

نشرة المحامي

دورية تصدر عن منظمة المحامين ناحية سطيف - مارس 2007 -

المفهرس

- تبليغ الأحكام و القرارات و السندات القضائية.
- دور الدفاع في حماية حقوق الإنسان.
- المعالجة الجزائية لظاهرة الإعتداء على الحق الأدبي للمؤلف.
- التعديلات التي استحدثت على القانون المدني.
- السر المهني.
- الشهر المسبق للدعوى.
- بيع العربون في الشريعة و القانون.
- موقف المشرع الجزائري من مبادئ حماية حقوق الإنسان.
- محاربة ظاهرة المخدرات و المؤثرات العقلية في التشريع الليبي مقارنا ...
- شهادة الحيازة و تطبيقاتها.
- ملاحظات مستخلصة من قرارات للمجلس الأعلى.
- نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الاسناد.
- خصوصية محكمة النزاع في النظام القضائي الاداري الجزائري.
- الحماية الجنائية للجنين المكتمل النمو في القانون الجزائري.
- الجريمة الالكترونية بيئة متطورة للاعتداء على الخصوصية.
- لائحات اتحاد المحامين العرب.
- أهم النشرات في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية 2006.

تبليغ الأحكام والقرارات القضائية والسندات



المحور الأول: التبليغ في المواد المدنية:

أولاً: تعريف محضر التبليغ:

إن محضر التبليغ هو ذلك المحضر الذي يحرره المحضر القضائي والذي بموجبه يشهد بأنه بلغ الحكم أو القرار أو أي سند آخر في التاريخ المعين في المحضر.

ويعتبر محضر التبليغ وثيقة رسمية كونها محررة من ضابط عمومي ولها آثار جد هامة كونها تتعلق بسريان مواعيد الطعن، وفي رأينا فإن محضر التبليغ يعتبر من أهم وأخطر المحاضر التي يحررها المحضر القضائي.

ثانياً: البيانات الأساسية التي يتضمنها محضر التبليغ:

- لا يوجد أي نص تنظيمي يحدد شكل والبيانات التي يجب أن يتضمنها محضر التبليغ، وبالسرا جوع إلى العرف القضائي فإن محضر التبليغ يجب لكي يكون صحيحاً أن يتضمن البيانات الأساسية التالية:

1/ اسم المحضر القضائي وعنوانه:

إن محضر التبليغ لكي يكون صحيحاً يجب أن يتضمن اسم محرره أي المحضر القضائي وعنوانه.

إن صفة المحضر القضائي هي التي تعطي لمحضر التبليغ الصيغة الرسمية وعنوان المحضر القضائي هو الذي يحدد الاختصاصات الإقليمية، ويحول دون إجراءات التبليغ للأقارب والأصهار حتى الدرجة الرابعة

وبالتالي: فإن محضر التبليغ إذا خلى من اسم وعنوان المحضر القضائي فإنه يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً.

2/ تاريخ التبليغ:

يجب أن يتضمن محضر التبليغ تاريخ تبليغ الحكم أو القرار أو السند، والتاريخ له أهمية خاصة بخصوص سريان آجال ومواعيد الطعن.

إن التاريخ يجب أن يكون مكتوباً بالأرقام ويستحسن أن يكتب أيضاً بالأحرف لتفادي أي التباس، وإن خلو محضر التبليغ من التاريخ يجعله في حكم العدم.

3/ هوية طالب التبليغ:

يجب أن يشير محضر التبليغ إلى هوية طالب التبليغ من اسم ولقب وعنوانه ويستحسن أن يوقع طالب التبليغ أمام المحضر القضائي بأنه كلفه بإجراءات التبليغ.

في حالة وفاة طالب التبليغ فإن آجال الطعن تبقى سارية تجاه المبلغ له.

4/ سند التبليغ:

يجب أن يتضمن محضر التبليغ سند التبليغ سواء كان حكماً أو قراراً قضائياً أو سنداً آخر، وذلك على وجه التفصيل بذكر تاريخ الحكم أو القرار ورقمه ورقم الفهرس والجهة القضائية المصدرة له.

5/ هوية المطلوب أو المبلغ له:

إن كان الشخص المطلوب تبليغه شخصياً طبيعياً يجب الإشارة في محضر التبليغ إلى اسمه وهويته الكاملة، ويجب أن يشير المحضر القضائي طبقاً للمادة 42 من قانون الإجراءات المدنية بأنه مكن المبلغ له من نسخة رسمية من الحكم أو القرار أو السند أو نسخة مطابقة للأصل منه.

ويجب أن يوقع المبلغ له لدى المحضر القضائي بأنه استلم محضر التبليغ مع سند التبليغ.

إذا كان التبليغ قد تم شخصياً للمبلغ له يجب على المحضر القضائي أن يشير إلى ذلك في محضر التبليغ، أما إذا تم التبليغ للغير فإن المحضر القضائي أيضاً يجب

أن يشير في محضر التبليغ إلى هوية الشخص الذي قام بتبليغه.

وفي هذا الصدد فإنه في رأينا يتعين على المحضر القضائي أن يشير في الأصل الذي يحتفظ به إلى الهوية الكاملة للشخص المبلغ له من اسم ولقب وتاريخ الميلاد ورقم بطاقة التعريف مع التوقيع أو رفض التوقيع.

لقد ثار جدلاً مفاده هل أن نسخة محضر التبليغ التي تسلم لطالب التبليغ تتضمن الهوية الكاملة للشخص المطلوب تبليغه، إلا أنه في رأينا فإن الهوية الكاملة للشخص المبلغ له يجب أن لا تسلم إلى طالب التبليغ بل تبقى عند المحضر القضائي في أصل المحضر لتقديمها للجهة القضائية في حالة المنازعة في ذلك.

إشكالية عدم التبليغ للمطلوب شخصياً (المادة 23 من قسائون الإجراءات المدنية):

إذا لم يجد المحضر القضائي المطلوب شخصياً فإن التبليغ يتم للموطن، وفي هذه الحالة فإن المحضر القضائي يشير إلى هوية المبلغ له سواء كان من أقارب المطلوب أو جيرانه أو عامل لديه مع التوقيع أو رفض التوقيع.

وفي حالة عدم وجود أي شخص يقبل التبليغ أو استحالة التبليغ فإنه طبقاً للمادة 22 و 24 من ق إ م فإن المحضر القضائي يرسل محضر التبليغ مع السند للإقامة المعتادة للمطلوب بواسطة البريد المضمون، فإذا لم يكن للمطلوب محل إقامة معتاد فيعلق عن طرق لوحصة الإعلانات المرفوعة أمامها الدعوى أو المجلس القضائي عند الاقتضاء وتسلم نسخة ثانية للنيابة التي تؤشر على الأصل بالاستلام.

أما إذا كان المطلوب تبليغه يقيم في الخارج فإنه تتبع الطرق الدبلوماسية في التبليغ مع مراعاة الاتفاقيات القضائية التي أبرمتها الجزائر مع دولة إقامة الشخص المطلوب تبليغه.

أما تبليغ الشخص المعنوي فإنه يتم إلى ممثله القانوني أو تفوض عنه أو إلى أي شخص آخر مؤهل لهذا الغرض.

حالة وفاة الشخص المبلغ له:

إذا توفي الشخص المطلوب تبليغه بعد فوات ميعاد الطعن فإن الإشكال لا يطرح و التبليغ يعتبر صحيحاً. أما إذا توفي الشخص المطلوب تبليغه ومواعيد الطعن لم تنتقض بعد فإنه يتعين تبليغ ورثته من جديد ضمن نفس الأشكال القانونية السابقة ولا تسري مواعيد الطعن بالنسبة إليهم (إلا من تاريخ تبليغهم) (المادة 332 من ق.إ.م.).

حالة التبليغ في غير أيام العمل:

إذا حصل التبليغ في غير أيام العمل الرسمية فإنه في رأينا فإن محضر التبليغ لا يعتبر باطلاً وإنما آجال الطعن لا تحتسب في ذلك اليوم وإنما تسري ابتداء من يوم العمل الرسمي التالي لتاريخ التبليغ.

ثالثاً: بطلان محضر التبليغ:

إن محضر التبليغ إذا لم يتضمن البيانات الأساسية المشار إليها أنفاً فإنه يعتبر باطلاً، والبطلان في رأينا باستثناء صفة الضابط العمومي يعتبر بطلاناً نسبياً وليس مطلقاً أي لا يقرر إلا إذا تمسك به من له مصلحة في ذلك.

إن الجهة القضائية المختصة في التصريح ببطلان محضر التبليغ هي:

1/ الجهة القضائية التي تنظر في الدعوى بمناسبة المعارضة أو الاستئناف فإنها تعتبر مختصة للتصريح ببطلان محضر التبليغ وعدم الأخذ به وبالتالي تقبل المعارضة أو الاستئناف طبقاً للقواعد القانونية المعروفة (قاضي الدعوى هو قاضي الدفع).

عدد 2006/05

المحور الرابع: تبليغ قرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة:

إن تبليغ قرارات المحكمة العليا في المادة الجزائية فإنه يتم وفقا لمقتضيات المادة 592 من ق.إ.م، إذ تتم عن طريق كتابة ضبط المحكمة العليا بواسطة كاتب مضمون مع العلم بالوصول لأطراف الدعوى ومحاميهم.

في المادة المدنية وقرارات مجلس الدولة:

إن المادة 245 من ق.إ.م تنص بأن تبليغ عن انقض الطعن والعراض المرفوعة لدى مجلس الدولة يتم بكتاب موصى عليه مع العلم بالوصول من طرف كتابة الضبط لدى المحكمة العليا أو مجلس الدولة للمطعون ضده.

أما قرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة فإنه بمقتضى المادة 272 من ق.إ.م فإنه يتم تبليغها للأطراف ومحاميهم بواسطة كتابة الضبط بكتاب موصى عليه مع العلم بالوصول.

وفي الأخير فإني أشكر السادة الحضور على كرم الإصغاء لهذا العرض المتواضع.

والله ولي التوفيق.

النقيب

أحمد ساعي

يلزم رده طبقا للمادة 598 من ق.إ.م فإنه من باب أولى يوقف تنفيذ الإكراه البدني بخصوص الحقوق المدنية.

4/ أن المادة 597 فقرة 2 من ق.إ.م صريحة والتي جاءت في الباب الثالث المتعلق بالإكراه البدني إذا نصت صراحة ضرورة أن الحكم بالإدانة جائز لقوة الشيء المقضي به وبالتالي فإن الطعن بالنقض يجعل الادانة غير نهائية مما يوقف تنفيذ الإكراه البدني.

5/ أنه لا يتصور تنفيذ الإكراه البدني ضد شخص طعن بالنقض وأنه في حالة قبول طعنه وتم نقض القرار الجزائي ثم بعد ذلك استعاد المتهم بالبراءة فكيف يتم تكيف العقوبة التي قضاهها بعنوان الإكراه البدني هل تعتبر حبس مؤقت أو حبس تعسفي موجبة حالته للتعويض.

المحور الثالث: في تبليغ قرارات الغرفة الإدارية:

في المادة الإدارية فإنها تضمنت إجراءات بخصوص تبليغ العريضة إذ يقوم بها كاتب الضبط طبقا للمادة 170 من ق.إ.م، أما القرارات الصادرة من الغرفة الإدارية فإنه طبقا للمادة 171 من ق.إ.م، فإنها تبليغ بقوة القانون بمعرفة كاتب الضبط للأطراف دون الإخلال لحق الخصوم في تبليغ القرارات تبليغا عاديا طبقا للمادة 147 من ق.إ.م.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مجلس قضاء سطيف

محكمة

وزارة العدل

مصلحة: تنفيذ العقوبات تبليغ حكم غيابي - حضوري إصاري - ج و

- تمن وكيل الجمهورية لدى محكمة: 439 - 441 من قانون الإجراءات الجزائية

بعد الإطلاع على المسدة: 439 - 441 من قانون الإجراءات الجزائية

تبلغ المدعو:

تاريخ التوقي:

الجنس: ذكر/

النسب: ابن:

العنوان:

ب: الحكم غيابي

ب: تاريخ:

رقم الملف: / رقم القهرس: / المصنف عن:

منطوقه:

الطوبى الكتابية:

تدابير الأمن:

الغرامة:

التهمة:

نظرة له 10 أيام ابتداء من هذا التوقيع للمعارضة - للاعتراض

وإذا فسخته هذا الأجل يسقط حقه في ذلك.

حرر به:

وكيل الجمهورية

رقم الملف:

رقم القهرس:

التاريخ:

الجهة:

المكلف بالتبليغ بمصلحة:

الموقع أثناء التوقيع بتسليم هذا الإخطار المتعلق بتبليغ الحكم:

للمدعو:

مختاريا: (أيه شخصيا - في محل الإقامة - لتسليم)

المرسل إليه

الذي صرح به:

المعني بالامر:

للتسلم بالتبليغ

ملاحظة: يرجع هذا الرصيد إلى النيابة لدى محكمة

مصلحة تنفيذ العقوبات

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

الغرفة المدنية المعنية للمحامين المحامين

الطرح

محضر تبليغ قرار من مجلس قضاء سطيف

من شهر: من سنة ألفين وسبع.

بطلب من السيدة: الطالبة.

السائلة:

التي اختارت مطر هذا العنوان وبكل مكان يقع به التبليغ.

لحق الشركة المدنية التابعة للمحضرين القضائيين بركان صالح " سعود القاضي.

القائم في حلقها الأستاذ بركان صالح المضي أسفله.

المقرر: شيوخ بعدد الشرفاء - عين وكان.

بالحق وسلمنا

السيد: المطر.

مطرين:

السيدة:

مطرين:

السائلة:

نسخة من القرار الصادر عن مجلس قضاء سطيف - الغرفة المدنية - بتاريخ

تحت رقم: حضوريا.

مصر حين هذا بان هذا التبليغ وقع لحق طبقا لقانون.

هذا العلما ولكن لا يتجلى الواقع من هذا، مع جميع التحفظات.

وأعلما بأنه عملا بالمادة 235 من قانون الإجراءات المدنية فإن لحق مهلة شهرين تبدأ من تاريخ تبليغها هذا

المحضر للنقض في القرار عن طريق الاستئناف وأنه بالتضاد هذه المهلة يسقط حلها في ذلك.

ومن هذا المحضر سلمنا نسخة للنهي بالأمر نسخة من القرار نكتما معهما محملهما كما ذكرناه طبقا

القانون.

ع/الشركة

الأستاذ

نموذج محضر التبليغ والأحكام والقرارات الجزائية

نموذج محضر التبليغ

دور الدفاع في حماية حقوق الإنسان



خباية عبد الله *

- 2- من واجب كل دولة وضع آليات إجرائية و مناسبة تسمح لكل فرد يعيش على إقليمها بدون أي تمييز عرقي أو جنسي أو لغوي أو ديني أو متعلق بالرأي للوصول بكيفية عادلة لخدمات المحامي،
- 3- تضمن الدولة الأموال و الوسائل الكافية لتمكين المعوزين من خدمات المصالح القضائية و تتولى المنظمات المهنية للمحامين المساعدة في تنظيم تقديم الخدمات،
- 4- تتولى مصالح الدولة و منظمات المحامين تطوير برامج ترمي إلى تعريف المتقاضين بحقوقهم و واجباتهم تجاه القوانين و دور المحامين في ذلك و السهر بشكل خاص على تقديم الخدمات للأشخاص المعوزين و ذوي الوضعيات الصعبة لإظهار حقوقهم و عند الضرورة الاستعانة بمحام،
- 5- تسهر الدول على أنه عند إيقاف أي شخص أو حبسه أو اتهامه بجنحة أو جنائية أن يخطر بدون تأخير من الجهات المختصة بحقوقه في أن يكون مساعدا بمحام يختاره،
- 6- من حق كل فرد في هذه الوضعية ليس له محام أن يستفيد من خدمات محام معين تلقائيا له التجربة و الكفاءة اللازمين بحسب طبيعة المخالفة و تكون مجانية إذا لم يملك الوسائل،
- 7- يجب أن تضمن الدول حق أي موقوف لأي سبب كان سواء كان متهما أم لا بإمكانية الاتصال بمحاميه في أجل 48 ساعة ابتداء من تاريخ توقيفه أو حبسه،
- 8- كل من تم توقيفه أو حبسه له الحق في أن يزور محام و يتحاور معه بدون تأخر في سرية و بدون أي رقابة و الاستفادة من الوقت اللازم بالوسائل الضرورية لهذا الغرض، و يمكن إخضاع هذه العملية للملاحظة دون السمع من طرف المشرفين على تطبيق القوانين،
- 9- ضرورة إخضاع المحامي لتكوين متخصص و التعرف على المبادئ و الأنظمة التي تحكم المهنة و على حقوق الإنسان و الحريات الأساسية المعرفة في القوانين الداخلية و الدولية،
- 10- ضمان أن يكون الالتحاق بالمهنة لا يخضع لأي تفرقة مهما كان نوعها من أي طبيعة كانت (عرق، جنس، دين، لغة، بلد، حالة اقتصادية، أصول، ثروة، ميلاد، رأي)،
- 11- في حالة وجود بعض الجماعات أو المناطق التي تتميز بتقاليد و لهجات خاصة يتعين على الدول و المنظمات اتخاذ التدابير اللازمة لتمكين أفراد منها من الوصول إلى المهنة و ضمان تكوينهم تكويناً ملائماً حسب حاجات المجموعات،
- 12- على المحامين باعتبارهم أعضاء مهمين في

الحريات فإن وجوب إنفاذ عمل المحامي بضمانات قانونية أمر حتمي. و لقد كرست قوانين مختلف الدول دور الدفاع، و كان لابد للأمم المتحدة و هي التي تضم مجموع الدول المعنية بتطبيق حقوق الإنسان أن تعمل على محاولة إيجاد مقاربة للتعريف بدور المحامي. من أجل ذلك فإن المؤتمر الثامن للأمم المتحدة الخاص بمعالجة المنحرفين المنعقدة لهافانا بكوبا في 07/09/1990 اعتبر أنه طالما أن كل دول العالم المنضوية تحت لواء الأمم المتحدة أقرت بضرورة الحفاظ على العدالة، و ترسيخ أهداف لتحقيق التعاون الدولي لتطوير و احترام حقوق الإنسان و الحريات الأساسية بالنسبة للجميع بدون تمييز عرقي أو جنسي أو ديني، و أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يكرس مبادئ المساواة أمام القانون و قرينة البراءة و الحق لكل شخص في نظر قضيتهم من محكمة مستقلة و عادلة و توفير كل الضمانات لكل متهم بفعل جرمي.

و أن الميثاق المتعلق بالحقوق المدنية و الاقتصادية يقر مبدأ حق كل متهم في محاكمته بدون أي تأخير و بنظر قضيتهم بصفة علنية من طرف محكمة مختصة مستقلة و عادلة يقرها القانون و أن من واجبات الدول تطوير و احترام حقوق الإنسان و أنه يتضاح من المبادئ الحق لكل محبوس أن يكون مساعدا من طرف مستشار و أن يتصل به بكل حرية و أن كل النصوص المتعلقة بمعاملة المساجين تقر له الحق في مساعدة قانونية و إمكانية التحاور في سرية مع مستشاره و أن المادة 14 من نفس الميثاق تعطي الحق لكل متهم في جنائية معاقب عليها بالإعدام في مساعدة قضائية في كل مراحل الإجراءات، و كذلك الشأن بالنسبة لضحايا التعسف و ضحايا كل الجرائم الحق في الحصول على دعم وطني و دولي للوصول إلى حقوقهم و استرجاع ممتلكاتهم و تعويض عادل وفقا لما أقره إعلان الحقوق الأساسية للعدالة المتعلقة بضحايا الجرائم و التعصبات.

لكل ذلك فإن من حـق كل فرد أن تكون له مكتة الوصول إلى خدمات قانونية يقدمها محامون مستقلون. و أنه بذلك يكون لمنظمات المحامين دور أساسي في تطوير قواعد الممارسة و احترام المهنة و حماية الأعضاء ضد كل تدخل غير مبرر و لتقديم الخدمات لكل محتاج بالتعاون مع المصالح القضائية من أجل خدمة العدالة.

و تبعا لذلك أقر بأن:

- 1- لكل فرد الحق في طلب خدمات محام يختاره من أجل حماية حقوقه و الدفاع عنه في كل مراحل الإجراءات الجزائية،

مقدمة

لا توجد اليوم عبر العالم أي منظمة سياسية لا تهتم بمسألة حقوق الإنسان و لا تجعل منها شعارا. لقد كانت حقوق الإنسان محصورة في الإطار الإقليمي لكل دولة، و سرعان ما وجدت الطريق لتصبح عالمية بإعلان حقوق الإنسان حين صادقت عليه منظمة الأمم المتحدة في 10/12/1948، كإعلان عالمي في إطار وثيقة تحدد الأطر التي يجب أن تجتهد في إطارها جميع الدول لتجسيد هذه المبادئ و الحقوق، و التي تؤدي إلى تطوير وسائل و خلق منظمات تسعى إلى تجسيد الحقوق.

و إذا كان هناك اختلاف بين المبادئ الكبرى المجسدة في الإعلان و الممارسات الموجودة على أرض الواقع، فإن هذا الاختلاف مرده في تفسير هذه الحقوق أحيانا، و إلى عدم تطوير الأنظمة لدى بعض الدول. لذلك تطرح أسئلة كثيرة حول ماهية حقوق الإنسان، و ماهية حقوق الإنسان الجديرة بالحماية.

إن الإنسان في حد ذاته يحمل معه حقوقا طبيعية لا تستمد وجودها من قوانين الدول باعتبارها وجدت قبل هذه القوانين، و يكون على الدول فقط أن لا تحد منها، و في هذا الإطار الفلسفي جاء إعلان حقوق الإنسان بفرنسا سنة 1789-1791 الذي طرح لأول مرة فكرة إيجاد المؤسسات الكفيلة بحماية هذه الحقوق.

و تطورت هذه الفكرة إلى حقوق أخرى مثل الحقوق الاجتماعية التي أعلنت بعدا آخر لفكرة حقوق الإنسان و غيرت جذريا واجبات الدول تجاه الإنسان، و أدت إلى ظهور فكرة حقوق العمال، كحق تمثيل ناضلت من أجله فئات اجتماعية محرومة.

و هذه الحقوق لا يمكن تجسيدها إلا بالتدخل الإيجابي للدول لإيجاد الأطر و الوسائل الضرورية لتحقيقها، بينما بقيت النظرة إلى الحقوق الأخرى و اسمها بالتقليدية يتمثل فيها دول الدول في عدم الحد منها، و عدم وضع العراقيل لها.

و في هذا الإطار فإن تناول حقوق الإنسان يتم من خلال هذا البحث في حقوق الإنسان و ماهيتها و تطورها التاريخي و هو الأمر الذي تناولته في باب أول غير منشور و يمكن نشره في مناسبات أخرى و اختارت اللجنة المشرفة على المجلة نشر الباب الثاني المتعلق بدور المحامي في حقوق الإنسان مفصلا و قفلا للتبويب التالي:

الفصل الأول:

دور المحامي في حماية حقوق الإنسان وفقا لنظرة الأمم المتحدة:

نظرا لأهمية دور الدفاع في حماية الحقوق و

المشار إليه. ولاستيفاء هذه الشروط ينبغي أن يكون المحامي:

أولاً: مسجلاً في جدول منظمة المحامين وفقاً للشروط التي حددها القانون بأن يستوفي شروطاً هي:

- الجنسية الجزائرية،
- أن يكون عمره على الأقل 23 سنة،
- حيازة شهادة ليسانس في الحقوق أو في الشريعة الإسلامية عند معادلتها أو لدكتوراه دولة في القانون،
- حيازة شهادة الكفاءة المهنية ما لم يكن معنى منها طبقاً للمادة [1]،

- التمتع بالحقوق السياسية والمدنية،

- أن لا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة مخلة بالشرف،

- أن لا يكون قد سلك موقفاً معادياً للثورة نوفمبر 1954،

- أن تسمح حالته الصحية بذلك،

- أن يكون له سلوك حسن،

و يخضع المحامي المسجل للتدريب الذي مدته 9 أشهر ما لم يكن معنى منه طبقاً للمادة 21 من نفس القانون.

و يؤدي اليمين بصيغة "أقسم بالله العلي العظيم أن أؤدي أعمالي بأمانة وشرف وأن أحافظ على سر المهنة وتقاليدها وأهدافها النبيلة وأن أحترم القوانين".

ثانياً: أن يكون له مكتب في دائرة إختصاص أحد المجالس.

المبحث الثاني: مهام المحامي:

حدد القانون مهام المحامي على أنها:

- تقديم النصائح والإرشادات القانونية،
- مساعدة أو تمثيل الخصوم،
- ضمان الدفاع عن موكله،
- التدخل في كل إجراء وكل تدبير قضائي،
- القيام بكل طعن،
- دفع أو قبض كل مبلغ مع الإبراء،
- إعطاء الموافقة أو الإقرار برفع الحجز،
- التنازل والإعتراف بحق من الحقوق،
- القيام بساتر الأعمال في إطار الإجراءات المدنية،
- السعي لتعجيل تنفيذ قرارات العدالة،
- إبرام كل العقود والقيام بالشكليات الضرورية،

و من أجل القيام بمهامه فالمحامي معفى من تقديم سند التوكيل، ويمكنه ممارسة مهامه عبر التراب الوطني أمام كل الجهات القضائية والإدارية والتأديبية ماعدا المستثناءات بإجراءات خاصة.

ويمكن للمحامي الأجنبي مع مراعاة أحكام الاتفاقيات وتقاليد المهنة أن يساعد ويدافع وينوب عن الخصوم لدى جهة قضائية جزائرية بعد أن يرخص له نقيب المحامين المختص إقليمياً، بعد أن يختار مقره في مكتب محام يمارس في دائرة اختصاص المجلس القضائي.

المبحث الثالث: الهيكلة النظامية للمحامي:

حرة لحماية حقوقهم وتطوير تكوينهم وحماية إبداعهم المهني، ولهم الحق في انتخاب ممثليهم دون أي تدخل،

25- المنظمات المهنية للمحامين تتعاون مع السلطات من أجل تنظيم كيفية وصول كل محامي في ظروف متكافئة للجميع للمصالح القضائية، وأن يكون للمحامي بإمكانه بدون أي تدخل شرعي من الغير تقديم المساعدة والعون لزيارته طبقاً للقانون وفقاً لتنظيم المهني،

26- يتم إعداد ضوابط السلوك المهني للمحامي سواء بواسطة الهيئة التي يتبعها القانون أو وفقاً للأعراف أو طبقاً للضوابط الدولية المتعارف عليها،

27- التهم أو الشكاوى التي توجه ضد المحامي أثناء تأدية مهامه يتم نظرها طبقاً للقواعد الخاصة للمهنة بعدالة، وللمحامي نفسه الحق في سماعه ويمكنه الإستعانة بمحام،

28- إذا توبع محام تأديبياً تتخذ بشأنه الإجراءات التأديبية التي تعدها المنظمة المهنية أو أمام هيئة قضائية وتحترم بشأن قراراتها إجراءات الطعن،

يتم إعداد القواعد التأديبية ضمن مدونة سلوك أو نظام مهني حسب الضوابط المعروفة بقوانين المهنة أو وفق أحكام.

الفصل الثاني: تنظيم مهنة المحاماة في الجزائر:

إن القانون هو الضامن الأساسي لحقوق الإنسان ذلك أنه لا يمكن الحديث عن حقوق الإنسان إذا لم تقرها قوانين البلد المعني. وفي هذا الإطار هناك عدة مبادئ تلزم كل دولة باعتمادها من أجل الوصول إلى التكريس القانوني لهذه الحقوق وذلك بإدراجها ضمن دساتيرها وإيجاد الوسائل لتكريسها ضمن القوانين وتفعيل قاعدة سمو المعاهدة الدولية على القانون الداخلي، ويقع أيضاً على الدولة وضع آليات ضمان احترام القوانين بإيجاد الهيئات الكفيلة بالتطبيق.

و من هنا فإن تنظيم القضاء واستقلاليته هي الضمانة الأساسية لحماية حقوق الإنسان، فالقاضي هو أول معنى بالحماية وأول سلطة مؤهلة لضمان احترام القانون، وحقوق الإنسان، ويتفرع عن ذلك أن تحقيق العدل وحماية الحريات يتطلب وجود هيئات مساعدة تقدم للقضاء الوسائل الضرورية في صنع القرار و يوجد ضمن مساعدي العدالة المحامي.

المبحث الأول: من هو المحامي:

عرف قانون المحاماة [91-04] المحامي تعريفاً وظيفياً تطرق من خلاله لتعريف المهنة، وصفها على أنها مهنة حرة ومستقلة تعمل على احترام وحفظ حقوق الدفاع وتساهم في تحقيق العدالة وتعمل على احترام مبدأ سيادة القانون و ضمان الدفاع عن حقوق المواطن و حرياته.

و تبعا لهذا التعريف فإن المحامي محترف في مجال القانون، يمارس مهنة حرة هدفها تحقيق ما أشارت إليه المادة الأولى. و تتمثل مهامه في: التمثيل، والدفاع، ومساعدة الخصوم في إطار أحكام القانون

إطار العدالة الحفاظ على شرف وكرامة المهنة،

13- على المحامين واجبات اتجاه زبائنهم:

- تقديم النصائح حول حقوقهم و واجباتهم وكيفية عمل الجهاز القضائي فيما يتعلق بقضاياهم،

- مساعدتهم بكل الوسائل الملائمة واتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية حقوقهم،

- مساعدتهم أمام المحاكم والسلطات الإدارية،

14- من أجل حقوق الزبائن و ترقية العدالة على المحامي أن يبحث على احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية المعترف بها وطنياً ودولياً، وأن يتصرف بحرية وحذر طبقاً للقوانين وقوانين المهنة،

15- المحامون يعملون بمنزلة لخدمة مصالح زبائنهم،

16- تضمن السلطات على أن خدمات المحامين تتم: - بتمكينهم من أداء خدماتهم بدون أي عرقلة، تخويف، تحرش أو تدخل،

- تمكينهم من السفر والاتصال بزبائنهم بكل حرية في البلد أو في الخارج،

- أن لا يكونوا محلاً للتهديد أو المتابعة أو المعاقبة إقتصادياً أو أي إجراء آخر بسبب الإجراءات التي يتخذونها في إطار التزاماتهم وفي إطار الأحكام التنظيمية للمهنة المعترف بها،

17- ضرورة حماية المحامي من أي تهديد أثناء تأدية مهامه،

18- لا يجب معاملة المحامي مثل زبونه أو بالوقائع المتابع بها زبونه في إطار أداء مهامه،

19- لا يمكن لأي جهة قضائية أن تنكر الحق للمحامي في الحضور أمامهم باسم موكله ما لم يكن هذا محامياً بغير ذي صفة طبقاً للقانون أو الممارسات الوطنية أو المبادئ الحالية،

20- يتمتع المحامون بالحصانة المدنية والجزائية ضد كل تصريح بحسب نية في إطار مرافعاته المكتوبة أو الشفوية،

21- يقع على عاتق السلطات المعنية السهر على أن يطلع المحامي على كل المعلومات والملفات والوثائق التي هي تحت يدها، وذلك تحت رقابتها ضمن آجال معقولة لتمكينه من تقديم المساعدة الفعالة لزيارته،

22- تضمن السلطات سرية الاتصالات بين المحامي وزبونه التي تدخل ضمن الإطار المهني،

23- يجب أن يتمتع المحامون شأن كل الأفراد بحرية الرأي والمعتقد وحق الاجتماع وخاصة المشاركة في الحوارات العلنية حول قانون وإدارة العدالة و الترقية وحماية حقوق الإنسان، والإشتراك في تنظيمات محلية، وطنية أو دولية، والمساهمة أو المشاركة في اجتماعاتها بدون أن يتعرض لأي قيد قانوني بسبب مساهمته تلك، وعلى المحامين في ذلك أن يكون لهم سلوك مطابق للقانون و يتماشى مع أنظمة وتقاليد المهنة،

24- للمحامين الحق في الانضمام لمنظمات مهنية

الحصول على حقوقه باستصدار حكم عادل سواء في مواجهة غيره أو في مواجهة الإدارة، أو في مواجهة المجتمع إذا كان متهماً أو في مواجهة المتهم إذا كان ضحية.

- وفي هذا الإطار فإن القضاة المدني كرس حق الملكية، وأعطى لكل فرد الحق في التمتع بملكه بالكيافيات التي لا تمس فيها بالغير، وضمن حقه في حماية ملكيته ضد الغير عن طريق اللجوء إلى العدالة، وضمن حقه حتى في حالة نزاع الملكية للمنفعة العامة، والتي صدرت بشأنها قوانين تخضع معيار المنفعة العامة الذي يتحدد وفقاً لحاجة المجتمع إلى مال الغير، وفق إجراءات حددها الدستور بالضرورة التعويض المسبق والعدالة.

- وفي إطار حماية الأسرة أولى أهمية خاصة لمشاكل كل الأسرة باعتبارها الخلية الأولى للمجتمع وجعل قضاياها قضايا المجتمع بكامله بحيث جعل النيابة العامة طرفاً في النزاعات في شؤون الأسرة، وامتد التعديل في قانون الأسرة إلى المساواة بين سن الرجل والمرأة في الزواج، وإلى حقها في الخلع دون أن يخضع ذلك لموافقة الزوج.

- وفي إطار حماية القصر أعطى عناية خاصة لقضاياهم وأخضع الإجراءات الخاصة بهم في مجال الأموال لرأي القضاء وجوباً من منطلق أن حماية القصر وأموالهم من واجبات المجتمع، وجعل التقادم لما يقع عليهم من جرائم لا يسري إلا من بلوغهم سن الرشد حسب تعديل قانون الإجراءات الجديد.

- وتدارك المشرع الجزائي في تعديل القانون المدني كثير من المسائل التي تستجيب لأعراف حقوق الإنسان من حيث إخضاع الزواج والميراث لقانون البلد الذي ينتمي إليه الزوج، وكذلك بالنسبة للولاية والوصاية والقوامة، وكذلك حماية القصر عديمي الأهلية والغائبين، وكذلك ما يتعلق بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم.

- وامتدت حماية الطفل إلى اعتبار مسؤولية الأباء تمتد حتى إلى المثل السني الذي يعطيه الأب واعتبار حالة القصر ظرفاً مشدداً في الجرائم، وإلى اعتبار بعض الجرائم كذلك نظراً لصفة الضحية القاصر كتحرير القصر على فساد الأخلاق والضرب والجرح على القصر واستغلال حاجات القاصر وغيرها.

- وأوجد مسؤولية الشخص المعنوي لرفع المسؤولية المفترضة على ممثله استجابة لقرينة البراءة وإقرار المسؤولية الشخصية للإنسان في إطار التعديل الوارد بالقانون 15-04 في 10/11/2004.

- وأوجد تعريفاً للتعذيب كما حددته المادة 263 مكرر من القانون 15-04 على أن كل عمل ينتج عنه عذاب أو ألم شديد جسدياً كان أو عقلاً يلحق عداً بشخص ما، مهما يكن سببه وجعل عقوبة لمن يقوم به وصنفه في خانة الجنايات ووضع عقوبة للموظف الذي يوافق أو يسكت على الأفعال

المساعدة (تحت طائلة إحالته أمام مجلس التأديب).

10- عدم تقاضي أتعاب عن قضايا المساعدة القضائية أو التكليف تلقائي.

11- عدم السعي في جلب الموكلين أو القيام بالإشهار.

12- الإلتزام بالسر وعدم إبلاغ الغير عن معلومات وثائق تتعلق بقضية أُنذرت إليه.

13- عدم التنحي عن التوكيل إلا بإخطار الموكل في الوقت المناسب برسالة مضمونة مع الإشعار بالاستلام مع إعلام الخصم ووكيله ورئيس الجهة القضائية.

14- المنع من الاستفادة من الحقوق المتنازع عليها عن طريق التنازل أو أخذ فائدة أو جعل قيمة الأتعاب بحسب النتائج.

15- يكون مسؤولاً عن المستندات المسلمة له لمدة خمس سنوات ابتداءً من تسوية القضية أو عن آخر إجراء.

16- عدم جواز الترافع ضد الإدارة التي كان مستخدماً فيها لمدة سنتين من انتهاء مهامه، ولا يصوغ له أن ينتمي إلى أصناف القضاة وموظفي العدالة وموظفي النيابة وموظفي مصالح الأمن والموظفون المعينون بمرسوم، ولا يصوغ له أن يعين مكان إقامته ولا المرافعة في دائرة اختصاص المجلس الذي زاول فيه وظائفه لمدة سنتين من تاريخ انتهاء مهامه.

17- عدم جواز الترافع ضد الجماعات التي يمثلها بصفته منتخباً ولا ضد المؤسسات العمومية (إدارية أو صناعية أو تجارية) التابعة لها.

المبحث الخامس: حماية المحامي:

إن خصوصية عمل المحامي تقتضي إنابة مهامه بضمانات كفيلاً بأن تسمح له بالممارسة في ظروف يطمئن فيها على أنه محمي ضد كل أشكال التصرفات التي يمكن أن تؤثر على عمله ومن ذلك فإن المشرع أنطع عمل المحامي بضمانات منها:

1- حماية العلاقات ذات الطابع السري بينه وبين موكله.

2- ضمان سرية المراسلة وسرية الملفات.

3- حمايته ضد الإهانة الموجهة له في إطار مهامه أو بمناسبة شأن الموظف طبقاً للمادة 144 من قانون العقوبات كما نصت عليها المادتين 91 و92.

4- عدم جواز متابعته بسبب أفعاله وتصريحاته ومحرراته في إطار المناقشة والمرافعة.

5- حماية مكتبه من التفتيش والحجز في غير حضور النقيب أو ممثله بعد إخطاره شخصياً وبصفة قانونية وإلا اعتبرت الإجراءات باطلة ومخالفة لنص المادة 80.

الفصل الثالث: دور المحامي أمام الجهات القضائية:

المبحث الأول: دور المحامي يتحدد في تكريس ما يقرره القانون من حقوق:

إن التشريع الجزائي صاغ بكيفية دقيقة مختلف حقوق الإنسان وقن لها بكيفية تضمن لكل فرد

إن المحامي مهكل ضمن منظمة للمحامين في إطار المنظمات التي يكون عددها ومقرها ودائرة اختصاصها محدد عن طريق التنظيم بناء على اقتراح من مجلس الاتحاد، وتتمتع المنظمة بالشخصية المعنوية يرأسها نقيب ويتولى إدارتها مجلس المنظمة ولها الأهلية لتمثيل مصالح المحامين في دائرة اختصاص منظمة المحامين.

- وتتشكل جمعيتها العامة من مجموع المحامين المسجلين في جدول المنظمة أو في قائمة المندوبين وتجتمع في دورة عادية مرة على الأقل كل سنة تحت إشراف النقيب، وتعرض عليها المشاكل ذات الطابع المهني وتقدم النصائح المفيدة لمجلس المنظمة، وحدد القانون شروط اجتماعها وصحة مداواتها وطريقة التصويت وسلطة وزير العدل في رقابة مداواتها، وأشار إلى مجلس المنظمة وأعضائه وشروط الترشح للمجلس وحالات المنع وتعريف الأعضاء المنتدبين لمجلس المنظمة ومدة الانتخاب واختصاص المجلس وتعريف النقيب وكيفية انتخابه على أن يكون من أعضاء المجلس وله الأهمية لا تقل عن سبع (7) سنوات.

ونظم القانون مجلس التأديب وكيفية إخطاره وانعقاده وحدد العقوبات التأديبية للمحامي التي تترأح بين الإنذار إلى الشطب من جدول نقابة المحامين حسب درجات الخطأ وحدد كليات نظر الشكوى والمتابعة وسلطة النقيب في التوقيف وحدد تشكيل اللجنة الوطنية للطعن.

وحدد الاختصاص الوطني لمنظمات المحامين الذي يتشكل من مجموع منظمات المحامين والنوذة الوطنية للمحامين المشكلة من جميع المحامين المسجلين بالمنظمات المختلفة.

المبحث الرابع: واجبات المحامي:

1- مراعاة بصيرة الواجبات والالتزامات التي تفرضها عليه القوانين والأنظمة والعادات المهنية تجاه القضاة وزملائه والمتقاضين.

2- الاستقلالية واحترام المحاكم والقضاة والاستقامة والصرامة والتجرد والحياسة وحسن معاملة الزملاء واجبات مؤكدة حمية عليه.

3- أن يقدم لموكله كل مساعدة من معلوماته وإمكاناته.

4- أن يسلك في كل مكان وفي سائر الظروف سلوك المساعد الوفي الكريم في خدمة العدالة.

5- يجب عليه أن يكتم السر المهني.

6- الإلتزام بالتعيين الصادر عن النقيب أو ممثله وفقاً للقوانين ليقوم مجاناً بإعانة كل متقاض استحق المساعدة القضائية.

7- الإلتزام بالتعيين التلقائي من النقيب أو مساعده ليقوم بالدفاع عن مصالح كل متقاض لدى أي جهة قضائية كانت.

8- الإلتزام بتعيينه تلقائياً من طرف النقيب أو ممثله للمرافعة بعوض.

9- عدم إمكانية رفض المساعدة المطلوبة من النقيب إلا بناءً على أسباب العذر أو المنع للقيام بذلك

المذكورة.

- و استحدثت جرائم تبيض الأموال، و جرائم المعالجة الآلية للمعطيات.

- و لحماية المجتمع انضمت الجزائر إلى المسمى العالمي لمكافحة المخدرات و شددت الأحكام فيها بالقانون 15-04 الصادر في 25/12/2004. استجابة للاتفاقية المتعلقة بالمخدرات سنة 1961 المصادق عليها بالمرسوم 77/177 في 07/12/1977.

- و تم تعديل القانون فيما يتعلق بالوقاية من الفساد استجابة لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في 31/10/2003 المصادق عليها بتحفظ بالمرسوم الرئاسي 128-04 في 19/04/2004، و أوجدت بمقتضاه نظام التصريح بالامتلاكات و مدونة قواعد سلوك الموظفين و امتدت على حماية المال الخاص و تطوير قواعد أخلاقيات المهنة للقضاة.

- و في إطار حماية باقي الحقوق فإن القوانين الجزائرية المنبثقة عن الدستور سايرت الإعلان العالمي، و سايرت الحقوق المدنية و السياسية و حقوق الطفل و حقوق المرأة، و محاربة كل أشكال التمييز في العمل و غيرها مما لا يتسع المقام لذكره. و هنا فإن دور المحامي وفقاً ليمينه هو الدفاع على احترام القانون، و الملاحظة في هذا الإطار إن القوانين الجزائرية سايرت بشكل كبير التغيرات العالمية، و يحق للجزائر أن تفتخر بسائتها تتوفر منظومة قانونية جد متطورة أقرت بها منظمات دولية كثيرة.

المبحث الثاني: المحامي ضمان للمحاكمة العادلة:

إن دور المحامي باعتباره مساعداً للمدالة يكتسي أهمية كبيرة على اعتبار أن المواطن يملك حرية اختيار محاميه، و أن من لا يملك القدرة على تأسيس دفاعه متى كان معوزاً، فإن بإمكانه طلب المساعدة القضائية التي تتحدد بواسطة مكتب المساعدة القضائية الذي يرأسه وكيل الجمهورية و الذي يفصل في طلبات المساعدة القضائية على مستوى المحكمة، و يحضره ممثل منظمة المحامين، و إن القرارات التي تتخذ في هذا الشأن تبلغ لنقابة المحامين التي يقع على عاتقها تعيين محام يتولى الدفاع عن طالبي المساعدة مهما كانت صفتهم، متهمون أو ضحايا، أم أشخاصاً لهم مصالح إدارية، في إطار المطالبة بحقوقهم أمام الهيئات القضائية المدنية، و متى تم تعيين المحامي يصبح هذا الأخير له كافة الصلاحيات المخولة للمحامي في الأطر المحددة، و يملك بهذه الصفة حق الإطلاع على الملف، و له بصفة خاصة حق زيارة المتهم المحبوس بالمؤسسة التي يوجد بها و تتم الزيارة في ظروف تسمح بالسرية التامة لعلاقة المحامي بالمتهم في غرف معزولة لا يسمح فيها بسماع ما يجري بينهما على أن إمكانية مشاهدة المحامي من خلال الزجاج العازل تبقى من المسائل الأمنية التي تسمح للإدارة المشرفة بجعل غرف المحادثة لها واجهات زجاجية.

الفرع الأول: حضور المحامي أمام وكيل الجمهورية:

استحدثت المشرع الجزائري بالقانون 15-04 في 10/11/2004 تعديلاً للمادة 59 من ق.إ.ج بواسطة المادة 5 من القانون المذكور، و ذلك بجواز استعانة المشتبه فيه بمحام أمام وكيل الجمهورية، و نصت المادة على أن يتم استجوابه بحضور محاميه و ينوه على ذلك في محضر الاستجواب، و إذا كان حضور المحامي لم توضح معالمه في الممارسة القضائية فهو إجراء جديد يدخل في إطار توضيح أساس الاشتباه في شخص ما على الأقل بتوضيح الإتهام، و هو خطوة إجبارية تتطلب مزيداً من التوضيح، و ينبغي أن نشير هنا إلى أنه قبل هذا النص لم يكن للمحامي دور أصلاً أمام وكيل الجمهورية إلا بعد قيام هذا الأخير بالتصرف في الملف إما بالحفظ أو الإحالة بطريق التلبس أو الاستدعاء المباشر أو تكليف قاضي التحقيق.

الفرع الثاني: حضور المحامي أمام قاضي التحقيق:

إن حق كل من المتهم و الضحية أمام جهات التحقيق من الحقوق التي طورها المشرع الجزائري، عندما اعتمد نظام قاضي التحقيق الذي يمثل ضماناً كبيراً لحقوق الدفاع، و يمثل بالنسبة للدول التي لا تعرف هذا النظام تطوراً كبيراً، خاصة أن بعض الأنظمة تعتمد النيابة كجهة اتهام و تحقيق في نفس الوقت، مما يجعل الحياد المطلوب لا يتحقق خاصة أن الأمر بالنسبة لقاضي التحقيق مختلف تماماً، و ذلك باعتبار أن سلطته على الوقائع هي سلطة عينية لا يتقيد فيها بالإتهام الموجه ضد شخص أو أشخاص من جهة، و من جهة ثانية فإن قاضي التحقيق يحقق لصالح الأطراف أو ضدهم هدفه في ذلك الوصول إلى الحقيقة و يكيف الواقع بحسب الحقيقة القضائية التي توصل إليها، و يملك قاضي التحقيق سلطات واسعة في هذا الخصوص، و طالما كان دور قاضي التحقيق موضع لمؤلفات كبيرة، و ناقش رجال القانون دور هذه الشخصية المهمة في العمل القضائي، و هذا ما جعل دور المحامي أمام قاضي التحقيق دوراً مهماً.

أولاً: الضمانات المقررة للضحية أمام قاضي التحقيق:

فالضحية فضلاً على أن بإمكانه أن يتأسس طرفاً مدنياً أمام قاضي التحقيق، أعطاه القانون ضمانات أكثر حينما مكنه من تجاوز قرارات النيابة إذا ما رأت أن لا محل لتدخلها أن تلجأ إلى طريق الإدعاء بالحق المدني أمام قاضي التحقيق. و يمارس الطرف المدني هذا الحق باللجوء أمام قاضي التحقيق لتقديم شكواه تحت أشكال إجرائية بسيطة، و في هذه الحالة تصبح الأوامر المتخذة

بشكل الشكوى قابلة للاستئناف أمام غرفة الاتهام بالمجلس القضائي.

فهذه الشكوى تترتب عليها كل الآثار المترتبة عن أي ملف يحول من وكيل الجمهورية، و عادة ما تمارس هذه الدعوى بواسطة المحامي الذي يمثل الطرف المدني، و الذي يوجه الشاكي الوجهة الصحيحة التي يتطلبها القانون، و فضلاً عن التعريف بالآثار السلبية للإدعاء المدني على الضحية لما يمكن أن ينجر عنها من حقوق للمشتكى ضده الذي يقر له القانون اتخاذ إجراءات الوشاية الكاذبة أو المطالبة بالتعويض متى ألت قضيته للأمر بأن لا وجه للمتابعة، أو لانتفاء وجه الدعوى.

و من ضمانات الطرف المدني أمام قاضي التحقيق ضرورة إخطاره بالإجراءات التي تتخذ بشأن قضيته، و بالأوامر التي تصدر في الدعوى، و التي يكون له فيها حق الاستئناف.

و يملك الضحية متى تأسس طرفاً مدنياً بنفسه أو بواسطة محاميه تقديم جميع الطلبات التي يراها ضرورية من أجل توضيح قضيته، و له من أجل ذلك أن يمارس جميع إجراءات الاستئناف ضد رفض طلباته.

ثانياً: الضمانات المقررة للمتهم أمام قاضي التحقيق:

إن الشخص الذي يمثل أمام قاضي التحقيق إما أن يكون قد تم اتهامه من طرف وكيل الجمهورية فإن صفة المتهم تتحدد في الطلب الاتحادي للسيد وكيل الجمهورية، أو عندما توجه ضده شكوى مصحوبة بادعاء مدني، و هو ما يجعل كيفية إجراء التحقيق في موجهته تتحدد حسب عاملين:

1- حالة الطلب الاتحادي:

ففي هذه الحالة يمثل المتهم أمام قاضي التحقيق بناء على متابعة النيابة، و يتوجب في هذه الحالة على قاضي التحقيق أن يباشر سماعه كمتهم لأول مرة، و ذلك بأن يباشر التحقق من هويته ثم يحيطه علماً صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه، و ينبيهه بأنه حر في عدم الإدلاء بأي إقرار، و ينوه على ذلك التنبيه في المحضر، فإذا أراد المتهم أن يدلي بأقوال تلقاها قاضي التحقيق منه على الفور، و يتوجب على قاضي التحقيق أن يوجه المتهم بأن له الحق في اختيار محام عنه فإن لم يختار له محامياً عين له القاضي محامياً من تلقاء نفسه إذا طلب منه ذلك و ينوه على ذلك في المحضر.

و يبدو من خلال وجوبية هذا الإجراء أنه متى رفض المتهم سماعه لا يصوغ لقاضي التحقيق أن يقوم بسماعه إلا في الحالتين الناتجتين عن حالة الاستعجال الناجمة عن وجود شاهد في خطر الموت أو وجود أمارات على وشك الاختفاء مع وجوب ذكر هذه الحالة في المحضر.

و تظهر في هذه الحالة مدى حرص المشرع على اعتبار حق الدفاع ضمانات من ضمانات حقوق المتهم رتب على مخالفتها البطلان، كما نصت عليها من

صراحة المادة 157 من ق.إ.ج، والتي تجعل تصحيح هذا الإجراء غير ممكن إلا بالتنازل الصريح من المتهم ويتم ذلك في حضور محاميه أو بعد استدعائه قانوناً.

كما أن غرفة الاتهام مؤهلة لتقرير البطلان الناتج عن مخالفة النصوص الأساسية الموضوعية لحماية المتهم المقررة في المادتين 100 و 105، كما يتقرر لجهات الحكم ماعدا المحاكم الجنائية صفة تقرير البطلان الناتج عن المخالفات المذكورة. وكذلك عن عدم مراعاة أحكام الفقرة الأولى من المادة 168 من ق.إ.ج والتي تنص على تبليغ الأوامر القضائية في ظرف 24 ساعة بكتاب موصى عليه إلى محامي المتهم والمدعي المدني والسبب في استثناء محكمة الجنابات من تقرير البطلان هو أن الإحالة أمامها تقرر ها غرفة الاتهام التي تختص أساساً في مراقبة صحة الإجراءات وجميع أعمال قاضي التحقيق.

وتظهر في هذا الباب رغبة المشرع في تكريس دور الدفاع كضمان لحقوق المتهم، ويعتبر حضور المحامي تكريماً لمبدأ أساسي أقرته معاهدات حقوق الإنسان وكل المواثيق الدولية.

2- حالة الادعاء المدني:

إن الادعاء المدني هو وسيلة استثنائية تبيح للمتضرر من جنائية أو جنحة أن يتقدم بشكواه مباشرة أمام قاضي التحقيق، وتتميز هذه الوسيلة بأنها تتجاوز سلطة النيابة في تحريك الدعوى العمومية، وقد تأتي بعد صدور قرار النيابة بحفظ القضية، وقد تكون ناتجة عن إخطار مباشر لقاضي التحقيق، وفي كلتا الحالتين فالأمر مقبول، وما يهم في هذا الباب أنه يهدف إلى حماية كل من المتضرر والمشتكى ضده. لذلك متى كانت مبررات الشكوى قوية فإن قاضي التحقيق يمارس الإجراءات المعتادة في إطار المادة 73 من ق.إ.ج، أما إذا كانت الشكوى غير مسببة تسبباً كافياً ولا تؤيدها مبررات كافية جاز لوكيل الجمهورية أن يطلب من القاضي أن يفتح تحقيقاً مؤقتاً ضد كل من الأشخاص الذي يكشف التحقيق عنهم، أي دون أن يوجه التهمة لأحد وفي هذه الحالة يجوز لقاضي التحقيق سماع كل من أشير إليهم في الشكوى باعتبارهم شهوداً على أن يخطرهم بالأحكام المشار إليها في المادة 89 من نفس القانون التي تقتضي أنه يجوز للمشتكى منه أن يرفض سماعه كشاهد إن الفرق بين سماع المشتكى منه كشاهد أو كمتهم هو حق مرتبط أساساً بحق الدفاع. ذلك أن الشاهد ملزم قانوناً بالإدلاء بتصريحات صحيحة وليس له الحق بالاستعانة بالدفاع أو أن يمتنع عن التصريح. خلافاً لحق المتهم في استحضار دفاعه وإطلاعه على الملف بواسطة محاميه وعدم محاسبته على أقواله متى ثبت أنها غير صحيحة (التي تندرج في خاتمة الإنكار)، ومتى رفض المشتكى ضده سماعه كشاهد يسقط حق قاضي التحقيق في سماعه بتلك الصفة ولا يجوز له سماعه إلا كمتهم تقرر له كل الحقوق القانونية خاصة منها حق الدفاع.

المبحث الثالث: الإجراءات التي يمارسها المحامي أمام قاضي التحقيق لضمان الدفاع:

إن مجموع الإجراءات المقررة للكيفية التي يمارس بها المحامي مساعدته لموكله أمام قاضي التحقيق أي كان مركزه هي التي تحدد الأطر والضمانات لحماية حقوق الأطراف سواء كانوا متهمين أو ضحايا من أهم هذه الإجراءات:

1- حضور التحقيق إلى جانب موكله وطرح ما يراه من أسئلة سواء عند استجواب المتهم في الموضوع، أو سماع الطرف المدني، أو عند المواجهات، ولا يجوز له ذلك عند سماع المتهم عند الحضور الأول، وتوجيه الأسئلة عادة عن طريق قاضي التحقيق.

2- تقديم الطلبات باسم موكله لاتخاذ أي إجراء يراه نافعاً له، ويترتب على ذلك أن يجوز للمحامي أن يستأنف الأمر القاضي برفض طلباته متى رفضها قاضي التحقيق.

3- تقديم الدفاع ببطلان الإجراءات سواء أمام قاضي التحقيق نفسه أو برفع الأمر إلى غرفة الاتهام متى كان ذلك ضرورياً، خاصة إذا تعلق الأمر بمخالفة أحكام المواد 89 و 100 و 105 و 168 من ق.إ.ج.

4- تقديم طلبات الإفراج المؤقت في حالة توليه الدفاع عن المتهم المحبوس احتياطياً.

5- استئناف أوامر التصرف التي يجوز فيها الاستئناف للطرف المدني أو المتهم بحسب مركزه مثل أوامر رفض الإدعاء المدني، رفض طلب إجراء تحقيق، الأمر بانتفاء وجه الدعوى، الأمر برفض الإفراج المؤقت...

6- إبداء الملاحظات حول التقارير والخبرات التي ترفع لقاضي التحقيق والحضور مع موكله عند تبليغه بها وتحفظه على بعض النقاط التي يرى فيها مساساً بمركز موكله، ويقدم من أجل ذلك الطلبات التي يراها مناسبة ومتماشية مع مصالح موكله بما يخدم العدل، مع حقه في رفع الأمر إلى غرفة الاتهام عن كل مخالفة يعتبرها ماسة بحقوق الدفاع.

إن هذه الإجراءات تعتبر من صميم عمل المحامي في ملف التحقيق، ولا شك أنها تهدف إلى حماية حق الدفاع لكل من المتخاصمين على حد سواء، وأنها تساعد كثيراً في الكشف عن الحقيقة رغم أن الوسائل القانونية المتاحة للمحامي في هذا الباب تبدو غير كافية، خاصة أمام القصور الملاحظ في مكاتب التحقيق من حيث اختصار عمل قاضي التحقيق على مجرد السماع وتخليه عن وظيفة السعي خارج مكتبه لتجميع الأدلة في مكان الجريمة وحيثما ظهرت الحاجة إلى التحقيق، ذلك أن قاضي التحقيق تخطى عن الكثير من المهام التي كانت من المفروض أن يباشرها بنفسه ومنها على وجه الخصوص التجارب الخاصة بإعادة تمثيل الجريمة طبقاً للمادة 96 من ق.إ.ج، ويمكن تقديم الملاحظة التالية التي من شأنها إبراز بعض النقص في الإجراءات، وقد تمت مناقشتها من طرف ميرزين في القانون ومن طرف

قضاة مؤهلين ومحامين وذلك على الشكل التالي:

- إن دور المحامي يأتي متأخراً في مراحل الاتهام، فالمحامي لا يحضر مع موكله أمام الضبطية القضائية وكان لا يحضر أمام النيابة، وإذا كان القانون قد تدخل مؤخراً للسماح له بالحضور أمام النيابة، فإن دوره لا زال غير واضح، فهناك من يرى أن دوره يقتصر على مجرد حضوره بعد أن يوجه وكيل الجمهورية التهمة للمشتبه فيه ويحضر المحامي عند تحرير محضر السماع، وقد تمت مناقشة هذه النقطة في إطار الاجتماعات المحلية التي قررت وزارة العدل في إطار العلاقة مع مساعي العدالة، وهناك رأي آخر يرى أن للمحامي الحضور أمام وكيل الجمهورية في أية تقديمة وهو رأي منقاد باعتبار أن وكيل الجمهورية في كثير من الأحيان يعتبر أن الشخص المقدم إليه شاهد، وهي فكرة ظهرت أثناء المناقشات المشار إليها ويبقى في كل الأحوال أن الأمر يحتاج إلى تدخل المشرع لحسم الموضوع وإعطاء الدفاع وسائل فعالة لحماية المشتبه فيه، منها على الأقل تمكنه من الإطلاع على الملف أمام وكيل الجمهورية ولما لا أمام الضبطية القضائية على أن يتم تحديد القواعد التي تنظم ذلك.

- إن دور المحامي أمام قاضي التحقيق عند الحضور الأول هو دور المتفرج باعتبار أن حضوره لا يسمح له بالتدخل وإبداء الملاحظات أو توجيه الأسئلة، فتكون الفائدة من هذا الحضور مقتصرة على مراقبة الإجراءات.

- أن كيفية سماع الأطراف أمام قاضي التحقيق وكيفية تحرير المحاضر هي كيفية منتقدة بشدة، على اعتبار أن قاضي التحقيق يتحول إلى مترجم بين الشخص المسموع و كاتب الجلسة، وفي كل الأحوال فإن الترجمة مهما كانت المصادقية التي يحظى بها قاضي التحقيق وقدرته على صياغة الجمل فإنها تبقى قاصرة ومنتقدة، ولا تعكس حقيقة التصريحات، لأن الترجمة في حد ذاتها لم ولن تكون أبداً هي الحقيقة، وأن التحقيق بهذا الشكل يلغي دور الكاتب الذي من المفروض أن يسجل كل ما يسمعه و من أجل ذلك فإنه يتعين النص صراحة على وجوب تحرير المحاضر باللهجة التي يتحدث بها الشخص المسموع دون أي تدخل من أي شخص، باستثناء حالات الأشخاص الذين يتكلمون لغات أجنبية والذي نص القانون صراحة على وجوب سماعهم بحضور مترجم مختص ومختلف، كما يتعين من جهة أخرى تأهيل الكاتب وتكوينهم تكويناً يتماشى والنور القانوني المنوط بهم، ويذهب البعض إلى التفكير في إمكانية التسجيل كوسيلة كفيلة بتجاوز الإشكالات المطروحة، على أن يتدخل المشرع في تحديد القواعد اللازمة لذلك تفادياً لكل لبس أو مشاكل قد تنتج عن هذه الطريقة.

- أنه ومهما تكن النقص المسجلة فإن التشريع الجزائي قد انطلق من منطلقات حسنة وقد أدخل تعديلات كثيرة عبر مراحل متعددة تم خلالها

في صلاحيات النيابة في المطالبة بالعقوبة، إذ تقتصر طلباته حول الحقوق المدنية المربطة بالفعل موضوع المتابعة.

و على مستوى المجلس فإن غرفة الجناح و غرفة المخالفات و غرفة الأحداث التي تمثل كل واحدة منها الجهة الاستئنافية للنقض المقابل للمحكمة، و تنظر الدعوى بناء على الاستئناف الذي يمارسه إما المتهم، أو النيابة، أو المدعي بالحقوق المدنية، أو المسؤول المدني، و تمارس الغرفة صلاحياتها وفقا لإجراءات محددة يبرز فيها دور المحامي بشأن الجهات الابتدائية بمتابعة إجراءات المحاكمات و المرافعة وفقا للترتيب الذي يقرره المجلس تبعاً للطرف المستأنف، و في هذا الإطار نلاحظ:

- أن هناك تمييزاً للنيابة على الدفاع في توجيه الأسئلة، ذلك أن توجيه أسئلة الدفاع عن طريق قاضي المحكمة أو رئيس الغرفة يخول لهذا الأخير حق النظر في ملاءمتها و طرحها بالصيغة التي يراها مناسبة و في كثير من الأحيان تفرغ الأسئلة من محتواها و تفقد الهدف الذي قدمت من أجله، و يبدو أن السماح للمحامي في إطار تدخل منتظر من المشرع قد يجعل مهمة الدفاع أكثر مرونة عندما يسمح له بتوجيه الأسئلة مباشرة، و يقتصر دور الرئيس على مراقبة مدى مشروعية الأسئلة و قبول أو رفض اعتراضات الأطراف على الأسئلة.

- أنه من الناحية العملية فإن عدد الملفات المطروحة على الجهات القضائية في جلسة واحدة يشكل عبئاً ثقيلاً عليها يتجاوز قدرات القضاة في الفصل في الملفات بالكيفية التي ينتظرها المجتمع، و هو ما يجعل التفكير في تدعيم الجهاز القضائي بالوسائل البشرية المناسبة لحجم العمل أمراً ضرورياً.

- أنه بالرغم من ذلك فإن سير العمل القضائي يتم بطريقة مقبولة من خلال الجهد الذي يبذله جميع موظفي سلك العدالة من قضاة و كتاب في تنظيم الملفات و دراستها و إجراء المحاكمات في مواعيدها و الفصل فيها بدون تأخير.

المبحث السابع: دور المحامي أمام محكمة الجنائيات:

إن محكمة الجنائيات هي جهة قضائية متميزة توجد على مستوى المجلس القضائي و تختص أساساً في نظر الجنائيات، كما أن لها أن تفصل في الجناح و المخالفات المعروضة عليها سواء كانت مرتبطة بجنايات أو أخذت هذا الوصف بعد إعادة التكييف، و وجود المحامي أمام هذه الجهة القضائية إجباري، و قد تكلفت الدولة بحماية حق الدفاع عن المتهم أمام هذه الجهة بأن جعلته وجوبياً من جهة، و تولت مصاريف أتعاب المحامي الذي يعين تلقائياً للدفاع عن المتهم الذي لم يختار محامياً بغض النظر عن حالته المادية، بل إن المحاكمة لا يمكن أن تتم في غياب المحامي.

كما أن الطرف المدني له حق اختيار محاميه أو طلب المساعدة القضائية إذا كانت موارد لا تسمح بذلك، و

المناسب: بانتقاء وجه الدعوى، أو بإحالتها على الجهة المختصة تبعاً لتكييف الوقائع و في الغالب أمام محكمة الجنائيات إذا احتفظت الوقائع بوصف الجنائية، و في كل الأحوال فإن المحامي يخطر بالإجراءات و بتواريخ الجلسات و بالقرارات المتخذة.

المبحث الخامس: المحامي أمام غرفة الاتهام:

إن غرفة الاتهام فضلاً على صلاحياتها في مجال الإحالة على محكمة الجنائيات و اختصاصها في مجال مراقبة الأعمال مأموري الضبط القضائي، و رد الاعتبار، و نظر تنازع الاختصاص في إطار المجلس القضائي، فإن دورها المتميز يكمن في كونها الجهة القضائية النازلة في استئنافات أوامر قضاة التحقيق، و بذلك فإن دور الدفاع أمام هذه الجهة يبرز في هذا الباب على وجه الخصوص من خلال مثوله أمامها و تقديمه أوجه دفاعه الكتابية و ملاحظاته الشفوية، و ذلك بإيراد إما صور البطلان أو تجاوزات الحبس الاحتياطي، أو تصحيح الإجراءات الخاطئة، أو طلبات الإفراج المؤقت، و تفصل غرفة الاتهام بقرار في جميع الاستئنافات أو الطلبات المعروضة عليها، و يمثل ذلك ضماناً كبيراً للدفاع تماثل الجهات الاستئنافية الأخرى في مراقبة أعمال المحكمة، و تخضع قرارات غرفة الاتهام للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا التي تمثل أعلى درجات الرقابة.

المبحث السادس: المحامي أمام محكمة الجناح و المخالفات و محاكم الأحداث و في إطار الاستئناف:

إن الجهات القضائية المشار إليها هي جهات حكم للنظر في القضايا المعروضة عليها وفقاً لتصنيف القضية ما بين جناحة و مخالفة أو جناحة أو مخالفة تتعلق بحدوث، و مع وجوبية المحامي في حالة جناح الأحداث فإن المحامي اختياري بالنسبة للمتهم أمام محكمة الجناح و المخالفات، و يكون دوره أمام هذه الجهة بحضور جميع مراحل المحاكمة سواء كانت علنية أم سرية، و له أن يوجه الأسئلة لأي طرف بواسطة رئيس المحكمة بخلاف النيابة التي توجه الأسئلة مباشرة، و له صلاحية المرافعة التي هي وسيلة يتميز بها المحامي دون بقية الأطراف غير الممثلين بمحامي.

و تعتبر المرافعة من أهم ضمانات المحاكمة العادلة، و تتضمن في العادة التعريف بالوقائع و تحليلها و استخراج الصحيح منها و إعطاء التعليقات اللازمة و إبراز الجوانب القانونية التي تحكم تلك الوقائع و إبراز الظروف الخاصة و الأعذار القانونية إذا كان ذلك ضرورياً، و يشير إلى الضمانات القانونية المكرسة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و الدستور و تقديم الطلبات اللازمة.

و متى تعلق الأمر بالطرف المدني فإن المحامي الذي يرفع قبل النيابة يبرز الأضرار التي تعرض لها الضحية، و يبرز الجوانب القانونية للإعتداء الواقع على الضحية و يقدم الطلبات المناسبة دون أن يتدخل

مراجعة و تحديث كثير من النصوص و توسيع دائرة حماية حقوق الإنسان.

المبحث الرابع: المحامي و وجوبية التحقيق في الجنائيات و قضايا الأحداث:

إذا كان من حق وكيل الجمهورية أن يختار طريقة المتابعة بحسب الأحوال في الجناح و المخالفات و مخالفات الأحداث، فإنه يكون ملزماً في الجنائيات و جنايات الأحداث أن يحيل الملف وجوباً أمام قاضي التحقيق، باعتبار أن التحقيق وجوبي في الجنائيات، و فضلاً عن ذلك ففي قضايا جناح الأحداث يكون لزاماً على وكيل الجمهورية أن يحيل الملف إما لقاضي الأحداث في إطار مسائل إجرائية تخرج عن موضوع هذه المحاضرة، و لكن يبقى من الضروري أن وجود المحامي إلى جانب الحدث في مراحل التحقيق و المحاكمة أمر وجوبي لزمته به النصوص القانونية خصوصاً المادة 454 من ق.إ.ج التي تعطي الصلاحية لقاضي الأحداث بتعيين مدافع عن الحدث إذا لم يختار محامياً أو طلب ذلك من نقيب المحامين.

و بالنتيجة فإن وجوبية الدفاع عن الحدث تبدأ من مرحلة التحقيق سواء في الجناح أو الجنائيات، و هذا من شأنه تعزيز حقوق الأحداث و حمايتهم حماية خاصة تتناسب مع سنهم وفقاً للنظرة العالمية في مجال حقوق الإنسان و حقوق الطفل، و تجدر الملاحظة أنه في باب المخالفات بالإمكان إحالة الحدث مباشرة أمام محكمة المخالفات على أن تجري محاكمته في جلسة سرية طبقاً للأوضاع المقررة في المادتين 446 و 468 من ق.إ.ج.

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يوضح في هذا الباب وجوبية تعيين المحامي للحدث، و ربما مرد ذلك على أن العقوبة المقررة للحدث في هذا الباب لا تتجاوز التوبيخ البسيط أو الغرامة، هذا فضلاً على أن هذه العقوبات لا تظهر في صحيفة السوابق متى ترشد الحدث.

أما بالنسبة للجنائيات فإن الفرق بين الحدث و الراشد يكمن في وجوبية تعيين المحامي للحدث، في حين أن الأمر اختياري بالنسبة للراشد إلا إذا طلب ذلك من قاضي التحقيق، و بالنسبة للجميع فإن التحقيق في الشكل الجنائي له إجراءات خاصة منها البحث الاجتماعي و الخبرة العقلية، على أنه بالنسبة للحدث يجري بشأنه بحث اجتماعي من طرف هيئات متخصصة و ذلك للخصوصيات التي يتمتع بها.

و تمثل إجراءات البحث الاجتماعي و الخبر العقلية ضمانات للتأكد من الظروف الاجتماعية للمتهم و كذلك حالته النفسية و قدراته العقلية و مدى تحمله للمسؤولية الجزائية.

و ينتهي التحقيق بالنسبة للحدث بإحالة أمام محكمة الجنائيات للأحداث المنعقدة بمحكمة مقر المجلس، في حين ينتهي التحقيق بالنسبة للراشدين بأرسال مستندات القضية إلى السيد النائب العام الذي يتولى عرضها على غرفة الاتهام التي تصدر القرار

و ترسل هذه القضايا الموضحة أنفا إلى النائب العام قبل 10 أيام على الأقل من يوم الجلسة بواسطة كتابة الضبط. ويجوز للنائب العام الاطلاع على جميع القضايا الأخرى التي يرى أن تدخل فيها ضروري ولا سيما القضايا الماسة بالنظام العام.

و يجوز للمجلس القضائي أن يأمر من تلقاء نفسه بإرسال القضايا المذكورة إلى النائب العام.

المبحث التاسع: المحامي أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة ومحاكمة التنازع:

إن تمثيل الأطراف أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة ومحاكمة التنازع، ونظرا لطبيعة الخصومة أمام هذه الجهات باعتبارها أعلى درجات التقاضي من جهة، وطبيعة الإجراءات ونوعية الطعون التي تستند في الأغلب إلى الاستظهار أمامها بأوجه قانونية محضة فإنها تحتاج إلى مهارات المحامي الذي اكتسب خبرة بالممارسة تتجاوز العشر سنوات، لذا فقد اشترط القانون وجوبية تعيين محام معتمد لدى هذه الهيئات لتمثيل الأطراف تحت طائلة عدم القبول، باستثناء الإعفاء المقرر لصالح الدولة باعتبار أن إطاراتها مؤهلين للخوض فيما يخصهم من منازعات.

و دور المحامي في هذا الإطار بالدرجة الأولى تقني قانوني ضروري لحماية حقوق الأطراف وذلك في جميع أنواع القضايا التي تم التفرع إليها في هذه المحاضرة من جزائية ومدنية وإدارية.

الخاتمة

لقد تحدثت عن دور المحامي أمام جهاز القضاء وهو الدور الرئيسي الذي يضطلع به المحامي، بل هو دوره الأصلي المهني بالإضافة لدوره الاستشاري في مجال توجيه الأشخاص الطبيعية والمعنوية في كيفية ممارسة حقوقهم القانونية والتعامل مع القانون بشكل عام خاصة في مجال تنظيم الشركات وفي مجال التحكيم وفي مجالات الحياة بشكل عام.

و بدوي أن أشير أيضا أن للمحامي دور آخر في تمثيل الأطراف أمام بعض الهيئات الإدارية خاصة أمام لجان التأديب ولجان الطعن المختلفة.

كما أن المحامي وبواسطة المنظمة الوطنية للمحامين له دور استشاري في مجال تحضير واقتراح القوانين التي تنظم سلك المحاماة وأغلب القوانين التي تمس الحياة العامة.

و أخيرا فإن المحامي مدعو لأن يكون القدوة في المجتمع وأن يتميز بروح عالية من احترام القانون، والدعوة إلى مبدأ سيادة القانون، ويعمل على تطوير نفسه، ويساعد في تطوير الجهاز الذي ينتمي إليه، و تطوير النصوص التي يطالب هو بتطبيقها أمام الهيئات القضائية، وفي كل الأحوال أن يكون المدافع الأول والمرقي لفكرة حقوق الإنسان.

* محام بمنظمة سطيح
عضو مجلس المنظمة

منتسب لمهنة منقرضة، أما الوكيل الخاص فهو شخص يختاره الأطراف بوكالة خاصة رسمية ليقوم مقامهم في متابعة الإجراءات القضائية، أما التمثيل أمام المجلس فقد نصت المادة 110 من قانون الإجراءات المدنية على: المادة 110: "الأمر رقم 80-71 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 يرفع الاستئناف بعريضة مسببة وموقعة من المستأنف أو محاميه المقيد في جدول التنظيم الوطني للمحامين....".

و بمقتضى هذا النص فإن القانون اشترط صراحة أن يتم القاضي أمام المجلس بواسطة المعني شخصيا أو بواسطة المحامي المسجل بصفة قانونية في نقابة المحامين، بخلاف ما هو متبع أمام المحكمة بمقتضى المادة 30، وقد كان العمل به ساريا وكان المدافعون القضائيون لا يمثلون الأطراف أمام المجلس، غير أن المجالس القضائية حاليا تقبل الوكيل الخاص في الخصومة دون التقيد بحرفية النص المذكور.

و على العموم فإن حماية حقوق الأفراد تتطلب تمثيلا قويا كفيلًا بإبراز حقوقهم على مستويات التقاضي المختلفة وفي ذلك يبرز دور المحامي في التفاعل مع قضايا الأفراد لضمان احترام حقوقهم سواء في مواجهة بعضهم أو في مواجهة الدولة عندما يتعلق الأمر بالضرائب و نزاع الملكية للمنفعة العامة وكذلك في مجال التأمينات و حوادث العمل والأمراض المهنية، خاصة وأن المرافعة أمام القضاء مقيدة بإجراءات كثيرة و مضبوطة تتطلب خبرة في الميدان، كما أن إجراءات نزاع الملكية والصفقات العمومية و حوادث العمل والأمراض المهنية على درجة كبيرة من التعقيد تتطلب تخصصا في الموضوع، و ربما يحتاج الأمر إلى تخصص للقضاء يصاحبه تخصص للمحامي في بعض قطاعات النشاط القضائي كما هو الشأن في بعض البلدان التي عدت إلى استحداث المحاكم المختصة و ينبغي الإشارة إلى أن المشرع أنشأ بعض القضايا المدنية بإجراءات خاصة من أجل حماية المصالح العامة و مصالح بعض الفئات الجديرة بالحماية، من منطلق حماية حقوق الإنسان، فجعل النيابة طرفا أساسيا في قضايا الأسرة و طرفا يتعين إخطاره و الاستماع له مثل القضايا المحددة في المادة 14 من ق.إ.م التي تنص: (يجب اطلاع النائب العام على القضايا الآتية:

- 1- القضايا التي تتعلق بالدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية والمصالح والهيئات والوصايا لصالح الخدمات الاجتماعية.
- 2- القضايا الخاصة بحالة الأشخاص.
- 3- القضايا التي تتضمن دفاعا بعدم الاختصاص في نزاع يتعلق بصلاحيات الجهة القضائية.
- 4- تنازع الاختصاص بين القضاء و رد القضاء.
- 5- مخاصمة القضاء.
- 6- القضايا المتعلقة بعديمي الأهلية.
- 7- القضايا المتعلقة بالأشخاص المعترين غائبين.
- 8- إجراءات الطعن بالتزوير.

يكون دور المحامي أمام هذه الجهة هاما في الأساس و يبدأ منذ مرحلة تشكيل محكمة الجنابات بتقديم الدفوع الأولية و الإجرائية قبل تعيين المحلفين، كما له أن يرفض ثلاث محلفين نيابة عن المتهم الذي له أن يحتفظ بهذا الحق لنفسه، و يحضر جميع إجراءات المحاكمة، و له أن يطلب من الرئيس أي إجراء سواء ما تعلق بقراءة المحاضر أو البحث الاجتماعي أو التقارير الطبية والخبرات على مسامع المحلفين و مناقشتها، و يوجه الأسئلة بواسطة الرئيس و له أن يطلب من الرئيس طرح الأسئلة على المحكمة خلال المداولات، و يتمحور دوره الأساسي في المرافعة.

و الجدير بالذكر أن دور الدفاع أمام محكمة الجنابات متميز عن باقي المحاكمات من حيث نوعية الإجراءات الخاصة التي تجري فيها هذه المحاكمة، و من حيث الصلاحيات التي منحها القانون للمحامي من أجل ضمان المحاكمة العادلة أمام جهة قضائية منحها القانون سلطة تقديرية مطلقة في الإدانة أو البراءة، من منطلق القناعة الشخصية لأعضاء المحكمة كما عرفتها الصيغة المتميزة لنص المادة 307 من ق.إ.ج و التي يسترشد بها القضاء قبل انصرافهم للمداولات حين يتلوها الرئيس كشكلية وجوبية في نهاية المحاكمة لينصرفوا إلى قاعة المداولات على وقع نصوصها "إن القانون لا يطلب من القضاء أن يقدموا حسابا عن الوسائل التي بها قد وصلوا إلى تكوين اقتناعهم، ولا يرسم لهم قواعد بها يتعين عليهم أن يخضعوا لها على الأخص تقدير تمام أو كفاية دليل ما، ولكنه يأمرهم أن يسألوا أنفسهم في صمت و تدبر، و أن يبحثوا بإخلاص ضمائرهم في أي تأثير قد أحدثته في إدراكهم الأدلة المسندة إلى المتهم و أوجه الدفاع عنها و لم يضع لهم القوانين سوى هذا السؤال الذي يتضمن كل نطاق واجباتهم: هل لديكم اقتناع شخصي؟".

المبحث الثامن: المحامي أمام القضاء المدني والإداري:

إن المشرع الجزائي منح للخصوم أمام القضاء المدني والإداري على مستوى المحكمة الحق في اختيار محامي يمثلهم في الدفاع عن حقوقهم، كما لهم الحق في أن يقوموا بأنفسهم بهذا الدور، بل أن للأطراف الحق في اختيار وكيل خاص لهذه المهمة وفقا لقواعد قانون الإجراءات المدنية، و قد أوضحنا ذلك المادة 16 و المادة 30 من قانون الإجراءات المدنية: المعدلتين بالأمر رقم 80-71 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 و نصهما "م16: إن النيابة عن الأطراف أمام القضاء فيما يتعلق بالمحامين المقيدين بصفة نظامية في جدول النقابة الوطنية للمحامين، تسودها النصوص السارية المفعول على نظام هذه المهنة و ممارستها"، "المادة 30: يحضر الأطراف في اليوم المحدد في التكليف بالحضور، أمام المحكمة بأنفسهم أو بواسطة محاميهم أو وكلائهم".

و قد جاء في نصوص أخرى تفسير لمعنى الوكلاء بأنه يتعلق بالدفاع والوكيل الخاص، و المدافع

المعالجة الجزائية لظاهرة الاعتداء

على الحق الأدبي للمؤلف

(دراسة مقارنة)



خلفي عبد الرحمن *

من البديهي أن تنسب إلى المؤلف ثمار جهوده وفي المقابل يمنع على الغير مزاحمته في ذلك ، لأن المؤلف مرتبط بمؤلفه برابطة معنوية تسمى " رابطة الأبوة " ولا يكفي ذكر اسمه على المصنف فحسب بل حتى ذكر مؤهلاته العلمية وكل ما يرغب الناس أن يعرفوه عنه ، ويعني حق الأبوة كذلك عدم جواز الاقتباس دون ذكر اسم المؤلف والمصنف محل الاقتباس .

و يتم وضع الاسم في الأعمال الفنية كالصورة مثلا عن طريقة كتابة اسمه على اللوحة ، وإذا كان تمثالا أو نحتا فيكون عن طريق نقش اسمه على المصنف ولكن يجب التنويه أن وضع الاسم على المصنف أمر اختياري فلا يجبره على ذلك أحد حتى وإن كان اسمه يشجع على بيع مصنفه بكميات كبيرة ، وله أن يضع اسما مستعارا فقط لأي سبب كان ولا يناقش في ذلك ، وله أن يكشف بعد ذلك عن اسمه متى تراءى له ذلك ولا يسقط ذلك الحق بالتقادم . إلا أنه يجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أغفل من بين الحالات السابقة حرية المؤلف في عدم ذكر اسمه على مصنفه عندما نص في المادة 22 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة " يتمتع المؤلف بحق الكشف عن المصنف الصادر باسمه الخاص أو تحت اسم مستعار ويمكن له تحويل هذا الحق إلى الغير " وإن إغفال هذه الحالة ما يثير عدة مشاكل تسيء إلى الورثة خاصة إذا علمنا أن الحق الأدبي برمته ينتقل إلى الورثة أو الموصي لهم و حدهم دون سواهم ، ومن شأن ذلك إسقاط حقوقهم المادية ، بقي أن نشير أن حق نسبة المصنف إلى المؤلف حق أبدي لا يندثر بمرور الزمن لأنه من الحقوق الطبيعية المتولدة عن شخصيته (7).

(3) الحق في احترام المصنف وعدم الاعتداء عليه: تنص المادة 25 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة " يحق للمؤلف اشتراط احترام سلامة مصنفه والاعتراض على أي تعديل يدخل عليه أو تشويهه أو إفساده إذا كان ذلك من شأنه المساس بشخصيته كمؤلف أو بشرقه أو بمصلحه لمشروعة " فالحق في احترام المصنف هو حق دائم لا يقبل التصرف فيه ، ولا يجوز إحداث أي تعديلات على المصنف دون موافقة مبدعه الذي له الحق أن يدافع عن تكامل مصنفه والحيولة دون وقوع أي تشويه أو تحريف فمؤدى هذا الحق كذلك إسماع الحماية على المصنف بالشكل الذي أخرجه فيه المؤلف (8) . فله المؤلف حق الدفاع على مصنفه وقمنا شاء ، تماما

على حرية المؤلف في الابتكار ، و يترتب على ذلك حرته في اختيار الوسيلة لإذاعته إلى الجمهور ، ويعد هذا الحق بمثابة إعطاء شهادة ميلاد للمصنف ، فمنذ ذلك الوقت يخلق المصنف و تترتب عليه سائر الحقوق الأدبية والمادية ويمكن للمؤلف تحويل حق النشر لشخص آخر يختاره هو بشرط أن يتم ذلك بشكل كتابي .

و تتم عملية النشر بالأثر الناتج عنه مباشرة ، بمعنى إذا كان المصنف كتابا أو مقالا فيتم النشر بالطبع كما يتم نشر الأغنية بالإلقاء أو إسماع الأثر الموسيقي و يتم نشر المسرحية بالعرض ، وهكذا لكل مصنف طريقة نشر معينة تضبط وفقا لطبيعته الخاصة (4) ، كما لا يلتزم المؤلف بطريقة نشر بذاتها أو بمكان معين أو ظروف معينة ، فإذا رغب في نشره في معرضا يقام في وقت معين و يعرضه للبيع في هذا الأخير أو يقدم لنيل جائزة إقليمية أو دولية معينة أو ينتظر مجموعة معينة ليُدْرَج فيها ، كما له أن يختار طريقة النشر ، فإذا اختار لروايته أن تمثل في شكل مسرحية دون أن توضع في كتاب فله ذلك كما له إذا حبذ وضعها في مصنف سينمائي (5) .

أما بعد وفاة المؤلف وطبقا لنص المادة 2، 3، 4، 22 من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة " يعود الكشف عن المصنف بعد وفاة مؤلفه إلى ورثته ما لم تكن هناك وصية خاصة " .

إن هذا النص يستلزم طرح عدة فرضيات : - ففي حالة وفاة المؤلف قبل أن ينشر مصنفه و ترك وصية للغير ، فله الموصي له أن يلتزم بما جاء في الوصية ، فإذا أراد الموصي وقت نشر معينة وجب اتباعها و إن أوصى بعدم النشر فلا يتم النشر و لا يجبر الموصي له على نشر المصنف بعد ذلك .

- وفي حالة وفاة المؤلف قبل أن ينشر مصنفه و لم يترك وصية فللورثة أن يقرروا طريقة ووقت نشر المصنف ، غير أنه إذا رفض الورثة نشر المصنف فيمكن للوزير المكلف بالثقافة أو ممثله أو بطلب من الغير إخطار الجهة القضائية للفصل في مسألة الكشف إذا كان هذا المصنف له أهمية للمجموعة الوطنية - وفي حالة ما إذا توفي المؤلف ولم يترك ورثة أو وصية فللوزير أو من يمثله أن يخطر الجهة القضائية المختصة للحصول على الإذن بالكشف ، وهذا على خلاف التشريع المصري الذي أسند حق تقرير النشر لوزير الثقافة دون اللجوء إلى القضاء بمجرد إتباع بعض الإجراءات الإدارية فقط (6) .

(2) حق المؤلف في نسبة المصنف إليه:

إن أغلب التشريعات التي تناولت حقوق المؤلف (1) و طرق حمايتها لا تخلوا من نصوص خاصة بحماية هذه الأخيرة في الشق المادي (2) جنائيا ، أما الحقوق المعنوية فيوجد اختلاف كبير بين الدول حول هذه النقطة (3) .

و لعل الإشكال يطرح بسبب عدم وضوح النصوص بحد ذاتها ، أي عدم وجود نصوص صريحة إلا أنه بشيء من التححيص خاصة في قواعد قانون حق المؤلف الجزائري نجد أنه أشار إلى هذه الحماية ولو بطريقة محتشمة .

و الحقيقة أن إشكال بهذا الحجم لا يتم حله بهذه الكيفية بل لا بد من نصوص صريحة ، لأن القاضي الجزائي مطالب بالتقيد بمبدأ الشرعية دون البحث في روح القانون ، أما البقاء بهذه النصوص على حالها فإنها للأسف لا تمكن القاضي و لا تساعد في حكمه ، كما أنها لا تخدم حقوق المؤلف على مصنفه و لا تضمنها و قبل السير نحو حل هذا الإشكال ، ارتأينا معرفة الحقوق الأدبية للمؤلف أولا ، ثم جر القارئ إلى إلقاء نظرة في المخاض الذي تخبط فيه الفقه و القضاء الفرنسي سابقا قبل وجود نصوص صريحة و هذا في محاولة لدراسة تطور فكرة الحماية الجزائية للحق الأدبي ثانيا ، أما ثالثا نعرض على موقف المعارضين و المؤيدين لفكرة الحماية و رابعا و أخيرا نرى موقف المشرع الجزائري .

أولا : الحقوق الأدبية للمؤلف.

بعد أن عرفنا ماهي الحقوق المادية و خصائصها في الهامش كان لا بد من ترك مجال معرفة الحقوق الأدبية ضمن الموضوع لأن هذه الأخيرة هي المعنية بالدراسة ، و تكمن أهم هذه الحقوق في حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه من عدمه و لعل هذا الحق بالذات هو بداية ممارسة جميع الحقوق الأدبية الأخرى و حتى المادية لأنه لا مجال للتحدث مثلا عن حق المؤلف في المحافظة على مصنفه قبل أن يظهر هذا الأخير إلى الوجود ، و من بين الحقوق الأدبية كذلك حق الأبوة ، و حق السمعة ، و حق الندم و أخيرا حق المراجع عن النشر .

و نحاول شرح هذه الحقوق بشيء من التفصيل .

(1) حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه :

و يختلف الأمر بين حق النشر أثناء حياة المؤلف و حق النشر بعد مماته في تحديد الشخص الذي يملك أخذ القرار ، و إنه من خالص حق المؤلف تحديد لحظة أو وسيلة النشر الأولى لمصنفه فهو حق مطلق يتوقف على إرادته المحظوة و هذا من أجل الحفاظ

كما له حق السكوت على الاعتداء عليه دونما الحاجة إلى ذكر ذلك ، ويجب على الناشر إذا تولى طبع المصنف أن يطبعه دون إحداث أي تغيير حتى ولو اعتقد أن التغيير لمصلحة المصنف وعليه في هذه الحالة أن يستأنن المؤلف (9) .

(4) حق المؤلف في سحب مصنفه من التداول :

إنه وكما هو مقرر قانوناً من حق المؤلف نشر مصنفه ، فمن حقه كذلك أن يسحب مصنفه من التداول طالما كانت عملية السحب أو التراجع ضرورية للمحافظة على سمعته ، ويعود سبب التراجع إلى إمكانية تغير معتقدات المؤلف ، كما قد يظهر له بعد البحث والتقصي والإطلاع أنه قد جانب الصواب ، ففي مثل هذه الحالة تنقطع الصلة بين المصنف وواضعه ولم يعد معبراً عن حقيقة أرانه بل لعل وجود المصنف على هذه الصورة ينقص من شخصيته ويسيء إلى سمعته (10) . و المشرع الجزائري حاول أن يفرق بين حالة سحب المصنف من التداول قبل نشره لأول مرة و سماها "الحق في التوبة" و بين سحب المصنف من التداول بعد النشر و سماها "الحق في السحب" ، و لا ندرى ما هو المعيار الذي اعتمدته المشرع لوضع هذه التفرقة بين المصطلحين على الرغم أننا لم نجد لهذا التقسيم أثر في التشريع الفرنسي أو حتى تشريعات الكثير من الدول العربية التي تمكنا من الإطلاع على تشريعاتها ولقد حدد المشرع الفرنسي حالة واحدة للسحب سماها "LE DROIT DE REPENTIR" و تنطبق هذه الحالة على التراجع قبل النشر أو بعده ، إلا أنه في مقابل ذلك يحق للناشر طلب تعويض عادل مقابل ما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة .

و تقوم فكرة حق المؤلف في سحب مصنفه على أساس سمو الحق الأدبي على الحق المالي ، وما تجدر الإشارة إليه أنه ليست كل المصنفات الأدبية والفنية تقبل السحب ، فطبقاً للاجتهاد القضائي الفرنسي بعض المصنفات كالتمثال أو الصورة الفنية لا يمكن للمؤلف أن يستعيدها مادام قد سلمها للمشتري باعتبار أن حق الملكية هنا كان أسبق ، و كذلك الأمر بالنسبة لمصنفات برامج الحاسب ، و يشترط بعد التراجع إذا رغب المؤلف في نشر مؤلفه فالأولوية تكون للناشر الذي سحبته منه أولاً (11) و ذلك للحد من إساءة استعمال المؤلف لحقوقه المعنوية (12) و لم نجد هذا الأمر في التشريع ولا أثر له إطلاقاً في الاجتهاد القضائي الجزائري .

ثانياً: تطور فكرة الحماية الجزائية للحق الأدبي في الفقه والقضاء الفرنسي:

(1) موقف الفقه :

عندما تجاهل التشريع الفرنسي القديم حماية الحق الأدبي للمؤلف بنصوص صريحة ثار جدل كبير حول امتداد الحماية الممنوحة للحق المادي لتشمل بدورها الحق الأدبي ، و من الفقه من طالب بضرورة جعل حماية جزائية خاصة لهذا الحق مثل بوبسيه

POUILLET ، و هناك من طالب بإمكانية التوسع في تفسير النصوص التي تجرم الاعتداء على حق المؤلف أمثال "نوراس NOUARAS و" بوتو POTU " لأنه من غير المعقول أن يحمي المشرع الحق المالي جزائياً و يترك الحق الأدبي عرضة للنهب والاعتداء .

أما الفقيه ديبوا DEBOIS فيرى أن الحماية الجزائية للحق الأدبي موجودة أصلاً في النصوص الحالية ، وقد استند إلى نص المادة 71 من قانون 11/03/1957 الذي عد في عبارة عادية صور الاعتداءات التي تقع على حقوق المؤلف المنصوص عليها في القانون ، وباعتبار أن المادة الأولى من هذا القانون تنص على أن الملكية الأدبية والفنية تشمل على حقوق أدبية وأخرى مالية لذلك لا يمكن القول بأن المشرع قصد استبعاد الحق الأدبي من تطبيق نص المادة 71 ، مع العلم أن المشرع أعطى الحق الأدبي الأولوية والسمو على الحق المالي (13) .

و في المقابل هناك من الفقه من عارض هذه الفكرة و اعتبر سكوت النص قرينة على نية المشرع في عدم مد الحماية الجزائية للحق الأدبي ، ولا يجوز تحميل النصوص أكثر من طاقتها ، حتى لا يقع القاضي الجزائي في حرج تجاوز حدود التفسير الضيق للنص .

(2) موقف القضاء : قبل صدور قانون 11/03/1957 كانت الغرفة الجنائية لمحكمة استئناف باريس سنة 1850 في القضية بين " كليز ينجر CLESINGER " و " جوفان GAVVIN " حيث تقرر المحكمة أن الأول قد نقل كل حقوقه في ملكية التمثال المقلد ، وأنه لا صفة له في الاعتماد على نصوص القانون لرفع دعوى التقليد . و تقول المحكمة أيضاً أنه تبعاً لحرية وروح القانون لا يمكن الاعتراف بدعوى التقليد للمؤلف إلا بقدر عدم تصرفه في كل حق الملكية الذي له على عمله " التمثال " . و ترد المحكمة على حجة المدعى قائلة - بأنه لو افترضنا وأن ادعى الأول بأن واقعة تقليد تمثاله سببت له ضرر أصاب سمعته الأدبية والفنية ، فإن هذا الضرر لا ينتج فعل التقليد الذي لم يعد له حق في منعه منذ بيعه لتمثاله ببيعاً كلياً غير مقيد (14) .

وفي سنة 1950 أصدرت محكمة السين الفرنسية حكماً آخر يقضي بعدم إمكانية حماية الحق الأدبي بموجب القانون الحالي ، لأنه قصر جزاء المصادرة على حالت الاعتداء على الحقوق المالية دون الحقوق الأدبية ، وإنما يمكن حمايته وفقاً لأحكام القانون المدني (وتبعاً لذلك لا يجوز لمؤلف الموسيقى الذي تنازل عن حق النشر أن يطلب الحجز - بعد حكم جزائي - على الفيلم الذي أدرجت فيه موسيقاه دون موافقته ...) (15) . و بالنظر إلى هذه الأحكام نجد للأسف تحرم المؤلف من حقه في مساءلة المعتدين مقابل انتهاكهم لحقه الأدبي بل و ترفض الفكرة

رفضاً تاماً .

إلا أنه ظهرت بعدها أحكاماً مناقضة للأحكام الأولى رغم استمرار العمل بنفس النصوص الغامضة ، ففي حكم صادر عن محكمة السين الفرنسية دائماً سنة 1903 و يتلخص فيما يلي " حيث دفع المدعى عليهم بسايعهم صفة المؤلف في رافع الدعوى لأنه كان قد باع مؤلفه للآخرين - و تضيف قائلة - بأن دفع المدعى عليهم لا وجه لإقامته إلا في حالة ما إذا كان تصرف المؤلف قد سحب كل حقه ، وحتى في حالة التصرف الكلي فمن حق المؤلف أن يحتفظ بشيء من ملكيته يضمن له ولأغراض أدبية محضة الحق في رفع الدعوى على المقلدين لأنه من غير المقبول أن يسمح بالاستمرار في تشويه الأثر الفني ، و أن يمنع المؤلف من رفع الدعوى - بطلب التعويض عن الضرر الذي أصاب شهرته من قول المقلدين (16) .

وفي قرار آخر أكثر وضوحاً ، حيث قررت محكمة استئناف باريس أن بيع الفنان لأثره الفني لا يحرمه من حقه في طلب التعويض عن الضرر المادي والأدبي الذي يسببه له عرض نماذج مقلدة من أثره الفني للبيع ، وأن المؤلف صاحب الحق في مباشرة الحجز على تلك الأشياء المقلدة (17) .

نستخلص مما سبق حول رأي الفقه والقضاء في مسألة الحماية الجزائية للحق الأدبي في كونها لم يتفقا على موقف واحد و سجل تذبذب في القضاء اختلف من محكمة إلى محكمة أخرى و من وقت لآخر . إلا أنه و بعد صدور قانون 11/03/1957 نستطيع أن نقول أن القضاء قد حدد له معالم الحماية أين أصبح النص صريحاً لا لبس فيه و أوجدت نصوص جزائية كفيلة برادع المنتهكين للحق الأدبي ، و في قرار حديث صادر عن الغرفة الجنائية في محكمة النقض الفرنسية و هذا في 22/05/2002 " أين قام شخصاً مالكا لمتحف باسم متحف روبان ROBIN كان قد عرض نسخاً لمنحوتات الفنان روبان كانت قد سقطت في الملك العام (18) ، وهما الناس على أنها نسخاً أصلية للفنان الحقيقي ، فقدمت شكوى ضده من ذوي الحقوق بتهمة التقليد لانتهاك أحد الحقوق الأدبية ، فدفع صاحب المتحف بأنها سقطت في الملك العام ، إلا أن محكمة النقض أدانته جزائياً على أنه لم يحترم سلامة الأعمال و سمعة المؤلف حتى ولو سقطت في الملك العام (19) .

ثالثاً : حجج ودلائل المعارضين والمؤيدين لفكرة الحماية الجزائية للحق الأدبي:

1/ حجج ودلائل المعارضين : إن الاعتداء على الحق الأدبي للمؤلف في كثير من الأحيان و في نفس الوقت يتضمن اعتداء على الحق المادي ، وبالتالي لا داعي من جعل حماية خاصة بالحق الأدبي لوحده . و كذلك التزمنا بمبدأ الشرعية فينبغي ألا يتوسع في تفسير النصوص الجزائية ، فطالما لم ينص المشرع صراحة على المعاقبة الجزائية للاعتداء على الحق الأدبي فلا ضرورة للخوض في مسألة روح القانون ، فلا يجوز أصلاً معاقبة إنسان عن فعل لم يجرمه

كما أن فكرة الحق الأدبي في حد ذاتها غير واضحة وغير مستقرة فقهيًا وقضائيًا، فمن غير المعقول شمول هذا الحق بالحماية الجزائية طالما كانت القواعد العامة تقتضي أن تكون العناصر المكونة لجريمة التقليد محددة وواضحة واعتبار أنه للمؤلف وحده أن يقرر فيما إذا الناشر قد تجاوز فعلا حدود نص المصنف الأصلي بحيث يكون له تقدير الاعتداء ومدى وجود أضرار بسمعته وشرفه، لذا يكفي المسائلة المدنية لوحدها لحماية الحق الأدبي (20).

2/ حجج ودلائل المؤيدين:

إن القاعدة العامة التي تقتضي بعدم التوسع في تفسير النصوص الجزائية ينبغي ألا تتعارض مع روح القانون، خاصة إذا كان هدف المشرع هو ضمان حماية أوسع للمصنفات الأدبية والفنية، وإذا كان المرجع في بعض الأحيان هو أحكام القضاء، فإن هذه الأخيرة جاءت متضاربة، وإذا كانت هناك أحكام استبعدت صراحة حماية الحق الأدبي جزائيا فإن هناك من الأحكام ليست بالقليلة ولها وزنها أيدت وبشكل إما صريح وإما ضمنى شمول الحق الأدبي للمؤلف بالحماية الجزائية، كما أنه من غير المقبول أن تمنح الحماية الجزائية للحق المالي، و نتغاضى عن الحق الأدبي على الرغم من أن هذا الأخير أسمى وأنبئ من الحق المالي، بل لا يجد المؤلف أعز ما يحافظ عليه مثل الحق الأدبي، وإلا لما جعله المشرع حقا أبديا وغير قابل للتنازل أو التصرف فيه.

أما مسألة تخوف المعارضين من إفراط المؤلفين في اللجوء إلى طلب الحماية الجزائية وما يتبعه من حجز على المصنفات لأسباب غير جدية قد تسبب أضرار بالغة للناشر، فإن هذا التخوف من السهل دراه لأنه من حق المحجوز عليه أن يطالب برفع الحجز ليفصل فيه رئيس المحكمة خلال ثلاثة أيام بعد تقديم ما يدعاه (21).

رابعا: موقف المشرع الجزائري من الحماية الجزائية للحق الأدبي: يعد الأمر 73/14 المتعلق بحق المؤلف والصادر بتاريخ 04/04/1973 أول تشريع في الجزائر خاص بهذا الموضوع، وكانت المادة 75 منه تحيل على المادة 390 إلى 394 من قانون العقوبات وقد وردت في القسم الرابع تحت عنوان "التعدي على الملكية الأدبية" ومنه فإن المشرع الجزائري كان في السابق من بين التشريعات التي تعترف بقانون جنائي واحد أين تحال إليه جميع النصوص الجزائية من طرف القوانين الأخرى، وكان هذا الأمر في نصوصه التي تحيل على قانون العقوبات لا يعاقب على التعدي على الحق الأدبي، إذ تنص المادة 75 الملغاة بالأمر 97/10 على ما يلي "كل شخص أنتج أو عرض أو أذاع بأي وسيلة كانت مصنف فكري عن طريق انتهاك حقوق المؤلف المبينة في القانون يعتبر قد ارتكب جنحة التقليد وتطبق عليه العقوبة المقررة في المادة 390

ومنه فإن نص المادة السالفة الذكر لا تعني بجريمة التقليد إلا ما يتعلق بالاستتساخ أو العرض أو الإذاعة بأي وسيلة، وتعد هذه التصرفات انتهاكات فقط للحقوق المادية دون الأدبية.

ثم جاء الأمر 97/10 الصادر بتاريخ 06/03/1997 والمتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الذي ألغى الأمر 73/14 وكذا المواد 390 إلى 394 من قانون العقوبات، ويعد هذا الأمر شاملا للحقوق والجزاءات المقررة في حالة انتهاكها، وبعد ذلك أول نص تضمن تطبيق جزاءات على المساس بالحق الأدبي للمؤلف، ويكون بذلك المشرع قد أخذ بعين الاعتبار التطور الفقهي والقضائي والتشريعي الحاصل في ميدان الدفاع عن الحقوق المعنوية المرتبطة بالتبعية بالتطور الهام للحقوق اللصيقة بالشخصية، وذلك بنص المشرع في نص المادة 149 من الأمر 97/10 "بعد مرتكبا لجريمة التقليد والتزوير كل من يقوم بالأعمال الآتية، الكشف غير المشروع عن المصنف أو أداء فني والمساس بسلامة مصنف أو أداء فني... " فالحق في النشر من أهم الحقوق الأدبية وهو حق مطلق (22)، يكون بموجبه للمؤلف الحق في تقرير نشر مصنفه أو أدائه الفني وفي تعيين طريقة هذا النشر (23)، ولا يمكن إرغامه على ذلك، ولا يجوز لدائنيته الحجز عليه (24).

أما الحق في احترام سلامة المصنف، فيتمثل في كونه لا يمكن لأحد المساس بمحتوياته من تعديل أو تنظيم أو تصحيح أو تهذيب، كما يعني كذلك هذا الحق احترام المؤلف وعدم المساس بسمعته ومكانته الفنية والأدبية (25)، إذن يعد كل من النشر والحق في سلامة المصنف من الحقوق الأدبية التي يجمعها الأمر 97/10 من خلال توقيص جريمة وعقوبة التقليد، وهو في حقيقة الأمر نفس المنهج الذي انتهجه المشرع الجزائري في التعديل الأخير الصادر بموجب الأمر 03/05 بتاريخ 03/07/2003 والمصادقة عليه بالقانون 03/17 المؤرخ في 04/11/2003 والمتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة والذي ألغى الأمر 97/10 كلية لأنه تبني معظم نصوصه.

وفيما يتعلق بالنصوص الجزائية، فالمشرع الجزائري لم يغير شيئا فيما يتعلق بالتجريم والعقاب ماعدا تغيير اسم جنحة التقليد والتزوير إلى جنحة التقليد وحسب، وحسنا فعل المشرع، إذ لا فائدة من مصطلح التزوير المقترن بالجنحة الأصلية بل نراه مجرد لغو.

أما فيما يتعلق بالحماية الجزائية للحق الأدبي في هذا القانون فإن تضمن نفس أحكام الأمر 97/10 حيث اعتبر كل مساس لحق المؤلف في النشر وحق سلامة المصنف يعد من قبيل التقليد الذي يوجب المسؤولية الجزائية أن المشرع الجزائري عبر التشريعين الأخيرين رغم تطلعه لفكرة حماية الحق الأدبي في شقيه حق النشر والسلامة إلا أنه أهمل

حقوقا أخرى لا تقل أهمية عن الحقوق المعترف بها، وتجدر لها إمكانية التطبيق من حيث الواقع، مثل الحق في الأبوة أي حق نسبة المصنف إلى صاحبه، فمن حق صاحب المصنف أن يحترم حقه في أبوة المصنف وتدعيمه بنصوص جزائية تحمي له هذا الحق، لأنه من غير المعقول أن يترك شخص ينسب عمل الغير إلى نفسه، أو يدعي أن هذه اللوحة لرسام آخر دون أدنى عقاب جزائي، على الرغم من أن هذه الانتهاكات لها وقّعها الشديد في التأثير على الجمهور.

لذا نلتزم من المشرع الجزائري أن يدرج على الأقل حماية الحق في الأبوة ضمن الحقوق الأدبية المحمية جزائيا حتى تكون هناك صرامة أكثر مع المعتدين.

*مهام بمنظمة المحامين سطيف
ماجستير في القانون الجنائي

وافق على نشر المقال

- أ.د. بو عبد الله أحمد دكتور في القوانين الدولي والعلاقات الدولية أستاذا محاضرا بجامعة عنابة.
- د. طالبي حليمه دكتوراه في القانون الجنائي أستاذة محاضرة بجامعة عنابة.
- د. بودريو عبد الكريم دكتور في العلوم الإدارية، أستاذ بجامعة عبد الرحمان ميرة بجاية.

الهوامش:

- 1- تنقسم حقوق المؤلف إلى حقوق مادية (مالية) وحقوق أدبية (معنوية) بحيث أن الأولى تحافظ على العائد المالي الذي يجنيه المؤلف من مصنفه أما الثانية فتضمن انتماء المصنف وعدم التعدي عليه ويختلف الحق المادي من كونه قابل للتصرف بالبيع أو الهبة أو الرهن أو الإعارة أو الإيجار بينما الحق الأدبي لا يقبل التصرف فيه، كذلك الحق المادي حق مؤقت يكون فقط لمدة حياة المؤلف و 50 سنة بعد وفاته، في حين الحق الأدبي حق أبدي لا يخضع للتقادم، كذلك في جواز الحجز على الحق المادي وعدم جواز الحجز على الحق الأدبي. (حسن البدراري، الحقوق المالية والمعنوية للملكية الفكرية، وممارسة الحقوق، مقال إلكتروني في الموقع: www.arabpip.org).
- 2- تنص المادة 27 من القانون 03/17 المتضمن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة والصادر بتاريخ 04/11/2003 على أن الحقوق المادية للمؤلف هي:
- استساخ المصنف بأي وسيلة كانت.
- وضع أصل المصنف أو نسخ منه من التداول بين الجمهور بواسطة التأجير.
- التأجير التجاري لبرامج الحاسب.
- إبلاغ المصنف إلى الجمهور بأي وسيلة تقليدية.
- إبلاغ المصنف إلى الجمهور بأي منظومة معالجة معلوماتية.
- الترجمة أو الاقتباس أو التوزيع دون إذن.
(أرجع كذلك إلى رضا متولي وهاد، حماية الحق المالي للمؤلف، دار الجامعة الجديدة للنشر 2001 سنة).
- 3- عبد الله مبروك النجار، الحق الأدبي للمؤلف (في الفقه الإسلامي والفقه المقارن)، دار الميراث للنشر، 2000 ص 151).
- 4- محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1985 سنة، ص 34 و 35.



السيد علي الفراج

التعديلات التي استحدثت على

القانون المدني الجزائري

بمعنى أن المشرع قد أخذ بمصطلح الانفصال الجسماني، علماً وأن هذا النظام لا يأخذ به في الجزائر، لتعارضه مع أحكام الشريعة الإسلامية كما لا يمكن تطبيق قانون أجنبي في الجزائر يخص هذا الجانب، لأنه يقع تحت طائلة موانع تطبيق القانون الأجنبي في الجزائر بدافع مساعدتها بالنظام العام.

المادة 07 أضافت المادتين **13 مكرر** و **13 مكرر 01**: نصت سريان القانون جنسية الأب وقبست ميلاد الطفل فيما يخص الاعتراف بالنسب وإنكاره، وفي حالة الوفاة (وفاة الأب) قبل ميلاد الطفل، يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة.

المادة 13 مكرر 01: يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجراءها (أي إجراء الكفالة)، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل. وتسري نفس الأحكام على التبني. وبهذا يكون المشرع قد سد باب النقص الواضح الذي كان معروفًا في هذا الباب، غير أن هناك نوع من التحفظ فيما يخص التبني، لكون هذا النظام محرم بموجب أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي لا يمكن إعماله في الجزائر.

المادة 09 عدلت المواد **15-16-17**. **المادة 15** واحتوت على فقرتين:

الفقرة الأولى: تتعلق بسريان قانون الشخص الذي يجب حمايته على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية، الوصاية، والقوامة، وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين، وبذلك يكون المشرع قد حذف مصطلح المحجوز عليهم، واستبدله بمصطلح عديمي الأهلية، وهو المصطلح السليم لكونه أشمل وأوسع مفهوماً.

الفقرة الثانية (جديدة): نصت على أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق فيما يخص التدابير المستعجلة، إذا كان القصر وعديمي الأهلية والغائبون موجودون في الجزائر وقبست اتخاذ التدابير، إذا تعلق الأمر بأموالهم الموجودة في الجزائر.

وهو التعديل الموقف فيه لحد بعيد، لكون أن التدابير المستعجلة لا يمكن تطبيق بشأنها قانون الإحالة الذي يحدد بإعمال قواعد الإحالة Les Règles de Revoies. لتحديد القانون الوطني الواجب التطبيق، أي قانون دولة القاضي Lex. Fori.

لقد شهدت الساحة القانونية أو الترسنة القانونية الجزائرية إدخال العديد من النصوص القانونية الجديدة حيز التطبيق، كقانون مكافحة جريمة تبويض الأموال، وكذا صياغة قانون جديد يتعلق بالجنسية، وفي نفس الوقت تم تعديل قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية، بالإضافة إلى القانون التجاري. ليتم في الأخير تعديل القانون المدني بموجب القانون 05/10 المؤرخ في 20/06/2005 والذي حمل في طياته العديد من التعديلات نوجزها فيما يلي:

أولاً: التعديلات التي تخص القانون الدولي الخاص:

المادة 05 التي عدلت المادة 10 من الأمر 75/58: وقد اشتملت على ثلاثة فقرات:

الفقرة الأولى: نصت على سريان قانون دولة الجنسية على الحالة المدنية والأهلية الخاصة برعاياها، والإشكال الذي تطرحه هذه المادة من حيث التطبيق هو في حالة الأشخاص المزدوجي الجنسية، فما هو القانون الواجب التطبيق؟ إن المشرع قد أدرك هذا الموضوع في المادة 12 من نفس القانون.

الفقرة الثانية: لم يطأ عليها أي تغيير، والخاصة بالتصرفات المالية في حالة كون أحد أطرافها أجنبي.

الفقرة الثالثة: الأشخاص الاعتبارية (الشركات، الجمعيات، والمؤسسات)، يسري على نظامها قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي Siège Social effectif، غير أنه إذا مارست تلك الأشخاص المعنوية الأجنبية نشاطها في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري عملاً بمبدأ السيادة، بمعنى أن المشرع الجزائري قد استحدث فقرة ثالثة جديدة.

المادة 06 والتي تعدل المادة 11: الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج يسري عليها القانون الوطني لكل من الزوجين، بمعنى استثناء الشروط الشكلية. والتي تخضع لقانون مكان إبرامها.

المادة 07 والتي تعدل المادة 12

الفقرة الأولى: يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج، بمعنى أن المشرع قد أضاف عبارة الآثار الشخصية للأنس القديم.

الفقرة الثانية: يسري على الاتحاد والانفصال الجسماني separation de corps القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى،

المعالجة الجزائية لظاهرة....

5- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (حق الملكية)، دار منشورات الحلبي الحقوقية ج 8 ط 3 سنة 1998 ص 410.

6- عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق ص 414.

7- محمد إبراهيم الوالي، حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة، سنة 1983، ص 156.

8- حسن البدر أوي، المقال السابق ص 09.

9- DEBOIS in Encyclopedia Dalloz.Mots.prop.lit.et.art.Alenia 356-357

عن عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق ص 417.

10- عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 419.

11- نعيم مغيب، الملكية الأدبية والفنية والحقوق المجاورة (دراسة في القانون المقارن)، دون ذكر دار النشر، ط 1، سنة 2000، ص 195.

12- أبو الزيد على الميث، الحقوق على المصنفات الأدبية والفنية والعلمية، دار نشأة المعارف، الإسكندرية مصر، ط 1، سنة 1967، ص 73.

13- صلاح الدين محمد مرسي، الحماية القانونية لحق المؤلف في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، تحت إشراف الدكتور المرحوم علي علي سليمان، مقدمة بكلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 1988، ص 321، 322.

14- عبد المنعم الطنملي، حول ضرورة إنشاء عقاب جنائي لحماية الحق الأدبي في المواد الأدبية والفنية، مجلة القانون والاقتصاد، الصادرة بمصر، القسم الأول، سنة 1946، ص 45.

15- صلاح الدين محمد مرسي، المرجع السابق، ص 323.

16- عبد المنعم الطنملي، المرجع السابق ص 49.

17- المرجع نفسه والصفحة نفسها.

18- يسقط الحق المالي للمؤلف بمرور 50 سنة بعد وفاة المؤلف و بعدها يصبح هذا الحق بيد الملك العام، أي لأي شخص مهما كانت صفته الاستفادة مادياً من هذا المصنف دون حاجة للرجوع إلى الورثة لأخذ الإذن.

19- Andre FRANCON. Propriete litteraire Artistique, Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique (RTDcom) Janvier/Mars, 2003, N01, p85-86

20- صلاح الدين محمد مرسي، المرجع السابق، ص 325، 326.

21- المرجع نفسه.

22- فؤاد حسن البني، حماية حقوق المؤلف في ظل القانون السهوري، ص 04، مقال إلكتروني على الموقع www.arabpib.org

23- أحمد رفعت خلفي، بحث في الرقابة على المصنفات الفنية، مجلة مصر المعاصرة، العدد 329 جويلية سنة 1967 ص 204.

24- محمد حسنين، المرجع السابق ص 110.

25- أحمد محمد فؤاد، حق المؤلف، مجلة المحاماة المصرية، تصدر عن نقابة المحامين، عدد في شهر نوفمبر، سنة 1965.

المادة 16:

الفقرة الأولى:

بدون تعديل، والمتعلقة بسريران قانون المالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته فيما يخص الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

الفقرة الثانية: مضافة بعد التعديل.

تنص على أنه تسري على الهيئة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجراءها.

وقد تم حذف الفقرة الثانية من النص القديم أي المادة 16، لأنها مجرد تكرار للفقرة الأولى، والتي تخص سريران قانون الموصي وقت الإيصاء وكذا بقية التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت على الجانب الشكلي لتلك التصرفات.

المادة 17:

الفقرة الأولى:

تنص على خضوع تكيف المال المنقول أو العقار إلى قانون الدولة التي يوجد فيها (مضافة بعد التعديل).

الفقرة الثانية:

يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار، ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها.

وهو نفس مضمون النص القديم، لكن الصياغة غيرت فقط، ليضيف المشرع نصا جديدا وهو نص المادة 17 مكرر، لينطبق على المنقول المعنوي.

المادة 10 أحدثت المادة 17 مكرر: والمتعلقة بالأموال المنقولة المعنوية، والتي يسري عليها قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها.

- ويعد محل وجود الملكية الأدبية والفنية مكان النشر الأول للمصنف أو انجازه.

- ويعد محل وجود براءة الاختراع البلد الذي منحها.

- ويعد محل وجود الرسم والنموذج الصناعيين بلد التسجيل أو الإيداع.

- ويعد محل العلامة التجارية منشأة الاستغلال.

- ويعد محل وجود الاسم التجاري بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري.

المادة 11 المعدلة للمادة 18

وتتعلق بسريران القانون المختار من قبل الطرفين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد على الالتزامات التعاقدية.

- وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

- وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

- غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه.

بمعنى أن المشرع أوضح معايير تحديد القانون المختار بدقة.

المادة 12 المعدلة للمادة 19:

تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

المادة 13 المعدلة للمادة 21 القديمة بالمادة 21 مكرر:

يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تبأشـر فيها الإجراءات، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد سد الفراغ الذي كان موجودا من قبل والذي وجه له بصدده نقد جارح.

المادة 14 المعدلة للمادة 22

في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية، غير أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق إذا كان للشخص في أن واحد جنسية جزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول، مع العلم أنه لا يمكن أن يكون للشخص أكثر من جنسيتين، وبالتالي فالصياغة غير موفقة، وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة. بخلاف القانون القديم الذي كان يترك للقاضي تعيين القانون الواجب التطبيق، وهذا ما كان يتناسب مع أحكام اتفاقية نيوبورك التي انضمت إليها الجزائر سنة 1966.

المادة 15 المعدلة و المتممة للمادة 23: تنص على أنه متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه.

فقرة جديدة: نصت على أنه إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي.

المادة 16 المتممة للمادة 23 بالمادة 23 مكرر و 23 مكرر 1 و 23 مكرر 2

المادة 23 مكرر:

يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، وهذا ما يساعد قانون القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق في الحالة الأخيرة من المادة 22 المعدلة.

المادة 23 مكرر 1

إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون تلك الخاصة بتنزع القوانين من حيث المكان، وهذا بديهي جدا، لأن القاضي يطبق القاعدة الموضوعية لا القاعدة الإجرائية.

غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه

قواعد تنزع القوانين. في القانون الأجنبي المختص. ويتضح جليا من هذا النص بعد التمعن في قراءته أن المشرع أخذ في الفقرة الأولى من المادة المستحدثة والمذكورة أعلاه بالإحالة، غير أنه سحب أو تحاشى الأخذ بالإحالة صراحة في الفقرة الثانية.

المادة 23 مكرر 02

تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد الخاصة بتنزع القوانين.

المادة 17 المتممة للمادة 24

لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام، أو الآداب العامة، أو أثبتت له الاختصاص بموجب الغش نحو القانون.

فقرة جديدة: يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة. الخلاصة:

إن المشرع الجزائري وبهذا التعديل يكون قد سد الكثير من الفراغ الذي كان يسود الأحكام القديمة خاصة ما تعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة تعدد الجنسيات، وكذا في تحديد المعيار الذي يطبقه القاضي في حالة الشخص العديم الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق.

بالإضافة إلى نصه على تحديد قواعد الاختصاص القضائي، وتبيان موقفه من الإحالة وذلك بالأخذ بها حسبى الدرجة الثانية، وهو ما يفهم ضمنا من النصوص القانونية السالفة الذكر.

ثانيا - أما الجزء الثاني من هذه المحاضرة فقد تم تخصيصه للتعديلات التي استحدثت على القواعد الموضوعية الخاصة بالقواعد المطبقة على المستوى الداخلي، وتتعلق أساسا بما يلي:

المادة 2 المعدلة للمادة 06 ق.م

فإن المشرع في هذه المادة عمل فقط على تصحيح الخطأ المادي الوارد في الفقرة 02، وتم ذكر النص القديم عوضا على النصوص القديمة.

المادة 03 المعدلة للمادة 07 وبالضبط الفقرة 02:

وقد تعرض المشرع الجزائري إلى مسألة حساب التقادم، وهي المسألة التي كانت مغفلة بل لم يتعرض لها القانون المدني قبل تعديله، وهي حالة صدور نص جديد يطيل أو يقصر من مدة التقادم بما كان عليه القانون القديم، والتي تنص صراحة على: "إذا قررت الأحكام الجديدة مدة تقادم أقصر مما قرره النص القديم، تسري المدة الجديدة من وقت العمل بالأحكام الجديدة، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك".

مثال توضيحي:

إذا كانت المدة في النص القديم 30 سنة. وحددها القانون الجديد 15 سنة.

فلو أن شخصا حاز لمدة 20 سنة في ظل القديم الذي يحدد المدة بـ 30 سنة، ثم صدر قانونا جديدا يقصر المدة لـ 15 سنة، تسقط مدة العشرين سنة، وتبدأ عملية

العبارة الواردة بالنص الفرنسي Frappé d'imbécillité (ذو الغفلة) والذي يلحق بالسفيه، وهما الاثنان ناقصي الأهلية، بينما المعتوه يلحق المجنون ويعتبران غير أهل لمباشرة حقوقهما المدنية.

المادة 21 المعدلة والمتممة للمادة 49 ق م
وحددت الأشخاص الاعتبارية، وقد حذف المشرع الدواوين العامة، والمؤسسات الاشتراكية، والتعاونيات، لعدم تأسيسها مع النظام الرأسمالي، وأضاف المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، الشركات المدنية والتجارية، الوقف.

المادة 22 تعدل المادة 52:

تم حذف فقط المؤسسات الاشتراكية.

المادة 23 تعدل المادة 54:

عرفت العقد تعريفا سليما، باعتباره تقابل إدارتين، والعقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما، ليكون بذلك النص العربي مطابقا للنص الفرنسي.

المادة 24 تتم المادة 72 بالمادة 22 مكرر:

والتي بموجبها أدخل المشرع الجزائري البيع بالعربون صراحة في القوانين المدني، وتجدر الإشارة أن القضاء الجزائري كان يطبق البيع بالعربون، حتى لو أن القانون المدني لم ينص عليه بسدليل قرار المحكمة العليا المؤرخ في 16/01/1981.

المادة 25 تعدل المواد 78 و79 و80:

المادة 78:

كل شخص أهل للتعاقد مالم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقد بحكم القانون. بخلاف النص القديم الذي ينص على "مالم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون" لكن أن الأهلية لا تطلب ولا يحد منها القانون بل إما تكون ناقصة أو مفقودة أي معدومة.

المادة 79:

تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية، أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة.

بخلاف النص القديم الذي لم يكن ينص على ناقصي الأهلية، والذي كان يخضع للقانون المدني، وهو مالا يعقل إذ كيف يخضع عديم الأهلية، والقاصر، والمحجور عليه لقانون الأسرة ويخضع ناقص الأهلية للقانون المدني.

المادة 80:

استبدلت الوصي بالمساعد القضائي لذي العاهتين الأصم والأكم، والأعمى الأصم، أو الأعمى الأكم، ليتوافق مع النص الفرنسي: conseil judiciaire (تيتور) لأن الوصي لا يعين إلا للقاصر (تيتور) وذي العاهتين ليس قاصرا بل راشد ويستطيع مباشرة تصرفاته بنفسه وان حضور المساعد للاستشارة عند الحاجة فقط.

المادة 26 تعدل المادة 90:

الوقت".

المادة 38:

عدلت الفقرة الثانية، وأصبح النص يتناول القاصر المرشد، الذي يكون له موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها.

عوض النص القديم:

الذي ينص على أنه: "ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ 18 سنة ومن في حكمه له موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها"، وهو مالا يعقل فليس لكل قاصر موطن مختار إلا إذا كان مرشدا وفقا لأحكام القانون.

المادة 39:

عدلت الفقرة الأولى منها بنصها على أنه يحوز اختيار موطن خاص لتنفيذ تصرف قانوني معين بدلا من عمل قانوني حسب النص القديم. وهذا هو التعبير القانوني السليم، لكون أن التصرفات القانونية هي التي يمكن القيام بها بعد أن يحدد لها موطن خاص لتنفيذها، بينما الأعمال القانونية، فقد تكون أعمال مادية ناعمة أو ضارة، ومن ثم فلا يمكن تصور اختيار لها موطن خاص لتنفيذها.

المادة 42:

خفضت سن التمييز إلى 13 سنة، وحسن فعل المشرع بهذا التعديل.

إذ أنه حسب القانون القديم كان سن التمييز 16 سنة، وهو مالا يعقل، إذ كيف يكون الإنسان راشدا في سن 19 سنة، وغير مميز حتى سن 16 سنة، بمعنى كيف يظل مميز إلا لمدة ثلاث سنين، وكيف يعقل أن يظل حتى سنة 16 سنة غير مؤهل مطلقا للقيام بأي تصرف قانوني، حتى ولو كان نافع نفعاً محضاً، وكيف يظل إلى هذه السن غير مسؤول عن أعماله الضارة أصلاً، طبقاً لنص المادة 125/01 ق.م أو لايسأل إلا عن تعويض مخفف طبقاً للمادة 125/02 ق.م. استثناء، مع العلم أنه يكون مسؤولاً جزائياً عن أعماله الإجرامية ويعاقب عليها بصفة مخففة، مع أن الشريعة الإسلامية تعتبر الإنسان راشدا متى يبلغ الحلم أي نحو 13 سنة.

المادة 43:

كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون. عوض النص القديم الذي كان ينص على أن السفية أو المعتوه.

وبالتالي:

يكون المشرع قد قضى على التناقض الذي كان بين النصين 42 و43 ق م سابقاً، لكون أن نص المادة 42 كان يعتبر عديم الأهلية كل من: صغير السن، عديم التمييز، المعتوه، والمجنون. وفي نفس الوقت اعتبر ناقص الأهلية المعتوه وهذا تناقض، إذ لا يعقل أن يكون المعتوه تارة ناقص الأهلية حسب المادة 43 ق م وتارة عديم الأهلية حسب نص المادة 42 ق م.

وسبب ذلك هو أن نص المادة 43 ق م القديم ترجم

الحساب من جديد، للمدة الجديدة أي 15 سنة. وقد نصت الفقرة الثالثة على أنه: "أما إذا كان الباقي من المدة التي نصت عليها الأحكام القديمة أقصر من المدة التي تقررها الأحكام الجديدة، فإنه التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي."

مثال ذلك:

غير أنه إذا كانت المدة التي مضت على الحيازة هي 25 سنة، في ظل قانون جديد يحددها بـ 30 سنة، ثم صدر قانوناً جديداً يحدد المدة بـ 15 سنة، ففي هذه الحالة تعمل مدتها 05 سنوات الباقية في ظل القانون القديم.

ونفس الشيء بالنسبة لأجال الإجراء، خاصة مواعيد المعارضة والاستئناف والطعن بالنقض، وأذكر المثال التالي: مدة الاستئناف في ظل القانون القديم شهرين، ومضى لمن له الحق في الاستئناف شهر، ثم صدر قانون جديد يحدد المدة بشهر، يعاد حساب المدة من جديد وهي شهر.

غير أنه إذا كانت المدة شهرين، وبقي منها 15 يوماً، ثم صدر قانوناً جديداً يحدد المدة بشهر يعمل بالأجل القديم وهو 15 يوماً فقط.

المادة 04 المعدلة لنص المادة 08 القديم:

عمل المشرع على مجرد تصحيح الخطأ المادي في التعبير عن بيانات أصبحت أدلة، وهو التعبير السليم.

المادة 18 تعدل المادة 25:

التي عدلت الفقرة الثانية، وأصبحت الصياغة كمايلي:

"على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حياً" عوض النص القديم، فالجنين يتمتع بالحقوق المدنية، وهو التعبير السليم أي التعديل الجديد لكون أن مصطلح الحقوق المدنية أوسع مضمونا، ولا يتفق مع القوانين الموضوعية ولا مع الشريعة الإسلامية، لكون أن الحقوق المدنية تنقسم إلى حقوق عامة وخاصة، وهذه الأخيرة تشمل الحقوق الشخصية أي حق الدائنية. والذي يشمل الحقوق العينية وحقوق الأسرة، وإن من بين الحقوق الشخصية ما يستلزم أهلية الأداء، كما أن الحقوق العامة تقتضي توافر أهلية الوجوب الكاملة، وليست للجنين إلا أهلية وجوب ناقصة، ولم تعترف له القوانين الوضعية ولا الشريعة الإسلامية إلا بثبوت نسبه، مادام أن والده لم ينف نسيبه، وبصلاحيته للوصية له، وبالاكتفاظ له بأقل حظ في الميراث طبقاً لمختلف الفروض.

وعليه:

فإنه لا يتصور أن يتمتع الجنين بأي حق قبل أن يولد، ومتى ولد حياً اكتملت له الشخصية القانونية وأهلية الوجوب، ومع ذلك فلا يتمتع بأهلية الأداء قبل بلوغ سن التمييز.

المادة 19 تعدل وتتمم المادة 36:

وذلك بإضافة الفقرة الثانية "المتعلقة بعدم جواز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس

الاستغلال exploitation:

أضافت عبارة الهوى الجامح والطيش البين أي
Lègèrtè notoire طيش بين أو هوى جامع
Passions effremee .
المادة 27 تعدل المادة 93 :

إذا كان محل الالتزام مستحيل وقد أضاف النص
مصطلح مخالف للنظام العام والأداب العامة يكون
باطلا بطلانا مطلقا. بمعنى ضم المادة 96 إلى
المادة 93.

المادة 28 تمتت القسم الثاني من الفصل
الثاني، من الباب الأول من الكتاب الثاني بعد
المادة 95 بعنوان فرعي للفقرة 02:

02 مكرر السبب بعد المادة 95 ليفصل المشرع بذلك
بين السبب والمحل.

وتجد الإشارة أن نصي المادتين 97 و 98 قد أخطأ
حين تعرضهما للنص على السبب، فأسندت السبب
تارة إلى العقد وتارة أخرى إلى الالتزام، وخلطت بين
النظرية التقليدية والنظرية الحديثة للسبب، لأن
النظرية التقليدية تنظر للسبب نظرة موضوعية
Objective وتعتبر إلزام كل من المتعاقدين سببا في
إلزام الطرف الآخر، والسبب لا يختلف باختلاف
العقود فهو واحد.

بينما النظرية الحديثة ترى أن السبب هو الباعث
للتعاقد وهو ذاتي Subjectif يختلف باختلاف
العقود والأشخاص، وبذلك يعتبر السبب ركنا في
العقد وليس ركنا في الالتزام.

المادة 30 تعدل المادة 101 ق م:

وقد غيرت العنوان ليصبح القسم الثاني (المادة
99 ومايليها) بالقسم الثاني مكرر إبطال العقد
بطلانه.

المادة 101

خففت من مدة الإبطال من 10 سنوات إلى 05
سنوات، و 15 إلى 10 سنوات، وهذا لكون أن
المادتين السابقتين طويلتين وانه وضمانا لاستقرار
المعاملات يتعين تخفيض المدة.

المادة 31 تتم وتعدل المادة 103:

بنصها "يحرم من الاسترداد في حالة بطلان
العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما
به"، وهو عين الصواب لأنه لا يجوز لمن شارك في
إبرام عقد باطل بطلانا مطلقا أن يحصل على
التعويض. (عمالا للقاعدتين الفقهيتين التاليتين: 1-
"لا بد أن يجازى سيء النية بعكس نيته" 2- "لا
يجوز أن يستفيد مقصر من تقصيره". وهو ما
حاول المشرع الجزائري تأكيده بنص هذه المادة
المادة 32 المعدلة للمادة 121:

وقد صححت النص الذي كان واردا في النص
القديم، مزيلة بذلك التناقض الذي كان موجودا في
النص، وهي عبارة استحالة تنفيذه، كما صحح
الفسخ إلى الانقضاء نظرا للفرق القانوني الشاسع بين
الفسخ والانقضاء لإشارة المادة المعدلة وهو التعبير
السليم، نظرا لإشارة المادة المعدلة في لعقود

الملزمة لجانبين انه إذ انقضى الالتزام بسبب
استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له و
ينفسخ العقد بحكم القانون.

المادة 33 المتممة للمادة 123 للمادتين 123
مكرر و 123 مكرر 01:

وأحدثت عنوانا جديدا في الفصل الثاني المكرر،
الالتزام بالإرادة المنفردة، ملغية بذلك نص المادة
115، محولة إياه إلى المادة 123 مكرر 01 بعد أن
عزفت التصرف بإرادة منفردة في المادة 123
مكرر. وهو الاتجاه الموفق، لأن المادة 115 القديمة
قبل الإلغاء كانت تقع ضمن أحكام التعهد لمصلحة
الغير والاشتراط لمصلحة الغير.

المادة 34 عدلت العنوان الخاص بالفصل الثالث
والقسم الأول:

- الفعل المستحق للتعويض عوضا عن العمل
المستحق للتعويض.

- المسؤولية عن الأفعال الشخصية، عوضا عن
المسؤولية عن الأعمال الشخصية.

ليكون بذلك مطابقا للنص الفرنسي وهي التسمية
الصحيحة، لأن مصطلح العمل أوسع مفهوما من
الفعل، لكون أن مصطلح العمل يشمل الإثراء بلا
سبب، الفضالة، وعدم تنفيذ المدين لالتزامه، فالمرء
يرتكب أفعالا وليس أفعالا بمعنى أنه يقوم بالأعمال.
المادة 35 عدلت المادة 124 القديمة بالصيغة
التالية:

هو كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه،
ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه
بالتعويض، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد جعل
من النص العربي مطابقا تماما للنص الفرنسي من
حيث الصياغة من جهة، ومن جهة أخرى فإنه قد
أضاف مصطلح الخطأ للنص العربي القديم، حتى
يكمل بذلك أركان المسؤولية التقصيرية، وهي
الخطأ، الضرر، والعلاقة السببية فلا مسؤولية
تقصيرية بدون خطأ.

المادة 36 تتم الأمر 75/58 بالمادة 124
مكرر وتحذر كما يأتي:

وتتعلق بنفس صياغة المادة 41 القديمة قبل الإلغاء
والخاصة بالتعسف في استعمال الحق، وما يقال عن
هذا التعديل، أن المشرع قد تجاوز وصحح الخطأ
الذي ارتكبه أثناء صياغة القانون المدني سنة

1975، متبعا الانتقاد الذي وجه له، والمتعلق بكونه
حشر المادة 41 الخاصة بالاستثناءات بين نصي
المادتين 40 و 42 الخاصين بأحكام أهلية الرشد
وأهلية عدم التمييز، مع انه لاعلاقة مطلقا للتعسف
في استعمال الحق بأحكام الأهلية، ولكن رغم هذا
التعديل السليم من الناحية الشكلية، إلا انه يعاب عليه
من الناحية الموضوعية انه لم ينص على المبدأ العام
الذي يقضي بعدم المسؤولية في استعمال الحق
استعمالا مشروعاً، واقتصر على ذكر الاستثناءات
الواردة على هذا الأصل، وهذا غير سائغ منطقياً إذ
ينبغي أن يعرف الأصل قبل معرفة الاستثناءات

الواردة عليه، وكان ينبغي على الأقل أن تستحدث
لهذه المادة فقرة أولى بالنص التالي "لا تترتب أية
مسؤولية عن الضرر الناتج عن من استعمل
حقه استعمالا مشروعاً".

المادة 37:

تعدل المادة 125 القديمة، بنصها "لا يسأل المتسبب
في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو
باهمال منه أو عدم حيطة إلا إذا كان مميزاً"،
وبهذا فالمشرع قد وسع في مفهوم الفعل الضار الذي
يكون جانيه السليبي، وذلك بالامتناع أو الإهمال أو
عدم الحيطة، كما قد يكون له مفهوم ايجابي وذلك
بإثبات فعل ضار من جانب الأول أو جانب الثاني،
فإن المشرع حصر مسؤولية التعويض فقط على من
كان مميزاً.

وحذف نص المادة القديم المتعلق بالإلزام عديم التمييز
بالتعويض، لأن ذلك كان يشكل تكرار فقط وتزييدا
، مادام أن متولي الرقابة والمتبوع يتحمل مسؤولية
التعويض عن الفعل الضار الذي يرتكبه عديم التمييز
الموضوع تحت الرقابة أو التابع.

المادة 38 تعدل المواد 129، 126، 131، 132،

133، من الأمر 75/58

المادة 126 استبدلت فقط مصطلح العمل بالفعل
Acte.

المادة 129 حذفت مصطلح العمال العامون، لأنها
من قبيل التزييد، مادام أن مصطلح الموظفون
بمفهومه العام يدخل فئة العمال تحت طائلته،
وأضاف عبارة الأعوان العموميون، كما استبدل
عبارة أعمالهم بأفعالهم.

ورغم هذا التعديل فإن هذا النص قد ورد ناقصا وكان
على المشرع الجزائري إضافة الفقرة التالية وهي "
أو يعتقد أن مشروعية الفعل الذي وقع منه، وإن
اعتقاده كان مبينا على أسباب معقولة، وأنه
راعى في تأنيته الحيطة اللازمة" متلما فعل
المشرع الفرنسي، وكذا المشرع المصري، إذ قد
يكون الأمر الذي أصدره الرئيس إلى الموظف غير
واجب الطاعة، ولكن الموظف اعتقد انه واجب
الطاعة، أو قد يكون الأمر الذي أصدره الرئيس غير
مشروع، ولكن الموظف اعتقد انه مشروع، وقد ينفذ
الموظف أمر رئيسه دون أن يتخذ جانب الحيطة في
تنفيذه.

المادة 131: أشارت إلى أن القاضي يقدر
التعويض طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر
وهي المادة المضافة بعد التعديل، وستتم مناقشتها
فيما هو آت.

المادة 132 و 133: استبدل فقط مصطلح العمل
بالفعل

المادة 39 عدلت عنوان القسم الثاني من الفصل
الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني للأمر
75/58

المادة 134 عدلت لتصبح المسؤولية عن فعل
الغير عوضا عن عمل الغير:

إن التعديل الذي أورده المشرع الجزائري على القانون المدني يشكل خطوة إيجابية حاول المشرع من خلالها من سد باب النقص الواضح الذي كانت تحتويه نصوص القانون المدني، كما صرح الأخطاء الشائعة أو الجوهرية التي كانت تحتويها نصوص بعض المواد، وهذا عملاً من المشرع على التماسي مع التطور القانوني والاقتصادي الذي يشهده العالم. إلا أنه ورغم هذا التعديل، فإن هناك جملة من النقصات ما زالت تحتويها نصوص القانون المدني نورد بعض منها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر ونوجزها فيما يلي:

أولاً: أن المشرع لم يترك إلى تعديل نص المادة الأولى من القانون المدني، المتعلقة بترتيب المصادر وهي التشريع، مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فالنص العربي يقيد القاضي بترتيب المصادر بصفة إلزامية، بحيث لا يجوز للقاضي أن يحيد عنه، بينما وبالرجوع إلى النص الفرنسي الخاص بهذه المادة، فإن المشرع قد أورد عبارة: "dans le cas échéant il a recours au droit naturel" ومعنى هذه العبارة أنه يجوز للقاضي في أي حالة شاء أن يرجع إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ولو كان هناك نص تشريعي أو حكم في الشريعة الإسلامية أو في العرف، وهذا يخالف الترتيب الذي وضعه المشرع وجوباً، وكان ينبغي أن يذكر النص الفرنسي عبارة: "A défaut" بدلاً من عبارة "le cas échéant". ومن ثم فإن النص العربي هو الأول بالإتيان.

ثانياً: جاء في النص العربي للمادة 408 الفقرة 1 الخاصة بالبيع في مرض الموت ما يلي: "إذا باع المريض في مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجز إلا إذا قرره باقي الورثة"، بينما ورد النص الفرنسي بالصيغة التالية: "la vent consentie par un malade ; dans la période aiguë de la maladie qui a entraîné sa mort ; a un de ces héritiers ; n'est valable que si elle est ratifiée par les autres héritiers" ومن ثم فإن هناك تعارض بين النصين، فالنص العربي لم يشترط ما اشترطه النص الفرنسي من أن يتم البيع في فترة حدة المرض، والنص العربي هو السليم لأن الشريعة الإسلامية هي التي انفردت بتنظيم أحكام مرض الموت ولم تشترط أن يتم التصرف، أي كان أثناء اشتداد المرض، بسل يكفي أن يتم التصرف في أي وقت من بدء المرض حتى وفاة المريض، وعليه فإن النص العربي هو السليم من حيث الصياغة، وينبغي أن يعدل النص الفرنسي بنفس صياغة النص العربي.

ثالثاً: أن القانون المدني تناول في نصوصه ما يسمى بالرهن القضائي، وهو الرهن الذي يصدره أو يأمر به القضاء من خلال القرارات والأحكام الصادرة عن مختلف الجهات القضائية، غير أن

الإثبات الإلكتروني، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد ساير التطور القانوني الدولي، خاصة في فرنسا وبريطانيا، شريطة التأكد من إمكانية تحديد هوية الشخص المصدر للكتابة، وأن تكون الكتابة معقدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها. غير أن ما يعاب على المشرع الجزائري في هذا المضمار ماهية الإثبات الإلكتروني، وحالات اللجوء إليه، بالإضافة إلى وسائل حمايته من القرصنة الدولية.

المادة 45 عدلت المادة 324 مكرر 03

يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين.

أن المصطلح السليم هو العقود الاحتفائية، ومصدرها القانون الروماني، وقد سميت بذلك لأنه بمجرد إبرامها يقيم احتقال ليعلم الغير بها ولا يحظر أن المشرع قد أورد مصطلح العقود الاحتفائية بالغة الفرنسية بعبارة les contrats solennels

والمقصود بها هي العقود الشكلية. مع العلم أن هناك فرق واضح بين العقود الشكلية والعقود الاحتفائية. فالعقود الاحتفائية هي الهبة، الوصية، الزواج، بينما العقود الشكلية هي التي يتشترط فيها القانون الكتابة الرسمية كشرط لانعقاد أو كشرط التنفيذ. كما يعاب على المشرع أنه لم يحدد ما المقصود بمصطلح شاهدين أي لم يحدد نوعية الشهود إن كانوا أشهود عدل أو شهود تعريف أو شهود تشريف.

المادة 46 عدلت وتنتم المادة 327 أي بنصها على أنه يعتبر العقد العرفي صادرًا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه مالم ينفي صراحة ما هو منسوب إليه، أي أضاف للنص القديم الكتابة والبصمة، وهذا ليواسع طرق إتمامه لسد الخلافات والنزاعات المعروضة على القضاء. كما أشارت إلى اعتماد التوقيع الإلكتروني.

المادة 47: عدلت عنوان الفصل الثاني من الباب السادس في الكتاب الثاني، المادة 333 الإثبات بالشهود عوض الإثبات بالبينة ليصبح العنوان مطابقاً للنص الفرنسي.

المادة 48 عدلت المادة 333: التي رفعت قيمة المبلغ المراد إثباته إلى 100.000 دج وهو ما كنا نأمل من زمن أو أمد لأن مبلغ 1000 دج أصبح لا يتماشى على الإطلاق مع الواقع العملي خاصة مع تدني قيمة الدينار، وارتفاع مستوى المعيشة، وإن كان المبلغ الجديد لا يساير التطور الحالي.

المادة 49 عدلت المادة 553 ق م:

التي بمقارنتها بالمادة القديمة، استبدلت عبارة أن يعدل عن التنفيذ بعبارة تصحيح طريقة التنفيذ، وصحح المادة 170 عوضاً عن المادة 180 المتعلقة بالإنداز وأضافت فقرة ثانية مستحدثة تتعلق بحق الفسخ في حالة استحالة إصلاح العيب.

المادة 50 عدلت وتممت المادة 558 بإضافة ويحمل كل ما ترتب عن ذلك من آثار.

الخاتمة:

المادة 40 عدلت وتممت المادة 134: استبدلت مصطلح العمل بالفعل، وحذفت الجملة الأخيرة التي تنص: "و على أنه الالتزام ولو كان من وقع منه الفعل الضار غير مميز." لأنها تعد من قبيل التزديد فقط.

وقد أضافت المادة فقرة ثانية تتعلق بتخلص المكلف بالرعاية من المسؤولية، وإن كانت هذه الفقرة هي الثانية للمادة 135/02 من الأمر 75/58، ورغم ذلك فإن التعديل لم يشر إلى حذف هذه الفقرة، أو إلغاءها من المادة 135/02.

المادة 41 تعدل المادتين 136 و137 من الأمر 75/58:

المادة 136: غيرت مصطلح العمل بالفعل. وأضافت في آخر المادة عبارة "أو بمناسبتها"، أي بمناسبة الوظيفة و عدلت الفقرة الثانية لتصبح كما يلي لتوسع من دائرة المسؤولية أمثلة من ذلك:

- له عليه سلطة" وتحقق علاقة التبعية ولولم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع"،

وبذلك استبدلت عبارة رابطة التبعية، بالعلاقة التبعية وكذا عبارة متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقبته وفي توجيهه بعبارة متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع"، وهذا هو التعبير السليم لأن من يعمل لحسابه تكون له جميع السلطات عليه، فالنص الجديد اشتمل وأدق.

المادة 137: للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيماً عوضاً المسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها الغير مسؤول عن تعويض الضرر.

وبالتالي فإن النص الجديد قد حدد مسؤولية المتبوع عن التابع وحصرها في الخطأ الجسيم، عوضاً عن النص القديم الذي ورد عاماً ولم يحدد درجة الخطأ.

المادة 42 تنتم الأمر 75/58 بالمادتين 140 مكرر و 141 مكرر 01.

المادة 140: حددت مسؤولية المنتج وكذا مسؤولية الدولة عن الضرر الجسماني في حالة انعدام المسؤول، وهذا ما يتماشى مع اقتصاد السوق وكثرة المنتجين، وكذا حماية المتضرر في حالة انعدام المسؤول. وفي ذلك تكريس لأحكام المسؤولية على ساس الضرر أي المسؤولية دون الخطأ.

المادة 43 تممت القانون المدني بالمادة 182 مكرر:

وقد تناولت التعويض عن الضرر المعنوي وعناصره، الشرف، الحرية والسمعة، وهذا ما كان ينقص القانون المدني، إذ كيف يعقل أن يعرض عن الضرر المادي ولا يعرض عن الضرر المعنوي.

المادة 44 تممت الأمر 75/58 بالمادتين 323 مكرر و 323 مكرر 01

- المادة 323 مكرر: حددت كيفية الإثبات بالكتابة ووسائله.

- المادة 323 مكرر 1 أدخل المشرع الجزائري



بن علي مأك *

السر المهني

بـه مراعاة لتكثيف النزاع (فمثلا لا يستوجب الإفصاح عن جرم استهلاك الزوجة للمخدرات في الملف المطروح بصدد طلبها التطليق... إلخ) و بالتالي يقتضي على المحامي المتكفل بملف إجراءات التطليق تجنب وقائع الجريمة السابقة لعدم تعلقها بالموضوع وبالتبعية يستلزم عدم الإفصاح بوقائعها التي وصلت إلى علمه إبان استقباله للزبونة في مكتبه بمناسبة التوكيل في موضوع التطليق، وفي حالة إفشاء السر المهني، يعد المحامي مرتكبا لجريمة إفشاء السر المهني، باعتبار أن السر المهني يخص كتمان كل الوقائع التي أدلى بها الزبون للمحامي في مكتبه أثناء ممارسة مهامه ولا يخص السر المهني تلك الوقائع التي وصلت إلى علم المحامي خارج مكتبه، وقد يكون المحامي بدوره ضحية إفشاء أسرار موكله في حالة قيام الغير مثلا باستلام الرسائل الموجهة له أو في حالة قرصنة الخط الهاتفي الخاص بمكتبه أو حالة إقتحام بريده الإلكتروني وفي كل الحالات يعد مرتكب تلك الأفعال مدان وفقا للمادة: 137 و 303 من قانون العقوبات اللتان تنصان على معاقبة كل من يخلس أو يفرض أو يتلف رسائل موجهة للغير أو سبل ذلك، و تكون السر المهني أحد أركان حقوق الدفاع فقد ولت منظمات المحامين سن مواد في أنظمتها الداخلية توجب على المحامي كتمانته وذلك من خلال المواد: 59 و 68 و 80 و 83 و 85 و 86 و 87 و 88 منه والتي جعلت السر المهني مطلق ومن النظام العام، وتغاديا لتسرب أي سر من مكتب المحامي فإن النظام الداخلي للمهنة أولى أيضا غناية بالمقاييس المستوجبة توفرها في مكتب المحامي وذلك باشرطه أن يكون انتقا يحتوي على الأقل على ثلاث غرف، تخصص الأولى للمكتب والثانية للأمانة والثالثة كقاعة انتظار عملا بمضمون المادة 14 من النظام الداخلي للمهنة المصادق عليه بالقرار الوزاري المؤرخ في: 04-09-1995 و المنشور بالجريدة الرسمية رقم 48 بتاريخ 14-08-1996، كما نشير إلى أن السر المهني قد يكون على شكل استشارة قانونية شفاهية كانت أو مكتوبة متضمنة في مراسلات المحامي أو تلك التي يقوم بها وهو يزور زبونه المحبوس في المؤسسة العقابية. إذ أن المادة 217 من قانون الإجراءات الجزائية لا تجيز استنباط الدليل الكتابي من المراسلات المتبادلة بين المتهم ومحاميه، ما يمكن الإشارة إليه في موضوع المحافظة على السر المهني هو أن وسائل الاتصال العصرية منها على الخصوص "الانترنت" من شأنها المساس

الخاصة للإنسان هي من المقدسات التي أولى الدستور حمايتها بالنص عليها في مواد 37 و 42 منه كما نص على تلك الحماية القانون المدني في مادته 47.

إن السر المهني الذي يستوجب على المحامي التقيد به على الخصوص (المادة 88 من النظام الداخلي) هو سر إجراءات التحقيق القضائي الجزائي تماشيا ومضمون المادة 46 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على معاقبة كل من أفشى مستندا ناتجا من التفتيش أو أطلع عليه شخصا لا صفة له قانونا في الإطلاع عليه قانونا، وذلك بغیر إذن من المتهم أو من ذوي حقوقه أو من الموقع على ذلك المستند أو من المرسل إليه ما لم تدع ضرورات التحقيق إلى غير ذلك، والمادة 85 من نفس المرجع التي تنص على معاقبة كل من أفشى أو أذاع مستندا متحصلا من تفتيش شخص، لا صفة له قانونا في الإطلاع عليه، وبالنسبة لا بحق للمحامي أن يفشى سر إجراءات التحقيق لغير زبونه وذلك خدمة للدفاع وحماية لحقوقه سوى إلا، وأن سرية إجراءات التحقيق هي من أكثر صور السر المهني بالنسبة للمحامي، ومنه فإن للسر المهني وجهتين أو طابعين أو لهما: - طابع حقوق الدفاع: الرامية إلى المحافظة على سرية الأمانة المصرح للمحامي بصفته تلك، - وطابع النظام العام: المستوجب احترامه تغاديا للمتابعة الجزائية المنصوص عليها في قانون العقوبات سيما منها المادة 301 منه وبالتالي فإن الطابع الأول للسر المهني يقتضي على المحامي كتمان السر المهني خدمة لحقوق الدفاع، أما الطابع الثاني للسر المهني أي في طابعه النظامي العمومي يخول للمحامي مزية أو حق السكوت بالإفصاح عن مجريات التحقيق ولو تجاه السلطات العمومية قضائية كانت أم إدارية ومنه بدعوى أن ذلك الحق في السر يتعلّق أيضا بالزبون تجاه محاميه، كما هو أيضا حق للمحامي تجاه السلطات على حد ما سبق تبيانه أنفا.

حق الزبون في المحافظة على السر الذي ادلى به لمحامي:

إن التوكيل بمعناه الواسع يقتضي على الزبون الإفصاح "بكل" الحقائق لمحامي لتمكنه من الامام بكل وقائع النزاع بصفة كاملة متكاملة نافية لأي جهالة لموضوع النزاع، ليلي عقب ذلك انتقاء الوقائع المرتبطة ارتباطا وثيقا بموضوع النزاع وترتيبها خدمة لربح القضية الموكلة له خدمة لاتارة العدالة بصدد ذلك، بعد كتمان ما يستوجب الإفصاح

المعمول به انه لا يوجد أي نص يجيز للقضاء الأمر بتطبيق إجراءات الزبون القضائي. رابعاً: بالرجوع إلى نص المادة 983/02 فإنها تنص على مايلي: "و إذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة، فإنه تستوفي عن طريق التسابق" و المسألة هنا ليس مسألة تسابق بين حقوق الامتياز، فالخطأ هنا قاذح، وأن المشرع أراد النص على أنها تستوفي بنسبة كل منها، وقد ورد في النص الفرنسي عبارة: par concurrence و الظاهر أن هناك خطأ في الترجمة و خلط بين مصطلحي concurrence و concours. وهو ما يجب تداركه أيضا هذه أمثلة قليلة عن الأخطاء التي تضمنها القانون المدني، بالإضافة أن هناك جملة من النفاص ينبغي تداركها، وهو ما نأمل أن يأخذه المشرع الجزائري بعين الاعتبار في التعديلات اللاحقة بحول الله.

* محام بمنظمة المحامين سطيف

لقد أوردت المادة 76 من قانون تنظيم مهنة المحاماة، واجبات المحامي والتزاماته ومنها بالخصوص واجب "كتم السر المهني" كما أكدت أيضا المادة 79 من نفس المرجع هذا الواجب بنصها على منع المحامي من ابلاغ الغير على أي معلومة أو وثيقة تتعلق بالقضية المسندة إليه والدخول في صراع يخص تلك القضية وعليه وفي كل الحالات أن يحافظ على أسرار موكله، ونظرا لما للسر المهني من علاقة وطيدة بالمحافظة على حقوق الدفاع فإن القانون أولى حماية كاملة لحسرة مكتب المحامي ثم للعلاقة القائمة بينه وبين موكله وضمان سرية مراسلاته وملفاته كما هو مؤكد أكثر من خلال أحكام النظام الداخلي للمهنة سيما في مواد 80 و 91 منه، ونظرا لأهمية الموضوع بوجدنا أن نناقشه للمساهمة ولو بقدر ضئيل في إثرائه وذلك في حدود ما أوتينا من امكانياتنا البسيطة مساهمة منا في خدمة المهنة النبيلة.

والحقيقة أن للسر المهني خطورة على حقوق الدفاع فيما يخص مهنة المحاماة، فإن المادة 301 من قانون العقوبات جاءت عامة ومجردة بنصها على عقوبة الأشخاص الموثمين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة، على أسرار أفشوا أو أدلوا بها للغير وفي غير الحالات التي أوجب عليهم فيها القانون إفشاءها... بمعنى أن النص لم يستثنى من يزاول ويمارس مهنة المحاماة بالمتابعة الجزائية، إذ ما حدث وأن أفشى السر المهني، رغم أن المادة لم تذكر بالخصوص المحامين، كما فعلت بشأن الأطباء والجراحين والقابلات، والصيادلة مما لا شك فيه أن يستتبعهم حتما المحامون بحكم ما يؤتمن لهم من أخبار ومعلومات بصدد ممارسة مهامهم، ولكون احترام الحياة

الشهر المسبق للدعوى



يوش خيمسي *

تعليق على قرار الغرفة المدنية لدى المحكمة العليا
الصادر بتاريخ 09/10/2002 ملف رقم 264463
قضية ن.س. ضد ن.ش.ا

المرسوم 83/352 المؤرخ في 21/05/1983 الذي يسن إجراء لإثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، باعتبار أن المرسوم يقتضي أن تكون القطعة الأرضية محل عقد الشهرة غير ملوكة ولم تخضع للإجراءات المستحدثة بموجب الأمر 74/75 أي لم تقع محل مسح والحال أن القطعة ملوكة لجميع الورثة عن طريق الميراث.

في حين استند المدعي عليه للرد على هذه الدعوى بكونه يحوز القطعة بوصفها نصيبه الأول إليه من الميراث ويعزز سنده بكونه متحصل على رخصة بناء على القطعة سنة 1988 جددت سنة 1996.

أنه فصلا في هذه الدعوى أصدرت المحكمة حكما بتاريخ 28/10/1998 بإلغاء عقد الشهرة. استأنف ن.ش. المطعون ضده هذا الحكم أمام مجلس قضاء تيزي وزو الذي قرر بتاريخ 15/01/2000 بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بعدم قبول دعوى المستأنفين وهذا هو القرار محل الطعن بالنقض.

المشكل القانوني المثار من طرف قضاة المجلس:
يتضح من الوقائع المذكورة والأسانيد المقدمة من الخصوم أن قضاة المجلس كانوا مدعويين للفصل في صحة عقد الشهرة المحرر بتاريخ 08/03/1993 من عدمه طبقا للمرسوم 83/352 المذكور أعلاه.

غير أن قضاة المجلس طرحو قبل الفصل في المشكل المطروح من الأطراف ومن تلقاء أنفسهم كما يبدو من حيثيات قرار المحكمة العليا مشكلا قانونيا آخر وهو عدم استيفاء الدعوى الأصلية لإجراء الشهر المسبق طبقا للمادة 85 من المرسوم 76/63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

الحل القانوني المعتمد من طرف مجلس قضاء تيزي وزو:

لقد قرر قضاة المجلس إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بعدم قبول الدعوى الأصلية معتبرين أن المادة 85 أعلاه تلزم المدعي بشهر الدعوى وإلا كانت باطلة واصل قضاة المجلس معتبرين أن مثل هذا البطلان مطلق يتعين على المجلس إثباته تلقائيا.

المشكل القانوني المطروح من طرف المحكمة العليا:

يتضح من استقراء حيثيات قرار المحكمة العليا وفي إجابتها عن أوجه الطعن أنها تكون قد أثارت وجهي تلقائيا للطعن يتعلق بمخالفة القانون، وهو الوجه

إن اختيار التعليق على القرار المذكور أعلاه لم يكن وليد الصدفة، بل أملت عدة اعتبارات موضوعية تتمثل فيما يلي:

أولا: يتناول هذا القرار نقطة قانونية مهمة تتعلق بالشهر المسبق للدعوى القضائية المستحدث بموجب المادة 85 من المرسوم 76/63 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

ثانيا: إن الكثير من القضاة الذين تناولوا هذه النقطة بالدراسة يشيرون إلى استقرار القضاء الجزائي بصفة تكاد تكون نهائية على اعتبار الإجراء المتعلق بشهر الدعوى يعد شرطاً لقبول الدعوى مع اختلاف حول تعلقه بالنظام العام، غير أن هذا القرار يكون قد قضى على فكرة استقرار القضاء الجزائي بخصوص هذه المسألة وأعاد طرح ذلك التباين والاختلاف الذي كان موجودا في موقف القضاء الجزائي - محكمة عليا ومجلس الدولة - بخصوص طبيعة الدفع المستند من المادة 85 أعلاه ومدى تعلق هذا الدفع بالنظام العام من عدمه.

ثالثا: أن وصول قضاة الغرفة المدنية للحل القانوني كان باستعمال مبادئ قانونية بسيطة جدا، وهي المبادئ التي تكاد تكون قد غابت عن أذهان الكثيرين من رجال القانون سواء قضاة أو محامين، مع أن توظيف هذه المبادئ قد يعطي حلولاً قانونية لوضعيات قانونية صعبة.

وقائع النزاع والإجراءات:

لم يتطرق قرار المحكمة العليا محل التعليق الحالي إلى الوقائع التي كانت محلا للنزاع المعروف على القضاء بالتفصيل غير أنه يمكن من استقراء حيثيات القرار تلخيصها على النحو التالي:

أنه حصل نزاع حول قطعة أرضية بين الورثة و يتعلق الأمر بالطرفين المتخاصمين ن.س. و ن.ش. و على إثر هذا النزاع استظهر أحد الورثة الشرعيين بعقد شهرة محرر في 08/03/1993 على نفس القطعة محل النزاع والذي يكون قد تحصل عليه تأسيسا على كونه قد حازها بوصفها نصيبا آل إليه من جده مورث الأطراف. أمام تفاجأ باقي الورثة وهم فريق ن.س. بهذه الوثيقة قساموا برفع دعوى أمام محكمة تيزي وزو طالبين إلغاء عقد الشهرة لأنهم يعتبرونه مخالفا للقانون، ومن خلال هذه الدعوى استند المدعين إلى جملة الأسانيد القانونية التالية:

- أن عقد الشهرة يكون قد حرر بالمخالفة لأحكام

بالمحافظة على السر المهني وهو ما سماه القانون بالجرم المعلوماتية المعروفة بأنها النشاط الإجرامي الذي تستخدم فيه تقنيات الحاسب الآلي كوسيلة لتنفيذ الفعل الإجرامي المقصود وهو غالبا الحصول على المعلومات، كما أن هذه الوسائل أضحت جد خطيرة في هذا الباب ولولاها من مزايا معترف بها، إذ سبق وأن تم التنديد بشأنها في الدول الجد المتقدمة لما تشكل من خطر على الحياة الخاصة للأفراد من جهة ولآخرها السر المهني لأصحاب المهن الحرة كالمحامين، كما تشير إلى أنه وفي بعض الحالات يمكن خرق سر الحياة الفردية للأشخاص حينما يركز ويؤمر بوضع خطتهم الهاتفية تحت المراقبة بأمر من الجهات الخاصة خدمة لمقتضيات التحقيق وأن مثل ذلك الترخيص يكون عادة بأمر غير قابل لطرق الطعن أي ذو طابع ولائي.

أساس النظام العام للسر المهني:

سبق وأن أشرنا أن للسر المهني للمحامي طابع النظام العام تجاه السلطات لما له من فائدة إجتماعية وأن خرقه قد يمس بالمصلحة الشخصية للأفراد وأن القانون يعاقب كل من يفشي حفاظا على المصلحة الإجتماعية (المادة 301 من قانون العقوبات) مما يستتبع لوجوب المحافظة على السر المهني وضع الآليات اللازمة لمثل تلك الغاية يسن قوانين رادعة لكل من يبيح بأسرار أتمنت لديه بمناسبة ممارسة وظيفته أو مهنته (المحامي، الطبيب، القابلة، الجراح...) ولو كانت تلك الإباحة لفائدة السلطات العمومية وبهذا الصدد كرس المواد 80 و 91 من قانون تنظيم المحاماة أهمية بالغة للسر المهني فيما يخص هذه المهنة باعتباره إحدى قوام المجتمع المدني ودولة القانون، وبهذا الصدد فقد أكدت المحكمة الأوروبية بستر اسبورغ la cour européenne de Strasbourg أن مكتسب المحامي هو بذوره يستفيد بحماية مقررمة بموجب المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والتي تنص على أن لكل شخص حق احترام حياته الخاصة والعائلية ومكان إقامته ومراسلاته... وأن المحكمة الأوروبية قد كرس هذا المبدأ في قضية Niemietz بموجب قرارها المؤرخ في: 16-12-1992، والتي تتمحور وقائعها في إجراء تفتيش في مكتب أحد المحامين الألمان وأن المحكمة اعتبرت أن مكتب المحامي (كمسكن) تبعا لما نص عليه بالمادة 08 السالفة الذكر، إذ اعتبر مكتب المحامي كملحق تابع لأحد زبائن المحامي بذليل أن مكتبه ذلك يحتوي ملفات بها أسرار الحياة الخاصة للأفراد.

وكخاتمة نأمل أن نكون قد أصبنا في محاولتنا إثراء موضوع السر المهني بقدر نرجو أن يكون مقبولا.

* محام بمنظمة المحامين سطيف

الإجراءات المدنية، وهو ما اعتبرته المحكمة العليا في القرار محل التعليق تعارضاً يترتب عنه تطبيق القانون الأسى وهو قانون الإجراءات المدنية طبقاً لمبدأ تدرج القوانين، ومتى كان الحال كذلك فإن التساؤل المطروح هو:

هل أن المرسوم 76/63 ينص على هذا الشرط يكون قد تعارض مع قانون الإجراءات المدنية أم لا؟ وهل أن الحل المعتمد يتمشى والمبدأ المطبق؟

إن الحسم في هذين التساؤلين يستدعي عرض مضمون هذا المبدأ بإيجاز ثم تحليل الحل الوارد بالقرار محل التعليق.

01- مبدأ تدرج القوانين:

تتمثل المصادر الرسمية للقانون طبقاً للمادة 01 من القانون المدني في التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

و ينقسم التشريع الذي يشكل المصدر الأول إلى التشريع الأساسي وهو الدستور والتشريع العادي وأخيراً التشريع الفرعي وهو القواعد اللانحبة.

و هذا الترتيب له قوته الإلزامية بحيث يأتي الدستور في المرتبة الأولى ثم القانون ثم القواعد اللانحبة، و يقتضي مبدأ التدرج على هذا النحو أن القاعدة الأدنى لا يمكن أن تخالف القاعدة الأعلى لأنها أسمی منها و أشد قوة إلزامية.

و بخصوص القواعد اللانحبة فمن المعلوم أن السلطة التنفيذية تتمتع بإصدار نوعين من اللوائح:

أ / اللوائح التنظيمية: وهي تلك اللوائح التي توضع لتنظيم المرافق العامة وترتيبها وتنسيق سير العمل في المصالح والإدارات العامة، وتتميز هذه اللوائح بأنها مستقلة بحد ذاتها بحيث لا تستند إلى قانون تعمل على تنفيذه وبالتالي فهي لا تتقيد بتشريع سابق ويمكن لها أن تضيف أحكاماً جديدة لتشريع سابق شرط أن لا تخالفه، والأصل أن سلطة إصدار اللوائح التنظيمية قاصرة على رئيس الجمهورية وحده الذي لا يملك سلطة تفويض غيره في ذلك.
ب / اللوائح التنفيذية: وهي لوائح يقتصر دورها على ضمان تنفيذ القوانين وذلك عن طريق تناول الجزئيات والمسائل الفرعية اللازمة لتنفيذ القانون الذي يرى تركها للوائح بحكم أن السلطة التنفيذية ونظراً لطبيعتها وظيفتها واتصالها بالجمهور فهي أقدر على تحديد الجزئيات الملزمة لوضع المبادئ العامة موضع التنفيذ، غير أن اللوائح التنفيذية تبقى مقيدة بالشروط التالية:

- لا بد أن تكون المواضيع التي تدخل في نطاق اللائحة مطابقة لتلك التي تدخل في نطاق القانون.
- أن لا يكون من شأن اللائحة تعطيل القانون الذي تضعه موضع التنفيذ أو غيره من القوانين.

- أن لا تتضمن إضافة لأحكام القانون وتكون هذه الإضافة غير لازمة لتنفيذ القانون وإلا خرجت اللائحة من دور التنظيم إلى التشريع وهو ما يعد

صورة شاملة عن المسألة يتعين بادئ ذي بدء تحديد المقصود بالدفع بعدم القبول ثم استخلاص طبيعة الدفع المستمد من نص المادة 85.

أولاً: المقصود بالدفع بعدم القبول:

لم يتطرق قانون الإجراءات المدنية بوصفه الشريعة العامة للإجراءات لتعريف الدفع القضائي ولا لتقسيم الدفع القضائي، إذ أن مسألة التعريف بالمصطلحات القانونية كما هو معلوم مهمة الفقه والقضاء. واستقر رأي التقسيم الذي يعطيه فقهاء القانون¹ للدفع فإنها تنقسم إلى ثلاث أنواع:

01- الدفع الشكلية: وهي الدفع التي يطعن بواسطتها في صحة إجراءات الخصومة القضائية و يهدف من ورائها إلى تأخير الفصل في موضوع الدعوى القضائية ومنها على سبيل المثال الدفع بعدم الاختصاص.

02- الدفع الموضوعية: وهي تلك التي توجه إلى الحق موضوع الدعوى القضائية وتهدف إلى الحصول على حكم يرفضها كلياً أو جزئياً.

و لكل طائفة من الدفع المذكورة أعلاه قواعد خاصة تحكمها ليس هذا مجال دراستها.

03- الدفع بعدم القبول: وهي دفع ترمي إلى المنازعة في حق المدعي في رفع الدعوى، ومن الفقه من يسميها بالدفع بعدم الجواز كالدفع بالانعدام الصفة أو انعدام المصلحة أو الدفع بفوات ميعاد الطعن، وتعد هذه الدفع نوعاً وسطاً بين الطائفتين المذكورتين أعلاه فهي تشبه الدفع الشكلية في كونها لا ترمي إلى المناقشة في الحق المدعى به، غير أنها لا تتعلق بإجراءات التقاضي وإنما تتعلق بحق المدعي في رفع الدعوى ومدى توفر شروط رفعها، ولذلك فإن الحكم الفاصل فيها لا يكتسب إلا حجية نسبية بمعنى أنه يجوز تجديد رفع نفس الدعوى متى توافرت شروطها من جديد.

إذن يتضح أن الدفع بعدم القبول يتعلق بالشروط العامة لرفع الدعوى المنصوص عليها بالمادة 459 من ق.إ.م. وهي الصفة والمصلحة أو الشروط الخاصة التي تحددها نصوص خاصة سواء في قانون الإجراءات المدنية أو قوانين أخرى كالدفع بانقضاء أجل رفع دعوى الحيازة طبقاً للمادة 413 من ق.إ.م. مثلاً.

ثانياً: تحديد طبيعة الدفع المستمد من المادة 85:

يتضح حسب التقسيم المذكور أعلاه وبعد تحديد طبيعة الدفع بعدم القبول، أنه لا يمكن أن يكون الدفع المتعلق بمخالفة الشهر المسبق دفعا بعدم القبول من وجهة نظر فقهية محضة باعتبار أنه لا يتعلق بحق المدعي في رفع الدعوى الذي يتحقق بمجرد توافر الشروط العامة وهي الصفة والمصلحة أو الأهلية أو الشروط الخاصة التي قد يستوجبها قانون الإجراءات المدنية نفسه أو تستوجبها نصوص قانونية أخرى.

لكن المادة 85 نصت صراحة: "... لا يمكن قبولها..." وهو ما يفهم منه أن المرسوم يكون قد أضاف شرطاً آخر لتلك المنصوص عنها في قانون

الذي تضمن بالفئات مسألتين جوهريتين يتحدد على ضوءهما التعليق على هذا القرار:

أولاً: هل أن الإجراءات المستحدثت بالمادة 85 من المرسوم 76/63 تعتبر شرطاً لقبول الدعوى؟

ثانياً: هل أن الإجراءات تتعلق بالنظام العام أم لا؟

الحل القانوني المعتمد من طرف المحكمة العليا:

في إجابتها على السؤال الأول خلصت المحكمة العليا أن الإجراءات المتعلقة بالشهر المسبق للدعوى ليس شرطاً لقبولها، إذ أن شروط قبول الدعوى محددة بقانون الإجراءات المدنية، وأن الأمر 74/75 المتعلق بإعداد مسح عام للأراضي وتأسيس السجل العقاري لم يتضمن أي نص يقضي بوجوب شهر الدعوى، وبذلك فإن هذا الإجراء يكون قد استحدثت بمرسوم وهو تشريع فرعي يتناقض مع تشريع عادي وهو قانون الإجراءات المدنية، وإذا وجد تعارض بين تشريع عادي وتشريع فرعي يطرح الفرعي و يطبق العادي.

أما بخصوص السؤال الثاني فإن المحكمة العليا اعتبرت الإجراء غير متعلق بالنظام العام تأسيساً على أن الإجراء يهدف للحفاظ على حقوق المدعي وذلك بعدم نفاذ أي إجراء أو تصرف يبرمه المدعي عليه على العقار، وبذلك فإن الإجراء مقرر لمصلحة المدعي وهو إجراء اختياري له ولا يرمي إلى تحقيق المصلحة العامة أو مصلحة المدعي عليه. وباعتماد هذين الأساسين توصلت المحكمة العليا إلى نقض وإبطال القرار مع الإحالة على نفس المجلس للفصل فيه من جديد.

التعليق:

إن التعليق على الحل القانوني الذي جاءت به المحكمة العليا يستدعي بحث المسألتين المثارتين للنقاش وهما:

- ما مدى اعتبار الإجراءات المتعلقة بالشهر المسبق للدعوى شرطاً لقبول الدعوى.
- ما مدى تعلق هذا الإجراء بالنظام العام.
و لذلك فإن التعليق يقسم إلى فرعين على النحو التالي.

الفرع الأول:

ما مدى اعتبار الإجراءات المنصوص عنه بالمادة 85 من المرسوم 76/63 شرطاً لقبول الدعوى:

تنص المادة 85 من المرسوم 76/63: "إن دعوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم شهرها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقاً طبقاً للمادة 14/04 من الأمر 75/74... وإذا تم إثبات الإشهار بموجب شهادة من المحافظ أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار"

يبدو باستقراء النص أن حريفة الواردة بعبارة: "... لا يمكن قبولها..." هي التي كانت سبباً لنشأة الجدل القانوني وتباين مواقف القضاء بخصوص طبيعة الدفع المستمد من نص هذه المادة. ولإعطاء القارئ

الإطار فإن إضافة شرط جديد لقبول الدعوى يبقى من اختصاص السلطة التشريعية طبقاً للمادة 122 الفقرة 08 من الدستور وأن سن هذا الشرط بموجب المرسوم أعلاه ينطوي على تجاوز صلاحيات السلطات التنفيذية، واعتداء على صلاحيات السلطة التشريعية.

ولذلك كان بالإمكان الاعتماد على مبدأ التدرج في هذا الإطار للقول بأنه كان على قضاة الموضوع الامتناع عن تطبيق المادة 85 من المرسوم 76/63 على الأقل عن طريق إعمال رقابة الامتناع لكون أن المرسوم 76/63 قد خرج عن الحدود المرسومة للسلطة التنفيذية.

الفرع الثاني

مدى تعلق الإجراء المنصوص عنه بالمادة 85 بالنظام العام.

لم تكن المحكمة العليا في القرار محل التعليق و بموجب الوجهة المثار تلقائياً عن الإجابة على النقطة القانونية الأولى المتمثلة في اعتبار الإجراء المنصوص عنه بالمادة 85 شرطاً لقبول الدعوى فحسب، بل أنها واصلت للإجابة على نقطة قانونية ثانية تتمحور حول تعلق هذا الإجراء بالنظام العام من عدمه. ويبدو أن المحكمة العليا قد ناقشت مسألة البطلان كجزء لا يتربط عن مخالفة الإجراء، ولذلك ولمواصله التعليق حول هذه النقطة القانونية يقتضي الأمر كذلك الرجوع إلى منهج المشرع الجزائي بخصوص بطلان إجراءات التقاضي، ثم تحليل موقف المحكمة العليا بالنظر لذلك.

أولاً: منهج البطلان في قانون الإجراءات المدنية: لم يضع قانون الإجراءات المدنية نصاً يحدد المنهج الذي يكون المشرع الجزائي قد اعتمده في هذا الصدد على غرار نظيره الفرنسي والمصري. ولاستخلاص منهج البطلان في قانون الإجراءات المدنية يتعين التطرق بإيجاز إلى موقف المشرع المصري والفرنسي باعتبار أن القانون والقضاء الفرنسي على وجه الخصوص والمصري بدرجته أقل كائناً ولا يزال المصدر إلهام للقضاء الجزائي، ثم استخلاص منهج البطلان على ضوء الأحكام القضائية.

01- منهج البطلان في القانون المقارن:

موقف المشرع الفرنسي:

بموجب القانون المؤرخ في 30/10/1935 أدخل المشرع الفرنسي تعديلاً على قانون الإجراءات المدنية فأورد المادة 114¹ التي تربط البطلان بالضرر، وطبقاً لهذا النص متى ترتب عن إغفال الإجراء المنصوص عنه ضرراً للخصم قضت المحكمة بالبطلان حتى في حالة غياب النص عن ترتيب البطلان كإجراء إجرائي للمخالفة¹⁴.

موقف المشرع المصري:

تنص المادة 20 من قانون المرافعات المصري الصادر في 09/05/1968: "يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه

من الأمر.

أن هذا المرسوم عدل بموجب المرسوم التنفيذي 93/132 المؤرخ في 19/05/1993، وأنه طبقاً لقاعدة توازي الأشكال لو كان المرسوم 76/63 تنظيمياً لعدل بموجب مرسوم رئاسي لأن هذا الأخير فقط هو الذي يوازيه من حيث الشكل. ويبدو من القرار محل التعليق أن قضاة المحكمة العليا قد اعتبروا المرسوم 76/63 مرسوماً تنفيذياً وطبقوا بالتبعية مبدأ تدرج القوانين كما هو موضح أعلاه للوصول إلى القول بأن الإجراء المنصوص عنه بالمادة 85 من المرسوم 76/63 ليس شرطاً لقبول الدعوى، وأن الدفع المستند من هذه المادة لا يمكن أن يكون دفعا بعدم القبول.

إذ أن الإجراء المذكور استحدث بموجب مرسوم، وأن قانون الإجراءات المدنية ومن بعده الأمر 74/75 المتعلق بإعداد مسح عام للأراضي وتأسيس السجل العقاري لم ينصا على هذا الإجراء كشرط لقبول الدعوى، ومن ثمة يوجد تعارض بين قانون الإجراءات المدنية الذي يعد تشريعاً عادياً والمرسوم 76/63 الذي يعد تشريعاً فرعياً ومتى كان الحال كذلك فإن مبدأ التدرج يقتضي استبعاد اللانحة وتطبيق القانون.

فقد جاء في حيثيات القرار: "حيث أن إجراء شهر العريضة الافتتاحية قد استحدثه مرسوم 76/63... وبذلك يكون المرسوم المنوه إليه قد استحدث شرطاً جديداً لصحة العريضة الافتتاحية لم يرد لافي قانون الإجراءات المدنية ولا في القانون المتضمن إعداد مسح عام للأراضي ومن ثمة يوجد تعارض بين القانون والمرسوم المشار إليه.

وحيث أنه وطبقاً لمبدأ تدرج القوانين الذي يقتضي بأنه في حالة ما إذا وقع تعارض بين التشريع العادي والتشريع الفرعي فإنه يطبق التشريع الأعلى ويطرح التشريع الأدنى.

وحيث أن قضاة الموضوع عندما طبقوا التشريع الفرعي وطرحوا التشريع الأعلى يكونون قد طبقوا ذلك المبدأ بالمفهوم العكسي."

لقد وفق قضاة المحكمة العليا مبدئياً في توظيف مبدأ تدرج القوانين للوصول إلى حل يمكن أن يوصف بالعادل من وجهة نظر قانونية، غير أنه وفي اعتقادي فإن المحكمة العليا لم توفق في صياغة الأساس المستند إليه للقول بسمو قانون الإجراءات المدنية على المرسوم 76/63.

إذ أن الأمر لا يتعلق بوجود تعارض بينهما، بحيث أن المرسوم 76/63 لم يأت بحكم يناقض ما جاء به قانون الإجراءات المدنية، بل جاء بحكم جديد تضمن إضافة للقانون تمثلت في إضافة شرط جديد لقبول الدعوى وهو الشهر المسبق، وفي هذه الحالة يتعين الاحتكام للتقليد الثالث الملقى على عاتق السلطة التنفيذية مصدرة المرسوم والمتمثل في عدم جواز إضافة اللانحة التنفيذية لحكم جديد ليس لازماً لتنفيذ القانون ويتعلق الحال بالأمر 75/74، وفي هذا

تجاوزاً لصلاحيات السلطة التنفيذية وخرقاً لمبدأ التدرج.

و ضماناً لتحقيق مبدأ تدرج القوانين فإن المشرع يكون قد أوجد رقابة على صحة التشريع تتجسد أساساً في صورتين:

- الرقابة عن طريق المجلس الدستوري الذي يخطر من طرف رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة ويكون مدعواً للفصل في مدى دستورية اللوائح.

- الرقابة القضائية والتي بمقتضاها يمكن للجهة القضائية المعروض عليها نزاع أن تمتنع عن تطبيق لائحة معينة بحكم مخالفتها للقانون الذي هو أسس منها درجة وتسمى هذه الرقابة برقابة الامتناع باعتبار أن القضاء غير مخول بالقول بعدم دستورية اللوائح.

02- مناقشة الحل المعتمد على ضوء مبدأ تدرج القوانين:

إن مناقشة الحل الذي جاءت به المحكمة العليا يقتضي تحديد طبيعة المرسوم 76/63 وأقصد بذلك هل هو مرسوم تنظيمي أو مرسوم تنفيذي، إذ إذا كانت الإجابة بأنه مرسوم تنظيمي فإنه يصبح من صلاحيات رئيس الجمهورية إضافة شرط جديد للدعوى القضائية بموجب مرسوم كما بينا أعلاه، أما إذا كان مجرد مرسوم تنفيذي فاعتقد أنه لا يمكن له أن يضيف هذا الشرط باعتباره أنه ليس لازماً لتنفيذ الأمر 75/74 الذي صدر من أجل ضمان تنفيذ.

ويبدو أن تحديد طبيعة المرسوم 76/63 أمر صعب جداً بالنظر للاعتبارات التالية:

- أن هذا المرسوم 76/63 وقع من طرف الرئيس الراحل هوري بومدين آنذاك بوصفه رئيس الحكومة ورئيس مجلس الوزراء في آن واحد وهو الشخص الذي كان يجمع سلطة إصدار اللوائح التنظيمية والتنفيذية في آن واحد، ولا يتضح من صيغة التوقيع ما إذا كان وقعه بصفته صاحب السلطة التنظيمية أو التنفيذية.

- أن المرسوم 76/63 صدر بتاريخ 25/03/1976 في غياب أي دستور يحدد الصلاحيات التنظيمية أو التنفيذية لرئيس الجمهورية باعتبار أنه صدر قبل دستور سنة 1976 الذي كان بتاريخ 22/11/1976 وأنه قبل هذا التاريخ كان دستور 1963 قد ألغي أو علق العمل به بموجب بيان 19/06/1965¹²، وعليه فإنه لا يوجد أي دستور يمكن على ضوءه تحديد طبيعة هذا المرسوم.

ومع ذلك اعتقد أنه باستقراء مختلف أحكام هذا المرسوم يتضح أنه ذو طابع تنفيذي بالنظر إلى ما يلي:

- أن العديد من نصوصه أشارت إلى كيفية تطبيق بعض مواد الأمر 75/74 ومنها مثلاً المادة 33 الخاصة بشكل وكيفية التأشير والتي تشير إلى المادة 08 من الأمر 75/74، وكذلك المادة 45 المتعلقة بالدفتر العقاري والتي تشير إلى المادة 18

ينجر عنه نفاذ التصرف في حق المدعي بقولها: "... إذا رفعت الدعوى ولم يتم إشهارها ... وقام المدعي عليه بالتصرف في العقار فإن التصرف ينفذ في حق المدعي...". منتهية بذلك إلى اعتبار الإجراء المستوجب بالمادة 85 وفضلا عن كونه لا يعد شرطا لقبول الدعوى فهو أيضا لا يتعلق بالنظام العام لتقضي بنقض القرار المطعون ضده لهذا السبب أيضا.

ويبدو من هذه الزاوية أن الحل المعتمد من طرف قضاة المحكمة العليا يصب في باب الاجتهاد القضائي بخصوص منهج المشرع الجزائي في البطلان، وقد استعملت المحكمة العليا معيار المصلحة لتحديد طبيعة الدفع ومدى تعلقه بالنظام العام باعتبار أن الباب كان مفتوحا لاستعمال أي معيار في غياب نص قانوني يحدد البطلان - على الأقل من وجهة نظر قضاة الغرفة المدنية بالمحكمة العليا - كجزء لا يتربط عن الإجراء المغفل.

إن الحل الذي جاءت به المحكمة العليا بخصوص عدم تعلق الإجراء بالنظام العام كان يمكن أن يكون منطقيا وسليما جدا لو أن النقاش كان منصبا على إجراء قضائي لا يختلف حول طبيعته القضائية اثنين، أو بعبارة أخرى لا ينازع أحد في كون الإجراء المنصوص عنه بالمادة 85 هو شكلية إضافية فضلا عن تلك المنصوص عنها بالمادة 12 من قانون الإجراءات المدنية.

لكن الحال ليس كذلك على الأقل بالنظر إلى نص المادة 85 الذي جاء صريحا في أن الأمر يتعلق بعدم القبول وليس البطلان، والفرق بين الأمرين واضح وجلي في كون الأول هو جزء تخلّف شرطا لرفع الدعوى، والثاني هو جزء تخلّف لإجراء من إجراءات الخصومة أو وروده مشوبا بعيب معين، وفي هذا الإطار فقط كان يمكن مناقشة تعلق الإجراء بالنظام العام من عدمه وفقا لمنهج البطلان السابق ببيانه.

وفي اعتقادي أن الغرفة المدنية مصدرة القرار محل التعليق وكما ورد في حشويته القرار "... إذ أن إجراء شهر العريضة الافتتاحية..." قد اعتبرت أن شهر العريضة هو إجراء قضائي ليس في سياق مناقشة الطرح الوارد بالقرار محل الطعن بالنقض فحسب، ما دام أنها قد استرسلت في مناقشة تعلق هذا الإجراء بالنظام العام من عدمه - والذي أثاره قضاة الموضوع تلقائيا - وكان الحال لا يقتضي هذه المناقشة لو كان هذا الإجراء ليس إجراء قضائيا، و كان يمكن أن يكون القرار أكثر انسجاما بالاكتمال بمبدأ التدرج على النحو المتقدم للقول بأن الإجراء المنصوص عنه بالمادة 85 لا يمكن أن يكون إجراء لعريضة الافتتاح تأسيسا على عدم النص عليه بقانون الإجراءات المدنية.

وما دام الحال كذلك فإن المنطق المعتمد من المحكمة العليا يطرح أكثر من سؤال: - لماذا لم تطبق المحكمة العليا نفس المبدأ - تدرج القوانين - لاستبعاد المادة

من الحكم، وأن ذكر أسماء الأطراف بالحكم القضائي إجراء جوهري ولا يغني عنه مجرد ذكر اسم المحامي".

- تعلق الإجراء بالنظام العام:

فإذا تعلق الإجراء المنصوص عنه بالنظام العام كان جزءا مخالفته البطلان مثل قواعد الاختصاص النوعي طبقا للمادة 93 من ق.إ.م. وتأسيسا على ذلك اعتبر أن اطلاع النيابة على الملف في الأحوال المذكورة بالمادة 141 ق.إ.م. يتعلق بالنظام العام، وأن تلاوة المستشار المقرر للتقرير بالجلسة يعد من النظام العام".

غير أنه في هذه الحالة فإن القضاء يملك سلطة تقديرية واسعة في استعمال أي معيار لاستخلاص تعلق الإجراء بالنظام العام، فيجوز اللجوء إلى معيار المصلحة أو الغاية أو الضرر أو غير ذلك من المعايير.

- **الإجراء يقرر ضمانات للخصم:** ولا سيما حق في الدفاع، ولذلك اعتبر عدم تبليغ عريضة الطعن بالنقض إلى المطعون ضده إخلالا بحق الدفاع، و اعتبر كذلك مناقشة مسألة في غياب الخصم إخلالا بمبدأ المواجهة وخرقا لحق الدفاع يترتب عنه البطلان".

ثانيا- التعليق على موقف المحكمة العليا بخصوص الأثر المترتب عن مخالفة المادة 85:

لم تبين المحكمة العليا المنهج المعتمد لتحديد الأثر المترتب على مخالفة الإجراء المستوجب بالمادة 85 من المرسوم 76/63 واكتفت بالقول أنه لا يترتب عنه البطلان، معتبرة أنه في ظل غياب النص الصريح على البطلان بنص المادة 85 من المرسوم 76/63 يتعين الرجوع إلى القناعة العامة التي تقضي بأنه لا بطلان بدون نص.

وبخصوص ما إذا كان هذا البطلان متعلقا بالنظام العام أم لا فإن المحكمة العليا تكون قد اعتمدت معيار المصلحة، الذي يقتضي أنه كلما كان الإجراء المقرر يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة عد من النظام العام، أما إذا كان يقرر حماية مصلحة المدعي أو المدعي عليه فقط فإنه لا يتعلق بالنظام العام.

و إسقاطا منها لهذا المعيار على الوقائع خلصت المحكمة العليا إلى القول أن الشهر المسبق للدعوى هو إجراء مقرر لحماية حقوق المدعي فهو يهدف أساسا إلى عدم نفاذ أي تصرف يقوم به المدعي عليه على العقار محل الدعوى المشهورة وفضلا عن ذلك فهو حق اختياري لا يجبر صاحبه على استعماله بقولها: "إن الإجراء يحافظ على حقوق المدعي ومن ثم يبقى إجراء شهر الدعوى ... إجراء اختياري ... منتهية في هذه الحثية إلى القول أن: "... إن إجراء شهر العريضة مقرر لمصلحة المدعي المحضة ...".

و وصلت المحكمة العليا في نفس السياق معتبرة أن الإجراء لا يمس بمصالح المدعي عليه الذي يبقى مالكا لسلطة التصرف في العقار وأن عدم الشهر

عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء ولا يحكم بالبطلان رغم النص عنه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء".

يتضح من هذا النص أن المشرع المصري يعتمد معيار الغاية ويربط البطلان بعدم تحققها. ويتضح أن المشرع المصري ارتأى أنه لا ينبغي الإغراق في الشكليات والحكم بالبطلان رغم تحقق الغاية التي شرع من أجلها الإجراء. وانطلاقا من ذلك يمكن الحكم بالبطلان رغم عدم النص الصريح عليه متى لم تتحقق الغاية من الإجراء وبالعكس يمكن رفض القضاء بالبطلان رغم النص الصريح عليه متى تحققت الغاية من الإجراء. وعلى ضوء ذلك فإن أهمية النص على البطلان تبدو في قلب عيب الإثبات لا غير إذ يكفي من يتمسك بالبطلان أن يكون النص القانوني قد أورد الحكم ببطلانه ويبقى على عائق الطرف الآخر أن يثبت أن الغاية من الإجراء المطعون فيه بالبطلان قد تحققت".

02- موقف المشرع الجزائي: باعتبار أنه لا يوجد نص في قانون الإجراءات المدنية بخصوص بطلان الإجراءات فإنه لا بد من الاستعانة بأحكام القضاء لاستخلاصه. وباستقراء مختلف الأحكام في ذلك يمكن التمييز بين حالتين:

(أ) حالة النص الصريح: إذا نص المشرع على البطلان كجزء على عدم اتخاذ الإجراء أو وروده معيبا فإن القاضي لا يملك أي سلطة تقديرية سواء كانت المصلحة التي يريدها المشرع من الإجراء عامة أو خاصة. ومثال ذلك نص المادة 98 ق.إ.م. التي تستوجب تحت طائلة البطلان تذكير الطرف المبلغ بالحكم الغيابي أن له مهلة 10 أيام للمعارضة وإلا سقط حقه في ذلك.

(ب) حالة النص غير الصريح:

يكون القضاء الجزائي قد استقر على قاعدة عامة في حالة عدم النص الصريح على البطلان مفادها أنه لا بطلان إلا بنص، غير أنه أورد استثناءات على هذه القاعدة على النحو التالي:

* **القاعدة العامة:** استقر القضاء الجزائي في العديد من القرارات أن مخالفة بعض الإجراءات أو الأشكال لا يترتب عه البطلان ومنها مثلا إغفال التأشير على الوثائق، أو عدم ذكر القضية للتصوص القانونية المطبقة على النزاع، عدم تبليغ المستندات للخصم طبقا للمادة 32 من ق.إ.م. ...

* **الاستثناءات:** يكون البطلان هو جزء المخالفة رغم عدم النص الصريح إذا كان الإجراء جوهريا، و يكون الإجراء جوهريا إذا كان متعلقا بالنظام العام أو كان الشكل المقرر للإجراء لازما لوجود الإجراء نفسه أو كان الإجراء يقرر ضمانات قانونية للخصم كما يلي:

- **المشكل مقرر لوجود الإجراء نفسه:** في هذا اعتبرت المحكمة العليا أن التوقيع على أصل القرار من الرئيس شكلية لازمة لوجود القرار، وأن محضر تبليغ الحكم يجب أن يذكر أن المبلغ له سلمت له نسخة

- الشرعية الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص، 20.
- 21- حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص، 99.
- 6- رمضان أبو السعود و محمد حسين منصور، المداخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، ص، 108. و أنظر أيضا حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص، 98.
- 7- رمضان أبو السعود، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص، 108.
- 8- سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص، 56، 59.
- 9- رمضان أبو السعود و محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص، 107.
- 10- أنظر المواد 166، 167، 169 من دستور 1996.
- 11- سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص، 184-189.
- أنظر أيضا رمضان أبو السعود و محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص، 126-130، حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص، 99.
- 12- الأمين شريط، الوكيل في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999، ص، 136.
- 13- L'article 114 du nouveau code de procédure civile dispose: " aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'en est pas expressément prévue par la loi, sauf en cas d'observation d'une formalité substantielle ou d'ordre public. La nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public ".
- 14- أشار إليه عبد الحكيم فودة، البطان في قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص، 27.
- 15- نبيل إسماعيل عمر و أحمد خليل، المرجع السابق، ص، 450-454، أنظر أيضا عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص، 31-32.
- 16- أنظر موقف المشرع الجزائري من مناهج البطان في الإجراءات المدنية، بوشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية، طبعة 2001، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص، 187-196.
- 17- أنظر في هذا الإطار القرارات الصادرة عن المحكمة العليا المجلس الأعلى سابقا: بوشير محمد أمقران، المرجع السابق، الهوامش الواردة في ص، 190-193. 18- أنظر لبعض قرارات المحكمة العليا في هذا الإطار، بوشير محمد أمقران، المرجع السابق، هوامش الصفحتين 194، 195.
- 19- بوشير محمد أمقران، المرجع السابق، ص، 1، 2، ص، 196.
- 20- بوشير محمد أمقران، المرجع السابق، ص، 4، 5، ص، 196.
- 21- أنظر أذناه قرار الغرفة العقارية بالمحكمة العليا.
- 22- حمدي باشا عمر، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2003، ص، 235-236.
- 23- مجيد خلوفني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني لأشغال التربية، 2003، ص، 30.
- 24- أنظر على سبيل المثال: قرار مجلس الدولة رقم 203024 في 21/06/2000 غير منشور، أشار إليه بوضوف موسى، دور القضاة الإداري في المنازعات العقارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 02، 2002، ص، 34.
- قرار الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 24/03/2000 رقم 186606، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، 2000، المحكمة العليا، قسم الوثائق، الجزائر، 2004، ص، 166-170.

للأراضي و تأسيس السجل العقاري و المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني الذي اعتمدته المشرع الجزائري كأساس للشهر العقاري فإن هذا الحل لا يحقق العدالة.

إذ أن نظام الشهر العيني يلعب عدة أدوار مهمة و منها على وجه الخصوص الوظيفة الإعلامية للجمهور بوضعية العقار²⁵. و من هنا جاء النص على الشهر المسبق للدعوى كونه الإجراء الوحيد الذي يسمح بإحاطة الغير الذي يريد التعامل في العقار محل الدعوى المشهورة علما بأنه محل نزاع قضائي و أن هذا النزاع القضائي قد ينجر عنه هدم السند القانوني الذي كان مصدرا للحق العيني الذي يقدم هذا الغير على التعامل فيه الشيء الذي يجعله عالما بخطورة ما يقدم عليه و يترتب عنه بعد ذلك إمكانية الاحتجاج عليه بالحكم الذي يصدر في الدعوى. و متى تعلق الإجراء بإعلام الغير على النحو المتقدم و بحقوق الغير حسن النية الذي كثير ما حظي بالحماية القانونية للمشرع - على غرار الحائز للمنفق و بحسن نية مثلا - فإن الإجراء المشرع بالمادة 85 يصبح يحقق مصلحة الغير التي يتحقق معها استقرار المراكز القانونية و السوق العقارية بوجه عام و هو الأمر الذي لا يمكن وصفه إلا بالمصلحة العامة و من ثمة يضحى الإجراء متعلقا بالنظام العام على غرار ما ذهب إليه مجلس الدولة و كذلك الغرفة العقارية بالمحكمة العليا في عدة قرارات²⁶.

و خلاصة القول فإنني إذا كنت اتفق مع كون الإجراء الذي نصت عليه المادة 85 من المرسوم 76/63 ليس شرطا لقبول الدعوى و لا يمكن له أن يكون كذلك بمجرد النص عليه بمرسوم، إلا أن عدم استقرار موقف القضاء الجزائري حول هذه المسألة بالنظر إلى تباين الأسباب القانونية و الفلسفية التي يعطيها كل واحد لموقفه، فإن الأمر يستدعي تدخلا عاجلا من طرف المشرع الجزائري لوضع حل نهائي لهذه المسألة و ذلك بإدراج محتوى نص المادة 85 ضمن الأمر 75/74 و هكذا فقط يمكن أن يكون المشرع الجزائري أكثر تناسقا مع نفسه و يضيف الشرط الجديد لقبول الدعوى بموجب قانون و ليس مرسوم.

* محام بمنظمة المحامين سطيف
ماجستير في القانون الخاص

الهوامش

- 1- المجلة القضائية، العدد 01، 2002، ص، 232، 236.
- 2- أحمد ككازة، شهر الدعوى القضائية، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، 2005، ص، 57.
- 3- علي حسن عوض، الدفوع بعدم القبول في المواد المدنية و الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص، 14-20.
- 4- نبيل إسماعيل عمر و أحمد خليل، قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص، 343-349.
- و أنظر كذلك، علي عوض حسن، المرجع السابق، ص، 20.
- 5- سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية و مبادئ

85 أساسا ما دام أن إجراءات عريضة افتتاح الدعوى منصوص عنها بالمادة 12 من قانون الإجراءات المدنية، و أن الأمر 75/74 لم ينص على هذا الإجراء كإجراء إضافي لتلك المحددة بالمادة 12؟

- لماذا لم تكثف المحكمة العليا باعتبار المرسوم 76/63 قد تعارض مع قانون الإجراءات المدنية و تتفادى النقاش كليا في تعلقه بالنظام العام من عدمه ما دام أنه لا يمكن لهذا المرسوم أن يضيف إجراء جديدا لعريضة الافتتاح لم ينص عنه قانون الإجراءات المدنية؟

- ألا تشكل الحيثية المذكورة أعلاه تناقضا في المنطق المعتمد باعتبار أن المحكمة العليا استعملت مبدأ التدرج للقول أن المرسوم لا يمكن أن يستحدث شرطا لقبول الدعوى ثم اعترفت بأن الإجراء نفسه هو إجراء متعلق بعريضة الافتتاح، مع أن شروط قبول الدعوى و إجراءات رفعها هي على حد سواء من المسائل المتعلقة بالإجراءات المدنية التي تستقل السلطة التشريعية بسنها طبقا للدستور؟

إن إقدام قضاة المحكمة العليا على مناقشة تعلق الإجراء بالنظام العام - و هو ما يفيد على الأقل أنها اعتبرت الإجراء هو إجراء قضائي - فضلا عن كونه لا يتفق و صراحة نص المادة 85 و الأسباب المذكورة أعلاه فهو أيضا غير منطقي في اعتقادي - و هذا رأي الشخصي الذي يبقى للقراري الكريم حق نقده - باعتبار أن الأمر يطرح خيارين لا ثالث لهما:

- فإما أن يناقش الإجراء بوصفه شرطا لقبول الدعوى، و في حالة اعتباره كذلك تطرح إمكانية لمناقشة تعلق الشرط بالنظام العام كما ذهبت إلى ذلك الغرفة العقارية بالمحكمة العليا²⁷.

- و إما أن يستبعد الإجراء بوصفه شرطا لقبول الدعوى بالاعتماد على مبدأ تدرج القوانين كما ذهبت إلى ذلك الغرفة المدنية بالمحكمة، و في هذه الحالة لا يقتضي الأمر مناقشة تعلقه بالنظام العام أساسا لأن هذه إمكانية تكون متاحة فقط في الحالة العكسية.

أما و أن يستبعد الإجراء بوصفه شرطا لقبول الدعوى بالاعتماد مبدأ التدرج، ثم يناقش بوصفه إجراء قضائيا مع أن نفس المبدأ - تدرج القوانين - لا يسمح باعتباره كذلك بالنظر للاعتبارات التي ذكرناها أعلاه فإن الأمر يقود إلى القول بوجود خطأ في الاستدلال القانوني أو المنطق القانوني المعتمد.

خاتمة:

إن الحل الذي جاءت به الغرفة المدنية للمحكمة العليا في قضية الحال يمثل رجوعا و تكريسا لاجتهاد سابق للغرفة المدنية تجسد بالقرار الصادر في 12/07/1995 ملف رقم 130145²⁸.

و إذا نظرنا لهذا الحل من وجهة نظر قانونية محضة فيمكن القول أنه حل قانوني يتفق مع المبادئ العامة للقانون، غير أنه من وجهة نظر فلسفية بالنظر إلى أسباب سن الأمر 75/74 المتعلق بإعداد مسح عام

بيع العربون في الشريعة والقانون



د. عبد الرحمن مراد *

على ان الباطل في المعاملات لا يجوز وليس فيها تعيين الباطل.

- ان الاستدلال على بيع العربون من اكل المال بالباطل يدفعه الاستثناء المذكور في تمام الآية نفسها وهي قوله: "الا ان تكون تجارة عن تراض منكم" قال ابن القيم: فإباح التجارة التي تراض بها المتبايعين فإذا تراضيا على شرط لا يخالف حكم الله، جاز لهما ذلك (9).

ومن السنة: الاحاديث المانعة من بيع الغرر، حيث افردا العلماء في كتبهم الفقهية تحت باب مستقل وجعلوه اصلا بنفسه يدخل فيه جملة من البيوعات التي تفيد الغرر وهي داخله تحت اكل اموال الناس بالباطل المنهي عنه.

والجواب ان هذا غير مسلم به لان بيوعات الغرر في الشرع معروفة وليس كل بيع تردد فيه بين الامضاء والقسخ هو من باب الغرر، ولهذا يقول ابن القيم "من حرم بيع شيء وادعى انه غرر طوّل بدخوله في مسمى الغرر لغة وشرعا (10)" ما رواه - عمرو ابن شعيب - عن ابيه عن جده "ان النبي صلى الله عليه وسلم - نهى عن العربان في البيع (11)" ورد على هذا الحديث بعدة ردود - ان فيه راويا لم يسم - وان سمي في روايته - ابن ماجة - فهي ضعيفة لاجل عبد الله بن عامر الاسلمي - وقيل لاجل ابن لهيعة وهما ضعيفان.

اضافة الى الدليل النقلي هناك الدليل العقلي المستشف من العقل:

يقول الدكتور وهبة الزحلي في شرحه "... ولان فيه شرطين فاسدين: احدهما شرط الهبة والثاني شرط الرد على التقدير الا يرضي، ولانه شرط للبايع شيئا بغير عوض فلم يصح، كما لو شرطه لاجنبي، ولانه بمنزلة الخيار للمجهول، فانه اشترط ان يكون له رد المبيع من غير ذكر مدة، فلم يصح كما لو قال: ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها ردهما، وهذا هو مقتضى القياس (12)"

ايضا هناك وجهين:

الاول: ان بيع العربون اتمانى الشريعة عنه لما احتوى من شرط فاسد.

الثاني: حيث ذهب بعضهم الى انه يحترق على شرطين فاسدين - فساد شرط كون ما دفعه اليه يكون بدون عوض ان اختار ترك السلعة كما افاده التعريف للعربون.

- والثاني فساد شرط الرد على البائع اذا لم يقع منه

وازالة الفساد لنلا يملكه غيره باشترائه (2) " ويعني في اللغة: التسليف والتقديم... (3).

والاعراب اعطاء العربون كالتعريب الذي هو البيان لانه بيان البيع، قال الفراء: اعربت وعربت تعريبا وعربنت اذا اعطيت العربان - والعربان كعثمان.

العربون في الاصطلاح الشرعي:

هو ان يشتري الرجل شيئا فيدفع الى البائع من ثمن المبيع درهما او غيره مثلا: على انه ان نفذ البيع بينهما احتسب المدفوع من الثمن، وان لم ينفذ يجعل هبة من المشتري للبائع (4) فهو بيع يثبت فيه الخيار للمشتري: ان امضى البيع كان العربون جزءا من الثمن وان رد البيع فقد العربون.

يلاحظ ان هذا البيع كان فاسدا بحسب قواعد الحنفية - لان الفساد يرجع للثمن الا انه ذكره في انواع البيع الباطل لان الغالب بقاءه على الفساد فيصبح باطلا ولان فيه غرر. مدة الخيار غير محدودة بزمان، واما البائع فان البيع لازم له

صفة بيع العربون: ان يشتري المشتري شيئا ويدفع جزءا من ثمنه الى البائع فان نفذ البيع احتسب من الثمن وان لم ينفذ اخذه البائع على انه هبة له من المشتري (5).

قال الامام مالك رحمه الله: ان يشتري الرجل العبد او الوليدة او يتكاري دابة ثم يقول للذي اشترى منه ان يتكاري منه: اعطيتك دينار او ردهما اكثر من ذلك او قل على اني ان اخذت السلعة او ركبته ما تكررت منك فالذي اعطيتك هو من ثمن السلعة او من كراء الدابة وان تركت ابتياع السلعة او كراء الدابة فما اعطيتك لك باطل بغير شيء (6).

حكم بيع العربون واختلاف العلماء فيه:

اختلف العلماء في حكم بيع العربون الى قولين او رأيين:

الرأي الاول: ذهب اليه جمهور الامصار الى انه غير جائز بل هو باطل ولا يصح - وهو قول - مالك و الشافعي والليث ابن سعد وعبد العزيز بن ابي سلمة وسفيان الثوري والاوزاعي والحنيفة وحكي ابن المنذر بطلانه عن ابن عباس والحسن البصري (7). واستدلوا بالكتاب بقوله "يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم" الآية 29 النساء.

قال القرطبي: مفسرا كلمة "الباطل" "اي بغير حق ووجوه ذلك تكثر... ومن اكل المال بالباطل بيع العربون... لانه من باب القمار والغرر والمخاطرة واكل المال بالباطل بغير عوض ولا هبة وذلك باطل بالاجماع (8)".

والرد على هذا يكون من وجهين:

- انه لا يسلّم ان بيع العربون من الباطل حتى نبينه بالدليل، وحينئذ يدخل هذا في العموم فهي دليل

مقدمة:

كثيرا ما نصادف في حياتنا جملة من التعاملات التي تقتضيها الضرورة الاجتماعية وتصبح ضرورة في المعاملات حتى أصبحت أعرافا منها جملة من البيوع - نسلط الضوء على احدها لنتناوله بالدراسة وهو بيع العربون الذي اصبح متداولاً بكثرة في الأعراف التجارية لتسهيل التعاملات.

ولقد اولت الشريعة الإسلامية أهمية كبرى لهذا البيع كبقية البيوع، وخصصت له جانب كبير من اهتماماتها الواسعة فكان محل بحث وجدال بين فقهاء الدين الإسلامي، وظهر فريقان فريق يجيز بيع العربون وفريق يحرمه.

كما نصت معظم القوانين الوضعية منها الثلاثينية - كالقانون الفرنسي - ومعظم التقنيات العربية - كالتقنين المدني المصري - السوري - الكويتي - الليبي - السوداني - العراقي - ولم تنص عليه دول اخرى كليبيا.

كما ان المشرع الجزائري لم يتطرق إليه في تشريعاته السابقة، وازاء حالة عدم وجود نص في هذه المسألة، ارتأى المشرع الجزائري النص عليه وذلك بإعطائه التكليف القانوني واعتبره ثمنا للعدول حسب ما جاء في المادة المضافة في التعديل الأخير للقانون المدني رقم 05/10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 - في المادة 72 مكرر منه.

بيع العربون في الشريعة الإسلامية: اولت الشريعة الإسلامية أهمية كبرى في مسائل كثيرة في جانب المعاملات كبقية الجوانب - ونظمها بشكل دقيق، ولعل من بين هذه المسائل الكثيرة في جانب المعاملات وفي البيوع بصفة اخص مسألة بيع العربون.

هذه المسألة وان اختلفت فيها آراء العلماء مما سيأتي بيانه الا انه في وقتنا الحاضر انتشر هذا النوع من البيوع ولهذا يقول الشيخ مصطفى الزرقاء "من المعلوم ان طريقة العربون هي وثيقة الارتباط العامة في التعامل التجاري في العصور الحديثة وتعتمدها قوانين التجارة وعرفها وهي اساس لطريقة التعهد، بتعويض ضرر الغير عن التعليل والانتظار" لهذا سوف نتعرض لتعريف هذا البيع في اللغة والاصطلاح الشرعي ثم نعرف حكم هذا البيع والاختلاف الحاصل في حكمه بين العلماء.

بيع العربون لغة: في العربون ست لغات افصحها فتح العين والراء - العربون وضم العين واسكان الراء العربون وعربان بالضم والاسكان (1). وعن صورته قال ابن الاثير "وقيل سمي بذلك لان فيه اعرابا لعقد البيع أي اصلاحا

الرضا بالبيع .

والرد على الاول من المعقول: هو ان فساد الشرط اما ان يكون من قبل النص وهذا ضعيف واما ان يكون لعدم وجود النص عليه وهذا لا يلزم اذا الاصل في المعاملات والاعيان الحل والصحة وعدم الحرمة .

واما الرد على الثاني: انه حصل له ذلك بالشرط فاشبه بالهبة واما الثاني فنظيره في الشرع موجود حله وهو بيع الخيار وهو مشروع سواء كان خيار المجلس او الشرط اذ يشترك كل من بيع العربون وبيع خيار الشرط والمجلس في التخيير بين امضاء البيع وفسخه (13).

الراي الثاني: اجازوا هذا البيع منهم الامام احمد في رواية الميموني عنه وهو قول جمهوري الحنابلة . ومن الصحابة عمر ابن الخطاب وابنه عبد الله بن عمر ونافع بن الحارث وصفوان ابن امية رضي الله عنهم ، ومن التابعين زيد بن اسلم ومولى عمر بن الخطاب ومجاهد وابن سيرين ونافع مولى عمر وسعيد ابن المسيب واستدلوا في ذلك بان الاصل في المعاملات الحل والصحة فمن القران الكريم : قوله تعالى " قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده الطيبات من الرزق " الآية 32 الاعراف . وقوله تعالى : " يسألونك ماذا احل لهم قل احل لكم الطيبات " المائدة 03 . وقوله ايضا " قل لا اجد فيما اوحى الي محرما على طاعم يطعمه " الانعام 13 .

فهذه جملة من الايات يجيز فيها الله عز وجل : انه جعل الارض وجميع ما فيها لبنى ادم منافع فهو دليل على ان الاصل في الاشياء الاباحة حتى يقوم الدليل على النقل عن هذا الاصل ولا فرق بين الحيوانات وغير ما يمتنع بها من غير ضرر (14).

ومن السنة: قوله - صلى الله عليه وسلم - من حديث ابي هريرة " المسلمون عند شروطهم والصلح جائز بين المسلمين (15) " وقوله - صلى الله عليه وسلم - من حديث عقبة ابن عامر : احق الشروط ما استحللتم به الفروج (16) "

واما استدلالهم بالنسبة على موضع الخلاف فهو ما رواه زيد ابن اسلم " ان النبي صلى الله عليه وسلم - احل العربان في البيع ووجهه ظاهر في اباحة العربان في البيع ، والجواب عنه قول ابن حجر " هذا الحديث ضعيف مع ارساله (17) " قال الامام احمد بن حنبل لا باس به ودليله ما اخرجه عبد الرزاق في مصنفه من حديث زين ابن اسلم انه " سئل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن العربان في البيع فاحله (18) " وما روى فيه عن نافع بن عبد الحارث : " انه اشترى لعمر دار السجن من صفوان ابن امية باربعة الاف درهم - فان رضي عمر - كان البيع نافذا وان لم يرضى فصفوان اربعمائة درهم وضعف احمد الحديث في بيع العربان . واصبحت طريقة البيع بالعربون في عصرنا الحاضر اساسا للارتباط في التعامل التجاري الذي يتضمن التعهد بتعويض ضرر عن التعطل والانتظار (19).

وقال ابن سريين وابن المسيب لا باس اذا كره السلعة ان يردا ويرد معها شيئا . و اجازة ايضا ابن عمر (20).

ويقول الدكتور وهبة الزحيلي: " وفي تقديره انه يصح ويحل بيع العربون واخذه عملا بالعرف لان الاحاديث الواردة لم تصح (21) "

بيع العربون في القانون :

الاصل في العقد انه بات ، لان العقد شرعية المتعاقدين فلا يجوز لاحد طرفيه الرجوع فيه لكن هناك استثناءات تقتضيها الظروف في الواقع وتتطلبها سرعة المعاملات وقد يحدث ان يدفع احد العاقدين وقت ابرام العقد مبلغا من المال في الغالب نقودا يسمى العربون للمتعاقدين الاخر .

تعريف بيع العربون ومدلوله

تعريفه : العربون مبلغ من النقود يدفعه احد الطرفين للآخرين عند التعاقد وذلك اما بقصد حفظ الحق لكل منهما في العدول عند العقد نظير خسارة المبلغ الذي دفع او قيام من تسلم هذا المبلغ برد ضعفه اذا عدل ، وذلك بصرف النظر عن وقوع ضرر ام لا واما بقصد تأكيد التعاقد واعتبار ان العقد قد صار باتا لا رجوع فيه ، ويكون العربون تنفيذا جزئيا للالتزام باداء الثمن في حالة البيع ، او باداء الاجرة في حالة الاجار ... (22)

- هو ان يدفع احد العاقدين وقت ابرام العقد مبلغا من المال في الغالب نقودا للمتعاقدين الاخر (23)

مدلوله او دلالاته: كما ذكرنا سابقا في تعريف العربون ان للعربون لدالتين :

- ان العربون يفيد احتفاظ الطرفين بحق العدول .
- ان العربون يفيد تأكيد التعاقد وان العقد قد صار باتا لا رجوع فيه (24).

ويتضح ان دفع العربون وقت ابرام العقد يدل على حق كل من المتعاقدين في العدول عن العقد خلال مدة معقولة الا اذا اتفق صراحة او ضمنا على ان يدفع العربون تأكيد للعقد وجعله باتا وعلى ذلك اذا لم يرجع احد الطرفين عنه خلال تلك المدة اصبحت العقد باتا ويعتبر العربون تنفيذا جزئيا له بمعنى انه جزء من الثمن اذا كان العقد بيعا او من الاجرة اذا كان اجارا (25).

ومن الجدير بالذكر ان كلتا الدالتين قابلة لاثبات العكس ويستفاد ذلك من نية المتعاقدين ومن ظروف التعاقد .

موقف القوانين المختلفة من بيع العربون ودلالاته:

اختلفت القوانين الوضعية في بيع العربون ودلالاته وهذا ما سنسببه في فرعين ندرجهما تحت هذا المطلب وهما موقف القوانين من هذا البيع ودلالاته واختلافها من قانون الى اخر .

موقف القوانين المختلفة لهذا البيع واختلاف وجهات النظر:

اخذت القوانين اللاتينية بدلالة العربون وكذلك القوانين العربية الحديثة منها القانون المصري والقانون السوري وكذا القانون الليبي والقانون

الكويتي والقانون العراقي واختلفت وجهات نظر هذه القوانين بحسب الدلالة فمنها من اخذ بالدلالة الاولى ومنها من اخذ بالدلالة الثانية للعربون دلالاته واختلافها من قانون الى اخر : اختلفت القوانين في نظرها الى دلالة العربون فمنها من يذهب الى ان العربون يفيد احتفاظ الطرفين بحق العدول وهذا ما اتجهت اليه القوانين اللاتينية وخاصة القانون الفرنسي ومنها ما يأخذ بالاتجاه الاخر والذي يذهب الى ان العربون يفيد تأكيد التعاقد وان العقد صار باتا لا رجوع فيه (26).

وقد انقسمت القوانين العربية كذلك حول هذا الموضوع فمنها القانون المصري والسوري والليبي والكويتي ما يأخذ بالدلالة الاولى وهي حق العدول ومنها العراقي وهو يأخذ بالدلالة الثانية فقد نصت المادة 92 " على ان دفع العربون يعتبر دليلا على ان العقد اصبحت باتا لا يجوز العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك . اما القانون اللبناني فلم يرد فيه نص تشريعي ينظم العربون كبقية القوانين الاخرى المذكورة ولكن يبدو من الاجتهادات في القضاء اللبناني انه اذا لم تتضح نية الطرفين حول دلالة العربون فان المحاكم لم تستقر على اتجاه من الاتجاهين السابقين فمنهما ما يأخذ بدلالة امكان العدول ومنها ما يأخذ بدلالة البت في العقد (27).

ويلاحظ انه اذا اعتبر العربون كدلالة على حق الطرفين في العدول فان عدول من دفعه يؤدي الى فسخه وعدول من قبضه يلزمه برد ضعفه ، ويتحقق ذلك حتى ولو لم يترتب على هذا العدول أي ضرر ، اما اذا تبين من قصد الطرفين ان العربون كان تأكيد للعقد فانه لا يجوز لأي من المتعاقدين ان يعدل عن هذا العقد وعندئذ يعتبر العربون تنفيذا جزئيا للعقد فاذا فسخ العقد طبقت القواعد العامة وليس من اللازم في هذه الحالة ان يكون التعويض الذي يحكم به مساويا للعربون وانما يرتبط التعويض بقدر الضرر .

العربون ودلالاته في القانون المدني الجزائري:

لم ينص التقنين المدني الجزائري السابق على دلالة العربون بالرغم انها كانت محل خلاف ونقاش في الفقه العربي والقرشي . وقد حسمت اغلب التقنينات العربية هذا الخلاف فالتقنين المصري طبقا لما ذكر انفا جعل العربون دليلا لحق العدول (م 103) والتجاري الكويتي في المادة (116) والمدني السوداني بنصه في المادة (88) اما العراقي فقد جعله دليل البتات لا دليل جواز الرجوع (م 92) .

وازاء حالة عدم وجود نص في هذه المسألة فقد ارتأى المشرع الجزائري ان ينص على دلالة العربون سواء اكانت حقا للعدول ام تأكيدا للعقد طبقا لما يراه .

غير ان الاشكال الذي كان مطروح على القاضي الجزائري بشأن دلالة العربون حالة عدم وجود

وان هذا البيع أصبح منتشرًا كثيرًا في الأعراف التجارية ويجب تفتيته لتسهيل التعاملات التجارية

* محام بمنظمة المحامين سطيف

الهوامش:

- (1) - الفقه الاسلامي وأدلته، د/ وهبة الزحيلي ج 4- النظريات الفقهية والعقود، دار الفكر ص 448.
- (2) - مجلة منابر الهدى - قضايا فقهية عدها الدكتور محمد بن مكي - السنة الأولى العدد الثاني ذو القعدة - ذو الحجة 1421 هـ.
- (3) - الفقه الاسلامي وأدلته ص 448.
- (4) - المرجع السابق ص 448.
- (5) - فقه السنة - السيد سابق - المجلد الثالث - دار الجيل - الفتح للإعلام العربي - القاهرة ص 171.
- (6) - مجلة منابر الهدى - محمد بن مكي - ص 65.
- (7) - المرجع السابق ص 66-65.
- (8) - نفس المرجع ص 66.
- (9) - نفس المرجع ص 66.
- (10) - نفس المرجع ص 67.
- (11) - نفس المرجع ص 67.
- (12) - الفقه الاسلامي وأدلته د/ وهبة الزحيلي ص 449.
- (13) - مجلة منابر الهدى ص 68.
- (14) - المرجع السابق ص 68.
- (15) - نفس المرجع ص 69.
- (16) - نفس المرجع ص 69.
- (17) - نفس المرجع ص 69.
- (18) - حديث مرسل وفي إسناده إبراهيم بن أبي يحيى وهو ضعيف - الفقه الاسلامي وأدلته.
- (19) - الفقه الاسلامي وأدلته ص 450.
- (20) - فقه السنة - السيد سابق - ص 171.
- (21) - الفقه الاسلامي وأدلته ص 450.
- (22) - النظرية العامة للالتزام - نظرية العقد د/ توفيق فرج - القسم الثاني 1993 الدار الجامعية للطباعة والنشر ص 98.
- (23) - شرح القوانين المدنية الجزائرية - النظرية العامة للالتزامات - د/ محمد صبري السعدي - الجزء 1 - مصادر الالتزام - التصرف القانوني العقد والإدارة - ص 141.
- (24) - النظرية العامة للالتزام - توفيق فرج ص 98.
- (25) - شرح القانون المدني الجزائري - محمد صبري السعدي - ص 141.
- (26) - النظرية العامة للالتزام - توفيق فرج - ص 98.
- (27) - المرجع السابق ص 99.
- (28) - القوانين المدنية في ضوء الممارسة القضائية النص الكامل للقانون وتعديلاته إلى غاية 20 يونيو 2005 ص 18.

على اهتمام علماء الدين بهذا البيع الذي اقتضته الظروف في الواقع، واعتمدوا في ذلك بكل ما يدعم حججهم من الكتاب والسنة ومفسرين الآيات والأحاديث التي تلمح لهذا البيع، وعرفناه أيضا في القوانين الوضعية ليس كل القوانين، حتى انه يوجد بعض الدول لم تنص في قوانينها على بيع العربون واختلقت القوانين في دلالته.

كما عرضنا أدلة كل فريق وناقشناها وخلصنا الى الدليل الذي يصلح للاستدلال وهو القول الذي ترجح - ويتمثل في قول جمهور الحنابلة القائل بجواز ومشروعية بيع العربون وهذا لقوة وسلامة أدلتهم وضعف أدلة الفريق الثاني. كما بيناه سابقا - حيث لا يوجد نص صريح يدل على جواز أو عدم جواز (تحريم) بيع العربون إذ الحديثان ضعيفان، فلم يبقى لنا الا الاستدلال بالمعلومات، والفريق الأول استدل على ما ذهب اليه بعموم الآيات من قبيل اكل أموال الناس بالباطل قوله تعالى " لا تكلوا أموالكم بينكم بالباطل "، أما الفريق الثاني فاستدل بعموم الآيات المبيحة للمنافع ولا شك ان هذا البيع من بين المنافع إذ لو كان من قبيل اكل أموال الناس بالباطل لنص عليه الشارع بخصوصه فعدم النص عليه دل على انه من قسم المباح ولهذا قال الدكتور - وهبة الزحيلي " وفي تقديري انه يصح ويحل بيع العربون واخذه عملا بالعرف لانتشاره كثيرا بين الناس في الوقت الحاضر " وقال ايضا " واصبحت طريقة بيع العربون في عهدنا الحاضر اساس الارتباط والتعامل التجاري الذي يتضمن التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطيل والانتظار ويسمى ضمان التعويض عن التعطل والانتظار في الفقه القانوني ".

يبقى ان نشير الى ان هذا البيع من البيوع المنتشرة بكثرة في الاوساط التجارية الجزائرية لذا نامل من المشرع اضافة نصوص قانونية اخرى تدعم ما سبق التطرق اليه كما انه يجب على القوانين التي لم تنص على هذا البيع في تشريعاتها - كليبنا وغيرها - ان تنص عليه سواء اكان حقا للعدول أي دلالته أو تأكيدا للعقد طبقا لما يراه خاصة

النص - هل كان عليه ان يستخلص نية المتعاقدين - و هل اتجهت نيتهما لتأكيد العقد بالعربون أم انه مقابل حق العدول - أم كان عليه ان يأخذ بالعرف الجاري في هذا الشأن اذا كانت النية غير واضحة؟.

الا انه ومن خلال التعديل الأخير الذي من القوانين المدني الجزائري الى غاية 20 يونيو 2005 وبإضافة المشرع الجزائي للمادة رقم 72 مكرر منه اتضح وتبين ما كان مبهما بشأن بيع العربون و اعطى له المشرع التكييف القانوني حيث جعله ثمنا للعدول حسبما نصت عليه المادة السالفة الذكر بقولها - بمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها الا اذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك.

فاذا عدل من دفع العربون فقدده واذا عدل من قبضه رده و لو لم يترتب عن العدول أي ضرر (28).

هذا ما يفيد بان دلالة العربون هي ثمنا للعدول أي جواز الرجوع في البيع فان العاقد الذي يرجع يلتزم بدفع قيمة العربون للعاقد الآخر ولكن هذا للالتزام ليس تعويضا عن الضرر الذي اصاب الطرف الآخر من جراء العدول، فان النص صريح في ان هذا الالتزام موجود حتى لو لم يترتب عن العدول أي ضرر.

فالعربون إذن معناه في نظر المشرع ان المتبايعين قد ارادا اثبات حق الرجوع لكل منهما في نظير الالتزام بدفع قيمة العربون فجعلنا العربون مقيلا لحق الرجوع. وفي هذا نرى بان المشرع الجزائري قد حذى حذو المشرع المصري والفرنسي في نصه على دلالة العربون بجعله مقابلا للرجوع في البيع أي بدلا عن هذا الرجوع.

خاتمة:

هذا بصفة عامة وشاملة عن بيع العربون في الشريعة الاسلامية والقانون وعرفنا موقف الشريعة الاسلامية او علماء الدين واستعرضنا الخلاف القائم بينهم في جواز وعدم جواز هذا البيع - فالبعض منهم يجيز بيع العربون - والبعض الآخر يقول بعدم جوازه ولكل فريق أدلته وحججه التي تدعم حكمه، وهذا ما يدل



ضمن التشريع الحديث النشئ عن إصلاح العدالة

حقوق المرأة:

- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.
- البروتوكول الاختياري لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.
- إعلان بشأن حماية النساء والأطفال في حالات الطوارئ والنزاعات المسلحة.
- إعلان بشأن القضاء على العنف ضد المرأة.

حقوق الطفل:

- اتفاقية حقوق الطفل.
- البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل المتعلق ببيع الأطفال، وبغاء الأطفال واستغلال الأطفال في المواد الإباحية.
- البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل المتعلق بإشراك الأطفال في النزاعات المسلحة.
- اتفاقية الحد الأدنى لسن الاستخدام لعام 1973 (رقم 138).
- إتفاقية حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال لعام 1999 (رقم 182).

حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل: حماية الأشخاص المعرضين للاحتجاز أو السجن:

- القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء.
- المبادئ الأساسية لمعاملة السجناء.
- مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن.
- قواعد الأمم المتحدة لحماية الأحداث المجردين من حريتهم.
- إعلان حماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة.
- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة.
- بروتوكول اختياري لاتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة - لم يعمل به بعد.
- مبادئ آداب مهنة الطلاب المتصلة بدور الموظفين الصحيين، ولا سيما الأطباء في حماية المسجونين والمحتجزين من التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية اللاإنسانية أو المهينة.
- المبادئ المتعلقة بالتقصي والتوثيق الفعالين بشأن التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة.
- الضمانات التي تكفل حماية حقوق الذين يواجهون عقوبة الإعدام.
- مدونة لقواعد سلوك الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين.

التاريخ	الاسم	تاريخ الانضمام	ملاحظات
1905/12/20	الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري	1988/12/15	لجنة القضاء على التمييز العنصري
1966/12/16	العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية	1988/05/16	لجنة الحقوق المدنية والسياسية
1966/12/16	العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية	1988/05/16	لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية
1979/12/18	الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة	1996/01/22	لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة
1984/12/10	الاتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة	1988/05/16	لجنة مناهضة التعذيب
1988/11/20	اتفاقية حقوق الطفل	1992/12/19	لجنة حقوق الطفل
1990/12/18	الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم		لجنة المعنية بالعمال المهاجرين
1996/12/18	العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية	1988/05/16	لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية
1989/12/19	البروتوكول الاختياري للعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي يهدف إلى إلغاء عقوبة الإعدام		لجنة الحقوق المدنية والسياسية
1999/12/10	البروتوكول الاختياري لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة		لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة
2000/05/25	البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل الخاص بإشراك الأطفال في النزاعات المسلحة		لجنة حقوق الطفل
2000/05/25	الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان المتعلقة بحقوق الأشخاص في حالة الاحتجاز أو السجن		لجنة حقوق الإنسان
2002/12/18	البروتوكول الاختياري لاتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة		لجنة مناهضة التعذيب

(*) تلتزم الجزائر بتقديم تقارير دورية عن مدى التقيد وتطبيق أحكامها.

المؤتمرات العالمية لحقوق الإنسان والجمعية العامة بشأن الألفية

- إعلان وبرنامج عمل فيينا.
- إعلان الأمم المتحدة بشأن الألفية.

1-3-3 أهم الحقوق التي تتضمنها الآليات العامة الأخرى والتي لها علاقة بمداخلتنا:

- منع التمييز:
- اتفاقية المساواة في الأجور، 1951 (رقم 100).
- إتفاقية التمييز (في مجال الاستخدام والمهنة)، لعام 1958 (رقم 111).
- الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري.

- إعلان بشأن العنصر والتمييز العنصري.
- إتفاقية مكافحة التمييز في مجال التعليم.
- بروتوكول إنشاء لجنة للتوفيق والمساواة الحميدة يناط بها البحث عن تسوية لأية خلافات قد تنشأ بين الدول الأطراف في الاتفاقية الخاصة بمكافحة التمييز في مجال التعليم.
- إعلان بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين والمعتقد.
- المؤتمر العالمي ضد العنصرية، 2001 (إعلان وبرنامج عمل ديربان).

مقدمة: إن آليات حقوق الإنسان والتي سبق للزميل أن قدم مداخلة بشأنها، نرى تلخيصها وذلك حتى يمكن فهم الآليات الدولية لحقوق الإنسان من حيث مصادر ها ومتابعتها لاسيما بالنسبة للدول التي انضمت إلى المواثيق والصكوك والاتفاقيات الدولية وغيرها المتعلقة بحقوق الإنسان. إن انضمام بلادنا للآليات الدولية لحقوق الإنسان تترتب عن التزامات من حيث الانسجام معها، وتقديم تقارير دورية بشأن البعض منها، فضلا عن الخضوع للرقابة الدولية في صورها المختلفة. يمكن تلخيص التذكير بآليات حقوق الإنسان في العناوين التالية، مع التنويه أنه بالإمكان الرجوع إليها في الكتب والمراجع القانونية أو الإطلاع عليها في شبكة الانترنت على موقع هيئة الأمم المتحدة.

1- آليات حقوق الإنسان

1-1 ميثاق الأمم المتحدة

1-2 الصكوك الدولية لحقوق الإنسان

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948.
- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966.
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966.

- البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

- البروتوكول الاختياري الثاني الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الهادف إلى إلغاء عقوبة الإعدام.

1-3-3 مجموع الآليات الدولية الرئيسية لحقوق الإنسان و هيئاتها الرقابية.

هناك سبعة اتفاقيات دولية رئيسية لحقوق الإنسان، وقد أسست كل من هذه الاتفاقيات لجنة خبراء لمتابعة تنفيذ بنود الاتفاقية من قبل الدول الأطراف. وبعض الاتفاقيات تستكملها بروتوكولات اختيارية خاصة بأمور محددة.

1-3-1 الآليات العامة لحقوق الإنسان

بالإضافة إلى الصكوك الدولية لحقوق الإنسان واتفاقيات حقوق الإنسان الرئيسية هناك الكثير من آليات العامة التي تتعلق بحقوق الإنسان. وفيما يلي اختيار لبعض منها. ويختلف الوضع القانوني لهذه الآليات: فليس هناك أثر قانوني ملزم للإعلانات والمبادئ والتوجيهات والقواعد والتوصيات بيد أن لها قوة معنوية لا يمكن إنكارها، وهي توفر توجيهات عملية للدول في مسلكها، أما المعهودات والتشريعات والبروتوكولات والاتفاقيات فهي ملزمة قانونيا لتلك الدول التي تصدق عليها أو تنظم إليها.

1-3-2 الآليات العامة الأخرى التي تتعلق بحقوق الإنسان

تحسين القدرات الوطنية في مجال حقوق الإنسان و تحسين احترام حقوق الإنسان، و توفر المفوضية خدمات استشارية و مساعدة تقنية عندما يطلب منها ذلك، و تشجع الحكومات على متابعة التطوير الفعال للمؤسسات القومية و إجراءات حماية حقوق الإنسان.

و قد أسست المفوضية السامية لحقوق الإنسان في عدد من الدول تواجدها في الميدان بقصد تضمين و تنفيذ المعايير الدولية لحقوق الإنسان في القانون و الممارسة تدريجيا على مستوى الدولة. و يتم هذا عن طريق تأسيس أو تعضيد قدرات حقوق الإنسان الوطنية و المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، و متابعة توصيات الهيئات الرقابية لاتفاقيات حقوق الإنسان و آليات لجنة حقوق الإنسان و خلق ثقافة حقوق الإنسان.

و كشرط أساسي لنجاح التواجد في الميدان، يتعين على الحكومات و المؤسسات الوطنية و المنظمات غير الحكومية بالإضافة إلى فرق الأمم المتحدة بالدولة القيام ذاتيا بأنشطة متعلقة بحقوق الإنسان في سياق الاستراتيجيات الإقليمية أو الفرعية بطريقة مترابطة.

و تهدف المفوضية السامية لحقوق الإنسان إلى القيام بدور نشط في إزالة العقبات و مواجهة التحديات للإدراك الكامل لجميع حقوق الإنسان و القضاء على و منع حدوث أو استمرار انتهاكات حقوق الإنسان في العالم. و للوصول إلى هذا الهدف ستمعمل المفوضية عن كثب مع الحكومات و مؤسسات الأمم المتحدة و المنظمات الإقليمية و المنظمات الدولية و غير الحكومية و المجتمع المدني.

2-1-3- المفوض السامي:

المفوض السامي لحقوق الإنسان هو مسؤول الأمم المتحدة الذي يتحمل في ظل توجيه و سلطة الأمين العام المسؤولية الرئيسية عن أنشطة الأمم المتحدة في ميدان حقوق الإنسان. و قد أنشأ منصب المفوض السامي في سنة 1993. و تقرر أن يكون مقر مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان بقص و بلسون في جنيف، و أن يكون له مكتب اتصال في نيويورك.

و هناك مؤسسات و وكالات مختلفة للأمم المتحدة لحقوق الإنسان. هدف جميعها المشترك هو تعزيز و حماية حقوق الإنسان المتعارف عليها عالميا، و المدنية و الثقافية و السياسية و الإجتماعية. و قد نودي بداية بهذه الحقوق في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. فلكل شخص على الأرض حق التمتع بها جميعا.

و المهمة المنوطة بها المفوض السامي هي تعضيد جهود الأمم المتحدة لتطبيقها جميعا، و تتمثل مهامه على وجه الخصوص في:

- قيادة الحركة العالمية لحقوق الإنسان.
- تنسيق حقوق الإنسان في الأمم المتحدة.
- العمل على جعل برنامج الأمم المتحدة لحقوق الإنسان أكثر فعالية في الدول.

2-1-2- آليات منشأة بموجب الميثاق

2-1-1- مجلس حقوق الإنسان:

أنشأ بموجب لائحة الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة تحت رقم 60/251 بتاريخ 15 مارس 2006، و يجتمع هذا المجلس على الأقل ثلاث مرات في السنة، و يقدم تقريرا عن أعماله للجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة.

2-1-2- المفوضية السامية لحقوق الإنسان:

رؤية الأمم المتحدة هي لعالم تحترم فيه حقوق الإنسان تماما و يتمتع بها الجميع في ظروف سلام شامل. و يعمل المفوض السامي للحفاظ على هذه الرؤية أمام الأعيان بتشجيع المجتمع الدولي و الدول الأعضاء على التمسك الدائم بمعايير حقوق الإنسان المتفق عليها عالميا.

إن دور المفوضية هو تحذير الحكومات و المجتمع الدولي من أن هذه المعايير كثيرا ما يتم تجاهلها أو إهمالها في واقع الحياة اليومية، و أن نكون صوفا لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان في كل مكان. كما أن دورنا أيضا هو الضغط على المجتمع الدولي لاتخاذ الخطوات التي تؤدي إلى حظر الانتهاكات، و دعم الحق في التنمية ضمنا.

و مهمة المفوضية السامية للأمم المتحدة لحقوق الإنسان هي حماية و تعزيز جميع حقوق الإنسان للجميع.

تسترشد المفوضية السامية لحقوق الإنسان في عملها بميثاق الأمم المتحدة و الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و أدوات حقوق الإنسان اللاحقة و إعلان و برنامج عمل فيينا لعام 1993. هذا و في مقدمة أنشطة المفوضية تعزيز التصديق العالمي على اتفاقيات حقوق الإنسان و تنفيذها.

تستهدف المفوضية السامية لحقوق الإنسان التطبيق العملي لمعايير حقوق الإنسان المعترف بها عالميا. فتلتزم بتقوية برنامج الأمم المتحدة لحقوق الإنسان و تقديم أحسن دعم للهيئات الرقابية لاتفاقيات الأمم المتحدة و الآليات الخاصة التي أسستها لجنة حقوق الإنسان.

المفوضية السامية لحقوق الإنسان تلتزم بالعمل مع الأقسام الأخرى بالأمم المتحدة لإدماج نماذج حقوق الإنسان في برنامج عمل المنظمة.

و تتركز المفوضية السامية لحقوق الإنسان على مبدأ أن حقوق الإنسان هي حقوق عالمية، غير قابلة للتجزئة و أنها متكاملة و مترابطة. فيجب التأكيد على تساوي جميع الحقوق المدنية و الثقافية و الاقتصادية و السياسية و الإجتماعية و تعزيزها و حمايتها بدون أي تمييز. و يجب ضمان إدراك جميع الحقوق و التمتع بها للمرأة و الرجل على أساس من المساواة. و تلتزم المفوضية السامية لحقوق الإنسان بتعزيز إدراك الحق في التنمية و تقوية النظرة إلى التنمية على أساس أنها حق من الحقوق.

و تدخل المفوضية السامية لحقوق الإنسان في حوار مع الحكومات بشأن قضايا حقوق الإنسان بقصد

- المبادئ الأساسية بشأن استخدام القوة و الأسلحة النارية من جانب الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين.

- قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا للتدابير غير الاحتجازية (قواعد طوكيو).

- قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون قضاء الأحداث (قواعد بيجين).

- مبادئ توجيهية للعمل المتعلق بالأطفال في نظام العدالة الجنائية.

- مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لمنع جنوح الأحداث (مبادئ الرياض).

- إعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة و إساءة استعمال السلطة.

- مبادئ أساسية لاستقلال هيئة لقضاء.

- مبادئ أساسية بشأن دور المحامين.

- مبادئ توجيهية بشأن دور أعضاء النيابة العامة.

- مبادئ المنع و التقصي الفعاليين لعمليات الإعدام خارج نطاق القانون و الإعدام التعسفي و الإعدام بإجراءات موجزة.

- الإعلان الخاص بحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري.

- المبادئ الأساسية و المبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف و الجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان و الانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي.

تعزيز و حماية حقوق الإنسان:

- المبادئ المتعلقة بمرکز المؤسسات الوطنية لتعزيز و حماية حقوق الإنسان (مبادئ باريس).

- الإعلان المتعلق بحق و مسؤولية الأفراد و الجماعات و هيئات المجتمع في تعزيز و حماية حقوق الإنسان و الحريات الأساسية المعترف بها عالميا.

الزواج:

- اتفاقية بشأن الرضا بالزواج، و الحد الأدنى لسن الزواج، و تسجيل عقود الزواج.

- توصية بشأن الرضا بالزواج، و الحد الأدنى لسن الزواج، و تسجيل عقود الزواج.

- الجنسية، و انعدام الجنسية، و الملجأ و اللاجئين:

- اتفاقية بشأن خفض حالات انعدام الجنسية.

- اتفاقية بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية.

- الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين.

- البروتوكول الخاص بوضع اللاجئين.

- إعلان حقوق الإنسان للأفراد الذين ليسوا من مواطني البلد الذي يعيشون فيه.

2- هيئات حماية و تعزيز حقوق الإنسان:

يتكون نظام الأمم المتحدة لتعزيز و حماية حقوق الإنسان من نوعين أساسيين من الآليات: آليات منشأة بموجب ميثاق الأمم المتحدة، و تتضمن لجنة حقوق الإنسان، و آليات منشأة بموجب معاهدات حقوق الإنسان الدولية. و تلقى أغلب هذه الآليات دعم وظيفي من فرع المعاهدات و اللجنة التابع للمفوضية السامية لحقوق الإنسان.

- مساندة الهيئات حقوق الإنسان الدولية.

- تسهيل الوصول إلى معلومات عن حقوق الإنسان و تعزيز ثقافة حقوق الإنسان.

- المساعدة التقنية للدول في مجال حقوق الإنسان.

1-2-4 لجنة حقوق الإنسان:

أنشأت بموجب اللانحة الخامسة (I) للمجلس الاقتصادي والاجتماعي بتاريخ 16/02/1946، و لجنة تجتمع في دورة سنوية و إذا لزم الأمر في دورة خاصة، و تقدم تقريرها للمجلس الاقتصادي والاجتماعي، و آخر دورة لها هي الدورة 62 بتاريخ 27/03/2006، إذ تم تعويضها بمجلس حقوق الإنسان.

1-2-5 اللجنة الفرعية لترقية و حماية حقوق الإنسان:

أنشأت من طرف لجنة حقوق الإنسان باللائحة رقم 09 (II) للمجلس الاقتصادي والاجتماعي بتاريخ: 21/06/1946، وكانت في بدايتها تسمى اللجنة الفرعية لمكافحة التمييز العنصري و حماية الأقليات، و استبدل إسمها بعد أن أنشأت لجنة خاصة للتكفل بمكافحة التمييز العنصري و حماية الأقليات بموجب مقرر المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم 256/1999 بتاريخ 27/07/1999. تجتمع اللجنة الفرعية مرة في السنة و تقدم تقريرها لمجلس حقوق الإنسان حاليا.

2-2 آليات منشأة بموجب معاهدات حقوق الإنسان الدولية

هناك سبعة آليات منشأة بموجب معاهدات حقوق الإنسان لمتابعة تنفيذ بنود مجموع المعاهدات العالمية لحقوق الإنسان، و نذكرها هنا للبيان فقط إذ سبق عرضها في المحاضرة السابقة.

- اللجنة المعنية بحقوق الإنسان (HRC).

- لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (CESCR).

- لجنة القضاء على التمييز العنصري (CERD).

- لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة (CEDAW).

- لجنة مناهضة التعذيب (CAT).

- لجنة حقوق الطفل (CRC).

- اللجنة المعنية بالعمال المهاجرين (CMW).

ملاحظة:

1- تقبل أربعة من هذه اللجان (اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، لجنة القضاء على التمييز العنصري، لجنة مناهضة التعذيب، لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة) طبقا لشروط معينة، ادعاءات من الأفراد الذين يزعمون بانتهاكات لحقوقهم المكفولة بموجب المعاهدات.

2- تنسق آليات المعاهدات أنشطتها من خلال اجتماع سنوي لرؤساء هيئات الإشراف على معاهدات حقوق الإنسان و من خلال الاجتماعات بين اللجان.

2-3 آليات أخرى للأمم المتحدة معنية بحقوق الإنسان

هناك العديد من الآليات الأخرى المهمة للأمم المتحدة المعنية بتعزيز و حماية حقوق الإنسان. و لا تدعم مفضية حقوق الإنسان هذه الآليات و تتضمن:

- الجمعية العامة للأمم المتحدة.

- اللجنة الثالثة للأمم المتحدة.

- المجلس الاقتصادي والاجتماعي.

- محكمة العدل الدولية.

- معلومات أخرى.

2-4 مؤسسات أخرى للأمم المتحدة تعمل في تعزيز و حماية حقوق الإنسان

تعمل العديد من منظمات و شركاء الأمم المتحدة في تعزيز و حماية حقوق الإنسان و هي تتشارك في النشاطات مع الهيئات الرئيسية لحقوق الإنسان:

- الشعبة المشتركة بين الوكالات للمشردين داخليا.

- مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين

UNHCR

- مكتب منسق الشؤون الإنسانية OCHA

- منظمة العمل الدولية ILO

- منظمة الصحة العالمية WHO

- منظمة الأمم المتحدة للترربية و العلم و الثقافة

UNESCO

- برنامج الأمم المشترك المعني بنقص المناعة /

الايدز UNAIDS

- اللجنة الدائمة المشتركة بين الوكالات IASC

- إدارة الشؤون الاقتصادية والاجتماعية DESA

- شعبة النهوض بالمرأة DAW

- صندوق الأمم المتحدة للسكان UNFPA

- منظمة الأمم المتحدة للطفولة UNICEF

- صندوق الأمم المتحدة الإنمائي للمرأة UNIFEM

- برنامج الأمم المتحدة للأغذية و الزراعة FAO

- برنامج الأمم المتحدة للمستوطنات البشرية

HABITAT

- برامج الأمم المتحدة المعنية بالأعمال المتعلقة

بالألغام.

1-إدماج المعاهدات في القوانين الداخلي (آليات حقوق الإنسان)

1-1 المبادئ العامة

1-1-1 إدماج المعاهدة في القانون الداخلي:

إن عملية إدماج المعاهدات في القانون الداخلي تعني تحسين النصوص القانونية الداخلية، من أجل مواءمتها مع المتغيرات الدولية من خلال الإتفاقيات المبرمة بين الدول الأطراف و تختلف طرق الإدماج و إجراءاته باختلاف دساتير الدول.

1-1-1-1 طرق إدماج المعاهدة في القوانين الداخلي:

تختلف طرق إدماج المعاهدات الدولية ضمن التشريعات الوطنية باختلاف دساتير الدول و في هذا المجال فإن الدول و لأجل إدماج المعاهدات ضمن قوانينها الداخلية تعتمد على إحدى الطرق الثلاث الآتية:

أ- عدم تبني قانون للإدماج و هي الطريقة التي

اعتمدتها أغلب الدول و من بينها الجزائر.

ب- تبني قاعدة عامة في تشريعاتها تنص على إدماج المعاهدة مباشرة في القانون الداخلي. و بذلك يختص القاضي الداخلي تلقائيا بتطبيق المعاهدة الدولية دون حاجة لوجود قانون داخلي يتضمن المعاهدة المصادق عليها.

ت- وضع قواعد خاصة لإدماج و تطبيق المعاهدة. كان تصادق الدولة على معاهدة تتعلق بتجريم بعض الأفعال فتعمل الدولة المصادقة عليها على إدماجها على مستويين: الأول على مستوى قانون العقوبات، و الثاني على مستوى قانون الإجراءات الجزائية، إذ أن هذه المعاهدة المصادق عليها قد تتناول جرائم لا يعرفها القانون الداخلي و في هذه الحالة لا بد من إدماجها في قانون العقوبات بتحديد أركانها و العقوبة المقرر لها و تماشيا مع ذلك فقد تدخل تعديلات على قانون الإجراءات الجزائية.

1-1-2 إجراءات إدماج المعاهدات في القوانين الداخلية:

إن عملية إدماج المعاهدات بالنسبة للجزائر تكون حسب الدستور و لا بأس أن نشير إلى أن الدستور الجزائري لسنة 1963 لم يتطرق إلى عملية الإدماج. في حين أن دستور سنة 1976 جعل من التصديق الطريق المتبع لإدماج المعاهدات الدولية في القانون الداخلي. أما دستور سنة 1996 فقد نص على عملية الإدماج في عدو مواد إذ أن المشرع في المادة 131 ووسع من دائرة المعاهدات التي يتم إدماجها عن طريق التصديق و هو الأصل لكن جاء المشرع باستثنائين على هذه القاعدة هما:

- هناك معاهدات لا يتم إدماجها في القانون الداخلي إلا بعد المصادقة و موافقة غرفتي البرلمان، و في حالة وجود تعارض بين غرفتي فإن الأمر يؤول إلى اللجنة المتساوية الأعضاء بين غرفتي البرلمان طبقا لأحكام المادة 120/3 من الدستور.

- الإستثناء الثاني جاءت به المادة 97 من الدستور التي نصت على أنه " يوقع رئيس الجمهورية اتفاقيات الهدنة و معاهدات السلم و يتلقى رأي المجلس الدستوري في الإتفاقيات المتعلقة بهما و يعرضها فوراً على كل غرفة من البرلمان لتوافق عليها صراحة" طبقاً لهذا النص فإنه يشترط لإدماج الإتفاقيات المتعلقة بالهدنة و معاهدات السلم في القانون الداخلي أخذ رأي المجلس الدستوري و موافقة غرفتي البرلمان.

و إضافة إلى التصديق كشرط لإدماج المعاهدات ضمن القانون الداخلي قد تشترط دساتير أخرى عملية النشر لنفاذ المعاهدة في القانون الداخلي. فالنشر هو الوسيلة الوحيدة التي يتم من خلالها علم الأفراد بالتشريع طبقاً لأحكام المادة 04 من القانون المدني التي نصت أن تطبيق القوانين يكون ابتداء من نشرها في الجريدة الرسمية.

تجدر الإشارة إلى أنه يجب على الدول نشر التحفظات التي تبديها بشأن معاهدة دولية قامت

و لكن التساؤل الذي يمكن طرحه في هذا السياق و بالنظر إلى القانون الجزائري:

هل أن تطبيق القاعدة الدولية الاتفاقية مباشرة يجعل المعاهدة الدولية في شقها القابل للتطبيق " قانونا داخليا" أم أنها تبقى " معاهدة دولية " تسمو على القانون الداخلي ؟

3-2-1-3 هل أن تطبيق المعاهدة الدولية مباشرة يجعلها قانونا داخليا ؟ : بالرجوع إلى القواعد المحددة للنظرية العامة للقانون نجد أن هذا الأخير بمفهومه الضيق يعتبر عملا من أعمال السلطة التشريعية ، يتخذ بناء على إجراءات وتشكيلات تتمثل في كونه ينشأ بموجب قانون مقترح من السلطة التنفيذية في الغالب ليعرض على مجلس الوزراء و يودع لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني لنتم المصادقة عليه من طرف البرلمان بغرفتيه ليكون نافذا بعد نشره في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

بالنسبة للمعاهدة الدولية فإن الإجراءات المتعلقة بها تختلف من حيث المضمون عن إجراءات سن القانون بحيث أن المعاهدة الدولية كعمل من أعمال السلطة التنفيذية تخضع إما للتوقيع إذا كانت معاهدة بسيطة أو للتصديق إذا كانت معاهدة رسمية أو للموافقة إذا كان هذا الإجراء كاف لوحده أو الإنضمام إذا تعلق بالمعاهدات الجماعية.

و تعرض بعد ذلك على المجلس الدستوري و/أو البرلمان بغرفتيه لإبداء الرأي فيها و/أو الموافقة عليها صراحة حسب كل حالة.

و عليه فإن هذا الاختلاف بين إجراءات سن القانون و إجراءات إدماج المعاهدة الدولية في النظام القانوني الداخلي يمكننا من القول أن المعاهدة الدولية المصادق عليها وفقا للدستور هي قانون بسميات خاصة يسمو على القانون الداخلي.

2-1-2 الموقف الجزائري:

إن التطبيق الفعلي و الواقعي في الجزائر لكل ما سبق الإشارة إليه يمكن تبينه من خلال نقطتين هما:

- موقف المجلس الدستوري.

- موقف القاضي الجزائري.

2-1-2-1 موقف المجلس الدستوري:

تطرق المجلس الدستوري لمسألة قابلية التطبيق المباشرة للمعاهدة لأول مرة في قرار له صادر في 20 أوت 1989 حيث جاء فيه أن " أية اتفاقية دولية بعد المصادقة عليها و نشرها في القانون الوطني و تكتسب بمقتضى المادة 132 من الدستور سلطة السمو على القوانين و تخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية... "

2-2-1 موقف القاضي الجزائري:

لقد كرست المحكمة العليا باعتبارها قمة الهرم القضائي و الرقيب على أعمال القضاء، الإعتبارات القانونية السابقة الذكر حيث نجد أنها أخذت في بعض قراراتها بقابلية التطبيق المباشر للمعاهدة و رفضت في البعض الآخر تطبيق المعاهدة مباشرة.

المباشر.

2-2-1-1 متى تكون المعاهدة قابلة للتطبيق مباشرة في القانون الداخلي:

اختلف الفقهاء حول هذه المسألة على عدة آراء هي: رأي 1: يمكن للمعاهدة أن تطبق مباشرة عندما تتضمن حقوق لمصلحة الأشخاص و تضع واجبات على عاتقهم، بحيث يمكن لهؤلاء مطالبة الهيئات العامة أو المحاكم بتطبيقها.

رأي 2: يذهب هذا الرأي إلى أن المعاهدة يمكن تطبيقها مباشرة في القانون الداخلي و بدون تدخل الدولة متى استوفت الإجراءات المنصوص عليها دستوريا. لذا فالتصديق على المعاهدة يعد كافيا حتى تكتسب القواعد الدولية قوتها الإلزامية في القانون الداخلي، لكن يؤخذ على هذا التوجه أنه لا يميز بين قابلية التطبيق المباشر للمعاهدة و بين قابلية التطبيق الفوري، ذلك أن التصديق بمنح المعاهدة قابلية التطبيق الفوري، بمعنى أنها تصبح ملزمة للدولة التي صادقت عليها، لكن لا يجعل هذه المعاهدة قابلة للتطبيق المباشر إلا إذا كانت أحكامها قابلة لذلك.

رأي 3: و هو الذي فرضه العمل التطبيقي للقانون الدولي، فيعتبر حكم معاهدة ما قابلا للتطبيق بذاته إذ لم يتطلب أعمالا إضافية صادرة عن السلطة التنفيذية للدولة المتعاقدة، أي أنها لا تحيل إلى إجراءات تقوم بها الدولة لضمان تنفيذ المعاهدة.

و طبقا لهذا التوجه لا يكون للقاعدة الدولية صفة القابلية للتطبيق الذاتي إلا إذا احتوت على ميزتين جوهريتين هما:

1- الميزة الذاتية:

و تتعلق ببنية الأطراف المتعاقدة في منح المعاهدة قابلية التطبيق المباشر، و قد تظهر هذه النية صراحة من خلال نصوص المعاهدة ذاتها التي قد تنص على أن حكما ما يمكن تطبيقه مباشرة أو أن تنص على أن الأمر يستدعي سن تشريع داخلي كما فعلت اتفاقية قانون البحار لسنة 1982، كما قد تتبين نية الأطراف المتعاقدة من خلال المفاوضات التي سبقت إبرام المعاهدة و ما إذا كانت قد اتجهت نحو التطبيق المباشر لها. و هو المنحنى الذي توصلت إليه محكمة العدل الدائمة في رأيها الإستشاري في 03 مارس 1928، عندما فحصت الاتفاق المبرم بين " بولونيا " و مدينة " دانترينغ " لسنة 1921 و المتعلق بموظفي السكك الحديدية لمدينة " دانترينغ " و خلصت من خلالها تفسيرها لأحكام هذا الاتفاق أن نية المتعاقدين قد اتجهت إلى ترتيب حقوق مباشرة لموظفي السكك الحديدية لهذه المدينة.

2- الميزة الموضوعية:

و تتعلق هذه الميزة بموضوع القاعدة ذاته و ذلك بأن تكون القاعدة القانونية الدولية واضحة و محددة و لا تحتاج لتطبيقها اتخاذ إجراءات داخلية هذا من جهة، و من جهة أخرى أن تنسجم القاعدة الدولية بالدقة مما يمكن معه تطبيقها مباشرة.

بالتصديق عليها و إدماجها في قانونها الداخلي، و هذا ما فعلته الجزائر بالنسبة لاتفاقية حقوق الطفل و اتفاقية مكافحة الإتجار بالمخدرات، فالقاضي الجزائري لا يطبق المواد التي تحفظت عليها الجزائر إذا تم تحديدها، في حين أن عدم ذكر المواد المتحفظ عليها يلزم القاضي بأن يطلب تفسيراً من وزارة الشؤون الخارجية.

و بالإضافة إلى نشر التحفظات قد يتم نشر تصريحات تفسيرية تتعلق بمواد معينة، يقع على القاضي تطبيق هذه المواد وفقا للتفسيرات التي وردت بشأنها.

2-1-1 قابلية التطبيق المباشر للمعاهدة في القانون الداخلي:

إن السؤال الذي يجب طرحه في هذا المجال يتعلق بحالة ما إذا كانت المعاهدة تتضمن أحكاما قانونية تكون قابلة لتطبيقها مباشرة دون الحاجة إلى استصدار تشريع آخر يكملها أو يحددها، فهل يمكن الإحتجاج بها من قبل الأفراد أمام القاضي الوطني، و هل لهذا الأخير تطبيقها؟

و بالتالي هل يمكن اعتبارها تشريعا داخليا؟

إن الإجابة على هذا التساؤل يقتضي البحث فيما يلي:

1- من هو المخاطب بالقاعدة الدولية؟

2- متى تكون المعاهدة قابلة للتطبيق مباشرة في القانون الداخلي؟

3- هل أن تطبيق المعاهدة الدولية مباشرة يجعلها قانونا داخليا؟

1-2-1-1 من هو المخاطب بالقاعدة الدولية؟

إن الإتجاهات الفقهية تجيب بثلاث نظريات هي:

الأولى: إن الدولة هي المخاطب الوحيد بالقاعدة الاتفاقية الدولية حتى لو تضمنت الاتفاقية الدولية مواضيع تنظم بها حياة الفرد كاتفاقيات حقوق الإنسان و اتفاقيات الجنسية.

الثانية: إن تحديد المخاطب بالقاعدة الاتفاقية الدولية يكون تبعاً لموضوع القاعدة و الشخص الذي تناولت تنظيم شؤونهم، و بالتالي يمكن أن يكون الفرد مخاطبها.

الثالثة: إن المواضيع و المجالات التي ينظمها عادة القانون الداخلي يمكن أن تكون هي المعينة بالقاعدة القانونية الدولية.

و مع ذلك فإن الاتجاه الفقهي الحديث يذهب إلى وجوب التفرقة بين حالتين أساسيتين هما:

- حالة ما إذا كان من المستحيل تطبيق المعاهدة مباشرة إلا بإتخاذ إجراءات إدماجها في التشريع الوطني.

- حالة قابلية التطبيق المباشر للمعاهدة و هذا متى تضمنت هذه المعاهدات نصوصا قانونية محددة تقبل التطبيق بذاتها أمام القاضي الوطني دون حاجة إلى إصدار تشريع آخر يكملها أو يزيدا تحديدا فتكون واضحة.

محددة بما يسمح و تطبيقها مباشرة - نافذة بذاتها.

و نادرا ما تكون نصوص المعاهدة كلها قابلة للتطبيق

حيث نجد أنها رفضت عدة مرات تطبيق اتفاقيات إيفيان استناداً إلى أن هذه الأخيرة تنظم علاقة الدولة الجزائرية بالدولة الفرنسية، وبالتالي فهي تخاطب الدول ولا يمكن الأشخاص التذرع بها هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد طبقت عدة اتفاقيات مباشرة وناخذ على ذلك مثالين هما:

المثال الأول: قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 15/07/1998 في قضية تتعلق بدفع مبلغ الكفالة كضمان لدفع المصاريف والتعويضات التي يقضي بها على الأجنبي عند رفع الدعوى أمام القضاء بصفته مدعي أصلي، حيث قضت المحكمة العليا بتطبيق المادة 41 من الاتفاقية الجزائرية المصرية المبرمة في 29/02/1964 التي تعفي المواطنين المصريين من دفع الكفالة كذلك الحال بالنسبة للمواطنين الجزائريين أمام القضاء المصري، فهذه الاتفاقية الثنائية منحت حقوقاً للأفراد، فيكون لها أثر مباشر حيث خاطبت الأفراد وجاءت واضحة ودقيقة فيكون للأفراد الحق في الاستظهار بها أمام القضاء مباشرة.

المثال الثاني: ويتعلق بمسألة الإكراه البدني، فقد قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 05/09/2001 بـ "... يخضع تنفيذ التزامات غير الإدارية للإكراه البدني أما التلتزامات الإدارية فلا يخضع تنفيذها إلى طريق الإكراه البدني".

ذلك أن المواد من 407 إلى 412 من قانون الإجراءات المدنية الجزائي نظمت مسألة الإكراه البدني، حيث نصت المادة 407 على أنه "يجوز في المواد التجارية وقروض النفوذ أن تنفذ الأوامر والأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به والتي تتضمن الحكم بدفع مبلغ أصلي يزيد عن خمسمائة دينار بطريق الإكراه البدني".

بينما نصت المادة 11 من المعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أنه "لا يجوز سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي". فللاحظ أن هناك تعارض بين نص المادة 11 من العهد ومحتوى المواد 407 إلى 412 من قانون الإجراءات المدنية، لذا فقد تم حل هذا التعارض كما يلي:

- إن محتوى المواد 407 إلى 412 من قانون الإجراءات المدنية، جاءت بموجب الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية فهي نصوص قانونية سابقة على نص المادة 11 من العهد.

- انضمت الجزائر إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-08 المؤرخ في 25 أبريل 1989 مما يعني احترام الشروط والشكليات المتطلبية دستورياً بموجب أحكام المادتين 131 و 132 في اعتماد نصوص مواد العهد كقانون لاحق، أسمى من نصوص قانون الإجراءات المدنية.

- فاعتماداً على هذه المعطيات يمكن القول أن

المحكمة العليا اعتبرت نص المادة 407 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية ملغى ضمناً بموجب أحكام المادة 11 من العهد باعتبار هذا الأخير قانون لاحق ويسمى على قانون الإجراءات المدنية هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنها اعتبرت أن نص المادة 11 جاء واضحاً ودقيقاً يكرس حقوقاً للأفراد، فأخذت بقابلية التطبيق المباشر للمادة 11 من العهد.

نصل في ختام هذه المسألة إلى القول بأن التطبيق المباشر للمعاهدة هو استثناء عن المبدأ العام المتمثل في التطبيق المباشر للاتفاقيات الدولية داخلياً، نظراً إلى أن أغلب نصوص المعاهدة الدولية لا تصاغ بطريقة دقيقة وواحدة وعلى الدول أن تتبنى المعاهدات التي تصادق عليها فعلياً من خلال ترجمتها في تشريعاتها وهذا ما تقوم به الجزائر وما سنبينه فيما يأتي:

ذلك أن الجزائر تسعى دائماً من خلال إدارات التشريع الوطنية ومنها وزارة العدل على جعل تشريعنا الداخلي متماشياً للتغيرات الاجتماعية، الاقتصادية الحاصلة على المستوى الدولي من خلال تكييفه مع التزاماتها الدولية بعد إدماج مختلف المعاهدات المصادق عليها في القانون الداخلي.

II- أهم القوانين التي صدرت في إطار إصلاح العدالة وبهدف حماية حقوق الإنسان:

1- تعزيز حقوق الإنسان:

تضمن القانون 01-08 المؤرخ في 26/06/2001 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية والطبي جاء تنويعاً للاستشارة الواسعة التي تمت في إطار اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة التي أجرت فحصاً عميقاً لقطاع العدالة أبرزت من خلاله نقائص عديدة تعاني منها المؤسسة القضائية وقدمت جملة من الاقتراحات والتوصيات التي من شأنها أن تصحح هذه الاختلالات وتمكن القضاء من أداء دوره كاملاً في حماية المجتمع والحفاظ على حقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية، واستمدت مادته الأساسية من توصيات واقتراحات اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة التي تمت دراستها لأجل تجسيدها مع إعطاء الأولوية للمسائل التي لها أثر مباشر على ممارسة السلطة القضائية وعلى الحقوق والحريات الأساسية للمواطن.

من هذا المنطلق القانون تناول أساساً الجوانب التالية من الإجراءات الجزائية:

- التحقيق الابتدائي.
- التحقيق القضائي.
- الحبس المؤقت.
- شروط إجراءات التعويض عن الخطأ القضائي والحبس المؤقت.
- تعديلات مختلفة.

1- التحقيق الابتدائي:

التعديلات التي مست هذه المرحلة من الإجراءات انصبت على:

- العلاقة بين الهيئات القضائية والشرطة القضائية.

- التوقيف للنظر.

1-1- العلاقة بين الهيئات القضائية والشرطة القضائية:

- تأكيد تبعية ضابط الشرطة القضائية كلياً للهيئة القضائية عندما يتولى مباشرة تحقيق ابتدائي أو تنفيذ إنابة قضائية وذلك بغرض تحصين الإجراءات التي يباشرها ضابط الشرطة القضائية من أي تدخل في صلاحياته التي يباشرها تحت رقابة السلطة القضائية (المادة 17).

- إعطاء معنى ملموس لسلطتي الإشراف والإدارة اللتين يمارسهما النائب العام (فيما يخص الإشراف) ووكيل الجمهورية (فيما يخص الإدارة) على الشرطة القضائية وذلك بإعطاء وكيل الجمهورية سلطة تقييم وتنقيح ضباط الشرطة القضائية تحت إشراف النائب العام الذي يمسك ملفاً فردياً لكل ضابط شرطة قضائية يمارس مهامه في دائرة إختصاص المجلس القضائي (المادة 18 مكرر). و هو الإجراء الذي من شأنه تحفيز ضباط الشرطة القضائية في عملهم باعتبار أن النقطة الممنوحة لهم تؤخذ بعين الاعتبار في مسارهم الوظيفي.

- تكريس صلاحيات وكيل الجمهورية في مجال إدارة الشرطة القضائية وعلى وجه الخصوص في مراقبة تدابير التوقيف للنظر (المادة 36).

1-2- التوقيف للنظر:

تدعم الضمانات التي يستفيد منها الشخص المشتبه فيه الذي تقرر توقيفه للنظر وذلك من خلال:

أ- إعطاء وكيل الجمهورية سلطة مراقبة مباشرة على ملأمة اتخاذ تدابير التوقيف للنظر حيث يمكن لوكيل الجمهورية أن يطلب تقريراً مسبباً عن دواعي توقيف الشخص للنظر (المادة 51 الفقرة 1).

ب- حصر نطاق تطبيق تدابير التوقيف للنظر وجعلها مقتصرة على الأشخاص الذين توافرت ضدهم دلائل قوية (المادة 51 فقرة 2).

ج- إلزام ضابط الشرطة القضائية بإخبار الشخص الموقوف للنظر بكامل حقوقه (المادة 51 مكرر-جديدة).

د- اعتماد مصطلح التوقيف للنظر في النص الأصلي مقابل مصطلح "GARDE A VUE" في النص الفرنسي.

هـ- التأكيد على الطابع الوجوبي للفحص الطبي عندما يطلبه الشخص الموقوف للنظر مع إعطاء هذا الأخير إمكانية اختيار طبيب من بين الأطباء الممارسين بدائرة اختصاص المحكمة وهو ما سيسمح عملياً بتجسيد هذا الحق (المادة 51 مكرر 1 فقرة 2).

و- النص على وجوب إرفاق نسخة من شهادة الفحص الطبي مع ملف الإجراءات (المادة 51 مكرر فقرة 3).

ز- النص على تخصيص أماكن ملائمة ومهيأة لتوقيف الأشخاص المشتبه فيهم (المادة 52 فقرة 4).

النايب العام أو أحد مساعديه مهام النيابة العامة في حين يشرف على أمانة اللجنة أحد أمناء ضبط المحكمة العليا يتم إلحاقه من طرف الرئيس الأول للمحكمة العليا.

- تكتسي لجنة التعويض طابع جهة قضائية مدنية و تكون قراراتها نهائية و واجبة التنفيذ.

- أما الإجراءات الواجب إتباعها أمام ذات اللجنة للمطالبة بالتعويض عن الخطأ القضائي فقد عالجتها الأحكام الواردة في المواد من 137 مكرر 4 إلى 137 مكرر 14.

ثانياً: بالنسبة لتعويض الحبس المؤقت غير المبرر:

إن مبدأ التعويض المنصوص عليه فيما يخص الخطأ القضائي تم توسيعه للحبس المؤقت غير المبرر و ذلك بالنسبة لكل شخص كان محل حبس مؤقت نتيجة إجراء انتهى في حقه بصور قرار نهائي قضى بالآ وجه للمتابعة أو بالبراءة شرط أن يكون هذا الحبس قد ألحق به ضرراً ظاهراً غير عادي و ذي خطورة متميزة.

و لأجل التكفل بشروط و كفاءات هذا التعويض تم استحداث قسم سابع مكرر للباب الثالث من الكتاب الأول من قانون الإجراءات الجزائية الخاص بجهات التحقيق تحت عنوان "في التعويض عن الحبس المؤقت"، و تضمنت أحكام هذا القسم 15 مادة تكفلت بإنشاء لجنة التعويض و الإجراءات الواجب إتباعها أمامها و هي الإجراءات التي تمت الإحالة عليها لتكفل بالتعويض الخطأ القضائي أي أنها إجراءات مشتركة تم اقتراحها في هذا القسم المستحدث لارتباطها بموضوع الحبس المؤقت و وفقاً للتوضيح الوارد في الإجراءات المتعلقة بالخطأ القضائي.

5- تعديلات مختلفة:

- النص على تطبيق نفس الأحكام المنصوص عليها فيما يخص التوقيف للنظر في حالتي التلبس أو التحقيق الابتدائي على الإجراء المذكور عندما يتم في إطار تنفيذ الإنابات القضائية (المادة 41).

- النص على وجوب مثول المتهم المحبوس المحال على محكمة الجنايات أمام جهة المحاكمة في أقرب دورة جنائية و ذلك كمهلة قصوى (المادة 269).

- إلغاء الإجراء المتمثل في نشر أمر اتخاذ إجراءات التخلف عن الحضور في الجرائد و ذلك من باب احترام قرينة البراءة و عدم المساس بسمعة المتهم الذي لم تثبت إدانته بعد (المادة 317).

- إعطاء محكمة الجنايات إمكانية سماع الشهود و المدعي المدني و النص من جهة أخرى على وجوب محاكمة المتهم المتخلف عن الحضور بشأن الوقائع المنسوبة إلى المتهم المتخلف (319).

تضمن القانون رقم 04-14 المؤرخ في 10/11/2004 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية، يدرج هذا القانون الذي يعدل و يتمم قانون الإجراءات الجزائية في إطار إصلاح العدالة تكملة للبرنامج الاستعجالي الذي باشرته وزارة العدل

- إحداث مادة 125-1 تنص على الحبس المؤقت في مادة الجنايات و تتضمن إحداث ثلاث وضيعات تختلف من حيث مدة الحبس المؤقت حسب خطورة الجنايات المرتكبة، مع إعطاء إمكانية لقاضي التحقيق لطلب تمديد الحبس المؤقت من غرفة الإتهام ضمن مهل محددة قانونياً، على أن يقدم قاضي التحقيق طلبه في أجل شهر قبل انتهاء المدد القصوى المنصوص عليها بالنسبة لكل وضيعة من الوضيعات الثلاث المذكورة، مع التنبيه بأن الحبس المؤقت الذي تأمر به غرفة الإتهام يضاف على مدد الحبس القصوى التي يأمر بها قاضي التحقيق في الحدود المنصوص عليها بالنسبة لكل وضيعة من الوضيعات المذكورة آنفاً.

- تحديد مهلة يتعين فيها على غرفة الإتهام أن تصدر خلافاً لقرارها عندما تخطر وفقاً للمادة 166 بقضية و صفها جنائي و يكون فيها المتهم محبوساً.

- تحديد مهل قصوى يتعين مراعاتها و إلا وجب بقوة القانون الإفراج عن المتهم حسب خصوصية الوضيعات.

4- شروط و إجراءات التعويض عن الخطأ القضائي و الحبس المؤقت:

إن مبدأ تعويض الخطأ القضائي كرسه الدستور بموجب المادة 49 الواردة في باب الحقوق و الحريات و التي نصت صراحة على أن مثل هذا التعويض يقع على عاتق الدولة وفق الشروط و الكيفيات التي يحددها القانون.

و تجسيدا لهذا المبدأ نص قانون الإجراءات الجزائية على تعويض الخطأ القضائي في حالة حصول المتهم على البراءة إثر إعادة النظر في الحكم الذي قضى بإدانته بعد ظهور وقائع أو مستندات جديدة (المادتان 531 مكرر و 531 مكرر 1).

و الجدير بالملاحظة أن القانون نص على المبدأ العام للتعويض دون أن يتناول بالتفصيل الجوانب الإجرائية للمسألة و هو ما يهدف إلى تحقيقه هذا القانون مع توسيع حق التعويض إلى الضرر الناتج عن الحبس المؤقت غير المبرر.

و عليه جاءت التعديلات لبيان ما يلي:

أولاً: بالنسبة للخطأ القضائي:

- تغيير عنوان الباب الثاني من الكتاب الرابع ليصبح: "في طلبات إعادة النظر و تعويض الخطأ القضائي" يقسم إلى فصلين يخص الأول منهما إلى طلبات إعادة النظر و الثاني لشروط و كفاءات تعويض الخطأ القضائي.

- إن التعويض يمنح للمحكوم عليه المصرح ببراءته أو لنزوي حقوقه عن الضرر الذي لحق بهم نتيجة الإدانة المبنية على خطأ، و يمنح التعويض وفق الإجراءات المستحدثة في باب التحقيق القضائي و التي تنص على أن التعويض يمنح من طرف لجنة التعويض التي يتم إنشاؤها على مستوى المحكمة العليا برئاسة الرئيس الأول للمحكمة العليا أو مثله و بعضوية مستشارين من نفس المحكمة و يتولى فيها

ح- التأكيد على دور وكيل الجمهورية في تفقّد الأماكن المخصصة للتوقيف للنظر (المادة 52 فقرة 5).

ط- إعطاء محامي الشخص المشتبه فيه الحق في أن يطلب من وكيل الجمهورية عرض موكله على طبيب، و هو إجراء جديد ينسجم مع الدور المتاح حالياً للمحامي في هذه المرحلة من الإجراءات (المادة 52 فقرة 6).

2- التحقيق القضائي:

اعتباراً أن المادة 45 من الدستور تنص على أن "كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون".

من هذا المبدأ جاءت التعديلات في اتجاه تدعيم حقوق الدفاع و تكريس مبدأ قرينة البراءة، و إحداث التوازن في الدور الإجرائي لمختلف أطراف الدعوى.

و تتلخص التعديلات أساساً فيما يلي:

أ- تكريس المبدأ الذي يلزم قاضي التحقيق بالبحث عن أدلة الإتهام و أدلة النفي (المادة 68).

ب- إدخال مبدأ الموازنة بين جميع أطراف الدعوى في ممارسة حق طلب تخحية قاضي التحقيق لحسن سير العدالة و إسناد سلطة الفصل في هذا الطلب لرئيس غرفة الإتهام بدلاً من وكيل الجمهورية كما هو منصوص عليه حالياً (المادة 71).

ج- توسيع نطاق حق استئناف المتهم لأوامر قاضي التحقيق و ذلك بإعطاء المتهم الحق في استئناف أمر الوضع في الحبس المؤقت (المادة 123 مكرر) و أمر الرقابة القضائية و أمر رفض طلب الخبرة المضادة أو الخبرة التكميلية (المادة 172).

د- تقليص مدة الفصل في الاستئنافات المتعلقة بالحبس المؤقت و الرقابة القضائية من شهر إلى 20 يوماً (المادة 179).

هـ- إعطاء قاضي التحقيق إمكانية استدعاء محامي الأطراف شفاهاً (المادة 105).

و موازاة لهذه الأحكام الجديدة يتضمن القانون أحكاماً ترمي إلى تدعيم استقلالية قاضي التحقيق الطلي سيصبح تعيينه برسم و رنسي (المادة 39).

3- الحبس المؤقت و الرقابة القضائية:

يمكن إيجاز مضمون التعديلات في مجال الحبس المؤقت و الرقابة القضائية فيما يلي:

- اعتماد مصطلح الحبس المؤقت بدلاً من الحبس الاحتياطي باعتباره أكثر دلالة على الوظيفة الإجرامية للحبس في هذه المرحلة من الدعوى.

- إدخال معايير جديدة تبرر وضع المتهم في الحبس المؤقت تتمثل في عدم وجود موطن مستقر للمتهم أو عدم تقديمه لضمانات كافية للمثول أمام العدالة إضافة إلى خطورة الأفعال (المادة 123).

- إحداث أمر الوضع في الحبس المؤقت الذي يستند تسييبه وجوباً إلى الشروط المنصوص عليها في المادة 123 (المادة 123 مكرر).

- توضيح المادة 125 و تخصيصها للنص على الحبس المؤقت في مادة الجنب.

خلال سنة 2001 و تجسيدا لتوصيات اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة الرامية إلى ضرورة مراجعة جميع النصوص التشريعية الأساسية. ويهدف هذا القانون:

- تكيف قانون الإجراءات الجزائية مع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي صادقت عليها بلادنا خاصة فيما يتعلق بحماية الحقوق والحريات الفردية والجماعية وتكريس مبدأ قرينة البراءة وتدعيم حق الدفاع.

- ضمان فعالية وسرعة نشاط النيابة وجهات التحقيق والحكم في معالجة القضايا المتعلقة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية والإرهاب الدولي وتبييض الأموال والجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية وكذا الأنواع الجديدة الأخرى من الإجراء المنظم والتي تتطلب تكويناً تخصصاً للقضاة المعنيين وذلك بإنشاء جهات قضائية ذات الاختصاص المحلي الواسع قادرة على معالجة هذا النوع الجديد من الإجراء بالسرعة والفعالية المطلوبتين.

- إيجاد المسند القانوني لإصلاح العدالة في مجال إدخال الإعلام الآلي لتسيير صحيفة السوابق القضائية بإنشاء النظام الآلي الوطني لصحيفة السوابق القضائية وذلك من أجل تحسين قدرات مرقف العدالة.

- إصلاح التحقيق القضائي بفتح المجال للطرف المدني وللمتهم على غرار قضاة النيابة للمطالبة من قاضي التحقيق أن يقوم ببعض الإجراءات الضرورية لإظهار الحقيقة مع إمكانية استئناف أمر قاضي التحقيق في حالة رفض الإجراءات المطلوبة.

و أهم الأحكام الواردة فيه يمكن تلخيصها فيما يلي:

1- النص على عدم قابلية بعض الجرائم الخطيرة للتقادم لاسيما الإرهاب والجريمة المنظمة والنص على بداية سريان مدة التقادم في الجنايات والجنح المرتكبة ضد الأحداث ابتداء من بلوغ سن الرشد المدني:

- يندرج هذا القانون في إطار تجسيد الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالموضوع التي صادقت عليها الجزائر بالنظر إلى خطورة هذا النوع الجديد من الإجراء على المجتمع واتخاذ أبعاداً دولية.

- وتوفر هذه الآلية الجديدة أحسن أداة لمحاربة هذا النوع من الإجراء على المستوى الوطني والمساهمة في ضمان التعاون الدولي في هذا المجال.

- يهدف هذا القانون إلى الحفاظ على حقوق الحدث خلال مدة أطول في الجنايات والجنح الخطيرة المرتكبة ضده مثل جرائم الفعل المخل بالحياة وهناك العرض حتى بلوغه سن الرشد المدني لتمكينه من الدفاع عن حقوقه والإبلاغ عن الجرائم التي ارتكبت ضده أما الجهات القضائية المختصة.

2- توسيع الاختصاص المحلي لبعض الجهات القضائية للنظر في قضايا الإرهاب والجريمة المنظمة وتبييض الأموال والجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية، وكذا الجنح والجنايات

المتعلقة بالتشريع الخاص بالصراف:

- إن توسيع الاختصاص الإقليمي لبعض الجهات القضائية للتحقيق والحكم على المستوى الجهوي من شأنه ضمان التحكم أكثر في معالجة الأنواع الجديدة من الإجراء المنظم الذي يتطلب توقيف الوسمائل البشرية والمادية والعلمية المطلوبة وقد سبق للمشرع الجزائري أن نص على إمكانية توسيع اختصاص قاضي التحقيق في حالة الضرورة إلى دائرة اختصاص محاكم أخرى بقرار من وزير العدل (الفقرة 2 من المادة 40 من ق.إ.ج).

- وبالفعل فإن خطورة جرائم المتاجرة في المخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية والجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية وجرائم تبييض الأموال والإرهاب، والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصراف تتطلب معالجة قضائية دقيقة وعاجلة من طرف قضاة التحقيق أو الحكم لهم التكوين المتخصص والتجربة الميدانية المطلوبة.

- كما أن تخصص الجهات القضائية للتحقيق والمحاكمة في القضايا المذكورة سيسمح بالمعالجة الفعالة لهذه الأنواع الجديدة من الإجراء وفي تبادل المعلومات القضائية بشأنها على جميع مستويات لضمان فعالية التحقيق وسرعة المحاكمة.

- وقد تضمن التعديل المقترح الإجراءات والقواعد الخاصة التي تنظم سير الدعوى العمومية أمام المحاكم ذات الاختصاص الإقليمي الواسع.

3- تعزيز حقوق الدفاع بتمكين المشتبه فيه من الاستعانة بمحامى بمثوله أمام وكيل الجمهورية من جهة وضمان الحق في الدفاع بالنسبة للحدث من جهة أخرى:

- إن هذا المبدأ الذي يأتي استجابة للتوصيات التي خلصت إليها اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة، وكذلك تلك المنبثقة عن اليومين الدراسي حول قرينة البراءة والحبس المؤقت المنعقدتين بالمحكمة العليا خلال شهر ديسمبر لسنة 2002، سيعزز حقوق الدفاع للشخص المشتبه فيه أثناء تقديمه لوكيل الجمهورية، وقد سبق تكريس هذا الحق في حالة الجناية المتلبس بها وكذا على مستوى التحقيق القضائي طبقاً لأحكام المادتين 58 و 100 من ق.إ.ج.

- النص على أنه في حالة الجناية المتلبس بها وإذا لم يكن قاضي التحقيق قد أبلغ بها بعد، يجوز لوكيل الجمهورية استجواب الشخص المقدم إليه بحضور محاميه إن وجد، وإذا حضر ذلك الشخص من تلقاء نفسه رفقة محاميه يستوجب بحضور هذا الأخير.

- تحديد كيفية سماع المتهم عند مثوله الأول أمام قاضي التحقيق مع منح المتهم الحق في اختيار محامى للدفاع عنه فإن لم يختار محامياً يعين قاضي التحقيق محامياً إذا طلب منه ذلك.

- ضمان الحق في الدفاع بالنسبة للحدث وجعله وجوبياً في جميع مراحل المتابعة والمحاكمة.
- فتح المجال لأطراف الخصومة الجزائية (المتهم أو

محاميه و/أو الطرف المدني أو محاميه) ومنحهم الحق في طلب اتخاذ بعض الإجراءات المحددة التي يرونها ضرورية لإظهار الحقيقة من قاضي التحقيق بحيث يلزم هذا الأخير بالإجابة عليه في أجل عشرون (20) يوماً وبأمر مسبب قابل للاستئناف في حالة رفض الطلب، تجسيدا لمقتضيات المادة 68 من ق.إ.ج التي توجب على قاضي التحقيق التحري وقفاً للقانون على أدلة الإتهام وأدلة النفي وذلك بهدف ضمان المساواة لأطراف الدعوى الجزائية أما قاضي التحقيق للمساهمة في إظهار الحقيقة، وذلك بإيراد نص قانون يلزم قضاة التحقيق بالرد على طلبات أطراف الخصومة المذكورين والمتمثلة في طلب سماع شهود، الانتقال والمعاينة وتلقي تصريحات المتهم أو الطرف المدني.

4- النص على الإيقاف الجزئي لتنفيذ عقوبة الحبس:

إن الإيقاف الجزئي لتنفيذ عقوبة الحبس يأتي في إطار إعطاء مرونة أكبر لنظام وقف تنفيذ عقوبة الحبس باعتباره أحد بدائل هذه العقوبة، ذلك أن نظام إيقاف تنفيذ عقوبة الحبس قبل التعديل كان يهدف إلى وضع المحكوم عليه في فترة اختبار لمدة خمس (05) سنوات لا يسمح حالياً للقاضي أن يأمر بالإيقاف الجزئي للعقوبة وبذلك فإنه يضطر إلى إفادة المتهم من الإيقاف الكلي لعقوبة الحبس أو حرمانه بصفة كلية من هذا الاختبار الذي يكتسي أهمية بالنسبة لتطبيق السياسة العقابية الحديثة التي تعتمد على العقوبات البديلة للحبس.

5- الإكراه البدني:

تعزيز حماية الحريات الفردية وجعل التشريع الجزائي يتماشى مع أحكام المادة الحادية عشر (11) من الميثاق الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي صادقت عليه بلادنا والتي تنص على عدم جواز سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي، إذ أن الإكراه البدني في هذه الحالة يستند إلى حكم قضائي نهائي وليس التزام تعاقدي بين الأطراف.

6- إحداث نظام آلي وطني لصحيفة السوابق القضائية وإحداث مصلحة صحيفة السوابق القضائية على مستوى المحاكم:

- إن إحداث نظام آلي لصحيفة السوابق القضائية وإحداث مصلحة صحيفة السوابق القضائية على مستوى المحاكم يهدف على تقريب العدالة من المواطن سيما في المناطق الداخلية وفي الجنوب أين يضطر المواطن لقطع مسافات طويلة للحصول على صحيفة السوابق القضائية ومن شأنه كذلك تسهيل عملية تسليم هذه الوثيقة عبر جميع الجهات القضائية.
- إن النظام الآلي الوطني لصحيفة السوابق القضائية سيسمح أيضاً بتسهيل عملية البحث واستخراج صحيفة السوابق القضائية رقم 2 الضرورية لحسن سير العمل القضائي في المجال الجزائي هذا فضلاً عن السرعة في تسليم هذه الصحيفة إلى المؤسسات

المؤلة قانونا لطلب هذه الوثيقة.

2- تعزيز حماية حقوق الإنسان في القانون العقابي:

تضمن القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10/11/2004 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في: 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات.

1- تجريم التعذيب بكل أشكاله:

إن الهدف من تجريم التعذيب هو تدعيم الإطار التشريعي الوطني لحماية حقوق الإنسان وتطبيقاً لأحكام اتفاقية نيويورك المتعلقة بمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة التي صادقت عليها الجزائر.

إن قانون العقوبات ينص على التعذيب في البعض من أحكامه دون أن يعرفه تعريفاً شاملاً و مانعاً لذلك و تداركاً للنقص الذي يعرفه تشريعنا في هذا المجال، يقترح إدراج ضمن قانون العقوبات لأحكام تجرم التعذيب كجريمة قائمة بذاتها و تنص على تشديد العقوبة إذا تم ارتكاب التعذيب من قبل موظف (المواد 263 مكرر، 263 مكرر 1، 263 مكرر 2).

2- النص على تجريم أفعال التحرش الجنسي:

إن التحرش الجنسي ظاهرة موجودة في مجتمعنا و تؤثر سلباً على علاقات العمل و على المساواة بين العمال في أماكن العمل و على مردودية العمل، لذلك و استجابة لطليات العديد من الجمعيات و النقابات يقترح النص على تجريم التحرش الجنسي في قانون العقوبات لإعطاء الضحية الوسيلة القانونية التي تمكنها من المطالبة بحقوقها و متابعة المسؤول عن هذه الممارسات.

3- تعزيز حماية حقوق الإنسان في المادة الجنسية:

تعتبر المادة الجنسية من أهم المواضيع التي يتعين على الدولة تنظيمها، لما لها من أهمية مزدوجة بالنسبة للفرد و المجتمع معاً.

و لقد اعترف المجتمع الدولي بحق الفرد في الجنسية من خلال تكريسه في المادة 15 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، و تأكيداً في المادة الثالثة من إعلان حقوق الطفل، على اعتبار أن علاقة جنسية بين الفرد و الدولة، هي العلاقة التي على أساسها تتحدد حقوق و حريات الشخص في المجتمع.

و الجنسية بالنسبة للدولة هي وسيلة أساسية من وسائل تحديد حصتها من العنصر البشري على المستوى الدولي، و أساس ممارسة سيادتها و على إقليمها.

و تضمن الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27/02/2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية أهم التعديلات التالية:

- مساواة للمرأة بالرجل تم اعتماد معيار النسب للام في تمتع أولادها بالجنسية الجزائرية أصلاً.

- تقرير الحق في اكتساب الأب الجنسية الجزائرية

للأجنبي أو الأجنبية في حالة الزواج من جزائري أو جزائرية وفق شروط محددة.

- تمديد أثر اكتساب الأب للجنسية الجزائرية إلى أولاده القصر، مع منحهم حرية التنازل عنها خلال سنتين بعد بلوغهم سن الرشد.

- عدم امتداد أثر فقدان الجنسية الجزائرية للأولاد القصر.

- عدم امتداد أثر التجريد من الجنسية الجزائرية إلى الزوج و الأولاد القصر.

- إمكانية تمديد أثر التجريد من الجنسية الجزائرية إلى الأولاد القصر إذا كان شاملاً للأبوين.

4- تعزيز حماية حقوق الإنسان في مادة الإجراءات المدنية:

تضمن القانون رقم 01-05 المؤرخ في 22 ماي 2001 المعدل و المتمم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

1- إخضاع الغلق الإداري لرقابة القضاء الاستعجالي:

إن الغلق الإداري عالجته عدة نصوص سمحت للإدارة باستعمال هذا الإجراء الذي يتميز بتطبيقه أحياناً بنوع من التعسف، و لأجل معرفة مدى قانونيته، يقترح إخضاع هذا الإجراء لرقابة القضاء الإداري الاستعجالي على غرار حالتي التعدي و الاستيلاء المنصوص عليهما في المادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية. إن مثل هذا التعديل سيرفع أي لبس و يجعل القضاء الإداري الاستعجالي مختصاً لأن يأمر بإيقاف تنفيذ قرار الغلق الإداري إذا تبين له أن هذا الغلق قد تم تعسفياً أو تم خلافاً للأوضاع و الشروط التي ينص عليها التشريع المعمول به.

2- تدعيم إجراءات تنفيذ القرارات القضائية:

و ذلك بالنص صراحة على أن الطلب الذي يقدمه الوالي لوقف التنفيذ الجبري لأحكام المحاكم و المجلس يكون محدد المدة (ثلاثة أشهر حسب التعديل المقترح) و يكون مسبباً (يسرر فعلاً العناصر التي تخل بالأمن العمومي) على أن يقدم في أجل أقصاه شهر من تاريخ الإشعار.

و إطار تدعيم إجراءات التنفيذ ضد الإدارة فإن القانون يقترح أيضاً تحميل رئيس المجلس الشعبي البلدي مسؤولية تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري و ذلك على غرار الوزير و الوالي الوارد ذكرهم في الصيغة التنفيذية.

4- في إطار تنظيم المسجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمساكين:

يعتبر القانون رقم 05-04 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق لـ 06 فبراير 2005 المتضمن قانون تنظيم المسجون و إعادة الإدماج للمحبوسين خطوة أمامية في تجسيد حقوق الإنسان المعبر عنها بدءاً من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 و العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية و الإجتماعية لاسيما المادة 10 من العهد الدولي

الخاص بالحقوق المدنية و السياسية التي تنص على ضرورة معاملة الأشخاص المحرومون من حريتهم في إطار الكرامة الإنسانية أي أنسنة السجون و هذا ما جاءت به قواعد الحد الأدنى لمعاملة المساجين، كما يعتبر القانون الخاص بتنظيم السجون معبراً إلى حد ما على ما تضمنته الاتفاقية الأممية لحقوق الطفل (اتفاقية حقوق الطفل المبرمة في 20 نوفمبر 1989 التي صادقت عليها الجزائر في 19 ديسمبر 1992) و هذا في الباب المتعلق بالأحداث المحبوسين و من بين المبادئ الأممية المجسدة في هذا القانون:

- تكريس المبادئ و القواعد المعمول بها عالمياً في مجال معاملة المساجين و اعتماد تطبيق العقوبة كوسيلة للدفاع الاجتماعي، ترمي إلى مساعدة الأفراد الجانحين و إصلاحهم قصد إعادة إدماجهم الاجتماعي:

- ارتكاز تطبيق العقوبة السالبة للحرية على مبدأ التفريد من خلال معاملة المحبوسين وفقاً لتنظيمه و وضعيته الجزائية و حالته الصحية و النفسية مع إمكانية تكيف تطبيق العقوبة لتلائم ما يضمن إصلاح المحبوسين.

- إشراك قطاعات الدولة المختلفة و المجتمع و ترقية الآليات التي تسمح بمساهمة المجتمع المدني و الحركة الجموعية و ذوي الاختصاص في مسألة إعادة إدماج المحبوسين و الوقاية من العود.

- لأجل تكفل أحسن بفترة الأحداث و النساء فقد نص القانون على أحداث مما يلزم لهاتين الشريحتين من رعاية خاصة و ظروف ملائمة.

- حفظ حقوق المحبوس في التعليم و التكوين و إحداث نظام تأديبي يحفظ حق الدفاع و التظلم.

- أنسنة ظروف الاحتباس بإعطاء عناية خاصة للرعاية الصحية و النفسية للمحبوس مع التركيز على تفريد المعاملة على أساس الوضعية الجزائية للمحبوس و تصنيفه حسب السن و الجنس و القابلية للإصلاح.

- تكريس جملة من الحقوق مثل المحادثات عن قرب الاتصال بالعائلة و إمكانية إخبارهم عن أي تغيير في مكان أو في وضعية المسجون مع إحداث إمكانية زيارة المسجون من طرف أي شخص آخر أو جمعية إنسانية أو خيرية و هذا تدعيماً لسياسة إعادة الإدماج الاجتماعي.

- اعتباراً للجانب الإنساني استحداث القانون إمكانية الإفراج لأسباب صحية.

6- في إطار حماية المرأة:

لقد حظيت الاتفاقية المبرمة المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة لسنة 1979 بالتصديق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 2 رمضان 1996 المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع الحفاظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة و قد جسدت هذا الالتزام بالتشريع المتعلق بقانون الأسرة.

محاربة ظاهرة المخدرات والمؤثرات العقلية في التشريع الليبي مقارنا بالتشريع الجزائري الجديد للمخدرات



فجالي محمد *

النزعة إلى الهيمنة والسيطرة الاقتصادية والإعلامية والعسكرية مجسدة في الجانب الاقتصادي التي يجسدها احتكار أسواق المال وحركة رؤوس الأموال وفي الميدان الصحي بالأمراض الخطيرة مثل مرض فقدان المناعة المكتسبة "الايدز" "SIDA". وفي الميدان الإجرامي ظاهرة المخدرات والجريمة المنظمة.

إن هذه المظاهر المختلفة تمثل تلوث بيئي معنوي أخلاقي إضافة لتلوث البيئة المادي، بداية من النفائات النووية إلى غاز أكسيد الكربون وتأثيره على طبقة الأوزون. إذا فإنا نعيش في عالم ملوث معنويا وماديا والغريب أن المسؤول عن كل هذه الجوانب السلبية هي الدول المتطورة وضحيتها هي شعوب الدول الفقيرة كما عبر عن ذلك رئيس الجمهورية عند افتتاحه ملتقى صحاري العالم المنعقد بالجزائر خلال شهر ديسمبر 2006.

كما أن هذه الظواهر الخطيرة مرتبطة ببعضها، فالرغبة في السيطرة أصبح من وسائلها الشائعة تدمير آخر سلاح خفي هو استعمال المخدرات، وإن هذه الأخيرة من بين الأسباب الكبيرة لانتشار مرض "الايدز" مثلا. حيث تشير الإحصائيات أن مدمني المخدرات ومحترفي الجنس هم أكثر من تعرض لهذا المرض.

إذا فإن ظاهرة المخدرات تقع في قلب المشاكل التي يعرفها العالم، وهذا ما يبين صفتها الدولية والإستراتيجية وأنها ليست مشكلة محلية فقط. كما أن خطورتها على المستوى الداخلي للدول أنها كذلك تقع في قلب الجرائم التي تعرفها المجتمعات، حيث تفرز شبكة من الجرائم المرتبطة بها مثل الجرائم الأخلاقية، والعنف المنظم عن طريق عصابات إجرامية محترفة وجرائم الأموال من السرقة والحرابة والاختلاس والرشوة والنصب وتبييض الأموال وكلها تؤدي إلى الثراء الفاحش والسريع بطرق غير مشروعة.

وللتعبير عن خطورتها يقول أحد أساتذة القانون "أن الجرائم المضرة بالمصلحة العامة للمجتمع يصدق أن نصلح لها بمصطلح oumacide الذي يعني قتل الأمة" استعارة من المصطلح اللاتيني

مقدمة:

لقد كانت لنا فرصة الاطلاع والاهتمام بموضوع المخدرات في التشريع الليبي أن بعض الجزائريين تورطوا في جرائم تهريب المخدرات للدولة الليبية عبر الجزائر أو عبر تونس بالاشتراك مع شبكات تهريب دولية من المغرب مصدر هذه المخدرات لترويجها في ليبيا بنسبة بسيطة وإعادة تصديرها نحو أوروبا خاصة عبر إيطاليا. وقد كان ذلك محفزا لنا لإجراء دراسة قانونية شاملة لموضوع المخدرات في التشريع الليبي كما تم ذلك مع فترة تدريسا القانون الجنائي الخاص بكلية الحقوق بجامعة الجبل العربي بالدولة الليبية الشقيقة أين أشرنا على مذكرة تخرج لأحد الطلبة حول الموضوع، كانت هي المناسبة الأولى للاطلاع على التشريع الليبي للمخدرات والمؤثرات العقلية. كما شاركتنا بهذه الدراسة في ندوة علمية نظمت حول الموضوع فرأينا أنه من المفيد الإسهام بها في مجلة المحامي تعميما للفائدة وكذلك حتى نطلع على تشريع الدول المجاورة للجزائر المشابه لدرجة كبيرة مع التشريع الجزائري الجديد واكتشاف درجة الاتفاق والاختلاف بينهما خاصة وأن جرائم المخدرات أصبحت من الجرائم العابرة للحدود الدولية لاسيما بين الدول المتجاورة وأحسن دليل على ذلك ما كشفته الصحافة الجزائرية مؤخرا حول ما عرف بشبكة زنجيبول لتهريب المخدرات من المغرب نحو الجزائر ومنها لأوروبا، وقد يكون لغیرها وأخيرا وليس آخرا ما عرضه التلفزيون الجزائري خلال شهر ديسمبر 2006 من ضبط كمية من المخدرات قدرت بـ 2 طن و 40 كغ في منطقة الحدود الجزائرية- المغربية قرب تندوف، هذه الكميات الكبيرة تكشف أن شبكات تهريب المخدرات مازالت تنشط رغم الضربات الموجعة التي تكبدتها كما تنبأ هذه الكميات الكبيرة المضبوطة إلى وجهتها نحو الدول المجاورة لأنها فوق الاستهلاك المحلي بكثير. كما لا يخلو الموضوع من فائدة عملية فقد يطرح على أي محامي مهمة الدفاع عن جزائريين متورطين في جرائم المخدرات بالدول المجاورة للجزائر حيث تتفق تشريعات دول المغرب العربي إلى درجة كبيرة في معالجة الموضوع لوحدة مصدر أحكامها من الاتفاقيات الدولية.

إشكالية الموضوع:

إن البشرية في العالم المعاصر بقدر ما حققت من تطور هائل في شتى المجالات من تقدم تكنولوجي واقتصادي وسياسي، فإنها في نفس الوقت تعيش قلقا نفسيا وتدهور في سلم القيم الأخلاقية يعبر عن الجانب السلبي للحضارة المعاصرة، المتمثل في

موقف المشرع الجزائري.....

فمن محتويات قانون الأسرة لاسيما بعد تعديله بموجب الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، تأكيد على المواثيق الدولية وتجسيد ذلك في مواد لاسيما ما يلي:

- الانسجام مع مبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

- اتفاقية حقوق الطفل 1989 لاسيما المادة 19 من التي تنص على أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتعليمية الملائمة لحماية الطفل من كافة أشكال العنف أو الضرر أو الإساءة البدنية أو العقلية أو المعاملة المنطوية على الإهمال.

- نبذ العنف والإستغلال واعتماد أسلوب التكافل والترابط الأسري وهذا ما تبنته المادة 3 من قانون الأسرة بالنص على أنه تعتمد الأسرة في صيانتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية.

- اعتماد مبدأ المساواة في التعبير عن الرضا الذي يعتبر ركن أساسي من أركان الزواج وهذا بالنص في المادة 4 "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب" وأساس ذلك الإعلان العالمي بشأن القضاء على العنف الذي اتخذته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار 104-48 المؤرخ في 20 ديسمبر 1993.

II-7- في إطار حماية الطفل:

طبقا لما تقره المنظمات الدولية والإقليمية وحتى العربية في مجال حماية ومراعاة الطفولة سواء التي تعيش في وسطها الاجتماعي أو التي تعاني صعوبات الاندماج في المجتمع. وطبقا لما أوصت به الاتفاقية الأممية لحقوق الطفل المبرمة في 20 نوفمبر 1989 التي صادقت عليها الجزائر في 09 ديسمبر 1992، تعمل الوزارة على إعداد قانون للطفل، ومن مميزاته أنه:

- يكرس الحماية الدستورية للطفل، وخاصة ما تضمنها الدستور الجزائري في المواد 29-53-54-85 منه.

- يهتم بالطفولة الجائحة تبعا لما ورد في الكتاب الثالث من ق.ا.ج. وقانون العقوبات.

- يهتم أيضا بالطفولة المعرضة للخطر المعنوي وهذا طبقا لما جاء به الأمر 72-03 المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة، والأمر رقم 75-64 المتضمن بإنشاء المؤسسات والمصالح المكلفة بحماية الطفولة والمراهقة.

- الحماية القانونية للطفل في الوسط الطبيعى، الحماية الصحية.

- تجسيد الحقوق المشار إليها بالاتفاقية الأممية لحقوق الطفل.

فارح رشيد

وكيل الجمهورية لدى محكمة برج بوعريرج

اعتبار المخدرات أن لها علاقة بالصحة والعلاج إلى سياسة الوقاية والقمع فجاء عنوان القانون الأخير ((الوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية و قمع الاستعمال و الاتجار غير المشروعين بها)).

- غير أن اهتمام الدولة الجزائرية بموضوع المخدرات كان مبكراً منذ السنوات الأولى للاستقلال و هكذا صادقت الجزائر على الاتفاقيات الدولية التي لها علاقة بالمخدرات ابتداء من سنة 1963 عندما صادقت على الاتفاقية الوحيدة المتعلقة بالمخدرات لسنة 1961 بموجب المرسوم رقم 63/343 المؤرخ في 11/09/1963، ثم على اتفاقية المؤثرات العقلية سنة 1971 بموجب المرسوم رقم 77/177 المؤرخ في 07/12/1977.

ثم اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات و المؤثرات العقلية لسنة 1988 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95/41 المؤرخ في 28/01/1995 و أخيراً بروتوكول 1972 المعدل للاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02/61 المؤرخ في 05/02/2002. إن ما يستنتج من مراحل تطور التشريع الليبي و الجزائري للمخدرات هو كثرة التعديلات و صدور التشريعات الجديدة التي تلغي سابقاتها بمعدل كل عشر سنوات تقريباً في ليبيا، و هذا يعكس قلق المشرع و رغبته في مكافحة الظاهرة، و كذلك يبين عدم وجود سياسة تشريعية جنائية محددة الملامح. فالمشرع بهذه التعديلات يسعى للوصول إلى ذلك.

كما يعكس هذا التطور رغبة المشرع في متابعة تطورات الظاهرة في المجتمع داخلياً و خارجياً. إذ نجد تقارباً بين تعديلات التشريع الليبي و تطور التشريع الدولي في هذا المجال. حيث أن تعديل سنة 1963 جاء استجابة للاتفاقية الوحيدة للمخدرات للأمم المتحدة لسنة 1961. و قانون سنة 1971 جاء للتكيف مع اتفاقية المؤثرات العقلية لسنة 1971 و قانون سنة 1990 جاء استجابة لاتفاقية فيينا سنة 1989 و مصادقة الجزائر على كل الاتفاقيات الدولية تقريباً.

إن السياسة الجنائية في مواد المخدرات و المؤثرات العقلية من أكثر السياسات الجنائية تغيراً نظراً لتطور وسائل و طرق و أسباب ارتكاب الجريمة و تطور وسائل و طرق مكافحتها.

و في جميع الأحوال فإن عدم الاستقرار التشريعي الجنائي للمخدرات في رأينا ظاهرة إيجابية تعكس حرص المشرع للأخذ بأحسن الحلول، و كذلك لأن ظاهرة انتشار المخدرات و ليدة عوامل سياسية، و اقتصادية و ثقافية متعددة.

و أن المشرع عندما يستقر على سياسة تشريعية واضحة و ناجحة سوف يجنح نحو ملازمة أحكامه مع التغييرات بالتعديل و ليس بإلغاء القانون في كل مرة.

ثانياً: تجريم التعامل في المخدرات حسب أحكام

المخدرات منذ بداية انتشارها و اكتشاف خطورتها سواء في الشرائع السماوية أو في التشريعات الوضعية.

و أما في ليبيا فإن أول إشارة تشريعية للموضوع كانت في قانون العقوبات بالمادتين 311، 312 الملغاة تحت عنوان: جرائم الغش التي يترتب عليها خطر عام ضمن الفصل الثاني من الباب الخامس من الكتاب الثاني.

ثم صدر أول تشريع خاص بالمخدرات سنة 1956 تحت رقم 44 تمت تسميته قانون مكافحة المواد المخدرة، و الذي عدل بالقانون رقم 26 لسنة 1963.

ثم صدر قانون آخر بتاريخ 01/04/1971 تحت رقم 23 نشر في الجريدة الرسمية رقم 27 الذي ألغى القانون رقم 44/56 المعدل بالقانون رقم 63/26 و قد احتوى القانون رقم 23 على 56 نصاً " مادة " و ملحق يتضمن ستة جداول. ثم صدر قانون رقم 07 لسنة 1990 بشأن المخدرات و المؤثرات العقلية

بتاريخ 10/06/1990 المنشور بالجريدة الرسمية رقم 32، و الذي ألغى القانون رقم 23. و قد احتوى 59 نصاً و ملحقاً تضمن 07 جداول كل منها يتضمن قائمة بأسماء مواد معينة. فتضمن الجدول الأول

المواد المعتبرة مخدراً و عددها 90 مادة. و الجدول الثاني تضمن المواد المعتبرة مؤثرات عقلية و عددها 42 مادة. ثم الجدول الثالث المتعلق بالمواد قيود

الجواهر المخدرة و عددها 05 مواد، ثم الجدول الرابع المتضمن الحد الأقصى لكميات الجواهر

المخدرة الذي لا يجوز للأطباء البشريين و أطباء الأسنان الحائزين على مؤهل علمي تجاوزه في وصفة طبية واحدة و عددها 16 مادة.

و الجدول الخامس المتعلق بالنباتات الممنوعة زراعتها و عددها 05 مواد.

الجدول السادس المتعلقة بأجزاء النباتات المستنثة من أحكام هذا القانون و عددها أربعة مواد.

الجدول السابع المتضمن المستحضرات المستنثة من النظام المطبق عن المواد المخدرة و المؤثرات العقلية و عددها 35 مادة.

- أما بالنسبة للتشريع الجزائري فإن أول ما يلاحظ عليه أن قانون العقوبات أول ما صدر جاء خالياً من حكم يتعلق بالموضوع.

و قد صدر أول تشريع للمخدرات في الجزائر ضمن القانون 85/05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها المؤرخ في 16/02/1985، على منهج المشرع

الفرنسي الذي نظم موضوع المخدرات ضمن الصحة العمومية و أن الأمر يتطلب العلاج أكثر مما يتطلب العقاب و هي إحدى السياسات الجنائية المتبعة في بعض الدول، لكنها أظهرت محدوديتها في كبح جماح ظاهرة المخدرات.

و قد عدل المشرع الجزائري عن هذا النهج عندما أصدر القانون 04/18 المؤرخ في 25/12/2004 تحت عنوان مغاير لأول مما يفيد تغيير السياسة

الجنائية بهذا الصدد لأن المشرع الجزائري هجر

القديم homicide الذي يتكون من جزئين homo الرجل و cide القتل أي قتل الرجل و هو المصطلح الذي يأخذه التشريع الفرنسي للتعبير عن جريمة القتل بصفة عامة. أما جرائم المخدرات بمصطلح oumacide فإنها تعني قتل الأمة بأكملها لأن أضرارها لا تتوقف عند موت المدمن بل تؤدي إلى الانحراف الاجتماعي، و لهذا تؤسس على الضرر الحاصل من تناولها، و كذلك عن المخاطر التي تنتج عن انتشارها على الأمة، و أن المصلحة المقصودة بالحماية فيها هي "الصحة المعنوية للشعب".

لهذه الخطورة اهتمت التشريعات الدولية، و تشريعات الدول بمكافحة الظاهرة و أصبح التشريع أحد الوسائل المستعملة في ذلك، لكن هل يكفي التشريع وحده للقضاء على الظاهرة؟

أم ينبغي تحديد سياسة تشريعية جنائية متكاملة لمكافحة الظاهرة؟ و أي نوع من التشريع نحتاجه لتحقيق مكافحة الجريمة في أرض الواقع؟ و هل

يجب أن يكون تشريعاً دقيقاً و مرناً في نفس الوقت؟ فقد يصعب في بعض الحالات التوفيق بين مبادئ القوانين الجنائي الصارمة مثل "مبدأ لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص" و مبدأ "عدم رجعية القانون الجنائي" و مبدأ "التفسير الأصح للمتهم" و

"التفسير الضيق للنصوص" إلخ... و بين فعالية السياسة التشريعية حتى نقضي على هذه الجريمة الخطيرة.

إذا يمكن أن نعبر عن إشكالية الموضوع بصعوبة التوفيق بين أهمية الطموح و محدودية الوسيلة، و يمكن أن تكون فرضية البحث هي تنوع الحلول و الوسائل، و أن المشرع في مادة المخدرات يجب أن

يكون له أفق استراتيجي كفائد معركة و ليس مجرد رجل قانون متخصص.

هذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال "التشريع الليبي للمخدرات" و مقارنته بالتشريع الجزائري في النقاط التي يتشابهان فيها و موطن اختلافهما.

و سوف نحدد الموضوع بالتطرق للجوانب الموضوعية في قانون العقوبات دون الجوانب الشكلية الإجرائية الخاصة، كما سنكتفي في الجانب الموضوعي بالتجريم و العقاب دون حالات

الترخيص المشروع في التعامل مع المخدرات و ما ينتج عنها من مخالفات، و هو ما نطلق عليه تنظيم التعامل في المخدرات و سوف نعتد في ذلك على

منهج التحليل و التركيب بالتطرق للنصوص و صياغتها في شكل متكامل حتى تظهر السياسة الجنائية التي اعتمدها المشرع لمكافحة الظاهرة. و

على هذا نتطرق للتطور التشريعي و صور التجريم ثم الحلول التي أخذها المشرع للحد من الظاهرة مع إبداء ملاحظات و مقترحات عندما يتطلب الأمر ذلك.

أولاً: تطور التشريع الليبي و الجزائري للمخدرات:

لقد ظهرت التشريعات التي تنظم و تجرم تعامل

الحصر لا المثال. ذلك هو المسلك الذي تأخذ به تشريعات المخدرات الحديثة و هو ما أخذ به المشرع الليبي و الجزائري في المادة الأولى، التي حددت المقصود بالمواد المخدرة و المؤثرات العقلية هي تلك المواد المبيئة في الجداول الملحق.

وبهذا معرفة محل الجريمة يجب الرجوع للجداول الملحق، و لا تهم آثارها إن كانت من شأنها أن تحدث تغيراً في البنية الجسمية أو النفسية للجاني نفسه أم لا، فالمهم هو محتواها أو تركيبها الكيميائي.

أما إن كانت المادة غير واردة في الجداول الملحق فإنها تعتبر مباحة و لا تقوم الجريمة ما لم تكون لها آثار أخرى غير التخدير مثل التسميم. و يترتب على اعتبار المواد المخدرة واردة على سبيل الحصر في الجداول أنه يقع على محكمة الموضوع تحري إسم المادة و كميتها (*) كما حددتها تلك الجداول، و إلا فإن الحكم يكون معيباً لأنه أهمل ركناً من أركان الجريمة فيعتنق نقضه (6).

وتالياً للعيوب المترتبة على عملية حصر الأشياء و الصفات في التشريع الذي يتصف بالجمود فقد تمكن المشرع من تلافي ذلك بأن نص في المادة 55 أن للهيئة التنفيذية اتخاذ قرار تعديل الجداول الملحق بالحدف أو الإضافة أو تغيير النسب الواردة فيها، و ذلك بناء على اقتراح من وزير الصحة بينما لا نجد مثل هذا الحكم في التشريع الجزائري و ذلك بسبب أخذ المشرع الجزائري بجداول الاتفاقيات الدولية التي لا يملك المشرع الوطني تعديلها بالزيادة أو النقصان و إنما له سلطة المصادقة عليها أو عدم ذلك، غير أن حكم المادة 03 من القانون الجزائري يخول لوزير الصحة ترتيب جميع البيانات المتعلقة بهذه المواد في 04 جداول و أن تعديل هذه الجداول يتم بقرار من وزير الصحة.

إن ما يلاحظ على هذا النص هو الغموض حول دور وزير الصحة، فهل يرقى إلى الإضافة و الحذف أم يقتصر عند تعديل الاتفاقيات الدولية بهذا الشأن أن يجعل التشريع الجزائري بشأن هذه الجداول مسيراً للتعديلات التي مست الاتفاقيات الدولية أي ليس له مخالفتها.

ولهذا فإنه كلما ظهرت مواد مخدرة جديدة غير واردة في الجداول أو ظهرت فائدة تغيير النسب نحو الزيادة أو التخفيض فتجرب الزيادة أو الحذف بإجراءات بسيطة عن طريق قرارات إدارية يصدرها وزير الصحة حسب التشريع الليبي.

أما إن جرى تداول مواد مخدرة جديدة غير معروفة فإن المسؤول عن ذلك و إن كان يقلت من العقاب حسب نصوص قانون المخدرات، لكن إذا ثبت أن هذه المواد لها آثار ضارة على الصحة العامة أو يترتب عليها خطر عام كالوباء و التسميم فإنه يعاقب على هذا الأساس طبقاً لقانون العقوبات.

هذا و إن القانون لم يحدد شروطاً معينة لإصدار قرارات تعديل الجداول كاشتراط ضرورة أن يجري التعامل بهذه المواد المخدرة غير المعروفة، أو أن

متوفرة للدولتين خاصة و أن شبكات التعامل في المخدرات أصبحت تملك مخابر علمية متطورة لصناعة أنواع جديدة من المخدرات و تغيير التركيبة الكيميائية لها حتى تجعلها تخرج عن الجداول التي تحظر المواد المخدرة، فأصبحت التركيبات الكيميائية للمخدرات تتغير مثل شفرات القنوات التلفزيونية فما أن تكتشف الشفرة و يلاحقها المشرع بالتجريم حتى تستبدل بأخرى و هكذا أصبحت هناك حرب تقنية و علمية بين المشرع و شبكات التعامل في المخدرات تبذل جهوداً دولية تعجز الدولة الواحدة عن مسايرة هذه التطورات لوحدها حتى و لو كانت هذه الدولة متطورة فما بالناس بالدول المتخلفة، فهذا حسناً ما فعل المشرع الجزائري مع التحفظ حول بعض المسائل.

أما تعريف المخدر بالنسبة للفقهاء فهو بالمعنى الواسع كل مادة يترتب عن استهلاكها التأثير في سلوك البنية الجسمية و المعنوية للإنسان، و يدخل في هذا المفهوم الأدوية و الكحول و التبغ.

أما المفهوم الضيق فإنه أمر اختلف فيه إلى درجة أن المؤتمر الدولي لقانون العقوبات المنعقد في بودابست budapest سنة 1974 نبه إلى صعوبة تحديد مفهوم المخدر، حيث يرى البعض أن كل مادة تؤدي حقيقة إلى الإدمان (1). و البعض الآخر يقول بأن المخدر مادة ذات خواص معينة يؤثر تعاطيها أو الإدمان عليها في غير أعراض العلاج تأثيراً ضاراً بسنن أو ذهنياً أو نفسياً سواء تم تعاطيها عن طريق البلع أو الشم أو الحقن أو أي طريق آخر (2). كما عرفت بأنها كل مادة ينتج عن تعاطيها فقدان جزئي أو كلي للإدراك بصفة مؤقتة و تحدث فتوراً في الجسم، و تجعل الإنسان يعيش في خيال و أهم فترة وقوعه تحت تأثيرها (3).

وقد أخذ بهذا المشرع الليبي في بداية الأمر، إذ أشار في المواد 311، 312 من قانون العقوبات إلى تعريف المادة المخدرة بأنها لها الصحية على الجهاز العصبي بدرجة تضعف وظيفته، و يكون للقاضي في هذه الحالة سلطة تقديرية في اعتبار المادة مخدرة أم على ضوء ما يثبت لديه من تحليلها على أيدي الخبراء (4).

وقد أخذ على هذا التعريف تعارضه مع مبدأ شرعية الجريمة و العقوبة و إعطاء صلاحية التشريع للقاضي بدون ضوابط، و هو ما يتناقض مع مبدأ الفصل بين السلطات و لهذا فإن فقهاء القانون الجنائي و استناداً إلى كون أن هذه التعريفات تؤدي إلى إهدار مبدأ الشرعية، يرون أن المخدر مصطلح يضم كل المواد التي يضفي عليها المشرع طابع المخدرات (5).

إذا فإن تحديد مفهوم المادة المخدرة أصبح معياره تشريعي و ليس قضائي، و بالرجوع إلى التشريع وحده يتحدد لنا هل المادة المتعامل فيها تعتبر مخدراً أم لا؟

إن هذه المواد الواردة في التشريع محددة على سبيل

التشريع الليبي والجزائري: تجريم التعامل في المخدرات يتضمن مجموعة من الجرائم و ليس جريمة واحدة و ذلك باختلاف القصد الجنائي الخاص و إن كان محل هذه الجرائم واحداً هو المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية و التي يصطلح عليها بالركن المفترض الذي ترد عليه الصور المجرمة المختلفة و سوف نتناول ذلك تباعاً:

- الركن المفترض "التعريف بالمخدرات كمحصل للتجريم":

مناط التجريم في التعامل بالمخدرات و المؤثرات العقلية هو المادة نفسها التي يقع التعامل فيها و تكون محلاً له و هي (المخدر) فما هو المخدر في الاصطلاح القانوني؟ جاء في المادة الأولى من القانون رقم: 90/07 ليبي و المادة 2 من القانون 04/18 جزائري أن المقصود بالمواد المخدرة هي تلك المواد المبيئة في الجداول و أن المقصود بالمؤثرات العقلية هي تلك المواد المبيئة في الجدول الثاني مع استثناء المواد المبيئة في الجدول بالوصف و الكميات المحددة به.

فالمشرع بهذه الطريقة لم يعط تعريفاً لمحل الجريمة بل حددته بحصر ما يعد من المواد المختلفة محلاً للجريمة و ما يعد استثناء على ذلك. إذا فإن معرفة محل الجريمة يتم بالرجوع للجداول الملحق التي حددت ذلك على سبيل الحصر و ليس على سبيل المثال.

و بهذا فإن معيار تحديد المادة مخدرة أم لا، ليس بآثارها و ليس معياراً طبياً و ليس معياراً فيزيائياً بتحديد طبيعتها بأن كانت جامدة أو سائلة أو غازية و لا لوناً و لا رائحة، و ليس معياراً تجارياً "تسويقياً" بمعرفه اسمها التجاري، بل المعيار الكيميائي بتحليل تركيب المادة و تحديد ما تحتوي عليه من عناصر تشكل في مجموعها الاسم العلمي للمادة و إن كانت عناصرها الكيميائية متفككة، أو يصدق عليها أحد الأسماء التي حددها المشرع. و لهذا فإن حصل النزاع حول تحديد محل الجريمة، بأن استند الجاني إلى أن المادة غير محظورة لأنها غير واردة في جداول الحصر و أعطى لها اسماً مختلفاً عن الاسم التشريعي، فإننا نستعمل الخبرة الفنية، بالتحليل، فإن ثبت وجود التركيب الكيميائي للمواد التي حددها المشرع توفر محل الجريمة، و إن لم تثبت الخبرة ذلك، فلا يوجد محل للجريمة في هذه الحالة حتى و لو ثبت طبياً أنها مادة مخدرة و واردة في الجداول.

والفرق في ذلك بين التشريعين الليبي و الجزائري أن الأول وضع جداول خاصة به ألحقها بالقانون و هي مستمدة من الاتفاقيات الدولية، بينما المشرع الجزائري لم يضع أي جداول بل يحصل في ذلك للجداول الواردة في الاتفاقيات الدولية، و الموقف من ذلك في رأينا أن لكلا الأسلوبين إيجابياته و سلبياته مع الميل إلى الموقف الجزائري لأن وضع جداول وطنية خاصة مثلاً يتطلب إمكانيات علمية غير

وأن العقوبة تختلف بين التهريب والتداول بالنقل؟ يعتبر المشرع هذه المسألة جلياً أو تصديراً حسب الحالة وليس مجرد نقل أو إحراز لأن قيام الوحدة بين الدول ليس من شأنه إلغاء الحدود الجمركية وقد ذهبت إلى ذلك محكمة النقض المصرية بقولها: (أن تخطي الحدود الجمركية من الإقليم السوري إلى الإقليم المصري في ظل الوحدة التي جمعت بينهما يعد جلياً محظوراً ذلك أنه على الرغم من قيام الوحدة بين الإقليمين، فقد احتفظ كل إقليم بحدوده الجمركية) (9) وقد طرحت هذه المسألة حتى بين دول الاتحاد الأوروبي عند بداية تطبيق معاهدة (شنگن) (SCHENGEN).

هذا وأن بعض الدول تعتبر بعض المناطق الداخلية من إقليمها كالممرات المائية مثل قناة السويس وقناة بنما بمثابة حدود جمركية تطبق عليها قواعد الجلب والتصدير وليس مجرد النقل والإحراز حتى بالنسبة لمواطنيها عندما ينقلون مواد مخدرة أو غيرها من المواد عبر هذه المناطق (10).

إن المشرع الليبي والجزائري عند تجريهما تصدير المخدرات للخارج، إنما يعبر عن ذلك عن التضامن الدولي لمكافحة هذه الجريمة وبعد ذلك حماية لمجتمعات الدول الأخرى، وممارسة للرقابة على عمليات التجارة الدولية للمخدرات. وهذا حتى لا تتحمل الدولة أي مسؤولية عن ترويج المخدرات. وقد أصبحت مثل هذه المسائل تتخذ كذريعة للتدخل الأجنبي مثل ما حدث من تدخل أمريكي في بنما ونيكاراغوا واختطاف رئيسها (نوريغا) بدعوى مسؤوليته عن تهريب المخدرات لأمريكا. ما هي الشروط الواجب توفرها لا اعتبار فعل إدخال أو إخراج المخدرات (من أو إلى إقليم الدولة) مكوّن

لجريمة الجلب والتصدير؟ لم ينص المشرع على أي شرط في ذلك، لكن مفهوم مصطلح الاستيراد والتصدير يقتضي في حد ذاته صفة تتعلق بكمية المخدر محل الجلب والتصدير، وبالرجوع إلى قانون الجمارك فإن مفهوم الاستيراد والتصدير يقتضي أن تبلغ المادة المعنية كمية محددة، وهذا حتى يفرق بينهما وبين الإحراز أو الحيازة، فمثلاً المسافر الذي يخرج من البلد أو الذي يقصد البلد ويعبر الحدود وتضبط معه كمية من المخدر فهل نكفي الفعل على أنه جلب أو تصدير أم أنه مجرد إحراز أو حيازة؟

إن معيار ذلك يتعلق بكمية المخدر محل الجريمة فإن كانت تزيد عن حاجة الشخص واستعماله الشخصي كنا أمام جريمة جلب أو تصدير حسب الحالة، وهذا لأن الجاني في هذه الحالة يقصد تداول المادة المخدرة للغير بمقابل أو بدون مقابل ويعمم بسلكه هذا الأثر الضار للمادة للغير، أما إن كانت لا تزيد عن حاجته فإننا نكون أمام جريمة التعاطي لأن ضرر استهلاك المادة سوف يكون شخصياً وضيقاً وهو مما لا يبرر العقوبة الشديدة للجلب أو التصدير. وهذا وأنه في بعض الحالات لا يكفي بكمية المخدر

جزائري وذلك نظراً لشمولها عدداً كبيراً من الأفعال ولأن متناول بعض الأفعال يحتمل التفسير الواسع مثل فعل الحيازة والإحراز فيمكن أن تشمل كل الأفعال والصور الواردة بالتشريع. ونظراً لأن المشرع ضمن القانون عدداً مفصلاً من الأفعال فإنه يمكن أن يجمع بعض منها تحت طائفة واحدة وبهذه الطريقة سوف نتناولها حسب طولانها كالآتي:

أ. التهريب: التهريب يشتمل عمليتي الجلب (الاستيراد) والتصدير كما عبر عنهما المشرع، فهما وجهان لعملة واحدة، فيقصد بالأول استيراد المخدر من الخارج وإدخاله إلى الإقليم كما تحدده قواعد القانون الدولي العام بعناصره، الأرضي، المائي، الجوي وذلك حسب الوسيلة المستعملة في الجلب. أما التصدير فيقصد به إخراج مواد مخدرة من الدولة بالمفهوم السابق ولا يهم فيه إدخالها إلى دولة أخرى، أو التعامل فيها في أعالي البحار بالاستهلاك أو التبيد أو المتاجرة. لا يهم إن كان الجاني يهدف إلى مجرد تمرير المادة عبر الدولة أو إعادة تصديرها، فإن ذلك يدخل في معنى الجلب والتصدير حسب كل حالة، ويعاقب عليه باعتباره جريمة كاملة ولا يكفي العمل على أنه شروع في التصدير حتى يستفيد من التخفيضات الواردة بالمادة 60 قانون ليبي فحتى على افتراض أننا أمام شروع في تصدير فإننا نكون أمام جريمة جلب تامة اقترنت مع الشروع في التصدير، فتوقع حسب القواعد العامة العقوبة الأشد ويمكن زيادتها إلى حد الثلث المادة 76 قانون ليبي، بينما القانون الجزائري فإنه طبقاً للمادة 17 ساوى في العقوبة بين الجريمة التامة والشروع فيها.

كما إننا نكون أمام جريمة جلب بمجرد أن تدخل المادة المخدرة حدود الدولة، حتى ولو كان ذلك على سبيل المرور في مناطق خالية من السكان، كالمناطق الصحراوية أو مثل مرور سفينة في المياه الإقليمية للدولة، سواء كان هذا المرور عادياً أو اضطراباً فإن الجريمة تقوم في هذه الحالات حتى ولو انتفى قصد التعامل في مناطق الدولة، وهذا ينسجم مع مبدأ التعاون الدولي في مكافحة المخدرات. وقد أشارت المادة 19 من اتفاقية جنيف للبحار لسنة 1958 إلى اختصاص الدولة الساحلية بالجرم التي تقع على ظهر سفينة تجارية أثناء مرورها بالبحر الإقليمي إذا كان تدخل الدولة من أجل القضاء على اتجار غير مشروع بالمواد المخدرة (8).

كما تلمح العلاقة بين الجلب والتصدير مسألة تتعلق بقيام وحدة سياسية حيث تلغى الحدود السياسية لا سيما وأن جرائم المخدرات غالباً ما يكون مسرحها دول متجاورة مثل حالة دول الاتحاد الأوروبي حالياً الذي وضع تشريعاً موحداً للمخدرات وهو يتفاوض مع دول الإنتاج بالمغرب من موقف ضاعط موحّد فهل نكون في هذه الحالات أمام مجرد نقل أو أننا أمام جلب وتصدير؟ خاصة

تضبط هذه المواد داخل الدولة، بل يمكن أن يتم التعرف عن هذه المواد من خلال التفتيشات الأجنبية أو عن طريق الاتفاقيات الدولية أو المنظمات الدولية المتخصصة في هذا الإطار.

ولهذا يجب إيجاد علاقات تعاون مع المنظمات الدولية المتخصصة وكذلك متابعة التشريعات الأجنبية للاستفادة منها.

إن قرارات تعديل الجداول الصادرة عن الهيئة التنفيذية تعتبر من حيث طبيعتها القانونية قرارات لها قوة القانون فهي من التشريع الاستثنائي لأنها قائمة على أساس التفويض الذي خوله المشرع لها من أجل أن تتخذ قرارات تدخل تحت إطار تشريع التفويض إن كان الدستور ينظم هذه المسألة وإلا فإنها تعتبر مجرد قرارات إدارية صادرة عن سلطة مركزية.

أما إن اعتبرت ضمن اللوائح التنفيذية، فإن الهيئة التنفيذية تملك اختصاصاً أصيلاً بإصدارها وفق إجراءات خاصة لكن تطبيقها يصطدم بمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي صادر عن السلطة التشريعية. ويترب على اختلاف الطبيعة القانونية لتحديد قوة النص إذا ما تعارض مع نص أعلى درجة أو أقل درجة. فإن اعتبرت ضمن اللوائح فإنها لا تملك أن تعدل نصوص من التشريع العادي، وإن اعتبرت من تشريع التفويض كشريع استثنائي فإنها تعد بمثابة التشريع العادي من حيث القوة يجوز لها أن تعدله أو تلغيه، وفي رأينا أن ذلك هو الصحيح والفعل أيضاً، لأن الجداول الملحقه صادرة بقانون وإن علمنا أن قرارات التعديل هي لوائح فإنها لا تملك أن تعدل هذه الجداول.

- صور التعامل المحظورة للنشاط المجرم:

تتنوع صور التعامل في المخدرات وتبعاً لذلك تنتوع جرائمها. كما حددها المشرع وذلك بالنظر إلى السلوك الذي يأتيه الجاني ويكون له بهذا السلوك اتصالاً مباشراً أو بالواسطة بمحل الجريمة (7).

لقد بين للمشرع الليبي صور السلوك المحظور المعاقب عليه في المادة 02 بقولها: (يحظر على أي شخص أن يجلب أو يصدر أو ينتج أو يستخرج أو يفصل أو يصنع أو يملك أو يحوز أو يشتري أو يبيع مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية أو يتبادل عليها أو يتنازل عنها بأية صفة كانت أو يتدخل بصفته وسيطاً في شيء من ذلك إلا في الأحوال المنصوص عليها في هذا القانون وبالشروط المبينة به)، بينما إشارة المشرع الجزائري لذلك جاءت أكثر تفصيلاً في المواد من 12 إلى 21.

إن ما جاء من أفعال في هذه المواد جاء على سبيل الحصر أيضاً وليس على سبيل المثال حتى يتفق مع مبدأ "شرعية التجريم والعقاب" الذي يقتضي أن تكون الأفعال المجرمة محددة تحديداً دقيقاً، ولهذا فإن أي صورة من صور التعامل الأخرى غير الواردة ضمن التشريع تعد فعلاً مباحاً حتى إن كان من غير المتصور أن يوجد نشاط لا يدخل تحت ما ورد بالمادة 02 ليبي أو المواد من 12 إلى 21

هذه المسألة كما هو شائع عند الفقه ممن تناول هذه المسألة. هل كل فعل إحراز يعد جريمة إحراز للمخدرات؟

لم يحدد القانون وزناً لكمية المادة المخدرة محل الإحراز، ولذا فإن المبدأ أن الجريمة تقع أياً كانت الكمية ضئيلة أو كبيرة متى كان لها كيان مادي محسوس (18) باستثناء الحالات المرخص بها هذا كحالة عامة عندما لا يقترن بالإحراز أي فعل آخر فتقوم جريمة الإحراز مستقلة، غير أن الإحراز لا يأتي دائماً مستقلاً بل هو فعل ضروري في كل الحالات الأخرى المجرمة مثل الجلب والتصدير والاستهلاك والإنتاج وغيرها.

فهل نكون أمام جريمتين، جريمة الإحراز وجريمة الجلب أو التصدير أو الإنتاج أو الاستهلاك؟ فإذا اعتبرنا أننا أمام جريمتين، فإنه نطبق حسب القواعد العامة العقوبة الأشد في هذه الحالة يختلف الأمر بين جريمة وأخرى، فبالنسبة لجرائم الجلب والتصدير والإنتاج فإن العقوبة هي الإعدام، أو السجن المؤبد المادة 34 قانون ليبي وبالنسبة للإحراز فإن العقوبة هي السجن المؤبد أو السجن مدة لا تقل عن 10 سنوات المادة 35 قانون ليبي، فنتطبق عقوبة الإعدام كونها العقوبة الأشد. أما العقوبة طبقاً للقانون الجزائي فإن الفارق كبير جداً ذلك أن الحيازة للاستهلاك عقوبتها من 02 شهرين إلى 02 سنتين (المادة 12) والحيازة أو الإحراز بغرض العرض والترويج عقوبتها من 10 إلى 20 سنة حبساً (المادة 17) بينما الإحراز الذي يقترن بالتصدير أو الاستيراد أو الصنع فإن عقوبته هي السجن المؤبد (المواد من 19 إلى 21).

ويختلف الأمر بالنسبة للمستهلك حيث أن فعل الاستهلاك يتضمن فعل الإحراز وعندما نطبق هذه القاعدة فإن العقوبة الأشد هي عقوبة الإحراز بينما عقوبة الاستهلاك هي السجن من 03 إلى 15 سنة في القانون الليبي وهي من شهرين إلى سنتين في القانون الجزائي، بل يجوز استبدال العقوبة بالعلاج، وفي هذه الحالة ما هي الفائدة من وجود نص بجرم فعل الاستهلاك باعتباره يتضمن بالضرورة فعل الإحراز؟

إن فعل الاستهلاك يتضمن مجموعة من العناصر تتمثل في إحراز المخدر وتجهيزه وإدخاله للجسم فأحراز المخدر يصبح عنصر من فعل الاستهلاك ولا يشكل لوحده فعلاً قائماً بذاته مستقلاً (19)، فلا نكون أمام جريمتين.

وللتفرقة بين ما إذا كان الإحراز فعلاً تاماً بذاته أو عنصراً من فعل الاستهلاك فإن معيار ذلك يكمن في طبيعة كمية المخدر، فإذا دل ذلك بصفة لا تدع للشك في أن الكمية مخصصة للاستهلاك الشخصي، فإن الفعل يعد فعلاً قائماً بذاته وكيف على أنه جريمة إحراز (20).

وفي الحالة التي يكون الإحراز فيها تاماً والاستهلاك لم يتم لأمر خارج عن إرادة الجاني، فإن

الحاجة إلى الاستيلاء المادي عليه (13) ولذا يكتفي في الحيازة بالعنصر المعنوي، ولا يشترط توفر العنصر المادي، ويعتبر الشخص حائزاً حتى ولو كان شخصاً آخر هو الذي يحرز مادياً المخدر، ويعرف الحائز بالشخص الذي يكون سلطانه ميسوطاً على المخدر ولو لم يكن في حيازته المادية (14). بهذا المعنى يعطى للحيازة مدلولاً أوسع فتشمل الحيازة المادية للمخدر والاستئثار به على سبيل الملك والاختصاص.

إن المشرع الليبي عندما استعمل لفظ التملك وعطف عليه لفظ الحيازة في المادة الثانية والمادة 30 ولم يذكر التملك واكتفى بالحيازة في المواد 35/37 كما رأينا، يستنتج من ذلك أنه يعطى للحيازة معنى مترادفاً مع التملك. وبهذا تلاقي النقد الذي وجهه الفقه لمسلك المشرع المصري الذي لم يشير إلى التملك، حيث قيل بأنه "يتعذر وصف حالة المالك غير الحائز بين الخاضعين للتجريم وهو قصور ينبغي تداركه" (15).

- **الإحراز**: يقصد به الاستيلاء مادياً على المخدر الذي يفترض اتصال الجاني بالمخدر اتصالاً مادياً مع نوع من السيطرة عليه، لأي غرض من الأغراض كحفظه لحساب صاحبه أو لنقله أو تسليمه لشخص آخر أو إتلافه حتى لا يضبط. ويمكن أن يكون الإحراز عرضياً وطناً أو ثابتاً ولا تهم مدة الإحراز طويلة كانت أو قصيرة كما لا يهم المكان المحرز به المخدر من أعضاء جسمه باليد أو القدم أو الفم أو الأحشاء أو غيرها. ولا يشترط في الإحراز ضبط المادة المخدرة مع الجاني. بل يمكن أن يكون بصفة غير مباشرة بوجود المادة المخدرة في المنزل الذي يسكنه أو أحد ملحقاته أو في السيارة أو الحقيبة أو المحل التجاري الذي يديره أو في أرض زراعية أو في خلاء فيكفي إثبات أن المخدر موجود في مكان هو تحت سيطرته حتى يعد محرزاً له، وحتى ينفي المتهم ذلك يجب عليه إثبات عدم علمه بذلك، كان يثبت أن الغير هو الذي وضع المادة المخدرة عنده في غفلة منه أو بدون رضائه (16).

غير أن الإحراز لا يعني مجرد لمس المخدر حتى لو كان عالمياً به، وذلك كمن يدفعه حسب الإطلاع إلى الإمساك به، أو من يريد إزاحته عن مستهلكه بأن ينزع منه أو يخفيه عليه أو يبده حتى لا يستهلكه، فالإتصال المادي بالمخدر لا يكفي وحده لتكوين الإحراز، بل يجب أن يتوفر عنصر بسط سلطان الشخص على ما بين يديه من مخدر (17).

إن الإحراز بهذا المعنى يشمل الحيازة المؤقتة أو الناقصة "la possession précaire" مثل حالة الإيداع أو الإعارة وكذلك يشمل الحيازة المادية والعارضة "la détention matérielle". وبناءً على ذلك فإن الحيازة والإحراز الوارد النص عليها في قانون المخدرات يغطيان كل صور الحيازة الواردة في القانون المدني ونرى أنه لا يوجد اختلاف بين قانون المخدرات والقانون المدني في

المضبوط لدى الجاني بل يمكن استنتاج توفر جريمة الجلب من ظروف أخرى وذلك بأن كانت الكمية لا تزيد عن الحاجة الشخصية لكن ثبت لدينا عن طريق جواز السفر أن الجاني يعبر الحدود كل يوم ولمدة طويلة فإن أمكن استنتاج قصد تداوله للتغير فيمكن على ضوء ذلك تكييف الفعل مع هذه الكمية البسيطة تحت مفهوم الجلب أو التصدير.

غير أن بعض الفقهاء يفرقون بين الجلب أو التصدير والإحراز أو الحيازة على أساس عنصر مكاني بغض النظر عن كون الكمية كبيرة أو صغيرة، فكلما وقع الإحراز أو الحيازة في مكان معين هو خط الحدود كنا أمام جريمة جلب أو تصدير (11)، إلا أن هذا الرأي انتقد لأن غرض المشرع من تشديد العقاب على الجلب والتصدير لا يرجع إلى مجرد تخطي الحدود الجمركية بل غرضه حماية تداول المادة المخدرة ونقل ضررها للتغير (12).

ب. **الإنتاج**: جاء في المادة 02 القانون الليبي حظر إنتاج واستخراج وفصل وصنع المواد المخدرة، كما ورد النص على ذلك أيضاً في المادة 29 وجاء في المادة 30 منع زراعتها، هذه المواد تقابلها في التشريع الجزائري المواد 17 و 20 و 21.

إن مجموع هذه الأفعال يمكن إجمالها تحت صورة واحدة، هي إنتاج المواد المخدرة والإنتاج بمفهومه العام يشمل التصنيع والزراعة لأنه يعني كل استحداث وتكوين أو تحصيل للمادة المخدرة من سائر الخامات التي تصلح لذلك، فالإنتاج يفيد أنه قبل نشاط الجاني وبدونه فإن المادة لم تكن موجودة أصلاً أو على الأقل لم تكن صالحة للاستهلاك كمخدر، وأن أثر التخدير لا يصبح موجوداً بالمادة إلا بفعل نشاط الجاني.

ج. **ملكية المواد المخدرة بالحيازة أو الإحراز**: جاء في المادة 02 قانون ليبي أنه يحظر على أي شخص أن يملك أو يحوز أو يحرز مواد مخدرة. كما عاقبت المواد "35 إلى 37" على الحيازة والإحراز بعقوبات متفاوتة حسب قصد الجاني. لكن لا نجد في أي مادة أخرى من القانون عقوبة تتعلق بالملكية. إن الملكية الواردة في المادة 02 والتي عطف عليها المشرع فعل الحيازة أو الإحراز إشارة أن الملكية هنا هي وصف أو حالة تنسب لها المواد المخدرة بشخص معين سواء عن طريق الحيازة أو بواسطة الإحراز. وعلى هذا نقول أن الملكية، وصف أو حالة ولا تكون حق (من عناصر الحق المشروعية) لأن محلها غير مشروع والحيازة أو الإحراز هي الأفعال المجرمة والمعاقب عليها باعتبارها عناصر للملكية. بينما المشرع الجزائي فرق بين حيازة المستهلك (المادة 12) وحيازة المروج (المادة 17) فجعل عقوبة الأولى مخففة وعقوبة الثانية مغلظة ولم يتناول المشرع الجزائي ملكية المخدر لعدم صحة ذلك قانوناً.

- **الحيازة**: مدلول الحيازة في قانون المخدرات هي (الاستئثار بالمخدر على سبيل الاختصاص) دون

المادة 37 مثل ما جاء في القانون الجزائي بالمعنيين 12 و 13، حتى يكون الركن الشرعي للجريمة قائما بصفة واضحة.

كما يلاحظ أن كلا من المشرعين الليبي و الجزائي أخطأ في هذه النصوص بين التعاطي كعمل أو نشاط مجرم باعتباره فعلا مكونا للركن المادي للجريمة و بين التعاطي كقصد جنائي خاص مكونا للركن المعنوي للجريمة. إذ أن صياغة المادة 12 جزائري استعملت الاستهلاك كنشاط مادي عند قولها " كل شخص يستهلك " و كركن معنوي عندما قالت " من أجل الاستهلاك الشخصي ".

و التعاطي كنشاط مادي مجرم في ذاته هو استهلاك الشخص للمادة المخدرة بإدخالها في جسمه بأي طريقة كانت سواء بصفة معتادة أو بصفة عرضية و بأي شكل كالشرب أو الأكل أو الشم أو الحقن و لا يشترط في تجريم التعاطي أن يتناول الجاني نفسه المادة بل يعد متعاطيا بالاشتراك لتسهيل تعاطي آخر لها، و ذلك كمن يشعل للآخر لفاقة تحتوي على مادة مخدرة و هو عالما بذلك، أو من يناول مدمنا لا يقوى على الحركة مادة مخدرة، فإن ذلك يدخل تحت مفهوم تقديم مواد مخدرة للتعاطي أو تسهيل تعاطيها المادة 35/2 ليبي التي تقابلها المادة 13 جزائري. بل أن المشرع الليبي لم يكف بتجريم التعاطي الإيجابي بل أنه جرم أيضا التعاطي السلبي المتمثل في ضبط الشخص في مكان أعد أو هيئ لتعاطي المخدرات و كان يجري فيه التعاطي الفعلي مع علمه بذلك دون أن يتعاطاها هو شخصيا، حيث قصد المشرع بذلك محاربة العوامل المهيئة للاستهلاك لكنه مازال لم يعبر مرحلة التهوي و الانتقال من السلوك المباح عدم التعاطي إلى مرحلة الاستهلاك كسلوك مجرم و هذا حماية للأشخاص المترددين، فالعقوبة هنا وقائية إذ ثبت أن عامل رفقاء مجالس السوء من أهم عوامل انتشار المخدرات حيث تعد ترويجا و نوعا من الدعاية للمخدرات و الإدمان مع استثناء ذوي القربى ممن أعد المكان، و يظهر أن المقصود بالمكان هنا عندما يكون منزلا، لأنه المكان المعتاد لتواجد ذوي القربى و لا يعقل أن يخرجوا منه عند علمهم بالتعاطي، أما إن كان المكان ليس مما اعتادوا السكن فيه فقد لا يستفيدون من الإعفاء. لكن هذا التفسير و إن كان ملائما لقصد المشرع إلا أنه ليس في صالح المتهم. هذا و أن المشرع لم يحدد ذوي القربى بدرجة معينة أو بجهة قرابة معينة لهذا يبقى الحكم عاما بدون تخصيص و قد نلجأ في تحديد ذلك إلى القواعد العامة في القانون المدني أو في قانون الأحوال الشخصية.

أما من ضبط في مكان أعد للتعاطي و كان يخدم المتعاطين بتقديم المادة المخدرة أو تهيئتها للتعاطي بوضعها في حقن أو أواني أو خدمتهم بتقديم مأكولات أو مشروبات أو أي خدمة أخرى لها علاقة بالتعاطي فإن عمله يعد تسهيلاتا للتعاطي. و الفرق بين تقديم المخدر بالتعاطي و تسهيل التعاطي، أن في

من حيث الشروط الموضوعية الأخرى فإن العقد لا ينشأ في هذه الحالة و علينا أن نبحث عن التكيف القانوني للفعل حتى نصنفه ضمن تصرف من التصرفات المجرمة حتى ينال الجاني العقاب المستحق عن تصرفه، و ذلك حتى لا ينال عقابا أكثر مما أوجبه المشرع لفعله، و حتى لا يفلت من العقاب حسبما حدده المشرع و ذلك في العقود الصورية و العبرة في تكيف العقد ليس إرادة الأفراد بل ما تراه المحكمة.

هذا و يمكن أن يكون التصرف حقيقة أو حكما مثل التسليم و التسلم فلا يشترط أن يقع على المادة المخدرة نفسها بل يمكن أن يتم عن طريق تسليم أو التسلم مفتاح مخزن أو خزانة أو حقيبة أو غيره، و بالنسبة للتصرفات التي موضوعها عقدا فينبغي قيام العقد فقط و لو لم يبدأ في التنفيذ فإن الجريمة تقوم بالإيجاب و القبول و لو مع عدم التسليم و التسلم لأنه بعد قيام أحدهما حقيقة فتكون أمام إحراز (21).

هـ - الاستهلاك: نص المشرع الليبي على الاستهلاك بمصطلح التعاطي أو الاستعمال الشخصي في المواد 35 و 37 ثم 38، بينما المشرع الجزائي في المادتين 12 و 13 اقتصر على المصطلح الثاني فقط.

و ما يلاحظ على النص الليبي ذي المصطلحين هو الغموض في إشارة المشرع لتجريم التعاطي فقد جاء بصورة غير مباشرة في المادة 37، و مناط الغموض أننا لا نستنتج تجريم التعاطي إلا بتفسير النص، حيث أن المادة 37 خلطت بين التعاطي أو الاستعمال فعلا، الذي قد يفهم منه أنه ليس فعلا مجرما بل يعد نتيجة لفعل آخر هو الجلب أو التصدير... إلخ من الصور الواردة بالمادة 37 و على هذا فإذا تصورنا أن شخصا تعاطى المخدر بدون أن يقوم هو شخصيا بأي فعل من الأفعال الواردة بالمادة 37 كمن يناول آخر مادة مخدرة بأن يخفيها له بسررته فإن المتعاطي هنا استعملها فعلا حتى بدون أن يحرزها. فهل تقوم في حقه جريمة التعاطي؟ فقد فهم البعض أن التعاطي في حد ذاته غير معاقب عليه و أنه عمل مباح ما دام لم يرد النص إلى ذلك بصورة صريحة و واضحة، و هذا على أساس أن ميدان الاستهلاك حق و حرية لكل فرد من أفراد المجتمع يخرج من نطاق التجريم، و أن الإنسان سيد جسمه يمكن له دون معقب تحطيم صحته و إثارة نهايته الجسمية و المعنوية، ما دام تصرفه لا يهدد مباشرة حقوق الغير. و على هذا الأساس فإن بعض الفقه يرى أن التشريع لم يجرم الاستهلاك الفردي، و جرم الاستهلاك الجماعي لأنه نوع من الدعاية للمخدرات و الإدمان. بينما استند جانب آخر من الفقه إلى أن تجريم الاستهلاك الفردي في القانون الفرنسي مشمولا بتجريم الحيازة أو الإحراز الوارد في نص المادة 628 (22).

و على هذا فإنه يحبذ أن يشير المشرع الليبي إلى تجريم الاستهلاك الفردي بنص أوضح من نص

ذلك لا يغير من الأمر شيئا فإن عد الإحراز عنصرا من فعل الاستهلاك فإننا نعاقب الجاني على الشرع في الاستهلاك أي بتخفيض إحدى العقوبات إلى النصف فتصبح العقوبة سنة و نصف إلى سبعة و نصف بدل عقوبة الإحراز التامة و هي المؤبد أو السجن بما لا يقل عن 10 سنوات المادة 60 عقوبات، غير أن هذا الإشكال لا يطرح في القانون الجزائي لأنه وحد العقوبة بين الشرع و الجريمة التامة.

د- التداول (المتاجرة): تضمنت المادة 02 قانون ليبي المقابلة للمادة 17 جزائري عددا من الأفعال يمكن أن نجعلها تحت عنوان تداول المخدرات. و الأفعال المشار إليها هي الاتجار بالشرع أو البيع ثم التبادل ثم التنازل و الوساطة في ذلك. و معنى التداول في مفهوم القانون التجاري هو دفع بضاعة ما إلى دائرة التعامل بعد إنتاجها لتصل مرحلة استهلاكها فعملية التداول تشمل كل الأفعال الوسيطة بين مرحلة الإنتاج و مرحلة الاستهلاك. و قد درجت المراجع على تسمية ذلك بعمليات التعامل. لكن التعامل مفهوم يشمل حتى مرحلة الإنتاج و الاستهلاك. أما التداول فهو مفهوم اخص يقتصر على أفعال المتاجرة و التبادل و التنازل و الوساطة في ذلك بالنقل و التسليم و التسلم. فمفهوم التداول يغطي التصرفات القانونية و الأعمال المادية. و لا يؤثر على قيام الجريمة كون التداول قد تم بمقابل نقدي بالشرع أو البيع أو بمقابل عيني و هو التبادل أو المقايضة أو بدون مقابل و هو التنازل من أجل الترويج لأغراض غير تجارية، و قد يكون التبادل مقابل منفعة فإن كانت المنفعة القيام بعمل كانت مقابلة طبقا لأحكام القانون المدني.

أما الوساطة فهي كل فعل من شأنه التقريب بين أطراف العلاقة سواء للتعرف أو لتحديد السعر أو شروط التعاقد و قد تتمثل في عقد السمسة أو عقد الوكالة بالعمولة (المادة 17 جزائري)، و الوساطة حالة عامة تقوم في كل الأفعال المنصوص عليها في المادة الثانية هذا من حيث الحظر أو المنع، أما من حيث العقاب فإن المشرع نص على عقاب الوساطة في المادة 35 ليبي بشأن الحيازة و الإحراز و الشراء و البيع و التسليم و التسلم و النقل و التنازل و التبادل و التصريف، و لم ينص على عقابها ضمن التصدير و الجلب و الإنتاج و الاستخراج و الفصل و الصنع و الزراعة الواردة في المادة ليبي 34.

و يترتب على ذلك أن الوساطة بحسب المادة 35 ليبي و 17 جزائري جريمة مستقلة عن الأفعال المتوسطة فيها، أما جريمة التوسط لصفة مستقلة لا تقوم لأن المشرع لم يعاقب عليها و لهذا لا يعاقب الوسيط إلا إذا توفرت قواعد الاشتراك فيها. هذا و أنه بالنسبة لأفعال التداول المختلفة التي أوردها المشرع و التي تكون موضوع عقد فإنه يشترط أن يكون العقد فيها صحيحا حسب قواعد القانون المدني أو التجاري فيما عدا عنصر مشروعية المحل الذي هو مناط التجريم، أما أن كان التصرف غير صحيح

الأول لا يشترط التعاطي الفعلي أما في الثاني فيشترط في النشاط أنه أدى فعلا إلى التعاطي حتى نحكم عليه إن أنتج أثره و سهّل الوصول إلى هذه النتيجة أم لا ؟

و. تهينة وإعداد مكان للاستهلاك : جرم المشرع الجزائي ذلك بالمادة 15 و عاقب عن هذا الفعل بالحبس من 05 إلى 15 سنة فكل فعل من شأنه إعداد أو تهينة أو توفير مكان للاستهلاك، و يعني ذلك أن محل الفعل يجب أن يكون مكانا للاستهلاك، و ليس زمانا له فيخرج من عداد ذلك من نسق بين مجموعة لضبط وقت للتعاطي بإعداد جدول زمني حيث يعد ذلك من قبيل تسهيل التعاطي كما يخرج من عداد ذلك تعيين مكان يلتقي فيه شخصان أو أكثر للتعاطي دون أن يقوم أحدهما بأي نشاط آخر يدخل في إطار الترتيب لجعل المكان صالحا للتعاطي، و ذلك كمن يقول لأخر نلتقي في المزرعة أو عند مسافة كذا من الطريق... الخ.

و لا يشترط أن يكون المكان خاصا بل يمكن أن يكون عاما مفتوحا للجمهور، فإن كان مثلا خلا في الصحراء و قام الجاني بتهينة طريق أو إزالة أشواك أو حفر خندق للتسّر فتتحقق الجريمة. و التعاطي في هذه الصورة ليس قصدا جنائيا خاصا، و لا يعد نشاطا للجريمة بل يعد نتيجة للنشاط الإجرامي فهو عنصر من الركن المادي، و لهذا إذا لم يتحقق التعاطي فلا تقوم الجريمة حتى في حالة شروع. و لا يشترط حتى تقوم هذه الجريمة أن يتم الإعداد و التهينة بمقابل مادي أو مجانيا طبقا للمادة 15 جزائري أما في القانون الليبي فيشترط المقابل، و لهذا فإن من يعد مكانا لتعاطي المخدرات بدون مقابل، فلا تقوم هذه الجريمة في حقه بل تقوم جريمة الضبط في مكان أعد للتعاطي الذي تم فعلا، أو جريمة تسهيل التعاطي.

هذا و لا يشترط في هذه الجريمة أن تقوم جريمة الإحراز فهما مستقلتان عن بعضهما فيمكن أن تقوم إحداها دون الأخرى، و ذلك كمن يعد ناديا أو مقهى لتعاطي المخدرات التي في حيازته أو يحرزها فتقوم الجريمة و يمكن أن يكون حائز أو محرز المخدرات غيره، فتقوم جريمة الإعداد في حق صاحب النادي فقط (24) إذا كان القصد من إعداد مكان ليس للتعاطي بل كان بقصد مناقشة مسألة المخدرات بالترويج و الدعاية لها و تبسيان طرق تناولها عن طريق أفلام أو محاضرات أو غيرها، دون أن يتم التعاطي كنتيجة، فلا تقوم الجريمة، كما لا تقوم جريمة تسهيل التعاطي في هذه الحالة، لأن الفقه يشترط لا ارتكاب ذلك حصول التعاطي فعلا. إن المشرع الليبي لم يجرم هذا السلوك الخطير و يعد ذلك من الثغرات القانونية التي يجدر بالمشرع أن يشير إليها بالتجريم و العقاب الصارم لأن الترويج و الدعاية للمخدرات تعد أخطر من تعاطيها بل أنها أخطر من المتاجرة و حسنا ما فعل المشرع الجزائري عند إشارته صراحة إلى ذلك بالمادة 22 منه التي جرمت التحريض و التشجيع بنفس العقوبة

لجريمة المحرض على ارتكابها و كذلك العقوبة التكميلية المنصوص عليها بالمادة 29/8 و المادة 34 و بالإضافة إلى ذلك فإننا نجد ثغرة أخرى عند المشرع الليبي تتعلق بعدم تجريم " تبييض الأموال السوداء " *blanchiment des nacrone dollar* حيث أن كبار مهربي المخدرات و مروجيها يكون غرضهم اقتصادي مالي بالبحث عن الثراء الفاحش السريع على حساب المجتمع، و حتى يخفون آثار جريمة المتاجرة فإنهم يعمدون إلى تهريب هذه الأموال للخارج و هذا خوفا من مصادرتها، فيقومون باستثمار تلك الأموال المهربة في الدول المستقبلية لهذه الأموال عن طريق شركات و همة تكون في شكل شبكة من الاستثمارات في قطاعات و نشاطات كمالية سريعة الريح و على المدى القصير، و تبقى مصادر تمويلها عن طريق المتاجرة في المخدرات و ما يتبع ذلك من نشاطات أخرى تتعلق بتهريب العملة و التعامل فيها بشكل مخالف للقانون مما يؤدي إلى التضخم و انخفاض قيمة العملة في الدولة المستقبلية، بينما المشرع الجزائي فقد انتبه للربط بين موضوع المخدرات و الهدف الاقتصادي لأصحابها من المتاجرين فأصدر أحكاما ضمن قانون العقوبات تتعلق بتجريم تبييض الأموال في المواد 389 مكرر إلى مكرر 7 بموجب القانون 04/15 المؤرخ في 10/11/2004 ثم بموجب قانون محاربة الفساد أخيرا.

- الركن المعنوي في جرائم المخدرات:

يتكون من القصد الجنائي العام بعنصرية العلم و الإرادة كما حدده المشرع في سائر الجرائم العمدية و إضافة لذلك تتطلب جرائم المخدرات قصدا خاصا بحسب كل حالة. و القصد العام بعنصرية يتمثل في علم الجاني بطبيعة المادة المخدرة دون اشتراط العلم بأن القانون يعتبرها كذلك ضمن الجداول الملحقه. و العلم بالركن الشرعي أمر مفترض لأنه لا يعتد بهجهل القانون، و إضافة إلى ذلك أن يكون الفعل المادي الذي قام به الجاني قد تم عن إرادة حرة معتبرة قانونا أي غير معيبة بإكراه أو غلة، أما القصد الخاص فهو عند بعض الفقه متوعا و يطلقون عليه مصطلح (القصد الخاص) للتعبير عن تعددها فهناك قصد الاتجار و قصد التعاطي و قصد التداول ثم قصد تسهيل التعاطي و قصد الجلب (25).

إننا نرى أن القصد الخاص في جرائم المخدرات واحدا لا يتوعد بتمثل في قصد التعاطي أما ما يعتبره البعض قصود خاصة فهي لا تعدوا أن تكون بواعث فالجاني عندما يجلب أو يصدر أو ينتج أو يتداول المخدرات بمقابل أو بدون مقابل فإن قصده هو إيصالها إلى المستهلك الذي يتعاطاها و الباعث قد يختلف من شخص لآخر كالاتجار أو الإضرار بمصالح الدولة و المجتمع أو ممارسة علاقات غير مشروعة أو غير ما التي تبقى بواعث، إلا أن القصد الخاص و هو التعاطي متوفر في كل هذه الحالات و

إن اختلفت البواعث. إلا أنه يجب التفرقة بين قصد التعاطي لجرائم الجلب و التصدير و الإنتاج و التداول و قصد التعاطي عند المستهلك الذي يتناول المادة بقصد تعاطيها بالنسبة للغة الأولى فإن القصد الخاص يكون متوفرا دائما سواء كان تداول المخدر بمقابل أو بدون مقابل و أن إرادته تعتبر حرة و معتبرة قانونا و لهذا تقوم الجريمة في حقه جميعا لتوفر القصد الخاص.

أما القصد الخاص عن التعاطي نفسه كجريمة مستقلة فيجب أن نفرق بين مراحل التعاطي فإن كان الاستهلاك أولى فإنه يكون ناتجا عن إرادة حرة معتبرة قانونا و يكون القصد الخاص متوفرا و تقوم الجريمة في حقه. أما الاستمرار في الاستهلاك فإنه حسب بعض الفقهاء يعتبر تصرفا إراديا و صاحبه يكون مسؤولا عن تصرفاته (26) بينما يرى البعض الآخر (خاصة من الأطباء و علماء النفس) إنه في حالة الاستمرار في الاستهلاك نكون أمام حالة إدمان لا إرادي لأن حرية إرادة المستهلك تنقلص شيئا فشيئا بالاستمرار في الاستهلاك و يضربون ثلاثة تصورات لإثبات ذلك: أ- حالة ما إذا كان الاستهلاك الأولي مباح بإذن القانون للعلاج مثلا غير أن المستهلك يستمر في التعاطي في العلاج. ب- حالة إذا ما كان الاستهلاك الأولي للمخدر للعلاج لكن المستهلك يتجاوز الكمية المخصص بها أثناء العلاج. ج- حالة ما إذا كان الاستهلاك الأولي لا يتعلق بالمخدر بل بمادة سامة لكن هذا الاستهلاك أدى إلى الإدمان.

إنه في كل هذه التصورات الثلاثة ينعدم القصد الخاص و لهذا فتنتفي المسؤولية الجنائية إذا ثبتت للمحكمة حالة الإدمان و لهذا المشرع أجاز للمحكمة اتخاذ تدابير علاج لهذه الحالة و ليس العقاب (28) فرغم قيام أركان الجريمة من ركن مفترض و ركن مادي إلا أن اندام الركن المعنوي بانتفاء القصد ينفي العقاب عن الفعل (المادة 8/2 جزائري) و المادة 37 قانون ليبي.

ثالثا: خطة المشرع لمكافحة ظاهرة المخدرات:

توضع السياسة الجنائية في أي تشريع على أساس الأهداف التي يراد تحقيقها من وضع التشريع، و لا شك أن هدف التشريعات من تجريم التعامل بالمواد المخدرة في صورها المختلفة كما سبق بيانها و منع وصول هذه المواد إلى مرحلة الاستهلاك، إذ أن تجريم المادة المخدرة ليس متصورا لذات المادة بل للآثار التي تترتب عنها عند التعاطي، أما قبل مرحلة الاستهلاك فإن الآثار الضارة للمواد المخدرة لا تظهر و لكن مع ذلك فإن المشرع يعاقب عن كل تعامل قبل ذلك و هذا حتى يمنع حصول التعاطي الذي هو الهدف و النتيجة التي يراد تحقيقها من تجريم التعامل في المخدرات.

و المشرع بذلك يعمل بالقاعدة الأصولية المعروفة في الفقه الإسلامي و هي (سد الذرائع) و لهذا نجد الحلول التشريعية في القانونين الجزائري و الليبي

دينار ليبي طبقاً للمادة 34، فتطبيق هذه العقوبة على كل عمليات الإنتاج بقصد الاتجار وليس التعاطي من جلب و تصدير و استخراج و فصل و صنع و زراعة.

و نرى أن العقوبة في مثل هذه الحالة كان يمكن أن تكون الإعدام وجوباً و ليس اختياراً بسببها وبين السجن المؤبد و ذلك للوضع الخاص لليبي، حيث أن ظاهرة انتشار المخدرات فيها تعد في بدايتها و ليست مكرسة في السلوك الاجتماعي، و كذلك لا اعتبار لليبي بلداً مفتوحاً خاصة للمواطنين العرب و مواطني دول إفريقيا (إذ لا تطلب الدولة الليبية تأشيرات دخول لأراضيها من مواطني الدول العربية و الأفريقية) و كذلك كونها بلداً مساحتها كبيرة و حدوده طويلة ما يقارب 6000 كلم يصعب حرستها فقد يستغل بعض ضعاف النفوس ذلك لماربهم الخاصة، و لهذا فإن أحسن علاج للظاهرة و هي في بداية انتشارها هو استئصال أسبابها من المهربين بالعقاب الأشد. بينما المشرع الجزائري كان أرحم في العقاب إذ لا يقرر لعقوبة إنتاج المخدرات في شتى صورها إلا عقوبة الحبس من 10 إلى 20 سنة و الغرامة من 05 مليون دينار إلى 50 مليون دينار و بصفة عامة فإن المشرع الجزائري ألغى عقوبة الإعدام كلية عن جرائم المخدرات و قد يتجه مستقبلاً إلى هذا الموقف في سائر الجرائم في إطار التعديلات المتلاحقة على قانون العقوبات تحت تأثير الطلبات المتلاحقة لمنظمات حقوق الإنسان الدولية خاصة.

ب- عقوبة تداول المخدر:

عاقب المشرع الليبي أفعال التداول و هي أقل خطورة من الإنتاج بعقوبة تناسب خطورتها حيث جاء في المادة 35 النص على عقوبة السجن المؤبد أو السجن مدة لا تقل عن 10 سنوات و الغرامة من 5000 إلى 20000 دينار، و ذلك عن أفعال الحيازة و الإحراز و الشراء و البيع و التسليم و التسلم و النقل و التنازل و التصريف و التوسط بقصد الاتجار. و كذلك عن التقديم للتعاطي أو تسهيل التعاطي بمقابل و كذلك إدارة و إعداد و تهيئة مكان للتعاطي إذا تم فعلاً. و قد اكتفى القانون الجزائري في ذلك بحد أعلى للعقوبة لا يزيد عن 20 سنة و حد أدنى 10 سنوات. أما عند التصدير و الاستيراد و الصناعة و التوزيع فقد جعل العقوبة السجن المؤبد طبقاً للمادتين 19 و 21.

ج- عقوبة تعاطي المخدر:

سلك المشرع الليبي منطق التدرج في العقوبة حسب خطورة الفعل فعاقب التعاطي بعقوبة أقل شدة من العقوبات السابقة حيث نصت المادة 37/1 على عقوبة الحبس سنتين و الغرامة من 1000 إلى 5000 دينار. إذا تم الفعل بقصد التعاطي أو تم التعاطي فعلاً سواء كان الفعل يدخل في دائرة الإنتاج أو التداول.

بينما اكتفى المشرع الجزائري في ذلك بعقوبة شهرين إلى سنتين و الغرامة من 5000 دج إلى

متلائم مع ظروفها حيث أن انتشار تعاطي المخدرات إلى درجة الإدمان يعود إلى الأزمة الروحية و الأخلاقية، و أن نمط الحياة في المجتمعات الغربية من تفكك للأسرة و إباحة الجنس و الخمر و انعدام الوازع الديني يشجع على الإدمان، و لهذا فإن سلم القيم في هذه المجتمعات يتحمل القسط الأكبر من المسؤولية عن طريق العلاج.

أما في المجتمعات العربية و الإسلامية فإن ظاهرة انتشار المخدرات يعود إلى أزمة مادية و وقتية ناتجة عن التخلف الاقتصادي بالأساس. و لهذا فإن العقاب قد يكون أجدى و أنفع و العلاج يكون استثناء و ليس قاعدة عامة. إن موقف التشريع جاء سليماً في تقديره لأهمية العقاب أو العلاج و جعل السياسة العلاجية محصورة في مجال ضيق فيجب على القضاء أن يستعمل رخصه في العلاج بشكل مضيق أيضاً.

إن مهمة العلاج و إن أناطها المشرع الليبي بهيكل وزارة الصحة ممثلة في المصحات المتخصصة و أناط تشكيل اللجنة المتخصصة بها كذلك، فإننا نرى أن مفهوم العلاج يجب أن يكون واسعاً من حيث ميدانه فلا يقتصر على علاج الجسم من حالة الإدمان، بل يجب أن يتعدى ذلك إلى تربية المدمن بتمتية الوازع الديني و الأخلاقي و علاج وضعيته الاجتماعية و الاقتصادية التي تكون في غالب الأحيان هي السبب في التعاطي و هو الأمر الذي أهمل الإشارة إليه القانون الجزائري بصفة مطلقة لأنه أناط دور العلاج للقضاء بعد الرجوع للخبرة الفنية دون إقحام جهة الإدارة خاصة هيكل و وزارات التضامن الوطني و الشباب و الرياضة و التشغيل و الصحة و الشؤون الدينية و التربية.

و كذلك تحصين المدمن سياسياً و اجتماعياً بتبيان مخاطر سلوكه على المجتمع قبل نفسه، و يكون ذلك بإشراك ممثلين عن الجمعيات المتخصصة بمكافحة المخدرات كان تسعى جمعيات مكافحة المخدرات و هيئات المجتمع المدني المتخصصة، بأن تكون ممثلة في اللجنة المختصة بالموضوع حتى يتوسع علاج المدمن من العلاج الصحي إلى العلاج الاجتماعي خارج المصحة.

2 - السياسة العقابية:

في مجال السياسة العقابية نجد العقوبات تتفاوت في الشدة أو التخفيف بين ما يعد وسيلة و سبباً للتعاطي و التعاطي نفسه، فالمجرم الذي يمثل خطراً على المجتمع بسلوكه ليس مستهلك هذه السموم بل مروجها. أما المستهلك فإنه بالدرجة الأولى ضحية و إن جاز اعتباره جانياً فهو جاني على نفسه و ليس على المجتمع و على هذا الأساس فرق المشرع في العقاب كما سنوضحه:

أ- عقوبة إنتاج المخدر:

نظراً لخطورة هذا الفعل و دوره الكبير في تكوين الاستهلاك فإننا نجد المشرع قدر أقصى العقوبات و هي الإعدام أو السجن المؤبد و الغرامة بما لا تقل عن 10000 دينار (*) لليبي و بما لا يزيد عن 50000

تتراوح بين السياسة العلاجية اتجاه المستهلك المدمن و بين السياسة العقابية لما يعد وسيلة و سبباً للتعاطي الأولى، ثم سياسة وقائية للاحتياط من الوقوع في الجريمة و مكافحتها.

1- السياسة العلاجية:

جاء النص على مبدأ علاج المستهلك في المادة 37 لليبي و 07 جزائري استجابة للاتفاقية الدولية الوحيدة بدلاً من العقاب حيث أوصت باتخاذ تدابير تهدف إلى علاج المدمنين عن المخدرات، و يمكن تصنيف العلاج إلى نوعين هما:

أ- العلاج المفروض:

حول القانون الليبي لمحكمة الموضوع أن تأمر بذلك حيث أجاز لها بدلاً من العقاب الأمر بإيداع المستهلك في إحدى المصحات التي تنشأ لهذا الغرض ليعالج فيها و ذلك بناء على لجنة متخصصة تبحث حالة الجاني و تقدر ما إذا كان يعتبر مدمناً أم لا، إذ ليس للمحكمة أن تطبق هذا الاستثناء من العقاب على كل مستهلك، بل يجب أن يكون مدمناً و تثبت المحكمة من هذه الحالة ليس من الواقع الظاهر أمامها بل يكون ذلك بناء على الخبرة الفنية التي تقوم بها اللجنة الصحية التي تنشأ لهذا الغرض بقرار يحدد تشكيلها غير أنه يجب أن يكون أحد أعضائها من رؤساء النيابة العامة.

و اللجنة بعد تشكيلها أن تستعين بمن ترى الاستعانة به لأداء مهمتها العلاجية و عندها تقرر المحكمة إيداع المدمن في إحدى المصحات فلا يجوز أن تقل مدة الإيداع عن ستة أشهر و لا تزيد عن سنة واحدة، و لا يستفيد من هذا الإجراء من سبق إيداعه مرتين بالمصحات أو من فشل علاجه، و ذلك بأن لم يمر على خروجه من المصحة أكثر من خمس سنوات. و قد أوكلت هذه المهمة في القانون الجزائري لقاضي التحقيق و لقاضي الأحداث و لمحكمة الموضوع بعد إجراء خبرة طبقاً للمادتين 07 و 08 و كل ذلك تحت التهديد بتطبيق العقوبات المقررة بالمادة 12 في حالة الرضا أو الامتناع (المادة 09).

ب- العلاج الاختياري:

شجع المشرع الليبي المتعاطي الذي يتقدم للعلاج بالمصحة من تلقاء نفسه، حيث يكون طلب العلاج الاختياري مانعاً من موانع المسؤولية حتى بعد العلاج. و الملاحظ أن المشرع أورد هنا عبارة المتعاطي و لم يشترط وصف المدمن، و لهذا يستفيد من هذا الإعفاء كل متعاطٍ مدمناً كان أو غير مدمن تطبيقاً للتفسير الأصح للمتهم، بينما المشرع الجزائري بالمادة 06 جعل العلاج التلقائي من أسباب سقوط الدعوى العمومية و ليس مجرد مانع من موانع المسؤولية كما فعل المشرع الليبي.

ما يمكن إبدازه من ملاحظات حول السياسة العلاجية، أنه يجب اعتبارها استثناء و ليس قاعدة عامة وحتى لو أن التشريع الدولي يوصي بذلك و إن تشرعات الدول الأجنبية خاصة الغربية منها تعتبر العلاج قاعدة عامة و العقاب استثناء، فإن هذا الحل

50000 دج.

د- ظروف تشديد العقوبة:

شدد المشرع الليبي العقوبة بأن جعلها السجن المؤبد لزوما بعد أن كان اختياراً، ورفع الغرامة في الحد الأدنى إلى 10000 و الحد الأقصى إلى 50000 دينار في الحالات التالية:

* إذا حكم على الجاني نهائياً من إحدى المحاكم الأجنبية في جريمة مماثلة للجرائم المنصوص عليها في هذا القانون.

* إذا كان الجاني ذو صفة ——— أن كان موظفاً أو مستخدماً عموماً مختصاً بمكافحة جرائم المخدرات أو مختصاً بالرعاية على تداولها.

* الاشتراك مع قاصر في ارتكاب الجريمة.

* تقديم المخدر لقاصر.

* العود.

بينما المشرع الجزائي فإنه أسقط ظروف التخفيف المنصوص عليها بالمادة 53 قانون عقوبات في حالة استخدام العنف أو أسلحة أو عند توفر صفة الموظف العمومي أو صفة ممتحن الصحة أو في حالة ما إذا حدثت وفاة أو عند إضافة مواد للمخدرات تزيد في خطورتها (المادة 26) وفي حالة توفر ظرف العود فإن العقوبة تشدد بمضاعفة مقدارها وجعلها مؤبد إذا كانت العقوبة الأصلية 20 سنة (المادة 27).

ما يمكن ملاحظته على ظروف التشديد في القانون الليبي أنها غير واضحة في بعض الحالات وقاصرة في حالات أخرى، فالغرض يتعلق بظرف العود والحكم الأجنبي النهائي. فهل هما ظرفان عامين بكل الأفعال التي حرّمها القانون. كما يفهم من العبارة "جريمة مماثلة للجرائم المنصوص عليها في هذا القانون" أو من عبارة "إذا كان الجاني عائداً"، فهل مثلاً من ضبط ——— مرتين في مكان معد لتعاطي المخدرات يعاقب في المرة الثانية باعتباره عائداً ويعاقب بالسجن المؤبد لزوماً؟

كذلك جاء النص غامضاً بالنسبة لمن حكم عليه نهائياً في الخارج في جريمة منصوص عليها في القانون الليبي، فهل يقصد بذلك العود، أم يقصد به أنه إذا لم يعاقب في البلد الأجنبي ودخل إلى ليبيا المادة 04 فإنه يعاقب بالسجن المؤبد مهما كانت عقوبة البلد الأجنبي أم عقوبة الفعل المرتكب في القانون الليبي؟ إن مثل هذا الغموض يتناقض مع مبدأ الشرعية الجنائية.

أما بالنسبة للحالتين الأخيرتين، فإن قصد المشرع هو حماية القصر من الولوج في عالم المخدرات غير أن التشديد جاء خاصاً بالاشتراك والتقديم دون غيرهما بينما درجت التشريعات على حماية القاصر من المخدرات في كل الصور والحالات حيث يفترض تشديد العقاب حتى على إحرار أو حيازة أو تداول المخدرات في أماكن تواجد القصر خاصة أمام المدارس والجامعات والملاعب الرياضية وكل مكان معد لتواجد الشباب إذ أن مروجي المخدرات يكثر تردهم على مثل هذه الأماكن لاصطياد

فرستهم من الشباب، وهو ما أخذ به المشرع الجزائي في المادة 13 عندما جعل ذلك سبباً لمضاعفة العقوبة.

هـ- ظروف تخفيف العقوبة:

أشارت الفقرة الأخيرة من المادة 35 قانون ليبي لتخفيف العقوبة في حالات تقديم المخدر والتصرف فيه وإدارة أو تهنية مكان للتعاطي بدون مقابل.

كما تخفف العقوبة إلى السجن بما لا يقل عن 10 سنوات والغرامة من 5000 إلى 20000 دينار إذا توافرت إحدى الحالات الواردة في المادة 35/2.

و يمثل ظرف التخفيف في هذه الحالات إذا كان التعامل بالمخدر بدون مقابل. إن اعتماد ظرف عدم المقابل كحالة عامة للتخفيف أمر ليس إيجابياً في بعض الحالات وحتى وإن كان الغالب من المتعاملين في المخدرات غرضهم اقتصادي عن طريق المتاجرة فيها.

إلا أن الأكثر ضرراً عند التعامل في المخدرات بدون مقابل له وجه آخر لا ينبغي إغفائه فقد يكون الغرض سياسياً داخلياً أو موجه من الخارج أو دينياً وبالتالي يستحق صاحبه التشديد وليس تخفيف العقاب لأنه أخطر على المجتمع من المتاجرة، بل أنه حتى في حالة عدم وجود هدف سياسي فإن الآثار الضارة لترويج المخدرات بدون مقابل يكون أكبر لأنها تكون في متناول كل الناس الفقير منهم والغني، الصغير والكبير.

وهو ما اعتمدته المشرع الجزائي الذي لم يعتد بالمجانبة كسبب لتخفيف العقوبة في المادة 15 فحسن ما فعل.

3- سياسة الوقاية والاحتياط من الوقوع في الجريمة:

نص القانون على مجموعة الأحكام التي يمكن إدراجها ضمن باب الاحتياط من وقوع الجريمة وعلى مجموعة من الإجراءات لتشجيع الكشف عنها:

أ- رفاق السوء كعامل من عوامل انتشار المخدرات واستهلاكها:

حيث عاقب المشرع الليبي على ذلك بالسجن مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة ب 100 إلى 500 دينار أو بإحدى العقوبتين كل من يتردد على مجالس تعاطي المخدرات، وهذا لمنع الدعاية والترويج للتعاطي إذ أن كثيراً ما كان سبب اللجوء إلى المخدرات رفاق السوء وحتى لا يختلط الشخص بعالم المخدرات جرم مجالسة متعاطيها. وهو أمر غاب عن المشرع الجزائي محاربته بالتجريم والعقاب لو الخفيف لما في ذلك من آثار إيجابية.

ب- تشجيع مكافأة جرائم المخدرات: (تناول المشرع ذلك بأحكام متنوعة نذكر منها):

* **الإعفاء من العقاب:** إذ نصت المادة 48 من القانون الليبي وتقابلها في ذلك المادة 30 جزائري وذلك في حالة التبليغ عن الجريمة للسلطات المختصة قبل علمها بها.

* **تخفيف العقوبة للنصف:** وتستبدل عقوبة الإعدام بالسجن المؤبد وهذا الأخير بالسجن وتخفيض العقوبات الأخرى إلى النصف إذا حصل الإبلاغ قبل علم الجهات المختصة شريطة أن يكون الإبلاغ ذي أهمية فيؤدي إلى الكشف عن معلومات جهرية تتعلق بالجريمة ومرتكبيها طبقاً للمادة 48 ليبي و 31 جزائري مع الفارق فيما يتعلق بالإعدام الغير موجود في القانون الجزائي إذ تستبدل أشد عقوبة فيه وهي المؤبد إلى السجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة.

* **المكافآت المالية:** جاء في المادة 56 ليبي أن تمنح مكافأة مالية وجوباً لكل من ضبط مواد مخدرة بكميات كبيرة أو اشترك في ذلك أو ساعد على ذلك بالإبلاغ والإرشاد عن وجودها. وجعل المشرع هذه المكافأة عامة فيستفيد منها حتى الجناة عند التعدد، فعندما يستيقظ ضمير أحدهم ويعرف أنه تورط قد تتغلب عليه نوازع الطمع في المال فعندما يعرف بأنه سوف ينال مكافأة، فإنه لا يتردد في الكشف عن الجريمة ويضرب بحجر واحد عصافيرين كما يقال، يعفى من العقاب، وينال نصيباً من المال ويستفيد المجتمع بتفويت الفرصة عن الآخرين.

وقد أجاز المشرع منح مكافأة حتى إذا كانت الكميات المضبوطة قليلة، وهذا شيء إيجابي لأن كشف القليل من الكميات قد يكون كبير الأهمية من حيث المعلومات، لهذا كانت المكافأة جوازية حسب الحالات ورغبة في زيادة الإجراءات الاحتياطية فإنه يحبذ توسيع المكافأة إلى الترقية المهنية بالنسبة للمختصين. والمكافأة المعنوية أو الشرفية مثل إدراج وسام من الأوسمة الوطنية في هذا المجال يمنح من يقوم بعمل مهم في هذا الإطار. وبالنسبة لتحديد قيمة المكافأة المالية يحبذ أن تكون بنسبة معينة من قيمة المواد المخدرة على افتراض سعر بيعها، وقد غاب عن المشرع الجزائي الأخذ بمثل هذه الفكرة التي قد تكون ذات فائدة مهمة في الوقاية من انتشار ظاهرة المخدرات.

ج - التعويض العادل:

أشارت المادة 57 ليبي بنصها على أن كل من أصابه ضرر أثناء أو بسبب القيام بأي عمل من أعمال مكافحة جرائم المخدرات الحق في تعويض عادل من خزينة المجتمع، إن مثل هذا النص في القوانين الجزائي مفيد أيضاً لاسيما بالنسبة لغير المكلفين بمحاربة المخدرات من الهيئات الرسمية فقد لا يستفيدون من امتيازات الضمان الاجتماعي فيكون التعويض لهم من طرف الدولة مشجعاً لتجنيد المجتمع الواسع لمحاربة ظاهرة المخدرات وعدم الاقتصاد في ذلك على الأجهزة الرسمية فقط.

د- حماية المكلفين بمكافحة جرائم المخدرات من الاعتداء عليهم:

قرر المشرع في المواد 39 و 40 ليبي و 14 جزائري حماية جنائية للمكلفين بمحاربة الظاهرة، وذلك فيما إذا حصل أي اعتداء على الموظفين القائمين على تنفيذ قانون المخدرات، بل حتى أن مجرد

عبور، ولعلنا لا نكتشف سراً أن الكميات الكبيرة للمخدرات لم تكن تدخل الجزائر قبيل وجود هذا العامل الخارجي.

إن اتفاقية الشراكة الأوروبية ومتوسطة نظمت بحدوث اشتراط الجانب الأوروبي يتمثل في محاربة تهريب المخدرات والهجرة غير المنظمة لأوروبا. في مثل هذه الحالات يجب على المشرع الوطني عندما تكون لديه معطيات جديدة أن ينتبه لآثار ذلك على مجتمعه فيمكن أن يصبح في هذه الحالة مستهدفاً أكثر من السابق ليس كبذل عبور بل يصبح مستهدفاً كسوق لتصريف الإنتاج. ولهذا ينبغي اتخاذ تدابير عقابية صارمة وزيادة الحيلة عند دخول الأجانب حدود الدولة التي قد يلجأ إلى علقها بصفة مطلقة خاصة البرية كما هو الحال بين الجزائر والمغرب، فخلق الحدود رغم مضاره السياسية خاصة وكذلك الاقتصادية، إلا أن للجزائر فيه منافع أخرى خاصة من جانب محاربة المخدرات. بل يمكن أو يحبذ الدخول في علاقات تعاون مع بلد الإنتاج عن طريق مساعدات اقتصادية لتحويل إنتاج المخدرات إلى إنتاج مواد أخرى، كما يمكن طرح مثل هذه المسائل على هيكل اتحاد المغرب العربي. وإضافة لذلك فإن التشريع يجب أن يكون متلائماً مع تطور الظاهرة في المجتمع ولا ينبغي أن يتخلف عنها لأن كل تهاون في تكيف التشريع مع الواقع يؤدي إلى أن يكسب الطرف الآخر مساحات لصالحه ويستغل الثغرات العالقة بالتشريع ولهذا كان تشريع المخدرات أكثر التشريعات تعديلاً وتجديداً كما رأينا، ومن تلك الثغرات الباقية:

- * تجريم بعض الصور التي أهلها المشرع الليبي كتبويض الأموال خاصة بالنسبة للبلبونوك والمؤسسات.
- * إلغاء اعتبار تداول المخدرات بدون مقابل في التشريع الليبي من الظروف المخففة ترتب عليها مضار أكثر من تداولها مقابل مالي في بعض الحالات التي يتم فيها تداول كميات كبيرة.
- * الاهتمام بالمعالجة الاجتماعية اللاحقة على العلاج الصحي للمدمنين.
- * توسيع المعالجة الاجتماعية للمدمنين وغير المدمنين.
- * توحيد عقوبة صور التهريب والإنتاج والتداول ورفعها نحو أقصى العقوبات.
- * بالنسبة للقصد الخاص للجريمة الاكتفاء بقصد التعاطي وحده معياراً لاكتمال الركن المعنوي للجريمة. عند الاقتباس من التشريعات الأجنبية ينبغي تقدير الظروف المختلفة بين المجتمعات الأجنبية والمجتمع الذي نريد حمايته من الظاهرة، كما سبق تبين ذلك عند أولوية العلاج أو العقاب، والاختلاف في ذلك بين المجتمعات الغربية والمجتمع العربي الإسلامي، وحتى وإن كان التشريع الدولي يقرر أولوية العلاج على العقاب فإن الظروف المحلية قد تجعلنا نتجنب ذلك لصالح العقاب ثم

الجمهور بضائع أو علامته التجارية ومحلاته التجارية لمعرفة أنهم أن هذه التجارة هي نتيجة لأموال محصلة من جرائم المخدرات.

هذا إضافة إلى الردع العام الذي يحققه نشر الحكم في نفوس من لم يرتكبوا بعد هذه الجريمة البشعة. أما المادة 49 ليسي فقد نصت على بعض التدابير التي تتخذ ضد من أدين أو اتهم مرة أو أكثر في إحدى الجنايات المنصوص عليها في قانون المخدرات وهذه التدابير هي:

- * الإيداع في إحدى مؤسسات العمل.
- * تحديد الإقامة أو المنع من الإقامة.
- * إعادة إلى الوطن الأصلي.
- * حظر التردد على أماكن أو محال معينة.
- * الحرمان من ممارسة مهنة أو حرفة معينة. إن هذه التدابير مزدوجة فهي تحمل معنى العقاب والعلاج بعدم ارتكاب الجريمة مرة أخرى خاصة في حظر التردد على أماكن أو محال معينة كذلك التي تسهل له العودة للإجرام مرة أخرى، ففي منع الجاني من ذلك يصعب عليه العودة للإجرام مرة أخرى، وكذلك الأمر بالنسبة لإعادة للموطن الأصلي، فإن الشخص يكون أكثر التزاماً بقواعد الانضباط الديني والأخلاقي والعرفي في موطنه الأصلي، بينما عندما يكون في غيره يصبح أكثر انجذاباً للنزوات الشخصية وأكثر تحرراً نحو إشباع ذاته فلذلك عند اتخاذ هذا التدبير يوفر عاملاً من عوامل الابتعاد عن ارتكاب الجريمة.

الخاتمة:

من خلال تناول التشريع الليبي مقارنة بالجزائري لظاهرة المخدرات وتأسيساً على الفرضية المطروحة في المقدمة باعتبار التشريع وسيلة لتقويم السلوك الاجتماعي نحو السلوك الإيجابي النافع، وأنه ينبغي تنوع وسائل مكافحة الظاهرة. فإن هذه الوسيلة إذا أحسن استعمالها فإنه يمكن تحقيق أقصى درجات الفعالية عند التطبيق السليم بشرط بذل أقصى درجات العناية عن طريق التطوير المستمر على أسس منهجية علمية تراعي كل متغيرات المعادلة الداخلية والخارجية.

فباعتبار ظاهرة المخدرات ظاهرة عالمية فلا ينبغي للتشريع الوطني أن يعزل عن التشريعات الدولية وتشريعات الدول المجاورة، بل أن يضع تشريع المخدرات ينبغي أن يتمتع بالحس الاستراتيجي كقائد معركة حربية وليس مجرد رجل قانون متخصص، فينبغي أن يكون لدى المهتم بمكافحة المخدرات أدوات تحليل للعوامل الاقتصادية العالمية والعوامل السياسية وتطور الأفكار... الخ. ولنضرب مثلاً لذلك لتبيان مدى تأثير علاقات التعاون والشراكة بين إحدى دول المغرب العربي المنتجة لبعض أنواع المخدرات مع الاتحاد الأوروبي حيث كانت منطقة أوروبا لاسيما إسبانيا وفرنسا وإيطاليا وبلجيكا ضمن السوق التي يروج فيها هذا المنتج، وإن دول المغرب العربي الأخرى كانت على أكثر تقدير تعتبر مناطق

مقاومة منهم بالقوة أثناء تادية الوظيفة أو بسببها يؤدي إلى عقاب المسؤول عن ذلك بالسجن بما لا يقل عن 10 سنوات حسب القانون الليبي و 05 سنوات حسب القانون الجزائري.

أما إذا نتج عن الاعتداء إزاء شخص خطير بمفهوم المادة 381 من قانون العقوبات أو تم الاعتداء والمقاومة بالسلاح، أو كان المعتدى أو المقاوم ممن أنيط بهم المحافظة على الأمن فإن العقوبة تكون مشددة بالسجن المؤبد، وإن ترتب عن ذلك القتل العمدي للموظف كانت العقوبة الإعدام، بينما ترك أمر ذلك في القانون الجزائري للقواعد العامة لا سيما المادة 148 قانون عقوبات.

4- العقوبات التبعية كجزاء من سياسة الوقاية من وقوع الجريمة:

إضافة للعقوبات الأصلية السابق الإشارة إليها فإن المشرع اتخذ مجموعة من العقوبات التبعية أو التكميلية تلعب دوراً هاماً في محاربة الجريمة بعد ارتكابها وخاصة قبل ذلك.

فالثابت أن انتشار ظاهرة المخدرات غالباً يعود لأسباب مادية تتعلق بالظروف الاقتصادية خاصة وأن هدف منتج المواد المخدرة أو مهربها أو الذي يتداولها بقصد الاتجار كما أشار إلى ذلك التشريع وهذا فإن معاملة الجاني بخلاف قصده عن طريق مصادرة المواد المخدرة، وكل الأشياء والأموال المحصلة من الجريمة، وكذلك مصادرة وسائل النقل والأدوات المضبوطة التي استخدمت في ارتكاب الجريمة كما أشارت إلى ذلك المادة 42 ليسي التي تقابلها المادة 29 جزائري.

فهذه الإجراءات تعد عقوبة بعد ارتكاب الجريمة وتعد عاملاً محفزاً على عدم ارتكاب الجريمة لأن الذي له رغبة لاكتساب المال ولو بوسائل غير مشروعة يكون حريصاً بنفس القدر على عدم المخاطرة بماله، ولهذا فإن عقوبة المصادرة تلعب دوراً مزدوجاً في العقاب والوقاية من ارتكاب الجريمة. وإضافة لذلك فإن المادة 46 ليسي أشارت إلى نشر ملخص الحكم النهائي بالإدانة على نفقة المحكوم عليه في ثلاث جرائد تعينها المحكمة على مرتين متتاليتين.

إن عملية النشر تعد وسيلة للتشهير بالجناة، فهذا الإجراء وإن كان قليل الأثر بالنسبة لصغار المتعاملين في المخدرات لأنهم عادة لا تكون لهم سمعة اجتماعية كبيرة. أما كبار تجار المخدرات فإنهم غالباً ما يكونون من كبار الأثرياء ولهم سمعة اقتصادية واجتماعية مزيفة يحاولون المحافظة عليها، والظهور بمظهر البعيد عن الشبهات ويستغلون هذا المظهر الزائف لزيادة الكسب غير المشروع، فمثل هذا الإجراء ينشر ملخص الحكم للتشهير بالجناة قد يجعل بعضهم يفكر كثيراً في هذه المسألة وبقدر مدى الأضرار المالية أو المادية التي تصيبه فيما إذا اكتشف على حقيقته وأن آثار نشر الحكم قد تصيب حتى تجارة المدان كان يقاطع

العلاج في بعض الحالات.

* هام بمنظمة الهامين سطيف

المراجع:

- (1) نواصر العايش، استهلاك المخدرات و رد الفعل الاجتماعي، جامعة باتنة، ص، 06.
- (2) د. محمد عوض، قانون العقوبات الخاص، جرائم المخدرات و التهريب الجمركي و النقدي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 1966، ص، 25.
- (3) د. أحمد أبو الروس، مشكلة المخدرات و الإدمان، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 11.
- (4) د. إدوار غالي الذهبي، جرائم المخدرات في التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة 1978، ص، 11.
- (5) 4ème congrès international de droit pénal budapest, 9/15 sept 1974, compte rendu rev. sc. crim, 1976, p22. أنظر / د. نواصر العايش، المرجع السابق، ص، 06.
- (*) بالنسبة لبعض المواد فإنها تعتبر مادة مخدرة إلا إذا تجاوزت مقداراً معيناً فيصبح تعيين هذا المقدار من عناصر الركن المادي مثل ما ورد في الجدول الثاني الملحق بالقانون.
- (6) د. إدوار غالي الذهبي، المرجع السابق، ص، 26.
- (7) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون مكافحة المخدرات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 21.
- (8) نقض 30/04/1963 مجموعة أحكام النقض، س 14 رقم 74، ص، 370، أنظر / المستشار مصطفى الشاذلي، الجريمة و العقاب في قانون المخدرات، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص، 126.
- (9) أنظر المواد 01 و 02 و 3 من قانون الجمارك المصري رقم 66 لسنة 1963.
- (10) نقض رقم 130 لـ 06/04/1970 ورد ذكره في إدوار غالي الذهبي، المرجع السابق، ص، 43.
- (11) د. محمد عوض، المرجع السابق، ص، 43.
- (12) د. إدوار غالي الذهبي، المرجع السابق، ص، 41، 42.
- (13) عبد الفتاح مراد، التجريم و العقاب في قوانين المخدرات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989، ص، 257.
- (14) (نفس المرجع، ص، 268).
- (15) د. فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص، 35.
- (16) د. رؤوف عبيد، شرح قانون العقوبات التكميلي، طبعة 1968، ص، 39، 40، مذكور في
- د. فوزية عبد الستار، نفس المرجع، هامش (2)، ص، 35.
- (17) د. فوزية عبد الستار، المرجع نفسه، ص، 37.
- (18) الطعن رقم 3495 للسنة القضائية 54، جلسة 08/10/1984، ص، 636، أنظر / عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص، 275.
- (19) د. نواصر العايش، المرجع السابق، ص، 36.
- (20) نفس المرجع، ص، 37، 38.
- (21) نقض 10/11/1941 مجموعة القواعد القانونية، ج 05 رقم 299، ص، 567، مشار إليه في فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص، 46.
- (*) المادة 527/3 L من قانون الصحة العمومية الفرنسي.
- (22) د. نواصر العايش، المرجع السابق، ص، 34 و ارد في:
- LEGAL. A " Les délinquants Alcooliques ET Toxiques, REV, SC CRIM, 1956, p, 491
- (23) في بحث أشرفنا عليه للطالبة عائشة عبد العزيز الجليدي تحت عنوان ((ظاهرة المخدرات في المجتمع الليبي و موقف القانون منها)) قدم كجزء من متطلبات الحصول على شهادة الليسانس في كلية القانون ثالث جامعة الجبل العربي، ليبيا، سنة 1994/1995، أظهرت الباحثة من خلال الدراسة الميدانية التي أجرتها على عينة من سجناء المخدرات في سجن صرمان أن عامل رفقاء السوء كان من الأسباب المشتركة للتعينة المدروسة، ص، 08.
- (24) د. إدوار غالي الذهبي، المرجع السابق، ص، 87.
- (25) أنظر / د. فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص، 66-71.
- و أيضاً د. إدوار غالي الذهبي، المرجع السابق، ص، 105-107 و عبيد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص، 351-666.
- (26) د. نواصر العايش، المرجع السابق، ص، 39 و ارد في:
- HERRZOG J.B, LES - DELINQUANTS TOXICOMANES, EN DROIT COMPARE, REV SC CRIM, 1955, P, 754
- LEVASSEUR, LA RESPONSABILITE PENALE DE L IVROGNE ET DU DROGUE,, 2ème COLLOQUE INTERNATIONAL DE DROIT COMPARE, OTTAWA, 1965, ed WILSON ET LAFTEUR, 1966, P 90
- OLIEVENSTEIN, LA DROGUE, ed - UNIVERSITAIRE, 1970, P, 134 (*)
- يجدر التنويه بموقف المشرع في ليبيا من جريمة تعاطي الخمر بالقانون رقم (89) الصادر في

2/11/1974 إذ أن مخاطر و ضرر الخمر على الصحة العمومية للشعب قوي و هذا يستقيم مع موقف المشرع من تجريم المخدرات عكس بعض التشريعات التي لا تجرم استهلاك الخمر مع أن آثار تناول الخمر تستوي مع تناول المخدرات على الصحة العامة، إذ في إحصائية فرنسية أنه خلال الستة أشهر الأولى لسنة 1996 كان استهلاك الخمر سبباً لـ 40% من حوادث السيارات المميتة و ثبت في نفس الوقت أن 25% من سكان فرنسا يتناولون الخمر. و في إحصائية أخرى حديثة تتعلق بفرنسا أنه خلال سنة 2004 ثبت أن عدد الوفيات من حوادث المرور نتيجة سكر السائق تماثل مع عدد الوفيات نتيجة مرض الإيدز. رغم الاهتمام الكبير بهذا المرض الخطير و التهويل بمقابل الاستهانة و إخفاء مضار تعاطي الخمر على المجتمع، و رغم هذه المضار مازال التناقض و عدم الانسجام في السياسات الجنائية لكثير من الدول التي تبيح مقدمات تناول المخدر و هي الخمر و تجرم النتيجة الحتمية لذلك و هي تعاطي المخدرات و الإدمان عليها.

شهادة الحيازة وتطبيقاتها



محمد خلفوني *

تم تقريرها كمرحلة انتقالية بدرجة أولى تمهيدا لعملية تحديد الملكيات العقارية بواسطة إدارة مسح الأراضي والتي ينجم عنها منح دفاتر عقارية لأصحاب العقارات الثابتة حقوقهم اثر التحقيق الميداني المباشر فيه لتحديد المالكين. ذلك أن الوضعية القانونية التي تنطبق على العقارات المعنية بهذه الشهادة (شهادة الحيازة) تصفى نهائيا بمناسبة أشغال إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري في البلديات المعنية بموجب الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 ديسمبر 1975 المشار إليه أعلاه كما هو منصوص عليه بمقتضى المادة 47 من قانون التوجيه العقاري.

ولا مجال للشك بأن شهادة الحيازة المقررة طبقا لنص المادة 39 من القانون 90-29 المنوه عنه أنفا المتضمن التوجيه العقاري، هو تطبيق لنص المادة 30 من القانون نفسه التي تشترط السند الحيازي لكل ملك عقاري أو شاغل إياه ليبرر حيازته أو شغله للعقار. و هي شهادة إدارية خاضعة للإشهار العقاري. وتعتبر أحد الاستثناءات المقررة للمادة 88 من المرسوم 76-63 المؤرخ في: 25-03-1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري. لأنها تعتبر الإجراء الأولي للعقار بالتسجيل بإدارة الشهر العقاري (المحافظة العقارية).

و إذا لم يتم إخضاعها إلى عملية الإشهار العقاري، تعتبر شهادة الحيازة كأنها لم تكن. ولا يترتب عليها القانون أي أثر تطبيقا لنص المادة 39 المشار إليها أعلاه التي جاءت في سياق أحكام قانون الشهر العقاري الصادر بالأمر رقم 75-74 المؤرخ في: 12-11-1975 الذي سبق ذكره.

شهادة الحيازة و المنازل القضائية المتعلقة بها:
بالرجوع إلى نص المادة 40 من قانون التوجيه العقاري، يتبين بأن شهادة الحيازة سند إداري صادر عن سلطة إدارية يسلمها رئيس المجلس الشعبي البلدي بناء على طلب الحائز أو الحائزين طبقا لكيفيات تحدد عن طريق التنظيم وإذا كان المشرع قد رتب عليها آثار قانونية، فإن الواقع يشهد عدم إطلاع الكثير من الناس على أحكامهما. ولتوضيح ذلك، رأيت بأنه من الضروري طرح السؤال التالي؟

ما هو الأمر في حالة نشوء خصومة قضائية عقارية تؤسس على هذا المجال؟ بعبارة أخرى، ما هو موقف هيئة القضاء العادي في حالة تأسيس أحد أطراف الدعى طلباته لا قضائية بناء على شهادة الحيازة؟

في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري كما هو جاري العمل عليه عند بعض تشريعات الدول مثل سويسرا، ألمانيا وأستراليا.

أما صور الدعاوى العقارية المقررة لحماية الحيازة، فقد تناولها المشرع في قانون الإجراءات المدنية في المادة 413 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية. وتتمثل في دعوى منع التعرض على الحيازة، دعوى وقف الأعمال الجديدة ودعوى استرداد الحيازة.

إذا كان الأمر سهل للطالب فهم موضوع الحيازة من خلال استقراء النصوص القانونية التي أوردها المشرع في هذا المجال، فإن مسألة إثباتها ليس كذلك. فهل إذن مجرد الادعاء بالحيازة كفيلا للمحكمة بالاستجابة إلى الطلب القضائي المتضمن إلزام المدعى عليه بعدم التعرض أو الإخلاء أو... من عقار محل الحيازة، أم توجد هناك أدلة قانونية تساهم في عملية الإثبات كشهادة الشهود علما بأن الواقع العملي وبسبب الانحلال الخلقي وضعف الوازع الديني... يشهد وجود شهادات احترافية (شهادات الزور) أمام جهات القضاء لقاء عوض في مسائل مختلفة مما يؤثر لا محالة سلبا على الحياة الاجتماعية والاقتصادية للمواطن، باعتبار أن العقار ثروة، وفي غالب الأحوال لا اعتبارات شتى، يعتبر المصدر الأول لقضايا حادة يصعب على القضاء إيجاد لها حل أحيانا.

موقف المشرع الجزائري:

تطهير للوضع العقاري، وتسهيلا لعملية الإثبات في مادة الحيازة، استحدث المشرع الجزائري في هذا الشأن، ما يسمى بشهادة الحيازة بمقتضى نص المادة 39 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في: 18-11-1990 المتضمن التوجيه العقاري التي تنص: (يمكن لكل شخص حسب مفهوم المادة 823 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في: 26-09-1975 يمارس في أراضي الملكية الملكية الخاصة، التي لم تحرر عقودها، حيازة مستمرة وغير منقطعة وهادئة وعلانية لا تشوبها شبهة، أن يحصل على سند حيازة يسمى، (شهادة الحيازة) و هي تخضع لشكليات التسجيل والإشهار العقاري. وذلك في المناطق التي لم يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي...).

الهدف من إحداث شهادة الحيازة:

إن شهادة الحيازة كما تضمنه محتوى هذه المادة،

إن لتعقد الحياة الاجتماعية آثار سلبية على مختلف الجوانب مما أسفر عنه في الجانب القضائي تعقد المنازعات المطروحة بين الناس على جهات الحكم لاسيما تلك المتعلقة بالقضايا العقارية، وبسبب ذلك دفع بالكثير من الدول إلى سن تشريعات تكفل عملية التنظيم العقاري من أجل حماية الملكية العقارية وما ترتب عليها من حقوق عينية عقارية بصورة محكمة.

من بين المشاكل المطروحة بكثرة على هيئات الحكم العادي مشكلة وضع اليد على العقار أي مسألة الحيازة وكيفية إثباتها.

الحيازة وعناصرها:

عالج المشرع الجزائري مسألة الحيازة بمقتضى أحكام الأمر رقم 75-58 الصادر بتاريخ: 26-09-1975 المتضمن التقنين المدني.

جاء المشرع بأحكام تفيد عموما بأن الحيازة تتمثل في استعمال واستغلال عقار. وهي وضع مؤقت يحميها القانون يترتب عنها تحويل الواقعة المادية إلى حالة قانونية تؤدي إلى اكتساب العقار محل الحيازة عن طريق التقادم المكسب وتقوم على عنصرين: عنصر مادي وعنصر معنوي، وقرر المشرع في قانون الإجراءات المدنية ثلاث صور من الدعاوى العقارية لحمايتها.

يتمثل العنصر المادي للحيازة في السيطرة الفعلية من طرف الحائز وذلك بالقيام بأعمال على الشيء محل الحيازة كالغرس، الزرع، الحرث، والبنا... ويتمثل عنصر الحيازة المعنوي في قيام الحائز بالأعمال المادية على الشيء محل الحيازة وتظهر بمظهر المالك لها كاستعمال المالك لملكه مع انصراف الفائدة إليه لأن انصراف ثمار وفوائد الشيء إلى غيره أو استعمال الشيء على سبيل التسامح تعتبر الحيازة في هذه الحالة حيازة عرضية. تقتصر على جانبها المادي دون المعنوي. وفي هذا المعنى تنص المادة 808 فقرة 02 من الأمر رقم 75-85 المؤرخ في 26-09-1975 على أنه لا تقسم الحيازة على عمل يأتيه الغير على أنه مجرد رخصة أو على عمل يتحملة على سبيل التسامح.

وبستوفر هذين العنصرين (المادي والمعنوي) تكتسب الملكية العقارية بالتقادم المكسب وفقا لما قرره المشرع في التقنين المدني المنصوص عليه في المادة 827 على أن يكون ذلك في الأراضي التي لم تشملها بعد عملية المسح العام للأراضي التي قررها نظام الشهر العيني تطبيقا للأمر رقم 75-74 المؤرخ

آثار مخالفة المحافظ العقاري لأحكام شهادة الحيازة:

إذا ثبت وأن أقدم المحافظ العقاري إلى إشهار شهادة الحيازة على خلاف ما قررته نص المادة 39 وما بعدها من قانون التوجيه العقاري، كتحريضها على أراضى الملك الخاص التي شملتها عملية مسح الأراضي العام، أو في الأراضي التي تم تحريرها بشأنها عقود، فإن سلوكه هذا يشكل خرقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية، و يعرض نفسه إلى مساءلة تأديبية وقضائية، لأن تصرفه ينم عن سوء نيته والذي قد ينجم عنه أضرار بالغة لأصحاب الأرض الأصلي (من بيده دفتر العقاري أو أي سند آخر رسمي مشهر مثبت لحقوق عقارية).

و تطبيقاً للمادة 23 من قانون الشهر العقاري الصادر بمقتضى الأمر رقم 74-75 المؤرخ في: 12/11/1975 المتضمن إعدام مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، فإن تصرف المحافظ العقاري بإشهار شهادة الحيازة في هذه الحالة، يعتبر قرار إداري، وهو قابل للطعن فيه قضاءً. إلا أنه ينبغي التمييز في هذا الصدد بين توجيه الدعوى الإدارية للطعن ضد قرار المحافظ العقاري المتمثل في إشهار شهادة الحيازة و بين توجيه الدعوى الإدارية للطعن ضد هذا السند الإداري ذاته.

1/ ففي الحالة الأولى: إذا أقدم الشخص المضرور برفع دعوى إدارية ملتصقة من هيئة المجلس القضائي بإلغاء تصرف المحافظ العقاري الرامي إلى إشهار شهادة الحيازة، فإن مسألة الاختصاص القضائي هنا، تزول إلى إحدى الغرف الإدارية الجهوية المحددة طبقاً للمادة 07 من ق.أ.م.و هي: الجزائر، وهران، قسنطينة، بشار و ورقلة. وذلك لأجل استصدار قرار قضائي إداري لإلغاء القرار المتضمن إشهار شهادة الحيازة، على أساس أن قرار المحافظ العقاري، يعتبر قرار إداري صادر عن مديرية ولائية. لأن طابع نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، إداري. والشخص المكلف بإدارة المحافظة العقارية هو شخص خاضع لقانون الوظيفة العمومي، يدعى المحافظ العقاري. مهمته مسك السجل العقاري وإشهار التصرفات العقارية طبقاً لنص المادة 20 من الأمر 74-75 المذكور أعلاه التالي نصها: (تحدث محافظات عقارية يسيرها محافظون عقاريون مكلفون بمسك السجل العقاري وإتمام الإجراءات المتعلقة بالإشهار العقاري وذلك من أجل الشروع في نظام الإشهار الجديد المؤسس بموجب هذا الأمر).

و المحافظ العقاري، باعتباره موظف ترتبطه علاقة لائحية بالإدارة العامة، ليس له الشخصية المعنوية المستقلة كي يباشر إجراءات التقاضي بصفته سواء مدعيًا كان أم مدعى عليه. و القرارات الصادرة عن مديرية ولائية، تصدر عن والي الولاية. و الطعن القضائي في القرارات الإدارية الصادرة عن هذا الأخير، يزول البت فيها إلى إحدى

محل النزاع لا يعتبره دليل إثبات واقعة مادية. و هذه الشهادة، تجعل صاحبها في مركز قانوني شبيه بمركز المالك القانوني للعقار لسببين:

1- أن شهادة الحيازة تبين بأن صاحبها حائز قانونية للعقار في إطار نظام الشهر الشخصي، و الحيازة القانونية للعقار، تعتبر قرينة قانونية على الملكية العقارية في إطار هذا النظام دائماً.

2- إن شهادة الحيازة، تخول صاحبها حقوقاً كثيرة شبيهة بتلك المخولة لمالك العقار كصلاحياته في رهن العقار محل شهادة الحيازة، الحصول على رخصة بناء، الحصول على قروض... وغير ذلك كما تشير إليه نص المادتين 43 و 44 من نص القانون التالي نصهما:

المادة 43: (لا يترتب على تسليم شهادة الحيازة تغيير في وضعية العقار القانوني. غير أنه مع استثناء التحويل المجاني أو بمقابل يحق لمن يحوز قانوناً شهادة الحيازة أن يتصرف تصرف المالك الحقيقي ما لم يقرر المختص غير ذلك).

المادة 44: (يمكن الحائز أن يكون رهنًا عقارياً صحيحاً من الدرجة الأولى لفائدة هيئة القرض ينطبق على العقار الذي ذكر في هادة الحيازة و يكون ذلك ضماناً للقروض المتوسطة و الطويلة الأمد).

و إذا أراد أحد الأطراف الطعن في شهادة الحيازة، فيكون بسلوك طريق الدعوى الإدارية بإلغاء كما سبق الإشارة إليه أعلاه، و تغل يد القاضي العقاري بالنظر فيها على أساس أن القاضي الإداري، يعتبر قاضي الإدارة. و أن الطعن في مدى مشروعية التصرفات الإدارية أو إبطالها أو تفسيرها... محددة نوعياً بمقتضى نص المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية الأتفة الذكر.

ثالثاً: أما فيما يخص الحالة الثالثة:

أي عند تقديم أحد أطراف الدعوى شهادة حيازة محررة على خلاف ما تضمنته الأحكام السابقة الذكر المنصوص عليها بموجب المادة 39 و ما بعدها من قانون التوجيه العقاري، في هذه الحالة، فإن المحكمة يجوز أن تغض النظر عنها و تستبعدّها و تفصل في الدعوى على ضوء العناصر الأخرى التي بني عليها ملف الدعوى. لأنها تعتبر شهادة باطلة بحكم القانون و عديمة الأثر القانوني.

مثالاً في ذلك، شهادة حيازة موقعة من قبل الأمين العام للبلدية أو نائب رئيس المجلس الشعبي البلدي أو أي متصرف إداري آخر، غير الممثل القانوني الأول للبلدية، فعدم مراعاتها للقواعد التي جاء بها التنظيم الصادر وفقاً للمرسوم رقم 254-91 المشار إليه أعلاه، ظاهرة لا تحتاج إلى عملية تمحيص قانوني دقيق لاكتشاف هذا العيب. و بالتبعية تصدر المحكمة العقارية حكماً بشأن الدعوى تقضي فيه بعدم الاستجابة إلى الطلب القضائي الافتتاحي و الحكم ببناء على الطلب المقابل متى قدمت هناك بينة على وضع اليد، و تأكدت حيازة الشخص القانونية بتوفر ركني الحيازة المادي والمعنوي.

إذا استقر أنا محتوى أحكام التشريع العقاري الصادر تحت رقم 90-25 المؤرخ في: 18-11-1990 المتضمن التوجيه العقاري، نلاحظ بأن المشرع الجزائري لم يأت بأي جواب على هذا السؤال. غير أنه في رأيي، و طبقاً للقواعد العامة في القانون، يمكن تصور ثلاث حالات في شأن القضية و هي كما يلي:

1- طلب إلغاء شهادة الحيازة.

2- تأسيس الدعوى العقارية على شهادة الحيازة بحالتها المطابقة لأحكام المادة 39 و ما بعدها من قانون التوجيه العقاري.

3- تأسيس الدعوى العقارية على شهادة الحيازة بحالتها المخالفة لأحكام المادة 39 و ما بعدها من قانون التوجيه العقاري.

أولاً: فيما يخص الحالة الأولى:

إذا تقدم أحد أطراف الدعوى بالتماس يرمي إلى إلغاء شهادة الحيازة، ينبغي على القاضي العقاري أن يقضي بعدم اختصاصه النوعي لأن هذه الشهادة إدارية بطبيعتها مصدرها سلطة إدارية تأخذ وصف القرار الإداري لتصورها عن الممثل القانوني أو المسؤول الأول عن البلدية، دائرة اختصاص موقع العقار، أي رئيس المجلس الشعبي البلدي، ذلك لأن هذا السند الإداري، ينفرد بتوقيعه هذا الأخير الذي يسلمه لطالبها بعد تحقيق إداري يقوم به بواسطة مصالحه لمراقبة مدى قيام حالة وضع اليد على العقار محل تحرير شهادة الحيازة من عدمه، و كذا التأكد من توفر شرط السنة المحددة بمقتضى المادة 02 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91-254 المؤرخ في: 27-07-1991 الذي يحدد كيفية إعداد شهادة الحيازة و تسليمها.

و ينعتق الاختصاص القضائي للقاضي الإداري في هذا المجال، باتخاذ قرار قضائي بإلغاء أو عدم قبول دعوى إلغاء شهادة الحيازة استناداً على المعيار العضوي المتخذ من قبل المشرع الجزائري كأساس للتمييز بين قواعد الاختصاص القضائي العادي و الإداري كما تشير إليه المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص: " تختص المجالس القضائية بالفصل ابتدائياً بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا في جميع القضايا أياً كانت طبيعتها التي تكون الدولة أو الولايات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، طرفاً فيها...".

ثانياً: فيما يخص الحالة الثانية:

فإنه إذا نشبت خصومة قضائية بين طرفين أو أكثر حول مسألة حيازة عقار ما و قدم أحدهم شهادة حيازة عقار ما و قدم أحدهم شهادة حيازة محررة كما هو مقرر قانوناً فإن هذا الأخير يكون في موقف قوي على بقية أطراف الدعوى. و يكون طلبية الرامي إلى الإخلاء من قطعة الأرض أو عدم التعرض لممارسة حقه العيني عليها جذير بالحماية القضائية لتأسيس دعواه على سند إداري رسمي خاضع إلى قواعد الإشهار العقاري، يكرس وجوده على قطعة أرض



عظوي محمد *

ملاحظات مستخلصة من قرارات المجلس الأعلى

حيث أن المادتين 110 و 111 لا تفرضان ارفاق العريضة بنسخة من الحكم المعاد وأن مثل هذين النصين يجب أن يطبقا تطبيقاً حرفياً لا يجوز التوسع فيها هذا ولما قضى مجلس الجزائر بعدم قبول الاستئناف شكلاً بسبب عدم احضار نسخة من الحكم المستأنف فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يستوجب النقض.

فهذه الأسباب

قرر المجلس الأعلى نقض و ابطال القرار الصادر في 23 أكتوبر 1979 من مجلس القضاء بالجزائر و إعادة القضية و الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل صدوره و أحال القضية إلى نفس المجلس مشكلاً من هيئة أخرى و حكم على المطعون ضدهم بالمصاريف القضائية و أمر بتبليغ هذا النص الكامل برمته إلى الجهة القضائية التي أصدرت القرار المطعون فيه بسعي من السيد النائب العام ليكتب بها الأصل بواسطة كتاب الضبط.

بدأ صدر القرار و وقع التصريح به في جلسته العلنية المنعقدة بتاريخ العاشر من شهر نوفمبر سنة اثنتين و ثمانين و تسعمائة و ألف ميلادية من قبل المجلس الأعلى (الغرفة المدنية القسم الثاني) المترتبة من السادة :

- العقون الأخضر الرئيس و القاضي المقرر
- فضيل عبد القادر المستشار
- لبنى مختار المستشار

بمساعدة السيد: قراندي عمر كاتب الضبط بحضور السيد بوعروج المحامي العام.

ثانياً: الملاحظات المستخلصة:

1/ يرفع الاستئناف بعريضة معلة و موقعة من المستأنف و محاميه و تدع أمام كاتب الضبط للمجلس القضائي أو المحكمة التي صدر عنها الحكم المستأنف و يجب أن تكون العريضة مصحوبة من النسخ بقدر عدد المستأنف عليهم طبقاً للمواد 110 و 111 و 114 ق.إ.م.

2/ أن القانون لا يشترط أن تكون عريضة الاستئناف مرفقة بنسخة من الحكم المستأنف و لا يلزم المستأنف باحضار تلك النسخة و لو أثناء النظر في الاستئناف.

3/ يتعين على كاتب الضبط بالمجلس القضائي أن يطلب ملف المحكمة كاملاً و نسخة من الحكم المستأنف مباشرة بعد تسجيل الاستئناف كما يعمل كاتب الضبط بالمحكمة إذا وقع الاستئناف أمامه على

أولاً: مضمون القرار:

إجراءات رفع الاستئناف

حق التقاضي على درجتين هو حق أساسي لا يمكن أن يحرم من المتقاضى إلا في الحالات التي نص عليها القانون صراحة المواد 110 و 111 و 114 من ق.إ.م، لا تفرض ارفاق عريضة الاستئناف بنسخة من الحكم المعاد، و إن مثل هذه النصوص يجب أن تطبق تطبيقاً حرفياً لا يجوز التوسع فيها.

قرار بعدم قبول الاستئناف شكلاً بسبب عدم احضار نسخة من الحكم المستأنف خطأ في تطبيق النصوص المذكورة أعلاه.

ملف رقم 26223 قرار بتاريخ 10/11/1982

قضية فريق طالوت ضد فريق مومن

إن المجلس الأعلى

في الجلسة العلنية المنعقدة بقصر العدالة نهج عبيان رمضان الجزائر العاصمة بسعد المداولة القانونية أصدر القرار التالي نصه:

بناء على المواد 231 و 233 و 239 و 244 و 257 و ما يليها من ق.إ.م و بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف القضية و على عريضة الطعن بالنقض المودعة يوم 3 جانفي 1981 و على مذكرة الرد التي قدمها المطعون ضدهم.

و بعد الاستماع إلى السيد العقون الأخضر الرئيس و القاضي المقرر في تلاوة تقريره المكتوب و إلى السيد بوعروج المحامي العام في طلباته المكتوبة حيث طعن فريق طالوت بطريق النقض في قرار أصدره مجلس الجزائر في 23/10/1979 قضى فيه بعدم قبول الاستئناف شكلاً بدعوى أن عريضة الاستئناف لم تكن مرفقة بنسخة من الحكم المعاد حيث أن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية حيث يستند الطاعنون في طلبهم إلى وجه وحيد مأخوذ من خرق الإجراءات الجوهرية ذلك أن إغفال تقديم نسخة من الحكم المعاد ليس من أسباب عدم قبول الاستئناف كما جرى عليه قضاء المجلس الأعلى.

حيث أن هذا النعي سديد حيث أن حق التقاضي على درجتين هو حق شرعي لا يمكن أن يحرم من المتقاضى إلا في الحالات التي نص عليها القانون صراحة.

الغرف الجهوية الخمسة المذكورة أعلاه.

2/ أما في الحالة الثانية: أي عند إقدام الشخص المضرور بتوجيه دعواه الإدارية للطعن ضد السند الإداري الممنوح للغير من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي المتمثل في شهادة الحيازة، فإن الاختصاص القضائي في هذه الحالة يزول إلى الغرفة الإدارية التي يقع بدائرة اختصاصها العقار على أساس دعوى القضاء الشامل التي تخول للشخص المضرور ليس فقط الحق في طلب إلغاء شهادة الحيازة لمخالفتها لأحكام القانون المقررة في هذا المجال لتحريرها على أرضي شملت عملية المسح العام للإقليم أو لتحريرها على أرضي حررت بشأنها عقود لأصحابها، أو لتسليمها بناءاً على طلب أحد الأشخاص دون مراعاة شرط المدة المقررة بسنة وفقاً للمادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91-254 المؤرخ في 27 يوليو 1991 المتضمن كليات إعداد شهادة الحيازة و تسليمها أو دون إجراء تحقيق بشأنها... و انما له الحق أيضاً أن يطالب الدولة بالتعويض جبراً عما لحقه من أضرار على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه و لهذه الأخيرة، أي الدولة الحق في الرجوع على المحافظ العقاري شخصياً على أساس المسؤولية عن فعله الشخصي لعدم بذل العناية عند اتخاذ قرار الإشهار على مستوى إدارته لشهادة الحيازة كما تشير إليه نص المادة 23 من قانون الشهر العقاري التالي نصها: (تكون الدولة مسؤولة بسبب الأخطاء المضرة بالغير و التي يرتكبها المحافظ أثناء ممارسة مهامه و دعوى المسؤولية المحركة ضد الدولة يجب أن ترفع في أجل عام يحدد ابتداءً من اكتشاف فعل الضرر و إسقطت الدعوى.

و تتقدم الدعوى بمرور خمسة عشر عاماً ابتداءً من ارتكاب الخطأ و للدولة الحق في رفع دعوى الرجوع ضد المحافظ في حالة الخطأ الجسيم).

* رئيس محكمة راس الوادي

الصيغة الإدارية كل مؤسسة ذات طابع صناعي أو تجاري وبالتالي فإن كل الشركات الوطنية ذات الصيغة الاقتصادية تخضع لجهات التقاضي العادية وتخرج عن ولاية القضاء الإداري.

لكن بعد ذلك وقع جدال حول المؤسسة العمومية ذاتها هل هي ذات صبغة إدارية أم اقتصادية فإن القاضي هنا يرجع إلى القانون الأساسي للمؤسسة أو المرسوم الذي أنشأ هذه المؤسسة حتى يتعرف على طبيعتها وأهدافها.

أن المجلس الأعلى أكد كذلك على المعيار العضوي لتحديد النزاع في قرار آخره أصدره في 23 جانفي 1970 وجاء في تعليل هذا القرار بالحرف الواحد لكن المادة 7 من ق.إ.م. عوضت المعيار القديم الوظيفي القائم على طبيعة النشاط الإداري بمعيار عضوي لا يأخذ بعين الاعتبار رأي الأشخاص الممتازة وأنه يكفي أن يكون القاضي الإداري مختصا عندما يكون شخص معنوي إداري طرفا في الخصومة مهما كانت طبيعة القضية...

3/ قرار المجلس الأعلى موضوع هذا التطبيق أكد على قاعدة أن قاضي الأصل هو قاضي الدفع:

في القضية التي فصل فيها المجلس الأعلى نتصور لو أن النزاع عرض على القاضي المدني العادي، فإنه يجد نفسه أمام قرار إداري صادر من والي ولاية قسنطينة: فهل يتجاوز هذا القرار ويعطي الحق في البقاء للسيدة معوش فلة كونها قريبة المستأجرة الأولى وكانت تعيش معها وخرج هذه الأخيرة يعطي لها الحق في البقاء أم أنه يقضي بعدم الإختصاص كونه لا يستطيع إلغاء القرار الإداري القاضي بمنح السكن للسيدة عقاب عمر وإبطال مفعوله.

المجلس الأعلى أكد على قاعدة قانونية وهي أن قاضي الأصل هو قاضي الدفع بمعنى أن القاضي المدني مادام أنه مختص أصلا للفصل في النزاع طبقا للإستثناءات الواردة ضمن المادة 7 من ق.إ.م. فإن كل دفع يثار أمامه يفصل فيه وبالتالي فإنه إذا تم الدفع أمامه بقرار إداري غير مشروع فإنه يستبعد تطبيقه ولا يأخذ به.

وهذه القاعدة مهمة جدا لأنه ليس في كل مرة يدفع طرف أمام القاضي المدني بقرار إداري يجعل هذا القاضي غير مختص وهذه القاعدة تسمح له بتقدير مشروعية أي قرار إداري يتم الدفع به ويستبعد تطبيقه فقط دون إلغائه.

مقارنة بين قراراتين مختلفتين صادريين عن المجلس الأعلى

القرار الأول: ملف رقم 13840 ت:

القرار في 17/12/1988، فهرس 853.
أصدر المجلس الأعلى للغرفة الجنائية الثانية القسم الأول بجلسته المنعقدة علنية بتاريخ 16/12/1980 بعد مداولة القرار الآتي.

قام بترجمة هذا القرار من أصله بالفرنسية الأستاذ: أحمد ساعي.

التعليق على قرار المجلس الأعلى

إن المجلس الأعلى في قراره المبني أكد على عدد من القواعد بالخصوص تلك المتعلقة بالفرز بين النزاع المدني والنزاع الإداري وهذه القواعد هي:

1/ أن القاضي المدني هو الأصل وأن القاضي الإداري هو الإستثناء:

بالرغم من النزاع الحالي يتعلق بطلب إلغاء إداري اتخذته والي ولاية قسنطينة، ذلك أن الطعن بالإلغاء هو من اختصاص المجلس الأعلى البند 3 من المادة 7 من ق.إ.م. لكن المجلس الأعلى في قراره ذكر بالمادة 276 من ق.إ.م. التي مفادها أن الطعن بالإلغاء لا يكون مقبولا إلا إذا كان الطاعن لا يملك أي طريق عادي أمام الجهات القضائية ويترتب عن ذلك مادام أن المادة 7 من ق.إ.م. البند 2 إستثنت من ولاية القضاء الإداري العلاقة بين المأجر والمستأجر في إطار الأمر 66-102 المؤرخ في 06/05/1966 والأمر 58-653 المؤرخ في 30/12/1958.

وبالرغم من أن الطاعة السيدة معوش فلة لم تكون لها صفة المستأجرة الشرعية ذلك لا تملك أي عقد إيجار أو قرار بالمنح، لكن المجلس الأعلى حدد إطار النزاع في الشاغلين للأماكن الشاغرة وفقا للأمر 66-102 الصادر في 06/05/1966 والأمر رقم 85-653 الصادر في 30/12/1968 لأن السيدة معوش فلة نفسها تدفع في عرائضها بالمادة 17 من الأمر السالف الذكر.

2/ أن المعيار الذي اعتمدته المشـرع الجزائري حسب المادة 7 من ق.إ.م. هو معيار عضوي وليس معيارا طبيعيا أو وظيفيا (موضوعيا):

بعض التشريعات أخذت بالمعيار الموضوعي أو الوظيفي للفرقة بين النزاع الإداري والنزاع المدني وبخصوص المعيار الوظيفي فإن القاضي لا ينظر إلى صفة المتقاضين ليحدد اختصاصه وإنما ينظر إلى طبيعة النزاع هل هو ذو صبغة إدارية أم أن الإدارة في تصرفها كانت تسلك مسلك المتعامل العادي.

أما المشـرع الجزائري في المادة 7 من ق.إ.م. فإنه أخذ بالمعيار العضوي أي لا ينظر القاضي إلى طبيعة النزاع بل فقط إلى أطراف الدعوى وصفتهم فإذا كان الأمر يتعلق بالدولة أو البلدية أو الولاية أو مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية فإن النزاع يكون من اختصاص الغرفة الإدارية وذلك باستثناء الحالات المحددة حصرا في المادة 7 من ق.إ.م.

وبالرغم من سهولة هذا المعيار فإن بعض الصعوبة في التفسير تطرح نفسها بالخصوص فيما يتعلق بالمؤسسة العمومية ذات الصيغة الإدارية.

أن المجلس الأعلى سبق له في قرار أصدره في 14 فيفري 1969 كان أحـد أطرافه هو الديوان الوطني للثورة الزراعية. وإن استثنى من تفسير المؤسسة العمومية ذات

بـموجب المرسوم 68-88 المؤرخ في 23/05/1968 يحكمها حاليا المرسوم 76-147 في 23/10/1976 وأن هذا المرسوم الأخير استعمل مصطلحات تبين بدون شك نية الدولة لجعل علاقاتها مع الشاغل المستأجر تعاقدية وبذلك أكدت بصرامة الطبيعة التعاقدية للسند الذي يبرر شغل السكنات الذي يوضح واجبات وحقوق المستأجر اتجاه المؤجر.

وحيث أنه بناء على ذلك فإن الدفع المثار من قبل وزير الداخلية مؤسس والمتعلق بأن هذا النزاع يدخل ضمن اختصاص المحاكم المنعقدة بمقر المجلس تطبيقا لمقتضيات المادة 7 فقرة 2 من ق.إ.م. وحيث أن المادة 7 من ق.إ.م. أنت بتبسيط هام لأنها عوضت المعيار القديم القائم على طبيعة النشاط الإداري بمعيار عضوي لا يأخذ بعين الاعتبار سوى صفة الأطراف الممتازة إلا أن هذه المادة أنت باستثناءات محصورة ومن بينها بالخصوص تلك المتعلقة بأمالك الدولة بمقتضى الاموار رقم 66-102 في 06/05/1966 ورقم 68-653 في 30/12/1968 الذي تنظم العلاقات بين الدولة والمحتملين لأمالكها الممنوحة لهم.

وحيث أنه بالفعل المادة 274 من ق.إ.م. تنص بأن الغرفة الإدارية لدى المجلس الأعلى تختص باستنادا ونهايتها في الطعن بالإلغاء كل قرار تنظيمي أو فردي صادر من السلطة الإدارية.

لكن حيث أنه يستخلص من المادة 276 من ق.إ.م. بأن الطعن بالإلغاء لا يكون مقبولا (كما هو الشأن في قضية الحال) إلا إذا الطاعن لا يملك للدفاع عن حقوقه أي طريق عادي أمام الجهة القضائية.

وحيث أنه في هذا الخصوص فإنه من المفيد التذكير بالقاعدة القانونية التي مفادها بأن قاضي الأصل (الدعوى) هو قاضي الدفع وهذه قاعدة عملية وعقلانية متطابقة مع نية المشـرع الذي قصد تبسيط حل النزاعات وتقرير العدالة من المتقاضي، هذه القاعدة تفيد بأنه يترك للقاضي الفرد نظر النزاعات المتعلقة بالاستثناءات الواردة في المادة 7 من ق.إ.م.

وحيث أنه بالنسبة لهذه القضايا التي لا تتطلب جهة قضائية غير عادية فإن المحكمة المختصة للنظر في مشروعية قرار إداري والدفع بعدم مشروعيتها ومنها فإن المحكمة لا تلغي القرار الإداري المشوب بعدم المشروعية وإنما فقط تستبعد تطبيقه عن الطرف الذي يتمسك به.

وحيث أنه بتعين القول بناء على ذلك بأن هذا الطعن غير مقبول وصرف المدعية للقاضي أفضل.

لهذه الأسباب

يصرح المجلس الأعلى المرفوع من الأنسبة معوش فلة غير مقبول وعليها بالمصاريف القضائية.

ملاحظة:

بيانه بين: إدارة الجمارك بعناية.

القائم في حقها الأستاذ بن ملحمة المحامي المقبول لدى المجلس الأعلى.

مدعى في الطعن بالنقض من جهة

وبين: هاشمي راشدي رابع الساكن 21 شارع محمد خميستي عنابة القوائم في حقها الأستاذ بوجادي المحامي المقبول لدى المجلس الأعلى المدعى العمومي.

المدعى عليهما في الطعن بالنقض من جهة أخرى

بعد الاستماع إلى السيد صالح المأمون المستشار المقرر في تلوته تقريره وإلى السيد بلحاج عمر المحامي العام في طلباته.

وبعد الإطلاع على الطعن بالنقض الذي قدمته إدارة الجمارك بعناية ضد القرار الصادر من مجلس عنابة يوم 27/09/1977 القاضي برفض الاستئناف المرفوع منها والموجه ضد الحكم المؤرخ في 12/01/1977 من محكمة عنابة التي قضت بإعفاء المتهم هاشمي راشدي رابع المتبوع من أجل ارتكابه جنحة تزوير بتفديمه تصريحات جمركية كاذبة.

وحيث أن الطعن إستوفي أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلا.

وحيث أن الأستاذ بن ملحمة المحامي المقبول أودع مذكرة في حق الطاعن أثار فيها أوجه الطعن.

وحيث أن الأستاذ بوجادي المحامي أودع مذكرة جواب في حق السيد هاشمي راشدي رابع فند فيها أوجه الطعن ملتصا ردها.

عن أوجه الطعن المأخوذة معا والمبينة على مخالفة الإجراءات، وانعدام الأساس القانوني وقلة الأسباب ومخالفة القانون بدعوى أن القرار المنقد قد أيد الحكم الأول الذي قضى بإعفاء المتهم لانعدام القانون معتبرا أن قانون الجمارك قد ألغي بمقتضى صدور الأمر المؤرخ في 05/07/1973 رغم أن المادة 3 من الأمر المذكور تشير إلى أن تعليمات رئاسية تبين فيها بعد طريقة تطبيقه مما يجعل أن قانون الجمارك لا زال ساري المفعول إلى حين صدور التعليمات المشار إليها.

وحيث أنه بالفعل فإن المادة الأولى من الأمر المؤرخ في 05/07/1973 تنص بأنه يلغى القوانين 157 - 62 المؤرخ في 31/12/1962 المتضمن تمديد التشريع المعمول به قبل 31/12/1962 إلى إشعار آخر.

ولكن حيث أن المادة من نفس الأمر تنص بدورها أن تعليمات رئاسية تحدد طريقة تطبيقه، وأن هذه التعليمات لا زالت لم تصدر بعد.

وحيث أن هذه المادة الأخيرة واضحة ينصها لفظيا، أن التعليمات الرئاسية المنتظرة هي التي تحدد تطبيق الأمر المذكور.

وحيث أن في هذه الحالة فلا يمكن تطبيق الأمر المذكور ما دامت تلك التعليمات المشارة إليها لم تعرف بعد مما يجعل أن قانون الجمارك المعمول به قبل 31/12/1962 يبقى ساري المفعول إلى غاية

صدور قانون الجمارك الجزائري المؤرخ في 21/07/1979.

وحيث أنه إعتبار الماذكر فإنه يتبين أن قضية الموضوع قد تسرعوا لتطبيق الأمر المذكور الذي لم يعمل به بعد وأغفلوا تطبيق قانون الجمارك القديم الذي بقي ساري المفعول مما يجعله قضاء هم هذا غير سليم وغير منطقي كما أنه ماس بالنظام العام إذ لا يمكن بحال من الأحوال ترك تصرفات وأفعال إجرامية بدون متابعة وبدون عقوبة وعيه فإن الأوجه المثارة في محلها.

لهذه الأسباب:

قضى المجلس الأعلى بقبول الطعن شكلا وموضوعا لتأسيسه وينقض القرار المطعون فيه وصرف القضية والأطراف لنفس المجلس ليفصل فيها طبقا للقانون

ويترك المصاريف على المطعون عليه. بهذا صدر القرار بالتاريخ المذكور أعلاه من طرف الغرفة الجنائية الثانية القسم الأول للمجلس الأعلى والمتركة من السادة:

- بن طابق مراد
- صالح المأمون
- بن حديد السعيد
- بمحضر السيد بلحاج عمر
- بمساعدة السيد خطر أوي جمال الدين كاتب الضبط.

القرار الثاني: ملف رقم 41444

تاريخ القرار في 24/11/1986، فهرس 226 أصدر المجلس الأعلى الغرفة الإجتماعية قراره السابق الذكر في القضية المنشورة.

بين: بن سديرة موسى
بن سديرة الساسي
بونزاح احمد
الملاكين الساكنين ب: رقم 08 نهج بن بولعيد سطيف.

الوكيل عنهم الأستاذ كاتب عبد القادر المحامي المقبول لدى المجلس الأعلى الكائن مقره ب: 24 شارع الحرية - الجزائر -
وبين: صديقي عمار الخبير في المحاسبة 08 نهج بن بولعيد - الجزائر - سطيف.

خلفي مبارك المحامي بمجلس سطيف 08 نهج بن بولعيد - الجزائر -
من جهة أخرى

المجلس الأعلى

في جلسته المنعقدة بقصر العدالة نهج عيان رمضان الجزائر بعد مداولة القانونية القرار الآتي نصه:

بناء على المواد 231، 233، 239، 244، 257 وما بعدها من ق.إ.م.
بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ

26/07/1984

بعد الاستماع إلى السيد تحلايتي المستشار المقرر في تلوته تقريره المكتوب، وإلى السيد بن حديد المحامي العام في طلباته المكتوبة.

حيث طعن بالنقض السادة الثلاث 1 - بن سديرة موسى، 2 - بن سديرة الساسي، 3 - بن سديرة احمد ضد القرار الصادر في 11/04/1984 من مجلس قضاء سطيف الملغى الحكم المتخذ من محكمة نفس المدينة في 05/06/1983، المصرح بعدم قبول تدخل المدعى عليه في الطعن الثاني السيد مبارك والقاضي بأمر طرد المدعى عليه الأول السيد صديقي عمار من المحل المتنازع عليه وفصلا من جديد: صرح مجلس القضاء بقبول المدعى عليه الثاني في الطعن خلفي مبارك وكرس حقه في المكوث بالأمكنة.

حيث يستوفي الطعن الشروط الشكلية والأجل القانوني فهو مقبول

وفي الموضوع: يتمسك المدعون المشار إليهم في عريضتهم بانعدام الأساس القانوني مع إنعدام وقصور وتناقض الأسباب مع خرق وسوء تطبيق القانون لتصريح هؤلاء المدعون:

أولا: إن المادة 8 من القانون المدني تخضع البينات المعدة مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعدت فيه البينة أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعدادها، بينما كان القرار المطعون فيه مطبقا في النزاع المادة 1717 من القانون المدني القديم، بينما القانون المفروض تطبيقه في القضية هو القانون 1597/50 الصادر في 30/12/1950، وهذا القانون يبعد صراحة تطبيق المادة 1717 من القانون المدني القديم.

ثانيا: إبعاد مجلس القضاء مراعاة نصوص العقد الواضحة خارقا بذلك المادة 121 من القانون المدني (عبث واستهتار) وخارقا أيضا المادة 71 الفقرة 3 من القانون رقم 1597/50 الصادر في 30/12/1950 التي توضح أنه لا يمكن للمستأجر أن يتنازل أو يتخلى عن إيجار المحل المهني المسلم إليه أو يمنحه للغير بإيجار فرعي من الباطن إلا بناء عن بند مخالف لذلك صراحة وعن اتفاق مكتوب من المؤجر عن رضاه بذلك، وعقد الإيجار المكتوب الذي يربط الأطراف: كل إيجار فرعي من الباطن للمحل المهني المذكور.

ثالثا: تأسيس القرار المطعون في على مهلة الأجل المزمع للتصرف في الشأن أن الأطراف تخلوا عن التمسك بالخطأ المرتكب من المستأجر، بينما أن مثل هذا الأجل غير موجود في القانون رقم 1597/50 الصادر في 30/12/1950، خاصة وأن القرار المشار إليه لا يذكر نص المادة المحددة هذا الأجل لمدة شهر.

المواخذات المستنتجة من انعدام الأساس القانوني: حيث من الثابت أنه عند إيداع عقد الإيجار على الأمكنة المتنازع المحرر وفيه إمضاء خاص بتاريخ

لهذه الأسباب:

يومنا هذا لذلك لا يمكن العمل بالأمر الصادر بتاريخ: 05/07/1973، ولو صدرت لكان القاضي في هذه الحالة ملزماً بتلك التعليمات لأنها ليست عادية بل هي نابعة من الأمر السابق الذكر ومطبقة له ومنه تستمد قوتها لكنها لم تصدر، فيبقى الأمر السابق الذكر موقوفاً لتنفيذه على صدورها.

3- إن كل القوانين الصادرة قبل 31/12/1962 والمطابقة لمقتضيات القانون رقم 157/62 المؤرخ في 31/12/1962 تبقى سارية المفعول في الجزائر إلى أن تعوض قوانين جديدة تلغيها صراحة أو ضمناً (كما هو موضح في المادة الأولى من القانون المدني).

4- لذلك كله يكون القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 16/12/1980 والمذكور أعلاه قد أصاب في عدم تطابقه مع الأمر المؤرخ في 05/07/1973، لعدم صدور التعليمات الرئاسية كما أصاب في إقرار العمل بقانون الجمارك القديم إلى يوم صدور قانون الجمارك الجديد.

5- أما القرار الثاني الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 24/11/1986، فقد خالف المبادئ المذكورة أعلاه.

وطبق الأمر المؤرخ في 05/07/1973 رغم أن التعليمات الرئاسية المطبقة له لم تصدر إلى يومنا هذا لذلك وقع في صراع قانوني ابتداء من تاريخ الأمر 05/07/1973 إلى يوم صدور القانون المدني في 26/09/1975 والذي لا يطبق بأثر رجعي.

* مهام منظمة سطيف
عضو مجلس المنظمة

ومن دون حاجة إلى فحص ومناقشة المؤاخذات الأخرى الواردة في الطعن قرر مايلي:
قبول الطعن لصفته شكلاً والتصريح لتأسيسه موضوعاً.
نقض وإبطال القرار المتخذ من مجلس قضاء سطيف بتاريخ 11/04/1984.
إرجاع القضية والأطراف إلى الوضعية التي كانوا عليها سابقاً قبل صدور القرار الملغى.
الإحالة أمام نفس مجلس القضاء مركباً من هيئة أخرى من جديد وفق القانون.
الحكم على المدعى عليه في الطعن خلفي مبارك بالمصاريف.

يذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 24/11/1986، من قبل المجلس الأعلى المتركة من السادة:

- ناصر عمر
- تحلايتي سعيد
- حمود عمار
المستشار المقرر
المستشار
وبحضور السيد بن حديد المحامي العام وبمساعدة السيدات والسادة: علالي علي كاتب الضبط

ملاحظات حول القرارات السابقة:

1- إذا كان الأمر المؤرخ في 05/07/1973، قد ألغى في مادته الأولى العمل بالقانون رقم 157/62 المؤرخ في 31/12/1962، المتضمن تمديد التشريع المعمول به قبل 31/12/1962 إلى إشعار آخر.

فإن المادة الثالثة من نفس الأمر قد نصت صراحة على وقف تطبيق ذلك الأمر بتعليمات رئاسية تحدد طريقته.

2- إن تلك التعليمات الرئاسية المنتظرة لم تصدر إلى

09/07/1974، والعلاقات الرابطة بين المؤجرين والمستأجرين أو الشاغلين لأمكنة السكنى أو المستعملة لأغراض المهنة كانت خاضعة ومنظمة بالقانون 1597/50، الصادر في 30/12/1950، المتضمن تطبيق القانون الصادر في 01/09/1948 في الجزائر، ويتضمن محسوتى قانون 30/12/1950 في المادة 71 منه تنص مايلي: أنه استثناء من المادة 1717 من القانون المدني القديم لا يمكن للمستأجر التنازل التنازل أو التخلي عن إيجاره المبرم على محل مستخدم لأغراض المهنة أو منحه بعقد جديد بواسطة إيجار فرعي من الباطن إلا إذا وجدت في عقد الإيجار أو الاتفاق المكتوب بنود مخالفة لذلك صراحة.

حيث أن القانون رقم 1597/50، الصادر في 30/12/1950، كان ملغى من الأمر الصادر في 05/07/1973، المتضمن إلغاء كافة التشريعات السابقة على تاريخ 01/07/1962.

أما المادة 71 من القانون رقم 1597/50، المشار إليه فقد استعيد الاحتفاظ بالمبدأ الذي تضمنته بأحكام المادة 505 من الأمر الصادر في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني الراهن والتي تورد:

" لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن هذا الإيجار أو يوزر إيجاراً فرعياً من الباطن كلما استأجره أو بعضه بدون موافقة صريحة من المؤجر كل ذلك ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك."

مما يستتبع أن مجلس القضاء بتطبيقه أحكام المادة 1717 من القانون المدني القديم غير السارية المفعول حالياً على النزاع الراهن كان قسوة الاستئناف غير مؤسسين قرارهم على أساس سند قانوني.





بلامى عمر *

خطرة تأملية حول مستقبل قواعد الإسناد

في ظل عجلة القانون

مقدمة:

أدى الطابع الرقمي لشبكات الاتصال، ونظم المعلوماتية إلى تطور الاتصالات الالكترونية، وتحول معها العالم إلى قرية كونية صغيرة تسبح في فضاء الكتروني تنقل فيه المسافات، وتلاشى فيه الحدود الجغرافية التقليدية. وقد انعكس ذلك على كافة مناحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والقانونية. وقد بات انطلاق الإنسان إلى عصر المعلومات وملاحقة هذا التطور التقني ضرورة مؤكدة. وهو الأمر الذي كان له الأثر البالغ في تغيير المفاهيم القانونية التقليدية في فروع القانون المختلفة. كل هذا التطور الهائل أضحي يعبر عنه "بالعولمة". ولعل التساؤل الذي يتبادر إلى الذهن في هذا البحث، هو مدى تأثير مفهوم العولمة على المنظومة التشريعية ككل، وعلى قواعد القانون الدولي الخاص أو ما يعرف بقواعد الإسناد على وجه الخصوص. وما هو الدور الذي تؤديه هذه القواعد في ظل هذه التطورات؟

وهل ساهمت التعديلات التي أتت بها قانون 10-05 السالف الذكر هذا التطور الذي من مختلف المسائل القانونية التقليدية التي لم تعد تتماشى أو بالأحرى تستوعب هذه المتغيرات الدولية؟

سوف أجيب عن هذه الإشكاليات القانونية ضمن محورين:

المحور الأول: نبحث فيه مفهوم العولمة وأثرها على المنهج القائم على قواعد الإسناد.

المحور الثاني: مناقشة التعديلات التي أتت بها القانون رقم 10-05 ومدى مساهمتها لهذه المتغيرات التي طرأت على الساحة الدولية. **المحور الأول:** مفهوم العولمة، وأثرها على المنهج القائم على قواعد الإسناد كوسيلة غير مباشرة في فض المنازعات الخاصة الدولية.

أولاً: مفهوم العولمة:

مما لا شك فيه أن الاتجاه نحو العولمة - سواء تعلق الأمر بعولمة الاقتصاد أو الإعلام أو الاتصال أو القانون أو أي مجال من المجالات الأخرى - أصبح حديث العام والخاص في هذه الأيام، بل أصبحت العولمة كما يقال سيمفونية تعزف في كل أنحاء العالم، دون أن يفقه الكثير من الناس كنياتها ولا مرماها، مما زاد الجدل والخلاف حولها، باختلاف الزاوية أو الوجهة أو المرجعية التي ينظر منها الباحث إلى هذه الظاهرة، وباختلاف الموقع الحضري والفكري والايولوجي الذي ينطلق منه الباحث.

العالم⁴:

ويرى أحد المؤلفين الباحثين، أن العولمة ظاهرة مركبة، وإن كانت ذات بعد اقتصادي بالدرجة الأولى، يراد بها تحقيق التشابك على المستوى الدولي، وتحقيق الاندماج والتكامل عن طريق التأثير في سيادة الدولة على حدودها وتذويب الأخيرة أمام الشركات متعددة الجنسيات التي تؤلف العنصر الفاعل في الاقتصاد المعولم، كما يتم تحقيق التشابك والاندماج عن طريق خلق علاقات دولية قائمة على تحرير التجارة والمعاملات المالية الدولية وافتتاح الأسواق الوطنية وربطها بالسوق العالمية، مع تبني استراتيجيات ذات أبعاد عالمية تعتمد على التطورات العلمية والتكنولوجية في مجالات الاتصال والمعلومات...⁵

وهناك تعريفات تركز على العولمة، باعتبارها مرحلة تاريخية. فالعولمة من هذا المنظور هي المرحلة التي تعقب الحرب الباردة من الناحية التاريخية والتحول لأليات السوق⁶.

وهناك من يرى وجود نوعين من العولمة يخضعان لقانون واحد أو ينضويان تحت قانون واحد:

النوع الأول من العولمة يعبر عن الشدة والتحرك عن طريق خلق أو إنشاء حركية واسعة في اتجاه اجتياز الحدود. **النوع الثاني من العولمة** يشكل قوة كامنة لا تعترف بالحدود، وليس لها أي اتصال مادي. النوع الأول من العولمة، يجب أن يتماشى مع القانون الذي يميز بين الحركية والثبات أو الجمود. والنوع الثاني من العولمة، يجب أن يستجيب لقانون جديد يتضمن نفس الاتجاه⁷ وجاء في الموسوعة المعروفة باسم WIKIPEDIA أن كلمة أو مصطلح mondialisation تعني تنمية علاقة الارتباط أو العلاقة التبادلية بين الإنسان والنشاطات الإنسانية والنظم السياسية على مستوى العالم. هذه الظاهرة تمس معظم القطاعات، مع ما يترتب عن ذلك من آثار مؤقتة، أن مصطلح العولمة أصبح يستخدم الآن لعولمة الاقتصاد والمتغيرات التي تأتي عن طريق ما تبتته وسائل الإعلام العالمية من مغريات في شكل رقمي.

وجاء في النسخة العربية من نفس الموسوعة ويكيبيديا أن العولمة في اللغة، تعني ببساطة جعل الشيء عالمي الانتشار في مده أو تطبيقه...، فالعولمة عملية اقتصادية في المقام الأول، ثم سياسية، ويتبع ذلك الجوانب الاجتماعية والثقافية وهكذا...⁸

وتراوحت وجهة النظر هذه بين مؤيد للعولمة بدون تحفظ، وبين معارض لها إلى أقصى مدى. وثمة من يتخذ موقفاً وسطاً يحاول أن يوفق فيه بين الوجود الموضوعي للظاهرة وإمكانية التحكم فيها على نحو يمكن من جني ثمارها وتجنب مخاطرها. فهناك من يعتقد الأمل على العولمة كمنهج اقتصادي عالمي في تخليص البشرية مما تعانيه، من فقر ومرض وتخلف وما إلى ذلك. ومنهم من يرى في العولمة نذير شؤم وبؤس لطبقة واسعة في المجتمع. وبين مؤيد ومناهض للعولمة يبقى الجدل محتدماً حول وصفها. وقد نتج عن ذلك كثرة تعريفات العولمة، ولم تتفق الآراء على تعريف واحد شامل وجامع لها، نظراً لتنشعب المحتوى الفكري وامتداده إلى العديد من الجوانب الاقتصادية والميانية والثقافية والاجتماعية والتكنولوجية والمعلوماتية. **فالعولمة الاقتصادية:** تخضع لاقتصاد السوق وحرية التجارة وإزالة الحدود الجمركية وتبعية البنوك والأسواق.

والعولمة الثقافية: تعني خضوع الثقافة للمعايير السائدة في سوق السلع وغياب دور الدولة. أما العولمة السياسية، فتعني الخضوع التام لميانية النظام الرأسمالي في ثوبه الجديد وطرده كل الأفكار التي تعارض النظام الجديد.

وأما العولمة الاجتماعية: فتندوب فيها العلاقات والقسم الاجتماعية والعائلية والدينية⁹. وعليه، فإن تشخيص هذه الظاهرة وتحديد ماهيتها، ليس بالأمر اليسير، فهي كما يشبهها الأستاذ جلال أمين: "مثل وصف العميان للغيل، كل يصفه حسب المكان الذي يضع عليه يديه"¹⁰. ومهما كانت القناعة التي كونها البعض حول ظاهرة العولمة فلا بد لكل متتبع، كما تقول الدكتورة وداد أحمد كيكسو: "أن يدرك ويلمس مدى ترابط هذا الحدث مع ثلاثة أحداث لظواهر رئيسية أخرى، ترتبط ارتباطاً عضوياً، بل وتشكل الحاضنة لولادة هذا الحدث. وهذه الظاهرة والأهم، أولاً: حرية التجارة الدولية، ثانياً: تدفق رؤوس الأموال. ثالثاً: تفجر ثورة التكنولوجيا"¹¹.

وقد أوجز هذه الفكرة المفكر والباحث توماس فريدمان كاتب المقالات في جريدة نيويورك تايمز وهو من المدافعين عن العولمة، فقال: "إننا نعيش في نظام دولي جديد. فالعولمة ليست مجرد اتجاه، وليست مجرد ولع مؤقت، بل هي النظام الدولي الذي حل محل نظام الحرب الباردة. والقوة الدافعة للعولمة، هي رأسمالية السوق الحرة. العولمة تعني انتشار رأسمالية السوق الحرة إلى كل بلد في

2 - مبدأ الاختصاص المطلق في المنهج القائم على تنازع القوانين ، يعد مبدأ مقدس ، لا يجوز العمل بغير ما أشارت به قواعد الإسناد في دولة القاضي ، إلا في حالات نادرة عندما يتعلق الأمر بالتنازع السلبى ، حيث يتم في هذه الحالة تحقيق التنازع بين قواعد التنازع بغض النظر عن المحكمة المختصة . ويؤثر هذا القرض عادة في التشريعات التي تأخذ بالإحالة . ومما لا شك فيه ، أن التطورات التي طرأت في قطاع التجارة العالمية وسن قوانين الاستثمار بشكل يستجيب لرغبات المستثمر الأجنبي ، وإبرام الاتفاقيات الدولية الخاصة والنص فيها صراحة على تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع المزمع وقوعه ، دون المرور على قواعد الإسناد ، قد أفقد هذه القواعد دورها في حل المنازعات الدولية الخاصة . ومن أهم الأسباب التي زادت في عزلة قواعد الإسناد :

أ - اتسام المنهج القائم على قواعد تنازع القوانين بالغموض والتعقيد .
ب - عدم توقع الحلول وانعدام الأمن القانوني .
ج - عدم ملائمة قواعد الإسناد مع موضوع المعاملات الالكترونية ، أو مع خصوصية التعاقد والخدمات المصرفية الالكترونية .

وفيما يلي نعرض لهذه النقاط بإيجاز :

أ - اتسام المنهج القائم على قواعد تنازع القوانين بالغموض والتعقيد ينعت منهج قواعد تنازع القوانين من طرف بعض الفقهاء بأنه : " مستقنع كتيب يسكنه علماء غريبو الأطوار ، يدرسون مسائل غامضة مستخدمين تعبيرات ومصطلحات تستعص على الفهم [1] " .

كذلك يعيب البعض الآخر على هذا المنهج إمكان تحريفه ، مما يقود إلى نتائج شاذة تنجم عن عدم الفهم الصحيح للقانون الأجنبي الواجب التطبيق ، بحيث يفسر هذا القانون بطريقة تخالف الطريقة المعتادة التي يفسر بها محتواه الاجتماعي الذي يحقق الهدف الذي سن من أجله ، مما يؤدي في النهاية إلى مسخ هذا القانون .

ب - عدم إمكانية توقع الحلول وانعدام الأمن القانوني : تعتبر قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة في حل تنازع القوانين ، وبمعنى أدق فإن هذه القواعد لا تعطي حلاً مباشراً للمسألة محل النزاع ، فهي تعتمد على الطابع الآلي في اختيار القانون الواجب التطبيق بغض النظر عن كون هذا الاختيار يحقق العدالة للقضية محل النزاع من عدمه ، بحكم أنها قواعد آلية تنتهي وظيفتها بإرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق وهي معسوبة العينين ، كما وصفها البعض [2] ، ولا يمكن التنبؤ مسبقاً بالقانون الواجب التطبيق . وينجر عن ذلك عدم معرفة القانون الذي سيطبق على القضية . وهنا تكمن خطورة العمل بهذه القواعد ، ويصبح حل هذه القضية في حكم المجهول ، وهو ما يؤدي إلى ما اصطلاح عليه بـ : " انعدام الأمن القانوني " . كما قد تتخذ قاعدة التنازع في بعض

كما أن قاتسون 05 - 10 المؤرخ في 20 جوان 2005 أتت بتعديلات مست جوانب هامة في قواعد تنازع القوانين ، ستعرض لها في حينها . إلا أن هذه التعديلات تعد في اعتقادنا غير كافية ، ولا سيما تلك المتعلقة بقواعد القانون الدولي الخاص التي لم يطرأ عليها أي تعديل منذ سنها ، والتي لم تعد تتلاءم مع هذا التطور الذي حصل بالخصوص في هذا الجانب ، إذ وقفت هذه القواعد التي صيغت بشكل جامد في ظروف اقتصادية واجتماعية معينة عاجزة عن ملاحقة التطور الذي حصل على الساحة الدولية ، ليس فقط في مجال المعاملات المالية ، وإنما أيضاً في مجال العلاقات الشخصية وأخيراً ، فإن المبادئ العامة في تنازع القوانين ، والتي تصدت لها بعض النظريات الفقهية ، مثل نظرية التكيف والإحالة ، وكذلك مسألة مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني بصفة عامة ، قد لحقها هي الأخرى تطور استوجبته ظروف التعامل على الساحة الدولية ، والتي أضحت خاضعة لضرورات التعاون الدولي ، مما يقتضي إعادة النظر في بعض النصوص المتعلقة بهذه النظريات والتي أشار إلى بعضها القانون المدني .

وعليه نرى أن هذه التعديلات تبقى من وجهة نظرنا مجرد بداية مشجعة ، نأمل أن تتلوها تعديلات جذرية أخرى تستجيب لحاجة المعاملات الدولية الخاصة .
ثانياً : المنهج القائم على قواعد الإسناد كوسيلة غير مباشرة في فض المنازعات الخاصة الدولية . لا جدال ، أن قواعد الإسناد قد اعتبرت الوسيلة الأساسية أو المثلى في فض المنازعات ذات العنصر الأجنبي رداً من الزمن ، واستمر العمل بهذه القواعد ولا زال في معظم دول العالم ، ومن ثم يعد هذا المنهج عالمياً في ذبوعه وانتشاره ، إذ جرى استخدامه في معظم الدول ، مع بعض الاختلاف الناجم عن اختلاف النظم القانونية في تلك الدول .

إلا أن هذا المنهج لم يعد يستوعب المتغيرات الدولية التي عرفها المجتمع الدولي مؤخراً والتي اصطلاح على تسمية هذه المتغيرات بالعولمة أو " الكوكبة " أو " الكونية " أو " الكوننة " أو " الأمركة " [3] إلى غير ذلك من المصطلحات المتقاربة التي تعد إحدى جوانب النظام الدولي الجديد ، والذي كان من نتائجه وضع آليات قانونية جديدة وصياغة جيل جديد من القواعد القانونية ، بغرض تحرير التجارة العالمية وانضوائها تحت المنظمة العالمية للتجارة . وكان لابد أن ينعكس هذا التطور على القوانين الدولي الخاص ، باعتباره يكرس التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي والعلاقات ذات العنصر الأجنبي بشكل عام . ويتميز المنهج القائم على قواعد التنازع أو المنهج الساقيني كما يحلو للبعض تسميته بخصائص محددة ، أهمها :

1 - تعتبر مشكلة تنازع القوانين بالدرجة الأولى مشكلة اختيار قانون ، وبمعنى أدق مشكلة البحث عن تحديد ضابط إسناد ملزم لحل المشكلة محل النزاع .

وإذا كانت العولمة كما يصفها البعض الآخر ، بأنها : " الحركة النشطة والحررة و متمسكة للمبادلات العالمية ، المالية والتجارية ، هي إلغاء الحدود والحوجز التشريعية والجمركية أمام حركة تنقل السلع ورؤوس الأموال ، وما يمثله تطور الانترنت ، بما في ذلك التجارة عبر الشبكة العالمية ظاهرة جديدة من ظواهر عولمة الاقتصاد " [4] . فإن التنازل ي طرح وبحدة حول مستقبل قواعد الإسناد في ظل هذا التطور الهائل الذي من مختلف الجوانب السياسية والاجتماعية والاقتصادية ، والمنظومة التشريعية . كما أن عولمة القانون قد تجلت بالخصوص فيما أصبح يعرف بالتجارة الالكترونية والمحكمة الالكترونية أو الاختصاص القضائي ، والقانون الواجب التطبيق في بيئة التجارة الالكترونية ، والعقود الالكترونية . الخ ...

أمام هذه المستجدات السريعة كان لابد من التفكير في مستقبل قواعد الإسناد ، ذلك أن متطلبات الحياة الدولية التي تمتلك وسائل عصرية تستوجب تعديل وسيلة فض مشكلة تنازع القوانين أو وضع آليات أخرى حديثة لتحل محل هذه القواعد التقليدية . ويجب ألا نتردد في ذلك متى تيقن عجز هذه القواعد عن تحقيق الغرض الذي سنت من أجله .

و يقينا أن أسلوب قواعد الإسناد قد تمت صياغته بشكل جامد ، لكن هذا لا يعني أن نصير بمعنى عن التطور ، فالوظيفة الأساسية للقانون ، هي تلبية حاجة المجتمع باستمرار ، ولكي نوفق في ذلك لابد أن نلاحق تطوره بصفة مستديمة . ولا شك أن المشرع الجزائري قد سائر مؤخراً بعض هذه المتغيرات الدولية الجديدة بسن جملة من القوانين ، منها على سبيل المثال المرسوم التشريعي رقم : 93 - 09 المؤرخ في 25 ابريل 1993 المعدل والمتمم للأمر رقم : 66 - 154 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الذي أدرج فصل رابع ، بعنوان " في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي " .

وقد جاء هذا المرسوم بحلول لتنازع القوانين تختلف إلى حد كبير عن الحلول التقليدية التي تضمنتها المجموعة المدنية في مجال من أهم مجالات المعاملات الدولية ، وهو مجال الروابط العقدية ذات الطابع الدولي ، مما ترتب عليه اختلاف الحلول التشريعية في شأن هذه الروابط ، بحسب ما إذا كان النزاع قد طرح بشأنها على المحاكم أو طرح النزاع على المحكمين . وبهذا التعديل أخرج المشرع الجزائري التحكيم التجاري الدولي من مجال قواعد الإسناد ، وأصبحت تحكمه القواعد المادية . وبالإضافة إلى هذا المرسوم التشريعي الذي عالج التحكيم التجاري الدولي ، فقد انضمت الجزائر إلى اتفاقية الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (اتفاقية نيويورك لسنة 1958) convention pour reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères .

يتضمن الجزء الثاني التجارة الإلكترونية في مجالات محددة، ونصوصه اختيارية، بحيث يمكن للدول إدراجها في قوانينها الداخلية أو تعديلها، أو عدم الأخذ بها، إلا أن أهميته تتمثل في أن يوفر قدراً من التوحيد القياسي بين تشريعات الدول المختلفة في مجال التجارة الإلكترونية.¹⁴ إلا أن هذا النموذج لم يحمل في طياته تعريفاً دقيقاً لها، واكتفى هذا المشروع بتعريف "تبادل المعلومات الإلكترونية" والتي تشمل التجارة الإلكترونية، ووردت فيه أنها: "النقل الإلكتروني بين جهازين للكمبيوتر للبيانات باستخدام نظام متفق عليه لأعداد المعلومات".¹⁵

وهذا التعريف الموضوعي ينصرف إلى كل استعمالات المعلومات الإلكترونية في التجارة وأعطت تعريف لبعض المصطلحات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، منها على سبيل المثال، يراد بمصطلح بيانات المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال تبادل البيانات الإلكترونية. أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التللكس، أو النسخ البرقي. ويراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية، نقل المعلومات الكترونياً من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات. ويراد بمصطلح منشئ رسالة البيانات الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها، أن حدث قد تم على يديه أو نيابة عنه، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة. ويلاحظ على هذا المشروع الموحد للتجارة الإلكترونية أنه لم يعرف التجارة الإلكترونية بقدر تعداده للوسائل المستخدمة في إبرام عقود التجارة الإلكترونية.

2- التعريف الذي أورده القانون الفرنسي رقم: 575-2004 المؤرخ في 21 جوان 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي.¹⁶ عرفت المادة 14/1 من القانون السالف الذكر التجارة الإلكترونية، بأنها: "نشاط اقتصادي، بوساطتها يمكن للشخص أن يقترح أو يؤكد عن بعد بطريقة الكترونية يمول أموال أو خدمات".

3- تعريف التجارة الإلكترونية في الوثائق الأوروبية:

وردت الإشارة لعقود التجارة الإلكترونية في توجيه البرلمان والمجلس الأوروبي رقم 97/27 الصادر في 20 مايو 1997 باسم العقود عن بعد، ونص على تعريفها في المادة الثانية من هذا التوجيه بأن العقد عن بعد يقصد به: "كل عقد يتعلق بالمنتجات أو الخدمات، إبرام بين مورد ومستهلك في نطاق نظام لبيع أو تقديم خدمات عن بعد، نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد فقط تقني أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد وتنفيذه". وعرفت تقنية الاتصال عن بعد في ذات التوجيه بأنه: "كل وسيلة دون وجود مادي ولحظي للمورد والمستهلك يمكن أن تستخدم

خطوة جديدة نحو تفعيل دور المجتمعات الإلكترونية وفتح المجال أمامها للاتصال بحرية مطلقة من خلال الشبكات المتصلة المعروفة بشبكة الإنترنت، والتي لا زالت تصطدم بحواجز أو حدود تقليدية تعيقها في الوصول إلى فضاء المعلوماتية المتوفرة - حسب الشبكات المفتوحة. رغم التساؤلات التي تثار حول هذه الشبكات، سواء من الناحية القانونية وسلامة الإجراءات التي تتم خلالها، أو من الناحية الأمنية في حفظ أمن وسلامة المعلومات المتبادلة خلالها، والذي يعد شرطاً جوهرياً للنهوض والارتقاء بالشبكة، والمتمثل في سن قانون تساهم به شتى المجتمعات الإلكترونية لحكم وتنظيم وتوجيه الشبكة".¹⁷

أن جوهر المشكلة إذاً، ليس هو مجرد التشريع، بل سلامة الإطار التشريعي ومدى ملائمته، من جهة وآلية نفاذه على نحو فاعل وملائم، دون خلق عقبات أو ردود فعل سلبية من قبل المخاطبين بهذا القانون من جهة أخرى. فتقنية المعلومات أو صناعة المعلومات Information technology في عصر الحوسبة هي التي خلقت الوجود الواقعي والحقيقي للتجارة الإلكترونية، باعتبارها تعتمد على الحوسبة والاتصال ومختلف الوسائل التقنية وإدارة النشاط التجاري.

ولا يوجد تعريفاً موحداً للتجارة الإلكترونية، وهذا راجع في اعتقادنا إلى تعدد التقنيات المستخدمة في هذا النوع من التجارة، ذلك أن العلاقات القانونية الناشئة عن هذه التجارة ليست حبيسة مكان أو بلد معين، لكنها تنساب عبر حدود الدول، وليست مرتبطة بمكان معين. كما حدث تحولاً للذمة الورقية المستخدمة في المعاملات التجارية، بحيث أن هذه التجارة لا تعتمد على مراسلات ورقية بين طرفي العقد أو البائع والمستهلك. وترتبط المعاملات الإلكترونية ارتباطاً عضوياً بمفاهيم ثلاث وهي: المحرر والكتابة والتوقيع".¹⁸

ومن التعريفات التي قيلت في شأن التجارة الإلكترونية، نذكر التعريف الوارد في مشروع الأمم المتحدة، والتعريف الذي أورده قانون من "أجل الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي"، والتعريف الوارد في بعض الوثائق الأوروبية، وبعض التشريعات العربية.

1- التعريف الوارد في قانون اليونيسفترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية:

بتاريخ 16 ديسمبر 1966 وافقت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNICTRAL على نموذج لمشروع قانون موحد للتجارة الإلكترونية، يهدف إلى تشجيع وتسيير استخدام التجارة الإلكترونية، ويكون مقبولاً لدى الدول ذات الأنظمة القانونية والاجتماعية والاقتصادية المختلفة، ويمكن أن يساهم على نحو معين في تنمية وانسجام العلاقات الاقتصادية الدولية.

ويتكون هذا القانون من جزئين، الجزء الأول: يتضمن أحكاماً عامة عن التجارة الإلكترونية. بينما

الدول من القضاء مصدر لها أكثر من التشريع، وهو ما يجعلها تنسجم بالغموض والتعقيد، مما يؤدي إلى أن يتحول هذا المنهج إلى وسيلة تحكمية في يد القاضي يستخدمها لتحقيق معتقداته الشخصية.

ج- عدم ملائمة قواعد الإسناد مع موضوع المعاملات الإلكترونية، أو مع خصوصية التعاقد عبر الإنترنت أو السوق الإلكتروني الجديد، والخدمات المصرفية الإلكترونية. لقد أدت الانتقادات السابقة لقواعد الإسناد أو المنهج التقليدي في حل مشكلة تنازع القوانين إلى صياغة جيل جديد من القواعد القانونية وذلك في ثمانية حقول، هي أمن المعلومات - جرائم الكمبيوتر والإنترنت - ومسائل الخصوصية وحماية الحياة الخاصة، ومسائل الملكية الفكرية للمصنفات الرقمية، كالجبرمجيات والدوائر المتكاملة - وقواعد البيانات وأسماء نطاقات وعناوين الإنترنت وحماية محتوى مواقع المعلوماتية، وكذلك في حقول المعايير والمقاييس التقنية. وفي حقول قواعد الإثبات بالكتابة الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني، وفي حقول وسائل الدفع الإلكتروني.

كل هذه الموضوعات أضحت تثير تحديات قانونية لا تسعها قواعد الإسناد التي صيغت بأسلوب تقليدي. وفيما يلي نلقي نظرة على مفهوم التجارة الإلكترونية والتعاقد عبر الإنترنت كمثل، لنبيين عجز قواعد الإسناد في ثوبها الحالي على مسايرة هذه التقنية المتطورة في ميدان المعاملات التجارية.

مفهوم التجارة الإلكترونية:

تمثل التجارة الإلكترونية واحداً من موضوعي ما يعرف بالاقتصاد الرقمي/التقني Digital Economy الذي يعتمد على الحاسبات وشبكات المعلومات، واقتصاد المعرفة knowledge economy الذي تحوى القيمة المضافة فيه مكوناً كبيراً من الإنتاج الذهني والفكري والمعلومات أكثر من الإنتاج المادي.

وهناك أيضاً التجارة الإلكترونية electronic trade وكذلك الأسواق الذكية Intelligent markets التي يجري فيها جزء كبير من التبادل من خلال شبكات الحاسب والمعلومات، بل تشكل المعرفة والمعلومات والسلع والمعاملات الإلكترونية (النقود الإلكترونية، والحوالات الإلكترونية، والبيات الدفع النقدي الإلكتروني والأسهم والسندات التي يتم بيعها وشراؤها إلكترونياً) نسبة ذات دلالة من مجموع ما يتم التعامل فيه في هذه المعلومات أو الأسواق.

إلى جانب تحديات المسؤولية القانونية للجهات الوسيطة في أنشطة الخدمات والمنتجات الإلكترونية. وتحديات الاختصاص والولاية القضائية والقانون الواجب التطبيق، وتحديات فعالية النظام القضائي في هذه البيئة وأدواته الملائمة لضمان السرعة. كل هذه الموضوعات وغيرها أضحت تندرج ضمن ما يعرف "بالفضاء الإلكتروني" cyberspace، وهي

التطورات الاقتصادية والتجارية الحديثة، كتوقيع الجزائر على اتفاقية الشراكة مع أوروبا، ودخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ، ابتداء من أول سبتمبر 2006، والمفاوضات الجارية حالياً حول انضمام الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة، وفتح الباب على مصراعيه أمام الاستثمار الأجنبي. كل هذه المعطيات وغيرها تقصر على أن الجزائر قد استقلت قطار الخصخصة والتسيير الحر للمؤسسات الاقتصادية، وإن جاء هذا متأخراً.

إلا أن المشرع الجزائري، وإن نص على الكتابة الإلكترونية ومعادلتها من حيث قوة الإثبات بالكتابة التقليدية، وكذا نصه على التوقيع الإلكتروني، لم يعمل بالمقابل على إنشاء الآليات القانونية الأخرى لجعلها قابلة للتطبيق، مثل: إنشاء الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية، وشهادة المصادقة الإلكترونية المؤمنة بواسطة الإضاء الإلكترونية للشخص الذي أصدرها الخ... من الآليات القانونية التي تعطي مصداقية لهذا النوع من التعامل، وتوفير الثقة للمعاملين الاقتصاديين والمستثمرين بشكل عام. غير أنه بالرغم من هذه النقص المسجلة، فإن شروع الجزائر في إصلاح المنظومة التشريعية وتكييفها مع هذه المستجدات، ومنها قواعد تنازع القوانين التي أدخل عليها المشرع الجزائري تعديلات في غاية الأهمية، وتكملة بعض النصوص الأخرى، واستحداث مواد أخرى جديدة هي: المادة 13 مكرر، والمادة 13 مكرر 1، والمادة 17 مكرر، والمادة 21 مكرر، والمادة 23 مكرر والمادة 23 مكرر 1، والمادة 23 مكرر 2 وإعادة صياغة بعض النصوص الأخرى، يعد تطوراً ملحوظاً وجدير بالتقدير. وفيما يلي نعرض لدراسة هذه التعديلات والتعقيب عليها.

1- المادة العاشرة من القانون المدني:

نصت المادة 05 من القانون 10-05 "تعدل وتتم المادة 10 من الأمر رقم 75-58 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، وتحرر كما يأتي: المادة 10: "يسرى على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة الذي ينتمون إليها بجنسيتهن.

ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة.

أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسرى على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي. غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطاً في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري". لقد أسند المشرع الجزائري الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية بوصفه القانون الأكثر تحقيقاً للعدالة، في شأن هذه المسائل، ومن جهة أخرى، فإن الانتصار لقانون الجنسية على

لسنة 2000 احتوى هذا القانون على 30 مادة. كما أصدرت الإمارات العربية المتحدة قانون رقم 3 لسنة 2003 يتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية ضم 39 مادة. وهناك من الدول العربية من أنجزت مشروعات للتجارة الإلكترونية، وهي في طريق المصادقة عليها، مثل جمهورية مصر العربية. أما الجزائر فلم تبادر بعد إلى طرح مشروع التجارة الإلكترونية، رغم أن قانون 10/05 السالف الذكر قد نص على الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني. يتضح لنا جلياً من خلال المصطلحات المستخدمة في التجارة الإلكترونية، إن قواعد الإسناد في ثوبها التقليدي لا يمكن أن تتماشى مع الخصائص التقنية المعمول بها في هذا الميدان الحيوي الذي يجلب الاستثمار ورؤوس الأموال إلى البلد المضيف. ومعلوم أن المستثمر الأجنبي لا يحبذ الاحتكام للقوانين الوطنية، ولا سيما منها قواعد الإسناد، ومن مصلحته أن يعرف القانون الواجب التطبيق على المنازعة المتوقعة حدوثها، بدلاً من الاعتماد على قاعدة الإسناد في دولة القاضي الموكول لها أمر تعيين القانون المختص في حالة حدوث منازعة في العقد المبرم بين الطرف الوطني والطرف الأجنبي. وتجدر الإشارة إلى أن إبرام العقود الإلكترونية أو عبر الأنترنت، ويقصد بها بصفة عامة المعاملات المالية عبر شبكة الأنترنت، سواء تمتعت بالصفة التجارية أم لا، العديد من المشكلات القانونية على المستويين الوطني والدولي، ومن ذلك على سبيل المثال مشكلة الإثبات، والوفاء، والملكية الفكرية، ومشكلة القانون الواجب التطبيق، والجانب الضريبي الخ.

المحور الثاني: مناقشة التعديلات التي أتت بها القانون رقم: 10-05 المتعلقة بقواعد الإسناد، ومدى استجابتها لهذه المتغيرات المتعلقة بالمعاملات الدولية الخاصة.

ونتناول التعديلات المتعلقة بالأحوال الشخصية، ثم التعديلات المتعلقة بالالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية وذلك على النحو التالي:

أ- التعديلات المتعلقة بالأحوال الشخصية:

لعل ما يلفت النظر في التعديلات التي أتت بها القانون المشار إليه أعلاه والمتعلقة بتنزع القوانين، والتي جاءت ضمن السياق العام لتعديل القانون المدني، أن المشرع الجزائري نص لأول مرة على استخدام الكتابة الإلكترونية والتي أعطى لها نفس القيمة في الإثبات، أسوة بالكتابة العادية في المادة 23 مكرر من القانون المدني.

كما نص لأول مرة على التوقيع الإلكتروني في المادة 46/2 من نفس القانون. وهذه الإشارة من المشرع الجزائري، باستخدام مصطلح التجارة الإلكترونية، وكذا استخدامه للتوقيع الإلكتروني، يعد في اعتقادنا إيذاناً بالدخول في عالم التجارة الإلكترونية من بابها الواسع، وتبرير ذلك، هو تحديث المنظومة التشريعية وجعلها تساهل

لإبرام العقد بين طرفيه" و يلاحظ أن عبارة التعاقد عن بعد تعني عدم وجود طرفي العقد في مكان واحد، وإن كان ذلك لم يخل بما يسمى "وحدة مجلس العقد" طالما أن طرفي العقد على اتصال ولو بوسيلة إلكترونية.

أما التوجيه الأوروبي الصادر عن البرلمان الأوروبي رقم 31/2000 المؤرخ في 8 يونيو 2000 في شأن بعض الجوانب القانونية لخدمات شركات المعلومات، وبصفة خاصة التجارة الإلكترونية في السوق المحلية، وهو ما يطلق عليه "توجيه التجارة الإلكترونية" communication commerciale، عرف في مادته الثانية الاتصال التجاري بأنه: "كل شكل من أشكال الاتصال التجاري يستهدف تسويق - بصورة مباشرة أو غير مباشرة - بضائع أو خدمات أو صورة مشروع أو منظمة أو شخص يباشر نشاطاً تجارياً أو صناعياً أو حرفياً أو يقوم بمهنة منظمة".

وقد حدد هذا التوجيه الدول الأعضاء في البرلمان والاتحاد الأوروبي على عدم عرقلة العقود بالطرق الإلكترونية، وذلك بتضمين أنظمتهم القانونية السماح بإبرام هذه العقود.

ج- تعريف التجارة الإلكترونية في بعض التشريعات العربية: تعتبر الدول العربية في مجملها متأخرة نسبياً في منظومتها التشريعية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، بالمقارنة بالدول الأوروبية والآسيوية والولايات المتحدة الأمريكية التي أولت موضوع التجارة الإلكترونية أهمية قصوى، إذ لم تبادر الدول العربية بسن التشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية إلا القليل منها، وهذا يرجع إلى عوامل كثيرة، منها أن العديد من الشركات والأفراد يمارسونها بشكل جزئي، أي يستخدمون الأنترنت لمجرد البحث ومقارنة السلع، ثم يتابعون عمليات الشراء والبيع بالطرق التقليدية".

ونشير إلى تشريعات بعض الدول العربية التي استطاعت الدخول في عالم التجارة الإلكترونية، ومن هذه الدول تونس التي سنت القانون رقم 83 لسنة 2000، مؤرخ في 9 مايو 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، ويقصد في مفهوم هذا القانون بـ: المبادلات الإلكترونية: المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية. وقد تضمن هذا القانون 53 فصلاً، مست موضوعات هامة، مثل: شهادة المصادقة الإلكترونية المؤمنة بواسطة الإضاء الإلكترونية للشخص الذي أصدرها، والتشفير، والإضاء الإلكترونية، وتنظيم الوكالة الإلكترونية للمصادقة الإلكترونية وخدماتها، وتنظيم المعاملات التجارية الإلكترونية، وحماية المعطيات الشخصية، ثم تناول هذا القانون المخالفات والعقوبات.

أما دولة الإمارات العربية المتحدة التي تعد رائدة في هذا المجال، فقد سنت قانون منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية والإعلام رقم 1

هذا النحو يسمح بتطبيق القانون الجزائري على أحكام الأسرة المتعلقة بالجزائريين ولو وجدوا في الخارج .

وقد احتوت هذه المادة بعد التعديل على ثلاث فقرات :
الفقرة الأولى: نصت على إخضاع الحالة والأهلية إلى قانون الجنسية، على أساس أن المشرع الجزائري قد خضع كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية، للاعتبارات التي اشرنا إليها سلفاً.

والمقصود بالأهلية هنا هي أهلية الأداء لا أهلية الوجوب ، والمراد كذلك بأهلية الأداء هنا الأهلية العامة التي ترتبط بسن التمييز ، فتخرج بذلك الأهليات الخاصة التي لا تخضع لقانون الجنسية ، وإنما يسرى عليها القانون الذي يحكم النزاع .

الفقرة الثانية: أوردت استثناء على المبدأ المذكور ، وهو إخضاع الأهلية إلى قانون القاضي. إلا أن المشرع قد أحاط هذا الاستثناء بجملة من القيود، يصعب توفرها مجتمعة، وهذه القيود هي:

- أن يكون التصرف الذي أبرمه الأجنبي يصنف ضمن التصرفات المالية. أما إذا كان هذا التصرف يدخل ضمن التصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية، فلا يطبق الاستثناء ، ويبقى المبدأ ساري المفعول.

- أن يكون هذا التصرف معقوداً ضمن تراب الجمهورية الجزائرية، وترتبت آثاره فيها.

- أن يكون الأجنبي الذي قام بهذا التصرف كامل الأهلية، طبقاً للقانون الجزائري، ولو كان ناقصها طبقاً لقانون جنسيته، ومن ثم فلو كان هذا الأجنبي ناقص الأهلية طبقاً للقانون الجزائري أيضاً، فلا يسرى هذا الاستثناء .

- أن يكون نقص أهلية المتعاقد الأجنبي يرجع إلى سبب فيه خفاء يصعب على الطرف الآخر اكتشافه. ويرى الأستاذ الدكتور " عز الدين عبد الله " في معرض تعليقه على هذا الشرط أن المشرع قصد أن يعبر عن معنى جهل المتعاقد الوطني بنقص الأهلية الذي يقرره قانون المتعاقد الأجنبي جهلاً يعذر فيه ، وهو أمر يقدره القاضي حسب ظروف الحال و يأخذه بمعيار شخصي يختلف من عاقد إلى آخر ."

أما إذا كان سبب نقص أهليته ظاهراً لا يوجد فيه خفاء، كما لو كان صبياً صغيراً أو كان مجنوناً، فلا يطبق هذا الاستثناء . ومعلوم أن هذا الاستثناء مأخوذ من المبدأ الذي استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 16 / 01 / 1961 في قضية تعرف بقضية " ليزاردى " ²⁹ . وقد اتفق معظم الفقهاء على أن الحكمة من استبعاد القانون الأجنبي فيما يتعلق بالأهلية وتطبيق قانون القاضي، عند توفر الشروط التي سبقت الإشارة إليها يعود إلى تأمين سلامة المعاملات، وليس مجرد حماية المتعاقد الوطني . وهو ما يجب أن يستفيد منه المتعاقد الوطني والأجنبي على حد سواء .

الفقرة الثالثة: وهي التي تحدثت عن القانون الواجب

التطبيق على الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، وهو قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلية. وهذه الفقرة لم تكن موجودة ضمن هذه المادة قبل التعديل، وقد استحدثها المشرع الجزائري في هذا التعديل، لإزالة اللبس الذي كان موجود من قبل، حول القانون الواجب التطبيق على الأشخاص الاعتبارية التي لا يوجد لها مقر بالجزائر .

الفقرة الرابعة: اقتصرت على تحديد القانون الواجب التطبيق على الأشخاص الاعتبارية الأجنبية التي تمارس نشاطاً في الجزائر، فكل مؤسسة تزاوّل نشاطها في الجزائر تخضع للقانون الجزائري، مهما كان هذا النشاط. وبهذا يكون المشرع الجزائري قد غير ضابط الإسناد الأصلي بالنسبة للنظام القانوني للأشخاص الاعتبارية وهو مركز الإدارة الرئيسي الفعلي، واعتد بضابط آخر، هو مكان الاستغلال الرئيسي، وذلك فيما لو كان الشخص الاعتباري يمارس الاستغلال بالجزائر. وعلى ذلك فإذا باشر الشخص الاعتباري نشاطه الرئيسي في الجزائر، فإن القانون الجزائري هو الذي يتعين تطبيقه في شأن النظام القانوني لهذا الشخص، حتى لو كان مركز إدارته الرئيسي الفعلي في الخارج.

2 - نصت المادة 06 من القانون 05/10 " تعديل المادة 11 من الأمر رقم: 75/58 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، وتحذر كما يأتي: المادة 11: يسرى على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين " .

ويلاحظ أنه لم يجر تعديل على هذه المادة، واقتصر الأمر على إعادة الصياغة لهذه المادة فقط، باستبدال عبارة الشروط الخاصة بصحة الزواج، بالشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج.

وواضح من هذه المادة أن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج تخضع للقانون الوطني لكل من الزوجين ، مع مراعاة الاستثناء الذي أوردته المادة 13 من القانون المدني الذي سوف تعرض له في حينه . ومعلوم أن المقصود بالشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج هي: الرضا والأهلية، وموافقة الأولياء، والمهر، وخلو الزوجين من الموانع الشرعية.

ويرجع في تكييف ما هو موضوعي وما هو شكلي لقانون القاضي، فقانون جنسية كل من الزوجين هو الذي يسرى على زواجهما، ويعتد بهذا القانون وقت إبرام الزواج فقط، فإذا تغيرت جنسية أحدهما بعد ذلك فلا يتأثر عقد الزواج بهذا التغيير .

3 - نصت المادة 07 من القانون 05-10 " تعديل المادة 12 من الأمر المشار إليه أعلاه وتحذر كما يأتي: المادة 12: يسرى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج. ويسرى على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى " .

يتضح من هذه المادة التي أعيدت صياغتها بموجب المادة المذكورة أعلاه، أن ضابط الإسناد في شأن آثار الزواج هو جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج. ومن ثم فإن القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج. وكانت الصياغة القديمة لهذه المادة تقتصر على تبين القانون الواجب التطبيق على الآثار التي يرتبها عقد الزواج فيما يعود منها إلى المال.

وقد وفق المشرع الجزائري بحق بضرورة تطبيق قانون واحد على آثار الزواج ، فلا يتصور أن تخضع آثار الزواج ، مثلها في ذلك مثل آثار أي علاقة أو رابطة أخرى ، لغير قانون واحد ، ذلك أن الآثار تقتضى الوحدة في النظام القانوني الذي يحكمها . وإذا كان لنا أن نختار بين قانون جنسية كل من الزوجين، فإن الأفضل والأولى بحكم آثار الزواج هو قانون الزوج بوصفه رب الأسرة . غير أن المشرع الجزائري قد احتفظ بالاستثناء الذي أوردته المادة 13 من القانون المدني التي نصت : " يسرى القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 ، 12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج " .

وقد حسم المشرع الجزائري إشكالية القانون الواجب التطبيق، عندما يكون أحد الزوجين جزائرياً بتطبيق القانون الجزائري وحده، مهما كانت جنسية الزوج الآخر .

وتنقسم آثار الزواج إلى آثار شخصية و آثار مالية. فالآثار الشخصية، هي الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، كالنفقة، والاحترام المتبادل بين الزوجين، والإحسان إلى بعضهما البعض الخ

أما الآثار المالية، فتعنى احتفاظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة. ومن أهم النظم المالية السائدة في أوروبا وعلى الأخص في فرنسا، هي النظم التي يسمونها les regimes matrimoniaux وهذه التشريعات تنقسم بدورها إلى قسمين:

القسم الأول: يسمى نظام الاشتراك المالي: وبمقتضى هذا النظام يشترك الزوجان في الأموال المخصصة لحاجات الأسرة، كما يشتركان في الديون الناشئة عن هذه الحاجات. ويتولى الزوج في هذا النظام إدارة الشؤون المالية بشرط موافقة الزوجة على بعض التصرفات الهامة . وفي هذا النظام يستقل كل من الزوجين بإدارة أمواله الخاصة، وفي حالة وضع حد للعلاقة الزوجية تقسم الأموال المشتركة بين الزوجين. ويأخذ نظام الاشتراك المالي ثلاثة صور:

الصورة الأولى: هي نظام الاشتراك العام La communauté universelle ، وبمقتضى هذه الصورة تكون أموال الزوجين مشتركة بينهما. أما الصورة الثانية: فهي نظام الاشتراك في المنقولات والمكاسب La communauté des biens

قانون الجنسية الجزائرية، حتى يحقق الانسجام بين هذه المادة، و التعديل الذي استحدثه قانون الجنسية الأخير . وعلى ذلك فد عارى النسب، سواء تعلقت بآبائهما أو الإقرار به أو إنكاره تخضع لقانون الأب أو الأم المطلوب النسب له أو الذي يقر به أو ينكره.

ب- المادة 13 مكرر 1 "يسرى على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها . ويسرى على آثارها قانون جنسية الكفيل.

وتطبق نفس الأحكام على التبني " . أدرج المشرع الجزائري الكفالة ضمن الأحوال الشخصية التي نص عليها في المادة 116 من قانون الأسرة . ومعلوم أن الأحوال الشخصية أخضعها المشرع الجزائري إلى قانون الجنسية، لكن المشرع في هذه المادة قد فرق بين الشروط الموضوعية لصحة الكفالة وآثارها، من حيث القانون الواجب التطبيق، فأخضع الكفالة في حالة النزاع على صحتها إلى قانون كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، في حين أخضع آثار الكفالة إلى قانون جنسية الكفيل، وعمم في نفس الوقت أحكام الكفالة على التبني. و واضح أن المشرع الجزائري قد أخذ بالنظام الجامع، وذلك بالنسبة للشروط الموضوعية للكفالة، وهو ما فعله أيضا بالنسبة للتبني. وتثير الفقرة الثالثة من هذه المادة المتعلقة بالتبني غموض حقيقي، إذ معناها أن التبني أخذ نفس أحكام الكفالة، بمعنى أن المشرع قد أخضع انعقاد التبني وشروط صحته لقانون كل من المتبني والمتبني. في حين أخضع آثار التبني إلى قانون جنسية المتبني، قياسا على أحكام الكفالة التي أحالت عليها الفقرة الثالثة أعلاه. ومعلوم أن الأحوال الشخصية في التشريع الجزائري تحكمها الشريعة الإسلامية وهي تحرم التبني، مصداقا لقوله تعالى²⁴ " وما جعل أدياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل . ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم " . سورة الأحزاب ، آية 4 ، 5 و

تجدر الملاحظة أن الإقرار بالبنوة في الشريعة الإسلامية شيء والتبني المعروف في النظم الغربية شيء آخر ، و الذي تحرّمه الشريعة الإسلامية، وتبعا لذلك يعدّ التمسك بالتبني مخالفا للنظام العام، إذا أثير أمام القاضي الوطني.

5- المادة 09 من قانون 05/10 التي نصت : " تعدل وتنتم المواد 15 ، 16 و 17 من الأمر 75/58 السالف الذكر وتحرر كما يأتي: المادة 15 " يسرى على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر و عديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته. غير انه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر و عديمي الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير ، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر " . اقتصر التعديل في هذه المادة على إعادة صياغتها، وحذف كلمة المحجورين لأهلية.

جنسية الأب وقت الوفاة " وقد تناولت هذه المادة المستحدثة في قواعد الإسناد تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب والاعتراف به وإنكاره . قبل مناقشة هذه المادة، يحسن أن نعرض المقصود بالنسب .

قد يكون النسب شرعيا أو غير شرعي (طبيعى) والمراد بالنسب الشرعي أو البنوة الشرعية هو انتساب الولد لأبوين متزوجين زواجا شرعيا، بينما المقصود بالزواج غير الشرعي هو انتساب الولد لأحد الوالدين اللذين لا تربطهما رابطة شرعية²⁵.

و أثبت النسب متعلق بحالة الشخص، فيخضع بالتالي إلى القانون الشخصي، وهو قانون الجنسية، طبقا للتشريع الجزائري، كما هو معمول به في التشريعات العربية. و معلوم أن الفقه المقارن قد اختلف حول القانون الواجب التطبيق على النسب . فذهب رأي إلى تبني قانون الطفل المراد إثبات نسبه، لأن المسألة تعد من مسائل الحالة، وبالتالي يتعين الرجوع إلى القانون الذي يحكم أحواله الشخصية. غير أن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى حلقة مفرغة ، لأنه إذا سلمنا بأن البنوة تخضع لقانون جنسية الابن، فلا شك أن هذه الجنسية تتحدد في النهاية بثبوت نسب الطفل إلى أبيه قانونا.

في حين ذهب رأي آخر إلى الأخذ بالاعتداد بقانون الابن والأب معا وتطبيقها تطبيقا جامعا . استنادا إلى أن البنوة عنصر من عناصر حالة الابن والأب معا . وقد انتقد هذا الاتجاه لصعوبة تجسيده من الناحية العملية، لأنه من الصعب توافق أحكام القانونين جميعها.

بينما فضل رأي آخر الأخذ بقانون جنسية الأب ، باعتبار أن الأب هو السبب في وجود الطفل، ولأن إثبات البنوة يتصل بالأب أكثر من اتصاله بالابن ، بالإضافة إلى أن البنوة تعد أثرا من آثار الزواج.

القانون الذي يحكم النسب الشرعي في الجزائر: لقد ميزت المادة 13 مكرر، وهي التي استحدثتها المشرع في التعديل الذي أتى به القانون رقم: 05-10 السالف الذكر في قواعد الإسناد، وميزت هذه المادة بين حالتين:

الحالة الأولى: يطبق قانون جنسية الأب مدعى النسب أو منكره وقت ميلاد الطفل محل الاعتراف أو الإنكار.

الحالة الثانية: في حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب عند الوفاة.

ويلاحظ على الفقرة الأولى، أنها لم تكن دقيقة في صياغتها، إذ كان يجدر بالمشرع أن يطبق قانون من يطلب الانتساب إليه من الوالدين ، سواء كان الأب أو الأم المطلوب النسب له ، أو الذي ينكر النسب، أو الذي يقر به أو ينكره ، بعد أن سوى المشرع الجزائري بين الرجل والمرأة في منح الجنسية في التعديل الذي أتى به الأمر رقم: 05/01 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن تعديل الأمر رقم: 70/86 الموافق ل 15 ديسمبر 1970 المتضمن

meubles et acqetes ، وبمقتضىها تكون المنقولات فقط المملوكة للزوجين عند الزواج شركة بينهما ، وتكون كل الأموال التي تزول إليهما لاحقا بعد انعقاد الزواج شركة بينهما ، سواء كانت عقارات أو منقولات.

الصورة الثالثة: هي نظام الاشتراك المخفض: La communauté réduite. وبمقتضى هذا النظام يستأثر كل من الزوجين بما لديه من منقول وعقار عند الزواج ولا يشتركان إلا فيما يكسبانه أو يدخرانه بعد انعقاد الزواج. وهذا هو النظام الذي أصبح بعد التعديل الجديد الذي يسرى على الزوجين اللذين لم يختارا نظام آخر.

القسم الثاني: نظام الانفصال المالي: des biens Le régime de la séparation وبمقتضىها يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف والإدارة الخاصة، على أن يساهم كل منهما في مصاريف الأسرة²⁶.

وتجدر الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية لا ترتب على الزواج أي أثر مالي، بل يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة.

ونصت الفقرة الثانية من المادة 12 على أنه : " يسرى على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى " .

وقد أضافت هذه الفقرة نظام الانفصال الجسماني الذي لا تعرفه الشريعة الإسلامية ويعد طرحه على القاضي الوطني مخالفا للنظام العام . ونحن نستغرب موقف المشرع الجزائري من إضافة هذا النظام الغريب على منظومتنا التشريعية المتعلقة بالأحوال الشخصية المستمدة من الشريعة الإسلامية، وفي الوقت الذي تتخلى عنه معظم الدول الأوروبية وتبنيها للطلاق ، بدلا من نظام الانفصال الجسماني الذي أضحي مهجورا في هذه النظم.

كما أن الاعتداد في تقدير جنسية الزوج عند انحلال الزواج والانفصال الجسماني بوقت رفع الدعوى ، من شأنه أن يؤدي إلى مفاجأة الزوجة بالطلاق أو التطبيق وفقا لأحكام قانون جنسية الزوج . وكان يجدر بالمشرع أن يعتد بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج ، بوصفه القانون المعلوم لكل من الطرفين والذي ارتضى كل منهما الارتباط في ظله . فليس من العدل كما قال الدكتور شمس الدين الوكيل أن تفاجأ الزوجة مثلا بقانون آخر عند تغيير الزوج لجنسيته، وقد يكون هذا القانون أكثر إضرارا بمصلحة الزوجة من حيث تيسير الطلاق أو التطلق²⁷.

4- المادة 13 مكرر والمادة 13 مكرر 1 ، و التي نصت عليهما المادة 08 من قانون 05-10 " المتمم للأمر رقم: 75-58 المذكور أعلاه بالمادتين 13 مكرر 13 مكرر 1

أ- المادة 13 مكرر: " يسرى على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل . وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون

- للمعلومات الالكترونية، دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ص 86.
- 14- د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ط. 2006، ص 6.
- 15- المرجع نفسه.
- 16- loi n° 2004 / 575 du 21 juin 2004 pou la confiance dans l' économie numérique j. o. du 22 juin 2004
- 17- انظر مؤلف رافت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، ط. 1999، ص 27.
- 18- د. اسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، ط. 2000، ص 15، دار النهضة العربية.
- 19- د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، 2، ط. 1969، ص 224.
- 20- انظر عرض وقائع هذه القضية في مؤلف أساتذنا الدكتور علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، ط 3، 1991، ص 67.
- 21- نفس المرجع، ص 74.
- 22- مشار إليه في مؤلف د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، ط 1974، ص 535.
- 23- د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الوسيط في القوانين الدولي الخاص المصري، الجزء الأول، تنازع القوانين، ص 134.
- 24- الآية 4 و 5 من سورة الأحزاب.

- 2002، العين، ص 128. 3- د. وداد احمد كيكسو، العولمة والتنمية الاقتصادية، ط 1، 2002، ص 79.
- 4- مشار إليه في مؤلف جريمي برشر وآخرون، العولمة من تحت، ترجمة كمال الياس، ط. 1. 2003، ص 35.
- 5- حسن لطفي، المرجع السابق، ص 136.
- 6- انظر هذا التعريف في مؤلف الدكتور عبـد المطلب عبد الحميد، العولمة واقتصاديات البنوك، ط. 2003، الدار الجامعية، ص 21.
- 7 Il existe deux mondialisations . La première s'exprime dans l'intensification de la mobilité à travers les frontières. La seconde résulte de la constitution d'espaces virtuels , sans territoire ni accroche matérielle". Marie Anne Frison Roche : " Le droit des deux mondialisations : la mondialisation entre illusion et l'utopie "; Tome 8 WIKIPIDIA : " Mondialisation : Le terme mondialisation désigne le développement de liens ,d'interdépendance entre hommes activités humaines et systèmes politiques à l'échelle du monde. Ce phénomène touché la plupart des domaines avec des effets et une temporalité propre de chacun. Ce terme est souvent utilisé aujourd'hui pour désigner la mondialisation économique, et les changements induits par la diffusion mondiale des informations sous forme numérique sur la toile. Encyclopédie libre ,WIKIPIDIA, 08 septembre 2006 Disponible sur /http://fr.wikipedia.org/wiki/Mondialisation.
- 9- د. محمد دياب: "عولمة الاقتصاد"، مجلة العربي، يناير، العدد 494، سنة 2000، ص 39.
- 10- د. عبد الرشيد عبد الحافظ، الآثار السلبية للعولمة على الوطن العربي وسبل مواجهتها، ص 8.
- 11- د. إبراهيم احمد إبراهيم، أسلوب الإسناد في الميزان، دراسة في القانون الدولي الخاص الأمريكي المقارن بالقانون المصري والقوانين الأوروبية، ط. 1985، ص 27.
- 12- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، ط. 2005، دار الثقافة والنشر للتوزيع، ص 13.
- 13- محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني

وتعويضها بكلمة عديمي الأهلية.

وقد اعتمد المشرع الجزائري في هذه المادة على قانون الجنسية كضابط للإسناد فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية بالنسبة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين، من حيث المبدأ، لكن المشرع أورد استثناء على هذا المبدأ بتطبيق القانون الجزائري، بدلا من قانون الجنسية، عندما يتعلق الأمر بالتدابير الاستعجالية، في حالة ماذا كان القصر وعديمي الأهلية والغائبون موجودين بالجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلق الأمر بأموالهم الموجودة بالجزائر.

وقد أعاد المشرع الاختصاص لقانون القاضي بالنسبة للتدابير المستعجلة، وهذا راجع، أما على أساس كونها من الإجراءات الوقتية، أو على أساس تعلقها بالأمن المدني.

6- ونصت المادة 16: "يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تتم بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته. ويسرى على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها". لم تراع هذه المادة موقع الميراث، ذلك أن خضوع الميراث لقانون جنسية المتوفى يرد عليه قيد هام ناجم عن طبيعة الميراث. فالميراث وإن كان يقوم على فكرة الرابطة العائلية، إلا أنه في الوقت ذاته يعد سببا من أسباب انتقال الحق العيني. ومن ثم يجب أن يخضع للقانون الذي يحكم الأموال، كلما اتصل الأمر بنظام هذه الأموال بشكل مباشر. ومراعاة لهذا الاعتبار، فإن موقع المال هو الذي يتكفل بتحديد مدى تعلق حقوق دائني المتوفى بأمواله بوصفها تشكل الضمان العام لهذه الديون. كذلك فإن قانون موقع المال هو الذي ينظم شهر الإرث بالنسبة للعقارات وتحديد الآثار المترتبة على هذا الشهر والجزاء المترتب على عدم الشهر الخ...

وبهذا يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد فضل إخضاع العقد المتعلق بعقار في مجموعه إلى قانون الموقع. ولا يستثنى من مجال تطبيق قانون الموقع بالنسبة للعقود المتعلقة بعقار سوى الأهلية والشكل، فالأهلية تخضع في جميع الأحوال إلى قانون الجنسية، طبقا للمادة 10 / 1 من القانون المدني، كما أن شكل التصرف يخضع دائما للقاعدة الواردة في المادة 19 / 1 من القانون المدني.

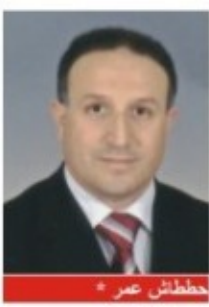
مستند في العدد القادم

* محام بمنظمة سطيف

دكتوراه في القانون المدني

الهوامش

- 1- د. آدم مهدي أحمد، العولمة وعلاقتها بالهيمنة التكنولوجية، ط. 2001، الشركة العالمية للطباعة والنشر، ص 6.
- 2- حسن لطيف كاظم الزبيدي، العولمة ومستقبل الدور الاقتصادي للدولة في العالم الثالث، ط.



حطاش عمر *

خصوصية محكمة التنازع في النظام القضائي الإداري الجزائري

قضائية للفصل في تنازع الاختصاص بين الجهتين هي محكمة التنازع كهيئة أسمى تضمن السير الحسن للنظام القضائي المزدوج بواسطة الرقابة التي تفرضها على الهرمين عندما تنشأ منازعة بينهما من حيث الاختصاص، ثم جسد وجود هذه المحكمة بموجب القانون العضوي رقم 98-03 المؤرخ في 03/06/1998 الذي صدر طبقاً للمادتين 152 و 153 من دستور 1996.

1- ملاحظات حول النصوص الدستورية المنشئة لمحكمة التنازع:

تنص المادة 152/04 من دستور 1996 على ما يلي: "تؤسس محكمة تنازع تتولى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة".

وتنص المادة 153 من دستور 1996 على ما يلي: "يحدد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا، ومجلس الدولة، ومحكمة التنازع، وعملهم واختصاصاتهم الأخرى".

يستفاد من عبارة "تتولى الفصل في تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة" أن محكمة التنازع تتولى الاختصاص النوعي الحصري في الفصل في تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا كأعلى جهة قضائية من جهة القضاء العادي ومجلس الدولة كأعلى جهة قضائية من جهة القضاء الإداري، وبمفهوم المخالفة تكون غير مختصة في الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية الابتدائية أو الاستئنافية من جهة القضاء العادي والمحكمة الإدارية من جهة القضاء الإداري حتى في حالة صدور أحكام أو قرارات نهائية من الجهتين تتضمن تنازعا في الاختصاص، مع أن هذه الحالة يمكن تصور حدوثها في حالة صدور أحكام أو قرارات نهائية من المحاكم المجالس القضائية وأخرى نهائية من المحاكم الإدارية تنطوي على إحدى صور التنازع ولكن لم يتسنى عرضها على قمة كلا هرمي الجهتين القضائيتين بسبب عدم استعمال الأطراف لطرق الطعن المتاحة التي تنقل النزاع إلى قمة الهرمين القضائيين.

إن التطبيق الحرفي لنص المادة 152 من الدستور يجعل عرض المنازعة في الاختصاص على محكمة التنازع في هذه الصورة غير ممكن طالما أنها تفصل فقط في التنازع بين المحكمة العليا ومجلس الدولة دون سواهما من الجهات القضائية الدنيا، مما يجعل الصياغة الدستورية لنص المادة 152 من دستور

القضاء عبر محطات الإصلاح القضائي المسالفة الذكر عاد إلى تبنيه مجدداً بموجب دستور 1996 الذي نص بموجب المادتين 152 و 153 منه على إنشاء الهياكل الأساسية لإرساء نظام القضاء المزدوج المتمثلة في مجلس الدولة كجهة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية إلى جانب المحكمة العليا كجهة مقومة لأعمال الجهات القضائية العادية، مع النص على إنشاء محكمة تنازع للفصل في تنازع الاختصاص بين الهيئتين.

بعد إقرار المشرع الدستوري للنظام القضائي المزدوج عمل المشرع العادي على تجسيده من خلال إصداره للقانون العضوي رقم 98/01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتضمن إنشاء مجلس الدولة والقانون 98/02 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتضمن إنشاء المحاكم الإدارية وأخيراً القانون العضوي 98/03 المؤرخ في 03 جوان 1998 المتضمن إنشاء محكمة التنازع¹.

إن صدور هذه النصوص فتح مجالاً خصباً أمام الباحثين في المجال القانوني من أجل معرفة خصوصية النظام القضائي الإداري الجزائري من خلال دراسة هياكله المتمثلة في مجلس الدولة والمحكمة الإدارية ومحكمة التنازع.

لقد انصب اختيارنا على دراسة موضوع خصوصية محكمة التنازع في النظام القضائي الجزائري من منطلق أننا لاحظنا أنها لم تحظى بالعناية الكبيرة من قبل الكتاب والباحثين الذين لاحظنا من خلال الكتابات التي تفحصناها أنهم عادة ما يركزون دراستهم للنظام القضائي الإداري الجزائري على مجلس الدولة والمحكمة الإدارية مع الإشارة المقترضة إلى محكمة التنازع.

لهذا السبب أردنا تخصيص هذا المقال لدراسة محكمة التنازع من أجل معرفة خصوصية هذه الهيئة في النظام القضائي الجزائري مقارنة مع مثيلاتها في مهد نشأة نظام القضاء المزدوج، وذلك ما سنحاول إبرازه من خلال الدراسة التحليلية للنصوص المنشئة لهذه الهيئة ودراسة خصائصها وقواعد تنظيمها وسيرها ونظام عملها واختصاصاتها والإجراءات المتبعة أمامها.

أولاً: ملاحظات حول النصوص القانونية المنشئة لمحكمة التنازع في الجزائر: إن تكريس دستور 1996 لازدواجية القضاء يفترض حتماً وجود تنازع في الاختصاص بين جهات القضاء الإداري والعادي، ومن أجل إيجاد حلول لهذا التنازع نص هذا الدستور في مادتيه 152 و 153 على تأسيس هيئة

لقد ورثت الجزائر نظام ازدواجية القضاء عن الاستعمار الفرنسي غداة الاستقلال سنة 1962 كون النظام القضائي الذي كان سائداً بها قبل الاستقلال هو نفسه النظام القضائي الفرنسي مع بعض الخصوصية - والذي يقوم على مبدأ ازدواجية القضاء الذي يعني تخصيص قضاء مستقل للمنازعات الإدارية بالموازاة مع القضاء العادي مع وجود محكمة للفصل في تنازع الاختصاص بين القضائين باعتبار تنازع الاختصاص سمة أساسية لصيقة بهذا النظام.

إن النظام القضائي المزدوج الموروث عن المرحلة الاستعمارية لم تحتفظ به الجزائر طويلاً بل سرعان ما تخلت عنه لأسباب أيديولوجية وعملية ليس هذا مجال ذكرها، وقد تم التخلي عنه عبر المراحل التاريخية الكبرى للإصلاح القضائي الذي تجسد بصدور الأمر 63/218 المؤرخ في 18 جوان 1963 الذي أنشأ المجلس الأعلى كأعلى جهة قضائية للفصل في كل من القضايا الإدارية والعادية على حد سواء مزيلاً بذلك الازدواجية على مستوى قمة الهرم القضائي الجزائري مع بقائها على مستوى القاعدة ببقاء المحاكم الإدارية الموروثة عن المرحلة الاستعمارية، ثم صدور الأمر 65/278 المؤرخ في 16 نوفمبر 1965 المتضمن التنظيم القضائي الذي عمل على توحيد الجهات القضائية على مختلف الدرجات بإنشائه لخمس عشرة مجلساً قضائياً لتحل محل المحاكم الاستئنافية، والمحكمة العادية لتحل محل المحاكم الابتدائية الكبرى، مع إلغاء المحاكم الإدارية التي كانت موجودة بكل من الجزائر وهران قسنطينة وإنشاء غرف إدارية بالمجالس القضائية لهذه الولايات.

وهكذا توالت محطات الإصلاح القضائي بصدور المرسوم 86/107 المؤرخ في 49/04/1986 الذي رفع عدد المجالس القضائية إلى 31 مجلساً وعدد الغرف الإدارية إلى 20 غرفة إدارية ثم صدور القانون 90/23 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية.

لقد اختلف الفقه في تصنيف النظام القضائي الجزائري في هذه المرحلة بحيث وصفه الأستاذ عمار عابدي بنظام وحدة القضاء المرن²، في حين وصفه الأستاذ حسن السيد بسبوني بالنظام القضائي المزدوج³، في حين كيفه الأستاذين مسعود شيهوب⁴ ورشيد خلو في بنظام وحدة القضاء وازدواجية المنازعات وهو التكييف الأرجح في نظرنا.

بعد أن تخلى المشرع الجزائري على نظام ازدواجية

1996 لا تحل جميع مشاكل التنازع في الاختصاص بين جهة القضاء الإداري والعادي في اعتقادنا.

2- ملاحظات حول القانون العضوي 98/03 المؤرخ في 03/06/1998 المتضمن إنشاء محكمة التنازع.

يعتبر القانون 98/03 المؤرخ في 03/06/1998 شهادة ميلاد محكمة التنازع بعد الولاية الدستورية بموجب المادة 152 من الدستور، لكن القراءة المتأنية لهذا النص الذي يشكل بطاقة تعريف لمحكمة التنازع الجزائرية تبين أن محتواها جاء ضعيف المنهجية من حيث الصياغة ومتناقض مع النصوص الدستورية المنشئة لمحكمة التنازع.

أ- الملاحظات المتعلقة بصياغة القانون 98/03
بالرجوع إلى محتوى هذا القانون يتبين أنه يحتوي على 34 مادة مقسمة إلى خمسة فصول هي: **الفصل 1** يتضمن الأحكام العامة في 04 مواد، **الفصل 2** يتضمن أحكام تنظيم وتشكلية محكمة التنازع في 07 مواد، **الفصل 3** يتضمن عمل محكمة التنازع في 03 مواد، **الفصل 4** يتضمن الإجراءات المتبعة أمام محكمة التنازع في 19 مادة، **الفصل 5** يتضمن الأحكام الختامية في مادة واحدة.

إن هذا العدد من المواد غير كاف للإلمام بمختلف جوانب النظام القانوني لمحكمة التنازع، فالمواد من 16 إلى 18 من القانون 98/03 مثلا غير كافية لتحديد كل أنواع تنازع الاختصاص، كما أن المواد 19 إلى 30 منه غير كافية للتعبير عن خصوصيات الإجراءات المختلفة الخاصة بكل حالة من حالات التنازع. فضلا عن قلة مواد القانون 98/03 يرى بعض الفقهاء أن المشرع لم يوفق في صياغته التي جاءت ضعيفة، ومن مظاهر هذا النقص في الصياغة مثلا عدم وجود فصل مخصص لمجال اختصاص محكمة التنازع، وإدراج المواد 16، 17، 18 من القانون 98/03 المتعلقة بموضوع الاختصاص في الفصل الرابع المتعلق بالإجراءات وكذا إدراج المادة 03 المتعلقة بموضوع الاختصاص أيضا ضمن الفصل الأول المتعلق بالأحكام العامة وإدراج المادتين 30 و 31 المتعلقة بالقرارات الصادرة عن محكمة التنازع في الفصل الرابع المتعلق بالإجراءات.

إن هذا النقص في محتوى القانون 98/03 وفي صياغته يرجع برأينا إلى تسرع المشرع في إصداره قبل نضجه في مراحل الإعداد السابقة لصدوره و رغبة المشرع في الإسراع بتجسيد هياكل النظام القضائي المزدوج بدليل صدور كل النصوص المنشئة لهياكل القضاء المزدوج سنة 1998.

2/ الملاحظات المتعلقة بمحتوى القانون العضوي 98/03: تتركز ملاحظتنا من حيث محتوى هذا النص أساسا على المقارنة بين نص المادة 03 منه و نص المادة 152 من دستور 1996.

حيث تنص المادة 152/2 من دستور 1996 على ما يلي:

"تؤسس محكمة تنازع تتولى الفصل في حالات

تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة".

وتنص المادة 03/01 من القانون 98/03 على ما يلي:

"تختص محكمة التنازع في الفصل في منازعات الاختصاص بين الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي والجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري حسب الشروط المحددة في هذا القانون".

وما يلاحظ على نص هاتين المادتين هو:

- أن نص المادة 03 من القانون 98/03 استعمل كلمة منازعات بدلا من كلمة تنازع التي استعملتها المادة 152 من الدستور، مع العلم أن مصطلح منازعات أشمل من كلمة تنازع التي لا تشكل سوى عنصرا من مفهوم المنازعات، وبالتالي يكون المصطلح المستعمل من قبل المشرع العادي أشمل من المصطلح المستعمل من قبل المشرع الدستوري.

- أن المشرع في المادة 03 أعلاه استعمل جملتين مركبتين هما: "الجهات القضائية الخاضعة للنظام العادي" و "الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري" من جهة أخرى بسند كلمتي المحكمة العليا ومجلس الدولة" اللتين استعملهما النص الدستوري اللتين تعبران على درجة قضائية وهي قمة هرم كل من الجهتين القضائيتين العادية والإدارية، بينما مصطلح الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي فتشمل كل من المحاكم والمجالس القضائية والمحكمة العليا، ومصطلح الجهة القضائية للنظام القضائي الإداري تشمل كل من المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستئنافية. في حالة ما إذا قرر المشرع إنشاءها لاستكمال هياكل النظام القضائي الإداري في الجزائر على غرار الأنظمة المقارنة. ومجلس الدولة، ومن ثم فإن ما جاء في نص المادة 03 من القانون 98/03 يخالف موضوعا المادة 152 من دستور 1996 الذي حدد تدخل محكمة التنازع إلا في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة، ويمكن القول بأن نص المادة 03 من القانون العضوي 98/03 غير دستوري نظرا لمخالفته للمادة 152 من الدستور، غير أن الجهة المخولة بقانون للفصل في ذلك المتمثلة في المجلس الدستوري الذي عرض عليه نص القانون 98/03 قبل صدوره باعتباره قانون عضوي يعرض عليه وجوبا للفصل في مدى دستوريته لم يشر إلى هذه المسألة في رأيه الاستشاري الصادر في 24/05/1998.

ثانيا: خصائص محكمة التنازع في النظام القضائي الإداري الجزائري.

قبل تحديد خصائص محكمة التنازع في النظام القضائي الإداري الجزائري يجدر بنا التذكير بأن النموذج الأصلي للقضاء المزدوج هو النظام القضائي الفرنسي وأن محكمة التنازع نشأت لأول مرة في النظام القضائي الفرنسي كهيئة مكملة لهيئات

القضاء الإداري الفرنسي بموجب قانون 24/05/1872 الذي أنشأ مجلس الدولة من جهة كهيئة تتولى النظر في المنازعات الإدارية في إطار الاختصاصات المخولة له والتي تطورت بتطور الحقب التاريخية لتطور النظام القضائي الإداري الفرنسي، ومحكمة تنازع لتتولى الفصل في تنازع الاختصاص بين جهات القضاء الإداري و جهات القضاء العادي على اعتبار أن تعقد مسألة توزيع الاختصاص بين جهات القضاء الإداري و جهات القضاء العادي يكون مصدرا لتنازع الاختصاص فيما بينهما، فالجهات القضائية التابعة سواء للقضاء الإداري أو العادي يمكن أن تصرح باختصاصها أو بعدم اختصاصها في نفس الدعوى أطرافا وموضوعا وطلبات، ومن ثم فإن محكمة التنازع تجسد أهم مظهر من مظاهر النظام القضائي المزدوج.

إنه ولا يرتبط محكمة التنازع بالنظام القضائي المزدوج فإن المشرع الدستوري الجزائري عندما أقر نظام ازدواجية القضاء بموجب دستور 1996 الذي نص في مادته 152 و 153 على الهيئات الأساسية التي يقوم عليها هذا النظام وهي مجلس الدولة كهيئة مقسومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية يوازي المحكمة العليا كجهة مقومة لأعمال جهات القضاء العادي، مع تأسيس محكمة تنازع كمؤسسة قضائية مستقلة للفصل في منازعات الاختصاص بينهما تقاديا لحالات إنكار العدالة و تناقض الأحكام النهائية الصادرة من القضاء الإداري أو العادي و تقاديا لطول مدة الفصل في النزاعات، بعد ذلك تجسدت نشأت محكمة التنازع كما أسلفنا الذكر بالقانون العضوي 98/03.

و استنادا إلى النصوص القانونية المنشئة لمحكمة التنازع في النظام القضائي الجزائري المذكورة أعلاه يمكن أن نستخلص بأن محكمة التنازع تتميز بجملة من الخصائص تميزها عن بقية المؤسسات الدستورية نجملها فيما يلي:

- 1/ إن محكمة التنازع تابعة للنظام القضائي باعتبارها مؤسسة قضائية دستورية مستقلة عن جهات القضاء الإداري والعادي مما جعلها ذات وضع متميز ومكانة خاصة.
- 2/ إن محكمة التنازع ورغم استقلالها عن جهات القضاء العادي والإداري إلا أنها تابعة للتنظيم القضائي.
- 3/ إن قضاء محكمة التنازع قضاء تحكيمي محدود وليس قضاء موضوع ذو اختصاص عام، فهو يقتصر على الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين جهات القضاء الإداري و جهات القضاء العادي.
- 4/ تشكيلة أعضائها يسودها مبدأ التناوب و التمثيل المزدوج و المتساوي بين قضاة القضاء الإداري و قضاة القضاء العادي متما سيلي بيان ذلك في معرض الحديث عن أعضائها.
- 5/ إن قضاءها ملزم سواء لجهات القضاء الإداري أو

العادي، كما أنه نهائي غير قابل لأي طعن.

ثالثاً: قواعد تنظيم محكمة التنازع

1- تشكيلتها:

نصت على تشكيلتها وأعضاء محكمة التنازع المواد من 05 إلى 10 من القانون العضوي 98-03، ومن خلالها يمكن القول أن تشكيلتها يسودها مبدأ التمثيل المزدوج ومبدأ التناوب بين قضاة القضاء العادي والإداري.

أ- رئيس محكمة التنازع: يعينه رئيس الجمهورية بموجب مرسوم رئاسي لمدة 03 سنوات وذلك بالتناوب بين قضاة المحكمة العليا ومجلس الدولة (أي مرة من قضاة المحكمة العليا ومرة من قضاة مجلس الدولة) وذلك بناء على اقتراح من وزير العدل وبعد الأخذ بالرأي المطابق للمجلس الأعلى للقضاء، وبذلك يكون مركز رئيس محكمة التنازع في الجزائر يختلف عن نظيره في النظام القضائي المزدوج في فرنسا ويشكل إحدى خصوصيات محكمة التنازع في الجزائر، لأن رئيس محكمة التنازع في فرنسا هو وزير العدل الذي ينتمي إلى السلطة التنفيذية، إلا أنه عملياً يتخلى الوزير عن الرئاسة إلى نائب الرئيس المنتخب من قبل زملائه.

و يعود إسناده رئاسة محكمة التنازع في فرنسا لوزير العدل من مخلفات نظرية الوزير القضائي أين كان الوزير يتولى الفصل في الطعون ضد القرارات الإدارية المتعلقة بقطاعه وكان اختصاص الفصل في تنازع الاختصاص قبل نشأة محكمة التنازع كان يعود إلى رئيس الدولة¹²، ويعتبر المشرع الجزائري في نظرنا قد وفق في إسناده رئاسة محكمة التنازع إلى رئيس يعينه رئيس الجمهورية لأن المبررات التاريخية التي جعلت المشرع الفرنسي يسند رئاسة محكمة التنازع إلى وزير العدل هي مبررات تخص النظام القضائي الفرنسي ولا يوجد أي مبرر لمجاعة النظام الفرنسي في هذا الشأن، كما أن إسناده رئاسة محكمة التنازع لرئيس لها يعينه رئيس الجمهورية بصفة قاض من شأنه أن يخدم مبدأ استقلالية وحياد محكمة التنازع.

ب- القضاة المستشارين: تتشكل محكمة التنازع من 06 أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية بالتساوي من قضاة المحكمة العليا ومجلس الدولة وذلك بنفس إجراءات تعيين رئيس محكمة التنازع، بحيث يعين (03) منهم من قضاة المحكمة العليا و (03) من قضاة مجلس الدولة، ويخضع هؤلاء للقانون الأساسي للقضاء.

إن تشكيلتها محكمة التنازع في الجزائر على هذا النحو تتشابه مع نظيرتها في فرنسا من حيث التمثيل المزدوج لكل من قضاة محكمة النقض ومجلس الدولة فيها وتتميز عنها من حيث عدد أعضائها وطريقة تعيينهم بحيث تتشكل محكمة التنازع في فرنسا من 03 أعضاء من مجلس الدولة و 03 أعضاء من محكمة النقض يتم اختيارهم جميعاً عن

طريق الانتخاب من قبل زملائهم، هؤلاء الأعضاء الستة (06) يعينون بدورهم عضوين اثنين (02) ومساعدين اثنين يختارون مناصفة من أعضاء الهيئات القضائية العادية والإدارية.

إن هذه التشكيلية المزدوجة لمحكمة التنازع التي تتكون من عدد من الأعضاء يعينون من محكمة النقض و عدد مماثل من مجلس الدولة إذا كانت له فائدة عملية جلية في فرنسا تتمثل في تحقيق تساوي الفكر القانوني العام والخاص ضمن تشكيلة المحكمة بشكل يسمح بدراسة إشكالات الاختصاص بالأفكار المزدوجة لقضاة كلتا الجهتين، فإن ذلك في نظرنا ليست له فائدة عملية في النظام القضائي الجزائري على الأقل في هذه المرحلة الفتيمة من نشأة القضاء المزدوج التي تتميز بكون قضاة الجهات القضائية الإدارية يعينون من بين المستشارين الذي ترعرعوا و نما تفكيرهم القانوني في ظل القضاء العادي الذي يقوم على فكرة المساواة المطلقة بين الأطراف، وقد يصبح هذا التمثيل المزدوج مفيد في حالة انتهاج الجزائر لنظام تخصص القضاء.

ج- محافظ الدولة ومساعد:

بنفس الإجراءات السابقة الخاصة بتعيين تشكيلة محكمة التنازع، يعين رئيس الجمهورية قاضياً بصفته محافظ دولة وقاض بصفته محافظ دولة مساعد لمدة 03 سنوات باقتراح من وزير العدل وبعد الأخذ بالرأي المطابق للمجلس الأعلى للقضاء، يتولى محافظ الدولة ومساعد تقديم الطلبات والمذكرات بخصوص حالات التنازع المعروضة على المحكمة، وما تجدر الإشارة إليه هنا هو أن القانون لم يبين جهة انتماء محافظ الدولة ومساعد كما هو عليه الأمر بالنسبة لقضاة محكمة التنازع، وهذا الإغفال من شأنه المساس بمبدأ ازدواجية التمثيل والتناوب بالنظر إلى الدور الفعال الذي يقوم به محافظ الدولة في نظم ازدواجية القضاء العريقة أين يلعب محافظ الدولة دور مماثلاً تقريباً لدور المقرر ويكون تقريره آخر تقرير يتلى قبل إقفال باب المرافعات.

بالإضافة إلى سكوت القانون العضوي 98/03 عن مسألة التمثيل المزدوج بالنسبة لمحافظ الدولة لم يبين أيضاً الأثر القانوني للرأي المطابق للمجلس الأعلى للقضاء على المرسوم الرئاسي المتضمن تعيين أعضاء محكمة التنازع عموماً بما فهم محافظ الدولة ومساعد، كما لم يبين حل إشكالية تعارض رأي المجلس الأعلى للقضاء مع اقتراح وزير العدل.

د- كتابة الضبط: يتولى مهام كتابة الضبط بمحكمة التنازع كاتب ضبط رئيسي يعين من طرف وزير العدل يتولى تسيير كتابة ضبط محكمة التنازع، مع الملاحظة أن القانون لم يشترط أن يكون متولياً كتابة ضبط محكمة التنازع كاتب ضبط رئيسي يعين من بين القضاة مثلاً ما اشترط ذلك بالنسبة لكتابة ضبط مجلس الدولة¹³.

2- سير أعمال محكمة التنازع: تتلخص قواعد سير محكمة التنازع فيما نصت عليه المادتين 12 و 13 من القانون العضوي 98-03 اللتان جاء فيهما أنه لصحة مداوات محكمة التنازع بسبب أن تكون مشكلة من 05 أعضاء على الأقل من بينهم عضوان من المحكمة العليا وعضوان من مجلس الدولة برئاسة رئيس محكمة التنازع، وفي حالة حدوث مانع لحضور هذا الأخير يخلفه القاضي الأكثر أقدمية دون أن يشترط النص أن يكون من نفس الجهة التي ينتمي إليها الرئيس، والحال أن القاضي الأكثر أقدمية قد لا يكون من نفس الجهة التي ينتمي إليها الرئيس وحصول مثل هذه الحالة قد لا يخدم مبدأ التناوب، ولذلك ومن أجل المحافظة على مبدأ التناوب كان من الأفضل أن يعدل النص بشكل يتفق هذه المسألة ويصبح يقضي صراحة بأنه عند وجود مانع لرئيس محكمة التنازع يخلفه القاضي الأكثر أقدمية من ضمن القضاة الممثلين لنفس الجهة التي ينتمي إليها الرئيس.

وحسب المواد 27 و 28 و 29 من القانون العضوي 98-03 فإن محكمة التنازع تعقد جلساتها بدعوة من رئيسها، وهو الذي يشرف على ضبط الجلسة، وتقتصر محكمة التنازع في القضايا المعروضة عليها بقرارات تتخذها بأغلبية الأصوات، وفي حالة التساوي يرجح صوت الرئيس، وبسبب عليها أن تقتصر في كل قضية معروضة عليها خلال مدة لا تتعدى 06 أشهر من تاريخ تسجيلها.

وقد أحالت المادتين 13 و 14 مسألة إعداد النظام الداخلي لمحكمة التنازع إلى موافقة أعضائها، على أن يتناول النظام الداخلي كليات عمل المحكمة ولا سيما طريقة استدعاء أعضائها وتوزيع الملفات عليهم وكيفية إعداد التقارير.

رابعا: اختصاصات محكمة التنازع:

بالرجوع إلى المادتين 152 و 153 من دستور 1996 والمواد 03، 15، إلى 18 من القانون العضوي 98-03 المتعلقة بمحكمة التنازع نستخلص بأن اختصاصها خاص ومحدد قانوناً بحيث يقتصر على حل مسألة تنازع الاختصاص بين درجات القضاء العادي والإداري دون التطرق إلى موضوع الدعوى المنشورة أمامها إلا في حالة ما إذا كان النظر في الموضوع ضروري لتحييد الجبهة القضائية المختصة (اختصاص موضوعي)، كما لا يمكن لمحكمة التنازع أن تتدخل في نزاعات الاختصاص بين الجهات القضائية التابعة لنفس التنظيم القضائي (اختصاص عضوي)، وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم حالات التنازع التي تختص محكمة التنازع بنظرها إلى:

تنازع في الاختصاص الإيجابي، تنازع في الاختصاص السلبي، حالة تناقض الأحكام النهائية، ونظام الإخطار (الإحالة).

أ- تنازع الاختصاص الإيجابي:

تناولت هذا النوع من الاختصاص المادة 16 من

العادي في بعض القضايا التي تعتقد أنها إدارية، و هو يؤثر بين سلطة إدارية ممثلة بالوالي و جهة القضاء العادي و ليس بين جهتين قضائيتين كما هو عليه معناها في القانون العضوي 98/03 المنظم لمحكمة التنازع في الجزائر، كما أن إعماله مخول للإدارة فقط في التشريع الفرنسي، في حين أنه و حسب معناه في القانون الجزائري يمكن إعماله من قبل كل من الإدارة و أشخاص القانون الخاص على حد سواء، و من ثم يبدو التنازع الإيجابي في فرنسا امتيازاً للإدارة في مواجهة المتقاضين من أشخاص القانون الخاص، لأنه بالمقابل لا يجوز للرد أو لأي شخص من أشخاص القانون الخاص أن ينازع في اختصاص القضاء الإداري إذا اعتبر و اعتقد أن القاضي العادي هو المختص و هذا خلافاً لما هو عليه النظام القانوني لمحكمة التنازع في الجزائر، و هذا الفرق يشكل خصوصية أخرى لمحكمة التنازع الجزائرية مقارنة مع نظيرتها في فرنسا.

ب- تنازع الاختصاص السلبي:

و هو أكثر وضوحاً من الحالة السابقة، فقد اسندت لمحكمة التنازع اختصاص الفصل تنازع الاختصاص السلبي من أجل حماية المتقاضين من خطر إنكار العدالة، و حسب المادة 16 من القانون العضوي 98-03 نكون أمام تنازع الاختصاص السلبي في حالة القضاء المزوج بعدم الاختصاص في نفس النزاع من قبل جهات القضاء الإداري و كذا جهات القضاء العادي، كون كل منهما يعتد بأن الآخر هو المختص نوعياً.

و تتحقق هذه الفرضية حينما يقوم فرد برفع دعوى معينة حول موضوع معين أمام القضاء العادي فيحكم بعدم اختصاصه، ثم يقوم برفع نفس الدعوى أمام القضاء الإداري الذي يصدر بدوره حكم بعدم اختصاصه، ففي هذه الحالة يكون الفرد رافع الدعوى ضحية وضع يتضمن إنكاراً للعدالة، و من أجل حماية هذا المتقاضى الذي يجد نفسه في هذه الوضعية أجاز القانون اللجوء إلى محكمة التنازع لتفصل في تحديد الجهة القضائية المختصة بقرار ملزم للجهتين القضائيتين. مما سبق نستخلص بأن حالة التنازع السلبي تقوم بتوافر الشروط التالية:

- 1- إصدار كل من جهة القضاء الإداري و العادي لحكمين بعدم الاختصاص في الفصل في الدعوى على أساس أن موضوعها يدخل ضمن اختصاص القضاء الآخر.
- 2- أن تتحقق وحدة الدعوى من حيث الأطراف و الموضوع و الطلبات.
- 3- يجب أن يؤسس كل من الحكمين قضاءه بعدم الاختصاص على فكرة أن الجهة القضائية الأخرى هي المختصة.

و يتحقق هذه الشروط يقوم المدعي برفع التنازع السلبي إلى محكمة التنازع التي تقضي بإلغاء أحد الحكمين الصادر بعدم الاختصاص، الذي يستتبع بالنتيجة وجوب اختصاص تلك الجهة القضائية التي

الفرنسية 1789 قد اتخذت موقفاً رجعيًا من الإدارة و وقفت في وجه كل إصلاح يُتدار به الحكومة و تعارض كل قانون يمس بامتيازات قضاة تلك البرلمانات الذين كانوا من الطبقة الأرستقراطية، كما كانت تلك البرلمانات كثيرة التدخل في عمل الإدارة إلى درجة عزلتها عن أداء مهامها و توجيه أوامر لها. إن هذه الخلفية هي التي جعلت قانون 16-24 أوت 1789 - الصادر بعد الثورة الفرنسية - يمنع القضاء العادي مطلقاً من التدخل في عمل الإدارة و يشكل نقطة بداية نشأة القضاء الإداري في فرنسا الذي تعاقبت مراحل نشأته لاحقاً، كما أن نفس الخلفية جعلت التنازع الإيجابي يأخذ مفهوم الوسيلة التي خولت للإدارة لمنع محاكم القضاء العادي من نظر المنازعات الإدارية حتى لا يتكرر ما حدث مع البرلمانات القضائية، و بالمقابل لم تكن فكرة التنازع الإيجابي تمنع مجلس الدولة و المحاكم الإدارية من نظر منازعة هي في الأصل من اختصاص القضاء العادي¹⁴.

و منه فإن هذا التنازع مقرر لحماية الإدارة ممثلة في الوالي - و يسمى بالمحافظ في فرنسا - الذي يحق له أن يعترض على جهة قضائية عادية أن تتدخل في نزاعاً ترى الإدارة أن يعود إلى القضاء الإداري، و يمارس هذا الحق الوالي المختص إقليمياً أي الذي تقع المحكمة العادية المطروح أمامها النزاع محل المنازعة في الاختصاص، بحيث يقوم إجراء بإثارة التنازع في الاختصاص الإيجابي أمام المحكمة أو المجلس المطروح أمامه النزاع و ذلك بـعرضة مكتوبة يطلب فيها من المحكمة التصريح بعدم اختصاصها في الدعوى المطروحة عليها، و على المحكمة أن تفصل في طلبه في أجل 15 يوماً، و إذا رفضت الطلب و تمسكت باختصاصها يصدر الوالي قرار التنازع و يرفعه أمام محكمة التنازع¹⁵، وفي هذه الحالة تقرر جهة القضاء العادي وقف الفصل في الدعوى إلى حين صدور قرار محكمة التنازع، و على هذه الأخيرة الفصل في التنازع المرفوع إليها خلال ثلاثة (03) أشهر من رفع الأمر إليها و إلا أمكن لمحكمة القضاء العادي أن تستمر في الدعوى و الحكم في موضوعها دون أن تعتد بطلب التنازع.

و إذا فصلت محكمة التنازع في التنازع المرفوع إليها خلال المدة المحددة لها و فصلت بتأكيد اختصاص المحكمة العادية استأنفت إجراءات سير الدعوى أمامها و واصلت المرافعات و فصلت في الموضوع، أما إذا فصلت محكمة التنازع بعدم اختصاص جهة القضاء العادي تخلت هذه الأخيرة نهائياً عن نظر القضية، و يتعين عليها أن تقضي بعدم اختصاصها، كما يتعين على المدعي حينها رفع دعواه من جديد حول نفس الموضوع أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة نوعياً و محلياً.

مما سبق يتضح أن المفهوم الفرنسي للتنازع الإيجابي يختلف عن مفهومه اللغوي، فهو مقرر لمصلحة الإدارة لحمايتها من اختصاص القضاء

القانون العضوي 98/03 بنصها على أنه " يكون تنازعاً في الاختصاص عندما تقضي جهتان قضائيتان إحداهما خاضعة للنظام القضائي العادي و الأخرى خاضعة للنظام القضائي الإداري باختصاصهما...".

يتضح جلياً من هذا النص أن المعنى الاصطلاحي للتنازع الإيجابي في النظام القانوني لمحكمة التنازع في الجزائر وفق القانون المنشأ لها ينسجم و معناه اللغوي، بحيث يقصد به الحالة التي تتمسك فيها كل من جهتي القضاء العادي و القضاء الإداري باختصاصهما في نفس النزاع موضوعاً و أطرافاً و بناءً على نفس الأسباب.

إن هذه الحالة من التنازع في الاختصاص بهذا المعنى من الصعب جداً تصور حدوثها لأنه إذا تمسكت كل جهة قضائية باختصاصها فإنها تكون قد أصدرت قراراً نهائياً في الموضوع لأن الفصل في الشكل و الموضوع عادة ما يتم بحكم أو قرار واحد، و حينها نكون أمام صدور قرارات متناقضة من حيث الشكل على الأقل لأنه ليس بالضرورة أن تكون متناقضة من حيث الموضوع.

و في هذه الحالة أمكن لنا أن نتصور فيها صدور قرارين ينطويان على تنازع في الاختصاص الإيجابي بالمعنى اللغوي و الذي أخذ به المشرع الجزائري كما أسلفنا الذكر أعلاه هي حالة صدور قرارات تهديدية نهائية من كل من جهتي القضاء العادي و الإداري يتضمن القضاء بقبول الدعوى شكلاً و في الموضوع الأمر بإجراء من الإجراءات قبل الفصل في الموضوع و يصدر قرار مماثل من جهة القضاء الإداري، و يتبين من كلاهما أن كلتا جهتي القضاء اعتبرت نفسها مختصة و ماضية لإصدار قرار نهائي في الموضوع، هنا يمكن أن نكون أمام تنازع إيجابي في الاختصاص بالمعنى السالف الذكر.

إن التنازع في الاختصاص الإيجابي بهذا المعنى يختلف عن معناه في النظام القضائي الفرنسي الذي و نظراً لأسباب و خلفيات تاريخية يأخذ معناه فرنسياً خاصاً مغايراً لا يتماشى و مدلوله اللغوي، بحيث يقصد به حماية الإدارة من الخضوع للقضاء العادي في منازعاتها مع الأفراد أي أن التنازع يكون بين القضاء العادي الذي تعرض عليه منازعة معينة سواء أمام محكمة ابتدائية أو استئنافية فيتمسك باختصاصه، إلا أن الإدارة ترى غير ذلك و تعتبرها منازعة إدارية و تنازع في اختصاص القضاء العادي و تطالبه بالتخلي عن الفصل في الدعوى لصالح القضاء الإداري، و إذا لم يستجيب لطلبها تقوم حالة تنازع تعرض على محكمة التنازع بالإجراءات التي سيلبي بياتها.

و يرجع الأصل التاريخي لهذا المعنى الفرنسي الخاص للتنازع الإيجابي في فرنسا إلى ما قبل الثورة الفرنسية حيث كانت محاكم القضاء العادي و بالذات المحاكم المسماة البرلمانات القضائية قبل الثورة

أصدرت الحكم الملغى.

من خلال ما سبق يتبين أن هذه الحالة هي عكس حالة التنازع الإيجابي بحيث التنازع هنا مقرر لصالح كلا طرفي الدعوى سواء الإدارة أو الشخص خلافا لحالة التنازع الإيجابي، والتنازع هنا بسيط سواء في مفهومه أو في إجراءاته وهو مماثل لمفهوم التنازع السلبي في النظام القضائي الفرنسي سواء من حيث المفهوم أو الإجراءات أو الأثر، إلا أنه رغم بساطته يشكل مظهرا من مظاهر تعقد مسألة الاختصاص في ظل النظام القضائي المزيج أين يجد المتقاضى أحيانا نفسه قد ضيع الكثير من الجهد والوقت و مر على كلتا جهتي القضاء الإداري والعادي على مختلف درجاتهما ثم محكمة التنازع أخير وهذا كله لمعرفة جهة الاختصاص فقط ليبدأ رحلة رفع دعواه أمام الجهة القضائية التي أكدت محكمة التنازع اختصاصها لتناقض موضوع دعواه لأول مرة بعدما كانت المناقشة في المراحل السابقة على مستوى الشكل فقط.

ج- حالة تناقض أحكام نهائية:

نصت على هذه الحالة المادة 17/2 من ق.ع 98-03 بالصيغة التالية: "في حالة تناقض بين أحكام نهائية و دون مراعاة للأحكام المنصوص عليها في الفقرة الأولى أعلاه، تفصل محكمة التنازع بعدد في الاختصاص".

من خلال نص هذه المادة يتبين أن اختصاص محكمة التنازع في حالة تناقض أحكام نهائية ينعقد بتوافر الشروط التالية:

- صدور قرارين متناقضين عن جهتين قضائيتين مختلفتين هما جهة القضاء الإداري و جهة القضاء العادي.

- أن يكون القراران نهائيين وحائزان لقوة الشيء المقضي فيه.

- أن يكون الموضوع المفضول فيه بموجب كلا القرارين واحداً، حتى وإن كان السبب والأطراف مختلفين.

- أن يتناقض القرارين فيما قضيا به من حيث الموضوع بصفة تؤدي إلى إنكار العدالة.

بقيام هذه الشروط يتعين على محكمة التنازع بخلاف اختصاصها التحكيمي الأصل في مسألة الاختصاص أن تتصدى لموضوع النزاع بصفة سيادية، حتى تتمكن من تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في الدعوى، ومن ثم تقضي بتثبيت إحدى القرارين وتلغي الثانية لتتصدى للفصل في الموضوع بصفة سيادية وهذا كاستثناء عن القاعدة العامة التي تقضي بأن محكمة التنازع اختصاصها تحكيمي فقط بين جهتي القضاء وليس قضاء موضوع.

إن الأصل التاريخي لهذه الحالة من حالات اختصاص محكمة التنازع التي ظهرت بعد ظهور الحالتين السابقتين يعود إلى القضاء الفرنسي والبسط إلى قضية روزاي ROSAY التي أدت إلى

صدور قانون 20/04/1932 الذي أجاز فيه المشرع لمحكمة التنازع استثناء الفصل كجهة موضوع، لتلخص وقائع قضية روزاي ROSAY التي كانت سببا لصدور القانون المذكور أعلاه فيما يلي⁴:

كان السيد روزاي يرافق أحد أصدقائه في سيارة خاصة بهذا الأخير، وأثناء الطريق تعرض لحادث مرور نتيجة اصطدام السيارة التي كان على متنها بسيارة تابعة للجيش، وقد سبب هذا الحادث لروزي أضراراً جسيمة بليغة، فقام برفع دعوى أمام المحكمة المدنية التابعة للقضاء العادي طبعاً من أجل مطالبة صاحب السيارة الخاصة بتعويضه عن الضرر الذي أصابه نتيجة عدم احتياظه في قيادة سيارته، غير أن دعواه انتهت بصدور حكم قضت فيه المحكمة بقبول الدعوى من حيث الاختصاص واستيفائها لباقي الشروط الشكلية وفي الموضوع برفضها لعدم التأسيس على أساس أن الحادث حسب تقدير المحكمة لم يتسبب فيه سائق السيارة المدنية بل تسبب فيه سائق السيارة العسكرية.

لهذا السبب قام السيد روزاي برفع دعواه من جديد حول نفس الموضوع أمام مجلس الدولة ضد وزارة الدفاع الوطني على اعتبار أن الخطأ يرجع إلى سائق السيارة العسكرية، إلا أن مجلس الدولة بدوره أصدر قراراً قضى فيه بقبول دعوى روزاي شكلاً ورفضها موضوعاً لعدم التأسيس معتبراً حسب تقديره للوقائع أن خطأ سائق سيارة الجيش منتف في هذه القضية وأن المتسبب في الحادث هو سائق السيارة المدنية التي كان روزاي راكباً بها.

إن هذين الحكمين الصادرين عن جهتين قضائيتين مختلفتين قضت كل منهما برفض الدعوى من حيث الموضوع لعدم التأسيس قد انطوت على إنكار للعدالة بالنسبة للدعوى روزاي الذي ظل بدون تعويض رغم ثبوت إصابته.

لقد كان محامي المدعي روزاي نائباً في البرلمان، و مركزه هذا جعله يعرض هذه الحالة من التنازع من حيث الموضوع على البرلمان ويقترح قانوناً لمعالجتها ومعالجة حالة تنازع القرارات من حيث الموضوع، وقد انتهت مبادرته بصدور قانون 20 أبريل 1932 الذي نظم هذه الحالة من التنازع وجعلها من بين اختصاصات محكمة التنازع، ولكنها حالة متميزة عن الحالات الأخرى بحيث تخول محكمة التنازع كاستثناء من القاعدة العامة في اختصاصها، اختصاص النظر في الموضوع الذي فصل فيه كل من القرارين المتعارضين لتفصل في الأخير بالإبقاء على أحد القرارين وإلغاء الآخر والفصل من جديد في الموضوع.

و إذا كان المشرع الفرنسي بموجب القانون المذكور أعلاه قد منح لمحكمة التنازع بصفة صريحة سلطة الفصل في الموضوع في حالة تناقض الأحكام النهائية الصادرة عن كل من جهتي القضاء الإداري والعادي بشكل أدى إلى إنكار العدالة، فإن هذا

الاختصاص غير واضح المعالم جيداً بالنسبة لمحكمة التنازع في الجزائر، على اعتبار أن الفقرة الثانية من المادة 17 من القانون العضوي 98/03 جاءت بصيغة "في حالة تناقض بين أحكام نهائية، و دون مراعاة للأحكام المنصوص عليها في الفقرة الأولى أعلاه، تفصل محكمة التنازع بعدد في الاختصاص"⁵

إن استعمال نص المادة المذكور لمصطلح تفصل المحكمة التنازع بعدد في الاختصاص يقودنا حتماً إلى عدم وجود أي إمكانية لتحميل النص أكثر مما يحتمل ولا نستطيع أن نقول جزماً بأن محكمة التنازع في الجزائر تملك اختصاص الفصل في الموضوع في حالة تناقض القرارات على النحو السابق ذكره بل تبقى محكمة التنازع في نظرنا مختصة فقط في الفصل الاختصاص فقط دون الموضوع، وتحقق ذلك يكون في نظرنا بقيام محكمة التنازع بنظر موضوع الدعوى ليس للفصل فيه إنما لتحديد جهة الاختصاص فقط فتقضي بعدها بالإبقاء على أحد القرارين وتلغي القرار الثاني لتقضي بأن الجهة المصدرة له مختصة، حينها يطرح التساؤل حول ما إذا كانت تملك سلطة التصدي للموضوع في ظل الصياغة الحالية للفقرة 02 من المادة 17 من القانون العضوي 98/03 أم لا تملك ذلك، فيضطر المدعي حينها إلى العودة إلى الدرجة الأولى للتقاضي أمام تلك الجهة التي اعتبرتها محكمة التنازع مختصة لتقوم تلك الجهة بالفصل في موضوع الدعوى من جديد على ضوء ما جاء في قرار محكمة التنازع على اعتبار أن قضاءها ملزم لكلا جهتي القضاء؟

إن عدم وجود تطبيقات قضائية لمحكمة التنازع في الجزائر سواء بالنسبة لهذه الحالة من التنازع أو الحالات السابقة نتيجة حدتها ووجودها في حالة شبه بطالة في ظل المعيار العضوي المعتمد بموجب المادة 07 من ق.إ.م كأساس لتوزيع الاختصاص بين القضائين الإداري والعادي، والذي يجعل احتمالات وجود التنازع في الاختصاص ضئيلة، يجعل من الصعب ما إذا كانت الفرضية التي ذهبنا إليها أعلاه هي التي قصدتها المشرع بموجب المادة 17 من القانون العضوي 98/03، وإن تأكدت صحتها ستكون هذه الحالة من التنازع الناجمة عن تناقض قرارين نهائيين صادرين من جهتين قضائيتين مختلفتين بشكل يتضمن إنكاراً للعدالة هي حالة متميزة في النظام القانوني لمحكمة التنازع في الجزائر مقارنة مع نظيرتها في فرنسا من حيث سلطات محكمة التنازع إزاءها.

أما من حيث الإجراءات فإن إجراءات التنازع في هذه الحالة هي نفسها التي سبق أن رأيناها في حالة التنازع السلبي ما عدا ما يتعلق منها بشرط الميعاد بحيث لم يربط المشرع الجزائري هذه الحالة بأجل معين لرفع الدعوى.

د- التنازع على أساس الإحالة:

حول ما إذا كان هذا الشرط من النظام العام أم لا؟ غير أن هذا التنازل في نظرنا مفصول فيه بموجب أحكام قانون الإجراءات المدنية الذي هو الشريعة العامة بالنسبة للإجراءات والتي تقضي بأن مواعيد إجراءات التقاضي في عمومها من النظام العام.

2- أن يكون القرار الأخير غير قابل للطعن أمام جهتي القضاء الإداري أو العادي بالنسبة لحالتي التنازع الإيجابي والسلبى:

و هذا الشرط بدوره لم توضحه النصوص السابقة الذكر بجلاء بل تركته غامضا لأن عدم قابلية القرار الأخير للطعن، هل يقصد به وجوب أن يكون صادرا عن أعلى هيئة قضائية سواء كانت إدارية أو عادية أم أنه أصبح نهائي غير قابل للطعن بسبب فوات مواعيد استئنافه أو الطعن فيه بالنقض مثلا؟ خاصة وأنه يمكن أن ننصّر كلتا الفرضيتين.

* أما بالنسبة لباقي الشروط فهي مشتركة بين مختلف أنواع دعاوى تنازع الاختصاص ومنها تنازع الاختصاص الإيجابي، دعاوى تنازع الاختصاص السلبى، وكذا حالة تناقض قرارات نهائية صادرة عن جهات القضاء العادي والإداري وتتمثل في:

- أن دعوى تنازع الاختصاص ترفع بـمعرفة مكتوبة تسجل بكتابة ضبط المحكمة موقعة من طرف محامي معتمد لدى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وتعفى الدولة من هذا الشرط بحيث توقع العرائض من طرف الوزير المعني أو موظف مؤهل لهذا الغرض (المادة 239 ق.إ.م)، وذلك شأنها شأن أي دعوى مرفوعة أمام هاتين الهيئتين، ويجب فضلا عن ذلك إرفاق العريضة بعدد من النسخ بعدد الأطراف الواجب تبليغهم، وفي حالة الإخلال بهذا الشرط تندر كتابة ضبط محكمة التنازع الطرف المعني لتقديم عدد النسخ اللازمة في أجل شهر وإلا ترتب على ذلك عدم قبول العريضة، وبالتالي عدم قبول الطعن على قرار ما هو معمول به أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة (م 241 ق.إ.م).

بعد رفع الدعوى إلى محكمة التنازع يعين رئيسها مباشرة بعد إخطاره طبقا للمادة 22 من القانون العضوي 98/03 مستشارا مقررًا من بين أعضاء المحكمة، ليتولى هذا الأخير مهمة إرسال نسخ المذكرات إلى الأطراف الأخرى ينبههم فيها إلى ضرورة الرد عنها في أجل شهر من تاريخ تبليغها إليهم وكذا مهمة دراسة المذكرات ومستندات الملف وإعداد تقرير يودعه لدى كتابة الضبط قصد إرساله إلى محافظ الدولة ليقيم هو بدوره بتقديم مذكرته، و يعين على الأطراف المبلغ لهم بدورهم تقديم مذكراتهم الجوابية في أجل شهر من تاريخ تبليغها إليهم مع مراعاة حالات تمديد الأجل بالنسبة للمقيمين خارج الجزائر وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية، وإذا لم يرد المعني على المذكرة خلال الأجل الممنوح له يوجه له المستشار المقرر إنذارا بضرورة إيداع مذكرته في أجل شهر من تاريخ منحه الأجل. بعد إعداد المستشار المقرر

25/07/1960 المذكور أعلاه إحالة القضية على محكمة التنازع لطلب رأيها، فيكون لها حينها شبه دور إفتائي في مسألة الاختصاص.

إن هذه الصورة الثانية للتنازع عن طريق الإحالة لم ينظمها المشرع الجزائري بموجب القانون العضوي 98/03 وربما يعود ذلك إلى توقعه عدم تعقد مشاكل الاختصاص في ظل الاستمرار في تبني المعيار العضوي المكرس بالمادة 07 من ق.إ.م كأساس لتوزيع الاختصاص بين القضائين الإداري والعادي بالنظر إلى بساطته والذي في ظله سوف تبقى محكمة التنازع بأكملها في حالة بطالة، وخير دليل على ذلك أنها منذ نشأتها سنة 1998 لم أصداف من قراراتها المنشورة بمجلة مجلس الدولة سوى قرارا واحدا منشور بالعدد 01 لسنة 2002.

خامسا: إجراءات رفع الدعوى أمام محكمة التنازع:

طبقا للمواد 17/1 إلى 21 من القانون العضوي 98/03، ترفع الدعوى أمام محكمة التنازع بإحدى الطريقتين التاليين:

- إما عن طريق القاضي بتطبيق نظام الإحالة وذلك بإحالة ملف القضية بقرار مسبب غير قابل لأي طعن إلى محكمة التنازع للفصل في موضوع الاختصاص مع الحكم بوقف الفصل في الدعوى إلى غاية صدور قرار محكمة التنازع، على أن يقوم كاتب الضبط للجهة القضائية المخطرة بإرسال نسخة من قرار الإحالة إلى محكمة التنازع مصحوبة بكل الوثائق المتعلقة بالإجراءات في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ النطق بهذا القرار.

- أو من قبل المعنيين في حالتي التنازع الإيجابي أو السلبى المنصوص عليهما بالمادة 17/1 من القانون العضوي 98-03 التي تقضي بأنه على المعنيين في هذه الحالات رفع دعوى تنازع الاختصاص خلال مدة شهرين يبدأ سريانها من تاريخ صيرورة القرار الأخير غير قابل لأي طعن أمام جهات القضاء العادي أو الإداري.

ومن خلالها نستنتج أن رفع الدعوى أمام محكمة التنازع يقتضي توافر شرطين:

1- شرط زمني بالنسبة لحالتي التنازع الإيجابي والسلبى وحالة التنازع بطريق الإحالة: يتمثل تحدي أجل شهر لكاتب ضبط الجهة القضائية المخطرة بالتنازع لإرسال الملف إلى محكمة التنازع ابتداء من تاريخ صدور قرار وقف الفصل، وفي تحديد أجل شهرين لرفع الدعوى لكي يرفع دعواه إلى محكمة التنازع في حالتي التنازع الإيجابي والسلبى، وتحسب مدة الشهرين اعتبارا من تاريخ صيرورة القرار الأخير غير قابل للطعن سواء أمام القضاء العادي أو الإداري، لكن النصوص المذكورة لم تبين مصير الدعوى التي ترفع خارج هذا الأجل بصفة دقيقة ولم ترتب بطلان الدعوى نتيجة عدم احترام هذا الشرط، مما جعل البعض يطرح تساؤلا

نصت عليه المادة 18 من ق.ع 98/03 التي تقضي بأنه "إذا لاحظ القاضي المخاطر في خصومة من جهة قضائية قضت باختصاصها أو بعدم اختصاصها، و أن قراره سيؤدي إلى تناقض في أحكام قضائية لنظامين مختلفين، يتعين عليه إحالة ملف القضية بقرار مسبب غير قابل لأي طعن إلى محكمة التنازع للفصل في موضوع الاختصاص، وفي هذه الحالة تتوقف كل الإجراءات إلى غاية صدور قرار محكمة التنازع." عند الإحالة يتعين على كاتب الضبط للجهة القضائية المخطرة إرسال نسخة من قرار الإحالة إلى محكمة التنازع مصحوبة بكل الوثائق المتعلقة بالإجراءات في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ النطق بهذا القرار "يتضح من هذا النص أن هذه الحالة لها طابع وقائي تهدف إلى إيجاد حل قضائي نهائي قبل ظهور حالة تناقض أحكام نهائية من كلا القضائين العادي والإداري.

لقد استحدثت هذه الحالة من التنازع في فرنسا بموجب مرسوم 25 جويلية 1960 وتوخى المشرع الفرنسي من وراء تنظيمها هدفين¹⁷:

الأول: هو تجنب وقوع حالة التنازع السلبى قبل وقوعه ومن ثم تجنب المتقاضى انتظار سنوات لتنتهي دعواه بحكم بعدم الاختصاص من جهتي القضاء الإداري، ليضطر بعدها إلى رفع حالة التنازع السلبى إلى محكمة التنازع لما في ذلك من إرهاب لكاهل هذا المتقاضى وتكبیده خسارة من حيث الجهد والمال والوقت.

الثاني: معالجة عيب التنازع الإيجابي الذي تنفرد فيه الإدارة في النظام القضائي الفرنسي كما رأينا بحق الالتجاء إلى محكمة التنازع.

إن التنازع على أساس الإحالة وفقا لمرسوم 25/07/1960 الذي أنشأ هذه الحالة في فرنسا يأخذ صورتين هما:

1- الإحالة الإلزامية أو الوجوبية:

وتتحقق عندما يصدر حكم نهائي بعدم الاختصاص بنظر الدعوى من إحدى جهتي القضاء الإداري أو العادي- ثم يقوم المدعي بإعادة رفع ذات الدعوى إلى الجهة القضائية الأخرى، وإذا رأت هذه الأخيرة أنها غير مختصة ورأت أنها إذا استمرت في الفصل في الدعوى سوف تقضي بدورها بعدم الاختصاص، فإنه يتعين عليها وجوبا أن لا تواصل الفصل في الدعوى بل يجب عليها وقف الفصل فيها وإحالة الدعوى إلى محكمة التنازع لتفصل نهائيا في تحديد الجهة القضائية المختصة التي يجب عليها حينها أن تلتزم بتنفيذ قرار محكمة التنازع والفصل في موضوع الدعوى.

2- الإحالة الاختيارية:

وتتعلق بالحالة التي تجد فيها أي من الجهتين القضائيتين في قمة هرم كل منهما أي مجلس الدولة أو محكمة النقض صعوبات جدية بشأن الاختصاص، بحيث أجاز لها مرسوم

للاختصاص عن طريق الإحالة لا تتمتع به محكمة التنازع في الجزائر.

- وأخيرا خلصنا إلى أن محتوى القانون العضوي رقم 98/03 ضعیف الصياغة ومتعارض في بعض أحكامه مع المواد 152، 153 من دستور 1996 بشكل يستدعي تدخلا عاجلا لإزالة هذا التعارض و تعديل القانون بصياغة تجعله أكثر انسجاما مع إثناء مواده وأحكامه على النحو السابق تفصيله في العنصر الأول من المقال.

* محام بـنظمة سطيف

ماجستير في القانون الخاص

الهوامش:

- 1- عمار عابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1995، ص، 173.
- 2- حسن السيد بسويبي، دور القضاء في المنازعة الإدارية، عالم الكتاب، القاهرة، 1985، ص، 100.
- 3- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني، الهيئات والإجراءات أمامها، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص، 194.
- 4- رشيد خلوفي، القضاء الإداري، تنظيم واختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002، ص، 119.
- 5- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 37 لسنة 1998.
- 6- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 39 لسنة 1998.
- 7- رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص، 197.
- 8- رشيد خلوفي، المرجع نفسه، ص، 202.
- 9- تنص المادة 123 الفقرة 03 من دستور 1996 على أن القوانين العضوية لإبداء رأي فيما يخص مدى دستورتها قبل صدورها خلافا للقوانين العادية التي قد موضوع رقابة من المجلس الدستوري في حالة إخطار من الجهات المختصة.
- 10- الرأي رقم 07/ر.ق.ع/د.98 المؤرخ في 24 ماي 1998 المتعلق برقابة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها للدستور، الجريدة الرسمية، العدد 39، سنة 1998.
- 11- محمد رفعة عبد الوهاب، القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص، 416، 417.
- 12- Charles debbasche, institutions et droit administratif, tome 2, p.u.f, paris, 1978, p. 368.
- 13- بحيث تشترط المادة 16 من القانون العضوي 98/01 المنشئ لمجلس الدولة أن يتولى مهام كتيبة الضبط لدى مجلس الدولة كاتب ضبط رئيسي يعين من بين القضاة بمساعدة كاتب ضبط، في حين لم يشترط هذا الشرط بالنسبة لمتولي كتابة ضبط محكمة التنازع.
- 14- حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص، 316-319.
- 15- مع الملاحظة أن قرار التنازع الذي يصدره الوالي هو قرار إداري يجوز لمحكمة التنازع أن تلغيه إذا كان معيبا بعيوب الشكل والإجراءات، وفي هذه الحالة للوالي أن يعيد تحريك الإجراءات من جديد. والملاحظ أيضا أن هذا القانون واستثناء من القاعدة العامة في مفهوم التنازع الإيجابي قد منع الإدارة ممثلة بالوالي من الدفع بعدم اختصاص القضاء العادي في بعض المسائل كالقضايا الجنائية أو القضايا المتعلقة بالهريات الفردية.
- 16- Charles debbasches, op. cit, p, 376.
- 17- حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص، 323.
- 18- قرار محكمة التنازع رقم 01 في 08/05/2000 بين بلدية رايس حميناو من جهة و.ج. من جهة أخرى، مجلة مجلس الدولة، العدد 01، 2002، ص، 153، 157.

الإجراءات المدنية الذي يجري الإعداد له عن المعيار العضوي لصالح المعيار الموضوعي، غير أن ذلك سوف يؤدي في هذا الطرف المتميز بحدأة القضاء الإداري إلى مشاكل جمة بسبب عدم تخصص القضاء والحال أن تطبيق المعايير الموضوعية على اختلاف أنواعها يتطلب كفاءة عالية لدى القضاة الإداري وهذه الكفاءة في اعتقادي يفتقد عليها القاضي الجزائري المعين لدى جهات القضاء الإداري باعتبار أن فكره القانوني نما في كنف القضاء العادي وفي ظل القانون الخاص مما يجعل الاحتفاظ بالمعيار العضوي في هذه المرحلة المسلك الأنجع ولو أدى ذلك مؤقتا إلى بقاء محكمة التنازع في حالة بطالة.

- إن تعيين رئيس محكمة التنازع بموجب مرسوم رئاسي خلافا لما هو معتمد بفرنسا يجعل محكمة التنازع في الجزائر أكثر استقلالية على الأقل من الناحية النظرية لا سيما أن استقلالها مدع بمبدأ التمثيل المزدوج لكل من القضاء العادي والإداري ضمن تشكيلتها ما عدا بالنسبة لمحاكم الدولة ومساعدية الذي رأينا أن تعيينهم لا يتسم بالتناوب من جهتي القضاء كما هو عليه الحال في فرنسا.

وحيث أن عدل المشرع هذه المسألة ونص على تعيينهم بالتناوب خدمة لمبدأ التناوب والتمثيل المزدوج وكذا إثناء وتدعما للمحكمة بأفكار كلتا الجهتين خاصة وأن دور محافظ الدولة في النظام الأصلي لمحكمة التنازع مهم جدا.

- إن مفهوم التنازع الإيجابي في نظام محكمة التنازع في الجزائر متميز ومختلف عن مفهومه في النظام الفرنسي، كون أن التنازع الإيجابي في فرنسا يكون بين الإدارة والقضاء العادي في حين أنه في الجزائر يكون بين جهتي القضاء العادي والإداري كما أن حالة التنازع الناجمة عن التناقض بين قرارات نهائيتين صادرتين عن جهتي القضاء المختلفتين لها خصوصية في النظام القضائي الجزائري من حيث سلطات القاضي أين رأينا أن ثمة تساؤلا يطرح حول ما إذا كانت لمحكمة التنازع سلطة التصدي الموضوع مثلما هي عليه سلطات نظيرتها في فرنسا أم لا ؟

- إن التنازع عن طريق الإحالة في نظام محكمة التنازع في الجزائر نوع واحد هو الإحالة الإجبارية عندما يرى أي قاضي من جهتي القضاء أنه إذا واصل الفصل في موضوع الدعوى فإن قراره سوف يؤدي إلى حصول تناقض مع قرار آخر صادر عن جهة القضاء الأخرى، وهنا يعين عليه إحالة الملف إلى محكمة التنازع، في حين يوجد نوعين من الإحالة في فرنسا هما الإحالة الإجبارية والتي تأخذ نفس المعنى أعلاه والإحالة الاختيارية التي يقصد بها أنه في حالة ما إذا وجد قضاة محكمة النقض أو مجلس الدولة مشاكل عويصة في الاختصاص جاز لهم إحالتها على محكمة التنازع لتؤدي دور شبه إفتائي في مسألة الاختصاص، وهذا النوع الثاني

لتقريره تحدد جلسة علنية للنظر في القضية تحت رئاسة الرئيس أين يتلو المستشار المقرر تقريره المكتوب ثم يمنح الأطراف ومحاموهم فرصة لتقديم ملاحظاتهم الشفهية ثم تسمع مذكرة محافظ الدولة، بعدها تصدر محكمة التنازع قرارها بأغلبية الأصوات مع ترجيح صوت الرئيس عند التساوي، مع الإشارة إلى أن محكمة التنازع يجب أن تفصل في الدعاوى المرفوعة أمامها في أجل أقصاه ستة (06) أشهر ابتداء من تاريخ تسجيلها بموجب قرارات تصدر باسم الشعب الجزائري وتشتمل على البيانات المعهود بالنسبة لجميع الأحكام والقرارات القضائية عامة المتعلقة بهوية الأطراف والمستندات الرئيسية المقدمة بالملف والنصوص القانونية المطبقة وطلبات ودفع الأطراف، مع ذكر التسييب وأسماء القضاة المصدرين للقرار وكذا اسم كاتب الجلسة ومحافظ الدولة، كما يجب أن تشتمل على توقيع كل من الرئيس والكاتب على أصلها.

- بعدها تبلغ محكمة التنازع نسخا من قراراتها بواسطة كتابة الضبط إلى الأطراف المعنية مع إرسال ملف القضية مع نسخة من القرار إلى الجهة القضائية المعنية في حالة فصلها في القضية على إثر الإحالة إليها طبقا للمادة 18 أعلاه وذلك في أجل أقصاه شهر من تاريخ النطق.

- مع الإشارة في الأخير إلى أن قرارات محكمة التنازع نهائية غير قابلة لأي طريق من طرق الطعن، وملزمة لقضاة كل من جهتي القضاء الإداري والعادي.

خاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع محكمة التنازع التي استحدثت لأول مرة في النظام القضائي الجزائري بموجب القانون العضوي 98/03 الصادر طبقا للمواد 152، 153 من دستور 1996 أمكن لنا أن نخلص إلى مجموعة من النتائج التي تبرز في الوقت نفسه خصوصية هذه الهيئة في النظام القضائي الجزائري مقارنة مع نظيرتها في النظام القضائي الفرنسي مهد نشأة النظام القضائي المزدوج كما يلي:

- إن محكمة التنازع أنشأها المشرع الجزائري باعتبارها المؤسسة الأساسية التي يكتمل بها النظام القضائي المزدوج.

- إن محكمة التنازع تلعب دورا أساسيا ومحوريا في حل إشكالات التنازع التي تعد إحدى سمات النظام القضائي المزدوج.

- إن اتساع وضيق نشاط محكمة التنازع يتحدد بطبيعة المعيار المعتمد في توزيع الاختصاص بين القضائيين العادي والإداري بحيث يتسع كلما كان المعيار المعتمد هو المعيار الموضوعي بشئى صورته وضيق كلما كان المعيار المعتمد هو المعيار العضوي مثلما هو عليه الحال في الجزائر الشيء الذي جعل إشكالات التنازع قليلة وجعل بالتبعية محكمة التنازع في حالة بطالة، وقد يعزز دورها في حالة تخلي المشرع في مشروع تعديل قانون



طباش عز الدين *

الحماية الجنائية للجنين المكتمل النمو في القانون الجزائري

(بالخصوص من جرائم القتل غير العمدية)

La protection pénale de l'enfant à naître en droit algérien

مقدمة

قال تعالى " ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين ثم جعلناه نطفة في قرار مكين ثم خلقنا النطفة علقه فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظاما فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر فتبارك الله أحسن الخالقين " صدق الله العظيم (1). الآيات 11 و 13 و 12 من سورة المؤمنون.

تبين هذه الآية الكريمة بكل دقة مراحل تطور الإنسان بصفة عامة والجنين بصفة خاصة منذ التقاء المنتجات البشريّة لكل من الذكر والأنثى وهي الحيوان المنوي والبويضة إلى غاية اكتماله وانتفاخ الروح فيه، بحيث يصبح قابلا لأن يحيى ويعيش. ومن خلال هذه الآية أيضا وما أكدته العلم حديثا يمكن التمييز بين مرحلتين أساسيتين تحكم تطور الجنين، مرحلة تنطلق من التقاء الحيوان المنوي والبويضة إلى غاية تكوين المضغة بحسب الآيات الكريمة، فإي مساس به يعتبر مساس بالسلامة الجسدية للمرأة بالخصوص، ولذلك فإن نطاق الحماية الجنائية لهذه المرحلة يتمثل في جريمة الإجهاض التي نصت عليها معظم التشريعات العالمية مع بعض الاختلاف في نظامها القانوني، أما المرحلة الثانية وهي مرحلة اكتمال تكوين الجنين والذي يعني ميلاد الجسم البشري في صورته النهائية داخل الرحم، خاصة حين يتأهب للخروج إلى الدنيا بحيث يكون مكتمل البنين ويصبح قادرا على العيش منفصلا عن أمه، وهو ما أثبتته تطور العلم. ففي هذه المرحلة يزول محل جريمة الإجهاض ويدخل في نطاق تجريم آخر أثار نقاشا حاد بين رجال القانون حول تكييف أشكال الاعتداء من قتل وأعمال العنف الممارسة ضد هذا الجنين في هذه المرحلة.

فمنهم من يرفض التمييز بين هذه المراحل من حيث التجريم ويرى أن كل أفعال الاعتداء خلال الحمل بصفة عامة تبقى خاضعة لجريمة الإجهاض مادام الجنين لم يفصل بعد عن أمه.

والبعض الآخر يذهب العكس من ذلك مستندا إلى النتائج التي بلغها العلم الحديث في تتبع حالة الجنين بكل دقة وتأكيد قابليته للحياة، يؤيد ضرورة إمتداد حق الحياة إلى الجنين المكتمل النمو والمقبل على الميلاد وتمتعه بنفس الحماية القانونية المقررة للإنسان العادي، وما يستتبعه من تطبيق النصوص المتعلقة بالاعتداء على الأشخاص على كل فعل يمس كيانه الجسدي، وبالخصوص القتل غير العمدية وهو

الأكثر حدوثا (حوادث المرور، أخطاء لأطباء والقابات) فهل هذا النقاش يعني وجود فجوة قانونية - ضحيتها هذا الجنين - وبالتالي يستوجب ملأها؟ خاصة وأن النصوص المتعلقة بجريمة الإجهاض أخذت من قانون العقوبات الفرنسي القديم الذي وضع في وقت لم يكن فيه تطور العلم كافيا لكشف خبايا الجسم البشري، بحيث كان من المتعذر متابعة مختلف مراحل تكوين الجنين. وهل يجب البحث عن إيجاد تجريم خاص يتعلق بالجنين المقبل على الميلاد بحيث يكون قد خرج من نطاق تطبيق النصوص المتعلقة بالإجهاض من جهة، ولم يدخل بعد في نطاق تطبيق النصوص التقليدية التي تشترط ميلاده حيا - من جهة أخرى؟ وهل يتوافق التشريع الجنائي الجزائري مع أهم الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان التي نصت على ضرورة حماية الحق في الحياة بصفة مطلقة، وبالخصوص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في المادة 6 ف 1، وكذا الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل في مادتها 6 ف 1 أيضا، بالإضافة لما ورد في ديباجتها على أن الطفل يحتاج إلى حماية قانونية خاصة سواء قبل أو بعد ميلاده؟

المبحث الأول: ضرورة وجود إنسان حي محل جرائم القتل والعنف

المطلب الأول: موقف التشريع

فهذه الجرائم عمدية كانت أو غير عمدية لا يثبت وقوعها إلا إذا مسّت كائن إنساني بمفهومه القانوني، أي الذي ثبتت له الشخصية القانونية، وهذه الأخيرة لا تثبت له إلا إذا كان حيا، ولعل ما يؤكد ذلك أن هذه الجرائم وردت في الفصل الأول من الباب الثاني من قانون العقوبات تحت عنوان الجنايات والجناح الواقعة ضد الأشخاص، ومثل هذه الجرائم قد يكون ضحيتها الجنين المكتمل النمو قبل أن يشق طريقه إلى العالم الخارجي، فإذا كانت الجرائم غير العمدية أكثرها وقوعا، إلا أنه ومع تطور العلوم الطبية أصبح الجنين يشكل محلا لبعض الممارسات العلمية والتي تقضي المساس بكيانه الجسدي بصفة عمدية، كأعمال انتخاب الأجناس وتحسين النسل بالإضافة إلى بعض الممارسات الطبية كالإنجاب الصناعي clonage وعلم الاستنساخ eugénisme، وكذا إجراء التجارب الطبية والأبحاث العلمية والتي يتصدرها استغلال الأنسجة la procréation assistée والخلايا في الصناعات الدوائية

ومستحضرات التجميل (1). ومع كل هذا قلنا أن جرائم القتل الخطأ تنصدر أعمال العنف التي تصيب الجنين المكتمل النمو، وفي غالب الأحيان تكون حوادث المرور وأخطاء الأطباء سببها الرئيسي، والواقع أن أعمال العنف الأخرى غير القتل لا تثير صعوبة من حيث تكييفها القانوني، فلو أن جنينا ولد مصابا بعاية مثلا نتيجة اعتداء وقع عليه أثناء تواجده داخل جدار الرحم، فتجب مسائلة الجاني ولا يؤثر تأخر ظهور النتيجة للعيان انقطاع رابطة السببية بينها وبين السلوك الذي ترتبت عنه، إذ أنه في الحقيقة أن النتيجة تحدث مباشرة عند وقوع الفعل لكن ظهورها بشكل ملموس، لا يتم إلا بعد تمام الولادة، ولذلك فتمت أثبت أهل الخبرة أن فعل الجاني هو الذي تسبب في إحداث النتيجة وجب مساءلته جنائيا عن فعله.

لكن الصعوبة تثيرها الأفعال التي تؤدي إلى وفاة الجنين المكتمل النمو داخل الرحم، كحوادث المرور، وإمكانية تكييفها بالقتل غير العمدية، علما أن هذه الجرائم بحسب النصوص التي تضمنتها يجب أن يكون ضحيتها إنسان عبر عليه المشرع بمصطلح "الشخص" أو "الغير"، ولذلك يزاد النقاش حدة حول ما إذا كان مصطلح الشخص أو الغير يقتصر فقط على الإنسان الذي يحي خارج الرحم أم أنه يضم أيضا ذلك الذي مازال بداخله، خاصة مع اكتمال نموه.

فمن خلال استقراء النصوص المتعلقة بالقتل، بالخصوص المادتين 254 و 259 ق ع يبدو جليا أن المشرع يعتبر إزهاق روح إنسان بأنها قتل ابتداء من اللحظة الأولى من الميلاد، بحيث يعرف في المادة 259 قتل الأطفال بأنه إزهاق روح طفل حديث العهد بالولادة، ولذلك كي يكون هناك قتل لا بد أن يرتكب ضد طفل دق قلبه وتنفس خارج جدار الرحم حتى وإن لم تظهر جميع أطرافه في العالم الخارجي (2).

المطلب الثاني: حجج الفقه والقضاء الذي يشترط ثبوت الحياة خارج الرحم - une vie extra-utérine

يساند جانب من القضاء هذه النظرة متخذًا معيار ثبوت الحياة خارج الرحم لتقرير الحماية الجنائية، ففي قرار صادر عن محكمة استئناف باريس في 10/01/1959 أدانت سائق سيارة صدم امرأة حامل وتسبب في وفاة الجنين بعد ميلاده حيا نتيجة الصدمة التي تلقاها في هذا الحادث، واعتبرت أن ميلاد

نص على حماية الطفل الحديث العهد بالولادة في المادة 259 من قانون العقوبات، فإذا تناولنا هذا الموقف لقانون العقوبات بنوع من الدقة سنجد أنفسنا نصل إلى نتائج غير معقولة ومتناقضة، ولا تتفق مع المنطق القانوني كما قلنا سابقاً. فلو أن جنينا توفي أثناء عملية الوضع وقبل انفصاله عن الرحم نتيجة إهمال القابلة أو الطبيب فلن يعاقب بحسب النصوص الحالية، ولكن لو أن هذا الإهمال أدى إلى إحداث عاهة أودت بحياته بعد ساعات قليلة من ميلاده حيا ستور المتابعة الجنائية على أساس القتل الخطأ، ثم أنه كيف يمكن تفسير عدم العقاب على الإهمال الذي أدى إلى الوفاة داخل الرحم في حين يمكن العقاب على أساس الضرب والجرح لو تسبب هذا الإهمال في إحداث عاهة بعد الميلاد متى ثبتت علاقة السببية (20).

لذلك نكون أمام نتيجة غير معقولة بحيث أنه يستبعد العقاب في الفرض الأول رغم أن الضرر جسيم وهو الوفاة، ويعاقب في الفرض الثاني أين يكون الضرر أقل جساماً، فيحسب هذا الطرح إذن، نجد أن مصلحة الجاني تقتضي أن يولد الجنين ميتاً كي يفلت من العقاب، أما إذا ولد حياً ثم توفي بسبب الاعتداء سترداد وضعيته سوءاً (21).

ومن نتائج هذا التناقض أيضاً أن الطبيب الذي تسبب في جرح جنين مكتمل النمو داخل بطن أمه ثم بذل كل ما في وسعه لإنقاذ هذا الجنين وتمكن من ذلك ولكن ولد مصاباً بعاهة، سيكون مسئولاً جنائياً عنها، مسألة جنائية (22).

كل هذا يؤدي بنا إلى القول أن مصير حماية الجنين المكتمل النمو متوقف على درجة حرص أو إهمال الطبيب أو القابلة أثناء الوضع؟

وإذا تأملنا أيضاً في قانون العقوبات نجد قد قرر حماية للحيوانات خاصة الأليفة منها ضد كل اعتداء سواء كان عمدياً بنص المادة 443 أو غير عمدي بنص المادة 457، وبالتالي فالجنين المكتمل النمو في قانون العقوبات الحالي لا يتمتع على الأقل ولو بالحماية المقررة للكلاب مثلاً! لذلك فلو أن سيدة في أيامها الأخيرة من الحمل وبينما كانت مصطحبة كلبها وقعت ضحية حادث مرور أدى إلى وفاة الجنين والكلب في نفس الوقت، ستستفيد من الحماية الجنائية المقررة لكلبه دون الجنين الذي كانت تحمله، والذي يكون قد أخذ مكانته كفرد من أفراد عائلتها.

فمن خلال هذه الأمثلة الكثيرة يمكن القول أن المشرع في الحقيقة، يكون قد أضاف مانع آخر من موانع المسؤولية وهو حالة قتل الجنين قبل الميلاد. كل هذا يؤكد على أهمية المسألة وضرورة إيجاد حل سريع لتفادي الوقوع في التناقضات المذكورة وذلك بوضع نظام قانوني يقرر تجريم خاص بهذه الوضعية. في الحقيقة أن الاستناد إلى مبدأ الشرعية لرفض تقرير الحماية الجنائية للجنين المكتمل النمو هو

حياة الطفل، بحيث نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى في هذا القانون " كل من تعمد نقص حياة الطفل القابل لأن يولد حياً وأفضى ذلك إلى موته قبل انفصاله عن الأم يعاقب بالسجن مدى الحياة"، فمن خلال هذه الفقرة يظهر أن المشرع الإنكليزي أيضاً تبنى معيار القابلية للحياة لتقرير الحماية الجنائية، إلا أن وجه الخلاف بينه وبين القضاء في فرنسا هو في الفترة الزمنية التي يعتبر فيها الجنين قابلاً للحياة، بحيث حددها القضاء في فرنسا بين 20 إلى 24 أسبوعاً أما الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون حماية الطفل في إنكلترا حددها ابتداءً من الأسبوع 28، وهذه المدة تبدو طويلة في وجهة نظر الفقه الإنكليزي، الذي نادى بضرورة تخفيضها على الأقل إلى 24 أسبوعاً، إذ أنه في هذه الفترة يكون الجنين قد اكتمل نموه.

ورغم ذلك يكون التشريع الإنكليزي من التشريعات القليلة التي ميزت بين الجنين الذي لم يكتمل نموه بحيث يبقى خاضعاً لأحكام جريمة الإجهاض، والجنين المكتمل النمو داخل الرحم وقبل عملية الولادة، حيث أعد له نظام قانوني خاص يعاقب بالسجن مدى الحياة في حالة قتله (18).

ويختلف الأمر في الولايات المتحدة الأمريكية، فالتشريع لم يتخذ موقفاً، إلا أن الفقه حاول إبراز هذه المسألة واعتبر أن الجنين منذ الأسبوع العشرين يعتبر بمثابة الطفل الذي يحتمي بالنماذج القانونية لجرائم القتل والاعتداء إذا ما ارتكبت عليه، وكيف المسؤولية الجنائية عن قتل الطفل داخل الرحم بحسب نية الجاني، فإذا توفر القصد يجب أن يسأل عن جريمة قتل عمد من الدرجة الأولى. كما تصور هذا الفقه إمكانية مساءلة الأم الحامل على جريمة القتل الخطأ إذا ما ارتكبت أفعال أودت بحياة الطفل، وكان ذلك بالمخالفة للإرشادات الطبية، مثل ممارسة الألعاب الرياضية العنيفة والتدخين... الخ (19).

المبحث الثالث: ضرورة إرساء نظام قانوني خاص لحماية الجنين المكتمل النمو

المطلب الأول: تناقض النصوص في قانون

العقوبات الحالي

والآن وقد استعرضنا هذا النقاش الحاد في مسألة تقرير حماية جنائية فعالة لصالح الجنين المقبل على الميلاد، فدورنا ليس التعليق على هذه الآراء أو الانضمام إلى إحداها، بل الأمر يستوجب علينا تناول المسألة بشيء من المعقولة والتفكير المنطقي في إطار الجدل القانوني.

فالملاحظ إذن في التشريع العقابي الحالي أنه لا يمنح أية حماية للجنين المكتمل النمو أو المقبل على الميلاد بل سوى بسينه وبين الجنين في أطواره الأولى، وأخضعهما لنطاق واحد من التجريم وهو جريمة الإجهاض، وفي رأينا أن ذلك يعبر عن وجود فجوة قانونية يكون المشرع قد تعمد إحداثها، خاصة بعد أن

محكمة النقض الفرنسية بشدة واعتبر أن رفضها منح الحماية للجنين المكتمل النمو تكون قد ضربت عرض الحائط الأحكام المتعلقة بحماية حق الحياة، وبالأخص تلك الواردة في الاتفاقيات الدولية كالمادة 2 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمادة 6/1 من المعهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية، والمادة 6/6 من اتفاقية نيويورك لحقوق الطفل.

واعتبر هذا الفقه أيضاً أن قول المحكمة بأن الجنين يخضع لنظام قانوني خاص يختلف عن ذلك الذي يحمي الأشخاص بالمعنى القانوني للكلمة ليس في محله، لأن النصوص المتعلقة بالإجهاض وهو النظام القانوني المقصود جاءت لتحمي مصلحة اجتماعية تتمثل في الصحة العامة لا علاقة لها بحق الحياة (13)، ويرى أن الاستناد إلى مبدأ الشرعية وضرورة التفسير الضيق للنص الجنائي وإن كان مؤسساً، إلا أنه لا يمكن تقييد الحماية باسم هذا المبدأ واقتصرها على الطفل الحديث العهد بالولادة، فالجنين أثناء بداية الأم الوضع بالأخص، هو إنسان في طريقه إلى الانفصال عن أمه، وأنه ذلك الغير الذي يستحق تكيف وفاته بالقتل عمدي كان أو غير عمدي (14).

ويبرر الفقه الذي يرى ضرورة تطبيق النصوص الواردة في الفصل المتعلق بالجرائم ضد الأشخاص على أعمال العنف الواقعة ضد الجنين بعد تمييزات: 1- أن مفهوم الشخص والحق في الحياة في القانون الجنائي لا بد أن يحمل معنا خاص يختلف عن مفهوم الشخصية القانونية في القوانين الأخرى، وهو ما يوجب الاتجاه نحو استقلالية قانون العقوبات بمفاهيمه الخاصة وبالتالي يضاف مصطلح الشخص إلى مصطلحات أخرى لها معنى مغاير في قانون العقوبات كالموظف العام والمال... الخ (15).

فمفهوم الشخص في قانون العقوبات ليس هو ذلك البنيان المجرد كما يراه القانون المدني بل هو ذلك الكائن من لحم ودم يحميه حتى من أدنى أعمال العنف (16).

2- كما يستند هذا الموقف إلى التطور العلمي الحاصل في هذا المجال بحيث أصبحت إمكانية متابعة مراحل نمو الجنين بكل دقة، وخاصة في طور الأخير منه، بحيث يمكن معرفة وزنه وأبعاده وكذا التشوهات المتوقعة أن يلد بها، لذلك فإن تقرير حماية مستقلة لهذا الجنين ضرورة لا مفر منها (17).

المطلب الثالث: موقف التشريع الأتكلو أمريكي

ما يلاحظ في إنكلترا هو السبق التشريعي الذي تبنته للفصل في مسألة حماية الجنين المكتمل النمو وذلك بفضل قانون حماية الطفل الصادر في سنة 1929، حيث أورد نموذجاً لجرائم الاعتداء على حياة الجنين وجسده، Child destruction، والتي تتوسط بين جريمتي الإجهاض والقتل ويسمىها بجريمة نقص

نص على حماية الطفل الحديث العهد بالولادة في المادة 259 من قانون العقوبات، فإذا تناولنا هذا الموقف لقانون العقوبات بنوع من الدقة سنجد أنفسنا نصل إلى نتائج غير معقولة ومتناقضة، ولا تتفق مع المنطق القانوني كما قلنا سابقاً. فلو أن جنينا توفي أثناء عملية الوضع وقبل انفصاله عن الرحم نتيجة إهمال القابلة أو الطبيب فلن يعاقب بحسب النصوص الحالية، ولكن لو أن هذا الإهمال أدى إلى إحداث عاهة أودت بحياته بعد ساعات قليلة من ميلاده حيا ستور المتابعة الجنائية على أساس القتل الخطأ، ثم أنه كيف يمكن تفسير عدم العقاب على الإهمال الذي أدى إلى الوفاة داخل الرحم في حين يمكن العقاب على أساس الضرب والجرح لو تسبب هذا الإهمال في إحداث عاهة بعد الميلاد متى ثبتت علاقة السببية (20).

لذلك نكون أمام نتيجة غير معقولة بحيث أنه يستبعد العقاب في الفرض الأول رغم أن الضرر جسيم وهو الوفاة، ويعاقب في الفرض الثاني أين يكون الضرر أقل جساماً، فيحسب هذا الطرح إذن، نجد أن مصلحة الجاني تقتضي أن يولد الجنين ميتاً كي يفلت من العقاب، أما إذا ولد حياً ثم توفي بسبب الاعتداء سترداد وضعيته سوءاً (21).

ومن نتائج هذا التناقض أيضاً أن الطبيب الذي تسبب في جرح جنين مكتمل النمو داخل بطن أمه ثم بذل كل ما في وسعه لإنقاذ هذا الجنين وتمكن من ذلك ولكن ولد مصاباً بعاهة، سيكون مسئولاً جنائياً عنها، مسألة جنائية (22).

كل هذا يؤدي بنا إلى القول أن مصير حماية الجنين المكتمل النمو متوقف على درجة حرص أو إهمال الطبيب أو القابلة أثناء الوضع؟

وإذا تأملنا أيضاً في قانون العقوبات نجد أنه قد قرر حماية للحيوانات خاصة الأليفة منها ضد كل اعتداء سواء كان عمدياً بنص المادة 443 أو غير عمدي بنص المادة 457، وبالتالي فالجنين المكتمل النمو في قانون العقوبات الحالي لا يتمتع على الأقل ولو بالحماية المقررة للكلاب مثلاً! لذلك فلو أن سيدة في أيامها الأخيرة من الحمل وبينما كانت مصطحبة كلبها وقعت ضحية حادث مرور أدى إلى وفاة الجنين والكلب في نفس الوقت، ستستفيد من الحماية الجنائية المقررة لكلبه دون الجنين الذي كانت تحمله، والذي يكون قد أخذ مكانته كفرد من أفراد عائلتها.

فمن خلال هذه الأمثلة الكثيرة يمكن القول أن المشرع في الحقيقة، يكون قد أضاف مانع آخر من موانع المسؤولية وهو حالة قتل الجنين قبل الميلاد. كل هذا يؤكد على أهمية المسألة وضرورة إيجاد حل سريع لتفادي الوقوع في التناقضات المذكورة وذلك بوضع نظام قانوني يقرر تجريم خاص بهذه الوضعية. في الحقيقة أن الاستناد إلى مبدأ الشرعية لرفض تقرير الحماية الجنائية للجنين المكتمل النمو هو

حياة الطفل، بحيث نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى في هذا القانون "كل من تعمد نقص حياة الطفل القابل لأن يولد حياً وأفضى ذلك إلى موته قبل انفصاله عن الأم يعاقب بالسجن مدى الحياة"، فمن خلال هذه الفقرة يظهر أن المشرع الإنكليزي أيضاً تبنى معيار القابلية للحياة لتقرير الحماية الجنائية، إلا أن وجه الخلاف بينه وبين القضاء في فرنسا هو في الفترة الزمنية التي يعتبر فيها الجنين قابلاً للحياة، بحيث حددها القضاء في فرنسا بين 20 إلى 24 أسبوع أما الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون حماية الطفل في إنكلترا حددها ابتداء من الأسبوع 28، وهذه المدة تبدو طويلة في وجهة نظر الفقه الإنكليزي، الذي نادى بضرورة تخفيضها على الأقل إلى 24 أسبوع، إذ أنه في هذه الفترة يكون الجنين قد اكتمل نموه.

ورغم ذلك يكون التشريع الإنكليزي من التشريعات القليلة التي ميزت بين الجنين الذي لم يكتمل نموه بحيث يبقى خاضعاً لأحكام جريمة الإجهاض، والجنين المكتمل النمو داخل الرحم وقبل عملية الولادة، حيث أعدل نظام قانوني خاص يعاقب بالسجن مدى الحياة في حالة قتله (18).

ويختلف الأمر في الولايات المتحدة الأمريكية، فالتشريع لم يتخذ موقفاً، إلا أن الفقه حاول إبراز هذه المسألة واعتبر أن الجنين منذ الأسبوع العشرين يعتبر بمثابة الطفل الذي يحتمي بالنماذج القانونية لجرائم القتل والاعتداء إذا ما ارتكبت عليه، وكيف المسؤولية الجنائية عن قتل الطفل داخل الرحم بحسب نية الجاني، فإذا توفر القصد يجب أن يسأل عن جريمة قتل عمد من الدرجة الأولى. كما تصور هذا الفقه إمكانية مساءلة الأم الحامل على جريمة القتل الخطأ إذا ما ارتكبت أفعال أودت بحياة الطفل، وكان ذلك بالمخالفة للإرشادات الطبية، مثل ممارسة الألعاب الرياضية العنيفة والتدخين... الخ (19).

المبحث الثالث: ضرورة إرساء نظام قانوني خاص لحماية الجنين المكتمل النمو

المطلب الأول: تناقض النصوص في قانون

العقوبات الحالي

والآن وقد استعرضنا هذا النقاش الحاد في مسألة تقرير حماية جنائية فعالة لصالح الجنين المقبل على الميلاد، فدورنا ليس التعليق على هذه الآراء أو الانضمام إلى إحداها، بل الأمر يستوجب علينا تناول المسألة بشيء من المعقولة والتفكير المنطقي في إطار الجدل القانوني.

فالملاحظ إذن في التشريع العقابي الحالي أنه لا يمنح أية حماية للجنين المكتمل النمو أو المقبل على الميلاد بل سوى بسينه وبين الجنين في أطواره الأولى، وأخضعهما لنطاق واحد من التجريم وهو جريمة الإجهاض، وفي رأينا أن ذلك يعبر عن وجود فجوة قانونية يكون المشرع قد تعمد إحداثها، خاصة بعد أن

محكمة النقض الفرنسية بشدة واعتبر أن رفضها منح الحماية للجنين المكتمل النمو تكون قد ضربت عرض الحائط الأحكام المتعلقة بحماية حق الحياة، وبالأخص تلك الواردة في الاتفاقيات الدولية كالمادة 2 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمادة 6/1 من المعهد الدولي لحقوق الإنسان، والمادة 6/6 من اتفاقية نيويورك لحقوق الطفل.

واعتبر هذا الفقه أيضاً أن قول المحكمة بأن الجنين يخضع لنظام قانوني خاص يختلف عن ذلك الذي يحمي الأشخاص بالمعنى القانوني للكلمة ليس في محله، لأن النصوص المتعلقة بالإجهاض وهو النظام القانوني المقصود جاءت لتحمي مصلحة اجتماعية تتمثل في الصحة العامة لا علاقة لها بحق الحياة (13)، ويرى أن الاستناد إلى مبدأ الشرعية وضرورة التفسير الضيق للنص الجنائي وإن كان مؤسساً، إلا أنه لا يمكن تقييد الحماية باسم هذا المبدأ واقتصرها على الطفل الحديث العهد بالولادة، فالجنين أثناء بداية الأم الوضع بالأخص، هو إنسان في طريقه إلى الانفصال عن أمه، وأنه ذلك الغير الذي يستحق تكيف وفاته بالقتل عمدي كان أو غير عمدي (14).

ويبرر الفقه الذي يرى ضرورة تطبيق النصوص الواردة في الفصل المتعلق بالجرائم ضد الأشخاص على أعمال العنف الواقعة ضد الجنين بعد تمييزات: 1- أن مفهوم الشخص والحق في الحياة في القانون الجنائي لا بد أن يحمل معنا خاص يختلف عن مفهوم الشخصية القانونية في القوانين الأخرى، وهو ما يوجب الاتجاه نحو استقلالية قانون العقوبات بمفاهيمه الخاصة وبالتالي يضاف مصطلح الشخص إلى مصطلحات أخرى لها معنى مغاير في قانون العقوبات كالموظف العام والمال... الخ (15).

فمفهوم الشخص في قانون العقوبات ليس هو ذلك البنيان المجرد كما يراه القانون المدني بل هو ذلك الكائن من لحم ودم يحميه حتى من أدنى أعمال العنف (16).

2- كما يستند هذا الموقف إلى التطور العلمي الحاصل في هذا المجال بحيث أصبحت إمكانية متابعة مراحل نمو الجنين بكل دقة، وخاصة في طور الأخير منه، بحيث يمكن معرفة وزنه وأبعاده وكذا التشوهات المتوقعة أن يلد بها، لذلك فإن تقرير حماية مستقلة لهذا الجنين ضرورة لا مفر منها (17).

المطلب الثالث: موقف التشريع الأتكلو أمريكي

ما يلاحظ في إنكلترا هو السبق التشريعي الذي تبنته للفصل في مسألة حماية الجنين المكتمل النمو وذلك بفضل قانون حماية الطفل الصادر في سنة 1929، حيث أورد نموذجاً لجرائم الاعتداء على حياة الجنين وجسده، Child destruction، والتي تتوسط بين جريمتي الإجهاض والقتل ويسمىها بجريمة نقص

الحماية الجنائية للجنين المكتمل النمو في القانون الجزائري

- (11)- د/ مهند صلاح أحمد فتحي، الحماية الجنائية للجسم البشري، المرجع السابق، ص 27
Yves Mayaud, violences involontaire, op, cit, p5
(12)- Yves Mayaud, violences involontaire, op, cit, p6
(13)- Yves Mayaud, violences involontaire, op, cit, p6
(14)- Yves Mayaud, Stricte interprétation et triste destin pour l'enfant en voie de naître, RSC, janvier-mars 2003, p96
(15)- Florence Massias, op, cit, p5
(16)- J. Sainte Rose, l'enfant à naître
Www.genethique.org/doss_theme/dossiers/homicide_involontaire_foetus/jsr_infantanaître.htm (17)
د/ مهند صلاح أحمد فتحي، الحماية الجنائية للجسم البشري، المرجع السابق، ص 36
(18)- د/ مهند صلاح أحمد فتحي، الحماية الجنائية للجسم البشري، المرجع السابق، ص 37
(19)- الحماية الجنائية للجسم البشري، المرجع السابق، ص 41
(20)- مواقف لمحكمة النقض الفرنسية: Crim. 09/01/1992- Crim. 02/12/2003- Voir : Yves Mayaud, stricte interprétation et triste destin pour l'enfant en voie de naître. p 76.
(21)- Jean Mouly, Du prétendu homicide De l'enfant à naître, op, cit .
(22)- Sainte Roze, l'enfant a naître, op, cit.,
(23)- يقسم الفقه الإسلامي تطور الجنين إلى مرحلتين: - مرحلة 120 يوم الأولى تنطلق فيها النطفة إلى العلق ثم المضغة - مرحلة ثانية وهي مرحلة ما بعد تكوين المضغة بحيث يجمع الفقهاء على وجوب تجريم أي اعتداء على الجنين لأن الروح قد نفخت فيه.
(24)- د/ مهند صلاح أحمد فتحي، الحماية الجنائية للجسم البشري، المرجع السابق، ص 44.

وافق على نشر المقال:

- أ.د. بو عبد الله أحمد دكتور في القانون الدولي والعلاقات الدولية أستاذ محاضر بجامعة عنابة.
- د. طالبي حليمه دكتوراه في القانون الجنائي أستاذة محاضرة بجامعة عنابة.

قانون العقوبات الحالي وكذا الاستفادة من تجارب الآخرين وخاصة في فرنسا، وتجنب الوقوع في الإشكاليات التي يثيرها الجنين المكتمل النمو أو المقل على الميلاد في التطبيقات القضائية. وتعديل قانون العقوبات الحالي في صالح التسليم بالحماية الجنائية للجنين المكتمل النمو، سوف يكون متماشيا مع موقف الشريعة الإسلامية وكذا الفقه الإسلامي الذي ينادي بمبدأ تدرج المسؤولية بحسب مراحل تكوين الجنين، خاصة وأن تتبع هذه المراحل أصبح ممكنا وسهلا، نتيجة التطور العلمي، وسوف لن يكون متعارضا أيضا مع مبادئ المجتمع الجزائري، لأنه حتى في حالة ميلاد الجنين ميتا تتخذ نفس الإجراءات الجنائية المعمول بها بالنسبة للأشخاص العاديين، وهذا تأكيد على اتجاه المجتمع الجزائري إلى اعتبار الجنين المكتمل النمو هو بمثابة إنسان أحرقت ظهوره في العالم الخارجي أسباب لا دخل له فيها.

* أستاذ مساعد بجامعة بجاية

الهامش:

- (1)- د/ مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري (في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2002.
(2)- Yves Mayaud, violences involontaires, op, cit, p4.
(3)- Yves Mayaud, violences involontaires, op, cit, p4.
(4)- Louise Langevin, Entre la non reconnaissance et la protection : la situation juridique de l'embryon et du fœtus au Canada et au Québec, revue internationale de droit comparé, janvier-mars 2004, p50.
(5)- Yves Mayaud, op, cit, p6.
(6)- Jean Mouly, Du prétendu homicide de l'enfant à naître, défense et illustration de la position de la cour de cassation, R S C, janvier-mars 2003.
(7)- Florence Massias, chronique internationale, droits de l'homme, RSC, janvier-mars 2005.
(8)- Florence Massias, RSC, janvier-mars 2005, op, cit.
(9)- Jean Mouly, du prétendu homicide de l'enfant à naître, op, cit.
(10)- Yves Mayaud, violences involontaires, op, cit, p 4

موقف مؤسس في ظل الوضعية الحالية لقانون العقوبات، والقضاء الذي حاول الاستناد إلى النصوص المتعلقة بالجرائم ضد الأشخاص هو في رأينا تحميل لها بما لا يمكن أن تطيقه لأن الأمر لا يتعلق بتفسير هذه النصوص، بل يقتضي تدخل المشرع سواء بالتعديل أو بإضافة نصوص جديدة أو بإدراج الحماية في تشريع خاص بالطفل، وهو الحل الذي أخذ به المشرع الإنكليزي وربما يعتبر في رأي أكثر واقعية رغم ما يعاب عليه فيما يخص الإفراط في العقاب.

المطلب الثاني : الحلول الممكنة للفصل في المسألة
لذا لو تأملنا جيدا في موقف الشريعة الإسلامية وبعض الفقه الإسلامي سنستشف حلا أكثر عدلا ومنطقية، فدون الخوض في شرح تقسيمات هذا الفقه لمرحلة تطور الجنين (23)، لفت انتباهنا موقف العلامة أبو حامد الغزالي رحمه الله في مجال تكليف المسؤولية الجنائية في الجرائم الواقعة على الجنين منذ بداية الحمل حتى عملية الولادة، بحيث أقر مبدأ التدرج في قياس سلوك الجنائي بالنظر إلى مرحلة الحمل التي تم خلالها الاعتداء على الجنين، لارتباط ذلك بدرجة النمو والتطور الخلقي، فالمسؤولية لدى هذا الإمام تتصاعد بتصاعد مراحل التكوين، وهو من السهل الاستدلال على درجته في الوقت الحاضر نتيجة التطور العلمي الحاصل في هذا المجال (24). وبالتالي فإعمالا لهذا الموقف تبقى جريمة الإجهاض كافية للانطباق على الجنين في مراحل تكوينه الأولى إلا أن المسؤولية الجنائية لا بد أن تكون أكثر درجة حين اكتمال نموه وتأهبه للخروج إلى الدنيا، ولكن دون الإفراط فيها إلى حد تسويتها بالمسؤولية المقررة في الجرائم ضد الأشخاص بحسب قانون العقوبات الحالي، وبالتالي يمكن العقاب على القتل العمدى ضد الجنين المكتمل النمو ولكن ليس بالسجن المؤبد كما فعل المشرع الإنكليزي بل يمكن الاكتفاء بعقوبة السجن المؤقت.

أما بالنسبة للقتل الخطأ وهو كثير الحدوث في هذا المجال والذي تعاقب عليه المادة 288 لمدة أقصاها ثلاث سنوات، يمكن النزول بها في حالة الجنين المكتمل النمو ولكن دون اعتبارها مخالفة مما سيؤدي إلى تسوية حمايته بتلك المقررة للحيوان، فاحتراما لأهمية هذا المخلوق يمكن الإبقاء على نوع الجريمة بأنها جنحة مع النزول بالحد الأقصى للعقوبة إلى مدة ستة أشهر مثلا، وهي الحد الأدنى في جريمة القتل الخطأ الحالية، وتقرير الحد الأدنى ابتداء من مدة شهرين.

الخلاصة

وفي الختام لم يبق لنا سوى أن نناشد المشرع الجزائري للانتباه إلى هذه المسألة ومسايرة تطور العلوم الطبية بشأن هذا الموضوع، والأخذ بالحلول الممكنة لتفادي التناقض التي هي عليه نصوص

الجريمة الإلكترونية:

بيئة متطورة للاعتداء على الخصوصية



كمال بطوش *

لارتكابها أو التحقيق فيها أو مقاضاة فاعليها (3). وعليه نستطيع القول بأن الجريمة الإلكترونية هي ذلك النوع الذي يترعرع في البيئة الإلكترونية، حيث يستخدم فيه المجرم هذه البيئة كمسرح حقيقي لجريمته والحاسب الآلي كأداة أو كموضوع للجريمة.

2.1. ظهور وتطور الجريمة الإلكترونية

تعد الجريمة الإلكترونية من الجرائم الحديثة المستحدثة نتيجة التطورات والإفرازات، التي تمخضت عن الثورة الحقيقية للمعلومات والاتصالات، والتي تستخدم فيها شبكة الإنترنت كأداة لارتكاب الجريمة أو لتسهيل عملية ارتكابها. فهي نوع لا يعترف بالحدود بين الدول، ولا بين القارات، وهي عادة ما تقع في حدود دولية كثيرة وقد أطلق عليها مصطلح جرائم الحاسب والإنترنت *Internet crime*. وبالرغم من نسبية حداثة هذا النوع من الجرائم، إلا أنها حظيت باهتمام العديد من الدراسات المختلفة، لمحاولة فهم هذه الظاهرة وتشخيص حجم هذه الجرائم وتحديد أنواعها. مما يتيح المجال لرفع الغموض والالتباس حولها، ويضفي لتوعية أفضل بمخاطرها وتوجيه الجهود لزيادة الوعي المعلوماتي في أوساط الناس، ومن بين الجهود التي بذلت في سبيل دراسة هذه الظاهرة الجديدة: مؤتمر جرائم الإنترنت المنعقد بأستراليا في الفترة الممتدة من 17/16 فيفري 1998. وفي دراسة أجرتها منظمة "Business Software Alliance" في الشرق الأوسط، برز تباين في حجم خسائر الجرائم الإلكترونية، حيث تراوحت ما بين 3000000 دولار أمريكي في المملكة العربية السعودية، وبنحو 1400000 دولار أمريكي في الإمارات العربية المتحدة سنوياً، جراء الأخطار والتهديدات الأمنية والقرصنة الإلكترونية. إضافة إلى تلاحش سرية وأمن المعلومات، مما أثر في نسبة 35% من مجمل الذين يستخدمون جهاز الحاسب الآلي.

نظراً لكون هذا النوع من الجرائم لا يعترف بالحدود بين الدول، ضارباً بذلك عرض الحائط جميع الحواجز والحدود، سواء منها الحدود القانونية، الجغرافية والأخلاقية، كان لا بد من تكوين نظام دفاعي يتيح تطوير الشبكة المعلوماتية وحمايتها من الأخطار. ويحضرني هنا اتفاقية القانونين على أمن وسلامة بيئة المعلوماتية بالجزائر، من الأخطار الحقيقية التي يمكن للجزائر مواجهتها والخسائر التي ستكبدها من جراء الاستخفاف بالحجم الحقيقي للمشكلة. حيث انعقدت بالجزائر أشغال ملتقى حول

بالإضافة إلى عدم التقيد والالتزام بالتشريعات والنصوص القانونية الفاعلة في هذا المجال، الشيء الذي يدفعنا للقول بأن نشر الوعي وتنمية الوعي الأخلاقي في البيئة الإلكترونية وتفعيله بالأداة القانونية والتقنية، مما من شأنه التقليل أو الحد من انتشار هذه الانتهاكات والتجاوزات التي تشهدها هذه البيئة. لذا يمكن أن تعود أسباب الجريمة الإلكترونية، إلى كونها أولاً وقبل كل شيء أخلاقية - عدم الالتزام بأداب وأخلاق البيئة الإلكترونية، قبل أن تكون خرق وعدم التقيد بالنصوص القانونية. الشيء الذي قد يدفع بالكثيرين من مستخدمي هذا الفضاء المعلوماتي الكبير، إلى التقليل وعدم الارتقاء إلى مستوى الخدمات المقدمة من الشبكة، نتيجة للتهديدات والانتهاكات العديدة التي تواجه معلوماتهم وخصوصياتهم. ولحماية هذه البيئة كان ولا بد أولاً وقبل كل شيء التعرف على مختلف هذه التهديدات والأعمال المريبة، لأخذ الحيطة أثناء الحماية أو الوقاية، فالذي يجهل ما الذي يحيط به ويهدده، فكيف عساه الهروب منه أو على الأقل تجنبه والتصدي له؟

1.1. الجريمة داخل الفضاء الإلكتروني

توفر شبكة الإنترنت بنية أساسية للاتصالات، ونتيح للباحثين فرص الاتصال والتعاون وتبادل المعلومات، وتقديم لمستعملها على اختلاف مستوياتهم العلمية والفكرية خدمات متنوعة تمكنهم منولوج المباشرة للمعلومات. بغية استخدام الموارد الموجودة على الشبكة من: نتائج البحوث، قواعد البيانات، مراكز المعلومات الرقمية المنتشرة على الشبكة، والاتصال بخبراء في مختلف أنحاء العالم، وفي شتى مجالات المعرفة الإنسانية منمية فيهم أسلوب العمل الجماعي في إتاحة المعلومات والخبرات. ولم يكن هناك قلق كبير مع بدايات استعمال هذه الشبكة تجاه الجرائم الحاصلة في البيئة الإلكترونية، سيما ما يتعلق بانتهاك حرمة وخصوصية، سرية، أمن مستخدمها، نظراً لمحدودية استعمالها اقتصرها فقط على الطبقة الأكاديمية. غير أنه ومع التوسع المذهل والكبير في استعمال الشبكة ودخول فئات أخرى متعددة الاهتمامات إلى قائمة المستعملين والمستفيدين من خدماتها، ونمو حجم المعاملات والأنشطة والعلاقات ضمن هذه البيئة، بدأت تظهر جرائم على الشبكة وازدادت يوماً بعد يوم (2).

تدخل الجريمة الإلكترونية ونسبة ضمن الجرائم المستحدثة في بيئة أنتجها وأفرزها التقدم العلمي والتكنولوجي، وعليه فالجريمة الإلكترونية في اللغة مشتقة من الجرم وهو التعدي أو الذنب. وتعرف كذلك بأنها ذلك النوع من الجرائم التي يتطلب إماما خاصا بتقنيات الحاسب الآلي ونظم المعلومات،

تمهيد

أخذت دول العالم على عاتقها مكافحة جرائم الحاسبات وشبكات المعلومات وهي الجرائم الإلكترونية المستحدثة، التي تولدت مع الانتشار الرهيب لأجهزة الحاسبات واستخدامها. وذلك في خطوة أمنية جديدة على طريق التطور والتحديث ومواكبة متغيرات العصر وتحدياته، في ظل ثورة التكنولوجيا والمعلومات التي يشهدها العالم. والتي تسير بقفزات سريعة وهائلة في شتى مجالات الحياة، والتي أصبحت تمثل العمود الفقري لنمو وتقدم أي دولة. وكذلك ظهور الاقتصاد العالمي الجديد المبني على ثورة الاتصالات والمعلومات، وازدياد حجم المبادلات والمعاملات والعلاقات، عبر جميع الشبكات الداخلية منها والعالمية. لقد كشفت السنوات القليلة الماضية عن تولد تصرفات سيئة وجرائم غريبة لم تكن موجودة من قبل، بحيث بدأ تهديد أمن وسلامة المؤسسات والهيئات والأفراد ضاربة عرض الحائط خصوصياتهم وملفاتهم.

تعتبر الجريمة الإلكترونية الوجه القبيح للتطور العلمي والتقني الذي شهدته السنوات الماضية والذي تلاشت معه جميع الحدود، وأصبح العالم عبارة عن قرية صغيرة إذ بالإمكان وبلمسة زر واحدة لبعض الأشخاص أن تتكبد المؤسسات الكبرى خسائر مالية كبرى. وعليه نجد أن الجريمة الإلكترونية أصبحت هاجساً وتحدياً كبيراً للأجهزة الأمنية بالعمل على توفير الأمن والحماية للأفراد وممتلكاتهم والحفاظ على خصوصياتهم.

1. الجريمة الإلكترونية: أصولها ومبادئها

إن المعلوماتية هي أداة رئيسية لنهضة الأمة وتطورها بكفاءة وفاعلية، ولكن قوة المعلوماتية وما توفره لمستخدمها هي ذات ضعفها في أن واحد، فسهولة اقتباس وتعديل ونشر البرمجيات تجعلها مغرية بسرقتها والسطو عليها وإعادة إنتاجها. وعليه ليس بالبعيد أو المستغرب أن يتربص المتطفلون بمعلومات الآخرين وسرقتها، تحريفها أو تخريبها والتشويش عليها. خاصة وأنهم يدركون جيداً الأهمية البالغة التي تكتسبها هذه المعلومات وكيفية الوصول إليها كلما ساحت لهم الفرصة بذلك، باستخدمهم ذات التكنولوجيا والتطور العلمي والتقني الذي كان أداة قوية للبناء والرقى والرفاهية، إذ يتحول بين أيدي هؤلاء إلى برامج خبيثة تنتشر الدمار والأمن في عصر تكمن قسوته في المعلومات (1). و حول الأسباب التي أدت إلى انتشار مثل هذا النوع من الجرائم المستحدثة، هي التوسع المفرط في استخدام التكنولوجيا الحديثة، ومن جانب آخر ترجع أسباب انتشار هذه الظاهرة الإلكترونية الجديدة، إلى عدم الالتزام بالأداب والأخلاق التي تحكم العمل في البيئة الإلكترونية.

تعتبر جرائم انتحال شخصية الأفراد من الجرائم القديمة وليست بالمستحدثة، ولكن التنامي المتزايد للشبكة، أعطى المجرمين قدرة أكبر على جمع المعلومات والاستفادة منها في ارتكاب جرائمهم. وقد يؤدي انتحال شخصية الأفراد إلى الحصول على معلومات حساب بنكي والتصرف فيه، كما قد يعمل على الاتصال المباشر بمراكز وقواعد وبنوك المعلومات أو الاتصال بموردين والقيام بمشتريات باسم الضحية، والانعكاسات هنا تكون خطيرة، لأنها تعدي على شخصية وخصوصية الأفراد، التي قد تأخذ فيما بعد أبعاداً أخرى تفوق قدرتنا على التحكم بها.

2.3. اختراق ملكية المواقع

مع أن هذا النوع من الجرائم يعد حديثاً نسبياً، إلا أنه يعتبر أكثر خطورة وأشد صعوبة في اكتشافه وتقفي أثره. حيث يتم تنفيذ هذا الأسلوب مع المواقع التي يتم الاتصال بها من خلال نظم الاتصال الأمني Secured Server، إذ يمكن اختراق مثل هذه الحواجز الأمنية، ويتم عملية الانتحال كأن يقوم مرتكب الجريمة باختراق موقع لإحدى المؤسسات العمومية، أو بنك للمعلومة يتسم بالمصادقية. وذلك من خلال تركيب برنامج خاص، يؤدي إلى توجيه أي شخص إلى الموقع بمجرد كتابة اسم المستخدم. ويتوقع العديد من الخبراء انتشار واستفحال مثل هذا النوع من الجرائم مستقبلاً، نظراً لصعوبة اكتشافه، الشيء الذي قد يدفع بالباحثين والكثيرين من رواد وازري هذه المواقع من الإحجام على زيارتها، في حالة تكرار توجيههم إلى مواقع غير التي يودون زيارتها (11).

4. التشويش وتحوير المعلومات داخل محيط

الإنترنت

مكنّت شبكات الاتصالات الرقمية داخل محيط الإنترنت من الوصول المباشر إلى الأوعية الفكرية المختلفة، من تصفح محتوياتها في ذات الوقت، من خلال الاتصال ببنوك وقواعد المعلومات الموصلة بالبحث المباشر في جميع أنحاء العالم. الشيء الذي سهل من عملية تصوير المعلومات والاعتداء على البيانات، وهي من أكثر الجرائم الإلكترونية انتشاراً في عالمنا المعاصر. حيث يلجأ المغرب بالتشويش على المعلومات والبيانات، أثناء عملية بثها واسترجاعها، وذلك بالتحوير في محتوى الوثيقة لتصل إلى المستفيد، بعد أن تمر بعملية تعديل تتماشى وأهواء أو توجهات المخرب (12).

1.4. جرائم النصب والاحتيال في عالم النشر

أصبحت الإنترنت نيت المجال الفسيح للراغبين في تقديم خدماتهم أو انتقاء احتياجاتهم منها، ولم يكن في الحسبان أن يساء استخدام هذه الوسائل والتقنيات في عمليات سطو، نصب واحتيال تمس بحقوق وأمن المعلومات المراد بثها أو استرجاعها على الإنترنت. وعلى غرار ما يحدث من نصب واحتيال في العالم العادي، نجد مثيله على الشبكة ولكن تختلف

استطاعت خلال أقل من سبع ساعات اقتحام ما يقرب من ربع مليون جهاز في 2001/07/19. والهدف المباشر من وراء انتشار صناعة الفيروسات ورواجها، هو السطو وانتهاك وسرقة المعلومات المخزنة في قواعد وبنوك المعلومات ومراكز المعلومات، وغيرها من المؤسسات والهيئات والأفراد، بغرض التخريب والمآجزة بها أو استغلالها بطرق غير شرعية، من خلال نقلها من الأجهزة المخزنة بها إلى أجهزة أخرى (8).

2.2. تعطيل الأجهزة

لقد وفرت الإنترنت قواعد جمة، وأصبحت وسيلة سهلة وممتعة تنتج لملايين البشر، في سبيل الولوج إلى الكم الهائل المتوفر في فضاءها. ولكن ظهور بعض العوامل التي سمحت بها طبيعتها المفتوحة وعدم وجود قوانين رادعة في كثير من الأحيان، أدت إلى انتشار جرائم العصر المتمثلة في التجسس، الاعتداء، الاختراق وتعطيل الأجهزة وتخريبها. ولقد انتشرت مؤخراً هذه الظاهرة، حيث يقوم مرتكبوها بالدخول عنوة وغلصة، بغرض تعطيل أجهزة أو شبكات عن تادية مهامها، من دون أن تتم عملية اختراق حقيقية. إذ يلجأ البعض إلى إغراق أو إرسال مئات بسل الآلاف من الرسائل عن طريق البريد الإلكتروني لشخص قصد الإضرار به، أو لمركز معلومات قصد تعطيل الأجهزة. مما ينتج عنه انقطاع الخدمة وعدم إمكانية استقبال الرسائل، من أجل الاستفادة من الرد على الاستفسارات أو المساءلة على الخط On-line. وهذا يسد منافذ الاتصال لديها Communication Ports، وكذا قوائم الانتظار Queues، مما ينجم عنه أضرار مادية ومعنوية تخص القطاع الضحية وحتى المستفيد والمستخدم لهذه الجهة (9).

3.2. جرائم التعدي على الحرية والخصوصية

إن التقدم التقني والمعلوماتي في الارتباط والاتصال، كان معجزة هذا العصر الذي دخل به كتحذور هان طرحه مبتكره كمرحلة انتقالية حاسمة في حياة البشرية. حيث استطاعت هذه التقنية أن ترفع جميع الحواجز وتقرب المسافات إلى حد جعل العالم وكأنه قرية صغيرة. وبقدر ما كان هذا الزمان نعمة على البشرية، بقدر ما أصبح نقمة نظراً للتجاوزات العديدة والمختلفة من اختراقات وسطو، وتعدي صريح على حرية الأفراد والمؤسسات، والمساس بأمن خصوصياتهم. 3. انعكاسات انتحال الشخصية في البيئة الرقمية.

تعتبر جريمة انتحال الشخصية واحدة من بين أهم وأكثر الجرائم المنتشرة في البيئة الرقمية التي سهلت من تواجدها، وتمخضت عنها انعكاسات خطيرة لتتال بذلك من حرية وأمن خصوصية الأفراد والمؤسسات والهيئات على حد سواء. فانتحال الشخصية في البيئة الرقمية تمس جانبين مهمين (10):

1.3. انتحال شخصية الأفراد

أمن الإعلام الآلي بالجزائر، نوقشت من خلالها سبل حماية أجهزة الإعلام الآلي والشبكة المعلوماتية من خطر الفيروسات المختلفة (4). كما أن وزراء العدل بالدول الأوربية، قد أقرّوا في هذا السياق اتفاقاً ينص على إجراءات تعاون دولي في مجال محاربة الجريمة الإلكترونية، وتحقيق التقارب بين التشريعات الرادعة لمحاولات الاختراق والتحديات الأمنية للبيئة الرقمية لنظم المعلومات الخاصة بها. ويدخل هذا الاتفاق في إطار الجهود والمساهمة الرامية لإقامة مجتمع للمعلومات في بيئة من الحرية، الأمن والسرية (5).

2. الجرائم الإلكترونية داخل بيئة الإنترنت

لقد تعددت آراء الدارسين القانونيين للجرائم الإلكترونية، باختلاف الفئات بحسب الأساس والمعارف، فالبعض يقسمها إلى جرائم ترتكب على نظم الحاسب، والأخرى تتم بواسطة (الحاسب)، وبعضهم يتناولها على حسب الأسلوب المتبع فيها، وبشكل عام يمكن تقسيمها إلى ثلاث أنواع رئيسية (6):

أ - الجرائم الخاصة بأمن المعطيات المعالجة ألياً (البيانات والمعلومات والبرامج) وتأخذ بالحسبان جرائم الاعتداء على المعطيات السرية المحمية قانوناً وغير المصرح بتداولها، والمعلومات والبيانات التي تمس الخصوصية.

ب - الجرائم الخاصة بقيمة المعلومات والبيانات المعالجة ألياً وهي بدورها يمكن تقسيمها إلى نوعين منها: الواقعة على ذات المعلومات كجرائم الإتلاف والتشويه والتخريب، والسطو على برامج الحاسوب وقواعد البيانات. ومنها الواقعة على ما تمثله المعلومات والبيانات المعالجة ألياً، والتي تستهدف الحصول على مال غير شرعي عن طريق الغش والنصب والاحتيال بالحاسب الآلي.

ج - الجرائم الخاصة بحقوق الملكية الأدبية والفكرية لبرامج الحاسوب ونظمه كجرائم قرصنة البرمجيات والحاسب، وتشمل نسخ البرامج وإعادة إنتاجها وتداولها بدون ترخيص، والاعتداء على العلامات التجارية وبراءات الاختراع وكل ما يدخل ضمن إطار الملكية الفكرية.

وعلى سبيل المثال لا الحصر نورد بعض النماذج التي تعبر في شكلها ومضمونها على الجريمة الإلكترونية التي ترتبط وجودها بشبكة الإنترنت والتي أضفت عليها صفة البيئة غير الآمنة، العدائية رغم أنها بيئة منها (7).

1.2. صناعة ونشر الفيروسات

وهي من أكثر جرائم الإنترنت انتشاراً وتأثيراً، نتيجة لما توفره شبكة هاته الشبكة من سهولة في الاتصال والتواصل والربط، وجعل من الكرة الأرضية رقعة صغيرة محدودة المعالم. وأصبحت وسيلة فعالة وسريعة في نشر الفيروسات التي تتميز أغلبها بسرعة الانتشار والتكاثر، ولا يخفى على أحد سرعة توغل الدودة الحمراء على سبيل المثال، حيث

ويعتقد أن حوالي 90% من برامج الحاسوب الأمريكية المستخدمة بالفعل قد تم نسخها بشكل غير قانوني.

* دكتوراه دولة في علوم المكتبات و المعلومات

قائمة المراجع

- (1) زياد، فداء، تحديث القوانين في عصر المعلومات. أعمال الندوة العربية الأولى للمعلومات: تكنولوجيا المعلومات والتشريعات القانونية، فسنطينة، 25-1999/09/27. جامعة منتوري فسنطينة، 2000، ص. 61.
- (2) جرائم الإنترنت [على الخط المباشر]. زيارة بتاريخ 2006/08/15. معلومات متاحة على عنوان الموقع: http://www.infosys.com/masrway.com/masrway_sys.com/gov.modules.php?name=news_and_file=categories_and_op=news_index_and_catid=37
- (3) منشأوي، محمد عبد الله، الجريمة الإلكترونية من منظور شرعي. [على الخط المباشر]. زيارة بتاريخ 2006/11/08. على العنوان التالي: <http://www.minshawwi.com/index.html>
- (4) بورويل، فحسي، تطوير الشبكة المعلوماتية يتطلب نظاما دفاعيا. جريدة الخبر، السنة الثالثة عشر، عدد 3989، الاثنين 19 جانفي 2004، ص. 05.
- (5) أوروبا تتحد لمواجهة الجريمة الإلكترونية [على الخط المباشر]. زيارة بتاريخ 2006/07/19. على العنوان التالي: http://www.masrway.com/masrway_news/01032003/19categ.htm
- (6) عرب، بونس، ثلاث طوائف لجرم الكمبيوتر وثلاث مجموعات تشرعية لمواجهة، مجلة حماية الملكية الفكرية، عدد 30، 1995، ص. 12.
- (7) الهلالي مجاهد، محمد، أخلاقيات التعامل مع شبكة المعلومات العالمية، أعمال المؤتمر التاسع للاتحاد العربي للمكتبات والمعلومات: الإسترategie العربية الموحدة في عصر الإنترنت، 1998/10/26/21. تونس: الاتحاد العربي للمكتبات والمعلومات، ص. 453.
- (8) جرائم الإنترنت، المرجع نفسه.
- (9) أمن الإنترنت والتشفير. [على الخط المباشر]. زيارة يوم: 2006/12/06 على العنوان التالي: http://www.hazemisakeek.com/scientific_essay/computerassay.htm
- (10) منشأوي، محمد عبد الله، المرجع نفسه.
- (11) إبراهيم، أحمد إبراهيم، تشريعات حقوق المؤلف وواقع تطبيقها في الوطن العربي: حقوق المؤلف في الوطن العربي بين التشريع والتطبيق، المنظمة العربية للترقية والثقافة والعلوم، تونس، 1996، ص. 67.
- (12) بسطوش، كمال، المكتبة الجامعية وتحديات ثورة التكنولوجيا الرقمية. المكتبات والمعلومات، مج. 1، ع. 2، 2002، ص. 47.
- (13) بيومي الحجازي، عبد الفتاح، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية: الكتاب الثاني، الإسكندرية: دار الفكر، 2002، ص. 338.
- (14) المرجع نفسه، ص. 341.
- (15) عبد الهادي، محمد فحسي، الأخلاقيات ومجتمع المعلومات، مجلة العربية للعلوم، ع. 39، السنة السابعة عشر، مارس 2002، ص. 50.
- (16) BOUHEL, Mohamed Salim, On the image, water marking: Technique, Applications, Proprieties and files. Revue d'Information Scientifique et Technique., Vol.12, N° 02, Alger, 2002.
- (17) بيومي الحجازي، عبد الفتاح، المرجع نفسه، ص. 361.

مختلف المؤسسات، خاصة وأنها تعمل إتاحة الأدوات والوسائل اللازمة لتسهيل عملية الحصول على المعلومات، وتبذلها وجعلها في متناول المستفيد منها بسرعة وفعالية. لقد ظهرت في الآونة الأخيرة مصادر معلومات إلكترونية، كظاهرة بديلة للمصادر التقليدية - الورقية، من خلال الانتقال من العالم التقليدي إلى العالم الإلكتروني. حيث أصبح المستفيد باستطاعته التجول بحرية كبيرة ضمن الموارد المعلوماتية الإلكترونية المتاحة على الشبكات العالمية (16) هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد أنفسنا مرة ثانية بالموافاة مع الوجه المشرق للتكنولوجيا الحديثة الذي قد سلف لنا ذكره، أمام ظاهرة جديدة تعكس الوجه الآخر للبيئة الإلكترونية المتمثلة في النصب والاحتيال الإلكتروني الذي يستهدف المعلومات التي تعتبر العمود الفقري للبيئة الجديدة. فالمعلومات والبيانات بمثابة المال المنقول، لها قيمة في حد ذاتها فضلا على أنها ذات قيمة مؤكدة علميا، ثقافيا، اقتصاديا، سياسيا... إلخ، وبالتالي فهي تغني فكرة الحيازة تماما مثل المال المنقول في صورته التقليدية (17). ولهذا نجد أن النصب والاحتيال الذي يمس بصفة مباشرة المال المعلوماتي "العمالة الفكرية"، تعتبر من الجرائم التي تستهدف عالم النشر الإلكتروني.

خلاصة

إن الجرائم الإلكترونية الحاصلة في الفضاء الإلكتروني، تتمثل في النصب والاحتيال في عالم النشر الإلكتروني، وترجع هذه النسبة لكون المؤلف هو المتضرر الأكبر من محاولات التعدي على المؤلفات والأبحاث والدراسات المتاحة في البيئة الإلكترونية، ناهيك عن ما يقتصر من تصوير وتشويش للمعلومات. هذا الوجه من الجرائم، الذي يمس عالم النشر الإلكتروني، تحيط به جملة من المظاهر يمكن توضيحها فيما يلي:

أ - النسخ غير الشرعي: ساعدت التطورات الحديثة بإفراز بعض الأدوات والتقنيات المتطورة، التي ساهمت بصفة مباشرة وغير مباشرة في انتشار ظاهرة النسخ اللامحدودة للأعمال والمعلومات على نطاق واسع داخل البيئة الإلكترونية. مما أدى إلى انتشار ورواج ظاهرة النصب والاحتيال المعلوماتي، التي تنعكس سلبا على اعتماد النشر الإلكتروني ومن بين أهم التقنيات المساعدة في إتاحة وتبادل المعلومات، ب - سرقة المعلومات: تعتبر ظاهرة سرقة المعلومات من بين أهم مظاهر النصب في عالم النشر الإلكتروني، والتي تعتبر واحدة من السلبات العديدة التي أفرزتها التكنولوجيا الحديثة والتي من شأنها أن تعمل على الحد من انتشارها داخل البيئة الأكاديمية.

ج - سرقة البرامج: وهو القيام بنسخ البرامج أو تزويرها خاصة منها البرامج الشهيرة واستخدامها بطريقة غير شرعية وإعادة توزيعها ضار بين عرض الحائط بذلك الحق في الملكية لأصحابها،

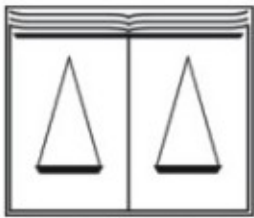
التقنيات المستعملة والهدف في الأخير واحد. ومن بين جرائم النصب والاحتيال المنتشرة، نجد مثلا تقديم خدمات وهمية أو سرقة كلمات السر Password، واستخدامها في السطو على الحسابات البنكية، أو العمل على اختلاق داتنين لهم أجور تستحق الدفع، أو اختلاق فواتير يجب سدادها، وهذا بالاستبدال والتحويل في المعطيات والبيانات المخزنة (13).

2.4. النصب والاحتيال الإلكتروني

يزداد استعمال الفضاء الإلكتروني يوما بعد يوم، والذي يستهوي الكثيرون من هم ملعون باستخدام التقنيات الحديثة في مختلف النشاطات الاقتصادية، إعلامية، ثقافية، علمية وسواها. ويتخوف الخبراء في مجال الحماية والأمن المعلوماتي من أن يؤدي هذا الاستعمال المطرد للتقنيات والوسائل التكنولوجية الحديثة إلى حدوث عمليات سطو، سرقة، نصب واحتيال واسعة النطاق من خلال ما أفرزته التطور العلمي والتقني من تقنيات تسهل ممارسة وانتشار هاته الأعمال (14). ليجد القرصنة الطريق ممهدة أمامهم للتسلل إلى المواقع الأساسية وإلحاق الضرر بها، خاصة بعد اعتماد الإنترنت كمورد أساسي في العديد من الأنشطة، التجارة الإلكترونية، النشر الإلكتروني، التعليم الإلكتروني وغيرها من مختلف أوجه الحياة التي اعتمدت الشبكات العالمية كوسيلة لإتاحة وتبادل المعلومات. فالنظام الإلكتروني المعلوماتي الذي ينطوي على بيانات ومعلومات بما فيها من تداول وإتاحة إلكترونية يمكن اختراقه رغم سبل الحماية المتوفرة لديه، ذلك أن الجريمة الإلكترونية سابقة في تقدمها للأداة التشريرية والتقنية. ولعل سرعة انتشار هذا النشاط الإجرامي الذي يعد جريمة من الدرجة الثانية، مقارنة بالجرائم التي ترتكب على الفرد، خاصة فيما يتعلق بالمعاملات الإلكترونية البنكية، أدت إلى عجز نصوص التجريم المتعلقة بالنصب والاحتيال واستعمال خصوصيات الغير دون ترخيص. وهذا ما من شأنه أن يكبد مثل هذه الهيئات أو المؤسسات خسائر متفاوتة من كونها مادية، إلى معنوية متمثلة في زعزعة ثقة المستهلك، المستفيد في مثل هاته السنوات الاتصالية الحديثة (15). فالظاهرة لا تختلف اختلافا كبيرا على مثيلاتها في العالم التقليدي، فالنصب على التوقيع الإلكتروني في الفضاء السبراني Cyberspace هو نفسه النصب على التوقيع اليدوي. ويبقى وجه الاختلاف في البيئة محل الجريمة والتقنية المستخدمة، وهو وجه آخر يحدد لنا الجانب المظلم من العالم الذي نعيشه اليوم رافعا شعار "التطور العلمي والتقني، واستخدام التكنولوجيا في مختلف أوجه الحياة"

3.4. مظاهر النصب والاحتيال في عالم النشر الإلكتروني

تلعب تكنولوجيا المعلومات دورا هاما في حياة



الجامعة العربية

المكتب الدائم

الدورة الثانية لعام 2006.

مراكش - المملكة المغربية

23-25 نوفمبر / تشرين ثان 2006

المحامون العرب يدينون مجزرة غزة و يطالبون المجتمعين الدولي و العربي بتحمل مسؤوليتهما و القوى لفلسطينية بالوحدة و التفاهم

إتجاه المحامين العرب يدين إغتيال المحامي العراقي خميس العبيدي

يعلن المحامون العرب غضبهم و استنكارهم للمذبحة البشعة التي ارتكبتها العصابات الصهيونية ضد أبناء الشعب الفلسطيني في قطاع غزة و راح ضحيتها 11 فلسطينيا بينهم ثلاثة أطفال، إلى جانب العديد من الجرحى و التدمير و الخراب و التي مازالت مستمرة في الضفة و القطاع، في إطار خطة منظمة لإرهاب دولة، أصبحت سياستها النموذج الأمثل لانتهاك القيم و الأعراف و الميثاق و الشرائع... إن هذه المجزرة الجديدة التي تأتي وسط انشغال المجتمع الدولي بمونديال ألمانيا، تفضح صمت هذا المجتمع الذي أصبحت كرة القدم أكثر أهمية من حياة الشعوب و قضاياها في التحرر و الاستقلال و التنمية.

لقد جاءت هذه المجزرة الخسيسة في أعقاب مجزرة الشاطئ التي حصدت ثمانية شهداء من المدنيين و الأطفال يوم الجمعة الماضي.

و تؤكد هذه المجازر و ما يواكبها من عمليات، تصميم الإرهابي الصهيوني الجديد إيهود أولمرت، على تطبيق سياساته العدوانية، و المضي قدما فيما أصبح يعرف بـ "خطة الانطواء"، التي تقوم على فكرة عدم وجود شريك فلسطيني، و هي الخطة التي روج لها و لبدانها، في زيارته الأخيرة لبعض العواصم الأوروبية... إن هذه الخطة و غيرها تهدف ضمن ما تهدف، إلى نزع سلاح حركة حماس، بعد رفض حكومتها التفاهم حول البرامج السياسية المطروحة، و التي تتضمن التفرط في ثوابت النضال الفلسطيني، و استئناف كتابات القسام لعملياتها العسكرية في مواجهة قوات الاحتلال.

إنه تصعيد سوف يتواصل و بسواتر أكثر و أكثر، يتمكن من خلاله الكيان الصهيوني، التوصل من أي التزامات حتى لو كانت في حدودها الدنيا، و خلق مناخ ترتفع فيه الأصوات المطالبة بنزع أسلحة حماس، و وأد صمودها، و إحكام الحصار حول الشعب الفلسطيني، الذي اختار لقيادته في هذه المرحلة من تاريخ النضال الفلسطيني.

إن التباين في وجهات النظر بين فتح و حماس حول ما يسمى بـ "وثيقة الأسرى"، و انعكاسه المباشر على الوحدة الوطنية الفلسطينية، يصب في مصلحة المشروع الصهيوني و خططه للاستحواذ على أكبر مساحة من الأراضي الفلسطينية، وسط صمت دولي يثير الاستغراب.

إن الأمانة العامة لاتحاد المحامين العرب التي تدرك أهمية سلاح المقاومة الفلسطينية، و وحدة القوى و الفصائل التي تحمله في معركة التحرير و الاستقلال و بناء الدولة الفلسطينية على كامل التراب، تتأشد جميع الأطراف بعدم التمسك بوثائق ليس من شأنها تحقيق مكاسب فلسطينية، أو ترمي إلى إزاحة قيادة جاءت في إطار ديمقراطي، و من المرجح أن تكلفها الباهضة سوف تكون على حساب وحدة الشعب الفلسطيني و قضيتة المصيرية.

و اتحاد المحامين العرب و حرصا منه على مستقبل قضية العرب المركزية، في إطار التمسك بوحدة فصائل المقاومة، و اللجوء إلى كل الوسائل الممكنة في

في حادث إرهابي و إجرامي مقصود، قامت أجهزة الأمن العراقية العملية، بإغتيال فارس ثالث من فرسان الدفاع عن الحق و العدل و وحدة و عروبة و إستقلال العراق، فبعد إغتيال الشهيد المحامي عادل عباس، و من بعده سعدون الجنابي، ارتكبت أيادي الغدر جريمة بشعة ثالثة، راح ضحيتها المحامي خميس العبيدي بعد اختطافه من منزله على أيدي مسلحين في مشهد يعيد إلى الأذهان شريعة الغاب، و يؤكد على انتشار الفوضى و انفلات الأمن في ظل استمرار الاحتلال، و سيطرة أعوانه على السلطة في البلاد، إن إتحاد المحامين العرب، الذي أدان المحاكمة الغير القانونية للرئيس صدام حسين، و أكد على عدم شرعيتها، و طالب بوقفها فوراً، يعلن:

أولاً: رفضه الكامل لهذه المحاكمة المهزلة التي صنعتها قوات الاحتلال الأمريكي، لمحاكمة الشعب العربي بأسره في تحد سافر لكل القيم و الأعراف الدولية.

ثانياً: إن الحكومات العربية، التي تقف موقف المتفرج مما يجري داخل العراق، مطالبه بالتحرك السريع لإنهاء حالة الفوضى و الحفاظ على وحدة و عروبة و استقلال العراق.

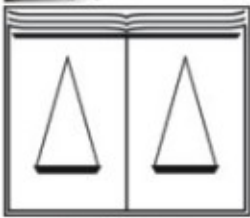
ثالثاً: إن جريمة اغتيال الشهيد خميس العبيدي لن تكون الأخيرة في ظل بقاء قوات الاحتلال، و وجود عملاء هذا الاحتلال في مواقع السلطة.

رابعاً: إن المجتمع الدولي الذي يبدى فزعاً لإغتيال شخص هنا و آخر هناك، دون استناد إلى معايير موضوعية، مطالب بعدم الكيل بمكيالين، و تحقيق العدل و المساواة في العلاقات الدولية.

خامساً: إن هذه المحاكمة التي عبرت عن هشاشة النظام الدولي، في ظل هيمنة الإدارة الأمريكية، يجب أن تتوقف فوراً مع توفير الحماية الكاملة لكل من شارك فيها دفاعاً عن العدل و الحق.

سادساً: إن الأمانة العامة لاتحاد المحامين العرب، تتأشد المنظمات الدولية حكومية و غير حكومية، و كذا منظمات المجتمع المدني بأن تبذل قصارى جهدها، لوضع حد لكل هذه المآسي التي يعيشها شعب العراق.

سابعاً: مناشدة الأمين العام للأمم المتحدة السيد: كوفي عنان لوقف هذه المهزلة العدوانية ضد الحريات و حقوق الدفاع و المحاكمة العادلة و انتهاك الضمانات القانونية و الإنسانية في العراق الشقيق.



البحر المتوسط

غزة وملاحقة قيادات الفصائل الفلسطينية واعتقالهم، بين هذا الصمت "العربي" الرسمي المخزي، وذلك الإنجاز "الدولي" القبيح لما يسمى بخطة الفصل التي انكشفت أهدافها، حيث محاصرة مناطق فلسطينية بأكملها، لتبقى سجنا لقاطنيتها، يسهل الضغط عليهم وتجويعهم وسفك دمايتهم، وهو جوهر المؤامرة لاستمرار احتلال فلسطين، وتنفيذ المشروع الصهيوني برمته، وأحكام القبضة على المقدرات والثروات العربية. لقد حذر اتحاد المحامين العرب، ومايزال، من خطورة الأوضاع في فلسطين المحتلة وتوابعها الكارثية، إذا ما استمر هذا الموقف الانهزامي التأمري على حباله، والتزم الجميع دور الفرج، مكتفين بالبيانات وتصريحات الادانة والمطالبة بضبط النفس، والرضوخ للاملاءات الامريكية. ان الامانة العامة لاتحاد المحامين العرب وهي تدق ناقوس الخطر، تؤكد ان ما يحدث في فلسطين المحتلة، مرتبط بما يجري في العراق والصومال والسودان، بالإضافة إلى ما هو مستهدف من سوريا ولبنان، وعليه فهي تدعو إلى اتخاذ موقف حازم، يرقى إلى مستوى الحدث، ويواجه عربة الصهانية ومشروعهم الاستيطاني، ويعيد إلى المؤسسات المجتمع الدولي مصداقيتها. فلم تكن عملية اختطاف إرهابي صهيوني سببا محرضا على احتياج غزة وما ستبذره من تدمير، أو محركا لاستعراض القوة في الفضاء الجوي السوري، أو دفعا لتأييد الأمريكي "بحق" قوات الاحتلال في الدفاع عن النفس، فذلك كله - ان لم يكن ابشع - هو السلوك الصهيوني المعتاد منذ زرع هذا الكيان في قلب الوطن العربي.

والمحامون العرب الذين يؤلمهم الوضع الذي أصبحت عليه أمته، يصرخون: **أولا:** على الحكومات العربية التي هزلت إلى إقامة علاقات مع أعداء البشرية، أن تبادر فوراً بقطع هذه العلاقات، وطرد من يوجد على أراضيها من سفراء صهانية.

ثانيا: على المنظمات العربية الحكومية وفي طليعتها جامعة الدول العربية أن تعقد اجتماعاً قورياً وطارئاً لبحث ما يجري في فلسطين، والآليات المناسبة، التي من شأنها أن تضع حدا لهذه المهزلة.

ثالثا: على الشعب العربي الغيور على استقلاله ووحدته وسيادته وهويته، أن يتمسك بسياسة عدم التطبيع والاحكام الحصار على كل ما ينتج الصهانية، وكل الجهات التي تتعامل معهم.

رابعا: على المنظمات العربية غير الحكومية، وجماعات المجتمع المدني والنقابات والاتحادات العربية، أن تطور من أليات عملها دعماً للمقاومة الفلسطينية، بما يمكنها من استخدام كافة وسائل المقاومة، مع التنسيق الكامل مع المنظمات الدولية الصديقة لفضح الممارسات الصهيونية الإجرامية المدعوم من جانب الإدارة الأمريكية.

خامسا: على الأمين العام للأمم المتحدة وهو يقتررب من نهاية ولايته، أن يتخذ موقفا يصون به ماء وجهه، يتفق وصحيح القانون الدولي، ويعيد للشريعة الدولية مكانها الصحيح، في مواجهة هذه المجازر الصهيونية، التي تمثل أبشع جرائم الإبادة ضد الإنسانية، مع توفير الحماية للسكان العزل وممتلكاتهم وموارد رزقهم.

سادسا: على الدول الدائمة العضوية في مجلس الأمن أن تضغط من أجل اصدار قرار، لتقديم مجرمي الحرب الصهانية إلى المحاكمة. أمام المحكمة الجنائية الدولية، عمالاً لنظام روما الأساسي، وما يخوله من حق لمجلس الأمن في ذلك.

سابعا: على الجميع دون استثناء، أن يقفوا إلى جانب خيار الشعب الفلسطيني، وكسر الحصار المفروض عليه، وتقديم الدعم الكافي له حتى التحرير وإقامة الدولة على كامل التراب وعاصمتها القدس الشريف.

مواجهة قوى البطش والطغيان، و انتهاج سلوك ديمقراطي يخدم مصالح الشعب الفلسطيني، يؤكد على مايلي:

أولا: إن المسؤولية الكبرى لهذه الاعتداءات الوحشية تقع على عاتق المجتمع الدولي ومؤسساته المختلفة في ظل عريضة صهيونية وهيمنة كاملة للإدارة الأمريكية على العالم دون مواجهة.

ثانيا: إن الحكومات العربية ونظامها الرسمي تتحمل جزءا كبيرا من هذه المسؤولية، لعدم اتخاذها موقف عربي مناصر لنضال الشعب الفلسطيني واختياراته الديمقراطية، وخلق الآليات الفاعلة لردع العصابات الصهيونية.

ثالثا: إن اللجنة الدولية للصليب الأحمر التي تكرر نشاطها من أجل تطبيق اتفاقيات جنيف الأربعة 1949، ما تزال تقف موقف المتفرج من مسألة توفير الحماية الدولية للشعب الفلسطيني في الأراضي المحتلة.

رابعا: إن النقابة الجنائية الدولية التي قامت من أجل الدفاع عن ضحايا جرائم الحرب والإبادة والجرائم ضد الإنسانية وبذل الجهود لتقديم مرتكبيها للمحاكمة، يجب أن تضع هذه القضية نصب أعينها وتوليها اهتماما خاصا، باعتبارها تمثل انتهاكا جسيما لميثاق المحكمة الجنائية الدولية.

خامسا: إن المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية، وخاصة المعنية بحقوق الإنسان، يقع على عاتقها دور كبير على لحماية الشعب الفلسطيني من آلة الحرب الصهيونية المدعومة من الولايات المتحدة الأمريكية.

سادسا: ويظل المطلب الأكثر إلحاحا، أن على القوى الفلسطينية أن تحترم خيار شعبها، وتلتف حول ما يخدم وحدتها، وتلتزم صيغة الحوار والتفاهم في قضاياها الخلافية. لأن الصراع فيما بينها خصوصا إذا شارب حد الإقتتال الداخلي لن يكون فيه كاسب.. بل خاسر. إن الأمة العربية تنتظر من رئاسة السلطة الفلسطينية وحكومتها بذل أقصى الجهود لاستمرار الحوار بغية الوصول إلى حلول سلمية.

تحفظ للمقاومة وحدتها. ولقضيتهما المركزية قداستها.

اتحاد المحامين العرب يدق ناقوس

الخطر ويدعو الاتحادات المهنية

والمنظمات العربية إلى اجتماع طارئ

للتشاور حول ما يجري في فلسطين

والمنطقة

صورة مأساوية حقيقية. فعل فاضح وجرائم لم يشهد مثلها التاريخ من قبل، وقلب للحقائق في زمن أصبح فيه الباطل "حقا" والحق "باطلا". ما يجري في فلسطين المحتلة من اجتياحات، وحصار، وغلق للمعابر، وتهديد القسايدات، واعتقالهم وتجويعهم، منعهم من التنقل، وتدمير البيوت والمدارس والمستشفيات والمرافق العامة، وقتل عائلات بأكملها في بيوتها، و اغتيال الاطفال ونساء وشيوخ، ونشر الرعب والفزع وسفك الدماء، ليس الاذليلا قساطعا على ارجاء الدولة الصهيونية، وتعطشها للدماء. عملية الكيان الصهيوني "المتدحرجة"، واجتياح

سنة - 2006 -

الفترة	العدد	النص والموضوع
سبتمبر	54	- مرسوم تنفيذي رقم 296-06 مؤرخ في 2 سبتمبر 2006، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 269-03 المؤرخ في 7 أوت 2003 الذي يحدد شروط وكيفية التنازل عن الاملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري الموضوع حيز الاستغلال قبل أول جانفي سنة 2004.
		- مرسوم تنفيذي رقم 297-06 مؤرخ في 2 سبتمبر 2006 يحدد القانون الأساسي للمربين.
	55	- مرسوم رئاسي رقم 299-06 مؤرخ في 2 سبتمبر 2006، يتضمن التصديق على البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية، المعتمد بنيويورك في 25 مايو سنة 2000.
		- مرسوم رئاسي رقم 300-06 مؤرخ في 2 سبتمبر 2006، يتضمن التصديق على البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة، المعتمد بنيويورك في 25 مايو سنة 2000.
	56	- مرسوم تنفيذي رقم 306-06 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية لعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.
	58	- مرسوم تنفيذي رقم 319-06 مؤرخ في 18 سبتمبر 2006، يحدد مستوى تخفيض نسبة الفائدة على القروض الممنوحة من البنوك والمؤسسات المالية إلى المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وكيفية منحها.
		- مرسوم تنفيذي رقم 324-06 مؤرخ في 18 سبتمبر 2006، يتم قائمة المؤسسات الاستشفائية المتخصصة الملحقة بالمرسوم التنفيذي رقم 97-465 المؤرخ في 2 ديسمبر 1997 الذي يحدد قواعد إنشاء المؤسسات الاستشفائية المتخصصة وتنظيمها وسيرها.
		- مرسوم تنفيذي رقم 325-06 مؤرخ في 18 سبتمبر 2006، يحدد قواعد بناء المؤسسات الفندقية وتهيئتها.
	60	- مرسوم تنفيذي رقم 339-06 مؤرخ في 25 سبتمبر 2006، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 94-187 المؤرخ في 6 يوليو 1994 الذي يحدد توزيع نسبة الاشتراك في الضمان الاجتماعي.
		- قرار مؤرخ في 23 يناير سنة 2006، يتضمن برنامج التكوين القاعدي للطلبة القضاة.
أكتوبر	61	- مرسوم رئاسي رقم 301-06 مؤرخ في 2 سبتمبر 2006، يتضمن التصديق على الاتفاقية الدولية لمكافحة المنشطات في مجال الرياضة، المحررة في باريس يوم 18 نوفمبر سنة 2005.
		- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 4 أبريل سنة 2006، يتضمن وقف استيراد الطيور والمخللات ومنتجات الدواجن المشتقة ذات المنشأ والمستقدمة من البلدان التي أعلن فيها تفشي مرض أنفلونزا الطيور.
	62	- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 2 أوت سنة 2006، يحدد كيفية تنفيذ إجراء منح المساعدات الاجتماعية والمالية لفائدة المحبوسين المعوزين عند الإفراج عنهم.
		- مقرر اعتماد رقم 03-06 مؤرخ في 7 سبتمبر سنة 2006، يتضمن اعتماد بنك.
	63	- مرسوم تنفيذي رقم 348-06 مؤرخ في 5 أكتوبر سنة 2006، يتضمن تمديد الاختصاص المحلي لبعض المحاكم وكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق.
		- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 2 أوت 2006، يعدل ويتم القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2000، المعدل المتمم، الذي يحدد كيفية تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 94-308 المؤرخ في 4 أكتوبر سنة 1994 الذي يحدد قواعد تدخل الصندوق الوطني للسكن في مجال الدعم المالي للأسر.

الفترة	العدد	النص والموضوع
أكتوبر	64	- مرسوم تنفيذي رقم 06-355 مؤرخ في 9 أكتوبر سنة 2006، يتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار تشكيته وتنظيمه وسيره. - مرسوم تنفيذي رقم 06-356 مؤرخ في 9 أكتوبر سنة 2006، يتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها. - مرسوم تنفيذي رقم 06-357 مؤرخ في 9 أكتوبر سنة 2006، يتضمن تشكيلة لجنة الطعن المختصة في مجال الاستثمار وتنظيمها وسيرها.
	66	- مرسوم تنفيذي رقم 06-361 مؤرخ في 19 أكتوبر سنة 2006، يتم المرسوم التنفيذي رقم 98-112 المؤرخ في 6 أبريل سنة 1998 و المتعلق بمفتشيات الوظيفة العمومية. - مرسوم تنفيذي رقم 06-364 مؤرخ في 19 أكتوبر سنة 2006، يحدد مدة تعليق ممارسة الصيد وكذا الأنواع والأقاليم المعنية. - مرسوم تنفيذي رقم 06-366 مؤرخ في 19 أكتوبر سنة 2006، يحدد الشروط وكيفية وضع المحلات ذات الاستعمال المهني و الحرفي تحت تصرف البطالين ذوي المشاريع.
	67	- مرسوم تنفيذي رقم 06-370 مؤرخ في 19 أكتوبر سنة 2006، يتضمن إنشاء الصندوق الوطني لتحصيل اشتراكات الضمان الإجتماعي وتنظيمه وسيره.
	68	- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 18 أكتوبر سنة 2006، يتم القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 17 ماي سنة 1989 الذي يحدد قائمة الوظائف و المناصب التي تخول حق الامتياز في المساكن بحكم ضرورة الخدمة الملحة أو لصالح الخدمة و شروط قابلية منح هذه المساكن. - قرار وزاري مشترك مؤرخ في 21 أكتوبر سنة 2006، يعدل و يتم القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 27 يناير سنة 2004 الذي يحدد معايير تحديد القيمة التجارية في إطار التنازل عن الاملاك العقارية التابعة للدولة و لدواوين الترقية و التسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004.
نوفمبر	70	- مرسوم تنفيذي رقم 06-385 مؤرخ في 28 أكتوبر سنة 2006، يحدد كيفية ممارسة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة حق الشفعة داخل مناطق التوسع و المواقع السياحية. - قرار وزاري مشترك مؤرخ في 18 ماي سنة 2006، يحدد نماذج الاتفاقية و دفتر الشروط المتعلقة بامتياز الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة.
	72	- مرسوم رئاسي رقم 06-401 مؤرخ في 14 نوفمبر سنة 2006، يتضمن التصديق، بتحفظ، على الاتفاقية الدولية لحماية فناني الأداء و منتجي التسجيلات الصوتية و هينات الإذاعة، المحررة بروما في 26 أكتوبر سنة 2006. - قانون رقم 06-12 مؤرخ في 14 نوفمبر سنة 2006، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية سنة 2006 و المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية. - قانون رقم 06-13 مؤرخ في 14 نوفمبر سنة 2006، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 06-04 المؤرخ في 15 جويلية سنة 2006 و المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2006. - قانون رقم 06-14 مؤرخ في 14 نوفمبر سنة 2006، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 06-05 المؤرخ في 15 جويلية سنة 2006 و المتعلق بحماية بعض الأنواع الحيوانية المهددة بالانقراض و المحافظة عليها.

الفترة	العدد	النص والموضوع
نوفمبر	72	- قانون رقم 06-15 مؤرخ في 14 نوفمبر سنة 2006، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 06-06 المؤرخ في 15 جويلية سنة 2006 الذي يعدل ويتم القانون رقم 84-10 المؤرخ في 11 فيفري سنة 1984 و المتعلق بالخدمة المدنية. - قانون رقم 06-16 مؤرخ في 14 نوفمبر سنة 2006، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 07-06 المؤرخ في 15 جويلية سنة 2006 الذي يعدل ويتم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري سنة 1985 و المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها. - قانون رقم 06-17 مؤرخ في 14 نوفمبر سنة 2006، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 08-06 المؤرخ في 15 جويلية سنة 2006 الذي يعدل ويتم الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت سنة 2001 و المتعلق بتطوير الاستثمار. - قانون رقم 06-18 مؤرخ في 14 نوفمبر سنة 2006، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 10-06 المؤرخ في 29 جويلية سنة 2006 الذي يعدل ويتم القانون رقم 05-07 المؤرخ في 28 أفريل سنة 2005 و المتعلق بالمحروقات. - قانون رقم 06-19 مؤرخ في 14 نوفمبر سنة 2006، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 11-06 المؤرخ الموافق في 30 أوت سنة 2006 الذي يحدد شروط و كفاءات منح الامتياز و التنازل عن الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة و الموجهة لانجاز مشاريع استثمارية. - مرسوم رئاسي رقم 06-395 مؤرخ في 12 نوفمبر سنة 2006، يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون.
	73	- مرسوم رئاسي رقم 06-402 مؤرخ في 14 نوفمبر سنة 2006، يتضمن التصديق على اتفاق التعاون بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الولايات المتحدة الأمريكية في مجال العلوم و التكنولوجيا، الموقع بالجزائر في 18 يناير سنة 2006. - مرسوم رئاسي رقم 06-403 مؤرخ في 14 نوفمبر سنة 2006، يتضمن التصديق على بروتوكول التعاون المشترك في مجال العمل و العلاقات المهنية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية التونسية، الموقع بتونس في 16 فيفري سنة 2006. - مرسوم رئاسي رقم 06-404 مؤرخ في 14 نوفمبر سنة 2006، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية التونسية حول التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بتونس في 16 فيفري سنة 2006.
	74	- مرسوم رئاسي رقم 06-413 مؤرخ في 22 نوفمبر سنة 2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته و تنظيمها و كفاءات سيرها. - مرسوم رئاسي رقم 06-414 مؤرخ في 22 نوفمبر سنة 2006، يحدد نموذج التصريح بالملكات. - مرسوم رئاسي رقم 06-415 مؤرخ في 22 نوفمبر سنة 2006، يحدد كفاءات التصريح بالملكات بالنسبة للموظفين العموميين غير المنصوص عليهم في المادة 6 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته. - مرسوم تنفيذي رقم 06-418 مؤرخ في 22 نوفمبر سنة 2006، يحدد الجدول المستعمل في حساب مبلغ العلاوة التكميلية الشهرية لفائدة أصحاب منح التقاعد.
	75	- مرسوم تنفيذي رقم 06-420 مؤرخ في 22 نوفمبر سنة 2006، يعدل و ستمم المرسوم التنفيذي رقم 99-176 المؤرخ في 2 أوت سنة 1999 الذي يحدد كفاءات تأدية الخدمة المدنية بالنسبة للممارسين الطبيين.

الفترة	العدد	النص والموضوع
نوفمبر	76	- مرسوم تنفيذي رقم 06-428 مؤرخ في 26 نوفمبر سنة 2006، يحدد إجراء منح رخص استغلال المنشآت لإنتاج الكهرباء. - مرسوم تنفيذي رقم 06-429 مؤرخ في 26 نوفمبر سنة 2006، يحدد دفتر الشروط المتعلقة بحقوق و واجبات منتج الكهرباء. - مرسوم تنفيذي رقم 06-430 مؤرخ في 26 نوفمبر سنة 2006، يحدد القواعد التقنية لتصميم شبكة نقل الكهرباء و استغلالها و صيانتها. - مرسوم تنفيذي رقم 06-431 مؤرخ في 26 نوفمبر سنة 2006، يحدد القواعد التقنية لتصميم شبكة نقل الغاز و استغلالها و صيانتها. - مرسوم تنفيذي رقم 06-432 مؤرخ في 26 نوفمبر سنة 2006، يحدد دفتر الشروط المتعلقة بحقوق و واجبات مسير شبكة نقل الغاز. - مرسوم تنفيذي رقم 06-433 مؤرخ في 26 نوفمبر سنة 2006، يحدد تشكيلة المجلس الاستشاري للجنة ضبط الكهرباء و الغاز و سيره. - مرسوم تنفيذي رقم 06-434 مؤرخ في 26 نوفمبر سنة 2006، يتضمن إنشاء المخبر الوطني لكشف تعاطي المنشطات و مكافحته و تنظيمه و سيره.
ديسمبر	77	- قرار مؤرخ في 11 أكتوبر سنة 2006، يتضمن اعتماد شركة التأمين "كرديف الجزائر". - (بنك الجزائر) نظام رقم 06-02 مؤرخ في 24 سبتمبر سنة 2006، يحدد شروط تأسيس بنك و مؤسسة مالية أجنبية.
	78	- مرسوم تنفيذي رقم 06-440 مؤرخ في 2 ديسمبر سنة 2006، يحدد إجراءات و شروط تطبيق و منهجية حساب الرسم على الأرباح الاستثنائية.
	79	- مرسوم تنفيذي رقم 06-442 مؤرخ في 2 ديسمبر سنة 2006، يحدد شروط ممارسة الصيد.
	80	- قانون رقم 60-20 مؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2006، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 06-09 المؤرخ في 15 جويلية سنة 2006 الذي يعدل و يتم الأمر رقم 05-06 المؤرخ في 23 أوت سنة 2005 و المتعلق بمكافحة التهريب. - قانون رقم 06-21 مؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2006، يتعلق بالتدابير التشجيعية لدعو و ترقية التشغيل. - مرسوم تنفيذي رقم 06-454 مؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2006، يتعلق بالبطاقة المهنية المسلمة للأجانب الذين يمارسون نشاطا تجاريا و صناعيا و حرفيا أو مهنة حرة على التراب الوطني. - مرسوم تنفيذي رقم 06-455 مؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2006، يحدد كفاءات تسهيل وصول الأشخاص المعوقين إلى المحيط المادي الاجتماعي و الاقتصادي و الثقافي.
	81	- مرسوم رئاسي رقم 06-464 مؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2006، يتضمن التصديق على الاتفاقية المتعلقة بتسليم المجرمين بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى و إيرلندا الشمالية، الموقع بلندن يوم 11 جويلية سنة 2006. - مرسوم رئاسي رقم 06-465 مؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2006، يتضمن التصديق على الاتفاقية المتعلقة بالتعاون القضائي في المجال الجزائي بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى و إيرلندا الشمالية، الموقعة بلندن يوم 11 جويلية سنة 2006.

الفترة	العدد	النص والموضوع
ديسمبر	81	- مرسوم رئاسي رقم 06-466 مؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2006، يتضمن التصديق على الاتفاقية المتعلقة بالتعاون القضائي في المجال المدني و التجاري بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى و إيرلندا الشمالية، الموقعة بلندن يوم 11 جويلية سنة 2006. - مرسوم رئاسي رقم 06-467 مؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2006، يتضمن التصديق على الاتفاق المتعلق بتنقل الأشخاص و إعادة القبول بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى و إيرلندا الشمالية، الموقعة بلندن يوم 11 جويلية سنة 2006.
82		- مرسوم رئاسي رقم 06-468 مؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2006، يتضمن التصديق على اتفاقية تسجيل الأجسام المطلقة في الفضاء الخارجي، الموقعة بنيويورك في 14 يناير سنة 1975. - مرسوم رئاسي رقم 06-469 مؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2006، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية فنلندا حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 13 يناير سنة 2005. - مرسوم رئاسي رقم 06-470 مؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2006، يتضمن التصديق على اتفاق التعاون العلمي و التكنولوجي بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية باكستان الإسلامية، الموقع بإسلام آباد في 20 سبتمبر سنة 2005. - مرسوم تنفيذي رقم 06-477 مؤرخ في 14 ديسمبر سنة 2006، يعدل ملحق المرسوم رقم 88-232 المؤرخ في 5 نوفمبر سنة 1988 و المتضمن الإعلان عن مناطق التوسع السياحي.
83		- مرسوم رئاسي رقم 06-471 مؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2006، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بالتعاون في ميدان دراسة و استعمال الفضاء الخارجي لأغراض سلمية، الموقع بالجزائر في أول فبراير سنة 2006. - مرسوم رئاسي رقم 06-472 مؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2006، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و المجلس الفدرالي للكونفدرالية السويسرية حول تنقل الأشخاص، الموقع بالجزائر في 3 جوان سنة 2006. - مرسوم رئاسي رقم 06-473 مؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2006، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الكونفدرالية السويسرية حول التعاون القضائي في المجال الجزائي، الموقع بالجزائر في 3 جوان سنة 2006.
84		- قانون رقم 06-22 مؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006، يعدل و يتم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان سنة 1966 و المتضمن قانون الإجراءات الجزائية. - قانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006، يعدل و يتم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 28 جوان سنة 1966 و المتضمن قانون العقوبات. - مرسوم تنفيذي رقم 06-487 مؤرخ في 23 ديسمبر سنة 2006، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 98-254 المؤرخ في 17 أوت سنة 1998 و المتعلق بالتكوين في الدكتوراه و ما بعد التدرج المتخصص و التأهيل الاجتماعي. - مرسوم تنفيذي رقم 06-488 مؤرخ في 23 ديسمبر سنة 2006، يتم المرسوم التنفيذي رقم 01-55 المؤرخ في 12 فيفري سنة 2001 و المتضمن إحداث الثانوية الرياضية الوطنية و تنظيمها و عملها.
85		- قانون رقم 06-24 مؤرخ في 26 ديسمبر سنة 2006، يتضمن قانون المالية لسنة 2007.

Période	J.O	Textes et Intitulés
Décembre	N° 83	- Décret présidentiel n° 06-471 du 11 décembre 2006 portant ratification de l'accord entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la République française relatif à la coopération dans le domaine de l'étude et de l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique à des fins pacifiques, signé à Alger le 1er février 2006. - Décret présidentiel n° 06-472 du 11 décembre 2006 portant ratification de l'accord entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Conseil fédéral de la Confédération suisse sur la circulation des personnes, signé à Alger le 3 juin 2006. - Décret présidentiel n° 06-473 du 11 décembre 2006 portant ratification de l'accord d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la Confédération suisse, signé à Alger le 3 juin 2006. - Décret présidentiel n° 06-471 du 11 décembre 2006 portant ratification de l'accord entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la République française relatif à la coopération dans le domaine de l'étude et de l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique à des fins pacifiques, signé à Alger le 1er février 2006.
	N° 84	- Loi n° 06-22 du 20 décembre 2006 modifiant et complétant l'ordonnance n° 06-155 du 8 juin 1966 portant code de procédure pénale. - Loi n° 06-23 du 20 décembre 2006 modifiant et complétant l'ordonnance n° 66-156 du 8 juin 1966 portant code pénal. - Décret exécutif n° 06-487 du 23 décembre 2006 modifiant le décret exécutif n° 98-254 du 17 août 1998 relatif à la formation doctorale, à la post-graduation spécialisée et à l'habilitation universitaire. - Décret exécutif n° 06-488 du 23 décembre 2006 complétant le décret exécutif n° 01-55 du 12 février 2001 portant création, organisation et fonctionnement du lycée sportif national.
	N° 85	- Loi n° 06-24 du 26 décembre 2006 portant loi de finances pour 2007.

Période	J.O	Textes et Intitulés
Décembre	N° 80	- Loi n° 06-21 du 11 décembre 2006 relative aux mesures d'encouragement et d'appui à la promotion de l'emploi. - Décret exécutif n° 06-454 du 11 décembre 2006 relatif à la carte professionnelle délivrée aux étrangers exerçant sur le territoire national une activité commerciale, industrielle et artisanale ou une profession libérale. - Décret exécutif n° 06-455 du 11 décembre 2006 fixant les modalités d'accessibilité des personnes handicapées à l'environnement physique, social, économique et culturel.
	N° 81	- Décret présidentiel n° 06-464 du 11 décembre 2006 portant ratification de la convention relative à l'extradition entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, signée à Londres, le 11 juillet 2006. - Décret présidentiel n° 06-465 du 11 décembre 2006 portant ratification de la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, signée à Londres, le 11 juillet 2006. - Décret présidentiel n° 06-466 du 11 décembre 2006 portant ratification de la convention relative à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, signée à Londres, le 11 juillet 2006. - Décret présidentiel n° 06-467 du 11 décembre 2006 portant ratification de l'accord relatif à la circulation des personnes et la réadmission entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, signé à Londres, le 11 juillet 2006.
	N° 82	- Décret présidentiel n° 06-468 du 11 décembre 2006 portant ratification de la convention sur l'immatriculation des objets lancés dans l'espace extra-atmosphérique, signée à New York le 14 janvier 1975. - Décret présidentiel n° 06-469 du 11 décembre 2006 portant ratification de l'accord entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la République de Finlande relatif à la promotion et la protection réciproques des investissements, signé à Alger le 13 janvier 2005. - Décret présidentiel n° 06-470 du 11 décembre 2006 portant ratification de l'accord de coopération scientifique et technologique entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la République islamique du Pakistan, signé à Islamabad le 20 septembre 2005. - Décret exécutif n° 06-477 du 14 décembre 2006 modifiant l'annexe du décret n° 88-232 du 5 novembre 1988 portant déclaration des zones d'expansion touristiques.

Période	J.O	Textes et Intitulés
Novembre	N° 74	- Décret présidentiel n° 06-413 du 22 novembre 2006 fixant la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement de l'organe national de prévention et de lutte contre la corruption. - Décret présidentiel n° 06-414 du 22 novembre 2006 fixant le modèle de déclaration de patrimoine. - Décret présidentiel n° 06-415 du 22 novembre fixant les modalités de déclaration de patrimoine des agents publics autres que ceux prévus par l'article 6 de la loi relative à la prévention et à la lutte contre la corruption. - Décret exécutif n° 06-418 du 22 novembre 2006 fixant le barème servant à la détermination du montant de l'indemnité complémentaire mensuelle au profit des titulaires d'allocations de retraite (ICAR).
	N° 75	- Décret exécutif n° 06-420 du 22 novembre 2006 modifiant et complétant le décret exécutif n° 99-176 du 2 août 1999 fixant les modalités d'accomplissement du service civil pour les praticiens médicaux.
	N° 76	- Décret exécutif n° 06-428 du 26 novembre 2006 fixant la procédure d'octroi des autorisations d'exploiter des installations de production d'électricité. - Décret exécutif n° 06-429 du 26 novembre 2006 fixant le cahier des charges relatif aux droits et obligations du producteur d'électricité. - Décret exécutif n° 06-430 du 26 novembre 2006 fixant les règles techniques de conception, d'exploitation et d'entretien du réseau de transport de l'électricité. - Décret exécutif n° 06-431 du 26 novembre 2006 fixant les règles techniques de conception, d'exploitation et d'entretien du réseau de transport de gaz. - Décret exécutif n° 06-432 du 26 novembre 2006 fixant le cahier des charges relatif aux droits et obligations du gestionnaire du réseau de transport du gaz. - Décret exécutif n° 06-433 du 26 novembre 2006 fixant la composition et le fonctionnement du conseil consultatif de la commission de régulation de l'électricité de régulation de l'électricité et du gaz. - Décret exécutif n° 06-434 du 26 novembre 2006 portant création, organisation et fonctionnement du laboratoire national de dépistage et de lutte contre le dopage.
Décembre	N° 77	- Arrêté du 11 octobre 2006 portant agrément de la société d'assurance "CARDIF LE-DJAZAIR". - Règlement n° 06-02 du 24 septembre 2006 fixant les conditions de constitution de banque et d'établissement financier et d'installation de succursale de banque et d'établissement financier étranger.
	N° 78	- Décret exécutif n° 06-440 du 2 décembre 2006 fixant la procédure, les conditions d'application et la méthodologie de calcul de la taxe sur les profits exceptionnels (TPF).
	N° 79	- Décret exécutif n° 06-442 du 2 décembre 2006 fixant les conditions d'exercice de la chasse.
	N° 80	- Loi n° 06-20 du 11 décembre 2006 portant approbation de l'ordonnance n° 06-09 du 15 juillet 2006 modifiant et complétant l'ordonnance n° 05-06 du 23 août 2005 relative à la lutte contre la contrebande.

Période	J.O	Textes et Intitulés
Novembre	N° 72	- Décret présidentiel n° 06-401 du 14 novembre 2006 portant ratification, avec réserve, de la convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, faite à Rome le 26 octobre 1961. - Loi n° 06-12 du 14 novembre 2006 portant approbation de l'ordonnance n° 06-03 du 15 juillet 2006 portant statut générale de la fonction publique. - Loi n° 06-13 du 14 novembre 2006 portant approbation de l'ordonnance n° 06-04 du 15 juillet 2006 portant loi de finances complémentaire pour 2006. - Loi n° 06-14 du novembre 2006 portant approbation de l'ordonnance n° 06-03 du 15 juillet 2006 portant statut général de la fonction publique. - Loi n° 06-15 du 14 novembre 2006 portant approbation de l'ordonnance n° 06-06 du 15 juillet 2006 modifiant et complétant la loi n° 84-10 du 11 février 1984 relative au service civil. - Loi n° 06-16 du 14 novembre 2006 portant approbation de l'ordonnance n° 06-07 du 15 juillet 2006 modifiant et complétant la loi n° 85-05 du 16 février 1985 relative à la protection et à la promotion de la santé. - Loi n° 06-17 du 14 novembre 2006 portant approbation de l'ordonnance n° 06-08 du 15 juillet 2006 modifiant et complétant l'ordonnance n° 01-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement. - Loi n° 06-18 du 14 novembre 2006 portant approbation de l'ordonnance n° 06-10 correspondant au 29 juillet 2006 modifiant et complétant la loi n° 05-07 du 28 avril 2005 relative aux hydrocarbures. - Loi n° 06-19 du 14 novembre 2006 portant approbation de l'ordonnance n° 06-11 du 30 août 2006 fixant les conditions et modalités de concession et de cession des terrains relevant du domaine privé de l'Etat destinés à la réalisation de projets d'investissements. - Décret présidentiel n° 06-395 du 12 novembre 2006 fixant le salaire national minimum garanti.
	N° 73	- Décret présidentiel n° 06-402 du 14 novembre 2006 portant ratification de l'accord entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique portant sur la coopération en matière de sciences et de technologie, signé à Alger le 18 janvier 2006. - Décret présidentiel n° 06-403 du 14 novembre 2006 portant ratification du protocole de coopération commune dans le domaine du travail et des relations professionnelles entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la République tunisienne, signé à Tunis le 16 février 2006. - Décret présidentiel n° 06-404 du 14 novembre 2006 portant ratification de l'accord entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la République tunisienne sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Tunis le 16 février 2006.

Période	J.O	Textes et Intitulés
Octobre	N° 63	- Décret exécutif n° 06-348 du 5 octobre 2006 portant extension de la compétence territoriale de certains tribunaux, procureurs de la République et juges d'instruction. - Arrêté interministériel du 2 août 2006 modifiant et complétant l'arrêté interministériel du 15 novembre 2000, modifié et complété, fixant les modalités d'application du décret exécutif n° 94-308 du 4 octobre 1994 définissant les règles d'intervention de la caisse nationale du logement en matière de soutien financier des ménages.
	N° 64	- Décret exécutif n° 06-355 du 9 octobre 2006 relatif aux attributions, à la composition, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil national de l'investissement. - Décret exécutif n° 06-356 du 9 octobre 2006 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Agence nationale de développement de l'investissement. - Décret exécutif n° 06-357 du 9 octobre 2006 portant composition, organisation et fonctionnement de la commission de recours compétence en matière d'investissement.
	N° 66	- Décret exécutif n° 06-361 du 19 octobre 2006 complétant le décret exécutif n° 98-112 du 6 avril 1998 relatif aux inspections de la fonction publique. - Décret exécutif n° 06-364 du 19 octobre 2006 déterminant la durée de suspension de l'exercice de la chasse ainsi que les espèces et les territoires concernés. - Décret exécutif n° 06-366 du 19 octobre 2006 fixant les conditions et les modalités de mise à disposition de locaux à usage professionnel et artisanal au profit des chômeurs promoteurs.
	N° 67	- Décret exécutif n° 06-370 du 19 octobre 2006 portant création organisation et fonctionnement de la caisse nationale de recouvrement des cotisations de sécurité sociale.
	N° 68	- Arrêté interministériel du 18 octobre 2006 complétant l'arrêté interministériel du 17 mai 1989 fixant la liste des fonctions et emplois ouvrant à la concession de logements répondant à une nécessité absolue de service ou à une utilité pour le service ainsi que les conditions de leur cessibilité. - Arrêté interministériel du 21 octobre 2006 complétant l'arrêté interministériel du 27 janvier 2004 fixant les paramètres de détermination de la valeur vénale dans le cadre de la cession des biens immobiliers appartenant à l'Etat et aux offices de promotion et de gestion immobilières (OPGI) réceptionnés ou mis en exploitation avant le 1er janvier 2004.
Novembre	N° 70	- Décret exécutif n° 06-385 du 28 octobre 2006 fixant les modalités d'exercice, par l'agence nationale de développement du tourisme, du droit de préemption à l'intérieur des zones d'expansion et sites touristiques. - Arrêté interministériel du 18 mai 2006 définissant les modèles-types de la convention et du cahier des charges de concession d'exploitation touristique des plages ouvertes à la baignade

Période	J.O	Textes et Intitulés
Septembre	N° 54	- Décret exécutif n° 06-296 du 2 septembre 2006 modifiant le décret exécutif n° 03-269 du 7 août 2003 fixant les conditions et les modalités de cession des biens immobiliers appartenant à l'Etat et aux offices de promotion et de gestion immobilière (OPGI) mis en exploitation avant le 1er janvier 2004. - Décret exécutif n° 06-297 du 2 septembre 2006 fixant le statut des entraîneurs.
	N° 55	- Décret présidentiel n° 06-299 du 2 septembre 2006 portant ratification du protocole facultatif à la convention relative aux droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, adopté à New York, le 25 mai 2000. - Décret présidentiel n° 06-300 du 2 septembre 2006 portant ratification du protocole facultatif à la convention relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, adopté à New York le 25 mai 2000.
	N° 56	- Décret exécutif n° 06-306 du 10 septembre 2006 fixant les éléments essentiels des contrats conclus entre les agents économiques et les consommateurs et les clauses considérées comme abusives.
	N° 58	- Décret exécutif n° 06-319 du 18 septembre 2006 fixant le niveau et les modalités d'octroi de la bonification du taux d'intérêt des prêts octroyés par les banques et établissements financiers aux petites et moyennes entreprises. - Décret exécutif n° 06-324 du 18 septembre 2006 complétant la liste des établissements hospitaliers spécialisés annexés au décret exécutif n° 97-465 du 2 décembre 1997 fixant les règles de création, d'organisation et de fonctionnement des établissements hospitaliers spécialisés. - Décret exécutif n° 06-325 du 18 septembre 2006 fixant les règles de construction et d'aménagement des établissements hôteliers.
	N° 60	- Décret exécutif n° 06-339 du 25 septembre 2006 modifiant le décret exécutif n° 94-187 du 6 juillet 1994 fixant la répartition du taux de la cotisation de sécurité sociale. - Arrêté du 23 janvier 2006 portant programme de la formation de base des élèves magistrats.
	N° 61	- Décret présidentiel n° 06-301 du 2 septembre 2006 portant ratification de la convention internationale contre le dopage dans le sport, faite à Paris, le 18 novembre 2005. - Arrêté interministériel du 4 avril 2006 portant suspension de l'importation de volatiles, d'intrants et de produits avicoles dérivés d'origine ou en provenance de pays déclarés infectés par la grippe aviaire.
Octobre	N° 62	- Arrêté interministériel du 2 août 2006 déterminant les modalités de mise en oeuvre de la procédure d'attribution de l'aide sociale et financière au profit des détenus démunis lors de leur libération. - "Banque d'Algérie" Décision d'agrément n° 06-03 du 7 septembre 2006 portant agrément d'une banque.

LE BULLETIN DE L'AVOCAT

Publication trimestrielle éditée par l'Ordre des Avocats de Sétif - Mars 2007

SOMMAIRE

- Notification des décisions de justice.
- Rôle de l'avocat dans la défense des droits de l'homme.
- Traitement pénal du phénomène de la violation du droit moral de l'auteur.
- Les récentes réformes du code civil.
- Le secret professionnel.
- La publicité préalable de l'action - commentaire d'arrêt.
- Les arrhes dans la Charia et le droit positif.
- La protection des droits de l'homme et la réforme de la justice.
- Lutte contre le phénomène de la drogue dans le droit libyen et algérien.
- Certificat de possession - champ d'application.
- Commentaires d'arrêt.
- Réflexion sur l'avenir des règles d'attribution à la lumière de la mondialisation.
- Spécificités du Tribunal des conflits dans le système judiciaire algérien.
- La protection pénale de l'enfant à naître en droit algérien.
- L'infraction électronique et la violation de la vie privée.
- Recommandations de l'union arabe des avocats.
- Principales parutions au JORA 2006.