



جامعة عباس لغرور خنشلة

مجلة الحقوق والعلوم السياسية

مجلة دولية دورية محكمة

تصدر عن جامعة عباس لغرور خنشلة

الجزائر

تعنى بالمواضيع القانونية والسياسية والتخصصات ذات الصلة

المجلد: 08 - العدد: 01 - جانفي 2021

العدد التسلسلي: (15)

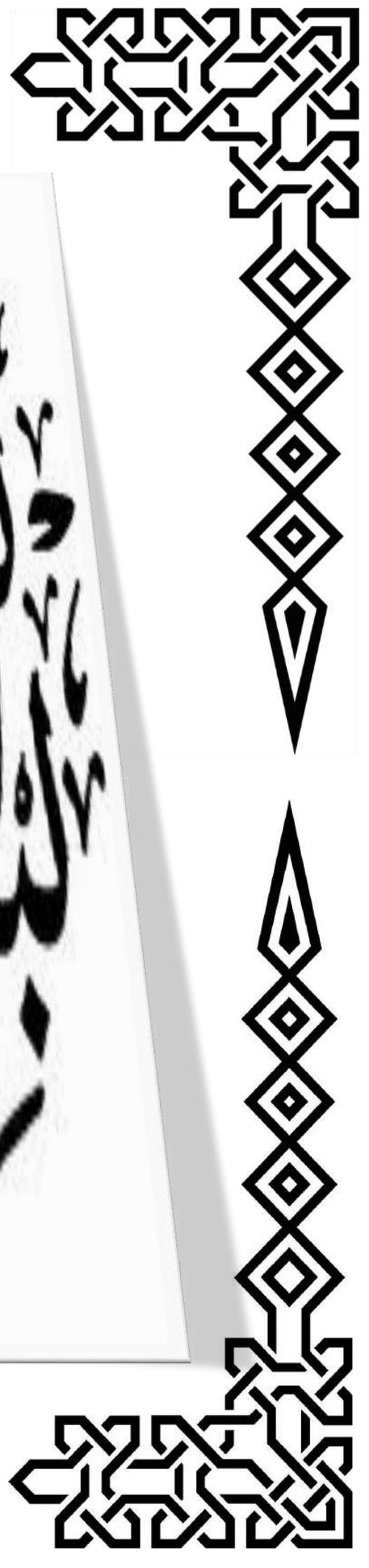
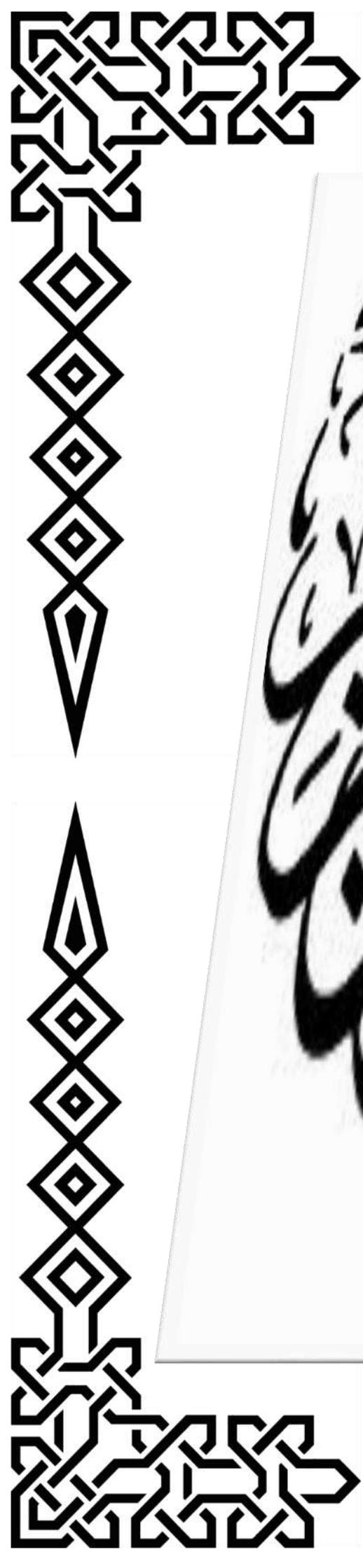
الترقيم الدولي : ISSN 2352-9806

الترقيم الإلكتروني: EISSN 2588-2309

الإيداع القانوني: NR :2014-3506



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ الْمَوَدَّعَةَ
وَالْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ الْمَوَدَّعَةَ
وَالْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ الْمَوَدَّعَةَ



مجلة الحقوق و العلوم السياسية

REVUE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES

مجلة دولية دورية محكمة
تصدر عن جامعة عباس
لغزور خنشلة

تعنى بالمواضيع القانونية والسياسية
والتخصصات ذات الصلة
الترقيم الدولي : ISSN 2352-9806
الترقيم الإلكتروني: EISSN :2588-2309
الايذاع القانوني : NR :2014-3506

الرئيس الشرفي للمجلة:

أ.د: سياب رشيد

مدير جامعة خنشلة

مدير المجلة و مؤسسها:

أ.د: زواقري الطاهر

عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية

رئيس التحرير:

أ.د: بوكماش محمد

نائب رئيس التحرير:

أ.د: تافرونت عبد الكريم

مساعد رئيس التحرير

قماز شعيب

سكرتاريا وتنفيذ

خلاف غلام

- المجلة تهتم بنشر المقالات والأبحاث المرتبطة بتخصص الحقوق و العلوم السياسية
و كذا التخصصات ذات الصلة في الآداب و اللغات و العلوم الاقتصادية
والعلوم الإنسانية والاجتماعية و العلوم الإسلامية

للاتصال

E-mail : droit.sspkh@gmail.com

هاتف / فاكس: 032.73.12.59

الموقع الإلكتروني الرسمي للمجلة: <http://www.univ-khenchela.dz/revueDetSP/>

موقع مجلة على المنصة الجزائرية للمجلات العلمية ASJP :

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/76>

Facebook : revue de droit

Adresse : Université Abbes LAGHROUR Khenchela - Algérie -
(BP 1252 Route de Batna Khenchela -40004-)

هيئة التحرير الدولية:

أ.د. زواقري الطاهر	جامعة عباس لغرور خنشلة - الجزائر
أ.د. محمد بوكماش	جامعة عباس لغرور خنشلة - الجزائر
أ.د. شادي عدنان الشديفات	جامعة الشارقة – الإمارات العربية المتحدة.
أ.د. عيو عبد الصمد	جامعة محمد الأول -وجدة –المغرب
د.مراد بن صغير	جامعة الشارقة - الامارات العربية المتحدة
أ.د.عبد الحلیم مشري	جامعة محمد خيدر بسكرة، الجزائر
د. يوسف ناصر	الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا
أ.د. بوقرة اسماعيل	جامعة عباس لغرور خنشلة -الجزائر
د. جواد الرباع	كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – جامعة ابن زهر باكادير- المغرب
د.ملوخية عماد	جامعة الإسكندرية -مصر
أ.د. سدرابي طارق	كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، المهدية، تونس
د.عبد القادر لشقر	جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس -المغرب
د. خيرى مرتضى عبد الله	كلية الحقوق جامعة ظفار في سلطنة عمان
د. جلال حسن	جامعة المنصورة بمصر
أ.د.عبد الكريم تافرونت	جامعة عباس لغرور خنشلة -الجزائر
د.عبدالمجيد بوكير	سيدي محمد بن عبد الله فاس-المغرب
د.سرور طالبي	رئيسة مركز جيل البحث العلمي
د. نشأت ادوارد	معهد العبور العالي للإدارة والحاسبات ونظم المعلومات - مصر.
د. همام القوصي	خريج جامعة حلب - الجمهورية العربية السورية
أ.د. الفوري مصطفى	جامعة الحسن الأول بسطات-المغرب
د. حسنية أحمد	جامعة ظفار- سلطنة عُمان
د. محمد الأحمد شواخ	جامعة دارالعلوم- كلية الحقوق - الرياض - المملكة العربية السعودية
أ.د. ناصر خليل جلال العساف	جامعة البحرين
أ.د. نبيل العبيدي	جامعة الكتاب - كلية القانون العراق
أ.د. أحمد باي	جامعة باتنة 1- الجزائر
أ.د. عبد الرحمان خلفي	جامعة بجاية- الجزائر
د. عبد الكريم كاظم عجيل	جامعة ذي قار- العراق
د. عبد القادر محمد الداه	جامعة نواكشوط العصرية موريتانيا
أ.د.مقتي بن عمار	جامعة ابن خلدون تيارت-الجزائر
د. محمد طلعت يدك	وزارة العدل - جمهورية مصر العربية
د. بعلوشة شريف	النيابة العامة لدولة فلسطين
د.سادات محمد محمد	جامعة الشارقة الإمارات العربية المتحدة
د. ميثاق بيات الضيفي	جامعة تكريت - العراق
د.عواطف الطرودي	كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة الجمهورية التونسية
د.الدلجاوي أحمد عبدالصبور	كلية الحقوق -جامعة أسيوط
د.العربي مصطفى	كلية القانون - جامعة المرقب- ليبيا
د.ديشي عقيلة	université Paris 8 France
د.دقي محمد	الجامعة الأردنية - ومركز ربوع الأقصى للدراسات والتدريب

الهيئة العلمية للمجلة:

من داخل الوطن

جامعة خنشلة	د. أوشن حنان	جامعة خنشلة	أ.د. زواقري الطاهر
جامعة خنشلة	د. تكواشت كمال	جامعة خنشلة	أ.د. بوكماش محمد
جامعة خنشلة	د. بوحالة الطيب	جامعة خنشلة	أ.د. تافرونت عبد الكريم
جامعة خنشلة	د. قوتال يسين	جامعة باتنة 1	أ.د. زواقة بدر الدين
جامعة المدينة	د. أروان هارون	جامعة تيارت	أ.د. مقني بن عمار
جامعة تبسة	د. بوساحية السايح	جامعة بسكرة	أ.د. بن مشري عبد الحلیم
جامعة بسكرة	د. يعیش تمام شوقي	جامعة بجاية	أ.د. خلفي عبد الرحمان
جامعة الجلفة	د. زروق يوسف	جامعة خنشلة	أ.د. سعادته العيد
جامعة سعيدة	د. سامي محمد فيصل	جامعة باتنة 1	أ.د. أحمد باي
جامعة المسيلة	د. صاوالي عبد المالك	جامعة خنشلة	أ.د. قصوري رفيقة
جامعة خنشلة	د. طراد طارق	جامعة خنشلة	أ.د. بوقرة إسماعيل
جامعة تيارت	د. كمال محمد الأمين	جامعة خنشلة	أ.د. راجي عبد العزيز
جامعة خنشلة	د. سليمان مباركة	جامعة خنشلة	أ.د. لخذاري عبد المجيد
جامعة خنشلة	د. نصري سميرة	جامعة خنشلة	د. عثمانية كوسر
جامعة خنشلة	د. بن مبارك مائة	جامعة خنشلة	د. بن يكن عبد المجيد
جامعة خنشلة	د. عطاء الله توفيق	جامعة أدرار	أ.د. باخويا ادريس
جامعة خنشلة	د. زرمان كريم	جامعة خنشلة	د. اونيسي ليندة
جامعة خنشلة	د. عبدلي حبيبة	جامعة خنشلة	د. عرشوش سفيان
جامعة خنشلة	د. بن مكي نجاة	جامعة خنشلة	د. دمان ديبج عماد
جامعة خنشلة	أ.د. صالح سعيد	جامعة خنشلة	د.بالة عمار
جامعة خنشلة	د. سعدي طارق	جامعة خنشلة	د. بلعدي عبد الله
جامعة جيجل	د. بوشكويه عبد الحلیم	جامعة تبسة	د. لخذاري عبد الحق
المركز الجامعي بركة	د. محمودي سماح	جامعة خنشلة	د. بوجوراف عبد الغاني
جامعة المسيلة	أ.د. بلواضح الطيب	جامعة الأغواط	د. رايحي لخضر
جامعة باتنة 1	د. مناصرة عزوز	جامعة الجلفة	د. لدغش سليمة
جامعة خنشلة	د. بن عمران إنصاف	جامعة تمنراست	د. نذير شوقي
جامعة أم البواقي	د. حمشي محمد	جامعة باتنة	د. بن عبد العزيز ميلود
جامعة خنشلة	د. مالكية نبيل	جامعة تلمسان	د. بن صغير مراد
جامعة خنشلة	د. تافرونت الهاشي	جامعة الوادي	أ.د. زعيبي عمار
جامعة خنشلة	د. شنه محمد	جامعة خنشلة	د. سليم قط
جامعة خنشلة	د. عباسة محمد	جامعة خنشلة	د. جبايلي صبرينة
جامعة تبسة	د. أمين البار	جامعة باتنة	أ.د. شعبان رضا
جامعة باتنة 1	د. عبد اللاوي زينب	جامعة باتنة	أ.د. حيدوسي عمر
جامعة الوادي	د. بلعمري أكرم	جامعة الوادي	أ.د. حوبة عبد القادر
جامعة خنشلة	د. سعدي حفظاوي	جامعة بسكرة	أ.د. حسونة عبد الغني
جامعة الجزائر	د. نعيبي عبد المنعم	جامعة خنشلة	د. لكبير علي

جامعة بسكرة	د. مرزوقي عبد الحليم	جامعة سطيف2	د. بن عمر عادل
جامعة خنشلة	د. زياد عادل	جامعة باتنة1	أ.د. زقاغ عادل
جامعة باتنة 1	أ.د. مراد بن سعيد	جامعة الأمير قسنطينة	د. رازي نادية
جامعة البليدة	د. عمراني نادية	جامعة خنشلة	د. بوشري مريم
جامعة خنشلة	د. بولقواس ابتسام	جامعة خنشلة	د. عمر اوي خديجة
جامعة خنشلة	د. خلاف بدر الدين	جامعة جيجل	د. بن غريب رايح
جامعة خنشلة	د. فكرة عبد العزيز	جامعة البويرة	د. والي نادية
جامعة بسكرة	أ.د. عباس زواوي	جامعة بسكرة	د. رزيق عادل
جامعة البليدة 2	د. عمراني نادية	جامعة خنشلة	د. بولقواس سناء
جامعة خنشلة	د. باديس الشريف	جامعة خنشلة	د. زمورة داود
جامعة خنشلة	د. بالة عبد العالي	جامعة خنشلة	د. مهزول عيسى
جامعة خنشلة	د. نوري عزيز	جامعة خنشلة	د. بن النوي خالد
جامعة سطيف2	د. عماد ليبيد	جامعة خنشلة	د. معمري عبد الرشيد
جامعة وهران 1	أ.د. حمدادو بن عمار	جامعة خنشلة	د. عبد اللاوي سامية
جامعة ورقلة	د. باسماويل عبد الكريم	جامعة المسيلة	د. بقة عبد الحفيظ
جامعة سطيف 2	د. بهلول سمية	جامعة برج بوعرييج	د. بريش ريمة
جامعة باتنة 1	د. غيلاني الطاهر	جامعة باتنة1	أ.د. قالة شهر الدين
جامعة بجاية	د. عثمان بلال	جامعة خنشلة	د. بوقندورة سعاد
جامعة الجزائر 1	د. علا كريمة	جامعة خنشلة	د. مزيتي فاتح

من خارج الوطن:

أ.د. شادي عدنان الشديفات	جامعة الشارقة – الإمارات العربية المتحدة.
أ.د. عبد الصمد عبو	كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية جامعة مولاي إسماعيل مكناس.
د.صالح أحمد محمد اللهيبي	جامعة الشارقة - الإمارات العربية المتحدة.
د. جواد الربيع	كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية -جامعة ابن زهر بأكادير - المملكة المغربية.
د.صادق احمد هشام	جامعة حلوان – مصر.
د.عبد المجيد بوكير	جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس المغرب
عبد القادر لشقر	جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس - المغرب
د.سرور طالبي	رئيسة مركز جيل البحث العلمي.
د. عبد القادر محمد الداه	جامعة نواكشوط العصرية موريتانيا
د.ملوخية عماد	جامعة الإسكندرية -مصر
د.مصطفى الفوري	جامعة السطات (المغرب)
د. الفوري مصطفى	جامعة الحسن الأول بسطات (المغرب)
د. حسنية أحمد	جامعة ظفار- سلطنة عُمان
د. عبد الكريم كاظم عجيل	جامعة ذي قار- العراق
د. الشمري مصطفى إبراهيم	جامعة بغداد -العراق
أ.د. محمد المدني	جامعة ظفار- سلطنة عُمان
د. ميثاق بيات الضيفي	جامعة تكريت – العراق
د/ محمد طلعت يدك	وزارة العدل - جمهورية مصر العربية
د. همام القوصي	جامعة حلب - الجمهورية العربية السورية
أ.د. سدر اوي طارق	كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، المهدية، تونس
د. خالد اسحاق	جامعة الشارقة، الامارات العربية المتحدة
د. نشأت ادوارد	معهد العبور العالي للإدارة والحاسبات ونظم المعلومات - مصر.
د. نبيل العبيدي	جامعة الكتاب - كلية القانون العراق
د. كاظم عوده	جامعة ذي قار / كلية القانون / العراق
د حمثي محمد	المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات/معهد الدوحة للدراسات العليا
د, أحمد محمد أحمد الزين	كلية الحقوق بجامعة ظفار سلطنة عمان

قواعد النشر

- مجلة الحقوق والعلوم السياسية مفتوحة لكل الأساتذة والباحثين المتخصصين في الحقوق أو العلوم السياسية أو التخصصات ذات العلاقة بهما، من داخل الوطن ومن خارجه. وتخضع الأبحاث العلمية التي ترد المجلة إلى شروط شكلية وموضوعية يجب على الباحثين التقيد بها وهي:
- ✓ أن يكون البحث المقدم للنشر أصيلا ويتسم بالجدية والموضوعية وسلامة اللغة، ولم يسبق نشره بأي شكل من الأشكال في أية مجلة أو مؤلف.
 - ✓ أن لا يكون المقال مستلا من رسالة أو مداخلة أو بحث آخر
 - ✓ أن يتراوح عدد صفحات البحث من 12 إلى 16 صفحة.
 - ✓ أن يشتمل البحث على ملخصين أحدهما باللغة العربية والآخر بإحدى اللغتين الأجنبية (الانجليزية أو الفرنسية). ويتضمن الملخص الإشكالية وأهم النتائج المقررة .
 - ✓ أن يكون البحث المنجز باللغة العربية محررا بخط Sakal Majalla حجم 14 و بحجم 11 في التهميش أسفل كل صفحة على حدة.
 - ✓ أما البحث المنجز بإحدى اللغات الأجنبية فيحرر بخط Times New Roman حجم 12 و بحجم 10 في التهميش.
 - ✓ أن يرسل البحث عبر منصة المجلات العلمية الجزائرية بعد الإضطلاع على "تعليمات للمؤلف" عن طريق الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/76>
 - ✓ أن يراعى في تدوين الهوامش ما يلي:
 - إذا كان المرجع كتابا، يدون الاسم الكامل للمؤلف، عنوان الكتاب، مكان النشر، الناشر، سنة النشر، الصفحة.
 - إذا كان المرجع دورية، يدون الاسم الكامل للباحث، عنوان البحث، بين مزدوجتين، اسم الدورية، عددها، تاريخ صدورها، الصفحة.
 - إذا كان موقع الانترنت، يدون الاسم الكامل للباحث، عنوان البحث، المعلومات الأخرى مثل مكان تقديم العمل (والتاريخ)، ثم يدون هذا الموقع كاملا وبدقة، ويذكر تاريخ الرجوع إلى الموقع.
 - ✓ أن تدون الهوامش أسفل الصفحة بطريقة آلية.
 - ✓ يمكن إنجاز المقال بصفة فردية كما يمكن إنجازه بشكل ثنائي على الأكثر ويرتب الأعلى درجة .
 - ✓ المقالات المنشورة في هذه المجلة لا تعبر إلا عن آراء أصحابها.
 - ✓ في حال إجازة البحث للنشر مع ملاحظات بالتعديل يجب على الباحث الالتزام بالأجل المحدد له وإلا يلغى البحث.
 - ✓ البحوث التي ترسل إلى المجلة لا ترد إلى أصحابها نشرت أم لم تنشر.
 - ✓ يستفيد صاحب كل بحث منشور من نسخة أصلية واحدة من العدد مع شهادة إدارية بالنشر.
 - ✓ عدم المساس أو التجريح في الهيئات والأشخاص.
 - ✓ المجلة لا تتحمل مسؤولية أية سرقة علمية ترتكب ولم ينتبه إليها خبراء التحكيم الإلكتروني أو خبراء التحكيم العلمي للمجلة

كلمة إدارة المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد:



مدير المجلة وعميد الكلية:
أ. د. زواقري الطاهر

تفتنم إدارة مجلة الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عباس لغرور خنشلة، و رئاسة تحريرها فرصة صدور العدد الخامس عشر، للتنويه بكل الجهود التي كانت أساسا لبلوغ المجلة لهذه المرحلة الهامة من العطاء البحثي والعلمي، سيما مع احترام شروط النشر بشكل صارم ودقيق واحترام قرارات المراجعين ومتابعة تنفيذها، مايزيد من مصداقية وشفافية المجلة في التعامل مع كل الأعمال العلمية الواردة، من الخضوع لتحكيم الخبراء المراجعين، وقرار هيئة التحرير بخصوص ترشيحها وقبولها للنشر، كما تميز هذا العدد مع التفاتة طيبة من

السيد المدير الفرعي للإعلام والمؤشرات العلمية والتقنية التابع للمديرية العامة للبحث العلمي والتطوير التكنولوجي الذي تفضل مشكورا وأيام في التواصل مع رئيس التحرير لتوجيه كل الملاحظات الضرورية لتحقيق معايير وشروط التصنيف المنصوص عليها، لتكون المجلة مؤهلة للتصنيف بتوفيق الله والجهود المتكاثفة في أقرب الآجال.



رئيس التحرير: أ. د. بوكهاش محمد

كما أن آثار جائحة كورونا كوفيد19 لم تثن من عزيمة القائمين على المجلة بالالتزام بإصدار العدد في آجاله متضمنا مقالات تعالج تأثير الجائحة في مختلف أبعادها، والإجراءات الاستثنائية المصاحبة لها قانونا، مع التحاق مجموعة من الخبراء الخارجيين من بعض الدول الشقيقة كأعضاء في فريق عمل المجلة. كما تتوجه إدارة المجلة ورئاسة التحرير فيما بأسمى عبارات الشكر والعرفان لمساعد رئيس التحرير الأستاذ قماز شعيب على

كل الجهود المثمرة التي قدمها، حيث أثر ورغم تحويله في منصب العمل إلى جامعة أخرى، الاستمرار في العمل بتفان حتى إخراج المجلة ونشرها عبر البوابة الوطنية للمجلات العلمية، وكذا موقع المجلة. وفقنا الله لتحقيق المزيد من الإضافة للبحث العلمي الجاد الهادف والمثمر، ونجدد التماسنا للجنة تأهيل المجلات العلمية إدراج مجلة الحقوق والعلوم السياسية بجامعة خنشلة ضمن المجلات التي تصنف وفق النمط المناسب. وإلى العدد المقبل بحول الله.

الموضوع رقم الصفحة

- الطبيعة القانونية لميراث الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب في قانون الأحوال الشخصية الأردني
رقم 2010/36 25-08
سهيل الأحمد
جامعة فلسطين الأهلية- فلسطين
- الأثار الاجتماعية لجائحة كورونا..... 46-26
علي سعدي عبدالزهرة جبير
كلية الهادي الجامعة- العراق
- الخطورة الإجرامية وأثرها في تقدير العقوبة البديلة في التشريع الجنائي الفلسطيني..... 64-47
محمد حمزة أحمد كميل
جامعة فلسطين الأهلية - فلسطين
- الاختصاص القضائي في منازعات الوقف وطرق إثباته..... 77-65
بن يكن عبد المجيد
جامعة عباس لغرور خنشلة
رابحي لخضر
جامعة عمار ثليجي الأغواط
- إشكالية إثبات الطلاق العرفي للزوج في قانون الأسرة الجزائري 93-78
هشام ذبيح
المركز الجامعي سي الحواس بركة
- أساس المسؤولية المدنية لمتعاملي الهواتف النقالة 108-94
حزام فتيحة
جامعة بومرداس
- دور الآليات القضائية الدولية الجنائية في حماية حقوق الإنسان..... 126-109
بن مكي نجاة
جامعة عباس لغرور خنشلة
- الركن المادي في جريمة التزوير في المحررات الرسمية -إشكالية تطبيق النص القانوني-..... 147-127
زهرة بن عبد القادر
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم
الإسلامية قسنطينة
- الحماية المدنية لبراءة الإختراع في التشريع الجزائري وموقف إتفاقيتي باريس والتريبس 171-148
جزيري مروة
جامعة باتنة 1
سلامي ميلود
جامعة باتنة 1

المقاربة الدستورية الجزائرية ودورها في تدعيم المنظومة القانونية لحقوق الإنسان 190-172

الهاشي تافرونت
جامعة عباس لغرور خنشلة
خروب رضا
جامعة البلدية 2 لونيبي علي

أثر الاعتداد بالعرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري 206-191

لخداري عبدالحق
جامعة تبسة

مستقبل الرقابة على دستورية القوانين - المحكمة الدستورية الجزائرية نموذجا - 220-207

أسماء حقااص
الطاهر غيلاني
جامعة عباس لغرور خنشلة
جامعة باتنة 1

الطبيعة القانونية لميراث الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم
2010/36

The legal nature of a grandfather's inheritance with siblings or a father in the Jordanian
Personal Status Law No. 36/2010

سهيل الأحمد*

جامعة فلسطين الأهلية

sohail@paluniv.edu.ps

تاريخ القبول: 2021-01-07

تاريخ المراجعة: 2021-01-03

تاريخ الإيداع: 2020-10-20

ملخص:

تناولت هذه الدراسة الطبيعة القانونية لميراث الجد مع الإخوة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (2010/36)، هادفة إلى التعرف على طبيعة ميراث الجد مع الإخوة، وحكم هذا الميراث وحالاته في قانون الأحوال الشخصية الأردني، حيث تم الوقوف على حقيقة ميراث الجد مع الإخوة في القانون وطبيعة ذلك وتكييفه، وكذلك حكم ميراثه مع الإخوة وحالات ذلك، وقد بين البحث كذلك أسباب اختلاف الفقهاء في توريث الجد مع الإخوة، حيث ظهر للباحث أن هناك عدة صور تطبيقية تتعلق بتوريث الجد مع الإخوة تفصيلات غيرها تناولها هذا البحث وفق رأي القانون.

الكلمات المفتاحية: ميراث الجد؛ ميراث الإخوة مع الجد؛ الميراث، قانون الأحوال الشخصية؛ الطبيعة القانونية.

Abstract:

The legal nature of the grandfather's inheritance with the brothers in the Jordanian Personal Status Law No. (36/2010), with the aim of identifying the nature of the grandfather's inheritance with the brothers, and the ruling of this inheritance and its cases in the Jordanian Personal Status Law, where the reality of the grandfather's inheritance was examined with the brothers. In the law, the nature of that and its adaptation, as well as the ruling on his inheritance with the brothers and the cases of that, the research has also shown the reasons for the difference of jurists regarding the succession of the grandfather with the brothers, as it appeared to the researcher that there are several applied images related to the inheritance of the grandfather with the brothers, other details that this research dealt with according to the opinion of the law.

Key words: grandfather; brothers with grandfather; inheritance; personal status law; legal nature.

* المؤلف المراسل.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الخلق أجمعين وعلى آله وصحبه ومن اقتدى بسنته بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد؛

فإن الناظر في طبيعة الأحكام التي جاء بها التشريع الإسلامي يجد أنها في حالة قائمة على تحقيق العدالة والمعالجة الموضوعية وخاصة فيما يتعلق بتنظيم حقوق الناس وتحصيلها، حيث كان من جملة التشريعات الإسلامية التي جاءت لتحصيل هذه الحقوق؛ أحكام الأحوال الشخصية المتعلقة بالميراث، ومع أهمية معرفة أن الله سبحانه وتعالى قد تولى بيان هذه الأحكام بنفسه، وذلك بتفصيل معظم أحكامها في القرآن الكريم، إلا أن بعض المسائل الإثنية قد اختلف فيها الفقهاء ومنها مسألة توريث الجد الصحيح مع الإخوة الأشقاء أو لأب، فتبنى قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (2020/36) رأي من يقول بتوريثهم معه خلافاً لما عليه العمل في القانون رقم (1976/61) من القول بحجهم عملاً برأي المذهب الحنفي وفق المادة (183) منه، وقد استند القانون الأردني القائل بتوريث الإخوة مع الجد إلى رأي فلسفة استواء الجد والإخوة في نسب الاستحقاق، وذلك أنهما يدلان بالأب، فالجد أبو أبي الميت، والأخ ابن أبي الميت، وبما أن الابن يسقط تعصيب الأب في الميراث؛ فهو بهذا أقوى منه في ذلك، ولذلك فإذا لم نَقْدِم الأخ الشقيق أو لأب في التوريث، فلا أقلّ من التشريك مع الجد في ذلك، ومن هنا فقد تم تناول هذا الموضوع تحت عنوان: "الطبيعة القانونية لميراث الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 2010/36".

أهمية الموضوع وأسباب اختياره: وتبرز أهمية الموضوع وأسباب اختياره فيما يأتي:

1. تعلق هذا الموضوع بماهية ميراث الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب وفق مفهوم الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (2020/36).
2. الوقوف على طبيعة ميراث الجد مع الإخوة والحالات الخاصة بذلك في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (2020/36).
3. بيان الحالات الخاصة بميراث الجد مع الإخوة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (2020/36).
4. أن معرفة التكييف القانوني لميراث الجد مع الإخوة في قانون الأحوال الشخصية الأردني (2020/36) من الأمور المهمة للباحثين والمهتمين خاصة إذا عرفنا أن المشرع الأردني قد عدل عن رأيه بحجب الإخوة معه في قانون رقم (76/61).
5. خدمة التشريع الإسلامي وخاصة ما يتعلق منه بالواقع وتطبيقاته المعاصرة، وذلك بتناول جزئياته ودراستها دراسة متعمقة هادفة.

أهداف البحث: وهي متمثلة بما يأتي:

1. الوقوف على ماهية ميراث الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، ودراسة ما يرتبط به من مسائل لتوضيح هذه القضية بدقة.
2. توضيح الطبيعة القانونية لميراث الجد مع الإخوة والآثار الشرعية والقانونية المترتبة على ذلك.

3. تحديد الحالات التي وضعها قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (2010/36) لتوريث الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب.

4. بيان رأي الفقه الإسلامي من ميراث الإخوة الأشقاء أو لأب والأدلة الشرعية المتعلقة بذلك.

مشكلة/ أسئلة البحث: تمثل فلسفة دراسة هذا الموضوع والوقوف على متعلقاته العلمية أن تطرح إشكالية رئيسة على النحو الآتي: كيف يكون ميراث الجد الصحيح مع الإخوة الأشقاء أو لأب من الناحية الفقهية والقانونية؟، وهذا السؤال بدوره أدى إلى طرح التساؤلات الفرعية الآتية:

1. ما مفهوم توريث الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني؟
2. كيف تكون الطبيعة الشرعية والقانونية لتوريث الإخوة مع الجد؟
3. أين موقف الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني من ميراث الإخوة مع الجد؟
4. هل يجوز توريث الإخوة الأشقاء أو لأب مع الجد في قانون الأحوال الشخصية الأردني من حيث الأصل؟
5. ما هي الحالات التي يجوز فيها توريث الإخوة الأشقاء أو لأب مع الجد في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (2010/36)؟

منهجية البحث: وتتمثل هذه المنهجية بالآتي:

1. الاعتماد على المنهجين الوصفي والتحليلي، وذلك ببيان ماهية توريث الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب، وكذلك الحالات التي يجوز فيها توريثه في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (2010/36)، ومن ثم تحليل هذه الحالات وبالتالي الوقوف على كيفية ذلك في القانون.
2. الرجوع إلى المراجع المتخصصة في موضوعات البحث وخاصة المراجع الحديثة.

الدراسات السابقة: الناظر في موضوعات البحث الخاصة بتوريث الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب أو ميراث الإخوة معه في الفقه الإسلامي والقانون يجد أنه قد جاءت عدة كتابات لمعالجة حكم ذلك وفق المفهوم الشرعي والقانوني حيث كان من بين الدراسات المتعلقة بموضوعات البحث وما يرتبط به من تفصيلات ما يأتي:

- علي محمود الزقيلي، ميراث الجد مع الإخوة دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني، مجلة الجامعة الأردنية في الدراسات الإسلامية، العدد 4، المجلد 13، 2017م، فقد تحدث عن أقوال الفقهاء وسبب اختلافهم في حكم توريث الجد مع الإخوة، وأدلة الفقهاء في حكم ذلك ومن ثم وقف على كيفية التوريث، ورأي القانون في ذلك، إلا أنها لم تركز على الحالات التي يرث فيها الجد مع الإخوة وكذلك المرتكزات القانونية وكذلك الطبيعة القانونية لتوريث الجد مع الإخوة الأشقاء وهو ما تم تناوله في هذه الدراسة.
- وكذلك دراسة يونس عبد الرب فاضل طولول، ميراث الجد والإخوة، جامعة الإيمان، مركز البحوث، 2013م، حيث ذكر الباحث أقوال العلماء ونصوصهم وأدلتهم فيما يتعلق بحكم ذلك، ومن ثم طرقتهم في توريث الإخوة مع الجد، دون النظر في رأي القانون الأردني المناقش لذلك الطبيعة القانونية لذلك وفق حالات وتفصيلات تظهر كيفية التوريث وهو ما وقف عليه هذا البحث.

وهذه الدراسات وغيرها مع أهميتها وفضلها إلا أنها لم تناقش ما تحدث عنه هذا البحث حيث كان ذلك فيما يأتي:

1. تناول مسألة الطبيعة القانونية لميراث الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (2010/36).
2. الوقوف على الحالات التي يرث فيها الجد مع الإخوة بضرب الأمثلة العملية على ذلك وفق رأي القانون.
3. بيان المرتكزات القانونية التي استند إليها القانون في توريث الجد مع الإخوة وعدوله عن رأيه القائل بعدم توريثهم معه كما نص عليه قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (1976/61) عندما بنى رأيه في ذلك على الراجح من المذهب الحنفي كما جاء في نص المادة (183) منه.

محتوى البحث: وقد جاءت هذه الدراسة - إضافة للمقدمة والخاتمة - في ثلاثة مباحث، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: حالات ميراث الجد الصحيح والأخوة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (2010/36).

المطلب الأول: حالات ميراث الجد الصحيح منفرداً في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني

المطلب الثاني: حالات ميراث الأخوة منفردين في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني

المبحث الثاني: حكم ميراث الجد الصحيح مع الإخوة الأشقاء أو لأب في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (2010/36).

المطلب الأول: رأي العلماء المجيزين توريث الإخوة مع الجد الصحيح في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: رأي العلماء المانعين توريث الإخوة مع الجد الصحيح في الفقه الإسلامي

المبحث الثالث: الطبيعة القانونية لكيفية توريث الجد الصحيح مع الإخوة الأشقاء أو لأب في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (2010/36).

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لميراث الجد الصحيح مع الإخوة الأشقاء أو لأب في قانون الأحوال الشخصية

الأردني

المطلب الثاني: حالات توريث الجد الصحيح مع الإخوة الأشقاء أو لأب في قانون الأحوال الشخصية الأردني.

وأخيراً: فهذا غاية جهد الباحث، فإن كان ثم توفيق فبفضل الله تعالى، وإن كانت الأخرى فمن عجز وتقصير وأستغفر الله العظيم.

1-المبحث الأول: حالات ميراث الجد الصحيح والأخوة الأشقاء أو لأب في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (2010/36).

يقتضي الوقوف على حالات توريث الجد مع الإخوة أن يتم دراسة حالات ميراث كل واحد منهم سواء أكان ذلك بانفرادهم أنم باجتماعهم، وبيانه فيما يأتي:

1.1- المطلب الأول: حالات ميراث الجد الصحيح منفرداً في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (2010/36).

الجد الصحيح: هو الجد الوارث، وهو من ليس بينه وبين الميت أنثى، مثل: أب الأب، وأب الجد لأب، وأما الذي بينه وبين الميت أنثى فهو لا يرث كأبي الأم وأبي الجدة لأب ويقال له: الجد الفاسد. ويكون ميراث الجد الصحيح، على النحو الآتي⁽¹⁾:

1. 6/1 فرضاً مع الفرع الوارث المذكر
2. 6/1 فرضاً + الباقي تعصيباً مع الفرع الوارث المؤنث
3. الباقي تعصيباً مع عدم وجود الفرع الوارث
4. الحجب بالأب والجد الأقرب منه للمتوفى، ولا يحجب الجد عن الميراث حجب حرمان إلا الأب، فكلما كان الجد أقرب إلى الميت، فإنه يحجب الأبعد منه، وذلك لأن القاعدة تقول: كل من يدي إلى الميت بواسطة، فإن هذه الوساطة تحجبه حجب حرمان، ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا الإخوة لأم⁽²⁾.
5. الاشتراك مع الإخوة والأخوات (الأشقاء أو لأب) عند الجمهور، خلافاً لأبي حنيفة الذي يجعل الجد كالأب تماماً حيث يحجب الإخوة جميعاً.

2.1-المطلب الثاني: حالات ميراث الأخوة الأشقاء أو لأب منفردين في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (2010/36).

يقصد بالأخوة الأشقاء (بنو الأعيان): وهم من كان أبوهم واحد وأمهم واحدة، وعين الشيء نفسه، وأما الأخوة لأب (بنو العلات): فهم من كان أبوهم واحداً وأمهاتهم مختلفات، والعلة هنا: هي الضرة. ويكون ميراثهم على النحو الآتي:

(1) محمد بن أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 683/5، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت، أحمد بن محمد الدير، الشرح الصغير، 480/2، مكتبة ومطبعة البابي الحلبي، د.ط، د.ت، محمد أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 15/3، دار المعرفة، بيروت، ط1، 2004م، منصور بن يونس بن إدريس الهوتي، كشاف القناع، 2119/6، دار عالم الكتب، الرياض، د.ط، 2003م، موفق الدين عبد الله بن قدامة، المغني، 64/7، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2004، علي بن أحمد، المحلى بالآثار، 305/8، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، 1988م، وهذه المسائل مجمع عليها بين الفقهاء.

(2) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، 141/29، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت.

2.1.1- الفرع الأول: ميراث الأخوات (الإناث) الشقيقات أو لأب.

أولاً: ميراث الأخت الشقيقة:

1. 2/1 إذا كانت واحدة ولا يوجد من يعصمها، أو من يحجبها
2. 3/2 إذا كانت أكثر من واحدة (تعددن) ولا يوجد من يعصمها، أو من يحجبها.
3. الاشتراك مع الأخ الشقيق (الإخوة الأشقاء) فتأخذ معه (معهم) الباقي على سبيل التعصيب بالغير (للمذكر مثل حظ الأنثيين).
4. الباقي (للواحدة أو أكثر) مع الفرع الوارث المؤنث (الواحدة أو أكثر) على سبيل التعصيب مع الغير.
5. الحجب، وتحجب الأخت أو الأخوات الشقيقات في الحالات:

• بالفرع الوارث المذكور كالابن وابن الابن وإن نزل.

بالأب اتفاقاً، وبالجد عند الحنفية خلافاً للجمهور.

ومن الأمثلة على حالات ميراث الأخوات الشقيقات:

ترث الأخت الشقيقة النصف كما يأتي:

الورثة	مقدار الميراث
الأخت الشقيقة	2/1
الزوج	2/1

ترث الأختان الشقيقتان فأكثر الثلثين كما يأتي:

الورثة	مقدار الميراث
الأختان الشقيقتان	3/2
الزوج	2/1

ترث الأخت الشقيقة على سبيل التعصيب بالغير كما يأتي:

الورثة	مقدار الميراث
الأخت الشقيقة	الباقي على سبيل التعصيب
الأخ الشقيق	بالغير للمذكر مثل حظ الأنثيين
الزوج	2/1

ترث الأخت الشقيقة على سبيل التعصيب مع الغير كما يأتي:

الورثة	مقدار الميراث

الأخت الشقيقة	الباقى على سبيل التعصيب مع الغير
البنات الصلبية	2/1
الزوج	4/1

تحجب الأخت الشقيقة كما يأتي:

الورثة	مقدار الميراث
الأخت الشقيقة	محجوبة
الابن	الباقى تعصيباً بالنفس
الزوج	4/1

تحجب الأخت الشقيقة كما يأتي:

الورثة	مقدار الميراث
الأخت الشقيقة	محجوبة
الأب	الباقى تعصيباً بالنفس
الزوج	2/1

ثانياً: ميراث الأخوات لأب:

1. 2/1 إذا كانت واحدة ولا يوجد من يعصمها، أو من يحجبها
2. 3/2 إذا كانت أكثر من واحدة (تعددن) ولا يوجد من يعصمهن، أو من يحجبهن.
3. 6/1 تكملة الثلثين مع الأخت الشقيقة التي ورثت النصف.
4. الاشتراك مع الأخ لأب (الإخوة لأب) فتأخذ معه (معهم) الباقى على سبيل التعصيب بالغير (للذكر مثل حظ الانثيين).
5. الباقى (للواحدة أو أكثر) مع الفرع الوارث المؤنث (الواحدة أو أكثر) على سبيل التعصيب مع الغير.
6. الحجب، وتحجب الأخت أو الأخوات لأب في الحالات:
 - بالفرع الوارث المذكور كالابن وابن الابن وإن نزل.
 - بالأب اتفاقاً، وبالجد عند الحنفية خلافاً للجمهور.
 - بالأخ الشقيق
 - بالأخت الشقيقة إذا صارت عصبية مع الغير.

بالأختين الشقيقتين إلا إذا كان للأخت أو الأخوات لأب عاصب (أخ لأب) فتأخذ معه الباقي تعصيباً للذكر مثل حظ الأنثيين.

ومن الأمثلة على حالات ميراث الأخوات لأب:

ترث الأخت لأب النصف كما يأتي:

الورثة	مقدار الميراث
الأخت لأب	2/1
الزوج	2/1

ترث الأختان لأب فأكثر الثلثين كما يأتي:

الورثة	مقدار الميراث
الأختان لأب	3/2
الزوج	2/1

ترث الأخت أو الأخوات لأب السدس كما يأتي:

الورثة	مقدار الميراث
الأخت أو الأخوات لأب	6/1
الأخت الشقيقة	2/1
الزوج	2/1

ترث الأخت لأب على سبيل التعصيب بالغير كما يأتي:

الورثة	مقدار الميراث
الأخت لأب	الباقي على سبيل التعصيب
الأخ لأب	بالغير للذكر مثل حظ الأنثيين
الزوجة	4/1

ترث الأخت لأب على سبيل التعصيب مع الغير كما يأتي:

الورثة	مقدار الميراث
الأخت لأب	الباقي على سبيل التعصيب مع الغير
بنت الابن	2/1
الزوجة	8/1

تحجب الأخت لأب بالابن وابن الابن وإن نزل وذلك كما يأتي:

الورثة	مقدار الميراث
الأخت لأب	محجوبة
الابن	الباقي تعصيباً بالنفس
الزوج	4/1

تحجب الأخت لأب بالأب وذلك كما يأتي:

الورثة	مقدار الميراث
الأخت لأب	محجوبة
الأب	الباقي تعصيباً بالنفس
الزوج	2/1

تحجب الأخت لأب بالأخ الشقيق وذلك كما يأتي:

الورثة	مقدار الميراث
الأخت لأب	محجوبة
الأخ الشقيق	الباقي تعصيباً بالنفس
الزوج	2/1

تحجب الأخت لأب بالأختين الشقيقتين وذلك كما يأتي:

الورثة	مقدار الميراث
الأخت لأب	محجوبة
الأختين الشقيقتين	3/2
الزوج	2/1

تحجب الأخت لأب بالأخت الشقيقة إذا صارت عصبه مع الغير وذلك كما يأتي:

الورثة	مقدار الميراث
الأخت لأب	محجوبة
الأخت الشقيقة	الباقي تعصيباً مع الغير
البنات	2/1
الزوج	4/1

2.2.1- الفرع الثاني: ميراث الأخوة الذكور (الأشقاء أو لأب)

يرث الإخوة الأشقاء أو الإخوة لأب الذكور فقط بالتعصيب بالنفس بعد أصحاب الفروض، وذلك حال عدم وجود من يحجبهم، والتعصيب⁽¹⁾: هو من يرث بلا تقدير، ومن يصرف له باقي التركة بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم، وتنوع العصبه إلى ثلاثة أنواع: العصبه بنفسه والعصبه بغيره، والعصبه مع غيره، والعصبه التي يرث الإخوة الأشقاء أو لأب من خلالها هي العصبه بالنفس: وهي كل ذكر لا يوجد بينه وبين الميت أنثى، وهذه لا يرث بها إلا الذكور، وتمثل بما يأتي:

1. البنوة، وهم فروع الميت (الابن وابن الابن - وإن نزل) وهو أقوى العصبات، وهؤلاء يقدمون على غيرهم من العصبات.

(1) أحمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة، ص 309-310، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 1998م.

2. فالأبوة، وهم أصول الميت (الأب والجد من قبل الأب - وإن علا)، والأبوة تتقدم على الجهات التي بعدها من العصابات (الأخوة، والعمومة)، باستثناء الجد ففيه خلاف فالحنفية يقدم عليهم في الميراث فهو يرث وهم يحجبون، خلافاً للجمهور الذين قالوا بتوريثهم معه وبأنه لا يتقدم عليهم بل يرثون بوجوده.
3. ثم الأخوة، وهم جزء الأب (الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب وأبناؤهما وإن نزلاً)، وهؤلاء يتقدمون على جهة العمومة لأنهم أقرب إلى الميت منهم.
4. ثم العمومة، وهم جزء الجد (العم الشقيق ثم العم لأب وإن عليا وأبناؤهما وإن نزلاً).

والعصبة بالنفس له عدة أحكام هي فيما يأتي:

الأول: في طبيعة ميراثه، وفيه عدة أمور هي:

- أ. أن من انفرد منهم أخذ جميع المال.
- ب. أنه يأخذ ما بقي بعد أصحاب الفروض.
- ت. وإذا استغرقت الفروض جميع التركة فإنه يسقط، إلا ثلاثة: الابن والأب والجد.

الثاني: إذا اجتمع العاصبون بالنفس في مسألة واحدة واختلفوا في الجهة والدرجة والقوة، فإننا نرجح بينهم بثلاث طرق هي:

* الترتيب بالجهة: فنقدم البنوة على الأبوة على الأخوة على العمومة، فمثلا الابن يحجب الأخ لأنه مقدم عليه في الترتيب.

* الترتيب بقرب الدرجة: إذا اجتمع العصبة بالنفس في الجهة يرحح بينهم بالدرجة، فمثلا الابن يحجب ابن الابن والأب يحجب الجد وهكذا.

* الترتيب بقوة القرابة: إذا اتفق العصبة بالنفس في الجهة والدرجة يرحح بينهم بقوة القرابة، فمثلا الأخ الشقيق يحجب الأخ لأب لأنه أقرب للمتوفى.

مع ملاحظة أن الترتيب بقرب الدرجة يكون في جميع الجهات، بينما الترتيب بقوة القرابة فهو لا يكون إلا في جهتي الأخوة والعمومة.

الثالث: وأما إذا اجتمعوا في مسألة واتحدوا في الجهة والدرجة والقوة فإننا نورثهم بالتساوي، ومثاله: كمن توفي عن أربعة أبناء، أو أربعة إخوة أشقاء، فالمسألة بينهم تقسم بالتساوي.

والدليل على مشروعية التعصيب بالنفس ما يأتي:

قوله سبحانه وتعالى: "وَلِأَبْوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ"⁽¹⁾.

فقد قدمت الآية الابن على الأب في الميراث لأن الأب عصبه والابن عصبه وقد جعلت الأب صاحب فرض السدس عند اجتماعه مع الابن وللابن الباقي، وعند عدم وجود الابن يأخذ الأب الباقي كما في قوله تعالى: "فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ"⁽¹⁾، فيكون الابن مقدما على الأب في التعصيب، ويقدم الأب على الجد من باب أولى وهكذا تعامل بقية العصبه عند اختلاف الجهة⁽²⁾.

قوله تعالى: "وهو يرثها إن لم يكن لها ولد"، حيث دلت الآية على أن الأخ يرث أخته ويحوز جميع مالها إذا لم يكن لها والد ولا ولد؛ بدليل قوله تعالى: "في الكلاله"، ثم قال: "وهو يرثها" والأخ عاصب وتدل أيضا أن قرابة البنوة مقدمة على قرابة الإخوة، ويقاس على الأخ بقية العصبه. حيث إنه يحق للابن أو ابن الابن أو الأب أو الجد أن يحوزوا جميع المال إذا انفردوا من باب أولى.

قوله تعالى: "فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ"⁽³⁾، فالآية على أن الأب يأخذ الباقي بعد الأم إذا لم يكن للمتوفى ولد، حيث يأخذ صاحب الفرض نصيبه هنا وهو الأم والتي يكون نصيبها الثلث، وما بقي سيأخذه الأب لأنه عصبه يأخذ ما بقي بعد صاحب الفرض. وقول النبي صلى الله عليه وسلم: "ألحقوا الفروض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر"⁽⁴⁾.

2-المبحث الثاني: حكم ميراث الجد الصحيح مع الإخوة الأشقفاء أو لأب في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (2010/36).

اختلف الفقهاء في ميراث الجد والإخوة إلى مذهبين رئيسيين، وذلك بسبب عدم وجود نص صريح من القرآن والسنة يبين حكم هذه المسألة الأمر الذي فتح باب الاختلاف تبعا لتعارض الأشباه، فالجد يشبه الأب في أنه أصل ويحجب الإخوة، والجد مثله كذلك، وقرابته أقوى من الأخ لكونه أبيا في المرتبة الثانية، وبأن ابن الابن لا يحجبه كما يحجب الإخوة، وفيما يأتي من مطالب بيان رأي الفقهاء وأدلتهم:

2.1-المطلب الأول: رأي العلماء المانعين توريث الإخوة الأشقفاء أو لأب مع الجد الصحيح في الفقه الإسلامي حيث يقول هذا المذهب بحجب الإخوة بالجد، وإليه ذهب أبو بكر الصديق، وعائشة وابن عباس، وأبو موسى الأشعري، وتبعهم أبو حنيفة، وهو قول لبعض الشافعية، ورواية عن أحمد، وبه قال الظاهرية، واختاره ابن تيمية، وابن القيم⁽⁵⁾.

(1) سورة النساء، آية 11

(2) عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 93/5، دار المعرفة، بيروت، ط3، 1975م.

(3) سورة النساء، آية 11

(4) محمد بن إسماعيل البخاري، الصحيح، كتاب الفرائض، باب ميراث الولد مع أبيه وأمه، حديث برقم 6351، وفي الحديث أن أصحاب الفروض يأخذون نصيبهم فإن بقي شيء فيعطى لأقرب رجل من العصبات، لأن الأقرب أولى من الأبعد في الاستحقاق. بيت الأفكار الدولية، عمان، الرياض، 2004.

(5) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، 568/7، دار المعرفة، بيروت، دط، دت، أحمد بن محمد الديدي، الشرح الصغير، 480/2، مكتبة ومطبعة البابي الحلبي، دط، دت، محمد أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 18/3، دار المعرفة، بيروت، ط1، 2004م، موفق الدين عبد الله بن قدامة، المغني، 64/7، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2004، علي بن أحمد، المحلى بالآثار، 305/8، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، 1988م.

واستدل القائلون بحجب الإخوة بالجد، بما يأتي:

1. أن القرآن الكريم استعمل لفظ الأب، والمراد به الجد، كقوله تعالى: ﴿مَلَّةً أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾⁽¹⁾، وقوله تعالى: ﴿قَالُوا نَعْبُدُ إِلَهَكَ وَإِلَهَ آبَائِكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ﴾⁽²⁾

2. أن النبي عليه السلام قال: "ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر"⁽³⁾. فالجد أولى من الأخ، بدليل المعنى والحكم، أما المعنى: فإنه له قرابة ولادة وبعضية كالأب، وأما الحكم: فإن الفروض إذا ازدحمت سقط الأخ دونه⁽⁴⁾.

3. أن ابن الابن وإن نزل يقوم مقام الابن في الحجب، فكذلك أبو الأب يقوم مقام الأب في ذلك، قال ابن عباس: «ألا يتقي الله زيد بن ثابت، يجعل ابن الابن ابناً ولا يجعل أب الأب أباً»⁽⁵⁾. والجد كالأب في كثير من الأحكام فلا بد أن يقوم مقامه.

4. أن الجد إما كالأخ الشقيق، أو كالأخ لأب، أو دونهما، أو فوقهما. فإذا كان كالشقيق لزم أن يحجب الأخ لأب، وإن كان كالأخ لأب لزم أن يحجبه الأخ الشقيق، وإن كان دونهما لزم أن يحجبه كل منهما، وكل ذلك باطل، فتعين كونه فوقهما، فيحجبهما⁽⁶⁾.

5. أن الابن يسقط الإخوة، ولا يسقط الجد.

6. أن الله لم يجعل للإخوة ميراثاً إلا في الكلاله، وهو: الذي لا ولد له ولا والد.

7. أن الجد يحجب الإخوة لأم بالإجماع كالأب وهذا بخلاف الإخوة الأشقاء أو لأب⁽⁷⁾

جاء عن ابن حزم الظاهري⁽⁸⁾: "نظرنا في الأقوال الباقية من مقاسمة الجد الإخوة إلى اثني عشر، أو إلى ثمانية، أو إلى سبعة، أو إلى ستة، أو إلى ثلاثة: فوجدناها كلها عارية من الدليل، لا يوجب شيئاً منها، لا قرآن، ولا سنة صحيحة، ولا رواية ضعيفة، ولا دليل إجماع، ولا نظر، ولا قياس. ثم وجدنا أكثرها لا يصح".

(1) سورة الحج: 78.

(2) سورة البقرة: 133.

(3) مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب الفرائض، باب ألحقوا الفرائض بأهلها، حديث برقم 1615، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، د.ط، 2004م.

(4) موفق الدين عبد الله بن قدامة، المغني، 64/7، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2004.

(5) البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2003، 246/6، وانظر: محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، 182/29، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت، أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير، 480/2، مكتبة ومطبعة البابي الحلبي، د.ط، د.ت.

(6) صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية، ص 142، مكتبة المعارف، الرياض، ط3، 1986م.

(7) صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية، ص 142، مكتبة المعارف، الرياض، ط3، 1986م.

(8) ابن حزم الظاهري، المحلى، 294/9.

2.2-المطلب الثاني: رأي العلماء المجيزين توريث الإخوة الأشقاء أو لأب مع الجد الصحيح في الفقه الإسلامي

وهنا يقول هذا المذهب بمشاركة الإخوة للجد، وإليه ذهب علي بن أبي طالب، وابن مسعود، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم. وتبعهم الأئمة: مالك، والشافعي، وأحمد في المعتمد عنده، وهو قول أبي يوسف ومحمد من الحنفية⁽¹⁾.

واستدل القائلون بمشاركة الإخوة للجد بما يأتي:

1. أن الله تعالى قد بيّن أنّ للأقارب من الرجال والنساء نصيباً من الميراث والجد والإخوة من الأقارب، فقال: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَّفْرُوضاً﴾⁽²⁾، وهذا من ظاهر القرآن.

2. ميراث الإخوة ثبت بالكتاب بقوله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم.. فإن كان له إخوة فلأمه السدس.."، ولا يحجبون مع الجد إلا بنصّ أو إجماع أو قياس، ولم يوجد شيء من هذا، فلا يحجبهم الجد⁽³⁾.

3. استواء الجد والإخوة في نسب الاستحقاق، فإنهما يدلان بالأب، الجد أبو أبي الميت، والأخ ابن أبي الميت، والبنوة أقوى من الأبوة، إذ الابن يسقط تعصيب الأب، وعليه فيستوون في الاستحقاق، فإذا لم نقمّم الأخ، فلا أقلّ من التشريك⁽⁴⁾.

4. أن فرع الجد (الأعمام) يسقط بفرع الإخوة (أبناء الإخوة)، وقوة الفرع تدل على قوة أصله، فالإخوة يدلون بالأب، والأعمام يدلون بالجد، وقد حجب من يدلي بالأب من يدلي بالجد.

5. أن الإخوة والأخوات كالأولاد في أنهم يرثون بالعصبة إن وجد فيهم رجل، والفرض إن لم يكن هناك رجل، وهذا بخلاف الجد، فهو لم يشبه الأولاد في شيء، والأولاد أقوى الوارثين درجة.

وقد رد القائلون بتوريث الإخوة على من منع ذلك بما يأتي:

1. بأن تسمية القرآن الجد أباً هي تسمية مجازية، وهي لا توجب تسوية الجد بالأب من جميع الوجوه.

2. وأما الاستدلال بالحديث: "ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر"⁽⁵⁾، فهو استدلال ليس في محله، لأن الجد ليس هو أولى رجل ذكر وليس بأولى من الأخوة بالتعصيب لأنه بدرجتهم.

(1) عبد الله بن محمود بن مودود الموصل، الاختيار لتعليل المختار، 93/5، دار المعرفة، بيروت، ط3، 1975م. أحمد بن محمد الددير، الشرح الصغير، 480/2، مكتبة ومطبعة البايي الحلبي، دط، دت، علي بن أحمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، 122/8، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994م، موفق الدين عبد الله بن قدامة، المغني، 64/7، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2004.

(2) سورة النساء: آية 7.

(3) موفق الدين عبد الله بن قدامة، المغني، 64/7.

(4) موفق الدين عبد الله بن قدامة، المغني، 64/7.

(5) مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب الفرائض، باب ألحقوا الفرائض بأهلها، حديث برقم 1615، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، دط، 2004م.

3-المبحث الثالث: الطبيعة القانونية لكيفية توريث الجد الصحيح مع الإخوة الأشقاء أو لأب في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (2010/36).

3.1-المطلب الأول: الطبيعة القانونية لميراث الجد الصحيح مع الإخوة الأشقاء أو لأب في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (2010/36).

- أن الجد أبا الأب مثل الأب، في أن له ثلاث حالات للإرث، وهي كالتالي: يرث بالفرض وحده، ويرث بالعصبة وحدها، ويرث بالفرض والعصبة معاً.
- أن الجد يقوم مقام الأب عند عدم وجود الأب، فيحجب الإخوة والأخوات لأب حجب حرمان، ويحجب من العصباء الأعمام الأشقاء، ومن بعدهم من العصباء.
- وأما فيما يتعلق بتوريث الإخوة أو الأخوات الشقيقات أو لأب مع الجد الصحيح فالجمهور على اشتراكه مع الإخوة والأخوات الأشقاء أو لأب خلافاً لأبي حنيفة الذي يجعل الجد كالأب تماماً حيث يحجبون به الإخوة جميعاً، بناء على استواء الجد والإخوة في نسب الاستحقاق، حيث إنهما يدلان بالأب، فالجد الصحيح أبو أبي الميت، والأخ الشقيق أو لأب ابن أبي الميت، والبنوة في الميراث والتعصيب بالنفس أقوى من الأبوة، حيث يسقط الابن تعصيب الأب، وبناء على ذلك يستوي كل منهما في الاستحقاق، ولذلك فإذا لم نقدم الأخ على الجد في الميراث، فلا أقلّ من التشريك بينهما فيه⁽¹⁾.

وترتكز الطبيعة القانونية لاشتراك الإخوة مع الجد في الميراث على مسألة تقول: أن فرع الجد وهم (الأعمام) يسقط بفرع الإخوة الأشقاء أو لأب (أبناء الإخوة)، ومن المعروف أن: قوة الفرع تدل على قوة أصله، فالإخوة يدلون بالأب، والأعمام يدلون بالجد، وقد حجب من يدلي بالأب من يدلي بالجد، وهذا يدل على قوة ميراث الإخوة والحاجة إلى الأخذ برأي القائلين باشتراكهم مع الجد في الميراث وليس حجيم في القانون رقم (2010/36).

ومن المرتكزات كذلك للطبيعة القانونية: أن ميراث الإخوة والأخوات الشقيقات أو لأب كميراث الأولاد من حيث أنهم يرثون بالعصبة إن وجد فيهم ذكر، والفرض إن لم يكن هناك ذكر، وهذا بخلاف الجد الصحيح، فهو لم يشبه الأولاد في شيء، والأولاد في الميراث أقوى الوارثين درجة ولا يسبقهم عليه غيرهم من الورثة، وبالتالي كان من يشبههم في ذلك وهم (الإخوة) في حكمهم في قوة الاستحقاق وبالتالي جاءت هذه الطبيعة القانونية لتدعم القول بتوريثهم وعدم حجيم من الميراث.

ومن المرتكزات للطبيعة القانونية لميراث الإخوة الأشقاء أو لأب مع الجد الصحيح؛ أن الجد محجوبٌ بالأب، وأنه لا يحجب الجد عن الميراث حجب حرمان إلا الأب، فكلما كان الجد أقرب إلى الميت، فإنه يحجب الأبعد منه، وذلك لأن القاعدة تقول: كل من يدلي إلى الميت بواسطة، فإن هذه الوسطة تحجبه حجب حرمان، ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا الإخوة لأب⁽²⁾، وهذا بخلاف الأب الذي لا يحجب في الميراث حجب حرمان إلا لوجود مانع من موانع الميراث، وهو بهذا كان لا بد من بيان اختلافه في التوريث عن ميراث الأب وبالتالي العدول عن القول بحجب الإخوة به، بل توريثهم معه أو الاشتراك معه في الميراث كما ذهب إلى ذلك قانون الأحوال الشخصية في نص المادة (290).

(1) موفق الدين عبد الله بن قدامة، المغني، 64/7.

(2) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، 141/29.

ومن المرتكزات للطبيعة القانونية كذلك أن الأب يحجب أمه (أم أب) من الميراث لأنها تدلي به إلى الميت وكل من أدلى إلى الميت بواسطة حجبه تلك الوساطة، وأما الجد في هذه الحالة (وجود الورثة: أب أب، أم الأب) فإنه لا يحجبها لأنها لم تدل به إلى الميت، وبالتالي فإن وجود هذا الاختلاف في ميراث الجدة الصحيحة أم الأب حال وجود الأب أو وجود الجد يؤذن باختلاف الحكم في توريث الإخوة مع الجد أو مع الأب وبالتالي انضباط الطبيعة القانونية لذلك وفق ما نص عليه القانون.

ثم إن اختلاف ميراث الأم في المسألة العمرية (بأن يكون الورثة: أب، أم، أحد الزوجين) مع وجود الأب فترث الأم (ثلث الباقي) وأما إذا كان مكان الأب في هذه المسألة جد؛ فإن ميراث الأم عندها سيكون ثلث التركة وليس ثلث الباقي كما هو الحال عند وجود الأب، وهذا من المرتكزات المهمة للطبيعة القانونية لميراث الإخوة الأصدقاء أو لأب مع الجد الصحيح، حيث يظهر الفرق في ميراث الأم مع وجود الأب أو الجد حسب المسألة الإرثية، وبالتالي أهمية القول بتوريثهم واشتراكهم وعدم حجبه من الميراث.

3.2-المطلب الثاني: حالات توريث الجد الصحيح مع الإخوة الأصدقاء أو لأب في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (2010/36).

نصت المادة (290) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (2010/36) على:

أ. الجد كالأب في حالاته الثلاث إلا أنه يحجب بوجود الأب، فأما إن اجتمع مع الأخوة والأخوات لأبوين أو لأب كان له حالتان:

1. أن يقاسمهم كأخ إن كانوا ذكورا فقط، أو ذكورا وإناثا، أو إناثا عصبين مع الفرع الوارث من الإناث.
2. أن يأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب إذا كان مع أخوات لم يعصبن بالذكور، أو مع الفرع الوارث من الإناث.

ب. على أنه إذا كانت المقاسمة أو الإرث بالتعصيب على الوجه المتقدم تحرم الجد من الإرث أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض بالسدس.

ج. لا يعتبر في المقاسمة من كان محجوباً من الأخوة أو الأخوات لأب.

فقد ذكرت المادة السابقة طبيعة ميراث الجد إذا اجتمع مع الإخوة في المسألة الإرثية حيث إنه يرث في الحالة الأولى: من خلال المقاسمة على اعتبار أنه أخ وذلك بالتساوي مع الذكور، أو للذكر مثل حظ الأنثيين مع الإناث عند كونهن عصبات بالغير أو عصبات مع الغير وفق الحالات التي ترث الإناث فيها هذا النصيب الإرثي ومن الأمثلة على ذلك ما يأتي:

المقاسمة بالتساوي مع الإخوة الذكور:

مقدار الميراث	الورثة
المقاسمة بين الجد والإخوة بالتساوي بينهم	الجد الصحيح (أب الأب)
	الأخ الشقيق أو لأب
	الأخ الشقيق أو لأب

المقاسمة للذكر مثل حظ الأنثيين مع الإناث عند كونهن عصابات بالغير:

مقدار الميراث	الورثة
المقاسمة بين الجد والإخوة للذكر مثل حظ الأنثيين مع العصابة بالغير	الجد الصحيح (أب الأب)
	الأخ الشقيق أو لأب
	الأخت الشقيقة أو لأب

المقاسمة مع الإناث حال ميراثهن بطريق العصابات مع الغير للذكر مثل حظ الأنثيين:

مقدار الميراث	الورثة
المقاسمة بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين مع العصابة بالغير	الجد الصحيح (أب الأب)
	الأخت الشقيقة أو لأب
2/1	البنات الصلبية

فقد ذكرت المادة السابقة في (2/1): أن الجد يأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب إذا كان مع أخوات لم يعصبن بالذكور، أو مع الفرع الوارث من الإناث. ومن الأمثلة على ذلك ما يأتي:

مقدار الميراث	الورثة
الباقي تعصيباً بالنفس	الجد الصحيح (أب الأب)
2/1	الأخت الشقيقة أو لأب

وكذلك:

مقدار الميراث	الورثة
الباقي تعصيباً بالنفس	الجد الصحيح (أب الأب)
3/2	الأختين الشقيقتين أو لأب

وقد نصت المادة السابقة في (ب، ج) منها على: أنه إذا كانت المقاسمة أو الإرث بالتعصيب على الوجه المتقدم تحرم الجد من الإرث أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض بالسدس، لا يعتبر في المقاسمة من كان محجوباً من الأخوة أو الأخوات لأب.

ومن الأمثلة على (أنه إذا كانت المقاسمة أو الإرث بالتعصيب على الوجه المتقدم تحرم الجد من الإرث أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض بالسدس) ما يأتي:

مقدار الميراث	الورثة
6/1	الجد الصحيح (أب الأب)
الباقي وهو هنا صفر	الأخ الشقيق أو لأب
3/1	الأم
2/1	الزوج

ومن الأمثلة أيضاً:

الورثة	مقدار الميراث
الجد الصحيح (أب الأب)	6/1
6 إخوة أشقاء أو لأب	الباقى

ومن الأمثلة:

الورثة	مقدار الميراث
الجد الصحيح (أب الأب)	6/1
3 أخوات شقيقات أو لأب	3/2
الزوج	2/1

ومن الأمثلة على أنه (لا يعتبر في المقاسمة من كان محجوباً من الأخوة أو الأخوات لأب) ما يأتي:

الورثة	مقدار الميراث
الجد الصحيح (أب الأب)	المقاسمة مع الإخوة الأشقاء
3 إخوة أشقاء	دون اعتبار للأخ لأب
الأخ لأب	محجوب بالإخوة الأشقاء

خاتمة

وبعد هذه المحطة في تناول موضوع الطبيعة القانونية لميراث الجد مع الإخوة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (2010/36)، فإنه يمكن تلخيص أهم ما جاء في هذا البحث من نتائج وذلك فيما يأتي:

1. إن المقصود بالإخوة الذين يرثون مع الجد وفق قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (2010/36) هم الإخوة الأشقاء أو لأب.
2. اختلف الفقهاء في ميراث الجد والإخوة إلى مذهبين رئيسيين، ويرجع ذلك إلى عدم وجود نص صريح من القرآن والسنة يبين حكم هذه المسألة مما فتح باب الاختلاف تبعاً لتعارض الأشباه.
3. يرى من يقول بعدم توريث الإخوة مع الجد أنه يشبه الأب في اعتباره أصلاً كالأب حيث إنه يعمل على حجب الإخوة، والجد في ذلك مثله، وبأن قرابته أقوى من الأخ لكونه أباً في المرتبة الثانية، ويدعم ذلك أيضاً أن الابن أو ابن الابن لا يقوم بحجبه كما يحجب الإخوة عند الاجتماع في مسألة إرثية واحدة.
4. من المعروف في الميراث أن قوة الفرع تدل على قوة أصله وبيانه؛ أن الإخوة يدلون بالأب، كما أن الأعمام يدلون بالجد، وهنا يحجب من يدلي بالأب من يدلي بالجد، مما يدل على قوة ميراث الإخوة لأن فرع الجد وهم (الأعمام) يسقط بفرع الإخوة الأشقاء أو لأب (أبناء الإخوة) الأمر الذي يعمل على تبني رأي القائلين باشتراكهم مع الجد في الميراث وليس حجهم وهذا ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية رقم (2010/36).
5. تستند الطبيعة القانونية في توريث الجد مع الإخوة إلى اعتبار ميراث الإخوة والأخوات الشقيقات أو لأب كميراث الأولاد من حيث توريثهم بالعصبة حال وجد فيهم ذكر، وتوريثهم بالفرض حال لم يكن بينهم ذكر،

وهذا يخالف حالات ميراث الجد الصحيح، حيث إنه لم يشبه الأولاد في شيء من ذلك، وهم أي: الأولاد أقوى الوارثين درجة ولا يسبقهم عليه أحد من الورثة غيرهم، وبالتالي كان في حكمهم في قوة الاستحقاق من يشبههم في ذلك وهم (الإخوة) وبالتالي جاءت هذه الطبيعة القانونية لتدعم القول بتوريثهم وعدم حجبتهم من الميراث.

6. تتنوع الحالات التي ورث فيها القانون الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب إلى حالتين: أحدهما: أن يقاسمهم كأخ إن كانوا ذكورا فقط، أو ذكورا وإناثا، أو إناثا عصبين مع الفرع الوارث من الإناث، وثانيهما: أن يأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب إذا كان مع أخوات لم يعصبن بالذكور، أو مع الفرع الوارث من الإناث، مع بيان أنه إذا كانت المقاسمة أو الإرث بالتعصيب على الوجه المتقدم تحرم الجد من الإرث أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض بالسدس.

وأخيراً؛ فإننا نتوجه إلى الله سبحانه بخالص الدعاء أن يوفقنا لتحصيل العلم، وأن يعلمنا ما ينفعنا، وأن ينفعنا بما علمنا، وأن يزدنا علماً، إنه سميع مجيب الدعاء.

قائمة المصادر والمراجع

أ. الكتب:

- أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، المطبعة السلفية، القاهرة، (د.ط).
- أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير، مكتبة ومطبعة البابي الحلبي، د.ط، د.ت.
- أحمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 1998م.
- الأحمد، سهيل محمد، الأحوال الشخصية 2 الوصية الميراث الوقف، مطبعة النبراس، بيت لحم، 2015م.
- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلبي، الاختيار لتعليل المختار، دار المعرفة، بيروت، ط3، 1975م.
- علي بن أحمد، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، 1988م، وهذه المسائل مجمع عليها بين الفقهاء.
- علي محمود الزقيلي، ميراث الجد مع الإخوة دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني، مجلة الجامعة الأردنية في الدراسات الإسلامية، العدد 4، المجلد 13، 2017م.
- محمد أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار المعرفة، بيروت، ط1، 2004م.
- محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت.
- محمد بن إسماعيل البخاري، الصحيح، بيت الأفكار الدولية، عمان، الرياض، 2004.
- محمد بن أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.
- مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، د.ط، 2004م.
- منصور بن يونس بن إدريس الهوتي، كشف القناع، دار عالم الكتب، الرياض، د.ط، 2003م.
- موفق الدين عبد الله بن قدامة، المغني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2004.
- يونس عبد الرب فاضل طولول، ميراث الجد والإخوة، جامعة الإيمان، مركز البحوث، 2013م.

الأثار الاجتماعية لجائحة كورونا

The social impacts of the Corona pandemic

علي سعدي عبدالزهره جبير*

كلية الهادي الجامعة، العراق

ali.saady1122@gmail.com

تاريخ القبول: 2021-01-14

تاريخ المراجعة: 2021-01-12

تاريخ الإيداع: 2020-11-15

ملخص:

يهدف البحث إلى التعرف على القيم الاجتماعية في ظل جائحة كورونا، وما هي أثار تلك الجائحة على تلك القيم، فخلقت آثار سلبية من الناحية الاجتماعية، إذ ازداد العنف الأسري وارتفعت حالات الطلاق، وغلقت المحلات التجارية مما تسبب بارتفاع نسبة الفقر والبطالة ولاسيما في المجتمعات الفقيرة نتيجة الحظر المفروض، وعلقت المدارس والجامعات وأغلقت دور العباد، بالإضافة إلى الحالة النفسية التي تعرض لها الفرد والتي لا زال يعيش هذه الحالة، فضلاً عن الوصم الاجتماعي، إلا أن لهذه الجائحة لا تخلو من آثار ايجابية إذ سادت المحبة والتقارب والود داخل الأسرة الواحدة التي عرفت كيف تستغل هذه الأزمة بصورة صحيحة، وظهر التضامن والتكامل داخل المجتمع الواجد من جهة وبين المجتمعات من جهة أخرى.

الكلمات المفتاحية: جائحة كورونا؛ القيم الاجتماعية؛ التضامن الاجتماعي؛ العنف الأسري؛ التباعد الاجتماعي.

Abstract:

The research aims to identify social values in light of the Corona pandemic, and what are the effects of that pandemic on those values, which created negative effects from the social point of view, as family violence increased, divorce cases increased, and shops were closed, causing an increase in poverty and unemployment, especially in poor societies as a result. The ban imposed, schools and universities were suspended and the homes of worshipers were closed, in addition to the psychological state that the individual was exposed to and who still lives in this state, in addition to the social stigma, but this pandemic is not without positive effects as love, closeness and friendliness prevailed within the one family that knew how This crisis is being properly exploited, and solidarity and complementarity have emerged within the existing society on the one hand and between societies on the other hand.

Keywords : Corona pandemic; Social values; Social solidarity; Domestic violence; Social distancing.

* المؤلف المراسل.

مقدمة:

في أواخر عام 2019م ظهر في مدينة (ووهان الصينية)، فيروس كورونا المستجد، وهو نوع من الفيروسات الجديدة من نوعه يصيب الجهاز التنفسي للمرضى المصابين بالتهاب رئوي، وهو مجهول السبب إلى الآن، وأثر هذا الفيروس على القطاع الاقتصادي وعلى الأوضاع الاجتماعية والنفسية في جميع مجتمعات دول العالم، واستطاع هذا الفيروس أن يصيب أكثر من (53) مليون نسمة، وأن يحصد أكثر من مليون وربع المليون روح لحد 2020/11/15م، ولا زال العدد المستمر، ويرجع ذلك الى عدم تكاتف وتحالف بين دول العالم والمنظمات الدولية والشركات المختصة في صنع الادوية في اكتشاف السلاح للمواجهة هذا العدو الخفي، وأن انتشار جائحة كورونا كان له آثار اجتماعية سلبية على جميع المجتمعات سواء كان هذه المجتمعات متقدمة أم متأخرة، الجميع وقع في فخ الجائحة، ومثلما كل أزمة تعصف بالمجتمعات آثار سلبية هناك آثار ايجابية، إذ ان الحجر المنزلي أستطاع أن ينمي العلاقة داخل الأسرة الواحدة (القريبة البعيدة)، كما ظهر التكافل والتضامن داخل المجتمع الواحد عبر المساعدات الغذائية والصحية، فبسبب الجائحة أتاحت فرصة للأزواج بالحوار فيما بينهم وتجاوز كل سوء الفهم الذي كان يحصل فيما بينهم والوصول لنقط التفاهم والتواصل، واعتبر الحجر فرصة للتأمل والاستنتاج، إلا أن الآثار السلبية هي التي طغت في ظل هذه الجائحة، أبرزها العنف المنزلي، إذ أن فترة الحجر الصحي التي تمكثها الأسر في منازلها جراء فيروس كورونا قد تسبب في ظواهر خطيرة أبرزها العنف الزوجي وأصبحت ظاهرة متزايدة، كما أن الجائحة فرضت على فئة معينة من الناس وصم اجتماعي للفئات التي تعرضت للإصابة، إذ يفرض على الشخص المشافي من الإصابة نوع من القطعية والابتعاد القسري خوفا من انتشار العدوى، وفرضت جائحة كورونا تغير العادات والتقاليد نتيجة التباعد الاجتماعي، فغلت المساجد وتوقفت الأفراح وعطلت المدارس والجامعات وأغلقت المحلات التجارية، كما ترك الحجر الصحي آثارا غير معهود على الصحة النفسية ، وعلى ضوء ذلك تم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث محاور، تناول المحور الأول القيم الاجتماعية في ظل جائحة كورونا، أما المحور الثاني تناول الآثار الايجابية الاجتماعية لجائحة كورونا، في حين تناول المحور الثالث الآثار السلبية الاجتماعية لجائحة كورونا.

وتنوع أهمية البحث في كون جائحة كورونا لها آثار إيجابية وسلبية، إلا أن الآثار السلبية هي التي طغت على جميع المجتمعات المتقدمة والمتأخرة، مما أثر على العلاقات الأسرية والعادات الاجتماعية والصحة النفسية. وأن إشكالية البحث تتمحور حول مدى نجاعة الدول في التخفيف من الآثار الاجتماعية لجائحة كورونا إلا أن الآثار السلبية هي التي طغت والمتمثلة بالعنف الأسري والوصم الاجتماعي، وأن هذه الإشكالية تحاول الإجابة عن القيم الاجتماعية في ظل جائحة كورونا، وما هي الآثار الاجتماعية لتلك الجائحة. وتطلق فرضية البحث من أن لجائحة كورونا كان لها تأثير الواضح على القيم الاجتماعية في المجتمعات المتقدمة والنامية.

واعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي، لكون هذا المنهج يحاول الإجابة على ما هي الآثار الاجتماعية لجائحة كورونا، وكيف انعكس ذلك على القيم الاجتماعية الموجود لكل مجتمع، وكذلك اعتمدنا على منهج الاتصال باعتبار أن أي ظاهرة هي بمثابة عملية تفاعلية تأثير وتأثر مصدرها الأساس هو الاتصال.

المحور الأول: القيم الاجتماعية في ظل جائحة كورونا

يواجه العالم أزمة إنسانية تعد من أكبر الأزمات التي تهدد استقراره وتقوض ترابطه وهو وباء جائحة كورونا، الذي يعتبره العلماء المتخصصون واحداً من أخطر الأوبئة العالمية في تاريخ البشرية وأشدّها فتكا بالإنسان، نظراً لسرعة انتشاره طبقياً ومناطقياً في ظل غياب دواء ناجع لمقاومته والقضاء عليه، ويؤرخ لشهادة ميلاده بأواخر شهر كانون الأول 2019م في مدينة ووهان الصينية ومنها انطلق في رحلته حول العالم ليضرب إيران ثم القارة الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية ويحط رحاله إلى جميع قارات الأرض، ومع اختراق الفيروس جميع دول العالم المتقدمة والنامية على حد سواء ومع ارتفاع معدل الاصابات والوفيات به تحول إلى جائحة عالمية لها تداعيات كبيرة في المنظومة الأخلاقية على المستوى الفردي والمجتمعي والدولي⁽¹⁾.

استطاعت أزمة جائحة كورونا أن تحتكر لنفسها لقب أول أزمة شملت جميع دول العالم بدون استثناء في القرن الواحد والعشرين، هذه الأزمة التي أفرزت وضعا غير مسبوق أدى إلى إقرار إجراءات وقائية على رأسها الحجر الصحي الذي منع بموجبه التنقل بين الدول وداخلها، تفاديا للانتقال العدوى التي أثبت الأطباء أنها تنتقل بسرعة في حالة فيروس كورونا أكثر من أي فيروس آخر، الذي أدخل العالم فيما يشبه السبات الكوني وحالة الجمود والترقب أمام كائن مجهري لا يعرف الإنسان كيف يحاربه، مع مرور الوقت أفرز الخوف من الفيروس تخوفات أخرى على مستويات عدة، فتوقف الاقتصاد كان من بين نتائجه تأثر ملايين الناس سلبا بوضعية الجمود الجديدة، وهذا ما حول أزمة كورونا إلى محرك لعملية تفكير ضخمة وسريعة، نتج عنها فقدان شرائح واسعة مداخيلها وتحول المنتمين إليها من أجراء أو ممارسين ملهن حرة تدر مدخولا محترما، إلى شرائح تنتظر ما ستجود به مخططات الدولة عليها من دعم ومساعدات تضمن لها البقاء في مستوى الحد الأدنى من العيش⁽²⁾.

وقد كانت وضعية اقتصاديات الدول عاملاً حاسماً في التخفيف من آثار الأزمة على مواطنيها، إذ أن الدول ذات الاقتصاديات القوية عبأت ميزانيات هائلة لتقديم المساعدات المالية للأسر المتضررة قصد مساعدتها على ضمان الحد الأدنى من حاجياتها، والحفاظ على مستوى أدنى من الاستهلاك يجنب الدورة الاقتصادية الشلل التام، مما قد يحول الأزمة من اقتصادية إلى اجتماعية تؤدي في النهاية إلى أزمات سياسية مفتوحة على المجهول، وأن الدول ذات الاقتصاديات المحدودة، فقد حاولت بسرعة التدخل للتخفيف من حدة التداعيات السلبية للأزمة الاقتصادية، لكن ذلك التدخل كان محدودا ومرتبطا بفترة معينة فرضت الدول فيها على الناس عدم العمل والالتزام بالحجر الصحي تفاديا لانتشار العدوى، وبقدر ما كان تدخل الدول غير كاف عموماً لجميع الفئات المتضررة على غرار الدول ذات الاقتصاديات المماثلة، والتي ترتفع فيها معدلات الفقر والبطالة والتمهيش، فإن ما يساهم في التخفيف بشكل أكبر من تداعيات الأزمة، خصوصيات المجتمعات ومدى تجذر ثقافة التضامن داخلها، وهو تضامن غير مؤسستي يخضع لمنطق المجتمع⁽³⁾.

(1) علي عفيفي علي غازي، جائحة كورونا وأزمة الأخلاق، مركز لندن للبحوث والاستشارات، لندن، المؤتمر التاسع (6-8 حزيران 2020)، ص 425.

(2) سعيد الحاجي، أي دور للمؤرخ في فهم أزمة كورونا؟، مركز تكامل للدراسات والأبحاث، المغرب، الطبعة الأولى، 2020، ص 211.

(3) سعيد الحاجي، مصدر سبق ذكره، ص 211-212.

وأن ظهور الجائحة العالمية كورونا تمكنت من نشر الرعب في الأفراد على كل المجتمعات، لاسيما أن هذه الجائحة جديدة في انتشارها وتطورها وفي عدم وجود اللقاح المناسب لها لحد هذه اللحظة، وأن انتشار الكم الهائل من المعلومات المتدفقة عبر وسائل الإعلام وشبكات التواصل الاجتماعي والتي لا يعرف حتى مصدرها زادت متابعتها فزعا، فأفراد المجتمع يتابعون موضوع الجائحة ومستجداتها بعين مفتوحة فتتكون لديهم صورة من الخوف والفرع، فأصبح العدو الأول للإنسان هو هذا الفيروس المسمى (كوفيد19) وفي كل العالم، وأن هذه الجائحة محطت تتشكل فيها قيماً وسلوكيات جديدة لم تكن في السابق وهي لحظات اختبارية ونتاج سلوك الأفراد فإما أن تخرج منهم ما هو أحمل فيهم أو أحقر ما فيهم، وبالتالي تظهر عدة سلوكيات تساعد على إحداث الروابط الاجتماعية عبر تفاعل الأفراد فيما بينهم، وأن التغيير الاجتماعي على مستوى سلوكيات الأفراد ومدى تفاعلهم مع الوباء أدت به إلى الانخراط في جماعات التضامن، أي نكران الذات والتفكير في حق الآخر على العيش وعلى الوجود داخل المجتمع الواحد، وأن هذا النوع من التحول تظهر نتائجه بعد انجلاء الوباء ونهايته⁽¹⁾.

وتسبب انتشار فيروس كورونا في حالة من الذعر والهلع حول العالم وهو ما وضع القيم الأخلاقية أمام اختبار جديد، إذ بات المجتمع البشري يشهد حالة من القلق المعنوي، فالتسابق لتخزين المواد الغذائية والسلع الأساسية والكمادات الواقية والمعقمات الطبية تسبب في ارتفاع الأسعار، وإذ استمر الوضع فسوف يحرم أفراد المجتمع غير القادرين من الحصول على هذه السلع وهو ما يخلق شعوراً بالأناثية، إذ يقوم بعض الناس بتكديس السلع الغذائية بصورة مفرطة إلى أن أفرغت بعض المواقع التجارية عن آخرها، مما يكشف عن الأناثية الاستهلاكية للإنسان المعاصر غير عابثين بالقيم الإنسانية النبيلة⁽²⁾، كما أن بعض المدونين على وسائل التواصل الاجتماعي صاروا يتمنون انتشار المرض في شعوب بأكملها ويفاخرون بهذه الأمانى، فاتخذ من تفشي المرض فرصة لآذراء مقدسات الآخرين على نحو صريح، وأستغله آخرون فرصة لفرض حالة من الهلع وإشاعة خطاب الكراهية لتصفية حسابات مع خصوم قدامى سياسيين أو اقتصاديين، مع أن الظروف يقتضي التكاتف الإنساني⁽³⁾.

وأن فيروس كورونا ليس فقط أزمة صحية بل أزمة إنسانية على جميع الأصعدة نتج عنها تداعيات اجتماعية واقتصادية وسياسية ونفسية، وأن هذه الأزمة هي أزمة إنسان، أزمة معيشة مواطن، إذ هناك حظر تجوال وتعطيل للأنشطة الاقتصادية، كما أن هذه الجائحة وفق أحد المؤرخين قال بأنه (تهدد الروابط الاجتماعية ويطلق العنان لشكل خفي من حرب أهلية يكون فيها كل واحد حذراً من جاره)، وقد أعلن الأمين العام للأمم المتحدة (أنطونيو غوتيرش) (أن جائحة كوفيد-19 أسوأ أزمة عالمية منذ نهاية الحرب العالمية الثانية وأعرب عن قلقه من أن تسبب تداعياتها بتأجيج النزاعات والحروب في العالم) مؤكداً رغم أنها أولاً وقبل كل شيء أزمة صحية، لكن آثارها بعيدة

(1) آسيا كسور، دور سلطة الضبط الاجتماعي على فعالية التباعد الاجتماعي في ظل جائحة كوفيد19، مجلة التنمية وإدارة الموارد البشرية، جامعة البليدة2،

الجزائر، المجلد8، العدد1، 2020، ص106-107.

(2) رشيد أمشوك، كورونا وأزمة الإنسان المعاصر: في الحاجة إلى أخلاق كوكبية، مجلة المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، العدد499، 2020، ص112.

(3) علي عفيفي علي غازي، مصدر سبق ذكره، ص427.

المدى ويمكن أن تهدد السلم والأمن الدولي، مما قد يؤدي إلى زيادة الاضطرابات الاجتماعية والعنف الذي من شأنه أن يقوض إلى حد كبير قدرتنا على مكافحة المرض. وحذر من إمكانية استغلال الجماعات الإرهابية هذه الفرصة لشن هجمات⁽¹⁾.

وظهرت جائحة كورونا هشاشة النظام الأخلاقي الغربي الذي سيطرت فيه المصالح السياسية والاقتصادية، وبات العالم المستضعف هو ضحية لمعايير تنعدم فيها الرحمة حتى مع أقرب المقربين أباء وأمهات حرموا من حق العيش في هذه الأزمة الانسانية تحت ذريعة أن الحياة للشباب أولى، وعن فرص أكبر للنجاة لدى الشباب، وبالتالي على المسنين أن لا يطالبوا بأجهزة تنفس تمد أعمارهم بضعة أشهر أو سنوات، بل إن بعض المستشفيات رفضت استقبال العجائز، ومنهم من تم وضعهم على المداخل والصالات ينتظرون الموت بأقصى صورة وأفجع منظر وكأنهم ليسوا بشراً وهذه إحدى القيم الأخلاقية في المجتمع الغربي في زمن كورونا⁽²⁾.

وقد تسببت جائحة كورونا ازدياداً في الخلافات الأسرية وارتفاع نسب الطلاق في العديد من الدول كالصين وأمريكا الشمالية وغيرها من الدول، ففي إيران أثناء الحجر المنزلي أعلن (بهزاد وحديدنيا) مدير دائرة الاستشارات النفسية في منظمة الرعاية الاجتماعية ارتفاع نسبة الخلافات الأسرية في إيران ثلاثة أضعاف، وبحسب (وكالة إيرنا) فأن المؤسسة تلقت اتصالات هاتفية يوميا بلغت أربعة آلاف طلب للاستشارات الاجتماعية في ما يتعلق بالعلاقات الزوجية. وفي السياق نفسه أشارت لجنة الأمم المتحدة الاجتماعية والاقتصادية لغرب آسيا إلى أن ظاهرة العنف المنزلي قد ارتفعت وازدادت سوءاً بسبب فيروس كورونا وتداعياته الاجتماعية والنفسية⁽³⁾، كما تسبب الجائحة أزمة أخلاقية تتعلق في طقوس الجنائز ودفن جثث الضحايا كورونا في مكان بمعزل عن المقبرة المخصصة للوئمة، بفعل الآليات المفروضة في إطار الرقابة الاجتماعية⁽⁴⁾.

وأن جائحة كورونا فرضت على كل الناس في العالم الحجر المنزلي، الأمر الذي جعلهم يلزمون بيوتهم طول الوقت، ولم يعد وقت الذهاب والإياب إلى العمل، واختفت لحظات الجلوس والمواعد واللقاءات في المقهى وفي مقرات العمل، ببساطة اختفت العديد من ملامح الوجوه الفتية أو الشابة أو الطاعنة في السن التي يصادفها الإنسان كل يوم صباحا ومساء، وببساطة اختفى الفضاء الواسع للشارع أو الحديقة أو المقهى، لصالح البيت والمأوى الذي يعود إليه الإنسان مساء كل يوم، مع الحجر أعاد المطبخ مركزيته في البيت فجعل الأطعمة سارت تعد داخل البيت، كما أن أوقات تناول الطعام لم تعد ذات أهمية، ومع حالة الحجر وتبعاته يعود كل إنسان إلى ذاته طالبا النجاة له ولأهله ولأقربائه، وفي الوقت ذاته يكون على كامل الاستعداد ليكون له دور في نجاة الآخرين⁽⁵⁾.

(1) نقلاً عن مروان سالم علي، التداعيات الاستراتيجية: السياسية والاقتصادية والاجتماعية لأزمة جائحة كورونا: رؤية مستقبلية لعالم ما بعد كورونا، مركز لندن للبحوث والاستشارات، لندن، المؤتمر التاسع (6-8 حزيران 2020)، ص 645.

(2) علي عفيفي علي غازي، مصدر سبق ذكره، ص 427-428.

(3) رشيد أمنشوك، مصدر سبق ذكره، ص 112.

(4) بن مغنية قادة، كورونا الظاهرة الأنومية قراءة في تأثير الوباء عبر شبكات التواصل الاجتماعي، مجلة المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، العدد 499، 2020، ص 166.

(5) صابر مولاي أحمد، النظام العالمي وسؤال الأخلاق في زمن جائحة كورونا، ضمن مجموعة مؤلفين: الزمن الوبائي: دراسات في الدين والفلسفة والفكر، مركز تكامل للدراسات والأبحاث، المغرب، 2020، ص 362-363.

ونتيجة جائحة كورونا أصبح الجميع مقتنعاً أن سفينة الإنسانية لا يمكن أن تتقدم إلا بالعمل المشترك والتعاون والتضامن والتنسيق الجماعي لمواجهة كل الجوائح سواء كانت طبيعية أو بشرية أو غيرها، وأن الأخوة الإنسانية هي مفتاح الألفية القادمة وهي منطلق سياسية حقيقية حضارية، وأن الاهتمام بالإنسان في شموليته هو مطلب رئيسي كي تجد الأمم حلولاً لاضطراباتها وتناقضاتها، كما يستوجب يقظة إنسانية عالمية تحمي المجتمعات من شتى أشكال الاغتيال والامتناع وتقف وقفه واحدة حينما تهددها الأوبئة والأمراض الفتاكة، ومما لا يقبل الشك أن بعد جائحة كورونا ليست كما قبلها وأول ما يمكن أن يعاد فيه النظر في الأولويات القيمة وضمانات تمثيلها في كل مستويات الحياة الإنسانية ومناخي الوجود الاجتماعي ومداخل ترتيبها كمنطلقات معيارية ضرورية لسلامة المجتمع خاضراً ومستقبلاً، كما يفترض أن يصحح العالم علاقته بالطبيعة ليتجاوز السموم والأوبئة والنفايات وغيرها من المخاطر الطبيعية والإنسانية⁽¹⁾.

المحور الثاني: الأثار الايجابية الاجتماعية لجائحة كورونا

أن للجائحة آثار إيجابية، إذ ان الحجر المنزلي أستطاع أن يني العلاقة داخل الأسرة الواحدة (القريبة البعيدة)، كما ظهر التكافل والتضامن داخل المجتمع الواحد عبر المساعدات الغذائية والصحية، وعلى ضوء ذلك تم تقسيم هذا المحور إلى مطلبين تضمن المطلب الأول تنمية العلاقات الاجتماعية، في حين تضمن المطلب الثاني التضامن الاجتماعي.

المطلب الأول: تنمية العلاقات الاجتماعية

قد أعادت جائحة كوفيد19 تشكيل علاقتنا الاجتماعية. فقد فرض الحجر الصحي على الأسر في جميع أنحاء العالم ما يمكنه وصفه بالقرب القسري، وأرغم الحجر أفراد الأسرة الواحدة على البقاء تحت سقف واحد والتواصل معهم على مدار الساعة⁽²⁾، وأن الحجر لا يخلو من إيجابيات على وضعية الأسرة، والتي عرفت كيفية استغلاله بالطريقة الإيجابية واعتبرته فرصة الاستعادة للعلاقات الأسرية، فإن فترة الحجر شكلت لهم فرصة ثمينة لتوطيد العلاقات الأسرية، وممارسة بعض الهوايات التي كانوا لا يجدون الوقت لها بسبب الانشغال بالعمل، مثل المطالعة والاهتمام بأطفالهم وإقامة جلسات عائلية، مؤكداً أنهم استطاعوا التأقلم مع هذا الوضع ويقضونه بكل سلاسة، بل يحاولون تنوع الأنشطة الرياضية والفكرية والثقافية والعمل والتواصل مع الخارج من داخل البيت عبر التحسيس والتوعية والمساهمة في الجهود المبذولة لتوعية المواطنين بضرورة ما يجب اتخاذه في مثل هذا الوقت، كما يقضون وقتهم مع أطفالهم ويمارسون بعض الهوايات كألعاب الإلكترونية، ويقسمون أعمال المنزل عبر توزيع الأدوار فيما بينهم، وقد لا يجدون الوقت في بعض الأحيان للقيام بكل هذه الأمور⁽³⁾.

(1) رشيد أمروشوك، مصدر سبق ذكره، ص 115-116.

(2) زينب البقري، الأثار المجتمعية لجائحة كورونا على العلاقات والتفاعلات داخل المجتمعات، قضايا ونظرات، مركز الحضارة للدراسات والبحوث، القاهرة، العدد 19، 2020، ص 58.

(3) فاطمة الزهراء خانة، تأثيرات الحجر الصحي على وضعية المرأة داخل الأسرة، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، المغرب، العدد 20، 2020، ص 119-120.

فبعض الأزواج الذي يعتبرون الحجر الصحي نقطة ايجابية، وهم الأزواج الذين تأخذ الأسرة الحيز الأكبر من وقتهم، وهو ما لم يكونوا يتوقعونه في البداية، إذ خلقت لهم فرصة للانكباب على عدد من الأعمال التي كانوا يصدون إنجازها قبل أن يجدوا أنفسهم متأخرين في الاشتغال عليها، إذ لم يكن من السابق متاحا اجتماع الأسرة بمثل هذا الشكل ولكل هذا الوقت، بحيث تعد وجبات الطعام بمثابة لحظة التقاء لا بد من إعادة اكتشافها ومشاركة الدردشة أثناء تناول طعام الإفطار والغداء والعشاء التي غالبا ما يتم التضحية بها في الأوقات الأخرى للإسراع بالذهاب للعمل والمدرسة وهو ما يعد من إيجابيات الحجر الصحي، كما أصبح العديد من الأزواج يساعدون زوجاتهم ويخصصون وقتا أكبر لأطفالهم كالاكتفاء بتدريسهم ومتابعة كل ما يقرؤونه ومساعدتهم في حل واجباتهم المدرسية بشكل أكبر من السابق، إلى جانب ذلك بدأ الزوج يمد يد العون والمساعدة ويشارك في أشغال البيت بشكل أكبر مما كان عليه الأمر قبل الحجر الصحي، وهو ما يعتبر من إيجابيات ومزايا هذه الفترة البوائية، كما أنه بالمقابل يمكن للإنسان استغلال الجانب الإيجابي للحجر المنزلي وهو زيادة التآلف بين الأزواج بسبب قضائهم فترات طويلة في الحجر والذي منحهم فرصة لا تعوض للتكلم مع بعضهم بحيث كثير منهم لا يجدون الوقت بسبب أعمالهم والتزاماتهم، وهذا ما قد ينتج عنه مستقبلا تفادي مجموعة من المشاكل التي قد يمكن أن يصادفها فيما بعد⁽¹⁾.

ومن الأشياء الإيجابية التي أبان عنها الحجر الصحي في ظل هذه الأزمة العالمية واستفادة الأسرة وبشكل خاص المرأة هي تقدير العلاقات الاجتماعية ففي ظل العزلة والابتعاد أصبح الكل يدرك نعمة العلاقات الإنسانية وأهميتها في استقرار النفس وطمأنينتها، مع التفكير في تقويتها وتأطيرها، وذلك من خلال تقسيم الأدوار بين الزوج والزوجة، وإعادة إحياء علاقتهم والتقرب أكثر لأبنائهم، وكذلك التعود على ضبط النفس إذ يعتبر العزل محفزا على ضبط النفس والتحكم في اندفاعاته، فإذا كان بالأمس الاختلاط غاية، فاليوم أصبح الافتراق وقاية وللامتثال للحجر الصحي لا بد من التحلي بالصبر، وأمام هذا الأخير سيصبح للأفراد المناعة الكافية على ضبط النفس والسيطرة عليها، بسبب الابتعاد عن ضغوطات الحياة، كما أصبح الزوج على دراية بالدور الفعال لزوجته داخل الأسرة، مما جعله يشاركها في تدريس أطفالهم والقيام بمجموعة من أعمال المنزل في جو من التآلف فيما بينهم، كما أن الحجر فرصة للتخلي عن بعض السلوكيات السلبية وتغيير مهم في اجتناب العدوى من جهة والابتعاد عن ممارسة بعض السلوكيات المضرة كالإدمان وتضييع الوقت في الخمارات وغيرها، وبفضل الحجر أصبح الزوج يقضي يومه بالبيت مما جعله يتخلى عن الجلوس بالمقهى والأصدقاء⁽²⁾.

وأن جائحة كورونا غيرت من النظام اليومي للأفراد وأصبح اقتناء الحاجيات يخضع لمبدأ الاعتدال مع الحرص على شراء الحاجيات ذات منفعة للجسم وتقوية للمناعة، وشكلت الجائحة فرصة للمصالحة مع الذات في الاختلاء بالنفس ومراجعة الذات عبر استحضار كافة الأفعال والأعمال والأقوال وتقييمها، مع الحرص التام على الرضا بكافة الأوضاع وإيمان بالقدر خيره وشره مع التفكير في تحسين ما يستلزم ذلك، فبسبب الحجر أتاحت

(1) المصدر نفسه، ص 120-121.

(2) المصدر نفسه، ص 121-122.

فرصة للأزواج بالحوار فيما بينهم وتجاوز كل سوء الفهم الذي كان يحصل فيما بينهم والوصول لنقط التفاهم والتواصل، واعتبر الحجر فرصة للتأمل والاستنتاج، إذ يمكن هذا الخبر من معرفة أهمية مجموعة من المهن ودور المرأة فيها وعلى رأسها مهنة الطب، ففي الوقت الذي تلتزم فيه كل فئات المجتمع بالحجر الصحي مخافة العدوى، هناك من يواجه هذا الوباء القاتل كل لحظة لمعالجة المصابين به، كما أعتبر الحجر فرصة لترتيب الأولويات عبر وضع خطة عمل واقعية تراعي تحقيق الأعمال ذات الأسبقية مع تحديد موعد لإنجازها والعقبات التي يمكن تجاوزها لتسهيل أمر إخراجها من مجرد أفكار ذهنية إلى واقع حقيقي ملموس⁽¹⁾.

وأن الظروف الذي أملتته جائحة كورونا التواصل الدائم مع أفراد الأسرة عبر فتح نقاش دائم في مواضيع وإشكالات مختلفة تخض الشباب (ذكر/ أنثى)، بالإضافة إلى ما أصبح متاح الحصول عليه بسبب الجائحة من خدمات اعلامية ودورات تكوينية لمواقع إلكترونية عالمية مجانية، وإمكانية تحميل العديد من الكتب والمجلات العلمية من داخل المكتبات الوطنية والدولية التي لم تكن تسمح بذلك من قبل لإغناء وتنمية الرصيد المعرفي والمهني⁽²⁾.

المطلب الثاني: التضامن الاجتماعي

إن التضامن والتعاون بين بني البشر أمر مطلوب للغاية وضرورة ملحة، إذ لا تقوم حياة المرء إلا بتعاونه مع أبناء جنسه، ولا تستقيم معيشتة إلا بتضافر جهده بجهود إخوانه، وإن التعاون بين الناس لا بد منه لحفظ نسلهم ولتيسير معيشتهم، ولا يمنع من ذلك اختلاف أديانهم أو ثقافتهم، فالأصل الموحد يجمعهم وكوكب الأرض الذي يعيشون فيه يأويهم جميعاً، فليس أمامهم إذن إلا أن يفتح بعضهم على بعض، ويتبادل العون والمنفعة فيما بينهم⁽³⁾.

وأن جائحة كورونا فرضت على الإنسان ضرورة أن يأخذ بيد أخيه الإنسان، ويستند بعضهم على بعض لاسيما في الظروف العسيرة، لمواجهة الأخطار المهددة لوجود الجنس البشري، فيرتقي التضامن الإنساني والتعاون البشري من مستوى مجتمع الأفراد وهو المستوى الأدنى إلى أن يبلغ مستوى المجتمع الدولي وهو المستوى الأعلى، وأن التعاون والتضامن بين الأمم تم تأطيرها بالمواثيق الدولية لتكتسي صبغة شبه إلزامية، فقد أشار ميثاق الأمم المتحدة في المادة الأولى منه إلى أهم أهداف ومقاصد هذه الهيئة الدولية، تحقيق التعاون الدولي على حل المسائل الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية، كما أكدت المادة (55) من نفس الميثاق إذ جاء فيها تعمل الأمم المتحدة على (تيسير الحلول للمشاكل الدولية الاقتصادية والاجتماعية والصحية وما يتصل بها، وتعزيز التعاون الدولي في أمور الثقافة والتعليم)⁽⁴⁾.

(1) فاطمة الزهراء خانة، مصدر سبق ذكره، ص 122-123.

(2) أحمد شراك، جائحة كوفيد-19 وأثارها الاجتماعية والتربوية والنفسية، مركز تكامل للدراسات والأبحاث، المغرب، 2020، ص 120-121.

(3) عبدالله كوعلي، مدى صمود قيمة التضامن الانساني أثناء جائحة كورونا، الزمن الوبائي: دراسات في الدين والفلسفة والفكر، مركز تكامل للدراسات والأبحاث، المغرب، 2020، ص 409.

(4) عبدالله كوعلي، مصدر سبق ذكره، ص 410-411.

ونفذت العديد من البلدان تدابير اجتماعية تستهدف بالدرجة الأولى الأسر المعيشية والفئات الاجتماعية المعوزة والضعيفة، فقد أعلنت تونس عن تدابير استثنائية للمساعدة الاجتماعية تستهدف أكثر الأسر المعيشية هشاشة في المجتمع وهذا الدعم يشمل الأطفال وكبار السن والأشخاص ذوي الإعاقة وتقدم مساعد في شكل تحويلات نقدية حسب الاستحقاق، وعلى نفس المنوال نفذت المؤسسة العامة للضمان الاجتماعي الأردنية عددا من الإجراءات الاجتماعية بما في ذلك تعليق اشتراكات تأمين الشيخوخة للقطاع الخاص وتوسيع نطاق تغطية تأمين الشيخوخة ليشمل الأشخاص المستبعدين سابقا، وتخصيص (50%) من عائدات تأمين الأمومة الخاصة بعام 2020 لتقديم المساعدات العينية والمادية للمسنين والمرضى، كما أطلقت عمان إجراءات اجتماعية تروم توفير الدعم نقدا وعينا للأسر المعيشية المحتاجة والهشة، وأطلقت الهيئة العامة لحماية المستهلك العمانية مبادرة يتم بموجبها تقديم الدعم للأسر المعيشية ذات الدخل المنخفض المتضررة جراء إغلاق المحال التجارية وذلك في شكل سالت غذائية تضم السلع الأساسية أسبوعيا⁽¹⁾.

وظهرت في لبنان مبادرة شبابية لجمع التبرعات وتوزيعها على الآف المحتاجين الذين أجبرتهم إجراءات الحجر الصحي الإجباري على البقاء في المنازل، وخصص أحد المصانع الحياكة كل طاقاته لتصنيع سترات واقية للطواقم الطبي ووزعها مجانا، وفي مصر استحدثت شركة المحلة آلة لصنع الأقنعة⁽²⁾، كما قررت الحكومة المصرية توزيع منح شهرية للعمال غير المنتظمة المسجلة في قاعدة بيانات وزارة القوى العاملة لمدة ثلاثة أشهر يستفيد منها مليون ونصف عامل، وتمت إضافة (100) ألف أسرة جديدة لبرنامج تكافل وكرامة من المتضررين من الجائحة، وتم إطلاق عدد من قوافل الخير إلى عدد من المحافظات لدعم المتضررين بالمواد الغذائية⁽³⁾، وساند في المجتمع الجزائري روح التضامن وبرزت على المستوى الرسمي أو عبر المؤسسات المجتمع المدني⁽⁴⁾، وقامت المملكة العربية السعودية بمجموعة من الإجراءات تمثلت في تعليق العمل المرافق الحكومية دون أي تأثير لهذا القرار على رواتب العاملين، بالإضافة إلى تحمل الدول أعباء حوالي (60%) من رواتب السعوديين بالقطاع الخاص، وأطلقت وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية مبادرات الغرفة الاجتماعية والمتمثلة في مساهمة الشركات بشكل أكبر لصالح الفئات الأكثر تضرر⁽⁵⁾.

وتسعى معظم الدول إلى تحقيق بعض الأهداف من وراء تحقيق المسؤولية الاجتماعية في ظل جائحة كورونا، ومنها توفير حياة كريمة للأسر محدودة الدخل، وتوثيق أو اصر الأخوة بين الفرد ومجتمعه، وأن جهود الدول في تحقيق المسؤولية الاجتماعية جاءت في الوقت المناسب للحد من آثار الجائحة عبر مساندة ودعم الحكومة،

(1) منظمة التعاون الإسلامي، الأثار الاجتماعية والاقتصادية لجائحة كوفيد-19 في الدول الأعضاء في منظمة التعاون الإسلامي الأفق والتحديات،

مركز الأبحاث الإحصائية والاقتصادية والاجتماعية والتدريب للدول الإسلامية، أنقرة، 2020، ص 66.

(2) منير السعيداني، ثالث مستقبل التغيير: الجائحة والرعاية والعدالة، مجلة الديمقراطية، مؤسسة الأهرام، القاهرة، العدد 79، 2020، ص 37.

(3) هويدا عدلي، الحماية الاجتماعية للفئات المتضررة من كوفيد-19 إجراءات وفرص قابلة للتعزيز، مجلة الديمقراطية، مؤسسة الأهرام، القاهرة، العدد 79، 2020، ص 105.

(4) آسيا كسور، مصدر سبق ذكره، ص 108-109.

(5) عبدالحق زباني، المسؤولية الاجتماعية للمؤسسات الاقتصادية في ظل جائحة كورونا، مجلة المؤتمرات العلمية الدولية، المركز الديمقراطي العربي،

برلين العدد 3، تشرين الأول 2020، ص 65.

وتشير الباحثة (سلي بعليكي) أن السلاح الوحيد الذي يمكن استعماله ضد فيروس كورونا هي التعاضد والتكاتف والاحساس بالمسؤولية الاجتماعية وإغاثة المحتاج ومساعدة من فقد مورد رزقة⁽¹⁾، كما أدت الجمعيات المدنية دور أساسي في ظل جائحة كورونا وتركزت على مساعدة كبار السن الذين ليس بمقدورهم الخروج من المنزل، وكذلك على الأفراد الذين انقطعت إيراداتهم وليس لديهم مدخرات، فضلاً عن توزيع المواد الغذائية للعوائل المتضررة⁽²⁾.

المحور الثالث: الأثار السلبية الاجتماعية لجائحة كورونا

أن للجائحة كورونا آثار سلبية انعكس على الدول بصورة عامة وعلى المجتمعات بصورة خاصة، فقد كان نقاش العنف المنزلي والفقر والبطالة والصحة النفسية هي المحور خلال هذه الجائحة، وعلى ضوء ذلك تم تقسيم هذا المحور إلى أربع مطالب، تناول المطلب الأول العنف المنزلي، أما المطلب الثاني تناول التباعد الاجتماعي، في حين تناول المطلب الثالث اغلاق دور العبادة، أما المطلب الرابع أستعرضه الصحة النفسية.

المطلب الأول: العنف المنزلي

يعد العنف الأسري واحدا من أكبر انتهاكات حقوق الإنسان حول العالم قبل تفشي كورونا، وقد زاد تفاقم الوضع مع الجائحة، وبحسب الأمم المتحدة فإن (243) مليون امرأة تتراوح أعمارهن ما بين (15 و49) عاماً، حول العالم تعرضن لعنف جسدي أو جنسي من قبل شريك أو أحد أفراد العائلة في عام 2019م، إلا أن الأرقام الحقيقية قد تكون أعلى بكثير بسبب التحديات الكبرى المتعلقة بجميع البيانات فنسبة (40%) فقط من النساء اللواتي يتعرضن لعنف أسري يتقدمن بطلب مساعدة، وأقل من (10%) من النساء اللواتي يطلبن المساعدة ببلاغ لدى الشرطة ضد من اعتدى عليهن، وفي ظل الظروف الحالية والعزل المنزلي فإن الإبلاغ والحصول على مساعدة صارا أكثر تعقيداً، وأشارت هيئة الامم المتحدة للمرأة أن الضغوط الاقتصادية والاجتماعية التي جاءت نتيجة العزل المنزلي والصحي لفترات طويلة مع مخاوف الأمن والصحة وظروف المعيشة من الممكن أن تساهم في ارتفاع حالات العنف الأسري المنزلي والاستغلال المنزلي⁽³⁾.

وأن جائحة كورونا كان سبب في وقع وطأة أثره الاجتماعي على النساء بشدة فكان حافزا لتنامي ظاهرة العنف الأسري بسبب التدابير الاحترازية المتخذة كإجراءات الاغلاق وحظر التجول ومنع مغادرة المنازل إلا للضرورة القصوى أو في ساعات محدودة ومحددة والتي جاءت نتيجة الحجر الصحي والبعد الاجتماعي المفروض في هذه الفترة قصد القضاء على تفشي وانتشار فيروس كورونا وهذا ما أفرز عن من مخاوف الأمن والصحة وظروف المعيشة، مما زاد في تفاقم الوضع فتسبب في الارتفاع المهول لمعدلات حالات العنف الأسري، مما جعل الأمين العام للأمم المتحدة يدق ناقوس الخطر بشأن انتشار هذا العنف، إذ جاء في بيان له أن (العنف لا يقتصر على ساحات المعارك فبالنسبة للعديد من النساء والفتيات أن مكان يلوح في خطر العنف هو المكان الذي يفترض ب أن يكون واحة الأمان لهن، إنه المنزل)، وإني أوج نداء جديدا اليوم من أجل السلام في الداخل وفي المنازل في جميع أنحاء

(1) عبدالحق زباني، مصدر سبق ذكره، ص66.

(2) المصدر نفسه، ص68.

(3) محمد بومديان، العنف ضد المرأة في زمن الحجر الصحي، مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، العدد8، أيلول2020، ص151-152.

العالم، مضيئا (أننا نعلم أن أوامر عدم الخروج والحجر الصحي ضروريات لكبح جماع اكوفيد19، ولكن في ظل هذه الظروف قد تجد النساء أنفسهن حبيسات المنازل مع شركاء مسيئين فتزايدت مخاوف من تنامي العنف الأسري في ظل إجراءات العزل العام والبقاء الجبري في المنازل)⁽¹⁾.

وإن فترة الحجر الصحي التي تمكثها الأسر في منازلها جراء فيروس كورونا قد تتسبب في ظواهر خطيرة أبرزها العنف الزوجي، فالعنف المنزلي ضد النساء في ظل الحجر الصحي بات ظاهرة متزايدة، لاسيما أن البقاء في المنازل يزيد من فرص الاحتكاك اليومي بين الأزواج، مادام أغلب الرجال متوقفون عن العمل بسبب معظم المقاولات والمقاهي والمطاعم التي يشتغلون بها قد توقفت أنشطتها أو بسبب أرباب العمل الذين اتخذوا قرار تسريح إما بشكل كلي أو جزئي، مما جعل رب الأسرة الذي كان يغيب عن البيت بسبب العمل اليوم أصبح بدوره ملازما بالبيت، وبالتالي تزايد معها الخلافات الزوجية نتيجة سلوكيات انحرافية على شكل العنف سواء الجسدي أو الجنسي، أو النفسي أو العنف الاقتصادي بسبب الفقر والبطالة⁽²⁾.

ويعتبر العنف المنزلي هو المعاملة السيئة التي تتلقاها الأنثى سواء في منزل أبيها أو من قبل أختها أو في منزل زوجها الذين يعتقدون أن لهم عليها حق التأديب، ويعتبر العنف المنزلي انتهاك لحق المرأة في السلامة الجسدية والنفسية، ومن غير المستبعد أن يستمر لسنين عديدة ويتفاقم خصوصا مع الظرفية الحالية مع الحجر الصحي الذي أصبحت معه ظاهرة العنف تزداد سواء من طرف الزوج أو الأب أو الأخ، الذين أصبحوا يمكنون طيلة اليوم بالبيت بسبب فقدان عملهم، الشيء الذي يجعلهم أكثر غضبا وتوترا مما ينتج عنه ردود فعل عكسية ضد المرأة سواء زوجة أو ابنة وأحيانا أما، ويترجم هذا الفعل إلى عنف منزلي يخلق الرهبة والشعور بالإهانة والمذلة ويدمر احترام الإنسان لذاته، وللعنف أشكال متعددة كالعنف الجسدي وهو مجموعة من السلوكيات التي تشكل انتهاكا لحرمة الجسد، والعنف المعنوي النفسي الذي له آثار مدمرة على الصحة النفسية للمرأة نتيجة للإهانات والاحتقار والإهمال والشتيم والكلام البذيء والحرمان من الحرية والاعتداء على حقوقها والتدخل في شؤونها، وإما لجوئه للعنف الجنسي وهو أقصى درجات العنف التي يمكن أن تتعرض له المرأة ويتمظهر في لجوء الزوج إلى إرغام الزوجة على ممارسات جنسية شاذة لا ترغب فيها باستخدام القوة الجسدية أو التهديد دون مراعاة وضعها النفسي والصحي⁽³⁾.

فالمرأة تعد ركيزة الأسرة أصبحت عرضة لتعنيف هي وأطفالها من طرف الزوج، الذي يفرغ كل غضبه على زوجته، دون الأخذ بعين الاعتبار أنها شريكة حياته وأنها تتحمل أعباء أكثر منه لاسيما في ظل الجائحة، من تربية الأبناء وتدريبهم وأعباء المنزل وأكثر فئة تعاني من هذا العنف هن النساء اللواتي لا يتوفرون على مستوى تعليمي

(1) بشرى مزور، العنف الأسري في ظل فترة الحجر الصحي، مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، العدد4، 2020، ص126.

(2) أمين برفود، تأثير الحجر الصحي على العلاقات الأسرية " العنف ضد الزوجة نموذجا"، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والفضائية، المغرب، العدد22، أيلول2020، ص84.

(3) ينظر: فاطمة الزهراء خانة، مصدر سبق ذكره، ص124-125، وكذلك بشرى السالحي، بعض مظاهر تأثير جائحة كورونا على الأسرة -مقاربة قانونية- مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والفضائية، المغرب، العدد21، آب2020، ص81.

عالي ولا يتوفرون على استقلال مادي، مما يجعل بعضهن يفضلن الصمت بسبب الثقافة الشعبية التي ينتمون إليها، التي تبرر العنف والذي يعالج بالصمت والصبر لكي لا تتشرد الأسرة، وهذا ما يجعل الزوج يتمادى في أفعاله، وفي المقابل نجد النساء اللواتي يتمتعن بمستوى تعليم عالي ويتوفرون على عمل يمنح لهم الاستقرار مالي ويتمتعون بمكانة اجتماعية داخل المجتمع، وفئة منهن هي أيضا تعاني من العنف وإن كان في صور أخرى من العنف، فمجموعة منهن خلال الحجر الصحي أصبحن يزاولون عملهن من المنزل، مما سيجعلهن عرضة للعنف الزوجي ولاسيما العنف النفسي واللفظي من أزواج لا يحبون فكرة مساعدة زوجاتهم بأعباء المنزل وتربية الاطفال والقيام بتدريسهم رغم تواجدهم طيلة اليوم بالبيت فيلقون كل المسؤولية على الزوجة⁽¹⁾.

وهناك العديد من العلاقات الزوجية انتهت بسبب جائحة كورونا وبالأخص خلال فترة الحجر الصحي بالمنزل، والذي كان وراء فشل مجموعة من الزوجات بسبب مشاكل تم اكتشافها بعد المكوث بالمنزل طيلة اليوم، كأن الأزواج لا زالوا في مرحلة التعرف على بعضهم مما تبين لعدد منهم تباعد بعضهم عن بعض فكريا وعاطفيا وذلك راجع لضغوطات الحياة ومتطلباتها والتزامات العمل وأيضا بسبب اختلاف أولوياتهم والتزاماتهم ونظرتهم للمستقبل مع بعضهم، مما أدى بالبعض في الدخول في خلافات أدت إلى اتخاذ قرار بالانفصال وإنهاء العلاقة الزوجية القائمة⁽²⁾، ودقت هيئة الأمم المتحدة ناقوس الخطر بسبب تزايد عدد المشكلات المتعلقة بالعنف الأسري بكل دول العالم، ففي كلمة للأمين العام للأمم المتحدة (أنطونيو غريش)، حث حكومات العالم على اتخاذ تدابير للحد من العنف ضد المرأة وتوفير سبل الانتصاف لضحاياها كجزء من خطة العمل الوطنية ضد الجائحة ، كما وصفت مستشارة الأمين العام للأمم المتحدة والأمنية التنفيذية للإسكوا آفة العنف ضد النساء في زمن الحجر الصحي بالجائحة المستترة ، ذلك أن الحجر الصحي أدى إلى عزل المرأة عن العالم الخارجي من قبل المعنف بالإضافة إلى الصعوبات التي تواجهها النساء ضحايا العنف في طلب المساعدة⁽³⁾.

وارتفعت معدلات العنف المنزلي في كثير من الأسر في دول متعددة، وازدادت معدلات الطلاق وفرضت المزيد من الأعباء على الأسر بعد انغلاق الحضانات والمدارس والجامعات والعمل من المنزل، ففي الصين وهونغ كونغ التي طبقت إغلاقاً شاملاً في احتواء الجائحة، خلفت بعض الشروخ العميقة في العلاقات الأسرية، وشهدت مدينة شيان الصينية ارتفاعاً غير مسبوق في طلبات الطلاق بعد إعادة فتح مكاتب تسجيل الزواج، ورصدت الأمم المتحدة تسجيل عديد من الدول مثل كندا وفرنسا وألمانيا وإسبانيا والمملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية معدلات مرتفعة لاستغاثات النجدة من ضحايا العنف المنزلي وطلبهم لتوفير خدمات الملاجئ، كما ازداد عدد

(1) ينظر: فاطمة الزهراء خانة، مصدر سبق ذكره، ص126-127، وكذلك الأمم المتحدة للسكان، فيروس كورونا المستجد(كوفيد-19): من منظور

النوع الاجتماعي، موجز تقني، مارس/ آذار2020، ص7.

(2) فاطمة الزهراء خانة، مصدر سبق ذكره، ص127-128.

(3) بشرى السالمي، مصدر سبق ذكره، ص93.

البلاغات المسجلة عبر الخطوط الساخنة في سنغافورة وقبرص بنحو (30%)، ووصلت نسبة ضحايا اعتداءات العنف المنزلي المتزايدة (40%) بين العاملات في الصوف الأولى في استراليا وبالتحديد مقاطعة جنوب ويلز⁽¹⁾.

المطلب الثاني: التباعد الاجتماعي

يقصد بالتباعد الاجتماعي الحفاظ على مسافة أو مساحة بين الأشخاص للمساعدة على منع انتشار المرض وإبطاء انتشار فيروس كوفيد-19، وتقليل خطر الإصابة به، والابتعاد عن الآخرين بمسافة 6 أقدام أي (1,8) متر على الأقل، ويعد الحفاظ على التباعد الجسدي أمراً مهماً حتى لو لم يكن الشخص مريضاً⁽²⁾.

ويهدف التباعد الاجتماعي إلى التقليل من التواصل والاختلاط بين أفراد المجتمع في حال ما كان العديد منهم حاملين للفيروس قبل تشخيص المرض وعزلهم، وتظهر أهميته خاصة في الوقاية من الأمراض التنفسية التي تنتقل عبر الرذاذ والتي تتطلب بعض التقارب والاختلاط بين الأشخاص كما أنها جد مفيدة في حال ما إذا كانت العدوى قد حدثت بين أفراد المجتمع الواحد، وفي المقابل فإن دورها قد يكون محدوداً إذا كانت العدوى متعددة المصادر أوفي حال ما طبقت خصيصاً على الأشخاص المصابين، وتشمل هذه الطريقة غلق الأماكن التي تساعد في اختلاط الأشخاص كالمدارس والجامعات ودو العبادة ومنع كل أنواع التجمعات⁽³⁾.

ولتجنب انتشار فيروس كورونا فرضت السلطات في جميع أنحاء العالم التباعد الاجتماعي الذي يترتب عليه العزلة بين الناس، وإجبار السكان على البقاء في المنزل وإغلاق أماكن الاجتماعات والعزلة الطوعية لكبار السن، في حين أن هذه التدابير يمكن أن تكون فعالة ضد انتقال المرض، فأنها تؤدي أيضاً إلى العزلة الاجتماعية لكثير من الناس، وأن هذه العزلة تحفز الشعور بالوحدة، بالإضافة إلى أنها تعزز أعراض الإجهاد اللاحق للصدمة والارتباك والغضب، وأن هذا التباعد وإن كان إلزاماً صحياً إلا أنه ظل رفاهية طبقية لا تتحملها ظروف الكثير من المواطنين الفقراء والمهمشين، ومن ثم أعاد تلك الجائحة مساءلة قضية العدالة الاجتماعية والمساواة، إذ أن فرص الوقاية والشفاء ورفاهية الحماية منه ليس متوفرة للجميع ولاسيما الفقراء الذين لا يملكون شيء إلا قوتهم اليومي، وكان العبء الاقتصادي بسبب الجائحة أكثر تأثيراً على العلاقات الاجتماعية⁽⁴⁾.

ولقد فرضت جائحة كورونا تغير العادات والتقاليد نتيجة التباعد الاجتماعي، فحفلات الزفاف أصبحت تقتصر على عقد الزفاف بحضور الأشخاص المعنيين في الكنيسة أو المحكمة دون حاجة لما سبق من تقاليد وتجمعات وعروضات ومشاركة العوام تكون عبر إرسال التهاني عبر الهاتف، وكذلك تقديم النقود أو الهدايا عبر التبرع على الحساب البنكي، وكذلك تقتصر مراسيم الاتراح (دفن المتوفي) من قبل جمعيات دفن الموتى أو الأشخاص المقربين مع أخذ الحيطة والحذر والالتزام بقواعد التباعد الاجتماعي، وتقبل التعازي عبر وسائل

⁽¹⁾ ينظر: نوران حسن، جائحة كورونا والعنف المنزلي، المعهد المصري للدراسات، استنبول، 2020، ص11، وكذلك زينب البقري، مصدر سبق ذكره، ص59.

⁽²⁾ أحمد مريحييل حريش، التباعد الاجتماعي والعزل الجغرافي كحل للتصدي لوباء كورونا19، مركز لندن للبحوث والاستشارات، لندن، المؤتمر التاسع (6-8 حزيران 2020)، ص24.

⁽³⁾ محمد لويس، أهمية الحجر الصحي والتباعد الاجتماعي في الوقاية من الأمراض المعدية، مجلة التمكين الاجتماعي، جامعة عمارتليجي الأغواط، الجزائر، المجلد2، العدد2، حزيران 2020، ص85.

⁽⁴⁾ للمزيد ينظر إلى زينب البقري، مصدر سبق ذكره، ص60-62.

التواصل الاجتماعي وتقديم المساهمات بواجب العزاء بدل من تقديم الطعام والمساهمات العينية (المواد الغذائية) والمساهمات المالية، وأن جائحة كورونا فرضت سلوكيات على المجتمعات لم يتعايش معها، فقد تمت صلوات العيد في المساجد بأقل عدد المصلين وكذلك في الكنائس مع الالتزام قدر الإمكان باستعمال وسائل الوقاية والتعقيم والتباعد الاجتماعي، فيما كانت الأسواق مغلقة بحدودها فلم يتمكن المواطنون من شراء كل ما يحتاجونه باستثناء بعض الأطعمة والحاجيات الضرورية⁽¹⁾.

ولقد نجحت الحكومات في إخضاع المواطن لحظرة الدولة، التي صار بقدرها أن تصدر إملأاتها وتعليماتها وأوامرها باسم مكافحة كورونا، وفرض الهيمنة، وإخضاع المواطن بوسائل الضبط الاجتماعي، ولا يخفى على أحد ما لهذه التطورات الخطرة من أذى وضرر يلحق بالفرد على المستويين القريب والبعيد⁽²⁾، وقد فرض التباعد الاجتماعي الابتعاد عن العائلة الممتدة وعن الأهل والأصدقاء والأحباب وزملاء الوظيفة، بالإضافة إلى تجميد كل المشاريع العائلية من الخطوبة والزواج والسفريات وغيرها، كما تم تجميد جميع المناسبات حتى حضور جنازات الأقربون من الأهل والأصحاب التي كان لها الأثر الواضح في عملية التواصل الاجتماعي⁽³⁾، وأن جائحة كورونا فرضت على فئة معينة من الناس وصم اجتماعي قاسي للفئات التي تعرضت للإصابة بجائحة كورونا وتمثلت للشفاء أو فقدت أحد أفراد عائلتها المقربين، ولاسيما في المناطق النائية، إذ يفرض على الشخص المشافي نوع من القطعية والابتعاد القسري خوفا من انتشار العدوى⁽⁴⁾.

المطلب الثالث، أغلاق دور العبادة

عد الإسلام حياة الإنسان المقصد الأول الذي ترجع إليه سائر المقاصد الأساسية بعد المحافظة على الدين، فكان حفظ النفس ثاني الضروريات التي رعتها الشريعة الإسلامية وشرعت لها الضوابط والقواعد للمحافظة عليه، ويظهر هذا في بيان آثار تحقيق مقصد حفظ النفس على الأفراد وذلك بحماية الفرد من كل ضرر جسدي أو معنوي أو أممي، وإزالة كل ما يحول دون تحقيق غاياته الشريفة بالوسائل المشروعة، كما تظهر آثار تحقيق مقصد حفظ النفس على المجتمعات بسلامة المجتمع من الأمراض العضوية كالأوبئة، وذلك بسيادة روح المحبة والتآخي والإيثار، وسيادة قوة الدولة بتحقيق الأمن وردع العدوان، وإذ كان حفظ النفس من الضروريات التي تعلق على الجميع، فإن أثر جائحة كورونا يقتضي منع كل تجمع لمواجهة هذه الجائحة، وإن كان بإغلاق دور العبادة⁽⁵⁾.

(1) ربيحة موسى أحمد علي، تغير العادات والتقاليد والأعراف في المجتمع اللبناني بفعل جائحة كورونا، مركز لندن للبحوث والاستشارات، لندن، المؤتمر التاسع (6-8 حزيران 2020)، ص 210.

(2) لاهاي عبدالحسين، سجن الحماية: جائحة كورونا، مقاربة اجتماعية، ضمن مجموعة مؤلفين: أزمة كورونا وانعكاساتها على علم الاجتماع والعلوم السياسية والعلاقات الدولية، مركز ابن خلدون للعلوم الإنسانية والاجتماعية، الدوحة، 2020، ص 56.

(3) آسيا كسور، مصدر سبق ذكره، ص 108.

(4) بكيس نور الدين ورزقي نوال، قراءة سوسيولوجية في تداعيات جائحة كورونا بالمجتمع الجزائري، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، الجزائر، المجلد 7، العدد 2، 2020، ص 697.

(5) سمر مصطفى الشراوي، مقصد حفظ النفس وأثره في إغلاق دور العبادة وقت تفشي فيروس كورونا (كوفيد-19)، مركز لندن للبحوث والاستشارات، لندن، المؤتمر التاسع (6-8 حزيران 2020)، ص 289-290.

فقررت دول إسلامية عديدة إغلاق المساجد ودور العبادة كافة بشكل مؤقت في إطار الإجراءات المتخذة لمواجهة فيروس كورونا تماشياً مع القرار الرسمي في الإعلان عن حالة الطوارئ، إذ أن التجمعات داخل هذه دور العبادة رغم ما تحظى به من قدسية فهي مثلها مثل باقي التجمعات الأخرى، لهذا قررت دول عديدة إغلاق دور العبادة وتعليق الصلاة والخدمات داخلها، ومنها السعودية وتونس والأردن والكويت والإمارات، وفي فلسطين أعلنت دائرة الأوقاف الإسلامية في القدس إغلاق المصليات المسقوفة داخل المسجد الأقصى كإجراء وقائي لمنع انتشار فيروس كورونا، وفي المغرب أصدر المجلس العلمي الأعلى فتوى في موضوع إغلاق المساجد مؤقتاً بناء على طلب فتوى من الملك (محمد السادس) كونه رئيس المجلس العلمي، بهدف الحرص على الوقاية من الفيروس بإغلاق أماكن عمومية وخصوصية، وأوقفت السعودية الصلاة في كافة المساجد فيها، باستثناء المسجد الحرام في مكة المكرمة والمسجد النبوي في المدينة المنورة للحد من انتشار الفيروس، ثم بعد ذلك أوقفت صلاة الجمعة فيهما وسمحت بالصلاة العادية مع أخذ مسافة الأمان⁽¹⁾.

واتخذت المؤسسات الدينية الرسمية في مصر (الأزهر- دار الافتاء- الكنيسة- وزارة الأوقاف) حزمة من الإجراءات التي تتوافق مع السياسات الوقائية التي تتخذها الدولة، وكان من أبرزها قرار إغلاق المساجد وتعطيل صلاة الجمعة والصلاة في الكنائس، وبالرغم من صلاحية الاختصاص القانوني لوزارة الأوقاف باتخاذ قرار إغلاق المساجد إلا أنها سعت إلى توفير الإطار الشرعي لاستصداره عبر فتوى هيئة كبار العلماء بالأزهر الشريف التي إجازات إيقاف صلوات الجمع والجماعات لحماية للناس من الفيروس، وقد فرضت وزارة الأوقاف إطاراً رقابياً لضمان الالتزام بتطبيق هذه الإجراءات وقامت بإنهاء خدمة عدد من مقيمي الشعائر لمخالفتها هذه الإجراءات⁽²⁾.

ويساهم رجل الدين ورجل الدولة بما يملكون من مقومات وسلطة تأطير الجماهير والتأثير فيهم من أجل إقناع الناس بالبقاء في البيوت، فالموضوع ديني وصحي وسياسي، لذلك ساعد بعض القادة الدينيين في ذلك مثل (السيد علي السيستاني) في العراق الذي يحظى بمكانة كبيرة لدى طائفته وله حضور قوي، إذ قال (من نقل العدوى دية عليه أن يدفعها، بغض النظر عن دينه أو مذهبه)، مؤكداً أنه من غير الجائز للمريض أن يختلط بالآخرين مطلقاً، وأن عليه أن يلتزم التعليمات الصادرة بهذا الشأن، ورغم الفتاوى الرسمية في بعض الدول إلا أن مشايخ ورجال الدين وبعض الحركات والطوائف كان لهم دور كبير في نجاح أو فشل الحظر الصحي، لهذا يقول الخبراء لولا فتوى السيد السيستاني لواجهت الحكومة العراقية من الصعوبات في تطبيق الحظر الصحي، وأجاز (الشيخ عبد الله المنيع) عضو هيئة كبار العلماء بالسعودية، للحكومة معاقبة من يتعمد نقل عدوى فيروس كورونا للغير عن طريق مخالطتهم بالقتل، وأكد المنيع أن الخروج للتجمعات رغم التحذيرات التي أكدتها الجهات الخاصة بالدولة جريمة وأذى⁽³⁾.

(1) عبدالرحيم بودلال، الالتزام بالحجر الصحي بين الامتثال لتعاليم الدين والامتثال لتعاليم العلم: قراءة في حالات، ضمن مجموعة مؤلفين: الزمن الوبائي: دراسات في الدين والفلسفة والفكر، مركز تكامل للدراسات والأبحاث، المغرب، 2020، ص 422-423.

(2) مهيب عادل، جائحة كورونا والمقاربة الدينية، احوال مصرية، مركز الأهرام للدراسات السياسية والاستراتيجية، القاهرة، العدد 77، 2020، ص 136.

(3) نقلاً عن عبدالرحيم بودلال، مصدر سبق ذكره، ص 425-426.

وبالرغم من هذه الإجراءات التي اتخذتها المؤسسات الرسمية الدينية، إلا أنه كان لها أصداء مجتمعية سلبية أدت إلى نشوء حالة من الجدل المجتمعي، نظراً لتلقف مجموعة من الدعاة الدينيين المتشددين لهذه الإجراءات وساقوا خطاباً استقطابياً رافضاً لتلك الإجراءات الوقائية استناداً إلى تحفيز الحالة الشعورية بالاستعلاء الإيماني الكافي للوقاية من العدوى، وقد لجأ عدد من الدعاة الدينيين ليس في الدين الإسلامي فقط وإنما في الديانات الأخرى، وذلك بزعم عصمة الطائفة المؤمنة من العدوى موضع الابتلاء والعقاب الالهي وفقاً لتصوراتهم، فعلى سبيل المثال اتجه احد الدعاة بمحافظات الصعيد إلى القول بأن المؤمن مستحيل أن يصيبه فيروس كورونا لأنه مؤمن وموحد بالله، كما ذهب أحد رموز التيار السلفي إلى الدفع بعدم الحاجة لغلق المساجد معللاً بذلك بأن الفيروس لا يصيب إلا الكفار، بينما نشأت حالة من الجدل داخل الكنيسة نتيجة رفض بعض القساوسة التدابير الاحترازية للوقاية من العدوى التي تم اتخاذها، وانسحبت حالة الرفض إلى الديانة اليهودية، إذ دعا الحاخام (حايم كانيفسكي) أحد كبار زعماء التيار الحريدي المتشدد في الكيان الصهيوني إلى مخالفة تدابير مكافحة كورونا بشأن إغلاق المدارس الدينية والمعابد في إطار مواجهة تفشي الفيروس⁽¹⁾.

المطلب الرابع: الصحة النفسية

أن مفهوم الحصانة الجسدية هي قدرة الفرد على مقاومة عدوى معينة من خلال عمليات جسدية مضادة، وبعبارة أخرى تعني المناعة امتلاك حالة متوازنة من آلية الدفاع البيولوجي الكافية لمكافحة العدوى أو الأمراض أو الغزو البيولوجي غير المرغوب فيه والتسامح المناسب لتجنب الحساسية وأمراض المناعة الذاتية، أما الحصانة النفسية فتتمثل في التحلي بمجموعة من الخصائص المتمثلة في الثقة بالنفس والإيمان بقدرتها على مواجهة الصعاب والتحديات سواء كانت نفسية أو اجتماعية أو صحية، وذلك أن الحصانة النفسية هي امتلاك الفرد القدرة على مواجهة الأزمات والضغط النفسي وتحمل المصاعب والمتاعب ومقاومة ما ينتج عنها من مشاعر وأحاسيس وأفكار تجعله في مأمن مما يعاني منه أقرانه ممن واجهوا نفس الظروف والأحداث⁽²⁾.

وقد ترك الحجر الصحي غير المعهود آثاراً نفسية كبيرة، ذلك أن عدم اليقين من طبيعة المرض هو سبب رئيسي للإجهاد النفسي بين الناس، ومع إعلان منظمة الصحة العالمية أن جائحة كورونا باعتبارها وباء، بتاريخ 11 مارس/ آذار 2020، كان ذلك بمثابة زيادة سريعة في مستوى الخوف والقلق بين عامة الناس، ومما زاد في تفاقم الوضع أن المرض الناجم عن العدوى لم يكن قد تم التعرف عليه، مع عدم وجود لقاحات أو أدوية معتمدة هي عوامل تزيد من الضائقة، كما أن الناس الذين يعيشون بعيداً عن أسرهم وأحبائهم في إطار الدراسة أو العمل، هم أكثر عرضة لخطر الإصابة بمشاكل الصحة العقلية مثل الاكتئاب والقلق، وأن الأفراد الذين يعيشون بمفردهم هم أكثر استعداداً للمعاناة بضغط نفسي، وبالتالي أكثر عرضة للمرض، وإن كانت شبكات التواصل الاجتماعي تساعد الناس على التأصل والارتباط في أوقات التباعد الجسدي، إلا أنها تعتبر مصدراً رئيسياً لانتشار الشائعات والمعلومات

(1) مهاب عادل، مصدر سبق ذكره، ص136-137.

(2) بوفلجة غيات، دور الرفاه النفسي في تدعيم الحصانة النفسية والجسدية لمواجهة وباء كوفيد-19، المجلة الدولية للدراسات التربوية والنفسية،

المركز الديمقراطي العربي، برلين، العدد10، 2020، ص292.

الكاذبة والمشوهة، مما يزيد من إجهاد وضغوط فئة واسعة من المجتمع، لاسيما في ظل عدم ثقة نسبة كبيرة من المواطنين في وسائل الإعلام الرسمية بسبب فشل هذه الأخيرة في كسب ثقة المشاهدين⁽¹⁾.

ويرى بعض الأخصائيين النفسيين أن العالم قد يشهد أزمة صحية بسبب تداعيات الجائحة على الصحة النفسية، وأظهرت دراسة أجريت في هونغ كونغ في أعقاب تفشي متلازمة الالتهاب التنفسي الحاد (سارس) أن الناجين من المرض ظلوا يعانون من الضغوط النفسية والاكتئاب بمستويات مثيرة للقلق بعد عام من تفشي المرض، ومن المتوقع حتى عندما ينحسر الوباء وتعود الحياة إلى طبيعتها أن تستمر الضغوط النفسية لأشهر، لاسيما وصمة العار التي تصاحب عادة المريض وتغير شكل الحياة المعتاد للبعض، والخوف من الموت مع تزايد اعداد المتوفين ونشر أخبار الوفاة وأعدادها لاسيما مع تشابه أعراض كورونا مع نزلات البرد العادي، فيصاب المرء بالتوتر في كل مرة يتعرض لهذه الأعراض فيتولد الخوف من المجهول بسبب هذا الفيروس الخفي⁽²⁾.

والفعل ترجمت الأثار النفسية لهذا الخوف فعلياً على أرض الواقع وظهرت حالات تكديس السلع الغذائية والتهافت عليها، وارتفاع مبيعات السلاح بعدد من الدول تحسباً للأسوأ، فضلاً عن حالات الوصم الاجتماعي المصاحبة لفيروس كورونا سواء على الصعيد الدولي أو المحلي، فدولياً ظهرت العنصرية وجرائم الكراهية التي تعرض لها الآسيويون عامة والصينيون خاصة، ومحلياً أدى تمدد رقعة انتشار الفيروس وارتفاع المصابين والوفيات إلى زيادة مخاوف الناس، واتساع ظاهرة الوصم المجتمعي والتنمر على المصابين بالفيروس والمتوفين به وذويهم، ومع تحول حالة التباعد والعزل من أسابيع إلى أشهر تزداد المعاناة الصحية والنفسية للعديد من الأفراد حول العالم، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، فطبقاً للاستطلاع أجرته مؤسسة كايزر الأمريكية، فما يقرب من نصف الأمريكيين يشعرون بأن أزمة كورونا وحالة التباعد الاجتماعي قد أثرت بالفعل على صحتهم النفسية والعقلية، وأن الأمر تصاعد إلى مستوى الصدمة النفسية على مستوى البلد، في المقابل عمدت مختلف الدول من بينها مصر إلى الإعلان عن برامج إعادة التأهيل وتقديم الدعم النفسي للمصابين بالفيروس أو من تظهر عليهم الاضطرابات النفسية، فتم تخصيص أرقام ووسائل عدة لتقديم المساعدة وهو أمر عادة ما يحدث بعد الأزمات والكوارث والحروب أو الأوبئة كما هو الحال اليوم⁽³⁾.

الخاتمة:

أن ظهور جائحة كورونا في أواخر عام 2019م في الصين كان لها آثار اجتماعية ايجابية وسلبية، إذ تمكنت تلك الجائحة من نشر الرعب في كل المجتمعات، لاسيما أن هذه الجائحة جديدة في انتشارها وتطورها وفي عدم وجود اللقاح المناسب لها لحد هذه اللحظة، فأصبح العدو الأول للإنسان هو هذا الفيروس المسى (كوفيد19) وفي كل العالم، وتسبب الاخير في انتشار حالة الذعر والهلع حول العالم وهو ما وضع القيم الأخلاقية أمام اختبار جديد، إذ بات المجتمع البشري يشهد حالة من القلق المعنوي، فالتسابق لتخزين المواد الغذائية والسلع الأساسية

(1) المصدر نفسه، ص295-296.

(2) زينب البقري، مصدر سبق ذكره، ص65.

(3) مهيرة خليفة، تداعيات كورونا على الحياة النفسية والاجتماعية، ضمن سلسلة جائحة كورونا وحتمية التفاضل عن بعد، مجلة القانون والأعمال

الدولية، أكاديمية العلاقات الدولية، تركيا، عدد خاص، 2020، ص689-690.

والكمادات الواقية والمعقمات الطبية تسبب في ارتفاع الأسعار، وأنعكس ذلك على القيم الاجتماعية فازدادت الخلافات الأسرية وارتفعت نسب الطلاق في العديد من الدول، كما سببت تلك الجائحة أزمة أخلاقية تتعلق في طقوس الجنائز ودفن جثث الضحايا كورونا في مكان بمعزل عن المقبرة المخصصة، بفعل الآليات المفروضة في إطار الرقابة الاجتماعية، كما فرضت على كل الناس في العالم الحجر المنزلي، الأمر الذي جعلهم يلزمون بيوتهم طول الوقت، وأن الحجر له آثار ايجابية على وضعية الأسرة، إذ عرفت كيفية استغلاله بالطريقة الإيجابية واعتبرته فرصة الاستعادة للعلاقات الأسرية، فإن فترة الحجر شكلت لهم فرصة ثمينة لتوطيد العلاقات الأسرية، وممارسة بعض الهوايات التي كانوا لا يجدون الوقت لها بسبب الانشغال بالعمل، مثل المطالعة والاهتمام بأطفالهم وإقامة جلسات عائلية، مؤكدين أنهم استطاعوا التأقلم مع هذا الوضع ويقضونه بكل سلاسة، بل يحاولون تنوع الأنشطة الرياضية والفكرية والثقافية والعمل والتواصل مع الخارج من داخل البيت عبر التحسيس والتوعية والمساهمة في الجهود المبذولة لتوعية المواطنين بضرورة ما يجب اتخاذه في مثل هذا الوقت، كما يقضون وقتهم مع أطفالهم ويمارسون بعض الهوايات كاللعب ألعاب الإلكترونيات، ويقسمون أعمال المنزل وذلك من خلال توزيع الأدوار فيما بينهم، إلى جانب ذلك بدأ الزوج يمد يد العون والمساعدة ويشارك في أشغال البيت بشكل أكبر مما كان عليه الأمر قبل الحجر الصحي، وهو ما يعتبر من إيجابيات ومزايا هذه الفترة الوبائية، بالمقابل تسبب فترة الحجر الصحي في ظواهر خطيرة أبرزها العنف الزوجي، فالعنف المنزلي ضد النساء في ظل الحجر الصحي بات ظاهرة متزايدة، لاسيما أن البقاء في المنازل يزيد من فرص الاحتكاك اليومي بين الأزواج، مادامت هذه الظرفية أغلب الأزواج متوقفون عن العمل، وأزداد الفقر والبطالة في جميع دول العالم المتطورة والنامية، كما أغلقت المحلات التجارية، وعلقت الدراسة في المدارس والجامعات، وعطلت الحياة اليومية، واغلقت دور العبادة، بالإضافة إلى الحالة النفسية التي خلفته لدى كل فرد.

وعلى ضوء ذلك نقدم جملة من التوصيات بالشكل الآتي:

1. يتوجب على الدول في التخفيف من آثار هذه الأزمة عبر تقديم المساعدات المالية للعوائل الفقيرة، وأن تشجع التضامن المجتمعي عبر تقديم المكافآت الرمزية، كما يتوجب على مرجعيات الدين بمختلف مسمياتها وتوجهاتها أن تؤدي دورها الديني، عبر تثقيف المجتمع من هذه الجائحة ومدى أضرارها على الآخرين، وتقديم المساعدات الخيرية بقدر الإمكان، كما يتوجب على منظمات المجتمع المدني أن تؤدي ما عليه من واجبات لاسيما في ظل هذه الأزمة.
2. يتوجب أن تسود بين المجتمعات العالمية بصورة عامة والمجتمعات بصورة خاصة حالة من التضامن والتكافل والتعاون، وهو أمر ضروري إذ ارادت الدول أن تقضي على أي وباء أو أزمة، وبالتعاون تحل الأزمات وتنفك المحن.

3. تسببت جائحة كورونا حالة من الرعب والخوف لدى جميع المجتمعات المتقدمة والمتأخرة، مما انعكس على الآثار النفسية لاسيما للأشخاص المصابين، وما صاحبها من وصم اجتماعي، لذلك يتوجب على الدول أن تفتح مراكز تأهيلية للتقديم الدعم النفسي للمصابين أو من تظهر عليهم الاضطرابات.
4. يتوجب على العوائل أن تستغل فترة الحجر وتعيد ترميم العلاقة من جديد بعد أن كانوا مندغلين في العمل والانكباب على عدد من الأعمال لاسيما في اعمال البيت، والاستمتاع مع الأطفال، كما يتوجب على الحكومات العالمية وبالتحديد في الدول المتأخرة وبالتعاون مع الأمم المتحدة أن تضع حداً لظاهرة العنف الأسري لاسيما في ظل الأزمات عبر تشريع قوانين توفر الحماية للمرأة وتضعها في المكان الصحيحة ومحاسبة من يرتكب العنف ضد الأسرة (المرأة ، الأبناء) بالسجن وبالغرامة المادية.

قائمة المصادر والمراجع

اولاً-الكتب:

1. أحمد شراك، جائحة كوفيد-19 وأثارها الاجتماعية والتربوية والنفسية، مركز تكامل للدراسات والأبحاث، المغرب، 2020.
2. سعيد الحاجي، أي دور للمؤرخ في فهم أزمة كورونا؟، مركز تكامل للدراسات والأبحاث، المغرب، الطبعة الأولى، 2020.
3. صابر مولاي أحمد، النظام العالمي وسؤال الأخلاق في زمن جائحة كورونا، ضمن مجموعة مؤلفين: الزمن الوبائي: دراسات في الدين والفلسفة والفكر، مركز تكامل للدراسات والأبحاث، المغرب، 2020.
4. عبدالرحيم بودلال، الالتزام بالحجر الصحي بين الامتثال لتعاليم الدين والامتثال لتعاليم العلم: قراءة في حالات، ضمن مجموعة مؤلفين: الزمن الوبائي: دراسات في الدين والفلسفة والفكر، مركز تكامل للدراسات والأبحاث، المغرب، 2020.
5. عبدالله كوعلي، مدى صمود قيمة التضامن الانساني أثناء جائحة كورونا، الزمن الوبائي: دراسات في الدين والفلسفة والفكر، مركز تكامل للدراسات والأبحاث، المغرب، 2020.
6. لاهاي عبدالحسين، سجن الحماية: جائحة كورونا، مقارنة اجتماعية، ضمن مجموعة مؤلفين: أزمة كورونا وانعكاساتها على علم الاجتماع والعلوم السياسية والعلاقات الدولية، مركز أبن خلدون للعلوم الإنسانية والاجتماعية، الدوحة، 2020.
7. منظمة التعاون الإسلامي، الأثار الاجتماعية والاقتصادية لجائحة كوفيد-19 في الدول الأعضاء في منظمة التعاون الإسلامي الآفاق والتحديات، مركز الأبحاث الإحصائية والاقتصادية والاجتماعية والتدريب للدول الإسلامية، أنقرة، 2020.
8. نوران حسن، جائحة كورونا والعنف المنزلي، المعهد المصري للدراسات، استنبول، 2020.

ثانياً-المجلات:

9. أحمد مريحي حريش، التباعد الاجتماعي والعزل الجغرافي كحل للتصدي لوباء كورونا19، مركز لندن للبحوث والاستشارات، لندن، المؤتمر التاسع (6-8 حزيران2020).
10. آسيا كسور، دور سلطة الضبط الاجتماعي على فعالية التباعد الاجتماعي في ظل جائحة كوفيد19، مجلة التنمية وإدارة الموارد البشرية، جامعة البليدة2، الجزائر، المجلد8، العدد1، 2020.
11. الأمم المتحدة للسكان، فيروس كورونا المستجد(كوفيد-19): من منظور النوع الاجتماعي، موجز تقني، مارس/ آذار2020.
12. أمين برفود، تأثير الحجر الصحي على العلاقات الأسرية " العنف ضد الزوجة نموذجاً"، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والفضائية، المغرب، العدد22، أيلول2020.
13. بشرى السالمي، بعض مظاهر تأثير جائحة كورونا على الأسرة -مقاربة قانونية- مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والفضائية، المغرب، العدد21، آب2020.
14. بشرى مزوز، العنف الأسري في ظل فترة الحجر الصحي، مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، العدد4، 2020.
15. بكيس نور الدين و رزقي نوال، قراءة سوسيولوجية في تداعيات جائحة كورونا بالمجتمع الجزائري، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، الجزائر، المجلد7، العدد2، 2020.
16. بن مغنية قادة، كورونا الظاهرة الأنومية قراءة في تأثير الوباء عبر شبكات التواصل الاجتماعي، مجلة المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، العدد499، 2020.
17. بوفلجة غيات، دور الرفاه النفسي في تدعيم الحصانة النفسية والجسدية لمواجهة وباء كوفيد-19، المجلة الدولية للدراسات التربوية والنفسية، المركز الديمقراطي العربي، برلين، العدد10، 2020.
18. ربيحة موسى أحمد علي، تغير العادات والتقاليد والأعراف في المجتمع اللبناني بفعل جائحة كورونا، مركز لندن للبحوث والاستشارات، لندن، المؤتمر التاسع (6-8 حزيران2020).
19. رشيد أمنشوك، كورونا وأزمة الإنسان المعاصر: في الحاجة إلى أخلاق كوكبية، مجلة المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، العدد499، 2020.
20. زينب البقري، الآثار المجتمعية لجائحة كورونا على العلاقات والتفاعلات داخل المجتمعات، قضايا ونظرات، مركز الحضارة للدراسات والبحوث، القاهرة، العدد19، 2020.
21. سمر مصطفى الشرقاوي، مقصد حفظ النفس وأثره في إغلاق دور العبادة وقت تفشي فيروس كورونا(كوفيد-19)، مركز لندن للبحوث والاستشارات، لندن، المؤتمر التاسع (6-8 حزيران2020).
22. عبدالحق زياني، المسؤولية الاجتماعية للمؤسسات الاقتصادية في ظل جائحة كورونا، مجلة المؤتمرات العلمية الدولية، المركز الديمقراطي العربي، برلين، العدد3، تشرين الأول2020.

23. علي عفيفي علي غازي، جائحة كورونا وأزمة الأخلاق، مركز لندن للبحوث والاستشارات، لندن، المؤتمر التاسع (8-6 حزيران 2020).
24. فاطمة الزهراء خانة، تأثيرات الحجر الصحي على وضعية المرأة داخل الأسرة، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، المغرب، العدد 20، 2020.
25. محمد بومديان، العنف ضد المرأة في زمن الحجر الصحي، مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، العدد 8، أيلول 2020.
26. محمد لوينس، أهمية الحجر الصحي والتباعد الاجتماعي في الوقاية من الأمراض المعدية، مجلة التمكين الاجتماعي، جامعة عمارثليجي الأغواط، الجزائر، المجلد 2، العدد 2، حزيران 2020.
27. مروان سالم علي، التداعيات الاستراتيجية: السياسية والاقتصادية والاجتماعية لأزمة جائحة كورونا: رؤية مستقبلية لعالم ما بعد كورونا، مركز لندن للبحوث والاستشارات، لندن، المؤتمر التاسع (8-6 حزيران 2020).
28. منير السعيداني، ثلوث مستقبل التغيير: الجائحة والرعاية والعدالة، مجلة الديمقراطية، مؤسسة الأهرام، القاهرة، العدد 79، 2020.
29. مهاب عادل، جائحة كورونا والمقاربة الدينية، احوال مصرية، مركز الاهرام للدراسات السياسية والاستراتيجية، القاهرة، العدد 77، 2020.
30. مهيرة خليفة، تداعيات كورونا على الحياة النفسية والاجتماعية، ضمن سلسلة جائحة كورونا وحتمية التقاضي عن بعد، مجلة القانون والأعمال الدولية، أكاديمية العلاقات الدولية، تركيا، عدد خاص، 2020.
31. هويدا عدلي، الحماية الاجتماعية للفئات المتضررة من كوفيد-19 إجراءات وفرص قابلة للتعزيز، مجلة الديمقراطية، مؤسسة الأهرام، القاهرة، العدد 79، 2020.

الخطورة الإجرامية وأثرها في تقدير العقوبة البديلة في التشريع الجنائي الفلسطيني

Criminal severity and its impact on assessing alternative punishment in Palestinian criminal legislation

محمد حمزة أحمد كميل*

جامعة فلسطين الأهلية - فلسطين

m.kmail@paluniv.edu.ps

تاريخ القبول: 2021-01-14

تاريخ المراجعة: 2021-01-11

تاريخ الإيداع: 2020-11-26

ملخص:

تناولت هذه الدراسة مفهوم الخطورة الإجرامية وأثرها في تقدير العقوبة البديلة حيث وقفت على حقيقة هذه الخطورة وكيفية تحديدها من خلال بعض الظواهر التي تدل عليها كالجريمة السابقة، وتبين لها ان العقوبة البديلة هي عقوبة تضمنتها السياسة الجنائية الحديثة وتختلف عن التدابير الاحترازية، حيث ظهر أن لهذه الخطورة الإجرامية أهمية وارتباطا بالعقوبة من حيث التأثير في فرض الجزاء الجنائي، ومدى اعتبارها معيارا في تقدير العقوبات البديلة لما لذلك من دور في الكشف عن مدى الخطر المرافق للسلوك المجرم، الذي يظهر من خلال ما يكمنه الجاني في نفسه قبل ارتكاب جريمته، ولهذه الأسباب المؤثرة في تحديد مقدار العقوبة جاءت هذه الدراسة لإظهار الرابطة بين هذه الخطورة الكامنة والعقوبة البديلة وفقا لطبيعتها القانونية بناء على تفصيلات وردت في الدراسة.

الكلمات المفتاحية: الخطورة الإجرامية، العقوبات البديلة، الإصلاح والتأهيل، السياسة الجنائية، تقدير العقوبة البديلة.

Abstract: In the light of the development of the criminal policy and the adoption of some legislations for alternative punishments besides the traditional penalties to strengthen the objectives of the punishment in deterrence, reform and rehabilitation, the present study examines the importance of criminal severity and its connection with punishment in terms of the effect on imposing a criminal sanction, and the extent to which it is considered a criterion in assessing alternative penalties because of their role in revealing the extent of the danger that accompanies the criminal's behavior For these reasons and the importance of criminal risk in determining the amount of punishment, we seek to show the link between this inherent criminal seriousness and the alternative punishment according to its legal nature.. This risk is shown by what the perpetrator lies in himself before committing his crime.

Key words: Criminal Severity, Alternative Punishments, Reform and Rehabilitation, Criminal Policy, Penalty Estimation.

* المؤلف المراسل.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الخلق أجمعين وعلى آله وصحبه ومن اقتدى بسنته بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فإن انتشار الظاهرة الجرمية وتعدد دوافعها فرض على الفقه الجنائي النظر في السياسة العقابية من أجل المراجعة والتطوير وذلك لإيجاد بدائل واضحة للعقوبات التقليدية تهدف إلى مكافحة الانتشار الحاصل في السلوك المشكل للجريمة وتطورها، وبشأن ذلك عرفت الدراسات القانونية ما يسمى بالعقوبات البديلة التي يمكن أن تؤثر على المجتمع وتعمل على الحد من الظاهرة الجرمية، وهو ما تبناه المشرع الجزائي في إخضاع هذه العقوبات لنص القانون ومبدأ الشرعية الجنائية، بهدف مراعاة حقوق الإنسان وبالتالي عدم خضوع المحكوم عليه لبعض العقوبات السالبة للحرية إذا توفرت ظروف معينة عند الجاني، حيث إن العقوبة الجنائية باختلاف صورها تعد نتيجة حتمية للجريمة، وهي تتغير حسب مقدار السلوك المجرم وجسامته، الأمر الذي يرتب مساوئ متعددة من النواحي النفسية والأخلاقية ونحوها، وبناء عليه ظهرت العقوبات البديلة، لارتباطها بمدى خطورة الجاني مرتكب الجريمة حيث إن لكل سلوك مجرم مقداراً من العقوبة المساوية لحجم الخطر الذي يفرضه هذا الشخص. ولذلك فإن مقدار الخطورة الإجرامية الكامنة في شخصية الجاني، تؤثر في طبيعة العقوبة البديلة الواجب فرضها على مرتكب الجريمة، من أجل إيقاع أفضل العقوبات المناسبة لتحقيق عملية الإصلاح والتأهيل مع تجنب العقوبات السالبة للحرية، ومن هنا جاءت هذه الدراسة لتعالج مسألة هذه الخطورة وتبين أثرها على تقدير العقوبات البديلة وفقاً للتشريع الجنائي الفلسطيني.

إشكالية البحث: تكمن إشكالية البحث في إن العقوبة الأصلية في كثير من الأحيان لم تعد كافية لمكافحة الجريمة في المجتمع، والحد من وقوع الجرائم وارتكابها، لذلك كان لا بد من اللجوء إلى عقوبات أخرى تعالج أسباب الانحراف، حيث لم تراعى طبيعة هذه العقوبات وعلاقتها بالخطورة الإجرامية عند الجاني بوضوح بالغ عند طرح فكرة العقوبات البديلة من أجل تجنب العقوبات السالبة للحرية. وتظهر الإشكالية أيضاً في مدى اعتبار خطورة الجاني الإجرامية كمعيار لفرض العقوبات البديلة وما تأثيرها في تحديد أفضل العقوبات البديلة المناسبة لتحقيق عملية الإصلاح والتأهيل.

أهمية البحث: تمتلك العقوبات البديلة أهمية بالغة في السياسة الجنائية الحديثة، حيث أخذت مكانها إلى جانب العقوبة التقليدية، لما لها دور في تجنب قدر من العقوبات السالبة للحرية وحفظ الكرامة الإنسانية للجاني، والاهتمام بشخص الجاني إذ يكمن في نفسه خطورة تدفعه إلى ارتكاب الجريمة، فهو إنسان اجتماعي يحتاج للإصلاح في سلوكه وفكره عندما ينحرف نحو التفكير في ارتكاب السلوك المجرم، وحتى يكون للعقوبات البديلة دور في الحفاظ على المجتمع ومنع ارتكاب الجريمة يجب اعتبار الخطورة الإجرامية معياراً أساسياً لفرض العقوبة البديلة وعدم ربطها بفرض بعض التدابير الوقائية والاحترازية، فطبيعة العقوبات البديلة مختلفة عن العقوبات التقليدية التي تربط بمبدأ الشرعية، وذلك لأنها أقرب إلى التدابير الاحترازية التي تفرض في مواجهة الخطورة الإجرامية الكامنة في نفسية المجرم.

أسئلة البحث: تتمثل أسئلة البحث فيما يأتي:

1. ما هو المقصود بالعقوبات البديلة وما هي خصائصها؟
2. ما هو المقصود بالخطورة الإجرامية؟
3. كيف تكون العلاقة بين الخطورة الإجرامية والعقوبات البديلة؟
4. هل يمكن اعتماد الخطورة الإجرامية كمعيار للعقوبات البديلة؟
5. ما هو تأثير الخطورة الإجرامية على العقوبات البديلة؟
6. ما الفرق بين العقوبات البديلة والتدابير البديلة؟
7. هل يمكن افتراض وجود الخطورة الإجرامية في التنظيم التشريعي الفلسطيني؟

أهداف البحث: ارتكز البحث على مجموعة من الأهداف المتمثلة بالآتي:

- 1- بيان ماهية الخطورة الإجرامية وأهميتها والتعريف بالعقوبات البديلة.
- 2- الوقوف على تأثير الخطورة الإجرامية على العقوبات البديلة ودورها في مكافحه الجريمة وتحقيق عملية الإصلاح والتأهيل.
- 3- اعتبار الخطورة الإجرامية معيار لفرض العقوبة البديلة.
- 4- بيان مدى علاقة العقوبات البديلة بالتدابير الاحترازية.
- 5- التعرف على طبيعة العقوبات البديلة في مشروع قانون العقوبات الفلسطيني.
- 6- توضيح العلاقة بين العقوبات البديلة وتأثير الخطورة الإجرامية عليها.

منهجية البحث: اعتمد الباحث في هذا البحث على المنهجين الوصفي والتحليلي حيث تم بيان مفهوم العقوبات البديلة وأهميتها وطبيعتها القانونية والتعرف على ماهية الخطورة الإجرامية ومعاييرها من خلال البحث في النظرية العامة للخطورة وإيجاد الرابطة بينها وبين العقوبات البديلة والتدابير الاحترازية، ثم تحليل هذه المفاهيم وبيان طبيعتها القانونية لإيجاد أثر الخطورة الإجرامية في تحديد مقدار العقوبة البديلة ومدى ارتباطها في تحقيق عملية الإصلاح والتأهيل للحد من انتشار السلوكيات المجرمة.

الدراسات السابقة: جاءت الدراسات السابقة بمعالجة موضوعات تتعلق بالخطورة الإجرامية وأثرها على العقوبات البديلة إلا إنها لم تكن كافية للوقوف على محددات مفردات البحث، ومن ذلك ما يأتي:

لريد أحمد محمد، الخطورة الإجرامية ودورها في السياسة الجنائية المعاصرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة د. الطاهر مولاي سعيدة، حيث تناولت أهمية الخطورة الإجرامية في مجال العلوم الجنائية وتعلقها بشخصية الفرد وميوله وانفعالاته التي تنعكس على سلوكه الظاهر، واهتمت بالبحث في ضوابط تقدير الخطورة

الإجرامية للفرد حتى يتمكن القاضي من تقييمها لوضع الجزاء المناسب، ونحن بدورنا سنبحث في أهمية هذه الخطورة الإجرامية كمعيار لفرض العقوبات البديلة في طريق تحقيق عملية الإصلاح والتأهيل.

دراسة: احمد محمد خلف المومني، بعنوان أثر الخطورة الإجرامية على تقدير العقوبة في التشريع الأردني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية-جامعة عين شمس، 2007، وقد انحصرت الدراسة في بحث وتحليل مدى تأثير الخطورة الإجرامية في وضع العقوبة المناسبة وفقا للتشريع الأردني، وتمحورت الدراسة حول العقوبات التقليدية ولم تتطرق الى العقوبات البديلة، وهنا سنبين مدى تأثير هذه الخطورة في تقدير العقوبة البديلة نظرا لاختلاف طبيعتها عن العقوبات التقليدية.

دراسة صلاح هادي صالح الفتلاوي، بعنوان الخطورة الإجرامية وأثرها في تحديد الجزاء الجنائي، رسالة دكتوراه-جامعة بغداد، 2004، حيث تناول فيها أهمية الخطورة الإجرامية وما تمثله من خطر خارجي لتطبيقه على فرض الجزاء التقليدي، كما ركزت على تأصيل الخطورة الإجرامية من حيث نشأتها ولم تربطها حتى بالتدابير الاحترازية، ومن ناحيتنا سنتناول موضوع أثر هذه الخطورة وما يترتب عليها من خطر في تقدير مقدار العقوبة البديلة المناسبة وفقا للسياسة الجنائية المعاصرة.

دراسة زينب أحمد محمد القدو، بعنوان أثر الخطورة الإجرامية في السلطة التقديرية للقاضي في الجزاء الجنائي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية-جامعة كركوك، 2012، وتناولت مهمة القاضي من خلال سلطته التقديرية التي منحه إياها المشرع في اختيار ما يتناسب وخطورة الجاني من عقوبة أو تدبير، وقد اعتبرت الدراسة ان القاضي له صبغة اجتماعية حيث يشارك بشكل إيجابي في سياسة الدفاع الاجتماعي عن طريق التفكير العلمي والواقعي للعقوبة، أما دراستنا ستركز على الخطورة الإجرامية كمعيار لفرض العقوبات البديلة بعد التطور الحاصل في السياسة الجنائية من اجل الوصول الى أفضل نتيجة في الحد من انتشار الجريمة.

دراسة ميموني فايزة، بعنوان العقوبات البديلة في النظام الجزائي، مركز البصيرة للبحوث للاستشارات والخدمات التعليمية، 2011، بحثت الدراسة في الأساس العلمي والقانوني للعقوبات البديلة في النظام الجزائي، وذلك من خلال التطور في السياسة الجنائية التي اهتمت بعقوبة العمل للنفع العام، ولم تربط بينها وبين دوافع ارتكاب الجريمة للبحث في صلاحية هذه العقوبات وتناسبها مع حجم خطورة الجاني، أما نحن تناولنا العقوبات البديلة من حيث علاقتها بالخطورة الإجرامية عند الجاني ومدى تأثيرها في تحقيق هذه العقوبات لأهدافها الإصلاحية والتأهيلية من جهة، ومكافحة انتشار الجرائم والحد منها من جهة أخرى.

محتوى البحث: جاء هذا البحث إضافة للمقدمة والخاتمة في ثلاثة مباحث وفق الآتي:

المبحث الأول: ماهية الخطورة الإجرامية وكيفية تحديدها في التشريع الجنائي الفلسطيني.

المبحث الثاني: التعريف بالعقوبات البديلة وخصائصها وطبيعتها القانونية في التشريع الجنائي الفلسطيني.

المبحث الثالث: آثار الخطورة الإجرامية على العقوبة البديلة في التشريع الجنائي الفلسطيني.

1-المبحث الأول: ماهية الخطورة الإجرامية وكيفية تحديدها في التشريع الجنائي الفلسطيني

إن أساس المسؤولية الجزائية هو مبدأ حرية الاختيار⁽¹⁾، والخطورة الإجرامية لا تعد أساسا لهذه المسؤولية لأن التشريعات الجنائية تشترط لقيام المسؤولية الجزائية البدء في تنفيذ إرادة الجاني في ارتكاب الجريمة من خلال ركنها الأساس (الركن المادي) ويتمثل بالقيام بأفعال مادية ظاهرة لإخراج الجريمة الى حيز الوجود، حيث يقترن هذا الفعل بالعقوبة ومنها العقوبات البديلة وفقا للسياسة الجنائية المعاصرة، بالمقابل تفرض هذه التشريعات مجموعة من العقوبات تسمى بالتدابير الاحترازية التي أساسها الخطورة الإجرامية الكامنة في نفس الجاني، وهنا يثور التساؤل في ماهية الخطورة الإجرامية ومدى ارتباطها بكل من العقوبات البديلة والتدابير الاحترازية، وكيفية تحديدها وذلك فيما يأتي من مطالب.

1.1.المطلب الأول: ماهية الخطورة الإجرامية

ترتبط ظاهرة الجريمة بمجموعة من العوامل المؤثرة الدافعة لارتكابها، منها عوامل اجتماعية واقتصادية وثقافية يظهر من خلالها مقدار من الخطر المحقق الذي يمكن ان يصيب حقا من الحقوق التي شملتها حماية التشريع الجنائي، واحتمالية هذا الخطر يتمثل بما يسمى بالخطورة الإجرامية، وسنبين تعريفها وعلاقتها بالعقوبات البديلة والتدابير الاحترازية في الفروع الآتية.

1.1.1.الفرع الأول: التعريف الاصطلاحي للخطورة الإجرامية

إن البحث في الخطورة الإجرامية يثير الكثير من الصعوبات، كونها حالة تتعلق بشخصية الفرد وما يكمنه في داخله من ردود أفعال تظهر سلوكا مجرما. وعرفت بأنها استعداد لدى شخص يتصف بصفات نفسية معينة وجد في ظروف معينة تدفعه لأن يرتكب جريمة في المستقبل، فهي عبارة عن مؤشرات مستقبلية قائمة على احتمال وقوع اما خطورة الفعل أو خطورة الفاعل⁽²⁾. وتعرف بأنها حالة الشخص النفسية. وصفاته وظروفه الاعتيادية، في أن يصبح مرتكبا للجريمة، ومن الجانب القانوني تتمثل في الحالة غير القانونية التي تتكون لدى الشخص، ويترتب عليها الجزاء الجنائي⁽³⁾.

وعرفت بأنها حالة كامنة في الشخص مركبة العناصر وهي متطورة ومتغيرة، أي غير مستقرة في نوعها ومقدارها نتيجة لبعض العوامل والظروف المختلفة التي تدفعه لارتكاب الجريمة⁽⁴⁾. وقيل هي حالة شخصية مرتبطة بمجموعة من العوامل التي تؤدي الى ارتكاب الجريمة في المستقبل⁽⁵⁾.

ويقصد بها أيضا حالة نفسية وجدت نتيجة لتفاعل مجموعة من العوامل الداخلية والخارجية المحتملة والتي تؤدي الى ارتكاب الشخص جريمة في المستقبل، فقد تباينت مفهومها بين علماء الغرب والعرب الى ثلاثة اتجاهات⁽⁶⁾:

(1) نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة، ط4، عمان، 2012، ص412.

(2) فاطمة زيتون، أثر الخطورة الإجرامية في قيام المسؤولية الجنائية الدولية، رسالة ماجستير جامعة الحاج لخضر، 2012، ص8.

(3) أحمد محمد خلف المومي، عماد محمد الربيع، أثر الخطورة الإجرامية على تقدير العقوبة في التشريع الأردني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، 2007، ص36.

(4) نظام توفيق المجالي، مرجع سابق، 497.

(5) محمد صبحي نجم، أصول علم الإجرام والعقاب، دار الثقافة، ط1، عمان، 2002، ص91.

(6) فاطمة الزهراء بن يوسف، التحديد التشريعي لمعالم الخطورة الإجرامية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 9، العدد 2، 2018، ص674.

1. اعتبارها حالة نفسية كامنة في الشخص.

2. اعتبارها صفة وميول لدى الشخص.

3. اعتبارها نتيجة لعوامل داخلية وخارجية.

ونحن بدورنا نرى في الخطورة الإجرامية باعتبارها مصدرا لاحتمالية الخطر، حالة متعلقة بأمرين الأول: الحالة النفسية الكامنة في داخل الشخص وتدفعه لارتكاب الجريمة والتي لا يمكن التنبؤ بثباتها، والأمر الثاني: العوامل الداخلية والخارجية المرتبطة بحالة الشخص النفسية والتي تقوي عزمته على ارتكاب بعض السلوكيات المجرمة، فهي حالة نتجت نتيجة اندماج بعض من العواطف والاحاسيس والمشاعر بمجموعة من العوامل المرتبطة بالشخص سواء كانت داخلية أو خارجية تدفعه الى ارتكاب الجريمة.

1.1.2. الفرع الثاني: علاقة الخطورة الإجرامية بالتدابير الاحترازية

التدبير الاحترازي هو أحد صور الجزاء الجنائي، فعلماء العقوبة يعرفونه على انه: مجموعة تدابير وإجراءات خاضعة لمبدأ الشرعية لا تفرض الى على من يثبت في نفسيته خطورة إجرامية ممكن ان تؤدي الى ارتكاب الجريمة، وعليه فهي اجراء تواجه امرا مستقبليا ممكن الحدوث، بعكس العقوبة التي تواجه امرا من الماضي سبق ان حدث، ويكون متعلقا بفعل وسلوك غير مشروع يخرج الجريمة الى حيز الوجود⁽¹⁾. وهنا يتضح الارتباط الوثيق بينهما حيث اعتبر المشرع الجزائي أن الخطورة الإجرامية معيار أساسي لفرض وإيقاع التدابير الاحترازية الخاضعة لمبدأ الشرعية.

وعلى هذا الأساس فإن توافر الخطورة الإجرامية يفرض على القاضي وفقا لسلطته التقديرية اختيار نوع التدبير الاحترازي المناسب لإيقاعه على الشخص الذي توافرت بحقه، لكن ما هي ضوابط استخدام القاضي لسلطته في فرض التدبير المناسب؟ فبعض التشريعات كالقانون الإيطالي وضع بعض ضوابط استخلاص هذه الخطورة، فسلطته يجب ان تراعي جسامه وحجم هذه الخطورة وملاساتها، كذلك حجم الضرر المستقبلي المترتب على المجني عليه حال ارتكاب الجريمة، وبالتالي فإن القاضي هو الوحيد القادر على تقدير حجم الخطر أو الضرر جراء توافر الخطورة الإجرامية، بحيث لا يملك سوى فرض ما يراه مناسباً من التدابير الاحترازية الوقائية أو العلاجية وفقا لقاعدة لا جريمة ولا عقوبة الا بنص⁽²⁾، وبناء على الخطورة الإجرامية وحدها لا يمكن فرض احدي العقوبات البديلة، لأنها ترتبط بالمسؤولية الجزائية ومبدأ الشرعية بخلاف التدابير الاحترازية التي لا ترتبط بالمسؤولية الجزائية، وعلى العكس تماما فهي مرتبطة بمبدأ الشرعية الجنائية.

1.1.3. الفرع الثالث: علاقة الخطورة الإجرامية بالعقوبات البديلة

بالنظر الى عدم فاعلية العقوبات التقليدية في الحد من انتشار الجريمة وأهمية تطور علم العقاب في إيجاد صورة أخرى من صور الجزاء (التدابير الاحترازية)، كانت النتيجة الوصول الى عقوبات أخرى سميت بالعقوبات

(1) إبراهيم اسحق، علم الإجرام والعقاب، ديوان المطبوعات الجامعية، 1991، ص 160.

(2) لريد محمد احمد، الخطورة الإجرامية ودورها في السياسة الجنائية المعاصرة، جامعة د. الطاهر مولاي سعيدة، ص 16.

البديلة والتي جاءت لتجنب العقوبات السالبة للحرية، فما هو أساس ومعيار هذه العقوبات وما علاقتها بالخطورة الإجرامية؟

ان الأساس القائم عليه التجريم والعقاب في التشريع الجنائي هو مبدأ الشرعية، حيث لا يمكن تصور جريمة وعقوبة الا بنص القانون، ونجد ان الخطورة الإجرامية لا تعتبر معيارا لفرض العقوبات البديلة، بالرغم من العلاقة بينهما فهي علاقة صريحة من ناحية تشديد أو تخفيف العقاب الذي يفرضه القاضي، وان كانت هذه الخطورة محل اهتمام المشرع الجنائي في فرض العقاب الا ان العلاقة تكمن في حقيقتها علاقة طردية، فكلما قلت قل مقدار العقاب وكلما زادت زاد مقدار العقاب⁽¹⁾.

وفي فهم هذه العلاقة لم يعتبر المشرع الجنائي الخطورة الإجرامية معيارا صريحا الى جانب مبدأ الشرعية لفرض العقوبات البديلة⁽²⁾، فلا يمكن فرض هذه العقوبات بناء على الخطورة الإجرامية فقط، بل يستلزم فرضها الى جانب الخطورة الإجرامية سلوك مادي ظاهر أدى الى ارتكاب جريمة أصبحت واقع، والسؤال هنا هل يمكن اعتبار الخطورة الإجرامية معيارا أساسيا لفرض العقوبات البديلة وتمييزها عن العقوبات التقليدية؟ والاجابة تستلزم النظر في امكانية تحديد مقدار الخطورة الإجرامية بناء على الحالة النفسية والعوامل المرتبطة.

1.2.1.2. المطلب الثاني: كيفية تحديد الخطورة الإجرامية عند الجاني في التشريع الفلسطيني

من الصعوبات التي واجهت الفقه الجنائي في إيجاد معايير مختلفة لتحديد مقدار العقوبة هي العناصر المركبة والمتغيرة للخطورة الإجرامية، اذ تفرض هذه الصعوبات على المشرع تركها للسلطة التقديرية للقاضي اثناء نظر الدعوى وصولا الى النطق بالحكم، ويمكن البحث في بعض العناصر والتي يمكن من خلالها الكشف عن الخطورة الإجرامية.

1.2.1.2.1 الفرع الأول: الحالة النفسية والعوامل الاجتماعية المحيطة بالجاني

يفرض علينا تحديد الخطورة الإجرامية التعمق في ذاتية الانسان، فهي غارقة فيما يكمنه الانسان من مشاعر واحاسيس تستخلص بناء على الاثار التي تنتجها مع احتمالية التنبؤ بها، ولا زال الفقه يبحث لإيجاد معيار ثابت للكشف عنها وتحديدها، فهي استعداد أو ميل أو حالة شخصية تقود الشخص الى ارتكاب الجريمة، واساسها ضعف شخصيته المرتبطة بحالته النفسية أو العوامل المؤثرة الداخلية أو الخارجية⁽³⁾.

والحالة النفسية المضطربة من ضوابط الكشف عن الخطورة واثباتها، فهي تفرض على صاحبها سلوكيات غير متزنة تؤدي الى ارتكاب الجريمة، فكلما كانت نفسية الشخص مضطربة كلما زادت خطورته الإجرامية خصوصا الاضطرابات العقلية، وهذا ما اكدت عليه بعض الدراسات في تفسيرها لإثبات الخطورة الإجرامية حيث ان نسبة

(1) ايمان عبد الله أحمد، مروة إبراهيم محمد، العقوبات البديلة وأثرها في التأهيل والإصلاح وموقف القانون الدولي والتشريعات الوطنية منها،

المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 1، 2020، ص162.

(2) رفعات صافي أبو حجلة، العقوبات المجتمعية كإحدى العقوبات البديلة في التشريع الأردني، رسالة ماجستير-جامعة الشرق الأوسط، 2019، ص33.

(3) نور الدين مناني، دور التدابير الاحترازية في ردع المجرم وحماية المجتمع، رسالة ماجستير-جامعة الحاج لخضر، 2011، ص97.

20% من المجرمين على الأكثر قادتهم هذه الاضطرابات لتتوافر لديهم الخطورة الإجرامية⁽¹⁾. ويضاف على الحالة النفسية للشخص في استخلاص الخطورة بعض العوامل الإجرامية التي تحدد ثبات هذه الخطورة، فهي قرائن ممكن أن يستخلصها القاضي من خلال سلطته التقديرية للاستدلال على وجود الخطورة، وهي مجرد وسيلة للقاضي للكشف عن خطورة الشخص وفرض الجزاء الجنائي عليه وفقا لخطورته⁽²⁾. وهذا ما اتبعه المشرع الفلسطيني عندما اعطى القاضي السلطة التقديرية في تحديد مقدار العقوبة بما يتناسب وحجم الفعل المرتكب.

وعليه يرى الباحث أن لا ضير لو قام المشرع بتنظيم وحصر بعض هذه الاضطرابات والعوامل الخطرة الدالة وعلى نحو اليقين بتوافر الخطورة الإجرامية، وربطها ببعض العقوبات البديلة المتناسبة ومقدار الخطورة الكامنة عند هذا الشخص، محاولة لضبط سلوك الافراد وفق ضوابط صريحة وضمادات تشريعية تحفظ ضمانات المتهم.

1.2.2 الفرع الثاني: الجريمة السابقة عند الجاني

كذلك وللتعرف على الخطورة الإجرامية لابد من الكشف عن ماضي الشخص خلال مراحل حياته السابقة وسيرته القضائية، وقد يكون من مفتعلي الاجرام وعدم كفاية الأدلة لم يثبت ادانته، أو ارتكابه للجريمة وصدور عفو جنبه إنزال العقوبة بحقه، ويتطلب الأمر النظر في الدعاوى المدنية الصادرة ضده، وأكثر من ذلك يقتضي اثبات توافر الخطورة الإجرامية الرجوع الى السلوك العام للشخص سواء سلوكه وأصدقائه أو عاداته أو الأماكن التي يعتاد في الذهاب اليها، كل ذلك ممكن ان يؤثر في سلطة القاضي للاستدلال على توافر الخطورة الإجرامية بحق هذا الشخص⁽³⁾.

أما المقصود بسوابق الجاني هو ما اقترفه وادين به أو ما اقترفه ولم يثبت عليه أو سقط عنه لأي سبب من الأسباب القانونية، وبالرجوع الى سلوكه يقصد به ما مر به خلال مراحل حياته وتأثر به بسبب البيئة الخارجة المؤثرة في السلوك بغض النظر كانت عوامل اقتصادية أو ثقافية أو اجتماعية⁽⁴⁾. ويتضح ذلك من خلال عقاب المشرع الفلسطيني على التكرار للجريمة بمدة لا تتجاوز ضعف العقوبة التي تستلزمها الجريمة الثانية⁽⁵⁾.

1.2.3 الفرع الثالث: العمل التحضيري من الجاني

لا تخرج الجريمة الى حيز الوجود الا ببدء الجاني بتنفيذ أفكاره على نحو مادي ملموس، وما يقوم به الجاني من تجهيز للوسائل وأدوات ارتكاب الجريمة هو عمل تحضيري غير معاقب عليه. ففي قانون العقوبات النافذ وفي نص المادة 69 جاء فيها "لا يعد شروعا في الجريمة الاعمال التحضيرية لها"⁽⁶⁾.

(1) غنام محمد غنام، المعاملة غير العقابية للمجرمين الخطرين، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية-جامعة المنصورة، 2017، ص12.

(2) أحمد محمد خلف المومني، عماد محمد الربيع، أثر الخطورة الإجرامية على تقدير العقوبة في التشريع الأردني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية-جامعة عين شمس، 2007، ص53.

(3) يسر أنور علي، النظرية العامة للتدابير والخطورة الإجرامية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية-جامعة عين شمس، 1971، ص206.

(4) لريد محمد أحمد، مرجع سابق، ص17.

(5) انظر نص المادة 101 وما بعدها من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960.

(6) انظر نص المادة 69 من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960.

وطبيعة الاعمال التحضيرية غامضة وغير واضحة النية على ارتكاب الجريمة، لكنها قائمة على الاحتمال فلا تصلح أن تكون معيارا للتجريم لكنها تصلح معيارا للخطورة الإجرامية، كمن يشتري السلاح احتمال أن يكون مرخص له شرائه واحتمال أن يكون الهدف من الشراء الاعتداء، لذلك ان جوهر الاعمال التحضيرية يحتمل وجود الخطورة الإجرامية في ذهن من قام بها، إذا كانت تعتبر من قبيل وسائل المساعدة والمساهمة لارتكاب جريمة⁽¹⁾.

على ذلك يرى الباحث إمكانية اعتبار العمل التحضيري من ركائز اثبات الخطورة الإجرامية عند الجاني، على اعتبار انها اعمال تحتمل التأويل يمكن اعتبارها معيار لتحديد واثبات الخطورة الإجرامية، ونرى أن العقوبات البديلة أقرب الى الربط في الخطورة الإجرامية من العقوبات التقليدية، وبالتالي لسلطة الاختصاص في إقامة الدليل الاعتماد على الاعمال التحضيرية لإثباتها وربطها ببعض العقوبات البديلة المتناسبة وحجم خطورة الجاني.

2. المبحث الثاني: التعريف بالعقوبات البديلة وخصائصها وطبيعتها القانونية في التشريع الجنائي

الفلسطيني

أصبح الهدف من العقوبة في عصرنا الحالي الإصلاح والتأهيل من حيث اعتبار المجرم انسان اجتماعي، كذلك الابتعاد عن المساس بحرية الجاني الإنسانية، كما أن تأثير قوانين حقوق الانسان الدولية على القوانين الوضعية يستلزم البحث عن حلول وبدائل للعقوبات التقليدية في سبيل وضع حد لبعض العقوبات السالبة للحرية، وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول من تعريف للعقوبات البديلة وخصائصها، أما المطلب الثاني سنحاول الوقوف على الطبيعة القانونية للعقوبات البديلة في التشريع الفلسطيني.

2.1. المطلب الأول: التعريف بالعقوبات البديلة وخصائصها في التشريع الجنائي الفلسطيني

السياسة العقابية تطلبت البحث عن بدائل للعقوبات التقليدية لتلافي الاثار الجسيمة الناتجة عنها لاسيما الاثار الاجتماعية والنفسية المتعلقة بالجاني، فكان لا بد من اقتراح عقوبات بديلة تحقق هدف العقوبة في الإصلاح والتأهيل التي فشلت فيها العقوبات التقليدية، وهذا ما يشغل المفكرين في علم العقاب الحديث في إيجاد أفضل العقوبات البديلة المناسبة لفرضها على مرتكب الجريمة وتفادي العقوبات السالبة للحرية، فما هو تعريف هذه العقوبات؟ وما هي خصائصها؟

2.1.1. الفرع الأول: تعريف العقوبات البديلة

العقوبة هي نتيجة حتمية للجريمة وفقا لمبدأ الشرعية الجنائية (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص). والعقوبة هي جزاء يقترن بفعل من الأفعال المجرمة في التشريع الجنائي وردة فعل المجتمع على الجريمة. توقعها الدولة على كل من تثبت مسؤوليته بارتكاب الفعل⁽²⁾. لذلك سنتناول التعريفات الفقهية لبدايل العقوبات السالبة للحرية، لفهم تعريف هذه العقوبات وما يميزها عن العقوبات التقليدية من خلال تبين خصائص العقوبات البديلة في الفرع الثاني من هذا المطلب الأول.

(1) نظام توفيق المجالي، مرجع سابق، ص 263.

(2) سلطان الشاوي، علي حسين والخلف، المبادئ العامة في قانون العقوبات، المكتبة القانونية، بغداد، بدون تاريخ، ص 6.

لم يتطرق المشرع الفلسطيني في القانون الجزائي الى تعريف العقوبات البديلة ويمكن تعريفها بأنها "إنزال عقوبة غير سالبة للحرية بحق المحكوم عليه، وهي مجموعة من البدائل التي يتخذها القاضي تتمثل في ابدال عقوبة السجن بخدمة يؤديها السجين لفئة من فئات المجتمع، أو لموقع خيري أو تعليمي، وبذلك يكون المحكوم عليه قد تجنب العقوبة السالبة للحرية وتحقق الإصلاح وقدم خدمة للمجتمع"⁽¹⁾.

وعرفها البعض بأنها بديل عن العقوبة السالبة للحرية بشكل كامل أو جزئي، حيث يخضع المحكوم عليه لبعض الالتزامات الهادفة الى إعادة الادماج الاجتماعي، وبالتالي تحقيق الأغراض العقابية التي تقتضيها مصلحة المجتمع دون أن تحتوي هذه العقوبة على عنصر الايلام المميز للعقوبات التقليدية⁽²⁾. كما واعتبرها البعض عقوبات ذات بعد علاجي شخصي توجه لبعض فئات المجرمين قليلين الخطورة. وبسبب الأمراض النفسية أو الإدمان المعين يرتكب هذا الشخص أفعاله الخطرة، الأمر الذي يستوجب ان تتحمل الدولة مسؤوليتها وفرض عقوبات علاجية متناسبة مع حجم الخطورة القليلة كبديل لعقوبة السجن وتجنباً للأثار السلبية للعقوبة السالبة للحرية⁽³⁾. نستنتج من تعريف العقوبة البديلة انها مرتبطة بمبدأ الشرعية ولا يمكن فرضها الا بعد ارتكاب الجريمة، حيث تقتصر على بعض الأفعال المجرمة التي لا تتسم بالجسامة والتي تكون أفعال قليلة الخطورة أي قليلة الجسامة.

ونحن نرى أن جميع هذه التعريفات للعقوبة البديلة متقاربة بشكل كبير، فهي عبارة عن بدائل محددة حصراً في القانون ومرتبطة بالجرائم قليلة الجسامة، فلا ضير في ذلك الا اننا نرى أنه لا ضير أيضاً إذا ما تم ربط هذه البدائل العقابية بالإضافة الى مبدأ الشرعية بمبدأ الخطورة الإجرامية حينما يثبت بأن الشخص لديه من الخطورة الإجرامية التي تدفعه لارتكاب الجريمة، على اعتبار أن طبيعة العقوبات البديلة واختلافها يمكن أن تكون متناسبة وحجم هذه الخطورة الإجرامية المؤكدة، فإذا ما ثبتت هذه الخطورة فإن صاحبها يستحق أن يفرض عليه هذا النوع من العقوبات، خصوصاً وانها لا تحتوي على عنصر الايلام كما في العقوبات التقليدية وتكفي لوحدها في مواجهة مقدار الخطورة عند الشخص الذي تثبت بحقه، ولذلك سنقوم ببيان أهم ما تتميز به العقوبات البديلة من خلال توضيح خصائصها في الفرع الثاني من هذا المطلب.

2.1.2 الفرع الثاني: خصائص العقوبات البديلة

بدأت فكرة العقوبات البديلة عندما بدأ الفكر الجنائي بالتفكير في عقوبات تتجنب العقوبات السالبة للحرية لتحقيق غرض الإصلاح والتأهيل وكرد فعل اتجاه المجرم، فقد اوجد المشرع عقوبات بديلة تقف الى جانب العقوبات التقليدية للحفاظ على السلم المجتمعي وتنظيم السلوك الإنساني في سبيل مكافحة ظاهرة الجريمة في المجتمع، وتتميز هذه العقوبات بعدم انطوائها على عنصر الايلام المميز للعقوبات التقليدية، الا انها تتضمن ميزات أخرى لا بد من التطرق اليها.

(1) أسامة الكيلاني، العقوبات البديلة للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، فلسطين، 2013، ص.6.

(2) رفعات صافي علي أبو حجلة، مرجع سابق، ص.17.

(3) أنوار بو هلال، العقوبات البديلة الشخصية ذات البعد العلاجي، مجلة استشراف للدراسات والأبحاث القانونية، 2019، ص.188.

أولاً: الفاعلية والمرونة⁽¹⁾

جاءت هذه العقوبات نتيجة تطوير السياسات العقابية لاعتماد عقوبات تحقق تعديلاً في فكر المجتمع ليتقبل هذا النوع من العقوبات، بهدف قبولها لتحقيق عملية الإصلاح والتأهيل، لذلك هي عقوبات أكثر مرونة وقبولاً من العقوبات التقليدية خصوصاً وأنها تجنب المجرم الحرمان من حريته بالرغم من تقييدها.

ثانياً: تحقيقها لعملية الإصلاح والتأهيل

الهدف البعيد من العقوبة هو اصلاح الشخص المرتكب للسلوك المجرم وردعه من خلال إنزال العقوبة بحقه وإعادة ادماجه بالمجتمع من خلال البرامج التأهيلية التي تفرض عليه، إضافة الى تحقيق الردع العام لكل من تسول له نفسه ليحرف سلوكه. حيث أن الإصلاح للمجرم يأتي من خلال غرس اليقين في نفسية الجاني تعرضه للعقوبة جزاء لما اقترف ولا مجال للتهرب من الحق في العقاب، حتى لو كان العقاب يتصف بالتأهيل الاجتماعي فهو لا يتطلب حيز حرية الفرد بل يتمتع بكامل حريته بشكل طبيعي⁽²⁾.

ثالثاً: تحقيقها للعدالة

إن عدالة العقوبة ترجع الى خروج الجاني عن أوامر القانون ونواهيته، الأمر الذي يسبب اختلال في التوازن الاجتماعي لأفراد المجتمع وتغييب العدالة⁽³⁾. وإعادة فرضها يتطلب إحلال عقوبات اجتماعية تعيد هذا التوازن الى النظام المجتمعي بعد ان اثبتت العقوبات التقليدية خصوصاً السالبة للحرية منها فشلها في مكافحة الجريمة وتغيير الفكر الثقافي للمجتمع في محاربة السلوك المجرم وتحقيق الإصلاح والتأهيل، أما العقوبات البديلة والتي تعكس احدى صور النشاط الاجتماعي لديها من الفاعلية واحلال الشعور بالعدالة ما يحقق اهداف العقوبة في ضبط السلوك أكثر من غيرها.

رابعاً: شرعية العقوبات البديلة⁽⁴⁾

يحكمها مبدأ الشرعية الجنائية فلا جريمة ولا عقوبة الا بنص، فلا يملك القاضي فرضها الا بناء على حكم قضائي صادر من محكمة مختصة.

2.2.2. المطالب الثاني: الطبيعة القانونية للعقوبات البديلة في التشريع الجنائي الفلسطيني

مما ذكر سابقاً يتضح لنا الاختلاف في التنظيم القانوني ما بين العقوبات البديلة والخطورة الإجرامية من جهة، والعقوبات البديلة والتدابير الاحترازية من جهة أخرى، وإن تشابهها هناك اختلاف في طبيعة كل منهم ودوره في مكافحة الجرم وإعادة التوازن الاجتماعي بين الافراد والسلوك المنظم لجميع مناحي حياتهم، ولطبيعة العقوبات البديلة الاستثنائية لم يكن مناسباً تنظيمها واعتماد مبدأ الشرعية الجنائية فقط معياراً لفرضها على مرتكب

(1) محمد صالح العززي، الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة، رسالة ماجستير-الجامعة الأردنية، عمان، 2014، ص40.

(2) محمد صالح العززي، المرجع السابق، ص14.

(3) نظام توفيق المجالي، مرجع سابق، ص441.

(4) انظر نص المادة 25 مكرر من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 وتعديلاته عام 2017.

السلوك المجرم، فمن وجهة نظرنا كان من الصائب اعتماد معيار الخطورة الإجرامية المؤكد الى جانب مبدأ الشرعية أساسا لفرض العقوبات البديلة، نظرا لطبيعة العقوبات البديلة الأكثر اجتماعيا فطابعها علاجي للفرد ووقائي لتجنب العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة وقربها الى شعور الفرد بعدالة واجتماعية العقوبة واكثر قبولاً لنفسية الجاني لردعه وتقويم سلوكه⁽¹⁾.

ففي قانون العقوبات النافذ في فلسطين⁽²⁾ لم يأتي المشرع على ذكر العقوبات البديلة كعقوبة العمل للمصلحة العامة التي تجنب المحكوم عليه العقوبة السالبة للحرية كليا بالرغم من نصه على وقفها من خلال وقف تنفيذ العقوبة، ويعود السبب في ذلك لقدمه وغياب قانون عقوبات فلسطيني خاص ينظم السلوك المجتمعي وفقا لأحدث السياسات الجنائية والعقابية المتبعة، ويعود ذلك الى غياب المجلس التشريعي عن ممارسة اختصاصاته والظروف الطارئة التي تعيشها فلسطين تحت قبضة الاحتلال الصهيوني.

أما في مشروع قانون العقوبات الفلسطيني لعام 2011 ومن خلال نصوص القانون يتضح أن المشرع الفلسطيني اهتم بعقوبة العمل للمصلحة العامة، حيث اعتبرها عقوبة مجتمعية تندرج تحت العقوبات الاصلية التي توقع على الشخص الطبيعي، ففي نص المادة 79 منه والتي نصت على انه "عقوبة العمل للمصلحة العامة: تعني إلزام المحكوم عليه بالقيام بأعمال معينة لخدمة المجتمع، دون مقابل خلال المدة التي تقررها المحكمة، في الحدود المنصوص عليها قانونا". ويستخلص من النص أن المشرع اعطى القاضي حق فرض عقوبة العمل باعتبارها احدى بدائل السجن قصيرة المدة، كما اعطى للمحكوم عليه أيضا الحق في الطلب بعقوبة العمل لمصلحة العامة واستبدالها بعقوبة الحبس، وهذا ما أكده قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001 في نص المادة 399 والتي نصت على انه "لكل محكوم عليه بالحبس لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر أن يطلب من النيابة العامة تشغيله خارج مركز الإصلاح والتأهيل (السجن) بدلا من تنفيذ عقوبة الحبس عليه، ما لم ينص الحكم على حرمانه من هذا الخيار".

وعند فرض هذه العقوبة اشترط المشرع للنطق بها حضور المتهم وتعبيره عن الندم جراء ارتكابه للجريمة وألا يكون عائدا، إضافة الى تحديد المحكمة مدة تنفيذ العقوبة البديلة وهي ألا تتجاوز السنتين من تاريخ صدور الحكم بها، فقد اعتبرها المشرع من العقوبات الرضائية اذ يشترط قبول المحكوم عليه بها، وفي حالة الرفض يتم الرجوع الى العقوبة السالبة للحرية⁽³⁾.

والجدير بالذكر أن المشرع الفلسطيني في مشروع قانون العقوبات ومن خلال نص صريح عاقب المحكوم عليه بالحبس مدة لا تزيد عن سنة، والغرامة عندما يخالف التزاماته بالعمل للمصلحة العامة مع مراعاة ما تم تنفيذه من هذه العقوبة البديلة⁽⁴⁾.

(1) احمد موسى هياجنة، نظام العقوبات والتدابير البديلة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مجلد 14، عدد 1، 2017، ص 362.

(2) قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 وتعديلاته عام 1967.

(3) انظر نص المادة 81 من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني لعام 2011.

(4) انظر نص المادة 84 من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني لعام 2011.

أما قانون الإجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001 أجاز التشغيل وتطبيق نظام وقف تنفيذ العقوبة كبديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، لأنه يرى فيها نموذجا أكثر فاعلية لتحقيق الإصلاح والتأهيل لكثير من المجرمين وذلك في موضعين، ففي نص المادة 399 أجاز للمحكوم عليه أن يطلب تشغيله خارج مركز الإصلاح والتأهيل، في حين أجاز للمحكمة وفقا للمادة 284 أن تأمر بنفس الحكم وقف تنفيذ العقوبة في جناية أو جنحة بالغرامة أو الحبس الذي لا تتجاوز مدته السنة⁽¹⁾.

ونحن نرى ضرورة إعادة المشرع تنظيم العقوبات الواردة في مشروع القانون ليتوافق والسياسة العقابية الحديثة، خصوصا أن المشرع الفلسطيني نص صراحة على عقوبة العمل للمصلحة العامة ولم يهتم بباقي العقوبات البديلة تحت مظلة مبدأ الشرعية وعلى سبيل المثال وضع الجاني تحت المراقبة، إذ يمكن أن يكون لها دور فعال في الحفاظ على التوازن الاجتماعي للأفراد داخل المجتمع، لاسيما وأن المخاطبين بنصوص المشروع فاقدين لبعض الثقة في القوانين المنظمة للحق في العقاب، وعلاوة على ذلك قرههم وتمسكهم ببعض الأعراف والعادات العشائرية، الأمر الذي قد يعيد التوازن والثقة بين الافراد والقواعد القانونية حال فرض مجموعة من العقوبات ذات الطابع الاجتماعي لتلقى قبولا عند الافراد وتطوير ثقافتهم القانونية لضرورة إعادة التأهيل والإصلاح.

3. المبحث الثالث: آثار الخطورة الإجرامية على العقوبة البديلة في التشريع الجنائي الفلسطيني

يعتمد المشرع على جسامه الفعل والسلوك الاجرامي لتحديد مقدار العقوبة المناسبة وفرضها على مرتكبه، ويساعد المشرع في ذلك خطورة الجاني الإجرامية الكامنة في نفسه، من خلال اعطائه القاضي السلطة التقديرية لتحديد الجزاء المناسب بالاعتماد على خطورة الجاني والتي يمكن أن يستخلصها القاضي الجزائي استنادا الى مبدأ قناعته الوجدانية لإثبات الواقعة وتحديد مقدار الجزاء المناسب، فالخطورة الإجرامية يفترضها المشرع حينما يحدد النص القانوني ويعطي القاضي مقدار من الحرية في استخلاصها لبيين مدى الاستعداد الجرمي عند مرتكب الجريمة، لذلك سنقوم في هذا المبحث بدراسة آثار الخطورة الإجرامية في مرحلة التشريع والآثار المترتبة في مرحلة التقاضي.

3.1. المطلب الأول: آثار الخطورة الإجرامية في مرحلة التشريع

لتحقيق مبدأ العدالة وضمأن الحقوق يقوم المشرع بتحديد نوع ومقدار العقوبة المناسبة تحت مظلة مبدأ الشرعية الجنائية منعا للظلم والاستبداد، ويستند في ذلك أيضا على خطورة الجاني التي يولها أهمية كبرى، ودلالاتها طبيعة الفعل المرتكب ومدى جسامته لان الفعل يدل على فاعله ويبين الخطورة الكامنة وراء ارتكابه⁽²⁾. وقد نص المشرع الجزائي في قانون العقوبات في نص المادة 328 على الظرف المشدد الذي يصل بالعقوبة الى الإعدام عندما يقترن الفعل بسبق الإصرار، حيث افترض المشرع هنا خطورة الجاني التي تستوجب عقوبة جسيمة واستند في ذلك الى جسامه فعل الجاني الذي يبين خطورة كل من يرتكب هذا السلوك المجرم، ويتبين من ذلك أن المشرع ينظر الى أهمية الخطورة الإجرامية الى جانب ارادته في تحقيق العدل والمساواة عند تحديده لمقدار العقوبة ويظهر ذلك فيما يلي:

(1) انظر نص المادة 284 ونص المادة 399 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001.

(2) علي حسن الطوالبة، دراسة في الخطورة الإجرامية، جامعة العلوم التطبيقية، مركز الاعلام الأمني، بدون تاريخ، ص32.

أولاً: جسامة الفعل الإجرامي وتكراره

فرض المشرع للركن الشرعي للجريمة واستبعاد سلطة القاضي التقديرية يدل على أن المشرع يفترض مقدار من الخطورة عند الجاني، من حيث تحديده لجسامة الفعل ذاته بالنظر الى مقدار العقوبة المقررة، فمتى ينص المشرع على جريمة معينة ذات مقدار من الجسامة فهو من دلائل اخذ المشرع وفقاً لاعتباراته بخطورة الجاني وما سيقدم عليه، وهذا يظهر من خلال ارتكابه لذات السلوك المكون للجريمة الجسيمة⁽¹⁾. والفاعل عندما يقدم على ارتكاب فعل معين يرتكبه عالماً مدركاً في حواسه خطورة هذا الفعل في العالم الخارجي، واقدامه عليه دليل على خطورته الكامنة.

وفيما يتعلق بتكرار الفعل حيث نص المشرع في المادة 101 من التشريع النافذ في فلسطين على انه "من حكم عليه بإحدى العقوبات الجنائية حكماً مبرماً ثم ارتكب في اثناء مدة عقوبته او في خلال عشر سنوات بعد قضائها أو بعد سقوطها عنه بإحدى الأسباب القانونية-جريمة تستلزم عقوبة الاشغال الشاقة المؤقتة أو الاعتقال المؤقت-حكم عليه مدة لا تتجاوز ضعف العقوبة التي تستلزمها جريمته الثانية على أن لا يتجاوز هذا التضعيف عشرين سنة"⁽²⁾. ويفهم من نص المشرع على التكرار مراعاته لخطورة الجاني عند فرض العقوبة المناسبة.

ثانياً: حصر الظرف المشدد

إن علة المشرع من النص على ظرف التشديد هو ما يكمنه في نفسه من إرادة جازمة على ارتكاب السلوك المجرم، وهذه الإرادة التي تخرج من صميم الجاني واقتناعه بضرورة فعله المجرم، يستلزم تشديد العقوبة نظراً لخطورته التي يعبر عنها من خلال قبوله بارتكاب الفعل وتصميمه أحياناً عليها، وهذا ما يتطلبه المشرع الجزائي وعلى سبيل المثال في جريمة القتل المرافقة لسبق الإصرار، حيث يرتكب الجاني هذه الجريمة وهو هادئ النفس بعيداً عن الانفعالات مدركاً لما سيلحق به من جراء ارتكابه لهذا الفعل وفقاً للتنظيم القانوني الذي جاء به المشرع وافترضه للخطورة الإجرامية⁽³⁾.

وتحقيقاً لضمانات الافراد وحفظ حقوقهم يجب اعتبار الخطورة الإجرامية كأحد اهم المعايير التي يمكن الاعتماد عليها في فرض مقدار ونوع العقوبة البديلة المناسبة لبعض الجرائم على أساس مبدأ الشرعية، حيث تلعب دوراً في التنظيم التشريعي للسياسة الجنائية من حيث الوقوف في وجه الجريمة ومنع ارتكابها، على خلاف مع بعض الفقه حيث اعتبروا أن الخطورة هي مجرد احتمال لارتكاب الجريمة في المستقبل، في حين تظهر حقيقتها كونها حالة نفسية لصيقة بشخص الإنسان وتنتج بسبب بعض العوامل المؤثرة بشكل مباشر بالسلوك⁽⁴⁾.

(1) فاطمة الزهراء بن يوسف، مرجع سابق، ص 679.

(2) انظر نص المادة 101 من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960.

(3) احمد محمد خلف المومني، أثر الخطورة الإجرامية على تقدير العقوبة في التشريع الأردني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مجلد 49، عدد 2، 2007، ص 53.

(4) احمد محمد خلف المومني، مرجع سابق، ص 53.

3.2 المطلب الثاني: آثار الخطورة الإجرامية في مرحلة التقاضي

يحكم القاضي في الدعوى أمامه على أساس قناعاته الوجدانية التي تكونت لديه من المعطيات والبيانات المقدمة من النيابة العامة، ولا يجوز له أن يصدر حكماً وفقاً لعلمه الشخصي لأنه يمتلك مقدار من السلطة التقديرية لاستخلاص الدليل بكامل حريته، أما الحكم حتى يجوز على قوة الشيء المقضي به لا بد أن يكون مسبباً وموضحاً الأساس القانوني القائم عليه⁽¹⁾. في حين يذهب القاضي في استخلاص الحكم واختيار الجزاء المناسب طبقاً لجسامة الجريمة وخطورة المجرم⁽²⁾. كذلك إن تحقيق العدالة القانونية تقتضي النظر في بعض العوامل المؤثرة في ارتكاب السلوك الإجرامي، من خلال البحث في شخصية المجرم والبيئة المحيطة به لتقدير العقوبة وتطبيق مبدأ تفريد العقوبة⁽³⁾. فهذه الخطورة تلعب دوراً مهماً في مجال تفريد العقاب واختيار الجزاء المناسب الذي تتطلبه مقتضيات الإصلاح والتأهيل.

فإذا ثبت أن الجاني على درجة عليا من الخطورة فهي تساعده في اختيار الجزاء المناسب ومقدار هذه الخطورة، أما إذا ثبت لدى القاضي أن خطورة الجاني من الدرجات الدنيا وتأسيساً عليها فهو لا يحتاج إلا إلى عقوبة بديلة أخرى ممكن أن تحقق إصلاحه وتبين عدم استعداده الجرمي لأي فعل يمكن أن يشكل في المستقبل جريمة ما.

يمتلك القاضي سلطة استثنائية (غير مطلقة) تمكنه من استخلاص الخطورة الإجرامية لدى الجاني، تظهر من خلال تحديده للدوافع والظروف التي ترافقت وارتكاب الجاني للفعل المجرم وهي دوافع مختلفة تظهر عند اشخاص قد لا تظهر عند آخرين، وباختلاف هذه الدوافع يختلف حجم الخطورة الإجرامية والتي على أساسها يتم تحديد مقدار الجزاء المناسب، خصوصاً إذا كان الفعل يستوجب إيقاع نوع من أنواع العقوبات البديلة، فهي تهدف إلى مواجهة جرائم ليست بالغة الخطورة وإن كان اعترافها يدل على توافر هذه الخطورة، فالبحث المسبق عن توافر هذه الدوافع هو ما يجب أن يتبعه القاضي ليصل إلى تقدير مدى الخطورة الكامنة في نفسية المجرم وبالتالي الاستناد عليها للوصول للجزاء المناسب والذي يتلافى الجزاءات السالبة للحرية، فقد أثبتت السياسة الجنائية الحديثة عدم مقدرة هذه الجزاءات على تحقيق ما يتطلع إليه المشرع من بسط وتحقيق الرعاية والإصلاح⁽⁴⁾. لذلك فإن استخلاص القاضي لبعض هذه الدوافع المؤثرة لارتكاب السلوك المجرم هو امر ضروري لقياس وتحديد ماهية العقوبة البديلة المناسبة، لأنها عقوبات تفرض على اشخاص تتوافر لديهم مقدار معين من الخطورة وليست ذات درجة عالية، بل هي عقوبات مرتبطة بخطورة ذات درجة دنيا لا ترقى إلى فرض عقوبات من قبيل العقوبات السالبة للحرية، وهذا ما سعى إليه المشرع الجزائي في سياسته الجنائية الحديثة التي تستهدف تفادي هذه المساوئ عن طريق فرض العقوبات البديلة⁽⁵⁾.

(1) انظر نص المادة 273 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001.

(2) محمد صبيح نجم، مرجع سابق، ص 11.

(3) محمد صبيح نجم، مرجع سابق، ص 86.

(4) زينب أحمد محمد القدو، أثر الخطورة الإجرامية في السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، جامعة الموصل، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، ص 214.

(5) ريان شريف عبد الرزاق، بدائل العقوبات السالبة للحرية، مجلة العدالة والقانون (المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة")،

2016، ص 35.

الخاتمة:

بعد اجتهاد الباحث في اعداد هذا البحث، والذي نرجو من الله التوفيق فيما تناوله من مباحث ومطالب متعلقة بموضوع الدراسة، خصوصاً الخطورة الإجرامية واهميتها في فرض الجزاء البديل على كل من ارتكب السلوك المجرم، نتناول اهم النتائج التي تضمنها البحث:

1. الناظر في السياسة الجنائية الحديثة يرى اتجاهها الى فرض بديل للعقوبات السالبة للحرية والتي اثبتت عدم جديتها في كثير من الأحيان، وهنا ظهرت العقوبات البديلة.
2. ان الخطورة الإجرامية هي حالة نفسية كامنة عند المجرم، وهي محرك لبعض الدوافع المرتبطة بسلوك الجاني وتجبره على ارتكاب الجريمة.
3. لم تعترف التشريعات الجزائية بالخطورة الإجرامية معياراً لفرض العقوبة، في حين تنظر اليها باعتبارها من العوامل المحيطة بالسلوك المجرم.
4. بالرغم من عدم اعتراف التشريعات الجزائية صراحة باعتبارها معياراً، الا انه اعتبرها من العوامل المؤثرة في وضع النص القانوني.
5. أولى المشرع الجزائي اهتماماً بالخطورة الإجرامية للجاني، ويظهر ذلك جليا حين اعطى المشرع للقاضي السلطة التقديرية في تقدير وتحديد مقدار الجزاء المناسب لكل فعل من الأفعال الجرمية.
6. ان جسامة الفعل المرتكب دليل على توافر الخطورة الإجرامية، وهناك أفعال على درجة عالية من الجسامة، وهذا مؤشر لتوافر الخطورة الإجرامية متساوية مع ذات الدرجة من جسامة الفعل وعليه يجب ان تقترن بعقوبة مناسبة لذلك.
7. يمكن اثبات وتحديد توافر الخطورة الإجرامية من خلال مجموعة من العوامل منها الاعمال التحضيرية الظاهرة والسوابق الجرمية.

التوصيات

1. فيما يتعلق بالمشرع الفلسطيني وكضرورة من ضرورات التطبيق نوصي المشرع اعتماد مشروع قانون العقوبات الفلسطيني وتطبيقه في الضفة الغربية وقطاع غزة من خلال الطرق التشريعية الرقابية.
2. لم ينص المشرع الفلسطيني في مشروع قانون العقوبات للعام 2011 الا على عقوبة العمل للمنفعة العامة كعقوبة بديلة، لذلك نوصي المشرع بتعديل النص وازضافة عقوبات أخرى من ضمن العقوبات البديلة المنتجة لاختلاف الخطورة الإجرامية.
3. نوصي المشرع الفلسطيني عند اثبات الخطورة الإجرامية اعتبارها معياراً اخر لفرض العقوبات البديلة المتناسبة ومقدار هذه الخطورة.

4. نوصي المشرع بفرض عقوبة الغرامة وتغليظها كعقوبة بديلة ضمن السياسة الجنائية لمكافحة الجريمة، لما لهذه الغرامة من تأثير مباشر على النفس البشرية.

قائمة المصادر والمراجع

- قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960.
- قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001.
- مشروع قانون العقوبات الفلسطيني للعام 2011.
- أ. الكتب:
 - محمد صبيح نجم، أصول علم الاجرام والعقاب، دار الثقافة، ط1، عمان، 2002.
 - نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة، ط4، عمان، 2012.
 - سلطان الشاوي، علي حسين الخلف، المبادئ العامة في قانون العقوبات، المكتبة القانونية، بغداد، بدون تاريخ.
 - إبراهيم اسحق، علم الاجرام والعقاب، ديوان المطبوعات الجامعية، 1991.
- ب. رسائل الماجستير:
 - فاطمة زيتون، أثر الخطورة الإجرامية في قيام المسؤولية الجنائية الدولية، رسالة ماجستير جامعة الحاج لخضر، 2012.
 - لريد محمد احمد، الخطورة الإجرامية ودورها في السياسة الجنائية المعاصرة، جامعة د. الطاهر مولاي سعيدة، بدون تاريخ.
 - محمد صالح العنزي، الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة، رسالة ماجستير-الجامعة الأردنية، عمان، 2014.
 - نور الدين مناني، دور التدابير الاحترازية في ردع المجرم وحماية المجتمع، رسالة ماجستير-جامعة الحاج لخضر، 2011.
 - رفعات صافي أبو حجلة، العقوبات المجتمعية كإحدى العقوبات البديلة في التشريع الأردني، رسالة ماجستير-جامعة الشرق الأوسط، 2019.
- ج. الأبحاث:
 - احمد محمد خلف المومني، عماد محمد الربيع، أثر الخطورة الإجرامية على تقدير العقوبة في التشريع الأردني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، 2007.
 - احمد موسى هياجنة، نظام العقوبات والتدابير البديلة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مجلد 14، عدد 1، 2017.
 - أسامة الكيلاني، العقوبات البديلة للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، فلسطين، 2013.

- أنوار بوهلال، العقوبات البديلة الشخصية ذات البعد العلاجي، مجلة استشراف للدراسات والأبحاث القانونية، 2019.
- ايمان عبد الله أحمد، مروة إبراهيم محمد، العقوبات البديلة وأثرها في التأهيل والإصلاح وموقف القانون الدولي والتشريعات الوطنية منها، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 1، 2020.
- ريان شريف عبد الرازق، بدائل العقوبات السالبة للحرية، مجلة العدالة والقانون (المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة")، 2016.
- زينب أحمد محمد القدو، أثر الخطورة الإجرامية في السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، جامعة الموصل، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، بدون تاريخ.
- علي حسن الطوالة، دراسة في الخطورة الإجرامية، جامعة العلوم التطبيقية، مركز الاعلام الأمني، بدون تاريخ.
- غنام محمد غنام، المعاملة غير العقابية للمجرمين الخطرين، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية-جامعة المنصورة، 2017.
- فاطمة الزهراء بن يوسف، التحديد التشريعي لمعالم الخطورة الإجرامية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 9، العدد 2، 2018.
- يسر أنور علي، النظرية العامة للتدابير والخطورة الإجرامية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية-جامعة عين شمس، 1971.

الاختصاص القضائي في منازعات الوقف وطرق إثباته

Jurisdiction in the endowment disputes and ways to prove it

رابحي لخضر

جامعة عمار ثليجي - الأغواط

rabhi.lakhdar03@gmail.com

بن يكن عبد المجيد(*)

جامعة عباس لغرور - خنشلة

majid.benyekken@yahoo.fr

تاريخ القبول: 2021-01-12

تاريخ المراجعة: 2021-01-06

تاريخ الإيداع: 2020-05-07

المخلص

الوقف قد تقع فيه بعض المنازعات مما يستدعي الفصل فيها بمقتضى الاختصاص الذي يحكمها. كما أن الوقف يتطلب لإثباته بعض الطرق منها ما هو شرعي ومنها ما هو قانوني. وقد تطرقنا في هذا البحث للاختصاص القضائي في المنازعات القضائية وكيفية إثباته، معتمدين في ذلك على مجموعة مراجع ونصوص فقهية وقانونية، وكذا بعض المواقع الالكترونية. وعليه ووفقا لما سبق حاولنا جمع شتات هذا الموضوع في مقدمة وثلاثة مطالب. بدأنا بتعريف المفاهيم والمصطلحات المتعلقة بالبحث، وتناولنا في المطلب الأول الاختصاص القضائي في المنازعات الوقفية، وتطرقنا في المطلب الثاني لإثبات الوقف بالطرق الشرعية، وفي المطلب الثالث لإثبات الوقف بالطرق القانونية. وانتهينا في ختام البحث إلى مجموعة من النتائج، سائلين الله تعالى التوفيق والسداد.

الكلمات المفتاحية: الاختصاص؛ القضاء؛ الوقف؛ الإثبات.

Abstract:

The endowment may involve some disputes, which require adjudication according to the jurisdiction that governs it. The endowment also requires proof of some methods, some of which are legal and some that are legal.

We have tried in this research that the jurisdiction has jurisdiction in judicial disputes and how to prove it, relying in this on a set of references and jurisprudence and legal texts, as well as some websites.

Accordingly, and according to the foregoing, we tried to collect diaspora on this topic in preliminary and two studies. In introducing the concepts related to the research, we introduced in the first topic the jurisdiction of the endowment disputes, and we discussed in the second topic to prove the endowment in Algerian legislation. At the end of the research, we ended up with a set of results, asking God Almighty to be successful.

Keywords: Jurisdiction, elimination, endowment.

(*) المؤلف المراسل.

إن الأملاك الوقفية محمية قانوناً تطبيقاً لنص المادة 52 من الدستور، وهي غير قابلة للتصرف أو للحجز أو بالتقادم المكتسب تطبيقاً لنص المادة 03 من القانون رقم 07/02 المؤرخ في 27/02/2007 المتضمن تأسيس إجراء المعاينة لحق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري.

لكن قد تطرح دعوى على القضاء لاسترداد ملك وقفي، أو المطالبة بحقوق الإيجار أو دعوى طرد من السكن الوقفي أو إلغاء عقد شهرة واقع على ملك وقفي أو إلغاء أو إبطال أي تصرف على أصل الملك الوقفي، فما هي الجهة القضائية المختصة محلياً ونوعياً؟ وما هي طرق إثبات الأملاك الوقفية؟

وقبل الإجابة على كل هذه التساؤلات، لا بد من توضيح وتعريف بعض المصطلحات التي لها علاقة بالموضوع المراد بحثه.

أولاً: تعريف الوقف:

1. **التعريف اللغوي:** الوقف في اللغة: الحبس، يقال: وقفت الدار وقفاً حبستها في سبيل الله، ومنها المنع، يقال: وقفت الرجل عن الشيء وقفاً: منعته عنه، ومنها السكن، يقال: وقفت الدابة تقف وقفاً ووقوفاً سكنت⁽¹⁾. قال الفيروز آبادي في القاموس المحيط: الحبس: المنع... وكل شيء وقفه صاحبه من نخل أو كرم أو غيرها يحبس أصله، وتسبّل غلته⁽²⁾.

2. **التعريف الاصطلاحي:** سنتحدث عن المعنى الاصطلاحي للوقف في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

أ: تعريف الوقف في اصطلاح فقهاء المسلمين:

سنذكر عينة من التعاريف لمذاهب الفقهاء للوقف.

. تعريف الوقف عند الحنفية: هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنافع⁽³⁾.

في قولهم "على ملك الواقف" فإن هذا يعني أن الوقف غير لازم، وغير مزيل لملك الرقبة، ويصح الرجوع فيه، كما هو عند أبي حنيفة⁽⁴⁾.

. تعريف الوقف عند المالكية: هو إعطاء منفعة شيء مدة وجوده، لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً⁽⁵⁾.

(1) أحمد بن محمد بن علي بن المقرئ، الفيومي (ت: 770هـ): المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية - بيروت - لبنان، الجزء الثاني، ص: 669.

(2) مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، الفيروز آبادي (ت: 817هـ): القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الثامنة (1426هـ، 2005م)، الجزء الأول، ص: 537.

(3) أبو البركات عبد الله بن أحمد، حافظ الدين النسفي (ت: 710هـ): كنز الدقائق، المحقق: أ. د. سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، دار السراج، الطبعة الأولى (1432هـ، 2011م)، ص: 403.

(4) علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني، الحنفي (ت: 587هـ): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية (1406هـ، 1986م)، الجزء السادس، ص: 218.

(5) محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله الرصاع، التونسي المالكي (ت: 894هـ)، شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، الطبعة الأولى (1350هـ)، ص: 411.

. تعريف الوقف عند الشافعية: هو حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود⁽¹⁾.

. تعريف الوقف عند الحنابلة: هو تحبيس الأصل، وتسبيل الثمرة⁽²⁾.

جعل أبو زهرة - رحمه الله - هذا التعريف أجمع التعاريف فقال: أجمع تعريف لمعاني الوقف أنه : حبس العين وتسبيل ثمرتها، أو حبس عين للتصدق بمنفعتها⁽³⁾.

ب: تعريف الوقف في القانون الجزائري:

. قانون الأسرة: عرّف المشرع الجزائري الوقف في المادة 213 من قانون الأسرة، والتي نصت على أن: (الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق)⁽⁴⁾.

. قانون رقم 91-10 يتعلق بالأوقاف الجزائرية: نصت المادة 3 بقولها: (الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير)⁽⁵⁾.

. قانون التوجيه العقاري: نصت المادة 31 بقولها: (الأملك الوقفية هي الأملك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل يتمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء أكان هذا التمتع فوراً أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور)⁽⁶⁾.

من خلال هذه المواد يتبين أن المشرع الجزائري أخرج العين الموقوفة من ملكية الواقف، ولم ينقلها إلى ملكية الموقوف عليهم، وبذلك يكون قد أخذ بمذهب الشافعية والحنابلة، وجعل من الوقف ذو طابع مؤسساتي ما دام يتمتع بالشخصية المعنوية⁽⁷⁾.

ثانيا: تعريف الاختصاص القضائي:

هو: نصيب كل محكمة من الولاية الممنوحة لها للفصل في الدعاوى التي تقررت لها ولاية الفصل فيها، فتكون لها الصلاحية في مباشرتها وبسط سلطاتها للتصرف فيها⁽⁸⁾.

(1). شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، الشافعي (ت: 977هـ): مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى (1415هـ، 1994م)، الجزء الثالث، ص: 522.

(2). أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد، ابن قدامة الجنبلي (ت: 620هـ): المغني، مكتبة القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، الجزء السادس، ص: 3.

(3). أبو زهرة محمد، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية (1391هـ، 1971م)، ص: 39.

(4). القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

(5). القانون 91-10 المؤرخ في 12 شوال عام 1410 الموافق 27 أبريل لسنة 1991، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02 - 10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002، وهو آخر تعديل له بعد القانون رقم 01 - 07 المؤرخ في 22 مايو 2001 يتعلق بالأوقاف.

(6). قانون رقم 90-25 مؤرخ في أول جمادى الأولى عام 1411 الموافق 18 نوفمبر سنة 1990 والمتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم بالأمر

رقم 95-26 مؤرخ في 30 ربيع الثاني عام 1416 الموافق 25 سبتمبر سنة 1995.

(7). حمدي باشا عمر، عقود التبرعات "الهيئة . الوصية . الوقف"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2004، ص: 75.

(8). D. CARREAU, Droit international, Paris, Pédone, (1997) N° 818 ; M HENZELIN, op.cit, p. 14. (نقلا عن: دخلافي

سفيان: مبدأ الاختصاص العالمي في القانون الجنائي الدولي (مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية).

إشراف الأستاذ: تاجر محمد، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة - الجزائر، السنة الجامعية 2007-2008، ص: 23.

يدل الاختصاص القضائي على ولاية الجهة القضائية للنظر في الدعوى والفصل في الموضوع المعروف عليها، ويتنوع الاختصاص القضائي في دعوى الوقف، نظرا للخصوصية الفريدة التي جعلت منه نظاما مرنا، فالوقف إما أن يكون من قبيل الأموال العقارية أو المنقولة. كما قد يتجسد في مفهوم المنفعة، وإما يكون وقفا عاما أو خاصا، وعلى هذا الأساس يتحدد الاختصاص القضائي من جهة، وصلاحيه القضاء للنظر في المواد الوقفية من جهة أخرى⁽¹⁾.

المطلب الأول: الاختصاص القضائي في المنازعات الوقفية:

الفرع الأول: الاختصاص المحلي

ومعناه الإطار الإقليمي الذي يحدده المشرع والذي تمارس المحكمة اختصاصها القضائي ضمن حدوده، وأن لا تتجاوزه وإلا شكل ذلك اعتداء على اختصاص جهة قضائية أخرى.

بالرجوع إلى المادة 39 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه في المواد المختلطة ترفع الدعوى أمام الجهات القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر الأموال، وبالتالي فإذا كانت المنازعة حول عقار فمكان وجوده هو مكان انعقاد الاختصاص الإقليمي، والحكم نفسه ينطبق على المنقول والمنفعة مع مراعاة قواعد الاختصاص⁽²⁾.

تنص المادة 48 من قانون الأوقاف " تتولى المحاكم المختصة التي يقع في دائرة اختصاصها محل الملك الوقفي النظر في المنازعات المتعلقة بالأموال الوقفية " لكن هذه المادة وإن حددت الاختصاص المحلي إلا أنها لم تحدد طبيعة الملك الوقفي إن كان عقارا أو منقولاً أو منفعة، لذلك وجب الرجوع إلى المواد 08، 09، 10، 11، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فإذا كان موضوع المنازعة يتعلق بعقار موقوف آل الاختصاص القضائي النظر فيها لمحكمة مقر العقار، أما إذا تعلقت المنازعة بمنقول موقوف آل الاختصاص لمحكمة وجود هذا المنقول، وإن كان النزاع متعلقاً بعدم دفع الأجرة فإن الاختصاص يؤول أيضا لمحكمة مقر تواجد العقار المؤجر طبقاً للفقرة الثانية من المادة الثامنة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولكن التساؤل الذي قد يطرح هل أن المشرع الجزائري أراد بهذا الاختصاص أن يكون اختصاصا نسبيا أم أراد أن يكون من النظام العام، وبالتالي لا يمكن أن يطرح النزاع إلا أمام المحكمة التي يقع بدائرتها محل الوقف؟ ونرى بأنه من النظام العام مادام أنه استثناء على القاعدة العامة، ولطبيعة وخصائص الوقف العام.

الفرع الثاني: الاختصاص النوعي:

إن القاعدة العامة لاختصاص المحاكم العادية نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 32 الفقرة 1 " المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام".

(1) . دريسي نور الهدى: المنازعات الوقفية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق تخصص: قانون خاص، إشراف الأستاذ الدكتور حميدو زكية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2019، ص: 231.

(2) . المادة 40 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يقصد بالاختصاص النوعي تقسيم الاختصاص على الجهات القضائية بمختلف درجاتها، سواء كان ذلك على مستوى القضاء العادي من خلال: المحاكم- المجالس القضائية- المحكمة العليا، أو على مستوى القضاء الإداري من خلال: المحاكم الإدارية ومجلس الدولة، ويطلق عليه الاختصاص النوعي العمودي⁽¹⁾. إن الاختصاص النوعي للجهة القضائية في نظر منازعات الوقف لا يتحدد إلا بمعرفة طبيعة هذه الأملاك وتسييرها واستثمارها وطبيعة ريعها.

والجدير بالإشارة في هذا المقام، أنه وفي إطار الممارسة القضائية كثيرا ما لا يراعى الاختصاص النوعي بين القضاء المدني وقضاء الأحوال الشخصية وكذا العقاري، بحيث نلتبس نوعا من التداخل في الاختصاصات، فنجد أن الكثير من مواضيع النزاع نفسها فصل فيها قضاء الأسرة كما قد فصل فيها القسم المدني أو العقاري، وذلك راجع أصلا لطبيعة نظام الوقف والذي تكون جل أحكامه لها علاقة بالمعاملات والتي يحكمها القانون المدني، كدعاوى الإبطال لعب في الرضا، أو دعوى وقف المريض مرض الموت، بحيث يجد القاضي نفسه مجبرا إلى النظر في المسائل المدنية لحل النزاع المطروح أمامه، وذلك في إطار البحث عن ما يتناسب وطبيعة الوقف، خاصة وأن الوقف يتعلق من الناحية الشخصية بالشروط المتعلقة بالواقف، ومن الناحية العينية بطبيعة المال الموقوف⁽²⁾.

المطلب الثاني: إثبات الوقف بالطرق الشرعية:

يمكن القول في هذا الصدد بأن عملية إثبات الأملاك الوقفية في الجزائر قد مرت بمراحل كان لصدور قانون التوثيق 70/91 الدور الفارق فيها، حيث كانت تعتمد في إثبات الملكيات الوقفية طرق الإثبات الشرعية والمتعارف عليها فقها، حيث لا تكون الكتابة أو التوثيق شرطا في صحة الوقف، خاصة وأن الوقف حسب القول الراجح هو تصرف ناشئ عن إرادة الواقف المنفردة، نابع من وازع البر والخير فيه ولا يحتاج إلى قبول الموقوف عليه، وبالنتيجة فليس له تلك الصبغة التعاقدية والحاجة إلى إثبات العقود والحقوق والملكيات أكيدة وبالغة حفظا لها وحماية لمصالح الأشخاص وإقامة الحجة ودرءا للخصومات والخلاف بينها.

يعتبر الوقف نظاما إسلاميا أصيلا بامتياز على غرار الميراث والزكاة وسائر نظم الأحوال الشخصية، وهذا على الرغم من وجود بعض الأنظمة المشابهة له في الوقت الحاضر كالجمعيات الخيرية ومؤسسات النفع العام والمنظمات الأهلية أو منظمات المجتمع المدني الأهلية.

ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالوقف من حيث الإنشاء والاستحقاق والمنفعة منه، وصرف ريعه، وتقييد القائمين على شؤونه بشروط الواقفين التي كانت تثبت غالبا الوقف أو حجج الوقف المكتوبة، غير أنه نظرا لتلف وضياع الكثير منها، وعدم اهتمام الواقفين بإفائها تعبدا وابتغاء للأجر والثبوة من الله عز وجل، فلا يمكن أن نجد أفضل من الإقرار وشهادة الشهود كوسيلتين شرعيتين في إثبات الوقف⁽³⁾.

(1). خليل بوصنوبر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار نوميديا للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، الجزء الأول، ص: 89 وما يليها.

(2). دريسي نور الهدى: المرجع السابق، ص: 242، 243.

(3). دلالي الجيلالي: تطور قطاع الأوقاف في الجزائر وتنمية موارده، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق تخصص: القانون الخاص، إشراف

الأستاذ الدكتور الغوثي بن ملح، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014، 2015، ص: 121، 122.

الفرع الأول: الإقرار:

أولاً: تعريفه

- 1 . في اللغة: الإذعان للحق والاعتراف به. أقرَّ بالحق: أي اعترف به. وقد قرره عليه وقرره بالحق غيره حتى أقرَّ (1).
- 2 . في الاصطلاح: هو الإخبار عن ثبوت حق للغير على المخبر (2).

وعليه فالإقرار عمل إرادي اختياري يصدر بصفة تلقائية، وهو أقوى من البينة وله حجية قاطعة ضد المقر، والسبب في كونه كذلك هو أنه يصدر من الشخص ضد مصلحته الشخصية، وهذا هو الذي رجح جانب احتمال الصدق فيه على جانب احتمال الكذب خاصة إذا كان واقعا أمام القضاء، فإذا ثبت وجوده بصفة صحيحة بأنه يشكل حجة كاملة كمبدأ عام.

ثانياً: شروطه:

يشترط في المقر الأهلية والملكية، فلا يصح الإقرار من صبي أو مجنون، ولا يصح الإقرار بما ليس داخلاً في ملكية الواقف، إذ الوقف ملك يخرج الواقف من ذمته في وجوه البر والنفع العام لذلك يلزم أن يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته، مباحاً معيناً نافعاً للجهالة، ولا يصح بمكان أن يكون مستقبلاً لم يدخل بعد في الذمة أو كان احتمالياً، والمبدأ العام في الإقرار أن المرء مؤاخذ بإقراره، وهو حجة قاصرة على المقر فقط (الواقف)، ولا تتعداه إلى غير ما لم يصدقه، لأن المقر لا ولاية له على نفسه ولو أقر شخص على نفسه وعلى غيره فإنه لم يلزم بما أقره على نفسه ولا يمتد إقراره إلى غيره إلا إذا صدقه هذا الغير، كما يشترط في المقر العدالة والأمانة وعدم التهمة رغم أنها صفات مفترضة في الواقف أو في مستحق الوقف (3).

الفرع الثاني: الشهادة:

تعتبر الشهادة من أهم وسائل إثبات أصل الوقف في الشريعة الإسلامية، ولا يشترط فيها المعاينة، حيث تقبل عند فقهاء الإسلام ولو بنيت على التسامع فقط، وقد أخذ المشرع الجزائري بالشهادة كوسيلة لإثبات الوقف، حيث نصت المادة 08 فقرة 05 من قانون الأوقاف أنه تعتبر من الأوقاف العامة المصونة: "الأماكن التي تظهر تدريجياً بناءً على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار".

أضف إلى ذلك أنه إذا الوقف عقاراً، استعمل في بناء مسجد، فإن أدلة الإثبات يكفي فيها شهادة الشهود، وهو الأمر الذي يتأكد بموجب فتوى صادرة عن المجلس الإسلامي الأعلى في 17 جانفي 1989 في فقرتها الرابعة أنه: "إذا ثبت بشهادة جماعة من المسلمين أو شهادة رسمية، أن المحل قد بناه جماعة من المسلمين لتقام فيه الصلوات فهو لهم.

وأن القضاء طبق هذه الرخصة في الإثبات كاستثناء، تستفيد منه الأوقاف المخصصة للعبادة (4).

أولاً: وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي: تطبيقاً لأحكام المادة 08 السابقة صدر المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 مؤرخ في 10/26/2000 المستحدث لوثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات

(1). أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، ابن منظور (ت: 711هـ): لسان العرب، دار صادر - بيروت - لبنان (2004)، الجزء الخامس، ص: 88.

(2). وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت: الموسوعة الفقهية الكويتية، مطابع دار الصفاة - مصر، الطبعة الأولى (1404هـ)، الجزء السادس،

ص: 46.

(3). دلالي الجليلي: المرجع السابق، ص: 122، 123.

(4). قرار رقم 97512 مؤرخ في: 01/16/1994 منشور بالمجلة القضائية، عدد 02 لسنة 1994، ص: 207.

إصدارها وتسليمها، وقد أضفى المشرع بهذا المرسوم الرسمية على شهادة الشهود لتتحول من شهادة مكتوبة إلى وثيقة رسمية تخضع للتسجيل في السجل العقاري.

ثانيا: الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي: طبقا للمادة 05 من مرسوم 336-2000 تصدر مديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي محل الإشهاد إذا اجتمعت أكثر من ثلاث وثائق إشهاد مكتوب لإثبات الملك الوقفي. هذه الشهادة هي وثيقة تتوج بها شهادات الشهود، تصدر في شكل رسمي وتخضع للإشهار.

وقد حدد القرار المؤرخ في 2001/26/05 نموذج هذه الشهادة ومحتواه، حيث نص في المادة 03 منه أن تتضمن وجوبا:

-عنوان الشهادة.

-المراجع القانونية المعتمدة.

-رقم وتاريخ تسجيل وثائق الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا.

-تحديد مساحة الملك الوقفي وموقعه.

وقد نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي 336-2000 على خضوع الملك الوقفي محل وثيقة الإشهاد إلى التسجيل والإشهار العقاري، وهو ما يتوافق مع نص المادة 41 من قانون الأوقاف، مما يدل على أن القيمة القانونية للشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي هي من قيمة العقد الرسمي المثبت للملك الوقفي، وهو ما أكدته التعليمات الوزارية المشتركة رقم 09 المؤرخة في 2002-09-16 الصادرة عن وزير الشؤون الدينية والمالية والمتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، حيث اعتبرت أن الشهادة الرسمية هي بمثابة عقد تصريحي يبرمه موظف مختص ومؤهل توافقا مع المادة 324 من التقنين المدني التي تحدد مفهوم العقد الرسمي والمادة 26 مكررا 11 من قانون الأوقاف، وهذا الموظف هو مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية بصفته أعلى سلطة مكلفة بالأحكام الوقفية على المستوى المحلي، كما حددت التعليمات كيفية إشهار الشهادة الرسمية.

غير أن المرسوم التنفيذي 336-2000 أشار في المادة 05 منه إلى إرفاق الشهادة الرسمية بشرط البطلان عند ظهور أدلة مضادة، وهذا الشرط كان محل انتقاد لأنه من شأنه أن ينقص من القيمة القانونية لهذه الشهادة، كما يتنافى مع شرط إشهارها، ذلك أن الإشهار هو الذي يعطي للوثيقة الرسمية حجيتها كما أنه هو مصدر الحق العيني، بالإضافة إلى أن الورقة الرسمية ذات قوة ثبوتية قاطعة ما لم يثبت تزويرها طبقا للمادة 324 مكررا 5 من التقنين المدني، لذلك فإن إغفال هذا الشرط في قرار 2001/26/05 المحدد لشكل ومحتوى الشهادة الرسمية وكذلك الملحق الموضح لنموذجها يعتبر في محله⁽¹⁾.

(1) . مجوع انتصار: إثبات الوقف العام في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 5، جامعة ورقلة، جوان 2011، ص: 309.

المطلب الثالث: إثبات الوقف بالطرق القانونية:

من المقرر فقها وقانونا فإن الوقف يكون صحيحا متى استوفى أركانه وشروط صحته، والشكلية فيه ليست من أجل الإثبات، ولذلك فإن إثبات الوقف بالكتابة مرتبط بطبيعة الوقف من حيث محله، فإذا كان عقارا أو منقولا وجب إثباته بإجراءات الإثبات المعمول بها قانونا مثله سائر العقود التي يشترط فيها القانون الشكلية تحت طائلة البطلان.

الفرع الأول: الكتابة:

تعتبر الكتابة من أهم طرق الإثبات، وهو أن يثبت التصرف الوقفي في محرر مكتوب اصطلاح عليه فقها بكتاب الوقف أو الحجة أو العقد، وقد يكون هذا المحرر رسميا وقد يكون عرفيا، وهو ما مر به عقد الوقف في الجزائر عبر المراحل التاريخية التالية:

أولا: المرحلة ما قبل صدور قانون التوثيق الصادر في 15/12/1970: في هذه المرحلة لم تكن تشترط الرسمية في العقود، فكانت تحرر عرفيا كما كانت تحرر رسميا، وبالنسبة لعقود الوقف فكانت تحرر بمعية القاضي الشرعي. وقد أعطت المحكمة العليا للعقود المبرمة من قبل القضاة الشرعيين الصبغة الرسمية في القرار 40097 المؤرخ في 03/06/1989 كما اعتبر القانون 91/10 الأوقاف الثابتة بهذا النوع من العقود أوقافا عامة مصونة.

ثانيا: المرحلة ما بين 15/12/1970 و 09/06/1984: في هذه الفترة صدر قانون التوثيق بموجب الأمر 70/91، وقد اشترطت المادة 12 منه الكتابة الرسمية في كل المعاملات العقارية مهما كان نوعها أو طبيعتها تحت طائلة البطلان، وعليه ينطبق هذا الحكم على عقود الوقف التي تم إنشائها ابتداء من هذه الحقبة.

ثالثا: الفترة الممتدة بين 09/06/1984 إلى غاية صدور قانون الأوقاف: ما ميز هذه الفترة هو صدور القانون 84/11 المتضمن قانون الأسرة الذي نظم قانون الوقف لأول مرة، وقد نصت المادة 217 منه على: "يثبت الوقف بما تثبت به الوصية"، وعليه يثبت الوقف بما يلي:

. تصريح الواقف أمام الموثق، وتحرير عقد بذلك.

. وفي حالة وجود مانع قاهر يثبت الوقف بحكم، يؤشر به على هامش أصل الملكية.

الظاهر من نص المادة أن المشرع لم يشترط شكلا معيناً لإنشاء الوقف، بل اعتبر عقد الوقف المحرر أمام الموثق بعد تصريح الواقف وسيلة لإثباته في حالة النزاع ووجوده من طرف الغير، والدليل على هذا أنه نص في حالة إذا تعذر على الواقف ذلك، يلجأ إلى القضاء لإثباته بكافة الوسائل للحصول على حكم يؤشر به على هامش أصل الملكية.

ولكن يؤخذ على المشرع أنه أغفل تماما نص المادة 12 من قانون التوثيق السابقة بالنسبة للأوقاف الواردة على العقارات، والتي تمثل الجزء الأكبر من الأملاك الوقفية، والمادة 324 مكرر 1 من القانون 88/14 المعدل والمتمم للأمر 75/58 المتضمن القانون المدني التي أكدت على ضرورة إخضاع العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حق عيني عقاري إلى الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان.

وقد تدارك المشرع كل ذلك بصدور قانون الأوقاف، حيث نص صراحة على توثيق عقد الوقف، وعلى طريقة إثباته⁽¹⁾.

(1). جطي خيرة: المرجع السابق، ص: 198، 199.

الفرع الثاني: الشهادة الرسمية:

المشروع الجزائري أخذ بالشهادة الرسمية بموجب الفقرة الخامسة من المادة الثامنة من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم على أنها تعتبر من الأموال العامة المصونة: "الأمالك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار".

ولقد أثار موضوع الأوقاف التي ليست لها عقود إشكالية كبيرة، إذ أن كثيرا منها لا يعلمها إلا الواقف، خاصة قبل صدور قانون التوثيق لسنة 1988، إذ العديد منها لم تكن مقيدة ولا مسجلة ولا مشهورة، على عكس الأوقاف التي لها إما عقود عرفية أو توثيقية صادرة قبل صدور قانون التوثيق. إذ يمكن أن تقيد و تشهر وتسجل، فهي عقود معترف بها، بالنظر إلى إحداث سجل عقاري خاص بالملك الوقفي سنة 2003 بموجب القرار الوزاري المشترك الصادر عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف ووزير المالية المؤرخ في 2003/11/15 المحدد لشكل ومحتوى السجل العقاري الخاص بالملك الوقفي.

وانطلاقا من الأهمية الإستراتيجية التي أكدتها الوزارة المعنية بالأوقاف خاصة بعد صدور المنشور رقم 56 المؤرخ في 1996/08/05 والتي أكدت من خلاله على توسيع دائرة الاهتمام بالأمالك الوقفية المنقولة منها والعقارية⁽¹⁾.

نظمت السلطة التنفيذية عملية إثبات الملك الوقفي بموجب شهادة رسمية صادرة عن مدير الشؤون الدينية والأوقاف، والتي يتم التحضير لها كما يلي:

جمع أكثر من ثلاث وثائق من الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي، ولقد تم استحداث هذه الوثيقة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 2000/10/26 المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروطه وكيفيات إصدارها وتسليمها.

كما أن وثيقة الإشهاد المكتوب وفقا لنص المادة 4 من ذات المرسوم التنفيذي يجب أن تتضمن البيانات التالية: المعلومات الخاصة بالشهود مع توقيعهم، وتصديق المصلحة المختصة بالبلدية أو أي سلطة أخرى مؤهلة قانونا وهذا قبل إيداعها لدى مديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا لتسجيلها، والرقم الذي تم تسجيلها به في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا.

يتم إيداع وثيقة الإشهاد المكتوب بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف في سجل الإيداع مقابل وصل إيداع يسلم للشاهد، تسجل وثائق الإشهاد المكتوب بالسجل الخاص بالملك الوقفي، على ضوء المعلومات المطلوبة والموضحة أعلاه، وبالتالي يعطى رقم ترتيبي لكل وثيقة إشهاد.

بعد استجماع الشروط المبينة أعلاه وفي ظرف خمسة يوما يعد مدير الشؤون الدينية والأوقاف شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي محل الإشهاد⁽²⁾.

وتتضمن الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، وجوبا، حسب نص المادة 3 من القرار الوزاري المؤرخ في 2001/05/26 المحدد لشكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي: عنوان الشهادة، المراجع القانونية

(1). بن مشرن خير الدين: المرجع السابق، ص: 67.

(2). وفقا للقرار الوزاري الصادر عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف، المؤرخ في 2001/05/26 المحدد لشكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، وتطبيقا لأحكام المادة 5 من المرسوم التنفيذي 336/2000 المؤرخ في 2000/10/26 المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها.

المعتمدة، رقم وتاريخ تسجيل وثائق الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا، تحديد مساحة الملك الوقفي وموقعه.

والجدير بالذكر أن الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي تخضع لإجراءات التسجيل والشهر العقاري، وذلك بعد أن يقوم وكيل الأوقاف بناء على الشهادة الرسمية بتقديم طلب أمر على ذيل عريضة إلى رئيس محكمة موقع العقار، ملتصا تعيين محضر قضائي لإجراء معاينة قضائية لإثبات الملك الوقفي ميدانيا (استفسار من له معرفة بالعقار، وصف العقار، تحديد معالمه)، وبعد تكليف خبير عقاري لإجراء الخبرة ووضع خريطة طبوغرافية للموقع، مع تحديد المساحة ومعالم العقار الوقفي، وبعد إعداد المديرية لتقرير حول العقار.

ولقد حددت التعليمات الوزارية المشتركة رقم 09 المؤرخة في 16/09/2002 الصادرة عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف ووزير المالية، المتضمنة إجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي كإجراءات الإظهار العقاري لهذه الشهادة طبقا لنص المادة 6 من المرسوم التنفيذي 336/2000 وذلك بإفراغها كلية في الاستمارة المحددة تنظيميا للإظهار العقاري، والتي تودع بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا بمبادرة من مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية، قصد الإظهار، وهذا بعد استيفاء إجراءات التسجيل. ويسلم المحافظ العقاري إلى مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية أو العون المكلف من طرف هذا الأخير النسخة المرفقة مع هذا الإيداع، بعد تحميلها صيغة تنفيذ الإظهار العقاري⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا تعلق الأمر بعقار حضري تفتح بطاقة عينية وتُرتب بعد التأشير عليها بالنظر إلى الموقع الجغرافي المحدد بعناصر تعيين العقار الموقوف، ثم تفتح بطاقة أجدية لحساب الوقف العام وترتب حسب الترتيب الأبجدي، ثم يتم إعداد دفتر عقاري يسلم لمدير الشؤون الدينية والأوقاف مع النسخة المرفقة السالفة الذكر.

وأما إذا كان محل الوقف عقارا ريفيا، فيتم إظهاره طبقا لما نصت عليه المادتان 113 و 114 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المعدل والمتمم. إن الإجابة عن هذا السؤال تفرض التطرق إلى الأسس القانونية لإعدادها، إذ اعتبرت الفقرة الخامسة من المادة 8 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف شهادة الشهود وسيلة اعتراف بطبيعة الملك الوقفي العام، كما أن المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروطه وكيفية إصدارها وتسليمها، والقرار الوزاري المؤرخ في 26/05/2001 المحدد لشكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي عملا على التكريس القانوني للملك الوقفي العقاري على أساس شهادة الشهود، ضف إلى ذلك أن مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية المعين بمرسوم رئاسي وبصفته أعلى سلطة مكلفة بالأحكام الوقفية أهلته التعليمات الوزارية المشتركة رقم 09 الصادرة عن وزير المالية والشؤون الدينية والأوقاف، لإعداد هذه الشهادة الرسمية بالاستناد إلى نص المادة 26 مكرر 11 من القانون رقم 07/01 المؤرخ في 22/05/2001 المعدل والمتمم للقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، آخذا بعين الاعتبار مفهوم العقد الرسمي المعرف في المادة 324 من القانون المدني⁽²⁾، وهو نفس المبدأ المعمول به بالنسبة لمدير أملاك الدولة الولائي، الذي يلعب دور

(1) بن مشرن خير الدين: المرجع السابق، ص: 67.

(2) نصت المادة 324 معدلة مدني جزائري بقولها: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واخصاصه".

الموثق فيما يخص الأملاك العقارية التابعة للدولة، وهو الدافع إلى إقرار الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي في شكلها ومضمونها بقرار وزاري، وموقعة من قبل مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية، والتي اعتبرت عقدا تصريحا متعلقا بحق عيني عقاري، وتخضع للتسجيل والإشهار؛ أي تصبح حجة على الغير بهذا الإشهار وتكتسب قوة ثبوتية قاطعة؛ أي هي حجة لما ورد بها إلى أن يثبت تزويرها، وإلغاؤها من قبل القضاء. هذا عن الأساس القانوني لهذه الشهادة.

أما بخصوص الشرط الذي يترتب عليه البطلان-أي عند ظهور أدلة مضادة-فهو شرط ينقص من قيمة هذه الشهادة ومن أثر هذا العقد - بمفهوم التعليمات الوزارية المشتركة رقم 09، إذ أن حجيتها اتجاه الغير تبقى معلقة على شرط فاسخ، ألا وهو ظهور أدلة مضادة، قد تكون عقودا توثيقية سابقة عليها، لذا يستحسن إلغاء هذا الشرط الفاسخ الوارد في المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 حفاظا على استقرار المعاملات العقارية.

وعليه، وبتتبع الترتيبات القانونية المؤسسة للشهادة الرسمية والتي جاءت وفق ترتيب تسلسلي، بدءا بالبند الخامس من المادة 8 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، ثم المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها وتحديد المادة 5 المحددة لشروط إصدار هذه الشهادة، فالقرار الوزاري المؤرخ في 26/05/2001 المحدد لمحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، مروراً إلى القرار الوزاري المؤرخ في 06/06/2001 المحدد للسجل الخاص بالملك الوقفي والذي تسجل فيه وثائق الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وفق التفصيل الذي جاءت به المذكرة رقم 188 المنظمة له، وأخيرا التعليمات الوزارية المشتركة رقم 09 المؤرخة في 16/09/2002 التي تشرح الأسس القانونية لإعداد الشهادة الرسمية وتحدد بعض الطرق لتطبيقية الخاصة بتنفيذ إجراء الإشهار العقاري، من ذلك كله يمكن استخلاص عناية المشرع الجزائري ومن ورائه السلطة التنفيذية بإثبات الملك الوقفي العقاري الذي يعتبر أحد محاور عمل وزارة الشؤون الدينية والأوقاف الأساسية تماشيا مع القواعد العامة المتعلقة بتنظيم الأملاك الوقفية وتسييرها وحفظها وحمايتها. وتظهر أيضا هذه العناية من خلال احترام مبدأ تدرج النصوص التنظيمية المنظمة لهذه الشهادة، ولتمكين الإدارة المعنية بالعملية من التنفيذ الجيد لمراحل تحضيرها⁽¹⁾.

الخاتمة:

توصلت الدراسة إلى نتائج يمكن إجمالها فيم يأتي:

1. أحكام الوقف أصلتها نصوص الكتاب والسنة، واتفق الفقهاء على جوازها، وقد أخذ بها المشرع الجزائري، فقانون الأوقاف عبارة عن تقنين للفقهاء الإسلامي مع إضافة اجتهادات العصر ونوازلها، والاستفادة من إيجابيات التقنين المعاصر، كالجانب الإجرائي، الشكل الرسمي للعقد والشهر العقاري، والشخصية المعنوية للوقف... وغيرها.
2. قطاع الأوقاف في الجزائر لا يمكنه أن يبقى بمعزل عن الحراك المتعدد الألوان على مختلف الأصعدة والمستويات، فالمعادلة التنموية تقتضي اشتراك كل القطاعات الحيوية في الدولة في الحركة الاقتصادية والاجتماعية من أجل الوصول إلى أكبر مستويات الرفاه الاجتماعي والاقتصادي المنشود.

(1). بن مشرن خير الدين: المرجع السابق، ص: 71.

3. قام المشرع الجزائري بتنظيم مجال المنازعات المتعلقة بالأموال الوقفية، حيث بين أسبابها، وكذا أطرافها، ثم موضوعها، كما بين الجهات القضائية التي ينعقد إليها الاختصاص القضائي، وهذا كله حماية للأموال الوقفية، وصونها لها من الاعتداء والاندثار.
4. وسائل الإثبات في الأملاك الوقفية متنوعة ومتعددة، وهي على تنوعها وتعددتها غير محصورة في وسائل بعضها أو مقصورة على وسائل دون أخرى، وهذا واضح من عبارة: "...بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية".

قائمة المصادر والمراجع:

الكتب:

- . أحمد بن محمد بن علي بن المقري، الفيومي (ت: 770هـ): المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية - بيروت - لبنان.
- . أبو البركات عبد الله بن أحمد، حافظ الدين النسفي (ت: 710هـ): كثر الدقائق، المحقق: أ. د. سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، دار السراج، الطبعة الأولى (1432هـ، 2011م).
- . أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، ابن منظور (ت: 711هـ): لسان العرب، دار صادر - بيروت - لبنان (2004).
- . أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد، ابن قدامة الحنبلي (ت: 620هـ): المغني، مكتبة القاهرة.
- . حمدي باشا عمر، عقود التبرعات "الهيئة . الوصية . الوقف"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2004.
- . خليل بوضنوبرة، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار نوميديا للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- . شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، الشافعي (ت: 977هـ): مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى (1415هـ، 1994م).
- . شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، الشافعي (ت: 977هـ): مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى (1415هـ، 1994م).
- . علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني، الحنفي (ت: 587هـ): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية (1406هـ، 1986م).
- . مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، الفيروزآبادي (ت: 817هـ): القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الثامنة (1426هـ، 2005م).
- . محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله الرصاع، التونسي المالكي (ت: 894هـ)، شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، الطبعة الأولى (1350هـ).
- . وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت: الموسوعة الفقهية الكويتية، مطابع دار الصفاة - مصر، الطبعة الأولى (1404هـ).

القوانين والمجلات والمحاضرات والرسائل الجامعية:

- . القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

. القانون 10-91 المؤرخ في 12 شوال عام 1410 الموافق 27 أبريل لسنة 1991، المعدل والمتّم بالقانون رقم 02 – 10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002، وهو آخر تعديل له بعد القانون رقم 01 – 07 المؤرخ في 22 مايو 2001 يتعلق بالأوقاف.
. قانون رقم 25-90 مؤرخ في أول جمادى الأولى عام 1411 الموافق 18 نوفمبر سنة 1990 أمر رقم 26-95 مؤرخ في 30 ربيع الثاني عام 1416 الموافق 25 سبتمبر سنة 1995 قانون التوجيه العقاري.
. قانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

. أبو زهرة محمد، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية (1391هـ، 1971م).

D. CARREAU, Droit international, Paris, Pédone, (1997) N° 818 ; M HENZELIN, op.cit, p. 14. (نقلا عن: دخلاني سفيان: مبدأ الاختصاص العالمي في القانون الجنائي الدولي (مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير في القانون الدولي و العلاقات الدولية)، إشراف الأستاذ: تاجر محمد، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة – الجزائر، السنة الجامعية 2007-2008.

. دريسي نور الهدى: المنازعات الوقفية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق تخصص: قانون خاص، إشراف الأستاذ الدكتور حميدو زكية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018.2019.

. دلالي الجيلالي: تطور قطاع الأوقاف في الجزائر وتنمية موارده، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق تخصص: القانون الخاص، إشراف الأستاذ الدكتور الغوثي بن ملح، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014.2015.
. مجوح انتصار: إثبات الوقف العام في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 5، جامعة ورقلة، جوان 2011.

إشكالية إثبات الطلاق العرفي للزوج في قانون الأسرة الجزائري

The problem of proving the husband's customary divorce in the Algerian family law

هشام ذبيح (*)

المركز الجامعي سي الحواس بريكّة

مخبر آفاق الحوكمة للتنمية المحلية المستدامة

hichamdebih@cu-barika.dz

تاريخ القبول: 2021-01-07

تاريخ المراجعة: 2020-12-29

تاريخ الإيداع: 2020-11-02

ملخص:

الزواج هو اللبنة الأساسية لبناء المجتمع، إذ حرص الإسلام على حمايته فوضع له مجموعة من الأحكام، فجعله عقد دائم لكنه ليس أبدي، فيمكن أن ينتهي بإحدى الطريقتين، الأول حتمي لا سبيل لتفاديه وهو وفاة أحد الزوجين، والثاني يكره ولا يحب لكنه أحد حقائق الحياة وهو الطلاق على أنواعه، والذي يهمننا في الدراسة الطلاق بإرادة الزوج.

فمن خلال هذه الورقة البحثية سيتم معرفة الطلاق وأحكامه بإعتباره محورا أساسيا في قانون الأسرة، ذو أهمية بالغة كونه يمس العلاقة الزوجية، ثم معالجة إشكالية قانونية في قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، وهي إشكالية إثبات الطلاق العرفي، فسيتم الكشف عن هذه الإشكالية وإعطاء الحلول لها القانونية والقضائية بما يتوافق مع أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية. الكلمات المفتاحية: طلاق؛ إثبات، قانون؛ إشكالات؛ عرف.

Abstract:

Marriage is the basic building block of society, as Islam guarded protection and set a set of rulings for it, making it a permanent contract, but it is not eternal, so it can end in one of the two ways. Of all kinds, what interests us in the bell of divorce by the will of the husband.

Through this research paper, divorce and its provisions will be known as being a fundamental axis in family law, of great importance as it affects the marital relationship, and then addressing a legal problem in the Algerian Family Law No. 84/11 amended and supplemented by Ordinance 05/02 of 27 February 2005, which is The customary divorce problem, this problem will be revealed and legal and judicial solutions to it will be given in accordance with the provisions of divorce in Islamic law.

Key words: divorce by the will of the husband; family law; Islamic law; problems.

(*) المؤلف المرأسيل.



مقدمة:

تعد الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع، تتكون من أفراد تجمع بينهم صلة القرابة والزوجية، وإن الزواج هو وسيلة إنشائها، فيه تتكون ومنه تنمو، وعلى أساسه يقوم بناؤها انطلاقاً من الرابطة القدسية بين الرجل والمرأة، وهذه الرابطة تتكون الأسر وترتبط برباط المودة والرحمة والتعاون، ومن الأسر السليمة تتكون الأمم السليمة.

إلا أن الأسرة قد يعترها التفكك بسبب الطلاق، وقد عالج التشريع الجزائري أحكام الطلاق في قانون الأسرة رقم 11/84 من المادة 47 إلى المادة 57 مكرر، وقد أوجدت المادة 47 إشكالية الطلاق العرفي الواقع خارج ساحة القضاء، مما قد يؤثر سلباً على العلاقة الشرعية بين الزوجين، والتي أوجدت نوعين من العدة، عدة الشرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق خارج المحكمة، وعدة قانونية التي تشترط المادة أن تبدأ من التصريح بالطلاق، وإشكالات أخرى تتعلق بها سيتم معالجتها أدناه.

وهذا تكون الإشكالية التي يقوم عليها المقال: فيما تتمثل إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة؟، وإلى أين توصل الاجتهاد القضائي الجزائري في حلها؟.

وللإجابة على الإشكالية اعتمدنا المنهج الوصفي والتحليلي لتفسير الموضوع والوصول لحل الاشكال.

وللإجابة على الإشكالية نتبع الخطة التالي:

المطلب الأول: أقسام الطلاق بإرادة الزوج؛

الفرع الأول: الطلاق الرجعي؛

الفرع الثاني: الطلاق البائن؛

المطلب الثاني: كيفية إثبات طلاق الزوج في الفقه والقانون؛

الفرع الأول: إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية؛

الفرع الثاني: إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ؛

الفرع الثالث: طبيعة الحكم بإثبات الطلاق.

المطلب الأول: أقسام الطلاق بإرادة الزوج

ستتم دراسة هذا المطلب بمعالجة أقسام الطلاق بإرادة الزوج بإعتبار الرجعة من عدمها، وهو ما اصطلح عليه الفقه بالطلاق الرجعي، والطلاق البائن بشقيه (البيونة الصغرى والكبرى) وذلك لإسقاط هذه الأنواع على إشكالية الطلاق العرفي بين الشريعة وقانون الأسرة¹، وفق ما يلي:

الفرع الأول: الطلاق الرجعي

سنعرف معنى الطلاق الرجعي وشروط قيامه والآثار المترتبة عليه من خلال ما يلي:

1- تعريف الطلاق الرجعي:

¹ قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005 (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 15، السنة 42، 27 فبراير 2005).

أ- الرجعي لغة: نسبة إلى الرجعة⁽¹⁾، وهي اسم مصدر "رجع"، وهو نقيض الذهاب، ويقال: رجعت عن الشيء أي رددته.

ب- والطلاق الرجعي اصطلاحاً: هو ما يجوز معه الزوج رد زوجته في عدتها من غير استئناف عقد⁽²⁾.
2-الأصل في الطلاق: والأصل في الطلاق أن يكون رجعيًا، لأن في الطلاق الرجعي فرصة للزوج إن أراد استمرار الحياة الزوجية راجع زوجته فأمسكها بمعروف، فقد يطلق الزوج دون تروٍّ فيندم على ما فعل، وقد يراجع الزوجان على ما بدر منهما رعاية لحق الأولاد فيرغبان في استمرار الحياة الزوجية، لكل ذلك فإن الشارع الحكيم جعل الطلاق بعد الدخول إذا كان من الزوج، طلاقاً واحدة أو طلقتين في مرتين حفاظاً منه على الأسرة حيث يمكن إعادة الاستقرار والطمأنينة إلى أفرادها⁽³⁾.

3- شروط الرجعة:

هناك عدة شروط يجب توفرها تصح بها الرجعة، وهي:

أ – أن تكون الزوجة مدخولاً بها حقيقة: فإن لم تكن مدخولاً بها أصلاً وقع الطلاق بائناً لأن كل طلاق يلحق المرأة قبل الدخول يقع بائناً، ولأن فائدة الطلاق الرجعي إنما تظهر في العدة فيجوز للزوج مراجعتها فيه وإن لم ترض، والمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها فلا يكون الطلاق الواقع عليها رجعيًا بل بائناً.

ب – أن يكون الزواج الذي وقع فيه الطلاق زواجاً صحيحاً: فإذا كان فاسداً لم تثبت فيه الرجعة، لأن الرجعة يراد بها إدامة الزواج القائم ومنع زواله، والنكاح الفاسد واجب فيه الإزالة بحكم الشرع، فلا تجوز فيه الرجعة حتى ولو حصل فيه الدخول وجبت على المرأة العدة.

ج- أن تكون الرجعة أثناء مدة العدة: فإذا انقضت عدتها فلا يصح إرجاعها.

د- أن تكون الرجعة منجزة: فلا يصح تعليقها على شرط، أو إضافتها إلى زمن المستقبل، لأن الرجعة استدامة لعقد الزواج أو إعادة له، والزواج لا يقبل التعليق والإضافة فتأخذ الرجعة حكمه⁽⁴⁾.

4- آثار الطلاق الرجعي: يترتب على الطلاق الرجعي باتفاق الفقهاء⁵، الآثار التالية:

أ- بقاء الزوجية كما هي: لأن الطلاق الرجعي لا يرفع قيد الزواج في الحال، بل في المآل فيبقى الزوج زوجاً وله حل الاستمتاع عند جمهور الفقهاء، إلا الشافعي الذي يرى حل الوطئ إلا إذا رجع الزوج زوجته.

ب- نقص عدد الطلقات: ومن أحكام الطلاق الرجعي نقصان عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، فإذا طلقها واحدة ثم راجعها بقيت له عليها طلقتان، وإذا طلقها طلاقاً آخر بعد المراجعة الأولى، لم يبق له إلا طلقه واحدة، وإن طلقها بعد المراجعة الثانية، فقد استكمل الثلاث التي له، ولم يبق له شيء.

ج- للزوجة على زوجها حق النفقة، وكذلك التوارث بين الزوجين إذا مات أحدهما قبل انتهاء العدة، ولا يحل

¹ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط: 4، مصر، 2004، مكتبة الشروق الدولية، ص 331.

² محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج2، لا. ط، القاهرة، د. ت دار الفضيلة، ص 128- 129.

³ محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية، ط: 1، عمان، 2008، دار الفكر، ص 172.

⁴ أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ط: 2، بيروت، 2003 دار الكتب العلمية، ص 396.

⁵ محمد بن أحمد بن جزى، القوانين الفقهية، تحقيق: عبد الله المنشاوي، لا. ط، القاهرة، 2005، دار الحديث، ص 183.

مؤجل الصداق إلا بعد انقضائها، وليس للزوج أن يتزوج أحداً من محارم الزوجة كأختها، وكل ما لا يجوز الجمع بينهما وبين هذه المطلقة في عصمة واحدة، طالما لم تنته العدة، لبقاء الزوجية بأحكامها كافة.

د- حق الرجعة للزوج: يكون للزوج حق إرجاع زوجته بمحض إرادته، بغير مهر جديد ودون عقد جديد، ومن دون رضاها، شرط أن يكون إرجاعها أثناء عدتها وقبل انقضائها.

ذ- انتهاء الرابطة الزوجية بإنهاء العدة: إذا طلق الرجل طلاقاً رجعيّاً وانقضت العدة من غير مراجعة، بانت منه بينونة صغرى، وحينئذ يحل مؤخر الصداق.

على الزوجة أن تبقى في بيت الزوجية حتى تنتهي عدتها تشجيعاً على استئناف الحياة الزوجية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الطلاق البائن

سنعرف معنى الطلاق البائن وأنواعه والآثار المترتبة عليه من خلال مايلي:

1- تعريف الطلاق البائن.

أ- لغة: بانت منه، وعنه - بَيَّنَّا وَبَيَّنَّا، وَيَبِّئُونَكَ بَعْدَ وَانْفَصَلَ. ويقال بانت المرأة عن زوجها، ومنه انفصلت بطلاق، فهي بائنة⁽²⁾.

ب- اصطلاحاً: البائن معناه المنفصل، وهو الطلاق الذي تنفصل به الزوجة عن زوجها في الحال⁽³⁾.

2- أنواع الطلاق البائن: وينقسم الطلاق البائن إلى نوعين:

النوع الأول: الطلاق البائن بينونة صغرى.

أ- المقصود بالبينونة الصغرى: هو الطلاق الذي لا يملك الزوج بعده أن يرجع مطلقته إليه، إلا بعقد ومهر جديدين وبرضاها، ويكون عدد الطلقات طلقة أو طلقتين⁽⁴⁾.

ب- حالات الطلاق البائن بينونة صغرى:

1 - الطلاق قبل الدخول بالزوجة: الزوجة التي طلقت قبل الدخول بها يقع طلاقها بائن بينونة صغرى، ولا عدة عليها، وبذلك المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها فلا يكون طلاقها رجعيّاً بل بائناً بينونة صغرى، فهذه المطلقة يجوز لمن طلقها أن يتقدم لها خاطباً مرة ثانية ويعقد عليها - برضاها - بعقد ومهر جديدين.

2 - الطلاق بعد الخلوة الصحيحة: إذا طلق الرجل بعد الخلوة الصحيحة، وقبل الدخول الحقيقي، فالرأي عند الجمهور بوقوع الطلاق بائن بينونة صغرى ولا عدة عليها، غير أن الأحناف قالوا بوجود العدة عليها - بسبب الخلوة - للاحتياط⁽⁵⁾.

3 - الطلاق على مال (الخلع): يقع الطلاق بائناً أيضاً متى اشترط الزوج في الطلاق عوضاً تدفعه إليه المرأة، ولكن

¹ مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق، ط: 1، لبنان، 2011، المؤسسة الحديثة للكتاب، ص 102.

² مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط: 4، مصر، 2004، مكتبة الشروق الدولية، ص 79.

³ مصطفى إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص 229.

⁴ محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية، ط: 1، عمان، 2008، دار الفكر، ص 173.

⁵ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، لا. ط، مصر، 2004، دار الكتب القانونية، ص 154-155. (بتصرف).

يشترط قبولها⁽¹⁾، ويقول الأحناف أن الطلاق على المال طلاق معاوضة المال بالنفس، وقد ملك الزوج أحد العوضين بنفس القبول فتملك هي العوض الآخر وهي نفسها تحقيقاً للمعاوضة المطلقة، ولا تملك نفسها إلا بالبائن فكان الواقع طلاقاً بائناً⁽²⁾.

4 - انقضاء العدة في الطلاق الرجعي: يكون الطلاق بائناً أيضاً إذا انقضت العدة في الطلاق الرجعي، لأن فائدة الطلاق الرجعي إنما تظهر في العدة لا بعدها، وينبني على ذلك أن الزوج إذا طلق زوجته رجعيّاً سواء أكانت بواحدة أم باثنتين، فما دامت في العدة فله أن يراجعها من دون عقد ومهر جديدين، ولا يشترط إرادتها ورضاها، فإذا انقضت العدة بانت منه بينونة صغرى ملكت بها عصمتها وإرادتها، فإذا أراد ردها إليه فلا بد من عقد ومهر جديدين ولا بد من إرادتها ورضاها⁽³⁾.

5 - الطلاق باللفظ الصريح إذا وصف بما يدل على البينونة فإنه يقع بائناً بينونة صغرى ما لم يكن مكماً للثلاث عند الحنفية، وذهب الجمهور إلى أنه يقع رجعيّاً، أما الطلاق باللفظ الكنائي يقع بائناً بينونة صغرى عند الحنفية ما لم يكن مكماً للثلاث، إلا ثلاث ألفاظ فإنه يقع بها الطلاق الرجعي وهي (اعتدي، واستبرئي رَحْمَكِ، وأنت واحدة)، وإنما يقع بألفاظ الكنايات الطلاق بائناً لأنها تدل في معناها على البينونة، فيقع به الطلاق الرجعي بالشروط التي سبق بيانها.

6 - الفرقة بسبب اللعان: إذا تلعن الزوجان أمام القاضي، فرق القاضي بينهما عند الحنفية وأحمد في رواية وتعد الفرقة طلاقاً بائناً عند أبي حنيفة، وتقع الفرقة بتلعنهما عند المالكية وأحمد في الرواية الثانية، وتحصل الفرقة بمجرد لعان الزوج عند الشافعية. وتعد الفرقة عند الجمهور فسخاً لا طلاقاً.

7 - التفريق للشقاق والنزاع عند المالكية جواز التفريق من قبل القاضي للشقاق والنزاع ويعد طلاقاً بائناً بينونة صغرى.

8 - التفريق للعيوب: ذهب الحنفية والمالكية إلى أن الفرقة تقع بينهما، بحكم القاضي للعيوب وتقع طلاقاً بائناً، إلا أن الحنفية يرون أن العيوب التي يفرق القاضي بسببها هي العيوب القائمة بالزوج، أما العيوب القائمة بالزوجة فلا تفريق بسببها من قبل القضاء لأن الزوج يقدر على الطلاق.

9- التفريق للغيبة والحبس والهجر: يرى المالكية أن التفريق للغيبة والحبس والهجر يقع بائناً، لأنه لا يكون إلا بطريق القاضي وكل فرقة يوقعها القاضي تقع بائنة بينونة صغرى عندهم إلا الفرقة بسبب الإيلاء وعدم الإنفاق فإنه يقع بهما طلاقاً رجعيّاً.

10- التفريق بسبب إباء الزوج الإسلام عند إسلام زوجته، يقع بها طلاقاً بائناً بينونة صغرى عند أبي حنيفة⁽⁴⁾.

ج - آثار الطلاق البائن بينونة صغرى:

يترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى الآثار التالية:

¹ محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، لا. ط، عمان، 2010، دار اليازوري العلمية، ص 230.

² أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ط: 2، بيروت، 1986، دار الكتب العلمية، ص 109.

³ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 231.

⁴ محمد علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 175 = 177.

- 1 - زوال الملك في الحال: بمعنى أنه تنقطع به الرابطة الزوجية، فإن المطلقة تصير أجنبية عن زوجها، وتنتهي الحقوق الزوجية لكل منهما على الآخر، سوى النفقة للزوجة ما دامت في العدة، إذا كانت حاملاً بلا خلاف، أو كانت حائلاً (أي غير حامل) ففيه خلاف.
 - 2 - لا يملك الزوج المطلق حق مراجعتها في العدة، ولكن له أن يتزوجها بعقد جديد ومهر جديد وبارادة جديدة دون أن تتزوج زوجاً آخر.
 - 3 - إنقاص عدد الطلقات التي يملكها الزوج: الطلاق البائن بينونة صغرى ينقص عدد الطلقات التي يملكها عليها الزوج المطلق، فإذا أعادها بعقد جديد قبل أن تتزوج زوجاً غيره، وكان قد طلقها طليقة واحدة بائنة، فإنه يملك عليها طليقتين بعد العودة إلى عصمته وإذا كان طلقها طليقتين لا يملك عليها إلا طليقة واحدة⁽¹⁾.
 - 4 - يحل بالطلاق البائن موعده مؤخر الصداق المؤجل إلى أقرب الأجلين، الموت أو الطلاق.
 - 5 - فلا توارث بينهما بسبب الزوجية، إلا إذا كان الزوج مريضاً مرض الموت ويقصد بطلاق زوجته حرمانها من أن ترث منه، فيعامل في هذه الحالة بضمه قصده⁽²⁾ فترث منه عند الجمهور⁽³⁾، وقال الشافعي لا ترث⁽⁴⁾.
- النوع الثاني: الطلاق البائن بينونة كبرى.**

أ- المقصود بالبينونة الكبرى: يقصد بالطلاق البائن بينونة كبرى ما كان مكماً للثلاث، وهو يزيل الملك والحل معاً⁽⁵⁾، فلا يحل للرجل أن يعيد من أبانها بينونة كبرى بأن يعقد عليها ويرجعها إلى عصمته إلا بعد أن تنكح زوجاً آخر نكاحاً صحيحاً، ويدخل بها دون إرادة التحليل، ذلك أن نكاح التحليل حرام باتفاق فقهاء المسلمين⁽⁶⁾، ففي حديث عقبة بن عامر: قال رسول الله: "أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ"، قالوا: بلى، يا رسول الله، قال: "هُوَ الْمُحَلَّلُ، لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلَّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ"⁽⁷⁾، ودليل الطلاق البائن بينونة كبرى ما جاء في القرآن الكريم، قال الله تعالى: [فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره...] [البقرة 230].

ب- الحالات التي يقع بها الطلاق البائن بينونة كبرى:

- 1 - الطلاق المكمل للثلاث: يقع الطلاق البائن بينونة كبرى إذا كان مكماً للثلاث بأن يكون الزوج قد طلق زوجته طليقتين سابقتين ثم أتبعها بالطلقة الثالثة⁽⁸⁾.
- 2 - طلاق الثلاث بلفظ واحد: كأن يقول الرجل لزوجته: أنت طالق ثلاثاً، أو أنت طالق أنت طالق، أنت طالق، وقد سبق الذكر على أن الفقهاء اختلفوا فيما يلزم المطلق، حيث ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة أبو حنيفة

¹ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 231.

² المرجع نفسه، ص 232.

³ علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، ج 9، ط: 1، بيروت، 2003، دار الكتب العلمية، ص 496.

⁴ محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج 5، ط: 2، بيروت، 1973، دار المعرفة، ص 254.

⁵ لحسين بن شيخ أث ملويا، بحوث في القانون، لا. ط، بوزريعة الجزائر، 2003، دار هومة، ص 59.

⁶ محمد أبو العلاء، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، لا. ط، الحجار عنابة، 2001، دار العلوم، ص 46.

⁷ أخرجه: محمد بن يزيد بن ماجه ت 273هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 1، لا. ط، بيروت، د. ت، دار إحياء الكتب العربية، باب المحلل والمحلل له، ص 623.

⁸ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 233.

ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل بوقوع الطلاق ثلاثاً وإلزام المطلق بما تلفظ به، وبالتالي لا تحل له زوجته حتى تنكح زوجاً غيره⁽¹⁾، وذهب محمد بن إسحاق*، وحجاج بن أرطاة* في رواية عنهما⁽²⁾، إلى وقوع طليقة واحدة لمن تلفظ بالثلاث وأختاره شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم الجوزية من الحنابلة⁽³⁾.

3 - الطلاق باللفظ الصريح: إذا نوى بها ثلاثاً عند المالكية والشافعية وأحمد في رواية.

4 - الطلاق بلفظ الكنايات: إذا قصد به الثلاث عند الحنفية والشافعية، والطلاق بألفاظ الكنايات الظاهرة عند المالكية إذا كانت الزوجة مدخولاً بها، وعند الحنابلة على الإطلاق سواء أكانت الزوجة مدخولاً بها أم لا، والطلاق بألفاظ الكنايات الخفية إذا قصد بها ثلاثاً عند المالكية والحنابلة⁽⁴⁾.

ج - آثار الطلاق البائن بينونة كبرى:

يترتب على الطلاق البائن بينونة كبرى ما يترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى - على ما ذكر سابقاً -، إلا أنه يزول الملك والحل معاً فتصبح المرأة محرمة عليه تحريماً مؤقتاً، فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره بالشروط التالية:

- 1- أن يكون الزواج الثاني صحيحاً.
- 2- أن لا يتزوج الثاني بقصد تحليلها للأول.
- 3- أن يطلقها الزوج الثاني أو يموت عنها وتنتهي عدتها في الحالين⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: كيفية إثبات طلاق الزوج في الفقه والقانون

سيتم دراسة هذا المطلب من خلال بيان طريقة إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية على أساس أن المادة 222 ق أ أحالت إليه في حالة الغموض، وعلى أساس أن المرجع القضائي في إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي هو الشريعة الإسلامية، ثم توضيح كيفية إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، والذي يُتطرق فيه إلى مبدأ عدم ثبوت الطلاق إلا بحكم، وخروج القضاء على هذا المبدأ، والوصول لحل لإشكالية الطلاق العرفي وإثباته، وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية

المعلوم في الشريعة الإسلامية أن الطلاق يقع بمجرد تفوه الزوج به، فإن أوقعه صحيحاً فهل يحتاج إلى إثبات

¹ محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص 137.

* هو محمد بن إسحاق بن خزيمة بن المغيرة بن صالح بن بكر، ولد في صفر 223هـ، أقام بمدينة نيسابور إماماً، وله تصانيف تزيد عن مئة وأربعين كتاباً، وله فقه حديث بريرة في ثلاثة أجزاء، توفي سنة 311هـ. (عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الجلو، ج3، لا. ط، مصر، د. ت، دار إحياء الكتب العربية، ص 190).

* هو حجاج بن أرطاة بن ثور النخعي، قاض من أهل الكوفة كان من رواة الحديث وحفاظه، استفتي وهو في ست عشرة سنة، وولي قضاء البصرة وتوفي بخرسان أو بالري سنة 145هـ. (خير الدين الزركلي، الأعلام، ج8، ط: 15، بيروت، 2002، دار العلم للملايين، ص 168).

² محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج5، ط، 1، بيروت، 2002، دار المعرفة، ص 244.

³ أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، تحقيق، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، ج33، لا. ط، الرباط المغربي، د. ت، مكتبة ابن تيمية، ص 12.

⁴ محمد علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 177-178.

⁵ المرجع نفسه، ص 178.

وكيف ذلك؟.

1- الإشهاد على الطلاق: ويقصد بالإشهاد على الطلاق، أنه بعد وقوعه يشهد على ذلك ذوو عدل، رجلا ن أو رجل وامرأتان، فإذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها، وأنكر هو، فذهب المالكية: أنه إن أتت بشاهدي عدل، نفذ الطلاق، وإن أتت بشاهد واحد، حلف الزوج وبرئ. وإن لم يحلف سجن حتى يقر أو يحلف، وإن لم تأت بشاهد، فلا شيء على الزوج وعليها منع نفسها منه بقدر جهدها، وإن حلف بالطلاق وادعت أنه حنث، فالقول قول الزوج بيمينه⁽¹⁾.

2- الإقرار: شرعاً هو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقرولو في المستقبل باللفظ وما في حكمه، وبذلك يخرج من مدلول الإقرار ما يدعيه الخصم من حق له على الغير⁽²⁾. كما تناول القانون المدني³ الإقرار في المادة 341 (الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة)، أي أنه يمكن للزوج أن يقر ويعترف أمام الجهات القضائية بحقيقة وقوع الطلاق أو رغبته في ذلك، فإن اعترف بالطلاق يعد ذلك الإقرار حجة قاطعة على المقر.

3- اليمين: وهي تأكيد الشيء أو الحق أو الكلام إثباتاً أو نفيّاً بذكر اسم الله أو صفة من صفاته⁽⁴⁾، واليمين طريق غير عادي يلجؤ إليه القاضي إذا تعذر تقديم الدليل المطلوب فيحتكم الخصم إلى ذمة خصمه بيمين حاسمة يوجهها إليه، أو يوجه القاضي يميناً متممة إلى أي من الخصمين ليكمل ما فيه من الأدلة المقدمة من نقص، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 343 من القانون المدني، وبذلك فإذا ادعى أحد الزوجين وقوع الطلاق وأنكر الآخر، ما على القاضي إلا توجيه اليمين لمنكر الطلاق فإذا حلف بأن الطلاق لم يقع قضى برفض الدعوى، أما إذا نكل عن اليمين قضى للمدعي بطلباته، لأن النكول في حكم الإقرار بما يدعيه المدعي.

الفرع الثاني: إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

أما المشرع الجزائري لم ينص على الإشهاد في قانون الأسرة. ولعله أخذ برأي جمهور الفقهاء، لكن هناك من فسّر أن الإشهاد موجود من خلال الممارسة القضائية، باعتبار أن القاضي وكاتب الضبط هم شاهدين على الطلاق، ولكن لو كان الأمر كذلك فهو منتقد من حيث شروط شاهدي العدل، كما أنه ما تفسير لو كان القاضي وكاتب الضبط من النساء؟⁽⁵⁾.

بالنسبة للمدونة المغربية نصت على الإشهاد في الطلاق من خلال نص م138 من المدونة بنصها (يجب الإشهاد بالطلاق لدى عدلين منتصبين للإشهاد، بعد إذن المحكمة به، والإدلاء بمستند الزوجية)، وبهذا تكون المدونة قد أخذت برأي المالكية في الإشهاد.

نص قانون الأسرة في م49 (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الميسر المالكي، ج3، لا. ط، بيروت، 2010، دار الكلم الطيب، ص 185.

² عمر زودة، طبيعة الأحكام بانتهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، لا. ط، بن عكنون الجزائر، 2003، أنسيكلوبيديا للنشر، ص 30.

³ الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن: القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007. (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 18، 2007).

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 673.

⁵ عمر زودة، المرجع السابق، ص 33. (بتصرف).

مدته (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى... يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع يتجه إلى إخضاع مسألة إثبات الطلاق إلى القضاء، أي أن الطلاق كي يعتد به قانوناً يجب أن يصدر فيه حكم قضائي، وذلك برفع الزوج دعوى الطلاق أمام الجهات القضائية، إلا أن الإشكالية تثار في هذه الحالة، في حالة إثبات الطلاق خارج ساحة القضاء بحكم قضائي وبأثر رجعي، فكيف يتم إثبات الطلاق في قانون الأسرة؟ وما مدى صحة اتجاه القضاء في هذا المجال؟
أولاً: ثبوت الطلاق بحكم قضائي وفق قانون الأسرة الجزائري.

إنه ما ينبغي الإشارة إليه أن م49 ق أ استعملت عبارة "لا يثبت" وليس لا ينعقد أو لا ينشئ أو لا يقع الطلاق إلا بحكم. ولكن الإشكال يقع إلى ما يرمي إليه المشرع من خلال هذه العبارة: هل يقصد أن الطلاق يمكن أن يقع خارج ساحة القضاء إلا أن إثباته يكون باللجوء إلى القضاء؟ أم أنه لا يمكن تصور طلاق خارج ساحة القضاء؟.

إن التفسير الحرفي لنص المادة 49 ق أ، والقول أن الطلاق لا يقع خارج ساحة القضاء يبين أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، ولا يحكم القاضي بالطلاق إلا بعد محاولات الصلح، وأن لا تتجاوز مدة الصلح ثلاثة أشهر، ومعنى هذا أن الزوج إذا طلق امرأته، فلا يعتد بطلاقه حتى يحكم القاضي به، فإذا حكم به فذلك، وإلا ما عد ذلك طلاقاً في نظر القانون، وإذا طلق الرجل امرأته، رفع أمره إلى القاضي، يحاول القاضي الصلح بين الزوجين فإن توصل للصلح لا يحكم بالطلاق ولا تثبت طلاقاً في نظر القانون، إلا في حالة عدم التوصل إلى صلح بين الزوجين، هنا يحكم القاضي بالطلاق، وهذا مخالف للكتاب والسنة وإجماع المسلمين، فقد أقر إجماع الفقهاء على أن الزوج العاقل البالغ غير المكره، إذا طلق امرأته طلاق السنة، فإن الطلاق يقع من حينه، وتحسب له طلاقاً، ولا يحتاج إلى قضاء قاضٍ ولا غيره⁽¹⁾، كما أن م49 ق أ منتقدة حيث يعاب على مدة الصلح وهي ثلاثة أشهر، إذ لم يتم تقييدها بمدة العدة الشرعية، كالمراة الحامل، وبأنواع الطلاق كالطلاق البائن بينونة كبرى⁽²⁾، كما يعاب عليه أيضاً أنه ربط الرجعة برفع الدعوى وقيدها بصدور الحكم، ومنه مدة الرجعة قد تتجاوز مدة العدة المعمول بها شرعاً⁽³⁾.

فإذا طلق الزوج زوجته وانتهت عدتها في نظر الشريعة الإسلامية، ولم يصدر حكم بذلك ومات أحد الزوجين، فإن الحي منهما يستطيع أن يرث الميت في نظر قانون الأسرة الجزائري، وإذا تزوجت المرأة بعد العدة في نظر الشريعة، فإن التشريع الجزائري يعتبرها زوجة الغير لأنها في الوثائق الرسمية كذلك، وكذلك العدة فإنها تبدأ في نظر القانون ابتداء من تاريخ النطق بالحكم، لا بوقت تلفظ الزوج خارج دور القضاء، وهذا يطيل عدة المطلقة، بينما في نظر الشريعة الإسلامية تبدأ العدة من تاريخ نطق الزوج بالطلاق، وهذا الخلاف ناتج عن عدم ثبوت الطلاق في قانون الأسرة إلا بحكم⁽⁴⁾.

كما تجدر الإشارة إلى التحدث عن إرادة الزوج في الطلاق، فمن خلال م49 ق أ يتضح أن المشرع قد قيد هذه

¹ المصري مبروك، الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري، لا. ط، بوزريعة الجزائر، 2010، دار هومة، ص 197. (بتصرف).

² سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، لا. ط، المحمدية الجزائر، 2010، دار طليطلة، ص 124.

³ أكلي نعيمة، في إشكالات الطلاق الكاشف بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، مجلد 12، عدد 3، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2020، ص 175.

⁴ الصادق فريوي، طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري. (أطروحة دكتوراه في القانون)، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 1994-1995، ص 104.

الإرادة باللجوء إلى القضاء، وتبعاً لذلك أصبحت إرادة الزوج عاجزة عن إحداث الأثر القانوني إلا باستيفاء الشكل المقرر قانوناً، وذلك باستصدار حكم قضائي يثبت إرادة الزوج في الطلاق.

إلا أنه هناك من ردّ على التعليق السابق بقوله، لا بد من الإشارة إلى المعارضة التي لاقها م49 ق أ من طرف الكثير من الناس لسوء فهمهم لها، فقالوا كيف لا يثبت الطلاق إلا بحكم؟ بينما الصحيح عندهم أن الطلاق يثبت بمجرد تلفظ الزوج به دون الحاجة إلى الحكم القضائي، وبالتالي اعتبروا هذه المادة مخالفة للشريعة الإسلامية، والحقيقة أنه لا يوجد أي مخالفة للشريعة الإسلامية لأن فقه القانون يفرق بين الأحكام القضائية الكاشفة للطلاق والأحكام القضائية المنشئة له، ففي الأول دور القاضي كاشف لإرادة الزوج صاحب العصمة الذي ينطق بالطلاق ولا يملك القاضي إلا تثبيت هذه الإرادة بحكم قضائي ويكون حكم القاضي كاشفاً في قضايا طلاق الزوج وفي الخلع وفي اللعان وفي الطلاق بالتراضي، فجميع أنواع الطلاق الإرادي حكم القاضي فيها كاشف، أما الحكم القضائي المنشئ فيكون في حالة الطلاق الذي لم يتلفظ به الزوج كالتطليق أو التفريق القضائي التنازعي، والعدة في هذا النوع من الأحكام تبدأ من تاريخ صيرورة الحكم ومسألة ثبوت الطلاق بحكم قضائي كانت موجودة حتى قبل صدور قانون الأسرة⁽¹⁾.

المادة 49 من ق أ يفهم من سياقها للوهلة الأولى، أن مسألة الإثبات تبقى خاضعة للقضاء، إلا أن الواقع العملي يوضح وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء ولكن وبالرجوع إلى مواد قانون الأسرة، يتضح أنها تعتبر أن الطلاق لا يكون إلا بموجب حكم قضائي، وأن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق من القاضي، حيث أن م58 من ق أ نصت "تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل ثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"، وأن هذا الطلاق هو طلاق بائن رغم أنه يعد انطلاقة لبداية احتساب العدة، وبالتالي فإن المراجعة تكون قبل صدور الحكم بالطلاق، أي أثناء محاولات الصلح. فما طبيعة الرجعة في هذه الحالة؟ وهل يمكن اعتبارها طلقة تدخل ضمن الطلقات الثلاثة التي يملكها الزوج على زوجته أم لا؟، وبعبارة أخرى هل يفهم من ذلك بأن المشرع اعترف ضمناً بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء أم أن المراجعة لا تنصرف إلى الطلاق الرجعي؟ وإذا قيل بأن الأمر كذلك فهل يعني ذلك أن المشرع الجزائري لا يعترف بوجود الطلاق الرجعي لأنه بصدد الحكم تبين الزوجة من زوجها؟⁽²⁾.

إجابة على هذه الأسئلة فإن المشرع قد حدد فترة زمنية تجري خلالها محاولات الصلح، وهي ثلاثة أشهر ممنوحة للزوجين من أجل مراجعة نفسيهما، وبالتالي لا يجوز للقاضي أن يحكم قبل مضي هذه المدة، إلا أنه في حالة امتداد المصالحة إلى أكثر من ثلاثة أشهر فإن المشرع لم يرتب أي جزاء على ذلك. كما أن عدة الزوجة عادة ثلاثة أشهر، وعليه فقد رأى المشرع أن المراجعة خلال العدة لا تحتاج إلى عقد جديد، ومن هنا جاءت مدة الثلاثة أشهر، وبما أن الأمر كذلك فإن المشرع قد اعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء ضمناً - لأن الرجعة في العدة لا تكون إلا في الطلاق الرجعي- ويبقى الإشكال في كون أن المشرع لم يرتب جزاء عن المصالحة التي تقع بعد مضي مدة الثلاثة أشهر.

¹ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، لا ط، الإسكندرية، 2010، دار الجامعة الجديدة، ص 280-281.

² قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين نصوصه التشريعية وتطبيقاته القضائية. (مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء الدفعة الثانية عشر).

المعهد الوطني للقضاء، بن عكنون الجزائر، 2001-2004، ص 7.

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري لم يميز بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن، هذا إذا أخذ بحرفية النص، وبفكرة عدم وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، أما إذا أخذ بالمفهوم المقابل له وهو وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء وثبوته بحكم قضائي، فيكون كما سبق البيان أمام نوعان من الطلاق؛ طلاق رجعي وآخر بائن. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد فرق بين الطلاق البائن بينونة كبرى، والطلاق البائن بينونة صغرى، وذلك بنصه في المادة 51 من ق أ على أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء⁽¹⁾.

وعلى صعيد آخر يتبين أن عبارات قانون الأسرة جاءت غامضة، ففي المادة 58 منه توجد عبارة "تاريخ التصريح بالطلاق" فما المقصود منها؟ هل يُقصد بها تلفظ الزوج بالطلاق أم يقصد بها تصريح القاضي به؟

هناك من ذهب من شراح القانون إلى أن الطلاق لا يقع إلا بموجب حكم، فهو ليس شرطاً للإثبات وإنما هو شرط للانعقاد، ذلك أن المشرع عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات الصلح، فهو ينفي وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولات الصلح التي يقوم بها القاضي، ومن ثمة يكون المشرع قد انحاز إلى الاتجاه الشكلي، فلا يعتد بالطلاق الواقع خارج مجلس القضاء، بل يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقه في الطلاق أمام القاضي، بعد أن يستوفي إجراء الصلح وينتهي استعمال الزوج لحقه الإرادي بصدور إلهاد من القاضي يثبت فيه استيفاء إجراء الصلح، وتعبير الزوج عن إرادته في ذلك ومن ثمة يعد المحرر القضائي شرطاً لصحة وقوع الطلاق، وليس وسيلة لإثباته⁽²⁾.

هذا بالنسبة للتفسير الحرفي للنص، لكن بالرجوع إلى الممارسة القضائية لوجد كلام آخر، وخاصة ما يتعلق بإثبات الطلاق العرفي الواقع خارج ساحة القضاء، ويوضح ذلك أدناه.

ثانياً: تدخل القضاء في إشكالية إثبات الطلاق العرفي

وتجدر الإشارة إلى أنه وإن كان المشرع الجزائري لم ينص على إثبات الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء بأثر رجعي، إلا أن التطبيقات القضائية في مختلف المحاكم تعمل على إثبات الطلاق العرفي، وترتب عليه آثاره بأثر رجعي، وقد عمت هذه الظاهرة في معظم محاكم البلاد⁽³⁾.

وبهذا يتوصل من خلال استقراء نصوص الطلاق في قانون الأسرة، لمعالجة مسألة الطلاق العرفي، وعرض بعض الاجتهادات القضائية أدناه، أن هناك اختلافاً في تفسير المادة 49، إذ المادة للوهلة الأولى توحي إلى أنه لا مجال للطلاق خارج المحكمة، وهو ما أخذ به بعض شراح القانون، لكن الممارسة القضائية أثبتت خلاف ذلك؛ على أن الطلاق العرفي الذي يقع خارج ساحة المحكمة يعتد به شرعاً وقانوناً، إلا أنه تبقى مسألة إثبات هذا الطلاق أمام المحكمة لإصدار حكم قضائي بذلك، وتسجيله في سجلات الحالة المدنية كي يكون لهذا الطلاق الصبغة القانونية النظامية، وإثبات هذا الطلاق العرفي يكون بشهادة الشهود، الذين حضروا طلاق جماعة المسلمين، لأن الزوج مادام قد تلفظ

¹ قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 8-9.

² زودة عمر، المرجع السابق، ص 33.

³ قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 10.

بالطلاق حقيقةً، وأن جماعة من المسلمين قاموا بفك الرابطة الزوجية، على اعتبار أن الزوج قد تلفظ بالطلاق، وقد تكون فترة العدة الشرعية قد مرت، وأصبح الطلاق بائناً. هنا ما على القضاء إلا سماع الشهود وإثبات الطلاق بحكم قضائي، وأما محاولات الصلح في هذه الحالة يعطل العمل بها، فلا مجال للصلح في طلاق وقع وأنتهى، وبالتالي يتم إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي، هو ما أيدته القرارات التالية:

(من المقرر شرعاً أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين وأن المجلس أجرى تحقيقاً وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلاً المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين، وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون)⁽¹⁾.

وجاء في قرار آخر والذي يوضح أيضاً إثبات الطلاق العرفي قضاءً، إذ ورد فيه: (إن "الطلاق العرفي"، الموقع من الزوج و"المثبت قضائياً"، لا يحرم الزوجة من حقوقها المادية)²، كما جاء في قرار آخر (... يحكم بالطلاق بعد محاولة الصلح التي إن أفلحت بقيت علاقة الزوجين كما كانت سابقاً، إلا إذا أثبت الزوج أنه طلق زوجته قبل أن يعرض أمرها على القاضي أو أثناءه، وإن فشل فإن كان الزوج هو الذي طلب الطلاق فلا على القاضي سوى الحكم له به...)⁽³⁾.

وجاء في قرار لاحق على جواز سماع الشهود في مسألة إثبات الطلاق العرفي حيث جاء في القرار ما يلي: (يجوز في مسألة إثبات أو عدم إثبات واقعي الزوج والطلاق العرفي، سماع الشهود، لأول مرة على مستوى الاستئناف)⁽⁴⁾. وجاء في قرار آخر: (من المقرر شرعاً أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التلطيق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج أو بواسطة شهادة مستفيضة فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقاً لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق وليس لهم بذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم، وكذلك فإن القرار الذي يقضي بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القاضي يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية)⁽⁵⁾.

ويشار أخيراً أن المادة 49 من ق أ حقيقة لم تتكلم عن الطلاق العرفي صراحة، مما تركت فراغاً قانونياً دفع بالممارسة القضائية إلى سده، من خلال إثبات الطلاق العرفي بحكم قضائي. غير أن ما يعمل به في بعض المحاكم لإثبات الطلاق العرفي أن القاضي يستدعي شاهدين ممن حضروا طلاق جماعة المسلمين عادة ما يكون الإمام وشخص آخر ويشهدون أن هناك طلاقاً واقع وانتهى، بعدها يثبت ذلك القاضي بإصدار حكم بالطلاق دون الحاجة

¹ قرار رقم 216850، بتاريخ 12/02/1999، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية عدد خاص، لسنة 2001، ص 100.

² قرار رقم 288322، بتاريخ 25/09/2002، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية عدد 01، لسنة 2003، ص 375.

³ قرار رقم 57812، بتاريخ 25/12/1989، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية عدد 03، لسنة 1991، ص 71.

⁴ قرار رقم 315403، بتاريخ 23/02/2005، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، مجلة المحكمة العليا عدد 01، لسنة 2005، ص 275.

⁵ قرار رقم 35026، بتاريخ 03/12/1984، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية عدد 04، لسنة 1989، ص 86.

للصلح، لذا على المشرع الجزائري أن يعدل نص م49 ويوضح وجهته تجاه إثبات الطلاق العرفي كي يفض الخلاف القانوني الواقع، وتكون الصياغة للمادة، صياغة قانونية بأسلوب واضح خالٍ من الغموض والتعقيد، ويفصح عن واقع معاش يسايره ويحل إشكالاته المختلفة.

- موقف الفقه الإسلامي في حكم الطلاق العرفي وحيثته:

وقوع الطلاق شرعا، يقصد به ما يعتد به في العلاقة مع الله تعالى، ولو لم يثبت قضاء ولم تقم به البيينة الظاهرة، فلو أن امرأة مثلا على يقين أن زوجها قد بت طلاقها ثلاث مرات، فإنها شرعا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، فيلزمها مفارقتها وعدم تمكينه من نفسها ولو لم تستطع أن تثبت ذلك أمام القضاء، ولو جدد ذلك وأقام البيينة الكاذبة على خلافه¹.

والطلاق الشفوي أو باللفظ هو الطلاق الذي يوقعه الزوج بنفسه صحيحا مستوفيا شروطه الشرعية²، ولكن لا يقوم بتوثيقه وإثباته بالطلاق والوسائل المعدة للتوثيق أمام الجهات الرسمية أو في الدولة، وتترتب عليه آثاره الشرعية من وقت التلفظ به من قبل الزوج، فلا يقبل أي تعديل أو مراجعة عند وقوعه اعتمادا على ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية، وعند الإنكار من جانب الزوج تستطيع الزوجة إثباته بالوسائل الشرعية والقانونية المنصوص عليها في القانون والشريعة الإسلامية لإثبات الطلاق.

الفرع الثالث: طبيعة الحكم بإثبات الطلاق

يرى غالبية فقهاء القانون أن صدور الحكم بالطلاق ما هو إلا إثبات لواقعة الطلاق الذي هو من التصرفات الإدارية الانفرادية التي يملكها الزوج، وعندها فليس لقضاة الموضوع عند التصريح به إلا الشهادة به والحكم به دون البحث في تأسيس الوقائع المدعى بها³، وتبعاً لذلك فإن أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة لا تقع بمجرد إعلان الزوج عن إرادته، وإنما لابد من صدور حكم قضائي بغض النظر عن طبيعته الكاشفة أو المنشئة، وهذا يكون المشرع الجزائري قد انحاز إلى المذهب الشكلي الذي يشترط لصحة الطلاق حضور شاهدي عدل هما القاضي وكاتب الضبط بطريقة غير مباشرة، مع أنه منتقد من جانب آخر⁴. وبذلك يطرح التساؤل هل حكم القاضي بالطلاق الذي يقع بإرادة الزوج كاشفاً أم منشئاً؟.

لا بد من الإشارة أن طبيعة الحكم بالطلاق هو مسألة خلافية بين شراح القانون، وجدير بالذكر أن التمييز بين الأحكام الكاشفة والمنشئة، هو وليد التمييز بين الأحكام القضائية والولائية، فالقائلون بأن الطلاق حكم كاشف يعتبرونه من الأعمال الولائية التي يصدرها القاضي دون أن يكون هناك نزاع بين الطرفين، حيث أن القاضي لا يواجه نزاعاً بين الزوجين، وإنما يكون تدخله لوضع إرادة الزوج المطلق في شكل قانوني يكون قادراً على إنتاج الأثر القانوني، وهذا ما يصدق على الطلاق اللفظي الذي يكون بين الزوجين في البيت نتيجة شجار أو غضب أو بإرادة

¹ مراد مليكة، إيقاع الطلاق الشفوي وإثباته بين الواقع والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 57، عدد 1، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2020، ص 389.

² أحمد محمد شاکر، نظام الطلاق في الإسلام، القاهرة، د. ت، مكتبة السنة، ص 20-30.

³ أحمد شامي، المرجع السابق، ص 292.

⁴ زودة عمر، المرجع السابق، ص 33.

مقصودة. فالأصل أن الإرادة طليقة حرة عملاً بمبدأ سلطان الإرادة. ولكن قد يرد على هذا المبدئ بعض الاستثناءات القانونية، كاشتراط المشرع عنصر الشكلية في إنتاج إرادة الطلاق لآثاره، وهو ما عرّف عنه بالمعادلة التالية: (التعبير عن الإرادة + الشكل القانوني = الأثر القانوني)؛ أي لا بد من اجتماع الأمرين لترتيب الأثر القانوني المعتد به قانوناً في مواجهة الغير، الأول وجود الإرادة، والثاني استيفاء الشكل الذي يشترطه القانون وهو ما يجعل الحكم بالطلاق الكاشف مجرد حكم ولائي⁽¹⁾، لم يسبقه نزاع هدفه مجرد ترجمة إرادة الزوج في حكم ملزم للغير⁽²⁾.

أما غالبية فقهاء القانون فيعتبرون الحكم بالطلاق مثله مثل سائر الأحكام، عمل قضائي صادر بعد إجراء القاضي لمحاولات الصلح وفشله في ذلك، غير أنه يتميز عنها بطبيعته الخاصة فهو حكم كاشف من جهة⁽³⁾، لأن القاضي عندما ينطق بالحكم فهو يكشف عن إرادة الزوج الذي يكون قد تلفظ بالطلاق قبل اللجوء إلى القضاء، وهو من جهة ثانية حكم منشؤ كونه يرتب ويؤسس لمركز قانوني جديد، يتمثل في مركز المطلق والمطلقة⁽⁴⁾، إذن فهو حكم كاشف ومنشؤ في نفس الوقت وهذا الرأي الأرجح.

-خاتمة:

من خلال ما سبق نصل لنتائج التالية:

-يتضح أن المادة 49 من قانون الأسرة قد أوجدت إشكالية الطلاق العرفي (الشفوي)، كونها لم تتكلم عن مسألة إثبات الطلاق العرفي الذي وقع خارج ساحة القضاء.

- لو أخذنا بحرفية نص المادة 49،50 لكانتا مخالفتان لأحكام العدة الشرعية، إلا أن الاجتهاد القضائي قد سد الفراغ التشريعي، بإثبات الطلاق الشفوي قضاء.

-الطريقة التي يثبت بها الطلاق العرفي أنه؛ يمكن للزوج موقع الطلاق إحضار شاهدين من جماعة المسلمين ممن حضروا الطلاق، وإثبات ذلك الطلاق العرفي بالتصريح بالشهادة أمام القاضي، ثم يصدر بشأنه حكماً قضائياً بإثبات الطلاق دون الحاجة إلى الصلح، لأن الطلاق وقع وإنتهى، إلا أن هذا الاجتهاد قد لا يعمل به في كل المحاكم، لأنه لم يستقر عليه القضاء مجتمعاً.

-اقتراحات:

- نقترح على المشرع الجزائري أن يعدل المادة 49 على النحو التالي (لا يثبت الطلاق إلا بحكم وفي حالة الطلاق العرفي يمكن إثباته قضاء بشهادة الشهود أو بأقوال الزوجين بعد أداء اليمين، ويتم حساب العدة من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق)، وبهذه المادة يمكن أن نبي أحكام العدة الشرعية، بما يتوافق مع العدة الموجودة في المادة 49 من قانون الأسرة.

¹ عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، لا. ط، الأبيار الجزائر، 2000، منشورات ثالثة، ص 198.

² أحمد شامي، المرجع السابق، ص 293.

³ أحمد شامي، المرجع السابق، ص 293.

⁴ عبد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، لا. ط، الأبيار الجزائر، منشورات ثالثة، 2010، ص 177.

-المراجع:

أولاً: القوانين

-قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005 (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 15، السنة 42، 27 فبراير 2005).

-الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن: القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007. (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 18، 2007).

ثانياً: الكتب

-أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، القاهرة، د. ت، مكتبة السنة.
-أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ط: 2، بيروت، 1986، دار الكتب العلمية.
-أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ط: 2، بيروت، 2003، دار الكتب العلمية.
-أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، ج33، لا. ط: الرباط المغرب، د. ت، مكتبة ابن تيمية.
-أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، لا. ط، الإسكندرية، 2010، دار الجامعة الجديدة.
-أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، لا. ط، مصر، 2004، دار الكتب القانونية.
-خير الدين الزركلي، الأعلام، ج8، ط: 15، بيروت، 2002، دار العلم للملايين.
-سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، لا. ط، المحمدية الجزائر، 2010، دار طليطلة.
-عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، لا. ط، الأبيار الجزائر، 2010، منشورات ثالة.

-عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، لا. ط، الأبيار الجزائر، منشورات ثالة، 2000.
-عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلو، ج3، لا. ط: مصر، د. ت، دار إحياء الكتب العربية.
-علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، ج9، ط: 1، بيروت، 2003، دار الكتب العلمية.
-عمر زودة، طبيعة الأحكام بانتهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، د. ط، بن عكنون الجزائر، 2003، أنسيكلوبيديا للنشر.

-لحسين بن شيخ أث ملويا، بحوث في القانون، لا. ط، بوزريعة الجزائر، 2003، دار هومة.

-مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط: 4، مصر، 2004، مكتبة الشروق الدولية.

-مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط: 4؛ مصر، 2004، مكتبة الشروق الدولية.

-محمد أبو العلا، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، لا. ط، الحجار عنابة، 2001، دار العلوم.

- محمد بن أحمد بن جزي، القوانين الفقهية، تحقيق: عبد الله المنشاوي، لا. ط: القاهرة، 2005، دار الحديث.
- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج5، ط: 2، بيروت، 1973، دار المعرفة.
- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج5، ط: 1، بيروت، د. ت، دار المعرفة.
- محمد بن يزيد بن ماجه ت 273هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج1، لا. ط، بيروت، د. ت دار إحياء الكتب العربية.
- محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، لا. ط، عمان، 2010، دار اليازوري العلمية.
- محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج2، لا. ط، القاهرة، د. ت، دار الفضيلة.
- محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية، ط: 1، عمان، 2008، دار الفكر.
- مصطفى إبراهيم الزلي، أحكام الزواج والطلاق، ط: 1، لبنان، 2011، المؤسسة الحديثة للكتاب.
- المصري مبروك، الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري، لا. ط: بوزريعة الجزائر، 2010، دار هومة.
- محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية، ط: 1؛ عمان، 2008، دار الفكر.
- وهبة الزحيلي، الفقه الميسر المالكي، ج3، لا. ط، بيروت، 2010، دار الكلم الطيب.

ثالثا: الرسائل والمذكرات

-الصادق فريوي، طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري. (أطروحة دكتوراه في القانون)، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 1994-1995.

-قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين نصوصه التشريعية وتطبيقاته القضائية. (مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء الدفعة الثانية عشر)، المعهد الوطني للقضاء، بن عكنون الجزائر، 2001-2004.

رابعاً: المقالات

- أكلي نعيمة، في إشكالات الطلاق الكاشف بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، مجلد 12، عدد 3، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2020.

-مراد مليكة، إيقاع الطلاق الشفوي وإثباته بين الواقع والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، عدد1، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2020.

خامساً: المجلات القضائية

- المجلة القضائية عدد 04، لسنة 1989.

-المجلة القضائية عدد 03، لسنة 1991.

-المجلة القضائية عدد خاص، لسنة 2001.

-المجلة القضائية عدد 01، لسنة 2003.

- مجلة المحكمة العليا عدد 01، لسنة 2005.

أساس المسؤولية المدنية لمتعاملي الهواتف النقالة

The basis of civil liability for mobile phone customers

حزام فتيحة*

جامعة بومرداس

f.hazem@univ-boumerdes.dz

تاريخ القبول: 2021-01-07

تاريخ المراجعة: 2021-01-01

تاريخ الإيداع: 2020-10-19

ملخص:

رغم الإيجابيات التي تحملها التكنولوجيات الحديثة إلا أنها أضحت تشكل خطرا جسيما بسبب التقنيات التي تتطلبها لا سيما ما تعلق بتكنولوجيات الهواتف المحمولة التي تستدعي إقامة أبراج مدعمة بهوائيات خاصة تنبعث منها ذبذبات وأشعة كهرومغناطيسية وغير المؤينة بمناطق سكنية أين باتت تهدد صحة وسلامة الأشخاص والبيئة معا، لذا تسعى الدراسة لبيان الأساس القانوني للمسؤولية المدنية لمتعاملي الاتصالات الإلكترونية باعتبارها مالكة لتلك الأبراج وفقا للقواعد العامة بالتقنين المدني والأحكام الخاصة الواردة ضمن القانون 04-18 المتعلق بالبريد والاتصالات الإلكترونية وكذا من خلال عرض بعض التطبيقات القضائية.

الكلمات المفتاحية: هواتف محمولة ؛ أشعة كهرومغناطيسية ؛ مسؤولية مدنية؛

Abstract:

Despite the advantages posed by modern technologies, they have become a serious danger because of the technologies that require them, especially those related to mobile phone technologies that require the establishment of towers supported by special antennas emitting vibrations and electromagnetic rays and non-ionizing in population areas where they now threaten the health and safety of people and the environment together. Study to clarify the legal basis of the civil liability of the customers of electronic communications as the owner of those towers in accordance with the general rules of civil law and special provisions contained in Law 18-04 on mail and electronic communications As well as through the presentation of some applications judicial.

Keywords: mobile phones, electromagnetic radiation, civil liability.

مقدمة:

تعتبر الهواتف المحمولة من الابتكارات العلمية المستحدثة والتي تشهد نطاقا تطبيقيا واسعا نظرا للزيادة المستمرة في الطلب عليها ناهيك عن التطور الهائل في تقنياتها و الذي تشهده في الآونة الأخيرة الأمر الذي يستدعي تكثيف في عمليات تنصيب أبراجها عبر مختلف المناطق السكنية والنائية عبر التراب الوطني لضمان تغطية شاملة وواسعة النطاق لشبكاتهما، إلا أنّ المناطق النائية لا تطرح إشكالات مقارنة مع المناطق السكنية الآهلة، خاصة وأنّ الهوائيات التي تلحق بأبراج الهواتف المحمولة أضحت تشكل خطرا جسيما على البيئة وصحة هؤلاء السكان المقيمين بالعقارات المنصبة فيها تلك الأبراج وحتى القاطنين بالمناطق القريبة منها خاصة من خلال الذبذبات والأشعة الكهرومغناطيسية والأشعة غير المؤينة¹ المنبعثة من تلك الهوائيات.

فالإشكالية التي تثور من خلال الدراسة، تتعلق بمدى وجود أساس قانوني يتماشى مع خصوصية الأضرار المنبعثة عن هوائيات الهواتف المحمولة في ظل تعدد الأطراف المسؤولة من معاملي الاتصالات الإلكترونية باعتبارها مالكة للأبراج ومالك العقار المقامة عليه تلك الأبراج؟.

إنّ دراسة الأساس القانوني لمسؤولية معاملي الاتصالات الإلكترونية (شركات الاتصالات بمختلف أنواعها) عن ذبذبات الهوائيات، يقتضي بيان القواعد القانونية الحاكمة للمسؤولية عن الأشياء، فإلى أي حد يمكن تطبيقها على شركات الاتصالات باعتبار أنّ أبراج الاتصالات شيء مادي، ومدى خضوع هذا الشيء ضمن الأشياء الخطرة بطبيعتها أو بحسب ظروفها وملابساتها، وما موقف التشريعات من تحديد الأساس المعتمد، بالإضافة للولوج في بيان قواعد مضار الجوار غير المألوفة وتطبيقها على شركات الاتصالات باعتبارها مالكا للبرج ولها حق الإنتفاع بالسطح أو المبنى، وإلى أي حد تتحقق صفة الجار في شخص الشركة، ونطرح بعض التطبيقات القضائية بهذا الخصوص². تأسيسا على ذلك، نقسم الدراسة للمبشرين المواليين:

المبحث الأول: مسؤولية معاملي الاتصالات وفق قواعد المسؤولية عن الأشياء

لطالما شكلت أبراج الهواتف النقالة المقامة خاصة على أسطح البنايات والعمارات ضمن نطاق المواقع السكنية هاجسا لدى قاطنيها، نظرا لما تفرزه من إشعاعات مختلفة قد تسبب أضرارا تمس البيئة من جهة وسلامتهم الجسدية من جانب آخر.

(¹) يقصد بالأشعة غير المؤينة: "الموجات الراديوية" تتمثل في الإشعاعات التي تصدر عن الترددات التي تقل عن 300 جيجا هيرتز (جيجا تعني ألف مليون)، وتستخدم الاتصالات اللاسلكية ترددات تقع ضمن هذا النطاق والتي تستخدم في أنظمة الهاتف، الراديو، التلفزيون، الضوء المرئي وموجات الميكروويف وخطوط وأبراج نقل الكهرباء وما يصدر عن شاشات الحاسب الآلي، وقد تحمل طاقة لإحداث أثر حراري يشبه الحرارة المنبعثة من المصباح الكهربائي، فمثل هذه الإشعاعات لا ينتج عنها التأين أو التأثير الكيميائي على خلايا الجسم أو النفاذ إلى أنوية الخلايا الحية، أنظر/ الحقائق والمفاهيم الخاطئة حول الموجات اللاسلكية www.citc.gov.sa بتاريخ 2019/11/25.

(²) علي غسان أحمد، عمار عبد الحسين: أساس المسؤولية المدنية عن الذبذبات المنبعثة من هوائيات أبراج الاتصالات، كلية الحقوق، جامعة النهرين مقال عبر الموقع الإلكتروني: journal.nahrainlaw.org، بتاريخ 2019/11/24، ص 15.

فليبين مسؤولية معاملي الاتصالات كونهم مالكي تلك الأبراج ،نتناول ذلك بالتحليل وفق قواعد المسؤولية عن الأشياء أين يستدعي منا الأمر بيان الأساس القانوني(المطلب الأول) ومن ثم التطرق لشروط تحقق المسؤولية وفقا للمادة 138 من القانون المدني الجزائري (1) ومدى تطابقه مع معاملي الاتصالات الإلكترونية باعتبارها حارسا لهوائيات أبراج الهواتف المحمولة(المطلب الثاني) وانتهاء باستعراض السوابق القضائية في المجال(المطلب الثالث).

المطلب الأول: تحديد أساس المسؤولية وفق قواعد المسؤولية عن الأشياء

تضمن التقنين المدني تحديدا خاصا للمسؤولية الشيئية وذلك طبقا لنص المادة 138 مدني جزائري التي تنص:"كل من تولى حراسة شيء وله قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء". التي تقابلها نص المادة 1384 مدني فرنسي، والمادة 178 مدني مصري ففعل الشيء الخاضع للحراسة يجب أن يكون تدخله في إحداث الضرر تدخلًا إيجابيًا إذ لا يكفي أن يكون تدخل الشيء تدخل سلبيًا، فإذا كان التدخل السلبي من قبل الشيء، فلا يكون الضرر من فعل الشيء، غير أن تدخل الشيء في حدوث الضرر لا يتطلب أن يكون هناك اتصال مباشر أو احتكاك مادي بين الشيء والمضروب إذ قد يتدخل الشيء في إحداث الضرر دون احتكاك مادي .

كما عبرت محكمة النقض المصرية ، في حكم صادر عنها بتاريخ 20 فبراير 1960 " أنه يشترط لتحقيق مسؤولية حارس الأشياء المقررة في المادة 178 مدني أن يقع الضرر بفعل الشيء مما يقتضي أن يتدخل الشيء تدخلًا إيجابيًا في إحداث الضرر " كما استقر القضاء الفرنسي وأيده جانب من فقهاء القانون المدني ، على أن القانون لا يميز في الشيء الخاضع للحراسة بين الذي تحركه يد الإنسان وبين الذي لا تحركه ، وبأنه لا ضرورة في أن يكون في الشيء عيب لاصق بطبيعته ومحتمل الضرر بذاته ، كما رفضت التفرقة بين الأشياء الساكنة والأشياء المتحركة عند تطبيق المادة 1384 ، مما يعني الضرورة أنه لا يشترط وجود عيب محدد بالشيء من أجل انعقاد المسؤولية وفقا لهذا النص(2) .

فمتى توافر الشرطان السابقان فإنه تتقرر مسؤولية حارس الأشياء وفقا لنص المادة 231 مدني عراقي و178 مدني مصري و 1384 مدني فرنسي بغض النظر عما إذا كان ثمة اتصال مادي بين الشخص المضروب والشيء الخاضع للحراسة ، وكذلك بغض النظر عن صفة الأضرار المدعاة سواء أكانت أضرارا بسيطة أم أضرارا جسيمة ، وذلك لأن المشرع لم يشترط درجة معينة من الأضرار ، كما لا ينظر في تقويم الأضرار إلى ظروف المكان أو الزمان أو الاعتبارات المستمدة من الشخص المضروب.

فإذا أثبت المضروب الشرطين السابقين قامت مسؤولية حارس الأشياء ، واعتبر القانون هنا الخطأ هو خطأ مفترض في جانب الحارس ، حيث أن التزامه بالسيطرة على الشيء هو التزامه بتحقيق نتيجة لا التزام ببذل عناية ومن ثم فلا سبيل للحارس أن ينفي هذا الخطأ إلا بإثبات أنه قد اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر كما ذهب إليه المادة 231 مدني عراقي أو بإثبات السبب الأجنبي كما ذهب إليه المادة 178 مدني مصري ، أي أن الحارس لكي يدفع عن نفسه المسؤولية ،

(1) الأمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في يونيو 2005 والقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

(2) علي محمد خالف: المسؤولية القانونية عن الأشياء غير الحية الناتجة عن خطأ مفترض، مسؤولية المنتج البيئي كعينة-دراسة مقارنة-، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد الثاني /السنة السابعة 2015، ص 344-381.

عليه أن يثبت أن الضرر الحاصل لم يكن بفعل الشيء وإنما بسبب آخر متمثلاً في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو خطأ الغير أو خطأ المتضرر نفسه⁽¹⁾.

المطلب الثاني: شروط تحقق مسؤولية حارس أبراج الاتصالات

إنّ تأثير أبراج الهاتف النقال على البيئة بصورة عامة وصحة الإنسان بصورة خاصة تكوّن من خلال الإشعاعات الكهرومغناطيسية التي تبعثها تلك الأبراج بصورة مستمرة على شكل دائرة نصف قطرها بضعة كيلومترات بحيث يتداخل مجال عمل كل برج مع مجالات عمل الأبراج الأخرى فتغطى المناطق المستهدفة بخدمة الخليوي بشبكة اتصالات من خلال هذه الأبراج حتى يتمكن المستخدم من إرسال واستقبال المكالمات والرسائل القصيرة والوسائط المتعددة وغيرها من تطبيقات الهواتف الخليوية .

لذا حتى تتحقق مسؤولية حارس أبراج الاتصالات حسب ما تقتضيه المادة 138 من التقنين المدني الجزائري يجب تحقق شرطين أساسيين يتمثلان في :

الفرع الأول: أن يتولى شخص حراسة أبراج الاتصالات

إنّ هذا الشرط نستدل عليه من نص المادة 138 م ج من عبارة "كل من تولى حراسة شيء" فالشيء الذي يتطلب عناية خاصة للوقاية من ضرره هو كل ما يمكن أن يشكل خطراً على الأفراد والبيئة إذا لم تتخذ الحيطة اللازمة لمنع وقوع الضرر عند استعمال الشخص لهذه الأشياء، وأنّ هذه الأشياء التي تكون في حراسة شخص ما تتطلب عناية خاصة، لذا فإنّ الشيء يكون خطراً أو يحتاج إلى عناية خاصة للوقاية من ضررها في حالتين:⁽²⁾

الحالة الأولى: إذا كان الشيء بطبيعته يحتاج إلى عناية خاصة للوقاية من ضرره، وهذا معيار موضوعي.

الحالة الثانية: إذا كان الشيء بظروفه وملابساته يحتاج إلى عناية خاصة ولو لم يكن بطبيعته شيئاً خطراً، وهذا معيار شخصي⁽³⁾، وعليه فإنّ أبراج الاتصالات تعتبر من الأشياء التي تتطلب عناية خاصة نظراً لما تشكله من أخطار على البيئة بشكل عام وعلى الإنسان بشكل خاص، وتكمن هذه الخطورة في الأشعة غير المؤينة المنبعثة من هوائيات هذه الأبراج أو المولدات المرتبطة بعمل البرج لما تسببه من ضوضاء وإزعاج لدى السكان القاطنين بالقرب من هذه الأبراج والملحقات الأخرى المتواجدة في موقع هذه الأبراج، ولا يشترط أن يقوم الحارس باستعمال الشيء الذي يتطلب عناية خاصة بنفسه، بل من الممكن أن يقوم بهذا الإستعمال شخص أو أشخاص آخريين بالنيابة عنه وتكون لهم السيطرة المادية على الشيء على سبيل المثال شركة الاتصالات تعتبر حارساً لأبراج الاتصالات، لتمتعها بالسيطرة الفعلية على البرج، بالرغم من بقاء السيطرة المادية بيد التابعين، فهذه الحالة لا تنفي صفة الحارس على الشركة، لأنّ

(1) عصمت عبد المجيد بكر: النظرية العامة للإلتزامات، منشورات جامعة جيهان الخاصة، ط1، أبريل، 2011، ص289.

(2) شوان مي الدين: المسؤولية عن حراسة الأشياء التي تتطلب عناية خاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص96.

(3) حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي: الضرر الناشئ عن استخدام الحاسوب في نطاق المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2005، ص223.

التابع يعمل لحساب الشركة وينفذ الأوامر الصادرة من الشركة، وكذلك المهندسين الفنيين الذين يقومون بتشغيل الأبراج فهم ينفذون التعليمات الصادرة لهم من الشركة.

فنظرا لكون إقامة أبراج الهواتف النقالة من طرف متعاملي الاتصالات الإلكترونية تتطلب ارتفاعات على أراضي ملكيتها عامة أو خاصة، فقد لمسنا ورود مصطلح "الحراسة" في عدة مواضع من بينها نص المادة 150 من القانون 18-04 بنصها: "تؤسس ارتفاعات في شكل مناطق مكشوفة ومناطق حراسة على محيط المحطات اللاسلكية الكهربائية لشبكات الاتصالات الإلكترونية قصد الحيلولة دون انتشار الموجات اللاسلكية الكهربائية....."⁽¹⁾.

كما أوردت المادة 152 من القانون 18-04 الإشارة للحراسة بنصها: "يتم تحديد الارتفاعات اللاسلكية الكهربائية والمناطق المكشوفة والحراسة المرتبطة بها....."، فالملاحظ أنّ كلا التّصين اشتمل على عبارة الحراسة ممّا يدل على أنّ متعاملي الاتصالات الإلكترونية الذي يقوم بإنشاء الارتفاعات اللاسلكية الكهربائية يعد حارسا بقوة القانون على الأبراج المقامة على هذه الارتفاعات.

الفرع الثاني: أن يكون الضرر نتيجة أبراج الاتصالات

يشترط لتحقيق مسؤولية الحارس ووفق قواعد المسؤولية عن الأشياء، أن يتدخل الشيء في إحداث الضرر⁽²⁾، ويكون له دور فعال في إلحاق الضرر بالمتضرر، بأن يكون تدخل الشيء تدخلا إيجابيا، فيكون بهذه الصورة عندما يكون الشيء في حالة تسمح له عادة بإحداث الضرر، أما انعدام هذا الدور للشيء لا يمكن القول عندئذ بتدخل الشيء في إحداث الضرر، لأنّ تدخله يعتبر سلبيا وبالتالي انتفاء الرابطة السببية بين الشيء والضرر.

كما تضمن نص المادة 2/149 من القانون 18-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية الإشارة لعدم إضرار منشآت الهاتف النقال بالبيئة والملكية الخاصة والعامة حيث نصت: "لا يمكن إعمال الحقوق المذكورة في المادتين 145 و146 أعلاه، من طرف متعاملي الاتصالات الإلكترونية إلا إذا كان تقاسم منشآت المتعاملين الآخرين القائمة بغرض استعمالها، غير ممكن من الناحية التقنية. يجب أن يتم إقامة المنشآت القاعدية وتركيب التجهيزات في ظل احترام البيئة والطابع الجمالي للأماكن وفي الظروف الأقل إضرارا بالملكية الخاصة والأماكن العمومية."

لذا فإنّ حارس الأشياء لا يمكنه التخلص من المسؤولية المترتبة عن تدخل الشيء في إحداث الضرر إلا بإثبات أنه اتخذ الحيطة والعناية الخاصة للوقاية من أضرارها عندما يكون الخطأ مفترضا قابلا لإثبات العكس أو إثبات السبب الأجنبي عندما يكون الخطأ مفترضا غير قابل لإثبات العكس⁽³⁾.

(1) القانون 18-04 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق ل10 مايو 2018 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج رعدد 27 المؤرخة في 13 ماي 2018.

(2) درع حماد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، مكتب السهوري، بيروت، لبنان، 2016، ص 423.

(3) علي غسان أحمد، عمار عبد الحسين، نفس المرجع السابق، ص 16.

من التطبيقات القضائية عن مضار ذبذبات الهوائيات وتعويض المتضرر بسبب الأشعة غير المؤينة المنبعثة منها، إذ قضت محكمة براءة الحلة في العراق بإزالة البرج (التعويض العيني) بناء على دعوى وكيل المدعي، إذ قضى هذا الأخير بأن البرج تمّ نصبه بالإتفاق بين المدعى عليه الأول والمدعى عليه الثاني مدير شركة كورك إضافة لوظيفته، لما يسببه هذا البرج من أضرار بيئية وصحية للموكل وعائلته دون موافقته لذا أطلب إزالة البرج، فقضت المحكمة بإزالة البرج بالتكافل والتضامن فيما بين المدعى عليهم بعد أن أجرت الكشف الموقعي على العقار بمعرفة خبير مختص وتبين أنّ البرج موضوع الدعوى قريب من برج تابع لشركة زين والمسافة أقل من 50 متر مما يشكل آثار سلبية، ولعدم قناعة المدعى عليه الثاني طعن بالحكم البدائي لدى محكمة التمييز، ولكن هذه الأخيرة صادقت على الحكم البدائي لموافقته للقانون.⁽¹⁾

كما قضت محكمة براءة الطارمية في العراق، في "دعوى طالب فيها المدعي بتعويض قدره خمسة مليون دولار عن الضرر الذي لحق به نتيجة عمل أبراج الإتصالات العائد إلى المدعى عليه مدير شركة أثر إضافة لوظيفته، وقدم تقارير طبية بهذا الخصوص، فقضت المحكمة لصالح المدعي وحكمت بالتعويض المذكور حضورياً (التعويض النقدي) بحق المدعي وغيابياً بحق المدعى عليه فاعترض المدعى عليه على الحكم الابتدائي الغيابي لكن نتيجة الاعتراض كان تأكيد الحكم البدائي".⁽²⁾

أما القضاء الفرنسي، فقد أصدرت محكمة تولون (Toulon) الابتدائية (الدرجة الأولى)، بناء على دعوى المدعي حكماً على المدعى عليه شركة اتصالات بويج تيليكوم (societe Bouygue Telecom).

إدعى بأن البرج الموضوع في المنطقة التي يسكن فيها تشكل له خطراً ولأسرته، من خلال الإضطرابات غير الطبيعية التي تحدثه بسبب الأشعة الكهرومغناطيسية المنبعثة من هوائيات البرج، فقضت المحكمة بأن عدم وجود يقين علمي على أضرار أبراج الاتصالات لا تحول دون الحكم بالتعويض عن الخطر المفترض نظراً لعدم وجود يقين علمي على عدم تسبب الأضرار، بالإضافة إلى أنّ التزام المدعى عليه باللوائح والشروط اللازمة لتنصيب الأبراج غير كاف للتخلص من مسؤوليته، وعليه قررت المحكمة في 20 مارس 2006 إلزام المدعى عليه بالتعويض النقدي قدره (70) ألف يورو والتعويض العيني بإزالة البرج وفرضت غرامة قدرها 100 يورو عن كل يوم تأخير.⁽³⁾

كما أنه في قرار آخر اعتمدت المحكمة فيها أيضاً على مبدأ الحيطة، إذ ادعى لدى محكمة بجراس (Grasse) الابتدائية أنّ البرج العائد إلى المدعى عليه شركة (SFR) للاتصالات يسبب لهم أضراراً تتمثل في خطر الإصابة بأمراض

(1) قرار محكمة براءة الحلة رقم 3781/ب/2013 الصادر في 2014/2/27 غير منشور، أنظر: علي غسان أحمد، عمار عبد الحسين، المرجع السابق، ص 19 الهامش 6.

(2) قرار محكمة براءة الطارمية رقم 309/ب/2010، الصادر في 2011/4/14، غير منشور.

(3) rappelant qu'il était saisi sur le fondement de l'article 809 al. 1 du code de procédure civile, il ajoutait qu'il était compétent pour prendre toute mesure de nature à prévenir un dommage imminent, définition qui intègre à l'évidence le risque sanitaire pour les populations riveraines de l'installation projetée. TGI Toulon; 20 mars 2006, RG N :04 /01012. <http://www.eurojuris.fr>. consulté 05/12/2019.

الصداع واضطرابات النوم، فعيّنت المحكمة خبيراً وجاء في تقريره أنّ برج الهاتف المحمول محل الدعوى يبعد عشرة أمتار عن مدرسة ابتدائية ومائة متر عن روضة أطفال، قررت المحكمة في 2003/7/17 الحكم بإزالة البرج بالاستناد إلى مبدأ الحيطة التي تقضي بوجود خطر من دون دليل علمي قاطع، على أساس الخطر غير المؤكد، وطعن بالحكم الابتدائي أمام محكمة استئناف أكس أون بروفانس (AIX en Provence)، لكن هذه المحكمة أيدت في 2004/7/8 الحكم الابتدائي للتسبب المذكور بالإضافة إلى إحترام حق الإنسان في العيش بطمأنينة.

أما على الصعيد العربي، ففي القضاء الأردني، أصدرت محكمة استئناف عمان حكماً، إذ جاء مؤيداً لحكم المحكمة الابتدائية في الدعوى تحت رقم 2006/306، التي قضت بإلزام المدعى عليه (شركة الاتصالات) بالتعويض المقدر (20314) ألف دينار أردني نتيجة مخاطر أبراج الاتصالات الناتجة عن تذبذب الأشعة الكهرومغناطيسية من هوائيات البرج بالإضافة إلى الإزعاج الذي تشكله ملحقات البرج، لذا تشكل مصدر إزعاج دائم للمدعي ليلاً ونهاراً، مما أدى إلى عزوف وعدول الناس عن شراء أو اقتناء أو امتلاك مثل هذه القطع لغايات السكن أو الاستثمار أو المتاجرة بها لهذا السبب، وكذلك أنّ البرج يؤثر على المظهر الجمالي للمنطقة⁽¹⁾.

المبحث الثاني: مسؤولية معاملي الاتصالات الإلكترونية وفق قواعد مضار الجوار غير المألوفة

بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري فإننا نجد قد أقر صراحة نظرية مضار الجوار غير المألوفة، حيث منح للمالك السلطة في ممارسة حقوقه على ملكيته، شرط أن يتم ذلك في ظل احترام حقوق الملاك المجاورين له، والذين يقع عليهم تحمل الأضرار المألوفة التي تقتضيها ضرورة الحياة في المجتمع، غير أنه إذا تجاوز المالك أثناء ممارسته لحقه على ملكيته الحد المألوف، مما ينتج عنه ضرر غير مألوف يلحق بالملكيات المجاورة له أو بإحداها، فإنه بإمكان المتضرر اللجوء إلى القضاء، وذلك عن طريق رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض، وبالاعتماد على نص المادة 691 من القانون المذكور أعلاه، لذا تعد مضار الجوار قاعدة قانونية ينص عليها المشرع من أجل حماية الجيران المتضررين من ممارسة الجار لحقه، فينجر عن هذه الأعمال ضرر للأشخاص القاطنين بجواره، الأمر الذي ينتج عنه إخلال بالتزام قانوني يوجب المسؤولية، كممارسة حارس أبراج الاتصالات لحقه في نصب البرج وإلحاق الضرر بالجيران القاطنين بالقرب منها، لذا قبل الولوج في تحديد موقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة لا بد لنا من التطرق لتحديد أساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة وهو ما سنبينه ضمن المطلب الأول ومن ثمة نبرز شروط تحقق المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة ضمن المطلب الثاني .

المطلب الأول: تحديد أساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة

لقد أشار نص المادة 691 من القانون المدني الجزائري لمضار الجوار غير المألوفة حيث نصت: "...وليس للجاران يرجع على جاره في مضار الجوار غير المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف

(1) علي غسان أحمد، عمار عبد الحسين، المرجع السابق، ص 21.

كما يعرف الضرر غير المألوف بأنه: "الضرر الذي يتجاوز الحد المعهود فيما يتحملة الجيران بعضهم بحكم الجوار".⁽¹⁾ أما أساس مسؤولية المالك الذي تسبب في إحداث أضرار غير مألوفة لجاره عن طريق التعسف في استعمال حقه طبقا للمادة 691 م ج والتي تحمي الجار المضروب من مزار الجوار غير المألوفة الناتجة عن استعمال المالك لحقه في ملكيته، والتي من حق المتضرر طلب إزالتها باللجوء إلى رفع دعوى قضائية، ناهيك على أنه يحق للجار المضروب اللجوء إلى القضاء الإستعجالي للمطالبة بوقف الأعمال التي من شأن المدعى عليه القيام بها في ملكيته إذا كان من المتوقع أن تحدث له أضرارا.⁽²⁾

لذا تكمن من وجهة نظرنا أهمية مزار الجوار غير المألوفة بالنسبة إلى النشاطات الملوثة كأبراج الاتصالات، أنّ قواعد التعويض فيها تختلف عن القواعد العامة للمسؤولية، إذ أنّ الأصل في هذا الأخير هو التعويض النقدي بينما الأصل في التعويض عن مزار الجوار غير المألوفة هو التعويض العيني، لذا نعتبرها قواعد فعالة للوقاية من أضرار أبراج الاتصالات.

المطلب الثاني: شروط تحقق المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة

فحتى تتحقق مسؤولية معاملي الاتصالات الإلكترونية حسب ما تقتضيه المادة 691 من التقنين المدني الجزائري يجب تحقق شرطين أساسيين يتمثلان في :

الفرع الأول: تحقق صفة الجار في كل من المسؤول والمضروب

يشترط لتطبيق القواعد الناظمة للمسؤولية المدنية عن مزار الجوار غير المألوفة أن تتوفر صفة الجار فيما بين كل من المسؤول عن الضرر (كالضرر الناتج عن أبراج الاتصالات) والمتضرر من هذه النشاطات الملوثة، وجددير بالذكر أنّ صفة الجار لا يمكن حصرها في شخص المالك على غرار ما ذهب إليه المشرع الجزائري، باعتبار أنها تمتد إلى شاغل العقار حتى ولو لم يكن مالكا له، ناهيك على أنّ حالة الجوار لا يجب أن ينظر إليها على أساس أنها ذمة مالية بل من منطلق أنها حالة قانونية.⁽³⁾

أما في حالة فقدان أي من هؤلاء صفة الجار لا يمكن عندئذ تطبيق قواعد مزار الجوار غير المألوفة لتخلفه هذا الشرط، ولا تقتصر هذه الصفة في مالك العقار بل يتحقق صفة الجار في كل شخص يشغل عقارا ما، وأن يسبب بفعله العادي أضرارا غير مألوفة للجيران القاطنين بجواره. ويعد جارا كل شخص سواء شخصا طبيعيا أو اعتباريا، فما دام اعتبر الفرد بموجب القانون جيرانا، فلا مانع من إضفاء هذه الصفة على الشخص الاعتباري أيضا، وكما أنّ الشخص يعتبر جارا في حدود حقه فقط، كما أنّ صفة الجار تتحقق من دون اشتراط الملاصقة فيما بين عقارات المسؤول والمتضرر، فقد لا يصيب الجار غير الملاصق، على سبيل المثال الأشعة الكهرومغناطيسية تنبعث بشكل أفقي

(1) سليبي الهادي: دعوى المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري، مجلة المعيار، المجلد 6، عدد 1، جوان 2016، ص 305-315.

(2) Droit et pratique de la procedure civile son la direction de serge Guirchaud, Dalloz action liége 2 ; 2000, p6.

(3) Dury(G) : la responsabilité civile : RTDciv ; 1977, p132.

المصري التي نصت على أنه: "على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك جاره". ونفس الحكم نجده ضمن المادة 1027 من التقنين المدني الأردني، والمادة 1144 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.⁽¹⁾

تأسيسا على ذلك، لا يعتبر حارس (متعاملي الاتصالات) أبراج الاتصالات مالكا للعقار، بل يعد منتفعا بجزء من العقار من خلال عقد يبرم بينه وبين مالك العقار مقابل أجر يحصل عليه هذا الأخير علما أنّ ملكية البرج تعود طبعا للحارس. هذا من جهة،

من جهة ثانية تنص المادة 691 / 2 من القانون المدني الجزائري: "...وليس للجاران أن يرجع على جاره في مضار الجوار غير المألوفة، غير انه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف...".

فاعتبارا لكون الأشعة غير المؤينة والذبذبات المنبعثة عن هوائيات أبراج الاتصالات من ضمن الأضرار غير المألوفة نتيجة المخاطر التي تشكلها عند عملها، سواء ترتب عليها أضرار بيئية أو صحية ونفسية لدى السكان القاطنين بالقرب من هذه الأبراج، إذ يعتبر هؤلاء مجاورين لحارس هذه الأبراج الأمر الذي يستدعي إعمال نص المادة 2/691 م ج، فضلا عن ذلك فقد نصت المادة 97 من القانون 04-18 المتعلق بالبريد والاتصالات الإلكترونية على أنه: "يخضع إنشاء وإستغلال شبكات الاتصالات الإلكترونية المفتوحة للجمهور وتقديم خدمات الاتصالات الإلكترونية للجمهور إلى احترام ما يأتي:...

-شروط الإستعمال الرشيد والفعال لطيف الذبذبات اللاسلكية الكهربائية ومواد الأرقام-المتطلبات التي تتطلبها حماية الصحة والبيئة والتي تحدد عن طريق التنظيم....."

من ذلك يتضح حرص المشرع الجزائري على ضرورة عدم الإضرار في استغلال الذبذبات اللاسلكية الكهربائية بصحة الجمهور والبيئة معا، الأمر الذي جعله يقر ضمن نص المادة 100 من القانون 04-18 على أنّ طيف الذبذبات اللاسلكية الكهربائية ملك للدولة وأنها تفوض صلاحيات تقسيمه لمعاملتي الاتصالات الإلكترونية للوكالة الوطنية للذبذبات عن طريق إعدادها لمخطط وطني للذبذبات بالتنسيق مع الإدارات والمؤسسات المعنية طبقا لنظام الاتصالات اللاسلكية للإتحاد الدولي للاتصالات.

المطلب الثالث: التطبيقات القضائية للمسؤولية على أساس مضار الجوار غير المألوفة

من المستقر عليه في مجال المسؤولية أنّ التعويض هو السبيل الأنسب لإصلاح الضرر الذي يلحق بالمتضرر، ومن ثم فإنه يجب تقدير التعويض بقدر الضرر ولتجسيد ذلك يكون التعويض عينيا بالدرجة الأولى أي بإزالة الضرر والرجوع بالمضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر قدر الإمكان وإن استحال ذلك يتم اللجوء إلى التعويض بمقابل.

(1) علي غسان أحمد، عمار عبد الحسين، المرجع السابق، ص 22.

فبالنسبة للتعويض العيني عن الضرر غير المألوف ضمن نظرية مضار الجوار غير المألوفة فإنه بمجرد توافر شروط المسؤولية يكون من حق الجار المتضرر إمكانية اللجوء للقضاء للمطالبة بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر بإزالة هذه المضار طالما أنها تجاوزت الحد المألوف، أما إذا كان ذلك من غير الممكن فيلجأ القاضي إلى طريق التعويض بمقابل حيث يقضي بتعويض يتناسب والضرر الذي لحق بالمضروب¹، وهو ما أقره المشرع الجزائري صراحة بموجب أحكام المادة 691 من القانون المدني.

تأسيسا على القواعد السابقة، نجد للقضاء الفرنسي بعض الأحكام الخاصة بمسؤولية حارس أبراج الاتصالات عن الأضرار المنبعثة من البرج على أساس قواعد مضار الجوار غير المألوفة، بالرغم من أن المشرع الفرنسي لم ينص على هذه النظرية في التشريع المدني، ولكن نجد للمحاكم الفرنسية الدور الفعال والإجتهاد في الأخذ بالنظرية الفقهية واعتمادها في قراراتها، وهذه نقطة محسوبة للقضاء الفرنسي.

فمن التطبيقات القضائية بهذا الخصوص ما قضت به محكمة (Grasse) الفرنسية في حكمها الصادر في 2003/6/17، إذ وسعت من فكرة الضرر غير المألوف، معتبرين الخطر غير المؤكد هو ضرر غير مألوف، لذلك بالرغم أن أضراره غير مؤكدة علميا، لكن تركيب أبراج الاتصالات من الممكن اعتباره ضرا غير مألوف، لأنه من المستحيل إثبات أن الأبراج لا تسبب ضررا⁽²⁾ في ذات التوجه نجد قرارات قضائية خاصة القرار الصادر بتاريخ 18 سبتمبر 2008 عن محكمة النقض Nanterre الذي يشير إلى استحقاق المدعي للتعويض عن الأضرار الناتجة عن أبراج الاتصالات بالإضافة للتعويض العيني والمتمثل في إزالة البرج وكان المدعى عليه في هذه الدعوى (شركة societe Bouygue Telecom وشركة Orange، شركة SFR) وذلك على أساس مضار الجوار غير المألوفة.⁽³⁾

أما بالنسبة للقضاء العربي لا توجد سوابق بالنسبة للقضاء الجزائري، مصر، الأردن.. ماعدا القضاء العراقي نجد محكمة بداءة الديوانية في حكمها الصادر 2008/6/03 التي ألزمت المدعى عليهم برفع البرج الذي يعود لشركة الهاتف النقال، وقد سببت المحكمة حكمها على أساس الأضرار التي تصيب أصحاب العقارات المجاورة والعائدة لهم على وجه

¹ :سليبي الهادي: دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري، نفس المرجع السابق، ص312.

(² -) TGI Grasse; 17 juin 2003, N :04 /2003-221749 ; « dans un souci de préservation de la santé publique, à l'article L.33-1-1 du code des postes et télécommunication que "les équipements sont obligatoirement implantés à une distance d'au moins 300 mètres d'un bâtiment d'habitation ou d'un établissement dit sensible." ; jerome bouquet :principe de précaution et antennes relais de téléphonie mobile:TGI de Nanterre 18 septembre 2008 <https://blogavocat.fr/space/jerome.bouquet-elkaim/> consulté 05/12/2019

(³) un jugement en date du 18 septembre 2008, le Tribunal de Grande Instance de Nanterre a condamné la Société Bouygues Telecom a démonter une antenne relais de téléphonie mobile située sur la Commune de Tassin-la Demi-Lune dans un délai de 4 mois et sous astreinte de 100 € par jour de retard. Le Tribunal a considéré qu'il existait un risque potentiel pour la santé humaine et qu'il y avait lieu de faire application du principe de précaution. Par ailleurs, le TGI de Nanterre a considéré que le fait d'exposer des riverains à un risque sanitaire était constitutif d'un trouble anormal de voisinage. Les trois familles demandresses se sont ainsi vu allouer des dommages et intérêts à hauteur de 3000 € chacune. jerome bouquet ; op-cit.

الإستغلال نتيجة تنصيب برج الاتصالات من قبل المدعى عليه ولكون الضرر الذي يصيبهم وعوائلهم يتمثل بالإشعاعات الكهرومغناطيسية التي تنتج من جراء تشغيل هذا البرج، واستندت المحكمة المذكورة في حكمها على الخبرة التي تعد دليلا من أدلة الإثبات، وعدم وجود وسائل حماية من تلك الإشعاعات مثل الدروع الواقية كما أشار التقرير لوجود أشخاص لديهم حساسية مفرطة من الإشعاعات الكهرومغناطيسية وما تسببه من مخاطر على الأجنة والأطفال كسرطان الدم والدماغ، كما قضت أنّ حارس أبراج الاتصالات ومالك العقار مسؤولان بالتضامن فيما بينهم عن مضار الجوار غير المألوفة⁽¹⁾.

فرغم انعدام سوابق قضائية بالجزائر وفقا لعملية البحث، فيمكن في حال وجود نزاعات في ذات الموضوع تأسيس المسؤولية المدنية على مضار الجوار غير المألوفة حسب نص المادة 2/691 م ج ، وعندما تتحقق مسؤولية معاملي الاتصالات الإلكترونية الإستعانة بالخبرة يمكن المطالبة بالتعويض على أساس أحكام المادة 154 من القانون 04-18 التي تنص: "عندما تسبب هذه الارتفاقات ضررا ماديا ومباشرا ومؤكدا للملكيات أو المنشآت، يدفع للمالك أو لكل ذي حق تعويض عن الضرر اللاحق به، وفي حالة انعدام اتفاق ودي يؤول تحديد التعويض إلى الجهة القضائية المختصة".

الخاتمة:

نظرا للدور المهم الذي تلعبه هوائيات أبراج الهواتف المحمولة في تحقيق عمليات الاتصال البيئي في المناطق التي تنصب عليها الأبراج الحاملة لها إلا أنّ مخاطر الذبذبات والأشعة غير المؤينة والإشعاعات الكهرومغناطيسية المنبعثة منها باتت تشكل خطرا محققا لدى القاطنين بالمناطق المجاورة لمكان تنصيبها، الأمر الذي يستدعي التفكير في الأساس القانوني الملزم لتحقق مسؤولية معاملي الاتصالات الإلكترونية التي تعد شركات تجارية هدفها الربح على حساب صحة وسلامة المواطن، فحماية للمضروب يمكن أن يؤسس دعواه على أحد الأساسين لانعدام أحكام قانونية خاصة :

أولا- نظرا لتوافر عناصر الحراسة من سلطة الإستعمال والتوجيه والرقابة في معاملي الاتصالات الإلكترونية لذا تعتبر المسؤولية عن الأضرار التي تسببها ذبذبات الهوائيات تأسيسا على القواعد العامة الواردة ضمن نص المادة 138 من التقنين المدني إلى جانب النصوص الخاصة التي تلزم بالتعويض بناء على نص المادة 154 من القانون 04-18.

ثانيا - نظرا لكون قواعد مضار الجوار غير المألوفة ممكنة التطبيق على معاملي الاتصالات الإلكترونية وبالتالي يعامل معاملة الجار فيما يتعلق بالأضرار التي يسببها البرج للأشخاص القاطنين بالعقار المقام عليه البرج وكذا القاطنين بالقرب منه فيمكن تأسيس المسؤولية بناء على نص المادة 2/691 م ج.

انطلاقا من النتائج السابقة نوصي المشرع الجزائري بضرورة مراعاة المتطلبات التالية في لإصدارات أو تعديلات مستقبلية للقوانين السارية:

(1) علي غسان أحمد، عمار عبد الحسين، المرجع السابق، ص 26.

- إدراج أحكام قانونية خاصة ضمن القانون المدني أو قانون الصحة، تقضي بضرورة حماية الأشخاص الطبيعيين من مختلف الأجهزة التي تنبعث منها الأشعة غير المؤينة كالهوائيات وغيرها.

- تفعيل الرقابة من قبل السلطات المختصة على المستوى المحلي بالنظر في كفاءات تنصيب الأبراج ومختلف الأجهزة المنطوية على مخاطر على البيئة من جهة وصحة وسلامة الإنسان من جهة ثانية.

- ضرورة إستعانة القضاة بخبراء مختصين في المسائل التقنية المرتبطة بمجال تكنولوجيايات الإعلام والاتصال من أجل العمل على تسهيل مهمة الفصل في الدعاوى المتعلقة بمفرزاتها التي أضحت من بين أهم التحديات التي تواجه المشرعين وعدم الإكتفاء بالنصوص القانونية التي يكتنفها العديد من النقص.

المراجع:

أولاً- المراجع باللغة العربية:

1- الكتب:

-درع حماد، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، مكتب السهوري، بيروت، لبنان، 2016.

-شوان مكي الدين: المسؤولية عن حراسة الأشياء التي تتطلب عناية خاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.

-عصمت عبد المجيد بكر: النظرية العامة للإلتزامات، منشورات جامعة جيهان الخاصة، ط1، أبريل، 2011.

2- الرسائل والمذكرات:

-حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي: الضرر الناشئ عن استخدام الحاسوب في نطاق المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2005.

3- المقالات:

-سليبي الهادي: دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري، مجلة المعيار، المجلد 6، عدد1، جوان 2016

-علي محمد خالف: المسؤولية القانونية عن الأشياء غير الحية الناتجة عن خطأ مفترض، مسؤولية المنتج البيئي كعينة- دراسة مقارنة،-مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد الثاني /السنة السابعة 2015.

-علي غسان أحمد، عمار عبد الحسين: أساس المسؤولية المدنية عن الذبذبات المنبعثة من هوائيات أبراج الإتصالات، كلية الحقوق، جامعة النهرين مقال عبر الموقع الإلكتروني: journal.nahrainlaw.org ، بتاريخ 2019/11/24.

- الحقائق والمفاهيم الخاطئة حول الموجات اللاسلكية www.citc.gov.sa بتاريخ 2019/11/25.

4-النصوص القانونية:

- الأمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-

10 المؤرخ في يونيو 2005 والقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

-القانون 04-18 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق ل 10 مايو 2018 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج ر

عدد 27 المؤرخة في 13 ماي 2018.

ثانيا- المراجع الأجنبية:

-Dury(G) :la responsabilité civile :RTDciv ;1977

-Droit et pratique de la procedure civile son la direction de serge Guirchaud,Dalloz action
liège2 ;2000

- TGI Toulon ;20 mars 2006, RG N :04 /01012.http://www.eurojuris.fr.consulté le 05/12/2019.

-TGI de Nanterre 18 septembre 2008 https://blogavocat.fr/space/jerome.bouquet-elkaim/le
consulté 05/12/2019.

-International Commission on Non-Ionizing Radiation Protection – ICNIRP, 2009.

<http://www.icnirp.org:le> 23-10-2019.

دور الآليات القضائية الدولية الجنائية في حماية حقوق الإنسان

The role of international criminal judicial mechanisms in protecting human rights

بن مكي نجة *

- جامعة عباس لغرور- خننلة

benmekki.nadjet@gmail.com

تاريخ القبول: 2021-01-14

تاريخ المراجعة: 2021-01-11

تاريخ الإيداع: 2020-08-04

ملخص:

نظرا للانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان على المستوى الدولي، وارتكاب العديد من الجرائم الدولية، حاول المجتمع الدولي إيجاد آليات قضائية دولية جنائية تعد كضمانة هامة في مجال حماية حقوق الإنسان تسعى للحد من انتشار هاته الانتهاكات ومساءلة ومعاقبة مرتكبيها تمثلت في المحاكم الدولية الجنائية سواء أكانت مؤقتة أو دائمة .

تهدف هذه الدراسة للتعرف على دور هاته الآليات القضائية الدولية الجنائية ومدى فعاليتها في حماية وتعزيز حقوق الإنسان من خلال إرساء دعائم العدالة الدولية الجنائية التي تحول دون تكرار ارتكاب الجرائم التي تنتهك حقوق الإنسان.

الكلمات المفتاحية: الحماية الجنائية الدولية لحقوق الإنسان؛ المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

Abstract:

In view of the grave violations of human rights at the international level, and the commission of many international crimes, the international community has tried to find international criminal judicial mechanisms that are an important safeguard in the area of human rights protection that seeks to limit the spread of these violations and to account and punish the perpetrators represented in the international criminal courts, whether temporary or permanent .

This study aims to identify the role of these international criminal judicial mechanisms and their effectiveness in protecting and promoting human rights by laying the foundations of international criminal justice that prevents the recurrence of crimes that violate human rights.

Keywords : International criminal protection of human rights ; the temporary international criminal tribunals; the permanent international criminal court.

* المؤلف المراسل.



مقدمة:

يعد موضوع الاهتمام باحترام حقوق الإنسان من المواضيع الهامة ليس على المستوى الوطني فقط بل على المستوى الدولي كذلك، نظرا للانتهاكات الجسيمة لهاته الحقوق خاصة على المستوى الدولي و بروز العديد من الجرائم الدولية، لذا حاول المجتمع الدولي إنشاء آليات قضائية دولية جنائية تمثلت في المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة والمحكمة الجنائية الدولية الدائمة بغية قمع ومحاكمة ومعاقبة مرتكبي هاته الجرائم .

وبما أن الغاية من وجود هاته الآليات القضائية الدولية الجنائية هو تحقيق الردع الكفيل بحماية حقوق الإنسان من خلال تحقيق المحاكمة العادلة وتحقيق العدالة الجنائية الدولية، سيتم التركيز في دراسة هذا الموضوع على صنفين من المحاكم والتي تتوافر فيهما سمات الآليات القضائية الدولية الجنائية ودورها في حماية حقوق الإنسان تمثلت الأولى في المحاكم الدولية العسكرية والمؤقتة المنشأة في أعقاب الحرب العالمية الثانية والمتمثلة في محاكم نورمبرغ و طوكيو والمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة ومحكمة روندا، وتمثلت الثانية في المحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

وعلى هذا الأساس وجب طرح الإشكالية التالية:

ماهو الدور الذي تلعبه الآليات القضائية الدولية الجنائية في حماية وتعزيز حقوق الإنسان؟ وما مدى فعاليته؟

للإجابة على هذه الإشكالية سيتم التركيز على العناصر التالية:

- دور المحاكم الدولية الجنائية المؤقتة في حماية حقوق الإنسان ومدى فعاليته
- دور المحكمة الدولية الجنائية الدائمة في حماية حقوق الإنسان ومدى فعاليته

1- دور المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة في حماية حقوق الإنسان ومدى فعاليته

لقد عرف المجتمع الدولي عدة انتهاكات لحقوق الإنسان من خلال ارتكاب العديد من الجرائم الدولية خاصة بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، وللحيلولة دون تكرار ارتكاب هاته الجرائم، حاولت العديد من الدول إيجاد آليات قضائية تعمل على مساءلة ومحاكمة ومعاقبة مرتكبيها، تمثلت في محاكم نورمبرغ و طوكيو، ثم محاكمتي يوغسلافيا السابقة و روندا.

1.1- دور محاكمتي نورمبرغ و طوكيو في حماية حقوق الإنسان

نظرا لهول الجرائم المرتكبة أثناء سريان أحداث الحرب العالمية الثانية، توالى جهود المجتمع الدولي لإيجاد آليات قضائية جنائية دولية تعنى بحماية حقوق الإنسان، وهو ما تحقق فعلا من خلال إنشاء محاكم دولية جنائية اعتبرت بمثابة ميلاد للقضاء الدولي الجنائي قصد محاكمة مرتكبي الجرائم الدولية وفرض العقاب العادل على مرتكبي هذه المجازر، تمثلت في محاكمتي نورمبرغ و طوكيو والعسكريتين رغم ما وجه لهما من انتقادات، لذا سيتم إبراز دور كل محكمة في حماية حقوق الإنسان ومدى فعاليته في تحقيق ذلك.

1.1.1- دور محكمة نورمبرغ في حماية حقوق الإنسان

قررت اتفاقية لندن في 08/08/1945 إنشاء محكمة عسكرية دولية عليا لمحاكمة مجرمي الحرب العالمية الثانية، وقد أشارت المادة 02 من هذه الاتفاقية إلى لائحة ملحق بها تبين اختصاص هذه المحكمة وتشكيلها، وكافة جوانبها مع ملاحظة أن ذلك لا يتعارض مع اختصاصات أي محكمة وطنية أخرى، أو محكمة احتلال أقيمت أو سوف تقام في أي دولة من دول الحلفاء أو في ألمانيا المهزومة.⁽¹⁾

ويرجع الفضل إلى النظام الأساسي لمحاكمات نورمبرغ في تحديد أهم الجرائم الدولية التي تقع في المجتمع الدولي، ومن ثم جعل الاختصاص بالملاحقة للمحكمة العسكرية المذكورة، وأيضا لتقديم كبار مجرمي الحرب الذين اقترفوا هذه الجرائم في بلاد المحور الأوروبية⁽²⁾ وذلك على نحو ما جاء بالمادة 06 من النظام الأساسي المذكور، ووفقا لهذه المادة فقد تم تحديد هذه الجرائم بأنها: "جرائم ضد السلام، وجرائم حرب، وجرائم ضد الإنسانية".⁽³⁾

ولكن نظام إنشاء "محكمة نورمبرغ" واجه انتقادات كثيرة لعل أهمها خرقه مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" إذ حددت الأفعال المجرمة والعقوبات المقررة لها بعد وقوعها، وهذا يعد خرقا للمبدأ السابق الذكر.

كما انتقد من حيث إحالة الطرف المهزوم على القضاء الطرف الغالب في الحرب مما يجعل توفير الضمانات وحماية الحقوق يكون فيه نوع من الذاتية وبالتالي العمل على تحقيقها يكون نسبيا.

وعلى أساس ما سبق ذكره صدر قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 177/د في 21/11/1947 يكلف لجنة القانون الدولي بإعداد مشروع يحدد الجرائم المخلة بأمن وسلامة الإنسانية، وفعلا قامت هذه اللجنة بصياغة مجموعة من المبادئ على أساس نظام محكمة نورمبرغ ضمن تقرير عرض على الجمعية العامة في دورتها السادسة لسنة 1951.⁽⁴⁾

وقد عقدت "محكمة نورمبرغ" سلسلة من المحاكمات في الفترة الممتدة من 1945/11/20 إلى 1946/10/01، وتم من خلالها محاكمة 24 من القادة النازيين لارتكابهم أو تأمرهم على ارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية خلال الحرب ووجهت لوائح اتهام لـ 06 منظمات لمساعدتها النازيين، وإذا كانت قد أنهت عملها فقد بدأ تقسيمها من قبل رجال القانون وغيرهم، وقد ساهمت "محاكمات نورمبرغ" وبشكل فعال في تطوير القانون الدولي وذلك بإرسائها لعدة مبادئ منها:

✓ أنها لا تعتبر الصفة الرسمية للفرد عدرا يمكنه التمسك به للتخلص من المسؤولية والإفلات من العقاب وذلك بإلقاء المسؤولية على الدولة أو الحكومة، وبهذا المبدأ تكون المحكمة قد أدخلت الفرد كموضوع للقانون الدولي بعد أن تجاذبت هذه الفكرة نظريات متعددة.

¹ - منتصر سعيد حمودة، المحكمة الجنائية الدولية، النظرية العامة للجريمة الدولية (أحكام القانون الدولي الخاص- دراسة تحليلية) ، مصر، 2006 دار الجامعة للنشر، ص 45.

² - زباني عبد الله، دور القضاء الجنائي الدولي في حماية حقوق الإنسان، رسالة ماجستير، جامعة الجلفة، ص 16.

³ - المادة 06 من النظام الأساسي للمحكمة الدولية العسكرية بنورمبرغ، المنشأة بموجب اتفاق لندن المؤرخ في 26 جوان 1945.

⁴ - رشيدة العام، دور القانون و القضاء الدولي الجنائي في حماية حقوق الإنسان، مجلة البحوث والدراسات، العدد 14 السنة 9، 2012، ص 171-172.

✓ لا يمكن للفرد درء المسؤولية عن نفسه بحجة تنفيذ الأوامر الصادرة إليه من رئيسه الأعلى لأن تنفيذ التزاماته التي يفرضها عليه القانون الدولي بعد أن أصبح موضوعا له يسمو على واجب طاعة الأوامر.

✓ من نتائج "محاكمات نورمبرغ" أنها كانت أساسا ومصدرا لاتفاقيات وصكوك دولية متعددة منها اتفاقية منع الإبادة الجماعية لعام 1948 والإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948، واتفاقية جنيف لعام 1949 وبروتوكولاتها الإضافية عام 1977 .

✓ أنها أول محكمة جنائية دولية تعاقب مرتكبي جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية ،ومن ثم كانت أول تجربة يمكن أن تضاف في رصيد القضاء الدولي الجنائي.⁽¹⁾

ما تجب ملاحظته في هذه المحاكمات وهو بالتأكيد ما يؤخذ عليها أن كافة المدعى عليهم من الألمان، إذ لم يتهم أو يحاكم أي مدعي عليهم من قوة المحور الأوربي الأخرى أمام المحكمة العسكرية الدولية، ولم يحاكم أي من العسكريين الحلفاء عن جرائم الحرب التي ارتكبوها ضد الألمان.⁽²⁾

ولعل أخطر الانتقادات التي وجهت إلى المحكمة القول بأنه لم يكن للمحكمة قانون، وأنه لا يغير من الأمر شيئا الرد القائل بأن المحكمة كانت ملتزمة بما جاء في نظامها الأساسي ومبادئها العامة المستندة إلى اتفاقية لندن، والمركزة على تصريح موسكو، فهذه القوانين هي من صنع الحلفاء الذين لا يحق لهم سن القوانين وتطبيقها على غيرهم، وحتى لو سلمنا جدلا، بأن للحلفاء الحق بإصدارها فإنها جاءت مخالفة لمبدأ الشرعية الذي يعد أحد أهم مبادئ القانون الجنائي في التشريعات المعاصرة.⁽³⁾

- أن اختصاصها نابع من اتفاقيات أبرمت بين الغالبين ضد المغلوبين بالتالي فهي تأتي لتحقيق عدالة سياسية مبنية على الانتقام أكثر من سعيها لتحقيق عدالة دولية فعلية، الأمر الذي شكل عائقا أمام نجاحها في كبح جماح من تسول له نفسه ارتكاب مثل هذه الجرائم.

- أن ميثاق المحكمة نص على عدم جواز رد القضاة ومخاصمتهم من قبل المتهمين، وهو أمر يخل بمبادئ العدالة الدولية ونرى أن النص على هذا المبدأ بصورة صريحة كان أمر مقصود بذاته و متوقعا أيضا، فالمحكمة تشكلت من قضاة ينتمون بجنسياتهم للدول المنتصرة دون المهزومة، الأمر الذي كان يوجه أصابع الشك والريبة للمحكمة وأحكامها.⁽⁴⁾

يبدو أن النظام القانوني الدولي الراهن بات يشهد تغيرات عضوية وهيكلية في عدد من المسائل أهمها ترسيخ فكرة الحماية الجنائية لحقوق الإنسان سواء في زمن السلم أم في زمن الحرب، حيث شرعت الأمم المتحدة عبر مؤسساتها بتقنين المبادئ المنبثقة عن "محكمة نورمبرغ" لتكون اللبنة الأولى في تأسيس القانون الجنائي الدولي والذي يمثل الآلية المثلى لتحقيق الحماية الجنائية الدولية لحقوق الإنسان بشقيها الموضوعي والإجرائي.⁽⁵⁾

¹ هشام محمد فريجة، القضاء الدولي الجنائي وحقوق الإنسان، الجزائر، ط/2012، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ص ص 134-135.

² ليندا معمريشوي، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واختصاصاتها، عمان، الأردن، 2008، دار الثقافة، ص 59.

³ عبد الله سليمان، المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي، الجزائر، 1992، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 70.

⁴ علي يوسف الشكري، القضاء الجنائي الدولي في عالم متغير، الأردن، ط/1، 2014 دار الرضوان للنشر والتوزيع، ص 38.

⁵ عماد محمد ربيع وزيد محمد ربيع، الآليات القضائية الجنائية الدولية لحماية حقوق الإنسان، المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية "سلسلة العلوم الإنسانية" المجلد السادس عشر، العدد 2، 2014، ص 16.

2.1.1 - دور محكمة طوكيو في حماية حقوق الإنسان

عقب انتهاء الحرب العالمية الثانية وبتاريخ 1946/01/19 أعلن الجنرال " مارك آرثر" بصفته القائد الأعلى لقوات الحلفاء في منطقة الباسيفيكي ونيابة عن لجنة الشرق الأقصى إنشاء المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى في طوكيو، وصادق على لائحة التنظيم الإجرائي لتلك المحكمة وبدأت في عملها في 1946/04/29.⁽¹⁾ وقد نصت المادة 5 من النظام الأساسي لمحكمة طوكيو⁽²⁾ عن الجرائم الداخلة في اختصاصها، وهي نفسها المنصوص عليها في المادة 6 من لائحة نورمبورغ مع بعض الاختلافات الطفيفة، كون الأولى تحاكم الأشخاص الطبيعيين فقط بصفتهم الشخصية وليس بصفتهم أعضاء في منظمات أو هيئات إجرامية، بالإضافة إلى الاختلاف من حيث الاعتراف بالصفة الرسمية من أجل تخفيف العقوبة.

كما أن هذه المحكمة أغفلت الجرائم ضد الإنسانية بالرغم من أنها ارتكبت في الشرق الأقصى بنفس الحجم الذي ارتكبت فيه بأوروبا، وقد انتهت ولاية المحكمة بصدور آخر حكم لها بتاريخ 1948/11/12 حيث صدر عنها 25 حكماً لم يتضمن أي منهم الحكم بالبراءة، وتراوحت هذه الأحكام⁽³⁾ بين الإعدام شنقاً والسجن المؤبد والسجن المؤقت، لكن ذلك لم يمنع الحلفاء الأربع الكبار من إعطاء أوامر بمتابعة المجرمين الذين لم يمثلوا أمام المحكمة لمحاكمتهم أمام محاكم داخلية بناء على توجيهات من لجنة الشرق الأقصى في الفترة الممتدة من 1946 إلى 1951. ومما تجدر الإشارة إليه أنه قد تم الإفراج عن كل المدانين أمام "محكمة طوكيو" في الفترة التي امتدت من 1951 إلى 1958، وقد كان هذا الإفراج قراراً سياسياً تم الاتفاق عليه مسبقاً بين إمبراطور ألمانيا "هيرتوتو" والقائد الأعلى لقوات الحلفاء، والذي جاء في صورة عفو عام أعلنه الإمبراطور بمناسبة إعلان الدستور الياباني الجديد.⁽⁴⁾

3.1.1 - مدى فعالية محكمتي نورمبورغ وطوكيو في حماية حقوق الإنسان

الواقع أن محكمة طوكيو وعلى حد سواء مع محكمة نورمبورغ، واجهت العديد من الانتقادات، من أهمها:

- ✓ مخالفتيها لمبدأ احترام قانونية الجرائم والعقوبات، إذ أن نظام هاتين المحكمتين قد جاء بقواعد قانونية لم تكن موجودة أو مقننة وقت ارتكاب الجرائم، ومما يؤخذ عليهما أيضاً هو مخالفتيها لمبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية مما يعد خرقاً واضحاً لقواعد القانون الدولي الجنائي المتعارف عليها.⁽⁵⁾
- ✓ لم يقدم نظاماً محكمتي نورمبورغ وطوكيو غير معيار جسامته الجريمة الذي يستطيع القاضي الاستعانة به في تقدير العقوبة المناسبة، ومن شأن هذا أن يساهم في زيادة الغموض الذي يكتنف مبدأ شرعية العقوبة في

¹ - عصام عبد الفتاح مطر، المحكمة الجنائية الدولية (مقدمات إنشائها)، دار الجامعة الجديدة، 2010، مصر، ص 42.

² - النظام الأساسي للمحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى، المنشأة بتاريخ 19 جانفي 1946 بطوكيو.

³ - كمال حماد، النزاع المسلح والقانون الدولي العام، مصر، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1997، ص 76.

⁴ - هاني فتحي جوري، الخبرة التاريخية لإنشاء نظام دائم للعدالة الجنائية الدولية في قضايا حقوق الإنسان، المنظمة العربية لحقوق الإنسان، الإصدار الخامس، 1999، ص ص 26-27.

⁵ - يوسف حسن يوسف، المحاكم الدولية وخصائصها، ط/1، مصر، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2011، ص 227.

مجال القانون الدولي الجنائي حيث لا يعرف مسبقا ما عسى أن يحيط بالجريمة الدولية من ظروف تستوجب التشديد أو التخفيف، ولا سبيل لتقديم ذلك إلا بصدد كل حالة على حدى وبمعرفة القاضي وحده.⁽¹⁾

✓ لم توضح كيفية تنفيذ العقوبات وهي مسألة لا تقل أهمية عن مسألة تقنين العقوبات، هذا النقص كانت محكمة نورمبورغ قد تلافته بتشكيل لجنة رابعة تشرف على تنفيذ كل العقوبات المقضى بها من إعدام وخلافه.⁽²⁾

✓ غلبة الطابع السياسي للمحاكمات على الطابع القانوني، وبالتالي يوجد تعارض واضح بين طابع الانتقام وطابع العدالة، وكل ذلك نتيجة لخسارة المحور للحرب وإلا لتغير الموقف، وجاء الرد على هذه الحجة باستثناء الاتهام على أدلة وإثباتات رسمية، كما أن الشهود كانوا يدلون بأقوالهم بعد حلفهم لليمين، إضافة إلى أن الاتهامات كانت بناءا على أقوال المتهمين أنفسهم، مع الأخذ بعين الاعتبار دور الرأي العام العالمي والصحافة العالمية التي تابعت سير المحاكمات في مراحلها كافة.⁽³⁾

✓ كان يجب محاكمة مجرمي الحرب أمام المحاكم الوطنية الخاصة بهم بدلا من إنشاء محكمة عسكرية دولية لصعوبة إيجاد مبررات مقبولة حول الاختصاص الإقليمي لعدم تحديد مكان معين لجرائم بعض المتهمين، كما أن الأخذ باختصاص المحاكم الوطنية يتفق وقواعد القانون الجنائي التقليدي الذي يقرر انعقاد الاختصاص الشخصي عند عدم تحقق الاختصاص الإقليمي، وكذلك يتفق مع القانون الدولي المعاصر الذي يحرص على مبدأ شخصية العقوبة، وتم الرد على هذه الحجة بأنه لم يكن قانون قائم يطبق، ولأن جريمة الاعتداء لم يكن منصوبا عليها ضمن جرائم الحرب، وعدم وجود اختصاص قضائي عادل.⁽⁴⁾

إن "محكمتي نورمبورغ وطوكيو" وإن خالفتا مبدأ الشرعية الجنائية فإن ذلك يحسب لهما لا عليهما، لأنهما ساهمتا عن طريق اجتهادتهما في وضع مبادئ تهدف لحماية حقوق الإنسان من أي خرق وضد كل من تسول له نفسه القيام بانتهاكات يرفضها الضمير الإنساني والعدالة الكامنة في الضمير البشري، وهذه المبادئ كانت مرتكزا لمحاكم جنائية دولية أخرى أنشئت بعد محكمتي نورمبورغ وطوكيو.⁽⁵⁾

من خلال ما سبق يتضح أن محكمتي نورمبورغ وطوكيو بالرغم من كل الانتقادات الموجهة إليهما وبالرغم من غلبة الطابع السياسي على بعض محاكمتهما، إلا أن الأحكام التي أصدرتها تعد تطبيقا واقعيًا للقضاء الدولي الجنائي يضاف إلى رصيد المجتمع الدولي في هذا الشأن، ونجاحه في محاكمة مرتكبي الجرائم الدولية تعزيزا وحماية لحقوق الإنسان.

¹ - بدر الدين محمد شبل، الحماية الدولية الجنائية لحقوق الإنسان وحياته الأساسية (دراسة في المصادر والآليات النظرية والممارسة العلمية)، ط/1 الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ص 268.

² - بن مكي نجاة، نظام العقوبات في القانون الدولي الجنائي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنثلة، العدد 07 جانفي 2017، ص ص 179 - 180.

³ - ليندة معمريشوي، المرجع السابق، ص ص 63-64.

⁴ - هشام محمد فريجة، المرجع السابق، ص ص 148-149.

⁵ - بن عيسى الأمين، ضمانات القضاء الدولي الجنائي لحماية حقوق الإنسان، أطروحة دكتوراه، جامعة مستغانم، 2018، ص 65.

2.1- دور محكمتي يوغوسلافيا ورواندا في حماية حقوق الإنسان

بما أن القضاء الوطني لا يستطيع أن يظلم أو يفصل لسبب من الأسباب في الجرائم الدولية تم إنشاء محاكم جنائية دولية مؤقتة قصد محاكمة ومعاينة المتهمين بارتكاب جرائم دولية، تمثلت في محكمتي يوغوسلافيا السابقة ورواندا، وهو ما سيتم توضيحه فيما يلي من خلال بيان دور كل منها في حماية حقوق الإنسان ومدى فعالية ذلك.

1.2.1- دور محكمة يوغوسلافيا السابقة في حماية حقوق الإنسان

كانت هناك عدة مبادرات لإنشاء محاكم دولية جنائية أغلبها تعرض للانتقاد، وفي هذه الأثناء ارتكبت مجازر في البوسنة والهرسك (يوغوسلافيا السابقة) فأنشأ مجلس الأمن الدولي لجنة خاصة للتحقيق في تلك الجرائم بموجب قرار 189 سنة 1992، وإثر تقديم هذه اللجنة لتقريرها أصدر مجلس الأمن قرار تحت رقم 808 في 22 فيفري 1993 يقضي بإنشاء محكمة جنائية دولية لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن الجرائم والانتهاكات الجسيمة التي ارتكبت في يوغوسلافيا السابقة.

وأعد الأمين العام للأمم المتحدة تقرير حول إنشاء هذه المحكمة وعلى إثره صدر عن مجلس الأمن قرار رقم 827 الصادر في 1993/05/25 الذي أعطى الوجود القانوني للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا وبدأت بمحاكمة الأشخاص عن انتهاكاتهم الجسيمة لاتفاقيات جنيف الأربعة 1949، ومخالفة قوانين وأعراف الحرب وجريمة الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية، وقررت محاكمة كبار الزعماء السياسيين والعسكريين وشبه العسكريين، وإحالة قضايا المتهمين من الرتب الوسطى إلى المحاكم الوطنية، هذه الإجراءات جعلت هذا الجهاز يتمتع بأهمية خاصة.⁽¹⁾ إن المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا كرست مبدأ تشخيص الفعل الإجرامي مهما كانت صفة الفاعل وتوجيه التهمة التي قام بها المتهم بالإسناد إلى نصوص صدرت قبل وقوع الجريمة والاعتراف بمبدأ الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة وبرز هذا المبدأ بالنسبة للجرائم ضد الإنسانية نظرا لخطورة هذه الأفعال وصبغتها الوحشية فهي تتجاوز إقليم الدولة الوحيدة إذ تمس المصالح الجوهرية المشتركة بين جميع البشر لذلك يجب زجر مرتكبيها وعدم تمكينهم عن الإفلات من قبل العدالة، وهكذا يكون الاختصاص العالمي هو الحل الأنسب والذي يؤدي بإلقاء المسؤولية على عاتق المجموعة الدولية من أجل إرساء عدالة جنائية دولية دائمة تخص كافة دول العالم وحماية حقوق الإنسان في شتى المعمورة.⁽²⁾ ما يمكن استخلاصه أن محكمة يوغوسلافيا منحت مجموعة من المكاسب القانونية والحقوقية لحماية حقوق الإنسان بغض النظر عن جنسية الضحايا وجنسية المسؤولين عن الانتهاكات ومكان حدوث الجرائم، حتى لا يتم التمكن من التهرب من تحمل المسؤولية الدولية الجنائية.

2.2.1- دور محكمة روندا في حماية حقوق الإنسان

لقد شهدت روندا حربا أهلية في سنة 1994 ارتكبت فيها مجازر مما دفع مجلس الأمن إلى إصدار قرار رقم 935 لإنشاء لجنة خبراء للتحقيق في الانتهاكات الخطيرة، واستمر عمل اللجنة 04 أشهر وانتهت بتقريرين على

¹ - رشيدة العام، المرجع السابق، ص 178.

² - زباني عبد الله، دور القضاء الجنائي الدولي في حماية حقوق الإنسان، المرجع السابق، ص 45.

أساسهما صدر قرار رقم 955 من مجلس الأمن يقضي بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية لرواندا ومقرها في أروشا في تنزانيا، وقامت بمباشرة أعمالها على أساس نظامها الأساسي لمحاكمة الأشخاص عن الانتهاكات الجسيمة على أساس المادة 03 المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربعة وأحكام البروتوكول الثاني الملحق بها والخاص بالنزاعات المسلحة غير الدولية، وجريمة الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية، وسبب اختلافها عن محكمة يوغسلافيا سابقا هو أن طبيعة النزاع في رواندا كانت حربا أهلية.⁽¹⁾

فلمواجهة الجرائم المرتكبة ضد المدنيين العسكريين وأثناء النزاعات المسلحة، ولمحاكمة ومعاقبة مرتكبي جرائم الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية في يوغسلافيا ورواندا أنشأ مجلس الأمن محكمتين جنائيتين مؤقتتين، وقد استند المجلس إلى الصلاحيات المخولة له بمقتضى الفصل الرابع من ميثاق الأمم المتحدة لإنشاء هاتين المحكمتين.⁽²⁾

ولا يقتصر اختصاص هاتين المحكمتين على المسؤولين العسكريين بل يمتد ليشمل كل شخص طبيعي أمر أو شارك أو ارتكب جريمة بشعة تمس بالإنسانية، وتظهر هاتين المحكمتين في أفعال إجرامية ارتكبت بعد صدور النص القانوني، وهي جملة الاتفاقيات الدولية المجرمة للأفعال التي تمس بالإنسانية إلا أن تأثير العوامل السياسية على المحاكم من حيث منح صلاحية إنشائها، وتعيين النائب العام لبعض الدول ذو النفوذ من خلال مجلس الأمن، من شأنه المساس بمصداقية العدالة الجنائية الدولية، وانعدام الثقة لدى شعوب العالم أنها فعلا أنشئت لحماية حقوق الإنسان.⁽³⁾

3.2.1- مدى فعالية محكمتي يوغوسلافيا ورواندا في حماية حقوق الإنسان

إن محكمتي يوغوسلافيا ورواندا أنشئت من طرف جهاز من أجهزة الأمم المتحدة وهو مجلس الأمن، وهو جهاز سياسي تحركه الاعتبارات السياسية ومصالح أعضائه الدائمين فضلا عن ذلك أن أحد أجهزة الأمم المتحدة لا يخوله إنشاء أجهزة قضائية.

إن المحاكم الخاصة بحكم نشأتها بعد ارتكاب الجرائم، تفتقر إلى عنصر الردع ومنع ارتكاب الجرائم قبل وقوعها. - إن المحصلة النهائية لعمل محكمتي يوغوسلافيا ورواندا في توجيه الاتهام وإحضار المتهمين ومحاكمتهم وإصدار الأحكام كانت مخيفة ولا سيما بالنسبة لمحكمة رواندا.⁽⁴⁾

وبالرغم من أن هاتين المحكمتين قد تميزتا عما سواهما بأنهما لم يفرضهما الغالبون على المغلوبين في نزاع دولي إلا أن تشكيلهما كان بدوافع سياسية، مما أثار التساؤلات حول ازدواجية المعايير وانتقائية العدالة، فلماذا لم تشكل محاكم جنائية دولية خاصة لمحاكمة مجرمي الحرب في فلسطين والكونغو وكمبوديا مثلا؟ وهكذا فإن أسلوب المحاكم المؤقتة المنشأة من مجلس الأمن الدولي لم ينجو من سهام النقد فهو لا يغني عن ضرورة إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة، كونه أسلوبا مكلفا ويحتاج إلى موافقة الدول الخمسة الدائمة العضوية لإنشاء أي محاكمة أخرى، كما أن اتخاذ قرار

¹ - رشيدة العام، المرجع السابق، ص 179.

² - Benjamin N. Schiff, Building the International Criminal Court, Cambridge university, New york, 2008, p20.

³ - سكاكني باية، العدالة الدولية الجنائية ودورها في حماية حقوق الإنسان، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2004، ص ص 58-59.

⁴ - حيدر عبد الرزاق حميد، تطور القضاء الدولي الجنائي من المحاكم المؤقتة إلى المحكمة الدولية الجنائية الدائمة، مصر، دار الكتب القانونية،

بهذا الشأن يحتاج إلى وقت مما يؤدي إلى صعوبة الحصول على أدلة الجرائم وتبديد الرغبة السياسية – بمرور الوقت- لإجراء تلك المحاكمات.⁽¹⁾

من خلال ما سبق يمكن التوصل إلى أن المحاكم الدولية الجنائية المؤقتة بالرغم من كل النقائص والانتقادات التي وجهت لها كاختصاصها بالنظر في بعض الجرائم الدولية التي تشكل انتهاكا للسلم والأمن الدوليين، وعدم استقلالية إجراءات سير محاكماتها لأنه يطغى عليها الاعتبارات السياسية وإهمالها بعض المبادئ التي تضمن حماية حقوق الإنسان كمسألة التقادم، إلا أنها تعد سابقة ولبنة أولى دولية لتكريس مبادئ القضاء الدولي الجنائي كمبدأ الشرعية ومبدأ المسؤولية الجنائية للفرد على الصعيد الدولي ومبدأ المحاكمة العادلة، وتعيين وتحديد الجرائم الدولية التي تعمل على الحد من انتهاك حقوق الإنسان، وخطوة أساسية لإيجاد آلية أكثر فعالية تمثلت في المحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

2- دور المحكمة الجنائية الدولية الدائمة في حماية حقوق الإنسان ومدى فعاليتها

نظرا للانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان وارتكاب العديد من الجرائم الدولية في مختلف أنحاء العالم، ونظرا للانتقادات والنقائص التي عانت منها المحاكم الدولية الجنائية المؤقتة، أصبح إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة ضرورة ملحة، وهو ما سعى المجتمع الدولي لأجله قصد تحقيق العدالة الجنائية الدولية لحماية حقوق الإنسان، لذا سيتم التطرق للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة ودورها في حماية حقوق الإنسان، ومدى فعاليتها في تحقيق ذلك.

1.2- المحكمة الجنائية الدولية الدائمة ودورها في حماية حقوق الإنسان

لقد اثبت الواقع الحاجة الفعلية للمحكمة الجنائية الدولية خاصة بعد انتشار الانتهاكات الصارخة لحقوق الإنسان وللقانون الدولي الإنساني، ومن الجدير بالذكر أن إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة سوف يحقق المصلحة الدولية المشتركة ويعمل على تثبيت دعائم القانون الدولي الجنائي، ذلك القانون الذي شاركت الدول في صياغته وإقراره أي أنه قانون يرجى الفاعلية والاحترام لأحكامه، ويحتاج إلى جهاز قضائي مستقل ودائم حتى يعمل على تأكيد احترام هذه الأحكام، ويحدد مسؤولية كل من يخرج عليها ويخالفها.⁽²⁾

1.1.2- نشأة المحكمة الجنائية الدولية الدائمة

إن النظام الدولي قد تطور في ظل منظمة الأمم المتحدة تطورا جذريا وأصبح يقوم على معايير واضحة ومؤسسة تأسيسا جيدا، غير أن تطبيق تلك المعايير مازال يواجه عجزا بسبب غياب الآليات الدولية المناسبة ومن ثم مازال المجتمع الدولي يعاني من ارتكاب جرائم دولية عديدة وقت الحرب ووقت السلم على السواء، ولتدارك ذلك وجب إنشاء محكمة جنائية دولية تكتسب شخصية قانونية دولية، وتختص بمحاكمة الجرائم الدولية أو ذات الطبيعة الدولية وهذا ما يحقق فكرة العدالة لأحكام القانون الدولي.⁽³⁾

¹ - براء مندركمال عبد اللطيف، النظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، ط/1، الأردن، دارالحامد للنشر والتوزيع، 2008، ص35.

² - ليندة معمريشوي، المرجع السابق، ص ص 94-95.

³ - عمر محمود المخزومي، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، ط/1، الأردن، دارالثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص 195.

ومن الأسباب الأخرى الداعية إلى إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة، هي أن أي نظام قانوني جنائي لابد من أن يستهدف بالدرجة الأولى التأكد على أن منتهكي أحكام هذا النظام سوف يتحملون مسؤولية الجرائم الدولية التي يرتكبونها بعد محاكمة عادلة.⁽¹⁾

وقد توجت الجهود الدولية الهادفة إلى حماية حقوق الإنسان عن طريق إيجاد قضاء دولي جنائي يوفر هذه الحماية بواسطة تحقيق العدالة الجنائية الدولية، بإنشاء محكمة جنائية دولية تختص بالنظر في الجرائم الأشد خطورة على المجتمع الدولي، متجاوزة بذلك أسلوب إنشاء المحاكم الدولية العسكرية والمحاكم الجنائية الدولية المؤقتة.⁽²⁾ تعد المحكمة الجنائية الدولية أول هيئة قضائية دولية تحظى بولاية عالمية وبزمن غير محدد لمحاكمة مجرمي الحرب ومرتكبي الجرائم ضد الإنسانية وجرائم إبادة الجنس البشري، وهي هيئة مستقلة عن الأمم المتحدة من حيث الموظفين والتمويل، وقد تم وضع اتفاق بين المنظمتين بحكم طريقة تعاطيهما مع بعضهما من الناحية القانونية، يقع المقر الرئيسي للمحكمة في هولندا لكنها قادرة على تنفيذ إجراءاتها في أي مكان.

2.1.2- خصائص المحكمة الجنائية الدولية الدائمة

اتسمت المحكمة الجنائية الدولية الدائمة ببعض السمات تمثلت في:

- ✓ أنها هيئة قضائية جنائية عملها قضائي حيث تختص في أشد الجرائم خطورة على البشرية.
- ✓ كما أنها مؤسسة دولية أنشأت بموجب معاهدة مستقلة وهي دائمة الاختصاص من حيث الزمان بخلاف المحاكم الجنائية الخاصة.
- ✓ أنها محكمة دولية ذات اختصاص عالمي لا يعتد بالصفات و المراكز القانونية و بالتالي فسلطتها تشمل كافة الأشخاص في الدول الأطراف.
- ✓ كما تنسم بأنها تكميلية، ومفادها هو عدم استبدال القضاء الجنائي الوطني بالقضاء الدولي لأنه ليس للمحكمة الجنائية الدولية ولاية قضائية للتحقيق والبت في قضايا يتوفر فيها القضاء الوطني على قدرة الفصل فيها.⁽³⁾
- ✓ كما نص نظام روما صراحة على مبدأ عدم تقادم الجرائم الدولية التي تدخل في اختصاص المحكمة وجاء نصه كما يلي: "لا تسقط الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة بالتقادم أيا كانت أحكامه."⁽⁴⁾
- ✓ كما تحمي المحكمة ضحايا الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان التي ترتقي إلى جرائم دولية سواء جرائم الإبادة الجماعية أو جرائم ضد الإنسانية التي ترتكب ضد حقوق الإنسان.
- ✓ أيضا تضمن المحكمة من خلال نظامها الأساسي ضمانات موضوعية وإجرائية لحماية الضحايا والمشتبه فيهم على حد سواء تحقيقا للعدالة الجنائية الدولية، أين توفر أقصى الضمانات للمتهم للدفاع عن حقوقه وأداء محاكمة عادلة وإصدار أحكام مسببة تستجيب لمعايير حقوق الإنسان.⁽⁵⁾

¹ - هشام محمد فريحة، المرجع السابق، ص 210.

² - بن عيسى الأمين، المرجع السابق، ص 85.

³ - زرباني عبد الله، دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 22 المجلد 2، ص 118.

⁴ - المادة 29 من نظام روما الأساسي.

⁵ - كتاب ناصر، دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر

1 العدد 05، المجلد 54، ص 362.

فبالرغم من أن تأسيس المحكمة الجنائية الدولية الدائمة يشكل ذروة التطور في القانون الجنائي الدولي ووسيلة فعالة يتحقق من خلالها احترام حقوق الإنسان، غير أن التخوف منها لازال ينتاب العديد من الدول لأنها اعتبرت هيئة قضائية أعلى مكانة من القضاء الوطني، وفيها تأثير التدخل في شؤونها الداخلية، وبالتالي فيه مساس لمبدأ السيادة ونتيجة لهذا المفهوم قامت عدة دول بمعارضة إنشائها.⁽¹⁾

2.2 - مدى فعالية المحكمة الجنائية الدولية الدائمة في حماية حقوق الإنسان

إن الحماية الجنائية الدولية لحقوق الإنسان عند توافر شروطها الموضوعية التي وردت في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، تنتقل بمسؤولية انتهاك حقوق الإنسان من الصعيد الوطني إلى الصعيد الدولي، كما ينتقل اختصاص النظر في محاكمة المتهمين بارتكاب انتهاكات حقوق الإنسان من القضاء الوطني الداخلي إلى القضاء الجنائي الدولي مما يشكل انتزاعاً من السيادة الإقليمية القضائية للدول.

كما أن تدويل حقوق الإنسان وعدها من الالتزامات الدولية بموجب ميثاق الأمم المتحدة وصدور العديد من الوثائق الدولية لحقوق الإنسان بصيغة إعلانات واتفاقيات دولية، قد وضع قيوداً موضوعية على سيادة الدول المطلقة من إصدار القوانين وتطبيقها بدءاً بالدساتير الوطنية التي تأثرت معظمها بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان.⁽²⁾

كما تمتد هذه الأبعاد إلى طبيعة المسؤولية الناجمة عن الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان وعدم حصانة المسؤولين عن الانتهاكات بمن فيهم قادة الدول وعدم إفلاتهم من العقاب، إذ قضى نظام روما الأساسي بعدم الاعتداد بالصفة الرسمية لدفع المسؤولية الجنائية الفردية أو حتى تخفيف العقوبة التي تفرضها المحكمة الجنائية الدولية سواء كان الفاعل رئيساً للدولة أو حكومة أو عضو فيها أو في برلمان وبصرف النظر عن مصدر الحصانة التي يتمتع بها وطنية أو دولية.⁽³⁾

كما يقرر نظام روما الأساسي مسؤولية القادة والرؤساء سواء كانوا عسكريين أو مدنيين عن أعمال مرؤوسهم الذين يرتكبون الجرائم المنصوص عليها في نظام روما الأساسي وكانوا يخضعون لإمرتهم وسيطرتهم على وجه يكون معه القادة والرؤساء فاعلين معنويين ترتكب الجرائم لحسابهم بناءً على أوامر مباشرة أو غير مباشرة قد تأخذ أحياناً وصف الامتناع عن واجب السيطرة على المرؤوسين بما يمنع ارتكاب الجرائم ليكون الامتناع عن السيطرة عليهم أو منعهم من ارتكاب الجرائم رضا ضمناً بها.⁽⁴⁾

كما أن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية باعتبارها أحد أهم الآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان من شأنه تأمين استفادة البشرية منه، من أجل حماية التراث المشترك للإنسانية حفاظاً على سلامة وحياة الأطفال والنساء والشيوخ في كل مكان تحقيقاً للسلم والأمن العالميين.⁽⁵⁾

¹ - حياة عوني، المحكمة الجنائية الدولية بين مبدأ السيادة وحماية حقوق الإنسان، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، المجلد 10 العدد 02، سبتمبر 2019، ص 1073.

² - William A.Schabas, An Introduction to the international criminal court, cambridge university, Cambridge New York, 2007,p65.

³ - المادة 27 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

⁴ - المادة 28 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

⁵ - زرباني عبد الله، دور القضاء الجنائي الدولي في حماية حقوق الإنسان، المرجع السابق، ص 49.

الملاحظ أن المحكمة الجنائية الدولية الدائمة تختلف عن سابقتها بأنها ذات اختصاص دائم، كما أنها مستقلة عن أي جهة أو طرف دولي، ويمثل أمامها الأشخاص الطبيعية، كما أنها أنشئت لمحاكمة الأشخاص الطبيعية المنتهكة لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، وتجمع بين الآليات القانونية الوطنية والدولية في نشأتها وأداء مهامها.⁽¹⁾ ويتقاطع نظام روما الأساسي مع واقع الأنظمة القانونية والسياسية في العديد من الدول النامية إذ يحسن المسؤولين بحكم القانون أو الواقع السياسي عن الملاحقة القضائية نتيجة الممارسات التي تمت من قبلهم أو بأمر منهم خلال تسلمهم السلطة، و التي تشكل جرائم بموجب القانون الوطني أو الدولي، إذ أن قواعد الحماية الجنائية الدولية لحقوق الإنسان تشكل كابحا مستقبليا للحيلولة دون إفلات المسؤولين من العقاب.⁽²⁾ وطبقا لما تضمنته المادة 1/14 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فإنه: "يجوز لدولة طرف أن تحيل إلى المدعي العام أية حالة (دعوى) يبدو فيها أن جريمة واحدة أو أكثر من الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة قد ارتكبت وأن تطلب إلى المدعي العام بالتحقيق في هذه الحالة بغرض البت فيما إذا كان يتعين توجيه الاتهام لشخص معين أو أشخاص معينين بارتكاب تلك الجريمة".

وقد تلقت المحكمة على هذا الأساس إحالات من قبل دول أطراف في نظامها الأساسي، تمثلت في إحالة أولى من قبل جمهورية الكونغو الديمقراطية بتاريخ 2004/06/23 باشر المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية التحقيق، وأخرى من قبل جمهورية أوغندا، وقرر المدعي العام للمحكمة بتاريخ 2004/07/27 مباشرة التحقيق، وإحالة ثالثة من طرف جمهورية إفريقيا الوسطى في 2005/01/06، والقضية المحالة من قبل جمهورية مالي في 2012/05/30 قرر مجلس الوزراء المالي بإحالة القضية إلى المحكمة الجنائية، ويعتبر هذا الإجراء تعبيراً عن رغبة هذه الدول في وضع حد للإفلات من العقاب الذي يتمتع به مجرمو الحرب في أقاليمها.⁽³⁾

هذا إضافة إلى المبادرة التلقائية للمدعي العام في مباشرة التحقيقات حيث تعتبر قضية "كينيا" المرة الأولى التي استخدم فيها المدعي العام صلاحياته التلقائية في فتح تحقيق دون استلام إحالة من الحكومة أو من مجلس الأمن الدولي حيث تمت إحالة قضية "كينيا" على نظام روما الأساسي بعدما صادقت على نظام روما وأصبحت طرفاً بتاريخ 2005/06/01 وبانضمامها إلى النظام الأساسي كدولة طرف قبلت باختصاص المحكمة الجنائية على جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية التي ترتكب على أراضيها من قبل مواطنيها، كما تعتبر إحالة قضية "كوت ديفوار" من أهم القضايا التي عرضت أم المحكمة الجنائية الدولية وهذا استجابة لأعمال العنف في "كوت ديفوار" عقب الانتخابات الرئاسية المتنازع عليها بين الرئيس السابق "لوران غباغبو" و "الأسان كاتارا" والأحداث الدامية التي شهدتها من جرائم ضد الإنسانية.⁽⁴⁾

¹ - رشيدة العام، المرجع السابق، ص 179.

² - Benjamin N. Schiff, Op cit,p19.

³ - عبد القادر زرقين، مدى فعالية المحكمة الجنائية الدولية الدائمة في حماية حقوق الإنسان، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، الجلفة، المجلد العاشر العدد 02، الجزء 02، ص ص 450-451.

⁴ - منيرة عبد الملك و بلقاضي محمد الطاهر، فعالية المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة المجلد السابع، العدد 02، نوفمبر 2020، ص 808.

مما لاشك فيه أن الكم الهائل من الحالات و القضايا المعروضة أما المحكمة الجنائية الدولية الدائمة يبرز مدى الدور الفعال الذي تلعبه هذه الأخيرة في حل القضايا المحالة عليها من طرف الجهات المخولة لها ذلك من أجل حماية حقوق الإنسان من خلال معاقبة مرتكبي أخطر الجرائم الدولية و معاقبة مرتكبيها وعدم إفلاتهم من المساءلة ، إلا أن نجاحها في ذلك مرهون بمدى تعاون الدول معها سواء كانوا أطرافا أو راغبين في التعاون على أساس المصلحة المشتركة للمجتمع الدولي تحقيقا للأمن و السم الدوليين.

3.2 – المعوقات التي تعترض المحكمة الجنائية الدولية الدائمة في مجال حماية حقوق الإنسان

بالرغم من كل الجهود التي تبذلها المحكمة الجنائية الدولية في سبيل حماية حقوق الإنسان إلا أنها تعترضها عدة معوقات من أبرزها نذكر ما يلي:

✓ لقد تم تحديد أشد الجرائم الدولية خطورة في المادة 05 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والمتمثلة في: جريمة الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب وجريمة العدوان، إلا أن هاته الأخيرة لم تلقى تحديدا مماثلا لما هو قائم بشأن الجرائم الثلاث الأخرى، حيث نصت المادة 05 من نظام روما الأساسي على أنه: " تمارس المحكمة الاختصاص على جريمة العدوان متى اعتمد حكم بهذا الشأن وفقا للمادتين 121 و123 يعرف جريمة العدوان، ويضع الشروط التي بموجبها تمارس المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بهذه الجريمة" وعلى الرغم من وجود تعريف لجريمة العدوان المعتمد من الجمعية العامة بقرارها رقم (290 /د/3314) بتاريخ 14 ديسمبر 1974 إلا أن النظام الأساسي للمحكمة لم يأخذ به.⁽¹⁾

إلا أن اكتمال تحديد البنين القانوني لجريمة العدوان كان بفعل تعديل نظام روما بحسب "مؤتمر كامبالا" حيث تم تعريف هذه الجريمة وتفصيل أركانها وكيفية ممارسة المحكمة لاختصاصها بشأنها، وهذا يشكل قفزة نوعية نحو تجسيد مبدأ الشرعية الدولية، لأنه لا يمكن المعاقبة على هذه الجريمة وتحقيق الردع دون تحديد هذا البنين القانوني، فمسألة تحديد الأركان تخص شق التجريم وهو شق جوهرى من شقي القاعدة الدولية الجنائية الموضوعية لا يمكن تصور الشق الثاني المتعلق بالعقوبة دونه.⁽²⁾

كما أن الخطورة الشديدة التي تمثلها الأعمال الإرهابية أيا كان مرتكبها ومكان ارتكابها، وأيا كانت أشكالها وأساليبها أو دوافعها، كذلك جريمة الاتجار بالمخدرات، وما يترتب عنها من زعزعة النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدول تستدعي البحث عن وضع تعريف مقبول لجرائم الإرهاب والاتجار بالمخدرات وإدراجها في قائمة الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة.⁽³⁾

✓ سلطة مجلس الأمن بإحالة دعوى على المحكمة الجنائية الدولية: لقد تضمنت المادة 13 من النظام الأساسي على أن المحكمة تمارس اختصاصها في الجرائم المشار إليها في المادة 5 من نظامها في الأحوال التالية :

¹ - هشام محمد فريجة ، المرجع السابق، ص ص347-348.

² - بن عيسى الأمين، المرجع السابق، ص 100.

³ - نصر الدين بوسماحة، المحكمة الجنائية الدولية، (شرح اتفاقية روما مادة مادة)، الجزء الأول، الجزائر، دار هومة، 2008، ص 20.

- إذا أحالت دولة طرف إلى المدعي العام للمحكمة على وفق المادة 14 حالة يبدو منها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت.
- إذا أحال مجلس الأمن الدولي متصرفا بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة حالة إلى المدعي العام يبدو منها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت.
- إذا كان المدعي العام قد بدأ بمباشرة تحقيق فيما يتعلق بجريمة من هذه الجرائم التي ذكرناها .
- وهنا يجب الإشارة إلى أن المادة 16 من النظام لا يجوز البدء في التحقيق أو المقاضاة بموجب النظام الأساسي لمدة 12 شهرا بناء على طلب مجلس الأمن إلى المحكمة، بهذا المعنى يتضمنه قرار يصدر بموجب الفصل السابع ويجوز للمجلس تجديد هذا الطلب بالشروط ذاتها.⁽¹⁾
- ومن أهم القضايا المحالة على المحكمة الجنائية الدولية بقرار من مجلس الأمن الوضع في دارفور بموجب القرار رقم 1593 استنادا إلى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة على أساس أن الوضع في دارفور يشكل تهديدا للسلم و الأمن الدوليين نتيجة للانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان ووقوع جرائم حرب و إبادة جماعية وجرائم ضد الإنسانية، كذلك القرار 1970 المتضمن إحالة الوضع في ليبيا إلى المحكمة رغم أنها لم تصادق على نظامها الأساسي.⁽²⁾
- إن سلطة مجلس الأمن بإحالة دعوى تخص أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في نظام روما الأساسي إنما ينطوي على تقييد كلي لمبدأ التكامل وهو صورة من صور التدخل الصريح لمجلس الأمن في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية التي يراد لها أن تبقى هيئة قضائية مستقلة لا سلطان عليها من خارجها.⁽³⁾
- كما أن نص المادتين 13 و 16 من النظام الأساسي قد منح مجلس الأمن صلاحية حاسمة بشأن ممارسة المحكمة الجنائية الدولية لمهامها ، وأخضع هذه الممارسة لقرارات مجلس الأمن التي تصدر بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة فمن هاتين المادتين يظهر لنا دليل آخر على تسييس الحماية الجنائية الدولية لحقوق الإنسان في ظل النظام العالمي الذي يفتقد إلى التوازن السياسي، وتتحكم فيه القطبية الأحادية وهذا ما يفسر امتناع العديد من الدول عن التصويت الايجابي على مشروع النظام الأساسي أن تطلب تأجيل اختصاص المحكمة فيما يتعلق بجرائم الحرب لمدة 07 سنوات من تاريخ بدء سريان النظام الأساسي عليها، وذلك فيما يتعلق بفئة الجرائم المشار إليها في المادة 8 لدى حصول ادعاء بأن مواطنين من تلك الدولة قد ارتكبوا جريمة من تلك الجرائم أو أن الجريمة قد ارتكبت في إقليمها..."⁽⁴⁾

¹ - رزاق حمد العوادي، المحكمة الجنائية الدولية وأهميتها ودورها في حماية حقوق الإنسان ومحكمة مرتكبي انتهاكات هذه الحقوق، الحوار المتمدن

http://www.ahewar.org/debat، 2020/07/07، الساعة 16:00.

² - منيرة عبد المالك وبلقاضي محمد الطاهر، المرجع السابق، ص ص 804-805.

³ - إياد خلف محمد جويعد، حماية حقوق الإنسان في ظل المحكمة الجنائية الدولية، المجلة السياسية و الدولية، ص 268.

⁴ - المادة 124 من نظام روما الأساسي.

لاشك أن هذه المادة تعني بشكل ضمني أنه بإمكان المجرمين أن يرتكبوا جرائمهم بدون أي عقاب لمدة سبع سنوات مما يشجع على ازدياد انتهاكات حقوق الإنسان، ومن ثم انتشار ظاهرة الإفلات من العقاب وهذا يعني شرخ كبير في جدار العدالة الجنائية الدولية، إذ أن ذلك يعني أن إرادة الدولة الطرف تستطيع تجميد صلاحية المحكمة لمدة سبع سنوات فيما يخص هذه الجرائم، ومما يؤكد تأثير الاعتبارات السياسية في المحكمة نجاح الدول الكبرى التي تمتلك أسلحة نووية بعد بذلها جهودا كبيرة من إخلاء القائمة الواردة بالأسلحة التي يترتب على استخدامها انتهاكات خطيرة للقوانين والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة في النطاق الثابت للقانون الدولي.⁽¹⁾

فالمحكمة الجنائية الدولية تعد ضمانا أساسية في سبيل حماية حقوق الإنسان واحترامها ووضع حد للجرائم أشد خطورة في العالم وكذا معاقبة مرتكبيها، غير أن نجاحها متوقف على الانضمام الكامل للدولة مع الرغبة الصادقة في تنفيذ الالتزامات التي تضمنها النظام الأساسي للمحكمة.⁽²⁾

يلاحظ أن الحماية الجنائية الدولية لحقوق الإنسان ارتبطت بإنشاء المحاكم الجنائية الدولية سيما الدائمة منها والتي حاولت متابعة ومحاكمة مرتكبي الجرائم الدولية ومعاقبتهم، إلا أنه يؤخذ على هذه المحاكمات غلبة الطابع السياسي أكثر منه قانوني على أحكامها هذا ما أثار على دورها في حماية حقوق الإنسان هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد إجماع العديد من الدول للانضمام إلى المحكمة، كما أن النظام الأساسي للمحكمة لم يدرج نص صريح يقضي بتجريم أسلحة الدمار الشامل، وعدم اعتبار جرائم الإرهاب من الجرائم الدولية التي تهدد السلم والأمن الدوليين، وهذا يعد انتهاك لحقوق الإنسان.

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة نتوصل إلى أن إنشاء آليات قضائية دولية جنائية سواء أكانت مؤقتة أو دائمة كانت ضرورة فرضتها الرغبة الجادة في حماية حقوق الإنسان، ولعل المتابعة الجزائية أمام القضاء الدولي الجنائي للقادة والمسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان وارتكاب الجرائم الدولية هو خطوة أساسية لتحقيق العدالة الجنائية الدولية.

ومن أهم النتائج المتوصل إليها نذكر ما يلي:

- الأصل في الآليات القضائية الدولية الجنائية أنه كان لها فضل ودور كبير في حماية حقوق الإنسان بالرغم من النقائص التي كانت تشوبها.
- هناك تفاوت في تجسيد مبدأ الشرعية الجنائية في مختلف المحاكم الدولية الجنائية قصد ضمان المتابعة الجزائية ضد مرتكبي الجرائم الدولية الداخلة في اختصاص هذه المحاكم، وتحقيق الردع والعدالة الجنائية الدولية التي تكفل حماية حقوق الإنسان إلى غاية التتويج بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

¹ - إياد خلف محمد جويعد، المرجع السابق، ص ص 270-271.

² - نصيرة لوني، دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، العدد 04، ديسمبر 2018، المركز الجامعي آفلو، الجزائر، ص 25.

- تعد المحكمة الجنائية الدولية هيئة دولية دائمة تمثل الركيزة الأساسية في النظام القضائي الدولي الجنائي تسعى إلى حماية حقوق الإنسان و ردع كافة صور الانتهاكات، وذلك بمكافحة الجرائم الدولية ومعاينة المجرمين وعدم إفلاتهم من العقاب.

- غلبة الاعتبارات السياسية على عمل المحكمة الجنائية الدولية قلل من فاعلية دورها في الحماية الدولية لحقوق الإنسان .

- يبدو أن القضايا المطروحة أمام المحكمة الجنائية الدولية هي الجرائم الدولية التي تقع داخل الدول الضعيفة فقط لأن هناك العديد من الجرائم الدولية المرتكبة من طرف مجرمي كبار الدول (ما تمارسه إسرائيل من جرائم بشعة وفضيحة في حق الشعب الفلسطيني) ولم تحرك المحكمة ساكنة قصد معاينة مرتكبها تحقيقا للسلم والأمن الدوليين وحماية لحقوق الشعوب الضعيفة .

وعليه نقترح ما يلي:

- العمل على تفعيل قواعد القضاء الدولي الجنائي من أجل حماية حقوق الإنسان وتفعيل عملية انضمام كافة الدول إلى المحكمة الدولية الجنائية الدائمة لمحاولة التغلب على النقائص التي تشوبها في هذا المجال.

- العمل على الانتقاص من دور مجلس الأمن في علاقته بالمحكمة الدولية الجنائية حتى لا تطغى الاعتبارات السياسية على عمل المحكمة قصد حماية حقوق الإنسان وتحقيق العدالة الجنائية الدولية.

قائمة المراجع

1/ الأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية

- 1- النظام الأساسي للمحكمة الدولية العسكرية بنورمبورغ، المنشأة بموجب اتفاق لندن المؤرخ في 26 جوان 1945 .
- 2- النظام الأساسي للمحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى، المنشأة بتاريخ 19 جانفي 1946 بطوكيو.
- 3- نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية، المعتمد في 17 جويلية 1998 ، دخل حيز النفاذ بتاريخ 01 جويلية 2000.

2/ الكتب

- 4- براء منذر كمال عبد اللطيف، النظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، ط/1، الأردن، دار الحامد للنشر و التوزيع 2008.
- 5- بدر الدين محمد شبل، الحماية الدولية الجنائية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية (دراسة في المصادر والآليات النظرية والممارسة العلمية)، ط/1، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011.
- 6- حيدر عبد الرزاق حميد، تطور القضاء الدولي الجنائي من المحاكم المؤقتة إلى المحكمة الدولية الجنائية الدائمة مصر، دار الكتب القانونية ، 2008.
- 7- سكاكفي باية، العدالة الدولية الجنائية ودورها في حماية حقوق الإنسان، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2004.

- 8- عمر محمود المخزومي، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، ط/1، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008.
- 9- عبد الله سليمان، المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.
- 10- علي يوسف الشكري، القضاء الجنائي الدولي في عالم متغير، ط/1، الأردن، دارالرضوان للنشر والتوزيع، 2014.
- 11- عصام عبد الفتاح مطر، المحكمة الجنائية الدولية (مقدمات إنشائها)، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2010.
- 12- كمال حماد، النزاع المسلح والقانون الدولي العام، مصر، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1997.
- 13- ليندة معمريشوي، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واختصاصاتها، عمان، الأردن، دار الثقافة، 2008.
- 14- منتصر سعيد حمودة، المحكمة الجنائية الدولية، النظرية العامة للجريمة الدولية (أحكام القانون الدولي الخاص- دراسة تحليلية)، مصر، دار الجامعة للنشر، 2006.
- 15- نصر الدين بوسماحة، المحكمة الجنائية الدولية، (شرح اتفاقية روما مادة مادة)، الجزء الأول، الجزائر، دار هومة 2008.
- 16- هشام محمد فريحة، القضاء الدولي الجنائي وحقوق الإنسان، الجزائر، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط/2012.
- 17- يوسف حسن يوسف، المحاكم الدولية وخصائصها، ط/1، مصر، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2011.
- 3/ المقالات**
- 18- إياد خلف محمد جويعد، حماية حقوق الإنسان في ظل المحكمة الجنائية الدولية، المجلة السياسية والدولية.
- 19- بن مكي نجاة، نظام العقوبات في القانون الدولي الجنائي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة العدد 07 جانفي 2017.
- 20- حياة عوني، المحكمة الجنائية الدولية بين مبدأ السيادة وحماية حقوق الإنسان، مجلة العلوم القانونية والسياسية جامعة الوادي، المجلد 10 العدد 02، سبتمبر 2019.
- 21- رشيدة العام، دور القانون والقضاء الدولي الجنائي في حماية حقوق الإنسان، مجلة البحوث والدراسات، العدد 14 السنة 9، 2012.
- 22- زرياني عبد الله، دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 22 المجلد 2.
- 23- عبد القادر زرقين، مدى فعالية المحكمة الجنائية الدولية الدائمة في حماية حقوق الإنسان، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، الجلفة، الجزء 02، المجلد العاشر، العدد 02.
- 24- عماد محمد ربيع وزياد محمد ربيع، الآليات القضائية الجنائية الدولية لحماية حقوق الإنسان. المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية "سلسلة العلوم الإنسانية" المجلد السادس عشر، العدد 2، 2014.
- 25- كتاب ناصر، دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية جامعة الجزائر 1، المجلد 54، العدد 05.

- 26- منيرة عبد المالك وبلقاضي محمد الطاهر ، فعالية المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد السابع، العدد02، نوفمبر2020.
- 27-نصيرة لوني، دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان،مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية المركز الجامعي آفلو، الجزائر، العدد 04، ديسمبر 2018.
- 28- هاني فتحي جورجي، الخبرة التاريخية لإنشاء نظام دائم للعدالة الجنائية الدولية في قضايا حقوق الإنسان، المنظمة العربية لحقوق الإنسان، الإصدار الخامس ، 1999.
- 4/ الأطروحات ورسائل الماجستير
- 29- بن عيسى الأمين، ضمانات القضاء الدولي الجنائي لحماية حقوق الإنسان، أطروحة دكتوراه، جامعة مستغانم 2018.
- 30- زرياني عبد الله ، دور القضاء الجنائي الدولي في حماية حقوق الإنسان، رسالة ماجستير، جامعة الجلفة.
- 5/ المراجع باللغة الأجنبية
- 31 - Benjamin N. Schiff, Building the International Criminal Court , Cambridge university, New york, 2008.
- 32- William A.Schabas, An Introduction to the international criminal court, cambridge university, Cambridge, New York, 2007.
- 6/ مواقع الانترنت
- 33- رزاق حمد العوادي، المحكمة الجنائية الدولية وأهميتها ودورها في حماية حقوق الإنسان ومحاكمة مرتكبي انتهاكات هذه الحقوق، الحوار المتمدن <http://www.ahewar.org/debat>، 2020/07/07، الساعة 16:00.

الركن المادي في جريمة التزوير في المحررات الرسمية - إشكالية تطبيق النص القانوني -

The physical element in the crime of forgery in the official edits - The problem of applying the legal text-

زهرة بن عبد القادر*

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة

Zahrabenabdelkader1@gmail.com

تاريخ القبول: 2021-01-20

تاريخ المراجعة: 2021-01-07

تاريخ الإيداع: 2020-08-30

ملخص:

تثير النصوص القانونية المتعلقة بجريمة التزوير في المحررات الرسمية الكثير من الإشكالات خاصة في ركنها المادي وذلك بسبب عدم الدقة والوضوح وهو ما اضطر المحكمة العليا إلى التدخل في أكثر من مرة لإزالة اللبس والغموض، كما تناول الفقه هذا الركن بالشرح والتحليل، وقد حاولنا من خلال هذه الورقة البحثية الوصول إلى ضابط للتمييز بين السلوك المكون للركن المادي للجريمة وغيره من الوقائع التي تخرج عن نطاق التجريم مستأنسين في ذلك بالفقه والقضاء.

الكلمات المفتاحية: التزوير؛ المحررات الرسمية؛ الركن المادي.

Abstract

The legal texts related to the crime of forgery in official documents raise many problems, especially in its material corner, due to the lack of accuracy and clarity, which forced the Supreme Court to interfere in more than one time to remove confusion and ambiguity, as jurisprudence dealt with this pillar with explanation and analysis, and Through this research paper, we have tried to reach an officer to distinguish between the behavior constituting the material element of crime and other facts that fall outside the scope of criminalization, citing the jurisprudence and the judiciary.

Keywords : forgery; official document ; The phy element

مقدمة

تعتبر جريمة التزوير في المحررات الرسمية والإدارية من أهم الموضوعات في قانون العقوبات ومن أخطر الجرائم التي تخل بالثقة الواجب توافرها في هذه المحررات وتعتبر من الجرائم الحديثة إذا ما قورنت مع جرائم السرقة والقتل، كما لها أهمية خاصة بقدر ما صار للكتابة من دور أساسي في حياة الإنسان علاوة على كونها الوسيلة الطبيعية لتقدير الحقوق والحقائق.

إن التطبيق العملي لجريمة التزوير في المحررات الرسمية كشف عن العديد من الصعوبات متأتية من الأحكام القانونية، فالنصوص القانونية التي تناولت جريمة التزوير (المواد من 211 الى 227 من قانون العقوبات) لم تعرف الجريمة ولم تحدد أركانها و اكتفت ببيان طرق التزوير والعقوبات المقررة لكل نوع ، وهو ما أدى إلى اختلاف الفقه والتطبيقات القضائية حول الركن المادي لهذه الجريمة خاصة ، وقد حاول الفقه معالجة هذه الإشكالية من خلال تحديد مفهوم جريمة التزوير ، فعرفها بعض فقهاء القانون الجنائي بأنها "تغيير الحقيقة بقصد الغش في المحرر بإحدى الطرق التي نص عليها القانون تغييرا من شأنه ان يسبب ضررا للغير"¹ ، كما عرفه بعضهم الآخر بأنه " تغيير الحقيقة بقصد الغش في محرر بإحدى الطرق التي بينها القانون تغييرا من شأنه أن يسبب ضررا" ، وقد أخذ القضاء الفرنسي بما ذهب إليه الفقه من خلال العديد من قرارات محكمة النقض الفرنسية ، كما ذهب المشرع الفرنسي إلى تبنيها في نص قانوني إثر تعديل قانون العقوبات بموجب القانون رقم 92-1336 والذي عرف جريمة التزوير في المادة 1/441 منه بأنها " كل تغيير احتيالي للحقيقة من شأنه إحداث ضرر و ينجز بأية وسيلة كانت و ينصب على محرر أو أية دعامة للتعبير عن الأفكار يكون موضوعها أو يكون من آثارها إقامة الدليل على حق أو على واقعة ذات نتائج قانونية " .

وقد ذهبت المحكمة العليا إلى تبني ما ذهب إليه الفقه و القضاء و بعدهما القانون في القرار الصادر بتاريخ 2006/11/2129 ملف رقم 339900 أين عرفت التزوير بأنه: " كل تغيير و تحريف للحقيقة في محرر أو مستند من شأنه أن يسبب ضررا للغير و يهدف إلى إثبات حق أو واقعة و تترتب عنه نتائج قانونية " ² .

كما ذهبت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1999/12/21 قضية رق 227350 إلى التأكيد على عنصر الضرر في جريمة التزوير أين قضت بأنه: " حيث أنه وكما استقر عليه الاجتهاد القضائي للغرفة الجزائية بالمحكمة العليا فإنه لا يوجد تزوير معاقب عليه إلا إذا سببت الوثيقة المقلدة أو المزيفة ضررا حالا أو محتملا للغير"³ .

إن جريمة التزوير في المحررات الرسمية كغيرها من الجرائم تتطلب توافر الأركان الثلاث المتطلبية في كل الجرائم، إلا أن الركن المادي لهذه الجريمة يتميز بنوع من الخصوصية إذ يشترط بالإضافة إلى الدعامة التي سوف

¹ عبد الرحمن إبراهيم الحوطي، نطاق تجريم تزوير الشهادات والتقارير الطبية في القانون الأردني والكويتي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، 2012، ص 19.

² قرار صادر بتاريخ 2006/11/28 ملف رقم 339900 ، المحكمة العليا ، الغرفة الجنائية ، المجلة القضائية للمحكمة العليا ، العدد الثاني لسنة 2006 ، ص 577.

³ قرار صادر بتاريخ 2006/12/21، ملف رقم 227350، المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01 لسنة 2001 ، ص 297.

يقع عليها التزوير أو محل الجريمة وهي المحرر الرسمي، تغيير الحقيقة التي يتضمنها هذا المحرر بإحدى الطرق التي نص عليها القانون. أما عنصر الضرر فرغم تبنيه من طرف المحكمة العليا في اجتهاداتها إلا أنه يبقى يطرح إشكالا بخصوص موقعه من هذه الجريمة .

وتنصب معظم الإشكاليات القانونية التي تثيرها جريمة التزوير في المحررات الرسمية على الركن المادي لهذه الجريمة، لذلك سنحاول من خلال هذه الورقة البحثية أن نعالج هذا الركن من خلال طرح الإشكالية الرئيسية التالية:

هل أن كل تغيير للحقيقة الواردة في المحرر الرسمي يعد جريمة تزوير معاقب عليها قانونا؟ .

وتتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية التساؤلات الفرعية التالية:

-ما هي الخصائص القانونية التي يجب أن يشتمل عليها المحرر الرسمي محل التزوير؟

-ما المقصود بتغيير الحقيقة؟

-هل يشترط تحقق الضرر في جريمة التزوير في المحررات الرسمية؟

وسوف نحاول الإجابة على هذه الإشكالية متبعين في ذلك المنهج التحليلي النقدي من خلال ثلاث مباحث نخصص الأول منهما لدراسة المحرر الرسمي كعنصر من عناصر الركن المادي لجريمة تزوير المحررات الرسمية، الثاني نتناول من خلاله عنصر تغيير الحقيقة في المحرر الرسمي أما الثالث فنبحث فيه إشكالية الضرر في جريمة تزوير المحررات الرسمية.

1- المحرر الرسمي كعنصر من عناصر الركن المادي لجريمة تزوير المحررات الرسمية:

يشترط في جريمة التزوير في المحررات الرسمية توافر الدعامة التي وقع عليها التزوير أو ما يصطلح على تسميته محل الجريمة والتي هي المحرر الرسمي. وسنتناول في هذا المبحث تعريف المحرر الرسمي (المطلب الأول)، ثم نقوم ببيان عناصره الجوهرية (المطلب الثاني).

1.1- مفهوم المحرر الرسمي: إن المحررات هي الإطار العملي لجريمة التزوير والبيئة الوحيدة لتصور إمكانية وقوع هذه الجريمة، وقانون العقوبات الجزائري لم يتناول بالتعريف المحررات بصفة عامة والمحرر الرسمي بصفة خاصة، ولعل مرد ذلك هو جعل نصوص القانون مرنة لمواجهة التطورات المختلفة وكذلك باعتبار ترك أمر التعاريف للفقهاء أمر مستحسن وهو من مهام الفقه التي يضطلع ، وهو ما يتطلب منا الرجوع إلى القواعد العامة للوقوف على تعريف المحرر الرسمي، وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني نجد أن المادة 324 منه قد عرفته بقولها: " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".¹

ويلاحظ على النص السابق أنه عبر عن الورقة الرسمية أو المحرر الرسمي بالعقد وهو ما لا يستقيم مع المقصود من النص، ذلك أنه ليس كل محرر رسمي بعقد. وهو ما تفاداه المشرع المصري بصدد تعريفه للمحرر

¹ الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

الرسمي بموجب المادة العاشرة من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية بنصه: "الأوراق التي يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه." استعمل المشرع المصري مصطلح الأوراق بدلاً عن مصطلح العقد وقد وفق في اختياره للمصطلح.

أما المشرع العراقي فقد تفادى استعمال أي مصطلح للدلالة على الدعامة الورقية للمحرر الرسمي فعرّفه بموجب المادة 288 من قانون العقوبات العراقي بنصه: "المحرر الرسمي هو الذي يثبت فيه موظف أو مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو تلقاه من ذوي الشأن طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه ما تم بين يديه وما أدلى به ذو الشأن في حضوره".¹ وبالرجوع إلى التعاريف الفقهية نجدتها تدور في فلك واحد تقريباً، فقد عرف المحرر الرسمي منها أنه: "الذي تصدره سلطة مختصة أو يحرره موظف عام مختص عهد إليه بكتابته أو يتدخل في تحريره أو التأشير عليه بمقتضى أعمال وظيفته طبقاً للوائح والقوانين".² كما عرف من جانب آخر بأنه "المحرر الصادر من شخص مكلف بخدمة عامة مختص بتحريره من حيث الموضوع والمكان وطبقاً للأوضاع المقررة قانوناً".³

وبناء على ما تم بيانه من تعريفات يمكننا القول بأن المحرر الرسمي هو كل محرر يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية المنصوص عليها في هذا الشأن.

2.1- العناصر الجوهرية في المحرر الرسمي محل جريمة التزوير: يستخلص من نص المادة 324 من

القانون المدني الجزائري والتعريفات الفقهية السابقة للمحرر الرسمي أن هذا الأخير لا بد له من عناصر معينة ليكتسب صفة الرسمية. وما يلاحظ في جريمة التزوير في المحررات الرسمية أن هذا الأخير يشكل محلاً لجريمة التزوير حتى في حالة ضياع النسخة الأصلية أو بطلانه أو قابليته للبطلان. كل ذلك سنتناوله من خلال الفرعين التاليين:

1.2.1 شروط المحرر الرسمي: سبق وأن أشرنا إلى أن قانون العقوبات لم يتعرض بالتعريف للمحرر

الرسمي، لذلك فإن البحث عن شروط هذا المحرر يتطلب منا الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني والتي من خلالها نستشف الشروط التالية:

الشرط الأول: صدور الورقة من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة:

وستنطلق إلى هاته الفئات بالتفصيل التالي:

أولاً: الموظف العمومي: لم تتعرض مواد التزوير في قانون العقوبات الجزائري لتعريف الموظف العمومي على خلاف ما قام به المشرع الجزائري من تحديد المقصود بالموظف العمومي في قانون مكافحة جرائم الفساد وهو ما يتعين

¹ الأمر رقم 156-66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم .

² محمود إبراهيم إسماعيل، شرح قانون العقوبات المصري في جرائم الاعتداء على الأشخاص وجرائم التزوير، مصر، دار الفكر العربي، ص 356

³ مشتاق طالب وهيب، "المعالجة القانونية لجريمة التزوير التقليدي في القانون العراقي"، مجلة أماراباك، الأكاديمية الأمريكية العربية للعلوم والتكنولوجيا، المجلد الرابع عشر، ص 22.

معه الرجوع إلى القانون الأساسي للوظيفة العامة التي عرفته في المادة¹ 04 بنصها: "يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في السلم الإداري. الترسيم هو الإجراء الذي يتم من خلاله تثبيت الموظف في رتبته". ونستنتج من هذا التعريف العناصر المحددة للموظف العام وهي:

صدور أداة قانونية وهي التعيين.

ديمومة الوظيفة.

الترسيم: وهو التثبيت في رتبة مقررة في السلم الإداري.

أن تكون الوظيفة في مرفق عام.

وقد حصر قانون الوظيفة العامة في الفقرة الأولى من المادة الثانية منه مجال تطبيقه، كما استثنى في الفقرة الثانية من نفس المادة الفئات التي لا ينطبق عليها هذا القانون بفعل خصوصيتها وخصوصية الوظائف التي تضطلع بها مثل القضاة والعسكريين ومستخدمو البرلمان².

ثانيا: الضابط العمومي: يعتبر مصطلح الضابط العمومي من المصطلحات الحديثة التي لم تلق اهتماما كبيرا من قبل الباحثين، فقد تم التطرق إليه بموجب قوانين خاصة، واكتفى المشرع فقط بإطلاق هذه الصفة على بعض الموظفين الذين خولت لهم الدولة بعض من صلاحياتها في مجال الضبط والتنظيم³. ومن بين التعاريف الفقهية السائدة، أن الضابط العمومي هو كل من منحه المشرع هذه الصفة وخولت له الدولة جزءا من صلاحياتها في مجال معين، بحيث تعتبر المحررات الصادرة عنه والممهورة بالخاتم الرسمي، كأنما صدرت من الدولة مباشرة، ويستوي أن يعمل هذا الضابط العمومي لحسابه الخاص أو لحساب الدولة، ومن أمثال الضباط العموميين نجد الموثق⁴، المحضر القضائي⁵، محافظ البيع بالمزايدة⁶، الترجمان الرسمي⁷، مأمور السجل التجاري⁸، ضابط الحالة المدنية

¹ الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 الموافق لـ 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية العدد 46، الصادرة بتاريخ 20 جمادى الثانية عام 1427 هـ الموافق لـ 16 يوليو 2006.

² تنص المادة 02 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية على: "يطبق هذا القانون الأساسي على الموظفين الذين يمارسون نشاطهم في المؤسسات والإدارات العمومية.

يقصد بالمؤسسات والإدارات العمومية، والإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير المركزية التابعة لها والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي.

لا يخضع لأحكام هذا الأمر القضاة والمستخدمون العسكريون والمدنيون للدفاع الوطني ومستخدمو البرلمان "

³ أول نص تشريعي تضمن هذا المصطلح باللغة العربية هو قانون التوثيق 27/88 المؤرخ في 12 جويلية 1988، المتضمن تنظيم التوثيق، ج. ر العدد 28، بتاريخ 13 جويلية 1988.

⁴ القانون رقم 27/88، المؤرخ في 12 جويلية 1988، المتضمن تنظيم التوثيق، المذكور سابقا.

⁵ القانون رقم 03-06، المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج. ر العدد 14.

⁶ القانون رقم 07/16 المؤرخ في 03 أوت 2016، المتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة، ج. ر العدد 46، سنة 2016.

⁷ الأمر رقم 13-95 المؤرخ في 11/03/1995 المتضمن تنظيم مهنة المترجم، الترجمان الرسمي.

⁸ القانون رقم 22-90، المؤرخ في 18 أوت 1990، المتعلق بالسجل التجاري، ج. ر العدد 36.

وقوع التزوير¹. والأمر يتوقف هنا على إمكانية إقامة الدليل على حصول التزوير ونسبته إلى متهم معين وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء، ومن ذلك ما ذهبت إليه محكمة التمييز الأردنية في قرارها بنصه: "لا يشترط للقضاء في جريمة التزوير أن يضبط المحرر المزور لأن قواعد الإثبات في المواد الجزائية تقوم على أساس اقتناع القاضي واطمئنانه إلى حصول الواقعة"²، ونفس المعنى ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قرارها حيث قضت: "للمحكمة في حالة عدم وجود المحرر المدعى بتزويره أن تكون عقيدتها بحصول التزوير ونسبته إلى المتهم بكل طرق الإثبات، ولها أن تأخذ بالصورة الشمسية للورقة كدليل في الدعوى إذا ما اطمأنت إلى صحته..."³. وعليه فالأجاء الغالب في الفقه والقضاء المقارن يذهب إلى عدم تأثير ضياع المحرر الرسمي على قيام جريمة التزوير في المحررات الرسمية متى استقر في قناعة المحكمة مما توفر لها من أدلة قيان الجريمة ونسبتها إلى المتهم.

ثانياً: تأثير بطلان السند الرسمي على قيام جريمة التزوير في المحررات الرسمية: لا يؤثر بطلان المحرر الرسمي بطلاناً مطلقاً أو نسبياً في قيام جريمة التزوير، لأن البطلان لا يحول دون توافر المظهر الشكلي وحتى المظهر القانوني للمحرر، فتتعلق ثقة الغير به وينخدع في صحته بحيث لا يقف في الغالب على ما به من عيوب، وبصرف النظر عن قيمته وأثره في نظر القانون، فإنه يصلح للاحتجاج به في مواجهة الرجل العادي الذي قد لا يكتشف ما يعيب المحرر لمجرد أنه اتخذ مظهر المحرر الصحيح⁴.

وهو ما قضت به حكمة النقض الفرنسية عندما قضت بأن الأصل في التزوير أن يعاقب عليه ولو كان حاصلًا في محرر باطل شكلاً⁵، كما قضت بأن جريمة التزوير يمكن أن تتحقق في محرر رسمي حتى وإن كان غير كامل أو قابل للبطلان لعدم احتوائه على توقيع الأطراف والشهود فصفا الرسمية للمحرر تتعلق أو ترتبط بوجود الموظف العام المختص⁶. وأضافت في قرار آخر لها أن حالات البطلان الموضوعية أو الإجرائية في محرر لا تلغي الجريمة⁷.

¹ علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على المصلحة العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، 111.
² تمييز جزء رقم 84/6 مجلة النقابة، 1984، ص 769، أشار إليه كامل السعيد، شرح قانون العقوبات - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، عمان، الأردن، 2008، دار الثقة للنشر والتوزيع، ص 81.

³ محمد ذكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، بيروت، 2009، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 9.
أنظر في هذا المعنى: علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على المصلحة العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 111.

⁴ Cass.crim 18 mai 1960, Bull.crim n°272 : « il est de principe, en matière criminelle qu'un faux reste punissable alors même que l'acte argué de faux serait nul en la forme », encyclopédie juridique, Répertoire de droit pénal et de procédures pénales, 2ème édition, tome3, Dalloz, mise à jour 1989, Paris, n°77, p6. 3 Cass.crim 6 nov 1930, 4 août 1951, Bull.crim n°244. Code pénal, édition 2008.

أشارت إليهم: حمري نوال، "الضرر في جريمة التزوير في المحررات"، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 01، العدد 02، ص 108.
⁵ Cass.crim 6 nov 1930, 4 août 1951, Bull.crim n°244. Code pénal, édition 2008, Dalloz : " le crime de faux peut exister dans un acte public même incomplet ou susceptible d'annulation pour défaut de signature de parties et des témoins, le caractère authentique de l'acte attachant à la présence de l'officier publique instrumentaire".3. هامش 108، المرجع نفسه، ص 108، حمري نوال، المرجع نفسه، ص 108.

⁶ Cass.crim 13 juillet 1899. Code pénal, édition 2008, Dalloz : « les nullités intrinsèques ou extrinsèques à un acte faux n'en détruisent pas la criminalité ».4. هامش 108، المرجع نفسه، ص 108، حمري نوال، المرجع نفسه، ص 108.

2- تغيير الحقيقة في المحرر الرسمي:

الأساس في جريمة التزوير هو تغيير الحقيقة، فإن انتفى تغيير الحقيقة انتفى التزوير، وهذا التغيير يجب أن يقع في المحرر الرسمي بإحدى الطرق التي نص عليها القانون، وهذا يقتضي أن نعرف مفهوم تغيير الحقيقة (المطلب الأول)، الطرق التي حددها القانون لإحداث هذا التغيير (المطلب الثاني)

1.2- مفهوم تغيير الحقيقة في جريمة التزوير في المحررات الرسمية: يقصد بتغيير الحقيقة إنشاء حقيقة مخالفة أو تحريف حقيقة قائمة، وهذا يقتضي وجود حقيقتين الزائفة منهما هي الماثلة في المحرر، ومن ثمة فجوهر تغيير الحقيقة إذن هو الزيف والكذب¹. وفي إطار جريمة التزوير لا بد من التمييز بين حقيقتين حقيقة واقعية مطلقة وهي التي تطابق الواقع تماما، والحقيقة القانونية النسبية وهي التي تتفق وصحيح القانون، أي الحقيقة المطابقة لما كان يتعين إثباته في المحرر وفقا للقانون، والحقيقة التي تعد محل السلوك الإجرامي في التزوير هي الحقيقة القانونية النسبية ولو كانت تتعارض مع الحقيقة الواقعية المطلقة. وتكون الحقيقة مطابقة للقانون في حالتين:

أولاً: حينما تعبر عن إرادة أصحاب الشأن، حيث يجب أن يتفق مضمون المحرر وإرادة أطرافه. ومثال ذلك أن يرتكب التزوير من يحرق شهادة ميلاد أو شهادة مدرسية أو وثيقة زواج ويضمنها بيانات مطابقة للحقيقة، ولكنه ينسبها زورا إلى السلطة التي تصدر عنها عن طريق تنوير إمضاء الموظف المختصة وأختام السلطة.

ثانياً: حينما تحترم قرينة قانونية يفرض القانون الالتزام بها، ومثال ذلك أن يرتكب التزوير من يثبت في محرر بيانات تخالف الحقيقة كما حددتها قرينة قانونية ولو كانت هذه البيانات تطابق الواقع، كقرينة الولد للفراس حيث يقرر القانون بناء عليها تقرير النسب على هذا النحو، فإذا أثبت شخص في شهادة الميلاد المولود لغير والده فإنه يرتكب تزويرا، ولو كانت نسبته إلى الشخص الآخر مطابقة للواقع، ذلك أنها مخالفة للحقيقة القانونية النسبية².

ويترتب على ضرورة قيام التزوير على استبدال الحقيقة بغيرها أن التغيير لا يعتبر تزويرا إذا كان من شأنه أن يعدم ذاتية المحرر أو قيمته كمحو كل الكتابة التي يتضمنها المحرر أو شطبها كلها على نحو لم تعد معه صالحة لقراءتها أو صالحة للاحتجاج والانتفاع بها وإن كان يمكن أن ينطبق على هذا الفعل وصف إجرامي آخر وهو إتلاف المستند عمدا³. إن تغيير الحقيقة له دلالاته القانونية المستمدة من علة تجريم التزوير والتي تتمثل في العدوان على الثقة العامة في المحررات، ووفقا لهذه الدلالة القانونية فإن يكفي أن يكون تغيير الحقيقة جزئيا أو نسبيا ولكن يتعين من ناحية أخرى أن يمس تغيير الحقيقة المركز القانوني للغير دون رضائه⁴.

1.1.2- مساس تغيير الحقيقة بالمركز القانوني للفرد: إن العلة من تجريم التزوير في المحررات الرسمية هو

الاعتداء على الثقة العامة التي تعد أداة للإعلان عن الإدارة وإثبات الحقوق، لكن من المهم أن نعلم أنه لا يمكن

¹ محمد ذكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 536.

² حمري العكري، جريمة التزوير في المحررات على ضوء الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون جنائي وعلوم جنائية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2012-2013، ص 09.

³ كامل السعيد، شرح قانون العقوبات الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، عمان، 2008، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 18.

⁴ محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص -، القاهرة، 1988، دار النهضة العربية، ص 219.

اعتبار كل تغيير في الحقيقة القانونية النسبية تزويرا معاقبا عليه ، وإنما يعتبر تغيير الحقيقة تزويرا في حالة ما إذا مس هذا التغيير بالمركز القانوني للغير ، أي إذا ما كان لهذا التغيير حجية في مواجهة الغير ، فإذا كان ما أثبتته الشخص في المحرر لا يمس بشكل مباشر بالمركز القانوني للغير ، ولا يشكل حجية في مواجهته ، وإنما يمس فقط بمركزه القانوني الشخصي فإن هذا لا يعتبر تزويرا يعاقب عليه القانون إذ أن الشخص الذي يقرر في المحرر حقوقا ليست له ، أو ينكر التزامات ترتبت عليه أو ينسب إلى نفسه صفات لصيقة له ، هذا الشخص لا يعتبر مزورا طالما أنه لم يمس بالمركز القانوني للغير مساسا مباشرا ، لكن إذا نسب ذلك لغيره دون رضاه هذا الغير اعتبر تغيير الحقيقة متوافرا في مفهومه القانوني وقامت جريمة التزوير.¹ وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي إثر تعديل قانون العقوبات بموجب القانون رقم 92-1336 والذي عرف جريمة التزوير في المادة 1/441 منه بأنها " كل تغيير احتيالي للحقيقة من شأنه إحداث ضرر وينجز بأية وسيلة كانت وينصب على محرر أو أية دعامة للتعبير عن الأفكار يكون موضوعها أو يكون من آثارها إقامة الدليل على حق أو على واقعة ذات نتائج قانونية " .

وقد ذهبت المحكمة العليا إلى تبني ما ذهب إليه الفقه والقضاء وبعدهما القانون في القرار الصادر بتاريخ 2006/11/2129 ملف رقم 339900 أين عرفت التزوير بأنه: " كل تغيير وتحريف للحقيقة في محرر أو مستند من شأنه أن يسبب ضررا للغير ويهدف إلى إثبات حق أو واقعة وتترتب عنه نتائج قانونية " .²

2.1.2- أن يكون تغيير الحقيقة جزئيا أو كلياً؛ تثبت جريمة التزوير سواء كان تغيير الحقيقة كلياً

أوجزياً لكن يطرح التساؤل بالنسبة لبعض التصرفات القانونية كالعقد الصوري.

أولاً: تغيير الحقيقة الجزئي: إن تغيير الحقيقة لا يعني أن تكون كل البيانات التي وردت بالمحرر كاذبة بل إن القانون يكتفي بأقل نصيب من تغيير الحقيقة³ ، فيكفي أن يرد التغيير على بيان واحد منها ، ولو كانت سائر البيانات الأخرى صحيحة ما دام من شأنه أن يهدر الثقة العامة في المحرر الرسمي .

ثانياً: تغيير الحقيقة النسبي: يكتفي القانون بتغيير الحقيقة النسبي ويقود ذلك إلى البحث في المدلول القانوني للحقيقة، ليس المراد بالحقيقة المطابقة الكاملة للواقع ، ولكن المراد بها المطابقة لما كان يتعين إثباته في المحرر وفقاً للقانون أي الحقيقة القانونية النسبية ، وما يتعين إثباته وفقاً للقانون يندرج فيه أمران هما : ما يتعين إثباته وفقاً لإرادة صاحب الشأن ، وما يتعين إثباته وفقاً لقرينة يقررها القانون ، فإذا أثبت في المحرر ما يخالف إرادة صاحب الشأن أو ما يخالف القرينة التي قررها القانون تحقق التزوير ، ولو كان ما أثبت فيه مطابقاً للواقع⁴ .

3.1.2- تغيير الحقيقة والصورية: تعرف الصورية في العقد بأنها تغيير الحقيقة باتفاق المتعاقدين إما بقصد

الإيهام بوجود عقود لا وجود لها وإما بإخفاء طبيعة العقد المتفق عليه أو بعض الشروط المدونة فيه⁵ . فالصورية تتمثل في وجود عقد صوري يخفي عقداً آخر هو العقد الحقيقي، وتتحقق الصورية بتغيير الحقيقة يقره طرفاً

¹ عبد المنعم سليمان، ومحمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات الخاص، مكتبة الصحافة، 1989، ص 336.

² قرار سبق الإشارة إليه في المقدمة.

³ محمد نجيب حسني، مرجع سابق، ص 219.

⁴ محمد نجيب حسني، مرجع سابق، ص 219.

⁵ كامل السعيد، شرح قانون العقوبات - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، عمان الأردن، 2008، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ص 28.

العقد، ومقتضاه الإيham بوجود عقد لا وجود له أو إخفاء طبيعة العقد المتفق عليه أو بعض الشروط المدونة فيه أو شخصية أحد المتعاقدين ويتم تغيير الحقيقة وقت إنشاء المحرر¹. وعليه فجوهر الصورة تعارض بين ما اجتمعت عليه إرادة المتعاقدان وما أظهره. فهل تعد الصورة بهذا المعنى تزويراً؟ انقسم الفقه في الإجابة على هاتين الإشكالية إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: ذهب هذا الاتجاه إلى إخراج الصورة من عموم نص التجريم، مستندا في ذلك إلى الحجج التالية:

الأولى: أن العقد ملك المتعاقدين ولهما أن يتفقا بمطلق الحرية على ما يريدان إدراجه به ولو كان مغايراً للواقع طالما أن مصلحتهما وفقاً لما يرونه يقتضي ذلك، ولا يخضعان في ذلك إلا للقواعد العامة في التعاقد²

الثانية: أن المشرع المدني قد اعترف بالصورة ورتب على العقد الصوري آثاراً قانونية، فلا يتصور في المنطق القانوني أن تقوم بها جريمة، فالنظام القانوني كل متسق لا يجوز أن تتناقض أجزاءه، فلا يعقل أن يكون نفس الفعل مباحاً في القانون المدني ومعاقباً عليه في القانون الجنائي³. والمتعاقدان بموجب عقد صور يستعملان حقاً قرره القانون، ورتب عليه آثاراً قانونية في مواجهة الغير كما ورد بموجب نص المادة 198 من القانون المدني: "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري".

الثالثة: أن المتعاقدين في العقد الصوري يغيرون الحقيقة التي تتعلق بمركزهما القانوني، فهما لا يمسان مباشرة حقوق الغير ومراكزهم القانونية مادام الغرض الذي يبتغيانه مشروعاً ولا يسبب ضرراً للغير، لأن التزوير كجريمة معاقب عليها تستلزم وجود عنصر الضرر⁴.

الرابعة: أن التزوير في أساسه كذب في محرر، وأن المشرع لا يتدخل بالنسبة للكذب إلا إذا وصل إلى درجة تمثل خطورة على أمن ونظام المجتمع وهذا متفق في الصورة المطروحة، فضلاً عن أن القانون رسم الكثير من السبل التي تمكن صاحبه من الدفاع عنها⁵.

الاتجاه الثاني: بينما ذهب الاتجاه الثاني إلى تجريم الصورة كقاعدة عامة مستندا في ذلك إلى الحجج التالية:

الأولى: عمومية نص التجريم الذي يسري على جميع صور تغيير الحقيقة في محرر، وعليه فإن إخراج العقد الصوري من عموم النص لا يستند إلى ما يبرره فهو من قبيل الاستثناء وهذا الأخير لا يكون إلا بنص صريح. كما أن اتفاق الأطراف لا يكفي لإلباس الباطل بالحقيقة، كما أن عدم العقاب قد يؤدي إلى موقف شاذ وهو معاقبة الموثق الذي يحرم العقد الصوري في الوقت الذي يتقرر فيه عدم معاقبة أطراف العقد أنفسهم.

¹ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص-، القاهرة، 1979، الشركة المتحدة للتوزيع والنشر، ص 463.

² أنظر في هذا المعنى: حسن صادق المرصفاوي، شرح قانون العقوبات الكويتي - القسم الخاص-، بيروت، المكتب الشرقي للنشر والتوزيع ص 449.

³ محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 546.

⁴ أنغار خديجة، جريمة التزوير في المحررات الرسمية -دراسة تحليلية مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم الإدارية -بن عكنون-، جامعة الجزائر، 2013-2014، ص 33.

⁵ حسن صادق المرصفاوي، المرجع السابق، ص 449.

⁶ أنظر في هذه الحجج: حمري العكري، جريمة تزوير المحررات على ضوء الاجتهاد القضائي مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون جنائي وعلوم جنائية، كلية الحقوق -بن عكنون- الجزائر، 2012-2013، ص 12-13.

الثانية: مغايرة العقد الصوري للحقيقة التي يتضمنها العقد المسترعى تزويرا تم بإحدى الطرق التي حددها القانون وهي جعل واقعة مزورة في صورة واقعة صحيحة.

موقف المشرع الجزائري من العقد الصوري: لا يوجد نص صريح أو ضمني في قانون العقوبات الجزائري يجعل من الصورية تزويرا وعلى العكس من ذلك تماما فقد أجاز القانون المدني الجزائري الصورية في العقود وهو ما يجعلها تخرج عن نص التجريم للأسباب التي أشار إليها الاتجاه الفقهي المعرض لتجريم الصورية.

2.2- طرق التزوير: لكي تقوم جريمة التزوير في المحررات الرسمية لا بد من حصول تغيير في الحقيقة

بإحدى الطرق التي رسمها المشرع ، ولأن طرق التزوير قد وردت في القانون على سبيل الحصر وأن التزوير بغير إحدى هذه الطرق لا يعد تزويرا فقد استوجبت قضاء المحكمة العليا التزام القاضي بتحديد الوسيلة المستعملة في التزوير على النحو المحدد في التشريع وبصورة صريحة ، سواء كان ذلك في قرار الإحالة أو حكم الإدانة ، وذلك حتى تتحقق من صحة تطبيق القانون على الواقعة ، فإذا أغفل هذا البيان كان القرار أو الحكم قاصرا في التسبب بتعين نقضه¹.

ولقد نص المشرع الجزائري على التزوير في المحررات الرسمية في المواد 214، 215 و 216 من قانون العقوبات، وقسم هذا النوع من التزوير إلى قسمين: الأول نصت عليه المادتان 214 و 215 من قانون العقوبات وهو التزوير في الجهة التي أصدرت الوثائق، والقسم الثاني نصت عليه المادة 216 من قانون العقوبات وهو التزوير الذي يمكن أن يقع من طرف أي شخص من غير الأشخاص المذكورين في المادتين 214 و 215 من قانون العقوبات. وبناء على ما سبق سنتناول هذا المطلب من خلال فرعين نتناول في الأول منها طرق التزوير المادية، وفي الثاني طرق التزوير المعنوية.

1.2.2- التزوير في المحررات الرسمية الصادر من طرف ذي صفة في تحريره: هو التزوير الذي يرتكبه

حسب نص المادة 214 من قانون العقوبات الفئات التالية: قاض، موظف أو قائم بوظيفة عمومية وهم كما سبق وأن أشرنا المحضرون القضائيون، الموثقون وغيرهم والتزوير في المحررات الرسمية المرتكب من طرف هاته الفئات قد يكون تزويرا ماديا أو معنويا.

أولا: طرق التزوير المادية: هو التزوير الذي يقع بوسيلة مادية تترك أثرا في مادة المحرر وشكله مما يدركه الحس وتقع عليه العين²، وقد لا يتبين إلا بالاستعانة بالخبرة الفنية، والتزوير في هذه الحالة يعدل ويغير في الكتابة ويترك آثارا فيزيائية على بنية المخطوط وحروفه وأرقامه تدل على التحريف والتشويه. والتزوير المادي في المحررات الرسمية بهذا المعنى قد يصدر من ذي صفة كما حددته المادة 214 من قانون العقوبات، وقد يقع من الغير على خلاف التزوير المعنوي كما سنرى فيما بعد. وطرق التزوير المادي حددتها المادة 214 من قانون العقوبات وحصرتها في الطرق التالية: -وضع توقيعات مزورة.

¹ أنظر في ذلك: قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2007/10/17، ملف رقم 418685، المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة 2007، ص 518، والذي جاء فيه: السؤال الأول الخاص بالمتهم (ب-ع) جاء ناقصا ولم يتضمن العناصر الأساسية للجرم المتابع به طبقا للمادة 214 ق ع وهي: صفة الجاني (قاض موظف أو قائم بوظيفة)، ارتكاب الفعل أثناء تادية الوظيفة وتوفر حالة من الحالات الأربعة التي وردت على سبيل الحصر في المادة 214 ق ع.

² عبد المهيمن بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، ط 01، القاهرة، 1977، دار النهضة العربية، ص 443.

-إحداث تغيير في المحررات أو الخطوط أو التوقيعات.

-انتحال شخصية الغير والحلول محلها.

-الكتابة في السجلات أو غيرها من المحررات العمومية أو بالتحشير فيها بعد إتمامها أو قفلها.

ثانيا: طرق التزوير المعنوية: وهو التزوير الذي يقع بتغيير الحقيقة، دون أن يترك ذلك أثرا ماديا يدرك بالحس، فهو يحدث بتشويه المعاني التي كان يجب أن يعبر عنها المحرر وقت إنشائه¹. ومن ثم فالتزوير المعنوي ينصب على الجوهر والمعنى لا على البناء المادي. ولا يقع التزوير المعنوي إلا حال إنشاء المحرر لأنه يفترض تشويه معناه ممن حرره.

وقد حدد المشرع الجزائري طرق التزوير المعنوي في المادة 215 من قانون العقوبات بنصها: "يعاقب بالسجن المؤبد كل قاض أو موظف عمومي أو قائم بوظيفة عمومية قام أثناء تحريره محررات من أعمال وظيفته بتزييف جوهرها أو ظروفها بطريق الغش وذلك إما بكتابة اتفاقات خلاف التي دونت أو أملت من الأطراف أو بتقريره وقائع يعلم أنها كاذبة في صورة وقائع صحيحة أو بالشهادة كذبا بأن وقائع قد اعترف بها أو وقعت في حضوره أو بإسقاطه أو بتغييره عمدا الإقرارات التي تلقاها." وهكذا يقوم التزوير المعنوي بإحدى الطرق التالية:

01-كتابة اتفاقات خلاف التي دونت أو أملت من الأطراف: ويقع التزوير في هذه الحالة بتغيير الموظف المختص بالتحرير ما طلبه منه ذوا الشأن من بيانات أو اتفاقات أو شروط أو إقرارات كأن يغير الموثق في شروط العقد التي أملاها عليه المتعاقدان، أو أن يثبت الموثق أن البائع في عقد البيع أقر بتسلمه الثمن كاملا رغم أنه لم يقرأ أمامه إلا باستلامه جزء منه. وتكمن خطورة هذه الطريقة في أن الموظف يسيء استغلال الثقة التي وضعها فيه أصحاب المصلحة. وتتميز هذه الطريقة بصعوبتها في الإثبات ذلك أنه ليس من السهل إثبات ما كان يجب أن يكتبه الموظف المختص.

02-تقرير وقائع كاذبة في صورة وقائع صحيحة: وتتمثل هذه الصورة في أن يعمد موظف مختص إلى تقرير وقائع يعلم أنها غير صحيحة في الوثيقة الرسمية المختص بإصدارها، فكل تحريف أو تشويه يدخله الموظف على الوقائع التي يبتها في المحرر حال تحريره يعد تزويرا.

ولا يتحقق التزوير بهذه الطريقة إلا في الحالة التي يكون فيها ذكر الواقعة في المحرر يعطيها القوة الثبوتية الحاسمة ويمنحها صفة الواقعة الصحيحة. ومن تطبيقات هذه الصورة تحرير محضر قضائي محضر معاينه لوقائع مادية مخالفة للواقع، أو أن يذكره تلقيه شهادات أشخاص وهو لم يتلق أية شهادة.

03-الشهادة الموظف كذبا بأن وقائع قد اعترف بها: ويقع التزوير في هذه الحالة إذا أثبت الموظف في المحرر اعتراف شخص بواقعة معينة هو في الحقيقة لم يعترف بها، كأن يثبت قاضي التحقيق اعتراف المتهم بتهمة وهو لم يعترف بها إطلاقا، وتعد هذه الطريقة للتزوير في حقيقة الأمر تطبيق للطريقتين السابقتين

¹ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 338.

04- إسقاط أو تغيير الإقرارات التي تلقاها الموظف عمدا؛ يقصد بهذه الطريقة في تزوير المحرر الرسمي إغفال جانب من البيانات التي كان يجب إثباتها في المحضر المحرر إما بإسقاطها أو تغييرها عمدا، وقد ينصب ذلك على حرف أو لفظ أو جملة أو بيان المهم هو أن يترتب عنها تغيير للمعنى الذي يتضمنه المحرر الرسمي.

وقد ثار جدال في الفقه حول مدى اعتبار الترتك تغييرا للحقيقة أي الامتناع عن تدوين بيانات معينة، إلا أن الرأي الغالب من الفقه استقر على وقوع جريمة التزوير بالترتك.¹ ونرى من جانبنا أن المشرع الجزائري حسم هذه المسألة باعتبار إسقاط الإقرارات تزويرا، فالتزوير يتحقق حسب التشريع الجزائري بالتغيير والترتك للإقرارات التي تلقاها الموظف عمدا.

2.2.2- التزوير في المحررات الرسمية من طرف غير ذي صفة: وقد تناولتها المادة 216 من قانون العقوبات الجزائري بنصها: "يعاقب بالسجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، كل شخص، عدا من عينتهم المادة 215، ارتكب تزويرا في محررات رسمية أو عمومية: إما بتقليد أو بتزييف الكتابة أو التوقيع.

-وإما باصطناع اتفاقات أو نصوص أو التزامات أو مخالصات أو بإدراجها في هذه المحررات فيما بعد.

-وإما بإضافة أو إسقاط أو بتزييف الشروط أو الإقرارات أو الوقائع التي أعدت هذه المقررات لتلقيها أو لإثباتها.

-وإما بانتحال شخصية الغير أو الحلول محلها".

ويشترط في هذه الجريمة بالإضافة إلى الشروط المتعلقة بطبيعة السند الرسمي محل التزوير أن يكون الجاني شخص غير الموظف المختص بإثبات البيانات التي غيرت فيها الحقيقة، أي من طرف أي شخص عدا الذين عدتهم المادة 215 من قانون العقوبات كما عبر المشرع عن ذلك في نص المادة 216 من قانون العقوبات محددًا صفة الفاعل في هذه الجريمة بدقة. وقد حدد المشرع الجزائري طرق تغيير الحقيقة في هذه الحالة على سبيل الحصر لا المثال، وهو ما التزم به التطبيق القضائي، ومنها ما قضت به المحكمة العليا في قرارها صادر بتاريخ 03 أبريل 1984 والذي جاء فيه: "لما كان من المستقر قضاء أن الأسئلة المتعلقة بالإدانة يجب تحت طائلة البطلان أن تتضمن كافة عناصر الجريمة، فإنه من اللازم أن يبين في السؤال المتعلق بالجناية المنصوص عليها في المادة 216 ق ع الطريقة المستعملة في التزوير هل كانت بالتقليد أو بالاصطناع أو بالإضافة أو بانتحال شخصية الغير، وإلا كان السؤال باطلاً ويترتب على ذلك بطلان الإجابة عليه والحكم المبني عليه".²

ونورد بشيء من التفصيل طرق التزوير التي أوردها المشرع الجزائري على سبيل الحصر في جريمة التزوير في المحررات الرسمية المرتكبة من طرف شخص غير مختص بإصدار الوثيقة الرسمية فيما يلي:

¹ أنظر في هذا الاتجاه: محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار النهضة العربية، ص 244 - فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط 02، القاهرة، سنة 2000، دار النهضة العربية، ص 287.

² قرار صادر بتاريخ: 03 أبريل 1984، في الطعن رقم 33-186، المحكمة العليا، الغرفة الجنائية الأولى، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01 لسنة 1993، ص 222.

أولاً: تقليد أو تزيف الكتابة أو التوقيع: ينصرف التقليد إلى محاكاة الشيء وفي مجال التزوير التقليد في الكتابة هو تدوين الجاني محرراً أو جزءاً من محرر بخط يشبه خط شخص آخر ابتغاء نسبته إليه، ويكفي فيه إمكانية إيهام الشخص العادي بصدوره عن نسب إليه دون الإتيان، ولا يتصور التقليد إلا من طرف الأفراد لأن الموظف المختص بتحرير المحرر الرسمي ليس بحاجة إلى التزوير. أما التزييف فهو جميع التغييرات التي يحدثها المزور في الكتابة أو التوقيع، كالتغيير في شكل الحروف مثلاً أو الأرقام، أو التغيير في شكل التوقيع الموجود على المحرر.

ثانياً: اصطناع اتفاقات أو نصوص أو التزامات أو مخالصات أو بإدراجها في هذه المحررات فيما بعد: الاصطناع هو خلق محرر بأكمله، وقد اعتبره المشرع الجزائري طريقة من طرق التزوير وفقاً للمادة 216/ 01 من قانون العقوبات، وبناء عليه يعتبر تزويراً في محرر رسمي من يصطنع ورقة رسمية ينسب صدورها إلى الموظف المختص بتحريرها، كمن يصطنع عقداً رسمياً، حكماً قضائياً أو غيرها من الوثائق الرسمية، ويصطحب الاصطناع بوضع إمضاء مزور في الغالب، ومع ذلك يقوم التزوير بالاصطناع وحده ولو لم يكن ثمة إمضاء مزور¹. ويختلف الاصطناع عن التقليد في أن الأول ينصب على المحرر كله بينما التقليد قد يقتصر على جزء منه، وفي الغالب يصطحب الاصطناع بوضع إمضاء مزور²، غير أن عدم وضع الإمضاء في حاله الحالة لا يمنع من قيام جريمة التزوير، كما أنه في الاصطناع لا يسعى المزور إلى المشابهة بين خطه وخط من يريد نسبة المحرر له، بينما يعتمد المتهم في التقليد إلى ذلك.

ثالثاً: إضافة أو إسقاط أو تزيف الشروط أو الإقرارات أو الوقائع التي أعدت المحررات لتلقيها أو لإثباتها: يقع التزوير في هذه الحالة متى تلاعب الجاني في مضمون المحرر فأضاف أو حذف شرطاً أو إقراراً، أو قام بتزييف الوقائع أو الشروط أو الإقرارات التي جاءت في المحرر، بل إن التزوير يقع متى تلاعب الجاني في كلمة، أو حتى حرف أو فاصلة أو نقطة في المحرر وأدى تلاعبه إلى تغيير الحقيقة التي حرر المحرر من أجل إثباتها³.

رابعاً: انتحال شخصية الغير أو الحلول محلها: يقصد بانتحال الشخصية التعامل بشخصية الغير أو باسمه، سواء كانت هذه الشخصية حقيقية أو وهمية. والمشرع الجزائري قد اعتبر هذه الطريقة من طرق التزوير المادي التي ترتكب من طرف الشخص المختص بإصدار المحرر الرسمي طبقاً للمادة 214 من قانون العقوبات، لذلك فالفقه الجنائي يذهب إلى أنه يمكن تصور هذه الطريقة في التزوير بالنسبة لغير الموظف يتصور بإحلال اسم شخص آخر في وثيقة مكتوبة بطريق التشطيب أو الإضافة، أما دون ذلك فيعد انتحال شخصية الغير والحلول محلها من قبيل طرق التزوير المعنوي⁴ ومن أمثلة الصورة التي يتجلى فيها التزوير المعنوي أن يتقدم شخص إلى المحكمة بصفته شاهداً و يتسمى باسم الشاهد الحقيقي ويدلي بشهادته في الجلسة بهذه الصفة، أو يتسمى شخص باسم المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية ويتقدم للسجن لتنفيذ العقوبة بدلاً عن الشخص المنتحلة صفته.

¹ أنظر في هذا المعنى: حمري العكري، المرجع السابق، ص 105-عبد الله سليمان: قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، الجزائر، ط 2003.

ديوان المطبوعات الجامعية ص 123 -محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 552.

² أحمد أبو الروس، الموسوعة الجنائية الحديثة، ج 05، المكتب الجامعي الحديث الأزرايطية، ط 1997، مصر، ص 70.

³ أمغار خديجة، المرجع السابق، ص 47.

3- إشكالية الضرر في جريمة التزوير في المحررات الرسمية: إن غياب تعريف تشريعي لجريمة التزوير

في المحررات الرسمية أدى إلى اختلاف الفقه والتطبيقات القضائية حولها، وهو ما نتج عنه العديد من الاختلافات بشأن تطبيقات هذه الجريمة من أهمها الاختلاف حول ضرورة أن يترتب على السلوك الإجرامي ضرر وبالتالي يتعين على القاضي إثباته أم أن التزوير يقع بمجرد ارتكاب السلوك الإجرامي المتمثل في تغيير الحقيقة بإحدى الطرق المحددة قانوناً على سبيل الحصر كون الفعل يشكل في حد ذاته اعتداء على الثقة العامة في هذه المحررات . وللإجابة على هذا الإشكال قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول منهما موقف الفقه والقضاء من الضرر في جريمة التزوير في المحررات الرسمية (المطلب الأول). أما الثاني فسنخصصه لدراسة الخلاف لدى الفقهاء القائمين بضرورة توفر الضرر في جريمة التزوير في المحررات الرسمية بخصوص موقع هذا الضرر في الهيكل العام لجريمة التزوير (المطلب الثاني).

1.3- موقف الفقه والقضاء من الضرر في جريمة التزوير في المحررات الرسمية: أمام انعدام نص قانوني

يتضمن ضرورة قيام الضرر لثبوت جريمة تزوير المحررات الرسمية انقسم الفقه والقضاء في معالجة هذه الإشكالية بين اتجاه يرى عدم لزوم توافر الضرر لقيام جريمة التزوير وآخر يرى لزوم توافر الضرر لقيام هذه الجريمة وهو ما سنتناوله في الفرعين التاليين:

1.1.3- الاتجاه المنكر لضرورة قيام الضرر لثبوت جريمة تزوير المحررات الرسمية: يذهب هذا الاتجاه إلى

أنه لا يشترط لقيام جريمة تزوير في المحررات الرسمية ثبوت ضرر ما تأسيساً على عدة مبررات أهمها:

1- أن الضرر لا يدخل ضمن النموذج القانوني لجريمة التزوير طبقاً للمبادئ العامة التي تحدد أركان الجريمة بنص قانوني صريح لا يقبل التفسير الواسع، ولو كان الضرر شرطاً لازماً لقيام جريمة التزوير لما نص المشرع على اعتبار استعمال المزور المحرر المزور جريمة مستقلة بذاتها عن جريمة التزوير، لأن الضرر الفعلي من التزوير لا يتحقق إلا باستعمال المزور.¹

2- أن المشرع يهدف إلى حماية الثقة العامة في المحرر ويترتب على ذلك أن أي تغيير في بيانات المحرر يتحقق بها الضرر وهو ضرر مفترض.

وقد أعيب على هذا الاتجاه توسيعه لدائرة العقاب في مجال التزوير فالجرم يتحقق بمجرد تغيير الحقيقة دون اشتراط للضرر، وهو أمر يخرج عن قصد المشرع ذلك أن تغيير الحقيقة لا ينصرف إلى مطلق الحقيقة وإنما إلى الحقيقة المثبتة في المحرر والتي من شأن حال تغييرها إحداث ضرر، وهو ما دفع غالبية الفقه الجنائي نحو ضرورة توافر الضرر لقيام جريمة التزوير.²

1.3.2- الاتجاه المؤيد لضرورة توفر الضرر لقيام جريمة التزوير في محرر رسمي: يرى هذا الاتجاه وهو

السائد فقها وقضاء ضرورة توافر الضرر لقيام جريمة التزوير تأسيساً على الحجج التالية:

¹ أنظر في هذه المبررات: محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، لبنان، 2007، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 149.

² حمري نوال، الضرر في جريمة التزوير، المرجع السابق، ص 97.

1- أن الضرر يعد قيدياً من إطلاق النصوص ويحول دون امتدادها إلى وقائع لا يسوغ فيها العقاب لتخلف الحكمة من التجريم وهي مواجهة الضرر أو الخطر الذي يلحق بالمصلحة العامة.

2- أن المشرع وإن كان يحمي الثقة العامة في المحررات، إلا أنه ليس كل تغيير في الحقيقة من شأنه أن يحدث إخلالاً بتلك الثقة، وإنما الذي يحدث الإخلال هو التغيير الذي ينشأ عنه ضرر فعلي أو ضرر احتمالي، وبذلك يكون الضرر لازماً لقيام جريمة التزوير قانوناً وتختلف عناصر الضرر ينفي التزوير ولو توافرت سائر أركانه¹.

وقد ذهب المشرع الفرنسي إلى النص على اشتراط الضرر صراحة من خلال تعريفه للتزوير بموجب المادة 1441 من قانون العقوبات الفرنسي المعدل بموجب القانون رقم 92-1336 على أنه: "يشكل تزويراً كل تغيير احتيالي للحقيقة من شأنه إحداث ضرر وينجز بأية وسيلة كانت وينصب على محرر أو على أية دعامة للتعبير على الأفكار يكون موضوعها أو يكون من أثارها إقامة الدليل على حق أو على واقعة ذات نتائج قانونية"².

3.1.3 - موقف القضاء الجزائري في الضرر في جريمة تزوير المحررات الرسمية: تبنى القضاء الجزائري ممثلاً

في المحكمة العليا الرأي الغالب في الفقه والقائل بضرورة توافر الضرر لقيام جريمة تزوير المحررات الرسمية، وهو ما ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/11/2129 ملف رقم 339900 متبينة في ذلك موقف المشرع الفرنسي سابق الذكر أين قضت بما يلي: "كل تغيير وتحريف للحقيقة في محرر أو مستند من شأنه أن يسبب ضرراً للغير ويهدف إلى إثبات حق أو واقعة وتترتب عنه نتائج قانونية"³.

كما ذهبت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1999/12/21 قضية رق 227350 إلى التأكيد على عنصر الضرر في جريمة التزوير أين قضت بأنه: "حيث أنه وكما استقر عليه الاجتهاد القضائي للغرفة الجزائرية بالمحكمة العليا فإنه لا يوجد تزوير معاقب عليه إلا إذا سببت الوثيقة المقلدة أو المزيفة ضرراً حالاً أو محتملاً للغير. حيث أن غرفة الاتهام لن تثبت هذا الضرر ولم تعين الطرف أو الأطراف المتضررة من جراء تصرفات المتهمين"⁴.

2.3 - الموقع العام لضرر في جريمة التزوير في المحررات الرسمية: بالرغم من أن الاجتهاد القضائي قد

فصل في مسألة ضرورة توفر الضرر لقيام جريمة تزوير المحررات الرسمية، إلا أن الاختلاف ظل قائماً بخصوص الطبيعة القانونية لهذا الضرر أي موقعه في البنيان القانوني لهذه الجريمة فهل يعد ركناً مستقلاً في الجريمة أم أنه

¹ أنظر في هذا المعنى: محمد ذكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 563-فرج علواني هليل، جرائم التزوير والتزوير والطعن بالتزوير وإجراءاته، الإسكندرية، 2005، دار المطبوعات الجامعية، ص 238.

² L'art 441 -1: « constitue une fausse toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou toute support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait a ant des conséquences juridiques». Loi n° 92-1336 du 12 décembre 1992 – art. 372(v) JORF 23 décembre 1992 en vigueur le 1er mars 1994.

³ قرار صادر بتاريخ 2006/11/29، ملف رقم 339900، المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02 لسنة 2006، ص 577.

⁴ قرار صادر بتاريخ 2006/12/21، ملف رقم 227350، المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01 لسنة 2001، ص 297.

عنصرًا في الركن المادي ؟ ، وقد انقسم الفقه في الإجابة على هذه الإشكالية بين قائل باعتبار الضرر ركن خاص في جريمة التزوير في المحررات الرسمية ، بينما اعتبر الرأي الغالب الضرر عنصر من عناصر الركن المادي لهذه الجريمة .

1.2.3- الضرر ركن في جريمة تزوير المحررات الرسمية: اعتبر هذا الاتجاه الضرر ركنًا خاصًا في جريمة

تزوير المحررات¹ الرسمية قائمًا بذاته متميزًا عن فعل التزوير بلا تلازم بينهما مستنديًا في ذلك إلى مقتضيات الوضوح في الدراسة ومتطلبات التطبيق القانوني السليم.

2.2.3- الضرر عنصر من عناصر الركن المادي في جريمة تزوير المحررات الرسمية: يذهب أنصار هذا الرأي

إلى أن هذه الجريمة مثلها مثل الجرائم الأخرى لا يلزم لتحقيقها سوى الأركان المتعارف عليها ، و الضرر لا يعدو أن يكون عنصرًا في الركن المادي لجريمة التزوير ، وكل ما هنالك أن الضرر في أغلب الجرائم يكون نتيجة ملازمة للفعل المادي المكون لها ، أما في جريمة التزوير فإن الفعل المادي هو تغيير الحقيقة في محرر ، وتغيير الحقيقة لا يترتب عليه حتما حدوث الضرر فقد يقع الضرر وقد لا يقع ، فالركن المادي لأي جريمة لا يستكمل كيانه القانوني إلا بتوافر عنصر الضرر ، فلا بد من معالجته ضمن الوضعية القانونية الصحيحة له بين عناصر الركن المادي² . وقد عبر البعض الآخر عن الضرر بأنه وصف لتغيير الحقيقة وليس معنى ذلك وصف مرادف لعبارة تغيير الحقيقة وإنما يعنى أن تغير الحقيقة المعاقب عليه هو التغيير الضار. غير أن تغيير الحقيقة ليس هو الضرر في حد ذاته أو عنصر النتيجة في الجريمة وإنما تغيير الحقيقة هو الفعل الذي يترتب الضرر المعول عليه من خلال التزوير، يتم عن طريق المساس ماديا أو معنويا بالمحرر بالحذف أو الإضافة أو التبديل في محتويات المحرر، أو باتباع إحدى طرق التزوير المعنوي، فما هو إلا السلوك المؤدي إلى المساس بالمصالح المحمية بنصوص التجريم وبالتالي فإن تغيير الحقيقة يدرس ضمن عنصر السلوك الإجرامي لا ضمن عنصر النتيجة الإجرامية في التزوير. كما أن النتيجة الإجرامية في التزوير تتمثل في احتواء المحرر على بيانات كاذبة أي تشويه المحرر والذي يصيب شخصا أو هيئة³.

ورغم اختلاف الشراح حول موقع الضرر في بنية جريمة تزوير المحررات الرسمية إلا أنهم يتفقون على أهميته في قيام الجريمة. والواقع أن اعتبار الضرر ركنًا قائمًا بذاته، أو اعتباره عنصر النتيجة في الركن المادي ليس من شأنه ترتيب آثار مختلفة فموقع الضرر في النموذج القانوني لجريمة التزوير أنه ضروري لقيام الجريمة، فيترتب على عدم وجوده انتفاء الجريمة⁴ و يترتب على ذلك أنه يتعين على قاضي الموضوع أن يثبت في حكمه بالإدانة توافر الضرر وإلا كان حكمه معيبًا مما يستوجب نقضه⁵.

3.2.3- موقف القضاء من موقع الضرر في جريمة تزوير المحررات الرسمية: ذهب الاجتهاد القضائي في فرنسا

إلى الأخذ بالرأي القائل بأن الضرر عنصر من عناصر الركن المادي للجريمة وهو عنصر هام تستطيع من خلاله

¹ أنظر في هذا الاتجاه: رؤوف عبيد، جرائم التزوير والتزوير، مطبعة النهضة الجديدة، ط 03، 1978-محمد علي سكيكر، جرائم التزوير والتزوير وتطبيقاتها العملية، 2008، دار الفكر الجامعي، ص 84.

² أمغار خديجة، جريمة التزوير في المحررات الرسمية -دراسة تحليلية مقارنة، المرجع السابق، ص 80.

³ حمري نوال، الضرر في جريمة التزوير المحررات، المرجع السابق، ص 98.

⁴ فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم التعزير المنظمة في العربية السعودية، ط 01، المملكة العربية السعودية، 1989، جامعة الملك سعود، ص 193.

⁵ أنظر في ذلك: حسني محمد نجيب، شرح قانون العقوبات -القسم الخاص-، 1992، دار النهضة العربية، ص 217.

محكمة النقض ممارسة رقابتها.¹ وقد تبنت المحكمة العليا الجزائرية نفس الاتجاه وهو ما يتضح من قرارها رقم 559251 الذي جاء فيه: "وحيث يتضح من مناقشة القرار المطعون فيه لجرم التزوير أن قضاة غرفة لم يتأكدوا من قيام الركن المادي من عدمه بإجراء خبرة فنية على الوثيقة المدعى بتزويرها وقفزوا مباشرة إلى عنصر الضرر وأكدوا عدم توافره وهذا يخالف المنطق لأنه في حالة ثبوت قيام الركن المادي للتزوير في قضية الحال فإن عنصر الضرر يتوفر ولو من الناحية المعنوية...."² و من جانبنا نميل إلى الأخذ بما ذهب إليه غالبية الفقه واجتهاد المحكمة العليا للحفاظ على التقسيم التقليدي لأركان الجريمة .

الخاتمة

نخلص في نهاية دراستنا هاته إلى أنه بالرغم من أن جريمة التزوير في المحررات الرسمية تهدد الثقة في التعامل و تمتد إلى تهديد الأشخاص ، إلا أن النصوص القانونية التي تناولتها لا تزال تثير في تطبيقها الكثير من الإشكالات ، وقد حاولنا إثارة جملة من التساؤلات بشأن الركن المادي لجريمة تزوير المحررات الرسمية في إطار إيضاح كيفية المعالجة التشريعية لها من طرف التشريع الجزائري الذي لم يكن موفقا في بعض المسائل مما اضطر القضاء للتدخل لحسم بعض المسائل الجوهرية في تطبيقات هذه الجريمة ولا تزال بعض الإشكالات لم تحسم بسبب غياب الاجتهاد القضائي بشأنها . ويمكننا في نهاية هذه الورقة البحثية أن نستخلص النتائج التالية:

إن عدم النص على تعريف واضح ودقيق لجريمة التزوير في المحررات الرسمية أدى إلى خلق إشكالات قانونية عند تطبيق النصوص القانونية مما اضطر المحكمة العليا إلى التدخل بوضع تعريف دقيق لهذا الجرم.

عدم النص على تحديد مفهوم دقيق للمحرر الرسمي باعتباره محل جريمة التزوير في المحررات الرسمية أدى إلى تضارب الآراء الفقهية بشأنه مع ضرورة الرجوع إلى الأحكام العامة في القانون وهو ما من شأنه أن يؤثر على مبدأ الشرعية في الجرائم والعقوبات.

لم يكن المشرع الجزائري موفقا بالنص على ان التزوير في المحررات الرسمية يقع بمجرد تغيير الحقيقة في محرر رسمي بإحدى الطرق التي نص عليها القانون.

إن الضرر في هذه الجريمة شرطا لازما وعنصرا أساسيا لقيامها، فهو يحد من إطلاق النصوص القانونية التي تقضي بالتجريم بمجرد تغيير الحقيقة في المستند الرسمي بإحدى الطرق التي ينص عليها القانون. وبناء عليه تعد جريمة التزوير في المحررات الرسمية من جرائم الضرر كما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا.

ان تأكيد الاجتهاد القضائي على اشتراط الضرر لقيام جريمة التزوير في المحررات الرسمية يتعارض مع قاعدة حصر مجال التجريم والعقاب على السلطة التشريعية أي مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

وبناء على هذه النتائج نورد التوصيات التالية:

¹ Chambre criminelle, cour de cassation française, arrêt de 19/02/1964, recueil Dalloz. (France). n°376, Année 1964.

² المحكمة العليا، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02 لسنة 2008، ص 374.

- 01- على المشرع الجزائري التدخل من أجل وضع تعريف دقيق لجريمة تزوير المحررات الرسمية يشمل جميع عناصر وشروط هذا الجرم كما فعل نظيره الفرنسي وطبقا لما استقرت اجتهادات المحكمة العليا.
- 02- على المشرع الجزائري ضرورة مراعاة تحديد مفهوم دقيق للمحرر الرسمي باعتباره وعاء التزوير تطبيقا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وألا يترك الأمر للفقهاء الذي تضاربت آراءه.
- 03- النص صراحة على الضرر باعتباره شرطا أساسيا وعنصرا ضروريا لقيام جريمة التزوير في المحرر الرسمي كما استقر على ذلك اجتهاد المحكمة العليا.

قائمة المراجع

أولا: القوانين

- 01- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- 02- القانون رقم 14-08، المؤرخ في 09 أوت 2014، المعدل والمتمم للأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية.
- 04- الأمر رقم 75/58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.
- 05- القانون التوثيق 88/27 المؤرخ في 12 جويلية 1988، المتضمن تنظيم التوثيق.
- 06- القانون رقم 90-22، المؤرخ في 18 أوت 1990، المتعلق بالسجل التجاري.
- 07- الأمر رقم 95-13 المؤرخ في 11/03/1995 المتضمن تنظيم مهنة المترجم، الترجمان الرسمي.
- 08- القانون رقم 11-04 الصادر بتاريخ 06/03/2001 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.
- 09- الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 الموافق لـ 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.
- 08- القانون رقم 06-03، المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.
- 09-10- القانون رقم 16/07 المؤرخ في 03 أوت 2016، المتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة.
- 11- Loi n° 92-1336 du 12 décembre 1992 – art. 372(v) JORF 23 décembre 1992 en vigueur le 1er mars 1994.

ثانيا: المراجع

أ- الكتب

- 01- عبد المهيم بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، ط 01، القاهرة، 1977، دار النهضة العربية.
- 02- رؤوف عبيد، جرائم التزييف والتزوير، ط 03، القاهرة، 1978، مطبعة النهضة الجديدة مطبعة النهضة الجديدة

03-أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات – القسم الخاص-، القاهرة، 1979، الشركة المتحدة للتوزيع والنشر.

04-محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات – القسم الخاص-، القاهرة، 1988، دار النهضة العربية.

05-فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم التعزير المنظمة في العربية السعودية، ط 01، جامعة الملك سعود، 1989.

06-عبد المنعم سليمان، ومحمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات الخاص، مكتبة الصحافة، طبعة 1989.

07-حسني محمد نجيب، شرح قانون العقوبات –القسم الخاص-، القاهرة، 1992، دار النهضة العربية.

08--أحمد أبو الروس، الموسوعة الجنائية الحديثة، ج 05، مصر، 1997، المكتب الجامعي الحديث الأزرايطية،

09-فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط 02، القاهرة، سنة 2000، ار النهضة العربية.

10-فرج علواني هليل، جرائم التزيف والتزوير والظعن بالتزوير وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،

2005 كامل السعيد، شرح قانون العقوبات – الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، عمان، الأردن، 2008، دار الثقة للنشر والتوزيع.

11-محمد علي سكيكر، جرائم التزوير والتزيف وتطبيقاتها العملية، 2008، دار الفكر الجامعي.

12-محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني -الأثبات في المواد المدنية والتجارية -، الجزائر، 2009، دار الهدى.

13-محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، ، بيروت، 2009، منشورات الحلبي الحقوقية.

¹⁴ محمود إبراهيم إسماعيل، شرح قانون العقوبات المصري في جرائم الاعتداء على الأشخاص وجرائم التزوير، مصر، دار الفكر العربي

15-علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على المصلحة العامة، منشورات الحلبي الحقوقية.

16-حسن صادق المرصفاوي، شرح قانون العقوبات الكويتي –القسم الخاص-، بيروت والمكتب الشرقي للنشر والتوزيع ب-مذكرات الماجستير:

01-حمري العكري، جريمة التزوير في المحررات على ضوء الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون جنائي وعلوم جنائية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2012-2013.

02-أمغار خديجة، جريمة التزوير في المحررات الرسمية –دراسة تحليلية مقارنة -، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم الإدارية –بن عكنون -، جامعة الجزائر، 2013-2014.

ثالثا: المجالات:

01-مشتاق طالب وهيب، "المعالجة القانونية لجريمة التزوير التقليدي في القانون العراقي"، مجلة أماراباك، الأكاديمية

الأمريكية العربية للعلوم والتكنولوجيا، المجلد 14.



02- حمري نوال، "الضرب في جريمة التزوير في المحررات"، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 01، العدد 02، ص 108.

03- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01 لسنة 1993.

04- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01 لسنة 2001.

05- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01 لسنة 2001.

06- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02 لسنة 2006.

07- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02 لسنة 2007.

08- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02 لسنة 2008 .

09- Jeanne De POULPIQUET, U Responsabilité des notaires, (Civil, Discipline, Pénal) Dalloz
paris, 2003.

10- encyclopédie juridique, Répertoire de droit pénal et de procédures pénales, 2ème
édition, tome3, Dalloz, mise à jour 1989, Paris.

11- Bull.crim n°244. Code pénal, édition 2008.

الحماية المدنية لبراءة الاختراع في التشريع الجزائري وموقف إتفاقيتي باريس والتريبس

The civil protection of patent in the Algerian legislation and the position of the Paris and TRIPS agreements

سلامي ميلود

جزيري مروة *

جامعة باتنة 1

جامعة باتنة 1 مخبر الأمن الإنساني الواقع الرهانات والآفاق

Docteursellami@yahoo.frdjazirimerouakamel@gmail.com

تاريخ القبول: 2021-01-14

تاريخ المراجعة: 2021-01-12

تاريخ الإيداع: 2020-09-30

ملخص:

تتمتع براءة الاختراع بالحماية لأنها أكثر عرضة للإعتداء، و عليه فإذا كانت أحكامها جاءت لحمايتها فإن القانون المدني هو الآخر تضمن وسيلة مدنية لحمايتها، عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة، من أجل مباشرة الدعوى و تعويض صاحب الحق وإتخاذ الإجراءات التحفظية التي تضمن له إحتكار حقه على إختراعه ودرء كل إعتداء. وفي هذا الشأن إتجهت إتفاقية باريس بإعتبارها الدستور العالمي لكافة التشريعات إلى تنظيم المنافسة غير المشروعة، كآلية لحماية كافة حقوق الملكية الصناعية. بالإضافة إلى إتفاقية تريبس نصت على الجزاءات المدنية والتعويضات التي تضمن الحماية الكافية لبراءة الاختراع ، وما يميزها أنها تنص على التعويض العادل للضرر الذي لحق صاحب الحق.

الكلمات المفتاحية: براءة الاختراع؛ الحماية المدنية؛ إتفاقية باريس؛ إتفاقية التريبس؛ دعوى المنافسة غير المشروعة.

Abstract:

A patent enjoys protection because it is more vulnerable to attack. Therefore, if its procedure came to protect it, the civil law also includes a civil means to protect it, through the unfair competition lawsuit, in order to initiate the lawsuit , compensate the right holder and take precautionary measures that guarantee the monopolizing of his right over his invention and warding off every assault . In this regard, the Paris convention, as the universal constitution for all legislations, tended to regulate unfair competition as a mechanism to protect all industrial property rights, in addition to the TRIPS convention that stipulated for civil penalties and compensation that guarantee adequate protection for the patent. What distinguishes it, is that it provides a fair compensation for the damage caused to the right holder.

Keywords: patent ; civil protection ; paris convention ; trips convention ; the unfair competition.

* المؤلف المراسل.

مقدمة:

نظم المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى براءات الإختراع بموجب نظام قانوني خاص ، حيث جاءت أحكامه بهدف حماية أصحاب الحقوق على هذه البراءات ، من خلال الأمر 03-07 المتعلق بالبراءات، وكذا من أجل منع أي إعتداء يقع عليها خاصة في ظل التطورات التي شهدتها العالم ، وكذا وجود منافسات حادة في مجال الإبتكارات و في إطار الإستثمار خاصة في الدول النامية . كما نجد بأن القانون الجزائري جاء ليوفر حماية مزدوجة للمالك البراءة داخلية ودولية حيث أن الإتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية كافة حقوق الملكية الفكرية بشقيها، سواء تلك المتعلقة بحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة وكذا حقوق الملكية الصناعية لها أهمية كبيرة نظرا لدورها في إضفاء حماية فعالة لكافة هذه الحقوق . لذلك نجد بعض الإتفاقيات الدولية التي جاءت لحماية براءات الإختراع ، حيث جاءت بمبادئ وأسس هامة فمن أهمها إتفاقية باريس ، بإعتبارها الدستور العالمي لكافة التشريعات وكذا إتفاقية التريبس التي جاءت هي الأخرى بأحكام هامة خاصة في ما يتعلق بالتعويضات .

وتظهر أهمية الموضوع في أنّ الحماية المدنية لبراءة الإختراع ترتكز على النصوص القانونية التي جاءت لمنح فعالية لبراءة الإختراع ، كما أن هذه الأخيرة تمثل نقطة تقدم وتطور في كل مجالات الحياة لذلك أولتها الإتفاقيات الدولية بأهمية كبيرة من أجل تعزيز المنافسة وبسط الإبداع التكنولوجي ، وكل هذا من أجل ضمان حق مالك البراءة وحصوله على تعويض عن كل تعدي ، ومنع أي منافسات غير مشروعة في مجال التبادلات التكنولوجية بين الدول المتطورة الكبرى والدول النامية من خلال تكريس النصوص التشريعية، وعليه فالإشكال المطروح هو: هل تخضع الحماية المدنية لبراءة الإختراع للأحكام العامة؟، أم أن هناك أحكاما خاصة قرّرها المشرع الجزائري لبسط الحماية مدنيا على الإعتداء الواقع على البراءة؟ وماهو موقف إتفاقيتي باريس وتريبس من ذلك؟.

وللإجابة عن الإشكاليات يقتضي منا الأخذ بالمنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية وذلك بتقسيم دراستنا إلى ما يلي :

1-الحماية المدنية لبراءة الإختراع في التشريع الجزائري.

2-الحماية المدنية لبراءة الإختراع في إتفاقيتي باريس والتريبس.

1-الحماية المدنية لبراءة الإختراع في التشريع الجزائري.

تخضع جميع عناصر الملكية الصناعية لشروط موضوعية وأخرى شكلية، بإعتبار براءة الإختراع⁽¹⁾ أحد عناصرها فهي الأخرى تحمي متى توافرت على هذه الشروط، واستوفت إجراءات الإيداع والشهر حتى تكون موضوع حماية وطنية ودولية، وتكون قد سجلت بطريقة صحيحة لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية⁽²⁾.

(1) : يرى البعض أن براءة الإختراع وثيقة تصدر من الإدارة تشير الى الطلب الذي تقدم به الشخص وتتضمن وصفا كاملا للإختراع وتخول لصاحبها إحتكارها واستغلالها وبالتالي هي عمل قانوني تتمثل في قرار إداري يصدر من الجهة المختصة.

(2) : المرسوم التنفيذي رقم 68-98 المؤرخ في 21 فبراير 1998 الذي يتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية يحدد قانونه الأساسي جريدة رسمية عدد 11 مارس 1998.

فالمشروع الجزائري على غرار التشريعات نظم أحكام براءات الإختراع بموجب الأمر 07-03⁽¹⁾ المتعلق بالبراءات ونظرا لأهميتها فهي معرضة للإعتداء مما جعل المشروع الجزائري يمنح لصاحبها الحق في رفع دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة للمطالبة بالتعويض جراء الأفعال التي تمس بمصلحة صاحب الحق عن كل ضرر لحق به نتيجة ذلك الإعتداء. وبالتالي نعالج من خلال هذا المحور توضيح للحماية المدنية التي تتم إما بطريق دعوى مدنية بالتبعية للدعوى الجزائية، أو بدعوى المنافسة غير المشروعة، وكذا التطرق لإجراءات دعوى المنافسة غير المشروعة.

1-1 الدعاوى المدنية لحماية براءة الإختراع في التشريع الجزائري.

بداية يمكن القول بأن القانون يجيز لصاحب البراءة حق رفع دعوى لمطالبة المعتدي بالتعويض المدني جزاء الخطأ والفعل الضار الذي تسبب به لمالك براءة الإختراع، أي أن كل من تسبب بخطئه في إحداث ضرر استوجب عليه تعويض المضرور على أن تكون هناك رابطة سببية بين الخطأ والضرر، وما تجدر الإشارة إليه هو أن لبراءة الإختراع شروط موضوعية وشكلية، حتى تتمتع بالحماية الوطنية والدولية، لذلك فإن المشروع الجزائري قد حدد الشروط الموضوعية في المادة 03 من الأمر 07-03 المتعلق بالبراءات، وهي أن يكون ثمة إختراع أو إبتكار وهو ما يقتضي بالضرورة وجود إختراع.

حيث تنطبق عليه المواصفات التي تميزه بالإضافة إلى أنه لا بد أن يكون هذا الإختراع جديدا وهي الخصائص التي تكون غير معروفة وجديدة، حيث نجد بأن المشروع أخذ بمبدأ الجودة المطلقة في نص المادة 04 من الأمر 07-03 المتعلق بالبراءات، وأن يكون الإختراع ناتجا عن نشاط إختراعي وقابليته للتطبيق الصناعي بحيث يتحقق معه طابع النفع.

كما يجب أن يكون مشروعا وغير مخالف للنظام والآداب العامة، وهذا ما أورده المادة 08 في فقرتها الثانية من الأمر 07-03 السالف الذكر بنصها: "لا يمكن الحصول على براءات إختراع بموجب هذا الأمر بالنسبة للإختراعات التي يكون تطبيقها على الإقليم الجزائري مخلا بالنظام العام والآداب العامة".

وتخضع لشروط شكلية والتي تعني مجموعة الإجراءات الواجب توافرها وذلك أمام الجهة المختصة، وبالرجوع للتنظيم القانوني لهذه الإجراءات نجد بأن المشروع الجزائري نظمها بموجب الأمر 07-03 المتعلق بالبراءات، بموجب المواد من 20-35 والمرسوم التنفيذي رقم 05-275⁽²⁾، فالإجراءات الشكلية تتمثل في أن يتقدم مالك البراءة بطلبه بغرض الحصول على براءة إختراع من المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، كما قد يتم الإيداع عن طريق آخر مع ضرورة إرفاق الطلب بشرط يثبت فيه المودع حقه على هذا الإختراع.

(1): الأمر 07-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليوس سنة 2003 يتعلق ببراءات الإختراع ج ر عدد 44.

(2): المرسوم التنفيذي رقم 05-275 المؤرخ في 2 أوت 2005 يحدد كيفية إيداع براءة الإختراع وإصدارها ج ر عدد 54 المؤرخ في 07/08/2005 المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-344 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 ج ر عدد 63 المؤرخ في 16/11/2008 ص 12، المواد 03.04. حددت الوثائق والمعلومات التي يجب أن يتضمنها طلب إيداع البراءة وحددت المادة 30 المعلومات والبيانات التي يتعين قيدها.

ولا بد أن يحتوي الطلب على الموضوع الرئيسي للإختراع والأشياء التفصيلية التي يتكون منها ، وذلك لغرض توضيح الإختراع موضوع الحق والمراد حمايته قانونا من أي إعتداء، ثم تأتي مرحلة فحص الطلب والبت فيه حيث تتولى الإدارة ذلك بإعتبار أن هذا الفحص يختلف من تشريع لآخر⁽¹⁾، حيث يقدم طلب الحصول على براءة الإختراع إلى المصلحة المختصة ويتم مراجعته من خلال المدير المكلف بذلك، مع مراعاة تطبيق أحكام الإتفاقيات والمعاهدات الدولية في ميدان الملكية الصناعية والتي إنضمت إليها الجزائر.

وبالرجوع إلى إجراءات القيد والبيانات الخاصة بالمعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية وتنظيمها إذ يتم بمقتضى المادة 147 من القانون التجاري بنصها: "إجراء القيد والبيانات طبقا للتشريع الساري المفعول إذا كانت البيوع أو التنازلات عن المحلات التجارية تشمل على علامات المصنع أو التجارة أو الرسوم أو النماذج الصناعية وكانت رهون هذه المحلات تشمل على براءات إختراع أو رخص أو علامات أو رسوم أو نماذج"، وبالتالي نجد بأن أحكام المادة المذكورة أعلاه تنصرف إلى قيد كل تصرف في المحلات التجارية، سواء تعلق الأمر بالبيع أو التنازل أو رهن المحل التجاري متى كانت أحد عناصر الملكية الصناعية عنصرا في المحل، ومنها الرسوم والنماذج الصناعية وبراءة الإختراع⁽²⁾.

ما يعني أن كل تصرف لابد من قيده، وذلك لضرورة معرفة الغير به من خلال نشره وبالتالي فإن الإجراءات الشكلية تتمثل في الإيداع وفحص الطلب والتسجيل (القيد) وكذا النشر.

لذلك فإنه وبالرجوع للمشرع الجزائري فإنه يستوجب على المخترع (شخص طبيعي تنظيم مؤسسة)، الذي يريد حماية إختراعه في الجزائر إيداع طلبه لدى الهيئة المختصة وفقا لنص المادة 20 من الأمر 07-03 المتعلق بالبراءات حيث أوجبت على كل من يرغب في الحصول على براءة إختراع أن يقوم بتقديم طلب كتابي صريح إلى المصلحة المختصة⁽³⁾.

ويتولى تسليم براءة الإختراع المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية في التشريع الجزائري، حيث نص المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي على أحكام إستثنائية، بحيث يجوز لوزير العدل التدخل قبل تسليم البراءة إذا كانت الإختراعات تهم الأمن الوطني، ومن ثم يحق له إعتبارها سرية، كما تعتبر الإختراعات سرية تلك التي تكتسي أهمية بالنسبة للصالح العام ويترتب على ذلك أنه لا يجوز الكشف عن فحوى تلك الإختراعات أو إستغلالها طالما لا توافق وزارة الدفاع عن ذلك⁽⁴⁾.

(1) هناك نظام الإيداع المطلق أخذ به المشرع الفرنسي وهو أن هذا النظام تختص به الجهة المختصة ولها كامل الحرية في منح براءة الإختراع بمجرد تقديم الطلب واستيفائه الشروط الشكلية دون فحص سابق للتحقق من توافر الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون وبالرجوع للمشرع الجزائري فقد أخذ بنظام عدم الفحص المسبق وهو ما يستشف من نص المادة 31 من الأمر 07-03 المتعلق ببراءة الإختراع.

(2) أنظر فاضلي إدريس، الملكية الصناعية في القانون الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص85.

(3) بلجبل عتيقة، النظام القانوني الجزائري لحماية حق براءة الإختراع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد15، جانفي، 2017، ص135.

(4) أنظر علي محمد، فتاحي محمد، مفهوم براءة الإختراع وآليات حمايتها في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، مجلة الحقيقة، العدد38، ص7.

معنى ذلك بأن كل مخترع توصل إلى إبتكار يتعلق بالدفاع الوطني مهما كان مجاله جويًا أو بريًا أو بحريًا فإنه يكتسي طابع السرية، نظرًا للخصوصية التي يتمتع بها لأن الأمر يتعلق بالمصالح العامة ولا يقتصر ذلك على الأمور الدفاعية بل حتى في مجال الأدوية وهو ما يسمّى بالاختراعات السرية (les inventions secrètes)⁽¹⁾.

كما أنه ما ميسري على البراءة من إجراءات شكلية يسري أيضا على البراءة الإضافية (فهي عبارة عن التحسينات والتعديلات التي يجريها صاحب براءة الاختراع على الإختراع الأصلي، أي أن هذه التحسينات والتعديلات تعود على الإختراع الأصلي المسجل، فالغاية من هذه البراءة هي أنه في بعض الأحيان لا يكون الإختراع كامل الوصف والإتقان بل بحاجة إلى بعض الإضافات التي تعود نفعًا على هذا الإختراع)⁽²⁾.

(بعد أن تتوافر الشروط الموضوعية والشكلية تمنح براءة لطلبها التي تخول لمالكها دون غيره حق في الإستئثار بإحتكار ثمرة إختراعه بالإستغلال أو الإستثمار أو منح رخص للغير بإستغلال الإختراع، والذي يكون بكافة صور الإستغلال التعاقدية بنقل كل البراءة للغير أو جزء منها سواء بعوض أو بغير عوض، كما يمكن أن تصبح هذه البراءة عنصر من عناصر المحل التجاري، أو في شركة بإعتبار أن براءة الإختراع مال معنوي منقول قابل للتصرف فيه)⁽³⁾.

يكمّن الغرض في منح براءات الإختراع في ضمان أحقية أصحابها وإحتكارها وإستغلالها الشخصي أو بموجب عقود التراخيص. ولعل الدور المنوط للدولة إنما هو آلية ضمان لحق صاحب براءة الإختراع نتيجة أي إعتداء عليها ومساءلة المعتدي مدنيا وجزائيا، وضرورة التصدي لهذه الأفعال التي تدخل في زمرة الأفعال غير المشروعة.

1-1-1 دعوى التعويض.

تجدر الإشارة إلى أن الشرط الجوهرى لقيام دعوى الإعتداء على الحق هو وجود وتكامل عناصره بحسب أحكام الملكية الصناعية، وهي حماية خاصة مدنية وجنائية معا، وبالتالي فإن كل من يقع عليه جريمة جنائية له كل الحق في المطالبة بالتعويض من فاعلها أمام القضاء الجنائي، وذلك تبعا للدعوى الجنائية أو أمام القضاء المدني بدعوى أصلية⁽⁴⁾.

(1) : أنظر نص المادة 19 من الأمر 07-03 المتعلق بالبراءات من التشريع الجزائري.

(2) : عريقات محمد، حماية الإختراعات في القانون الفلسطيني، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية، المجلد 7، العدد 6، 2018، ص 300.

(3) : ونوغي نبيل، النظام القانوني لبراءة الإختراع وفق التشريع الجزائري، بحوث، العدد 10، الجزء الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد الأمين دباغين، سطيف، ص 212.

(4) : أنظر دزيري حفيظة، حقوق الملكية الصناعية أثر ظاهرة التقليد على المستهلك، ب ط، دار الهدى، الجزائر، ب س ن، ص 75.

لأنه وطبقا للقواعد العامة فإن المسؤولية تقوم على أساس القاعدة القانونية القائلة بأن كل فعلا أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان في حدوثه التعويض، ويكون جبر الضرر عادة بالتعويض (المادي)⁽¹⁾.

(وغير أنه قد يتبين لدى المحكمة الجزائية بأن الأفعال موضوع الدعوى لا تكون جريمة تقليد جنائي، وأنها منافسة غير مشروعة ففي هذه الحالة لا يمنع الحكم الصادر بعد توافر أركان الجريمة وعدم قبول الدعوى المدنية من رفع دعوى أخرى مدنية على أساس المنافسة غير المشروعة ولا يعتد بحجية الأمر المقضي، ذلك أن الدعيين وإن اتحدتا في الموضوع فقد اختلفتا في السبب)⁽²⁾. كما أنه يشترط لقبول رفع الدعوى المدنية تكامل عناصرها المشروطة قانونا وهي ضرورة وجود خطأ بإتباع أساليب غير مطابقة لقواعد العرف والعادات التجارية ووجود ضرر وعلاقة سببية، كما لو كانت أعمال غش أو تضليل حول حقيقة المنتج أو السعي للحصول على أسرار صناعية بطرق غير مباشرة.

وما تجدر الإشارة إليه بعد إستقراء المواد من 56 إلى 60 من الأمر 07-03 المتعلق بالبراءات نستنتج أن المشرع الجزائري قد تبني دعوى التقليد المدنية، حيث لم يشترط توفر ركني الضرر وعلاقة السببية، وإنما إقتصر على ركن الخطأ في عمل من الأعمال المنصوص عليها في المادة 11 من هذا الأمر⁽³⁾.

وبالتالي لرفع دعوى التقليد⁽⁴⁾ المدنية للمطالبة بالتعويض يجب أن يقوم المخترع بتسجيل طلب البراءة كما سبقت الإشارة من أجل ضمان الحماية، وذلك للإستفادة من الحق في رفع هذه الدعوى فتسجيل الطلب كاف للجوء للقضاء، مع إمكانية مباشرة هذه الدعوى حتى وإن لم تصدر البراءة وهذا ما يستشف من خلال نص المادة 57 من الأمر 07-03 حيث تقضي بأنه إستثنى من ذلك الوقائع السابقة لتسجيل طلب براءة الإختراع، والتي تحدث بعد تبليغ المقلد المشتبه به بواسطة نسخة رسمية لوصف البراءة تلحق بطلب براءة الإختراع، معنى ذلك في حالة لو قام شخص ما بتقليد الإختراع لكن قبل تسجيل المخترع لطلب البراءة، وقام هذا الأخير بعد علمه بالإعتداء عن طريق نسخة رسمية لوصفه البراءة تلحق بها، هنا يستفيد بحق اللجوء إلى القضاء بالرغم من أن الإعتداء كان سابقا لطلب التسجيل ويستفيد صاحب البراءة من حق متابعته المقلد مدنيا على أساس دعوى التقليد المدنية⁽⁵⁾.

وعليه يمكن القول بأن القانون يسلط الضوء على الحماية لصاحب الحق من خلال منحه صلاحية رفع دعواه للمطالبة بالتعويض بالتبعية للدعوى الجنائية وهو ما يسمى بالدعوى المدنية المتعلقة بالتعويض.

(1) بن دوش نظرة، الحماية المدنية لبراءة الإختراع في التشريع الجزائري والإتفاقيات الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، ص77.

(2) فاضلي إدريس، الملكية الصناعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص117.

(3) أنظر بن دوش نظرة، الحماية المدنية لبراءة الإختراع في التشريع الجزائري والإتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص56.

(4) "يقصد بمصطلح التقليد كل مساس بالحقوق المرتبطة ببراءة الإختراع يشكل جنحة التقليد وهي تقوم على وضع المنتج المحمي بالبراءة أو استعاله أو تسويقه أو حيازته لهذا الغرض"، نقلا عن عكروم عادل، الحماية الجزائية لأصول الملكية الصناعية في الجزائر جريمة التقليد، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد5، مارس، 2015، ص287.

(5) أنظر دزيري حفيظة، حقوق الملكية الصناعية، المرجع السابق، ص76.

2-1-1 دعوى المنافسة غير المشروعة.

تعد المنافسة ميدانا خصبا من خلال تشجيع روح الإبتكار، وذلك وفق ضوابط قانونية مما يحقق النزاهة في مجال التنافس من هذا الشأن نجد أن المنافسة قبل القانون الوضعي ثابتة في الشريعة الإسلامية في دينا الحنيف حيث ورد في القرآن الكريم قوله تعالى ((حَتَامَهَا مِسْكَ وَفِي ذَلِكَ فَلْيَتَنَافَسِ الْمُتَنَافِسُونَ))⁽¹⁾، وهذا في مجال الحث على التنافس في عمل الخير من خلال الراغبين في طاعة الله . إلا أنه تكون منافسة غير مشروعة عندما يعتمد الأعوان في ذلك أساليب مخالفة للقوانين والأعراف التجارية. ومن خلال حقوق الملكية الصناعية فإن المنافسة غير المشروعة تجد محورها في إستعمال الحق بدون ترخيص من مالكمها الأصلي. وكذا مباشرة الأعمال التي من شأنها أن تضر أصحاب هذه الحقوق.

فيمكن تعريف المنافسة غير المشروعة على أنها: (كل منافسة تتعارض مع العادات الشريفة في الشؤون الصناعية و التجارية)⁽²⁾. أمام تعدد التعاريف فيمكن القول بأن المنافسة غير المشروعة هي كل طرق الإحتيال والأساليب التي يعتمد إليها الأعوان الإقتصاديين لتحقيق مصالح غير مشروعة، خاصة أن المنافسة غير المشروعة لم تحظى بمنظومة قانونية خاصة لدى بعض التشريعات، ما تطلب الأمر تأصيلها على أساس المسؤولية التقصيرية من خلال نص المادة 124 من القانون المدني⁽³⁾.

(ذلك أن التطبيقات القضائية في الجزائر تؤسس دعوى المنافسة غير المشروعة على القاعدة القانونية التي تقضي بأن كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض، وعليه فإن هذه الدعوى تقوم على القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، إلا أن هذا لا يعني أن دعوى المنافسة غير المشروعة هي إحدى دعاوى المسؤولية التقصيرية، بل هناك إختلافا بينهما فالمسؤولية التقصيرية هي وسيلة لإصلاح الضرر أما المنافسة غير المشروعة فضلا عن أنها تصلح للضرر فلها وظيفة وقائية بالنسبة للمستقبل)⁽⁴⁾.

كما أن المشرع الجزائري إصطلح على أعمال المنافسة غير المشروعة أعمال غير نزيهة، وذلك بموجب القانون 02-04⁽⁵⁾ المعدل حيث نص في المادة 27 منه على الممارسات غير النزيهة على سبيل المثال لا الحصر، لأنه لا يمكن حصرها مع التطورات وتزايد وسائل غير المشروعة.

(1) سورة المطففين الآية 26.

(2) عبد الجبار الصفار غانم زينة، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية، ط2، الحامد للنشر والتوزيع، الأردن 2007، ص28.

(3) الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في

20 يونيو 2005 ج ر عدد 44.

(4) بن دريس حليلة، دعوى المنافسة غير المشروعة لحماية حقوق الملكية الصناعية والتجارية، دراسات قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، ص44.

(5) القانون 02-04 مؤرخ في 23 يونيو 2006 يتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ج ر عدد 14 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-10 مؤرخ

في 18 أوت 2010 ج ر عدد 46 سنة 2010.

(والمادة 26 من القانون 02-04 تشكل أساسا لإدانة الممارسات التجارية غير النزيهة، أما المادة 124 من القانون المدني تشكل أساسا للمنافسة غير المشروعة، والملاحظ أن المسؤولية في المادة 26 من القانون 02-04 هي مسؤولية بدون ضرر لأنها ردعية وعقابية. أما المسؤولية في المادة 124 من القانون المدني فهي قائمة على أساس الضرر لأنها تهدف إلى إصلاحه)⁽¹⁾.

وما تجدر الإشارة إليه هو ما رسمه Roubier الذي يفرق بين المنافسة الممنوعة والمنافسة غير المشروعة، ففاعل عمل المنافسة في الفرضية الأولى يتصرف بدون حق، وفي الثانية يستعمل حريته بإصراف⁽²⁾.

فالهدف من المنافسة النزيهة تحقيق الكفاءة الإقتصادية التي تعني توفير السلع والخدمات بأقل الأسعار وأفضل نوعية، بالإضافة إلى إيجاد إقتصاد مفتوح يسمح للمؤسسات بالإخراط في المنافسة بالأسواق الدولية من خلال تشجيعها وتوسيعها في مختلف القطاعات حيث نصت المادة الأولى من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة على تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق، وتفادي كل ممارسة مقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الإقتصادية قصد زيادة الفاعلية الإقتصادية وتحسين كل ظروف معيشة المستهلكين⁽³⁾.

كما أننا نجد من أمثلة الخطأ كشرط لقيام الدعوى من يقوم بتقليد إختراع أثناء البيع لكسب عملاء صاحب براءة الإختراع أو المؤسسة التي لها حق إحتكار الإستغلال⁽⁴⁾.

2-1 الإجراءات المتعلقة بدعوى المنافسة غير المشروعة.

باعتبار أن براءة الإختراع أحد أهم عناصر الملكية الصناعية⁽⁵⁾، فهي تعتبر ذات أهمية بالغة خاصة في مجال الأدوية مع العلم أن موضوع البراءات في المواد الصيدلانية يحظى بحماية على الصعيدين الوطني والدولي خاصة بموجب عقود التراخيص مع الدول النامية في إطار التبادل التكنولوجي بما يحقق المنفعة العامة، (لذلك فإن براءة الإختراع تعتبر بمثابة طريقة قانونية تساهم في تطور الإختراعات وتدفع إلى الضلوع بها، لذا فإنها تشكل امتيازاً حصرياً بالإستثمار للمخترع)⁽⁶⁾.

ومن هذا الشأن نجد بأن براءة الإختراع تلعب دوراً في تشجيع الإبتكار وهذا ما يشجع القانون في تقنين المعرفة مقابل إنشاء حقوق الملكية، وهو ما يجعل قوانين البراءات تكتيف هذه الحقوق من خلال الإستخدام الفعال في

(1) بن دريس حليلة، دعوى المنافسة غير المشروعة لحقوق الملكية الصناعية والتجارية، المرجع نفسه، ص 44، 45.

(2) أنظر القاضي منصور، المطول في القانون التجاري، الجزء 1، المجلد 1، ط 1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، 2007، ص 726.

(3) أنظر كتوم محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية، د ط، منشورات بغدادي، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 11، 12.

(4) بن ددوش نظرة، الحماية المدنية لبراءة الإختراع في التشريع الجزائري والإتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص 79.

(5) في إطار علاقة الملكية الصناعية والمنافسة فنجد بأنهما في اتجاه واحد مكمل، معنى ذلك أن قانون المنافسة يمنع التعسف في الأسواق أما قانون الملكية الصناعية فهو يعطي حق الاستغلال.

(6) مغيبغ نعيم، براءة الإختراع ملكية صناعية وتجارية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 26.

المجال الإقتصادي ومختلف مجالات المعرفة وكذا مراعاة خصوصية كل حالة تنافسية⁽¹⁾.

(فأول ما يمكن استقراؤه في القانون الجديد أنه وسع نطاق الحماية بموجب براءة الاختراع، فإذا كان سابقه المرسوم التشريعي (93-17) قد أخرج صراحة من نطاق الحماية المواد الصيدلانية وأدرج فقط طرق صناعتها، فإن القانون الجديد

لم يستبعد هذه المواد وبالتالي الدواء من المواد المشمولة بالحماية القانونية بموجب براءات الاختراع)⁽²⁾.

وبعد هذه التوطئة فالمنافسة غير المشروعة تعتبر أساليب غير قانونية يتطلب منا دراسة إجراءاتها من حيث الشروط، وكذا الآثار في إطار الحماية المدنية التي يتمتع بها صاحب البراءة .

1-2-1 الإطار القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة.

تقوم دعوى المنافسة غير المشروعة على أساس المسؤولية التقصيرية، وبالتالي فإن الحق في براءة الاختراع يستظل كغيره من الحقوق بمضلة الحماية المدنية المخولة لصاحبها في مطالبته بالتعويض عن كل ضرر لحق به وبالتالي فإن تطبيق القواعد العامة على أحكام المنافسة غير المشروعة يتضمن مرونة كبيرة في هذا المجال، وذلك لصعوبة إثبات العلاقة بين الخطأ والضرر الذي يصيب مالك البراءة عند إستغلاله للإختراع في حالة أعمال المنافسة غير المشروعة. وبالتالي فإن إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر يكون غالب الأحيان بالإستناد على قرائن بسيطة يشبه إلى حد بعيد إثبات الضرر الإحتمالي الواجب درؤه⁽³⁾.

يشترط لرفع دعوى المنافسة غير المشروعة وجود ثلاث شروط أولاها وجود منافسة، (حيث يستلزم لرفع دعوى المنافسة غير المشروعة أن تكون هناك منافسة حقيقية أي أنها تحدث بين تاجرين يباشران تجارة أو ناعة من نوع واحد أو متشابه ولا يعني ذلك التشابه المطلق بين كلا النشاطين، بل يكفي أن يكون هناك إرتباط بينهما بحيث يؤثر العمل غير المشروع على نشاط التاجر)⁽⁴⁾.

أما عن ثاني شرط هو أن تكون منافسة غير مشروعة، وهي قيام المنافس بأعمال منافية للأعراف التجارية غير نزيهة مما تصدر نتيجة ألا وهي الضرر بسبب الخطأ الذي قام به المدعى عليه هذا ما يتعلق بالشروط، ثم تأتي إلى تحديد العناصر المتعلقة بدعوى المنافسة غير المشروعة ونسئهل بأول عنصر وهو الخطأ بإعتبار أن عناصرها هي نفسها عناصر المسؤولية التقصيرية المتمثلة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية. وبإعتبار أن المشرع لم يضع الأحكام

(1): Eric brousseau, brevet, protection et diffusion des connaissances un relecture néo-intitutionnelle des propriétés de la règle de droit article revue d'economie industrielle january ,1997,source repec p.01.

(2): بن يحي سعيدي، النظام القانوني لبراءات إختراع الدواء في الدول النامية، المعيار، المجلد 10، العدد 4، ديسمبر 2019، ص 249.

(3): أنظر زواتين خالد، استغلال براءة إختراع وحماية الحق في ملكيتها، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص

الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 09/02/2020، ص 187، ص 188.

(4): عبد الجبار الصفارغانم زينة، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية، المرجع السابق، ص 133.

المتعلقة بشروط وعناصر الدعوى وخاصة ضمن القوانين المنظمة للملكية الصناعية ، إلا أنه نجده أوردتها في إطار القانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

(فيتمثل عنصر الخطأ في أفعال المنافسة التي تصدر من أحد التجار وهذه الأفعال تتخذ صوراً عديدة لا يمكن حصرها. لذلك فإن قيام بعض التشريعات بتعداد أعمال المنافسة غير المشروعة إنما يكون على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر)⁽¹⁾.

ونظراً للطابع الخاص لركن الخطأ في دعوى المنافسة غير المشروعة وتعدد صورته لعدم مشروعيتها في ظل المنافسة فإن الفقه والقضاء والأنظمة التشريعية اختلفت حول تحديد المعيار المرجعي في تعريف الخطأ ، لذلك فإن الخطأ في مجال المنافسة غير المشروعة يجب وضعه في إطار شامل ليشمل في نفس الوقت التصرفات المتعمدة والتصرفات المرتكبة نتيجة إهمال أو عدم الحيطة⁽²⁾.

وبالرجوع لنص المادة 124 من القانون المدني يتضح أن المسؤولية عن الأعمال الشخصية التقصيرية لا تقوم إلا بتوافر أركانها والتي تتمثل في الخطأ والضرر وعلاقة السببية وهنا يكون مرتكب الخطأ مسؤولاً بالتعويض⁽³⁾.

هناك من عرف الخطأ بأنه (إخلال بواجب قانوني يتوجب المسؤولية نتيجة الضرر فلا يكفي فيه توافر الركن المادي ليقوم الخطأ بل يجب لقيامه أن يكون من وقعت منه أعمال التعدي مدركاً لها)⁽⁴⁾. ومن أمثلة الخطأ التقصيري في هذا المجال الإعتداء على حق الملكية الفكرية من قبل الغير الذين لا يرتبطون بصاحب حق الملكية الفكرية بأي تعاقد مثل إفشاء أسرار براءة الإختراع⁽⁵⁾.

ثاني عنصر هو الضرر حيث (يعتبر الضرر شرطاً أساسياً لقيام المسؤولية المدنية والضرر هو الأذى الذي يلحق بالشخص ويمس حقا من حقوقه أو مصلحة مشروعة له سواء كانت المصلحة مادية أو معنوية. والضرر المادي عبارة عن خسارة مالية للشخص يترتب عليها نقص في الذمة المالية، أما الضرر الأدبي فهو ما يمس العواطف والمشاعر والسمعة)⁽⁶⁾. فالضرر ركن لقيام المسؤولية التقصيرية لأنه لا يكفي أن يقع الخطأ ، بل لابد من وجود الضرر أو توفر التعدي على البراءة والمضروب هو من يقع عليه إثبات الضرر، لأنه هو بإمكانه إثباته باعتباره واقعة يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات.

(1) : الغريب محمد سلمان، الإختكار والمنافسة غير المشروعة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص297.

(2) : أنظر مباركي ميلود، شروط ممارسة دعوى المنافسة غير المشروعة في مجال حماية حقوق الملكية الصناعية، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد 1، جانفي، 2015، ص146.

(3) : أنظر قدارة خليل أحمد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، جزء 1، ص241.

(4) : النشار محمد فتح الله ، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ب ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002، ص119.

(5) : أنظر محمد علي جمال عبد الرحمن، أبو هشيمة عادل محمود حوتة، حقوق الملكية الفكرية، ب ط، دار الكتب القانونية ، مصر الإمارات، 2015، ص215.

(6) : عماد حمد محمود الإبراهيم، الحماية المدنية لبراءات الإختراع والأسرار التجارية ، دراسة مقارنة، أطروحة استكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2012، ص116.

كما أن الضرر في مجال الملكية الصناعية لا يشترط أن يكون محقق الوقوع وهو خروج عن القواعد العامة بجعل الضرر المحتمل ممكنا وهذا ما يتعلق بوقف الأعمال غير المشروعة. (كما يحوز القاضي سلطة مطلقة في التقدير وتقويم الضرر ليس سهلا دائما، ويجوز للقاضي اللجوء الى الخبرة أو الإسناد إلى دراسات خاصة)⁽¹⁾.

وثالث ركن هو علاقة السببية بين الخطأ والضرر التي تتطلبها قيام المسؤولية، والأصل أن إثبات علاقة السببية على المدعي غير أن هناك قرينة قضائية تنشأ بمجرد إثبات المدعي للخطأ والضرر، بحيث يكون على المدعي عليه نفيها بإثبات سبب أجنبي، أما في حالة تعدد المضرورين فترفع الدعوى ضد من قام بالخطأ، وبالتالي جاز لكل منهم رفع دعواه منفردا شريطة وقوع ضرر من الشخص الذي قام بالخطأ ومطالبته بالتعويض⁽²⁾. وبالتالي نجد من صور المنافسة غير المشروعة المتعلقة ببراءات الإختراع تقليد براءات وكذا بيع المنتجات المقلدة أو وضعها للبيع أو تداولها وغيرها....

1-2-2 آثار دعوى المنافسة غير المشروعة.

لكي تنتج الدعوى آثارها لابد من التطرق إلى إجراءات هذه الدعوى من خلال توضيح أطراف الدعوى والجهة القضائية المختصة. وبالرجوع لنص المادة 58 من الأمر 07-03 المتعلق بالبراءات في إطار ما يتعلق بالدعاوى المدنية فإنها تنص على أنه يمكن "لصاحب براءة الإختراع أو خلفه رفع دعوى قضائية ضد أي شخص قام أو يقوم بإحدى الأعمال حسب مفهوم المادة 56 أعلاه".

ونعني بالدعوى المدنية (هي التي يرفعها من لحقه ضرر من الجريمة بطلب تعويض هذا الضرر)⁽³⁾، وعليه فإننا نكون أمام طرفين مدعي ومدعى عليه ولكي ترفع الدعوى لابد من توافر المصلحة والصفة⁽⁴⁾. فصفة المضرور لا تكون تكون إلا للشخص لحقه ضرر من الجريمة، كما ولا تثبت الأهلية للقاصر بل إلا للشخص البالغ⁽⁵⁾ وهو المدعي، أما المدعى عليه فهو الشخص المسؤول عن كل ضرر وقع على المضرور وهو من ترفع عليه الدعوى من أجل دفع التعويضات.

أما عن إجراءات التقاضي فنجد بأن دعوى المنافسة غير المشروعة تطبق عليها نفس الإجراءات لأي دعوى قضائية وذلك أمام الجهة المختصة وخاصة لما لهذه الأخيرة من دور فعال في إضفاء الحماية لحقوق الملكية الصناعية.

(1) القاضي منصور، المطول في القانون التجاري، المرجع السابق، ص 732.

(2) أنظر حسنين محمد، الوجيز في الملكية الفكرية، ب ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص. 269، 270.

(3) بغدادي جيلالي، الإجتهد القضائي في المواد الجزائية، ط 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزء 2 (د-ط)، 2001، ص 48.

(4) أنظر نص المادة 13 من القانون 09-08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(5) أنظر خلفي عبد الرحمن، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن، ب ط، دار بلقيس، الجزائر، ص 211.

كما يمكن أن يكون المتضرر شخص معنوي يتمثل في الهيئة المخترعة حيث لها الحق في رفع دعوى قضائية مدنية أساسها القانوني المنافسة غير المشروعة ضد أي شخص قام بالإعتداء، حيث يتمثل في المساس ببراءة الإختراع وإذا كان موضوعها منتوجا فإنه يمنع من القيام بصناعة نفس المنتج أو إستعماله دون رضا الهيئة المستخدمة⁽¹⁾.

وبالتالي يعود الإختصاص بالنظر لجميع الدعاوى القضائية للمحاكم الإبتدائية لأن المشرع الجزائري لم ينتهج مبدأ الإختصاص القضائي إلا بالنسبة للمواضيع الإدارية.

لذلك ترفع جميع المنازعات المدنية أمام نفس الجهة القضائية مع إحترام التقسيم الإداري البسيط الموجود لتسهيل العمل عند النظر في الدعاوى مع وجوب مراعاة قواعد الإختصاص النوعي و المحلي⁽²⁾. لذلك فإن لجهاز العدالة دور هام في تسخير الحماية لبراءات الإختراع خاصة إذا وجدت الأساليب الناجعة والفعالة التي تمنع تعقيدات وطول المحاكمات .

وفيما يتعلق بالإختصاص النوعي فإن موضوع حقوق الملكية الصناعية من المواضيع التجارية كونه يتعلق بالمعاملات التجارية، ويتم في إطارها بالإختصاص بنظرها يعود إلى القسم التجاري ، ولكن إذا ما عرضت هذه القضايا على القسم المدني فيمكن له النظر فيها وإصدار حكم صحيح، أما الإختصاص المحلي فإن كل محكمة تختص بدائرة إقليمية معينة تعتبر مجالا لعملها ولا تتعداه والقاعدة العامة تقول أن المحكمة المختصة هي محكمة موطن المدعى عليه⁽³⁾ . وتتمثل آثار دعوى المنافسة غير المشروعة في التعويض وإيقاف الإستمرار في المنافسة غير المشروعة وكذا الإجراءات التحفظية.

وبالتالي فإن (الجزاءات عن الإعتداء على الحق في المنافسة جزاءات مدنية نطاقها الدعوى وهدفها التعويض وأخرى جنائية فحواها العقاب وغايتها الردع والإصلاح)⁽⁴⁾. (الفقرة 2 من نص المادة 58 من الأمر 03-07 المتعلق بالبراءات تجيز للجهة القضائية المختصة إضافة إلى القضاء بالتعويضات المدنية أن تأمر بمنع مواصلة هذه الأعمال التي تمس حقوق مالك البراءة وإتخاذ أي إجراء آخر منصوص عليه في هذا الأمر)⁽⁵⁾. فالتعويض في دعوى المنافسة غير المشروعة غالبا ما يكون نقديا فتأمر المحكمة بالتعويض عن كافة الأضرار المادية والأدبية التي لحقت بالمدعي. كما يجوز أن يكون التعويض عينيا أي يتخذ أشكالا متعددة والمحاكم هي التي تتولى إلى حد كبير تحديد الطريقة المناسبة للتعويض⁽⁶⁾. إذ يتم تقدير التعويض وفقا للأحكام العامة في القانون المدني والمتعلقة بالمسؤولية المدنية،

(1) أنظر بن عزوز صابر، حماية إختراعات العامل لدى الهيئة المستخدمة من التقليد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، التقليد، قسم الوثائق 2012، ص 85

(2) العمري صالحة ، دعوى المنافسة غير المشروعة لحماية حقوق الملكية الصناعية في التشريع الجزائري، جامعة قلمة، العدد 3، 2010، ب ص .

(3) أنظر العمري صالحة ، دعوى المنافسة غير المشروعة لحماية حقوق الملكية الصناعية في التشريع الجزائري ، المرجع السابق، ب ص .

(4) الشناق معين فندي ، الإحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة، ط 1، دار الثقافة ، عمان، 2010، ص 243.

(5) شريقي نسرين ، حقوق الملكية الكرية، ب ط، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2014، ص 101.

(6) أنظر عبد الجبار الصفارغانم زينة ، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية، المرجع السابق، ص 149.

ويجب أن يكون التعويض مناسباً للضرر الذي لحق الضحية غير أن عملية تقديره تتسم بالصعوبة، ولذلك فعلى المدعي وبطبيعة الحال هو الذي يقع عليه عبء إثبات الضرر كما يمكنه أن يلتمس من القضاء تعيين خبير وللقاضي السلطة الواسعة حيث يقدر التعويض على أساس ما فاتته من كسب و ما لحقته من خسارة⁽¹⁾.

(ومن آثار دعوى المنافسة غير المشروعة وقف الممارسات غير النزيهة، وفي هذا الإطار يمكن للقاضي الأمر بوقف الممارسات التجارية غير المشروعة تحت طائلة الغرامات التهديدية كما يمكن نشر الحكم القضائي في الأماكن التي يحددها القاضي على حساب المحكوم عليه. وبالرجوع إلى نص المادة 38 من القانون 02-04 نجد أن المشرع الجزائري إعتبر المنافسة غير النزيهة كأفعال يعاقب عليها جزائياً بغرامة من 50 ألف إلى 5 ملايين دينار كما يجوز للقاضي الجزائري تطبيق كافة التدابير والعقوبات التي تضمنها القانون 02-04)⁽²⁾.

وفي هذا الشأن نجد حكم محكمة الخروب سنة 2006 تحت رقم 06/1643 رقم الفهرس 06/2014 وذلك في نزاع قائم بين شركة ذات مسؤولية محدودة كوند لابر الغرب الجزائرية ومؤسسة بلاستيك، حيث ادعت الأولى بإستغلال الثانية لمصاييح إنارة تنتجها والمسماة مصاييح نور80 وذلك وفق إستغلال غير مرخص به من قبلها، غير أنه المدعية لم تقدم ما يثبت حصولها على براءة إختراع من الجهة المختصة، حيث إكتفت بتقديم وثيقة صادرة عن المركز الوطني للسجل التجاري تتضمن إيداع نموذج رسم مسجل تحت رقم: 063 بوهران سنة 1998. وبناء على ذلك فإن المحكمة ترى أن طلب وقف إنتاج المنتج المتنازع عليه مصباح نور80 غير مؤسس من هذا الجانب، وعليه قضت برفض الدعوى لعدم التأسيس⁽³⁾. وما يتبين في قضية الحال أن الممارسة غير المشروعة منتفية، وبالتالي متى تبينت هناك أفعال توهي على أنها أفعال غير نزيهة لا بد من صاحب الحق أن يعمل على إيقاف كل ما من شأنه عرقلة إحتكار حقه على إختراعه.

(وبالتالي لا بد من إيقاف إستمرار المنافسة غير المشروعة إضافة للحكم بالتعويض المادي والأدبي لكي لا يستمر الضرر)⁽⁴⁾. إضافة للإجراءات التحفظية التي يعمد إليها المتضرر أثناء نظر الدعوى مدنية أو جزائية تتمثل في توقيع الحجز التحفظي بشأن المنتجات محل الإعتداء وكذا مصادرة الأشياء المقلدة ونشر الحكم بالإدانة.

وعليه فإن دعوى المنافسة غير المشروعة محكومة بالقواعد الخاصة الواردة في القانون 02-04 والتي تكتسي بالطابع الجزائي، حيث كيف المشرع الجزائري أفعال هذه المنافسات غير النزيهة على أنها جنحة من الأمر 02-04 بموجب نص المادة 38. خاصة أن هذه القانون جاء بموجب تعديلاته بالقانون 06-10 ينظم المنافسة من جهة وكذا ردع كل التصرفات غير النزيهة، حيث تضمن عقوبات أصلية وأخرى تكميلية تتمثل في: (الحجز والمصادرة

(1) أنظر عكروم عادل، الحماية الجزائرية لأصول الملكية الصناعية في الجزائر، المرجع السابق، ص 292.

(2) بن حملة سامي، قانون المنافسة، ب ط، نوميديا للطباعة والنشر والتوزيع، قسنطينة، 2016، ص 192.

(3) أنظر بن زايد سليمة، تسوية المنازعات الناشئة عن براءات الإختراع، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2010، 2015، ص 45.

(4) الفتلاوي سمير جميل حسين، الملكية الصناعية وفق القوانين الجزائرية، ب ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص 438.

والغلق الإداري للمحلات التجارية نص المادة 47 من القانون 06-10 ونشر الحكم). حيث نجد في نص المادة 39 من القانون 06-10 نصت على الحجز والمصادرة خاصة أن مصادرة السلع المحجوزة إنما مبرره حساسية البراءة التي تتطلب سرعة التصرف.

2- الحماية المدنية لبراءة الاختراع في إتفاقيتي باريس والتريبس.

باعتبار أن براءة الاختراع هي أحد عناصر الملكية الصناعية والتي تتمتع بأهمية خاصة في المجالات المتعلقة بالأدوية، فإن كل التشريعات نظمت الأحكام المتعلقة بها من خلالها يتم توفير الحماية اللازمة لأصحاب الحقوق عليها.

غير أن الحماية هذه لا تقف في حدود الدولة فقط بل تطلبت الحاجة وجود نظام دولي يحمي كافة حقوق الملكية الصناعية بما في ذلك براءة الاختراع خاصة بعد التطورات الواسعة في العالم وتبادل السلع والخدمات بين الدول وظهور منافسين في هذا المجال، وبالتالي أصبح لزاما إضفاء الحماية من خلال إتفاقيات دولية تسري نصوصها على الدول الأعضاء منها إتفاقية باريس المتعلقة بحماية حقوق الملكية الصناعية والتريبس، ولعل الحماية المكفولة هي آليا تحمي المستهلك بإعتباره كذلك الحجر الأساس أو حجر الزاوية في كل العلاقات الإقتصادية.

لذلك ففي إطار الإتفاقيات التي تشكل المضلة الدولية لحماية لكافة الحقوق عامة و براءات الاختراع خاصة نجد العديد منها إتفاقية استراسبورغ التي حددت شروط الجودة، وشروط النشاط الصناعي كذلك منظمة الأفرولمقاش بموجب إتفاقية ليبرفيل قصد حماية مشتركة لحقوق الملكية الصناعية، بما فيها الإختراعات وغيرها من مجمل الإتفاقيات الدولية التي تتضمن أحكاما موضوعية لحماية براءات الإختراع. فإنه وبإعتبار الدراسة مقتصرة على تحديد موقف كل من إتفاقيتي باريس والتريبس فيتم تسليط الضوء من خلال هذا المحور على المبادئ العامة للحماية في إطار حقوق الملكية الصناعية من جهة، وتوضيح موقفهما من الحماية المدنية ومناقشة النصوص القانونية المتعلقة بها من جهة أخرى.

2-1 الحماية المكفولة في إتفاقية باريس.

أمام تداعيات العصر وماشهدته التطورات في مجالات براءات الإختراع والإبتكارات أصبح من الضروري وضع إطار قانوني دولي شامل يحمي براءات الإختراع من المنافسات غير المشروعة، تكون إمتدادا للحماية الوطنية الداخلية بعد توافر الشروط الخاصة بحماية براءة الإختراع الموضوعية والشكلية، من أجل ذلك أبرمت إتفاقيات عامة وخاصة تحمي حقوق الملكية الصناعية، فالإتفاقيات الدولية تعتبر نقطة قوة بالنسبة للقوانين الداخلية ولعل أهم إتفاقية هي إتفاقية باريس لحماية حقوق الملكية الصناعية لسنة 1883 والتي تعتبر الإتفاقية الأم والمرجعية لكافة الدول الأعضاء جاءت هذه الأخيرة بمجموعة من المبادئ الأساسية كما سيتم توضيحها.

1-1-2 المبادئ الدولية المكرسة في إتفاقية باريس.

وضعت إتفاقية باريس مجموعة من المبادئ تتمثل أولاها في مبدأ المعاملة بالمثل لجميع رعايا دول الإتحاد، حيث (قررت الإتفاقية المساواة بين رعايا دول الإتحاد والمواطنين في جميع الدول المنظمة للإتفاقية لحماية الملكية الصناعية ويعتبر في حكم رعايا الإتحاد المقيمون في إحدى دول الإتحاد أو الذين لهم فيها محلات صناعية أو تجارية وجدية وفق ما تنص عليه المادة 3 من الإتفاقية)⁽¹⁾.

أما بالنسبة للجزائر فإنها إنضمت لإتفاقية باريس⁽²⁾ وأصبحت أحكامها معمول بها ضمن التشريعات الداخلية حيث إنضمت إلى الإتفاقية الإتحادية التي أصبحت جزء من التشريع الجزائري، فقد كان القانون يجيز لذوي الشأن أن يطالبوا بتطبيق أحكام الإتفاقيات الدولية الخاصة بالملكية الصناعية التي تكون الجزائر منضمة إليها إذا كانت أكثر رعاية لمصالحهم من القانون الجزائري الخاص بحماية الإختراعات، ونظرا لأن التشريع الجزائري الداخلي تضمن جميع أحكام إتفاقية باريس فإن تطبيق القانون الأصلح لا يثير صعوبات عملية. ومثال ذلك مبدأ إلزام صاحب البراءة باستغلالها ومبدأ عدم سقوط الحق في البراءة إلا إذا كان منح الترخيص الإجباري لا يكف لتدارك صاحب البراءة ومبدأ عدم جواز منح الترخيص الإجباري قبل مضي ثلاث سنوات من تاريخ منح البراءة، ومبدأ منح مهلة إذا تأخر صاحب البراءة في دفع الرسوم وغيرها...⁽³⁾.

وكذا مبدأ الأسبقية والأفضلية ألا وهو (حق تفضيل الطالب في دولة من الدول الأطراف في الحصول على براءة الإختراع في أي دولة من الدول الأخرى الأطراف، وذلك خلال فترة حدتها المادة 04 من إتفاقية باريس بإثنتي عشر شهرا وفي حالة إنتهاء المدة المذكورة يجوز لأي شخص من رعايا الدول الأطراف الحصول على البراءة لإختراع مماثل في الدول التي لم يسجل فيها الإختراع أو البراءة)⁽⁴⁾. وكذا مبدأ إستقلال البراءات حيث كل براءة ممنوحة في مختلف الدول المتعاقدة مستقلة عن الأخرى، والتي تعد ضمن القواعد العامة التي تندرج ضمنها أيضا التراخيص الإجبارية والتي أكدت الإتفاقية فيها حق الدول المتعاقدة في منح التراخيص الإجبارية ضمن شروط عادلة وكذا عدم المساس بحقوق مالك البراءة المستخدمة في وسائل النقل الدولي، وعدم المساس أيضا بحق الدولة المتعاقدة في إبرام إتفاقيات خاصة وضرورة توفير الحماية المؤقتة للإختراعات في المعارض الدولية مايعني الحماية تستمر طول فترة إقامة المعرض⁽⁵⁾.

(1): حمادة محمد أنور، النظام القانوني لبراءات الإختراع والرسوم والنماذج الصناعية، ب ط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002، ص.94، 95.

(2): انضمت الجزائر إلى هذه الإتفاقية بموجب الأمر رقم 66-48 المؤرخ في 25 فبراير 1966 المتضمن إنضمام الجزائر إلى إتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المؤرخة في 20 مارس 1883 والمعدلة 25 فبراير 1960 ج ر عدد 16 والأمر رقم 75-2 المؤرخ في 09 يناير 1975 المتضمن المصادقة على إتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883 والمعدلة، ج ر، مؤرخة 4 فبراير 1975 العدد 10 .

(3): أنظر زواتين خالد، استغلال براءة الإختراع وحماية الحق في ملكيتها، المرجع السابق، ص.200.

(4): الفتلاوي سمير جميل حسين، استغلال براءة الإختراع، ب ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص.182.

(5): أنظر عبد الجبار الصفار غانم زينة، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية، المرجع السابق، ص.173.

حيث نصت على هذا المبدأ المادة 4 مكرر2 من إتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية ومفادها هو أن براءات الاختراع الممنوحة عن نفس الاختراع في مختلف دول الإتحاد تكون مستقلة عن بعضها البعض وتأسيسا لذلك فإن منح البراءة في دولة من دول الإتحاد لا يلزم دولة أخرى من دول الإتحاد أن تمنح البراءة لذلك الاختراع، كما أن رفض براءة الاختراع أو إلغاؤها أو شطبها في دولة من دول الإتحاد لا يكون سببا لدولة أخرى من دول الإتحاد يجعلها ترفض منح البراءة⁽¹⁾.

(كما يقصد بالإستقلالية أن البراءات التي تطلب خلال مدة الأسبقية تعد مستقلة من حيث أسباب البطلان والسقوط، ومن حيث مدة الدوام العادية لهذه البراءات)⁽²⁾. وبالتالي يمكن القول بأن براءة الاختراع هي حق منفصل يمنح بشكل عام إذ تمنح هذه البراءة لتقرير حق مالكها وطريقة إستخدامه لإختراعه وحق علمها من خلال الحصول على التعويض ، وكذا إمكانية وضع كافة المعلومات المتعلقة بالاختراع المراد إتاحتها للعامة في وثيقة تثبت إضفاء الحماية له⁽³⁾.

2-1-2 موقف إتفاقية باريس.

بالرجوع إلى المنافسة غير المشروعة في إتفاقية باريس نجد أنه لم يتم النص عليها إلا بعد تعديل اكستمولهم في 14 يوليو 1967 ، حيث تعهدت الإتفاقية بمنح جميع الضمانات لقمع الأعمال الغير مشروعة، وبالتالي فإن المنافسة غير المشروعة تعد كل الأعمال المنافسة للزاهة في مجال حقوق الملكية الصناعية حيث أن الدعوى لا تهدف إلى تحقيق أغراض مدنية محظرة فقط بل وسيلة لحماية مراكز قانونية.

(وعليه فإن دعوى المنافسة غير المشروعة مسلك لصاحب الحق بغرض الحصول على التعويض حيث تبين المادتين الأولى والعاشر من إتفاقية باريس على أن حماية الملكية الصناعية تشمل قمع المنافسة غير المشروعة، أما في القانون الجزائري فقد أنشأت هذه الدعوى المدنية لتضع المنافسة في حدودها المشروعة لمصلحة المتضرر من حدوث إنحراف في ممارستها، ويجوز رفعها ممن أصابه ضرر ضد من صدرت منه الأعمال ويلزم لرفعها توفر ركن الخطأ المدني إلى جانب المدعى عليه وركن الضرر الذي لحق المدعى وقيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر)⁽⁴⁾.

⁽¹⁾: أنظر جامع مليكة، الحماية القانونية لبراءة الاختراع، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 4، العدد 02، المركز الجامعي علي كافي تندوف، جوان 2018 الموافق ل رمضان 1439 ص131.

⁽²⁾: فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري الحقوق الفكرية، ب ط ، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، 2006، ص196.

⁽³⁾: marie-frédérique biron;le régime de protection par brevet de la propriété intellectuelle face à la nouvelle économie de la connaissance ,un catalyseur ou un inbêteur de la créativité ;mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de maitriseés sciences affaire internationales,aout,p1.

⁽⁴⁾: دزيري حفيظة، حقوق الملكية الصناعية أثر ظاهرة التقليد على المستهلك، المرجع السابق، ص 77.

والملاحظ أنه عند إستقراء المادة 10 في فقرتها 3 يظهر جليا الهدف من المنافسة غير المشروعة ، حيث تنص على البيانات أو الأداءات التي يكون إستعمالها في التجارة من شأنه تضليل الجمهور، بالنسبة لطبيعة السلع أو طريقة تصنيعها أو خصائصها أو صلاحيتها للإستعمال أو كميتها وذلك تحت باب المنافسة غير المشروعة⁽¹⁾.

حيث يعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة كل منافسة تتعارض مع العادات الشريفة في الشؤون الصناعية أو التجارية ، وما تجدر الإشارة إليه أنه يكون في دائرة المحذور بصفة خاصة كل عمل يكون من طبيعتها أن توجد بأية وسيلة كانت لبسا من منشأة أحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري ، وكذا الإدعاءات المخالفة للحقيقة في مزاوله التجارة التي من طبيعتها نزع الثقة عن منشأة أحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري... الخ. وهذا ما يندرج ضمن نص المادة 10 ثانيا من إتفاقية باريس⁽²⁾.

وعليه يمكن القول بأنه بإنضمام الجزائر لهذه الإتفاقية يصبح مضمونها إلزامي لها كعضو فيها، كما أن هذه الأخير تسهر على حماية وتنظيم حقوق الملكية الصناعية والتجارية، وكذا قمع المنافسة غير المشروعة وهذا ما تعمل به الجزائر كجزء من تشريعها الداخلي منذ 1975، وما يبرر مواءمة التشريعات الداخلية وما جاء ت به إتفاقية باريس لحماية حقوق الملكية الصناعية .

2-2- الحماية المكفولة في إتفاقية التريبس.

إتفاقية التريبس هي إحدى إتفاقيات منظمة التجارة العالمية وهي أهم الإتفاقيات الرامية لحماية كافة حقوق الملكية الصناعية بما فيها براءة الإختراع على الصعيد الدولي، وذلك في سبيل إنفاذ حقوق الملكية الفكرية. وعليه تم فرض إلزام على الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية تعديل قوانينها المعنية بحقوق الملكية الفكرية في مجال براءات الإختراع لتنسجم مع أحكام الإتفاقية⁽³⁾.

كما نشير إلى أن الجزائر لم تنضم إلى هذه الإتفاقية بعد وهي تسعى إلى أن تكون عضو فيها و ما يتطلب ذلك تعديل تشريعاتها الداخلية ما يتواءم مع نصوص إتفاقية التريبس ، وذلك من أجل تحقيق مستوى الحماية المطلوب لكافة الحقوق حيث توسعت إتفاقية التريبس إلى أبعد حد في إسباغ الحماية القانونية على المبتكرات إذ أجازت الحصول على براءات عن أي إختراعات سواء كانت منتجات، أو عمليات صناعية وذلك في كافة ميادين التكنولوجيا في ظل التطورات الراهنة، وما يلاحظ أن الحماية شاملة تتمثل في المبادئ التي جاءت بها من جهة كما تجدر الإشارة من جهة أخرى إلى موقفها بشأن التعويض والحماية المدنية.

(1) أنظر زوتي الطيب ، القانون الدولي للملكية الفكرية، تحليل ووثائق، ط1، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2004، ص151.

(2) أنظر مغيبغ نعيم ، براءة الإختراع ملكية صناعية وتجارية، المرجع السابق، ص275.

(3) أنظر سماوي ريم سعود ، براءات الإختراع في الصناعات الدوائية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2008، ص78، 79.

2-2-1- المبادئ الدولية المكرسة في إتفاقية الترييس.

تجدر الإشارة إلى أن الإتفاقية إشتطرت (لإسباغ حمايتها على الإختراع كما هو الحال في إتفاقية باريس وما إستقرت عليه التشريعات الوطنية أن يكون الإختراع مبتكرا ويتسم بعنصر الجدة، وقابلا للإستغلال الصناعي وتسري الحماية أيا كان مكان الإختراع. وسواء كانت المنتجات مستوردة أو منتجة كليا المادة 27 فقرة 1 من الإتفاقية⁽¹⁾. وبهذا توسعت في إصباغ الحماية القانونية لبراءات الإختراع.

وأكدت المادة 03 من الإتفاقية فقرة 1 على مبدأ المساواة بنصها على أنه (يلتزم كل من البلدان الأعضاء بمنح مواطني البلدان الأخرى الأعضاء معاملة لا تقل عن المعاملة التي تمنحها لمواطنيها، فيما يتعلق بحماية الملكية الفكرية)⁽²⁾. وهو ما يرسى المساواة وأن كل الدول على قدم المساواة بالنسبة للدول المنتمية إلى أي دول عضو في الإتفاقية.

وكذا مبدأ الدولة الأولى بالرعاية حيث يتعين على الدول الأعضاء عدم التفرقة في المعاملة بين الدول الأعضاء⁽³⁾. حيث نصت المادة 04 من إتفاقية trips على هذا المبدأ بقولها: "فيما يتعلق بحماية الملكية الفكرية، فإن أي ميزة أو تفضيل أو إمتياز أو حصانة يمنحها بلد عضو للمواطنين أي بلد آخر يجب أن تمنح على الفور ودون أية شروط للمواطني جميع البلدان الأخرى...". فمبدأ الدولة الأولى بالرعاية يعتبر مبدأ مكمل لمبدأ المعاملة الوطنية. حيث أنه يمكن القول لو أن هناك دولة عضو في منظمة التجارة العالمية منحت لدولة عضو أخرى ميزة تفضيلية، فتوجب عليها منح نفس الميزة لكافة الدول الأخرى الأعضاء وهذا في إطار عدم التفرقة بين الدول الأعضاء.

ومبدأ الحماية بين حديها الأدنى والأعلى على أن تمنح كل دولة عضو لكل المنتمين إلى الدول الأعضاء في إتفاقية تريبس حماية قانونية لا تقل عن تلك التي توفرها لمواطنيها طبقا للقوانين الداخلية، وبالتالي فإنه يتعين على القانون الداخلي الإستجابة لمقتضيات الحدود الدنيا للحماية المنصوص عليها في الإتفاقية، وعدم النزول عنها وفقا لنص المادة 03 من الإتفاقية فإذا كان الحد الأدنى في الإتفاقية 20 عاما وفي دولة أخرى عضو يمنح أقل يتعين تعديلها⁽⁴⁾.

(1) بيومي حجازي عبد الفتاح، الملكية الصناعية في القانون المقارن، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص539.

(2) القليوبي سميحة، الملكية الصناعية، ط10، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص388، 389.

(3) طهرات عمار، فعالية حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة في الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة الشلف، ص151.

(4) أنظر وفاء محمدين جلال، الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقا لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية تريبس، ب، ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص27.

2-2-2 موقف إتفاقية التريبس.

في إطار الحماية المدنية من خلال الإجراءات المنصفة والعادلة فإن إتفاقية تريبس ألزمت الدول الأعضاء بأن تتيح لأصحاب الحقوق إجراءات قضائية مدنية فيما يتعلق بإنفاذ حقوق الملكية الفكرية، وعليه نجد بأنها إهتمت بالتعويضات الأمر الذي يجب معه تبيان كيف فردت أحكام التعويضات.

حيث قسمت أثر المسؤولية عن التعدي على حقوق الملكية الفكرية إلى قسمين، الأول هو التعويضات فنصت المادة 45 منها على السلطة التقديرية للقضاء في الحكم بالتعويض المناسب أو أن يأمر المعتدي بأن يدفع للمضرور المصروفات التي تكبدها مع شمول هذه المصروفات أجر المحامين. وقسم ثاني يتمثل في الجزاءات الأخرى وهو ما أشارت إليه إتفاقية تريبس في المادة 46 منها إلا أن هذه الجزاءات تشكل ردعا لفعل التعدي، حيث تعني التصرف بالسلع خارج القنوات التجارية بما يجنب صاحب الحق من التعرض للضرر⁽¹⁾. مع مراعاة جوازية (الأخذ بعين الإعتبار ضرورة تصحيح الممارسات التنافسية غير المشروعة عند تقدير التعويض الذي يتحدد حسب كل حالة على حدى)⁽²⁾.

كما أن إتفاقية التريبس تسلط الضوء على تطبيق القواعد العامة بصورتها العادية على الخطأ الذي يرتكب بسوء نية، أما عن المتعدي حسن النية فإنه لايلزم إلا بإعادة الربح أو دفع التعويضات، ومن ثمة ضرورة إثبات وجود هذه النية من عدمها. كما نصت في مادتها 28 على الحقوق التي تمنح بموجب براءة الإختراع حيث تدور هذه الحقوق وفقا لمحورين هما الإنتاج والوسيلة ما يعني منح لصاحب الحق في الإختراع حق التنازل للغير من جهة والتنازل عليه بموجب عقود تراخيص. طالما تمنح هذه الإتفاقية حقوق إلا وأنها في مسعى توفير حماية ذات فعالية لذلك إشتملت على قواعد خصصت لإنفاذ أحكامها من الناحية الموضوعية .

وما تجدر الإشارة إليه وهو ما ورد في المادة 40 التي تضمنت الرقابة على الممارسات غير التنافسية حيث يمكن لكل دولة طرف في الإتفاقية أن تأخذ بدون إخلال بأي أحكام من الإتفاقية ما يتناسب من إجراءات في سبيل مكافحة أي ممارسات غير مشروعة، وتوفير الحماية والحصول على التعويض بموجب القانون المدني.

وعليه يمكن القول بأن النظام القانوني المتعلق ببراءات الإختراع لا يقتصر فقط على إتفاقيتي باريس والتريبس وكذا معاهدة التعاون الدولي بشأن براءات الإختراع، حيث أن هناك العديد من الإتفاقيات الدولية والإقليمية التي باتت معها كل حق من حقوق الملكية الصناعية عامة وبراءات الإختراع خاصة مكفولة في الكثير من جوانبها بالحماية .

(1) أنظر حمد خاطر صبري، تفريد قواعد تريبس في قوانين الملكية الفكرية، ب ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2012، ص 123، 124.

(2) براهيمي نوال، الحماية القانونية لبراءة الإختراع من خلال إتفاقية التريبس، مجلة آفاق العلوم، جامعة الجلفة، العدد 9، سبتمبر 2017، ص 221.

الخاتمة.

من خلال إستقراء النصوص من المادة 56 إلى 60 نستنتج أن المشرع الجزائري أخذ بدعوى التقليد المدنية ذلك أنه لم يشترط توفر ركن الضرر والرابطة السببية والتي يجب توفرهما في المنافسة غير المشروعة، وإنما إقتصر على توفر ركن الخطأ الذي يتمثل في عمل من الأعمال المنصوص عليها في المادة 11 من الأمر 07-03 المتعلق بالبراءات.

فدعوى المنافسة غير المشروعة هي دعوى تهدف إلى فرض إحترام كل ما ينظم حرية المنافسة، فهي دعوى ترمي أيضا إلى ردع كل تصرفات غير نزيهة من شأنها المساس بأصحاب الحقوق في الإطار المدني وما تقتضيه القواعد العامة لذلك نجد ريبا يعبر عن المنافسة غير المشروعة بأنها ليست دعوى مسؤولية تقصيرية، يعني ذلك تأصيلها للقواعد العامة بل أيضا دعوى تهدف إلى الدفاع عن ملكية المال المتمثل في براءة الإختراع ، فصاحب البراءة بصفة عامة المعتدى عن حقه المكرس له ، له أن يسلك مسلكين لفض النزاع القائم إما طريق ترسمه له القواعد العامة، والتي تتسم بطابعها المدني بهدف الحصول على التعويض المادي والمعنوي عن كل الأضرار، وكذا وقف كل أعمال المنافسة غير المشروعة ، أو طريق جزائي ضمن نطاق القانون 02-04 من أجل توقيع العقوبات الرادعة للمنافس المعتدي مما يجعلنا نستنتج أن هذا القانون يكتسي طابع الجزائية في التطبيق. أما عن دعوى التقليد فهي تهدف إلى تأمين وضمان الدفاع عن الحقوق الإستثنائية لصاحب الحق على البراءة من خلال توقيع الجزاءات العقابية لكل من إعتدى عليها.

وبإعتبار أن الحماية المدنية لبراءة الإختراع تخضع أيضا للقواعد العامة، فإن القانون 02-04 المعدل بالقانون 06-10 السالف الذكر تسري أحكامه فيما يتعلق بالجزاءات منها ما هو منصوص عليه بموجب المادة 10 والتي تعدل المادة 46 ونجد تطبيق المنافسة غير المشروعة فيه ، وبإعتبار أن الحماية مكفولة بموجب نص المادة 124 من القانون المدني إلا أنها غير فعالة بالحد المطلوب خاصة وأنها تأخذ وقتا أطول الأمر الذي جعل بالمشرع وضع آلية الرجوع للدعوى الجنائية لتوقيع جزاءات رادعة .

كما أن النصوص التشريعية غير كافية لمحاربة كل إعتداء من أجل الحماية، إذا لابد من تظافر جهود الجميع لأنه وإن كانت النصوص مستحدثة وفي تطور فإنها لا تستطيع إستيعاب إنتشار المنافسات غير النزيهة، لأنه من شأن هذه المنافسات أن تشكل خطورة على المستهلك من جهة وصاحب الحق من جهة أخرى ما يستدعي معه ضرورة وجود نظام متكامل قائم على أسس تطرح فيه مختلف القضايا من أجل توفير حماية أشمل.

وما تجدر الإشارة له هو نص المادة 60 التي يتمكن من خلالها رفع دعوى بطلان براءة إختراع ، وهو ما يمكن التعبير عنه بأنها حماية مدنية تدخل في نطاق المنافسة غير المشروعة ومنع أي أعمال تشكل أو من شأنها أن

تعرقل الحق الإستثنائي لصاحب براءة الإختراع مع ضرورة مراعاة أحكام المواد 53، 58، 59، 56، 11 من الأمر 07_03 المتعلق ببراءات الإختراع.

وفي المقابل فإن أهم الإتفاقيات المتمثلة في باريس والتريبس سعت إلى وضع نظام تشريعي يتماشى مع مصلحة أصحاب الحقوق، وباعتبار أن الجزائر منضمة إلى إتفاقية باريس فهي بالضرورة تعمل على تطبيق نصوصها بما يتوافق مع التشريعات الداخلية، وبالتالي توفير الحماية لكن ما تجدر الإشارة إليه هو أن الجزائر سعت إلى إستحداث مسار تشريعي متطور تمثل في الأمر 07-03، ولعل هذا تمخض عن التمهيد من أجل الإنضمام لإتفاقية التريبس التي تتضمن مختلف الأحكام التي جاءت لغرض حماية مختلف عناصر الملكية الصناعية، بما فيها براءة الإختراع والتي تتمتع بخصوصية حساسة، لأنها تهدف إلى حماية صاحب الحق والمستهلك، وذلك بتوفير الملاءمة في ظل التطور ودعم الإبداع الصناعي وتعزيز الحماية بالتعويض العادل سواء تعلق الأمر بإتفاقية باريس أو التريبس، ومحاربة المنافسة غير المشروعة.

وتتمثل التوصيات في ضرورة تحديد المعيار الذي يبني عليه التعويض الذي يتناسب مع جسامه الضرر الذي يلحق صاحب الحق على البراءة على غرار إتفاقية التريبس التي تنص على التعويضات العادلة.

وباعتبار أن المشرع الجزائري لم ينظم أحكام المنافسة غير المشروعة بنظام خاص بالمقارنة مع إتفاقية باريس ما يتطلب معه مراعاة إدراج نصوص خاصة سواء تعلق الأمر ببراءة الإختراع، أو غيرها لأنه في النهاية المنافسة غير المشروعة مرجعيتها القواعد العامة والقانون 02-04 حيث يتضمن نصوص عقابية جزائية ما يتطلب ذلك تدارك هذه النقطة.

قائمة المصادر والمراجع .

- أولاً: المصادر "القرآن الكريم".
سورة المطففين الآية 26.
ثانياً: القوانين.
1: القانون 09-08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .
2: القانون 02-04 مؤرخ في 23 يونيو 2006 يتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ج ر عدد 14 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-10 مؤرخ في 18 أوت 2010 ج ر عدد 46 سنة 2010.
3: الأمر 07-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو سنة 2003 يتعلق ببراءات الإختراع ج ر عدد 44.
4: الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1359 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ج ر عدد 44.

- 5: المرسوم التنفيذي رقم 68-98 المؤرخ في 21 فبراير 1998 الذي يتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية يحدد قانونه الأساسي جريدة رسمية مارس عدد 11 .
- 6: المرسوم التنفيذي رقم 05-275 المؤرخ في 2 أوت 2005 يحدد كيفية إيداع براءة الإختراع وإصدارها ج ر عدد 54 المؤرخ في 07/08/2005 المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-344 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 ج ر عدد 63 المؤرخ في 16/11/2008.
- ثالثا: الكتب.
- 1: أحمد حسن قعادة خليل، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، ج 1، 2010 .
- 2: الشناق معين فندي، الإحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة، ط 1، دار الثقافة، عمان، 2010 .
- 3: الغريب محمد سلمان، الإحتكار والمنافسة غير مشروعة، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004 .
- 4: الفتلاوي سمير جميل حسين، الملكية الصناعية وفق القوانين الجزائرية، ب ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.
- 5: الفتلاوي سمير جميل حسين، إستغلال براءة الإختراع، ب ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980 .
- 6: القاضي منصور، المطول في القانون التجاري، ط 1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والتوزيع، لبنان، مجلد 1 ج 2007، 1.
- 7: القليوبي سميحة، الملكية الصناعية، ط 10، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010 .
- 8: النشار محمد فتح الله، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ب ط، دار الجامعة الجديدة، 2002 .
- 9: بغدادي جيلالي، الإجتهد القضائي في المواد الجزائرية، ط 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ج 2 (د-ط)، 2001.
- 10: بن حملة سامي، قانون المنافسة، ب ط، نوميديا للطباعة والنشر والتوزيع، قسنطينة، 2016.
- 11: بيومي حجازي عبد الفتاح، الملكية الصناعية في القانون المقارن، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007 .
- 12: حسنين محمد، الوجيز في الملكية الفكرية، ب ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985 .
- 13: حمادة أحمد أنور، النظام القانوني لبراءات الإختراع والرسوم والنماذج الصناعية، ب ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002 .
- 14: حمد خاطر صبري، تفريد قواعد التريبس في قوانين الملكية الفكرية، ب ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2012.
- 15: خلفي عبد الرحمن، الإجراءات الجزائرية في التشريع الجزائري والمقارن، ب ط، دار بلقيس، الجزائر.
- 16: دزيري حفيظة، حقوق الملكية الصناعية أثر ظاهرة التقليد على المستهلك، ب ط، الجزائر، ب س ن.
- 17: زروتي الطيب، القانون الدولي للملكية الفكرية تحليل ووثائق، ط 1، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2004.
- 18: سماوي ريم، براءات الإختراع في الصناعات الدوائية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008 .
- 19: شريقي نسرين، حقوق الملكية الفكرية، ب ط، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2014 .
- 20: عبد الجبار الصفار غانم زينة، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية، ط 2، الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2007 .
- 21: فاضلي إدريس، الملكية الصناعية في القانون الجزائري، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013 .
- 22: فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري الحقوق الفكرية ، ب ط، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، 2006 .
- 23: كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية، ب ط، منشورات بغدادي، الجزائر، ب س ن.

- 24: مغيبغ نعيم، براءة الإختراع ملكية صناعية وتجارية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- 25: محمد علي جمال عبد الرحمن، أبو هشيمة عادل، محمود حوتة، حقوق الملكية الفكرية، ب ط، دار الكتب القانونية، مصر الإمارات، 2015 .
- 26: وفاء محمد بن جلال، الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقا لإتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ترييس، ب ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 200.
- رابعا: المقالات العلمية.
- 1: العمري صالحه، دعوى المنافسة غير المشروعة لحماية حقوق الملكية الصناعية في التشريع الجزائري، العدد3، جامعة قامة، 2010.
- 2: براهيم نوال، الحماية القانونية لبراءة الإختراع من خلال إتفاقية الترييس، مجلة آفاق العلوم، العدد9، جامعة الجلفة ، سبتمبر، 2017 .
- 3: بن ددوش نضرة، الحماية المدنية لبراءة الإختراع في التشريع الجزائري وإتفاقيات الدولية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم.
- 4: بن دريس حليلة، دعوى المنافسة غير المشروعة لحماية حقوق الملكية الصناعية والتجارية، دراسات قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس.
- 5: بن عزوز بن صابر، حماية إختراعات العامل لدى الهيئة المستخدمة من التقليد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، قسم الوثائق، 2012 .
- 6: بن يحي سعيدي، النظام القانوني لبراءة الإختراع في الدول النامية، المعيار، المجلد10، للعدد4، جامعة سعيدة الطاهر مولاي، ديسمبر 2019.
- 7: بلجل عتيقة، النظام القانوني الجزائري لحماية حق براءة الإختراع، مجلة العلوم القانونية و السياسية، العدد15، جانفي 2017.
- 8: جامع مليكة، الحماية القانونية لبراءة الإختراع، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 4، العدد02، المركز الجامعي علي كافي تندوف ، جوان 2018 الموافق ل رمضان 1439 .
- 9: طهرات عمار، فعالية حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة في الجزائر الواقع والحلول،، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة الشلف.
- 10: عريقات محمد، حماية الإختراعات في القانون الفلسطيني، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية، المجلد7، العدد 2017، 6 .
- 11: عكروم عادل، الحماية الجزائرية لأصول الملكية الصناعية في الجزائر جريمة التقليد، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد5، باتنة، مارس 2015.
- 12: علي محمد، فتاحي محمد، مفهوم براءة الاختراع وآليات حمايتها في التشريع الجزائري دراسة مقارنة، مجلة الحقيقة، العدد38 .
- 13: مباركي ميلود، شروط ممارسة دعوى المنافسة غير المشروعة في مجال حماية حقوق الملكية الصناعية، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد1، بشار، جانفي 2015 .
- 14: ونوغي نبيل، النظام القانوني لبراءة الإختراع وفق التشريع الجزائري ،بحوث، العدد10، الجزء الثاني كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد الأمين دباغين، سطيف.
- خامسا: الرسائل الجامعية.

1: بن زايد سليمة، تسوية المنازعات الناشئة عن براءات الإختراع، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2015، 2016.

2: عماد حمد محمود الإبراهيم، الحماية المدنية لبراءات الإختراع والأسرار التجارية دراسة مقارنة، أطروحة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير، قانون خاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2012.

3: زواتين خالد، إستغلال براءة الإختراع وحماية الحق في ملكيتها، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2020/02/09.

سادسا: المراجع الأجنبية.

1 :Eric brousseau ,brevet, protection et diffusion des connaissances un relecture néo-intitutionnelle des propriétés de la règle de droit article revue d'economie industrielle january ,1997,source repec .

2: marie-frédérique biron;le régime de protection par brevet de la propriété intelctuelle face à la nouvelle économie de la connaissance ,un catalyseur ou un inbébteur de la créativité ;mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de maitriseés sciences affaire internationales,aout.

المقاربة الدستورية الجزائرية ودورها في تدعيم المنظومة القانونية لحقوق الإنسان The Algerian constitutional approach and its role in strengthening the legal system for human rights

خروب رضا
جامعة البليدة 2 - لونيبي علي

redhakarroub@gmail.com

الهاشمي تافرونت*
جامعة عباس لغرور خنشلة.

tafrountelhachemi72@gmail.com

تاريخ القبول: 2021-01-07

تاريخ المراجعة: 2020-10-29

تاريخ الإيداع: 2019-05-02

ملخص:

تسعى الدول الكبرى في إطار تنفيذ الالتزامات الدولية المترتبة عن الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان التدخل في الشؤون الداخلية للدول التي تشهد إخلالا بالتزاماتها التعاقدية إزاء المجتمع الدولي. وباعتبار الجزائر جزء من المنظومة الدولية حاولت التصدي لهذه المخاطر، بإجراء جملة من الإصلاحات الدستورية تبلورت أفكارها وتصوراتها ضمن التعديل الدستوري لسنة 2016، الذي سيشكل حتما جدارا منيعا للوقوف في وجه هذه التوجهات والأطماع الخارجية، ولأهمية هذا الموضوع جاءت هذه الورقة البحثية لتسليط الضوء على حزمة الإصلاحات التي باشرت السلطة السياسية في الجزائر لتدعيم منظومة الحقوق والحريات الأساسية للمواطن وضمان نفاذها وتطبيقها.

الكلمات المفتاحية: القانون الدولي الإنساني؛ الإصلاحات الدستورية؛ التدخل الدولي؛ حقوق الإنسان والمواطن، الحقوق والحريات.

ABSTRACT

Within the context of implementing international obligations arising from international human rights conventions, major Powers strive to interfere in the internal affairs of States in breach of their contractual obligations towards the international community. As part of the international system, Algeria has attempted to address these risks by undertaking a series of constitutional reforms whose ideas and perceptions were crystallized within the 2016 Constitutional Amendment, which will inevitably stand as a strong barrier to confronting these external trends and ambitions. Given the importance of the subject, this research paper aims at shedding light on the reform package initiated by the political authority in Algeria to strengthen the citizen fundamental rights and freedoms system and to ensure its effective entry-into-force and implementation.

Keywords: international humanitarian law; constitutional reforms; international intervention; Human and citizen rights, rights and freedoms.

* المؤلف المراسل.

مقدمة:

تعتبر الجزائر إحدى الدول التي كرست مبدأ سمو القانون الدولي على القانون الداخلي، وهذا ما كرسه المؤسس الدستوري خلال الدساتير المتعاقبة، وتطبيقا للوثيقة الدستورية فإن الاتفاقيات الدولية بصفة عامة والمتعلقة بحقوق الإنسان تسمو وتلغي القوانين الداخلية إذا تعارضت أحكامها مع محتوى هذه الاتفاقيات إلا إذا كانت هذه الاتفاقيات تمس بالسيادة الوطنية أو عناصر الهوية الوطنية، ونظرا لتزايد مخاطر ومظاهر التدخل الدولي في الشؤون الداخلية للدول من قبل بعض الأنظمة السياسية، تحت ذريعة حماية حقوق الإنسان والمواطن، حيث شهدت العديد من الدول

تدخلات إنسانية على غرار العراق وسوريا وأفغانستان، وما ترتب على ذلك من تقويض للسيادة الوطنية لهاته الدول نتيجة التدخل الأجنبي سارعت الجزائر إلى اتخاذ جملة من الإصلاحات الدستورية مست جميع الجوانب المرتبطة بمنظومة الحكم، مع إعطاء العناية الكافية لمتطلبات حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية. هذه المقاربة تندرج في إطار سد الثغرات التي يمكن استغلالها من قبل الأنظمة الكبرى للتدخل في الشأن الوطني.

وعليه تتبلور فكرة طرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى ساهمت الإصلاحات الدستورية المنتهجة على ضوء التعديلات الدستورية الأخيرة في تكريس المنظومة القانونية لحقوق الإنسان المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية؟

للإجابة على هذه الإشكالية سيتم طرح الفرضيات التالية:

تكريس الدولة الجزائرية الحديثة لبعض الحقوق والحرريات في ظل تحفظها على النهج الليبرالي السائد. انسجام الجزائر وتصديقها على مختلف الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية الحقوق والحرريات الفردية والجماعية. سعي المؤسس الدستوري للتماهي مع التطورات الدولية في مجال حقوق الإنسان من خلال مضامين التعديلات الدستورية.

وإجابة على الإشكالية المطروحة أعلاه سيتم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي، وذلك بتقسيم الدراسة إلى محورين أساسيين وخاتمة نحوصل فيها أهم النتائج المتوصل إليها وأهم المقترحات المقدمة في المسألة حماية منظومة الحقوق والحرريات في الجزائر وترقية حس المواطنة لدى أفراد المجتمع، وتفاديا للتدخل الدولي في الشأن الداخلي بحجة حماية الحقوق والحرريات الأساسية للمواطن.

المحور الأول يتناول دور الإصلاحات السياسية والدستورية في تكريس مبادئ القانون الدولي لحقوق الإنسان. أما المحور الثاني فيكون الحديث فيه عن موقف الجزائر من الالتزامات والاتفاقيات الدولية في مجال حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

المحور الأول: دور الإصلاحات السياسية والدستورية في تكريس مبادئ القانون الدولي لحقوق الإنسان

لقد سعت الدولة الجزائرية الحديثة الوليدة عقب الاستقلال عن المحتل الفرنسي إلى تضمين مختلف الوثائق الدستورية جل الحقوق والحريات الفردية والجماعية، مع تفاوت بين دستور وآخر تبعاً لتوجهات المؤسس الدستوري والقناعات الأيديولوجية التي اعتنقها النظام السياسي، والتي كان لها ارتباط وثيق بمقتضيات مراحل زمنية معينة.¹ كما يلاحظ وجود اختلاف كبير في النص على منظومة الحقوق والحريات بين دساتير الأحادية² ودساتير التعددية.³ ذلك " أن الدستور يتناول موضوعات ذات أهمية كبيرة ومؤثرة في حياة الدولة، إذ إنه من المعروف إن موضوعات تنظيم السلطة وحقوق الأفراد وتحديد فكرة القانون في الدولة تعد من أهم الموضوعات في الدولة. وإن النصوص التي تتناولها تعد من أهم وأخطر النصوص القانونية. حيث إنه من المؤكد أن تناول مثل هذه الموضوعات له أهمية، ويحتاج إلى خصوصية تختلف على سبيل المثال عن تنظيم علاقات معينة بين الأفراد كالعلاقات الاجتماعية أو المالية."⁴

ويهدف تعزيز هذا المسار التطوري باشرت الدولة الجزائرية جملة من الإصلاحات السياسية الجذرية والعميقة التي مست البناء الدستوري والمؤسساتي، وتكرست بموجب دستور 1989⁵ الذي شكل منعطفا قانونيا جذريا أمضى رسميا وقانونيا على شهادة وفاة الأحادية الحزبية الرسمية والاحتكار السياسي، ورسخ منظومة قانونية تسمح بالتعددية السياسية والاختيار الحر للشعب، وكفالة حقوق وحريات المواطنين بدرجة كبيرة، وفتح المجال مرة أخرى أمام مختلف منظمات المجتمع المدني للدفاع عن حقوق الإنسان لتشكل بعد ذلك آليات مؤسساتية غير حكومية لترقية حقوق وحريات الإنسان الجزائري وإشاعتها، متخذة من بعض أنشطتها ومطالبها ومساهماتها ومبادراتها آليات إجرائية غير حكومية لحماية حقوق الإنسان الجزائري.⁶

¹ - أقصد أن توجهات المؤسس الدستوري كانت نتيجة حتمية للاختيارات السياسية التي تبناها النظام السياسي الجزائري، وهذا الأخير كان متأثرا في بداياته بالحركات التحررية التي انتشرت عبر العديد من الدول، وما ترتب عنه من اعتناق للفكر الشيوعي في الاختيارات السياسية الكبرى والتوجه الاشتراكي في المسارات الاقتصادية، وقد كان الميثاق الوطني خير ترجمان لتلك المرحلة.

² - عرفت الجزائر في فترة الأحادية التي امتدت عمريا منذ تاريخ الاستقلال إلى سنة 1989 دستورين: الدستور الأول وهو دستور 1963، الذي صادق عليه المجلس الوطني يوم 28 أوت 1963 م، ووافق عليه الشعب الجزائري في استفتاء 8 سبتمبر 1963 م. (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد 64، بتاريخ 10 سبتمبر 1963 م)، أما الدستور الثاني فهو دستور سنة 1976، الذي صدر بالمرسوم الرئاسي رقم 76-97، بتاريخ 22 نوفمبر 1976 م، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية باللغة الفرنسية، رقم 94، بتاريخ 24 نوفمبر 1976 م).

³ - لقد عرفت الجزائر إبان فترة التعددية - التي بدأت بوادرها عقب أحداث 5 أكتوبر الأليمة وتجسدت في دستور 1989-دستور وتعديلات متتالية: أما الدستور فهو دستور 1989 م، الذي صدر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89 - 18، المؤرخ في 22 رجب 1409 هـ، الموافق لـ 28 فبراير 1989 م، والمتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في 23 فبراير 1989 م في الجريدة الرسمية. للجمهورية الجزائرية رقم 09، المؤرخة 1 مارس 1989 م. والتعديل الدستوري لسنة 1996 م، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96/438، المؤرخ في 26 رجب 1417 هـ، الموافق لـ 7 ديسمبر 1996 م، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 م، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم: 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996 م)، ثم تبعته تعديلات دستورية متتالية في سنة 2002 و 2008 و 2016 وأخرها في 2020 م.

⁴ - سلوان رشيد السنجاري، القانون الدولي لحقوق الإنسان ودساتير الدول، أطروحة دكتوراه قدمت ونوقشت بكلية لقانون جامعة الموصل سنة 1425هـ/2004 م ص. 31.

⁵ - أنظر المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 28 فيفري 1989 م المتضمن التعديل الدستوري.

⁶ - نادية خلفه، آليات حماية حقوق الإنسان في المنظومة القانونية الجزائرية- دراسة بعض الحقوق السياسية- أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة الحاج لخضر باتنة، الموسم الجامعي: 2009/2010، ص ص. 88-89.

وكان التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020 بموجب القانون 442/20¹ تنويجا لمسار هذه الإصلاحات، حيث تضمن في ظاهره على الأقل أحكاما دستورية جديدة شملت جوانب متعددة، ستساهم في دسترة وتقنين الأهداف الدستورية والسياسية لبناء مجتمع متماسك قائم على تعزيز مقومات الحكم الرشيد، وإرساء دعائم دولة القانون والمؤسسات وحقوق الإنسان والديمقراطية التعددية بصفة عامة والديمقراطية التشاركية، التي تقتضي مشاركة القاعدة في تسيير الشأن المحلي إضافة إلى التأكيد على احترام مبدأ الفصل بين السلطات ودسترة مقومات الحفاظ على الهوية الوطنية؛ من اللغة والدين والتاريخ المشترك. فكل هذه التعديلات التي تضمنتها الوثيقة الدستورية ستشكل - لامحالة- إن أحسن التفاعل معها بإيجابية وإرادة صادقة ستشكل جدارا وطنيا صلبا لمجابهة أي شكل من أشكال التدخل الدولي في الشأن الداخلي الوطني.² وقد تضمنت التعديلات الدستورية المتتالية الكثير من الحقوق المكرسة في الاتفاقيات الدولية ولعل أهمها:

أولا: تدعيم الحقوق السياسية

إن التجربة الإصلاحية التي باشرتها الدولة الجزائرية في ظل التحولات الدولية والرهانات الإقليمية، جعلت المؤسس الدستوري يحاول تصحيح المسار دون التخلي عن الخيار الديمقراطي الذي اعتبره الدستور من المبادئ التي لا يمكن أن يمسه أي تعديل دستوري.

ولأن كانت "الديمقراطية ممارسة وثقافة وسلوك، كان طبيعيا أن تجتهد المجتمعات في اكتشاف الآليات القادرة على نقلها من طور النظرية والمشروع إلى مرحلة الضرورية والفعل والتطبيق، بيد أن أبرز ما استقرت عليه أحوال الناس وتواتر العمل به وسيلتان اثنتان: الانتخابات، باعتبارها لحظة لتنافس الأفكار، والبرامج واحتكام الرؤى، وتباري الأشخاص، والأحزاب، بحكم أنها مدرسة لتربية الإنسان المواطن ثقافته السياسية، وتأطير الناس ليمارسوا الشأن العام."³

وعلى هذا الأساس فإن الإصلاحات التي باشرتها السلطات العليا في الدولة ستكون عديمة الفعالية إذا لم تتم إعادة النظر في المنظومة التشريعية المؤطرة للممارسة السياسية التعددية، من خلال إدخال تعديلات جوهرية على القوانين العضوية المرتبطة بالعملية الانتخابية؛ ذلك أن الانتخابات هي على قدر كبير من الأهمية والدقة والخطورة، وقد اجتهد الفقهاء والباحثون والساسة من أجل إحاطتها بالشروط والضمانات التي تجعلها قادرة على تقديم صورة موضوعية عن طموح الناخبين وشرعية اختياراتهم.⁴

ومن أجل ذلك كانت البداية الفعلية من خلال مراجعة قانون الانتخابات، وإصدار القانون العضوي رقم 16-10 المتعلق بنظام الانتخابات⁵، ثم القانون العضوي 08-19⁶، هذا الأخير الذي اعتبر أهم نص قانوني يؤطر العملية

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442هـ، الموافق 30 ديسمبر 2020، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 82 بتاريخ 15 جمادى الأولى 1442 هـ الموافق 30 ديسمبر 2020 م.

² - د. عمار عباس، "قراءة في التعديل الدستوري لسنة 2008"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد الأول لسنة 2009، ص 97.

³ - صالح دجال، حماية الحريات ودولة القانون، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، الموسم الجامعي 2009/2010، ص. 130.

⁴ - انظر في هذا المعنى: صالح دجال، نفسه، ص ص. 130-131.

⁵ - القانون العضوي 10/16، المؤرخ في 22 ذي القعدة 1437 هـ، الموافق 25 غشت 2016 م، المتعلق بنظام الانتخابات (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50، بتاريخ 28 غشت 2016 م)

⁶ - القانون العضوي رقم 08/19 المؤرخ في 14 محرم 1441 هـ، الموافق 14 سبتمبر 2014 م، يعدل ويتمم القانون العضوي 10/16، المؤرخ في 22 ذي القعدة 1437 هـ، الموافق 25 أوت 2016 م، المتعلق بنظام الانتخابات (ج. ر. رقم: 55 المؤرخة في 15 محرم 1441، الموافق 15 سبتمبر 2019 م).

الانتخابية التي تعتبر جوهر أي نظام ديمقراطي، الأمر الذي يستوجب أن ترمي قواعد القانون الانتخابي إلى تحقيق انتخابات حرة نزهة وشفافة، بحكم الآليات والضمانات القانونية التي يحتويها،¹ والتي تهدف في مجملها إلى تكريس نظام انتخابي تتماشى أحكامه مع مبادئ الديمقراطية والتنافس الحر والتداول السلمي على السلطة، والحرية والعدالة باعتباره رمزا للشرعية، وأساس الحكم السليم، تجسيدا للمعايير الدولية للانتخابات الديمقراطية التعددية.² "فالديمقراطية الناجحة تقودها نخبة واعية متشعبة بالفكر الديمقراطي الحقيقي والتي تحرص على احترام التنافس الحريين المترشحين، وتجعل من التعددية السياسية قيمة مجتمعية، لا ضرورة حزبية ضيقة."³ وقد أدخل المؤسس الدستوري بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016، تغييرات جوهرية على تنظيم العملية الانتخابية وذلك باستحداث الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات كمؤسسة دستورية دائمة⁴، وكل ذلك بهدف تعزيز دعائم وضمانات نزاهة وشفافية العملية الانتخابية، حيث خصها المشرع بجملة من الصلاحيات المحددة ضمن أحكام القانون العضوي 16-11 المتعلق بتنظيم الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، هذا الجهاز الرقابي الذي يعتبر بمثابة آلية مؤسسية تتولى مهمة الوقوف على كافة التجاوزات والنقائص المسجلة على مستوى العملية الانتخابية وكذا وضع كافة الميكانيزمات والمقترحات التي من شأنها إثراء وتطوير العملية الانتخابية، مع الأخذ بعين الاعتبار كل الأفكار والتصورات المقدمة من قبل الطبقة السياسية بمختلف توجهاتها.⁵

إلا أن التغييرات والتطورات التي حصلت على مستوى المنظومة السياسية بفضل الحراك الشعبي الذي بدأ في الثاني والعشرين من شهر فيفري من سنة 2019 عجلت باستحداث سلطة وطنية مستقلة للإشراف على العملية الانتخابية بموجب القانون العضوي 07/19⁶ والتي تعتبر الجهة الوحيدة المخولة للإشراف على العملية الانتخابية منذ استدعاء الهيئة الناخبة وحتى إعلان النتائج؛ ذلك أن: "الانتخابات" لحظة مميزة في النظم السياسية المعاصرة، بسبب أنها تجسد أقوى المناسبات المتاحة للمجتمع المدني للتعبير عن إرادته، علاوة على أنها وسيلة عملية لاختيار من ينوب عن الأمة في ممارسة سيادتها باعتبارها مالكتها الأصلية دون غيرها من الأشخاص.⁷

ويهدف تدعيم الممارسة الديمقراطية فقد عملت الدولة الجزائرية على تبني التعددية الحزبية، التي اعتبرت من بين أهم المكاسب التي عرفتها البلاد منذ إعلان دستور 1989 الذي أدى إلى ظهور نظام حزبي، وبروز قوى سياسية متعددة. ونتيجة للنقائص والاختلالات التي رافقت هذه المسيرة التعددية، جاء التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020

- 1- تضمن القانون العضوي للانتخابات العديد من الضمانات الكفيلة بنزاهة وشفافية العملية الانتخابية على غرار أداء أعضاء مكاتب التصويت لليمين وكذا تسليم نسخة من محضر الفرز إلى ممثلي المترشحين، إضافة إلى الآليات المتعلقة بضمان سير الحملة الانتخابية في شفافية تامة.
 - 2 - أنظر المادتين 193 و194 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري.
 - هذا وقد قام رئيس الجمهورية عقب المصادقة على التعديل الدستوري لسنة 2020 في الفاتح من نوفمبر 2020 بتكليف لجنة بمراجعة قانون الانتخابات الذي ربما يصدر في الأسابيع القليلة القادمة.
 - ³ - انظر في هذا المعنى: صالح دجال، المرجع السابق، ص. 130.
 - ⁴ - تنص الفقرة الأولى من المادة 194 من القانون رقم 16-01، المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2016 على أنه: (تحدث هيئة عليا مستقلة لمراقبة الانتخابات).
 - ⁵ - أنظر القانون العضوي رقم 16-11، المؤرخ في 25 أوت 2016، المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50، بتاريخ 28 غشت 2016 م).
 - ⁶ - انظر: القانون العضوي رقم 19/07، المؤرخ في 14 محرم 1441 هـ، الموافق 14 سبتمبر 2019 م، المتعلق بالسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات (ج. ر. رقم: 55 المؤرخة في 15 محرم 1441، الموافق 15 سبتمبر 2019 م).
 - ⁷ - صالح دجال، المرجع السابق، ص. 130.
- وانظر كذلك في هذه الفكرة: تباني الطاهر، الشريعة الإسلامية وحقوق الإنسان " حرية العقيدة، المساواة، مبدأ سيادة الشعب" مذكرة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، للموسم الجامعي: 2006-2007، ص. 92.

بإصلاحات جذرية وعميقة تستهدف تعزيز حقوق الأحزاب السياسية من خلال التنصيب صراحة على استفادة جميع التشكيلات السياسية المعتمدة من الحقوق المتعلقة بحرية الرأي والتعبير والاجتماع، وكذا تخصيص حيز زمني عبر وسائل الإعلام العمومية يتناسب مع تمثيلها على المستوى الوطني، وبغية تسهيل ممارسة نشاطاتها تستفيد الأحزاب السياسية من التمويل العمومي المرتبط بتمثيلها على مستوى البرلمان، هذا فضلا عن حقها في ممارسة السلطة على الصعيدين المحلي والوطني في إطار مبادئ التداول الديمقراطي على السلطة بصفة سلمية. هذه الحقوق الممنوحة للطبقة السياسية التي تم دستورها بداية من خلال التعديل الدستوري لسنة 2016، وتم تأكيدها في التعديل الدستوري لسنة 2020 سيتم تجسيد معالمها وأهدافها ضمن التعديل الذي سيمس القانون العضوي للأحزاب السياسية قصد تكييفه مع الأحكام الجديدة للدستور.¹

وإذا كانت المشاركة السياسية تعني تلك الأنشطة السياسية التي بمقتضاها يشارك الفرد أو الجماعات في اختيار الحكام وصياغة السياسة العامة بشكل مباشر أو غير مباشر، عفوي أو منظم، ابتداء من التصويت، فضلا عن الانتماء الحزبي أو العمل من خلال أي تنظيم سياسي، كما ينعكس على اهتماماته التي تتمثل في مراقبة القرار السياسي وتناوله بالنقد والتقييم والمناقشة مع الآخرين، وينعكس أيضا على معرفته بما يدور حوله من أمور تتعلق بالسياسة.²

وإذا كان "العمل السياسي للمرأة من ركائز الديمقراطية وشرطا من شروط المواطنة الفعالة، وتوتيجا لما تتبواه المرأة من أدوار في الحياة العامة، إذ ترتبط المشاركة السياسية للمرأة بمؤشرات الديمقراطية ونمو المجتمعات ومدى قدرتها على دمج النساء في القضايا السياسية وتعزيز مساهمتها في العملية التنموية"³، وبهدف تعزيز الممارسة الديمقراطية فقد تضمن التعديل الدستوري لسنة 2008 طبقا لنص المادة 31 مكرر أحكاما جديدة لترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة⁴، وهو ما أكد عليه المؤسس الدستوري في التعديلات اللاحقة وخاصة التعديل الأخير لسنة 2020 في المادة 59 منه، وذلك بالحفاظ على نفس الصياغة الواردة في المادة 31 مكرر من التعديل الدستوري لسنة 2008.⁵

وقد اعتبر المجلس الدستوري أن توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة يعتبر نتيجة للمطلب الديمقراطي المذكور في الفقرة الثامنة من ديباجة الدستور الذي يقتضي بأن تبنى المؤسسات حتما على مشاركة جميع المواطنين والمواطنات في تسيير الشؤون العمومية تحقيقا للعدالة الاجتماعية والمساواة وحرية الفرد والجماعة، وأن هذه المادة تهدف في غايتها إلى توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، وإزالة العقبات التي تحول دون مشاركتها الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية.⁶ "فواجب الفرد رجلا أو امرأة أن يحمل هم الأمة ولا ينعزل عن

¹ - أنظر المادة 53 من القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري.

² - انظر: بادي سامية، المرأة والمشاركة السياسية، التصويت، العمل الحزبي، العمل النيابي، مذكرة ماجستير في علم اجتماع التنمية، مقدمة لكلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، جامعة منتوري قسنطينة، الموسم الجامعي 2005، ص. 30.

³ - د/ مسراتي سلمية، دور الأحزاب السياسية في تفعيل المشاركة السياسية للمرأة: الأطر واستراتيجيات التمكين السياسي، مقال منشور بمجلة صوت صوت القانون، المجلد الخامس العدد 2، أكتوبر 2018، ص. 164.

⁴ - جاء في الفقرة الأولى من المادة 31 مكرر من القانون رقم 19-08، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2008 ما يلي: (تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة).

⁵ - أنظر المادة 59 من المرسوم الرئاسي 442/20، المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2020.

⁶ - أنظر رأياً رقم 01-08/ر.ت/مد، المؤرخ في 07 نوفمبر 2008، المتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، المنشور بالجريدة الرسمية رقم رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

عن قضايا المجتمع الذي يعيش فيه.¹ إلا أن مسألة تنظيم عملية توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة أحالها المؤسس الدستوري للمشرع الذي نظمها بموجب القانون العضوي المتعلق بتمثيل النساء في المجالس المنتخبة، الذي أكد في طياته على ضرورة ترقية الحقوق السياسية للمرأة، بوضع آليات كفيلة بضمان تمثيلها في المجالس المنتخبة والمشاركة في صنع القرار، مما يجعله وسيلة قانونية هامة لتدعيم تواجد المرأة على مستوى جميع مؤسسات الدولة، بهدف إرساء مقومات الدولة الحديثة التي تتبنى النهج الديمقراطي كأسلوب للحكم.²

ثانيا- تدعيم أسس الرقابة الدستورية:

"لما كان المجلس الدستوري من المؤسسات الرسمية الحكومية الضرورية لحماية الدولة من القوانين المتناقضة ومنع تفكك المجتمع من أي اختلالات في منظومته التشريعية ويتم ذلك عن طريق مراقبة دستورية القوانين ووضع حدود على تطرف الأغلبية البرلمانية"³ فقد انتهجت الدولة الجزائرية الرقابة السياسية بواسطة المجلس الدستوري خلال أول دستور لسنة 1963.

ونتيجة لاقتضار مهمة إخطار المجلس الدستوري على جهات وهيئات محددة، وهو ما من شأنه أن يضعف من فعالية الرقابة الدستورية، ويكون له بالغ الأثر على حقوق وحرية الأفراد ومطية لانتهاكها، إضافة إلى عدم وجود توازن بين السلطات في توزيع حق إخطار المجلس الدستوري؛ ذلك أن الأمر يبدو مقتصرًا على رأس السلطة التنفيذية، ممثلاً في رئيس الجمهورية ورئيسي غرفتي البرلمان، وهو ما يؤدي بالنهاية إلى الاستهانة بهذه الآلية الرقابية، خاصة في ظل سيطرة حزب معين محسوب على السلطة التنفيذية وعلى رئاسة غرفتي البرلمان.

وعليه فقد أصبح مطلب توسع الإخطار بالنسبة للمجلس الدستوري مطلباً ديمقراطياً، يرتبط بتكريس مفهوم دولة القانون،⁴ ولذلك عرفت هذه الهيئة عدة تحولات نتيجة التعديلات الدستورية المتعاقبة، أبرزها ما تضمنه التعديل الدستوري لسنة 2016، والتعديل الدستوري لسنة 2020، فالتعديل الدستوري لسنة 2016 أدخل بعض التغييرات على هذا الجهاز الرقابي المتمثل في المجلس الدستوري مست جوانب متعددة من حيث التشكيلة وشروط العضوية. والجهات المخولة بإخطاره، فعلى مستوى التشكيلة تم رفع عدد أعضاء المجلس من 09 إلى 12 عضواً⁵، وذلك تكريساً لتكريس مبدأ التوازن في تمثيلية السلطات الثلاث، حيث تملك كل سلطة أحقية تعيين أو انتخاب 04 أعضاء، وهو ما يساهم في التأثير على مردودية المجلس وعلى فعالية الرقابة الدستورية؛ ذلك أن المجلس الدستوري حسب رأي البعض هو جهاز ومجلس سياسي أنيطت به مهمة رقابة دستورية القوانين، تشارك في اختيار أعضاء تشكيلته جميع السلطات في الدولة، وهو حسب رأي البعض الآخر هو نوع من أنواع القضاء من خلال صلاحياته واختصاصاته.⁶ أما

¹ - انظر: مليكة خشمون، آليات تفعيل المشاركة السياسية للمرأة المغربية، مقال منشور بمجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد الأول، جوان 2016، ص. 254.

² - أنظر القانون العضوي رقم 03-12، المؤرخ في 12 جانفي 2012، المحدد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة. (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد الأول، المؤرخة في 20 صفر 1433 هـ، الموافق 14 يناير 2012م).

³ - نادية خلفة، المرجع السابق، ص. 137.

⁴ - انظر: زهير لعلا، آثار توسيع صلاحية إخطار المجلس الدستوري على فعالية الرقابة على دستورية القوانين من خلال التعديل الدستوري 2016، 2016، مقال منشور بمجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد الرابع، نوفمبر 2017، ص. 176.

⁵ - تنص المادة 183 من القانون 01/16 المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2016 م على ما يلي: (يتكون المجلس الدستوري من اثني عشر (12) عضواً: أربعة (4) أعضاء من بينهم رئيس المجلس ونائب رئيس المجلس يعينهم رئيس الجمهورية، واثنتان (2) ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني، واثنتان (2) ينتخبهما مجلس الأمة، واثنتان (2) تنتخبهما المحكمة العليا، واثنتان (2) ينتخبهما مجلس الدولة).

⁶ - انظر: حسن فريجة، المجلس الدستوري ومبدأ الرقابة على القوانين، مقال منشور بمجلة المفكر الصادرة عن جامعة بسكرة، العدد الرابع، 2009، ص. 119-120.

بالنسبة لشروط العضوية فقد أقر المؤسس الدستوري الجزائري لأول مرة شروطا مضبوطة لتولي عضوية المجلس الدستوري تمثلت في توافر عناصر السن والكفاءة والتجربة لمن يرغب في تقلد هذه الوظيفة.¹ أما عن جهات الإخطار فقد اتسعت الدائرة لتشمل جهات وأطراف أخرى، فبالإضافة إلى الجهات التقليدية المقررة في التعديلات السابقة، فقد أقر التعديل الدستوري لسنة 2016 حق الإخطار للوزير الأول من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 187²، وعلى الرغم من أن الالتفاتة تعتبر ضرورية من المؤسس الدستوري لترقية الرقابة الدستورية وضمان جودة النصوص القانونية، بحكم أن الوزير الأول يعتبر الأقرب في التعامل مع المنظومة القانونية بحكم احتكاكه اليوم بكل القطاعات الوزارية كونه منسقا للعمل بين رئيس الجمهورية الطاقم الحكومي، إلا أن الواقع السياسي والدستوري لعلاقة الوزير الأول برئيس الجمهورية في النظام السياسي الجزائري يؤكد صعوبة وقد نقول استحالة تولي الوزير الأول عملية الإخطار بشكل منفرد بعيدا عن إرادة رئيس الجمهورية الذي يعتبر الوزير الأول مجرد سكرتير خاص لديه بحكم استحواده على أغلب الصلاحيات التنفيذية والتشريعية في النظام السياسي الجزائري.³

ولئن أغلبية البرلمانية تستطيع ممارسة هذا الحق عن طريق رئيس المجلس، فقد بات من الضروري إعطاء فرصة للأقلية البرلمانية من أجل ممارسة هذا الحق ترسيخا لقواعد الديمقراطية التشاركية واحتراما للرأي الآخر ولو كان أقلية، من أجل ذلك جاء اعتراف المؤسس الدستوري بحق الإخطار لنصاب معين من نواب المجلس الشعبي الوطني أو أعضاء مجلس الأمة.⁴

ولم يكتف المؤسس الدستوري بهذا فقط بل وسع من دائر المخولين بإخطار المجلس الدستوري، وإعمالا لمبدأ الديمقراطية التشاركية المقررة في التوجه الجديد للمؤسس الدستوري في إشراك المواطن في الرقابة على عمل السلطات العمومية وعلى المنظومة التشريعية الصادرة من الجهات المخولة، فقد قرر حق الإخطار لأول مرة في النظام الدستوري الجزائري للأفراد عن طريق الدفع بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، كما هو مبين في المادة 188 من التعديل الدستوري لسنة 2016 بقوله: "يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور..." لياتي قانون عضوي لاحق يبين آليات تطبيق الدفع بعدم الدستورية المخول للأفراد عن طريق الإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة.⁵

1- نصت المادة 184 من القانون 01/16 المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2016 م على أنه: (يجب على أعضاء المجلس الدستوري المنتخبين أو المعينين ما يأتي:

- بلوغ سن أربعين (40) سنة كاملة يوم تعيينهم أو انتخابهم،

- التمتع بخبرة مهنية مدتها خمس عشرة (15) سنة على الأقل في التعليم العالي في العلوم القانونية، أو في القضاء، أو في مهنة محام لدى المحكمة العليا أو لدى مجلس الدولة أو في وظيفة عليا في الدولة.)

² - جاء في مضمون الفقرة الأولى من المادة 187 من التعديل الدستوري لسنة 2016 ما يلي: "يُخطر المجلس الدستوري رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو الوزير الأول."

³ - انظر في هذا المعنى: زهير لعلا، المرجع السابق، ص. 178.

⁴ - وهو ما أكد عليه المؤسس الدستوري في الفقرة الثانية من المادة 187 المذكورة أعلاه بقوله: "... كما يمكن إخطاره من خمسين (50) نائبا أو ثلاثين (30) عضوا في مجلس الأمة...."

⁵ - انظر القانون العضوي رقم 16-18، المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق: 2 سبتمبر سنة 2018، المحدد لشروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 54، المؤرخة في: 25 ذي الحجة 1439، الموافق: 05 سبتمبر 2018).

إن توسيع آلية الإخطار باعتبارها الوسيلة الإجرائية الوحيدة لتحريك الرقابة الدستورية لجهات ومؤسسات أخرى أغفلها المؤسس الدستوري خلال الدساتير السابقة، كما هو الشأن بالنسبة لأعضاء البرلمان بما فهم نواب المعارضة يعد خطوة ايجابية في سبيل دعم استقلالية البرلمان وتفعيلا لدور النواب في الغرفتين، وفي نفس الوقت يشكل مسارا جديدا لتعميق الممارسة الديمقراطية النيابية، هو ما من شأنه أن يمكن المعارضة من الطعن في دستورية القوانين التي ترى بأنها مخالفة للدستور وهي آلية تسمح بالضغط على الأغلبية وإلزامها بالتشريع في إطار الدستور.¹

هذا وقد استغنى المؤسس الدستوري في التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020 عن المجلس الدستوري ليستبدله بالمحكمة الدستورية²، التي تختلف في تشكيلتها عن تشكيلة المجلس الدستوري، حيث تم تدعيم المحكمة الدستورية بفريق من فقهاء القانون الدستوري ذوي الاختصاص، مما يعني الإلمام بكل الانشغالات والمسائل التي تعرض على المحكمة الدستورية³، وتتفق معه في كثير من الشروط والصلاحيات المقررة في التعديل الدستوري لسنة 2016.⁴

كما أن توسيع إخطار المجلس الدستوري في التعديل الدستوري لسنة 2016 هو ما يعطي فرصة كبيرة لتفعيل نظام المحكمة الدستورية المعتمد في كثير من الدول الديمقراطية ودول الجوار، والمعتمد في التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020، وتدعيمه بكثير من الصلاحيات التي تؤهله للقيام بمهامه بعيدا عن الضغوطات السياسية والبيروقراطيات الإدارية، وهو مطلب لطالما نادى به جانب من الفقه في العديد من المنابر العلمية مقترحين توسيع الإخطار إلى أعضاء البرلمان للسماح للمعارضة البرلمانية بتحريك إجراءات الرقابة الدستورية للحد من هيمنة الأغلبية البرلمانية.⁵

إن المتفحص لمنظومة الحقوق الدستورية المخولة للمعارضة البرلمانية في الجزائر يلاحظ وجود تطور إيجابي في هذا المجال على غرار ما تم تبنيه من قبل بعض الأنظمة الدستورية المقارنة التي كانت سباقة في إرساء هذه المعالم بطريقة متميزة، لاسيما منظومة الحقوق الممنوحة للمعارضة البرلمانية في بعض الدول العربية التي صادقت مؤخرا على دساتير الإصلاحات، وفضلا عن ذلك فإن هذه المستجدات تجعل من النظام الدستوري يتجه من خلال هذه الإصلاحات إلى برلمانية من النموذج الإنجليزي، ولكن بمنهجية متدرجة.⁶

كما انصبت الإصلاحات الدستورية التي مست مؤسسة الرقابة الدستورية أيضا على تمكين المتقاضين من الدفع بعدم دستورية القوانين المطبقة على النزاعات المعروضة أمام القضاء⁷، مما سيساهم حتما في حماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، وبهذا يتحول المواطن إلى شريك فعال في مجال القضاء الدستوري، تماشيا مع ما رسّخته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وتبعاً لما قرره الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وهو ما أكدت عليه

¹ - د. عمار عباس، "انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضين ومساهمته في تنقية النظام القانوني"، مجلة المجلس الدستوري، المجلس الدستوري، الجزائر، العدد 07، 2016، ص 24.

² - لقد قرر المؤسس الدستوري بموجب المرسوم الرئاسي رقم 442/20، المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2020 التحول من نظام المجلس الدستوري إلى نظام المحكمة الدستورية، وهو ما أكده في المادة 185 بقوله: "المحكمة الدستورية مؤسسة مستقلة مكلفة بضمان احترام الدستور...".
³ - تشكل المحكمة الدستورية من اثني عشر عضوا:

- أربعة (4) أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية من بينهم رئيس المحكمة.
- عضو واحد (1) تنتخبه المحكمة العليا من بين أعضائها، وعضو واحد (1) ينتخبه مجلس الدولة من بين أعضائه.

- ستة (6) أعضاء ينتخبون بالاقتراع من أساتذة القانون الدستوري، يحدد رئيس الجمهورية شروط وكيفيات انتخاب هؤلاء الأعضاء...
⁴ - انظر المواد من 187 إلى 198 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

⁵ - انظر في هذا المعنى: د. شهبوب مسعود، "الرقابة على دستورية القوانين المجلس الدستوري"، مجلة النائب، المجلس الشعبي الوطني، الجزائر، العدد 4، 2004، ص 49.

⁶ - د. شهبوب مسعود، "المعارضة البرلمانية في النظام الدستوري الجزائري، قراءة في التعديل الدستوري لعام 2016"، مجلة الوسيط، الوزارة المكلفة بالمكلفة بالعلاقات مع البرلمان، الجزائر، العدد 12، جوان 2016، ص 31.

⁷ - وهو ما أكد عليه المؤسس الدستوري في المادة 195 من المرسوم الرئاسي 442/20، المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2020، وهو ما يقابل

مؤخرا اللجنة الأوروبية المكلفة بالعدالة على مستوى الاتحاد الأوروبي، معتبرة أن الحق في محاكمة عادلة يعتبر أحد الأركان الأساسية للأنظمة القضائية في أوروبا.¹

ثالثا- ترسيخ احترام مبدأ الفصل بين السلطات:

حرص المؤسس الدستوري الجزائري على تبني مبدأ الفصل بين السلطات ضمن أحكام الدستور، على الرغم من عدم التنصيص صراحة على هذا المبدأ ضمن دستوري 1989 و1996، حيث جاء التعديل الدستوري لسنة 2016 2020؛ ليؤكد صراحة على الفصل بين السلطات²، الأمر الذي يعتبر بمثابة ثورة حقيقية في مجال تنظيم السلطات، ويبدو ذلك واضحا من خلال عنونتهما للباب الثاني منهما بتنظيم السلطات، وخصيصا لكل سلطة فصلا كاملا وأشار بصفة صريحة إلى الفصل بين السلطات واستقلالية المؤسسات، كالتص مثلا على استقلالية السلطة القضائية.³

لكن الواقع الميداني والممارسة العملية تؤكد أن تطبيقات هذا المبدأ أمر مختلف تماما عن الجانب النظري، فإعطاء رئيس الجمهورية حق التشريع بأوامر هو خروج عن مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقتضي عدم تدخل السلطة التنفيذية في الاختصاصات الأصيلة للسلطة التشريعية، وإن لم يكن هناك بد من ذلك فليكن في مجال ضيق كثيرا، فالتشريع حق أصيل للسلطة التشريعية باعتبارها نائبة عن الأمة والمجتمع في وضع القوانين الأصلح لمساره وحياته، ولا يجب أن تشاركها أي سلطة في ذلك وحسنا فعل المؤسس الدستوري في دستور 1989 عندما لم يمنح رئيس الجمهورية مثل هذا الحق⁴، ولكن للأسف تم التراجع عن هذا المكسب في التعديلات الدستورية اللاحقة إلى آخر تعديل في سنة 2020، والأکید أن مبررات ذلك تعود بالأساس إلى تغول السلطة التنفيذية وبالأخص مؤسسة رئاسة الجمهورية، وبروز النزعة السلطوية التسلطية لدى الماسكين بزمام الأمر في الدولة وخاصة منذ استقالة الرئيس الراحل الشاذلي بن جديد رحمه الله. وهو ما نعكس سلبا على منظومة الحقوق والحريات لدى المواطن الجزائري، والعشرية الدموية التي عاشتها الجزائر عقب الانقلاب على الانتخابات التشريعية ذات جانفي 1992 خير دليل على ذلك؛ حيث كانت الجزائر محط أطماع من قبل الدول الكبرى نتيجة التقارير الدورية التي تحررها المنظمات الدولية والإقليمية حول وضعية حقوق الإنسان في الجزائر، مما كان يهدد بتدخل دولي وشيك في الشأن الداخلي اعتمادا على تلك التقارير وهو ما يهدد السلامة الترابية للوطن ويعرض كينونة الدولة للاهيار.

وما يمكن قوله إجمالا في مسألة إعمال مبدأ الفصل بين السلطات في النظام السياسي الجزائري هو أن المؤسس الدستوري الجزائري كان مترددا في الأخذ به في دساتير الأحادية، مما يعني في تصوره الانخراط في الفكر والتصور الليبرالي وبالتالي تبعية الدولة لهذا النظام العالمي، فبالتالي كان التوجه في الجمهورية الأولى إلى الأخذ بمبدأ وحدة الحزب والدولة، غير أن نمو الوعي لدى أفراد المجتمع، وخاصة بعد أحداث 1988 رأى المؤسس الدستوري أنه لا

¹ - د. عمار عباس، "انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضين ومساهمته في تنقية النظام القانوني"، مرجع سابق، ص 48.

² - فقد أورد المؤسس الدستوري في ديباجة القانون 01/16، المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2016 ما يلي: "يكفل الدستور استقلال العدالة والحماية القانونية، ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية، ويتحقق فيه تفتح الإنسان بكل أبعاده". كما جاء في ديباجة التعديل الدستوري لسنة 2020 في الفقرة الخامسة عشر منه أنه: "يكفل الدستور الفصل بين السلطات والتوازن بينها واستقلال العدالة والحماية القانونية ورقابة عمل السلطات العمومية وضمان الأمن القانوني والديمقراطي".

³ - د. أويسييني ليندة، "ضمانات نفاذ القواعد الدستورية في الجزائر"، مجلة المفكر، جامعة بسكرة، العدد 10، جوان 2012، ص 254.

⁴ - انظر: حاحة عبد العالي، يعيش تمام آمال، تطبيقات مبدأ الفصل بين السلطات في ظل دستور 1996، مقال منشور بمجلة الاجتهاد القضائي،

جامعة بسكرة، العدد الرابع، مارس 2008، ص. 260.

مناص من الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات¹، وهو ما أكدته صياغة النصوص الدستورية المتتالية، وقرره المجلس الدستوري في آرائه وقراراته.

هذا وقد تضمن التعديل الدستوري الجديد لسنة 2020، كافة مقومات وخصائص تنظيم سلطة الدولة في النظام السياسي الجزائري، من خلال دراسة وتحليل المصادر السياسية والدستورية والقانونية لهذا النظام على ضوء النظرية العلمية السياسية والدستورية التحليلية، وكذا من خلال المقاربات والمقارنات مع النظم السياسية والدستورية العريقة، القائمة على أساس التطبيق الواعي والمرن والواقعي لمبدأ الفصل بين السلطات، حيث عمد المؤسس الدستوري إلى دسترة هذا المبدأ صراحة ضمن أحكام المراجعة الدستورية الأخيرة.² ولذلك فإن أملنا كبير في أن يراجع المؤسس الدستوري هذه المسألة في التعديلات الدستورية القادمة، تكريسا لمبدأ الفصل المرن بين السلطات، ويضبط بدقة حالات تدخل رئيس الجمهورية في المجال التشريعي، ليجعل منه استثناء عن القاعدة العامة المتعارف عليها في كل الأنظمة الديمقراطية الحديثة.

رابعاً: تعزيز مكانة المؤسسات الاستشارية واللامركزية الإدارية في النظام الدستوري:

استحدث المؤسس الدستوري خلال التعديل الدستوري الجديد جملة من المؤسسات الاستشارية تمثلت أساساً في المجمع الجزائري للغة الأمازيغية والمجلس الوطني لحقوق الإنسان، وكذا المجلس الأعلى للشباب والهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، وأخيراً المجلس الوطني للبحث العلمي والتكنولوجيا، حيث ستساهم هذه المؤسسات الدستورية في تدعيم المسار الديمقراطي من خلال سحب قطاعات معينة وحساسة من الشؤون العمومية والخدمات الاقتصادية والثقافية من التسيير الحصري للحكام، إضافة للمكانة الجديدة التي أعطيت للامركزية الإدارية والجماعات المحلية من خلال الإقرار بآليات ومبادئ الديمقراطية التشاركية، وتكريسها دستورياً بشكل معمق وموسع.³ وهو ما يعني بالنهاية تقليص حجم ومساحة البيروقراطية الإدارية بتقريب الخدمات العمومية والإدارية من المواطن، وهو ما يعد ضماناً حقيقية لصون حقوقه وحماية حرياته على المستوى المحلي والوطني، مما يعزز بالجملة منظومة الحقوق والحريات للمواطن والمجتمع وهو الهدف المنشود في الديمقراطيات الحديثة، وهو المسعى الذي سلكه المؤسس الدستوري الجزائري ضمن التعديلين الدستوريين الأخيرين، وهو توجه السلطات العمومية في الآونة الأخيرة.

المحور الثاني موقف الجزائر من الالتزامات والاتفاقيات الدولية في مجال حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية

لقد عبّرت الجزائر عن موقفها الرسمي إزاء التدخل الأجنبي في الشؤون الداخلية للدولة من خلال رفضها القاطع لهذه التدخلات، وأكدت أن أي تدخل دولي يجب أن يتم في إطار الشرعية الدولية للأمم المتحدة، ويهدف الحد من كافة أشكال التدخل الدولي عملت الدولة الجزائرية على اتخاذ إجراءات حثيئة ووقائية في مجال حماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد.

¹ - انظر: فريد علواش، نبيل قرقور، مبدأ الفصل بين السلطات في الدساتير الجزائرية، مقال منشور بمجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، العدد الرابع، مارس 2008، ص. 237.

² - انظر في هذا الموضوع: د. غيلاني الطاهر، " التعديل الدستوري الجديد وعملية تنظيم سلطة الدولة الجزائرية في ظل مبدأ الفصل بين السلطات "مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، الجزائر، العدد 38، فيفري 2016، ص 87.

³ - د. مبن شريط، " الهيئات الدستورية المستقلة وموقعها في الدستور الجزائري الجديد 2016"، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، الجزائر، العدد 38، فيفري 2016، ص 19.

كما سارعت الدولة الجزائرية الوليدة عقب الاستقلال إلى المصادقة على العديد من الاتفاقيات الدولية والإقليمية خاصة تلك المتعلقة بحماية الحريات الفردية والحد من الانتهاكات التي تمس بحقوق الإنسان. ويمكن تفصيل كل ذلك في النقاط التالية:

أولاً: تقيّد الجزائر بالضمانات الواردة في ميثاق الأمم المتحدة الخاصة بحقوق وحريات

الإنسان

انضمت الجزائر لهيئة الأمم المتحدة وأعلنت التزامها بما جاء في مقدمة الميثاق، كما التزمت أيضاً بالفقرة الثانية من المادة الأولى والتي حددتها أهداف الأمم المتحدة وذلك بـ "تنمية العلاقات الودية بين الدول على أساس مبدأ المساواة في الحقوق وحق الشعوب في تقرير مصيرها واتخاذ كافة التدابير الملائمة لتوطيد السلم في العالم".¹ كما أعربت الجزائر عن ارتياحها للمصادقة على هذه اللائحة التي تؤكد مجدداً ودون لبس اللوائح السابقة للجمعية العامة حل قضية الصحراء الغربية، التي تركز جميعها على المبادئ المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة، وعلى هذا الأساس فالتزام الجزائر بما جاء في ميثاق الأمم المتحدة هو تعبير عن خضوعها والتزامها بأهداف الأمم المتحدة الرامية إلى احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وهو في آن واحد بناء لسد منيع يحصن الدولة من التقارير المغرضة التي تصدر عن الجهات والمنظمات الإقليمية والدولية وسد الباب أمام كل من تسول له نفسه المساس بالوطن وحقوق المواطن وحرياته.

ثانياً: التزام الجزائر بمبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

قامت الجزائر خلال الدساتير المتعاقبة ومنذ أول دستور للبلاد سنة 1963، بتكييف الوثيقة الدستورية مع مضمون الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. ومسايرة لهذا المنظور الدولي حرص المؤسس الدستوري على تضمين الوثيقة الدستورية جملة من الحقوق المدنية والسياسية وكذا الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وأهم هذه الحقوق المساواة في الحقوق، كما أكدت على ذلك المادة 12 من دستور 1963²، حرمة المسكن كما أشارت إلى ذلك المادة 14 منه³، حرية الصحافة ووسائل الإعلام، وحرية تكوين الجمعيات وحرية التعبير، كما أكدت على ذلك المادة 19 منه⁴ وحق الإضراب، كما أشارت إلى ذلك المادة 20 من الدستور.⁵ كما خصص كل من دستوري 1976 و1989 فصلاً كاملاً للحريات الأساسية وحقوق المواطن. ولتدعيم هذا المسار جاء دستور 1996 ليؤكد من جديد على الاهتمام الذي توليه السلطات العمومية الجزائرية لهذا الموضوع، حيث خصص الفصل الرابع منه للحقوق والحريات من خلال تفصيل كافة الحقوق المدنية والسياسية من المادة 29 إلى المادة 51، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من المادة 52 إلى المادة 59.

¹ - د. محمد عزيز شكري، "المدخل إلى القانون الدولي العام وقت السلم" دار الفكر، دمشق، 1973، ص 214. وقد جاء نص ميثاق الأمم المتحدة على الصورة التالية: "إنهاء العلاقات الودية بين الأمم على أساس احترام المبدأ الذي يقضي بالتسوية في الحقوق بين الشعوب وبأن يكون لكل منها تقرير مصيرها، وكذلك اتخاذ التدابير الأخرى الملائمة لتعزيز السلم العام." انظر موقع الأمم المتحدة: www.un.org/ar بتاريخ 20/09/2018

² - جاء في مضمون المادة 12 من دستور 1963 ما يلي: (لكل المواطنين من الجنسين نفس الحقوق ونفس الواجبات.)

³ - جاء في مضمون المادة 14 من دستور 1963 ما يلي: (لا يجوز الاعتداء على حرمة السكن، ويضمن حفظ سر المراسلة لجميع المواطنين.)

⁴ - جاء في مضمون المادة 19 من دستور 1963 ما يلي: (تضمن الجمهورية حرية الصحافة، وحرية وسائل الإعلام الأخرى، وحرية تأسيس الجمعيات، وحرية التعبير، ومخاطبة الجمهور وحرية الاجتماع.)

⁵ - جاء في مضمون المادة 20 من دستور 1963 ما يلي: (الحق النقابي، وحق الإضراب، ومشاركة العمال في تدبير المؤسسات معترف بها جميعاً، و تمارس هذه الحقوق في نطاق القانون.)

أما بالنسبة للحق في التعليم فقد عملت الدولة على تشجيعه من خلال سن القانون التوجيهي، الذي ينص على معاقبة الأولياء الذين يحرمون أولادهم من التعليم، أما فيما يتعلق بحرية المعتقد فهي مضمونة دستوريا، حيث يتمتع الأفراد بحرية ممارسة الشعائر الدينية.¹

أما فيما يخص الحقوق الجماعية فقد وردت هذه الحقوق في نص المادة 27 التي تنص على ما يلي "الجزائر متضامنة مع جميع الشعوب التي تكافح من أجل التحرر السياسي والاقتصادي والحق في تقرير المصير وضد كل تمييز عنصري". وباستقراء جملة هذه الحقوق والحريات المكفولة دستوريا يمكن القول بأن المنظومة الدستورية الجزائرية جاءت متطابقة ومنسجمة مع الأحكام المتضمنة في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان وملزمة بتطبيقها.²

وقد جاءت التعديلات الدستورية المتلاحقة لتؤكد على هذه المنظومة المقررة في التعديل الدستوري لسنة 1996 وتدعمها وهو ما فعله المؤسس الدستوري في التعديل الدستوري من خلال تقرير وترسيم الأمازيغية كلغة وطنية رسمية، ومكونا من مكونات الهوية الوطنية، حفاظا على الحقوق الثقافية لشريحة عريضة من المجتمع الجزائري وحماية للجدار الوطني وتعضيدا لتماسك المجتمع الجزائري.³

ثالثا: مصادقة الجزائر على العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية:

بمجرد صدور العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية⁴ والبروتوكول الاختياري الأول الملحق به عام 1966م⁵، صادقت عليه الجزائر بتاريخ 16 ماي 1989 وقامت بنشره في الجريدة الرسمية، وتنفيذا لنص المادة 40 من العهد قامت الجزائر بتقديم التقرير الأول سنة 1992 م، وتم عرض هذا التقرير على اللجنة التي أعربت عن انشغالها فيما يتعلق بلفت انتباه الجزائر إلى أن العهد لا يسمح حتى في حالات الطوارئ بالمساس ببعض الحقوق منها الحق في الحياة ومناهضة كافة أشكال التعذيب، مما ينبغي وضع حد لكافة الخروقات التي تشكل انتهاكا للعهد، كما تطرقت اللجنة إلى العوامل والصعوبات التي تعيق تطبيق أحكام هذا العهد، مع التذكير بالنقاط الإيجابية التي وردت في التقرير منها الإشادة بإنشاء المرصد الوطني لحقوق الإنسان وكذا استحداث منصب وسيط رئيس الجمهورية وعبرت عن ارتياحها إزاء تعديل قانون استعمال اللغة العربية.⁶

¹ - وهو ما أكد عليه المؤسس الدستوري في المادة 51 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

أنظر في هذه النقاط التقرير الصادر عن المكتب الإقليمي للدول العربية، تقرير التنمية الإنسانية العربية، خلق فرص للأجيال القادمة، سنة 2002، منشور على الموقع: www.arab-hdr.org/arabic/about/impact.aspx بتاريخ 2018/12/20.

² - أنظر المرسوم الرئاسي رقم 438/96، المؤرخ في 26 رجب 1417هـ، الموافق لـ 7 ديسمبر 1996 م، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996م، مصدر سابق.

³ - فقد جاء في المادة 3 مكرر من التعديل الدستوري لسنة 2008 ما يلي: "تمازغت هي كذلك لغة وطنية.

تعمل الدولة لتلقيتها وتطويرها بكل تنوعاتها اللسانية المستعملة عبر التراب الوطني.

وقد أكد عليها في المادة الرابعة من التعديلين الدستوريين لسنة 2016 و 2020.

⁴ - أنظر العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المؤرخ في 16 ديسمبر 1966. اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966، وقد بدأ نفاذه بتاريخ: 23 آذار/مارس 1976، وفقا لأحكام المادة 49، انظر موقع جامعة مينيسوتا، مكتبة حقوق الإنسان، hrlibrary.umn.edu، بتاريخ 2018/12/20 م.

⁵ - البروتوكول الاختياري الأول الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بشأن تقديم شكاوي من قبل الأفراد، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966 م، وقد بدأ نفاذه بتاريخ: 23 آذار/مارس 1976 وفقا لأحكام المادة 9، انظر موقع جامعة مينيسوتا، مكتبة حقوق الإنسان، hrlibrary.umn.edu، بتاريخ 2018/12/20 م.

⁶ - جاء في مضمون المادة 40

1- تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بتقديم تقارير عن التدابير التي اتخذتها والتي تمثل إعمالا للحقوق المعترف بها فيه، وعن التقدم المحرز في التمتع بهذه الحقوق، وذلك: أ- خلال سنة من بدء نفاذ هذا العهد إزاء الدول الأطراف المعنية، ب- ثم كلما طلبت اللجنة إليها ذلك.

رابعاً: الضمانات المنصوص عليها في العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية:

التزمت الجزائر من خلال موقفها الرسمي للقيام بكافة المساعي والمبادرات للتعاون مع المجموعة الدولية لتحقيق أهداف ومبادئ ميثاق الأمم المتحدة، وما تضمنته المواثيق الدولية والعهدين الدوليين وذلك بالتصديق على العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية¹ بتاريخ 16 ماي 1989، وتطبيقاً للأحكام الواردة في هذا العهد الدولي قدمت الجزائر التقرير الثاني للجنة حقوق الإنسان التابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي سنة 2001، ومن بين ما نصت عليه الوثيقة الدستورية من حقوق اجتماعية وثقافية أنه لكل فرد الحق في الاجتماع مع من يريد من بني جنسه، كما أكد التعديل الدستوري لسنة 2008 على أن حريات التعبير وإنشاء الجمعيات والاجتماع مضمونة لكل مواطن، هذا فضلاً عن الحقوق المستحدثة بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016 كالحق في بيئة سليمة وحق المواطن في الحصول على المعلومة وهي حقوق من الجيل الثالث تم إدخالها لمسيرة التطورات الدستورية الدولية في مجال الحقوق والحريات الأساسية للمواطن.²

خامساً: التصديق على اتفاقية مناهضة التعذيب.

اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة في 15 ديسمبر 1964 لتتوجها لجهودها الهادفة إلى القضاء على التعذيب، ويهدف تدعيم مبادئ هذه الاتفاقية تم إنشاء هيئة إشرافية هي لجنة مناهضة التعذيب تتولى مهمة السهر على احترام الاتفاقية وتطبيقها، وقد سجلت اللجنة الدولية مناهضة التعذيب بإيجابية وجود اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية وحماية حقوق الإنسان والتي أوصت بضرورة دعم استقلاليتها لكي تتمكن من أداء دورها المتمثل بالخصوص في مراقبة تنفيذ الاتفاقيات بما في ذلك اتفاقية مناهضة التعذيب.³

سادساً: التصديق على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بتاريخ 22 جانفي 1996، حيث أسندت للجزائر رئاسة لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الأمر الذي يعد بمثابة اعتراف دولي بالمجهودات التي تبذلها الدولة الجزائرية في مجال حماية حقوق الإنسان، حيث تتولى هذه اللجنة مهمة الإشراف على مدى وفاء الدول الأطراف في كل من اتفاقية القضاء على

2- تقدم جميع التقارير إلى الأمين العام للأمم المتحدة، الذي يحيلها إلى اللجنة للنظر فيها. ويشار وجوباً في التقارير المقدمة إلى ما قد يقوم من عوامل ومصاعب تؤثر في تنفيذ أحكام هذا العهد.

3- للأمم العام للأمم المتحدة، بعد التشاور مع اللجنة، أن يحيل إلى الوكالات المتخصصة المعنية نسخاً من أية أجزاء من تلك التقارير قد تدخل في ميدان اختصاصها.

4- تقوم اللجنة بدراسة التقارير المقدمة من الدول الأطراف في هذا العهد. وعليها أن توافي هذه الدول بما تضعه هي من تقارير، وبأية ملاحظات عامة وللجنة أيضاً أن توافي المجلس الاقتصادي والاجتماعي بتلك الملاحظات مشفوعة بنسخ من التقارير التي تلقتها من الدول الأطراف في هذا العهد.

5- للدول الأطراف في هذا العهد أن تقدم إلى اللجنة تعليقات على أية ملاحظات تكون قد أبدت وفقاً للفقرة 4 من هذه المادة.

أنظر العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، الموقع السابق.

¹ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية هي معاهدة متعددة الأطراف اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966 ودخلت حيز النفاذ من 3 يناير 1976. تلزم أطرافها العمل من أجل منح الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في الأقاليم والأفراد الفئحة غير المتمتعة بالحكم الذاتي وبما في ذلك حقوق العمال والحق في الصحة وحق التعلم والحق في مستوى معيشي لائق. اعتباراً من عام 2015 فقد صدق على العهد 164 طرف. خمس دول أخرى بما في ذلك الولايات المتحدة وقعت ولكن لم تصدق بعد على العهد. انظر موقع ويكيبيديا: ar.wikipedia.org، بتاريخ 2018/12/20 م.

² د. شطاب كمال، "حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية والواقع المفقود" دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 90.

³ صكوك متعلقة بالإبادة الجماعية وجرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية والتعذيب، اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية وحماية حقوق الإنسان، قائمة اهم الصكوك الدولية والجهوية المتعلقة بحقوق الإنسان التي صادقت عليها الجزائر، الجزائر، مارس 2008.

جميع أشكال التمييز ضد المرأة¹ والبروتوكول الاختياري الملحق بها بشأن تقديم شكاوى من قبل الأفراد والجماعات.² وقد أكد المؤسس الدستوري في التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020 على ضمان حماية المرأة من كل أشكال العنف والتمييز ومساواتها للرجل في تولي المسؤوليات الوطنية، وهو ما أكدت عليه المادة 35 منه بقولها: "تضمن الدولة الحقوق الأساسية والحريات تستهدف مؤسسات الجمهورية ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون المشاركة الفعلية للجميع في الحياة السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية".³

وأكدت بالمقابل على ضمان حماية المرأة من كل أشكال التعسف وهو ما نص عليه المؤسس الدستوري في المادة 41 من هذا التعديل بقوله: "تحمي الدولة المرأة من كل أشكال العنف في كل الأماكن والظروف، في الفضاء العمومي وفي المجالين المهني والخاص، ويضمن القانون استفادة الضحايا من هياكل الاستقبال ومن أنظمة التكفل، ومن مساعدة قضائية".⁴

سابعا: التصديق على الاتفاقية الخاصة بحقوق الطفل

صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بتاريخ 19 ديسمبر 1992، كما صادقت على اللجنة المعنية بحقوق الطفل. وبمقتضى المادتين 43 و44 من الاتفاقية الخاصة بحقوق الطفل قدمت الجزائر التقرير الأول للجنة حقوق الطفل، التي أبدت من خلاله جملة من الملاحظات بخصوص وضعية حقوق الطفل في الجزائر، كما كفلت الدساتير الجزائرية المتعاقبة الحق في التعليم لجميع الأطفال، مع التأكيد على مجانية التعليم بالشروط التي ينص عليها القانون.⁵

ثامنا: التصديق على المعاهدة الدولية المتعلقة بالاختفاءات القسرية.

وقعت الجزائر على المعاهدة الدولية المتعلقة بالاختفاءات القسرية بتاريخ 06 فيفري 2006، حيث التزمت بمواجهة ظاهرة الاختفاءات لأنها جريمة تمس بالحقوق الأساسية وحريات الأفراد والمواطنين، حيث يندرج هذا التصديق في إطار الجهود المتواصلة للدولة الجزائرية في إصلاح منظومتها القانونية، وتكييفها مع مبادئ القانون الدولي لحقوق الإنسان بغية مواجهة كافة المخاطر والتهديدات التي تمس بالسيادة الوطنية تحت غطاء حماية حقوق الإنسان

¹ - انظر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدها الجمعية العامة وعرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام بقرارها 180/34 المؤرخ في 18 كانون الأول / ديسمبر 1979، وبدأ نفاذها بتاريخ: 3 أيلول / سبتمبر 1981، طبقاً لأحكام المادة 27، انظر موقع الأمم المتحدة: www.un.org بتاريخ: 2018/12/20

² - البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة هو معاهدة عالمية تركز آليات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعروفة اختصاراً بـ "سيداو". تسمح الأطراف المشاركة في المعاهدة للجنة الاتفاقية بسماع شكاوى الأفراد أو التحقيق في الانتهاكات الجسدية أو المنهجية للاتفاقية. ولد البروتوكول مجموعة من القرارات بخصوص قضايا مثل: العنف المنزلي، إجازة الأبوة والتعقيم القسري، بالإضافة إلى تحقيقات حول القتل المنهجي للنساء في سيوداد خواريز بالمكسيك.

تم اعتماد البروتوكول من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في السادس من أكتوبر عام 1999، ودخل حيز التنفيذ في الفترة من 22 ديسمبر 2000 حتى مايو 2016. يشمل البروتوكول 80 توقيعاً و107 أطراف. انظر موقع ويكيبيديا: ar.wikipedia.org بتاريخ 2018/12/20 م.

³ - انظر المادة 35 من المرسوم الرئاسي 442/20، المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2020، مصدر سابق.

⁴ - انظر المادة 41 من المرسوم الرئاسي 442/20، المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2020، المصدر نفسه.

⁵ - لجان حقوق الإنسان، اتفاقية حقوق الطفل، منشور على الموقع: www.arabhumanrights.org.

اتفاقية حقوق الطفل اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44، المؤرخ في 20 نوفمبر 1989، بدأ نفاذها بتاريخ 2 أيلول/سبتمبر 1990، وفقاً للمادة 49. انظر موقع منظمة يونيسيف، www.unicef.org بتاريخ 2018/12/20 م.

وحياته الأساسية، وبالتالي وضع ترسانة قانونية قوية ومتينة تواكب الرهانات والتحديات المفروضة من منظور القانون الدولي الإنساني.¹

الخاتمة:

لقد سعى المؤسس الدستوري عبر التعديلات الدستورية الأخيرة ، إلى إحداث نقلة نوعية على مستوى وضعية الحقوق المدنية والسياسية، فأصبحت الأحزاب السياسية تتمتع بحرية أكبر مقارنة بالعديد من الدول، وذلك بمنحها العديد من الحقوق انعكست بصورة ايجابية على ترقية المشاركة السياسية، هذا فضلا عن إرساء دعائم الديمقراطية التشاركية على المستوى المحلي، وتعزيز مكانة المعارضة البرلمانية في النظام الدستوري، إضافة إلى التأكيد على حرية الرأي والتعبير وحرية الصحافة، كما عمدت الجزائر إلى إصلاح النظام القانوني للجمعيات بمنحها تسهيلات مختلفة، مما يجعلها في وضع قانوني يسمح لها بالاندماج في حركة الجمعيات الدولية²، وذلك استجابة لمطالب الطبقة السياسية ومختلف فعاليات المجتمع المدني.

وأما الحقوق الاقتصادية المكرسة في التعديلات الدستورية الأخيرة فهي تعد بحق مدخلا للتمتع بالحقوق الاجتماعية، خاصة في ظل النهج الليبرالي للبلاد، فعلى أساس إشباع الفئة الأولى يكون إشباع النوع الثاني، أما الحقوق الثقافية فلا يمكن الاستغناء عنها باعتبارها امتداد للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، وتكريسا للمواطنة الحقة. ويهدف الارتقاء بهذه الحقوق فقد تم استحداث العديد من الآليات والميكانزمات المؤسسية لتجسيد الحق في العمل على رأسها الوكالة الوطنية لتشغيل الشباب، وآلية الإدماج المهني للشباب حملة الشهادات وخريجي الجامعات. وهي مكاسب كانت على وقت قريب ضرب من الخيال.

وأخيرا ومن خلال الإصلاحات الدستورية التي تضمنها التعديل الدستوري لسنة 2020، يمكن القول أن هذه التعديلات الجديدة قد ساهمت في مواجهة مخاطر التدخل الدولي في الشؤون الداخلية، وعليه يمكن استخلاص جملة من النتائج، مع إبداء المقترحات التالية:

النتائج:

- حاول المؤسس الدستوري الجزائري بموجب الإصلاحات الدستورية الواردة في التعديل الدستوري لسنة 2020، كفالة جميع الحقوق والحريات المقررة في الصكوك الدولية والإقليمية المتعلقة بحقوق الإنسان والمواطن، في إطار إرساء دعائم الدولة القانونية الحديثة القائمة على أسس الديمقراطية التعددية واحترام مبدأ الفصل بين السلطات وتكريس الرقابة الدستورية، وتطوير الحقوق والحريات بما يتماشى وتطلعات الأفراد،
- اعتبار كافة هذه المبادرات الإصلاحية بمثابة إجراءات وقائية للحد من التدخل الدولي في الشأن الوطني وما يترتب عليه من مساس بالسيادة الداخلية.
- إن تنفيذ الجزائر للالتزامات المترتبة عن الاتفاقيات الدولية المبرمة يندرج في إطار تنفيذ إستراتيجية وطنية للحد من كافة مظاهر التدخل الخارجي.

الإقتراحات:

- العمل على تعزيز هذه الإصلاحات الدستورية بكافة الضمانات القانونية والمؤسسية التي من شأنها تحقيق أهداف المقاربة الدستورية الجزائرية.

¹ - الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري، يمكن العودة إلى موقع مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان لدى الأمم المتحدة، www.ohchr.org ، بتاريخ 2018/12/20 م.

² - د. شطاب كمال، مرجع سابق، ص 253.

- إن هذه الإصلاحات نأمل أن يتم تفعيلها مستقبلا بكافة الضمانات والآليات القانونية التي من شأنها تدعيم أسس الدولة الحديثة في إطار احترام مبادئ القانون الدولي لحقوق الإنسان.
- يتوجب على السلطات العمومية توفير كافة الآليات والتدابير التي من شأنها تفعيل الحقوق والحريات المدسرة على أرض الواقع وتجسيدها عبر سياستها القانونية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

قائمة المراجع:

1-القوانين:

- (1)- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1963.
- (2)- المرسوم الرئاسي رقم 89 – 18، المؤرخ في 22 رجب 1409 هـ، الموافق لـ 28 فبراير 1989 م، والمتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في 23 فبراير 1989 م، المنشور في الجريدة الرسمية. للجمهورية الجزائرية العدد 09، الصادرة بتاريخ 1 مارس 1989 .
- (3)- التعديل الدستوري لسنة 1996م، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96، المؤرخ في 26 رجب 1417 هـ، الموافق لـ 7 ديسمبر 1996 م، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996م، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم: 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996م.
- (4)- القانون رقم 08-19، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2008، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.
- (5)- القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.
- (6)- المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 هـ، الموافق 30 ديسمبر 2020، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 82 بتاريخ 15 جمادى الأولى 1442 هـ الموافق 30 ديسمبر 2020 م.
- (7)- القانون العضوي رقم 03-12، المؤرخ في 12 جانفي 2012، المحدد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة. (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد الأول، المؤرخة في 20 صفر 1433 هـ، الموافق 14 يناير 2012م).
- (8)- القانون العضوي رقم 16-11، المتعلق بتنظيم الهيئة العليا لمراقبة الانتخابات. (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50، بتاريخ 28 غشت 2016 م).
- (9)- القانون العضوي رقم 16-18، المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق: 2 سبتمبر سنة 2018، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 54، المؤرخة في: 25 ذي الحجة 1439، الموافق: 05 سبتمبر 2018.
- (10)- القانون العضوي رقم 07/19، المؤرخ في 14 محرم 1441 هـ، الموافق 14 سبتمبر 2019 م، المتعلق بالسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات (ج. ر. رقم: 55 المؤرخة في 15 محرم 1441، الموافق 15 سبتمبر 2019 م).
- (11)- القانون العضوي رقم 19/ 08 المؤرخ في 14 محرم 1441 هـ، الموافق 14 سبتمبر 2014 م، يعدل ويتم القانون العضوي 16/10، المؤرخ في 22 ذي القعدة 1437 هـ، الموافق 25 أوت 2016 م، المتعلق بنظام الانتخابات (ج. ر. رقم: 55 المؤرخة في 15 محرم 1441، الموافق 15 سبتمبر 2019 م).

2- المعاهدات والاتفاقيات الدولية:

- (1)-العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المؤرخ في 16 ديسمبر 1966.
- (2)-اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ديسمبر 1979.
- (3)-المعاهدة الدولية المتعلقة بالاختفاءات القسرية لسنة 2006.

3-الكتب:

- (1)- د. شطاب كمال، " حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية والواقع المفقود " دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005
- (2)- د. شكري محمد عزيز، " المدخل إلى القانون الدولي العام وقت السلم " دار الفكر، دمشق ، 1973.

4-المجلات:

- (1)- د. أونيسي ليندة، " ضمانات نفاذ القواعد الدستورية في الجزائر"، مجلة الفكر، جامعة بسكرة، العدد 10، جوان 2012.
- (2)- حاحة عبد العالي، يعيش تمام آمال، تطبيقات مبدأ الفصل بين السلطات في ظل دستور 1996، مقال منشور بمجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، العدد الرابع، مارس 2008.
- (3)- خشمون مليكة، آليات تفعيل المشاركة السياسية للمرأة المغربية، مقال منشور بمجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد الأول، جوان 2016.
- (4)- د. شريط لمين، " الهيئات الدستورية المستقلة وموقعها في الدستور الجزائري الجديد 2016"، مجلة الفكر البرلماني مجلس الأمة، الجزائر، العدد 38، فيفري 2016.
- (5)- د. شهبوب مسعود، " الرقابة على دستورية القوانين المجلس الدستوري"، مجلة النائب، المجلس الشعبي الوطني، الجزائر، العدد 4، 2004.
- (6)- د. شهبوب مسعود، " المعارضة البرلمانية في النظام الدستوري الجزائري، قراءة في التعديل الدستوري لعام 2016"، مجلة الوسيط، الوزارة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان، الجزائر، العدد 12، جوان 2016.
- (7)- د. عباس عمار، "قراءة في التعديل الدستوري لسنة 2008"،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 1، 2009
- (8)- د. عباس عمار، " انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضين ومساهمته في تنقية النظام القانوني"، مجلة المجلس الدستوري، المجلس الدستوري، الجزائر، العدد 07، 2016.
- (9)- علواش فريد ، قرقور نبيل ، مبدأ الفصل بين السلطات في الدساتير الجزائرية، مقال منشور بمجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، العدد الرابع، مارس 2008.
- (10)- د. غيلاني الطاهر، " التعديل الدستوري الجديد وعملية تنظيم سلطة الدولة الجزائرية في ظل مبدأ الفصل بين السلطات"، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، الجزائر، العدد 38، فيفري 2016.
- (11)- فريجة حسن ، المجلس الدستوري ومبدأ الرقابة على القوانين، مقال منشور بمجلة المفكر الصادرة عن جامعة بسكرة، العدد الرابع، 2009
- (12)- لعلامة زهير، آثار توسيع صلاحية إخطار المجلس الدستوري على فعالية الرقابة على دستورية القوانين من خلال التعديل الدستوري 2016، مقال منشور بمجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد الرابع، نوفمبر 2017

(13)- د/ مسراتي سليمة، دور الأحزاب السياسية في تفعيل المشاركة السياسية للمرأة: الأطر واستراتيجيات التمكين السياسي، مقال منشور بمجلة صوت القانون، المجلد الخامس العدد 2، أكتوبر 2018.
الدراسات الجامعية:

(1)- بادي سامية، المرأة والمشاركة السياسية، التصويت، العمل الحزبي، العمل النيابي، مذكرة ماجستير في علم اجتماع التنمية، مقدمة لكلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، جامعة منتوري قسنطينة، الموسم الجامعي 2005.

(2)- تباني الطاهر، الشريعة الإسلامية وحقوق الإنسان " حرية العقيدة، المساواة، مبدأ سيادة الشعب" مذكرة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، للموسم الجامعي: 2006-2007.

(3)- سلوان رشيد السنجاري، القانون الدولي لحقوق الإنسان ودساتير الدول، أطروحة دكتوراه قدمت ونوقشت بكلية لقانون جامعة الموصل سنة 1425هـ/2004م.

(4)- صالح دجال، حماية الحريات ودولة القانون، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، الموسم الجامعي 2009/2010.

(5)- نادية خلفة، آليات حماية حقوق الإنسان في المنظومة القانونية الجزائرية- دراسة بعض الحقوق السياسية- أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة الحاج لخضر باتنة، الموسم الجامعي: 2009/2010.

5-الأراء:

(1)- رأي رقم 01-08/ر.تد/مد، المؤرخ في 07 نوفمبر 2008، المتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

6- المواقع الالكترونية:

1- المكتب الإقليمي للدول العربية، تقرير التنمية الإنسانية العربية، خلق فرص للأجيال القادمة، سنة 2002، منشور على الموقع www.arab-hdr.org/arabic/about/impact.aspx.

2- لجان حقوق الإنسان، اتفاقية حقوق الطفل، منشور على الموقع <https://www.unicef.org/>.

3- موقع منظمة يونيسيف، www.unicef.org.

4- موقع مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان لدى الأمم المتحدة، www.ohchr.org.

5- موقع الأمم المتحدة: <http://www.un.org>، تاريخ الولوج: 2019/06/30

6- موقع جامعة مانيسوتا، مكتبة حقوق الإنسان، hrlibrary.umn.edu.

أثر الاعتراد بالعرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

The effect of custom in the conditions linked to the marriage contract between Islamic law and the Algerian Family Code

لخداري عبدالحق*

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تبسة

abdelhak@uni-tebessa.dz

تاريخ القبول: 2021-01-20

تاريخ المراجعة: 2021-01-09

تاريخ الإيداع: 2020-09-25

ملخص:

يعد العرف أحد مصادر التشريع بما في ذلك مجال الأحوال الشخصية ، ومن بينها الشروط المقترنة بعقد الزواج ، فيما أن الزواج ظاهرة اجتماعية تتعلق بحياة الناس اليومية وأعرافهم وتقاليدهم وعاداتهم ، ولذلك كان للعرف أثر كبير في الشروط التي يضعها الناس ضمن عقد الزواج ، مما يجعلنا نتساءل عن مدى اعتداد المشرع الجزائري بهذا العنصر فيما يتعلق بالشروط المقترنة بعقد الزواج ، وقد تبين من خلال هذه الورقة البحثية مراعاة المشرع الجزائري تبعا لبعض المذاهب الفقهية الإسلامية في الأخذ بالشروط المقترنة بعقد الزواج استنادا على أعراف الناس وعاداتهم وإدراجه ضمن عقد الزواج أو بعقد لاحق كما وضح ذلك قانون الأسرة الجزائري ، وقد أخذ المشرع الجزائري بها متبعا للمذهب الحنبلي، غير أنه قيدها بأن تكون غير مخالفة لأحكام القانون ، وهذا من شأنه حماية قدسية عقد الزواج ومكانته السامية التي شرفها الإسلام حينما وصفه بالميثاق الغليظ ، وعلى هذا الأساس يعتبر العرف الذي لا يخالف التعاليم الشرعية والمعمول به في أوساط المجتمع شرطا صحيحا يقترن بعقد الزواج الكلمات المفتاحية: الاعتراد؛ العرف؛ الشروط؛ عقد الزواج؛ قانون الأسرة الجزائري.

Abstract:

Custom is one of the most source of legislation, including in the field of personal status, and among them are the conditions associated with the marriage contract, since marriage is a social phenomenon linked to the daily life of people and their customs, traditions and customs, had a great impact on the conditions that people put in the marriage contract, which makes us wonder about the extent to which the Algerian legislator is concerned with this element with regard to conditions linked to the marriage contract, and it has been evident through this research document that the Algerian legislator, according to certain schools of Islamic jurisprudence, takes into account the conditions linked to the marriage contract with the norms and customs of the people and includes it in the marriage contract or in a subsequent contract as clearly indicated in the Algerian family law texts.

Keywords: accreditation; custom; conditions; marriage contract; Algerian family law.

* المؤلف المرسل.

مقدمة:

يعتبر العرف أحد أهم مصادر التشريع القانوني ، فالواقع يفرض أن تتماشى القواعد القانونية والأعراف السائدة في المجتمعات ، وكل قانون يخالف العرف يصبح عقبة أمام تطبيقه على أرض الواقع ، وهذا في كل المجالات ومن بينها مجال التشريع الأسري ، وهذا ما اتضح جليا من خلال الاعتداد بالعرف واعتباره في قانون الأحوال الشخصية المتمثل بالخصوص في قانون الأسرة الجزائري وهذا في العديد من القضايا ، والتي من بينها تلك الشروط المقترنة بعقد الزواج .

وكما هو معلوم أن هناك اختلافا فقهيما في الشروط التي تقترن بعقد الزواج ، والرأي الراجح هو اعتبارها ما لم تخالف مقاصد الشريعة الإسلامية من الزواج ، وقد أخذ المشرع الجزائري بالعرف في هذه الشروط موافقا في ذلك المذهب الحنبلي .

والأساس في ذلك ما تعارف عليه الناس في حياتهم اليومية من أعراف وعادات ، أصبح لها طابع الإلزام المعنوي في شتى المجالات التي من بينها قضايا الأحوال الشخصية ، فقد راعى المشرع الجزائري في الأخذ بالشروط المقترنة بعقد الزواج وفق رؤية واقعية للواقع المعيش الذي يفرض رهاناته على الزواج سواء قبله أو بعده .

وللدراسة أهمية عملية واقعية كبرى ، خاصة تعلقها بعنصر الأعراف والعادات التي تحكم الأفراد والتي يتميز بها الشعب الجزائري عن غيره من الشعوب ، فالأعراف عموما في الجزائر أو غيرها قد تخالف بعض أحكام الشريعة الإسلامية ، لهذا استوجب الأمر القيام بدراسة أكاديمية توضح ما قد يستشكل في هذا الجانب .

ولذلك تطرح الورقة البحثية إشكالية تتمثل في التساؤل التالي : هل اعتد المشرع الجزائري بالعرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج ؟

ولهذا تهدف هذه الدراسة إلى بيان وتوضيح أثر العرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج ، وبيان مدى الاعتداد به من طرف المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري ، الذي يعتمد كمصدر رسمي وأساسي في تشريعاته ومواده ونصوصه على أحكام الشريعة الإسلامية بمختلف مصادرها .

سنعتمد في معالجة هذا الموضوع على المنهج الوصفي لإبراز إرادة المشرع من خلال النصوص القانونية ،

واستخدمت التحليل من خلال شرح النصوص الشرعية والقانونية والتعليق عليها

كما استخدمت أسلوب الدراسة المقارنة مقارنة بين الشريعة الإسلامية ونصوص قانون الأسرة الجزائري .

وللإجابة على الإشكالية المطروحة قسمت البحث إلى العناصر التالية :

مفهوم العرف أولاً ، ثم ثانياً مفهوم الشروط المقتزنة بعقد الزواج ، ثم ثالثاً: مشروعية الأخذ بالعرف في الشروط المقتزنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي ، وأخيراً مدى اعتداد المشرع الجزائري بالعرف في الشروط المقتزنة بعقد الزواج .

1- مفهوم العرف والشروط المقتزنة بعقد الزواج:

يتناول هذا العنصر بالدراسة مدخلا مفاهيمياً لأهم عناصر الموضوع ، ، ويتعلق المر بمفهوم العرف لغة واصطلاحاً ، وبين الفرق بينه وبين العادة، لرفع اللبس الموجود في هذا التداخل ، ثم يتناول العنصر الثاني بالدراسة مفهوم الشروط المقتزنة بعقد الزواج ، وكذا الضوابط التي وضعها الفقهاء المسلمون والتي أخذ بها المشرع الجزائري للاعتداد بالشروط المقتزنة بهذا العقد.

1-1- مفهوم العرف والفرق بينه وبين العادة :

أ- لغة :

العرف من معروف: ضد المنكر والعُزف: ضد النُكر يقال: أولاه عرفاً أي معروفاً والعرف والمعارفة والمعروف واحد: ضد النُكر، وهو كل ما تعرفه النفس من خير وتأنس به وتطمئن إليه ⁽¹⁾.

العرف هو ما يسكن إليه الناس وتطمئن له قلوبهم وأنفسهم ، الشيء المتعارف عليه بين الناس وما اطمأنوا إليه واستكنوا له ⁽²⁾.

فهو يطلق لغة على كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه ، ويطلق أيضاً على المعروف ، وهو الخير والرفق والإحسان

ب- اصطلاحاً :

هو ما ألفه مجتمع من أمور الدنيا من غير حظر من الشارع سواء كان قولاً أو فعلاً أو تركاً. وقد عرفه الجرجاني بقوله: "العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع بالقبول ، وهو حجة أيضاً لكنه أسرع إلى الفهم وكذا العادة هي ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة أخرى" ⁽³⁾.
فهو ما اعتاد جمهور الناس وألفوه من فعل شاع بينهم أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص ، بحيث لا يتبادر غيره عند سماعه، وهو ما تعارفه الناس وساروا عليه من قولٍ أو فعلٍ أو تركٍ ⁽⁴⁾.

¹ - ابن منظور، لسان العرب المحيط ، بيروت ، لبنان ، دارصادر، 1997م ، ج 2، ص 692.

² - ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب القزويني، معجم مقاييس اللغة ، بيروت ، دار الجيل ، 1420 هـ ، 1999م ، ج 4 ، ص 281.

³ - الجرجاني علي بن محمد بن علي الزين الشريف ، التعريفات ، بيروت ، مكتبة لبنان ، 1985م، ص 126.

⁴ - عبد الوهاب خلاّف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نصّ فيه، بيروت، دار العلم للملايين ، 1999 ، ص 146. محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دمشق، دار الفكر العربي، 1996م، ص 255.

وعرفه الإمام الغزالي بقوله : العرف ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول⁽¹⁾.
قال القرطبي في تفسيره: "والعرف والمعروف والعارفة: كل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس"⁽²⁾.

وهو من القواعد الفقهية المعترف بها عند الفقهاء، ولها مزايا عديدة في مجال التشريع⁽³⁾، وقد قيل : " المعروف عرفا كالمشروط شرطا"⁽⁴⁾، وهو دليل على الاعتداد به وقيام الحجة عند الاستدلال به، إلى غيرها من القواعد الفقهية المتصلة بموضوع العرف والمبسوطة في كتب القواعد الفقهية.

والعرف هو ما ألفه الناس وساروا عليه في تصرفاتهم ، سوا كان فعلا أو قولاً دون أن يصادم نصاً ، ويعتبر من أقدم مصادر التشريع الإنساني إذ أن التشريعات المختلفة ، بدأت بعادات وأعراف جعلت منها شريعة تحتكم إليها ، ولا يزال العرف إلى يومنا هذا من أهم المصادر القانونية والتشريعية ، وبعد نزول الرسالة المحمدية بالشريعة السمحة ، وجدت كثيراً من الأعراف في المجتمع العربي ، فأقرت الصالح وألغت الفاسد من تلك العادات والأعراف ، والعرف الصحيح كالمصالح المرسله ، يعتبر مصدراً للفتوى والقضاء والاجتهاد فينبغي أن يراعى في عند تشريع الأحكام أو تفسير النصوص.

والعرف ينقسم باعتباره شرعاً إلى صحيح وفاسد، والعرف الصحيح هو ما اعتاده الناس دون أن يصادم الشرع، فلا يحرم حلالاً ولا يحل حراماً... والعرف الفاسد هو ما اعتاده الناس ولكنه يحل حراماً أو يحرم حلالاً، كتعارفهم على بعض العقود الربوية ونحو ذلك. وقد اتفق الفقهاء على أن العرف دليل أو مصدر من مصادر التشريع الإسلامي، وتوسع الحنفية والمالكية في العمل به أكثر من غيرهم، واعتمده مستنداً في كثير من الأحكام العملية، وفي فهم النصوص الشرعية، بتقييد إطلاقها وفي تبيان أحكام الفقه المختلفة في دائرة العبادات والمعاملات والأحوال الشخصية والتعزيرات الجزائية⁽⁵⁾.

ج- الفرق بين العرف والعادة:

التأمل في مؤلفات الفقهاء وأقوالهم يجد أنه ليس هناك فرق بين العرف والعادة، فهما أمر واحد، غير أن العادة هي الشيء المألوف الخاص بفرد أو بجماعه أما العرف فهو المؤلف الخاص بجماعة⁽⁶⁾.

1- أبو حامد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995م، ج1، ص145.

2- القرطبي محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، د.ط، دمشق، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1984م، ج7، ص270.

3- يرجع الفضل في إبراز أهمية العرف ومزاياه للمدرسة التاريخية التي تعطي الأولوية للعرف على التشريع إذ تبين أن العرف:

أ- يلائم ويوافق حاجات الجماعة لأنه ينشأ باعتياد الناس عليه فيأتي على قدر تطلبات المجتمع باعتباره ينبثق من هذه المتطلبات فيظهور متطلبات جديدة تنشأ أعراف جديدة تزول بزوال هذه المتطلبات.

ب- كما أنه يوافق إرادة الجماعة أيضاً باعتباره يصدر عنها وينشأ في ضمير الجماعة فهو قانون أكثر شعبية من التشريع لأن مصدره الشعب بينما التشريع يصدر من السلطة فيوافق إرادتها فقط وقد سبق القول بأن القوانين إذا صدرت بهذا الشكل لم تستمر طويلاً.

ج- أن العرف قابل للتطور وفقاً لتطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية فهو يتطور بتطور المجتمع ويزول إذا زالت الحاجة التي أدت إلى ظهوره.

4- محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دمشق، دار الفكر، 2006، ج1، ص45.

5- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر، 1432هـ، ص835.

6- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص265.

قال النسفي: "العرف والعادة ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول"⁽¹⁾.

وقد أجمع الفقهاء على حجية العادة أو العرف الصحيح وهو مقبول عندهم شريطة أن يكون صحيحا وعماما، ولم يخالف نصا شرعيا أو قاعدة شرعية عامة، وكان مطردا أو غالبا⁽²⁾.

1-2- مفهوم الشروط المقترنة بعقد الزواج:

سأتناول بالدراسة تعريف الشروط المقترنة بعقد الزواج وماذا يقصد بها ثم أتطرق إلى الضوابط التي وضعها الفقهاء المسلمون والتي أخذ بها المشرع الجزائري للاعتداد بالشروط المقترنة بهذا العقد.

أ- تعريف الشروط المقترنة بعقد الزواج:

يقصد بها تلك الشروط المرافقة أو المصاحبة لعقد الزواج⁽³⁾، وكما أن أي شرط يكون مقترنا بالعقد يفترض أن يكون الطرف الآخر قد وافق عليه ابتداء لكي يدرج ضمن شروط هذا العقد، كما أنه لا يخرج عن كونه إما مشروعا أو غير مشروع.

وهي: "التزام العاقد في عقده أمرا زائدا على أصل العقد سواء أكان الالتزام مما يقتضيه العقد نفسه أم كان مؤكدا له، أو كان منافيا له، و سواء كان يحقق منفعة لمن اشترط له الشرط، أو كان الاشتراط لصالح الغير، أو لم تكن هناك مصلحة لأحد مطلقا"⁽⁴⁾.

والشروط التي يقتضيها العقد هي كل الشروط التي يوجها عقد الزواج حتى ولو لم تذكر فيه بالنظر لكون أنها تعد حكما من أحكام عقد الزواج، و أثرا من آثاره، ومن ثمة فهي تجب بالعقد من غير حاجة إلى اشتراطها في الأصل، باعتبار أنها مقررة وثابتة بموجب عقد الزواج ذاته⁽⁵⁾.

ومن أمثلتها اشتراط الزوجة على زوجها الإنفاق، دفع المهر أو عدم تأجيله، المعاملة الحسنة، حسن المعاشرة، القسم بين الزوجات، عدم التقصير في حقوقها أو أي شرط من شأنه أن يضمن محافظة الزوج على الزوجة كاشتراطها أن لا يضارها في نفسها، ولا في مالها، اشتراط الزوج على الزوجة الطاعة، القرار في البيت، وعدم الخروج إلا بإذنه، أو

¹ - سيد صالح النجار، أثر العرف في التشريع الإسلامي، بيروت، دار الكتب العلمية، 1998م، ص 50.

² - ابن عابدين محمد أمين أفندي مجموعة رسائل ابن عابدين، دمشق، دار الفكر، ج 2، ص 115 وما بعدها.

³ - قال ابن قدامة في المغني عند ذكره لأنواع الشروط في النكاح: مَا يُبْطَلُ الشَّرْطُ وَيُصَحُّ الْعَقْدُ، مِمَّا أَنْ يَشْتَرَطَ أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا، أَوْ أَنْ لَا يُنْفِقَ عَلَيْهَا أَوْ إِنْ أَسْقَطَ حُقُوقَ تَجِبُ بِالْعَقْدِ قَبْلَ أَنْعِقَادِهِ، فَلَمْ يَصِحَّ... فَأَمَّا الْعَقْدُ فِي نَفْسِهِ فَصَحِيحٌ... ابن قدامة موفق الدين عبدالله بن أحمد أبو محمد المقدسي، المغني وولييه الشرح الكبير، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، 1405هـ، 1985م، ج 3، ص 148.

⁴ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر، 1432هـ، 2011م، ج 10، ص 198.

⁵ --منصور بن يونس بن إدريس الهوتي، كشف القناع عن متن الأقناع، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ج 5، ص 39.

خلوها من الموانع الشرعية فلا تكون زوجة للغير، أو أن لا تكون في عدتها وأن لا تصوم تطوعاً إلا بإذنه وغيرها من الشروط .

فللزوجة أو لوليها أن يشترطاً عند عقد النكاح شروطاً على الزوج يجب عليه الوفاء بها، إلا أن تكون شروطاً محرمة أو تخالف مقتضى العقد؛ لحديث عقبة بن عامر رضي الله عنه في الصحيحين قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»⁽¹⁾.

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً"⁽²⁾.

وفي الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « ما بَالُ أَناسٍ يَشْتَرُطُونَ شُرُوطاً لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطاً لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ ، وَإِنْ اشْتَرَطَ مِائَةَ شَرْطٍ شَرَطُ اللَّهِ أَحَقُّ وَأَوْثَقُ »⁽³⁾.

إن حرية الاشتراط في عقد الزواج تابعة لحرية التعاقد، بدليل أن من يقولون بمبدأ حرية التعاقد يفتحون باب الشروط في العقود؛ فيجعلون للعاقدين أن يشترط عند إنشاء العقد ما شاء من الشروط. وعلى العكس من ذلك، فإن الذين يقولون بأن الأصل في العقود المنع ويتمسكون بمقتضيات العقود التي أقرها الشارع والآثار التي اعتبرها؛ لا يحترمون من الشروط إلا ما يتفق مع مقتضيات العقود. وتفريعاً لذلك اختلف الفقهاء ما بين مضيق وموسع فيما يتعلق بحرية التعاقد، وبالتالي حرية الاشتراط، حيث ذهب جانب من الفقهاء إلى أن الأصل في الاشتراط الحظر، وذهب رأي آخر إلى أن الأصل في الاشتراط الإباحة⁽⁴⁾.

ب- ضوابط الاعتداد بالشروط المقترنة بعقد الزواج :

لقد أقر الشرع الحنيف وقانون الأسرة الجزائري بالأخذ بالشروط في عقد الزواج ، غير أنها يجب أن تكون صحيحة ومتفق على صحتها ، ونعني بها التي لا تنافي مقتضى العقد كاشتراط المرأة العشرة بالمعروف والإنفاق والكسوة والسكنى؛ وألا يقصر الزوج في شيء من حقها في القسمة، أو كاشتراطها صداقاً قيمته معينة، أما بالنسبة للزوج، كاشتراطه ألا يخرج إلا بإذنه ولا تمنعه نفسها وألا تتصرف في ملكه إلا برضاه.

¹ - ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، لبنان ، كتاب النكاح ، باب الشروط في النكاح، 1415 هـ ، م 1999 ، ج 3، ص 245.

² - الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى ، سنن الترمذي، الأزهر، المطبعة المصرية، 1350 هـ، 1975 ، كتاب الأحكام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، ج 3، ص 87.

³ - أبو عبد الله بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري ، صيدا ، بيروت، 2010، المكتبة العصرية ، كتاب البيوع ، باب إذا اشترط شروطاً ، ص 1420.

⁴ - حداد فاطمة ، حجاب ياسين، "الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة" ، مجلة الدراسات والبحوث القانونية جامعة المسيلة، العدد 7، 2018 ، ص 244.

و مجمل القول فإنه لا يصح الاعتداد بكل الشروط وإدراجها بعقد الزواج إلا بوجود مجموعة من الضوابط الشرعية نذكر منها ما يلي :

- أن يكون الشرط من مقتضيات العقد :

كأن يمس أحد الأمور التي يقتضيها العقد ويتصل بها مباشرة كأحد أركانه كالولي أو المهر ، فللزوجة مثلا أو لولها أن يشترطا صداقا بقيمة مالية محددة ، فهو أمر مشروع مادام متعلقا بركن الصداق في العقد .

- أن يكون الشرط مؤكدا لمقتضى العقد :

فإذا جاء الشرط مؤكدا لأثر من أثار العقد فإنه يعد مشروعا ، كما لو اشترطت المرأة أن يكون والد الزوج ضامنا للمهر ، وبما أن المهر أثر للعقد يلزم به الزوج والشرط جاء مؤكدا لهذا الأثر فيعد بالتالي شرطا مشروعا.

- أن يكون الشرط مشروعا :

أي أنه غير محرم شرعا ، فلا يجوز اشترط أحد الطرفين على الآخر بشيء محرم من قبل الشارع .

- أن يتماشى والعرف المعمول به :

فإذا كان هذا الشرط مباحا شرعا ، ولكن غير متعارف عليه وغير معمول به في عرف الناس ، بحيث يمكن أن يرتب آثارا سلبية على الزوج بعد إتمامه، فيمكن لأحد الزوجين أن يتحلل منه بهذه الحجة .

يلاحظ مما سبق أن وجود العرف في مسائل الأحوال الشخصية ومن بينها "الشروط المقترنة بعقد الزواج" وهو - العرف- ضابط أساسي ومهم لصحة الأخذ بالشروط في عقد الزواج ، فلا يعقل إضافة شروط بعقد الزواج غير متعارف عليها في وسط المجتمع ، وهذا دليل قوي على مشروعية العرف في قضايا الأسرة ، ومن أمثلتها الاشتراط في كيفية التعامل مع الراتب الشهري للزوجة بالتراضي ، أو فيما يتعلق بعمل الزوجة وكيفية اشتراط الزوج في نوعية العمل وتوقيته ومراعاته لأعراف الناس ، فإذا كانت هذه الشروط متماشية مع العرف المحيط بالأسرة فلا مانع في الأخذ به.

2- العرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج ومدى اعتداد المشرع الجزائري بها :

في هذا العنصر من هذا البحث سأطرق في الجزئية الأولى إلى مشروعية الأخذ بالعرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي ، ثم بيان مدى اعتداد المشرع الجزائري بها في جزئية ثانية:

2-1- مشروعية الأخذ بالعرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي

إن المتأمل في الفقه الإسلامي يجد بأن الاشتراط في عقد الزواج منه ما يصح ومنه ما لا يصح ، ولقد اختلفت آراء الفقهاء في ذلك بين مضيّق وموسّع⁽¹⁾ ، وهي إما شروط متفق على صحتها، أو شروط مجمع على بطلانها، أو شروط مختلف فيها.

¹ - يرجع في هذا إلى :- أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك ، لبنان، دار الكتب العلمية، 1999، ج5، ص 59. محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لبنان، دار المعرفة ، 1982، ص58.

بوكايس سمية ، الاشتراط في عقد الزواج ، مقال منشور بالموقع : <http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t2757-topic> ، تاريخ الزيارة . 2020/09/15.

أ- الشروط الصحيحة والمتفق على صحتها :

ويقصد بها الشروط التي يضعها أحد الطرفين بحيث لا تخالف مقتضى عقد الزواج، كأن تشترط المرأة المعاملة الحسنة والإنفاق والملبس والسكنى ومتطلبات الحياة الكريمة، أو يشترط ولها قيمة محددة لصداقها، أو أن يشترط الزوج الطاعة والامتنال لأوامره ما لم تكن إثما، وأن لا تخرج إلا بإذنه ولا تمنعه نفسها وألا تتصرف في ملكه إلا برضاه. فهذه شروط تدخل ضمن مقتضيات الزواج وأثاره فيجوز لكلا الطرفين اشتراطها.

و الشروط التي أجازها الشارع شروط ليست من مقتضيات العقد، أو مؤكدة لمقتضاه، لكن وردت بها نصوص شرعية تدل على اعتبارها، بمعنى أنها شروط ثابتة بالنص من الكتاب أو السنة أو الإجماع، أو ورد بها أثر من الشارع⁽¹⁾.

ومن أمثلة هذه الشروط : اشتراط التوارث بعد موت أحدهما، وغيرها من الشروط. وهذه الشروط اتفقت المذاهب الفقهية (الحنابلة-الحنفية-الشافعية-المالكية-الإباضية-الظاهرية) على صحتها⁽²⁾.

ب- الشروط المتفق على بطلانها و المختلف في صحتها:

- الشروط المتفق على بطلانها:

وهي تلك الشروط التي تخالف التعاليم الشرعية كما أنها تخالف مقتضى العقد أو تكون منبها عنها شرعا، كأن تشترط الزوجة طلاق الزوجة الأولى، أو أن يتخلى الزوج عن أبنائه من زوجة أخرى توفت أو طلقت، قال عليه الصلاة والسلام: " لا يحل لامرأة أن تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحتها وإنما لها ما قدر لها " ⁽³⁾.

ففي كلا الحالتين ضرر بين، نهى الشرع الحنيف عن الإضرار بالغير، فالقاعدة الفقهية تنص على أنه لا ضرر ولا ضرار، كما لا يحق للزوج أن يشترط على زوجته ما لا يحل كأن يشترط زواجه بها لمدة زمنية محددة فقط، وهذا زواج غير مشروع لما ثبت من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المتعة إلا أنه تم الاختلاف في الوقت الذي وقع فيه التحريم⁽⁴⁾.

- الشروط المختلف في صحتها:

فهي تلك التي يشترطها أحد الزوجين على الآخر ولا تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج، ولا منافية لمقتضاه ولم يرد دليل خاص للأخذ بها من عدمه، ويكون فيها منفعة للمشترط كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج علما أو ألا ينقلها من دارها أو بلدها، أو ألا يسافر بها إلى بلد آخر، أو أن تشترط عليه خروجه إلى العمل بعد الزواج، وكأن

¹ - لعربي إيمان. الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2013/2014، ص 9.

² - محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، مصر، دار الجامعة الجديدة، 1998، ص 102. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، مصر، الدار الجامعية، 1993، ص 102. لعربي إيمان، مرجع سابق، ص 9، 10.

³ - البخاري، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب الشروط التي لا تحل في النكاح، رقم الحديث 5152، ص 371.

⁴ - محمد بن رشد القرطبي، مرجع سابق، ص 58.

يشترط الزوج على زوجته أن تكون بكرا أو جميلة أو متعلمة ونحوه⁽¹⁾.
وقد ذهب الحنابلة إلى أن هذه الشروط صحيحة لازمة يجب الوفاء بها⁽²⁾، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم:
"أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"⁽³⁾.
أما المالكية فذهبوا إلى أن هذه الشروط غير ملزمة ولا يتوجب الوفاء بها إلا إذا اقترنت بيمين ويكون الوفاء
بها من أجل اليمين وليس لأجل الشرط⁽⁴⁾.
أما الشافعية والحنفية فذهبوا إلى أن هذه الشروط باطلة والعقد صحيح⁽⁵⁾.

2-2- مدى اعتداد المشرع الجزائري بالعرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج :

لقد أقر المشرع الجزائري بالأخذ بالشروط المقترنة بعقد الزواج، وترك شأن ذلك إلى حرية الزوجين في كل ما
يتعلق بالعقد ومقتضياته، وهو اعتراف من المشرع بالاعتداد بكل ما هو متعارف عليه ومعمول به في المجتمع، غير أن
ذلك مقيد بعدم مخالفته لأحكام القانون الذي يستمد روحها ونصها من تعاليم الشريعة الإسلامية، وهذا تأكيد
لشرط الفقهاء في عدم مخالفة العرف لأحكام الشرع.

وهذا ما نستشفه من نص المادة 19 من قانون الأسرة المعدل التي جاء فيها: "للزوجين أن يشترطا في عقد
الزواج أو في عقد رسمي لاحق، كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما
لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام القانون".

فالملاحظ على المادة الاعتراف الضمني بالأخذ بالمتعارف عليه بصورة عامة وشاملة كشرط يمكن أن يقترن
مع عقد الزواج، أو بعقد رسمي لاحق. والدليل على ذلك الاستشهاد مثالين عن الشروط التي قد تقترن بعقد الزواج
، والاستدلال بالمثالين هنا ليس على سبيل الحصر.

غير أنه يعاب على المشرع النص على إمكانية اشتراط عدم التعدد الذي يمكن أن يقترن بالعقد قبل الزواج
وهو يخالف حكما شرعيا منصوصا عليه، ولا حجية للعرف أو العادة أو الاتفاق على مخالفة نص قطعي، فلا يمكن
الأخذ بعرف معمول به في بلد معين على اشتراط أن لا يعدد الزوج على بناتهن ويجمد نص شرعي قطعي.
فيتضح من خلال المادة أن المشرع أعطى الحرية للزوجين في اشتراط أي شرط فيه مصلحة لأحدهما، وهو
بالتالي سار وفق المذهب الحنبلي الذي يجيز حرية الاشتراط في عقد الزواج، شريطة أن لا يتنافى مع طبيعة عقد
الزواج، وقد ذكر مثالين على سبيل المثال لا الحصر، نظرا لأهميتهما⁽⁶⁾.

¹ - السيد سابق، فقه السنة، القاهرة، دار مصر للطباعة، 1997، ج2، ص35.

² - أبو العباس بن تيمية، الفتاوى الكبرى، لبنان، دار الكتب العلمية، 1987، ج3، ص78.

³ - البخاري، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم 5151، ص375.

⁴ - أبو الوليد الباجي، مرجع سابق، ج5، ص69، محمد بن رشد القرطبي، مرجع سابق، ج1، ص59.

⁵ - أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، الرياض، دار السلام للطباعة، 1997، ج5، ص229.

⁶ - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الجزائر، دار الخلدونية، 2008، ص126.

وهذا يؤكد فتح المجال في الأخذ بالعرف في كل الشروط المقترنة بعقد الزواج التي قد يقترحها أحد الزوجين، ما لم تخالف هذه الشروط أحكام القانون المعمول به .

إن مما يعاب على المشرع الجزائري هو النص على جواز الاشتراط قبل الزواج سواء في العقد أو بعقد لاحق، وهذا من شأنه أن يفتح المجال واسعا للاشتراط بما لا يصح شرعا وعرفا وعقلا ، ومن جهة أخرى قيد هذا الاشتراط بما لا يخالف أحكام قانون الأسرة ، وهذا أمر غير كاف للاحتياط من الدخول فيما حرم الله تعالى في شرعه ، فالأجدر هو تصحيح المادة السابقة الذكر على النحو التالي : " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، كل الشروط التي يريانها ضرورية ... ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام الشريعة الإسلامية والقانون " . لأن المجال الأسري مجال مقدس وعقد الزواج عقد مقدس وله ارتباط شرعي وطيد ، وهو ميثاق غليظ لا يجب الاستهانة بآثاره ولا التهاون في إدخال ما لا يجوز إدخاله من شروط تضر بقديسيته.

أ- اشتراط عدم التعدد :

أوردت المادة السابقة حق اشتراط عدم الزواج على الزوجة أي عدم التعدد ، فقد نصّ قانون الأسرة صراحة على أنه يجوز للزوجة الاشتراط على زوجها ألا يتزوج عليها ما دامت هي تحت عصمته، بعدما كان هذا الشرط محلّ خلاف ونقاش الفقهاء، حيث أثار جدلا كبيرا نظرا لارتباطه بمبدأ هام أقرته الشريعة الإسلامية وهو مبدأ تعدد الزوجات.

فإذا قبل الزوج هذا الشرط أثناء التعاقد وجب عليه الالتزام به والوفاء به ، وفي حالة مخالفته لهذا الشرط جاز للزوجة طلب التطليق بحسب الفقرة الثامنة من المادة 53 المعدلة التي تنص على " : مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج "، وهو ما لم يقل به الحنفية والشافعية، واستحبه المالكية دون الفسخ، عكس المذهب الحنبلي الذي أقر الشروط وتوسع فيها وأوجب الفسخ في حالة الإخلال بها⁽¹⁾.

ففي مذهب الحنفية يعد اشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها هي من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج، وحكم هذا النوع من الشروط أن العقد لا يتأثر بمثل هذه الشروط، فيلغى الشرط ويبقى العقد صحيحا، ومن ثم لا يلزم وفاء الزوج بهذا الشرط⁽²⁾ .

و الشافعية أيضا اعتبروا أن هذا الشرط مما يخالف مقتضى العقد، إلا أن فيه منفعة مقصودة لمن يشترطه، فيصح النكاح ويفسد الشرط⁽³⁾ .

¹ - عماد شريقي، اعتبار العرف في مسائل الزواج في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، (رسالة ماجستير)، تخصص أحوال شخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المسيلة ، 2014/2015 ، ص 137 .

² - محمد بن رشد القرطبي، مرجع سابق ، ص 59.

³ - الغزالي ، مرجع سابق ، ج 5، ص 229.

أما الملكية فيرون أن هذا الشرط مما لا يقتضيه العقد وإن كان لا ينافيه، وبالتالي يكون مكروها، ولا يلزم الوفاء به ابتداءً، ولكن إن وقع صحّ العقد وبطل الشرط، إلا أنه يستحب الوفاء به⁽¹⁾.

ويرى الحنابلة أن هذا الشرط لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه، وحكمه أنه صحيح يلزم الوفاء به، وإذا فات الشرط كان لصاحب الشرط الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه⁽²⁾.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة، فإنّ اشتراط عدم التعدد هو شرط لا يتنافى مع أحكام القانون إذ أن المشرع قد سمح بالزواج بأكثر من واحدة وهو أمر جوازي، ولما كان كذلك واعتباراً بأنه حق يتصرف به الرجل كما يشاء فإنه يستطيع التنازل عنه وقبول شرط المرأة التي ترفضه، وذلك باتفاقهما سواء في العقد أو بعده. ومن ثمّ فإنّ قانون الأسرة قد أخذ بالرأي الذي يبيح اشتراط عدم تعدد الزوجات، وهو ما ذهب إليه بعض الحنابلة والذين اعتبروا هذا الشرط جوازيًا، ويلزم الزوج به وإذا لم يف به كان للزوجة فسخ عقد الزواج⁽³⁾.

وبلاحظ على المشرع الجزائري أنه اعتمد على معيار قد يتعارف عليه عند البعض، وهو عدم السماح للزوج من التعدد، وهو يدخل ضمن الشروط المختلف في صحتها فهي غير موافقة لمقتضى عقد الزواج، ولا منافية لمقتضاه ولم يرد دليل خاص للأخذ بها من عدمه، وفيه منفعة شخصية للزوجة، لأن تجارب الحياة والعرف أثبتنا حصول الشقاق والمشاكل الأسرية عند حصول التعدد من الزوج.

وهذا دليل على اعتبار المشرع الجزائري للعرف في قضايا الأحوال الشخصية، فالزواج ظاهرة اجتماعية تتعلق بأعراف وعادات الناس فلامنص من الأخذ به قبل عقد القران.

وقد تناول المشرع مسألة الشروط المقترنة بالعقد والتي يتضمنها العقد في نقطتين الأولى تخص عقد الزواج وإثباته وهذا ماجاء به مضمون المادة 19. والموضع الثاني في فصل النكاح الفاسد أو الباطل وهذا في المادتين 32 و35. فحسب المادة 19 فإن المشرع أعطى كلاً من الزوجين حق الاشتراط لنفسه ما يراه مناسباً لهما ولوضعيهما الحياتية بشرط ألا تتنافى مع هذا القانون، فجاء في نص هذه المادة: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما - شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة- ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

وهذا يجعلنا نعتقد ونقر بأن المشرع الجزائري جعل الأصل في الشروط الجواز وعدم المنع، فلا يمنع منها إلا ما يتنافى مع القانون، وتصبح بعدها تحمل صفة الإلزام والتطبيق للطرف الذي تحمّلها ومن حق المشتري المطالبته بالوفاء بها.

¹ - أبو الوليد الباجي، مرجع سابق، ج5، ص68.

² - محمد بن رشد القرطبي، مرجع سابق، ص483.

³ - رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، 2011.

وبالرجوع إلى فصل وأحكام النكاح الفاسد والباطل، نصت المادة 32 على أنه: " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنأق ومقتضيات العقد". وبقراءة معمقة لنص هذه المادة نجد بأن المشرع الجزائري اعتبر اشتمال العقد على الشرط المنافي لمقتضى العقد من أسباب بطلانه.

وحكم على العقد المشتمل للشرط المنافي لمقتضى العقد بالفسخ دونما تفريق بين حالة قبل الدخول وبعدها، رغم أن المشرع ذكر في المادة التالية (33) أن الزواج إذا تم بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل..

فحرية المتعاقدين في الاشتراط الواردة في المادة 19 لا بد من تقييدها بما ورد في المادة 32: وهو كون الشرط لا ينافي مقتضى العقد .

أما ما ورد في المادة 35: " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا] فإنه يظهر في مضمونه وكأنه مخالف للمادة 32 فحكم على العقد المقترن بشرط ينافيه بالصحة ويبطل الشرط فقط مما يجعل الجمع بين النصين / بل الثلاثة المادة 19 و المادة 32 و المادة 35 / متعذرا أو صعبا، فمرة تم الحكم على العقد المقترن بالشرط المنافي لمقتضياته بالبطلان وأدرج ضمن النكاح الفاسد أو الباطل، ومرة حكم عليه بالصحة وأبطل الشرط فقط؟.

ولعل الأنسب صياغة المواد الثلاث في نص واحد يحفظ الوحدة الموضوعية للنص التشريعي، ويدفع أي اضطراب في فهمه عند الطالب ؟ . ولعل المشرع توسع في مسألة الاشتراط بما يؤدي إلى الاعتقاد بأن جواز الاشتراط في عقد الزواج هو الأصل ، في حين الكثير من الفقهاء ومنهم المالكية اعتبروه استثناء.

ب-اشتراط عمل الزوجة :

بحسب المادة 19 السابقة من قانون الأسرة الجزائري ، يحق للزوجة قبل إبرام عقد الزواج أو بعقد لاحق أن تشترط عملها شرط عمل الزوجة سواء في البحث عن وظيفة مستقبلية، أو الاستمرار في عملها الذي كانت تشغله قبل عقد الزواج، ويجوز للزوج من خلال هذا الشرط، أن يشترط عليها أن تتنازل عن حقها في الإنفاق عليها، وأن تلتزم بالإنفاق على نفسها من المال المتحصل عليه من خلال خروجها للعمل .

ويبقى هذه الشروط المستحدثة في نص القانون⁽¹⁾ جاءت على سبيل المثال لا الحصر، وذلك لتعدد الشروط وكثرتها في الواقع العملي، وترك مجال الاشتراط للعرف و العادة، وهذا ما يبين اعتبار قانون الأسرة للعرف في هذه المسألة.

فعمل الزوجة المعروف عنه أنه قسمان:

¹ - نصت بعض التشريعات المقارنة على هذا الشرط فهو من الشروط المستحدثة . فقد جاء في المادة 28 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتاني " : للزوجة أن تشترط على الزوج أن لا يتزوج عليها، أو يغيب عنها مدة معينة، أو يمنعها من دراسة أو عمل وكل شرط لا ينافي المقصود من العقد" .

انظر: عماد شريقي ، مرجع سابق ، ص 11.

- أعمال تمس فيها الحاجة إلى المرأة: كالتوليد والتطبيب للنساء ، وكتعليم النساء في مدارس خاصة لهن ، فمثل هذه المرافق ينبغي للأمة أن تهتم لها طائفة من النساء تسد حاجة المجتمع وتقوم بمتطلباته ، فكما أن الأمة يجب أن توفر من يقوم بفروض الكفايات - كالجهاد والدفاع عن الحى - ، فإن هذه الأمور النسائية من أهم فروض الكفايات التي يجب أن توفر من يقوم بها ممن لهن القدرة على ذلك من النساء.

- أعمال يقوم بها الرجال ، ولا تتوقف الحاجة فيها إلى النساء: كالزراعة والصناعة والتجارة ، فهذه الأعمال يجوز أن تزاول المرأة فيها أعمالاً حسب ضرورتها ومقدرتها وإمكانيتها.

فعمل المرأة إذن يرجع إلى الأعراف المعمول بها سواء داخل الأسرة الواحدة أو القبيلة الواحدة كأن يعتاد أفرادها بعدم استحباب عمل الزوجة وخروجها ومرورها بالشوارع ورؤية الناس لها ذهاباً وإياباً ، كما أن الوضعية الاجتماعية للزوجة قد تلجئه إلى ضرورة عمل الزوجة لسد النقص في متطلبات العيش ويكون حينها عملها واجباً وضرورة شرعية ، فكل هذه العوامل تدخل في مجال العرف الذي له تأثير كبير في الأخذ أو عدم الأخذ في الكثير من قضايا المجتمع والتي يدخل ضمنها عمل الزوجة .

كما أن حق المرأة في اشتراط عملها يدخل ضمن حقوق الإنسان المعترف بها عالمياً وهو يدخل ضمن مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ، وهذا ما كرسه الدستور من خلال المادة 55 التي تنص على أنه " لكل مواطن الحق في العمل " .

وهو نفس ماجاء في المادة 29 بقولها: "كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتدرج بأيّ تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأى أو أيّ شرط أو أيّ ظرف آخر شخصي أو اجتماعي.

كما أن القانون أسبغ حماية أكثر للمرأة العاملة في المادة 67 من قانون الأسرة التي تنص على انه : "لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة".

والحقيقة أن قانون الأسرة كما قلنا سابقاً اقتصر على مثالين فقط على سبيل الحصر ، وهو بذلك يفتح المجال واسعاً ورحباً للاشتراط بكل شرط يتعارف عليه الناس وإدخاله ضمن مقتضيات عقد الزواج أو بعقد لاحق ، بشرط أن لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام قانون الأسرة والقانون بصورة عامة ، فإذا كان هذا الشرط مباحاً شرعاً ، ولكن غير متعارف عليه وغير معمول به في عرف الناس ، مما يعد مباحاً عرفاً لدى الناس فيكون حينئذ مشروعاً.

خاتمة:

مما سبق يمكن استنتاج ما يلي :

1- يتبين لنا بأن المشرع الجزائري اعتد بالعرف في الاشتراط في عقد الزواج ، لأن الزواج ظاهرة اجتماعية تتعلق بحياة الناس اليومية والاعتيادية ، وتتأثر بأعراف الناس وعاداتهم وتقاليدهم.

2- أصبح العرف له طابع الإلزام المعنوي في شتى المجالات التي من بينها قضايا الأحوال الشخصية .



3- راعى المشرع الجزائري في الأخذ بالشروط المقترنة بعقد الزواج وفق رؤية واقعية للواقع المعاش الذي يفرض رهاناته على الزواج قبله وبعده، فلا مناص من الأخذ بما تعارف عليه مجتمع معين وإدراجه ضمن عقد الزواج أو بعقد لاحق كما وضح ذلك قانون الأسرة الجزائري.

4- أخذ المشرع الجزائري باعتبار العرف في هذه الشروط متبعاً في ذلك المذهب الحنبلي، غير أن المشرع قيد ذلك بأن تكون هذه الشروط غير مخالفة لأحكام القانون.

5- التقييد من الأخذ بالعرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج وهذا من شأنه حماية قدسية عقد الزواج ومكانته السامية التي شرفها الإسلام حينما وصفه بالميثاق الغليظ، وعلى هذا الأساس يعتبر العرف الذي لا يخالف التعاليم الشرعية والمعمول به في أوساط المجتمع شرطاً صحيحاً يقترن بعقد الزواج.

وفي هذا الإطار يمكن وضع الاقتراحات التالية:

1- ضرورة التقيد بأحكام الفقه الإسلامي المالكي- كونه المذهب المعتمد عندنا- فيما يتعلق بأحكام العرف بصورة عامة وفي الاشتراط في عقد الزواج بصورة خاصة.

2- عدم الميول التام للأعراف التي تخالف أحكام التشريع الإسلامي خاصة فيما تعلق نوعية ونمط عمل الزوجة أو بعض الشروط المجحفة في حق أحد الزوجين أو تلك التي تخالف نصاً شرعياً واضحاً تحججاً بتطبيق حقوق الإنسان وحقوق المرأة خاصة.

3- ضرورة ترجيح مقاصد الشريعة الإسلامية على أعراف الناس لما فيها من مخالفات صريحة أو ضمنية لأحكامها السمحة.

4- ضرورة تقييد القضاء بأحكام الشريعة الإسلامية بالموازاة مع العرف الجائرة.

قائمة المراجع:

- 1- الباجي أبو الوليد، المنتقى شرح موطأ مالك، لبنان دار الكتب العلمية، 1999.
- 2- إمام محمد كمال الدين: الزواج في الفقه الإسلامي، مصر، دار الجامعة الجديدة، 1998.
- 3- البخاري أبو عبد الله بن إسماعيل، صحيح البخاري، صيدا، بيروت، 2010.
- 4- الهوتي منصور بن يونس بن ادريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.
- 5- الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى، سنن الترمذي، الأزهر، المطبعة المصرية، 1975.
- 6- ابن تيمية أبو العباس، الفتاوى الكبرى، لبنان، دار الكتب العلمية، 1987.

- 7- الجرجاني علي بن محمد بن علي الزين الشريف ، التعريفات ، بيروت ، مكتبة لبنان ، 1985م.
- 8- خالّف عبد الوهاب ، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نصّ فيه، بيروت، دار العلم للملايين، 1999 م .
- 9- الزحيلي محمد مصطفى ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ، دمشق ، دار الفكر، 2006.
- 10- الزحيلي وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دمشق ، دار الفكر، 1432هـ، 2011.
- 11- أبو زهرة محمّد ، أصول الفقه، دمشق، دار الفكر العربي، 1996م.
- 12- سابق السيد ، فقه السنة ، القاهرة ، دار مصر للطباعة، 1997م .
- 13- شحاتة رشدي أبو زيد ، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية ، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، 2011 .
- 14- بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الجزائر، دار الخلدونية ، 2008.
- 15- ابن عابدين محمد أمين أفندي مجموعة رسائل ابن عابدين: دمشق ، دون دار نشر، د.ت.
- 16- العسقلاني ابن حجر ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، لبنان ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1415 هـ ، 1999 م .
- 17- الغزالي أبو حامد محمد بن محمد ، المستصفي في علم الأصول ، بيروت ، دار الكتب العلمية، 1995م.
- 18- الغزالي أبو حامد محمد بن محمد ، الوسيط في المذهب ، الرياض ، دار السلام للطباعة. 1997.
- 19- ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب القزويني، معجم مقاييس اللغة، ، بيروت، دار الجيل، 1420 هـ ، 1999م.
- 20- فراج حسين أحمد ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، مصر، الدار الجامعية ، 1993م.
- 21- ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد أبو محمد المقدسي ، المغني ويليهِ الشرح الكبير ، بيروت ، دار إحياء التراث العربي ، 1405هـ ، 1985م.
- 22- القرطبي محمد بن أحمد الأنصاري ، الجامع لأحكام القرآن، د.ط. ، دمشق ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1984م.
- 23- القرطبي محمد بن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لبنان، دار المعرفة، 1982.
- 24- ابن منظور ، لسان العرب المحيط ، بيروت ، لبنان ، دار صادر، 1997م.

25- النجار سيد صالح ، أثر العرف في التشريع الإسلامي، بيروت ، دارالكتب العلمية ، 1998م.

الرسائل الجامعية:

- 1- عماد شريقي، اعتبار العرف في مسائل الزواج في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، (رسالة ماجستير)، تخصص أحوال شخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المسيلة ، 2015/2014 .
- 2- لعربي إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر، 2014/2013.

المقالات:

- 1- حداد فاطمة ، حجاب ياسين، "الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة" ، مجلة الدراسات والبحوث القانونية جامعة المسيلة ، العدد 7، 2018 .

القوانين :

- 1- قانون الأسرة الجزائري ، بموجب الأمر ، رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 والمضمن قانون للأسرة المعدل والمتمم :بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 (ج ر 15) مؤرخة في 27 فبراير 2005، والموافق بقانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق لـ 04 مايو 2005 (ج ر 43) المؤرخة في 22 يونيو 2005.

المواقع الالكترونية:

- 1 - بوكايس سمية ، الاشتراط في عقد الزواج ، مقال منشور بالموقع :

<http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t2757-topic> .

مستقبل الرقابة على دستورية القوانين – المحكمة الدستورية الجزائرية نموذجا -

The future of overseeing the constitutionality of laws - the Algerian Constitutional Court as a model -

الطاهر غيلاني

جامعة باتنة 1

ghilanitahar@yahoo.com

تاريخ القبول: 2021-01-20

أسماء حقااص*

جامعة خنشلة

hoggas.asma@univ-khenchela.dz

تاريخ المراجعة: 2021-01-05

تاريخ الإيداع: 2020-11-10

ملخص

شهد موضوع الرقابة على دستورية القوانين اهتماما غير مسبق، بحيث اعتمدت دساتير معظم الدول هذا النظام بناء على دوره الفعال في إرساء مقومات دولة القانون؛ الذي يقتضي إخضاع سلطات الدولة ومؤسساتها لسلطان القانون، ليتم تبنيه بعد ذلك كمعيار لتصنيف النظام السياسي للدول ما إذا كان ديموقراطيا أو شموليا. والمؤسس الدستوري الجزائري بدوره سائر التطور الطارئ على أساليب الرقابة على دستورية القوانين من خلال تبنيه نمطا جديدا من الرقابة على دستورية القوانين، بعد أن استحدث في مشروع التعديل الدستوري الأخير بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-251 المؤرخ في 15 سبتمبر 2020، هيئة قضائية تختص بذلك وهي "المحكمة الدستورية"، هذا ما يدعو إلى التساؤل التالي: ما هو دور المحكمة الدستورية كهيئة مستحدثة في تعزيز مستقبل الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر؟

الكلمات المفتاحية: المحكمة الدستورية؛ الرقابة القضائية؛ الرقابة السياسية.

Abstract:

The constitutions of most countries have adopted this system based on its effective role in establishing the foundations of the state of law, which requires subjecting the state's authorities and institutions to the rule of law, to be adopted after that as a standard for classifying the political system of countries. Whether it is democratic or totalitarian.

The Algerian constitutional founder, in turn, followed the evolution of the methods of monitoring the constitutionality of laws, by adopting a new type of oversight over the constitutionality of laws, after he introduced the last constitutional amendment draft according to Presidential Decree N° 20-251 of September 15, 2020, a judicial body specialized in this. The Constitutional Court, this raises the question about the role of the Constitutional Court as a new body in strengthening the future of monitoring the constitutionality of laws in Algeria?

Keywords: constitutional court; judicial oversight; political oversight.

مقدمة

لا يكفي أن تكون القوانين صادرة عن الهيئة التشريعية فحسب، بل يجب أن تتوافق كذلك شكلاً ومضموناً مع المبادئ التي نص عليها دستور الدولة وكفل حمايتها؛ باعتباره هو مصدر نشأت السلطات العامة في الدولة، الأمر الذي يعزز بدوره مبدأ سيادة القانون في الدولة الذي يفرض عدم مخالفة القوانين لأحكام الدستور، سواء من الناحية الشكلية كمخالفة قواعد الاختصاص التي يحددها الدستور أو من الناحية الموضوعية كمخالفة القيود الموضوعية الواردة في الدستور أو خروج التشريع عن روح الدستور.

وللتحقق من عدم مخالفة القوانين للقاعدة الدستورية يتوجب اعتماد طرق وأساليب تضطلع بمهمة الرقابة على مدى دستورية القوانين، والتي نجدتها تختلف من نظام دستوري إلى آخر على حسب الهيئة التي تتولى مهمة الرقابة، إلا أنه يمكن حصرها عموماً في صورتين أساسيتين ومحوريتين وهما الرقابة السياسية والرقابة القضائية، واللذان تشكلان محورياً أساسياً لنظرية الرقابة الدستورية التي لم تكتمل بعد ملامحها.

أهمية الموضوع

1- تبدو أهمية دراسة موضوع الرقابة على دستورية القوانين جلية في الوقت الحاضر، نظراً لتحول الدول من فكرة الدولة الحارسة إلى فكرة الدولة المتدخلة، باستخدامها مجموعة من الهيئات والمؤسسات الرقابية السياسية والقضائية، التي تضطلع بمهمة ردع السلطة التشريعية وتقويم انحرافها والحرص على احترامها التام للمبادئ السامية للدستور.

2- وقد تزايدت أهمية هذه الدراسة بناء على حاجة الواقع العملي للقضاء الدستوري إلى إيجاد آليات لحماية التوازنات الدستورية وكذا حماية الحقوق والحريات وهو الدافع الأساسي لوجود الرقابة الدستورية، خاصة وأن التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020 يتجه إلى الإقرار بتبني صورة مستحدثة للرقابة على دستورية القوانين، واعتماد هيئة قضائية تتولى مهام الرقابة السابقة واللاحقة على دستورية القوانين، هذا ما يفرض علينا بيان جوانب هذا الأساس القانوني والتفصيل فيه، والوقوف على ما سيحققه هذا النظام من دعم للصالح العام والخاص.

الإشكالية

على الرغم من اختلاف دساتير الدول في تحديد الهيئة التي تتولى ممارسة الرقابة على دستورية القوانين بين من عهدتها لهيئة سياسية وبين من أناطها لهيئة قضائية، إلا أنهم اتفقوا على ضرورة تفعيل هذه الرقابة لضمان دستورية القوانين، ولعل أبرز صور تلك الرقابة وأكثرها دقة هي تلك المتعلقة برقابة المحكمة الدستورية كجهاز قضائي مستحدث على مدى دستورية القاعدة القانونية، والذي يؤدي أدنى تدخل في الصلاحيات الممنوحة لها قانوناً إلى التعدي على الحقوق وإهدار الحريات الأساسية، هذا ما يدفعنا إلى التساؤل التالي: ما هو دور المحكمة الدستورية كهيئة مستحدثة في تعزيز مستقبل الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر؟

أهداف الدراسة:

- تسعى الدراسة للإجابة عن الإشكالية الرئيسية، ومن هذا المنطلق يتعين أولاً تحديد صور الرقابة على دستورية القوانين، قبل عرض ومناقشة الجهود الداخلية التي بذلت من أجل تفعيل دور المحكمة الدستورية، وإحاطة أحكامها وقواعدها بأطر قانونية، باعتبارها هي الجهة القضائية التي أوكل لها وظيفة الرقابة على دستورية القوانين على ضوء التعديل الدستوري لسنة 2020.

- كما يهدف هذا البحث إلى التصدي للدور الذي تسهم به المحكمة الدستورية، في تعزيز موضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين؛ باعتبار أن هذا النوع من الرقابة يعتبر جزءا أساسيا وكملا للنظرية العامة في الرقابة الدستورية.

منهج الدراسة

ستعتمد الدراسة بشكل أساسي على المجانسة بين المنهجين الوصفي والاستقرائي، لذلك وظفت المنهج الوصفي في المبحث الأول من الدراسة لتبيان أهم أساليب الرقابة على دستورية القوانين، أما المبحث الثاني فقد استأنست فيه بالمنهج الاستقرائي بغرض التوصل لفحوى المضمون بعد استقراء مختلف النصوص القانونية المنظمة لاختصاصات المحكمة الدستورية .

ومن خلال ما سبق ارتأينا معالجة الموضوع من خلال الخطة التالية:
مقدمة.

المبحث الأول: أساليب الرقابة على دستورية القوانين

المطلب الأول: الرقابة بواسطة هيئة سياسية.

المطلب الثاني: الرقابة بواسطة هيئة قضائية.

المبحث الثاني: الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر.

المطلب الأول: تنظيم المحكمة الدستورية.

المطلب الثاني: اختصاصات المحكمة الدستورية.

خاتمة.

المبحث الأول: أساليب الرقابة على دستورية القوانين

تسند مهمة الرقابة على دستورية القوانين لمؤسسات خاصة، لعل في مقدمتها "المجلس الدستوري"، في حين تتولى مهمة الرقابة القضائية محاكم خاصة تحت مسمى "المحاكم الدستورية"، انطلاقا من اعتبارها إحدى اللبانات الأساسية الداعمة للديمقراطية بناء على ما يتوفر فيها من مقومات الاستقلالية في مجابهة السلطة التنفيذية والتشريعية، هذا وقد استثنينا من هذه الدراسة جزئية الرقابة البرلمانية على دستورية القوانين باعتبار أن هذه الآلية تسند مهمة الرقابة إلى الهيئة نفسها التي تقوم بمهمة التشريع وهي البرلمان، ما يعني المراقبة الذاتية التي لا من غير الممكن أن تعتبر مراقبة حيادية وموضوعية نظرا لعدة عوامل متشابهة.

وبناء عليه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين هما:

المطلب الأول: الرقابة بواسطة هيئة سياسية.

المطلب الثاني: الرقابة بواسطة هيئة قضائية.

المطلب الأول: الرقابة بواسطة هيئة سياسية

لقد نشأت فكرة الرقابة السياسية على دستورية القوانن في فرنسا ويقصد بها إنشاء مؤسسة خاصة مهمتها التحقق من عدم تصادم القوانن مع الدستور، ويعود الفضل في ظهورها إلى الفقيه الفرنسي sieyes الذي طالب بوجود إنشاء هيئة سياسية تكون مهمتها الرقابة السابقة على مشاريع القوانن، ويختلف تشكيل هذه الهيئة حسب ما يفرضه الدستور من تنظيم، فقد يتم تشكيل أعضائها بالتعيين من جانب السلطة التشريعية، أو من جانب السلطة التنفيذية أو عن طريق الانتخاب، لذلك نجد أن تفعيل هذه الرقابة من خلال تحريكها لا يكون تلقائياً وإنما توكل لجهات معينة من الهيئات السياسية في مقدمتها المجالس الدستورية.

الفرع الأول: معنى الرقابة السياسية

هي أن يتولى الرقابة على دستورية القوانن هيئة غير قضائية تختص بالنظر في التشريعات، ويكون من حقها إلغاء المخالف منها لأحكام الدستور، وهذا النوع من الرقابة يسمى بالرقابة الوقائية لما يؤدي إليه إتباعها من منع لمخالفة الدستور،⁽¹⁾ من خلال إخضاع قرارات البرلمان للقواعد العليا التي ينشئها الدستور وتأسيس المجلس الدستوري الجزائري⁽²⁾ يأتي في السياق ذاته، إذ أن حقيقة عمله هي رقابة تطبيق القواعد الأساسية لضمان صحة العمل البرلماني وذلك، بالتحقق من دستورية التعديل الدستوري والقوانن العضوية أو العادية والصادرة عن البرلمان، أو المراسيم واللوائح التنظيمية والتنفيذية الصادرة عن السلطة التنفيذية والمعاهدات والاتفاقيات المصادق عليها من طرف الدولة،⁽³⁾ وإجازتهم للصدر والتطبيق، وعليه يتبين لنا أن المؤسس الدستوري لم يميز المجلس الدستوري بوظيفة معيارية فحسب بل جعل له دوراً في تمام العمل التشريعي فرقابه تعتبر حلقة من حلقاته قد لا يكتمل من دونها، وقد اتخذ هذا الجهاز ذلك الدور كمدخل ليساهم في عملية إنشاء القواعد التشريعية ذاتها، إذ بإعلانه عدم دستورية الأحكام المراقبة سيمنع صدورها أو يلغها من النظام القانوني.⁽⁴⁾

الفرع الثاني: مميزات الرقابة السياسية

أولاً- من مميزات الرقابة السياسية أنها وقائية لأنها تسبق صدور القانون، ومعنى ذلك أن القانون المراد تشريعه لن يتم إصداره إذا كان مخالفاً للدستور.

(1)- عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي: الدعوى الدستورية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002، ص24.

(2)- يمكن تقسيم إجراءات عمل المجلس الدستوري إلى:

أ- الإخطار: بالرجوع لنص المادة 166 من التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 76، يتبين أنه يحق لكل من رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة إخطار المجلس الدستوري.

ب- التحقيق: نصت عليه المواد من 12 إلى 14 من الدستور نفسه "يعين رئيس المجلس الدستوري بمجرد تسجيل رسالة الإخطار مقررًا من بين أعضائه يتكفل بالتحقيق في الملف ويتولى تحضير مشروع الرأي أو القرار".

ج- الاجتماعات: المواد من 15 إلى 23 "يجتمع المجلس الدستوري بناء على استدعاء من رئيسه ولا يمكنه أن يفصل في أي قضية إلا في حضور 7 من أعضائه على الأقل، ليكون رأي الرئيس هو المرجح في حالة تساوي الأصوات، للتوسع أكثر راجع/ فريد علواش: المجلس الدستوري الجزائري التنظيم والاختصاصات، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص107-109.

(3)- أنظر/ الطاهر زواقري المفيد في القانون الدستوري، الجزائر، دار الطبع والنشر والتوزيع، 2011، ص60.

(4)- محمد منير حساني: حجية الاجتهاد الدستوري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 5، جوان 2011، ص330.

ثانيا: كما تتميز الرقابة السياسية بأن من يتولاها ليست هيئة قضائية تتكون من قضاة كما هو الحال في الرقابة القضائية، بل توكل مهمة هذه الرقابة لهيئة سياسية، يتم تعيين أعضائها بواسطة السلطة التشريعية أو بالاشتراك مع السلطة التنفيذية.⁽¹⁾

ثالثا- إن طريقة تعيين أعضاء المجلس الدستوري والأطراف والهيئات والسلطات المسؤولة على تعيين أعضائه، تساهم إلى حد قريب في استقلالية المجلس الدستوري، وعدم تبعيته لهيئة أو لسلطة يعينها ما من شأنه أن يمكن تلك السلطة من الهيمنة على أداء المجلس الدستوري للمهام المنوطة إليه.

الفرع الثالث: عيوب الرقابة السياسية

أولا: يبقى مجال الرقابة السياسية على دستورية القوانن غامضا في بعض جوانبه، قاصرا لكونه لا يخضع البعض من تصرفاته القانونية للرقابة السابقة الإيجابية، كالأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية بناء على صلاحيته في التشريع بأوامر، ومشاريع القوانن الاستفتائية، كما تندرج غالبية الآراء التي يبديها المجلس الدستوري ضمن الرقابة السابقة الوجوبية محلها قوانن عضوية على وجه الخصوص ما يخرج بعض الشيء المجلس الدستوري من دائرة الجمود الاضطراري.⁽²⁾

ثانيا: إن المجلس الدستوري حين تأديته لمهمة الرقابة على دستورية القوانن ليس بمنأى عن الانحراف التشريعي والاستسلام للنزوات السياسية، فالهيئة التي يتم تشكيلها من طرف السلطة التشريعية عرضة لأن تكون تابعة لها، وبالتالي تفقد حيادها في الرقابة على أعمالها ونشاطها وبالتالي تكون في موقف تصادم بين أدائها لمهامها وبين تبعيتها للهيئة المنشئة لها، وتستوي في ذلك الهيئة التشريعية مع الهيئة التنفيذية.

ثالثا: غياب الحنكة القانونية لدى أغلبية أعضاء المجلس الدستوري كهيئة سياسية، والتي تمكنهم وتؤهلهم من رقابة مدى تطابق وتواءم ما يصدر من قوانن مع الأحكام السامية للدستور.

المطلب الثاني: الرقابة بواسطة هيئة قضائية

تجاوبا للانتقادات التي طالها أسلوب الرقابة السياسية، والتي انعكست على الواقع العملي تم الاعتماد على نوع آخر من الرقابة وهو الرقابة القضائية، ممثلة في المحاكم الدستورية كمالا لضمان دستورية القوانن، من خلال ما يتميز به أعضاؤها من تكوين قانوني يمكنهم من أداء واجباتهم بعيدا عن الانحراف السياسي، وما يتمتعون به من حياد وموضوعية وحسن تقدير لمدى دستورية القوانن.

الفرع الأول: معنى الرقابة القضائية

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية هي الموطن الأول للرقابة القضائية على دستورية القوانن، لأن بداية نشأتها مرتبطة ارتباطا وثيقا بالحال الذي كانت عليه قبل استقلالها وانفصالها عن المستعمرات الإنجليزية، فقد كانت قوانن الولايات تقبل الطعن أمام مجلس الملك في لندن، إذا ما تجاوزت سلطة التشريع الخاصة بهذه الولايات القيود المنصوص عليها، وتبعاً لذلك كان المجلس الخاص يمارس رقابته على تشريعات المستعمرات، ويقوم بإلغاء ما هي مخالفة منها للأوامر الملكية وهذا ما يفسر لنا كيف وجدت سوابق للرقابة دستورية في الولايات المتحدة الأمريكية قبل

(1)- أنظر / محمد رفعت عبد الوهاب: النظم السياسية والقانون الدستوري، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 1998، ص516.

(2)- عزيز جمام: عدم فعالية الرقابة على دستورية القوانن، مذكرة ماجستير، تخصص تحولات الدولة، إشراف طاهر طالب، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص128.

قيام الاتحاد الأمريكي سنة 1779، حيث كانت لها الأثر في تكوين فكرة الرقابة القضائية،⁽¹⁾ التي يقصد بها تولى جهة قضائية فحص مدى دستورية القوانين الصادرة من البرلمان، للتحقق من مطابقتها أو مخالفتها للقاعدة الدستورية.

الفرع الثاني: صور الرقابة القضائية

تعدد صور الرقابة القضائية إلا أنه يمكن إجمالها عموماً فيما يلي:

أولاً- رقابة الامتناع: ويقصد بها أن يكون من حق القضاء الامتناع عن تطبيق تشريع ما في القضية المطروحة بسبب مخالفته للدستور، سواء كان ذلك من تلقاء المحكمة نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم، ويبقى حكمها غير مقيد لبقية المحاكم الأخرى.

ثانياً- رقابة الإلغاء: ويقصد بها أن يكون من حق القضاء إذا ما رفع إليه الأمر للفصل في شأن دستورية قانون معين، أن يحكم بإلغائه متى تبين أنه مخالف للدستور، ويتربط على حكمه بطلان ذلك التشريع واعتباره كأن لم يكن، وذلك منوط عملياً بمحكمة دستورية خاصة تنشأ لهذا الغرض ويكون لحكمها بالإلغاء الحجية المطلقة أمام جميع المحاكم والهيئات المختلفة في الدولة.⁽²⁾

ورقابة الإلغاء من حيث توقيتها إما أن تكون:

1- رقابة سابقة على صدور التشريع: ويقصد بالرقابة السابقة تلك التي تطال التصرف القانوني قبل صيرورته واجب التنفيذ، فمن الواضح أن هذه الرقابة تمارس قبل استكمال إجراء حاسم ضمن المسار الإجرائي الذي يسلكه النص القانوني، والذي يصبح بموجبه واجب التنفيذ من قبل المخاطبين به، حيث تحال التشريعات إلى محكمة عليا لفحصه من الناحية الدستورية، فإذا قررت عدم دستوريته أعيد إلى الهيئة التشريعية لتعديله في حدود الدستور.⁽³⁾

2- رقابة لاحقة على صدور التشريع: وفي هذه الحالة فإن الرقابة تكون من طرف القضاء العادي في سياق الرقابة القضائية على دستورية القوانين، سوف تتعرض لتشريعات صدرت بالفعل، وليس كما في الرقابة السابقة حيث تتعرض لمجرد مشروع التشريع، وتتم إثارة مسألة عدم الدستورية في هذه الحالة عن طريق دعوى قضائية يقيمها صاحب المصلحة، وتعد الولايات المتحدة الأمريكية مهداً لهذه الرقابة أين يعترف منذ صدور حكم القاضي مريشال في قضية مابوري ضد ماديسون للمحاكم جمعاء، بتولي الرقابة على دستورية القوانين على رأسها المحكمة العليا الاتحادية التي تعد المرجع الأول الذي تلتزم سائر المحاكم بما تصدره من أحكام طبقاً لنظام السابقة القضائية.⁽⁴⁾

على خلاف المحاكم الدستورية الخاصة التي تأسست بموجب الدستور الذي يكلفها صراحة بأداء مهمة حماية مبدأ علو الدستور، على غرار المحاكم الدستورية الأوروبية التي تمارس الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين عن طريق الدفع بعدم الدستورية -تشكل هذه المحاكم الهيئات التي تحال إليها مختلف تلك الدفوع من قبل المحاكم

(1)- للمزيد حول فكرة السوابق القضائية راجع/ إبراهيم محمد صالح الشرفاني: رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، بيروت،

لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2016، ص58-59.

(2)- أنظر / عز الدين الدنا صوري وعبد الحميد الشواربي: مرجع سبق ذكره، ص26.

(3)- عزيز جمام: مرجع سبق ذكره، ص97.

(4)- المرجع نفسه، ص110.

القضائية العادية-، فإن الرقابة اللاحقة على دستورية القوانن في الولايات المتحدة الامريكية ذات منشأ قضائي يباشرها القضاء الأمريكي دون أن يسند إلى أي نص دستوري.⁽¹⁾

الفرع الثالث: نماذج الرقابة القضائية

من بين أبرز نماذج الرقابة القضائية على دستورية القوانن وأكثرهم فعالية النموذجين الأمريكي والأوروبي.

أولا- النموذج الأمريكي: يتبع النموذج الأمريكي ثلاث أساليب عند مراقبة دستورية القوانن وتعرف بأساليب الرقابة عن طريق الامتناع وهي:

1- الرقابة عن طريق الدفع الفرعي: وتكون عن طريق الدفع الفرعي المبدي أمام قاضي الموضوع أثناء نظر قضية أصلية معروضة أمام إحدى المحاكم، وصورة ذلك أن يدفع أحد الخصوم بعدم دستورية نص قانوني يراد تطبيقه على النزاع المنظور أمام إحدى المحاكم، فيكون على القاضي التقرير بمدى جدية الدفع بعدم الدستورية وفي حالة ما تم تقريره لذلك، فإنه يتعين عليه تأجيل النظر في الدعوى وتحديد ميعاد لمن أثار الدفع لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية بحيث يعلق الحكم في القضية الرئيسية ويفرض الحكم أولا في القضية العرضية.⁽²⁾

2- الرقابة عن طريق الأمر القضائي: وهي أوامر منع وقائية تتخذ صيغة النبي الصريح قبل وقوع الضرر، إلا أن الأمر تطور في الولايات المتحدة الأمريكية إلى إمكانية إصدار البعض من هذه الأوامر بعد وقوع الضرر، يكون بطلب من القاضي من خلال الأمر بوقف تنفيذ القانون المطعون بعدم دستوريته، إذا كان تنفيذ هذا القانون يؤدي إلى إلحاق الضرر به فإذا ثبت للمحكمة أن القانون غير دستوري أصدرت أمرا قضائيا إلى الموظفين المختصين، بالامتناع عن تنفيذ ذلك القانون ويقع عليهم تنفيذ أمر المحكمة وإلا تعرضوا للمسائلة الجزائية إضافة إلى الالتزام بالتعويض.⁽³⁾

3- الرقابة عن طريق الحكم التقريري: يفترض هذا الأسلوب أن قانونا لم يطبق وإنما وقاية من تطبيقه يرفع الشخص صاحب المصلحة دعوى إلى المحكمة طالبا منها النظر بإصدار حكم تقريري بعدم دستورية القانون، منعا لتنفيذه عليه مستقبلا فإذا قدرت المحكمة مخالفة القانون للدستور تقوم بإصدار حكم يقرر ذلك، وينتج عنه التزام الإدارة بعدم تطبيق القانون على رافع الدعوى في القضية ذاتها بمعنى أن اثره نسبي في موضوع الحق لا ينعكس أثره إلا على من تقرر لصالحه ويستفاد منه كسابقة قضائية في الدول التي تتبنى نظام القانون العام هذا وقد أقر الكونجرس هذه الوسيلة بقانون اتحادي أصدره عام 1938.⁽⁴⁾

ثانيا- النموذج الأوروبي للرقابة: يتبع النموذج الأوروبي أسلوب الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية وتعرف بالرقابة عن طريق الإلغاء.

1 الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية: حيث أنه في هذه الطريقة تكون الرقابة مركزية فيعهد بالرقابة لجهة قضائية واحدة بمعنى أنها دعوى موضوعية، يكون الحق للمواطن أو بعض الهيئات في الدولة رفع دعوى أصلية ومستقلة، مباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا، ففي هذه الصورة يقوم صاحب الحق بمهاجمة القانون الذي يدعي عدم دستوريته، طالبا إلغائه لمخالفته نصوص الدستور؛ وهكذا فإن هذه الطريقة تتميز بأنها طريقة هجومية وليست

(1)- المرجع نفسه، ص26.

(2)- مورييس دوفيرجي: المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1992، ص155.

(3)- أنظر/ محمد رفعت عبد الوهاب: رقابة دستورية القوانن، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص271.

(4)- محمد رفعت عبد الوهاب: رقابة دستورية القوانن، مرجع سبق ذكره، ص273.

دفاعية، كما يتميز الحكم الصادر عن المحكمة أنه يكون حاسماً لمسألة دستورية القانون بصفة نهائية مطلقة وعامة وملزمة لجميع المحاكم والسلطات العامة، فلا يجوز إثارة عدم دستوريته مرة أخرى، ومن الدول التي تأخذ دساتيرها بطريقة الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية دستور سويسرا، إسبانيا، ودستور إيطاليا.⁽¹⁾

وبناء عليه فإن المنطق القانوني يربط من الناحية النظرية بين نظام الرقابة المركزية على دستورية القوانين ورقابة الإلغاء، واعتبار النص غير الدستوري كأن لم يكن وتحريك الرقابة على الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية، وكل ذلك من ناحية يقابلها نظام الرقابة غير المركزية أي تلك التي تمارسها كافة المحاكم، وهي رقابة امتناع بالضرورة بمعنى تقتصر على إهمال المحكمة لحكم القانون غير الدستوري والامتناع عن تطبيقه في الدعوى المطروحة عليها، ويتم تحريك هذه الرقابة من خلال الدفع بعدم الدستورية وذلك من ناحية أخرى.⁽²⁾

مما سبق طرحه في هذا المبحث يمكن التوصل إلى أن الدساتير على اختلافها لم تتفق في تحديد مؤسسة يعينها، للقيام بمهمة رقابة مدى توافق وتواءم القوانين مع أحكام الدساتير، فمنهم من عهد بها إلى هيئة ذات طابع سياسي ممثلة في المجلس الدستوري، يختص برقابة المطابقة وهي تمس القوانين العضوية والنظاميين الداخليين لغرفة البرلمان، ورقابة دستورية تخص المعاهدات والقوانين العادية والتنظيمات، ونجد أن النموذج الفرنسي هو الرائد في اعتماد هذه الآلية السياسية، ومنهم من عهد بها إلى هيئة قضائية تتميز بالدمج بين حقوق الهيئات والأفراد في حق الدفع بعدم الدستورية، إضافة إلى سموها عن التأثيرات والانحرافات السياسية، لانساهما بالحيطة والاستقلال الدستوري خاصة وأن فكرة الرقابة القضائية فكرة قانونية بامتياز، انطلاقاً من ضرورة تمتع أعضاءها بالكفاءة القانونية التي تمكنهم من المراجعة الشكلية والموضوعية الدقيقة للقوانين.

المبحث الثاني: الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر

لم ينص الدستور الجزائري لسنة 1976 صراحة على مبدأ الرقابة على دستورية القوانين، عندما أوكل مهمة حماية الحقوق والحريات للقضاء، في غياب آلية رقابية لمدى دستورية القوانين، وهو ما توضحه المواد 164-172،⁽³⁾ إلا أننا نجد حائل في دستور 1989 في المواد 155-159، تكريس دولة الحق والقانون كنتيجة منطقية لمبدأ تدرج القاعدة القانونية وسمو الدستور، عن طريق اعتماد الرقابة السابقة واللاحقة للقوانين،⁽⁴⁾ هذا ونلاحظ تدارك المؤسس الدستوري لبعض النقائص حينما منح دوراً أكثر فعالية لمهمة الرقابة الدستورية. من خلال النص على إنشاء المجلس الدستوري بموجب نص دستوري كلفه بمهام جوهرية ضمن دستور 1996،⁽⁵⁾ ليأتي دستور 2016⁽⁶⁾ وحدد بوضوح صلاحياته في مطابقة و دستورية القوانين العضوية والنظاميين الداخليين لغرفتي البرلمان، كما وسع من صلاحياته للفصل برأي في مدى دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات، بعد ما كان يبدي رأيه قبل أن تصبح واجبة التنفيذ أو بقرار في الحالة العكسية، وكذلك أسند له مهام رقابة صحة الاستفتاء والانتخابات، أما

(1)- راجع عزيزة الشريف: الرقابة على دستورية التشريع، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت 1995، ص 167.

(2)- سامي جمال الدين: القانون الدستوري والشرعية الدستورية: ط 2، الإسكندرية، منشأة المعارف مصر 2005، ص 326.

(3)- راجع نص المواد 164-172 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، معدل ومتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 94، السنة 13.

(4)- أنظر نص المواد 159-155 من التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 9، السنة السادسة والعشرون.

(5)- أنظر نص المواد 163-165 من التعديل الدستوري لسنة 1996، مصدر سبق ذكره.

(6)- للتوسع راجع نص المادتين 186-187، من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14.

بالنسبة لنطاق الإخطار فقد أضيف له صلاحية كل من الوزير الأول و خمسين نائبا و ثلاثين عضوا، ليتمكن التعديل الدستوري لسنة 2020، من استحداث هيئة جديدة من هيئات الرقابة التي لم تسبق وأن تضمنتها الدساتير الجزائرية المتعاقبة تهدف إلى تعزيز ركائز الديمقراطية، والحفاظ على توازن السلطات الثلاث من خلال الفصل المرن بينها.⁽¹⁾

المطلب الأول: تنظيم المحكمة الدستورية

المحكمة الدستورية مؤسسة مستقلة ذات طابع قضائي، مختلفة عن المجلس الذي تحل مكانته لا سيما من حيث تشكيلتها وصلاحياتها، وكذا فيما يخص اعتماد قواعد إجرائية جديدة من أجل ضمان مبدأ الواجهة في معالجة المنازعات المرفوعة إليها، جاءت في الباب الرابع المعنون بمؤسسات الرقابة ضمن الفصل الأول بعنوان المحكمة الدستورية في المواد 186 الى المادة 198 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

الفرع الأول: شروط عضوية المحكمة الدستورية

شروط الترشح لعضوية المحكمة حددها المشرع على سبيل الحصري:

- 1- بلوغ العضو المعين أو المنتخب سن خمسين سنة يوم انتخابه أو تعيينه
- 2- التمتع بخبرة في القانون الدستوري لا تقل عن سنة عشرين
- 3- التمتع بالحقوق المدنية والسياسية والا يكون محكوما عليه بسبب جريمة
- 4- عدم الانتماء الحزبي.⁽²⁾

أولا- مدة العضوية: بالنسبة لرئيس المحكمة الدستورية فيعين من طرف رئيس الجمهورية لعهد واحد مدتها ست سنوات، مع مراعاة أحكام المادة 91 من الدستور، باستثناء شرط السن أما بالنسبة لبقية الأعضاء فيضطلعون بمهامهم مرة واحدة مدتها ست سنوات، ويجدد نصف أعضائها كل ثلاث سنوات.⁽³⁾

ثانيا- الضمانات التي يتمتع بها أعضاء المحكمة الدستورية

- 1- الحصانة عن الأعمال المرتبطة بأداء مهامهم.
- 2- لا يمكن أن يكون عضو المحكمة الدستورية محل متابعة قضائية بسبب الأعمال غير المرتبطة بأداء مهامه، إلا بتنازل صريح منه عن الحصانة أو بإذن من المحكمة الدستورية.
- 3- يحدد النظام الداخلي للمحكمة الدستورية إجراءات رفع الحصانة.⁽⁴⁾

ثالثا- واجبات أعضاء المحكمة الدستورية

- 1- بمجرد الانتخاب أو التعيين يتوقف العضو عن ممارسة أي عضوية أو وظيفة، أو مهنة أو نشاط آخر أو مهنة حرة حسب الفقرة 2 من المادة 187 من التعديل الدستوري لسنة 2020.⁽⁵⁾

(1)- المرسوم الرئاسي رقم 251-20 المؤرخ في 15 سبتمبر 2020 المتضمن مشروع تعديل الدستور، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 54.

(2)- راجع المادة 187 من المرسوم الرئاسي رقم 251-20.

(3)- أنظر المادة 188 من المرسوم الرئاسي رقم 251-20 مصدر سبق ذكره .

(4)- راجع المادة نفسها .

(5)- المادة 187 من المصدر نفسه.

2- إضافة إلى واجب التفرغ التام لأداء الوظيفة يلتزم ويتقيد أعضاء المحكمة الدستورية، بواجب التحفظ عن طريق الامتناع عن إتيان كل ما من شأنه أن ينال من استقلاليتهم وحيادهم.

الفرع الثاني: تشكيل المحكمة الدستورية

تشكل المحكمة الدستورية من اثني عشر عضواً، يقوم رئيس الجمهورية بتعيين أربعة منهم، على رأس القائمة تعيينه لرئيس المحكمة فيما تنتخب المحكمة العليا عضواً واحداً من بين أعضائها، إضافة إلى انتخاب مجلس الدولة كذلك لعضو واحداً من أعضائه، وبالنسبة للستة أعضاء المنتخبين فينتخبون بالاقتراع العام من أساتذة القانون الدستوري حسب ما جاء في نص المادة 187 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

الفرع الثالث: الأطراف المخول لها إخطار المحكمة الدستورية

أولاً- يمكن إخطار المحكمة الدستورية من طرف الجهات المحددة في المادة 198، بشأن الخلافات التي قد تحدث بين السلطات الدستورية.

ثانياً- يمكن لهذه الجهات إخطار الجهة نفسها حول تفسير حكم أو عدة أحكام دستورية، والتي تبدي رأياً بشأنها.⁽¹⁾

ثالثاً- يمكن إخطار المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية، بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عن ادعاء أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية بأن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مأل النزاع، ينتهك حقوقه وحرياته التي يضمها الدستور لتصدر المحكمة الدستورية قرارها خلال الأشهر الأربعة التي تلي تاريخ الإخطار، إلا انه يمكن تمديد هذا الأجل إلى مدة أقصاها أربع أشهر بناء على قرار مسبب من المحكمة الدستورية، والذي يبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار.⁽²⁾

تعكس هذه الطريقة من الإخطار النقلة النوعية للنظام القضائي الجزائري، وهو ما يفتح المجال للمحكمة الدستورية بممارسة الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين النافذة، تأسيساً على طلب إحالة صادر من المحكمة العليا، أو مجلس الدولة بمبادرة من أحد أطراف المحاكمة هذا ما يمكن اعتباره رقابة فعلية وعملية لدستورية القاعدة القانونية، تجبيز للمواطن المدافع عن حقوقه وحرياته الدستورية السامية والثابتة بصورة غير مباشرة اللجوء للقضاء الدستوري بغية إلغاء القوانين المخالفة للدستور.

رابعاً- تخطر المحكمة الدستورية من رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس الحكومة.

خامساً- يمكن إخطارها كذلك من طرف 40 عضواً نائباً أو 25 عضواً في مجلس الأمة.

سادساً- لا تمتد ممارسة الإخطار المبين في الفقرتين 4 و5 إلى الإخطار بالدفع بعدم الدستورية المبين في المادة 200.

(1)- المادة 192 من المصدر نفسه.

(2)- المادة 195 من المصدر نفسه، كما ويحدد القانون العضوي للمحكمة الدستورية إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية كما بيّنه نص المادة 196.

الفرع الرابع: إجراءات الفصل في الدعوى

بحسب ما جاء ضمن نص المادة 194 من التعديل السابق الذكر فإنه " تتداول المحكمة الدستورية في جلسة مغلقة وتصدر قرارها في ظرف 30 يوماً من تاريخ الإخطار، وفي حال وجود طارئ وبطلب من رئيس الجمهورية يخفض هذا الأجل إلى 10 أيام.

- تتخذ قرارات المحكمة بأغلبية أعضائها الحاضرين، وفي حالة تساوي الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً.
- تتخذ القرارات المتعلقة برقابة القوانين العضوية بالأغلبية المطلقة للأعضاء.⁽¹⁾

المطلب الثاني: اختصاص المحكمة الدستورية

تجمع المحكمة الدستورية بين عدة اختصاصات، منها ما هو متعلق بالرقابة على السلطة التشريعية ومنها ما هو متعلق بالرقابة على السلطة التنفيذية، بالإضافة إلى اختصاصات أخرى حددها القانون .

الفرع الأول: الرقابة على السلطة التشريعية

أولاً- الرقابة السابقة: تنفرد المحكمة الدستورية بمراقبة دستورية عدد من مشاريع القوانين، وذلك قبل دخولها حيز النفاذ تأسيساً على دورها الوقائي الذي يسبق على ختم النصوص ونشرها، ويعتبر هذا مجالاً خصباً لتدخل المحكمة الدستورية، نظراً لأهمية العمل التشريعي من حيث الكم ومن حيث المجالات التي يمسها كما هو موضح:

- 1- إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية معاهدة أو اتفاق أو اتفاقية فلا يتم التصديق عليها.
- 2- إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون لا يتم إصداره بموجب قرار نهائي، وملزم لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية.⁽²⁾
- 3- تفصل المحكمة بقرار بشأن مطابقة القوانين العضوية للدستور بعد أن يصادق عليها البرلمان.
- 4- تفصل المحكمة الدستورية في مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور، حسب الإجراءات المذكورة في الفقرة السابقة.⁽³⁾

ثانياً- الرقابة اللاحقة

- 1- إذا قررت المحكمة الدستورية أن نصاً تشريعياً أو تنظيمياً غير دستوري، فإن هذا النص يفقد أثره ابتداءً من اليوم الذي يحدده قرار المحكمة الدستورية.⁽⁴⁾
- 2- يمكن إخطار المحكمة الدستورية بشأن دستورية الأوامر والتنظيمات خلال شهر من تاريخ نشرها.
- 3- تفصل المحكمة الدستورية بقرار حول توافق القوانين والتنظيمات مع المعاهدات.⁽⁵⁾

(1)- المادة 197 من مشروع التعديل الدستوري 2020، مصدر سبق ذكره.

(2)- المادة 198 من المصدر نفسه.

(3)- المادة 190 من المصدر نفسه.

(4)- المادة 198 من المصدر نفسه.

(5)- راجع المادة 190 من المصدر نفسه

4- كذلك يمكن تصنيف طلب الإحالة الصادر من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، بناء على دفع أحد أطراف المحاكمة، جزءاً من الرقابة اللاحقة التي تمارسها المحكمة الدستورية باعتبارها جهاز إنذار على القوانين المتصادمة مع الدستور.

الفرع الثاني: الرقابة على السلطة التنفيذية

أولاً- توسيع دائرة الاستشارة إلى الحالات الاستثنائية

1- حالة الطوارئ وحالة الحصار: يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة حالة الطوارئ أو الحصار، لمدة أقصاها 30 يوماً بعد اجتماع... ورئيس المحكمة الدستورية ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع.⁽¹⁾

2- الحالة الاستثنائية: يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية، أو استقلالها أو سلامة ترابها لمدة أقصاها 60 يوماً... ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة... ورئيس المحكمة الدستورية...⁽²⁾

ثانياً- البت في ثبوت المانع لرئيس الجمهورية: إذا استحال على رئيس الجمهورية أن يمارس مهامه بسبب مرض خطير ومزمع، تجتمع المحكمة الدستورية بقوة القانون وبدون أجل وبعد أن تثبت من حقيقة هذا المانع بكل الوسائل الملائمة، لتقترح بأغلبية ثلاثة أرباع أعضائها على البرلمان التصريح بثبوت المانع.

ثالثاً- إقرار شغور منصب رئيس الجمهورية: استرسلت المادة 94 في فقرتها الرابعة والسابعة في هذا الصدد فجاء فيها " في حالة استقالة رئيس الجمهورية أو وفاته تجتمع المحكمة الدستورية وجوباً، وتثبت الشغور النهائي لرئاسة الجمهورية، وتبلغ فوراً شهادة التصريح بالشغور النهائي إلى البرلمان الذي يجتمع وجوباً.

أما إذا اقترنت استقالة رئيس الجمهورية أو وفاته بشغور رئاسة مجلس الأمة لأي سبب كان، تجتمع المحكمة الدستورية وجوباً، وتثبت بأغلبية ثلاثة أرباع أعضائها الشغور النهائي لرئاسة الجمهورية وحصول المانع لرئيس مجلس الأمة، في هذه الحالة يتولى رئيس المحكمة الدستورية مهام رئيس الدولة..."⁽³⁾

رابعاً- صلاحيات أخرى للمحكمة الدستورية إضافة إلى الاختصاصات التي خولتها إياها أحكام أخرى في الدستور، يضاف إلى اختصاص المحكمة الدستورية ما يلي:

1- تنظر المحكمة الدستورية في الطعون التي تلقاها حول النتائج المؤقتة للانتخابات الرئاسية والانتخابات التشريعية، والاستفتاء وتعلن النتائج النهائية لكل هذه العمليات.⁽⁴⁾

خاتمة

من خلال ما تم بحثه والتطرق له في موضوع مستقبل الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر-المحكمة الدستورية نموذجاً-، حاولت الإجابة على إشكالية البحث وذلك من خلال الإحاطة بأساليب الرقابة على دستورية

(1)- المادة 97 بتصريف من المصدر نفسه.

(2)- للتوسع أكثر انظر النص الكامل في المادة 98.

(3)- راجع المادة 94 الفقرة 1 من المصدر نفسه .

(4)- المادة 192 من المصدر نفسه..

القوانين السياسية والقضائية منها، والتطرق للأساس القانوني المنشئ لهيئة المحكمة الدستورية كمؤسسة قضائية رقابية في التعديل الدستوري لسنة 2020، المحدد لتنظيمها واختصاصها، وعليه خلصت للنتائج والاقتراحات التالية:

أولاً- النتائج

1- تدرجت الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، حيث مرت بعدة مراحل، لعل أول مرحلة تميزت بغياب آلية الرقابة وذلك في دستور 1976، مروراً بمحاولة تكريس دولة القانون ضمن دستور 1989، ثم إعطاء دور أكثر فعالية لمهمة الرقابة الدستورية الذي أقره دستور 1996، حين كلف المجلس الدستوري بأداء وظيفة الرقابة على دستورية القوانين لدرء الخطر الماس بحقوق الأفراد وحررياتهم الأساسية، إلا أنه يؤخذ عليه جموده و حصر مجال الإخطار لكل من رئيس الجمهورية ورئيس غرفتي البرلمان .

2- إلى أن استقرت الرقابة إلى هيئة قضائية ممثلة في المحكمة الدستورية، والتي خصها التعديل الدستوري لسنة 2020 دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين، بغية الحفاظ على أحكام الدستور، ومنحها صلاحيات أكثر مقارنة بالمجلس الدستوري، عن طريق التوسيع من دائرة الانتخاب بالاقتراع العام لأعضائها، لتطال إدماج ستة من أساتذة القانون الدستوري الذين يتمتعون بخبرة تفوق 20 سنة، مع تمديد هذا التوسع إلى مجال الاستشارة في الحالة الاستثنائية وحالة الطوارئ.

3- توغل اختصاص المحكمة الدستورية ليطال مراقبة مدى مطابقة الأعمال التشريعية مع الدستور، كما أنها تنظر في التنظيمات واللوائح لتطبيق النص التشريعي وهو ما غاب عنها من قبل.

4- مسألة الإخطار ثابتة لرئيس الجمهورية والوزير الأول ول 40 نائبا من المجلس الوطني الشعبي، و 25 نائبا من مجلس الأمة، أيضا يمكن إخطار المحكمة الدستورية عن طريق الإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، بناء على طلب أحد أطراف الدعوى، وهو ما يمكن اعتباره خطوة جريئة ومحفزة من المؤسس الدستوري لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم بطريقة غير مباشرة.

ثانيا- الاقتراحات

1- ضروري عرض كل مبادرة لتعديل الدستور، من قبل رئيس مجلس الأمة على المحكمة الدستورية لإبداء الرأي في مدى مشروعيتها ؛ نظرا لأهمية هذه الخطوة في تعزيز حماية الدستور من أي انتهاك بناء على أنه هو الضامن الأساسي للديمقراطية، مع وجوب التدخل اللاحق لمراقبة دستورية إجراءات التعديل.

2- من المهم جدا تمكين المحكمة الدستورية من مراقبة دستورية الأوامر الصادرة من قبل رئيس الجمهورية في مجال التشريع بأوامر، إعمالا لاختصاصه الاستثنائي، للتأكد من مطابقتها للدستور سيما وأنها لا تعرض على البرلمان.

قائمة المراجع والمصادر

أولاً- قائمة المصادر

أ- الدساتير

1- دستور الجمهورية الديمقراطية الشعبية، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، معدل ومتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 94، السنة 13.

- 2- التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 9 و26.
- 3- التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 76.
- 4- التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14.
- 5- المرسوم الرئاسي رقم 20-251 المؤرخ في 15 سبتمبر 2020، المتضمن مشروع تعديل الدستور، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 54.

ثانيا- قائمة المراجع

أ- الكتب

- 1- إبراهيم محمد صالح الشرفاني: رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، بيروت لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية ط1 2016.
- 2- الطاهر زواقري: المفيد في القانون الدستوري، الجزائر، دار الطبع والنشر والتوزيع، 2011.
- 3- محمد رفعت عبد الوهاب: النظم السياسية والقانون الدستوري، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 1998.
- 4- محمد رفعت عبد الوهاب: رقابة دستورية القوانين، لإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2008.
- 5- موريس دوفيرجي: المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1992.
- 6- سامي جمال الدين: القانون الدستوري والشرعية الدستورية، ط 2، الإسكندرية، مصر، منشأة المعارف 2005.
- 7- عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي: الدعوى الدستورية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002.
- 8- عزيزة الشريف: الرقابة على دستورية التشريع، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1995.

ب- الرسائل العلمية

- 1- عزيز جمام: عدم فعالية الرقابة على دستورية القوانين، مذكرة ماجستير، تخصص تحولات الدولة، إشراف طاهر طالب، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.

ج- المجلات العلمية

- 1- محمد منير حساني: حجية الاجتهاد الدستوري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، الجزائر، العدد 5، جوان 2011.
- 2- فريد علواش: المجلس الدستوري الجزائري التنظيم والاختصاصات، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الخامس،



UNIVERSITÉ ABBES LAGHROUR KHENCHELA

REVUE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES

Revue internationale périodique arbitrée, éditée

Par l'université Abbes laghrouur khenchela

— Algérie —

*Traitant des sujets juridiques, politiques, et
des spécialités s'y rattachant*

VOLUME :08 - NUMÉRO :01 - JANVIER 2021

NUMÉRO DE SÉRIE : (15)



Numéro International : ISSN 2352-9806

EISSN 2588-2309

Dépôt Légal : N R :2014-3506