلاح، ومن تم لا يلتزم المقاول بإصلاحه حتى ولو علم به من جهة أخرى، متى لم يعينه له رب العمل وفقا للطريق الذي رسمه المشرع.

فقرة ثانية: مدة الضمان:

لا بد لقيام ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز في القانون الجزائري الإعلان عن الخلل أو العيب في البناء خلال مدة سنة تبدأ من تاريخ استلام الملك العقاري.

و يبدو أن المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 26 فقرة 3 من القانون 04-11، قد جعل مدة الضمان هي نفسها مدة الدعوى، فيجب أن ترفع الدعوى خلال مدة الضمان.

كذلك في القانون الفرنسي مدة ضمان تمام الإنجاز هي سنة كاملة اعتبارا من تاريخ تسلم العمل، وذلك طبقا لصريح نص الفقرة الثانية من المادة 1792-6 قانون مدني، وهي تعتبر في نفس الوقت مدة دعوى لهذا الضمان.

² المرجع السابق، ص 452.

³ Laurent Karila, Gylle Charbonneau, op.cit., P55; Bernard Boubli, contrat d'entreprise, Dalloz, Paris, 1998, P.54

⁴ Philippe Malinvaud, op.cit., P1107.

¹ عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص 447-448.

وتجدر الإشارة هنا أن محكمة النقض الفرنسية قد صرحت بجواز الخيار بين ضمان كمال الإنجاز والضمان العشري مقرر أن ضمان تمام الإنجاز لا يستبعد إطلاقا قبل كما بعد انقضاءه تطبيق الضمان العشري³.

المطلب الثاني: إعمال ضمان تمام الإنجاز:

إن المشرع الجزائري نص على ضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء كالتزام يتقل كاهل المرقى العقاري تجاه عميله، دون أن يبين كيفية إعماله، وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي نظم المسائل الإجرائية المتعلقة به، ففرق في ذلك بين الحالة التي يتم فيها تنفيذ عمليات الإصلاح باتفاق مشترك بين رب العمل والمقاول والحالة التي يغيب فيها مثل هذا الاتفاق.

الفرع الأول: تنفيذ أشغال الإصلاح الضروري باتفاق

مشترك:

إن تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح الخلل المشار إليه يحتاج إلى وقت معين يتم تنفيذها فيه، وإن تقدير هذا الوقت يتوقف بالضرورة على مقدار هذه الأعمال كما، وأهميتها وجسامتها كيفاً.

المشرع الجزائري ألزم المرقى حسب المادة 44 من القانون 04-11 بتنفيذ هذه الأشغال خلال الأجل المحدد في عقد البيع.

ألزم المرقى في عقد البيع بناء على التصاميم بتنفيذ هذه الأشغال في أجل متفق عليه في العقد، على أن يبدأ سريان هذا الأجل ابتداء من تاريخ إخطاره من طرف المكتب، على أن هذا الضمان صالح لمدة متفق عليها في العقد ابتداء من تاريخ الحياة¹.

ويفرغه من أي مضمون، طالما سمح للمدين به أن يناقش في مدى نسبة الخلل أو العيوب إليه.

وبناء على ذلك فلا يلزم رب العمل بإثبات خطأ المقاول أو غيره من المعمارين، إذ أعفاه المشرع من ذلك وافترض قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على خطأ المقاول بمجرد ظهور الخلل أو العيب في الأعمال التي نفذها.

فإذا ما قام رب العمل بتعيين وتحديد الخلل أو العيب للمقاول الذي يعنيه الأمر، يجب على هذا الأخير أن يبادر إلى القيام بأعمال الإصلاح اللازمة لعلاج هذا الخلل أو العيب، ولا يجوز له أن يتخلص من القيام بذلك إلا بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ رب العمل نفسه باعتباره مضرورا¹.

الفرع الثاني: مسؤولية ضمان تمام الإنجاز للضمان

العشري:

إذا كانت نقائص البناء التي يتم التحفظ عليها أثناء التسليم لا يمكن التعويض عنها إلا وفقا لأحكام ضمان تمام الإنجاز، فإن النقائص التي تظهر خلال السنة التي تعقب الاستلام والتي تتوافر فيها خصائص العيب المخل بصلاية البناء، لا شك أنها تثير ضمان تمام الإنجاز والضمان العشري في آن واحد، عندئذ هل يجوز للمضرور الخيار بينهما في رجوعه بالتعويض؟

الحقيقة أنه لا يوجد نص يقر حق المقتني والمكتب في القانون الجزائري، أو حق رب العمل في القانون الفرنسي في الخيار بين الضمانين المذكورين، كما أنه لا يوجد ما يمنعه من ذلك أيضا، ومن تم يجوز للمتضرر في القانونين الرجوع بالتعويض بناء على أي من الضمانين، بل وله أن يختار منهما الأنسب لمصلحته، ودون إجبار عليه في أن يلتزم طريقا معينا².

³ « Les dispositions de l'article 1792-6 du code civil ne sont pas exclusives de l'application des dispositions des articles 1792, 1792-2, et 1792-3 du même code », cass 3^e civ., 4^e Fevr., 1987, n°st-16584, Laurent Karila, Cgrille Charbonneau, op. cit., P57.

¹ عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص 454.

² Philippe le Tourneau, op. cit., P1052.



الإنذار الذي وجه إليه من قبل رب العمل غير ذي أثر مفعول¹.

لقد أعطى المشرع لرب العمل في مثل هذه الحالة الحق مباشرة في القيام بالتنفيذ المطلوب بمعرفة مقاول آخر على نفقة وتحت مسؤولية المقاول المقصر، وذلك بعد أن يصيح الإنذار الذي أرسله للمقاول المختص بأعمال الإصلاح المطلوبة غير ذي أثر.

إلا أن المشرع لم يتطلب مدة معينة يجب أن يتم من خلالها الإنذار المذكور، وكذلك لم يحدد المدة التي بعدها يصبح الإنذار غير ذي أثر مفعول، بحيث يحق لرب العمل أن يبدأ في التنفيذ على نفقة المقاول المقصر وتحت مسؤوليته، وكذلك لم يحدد شكلا معيناً لهذا الإنذار، أو الطريق الواجب إتباعه لوصوله للمقاول الذي يعنيه الأمر، بل ترك ذلك كله لمحضر إرادة رب العمل وحده يجريه وفقاً لما يراه محققاً لمصلحته.

لقد استلزم المشرع شرطاً واحداً لذلك وهو أن لا يبدأ رب العمل في التنفيذ المباشر إلا بعد أن يصبح هذا الإنذار غير ذي أثر مفعول، بحيث يكون هذا الأخير قد كشف عن نية المقاول الذي يعنيه الأمر عن رغبته في عدم التنفيذ، كذلك لم يتطلب المشرع من رب العمل أن يلجأ إلى القضاء للحصول على ترخيص مسبق منه بمباشرة التنفيذ على نفقة المقاول المقصر وتحت مسؤوليته كما تقضي بذلك القواعد العامة في هذا الخصوص².

ولا شك في أن الهدف من تقرير المشرع لهذه الأحكام هو حث المقاول الذي يعنيه الأمر على سرعة التنفيذ وعدم التباطؤ فيه واحترام المواعيد المتفق عليها

أما المشرع الفرنسي فقد ترك أمر تحديد هذا الوقت لإرادة الأطراف، يحدده كل من رب العمل والمقاول المختص بإصلاح هذه العيوب عن طريق اتفاق مشترك فيما بينهما، يستفاد ذلك من نص المادة 1792-6 فقرة 3: "تحدد المهل اللازمة لتنفيذ عمليات الإصلاح بالاتفاق المشترك بين رب العمل والمقاول الذي يعنيه الأمر".

ولم يتطلب المشرع وفقاً لهذا النص أن ينصب الاتفاق في شكل معين، أو بعد إتباع إجراءات معينة، أو طبقاً لأساليب خاصة، بل ترك الأمر لمحضر إرادة الطرفين يقومان به وفقاً لما تقضي به الظروف المحيطة بهما، وطبقاً لما يريانه محققاً لمصلحة كل منهما.

1- المرسوم التنفيذي رقم 13-431، سابق الذكر

الفرع الثالث: حال عدم الاتفاق والامتناع عن

التنفيذ:

يحدث كثيراً من الناحية العملية خصوصاً في مجال مقاولات المباني أن لا يتفق رب العمل والمقاول المختص بأعمال الإصلاح على المدد اللازمة لتنفيذ تلك الأعمال، أو أن يتم الاتفاق بينهما إلا أن المقاول لا يقوم بالتنفيذ المطلوب في خلال المدد التي تم الاتفاق عليها.

في القانون الجزائري، لم يضع المشرع نصاً خاصاً لمعالجة مثل هذه الحالات، ولكن يمكن طبقاً للقاعدة العامة للمتضرر تنفيذ الإصلاحات على حساب المرقى، فلقد نصت المادة 170 قانون مدني على أنه "في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزاماته جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إن كان هذا التنفيذ ممكناً".

أما المشرع الفرنسي فلقد عالج ذلك من خلال نص المادة 1792-6 الفقرة الرابعة: "في حالة عدم وجود هذا الاتفاق، أو في حالة عدم التنفيذ في المدة المحددة، فإن الأعمال يمكن أن تنفذ بمعرفة مقاول آخر على نفقة وتحت مسؤولية المقاول المقصر، وذلك بعد أن يصبح

¹ L'article 1792-6 al4: «En l'absence d'un tel accord ou en cas d'inexécution dans le délai fixé, les travaux peuvent, après mise en demeure restée infructueuse, être exécutés aux frais et risques de l'entrepreneur défaillant ».

² عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص 456.

4- Philippe Malinvaud, droit de la construction , Dalloz ,Paris ,2000.

5- Philippe Malinvaud et autre , droit de la promotion immobilière ,Dalloz, Paris,2009.

6- Philippe le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 7^{ième} édition,2008.

7- Philippe le Tourneau, Loic Cadet, droit de la responsabilité, Dalloz, Paris,1998.

وذلك بغية توفير حماية حقيقية وفعالة لرب العمل في مجال البناء والتشييد.

النتائج:

إن تنظيم المشرع الجزائري لضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، يشوبه النقص والقصور لاسيما من حيث نطاق تطبيق أحكام هذا الضمان وشروط تحققه وكذا كيفية إعماله، لذا ينبغي على المشرع أن يفتقي أثر التشريع الفرنسي والسير قدما في نفس اتجاهه، لأن هذا الأخير وضع نظام محكم لهذا الضمان من شأنه أن يوفر حماية حقيقية وفعالة لرب العمل.

قائمة المراجع:

باللغة العربية:

1- محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985.

2- عمرو طه بدوي محمد علي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد (دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية)، رسالة دكتوراه، القاهرة، 2004.

3- فؤاد كامل، "التزام المرققي بضمان كمال إنجاز المنشأة العقارية"، دفاتر السياسة والقانون"، العدد الثالث عشر، جوان 2015.

باللغة الفرنسية:

1- Albert Caston, La responsabilité des constructeurs, 2^{ème} édition, 1979.

2- Bernard Boubli, contrat d'entreprise, Dalloz, Paris, 1998.

3- Laurent Karila, Cyrille Charbonneau, droit de la construction ,responsabilités et assurances, Litec, Paris, 2007.

التفتيش في البيئة الافتراضية

la perquisition dans l'environnement virtuel

✍️ / لرقط عزيـزة
أستاذة مساعدة "أ"
جامعة باجي مختار - عنابة -

ملخص

L'environnement technique ou se produit ce genre de crime, qui ne laisse pas d'effets matériels tangibles, et ou, en plus, les preuves peuvent être facilement détruites ou effacées.

Devant ces obstacles, qu'affronte la perquisition dans l'environnement virtuel, le législateur algérien est intervenu par le biais de la loi 09/04 pour mettre en place les limites et les procédures qui conviennent le mieux à la nature du cyber-crime.

De cette perspective, vient cette étude pour mettre l'accent sur la perquisition dans l'environnement virtuel.

Mots clé: perquisition, l'environnement, protection.

مقدمة:

يعد التفتيش من أخطر الإجراءات التي يباشرها من يقوم بالتحقيق في الجريمة بصفة عامة وذلك لمساسها بحقوق الأفراد وحياتهم، التي عادة ما يكفلها الدستور، لذا سعى المشرع إلى وضع ضوابط عديدة سواء تعلقت بالسلطة التي تباشره أم تمنح الإنزيم بمباشرته والحالات التي يجوز فيها مباشرته وشروط اتخاذ هذا الإجراء، التي تعد ضمانات للحرية الفردية وحرمة المسكن¹، وعليه فإن التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق وليس من إجراءات الاستدلال، وهو ما أجمع عليه الفقه في كل من مصر وفرنسا وما تبناه المشرع الجزائري من خلال النص عليه في البابين الثاني والثالث من

نظم المشرع الجزائري إجراء التفتيش الذي يتلاءم وصور الجريمة التقليدية التي يمكن إدراكها بالحواس لما قد يتركه الجاني من آثار مادية في مسرح الجريمة كال بصمات والأوراق المزورة، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للجريمة المعلوماتية لما يعترض التفتيش من مشكلات إجرائية تتمثل أساسا في البيئة التقنية التي ترتكب فيها الجريمة، التي لا تخلف آثارا مادية محسوسة، بالإضافة إلى سهولة تدمير الدليل ومحوه. وأمام هذه العقبات والإشكاليات التي تعترض إجراء التفتيش في البيئة الافتراضية، تدخل المشرع من خلال القانون 04/09 لوضع ضوابط وإجراءات تتلاءم وطبيعة الجريمة المعلوماتية. من هذا المنطلق، جاءت هذه الدراسة لتسلط الضوء على التفتيش في البيئة الافتراضية.

الكلمات المفتاحية: التفتيش، البيئة، الحماية

Résumé

Le législateur algérien a mis en place la procédure de perquisition qui convenait surtout aux formes de la criminalité classique qui peuvent être perceptibles par les sens, car l'auteur, dans de tels cas, peut laisser derrière lui des effets matériels sur le lieu du crime tels que des empreintes digitales ou des documents falsifiés chose qui n'est pas juste pour les cyber-crimes, car la perquisition va se heurter à des problèmes procéduraux dus principalement à

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، فن التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 180.



أو محررات مزورة، إلا أن الأمر يختلف عن ذلك بالنسبة للجريمة المعلوماتية لما تعترض التفتيش من مشكلات إجرائية تتمثل أساسا في البيئة الافتراضية التقنية التي ترتكب فيها الجريمة، فهي لا تخلف أي آثار مادية محسوسة، كما أن الجريمة تتم في الخفاء فكثيرا ما يلجأ المجرم المعلوماتي إلى التلاعب بالبيانات في غفلة من المجني عليه، فضلا عن سهولة تدمير الدليل ومحوه.

وعلى ضوء ذلك وأمام الإشكالات التي يثيرها التفتيش في هذا النوع من الجرائم بعد ثبوت عجز الإجراءات التقليدية في مواجهتها، تدخل المشرع الجزائري بموجب القانون 04/09² المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال أين أوجد طرقا إجرائية تتفق وطبيعة الجريمة المعلوماتية. وعليه يثور التساؤل عن الإجراءات التي استحدثها المشرع في سبيل التفتيش عن الجريمة المعلوماتية ومعرفة مرتكبها؟

للإجابة عن هذه الإشكالية ارتبنا تقسيم الموضوع إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول موضوع التفتيش وفي المبحث الثاني شروط التفتيش في البيئة التقنية

المبحث الأول: موضوع التفتيش في الجرائم المعلوماتية:

يتكون النظام المعلوماتي الذي عرفته المادة الثانية ب على من القانون رقم 04/09 لسنة 2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها على أنه "أي نظام منفصل أو مجموعة من الأنظمة المتصلة ببعضها البعض أو المرتبطة يقوم واحد منها أو أكثر بمعالجة آلية للمعطيات تنفيذا لبرنامج معين" من مكونات مادية تتمثل في مجموعة وحدات لكل منها وظيفة معينة مثل وحدات الإدخال والإخراج والذاكرة وأخرى غير مادية أو معنوية وتتمثل في البرامج، البيانات والمعلومات ويلزم لهذه

الكتاب الأول المتعلق بالتحقيقات وجهات التحقيق إذ نصت المادة 44 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه "لا يجوز لضباط الشرطة القضائية الانتقال إلى مساكن الأشخاص الذين يظهر أنهم ساهموا في الجناية أو أنهم يحوزون أوراقا أو أشياء متعلقة بالأفعال الجنائية المرتكبة لإجراء تفتيش إلا بإذن مكتوب صادر من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق مع وجوب الاستظهار بهذا الأمر قبل الدخول إلى المنزل أو الشروع في التفتيش". وهو ما نصت عليه المادة 40 من الدستور: "فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون وفي إطار احترامه، ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة"، ومما سبق يتضح أن التفتيش يتطلب وقوع جريمة حتى تتوصل من خلاله إلى جسم الجريمة ومعرفة مدى اتصاله بالشخص مرتكبها، وترتبط على ذلك فالتفتيش عمل إجرائي يرتب آثارا قانونية، ومن ثم فالتفتيش الذي يشوبه البطالان يترتب عليه بطلان جميع الإجراءات والأعمال الناتجة عنه خاصة المتعلقة بالأشياء التي تم ضبطها.

والتفتيش إجراء يسمح بالاطلاع على محل منح له القانون حرمة خاصة لأنه مستودع السر، وعليه فهو من أهم إجراءات التحقيق في كشف الحقيقة لأنه غالبا ما ينتج عليه أدلة مادية تؤدي إلى نسبة الجريمة إلى المتهم، وقد يكون محل التفتيش الشخص أو المسكن أو محل آخر ألحقه القانون في حكم المسكن، ومن ثم عرف التفتيش بأنه "إجراء من إجراءات التحقيق التي تهدف إلى البحث عن أدلة مادية لجناية أو جنحة تحقق وقوعها في محل يتمتع بحرمة المسكن أو الشخص، وذلك يهدف إثبات ارتكابها أو نسبتها إلى المتهم وفقا للإجراءات القانونية المقررة"¹

وإذا كان مفهوم التفتيش يتلاءم مع صور الجريمة التقليدية التي يمكن إدراكها بالحواس لما قد يتركه الجاني من آثار مادية في مسرح الجريمة من بصمات أو بقع دم

² القانون رقم 04/09 المؤرخ في 5 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال ومكافحتها، الجريدة الرسمية، العدد 47

¹ طارق ابراهيم الدسوقي عطية، الموسوعة الأمنية، الأمن المعلوماتي، النظام القانوني لحماية المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 353، 354.

أو حائزا لها في إحدى الأماكن العامة بالتخصيص كالمطاعم أو المقاهي، أو الأماكن العامة بطبيعتها كالطرق والبياديين والشوارع فإن تفتيشها يكون وفقا للقواعد والضمانات المقررة بتفتيش الأشخاص في هذا المجال³.

أما إذا كان المكان الموجود به المكونات المادية من الأماكن الخاصة كأن توجد في مسكن المتهم أو أحد ملحقاته فتطبق عليها الأحكام والضمانات المتعلقة بتفتيش المساكن⁴، مع مراعاة التمييز بين ما إذا كانت المكونات المراد تفتيشها متصلة أو منعزلة عن حاسبات أخرى في مكان آخر غير مكان المتهم مثلا، وما إذا كانت المعلومات المخزنة في أوعية هذا النظام الآخر من شأنها كشف الحقيقة تعين هنا أيضا مراعاة القيود والضمانات التي يستلزمها المشرع لتفتيش هذه الأماكن⁵.

أما المشرع الجزائري فقد أورد القاعدة في نص المادة 64 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه " لا يجوز تفتيش المساكن ومعاينتها وضبط الأشياء المثبتة للتهمة إلا برضا صريح من الشخص الذي ستتخذ لديه هذه الإجراءات، ويجب أن يكون هذا الرضا بتصريح مكتوب بخط يد صاحب الشأن فإذا كان لا يعرف الكتابة فبإمكانه الاستعانة بشخص يختاره بنفسه، ويذكر ذلك في المحضر مع الإشارة صراحة إلى رضاه"، بالإضافة إلى تطبيق أحكام المواد من 44 إلى 47 من هذا القانون إلا أن هذه القاعدة ورد عليها استثناء بموجب تعديل قانون الإجراءات الجزائية وهذا من خلال الفقرة الثالثة من

المكونات مصطلح آخر يسمى شبكة الاتصال وهي سلكية ولاسلكية على المستوى المحلي والدولي، وعليه إذا انصب التفتيش على المكونات المادية فلا إشكال هنا في تطبيق القواعد التقليدية، إلا أن الأمر يختلف إذا ما وقعت الجريمة على برامج الكمبيوتر ومعلوماته فإن التفتيش تعترضه صعوبات تبرز على أساس أن الجاني بإمكانه التخلص من المعلومات التي يستهدفها التفتيش من خلال إرسالها إلى نظام معلوماتي آخر أو إلى مكان آخر في النظام المعلوماتي، كما تكمن الصعوبة أيضا في الحالة التي يكون فيها النظام المعلوماتي يتمتع بحماية فنية عن طريق الرقم السري للوصول إلى المعلومات والبيانات وتفتيشها، وهذا الرقم السري لا يعلمه إلا المتهم الذي لا يمكن إلزامه أو إجباره على البوح به¹.

وعليه فإن معرفة هذه الصعوبات يستلزم التطرق للتفتيش المنصب على المكونات المادية والمنطقية للنظام المعلوماتي وشبكات الاتصال بعدية سلكية ولا سلكية محلية ودولية من خلال مطالب ثلاث على النحو التالي:

المطلب الأول: تفتيش المكونات المادية للجهاز الكمبيوتر:

لا يقوم الاختلاف في أن الولوج² إلى المكونات المادية للنظام المعلوماتي للبحث عن شيء يتصل بالجريمة المعلوماتية المرتكبة مما يفيد في الكشف عن الحقيقة ومعرفة مرتكبها يخضع للإجراءات القانونية الخاصة بالتفتيش، بمعنى أن تفتيش المكونات المادية يتوقف على طبيعة المكان الموجود فيه، فإذا كان الشخص يحمل مكونات الحاسب الآلي المادية أو كان مسيطرا عليها

³ - علي عدنان الفيل، إجراءات التحري وجمع الأدلة والتحقيق الابتدائي في جريمة المعلوماتية، مكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2012، ص 41

⁴ - الشحات إبراهيم محمد منصور، الجرائم الالكترونية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى 2011، ص 196.

⁵ - خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 195، 196.

- طارق إبراهيم الدسوقي عطية، مرجع سابق، ص 364، 365.

¹ - زبيحة زيدان، الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري والدولي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص 131، 133.

² - يطلق بعض الفقهاء على عملية البحث عن أدلة الجريمة في العالم الرقمي مصطلح الولوج أو النقاد باعتباره أكثر دقة من التفتيش الذي يعني البحث والفحص والتدقيق في البيانات انظر خالد حازم إبراهيم، دور الأجهزة الأمنية في الإثبات الجنائي في الجرائم المتعلقة بشبكة المعلومات الدولية " الأنترنت " بدون دار النشر، 2014، ص 294.



ودلالة كافية على ارتكاب الشخص للجريمة إذا استتبعت ذلك اعترافاً شفوياً².

و إذا كان إخضاع المكونات المادية للتفتيش لا يثير أي إشكال أو اختلاف فقهي، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للمكونات المعنوية أو الغير المادية إذ ثار جدل فقهي حول إمكانية خضوعها للتفتيش تمهيداً لضبط الأدلة.

إذ ذهب رأي إلى جواز خضوع هذه المكونات للتفتيش ويستندون أنصار هذا الرأي إلى أن القوانين الإجرائية تنص على إصدار الإذن بضبط " أي شيء " فإن ذلك يفسر تفسيراً واسعاً بحيث يشمل معلومات وبيانات الحاسب المحسوسة وغير المحسوسة³.

وعلى النقيض من الرأي الأول فإن أنصار الرأي الثاني يرون أن المكونات المعنوية أو الغير مادية لا تصلح بطبيعتها بأن تكون محلاً للتفتيش، لأن التفتيش يهدف أساساً إلى ضبط أدلة مادية، وهو ما ينتقي في المعلومات ذات الطبيعة اللامحسوسة مما يستلزم وجود أحكام خاصة تتلاءم وهذه الطبيعة⁴.

و في مقابل هاذين الرأيين هناك رأي ثالث الذي يستبعد عبارة كل شيء للقول بقابلية أو عدم قابلية المكونات المعنوية للتفتيش ويعتمد في رأيه على الواقع العملي الذي يتطلب أن يقع الضبط على معلومات الحاسب الآلي إذا اتخذت شكلاً مادياً⁵.

إلا أن المشرع الجزائري ومن خلال القانون 04/09 لسنة 2009 المتعلق بالقواعد الخاصة من جرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها خاصة المادة الخامسة منه، يتضح أنه سار في اتجاه الرأي الثاني الذي رأى بضرورة وجود قواعد خاصة تحكم التفتيش

ذات المادة التي تنص على أنه " وعندما يتعلق الأمر بجرائم المخدرات أو الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبيض الأموال والإرهاب وكذا الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف فإنه يجوز التفتيش والمعايينة والحجز في كل محل سكني أو غير سكني في كل ساعة من ساعات النهار أو الليل وذلك بناء على إذن مسبق من وكيل الجمهورية المختص"، والملاحظ أن المشرع من خلال التعديل الذي ألحقه بقانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم 22/06 قد غلب مصلحة المجتمع في القصاص من الجاني وردعه على حريات الأفراد ومرد ذلك إلى اعتبارين هما:

- 1.. خصوصية جرائم الاعتداء على المعلومات التي تتمثل في قابلية إخفاء الأدلة في أقل من ثانية.
- 2.. افتراض كون الدليل النقي هو الدليل الوحيد في الدعوى الجزائية ومن ثم اعتماد الإثبات على وجوده.
- 3.. كما أن المشرع لم يقيد التفتيش في هذا النوع من الجرائم بأي قيد بل أقره فقط بضرورة صدور إذن مسبق من وكيل الجمهورية المختص¹.

المطلب الثالث: تفتيش المكونات غير المادية أو المعنوية:

ينصب التفتيش على الجانب الغير مادي المتمثل في المعلومات المعالجة، ولعل الصورة المعتادة والمثال العلمي الذي يمكن تقريره هنا هو فحص البرمجيات الذي يعد من الوسائل الرئيسية في الكشف عن أكثر الجرائم المعلوماتية، مثل جرائم الدخول غير المصرح به فإن وجود برمجيات غير مصنفة تعمل في بيئة الاختراق أو تساعد عليه كما هو الشأن في برمجيات المسح للكشف عن الأبواب المفتوحة يمكن أن يشكل منطقة استهداف

² - رشيدة بوك، مرجع سابق، ص 397.

³ - علي عدنان الفيل، مرجع سابق، ص 42.

⁴ - خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 197.

⁵ - علي عدنان الفيل، مرجع سابق، ص 43.

¹ - رشيدة بوك، جرائم الاعتداء على نظم المعالجة الآلية في التشريع الجزائري المقارن، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2012، ص 396.

و إذا كان النظام المعلوماتي لم يزود بحماية فنية فإن الأمر يسهل بالنسبة للقائم بالتفتيش، ولكن الأمر يصعب إذا كان النظام المعلوماتي مزود بحماية فنية ككلمة السر ورفض القائم عليه أو صاحبه بمنحها للمحقق فهل يجوز إجبار المتهم مثلا على تزويد السلطات المختصة بالتحقيق بمفاتيح المرور إلى النظام، أو بعبارة أخرى هل يجوز إكراه المتهم على الإفصاح على كلمة السر لأجل الدخول إلى البيئة التقنية؟

في هذا الصدد تباينت الآراء إذ ذهب رأي إلى أنه لا يمكن إجبار المتهم على تقديم المعلومات اللازمة لتسهيل الدخول أو الولوج للنظام المعلوماتي ويستندون في ذلك إلى القاعدة العامة التي مفادها عدم جواز أو إمكانية إجبار المتهم على الإجابة على الأسئلة التي من شأنها أن تؤدي إلى إدانته، ولا يمكن أن يفسر سكوته أو صمته ضد مصلحته وهو ما يمكن استنتاجه من نص المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري التي نص على الضمانات الممنوحة للمتهم، وفي المقابل يرى رأي آخر أنه وإن كان لا يجوز إجبار الشخص الإذلاء بأقوال ضد نفسه، إلا أن ذلك لا يمكن أن يكون حائلا ضد إلزام المتهم بتقديم معلومات للسلطة المختصة لأجل الدخول أو الولوج للنظام المعلوماتي متى كانت هذه المعلومات بحوزته قياسا على إجبار الشخص على تسليم مفتاح الخزانة التي بحوزته⁴ و قد رد أنصار الرأي الأول على ذلك أن كلمة السر وما في حكمها هي أمر معنوي (بخلاف المفتاح الذي يعد شيء مادي) تكتنفه عدة صعوبات كادعاء المتهم نسيانها.

إلا أن المشرع الجزائري حسم المسألة بإمكانية إجبار غير المتهم على تقديم المعلومة للسلطات المختصة والتي تمكن من الولوج للنظام المعلوماتي كما هو الحال بالنسبة لمقدم الخدمة مثلا وهو ما نصت عليه المادة 10

وهذا بالنظر إلى طبيعة المعلومات التي لا تتماشى والنصوص التقليدية التي تعتبر قيда على الحرية الفردية، ومن ثم يصبح القياس على الأشياء المادية محظورا لمنافاته الشرعية الإجرائية¹.

حيث أنه بالرجوع للمادة 05 من قانون 09/ 04 نجد أنها أجازت للسلطات القضائية والمختصة وكذا ضباط الشرطة القضائية الدخول بغرض التفتيش ولو عن بعد إلى:

أ . منظومة معلوماتية أو جزء منها وكذا المعطيات المعلوماتية المخزنة فيها.

ب . منظومة معلوماتية".

ونجد أن المشرع الفرنسي هو الآخر أدخل تعديلات فيها يتعلق بالتفتيش وذلك بإضافة عبارة " المعطيات المعلوماتية "في المادة 94 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي بموجب المادة 42 من القانون رقم (545 - 2004 المؤرخ في 21 جوان 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي إذ أصبح نص المادة 94 ينص على أنه " يباشر التفتيش في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء أو معطيات معلوماتية يكون كشفها مفيدا لإظهار الحقيقة"².

أما الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بجرائم تقنية المعلومات فتناولت التفتيش في الجريمة المعلوماتية في المادة 19 من الفصل الرابع³.

¹ - رشيدة بوكري، مرجع سابق، ص 398.

² - art 42 du L C E N dispose que « a l'article 94 du code de procédure pénale , après les mots. des objet.sont insérés les mots « ou des donne informatiques »

-Art 94 du c pp f dispose que « les perquisitions sont effectuées dans tous les lieux ou peuvent se trouver des objets ou des données dans tous découverte serait utile à la manifestations de vérité ».

³ - هلال عبد الله أحمد، مرجع سابق، ص 239.

⁴ - رشيدة بوكري، مرجع سابق، ص 399، 400.



دولة ما تسعى في كشف الحقيقة بشأن الجريمة المرتكبة ضد أحد أجهزتها فإن الأمر قد يكون خلاف ذلك بالنسبة لدولة أخرى التي قد تنزعج من ذلك، وهذا ما يزيد من تعقيد الجريمة المعلوماتية العابرة للحدود وهو ما يستلزم وجود تعاون دولي⁵ ونستطيع أن نميز في هذه الصورة بين ثلاث احتمالات ونتناولها من خلال ثلاث فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: اتصال نظام المتهم بنظام آخر أو نهائياً طرفية موجودة فلا مكان آخر داخل الدولة:

يثور التساؤل حول مدى إمكانية امتداد الحق في التفتيش إلى أجهزة أخرى غير جهاز المتهم أم أن التفتيش يقتصر فقط على جهاز المتهم؟

إذا كانت معظم التشريعات الغربية قد تناولت في قوانينها الإجرائية حل هذه المشكلة منها التشريع البلجيكي من خلال المادة 88 من قانون تحقيق الجنايات الصادر في 23 / 11 / 2000⁶، والمشرع الفرنسي من خلال التعديل الذي ألحقه بقانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم (239 / 2003) بشأن الأمن الداخلي الصادر بتاريخ 18 / 03 / 2003 حين أضاف المادة (1/57) من قانون الإجراءات الجزائية وذلك بموجب (1/17) منه⁷.

إلا أن بعض التشريعات العربية مازالت هذه المسألة غائبة في قوانينها الإجرائية كما هو الحال في التشريع السوري بالرغم من ورودها في العرف التكنولوجي⁸، على خلاف المشرع الجزائري الذي فصل في الأمر من خلال الفقرة الثانية من المادة 5 من القانون 09 / 04 لسنة 2009 المتعلق بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها نص على أنه

¹، 11 من القانون رقم 04/09 المتضمن الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، لأن الإكراه الواقع على غير المتهم لا يمس بحقوق الدفاع وهو ما حثت عليه الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بجرائم تقنية المعلومات من خلال المادة 19 الفقرة الرابعة³.

المطلب الثالث: تفتيش الشبكات المتصل بالإنترنت "التفتيش عن بعد":

إن سلبية التقنية الرقمية قد عقدت من التحدي أمام أعمال التفتيش والضبط، فالبيانات التي تحتوي على أدلة الإثبات قد تتوزع عبر شبكة حاسوبية في أماكن مجهولة بعيدة تماماً عن الموقع المادي للتفتيش، وإن كان من الممكن الوصول إليها من خلال حاسبات موجودة في الأبنية أو المواقع الجاري تفتيشها⁴، وقد يكون الموقع الفعلي للبيانات يدخل في اختصاص قضائي آخر أو حتى في بلد آخر، وإن كانت السلطات المختصة في

¹ - المادة 10 من القانون 04/09 "في إطار تطبيق أحكام هذا القانون يتعين على مقدمي الخدمات تقديم المساعدة للسلطات المكلفة بالتحريات القضائية لجمع وتسجيل المعطيات المتعلقة بمحتوى الاتصالات في حينها ويوضع المعطيات التي يتعين عليهم حفظها وفقاً للمادة 11 أذناه تحت تصرف السلطات المذكورة

و يتعين على مقدمي الخدمات كتمان سرية العمليات التي ينجزونها بطلب من المحققين وكذا المعلومات المتصلة بها وذلك تحت طائلة العقوبات المقررة لإفشاء أسرار التحري والتحقيق".

² - المادة 11 " مع مراعاة طبيعة ونوعية الخدمات يلتزم مقدمو الخدمات بحفظ

أ - المعطيات التي تسمح بالتعرف على مستعملي الخدمة، ب - المعطيات المتعلقة بالتجهيزات الطرفية المستعملة للاتصال ج - القضائي التقنية وكذا تاريخ ووقت ومدة كل اتصال، د - المعطيات المتعلقة بالخدمات التكميلية المطلوبة أو المستعملة ومقدميها، هـ - المعطيات التي تسمح بالتعرف على المرسل إليه أو المرسل إليهم للاتصال وكذا عناوين الموقع المطلع عليها....."

³ - هلال عبد الله أحمد، مرجع سابق، ص 239، 254

⁴ - خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 202

⁵ - علي عدنان الفيل، مرجع سابق، ص 44.

⁶ - خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 203.

⁷ - رشيدة بوكري، مرجع سابق، ص 402.

⁸ - رشيدة بوكري، مرجع سابق، ص 401.

المختصة طبقا للاتفاقيات الدولية ذات الصلة أووفقا لمبدأ المعاملة بالمثل".

و كذلك المشرع الفرنسي أجاز لضباط الشرطة القضائية تفتيش الأنظمة المتصلة حتى ولو تواجدت خارج إقليم الدولة الفرنسية وهذا بموجب الفقرة الثانية من المادة (1/57) من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي المضافة بموجب المادة 17 الفقرة 2 من قانون الأمن الداخلي رقم (2003/239)، أما فأجازت هي الأخرى من خلال المادة 32 الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بجرائم تقنية المعلومات فأجازت تمديد التفتيش لأجهزة وشبكات دولة أخرى حتى بدون إذنها في حالتين إذ تعلق التفتيش بمعلومات أو بيانات مباحة للجمهور، والثانية إذا رضي صاحب أو حائز هذه المعلومات بهذا التفتيش³.

الفرع الثالث: التنصت والمراقبة الإلكترونية لشبكات الحاسب الآلي:

أمام صعوبة استخلاص الدليل التقني وفق القواعد الإجرائية التقليدية، مما يترتب عليه إفلات العديد من المجرمين من العقاب، أصبح لزاما التطوير في طرق الحصول على الدليل الذي يتماشى والطبيعة التقنية للجرائم المعلوماتية، وهو ما تظن له المشرع الجزائري بموجب قانون رقم 22/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 باستحداث الفصل الرابع من الباب الثاني من الكتاب الأول من المادة 65 مكرر إلى المادة 65 مكرر 10 تحت عنوان "اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور" إذ بموجب هذا القانون يمكن لوكيل الجمهورية اعتراض الاتصالات السلكية واللاسلكية، كما تدخل المشرع مرة أخرى بموجب القانون 04/09 المتعلق بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها واستحدث بموجبه إجراءات الأول يتمثل في المراقبة الالكترونية،

"في الحالة المنصوص عليها في الفقرة أ" من هذه المادة إذا كانت هناك أسباب تدعو للاعتقاد بأن المعطيات المبحوث عنها مخزنة في منظومة معلوماتية أخرى وأن هذه المعطيات يمكن الدخول إليها انطلاقا من المنظومة الأولى، يجوز تمديد التفتيش بسرية إلى هذه المنظومة أو جزء منها بعد إعلام السلطة القضائية المختصة مسبقا بذلك"

الفرع الثالث: اتصال نظام المتهم بنظام آخر أو نهاية طريق موجودة في مكان آخر خارج الدولة

من المشاكل التي قد تثور في هذه المسألة قيام الجناة بتخزين بياناتهم في أنظمة معلوماتية خارج الدولة مستخدمين في ذلك شبكات الاتصال المعلوماتية وهذا لعرقلة جمع الأدلة والتحقيقات¹، وفي هذه الحالة فإن امتداد الإذن بالتفتيش إلى أقاليم دولة أخرى غير التي أصدرت إحدى جهاتها المختصة هذا الإذن وهو ما يسمى بالولوج أو التفتيش العابر للحدود قد يتعذر القيام به بسبب تمسك كل دولة بسيادتها².

و عليه فإن جانب من الفقه يرى بضرورة التعاون الدولي في هذا المجال الذي يكون في إطار اتفاقيات خاصة ثنائية أو متعددة الأطراف تجيز هذا الامتداد.

و بناء على ما تقدم فإن المشرع الجزائري أجاز من خلال الفقرة الثالثة من المادة 5 من القانون 04/09 لسنة 2009 المتضمن القواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها بتفتيش الأنظمة المتصلة حتى ولو كانت خارج إقليم الدولة الجزائرية إذ نصت على أنه "إذ تبين مسبقا بأن المعطيات المبحوث عنها والتي يمكن الدخول إليها انطلاقا من المنظومة الأولى، مخزنة في منظومة معلوماتية تقع خارج الإقليم الوطني، فإن الحصول عليها يكون بمساعدة السلطات الأجنبية

¹ - طارق ابراهيم الدسوقي عطية، مرجع سابق، ص 371.

² - علي عدنان الفيل، مرجع سابق، ص 46.

³ - علي عدنان الفيل، مرجع سابق ص 47.



الفرد الأول: سبب التفتيش:

نعلم أن سبب التفتيش باعتباره إجراء من إجراءات التحقيق في الجرائم التقليدية هو السعي نحو الحصول على دليل من أجل الوصول إلى الحقيقة ومعرفة مرتكب الجريمة، ومن ثم يمكن القول أن سبب التفتيش يكمن في وقوع جريمة لها وصف الجناية أو الجناية وإتهام شخص أو عدة أشخاص معينين بارتكابها أو المشاركة فيها، وتوافر قرائن وأمارات قوية كافية للكشف عن الحقيقة لدى المتهم أو في مسكنه أو بشخص غيره أو مسكنه³، وهو ذات الأمر الذي ينطبق على الجرائم المعلوماتية حتى يكون التفتيش مشروعاً لا بد من وقوع جريمة من الجرائم المعلوماتية وإتهام شخص أو أشخاص معينين بارتكاب هذه الجريمة أو المشاركة فيها وتوافر أمارات أو دلائل على وجود أجهزة معلوماتية تقيد في كشف الحقيقة لدى المتهم أو غيره.

أولاً: وقوع جريمة معلوماتية:

إن المنطق القانوني والعقلي يتطلب وقوع جريمة معلوماتية لأجل القيام بإجراءات التفتيش باعتباره وسيلة إجرائية تهدف إلى الحصول على دليل المادي، والتي عرفت على أنها "كل سلوك غير مشروع موجه للمساس والاعتداء على المكونات غير مادية للنظام المعلوماتي في وفرتها وإتاحتها أو في سلامتها وتكاملها"

و الجدير بالذكر أنه لا محل لإصدار الإنذار بالتفتيش إلا إذا كان المشرع قد نص على الجرائم التي تشكل اعتداء على المعلومات في شكل نصوص التجريم والعقاب تطبيقاً لمبدأ الشرعية، وهذا ما دأبت عليه الكثير من التشريعات ومنها التشريع الجزائري الذي حدد بموجب القانون (15/04) المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 بعض الجرائم المعلوماتية، وعزز المشرع هذه الحماية بموجب

والثاني حفظ المعطيات المتعلقة بحركة السير¹، إذ تنص المادة الثالثة منه على أنه "مع مراعاة الأحكام القانونية التي تضمن سرية المراسلات والاتصالات، يمكن لمقتضيات حماية النظام العام لمستلزمات التحريات أو التحقيقات القضائية الجارية وفقاً للقواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية وفي هذا القانون، وضع ترتيبات تقنية لمراقبة الاتصالات الالكترونية، وتجمع وتسجيل محتواها في حينها والقيام بإجراءات التفتيش والحجز داخل منظومة معلوماتية"، وكذلك الأمر بالنسبة لجميع الدول تقريباً إذ أجازت التصنت والمراقبة الالكترونية في ظروف معينة بالرغم ما ثار من جدل بشأنها ونذكر على سبيل المثال القانون الفرنسي إذ أجاز قانون 10 يوليو 1991 اعتراض الاتصالات البعيدة بما في ذلك شبكات تبادل المعلومات les verseaux d'échanges de donne وكذلك هولندا وفلندا واليابان².

المبحث الثاني: شروط التفتيش فاعل البحث:

حرصت معظم التشريعات على إحاطة التفتيش بشروط لازمة لصحته، لما يتضمنه من تقييد للحريات الفردية، واعتداء على حرمة الحياة الخاصة، ومن الشروط والضمانات الواجب توافرها في إجراء التفتيش ما هو شكلي ومنها ما هو موضوعي، وعليه سوف تقسم عليه الشروط إلى شروط موضوعية للتفتيش وشروط شكلية.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية للتفتيش:

إن البحث عن الحقيقة القضائية لا ينبغي أن يكون مطلقاً دون أي قيد، بل لابد أن يخضع لضوابط معينة حتى لا يتعسف من يسعى للحصول عليها، وهذه الضوابط تأتي في العادة سابقة لإجراء التفتيش ويمكن حصرها في ثلاث شروط أساسية السبب والمحل والسلطة المختصة للقيام به وعليه سنفصل في كل شرط كما يلي:

¹ - رشيدة بوكر، مرجع سابق، ص 440، 441.

² - طارق إبراهيم الدسوقي عطية، مرجع سابق، ص 373 374.

³ - رشيدة بوكر، مرجع سابق، ص 405.

أن يكون هذا الشخص متهمًا أو غير ذلك، فالاختلاف فقط يكمن في أن تفتيش الشخص غير المتهم أو مسكنه يخضع لأحكام خاصة⁴.

و عليه فإن الدلائل الكافية شرط ضروري لاتخاذ إجراء التفتيش الذي يتضمن مساسا بحرمة الشخص أو مسكنه وهي الضمان الوحيد في التشريع الجزائري الذي يقي الأفراد من الوقوع كضحايا لإجراءات تعسفية.

و القول بوجود الدلائل والقرائن القوية يتوفق على جدية التحريات التي تسبق التفتيش والتي تعتبر من المسائل الموضوعية التي تخضع لقاضي الموضوع، ومن ثم فإذا أراد المتهم الدفع ببطلان التفتيش لعدم جدية التحريات التي سبقته فهذا الدفع يقدم أمام محكمة الموضوع، ولا يجوز إثارته أمام المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون⁵.

الفرع الثالث: تحديد محل التفتيش:

يقصد بمحل التفتيش المستودع الذي يحتفظ به الشخص بأسراره. والسر الذي يحميه القانون هو ذلك الذي يستودع في محل له حرمة كالمسكن والشخص والرسائل⁶، وعليه فإن المحل الذي يقع عليه التفتيش للحصول على أدلة في الجرائم المعلوماتية قد يكون شخص وقد يكون مكان.

أولاً: المقصود بالشخص كمحل لتفتيش النظام المعلوماتي:

الشخص بوصفه محلاً لتفتيش نظم الحاسب الآلي قد يكون من مستعملي أو مستخدم الكميبيوتر أو من خبراء البرامج سواء كانت برامج نظام أو برامج تطبيقات، وقد يكون من المحللين أو من مهندسي الصيانة والاتصالات، أو من مديري النظم المعلوماتية، أو أي

القانون رقم 04/09 المتضمن الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحته¹.

ثانياً: إتهام شخص أو أشخاص معينين بارتكاب الجريمة أو المشاركة فيها:

لا يمكن قيام جريمة معلوماتية فقط لقيام سبب التفتيش بل لا بد أن يوجه الاتهام إلى شخص أو أشخاص معينين تقوم دلائل كافية للاعتقاد أنهم من ساهموا في ارتكاب الجريمة سواء كانوا فاعلين أصليين أو شركاء فيها، ولم تتناول قوانين الإجراءات الجزائية تعريفاً للدلائل وإنما اكتفت بالنص على ضرورة توافر دلائل قوية والمتوافقة مع الاتهام، إلا أن الفقه عرفها على أنها "شبهات مستمدة من الواقع والقرائن تنبئ عن ارتكاب الشخص لجريمة من الجرائم"². أما في الجرائم المعلوماتية فهي مجموعة من المظاهر والأمارات المعنية التي تنهض على السياق العقلي والمنطقي أن ترجح نسبة جريمة من الجرائم المعلوماتية إلى شخص معين سواء بوصفه فاعلاً أو شريكاً³، كما لو كان الحاسوب الذي تم تحديد هويته (I P) وتم ارتكاب الجريمة المعلوماتية من خلاله هو حاسوب شخصي يخص شخص بعينه.

ثالثاً: توافر أمارات وقرائن قوية تفيد في كشف الحقيقة:

يتطلب إصدار سلطة التحقيق قرارها بالتفتيش ومباشرة بالإضافة إلى وقوع جريمة معلوماتية واتهام شخص أو عدة أشخاص معينين بمساهمتهم في ارتكاب الجريمة سواء كانوا فاعلين أصليين أو شركاء فيها ضرورة وجود أمارات وقرائن قوية على وجود أجهزة أو معدات معلوماتية تفيد في كشف الحقيقة لدى المتهم المعلوماتي أو غيره، ويستوي الأمر أن تكون هذه الأشياء أو الأجهزة المعلوماتية في حيازة الشخص أو في مسكنه أو

¹ - رشيدة بوكر، مرجع سابق، ص 406.

² - نبيلة هبة هروال، الجوانب الإجرائية لجرائم الأنترنت، في مرحلة جمع الاستدلالات، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2007، ص 233.

³ - رشيدة بوكر، مرجع سابق، ص 407.

⁴ - طارق إبراهيم الدسوقي عطية، مرجع سابق، ص 386.

⁵ - طارق إبراهيم الدسوقي عطية، مرجع نفسه، ص 387.

⁶ - نبيلة هبة هروال، مرجع سابق، ص 234.



أولاً: إجراء التفتيش في العالم الافتراضي بمعرفة سلطات التحقيق:

لا يقوم الاختلاف بين الجرائم التقليدية والجرائم المعلوماتية من حيث الجهة أو السلطة التحقيق الأصلية، وهي باختلاف التشريعات المقارنة تتمثل إما في قاضي التحقيق كسلطة أصلية والنيابة العامة استثناء أو العكس، ولا بد أن تكون هذه السلطة وفقاً للقواعد العامة مختصة أصلاً بالتحقيق سواء كان اختصاصاً مكانياً أو نوعياً³، وفيها يتعلق بالاختصاص المحلي فإن المشرع الجزائري قد مدد الاختصاص لقاضي التحقيق في الجرائم المعلوماتية بعد أن كان يحدده بمكان وقوع الجريمة أو بمحل إقامة أحد الأشخاص المشتبه في مساهمتهم في الجريمة أو مكان القبض على أحد الأشخاص المشار إليهم ولو كان لسبب آخر طبقاً للمادة 40 من قانون الإجراءات الجزائية،

و عليه فإن المادة 40 المعدلة من قانون الإجراءات الجزائية أصبحت تنص على أنه " يتحدد اختصاص قاضي التحقيق محلياً بمكان وقوع الجريمة أو محل إقامة أحد الأشخاص المشبه في مساهمتهم في اختراقها أو بمحل القبض على أحد هؤلاء الأشخاص حتى ولو كان هذا القبض قد حصل لسبب آخر.

يجوز تمديد الاختصاص المحلي لقاضي التحقيق إلى دائرة اختصاص محاكم أخرى عن طريق التنظيم، في جرائم المخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصـرف " والملاحظ أن تمديد اختصاص المحلي لقاضي التحقيق مشمولاً كما هو الشأن بالنسبة للنيابة بأحكام المرسوم التنفيذي رقم 348/06 خاصة من المادة الأولى إلى المادة الخامسة.

أشخاص آخرين قد تكون بحوزتهم معدات وأجهزة معلوماتية أو أجهزة حاسب آلي محمولة متصلة بجهاز المودم، وفي جميع الأحوال يقصد بالشخص كمحل قابل للتفتيش كل ما يتعلق بكيانه المادي وما يتصل به، ويشمل جسم الإنسان وأمتعته التي كانت في حوزته منتقلاً بها باعتبارها من توابع الشخص¹.

ثانياً: المقصود بالمنازل وما في حكمها كمحل لتفتيش النظام المعلوماتي:

يقصد بالمنازل وما في حكمها كمحل لتفتيش النظام المعلوماتي كل محل لإقامة الأشخاص سواء كانوا متهمين أو يحوزون أشياء تتعلق بالجريمة والملحقات المخصصة لمنافعها والتي يشغلها الشخص إما بصفة دائمة أو مؤقتة وسواء كانت ثابتة أو متنقلة كما هو الحال في الغرف المتنقلة داخل مقطورة السيارة، أو المكتب، متى وجدت فيها مكونات النظام المعلوماتي المادية والغير مادية أو المعنوية²، ويطبق في هذا المجال الشروط وقواعد إجراءات تفتيش المنازل المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 47 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

الفرع الثالث: السلطة المختصة بتفتيش النظام المعلوماتي:

أسلفنا القول أن التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق التي تمس بحقوق الأفراد وحرياتهم، ونتيجة لذلك حرص المشرع الجزائري الجزائري إلى إسنادها لجهة قضائية تكفل حماية الحقوق والحريات وتضمنها، وقد حددها بقاضي التحقيق الذي يقوم بها بنفسه إلا أنه يمكن لضباط الشرطة القضائية القيام بذلك بصفة استثنائية وفي ظل دراسة التفتيش في البيئة الرقمية، سوف نعرض إلى هذا الإجراء في تلك البيئة، وهذا بالإشارة إلى دور سلطة التحقيق الأصلية تم تحقيق الاستثنائية في ذلك.

¹ - طارق ابراهيم الدسوقي عطية، مرجع سابق، ص 393.

² - رشيدة بوكري، مرجع سابق، ص 409.

³ - نبيلة هبة هروال، مرجع سابق، ص 241.

و لا شك أن في تحديد إذن التفتيش تحديد دقيقا بالنسبة لجرائم المعلوماتية قد يخلق بعض الصعوبات والعراقيل أثناء الممارسة العملية للتفتيش، ويرجع ذلك إلى الطبيعة الخاصة للنظام المعلوماتي الذي قد يحتوي على العديد من الملفات وبالتالي يثور التساؤل حول ما إذا كان كل ملف مفرد يعامل معاملة الحاوية المغلقة المنفردة التي تتطلب وجود إذن قضائي مستقل بها دون غيرها².

و عليه فإن التقرير العام لمؤتمر AIDP بضرورة وجود خبير معالجة بيانات يساعد في صياغة مسودة إذن التفتيش بحيث تتم تغطية عملية التفتيش ووصف البنود ITENS التي يراد ضبطها³ لأن الجريمة المعلوماتية تتطلب من مصدر أو منفذ الإذن تحديدا فنيا تتجاوز معلوماته العامة ومعارفه للأشياء المراد ضبطها⁴، إلا أن المشرع الجزائري وكغيره من غالبية التشريعات لم يضع الحل في هذه المسألة، والأحكام القضائية في مختلف الدول قليلة وخلصت إلى نتائج متضاربة كما هو الحال في القضاء الأمريكي التي تضاربت أحكامه القضائية فتارة يعتبر الملفات المخزنة في ذاكرة الحاسوب حاوية واحدة مغلقة وبالتالي لا تعد الشرطة متجاوزة للبحث والتفتيش المنوط به في حال فحص المزيد من الأشياء داخل الحاوية الواحدة مما يفعل المفتش الخاص.

في حين ذهب أحكام أخرى إلى اعتبار أن كل ملف من الملفات المخزنة يتطلب إذنا خاصا لتفتيشه وبالتالي فإن كل ملف يعتبر بمثابة حاوية مغلقة لا يمكن الاطلاع عليه إلا بإذن خاص، والعلة في ذلك أن هناك من الملفات من يتعلق بالحياة الخاصة لصاحب الجهاز والاطلاع عليه يعد تعديا على الخصوصية⁵.

وأمام كثرة وتنوع مهام السلطة الأصلية في التحقيق خاصة في الحالة التي يكون فيها تعدد الأماكن والمتهمين المراد تفتيشهم، فيمكن لهذه الأخيرة تفويض سلطاتها في التفتيش للضبطية القضائية عن طريق النذب أو الإذن لها وهذا بعد توافر دلائل كافية قبل المتهم.

ثانيا: إجراء التفتيش خارج العالم الافتراضي بمعرفة الضبطية القضائية:

قد يمنح القانون صلاحية استثنائية لضباط الشرطة القضائية القيام بإجراء التفتيش وهذا بتوافر حالة من الحالات التالية وهي:

أ/ الإذن أو الإفادح بالتفتيش:

الأصل أن سلطة التحقيق هي صاحبة الاختصاص في القيام بالإجراءات المنصوص عليها قانونا، إلا أنه قد تستدعي ضرورات عملية مردها الحرص على تسهيل أعمال التحقيق وسرعة الإنجاز والاستفادة من قدرات الضبطية القضائية في تنفيذ بعض الإجراءات التي تقوض بعض هذه الأعمال وهذا بتوافر شروط معينة عنها ضرورة صدور إذن بذلك.

و يقصد بالإذن بالتفتيش ذلك التفويض الموجه من سلطة التفتيش المختصة إلى أحد مأموري الضبط القضائي متضمنا تخويله إياه إجراء التفتيش الذي تختص به تلك السلطة¹، ولا يختلف الأمر بالنسبة للجرائم المعلوماتية فيما يتعلق بالقواعد الإجرائية المنظمة لإذن التفتيش في جرائم التقليدية المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية خاصة المواد من 138 إلى المادة 142، وعليه يجب أن يحدد في الإذن النذب بالتفتيش المكان والشخص والأشياء المراد تفتيشها وضبطها لتحديد الحاسوب، برامج الاختراق برامج الفيروسات.

² - رشيدة بوكري، مرجع سابق، ص 411.

³ - خالد حازم ابراهيم، مرجع سابق، ص 313.

⁴ - نبيلة هبة هروال، مرجع سابق، ص 243.

⁵ - رشيدة بوكري، مرجع سابق، ص 411، 412.

¹ - خالد حازم ابراهيم، مرجع سابق، ص 310.



عليه بعض التشريعات المقارنة كفانون إساءة استخدام الحاسب الآلي الانجليزي⁴.

وعلى ذلك فإن تفتيش الشخص يجيز تفتيش النظام الحاسب الذي يحمله معه خارج مسكنه وكذا الأجهزة المعلوماتية التي في حوزته وقت تفتيشه سواء كانت ملكا له أو لغيره⁵.

و يقصد بشخص المتهم المعلوماتي كمحل للتفتيش " تحسس جسمه وملابسه وفحصه بدقة وإخراج ما يخفيه فيها من متحصلات الجريمة المعلوماتية وإذا كانت معه أمتعة جاز تفتيشها بحثا عن أي جزئيات تتعلق بالوحدات المعلوماتية محل البحث، سواء كانت بين يديه أو يضعها أمامه في طريق العام أو يضعها في سيارته"⁶.

ج/ التفتيش فلاح (البيع) التفتيش على حالة التلبس بالجريمة:

تتفق معظم التشريعات الإجرائية على أن حالة التلبس تعد إحدى الحالات التي تتوسع فيها اختصاصات الضبطية القضائية، إذ بإمكانها مباشرة بعض الاختصاصات التي في أصلها من اختصاص سلطة التحقيق ومنها تحديدا التفتيش عن الأدلة التي تثبت الجريمة ومعرفة فاعلها سواء تعلق الأمر بتفتيش المساكن⁷ أو الأشخاص ومن مظاهر التفتيش في حالة التلبس في الجرائم المعلوماتية أن يكون أحد ضباط الشرطة القضائية في أحد مقاهي الانترنت يمارس هوايته في الإبحار عبر شبكة الانترنت فيلاحظ حركة مريبة

ومما تقدم يمكن القول إن القضاء الأمريكي في اختلاف أحكامه بجد أساسه في المنطق العقلي والقانوني.

فمن جهة فإن البيئة الرقمية تعد مجالا حيويا ضخما يمكنه تخزين مليارات المعلومات والملفات، وأمام كثرة الملفات فلا يعقل إصدار إذن بالتفتيش حسب عدد الملفات ومن جهة ثانية أن الإذن بالتفتيش لا يمكن أن يمتد إلى كافة الملفات لأنه ليس إذن مطلق بل هو مقيد بالغرض منه وهذا ما تؤكد معظم التشريعات الجزائية.

إذا ما أردنا ترجيح أحد الاتجاهين نجد أنفسنا أمام ضرورة الموازنة بين اعتبارين الاعتبار الأول قانوني يتمثل في ضرورة وجود إذن بالتفتيش لكل ملف من الملفات المخزنة، أما الاعتبار الثاني فهو اعتبار عملي يتمثل في اكتشاف جرائم أخرى عن طريق الصدفة بمناسبة تفتيش الملفات المخزنة مثل جريمة حيازة معلومات حصل عليها من جراء دخول غير مصرح به، والخطورة التي تكمن في هذه الحالة هو قيام الجاني بتدمير ومحو المعلومات أو نقلها أو تعديلها خلال الفترة الذي يراد فيه الحصول على الإذن بالتفتيش¹ خاصة وأن الإذن من شروطه أن يكون مكتوبا ولمدة محددة².

و الحل في هذه المسألة ليس الاستناد إلى النصوص التقليدية وتغيير الواقع، وإنما تدخل المشرع الجزائي والنص على جواز التفتيش في كل الملفات الموجودة في النظام المعلوماتي لأن القاعدة أن القانون يجب أن يتكيف مع الواقع³.

ب/ التفتيش بناء على القبض:

يترتب على القبض الصحيح إمكانية تفتيش شخص المتهم عموما والمتهم المعلوماتي خاصة وهذا ما نصت

⁴ - نبيلة هبة هرول، مرجع سابق، ص 244.

⁵ - خالد حازم إبراهيم، مرجع سابق، ص 319، 320.

⁶ - نبيلة هبة هرول، مرجع سابق، ص 246.

⁷ - المادة 45 من قانون الإجراءات ج " تتم عمليات التفتيش التي تجري طبقا للمادة 440 على الوجه الآلي إذا وقع التفتيش في المسكن شخص يشتبه في انه ساهم في ارتكاب الجريمة فإنه يجب أن يحمل التفتيش بحضوره فإذا تعذر عليه الحضور وقت إجراء التفتيش فان ضباط الشرطة ق ملزم بان يكلفه بتعيين ممثل له، وإذا تمتنع عن ذلك أو كان هاربا استدعى ضابط الشرطة القضائية لحضور تلك العملية شامدا من غير الموظفين الخاضعين.

¹ - رشيدة بوكري، مرجع نفسه، ص 412، 413.

² - للمزيد من التوضيح انظر خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 221، 222.

³ - رشيدة بوكري، مرجع سابق، ص 413.

وما إذا كانت تلك الموافقة إرادية أو لا، وهو ما ذهب إليه القضاء الأمريكي الذي أجاز صدور الموافقة من أحد الشخصين اللذان يشتركان في امتلاك ذات جهاز حاسوب الذي لم تكن ملفات محمية بكلمة سر وهو ما حدث في قضية "VNITED States v Smith"⁵، كما يمكن لمدرسي النظام أن يقوموا بالموافقة على التفتيش طالما كانت لديهم سلطة مشتركة كافية على الحاسبات، وخاصة الشبكات الخاصة.

إلا أن الفقه الفرنسي ينتقد بشدة هذا الإجراء، خاصة وأن كل حالات الموافقة على التفتيش كانت ناجمة عن التعسف رجال الضبطية، وبالتالي لا بد من وجود إذن قضائي للقيام بإجراء التفتيش ماعدا حالات التلبس⁶.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية للتفتيش:

لحماية الحريات الفردية من التعسف والانحراف في استعمال السلطة فإن الشروط الموضوعية غير كافية، فلا بد من وجود شروط شكلية لصحة إجراء التفتيش في الجرائم المعلوماتية وتتمثل هذه الشروط في:

الفرع الأول: الحضور الضروري لبعض الأشخاص أثناء التفتيش خارج البيت التفتيش:

يعد هذا الشرط من أهم الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون في الجرائم التقليدية، وذلك لضمان الاطمئنان إلى سلامة الإجراء وصحة الضبط.

و بالرجوع إلى النصوص القانونية فإن الأصل هو حضور المتهم، وهذا الشرط مسلم به بالنسبة لتفتيش الأشخاص لأنه يقع عليهم، أما بالنسبة لتفتيش المسكن فقد يتصور غياب المتهم في ذلك، ولهذا قضت معظم التشريعات بأن يكون التفتيش يتم بحضور المتهم أو من ينوب عنه⁷ وهو ما أقره المشرع الجزائري صراحة

العمل على الانترنت من قبل أحد أعضاء الانترنت فيدخل لمراقبته عن طريق الشبكة فيتبين أنه قام بإتلاف معلومات تخص إحدى الهيئات الجزائرية ففي هذه الحالة تحققت شروط الجرم المشهود¹.

و على ضوء هذا المثال فإن القول بقيام التلبس في الجرائم المعلوماتية جائز وممكن حصوله، وإن كانت الصعوبة تكمن في رصد مرتكب الجريمة في شخصه، إلا في الحالة التي يوجد فيها مرتكب الجريمة في المجال المادي لضباط الشرطة القضائية، أما إذا كان مرتكب الجريمة غير موجود في المجال المادي لذلك الأخير فإن ما يتوافر له مجرد بروتوكول الانترنت الخاص به أو رقم حاسوبه²

د / - التفتيش بناء على رضاء المتهم أو التفتيش بالإرادة:

و تتحقق هذه الحالة في القانون عندما يوافق من له سلطة على التفتيش طوعية وبشكل إرادي، وهو ما أقره القانون الفرنسي على أن تكون الموافقة صريحة وليست ضمنية، كما يجب أن تكون هذه الموافقة مكتوبة وهو ما أكدته المادة 76 / 2 من قانون الإجراءات الفرنسي التي تنص على وجوب أن تكون الموافقة في شكل إقرار مكتوب بيد ذي الشأن فإن كان لا يعرف الكتابة يذكر ذلك في المحضر وتذكر فيه هذه الواقعة³ وهو ما يوافق نص المادة 64 قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، وأكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها بضرورة وجود الموافقة الصريحة والمكتوبة من ذوي الشأن⁴.

أما عن تطبيق هذه المسألة على الجرائم المعلوماتية فلها أهمية بالغة، فينبغي البحث فيها عما إذا كان المشتبه به أو شخص آخر له سلطة الموافقة على إجراء التفتيش،

¹ - رشيدة بوك، مرجع سابق، ص 409، 410.

² - رشيدة بوك، مرجع نفسه، ص 410.

³ - خالد حازم إبراهيم، مرجع سابق، ص 323.

⁴ - قرار محكمة العليا بتاريخ 1997/07/30، ملف رقم 165609،

المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الثاني، ص 213.

⁵ - نبيلة هبة هروال، مرجع سابق، ص 250.

⁶ - طارق إبراهيم الدسوقي عطية، مرجع سابق، ص 417.

⁷ - رشيدة بوك، مرجع سابق، ص 413، 414.



يقصد بضمانة الميقات الزمني في التفتيش أن يجريه القائم به خلال فترة زمنية عادة ما يحددها المشرع، والعلة في ذلك هو تضيق نطاق الاعتداء على الحريات الفردية وحرمة المسكن إلا أن هناك من التشريعات من تركت مسألة تحديد ميقات التفتيش للقائم به وبالتالي يجوز له القيام به ليلاً أو نهاراً ومن بين هذه التشريعات نجد التشريع الجزائري المصري⁴.

و على العكس من ذلك فإن المشرع الجزائري وكذا المشرع الفرنسي ذهباً إلى حظر تفتيش المنازل وما في حكمها في وقت معين، فقد حدد المشرع الجزائري حسب أحكام المادة 47 الفقرة الأولى⁵ من قانون الإجراءات الجزائية ميقات التفتيش من الساعة الخامسة صباحاً إلى الساعة الثامنة مساءً، إلا أن هناك حالات استثنائية يجوز فيها إجراء التفتيش في كل وقت ليلاً أو نهاراً وأهمها:

. حالة رضا صاحب المنزل رضا حراً، وصريحاً وعن علم بالسبب.

. حالة الضرورة والمتمثلة في الاستغاثة من داخل المنزل كالحريق مثلاً.

- التحقيق في جميع الجرائم المعاقب عليها في المواد 342 إلى 348 من قانون العقوبات الجزائري وذلك في داخل كل فندق أو منزل مفروش أو فندق عائلي، أو محل لبيع المشروبات أو نادي أو منتدى أو أماكن المشاهد العامة وملحقاتها وفي أي مكان مفتوح

بموجب المادة 45 من قانون الإجراءات الجزائية، إذ اشترط في تفتيش المنازل وما في حكمها سواء من طرف الضبطية القضائية أو قاضي التحقيق أن يتم في حضور المتهم أو من ينوبه، وفي حالة غيابه يجب أن يكون ذلك بحضور شاهدين شرط أن لا يكونا من الموظفين الخاضعين لسلطة ضابط الشرطة القضائية القائم بالتفتيش، وإلى جانب التشريع الجزائري يوجد التشريع المصري الذي سار وفق هذا الشرط وذلك بموجب المادة 51 إجراءات جنائية مصري¹ وكذلك المشرع الفرنسي الذي تعتبر المادة 45 قانون إجراءات جزائية جزائري ترجمة حرفية لنص المادة 57 من قانون الإجراءات جزائري فرنسي، وبتطبيق ما تقدم على الجرائم المعلوماتية فمن المستحسن تطبيق هذه الأحكام لتتطبق على ذلك الإجراء لأنها تعتبر ضماناً للمتهم المعلوماتي ورقابة لسلامة الإجراء وصحة الضبط أن يتم التفتيش في حضور المتهم أو من ينوبه وفي حالة غيابه يعين شاهدين²، إلا أن المشرع الجزائري وبموجب الفقرة الأخيرة من المادة 45 من قانون الإجراءات الجزائية استبعد هذا الشرط والعلة في ذلك هي الطبيعة الخاصة لهذه الجرائم كونها ذات طبيعة تقنية محضة ترتكب في بيئة تقنية، وهذه الخصوصية امتدت للأدلة المعتمدة في إثباتها التي تتميز بسرعة تعديلها والتلاعب فيها في أقل من ثانية وهو ما يستدعي سرعة استخلاصها قبل فقدانها³.

الفرع الثالث: الميقات الزمني لإجراء التفتيش خارج الجرائم المعلوماتية:

¹ - المادة 51 من قانون إجراءات جنائية مصري تنص على أنه " يحصل التفتيش بحضور المتهم أو من ينوبه عنه كلما أمكن ذلك وإلا يجب أن يكون بحضور شاهدين، ويكون هذان الشاهدان بقدر الإمكان من أقاربهم البالغين أو من القاطنين معه بالمنزل أو الجيران ويشث ذلك في المحضر".

² - نبيلة هبة هروال، مرجع سابق، ص 152

³ - رشيدة بوكري، مرجع سابق، ص 415.

⁴ - أشرف عبد القادر قنديل، الإثبات الجنائي في الجريمة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 152.

⁵ - تنص الفقرة 1 من المادة 47 ق ج على أنه " لا يجوز البدء في التفتيش المساكن أو معاينتها قبل الساعة الخامسة صباحاً لا بعد

الساعة الثامنة مساءً، إلا إذا طلب صاحب المنزل أو وجهت نداءات من الداخل أو في الأحوال الاستثنائية المقرر قانوناً "

خاصا في محضر التفتيش، وبالتالي لا يشترط لصحته سوى ما تستجوبه القواعد العامة في المحاضر عموماً⁴ كأن يكون المحضر مكتوب باللغة العربية للدولة، وأن يحمل تاريخ تحريره وتوقيع محرره، كما يجب أن يتضمن كافة الإجراءات التي اتخذت بشأن الوقائع التي يثبتها⁵.

و الحال ذاته بالنسبة لمحضر التفتيش في الجرائم المعلوماتية وإن كان يستلزم بالإضافة إلى الشكليات السابقة ضرورة إحاطة القائم بالتفتيش بتقنية المعلومات، فضلا على الاستعانة في مجال الخبرة الفنية الضرورية بشخص متخصص في الحاسوب والانترنت لصياغة مسودة محضر التفتيش⁶.

النتائج:

نخلص في هذه الدراسة أن التفتيش في الجرائم المعلوماتية ينصب على مكونات مادية للنظام المعلوماتي والتي تخضع للقواعد العامة في التفتيش باعتبارها أشياء مادية ملموسة، أما المكونات المعنوية للنظام المعلوماتي فأخضع المشرع تفتيشها لقواعد خاصة تضمنها القانون رقم 09/04 المتضمن الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحته، إذ نصت المادة الخامسة منه على إمكانية التفتيش عن بعد في منظومة معلوماتية، وبين المشرع الحل في الحالة التي يكون فيها النظام المعلوماتي مزود بحماية فنية ككلمة السر إذ ألزم من غير المتهم تقديم المعلومات التي تفيد التحقيق، كما أن المشرع ومن خلال القانون المذكور أعلاه تناول إجراءات تحري خاصة والمتمثلة المراقبة التقنية وحفظ المعطيات المتعلقة بحركة السير، ونظرا لخصوصية الجريمة المعلوماتية وسهولة تدمير الأدلة فإن المشرع لم يتقيد بالمواعيد المحددة وفقا

للعوم أو يرتاده الجمهور إذا تحقق أن أشخاصا يستقبلون فيه عادة لممارسة الدعارة¹.

بالإضافة إلى جرمي المخدرات والإرهاب التي أجاز فيهما المشرع لضباط الشرطة القضائية التفتيش في كل وقت ليلا ونهارا، نجد أن المشرع بموجب المادة 10 من القانون (22/06) المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية إضافة قائمة من الجرائم وتتمثل في الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب، وكذا جرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف فإنه يجوز إجراء التفتيش أو المعاينة والحجز في كل ساعات الليل والنهار بناء على إذن مسبق من وكيل الجمهورية المختص².

و يلاحظ أن المشرع الجزائري باستثنائه للجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات من حظر التفتيش ليلا إدراكا منه بالطبيعة المميزة لهذه الجريمة وخصوصيتها من حيث إمكانية ارتكابها في أي وقت وأن أدلة الإدانة فيها سهلة المحو والتدمير وأنها غير مرئية، وعليه فإن تأخير إجراء التفتيش قد يحفز على ارتكاب العديد من الجرائم ويعرقل السير الطبيعي لمجريات التحقيق.

و من جهة ثانية فإن هذه الضمانة بدأت أهميتها تتضاءل مع ظهور ما يعرف بالتفتيش عن بعد أو ما يطلق عليه في الفقه الفرنسي مصطلح التفتيش على المباشر Perquisition en ligne والذي يمكن أن يتم في أي وقت³.

الفرع الثالث: محضر التفتيش في الجرائم المعلوماتية:

لما كان التفتيش عملا من أعمال التحقيق، فيستلزم تحرير محضر يدون ويثبت فيه ما تم من إجراءات، وما أسفر عنه التفتيش من أدلة والقانون لم يتطلب شكلا

⁴ - أشرف عبد القادر قنديل، مرجع سابق، ص 154.

⁵ - نبيلة هبة هرول، مرجع سابق، ص 263.

¹ - انظر المادة (47-2) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

² - أنظر المادة (47-3) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

³ - رشيدة بوك، مرجع سابق، ص 417.



3- خالد حازم إبراهيم، دور الأجهزة الأمنية في الإثبات الجنائي في الجرائم المتعلقة بشبكة المعلومات الدولية "الإنترنت" بدون دار النشر، 2014.

4- خالد ممدوح إبراهيم، فن التحقيق الجنائي في الجرائم الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009.

5- رشيدة بوكري، جرائم الاعتداء على نظم المعالجة الآلية في التشريع الجزائري المقارن، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2012، الطبعة الأولى.

6- زبيحة زيدان، الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري والدولي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011.

7- طارق إبراهيم الدسوقي عطية، الموسوعة الأمنية، الأمن المعلوماتي، النظام القانوني لحماية المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015.

8- علي عدنان الفيل، إجراءات التحري وجمع الأدلة والتحقيق الابتدائي في جريمة المعلوماتية، مكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2012.

9- نبيلة هبة هروال، الجوانب الإجرائية لجرائم الإنترنت، في مرحلة جمع الاستدلالات، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2007.

10- هلال عبد الله أحمد، اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية، معلقا عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، الطبعة الأولى.

للقواعد العامة في التفتيش بل أجاز ذلك في كل وقت ليلا أو نهارا.

وترتبا على ما تقدم وإن كان المشرع قد تدخل لوضع الحلول عن الإشكالات التي تعيق التفتيش في البيئة الافتراضية، إلا أنه هناك نقائص يتعين على المشرع التدخل مرة أخرى لاستكمالها لإعطاء جدية أكثر للتفتيش والتحقيق بصفة عامة في الجريمة المعلوماتية، ومن بين هذه النقائص ضرورة إعطاء صفة الضبطية القضائية لأصحاب الخبرة في المجال المعلوماتي ومن لهم دراية كافية بهذه التقنية الحديثة والتي تفنقدها سلطات التحقيق والضبطية القضائية الحالية.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر:

1- اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية المؤرخة في 23 نوفمبر 2001.

القوانين:

1- الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الدستور الجزائري لسنة 1996.

2- الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق 08 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

3- القانون 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم للأمر 156/66 المؤرخ في المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق 08 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات.

4- القانون رقم 04/09 المؤرخ في 5 أوت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.

المراجع:

1- أشرف عبد القادر قنديل، الإثبات الجنائي في الجريمة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2015.

2- الشحات إبراهيم محمد منصور، الجرائم الالكترونية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، الطبعة الأولى.

قراءة في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15 / 247 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

د/ ملاتي معمر
أستاذ محاضر "ب"

كلية الحقوق بودواو جامعة محمد بوقرة، بومرداس

ولا غرور، أنّ التسوية الودية للنزاعات عند التنفيذ في مثل هذه العقود، يعود بالنفع على المصلحة المتعاقدة، وعلى المتعامل المتعاقد في نفس الوقت، كما يضمن فعالية ونجاعة الطلب العمومي من خلال السرعة في التنفيذ والاقتصاد في التكلفة.

إلا أنّ النزاعات تتعدّد، بتعدد أسباب نشأتها، فمنها ما يرتبط بإرادتي طرفي الصفقة أو أحدهما

ومنها ما يستقل عن إرادتهما كلياً، لذلك لا يمكن أن تكون جميع النزاعات الطارئة عند التنفيذ أهلاً لأن تنتهي بحل ودي.

كما أنّ المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15/247، بيّنت أنّ الحل الودي للنزاع لابد أن يراعي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.
- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

وبالإضافة إلى ما تم الإشارة إليه، بيّنت المادة طرق تسوية النزاع المؤهل لأن ينتهي بحل ودي فنصت على أنّه في حالة عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات أمّا إذا كان المتعامل المتعاقد أجنبي فيتم اللجوء إلى هيئة تحكيم دولية.

وعليه، وبناء على ما سبق ذكره، فإننا في هذا الإطار نبحث عن ماهية النزاع المؤهل لأن ينتهي بحل ودي.

وضمن هذا التسائل الرئيسي، نبحث أيضاً في؛

- الأسباب المنشئة للنزاع المؤهل لأن ينتهي بحل ودي
- مدى نجاعة طرق التسوية المعتمدة وللإجابة عن هذه الإشكالية، نقسم ورقتنا البحثية هذه إلى جزأين

أولاً: منشأ النزاع.

ثانياً: طرق التسوية.

تعتبر الصفقات العمومية أداة من أدوات التنمية الاقتصادية وعنصر فعال في تجسيدها، فهي سبيل من سبل الإنفاق العام، وباعتبارها كذلك أحكم المشرع طرق إبرامها وكيفية تنفيذها وحدود مجال الرقابة عليها.

لقد أشارت مختلف النصوص القانونية، وعلى اختلاف فترات ظهورها، إلى أنّ الصفقات العمومية، عقود مكتوبة تبرم لأجل تلبية الطلب العمومي في مجال الأشغال، اللّوازم، الخدمات والدراسات، فهي عقود ملزمة لجانبين، بحيث يكون كل طرف في نفس الوقت دائناً ومدين نحو الطرف الآخر⁽¹⁾، فيترتب على هذا الأمر ضرورة أن يوفي كل طرف بما كان عليه اتجاه الآخر طبقاً لما إشتمل عليه العقد، وبحسن نية⁽²⁾.

إلا أنّه قد يحدث ما يؤدي إلى إعاقة تنفيذ الصفقة، باعتبارها عقد طبقاً للالتزامات المقررة على عاتق كل طرف، فيقع الضرر، والذي بدوره ينتهي إلى نزاع.

والنزاع عندما يحدث في مثل هذه العقود، يؤثر على نجاعة الطلب العمومي وفعاليته ويلحق الضرر بالمصلحة العامة، ولذلك نظمت مختلف نصوص الصفقات العمومية في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما طرق تسوية هذه النزاعات.

إنّ من بين هذه النزاعات النزاع الذي ينتهي بحل ودي، وذلك ما أشارت إليه المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والذي صدر في ظل بوادر أزمة اقتصادية نتيجة نقص مداخيل الخزينة العمومية جراء انخفاض أسعار البترول في السوق الدولية⁽³⁾.

ورغم أنّ ما تضمّنته هذه المادة الواقعة في القسم الحادي عشر، المعنوّ بالتسوية الودية للنزاعات،

من الفصل الرابع المعنوّ بتنفيذ الصفقات العمومية وأحكام تعاقدية، ظهر في النصوص القانونية السابقة، إلاّ أنّ هناك شيء من الجدة عما سبق.



- أولاً: منشأ النزاع.

إنَّ الأصل العام في العلاقة العقدية أن تقوم على مبدأ الرضائية والتناسب في الالتزامات بين الطرفين، والصفقة العمومية وانطلاقاً من كونها علاقة عقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد لا بدَّ أن تخضع لذلك.

إلاَّ أنه قد يحدث عند تنفيذ هذه الصفقة اختلال في ميزان التناسب بين طرفيها، هذا الاختلال يكون نتيجة سبب ما، يؤدي بدوره إلى ضرر ينتج عنه نزاع.

والأصل العام في النزاع أن يسوى في نطاق وحدود التشريع والتنظيم المعمول بهما، غير أنَّ الاحتكام لهذا النطاق دائماً، وفي جميع النزاعات قد يعود بالسلب على نجاعة الصفقات العمومية، نتيجة طول الإجراءات وتعقيداتها بالإضافة إلى زيادة التكاليف الأمر الذي قد يصل حتى لإعاقة سير المرفق العام.

ولأجل تجنب مثل هذه الوضعيات الصعبة على طرفي الصفقة، جاءت المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، لتقدم حلاً بديلاً لتسوية النزاع.

غير أنَّ المتمعن في أسباب النزاع بصفة عامة - وكما ذكرنا فيما سبق أنها تعود في أصلها إما لإرادة طرفي الصفقة وإما تستقل عن إرادة طرفي الصفقة - يصل إلى نتيجة مفادها، ليس كل نزاع مؤهل لأن ينتهي بحل ودي.

فالنزاع الناتج بسبب خطأ المصلحة المتعاقدة، لا ينتظر أن يسوى بحل ودي يتم فيه مراعاة التوازن في التكاليف المترتبة على كل طرف من طرفي الصفقة، بل يسوى على أساس هذا الخطأ.

في حين أنَّ النزاع الناتج بسبب تصرف مشروع للمصلحة المتعاقدة تم في حدود سلطاتها، يمكن أن يسوى بحل ودي يراعى فيه التوازن.

كما أنَّ النزاع الناتج عن سبب مستقل عن إرادة طرفي الصفقة، يمكن أيضاً أن يسوى بحل ودي.

إنَّ النزاع المؤهل لأن ينتهي بحل ودي، ينقسم في تصنيفه كقاعدة عامة، إلى نزاع مستقل في سببه عن

إرادتي طرفي الصفقة، ونزاع مرتبط في سببه بإرادتي طرفي الصفقة.

وضمن هذا التقسيم الثنائي أيضاً، ليس كل سبب منتج لنزاع، مؤهل لأن ينتهي بحل ودي، وفق ما تنص عليه المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، انطلاقاً من قاعدة الارتباط أو الاستقلال عن إرادة طرفي الصفقة.

وعليه نحاول التطرق لخصائص السبب المنتج للنزاع المؤهل لأن ينتهي بحل ودي، وفق ما تنص عليه المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، انطلاقاً من قاعدة الارتباط أو الاستقلال عن إرادة طرفي الصفقة.

وفي نفس الوقت نتطرق للآثار المنتظرة من توفر تلك الخصائص في السبب المنتج للنزاع.

تبعا لما تم ذكره، نقسم هذا الجزء إلى ثلاث فقرات.

1- السبب مستقل عن إرادة طرفي الصفقة.

إنَّ أهم خاصية في هذا السبب المنتج لنزاع ينتهي بحل ودي يراعى فيه التوازن في التكاليف هو استقلاله عن إرادة طرفي الصفقة، إلاَّ أنه لا بدَّ من خصائص أخرى يجب أن يتصف بها.

و على العموم فالصفقات العمومية، و كما تعرّفها مختلف التنظيمات هي عبارة عن عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، و من التشريع المعمول به ما تنص عليه المادة 107 من القانون المدني في فقرتها الثالثة: "...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها، أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، و إن لم يصبح مستحيل صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

وعليه، ومن خلال هذا النص القانوني يمكن أن نحدد الخصائص الواجب توفرها في هذا السبب المنتج وهي،

أ- أن يكون استثنائيا عاما.

بمعنى أنَّ السبب الذي أحدث الضرر و من ثم النزاع يعد سببا طارئاً⁽⁴⁾ لا يمكن دفعه، و لا يخص طرفي الصفقة فقط، بل هو عام، بحيث قد يأخذ شكلا اقتصاديا

المتعاقد ومن ثم يؤدي هذا الأمر إلى النزاع، وتظهر هذه السلطات من خلال:

- ما ارتبط بكيفية التنفيذ.

إن المطلوب من المتعامل المتعاقد، أن ينفذ الالتزامات التي رتبها الصفقة على عاتقه بحسن نية، ووفق الشروط المحددة حتى يكون التنفيذ كاملاً ومطابقاً ومن ثم يحقق الطلب العمومي النجاعة والفعالية المنتظرة منه، ولأجل ذلك تقوم المصلحة المتعاقدة بعملية الرقابة والتوجيه وهي أمر مفترض لا يحتاج إلى تنصيص⁽⁸⁾، وعلى العموم يمكن استخلاص وجود هذه الرقابة في نصوص عدة من تنظيم الصفقات العمومية الصادر بالمرسوم الرئاسي 247/15 نذكر منها:

المادة 107: "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط أو في الصفقة، بندا يلزم صاحب صفقة عمومية بإبلاغها بكل معلومة أو وثيقة تسمح بمراقبة أسعار تكلفة الخدمات موضوع الصفقة و/ أو ملاحقها، حسب الشروط المحددة في هذه المادة.

يكون قرار إخضاع الصفقة أو الملحق لمراقبة سعر التكلفة عندما يكون ذلك ضرورياً، من اختصاص المصلحة المتعاقدة.

كما يجب أن يتضمن دفتر الشروط و/أو الصفقة العقوبات التي يمكن أن يتعرض لها حائز الصفقة الذي يرفض الإبلاغ بالمعلومات أو الوثائق المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة..."

المادة 126: "يجب على المتعاملين المتعاقدين ومناوئليهم، أن يرصدوا الوسائل البشرية و المادية المصرح بها في عروضهم ما عدا الاستثناء المبرر.

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من تنفيذ الالتزامات المتعهد بها في هذا الشأن "

المادة 5/148 "...وإذا قررت المصلحة المتعاقدة استلام الصفقة بتحفظات، فإن محضر الاستلام يجب أن يتضمن جميع التحفظات مرفقا بأجل لرفعها ويبلغ للمتعامل المتعاقد، ويعلم هذا الأخير كتابيا المصلحة المتعاقدة بالتاريخ الذي سيتم فيه رفع التحفظات، وتقوم المصلحة المتعاقدة بالتأكد من رفع التحفظات وتعلم المتعامل المتعاقد معها بذلك، وتعد

كارتفاع الأسعار ارتفاعاً غير معقول و قد يأخذ شكلاً إدارياً كإجراءات إدارية تنظيمية أو شكلاً طبيعياً كحدوث زلازل أو فيضانات أو ما شابه ذلك، أو شكلاً سياسياً كحدوث أزمة دبلوماسية أو ظهور بوادر حرب⁽⁵⁾.

ب- لا يمكن توقع.

وعدم التوقع هنا مرتبط بكونه استثنائي، إذ أن طرفي الصفقة، وبالأخص الطرف المتضرر لم يمكن في وسعه توقع مثل هذا السبب، وعدم التوقع هنا يشمل السبب في حد ذاته، كما قد يشمل الضرر الذي نتج عنه، ومن ثم النزاع⁽⁶⁾.

ج- لا يمنع استمرار التنفيذ.

بمعنى أن هذا السبب المنتج للضرر، ومن ثم النزاع، لا يجعل استمرار التنفيذ مستحيلاً، ولقد أشارت المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، إلى أن النزاع المؤهل لأن ينتهي بحل ودي، من متطلباته التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

د- أن يؤدي الإخلال معتبر.

ومعنى ذلك أن يؤثر هذا السبب الطارئ في التوازن المالي للصفقة، ويؤدي إلى اختلاله اختلالاً معتبراً، فتتجم عنه خسائر غير مألوفة⁽⁷⁾.

2 - السبب مرتبط بإرادة طرفي الصفقة:

وكما تم الإشارة إليه سابقاً، يستبعد السبب المرتبط بإرادة طرفي الصفقة، والذي يأخذ صفة الخطأ، من كون ما أنتجه نزاع ينتهي بحل ودي في مفهوم المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15.

وبالتالي يبقى السبب المرتبط بإرادة طرفي الصفقة، غير أنه مشروع، ويظهر هذا السبب فيما تقوم به في العادة المصلحة المتعاقدة، انطلاقاً من مركزها في عملية التعاقد أثناء التنفيذ.

وليكون هذا السبب منتجاً لنزاع مؤهل لأن ينتهي بحل ودي لا بد أن تتوفر فيه الخصائص الآتية،

أ- لا بد أن يظهر هذا السبب في شكل عمل مشروع تأتيل المصلحة المتعاقدة.

للمصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة سلطات واسعة، قد تلحق هذه السلطات عند ممارستها ضرر بالمتعامل



ب- لا بد أن يكون هذا السبب غير متوقع.

من المعروف أن قيام المصلحة المتعاقدة بعملية الإشراف والرقابة على تنفيذ الصفقة أمر مفترض، ولا يمكن تجاهله، وكذلك الأمر بالنسبة لسلطة التعديل، فهي مجسدة في نصوص تنظيم الصفقات العمومية، وبالتالي فتوقع مثل هذه الأسباب في شكل أعمال مشروعة أمر مفترض، ولكن الشيء الغير مفترض أو الغير متوقع هو حدود هذه الرقابة التي تمارسها المصلحة المتعاقدة وما ينجم عنها من أعباء إضافية ومن ثم ضرر للمتعامل المتعاقد.

وكذلك الأمر بالنسبة لسلطة التعديل، فإن كانت سلطة التعديل متوقعة فإن حدود وظروف هذا التعديل غير متوقعة⁽¹²⁾، ويظهر ذلك في بعض نصوص المرسوم الرئاسي 247/15.

- المادة 4/136 " ...عندما لا يمكن للكميات المحددة في الصفقة تحقيق موضوعها، لاسيما في حالة صفقات الأشغال باستثناء الحالات التي ترجع لمسؤولية المؤسسة، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة، في انتظار إنهاء الملحق، إصدار أوامر بالخدمة تسمح بالأمر بخدمات إضافية و/ أو تكميلية..."

وكذلك ما تنص عليه نفس المادة في فقرتها السابقة " يمكن للمصلحة المتعاقدة، عندما تبرر الظروف ذلك، إبرام ملحق لصفقة تم تنفيذ موضوعها لأداء خدمات أو اقتناء لوازم للتكفل بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة المرفق العام الذي أنشئ من قبل، ولكن مهما يكن من أمر قبل الاستلام النهائي للصفقة..."

ج- لا بد أن ينتج عن هذا السبب ضرر.

إذا قامت المصلحة المتعاقدة في إطار سلطاتها، بممارسة حق الرقابة والتعديل، ولم ينتج عن هذا الأمر ضرر فلا مجال أصلاً لأن يكون هناك نزاع.

وبالتالي حتى ينتج نزاع، لا بد أن يكون هناك ضرر، والضرر يتعلق بالأعباء الإضافية الغير متوقعة وفي هذا تنص المادة 136 من المرسوم الرئاسي 247/15 في فقرتها الثامنة؛ "ومهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة..."

المصلحة المتعاقدة مقرر رفع التحفظات أو إبقائها وتبلغه للمتعامل المتعاقد معها..."

فالمصلحة المتعاقدة، تقوم بالتأكد والمراقبة، والتأكد والمراقبة يختلف حسب طبيعة الطلب العمومي، ويصل في بعض الأحيان إلى التوجيه في التنفيذ والوقوف على كل نقاطه، خصوصاً في الطلبات العمومية المتعلقة بالأشغال⁽⁹⁾.

إن هذا العمل، رغم أنه امتياز مشروع للمصلحة المتعاقدة، إلا أنه قد يؤدي إلى تحميل المتعامل المتعاقد أعباء إضافية، لم ينص عليها في دفتر الشروط الأمر الذي ينتج عنه ضرر ومن ثم نزاع.

- ما يرتبط بالملحق.

الصفقات العمومية مرتبطة بالإنفاق العام، كما سبقت الإشارة إلى ذلك، وهي تبرم وفق ما تقتضيه حاجيات المرفق بصفة عامة، لكن قد يحدث ما يدفع المصلحة المتعاقدة، وبارادتها المنفردة للتعديل في شروط الصفقة⁽¹⁰⁾.

ويجد هذا التعديل أو الملحق أساسه في تنظيم الصفقات العمومية فيما تضمنته المادة 135 من المرسوم الرئاسي 247/15 " يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم."

ويعرف التعديل على أنه قيام المصلحة المتعاقدة وبارادتها المنفردة، باعتبارها طرفاً في الصفقة، إلى الضبط في الكمية أو إلى التغيير أو إلى التمديد، في وضمن إطار الصفقة.

بحيث يهدف الضبط في الكمية إلى زيادة الخدمات أو التقليل منها.

ويهدف التغيير إلى تعديل بند أو عدة بنود في العقد.

ويهدف التمديد إلى مد أجل العقد إلى زمن محدد. على أن يتم هذا التعديل ضمن أطر وضوابط محددة⁽¹¹⁾.

ومن ضمن ضوابطه: - ألا يغير الملحق موضوع الصفقة أو مداها.

- لا بد من ظروف تبرر إبرام هذا الملحق.

- أن يتم في إطار القواعد المنظمة له.

على طرفي الصفقة اللجوء إلى طرق أخرى، ذكرتها المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، وهي عرض النزاع على لجنة التسوية الودية للنزاعات أو عرضه على هيئة تحكيم دولية عندما يتعلق الأمر بمتعاملين متعاقدين أجنبياً.

وتبعاً لما تم عرضه، نقسم هذا الجزء إلى ثلاث فقرات.

1- المفاوضات المباشرة.

يعتبر الاتصال المباشر بين طرفي الصفقة، حل مثل هذه النزاعات من أهم الطرق الفعالة خصوصاً فيما يتعلق بريح الوقت والاقتصاد في التكلفة وتضييق أثر هذا النزاع، بحيث يبقى الضابط الوحيد في حدود هذا الحل عدم الخروج عن إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

والاتصال المباشر، حل مثل هذه النزاعات لا يقتصر فقط على التعامل المتعاقد الوطني، بل أيضاً يمتد للتعامل المتعاقد الأجنبي، إلا أن الإشكال الذي يطرح بخصوص هذا الاتصال بصورة عامة، هو كيفية تنفيذ الاتفاق المتوصل إليه، وهذا ما سكتت عليه المادة، بحيث يبقى الشرط الوحيد هو عدم خروجه عن الإطار التشريعي والتنظيمي المعمول به، وبالتالي فإن الأمر يثير الكثير من الغموض، وبالتالي حتى يصبح هذا الطريق فعالاً، لابد من توضيح آلية تنفيذه بدقة وبعيدا عن أية عمومية.

2- لجنة التسوية الودية للنزاعات.

قد تصل المفاوضات المباشرة إلى طريق مسدود، فلا يصل طرفي النزاع إلى حل يرضيهم، وهنا يجب أن يعرض النزاع على لجنة تسوية تدعى " لجنة التسوية الودية للنزاعات " وهذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة.

وتبعاً لهذا نعرض على تشكيل هذه اللجنة وطريقة عملها.

- تشكيل اللجنة.

وفق ما تنص عليه المادة 154 من المرسوم الرئاسي 247/15، تنشأ هذه اللجنة على ثلاث مستويات هي،

* على مستوى كل وزارة وتشكل من،

- ممثل عن الوزير رئيساً.

- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

- ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع.

- ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة.

د- لا بد أن يظهر هذا السبب أثناء تنفيذ الصفقة.

فالأصل في مثل هذا السبب المنتج لنزاع له أن ينتهي بحل ودي، أن يتم أثناء تنفيذ الصفقة، لأن أعمال الرقابة والتوجيه من طرف المصلحة المتعاقدة أو ما تعلق بالملحق، من المفترض أن تتم أثناء تنفيذ الصفقة إلا أن هناك استثناء نصت عليه الفقرة السابقة من المادة 136 من المرسوم الرئاسي 247/15، وهو إمكانية أن يبرم ملحق بعد التنفيذ ولكن قبل الاستلام النهائي للصفقة، إذا كانت هناك ظروف تستدعي ذلك.

3- الآثار

إن المقصود بالآثار هنا، النتائج التي من المفروض أن يسمح بها الحل الودي، ولعل الغاية من هذا الأمر كله هو مواصلة تنفيذ موضوع الصفقة بما يضمن استمرارية سير المرفق العام وبأسرع وقت ممكن وبأقل تكلفة.

وفي هذا الإطار، ووفق ما تنص عليه المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، فإن الحل الودي، لا بد أن يراعي التوازن في التكاليف المترتبة على طرفي الصفقة، بمعنى مراعاة تغطية الأعباء الإضافية، أو بشكل آخر تغطية النفقات المترتبة عن الضرر الناتج في حدود الممكن بسبب نزاع مؤهل لأن ينتهي بحل ودي، وحتى بالنسبة للطرف المضرور، في المقابل ضمان تنفيذ موضوع الصفقة لحساب الطرف الآخر وهذا ما يعبر عنه بالتوازن في التكاليف.

كما نشير هنا إلى أن تغطية النفقات أو الأعباء المتولدة عن الضرر، قد يدخل من ضمنها الإعفاء من فرض العقوبات المالية المترتبة عن التأخير في التنفيذ.

ثانياً: طرق التسوية.

كما تمت الإشارة إليه في الجزء الأول من هذه الورقة البحثية، ليس كل نزاع مؤهل لأن ينتهي بحل ودي، بل لا بد أن تتوفر في هذا النزاع خصائص معينة حتى يكون كذلك.

وهذا النزاع عندما ينشأ ويسبب الضرر، فإن طرفي الصفقة يعملان على تسوية هذا النزاع من خلال التفاوض المباشر والتباحث للوصول إلى حل يرضي الطرفين، وقد يؤدي هذا التباحث إلى نتيجة سلبية وهنا



وبعد ذلك يقوم رئيس اللجنة بمراسلة الطرف الشاكي لإعطاء رأيه في النزاع، وهنا يجب على هذا الطرف، أي الشاكي، أن يبلغ رأيه لرئيس اللجنة في أجل أقصاه 10 أيام من تاريخ مراسلته.

وأرى أنّ هذه الخطوة الأخيرة مضيعة للوقت، فالأصل أن يضمن الشاكي رأيه في النزاع من خلال التقرير الذي فتح به الشكوى.

وبعد أن يبدي الشاكي رأيه في النزاع، يدرس النزاع من طرف اللجنة في أجل أقصاه (30) يوما ابتداء من تاريخ جواب الطرف الخصم، وهنا يثور الغموض، أولاً، لماذا لم يحدد لهذا الطرف مدة زمنية للرد مثل ما تم تحديد ذلك للشاكي رغم التحفظ على هذه الخطوة، ثانياً، إذا كان الطرف الشاكي هو المصلحة المتعاقدة أو كانت الطرف المشكو منه، أليست ممثلة في كل الحالات في هذه اللجنة؟

وعلى العموم، يمكن أن تستمع اللجنة لطرفي النزاع مباشرة، وهذا يعتبر خطوة مهمة، يمكن أن تساهم في تكوين رأي صائب ومن ثم تقديم حل ودي وعادل.

ويتم صياغة رأي اللجنة في النزاع المطروح أمامها بأغلبية أصوات أعضائها، وعند تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً، كما تبلغ رأياً لطرفي النزاع بإرسال موصى عليه، وترسل نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

وعلى المصلحة المتعاقدة أن تبلغ قرارها بخصوص رأي اللجنة إلى المتعامل المتعاقد في غضون (08) أيام ابتداء من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها، وتعلم اللجنة أيضاً بهذا القرار.

وعلى العموم فإنّ من أهم ما يمكن إثارته هنا هو عدم وجود آلية واضحة لتنفيذ ما تم التوصل إليه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، وحتى يكون لهذه اللجنة دور فعال، لابدّ من إلزامية للحل الذي تتوصل إليه، على الأقل من جانب المصلحة المتعاقدة، خصوصاً أنّ تسوية النزاع عن طريق هذه اللجنة إلزامي قبل التوجه للقضاء.

3-التكبير

يعد التحكيم وسيلة فعالة في حل النزاعات القابلة للصلح، من خلال الاقتصاد في التكاليف وتسريع الإجراءات، ربح الوقت وبعث الطمأنينة خصوصاً عند التعامل المتعاقد الأجنبي⁽¹³⁾.

وتختص هذه اللجنة بدراسة نزاعات الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لهذه الوزارة.

* على مستوى كل هيئة عمومية وتتشكل من،

- ممثل عن مسئول الهيئة العمومية، رئيساً.

- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

- ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع.

- ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة.

وتختص هذه اللجنة بدراسة نزاعات الهيئة العمومية.

* على مستوى كل ولاية وتتشكل من،

- ممثل عن الوالي، رئيساً.

- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

- ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع.

- ممثل عن المحاسب العمومي المكلف.

نجد أنّ هدف هذه اللجنة هو البحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف للنزاعات الناشئة. غير أن ما يجب الإشارة إليه هنا بهذا الخصوص، هو خلو هذه اللجنة من عضو ذو خلفية تكوين قانونية لكي تؤدي هذه اللجنة دورها على أكمل وجه، رغم أنّه بإمكانها الاستعانة بكل كفاءة تراها ضرورية، فمن الأحسن أن تضاف إلى عضوية هذه اللجنة على مستوى الوزارة أو الهيئة العمومية، قاض من مجلس الدولة أو المحكمة العليا، وعلى مستوى الولاية قاض من المجلس القضائي أو المحكمة الإدارية.

كما يؤخذ على تشكيلة هذه اللجنة، عدم وجود ممثل عن المتعامل المتعاقد، فإذا كنا نبحت عن حل ودي ومنصف، فوجود ممثل المصلحة المتعاقدة في اللجنة يقابله وجود ممثل عن المتعامل المتعاقد.

- طريقة عمل اللجنة.

وفق ما تنص عليه المادة 155 من المرسوم الرئاسي 247/15، يوجه الطرف المتضرر، إلى أمانة اللجنة، تقريراً مفصلاً عن الوقائع مرفقاً بكل ما يثبت ما تضمنه تقريره، إمّا بإيداعه مباشرة أو عن طريق رسالة موصى عليها.

التحكيم تتم أثناء اجتماع الحكومة، وطبيعي أن يكون ذلك عبر الوزير المعني.

الخلاصة:

من خلال ما تم ذكره، فإن أهم ما نستخلصه هو أن النزاع المؤهل لأن ينتهي بحل ودي يتمثل كل نزاع إما أن يكون قد ارتبط سببه بإرادة أحد طرفي الصفقة العمومية، وهنا لابد أن يظهر السبب بإرادة الطرف الغير متضرر ويستعمل في إطار الحقوق المقررة والمشروعة.

وإما أن يكون قد إرتبط بسبب مستقل عن إرادة طرفي الصفقة، وهنا لا بد أن يتصف هذا السبب بخصائص معينة تتمثل في الإستثنائية، العمومية، عدم التوقع، تعسر التنفيذ دون توقفه.

وفي كل الحالات لابد أن ينتج عن هذا النزاع ضرر معتبر.

كما نوصي بضرورة ضبط تنظيم لجنة التسوية الودية للنزاع لتكون أكثر فعالية، من خلال تدعيمها بقضاة، وتمثيل المتعامل المتعاقد فيها إلى جانب تمثيل المصلحة المتعاقدة، وإلزام المصلحة المتعاقدة على الأقل بما توصلت إليه هذه اللجنة، مع ضرورة توضيح آلية تنفيذ هذا الإنفاق وكذلك توضيح آلية تنفيذ الاتفاق المتوصل إليه عن طريق المفاوضات المباشرة.

الهوامش:

1- على فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موقع للنشر، الجزائر، 2008، ص 57.

2- المادة 107/ الفقرة الأولى من الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

3- نص المادة 153، «تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها».

يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام هذه الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح الحل بما يلي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

وفي هذا الاتجاه نصت الفقرة الأخيرة من المادة 153، من المرسوم الرئاسي 247/15، على تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية والمبرمة مع متعاملين أجانب عن طريق التحكيم.

وللتحكيم صورتان هما شرطاً التحكيم واتفاق التحكيم⁽¹⁴⁾، غير أنه بالرجوع إلى نص الفقرة المشار إليه أعلاه من المادة 153 " ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة، في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب، إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة " نجد أنّ صورة التحكيم المقصود هو اتفاق التحكيم.

ويعرف اتفاق التحكيم في مفهوم المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه اتفاق يقبل من خلاله أطراف نزاع نشأ، حل هذا النزاع عن طريق التحكيم⁽¹⁵⁾.

وكما هو معروف من خلال تنظيم الصفقات العمومية، تعدد الأطراف التي تخضع لهذا التنظيم، وفي هذا فإن ما يثير الانتباه.

ما أشارت إليه المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. " تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون؛ أمام الجهات القضائية الإدارية.

عندما يكون التحكيم متعلقاً بالدولة يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين.

عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي.

عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني أو من ممثل السلطة الوصية التي يتبعها "

وما ذكرته الفقرة الأخيرة من المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15،

والسؤال الذي يطرح نفسه، هل يوجد تناقض بين هذين النصين؟

الظاهر هنا، أنه لا يوجد تناقض فالمبادرة دائماً تكون من الأشخاص المحددة في المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بينما الموافقة الرسمية على إجراء



8-Gustave Peiser, droit administratif, 19e édition. Dalloz .Paris.1998.P.166.

9-محمد رضا جنيح، قانون إداري، مركز النشر الجامعي، تونس، 2004، ص 251، 250.

10-Laurent Richer ,droit des contrats administratifs, 2 édition, L.G.D.J.1999.P228.

11-معمر ملاطي، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري - دراسة مقارنة بين الجزائر وتونس-رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016/2015، ص 209.

12-سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 600 وما بعدها.

13-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 136 وما بعدها.

-عبد الكريم بودريوة، «مدى مسابقة قانون الصفقات العمومية للنهج الإصلاحي، دولة متدخلة، ضابطة أو مترددة»

المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة معمر، تيزي وزو، العدد 01، 2014، ص 47 وما بعدها.

14-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق ص 26، 25

15-القانون رقم 09/08 المؤرخ في 23/02/2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. الصادرة بتاريخ عدد.

-الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

وفي حالة عدم إتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، المنشأة بموجب أحكام المادة 154 أدناه لدراسته حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 155 أدناه.

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط، اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذه قبل كل مقاضاة أمام العدالة.

ويجب على اللجنة أن تبحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف حسب الشروط المذكورة أعلاه للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات والمطروحة أمامها.

يجب ألا يكون أعضاء اللجنة قد شاركوا في إجراءات إبرام ومراقبة وتنفيذ الصفقة العمومية.

ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة على متعاملين متعاقدين أجنب، إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة»

4-«و لما ثبت من مستلزمات القضية الحالية، أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف و المستأنف عليه (رئيس بلدية عين الباردة) بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حدثا إستثنائيا غير متوقع يجب الأخذ به، و متى كان ذلك استوجب إلغاء القرار المستأنف، و تعويض الطاعن عن الأضرار التي لحقتهم»

انظر: جمال سايس، الإجتهاد الجزائي في القضاء الإداري الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك الجزائر، 2013، ص 585.

5-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 200 وما بعدها.

-مازن لبلو راضي، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص 553 وما بعدها.

6-على فيلاي، مرجع سابق، ص 374، 375.

7-عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 233.

التمييز بين الإرهاب والمقاومة في ضوء أحكام القانون الدولي

د/ جمال فورار العيدي
جامعة بومرداس

الأيام إلا وتناهي إلى مسامعنا بعض القضايا المرتبطة بالإرهاب أو مشتقاته أو مصطلحاته الكثيرة. مع هذا فإن موضوع الإرهاب وخصوصاً في السنوات الأخيرة أصبح يواجه مفاهيم جديدة استحدثتها ما أسميت بالحرب الأمريكية على الإرهاب.

ورغم الاتفاق الدولي على مفهوم المقاومة المسلحة والكفاح المشروع للدول والشعوب، فإن المجتمع الدولي لم يتمكن بعد من الاتفاق على تعريف واحد ومحدد لمفهوم الإرهاب، نظراً لاختلاف المعايير بين الدول، وتباين الرؤى حولها، في ظل الانتقائية في تطبيق قواعد القانون الدولي والشرعية الدولية وتوظيفها سياسياً... وهذا ما جعل البعض يخلط - عن قصد أو عن غير قصد - بين الإرهاب المحظور والمقاومة المشروعة.

غير أن النصوص والأعراف الدولية والإنسانية تؤكد التباين بين المقاومة المسلحة من جهة والإرهاب من جهة ثانية، وذلك في مختلف الجوانب القانونية والسياسية والاجتماعية.

وإزاء الجهود الكبيرة المبذولة من الأمم المتحدة لحصر مفهوم الإرهاب وعدم خلطه بحق المقاومة المشروعة، كانت الولايات المتحدة الأمريكية غير متعاونة لإنجاح هذه الجهود، وذلك بسعيها إلى تغييب المعايير وإحلال الانتقائية محلها، لكي تنفرد بعد ذلك في تصنيف أعمال العنف وفق ما تشاء، وقد تصاعد اتجاه توسيع مفهوم الإرهاب لديها ليشمل الكفاح المسلح وأعمال المقاومة المشروعة.

ولقد جاءت أحداث الحادي عشر من سبتمبر 2001 -بغض النظر عن كان وراءها- بالفعل فرصة ذهبية استغلتها الولايات المتحدة الأمريكية خير استغلال، لمحاولة فرض قيمها ومصالحها على الآخرين، رافعة شعار محاربة الإرهاب، وأن من ليس معنا فهو ضدنا، ومغلبة دعاوى الأمن القومي الأمريكي على ما عداها،

نظراً للتوسع الملحوظ في العمليات الإرهابية على المستوى العالمي، ونظراً لتصاعد حدة الرفض للإرهاب من جانب الدول والشعوب على السواء، اتجهت بعض الدول إلى ربط حركات التحرر الوطني والمقاومة المشروعة بالإرهاب، والترويج لاعتبارها حركات إرهابية، ومن ثم إدراجها ضمن قائمة المنظمات الإرهابية.

لذلك أضحى من الضروري توضيح مفهوم المقاومة والتمييز بينه وبين مفهوم الإرهاب، على أسس علمية واضحة، وفقاً لمعايير دقيقة مستمدة من القانون الدولي، تبيّن الحدود الفاصلة والفوارق بينهما بشكل موضوعي.

Résumé

Vu l'ampleur considérable des actes terroristes à l'échelle mondiale, et face à sa répression massive de la part des Etats et des peuples, ces actes ont été confondus - parfois - aux mouvements de libération, qui sont désormais qualifiés comme tel.

La propagation à promouvoir la résistance légitime en tant que mouvement terroriste appelle à clarifier le concept de chacun d'eux en se basant sur des critères scientifiques et selon des normes stricts découlant des principes du droit international.

مقدمته:

بات من الواضح بأن الإرهاب يحتل مرتبة أولى من بين ما يجري تناوله يومياً على ساحات السياسة الدولية والإعلامية بكافة وسائلها وتوجهاتها، أو من خلال ما يتم تداوله على مستوى المؤتمرات الدولية أو الإقليمية أو المحلية. بل إننا نستطيع القول بأنه لا يخلو يوم من



خطيرة تجاه نضال الشعوب العربية والإسلامية من أجل التحرر من الاحتلال الأجنبي واستعادة حقوقها المشروعة.

وعليه، أضحى من الضروري توضيح مفهوم المقاومة والتمييز بينه وبين مفهوم الإرهاب على أسس علمية واضحة، وفقاً لمعايير دقيقة مستمدة من القانون الدولي، تبين الحدود الفاصلة والفوارق بينهما بشكل موضوعي.

وسنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية ودراستها وتحليلها من خلال نقاط ثلاث هي:

- أولاً: الإرهاب بين صعوبة التعريف وسهولة التوصيف.
- ثانياً: مدلول المقاومة المسلحة ومقومات مشروعيتها.
- ثالثاً: الفروق الجوهرية بين الإرهاب المحظور والمقاومة المشروعة.

وسيتم تبين ذلك وفقاً لما يلي:

أولاً: الإرهاب بين صعوبة التعريف وسهولة التوصيف:

يُعد مفهوم "الإرهاب" واحداً من أكثر المفاهيم السياسية المعاصرة إثارة للجدل والخلاف؛ فمن ناحية التعريف ليس هناك اتفاق - في الفقه والممارسة - على معنى محدد له؛ الأمر الذي يعني أنه بإمكان البعض إضفاء صفة الإرهاب على أعمال هي أبعد ما تكون عن الإرهاب؛ كأعمال المقاومة المسلحة التي تمارسها حركات التحرر الوطني من أجل الاستقلال وتقرير المصير، وأنه بإمكان الآخرين نزع هذه الصفة عن أعمال هي أقرب ما تكون إلى الإرهاب، أو إن شئت فقل إنها أعلى مراحل الإرهاب وصوره كالأعمال الإرهابية التي قد تمارسها الدولة ضد معارضيها السياسيين، أو تلك التي يمارسها المحتل ضد شعب الإقليم الخاضع للاحتلال؛ فيما يُعرف بإرهاب الدولة¹.

وإزاء هذه الحقيقة تعددت أقوال الباحثين بشأن الأسباب التي أدت إلى إثارة مثل هذه الصعوبة حول تعريف الإرهاب،

بما في ذلك الأمن الجماعي الدولي ومنظومته التي جاء بها ميثاق الأمم المتحدة.

وفي الوقت نفسه امتدت هذه الأحداث الإدارية الأمريكية بذريعة لإعلان حرب طويلة لا هوادة فيها - تحت دعوى محاربة الإرهاب-ترمي إلى سحق أي معارضة أو مقاومة ممكنة لنظام عالمي يخضع لسيطرة أمريكية مطلقة وكاملة.

وقد استغل اللوبي الصهيوني بنفوذه السياسي العالمي هذه الحادثة، حيث ادّعى أن ما تقوم به الحكومة الإسرائيلية من أعمال وحشية بحق الشعب الفلسطيني الأعزل، يُعدّ دفاعاً عن النفس ضد الإرهاب الذي تواجهه إسرائيل، متجاهلاً ما تمارسه قوات الاحتلال ومستوطنيه من إرهاب الدولة.

ومما لا شك فيه، فإن المحاولات الأمريكية والإسرائيلية ستبقى مستمرة إلى مدى أبعد من ذلك، في محاولة لتجميع مفهوم المقاومة، بل والصاق تهمة الإرهاب بالحركات التي تمارس أو تدعم مقاومة الشعوب في سبيل التحرر والتخلص من الاحتلال، وبالتالي إطلاق التعريفات العامة التي يصبح التمييز فيها متعذراً بين الإرهاب والمقاومة.

هذا، ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل حاولت بعض السياسات الأمريكية والغربية أن تربط بين الإرهاب وبين الإسلام، والإسلام بريء من كل ذلك.

وفي ظل هذه الظروف المستجدة ظهرت الحاجة إلى إعادة تأكيد المفاهيم الإنسانية السليمة للمقاومة والكفاح، والحفاظ عليها حقوقاً إنسانية ثابتة، والمحافظة على شرعيتها وضمان المساندة الدولية لها، وفصلها تماماً عن أي أعمال يمكن أن توصف بالإرهاب والوحشية، ولذلك فإن إقحام مصطلح الإرهاب على الإسلام والمسلمين والعرب إنما ينطوي على ظلم بين القيم العربية الإسلامية الأصيلة، ويتسبب في إيجاد مغالطات

¹ - محمد شوقي عبد العال، أزمة القانون الدولي المعاصر في ضوء العدوان الأمريكي على العراق، حولية أممي في العالم السياسية، (بدون سنة نشر)، مركز الحضارة للدراسات السياسية، مصر، ص 159-160.

بذل الفقهاء المختصون جهوداً حثيثة في مجال تعريف الإرهاب الدولي، حيث تعددت المحاولات الفقهية لتعريفه، سواء تلك التي بُذلت من جانب الفقه الغربي أو العربي، نذكر منها:

أ- الفقه الغربي:

حاول الفقيه "جون براون John Brown" تعريف الإرهاب بقوله: ((إذا أردنا تعريف الإرهاب؛ فإن التعريف الذي يبدو أكثر قبولاً هو الذي لا يُدخل في معناه الاعتبارات السياسية)).

وعرف "جيفانوفيتش Gevanovitch" الإرهاب بأنه: ((أعمال من طبيعتها أن تثير لدى شخص ما الإحساس بالتهديد؛ مما ينتج عنه الإحساس بالخوف من الخطر بأية صورة)).

والملاحظ على هذا التعريف، أنه توسع في تحديد مفهوم الإرهاب إلى درجة كبيرة، حيث يعدُّ العمل من قبيل الإرهاب حتى لو كان موجَّهاً لشخص بعينه دون الآخرين، ودون أن يتبيّن الغاية التي تقف وراء هذا التهديد، سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة.⁴

ويعرّف المفكر والأكاديمي الأمريكي "نعوم تشومسكي"، الإرهاب، بأنه: ((محاولة الإخضاع القسري للسكان المدنيين وإجبار حكومة ما عن طريق الاغتيال أو الخطف أو أعمال العنف لتحقيق أهداف سياسية)).

ويضيف "تشومسكي"، أننا نلاحظ أن ما يرتكبه الطرف الآخر يُعتبر الإرهاب بعينه، في نظر الولايات المتحدة الأمريكية، أما ما ترتكبه الولايات المتحدة الأمريكية من فضائع ومجازر وتجويع للأطفال هو عمل مشروع، لأنه يحقق لها مصالحها القومية والإستراتيجية.⁵

فالبعض يُرجع صعوبة التعريف إلى أن مصطلح الإرهاب سياسي ليس له مضمون قانوني محقّق أو دقيق¹، في حين يرجع آخرون سبب ذلك إلى ممارسات الدول الكبرى، وخاصة الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وكذلك إسرائيل، ويذهب فريق ثالث إلى تبرير هذه الصعوبة بتشعب الإرهاب وتعدّد أشكاله وأهدافه، وتعدّد البواعث والدوافع لارتكاب هذه الجريمة، بينما يفسّر فريق رابع ذلك بتعدّد الباحثين الذين يدرسون هذه الظاهرة، واختلاف أطهرهم المرجعية وتخصصاتهم، وكذلك الاختلاف حول نمط العنف الموصوف بالإرهاب.²

ولا شك أن هذه الصعوبة أدت إلى بروز نتائج في غاية الخطورة، منها على الخصوص اختلاط الإرهاب بصور العنف السياسي الأخرى، وتبرير أعمال الإرهاب نفسها باعتبارها كفاحاً للقضاء على الإرهاب، وكذلك الانتقائية والعشوائية في وصف الأفراد والجماعات والدول بالإرهاب، وفقاً للأهواء والمصالح السياسية لكل طرف.³

غير أن هذا لا ينفي أن جهوداً كثيرة مضنية قد بُذلت في سبيل التوصل إلى تعريف للإرهاب، حيث انكبّ الفقه الدولي لدراسة ووضع العديد من التعريفات له، في نفس الوقت الذي كانت تنشط فيه الهيئات الدولية لدراسة ظاهرة الإرهاب، وقد تمثّلت تلك المحاولات بصورة أساسية في الجهود الفقهية وبعض الاتفاقيات الدولية، نكتفي بالإشارة إلى أبرزها على النحو الآتي:

1- التعريف الفقه للإرهاب الدولي:

¹ - عزيز شكري، الإرهاب الدولي، دراسة قانونية ناقدة، دار العلم للملايين، بيروت، ط 1، 1991، ص 47.

² - جميل حزام يحيي الفقيه، مفهوم الإرهاب في القانون الدولي العام، مجلة دراسات يمنية، مركز الدراسات والبحوث اليمنية، صنعاء، ص 4. الرابط:

<http://ycsr.org/derasat,yemeniaissue93/mafهوم.pdf>

³ - إمام حسانين خليل، الإرهاب بين التجريم والمشروعية: دراسة تحليلية في الدوافع والأسباب، دار مصر المحروسة، القاهرة، 2001، ص 31-30.

⁴ - محمدي بوزيدي آمنة، إشكالية الخلط بين الإرهاب والمقاومة المسلحة: حالة المقاومة الفلسطينية، مجلة جامعة الإسراء للعلوم الإنسانية، فلسطين، العام الأول، الإصدار الأول، جويلية 2016، ص 17.

⁵ - المرجع نفسه، ص 18.



وكنك، عرّفه "محمد عزيز شكري" في كتابه: "الإرهاب الدولي، دراسة قانونية ناقدة" بأنه: ((عمل عنيف (ورأوه) دافع سياسي أي كانت وسيلته، وهو مخطّط، حيث يخلق حالة من الرعب والهلع في قطاع معيّن من الناس، لتحقيق هدف بالقوة أو لنشر دعاية لمطلب أو (ظلامه)، سواء كان الفاعل يعمل لنفسه بنفسه، أم بالنيابة عن مجموعة تمثّل شبه دولة، أم بالنيابة عن دولة منغمسة بصورة مباشرة في العمل المرتكب، شريطة أن يتعدّ العمل الموصوف حدود دولة واحدة إلى دول أخرى، سواء أرتكب العمل في زمن السلم أم في زمن الحرب.))⁴

بينما ذهب مجموعة من الخبراء العرب إلى تعريف الإرهاب في وثيقة هامة صدرت سنة 2003: ((بأنه استخدام غير مشروع للعنف أو تهديد باستخدامه بيواعث غير مشروعة، يهدف أساساً إلى بث الرعب بين الناس، ويعرّض حياة الأبرياء للخطر، سواء أقامت به دولة أم مجموعة أم فرد، وذلك لتحقيق مصالح غير مشروعة، وهو بذلك يختلف كلياً عن حالات اللجوء إلى القوة المسلحة في إطار المقاومة المشروعة. وهو بهذا انتهاك للقواعد الأساسية للسلوك الإنساني، ومنافٍ للشرائع السماوية والشرعية الدولية لما فيه من تجاوز على حقوق الإنسان.))⁵

2- تعريف الإرهاب في الاتفاقيات الدولية:

أبُرمت العديد من الاتفاقيات الدولية والإقليمية لمعالجة مشكلة الإرهاب، وعليه سنقف في هذا الجزء من الدراسة على بعض الاتفاقيات التي حاولت وضع تعريف للإرهاب، على النحو التالي:

أ- اتفاقية جنيف لمنع ومعاقبة الإرهاب لعام 1937:

وهي أول اتفاقية دولية لمنع ومعاقبة الإرهاب، حيث عرّفت الأعمال الإرهابية بأنها: ((تلك الأعمال الإجرامية

أما "ألكسندر يونا" فقد عرّف الإرهاب من خلال القائم به ومن خلال طبيعته: ((الإرهاب قد يكون نشاطاً تقوم به الجهة التي تسيطر على الحكم من خلال الإكراه أو التخويف، وقد تستخدمه الجماعات التي لا تملك القدرة ولا الفرصة أو الصبر لاستخدام أدوات أخرى لتحقيق أهدافها وتطبيق إستراتيجياتها)).¹

ب- الفعل العرّاب:

على صعيد الفقه العربي، حاول الكثير من الفقهاء والمختصين العرب في القانون الدولي، وضع تعريف شامل لظاهرة الإرهاب الدولي، يؤدي إلى الوقوف على المفهوم الدقيق للظاهرة، لتمييزها عمّا قد تختلط به من مفاهيم. ومن بين هذه التعريفات نذكر:

التعريف الذي قدمه الأستاذ "أحمد محمد رفعت" للإرهاب، بأنّه: ((استخدام طرق عنيفة كوسيلة، الهدف منها نشر الرعب، للإجبار على اتخاذ موقف معيّن أو الامتناع عن موقف ما)). ويضيف بأنه: ((وسيلة وليست غاية في ذاته، تتم من خلال استخدام وسائل متنوعة طابعها العنف، لتخلق حالة من الفزع والخوف، وأن الأمر يتعلّق دوماً بمشكلة سياسية)).²

أما "نبيل حلمي" فقد عرّف الإرهاب بأنه: ((استخدام غير مشروع للعنف أو التهديد به، بواسطة فرد أو مجموعة أو دولة ضد فرد أو جماعة أو دولة، ينتج عنها ربعا يعرّض للخطر أرواحاً بشرية أو يهدر حريات أساسية، ويكون الغرض منه الضغط على الجماعات أو الدولة لكي تغيّر سلوكها تجاه موضوع ما)).³

¹ - محمد هشام، فض الاشتباك بين مفهوم الإرهاب والمقاومة، فكر أونلاين، طلبة كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 25 أكتوبر 2015، الرابط: fekr-online.com/author/محمد هشام

² - أحمد محمد رفعت، صالح بكر الطيار، الإرهاب الدولي، مركز الدراسات العربي-الأوروبي، باريس، ط 1، 1998، ص 226.

³ - نبيل حلمي، الإرهاب الدولي وفقاً لقواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 27-28.

⁴ - نقلاً عن محي الدين عوض، تعريف الإرهاب، الندوة العلمية الخمسون حول تشريعات مكافحة الإرهاب في الوطن العربي، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 1999، ص 54.

⁵ - مفهوم الإرهاب والمقاومة: رؤية عربية إسلامية، وثيقة صادرة عن مركز دراسات الشرق الأوسط بالأردن، جويلية 2003.

سلامة الطيران المدني والجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المشمولين بالحماية الدولية بمن فيهم الممثلون الدبلوماسيون.

والملاحظ على التعريف السابق، أنه انطوى على غموض كبير، إذ لم يحدّد بشكل واضح وشامل ما هو العمل الإرهابي، الذي ربطته الاتفاقية بتعريف التشريعات الداخلية للدول الأعضاء، مما قد يدخلها في خانة التناقض والتباين والاختلاف؛ لأن هذا التعريف حتما سيختلف تفسيره من دولة لأخرى، بما أن هذه الأخيرة لها حرية في إقرار ما تشاء في تشريعاتها وقوانينها الداخلية، فإن ما تعاقب عليه دولة ما على أنه عمل إرهابي قد لا تعاقب عليه دولة أخرى.³

د - معاهدة منظم المؤتمر الإسلامي لمكافحة الإرهاب الدولي لعام 1999:

اقتبست معاهدة منظمة المؤتمر الإسلامي لمكافحة الإرهاب لعام 1999، تعريف الإرهاب من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب لعام 1998، غير أن المعاهدة وسّعت من مفهوم الإرهاب بالمقارنة مع الاتفاقية العربية، ليشمل أعمال العنف التي تُعرض المواقف الدولية للخطر، أو تُهدّد الاستقرار أو السلامة الإقليمية أو الوحدة السياسية أو سيادة الدول المستقلة.⁴

كما نجد أن معاهدة منظمة المؤتمر الإسلامي قد اقتبست نفس تعريف الجريمة الإرهابية الذي ورد في الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب، غير أنها توسّعت في تعريفها، حيث أضافت عبارة (أو اشترك فيها) و(أو

الموجّهة ضد دولة ما، وتستهدف أو يُقصد بها، خلق حالة من الرعب في أذهان أشخاص معيّنين، أو مجموعة من الأشخاص، أو عامة الجمهور)).

ب - (الاتفاقية الأوروبية لعام 1997:

لم تأت هذه الاتفاقية بتعريف محدّد للإرهاب، فقد عدّدت مجموعة من الأفعال، منها ما كان قد حرّم سابقا باتفاقيات دولية سابقة، أو كان التعامل الدولي حرّمها، وأضاف إليها كل الأفعال الخطرة التي تهدّد حياة الأشخاص أو أموالهم.

ومن المآخذ على هذا التعريف عدم إرضائه الدول المشاركة، وذلك لعدم مصادقة أية دولة على الاتفاقية.¹

ج - (الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب 1998:

جاء تعريف الإرهاب في المادة الأولى من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب² بأنه: ((هو كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به أيا كانت بواعثه أو أغراضه، يقع تنفيذا لمشروع إجرامي فردي أو جماعي، ويهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس أو ترويعهم بإيذائهم أو تعريض حياتهم أو حريتهم أو أمنهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بأحد المرافق والأماكن العامة أو الخاصة أو احتلالها أو الاستيلاء عليها، أو تعريض أحد الموارد الوطنية للخطر)).

وفي البند الثالث من نفس المادة عُرِفَت الجريمة الإرهابية، على أنها: ((أي جريمة أو شروع فيها تُرتكب تنفيذا لغرض إرهابي في أي من الدول المتعاقدة أو على رعاياها أو ممتلكاتها أو مصالحها، ويعاقب عليها قانونها الداخلي)).

كما عدّت من الجرائم الإرهابية المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية المختلفة الخاصة بخطر الطائرات أو القرصنة البحرية، والأعمال غير المشروعة الموجهة ضد

³ - نهاد عبد الإله عبد الحميد خنفر، التمييز بين الإرهاب والمقاومة وأثر ذلك على المقاومة الفلسطينية بين عامي 2001 و2004، رسالة ماجستير في التخطيط والتنمية السياسية، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2005، ص 26.

⁴ - على لوئيسي، آليات مكافحة الإرهاب الدولي بين فاعلية القانون الدولي وواقع الممارسات الدولية الانفرادية، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص 210.

¹ - جميل حزام يحيى الفقيه، مرجع سابق، ص 13.

² - أبرمت الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب الدولي في 22 أبريل 1998.



2- أن يكون القصد من ذلك إلقاء الرعب في روح الناس وصولاً إلى هدف ما، مثل التوصل إلى تغيير مواقف سياسية أو اقتصادية أو غيرها للدولة المعنية.

3- أن تتوافر نية أو قصد خاص لارتكاب عمل إرهابي، فليس كل عنف يولد رعباً يُعدّ إرهاباً، ولا شك أن هذا العنصر يميّز الإرهاب عن غيره من جرائم العنف الأخرى، ويتم استخلاصه في ضوء ظروف كل حالة.

4- أن يكون الفعل موجّهاً إلى أشخاص أو أشياء محمية دولياً.

ثانياً: مدلول المقاومة المسلحة ومقومات مشروعيتها:

تعتبر المقاومة المسلحة أحد أساليب تقرير المصير والحصول على الاستقلال، بواسطتها تباشر قوات التحرير القتال بالوسائل العسكرية المتاحة ضد المستعمر، وقد رسخت المقاومة المسلحة كأسلوب مشروع في القانون الدولي.

وعليه سنتطرق لمفهوم المقاومة المسلحة وبيان شروطها، ثم نقف على المقومات والأسانيد التي تدعم مشروعيتها³.

1 - مفهوم المقاومة المسلحة:

يمكن تعريف المقاومة المسلحة بأنها: ((تلك العمليات القتالية التي تقوم بها عناصر وطنية من غير أفراد القوات المسلحة النظامية دفاعاً عن المصالح الوطنية أو القومية ضد قوى أجنبية، سواء كانت تعمل في إطار تنظيم يخضع لإشراف وتوجيه سلطة قانونية أم

شروع)، وكذلك أضافت عبارة (أو المرافق والرعايا الأجانب المتواجدين على إقليمها ومصالحها).

وعلى العموم فمعاهدة منظمة المؤتمر الإسلامي لم تأت بجديد عما ذكر في الاتفاقية العربية، سوى التوسّع بشكل ضئيل في كل من مفهوم الإرهاب، وفي تعداد الجرائم الإرهابية¹.

وعلى العموم يتضح من خلال التعريفات الفقهية والاتفاقية السابقة، أن تعريف الإرهاب مسألة معقّدة نظراً لصعوبة توحيد الآراء حول مفهوم موحد، فبعض الأعمال قد يراها البعض مشروعاً في حين يراها آخرون إرهاباً، ومن يُعدّ إرهابياً في نظر أحدهم، يُعدّ مناضلاً من أجل الحرية من وجهة نظر الآخر. ويرجع ذلك لاختلاف مصالح الدول وتباينها، كما يرجع إلى تعدّد الأسباب والغايات وراء العمل الإرهابي التي تحول دون وضع تعريف موضوعي للإرهاب، كما أن البعض قصر عن عمد العمل الإرهابي على الأفعال التي يرتكبها الأفراد واستبعد الأفعال التي يمكن أن تقوم بها أو تحرّض عليها أو ترعاها الدول.

وعليه، بغية الوصول إلى تعريف دقيق وموضوعي لظاهرة الإرهاب، وجب وصف هذه الظاهرة وفحصها باتزان وتجرّد وموضوعية وشمول، والإلمام بمختلف جوانبها دون إغفال أي منها، لأنه في عصرنا هذا قلّما أُستعملت كلمة أو أُسيئ استعمالها على نحو تعسفي مثل كلمة إرهاب².

وأياً كان الأمر، فإن أي تعريف محدّد وواضح ومقبول للإرهاب ينبغي أن يتضمن العناصر الآتية:

1- استخدام عنف غير مشروع دولياً.

³ - جدير بالذكر أن للمقاومة (بصفة عامة) أشكالاً متنوعة حسب الأساليب المتبعة، منها:

المقاومة المدنية: حيث يتم استعمال الطرق السلمية، وأبرز طريقة لذلك هي الاستفتاء تحت إشراف جهات محايدة كالأمم المتحدة لضمان عدم تحريف نتائجها.

المقاومة المسلحة: وهنا تستخدم القوة من جانب الشعوب ضد قوى الاستعمار والتسلّط الأجنبي، وعادة ما تُعرف بحركات التحرير الوطني.

غير أننا سنركّز في بحثنا هذا على الشكل الثاني من المقاومة (أي المقاومة المسلحة)، باعتبارها الأكثر إقبالاً من طرف الأشخاص والجماعات والأشدّ التباساً واختلاطاً بظاهرة الإرهاب.

¹ المرجع نفسه، ص 212-213.

² - رمزي حوحو، الحدود بين الإرهاب الدولي وحركات التحرر الوطني وفقاً لأحكام القانون الدولي، مجلة المفكر، العدد 3، فيفري 2008، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ص 158.

بأنها: ((استخدام مشروع لكل الوسائل بما فيها القوة المسلحة لدفع العدوان، وإزالة الاحتلال والاستعمار، وتحقيق الاستقلال، ورفع الظلم المسنود بالقوة المسلحة بوصفها أهدافا سياسية مشروعة، وهو ما يتفق مع القانون الدولي وتأييده الشريعة الإسلامية)).

2- شروط المقاومة المسلحة:

لكي تكون المقاومة المسلحة مشروعة حسب قرارات وقواعد القانون الدولي ينبغي أن تتوفر فيها مجموعة شروط، أهمها:

أ - الطابع الشعبي: تضطلع بالمقاومة الشعبية المسلحة مجموعة من العناصر أو الأفراد المرتبطين بالدولة بروابط سياسية وقانونية وتقوم الدولة بحمايتهم... وعلى ذلك ففي حالة قيام جيش الدولة بذلك النشاط لا يُعد ذلك مقاومة شعبية مسلحة، بل هو حرب بالمعنى المعلوم.⁴

كذلك نجد في المقاومة الشعبية المسلحة أن هناك رغبة عارمة ومنتشرة النطاق لدى قطاع كبير من أبناء الشعب بمختلف طبقاته وتوجهاته وفئاته في الانضمام إلى صفوف المقاومة لمواجهة المعتدي⁵. وهنا لا يشترط قيام عدد معين من الشعب (كثير أو قليل) بالاشتراك في المقاومة المسلحة حتى يتحقق لها الطابع الشعبي، وإنما يكفي تعاطف الشعب في مجموعه مع عناصر المقاومة المسلحة، وتقديم الدعم والعون والمساعدة لهم من أجل تحقيق أهدافهم النبيلة الرامية إلى تحرير الوطن.⁶

واقعية، أو كانت تعمل بناء على مبادئها الخاصة، سواء باشرت هذا النشاط فوق الإقليم الوطني أو من قواعد خارج هذا الإقليم¹.

وتُعرّف المقاومة المسلحة أيضا بأنها: ((تلك العمليات ذات الطابع العسكري، والتي تُستخدم فيها القوة المسلحة من قبل القوات المسلحة النظامية أو بواسطة عناصر وطنية من غير أفراد القوات النظامية، وتتخذ ضد السلطات القائمة بالاحتلال أو قواتها ومراكزها فوق الأراضي المحتلة، أو ضد الأهداف العسكرية وما في حكمها فوق إقليم الدولة المحتلة ذاتها أو خارجها، يدفعهم إلى ذلك الدافع الوطني في الدفاع عن البلاد ومقاومة الاحتلال في سبيل تحرير الأراضي المغتصبة وطرد المحتلين منها، سواء كانت تلك العناصر تعمل في إطار تنظيم يخضع لإشراف وتوجيه سلطة قانونية أو واقعية، أو كانت تعمل بناء على مبادئها الخاصة، وسواء باشرت هذا النشاط فوق الإقليم الوطني المحتل ذاته أو من قواعد خارج هذا الإقليم²)).

وجاء في تقرير المؤتمر الخامس العشرين لمنظمة الصليب الأحمر الدولي المنعقد سنة 1957 حول إعداد قانون الحرب بأن المقاومة المسلحة هي: ((ذلك النشاط الذي تقوم به عناصر شعبية في مواجهة سلطة تقوم بغزو أرض الوطن أو احتلاله³)).

وتُعرّف وثيقة "مفهوم الإرهاب والمقاومة" الصادرة عن مركز دراسات الشرق الأوسط في الأردن، المقاومة،

⁴ - أحمد رشاد سلام، مستقبل الإرهاب الدولي، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر: "التعاون الدولي وأثره في مكافحة الإرهاب" المنعقد في الفترة من 18 إلى 20 نوفمبر 2013، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص 27.

⁵ - عبد الناصر حريز، النظام السياسي الإسرائيلي (دراسة مقارنة مع النازية والفاشية والنظام العنصري في جنوب إفريقيا)، دار الجيل ومكتبة مدبولي، بيروت، 1997، ص 37.

⁶ - محمد المجذوب، القانون الدولي الإنساني وشرعية مقاومة الاحتلال، بحث ضمن كتاب: القانون الدولي الإنساني: آفاق وتحديات،

¹ - صلاح الدين عامر، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص 40.

² - هيثم موسى حسن، التفرقة بين الإرهاب الدولي ومقاومة الاحتلال في العلاقات الدولية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة عين شمس، مصر، 1999، ص 214.

³ - عبد الرحمان أبو النصر، مشروعية استخدام القوة بشأن حق تقرير المصير وعلاقته بالإرهاب الدولي في ضوء القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، مجلة جامعة الأزهر، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد الثامن، العدد الأول، غزة، 2006، ص 146.



ما تضطر قوات المقاومة إلى الاشتباك مع العدو في معارك واسعة النطاق، والدخول في المواجهة العسكرية الشاملة، على غرار المعارك التي تجرى بين الجيوش النظامية، وتُعد حرب التحرير الجزائرية أبرز مثال على ذلك.

د- وجود قواعد الاحتلال الأجنبية :

تنشأ المقاومة المسلحة كرد فعل طبيعي من جانب الشعب، نتيجة تعرض البلاد للاعتداء والاحتلال الخارجي، حيث يهيب أفراد الشعب لصد العدوان والدفاع عن بلادهم بغية الحصول على الاستقلال. ولكي تبقى المقاومة مشروعة، ينبغي أن تتم عملياتها ضد قوى الاحتلال الأجنبي، سواء في الأراضي المحتلة أو أراضي العدو ذاته.

وتأسس على ذلك، تُعد الأهداف العسكرية للعدو أهدافاً مشروعة لأفراد المقاومة المسلحة، حيث يمكنهم مهاجمتها بمختلف الطرق والوسائل... وقد يضطر أفراد المقاومة المسلحة - بحكم الاختلال في توازن القوى - إلى اللجوء لممارسة أساليب تختلف عن أساليب القتال المعتادة، بما في ذلك حرب العصابات وأعمال التخريب.⁵

ولعله من المناسب في هذا الصدد أن نشير إلى أن المقاومة الشعبية تختلف عن الحرب الأهلية التي تعني قيام طرفان باستخدام السلاح داخل دولة واحدة للوصول إلى السلطة، أو عندما تقوم مجموعة من المواطنين باستخدام السلاح ضد الحكومة الشرعية في تلك الدولة.

كذلك تختلف عمليات المقاومة المسلحة عن كل من حروب الانفصال، وهي التي تهدف إلى فصل إقليم عن آخر وتكوين دولة جديدة، وكذا عن حروب الطبقة والتي تتم عادة -من طبقة العمال نتيجة الصراع الطبقي للوصول إلى السلطة السياسية في المجتمع.⁶

3 -الأساس القانوني لمشروع المقاومة المسلحة:

⁵ - من المتعارف عليه أن أفراد المقاومة الشعبية المسلحة لهم الحق في القيام بأعمال التخريب (sabotage) المشروعة المباحة للجيوش النظامية، نظراً لمشروعية عملهم وكونهم مقاتلين قانونيين.

⁶ - أحمد رشاد سلام، مرجع سابق، ص 28.

ب- الدافع الوطني: ويتمثل في الشعور الوطني الذي يعم أفراد الشعب ويدفعهم لحمل السلاح دفاعاً عن أرضهم ضد العدوان الخارجي أو من أجل تخليص الأرض من الاحتلال.¹

وتبعاً لذلك يمكن القول أن عنصر الدافع الوطني هو المحور الذي تتبلور حوله وتعمل في سياقها حركات المقاومة الشعبية المسلحة، فأفراد المقاومة يحملون السلاح بدافع مشاعرهم الوطنية دفاعاً عن وطنهم، وهذا الهدف النبيل المجرد من كل أنانية هو مصدر التعاطف الذي تلقاه حركات المقاومة الشعبية في شتى أنحاء العالم.²

ويضفي الدافع الوطني صفة المشروعية على ذلك النوع من المقاومة لتحقيق مصالح الشعب العليا، كما يُعد هذا الدافع الفارق بين المقاومة الشعبية وأعمال الإرهاب الدولي التي تُرتكب بدافع إجرامي.³

ج- استخدام القوة المسلحة:

يعتبر استخدام القوة المسلحة ضد العدو من أهم العناصر التي تتميز بها المقاومة المسلحة⁴، إذ يتعين على حركات المقاومة أن تتبع الأسلوب المسلح، وذلك باستخدام الوسائل العسكرية المتاحة في قتالها ضد العدو، بشرط أن تنقيد في ذلك بوسائل وأساليب الحرب وفقاً لما قرره قواعد القانون الدولي الإنساني.

وكثيراً ما يستخدم أفراد المقاومة المسلحة أسلوب حرب العصابات في قتالهم ضد العدو، نتيجة المزايا التي يتمتع بها هذا الأسلوب، والتي تتناسب مع حالة النزاعات المسلحة غير المتكافئة؛ لكن ذلك لا يعني أن المقاومة المسلحة ترتبط بذلك الأسلوب في جميع الأحوال، فكثيراً

سلسلة المؤتمرات العلمية لجامعة بيروت العربية، الجزء الأول، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 314.

¹ - المرجع نفسه، ص 315.

² - رمزي حوحو، مرجع سابق، ص 162.

³ - أحمد رشاد سلام، مرجع سابق، ص 27.

⁴ - سهيل حسين الفتلاوي، الإرهاب الدولي وشرعية المقاومة، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 132.

الإضافيين لعام 1977³، حيث اعترفت وأقرت بحق المقاومة في الإقليم المحتل ووسّعت نطاق الحماية إلى الأفراد المشاركين في حروب التحرير الوطني أو أعمال المقاومة الشعبية المسلحة واعتبارهم كمقاتلين، وذلك بمنح مقاتلي المقاومة الشعبية سواء من داخل الإقليم المحتل أو من خارجه وصف أسرى الحرب، على أن تتوافر فيهم شروط أربعة هي:

- أن تكون لديهم قيادة مسؤولة عن تصرفاتهم وعملياتهم.
- أن يكون لديهم رمز معين ومحدّد وظاهر.
- أن يحملوا السلاح بصورة بارزة.
- أن يطبقوا في تصرفاتهم قوانين وقواعد الحرب⁴.

وفضلاً عن ذلك أخضع البروتوكول الإضافي الأول في الفقرة الرابعة من المادة الأولى منه، بشكل واضح لا لبس فيه، حروب التحرير (أي المقاومة المسلحة) لقواعد القانون الدولي الإنساني آخذاً بعين الاعتبار طبيعة هذه الحروب، ولعلّ أهم النتائج التي برزت من خلال ذلك هي:

- الإقرار بحروب التحرير الوطني كحروب مشروعة ابتداءً، تخضع لقواعد القانون الدولي، وهذا يشكل تعزيزاً لحق الشعوب في النضال من أجل حق تقرير المصير.
- تطبيق كافة القواعد المتعلقة بالاعتراف بصفة المقاتلين للمناضلين من أجل التحرير الوطني، ومن ثمّ لهم كافة الحقوق التي يتمتع بها الجنود في الحرب النظامية، ولعلّ أبرز هذه الحقوق في حالة الأسر الاعتراف بهم كأسرى

لو اطلعنا على أحكام القانون الدولي العام المعاصر لما وجدنا فيه قاعدة تحول دون قيام سكان الأراضي المحتلة بأعمال المقاومة الوطنية، مسلحة كانت أم غير مسلحة، فلهؤلاء السكان حقاً في الثورة على سلطات الاحتلال، بل إن واجبهم القومي يحتمّ عليهم اللجوء إلى المقاومة.¹

لذا فإن حق الشعوب في مقاومة الاحتلال والنضال من أجل التحرر من التبعية والاستغلال والاستعمار، هو حق مشروع كرسه وأقرته كل أحكام ومبادئ القانون الدولي العام.

وليست شرعية المقاومة المسلحة أو شرعية حرب التحرير للتخلّص من الاحتلال مسألة طارئة فاجأت القانون الدولي، وإنما هي مسألة وُجدت وطُرحت في النصف الثاني من القرن التاسع عشر الميلادي، عندما جرت المحاولات الأولى لتقنين قواعد الحرب، فقد سيطر هذا الموضوع على المناقشات التي دارت في مؤتمرات بروكسل سنة 1874 ولاهاي سنة 1899 ثم في 1907 وجنيف سنة 1949.²

وحتى يمكن أن نوضح ملامح وأسس القواعد الحالية التي تقوم عليها مشروعية حرب التحرير والمقاومة المسلحة ضد الاحتلال، لابد من استعراض أهم الجهود التي قامت بها اللجنة الدولية للصليب الأحمر ومنظمة الأمم المتحدة، وانعكاس ذلك وأثره القانوني على مختلف الوثائق والاتفاقيات الدولية ذات الصلة:

أ- اللجّة الدوليّة للصليب الأحمر:

لقد بذلت اللجنة الدولية للصليب الأحمر جهوداً جبارة في سبيل تطوير وإنماء القانون الدولي الإنساني، ويعتبر أهم تنويع لجهودها في هذا المجال اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949 واللحقيين (البروتوكولين)

³ - يمكن التأكيد على أن اتفاقيات جنيف لعام 1949 تمثل قواعد عرفية ملزمة للجميع بعد تصديق وانضمام جميع دول العالم إليها، وتمثل قواعد قانونية شائعة. راجع في ذلك: عبد الرحمن أبو النصر، مرجع سابق، ص 148-149.

⁴ - لقد تم تقييد المقاومة ضد الاحتلال بالشروط الأربعة حتى يمكن لها الاستفادة من الحماية المقررة في هذه الاتفاقيات. وقد انتقد البعض قسوة هذه الشروط التي وضعتها اتفاقيات جنيف 1949 لإضفاء الحماية على أفراد المقاومة ومنحهم صفة أسير.

لمزيد من التوسّع حول هذه المسألة، راجع على الخصوص: جميل حزام يحيى الفقيه، مرجع سابق، ص 60 وما بعدها.

¹ - شفيق المصري، مكافحة الإرهاب في القانون الدولي، مجلة شؤون الشرق الأوسط، بيروت، العدد 74، 1998، ص 15.

² - جميل حزام يحيى الفقيه، مرجع سابق، ص 57.



1514 الصادر عن الجمعية العامة في 14 ديسمبر 1960 والخاص بمنح الاستقلال للشعوب والأقاليم المستعمرة. وقد جاء فيه: ((إن إخضاع الشعوب للاستعباد الأجنبي والسيطرة الأجنبية والاستغلال الأجنبي يشكل إنكاراً لحقوق الإنسان الأساسية، ويناقض ميثاق الأمم المتحدة، ويعرّض السلام والتعاون العالميين للخطر، وإن كل محاولة تستهدف، جزئياً أو كلياً، تفويض الوحدة الوطنية والسلامة الإقليمية لقطر ما، تتعارض مع مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها)).

وبعد ذلك توالى القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة لتأكيد هذا المبدأ وتأصيله كحق قانوني، فصدر القرار رقم 2189 في 13 ديسمبر 1966 الذي أقر حق ومشروعية كفاح الشعوب الخاضعة للاستعمار من أجل حق تقرير المصير. ثم صدر القرار رقم 2625 في 24 نوفمبر 1970، والخاص بإعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول طبقاً لميثاق الأمم المتحدة، حيث تمت الموافقة عليه بالإجماع، وجاء فيه على الخصوص: ((إن على كل دولة أن تمتنع عن اللجوء إلى أي تدبير قسري من شأنه أن يحرم الشعوب من حقها في تقرير مصيرها، ومن حريتها واستقلالها. وعندما ترفض هذه الشعوب، وتقاوم، خلال ممارستها حقها في تقرير مصيرها، أي تدبير قسري كهذا، فمن حقها أن تلتزم وتتلقى دعماً يتلاءم مع أهداف الميثاق ومبادئها)).

وفي 14 ديسمبر 1974 صدر القرار رقم 3246 مؤكداً على شرعية حق الشعوب في الكفاح المسلح في سبيل تحريرها من الاحتلال، وذهب إلى ((أن أي محاولة لقمع الكفاح المسلح ضد السيطرة الاستعمارية والأجنبية والأنظمة العنصرية هي مخالفة لميثاق الأمم المتحدة ولإعلان مبادئ القانون الدولي الخاصة بالعلاقات الدولية والتعاون بين الدول، ولإعلان العالمي لحقوق الإنسان)).

والحق أنه لو راجعنا معظم القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة لوجدنا نصاً يتكرر سنوياً

حرب، والتعامل معهم وفقاً لهذه الصفة بما يتفق مع القانون الدولي الإنساني.

- انتهاك هذه القواعد يشكل افتئاتاً على قواعد القانون الدولي العام، وخرق هذه الأحكام تشكل جريمة حرب¹.

ب- الأمم المتحدة:

اعتبرت المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة أن من حق الشعوب التي تتعرض للاحتلال والاستعمار والعدوان والطغيان المسنود بالقوة، اللجوء إلى المقاومة المسلحة بوصفها مقاومة مشروعة، حيث نصت على ما يلي: ((ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو يُنقص الحق الطبيعي للدول فرادى أو جماعات، في الدفاع عن أنفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء "الأمم المتحدة"، وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدولي، والتدابير التي اتخذها الأعضاء استعماراً لحق الدفاع عن النفس تُبَلِّغ إلى المجلس فوراً، ولا تؤثر تلك التدابير بأي حال فيما للمجلس - بمقتضى سلطته ومسؤولياته المستمدة من أحكام هذا الميثاق - من الحق في أن يتخذ في أي وقت ما يرى ضرورة لاتخاذ من الأعمال لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه)).

وعلى الرغم من هذا الإنجاز الكبير، فقد أصرت الدول الاستعمارية على تفسير حق الدفاع عن النفس بشكل مغالط للواقع، فادّعت أنه يقتصر على الدول فقط دون الشعوب، ورفضت بالتالي مبدأ حروب التحرير، وحروب العصابات وحركات المقاومة الشعبية².

وقد كان الميثاق بمثابة المنطلق، إذ استمرت جهود الأمم المتحدة من بعده لتكريس هذا الحق، فأصدرت العديد من القرارات المتعلقة بحق تقرير المصير وحق الشعوب في المقاومة المسلحة من أجل تحقيق الحرية والاستقلال. ولعل أهم هذه القرارات كان القرار رقم

¹ - عبد الرحمان أبو النصر، مرجع سابق، ص 152.

² - جميل حزام يحيى الفقيه، مرجع سابق، ص 58.

وفي ضوء ذلك، نحاول أن نرصد أهم الفواصل والحدود بين الإرهاب والمقاومة من منظور القانون الدولي:

1- الإرهاب عمل غير مشروع ومجرّم طبقاً لقواعد القانون الدولي وغيره من المواثيق الدولية، في حين أن المقاومة المسلحة حق أصيل للشعوب، لدفع كل عدوان مسلح يمس استقلالها وسلامة أراضيها وحققها في تقرير مصيرها.

2- الإرهاب تترتب عليه المسؤولية الدولية لمن قام به (فرد أو دولة)، أما المقاومة المسلحة فهي حق طبيعي لدفع ضرر حال ومباشر، وعليه لا يترتب على ممارستها المسؤولية الدولية طالما كانت في إطار القدر المسموح به لدفع الضرر.

3 - الإرهاب عمل مقيت دولياً، وعليه لا بد من الامتناع عن ممارستها أو تقديم العون للقائمين به، بالإضافة إلى ضرورة مكافحته، أما المقاومة المسلحة فيلزم المجتمع الدولي بمساعدة الشعب المعتدى عليه.

4- تُعدّ المصلحة الوطنية المجردة من أبرز السمات التي تتسم بها المقاومة الشعبية المسلحة، فأفراد المقاومة يحملون السلاح بدافع مشاعرهم الوطنية دفاعاً عن وطنهم، وهذا الهدف النبيل المجرد من كل أنانية هو مصدر التعاطف الذي تلقاه حركات التحرير الوطني في شتى أرجاء العالم. لكن لا تتوفر هذه الخاصية في المجموعات الإرهابية التي تمارس أنشطتها ضد أنظمة الحكم الشرعية، وتقوم بأعمال عنف بقصد السلب والحصول على مغنم خاصة.

5- الإرهاب ما هو إلا استخدام غير مشروع للقوة والعنف بغرض الاعتداء على رعايا وممتلكات دولة أخرى... أما المقاومة المسلحة فهي استخدام مشروع للقوة ضد اعتداء مسلح حال ومباشر، وعليه فإن القانون الدولي قد حدّد ضوابط استخدامها.

6- الإرهاب لا يتوافر فيه شروط الحرب ولا النزاع الداخلي بالمعنى المتعارف عليه، ومنه فإن مرتكبيه يخضعون لقانون العقوبات ويعتبرون مجرمين لا محاربين.

منذ منتصف السبعينيات من القرن الماضي، يتضمن إعادة تأكيد الجمعية على "شرعية كفاح الشعوب في سبيل الاستقلال والسلامة الإقليمية والوحدة الوطنية والتحرر من السيطرة الاستعمارية الأجنبية، ومن التحكّم الأجنبي، بكل ما تملك هذه الشعوب من وسائل، بما في ذلك الكفاح المسلح"¹.

فمبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها يشكل أحد الأهداف الرئيسية للأمم المتحدة، كما يعتبر أحد الأسس الهامة في حفظ السلم والأمن الدوليين. وعلى أساس هذا الحق يملك كل شعب الحق في استخدام كافة الوسائل من أجل الوصول إلى حقوقه بما فيها استخدام الكفاح المسلح.

وعليه، نخلص إلى القول بأن المقاومة المسلحة عمل مشروع لتحقيق مصالح الشعوب التي تتعرض للعدوان والاحتلال، فيما الإرهاب يمثل اعتداءً على حق هذه الشعوب في الحياة والحرية وتقرير المصير.

ثالثاً: الفروق الجوهرية بين الإرهاب والمقاومة المسلحة

إذا كان مفهوم الإرهاب يشبه إلى حد كبير مفهوم المقاومة المسلحة من حيث اللجوء إلى أساليب العنف واستخدام القوة لضرب العدو، إلا أنهما يفترقان من حيث المفاهيم والمبادئ، بما يحمل كلا المفهومين من عمق فكري وإيديولوجي؛ فثقافة ومفهوم المقاومة قائمة على الحق والعدل وحقوق الإنسان وحياته، وهي أداة لممارسة الحق في تقرير المصير، أو في التحرر من قوة الاحتلال، وفي المقابل تبرز ثقافة الإرهاب، والتي تُظهر الجانب العنيف والبشع لعلاقة البشر فيما بينهم، وذلك من أجل الحصول على مكاسب غير مشروعة وغير مقبولة، أو بهدف التأثير على مصادر القرار ومواقع النفوذ في العالم.²

¹ - جميل حزام يحيى الفقيه، مرجع سابق، ص 57.

² - محمدي بوزيدي آمنة، مرجع سابق، ص 25.



11- المقاومة محصورة ضمن حدود جغرافية محدّدة، لكن الإرهاب ليس له حدود معلومة.

وهكذا نجد أن هناك فرقاً واضحاً بين المقاومة والإرهاب، ومع ذلك فإن دول الاحتلال تتعمّد وضع أعمال المقاومة تحت بند الإرهاب، وهو ما يبدو جلياً في تصرفاتها فيما يتعلق خاصة بالمقاومة الفلسطينية، حيث تُدرجها في لوائحها للمنظمات الإرهابية.

الناقص:

يتضح مما سبق أن لكل من مفهومي المقاومة والإرهاب عناصره وأركانه وسماته المميزة له، وأن ما يشهده الواقع الدولي من خلط هو نتاج لغياب مفهوم للإرهاب متفق عليه بين الدول، حيث تلجأ بعض الدول إلى الخلط بين حق تقرير المصير وحق المقاومة المشروعة ضد قوات الاحتلال، مما أضّر بحركات الكفاح الوطني وأدّى لاعتبار بعضها منظمات إرهابية، وقد مثل ذلك عائقاً أمام تكاتف الجهود الدولية لمكافحة الإرهاب، فغياب الاتفاق حول تعريف الإرهاب أدى إلى تشتت تلك الجهود وفقدانها لفاعليتها.

بالإضافة إلى ذلك، فإن إتباع الدول الكبرى لسياسات الكيل بمكيالين في تناولها لبعض الصراعات ووقوفها في جانب طرف دون الآخر، أدى لزيادة الشعور بالظلم مما يدفع نحو المزيد من العنف. لذلك فإن التركيز على مكافحة الإرهاب لا بد وأن ينطلق من نقطة بداية تتمثل في القضاء على الأسباب التي تقف وراء ظهوره، ووجود نقاط مشتركة متفق عليها بشأن أفضل السبل الواجب إتباعها لمكافحة الإرهاب، الأمر الذي يتطلب أن يكون هناك دور أكبر للأمم المتحدة في مجال تعريف الإرهاب ومكافحته، فهذا من شأنه الحفاظ على حق الشعوب في تقرير المصير خاصة وأنها مبادئ رسخت داخل المجتمع الدولي.

وفي الأخير، نخلص إلى استعراض أهم الملاحظات والنتائج التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث:

7- تتميز حركات المقاومة بالطابع الشعبي حيث ينضم إلى صفوف المقاومة المسلحة قطاع عريض من المدنيين من مختلف الطبقات والاتجاهات لمواجهة العدو، ولا يمكن تصوّر مقاومة شعبية مسلحة لا تقوم بها عناصر من أفراد الشعب.

غير أن هذا الوضع يختلف تماماً عن الجماعات الإرهابية التي لا تعدو أن تكون مجموعات من أشخاص ناقلين على الأوضاع القائمة في مجتمعاتهم، ولا يمثلون بحال من الأحوال قطاع عريض من الشعب، بل هم فئة أو فئات خارجة متمردة على الواقع القائم.

8- هناك اختلاف جوهري وكبير في الغايات التي يسعى إليها كل من الإرهاب والمقاومة المسلحة؛ فغاية المقاومة هي حمل الطرف الموجّه إليه الكفاح على الاعتراف بحق مشروع، وهو الاستقلال أو حق تقرير المصير، أما الإرهاب فغرضه إشاعة الرعب والخوف عن طريق أعمال القتل والتخريب وتدمير الممتلكات، وبالتالي لا صلة بين المقاومة المشروعة والإرهاب المحظور، ولا يمكن أن يُصنّف النضال المشروع ضمن دائرة الإرهاب.¹

9- تختلف المقاومة عن الإرهاب من حيث الضحية أو الجهة المستهدفة، ففي المقاومة الجهة المستهدفة هي قوات الاحتلال فقط، أما الإرهاب فلا توجد جهة مستهدفة لأنه لا يبالي من هو الضحية، المهم بالنسبة للقائمين به هو إرسال رسالة رمزية للخصم بغض النظر عن الضحية المستهدفة.

10- المقاومة تقتصر على أبناء البلد المحتل، وإن كان هناك أشخاصاً قادمين من خارج البلد المحتل تحت صيغ الجهاد أو ما شابه ذلك، فيجب أن يلتزموا بضوابط المقاومة، وإلا فسيتم وضعهم ضمن قائمة أخرى هي قائمة الإرهاب.

¹ - باشي سميرة، دور الأمم المتحدة في مكافحة الإرهاب الدولي (على ضوء التحولات الجديدة لمفهوم الدفاع الشرعي)، مذكرة ماجستير في القانون (فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان)، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، الجزائر، 2009، ص 66.

تسببت في استمرار الإرهاب في أكثر بقاع العالم، كفلسطين مثلاً، إذ استخدمت الولايات المتحدة حق الفيتو عشرات المرات لمنع إصدار قرارات تكبح جماح الإرهاب الصهيوني.

7 - لا بد من التصدي لمحاولات الغرب المستمرة والتي تعمل على لصق الإرهاب تاريخياً بالحركات الإسلامية، حيث أن الإسلام بريء من هذه الافتراءات.

قائمة المراجع:

- أحمد رشاد سلام، مستقبل الإرهاب الدولي، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر: "التعاون الدولي وأثره في مكافحة الإرهاب" المنعقد في الفترة من 18 إلى 20 نوفمبر 2013، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية.

- أحمد محمد رفعت، صالح بكر الطيار، الإرهاب الدولي، مركز الدراسات العربي-الأوروبي، باريس، ط1، 1998.

- إمام حسانين خليل، الإرهاب بين التجريم والمشروعية: دراسة تحليلية في الدوافع والأسباب، دار مصر المحروسة، القاهرة، 2001.

- باشي سميرة، دور الأمم المتحدة في مكافحة الإرهاب الدولي (على ضوء التحولات الجديدة لمفهوم الدفاع الشرعي)، مذكرة ماجستير في القانون (فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان)، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، الجزائر، 2009.

- جميل حزام يحي الفقيه، مفهوم الإرهاب في القانون الدولي العام، مجلة دراسات يمنية، مركز الدراسات والبحوث اليمنية، صنعاء. على الرابط:

<http://ycsr.org/derasat,yemeniaissue93>

/mafهوم, pdf

- رمزي حوحو، الحدود بين الإرهاب الدولي وحركات التحرر الوطني وفقاً لأحكام القانون الدولي، مجلة المفكر، العدد 3، فيفري 2008، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر.

1- الإرهاب مصطلح سياسي غامض ليس له محدّدات قانونية واضحة، ولذلك فإن عجز المجتمع الدولي عن إيجاد تعريف مقبول للإرهاب يُعد أول المشكلات التي تعترض طرق مكافحته، مما يلزم معه الاتفاق على تعريف واحد له، ليزول اللبس والغموض حول ظاهرة لم تعد أي دولة أو فرد بمنأى عنها.

2- السعي للتمييز بين الإرهاب المحظور والمقاومة المشروعة؛ فلا يمكن بأي حال من الأحوال الربط بين حق الشعوب في مقاومة الاحتلال والإرهاب، حيث يوجد فارق كبير بين الإرهاب والمقاومة المسلحة، وبالتالي يتوجب على المجتمع الدولي دعم القائمين بالمقاومة وليس قمعهم بحجة محاربة الإرهاب، كما أن نعت المقاومة والكفاح المسلح بالإرهاب يُعد تخليداً للاحتلال وإضفاء لشرعية العدوان.

3- المبادرة السريعة والجادة إلى تعزيز التفريق بين الممارسات الإرهابية التي تقوم بها إسرائيل وغيرها من الدول، وأعمال المقاومة المشروعة التي تقوم بها حركات التحرير الوطنية لتحقيق أهدافها في تقرير المصير والاستقلال، حتى لا تختلط المفاهيم كما هو الحال في فلسطين وغيرها.

4- تمكين الشعوب الواقعة تحت الاحتلال أو الاستعمار من تحقيق استقلالها ونيل حقها في تقرير المصير، حتى لا يكون ذلك ذريعة لأعمال عنف يختلف الناس في تسميتها بالإرهاب أو المقاومة المشروعة.

5- مواجهة إرهاب الدولة والحد من تفاقمه بالعمل على بلورة موقف دولي موحد ضد الدول التي تمارسه، والعمل على عزل هذه الدول حتى تتوقف عن ممارسة الإرهاب ورعايته.

6 - المساواة في الحقوق والواجبات بين الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، ومنع هيمنة دولة أو أكثر على قراراتها، ولا سيما ما يرتبط بالآلية غير العادلة التي يضع مجلس الأمن الدولي قراراته من خلالها. والتي

- محمدي بوزيدي آمنة، إشكالية الخلط بين الإرهاب والمقاومة المسلحة: حالة المقاومة الفلسطينية، مجلة جامعة الإسراء للعلوم الإنسانية، فلسطين، العام الأول، الإصدار الأول، جويلية 2016.
- محي الدين عوض، تعريف الإرهاب، الندوة العلمية الخمسون حول تشريعات مكافحة الإرهاب في الوطن العربي، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 1999.
- مفهوم الإرهاب والمقاومة: رؤية عربية إسلامية، وثيقة صادرة عن مركز دراسات الشرق الأوسط بالأردن، جويلية 2003.
- نبيل حلمي، الإرهاب الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- نهاد عبد الإله عبد الحميد خنفر، التمييز بين الإرهاب والمقاومة وأثر ذلك على المقاومة الفلسطينية بين عامي 2001 و2004، رسالة ماجستير في التخطيط والتنمية السياسية، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2005.
- هيثم موسى حسن، التفرقة بين الإرهاب الدولي ومقاومة الاحتلال في العلاقات الدولية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة عين شمس، مصر، 1999.
- سهيل حسين الفتلاوي، الإرهاب الدولي وشرعية المقاومة، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- شفيق المصري، مكافحة الإرهاب في القانون الدولي، مجلة شؤون الشرق الأوسط، بيروت، العدد 74، 1998.
- صلاح الدين عامر، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
- عبد الرحمان أبو النصر، مشروعية استخدام القوة بشأن حق تقرير المصير وعلاقته بالإرهاب الدولي في ضوء القانون الدولي العام والشرعية الإسلامية، مجلة جامعة الأزهر، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد الثامن، العدد الأول، غزة، 2006.
- عبد الناصر حريز، النظام السياسي الإرهابي الإسرائيلي (دراسة مقارنة مع النازية والفاشية والنظام العنصري في جنوب إفريقيا)، دار الجيل ومكتبة مدبولي، بيروت، 1997.
- عزيز شكري، الإرهاب الدولي، دراسة قانونية ناقدة، دار العلم للملايين، بيروت، ط 1، 1991.
- على لونيسي، آليات مكافحة الإرهاب الدولي بين فاعلية القانون الدولي وواقع الممارسات الدولية الانفرادية، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012.
- محمد شوقي عبد العال، أزمة القانون الدولي المعاصر في ضوء العدوان الأمريكي على العراق، حولية أممي في العالم السياسية، (بدون سنة نشر)، مركز الحضارة للدراسات السياسية، مصر.
- محمد المجذوب، القانون الدولي الإنساني وشرعية مقاومة الاحتلال، بحث ضمن كتاب: القانون الدولي الإنساني: آفاق وتحديات، سلسلة المؤتمرات العلمية لجامعة بيروت العربية، الجزء الأول، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- محمد هشام، فض الاشتباك بين مفهومي الإرهاب والمقاومة، فكر أونلاين، طلبة كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 25 أكتوبر 2015، على الرابط: fekr-online.com/author محمد هشام

العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني

La Rétractation Du Contrat Électronique

د. بخيت عيسى

محاضر قسم (ب)

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الشلف

Dans toutes ces hypothèses et autres consommateurs estime que le contrat conclu en sa faveur est et veut renverser, et ainsi de cette recherche est d'essayer de protéger les consommateurs par l'intermédiaire de l'Internet en leur donnant après la conclusion du contrat droit de rétracter du contrat dans un délai fixé par la loi.

Mots clés : Rétractation contractuelle, contrat électronique

مقدمة

أحدثت شبكة الانترنت ثورة تكنولوجية كبيرة في التواصل بين الأشخاص وبكل سهولة وفي أي مكان، ويعد عقد الاستهلاك عبر الانترنت واحد من أهم العقود التي أقر فيها خيار العدول لصالح المستهلك، كما يعد من أخطر الموضوعات المعاصرة المتعلقة بالعقود¹، نظراً لتزايد إبرام العقود بغير الطرق والوسائل المعروفة والتي أصبحت أمراً ملموساً في الكثير من العقود في الوقت الحالي، مما اقتضى البحث عن وسائل تناسب هذه العقود. لذلك وجب على القانون أن يتعرض لحماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية لاستخراج الآليات اللازمة لإعادة التوازن في العلاقات الاستهلاكية بما يرفع الضرر والخطر عن المستهلك، وليس ذلك على المستوى الوطني فقط، إذ أن المعاملات الإلكترونية ولأنها في الغالب تكون معاملات دولية تتم عن طريق شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) التي امتدت لتشمل كافة أرجاء المعمورة. فاختصرت المسافات والحواجز المكانية والزمانية. مما يستدعي معه اتساع نطاق الحماية القانونية للمستهلك على شبكة الانترنت، لأن الأخيرة

قد يجد المستهلك بعد أن أبرم عقداً من عقود التجارة الإلكترونية، أنه تسرع في إبرامه متأثراً بوسائل الدعاية والإعلان، وتحت ضغط إجراءات وتسهيلات البائع، كما أن الوسيلة التي يتم من خلالها إبرام العقد قد لا تتيح الفرصة للتفكير المتأن قبل الإبرام، وقد يجد المستهلك بعد تمام العقد وتسلم السلعة، أنها لا تتفق مع رغباته أو أنه تصورهما خلافاً لما تبدو عليه إذ لا تتيح العقد المبرم عبر شبكة الانترنت رؤية السلعة حقيقة وتجربتها.

في هذه الفروض كلها وغيرها يجد المستهلك أن العقد الذي أبرمه في غير صالحه ويريد العدول عنها، وهكذا فإن هذا البحث يهدف إلى محاولة حماية المستهلكين عبر الانترنت بمنحهم بعد إبرام العقد مكنة العدول عن التعاقد المتسرع خلال مهل معينة حددها القانون.

الكلمات المفتاحية: عقد إلكتروني، عدول عن التعاقد، مكنة.

Résumé

Le consommateur peut trouver après avoir conclu un contrat de contrats commerciaux électroniques, il accélère dans la conclusion de ses moyens de publicité, et sous la pression des tentations et des installations du vendeur, et les moyens par les quels le contrat ne peut pas fournir l'occasion de réfléchir prudent avant de conclure, et le consommateur trouve après fini le contrat et a reçu le produit, il ne se conforme pas à ses désirs ou qu'il envisageait contrairement à ce qu'ils ressemblent car elle ne permet pas le contrat par Internet pour voir ma réalité et de l'expérience.



تحولت من مجرد تبادل البيانات عبر البريد الإلكتروني إلى إنجاز العمليات التجارية إذ فرضت نفسها بقوة .

كما لا جدوى من إحاطة المستهلك علماً بالبيانات عن السلع والخدمات عبر الانترنت دون إعطائه وقتاً للتفكير قبل الإقدام على إبرام العقد. من هنا منح المستهلك الإلكتروني حق العدول عن التعاقد، فإذا تسلم نموذجاً منها كان له حق العدول ومن ثم إمضاء العقد أو فسخه حماية له من أي تلاعب أو تغيير أو تدليس من المحترف في نطاق التجارة الإلكترونية. ويرجع السبب في ذلك إلى عدة اعتبارات منها أنه يشتري السلعة محل التعاقد الإلكتروني عن طريق الانترنت ولم يرها، وإنما رأى صورتها على شاشة الحاسب الآلي. كما أن الهدف من هذا الالتزام هو القضاء على ظاهرة شائعة تتمثل في لجوء بعض المهنيين إلى رفض تسليم نماذج العقود للمستهلكين إلا بعد التوقيع عليها، على نحو يحرم المستهلك بهذه الطريقة من إمكانية للتفكير المسبق في شروط العقد قبل إبرامه، وعلى الرغم من الفوائد العديدة التي يقدمها إلا أنه قد أثبت عملياً، أن لهذه الوسيلة مثالب عديدة لذلك فقد اتجهت العديد من الدول إلى إصدار القوانين الخاصة بالتعاقد عبر الانترنت.

في ضوء ما ذكر سنبحث الموضوع من خلال ثلاث مباحث، سنعرض في المبحث الأول إلى بيان ماهية العدول عن التعاقد، ومن ثم بيان التنظيم التشريعي للعدول عن التعاقد في المبحث الثاني، أما في المبحث الثالث فنعرض إلى آثار العدول عن التعاقد، مع بيان موقف التشريعات الخاصة بحماية المستهلك والتشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية والتوجيه الأوروبي التي تعرضت لموضوع حماية المستهلك في معاملاته الإلكترونية.

المبحث الأول : ماهية العدول عن التعاقد في عقد المستهلك الإلكتروني

يعد العدول عن العقد ⁽¹⁾ أحد أهم الوسائل القانونية في المرحلة اللاحقة للتعاقد، وتزداد أهمية تقرير هذا الخيار

للمستهلك فيعقد الاستهلاك الإلكتروني المبرم عبر الانترنت. فالمستهلك عادة ما يندفع إلى إبرام العقد في مناخ يحرضه فيه المحترف على الشراء تحت تأثير وسائل الدعاية والإعلان، كما أن القدرات الإقناعية التي يتمتع بها الطرف القوي تمكنه من التحكم في نفسية المستهلك وتدفعه إلى التعاقد بسبب حاجته إلى السلعة أو الخدمة دون معاينة السلعة ودون دراسة متأنية وتروى كافٍ من جانب المستهلك ⁽²⁾، إضافة لضعفه من الناحية القانونية والمعرفية والاقتصادية وعدم توفر الوقت الكافي للتفكير في جميع ما يبرمه فالعلاقة بينهما غير متوازنة. لذا تلح الحاجة إلى حماية من نوع خاص في هذا الشأن عن طريق التخفيف من غلواء تطبيق مبدأ القوة الملزمة للعقد بوصفه أول العقوبات التي تواجه المستهلك في هذا الفرض ⁽³⁾. لذا رخص القانون للمتعاقد في مثل هذه الظروف العدول عن تعاقد في العقود التي يبرمها على عجلة من أمره وبمحض إرادته ليعطى له الحق في أن يرجع في العقد الذي سبق وأن أبرمه بالفعل دون أن يصيبه ضرر.

ج. بمناسبة كلامه عن العربون حيث جاء نصها: "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه". أما لفظ الرجوع فقد استخدمه المشرع الجزائري في مجال المسؤولية عن فعل الغير فقد نصت المادة 137 على أنه: "للمتبع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيم". فضلاً عن استخدام بعض من القوانين لفظ (العدول) كما نراه في قانون حماية المستهلك اللبناني (انظر المادة 55 من القانون) وكذلك قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي (انظر المادة 30 من القانون)، أما مصطلح (إعادة النظر-الندم- رخصة السحب) ليس من وضع المشرع الفرنسي وإنما من وضع الفقه.

⁽²⁾ - د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة 2001، ص 60، د. أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة التاسعة عشر، العدد الثالث 1995، ص 214.

⁽³⁾ - تنص المادة 106 ت م ج على أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون." تقابلها المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي والمادة (147) من القانون المدني المصري.

⁽¹⁾ - هنالك عدة تسميات لخيار المستهلك في العدول عن العقد منها (إعادة النظر)، (الندم)، (رخصة السحب)، (الرجوع)، ولكن رجحنا لفظ (العدول) لعدة أسباب منها :- استخدام المشرع العراقي لفظ (العدول) في المادة 72 مكررت م

من القانون الفرنسي رقم (88-21) الصادر في 6 يناير 1988 على أنه: (في كافة العمليات التي يتم فيها البيع عبر المسافات فإن المشتري خلال سبعة أيام من تاريخ تسليم المبيع الحق في إعادته إلى البائع لاستبداله بآخر أو رده واسترداد الثمانون أية نفقات من جانبه سوى مصاريف الرد)⁽³⁾.

يتضح من خلال النص أن خيار المستهلك بالعدول عن التعاقد ينطبق على عقود البيع التي تتم في إطار ما يسمى بالبيع عبر المسافات، والتي لا يتمكن فيها المتعاقد رؤية المبيع وهو ما يصح قوله في عقد الاستهلاك الإلكتروني التي يتعاقد فيها المستهلك على خدمة أو سلعة دون إمكانية المناقشة ودون رؤيتها. مثلاً الخدمة يتم التعاقد عليها مسبقاً ثم يتبين للمستهلك لاحقاً عدم استفادته منها نتيجة تقديمها السيئ فيرغب في العدول عن العقد، لذا تظهر الحاجة إلى توظيف هذا الاتجاه في نطاق عقد الاستهلاك الإلكتروني.

لكن الجديد الذي أتى به المشرع الفرنسي، بمناسبة تعديله للقانون المدني الفرنسي الجديد⁴ هو النص

على تقرير خيار المستهلك في العدول وإعمالاً لهذا التوجيه صدر المرسوم الفرنسي رقم (1001-741) لعام 2001 ليقر هذا الخيار - للمزيد ينظر د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية. 2008، ص 82 - د. محمد عبد الظاهر حسين، مصدر سابق، ص 60 - د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن. ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت - لبنان 2002، ص 218.

(³) - نص المادة باللغة الفرنسية:

(pour tous les operations de vente a distance, L'acheteur d'un produit dispose d'un delai de sept jours francais a compter la date de la livraison de sa commande pour faire retourner ce produit au vendeur pour echange ou remboursement sans penalites a l'exception des frais de retour.).

نقلاً عن عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضا المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد (مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص)، 2005، ص 72.

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

في ضوء ما ذكر سنقسم المبحث على مطلبين، نتعرض في المطلب الأول إلى تحديد مفهوم العدول، وفي المطلب الثاني إلى الأساس القانوني للعدول عن التعاقد.

المطلب الأول: مفهوم العدول عن التعاقد في العقد الإلكتروني

إن إعطاء أحد المتعاقدين مكنة العدول عن التعاقد أمر ينطوي على خطورة كبيرة بما يشكله ذلك من انتهاك لمبدأ القوة الملزمة للعقد، لذا يقتضي البحث في خيار العدول عن التعاقد تحديد المقصود منه تحديداً دقيقاً لضمان إعماله في النطاق الذي حدده المشرع، ومن ثم بيان الطبيعة القانونية للعقد المتضمن خيار العدول، وهو ما سيكون موضوع الفرعين القادمين.

الفرع الأول: تعريف العدول عن التعاقد وخصائصه

عرف رأي في الفقه خيار العدول عن التعاقد بأنه إحدى الآليات القانونية الحديثة التي أوجدها المشرع لغرض توفير الحماية اللازمة والفعالة للمستهلك في هذه مرحلة تنفيذ العقد⁽¹⁾، أما على نطاق التشريع الفرنسي فقد ارتبط وجود حق العدول ببداية التشريعات التي كانت تهدف إلى حماية المستهلك⁽²⁾، فقد نصت المادة الأولى

(¹) - Bernardeau، Droit communautaire et protection des consommateurs، J.C.P. 2001، p 218.

مشار إليه لدى د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر 2005، ص 55.

(²) - نظم المشرع الفرنسي خيار العدول عن العقد لأول مرة في القانون الصادر في 12 يوليو 1971 الخاص بالتعليم بالمراسلة والذي منح بموجبه الطالب خيار الرجوع عن العقد الذي سبق وأبرمه خلال (3 أشهر) من تاريخ بدء تنفيذ العقد وهذا الخيار متروك لمحض إرادة الطالب وبعد ذلك في القانون الصادر في 22 ديسمبر 1972 بشأن البيع بالمنزل حيث أجاز للمشتري الرجوع عن العقد خلال مدة سبعة أيام وقد منح هذا الخيار للمقترض بموجب القانون 22 الصادر في 10 يناير 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين في نطاق بعض عمليات الائتمان، كما قرر القانون الأمريكي تحت عنوان (cooling-off period) واعترف به المشرع الفرنسي في المادتين 2/14، 7 من قانون حماية المستهلك الصادر في 1983/8/25، كما حرص التوجيه الأوربي رقم (97-7) لسنة 1997



المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي.

أما على صعيد التشريعات العربية الحديثة والخاصة بحماية المستهلك فقد تعرض المشرع اللبناني في الفصل العاشر من قانونه الخاص بحماية المستهلك إلى العقود التي يبرمها المستهلك عن بعد وفي محل إقامته وقرر فيها للمستهلك خيار العدول فقد نصت المادة (55) منه على أنه: يجوز للمستهلك الذي يتعاقد وفق أحكام هذا الفصل العدول عن قراره بشراء السلعة أو استئجارها والاستفادة من الخدمة...".

لذا فلم يظهر في القانونين المصري والجزائري هذا الخيار بشكل واضح⁽⁴⁾، وقد يكون السبب وراء ذلك هو لاعتمادهما الخيارات التي أقرها الفقه الإسلامي وهي خيار الشرط والرؤية والتعيين وخيار العيب، كما لا يزال المشرع في مصر والعراق يؤكد حقيقة أنه يقع على عاتق كل متعاقد السهر على حماية حقوقه ومصالحه الخاصة وليس لديه الحق بأن يدعي بأنه خدع بوسيلة أو أخرى خارج إطار النظرية التقليدية المتعلقة بعيوب الرضا متى

صراحة على أجل التفكير وأجل التراجع، تحت تأثير وطأة تشريعات الاستهلاك، والتأمين والبناء والسكن، كرس القانون المدني الفرنسي في تعديله تقنيات قانون حماية المستهلك، وهي أجل التفكير أو التروي وأجل الرجوع أو التراجع أو العدول بموجب نص المادة 1122 بقوله: "يجوز أن ينص القانون أو العقد على أجل للتفكير وهو أجل لا يجوز للموجه إليه العرض أن يبدي قبوله قبل انتهائه، أو أجل للتراجع وهو أجل يجوز للمستفيد منه أن يتراجع فيه عن رضاه قبل انتهائه".

أما بالنسبة لموقف الفقه، فقد عرفه رأي في الفقه بأنه: قدرة المتعاقد بعد إبرام العقد على المفاضلة أو الاختيار بين إمضائه أو الرجوع فيه⁽¹⁾، أما قانون حماية المستهلك الجزائري فلم يقرر مثل هذا الخيار للمستهلك بل نص على حق المستهلك في استبدال السلعة أو إعادتها مع استرجاع ثمنها إذا شابها عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات⁽²⁾ ولا يمثل ذلك حقاً للعدول عن العقد على النحو المقرر في القانون الفرنسي. ولذا نجد المشرع الجزائري لم يخطو الخطوة التي سار عليها المشرع الفرنسي في تقريره لخيار المستهلك في الرجوع عن العقد ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أنّ مشرعنا لا يزال يقف عند حدود القواعد العامة في القانون المدني، وفي مقدمتها العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو العدول عنه أو حتى تعديله بمحض إرادة احد عاقيه⁽³⁾.

لكن المشرع الجزائري كرس تقنية العرض المسبق وأجل العدول في المرسوم التنفيذي رقم 15-114

(4) - على الرغم من عدم تطرق المشرع الجزائري والمصري لخيار العدول في قانون حماية المستهلك إلا أن لفكرة العدول تطبيقات في القانون المدني المصري والجزائري وفي القوانين الخاصة ومن تطبيقات فكرة العدول عن العقد بعد إبرامه في القانون المدني المصري ما نصت عليه المادة (759) وتقابلها المادة (231) من القانون المدني الجزائري بشأن عقد التأمين حيث نصت على (يجوز للمؤمن له على الحياة الذي التزم بدفع أقساط دورية أن يتحلل في أي وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية وفي هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة. ولكن ألغيت هذه المادة بموجب المادة 191 من قانون التأمينات رقم 80-7 المؤرخ في 9 أوت 1980. أما تطبيقاتها في القوانين الخاصة منها الأمر 03-05 المتعلق بحماية المؤلف والحقوق المجاورة حيث نصت المادة 24 على أنه: "يمكن للمؤلف الذي يرى أن مصنفه لم يعد مطابقاً لقواعده أن يوقف صنع دعاية إبلاغ المصنف إلى الجمهور بممارسة حقه في التوبة، أو أن يسحب المصنف الذي سبق نشره من جهة الإبلاغ للجمهور عن طريق ممارسة حقه في السحب".

(1) - د. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون) منشأة المعارف، الإسكندرية 2004، ص 767.

(2) - المادة 13 من قانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر 15، المؤرخة في 08 مارس 2009. وكذا المادتين 12، 15 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، المؤرخ في 26 سبتمبر 2013، ج ر، ع 49، الصادرة في 20 أكتوبر 2013.

(3) - تنظر المادة 106 ت م ج (سبق الإشارة إليها).

أطار المعاملات المدنية أما أن يكون حقاً شخصياً أو عينياً.

فهذا الخيار لا يعد حقاً شخصياً والذي يتمثل في علاقة الاقتضاء بين الدائن والمدين⁽²⁾، فالدائن لا يستطيع الحصول على حقه إلا بواسطة تدخل المدين، كما لا يعد حقاً عينياً يخول لصاحبه سلطة على شيء لأن العلاقة في الحق العيني هي علاقة تسلط لصاحب الحق على الشيء محل الحق⁽³⁾، فالعلاقة مباشرة وواضحة بينما أن الحال في إطار العدول عبر الانترنت مختلف فلا مكان لهذه العلاقة، حيث أن المستهلك بإرادته المنفردة يتمكن من إنهاء العقد دون أن يحتاج ذلك إلى أي تدخل من جانب المحترف المتعاقد معه. لأن خيار المستهلك هذا لا يخوله السلطة على شيء بل يمنحه إمكانية إبرام العقد الذي سبق وأنا برمه هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا لم يكن خيار المستهلك حقاً فهو ليس رخصة⁽⁴⁾، وليس بحرية أيضاً، ما دامت الحرية لا تقتصر على شخص أو أشخاص معينين بل تثبت لجميع الناس على حد سواء⁽⁵⁾ كحرية العمل

توافرت شروطها وبالنتيجة تكون العلاقة العقدية بين المستهلك والمحترف علاقة غير متوازنة.

وعليه ندعو المشرع الجزائري إلى أن يتدخل بتنظيم قانون التجارة أو المعاملات الالكترونية بتقرير حق المستهلك في العدول على غرار ما فعله المشرع الفرنسي واللبناني وعلى الخصوص في نطاق العقد الالكتروني. وأن يجعل من هذه المكنة إحدى لبنات تشييد الحماية المرجوة للمستهلك لأن المبررات التي جعلت المشرع يقرها متوافرة في الجزائر كما هي في البلدان التي صدرت فيها قوانين نصت على الرجوع عن التعاقد بوصفه مكنة يتلافى بموجبها المستهلك ما قد يلحق به من ضرر نتيجة قبوله المتسرع فضلاً عن عدم كفاءته في النواحي الفنية أو الاقتصادية مما يؤدي إلى إصداره لرضا غير مستنير بالتعاقد على نحو يذهب بمصالحه.

مما تقدم يمكننا تعريف العدول عن التعاقد بأنه (مكنة للمستهلك في أن يعدل عن العقد بإرادته المنفردة خلال المهلة المحددة بموجب القانون أو الاتفاق. حتى ولو لم يخل المحترف بأي من التزاماته ويتم العدول بدون مقابل).

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للعدول عن التعاقد

إذا كان العدول عن التعاقد بوصفه تصرفاً قانونياً يقع بإرادة المستهلك المنفردة ويعبر عن قدرته على نقض العقد فهل يعد هذا الخيار حقاً؟ وإذا عُدَّ حق فهل يعتبر حقاً شخصياً أم حقاً عينياً؟ وإذا تعذر وصفه حق فما هي الطبيعة القانونية له؟

اختلف الفقه بصدد بيان الطبيعة القانونية لخيار العدول، فقد ذهب رأي في الفقه⁽¹⁾ إلى القول بأن عدول من تقرر له الحق في تعاقدته وأن كان يتم بالإرادة المنفردة إلا أنه لا يعد حقاً بمعناه الدقيق، لأن الحق في

(2) وعلى خلاف ذلك ذهب رأي في الفقه إلى أن حق الخيار حق شخصي تأسيساً على أن الرابطة أو العلاقة بين الدائن والمدين التي تميز الحق الشخصي متوفرة في هذا الخيار فالخيار يتضمن علاقة قانونية واضحة بين من تقرر له الخيار ومن يمارس هذا الخيار في مواجهته، حيث تتجسد هذه العلاقة في خضوع الثاني للأول.

V.NAJJAR(Ibrahim), Le droit d'option .contribution a l'etude du droitpo... et de l'acte unilateral ,L.G.D.J.,1976,N103,p.107.

نقلا عن د.عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص770.

(3) - د.محمد عبد الظاهر حسين، مصدر سابق، ص60.

(4) - د.حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الاسكندرية 1974، ص459.

(5) - تُعرف الرخصة بأنها (مكنة قانونية لاستعمال حرية من الحريات العامة أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة) - د.عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، الطبعة الثانية، منشورات

(1) - د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، دراسة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مطبوعات جامعة الكويت 1994، ص111 - أشار إليه د. محمد السعيد الرشدي، مصدر سابق، ص131-132.



للرجوع عنه وهنا يطلق عليه (خيار العدول الاتفاقي)⁽²⁾، أو كما يطلق عليه القانون المدني العراقي (البيع بشرط الخيار)⁽³⁾، ويعدّ اتفاق المتعاقدين هنا هو أساس الخيار بناءً على مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين وبشرط أن يكون الخيار مقيداً بفترة زمنية محددة يتم خلالها إعمال خيار العدول ويصبح بانتهائها العقد باتاً ونهائياً لا رجوع فيه .

الفرع الثالث: العدول التشريعي

أما فيما يتعلق بالعدول التشريعي المترتب عن نص خاص في القانون فقد اختلف الفقه في بيان أساسه القانوني إلى عدة آراء، فقد ذهب جانب من الفقه⁽⁴⁾ إلى القول بفكرة التكوين المتدرج للعقد. على أساس أن عقود الاستهلاك لا تبرم في لحظة زمنية واحدة. هي لحظة ارتباط الإيجاب مع القبول، وإنما لا بد من مرور مدة زمنية قبل أن يرجع المستهلك عن عقده. فإذا لم يشأ تأكيد رضائه الذي أصدره. وعمد إلى سحب هذا الرضا خلال مدة التروي فإنه يحول بذلك دون إبرام العقد، ومن ثم فإنه ينسحب من عقد غير تام وليس منعقد ملزم⁽⁵⁾، أيأ كان العقد الذي ينطوي على خيار العدول التشريعي لا يبرم بصفة نهائية وهو ما يزال في طور التكوين، وأن المهلة القانونية التي منحها المشرع للمستهلك ما هي إلا

وحرية التعاقد وحرية التنقل في حين حدد القانون الطرف المستفيد من خيار العدول وهو المستهلك ومن يستعمل في مواجهة وهو المحترف، كما قيد استعمال الخيار بمدة معينة تنقضي إمكانية استعماله بمضي هذه المدة.

لذا فإن خيار المستهلك في العدول ليس بحرية وليس بحق شخصي أو عيني، ولكنه يحتل منزلة وسطى بين الحق بمعناه الدقيق والحرية، فهو أعلى مرتبة من هذه الأخيرة ولكنه لا يصل إلى حد الإقتضاء أو التسلط بل يعد مكنة قانونية⁽¹⁾، والتي يعد خيار العدول من أهم تطبيقاتها، وحق إرادي محض يختلف مضمونه عن مضمون الحقوق العادية لما تتميز به هذه المكنة بقدرة صاحبها على إحداث أثر قانوني خاص بإرادته المنفردة ودون توقف ذلك على أرادة شخص آخر فهي مكنة جوهرها سلطة التحكم في مصير العقد الذي تقرر هذا الخيار بشأنه ويؤكد ذلك أن خيار العدول لا يقابله واجب أو التزام على من يستعمل هذا الحق في مواجهته، لذا نرجح ما ذهب إليه الاتجاه الأخير من الفقه كونه الأقرب للصواب.

المطلب الثالث: الأساس القانوني لخيار العدول عن العقد

يجد الحق في العدول لمصدره إما في اتفاق المتعاقدين أو في نصوص القانون، لذا ميز الفقه بين نوعين من حق العدول ولكل منهما أساس يختلف عن الآخر هما العدول الاتفاقي والعدول التشريعي.

الفرع الأول: العدول الاتفاقي

فبالنسبة هذا العدول يعدّ استثناءً من مبدأ القوة الملزمة للعقد لذا فبإمكان المتعاقدين مخالفة هذه القاعدة بالاتفاق على إعطاء خيار العدول عن العقد لكليهما أو لأحدهما بإرادته المنفردة دون أن يتوقف ذلك على إرادة الطرف الآخر وفي هذه الحالة يصبح العقد غير لازم وقابلاً

(²) - تنص المادة (509) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (يصح أن يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة). كذلك نص المادة (510) من نفس القانون والتي جاء فيها بأنه (إذا شرط الخيار للبائع والمشتري معا فأيهما فسخ في أثناء المدة انفسخ البيع، وأيهما أجاز سقط خيار المجيز وبقي الخيار للآخر الى انتهاء المدة).

(³) - تنص المادة (511) من القانون المدني العراقي (إذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار لزم البيع).

(⁴) - ينظر في هذا الرأي:

J. mousseron, La duree dans la formation des contrats, mélanges hauffert, 1974, p. 59,

مشار إليه لدى د. احمد السعيد الزقرد، مصدر سابق، ص 227 .

د. عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص 772.

(⁵) - د . مصطفى محمد الجمال، مصدر سابق، ص 222 وانظر كذلك د. سليمان براك الجميلي، مصدر سابق، ص 177.

الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 1998 ، ص 414 - د. سليمان براك دايج الجميلي، مصدر سابق، ص 183.

(¹) - د. حسن كيره، المصدر السابق، ص 440 - د. عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص 771.

لذا فأياً كانت الآراء التي طرحت في بيان الأساس القانوني للعدول عن التعاقد لم يسلم من النقد، والأساس الذي نراه للعدول التشريعي هو النص القانوني الصريح في القوانين التي نصت عليه، والذي منح المستهلك هذا الخيار لاسيما في العقود التي تتم عن بعد ومنها عقود التجارة الالكترونية، فهذا الخيار هو أداة تشريعية تلعب دوراً أساسياً في حماية هؤلاء الذين يتعاقدون في الغالب دون تمهل وترو، ودون إمكانية حقيقية لمناقشة شروط تعاقداتهم ويخضعون لتأثير الإعلان وما يحمله بين طياته من ضغط وحث على التعاقد. حيث أن القوة الملزمة للعقد تثبت للعقود الصحيحة النافذة. ما لم يقرر المشرع أو الاتفاق خلاف ذلك. وفي عقود الاستهلاك قضى المشرع بخلاف المبدأ الذي يثبت القوة الملزمة للعقد بأن أعطى للمستهلك مكنة الرجوع استثناءً من المبدأ العام. وخروجاً عليه اقتضته حماية المتعاقد الضعيف عموماً والمستهلك في عقود الاستهلاك على وجه الخصوص وهذا يمثل بلا شك ضماناً للمتعاقد الضعيف إذ يستطيع التراجع عما تعهد به خلال المهلة المحددة قانوناً أو اتفاقاً لذلك (2).

هذه الاعتبارات رآها المشرع جديرة بالخروج لأن المستهلك في مركز تعاقدى ضعيف من الناحية الفعلية مع المتعاقد الآخر كما وليس في النظرية العامة ما يخول لهذا المستهلك في حماية مصالحه، لذا لم يجد المشرع بُدّاً من الخروج على القواعد العامة بغية تقرير حماية للمستهلك، لذا فإنّ أساس العدول التشريعي عن التعاقد هو كونه استثناءً من مبدأ القوة الملزمة للعقد. بل وحتى في غياب نص تشريعي صريح بهذا الصدد استوجب المشرع على المتعاقد أن ينفذ العقد بالطريقة التي يقتضيها حسن النية (3).

فترة للتفكير والتروي ولا يوجد العقد بالفعل إلا بعد انتهاء المدة التي قد تتيح للمستهلك الوقت للتفكير، ومن ثم يكون رضاه قد نضج واكتمل. ووفقاً لهذا الرأي فإن رضا المستهلك يتكون من مرحلتين.

ويبررون رأيهم هذا بأنه لا يتناقض مع مبدأ القوة الملزمة للعقد مادام العدول يحدث في وقت لم يكن فيه العقد قد ابرم بعد، كما أن المشرع يكون متشككاً في الرضا الأول لاندفاع المستهلك في قبول الإيجاب المعروض عليه دون أن يمنح الفرصة اللازمة لدراسة مدى ملائمة المبيع لحاجته.

ويبدو أن فكرة التكوين المتدرج للعقد قد تقدم تفسيراً منطقياً لمهلة التروي هذه التي لا ينعقد العقد قبل مضيتها وأن أصدر المستهلك رضاه فهي تتفق مع طبيعة هذه المدة والغاية التي قررت من أجلها، ويمكن اعتمادها أساساً للعدول في هذه الحالة.

في حين ذهب رأي آخر من الفقه (1) إلى القول أن العدول الممنوح للمستهلك من قبل المشرع لا يؤثر في العلاقة التعاقدية شيئاً وأن العقد يكتمل وجوده بمجرد توافر شروطه وأركانه، وهنا يكون المستهلك صاحب الخيار في العدول عن عقد قد ابرمه فعلاً وأصبح تاماً ونافاً ولكن يستطيع بإرادته المنفردة العدول عن هذا العقد خلال المهلة المحددة قانوناً. حيث أن العقد الذي يبرمه المستهلك ويقرر فيه المشرع له خيار العدول يكتمل وجودة القانوني تماماً وتنقل به الملكية إلى المستهلك، وكل ما في الأمر أن المشرع منحه وخلال مدة معينة الخيار في نقض العقد والعدول عنه بإرادته المنفردة لحكمه شاءها المشرع وهي حماية المستهلك من تسرعه في التعاقد، ومن هنا كان تدخل المشرع لمنحه هذه الميزة خشية أن تسلب بموجب الاتفاق فإن المشرع في القوانين التي قررت هذه المكنة يحظر الاتفاق على النزول عنها مسبقاً أو تقييدها بغير ما قيدها به المشرع نفسه.

(1) - ينظر في هذا الرأي :-

la loi 6 janvier 1988 sur les operations du vente a distance, Gillepasant

G.1988-1-doctrine No 3350.N.7., et le tele achat j.c.p. ed

أشار اليه : د. محمد السعيد رشدي، مصدر سابق، ص 107.

(2) - د. محمد عبد الظاهر حسين، مصدر سابق، ص 60.

(3) - تنص المادة 1/107 على أنه: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية " .



المبحث الثاني: التنظيم التشريعي لخيار العدول عن التعاقد

يعدّ خيار المستهلك في العدول من الركائز الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني لحماية المستهلك بصفة عامة خاصة في عقود التجارة الالكترونية، فالعلة من تقرير هذا الالتزام تتمثل في محاولة إعادة التوازن إلى العلاقة العقدية نظراً لظروف إبرام هذه العقود والمتمثلة بانعدام القدرة على رؤية محل العقد حقيقة أو مناقشة شروط العقد صراحة، والمستهلك يمارس هذه المكنة بإرادته المنفردة دون اللجوء إلى القضاء ودون اشتراط موافقة المحترف أو البائع وحتى لو لم يخل الأخير بالتزاماته. كما أنّ هذا الخيار يدخل ضمن الخيارات المؤقتة التي تنقضي إما باستعماله أو بسريان المدة المحددة لممارسته. وأنّ التشريعات التي أقرت هذا الخيار في أغلب الأحيان جعلت الأحكام المنظمة لهذا الخيار متعلقة بالنظام العام وبالتالي لا تجيز للمستهلك النزول عنه ويقع باطلاً أي شرط يقضي بغير ذلك (1).

لذا انطلاقاً من هذه المبررات وغيرها نظمت القوانين الخاصة بحماية المستهلك وعقود التجارة الالكترونية هذا الخيار بوصفه خياراً تشريعياً، وسنبحث في هذا تنظيم هذا الخيار، ضوابط ممارسة خيار العدول، في المطلب الأول، وكيفية ممارسة هذا الخيار في المطلب الثاني وكما يلي.

المطلب الأول: ضوابط العدول عن التعاقد

ذهبت بعض قوانين حماية المستهلكين إلى أنّ للمستهلك العدول عن العقد بعد إبرامه وإعادة السلعة دون أن يكون ملزماً بأداء تعويض معين كونه يستخدم مكنة منحها إياها المشرع (2). إلا أنّ عدول المستهلك عن

العقد وردّ السلعة يجب أن يكون مقيداً بعدة قيود تحفظ للعقد توازنه، ولعل من أهم هذه القيود ما يتعلق بتحديد مدة معينة للعدول عن العقد وكذلك استثناء حالات معينة من جواز الخيار يكون على حساب الطرف الآخر وهو المحترف لاسيما عند انعدام أي مسوغ للعدول فالغاية من حماية المستهلك بإقرار هذه المكنة هي إعادة التوازن إلى العلاقة بين المتعاقدين (3)، وخاصة المستهلك وهو ما سنبحثه كما يلي:

الفرع الأول: تحديد مدة الأعمال مكنة العدول

عندما منح المشرع مكنة العدول للمستهلك، فإنّ من الطبيعي أن يحدد لمزاولة هذه المكنة مدة معينة بمرورها يسقط حقه في العدول حفاظاً على استقرار التعامل فليس من العدالة أن يبقى المركز القانوني للمحترف مضطرباً مدة طويلة، يمكن خلالها أن يفاجأ بطلب نقض عقد مضت على إبرامه مدة طويلة (4).

إلا أنّ القوانين لم تتفق على تحديد مدة العدول هذه حيث حددتها بعض القوانين الفرنسية بثلاثة أشهر من تاريخ بدء التنفيذ كما في المادة (9) الخاصة بالتعليم عن طريق المراسلة، أما في المادة (6121) من تقنين الاستهلاك الفرنسي لعام 1993، فقد حددته بسبعة أيام (5). ومنها ما تحدد هذه المدة بعشرة أيام (6)، في حين تحدد بعض القوانين هذه المدة بـ (14) يوماً والبعض

عن بعد رقم (4332) لعام 2000، والمادة (30) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000.

(3) - د. ألاء يعقوب يوسف النعيمي، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة الزهرين، مجلد 18، عدد 14، 2005، ص 96 - حارث طامر علي الدباغ. مصدر سابق. ص 150.

(4) - د. ألاء يعقوب يوسف النعيمي، المصدر السابق، ص 96.

(5) - وقد أخذ التوجيه الأوروبي رقم (7/97) لسنة 1997 بنص مقارب لهذا النص في المادة السادسة منه. (سندكراً لاحقاً)

(6) - انظر المادة 30 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم 83-2000.

(1) - د. عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص 768-769. د. احمد السعيد الزقرد، مصدر سابق، ص 214.

(2) - انظر المادة (1/6) من التوجيه الأوروبي رقم (7/97) لسنة 1997. directive 97\7\EC 1997.

منشور على الموقع: \www. Eur - lex . europe . eu\ . والمادة (11) من تعليمات الاتحاد الأوروبي الخاصة بحماية المستهلكين في التعاقد

مكنة العدول هو يوم عطلة إذا صادف هذا اليوم في نهاية المدة فيبقى إذا الفرق جلياً بين التوجيه الأوروبي وما أخذ به المشرع الفرنسي بهذا الخصوص⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: كيفية إعمال مكنة العدول

بموجب قوانين حماية المستهلك يمكن للأخير العدول خلال المدة المحددة، وتخضع هذه المكنة بحسب الأصل لتقدير المستهلك وحده بإرادته المنفردة دون موافقة الطرف الآخر ودون اللجوء إلى القضاء بل ودون الحاجة إلى تقديم أسباب أو بيان البواعث التي دفعته إلى ذلك.

إلا أنّ بعض القوانين قد تستلزم أن يدفع المستهلك حين عدوله عن العقد مبلغاً معيناً يتمثل بنسبة معينة من قيمة المبيع وبشرط أن تكون قيمة محل العقد قد وصلت إلى حد معين⁽⁵⁾، كما أنّ القوانين التي أقرت هذه المكنة لم تخضع ممارستها من حيث الأصل لشكل معين أو إجراءات خاصة، إذ أنّ الشرط الوحيد لاستعمال الحق في العدول هو ضرورة استعماله خلال الفترة المحددة له إذ يكفي أن يعبر المستهلك عن إرادته في العدول وهذا التعبير عن إرادة العدول قد يكون ضمناً كأن يرد المستهلك المبيع الذي سبق أن تسلمه خلال المدة المحددة لممارسة هذا الخيار.

وإذا كانت التشريعات لم تحدد شكلاً معيناً لممارسة مكنة العدول، 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 حصوله.

والأهم هنا أن يتم العدول خلال المدة المحددة له وهذه المدة تتسم بقصرها وقد يكون سبب ذلك هو رغبة المشرع في أن لا يجعل العقد غير مستقر لمدة طويلة

الآخر بـ(15) يوم كما في مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري، والآخر بـ (30) يوماً.

أما فيما يتعلق ببداية سريان مهلة العدول. فإن التوجيهات الأوروبية تقيم تفرقة بين السلع والخدمات، فبالنسبة للسلع تبدأ المدة من يوم استلام المستهلك لها، أما بالنسبة للخدمات تبدأ المهلة من لحظة إبرام العقد⁽¹⁾، وتكون المهلة أسبوع في الحالتين وذلك بشرط أن يكون المورد قد أكد وفائه بالالتزام بالإعلام أما إذا لم يوف المورد بهذا الالتزام إلا بعد إبرام العقد، فإن المهلة تبدأ منذ ذلك الحين بشرط ألا تتجاوز مدة الثلاثة أشهر من تاريخ التسليم أو الإبرام⁽²⁾، كما لا تتفق القوانين أيضاً حول كيفية احتساب هذه المدة فمن القوانين ما تقضي بأنها تحتسب على أساس أيام العمل⁽³⁾، بينما تطلق بعض القوانين تحديد المدة فلا تقيد بها بكونها أياماً معمل فهي تشمل في احتسابها أيام العمل مثلما تشمل أيام العطل وهذا نصت عليه المادة (121-20) من تقنين الاستهلاك الفرنسي

ولاشك أن التوجيه الأوروبي كان الأكثر رعاية لمصلحة المستهلك من المشرع الفرنسي إذ أنّ الأيام الكاملة التي حددها تقنين الاستهلاك الفرنسي تشمل أيام العطل وغيرها مما يجعل المستهلك لا يستفيد من المدة كاملة وقد حاول تدارك الأمر فنص في الفقرة الأخيرة من المادة (121-20) على أنه إذا صادف اليوم الأخير من الأيام السبع يوم سبت أو يوم أحد أو يوم عيد أو عطلة، فإن هذه المدة تمتد إلى أول يوم عمل تالٍ ومن ثم فإن ما يستبعد وفق هذا النص من حساب المدة اللازمة لممارسة

(1) - انظر المادة (2/11) من تعليمات الاتحاد الأوروبي الخاصة بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد رقم (2334) لسنة 2000.

(2) - د. محمد حسين منصور. أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية. 2006. ص 155 - وللمزيد عن هذه المدد التي يتعين ممارسة العدول خلالها ينظر د. عبد العزيز المرسى حمود، مصدر سابق، ص 77.

(3) - أنظر المادة لهذا النص في المادة السادسة من التوجيه الأوروبي، والمادة 30 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي.

(4) - انظر المادة 30 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي.
(5) - د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص 153-154.



المستهلك من معاينة السلعة معاينة نافية للجهالة وبالتالي يكون من الصعب عليه تقدير مزاياها وعيوبها بشكل دقيق⁽²⁾، وخصوصاً إذا كان محل العقد من المنتجات التي لا يمكن رؤيتها من خلال الشاشة، فضلاً عن المنتجات الحديثة التي تحتوي على تكنولوجيات معقدة التي لا يكون بإمكان المستهلك معرفتها ومطابقتها للمواصفات إلا باستعمالها لمدة مناسبة، ولعل ما يزيد من أهمية ثبوت خيار المستهلك في العدول هو إخلال المحترف بإعلام الأول بالمعلومات والبيانات الجوهرية التي تخص السلعة أو الخدمة والتي يكون لها تأثير كبير في قرار إقدامه على التعاقد عبر الانترنت منعدمة.

2- نجد في اغلب الأحيان أن تعاقدات المستهلك عبر الانترنت خالية من التدبر والتمهل، ويعود ذلك إلى عدة أسباب منها: السرعة الفائقة التي ينعقد بها العقد الالكتروني عبر النت وكذلك تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه أحياناً⁽³⁾. وقد لا يستغرق ذلك عدة ثوان مما أدى إلى تكييف التعاقد الالكتروني عبر الانترنت في الأغلب بأنه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان. إضافة إلى ذلك أن دور المفاوضات السابقة على التعاقد تقلص في إطار هذا النمط من التعاقد. حيث أن أغلبية هذه العقود تتم عادة من خلال عقود نموذجية تظهر على الموقع الالكتروني للمحترف على شكل استمارة نموذجية الكترونية تتضمن تفاصيل التعاقد وتتوجه بشروط مماثلة إلى

ومراعاة لمصلحة المتعاقد الآخر لكيلا يبقى ملتزماً بعقد لا يعرف مصيره مدة طويلة من الزمن⁽¹⁾.

المطلب الثالث: مسوغات وقيود أعمال مكبح العدول

هنالك عدة مبررات لكي يمارس المستهلك مكنة العدول عن العقد، كما أن هنالك عدة قيود تقف أمام هذا الخيار، لذا سنعرض في هذا المطلب لمبررات وقيود ممارسة المستهلك لعدوله عن العقد.

الفرع الأول: مسوغات منح المستهلك العدول عن العقد الالكتروني

يستلزم منح المستهلك العدول عن العقد أن نكون أمام مسوغات أو مبررات قوية ومقنعة ولعل من أهم هذه المسوغات هي قصور القواعد العامة الواردة في القانون المدني في منح المستهلك خيار العدول عن العقود عموماً، وخاصة في إطار عقود الاستهلاك التي يبرمه المستهلك عبر الانترنت والتي تقتصر إلى التوفير المعلوماتي الكافي، وبما أنها تبرم من خلال طريقة غير تقليدية فإن مواجهة مشاكلها يجب أن تتم بوسائل غير تقليدية أيضاً، ولعل من أهم هذه الوسائل منح المستهلك العدول عن العقد الذي سبق وأبرمه. والذي تبرره اعتبارات عديدة. ومن أهمها:

1- أن ما يميز عقد الاستهلاك هو انعقاده بين طرفين دون حضور مادي ومتعاصر بينهما - وجهاً لوجه - في لحظة تبادل التعابير الإرادية. لذا يضطر المستهلك أن يكتفي بوصف السلعة أو الخدمة محل العقد والذي يتم من خلال الخدمات المتوفرة على الشبكة والتي يتمكن البائع من خلالها من عرض منتجاته وخدماته على المستهلكين من خلال الصور الفوتوغرافية والأفلام المتحركة، وقد تقتصر بها في بعض الأحيان شهادة المختصين على كفاءتها وهذه الظروف التي تعرض فيها السلع والخدمات تمنع

⁽²⁾. تنظر الحثية رقم (14) من حيثيات التوجه الأوربي رقم (97/7/EC) بشأن حماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد، حيث جاء فيها:

(considérant que le consommateur n'a pas la possibilité in concreto de voir le produit ou de prendre connaissance des caractéristiques du service avant la conclusion du contrat; qu'il convient de prévoir un droit de rétractation, sauf disposition contraire dans la présente directive; ...)

منشور على الموقع: www.Eur-lex.europa.eu

⁽³⁾ - انظر آمانج رحيم احمد، مصدر سابق، ص 344.

⁽¹⁾ - د. عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص 780. - د. سليمان براك الجميلي، مصدر سابق، ص 178

بوصفه طرفاً ضعيفاً في مواجهة الطرف القوي وهو المحترف. وبذلك يخرج من نطاق هذه الحماية العقد الذي يكون كلا طرفيه من المحترفين.

ولكن ما يلاحظ على نص المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم 88-21 الصادر في 6 يناير 1988 قد جاء بصيغة مطلقة بحيث يعطي الخيار لكل شخص طبيعي أو اعتباري مستهلكاً كان أم غيره من المهنيين وغير المهنيين خيار العدول عن العقد خلال سبعة أيام. أي لم يفرق النص في ممارسة هذا الخيار بين المشتري المهني والمستهلك. على خلاف ما رأيناه في إطار التشريع الفرنسي رقم 88-21 الصادر في 10 يناير 1978 المتعلق بالشروط التعسفية والذي فرق بين المستهلك وغيره من حيث مدى الشمول بأحكام القانون (2).

لكننا نرى ضرورة عدم التساوي في الحماية التي يوفرها النص الخاص بإقرار خيار العدول بين المشتري المهني والمستهلك العادي، حيث لا يوجد ما يبرر من استفادة المحترف من هذه الحماية التي وجدت أساساً لمواجهة قلة خبرة المستهلك مما يؤدي إلى أن يبرم العقد تحت تأثير ضغوط المحترف دون تدبر كافٍ.

أما المشرع اللبناني فقد كان موفقاً عندما حصر ممارسة خيار العدول عن العقد بعد إبرامه بالمستهلك الذي عرفه بأنه هو الشخص الذي يشتري سلعة أو يستأجرها أو يشتري خدمة أو يستعملها أو يستفيد منها. كما نصت المادة (55) من قانون حماية المستهلك اللبناني على أنه (يجوز للمستهلك الذي يتعاقد وفقاً لأحكام هذا الفصل. العدول عن قراره بشراء السلعة أو استئجارها أو الاستفادة من الخدمة) .

وبالاتجاه نفسه نصت المادة (30) من تشريع المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي على أنه (... يمكن للمستهلك العدول عن الشراء...)، وكذلك بالنسبة إلى التوجيه الأوروبي رقم (97/7/EC) بشأن حماية

المستهلكين كافة على وجه الدوام ولا تقبل المناقشة أو المفاوضة. وهذه الاعتبارات دفعت بالبعض إلى عدّ العقد الالكتروني من تطبيقات عقود الإذعان (1).

لذا مما تقدم نجد أنّ المستهلك عندما يتعاقد في ظل هذه الظروف يكتشف بعد فوات الأوان أنه لم يعبر عن أرائته الحقيقية وأنه ليس بحاجة إلى تلك السلعة أو الخدمة أو لا يقدر على دفع ثمنها أو أنّ شروط العقد الذي أبرمه لا تتناسب، وهذه الاحتمالات لا يمكن مواجهة ما ينتج عنها من أضرار بالنسبة للمستهلك إلا بمنحه مكنة العدول.

الفرع الثالث: القيود الواحدة علاج أعمال مكبح العدول

قيدت التشريعات التي أقرت خيار المستهلك في العدول بعدة قيود تحفظ للعقد توازنه واستقراره والذي اختل بسبب الظروف والاعتبارات التي سبق الإشارة إليها.

بناء على ذلك سنتناول في هذا الفرع أهم القيود التشريعية التي وردت على ممارسة المستهلك لحقه في العدول وذلك من ناحيتين، الأولى القيود المتعلقة بالطرف المستفيد من الخيار وهو المستهلك، والناحية الثانية القيود المتعلقة باستثناء بعض العقود من إعطاء المستهلك خيار العدول عنها. وذلك من خلال ما يلي:

أولاً: القيود المتعلقة بالمستهلك

من المعروف أن أحد طرفي عقد الاستهلاك يجب أن يكون مستهلكاً حتى يتمكن من تطبيق قواعد الحماية الخاصة به. ومنها القاعدة التي تقر حقه في العدول

(1) - من الاتجاهات التشريعية المنظمة للتجارة الالكترونية التي عدت بعض العقود الالكترونية من تطبيقات عقود الإذعان ، مشروع القانون المصري للتجارة الالكترونية حيث نص في المادة (18) على أنه (تعتبر العقود النمطية المبرمة الكترونياً من عقود الإذعان في مفهوم القانون من حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المذعن وجواز إبطال ما يرد فيها من شروط تعسفية، وبعد شرطاً تعسفياً كل شرط من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد وكل شرط تضمن حكماً لم يجر به العرف) - أنظر:

- David i.bainbridge, Introduction to information technology, Sixth edition, 2008, p9.

(2) - د. أحمد السعيد الزقرد، مصدر سابق، ص 211 .



والبحوث وكذلك الأفلام والصور الرقمية... الخ. ويقوم هذا الاستثناء بالدرجة الأساسية على اعتبار حماية حقوق الملكية الفكرية (3) لأن منح المستهلك خيار العدول في هذه الحالة يمكن المستهلك سيء النية من إرجاع هذه المنتجات إلى المحترف بعد نسخها أو إعادة إنتاجها وذلك بحجة استعماله لخيار العدول الذي كفله له القانون (4).

3- إذا كان ثمن السلعة أو الخدمة يخضع لتقلبات السوق صعوداً وهبوطاً والتي ليس بوسع المورد السيطرة على أسعارها، كالبيع في المزاد العلني وعقود خدمات الرهان واليانصيب المصرح بها لأن جوهر هذه العقود وطبيعتها تتنافى والخيار في العدول عنها، إذ أن هذا النوع من العقود يقوم على المجازفة والمقامرة على نحو يتناقض معه أن يقر له خيار العدول عن العقد بعد إبرامه وإلا كان ذلك تناقض مع جوهر العقد ذاته (5).

4- إذا طلب المستهلك توفير الخدمة له قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء (6)، وهذه الحالة لا تدخل ضمن الاستثناءات المقيدة لمكنة العدول وأن كانت القوانين المقارنة قد ذكرتها ضمنها فليس في هذه الحالة ما يعد استثناءً من مكنة العدول بعد ثبوته له إذ يعد طلب تجهيزه بالخدمة قبل انتهاء مدة العدول نزولاً ضمناً عن مكنة العدول (7).

5- عقود توريد التسجيلات السمعية والبصرية أو برامج الحاسب الإلكتروني، عندما يتم نزع الأختام عنها بمعرفة المستهلك والهدف الأساسي من وراء هذا الاستبعاد هو المحافظة على حقوق الملكية الفكرية، فالتسجيلات السمعية والبصرية أو البرامج يمكن نسخها بعد

المستهلك في العقود المبرمة عن بعد (1). حيث كانت التسمية واضحة في حمايته للمستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العقد.

ثانياً: القيود المتعلقة باستثناء بعض العقود

استثنت قوانين حماية المستهلك المقارنة في عقود التجارة الالكترونية حالات معينة لا يجوز فيها العدول عن العقد بعد إبرامه حفاظاً على توازن العقد وعملاً على عدم الإضرار بالمحترف، ونبين أهم الاعتبارات التي بينت عليها هذه الاستثناءات والتي يمكن إجمالها بما يلي:

1- إذا استعمل أو استفاد المستهلك من السلعة أو الخدمة التي تعاقد عليها خلال المدة المحددة لممارسة خياره. ويلاحظ على هذا الاستثناء من وجهة نظر حماية المستهلكين بأنه في الغالب يصعب على المستهلك التأكد من صلاحية السلعة للغرض أو المواصفات المنققة عليها إلا بعد استعمالها لمدة مناسبة، وهنا نجد أن المحترف يحاول دفع المستهلك إلى البدء في الحصول على منافع السلع أو الخدمات قبل انتهاء المدة المحددة لممارسة خيار العدول لكي يحرمه من الاستفادة من الحماية التي وفرها هذا الخيار (2).

2- عندما يكون محل العقد من المنتجات القابلة لأخذ نسخ من محتوياتها أو تسجيلها أو نقلها بأية طريقة أخرى بعد نزع أختامها وتمزيق أغلفتها، ومن هذه المنتجات أشرطة الفيديو و الاسطوانات والأقراص المدمجة (CDS) أو برامج الأجهزة الالكترونية (Software)، والمنتجات الالكترونية (Digital Products) حيث أتاح الانترنت من خلال خدماتها المتنوعة للمستهلك شراء هذه المنتجات من خلال تحميلها (Downloading) من المواقع الالكترونية التي تعرض هذه المنتجات على الشبكة وخصوصا المطبوعات الالكترونية من الصحف والمجلات والكتب

(3) - د. آمانح رحيم احمد، مصدر سابق، ص 352.

(4) - المصدر السابق، ص 352.

(5) - د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص 61.

(6) - انظر المادة 2/32 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي.

(7) - د. ألاء يعقوب يوسف النعيمي، مصدر سابق، ص 96.

(1) - انظر المادة 1/6 من التوجيه الأوروبي رقم (97/7/EC).

(2) - انظر د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص 60. د. عبد الحميد أخريف، الدليل القانوني للمستهلك (عقود الاستهلاك) البيع في الوطن - التعاقد عن بعد - العقد الالكتروني). ط 1. مطبعة أممية، دب ط. 2006. ص 22.

خياره هذا خلال المهلة التشريعية المحددة له يلحق العقد الذي أبرمه المستهلك صفة اللزوم ويصبح باتاً واجب التنفيذ من قبل الطرفين وتنتهي بذلك حالة الشك التي كانت تدفع بالمتعاقد الآخر إلى الترقب والانتظار لما سيؤول إليه أمر التعاقد، أما في حالة إعمال المستهلك لخياره في العدول فهنا يرتب القانون عليه مجموعة من الآثار .

في ضوء ما تقدم سنتناول في هذا المطلب أهم الآثار التي تترتب على ممارسة المستهلك خيار العدول عن العقد الذي سبق أن أبرمه، في ضوء أحكام التشريعات التي أقرت هذا الخيار وذلك من خلال فرعين. نخصص الأول لآثار عدول المستهلك، والفرع الثاني لآثار عدول المحترف وكما يلي.

المطلب الأول: آثار عدول المستهلك

رتبت القوانين على رجوع المستهلك عن التعاقد جملة من الآثار التي تخص المستهلك، أهمها الالتزام برّد السلعة إلى المحترف إضافة إلى التزامه بدفع مصاريف رّد السلعة إلى المحترف أو التنازل عن الخدمة، لذا سننظر إلى هذين الالتزامين من خلال ما يلي:

الفرع الأول: التزام برّد السلعة إلى المحترف

يترتب على اختيار المستهلك طريق العدول عن العقد الذي أبرمه عبر الانترنت إزالة العقد وانقضاءه؛ بل واعتباره كأن لم يكن أصلاً، كما يلتزم من مارس هذا الحق بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، فإذا تسلم شيئاً التزم بإعادته بالحالة التي تسلمه عليها، وهنا يلتزم المستهلك بإعادة السلعة إلى المحترف خلال مدة معينة وأن يعيدها جديدة كما هي وفي الهيئة التي تسلمها بها وخلال المدة المعينة لممارسة حق العدول.

وقد أكد على ذلك أحد بنود العقد النموذجي التي وضعها أحد المراكز التجارية في فرنسا، وجاء به أن

فتحها والاستفادة منها ثم إعادتها، وذلك بغض النظر عن استعمال المستهلك لها أو عدم استعماله⁽¹⁾.

6- إذا كانت السلعة قد تم تصنيعها أو إعدادها وفقاً لمواصفات شخصية حددها المستهلك (كعقود توريد السلع)، أو كانت السلعة من السلع السريعة التلف كبعض المنتجات والأدوية بعد انتهاء تاريخ صلاحيتها، إذ يتعذر في هاتين الحالتين بيع السلعة مرة أخرى وفي ذلك ضرر أكيد للتاجر، إذا كان محل عقد الاستهلاك من المنتجات التي لا يمكن إعادة إرسالها بعد تسلمها من قبل المستهلك كالمعلومات التي تقدم إلى المستهلك والاستشارات التي يحصل عليها من خلال المواقع الإلكترونية عبر الشبكة، ومن خلال المكاتب والشركات الاستشارية عبر الانترنت .

وبخلاف هذه الحالات يكون للمستهلك العدول عن العقد خلال المدة المحددة قانوناً فإذا كان قد تسلم السلعة فإنه يلتزم بعد العدول بإعادتها إلى المحترف الذي يلتزم بإعادة الثمن إلى المستهلك خلال مدة معينة إلا أن المستهلك يتحمل في حالة العدول عن العقد أية نفقات تترتب على إعادة السلعة⁽²⁾، لأن المحترف لا ينسب إليه أي خطأ أو إخلال بالتزاماته ومن ثم فمن التعسف تحميله نفقات إعادة السلعة فالمستهلك هو من أختار العدول وعليه أن يتحمل نتيجة ذلك.

المبحث الثالث: آثار العدول عن التعاقد

سبق وبيننا أن ممارسة رخصة العدول حقاً تقديرياً تخضع لتقدير المستهلك⁽³⁾، فإذا لم يزاوّل المستهلك

(1) - د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، القاهرة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص 126 وما بعدها.

(2) - انظر المادة 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

(3) - تنظر الفقرة الثالثة من المادة السادسة من التوجه الأوروبي رقم (97/7/EC)، والتي نصت على:

Art.6/3: "Sauf si les parties en ont convenu autrement, le consommateur ne peut exercer le droit de rétractation prévu au paragraphe 1 pour les contrats".

كما نصت بعض تشريعات حماية المستهلك صراحة على أن ممارسة العدول إرادة ومشيئة للمستهلك، ومن ثم فلا تخضع لأي رقابة أو

تقدير، كالقانون البلجيكي الذي لم يلزم المستهلك ببيان مبررات رجوعه، د. سليمان براك الجميلي، المصدر السابق، ص 182.



التشريعات تحقيق حماية فعالة وحقيقية للمستهلك كما وخففت من إمكانية إدراج شروط تعسفية في العقود التي يبرمها مع المحترف والتي قد يستبعد بموجبها الأخير تطبيق هذه الأحكام التي أقرت حقاً للمستهلك يحميه في مواجهته.

الفرع الثالث: التزام المستهلك بدفع مصاريف ردّ السلع

بيننا سابقاً أنّ المستهلك عندما يعدل عن العقد الذي سبق وأن أبرمه لا يتحمل مقابل عدوله أي تعويض أو مصاريف، ماعدا المصاريف التي تبدو نتيجة طبيعية ومباشرة لاستعمال خيار العدول، وهي المبالغ التي يصرفها المستهلك بغية إرجاع السلعة إلى المحترف وإيصالها إلى مكانه كما وتشمل مصاريف الشحن والنقل والتأمين... الخ. (5)

كما أنّ هذه المصاريف لا تكون يسيرة إذا كان العقد الذي عدل عنه المستهلك قد أبرم عبر الانترنت (6) مع محترف أجنبي ينتمي لدوله أخرى، وقد أتحدث مواقف التشريعات بخصوص هذا الالتزام، فقد تضمن التوجيه التشريعي الأوروبي رقم (97/7/EC) (7)، وتقنين

للمستهلك الخيار في إرجاع السلعة لاستبدالها بغيرها أو إعادتها واسترداد ثمنها بدون أن يستقطع من الثمن أي مبلغ ماعدا نفقات النقل بشرط أن تتم إعادة السلعة جديدة كما تسلمها عند تنفيذ العقد الذي عدل عنه وهي في عبوتها أو غلافها الأصلي (1).

وتثور هنا مسألة تبعة هلاك السلعة، وذلك بالنظر إلى أنّ المشتري قد تسلم المبيع دون أن يكون مالكا. لذلك فإن المشتري قبل إعلان خياره بين المضي في العقد أو العدول عنه يكون مجرد حائز للسلعة ويظل رغم استلامه له مملوكاً للبائع (المحترف).

إعمالاً للقواعد العامة فإن البائع يتحمل تبعة هلاك المبيع، إذا وقع الهلاك خلال مدة العدول، رغم أنّ المشتري (المستهلك) حائز له باعتبار أنّ المبيع مازال مملوكاً للبائع خلال هذه الفترة (2).

أما فيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري والمصري فأنهما وأن خلا من نص خاص بصدد حق العدول إلاّ إنهما جاءا بأحكام ضمنية فيما يتعلق بحق المستهلك في ردّ السلعة إلى المحترف (3).

مما تقدم نرى بأنه من الضروري أن نشير إلى أنّ التشريعات التي نصت على خيار المستهلك في العدول جعلت أحكامه متعلقة بالنظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق على خلافها وإلاّ عدّ باطلاً (4)، وبذلك كفلت هذه

تقرر له التنازل عنه للغير. أشار اليه د. عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص 770. وانظر أيضا د. عبد العزيز المرسي حمود. مصدر سابق. ص 73.

(5) - د. طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية، ط 1، المنشورات زين الحقوقية، 2001، ص 291-292 - د. موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، مكتبة السهوري، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، 2009، ص 244.

(6) - أنظر:

- David i.bainbridge، op cit، p9.

(7) - تنص الفقرة الأولى من المادة السادسة من التوجيه الأوروبي على:

Art.6/1 « 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

(1) د. آمانج رحيم احمد، مصدر سابق، ص 359. د. عبد الحميد أخريف، مصدر سابق، ص 22.

(2) د. عمر عبد الباقي، مصدر سابق، ص 784.

(3) - وهذا ما نصت عليه المادة 12 و 15 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المحدد لشروط وكيفية وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ على: إصلاح المنتج أو استبداله، أو رد الثمن نصت المادة (8) من قانون حماية المستهلك المصري على انه يلتزم المورد في هذه الأحوال - بناء على طلب المستهلك - بإبدال السلعة أو استعادتها مع رد قيمتها دون أية تكلفة إضافية).

(4) - أشارت المادة السادسة من التوجيه رقم 577 الصادر من الجماعات الاقتصادية الأوروبية في 20 ديسمبر 1985 (بأنه يقع باطلا أي شرط يقضي بحرمان المتعاقد من ممارسة حق الرجوع كما لا يجوز لمن

الفرع الأول: ردّ الثمن إلى المستهلك

تنص المادة 2/6 من التوجيه التشريعي الأوروبي رقم (97/7EC). بأنّ المستهلك عندما يمارس خياره في العدول. فإنّ المورد يكون ملزماً برد ما دفعه المستهلك دون أي مقابل، على أن يتم ذلك بأسرع وقت ممكن وبشرط أن لا يتجاوز في كل الأحوال ثلاثين يوماً التالية لتاريخ استعمال المستهلك خياره هذا (5).

كما ذهب المشرع الفرنسي بمقتضى المرسوم رقم 741/2001 الصادر في 2001/8/23 والذي أصبح المادة (121-20) من تقنين الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 المعدل على الحكم نفسه الذي جاء به التوجيه بصدد التزام المحترف بردّ ما تقاضاه إلى المستهلك (6).

أما بالنسبة للتشريعات العربية التي أقرت هذا الخيار ما جاءت به المادة (56) من قانون حماية المستهلك اللبناني والتي نصت على (يتوجب على المحترف. في حال مارس المستهلك حقه المنصوص عليه في المادة (55). إعادة المبالغ التي يكون قد تقاضاها...).

« Lorsque le droit de rétractation est exercé par le consommateur conformément au présent article, le fournisseur est tenu au remboursement des sommes versées par le consommateur, sans frais. 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. Ce remboursement doit être effectué dans les meilleurs délais et, en tout cas, dans les trente jours »

انظر توجيهات المجلس الأوروبي

C. Directives Commission European (EC): directive 97/7/EC 1997

منشور على الموقع: \www. Eur - lex . europe . eu

(6) - جعل المشرع الفرنسي رفض المهني رد المبالغ التي دفعها المستهلك عند ممارسته لخياره في الرجوع، جريمة يتم التحقيق فيها من قبل الجهات المنوط بها التحقيق في مجال المنافسة والاستهلاك وقمع الغش، وقد حدد عقوبتها بالسجن لمدة 6 أشهر وغرامة قدرها 7500 يورو، وقد نصت على هذا الحكم المادة (121-20) من تقنين الاستهلاك الفرنسي ينظر د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص 67، د. موفق حماد عبد، مصدر سابق، ص 242.

الاستهلاك الفرنسي (1)، وقانون حماية المستهلك اللبناني (2)، وقانون المبادلات التونسي (3) أحكاماً متشابهة تقضي بأنّ المستهلك لا يتحمل أي مبلغ مقابل ممارسته العدول إلاّ مصاريف إعادة السلعة إلى مصدرها قبل التعاقد.

وهذا ما دفع رأي في الفقه إلى القول أنّ خيار العدول إضافة لكونه حقاً تقديرياً للمستهلك فهو حق مجاني (4). وهذا الأثر في الحقيقة جاء حماية للمستهلك لأنّ تحميله مصاريف إضافية سيؤدي في حالات كثيرة إلى عزوفه عن استعمال هذا الخيار تقادياً لما قد يلحق به من جزاء، وليس في هذا الحكم إحجاف إذ لا ينسب إلى المحترف خطأ أو إخلال بتنفيذ التزاماته لذا فليس من العدل إلزامه بنفقات إعادة السلعة فالمستهلك هو من اختار العدول وعليه أن يتحمل نفقات ذلك.

المطلب الثالث: آثار عدول للمحترف

يترتب على ممارسة المستهلك مكنة العدول بعض الآثار بالنسبة للمحترف تتمثل بصفة أساسية في التزامه بردّ الثمن الذي دفعه المستهلك له مقابل حصوله على السلعة، كما أقرت بعض التشريعات بأنّ رجوع الأخير عن التعاقد سيستبعه فسخ أي عقد آخر أرتبط بالعقد الأصلي الذي جرى الرجوع عنه. لذا سنعرض لهذين الأثرين وكما يلي:

imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de

(1) انظر المادة (121-20) من تقنين الاستهلاك الفرنسي.

(2) - تنص المادة (56) من قانون حماية المستهلك اللبناني على انه (يتوجب على المحترف، في حال مارس المستهلك حقه المنصوص عليه في المادة (55) إعادة المبالغ التي يكون قد تقاضاها على ان يتحمل المستهلك، في حال عدل عن قرار بالتعاقد بعد إجراء التسليم مصاريف التسليم).

(3) - تنص المادة (30) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي في نهايتها على انه (...ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن ارجاع البضاعة).

B.Strack, Droit civil, Obligations, 2contract, 3eed par H. Roland et L. Boyer, Litec, 1989, p.143

(4) - د. ألاء يعقوب يوسف، مصدر سابق، ص 98 - حارث طامر علي الدباغ، مصدر سابق، ص 150.



(97/7/EC). لسنة 1997⁽²⁾، على أنه (إذا كان الوفاء بضمن المنتج أو الخدمة قد تمويله كلياً أو جزئياً بائتمان من قبل المورد أو من قبل شخص من الغير على أساس اتفاق مبرم بين الأخير والمورد، فإن ممارسة المستهلك لخير العدول يؤدي إلى فسخ عقد الائتمان بقوة القانون دون تعويض أو مصروفات باستثناء المصروفات المحتملة لفتح ملف الائتمان).

لذا جاء المشرع الفرنسي على غرار ما جاء به هذه التوجيه الأوروبي بأحكام مماثلة في نقض عقد الائتمان الذي يبرمه المستهلك لتمويل العقد الذي عدل عنه، كما أكدت ذلك المادة (33) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي والتي تنص على أنه: "إذا كانت عملية الشراء ناتجة كلياً أو جزئياً من قبل البائع أو الغير على أساس عقد مبرم بين البائع والغير، فإن عدول المستهلك عن شراء يفسخ عقد القرض بدون تعويض".

لذا فإن المشرع ينظر إلى العقدين (العقد المبرم عن بعد (الأساسي) والعقد المبرم تمويلاً له بوصفهما كلاً لا يتجزأ)، فقرر أن زوال العقد الأصلي يتبعه زوال العقد الثاني التابع له، ولاشك أن ذلك الحكم يمثل ضماناً للمستهلكين، لأن زوال العقد الأصلي بسبب عدول المستهلك عنه يتعين إنهاء العقد المرتبط به والذي لم يعد هناك أي مسوغ للبقاء على العقد المرتبط به (عقد الائتمان) لزوال العلة من وجوده، كما أن الارتباط العقدي يعدّ من الوسائل التي لجأ إليها المشرع الفرنسي في مجال عقود الاستهلاك بهدف حماية المستهلك.

النتائج

إن الهدف الأساس من البحث يتمثل في البحث عن القواعد القانونية التي تؤدي إلى توفير حماية للمستهلك عندما يبرم عقداً من عقود الاستهلاك عبر الانترنت. وقد كشفت هذه الدراسة النقاب عن وجود قدر كبير من

أما تشريع المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي فقد نصت المادة 30 منه على (مع مراعاة الفصل (25) من هذا القانون يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام ... وفي هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاعه البضاعة أو العدول عن الخدمة ...).

يتضح من أحكام هذه النصوص بأنها اتفقت من حيث إلزام المحترف برّد المبالغ التي دفعها المستهلك خلال مدة معينة. ودون أن يكون المستهلك ملزماً بدفع أي تعويض إلى المحترف كونه يستخدم حقاً تشريعياً. ولكنها تباينت بشأن طول المدة التي يجب على المحترف تنفيذ التزامه خلالها. فقد حددها التوجيه الأوروبي رقم (97/7/EC). وتقنين الاستهلاك الفرنسي المعدل بثلاثين يوماً من أيام العمل.

أما بالنسبة لقانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي فقد حدد المدة بعشرة أيام عمل، في حين جاء قانون حماية المستهلك اللبناني بحكم انفرد به فعلى الرغم من نصه على إلزام المحترف برّد المبالغ المدفوعة من جانب المستهلك لكنه لم يحدد مدة معينة لكي يتم تنفيذ هذا الالتزام خلالها. وهذا بطبيعة الحال لا يتوافق مع ما تقتضيه متطلبات حماية المستهلك التي تستوجب أن يكون المحترف مقيداً بمدة محددة بنص تشريعي صريح لكي لا يبقى مجالاً للاجتهاد لأن المحترف يستغل هذا النقص التشريعي بغية المماطلة والتسويف وبالتالي التأخير في ردّ المبلغ المدفوع إلى المستهلك.

الفرع الثالث: فسخ العقد المبرم بمناصفة العقد الخارجي محل محل المستهلك

نصت المادة (311-25 1) من قانون الاستهلاك الفرنسي⁽¹⁾، والتي صدرت إعمالاً لنص الفقرة الرابعة من المادة السادسة من التوجيه التشريعي الأوروبي رقم

(2) - نص الفقرة الرابعة من المادة (6) من التوجيه الأوروبي.

انظر الموقع : www. Eur - lex . europe . eu

(1) - أضيفت هذه المادة إلى قانون الاستهلاك الفرنسي بموجب المرسوم المرقم (741-2001) الصادر بتاريخ 2001/8/23.

القانوني لهذه الحالة. هي كونه استثناءً من مبدأ القوة الملزمة للعقد.

التوصيات:

- ندعو المشرع الجزائري إعادة النظر في قانون حماية المستهلك بأن يتبنى التشريع حق العدول عن التعاقد بالنص عليه صراحة بين ثايات القانون. بوصفه ضماناً فعالة للمستهلك في حمايته اتجاه المحترف.

- نقترح على المشرع الجزائري أن يخطو الخطوة التشريعية ذاتها التي سار على نهجها المشرع الفرنسي في تقرير خيار المستهلك في العدول. نظراً لخصوصية عقد الاستهلاك عبر الانترنت كون المستهلك يقدم على التعاقد متسرعاً وغير مترو. على أن تحسب بداية مدة العدول من تاريخ تسلمه السلعة. ولكيلا يكون العدول على حساب التاجر المحترف فإن نفقات إعادة السلعة تكون على حساب المستهلك طالما أن التاجر المحترف لم ينسب إليه خطأ وإنما كانت إعادتها بناءً على محض إرادة المستهلك ودون سبب مسوغ.

- كما ندعو المشرع الجزائري إلى تشريع قانون للمعاملات الالكترونية أسوةً بما فعلته الكثير من دول العالم ومنها الدول العربية، والاسترشاد في ذلك بالقانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة عام 1996. وإزالة العقوبات القانونية كلها التي تحول دون استخدام شبكة الانترنت في إبرام العقود وأن يخصص في هذا القانون فصل خاص بحماية المستهلك في العقود الالكترونية. لأن المستهلك في هذا النوع من العقود طرف ضعيف من ناحية الكفاءة الفنية والاقتصادية مقارنة بالمحترف شأنه شأن المستهلك في العقود التقليدية - بل وربما أكثر - وأن تراعى طبيعة العقد الذي يبرم عبر وسيلة الكترونية عند وضع الأحكام والقواعد التي من شأنها حماية المستهلك.

وأخيراً لا بد من التأكيد على تأييدنا لتوفير حماية قانونية خاصة للمستهلكين في عقود الاستهلاك عبر الانترنت. فالمطلوب إذن؛ هو إقامة التوازن الموضوعي بين

التفاوت في القدرات الفنية والاقتصادية والقانونية بين المحترف من جهة. وبين المستهلك من جهة أخرى. الأمر الذي يتطلب إحاطة المستهلك بالحماية اللازمة عن طريق توفير حقه في الانسحاب عن العقد بعد إبرامه نتيجة لعدم ترويه وتسارعه في إبرامه وهو ما نصت عليه العديد من قوانين حماية المستهلكين وقوانين المعاملات الالكترونية، وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي في تعديله الأخير للقانون المدني حيث نص على حق المتعاقد في العدول عن العقد، وهذه طفرة تشريعية تحسب للمشرع الفرنسي وهذا من أجل مواكبة التشريعات الحديثة وجعل القانون المدني الفرنسي أكثر تنافسية مع التشريعات الأخرى.

وكانت حصيلة هذه الدراسة عدداً من النتائج والتوصيات يمكن إجمال أهمها بما يأتي:

النتائج:

- أن العدول عن التعاقد ليس حرية كما لا يعدّ حقاً شخصياً أو عينياً، وإنما يحتل مكانة وسطى بين الحق بمعناه الدقيق والحرية، وبذلك فهو يعدّ مكنة قانونية منحها القانون للمستهلك بمحض إرادته ورتب على ممارستها الآثار القانونية بحيث يقف المحترف منها موقف الامتثال.

- أن العقد الذي يبرمه المستهلك ويقرر فيه المشرع حق العدول عن التعاقد يكتمل وجوده القانوني وتنقل به الملكية إلى المستهلك، وكل ما في الأمر أن المشرع منحه وخلال مدة معينة مكنة العدول عنه بإرادته المنفردة لحكمة مفادها حمايته من تسارعه في التعاقد، وهي أحد أهم مشكلات التعاقد في عقود الاستهلاك عبر الأنترنت. فهو يهدف بصفة أساسية إلى حماية رضا المتعاقد من خلال منحه مهلة للتدبر والتروي لمعالجة تسارعه في إبرام العقد.

- يعد خيار العدول أحد الركائز الأساسية التي يرتكز عليها بناء حماية فعالة للمستهلك. وإن أساس هذا الخيار يكمن في كونه استثناءً من الأحكام القانونية التي تحكم إبرام العقد وتنفيذه. لذلك فإن البحث عن أساس قانوني له في المفاهيم القانونية التقليدية ليس له جدوى حقيقية. وأن كانت الصورة التي تعد أكثر ملائمة لتحديد التكييف



المستهلك والمهني دون أن يصل الأمر إلى درجة أن نتقل كاهل المهني بالالتزامات بما يؤدي لأحجام المهنيين وعزوفهم عن الانخراط في الحياة الاقتصادية.

المصادر والمراجع

الكتب القانونية

— د. آمانج رحيم احمد، حماية المستهلك في نطاق العقد (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني)، ط1، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت-لبنان، 2010.

— د. حسن كيرة، المدخل الى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974.

— د. طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية، ط1، المنشورات زين الحقوقية 2001.

— د. عبد الحميد أخريف، الدليل القانوني للمستهلك (عقود الاستهلاك" البيع في الموطن - التعاقد عن بعد - العقد الالكتروني) ط1، مطبعة أميمة، د ب ن. 2006.

— د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، ط2. منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان. 1998.

— د. عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد (مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص) 2005.

— د. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون) منشأة المعارف، الإسكندرية 2004.

د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف الإسكندرية 2008.

— د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2005.

— د. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، القاهرة، دار الجامعة الجديدة للنشر 2005.

— د. محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006.

— د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2001.

— د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط1. منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان 2002.

— د. موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، مكتبة السنهوري، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان. 2009.

— د. نبيل إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان (في القانون الفرنسي) دراسة للقواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2008.

البحوث القانونية

— د. أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة التاسعة عشر، ع3، 1995.

— د. الآء يعقوب يوسف النعيمي، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مجلد 18، عدد 14، 2005.

— د. سليمان براك دايع الجميلي، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، بحث منشور في مجلة الحقوق - جامعة النهرين، المجلد (8)، العدد (4) 2005.

المواقع الالكترونية

— النص الكامل للقانون الفرنسي الصادر في 1 شباط / فبراير 1995 باللغة الفرنسية متاح على العنوان الالكتروني الآتي: - www.ec.europa.eu

1- Council Directive 93\13\ECC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer contracts, official Journal L095 , 21\04\1993 p.0029-0034

– النص الكامل للتوجيه الأوروبي على الموقع الإلكتروني
الآتي : www.ec.europa.eu

توجيهات المجلس الأوروبي C. Directives Commission
European (CE) directive 97\7\EC 1997 منشور على
الموقع : [www. Eur – lex . europe . eu](http://www.Eur-lex.europa.eu)

النصوص القانونية

— الأمر 05-03 مؤرخ في 19 يونيو 2003، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر، ع 44، الصادرة بتاريخ 23 يونيو 2003.

— قانون رقم 03-09 المؤرخ في 25 فب راير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر 15، المؤرخة في 08 مارس 2009.

— المرسوم التنفيذي رقم 13-327، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، المؤرخ في 26 سبتمبر 2013، ج ر، ع 49، الصادرة في 20 أكتوبر 2013.

— قانون المبادلات والتجارة التونسي رقم 2000-83.

— قانون حماية المستهلك اللبناني الصادر بالمرسوم رقم 13068 المؤرخ في 05 أغسطس 2004.

المراجع باللغة الأجنبية

-Bernardeau , Droit communautaire et protection des consommateurs ,J.C.P .2001

-David i.bainbridge ,Introudction to information technology,Sixth edition, 2000.

-J. mousseron, La duree dans la formation des contrats, mélanges hauffert,1974

مركز البصيرة للبحوث والدراسات والفكرية

حي ماكودي 02 رقم 13 واد السمار - الجزائر
ها: 023.75.75.81 النقال: 05.60.18.59.00

البريد الإلكتروني: bacera.studies@gmail.com / الموقع الإلكتروني: www.albasseera.net

دفعاً لعملية البحث على مستوى المركز والتواصل العلمي مع مختلف المؤسسات البحثية والباحثين، يفتح المركز فضاءه العلمي، أمام كل القدرات العلمية الجادة من خلال الاشتراك أو الكتابة في دورياته المتخصصة: دراسات اقتصادية، دراسات استراتيجية، دراسات إسلامية ودراسات أدبية، ودراسات قانونية ودراسات اجتماعية ودراسات نفسية أو من خلال التواصل العلمي مع المركز.

■ تصدر الدوريات سداسياً، أي عشرين في السنة لكل دورية.

■ الاشتراك السنوي في الدورية الواحدة للأفراد: 1200 دج لكل دورية، وخارج الوطن: 15 دولار. للمؤسسات في الجزائر: 1500 دج وخارج الوطن: 20 دولار.

قسمة الاشتراك السنوي

دورية دراسات إسلامية ودراسات استراتيجية ودراسات اقتصادية ودراسات قانونية ودراسات أدبية ودراسات اجتماعية ونفسية، تاريخية، الطفولة والأرطوفونية.
تصدر مرتين في السنة

الاسم واللقب أو المؤسسة.....الهاتف.....
العنوان.....

- | | |
|---|--|
| ☐ الاشتراك في الدوريات: 1- دراسات أدبية من العدد | ☐ 2- دراسات إستراتيجية من العدد |
| ☐ 3- دراسات إسلامية من العدد | ☐ 4- دراسات قانونية من العدد |
| ☐ 5- دراسات اقتصادية من العدد | ☐ 6- دراسات اجتماعية من العدد |
| ☐ 7- دراسات نفسية من العدد | ☐ 8- دراسات تاريخية من العدد |
| ☐ 9- دراسات الطفولة من العدد | ☐ 10- دراسات أرطوفونية من العدد |

يرسل الاشتراك إلى رقم الحساب الجاري: مؤسسة دار الخلدونية Ccp: 7625589 clé 81

ملاحظة: ترسل قسيمة الاشتراك وصورة الحوالة البريدية يمكن تسديد المباشر والاستلام المباشر على مستوى المركز.

تكاليف البريد مقدرة ضمن سعر المجلة

