



مجلة الندوة للدراسات القانونية

مجلة الندوة للدراسات القانونية



REVUE EL NADWA D'ETUDES JURIDIQUES

يتناول العدد مجموعة من الدراسات

- محمد الساعدي - نظرة في واقع التنظيم القانوني لدمج الميليشيات .. العراق كنموذج للدراسة
- د. محمود جميل الجندي - اثر التفارب الإيراني - الأمريكي على دول المنطقة
- أ. د. بوضياف عمار - معيار تحديد طبيعة النزاع الإداري في تشريع الجزائي - دراسة مدعمة باجتهادات القضاة الجزائيين.
- أ. لعلام محمد مهدي - المسؤولية المدنية للصحفي عن عرض صور ضحايا الجريمة
- د. بودريوه عبد الكريم - هل فقد (المفقدان) لقضاء الإداري طابعه الاجتهادي ؟
- أ. بومدين فاطمة الزهراء - مضمون التجارب العلمية و طبية و الضوابط الأخلاقية و القانونية لإجرائها على الإنسان
- أ. فايد حفيظة - المسؤولية المدنية عن إغشاش السر لمهني في قانون الأعمال
- دراسات أخرى

مدير المجلة - أ. قارة وليد

رئيس التحرير - د. بن يوسف نبيلة

نائب رئيس التحرير - د. ساسي محمد فيصل

عدد

6

Number

6

JOURNAL EL NADWA OF STUDIES

REVUE EL NADWA D'ETUDES JURIDIQUES



ديسمبر 2015
DECEMBRE 2015



التعريف بالمجلة

هي مجلة علمية مستقلة محكمة من طرف هيئة علمية رفيعة المستوى حيث تضم أكبر الدكاترة في مجال القانون و العلوم الانسانية ذات الصلة على الصعيدين الوطني و الدولي . تحوز على التقييم الدولي ، تصدر إلكترونيا كل أربعة أشهر (بالإضافة الى أعداد خاصة) . تديرها مجموعة من الاستاذة و الباحثين بعيدا عن وصاية أي مؤسسة عمومية ، تهدف المجلة لنشر البحوث العلمية بغية تدعيم المراجع الالكترونية و مساعدة الباحث في الجزائر و الوطن العربي كمثيلاتها من المجلات الدولية . تنخرط المجلة في الاتحاد العالمي للمؤسسات العلمية ، كما يربط المجلة بالمؤسسات التي تعنى بالنشر الالكتروني عدة اتفاقيات بغية نشر البحوث المقدمة لها في قواعد بيانات عربية و دولية ، قصد المساهمة الفعالة في نشر البحث العلمي بين أقطار الدول العربية و العالم بأسره في مجال البحث القانوني، إضافة إلى ذلك فالمجلة عضو في الاتحاد العالمي للمؤسسات العلمية .

مدير المجلة – أ. قارة وليد

رئيسة التحرير – د. بن يوسف نبيلة

نائب رئيس التحرير : د. ساسي محمد فيصل

اعضاء هيئة التحرير : الأساتذة التالية أسماؤهم

أ. صديقي سامية – أ. مقراني ريمة – أ. شيباني نضيرة – أ. بن زعيم مريم

أ. بلحشر نوال – أ. سايح كنزة – أ. ثوابتي ايمان ريمة سرور – أ. عماروش سميرة – سويح دنيا زاد

التدقيق اللغوي : أ. مسعودي صليحة

مجلة الندوة للدراسات القانونية

مجلة علمية محكمة تصدر الكترونيا

التقييم الدولي : ISSN2392-5175



مجلة الندوة للدراسات القانونية
ISSN 2392-5175

عنوان المجلة : حي الدقسي عبد السلام عمارة 7 رقم 373 قسنطينة . الجزائر

الموقع الرسمي للمجلة: revuenadwa.jimdo.com

البريد الإلكتروني للمجلة revue.nadwa@gmail.com

العدد السادس (6) – ديسمبر 2015

الهيئة العلمية للمجلة

- أ.د السيد أبو الخير- استاذ محاضر في القانون الدولي العام بعدد من الجامعات - مصر
- أ.د فوزي أوصديق - عميد سابق لكلية الحقوق - البليدة / الجزائر - استاذ زائر في عدة جامعات / قطر
- أ.د بوضياف عمار- عميد سابق لكلية الحقوق و العلوم السياسية- استاذ تعليم عالي بالكلية - مدير مخبر دراسات البيئة و التنمية المستدامة- جامعة تبسة - الجزائر
- أ.د بوحنية قوي - عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة ورقلة - الجزائر
- أ.د . بو بكر عبد القادر - استاذ التعليم العالي - كلية الحقوق . بن عكنون - الجزائر
- د . زواقري الطاهر - عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة خنشلة - الجزائر
- د . إرزيل كاهنة - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو- الجزائر
- د . ماهر عبد الله العربي - استاذ القانون الجنائي - كلية حقوق القاهرة - فرع الخرطوم - مصر
- د . بوعزة ديدن - استاذ التعليم العالي- كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تلمسان - الجزائر
- د . اسعد حورية - نائب عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - الجزائر
- د . بموسات عبد الوهاب - استاذ التعليم العالي- كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة سيدي بلعباس - الجزائر
- د . بلعباد سامي - رئيس قسم القانون الخاص - جامعة قسنطينة 1 - الجزائر
- د . بن حملة سامي - أستاذ محاضر - كلية الحقوق - جامعة قسنطينة 1 - الجزائر
- د . آمنة سلطاني - رئيس قسم الحقوق - جامعة الواد - الجزائر
- د . نهاد أحمد - استاذة بالأكاديمية العربية المفتوحة بالدانمارك - مصر
- د . بلقاسم سعودي - استاذ محاضر - كلية العلوم الاقتصادية - جامعة مسيلة - الجزائر
- د . عبد السلام بني حمد - عضو هيئة التدريس بالجامعة الأردنية - الأردن
- د . بوزيان راضية - عميد كلية علم الاجتماع - جامعة الطارف - الجزائر
- د . الشيماء محمد - عضو هيئة التدريس بجامعة تبوك - المملكة السعودية - مصر

- د . الدياب حسن عز الدين - استاذ بكلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة المنار- تونس
- د. زياد علي محمد الكايد - استاذ محاضر- قسم إدارة الأعمال- كلية العلوم و الآداب-جامعة شقراء- المملكة العربية السعودية
- د . لعروسي رابح - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - الجزائر
- د . أحمد نبيل الخنزوري - استاذ القانون الجنائي - كلية الحقوق القاهرة - مصر
- د . مقيح صبري - استاذ محاضر - كلية العلوم الاقتصادية - جامعة سكيكدة - الجزائر
- د . خلف الله عبد السلام محمد- استاذ محاضر - كلية الاقتصاد و العلوم السياسية - جامعة الزيتونة - طرابلس - ليبيا
- د . خضراوي الهادي- استاذ محاضر أ- عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة الأغواط - الجزائر
- د. رياض التميمي - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة أم البواقي - الجزائر
- د . نبيلة بن يوسف - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - الجزائر
- د . داودي أونيسة - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو- الجزائر
- د . حسن عالي - استاذ محاضر - كلية العلوم الاجتماعية - جامعة وهران - الجزائر
- د . روان محمد الصالح - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة أم البواقي - الجزائر
- د. بخوية ادريس - استاذ محاضر- كلية الحقوق و العلوم السياسية - الجامعة الافريقية . أدرار - الجزائر
- د . منصور لخضاري - عضو هيئة التدريس - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة مسيلة - الجزائر
- د. حساني خالد - أستاذ محاضر ب - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة بجاية - الجزائر
- د. خنفوسي عبد العزيز - استاذ محاضر ب - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة سعيدة - الجزائر
- د. السبتى وسيلة - استاذة محاضرة- كلية العلوم الاقتصادية و التجارية - جامعة بسكرة- الجزائر
- د. نظيرة عتيق - استاذة بكلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة سكيكدة - الجزائر
- ا. دفون محمد - نائب عميد كلية علم الاجتماع - جامعة الطارف - الجزائر
- ا. شوقي نذير - أستاذ بكلية الحقوق و العلوم السياسية - المركز الجامعي تمناغست - الجزائر
- ا . عثمانية كوسر - استاذ مساعد أ - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة خنشلة - الجزائر ا. محديد حميد - استاذ مساعد أ - جامعة زيان عاشور - الجلفة - الجزائر
- ا. ليلي زيد الراشد - عضو جمعية المحامين - الكويت

قواعد النشر في

مجلة الندوة للدراسات القانونية :

تنشر المجلة البحوث العلمية في المجال القانوني التي يجب أن :

* تتسم بالأصالة النظرية و الحداثة و الاسهام العلمي الجاد.

* تتوفر على الشروط العلمية و المنهجية.

* يقدم صاحب المقال سيرته الذاتية .

* يرسل المقال إلى هيئة التحرير عبر بريد المجلة .

* تقدم الملخص الزامي باللغة العربية و لغة أجنبية أخرى

* يكتب في أول المقال إلى اليسار اسم و لقب الباحث و اسفله رتبته العلمية و المؤسسة العلمية و الدولة .

* لا يتجاوز عدد الصفحات في المقال (30) خمسة عشر صفحة ، و لا يقل عن (10) عشر صفحات من مقياس 21- 29 ، إلا استثناء .

* يكتب المقال باللغة العربية بحجم 14 و بخط Arabic traditionnel . و باللغة الأجنبية بحجم 13 غليظ و بخط times new romain

* التهميش : يذكر في آخر كل فكرة مقتبسة رقم يدل على المؤلف، الذي يشار اليه في

أسفل الصفحة التي وردت بها الفكرة بالطريقة التالية: لقب و اسم المؤلف ،عنوان المؤلف، الجزء، الطبعة، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم أو عدد الصفحات المقتبسة منه.

* يكتب الهامش بنفس الخط و بحجم 11 عربي و حجم 10 غليظ أجنبي .

* تكتب في نهاية المقال قائمة المراجع المستعملة، و ترتب ترتيباً أبجدياً، باحترام الترتيب المعتمد ضمن المقال.

* تخضع المقالات المقدمة للتحكيم العلمي، من قبل اللجنة العلمية للمجلة، قبل نشرها، و تحتفظ اللجنة بحقها في ابداء التحفظات.

* على صاحب المقال احترام تحفظات اللجنة العلمية للمجلة.

* يحق للجنة العلمية تأخير نشر المقالات أو رفضها كلية، اذا خالفت قواعد النشر في المجلة.

* المقالات و البحوث المنشورة في المجلة تعبر عن رأي صاحبها .

* لا يكون المقال موضوع طلب النشر، قد نشر سابقاً في أي مجلة أخرى .

* المقال المقبول للنشر يصبح ملكاً للمجلة .

* لا يجوز إعادة نشر مواد المجلة إلا بعد موافقة كتابية من هيئة التحرير

* ما ينشر في المجلة يعبر عن رأي صاحبه، ولا يعبر بالضرورة على وجهة نظر المجلة



تقديم

العالم يتجه نحو نظام قانونى واحد

يتجه المجتمع الدولي لوحدة قانونية واحدة رغم ما به من صراعات وتفاعلات وحروب وتقاتل، فما يمر به المجتمع الدولي منذ فترة ليست بالقصيرة هي البوتقة التي تنصهر فيها الشوائب ويبقى الذهب صافيا، ففي ظل تلك الصراعات والحروب يبحث الناس عن الحق الذي يوحد وينبذ المصالح التي تفرق، فلا يغرنكم علو الباطل الآن في المجتمع الدولي فتبعونه، لأن ذلك فترة مخاض لميلاد الحق الذي يوحد ولا يفرق، وحتى يتم تمييز الخبيث من الطيب فهما علا الباطل فهو زاهق وإلى زوال تلك حقيقة وليست أملا أو تفاعلا، لذلك يتجه المجتمع الدولي إلى تقنين الحق الذي يجمع ولا يفرق فيكون مصدر الأنظمة القانونية في العالم واحد ينطلق من مشكاة الحق ولا يخرج من مستنقع الباطل، وقد ساعد على ذلك عدة عوامل نختصرها في الآتي:

1 - أدت السرعة الفائقة في تطور وسائل ووسائط الاتصال والإعلام إلى معرفة كافية وكاملة للأنظمة القانونية الموجودة في العالم من حيث المصادر والمبادئ العامة والقواعد الآمرة، مما أوجد أفاق عام شامل على بعض تلك المبادئ التي تشترك فيها كافة الأنظمة القانونية الموجودة في المجتمع الدولي، وقد أثر ذلك في ظهور فروع جديدة في القانون الدولي على وجه الخصوص فظهر القانون الدولي لحقوق الإنسان الذي توحد وأقر مبادئ إنسانية تطبق على كافة البشر والشعوب مهما أختلفت أمكانهم ومستواهم الاجتماعي والاقتصادي، وظهر أيضا فرع القانون الإنساني الدولي الذي يعتمد المبادئ الإنسانية العامة في كافة أشكال الصراعات والحروب التي محلها ونطاقها هي الإنسان بغض النظر عن مكانه ومكانته.

2 - ظهور الدراسات الأكاديمية المقارنة في كافة فروع القانون مهما أظهر مدى التوحد والاجتماع على مبادئ عامة وقواعد آمرة لا بد من الاحتفاظ بها وحماية من أى اعتداء يقع عليها من أى جهة.

3 - أدت وسائل ووسائط الاتصال والانتقال والإعلام إلى سرعة انتشار المعلومات في كافة مجالات العلم مما سهل من انتقال المعلومات وسرعتها كما أنه سهل من سرعة الحصول على المعلومات بسرعة فائقة وأهمها شبكة الاتصالات الدولية الأنترنت، مما دفع كافة الجامعات والكليات ومراكز الأبحاث إلى التنافس في نشر ما تملكه من معلومات في كافة مجالات العلم وفروعه المختلفة.

4 - ظهور فكرة الدراسة عن بعد والجامعات والدراسات الإلكترونية التي يمكن مهما بعد المسافات على التلاقي في فضاء واحد بدلا من مكان واحد وتبادل ودراسة المعلومات في كافة فروع العلم المختلفة، مما أدى إلى إثراء كافة فروع العلم وأزدهاها وتقدمها.

5 - أدى التطور الهائل فى تلك الوسائل والوسائط إلى إنخفاض مصاريف الحصول على المعلومات العلمية والدراسة مما وسع من أنتشار الثقافة والعلم بين قطاع لا يستهان به فى الدول والمجتمعات البشرية. رغم كل المساوى التى نتجت عن الأستخدام الخاطئ لتلك الوسائل والوسائط إلا أنها ساعدت زادت من سرعة الوصول لنظام قانونى واحد وموحد.

ومن آيات ذلك مجلة الندوة التى لم تحصر نفسها فى بوتقة ضيقة وتقتصر على القانون والفقهاء الجزائريين لكنها وسعت من أفاقها ونطاقها ومجالها فأعطت فرصة كبيرة لكافة الباحثين فى الدول للإسهام فى أعدادها منذ العدد الأول حتى هذا العدد وتأكيدا لذلك فإن الهيئة الأستشارية لها تتكون من باحثين من مختلف الدول أنفتاحا على العالم وعلى العلم فى كل رجاء من أرجاء المعلومة بحثنا ودراسة توثيقا.

الدكتور: السيد أبو الخير

فهرس البحوث و الدراسات المدرجة ضمن هذا العدد

- 1- د.محمد الساعدي - أستاذ القانون العام - العراق
نظرة في واقع التنظيم القانوني لدمج الميليشيات ..العراق كنموذج للدراسة _____ ص 004
- 2 - د.محمود جميل الجندي - المملكة الأردنية الهاشمية
اثر التقارب الإيراني - الأمريكي على دول المنطقة _____ ص 027
- 3-أ.د . بوضياف عمار - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تبسة - الجزائر
معيار تحديد طبيعة النزاع الإداري في التشريع الجزائري- دراسة مدعمة باجتهادات القضاء
الجزائري. _____ ص 040
- 4- أ. لعلام محمد مهدي - استاذ مساعد بكلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تلمسان- الجزائر
المسؤولية المدنية للصحفي عن عرض صور ضحايا الجريمة _____ ص 063
- 5- د. بودريوه عبد الكريم - أستاذ محاضر أ- كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة بجاية - الجزائر
هل فقَد (الْفُقْدان) القضاء الإداري طابعَهُ الإجتهادي ؟ _____ ص 076
- 6- أ.بومدين فاطمة الزهراء - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة سيدي بلعباس- الجزائر
مضمون التجارب العلمية و الطبية و الضوابط الأخلاقية و القانونية لإجرائها على الإنسان — ص 090
- 7- أ. فايد حفيظة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة مستغانم- الجزائر
المسؤولية المدنية عن إفشاء السر المهني في قانون الأعمال _____ ص 107
- 8-أ. زحاح محمد ، أ يحياوي يوسف - جامعة الجزائر 1 /جامعة الجزائر 3
الشكله العلنية كصورة من صور الشكلية غير المباشرة واثرها على نفاذ العقد _____ ص 125
- 9- أ. نوراني حياة - أستاذة مساعدة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة باتنة - الجزائر
دور الدفاع امام الجهات القضائية الجزائرية _____ ص 139
- 10- أ.جدي وفاء - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة سيدي بلعباس - الجزائر
صور الحماية الجزائرية البيئية في القانون الجزائري _____ ص 152

ملاحظة : ليست هناك معايير محددة في ترتيب المقالات

تخلي المجلة كامل مسؤوليتها عن أي اخلال بالملكية الفكرية من خلال المقالات المنشورة بها

نظرة في واقع التنظيم القانوني لدمج الميليشيات ..

العراق كنموذج للدراسة

View at the reality of the legal regulation for dismantling of militias... Iraq as a case study

محمد الساعدي / دكتوراه فلسفة قانون / أستاذ القانون العام المساعد

dr.mam1980@yahoo.com

مقدمة

لجميع الدول ذات السيادة، سلطة تامة في تشكيل القوات المسلحة وفقاً لقوانينها الداخلية¹، حيث تُلقى مسؤولية الأمن الداخلي على عاتق جهاز الشرطة أو هيئات تطبيق القانون أو قوات الشرطة الأكثر تسليحاً (المعروفة باسم قوات الدرك) وقد توجد بعض الهيئات الأكثر تخصصاً في الأمن الداخلي لتعزيز تلك القوات الأساسية مثل حرس الحدود ووحدات الشرطة الخاصة أو قطاعات من هيئات المخابرات في الدولة، و في بعض الدول، يكون الأمن الداخلي هو المسؤولية الأساسية لـ قوة البوليس السري، هذا من جانب قوى الأمن الداخلي، أما الامن او الدفاع الخارجي فتقوم القوات المسلحة (البرية، البحرية والجوية) بدور أساسي حيث تضطلع بمسؤولية الدفاع عن البلاد ضد المخاطر الخارجية، باستثناء أوقات الاضطرابات الشديدة أو غيرها من حالات الطوارئ، حيث يحظر حظراً صريحاً أن تشترك القوات العسكرية في حفظ الأمن الداخلي، أو يكون ذلك قاصراً على ترخيص المساعدة العسكرية للقوات المدنية كجزء من المبدأ المعاصر الذي يقضي بأن السلطة المدنية هي التي يجب أن تحكم المؤسسة العسكرية²، ويمكن وضع وحدات القوات الخاصة في بعض الحالات تحت قيادة القوى المدنية بصورة مؤقتة من أجل بعض مواقف الأمن الداخلي الخاصة مثل عمليات مكافحة الإرهاب.

وفي حالة نشوب حرب، جميع التشكيلات العسكرية الرسمية، لها الحق بالمشاركة في الأعمال العدائية ضد الطرف الآخر، ويتمتع جميع أعضائها، بجميع الامتيازات والضمانات التي يمنحها قانون الحرب للمقاتلين في ساحة الحرب³، على اعتبار أن وظيفة هذه التشكيلات العسكرية هي صميم واجباتها الرسمية المحددة سواء في خدمة القوات المسلحة، الإلزامية أو الطوعية أو الاحتياطية، هذا من جانب القوات المسلحة النظامية، أما المفهوم المقابل لهذه القوات، أي القوات المسلحة غير النظامية، فمن أجل تعويض غياب السلطة بعد عام 2003 اتجهت أغلب مكونات الشعب العراقي على نحو متزايد بإنشاء الميليشيات أو الجماعات المسلحة الأخرى من أجل الحماية⁴، حيث تعود "استراتيجية الميليشيا" في العراق إلى عهد ما قبل نظام الرئيس المخلوع صدام حسين وسيطرة حزب البعث على السلطة عام 1968، لقد وظفها نظام الحكم الجمهوري أول مرة في ظل دستور 27 تموز 1958 بشكل ممنهج، وكجزء من

¹ - Paul Guggenheim, *Traité de droit international public*, Librairie de l'Université, Georg & Cie., 1953, p.318.

² - Kees Homan, *Civilian Control of the Military, Promoting Good Governance in the Security Sector: Principles and Challenges*, Editors Mert Kayhan and Merijn Hartog The Centre of European Security Studies, February 2013, p.83.

³ - Lassa Francis Oppenheim, *international law*, London, 1957, P.256.

⁴ - Human Rights Report, UN Assistance Mission for Iraq, 1 November - 31 December 2006.

السلطة السياسية على شكل قوات مسلحة غير نظامية في ظل دساتير الحكم الجمهوري، كما عرفت هذه الظاهرة لدى صفوف المعارضة العراقية (الجناح العسكري) التي كانت تقاوم النظام البعثي كما سنرى ذلك لاحقاً. حل الميليشيات أو دمجها في القوات المسلحة العراقية يشكل تحدياً كبيراً تواجهه الحكومة العراقية، فالقانون الدستوري العراقي ينص على أن تشكيل ميليشيات عسكرية خارج إطار القوات المسلحة محظور، وعلى الرغم من هذا الحظر، لا تزال فعالية الميليشيات بالعمل في جميع أنحاء العراق.

يمثل المشهد العراقي مجموعة من المسائل العنصرية لمختلف القوى والفاعلين داخل العراق، فبنية المجتمع العراقي وما يتسم به من تعددية في الانتماء ستؤثر بالتأكيد في مستقبل العراق، خصوصاً في ظل تعدد المرجعيات المجتمعية المنبثقة عن تلك التعددية الانتمائية، نظراً لهشاشة المرجعيات السياسية المتولدة عن التغيب القسري للقوى السياسية المعارضة والمنع التام لقيام أي تفاعلات سياسية على الساحة العراقية الداخلية وعلى مدى عقود عدة، مما أدى بالحصلة إلى ضعف النخب السياسية البديلة، ومن ثم ضعف تأثيرها¹.

وفي ظل هذه التوصيفات تتنوع وتتعدد مداخل الصراع ضمن إطار الدولة الواحدة، إذ إنها قد تأخذ شكلاً طائفيًا، اجتماعياً أو سياسياً، أو شكلاً دينياً عقائدياً، كما ويكون من الممكن أن يجمع الصراع بين اثنين أو أكثر من هذه المداخل أو التوصيفات، الأمر الذي يضيف على الصراع تعقيدات ليست من السهولة بمكان، خصوصاً إذا ما حاول أطرافه التمسك "بمخوق تاريخية" محاولين أضعاف صفة النزاع القانوني بدلاً عن الصراع المصلحي، ومع قيام حالات التمرد يظل الهاجس الأمني الأكثر أهمية بالنسبة للبلدان النامية في القرن الحادي والعشرين، ولكن في كثير من البلدان، شرعت لتشكيل ميليشيات كعملية "إرضاء عكسية" استبدلت بهيمنة سلطة الدولة على إثرها².

تُطرح تساؤلات لمعرفة أهمية هذه الدراسة والوقوف على طبيعة بنية الميليشيات المسلحة وعلاقتها بالدولة وكيفية التعامل معها، مدى اضطراب هذه الظاهرة و انتشارها بما يمكن أن تؤديه من دور في تفكك مفهوم الدولة، ضرورة التفريق بين الإرهاب والمقاومة، ومن هنا كان ثمة سمات متقاطعة بين صور العنف الذي تُحدثه الميليشيات بصور العنف الذي يصدر عن الإرهاب، بل ان ذلك جعل ثمة اختلاط بين مفهوم الإرهاب ومفهوم الميليشيات كظاهرتين لهما دور متباين ومتنامي في الصراع السياسي الدولي والإقليمي، كالميليشيات المشروعة وغير المشروعة أو المقاومة المشروعة وغير المشروعة، كما تهدف الدراسة إلى تحديد مفهوم الميليشيات ومبررات وأسباب وجودها والتوصل إلى مقترحات تساعد الدول في تفكيك بنية هذه الميليشيات وحلها ونزع سلاحها³ ودمجها⁴ في المجتمع المدني من خلال إيجاد إطار دستوري وقانوني لها، يقوم على التمييز بين الميليشيا النظامية والميليشيا غير النظامية.

حيث تنطلق فرضية الدراسة من وجود علاقة ارتباطية بين ظهور الميليشيات المسلحة في الدول العربية وبين طبيعة الأنظمة السياسية الحاكمة، فالنظم السياسية التي تتسم بالاستبداد وغياب الديمقراطية وعدم التداول السلمي للسلطة يؤدي إلى خلق مناخ ملائم لتكوين ميليشيات مسلحة من جهة، ومن جهة أخرى ثمة علاقة طردية بين غياب السلطة

¹ - د. ايناس عبد السادة على العنزي، الاستراتيجية الامريكية وادارة صراع الارادات السياسية على الساحة العراقية، مجلة الدراسات الدولية، كلية العلوم السياسية، جامعة بغداد، العدد الحادي والأربعون، 2009، ص 69.

² - Jago Salmon, Militia politics the formation and organisation of irregular armed forces in Sudan (1985 - 2001) and Lebanon (1975 - 1991) Berlin, Humboldt- Univ. Diss, 2006, p.34.

³ - يقصد بنزع السلاح عملية جمع الأسلحة الصغيرة والأسلحة الخفيفة والثقيلة والتخلص منها .

⁴ - إعادة الدمج تعني تدابير المساعدة التي تتاح لمقاتلين القوات المسلحة غير النظامية تهدف إلى زيادة إمكانية استيعابهم في المجتمع المدني، على الصعيدين الاقتصادي والاجتماعي.

وبين نمو حركة الميليشيات المسلحة ، كما توجد ثمة العديد من الصعوبات المفاهيمية التي تحيط بمفهوم الميليشيات، والتي تجعل من الصعب الوصول الى تحديد مجرد للكلمة ، دون إدخال عناصر خارجية ، تتمثل في مجموعة الآراء المتباينة حول مدى شرعية التنظيمات التي تمارس نمطية القوة في الصراع ، وبطبيعة الحال فإن هذه الصعوبة في التعريف للمصطلح ستتبع عنه صعوبة أخرى ملازمة له وهي توافق الدول في النسق العام لتتوصل الى مصاديق واحدة متفق عليه لهذه الظاهرة .

أصبحت الميليشيات أحد أهم العناصر المؤثرة في العديد من المؤسسات السياسية العربية، بعدما أصبح لها دور كبير في تحديد مفاعلات السياسة الداخلية للدولة ، الأمر الذي أستوجب بحث هذه الظاهرة بشكل مهجي أكاديمي وهنا تكمن أهمية هذه الدراسة ، وما نقصده من مقارنتنا لهذا الموضوع جانبه القانوني مبتعدين قدر الإمكان عن جوانبه السياسية ما استطعنا الى ذلك سبيلا ، والتي لا نستطيع ان نكون بمنحاة منها لأن الموضوع بطبيعته قانوني وسياسي ، حيث سنقسم بحثنا هذا الى ثلاثة مباحث ، نناقش حق حمل السلاح والاحتفاظ به في المبحث الأول ، التعريف بمفهوم الميليشيا والتأصيل التاريخي لتكوينها في العراق في المبحث الثاني ، وحل الميليشيات ودمجها في الدستور العراقي بالمبحث الثالث ، نختتمه باستنتاجات وتوصيات .

المبحث الاول : حق حمل السلاح والاحتفاظ به

كتب جيمس ماديسون في الأوراق الفيدرالية (ان تكون مسلح .. يمتلك هذه الميزة الامريكويون فقط من دون بقية الامم الاخرى ، على الرغم من ان المؤسسات العسكرية في عدد من ممالك أوروبا، تضطلع بإدارة الموارد العامة، فإن الحكومات تحشى ائتمان الشعب على الاسلحة)¹.

حق امتلاك وحمل الأسلحة هو المصطلح الذي يوضح بأنه للناس حقوق شخصية في امتلاك الأسلحة للاستخدام الشخصي، أو حق حمل الأسلحة في الجيش أو كلا الحقين، حيث يختلف حق امتلاك وحمل الأسلحة بشكل كبير حسب القوانين في كل دولة ويعد من أحد أكثر مواضيع حقوق الإنسان جدلا في السياسة المحلية والدولية. عبارة "حق الحفاظ وحمل السلاح" استخدمت لأول مرة في نص التعديل الثاني لدستور الولايات المتحدة، والمفهوم العام لهذا الحق يختلف على نطاق واسع من بلد الى آخر ، لذا سنقوم بالتحليل بشيء من الإيجاز لهذا في دستور الولايات المتحدة، وبقية دساتير الدول المقارنة.

المطلب الأول : مفهوم الحق في حمل الأسلحة والاحتفاظ بها في دستور الولايات المتحدة 1787

يرجع نظام الميليشيات الى التاريخ العسكري للولايات المتحدة الامريكية من فكرة الدفاع عن الوطن وحماية البلاد من تعسف محتمل للحكومة أو لجيش محترف² ، حيث ينص التعديل الثاني لدستور الولايات المتحدة على ان "

¹ - الكسندر هاملتون، جيمس ماديسون، وجون جاي؛ الأوراق الفيدرالية، الورقة رقم 46، ترجمة عمران أبو حجلة، مراجعة أحمد ظاهر، عمان، دار الفارس للنشر والتوزيع، الاردن، 1996، ص 343.

² - لعبت الميليشيا دورا رئيسيا في القتال من أجل ثورة الاستقلال الامريكية ، خاصة في طرد البريطانيين من بوسطن عام 1776 وأسر الجيش البريطاني في ساراتوجا عام 1777، ولكن معظم المعارك خاضها الجيش القاري الذي ضم الجنود النظاميين.

الميليشيا المنظمة تنظيمًا جيدًا ضرورية لأمن دولة حرة كما لا يجب انتهاك حق الناس في امتلاك الأسلحة، وهذه فقرة يدور حولها نقاش ساخن بين من يعارضون حرية امتلاك الأسلحة ومن يدعون إليها، ولقد عوضت ميليشيات الدولة بحرس وطني سنة 1916، لكن برز في تسعينيات القرن المنصرم مرة ثانية اهتمام بميليشيات المواطنين وشكلت العديد من الولايات تنظيمًا من هذه التنظيمات، ويسيطر على بعض هذه التنظيمات وطيون من اليمين ومؤمنون بنظريات المؤامرة حيث يرون أن الحكومة أصبحت مستبدة ولذا يجب اتخاذ إجراءات لحماية أنفسهم قبل فوات الأوان.

فمفهوم الميليشيا يؤكد إرتباط استخدام هذه الظاهرة بأبن وجود المستعمرات البريطانية سابقاً، من حيث كونها جيوش تتميز بالصبغة أو الصفة الشعبية التي تتلقى التدريبات العسكرية الأولية وتستنهض للأغراض الدفاعية¹. يذهب يوجين فولوك الى انه كما تشكل الجيوش في زمن السلم خطراً على الحرية، فإنها لا يجب أن تستمر حتى، ويجب أن تبقى المؤسسة العسكرية تحت تبعية صارمة تحكمها السلطة المدنية، لا شيء وارد في هذه الوثيقة يجب تبريره لممارسة إخفاء حمل السلاح، أو منع الهيئة التشريعية من سن قوانين جزائية ضد الممارسة المذكورة².

المواقف البريطانية تجاه الحق في الاحتفاظ وحمل السلاح أثر على واضعي قانون الحقوق (Bill of Rights) حيث تشير المؤرخة (جويس لي مالكوم) الى ظهور حق الأفراد في السلاح في ذلك الوقت، حيث أن لائحة الحقوق الإنجليزية أشارت الى ذلك الحق سابق على اللائحة ولا سبيل الى الشك فيه، كان هذا التراث الذي أخذه الانجليز معهم إلى المستعمرات الأمريكية وهذا التراث الذي حارب من أجله الأمريكيين لحمايته في حرب الاستقلال عام 1775³.

تم مناقشة الجهود البريطانية لنزع سلاح سكان بوسطن حيث تم ضبط (1,778 بندقية، 973 من الحراب، 634 مسدس) في اعلان 6 يوليو 1775، وجرى البحث في أسباب وضرورة حمل السلاح من قبل الكونغرس القاري، مثل هذه التجارب غير المرضية لجهود الحكومة في نزع سلاح الشعب بمثابة قوة دافعة على ضرورة تضمين حق حمل السلاح في دساتير الولايات وكذلك في وثيقة الحقوق⁴.

التعديل الثاني من دستور الولايات المتحدة الأمريكية 1787 ينص على (حيث أن وجود ميليشيا حسنة التنظيم ضروري لأمن أية ولاية حرة، لا يجوز التعرض لحق الناس في اقتناء أسلحة وحملها)⁵.

عناصر ضمانات الحرية الفردية في إطار الدولة الفيدرالية هي: الدستور الإتحادي ودساتير الولايات، دساتير تسعة وثلاثين (39) ولاية تضمن الحق في التسلح، بينما ولاية كاليفورنيا وديلاوير وأيووا، ميريلاند، مينيسوتا، نبراسكا، نيو جيرسي، نيويورك، داكوتا الشمالية، فيرجينيا الغربية، ويسكونسن لا توجد لديها ضمانات محددة تجيز حمل السلاح في

John Shy, A People Numerous and Armed, Reflections on the Military Struggle for American Independence Revised Edition, 2004, university of Michigan, p.159.

¹ - نوال موسى إبراهيم آل يوسف، الطبيعة السياسية والاجتماعية للميليشيات في العالم العربي، الجنويد والبشمركة كحالتين للدراسة برسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، الاكاديمية العربية المفتوحة في الدانمارك، أيلول، 2009، ص 21.

² Eugene volokh, State constitutional rights to keep and bear arms, Texas Review of Law & Politics, The University of Texas at Austin, Vol. 11, No. 1, 2006, P.212.

³ - Joyce lee Malcolm, to keep and bear arms: The Origins of an Anglo-American Right, 1994, p. 134.

⁴ - Robert dowlut, the right to keep and bear arms: a right to Self-Defense against Criminals and Despots, Stanford Law & Policy Review, 1997, p.25-40.

⁵ - The constitution of the United States of America with Explanatory, the world book encyclopedia, 2004 World Book, Inc, U. S. department of state Bureau of International Information Programs 2004, p.33.

دساتيرها، ومع ذلك تضمنت دساتير ستة ولايات الحق الطبيعي لجميع الأشخاص في الدفاع عن النفس¹، بينما تعتبر ولايتين أخريين² الحق في الحياة حق متأصل وطبيعي، والدفاع عن حياة المرء عادة لا يمارس بشكل فعال مع يدين عاريتين³.

التعديل الثاني في صيغته النهائية يضمن أن وجود مليشيا حسنة التنظيم ضروري لأمن أية ولاية حرة، وبحق الشعب بحمل واقتناء السلاح لا يجوز أنتهاكه، وهذا الحق الذي يحميه التعديل الثاني "حق جماعي" من الولايات للحفاظ على الميليشيا التابعة لها أكثر مما هو حق فردي.

بل يذهب راندي بارنيت⁴ إلى أن قراءة التعديل الثاني للدستور من خلال ادعاء ارتباطه بالولايات فحسب بدلا من الأشخاص الطبيعيين، قراءة مضللة، أن وجهة النظر الصحيحة أن طابع الحق بحمل السلاح فردي، ويستدل على هذا الرأي بعدم وجود باحث يفسر التعديل الثاني للدستور الأمريكي مهما كانت موقفه المتشدد من حق امتلاك السلاح، ليطالب بجعل هذا الحق "جماعي" فحسب، فالتعديل الثاني يشير أصلا إلى حق فردي.

وكان الهدف من التعديل الثاني تحقيق هدفين متميزين، ينظر اليهما كعنصران في الحفاظ على الحرية، أولا، كان من المفترض أن يضمن حق الفرد في أن يكون له سلاح للدفاع عن النفس، والهدف الثاني المتعلق بالمليشيا، وهذا هو إزدواج الهدفين الذي تسببا في معظم الأرباك، حيث أستلزمت الميليشيا الأمريكية جمهوراً مسلحاً، فالبند المتعلق بالمليشيات لا يقصد منه الحد من ملكية الأسلحة لأفراد الميليشيا، أو لإعادة سيطرة الميليشيات على الولايات، بل للتعبير عن تفضيله للمليشيا أكثر من الجيش النظامي⁵.

وهكذا فإن السلطات الممنوحة للكونغرس وفق المادة (1 / الفقرة الثامنة) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية (إعلان الحرب، والتفويض برد الاعتداء، إنشاء الجيوش وتأمين نفقاتها، وضع أحكام لدعوة الميليشيا إلى تنفيذ قوانين الاتحاد، وقمع التمرد وصد الغزو، وضع أحكام لتنظيم وتسليح وتدريب الميليشيا، وإدارة أقسامها التي قد تكون عاملة في خدمة الولايات المتحدة، محتفظاً للولايات، كل على حدة، بحق تعيين الضباط، وسلطة تدريب الميليشيا وفقاً للنظام الذي يضعه الكونغرس)⁶.

ومع ذلك فإن دستور الولايات المتحدة الأمريكية لا يسمح لأية ولاية، دون موافقة الكونغرس، أن تحتفظ بقوات عسكرية أو سفن حربية في وقت السلم، أو تشتبك في حرب إلا إذا غزيت فعلاً، أو إذا كان هناك خطر داهم لا يسمح بالتأخير⁷، ويكون رئيس الولايات المتحدة الأمريكية قائداً أعلى لجيش وبحرية الولايات المتحدة، ومليشيات مختلف الولايات عندما تدعى إلى الخدمة الفعلية لدى الولايات المتحدة⁸.

1- California; Delaware; Iowa; New Jersey; North Dakota & West Virginia constitution.

2- Nebraska & Wisconsin Constitution.

3- Robert Dowlut and Janet A. Knoop, State Constitutions and the Right to keep and Bear Arms, Oklahoma City University Law Review, 1982, p.178.

4- Randy E. Barnett Was the Right to keep and Bear Arms Conditioned on Service in an Organized Militia, Book Review Essay, Texas Law Review, volume 83, March 2005, p. 238.

5- Joyce lee Malcolm, op.cit.at 162-63.

6- Constitution of united state of America on Article (1) section 8, 12, 15, and 16.

7- Constitution of united state of America on Article (1) section 10, 3.

8- Constitution of united state of America on Article (2) section 2.

كان الغرض من التعديل الثاني ببساطة على حد تعبير (دون كيتس جونور) من أجل وضع القوات العسكرية المنظمة والمرتبطة بالولايات تكون خارج سلطة الحكومة الاتحادية لنزع سلاحها، وضمن أن الولايات سيكون لها دائماً قوة كافية تحت قيادتها للحد من إساءات السلطات الاتحادية على حقوقهم ومقاومتها بالسلاح إذا لزم الأمر¹. وكانت قضية مقاطعة كولومبيا وآخرون ضد هيلر معلماً بارزاً لقضاء المحكمة العليا في الولايات المتحدة في 26 يونيو 2008 والتي جاء في حيثياتها أن التعديل الثاني لدستور الولايات المتحدة يحمي حق الفرد في امتلاك سلاح ناري لأغراض مشروعقة تقليدياً، مثل الدفاع عن النفس²، وفي قضية ماكدونالدز ضد شيكاغو قررت المحكمة العليا في الولايات المتحدة بأن التعديل الثاني ينطبق على الولايات بصورة فردية، ورأت المحكمة أن حق الفرد في الاحتفاظ وحمل السلاح الذي يحميه التعديل الثاني تم تضمينه في التعديل الرابع عشر ينطبق على الولايات³.

المطلب الثاني : مفهوم حق الاحتفاظ بالأسلحة وحملها في الدساتير المقارنة

الحق في المقاومة سمة مشتركة لدساتير دول العالم في أوائل القرن الثامن عشر، حيث أحتوى ما لا يقل عن خمسة وعشرون بالمائة من هذه الدساتير على حق المقاومة والاطاحة بالحكومات الظالمة بالقوة، وعلى مدى المئتان سنة الماضية، نرى عدداً متزايداً من الدول تخول الشعب دستورياً بإسقاط حكوماتها في حالة إتخاذ الحكومة لإجراءات غير شرعية⁴.

المادة (10) من دستور المكسيك الصادر في 31 كانون الثاني 1917 تنص على (بحق لسكان الولايات المكسيكية المتحدة حيازة الاسلحة من أي نوع لحمايتهم والدفاع الشرعي، باستثناء تلك ممنوعة صراحة بموجب القانون، أو التي قد تحوزها الدولة للاستخدام الحصري من قبل الجيش والقوات البحرية، أو الحرس الوطني، مع عدم حمل السلاح داخل الأماكن المأهولة بالسكان دون الامتثال للوائح الشرطة)⁵.

كما تضمنت المادة 10 من دستور المكسيك لعام 1857 نص مماثل للتعديل الثاني لدستور الولايات المتحدة، من حق جميع الناس بحيازة وحمل الأسلحة لأمنها والدفاع عن نفسها⁶، كما حظر إيذاء الجنود في منازل خاصة في أوقات السلم (بنفس المعنى الوارد تقريباً في التعديل الثالث لدستور الولايات المتحدة الأمريكية)⁷.

¹ Don B.Kates, Jr., Handgun Prohibition and the Original Meaning of the Second Amendment, Michigan Law Review, 1983, p. 204-273.

² Supreme Court of the united state ,District of Columbia et al. v. Heller ,No. 07-290,Decided June 26, 2008, available at ;

<http://www.law.cornell.edu/supct/html/07-290.ZS.html>

³ Supreme Court of the united state , McDonald ET AL. v. city of Chicago, Illinois ,ET AL.No. 08-1521,Decided June 28, 2010, available at ;

<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1521.pdf>

⁴ Tom Ginsburg, Daniel Lansberg-Rodriguez & Mila Versteeg, When to Overthrow your Government: The Right to Resist in the World's Constitutions, UCLA Law Review, Vol. 60, No. 5, 2013 ,p.1228.

⁵ look Original texts (Artículo 10. Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas).

⁶ Wilfrid Hardy Callcott, Church and State in Mexico: 1822-1857, (Duke University Press: 1926), reprinted (New York, Octagon Books: 1971), p.287.

⁷ Clayton E. Cramer, The 1824 Constitution of Mexico: Roots Both Foreign & Domestic, History 433, April 24, 1993, p.4 ,available at:

<http://www.claytoncramer.com/unpublishedMexconst.pdf>

تنص الفقرة السادسة والعشرين من المادة التاسعة والأربعون بعد المائة من دستور مملكة أسبانيا الصادر في 29 كانون الاول 1978 "للدولة صلاحيات من اختصاصها فقط في المجالات التالي، أنظمة الإنتاج والتجارة والإستملاك واستخدام الأسلحة والمتفجرات".

وتقر المادة الثالثة من دستور جمهورية كوبا لعام 1992 بأن "سيادة جمهورية كوبا تكمن في الشعب، ومن الشعب تتبع كل السلطات في الدولة، وتتمارس هذه السلطة مباشرة أو عن طريق المجالس الشعبية وأجهزة الدولة الأخرى وفقاً للقواعد المنصوص عليها في الدستور والقانون، وعندما لا يوجد سبيل آخر ممكن، للمواطنين الحق في النضال من خلال جميع الوسائل بما في ذلك الكفاح المسلح، ضد كل من يحاول قلب النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي القائم وفق هذا الدستور".

كما تنص المادة (60) من دستور كوريا الشمالية الصادر في نيسان 2009 أن (الدولة تنفيذ خطة الدفاع من خلال الاعتماد على النفس، وتحديث الجيش، وتسليح كل الشعب وتحصين البلاد على أساس تجهيز الجيش والشعب سياسياً وأيديولوجياً)، كما تنص المادة الحادية والخمسون بعد المائة من دستور الجمهورية الإسلامية في إيران الصادر في 24 تشرين الاول 1979 "بحكم الآية الكريمة" وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم وآخرين من دونهم لا تعلمونهم الله علمهم" فإن الحكومة مسئولة عن إعداد البرامج، والإمكانيات اللازمة للتدريب العسكري لجميع أفراد الشعب، وذلك وفقاً للموازين الإسلامية، بحيث تكون لجميع أفراد القدرة على الدفاع المسلح عن البلاد، وعن نظام جمهورية إيران الإسلامية، إلا أن حيابة الأسلحة يجب أن تكون بإذن السلطات المسئولة، حيث يجيز هذا النص الدستوري تطوع المدنيين لمواجهة الأخطار المحتملة التي قد تواجه تلك الدولة.

كما قررت ديباجة دستور جمهورية التشاد الصادر في 31 آذار 1996 (نحن شعب التشادي، نعلن رسمياً حقنا وواجبنا بمقاومة وعصيان أي فرد أو مجموعة، في الدولة تتولى السلطة بالقوة أو أن تمارسها مخالفة للدستور الحالي؛ كما نؤكد معارضتنا الكلية لأي نظام قائم على سياسة التعسف والدكتاتورية والظلم والفساد والابتزاز والحسوية والعشائرية والقبلية والطائفية، أو مصادرة السلطة؛ هذه الديباجة هي جزء لا يتجزأ من الدستور).

كما تضمن المادة (8/416) من دستور الأكوادور الصادر في 20 تشرين الاول 2008 (دولة لإكوادور تدين كل أشكال الاستعمار و التمييز العنصري أو التفرقة، كما تعترف بحق الشعوب في تحرير أنفسها من هذه الأنظمة القمعية). مما سبق ذكره، منحت بعض الدساتير المقارنة حق حمل السلاح وأضفت عليه طابع جماعي لممارسته من أجل مقاومة الظلم والطغيان، والبعض الآخر من الوثائق الدستورية المقارنة سمح بحمل الأسلحة واستخدامها إذا ما واجه الشعب تهديد للنظام السياسي القائم من دون الإشارة الى طبيعة ممارسة هذا الحق بصورة جماعية أو فردية .

في العراق لم تعرف الوثائق الدستورية مفهوم الحق في الاحتفاظ وحمل الأسلحة، وكل ما تضمنته محتوياتها في العهد الجمهوري بعد سقوط النظام الملكي عام 1958 أن للعراقيين حق الاجتماع في هدوء غير حاملين سلاحاً ودون حاجة إلى إخبار سابق والاجتماعات العامة والمواكب والتجمعات مباحة في حدود القانون¹.

كما تضمن دستور العراق المؤقت الصادر في 16 تموز 1970 بأن "تتولى الدولة وحدها إنشاء القوات المسلحة، ولا يجوز لأية هيئة أو جماعة إنشاء تشكيلات عسكرية أو شبه عسكرية"².

¹ - ينظر المادة 32 من الدستور العراقي الصادر في 29 نيسان 1964 المؤقت.

² - الفقرة (ج) من المادة (31) من الدستور العراقي المؤقت الصادر في 16 تموز 1970 .

المبحث الثاني: التعريف بمفهوم الميليشيا والتأصيل التاريخي لإنشائها في العراق

يقول العالم اللغوي الأمريكي نوح وبستر (1758-1843) " قبل فرض سيطرة الجيش النظامي ، لا بد من نزع سلاح الشعب، كما هي الحال في أغلب الممالك الأوروبية، السلطة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية لا يمكنها أن تفرض القوانين الجائرة بحد السيف، لأن الناس مسلحين، حيث تشكل الأخيرة قوة متفوقة على أي فرقة من القوات النظامية"¹.

من أجل الوقوف على مفردات هذا المبحث بشكل مفصل ، لا بد من توخي أولاً التعريف القانوني لمفهوم الميليشيا، والتطرق للأساس التاريخي لإنشائها في العراق.

المطلب الأول : مفهوم الميليشيات

كتب نيكولو مكيافيلي في كتابه فن الحرب "كما كان الجزء الأكبر من الرومان وغيرهم ممن قادوا الجيوش، لم تكن لهم أي مشكلة سوى إبقاء هذه الجيوش بصورة جيدة الأهتمام بتوجيهها بشكل آمن، أما الآخرون الذين لا يلتزمون بالتعلّب على العدو فقط، لكن، قبل أن يصلون إلى النصر، يستوجب عليهم، ترتيب جيوشهم وتنظيمها ، هؤلاء بدون شك يستحقّون الثناء"².

أعتمد على نظام الميليشيا في بداية نشأت المستعمرات الأمريكية التي كانت تواجه تهديد مستمرا ومفاجئ من قبل الهنود أو من المنافسة الاستعمارية، البريطانية، الفرنسية والاسبانية³، وحتى لو قررت المستعمرات الأمريكية إنشاء جيش نظامي دائم، فإنها تواجه صعوبات كتحمل التكاليف أو تحرير القوى العاملة في المستوطنات، تحول دون ذلك، بدلا من ذلك، تم الاعتماد على الأسلوب القديم الذي كان لا يزال شائعا في انكلترا، الأ وهو نظام الميليشيات⁴.

وكانت "الميليشيا" تتكون من المواطنين الذكور البالغين، الذين لم يسمح لهم بالإحتفاظ بأسلحتهم الخاصة بهم، ولكن تحتاج الى القيام بذلك بشكل إيجابي، في التقاليد الإنجليزية وفي حقبة ما قبل الاستعمار لم تكن هنالك قوة للشرطة ولا جيش دائم في وقت السلم، بل عندما تتعرض الدولة لتهديدا على نطاق واسع كغزو، تتم تعبئة الميليشيا المدنية للخدمة العسكرية، فمنذ القدم كان كل رجل إنجليزي حر مسموح له ويطلب منه ان يحتفظ بأسلحة شخص من طبقته، يستطيع تطبيق القانون والخدمة العسكرية⁵.

إن مصطلح الميليشيا من مفردات اللغة الفرنسية (malice) أو اللاتينية (militia) وهو موغل في القدم، كما أن أصل كلمة الميليشيات مُشتقة من مصطلح (militia) اللاتيني miles أو milites بمعنى "جندي، رجل مسلح، أو

¹- Noah Webster, an Examination into the Leading Principles of the Federal Constitution, The Federalist Papers Project, p.17.

²- Niccolò Machiavelli, the Art of War, rans. Christopher Lynch, Chicago 2003, P.161.

³- Robert Dowlut, the Right to Arms: Does the Constitution or the Predilection of Judges Reign? Oklahoma Law Review. 36, 1983, p.69.

⁴- Don B. Kates, Jr. op. cit., p.2012.

⁵- Colin Greenwood, Firearms Control a Study of Armed Crime and Firearms Control in England and Wales, London, 1972, p.7.

رجل محارب لقاءً ثمن¹، فهذا المفهوم يقصد منه كل مدني جندي في زمن الحرب أو حالة طوارئ، يتخلى عن صفته المدنية ويلتحق بالواجب العسكري المؤقت².

التصورات الأولى لمفهوم الميليشيا المدنية التي تتسق مع وجهات نظر المركزية الرسمية، يمكن إرجاعها إلى الدلالة اللاتينية - وهو ما يعادل مصطلح الميليشيا المدنية مع "الحرب، والخدمة العسكرية، وجندي"³.

وجهات النظر الأخيرة تصور مصطلح وحدات إضافية أو مساعدة للقوات المسلحة الرسمية، وفيما يلي أمثلة على المفاهيم المركزية الرسمية للميليشيات المدنية، منظمة عسكرية تتألف من المواطنين المتحقيين والمتدربين للخدمة في أوقات الطوارئ الوطنية، ويمكن تشكيل هذه الميليشيا إما عن طريق التطوع أو التجنيد الإلزامي⁴، فالجيش المدني متكون من الرجال الأحرار الذين تتراوح أعمارهم بين ستة عشر وستين سنة الذين أدوا الخدمة العسكرية الإلزامية في بعض الأحيان لحماية بلادهم، أو المستعمرة، أو الدولة، والمسلحون والفرق المتدربة من السكان المحليين الذين يجب تسليحهم في وقت قصير للدفاع عن أنفسهم⁵.

التعريفات السابقة تشير ضمناً إلى عدم إستقرار مظاهر السيادة وعدم ثبات الوظائف التي تقع على الدولة الحديثة بصورة حصرية في تعاملها مع المواضيع المسلم بها، كحماية الدولة، والخدمة العسكرية الإلزامية، والدعوة في وقت قصير إلى الدفاع عن النفس الجماعي، وما إلى ذلك⁶، مما يبرر نشوء هذه الظاهرة.

طُرحت عدة نظريات ومدخلات لتفسير مسببات نشأة وتكوين الميليشيات، المدخل السياسي يتجه إلى أن القصور في الانظمة السياسية وإساءة استخدامها للسلطة وتعسفها، هو الدافع الأساسي لتشكيل الميليشيات التي تلجأ إليها قوى المعارضة للنظام السياسي القائم في أي دولة، كما هو الحال مع القوات المسلحة غير النظامية الكوردية والشيعية التي شكّلت لمقاومة النظام العراقي السابق، وميليشيات نمر التأميل وميليشيات الجيش الإيرلندي الجمهوري⁷.

أما المدخل القانوني يفسر معتنقوه هذه الظاهرة كردة فعل حتمية لإضمحلال قوة القانون، إذ أن إنعدام الأسس القانونية في التعامل مع المواطنين داخل البلد يولد بشكل طبيعي نمو الميليشيات، كما يتوافر الدافع القانوني لوجود ميليشيا مسلحة في الدولة الواقعة تحت الاحتلال، بهدف نيل التحرر ومناهضة الإحتلال وفق مبادئ الأمم المتحدة والقانون الدولي.

أما المدخل النفسي لتفسير هذه الظاهرة، أن الشعور بالإضطهاد هو الدافع الأساسي وراء تكوينها، وبالتالي اعتبارها نتيجة وليست سببا، بمعنى أن نشوء ظاهرة الميليشيات نتيجة حالات الإهمال والإقصاء والفقر والبطالة، التي تُسلط على جماعة معينة أو أقلية دينية أو سياسية.

¹ - نوال موسى إبراهيم آل يوسف، مصدر سابق، ص 16.

² - Robert Dowlut and Janet A. Knoop, State, op. cit., p.190.

³ - Answers.com "Militias" available ;

<http://www.answers.com/topic/militia>

⁴ - Answers.com "Militias" available ;

<http://www.answers.com/topic/militia> accessed 29th June 2005.

⁵ - <http://www.pbs.org/williamsburg/calltoarms/glossary.html>

⁶ - Usman A. Tar , The perverse manifestations of civil militias in Africa Evidence from Western Sudan, Peace, Conflict and Development: An Interdisciplinary Journal, Vol. 7, July 2005, p. 140. Available at ; <http://www.peacestudiesjournal.org.uk>

⁷ - نوال موسى إبراهيم آل يوسف، مصدر سابق ص 31.

لاحظ الأستاذ موريس ديفرجيه وجود صلة وثيقة بين الميليشيات المدنية والجيش النظامي في الدولة¹، والافتراضات الأساسية التي تكمن وراء المفهوم المركزي الرسمي للميليشيا المدنية أنها تتسم بسمات هي:

- 1- التنظيم الطوعي أو عن طريق التجنيد الإلزامي .
 - 2- المحافظة، والرعاية من قبل الدولة .
 - 3- الهيكلية التنظيمية وفق تقاليد وقيم النظام العسكري النظامي² .
- وتتعرز الافتراضات التالية التي تعتبر من قبل توصيف للميليشيات الغير نظامية :
- 1- جيش يتألف من المواطنين المدنيين بدلا من الجنود المحترفين.
 - 2- قوة عسكرية ليست جزءا من الجيش النظامي وتخضع للخدمة في أوقات حالات الطوارئ.
 - 3- التشكيل العسري شبه النظامي يتكون من المدنيين اللائقين بدنيا ومؤهلين للخدمة العسكرية بموجب قانون الخدمة العسكري³ .

وجدت الإشارة لمفهوم الميليشيات في معاهدة جنيف الثالثة المتعلقة بمعاملة أسرى الحرب المؤرخة في 12 آب 1949 ولكن بأسلوب تلميحى مقتضب "أفراد الميليشيات الأخرى والوحدات المتطوعة الأخرى، بمن فيهم أعضاء حركات المقاومة المنظمة، الذين ينتمون إلي أحد أطراف النزاع ويعملون داخل أو خارج إقليمهم، حتى لو كان هذا الإقليم محتلا، علي أن تتوفر الشروط التالية في هذه الميليشيات أو الوحدات المتطوعة، بما فيها حركات المقاومة المنظمة المذكورة:

- (أ) أن يقودها شخص مسؤول عن مرؤوسيه،
 - (ب) أن تكون لها شارة مميزة محددة يمكن تمييزها من بعد،
 - (ج) أن تحمل الأسلحة جهرا،
 - (د) أن تلتزم في عملياتها بقوانين الحرب وعاداتها⁴.
- كما يتم التمييز أيضا بين نوعين من الميليشيات على وجه الدقة، "ميليشيات حكومية مجازة من قبل الدولة، وميليشيات مدنية خاصة خاضعة للحكومة أيضاً، ولغاية هذا الإطار يتعزز دور سلطة الدولة في هذا المجال⁵ .

¹ - يرى موريس ديفرجيه ان الميليشيا المدنية كقوة عسكرية غير نظامية تنتظر وفق نظرة جيش النظامي، من خلال الأضطلاع بمهام معينة وفرض روح التضامن، والتعبئة، والانضباط والتدريب والاستعداد القتالي، على الرغم من أن التعريف الذي يطرحه ديفرجيه لا يشير الى دور "الدولة" ومركزيتها في تنظيم القوات المسلحة النظامية وغير النظامية التي تكون ضمناً تحت تصرفها .

Maurice Duverger, *Political Parties, London; Methuen & Co., 1967, pp. 36-7.*

² - في كثير من الدول، تقوم الدولة بتشكيل الميليشيات من المتطوعين، على الرغم من أن ذلك قد يبدو مناقضا للناحية الواقعية، ففي الولايات المتحدة الأمريكية يفوض الدستور الدولة بتجنيد القوات شبه العسكرية في أوقات الطوارئ الوطنية.

See "Militia history and Law FAQ" available ;
<http://www.adl.org/mwd/faq2.asp>

³ - Answers.com "Militias" available ;
<http://www.answers.com/topic/militia?method=5>

⁴ - المادة (2/4) من اتفاقية جنيف الثالثة لعام 1949.

⁵ - see "Contemporary militias, political ideology and terrorism" available at :
<http://www.asu.edu/cronkite/thesis/freemenstudy/Section2.htm>

يذهب الدكتور عبد الوهاب الكيالي إلى أن الميليشيا تشكيلات من الفرق تتألف من متطوعين مدنيين، يتلقون تدريباً على الأسلحة، كما يقومون بمساعدة الجيش النظامي أثناء الحرب بعد أستدعائهم من أعمالهم ووظائفهم، حيث وجدت هذه الفرقة عند الرومان واليونان القدامى، وقد كانت عندهم على جانب كبير من حسن التدريب وجودته¹. وعند هذه الجزئية هل تتطابق هذه الافتراضات ذات الصلة عالمياً؟ مع ما يمكن أن يقال مع السياق العراقي بذات السياق؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه لاحقاً.

المطلب الثاني: التأصيل التاريخي لإنشاء الميليشيات في العراق

نزعة غائرة في غياهب التاريخ هي (عسكرة المجتمع)، تلك التي كان (حمورابي) سادس الملوك البابليين، أول من قدح شعلتها حينما فرض التجنيد الإجباري على الناس وحاول أن يلبس المجتمع لباساً عسكرياً، واليوم وبعد تلك الحقب كلها، لم تنزل بعض شعوب العالم تعيش هاجس ما يسمى بـ(عسكرة المجتمع) في ثقافتها وسلوكياتها وحتى أساليب سلوكها وأنماط حكمها وحكامها، والعسكرة من حيث التعريف والتوصيف، هي "إشاعة الروح العسكرية كأيدولوجية وتعاضم تأثير الجيش كمؤسسة اجتماعية في النظام السياسي، وفي أنساق الدولة وأنماط الحياة العادية".

فمن المفترض اذن ان لا تخرج العسكرة عن مدى وصفها على انها إستراتيجية تعبوية وتدابير احترازية تدفع اليها الضرورة والظروف الاستثنائية وتتخلص في ظاهرها بالاستعداد لمواجهة خطر عدوان خارجي يهدد البلد او خطر داخلي ينشا عن الاختلال في الوضع الأمني، وفي باطنها احكام السيطرة على افراد المجتمع وتنظيمهم بهذه الطريقة بغية تحقيق خضوعهم الكامل وسهولة انقيادهم للطغمة الحاكمة في البلدان².

في هذا المطلب المتعلق بالتأصيل التاريخي لتشكيل أو إنشاء الميليشيات في العراق، بعد ثورة 14 تموز 1958، إنشئت منظمة عسكرية من التطوعين تعرف باسم (المقاومة الشعبية)، استناداً إلى أحكام المادة الثامنة عشرة من دستور 27 تموز 1958، التي تنص على أن الدولة وحدها هي التي تنشئ القوات المسلحة ولا يجوز لأية هيئة أو جماعة إنشاء تشكيلات عسكرية أو شبه عسكرية.

وبموجب النص الدستوري اعلاه شُرع القانون رقم 3 لسنة 1958، الذي قرر في المادة الاولى منه على تشكيل منظمات عسكرية شعبية تدعى قوات المقاومة الشعبية وترتبط بوزارة الدفاع .

وتكون واجبات القوات الشعبية تدريب المواطنين عسكرياً للاستفادة منهم في معاونة القطعات العسكرية النظامية للدفاع المدني والمساهمة في حفظ الامن الداخلي والدفاع عن البلاد وفقاً للتعليمات التي تصدرها قيادة القوات المسلحة³.

وقررت المادة الثالثة من ذات القانون بأن تتألف قوات المقاومة الشعبية من :
أ - المتطوعات والمتطوعين العراقيين .

¹ - د. عبد الوهاب الكيالي، موسوعة السياسة، الجزء السادس، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 1991، ص 520.

² - د. سامر مؤيد عبد اللطيف، عسكرة المجتمع ومجزرة الديمقراطية، مركز الفرات للتنمية والدراسات الإستراتيجية، على الموقع الإلكتروني: <http://www.fcds.com/articles/p7.html>

³ - المادة الثانية من قانون المقاومة الشعبية رقم 3 لسنة 1958 .

ب - جنود وضباط الصف ونواب الضباط والضباط الاحتياط غير المستخدمين في الجيش.

ج - المتطوعين من البلاد العربية وغيرها بناء على موافقة قيادة القوات المسلحة .

كما تمنح المادة السابعة من ذات القانون لقائد القوات المسلحة فسخ عقود التطوع متى شاء، وتعيد الفقرة (أ) من المادة التاسعة من ذات القانون الموظفون والمستخدمون لدى الحكومة والمؤسسات شبه الرسمية والمستخدمون في المصارف والشركات والمؤسسات الاخرى ذات الشخصية الحكيمة والمعامل الحكومية والاهلية الى اعمالهم الاصلية بعد تسريحهم من الخدمة ، كما واخضعت المادة (11) من ذات القانون المتطوعون في قوات المقاومة الشعبية الى جميع القوانين العقابية العسكرية.

واستنادا الى القانون الدستوري(قانون المجلس الوطني لقيادة الثورة رقم 25 لسنة 1963) وبناء على ما عرضه رئيس الوزراء وأقره مجلس الوزراء وصادق عليه المجلس الوطني لقيادة الثورة صدر قانون الحرس القومي رقم (35) لسنة 1963، المتضمن تشكيل منظمات شعبية مسلحة تدعى قوات الحرس القومي وتكون لها قيادة مستقلة مرتبطة برئاسة أركان الجيش أو بأية جهة يقرها المجلس الوطني لقيادة الثورة¹.

واجبات الحرس القومي الذي هو قوات شعبية منظمة ومدرية على استعمال السلاح قوامها المتطوعين من الشعب وفق أحكام المادة الثانية من القانون رقم (35) لسنة 1963 (حماية الانطلاقة العربية في العراق وتثبيت طريقها الثوري التقدمي ،معاونة القوات المسلحة في الدفاع المدني والدفاع عن البلاد في حالة الحرب أو وقوع اعتداء خارجي ،المساهمة في حفظ الامن الداخلي ،المساهمة في مهمات الخدمة العامة وحملات الاعمار والبناء الاقتصادي والاجتماعي ،القيام بالمهام التي يوكلها اليه المرجع المختص أو من يخوله) .

نقرأ في المادتين(73 و 74) من دستور العراق المؤقت الصادر في 21 أيلول 1968 (الدولة وحدها هي التي تنشئ القوات المسلحة ،ولا يجوز لأية هيئة أو جماعة إنشاء تشكيلات عسكرية أو شبه عسكرية)²، ويمكن القول بإن دساتير الأنظمة الجمهورية في العراق بعد عام 1958 أقرت بتشكيل ميليشيات نظامية ترتبط بالدولة.

جاء في الاسباب الموجبة من قانون الفتوة وكتائب الشباب رقم (76) لسنة 1968 "تحوض امتنا العربية اليوم معركة مصيرية تتطلب تحشيد القوى واستنفار كل الطاقات والامكانيات وعلى راسها تدريب الشباب على حمل السلاح واستعماله كي يكونوا جيشا احتياطيا يساند القوات المسلحة في مهماتها الدفاعية المقدسة ويساهم في تدعيم الجبهة الداخلية ولتأمين هذا الغرض شرع هذا القانون "

وحددت المادتين الاولى من القانون رقم 76 لسنة 1968 غاية الفتوة وكتائب الشباب اعداد قوى الشباب لمساندة القوات المسلحة في الدفاع عن الوطن وتحصين الجبهة الداخلية والاسهام في الخدمات العامة حيثما دعت الحاجة الى ذلك .

ومنح قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم 1363 لسنة 1976، صلاحية قيادة الجيش الشعبي للقائد العام للقوات المسلحة.

تبع ذلك لاحقا من حيث التأطير القانوني لتشكيل ميليشيا نظامية جديدة حملت أسم الجيش الشعبي ،وهذا التشكيل وفق أحكام المادة الخامسة من قانون عقوبات الجيش الشعبي رقم 32 لسنة 1984 "هو القوة القتالية المؤلفة

¹ - المادة الأولى من القانون رقم (35) لسنة 1963.

² - بنفس المعنى الفقرة (ج) من المادة (31) من دستور 16 تموز 1970.

بموجب القانون التي تشكل ظهير الجيش النظامي ، والتوصيف القانوني للمقاتل بموجب أحكام هذا القانون هو المواطن العراقي او العربي الذي يقبل تطوعه في صفوف الجيش الشعبي.

وأستناداً للقانون رقم 12 لسنة 1996 أسست قوة متطوعين سميت ب(فدائيي صدام)¹ ترتبط بالمرافق الاقدم لرئيس الجمهورية، ويكون الانتماء الى هذه القوة عن طريق التطوع المؤقت وبشروط تحددها تعليمات يصدرها المرافق الاقدم بعد موافقة رئيس الجمهورية.

وحددت المادة الخامسة من القانون رقم 12 لسنة 1996 مهام هذه القوة بما يلي:

اولا - العمل كظهير للقوات المسلحة والحرس الجمهوري والحرس الجمهوري الخاص في تنفيذ المهام القتالية ضد اي عدو محتمل.

ثانيا - القيام بمهام قتالية منفردة ضد العدو او باسناد القوات المسلحة والحرس الجمهوري والحرس الجمهوري الخاص على ان لا تكلف بالواجبات التي هي من اختصاص الاجهزة الامنية الاخرى الا في الحالات الاستثنائية وبامر من رئيس الجمهورية.

ثالثا - جمع ما يطلب اليها من المعلومات في وقت السلم والحرب والقيام باي واجبات عراقية تناط بها منفردة او بالتنسيق مع الاجهزة المختصة.

رابعا - اي واجبات اضافية يكلفها بها رئيس الجمهورية.

ومن أجل حشد المتطوعين ليوم القدس بصورة تشكيلات مقاتلة لتحرير فلسطين(بحسب ما كان يدعيه النظام السابق) أصدر مجلس قيادة الثورة (المنحل) قراره المرقم 219 في 2000/12/17، المتضمن تشكيل فرق من المتطوعين المشاة يكون عددها مساويا لعدد فرق من الجيش والحرس الجمهوري.

لذلك نرى أنه قبل عام 2003 كانت جميع التنظيمات الشبه عسكرية هي ميليشيات نظامية مرتبطة بالدولة باعتبارها جزء من القوات المسلحة أو منظومة قوى الامن الداخلي، بينما الميليشيات المشكلة بعد عام 2003 تتسم بأنها تنظيمات شبه عسكرية ليست جزءاً من القوات المسلحة أو قوى الامن الداخلي تتكون من عناصر غير متجانسة وعياً وعمراً، وتأخذ شكل جماعات مسلحة غير نظامية قد تتسم بزبي موحد²، ولا تحترف أو تمتهن القتال كلياً³، لكنها رغم ذلك فهي ليست مدنية، وهي عبارة عن مجاميع مهيأة بصورة ما، يتم إعدادها وتدريبها على استخدام الأسلحة التقليدية، تأخذ صورة التنظيمات الشعبية، ويمكن أن تنبعث كمشروع للتحرير الوطني⁴ أو في مرحلة مقاومة نظام إستبدادي، أو مواجهة تطهير عرقي أو ديني من حيث الأسباب الموجبة للتأسيس .

¹ - قرر البند (ثامناً) من المادة الاولى من قانون الهيئة الوطنية العليا للمسائلة والعدالة رقم 10 لسنة 2008(الأجهزة الأمنية (القمعية) هي أجهزة الأمن العام والمخابرات والأمن الخاص والحمايات الخاصة والأمن القومي والأمن العسكري والاستخبارات العسكرية وفدائيي صدام في ظل النظام البائد).

² - وبالتالي فإن وجود السلاح في أيدي أشخاص من دون صبغة شبه تنظيمية أو هيكلية خاصة بها لا يمكن وصفها بالميليشيا .

³ - جنود هذه التنظيمات ينتظمون في صفوف التدريب العسكري وفق قواعد مؤقتة يمتنون من خلالها الجندي .

⁴ - كما في تجربة الحشد الشعبي في العراق بعد سقوط مدينة الموصل وهجمات تنظيم داعش الإرهابي، لجأت الحكومة العراقية الى هذه التجربة من خلال تجييش الشعب وعسكرته، فعندما تتعرض الاوطان الى غزو خارجي يتحول الشعب الى تنظيمات مسلحة نظامية تساعد الجيش النظامي على صد العدوان، وبالإمكان تعريف الحشد الشعبي بأنه تنظيم عسكري يتكون من المواطنين المتطوعين موضوع تحت أمره الحكومة .

المبحث الثالث : دمج أو حل الميليشيات في الدستور العراقي

يقول تويوتومي هيديوشي " يمنع على الناس في مختلف المقاطعات منعا باتا أن يكون في حوزتهم السيوف، والأقواس والرماح والأسلحة النارية، أو أي أنواع أخرى من الأسلحة، فامتلاك الأدوات غير الضرورية يجعل من الصعب تحصيل الضرائب والرسوم ويميل الناس إلى إثارة الفوضى والثورات"¹.

في هذا المبحث سنتناول بالدراسة حظر أو دمج الميليشيات في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني موقف المشرع الدستوري في الوثيقة الدستورية لسنة 2005، من دمج أو حل الميليشيات.

المطلب الأول :دمج الميليشيات في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام 2004

تضمنت الفقرة (ب) من المادة السابعة والعشرون من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية " لا يجوز تشكيل قوات مسلحة وميليشيات ليست خاضعة مباشرة لإمرة القيادة للحكومة العراقية الانتقالية، إلا بموجب قانون اتحادي". ووفقاً لأمر سلطة الائتلاف المؤقتة حل الكيانات العراقية رقم 2 لسنة 2003²، المتضمن صلاحيات مدير سلطة الائتلاف المؤقتة، انسجاماً مع قرارات مجلس الأمن الدولي بما فيها القرار رقم 1483 لسنة 2003 وبناءً على قوانين وأعراف الحرب، تم حل بعض الكيانات العراقية بموجب هذا الأمر اعترافاً باستخدام النظام العراقي السابق لهذه الكيانات الحكومية كأدوات لاضطهاد الشعب العراقي وتعذيب أفرادهم وقمعهم ونشر الفساد في صفوفهم، وبموجب القسم رقم (1) من هذا الأمر حلت الكيانات الواردة ذكرها في الملحق المرفق (الكيانات المنحلة) وقد تضاف لها أسماء كيانات أخرى في المستقبل بحسب تعبير هذا القسم.

وبموجب ملحق أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (2) فإن المؤسسات المنحلة بموجب الأمر المشار إليه (الكيانات المنحلة) منها (التنظيمات العسكرية النظامية الأخرى، جيش القدس، القوات شبه العسكرية التالية :

— فدائيي صدام

— ميليشيات حزب البعث

— أصدقاء صدام

— أشبال صدام

— تنظيم الفتوة

تحل كذلك جميع المنظمات التابعة للكيانات المنحلة، وقد تضاف لهذه اللائحة في المستقبل أسماء تنظيمات إضافية أخرى.

المادة الأولى من تعليمات تسهيل تنفيذ احكام قانون ادارة الاموال العائدة للكيانات المنحلة رقم (21) لسنة 2005، تقرر (يقصد بالكيانات المنحلة المنصوص عليها في قانون إدارة الأموال العائدة للكيانات المنحلة رقم (21)

¹ - تويوتومي هيده- يوشي (1536-1598) من أكبر القادة العسكريين في تاريخ اليابان على الإطلاق، ومن الذين ساهموا في توحيد بلاد اليابان بعد فترة الانقسامات.

Stephen Turnbull, *The Samurai: A Military History*, Rutledge, London & New York, 2007, p.180.

² - ملحق أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (2) المنشور في جريدة الوقائع العراقية، المجلد (44)، العدد (3977) المؤرخة في 23 أيار 2003.

لسنة 2005 ما يأتي ..التنظيمات العسكرية النظامية الأخرى ،جيش القدس ،والقوات شبه العسكرية ،فدائيي صدام ،ميليشيات حزب البعث ،أصدقاء صدام ،أشبال صدام) .

وإدراكاً بان الذين قاتلوا ضد النظام البعثي في قوات المقاومة يستحقون الامتياز والفوائد كمحاربين عسكريين تقديراً لخدمتهم تجاه ابناء شعبهم ،وعازماً على اعطاء هؤلاء الافراد الفرصة لتعزيز مكانتهم ودعم عوائلهم وخدمة شعوبهم عن طريق مواصلة الحياة والاعمال المدنية ،احذين في الاعتبار ان القوات المسلحة العراقية والقوى الامنية العراقية الاخرى بحاجة الى محترفين على درجة عالية من الخبرة والتدريب وتصميماً على تاسيس الية تضمن ان القوات المسلحة والميليشيات تخضع لقانون ادارة الدولة العراقية للفترة الانتقالية¹ ،أعلنت سلطة الائتلاف المؤقتة الأمر رقم 91 لسنة 2004 (تنظيم القوات المسلحة والميليشيات في العراق)² .

عرف الأمر رقم 91 لسنة 2004 القوة المسلحة³ وتعني مجموعة منظمة من الافراد تحمل اسلحة نارية او اسلحة ، ومصطلح “ القوة المسلحة” يشمل القوات الحكومية والميليشيات³ .

أما الميليشيا⁴ فتعني وفق تعريف الأمر رقم 91 لسنة 2004 بأنها قوة عسكرية او شبه عسكرية ليست جزء من القوات المسلحة العراقية او القوات الامنية العراقية المكونة بموجب اوامر سلطة الائتلاف المؤقتة وقوانينها ومذكراتها او بموجب القانون الفيدرالي العراقي و قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية⁴ .

أما الميليشيا غير القانونية⁵ فتعني قوة مسلحة او ميليشيا موجودة بشكل يخالف الحظر المتضمن في القسم الثاني من هذا الامر⁵ .

وترتكز العملية القانونية لخطة التحول واعادة دمج الميليشيات⁶ وفق أحكام هذا الأمر من عنصرين مهمين هما: الأول ،هو العنصر المتبقي⁷ ويُعنى به اجزاء من قوة مسلحة او ميليشيا سابقة خاضعة الى خطة التحول واعادة الهيكلة المصادق عليها والتي لا تزال باقية وفي طور الانحسار خلال مرحلة التحول واعادة الدمج وتدار من قبل السلطات الحكومية المختصة وفقاً لهذا الامر وبموجب خطة التحول واعادة الدمج لتلك القوة المسلحة او الميليشيا .

الثاني ، العنصر المؤهل⁸ ويُعنى به عضو من العناصر المتبقية والذي يشترط فيه توافر ما يأتي :-
أ - معرف بصورة واضحة ومحددة من قبل قوة مسلحة و ميليشيا ، في الوقت الذي يتكون فيه قيادة الثورة المسلحة او الميليشيا خاضعة الى خطة التحول واعادة الدمج ، بوصفه عضواً في القوى المسلحة او ميليشيا في او قبل الاوان من ايار 2003 .

ب - غير متورط في نشاطات ارهابية او مخالف لقوانين الحرب او المبادئ العراقية المتبعة والمتعلقة بحقوق الانسان .

ج - غير مدان بجريمة و جناية بموجب القوانين الجنائية العراقية بعد الاول من ايار 2003 .

¹ - المادة(27/ب) من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية تنص على ان “ لا يجوز تشكيل قوات مسلحة وميليشيات ليست خاضعة مباشرة لامرة قيادة الحكومة العراقية الانتقالية الا بموجب قانون اتحادي” .

² - الوقائع العراقية ،العدد 3984 ، في 01/06/2004 ،الجزء الأول،ص 69 .

³ - الفقرة (1) من المادة الاولى من الأمر رقم 91 لسنة 2004 .

⁴ - الفقرة (2) من المادة الاولى من الأمر رقم 91 لسنة 2004 .

⁵ - الفقرة (5) من المادة الاولى من الأمر رقم 91 لسنة 2004 .

⁶ - وتعني خطة موثقة ومسجلة توضح القضايا المهمة وعمليات التحول واعادة الدمج التام بالنسبة للعنصر المتبقية في قوة مسلحة او ميليشيا .

د - لا يشتغل كعميل للحكومة اجنبية ,

هـ - يعمل وبشكل مستمر في كافة الاوقات وفقا للضوابط المتعلقة بالمؤهلات المنصوص عليها في هذا الامر .

المادة (2) من الأمر رقم 91 لسنة 2004 تمنع القوات المسلحة والمليشيات , والمجموعات المسلحة من العمل داخل العراق باستثناء ما نص عليهم في هذا الامر .

المادة(4) من الأمر رقم 91 لسنة 2004 تنظم عملية التحول واعادة الدمج للعناصر المتبقية من قوات مسلحة او ميليشيات ،والاعضاء المؤهلين من العناصر المتبقية قد يتم تحويلهم واعادة دمجهم الى المجتمع العراقي باستخدام الوسائل ،هي دمج العناصر في القوات المسلحة العراقية او اي قوى امنية عراقية اخرى ،الاحالة على التقاعد،وأخيراً اعادة الدمج.

إن ايراد الامر رقم 91 بالتنصيص على عدد القوات المسلحة او الميليشيا أمرٌ معيب ،حيث أن ذلك غير ممكن من الناحية القانونية، فعدد القوات المسلحة أو الميليشيات قابل للزيادة والنقصان ولا يمكن حصرها بالشكل الوارد في الامر 91 لسنة 2004، كما يترشح لنا ظهور مشاكل كبيرة مع تطبيق هذه الخطة وهي :

1- صياغة الامر وتوجيهه تمت من قبل الخبراء القانونيين الامريكان لمرحلة إنتقالية مؤقتة ،فالخطر المفروض بالامر كان ملزماً ومطلقاً باعتباره قانون عراقي على الرغم من أن أغلب الميليشيات وافقت على هذا الخطر¹.

2- لم تنفذ عملية التحول واعادة الدمج بشكل صحيح على الرغم من رصد تخصيصات مالية ضخمة لعملية التحول وإعادة الدمج حيث استخدمت هذه التخصيصات لمواجهة التهديدات الأمنية غير المخطط لها ، كما ان المنظور السياسي لهذه الخطة لعب دورا في عملية الدمج .

3- هذه الإشكالية مرتبطة بالنقطة الثانية اعلاه ، حيث رأى العديد من القادة العراقيين الحاجة للميليشيات لسد الثغرات الأمنية نتيجة كون جهاز الشرطة والجيش العراقي حديث الناشئة² ،حيث يعتقد العديد من المشرعين العراقيين أن وجود الميليشيا ضروري ،لأن الأخيرة قادرة على استخدام أساليب وتمتلك طرق للحصول على الحقيقة من الجماعات المسلحة ،تختلف عن طرق وأساليب قوات الأمن العراقية إما (لأنها تفتقر إلى الإرادة) أو (بسبب القوانين العراقية التي شرعت حديثا والمتعلقة بالحقوق المدنية)³.

وأخضع الملحق رقم (1) من الأمر رقم 91 لسنة 2004 ،القوات المسلحة التابعة للحزب التالية الى احكام هذا الامر وهي الحزب الديمقراطي الكردستاني والاتحاد الوطني الكردستاني.

والزم الملحق (ب) من الأمر أعلاه الميليشيات التابعة للحزب التالية بالأمثال الى احكام هذا الامر ،منظمة بدر،حزب الدعوة،الحزب الشيوعي العراقي،حزب الله فرع العراق،حزب الاسلامي العراقي ،الوفاق الوطني العراقي والمؤتمر الوطني العراقي⁴.

¹ - David Gompert, Stability in Iraq Won't Come without Disbanding Militias, The Christian Science Monitor, 2 May 2006.

² - Anthony J.Schwarz, Iraq's Militias: The True Threat to Coalition Success in Iraq, 2007, p.63.

³ - Lionel Beehner, Iraq, Militia Groups, Council on Foreign Relations Backgrounder, 9 June 2005.

⁴ - الذي يرد على الامر 91 لسنة 2004 من إنتقاد ،تمييزه في الملحقين (1) و (ب) لبعض المكونات السياسية(التي تمتلك أجنحة عسكرية) بنعتها بالقوات المسلحة ووصف البعض الأخر بالميليشيات لا يستند الى أساس قانوني صحيح فجميع الاطراف والفصائل الواردة في الملحقين تتضمن قوات مسلحة غير نظامية يقتضي الأمر تنظيم عملية تحولها واعادة دمجها وفق احكام هذا الامر ،من دون تمييز وصفي بين الجهات الواردة في الملحقين.

المطلب الثاني : دمج أو حل الميليشيات بموجب دستور 28 كانون الثاني 2005 النافذ

كتب الكسندر هاملتون في الورقة 29 من الأوراق الفيدرالية بتاريخ 9 كانون الثاني عام 1787 "إذا كانت ميليشيا حسنة التنظيم هي الدفاع الطبيعي الأفضل لبلد حر، فلا بد على التأكيد أن يوضع تنظيمها والإشراف عليها في يد تلك الهيئة التي تعتبر حارسه للأمن الوطني فيها، وإذا كانت الجيوش الدائمة خطيرة على الحرية في البلاد، فإن وضع سلطة فعالة على الميليشيا في يد تلك الهيئة، من شأنه قدر الإمكان، أن يزيل الدوافع والذريعة لمثل تلك المؤسسات غير الودّية، وإذا استطاعت الحكومة الفدرالية أن تتحكم في مساعدة الميليشيا في أثناء الطوارئ التي تستلزم أن يتساند القوة العسكرية الإدارية المدنية، فسيكون يسيراً عليها استخدام نوع مختلف من القوة إلى جانبها، أي المؤسسات العسكرية، أما إذا عجزت عن الاستفادة من الميليشيا فإنها ستكون مضطرة إلى اللجوء إلى الأخرى، إن جعل استخدام الجيش أمر لا ضرورة له لهو طريقة أكيدة أفضل ألف مرة لتحاويه من وضع النواهي على استخدامه على الورق"¹.

تنص المادة (9) من الدستور² (أ-) تتكون القوات المسلحة العراقية والاجهزة الامنية من مكونات الشعب العراقي، بما يراعي توازنها وتمثيلها دون تمييزٍ او اقصاء، وتخضع لقيادة السلطة المدنية، وتدافع عن العراق، ولا تكون اداةً لقمع الشعب العراقي، ولا تتدخل في الشؤون السياسية، ولا دور لها في تداول السلطة.

ب. يحظر تكوين ميليشيات عسكرية خارج اطار القوات المسلحة).

عند قراءة أحكام الدستور نجد تغاضي عن استمرار وجود الميليشيات، في حين أنه يحظر تشكيلها خارج اطار القوات المسلحة³، كما أقر باختصاص سلطات الاقليم من إنشاء وتنظيم قوى الامن الداخلي للاقليم، كالشرطة والامن وحرس الاقليم⁴.

حيث جرت جميع الأنظمة الفيدرالية على ان تخص الحكومة الاتحادية دون غيرها بمسؤولية الدفاع عن الاتحاد، إذ ان تخويل الدول الاعضاء مسؤولية الدفاع من شأنه ان يقوض سلامة الاتحاد ووحدته، بتعريضه شؤون الدفاع عن الاتحاد الى نقمة الدولة العضو او عدم تبصرها وعجزها، ثم ان الخلافات بين الدول الاعضاء لا بد ان تشب حول اعباء الدفاع والسياسات الخارجية والاقتصادية وغيرها من الامور المرتبطة به، فوجود قوات مسلحة منفصلة بعضها عن بعض من شأنه أن يؤدي الى التنافس في التسليح بين الدول الاعضاء، كما يمكن الدول الاقوى من ان تسيطر على الاتحاد أو تنسحب منه بدون ان ينالها عقاب⁵.

وبحسب المادة 114 من الدستور الاسترالي الذي اعتمد عام 1900، ودخل حيز النفاذ في 1 كانون الثاني 1901 "لا يجوز لأي قطر الا بموافقة البرلمان الاتحادي ان يحشد القوات البحرية او العسكرية او يحتفظ بها".

¹ - الكسندر هاملتون، جيمس ماديسون، وجون جاي؛ الأوراق الفيدرالية، مصدر سابق، ص 202-208.

² - نشر الدستور العراقي لسنة 2005 في الجريدة الرسمية بالعدد (4012) في 28-12-2005.

³ - David Ucko, Militias, tribes and insurgents, The challenge of political reintegration in Iraq, Routledge Taylor & Francis Group, Conflict, Security & Development 8:3 October 2008, p.353. research available at: <http://www.david-ucko.com/images/Ucko-IraqReintegration.pdf>

⁴ - البند (خامسا) من المادة (121) من الدستور .

⁵ - القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي، الدول الاتحادية الفيدرالية، المجلد الثاني، الجزء الثامن، قضايا الجيش والدفاع، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، 2009، ص 17.

والسبب الذي يقف وراء منح السلطة الاتحادية الاختصاص في جميع الشؤون المتعلقة بالأمن والدفاع، هو ضمان حقوق الاقاليم تتحد لمواجهة الخطر الخارجي، فمن المسلم به أن من بين أهم أسباب إنشاء الاتحاد الفيدرالي هو مواجهة الخطر الخارجي¹.

وقد منحت الوحدات المكونة للإتحاد الفيدرالي في بعض الحالات الحق الدستوري لاستعمال القوات المسلحة لحماية الأمن الداخلي، حيث تميز بعض الدول الاتحادية لإقليمها تكوين قوات محلية، ففي الولايات المتحدة الأمريكية يحق للولايات الاحتفاظ بالحرس الوطني، وكذلك سويسرا يحق لكل كانتون الاحتفاظ بعدد معين من الجنود للمحافظة على الأمن والنظام داخله، لأن الدستور السويسري يخول الكانتونات حق دعوة الجنود للمحافظة على النظام الدستوري وذلك بموجب المادة (60/ثانيا) منه .

وكذلك الحال في الولايات المتحدة الأمريكية بالنسبة لوحدات الحرس الوطني، حيث ينقسم الجيش في الولايات المتحدة الى قسمين، الاول الجيش العامل ويتبع الحكومة الاتحادية، ورئيس الجمهورية هو القائد الاعلى له، والثاني، ميليشيا الحرس الوطني، ويتبع الولايات ويعتبر حاكم الولاية قائدا لها²، لأن كل ولاية في الولايات المتحدة تتبع نظام الميليشيات، وهو يتشكل من مدنيين مدربين يستدعون الى الخدمة العسكرية وقت الحاجة وفي الاحوال الطارئة ويعرف ايضا بالحرس الوطني التابع لولايتيه، ومن الممكن استدعاء هذه القوات لغرض خدمة الحكومة الفيدرالية عند الضرورة، وبالإضافة الى هذه القوات فإن لمعظم الولايات قوة شرطة محلية تابعة للولاية تقوم بدوريات لغرض حماية القانون ولأغراض السلامة العامة للولاية³.

في معظم الأنظمة الفيدرالية تمنع الوحدات من إقامة ميليشيات خاصة بها كمبدأ عام، وإن كانت كل من سويسرا والولايات المتحدة الأمريكية محافظتين بعد على بقايا التشكيلات الإقليمية في الوحدات المنتسبة للكانتونات وفي وحدات الحرس الوطني⁴، إلا أن هذه الوحدات تخضع لإشراف إتحادي في غاية الشمول ولا يمكن اعتبارها شواذ للقاعدة المتبعة⁵.

حيث يمنع دستور الولايات المتحدة الأمريكية من إنشاء الجيوش بدون الموافقة الإتحادية إلا أثناء الحرب، وحتى في هذه الحالة فإن التدابير التي تتخذها الولايات تخضع لإشراف سلطة الدفاع الاتحادية العامة كما تخضع للسلطة الاتحادية الخاصة على ميليشيات الولايات، غير انه للولايات الأمريكية ضمن هذا النطاق أن تجند وحدات من (الحرس الوطني) في حالات الطوارئ، كما فعلت أبان الحربين العالميتين⁶.

¹ - د.شورش حسن عمر، خصائص النظام الفيدرالي في العراق - دراسة تحليلية مقارنة - مركز كردستان للدراسات الاستراتيجية، السليمانية، 2009، ص 295.

² - د. شافعي محمد البشير، القانون الدستوري والنظم السياسية السودانية، ج 1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1970، ص 161.

³ - See, Jim Dan Hill, the Minute Man in Peace and War: A History of the National Guard, Harrisburg, Pennsylvania, 1964, p. 1-31.

⁴ - Article (13) from Switzerland Constitution Adopted on 29 May 1874 states (First; The Confederation may not maintain a standing army, second; without the consent of the federal authorities, no Canton or Half Canton may maintain a standing armed force of more than 300 men, not including Police forces).

⁵ - القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي، الدول الاتحادية الفيدرالية، المصدر السابق، ص 26.

⁶ - يقسم القانون الفيدرالي في الولايات المتحدة الأمريكية الميليشيا إلى قسمين، الأول "ميليشيا منظمة"، التي تتكون من الحرس الوطني وميليشيا البحرية، أما الثاني فهي "الميليشيات غير المنظمة"، والتي تتكون من جميع المواطنين الذكور الأصحاء الذين تتراوح أعمارهم بين السابعة عشرة والخامسة وأربعون، وهم لا يرتبطون بالحرس الوطني أو ميليشيا البحرية، في حين قد أثار البعض حججاً من أجل

وفي الدستور العراقي أقر ضمن صلاحيات الاقاليم بكل ما تتطلبه إدارة الاقليم، وبوجه خاص انشاء وتنظيم قوى الامن الداخلي للاقليم كالشرطة والامن وحرس الاقليم في البند (خامسا) من المادة 121 من الدستور .
وأستناداً للأمر رقم 91 لسنة 2004 فإن البيشمركة قوات مسلحة نظامية وليست ميليشيا، على الرغم من أن مصطلح (القوة المسلحة) يشمل القوات الحكومية والميليشيا ، فالأمر رقم 91 يميز بشكل واضح في الخضوع لأحكامه وفق هذا الأمر ما بين قوات البيشمركة، التي هي جزء من القوات المسلحة، والميليشيات التي ليست كذلك، حيث شرع المجلس الوطني لإقليم كردستان قانون الخدمة والتقاعد لقوات البيشمركة (حرس إقليم كردستان) رقم 38 لسنة 2007.

ويرى "ستيفان وولف" إن الوضع القانوني لقوات البيشمركة تنظمه مادتين في الدستور ولكن بطريقة متناقضة إلى حد ما¹، المادة (9/اولا/ب) يحظر تكوين ميليشيات عسكرية خارج اطار القوات المسلحة، والمادة (121/ خامساً) تختص حكومة الاقليم بكل ما تتطلبه إدارة الاقليم، وبوجه خاص انشاء وتنظيم قوى الامن الداخلي للاقليم كالشرطة والامن وحرس الاقليم².

وأخيراً، وفق ما رأينا من حلول دستورية وقانونية مختلفة ومعالجات تشريعية مقارنة في مسألة دمج وحل هذه الميليشيات ، حيث يستلزم أن تكون هذه المعالجات مرتبطة بالظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تمر بها هذه الدول، على سبيل المثال، التنظيم القانوني الذي وضعه المشرع الأمريكي في الولايات المتحدة الدول بشأن مسألة الميليشيا في دستور الولايات المتحدة ، تختلف عن رؤياه التي وضعها في العراق بموجب امر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم 91 لعام 2004 ، بشأن ذات الموضوع .

كما أن الأزدواجية في المعايير والإنتقائية تنطبق على موضوع الحق في حمل السلاح في فلسطين، والأزدواجية في المعايير المطبقة في حمل السلاح من قبل المستوطنين اليهود يغير الموقف تجاه مسألة حق الفلسطينيين في حمل السلاح دفاعاً عن النفس والأرض، والأمر ذاته ينسحب على الميليشيات التي انشئت لغرض الدفاع عن البلاد او حمايتها من الغزو والارهاب من جهة وبين الميليشيات التي تمارس القتل والعنف الطائفي .

توسيع تعريف الميليشيا غير المنظمة، لأن ذلك التفسير هو الوريث الوحيد لفئة من الأفراد تهدف في المقام الأول لحماية الحقوق الممنوحة بموجب التعديل الثاني من الدستور .

John-Peter Lund, Do Federal Firearms Laws Violate the Second Amendment by Disarming the Militia? Texas Review of Law & Politics, Vol. 10, No. 2, spring 2006, p.479.

¹-Stefan Wolff, The relationships between states and non-state peoples: A comparative view of the Kurds in Iraq ,available at; <http://www.stefanwolff.com...A%20comparative%20view%20of%20the%20Kurds%20in%20Iraq.pdf>

² - بتصورنا إن الوضع القانوني لقوات البيشمركة لا يتجاوز التكييف على أنها قوات مسلحة ذات صبغة شبه نظامية ،لكنها ليست جزء من القوات المسلحة الحكومية، لأنها غير مرتبطة بالقائد العام للقوات المسلحة ، فالوضع الدستوري والقانوني في العراق فيما يتعلق بالامن الوطني، هو من الاختصاص الحصري للحكومة الاتحادية بموجب المادة(110 / ثانياً) من الدستور " حيث وضحت المادة(78) من الدستور أن رئيس الوزراء القائد العام للقوات المسلحة ، وان سلطة حكومة الاقليم مقيدة بموجب المادة(121/ خامسا) من الدستور بحدود الاقليم فقط ، وليس خارجه ، سواء كانت سلطتها تلك على الشرطة او حرس الاقليم ، فالاساس ان تلك التشكيلات مقيدة بما يتعلق بالاقليم فقط وليس خارج حدوده ."

الاستنتاجات والتوصيات

بعد أن وصلنا في بحثنا هذا الى خاتمته ، حق علينا أن نصل إلى تقرير نتيجة هي أن النجاح في الإطاحة بطاغية، كما حصل في العراق، لا يعطي ضماناً بالنجاح في إقامة حكومة مستقرة ومقبولة، فالنجاح طويل الأمد في العراق يحتاج إلى تطوير إستراتيجية منسجمة لبناء ديمقراطية على وفق مراحل من تنمية الدولة العراقية، وذلك بالتركيز على عناصر التفاوض والمصالحة الأساسية بتحديد المصالح والبدائل والخيارات بوضع خارطة لعلاقات القوة وأستعداد أطراف الصراع للمشاركة في الحل السلمي للصراع ونزع سلاح ميليشياتها وإعادة تأهيلهم ودمجهم، الأمر الذي يسهم في زيادة حظوظ بناء قوات أمن عراقية بعيدة من الأنحياز والطائفية وزيادة عديدها وتحسين تجهيزها، وعلى الحكومة العراقية أن تسعى إلى احتواء هذه الظاهرة ، وتفعيل العملية القانونية لخطة التحول وإعادة الدمج .

نزع السلاح وتفعيل خطة التحول وإعادة الدمج تتم من خلال إيقاف العوامل المخفزة لنمو الميليشيات المدنية، وهذه العوامل هي، النزاعات الداخلية ، والاستراتيجية العسكرية للحكومة في قتالها ضد المتمردين ، والمكاسب المادية المرتبطة بأنشطة هذه المجموع من خلال ممارستها لأنشطتها، ويرتبط العامل الرابع بالمصالح والتطلعات السياسية للنخب السياسية الحاكمة .

إن من أسباب ظهور هذه الظاهرة انهيار سيادة القانون، وهذا يعني انهيار دور الدولة في تطبيق القانون في أجزاء كبيرة من العراق، الأمر الذي انعكس سلبي على وحدة وتماسك المجتمع العراقي .

الاتجاه التشريعي المقارن للدول بشأن مسألة الحق في حمل السلاح يختلف نتيجة لاستقرار الوضع السياسي أو تعرض الدولة للاحتلال الأجنبي أو العدوان الخارجي، كما هو الحال في التاريخ العسكري للمستعمرة الأمريكية ، حيث تم تأسيس نظام الميليشيا وجمع الأسلحة والتدريب المكثف، حيث لعبت الميليشيا دورا رئيسيا في القتال من أجل ثورة الأستقلال الامريكية كما سبق ذكره .

كما تم التذرع بحجة فرض سيادة الدولة على أراضيها، أو الحماية من العدوان الخارجي لتأسيس ميليشيا نظامية في الانظمة الجمهورية بالعراق حتى عام 2003، حيث شرعت العديد من القوانين والقرارات التي تنشئ لما يعرف باسم دولة الميليشيات، وان كان حقيقة الامر استعمال هذه الميليشيات في العهد الجمهوري كأداة لعسكرة المجتمع وإحكام قبضة الماسكين على السلطة ، كما تجربة الحشد الشعبي 2014 بعد سقوط محافظة الموصل كانت مسبباتها سيادة الدولة على أراضيها، و الحماية من تنظيم داعش الارهابي ، وإن كانت هذه التجربة تحمل بين طياتها واقع ايجابي من جهة وتطبيق سلمي من جهة اخرى ؟

References***First: by English****Statutes:**

1- The constitution of the united states of America adopted in September 17th 1787 .

2- Switzerland Constitution Adopted on 29 May 1874.

3- Australia Constitution, Adopted in 1900, In Force since: 1 Jan 1901 .

4- Constitution of Spain Adopted on 29 Dec 1978.

Books and Articles:

1- Anthony J. Schwarz, Iraq's Militias: The True Threat to Coalition Success in Iraq, 2007.

2- Clayton E. Cramer, the 1824 Constitution of Mexico: Roots Both Foreign & Domestic, History 433, April 24, 1993, available at:

<http://www.claytoncramer.com/unpublishedMexconst.pdf>

3- David Ucko, Militias, tribes and insurgents, The challenge of political reintegration in Iraq, Routledge Taylor & Francis Group, Conflict, Security & Development 8:3 October 2008. research available at

<http://www.david-ucko.com/images/Ucko-IraqReintegration.pdf>

4- David Gompert, "Stability in Iraq Won't Come without Disbanding Militias," The Christian Science Monitor, 2 May 2006.

5- Don B. Kates, Jr. Handgun Prohibition and the Original Meaning of the Second Amendment, Michigan Law Review, 1983.

6- Robert Dowlut, The Right to Arms: Does the Constitution or the Predilection of Judges Reign? OKLA L. REV. 65 - 96, 1983 .

7- Eugene Volokh, State Constitutional Right to Keep and Bear Arms Provisions, Texas Review of Law & Politics, Vol. 11, No. 1 -2006, Texas Review of Law & Politics, The University of Texas at Austin .

8- Jim Dan Hill, the Minute Man in Peace and War: A History of the National Guard (Harrisburg, Pennsylvania, 1-31, 1964 .

9- Joyce Lee Malcolm, To Keep and Bear Arms: The Origins of an Anglo-American Right, 1994.

10- John-Peter Lund, Do Federal Firearms Laws Violate the Second Amendment by Disarming the Militia? Texas Review of Law & Politics, Vol. 10, No. 2, spring 2006.

11- Lionel Bechner, "Iraq: Militia Groups," Council on Foreign Relations Backgrounder, 9 June 2005.

12- Maurice Duverger, Political Parties, Methuen & Co., 1967.

13- Niccolò Machiavelli, the Art of War, 2003.

14- Oppenheim, international law, London, 1957.

15- Paul Guggenheim, traiteç de droit international, L.U.grog.

16- Randy E. Barnett, Was the Right to keep and Bear Arms Conditioned on Service in an Organized Militia, Book Review Essay, Texas Law Review, volume 83, March 2005.

17- Robert Dowlut, the Right to Keep and Bear Arms: A Right to Self-Defense against Criminals and Despots, Stanford Law & Policy Review, 1997.

18- Robert Dowlut and Janet Knoop, State Constitutions and the Right to Keep and Bear Arms, Oklahoma University Law Review, 1982.

19- Stefan Wolff, The relationships between states and non-state peoples: A comparative view of the Kurds in Iraq, available at;

<http://www.stefanwolff.com...A%20comparative%20view%20of%20the%20Kurds%20in%20Iraq.pdf>

20- Usman A. Tar, The perverse manifestations of civil militias in Africa Evidence from Western Sudan, Peace, Conflict and Development: An Interdisciplinary Journal, Vol. 7, July 2005. Available at;

<http://www.peacestudiesjournal.org.uk>

Research

1- Answers.com "Militias" available:

<http://www.answers.com/topic/militia> accessed 29th June 2005.

2- Contemporary militias, political ideology and terrorism" available:

<http://www.asu.edu/cronkite/thesis/freemenstudy/Section2.htm>

3- Human Rights Report, UN Assistance Mission for Iraq, 1 November - 31 December 2006.

4- U.N. Security Council, Report of the Secretary General pursuant to paragraph 30 of resolution 1546 (2004), S/2006/137, Mar. 3, 2006.

المصادر باللغة العربية :

الكتب .

- 1- د. شافعي محمد البشير، القانون الدستوري والنظم السياسية، ج 1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1970.
- 2- د. شورش حسن عمر، خصائص النظام الفيدرالي في العراق - دراسة تحليلية مقارنة - مركز كردستان للدراسات الاستراتيجية، السليمانية، 2009.
- 3- القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي، الدولة الاتحادية الفيدرالية، المجلد الاول، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، 2009 .

الدساتير والقوانين والقرارات :

- 1- الدستور العراقي الصادر في 29 نيسان 1964 المؤقت .
- 2- الدستور العراقي المؤقت الصادر في 16 تموز 1970 .
- 3- قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لسنة 2004 .
- 4- دستور العراق لسنة 2005 .
- 5- قانون المقاومة الشعبية رقم 3 لسنة 1958 .
- 6- قانون الحرس القومي رقم 35 لسنة 1967 .
- 7- قانون الفتوة وكثائب الشباب رقم 76 لسنة 1968 .
- 8- قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 1363 لسنة 1976 .

- 9- القانون رقم 35 لسنة 1963.
- 10- قانون عقوبات الجيش الشعبي رقم 32 لسنة 1984.
- 11- قانون فدائيي صدام رقم 12 لسنة 1996.
- 12- قرار مجلس قيادة الثورة(المنحل) رقم 219 لسنة 2000 .

اثر التقارب الإيراني - الأمريكي على دول المنطقة
 ا محمود جميل الجندي

ملخص

هدفت الدراسة بيان أثر التقارب الإيراني الأمريكي على مستقبل المنطقة العربية والإقليمية بوجه عام، والمنطقة الخليجية على وجه الخصوص، وكذلك استعراض أهم السيناريوهات المتوقعة على مستوى العلاقات الإيرانية العربية، وكذلك السيناريوهات المتوقعة للدولة الإسرائيلية. وحاولت الدراسة البحث في تحول وتطور العلاقة الإيرانية الأمريكية، واتجاه السياسة الأمريكية، نحو إستراتيجية الاحتواء، ومدى ارتباط ذلك بالتطورات على الساحة السورية. وخلصت الدراسة الى أن أي تقارب أمريكي - إيراني، كان في العلن أو الخفاء، هو نتيجة لمتغيرات إقليمية أو دولية، بحسب ما تقتضي الحاجة، كما أن هذا التقارب جاء بناء على طلب إيراني، ودعوات إيرانية تهديدية تؤكد على الحوار والتفاوض والتقارب مع جميع الأطراف، ضمن سياقات تفاوضية إقليمية ودولية، يتعلق جزؤها الأكبر بالملف النووي الإيراني والثورة السورية، الأمر الذي يدفع باتجاه عدم المبالغة في الخوف أو التفاؤل بمستقبل مثل هذا التقارب.

Abstract

The purpose of the study is to state effects of Iranian-American closeness on the future of the Arab region and the regional in general , and the Gulf region in particular, as well as the review of the most anticipated scenarios at the level of Arab - Iranian relations , as well as the expected scenarios of the Israeli state .

The study tried to examine in the transformation and development of the Iranian-American relationship, and U.S. policy trend towards the containment strategy, and how closely the developments on the Syrian arena.

The study concluded that any U.S. – Iranian closeness, was in public or secret, is the result of regional or international variables according to the need arises , and that this convergence came at the request of Iran , and Iranian introductory calls emphasize dialogue, negotiation and rapprochement with all parties, negotiated within the contexts of regional and international , for its part the largest Iranian nuclear issue and the Syrian revolution , which drove not to exaggerate the fear or optimism about the future of such a convergence.

اثر التقارب الإيراني - الأمريكي على دول المنطقة

تبحث هذه الدراسة في اثر التقارب الإيراني- الأمريكي على مستقبل المنطقة العربية والإقليمية بوجه عام، والمنطقة الخليجية على وجه الخصوص. يأتي ذلك في سياق الحديث عن تحول كبير في العلاقات بين البلدين على اثر المكالمات الهاتفية (2013/9/29) بين الرئيسين الأمريكي باراك اوباما والإيراني حسن روحاني، تعهدا من خلالها بفتح صفحة جديدة للعلاقات بين البلدين تبنى على الحوار والتفاهم.

تنطلق الدراسة من مقولة إن الثبات هو المتغير الوحيد في العلاقات الدولية، فهل اقتنع الطرفان أن سياسة المواجهة والعزل والعقوبات غير مجدية...، وهل سينعكس هذا التقارب سلباً أم إيجاباً على المنطقة؟ وما تداعيات هذا الانفتاح على إسرائيل؟

وتحاول الدراسة استعراض أهم السيناريوهات المتوقعة على مستوى العلاقات الإيرانية العربية، جراء هذا التقارب، وكذلك أهم السيناريوهات المتوقعة للدولة الإسرائيلية، حيث يشعر المراقب للحرب الإعلامية التي تحدث بين الفينة والأخرى بين الولايات المتحدة الأمريكية وإيران، بأن حرباً شاملة توشك أن تندلع بين الدولتين، ولكنه ما يلبث أن يدرك أن وراء الأكمة تاريخاً طويلاً من التفاهات والتعاون، بل والتحالف أحياناً بينهما، وكل منهما ينطلق بناءً على مصالحه الإستراتيجية.

ومنذ ربع قرن والعلاقات الإيرانية الأمريكية تشهد تحالفات وتفاهات، خاصة بعد أن لعبت أمريكا الدور الأكبر في نجاح ثورة الخميني. وتعد قضية إيران- جيت أكبر برهان على حقيقة الدعم العسكري الأمريكي لإيران. وتكشف قضية الملف النووي الإيراني، طبيعة العلاقات الأمريكية الإيرانية، فأمریکا قد غصّت الطرف عن الأنشطة النووية الإيرانية طيلة عقد من الزمن، ثم بدأت المخاوف الأمريكية على مصالحها الإستراتيجية في منطقة الخليج الغنية بمصادر الطاقة؛ فضلاً عما يمثله النشاط النووي الإيراني من خطر على أمن إسرائيل

ومع هذا فالخيار العسكري لا يمثل الحل الأمثل لأمريكا أمام طموحات إيران النووية؛ وذلك خشية تكرار التجربة العراقية، واتساع رقعة وعدد المنشآت النووية الإيرانية، ويمكن القول أن أي تقارب أمريكي - إيراني، إن كان في العلن أو الخفاء، هو نتيجة لمتغيرات إقليمية أو دولية بحسب ما تقتضي الحاجة. واليوم نحن بصدد تقارب بين الدولتين، فما هي أسبابه وأهدافه؟، وما هي مصلحة البلدين في هذا التقارب؟ وما هي الورقة التي تقاوض بها إيران في هذه المرحلة؟

العلاقات الأمريكية - الإيرانية في السياق

بإلقاء نظرة على تاريخ الدولتين، نجد أن العلاقة تحكمها مصالح الطرفين، تقلب فيها موقف للولايات المتحدة الأمريكية الداعم لأحد الأطراف من أجل الوصول إلى السلطة في إيران، إلى ساعي لإسقاط شرعيته، وتهيب الجو العام للإطاحة بالحكم، وتغييره بأقرب وقت ممكن بما يتلاءم ومقتضيات المرحلة الزمنية.

وبالمقابل تطمح إيران في القيادة ولو على المستوى الإقليمي من أجل توسعها، ويشمل مخططها مشروعين، الأول في إقامة إمبراطورية، تضم أكبر عدد ممكن من دول المنطقة، وهذا ما يعرف بالمد الشيوعي، وتخوف الأقطاب السنية في المنطقة من أن يمتد المشروع ليطال دولها، حيث الأقليات الشيعية، فكان المنطلق الأساسي لتحدي إيران واعتبارها عدو يشكل خطراً وتهديداً أكبر من الخطر الإسرائيلي بالنسبة لتلك الدول.

منذ الحرب العالمية الثانية وإطاحة قوى التحالف برضا بملوي خوفاً من تعاطفه مع "هتلر" وتزويده بالنفط قامت قوات التحالف باحتلال إيران والإطاحة برضا بملوي وتنصيب ولده محمد رضا بدلاً منه عام 1941، الذي كان آخر شاه يحكم إيران قبل الثورة الإسلامية، أو ما يعرف بالثورة الخمينية عام 1979.

وبالرغم من الانتعاش الاقتصادي في تلك الفترة، إلا أن الشاه عمل على تغيير سياسته نحو تحجيم الأحزاب الإيرانية وتفعيل دور "السافاك" التي ولدت للشاه أعداء كثيرين واتهمت بمسؤوليتها عن أعمال كثيرة منافية لحقوق الإنسان. ومن ثم حصلت اضطرابات شعبية هائلة اثر منع الحجاب وتغيير التعاليم الإسلامية، الأمر الذي اجبر الشاه للجوء الى مصر وبقي فيها حتى مماته في عام 1980.

هذا التغيير يعود الى أن إدارة الرئيس الأمريكي الأسبق "كارتر"، قد قامت بمساعدة الحركة الإسلامية التي نظمت الإطاحة بشاه إيران، واشتركت إدارة "كارتر" في كل خطوة ابتداءً من الاستعدادات الدعائية إلى تجهيز الأسلحة والذخيرة، ويمثل هذا فصلاً من فصول الازدواجية التي تمارسها الدوائر الحاكمة في التاريخ السياسي للولايات المتحدة الأمريكية .

وبمغادرة الشاه للعاصمة طهران، تسلم الخميني الحكم بعد عودته من منفاه من إحدى الضواحي الفرنسية (نوفل لاشاتو)، فلولا الدعم الأمريكي للثورة ما كانت أن تنجح وأن تصل إلى حكم إيران، إلا أن مجموعة من المتغيرات حصلت أدت الى عودة التصعيد الأمريكي - الإيراني المتعلق علناً بالبرنامج النووي الإيراني، كأحد أسباب الخلاف القائم بين الدولتين. حيث فرضت الولايات المتحدة قيوداً على إيران منذ أن احتجزت الرهائن الأمريكيين عام 1979، مما أدى إلى حظر تجاري كامل على طهران عام 1995. وبالإضافة إلى ذلك فرضت الأمم المتحدة عقوبات موسعة على الجمهورية الإسلامية، حيث يفوض قرار مجلس الأمن رقم 1737 الصادر في ديسمبر/ كانون الأول 2006 كل الدول الأعضاء في الأمم المتحدة "لمنع إمدادات وبيع أو نقل كل المواد والمعدات والتكنولوجيا التي يمكن أن تساهم في الأنشطة المتعلقة بتخصيب اليورانيوم.

وفي مارس/ آذار 2007 أصدر المجلس القرار رقم 1747 بهدف زيادة الضغط على إيران بشأن برنامجها النووي وبرنامجها الصاروخي، وذلك بمنع التعامل مع البنك الإيراني الحكومي (سيباه) و28 شخصاً ومنظمة أخرى معظمها مرتبط بالحرس الثوري الإيراني.

وبضغط دائم من الصهيونية العالمية اعتبر رئيس لجنة الدفاع والعلاقات الخارجية الإسرائيلي "ليبرمان"، العقوبات الدولية المفروضة على إيران بسبب برنامجها النووي "غير كافية"، داعياً إلى "مزيد من التدابير الأكثر تشدداً. (عبد

الحليم، 2004)

كما تشن واشنطن باستمرار حملة على إيران متهمه إياها بمحاولة امتلاك أسلحة نووية، الى جانب مساندة جماعات إرهابية في المنطقة والمقصود هنا طبعاً "حزب الله" كممثل أساسي لإيران في المنطقة . بالرغم من الخطابات والمواقف السياسية المعلنة ضد الولايات المتحدة الأمريكية باعتبارها "الشیطان الأكبر" ، حيث تنطلق مظاهرات منددة بمواقف أميركا تجاه المسلمين وممارساتها العنجهية وما تقدمه من دعم لحليفها الاستراتيجي إسرائيل، بالإضافة الى استخدامها القوة كسياسة بديلة عن السلم والأمن الدوليين الذين نصت عليهما كل الشرائع والقوانين الدولية. إلا أنه لا يوجد الكثيرين ممن يدركون حقيقة العلاقة القائمة، ففي خفايا الأروقة تحاك الاتفاقيات حول مصالح مشتركة بين البلدين، ظهر ذلك جلياً بعد دخول الولايات المتحدة الأمريكية العراق عام 2003 والإطاحة بنظام صدام حسين.

التقارب الأميركي - الإيراني في العراق لم يعد سراً ، بالرغم من أنه لا توجد روابط دبلوماسية بين طهران وواشنطن منذ الثورة الإيرانية عام 1979، والعلاقات العلنية بينهما حالياً متوترة، إلا إنهما تعاونتا من خلال القنوات الدبلوماسية لدول أخرى بينها بريطانيا لتعزيز مصالحهما المشتركة في منطقة الشرق الأوسط.

فقد صرح السفير الإيراني محمد حسين عادي في منتدى نظمه وكالة رويتر، أنه قبل الانتخابات العراقية تبادلت إيران والولايات المتحدة وجهات النظر من خلال أقسام رعاية المصالح في سفارات باكستان وسويسرا في واشنطن وطهران، وتعاونتا أيضاً من خلال لندن اقرب حلفاء واشنطن في حرب العراق، وأشار إلى أن طهران وواشنطن كثيراً ما تتقارب مصالحهما.

وكانت أولوياتهما الإستراتيجية المشتركة قد جمعتهما خلال الغزو الأميركي لأفغانستان عام 2001 حينما أطيح نظام طالبان. كما إن طهران مستعدة للعمل مرة أخرى مع الولايات المتحدة لضمان الاستقرار في الشرق الأوسط حينما تتلاقى مصالحهما.

و إبان أزمة مقتدى الصدر أعلن وزير الخارجية الإيراني كمال خرازي أن الولايات المتحدة الأمريكية طلبت من طهران مساعدتها في تسوية الأزمة العراقية، وقد أرسلت الأخيرة وفداً إلى العراق وبدأ يقوم بجهود تهدف إلى التأثير على الشيعة العراقيين باتجاه التهدئة.

وبما أن لكل من الدولتين أوقافه التي يجب أن يظهرها في الوقت المناسب لكي يجعل الطرف الآخر يقبل مصالحه ويمررها في المنطقة، تسعى إيران بكل قوة لامتلاك أوراق على الساحة الدولية تقاوض بها استمرارها في هذين المشروعين، حيث لعبت إيران دوراً انتهائياً في المسألة العراقية، وسعت بانتظام إلى اعتبار دعمها للأمريكيين، ودورها هناك ورقة للمساومة مع الأمريكيين، وخاصة السعي لامتلاك السلاح النووي.

هذه الحالة الإعلامية للتقارب الأميركي - الإيراني يجعلنا نطرح بعض التساؤلات حول الهدف الذي تسعى لتحقيقه أميركا؟ فلطالما شهدنا قبيل أي تحرك أو تغيير أمريكي تجنيد لوسائل الإعلام من أجل فبركة فكرة معينة تسبق فعل معين

من أجل تهيئة أرضية جو مناسب للتغيرات التي ستحدث... ما يأخذنا الى التفكير بما يجري اليوم في المنطقة حتى يتبادر الى أذهاننا الأزمة السورية وتداعياتها على المنطقة، والمأزق الذي تعاني منه أميركا جراء السعي الى استخدام القوة في سوريا، الذي ووجه برفض دولي، فظهر الرأي العام الدولي بصورة المنزعج من ما يجري من أحداث في العالم.

فلا شك أن واشنطن بحاجة للتوصل الى تفاهم مع طهران في مساعيها لإيجاد حل سياسي لازمة السورية والمشاكل التي تواجهها على صعيد الرأي العام الدولي، بعدما أخفقت مرات عديدة في أفغانستان العراق والسودان وغيرها، وإيران من طرفها أيضاً، تسعى بطريقة أو بأخرى الى حل مشكلة العقوبات والخلاف حول النووي الإيراني من جهة، والاستفادة من هذا التقارب وأثره على إسرائيل من جهة أخرى¹.

لا مجال للقول إن الرئيس الإيراني مستعد لتغيير سياسة بلاده من تل أبيب، لكنه يعتبر إن تغييراً في اللهجة، وفي الأسلوب، يمكن أن يأتي بنتائج تؤدي الى حصار إسرائيل أو على الأقل إخراجها بل وإرباكها، ويرى المراقبون إن إسرائيل ستكون المتضرر الأكبر من إحراز أي تقدم على مسار تطبيع علاقات واشنطن وطهران، بالتوازي مع تقدم مفاوضات الملف النووي الإيراني، وهو ما عبر عنه أكثر من مسئول إسرائيلي.

بعد هذه اللمحة السريعة على تاريخ العلاقات المتقلبة القائمة بين الولايات المتحدة الأمريكية والجمهورية الإسلامية الإيرانية، نجد أنها تتراوح بين متوترة الى متدهورة مرة ومقاربة تحكمها مصلحة ما مرات أخرى ...



¹(عودة، 2006)

إستراتيجية جديدة لرئيس جديد

مع الأزمة الاقتصادية العميقة التي تسببت فيها العقوبات على إيران، وكذلك مع تعقيدات الملف السوري، يبدو أن الإدارة الإيرانية في عهد روحاني - المحسوب على معسكر الاعتدال - وإستراتيجيتها المرنة تراهن على تقارب مع الغرب والولايات المتحدة، يمكن تقديم تنازلات بنفس طريقة إنهاء الحرب الإيرانية العراقية، (لا غالب ولا مغلوب).

إعلان المرشد الإيراني الأعلى آية الله خامنئي - بتاريخ 17 سبتمبر - في اجتماعه بقيادة الحرس الثوري الإيراني، قبوله بالمرونة الشجاعة والتحركات الدبلوماسية من أجل الحوار والتفاوض مع الولايات المتحدة والغرب، وأنه قد فوض روحاني تفويضا كاملا في دبلوماسية مرنة تشمل الملف النووي الإيراني، اعتبره المراقبون بمثابة الضوء الأخضر للرئيس الإيراني حسن روحاني للتفاوض مع المجتمع الدولي وفي مقدمته الولايات المتحدة الأمريكية.

بنفس التاريخ 16 سبتمبر نشرت مجلة دير شبيجل الألمانية تقريرا يشير الى مصادر استخباراتية تؤكد استعداد روحاني لتقديم تنازلات عن منشأة نووية إيرانية مقابل تخفيف العقوبات على الاقتصاد الإيراني، وهي منشأة فوردو، التي تعد من أكبر المنشآت النووية الإيرانية، والتي تعد مع منشآت ناتانز وأصفهان، من مصادر القلق العميق لدى الغرب وإسرائيل بخصوص الملف النووي الإيراني.

و وصف التقرير منشأة فوردو، بأنها خطيرة للغاية، رغم أنها لم يتم تشغيلها إلا أواخر 2011، وتعد أحدث منشآت البرنامج النووي الإيراني، لكنها تقع تحت الأرض بعمق 696 وتشمل جهاز طرد مركزي لتخصيب اليورانيوم بنسبة 20%، وتقع أجهزتها على عمق 70 مترا، مما يجعل عملية تدميرها صعبة بشكل كبير، وتبدو الأقرب لإنتاج اليورانيوم المخصب اللازم لتصنيع قنابل نووية. ويُقال إن منشأة فوردو التي لم تدخل الخدمة إلا في أواخر عام 2011، ومنتصف العام 2012 حسب بعض التقارير الأخرى.

من الممكن القول أنه أمام إغراءات التنازل عن أهم وأخطر منشأة نووية، وفتح التفاوض على سائر أجزاء الملف، والخطاب التقاربي والحواري والمبادر يبدو أنه لم يكن أمام الولايات المتحدة والرئيس أوباما الذي صعد للرئاسة الأمريكية عبر نقد شبح الحرب في العراق ضد الجمهوريين، إلا إبداء حسن النية أمام هذه الخطوات الإيرانية وليس أكثر، وكانت المكاملة الهاتفية التي شابها الحذر من الجانبين، وإبداء الاستعداد من الجانب الإيراني للحوار حول الملف النووي وسائر القضايا العالقة¹.

في هذا السياق من المهم الإشارة إلى أن المبادرة الإيرانية، تزامنت مع اتفاق روسي/أمريكي، للتمهيد لجنيف 2 لإيجاد حل سياسي للأزمة السورية، والنجاح الروسي في تجنيب النظام في سوريا وهو الحليف لإيران ضربة أمريكية محتملة، وهو ما اعتبر مخرجا ل أوباما من وعده بضربة محتملة قريبة لنظام الحكم في سوريا، على إثر استخدامه للسلاح الكيماوي، تؤكد على التشابك في السياقات والدوافع والأغراض.

¹(فرج، 2005)

الموقف الخليجي: خوف مشروع

هناك مخاوف في دوائر صنع القرار الخليجي ولدى المثقفين، من إمكانية قيام الولايات المتحدة بإبرام صفقة مع إيران، عاجلاً أم آجلاً، قد تضر بالمصالح والحقوق الخليجية.

حيث إن الدول الخليجية لها مشكلات ونزاعات متعددة مع إيران ، تعود أسبابها الى عوامل الجوار الجغرافي أو التنافس الاستراتيجي، أو الاختلاف المذهبي، لذلك فإن إي قرار أمريكي بالتفاهم مع طهران يهدد المصالح الخليجية، خاصة وان المفاوضات بين الولايات المتحدة الأمريكية والجمهورية الإسلامية غالباً ما تأخذ طابع السرية وعدم الشفافية.

خشية دول الخليج أن يكون التجاذب الأمريكي الإيراني على حسابها، وهي التي استبشرت خيراً في رؤية اقتراب الأسطول الأمريكي المحمل بالأسلحة والطائرات من الشواطئ السورية ، حيث نظر البعض وقتها إلى أن الضربة العسكرية لا محال لها ، وأنها مجرد أيام ، إلا إن شيء من ذلك لم يحدث. فالسعودية ومعها دول الخليج تحشى على نفسها من التقارب المفاجئ بين إيران الساعية؛ لامتلاك القنبلة النووية وأمريكا ، فلا يخفى على احد أطماع الإيرانيين بالخليج العربي ؛ فالجمهورية الإيرانية ذات الديانة الشيعية تأمل منذ فترة طويلة للسيطرة على الخليج العربي من خلال إقامة حزام شيعي، يتمثل الأول في السيطرة على العراق وسوريا ولبنان ، وعند تمكنها من هذا الحلم ونجاحه تكون الفرصة مواتية للسيطرة على بقية الدول الخليجية ، أو ما يعرف في نظر الإيرانيين بالخليج الفارسي ؛ وبالتالي إنشاء إمبراطوريتها الفارسية، ناهيك عن احتلال إيران للجزر الإماراتية الثلاث الغنية بالنفط والغاز واحتلالها لقطر الأهواز العربي عام 1925 ومطالباتها على المستوى الرسمي بضم البحرين للجمهورية الإيرانية باعتبارها محافظة إيرانية ؛ بالإضافة للتصريحات الإيرانية على مستوى الوزراء في أكثر من مناسبة ، حيث اعتبروا فيها بأن العراق والخليج جزءاً من إيران ، لاسيما عندما نعلم بأن المشروع الإيراني في العراق قد تحقق من خلال سيطرة الإيرانيين على مراكز صنع لقرار في العراق، مستغلين حالة التخبط التي تعيشها دولة العراق بعد الحرب الأخيرة.

وان كانت هذه الشكوك وحجمها مبنية على التخمين، إلا أن الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها من الأوروبيين والروس يبنون علاقاتهم الخارجية في الشرق الأوسط بناءً على مصالحهم القومية؛ متناسين العهود والمعاهدات المعقودة بينهما ، فهم يسيرون ضمن نهجهم الاستراتيجي والسياسي والقومي ، ولاشك في التجربة السورية خير دليل على إن الغرب ليس له من العهد والمواثيق إلا ونقضها إذا رأى أنها لا تتماشى مع سياساتهم الخارجية .

لذا يجب على دول الخليج في هذه المرحلة الحساسة أن يحكموا العقل في أي مراوغة سياسية ربما تكلفهم ثمناً باهظاً هم في غنى عنها ، وان يعووا جيداً التحولات السياسية والإستراتيجية والدولية التي تحدث للمنطقة وللعالم اجمع، لاسيما الموقف الروسي الذي أصبح أكثر نضجاً من الناحية العسكرية والسياسية من أي وقت مضى، وإتباع سياسة التجاذب الروسي الخليجي والاستفادة قدر الإمكان من الموقف الروسي العائد إلى الأضواء من جديد، تمهيداً لأي مفاجأة سياسية في المستقبل من حليفتهم الولايات المتحدة الأمريكية التي أصبحت مصالحها فوق مصالح العرب ودول الخليج

واحدة من تلك المصالح¹.

والسؤال الذي يطرح نفسه بقوة عن مغزى التقارب الأمريكي الإيراني في هذا الوقت بالتحديد، والعالم يعيش في حضم الأزمة السورية، وان كان هذا التقارب غير معلن بشكل واضح لغاية الآن.

هذا التقارب بين الولايات المتحدة الأمريكية وإيران له رسالتان.

-الرسالة الأولى: إن النفط الخليجي الذي قادت الولايات المتحدة الأمريكية الحروب من اجله أصبح الدفاع عنه من الماضي فقد رأى أصحاب القرار في الولايات المتحدة أن هذا النفط أصبح مؤمنا من زاوية البوابة الإيرانية الغنية بالنفط والغاز، وتكون بذلك تضرب عصفورين بحجر واحد: الحجر الأول تأمين حاجتها من النفط الإيراني ، والحجر الثاني: إرسال رسالة إلى تل أبيب بأن الخطر الإيراني المهدد بإسرائيل وهو اجسها من السلاح النووي الإيراني أصبح في مأمن الآن.

-الرسالة الثانية : وهي أن مصلحة الولايات المتحدة الأمريكية في هذا الوقت تقتضي إتباع سياسة التقارب السياسي مع إيران ، وإن أزعج هذا التقارب دول الخليج رغبة من الولايات المتحدة الأمريكية في قطع الطريق على الدب الروسي الذي استيقظ من سباته العميق في تعزيز نفوذه وسطوته في منطقة الشرق الأوسط على حساب الإيرانيين الحليف التقليدي لروسيا ، التي كما نعلم تحاول إعادة ما كان سابقا إبان الحكم السوفييتي من بناء وإحياء لمشروعها القومي في أن تكون القطب الثاني الموازي للقطب .

لذلك ينبغي على واشنطن " تقديم تلميحات ذات مصداقية إلى دول الخليج، وتعهدات بعدم تقديم تنازلات إقليمية من دون التشاور مع حلفاء واشنطن في منطقة الشرق الأوسط؛ فالسلام أو الوفاق الأمريكي - الإيراني يجب ألا يؤدي إلى تأثيرات ونتائج سلبية على أمن واستقرار ومصالح الأطراف الأخرى في منطقة الشرق الأوسط، وألا يكون على حساب حقوق الدول الخليجية ومصالحها" وأن على دول الخليج " الاستعداد والتفكير في البدائل يجب أن يكون واحدة من أهم أولويات التفكير الاستراتيجي لدول مجلس التعاون الخليجي حتى لا يفاجئها تغير التحالفات وموازين القوى في المنطقة.

سيناريوهات مستقبل العلاقات الإيرانية- الخليجية اثر التقارب الإيراني الأمريكي

تبدو ردود أفعال الجانب الأمريكي مع إيران مرجحة بفكرة التقارب معها لأسباب كثيرة منها، إن التقارب الأمريكي مع إيران يمثل فرصة جديدة لأمريكا في ابتزاز الدول الخليجية بشكل أكبر لصالح أجندتها، لا سيما وان دول الخليج لا تمتلك أوراق ضغط كثيرة على أمريكا سوى ورقة النفط ، وهي ورقة تعتبر "محروقة" حالياً ، كون إيران تمثل هي والعراق مصدراً مهماً للطاقة في المنطقة، إذ تستطيع الولايات المتحدة من خلالهما الاستغناء عن حاجتها النفطية من دول الخليج.

¹(معايطه 2008)

ثم إن أمريكا بتقاربها من إيران سوف تجر دول الخليج على تقديم المزيد من التنازلات السياسية لها، للإبقاء على مستوى علاقاتها مع أمريكا على نفس الوتيرة السابقة، مما قد ينتج عنها توترات جديدة في العلاقة بين الطرف الإيراني والخليجي بسبب المنافسة المحتملة بين الطرفين للتقرب من أمريكا قد تتعدى آثارها النواحي السياسية لتصب في موضوع تأجيج الصراع الطائفي في المنطقة، وإثارته بشكل أسرع وأقوى، وهذا ما يصب في صالح السياسة الأمريكية والإسرائيلية في المنطقة.

كما أن التقارب الأمريكي الإيراني سيسهم في فتح قنوات دبلوماسية مع إيران، تجاه الأزمة السورية والمنطقة بأكملها. ومما سبق فإن هناك ثلاثة سيناريوهات مستقبلية للعلاقات الإيرانية الخليجية تتراوح بين الصراع والتهدة، وهي متداخلة ومتشابكة الى حد بعيد، بناءً على مدى تأثيرها بمتغيرات البيئة العربية والإقليمية والدولية وتمثل بالآتي:

السيناريو الأول: تعاوني وتوافقي، سيعزز العلاقات بين الطرفين عن طريق إيجاد حلول واقعية لكل الخلافات والمشاكل العالقة بينهما، وفي هذا السيناريو ستعمل إيران الى تهدئة الأقلية الشيعية في الدول الخليجية، مع إمكانية الوصول الى حل سلمي لقضية الجزر الثلاث عبر التحكيم الدولي أو أي حل آخر يرضى به الطرفين، فضلاً عن تطوير التبادل التجاري والاقتصادي والاستثماري بين طهران ودول الخليج مما سيؤدي الى معالجة وحل المشكلة الاقتصادية الإيرانية، وربما ستقوم دول الخليج بمحاولة رفع العقوبات الاقتصادية عن طهران إذا استطاعت أن تقدم المزيد من التنازلات في برنامجها النووي.

السيناريو الثاني: استمرار الفتور في العلاقات الإيرانية الخليجية، وبالتالي سيغلب الاتجاه الصراعي القائم حالياً، إذ أن هذا السيناريو مرتبط باستمرار حالة الخلل في التوازن على كافة المستويات الإقليمية والدولية، وستدخل إيران في مواجهة ليس مع الدول العربية فقط وإنما مع الدول الخليجية أيضاً.

السيناريو الثالث: هو وسطي يقع بين السيناريوهين السابقين، فقد يكون تعاونياً أحياناً وصراعياً أحياناً أخرى، وفي ظل هذا السيناريو ستكون العلاقة بينهما قائمة على الشك والريبة ويميل الى التهدة في أغلب الأحيان، وفي إطار ذلك إن النهوض بمستوى العلاقات الإيرانية الخليجية يتطلب العمل الجاد والحد من العوامل التي تؤدي الى التنافر والصراع بين البلدين.

مما سبق يؤكد حاجة البلدين الى آليات تساعد على تحديد الأسس أو الأرضية المشتركة التي يمكن من خلالها رسم صورة لمستقبل العلاقات الإيرانية الخليجية في ضوء المعطيات الراهنة للوصول الى أقرب نقطة ممكنة للحد من القيود والضغط الإقليمية والدولية، اللذان تتعرضان لهما في ظل هذه التحديات.

والسؤال الذي يفرض نفسه بقوة هنا، كيف تفكر طهران؟، وما هي رؤية الدول الخليجية للتقارب الأمريكي الإيراني؟ وما هو تداعياته على المنطقة بشكل عام والخليج بشكل خاص؟¹

¹(المرجع السابق)

الموقف الإسرائيلي: حذر وترقب

يبدو أن إسرائيل أخذت على حين غرة، مما يبدو أنه نباح لحملة التقارب الإيرانية نحو الغرب، فحاولت البيانات الرسمية الإسرائيلية في بادئ الأمر تبني موقف حذر. وأشارت تلك البيانات إلى أن إسرائيل أمامها فرصة لتحقيق أكبر المكاسب من التوصل لتسوية عبر المفاوضات من شأنها أن توقف تقدم إيران باتجاه تصنيع قنبلة، لكن ربما كانت "عدم الثقة والتحقق" هي كلمات السر.

وحتى البيانات على أن النظام الإيراني لا يمكن الوثوق به، وأن له نفوذ سلمي في المنطقة تجاوز أنشطته النووية. لذا فإن وضع محاولات التقارب الإيرانية على المحك بكل تأكيد هو رسالة الدبلوماسيين الإسرائيليين، لكن ذلك يجب أن يكون من خلال تفكير واضح وليس التمني.

وتدعو إسرائيل منذ فترة طويلة إلى تشديد العقوبات الاقتصادية على طهران، وكان هدف العقوبات هو دفع إيران إلى الجلوس على طاولة التفاوض. والآن ومع أن ذلك بدأ يحدث على الأرض، فإنه لا يمكن لإسرائيل ببساطة أن ترفض ذلك باعتباره خدعة.

ووفقاً لتعليق المحلل الاستراتيجي الإسرائيلي "أموس يادلين"، فإن ما يهم الآن هو "محتوى" أي اتفاق بين إيران والغرب. ويرى "يادلين" بأن الهدف هو التوصل "لاتفاق جيد يمكن أن يجيد بمصادقية خطر قنبلة إيرانية" وليس "اتفاقاً سيئاً سيسمح لإيران بإمكانية الإسراع باتجاه (تطوير) قنبلة نووية" في أي وقت.

وستثبت الأسابيع والأشهر القادمة اختباراً صعباً للعلاقة بين (نتنياهو وأوباما). وقد يميل رئيس الوزراء الإسرائيلي إلى التمسك بموقفه والاعتماد على الدعم من أصدقاء إسرائيل في الكونغرس من أجل الضغط على البيت الأبيض. فإسرائيل ليست البلد الوحيد في المنطقة الذي قد يساوره القلق من الانفتاح الدبلوماسي بين الولايات المتحدة وإيران، وسيكمن الاختبار الحقيقي في تحديد ما إذا كان الإيرانيون مخلصين. وهل يمكن للرئيس روحاني التوصل لاتفاقية بالرغم من المعارضة الداخلية من الأوساط المحافظة؟ إذا لم يتمكن من ذلك، فإن شكوك "نتنياهو" قد تكون مبررة. لكن إسرائيل قد تجد نفسها في موقع صعب إذا عدت بأنها تسعى لنسف أي اتفاق من البداية.

السيناريوهات الإسرائيلية للتقارب الأمريكي الإيراني

تتعامل إسرائيل مع سيناريوهات متعددة للتقارب الأمريكي الإيراني يتمثل في:

السيناريو الأول: عدم مقدرتها على خوض حرب مع إيران بدون الولايات المتحدة، ورهانها على فشل الحوار والعودة مجدداً للصدام.

السيناريو الثاني: استمرار (الوضع الحالي) أي حربها السرية على طهران وممارسة الضغوط السياسية والعسكرية عليها.

السيناريو الثالث: المراهنة على الحوار، واستثمار اللحظة الراهنة وتحقيق أكبر قدر من المكاسب في ظل حالة الضعف والهشاشة التي تعيشها الدول العربية، لتطرح نفسها كدولة إقليمية وحليف مخلص قادر على ملء الفراغ الناجم عن

الانشغال الأمريكي والغياب المصري والانهيار العراقي وبديلا عن (الحليف التركي)، وتوظيف ذلك كله في صراعها مع الفلسطينيين وزيادة عزلتهم عن محيطهم العربي ما يتيح لها المزيد من المساحة الحرة في القدس وغزة، فرصة تنتهزها لتمرير كل ما ترغب فيه على الأرض الفلسطينية.

تدرك إسرائيل مبكرا أهمية إيران لإحداث تقارب مع الدول العربية الخليجية، وتستند الإستراتيجية «الإسرائيلية الى هواجس دول الخليج ورؤيتها للتهديدات المباشرة، خاصة بعد انهيار العراق وتطورات الأزمة السورية. التوظيف السياسي للهاجس الإيراني جذوره قديمة ترجع الى الثورة الإيرانية التي تعمقت بعد الغزو الأمريكي للعراق، وظهرت معالمها الواضحة بعد حرب 2006 في لبنان.

في المحصلة النهائية إسرائيل مستفيدة أولا من الحوار (الأمريكي - الإيراني) المرتقب، رغم أنها معنية باستمرار الضغوط على طهران، فالحرب السرية لم تؤت أكلها فضلا عن كون العديد من الخبراء ومراكز البحوث توصي بالانتقال الى المواجهة المباشرة مع طهران لجر واشنطن الى المواجهة، بيد أن السلوك الأمريكي وانشغالها بأزماتها الداخلية ذات الأبعاد الاجتماعية والاقتصادية والسياسية تفرض المزيد من القيود على الإدارة الأمريكية وتصنع واقعا جديدا¹.

التقارب الإيراني الأمريكي: الأزمة السورية تغير السياسة نحو الاحتواء

ما الذي يدور في الفكر الإستراتيجي الأمريكي فهل ستمارس طهران وواشنطن الاحتواء أم الاستقواء بشكل تبادلي؟ وحتى يمكن إيضاح الصورة وصولاً إلى جواب لا بد من التوقف عند مفهوم الاحتواء. يقوم الاحتواء في صيغته التقليدية على ثلاث مراحل أساسية، وتهدف المرحلة الأولى الى تحقيق توازن بين القوى المعنية، في حين تهدف المرحلة الثانية الى إحداث انشقاقات واستغلال التوترات في معسكر العدو، أما المرحلة الثالثة والأخيرة فتهدف الى تغيير أهداف الخصم وسلوكه، مع احتمالية السعي في نهاية الأمر إلى تحقيق تسوية حول القضايا العالقة من خلال المفاوضات.

أن الدول الخليجية حذرت واشنطن من استخدام قواعدها المنتشرة على الشواطئ المقابلة من أجل ضرب المنشآت النووية الإيرانية. بالمقابل قدمت إسرائيل معطيات كثيرة لإقناع الولايات المتحدة بالاستقواء على إيران وإن الخطر النووي الإيراني والقاعدة وحزب الله يشكلون تهديداً متواصلًا للأنظمة القائمة ولأمن الولايات المتحدة وإسرائيل، أما لماذا لا ترغب كل من إيران ودول الخليج في المواجهة ويفضلان احتواء الأزمة، لأن إيران تدرك أنها لا تستطيع مواجهة الولايات المتحدة الأمريكية عسكرياً ولا الإستقواء عليها، وإنما ترغب باحتواء الولايات المتحدة والمحافظة على علاقات دائمة ومستقرة في منطقة الخليج وذلك للعوامل التالية:

* تدرك إيران أن معظم دول الخليج مرتبطة باتفاقيات دفاع مشتركة مع الولايات المتحدة الأمريكية،

* هناك حجم تبادل تجاري قوي بين إيران والإمارات وصل إلى 14 مليار دولار لعام 2007، إضافة إلى إعلان إيران أن مسألة الجزر الثلاث ستحل عبر الحوار الأخوي.

¹2007, Al-Suwaidi

* ترى طهران في دبي شرياناً حيويًا لتجارتهما يساعدها على ذلك وجود أكثر من 400 ألف إيراني يعيشون في دولة الإمارات، إضافة إلى 9 آلاف شركة مملوكة من إيرانيين ومسجلة في غرفة تجارة وصناعة دبي. أما الشركات المالية اليهودية في الولايات المتحدة الأمريكية فهي متخوفة من انعكاس حالة الجمود والكساد في أمريكا على الموقف السياسي المنحاز لإسرائيل وهي تأمل أن تحتوي الولايات المتحدة إيران لا أن تستقوي عليها حتى لا تكون هناك حرب مدمرة رابعة في الخليج¹.

هناك بوادر نقلة نوعية في العلاقات الأمريكية الإيرانية، فما الذي تغير في هذه العلاقات ولماذا أصبحت أمريكا تتحدث الآن عن حوار وإستراتيجية بناءة مع طهران رغم العداء المعروف بين الجانبين.

هذا التغير يعزى إلى عدة عوامل أهمها اللغة الجديدة التي تحدث بها الرئيس الإيراني الجديد حسن روحاني منذ وصوله إلى السلطة إلى جانب رغبة الإيرانيين في عدم تكرار السيناريو السوري في المنطقة، بالإضافة إلى رغبة الولايات المتحدة في تحقيق أي إنجاز لها في المنطقة خاصة بعد فشل مشروع أوباما برهانه على الإخوان المسلمين وفشل مشروع الشرق الأوسط الجديد الذي خطط له منذ توليه فترة ولايته الأولى.

أن التقارب الأمريكي الإيراني حتما سيلقي بظلاله على الأزمة السورية وستكون له انعكاسات كبيرة على المنطقة، وأن هذا التقارب سيؤثر على الأزمة السورية، حيث قد تكون هناك تفاهات تضمن استمرار نظام الأسد، خاصة بعد التراجع الأمريكي عن قرار توجيه الضربة العسكرية إلى دمشق. إي إن منطقة الشرق الأوسط تشهد الآن «مقايضات»..

لكن لغاية الآن لا احد يعلم أبعاد هذا التقارب الأمريكي - الإيراني أو تفاصيل ما قدمته طهران لأمريكا أو ما تستعد واشنطن لتقديمه لطهران، ولكننا نلمس وجود تهدئة من الطرفين ونوعاً من العلاقة الودية بين البلدين. إلا أن بعض التكهّنات ترجح أن إيران استطاعت أن تصل إلى مرحلة متطورة من امتلاك التكنولوجيا النووية وحققت ما تصبو إليه وتوصلت إلى قناعة أن امتلاك السلاح النووي ليس له داع، لذا تريد المحافظة على امتلاكها لتكنولوجيا نووية فقط، وهذا ما تحقق لها في هذا المجال وفي المقابل سوف تقدم إيران ضمانات إلى أمريكا بأنها لن تلجأ إلى إنتاج السلاح النووي وهو ما تريده الولايات المتحدة.

ثم أن هذا التقارب سوف تكون له آثار على الأزمة السورية، لان إيران لن تضحى بسوريا وسوف يكون هناك اتفاق بين أمريكا وإيران على أن يتم وضع حلول للأزمة السورية، ربما يتضمن الاتفاق «عدم التضحية ببشار الأسد» أو سقوط سوريا في يد المعارضة، التي من بينها عناصر تخشاهم الولايات المتحدة نفسها وتقلق منها مثل «جبهة النصرة»، وغير ذلك من العناصر الجهادية والجماعات المتطرفة².

¹(المعاينة 2008)

² Zalmay, 2007

خاتمة

حاولت هذه الدراسة تحليل اثر التقارب الإيراني الأمريكي على مستقبل المنطقة العربية والإقليمية بوجه عام، والمنطقة الخليجية على وجه الخصوص، من خلال استعراض أهم السيناريوهات المتوقعة عربيا وإسرائيليا.

كما حاولت بيان دور الأزمة السورية في تحول العلاقات بين البلدين التي لطالما شابها التوتر والتهديد.

هذا التقارب بين الجانب الإيراني والأمريكي سبب صدمة وامتعضا لكثير من الأطراف، لاسيما إسرائيل التي رأت فيه تهديدا لعلاقتها القوية مع الولايات المتحدة، وتمدّد لأمنها الاستراتيجي، في الوقت الذي تسعى فيه جاهدة لوقف برنامج إيران النووي، لكن حتى لو نجح "اوباما" في إرساء دعائم التقارب مع إيران، فإن القول الفصل في هذا المجال سيكون للكونغرس الأمريكي ومن قبله منظمة "الايبيك" الذين لن يسمحوا لأي اتفاق يهدد إسرائيل أن يرى النور. أما دول الخليج، فلها مخاوف وتوجس من أي تفاهات إيرانية أمريكية ربما لا تأخذ مصالحها في الحسبان وتحشى من إمكانية قيام الولايات المتحدة بإبرام صفقة مع إيران، قد تضر بالمصالح والحقوق الخليجية. كما ترى في الجمهورية الإسلامية أنها تريد أن تبسط هيمنتها على المنطقة مما يبعث على عدم الاطمئنان لأي تقارب من هذا القبيل. لكن من الواضح أن إيران تسعى لان تكون لاعبا أساسيا، ومهما في المنطقة، لاسيما فيما يتعلق بالملف السوري، خصوصا بعد تعطل الضربة الأمريكية لسوريا، ومحاولة واشنطن إيجاد مخرج يحفظ لها ماء الوجه. ولكن رغبة في عدم التسرع والحسم بتقارب فعلي واتفاق أمريكي إيراني في المستقبل القريب، تنفجر منه هواجس ومخاوف البعض، لا بد ابتداء، وتعميقا لبعده النظر، من التذكير بأن هذه المكاملة (اقرأ تقارب) أتت بناء على طلب إيراني، كما أنها أتت مع سوابق إيرانية تمهيدية توالى بتولي روحاني السلطة، وتؤكد على الحوار والتفاوض والتقارب مع كل الفرقاء، وفي مقدمتهم الولايات المتحدة الأمريكية، كما أنها أتت في سياقات تفاوضية إقليمية ودولية، يتعلق جزؤها الأكبر بالملف النووي الإيراني والثورة السورية.

المراجع

- جاد، عودة، الصراع الدولي - مفاهيم وقضايا، مكتبة الأسرة، القاهرة، 2006
- عبد الحليم، أميرة، النظام الدولي الجديد، دار الأهرام للنشر، القاهرة، 2004
- فرج، أنور، المركزية الغربية من التمرکز حول الذات إلى الهيمنة على الآخر، هيئة الأعمال الفكرية، الخرطوم، 2005
- المعايطه، صالح، إيران الاستقواء أم الاحتواء، صحيفة الرأي، العدد 228، 2008
- Al-Suwaidi, Jamal (2007). **Iran and the Gulf a Search for Stability**, Abu Dhabi, The Emirates Center for Strategic Studies and Research
- Khalilzad, Zalmay (2007). **Afghanistan and Iraq: Taking Stock**, Journal of Democracy, no112

معيار تحديد طبيعة النزاع الإداري في التشريع الجزائري.

دراسة مدعمة باجتهادات القضاء الجزائري

الأستاذ الدكتور عمار بوضياف - كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة تبسة - الجزائر

amar_boudiaf@yahoo.fr

مقدمة:

القاعدة في توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري في الجزائر هي المعيار العضوي:

كرس المشرع الجزائري الازدواجية القضائية بمناسبة التعديل الدستوري لسنة 1996 حيث أعلنت المادة 152 منه عن تأسيس مجلس للدولة كجهة قضائية عليا في المادة الإدارية، الى جانب المحكمة العليا كجهة عليا للقضاء العادي أو العدلي. كما تم الاعلان عن تأسيس محكمة تنازع الاختصاص، بما يؤكد التأثير بالنموذج القضائي الفرنسي.

وتطبيقا لهذا النص الدستوري صدرت القوانين التالية:

* القانون العضوي 98-01 بتاريخ 30 مايو 1998 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله. منشور بالجريدة الرسمية العدد 37 لسنة 1998.

* القانون 98-02 بتاريخ 30 مايو 1998 يتعلق بالمحاكم الإدارية منشور في ذات العدد.

* القانون العضوي 98-03. بتاريخ 3 يونيو 1998 يتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها. منشور في الجريدة الرسمية العدد 39 لسنة 1998.

واستمرت جهود المشرع إلى أن أعلن عن قانون إجرائي جديد يناسب النظام القضائي المعمول به. فصدر القانون 08-09 بتاريخ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمنشور بالجريدة الرسمية رقم 21 لسنة 2008.

وطالما فصل المشرع الجزائري عضويا وهيكليا بين جهتي القضاء العادي والإداري، وفصل إجرائيا بين المنازعة الإدارية والخصومة المدنية. كان لزاما أن يحدد معيار توزيع الاختصاص ليتمكن كل جهة قضائية من معرفة مجال تخصصها والمنازعات التي تؤول إليها.

الإشكالية المطروحة من خلال الدراسة:

تماشيا مع عنوان الدراسة تعين علينا طرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في وضع معيار واضح دقيق لتحديد طبيعة المنازعة الإدارية؟ وهل تقيد مجلس الدولة وقبله الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بهذا المعيار؟ وما هي أهم الإشكالات القانونية الناتجة عن تطبيق المعيار العضوي المعتمد تشريعاً؟.

خطة الدراسة:

سنتولى الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: تعريف المنازعة الإدارية وأهمية تحديد معيار لها.

المبحث الثاني: المعيار العضوي في قانون الإجراءات المدنية.

المبحث الثالث: المعيار العضوي في القانون العضوي 98-01.

المبحث الرابع: المعيار العضوي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المبحث الخامس: تطبيقات قضائية للمعيار العضوي.

المبحث السادس: الاستثناءات الواردة على المعيار العضوي.

المبحث الأول: تعريف المنازعة الإدارية وأهمية تحديد معيار لها.

لم يعرف المشرع الجزائري المنازعة الإدارية رغم أنه فصلها من حيث المنظومة القضائية والمنظومة الإجرائية عن الخصومة المدنية أو العادية خاصة بعد الإصلاح القضائي لسنة 1998 والإصلاح الإجرائي لسنة 2008. وترك هذه المهمة للفقهاء. وهذا لا يشكل من منظورنا فراغا في التشريع، بل الأمر محل اختلاف فقهي كبير، ولا يمكن للمشرع أن يخاطر بتعريف قد يعتريه النقص من هنا أو هناك ويكون عرضة للنقد.

غير أنه وقبل استعراض بعض الاجتهادات الفقهية بخصوص تعريف المنازعة الإدارية فضلنا تبيان جزئية مهمة تتعلق بالعلاقة بين المنازعة الإدارية والقانون الإداري.

المنازعة الإدارية دليل وجود القانون الإداري:

إن وجود منازعة إدارية لأكبر دليل على وجود القانون الإداري، واستقلاله عن القانون المدني. هذا الاستقلال الذي ثبت تاريخيا منذ الوجود الاستعماري في الجزائر. مع اختلاف بين الوضع في فرنسا والوضع في الجزائر. ففي فرنسا انحصرت أسباب انفصال المنازعة الإدارية واستقلالها عن الخصومة المدنية في الدفاع عن السلطة التنفيذية ضد تجاوزات القضاة العاديين. أما في الجزائر فاستقلالية المنازعة ليس له ذات البعد التاريخي بنفس الوجه والمضمون.

وتقف وراء استقلال المنازعة الإدارية أسباب منطقية كون الدولة في بداية الأمر كما قال الأستاذ أحمد محيو أرادت أن تنهل من ترسانة القانون الإداري كي تستنبط القواعد التي تمكنها من بسط نفوذها ومضاعفة تدخلها.⁽¹⁾

وبات يقينا أن قواعد القانون الإداري استعملت في مجالات كثيرة كالقرارات والعقود وكانت بمثابة أداة أساسية لتحقيق مقاصد وأهداف الدولة الاشتراكية. بل إنه تم توظيف قواعد القانون الإداري حتى في مجال النشاط التجاري والصناعي للدولة.

وبعد التغاضي عن الفكر والتوجه الاشتراكي استمرت الدولة الجزائرية في تطبيق القانون الإداري لتسيير أجهزتها المركزية والمحلية، وكذلك تسيير المرافق العامة. ورغم أن الإعلان عن ازدواجية القضاء جاء متأخرا وتم تجسيده بشكل أوضح في إصلاح 1998، إلا أنه سبق هذه المرحلة مراحل عديدة أكدت انفصال المنازعة الإدارية عن الخصومة المدنية، وحسبنا الإشارة لوجود نظام الغرف الإدارية سواء أمام المحكمة العليا أو الغرف المحلية وحتى الجهوية. ووجود بعض الإجراءات الخاصة للمنازعة الإدارية كالتظلم والصلح. ووجود طابع خاص لأحكامها وطرق خاصة بتنفيذها فيما خص قضاء التعويض وغيرها من المظاهر التي تؤكد اختلاف المنازعة الإدارية عن الخصومة المدنية.

وهاهي المنازعة الإدارية اليوم في الجزائر قد تأكد استقلالها عن الخصومة المدنية سواء من حيث الهيكل القضائي الفاصل في النزاع، خاصة بعد تنصيب مجلس الدولة وفصله عضويا عن المحكمة العليا. وتنصيب المحاكم الإدارية وتعميمها على المستوى الوطني، وفصلها عن المحاكم العادية. وتأسيس محكمة للتنازع على شاكلة النظام الفرنسي في الوضع الغالب.

وأضحى راسخا اليوم في النظام القضائي الجزائري أن القاضي الإداري بعد ثبوت استقلاله وانفصاله عن القضاء العادي، لا علاقة له من حيث الأصل بالقانون المدني، بل يستمد قراره في الوضع الغالب من

(1) أنظر: الدكتور أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص70.

النصوص ذات العلاقة بموضوع النزاع، هذه النصوص التي تدور في مجملها حول القانون العام، هذا الأخير الذي وصف بأنه قانون الامتثال ، وليس قانون التوازن والمساواة كما وصف القانون الخاص. فيطبق القاضي الإداري نصوص قانون الوظيفة العامة، أو نصوص قانون نزع الملكية، أو نصوص قانون المحاماة، أو نصوص الصفقات العمومية، أو قانون الانتخابات وغيرها من التشريعات والتنظيمات الخاصة.

والآن وبعد أن أبرزنا علاقة المنازعة الإدارية بالقانون الإداري، نستعرض فيما يلي بعض اجتهادات الفقه:

تعريف المنازعة الإدارية:

● تعريف الأستاذ أحمد محيو:

عرف المنازعة الإدارية بأنها: "المنازعات الإدارية تتألف من مجموعة الدعاوى الناجمة عن نشاط الإدارة وأعوانها أثناء قيامهم بوظائفهم".⁽¹⁾

● تعريف الدكتور عمار عوابدي:

أشار الأستاذ عمار عوابدي لصعوبة تحديد أو وضع تعريف للدعوى الإدارية. وأرجع ذلك لجملة من الأسباب منها حداثة وجود نظرية الدعوى القضائية الإدارية كدعوى مستقلة، حيث ظهرت للوجود في نهاية القرن التاسع عشر. كما أن الدعوى الإدارية ليس لها تقنين قانوني متكامل وموحد. ثم أن مصطلح الدعوى الإدارية في حاجة اليوم إلى التدقيق والضبط والتحديد بسبب كثرة وتعدد المترادفات والمصطلحات التي تدور حول موضوع الدعوى الإدارية كمصطلح المنازعة الإدارية.

ومن هنا ركز الأستاذ عوابدي على الصلة الوثيقة والتداخل الكبير بين الدعوى الإدارية والمنازعة الإدارية. إلى درجة أن هناك من عرف الدعوى الإدارية بأنها: "مجموع المنازعات المتعلقة بالمرافق العامة".⁽¹⁾ وما لاشك أن مثل هذا التعريف لا يمكن أن يحظى بقبول فقهي وهذا بسبب غموض فكرة المرفق العام.

وعرف الأستاذ عوابدي الدعوى الإدارية: "هي حق الشخص والوسيلة القانونية في تحريك واستعمال سلطة القضاء المختص وفي نطاق مجموعة القواعد القانونية الشكلية والإجرائية والموضوعية المقررة للمطالبة

(1) الدكتور أحمد محيو، المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 5.

(1) الدكتور عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 228. وأيضاً ، ريمون أودان، النزاع الإداري، ترجمة سيد بضياف، مركز النشر الجامعي، تونس، 2000، ص 33 وما بعدها.

بالاعتراف بحق أو للمطالبة بحماية حق أو مصلحة جوهرية نتيجة الاعتداء على هذا الحق أو هذه المصلحة بفعل الأعمال الإدارية غير المشروعة والضارة والمطالبة بإزالتها وإصلاح الأضرار الناجمة عنها.⁽²⁾

● تعريف الأستاذ حسن بسيوني

عرف المنازعة بأنها: "المنازعة الإدارية هي الوسيلة القانونية التي يكفلها المشرع للأشخاص لحماية حقوقهم في مواجهة الإدارة عن طريق القضاء للمتقاضى".⁽³⁾

● تعريف الأستاذ رشيد خلوفي:

اعترف الأستاذ رشيد خلوفي بصعوبة وضع تعريف للمنازعة الإدارية ومع ذلك قدم تعريفا لها بقوله: "المنازعات الإدارية هي جميع النزاعات التي تنجم عن أعمال السلطات الإدارية والتي يعود الفصل فيها للقضاء الإداري حسب قواعد قانونية وقضائية معينة"⁽⁴⁾.

● تعريفنا الخاص:

رغم قناعتنا الكبيرة بصعوبة وضع تعريف دقيق للمنازعة الإدارية بالنظر لجملة اعتبارات يأتي على رأسها تنوع المنازعة الإدارية واختلاف أطرافها من جهة، واختلاف مصادرها القانونية الموضوعية والإجرائية من جهة أخرى. فالمنازعة الإدارية ليست كل منازعة تعد الإدارة طرفا فيها، بل قد تكون الإدارة طرفا في النزاع وتمثل أمام جهة القضاء العادي لا الإداري كما سنبين ذلك لاحقا، وحيث لا نكون أصلا أمام منازعة إدارية. ومثل هذه العوامل المركبة تجعل من الصعوبة إعطاء تعريف للنزاع الإداري. كما أنه بالمقابل قد نكون أمام نزاع إداري رغم غياب الإدارة أصلا كالنزاع بين المحامي ومنظمة المحامين.

ومع هذه الصعوبة يمكن تعريف المنازعة الإدارية بأنها المنازعة التي أخضعها المشرع نوعيا لولاية القضاء الإداري دون غيره وفقا لإجراءات خاصة وأخضعها موضوعا لأحكام تختلف عن تلك المقررة في القضاء العادي. فالعبرة بوجود المنازعة الإدارية يكون باعتراف المشرع للقضاء الإداري بالفصل فيها. فالمحامي الذي يريد منازعة منظمة محامين، تعين عليه أن يقصد القضاء الإداري لا العادي رغم غياب الإدارة كطرف في النزاع.

من أجل ذلك ذهب المحكمة الإدارية في تونس في قرار لها صدر بتاريخ 1 ماس 1979 عدد 48 إلى القول: " أحكام المرافعات المدنية لا تطبق على النزاع الإداري إلا استثناء ما لم تتعارض مع أحكام

(2) الدكتور عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص 230.

(3) الدكتور حسن بسيوني، دور القضاء الإداري في المنازعة الإدارية عالم الكتاب، القاهرة، ص 149.

(4) الأستاذ رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، لجزائر، 2005، ص 14.

القانون الإداري". وأكدت ذلك في قرار لها صدر بتاريخ 24 فبراير 1983 القضية عدد 93. وفي قرار لها بتاريخ 31 يناير 1986 القضية عدد 1025 صرحت المحكمة مجددا لا تطبق قواعد القانون الخاص أمام القضاء الإداري إلا فيما لم يرد به قانون المحكمة الإدارية ودون أن يكون ذلك مخالفا لمبادئ القانون الإداري. وفي قرار صادر بتاريخ 19 مايو 1999 القضية عدد 21782 ذهبت المحكمة الإدارية بتونس للقول: "دأب فقه قضاء المحكمة على استبعاد تطبيق مقتضيات مجلة المرافعات المدنية والتجارية في مجال إجراءات الاستئناف أمام المحكمة الإدارية ضرورة أن القانون المطبق المتعلق بهذه المحكمة أوجب إجراءات خاصة".⁽¹⁾

وأعتقد أنه من غير المناسب إعطاء تعريف للمنازعة الإدارية على أنها تتعلق بأعمال السلطات، أو تخص أعوان الدولة، لأن هذا القول يؤدي حتما إلى تقليص مجال المنازعات الإدارية. فالمنازعة بين المحامي ومنظمة المحامين لا تحتوي على سلطة إدارية من حيث الأطراف، فالمنظمة ليست بإدارة عمومية. كما أن المحامي ليس بموظف عام. ومع ذلك النزاع يؤول أمام القضاء الإداري لأن المشرع عقد الاختصاص في المنازعة لهذه الجهة القضائية.

علاقة المنازعة الإدارية بالمعيار العضوي:

يطرح السؤال هنا: متى نكون بصدد منازعة إدارية ومن ثم نعرف اختصاص القضاء الإداري؟.

أجاب المشرع الجزائري على السؤال المحوري بأن حدد جهات معينة في مختلف المراحل التشريعية إن كانت طرفا في النزاع عد إداريا من حيث الأصل، ما لم نكن أمام حالة تدخل تحت طي الاستثناء بموجب النص فيناط الاختصاص بالنظر فيها حينئذ للقضاء العادي لا الإداري.

ومن هنا فالعلاقة وطيدة جدا بين مفهوم المنازعة الإدارية وبين المعيار العضوي. ويكفي القول أن المنازعة الإدارية تلد كأصل عام من رحم المعيار العضوي، ومنه تستمد وجودها وخصوصيتها. ولا وجود لمنازعة إدارية في غياب المعيار العضوي، وعلى أساسه يعقد الاختصاص للقضاء الإداري.

وبهدف توضيح وتفصيل عمق العلاقة التاريخية والحالية بين المعيار العضوي والمنازعة الإدارية فضلنا الوقوف عند كل المراحل التي مر بها القانون الجزائري من خلال المباحث التالية.

(1) الأستاذ عبد الرزاق بن خليفة، إجراءات النزاع الإداري، دار اسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2005، ص 13.

المبحث الثاني: المعيار العضوي في قانون الإجراءات المدنية.

صدر أول قانون للإجراءات المدنية بموجب الأمر 66-154 بتاريخ 8 يونيو 1966.

وجاء في المادة 7 منه "كما تختص بالحكم ابتدائيا في جميع القضايا التي تكون الدولة أو إحدى العمالات أو إحدى البلديات أو إحدى المؤسسات العامة ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها ويكون حكمها قابلا للطعن أمام المجلس الأعلى".

ويستثنى من ذلك:

مخالفات الطرق والخاضعة للقانون العام والمرفوعة أمام المحكمة العادية.

وطلبات البطلان أي دعوى الإلغاء وترفع مباشرة أمام المجلس الأعلى.

وخضعت المادة 7 لتعديلات كثيرة إلى درجة أن الأستاذ أحمد محيو وصفها بتقلبات المادة السابعة.⁽¹⁾ وكانت وسيلة هذا التعديل قوانين كثيرة منها الأمر 71-80 والقانون رقم 86-01 وأخيرا وبموجب القانون 23/90 المؤرخ في 18 أوت 1990. وحملت المادة الصياغة التالية: "تختص المجالس القضائية بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا في جميع القضايا أيا كانت طبيعتها التي تكون الدولة أو الولايات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها.

1- تكون من اختصاص مجلس قضاء الجزائر ووهران وقسنطينة وبشار وورقلة التي يحدد اختصاصها الإقليمي عن طريق التنظيم:

- الطعون بالبطلان في القرارات الصادرة عن الولايات.

- الطعون الخاصة بتفسير هذه القرارات والطعون الخاصة بمدى شرعيتها.

2- تكون من اختصاص المجالس القضائية التي تحدد قائمتها وكذا اختصاصه الإقليمي عن طريق التنظيم:

- الطعون بالبطلان في القرارات الصادرة عن رؤساء المجالس الشعبية البلدية وعن المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

- الطعون الخاصة بتفسير هذه القرارات والطعون الخاصة بمدى شرعيتها.

(1) الدكتور أحمد محيو، المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 94.

- المنازعات المتعلقة بالمسؤولية المدنية للدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والرامية لطلب تعويض".

يبدو واضحاً من المادة أعلاه أن المشرع الجزائري تبني المعيار العضوي كأساس لتوزيع قواعد الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري. ويتسم هذا المعيار بالبساطة والوضوح إذ يكفي معرفة طبيعة الشخص الطرف في النزاع لمعرفة جهة القضاء المختصة. ولقد دأب المشرع على هذا المعيار في مختلف التعديلات الواردة على المادة السابعة. كما أن تعداد الهيئات العامة ورد على سبيل الحصر، فلا يجوز إدخال جهات عامة أخرى غير مشمولة بالنص لأن الأمر يتعلق بقواعد الاختصاص النوعي وهي من النظام العام، فلا يجوز مخالفتها.

ومن المؤكد أن الهدف الذي رسمته السلطة الجزائرية منذ فجر الاستقلال في مجال القضاء هو محاولة صياغة نظام قضائي يتماشى وظروف المجتمع الجزائري ويراعي خصوصياته ويتعد عن تعقيد الإجراءات، بل يتوخى تبسيطها لما للتبسيط من فوائد جمّة.

فالمادة 7 من قانون الإجراءات المدنية حددت النزاع الإداري من خلال وجود الهيكل أي وجود الدولة، أو الولاية، أو البلدية، أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية. وبالتالي وقع استبعاد المؤسسات العمومية الأخرى كالمؤسسات الصناعية والتجارية والتي يختص بالنظر في منازعاتها غرف أخرى غير الغرفة الإدارية سواء على مستوى المجالس القضائية أو على مستوى المحكمة العليا.

وهكذا تميز التشريع الجزائري عن الوضع المتبع في فرنسا حيث أن معيار الاختصاص في هذا البلد يحدد عن طريق القضاء لا التشريع. ولعل السبب في تبني أسلوب المعيار التشريعي هو أن أحكام القضاء قد تختلف بين مرحلة وأخرى، فهي غير مستقرة، وقد تكون متباعدة ومختلفة في الوقائع والأطراف والموضوع والسبب ويتعذر مع جملة هذه المتغيرات وضع معيار فاصل جامع مانع يحدد قواعد الاختصاص. لذا تبني المشرع الجزائري الأسلوب التشريعي في تحديد معيار الاختصاص.

تطبيق المعيار العضوي من جانب المجلس الأعلى "المحكمة العليا":

تطبيقاً للمعيار العضوي المكرس بموجب المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية رفضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى النظر في نزاع يتعلق بالديوان الوطني للإصلاح الزراعي. وذهبت الغرفة لتأسيس قرارها بتاريخ

14 فبراير 1969: "...حيث أنه من الثابت أن الديوان الوطني للإصلاح الزراعي هو مؤسسة عامة ذات صبغة صناعية وتجارية...".⁽¹⁾

ويبدو تكريس المعيار العضوي من خلال قرار ذات الغرفة بتاريخ 23 جانفي 1970 حيث ذهبت للقول: "حيث أن المادة 7 قد استبدلت المعيار المادي القديم المرتكز على طبيعة النشاط الإداري المعترف بمعيار عضوي لم يعد يأخذ بعين الاعتبار سوى صفة الأشخاص المعنيين، وأنه يجب ويكفي أن يكون شخص معنوي إداري طرفا في الدعوى، لكي يعتبر القاضي الفاصل في المواد الإدارية مختصا". وهنا تبرز بحق وبوضوح العلاقة بين المنازعة الإدارية والمعيار العضوي.

المبحث الثالث: المعيار العضوي في القانون العضوي 98-01 المتعلق بمجلس الدولة.

استنادا للمادة 9 من القانون العضوي 98-01 يتولى مجلس الدولة النظر ابتدائيا ونهائيا في: الطعون الموجهة للقرارات الصادرة عن السلطات المركزية والهيئات الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية. وهكذا ورد ذكر الجهات على سبيل الحصر إن كانت طرفا في النزاع عقد الاختصاص حينها لمجلس الدولة. ويتعلق الأمر ب:

1- السلطات المركزية وقصد بها مجموع الوزارات.

2- الهيئات الوطنية العمومية. ويدخل تحت هذا الصنف كل من المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة والمجلس الدستوري وجهات أخرى كثيرة.

3- المنظمات المهنية الوطنية: والأصل أن المنظمات المهنية عبارة عن تجمعات أشخاص مكلفة بتنظيم مهنة معينة، وليست جهات إدارية كالوزارة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية. ويدخل تحت هذا الصنف منظمة المحامين والغرفة الوطنية للموثقين والغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين وغيرها.

ورغم الطابع الخاص للمنظمات غير أن المشرع الجزائري اعتبر منازعاتها إدارية.

ولقد استقر القضاء في فرنسا منذ جويلية 1942 على اعتبار القرارات الصادرة عن بعض الهيئات الخاصة بقرارات إدارية وتكون قابلة للإلغاء أمام القضاء الإداري على الرغم من أنها ليست مؤسسات

(1) الدكتور أحمد محيو، المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 96 ولمعرفة قرارات أخرى راجع: الدكتور مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 355.

عمومية. وأسس مفوض الحكومة وجهة نظره أن هذه التجمعات تساهم في إدارة مرفق عام، ويجب أن تتمتع ببعض امتيازات القانون العام وهذا بسبب هدفها المتعلق بالنفع العام.⁽¹⁾

وبإدراج المنظمات المهنية الوطنية أورد المشرع الجزائري استثناءا يتعلق بالمعيار العضوي. فالمنظمة المهنية الوطنية ليست إدارة عمومية، ولا مؤسسة عمومية، ورغم ذلك يختص القضاء الإداري بالفصل في منازعاتها. والسبب هو اعتبار المشرع لقراراتها بأنها قرارات إدارية وجب الطعن فيها أمام القضاء الإداري. وهذا ما سنفصله في المبحث الخاص بالاستثناءات الواردة على المعيار العضوي.

المبحث الرابع: المعيار العضوي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كرست المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي ترسم الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية المعيار العضوي كمعيار فاصل بين قواعد الاختصاص لجهتي القضاء العادي والإداري. وبدأ المشرع بذكر الهيئات العمومية أو أشخاص القانون العام كما يلي:

1- الدولة: وقصد بها المشرع السلطات المركزية ممثلة في الوزارات. وقد جاء ذكرها على رأس المادة 49 من القانون المدني نظرا لأهميتها ولأنها تشكل الشخص المعنوي الأم وباقي الأشخاص متفرعة عنها. وينحصر اختصاص الدولة في نطاق إقليم معين، ولا يحتاج وجود الدولة إلى نص في الدستور أو القانون أو أي وثيقة أخرى ذات طابع دولي أو داخلي.

ولمعرفة عدد الوزارات وجب الرجوع للمراسيم الرئاسية المتضمنة الإعلان عن الحكومة. نذكر على سبيل المثال:

- المرسوم الرئاسي 98-424 المؤرخ في 15 ديسمبر 1998 (الجريدة الرسمية 95- لسنة 98).
- المرسوم الرئاسي 99-299 المؤرخ في 23 ديسمبر 1999 (الجريدة الرسمية رقم 93 - لسنة 99).
- المرسوم الرئاسي رقم 2000 - 256 المؤرخ في 26 أوت 2000 (الجريدة الرسمية عدد 54 سنة 2000).
- المرسوم الرئاسي 173.07 المؤرخ في 4 جوان 2007 (الجريدة الرسمية رقم 37 لسنة 2007) .
- المرسوم الرئاسي 08-366 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 (الجريدة الرسمية رقم 64 لسنة 2008).

(1) الدكتور مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، ص 376.

- المرسوم الرئاسي 10-149 المؤرخ في 28 مايو 2010 المتضمن تعيين أعضاء الحكومة (الجريدة الرسمية رقم 36 لسنة 2010).⁽¹⁾

- الأصل أن الوزارة لا تتقاضى أمام المحاكم الإدارية:

طبقا للمادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يختص مجلس الدولة كأول وآخر درجة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية. ويختص أيضا بالنظر في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة.

من النص أعلاه نستنتج أن إرادة المشرع اتجهت لإبعاد منازعات السلطات المركزية عن ولاية واختصاص المحاكم الإدارية لكن هذا فيما خص فقط:

أ- دعوى الإلغاء.

ب- دعوى تقدير المشروعية.

ج- دعوى التفسير.

2-الولاية:

لا يمكن تسيير شؤون الدولة بالاعتراف لها فقط بالشخصية الاعتبارية، لأن الدولة حتى تضطلع بأعباء السلطة العامة وتلبي سائر الخدمات العامة وتشبع سائر الرغبات تحتاج إلى الاستعانة بأشخاص إقليمية أخرى كالولاية والبلدية.

وللولاية أساس دستوري حدده المادة 15 من دستور 1996. وقد عرفت المادة الأولى من القانون 07-12 المؤرخ في 21 فبراير 2012 الولاية بأنها الجماعة الإقليمية للدولة وتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة. وهي أيضا الدائرة الإدارية غير الممركزة للدولة وتشكل بهذه الصفة فضاء لتنفيذ السياسات العمومية التضامنية والتشاورية بين الجماعات الإقليمية والدولة.

ولقد استقلت الولاية عن الشخص الأم (الدولة) ماليا وإداريا حتى تساعد الدولة ذاتها في أداء مهمتها بحسب ما تتطلبه الظروف الخاصة بكل جزء من الإقليم.

(1) لتفصيل أكثر راجع: الدكتور عمار بوضياف، التنظيم الإداري في الجزائر بين النظرية والتطبيق، الجزائر، جسور للنشر، 2010، ص90 وما بعدها.

و اعترف لها القانون المدني بالشخصية الاعتبارية كما اعترف لها قوانين الولاية لسنة 69 وسنة 1990 وسنة 2012 بنفس الصفة بما يمكنها من ممارسة مهامها والدخول في معاملات عقدية وبما يفصل ذمتها المالية عن الدولة كشخص إقليمي ويمكنها من حق التقاضي ويجعلها مسؤولة عن أعمالها.

3- البلدية:

تعتبر البلدية كما وصفها الدستور في مادته 15 بأنها الجماعة القاعدية فهي تمثل البنية القاعدية في التنظيم الإداري الجزائري. ولها هي الأخرى وجود دستوري حددته المادة 15. ولها أيضا وجود مدني ذكر في المادة 49 ووجود خاص ذكر في قانون البلدية لسنة 67 وسنة 1990 وقانون 2011.

وتعتبر البلدية طبقا للمادة الأولى من القانون 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 يتعلق بالبلدية الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة وتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة.

ومما لاشك أنّ الاعتراف للبلدية بالشخصية الاعتبارية سيخفف العبء على كل من الدولة كتنظيم إقليمي وكذلك على الولاية بما ينجم عن هذا الاستقلال والفصل من آثار قانونية سواء في مجال التعاقد أو الذمة المالية أو المسؤولية القانونية.

4- المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية:

ومن أمثلة هذا النوع من المؤسسات:

- الوكالة الوطنية لحماية البيئة المنشأة بموجب المرسوم رقم 83-457 المؤرخ 23 يوليو 83.

- المدرسة الوطنية للإدارة المنظمة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-416 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006.

وقد تتخذ هذه المؤسسات طابع المؤسسة العمومية الوطنية أو المحلية.

ولقد بين الأستاذ رمضان بابادجي في رسالته للدكتوراه المقدمة في جامعة باريس 1 أن المعيار العضوي ليس له دور فقط في قانون الإجراءات المدنية، بل له دور أساسي وفاعل في قانون الصفقات العمومية أمر 67-90 الذي حدد الجهات المعنية بقانون الصفقات في نص المادة 2 منه. وكذلك أشار قانون الوظيفة العامة أمر 66-133 لجهات عمومية ينتمي لها العون حتى يمكن تسميته بالموظف العام.⁽¹⁾

(1) أنظر :

Ramdane BABADJI .LE DROIT ADMINISTRATIF EN ALGERIE MUTATIONS ET EVOLUTIONS
Thèse de doctorat d'état .UNIVERSITE DE PARIS 1.p71

ولتفصيل بشأن المعيار العضوي في مجال الصفقات راجع: الدكتور عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011 ص43 وما بعدها.

- وضعية المصالح الخارجية للوزارات وإشكالية أهلية التقاضي:

بالرجوع للمادة 828 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنها قد حددت الأشخاص المؤهلين قانوناً لتمثيل الهيئات العمومية. فذكر النص الوزير المعني بالنسبة لمنازعات الدولة، والوالي بالنسبة لمنازعات الولاية، ورئيس المجلس الشعبي البلدي بالنسبة لمنازعات البلدية، والممثل القانوني للمؤسسة بالنسبة لمنازعات المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

وبالرابط بين مضمون المادة 828 والمادة 801 من ذات القانون نسجل ما يلي:

أن المادة 801 وهي تتحدث عن الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية ذكرت أن هذه الأخيرة تختص بالنظر في دعاوى الإلغاء والتفسير وفحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

-الولاية والمصالح غير المركزية للدولة على مستوى الولاية.

ومن هنا لم يرد ذكر المصالح غير المركزية في نص المادة 828 مما يعني أنها غير مؤهلة لتمثيل نفسها بنفسها أمام المحكمة الإدارية.

ولو كانت مؤهلة لورد في نص المادة 828 من أنها تمثل عن طريق مديرها.

وينبغي التذكير أن منازعات المصالح الإدارية غير المركزية أو المصالح الخارجية للوزارات أو المديرات التنفيذية على مستوى الولايات أثارت نزاعاتها إشكالات كبيرة خاصة من زاوية هل هي مؤهلة من أن تكون بذاتها محلاً لدعوى إدارية؟

لقد ذهب القضاء الجزائري على مستوى بنيتة التحتية لاتجاهات متباينة، فهناك الكثير من الغرف الإدارية المحلية سابقاً قبلت دعاوى رفعت أمامها ضد مديريات تنفيذية كمديرية الشؤون الدينية ومديرية الصحة ومديرية النشاط الاجتماعي ومديرية الري وغيرها.

غير أن موقف مجلس الدولة يكاد أن يكون ثابتاً أن هذه المديرات ما هي إلا امتداد لتنظيم كبير هو الولاية. وعليه وجب رفع الدعوى ضد الولاية ممثلة في واليها وهذا أمام الغرفة الجهوية سابقاً المختصة إقليمياً إن تعلق الأمر بدعوى الإلغاء وتجلى هذا الاجتهاد في قرارات كثيرة منها:

-القرار الصادر عن الغرفة الثانية رقم 182149 المؤرخ في 14-02-2000 ويتعلق بمديرية الأشغال العمومية حيث أقر مجلس الدولة أن المديرية تقسم إداري متخصص داخل الولاية.⁽¹⁾

(1) أنظر مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، ص 107

-القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 21-03-2003 والمتعلق بمديرية الفلاحة حيث صرح المجلس أن المديرية المذكورة تابعة لسلطة الوالي وبالتالي فهي تفتقر إلى أهلية التقاضي طبقا للمادة 459 من قانون الإجراءات المدنية الملغى ورفض الدعوى لسوء التوجيه.⁽²⁾

-القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 20-01-2004 والمتعلق بمديرية السكن حيث أقر المجلس بأن هذه المديرية لا تتمتع بالشخصية القانونية المستقلة وأن إدخال الوالي في النزاع بصفته ممثلا للدولة إجراء صائب.⁽³⁾

ويحسن بنا التنبيه أنه إذا صدر نص خاص مرسوم تنفيذي أو قرار وزاري يخول المدير التنفيذي صلاحية تمثيل القطاع أمام القضاء فينبغي قبول الدعوى الموجهة ضد الإدارة المعنية ممثلة في مديرها لا الوالي المختص إقليميا.

وبالعودة إلى بعض النصوص التنظيمية نجدها قد حولت جهات تنفيذية معينة ومحددة بموجب النص من تمثيل الإدارة أمام القضاء نذكر منها:

-المرسوم التنفيذي 98-143 المؤرخ في 10 مايو 1998 المتضمن تأهيل الموظفين لتمثيل إدارة البريد والمواصلات أمام العدالة والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 29 لسنة 1998.

-قرار وزير المالية المؤرخ في 20-02-1999 الذي فوض بموجبه مدراء أملاك الدولة ومدراء الحفظ العقاري على مستوى الولايات لتمثيله أمام القضاء المحلي العادي والإداري.

- قرار وزير الداخلية المؤرخ في 31-12-2003 الذي حول المدير العام للأمن الوطني لتمثيل وزير الدولة وزير الداخلية والجماعات المحلية في الدعاوى المرفوعة أمام القضاء.

المبحث الخامس: تطبيقات قضائية للمعيار العضوي.

إن الحديث عن موقف القضاء الإداري الجزائري من معيار المنازعة الإدارية يفرض التمييز بين مرحلتين: مرحلة المحكمة العليا في غرفتها الإدارية. ومرحلة مجلس الدولة. كما يقتضي الأمر التطرق لقرارات محكمة النزاع باعتبارها المحكمة المكلفة دستوريا وبموجب القانون العضوي أيضا بالمحافظة على قواعد الاختصاص. نبين ذلك كله فيما يلي:

⁽²⁾ أشار إليه المستشار نويرة عبد العزيز، المنازعات الإدارية في الجزائر، تطورها وخصائصها، مجلة مجلس الدولة العدد 8، ص95.

⁽³⁾ أنظر الدكتور عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص91.

أولا مرحلة المحكمة العليا في غرفتها الإدارية:

طبقت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا كأصل عام المعيار العضوي المكرس تشريعا في المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية وعلى هذا الأساس رفضت العديد من الطعون المرفوعة أمامها بالنظر لطبيعة المؤسسة كونها تجارية أو صناعية.

غير أن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا المجلس الأعلى سابقا خرجت عن المعيار العضوي واعتبرت بعض القرارات الصادرة عن أشخاص القانون الخاص مثل المؤسسات والشركات العمومية ذات الطابع الاقتصادي بمثابة قرارات إدارية. ويتجلى هذا الموقف خاصة في قضية الشركة الوطنية سامباك ضد الديوان الوطني ما بين المهنيين للحبوب. ونظرا لأهمية هذا القرار القضائي نسوقه فيما يلي: بتاريخ 8 مارس 1980 أصدرت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا القرار الآتي بيانه:

- حيث أنه بموجب عريضة مودعة بكتابة ضبط المجلس الأعلى بتاريخ 4 يوليو 1977، رفعت الشركة الوطنية "سامباك" استئنافا ضد القرار الصادر في 25 مايو 1977 عن مجلس قضاء الجزائر، الغرفة الإدارية والذي قضى بإبطال المنشور (CIRCULAIRE) الصادر في 3 فبراير 1976 عن المدير العام للشركة أعلاه والمتضمن تحرير نسب استخراج الفرينة والسميد.

حيث أنه تدعيما لاستئنافها أثارت ما يلي:

في الشكل:

عدم الاختصاص المادي لقضاة الدرجة الأولى، لكون النزاع يعود لولاية القضاء العادي من جهة أخرى.

وفي الموضوع:

إلغاء القرارين الوزاريين المشتركين المؤرخين في 8 مايو و 21 غشت 1972 واللذان اتخذتا كأساس لدعوى الديوان الوطني ما بين المهن للحبوب.

- وكذا المرسوم رقم 445/68 المؤرخ في 16 يوليو 1968، باعتباره أساسا للنص محل النزاع.

"حول الوجه المستنبط من عدم الاختصاص المادي والذي يجب معاينته مسبقا"

حيث أن المادة 274 من قانون الإجراءات المدنية، تنص في أن الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى، تنظر كأول وآخر درجة في دعاوى الإبطال المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطة الإدارية.

حيث أن المدير العام للشركة الوطنية "سمباك" قرر بموجب منشور تحت رقم 20650 في 3 فبراير 1976، وتطبيقاً للأهداف المحددة من طرف السلطة الثورية وفي إطار معركة الإنتاج، تحرير نسب استخراج السميد والفريئة (FARINES).

حيث أن المدير العام للشركة الوطنية "سمباك" لم يكتف بتفسير النصوص السارية المفعول، بل أضاف قواعد جديدة بواسطة التدبير محل النزاع، مما يجعل المنشور يتخذ طابعا تنظيميا، ويكون نتيجة لذلك قابلا لأن يهاجم بواسطة دعوى أمام الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى.

حيث أن مجلس الجزائر، الغرفة الإدارية، تجاوز اختصاصاته عندما أبطل المنشور محل الدعوى.

ونتيجة لذلك، يتوجب إبطال القرار المتخذ، دون حاجة إلى فحص باقي المسائل المقدمة.

لهذه الأسباب قرر المجلس الأعلى: إبطال القرار المطعون فيه.⁽¹⁾

ولربما تأثرت الغرفة الإدارية في القرار أعلاه ببعض الدراسات الفقهية التي ذهبت للقول أن القرار الإداري لم يعد امتيازاً قاصراً على أشخاص القانون العام، بل امتد هذا الأخير ضمن الأعمال التي توجد على رأسها أشخاص القانون الخاص مما أسفر على انحراف في مفهوم السلطة الإدارية خصمه.

ثانياً: تطبيقات مجلس الدولة للمعيار العضوي.

لا يختلف موقف مجلس الدولة عن موقف المحكمة العليا في غرفتها الإدارية إذ كرس كأصل عام المعيار العضوي ورفض العديد من الطعون بالنظر للطابع التجاري أو الصناعي للمؤسسة العمومية من ذلك قراراته:

-القرار رقم 005147 الفهرس 376 المؤرخ في 2002/05/27 الصادر عن الغرفة الأولى حيث اعتبر مجلس الدولة أن الوكالة الوطنية للسدود ما هي إلا مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري وطبقاً للمادة 7 من قانون الإجراءات المدنية صرح بعدم الاختصاص.

-القرار رقم 011155 الفهرس 922 المؤرخ في 2003/12/16 الصادر عن الغرفة الأولى حيث اعتبر مجلس الدولة أن ديوان الترقية والتسيير العقاري عملاً بالمرسوم 147/91 المؤرخ في 1991/05/12 ما هو إلا مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري. وبناء عليه صرح بعدم اختصاص القضاء الإداري للفصل في النزاع.

(1) أنظر تعليق الدكتور أحمد محيو، قرار سامباك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، مارس 1981 رقم 1، ص 134. وكذلك موقف حسين بن شيخ أث ملويا، دعوى تجاوز السلطة، الجزائر، دار ربحانة، 2004، ص 45.

-القرار رقم 013826 الفهرس 178 المؤرخ في 17/02/2004 الصادر عن الغرفة الأولى حيث اعتبر مجلس الدولة أن ديوان الترقية والتسيير العقاري عملا بالمرسوم 147/91 المؤرخ في 12/05/1991 ما هو إلا مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري. وبناء عليه صرح بعدم اختصاص القضاء الإداري للفصل في النزاع.

ثالثا: تطبيقات محكمة التنازع للمعيار العضوي.

مجلس الدولة يستبعد من مجال اختصاصه الطعن في العقود التوثيقية :

الموقف الأول لمجلس الدولة وإقرار اختصاص القضاء العادي:

قرار مجلس الدولة الصادر عن الغرفة الرابعة بتاريخ 01/02/2005 ملف 013673 فهرس 100:

أقر مجلس الدولة من خلال هذا الاجتهاد أن القاصي الإداري غير مؤهل لرقابة العقود التوثيقية وأن هذه السلطة مخولة لجهة القضاء العادي وذات التوجه ذهب إليه مجلس الدولة في قراره الصادر عن الغرفة الثانية قضية رقم 8631 بتاريخ 12/11/2001 حيث رفض النظر في طعن بالإلغاء موجه لعقد هبة.⁽¹⁾ النتيجة خالف هذا القرار المعيار العضوي المكرس تشريعا.

محكمة التنازع وتصحيح الموقف:

الملف رقم 73 بتاريخ 21-12-2008:

أقرت محكمة التنازع اجتهادا جديدا غير مجرى اجتهاد مجلس الدولة السابق بقولها: "القضاء الإداري هو المختص نوعيا بإبطال عقد توثيقي عندما تكون الإدارة طرفا في النزاع".⁽²⁾ وبذلك كرست محكمة التنازع المعيار العضوي.

المبحث السادس: الاستثناءات الواردة على المعيار العضوي

لقد ساد المعيار العضوي تاريخيا في فرنسا وطبقه القضاء الإداري مدة زمنية طويلة، غير أنه ونظرا للتطور الذي عرفه القانون الإداري بدأ القاضي القضاء الفرنسي يطبق المعيار المادي أو الموضوعي هذا الأخير الذي يتركز على طبيعة النشاط التي تستمد من معيار المرفق العام أو معيار السلطة العامة.

(1) أنظر مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، ص 143 .

(2) أنظر مجلة المحكمة العليا عدد خاص بمحكمة التنازع، 2009، ص 263.

معيار المرفق العام:

تطبيقا لهذا المعيار يعد النزاع إداريا ويدخل تحت ولاية القضاء الإداري إذا تعلق بنشاط يندرج ضمن مهام المرفق العام. ومن هنا فإن معيار المرفق العام يوسع من نطاق اختصاص القضاء الإداري فيعهد إليه الفصل في منازعات لأشخاص غير إدارية بطبيعتها أي تخرج عن التصنيف المعروف لأشخاص القانون العام أي الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة الإدارية.

ويفرض هذا المعيار التمييز في مجال نشاط المرفق بين النشاط العام ويعود الفصل فيه للقضاء الإداري. والنشاط الخاص ويعود للقضاء العادي.

معيار السلطة العامة:

وهو ما يعبر عنه بامتيازات السلطة العامة وهي مجموعة من الحقوق معترف بها للإدارة تستعمل في إطار القانون لتحقيق مصلحة عامة والتي تتجلى صورها في نزع ملكية أو استيلاء على عقار أو تعديل عقد بالإرادة المنفردة وغيرها من السلطات. ولقد اعتبر القضاء الفرنسي أن القرارات التي تصدرها أشخاص القانون الخاص في إطار تحقيق المصلحة العامة من قبيل المنازعات الإدارية.⁽¹⁾

وإذا كان المشرع الجزائري قد تبني كأصل عام المعيار العضوي فحدد اختصاص القضاء الإداري بتوافر الجانب العضوي في المنازعة، أي بوجود أحد الجهات المذكورة في النص كما لو تعلق الأمر مثلا بالمادة 9 من القانون العضوي 98-01، إلا أن النص ذاته ورد فيه عبارة: "المنظمات المهنية الوطنية" وهذه الأخيرة ليست إدارة عمومية، ولا مؤسسة عمومية إدارية ورغم ذلك تعتبر المنازعة إدارية بوصف القانون.

ويعود سبب تصنيف المنازعة على أنها إدارية، انطلاقا من أنه هذه الهيئات تصدر قرارات أقرب ما تكون للقرارات التي تصدرها الإدارة. فوجب حينئذ الطعن فيها أمام نفس الجهة القضائية. وهنا نظر المشرع لا للعضو وإنما نظر للنشاط وفي ذلك خروج صريح واضح على المعيار العضوي، بما يؤكد وجود الاستثناء.

ونعتقد أنه لو نظر المشرع لطبيعة العضو أي لطبيعة المنظمة المهنية كونها تجمع أشخاص لصار القضاء العادي هو المختص بالنظر في منازعاتها، في حين يتعلق الأمر بقرار شبيه بالقرارات التي تصدرها الوزارة أو الولاية أو البلدية. لذا صرف المشرع النظر لطبيعة المنظمة، واتجه لنشاطها، وعلى أساسه اعتبر النزاع إداريا. وهو بذلك سلك نفس التوجه الذي أقره القضاء الفرنسي من مدة طويلة.

(1) لتفصيل أكثر بخصوص المعيارين راجع الدكتور عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسر للنشر، الجزائر، 2007، ص 122 وما بعدها. وأيضا: محمد ربيع بن سعيد، أشخاص القانون الخاص وإصدار القرار الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة طنجة، 2011، ص 12 وما بعدها.

وتبرز الصورة الثانية في تأثر المشرع بالمعيار المادي والموضوعي في قوانين عدة منها قانون المحاماة وقانون الموثقين وقانون المحضرين القضائيين. فبالرجوع للمادة 132 من القانون 13-07 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013 يتضمن تنظيم مهمة المحاماة المنشور في الجريدة الرسمية رقم 55 لسنة 2013 نجدها تعقد الاختصاص بالنظر في الطعون الموجهة ضد قرارات اللجنة الوطنية للطعن صراحة لمجلس الدولة.

وذاذ التوجه والمسلك نلمسه في القانون 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 2006 حيث جاءت المادة 3 منه صريحة بأن الموثق ضابط عمومي مكلف من قبل السلطة العمومية ليتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص في إعطائها هذه الصبغة.

وبينت أحكام هذا القانون سائر الجوانب المتعلقة بتأديب الموثق والسلطة المختصة بذلك والمتمثلة في مجلس التأديب على مستوى جهوي. وأجازت المادة 63 من هذا القانون الطعن في قرار المجلس الجهوي أمام الغرفة الوطنية والتي تتشكل من قضاة تابعين للمحكمة العليا يختارهم وزير العدل وموثقين. وتبلغ اللجنة الوطنية قرارها للموثق المعني. ويجوز له الطعن في قرار اللجنة الوطنية أمام مجلس الدولة. وليس لطعنه هذا أثر موقوف بالنسبة للقرار الذي تم اتخاذه.

وبإسناد المشرع مجلس الدولة ولاية الفصل في القرارات الصادرة عن اللجنة الوطنية للطعن الخاصة بالموثقين يكون قد نظر للقرار، ولم ينظر لطبيعة الهيئة. بما يعني تأثره الواضح بالمعيار المادي المكرس في الواقع القضائي الفرنسي خاصة بعد سيل الانتقادات التي تعرض لها المعيار العضوي.

وما فعله المشرع مع فئة الموثقين طبقه أيضا على فئة المحضرين القضائيين بموجب القانون 06-03 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن مهنة المحضر القضائي والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 2006. حيث أشارت مواد هذا القانون لسائر الأحكام التأديبية المتعلقة بهذه الفئة، على نفس النسق أعلاه، مجلس جهوي، ثم طعن أمام اللجنة الوطنية موضوع المادة 63 والتي أشارت صراحة لقابلية قرارات اللجنة الوطنية للطعن أمام مجلس الدولة. وهناك قوانين أخرى خاصة كثيرة تتعلق بمهن حرة ذهبت في نفس السياق.

ويبرز المعيار المادي بوضوح أيضا في القانون 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 2 لسنة 1988. حيث جاءت المادة 3 منه واضحة جلية في إقرار الطابع التجاري للمؤسسة بقولها: "وتتمتع بالشخصية المعنوية التي تسري عليها قواعد القانون التجاري". وتؤكد الطابع التجاري للمؤسسة في المادة 7 والتي جاء فيها: "تتمتع المؤسسة العمومية الاقتصادية بالأهلية القانونية الكاملة فتشترط وتلتزم وتتعاقد بكيفية مستقلة بواسطة

أجهزتها المؤهلة بمقتضى قانونها الأساسي طبقاً لقواعد التجارة". وجاءت المادة 20 معلنة أن الممتلكات التابعة لذمة المؤسسة العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها والتصرف فيها وحجزها حسب القواعد المعمول بها في التجارة ماعدا الأصول الصافية التي تساوي مقابل قيمة الرأسمال التأسيسي للمؤسسة. وجاءت المادة 36 من ذات القانون لتقر قاعدة خضوع المؤسسة لنظام الإفلاس بصفة استثنائية إذا انعدمت لديها السيولة المالية وكانت في وضعية عسر مالي كبير .

ورغم النصوص سابقة الذكر والتي تؤكد على الطابع التجاري للمؤسسة العمومية الاقتصادية، واعتبارها شخصا من أشخاص القانون الخاص، فإنه ينجم عن ذلك كأصل عام اعتبار منازعاتها تدخل تحت ولاية القضاء العادي لا الإداري.

غير أن المشرع خرج عن هذا الأصل وأقر الطابع الإداري للمنازعة حيث جاء في المادة 55 من القانون المذكور: "عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانوناً لتسيير مباني عامة أو جزء من الأملاك العامة الاصطناعية... وفي هذا الإطار يتم التسيير طبقاً لعقد امتياز ودفتر الشروط العامة وتكون المنازعة المتعلقة بملحقات الأملاك العامة من طبيعة إدارية".

وخرج المشرع عن الأصل مقراً اختصاص القضاء الإداري في المادة 56 والتي جاء فيه: "عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانوناً لممارسة صلاحيات السلطة العامة وتسلم بموجب ذلك وباسم الدولة ولحسابها ترخيصات وإجازات وعقود إدارية أخرى... تخضع المنازعة المتعلقة بهذا المجال للقواعد المطبقة على الإدارة".

وهناك طبعاً الاستثناءات الواردة على المعيار العضوي والمكرسة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. والتي حملتها المادة 802 والخاصة بمخالفات الطرق والمنازعات المتعلقة بكل دعوى خاصة بالمسؤولية الرامية إلى طلب تعويض الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة أو لإحدى الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

خلاصة واستنتاج:

تأسيسا على ما تقدم نستنتج أن المعيار العضوي وإن كان يكتب له أنه معيار بسيط ويسهل المهمة على القاضي في معرفة اختصاصه انطلاقا من صفة أطراف الدعوى، فيكفي لمعرفة الاختصاص النوعي للمحكمة الإدارية وجود إما الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها لإقرار اختصاص هذه المحكمة من عدمه طبقا للمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

غير أن الأمر ليس بهذه البساطة إذ قد ينجم عن تطبيق هذا المعيار أن القاضي العادي قد يفصل في قضية استعمل فيها أحد أشخاص القانون الخاص قواعد القانون العام حسب ما تبين لنا من خلال اجتهاد محكمة التنازع بتاريخ 17-07-2005. وإن كان الاتجاه الغالب في النظم القضائية التي تأثرت بالازدواجية أن أشخاص القانون الخاص متى استعملوا في نشاطهم أحد وسائل القانون العام خضعوا لاختصاص القاضي الإداري وليس القاضي العادي.

وسجلنا من خلال التطبيقات القضائية إنكار القاضي الإداري لاختصاصه تبعا للمعيار العضوي وهو ما تجلّى من خلال موقف مجلس الدولة بصدد العقود التوثيقية والطعن فيها قبل 2008 حيث اعتبر مجلس نفسه غير مختص بالفصل في هذا النوع من القضايا رغم أن البلدية طرف في النزاع. وهو ما تصحيحه من جانب محكمة التنازع بتاريخ 21-12-2008.

وهذا يدفعنا للقول إن اتباع المشرع الجزائري للمعيار العضوي لم يقلل من حالات تنازع الاختصاص بين جهتي القضاء والدليل الملفات الكثيرة المعروضة أمام هذه الهيئة المتخصصة.

قائمة المراجع:

أولا النصوص الرسمية:

- التعديل الدستوري لسنة 1996. منشور في الجريدة الرسمية عدد 76 لسنة 1996.
- القانون العضوي 98-01 بتاريخ 30 مايو 1998 المعدل والمتمم يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله. منشور بالجريدة الرسمية العدد 37 لسنة 1998.
- القانون 98-02 بتاريخ 30 مايو 1998 يتعلق بالمحاكم الإدارية منشور في العدد 37 لسنة 1998.
- القانون العضوي 98-03. بتاريخ 3 يونيو 1998 يتعلق باختصاصات محكمة النزاع وتنظيمها وعملها. منشور في الجريدة الرسمية العدد 39 لسنة 1998.
- القانون 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن مهنة الموثق والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 2006
- القانون 06-03 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن مهنة المحضر القضائي والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 2006
- القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. منشور في الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 2008.
- القانون 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 يتعلق بالبلدية والمنشور الجريدة الرسمية، العدد 37 لسنة 2011.
- القانون 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012 يتعلق بالولاية والمنشور بالجريدة الرسمية، العدد 12 لسنة 2012.
- القانون 13-07 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013 يتضمن تنظيم مهنة المحاماة منشور في الجريدة الرسمية العدد 55 لسنة 2013

ثانيا الكتب:

- ¹- الدكتور بوضياف عمار، المرجع في المنازعات الإدارية، الجزء الأول، جسور للنشر والتوزيع، 2013.
- 2- الدكتور بوضياف عمار، التنظيم الإداري في الجزائر بين النظرية والتطبيق، الجزائر، جسور للنشر، 2010.
- 3- الدكتور بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 4- الدكتور بوضياف عمار، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

- 5- الدكتور بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر، الجزائر، 2007.
- 6- الدكتور حسن بسيوني حسن، دور القضاء الإداري في المنازعة الإدارية، عالم الكتب، القاهرة.
- 7- بن شيخ لحسين أث ملويا، دعوى تجاوز السلطة، الجزائر، دار ربحانة، 2004.
- 8- الأستاذ بن خليفة عبد الرزاق، إجراءات النزاع الإداري، دار اسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2005.
- 9- خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 10- رمون أودان، النزاع الإداري، ترجمة سيد بالضياف، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006.
- 11- الدكتور عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- 12- الدكتور محيو أحمد، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنحق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- ثالثا الرسائل الجامعية:

باللغة العربية:

محمد ربيع بن سعيد، أشخاص القانون الخاص وإصدار القرار الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة طنجة، 2011.

باللغة الفرنسية:

**Ramdane BABADJI .LE DROIT ADMINISTRATIF EN ALGERIE
MUTATIONS ET EVOLUTIONS Thèse de doctorat d état
.UNIVERSITE DE PARIS 1.p71**

رابعا المجالات القضائية:

مجلة مجلس الدولة، العدد الأول ، العدد الثامن
مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بمحكمة التنازع، 2009.

خامسا المقالات:

1- المستشار نويرة عبد العزيز، المنازعات الإدارية في الجزائر، تطورها وخصائصها، مجلة مجلس الدولة العدد 8.

2- الدكتور محيو أحمد، قرار سامباك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، مارس 1981 رقم 1.

المسؤولية المدنية للصحفي عن عرض صور ضحايا الجريمة

أ. لعلام محمد مهدي

أستاذ مساعد بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان

وباحث في سلك الدكتوراه القانون العام

mehdilallam@gmail.comمقدمة

أضحت الصورة من أبرز وسائل التعبير الفعالة في العصر الحديث، والتي يمكن استخدامها لأغراض مختلفة، ولذلك وجب توفير اطار قانوني خاص بها يضع حدودا للاستعمال المشروع لها، هذه الحدود نابعة من كون الصورة تجسد شخصية الإنسان في مظهرها المادي والمعنوي، وتعكس مشاعره وأحاسيسه، إذ في الغالب تظهر بصمات الأحداث التي يمر بها على ملامح وجهه¹.

وهذا الارتباط الوثيق بين الإنسان وصورته يترجم ضرورة حمايتها، أضف إلى ذلك وجود بعض وسائل الإعلام التي لا هم لها سوى التشهير من خلال عرض الصور لغرض جذب أكبر عدد ممكن من القراء أيا كان الألم الذي يسببه نشر الصور بالنسبة لأصحابها، خاصة في ظل تطور وسائل الإعلام والدخول في مجال المعلوماتية والعالم الافتراضي عبر وسائل التواصل الاجتماعي، حيث أصبح التصوير أكثر الوسائل انتهاكا للحق في الحياة الخاصة².

والاعتراف بالحق في الاعلام أو حرية الصحافة التي تكون غالبا أعمالها معززة بالصور قد يلحق أضرار نتيجة التعدي على حقوق الآخرين، حيث نكون بصدد البحث عن التوازن بين حقين معترف بهما يؤثر أحدهما على الآخر.

وتزداد أهمية الحماية القانونية للحق في الصورة حينما نكون بصدد نشر صور ضحايا الجرائم، والنتيجة تضاعف الضرر والألم الواقع عليهم³، لأنه غالبا ما يشكل نشر صورة الضحية مساسا بكرامته وخذشا لمشاعره يضاف للألم الذي تسببه الجريمة نفسها، وذلك كله نتيجة سلوك الصحفي غير المسؤول والملتزم باحترام الحق في صورة الضحايا مما يدعوا لقيام المسؤولية. والملاحظ في هذه الحماية أنها لم تركز بشكل صريح إلا في نطاق الحماية الجنائية، ومن أجل تفعيلها

¹العاقب عيسى، حماية حق الانسان في صورته، مجلة الدراسات القانونية، دورية تصدر عن مركز البصيرة، دار الخلدونية، الجزائر، 2013، العدد 16، ص11.

²سوزان عدنان، انتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر الإنترنت، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2013، المجلد 29، العدد 03، ص 423.

³والضحية هو كل من أضرت به جريمة، أو هو المجني عليه من وقع العدوان على حقه أو مصلحته المحمية مباشرة سواء ترتبت على ذلك نتيجة ضارة أم لا، وسواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا؛ والضحية الذي نحن بصدد هو الشخص الطبيعي المجني عليه بجريمتين، جريمة واقعة عليه أيا كان نوعها؛ والثانية اقترفها الصحفي والتي تدخل في طائفة جرائم الاعتداء على شرف واعتبار الأشخاص وعلى حياتهم الخاصة وإفشاء الأسرار.

وجب تنوعها وعدم قصرها على الحماية الجنائية، خاصة ونحن بصدد نشر صورة الضحية. لتساءل عن دور قواعد المسؤولية المدنية في حماية الضحايا من نشر صورهم وهم في حالة الصدمة عند وقوع الجرائم والحوادث الواقعة عليهم؟ والاجابة على هذا التساؤل تكون من خلال تقسيم هذه الورقة البحثية إلى قسمين، خصص (الأول) لتحديد الأساس القانوني لمسؤولية الصحفي عن عرض صور الضحايا في ضل كل من القواعد التقليدية والقواعد الحديثة؛ أما (الثاني) فيخص بيان مدى التزام الصحفي بالتعويض عن الأضرار التي يسببها ذلك النشر.

المطلب الأول: الأساس القانوني لمسؤولية الصحفي عن عرض صور الضحايا

يتمثل حق الإنسان في الصورة **Droit à L'image** في ألا تلتقط له صورة من دون موافقته؛ كما يتضمن هذا الحق امكانية رفض بث أو نشر تلك الصورة أو استغلالها دون إذنه؛ بالإضافة إلى حقه في الاعتراض على المساس بها بالتحريف أو تغيير ملامحها والتلاعب بها بوسائل المونتاج المتطورة¹.

أما بالنسبة لحق الصورة عند الضحية فهو عدم عرض صورته وهو تحت وطأة الجريمة، أو حقه في عدم عرض مأساته وهلعه من هول الجريمة علنا كونه في وضع لا يرغب أن يراه فيه أحد².

ولتحديد مسؤولية الصحفي، لا بد من البحث عن الأساس القانوني الذي تستند إليه في ضوء كل من القواعد التقليدية القائمة على فكرة انتهاك الحياة الخاصة كأساس لها (الفرع الأول)؛ وفي نطاق القواعد الحديثة القائمة على فكرة انتهاك الكرامة الإنسانية (الفرع الثاني)، وتقييم قيمة ومدى فعالية هذا التوجه الحديث.

الفرع الأول : فكرة الحياة الخاصة أو الخصوصية كأساس تقليدي لمسؤولية الصحفي

رغم صعوبة تعريف الحياة الخاصة في ظل غياب تعريف قانوني لها، إلا أنها عرفت من الناحية السلبية على أنها كل ما لا يعد حياة عامة³؛ والحياة العامة هي ذلك الجانب الذي يجري في حضور الكافة. أما التعريف الإيجابي لها، فهي

¹ علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة وبشار طلال المومني، النظام القانوني للصورة الفوتوغرافية، الحقوق الواردة عليها ووسائل الحماية القانونية (دراسة مقارنة في القواعد العامة وقواعد حماية حقوق الملكية الفكرية)، مجلة الشريعة والقانون، (كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة)، السنة السابعة والعشرون، 2013، العدد 53، ص 224.

² فهد محسن الديحاني، الطبيعة القانونية للحق في الصورة الشخصية وحمايته المدنية في القانون الكويتي، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 28، العدد 56، ص 207.

³ نور حمد الحجايا، دعوى المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة، مجلة الشريعة والقانون، (كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة)، السنة الثامنة والعشرون، 2014، العدد 58، ص 59.

الدائرة أو المنطقة السرية التي يملك الفرد فيها سلطة إبعاد الآخرين، أو باختصار هو حق الفرد في أن يعيش حياته بعيداً عن فضول الآخرين، أو حقه في أن يترك شأنه¹.

وهناك من يعرفها على أنها حق الفرد في حماية مظاهر حياته الخاصة، والتي من بينها الحق في الصورة، وباعتبار الحق في الصورة عنصراً من عناصر الحق في الحياة الخاصة **Droit à la vie privée** أو أحد مظاهرها²، فإن أخذ تلك الصورة يعد تعدياً على جزء من الحياة الخاصة للفرد عموماً والضحية خصوصاً³.

وتأصيل المسؤولية المدنية للصحفي عن عرض صورة الضحية وهو تحت وطأة الجريمة ونشرها في وسائل الإعلام، يكون من خلال التعدي على حقه في حياته الخاصة، لينشأ له حق المطالبة بالتعويض.

ولاعتبار فكرة الحياة الخاصة كأساس لقيام المسؤولية المدنية للصحفي، لا بد من الاستئناس ببعض النصوص القانونية المبعثرة على النحو التالي:

أولاً: في التشريع الفرنسي: لقد جرم المشرع الفرنسي انتهاك الحق في الصورة وربطه بالحياة الخاصة من خلال نص المادة 1/226 من قانونه الجنائي، والتي تعاقب كل من يلتقط أو يسجل أو ينشر صورة شخص موجود في مكان خاص دون رضائه بالسجن والغرامة⁴.

أما في نطاق قانونه المدني، فقد أولى اهتماماً بحماية الحق في الصورة ولكن ليس كحق مستقل، وإنما من خلال التأسيس لقيام المسؤولية المدنية للصحفي وغير الصحفي على فكرة انتهاك الحق في الحياة الخاصة أو الخصوصية وهو الظاهر من خلال المادة 09 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه: "لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة، ويستطيع القضاة دون المساس بحق المضرور في التعويض أن يأمرُوا باتخاذ كل الإجراءات؛ كالحراسة والحجز

¹ إبراهيم عيد نايل، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في قانون العقوبات الفرنسي، دار النهضة العربية، 2000، ص 35؛ كما يمكن معرفة مضمون الحياة الخاصة من خلال جوانبها أو عناصرها الموسعة التي من بينها الصورة. عاقل في فضيلة، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه- تخصص القانون الخاص-، جامعة قسنطينة، 2012، ص 95-96.

² علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة وشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 230.

³ وهناك رأي يقول باستقلالية الحق في الصورة عن الحق في الحياة الخاصة أو أن الحق في الصورة ذوا طابع مزدوج؛ فقد يكون عنصراً من عناصر الحياة الخاصة أثناء ممارسة ذلك الشخص لحياته الخاصة؛ وقد يكون حقاً مستقلاً عن الحياة الخاصة أثناء ممارسة الحياة العامة. للتفصيل أكثر، أنظر، العاقب عيسى، المرجع السابق، ص 14-15.

⁴ **Art 226-1 du Code pénal français, dispose que:** "Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui :

1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ;

2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé".

وأى إجراء آخر يكون من شأنه منع أو وقف الاعتداء على ألفة الحياة الخاصة وهذه الأمور يمكن أن يأمر بها قاضي الأمور الوقفية في حالة الاستعجال"¹.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري: لا بد من الإشارة إلى أن تأسيس المسؤولية على انتهاك الحق في الحياة الخاصة يوجد ما يبررها في الدستور الجزائري من خلال المادة 39 التي أقرت بوجود حماية قانونية لحرمة الحياة الخاصة للمواطن، غير أن مصطلح المواطن يثير بعض التساؤلات حول مدى وجود هذه الحماية لغير المواطنين المقيمين في التراب الجزائري.

والمشرع الجزائري على غرار المصري أولى اهتماماً بالغا بالحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة، من خلال تجريمه بعض الأفعال التي تؤدي إلى المساس بها والتي تدور حول الالتقاط أو الاستراق؛ والنشر والتشهير، حيث تنص المادة 303 مكرر جديدة من قانون العقوبات على أنه²: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج، كل من تعمد المساس بجرمة الحياة الخاصة للأشخاص، بأية تقنية كانت وذلك:

1- بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية، بغير إذن صاحبها أو رضاه.

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

كما أن المادة 303 مكرر 1 جديدة، تعاقب على نشر خصوصيات الأفراد، حيث تنص على أنه: "يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة السابقة كل من احتفظ أو وضع أو سمح بأن توضع في متناول الجمهور أو الغير بأي وسيلة كانت التسجيلات أو الصور أو الوثائق المتحصل عليها بواسطة أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 303 مكرر من هذا القانون...". على أن هذه المواد تخص الاعتداءات الواقعة من غير الصحفي، أما تلك الواقعة من طرف الصحفي، فإن المادة 303 مكرر 1 ف2 تحيل إلى المادة 122 من قانون الإعلام التي تعاقب كل صحفي نشر أو بث بإحدى وسائل الإعلام، صوراً أو رسوماً أو أية بيانات توضيحية أخرى تعيد تمثيل ظروف ارتكاب الجنايات أو الجنح³. كما أن المادة 93 من نفس القانون جعلت من ضمن أخلاقيات المهنة وأدابها عدم انتهاك الحياة الخاصة للأشخاص وشرفهم واعتبارهم. وبدوره قانون السمع البصري أولى اهتماماً بجرمة الحياة الخاصة من خلال إلزام المؤسسات التي تمارس نشاط السمع البصري السهر على عدم المساس بالحياة الخاصة للأشخاص⁴.

¹ **Art 09 du Code civil français, dispose que:** " Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé".

² الأمر 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، ج. ر. ج، عدد 49، الصادرة في 11-06-1966.

³ قانون عضوي رقم 12-05، المؤرخ في 12 يناير 2012، يتعلق بالإعلام، ج. ر. ج، عدد 02، الصادرة في 15-01-2012.

⁴ المادة 33/48 من القانون رقم 14 - 04 يتعلق بالنشاط السمع البصري، ج. ر. ج، عدد 16، الصادرة في 23-03-2014.

أما في إطار القانون المدني، فلا يوجد ما يؤسس لقيام المسؤولية على فكرة انتهاك الحياة الخاصة للأفراد بشكل خاص، اللهم الرجوع والاستئناس بالمادة 47 منه¹، والمتعلقة بالحقوق الملازمة لشخصية الإنسان، وذلك بغية الوصول إلى نفس الحماية المقررة في المادة 09 من القانون المدني الفرنسي، لكن فقط إذا تم التسليم بأن الحق في حرمة الحياة الخاصة والتي الحق في الصورة من عناصرها تدخل ضمن الحقوق اللصيقة بالشخصية².

وأمام قصور فكرة الحق في الحياة الخاصة كأساس لقيام مسؤولية الصحفي المدنية بسبب انتفاء القيد على الصحافة في بعض الأوضاع، كجواز نشر صورة الشخص إذ لم يكن يمثل الجزء الرئيسي من موضوع الصورة وكان ظهوره ثانوي؛ أو التقاط الصورة خارج حدود الحياة الخاصة التي تنتهي عند حدود الحياة العامة كالأماكن العامة مثل الساحات العامة والملاعب...³ أو ضيق الحياة الخاصة للمشاهير؛ ناهيك عن التضاربات الفقهية حول تصنيف هذا الحق، كحق مستقل أو حق ملكية أو حق تابع⁴. ولتفادي الإفلات من المسؤولية تحت هذه الذرائع كقيود على الحق في الصورة، كان من اللازم البحث عن أساس أكثر قوة خاصة وأنا أمام عرض صورة الضحية، ليطم الاستئناس بفكرة الحق في الكرامة الإنسانية.

الفرع الثاني: فكرة الكرامة الإنسانية كأساس حديث لمسؤولية الصحفي

نظرا لأن الحق في الصورة والحياة الخاصة يواجهان بعض المتاعب في العصر الحديث من جراء تطور وسائل الاعتداء (أزمة الحياة الخاصة)⁵، كان لا بد من مسايرة ذلك التطور لاحتواء تلك المشاكل بالاعتماد على فكرة الحق في الكرامة الإنسانية، التي وإن كانت فكرة أخلاقية قديمة إلا أن لها أهمية خاصة، إذ لعبت قواعد الأخلاق دورا هاما في الحياة القانونية، حيث تقاس بها في أغلب القوانين سلامة القاعدة القانونية، بل وتدخل كذلك في تكوينها، إضافة إلى أن تلك الفكرة تجعل من بعض الحقوق التي لا يحميها القانون بشكل كامل صحيحة الوفاء حين القيام بها من قبل المدين⁶.

¹ الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج. ر. ج، عدد 78، الصادرة في 30-09-1975.

² والحق في الصورة يتمتع بذات الخصائص التي تميز الحقوق اللصيقة بالشخصية التي تثبت للإنسان بوصفه إنساناً، وتهدف إلى حماية الشخصية الإنسانية في مظاهرها المختلفة المادية والأدبية والفردية والاجتماعية. فهدد محسن الديحاني، المرجع السابق، ص 213.

³ العاقب عيسى، المرجع السابق، ص 30.

⁴ MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), *Droit civil, les personnes, Paris, Cujas, 1992, p. 157-158.*

⁵ علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة و بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 218.

⁶ جعفر كاظم جبر الموزاني ونعيم كاظم جبر الموزاني، نحو نظام قانوني لمسؤولية الصحفي المدنية عن عرض صور ضحايا الجريمة، مجلة جامعة الكوفة، 2008، العدد 07، ص 64.

وفكرة الكرامة الإنسانية مرونتها لا يمكن تحديدها في إطار معين لتُوسع لنا من مجال الحماية، وتعني بصفة عامة حظر كل تصرف لا إنساني في مواجهة الإنسان، وتوظيفها في إطار حماية حق الضحايا عن عرض مأساتهم علنا تتجلى في كونها تعني الحفاظ على الكرامة الإنسانية ضد كل أشكال الاستعباد والانتقاص والتجريح، وهي تعني في نفس الوقت انتساب الإنسان إلى معنى جلي واسع وهو الإنسانية بصفة عامة.

ولقد سعى الفقه الفرنسي لتبرير هذه الفكرة بالاستناد إلى بعض المبادئ القانونية منها التي تقول إن الكرامة الإنسانية تمثل قيда على الحريات، وكذلك القاعدة التي تعطي لكل إنسان الحق في اللجوء إلى القضاء في حالة الاعتداء على كرامته الإنسانية حتى مع عدم وجود اعتداء على حق شخصي¹.

ويمكن التأسيس على فكرة الكرامة الإنسانية كأساس قوي لقيام المسؤولية المدنية بالرجوع إلى الأديان السماوية كمصدر أساسي لها، ويعتبر الدين الإسلامي خصوصا في مقدمة الأديان التي كرست هذه الفكرة بقدسية عظيمة، إذ يقول الله تبارك وتعالى في كرامة الإنسان: "ولقد كرّمنا بني آدم و حملناه في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا"².

وعلى مستوى قانون الصحافة الفرنسي أشارت المادة 4/35 المضافة بالقانون الصادر في 2000، إلى تحديد عقوبة لنشر صور ضحايا الجريمة إذا كان في النشر اعتداء خطير على كرامة الضحية وإن النشر قد تم دون رضا صاحب الشأن³.

وقد أخذ المؤسس الدستوري الجزائري بهذه الفكرة في المادة 34 التي تنص على أن: "الدولة تضمن عدم انتهاك حرمة الإنسان؛ ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة". ويدوره قانون الإعلام جعل احترام كرامة الإنسان والحريات الفردية من أخلاقيات المهنة ومن الالتزامات الملقاة على عاتق الإعلامي الصحفي⁴؛ وهو ما حاول قانون السمع البصري تفعيله من خلال التأكيد على دور سلطة الضبط السمعي البصري في السهر على احترام الكرامة الإنسانية⁵.

¹ جعفر كاظم جبر الموزاني ونعيم كاظم جبر الموزاني، المرجع السابق، ص 65.

² الآية 70 من سورة الإسراء؛ وجل المواثيق الدولية أقرت بهذه الفكرة.

³ Article 35/4 Créé par Loi 2000-516 du 15 Juin 2000, art. 97, JORF 16 juin 2000; Ordonnance 2000-916 du 19 Septembre 2000, art. 3, JORF 22 septembre 2000, dispose clairement que: " La diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, de la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit, lorsque cette reproduction porte gravement atteinte à la dignité d'une victime et qu'elle est réalisée sans l'accord de cette dernière, est punie de 15000 euros d'amende".

⁴ المادة 02 من القانون العضوي رقم 12-05، السابق الإشارة إليه.

⁵ المادة 7/54 من القانون رقم 14 - 04، السابق الإشارة إليه.

المطلب الثاني: مدى التزام الصحفي بتعويض الضحايا نتيجة عرض صور معاناتهم علنا

تعد طبيعة مسؤولية الصحفي عن عرض صور الضحايا مسؤولية تقصيرية بخصوصياتها في افتراض الخطأ والضرر الذي هو أساسا معنوي، ومن مصلحة المضرور في هذه الحالة تأسيس دعواه على المادة 47 من ق. م. ج، والخاصة بالتعدي على الحقوق اللصيقة بالشخصية، وذلك حتى يعفى من اثبات عنصر الخطأ والضرر، وليس على أساس المادة 124 مكرر من نفس القانون والخاصة بالاستعمال التعسفي للحق الذي هو الإعلام في هذه الحالة.

وللتعويض دور هام في تخفيف ألم المعتدى عليهم، على أن هذا الأمر سهل بالنسبة للأضرار المادية بخلاف الأضرار المعنوية، لأن النقود لا تزيل الألم. ولذلك يثير موضوع تعويض الضحايا عن الاعتداء على حقهم بعدم نشر معاناتهم علنا العديد من المسائل، منها نطاق المسؤولية؛ ومسألة تقديره؛ والملتزم به.

الفرع الأول: نطاق مسؤولية الصحفي المدنية عن عرض صور ضحايا الجريمة

يتحدد نطاق المسؤولية المدنية للصحفي عن عرض صور ضحايا الجريمة في مدى إمكانية نشر صور الضحايا بالاستناد إلى رضا الضحية نفسه؛ ومدى إمكانية نشر صور الضحايا بالاعتماد على حق الصحفي في إعلام الجمهور، وذلك على النحو التالي:

أولاً: مدى إمكانية نشر صور الضحايا بالاستناد إلى رضاهم

من المعروف أن موافقة المعني بنشر صورته يعد سبباً مشروعاً للكشف عنها، ومن ثم تنتفي المسؤولية، وبالتالي يعتبر من القيود الواردة على الحق في الصورة، وهذا الرضا يظهر في عدة أشكال كأن يكون في صورة عقد بين الناشر وصاحب الصورة، والراجح فقها أن يكون رضا الضحية بالنشر صريحاً، كما يشترط فيه أن يكون متعلقاً بأحداث الماضي دون المستقبل؛ والتقييد بمضمون الرضى من حيث صيغة الصورة المتفق عليها دون أي تعديل، وإن خالف الصحفي ذلك تسقط علة الإباحة¹.

ولقد أشارت إلى ذلك المادة 4/35 من قانون الصحافة الفرنسي السابق ذكرها، بنصها على أنه "لا يجوز نشر صورة ضحية الجريمة، إذا كان هذا النشر يمثل اعتداءً خطيراً على كرامة الضحية؛ وكان هذا النشر قد تم بدون الحصول على موافقة صاحب الشأن". ونستخلص من هذه المادة بأن الموافقة وحدها غير كافية وإنما كذلك أن لا يكون في النشر مساس خطير بالكرامة الإنسانية، كونها من الحقوق التي لا يكون للرضا فيها أن يكون سبباً للتنازل.

¹ جعفر كاظم جبر الموزاني ونعيم كاظم جبر الموزاني، المرجع السابق، ص 69.

ثانيا: مدى إمكانية نشر صور الضحايا بالاعتماد على حق الصحفي في الاعلام

وحق الجمهور في الإعلام هو الحق في الحصول على المعلومات الحقيقية اشباعا لرغباته بما يدور حوله من أخبار علمية ومحلية، والصحافة تقوم بذلك محاولة التوفيق بين مصلحتين، الأولى تخص حق الإنسان في صورته؛ والثانية تخص حق المجتمع في الإعلام¹.

وحق الجمهور في الاعلام يتوسع في الأوقات غير العادية كالحوادث العلنية، وقد كان قانون الاعلام الفرنسي 1881 قبل تعديله يغلب حق الجمهور في الإعلام ومعرفته بالأحداث الجارية كالجرائم، على حق الضحايا بعدم نشر صورهم؛ غير أن الوضع تغير بعد تعديل سنة 2000 من خلال المادة 4/35 التي جرمت نشر صور ضحايا الجريمة بالتأسيس على الحق في الكرامة الإنسانية للضحية.

وقد تبنى القضاء الفرنسي اتجاهها أكثر مرونة عند تعلق الصورة بالحق في اعلام الجمهور، شريطة أن كرامة الشخص المعني بالصورة لا يتم المساس بها، وألا يكون الحق في الاعلام مبرر لنشر كل الصور بمناسبة الحدث، وانما يجب أن يكون للصورة هدف ومغزى بتصوير الحدث وأن يكون لها علاقة مباشرة مع الحدث المراد تغطيته².

كما أن 16 من القانون المدني الفرنسي ذهبت أبعد من ذلك حينما أعطت الأولوية للشخص في احترام كرامته منذ ولادته، ليصبح العكس هو الصحيح، ومن ثم تغليب حق الضحايا في عدم نشر صورهم بالاستناد إلى فكرة الحق في الكرامة الإنسانية كقيد على حق المجتمع في الإعلام³.

الفرع الثاني : تقدير التعويض

التعويض هو الوسيلة التي يتم من خلالها تصحيح التوازن الذي اختل وأهدر نتيجة وقوع الضرر، وإعادة الحال على عهد سابقه قبل حدوث الخطأ، وذلك على حساب المسؤول، والغاية منه جبر الأضرار التي لحقت بالشخص المعتدى عليه بنشر صورته سواء كانت مادية أو معنوية⁴.

ويلعب القضاء دورا فعالا في مسألة تقدير التعويض وكذلك الوسيلة المناسبة لجبر الضرر، وهذا الأمر لا يثير اشكالا فيما يخص الأضرار المادية عكس المعنوية⁵، خاصة وأن الأضرار التي تنشأ عن التعرض لهذا الحق غالبا ما تكون أضرارا

¹ خالد مصطفى فهمي، المسؤولية المدنية للصحفي عن أعماله الصحفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003، ص211.

² علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة و بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص232-234.

³ **Art 16 du Code civil français, dispose que: " La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie".**

⁴ فهميد محسن الديحاني، المرجع السابق، ص 218.

⁵ تم الاعتراف بالتعويض عن الأضرار المعنوية من خلال المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري، السابق الإشارة إليه، والمضافة بالقانون رقم 05-10 الصادر في 20-06-2005، حيث تنص على أنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

معنوية تتجلى في إيذاء الذمة المعنوية والاعتداء على الاعتبار والكرامة¹. وبالرجوع إلى المادة 47 من ق. م. ج، فإنها تعطي أفضل الحلول لجبر الضرر من خلال منح القاضي سلطات أكثر ملاءمة.

وفي موضوع الاعتداء على الحياة الخاصة يكون التعويض العيني أو بمقابل هو الأصل، من خلال رد الحال على ما كان عليه قبل وقوع الاعتداء وتصحيح المعتدي لما سبق ونشره بالتكذيب في نفس الوسيلة الإعلامية المستعملة للإيذاء، وهذا الاجراء يشبه كثيرا حق الرد أو حق التصحيح المقرر في الصحافة المكتوبة بنشر حكم الإدانة في نفس الصحيفة أو الوسيلة الإعلامية²، وهو إجراء تكميلي لا يلعب نفس الدور بخصوص حماية حق الضحايا بعدم نشر صورهم، لأنه سيرتب نتائج عكسية بالتوسيع من دائرة العلنية عن طريق فضول الجمهور في البحث عن الصورة والاطلاع عليها في ظل الوسائل الحديثة، مما تتوسع معاناة الضحايا؛

أو اتخاذ إجراءات وقائية لدرء الخطر قبل وقوع الاعتداء أو وقفه إن وقع³، وعلى هذا الأساس ظهرت دعوى وقف الاعتداء التي تسمح للقاضي بوقف المساس بالمصالح التي تتعلق بالأشخاص⁴، ومنها وقف نشر صورهم وتداولها، أو عن طريق مصادرة وحجز الأجهزة أو الصحيفة طبقا للمادة 09 من قانون مدني فرنسي؛ والمادة 47 من ق. م. ج.

وفي حالة استحالة اللجوء إلى التعويض العيني أو عدم كفايته، يمكن الاستعانة بوسائل من شأنها التخفيف من آثار هذا الضرر ولاسيما تقويمه بالنقود، وللقاضي كل السلطة التقديرية في ذلك⁵، كأن يستعين بفكرة الريح الذي عاد على المسؤول بسبب النشر، ويزداد التعويض بزيادة الريح؛ أو التقدير على أساس نطاق العلنية في انتشار الصورة⁶.

غير أن التعويض النقدي عن الضرر المعنوي في مسائل الاعتداء على الحياة الخاصة لا يمكن أن يزيل الضرر ككل، اللهم التخفيف منه، وبالتالي لا يلعب دورا إصلاحيا، وإنما تعويضا كبديل لترضية المضرور واثراء ذمته المعنوية.

والملتزم بالتعويض في المسؤولية المدنية للصحفي، هم كل المسؤولين عن الضرر، ولذلك توزع المسؤولية حسب حالة الاعتداء؛ ويمكن أن تأخذ الأشكال التالية⁷:

1- ففي حالة الاعتداء الصادر من صحفي مستقل، فإن المسؤولية تكون تقصيرية وموزعة بالتضامن بين الصحفي والصحيفة ورئيس التحرير.

¹ للنقيل أكثر، أنظر، صفية بشاتن، الحماية القانونية للحياة الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-، 2012، ص 435 وما يليها.

² صفية بشاتن، نفس المرجع، ص 444 وما بعدها.

³ فهيد محسن الديحاني، المرجع السابق، ص 217.

⁴ عاقل فضييلة، المرجع السابق، ص 133 وما بعدها.

⁵ خالد مصطفى فهمين، المرجع السابق، ص 466.

⁶ صفية بشاتن، المرجع السابق، ص 485.

⁷ جعفر كاظم جبر الموزاني ونعيم كاظم جبر الموزاني، المرجع السابق، ص 72.

2- أما حالة الاعتداء الصادر من الصحفي التابع لصحيفة، فإنه يسأل على أساس الخطأ الشخصي؛ أما الصحيفة فتسأل على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه. وهو ما راعته المادة 115 من قانون الإعلام الجزائري¹.

وما دام نشر صورة الضحية من طرف الصحفي يمثل جريمة، فإن المجني عليه يصبح مدعياً مدنياً، ويلاحظ أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية استعمل مصطلح المضرور وبالتالي يمكن إرفاق الدعوى المدنية مع العمومية طبقاً للمادة 02 و03 و04 من ق. إ. ج، والاستفادة من تبعية حقوق المجني عليه في الدعوى العمومية من خلال المواد 1/316 و2/357 من نفس القانون².

وفي مجمل القول يمكن للدعوى المدنية الانتقال إلى الورثة ويرفعونها باسمهم في حالة تسبب لهم ضرر شخصي مباشر (كضرر مرتد) من جراء الاعتداء على حق مورثهم في الصورة³.

¹ تنص المادة 115 من قانون الإعلام، السابق الإشارة إليه، على أنه: "يتحمل المدير مسؤول النشرية أو مدير جهاز الصحافة الإلكترونية وكذا صاحب الكتابة أو الرسم مسؤولية كل كتابة أو رسم يتم نشرهما من طرف نشرية دورية أو صحافة إلكترونية. ويتحمل مدير الاتصال السمعي البصري أو عبر الإنترنت وصاحب الخبر الذي تم بثه المسؤولية عن الخبر السمعي و/ أو البصري المبت من قبل خدمة السمعي الاتصال البصري أو عبر الإنترنت". وهو ما يتماشى مع نص المادة 126 من القانون المدني الجزائري التي تقر بالمسؤولية التضامنية في حالة تعدد المسؤولين والقاضي هو الذي يعين نصيب كل واحد منهم.

² الأمر 66-155 المؤرخ في 06 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم.

³ خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 181.

خاتمة

وفي الختام بعدما ظهر بأن الحماية المدنية تلعب دورا فعالا في التقليل من معاناة ضحايا الجرائم الذين يتعرضون للأذى من جهتين، الجريمة نفسها من جهة، ومن تناول وسائل الإعلام لصور الجرائم الواقعة عليهم من جهة أخرى، يمكن تسجيل بعض النتائج التالية:

__ أن الحق في الكرامة الإنسانية يعتبر الأساس الأكثر ملائمة لقيام مسؤولية الصحفي التقصيرية عن عرض صور ضحايا الجريمة، فهو يمتد ليشمل الحالات التي عجزت فكرة الخصوصية أو الحياة الخاصة عن حمايتها.

__ من المستبعد أن يكون رضى الضحايا بالنشر سببا في انتفاء المسؤولية في هذه الحالة أو حق الصحفي في إعلام الجمهور لأننا أمام الاعتداء على الكرامة الإنسانية.

__ المشرع الجزائري مدعوا اليوم لوضع نصوص خاصة تقرر بالحماية المدنية لحق الضحايا وحرمة التقاط صورهم وهم في حالة الفرع مؤسسا ذلك على أساس عدم جواز كل أشكال الاعتداء على الكرامة الإنسانية ما دام انه يمثل ماساسا بهذا الحق المقدس، وجعل هذه الحماية مواكبة ومتفاعلة مع التقدم العلمي الذي طال تكنولوجيات التصوير من خلال وضع إجراءات فعالة وأهمها الإجراءات الوقائية لمنع الاعتداء ووقفه، وذلك بالنص عنها صراحة.

- ويمكن للتحويل نحو المسؤولية المدنية للصحفي عن عرض صور الضحايا بنصوص صريحة وليس فقط في إطار القواعد العامة، أن يحقق التوازن بين الحق في الصورة وحرية الصحافة وحق الجمهور في الاعلام؛ لأن المسؤولية الجنائية لا تهتم بالضحية بقدر ما تهتم بالسلوك الإجرامي هذا من ناحية؛ ومن ناحية أخرى في الغالب تفهم على أنها قمع للإعلام خاصة إذا كنا بصدد عقوبة سالبة للحرية، يضاف إليها الوصمة الاجتماعية للعقاب.

__ إن اتساع نطاق المسؤولية المدنية عن غيرها يجعلها الأكفأ لحماية الحق في الصورة، لأنه يكفي لقيامها الإخلال بأي واجب قانوني، والواجبات القانونية غير واردة على سبيل الحصر، كما أنها قد تقوم بجوار المسؤولية الجنائية، وقد تقوم منفردة في الوقت الذي لا تتحقق فيه المسؤولية الجنائية، مثل الحالات التي تستلزم العلنية كركن لقيام المسؤولية الجنائية.

قائمة المراجع:

الكتب:

- خالد مصطفى فهمي، المسؤولية المدنية للصحفي عن أعماله الصحفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003.

- ابراهيم عيد نايل، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في قانون العقوبات الفرنسي، دار النهضة العربية، 2000.

-MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), Droit civil, les personnes, Paris, Cujas, 1992.

المقالات:

-العاقب عيسى، حماية حق الانسان في صورته، مجلة الدراسات القانونية، دورية تصدر عن مركز البصيرة، دار الخلدونية، الجزائر، 2013، العدد 16.

- سوزان عدنان، انتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر الإنترنت، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2013، المجلد 29، العدد 03.

-علاء الدين عبد الله فواز الحضاونة وبشار طلال المومني، النظام القانوني للصورة الفوتوغرافية، الحقوق الواردة عليها ووسائل الحماية القانونية (دراسة مقارنة في القواعد العامة وقواعد حماية حقوق الملكية الفكرية)، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة)، السنة السابعة والعشرون، 2013، العدد 53.

-فهد محسن الديحاني، الطبيعة القانونية للحق في الصورة الشخصية وحمايته المدنية في القانون الكويتي، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 28 ، العدد 56.

-نور حمد الحجايا، دعوى المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة، مجلة الشريعة والقانون،(كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة)، السنة الثامنة والعشرون، 2014، العدد 58.

-جعفر كاظم جبر الموزاني ونعيم كاظم جبر الموزاني، نحو نظام قانوني لمسؤولية الصحفي المدنية عن عرض صور ضحايا الجريمة، مجلة جامعة الكوفة، 2008، العدد 07.

رسائل الدكتوراه:

_عائلي فضيلة، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه-تخصص القانون الخاص-، جامعة قسنطينة، 2012.

_صفية بشانن، الحماية القانونية للحياة الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-، 2012.

القوانين:

_الأمر 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، ج. ر. ج، عدد 49، الصادرة في 11-06-1966.

_قانون عضوي رقم 12-05، المؤرخ في 12 يناير 2012، يتعلق بالإعلام، ج. ر. ج، عدد 02، الصادرة في 15-01-2012.

_المادة 33/48 من القانون رقم 14 - 04 يتعلق بالنشاط السمعي البصري، ج. ر. ج، عدد 16، الصادرة في 23-03-2014.

_الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج. ر. ج، عدد 78، الصادرة في 30-09-1975.

_الأمر 66-155 المؤرخ في 06 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم.

- **Loi 2000-516 du 15 Juin 2000, art. 97, JORF 16 juin 2000; Ordonnance 2000-916 du 19 Septembre 2000, art. 3, JORF 22 septembre 2000,**

_Code civil et pénal français.

هل فَقَدَ (الْفُقْدَان) القضاء الإداري طابعَهُ الإِجْتِهَادِي ؟

د. بودريوه عبد الكريم

أستاذ محاضر " أ - " كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية - الجزائر

kboudrioua@yahoo.fr

ملخص

من الأجدديات المعروفة عن القانون الإداري أنه قانون قضائي و أنّ القضاء الإداري ذو طابع إجتهادي، تفاعلت عوامل كثيرة عاشتها فرنسا في ظهوره، ثمّ تبلور و تطوّر في كنف هذه الخصائص التي تُميّزه عن باقي فروع القانون، إلّا أنّ رياح التغيير هبّت بالشكل الذي استوجب إعادة النظر في كثير من المفاهيم أو على الأقل محاولة أقلمتها مع ما يُحيط من ظروف.

تتناول هذه الدراسة مسألة جوهرية في القانون الإداري و المتمثلة في الطابع الإِجْتِهَادِي للقضاء الإداري المعلوم بأنّه إحدى خصائصه الهامة، أين برزت عوامل و مؤشرات توحى باندثار هذا الطابع أو نقصان مجال إعماله بما يُهدد طبيعة القانون الإداري و أساس وجوده، فهل فقد القضاء الإداري طابعه الإِجْتِهَادِي و ما هي مؤشرات ذلك ؟

Résumé

Le caractère jurisprudentiel du droit administratif est un fondement reconnu et avéré, produit de l'interactivité de plusieurs facteurs ayant contribué à sa naissance et son évolution en France, ce caractère qui met en évidence la nature particulière du droit administratif par rapport aux autres branches du droit. Cette particularité liée à l'exercice des fonctions de la juridiction administrative connaît actuellement quelques réserves, plusieurs éléments interfèrent remettant en cause ce caractère qui toucherait même à l'un des piliers fondateur du droit administratif. Cette étude à pour ambition d'inventorier les différents éléments ayant des incidences sur le caractère jurisprudentiel de la fonction de la juridiction administrative et d'analyser ses effets, pour répondre enfin à la question, est-ce que la juridiction administrative - et le droit administratif par conséquent - à perdu son caractère jurisprudentiel ?

مقدمة

إنّ أبرز ما يشدّ الإنتباه أثناء دراسة مواضيع القانون الإداري خروج قواعده و مبادئه عمّا هو مألوف و مُتعارف عليه في إطار القانون الخاص، الناتج بذاته من حصيلة عوامل و اعتبارات سياسية و اجتماعية عرفتُها فرنسا¹ مهّدت لؤلوجه كأهم فروع

القانون العام محوره نشاط المرفق العام و هدفه تحقيق المصلحة العامة و مُحركه إمتيازات السلطة العامة.

كذلك، يُمثّل ميلاد القانون الإداري على يد القضاء وضعاً غريباً و طريقة " تُناقض " الطريقة الطبيعية و المألوفة، بحيث أنّ القانون هو الذي يُنشئ و يصنع الجهاز أو العضو و ليس العكس مثلما هو معلوم في كيفية ميلاد القانون الإداري، تُؤكّده إحدى الخصائص الهامة التي يمتاز و يتميّز بها هذا الأخير ألا و هي أنّ "القانون الإداري قانون قضائي" تُترجمه المبادئ الواردة و المكرّسة في اجتهادات القضاء الإداري في مجال القرارات و العقود الإدارية أو الضبط الإداري أو نظرية المرفق العام و التي تُمثّل البناء القانوني لصرح القانون الإداري.

لكن، ما دام أنّ كل ما هو مُرتبط بالنشاط الإنساني غير أبدي و يستسلم لِسُنّة التغيّر و التطور فقد تزعزع الطابع الإجتهادي للقضاء الإداري بِحُكم تفاعل عوامل عديدة غير مُتصلة كلّها بالجوانب القانونية أدت إلى تقليص - أو إختفاء في بعض الأحيان - هذا الطابع تُطرح على ضوءه مسألة جدوى وجود نظام الإزدواجية القضائية أصلاً، فما هو الحدّ الذي بلغته "ظاهرة" فقدان القضاء الإداري لطابعه الإجتهادي؟ ما هي الأسباب؟ ما هي الآثار التي تترتّب عن ذلك؟

ذلك ما سُنحاول هذه الورقة الإجابة عليه من خلال التطرّق إلى نقطتين، تتناول الأولى الإعتبارات المفاهيمية التي أُثّرت في الطابع الإجتهادي للقضاء الإداري، أمّا النقطة الثانية فتعالج الأوضاع الإحرائية التي تتساق و تتصادم مع الطابع الإجتهادي للقضاء الإداري.

1 - الإعتبارات المفاهيمية المؤثرة في الطابع الإجتهادي للقضاء الإداري :

من المعلوم أنّ القانون باعتباره ظاهرة إجتماعية و إنسانية يُؤثّر و يتأثّر بالإعتبارات السياسية و الإقتصادية التي يعيش في كنفها و يتفاعل مع العوامل الجيوسياسية الإقليمية و الدولية² المحيطة به، فقد عرفت الجزائر بعد دستور

¹ من الجدير في هذا المقام العودة إلى مراحل و عوامل نشأة و تطور القانون الإداري في فرنسا، لأنه لا يُمكن إدراك الطابع الخاص للقانون الإداري إلا برده لمصادره التاريخية و الإعتبارات التي عايشته و سايرت بناءه.

² للإستزادة في موضوع تأثّر المنظومة القانونية الوطنية بالإعتبارات الدولية أنظر:

1989 تحوُّلاً إيديولوجياً وسياسياً واقتصادياً هاما ترجمته النصوص الدستورية والقانونية و عملت الدولة على تجسيده عملياً، بحيث أصبحت مفاهيم الديمقراطية و حقوق الإنسان و حرياته، التعددية الحزبية، الإنفتاح الإقتصادي و أعمال قواعد السوق موضوع برامج الحكومات المتعاقبة و أساس مختلف الإستراتيجيات المبتّعة.

فإذا كان الهدف المعلن من وراء تبني نظام الإزدواجية القضائية بموجب دستور 1996 هو تقوية مبدأ دولة القانون و تدعيم مقتضيات المشروعية بإخضاع أعمال السلطة الإدارية لرقابة قضائية مُتخصّصة، فعليّة و فعّالة فإنّ هناك مجموعة من العوامل حالت دون تحقّق الهدف المبتغى إلى درجة القول بأنّ إنشاء القضاء الإداري في الجزائر كان بغرض التخفيف فقط على القضاء العادي !!! فقد تقلّصت كثير من مظاهر الرقابة و التعقيب على أعمال الإدارة إلى درجة تُعيد النظر في الركائز التي نشأ فيها

القضاء الإداري و تطوّر في كنفها جعلت بعض الباحثين يطرحون مسألة جدوى الإستبقاء على نظام الإزدواجية القضائية¹

يُمكن ردّ هذه الإعتبارات إلى ما يلي :

أولاً - آثار العلاقة الجدلية بين السياسة و القانون، من يحكم من ؟

لا يخفى على أحد أنّ القانون مرآة تعكس الأوضاع و التصورات السياسية للدولة - و قد يُقال للنظام الحاكم - و لا يُمكن بأيّ حال من الأحوال فصل القانون عن الإعتبارات السياسية و نُفوذ السلطة التنفيذية رغم كلّ ما قيل عن قداسة مبدأ الفصل بين السلطات أو استقلالية السلطة القضائية التي رُصدت لها كلّ الضمانات²، فقد ظهرت الرغبة في تأجيل تجسيد نظام القضاء المزدوج هيكلياً و إجرائياً رغم تبنيّه منذ 1996 بشكل مُلفت للإنتباه، بحيث أنه لم يصدر قانون الإجراءات المدنية و الإدارية³ إلّا سنة 2008 ليسري مفعوله سنة 2009 و لم يتم تنصيب المحاكم الإدارية إلّا في أواخر سنة 2011 أي بعد أكثر من 15 سنة !!!

كلّ ذلك أكّد غياب الإرادة السياسية في وضع الإطار القانوني و الإجرائي لحماية مقتضيات المشروعية و دولة القانون⁴ وانفلات الإدارة - السلطة التنفيذية - من الرقابة و التعقيب على أعمالها، إلّا أنّه و للأسف، إضافة إلى طول

- محمد أَرْزُقي نَسِيب، " مدى تأثّر سيادة الوطنية في مظهرها الإقتصادي بظاهرة العولمة "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الإقتصادية و السياسية، عدد 2009/01، ص ص 371 - 439.

¹ Pour plus de détails voir, BERRI Noureddine, « Faut - il mettre fin au dualisme juridictionnel ? », Revue des Sciences Juridiques et Administratives, Faculté de droit de Sidi Belabbes, n° 4, pp 131 - 142.

² Au sujet des liens entre la politique et la juridiction administrative en France voir, LOCHAK Danièle, « Le Conseil d'Etat en politique », in Pouvoirs, n°123 - 2007/4, pp19 - 32, disponible sur <http://www.cairn.info>

³ القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر عدد 21، صادر بتاريخ 23 أفريل 2008.

⁴ في مسألة اعتبار القضاء الإداري قرينا لمفهوم دولة القانون أنظر :

أمد إنتظار صدور القانون الإجرائي و تنصيب هيكل القضاء الإداري فإنّ الأمور لم تتغيّر كثيرا، بحيث تعدّدت نقائص و ثغرات النصوص الإجرائية¹ قوّضت فُرص وضع نظام قانوني و قضائي إداري مُتكاملا و لم تتحقّق الأهداف المعلنة و هي أنّ " النظام القضائي المستحدث تطور طبيعي نظرا للتحوّلات النوعية السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية الجارية و يُترجم سياق توطيد دولة القانون و يُكيّف أشغال و أساليب أعمال المؤسسات القضائية مع هذه التحوّلات "².

إنّ المناخ السياسي عموما لا يُوقّر الإطار المناسب لممارسة القضاء الإداري لمهامه مثلما تقتضيه طبيعته، لسبب يرتبط أصلا بطبيعة العلاقات بين المؤسسات الدستورية فيما بينها و بين مؤسسات الدولة و المجتمع المدني، بحيث أنّ الريب و عدم الثقة هي السمة الأساسية لهذه العلاقات و لا يكاد الفرق يظهر للمهتمين بالدراسات القانونية - و ما حال المواطن إذن - بين النظام القديم و الجديد، فالجمال الضيق الذي يحتلّه القضاء الإداري حاليا يتماثل مع وضعية و مكانة الغرفة الإدارية على مستوى المجلس القضائي و المحكمة العليا سابقا مع تغيير في التسميات فقط، بالتالي فإنّ الطابع الإجتهادي الذي يجب أن يتّسم به القضاء الإداري غائب و لم يجد بعد الإطار المناسب لتطبيقه. و ستتحلّى النقائص في الجوانب الإجرائية المؤيدة لهذا التصور لاحقا.

ثانيا : الإتجاه نحو خصوصية القانون الإداري أو الرؤية الجديدة لمضمون القانون الاداري:

أصبحت مسألة تقسيم القانون إلى عام و خاص و ما ينجرّ عنها من آثار "حاليا" محلّ نظر إلى درجة الحديث عن خصوصية القانون العام « **la privatisation du droit public** » و بدرجة أقل في تقاطع مجالات الممارسة و الإشتراك في معالجة نفس المسائل القانونية³ ، فقد اقتحمت مواضيع القانون الخاص مجال القانون العام كموضوع المنافسة "مثلا" الذي أصبح من المبادئ التي تُهيمن على عملية إبرام الصفقات العمومية⁴ التي تُمثّل بذاتها أهم وسائل تنظيم المرافق العمومية منذ إنشائها إلى تجهيزها وتسييرها.

- SEDJARI Ali, « Justice administrative et État de droit au Maghreb », Actes du colloque sur la réforme de la justice administrative organisé à Tunis du 27 au 29 novembre 1996, Centre de Publication Universitaire, p 19 et suiv.

¹ لم يصدر قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بالمضمون و الفعالية التي كان ينتظرها الكثير خاصة في المادة الإدارية رغم كل التوصيات التي اقترحها المهتمون بالقضاء الإداري، في ذلك أنظر:

- بودريوه عبد الكريم، " القضاء الإداري في الجزائر : الواقع و الآفاق"، مجلة مجلس الدولة، العدد 6/2005، ص ص 9 - 27.

- خلوفي رشيد ، " إصلاح أم تغيير هيكلية"، مجلة الموثق، العدد 4، نوفمبر/ ديسمبر 2001، ص ص 35 و ما يليها.

² مُقتطف من خطاب رئيس الجمهورية أثناء تنصيب مجلس الدولة (1998).

³ Pour plus de détails voir , ROME Félix, « Droit public/Droit privé : « je t'aime, moi non plus »...», Recueil Dalloz 2008, p. 2129, www.dalloz.fr

⁴ المادة 2 من الأمر 03 - 03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلّق بالمنافسة ، ج ر عدد 43، صادر بتاريخ 20 جويلية 2003 المعدل و المتمم بالقانون 08 - 12 المؤرخ في 25 جوان 2008، ج ر عدد 36، صادر بتاريخ 2 جويلية 2008.

إذا كانت هذه المسألة غير مطروحة بإلحاح في الفكر القانوني الجزائري فإنها وجدت مجالا رحبا في الفكر الغربي خاصة في فرنسا، فقد انصبّ الحديث على ضرورة إصلاح القانون الإداري¹ و إدراج الإعترابات و التحاليل الاقتصادية في القانون عموما² والقانون الإداري خصوصا³ و ابتكار تقسيمات فرعية للقانون الإداري لم تكن معروفة و "مُستساغة" في ظلّه من قبل كالقانون العام (الإداري) للمنافسة⁴.

أفرزت كل هذه التغيرات و التطورات في مفاهيم القانون العام ومواضيع القانون الإداري رؤية و معالجة مختلفة لكثير من الأمور التي استقرت منذ عقود طويلة، و إن كان الأمر ليس غريبا بالنظر إلى طبيعة و خصائص القانون الإداري الخاضعة لمبدأ القابلية للتحوّل و التغيّر إلا أنّ أقلمة المسائل و المفاهيم الثابتة "نسبيا" و مؤاكبها لكلّ هذه المتغيّرات يحتاج إلى دراسة دقيقة و تكفّل تشريعي مُناسب و فعلي، يأخذ بعين الإعتبار كلّ العوامل المؤثرة و التي تتأثر بها.

إنّ اقتحام مواضيع و أساليب القانون الخاص مجال القانون الإداري ليس عيبا في ذاته، إنّما يستوجب عدم الإفراط و الإنقياد وراء التصور الليبرالي البحت و المطلق المقدّس للفرد و التساوي في المراكز القانونية إلى درجة اندثار مفهوم المصلحة العامة الذي مُنحت للإدارة امتيازات السلطة العامة لتحقيقها و التي وُجد القضاء الإداري المدعّم بالطابع الإجتهادي لِمراقبتها، فمعالجة المنازعات الإدارية بمنظور القانون الخاص يجعلها تُشبه و تتماثل مع ما يقوم به القضاء العادي، فما هي إذن جدوى وجود قضاء إداري و نظام الإزدواجية القضائية أصلا !!!.

ثالثا : مكانة التشريع بين مصادر القانون الإداري:

إذا كان الطابع القضائي للقانون الإداري من أبرز سماته و خصائصه نظرا لأنّ أغلب مبادئه ونظرياته نتاج الإجتهد القضائي إلا أنّ العصر الحديث شهد تكفّلا و إنتاجا تشريعيًا واسع النطاق و بصورة مُتزايدة في مجالات القانون الإداري، سواء بتحويل و نقل المبادئ من وصف الإجتهد القضائي غلى نصوص قانونية و تنظيمية أدت إلى إختفاء صفتها القضائية الأصلية أو - وهذا هو المعمول به عادة - بسنّ نصوص قانونية مُبتدأة تسري على المرافق العمومية - و السلطات العمومية بالمفهوم الأوسع - هيكلية و وظيفيا محاولة تنظيم "كلّ شيء".

إنّ هذه الوضعية أنتجت آثارا هامة بالنسبة لنصيب الإجتهد القضائي في المادة الإدارية، فإلى جانب "التضخّم التشريعي"⁵، بكثرة و تشعب النصوص القانونية وما تُثيره من إشكالات التعارض و التناقض و عدم التناسب

¹ Voir, EBERHARD Schmidt-Assman, « Principes de base d'une réforme du droit administratif », RFDA 2008 p. 427, www.dalloz.fr

² Voir, ROUSSEAU Stéphane, « L'analyse économique du droit », Recueil Dalloz 2009 p. 352, www.dalloz.fr

³ AUBY Jean Bernard, « L'analyse économique du droit administratif », Droit administratif n°1 janvier 2007 repère 1, www.lexisnexis.fr

⁴ BAZEX Michel, « Droit public de la concurrence, mythe ou réalité ? », Contrats Concurrence Consommation n°7, juillet 2007, repère 7, www.lexisnexis.fr
- NICINSKI Sophie, « Les évolutions du droit administratif de la concurrence », AJDA 2004, P.751, www.lexisnexis.fr

⁵ في موضوع التضخم التشريعي و أثره على المنظومة القانونية و على سبيل المثال في المجال الدستوري أنظر:

تطرح مسألة نسبة تغطية التشريع لمجالات القانون الإداري و عن حظ الإجتهااد القضائي في ذلك ؟ فالواقع يُشير إلى أنّ النسبة تميل إلى كفة التشريع تاركة للإجتهااد القضائي "حيزا ضيقا"، فهل معنى ذلك أنّ القضاء الإداري فقد طابعة الإجتهاادي ؟

يُمكن التسليم أنّه رغم كثرة المؤشرات التي تُؤكّد فقدان القضاء الإداري لطابعه الإجتهاادي المبيّنة حاليا و التي سيتمّ تبيّنها لاحقا فإنّ هذا الطابع يُلازم القضاء الإداري، بحيث أنّه من غير المستساغ الإستغناء عنه لسبب وحيد مفاده أنّ إنتفاء هذا الطابع يعني تجريد القضاء الإداري من روحه و أساس وجوده، فلو بلغت نسبة الإجتهااد القضائي 1 % و نسبة التغطية التشريعية 99 % سيستمرّ القول و التأكيد بأنّ الأصل و المبدأ أنّ القانون الإداري قانون قضائي و أنّ القضاء الإداري ذو طابع إجتهاادي و يسري الإستثناء على التشريع، نظرا لارتباط الأمر بسمة أخرى من سماته و هي التطور المتصلة ذاتها بإحدى المبادئ الأساسية

التي تحكم سير المرافق العمومية و هي القابلية للتطور و التغيير، فمهما اجتهد المشرع في وضع و التنبؤ بكل الحالات و تنظيمها فإنّ مجال الإجتهااد يبقى مفتوحا للفصل في المسائل الجديدة و المتجددة لم تكن في الحسبان أو تمّ تنظيمها جزئيا.

من أهمّ النتائج المترتبة كذلك على الإنتاج التشريعي الوفير في مجالات القانون الإداري أنّ نطاق الرقابة القضائية على أعمال الإدارة يتقلّص إلى يُصبح فيها القاضي الإداري " مُطبّقا للقانون" كمثيله في القضاء العادي !!! فالنظر فقط في مدى تطابق أعمال الإدارة مع النصوص القانونية التي عاجلت كلّ التفاصيل يجعل مهمة القاضي الإداري محصورة في إطار ضيق جدّا و ينزع منه روح الإبداع و الإجتهااد الذي يُميّزه عن مهمة القاضي العادي و يُعد أكثر الطابع الإجتهاادي للقضاء الإداري.

2 - الإعتبارات العملية (الإجرائية) المتنافية مع الطابع الإجتهاادي للقضاء الإداري:

بعض النظر عن بعض المؤشرات الإيجابية التي تُؤكّد الرغبة في استكمال البناء القانوني الهيكلي و الإجرائي للقضاء الإداري من خلال تنصيب المحاكم الإدارية و تخصيص جزء هام للمادة الإدارية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فإنّ هناك مجموعة من المؤشرات تُعزّز فرضية انتفاء الطابع الإجتهاادي للقضاء الإداري يُمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً: تبني المعيار العضوي في تحديد مجال اختصاص القضاء الإداري :

- راجي أحسن، " مرجعية تضخم الوثائق الدستورية الجزائرية "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الإقتصادية و السياسية، عدد 2009/02، ص ص 71 - 86.

تُعتبر مسألة تحديد أساس و معيار توزيع الإختصاص بين القضاء العادي و القضاء الإداري محطة هامة وقف عندها الكثير من دارسي المنازعات الإدارية سواء في ظل القانون القديم أو الساري المفعول¹، نظرا لما تُثيره من إنشغالات قانونية و عملية ظهرت خاصة في عدم وضوح الموقف في أحكام القضاء الإداري إضافة طبعا إلى الأثر الذي تُرتبه على مفهوم و طبيعة النظام القضائي للدولة.

دون الإشارة بالتفصيل إلى مضمون المعايير المعمول بها في القانون المقارن في تحديد أساس الإختصاص القضائي و هي المعيار العضوي و المعيار الموضوعي فإنّ السؤال الذي يطرح نفسه في ظلّ هذه الدراسة هو : ما هو المعيار الذي يُطلق أو يُقيد، يُتوي أو يُضعف، يُزكي أو يُنكر، يتناسب أو يتعارض مع الطابع الإجتهادي للقضاء الإداري ؟

إنّ المسألة المطروحة في غاية التعقيد، لأنّه لا يُمكن الفصل فيها بطريقة مطلقة استنادا إلى عامل واحد، فهي مُرتبطة بعناصر أخرى تتفاعل معها - و قد تمّ استعراض بعضها في هذه الورقة - إلاّ أنّه يُمكن القول أنّ أولولة الإختصاص للقضاء الإداري في النظام القانوني الجزائري و وفق معيار عضوي يكون في " جميع القضايا " التي يكون أحد طرفيها شخص من أشخاص القانون العام " المعدودين " في المادة 800 من ق.إ.م.إ، رغم بساطة المعيار ظاهريا فإنّه يُثير إشكالات كثيرة من الناحية العملية أين طُرح السؤال - على سبيل المثال - حول الطابع الحصري لأشخاص القانون العام من عدمه، أكثر من ذلك، فإنّ المعيار العضوي - و هذا ما يهّم هذه الدراسة - يُضيق و يُقيد القاضي الإداري في التكيف و التصنيف و المقاربة و الإستنتاج و بمعنى أوضح يمنعه من الإجتهاد !!! فيُصبح مُجرّدا من أهمّ ميزة يمتاز بها القاضي الإداري و يشترك بالتالي في هذا الإطار مع القاضي العادي.

¹ في هذا الموضوع أنظر:

- بودريوه عبد الكريم، " حاضر و مستقبل المادة 7 من ق.إ.م. في ظل نظام الإزدواجية القضائية "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية، حجم 41 عدد 2004/1، ص ص 71 - 94.

- بودريوه عبد الكريم، " أسس و مجال اختصاص القضاء الإداري في منازعات الصنفات العمومية "، مداخلة قدمت في الملتقى الوطني حول " القاضي الإداري و الحريات العامة في ظل إصلاح العدالة " المنعقد يومي 15 و 16 أبريل 2008 بجامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس منشور في مجلة العلوم القانونية و الإدارية ، تصدرها كلية الحقوق بجامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس العدد 4 - 2008 ص 205 إلى 212.

- بودريوه عبد الكريم، " هل تحلّى المشرع الجزائري عن المعيار العضوي كأساس لاختصاص القضاء الإداري؟ "، مداخلة قدمت في الملتقى الوطني حول " قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، المنعقد يومي 28 و 29 أبريل 2009 بجامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس. - بودريوه عبد الكريم، " اختصاص القضاء الإداري في منازعات التعمير - دراسة خاصة لدعوى الإلغاء في مواجهة أدوات التعمير المحلية استنادا إلى الإعبارات البيئية - "، ملتقى وطني حول " تأثير نظام الرخص العمرانية على البيئة " ، يومي 15 - 16 ماي 2013، كلية الحقوق و العلوم السياسية و مخر القانون العقاري و البيئة، جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغمام.

إنّ وجه المؤاخذة الميثار في مواجهة المعيار العضوي يجد نقيضه في المعيار الموضوعي، أين لا ينعقد الإختصاص للقضاء الإداري لمجرد كون أحد طرفي النزاع شخص من أشخاص القانون العام بل يجب أن يتصل بموضوع ذو طبيعة إدارية تتجلى فيه مظاهر إستعمال إمتيازات السلطة العامة التي تُمثّل أساس وجود و محور القانون الإداري، فالقاضي الإداري و نظرا للتطورات و التحوّلات التي عرفها العصر الحديث - كما سبق بيانه - مُطالب بالإجتهد - أكثر من أيّ وقت مضى - لتكييف و تصنيف المنازعة و وضعها في الإطار الصحيح بما يُثبت مبادئ القانون الإداري و يُطوّر تطبيقاته، فقد برزت دائما بصمات الطابع الإجتهد في قضاء مجلس الدولة الفرنسي و تظهر دوما المنزلة الهامة التي تحتلها محكمة التنازع بتدخلها المستمر لإثراء هذا الإجتهد.

إنّ الأمر كذلك يعني - و لو لم يكن بصورة قاطعة - أنّ تبني المعيار العضوي لا يُساهم في تقوية الطابع الإجتهد للقضاء الإداري بل يُضيّقه، و قد يعود الركود الذي يعرفه القضاء الإداري في الجزائر إلى تلك النقائص التي تعترى أساس توزيع الإختصاص رغم كل الإنتقادات التي وُجّهت له في ظل المادة 7 " المشهورة " سابقا و المادة 800 حاليا، فلو استبقى المشرع الجزائري على فقرتها الأولى¹ لكان أحسن و أجدر، فاسحا المجال للإجتهد القضائي و فاتحا أبواب نظام قضائي إداري يرُد ضمن طبيعته و يستجيب للمقاصد التي أنشأ من أجلها.

ثانيا : الأوضاع الإجرائية المُقيدة لامتيازات السلطة العامة :

لا يخفى على أحد أنّ الإعتبارات و العوامل الدستورية و السياسية التي نشأ القانون الإداري في كنفها هي التي تُبرّر طبيعته الخاصة و كونه يتضمّن قواعد غريبة و استثنائية عمّا هو موجود في القانون الخاص، تظهر بالذات في آثار العلاقة بين السلطة التنفيذية و السلطة القضائية بحيث أنّ هذه الأخيرة مع التسليم بإمكانية ممارسة الرقابة على أعمال الأولى تتقيّد بممارستها في إطار الحدود المرسومة كحتمية احترام مبدأ الفصل بين السلطات و إن كان بغير المفهوم المتشدّد الذي تمّ العمل به بعد نجاح الثورة الفرنسية، و يظهر على سبيل المثال في إطار مسألة مدى سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة و استعمال أسلوب الغرامة التهديدية و في مجال اللجوء إلى الطرق البديلة لحل النزاعات.

إنّ الغرض من طرح هذه النماذج العملية الإجرائية هو دائما في محاولة الإجابة عن السؤال المتعلّق بمدى فُقدان القضاء الإداري لطابعه الإجتهد، فهل ساهمت هذه النماذج في تأكيد هذا الطابع أو نفيه ؟

¹ لتتصّ الفقرة الأولى من المادة 800 من ق.إ.م.إ على أنّ " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية ". يندرج ضمن مفهوم المنازعة الإدارية بهذه الصياغة و في هذا الإطار ما يُراد أن يكون عليه المعيار المرجو إتباعه، فالمنازعة التي يكون أحد طرفيها شخص من أشخاص القانون العام و ترد على موضوع ذو طبيعة إدارية يتعلّق بتسيير المرافق العمومية وسلطات الضبط الإداري و عموما في إطار تحقيق المصلحة العامة تتولّى للقضاء الإداري مع استبعاد كل المنازعات التي لا تتّصف بهذه المواصفات، سواء تلك التي تأتيها الإدارة دون استعمال أساليب السلطة العامة فتتصرف كما يتصرف الأفراد فيما بينهم، أو تلك التي يُمارسها الأفراد حين مباشرتهم لمهام تسيير المرافق العمومية، هذا التمييز الذي لا يُمكن وضعه تطبيقا للمعيار العضوي.

أ - عن مسألة مدى سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة و استعمال أسلوب الغرامة التهديدية:

عرفت بعض المسائل الإجرائية في المنازعات الإدارية تطورا ملحوظا بلغ درجة إعادة النظر في كثير من المفاهيم التي كانت و لمدة طويلة غير قابلة للتنازل أو النقاش كمبدأ عدم جواز توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة¹ و الأمر بغرامة تهديدية ضدها²، بحيث ظهرت في فرنسا - بداية - حالات الخروج عن هذه المبادئ³ سار على نهجها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري مُعلنا إمكانية ذلك في حالات و بشروط معينة مع بقاء الأصل طبعاً هو عدم الجواز، فيمكن لقاضي الإستعجال مثلا الأمر بتدابير مؤقتة و الأمر بوقف تنفيذ قرار إداري (المواد 917 إلى 922) و كذا الأوامر الموجهة للإدارة في منازعات الصفقات العمومية (المواد 946 و 947) و الحكم على الإدارة بغرامة تهديدية لإلزامها بتنفيذ الأحكام القضائية (المواد 980 إلى 986) الذي جاء كحلّ لإشكالات التنفيذ سابقا برفض و إحجام الإدارة - تعنتها في كثير من الأحيان - عن التنفيذ دون وجود إجراء ردي يُلزمها بالإستجابة لأحكام القضاء.

إنّ نُبل الأهداف المراد بلوغها وراء تقرير هذه الأهداف ليست محلّ أيّ شكّ، إلا أنّ معالجة المسألة من جانب آخر يوحى باضمحلال مفهوم السلطة العامة و تمتّعها بامتيازات لا يملكها الأفراد، ذلك أنّ خضوع الإدارة لنفس الإجراءات التي يخضع لها الأفراد و تساويهم في ذلك يُقلّل من شأن المركز الممتاز الذي تحتلّه الإدارة - في سبيل تحقيق المصلحة العامة طبعاً - و الذي يُمثّل الصبغة الذاتية لقواعد القانون الإداري، فهل تعامل القاضي الإداري مع الإدارة كعاملة القاضي العادي للأفراد يجعل القضاء الإداري شبيها و مُماثلا للقضاء العادي ؟

إنّ هذا الطّرح في القانون الجزائري خاصة يُثير صعوبات جمة نظرا لعدم بلوغ القضاء الإداري و السلطة القضائية عموما النضج الكافي و الضروري في ظلّ غياب منظومة قانونية مُتجانسة، مُتناسقة و مُتكاملة و مناخ سياسي و اجتماعي وطني و اعتبارات إقليمية و دولية حرجة، مُعقّدة و غير مُستقرّة يستوجب دائما محاولة إعادة الأمور إلى نصابها باعتبار القضاء الإداري درعا واقيا لحقوق و حريات المواطنين و ضامنا لمقتضيات المشروعية و حاميا لمفهوم دولة

¹ في مضمون أساس مبدأ عدم جواز توجيه أوامر للإدارة، أنظر:

- بودريه عبد الكريم، " مبدأ عدم جواز توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة : تقليد أم تقييد "، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، عدد 2007/1، ص 39 - 60.

عن الوضع في المملكة المغربية، أنظر:

- محمد صقلي حسيني، " إشكالية توجيه الأوامر للإدارة في مجال تنفيذ الأحكام الإدارية في المغرب "، مجلة مجلس الدولة، العدد الخاص حول " مستجدات قانون الإجراءات المدنية و الإدارية "، 2010، ص 7 - 28.

² في موضوع الغرامة التهديدية في مواجهة الهيئات العمومية، أنظر:

- عززي الزين، " وسائل إجبار الإدارة على تنفيذ أحكام القضاء في التشريع الجزائري "، مجلة مجلس الدولة، العدد الخاص حول " مستجدات قانون

الإجراءات المدنية و الإدارية "، 2010، ص 29 - 42.

³ عن موضوع توجيه الأوامر للإدارة و الغرامة التهديدية في فرنسا، أنظر:

- VETTRAINO Marion, « La pratique de l'injonction et de l'astreinte dans le contentieux administratif Français », Revue du Conseil d'État, Numéro spécial « L'apport du nouveau code de procédure civile et administrative », 2010, pp 41 - 54.

القانون، يقوم على شؤونه قضاة يتصفون بمميزات الإنصاف، الحياد، النزاهة، الشجاعة و الإبداع (الإجتهااد)¹ و يكونون على قدر المسؤولية الدستورية الملقاة على عاتقهم.

ب - اللجوء إلى الطرق البديلة لحل النزاعات:

إنّ اللجوء على الطرق البديلة لفضّ الخلافات ملجأً للتخفيف على القضاء و تفعيل الدور الإجتماعي للأساليب الموروثة عن الأسلاف، و قد نظّمها المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بشكل مُفصّل مع امتداد تطبيقها خاصة في المنازعات الإدارية، فالصلح و الوساطة و التحكيم أساليب يُمكن اللجوء إليها للفصل في النزاعات، إلّا أنّه يستوجب الإشارة إلى أنّ استعمالها لا يكون إلّا في حالات معيّنة و بشروط خاصّة. فالصلح لا يكون إلّا في منازعات القضاء الكامل (المادة 970) و التحكيم في الصفقات العمومية (المادة 975) أمّا الوساطة فقد اختلف الشأن بمدى إمكانية إعمالها في المنازعات الإدارية².

مهما كان الأمر فإنّ ما يُستنتج من وراء تبني الطرق البديلة لفضّ النزاعات الإدارية و علاقته و أثره بالطابع الإجتهادي للقضاء الإداري أنّ إخراج هذه المنازعات من اختصاص و مجال رقابة القضاء الإداري يجعل حلّها قائما على أساس التساوي بين طرفي النزاع في مراكزهم القانونية و التي هي من سمات القانون الخاص، يغيب فيها بالتالي تطبيق قواعد القانون الإداري و بالضرورة و التبعية غياب إحدى دعائم و آليات و مصادر الفصل في المنازعات و هو الإجتهاد القضائي، فتشجيع اللجوء إلى الطرق البديلة يُفقد القضاء الإداري - و لو جزئيا - طابعه الإجتهادي خاصة ما إذا أُضيف و أُحق بالمظاهر الأخرى المؤيّدّة لهذا التصوّر.

ثالثا : إنعدام تكفّل جادّ بالتخصّص في مجال القضاء الإداري:

إنّ بلوغ أهداف إنشاء القضاء الإداري من ضمان احترام مقتضيات المشروعية و مبدأ سيادة القانون و حماية حقوق و حريات المواطنين من تعسف الإدارة مرهون بوجود طاقم بشري مؤهل ذو كفاءة عالية مُشبع بالضوابط الأخلاقية و المهنية، يعمل على إتمام مهامه بفعليّة و فعاليّة و رشادة مثلما هو مطلوب في قطاع العدالة خصوصا و قطاعات الدولة عموما، لذلك استوجب الإهتمام بالجانب البشري من حيث التكوين القانوني عن طريق إنتهاج سبيل التخصّص في بداية المستويات الدراسية (التكوين الجامعي) ثمّ على مستوى المدرسة العليا للقضاء بتوجيه الطلبة -

¹ مقتطفات من الكلمة التي ألقتها السيدة أبركان فريدة رئيسة مجلس الدولة بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2002/2001، مجلة مجلس الدولة، العدد 2002/1، ص 16 و 17.

² عن الإختلاف حول مسألة خضوع المنازعة الإدارية للوساطة من عدمه، أنظر:

بن صاولة شفيقة، "الصلح و الوساطة كطريقتين بديلين لفضّ النزاع الإداري"، مجلة مجلس الدولة، العدد الخاص حول "مستجدات قانون الإجراءات المدنية و الإدارية"، 2010، ص 43 - 60.

القضاة إلى التخصص في مجال القضاء العادي أو القضاء الإداري بالإضافة إلى الدورات التكوينية داخل و خارج الوطن¹.

إنّ الوضعية الحالية لتوليّ الوظيفة القضائية على مستوى القضاء الإداري لا تُشجّع و لا تُسهّل و لا تتناسب طبعاً مع ما هو مُنتظر و مطلوب - كما سبق شرحه - فرتبة المستشار المشتركة لتوليّ المهام على مستوى المحكمة الإدارية (المادة 3 من القانون 98 - 02 المتعلق بالمحاكم الإدارية) لن تفي بالغرض المراد إدراكه، فرتبة المستشار ترقية يبلغها القاضي بعد 10 سنوات من الممارسة على الأقل على مستوى المحكمة الابتدائية - في القضاء العادي طبعاً - تعود على اتّباع المبدأ القائل بأنّ "القاضي مُطبّق للقانون" و يكون قد انقطع عن مواضيع و طبائع المنازعات الإدارية منذ أمد بعيد - اللهم إلاّ بعض المعلومات الباقية من الدراسة الجامعية - و لم يُسائر التطور السريع و المستمر للنظريات و المبادئ الناتجة عن الإجتهد القضائي في المادة الإدارية فكيف يُمكن بالتالي تكليفه - فجأة - بالفصل في المنازعات الإدارية مُلتمسين منه الإجتهد أو الإبداع !!! (فاقد الشيء لا يُعطيه).

إنّ هذه الملاحظة نتيجة للمعاينة الميدانية لواقع القضاء الإداري في الجزائر، بحيث يكفي قراءة أحكام و قرارات القضاء الإداري لإدراك الانفصام الذي يعيشه القاضي، يفصل في المنازعات الإدارية وفق و بأسلوب و صياغة القانون الخاص ممّا أفقد القضاء الإداري صبغته الذاتية و بالضرورة سقوط دعائمه خاصّة طابعه الإجتهد.

¹ في مجال إقتراحات تبني فكرة التخصص في القضاء الإداري و الإهتمام بالعنصر البشري و التكوين القانوني، أنظر: - بودريوه عبد الكريم، "القضاء الإداري في الجزائر: الواقع و الآفاق"، المرجع السابق، ص 24 - 28.

خاتمة

لم يكن طُموح هذه الدراسة الإجابة على الإشكالية المطروحة في مدى فقدان القضاء الإداري لطابعه الإجتهادي بالإيجاب قطعا أو بالسلب قطعا أكثر مما كان مُحاولة لمعرفة صحة الفرضيات القائمة على أساس وجود مجموعة من العوامل التي لعبت دورا محوريا و أثّرت بشكل مُعتبر في طبيعة و مضمون إحدى الخصائص الهامة للقانون و القضاء الإداري، فانطلاقا من هذه الطبيعة الإستثنائية لقواعد وخصائص و مصادر القانون الإداري و على الخصوص طابعه الإجتهادي تم إسقاط جملة من الإعتبارات و العوامل على هذا الطّابع ثمّ النظر في المفعول الذي يُنتجه عليه في مضمونه و آثاره للإنتهاء أخيرا إلى خلاصة مفادها أنّ الطابع الإجتهادي للقضاء الإداري يُمارس مقاومة شديدة للإستبقاء على وجوده، في مُواجهة حملة مُتعددة الأطراف و الوسائل تعمل على حصره في أضيق الحدود و إبعاده من مُحيطه الحيوي.

إنّ اعتبار القضاء الإداري و نظام الإزدواجية القضائية في الجزائر عملية " عادية " تدخل ضمن برامج الإصلاحات المستمرة و المتتالية في مختلف قطاعات الدولة التي تخضع بذاتها لعملية إصلاح أخرى لن يبلغ أهداف الفلسفة التي يقوم بها و عليها نظام القضاء الإداري، فإذا لم يكن مبدأ سيادة القانون فعليا و مقتضات المشروعية حقيقة و ضمان حقوق و حريات المواطنين أساسا و مرجعية في ممارسة السلطات العمومية لمهامها فليس للجزائر حاجة في نظام الإزدواجية القضائية !!! أكثر من ذلك فإنّ غياب مبدأ سمو القاعدة الدستورية و الإستهانة بمبدأ تدرّج القواعد القانونية لن يجعل من السلطة القضائية سلطة مُستقلة بآتم معنى الكلمة و لو رصد لها الدستور ألف مادّة !!!

إنّ فقدان القضاء الإداري لطابعه الإجتهادي بسبب هذه العوامل لن يقضي عليه بل يُعزّزه و يُقوّيه، بحيث سيؤرّف له مُناخا آخر يتأقلم معه و ينصهر فيه للظهور بمظهر مُتجدّد على عادته منذ حكم " بلانكو " بل وقبله، فُمرونة و قابلية قواعده لِمواكبة الظروف الجديدة ستعمل على صقل الإطار الذي يسمح له بممارسة مهمته في رقابة أعمال الإدارة و حماية مقتضيات مبدأ سيادة القانون.

قائمة المراجع :

- بن صاولة شفيقة، " الصلح و الوساطة كطريقتين بديلين لفضّ النزاع الإداري "، مجلة مجلس الدولة، العدد الخاص حول " مستجدات قانون الإجراءات المدنية و الإدارية "، 2010، ص ص 43 - 60.
- بودريوه عبد الكريم، " حاضر و مستقبل المادة 7 من ق.إ.م في ظل نظام الإزدواجية القضائية "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، حجم 41 عدد 1/2004، ص ص 71 - 94.
- بودريوه عبد الكريم، " القضاء الإداري في الجزائر : الواقع و الآفاق "، مجلة مجلس الدولة، العدد 6/2005، ص ص 27 - 9.
- بودريوه عبد الكريم، " مبدأ عدم جواز توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة : تقليد أم تقييد "، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، عدد 1/2007، ص ص 39 - 60.
- بودريوه عبد الكريم، " أسس و مجال اختصاص القضاء الإداري في منازعات الصفقات العمومية "، مداخلة قدمت في الملتقى الوطني حول " القاضي الإداري و الحريات العامة في ظل إصلاح العدالة " المنعقد يومي 15 و 16 أبريل 2008 بجامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس منشور في مجلة العلوم القانونية و الإدارية ، تصدرها كلية الحقوق بجامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس العدد 4 - 2008 ص ص 205 إلى 212.
- بودريوه عبد الكريم، " هل تحلّى المشرع الجزائري عن المعيار العضوي كأساس لاختصاص القضاء الإداري؟"، مداخلة قدمت في الملتقى الوطني حول " قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، المنعقد يومي 28 و 29 أبريل 2009 بجامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس.
- بودريوه عبد الكريم، " اختصاص القضاء الإداري في منازعات التعمير - دراسة خاصة لدعوى الإلغاء في مواجهة أدوات التعمير المحلية استنادا إلى الإعتبارات البيئية - "، ملتقى وطني حول " تأثير نظام الرخص العمرانية على البيئة " ، يومي 15 - 16 ماي 2013، كلية الحقوق و العلوم السياسية و مخبر القانون العقاري و البيئة، جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم.
- خلوفي رشيد ، " إصلاح أم تغيير هيكلية "، مجلة الموثق، العدد 4، نوفمبر/ ديسمبر 2001.
- راجحي أحسن، " مرجعية تضخم الوثائق الدستورية الجزائرية "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية و السياسية، عدد 02/2009، ص ص 71 - 86.
- عزري الزين، " وسائل إجبار الإدارة على تنفيذ أحكام القضاء في التشريع الجزائري"، مجلة مجلس الدولة، العدد الخاص حول " مستجدات قانون الإجراءات المدنية و الإدارية "، 2010، ص ص 29 - 42.
- محمد أرزقي نسيب، " مدى تأثير السيادة الوطنية في مظهرها الإقتصادي بظاهرة العوامة "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية و السياسية، عدد 01/2009، ص ص 371 - 439.
- محمد صقلي حسيني، " إشكالية توجيه الأوامر للإدارة في مجال تنفيذ الأحكام الإدارية في المغرب "، مجلة مجلس الدولة، العدد الخاص حول " مستجدات قانون الإجراءات المدنية و الإدارية "، 2010، ص ص 7 - 28.
- AUBY Jean Bernard, « L'analyse économique du droit administratif », Droit administratif n°1 janvier 2007 repère 1, www.lexisnexus.fr
- BAZEX Michel, « Droit public de la concurrence , mythe ou réalité ? », Contrats Concurrence Consommation n°7, juillet 2007, repère 7, www.lexisnexus.fr

- BERRI Noureddine, « Faut – il mettre fin au dualisme juridictionnel ? », Revue des Sciences Juridiques et Administratives, Faculté de droit de Sidi Belabbes , n° 4.
- EBERHARD Schmidt-Assman, « Principes de base d'une réforme du droit administratif », in RFDA 2008, www.dalloz.fr
- LOCHAK Danièle, « Le Conseil d'Etat en politique », in *Pouvoirs*, n°123 – 2007/4, disponible sur <http://www.cairn.info>
- NICINSKI Sophie, « Les évolutions du droit administratif de la concurrence », in AJDA, 2004, www.lexisnexus.fr
- ROME Félix, « Droit public/Droit privé : « je t'aime, moi non plus ... », Recueil Dalloz 2008, www.dalloz.fr
- ROUSSEAU Stéphane, « L'analyse économique du droit », Recueil Dalloz 2009, www.dalloz.fr
- SEDJARI Ali, « Justice administrative et État de droit au Maghreb », Actes du colloque sur la réforme de la justice administrative organisé à Tunis du 27 au 29 novembre 1996, Centre de Publication Universitaire.
- VETTRAINO Marion, « La pratique de l'injonction et de l'astreinte dans le contentieux administratif Français », Revue du Conseil d'État, Numéro spécial « L'apport du nouveau code de procédure civile et administrative », 2010.

مضمون التجارب العلمية و الطبية و الضوابط
الأخلاقية و القانونية لإجرائها على الإنسان
بومدين فاطيمة الزهرة باحثة بكلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة سيدي بلعباس - الجزائر
[_capri2890@hotmail.fr](mailto:capri2890@hotmail.fr)

الملخص

إن التجارب العلمية و الطبية على الإنسان لا غنى للبشرية عنها باعتبارها الوسيلة الوحيدة لتقدم العلوم و تطور النظريات، إلا أنه توجد بعض المشاكل التي تثيرها هذه التجارب بسبب الأساليب أو الطرق الطبية أو الفنية المستجدة الكثيرة و المتنوعة في المجال الطبي و البيولوجي و البيو تكنولوجي، و من ثم يشترط على الباحث ضرورة مراعاة واجبات اليقظة و الحيلة، للوقاية من المخاطر المتوقعة، و تحديد الإطار المادي للتجربة، و ضرورة الالتزام بالمتطلبات العلمية والتنظيمية والأخلاقية للبحوث التحريية على الإنسان.

و تكاد تتفق المواثيق الدولية و القوانين الداخلية في وضع الشروط و الضوابط القانونية و الأخلاقية لإباحة التجارب العلمية.

الكلمات المفتاحية: ضرورة التجربة العلمية و الطبية، الالتزامات الأخلاقية و القانونية، المخاطر المتوقعة، حماية جسد الإنسان.

Résumé

L'homme ne peut se passer des expériences scientifiques et médicales car elle représentent le moyen unique pour l'avancée de la science et le développement des théories et leur aboutissement. Cependant, ces expériences soulèvent des problèmes, en raison des méthodes variées suivies et des nombreux procédés technique utilises dans les domaines médicale, biologique et biotechnologique. des lois s'impose au chercheur la nécessité de respecter les règles de prudence et de précaution pour ce prévenir des risques prévisible et ainsi concevoir le cadre technique de l'expérimentation en se conformant absolument aux donnée scientifiques, aux dispositions règlementaires et aux règles éthiques en matière d'expérimentation sur la personne humaine.

Les conventions internationales et les droits internes s'accordent sur l'essentiel de ces obligations légale et éthiques.

Mots clés : la nécessité de l'expérimentation, obligations légales et éthiques, risque prévisibles, La protection du corps humain.

مقدمة:

إن التقدم العلمي الهائل الذي تشهده العلوم الطبية و البيولوجية لم يكن في الحقيقة إلا نتاجا للبحوث العلمية الفنية و التجريبية المتواصلة على الإنسان. و إن أي انتشار لعلاج جديد أو طرق مستجدة في التشخيص لا تطبق فعليا إلا إذا سبقتها أبحاث علمية و تجارب عديدة للتأكد من المعلومات بصورة دقيقة و مضمونة. و هذا احتراما لحقوق الإنسان الخاضع للبحث العلمي أو للتجربة العلمية جديدة إذ لا يجب القيام بها إلا بعد بحث و دراسة مسبقة تلائم حالته فيكون الهدف من إجراء التجارب هو اختيار أفضل طريقة علاجية جديدة و مبتكرة أو متطورة علميا، كما تكون الغاية من وراء هذه التجارب العلاجية متناسبة مع المخاطر و الأضرار المحتملة، التي يتعرض لها الشخص مريض الخاضع لمثل هذه التجارب. لذلك يجب أن تتم هذه التجارب وفق الضوابط العلمية و الأخلاقيات الطبية المتعارف عليها في مجال البحوث الطبية العلمية التجريبية على الإنسان، فتتم تحت رقابة صارمة و شديدة لتفادي أذى حد من الأخطار.

ولكن تبقى هنالك بعض الأبحاث التي لا تزال موضوعاتها خلافية بين المهتمين بهذا المجال من الأطباء المختصين و القانونيين و علماء الاجتماع و الأخلاق و السياسة، ما يقتضي عرض هذه الآراء المختلفة للتدقيق و المناقشة، لمحاولة ترجيح ما نراه أكثر اتفقا مع حقوق الإنسان و المرتبطة بمعطيات الطب البيولوجي و الأخلاقيات الحيوية. لذلك يقتضي بنا الأمر التطرق للموضوع و ما استجد به في الأحكام الفقهية و القانونية المستحدثة من خلال ما يلي:

أولا: مضمون التجارب العلمية و الطبية و أهميتها.

ثانيا: الأساس القانوني و الأخلاقي لإجراء التجارب العلمية على الإنسان.

المطلب الأول: مضمون التجارب العلمية و الطبية و أهميتها

لقد كان لموضوع التجارب الطبية الكثير من الجدل طال الخوض فيه قديماً و حديثاً رغم ما ارتكب سابقا من جرائم بحق الانسانية بسبب هذه الذريعة خاصة من قبل قادة عسكريين اتخذوا من الإنسان فأر تجارب. و هذا ما قام به طغيان مثل هتلر و أطباءه. و غيرهم كثر فلقد وجدوا في الأسر خير بضاعة و عينة للتجارب. و لقد عقدت الكثير من الندوات و المؤتمرات لهذا الغرض، و لتحديد المخاطر و المسؤولية طبية التي تقوم في حالات ما إذا أحدث ضرر بالشخص الخاضع للتجربة، حتى و ان راعى الطبيب في عمله الأصول العلمية و الفنية، لأن مجرد اتخاذ الإنسان حقل تجارب يكون قد ارتكب خطأ لأنه بذلك يكون قد فرغ من الغاية التي من أجلها أبيع له مزاوله المهنة، وليس له أن يتدرب بالشخص الذي رضا بهذه التجربة و قبل بها، لأن سلامة جسم الإنسان من النظام العام، فليس من الجائز أن يكون محلا و حقلًا للتجارب العلمية و ذلك لاختلاف نظريتها و أسسها.¹

ومن هنا كانت المحاذير، و كان المطلوب ضرورة الاهتمام بوضع ضوابط شرعية و قانونية و أخلاقية و انسانية و تحديد المقصود منها لإجرائها.

1. بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية و التطبيق، دار الإيمان، الطبعة الأولى، دمشق، بيروت، 1984، ص 229.

الفرع الأول: ماهية التجربة و أنواعها**البند الأول: التجربة في اللغة**

التجربة في اللغة: مأخوذة من جرب الشيء تجريباً و تجربة، اختبره مرة بعد أخرى. يقال رجل مجرب بالفتح، جرب في الأمور و عرف ما عنده. ورجل مجرب بالكسر عرف الأمور و جربها. و التجربة هي الاختبار و الامتحان، بين المحنة و الشدة. والتجارب، جاء في الأمثال: طول التجارب زيادة في العقل¹.

و التجربة في منهاج البحث معناها التدخل في مجرى الظواهر للكشف عن فرض من الفروض، أو التحقق من صحته و هي جزء من منهج التحريبي و قيل هي ما يعمل أولاً لتلافي النقص في الشيء و اصلاحه، و جمعها تجارب.

البند الثاني: التجربة في الاصطلاح

التجربة في الاصطلاح لها معاني متعددة فهناك تجارب لغرض التسلح الكيماوي أو البيولوجي و هناك تجارب في مجال العلوم الزراعية و هناك تجارب في مجال العلوم الطبية و هذه الأخيرة تختلف بحسب القصد العام من إجرائها علاجية أو غير العلاجية، فالتجربة بمعناه العام لا تتعلق بكل تدخل جسماني أو نفسي على الكائن الإنساني، و إنما تتعلق بكل نواحي الحياة يهدف جمع المعطيات العلمية. و بناء عليه التجربة هي "جمع المعطيات أو المعلومات الشخصية حول فرد أو مجموعة أفراد لأغراض علمية"².

الفرع الثاني: أنواع التجارب الطبية

تنقسم التجارب العلمية و الطبية التي تجرى على الإنسان إلى: التجارب العلمية غير العلاجية، التجارب العلاجية، و التجارب الطبية الوقائية.

البند الأول: التجارب العلمية غير العلاجية

و تهدف إلى إثبات صحة نظرية معينة أو عدم صحتها أو معرفة مدى تأثير عقار ما على الإنسان أو غير ذلك من الفروض العلمية دون وجود مصلحة مباشرة أو غير مباشرة للخاضع للتجربة، والفرض فيه أنه سليم و لا يعاني من أي داء. و يقصد بها أيضاً تلك الأعمال الطبية العلمية أو التجريبية الخالصة التي يباشرها الطبيب وفق للأصول العلمية.

¹ القاموس الجديد للطلاب معجم عربي مدرسي ألفبائي، علي بن هادي، بلحسن البليش، الجيلاني بن الحاج يحيى، تقديم محمود مسعدي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص 171.

² أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 37.

كما عرفت بأنها " تلك التجارب التي تجرى على الإنسان سليم أو مريض دون ضرورة تملئها حالة هذا المريض بغرض البحث العلمي أو مجرد إشباع شهوة علمية أو فضول علمي فالتجارب غير العلاجية تهدف إلى التحقق في صحة فرض معين أو عدم صحته، دون وجود مصلحة مباشرة أو غير مباشرة للخاضع للتجربة¹.

البند الثاني: التجارب العلاجية

هي تجارب التي يلجأ إليها الأطباء للوصول إلى علاج جديد للأمراض التي أخفقت القواعد الفنية و الأصول العلمية الثابتة في تحقيق علاج ناجح لها. فالتجربة العلاجية تهدف إلى اتخاذ أفضل طرق لمعالجة المريض و تحسين حالته الصحية، بحيث لا تكون الغاية الطبية من وراء تجربة الدواء الجديد معرفة الآثار المترتبة عليه بمعنى أن إجراء التجربة يجب أن يكون في إطار محاولة علاجية للمريض².

و لا شك في أن تجريم هذا النوع من التجارب يؤدي إلى جمود العلوم الطبية و يقضي على روح الابتكار لدي الأطباء و العلماء و يحرم الإنسانية من علاجات جديدة قد تكون فعالة لإنهاء مرض معين³.

البند الثالث: التجارب الطبية الوقائية

و لقد وردت تجربة طبية الوقائية بإعلان هلسنكي⁴ في مادته التي تنص على أن الهدف الأساسي من إجراء التجارب على الإنسان هو تطوير طرق الوقاية. و يقصد بها مجموعة الأبحاث التي يقوم بها الطبيب على أشخاص لا يهم إن كانوا أصحاء أو مرضى من أجل التأكد من مدى نجاعة مستحضر أو طريقة علاجية معينة في الوقاية من الإصابة مستقبلاً بمرض معين.

الفرع الثالث: مشكلات الأساليب الطبية المستحدثة

لما كان فن الطب هو فن تخميني، فالأعراض فيه تختلف و تتشابه في كثير من الأمراض. و الطبيب قد يعتمد في التشخيص على مقدرته الطبيعية و قوته الخاصة في الملاحظة و الاستنتاج، شرط أن يبني اختياره على أسس علمية صحيحة للحالات المرضية⁵.

¹ أيمن مصطفى الجمل، نفس المرجع، ص 39.

² و جدير بالتنويه أن الأطباء المسلمون مارسوا التجارب الطبية الدوائية و العلاجية منذ زمن قدم، فقد بدؤوا أولاً بالتجارب على الحيوانات ثم بعد ذلك على الإنسان في مجالات العلوم الطب و الجراحة. كما عرف الأطباء في الإسلام كالرازي، و ابن سينا، وابن النفيس، وابن الهيثم، و الزهراني، علم التشريح حيث قاموا بتشريح الجثث الآدمية لمعرفة دقائق و تفاصيل الأعضاء و العظام و أجزائها، و لفهم الأمراض و إدراك مسبباتها الخفية كالذي نعرفه اليوم، و قالوا إن دراسة و ممارسة التشريح عبادة تؤهل صاحبها لوصف الداعية إلى الله تعالى. د. بلحاج العربي الحدود الشرعية و الأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011 ص 24.

³ أيمن مصطفى الجمل، المرجع السابق، ص 39.

⁴ إعلان ميثاق "هلسنكي" الذي بادرت رابطة الأطباء العالمية بإعلانه عام 1964، و الذي ينظم كيفية إجراء التجارب الطبية و الدوائية على الإنسان، المعدل في صيغته الحالية سنة 1974 من أهم الاتفاقيات الدولية على المستوى العالمي بخصوص حماية حقوق الإنسان في مواجهة التجارب الطبية.

⁵ باسم محتمس بالله، المرجع السابق، ص 228.

كما لا يجوز له أن يطبق إلا الأصول العلمية الثابتة و يمنع عليه تطبيق نظرية كتنجربة على جسم المريض لا زالت الآراء مختلفة حولها الأمر الذي يشكل مغامرة في تطبيقها قد يدفع المريض ثمنها كما يتعين عليه عدم تطبيق وسائل مهجورة تجاوزها الزمن و أصبح غير معترف بها علمياً¹

و لقد أثارت الكثير من الجدل الأبحاث العلمية و التجارب الطبية و البيولوجية الحديثة على الإنسان و كذا العمليات التجريبية غير المسبوقة المتعلقة بأبحاث الحامض النووي و البيوتكنولوجيا، والعلاج الجيني، وطب الاحياء، و الابحاث الطبية الحيوية ذات الصبغة العلمية خارج نطاق العلاج أو غير الإكلينيكية، فكان من الضروري الموازنة بين متطلبات العلمية المحاصرة في مجال الطب و بين حتمية توفير الحد الأدنى من الاحترام للجسم البشري، و الحفاظ على الكرامة الإنسانية.²

البند الأول: مدى مشروعية الأبحاث و التجارب البيو طبية

لقد صدر عن مؤتمر العام لليونسكو في نوفمبر سنة 1997 الإعلان العالمي بشأن الجينات البشرية و حقوق الإنسان، و قد جاء في مادته الثانية: "أن لكل انسان الحق في أن تحترم كرامته و حقوقه، أيا كانت سمته الوراثية".³

و من المنتجات المشتقة من جسم الإنسان و تستعمل لأغراض البحث العلمي و التجريب الأمشاج التي تثار جدل فقهي حول مشروعية و عدم مشروعية الممارسات الطبية و العلمية عليها و التي اعتبرها أحد الاتجاهات أنها لقيحة آدمية في حقيقتها جنين بشري في طور التكوين، لذلك لا يجوز المساس بها أو استخدامها ضمن أي من الممارسات الطبية و العلمية المستخدمة، خاصة أن الجنين يعد وفق هذا الاتجاه في حكم الإنسان الحي المحتمل الوجود.

و الاتجاه الآخر يميز المساس بالأمشاج و اللقائح الأدمية و حجتهم في ذلك أن اللقيحة الأدمية لا تعدو كونها نتاجا جسمي يمكن نقله و استخدامه وفق الضوابط القانونية التي تحكم نقل الأعضاء و سائر المشتقات البشرية الأخرى.⁴

كما قد تستهدف عمليات نقل الأمشاج تحقيق أغراض غير علاجية تحت ستار أو مسمى المصلحة العلاجية. و عليه تعد الأمشاج الأدمية من أكثر العناصر البشرية دخولا في دائرة الصناعات البيولوجية، وذلك لما تمتاز به هذه العناصر من سهولة في الحصول عليها و إمكانية حفظها و تجميدها لمدة طويلة. ناهيك عما تمتاز به الأمشاج من خواص إحيائية تجعل منها عناصر غنية جدا و ذات كفاءة عالية إذا ما استخدمت في الصناعات الدوائية و ذلك نظراً لاستعمال هذه العناصر على أصل المادة الحية في الإنسان و جل المركبات و المكونات الأدمية .

¹ سيدهم مختار، المسؤولية الجزائرية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، المسؤولية الجزائرية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2011، قسم الوثائق، الجزائر، ص 23.

² د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 7.

³ مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، دراسة مقارنة، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2006، ص 721.

⁴ د. ماجد محمد لاني، المسؤولية الجزائرية الناشئة عن الخطأ الطبي، دار الثقافة للنشر و توزيع، طبعة أولى، الأردن، 2009، ص 289.

و إدراكا من المشرع الفرنسي لهذه الأهمية الكبيرة للأمشاج و اللقاحات الآدمية فقد نص صراحة في قانون الصحة العامة المعدل بمقتضى قانون رقم 654 لسنة 1994 على حظر تخليق الأجنة في معامل أو مختبرات (التلقيح الاصطناعي) لأغراض تجارية أو صناعية أو لتحقيق الربح المادي¹. و ذلك بتحسينها و عدم الزج بها في دائرة من التعامل و التداول الغير الشرعي وغير المتداول عليه².

البند الثاني: تأثير مخاطر التطور العلمي في إنتاج الدواء

تثير فكرة مخاطر التطور العلمي "le risque de développement" أو مخاطر النمو لكل ما يتعلق بالنشاط الإنساني الذي يتعاطم بالمعرفة العلمية فيصاحبه المنفعة من جهة و تحدى به المخاطر من جهة أخرى. ويعتبر الدواء من بين المنتجات التي تتطور على درب التقدم العلمي و تتسم بالأهمية، و بما يتضمنه من مخاطر تزيد احتمال وقوع الأضرار تفرض على المشرع وضع نظام خاص للمسؤولية عن مخاطر عرض الدواء للتداول. لكن هناك من المخاطر ما قد تسمح المعطيات العلمية بالإحاطة به و اتقاء مخاطره و منها ما قد يتعذر معه تحقيق ذلك نظرا للحالة العلمية التي لا تسمح بذلك. و قد جاء التوجيه الأوروبي 85-374 الخاص بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة في المادة 5\7 أن المنتج يكون مسئولا بقوة القانون، إلا إذا أثبت أن حالة المعرفة العلمية و الفنية، وقت طرح المنتج للتداول، لم تسمح باكتشاف و جود العيب. لكنه لم يفرض على الدول

التوجيه الأوروبي إقرار ذلك في قوانينها الداخلية³، و قد اتبعت ألمانيا هذه التوصية بحيث نفت قيام المسؤولية بسبب مخاطر التقدم العلمي، واستثنت الأدوية من ذلك باعتبارها تخضع لقواعد خاصة تفرض على المنتج مسؤولية مشددة. كما أنه أقر فرض التأمين الوجوبي على المسؤولية عن مخاطر الدواء، وعدم عرضه للتداول إلا إذا تم هذا التأمين. وهذا لتوفير حماية فعالة لمستخدمي الدواء و لحماية صحة الإنسان قبل كل شيء، بينما المشرع الفرنسي لم يستثن منتج الدواء من الإعفاء رغم ما يتسم به من مخاطر خفية تؤدي إلى العديد من الآثار الضارة لمستخدمي الدواء لأنهم يشاركون في التجربة و في معرفة الدواء الجديد فكيف يعفى صانع الدواء من المسؤولية؟

. وبذلك يكون المشرع الألماني قد وازن بين مصالح منتجي و صانعي الدواء، وبين المستخدمين أو المستهلكين للدواء، حيث أن طائفة الأولى لا يكون هناك خوف على مصالحها أو تعطيل لاستكشافاتها و تطوير منتجاتها في ظل

¹ مهندس صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري (في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2002. ص 317

² NOEL GILLY(F) . Ethique et génétique, éd.Ellipses, Paris,2001 ,p52.

³ و الواقع أن التوجيه الأوروبي رقم 85\374 يعكس ما أدى تعارض المصالح من انقسام حال دون النص على الزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور التكنولوجي، حيث اعترضت على استبعاد مخاطر التطور التكنولوجي من نطاق المسؤولية عن الأضرار المنتجات المعيبة كل من بلجيكا ، فرنسا ، الدنمارك، اليونان ، و لكسمبورغ. و في المقابل تمسكت كل من إيطاليا ، هولندا، و المملكة المتحدة بضرورة الأخذ بمخاطر التطور التكنولوجي كسبب للإعفاء من المسؤولية عن المنتجات المعيبة².د. حمود غزال، الهيثم الحسن،المسؤولية عن مخاطر التطور التكنولوجي، مجلة تشرين للبحوث و الدراسات العلمية، سلسلة الاقتصادية و القانونية المجلد 33؛ العدد 1، 2011 ص {256 239} ص 249.

مسؤولية مؤمنة، وفيما يخص الطائفة الثانية لا تجد صعوبة في الحصول على التعويضات بسبب الأضرار الناشئة عن عيوب الدواء¹.

المطلب الثاني: الأساس القانوني والأخلاقي لإجراء التجارب العلمية على الإنسان

ان التجارب الطبية و البيولوجية و الحيوية على الإنسان، هي أخطر ما يتعرض له الكائن البشري في نطاق التقدم العلمي والتكنولوجي على مر التاريخ البشري، لكونها غير مضمونة في الكثير من الاحيان و ذلك لأن التجارب العلمية الطبية والبيولوجية بطبيعتها تحمل الكثير من المخاطر و الأخطار بما فيها الضرر الجسيم الذي يلحق بجسم الإنسان و معنوياته.

الفرع الأول: الضوابط القانونية و الأخلاقية للتجارب العلمية و حدود ممارستها

يتوجب على كل باحث عند القيام بالتجارب العلمية الطبية على الإنسان، الامتثال في أبحاثه و تجاربه و دراسته، لمجموعة القواعد و الأحكام و الأهداف و أخلاقيات البحث العلمي المتعارف عليها عند التجريب على الإنسان، و الإجراءات و الأنظمة النافذة. و من ثم يشترط ضرورة مراعاة واجبات اليقظة و الحيطة²، و التزام الجدية العلمية، و الوقاية من المخاطر اللازمة. و تحديد الإطار المادي للتجربة، و سرية المعلومات، و ضرورة الالتزام بالمتطلبات العلمية و الفنية للبحوث الطبية العلمية التجريبية على الإنسان³. لذلك كان لابد من توفر حدود و شروط لضبط ممارسة التجارب الطبية و التي تتمثل في:

البند الأول: رضا الشخص الخاضع للتجربة الطبية

ذلك بأن يكون رضا الشخص رضاً حراً و صريحاً، و مستنيراً و له الحق في سحب هذه الموافقة متى شاء و الانسحاب من التجربة الطبية. و أن تقف التجربة العلمية عند حدود الشروط الموضوعية العلمية للتجربة، واحترام أخلاقيات البحث الطبي العلمي و التجريبي على الإنسان و قد نصت لائحة " نورمبرغ" عام 1947، و إعلان ميثاق هلسنكي سنة 1964 و مؤتمر

الطبي عام 1969، و ما أعد له في رابطة الأطباء العالمية المعدل في صيغته الحالية سنة 1975 و 2000، بأنه لا يسمح بإجراء الأبحاث و التجارب الطبية على الإنسان، إلا بعد أخذ الموافقة كتابية من الشخص و هو حر في إرادته، و له الحق في سحب موافقته متى شاء. فيجب الالتزام بإبلاغه سلفاً بحقوقه و الضمانات القانونية المكفولة له، و التي منها التأكيد على امكانية رجوعه في الموافقة الخاصة بإجراء التجربة، في أي وقت طلب ذلك، و كذا بيان كيفية الحصول على تعويض مناسب في حال تجاوز التجربة للأخطار المحددة لها.

¹ د. شحاتة غريب شلقامي، خصوصية المسؤولية المدنية في مجال الدواء، (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008 ص 110.
² لقد استقر اجتهاد المحكمة العليا في الجزائر بخصوص المسؤولية الناشئة عن الخطأ الطبي، بأنه يجب على الطبيب الالتزام ببذل عناية اليقظة المتعارف عليها في الأصول العلمية المتعادية، و القواعد المستقرة في المهنة الطبية (2 المحكمة العليا، غ ج 30\06\1990 ملف رقم 65648 . م ق 1992 العدد 1 ص 132.
³ د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 82.

كما أنه من الضروري لإنتاج مركبات دواء أن يسبق ذلك إعداد أبحاث علمية في المعامل و المختبرات الخاصة بالمستحضرات الحيوية. بما يقتضيه ذلك من مخاطر أثناء اختبارات كيميائية طبية تستلزم وجود أشخاص طبيعيين يرتضون بإرادتهم أن يكونوا محلاً لتحمل مقتضيات هذه الأبحاث.

و قد عالج المشرع الفرنسي مسألة إجراء الأبحاث و التجارب العلمية على الإنسان بوجه عام في قانون رقم 1138 و الصادر في 20 ديسمبر 1988 و الخاص بتنظيم و تقنين إجراء الأبحاث البيوطبية و حماية الأشخاص الخاضعين لها. و الذين أقروا بإرادتهم رضاء تحمل هذه الأبحاث، بحيث تعد المؤسسات المختصة بالعلاج و الأبحاث الخاصة به من معامل و مختبرات مسؤولة عن الأضرار التي تصيب هؤلاء الأشخاص و يتم تعويضهم بقوة القانون¹. و راجح أن رضاء المريض لا يضمن وصف المشروعية على فعل الطبيب لأن الرضاء ليس سبباً من أسباب الإباحة في الجرائم التي تمس جسم الإنسان حيث أن سلامته تعد من النظام العام و حمايته أمر تقتضيه مصلحة المجتمع².

البند الثاني: حالة الضرورة

يفرق الفقهاء هنا بين حالتين: التجارب العلاجية التي تدعو إليها حالة الاستعجال و التجارب العلاجية غير الضرورية لعلاج المريض، ففي حالة الأولى يلتزم الطبيب بإعلام المريض بعواقب البقاء بدون علاج، و لو كان في طور التحريب أما في الحالة الثانية، فإن التجربة غير ضرورية لإنقاذ حياة المريض، فتأخذ التجربة في هذه الحالة حكم التدخل العلاجي، فيتسع نطاق الالتزام بالتبصير ليشمل كل عناصر الإعلام؛ بما فيها الإعلام بالمخاطر المحتملة و المخاطر الكثيرة الوقوع، و كذا المخاطر الاستثنائية.

و قد تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب وفقاً للمادتين 2\8.1126 و 3\9.1126 من قانون الصحة الفرنسي³، عندما يمتنع عن إعلام الطبيب المحرب بنتائج التجارب الكيميائية و الصيدلانية و السمية و كذلك بالمعلومات التنظيمية الخاصة ب: التجربة و الدواء المراد تجريبه، الأدوية المستعملة كمرجع، و آخر ما توصلت إليه المعارف العلمية من معطيات لتنفيذ هذه التجربة و يشكل الإخلال بهذه الالتزامات، جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة سنتين و غرامة مالية قيمتها 30000 أورو⁴.

كما و أنه لا تأثير سواء أكان الطبيب متبرعاً أو مأجوراً لأن سلامة جسم الإنسان و حيث أنها من النظام العام، فلا يجوز المساس بها إلا لضرورة فائده، و بقدر يتناسب مع تلك الفائدة و هذا ما قال به كل من سافتيه، و فوزينييه⁴، فلا يمكن القيام بالتجربة في حالة ما إذا كانت المخاطر المتوقع حدوثها تتعدى الفائدة التي يسعى البحث العلمي الوصول إليها⁵.

البند الثالث: قصد البحث علمي

¹د.أسامة أحمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبية (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 203.

²د. محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدي و الإلكترونية و الدولية و حماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006 ص 66.

³قانون الفرنسي رقم 2004.806 الصادر بتاريخ 9 أوت 2004 و المتعلق بالصحة العامة.

⁴مختص بالله، المرجع السابق، ص 292

⁵ - EMMANELLE RIAL-SBBAG, AGNES THOMAS, Ethique et législation pour l'exercice médical ,éditions estem de boeck diffusion, les moulineaux, France, 2005, p19

أي يجب أن تنقيد التجارب الطبية بالضوابط الموضوعية و التي تتمثل خاصة في الحرص على حماية صحة الشخص الخاضع للتجربة، و مراعاة المتطلبات العلمية الحديثة. و الالتزام بالجدية العلمية في البحث، و ضرورة تفادي المخاطر التي قد تنتج عنها و الوقاية منها أو التقليل منها.

و ان كانت المحاكم تخفف من المسؤولية إذا كان هدف الطبيب علمياً بحثاً، إلا أنها تتشدد في أحكامها إذا تبين وجود هدف مادي وراء إجراء التجارب على جسم المريض، و تلتزم كذلك الشركة صاحبة الدواء أو العلاج، محل التجربة، بضمان تعويض المضرور عن كل الأضرار التي لحقت بسبب ذلك. فهي مسؤولة بدون خطأ مبنية على فكرة الضمان لا يجوز التخلص منها إلا بنفي علاقة السببية¹.

و فيما يتعلق بمسؤولية القائم بالتجربة عن اصابة الخاضع لها بضرر، فقد ميزت نصوص القانون الفرنسي بين نوعين من التجارب هما: التجارب التي تنتظر منها فائدة مباشرة للشخص الخاضع لها و التجارب الأخرى التي تجري بقصد تحقيق غاية علمية طبية كإكتشاف علاج، أو تحسين علاج قائم، فالتجربة في هذه الحالة الأخيرة لا تستهدف لأي غرض علاجي. إلا أن المعنى الصحيح لمن تمارس عليه التجربة يهدف لحماية الأشخاص الخاضعين لتجارب. فقد اشترطت المادة 14-209 من تقنين الصحة العامة ألا تتضمن هذه التجارب أي خطر متوقع على صحة الخاضعين لها.²

الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة و الاتفاقيات الدولية في مجال الأبحاث و العلوم الطبية

تكاد تتفق التشريعات المقارنة بالنسبة للتجارب الطبية و العلمية على الإنسان على شرعيتها إذ كان إجراءها في إطار محاولة علاجية، أي أن تكون للشخص مصلحة مباشرة في إجراء التجربة، و إذا كانت احتمالات النجاح على قدر من التوثيق من ناحية العلمية، و كان الخطر المترتب على التجربة أقل ضرراً للشخص من الفائدة المتوقعة بالنسبة للعلم و المجتمع. هذا فضلاً عن موافقة صاحب الشأن³. و في ما يلي موقف بعض التشريعات من إجراء التجارب الطبية و العلمية:

البند الأول: موقف القانون الطبي الأمريكي حول التجارب الطبية

لقد ارتبط أول تنظيم دولي للتجارب الطبية على الإنسان بالمحاكمة الدولية للأطباء النازيين على الجرائم التي ارتكبوها في حق أسرى الحرب إبان الحرب العالمية الثانية، حيث أصدرت محكمة نورمبورغ في أعقاب هذه المحاكمة مجموعة من المبادئ و القواعد التي يجب مراعاتها من قبل الأطباء أثناء إجراء التجارب الطبية على الإنسان عرفت باسم تقنين نورمبورغ⁴. و رغم أن هذه المحاكمة تمت باتفاق دولي آنذاك، إلا أنها تمت بمعرفة المحكمة العسكرية الأمريكية المشكولة

¹ د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 66.

² د. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006، ص 194.

³ اختلفت التشريعات بخصوص التجارب الطبية و العلمية فمنها من يبيح إجراء هذه التجارب إما استناد إلى رضا الشخص الذي تجرى عليه التجربة مع حسن الآداب كالقانون الألماني و النمساوي و إما استناد إلى مصلحة الاجتماعية المقترنة برضا الشخص كما هو الحال في القانون الأنجلوأمريكي. و إما استناداً إلى رضا

الشخص المقترن بشروط أخرى كما هو الحال في قانون ولاية كيبيك في كندا (د. ماجد محمد لاني، ص 163).

⁴ EMMANELLE RIAL-SBBAG, AGNES THOMAS, Ethique et législation pour l'exercice médical, éditions estem de boeck diffusion, les moulineaux, France, 2005, p19.

من قضاة أمريكيين و وفقاً للقواعد الإجرائية الأمريكية، و هو ما دفع بالكثير إلى نفي الطابع الدولي لهذه المحكمة، غير أن المحكمة العليا الأمريكية رفضت النظر في الطعون المقدمة لها بخصوص أحكام نورمبورغ على أساس أنها لا تملك صلاحية النظر في الأحكام الصادرة من محاكم دولية من جهة أخرى، فإن الاعتماد الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 11\12\1946 لتقنين نورمبورغ و تبنيه من قبل المجتمع الدولي كأساس لاتفاقيات دولية لاحقة مثل إعلان هلسنكي الصادر سنة 1964، جعل الكثيرين يعترفون بالطابع الدولي للقواعد التي أفرزتها محاكمة الأطباء النازيين بخصوص كيفية مباشرة التجارب الطبية على الإنسان¹.

و لقد صدر القانون الطبي الأمريكي بعدها ليمنع أي تطبيق لتجربة أو نظرية على جسم الإنسان لا زالت فيها الأبحاث غير مكتملة و الآراء حولها مختلفة²، كما جاء بمجموعة من الشروط و القواعد القانونية و النظامية التي يجب مراعاتها عند مباشرة التجارب العلمية أو الفنية على الإنسان و المتمثلة في ما يلي:

- . الموافقة الحرة و المستنيرة للشخص الخاضع للتجربة العلمية.
- . حماية الحياة الخاصة للأشخاص الخاضعين للتجارب العلمية.
- . الحرص على حياة و صحة الشخص الخاضع للتجربة العلمية.
- . العمل على تقليل الأخطار و المخاطر المرتبطة بالتجارب العلمية.

و احقاقاً للحق فإنه ينبغي القول أن المشرع الأمريكي يعد من الأوائل الذين تناولوا مسألة إجراء التجارب و الأبحاث العلمية والطبية على العناصر الآدمية بالتنظيم و الدراسة منذ وقت مبكر و ذلك من خلال القانون القومي، للأبحاث الطبية و العلمية الحيوية 1974.

و لعل اللافت للنظر في هذا القانون هو ذلك التركيز المستمر و الدؤوب من جانب المشرع الأمريكي على ضرورة مراعاة ودراسة الأبعاد القانونية و الأخلاقية للأبحاث الطبية و العلمية الحيوية، و يعد هذا الأمر واحداً من الواجبات الرئيسية و الهامة المنوطة باللجنة القومية لحماية المكونات و العناصر البشرية المستخدمة في الأبحاث البيوطبية و العلمية التي أنشأت بمقتضى العنوان الثاني من هذا القانون و الذي عدل بعض نصوص قانون الصحة العامة فقد جاء القسم الخاص ببيان واجبات هذه اللجنة أنه يتوجب دائماً دراسة و استنباط المبادئ الأخلاقية في مجال الأبحاث البيوطبية و العلمية كما يتشكل من فحوي و مضمون هذه المبادئ و القواعد التي يجب أن تقوم عليها و تدور في فلكها الأبحاث³.

¹ بن النوي خالد، الاتفاقيات و المؤتمرات الدولية المنظمة للتجارب الطبية على الإنسان، من أعمال ملتقى المسؤولية الطبية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، العدد السابع، جانفي 2015، منشورات المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، ص من { 244 257 } ص 245.

² وجهت انتقادات كثيرة للحكومة الفيدرالية الأمريكية، بسبب السماح لجامعة في شمالي أمريكا، بإجراء التجارب على الحوامل بالنسبة للانتقال فيروس السيدا. الأمر الذي تسبب بوفاة ما يزيد عن 1000 طفل و تم إلغاء تلك التجارب تحت وطأة الضغط الشعبي، على عصام غصن، خطأ طبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، 2006، ص 69.

³ مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص 227.

البند الثاني: الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بحقوق الإنسان و الطب البيولوجي:

. أخذت توجيهات لجنة وزراء الاتحاد الأوروبي بتاريخ 06\02\1990 و كذا الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بحقوق الإنسان والطب البيولوجي، الصادرة في ستراسبورغ بفرنسا في يناير 1997 و التي نصت على مشروعية التجارب الطبية، إلا بناء على الشروط الخاصة التالية¹:

. الرضاء المستنير للشخص الذي سيخضع للتجارب الطبية.

. ألا يتضمن التجربة أي خطر على حياة و صحة الخاضع لها.

. لا يجوز إخضاع الأشخاص إلى تجارب متعددة في نفس الوقت.

. لا يجوز مباشرة التجارب الطبية إلا تحت إشراف أطباء ذوي كفاءات و مؤهلات علمية يتولون الإشراف على إجراء التجارب العلمية و التحقق من إجراءاتها وفقا للأصول العلمية. . ألا توجد بدائل أخرى لتحقيق نفس النتائج المتوقعة من هذه التجربة إلا بإجرائها على الإنسان.

. لا يجوز مباشرة التجارب الطبية العلمية إلا بعد الحصول على موافقة الجهة الإدارية المختصة، و بأن تجري في المركز التي تتوفر على الإمكانيات المادية و التقنية اللازمة.

. التزام الشخص أو الأشخاص القائمين بالتجربة الطبية بالتأمين من المسؤولية².

البند الثالث: موقف المشرع المصري من التجارب الطبية

ان المشرع المصري لم يضع تنظيمًا تشريعيًا متكاملًا يحدد الضوابط اللازمة لإجراء هذه التجارب بأنواعها على نحو يكفل سلامة الخاضعين لها³.

و الملاحظ أنه نصت المادة 43 من الدستور المصري الصادر في 11\09\1971 و المعدل بتاريخ 22\05\1980 على أنه : لا يجوز إجراء اي تجربة طبية أو علمية على إنسان بغير رضائه الحر."

فنجد أن دستور المصري اعتمق الاتجاه الحديث المتضمن في إعلان ميثاق هلسنكي و الذي يرى مشروعية إجراء التجارب الطبية على الإنسان نظراً لضرورة ذلك و أهميته للإنسانية؛ إلا أنه يشترط لإباحة التجريب العلمي شرطان هامان: رضا الشخص الخاضع للتجربة . و التناسب بين الهدف المقصود من التجربة و المخاطر التي يتعرض لها الخاضع للتجربة⁴.

¹ د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 52

² و قد أشارت المادة 209 \ من قانون الصحة العامة بفرنسا على إلزامية التأمين الاجباري عن المسؤولية عن التجارب الطبية

³ د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 196

⁴ د. محمد الشوا ، مسؤولية الأطباء و تطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة، القاهرة، 2003 ص 143.

و قد صدرت في مصر لائحة آداب المهنة الطبية¹ و التي نصت في المادة 52 منها على أنه: " يلتزم الطبيب بمراعاة تنفيذ كافة المعايير و الضوابط الأخلاقية و القيم الاجتماعية و الدينية التي تضعها السلطات المختصة لإجراء البحوث الطبية على آدميين."

و جاء في المادة 53 من نفس اللائحة ما يلي: " يحظر على الطبيب إجراء أية تجارب للأدوية و التقنيات على آدميين قبل إقرارها من الجهات المختصة". في حين نصت المواد من 54 إلى 61 من اللائحة المشار إليها على أنه يلتزم الطبيب الباحث قبل إجراء أي بحث طبي على الإنسان ضرورة التأكد من موافقة الشخص الخاضع للتجربة كتابياً. و الدراسة الوافية للمخاطر التي تعرض لها.

و المبدأ في مصر أن الطبيب حر في اختيار طريقة المعالجة التي يراها مناسبة و يعتقد أنها أفضل من غيرها لصالح مريضه، إلا أن هذه الحرية مقيدة بشرط عدم تجاوز الحدود التي يرميها له القانون لإباحة العمل الطبي، و لم يرد في القانون المصري أي نص صريح بشأن حظر إجراء التجارب غير العلاجية على الإنسان السليم، إذا توافر رضا صريح و إرادي من جانب الشخصي².

و قد أدى ذلك إلى اختلاف الفقه حول مشروعية التجارب الطبية فالبعض يذهب إلى مشروعيتها. سواء كانت بهدف علاجي أو لغاية علمية، بينما يذهب الرأي الغالب إلى قصر المشروعية على التجارب التي تتم لغرض علاجي فقط، أما التجربة لغير هذا القصد فتكون غير مشروعة و يخضع القائم بها لنصوص قانون العقوبات الخاصة بالعقاب على الجرائم العمدية لتجرده من قصد العلاج، و لا يحول دون ذلك توافر رضا الخاضع للتجربة³.

الفرع الثالث: موقف التشريع الجزائري من التجارب الطبية على الإنسان

إن القانون الطبي الجزائري يميل إلى الإقرار بمشروعية التجارب و الأبحاث الطبية، بما فيها التجارب غير العلاجية على الإنسان و العمليات الجراحية التجريبية غير المسبوقة التي تهدف إلى العلاج و إلى تحقيق المزيد من التقدم الإنساني في العلوم الطبية⁴.

و تنص المادة 168 مكرر في فقرتها الأولى من قانون حماية الصحة و ترقيتها⁵ الجزائري 05-85، على أنه: " يجب حتما احترام المبادئ الأخلاقية و العلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي." في حين نصت نفس المادة في فقرة 3 على ما يلي: " تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 168 أعلاه."

¹لائحة آداب المهنة الطبية المصري، وفقا للقرار وزير الصحة تحت رقم 238 لسنة 2003

²د ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص 164.

³د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 197

⁴د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 103

⁵القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16\02\1985، المعدل و المتمم بالقانون رقم 90\17 المؤرخ في 31\07\1990.

كما تنص المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري المرسوم التنفيذي رقم 92\276 على أنه: "لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة، و بعد التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض."

من استقراء هذه المواد يتضح أن القانون الطبي الجزائري يميز صراحة التجارب الطبية على الإنسان، سواء كانت علاجية أو علمية، فإن الهدف من التدخل الطبي إنما هو العلاج بغرض شفاء المريض وفقا للأصول المتبعة فلا يجوز للطبيب تجاوز هذه الغاية بإجراء علاج جديد أو استخدام الأدوية الغير مصرح بها من وزارة الصحة، أو إجراء تجربة طبية من أجل فائدة البحث العلمي، إلا عند وجود المبرر الشرعي و القانوني و هذا كله مرتبط بالرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية .

هذا و يشترط لإباحة التجريب العلمي على الإنسان ضرورة مراعاة الضوابط القانونية و الأخلاقية التي تضمنتها القوانين الداخلية و المواثيق الدولية¹ و التي هي كالآتي:

البند الأول: الشروط العامة لإباحة الأعمال الطبية

و هي الترخيص الشرعي و القانوني لمزاولة مهنة الطب، وإتباع الأصول العلمية الطبية قصد العلاج، موافقته الشخص الخاضع للتجريب و تبصيره تبصيراً كاملاً بالمخاطر و النتائج التي تترتب على التجربة؛ إذ يكون له الحق في الرجوع عن رضائه في أي لحظة. و قد تضمنت المادة 2\168 و 3 من القانون حماية الصحة و ترقيتها 05\85 على أنه: "يخضع التجريب للموافقة الحرة و المستنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثليه الشرعي، و تكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة."

البند الثاني: الضمانات الطبية

. احترام الكيان الجسدي للشخص الخاضع للتجريب و كرامته الآدمية، فلا يجوز المساس بجسم الإنسان إلا بتحقيق مصلحة علاجية له أو لأغراض العلمية (المادة 2\168 و المادتان 17 و 18 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب)، والتأكد من توافر الشروط الأمنية لسلامته البدنية و العقلية و النفسية، بحيث لا يتم تنفيذ التجربة إلا إذا تحققت الظروف المواتية للظفر بالنتائج المرجوة. و لضمان أقصى حماية للأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية؛ هي دلالات مهمة تقتضي أن تكون النسبة بين نتائج البحث و الأخطار المترتبة عليه متوازنة.

. وجوب التجريب على الحيوان، و الموازنة المنتظرة من التجربة و الأخطار المقترنة بها.

. و الالتزام بأخلاقيات البحث الطبي التجريبي، بما في ذلك الالتزام بتوقيف التجربة إذ ثبت عدم جدواها العلمي أو أن الأضرار المترتبة عنها أكبر من المنافع المتوقعة تحقيقها.

البند الثالث: الضمانات القانونية

¹المواثيق الدولية نورمبرغ 1946، هلسنكي 1964، جنيف 1994، طوكيو 1975 تقرير بلمونت في أخلاقيات الطب الأحيائي عام 1997، وكذا اتفاقية حقوق الإنسان و الطب البيولوجي الأوروبية 1997.

أي تجرى هذه التجارب تحت إشراف لجنة طبية لإبداء الرأي و المشورة بهدف الإحاطة بالطرق التشخيصية و العلاجية المستجدة، و التأكد من سلامة الإجراءات من النواحي العلمية و الشرعية و الأخلاقية.¹

التأمين الإجباري أو الإلزامي على التجارب الطبية و الأبحاث العلمية، ذلك أنه لا تبرئ موافقة الشخص الخاضع للتجربة من المسؤولية المدنية للطبيب أو الباحث لتعويض الأضرار الناتجة عنها². و هذا وفق لما تنص عليه المادة 168 مكرر 4 من القانون حماية الصحة و ترقيتها 85\05. فيلتزم الطبيب الباحث أو الهيئة المشرفة على التجربة بضمان تعويض عن كل الأضرار.

من اللازم كذلك إجراء التجارب الطبية في المستشفيات الجامعية، و مراكز الأبحاث العلمية التابعة للدولة، أو المرخص لها قانوناً و المزودة بالأجهزة و الوسائل المادية و الفنية الحديثة، و بعدد من الأطباء و الجراحين على قدر عالي من التخصص العلمي الدقيق.

و بالإضافة إلى هذا فإنه توجد حالة أخرى ذكرتها المادتين 265 مكرر 5\2 و 265 مكرر 6\3 من قانون حماية الصحة و ترقيتها الجزائري، و يعترف بما المشرع صراحة بقيام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي إثر القيام بالتجارب الطبية. غير أن هذه الحالة تقتصر فقط على تجريب الأدوية و المواد البيولوجية و المستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري على الإنسان بحيث تقوم مسؤولية الشخص المعنوي في هذه الحالة وفقاً للمادة 265 مكرر 5 من نفس القانون إذا تمت مخالفة الأحكام المتعلقة بتجربة الأدوية و المواد البيولوجية و المستلزمات الطبية و تسويقها دون الحصول على ترخيص بإجراء التجربة من وزير المكلف بالصحة وفقاً لما نصت عليه كذلك المادة 178 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

و قد رصدت المادة 265 مكرر 6 من قانون حماية الصحة و ترقيتها عقوبات مالية رادعة بالنسبة للشخص المعنوي³ مقارنة بباقي العقوبات المالية المنصوص عليها في قانون العقوبات، بحيث تتراوح الغرامة المالية في هذه الحالة 5 مرات من الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي المنصوص عليها في المادة 265 مكرر.

وعليه يجب على الطبيب أو الباحث احترام هذه الشروط و ضرورة التقيد بها و لا يجوز له التعدي على سلامة الجسدية أو الذهنية للخاضع للتجربة دون رضائه، أو تعذيبه بدون مبرر أخلاقي، و دون أن يكون ذلك مسموح به من قبل و ذلك لأن التجربة الطبية العلمية تقف على حدود حساسة جداً من مبدأ معصومية الجسم الآدمي⁴

¹ ان العدالة القانونية وكذا أخلاقيات البحث الطبي التجريبي و الأحيائي، تستوجب توسيع في لجان الرقابة الإدارية إلى غير المنتميين للمهن الطبية لتمكين التعاون بين مراكز البحث الطبي العلمي من تجارب الطبية التي محلها هو الإنسان و من ثم ضرورة إسناد هذه الرقابة الإدارية إلى لجان مختلطة تجمع أهل الاختصاص الطبي للبحث في الجوانب الفنية العلمية وكذا خبراء من رجال القانون و الشريعة و المجتمع من غير المنتميين إلى المهن الطبية، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 108.

² د. مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، دراسة مقارنة، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2006، ص 769.

³ و بالإضافة إلى هذا أجازت المادة 265 مكرر 7 من نفس القانون معاقبة الشخص المعنوي الذي يرتكب هذه الجريمة بعقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 18 مكرر من ق ع و التي تتمثل في حل الشخص المعنوي، غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز 5 سنوات، الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 5 سنوات... الخ

⁴ د. بلحاج العربي الحدود الشرعية و الأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011 ص 84.

خاتمة

ان التجارب الطبية سواء أكانت علاجية أم غير علاجية، أو جراحية أو دوائية، في إطار المحاولات العلاجية العديدة للمريض لاختبار كفاءة و نجاعة علاج معين، تعتبر النواة الأساسية لتطور العلوم الطبية و البيولوجية لكن في نفس الوقت تكتنفها الكثير من المخاطر والأخطار الجسيمة إذ تحتل النجاح و الفشل أيضا، لكونها لا تزال في طور التجربة والاختبار إلا أنها تعتبر ذات قابلية من الرأي العام باعتبارها الغاية الملموسة من التجارب العلمية. و الحقيقة أن مشاكل القانونية و الأخلاقية التي تثيرها التجارب الطبية و العلمية على جسم الإنسان، للأغراض العلمية التجريبية المحضة أو الخالصة، إنما تدور أساساً حول ضرورة حماية السلامة البدنية و العقلية للشخص الذي تجرى عليه التجربة العلمية من الاعتداءات و المخاطر و الأضرار المحتملة من إساءة استخدام هذه التجارب العلمية، أو الإفراط في الأخذ بالفائدة العلمية التجريبية، أو بدعوى خدمة الإنسانية او مصلحة المجتمع مما قد يضر لا محالة بالشخص عند إجراء مثل هذه التجارب الطبية خارج نطاق العلاج، بعيداً عن النواحي الأخلاقية المتضمنة في البحث العلمي التجريبي و الأسس العلمية المتعارف عليها.

قائمة المراجع المعتمدة

1. بالعربية

أ. قاموس

. القاموس الجديد للطلاب معجم عربي مدرسي ألفبائي، علي بن هادي، بلحسن البليش، الجيلاني بن الحاج يحيى، تقدم محمود مسعدي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.

ب. كتب

- . د. أسامة أحمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبية (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- . د. العربي بلحاج الحدود الشرعية و الأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
- . أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2008.
- . بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية و التطبيق، دار الإيمان، الطبعة الأولى، دمشق، بيروت، 1984.
- . على عصام غصن، خطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، 2006.
- . د. شحاتة غريب شلقامي، خصوصية المسؤولية المدنية في مجال الدواء (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
- . مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، دراسة مقارنة، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2006.
- . د. ماجد محمد لاني، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، دار الثقافة للنشر و توزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009.
- . مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري (في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2002.
- . د. محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية و الإلكترونية الدولية و حماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.
- . د. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006.
- . د. محمد الشوا، مسؤولية الأطباء و تطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة، القاهرة، 2003.

قوانين و لوائح

- . لقانون رقم 85-05 المؤرخ في 16\02\1985، المعدل و المتمم بالقانون رقم 90\17 المؤرخ في 31\07\1990.
- . قانون الفرنسي رقم 2004806 الصادر بتاريخ 9 أوت 2004 و المتعلق بالصحة العامة.
- . لائحة آداب المهنة الطبية المصري، وفقا للقرار وزير الصحة تحت رقم 238 لسنة 2003.

. إعلان ميثاق "هيلسنكي" الذي بادرت رابطة الأطباء العالمية بإعلانه عام 1964، و الذي ينظم كيفية إجراء التجارب الطبية و الدوائية على الإنسان، المعدل في صيغته الحالية سنة 1974 من أهم الاتفاقيات الدولية على المستوى العالمي بخصوص حماية حقوق الإنسان في مواجهة التجارب الطبية.

قرارات قضائية

. لقد استقر اجتهاد المحكمة العليا في الجزائر بخصوص المسؤولية الناشئة عن الخطأ الطبي، بأنه يجب على الطبيب الالتزام ببذل عناية اليقظة المتعارف عليها في الأصول العلمية المعتادة، و القواعد المستقرة في المهنة الطبية المحكمة العليا ، غ ج 30\06\1990 ملف رقم 65648 . العدد 1، 1992.

مجلات

. د. حمود غزال، المهيم الحسن، المسؤولية عن مخاطر التطور التكنولوجي، مجلة تشرين للبحوث و الدراسات العلمية، سلسلة الاقتصادية و القانونية المجلد 33؛ العدد 1، 2011 ص { 256 239 }.

. خالد بن النوي ، الاتفاقيات و المؤتمرات الدولية المنظمة للتجارب الطبية على الإنسان، من أعمال ملتقى المسؤولية الطبية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، العدد السابع ، جانفي 2015، منشورات المركز الجامعي لتامنغست ، الجزائر ، ص من { 244 257 }.

. مختار سيدهم ، المسؤولية الجزائرية للطبيب في ظل التشريع الجزائري ، المسؤولية الجزائرية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي ، مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص، 2011 ، قسم الوثائق ، الجزائر.

2. بالفرنسية

- NOEL GILLY(F) . Ethique et génétique, éd.Ellipses, Paris,2001

THOMAS, Ethique et législation pour -EMMANELLE RIAL-SBBAG,AGNES l'exercice médical ,éditions estem de boeck diffusion,les moulineaux,France,2005.

المسؤولية المدنية عن إفشاء السر المهني في قانون الأعمال

أ. قايد حفيظة، عضو هيئة التدريس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم،

kaidhafida@gmail.comالملخص:

تقوم المسؤولية المدنية عموماً عندما يخل الفرد بما التزم به أمام الغير قانوناً أو اتفاقاً، فالطبيعة القانونية للمهنة أو الوظيفة تمنح لأصحابها وفي إطار تأديتها الإطلاع على أسرار ومعلومات قيمة، و التي تعتبر السبب في رفعة أرباب المهنة وفي زيادة أموالهم .

يحق لصاحب السر طلب حماية هذه الأسرار والتي تعتبر أمولا معنوية منقولة، عن الطريق الجزائي برفع دعوى قضائية إلا أنه أمام صعوبة إثبات إفشاء الأسرار خاصة الإفشاء الشفوي للمعلومات السرية، فلا يستفيد صاحب السر شيئاً، فيبقى أمامه الحق إقامة دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء الإستعمال الغير العادل للسر التجاري، بإعتبار القانون المدني القانون العام الذي يحمي كافة الحقوق المادة والمعنوية، فيحق لصاحب السر الإستفادة من قواعد المسؤولية التقصيرية عندما يقوم المؤمن على السر بتصرفات مخالفة لأحكام القانون المدني، كما تقوم مسؤولية عقدية عند مخالفة أحد المتعاقدين لإلتزامه وقيامه بالإفشاء أو تسريب معلومات امتيازية.

كما قد يستفيد صاحب السر في حال إستغلال سره التجاري من حماية القانون المدني الجزائري عن طريق رفع دعوى الإضرار بلا سبب حسب المادة 141 من القانون المدني الجزائري، ويستطيع أيضاً رفع دعوى استعجالية لوقف إساءة استعمال معلوماته السرية حسب المادة 918 من قانون إجراءات مدنية وإدارية الجزائري.

Résumé

La responsabilité civile en général bouleversé quand commise par un individu, y compris devant les autres en droit ou d'un accord, la nature juridique de la profession ou de l'occupation est accordée aux propriétaires effectués dans le cadre de l'accès à des secrets et de la valeur de l'information, et qui est la raison de l'élévation des employeurs de la profession et d'augmenter leur argent.

Mot de passe propriétaire droit de demander la protection de ces secrets, qui sont Imola biens morale, pour la manière pénal pour déposer une plainte, mais en face de la difficulté est d'établir la divulgation de secrets privés d'information confidentielle divulgation orale, pas le propriétaire de la chose de prestations secrète, reste devant le droit

d'établir une action civile en réparation des dommages causés à fait par l'utilisation de secrétaire non le commerce équitable, comme un droit civil et en commun qui protège tout le matériel de l'homme et morale, ont droit au propriétaire mot de passe pour profiter des règles de la responsabilité civile délictuelle lorsque chargé des actions secrètes contraires aux dispositions du Code civil, que la responsabilité nodal lorsque l'infraction un entrepreneur pour son engagement et sa divulgation ou de fuite d'informations privilégiées.

Comme le mot de passe propriétaire en cas de l'exploitation du secret commercial pour protéger la loi civile algérienne peut bénéficier par sue Alatherar sans cause conformément à l'article 141 de la loi civile algérienne, et peut aussi intenter une action urgente pour arrêter l'abus secret de son information conformément à l'article 918 de la procédure civiles et administratives droit algérien

مقدمة:

تقوم المسؤولية المدنية عموماً عندما يخل الفرد بما التزم به أمام الغير قانوناً أو اتفاقاً، والجزاء هو التعويض عن الضرر الناشئ عن هذا الإخلال، والمسؤولية المدنية للمؤمنين على الأسرار المهنية لها أهمية للأسباب التالية :

1. التزايد المطرد للدعاوى المقامة على طائفة المهنيين أو الموظفين المؤمنين على الأسرار المهنية، فسابقاً كانت المسؤولية المثارة حول واجب كتمان السر المهني نادرة، وعندما تجردت العلاقة من المستوى الشخصي إلى علاقات الأعمال و التجارة تزايدت الدعاوى المرفوعة بشأنها.
2. غالباً، الجزاء التأديبي لا يرجع الحقوق لأصحابها ولا يعوضهم عن الخسائر، والجزاء الجنائي معقد وطويل الأجل، فيبقى الطريق المدني هو الحل لاسيما بالنظر إلى المستوى المادي للمتضرر خاصة في مجال الأعمال الحرة. ونتساءل من هذا المنطلق أي من المسؤولتين المكرستين في القانون المدني تكفل الحماية الفعالة للسر المهني في قانون الأعمال؟، وهل هناك أليات قانونية في القانون المدني الجزائي يمكن أن تكفل الحماية للسر المهني في قانون الأعمال؟¹.

هذا ما سنحاول دراسته وتحليله وفقاً للخطة التالي:

الخطة:

المبحث الأول: ثنائية المسؤولية المدنية عن إفشاء السر المهني في مجال الأعمال

المطلب الأول: المسؤولية العقدية عن إفشاء السر المهني في قانون الأعمال.

المطلب الثاني : المسؤولية التقصيرية لإفشاء السر المهني في قانون الأعمال

المبحث الثاني: الآليات القانونية المدنية لحماية السر المهني من الإفشاء.

المطلب الأول: دعوى الإثراء بلا سبب عن فعل إفشاء السر المهني في قانون الأعمال

المطلب الثاني: الدعوى الإستعجالية كأداة لحماية السر المهني في قانون الأعمال. الخاتمة:

¹ - انور طلبه، المسؤولية المدنية، المسؤولية التقصيرية، المنكب الجامعي الحديث، الاسكندرية، الطبعة الاولى، 2005، ص. 06.

المبحث الأول: ثنائية المسؤولية المدنية عن إفشاء السر المهني في مجال الأعمال

ومما لا شك فيه أن الطبيعة القانونية للمهنة أو الوظيفة تمنح لأصحابها وفي إطار تأديتها الإطلاع على أسرار ومعلومات قيمة، كان سببا في رفعة أرباب المهنة وفي زيادة أموالهم على حساب المهنة ذاتها¹. فلصاحب السر الصناعي أو التجاري الحق في إقامة دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء الإستعمال الغير العادل للسر التجاري²، وهو مانص عليه التشريع المقارن كالمشرع الأردني في المادة السابعة من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية بأن لصاحب السراتجاري المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة إساءة استعمال هذا السر³.

ويجب الملاحظة إلى أن المسؤولية التقصيرية عن إفشاء السر المهني في قانون الأعمال، قد تكون تقصيرية تنتج عن مخالفة قواعد القانون المدني، كما يمكن أن تكون عقدية مسؤولية عقدية، وذلك عند مخالفة أحد المتعاقدين لإلتزامه وقيامه بإفشاء أو تسريب المعلومات، ولقد ثار جدال فقهي كبير حول ما إذا كانت المسؤوليتان شيئ واحد ام هما منفصلتان؟،

واستقر الوضع على أن كلا المسؤوليتان تعتبران جزاء على الإخلال بالالتزام سابق، كما هو الحال في الإلتزام بالسر المهني، وهذا الإلتزام القانوني هو أساس المسؤولية التقصيرية، أي عدم الإضرار بالغير، في حين أن الإلتزام السابق في المسؤولية العقدية إتفاقي ويتمثل في إعطاء شئ أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل وهنا تختلف المسؤوليتان، فالمسؤولية التقصيرية جزاء عام يرتبه القانون على من أخطأ وسبب بخطأه ضرر للغير فهي إذن الأصل العام، أما المسؤولية العقدية فهي إستثناء لايسري إلا في حالة إخلال أحد الطرفين بإلتزامه، فتقوم إذن المسؤولية العقدية على أساس توافر شروط، إذا انتفى أي منها وجب الرجوع للأصل العام وهو المسؤولية التقصيرية⁴.

¹ - محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالسر المهني أو الوظيفي، المرجع السابق، ص. 1.

² - المادة 124 ق.م.ج. المعدلة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للقانون المدني، التي تنص على أن: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". في حين كانت تنص المادة قبل التعديل على أن: " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، و نلاحظ ان التعديل اضاف كلمة 'بخطئه' أي أن من يتسبب في اضرار الغير ولو بدون قصد يسأل مدنيا عن التعويض.

-En ce sens, v.art.1382.C. civ. fr.

³ - عمر كامل السوادة، الأساس القانوني لحماية الأسرار التجارية، المرجع السابق، ص. 132.

⁴ - علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 8، 2008، ص. 119.

المطلب الأول: المسؤولية العقدية عن افشاء السر المهني في قانون الأعمال.

يجب توافر ثلاثة شروط رئيسية لقيام المسؤولية العقدية، و تتمثل فيما يلي:

الفرع أول: قيام العقد صحيح.

فهنا نتعرض لمسألتان، قبل قيام العقد وبعد انحلال العقد.

أ. قبل إنعقاد العقد: La période précontractuelle.

قد تقوم مفاوضات بين شخصين لإبرام عقد، فإذا كان أحدهما قد وعد الآخر بالتزم بإرادته المنفردة بالبقاء على وعده مدة معينة - وطالما الطرف الآخر لم يعلن رغبته - فإن الواعد يلتزم بالبقاء على وعده طوال المدة المحددة، فإذا أخل بوعده كان للموجه اليه الوعد إذا اصابه ضرر من هذا الإخلال أن يرجع على الواعد بالمسؤولية العقدية، لأن الوعد يعتبر عقدا تمهيديا، وإن لم يكن هناك وعد بل مفاوضات بين الطرفين تمهيدا لإتمام العقد، فالتقضاء يدين كافة صور المنافسة غير المشروعة التي تتم في هذه المرحلة، ومن هذا القبيل، استغلال شركة تجارية لمعلومات سرية أو لبراءة اختراع والعقد لازال في مرحلة التفاوض، فهذا التصرف غير مشروع ويسبب خسائر لمالك السر، وعادة ما يطلب صاحب السر او المعلومة مبلغا ماليا ككفالة لضمان التزامه بحفظ السرية المعرفة التي تصل اليه وتخصم من المبلغ الإجمالي حال إبرام العقد النهائي ولقد اختلف القضاء حول القدر الذي يجب ارجاعه لصاحب السر¹، وفي تقدير الضرر الذي لحق الطرف المتفاوض نتيجة افشاء سره المهني لعدد لا معوم من الجمهور، ويذهب أغلب الفكر القانوني إلى أن هذه المسؤولية تقصيرية وليست عقدية، لإعتبار أن العقد لم يبرم بعد².

ب - بعد إنحلال العقد : La période postcontractuelle

ويكون هذا في الحالة إنتهاء عقد العمل مع صاحب العمل، فيبرم العامل عقدا جديدا مع صاحب مصنع اخر، ويطلع على أسرار صنع السلعة في المصنع الأول، والتي أحاط بها أثناء عمله في المصنع الأول، فاستطاع صاحب المصنع الثاني انتاج هذه السلعة بفضل الأسرار التي افشاها العامل، وأن ينافس المصنع الأول، ويسبب له ضرر بهذه المنافسة، فهل يكون لصاحب المصنع الأول أن يرجع على عامله السابق بالمسؤولية العقدية، يختلف الجواب بحسب ما إذا كان عقد العمل قد تضمن شرطا يمنع العامل من افشاء أسرار الإنتاج، فيكون العامل قد خالف شرطا عقديا³،

¹ - خليل حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 2، 2005، ص.145.

² - انظر عمر كامل السوادة، الاساس القانوني لحماية الاسرار التجارية، المرجع السابق، ص.139.

³ - المادة 106 ق.م.ج التي تنص على أن: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله، إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

وتكون مسؤوليته عقدية، وما إذا كان عقد العمل الأول لم يتضمن هذا الشرط، فتكون هنا المسؤولية غير عقدية، لأن العقد انتهى ولا يترتب عن ذلك إلا مسؤولية تقصيرية، ونفس الأمر بالنسبة لإنهاء عقد عمل غير محدد المدة في وقت غير ملائم، فالإنهاء من حق الطرفين ما دام العقد غير محدد المدة، ولكن استعمال هذا الحق في وقت غير ملائم يعتبر من قبيل التعسف في استعمال هذا الحق، وقد استقر القضاء الفرنسي على اعتبار المسؤولية في هذه الحالة تقصيرية لأن العقد قد انقضى¹.

الفرع الثاني: أن ينشأ الضرر مباشرة عن عدم تنفيذ الالتزام العقدي.

كما هو الحال بالنسبة لرؤساء مجلس إدارة الشركة أو المؤسسات أو محافظي الحسابات، فالالتزامهم يتمثل في كتمان أسرار الشركة التي اطلعوا أثناء تأدية وظائفهم، فيمنع عليهم الإخلال بهذا الواجب وإفشاؤها للغير وهو ما ينشأ عنه الإضرار بمصالح الشركة فور الإخلال بهذا الواجب².

الفرع الثالث: أن يكون من أصابه الضرر أحد المتعاقدين أو خلفا عاما له .

فإذا كان غريبا عن العقد وأصابه ضرر جراء إفشاء المعلومات السرية أي الإخلال بالالتزام عقدي، فالمسؤولية هنا تقصيرية، وأثير إشكال في هذا الصدد عما إذا كان المنتفع في الإشرط لمصلحة الغير يعتبر طرفا في العقد؟، لاشك في ذلك لأن المنتفع حقا مباشرا عن عقد الإشرط ومقتضاه يستطيع أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه، وإذا أصاب المنتفع ضرر نتيجة استغلال الغير لنفس المال المعنوي المنقول أي السر التجاري أو الصناعي يمكنه المطالبة بالتعويض³.

فالمسؤولية العقدية والتي تفترض كما اسلفنا الذكر، وجود عقد صحيح تعتبر أداة فعالة تحقق حماية السر المهني خاصة إذا تضمن العقد شروط تلزم الأطراف بعدم الإفشاء عن المعلومات السرية التي يطلعون عليها، ومثال هذه الشروط في عقود الترخيص الصناعي إذ يرخص دائما المرخص على البقاء المعارف والمعلومات الفنية التي يزودها للمرخص له في سرية تامة، ولقد ذهب رأي آخر إلى أبعد من ذلك إذ لا يشترط في الإلتزام بالسرية أن يتضمن العقد بندا صريحا يفرض الإلتزام بعدم الإفشاء السر، إذ يجوز أن يستخلص من الظروف أن الإرادة الضمنية لطرفي العقد اتجهت لذلك، أو يمكن أن يستمد الإلتزام بالسرية من إتفاق مستقل يلحق بالعقد الأصلي، إذ أن الطرف المضرور من إفشاء السر التجاري لا

¹ - أنظر علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 121.

² - أنظر المادة 71 من القانون رقم 10-01، السابق الذكر، وأيضا المادة 158 من الأمر رقم 90-10، السابق الذكر.

³ - خليل حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 146، وأيضا زينة غانم عبد الجبار الصغار، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية، المرجع السابق، ص. 321.

يحتاج النص صريح في العقد لإثبات أن الطرف الآخر مؤتمن على السر إذ يفترض ذلك ضمناً، ومن العقود التي قد تتضمن شروطاً تتعلق بالمحافظة على سرية عقود الإستيراد و التصدير وإبرام الصفقات التجارية والتسويق وغيرها¹.

وعليه فمتى توافرت الشروط الثلاثة السالفة الذكر، تحققت المسؤولية العقدية عن افشاء السر المهني، فإذا لم تتوفر هذه الشروط، فلا مناص من تحقق مسؤولية أخرى، فما هي هذه الأخيرة، وكيف يستفيد المتضرر من تعويض إفشاء سره التجاري أو الصناعي؟.

المطلب الثاني : المسؤولية التقصيرية لإفشاء السر المهني في قانون الأعمال.

تتجسد الحماية المدنية أساساً بتقرير المسؤولية التقصيرية باعتبارها تتضمن القواعد العامة التي تحمي كافة الحقوق المعرضة للإعتداء نتيجة الإخلال بالتزامات يفرضها القانون، والتي يعد كتمان السر المهني من ضمنها، والحماية تتم غالباً بمقتضى دعوى المنافسة غير المشروعة المبنية على القواعد العامة²، ومن البديهي أنه لا يشترط لرفع الدعوى سوء النية من التاجر المنافس، الأمر الذي على أساسه يتابع معتصب أو مفشي السر عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة خاصة ضد من استفاد من السر، ومن أشكال المنافسة غير المشروعة التي تمس السر المهني وهي المنافسة الطفيلية، وهي فكرة تفجرت مع الفقه الفرنسي، إذ عرفها بأنها الفعل الذي يقوم بمقتضاه الشخص بالتطفل على خطى و مسار الغير بالإستفادة من جهوده ومن سمعته و نشاطاته ومنتجاته وخدماته³، ويندرج ضمن التطفل فكرتين إذ أنه يظهر أحياناً في العلاقة ما بين المنافسين ويتحقق عن طريق إستفادة المنشأة من شهرة أو جهود أو استثمارات منافستها لهدف خلق خطر لدى المستهلكين، وتسمى هذه الحالة " بالمنافسة الطفيلية"، كما يظهر في غياب كل علاقة تنافسية وذلك بالاستلham أو النقل للقيم اقتصادية، تسمح بالإنفراد وتعطي إيجابيات المنافسة لمؤسسة تنتمي لقطاع مختلف، وهذا ما يسمى بالتصرف الطفيلي، ويستمد أهميته في كونه يشكل امتداد للمنافسة غير المشروعة، بحيث يؤدي الى متابعة تصرفات كان يصعب أو لا يمكن إدانتها بدعوى غير مشروعة كإفشاء الأفكار والتقنيات المهنية، مع أنها مخالفة

¹ - حسام الدين عبد الغني الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها و التحديات التي تواجه الصناعات، المرجع السابق، ص . 352.

- En ce sens ,v. C. GAVALDA, *Le secret des affaires*, op.cit., pp. 298-300.

² - يقصد بالأحكام العامة قواعد القانون المدني.

³ - V.Y.SAINT.GAL.op.cit., p .18 : « la concurrence parasitaire, comme son non l'indique consiste pour un tiers a vivre en parasite dans le sillage d'un autre, en profitant des efforts qu'il a réalisés et de la réputation de son non de ses activités et de ses produits ou services. »

- لوراد نعيمة، التقليد في الملكية الصناعية و التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، وهران، 2007-2008، ص. 118.

للقانون¹، وينجرعن ذلك وجوب منح المؤمن على السر أوصاحب السر تعويضات بسبب الضرر اللاحق به نتيجة إفشاء السر المهني².

الفرع الأول : شروط المسؤولية التقصيرية عن إفشاء السر المهني في قانون الأعمال.

أ - إرتكاب الخطأ من المؤمن على السر:

لا تتحقق المسؤولية إلا إذا كان هناك خطأ وهو عموماً انحراف الشخص عن سلوك الرجل العادي، وقد ينتج عن الإهمال العادي أي عدم القيام بالعناية المهنية المطلوبة من الشخص العادي، كالإهمال الصادر من أحد المهنيين أو الموظفين أو أعضاء مجلس الإدارة أو أرباب عمل المؤسسات، أو حتى في إطار الأعمال أو المهن الحرة، ويكون نتيجة عدم أخذ العناية المفترضة في المهنة، لاسيما في حال الأسرار الصناعية أو التجارية التي تكون في شكل مخططات أو تقنيات أو معلومات مخزنة في أجهزة الية كما هو الحال في البنوك والمؤسسات المالي، فالإهمال يضر بمصالح هذه الأخيرة، أو يكون الإهمال إجمالي أي عدم قيام المؤمن على السر بالحد الأدنى من العناية المطلوبة، ويكون أيضاً الخطأ في حالة الغش أي عن طريق الكشف التدليسي للمعلومات السرية بكشفها وتسريبها مقابل عوض³، فكافة التشريعات المنظمة لقانون الأعمال جزائية ومقارنة، تحمي أملاك الأفراد وحقوقهم، والتي يعتبر السر المهني من ضمنها، حيث ينص المشرع الجزائري على أخذ الحيطة في الإلتزام بعمل، وهي مبادئ و عناصر تدخل ضمن اطار السر المهني، إذ ينص على أنه في الإلتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، وأن يقوم بإدارته، أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد أوفى بالإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الإتفاق على غير ذلك، وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولاً عن غشه أو عن خطأه الجسيم⁴.

ب - ضرر يصيب الغير بفعل إفشاء سر المهنة:

يقوم القضاء المدني على مبدأ "لا مسؤولية بدون ضرر"، فالضرر هو الذي يحدد مقدار التعويض على حسب درجة المسؤولية التقصيرية، فلا يكفي حدوث خطأ من المكلفين بكتمان الأسرار بل يجب أن يضر هذا الخطأ بالغير⁵، ويقع على المضرور من الإفشاء عبئ اثبات الخطأ والضرر، ويعتبر الضرر واقعة مادية تخضع في اثباتها بكافة وسائل الإثبات كالبينة و القرائن، ويشترط في الضرر المستوجب للتعويض أن يكون وقع فعلاً أو سيقع حتماً في المستقبل، أما الضرر

¹ - لوراد نعيمة، المرجع السابق، ص 119.

² - فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، المرجع السابق، رقم 178، ص. 168.

³ - En ce sens ,P. GAVALDA, op. cit.,n° 251.pp. 302-303.

- وعلي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 162.

⁴ - المادة 172 ق.م.ج.، وتقابلها نفس المادة 211 من القانون المدني المصري.

⁵ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 162.

الإحتمالي، فلا يستوجب التعويض، وكذلك لأهمية لما إذا الضرر الناجم عن الإفشاء ماديا أو أدبيا، أو كبيرا أو صغيرا، وإن كان هناك بعض الأحكام القضائية التي قضت بالمنافسة غير المشروعة والتي يعد التجسس عن الأسرار الصناعية وتسريب المعلومات السرية أهم أساليبها، ورغم عدم وجود ضرر يرى جانب من الفقه أنه لا محل للخلط بين دعوى المنافسة غير المشروعة، ودعوى المسؤولية المدنية، لأن هذه الأخيرة تهدف لتعويض الضرر الناجم عن الإفشاء، بينما دعوى المنافسة غير المشروعة لا تقتصر على التعويض بل تهدف لحماية السر المهني باعتباره مال معنوي منقول، من الإعتداء الذي يتعرض له، كما يجوز للمضرور من الإفشاء لاسيما في الأعمال الفردية أو الحرة رفع دعوى المنافسة غير المشروعة، أو كان يخشى وقوع ضرر في المستقبل¹.

فيستفيد المتضرر من إفشاء سر صنعته من دعوى المنافسة غير المشروعة لجر الضرر، ولكن ليس للمدعي طلب التعويض إلا إذا اثبت أن ضررا قد أصابه، ويتم إثبات ذلك بما يلي :

1. أن تكون المعلومة محل إساءة الاستعمال تشكل فعلا سرا صناعيا أو تجاريا من حيث توافر الشروط اللازمة للسرية، ولها قيمة اقتصادية وتجارية، ويتخذ حائزها كافة التدابير للحفاظ على سريتها.
2. أن يكون الإعتداء على هذا السر يشكل إساءة لإستعمال السر الصناعي و التجاري كالإخلال بعقد من العقود السرية، وأنه تم الحصول عليه بطرق أخرى غير مشروعة.
3. حدوث ضرر نتيجة إساءة استعمال السر التجاري أوالصناعي، أي أنه ينبغي عليه إثبات العلاقة السببية بين الفعل و النتيجة إساءة إستعمال السر التجاري.

أما المدعي عليه قد يثير عددا من الدفوع في مواجهة المدعي منها:

1. أن المعلومات المدعى بإساءة استعمالها لا تشكل سرا تجاريا بالمعنى القانوني لعدم توافر شروطها.
2. أنه حصل على هذه المعلومة بطريقة مشروعة نتيجة جهده و أبحاثه المستقلة².

ج - العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر عن فعل الإفشاء للسر المهني:

و المقصود قيام علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه الشخص والضرر الذي أصاب الغير، فإذا إنعدمت العلاقة السببية بسبب أجنبي لا يكون هناك مجال للمطالبة بالتعويض، وقد تنعدم العلاقة السببية رغم وجود الخطأ ولكنه لم

¹ - عمر كامل السوادة، المرجع السابق، ص. 124.

- En ce sens, v. C.GAVALDA , le secret des affaires, *op . cit*, n°252.,p .304.

² - ذكرى عبد الرزاق محمد، حماية المعلومات السرية من حقوق الملكية الفكرية، المرجع السابق، ص. 324. وايضا عمر كامل السوادة، المرجع السابق، ص. 126 و 128.

يكن السبب المنتج أو السبب المباشر، مثلاً كأن تكون المعلومات قد وصلت للجمهور نتيجة قوة قاهرة كزلزال أو حريق أدى لكشفها، فلا بد من إثبات المدعي لوجود علاقة سببية بين إفشاء السر من المؤمن عليه بحكم مهنته أو وظيفته و الضرر الذي أصابه¹.

الفرع الثاني: مسؤولية المؤسسات و الشركات عن أعمال تابعيها .

بالرجوع إلى القانون المدني، نجد أن الأعمال التي يقوم بها تابعي المؤسسات والشركات تخضع لنص المشرع الجزائري الذي ينص على أن المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها، وتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن التابع حراً في إختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع².

ولقد حاول الفقه الجزائري إيجاد أسس لقيام هذه المسؤولية، فهناك من قال بفكرة الضمان، ومن قال بفكرة الكفالة، وآخرون نادوا بفكرة الخطأ المفترض أو تحمل فكرة التبعية، وانتقدت جميع هذه الأفكار ولم تصمد، فمسؤولية المتبوع تبقى قائمة إذا تم إفشاء السر المهني تحت رقابته وتوجيهه، و العكس صحيح إذ تنفي مسؤولية المتبوع إذا لم يقع الفعل حال تأدية الوظيفة أو المهنة³، وينص المشرع الجزائري على أنه يحق للمتبوع الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيماً و يعتبر إفشاء الأسرار المهنية من ضمنها⁴، ولتحقق مسؤولية المتبوع أي المؤسسات و الشركات يجب توافر شروط معينة هي :

أ- قيام علاقة تبعية بين التابع و المتبوع :

فالمتبوع هو من له على شخص اخر سلطة فعلية في رقابته، أما التابع فهو يخضع لسلطة المتبوع ويتلقى منه الأوامر، ومصدر علاقة التبعية في المؤسسات والشركات التجارية بمقتضى عقد يلتزم التابع أي الأمين على السر لكونه تابع فيعمل لحساب المتبوع وتحت اشرافه، كما المادة أنه لا يشترط أن يكون حراً في اختيار تابعه، ولا يشترط أن يمارس المتبوع أي رب عمل المؤسسة أو المستخدم أو رئيس مجلس إدارة الشركة سلطة الرقابة و التوجيه بنفسه بل يجوز أن يباشرها نائبه القانوني⁵.

ب - ارتكاب التابع الإفشاء أثناء تأدية وظيفته أو بمناسبةها:

1 - ارتكاب الأمين على السر المهني فعلاً ضاراً:

¹ - خليل احمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص. 155.

² - المادة 136 ق.م.ج.

³ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 234 و 236.

⁴ - المادة 137 ق.م.ج.

⁵ - خليل حسن قدارة، المرجع السابق، ص. 272.

أي صدور الإفشاء منه شخصيا، فلا تترتب عليه المسؤولية إذا قام غيره بالإفشاء

2 . إرتكاب الإفشاء حال تأدية وظيفته او بسببها:

ويقصد بالضرر أثناء الوظيفة أي العمل الذي يعتبر من اختصاص الوظيفة، كالحصول على المعلومات السرية بحكم المهنة أو الوظيفة، ويفترض وجود علاقة وطيدة بين الإفشاء والمهنة.

3 . الضرر بسبب الوظيفة:

يكون في حالة تجاوز أعمال الوظيفة مع وجود صلة مباشرة بين الضرر والوظيفة فما كان ليتم الإفشاء وتسريب المعلومة لولا الوظيفة، أما إذا اقتصر على تسهيل القيام بالفعل الضار أو المساعدة على ارتكابه وتهيئة الفرصة، فالمتبوع هنا لا يسأل عن فعل تابعها من قام بالإفشاء، إذا لم تكن الوظيفة ضرورية للقيام بالإفشاء ، وهذا التصور مستبعد في السر المهني لأن الوظيفة أو المهنة هي أساس الإطلاع على الأسرار¹ .

الفرع الثالث: التعويض عن إفشاء السر المهني في قانون الأعمال.

تنص كافة التشريعات القانونية على تقرير التعويض وفقا للقواعد العامة إذ ينص المشرع الجزائري على أن كل عمل أيا كان يرتكبه المرء بخطأه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض²، ويعود تقدير التعويض للسلطة التقديرية للقضاء، إذ يقدر ما لحق به من ضرر وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية للفعل الضار³، وبالتالي فالتعويض عن إساءة استعمال السر التجاري أو الصناعي سيكون عما لحق المدعي أو مالك السر من خسائر نتيجة إساءة استعمال السر وما فاتته من كسب، ويقاس في ذلك على أساس ما حققه المدعى عليه من ربح نتيجة استعمال هذا السر، كما قد يتضمن عقد المنافسة شرط السرية، وتم تضمين العقد بشرط جزائي، وهو ما تعتمد المؤسسات و البنوك والشركات كضمان عند الإخلال به و الحصول على تعويض كشرط جزائي⁴.

¹ - جبالى وعمر، المسؤولية الجنائية للاعولن الاقتصاديين ، المرجع السابق، ص. 120.

² - المادة 124 ق.م.ج.

³ - المادة 266 من القانون الاردني التي تنص على أن: " يقدر التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر و ما فاتته من كسب، بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار"، اشار اليه عمر كامل السوادة ، المرجع السابق، ص. 126.

⁴ - والشرط الجزائي: " هو عبارة عن تعويض اتفاقي يحدد فيه المتعاقدان التعويض عن الضرر الذي يلحق بالذات نتيجة عدم تنفيذ المدين للالتزام، وعند وجود هذا الشرط، فللمحكمة ان تحكم به، ولكن ب في ذات الوقت لها السلطة التقديرية في تعديل الشرط الجزائي، بالزيادة أو النقصان بما يتناسب و الضرر الحاصل ". انظر علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص. 191.

المبحث الثاني: الآليات القانونية المدنية لحماية السر المهني من الإفشاء.

لقد نادت عدة اتجاهات فقهية بإمكانية الإستفادة من الحماية المدنية عن طريق دعوى الإثراء بلا سبب لحماية الاسرار التجارية والصناعية¹، ولقد نص المشرع الجزائري على أن كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شئ له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشئ²

المطلب الأول: دعوى الإثراء بلا سبب عن فعل إفشاء السر المهني في قانون الأعمال.

لقد نادت عدة اتجاهات فقهية بإمكانية الإستفادة من الحماية المدنية عن طريق دعوى الإثراء بلا سبب لحماية الاسرار التجارية والصناعية³، ولقد نص المشرع الجزائري على أن كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شئ له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشئ⁴.

الفرع الأول : شروط الإثراء بلا سبب في القانون المدني الجزائري.

أ - إثراء المدين:

أو المؤتمن على السر فلا بد من أن يحقق إثراء المدين سواء كان معنويا او ماديا وهو الأغلب، ويتحقق بالمال بعد تسريب السر أوالتقنية المتبعة في المهنة.

ب - افتقار الدائن أي صاحب السر الصناعي او التجاري:

و يكون هذا الإفتقار مترتبا عن إثراء من قام بالإفشاء، أي وجود علاقة سببية بينهما.

ج - إنعدام السبب القانوني:

فيجب ألا يكون الإثراء بعد القيام بالإفشاء ناشئا عن عقد ترخيصمثلا، أو سبب قانوني آخر كالإذن بالأفشاء، أو كأن ينص القانون.

¹ - الفالح فاطمة، افشاء السر المهني في القانون الجنائي الاقتصادي، المرجع السابق، ص. 122.

² - المادة 141 ق.م.ج.

³ - الفالح فاطمة، افشاء السر المهني في القانون الجنائي الاقتصادي، المرجع السابق، ص. 122.

⁴ - المادة 141 ق.م.ج.

وعليه فالإثراء بلا سبب يقوم على عنصرين الإثراء و الإفتقار وعلاقة سببية و إنعدام السبب القانوني بعد الإعتداء على السر المهني، ولا يشترط في الإثراء بلا سبب الخطأ المطلوب في المسؤولية التقصيرية، والذي يقوم على الإنحراف عن سلوك الرجل المعتاد¹.

الفرع الثاني : الجزاء المترتب عن الإثراء بلا سبب.

يثور التساؤل حول ما إذا يجب على المثري أن يعرض المفتقر بعد توافر الشروط السابقة الذكر، وما هي حدود التعويض؟، لقد نص المشرع الجزائري على أن التعويض يتم بقدر ما أثري به²، - وهذا ما أخذ المشرع الفرنسي والمغربي-، ويترب على ذلك أن يثرى المفتقر على حساب المثري إذا كان ما أثري به المثري تزيد عن قيمة ما افتقر به المفتقر، ويتعين على المفتقر حينئذ أن يرد هذه الزيادة الى المثري، إذ هي إثراء بلا سبب، وهذا ما يكرس المنطق في التعويض.

ويجب الإشارة الى أن دعوى الإثراء بلا سبب دعوى احتياطية، لا يلجأ اليها المدعي أو المضرور من الإفشاء إلا إذا انعدمت الوسيلة للحصول على حقه متى توافرت شروط الإثراء³، وتتقادم دعوى الإثراء بلا سبب وفق ما نص عليه المشرع الجزائري بانقضاء عشر(10) سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض، وتسقط دعوى التعويض عن افشاء السر المهني في قانون الأعمال في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة (15) سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق⁴، وهذا التطويل يؤدي إلى عدم الإستقرار في الأوضاع القانونية.

الفرع الثالث : تقادم دعوى المسؤولية المدنية عن إفشاء السر المهني في قانون الأعمال.

تتقادم الدعوى المدنية سواء العقدية او التقصيرية عن الأضرار الناجمة عن افشاء السر المهني، ومن تم التخلص من أي إلتزام بالتعويض بمضي خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار⁵ سواء علم المضرور بالضرر الناجم عن الإفشاء أم لم يعلم، أما التشريعات المقارنة فيميز المشرع المصري بين ما إذا المضرور قد علم بمحدثه، فتكون مدة التقادم ثلاث(3) سنين من يوم هذا العلم، أما إذا لم يكن هناك علم بالضرر ولا بمحدثه، فتكون مدة التقادم خمس عشرة(15) سنة من يوم وقوع الفعل غير المشروع⁶.

¹ - علي علي سليمان ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 234. و 235.

² - المادة 141 ق.م.ج.

³ - الفالح فاطمة، المرجع السابق، ص125، و ايضا علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص. 236.

⁴ - المادة 142 ق.م.ج.

⁵ - المادة 133 ق.م.ج.

⁶ - عبد الحكم فودة ، ومحمد احمد، شهادة الزور و اليمين الكاذبة و افشاء الاسرار، المرجع السابق، ص. 321.

إلا أن مسألة التقادم في أحكام القانون التجاري، وعندما يتعلق الأمر بإفشاء السر المهني من المكلفين قانونا بعدم الإخلال بواجب الكتمان، فإن المشرع لم يرد أحكاما لهذه النقطة لاني أحكام القانون التجاري ولا في أحكام القانون رقم 91-08 على عكس ما فعل في دعوى المسؤولية المدنية للقائمين بالإدارة، إذ أورد في نص المادة 715 مكرر¹، من القانون التجاري الجزائري تقادم تلك الدعوى بمرور ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ وقوع الفعل الضار، أو من الوقت العلم به إن كان قد أخفي. فيثور التساؤل في هذا الصدد حول ما إن كان النص المدني او النص التجاري هو الذي سيطبق؟، فالجواب يكون بالنفي، لإعتبار أن التقادم من النظام العام ويحتاج لنص صريح بالتشريع، ولم ينص على تطبيق أحكام المادة 715 مكرر² المتعلقة بتقادم دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة، خلافا للتشريع الفرنسي².

و لقد نص المشرع الجزائري على أن تقادم دعوى التقصيرية في المادة 133 من القانون المدني الجزائري بصفة عامة وإن كانت مرتبطة بدعوى تقادم جزائية من قبل القاضي الجزائري³ يكون بمضي خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار، سواء تمثل هذا الأخير في جريمة كالإفشاء العمدي للسر المهني أو خطأ مدني محض، فلم تفرق الإرادة التشريعية بينهما.

المطلب الثاني: الدعوى الإستعجالية كأداة لحماية السر المهني في قانون الأعمال.

يمنح القانون لمالك السر التجاري أو الصناعي في حالة الإعتداء على سره وتسريه اللجوء الى قاضي الأمور المستعجلة⁴، طالبا فيها وقف الإساءة لإستعمال السر التجاري أو الحجز التحفظي على المواد التي تحتوي على السر، أو المحافظة على الأدلة ذات الصلة بالإعتداء على السر المهني، و يستطيع مالك السر التجاري تقديم هذه الدعوى المستعجلة بصورة مستقلة وقبل إقامة الدعوى المدنية، أو تقديم طلب مستعجل عند رفع الدعوى المدنية أو أثناء النظر فيها، ويطلب وقف إستمرار الإفشاء او استغلال السر، وعليه إرفاق طلبه بمبلغ من المال تقدره المحكمة و تقديم هذا المبلغ هو أمر وجوبي، ويشترط لقبول هذا الطلب :

1. ان يقدم مالك السر الصناعي أو التجاري مبلغ من المال أو كفالة مصرفية أو نقدية تقدرها المحكمة. 2. أن يثبت مالك السر أن الإعتداء وقع فعلا، أو وشيك الوقوع وكان يعلم رب العمل أن أحد العاملين لديه قد بعث سره

¹- V. arts . L. 225 – 241 et L.225- 25 C. com. fr.

²- لقد أخضع المشرع الفرنسي تقادم المسؤولية لمندوب الحسابات لنفس تقادم دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة، إذ نص على هذا في المادة 235 التي تحيل للمادة 247 من القانون التجاري الفرنسي، وهذه الأخيرة تقابها المادة 715 مكرر 26 ق.ت.ج.

³- المادة 10 ق.إ.ج.ج.

⁴- المادة 918 ق.أ.م.أ.ج. التي تنص على أنه : " يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة، ولا ينظر في اصل الحق، ويفصل في اقرب الأجل. "

التجاري لأحد المنافسين عن طريق البريد مثلا أو عن طريق أحد الأشخاص أو الى الخارج، فيكون الإعتداء هنا وشيك الوقوع، 3. أنه يخشى إختفاء الدليل على الإعتداء على السر أو إتلافه .

فإذا أجابت المحكمة دعواه فيفصل قاضي الإستعجال في هذه الحالة، في أجل ثمان و أربعين ساعة من تاريخ تسجيل الطلب¹، وتبلغ العريضة رسميا إلى المدعي أو المدعى عليهم بإنتهاك السر المهني، وتمنح للخصوم آجال قصيرة من طرف المحكمة لتقديم مذكرات الرد أو ملاحظاتهم، ويجب احترام هذه الآجال بصرامة و إلا استغني عنها دون إعدار²، وللمستدعى ضده في الطلب المستعجل أن يستأنف الأمر الإستعجالي في أجل خمسة عشر يوم مالم يوجد نصوص مخالفة، وتسري هذه الآجال من يوم التبليغ الرسمي للأمر أو الحكم الى المعني بالأمر³، وللمستدعى ضده المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر إذا أثبت أن المستدعي غير محق في طلبه الإستعجالي المتضمن إفشاء السر، ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال أن تستعين بأهل الخبرة والإختصاص⁴، وللمحكمة أن تقرر مصادرة المنتجات موضوع المنافسة غير المشروعة والناجحة عن التجسس أو الرشوة أو السرقة أو إفشاء أو تسريب المعلومات السرية و المواد وكذا الأدوات المستعملة فيها بصورة رئيسية، وللمحكمة إما أن تقرر إتلافها أو التصرف فيها لأي غرض غير تجاري⁵.

1 - المادة 920 الفقرة 2 ق.إ.م.إ.ج.

2- المادة 928 ق.إ.م.إ.ج.

3- المادة 950 فقرة 1 و 2 من ق.إ.م.إ.ج.

4- انظر المادة 939 ق.إ.م.إ.ج. التي تنص على أن: " يجوز لقاضي الإستعجال، ما لم يطلب منه أكثر من اثبات حالة الوقائع، بموجب أمر على عريضة، أن يعين خبيرا ليقوم بدون تأخير باثبات حالة الوقائع التي من شأنها أن تؤدي إلى نزاع أمام الجهة القضائية، يتم إشعار المدعى عليه المحتمل من قبل الخبير المعين على الفور"

5- الفالح فاطمة ، المرجع السابق، ص. من 139 الى 142.

الخاتمة:

ونستخلص من جملة ما تقدم أن السر المهني في قانون الأعمال يحظى بحماية دولية بموجب عدة اتفاقيات انضمت لها الجزائر أو هي في طريق الإنضمام إليها، ويحظى بحماية محلية بموجب عدة نصوص وفي كافة الميادين المنظمة لقانون الأعمال بما فيها القانون الجزائري العام والخاص والقانون التجاري، وهذه الحماية الواسعة تعكس يقضة كافة التشريعات حول ضرورة تكريس الثقة في المهن والوظائف التي يقوم عليها المجتمع، وفي حال عجز باقي الفروع القانونية عن حماية السر المهني نظرا لصعوبة وانعدام الإثبات خاصة في حال افشاء المعلومات المهنية السرية بطريقة شفوية بيقنة الطريق المدني هو الحل أمام أصحاب الأسرار المهنية باعتبار أن القانون المدني بكافة نصوصه وأحكامه هو أب القوانين ويسد الفراغ التشريعي في جميع فروع القانون، أضف إلى أن عدم الإلتزام بالكتمان والتحفظ كواجب قانوني وأخلاقي سيؤدي إلى عدم مصداقية الأعمال التجارية نتيجة وصول السر لأشخاص غير مؤهلين علميا أو ثقافيا لحمل السر والمهنة، بهدف الربح والمنافسة غير المشروعة في السوق الوطني الذي أصبحت فيه المنتجات المقلدة ظاهرة يومية، هذا بغض النظر عن الأضرار الناجمة عن إستهلاكها، خاصة إذا لم يتم الحصول على كل السر بل على جزء منه وهو ينعكس سلبا على المنتجات وعلى المستهلكين، نظرا للنقص والعيب في التركيب ما يؤدي إلى ضرر محتم.

قائمة المراجع:1 _ أهم النصوص القانونية الخاصة بالتشريع الجزائري

(حسب تاريخ النشر):

- _ المرسوم رقم 66-87 المؤرخ في 28 أبريل 1966 المتضمن تطبيق الأمر رقم 66-86 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية الجريدة الرسمية 3 مايو 1966، العدد 35، ص.410.
- _ الأمر 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية 11 جوان 1966، العدد 47، ص.1.
- _ الأمر 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية 11 جوان 1966، العدد 49، ص. 530.
- _ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية 30 سبتمبر 1975، العدد 78، ص. 990.
- _ الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، الجريدة الرسمية 19 ديسمبر 1975، العدد 101، ص. 1073.
- _ المرسوم رقم 82-302 المؤرخ في 11 سبتمبر 1982 المتعلق بتطبيق علاقات العمل الفردية، الجريدة الرسمية 16 نوفمبر 1982، العدد 37، ص.

المراجع العامة (حسب تاريخ النشر):

- _ فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر والحرفي، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 1995.
- _ وحي لقمان فاروق، سلطات ومسؤوليات المديرين في الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998.
- _ زينة غانم عبد الجبار الصغار، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، 2007.
- _ علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة، 2008.

المراجع الخاصة (حسب تاريخ النشر):

- _ ماجد عمار، السرية المصرفية ومشكلة غسيل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- _ بدوي أحمد محمد، جريمة إفشاء الأسرار والحماية الجنائية للكتمان المصري، القاهرة، 1999.
- _ محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر، المسؤولية الجزائية عن إفشاء السر المصري، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، 2000.

_ عمر كامل السواعدة، الأساس القانوني لحماية الأسرار التجارية، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، عمان، 2009.

_ أهم النصوص القانونية الخاصة بالتشريع الفرنسي:

- code de la propriété intellectuelle, Dalloz, 1997.
- code commerce, Dalloz, 97éd. 2002.
- traité de droit civil, les biens, Delta, 2006.
- Droit pénal comparé, 105éd. Dalloz, 2008.

_ المقالات باللغة الفرنسية:

- _ P. BOUZAT, la protection juridique du secret professionnel en droit pénal comparé, R.X. crime droit pénal, 1960.p.464.
- _ A. ULOSE, Le secret professionnel et la liberté de la Défiance, Gaz. Pal, 1971, p.40.

الشكلية العلنية

كصورة من صور الشكلية غير المباشرة واثرها على نفاذ العقد

الاستاذ الباحث: زحاح محمد - الاستاذ الباحث: يحيوي يوسف

جامعة الجزائر 1 / جامعة الجزائر 3

zehza03@yahoo.fr

الملخص:

يفترض في التصرفات القانونية أن تحدث آثارها كاملة بمجرد توافر العناصر المكونة لها دون حاجة إلى إخطار الغير أو إعلانه بحدوثها، مع ذلك فإن بعض التصرفات القانونية لا تنتج آثارها في مواجهة الكافة أو في مواجهة المجتمع، بحيث يترتب ضرر للغير أو للمجتمع إذا لم تعلن هذه التصرفات بوسيلة من وسائل الشهر والإعلان، ولعل ابرز هذه الوسائل والطرق طريقة الشهر العقاري، وطريقة القيد في السجل التجاري، وطريقة النشر سواء في الصحف الوطنية أو في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، بالإضافة إلى أنواع أخرى عديدة من أنواع الشكلية العلنية والتي تختلف باختلاف موضوعها وطريقة إتيانها.

Résumé

Presumably in legal actions that the full effects occur as soon as the availability of its constituent elements without the need to notify a third party or announcing their occurrence, however, some legal actions do not produce effects erga omnes or in the face of society, so that the resulting harm to others or to the community if these actions did not announce means a means of month and advertising, and perhaps the most prominent of these means and ways the real estate method, and the method of registration in the commercial register, and the method of deployment, both in national newspapers or in the official bulletin of legal advertisements, in addition to many other types of morphological types of public and which vary according to subject matter and method of intercourse with

مقدمة :

تعتبر الشكلية خروجاً على مبدأ الرضائية، لذلك فإنه يظهر لأول وهلة أنها تناقضه، وفي الحقيقة هذا ما سقطت فيه بعض التشريعات القديمة التي كانت تميل إلى كل ما هو محسوس ومادي، وتغرب من الأفكار المجردة وعدم الركون إليها، ولكن بعد تطور الفكر القانوني ثبت عكس ذلك، واعتبر الشكل قيدا على حرية الإرادة في التعبير عن نفسها مما يحول دون التعاقد المتسرع وغير المتروي¹.

فالإرادة وإن كانت فكرة مجردة تتكون داخل الإنسان، إلا أن هذا الإنسان ليس بمعزل عن الظروف والعوامل والمؤثرات الخارجية المحيطة به، لذلك فإنه أحيانا يستوجب حماية هذه الإرادة، بصيغتها في شكل معين ومن هذا المنطلق، بدأت التشريعات الحديثة تتجه نحو الاعتداد بالشكلية كشرط لصحة بعض العقود أو نفاذها، غير أنه لا يمنع من أن يكون العقد رضائيا إذا اشترط القانون لإثباته شكلا خاصا، حيث يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته، فمادام يكفي لوجود العقد رضا المتعاقدين، فالعقد رضائي، حتى لو اشترط القانون لإثباته كتابة، وعليه فلا بد من التمييز بين الكتابة كركن للانعقاد، والكتابة التي تكون لازمة للإثبات، وقد انقسم الفقه في تحديد الآثار المترتبة على تخلف الشكلية في الكثير من التصرفات فاعتبرها البعض باطله بطلانا مطلقا نتيجة لذلك، ورأى البعض الآخر أن تخلف الشكل إنما يجد من فعالية تلك العقود ونفاذها، وهو ما أدى إلى ظهور تقسيمات الشكلية على ذلك الأساس حيث اعتبرت الشكلية اللازمة لانعقاد التصرف فهي شكلية مباشرة².

بينما هناك شكلية اللازمة لنفاذ التصرف أو إثباته فقط شكلية غير مباشرة، وتمثل هذه الأخيرة في مختلف الإجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد بغية تحقيق أغراض مختلفة، وقد سميت هذه الإجراءات عند البعض بالشكلية غير المباشرة، وذلك نظرا لعدم اتصالها المباشر بالتصرف القانوني، بحيث لا تؤثر على صحته وإنما قد تعمل على الحد من فعاليته ونفاذه، من خلال عدم إنتاج التصرف القانوني لكافة آثاره أو إلى صعوبة إثباته حسب الهدف المقصود من الشكل³.

¹ - ياسر أحمد كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1992، ص 61.

² - الشكلية المباشرة وهي المعنى الحقيقي أو التصور الضيق للشكل، راجع في هذا زاوي محمود، المرجع السابق، ص 38

³ - زاوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1987، ص 47.

يقصد بالشكلية العلنية شكلية الشهر عموماً وفي هذا الصدد يقول جاك غستان "انه ليس لأشكال العلنية جميعها الموضوع نفسه، فبعضها إعلامي لا يفترض صحة العقد ولا حجتيه، وبعضها الآخر منشئ يتوقف وجود العقد على إتمامها، وهناك نوع آخر يوصف بالتعريزي وهو لا يتعلق بالحجية"¹

إذن تعتبر الشكلية العلنية في كثير من الأحيان شكلية غير مباشرة يستلزمها المشرع لفياد العقود أو لإنتاج آثارها على نحو معين وهو ما سنبينه مظاهر هذه الشكلية، (المطلب الأول) شكلية الشهر العقاري و(المطلب الثاني) شكلية الشهر التجاري.

المطلب الأول: شكلية الشهر العقاري

تعتبر شكلية الشهر العقاري إحدى أهم أنواع الشكلية العلنية في مجال نقل الملكية وإنشاء الحقوق العينية العقارية وقد أصبحت هذه الشكلية في فرنسا تستتبع شكلية أخرى هي الشكلية الرسمية، ذلك أن دائرة الشهر العقاري هناك ترفض شهر العقود إذا لم تكن في شكل رسمي، حيث يظهر أن هذا الإلتزام يفرض على المتعاقدين من الوجهة العملية أن يجريا المعاملات العقارية في عقود رسمية، على أن هذا لا يعني أن البيع العقاري في فرنسا قد غدا عقداً شكلياً، بل هو مازال عقداً رضائياً ينتج كامل آثاره بين المتعاقدين بمجرد التراضي، أما بالنسبة للغير فيظل غير محتج به نحوه ما لم يشهر على النحو السابق ذكره².

ويسدو أن المشرع الجزائري يتفق مع نظيره الفرنسي -جزئياً- فيما يتعلق بعقد البيع العقاري، ويتمثل ذلك في مسألة النفاذ بالنسبة للغير حيث لا يتأتى ذلك إلا من خلال عملية الشهر العقاري التي تعتبر من أهم أنواع الشكلية غير المباشرة، مع أن المشرع الجزائري وعلى نقيض المشرع الفرنسي قد جعل من عقد البيع العقاري عقداً شكلياً لا رضائياً³.

فإذا كانت القاعدة أنه في المنقول تنتقل الملكية بمجرد انعقاد العقد، إذا ما كان مفزاً، (أو بإفرازه إن لم يكن كذلك) فإن الأمر مختلف بالنسبة للعقار، حيث لا تنتقل الملكية إلا باستيفاء إجراءات الشهر العقاري، وقد صنفت هذه الأخيرة على أنها إحدى أهم أنواع الشكلية غير المباشرة في القانون، وهو ما دعاني لأن أتناولها في هذا المطلب الذي قسمته إلى ثلاثة فروع أساسية (الفرع الأول) مفهوم الشهر

¹ - راجع في هذا جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعل العقد وأثاره، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2000، ص 554.

² - بومعزة رشيد، الشكلية الرسمية في العقود المدنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر -باتنة-، 2005، ص 104.

³ - راجع المواد: 16 من المرسوم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري، وكذا المادة 29 من القانون 90-25 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري.

العقاري، و(الفرع الثاني) التصرفات الخاضعة لشكلية الشهر وأضفت (الفرع الثالث) الذي تناولت فيه إجراء تسجيل السفن وقيدتها لما له من تشابه ونظام الشهر العقاري كما سيأتي بيانه لاحقا.

الفرع الأول: تعريف الشهر العقاري

يقصد بالشهر العقاري تلك التقنية التي بواسطتها تشهر الحقوق العقارية، والتي تتمثل في مسك سجل يدعى بالسجل العقاري من قبل هيئة مختصة بغرض تسجيل مختلف التصريحات القانونية المتعلقة بالعقارات أو قيد كل الحقوق العينية وذلك لتمكين الغير من الاطلاع عليها.¹

كما يعرف الشهر العقاري، بأنه نظام قانوني قائم بذاته يتكون من مجموعة الإجراءات والشكليات التي يقع تنفيذها على عاتق مصلحة عمومية تسمى المحافظة العقارية، وهو نظام يضمن حماية الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية، كما أن له دورا في إعلام الغير بالوضعية القانونية للعقار.

وحري بنا ان نذكر في هذا المجال أن الشهر العقاري في القانون المقارن نوعان مختلفان، نوع يسمى نظام الشهر الشخصي، وفيه يتم الشهر على أساس أسماء طرفي التصرف، دون النظر إلى العقار محل التصرف، أما النوع الآخر فيعرف بنظام الشهر العيني، وهو نظام بخلاف الأول يقوم على أساس العقار محل التصرف لا على أساس الأطراف.²

((ويبدو أن الفقه والقضاء، بل وحتى التشريع في الجزائر، لم يستقروا على مصطلح موحد، فأحيانا يستعمل "الشهر"³ وأحيانا أخرى "التسجيل"⁴ للدلالة على نفس الإجراء⁵، ونظرا لكون مصطلح التسجيل يستعمل عندنا في قانون التسجيل الخاص بمصلحة الضرائب فإني أفضل استعمال مصطلح

¹ - علي فيلالي، الشهر العقاري على ضوء القضاء الجزائري، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، الجزء 42، سنة 2000، ص 116.

² - يذكر ان المشرع الجزائري يأخذ بنظام الشهر العيني كأصل عام، وكاستثناء أو كمرحلة انتقالية فقد أخذ بنظام الشهر الشخصي الموروث عن الاستعمار الفرنسي، راجع في هذا جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، 2006، ص 38.

³ - الشهر: **publicité**.

⁴ - التسجيل: **la transcription**.

⁵ - ويعتبر هذا تأثرا واضحا بالمشرع المصري الذي لم يفرق بين التسجيل والشهر لأن كلاهما يتم بمكتب الرهون، أما في الجزائر فكل إجراء منفصل عن الآخر، حيث يتم الشهر على مستوى المحافظة العقارية، بينما التسجيل فيتم لدى مفتشية التسجيل والطابع، راجع أكثر، دوة آسيا، و رمول خالد، الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة، دون سنة طبع، ص 22.

الشهر، ولو أنني أرى أن أحسن مصطلح هو المصطلح المستعمل في القانون المغربي وهو " التحفيظ " للدلالة على أن الإجراء يتم على مستوى المحافظة العقارية¹))

ورغم ذلك فإن كلا من الإجراءين-التسجيل والشهر- يعتبر من قبيل الشكلية غير المباشرة والتي يفرضها القانون في كثير من التصرفات القانونية لتنتج أثرها على نحو معين، ولما كان الحال كذلك فإني سأتناول التصرفات التي أخضعها المشرع لشكلية الشهر في الفرع الموالي على أن أرحيء الكلام عن شكلية التسجيل إلى حينه حيث أتناوله بالتفصيل عند التطرق للإجراءات الإدارية والجبائية التي تعد هي الأخرى شكلية غير مباشرة .

الفرع الثاني: التصرفات الخاضعة لشكلية الشهر العقاري

بعد تطرقنا لموضوع الشهر العقاري باعتباره إحدى الشكليات غير المباشرة في القانون الجزائري، فإنه يكون من المفيد أن نتطرق إلى المحل الذي يقع عليه الشهر، فماهي التصرفات و الوثائق التي أوجب المشرع إخضاعها لعملية الشهر العقاري؟.

للإجابة عن السؤال المطروح يتوجب علينا الرجوع إلى الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وكذا النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالشهر العقاري عموماً²، بحيث نجد أنها تنص على وجوب شهر مايلي :

__ التصرفات والأحكام المتعلقة بإنشاء الحقوق العينية العقارية أو نقلها أو التصريح بها أو تعديلها أو إنهاؤها، والحقوق العينية كما نعلم نوعان ، فإما أن تكون حقوقاً أصلية وإما أن تكون حقوقاً عينية تبعية، أما الحقوق العينية الأصلية فهي تلك التي لا تستند في وجودها إلى حقوق أخرى وهي حق الملكية، وحق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق السكنى، وكذا حق الارتفاق، وكلها حقوق يجب أن تخضع لإجراء الشهر العقاري إن هي كانت محل تصرفات قانونية³.

أما الحقوق العينية التبعية، فهي تلك الحقوق التي تستند في وجودها إلى حق شخصي لضمان الوفاء به، ولذلك سميت بالتأمينات العينية أيضاً، وتشمل هذه الأخيرة كلا من الرهن الرسمي العقاري، والرهن

¹ - نقلا عن محمدي سليمان، نفاذ العقد، أطروحة دكتوراه، الجزء الثاني، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص 172 التهميش.

² - راجع مثلا المادتين 415،422 من الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/12/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 78، والمادة 41 من القانون 91-10 المؤرخ في 1991/04/17 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية رقم 21.

³ - راجع نص المادة 16 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

الحيازي في المنقول، وحق التخصيص، وحقوق الامتياز¹ وكلها حقوق أخضعها المشرع لإجراء القيد² وهو شكلية غير مباشرة.

وبالرجوع إلى نص المادة 16 من الأمر رقم 74/75 المذكور أعلاه، والتي تنص على " أن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثرا بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية " يفهم من النص أن التصرفات التي يجب إخضاعها لشكلية الشهر العقاري، هي تلك التصرفات المنشئة³، أو الناقل⁴، أو المعدلة⁵، أو المنهية⁶، أو المصرحة⁷، بالحقوق العينية العقارية الأصلية⁸، أو حتى التبعية وذلك لعموم النص الذي ذكر الحقوق العينية بصفة عامة.

هذا وتجدر الإشارة أيضا أن جميع الأحكام والقرارات القضائية المتعلقة بالحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية أو تضمنت حقوقا شخصية أو غيرها من الحقوق المذكورة آنفا يجب أن تخضع للشهر حتى تنتج أثرها بين الأطراف وفي مواجهة الغير⁹، بل إن عملية الشهر العقاري لا تقتصر على ذلك فحسب بل تشمل الدعاوى القضائية التي يكون موضوعها يتعلق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق من الممكن أن تكون قد أشهرت بالمحافظة العقارية¹⁰، كما نجد أن بعض العقود الإدارية على وجه التخصيص، ولكي تكون منتجة لآثارها القانونية كاملة فإنه يتوجب أن تمر بعملية الشهر العقاري، ومن ذلك عقود التعمير والبناء مثلا¹¹.

¹ - جمال بوشنافة، مرجع سابق، ص 71 وما يليها.

² - القيد: l'inscription.

³ - ومثالها العقود المنشئة لحق الانتفاع أو الاستعمال أو حق الارتفاق، وهي جميعا حقوق عينية أصلية متفرعة عن حق الملكية، ولو أن هذا الأخير لا ينشأ التصرف القانوني.

⁴ - ومثال ذلك العقود والقرارات الإدارية التي يكون محلها حق عقاري أصلي.

⁵ - ومثال ذلك العقد الذي يعدل المدة اللازمة للانتفاع من عقار ما، سواء كان ذلك بالزيادة أو النقصان.

⁶ - العقد المتضمن إنهاء حق الاستعمال السكني مثلا، يعتبر عقدا منهيًا لحق عيني عقاري أصلي.

⁷ - تعتبر القسمة مثلا من التصرفات المصرحة، أو الكاشفة لحق الملكية، وبالتالي فإنها ليست منشأة له.

⁸ - أنظر جمال بوشنافة، مرجع سابق، ص 65 وما يليها.

⁹ - راجع نص المادة 14 فقرة 2 من الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

¹⁰ - المادة 85 من المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

¹¹ - من ذلك مثلا رخصة التجزئة المنصوص عليها في المادة 57 من القانون رقم 90-29 المؤرخ في 01/12/1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير.

كما نشير هنا إلى أن المادة 17 من الأمر رقم 74/75 المذكور أعلاه تنص على أن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أثر بين الأطراف، ولا يحتج بها اتجاه الغير في حالة عدم شهرها،¹ ويضاف إلى هذا بعض السندات التي تشبه في حكمها حكم الإيجار، والتي نصت عليها القواعد العامة في القانون المدني، وهي ما يعرف بالمخالصات والحوالات²، كما أن القانون يوجب في عقد الاعتماد الإيجاري³، وكذا الرهون القانونية المؤسسة لصالح البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى أن تكون مشهورة أيضاً⁴.

وفي الأخير يكون من الضروري أن نشير أيضاً إلى أن حق الإرث وإن كان ينتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة، دون اشتراط أي إجراء شكلي، إلا أن المشرع في المقابل يشترط على كل وارث شهر حقه من الإرث كلما أراد التصرف فيه⁵.

الفرع الثالث: تسجيل السفن البحرية وقيدها

السفينة هي ذلك المركب أو العمارة المخصص للملاحة البحرية، وهي منقول من نوع خاص، لا يخضع للقواعد العامة التي تحكم المنقولات، لأن السفينة تتميز بمواصفات تجعل كل سفينة عبارة عن وحدة مستقلة متميزة عن غيرها من السفن، ومن هذه المواصفات، الاسم، الجنسية، الموطن والحمولة وغيرها، وهذا ما دعا المشرع إلى تخصيص نظام قانوني لها أشبه ما يكون بالنظام الذي تخضع له العقارات، وقد عاملها معاملة العقار في بعض الحالات⁶، إذ نجده يوجب تسجيل بعض التصرفات التي ترد عليها في سجلات معينة، تشبه السجل العيني الخاص بالعقارات إلى حد كبير⁷، كما نجده يشترط شهر بعض تلك التصرفات أيضاً في سجل معد لذات الغرض، وذلك تحت طائلة البطلان أو عدم النفاذ.

¹ - هناك اختلاف في مدة الإيجار الواردة في هذه المادة والمدة المنصوص عليها في المادة 896 من القانون المدني التي حددتها بـ 9 سنوات فقط وتطبيقاً لقاعدة الخاص يقيد العام فإن مدة 12 سنة هي التي تؤخذ بعين الاعتبار .

² - راجع نص المادة 897 من القانون المدني .

³ - المادة 06 من الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10/01/1996 المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

⁴ - المادة 96 من القانون 02-11 المؤرخ في 24/12/2002 المتضمن إعداد قانون المالية لسنة 2003، وكذا المواد 1، 2، 5، 6، 7 من المرسوم التنفيذي رقم 06-132 المؤرخ في 03/04/2006 المتعلق بالرهون القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية والمؤسسات الأخرى.

⁵ - المادة 39 من المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

⁶ - للسفينة طبيعة قانونية خاصة فهي تتميز بمميزات العقارات والمنقولات معاً، إلا أن مميزات المنقولات هي الغالبة عليها راجع أكثر بومعزة عودة، النظام القانوني للسفينة، دراسة في إطار القانون البحري الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، سنة 2003، ص 41 .

⁷ - أنظر زاوي محمود، المرجع السابق، ص 54.

ان أهم ما يميز النظام القانوني الذي تخضع له المعاملات الواردة على السفن هو تعدد الأشكال التي فرضها المشرع كالشكل الرسمي المشترك لانتقال ملكية السفينة وتسجيلها في ميناء ربطها¹ وكذا الترخيص الإداري المسبق² لشرائها حيث تحقق هذه الشكليات الغرض الذي ابتغاه المشرع والمتمثل أساسا في مراقبة التصرفات الواردة على السفن وتوجيهها لتحقيق المصلحة العامة لان أهمية السفينة بالنسبة لأفراد تتطلب ان تكون التصرفات الواردة عليها واضحة وبعيدة عن الغموض والنزاعات³.

لقد نصت معظم التشريعات البحرية، على إلزامية تسجيل كل السفن التي تقوم بالملاحة البحرية، غير أن بعضها استثنت صراحة السفن الشراعية المخصصة للصيد وسفن النزهة ذات الحمولة المحددة⁴، أما المشرع الجزائري فلم يفصل في هذا الأمر، وإنما اكتفى بالتأكيد على القواعد العامة حيث نصت المادة 34 من القانون البحري على أنه " يجب قيد السفن الجزائرية في دفتر التسجيل الجزائري ، للسفن والمسوك من قبل السلطة الإدارية البحرية المختصة ..."⁵.

ويبدو أن المشرع الجزائري غير مستقر في استعمال المصطلحات المتعلقة بالإجراءات القانونية الخاصة بالسفن، حيث أنه يستعمل مصطلحين مختلفين هما "القيد" و"التسجيل" فنجد أن المادة 44 من القانون البحري تنص على أنه " يتم قيد السفينة في دفتر تسجيل السفن... " بينما تنص المادة 47 من نفس القانون على أنه " لا يمكن تسجيل سفينة جزائرية على دفتر تسجيل أجنبي إلا بعد شطبها من دفتر التسجيل الجزائري للسفن ".

ومن خلال هذين النصين، يتضح أن المشرع لا يفرق أيضا بين المصطلحين رغم اختلافهما⁶، إلا أن ما يهمننا في هذا المجال هو القصد الذي ابتغاه المشرع من ذلك الإجراء فهو من قبيل الشكلية غير المباشرة التي ينبغي مراعاتها.

¹ المادة 12 من القانون 27/88، المؤرخ في 12/07/1988، المنضمين قانون التوثيق.

² المادة 50 من القانون البحري الجزائري .

³ تجدر الإشارة الى ان الشكلية اللازمة في عقد البيع او التنازل عن السفينة هي شكلية مباشرة يتوقف عليها انعقاد العقد وهي بذلك على خلاف شكلية التسجيل التي تعد شكلية غير مباشرة.

⁴ - بومعزة عودة، النظام القانوني للسفينة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، بن عكنون، سنة 2007، ص 70.

⁵ - راجع أكثر حامي حياة، نظام تسجيل السفن وأثاره في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2007.

⁶ - سبقت الإشارة الى الخلط بين مصطلحي الشهر والتسجيل بالنسبة للعقارات

المطلب الثاني: شكلية الشهر التجاري

علمنا أن النشاط التجاري إنما يقوم على عاملي السرعة والثقة، مما يقتضي أن يكون التجار على بينة من أمرهم بخصوص الأشخاص الذين يتعاملون معهم، لذلك نظم المشرع القيد في السجل التجاري (الفرع الأول)، وبين طرق القيد وإجراءاته إذا تعلق الأمر بالملكية الصناعية (الفرع الثاني)، ونظم في سبيل ذلك عملية الشهر عن طريق النشر في الصحف الخاصة و الجرائد اليومية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: القيد في السجل التجاري

وهو قيد يخص بعض التصرفات أو الأشخاص والذي يخضع له التاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا¹، من أجل اكتساب صفة التاجر ويترتب على عدم القيد في هذا السجل عدم اكتساب صفة التاجر، وعدم اكتساب الشخصية المعنوية بالنسبة للأشخاص المعنوية، كما يترتب على عدم قيد التصرفات القانونية الواردة على المحلات التجارية عدم نفاذها في مواجهة الغير وبطلان الاحتجاج ضده².

مما لا شك فيه أيضا أن السجل التجاري يلعب دورا هاما في دعم الائتمان عن طريق شهر المركز القانوني للتاجر، والعناصر المختلفة التي يتألف منها نشاطه التجاري، فمن شأن ذلك أن يبعث الثقة والاطمئنان في نفوس المتعاملين معه، ويسهل المعاملات التجارية، فلهذه الاعتبارات أنشئ نظام السجل التجاري³.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو أن قوانين السجل التجاري الجزائري تطرح مسألة قواعد النظام القانوني للسجل الذي يبدو تارة أنه يخضع لجهة وصية معينة، ويظهر تارة أخرى أنه يخضع لجهة مختلفة عن الأولى؟ ولعل ذلك راجع الى الطبيعة المزدوجة للسجل التجاري الجزائري، بين النموذجين الفرنسي و الألماني في آن واحد، وهذا ما ترتب عنه وظيفتان للسجل التجاري، وظيفة إدارية، وأخرى إشهارية⁴.

كما يعد القيد إحدى الآليات التي يعتمد عليها في وضع إستراتيجية اقتصادية للدولة، ومعيار تقاس به قوة الاقتصاد الوطني، ووسيلة قانونية لإضفاء الشرعية على الشخص الممارس لنشاط اقتصادي خاضع للقيد في السجل التجاري أو سجل الصناعة التقليدية والحرف، إلى جانب ما يؤديه من وظائف مختلفة، يمكن حصرها إجمالا في بعدين أساسيين، هما ذلك البعد التحكيمي باعتباره أداة تنظيمية، إحصائية،

¹ - راجع أحكام المواد من 19، إلى 22 من القانون التجاري.

² - بومعزة رشيد، المرجع السابق، ص 107.

³ - زايدي خالد، القيد في السجل التجاري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2006.

⁴ - زايدي خالد، نفس المرجع ص 115.

رقابية وتوجيهية لهذه الأنشطة بهدف خدمة الاقتصاد الوطني وتطويره وتوجيهه، وبعد آخر تعامل، كونه أداة قانونية استعلامية إخبارية¹.

هذا وتعتبر التصرفات الواردة على المحل التجاري من بين أهم التصرفات الخاضعة لشكلية القيد في السجل التجاري، وفي هذا الصدد نصت المادة 147 من القانون التجاري على إلزامية تسجيل العناصر التي يتضمنها بيع المحل التجاري، وفق التشريع السائد فإذا تضمن المحل التجاري حقوق الملكية الصناعية فينبغي تسجيلها لدى الديوان الوطني للتوحيد والملكية الصناعية، إضافة إلى تسجيلها ضمن المحل التجاري في السجل التجاري².

الفرع الثاني: النشر لدى المعهد الوطني للملكية الصناعية

سبقت الإشارة إلى أن الشهر مقرر في الأصل بالنسبة للأموال العقارية، لإعلام الغير بحركة هذه الأموال وانتقالها، أما المنقولات فإن تسليمها يعد بمثابة شهر لها وتلعب الحيازة في المنقول دور الشهر بالنسبة للغير، إلا أن هذه الطريقة لا تشمل كافة الأموال المنقولة، حيث أن المنقولات المعنوية لا تقبل الحيازة المادية بطبيعتها وهذا ما دفع بالمشروع إلى تنظيم عملية الإيداع من أجل حماية الحقوق المتعلقة بالأموال المنقولة المعنوية في مجال الملكية الصناعية والتجارية والفنية³.

وفي هذا الصدد نجد أن نظام العلامات مثلاً يشترط من مالك العلامة أن يقوم بإجراءات شكلية، حتى يستعمل حقه على خلاف نظام حق المؤلف الذي لا يخضع إلى أي قيود شكلية، وبالتالي على المؤلف أو الناشر الذي يود أن يودع عنوانه كعلامة أن يتبع الإجراءات التي نص عليها قانون العلامات⁴، إذ يكون لزاماً عليه التوجه إلى المعهد الوطني للملكية الصناعية، لاستيفاء الشكليات الإدارية التي ينبغي على المؤلف مراعاتها، من إيداع وتسجيل ونشر، كل ذلك طبقاً للمادة 13 من الأمر 03-06 المؤرخ في 19 يوليو 2003 التي تحدد شكليات إيداع العلامة و كفاءات إجراء فحصها وتسجيلها ونشرها لدى المصلحة المختصة عن طريق التنظيم⁵.

¹ - نور الدين قاسطل، نظام القيد في السجل التجاري وفي سجل الصناعة التقليدية والحرف، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، سنة 2008، ص 04.

² - بومعزة رشيد، مرجع سابق ص 95.

³ - زواوي محمود، المرجع نفسه، ص 54.

⁴ - راجع المرسوم التنفيذي رقم 05-277 المؤرخ في 2005/08/02 الذي يحدد كفاءات إيداع العلامات وتسجيلها، الجريدة الرسمية رقم 54 الصادرة بتاريخ 2005/08/07.

⁵ - تواتي كريمة، حماية العناوين - المصنفات والجرائد - رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، سنة 2005، ص

كما أن شكلية النشر لدى المعهد الوطني للملكية الصناعية، تظهر بشكل جلي، لا سيما إذا ما تعلق الأمر بإحدى عناصر المحل التجاري، كعنصر الملكية الصناعية، وما يستلزمه ذلك من وجوب التسجيل لدى هذا المعهد، وقد جاءت النصوص القانونية، صريحة في اشتراط هذه الشكلية، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 99 من القانون التجاري التي تنص على أنه "إذا كان البيع أو التنازل عن المحل التجاري يشتمل على علامات المصنع والتجارة أو الرسوم أو النماذج الصناعية بما فيها الرهون الحيازية المتعلقة بالمحل التجاري والشاملة لبراءات الاختراع أو الرخص أو العلامات أو الرسوم أو النماذج.

ويجب زيادة على ما تقدم، قيد هذه الرهون في المعهد الجزائري للملكية الصناعية، وتنظيمها بناء على تقديم شهادة القيد المسلمة من مأموري السجل التجاري في حدود الثلاثين يوما التابعة لهذا القيد، تحت طائلة البطلان تجاه الغير، والبيوعات والتنازلات أو الرهون بشمول البيع ببراءات الاختراع والرخص والعلامات التجارية والأشكال والنماذج الصناعية، وتبقى براءات الاختراع التي شملها التنازل عن المحل التجاري خاضعة فيما يخص طرق انتقالها الى القواعد التي يقرها التشريع الساري المفعول"، كما تنص المادة 143 من القانون التجاري أيضا على أن رهن المحل التجاري إذا اشتمل على أحد عناصر الملكية الصناعية، فإنه لا يكون حجة على الغير ما لم يستوفي إجراءات شهر الرهن الخاصة بهذه الحقوق .

هذا ونجد أن بعض العقود وإن كانت تقوم على مبدأ الرضاية إلا أن المشرع يشترط فيها هذه الشكلية لكي تكون نافذة تجاه الغير، ومن ذلك مثلا عقد ترخيص براءة الاختراع الذي يجب أن يخضع لإجراء التسجيل لدى المعهد الوطني للملكية الصناعية¹.

وتجدر الإشارة الى ان المشرع الجزائري قد أولى أهمية بالغة لهاته الشكلية غير المباشرة فخصص الفصل السادس من القانون التجاري لها بالذات، حيث عدد فيه الأحكام المتعلقة بإجراءات القيد والبيانات الخاصة بالمعهد الجزائري للملكية الصناعية وتنظيمها.

الفرع الثالث: الشهر عن طريق النشر في الصحف

ويكون ذلك من خلال إعلان التصرف في شكل ملخص في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية² في الدائرة أو الولاية التي يشتغل فيها المحل التجاري المتصرف فيه أو عند تأسيس شركة ما، حيث يشترط المشرع أحيانا شهر بعض المعاملات بواسطة النشر في الصحف الخاصة كصحيفة الإعلانات القانونية، أو

¹ - عايدية مليكة، النظام القانوني لعقد ترخيص براءة الاختراع في مجال نقل التكنولوجيا، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2001.ص

² - النشرة الرسمية للإعلانات القانونية هي دعامة إخبارية توضع بها كل المعلومات الخاصة بالنشاط التجاري الواردة من مكاتب التوثيق وكذلك المتعلقة بمختلف التسجيلات في السجل التجاري .

الجرائد الوطنية اليومية، ومن هذا ما نصت عليه المادة 748 من القانون التجاري التي ورد فيها "يوضع مشروع العقد بأحد مكاتب التوثيق للمحل الموجود به مقر الشركات المدججة أو المستوعبة، ويكون محل نشر في إحدى الصحف المعتمدة لتلقي الإعلانات القانونية".

وربما كان القصد الذي توخاه المشرع من خلال نصه على هذه الشكلية يتجلى عند الاطلاع على نص المادة 756/2 من نفس القانون التي ورد فيها "ويجوز لدائني الشركة الذين شاركوا في عملية الإدماج وكان دينهم سابقا لنشر مشروع الإدماج أن يقدموا معارضة ضد هذه الأخيرة في أجل ثلاثين يوما ابتداء من النشر المنصوص عليه في المادة 748".

كما أخضع المشرع الجزائري الشركات لإجراءات الشهر قصد إخطار الغير بميلاد الشركة، وحتى يكون على دراية بما يحيط بالشركة قبل التعامل معها، فإذا كانت الشركة المدنية تتمتع بهذه الشخصية بمجرد تكوينها، فإن الشركة التجارية ليست كذلك، فلا تكون لها الشخصية المعنوية إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر المنصوص عليها قانونا، حيث أن كل الشركات ذات الطبيعة التجارية تخضع لإجراءات الشهر، باستثناء شركة المحاصة، التي ليست لها شخصية معنوية أصلا¹، ونشير هنا إلى أن إجراءات الشهر وإن كانت لازمة في مرحلة التأسيس، فهي كذلك أيضا عندما يطرأ أي تعديل على الشركة.

وفي حالة التصفية أيضا فإن هذه الشكلية لا بد منها وهذا ما أقرته المادة 775 من القانون التجاري التي تنص على أن "ينشر إعلان إقفال التصفية الموقع عليه من المصفي، بطلب منه في النشرة الرسمية المخصصة للإعلانات القانونية، أو في جريدة معتمدة لتلقي الإعلانات القانونية...".

وفي نفس السياق نصت المادة 83 من القانون التجاري الجزائري في فقرتها الأولى، على إجبارية نشر ملخص عقد بيع المحل التجاري في صحيفة الإعلانات القانونية في خلال خمسة عشر (15) يوما من تاريخ البيع، كما تقضي الفقرة الثانية من نفس المادة على إلزامية نشر العقد المتضمن تأجير وتسيير المحل التجاري.

هذا ويشترط قانون بيع ورهن المحل التجاري الفرنسي نشر بيع المحل التجاري خلال الخمسة عشر يوما من تاريخ البيع في صحيفة اعتيادية، وذلك بسعي من المشتري، وقد كان المشرع الجزائري متشددا في هذه الناحية حيث نجده يرتب البطلان على هذا التصرف في حال لم تراع فيه شكلية النشر، أما المشرع

¹ - نادية فوضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، دار هومة، دون سنة طبع، ص 44.

المصري فإنه وإن كان يشترط النشر في السجل التجاري لعقد البيع فإنه لا يعتبره باطلا رغم تخلف الإجراء وإنما يكون عقد بيع المحل التجاري حين ذاك غير نافذ في حق الغير فقط.¹

المراجع :

- ياسر أحمد كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1992.
- زواوي محمود ، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1987
- جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد وآثاره، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2000
- بومعزة رشيد، الشكلية الرسمية في العقود المدنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر - باتنة - 2005
- تواتي كريمة، حماية العناوين - المصنفات والجرائد - رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، سنة 2005، ص 109
- عايدية مليكة، النظام القانوني لعقد ترخيص براءة الاختراع في مجال نقل التكنولوجيا، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2001. ص
- نادية فوضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، دار هومة، دون سنة طبع
- علي فيلاي، الشهر العقاري على ضوء القضاء الجزائري، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، الجزء 42، سنة 2000
- جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، 2006 .
- دوة آسيا، و رمول خالد، الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة، دون سنة طبع
- محمدي سليمان، نفاذ العقد، أطروحة دكتوراه، الجزء الثاني، كلية الحقوق، جامعة الجزائر
- بومعزة عودة، النظام القانوني للسفينة، دراسة في إطار القانون البحري الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، سنة 2003
- القانون 27/88، المؤرخ في 12/07/1988، المتضمن قانون التوثيق.
- حامي حياة، نظام تسجيل السفن وآثاره في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2007.
- زايدي خالد، القيد في السجل التجاري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2006.

¹ - أنظر علي فيلاي، مرجع سابق، ص 314.

- نور الدين قاستل، نظام القيد في السجل التجاري وفي سجل الصناعة التقليدية والحرف، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، سنة 2008

قوانين، مراسيم، اوامر:

- المرسوم التنفيذي رقم 05-277 المؤرخ في 2005/08/02 الذي يحدد كفايات إيداع العلامات وتسجيلها، الجريدة الرسمية رقم 54 الصادرة بتاريخ 2005/08/07.

- المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري، وكذا المادة 29 من القانون 90-25 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري.

الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/12/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 78، والمادة 41 من القانون 91-10 المؤرخ في 1991/04/17 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية رقم 21.

الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

القانون رقم 90-29 المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بالتهيئة والتعمير.

الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 1996/01/10 المتعلق بالاعتماد التجاري.

القانون 02-11 المؤرخ في 2002/12/24 المتضمن إعداد قانون المالية لسنة 2003،

المرسوم التنفيذي رقم 06-132 المؤرخ في 2006/04/03 المتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية والمؤسسات الأخرى.

دور الدفاع أمام الجهات القضائية الجزائرية

نوراني حياة - أستاذة مساعدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة باتنة - الجزائر

nourani_hayet@yahoo.frالملخص

الهدف من هذه المقالة هو إبراز دور الدفاع أمام الجهات القضائية الجزائرية العادية، وذلك بتبيان دور الدفاع أمام جهات التحقيق، والمتمثلة في قاضي التحقيق، وغرفة الاتهام.

فدور الدفاع أمام قاضي التحقيق يكاد يكون غير موجود، فهو ينحصر في توجيه الأسئلة والسهر على احترام القانون، بينما يتسع دوره أمام غرفة الاتهام، حيث حول له المشرع الجزائري الاستئناف في بعض أوامر قاضي التحقيق، وهذا يساعد على حماية الحقوق وحرية المتهم.

ومن ثم التعرض لدور الدفاع أمام جهات الحكم والمتمثلة في محكمة الجنايات، ومحكمة الجناح والمخالفات، والغرفة الجزائرية، فالدفاع يمثل المتهم ويسهم في الدفاع ومعاونة المتهم، وإيداع المذكرات، وحضور الاستجواب والمرافعات، ورد القضاة وطرح الأسئلة، وإبداء الشرح.

Résumé

Cette dissertation vise à mettre en exergue le rôle de la défense devant les juridictions pénales ordinaires, et ce en indiquant le rôle de la défense devant les instances d'instruction, en l'occurrence, le juge d'instruction et la chambre d'accusation

Le rôle de la défense devant le juge d'instruction est presque inexistant, il est limité à poser des questions et assurer le respect de la loi, alors que son rôle s'étend devant la chambre d'accusation, ou le législateur algérien lui a donné la possibilité de recourir un appel concernant quelque ordres du juge d'instruction et cela aide à protéger les droits et la liberté de l'accusé.

Et à partir de là le traitement du rôle de la défense devant les instances de jugement : le tribunal criminel et le tribunal des délits et des

contraventions, la chambre pénale, la défense représente, contribue et aide à la défense de l'accusé, dépose des mémoires, assiste à l'interrogatoire et aux plaidoiries, répond aux juges, pose des questions et fournit des explications.

مقدمة

الدفاع يعمل على احترام حفظ حقوق الدفاع ويسهم في تحقيق العدالة، ويعمل على احترام مبدأ سيادة القانون، فالدفاع يسهم في حيثيات الحكم ويعتبر شريك للعدالة، ويؤدي الدفاع دوره أمام الجهات القضائية بمختلف أشكالها، ومن أبرزها الجهات القضائية الجزائية، وهي على قسمين الجهات القضائية العادية، والمتمثلة في محكمة المخالفات والجنح، ومحكمة الجنايات، والغرفة الجزائية بالمجلس القضائي والمحكمة العليا، كما تنقسم الجهات القضائية العادية إلى جهات التحقيق وجهات الحكم، وهي محور هذه الدراسة أما الجهات القضائية الاستثنائية فمن بينها: المحاكم العسكرية ومحكمة الأحداث.

وأمام جميع الهيئات القضائية حول المشرع الجزائري للدفاع أداء دوره وفي إطار القانون؛ حماية لحقوق الأفراد وحررياتهم وتحقيقا للعدالة، وعليه: ما مدى نجاعة التشريع الجزائري في الاستجابة لتطلعات المتقاضين والدفاع أمام الجهات القضائية الجزائية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية يتم التطرق للعناصر التالية:

أولاً: دور الدفاع أمام جهات التحقيق.

ثانياً: دور الدفاع أمام جهات الحكم.

أولاً: دور الدفاع أمام جهات التحقيق:

تتمثل جهات التحقيق في كل من قاضي التحقيق وغرفة الاتهام، ولا يتعدى دور الدفاع أمام قاضي التحقيق سوى السهر على احترام الإجراءات وتوجيه الأسئلة، فدوره أمام قاضي التحقيق جد محدود، أما دوره أمام غرفة الاتهام فهو مهم وواسع، فيشمل تقديم مذكرات واستئناف أوامر قاضي التحقيق.

أ - دور الدفاع أمام قاضي التحقيق:

قاضي التحقيق هو أول شخص يقوم بالتحقيق، وهو تابع لجهاز القضاء، ويقدر ما تزداد كفاءة المحقق وتضمن حياده واستقلاله، يقدر ما يحافظ على الحريات.⁽¹⁾

(1) فضيل العيش: شرح قانون الإجراءات الجزائية - بين النظري والتطبيقي - مطبعة البدر، الجزائر، ص 145.

للدفاع أمام قاضي التحقيق دور محدود جدا، فهو يقتصر على السهر على احترام الإجراءات وتوجيه الأسئلة، فدوره أمام قاضي التحقيق يكاد يعدم، بحيث يتمتع قاضي التحقيق بصلاحيات واسعة بمجرد اخطار قاضي التحقيق يسترجع قاضي التحقيق حريته واستقلاله في سير التحقيق، إلا أنه لا يستقل كلية في أداء مهامه، حيث يبقى خاضعا لرقابة ثنائية، أولها رقابة أطراف الخصومة ورقابة غرفة الاتهام، وهذا من شأنه أن يحد من سلطته، ومن أبرز دور الدفاع أمام قاضي التحقيق، ما يلي:

__ حضور الدفاع أثناء الاستجواب: حيث أقر المشرع الجزائري استجواب المتهم بحضور محاميه أو بعد دعوته قانونا، فأقر المشرع حضور دفاع المتهم استجوابه في الموضوع، فلا يجوز استجواب المتهم في الموضوع بدون حضور دفاعه، ولا يجوز سماع المتهم أو المدعي المدني أو اجراء مواجهة بينهما إلا بحضور الدفاع أو بعد دعوته قانونا، ما لم يتنازل المتهم صراحة عن حقه في الاستعانة بمحام، ويتم استدعاء الدفاع بكتاب موصى عليه، بحيث يرسل إليه بيومين على الأقل قبل اجراء استجواب قاضي التحقيق للمتهم، أو سماع الطرف المدني، حسب الحالة، ويمكن أيضا استدعاء دفاع الأطراف شفاهة ويثبت ذلك بمحضر⁽¹⁾

ولتحقيق هذا الغرض أجاز المشرع للمتهم اختيار محام أو عدة محامين، واخبار قاضي التحقيق في كل دور من أدوار التحقيق بالمدافع الذي تم اختياره، وفي حالة اختيار عدة محامين فإنه يكفي استدعاء أو تبليغ أحدهم بالحضور⁽²⁾.

__ توجيه الأسئلة من قبل الدفاع: أجاز المشرع الجزائري للدفاع توجيه الأسئلة للمتهم أثناء اجراء التحقيق بعد أن يصرح قاضي التحقيق له بذلك، وفي حالة رفض قاضي التحقيق توجيه الأسئلة لا يدرج نص الأسئلة بالمحضر أو يرفق به⁽³⁾.

__ اطلاع الدفاع على ملف الإجراءات: أوجب المشرع الجزائري وضع ملف الإجراءات كاملا تحت طلب الدفاع قبل كل استجواب بأربع وعشرين (24) ساعة على الأقل، بحيث يتعلق هذا الدور بالدفاع⁽⁴⁾ وليس حقا للمتهم، حتى ولو كان هو نفسه محاميا.

وفي الأصل يتم الاطلاع على الملف بمكتب قاضي التحقيق، غير أنه يجوز بصفة استثنائية أن يتم ذلك بمكتب كاتب الضبط.

وفي حالة تعدد المحامين، فإنه يكفي وضع الملف تحت طلب أحد المحامين⁽⁵⁾.

(1) أنظر المادة 105 من القانون 08/01 المؤرخ في 26 يونيو 2001 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

(2) أنظر المادة 104 من الأمر رقم 66 / 155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

(3) أنظر المادة 105 من القانون رقم 08 / 01

(4) أحسن بوسقيعة: التحقيق القضائي، الطبعة الثامنة، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 70.

(5) أنظر المادة 68 مكرر من القانون رقم 90 / 24 المؤرخ في 18 غشت 1990 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

كما ألزم المشرع الجزائري قاضي التحقيق بتحرير نسخة عن الإجراءات، وتوضع خصيصا تحت تصرف محامي الأطراف، كما يجوز للدفاع استخراج صورة عن نسخة الإجراءات.⁽¹⁾

واستثناء لقاعدة استجواب المتهم في حضور الدفاع أو بعد دعوته قانونا، يجوز لقاضي التحقيق استجواب المتهم بالموضوع في غياب الدفاع في حالتين، أولهما في حالة تعيب الدفاع عن الحضور رغم تبليغه بصفة قانونية، أما الحالة الثانية في حالة التنازل الصريح من قبل المتهم عن حضور دفاعه، فالمشرع الجزائري لم يذكر وضع ملف الإجراءات تحت تصرف دفاع المتهم قبل كل مواجهة.

ليس من حق دفاع المتهم طلب الاطلاع على ملف الإجراءات قبل اجراء المواجهة، إذا كان الغرض من هذه المواجهة تلقي ملاحظات المتهم حول مسألة أو بعض الشهود أو متهمين آخرين، غير أنه يتعين الالتزام بوضع الملف تحت طلب المحامي في حالة ما إذا رأى قاضي التحقيق لزومية طرح أسئلة على المتهم؛ لأن المواجهة في هذه الحالة تتحول إلى استجواب جديد.⁽²⁾

__ طلب اجراء معاينة: أجاز المشرع الجزائري لدفاع المتهم في أية مرحلة من مراحل التحقيق، بأن يطلب من قاضي التحقيق تلقي تصريحات أو سماع شاهد أو اجراء معاينة من أجل اظهار الحقيقة.

وإذا رأى قاضي التحقيق أنه لا داعي لاتخاذ الإجراءات المطلوبة منه يصدر أمرا مسببا خلال العشرين (20) يوما التالية لطلب الدفاع، وإذا لم يفصل قاضي التحقيق في الطلب خلال المدة المذكورة، يجوز للدفاع أن يرفع طلبه خلال عشرة (10) أيام مباشرة إلى غرفة الاتهام التي تبت فيه خلال أجل ثلاثين (30) يوما، تسري من تاريخ اخطارها ويكون قرارها غير قابل للطعن.⁽³⁾

ب _ دور الدفاع أمام غرفة الاتهام:

غرفة الاتهام هي جهة في هرم التنظيم القضائي، إذ توجد على مستوى كل مجلس قضائي غرفة أو أكثر بحسب ما تقتضيه ظروف العمل،⁽⁴⁾ ويتمثل دور الدفاع أمام غرفة الاتهام في استئناف الدفاع بعض أوامر قاضي التحقيق، والتي نصت عليها المادة 172 من قانون الإجراءات الجزائية، والمتمثلة في الأوامر التالية:

__ اخضاع قاضي التحقيق لتدبير أو أكثر من التدابير التالية: ايدع كفالة، تقديم تأمينات عينية لضمان حقوق الضحية، المنع من اصدار شيكات أو استعمال بطاقات مع مراعات حقوق الغير، المنع من ممارسة بعض النشاطات المهنية أو الاجتماعية المرتبطة بالجريمة.

كما يأمر قاضي التحقيق من يخالف هذه التدابير للخضوع لعقوبة الغرامة من 100,000 دج إلى 500,00 دج.⁽¹⁾

(1) أحسن بوسقيعة: التحقيق القضائي، المرجع السابق، ص 72.

(2) أنظر المادة 69 مكرر من القانون رقم 06 / 22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

(3) محمد حزيب: مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 189.

(4) أنظر المادة 65 مكرر 4 من القانون رقم 04 / 14 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

__ الأوامر المتعلقة بكل اجراء يراه قاضي التحقيق ضروريا لإظهار الحقيقة، والأوامر الصادرة عن قاضي التحقيق المتعلقة بكل اجراء يراه وكيل الجمهورية لازما لإظهار الحقيقة. (2)

__ قبول الطلب الطرف المدني. (3)

__ أمر الوضع في الحبس المؤقت. (4)

__ الأمر بتمديد مدة الحبس المؤقت في مواد الجنح مرة واحدة لأربعة (4) أشهر أخرى. (5)

__ الأمر بتمديد الحبس المؤقت في مواد الجنايات مرتين (2) لمدة أربعة (4) أشهر في كل مرة، وإذا تعلق الأمر بجنايات معاقب عليها بالسجن المؤقت لمدة عشرين (20) سنة أو بالسجن المؤبد أو بالإعدام يجوز لقاضي التحقيق أن يمدد الحبس المؤقت ثلاث (3) مرات. (6)

__ الأمر بتمديد الحبس المؤقت خمس مرات (5) عندما يتعلق الأمر بجنايات موصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية، وعندما يتعلق الأمر بجناية عابرة للحدود الوطنية يمدد قاضي التحقيق الحبس المؤقت احدى عشرة (11) مرة. (7)

__ الأمر بالرقابة القضائية، والتي تلزم المتهم للخضوع إلى التزام أو عدة التزامات، (8) وعلى الرغم من أن أوامر الرقابة القضائية قابلة للاستئناف، إلا أنها طرحت إشكالات في التطبيق. (9)

__ الأمر المتعلق بطلب الافراج المقدم من قبل المتهم إلى قاضي التحقيق. (10)

__ رفض طلب الخبرة، فقد يصدر قاضي التحقيق أمرا مسببا إذا رأى أنه لا موجب للاستجابة لطلب الخبرة، وذلك في أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ استلامه الطلب، وفي حالة عدم بت قاضي التحقيق في الأجل المذكور يكمن للدفاع اخطار غرفة الاتهام مباشرة خلال العشرة (10) أيام، ولهذا الأخيرة أجل ثلاثين (30) يوما للفصل في الطلب، تسري من تاريخ اخطارها، ويكون قرارها غير قابل للطعن. (1)

__ رفض طلبات اجراء خبرة تكميلية أو القيام بخبرة مضادة، حيث يتعين على قاضي التحقيق في حالة رفضه لهذه الطلبات أن يصدر أمرا مسببا في أجل ثلاثين يوما من تاريخ استلامه الطلب، وفي حالة عدم بت قاضي التحقيق في

(1) أنظر المادة 69 من القانون رقم 06 / 22.

(2) أنظر المادة 74 من القانون ذاته.

(3) أنظر المادة 123 مكرر من القانون رقم 01 / 08.

(4) أنظر المادة 125 من القانون ذاته.

(5) أنظر المادة 125. 1 من القانون ذاته.

(6) أنظر المادة 125 مكرر من القانون ذاته.

(7) أنظر المادة 125 مكرر 1 من القانون رقم 90 / 24.

(8) فضيل العيش: المرجع السابق، ص 233.

(9) أنظر المادة 127 من القانون رقم 90 / 24.

(10) أنظر المادة 143 من القانون رقم 06 / 22.

(1) أنظر المادة 154 من القانون 22/06.

الأجل المذكور، يمكن للدفاع إخطار غرفة الاتهام مباشرة خلال أجل عشرة (10) أيام، ولهذه الأخيرة أجل ثلاثين (30) يوما للفصل في الطلب، تسري من تاريخ إخطارها، ويكون قرارها غير قابل للطعن.

— الأوامر التي يصدرها قاضي التحقيق في اختصاصاته بنظر الدعوة إما من تلقاء نفسه أو بناء على دفع أحد الخصوم لعدم الاختصاص.

ويتم رفع الاستئناف بعريضة تودع عند قلم كتاب المحكمة في أجل ثلاث (3) أيام من تبليغ الأمر إلى المتهم طبقا للمادة 168.

ليس للاستئناف المرفوع ضد الأوامر المتعلقة بالحبس المؤقت أو الرقابة القضائية أثر موقف.⁽²⁾

يبدو أن للدفاع أمام غرفة الاتهام دور مهم في حماية حرية الفرد، فالدفاع له أن يستأنف بعض أوامر قاضي التحقيق وغرفة الاتهام ملزمة بالفصل فيها، وإلا تعرض قرارها للنقض والإبطال من طرف المحكمة العليا بسبب قصور الأسباب.

ويمكن لكل دفاع معتاد على القضايا الجنائية أن يلاحظ أن غرفة الاتهام تكتفي في معظم قراراتها بالنص على صحة الإجراءات بدون تدقيق، كما أنها تذهب في معظم الحالات إلى القول بأن المتهم ارتكب الوقائع المنسوبة إليه، فتخرج عن وظيفتها المتعلقة بتوجيه الاتهام، لتحل محل جهات الحكم، بالإضافة إلى أن معظم القرارات غير مسببة تسببا كافيا عن طريق ذكر الوقائع المنسوبة لكل متهم، فقد تكتفي بالقول بأن المتهم فلان أنكر الوقائع المنسوبة إليه في جميع مراحل التحقيق، ولكن المتهم فلان في نفس القضية ذكر أن الأول هو الذي ارتكب الوقائع، وتوجه التهمة بناء على ذلك، وقد تكتفي غرفة الاتهام بإجمال الوقائع واسنادها في عبارة واحدة لعدة متهمين، بدلا من تعرضها للوقائع المنسوبة لكل واحد منهم والأدلة المتوفرة حولها.⁽¹⁾

يمكن القول، أن دور الدفاع أمام قاضي التحقيق يكاد يكون غير موجود، فهو ينحصر في توجيه الأسئلة والسهرة على احترام القانون، بينما يتسع دوره أمام غرفة الاتهام، حيث خول له المشرع الجزائري الاستئناف في بعض أوامر قاضي التحقيق، وهذا يساعد على حماية الحقوق وحرية المتهم أو المتقاضين.

ثانيا: دور الدفاع أمام جهات الحكم:

للدفاع دور فعال أمام جهات الحكم، والمتمثلة في كل من محكمة الجناح والمخالفات، ومحكمة الجنايات، والغرفة الجزائرية بالمجلس القضائي.

أ _ دور الدفاع أمام محكمة الجناح والمخالفات:

يقوم الدفاع بدوره أمام محكمة الجناح والمخالفات وفقا للقانون، وتشمل المحاكم الابتدائية في النظام القضائي الجزائري على القسم الجزائري، ويشمل القسم الجزائري على قسم الجناح والمخالفات، والذي ينظر في الأفعال التي يرتكبها

⁽²⁾ أنظر المادة 172 من القانون 04 / 14.

⁽¹⁾ مقران معاشو عمر: (الجهات القضائية الجزائرية في القانون الجزائري) مجلة المحاماة، العدد 01، الجزائر، ماي 2004، ص 25.

البالغون،⁽²⁾ والمتمثلة في الأفعال المعاقب عليها عن مدة تزيد على شهرين إلى خمسة سنوات، وبغرامة أكثر من 2,000 ألفي دينار، فينظر في المخالفات التي يعاقب عليها القانون بالحبس شهرين فأقل أو بغرامة 2,000 ألفي دينار فأقل.⁽³⁾

— دور الدفاع أمام محكمة الجناح: أجاز المشرع الجزائري أن يمثل المتهم بواسطة دفاعه، إذا كانت المرافعة لا تنصب إلا على الحقوق المدنية.

كما يجوز دائما للمسؤول عن الحقوق المدنية أن يحضر عنه محام يمثله، إذ يعد في هذه الحالة الحكم حضوريا بالنسبة إليه.

يقوم الدفاع بحضور استجواب المتهم بمسكنه عند الاقتضاء أو بمؤسسة إعادة التربية، التي يكون فيها محبوسا وذلك بواسطة قاض منتدب لهذا الغرض، مصحوبا بكاتب، ويجزر محضر بهذا الاستجواب الذي تأمر به المحكمة.

وتؤجل القضية بتاريخ محدد لأقرب جلسة ويتعين استدعاء المتهم لحضورها، ويجوز أن يوكل عنه محامي يمثله. وفي حالة ما إذا كان المتهم الحاضر أن يستعين بمحام عنه، ولم يتم باختيار محام قبل الجلسة، وطلب مع ذلك محام عنه فللرئيس ندب مدافع عنه تلقائيا.

فيكون ندب محام لتسيير المتهم وجوبيا إذا كان المتهم مصابا بعاهة طبيعية، تعوق دفاعه، أو كان يستحق عقوبة الإبعاد.

كما يحق للدفاع إيداع مذكرات ختامية ويؤشر على هذه المذكرات، والمحكمة ملزمة بالإجابة عن المذكرات المودعة ايداعا قانونيا، يتعين عليها ضم المسائل الفرعية والدفع المبداء أمامها للموضوع والفصل فيها بحكم واحد، بيت فيه أولا في الدفع ثم في الموضوع.

ولا يجوز لها غير ذلك إلا في حالي الاستحالة المطلقة أو عندما يتطلب نص متعلق بالنظام العام اصدار قرار مباشر في مسألة فرعية أو دفع.

ييدي الدفاع أقواله عند انتهاء التحقيق بالجلسة، وللدفاع دائما الكلمة الأخيرة.⁽¹⁾

— دور الدفاع أمام محكمة المخالفات: من أهم دور الدفاع أمام محكمة المخالفات أن للدفاع الحق في توجيه أسئلة إلى المتهمين والشهود، وللنيابة العامة أن توجه أسئلة مباشرة للمتهمين والشهود أيضا.

يقوم الدفاع بإيداع مذكرة وحيدة قبل البدء في المرافعات، وإلا كان الدفع غير مقبول في حالة استمسك الدفاع بوسائل مؤدية إلى المنازعة في صحة الإجراءات التحضيرية.

(2) طاهري حسين: الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة الثالثة، دار الخلدونية، الجزائر، 2005، ص 80.

(3) أنظر المادة 328 من القانون رقم 14/05.

(4) أنظر المادة 348 وما يليها من الأمر رقم 66/155.

كما يجوز للدفاع إيداع مذكرات تلمم محكمة الجنح بدون اشتراك المحلفين بالبت فيها، بعد سماع أقوال النيابة العامة، غير أنه يجوز ضم الدفع للموضوع.

إن حضور الدفاع لمعاونة المتهم وجوبي، وعند الاقتضاء يندب الرئيس من تلقاء نفسه محاميا للمتهم، ويمكن للدفاع أن يطلب من الرئيس عرض أدلة الإثبات أو محضر الحجز أو الاعتراف بهذه الأدلة، كما يمكن للدفاع أن يقدم طلب معلل لتأجيل القضية، فبذلك تأمر المحكمة بتأجيل القضية إلى دورة مقبلة، وذلك في أية حالة كانت عليها الدعوى.

عند انتهاء التحقيق بالجلسة تستمع أقوال الدفاع، وتبدى النيابة طلباتها، ويعرض الدفاع والمتهم أوجه الدفاع، ويسمح للمدعي المدني وللنيابة العامة بالرد، وتبقى دائما الكلمة الأخيرة للمتهم ودفاعه، كما يقدم الدفاع الشرح للمحكمة.

يمثل الدفاع المتهم إذا كانت المرافعة لا تنصب إلا على الحقوق المدنية، كما يمثل الدفاع المسؤول المدني، ويعد الحكم حضوريا بالنسبة إليه.

كما أن للدفاع الحق في حضور استجواب المتهم بمسكنه أو بمؤسسة إعادة التربية، التي يكون محبوسا بها، ويجوز للمتهم أن يوكل عنه محاميا أو يمثله أمام الجلسة، كما أن الدفاع يمثل المتهم وجوبيا إذا كان المتهم مصابا بعاهة طبيعية.

يجز للدفاع إيداع مذكرات ختامية ويؤشر على هذه المذكرات من الرئيس والكتاب، وينوه هذا الأخير عن الإيداع بمذكرات الجلسة، والمحكمة ملزمة بالإجابة عن المذكرات المودعة ايداعا قانونيا، ويتعين عليها ضم المسائل الفرعية والدفع المبداء أمامها للموضوع والفصل فيها بحكم واحد، بيت فيه أولا في الدفع ثم بعد ذلك في الموضوع.

ولا يجوز لها غير ذلك، إلا في حالة الاستحالة المطلقة، أو عندما يتطلب نص متعلق بالنظام العام اصدار قرار مباشر في مسألة فرعية أو دفع.⁽¹⁾

ب _ دور الدفاع أمام محكمة الجنائيات:

للدفاع دور مهم أمام محكمة الجنائيات، وذلك لحماية حقوق المتهم، ومحكمة الجنائيات هي درجة أولى من درجات التقاضي حسب التنظيم القضائي الجزائري، فهي النواة الأولى للمتقاضي الذي يلجأ للقضاء لحمايته في استرداد حقه، فالمحكمة هي قاعدة النظام القضائي العادي.⁽²⁾

حيث تختص محكمة الجنائيات كجهة القضائية، بالفصل في الأفعال الموصوفة جنائيات وكذا الجنح والمخالفات المرتبطة بها، وتفصل أيضا في الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية المحالة إليها بقرار نهائي من غرفة الاتهام.⁽³⁾

يجز للدفاع حضور استجواب المتهم قبل افتتاح المرافعة بشمانية (8) أيام على الأقل، ويجوز للمتهم ولوكيله التنازل عن هذه المهلة.

(1) أنظر المادة 399 من الأمر رقم 66 / 155.

(2) دلاندة يوسف: التنظيم القضائي الجزائري، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص 7.

(3) أنظر المادة 248 من الأمر رقم 95 / 10 المؤرخ في 25 فبراير 1995 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

وللمتهم أن يتصل بدفاعه بحرية، ويجوز للدفاع الاطلاع على جميع أوراق ملف الدعوى في مكان وجودها، دون أن يترتب عن ذلك تأخير سير الإجراءات، ويوضع هذا الملف تحت تصرف الدفاع قبل الجلسة بخمسة (5) أيام على الأقل.⁽⁴⁾

عندما تتعقد محكمة الجنايات في اليوم المحدد لها، ففي ساعة استخراج أسماء المخلفين من صندوق القرعة أن يقوم المتهم أو الدفاع برد ثلاثة من المخلفين والنيابة برد اثنين، ويكون الرد بغير إبداء الأسباب، وفي حالة تعدد المتهمون أجاز المشرع الجزائري لهم أن يجتمعوا على مباشرة حقهم في رد المخلفين، بحيث لا يتعدى عدد من يقر الرأي على ردهم عن العدد المقرر لمتهم واحد، وإذا لم يتفق المتهمون، باشروا منفردين حق الرد حسب الترتيب المعين في القرعة، بحيث لا يمكنهم مباشرة أكثر من إجراء رد واحد دفعة واحدة، كما لا يتعدى عدد المخلفين المدرودين ما هو مقرر لمتهم واحد.⁽¹⁾

يجوز للدفاع أو المتهم توجيه أسئلة بواسطة الرئيس إلى المتهمين والشهود، وللنيابة العامة أن توجه أسئلة مباشرة للمتهمين والشهود، وفي حالة ما استمسك المتهمون أو المحامون بوسائل مؤدية إلى المنازعة في صحة الإجراءات التحضيرية، تعين إيداع مذكرة وحيدة قبل البدء في المرافعات، وإلا كان دفعهم غير مقبول، ويجوز للمتهمين والمدعي المدني ومحاميهم إيداع مذكرات، تلتزم محكمة الجنايات بدون اشراك المخلفين في الفصل فيها بعد سماع أقوال النيابة العامة، غير أنه يجوز ضم الدفع للموضوع.⁽²⁾

يعد حضور الدفاع في الجلسة لمعاونة المتهم وجوبي، وعند الاقتضاء يندب الرئيس من تلقاء نفسه محاميا لمعاونة المتهم والدفاع عن حقوقه.⁽³⁾

قد يطلب المتهم أو الدفاع من الرئيس عرض أدلة الإثبات أو محضر الحجز أو الاعتراف بهذه الأدلة، كما يعرضها على الشهود أو الخبراء أو المخلفين إن كان ثمة محل لذلك، وقد يقدم الدفاع طلب معلل للمحكمة لتأجيل القضية إلى دورة مقبلة، وذلك في أية حال كانت عليه الدعوى.⁽⁴⁾

يوقع الدفاع على تقرير الاستئناف، ويرفع الاستئناف بتقرير كتابي أو شفوي بقلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، ويجوز إيداع عريضة تتضمن أوجه الاستئناف لدى قلم كتاب المحكمة في المواعيد المحددة قانونا لتقرير الاستئناف، ويوقع عليها المستأنف أو الدفاع أو وكيل مفوض بالتوقيع.

وترسل العريضة وأوراق الدعوى بمعرفة وكيل الجمهورية إلى المجلس القضائي، في أجل شهر (1) على الأكثر.

وإذا كان المتهم مقبوضا عليه أحيل كذلك في مدة قصيرة وبأمر من وكيل الجمهورية إلى مؤسسة إعادة التربية بمقر المجلس القضائي.⁽⁵⁾

(4) أنظر المواد 271 من القانون رقم 82 / 03 المؤرخ في 13 فبراير 1982 والمادة 272 من الأمر رقم 66 / 155.

(1) أنظر المادة 284 من الأمر رقم 66 / 155.

(2) أنظر المادتين 288 و 290 من الأمر ذاته.

(3) أنظر المادة 292 من الأمر ذاته.

(4) أنظر المادتين 302 من الأمر رقم 95 / 10 والمادة 303 من القانون رقم 90 / 24.

يمكن القول، أن دور الدفاع جد فعال ومهم أمام المحاكم، سواء كانت محكمة الجنايات والمخالفات، أو محكمة الجنايات، فهو يمثل المتهم ويسهم في الدفاع ومعاونة المتهم، وإيداع المذكرات والاستئناف، وحضور الاستجواب والمرافعات، ورد القضاة وطرح الأسئلة، وابداء الشرح، غير أن دور الدفاع لا يحضى بأليات قانونية لتفعيله أكثر ليستجيب مع تطلعات الدفاع والمتقاضى كعدم تمكين الدفاع من معرفة السيرة الذاتية للمحلفين لتمكينه من رد المحلفين بصورة ناجحة، وعدم تفعيل الوسائل التكنولوجية والمتطورة في مجال التواصل بين الجهات القضائية والدفاع والمتقاضى في مجال التبليغ، وبين المحبوس ودفاعه، وهذا يعد قصور في التشريع الجزائري في الاستجابة لتطلعات المتقاضى والدفاع.

يبدو أن المشرع الجزائري لا يسمح للدفاع استئناف الأحكام الصادرة عن محكمة الجنايات، كما أن أحكامها غير مسببة تسببا كافيا، وهذا يعد قصورا في التشريع الجزائري للاستجابة لتطلعات الدفاع والمتقاضى.

ج _ دور الدفاع أمام الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي:

للدفاع دور مهم أمام الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي، حيث تفصل الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي في استئنافات مواد الجنايات والمخالفات، وتشكل الغرفة الجزائية من ثلاثة على الأقل من رجال القضاء.⁽¹⁾

فالمجالس القضائية جهة استئناف للأحكام الصادرة من المحاكم، وأيضا الحالات الأخرى المنصوص عليها قانونا، وتعتبر المجالس القضائية درجة ثانية من درجات التقاضي.⁽²⁾

يمكن لدفاع المتهم المحبوس رفع الاستئناف لصالحه، ويرفع الاستئناف بتقرير كتابي أو شفوي بقلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، فيعرض على المجلس القضائي، حيث يرفع الاستئناف في مهلة عشرة (10) أيام من يوم النطق بالحكم الحضورى، ومن يوم التبليغ بالنسبة للحكم الغيابي،⁽³⁾ فلا يكون الاستئناف مقبولا إذا تم بواسطة رسالة، وفي هذا المقام جاء قرار المحكمة العليا بتاريخ 10 فيفري 1981 كما يلي: (أن الاستئناف بواسطة رسالة غير مقبولة، وإنما يجب على المتهم الراغب في الاستئناف أن يصرح بنفسه أو بواسطة وكيله إلى كتابة الضبط بالمحكمة التي أصدرت الحكم بالاستئناف بنفسه أو محاميه أو وكيل خاص بالتفويض، ويرفق التفويض بالمحرر، ويقيد الاستئناف في سجل الاستئناف، وإذا كان المستأنف لا يستطيع التوقيع ذكر الكاتب ذلك).⁽⁴⁾

ويترتب على الاستئناف أثر ناقل، ومعنى ذلك أن الاستئناف يحيل القضية إلى الجهة الاستئنافية، فتنتظر في الدعوى بناء على إجراءات جديدة، وتنفيد في ذلك بالوقائع التي طرحت أمام محكمة أول درجة، كما تنفد بتفريد الاستئناف وبصفة الحكم المستأنف، ثم تفصل بعد ذلك في الاستئناف.

(5) أنظر المواد 420 من الأمر رقم 66 / 155 و 421 و 423 من القانون رقم 82 / 03.

(1) أنظر المادة 429 من القانون رقم 90 / 24.

(2) دلاندة يوسف: المرجع السابق، ص 79.

(3) أنظر المواد 420 و 418 من الأمر رقم 66 / 155.

(4) محمد حزيط: المرجع السابق، ص 207.

تطبق أمام المجلس القضائي القواعد المقررة للمحاكم، مع مراعاة ما ورد من استثناء، ويتم الفصل في الاستئناف في الجلسة بناء على تقرير شفوي من أحد المستشارين، ويستجوب المتهم، ولا تسمع شهادة الشهود إلا بأمر المجلس وتسمع أقوال أطراف الدعوى، حسب الترتيب التالي المستأنفون فالمستأنف عليهم، وفي حالة تعدد المستأنفون والمستأنف عليهم، فللرئيس تحديد دور كل منهم من إبداء أقواله، وتبقى للمتهم دائما الكلمة الأخيرة.⁽¹⁾

يبدو أن دور الدفاع أمام الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي جد مهم أيضا؛ لأنه يطرح القضية على الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي كجهة استئناف للحكم؛ لحماية حقوق موكله وتحقيق العدالة، حيث أقر المشرع الجزائري تطبيق الأحكام المطبقة على المحاكم على الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي.

⁽¹⁾ أنظر المواد 430 و431 من الأمر رقم 66 / 155.

خاتمة

خلال هذه الدراسة تم التوصل إلى جملة من النتائج، أهمها ما يلي:

للدفاع دور مهم في حماية حقوق المتهم وتحقيق العدالة، فحول له المشرع الجزائري أداء دوره أمام جميع الجهات القضائية، وذلك في إطار ما ينص عليه التشريع، وهذا ما يسهم في الاستجابة لتطلعات المتقاضين والدفاع.

دور الدفاع أمام قاضي التحقيق يكاد يكون غير موجود، فهو ينحصر في توجيه الأسئلة والسهر على احترام القانون، بينما يتسع دوره أمام غرفة الاتهام، حيث حول له المشرع الجزائري الاستئناف في بعض أوامر قاضي التحقيق، وهذا يساعد على حماية الحقوق وحرية المتهم.

دور الدفاع جد فعال ومهم أمام المحاكم، سواء كانت محكمة الجناح والمخالفات، أو محكمة الجنايات، فهو يمثل المتهم ويسهم في الدفاع ومعاونة المتهم، وإيداع المذكرات والاستئناف، وحضور الاستجواب والمرافعات، ورد القضاة وطرح الأسئلة، وإبداء الشرح، غير أن دور الدفاع لا يحمى بآليات قانونية لتفعيله أكثر ليستجيب مع تطلعات الدفاع والمتقاضين كعدم تمكين الدفاع من معرفة السيرة الذاتية للمحلفين لتمكينه من رد المحلفين بصورة ناجعة، وعدم تفعيل الوسائل التكنولوجية والمتطورة في مجال التواصل بين الجهات القضائية والدفاع والمتقاضين في مجال التبليغ، وبين المحبوس ودفاعه، وهذا يعد قصور في التشريع الجزائري في الاستجابة لتطلعات المتقاضين والدفاع.

لم يخول المشرع الجزائري للدفاع استئناف الأحكام الصادرة عن محكمة الجنايات، كما أن أحكامها غير مسببة تسبباً كافياً، وهذا يعد قصوراً في التشريع الجزائري.

دور الدفاع أمام الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي جد مهم أيضاً؛ لأنه يطرح القضية على الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي كجهة استئناف للحكم؛ لحماية حقوق موكله وتحقيق العدالة، حيث أقر المشرع الجزائري تطبيق الأحكام المطبقة على المحاكم على الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي.

وبناء على هذه النتائج، تم التوصل إلى جملة من المقترحات، أهمها ما يلي:

— تسبب أحكام محكمة الجنايات، والسماح للدفاع باستئنافها.

— إقرار استئناف الدفاع لجميع أوامر قاضي التحقيق.

— تحديد أجل إصدار غرفة الاتهام لقراراتها، في حالة استئناف الدفاع لأوامر قاضي التحقيق، والتي لم يحدد المشرع الجزائري لأغلبها أجل لإصدار القرار من قبل غرفة الاتهام.

— تفعيل الوسائل المتطورة والتكنولوجيا في تبليغ الأوامر من قبل الجهات القضائية.

— تفعيل الوسائل المتطورة والتكنولوجيا للتواصل بين الدفاع والمتهم أو المحبوس في المؤسسة العقابية.

— حضور الدفاع أثناء إجراء الخبرة ومناقشتها مع الخبير قبل الجلسة.

__ استبعاد السلطة التقديرية لقاضي التحقيق في الاستجابة لطلب تعيين خبير.

__ تمكين الدفاع من السيرة الذاتية للمحلفين قبل الجلسة، لتمكينه رد المحلفين ردا فعالا.

__ لا بد أن يكون المحلفون مختصون في العلوم القانونية.

قائمة المصادر والمراجع

__ أحسن بوسقيعة: التحقيق القضائي، الطبعة الثامنة، الجزائر، دار هومة، 2009.

__ دلاندة يوسف: التنظيم القضائي الجزائري، الطبعة الأولى، الجزائر، دار هومة، 2006.

__ طاهري حسين: الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة الثالثة، الجزائر، دار الخلدونية، 2005.

__ محمد حزيط: مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الطبعة التاسعة، الجزائر، دار هومة، 2008.

__ فضيل العيش: شرح قانون الإجراءات الجزائية _ بين النظري والتطبيقي _ الجزائر، مطبعة بدر.

__ مقران معاشو عمر: (الجهات القضائية الجزائية في القانون الجزائري)، مجلة المحاماة، العدد 01، الجزائر، ماي 2004.

__ الأمر رقم 155 /66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

__ القانون رقم 03 /82 المؤرخ في 13 فبراير 1982 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

__ القانون رقم 24 /90 المؤرخ في 18 غشت 1990 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

__ القانون رقم 10 /95 المؤرخ في 25 فبراير 1995 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

__ القانون رقم 08 /01 المؤرخ في 26 يونيو 2001 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

__ القانون رقم 14 /04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

__ القانون رقم 22 /06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

صور الحماية الجزائرية البيئية في القانون الجزائري

أ. جدي وفاء

باحثة في صف الدكتوراه - كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة سيدي بلعباس - الجزائر

wafaa2200@outlook.fr

الملخص

يتميز قانون حماية البيئة بأنه قانون له ذاتيته الخاصة التي تجعله مختلف عن باقي القوانين، لذا تحظى الحماية البيئية باهتمام علمي واضح، على كافة الأصعدة الوطنية والدولية، خاصة في ظل حجم الجرائم والاعتداءات وما ينجم عنها من أضرار على المجال البيئي.

ولأن موضوع البيئة ليس فقط عنوانا لموضوع يناقش مع غيره من الموضوعات وإنما بات يشكل ازمة راهنة يعيشها كل فرد منا في حياته اليومية خاصة في غياب الثقافة التوعوية البيئية الصحيحة، تعد حماية البيئة عملا ذا مصلحة وطنية تهدف بالدرجة الأولى الى المحافظة على التوازن البيئي ، وفي هذا الصدد أولى المشرع الجزائري عناية كبيرة في مجال الحماية البيئية، وذلك باتخاذ مجموعة من الإجراءات والنصوص الردعية والوقائية وذلك في سبيل تعزيز سبل التطبيق و الجزاء الكفيل بردع كل مخالف.

Résumé

Une loi de protection de l'environnement que la loi a des difficultés particulières qui la rendent différente des autres lois, donc l'intérêt global de protection de l'environnement est clair, tous les niveaux nationales et internationales, en particulier compte tenu de l'ampleur des crimes et les attaques et les dommages environnementaux qui en résultent.

Parce que l'environnement n'est pas seulement le titre du sujet afin de discuter d'autres sujets, mais est devenue une crise actuelle vécue par chacun de nous au quotidien, surtout en l'absence de culture de sensibilisation à l'environnement approprié, la protection de l'environnement, conformément à l'intérêt national de préserver l'équilibre écologique. À cet égard la considérable de législateur algérien soin dans le domaine de la protection de l'environnement en adoptant une série de mesures et de dispositions préventives et dissuasives pour améliorer l'application et votre ordinateur de poche Palm pour dissuader les criminel chaque dissident.

الكلمات المفتاحية: الحماية الجزائرية، الحماية المدنية، العقوبات الاصلية، العقوبات التكميلية...

مقدمة

بعدما أضحى العالم يواجه مشكلات تراجع وتناقص مدخراته من الموارد الطبيعية بعد الظهور الكثير لمشاكل التلوث البيئي وخطر الانقراض للعديد من أنواع الكائنات الحية ، أصبحت البيئة وقضاياها وإدارتها وحمايتها تستقطب اهتمام العالم أجمع ، حيث أصبح الجانب القانوني للمجال البيئي من أهم المواضيع في مجال الدراسات القانونية، كون ان أي موضوع يخص البيئة لا يمكن اعتباره موضوعا مستوفيا لجميع الجوانب لاتساع مجاله وتشعبها ، وان كان المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في اطار التنمية المستدامة ، قد أولى اهتماما وعناية بها ، إلا أن ازدواجه هذه القوانين وامتيازها بالطابع التقني جعلها صعبة التطبيق من طرف الجهات المدنية والقضائية. حيث يعد موضوع حماية البيئة من المفاهيم الواسعة القابلة للتغيير الدائم، لتنوع المجالات التي تجسدها قواعده والتي لا يمكن الإلمام بها مسبقا، لارتباط هذا المفهوم بموضوع آخر ألا وهو التلوث، هذا الخطر الذي يهدد البيئة، خاصة في غياب أي تحديد للمسؤولية المترتبة عن التلوث البيئي في التشريعات البيئية والأخذ بنظرية المخاطر والنصّ عليها بنصّ خاص لكي يتمكن القاضي من تطبيقه.

كل هذا أدى الى انعكاس الخصوصية البيئية وبروز مشاكلها من صعوبات والتي تجعل من مهمة القضاء بحد ذاتها صعبة من حيث كيفية تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية او حتى الجزائية عن الضرر البيئي، وهذا ما يفسر واقع الحال الذي يفرض علينا القول بان الآلية القضائية والمدنية في موضوع حماية البيئة ضمن منظومة القضاء الجزائري مغيبة جداً بشكل لافت.

وإذا كانت الحماية المدنية للبيئة، لم يشر إليها المشرع الجزائري في القانون المدني، ولا في القوانين الأخرى، فالجريمة البيئية كغيرها من الجرائم تمتاز بضعف ركنها المعنوي.

وبما أن الطبيعة الخاصة للحماية اللازمة للبيئة تتطلب إخضاعها لأنواع متباينة من الحماية، فان تسليط الضوء على صور هذه الحماية سواء المدنية والجزائية في ظل التشريع الجزائري وانعكاساتها على البيئة، ما يجعلنا نتساءل حول ما مدى امتداد حدود هذه الحماية الجزائية المقررة في ظل التشريع الجزائري؟ وما مدى فعاليتها في الواقع؟

حيث تهدف هذه الدراسة الى الإجابة على مختلف هاته التساؤلات وذلك من خلال بحثين سوف نتطرق في

المبحث الأول الى صور الحماية البيئية في القانون الجزائري اما في

المبحث الثاني سنتكلم حول هاته العقوبات الردعية المقررة لهذه الحماية.

المبحث الأول: صور الحماية البيئية في القانون الجزائري

نظراً لتنوع صور المساس بالبيئة والتي تتطلب الطبيعة الخاصة لحمايتها إخضاعها لنظام يتلاءم والمصالح المتعلقة بها، أصبح من الضروري تنوع الجزاءات المترتبة عليها. لذلك تعد الحماية الجزائية الجنائية والمدنية من أهم الجزاءات غير الإدارية التي تجر لها تطبيقاً واسعاً في نطاق تشريعات حماية البيئة.

المطلب الأول: الحماية الجزائية المدنية

تهدف الجزاءات المدنية البيئية الى حماية البيئة. والتي تمثل بذلك الأثر الذي يترتب على المسؤول عن الضرر نتيجة مخالفته لقاعدة قانونية تحمي مصلحة خاصة¹، وفي التشريعات البيئية تتجسد هذه الجزاءات بتعويض المتضرر عما لحقه من ضرر بمقتضى حكم قضائي، والذي يتفاوت بين التعويض العيني والتعويض النقدي. وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري، لا نجد قواعد خاصة لتنظيم المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، وكذلك الأمر بالنسبة للقانون رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة² والقوانين الخاصة الأخرى، وهذا ما يؤدي إلى وجود عقبة في سبيل حصول المضرور من التلوث البيئي أو غيره من مظاهر التعدي على البيئة، على التعويض اللازم لجبر الضرر.

وإن كانت هذه الصعوبة في تقرير المسؤولية في مجال حماية البيئة لم تظهر على الصعيد الداخلي فقط، بل ظهرت أيضاً على الصعيد الدولي، لكونها ما زالت محل خلافات فقهية، وهذا راجع للطبيعة الخاصة التي يتسم بها هذا الضرر البيئي.

الفرع الأول: الضرر البيئي

يعد الضرر طبقاً للقواعد العامة من الشروط الرئيسية لقيام المسؤولية المدنية، فمجرد توفر الخطأ وحده غير كافي للرجوع على مرتكب الفعل بالتعويض، فلا بد من أن ينتج عن الفعل ضرر حتى تقوم المسؤولية المدنية، وهذا ما قرره المشرع الجزائري طبقاً لما ورد في نص المادة 124 من القانون المدني والتي تنص على انه: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"³.

¹ ماهر عادل الألفي، الحماية الجنائية للبيئة، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص 409.

² القانون رقم 10/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 سنة والمتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة الجريدة الرسمية، عدد 43.

³ المادة 124 من قانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/7 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني.

كما وتعد الأضرار التي تصيب البيئة أضرار واسعة النطاق ولا تقتصر على الإنسان فقط بل تمتد الى الكائنات الحية الأخرى، كما وقد تؤدي أحيانا إلى تدمير البيئة، وهذا وبلا شك من أخطر أنواع الضرر البيئي لأنه ضرر غير قابل للإصلاح على اعتبار ان ما يدمر من عناصر الطبيعة لا يمكن إعادته من جديد رغم الحاجة الماسة له¹. غير ان هنالك شروط يجب تحققها في الضرر حتى يمكن تعويضه، فالضرر وجب ان يكون محققا أو مؤكدا الوقوع، أي ألا يكون محتملا، كما يجب أن يكون الضرر شخصيا ومباشرا، والمتضرر وحده يستطيع المطالبة بحقه في التعويض ورفع دعوى المسؤولية المدنية ولا يحق لغيره.

كما ولكي يكون الضرر قابل للتعويض لا بد أن يمس حقا مكتسبا يحميه القانون، وفي هذه الحالة لا يكفي أن يكون للمتضرر مصلحة أدى الفعل الضار إلى المساس بها فحسب، وإنما يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة يحميها القانون.

وفي المجال البيئي يعد الضرر ذو خصائص معينة، تجعله يختلف عن الضرر المنصوص عليه في القواعد العامة للمسؤولية الحديثة وتمثل هذه الخصائص في كونه ضرر غير شخصي، وغير مباشر بالإضافة إلى كونه صنف جديد، كونه يتعلق بشيء لا يملكه شخص معين وإنما يمس شيء مستعمل من قبل الجميع.

الفرع الثاني: التعويض

كما هو معلوم أن التعويض كجزاء مدني تنفيذي هو دفع مبلغ من النقود لمن لحقه ضرر من جراء الفعل او النشاط المخالف للقانون²، والتعويض هو الأثر الذي يترتب على تحقق المسؤولية، ومتى تحقق ذلك كان للمتضرر الحق في رفع دعوى للمطالبة.

فكلما تحقق الضرر ثبت حق المتضرر في التعويض، وقد نص القانون المدني الجزائري على هذا النوع من التعويض في نص المادة 164 من القانون المدني على انه: "يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا".

وطبقا للقواعد العامة يشمل تقدير التعويض على عنصرين: هما الخسارة التي لحقت بالمتضرر والكسب الذي فاتته، ولا يدخل في تقدير التعويض أن يكون الضرر متوقعا أو غير متوقع، ففي المسؤولية التقصيرية يشمل التعويض كل ضرر متوقعا كان أو غير متوقع.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ التعويض الكامل للضرر، والذي يعني أن التعويض يجب أن يغطي كل الضرر الذي أصاب المتضرر، والذي يغطي كافة الأضرار المادية والمعنوية.

¹ ياسر محمد فاروق المنيوي، المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، دار الجامعة الجديدة ، 2008، ص 409.

² عدنان إبراهيم السرحان ، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية بحث منشور على الموقع الالكتروني ،

والتعويض طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية هو على نوعين: فقد يكون عيناً أو نقداً، إلا أن المشرع قد منح للقاضي السلطة التقديرية في تحديد طريقة التعويض، تبعاً لطبيعة الضرر وظروف القضية، فهناك أضرار تمكن المتضرر من طلب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر وعلى المحكمة في هذه الحالة الحكم بهذا الشكل من أشكال التعويض وهو ما يسمى بالتعويض العيني.

أما إذا كان إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر أمراً مستحيلاً، ففي مثل هذه الحالة يتم جبر الضرر بالنقود وهو ما يسمى بالتعويض النقدي.

والتعويض النقدي عن الأضرار البيئية مقتضاه إلزام المسؤول عن الضرر البيئي بموجب حكم قضائي بدفع مبلغ مناسب من النقود للمتضرر من فعل التلوث البيئي بسبب ما لحقه من ضرر.¹

وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري في القانون رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، نجد أنه قد اعتبر أن نظام إرجاع الحال إلى ما كان عليه مرتبط بالعقوبة الجزائية،

فمثلاً تنص المادة 102 من القانون رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة على أنه: "يعاقب بالحبس لمدة سنة واحدة وبغرامة قدرها خمسمائة ألف دينار (500.000 دج) كل من استغل منشأة دون الحصول على الترخيص. كما يجوز للمحكمة الأمر بإرجاع الأماكن إلى حالتها الأصلية في أجل تحدده".

ومهما يكن فإن تقرير المسؤولية يؤدي إلى منح التعويضات المالية، والتي لا تلقى ترحيباً واسعاً في مجال حماية البيئة، وإن كان خير تعويض في هذا المجال هو إعادة التوازن البيئي.²

المطلب الثاني: الحماية الجزائية للبيئة

تهدف الحماية الجزائية إلى تحقيق الردع، والجريمة البيئية كغيرها من الجرائم تحتاج إلى توفر أركان لقيامها كالركن الشرعي والركن المادي والمعنوي، وإن كانت الجرائم البيئية تمتاز بضعف ركنها المعنوي، ذلك أن وقوع السلوك الإجرامي وحده يؤدي إلى المساس بالبيئة دون النظر إلى إرادة مرتكبها.

أولاً: الركن الشرعي للجريمة البيئية

يتمثل الركن الشرعي في جرائم البيئة عندما يكون الفعل المرتكب يشكل جريمة في نظر القانون، لأنه يشكل اعتداء على مصالح يهدف القانون إلى تحقيقها، ولقد أحسن المشرع الجزائري عندما قام باستخدام عبارة اعتداء لتشمل جميع الأفعال، إيجابية كانت أو سلبية مادام أنها تستهدف البيئة بعناصرها الثلاث البرية والمائية وحتى الجوية.

¹ عادل الألفي، المرجع السابق، ص 410.

² طاشور عبد الحفيظ، نظام إعادة الحالة إلى ما كانت عليه في مجال حماية البيئة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ص 123 وما بعدها.

و بما أنه لا يمكن تجريم عمل ما إلا بنص قانوني وهذا احتراماً لمبدأ الشرعية والذي ينص عليه قانون العقوبات في المادة الأولى منه على أنه لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن الا بنص قانوني.¹

فالمشرع الجزائري كغيره من المشرعين الذي اخذوا بمبدأ الحيطة في مجال حماية البيئة والذي تم النص عليه صراحة بموجب القانون رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في اطار التنمية المستدامة ، والذي يقتضي توفير الحماية الجنائية للبيئة ، حيث سعى المشرع من خلال النص الجنائي الى قمع الاعتداء على البيئة من خلال زجر الإضرار بها، و بعدم تمكين الجانح من الإفلات من العقاب وهذا بعد وقوع الضرر البيئي والذي غالباً ما يكون ضرراً مستمراً .

ثانياً: الركن المادي للجريمة البيئية

يقصد بالركن المادي للجريمة من الناحية القانونية: كل سلوك إنساني يترتب عليه نتيجة يعاقب عليها القانون الجنائي²، حيث يعد الركن المادي من أهم أركان الجريمة البيئية التي تتميز بضعف ركنها المعنوي، فطبيعة النصوص البيئية التنظيمية تجعل من مجرد الامتناع عن تنفيذ الأحكام جريمة قائمة في حد ذاتها كأن تكون جرائم بيئية بالامتناع، أو أحيانا عبارة عن جرائم بيئية بالنتيجة.

أما السلوك الاجرامي فهو نفس السلوك الذي يمكن تطبيقه على مستوى الجرائم البيئية مع التغيير فقط في نتيجة سلوك الجاني التي يرمي إلى المساس بالمصالح البيئية، والذي يرتبط هذا السلوك عادة في جرائم تلويث البيئة بنتيجة محظورة تسبب إخلالاً أو تغييراً في البيئة أو الوسط الطبيعي (مائي ، هوائي ، غذائي) ويتخذ إحدى الصور الآتية :

1 - السلوك الإجرامي الإيجابي : ويتجسد هذا السلوك بتلويث المياه و إلقاء المخلفات في البحار والأنهار والشواطئ ومجاري المياه ، وقد عرف القانون الوضعي الجزائري للبيئة رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في اطار التنمية المستدامة في المادة 32 منه فعل التلويث الذي يصيب المحيط الجوي، بأنه: " كل إفراز للغازات والدخان أو جسيمات صلبة أو سائلة أو وكالة أو سامة أو ذات الروائح في المحيط الجوي، والتي من شأنها أن تزعج السكان وتعرض الصحة أو الأمن العام للضرر، أو تضر بالنبات والإنتاج الفلاحي والمنتجات الفلاحية الغذائية، وبالحفاظ على البنايات والآثار أو بطابع المواقع."

وبالتالي نكون أمام جريمة بيئية إيجابية بالامتناع عند عدم تطبيق النص البيئي المعمول به، بغض النظر عن تحقيق نتيجة عن ذلك، حيث أن الفعل الذي يؤدي إلى تحقيق النتيجة التي يسعى المشرع من وراء تجريمه لهذه الأفعال هو الخيلولة دون وقوعها، فيكون هذا الفعل بتلويث البيئة ويتحقق فعل التلويث بإضافة مواد ملوثة إلى وسط بيئي معين، وهذا يعني أن السلوك الإيجابي يتجسد في فعل التلويث.³

¹ قانون رقم 06-23 ماضي في 20 ديسمبر 2006 المؤرخ في 24 ديسمبر 2006، يعدل ويتم الامر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 84.

² عبد الأحد جمال الدين، النظرية العامة للجريمة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، الجزء الأول، ص 305

³ محمد حسين عبد القوى، الحماية الجنائية للبيئة الهوائية، دار النسر الذهبي للطباعة، بيروت، لبنان، طبعة، 2002، ص 11.

2- السلوك الإجرامي السلبي ويحتل هذا السلوك في القانون مكانة هامة في جرائم تلويث البيئة، حيث تحتل جرائم الامتناع في منظومة جرائم تلويث البيئة مكاناً بارزاً فيه ، ذلك أن مقتضيات حماية البيئة تفرض التوسع في فرض التزامات على الأفراد والمنشآت بالقيام بأفعال معينة أو اتخاذ احتياطات محددة أو مراعاة مواصفات فنية خاصة يتطلبها تحقيق هذه الحماية¹، ويمكن تعريف هذا السلوك السلبي بأنه: "إحجام أو امتناع شخص عن الإتيان بفعل أو عمل أوجب القانون عليه القيام به ، أو بمعنى آخر أن يكون هناك واجب قانوني على الشخص بإتيان السلوك الذي امتنع عنه"².

3- النتيجة الإجرامية.

بخلاف جرائم الامتناع لا تقع الجرائم البيئية بالنتيجة إلا بوجود اعتداء مادي على إحدى المجالات البيئية سواء كان ذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة، والمجال الخصب لهذا النوع من الجرائم هو الاعتداء المادي على الثروة الحيوانية والنباتية والثروة البحرية حيث تتطلب بعض جرائم تلويث البيئة تحقيق نتيجة مادية معينة كأثر للسلوك الإجرامي الصادر عن الجاني حتى يمكن القول بقيامها، وتكامل أركانها.³

كما أنه يشترط لقيام الجريمة البيئية وجود علاقة سببية بين الفعل الجانح والضرر البيئي، فيعد توافرها أمر ضروري لتابعة الجانح عن أفعاله. ويطلق على هذه الجرائم اسم جرائم الضرر، بحيث تكون النتيجة فيها متميزة بتحقيق ضرر فعلي واقع على المصلحة التي يحميها القانون.⁴

ثالثاً: الركن المعنوي للجريمة البيئية

يعتبر الركن المعنوي في أي جريمة من أهم أركانها والذي يتمثل في نية وإرادة الجاني في ارتكاب الفعل مع علمه بأركان الجريمة، ذلك أن بدون هذا العلم لا يمكن أن تقوم الإرادة الإجرامية التي تقوم على أساس العلم بالقانون الوضعي وبالواقعة الإجرامية.

ويعرف القصد الجنائي أو العمد بأنه: "إرادة النشاط والعلم بالعناصر الواقعية الجوهرية اللازمة لقيام الجريمة وبصلاحية النشاط لإحداث النتيجة المحظورة قانوناً مع توافر نية تحقيق ذلك".⁵

أما عنصر العلم فيقصد به احاطة الجاني بحقيقة الواقعة الإجرامية، من حيث القانون الوضعي، لأنه بدون العلم لا يمكن أن تقوم الإرادة، لأن الإرادة الإجرامية تقوم على أساس العلم بالواقعة الإجرامية، والعلم بالقانون الوضعي.⁶

¹ فرج صالح الهريش، جرائم تلويث البيئة، الطبعة الأولى، 1998، ص 224.

² محمود صالح العادلي، موسوعة حماية البيئة، دار النهضة العربية، مصر، الجزء الثاني، ص 52.

³ سمير عالية، شرح قانون العقوبات القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2002، ص 219.

⁴ عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2009، ص 213.

⁵ محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص 357.

⁶ عبد الاحد جمال الدين، المرجع السابق، ص 332.

وبالرجوع الى قانون البيئة وعند استقراء النصوص القانونية الخاصة بها، نجد أن الركن المعنوي مفتقر في أغلبها، بحيث لا نجد ما يشار إليه مما يجعل أغلب الجرائم البيئية جرائم مادية، تستخلص المحاكم الركن المعنوي فيها من السلوك المادي نفسه.

كما ويظهر هذا الضعف الركن المعنوي في جريمة تلويث البيئة خاصة بالنسبة للأشخاص المعنوية، وبالتالي فإن الجريمة التي يرتكبها أعضاء الشخص المعنوي لا يمكن أن تسند إلا لمن ارتكبها شخصيا وهو وحده الذي يتحمل عقوبتها.¹ ذلك ان أساس قيام المسؤولية الجزائية في جرائم تلويث البيئة تعتمد على علم الجاني الى توقع النتيجة الاجرامية بعناصرها المحددة قانونا بان يعلم ان النتيجة سوف تترتب بوصفها عنصرا مباشرا لفعله، ففي جريمة تلويث البيئة المائية، مثلا، يجب أن يتوقع الجاني حدوث النتيجة الاجرامية في حالة رمي المواد الضارة أو النفايات أو المخالفات في المياه، ذلك أن القصد الجنائي لا يمكن أن يتوافر في هذه الجريمة إذا لم يتوقع النتيجة الاجرامية بناءً على السلوك الاجرامي.²

المبحث الثاني: العقوبات الردعية المقررة لحماية البيئة

تعتبر الأساليب الوقائية والمتمثلة في الجزاءات التي نص عليها المشرع الجزائري احدى الطرق لردع الاعتداء على البيئة والحد من أثار المخالفات التي وقعت وأحدثت اعتداءات على المجال البيئي ، وفي هذا الصدد تتنوع الجزاءات والتدابير المنصوص عليها في القانون الجنائي للبيئة لأجل مواجهة جرائم الجنوح البيئية، فالتوجه الحديث للمشرع الجزائري في القانون رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، هو تشديد العقوبات عموماً في مجال الجنوح البيئية، إلا أنه تختلف في كفاءات مواجهة الخطورة الإجرامية للجناح البيئي على ضوء أحكام قانون العقوبات والقانون الجنائي للبيئة خصوصاً.

لذا يقصد بالجزاء الجنائي ذلك الجزاء الذي ينص عليه القانون ليطبق على كل شخص يثبت ارتكابه للجريمة،³ فعلى الرغم من الطابع الاداري لقانون حماية البيئة إلا انه تضمن بعض العقوبات الجنائية التي تطبق على جرائم تلوث البيئة.

المطلب الأول: العقوبات الأصلية

ولأنه لن تحقق الحماية البيئية الفعالية الكافية لمواجهة كل الاعتداءات البيئية إلا بوجود نصوص قانونية⁴، فقد نص المشرع الجزائري في هذا الصدد على بعض الجزاءات الجنائية المقررة لجرائم تلوث البيئة وتمثل اما في عقوبات سلبية للحرية والتي تتمثل بالسجن او الحبس او الإعدام، أو عقوبات ادارية مالية وتمثل في الغرامة والمصادرة، وتعكس لنا هذه العقوبات خطورة الجناح، ونوع الجريمة البيئية المرتكبة بين جنائية، جنحة أو مخالفة.

¹ عبد الرؤوف مهدي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية، دار الفكر العربي، ص 481.

² عادل ماهر الافي، المرجع السابق ص 324 وما بعدها.

³ عادل عبد العال خراشي، جريمة التلوث الضوضائي وموقف الفقه الإسلامي منها، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، عابدين، 2008، ص 7.

⁴ سليمان عبد المنعم، نظرية الجزاء الجنائي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 1999، ص 52.

الفرع الأول: العقوبات السالبة لحرية الإنسان

أولاً : عقوبة الحبس: لا تطبق هذه العقوبة إلا إذا كنا بصدد جنحة أو مخالفة بيئية، ومن خصائصها أنها عقوبة مؤقتة سالبة للحرية، وتعني " :وضع المحكوم عليه في أحد السجون المركزية مدة العقوبة المقررة . والأصل أن هذا الإجراء عادة ما يتقرر للجرائم من الجنح والمخالفات دون الجنايات"¹.

وما يلاحظ أن أغلب عقوبات الجرائم البيئية في التشريعات الخاصة بحماية البيئة في الجزائر أخضعها المشرع لعقوبة الحبس، سواء اعتبرها جنحة أو مخالفة. ومن امثلة هذه العقوبات ما تنص عليه المادة 81 من القانون رقم 10/03 المتعلق بقانون بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، على أنه: " يعاقب بالحبس من عشر(10) أيام إلى ثلاثة(3) أشهر على كل من تخلى أو أساء معاملة حيوان داجن أو أليف أو محبوس، في العفن أو الخفاء، أو عرضه لفعل قاس، وفي حالة العود تضاعف العقوبة."

ثانياً : عقوبة السجن: وهي العقوبة التي تقيد من حرية الشخص، وهي مقررة للجرائم الموصوفة بأنها جنائية. وتعتبر عقوبة السجن من أهم العقوبات الجدية في حماية البيئة نظراً لصعوبتها على النفس أكثر من الغرامة. ومن النصوص التي أشار فيها المشرع لعقوبة السجن المؤقت، ما تضمنه قانون العقوبات في المادة 2/432 التي تعاقب الجناة الذين يعرضون أو يضعون للبيع أو يبيعون مواد غذائية أو طبية فاسدة بالسجن المؤقت من عشر(10) إلى عشرين (20) سنة إذا تسببت تلك المادة في مرض غير قابل للشفاء أو في فقدان استعمال عضو أو في عاهة مستديمة."

ثالثاً : عقوبة الإعدام: تعتبر عقوبة الإعدام نادرة في التشريعات البيئية الجزائرية نظراً لخطورتها. ومن الأمثلة على ما نص عليه المشرع على عقوبة الإعدام في قانون العقوبات، في حالة ما تم الاعتداء على المحيط أو إدخال مادة أو تسريبها في الجو أو في باطن الأرض أو في المياه بما فيها المياه الإقليمية، والتي من شأنها جعل صحة الإنسان أو الحيوان أو البيئة الطبيعية في خطر.²

الفرع الثاني: العقوبات الإدارية المالية

يعبر على العقوبة البيئية في هذا الصدد بأنها تلك الجزاءات التي تظال الذمة المالية لمرتكب المخالفة البيئية بشكل مباشر كما وتعد من أهم صور الجزاءات الادارية الذي تلجأ إليه سلطات الضبط لحماية البيئة ومواجهة أي إخلال او حرق للقوانين واللوائح البيئية.³

¹ انظر المادة 87 مكرر و87 مكرر 1 من القانون رقم 06-23 المتعلق بالعقوبات.

² محمد سعد فودة، النظرية العامة للعقوبات الادارية (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 114. بتصرف

³ سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص54.

أولاً : الغرامة: تعرف الغرامة كجزء إداري مالي بأنها مبلغ من النقود تقرره جهة الإدارة المختصة وتفرضه على المخالف بدلاً عن ملاحظته جنائياً عن المخالفة، وتعد الغرامة من أنجع العقوبات، فهي عقوبات ذات طبيعة مزدوجة جنائية مدنية، فهي تجمع بين معنى العقاب وفكرة التعويض.¹

وإن كانت الأهمية التي تحتلها عقوبة الغرامة بالنسبة للحماية الجنائية للبيئة في القانون هي ناتجة عن ملائمة هذه العقوبة مع الجرم ومع الجاني على حد سواء، فمن بين خصائص هذه العقوبة أنها قد تأتي في شكل عقوبة أصلية مقررة على الفعل المجرم، كما في قانون الغابات رقم 12/84 والتي تنص المادة 79 منه على: " أنه يعاقب بغرامة من 1000 دج إلى 3000 دج كل من يقوم بتعرية الأراضي بدون رخصة، ويعاقب بغرامة من 1000 دج إلى 10.000 دج عن كل هكتار كل من قام بتعرية الأراضي في الأملاك الغابية الوطنية."

غير انه في بعض الأحيان تعتبر الغرامة من المساوئ السلبية التي يمكن للقانون أن يفرضها، كون أغلب الجرائم البيئية جرائم ناجمة عن نشاطات صناعية تهدف إلى تحقيق مصلحة اقتصادية²، فان أغلب الجانحين البيئيين هم من المستثمرين الاقتصاديين، وهؤلاء المستثمرين الملوذين للبيئة يقومون بدفع مبلغ الغرامة طواعية كما لو كانت جزءاً من تكاليف الإنتاج المألوفة عندهم، وبالتالي فإن فرضها على هؤلاء الأفراد لا قيمة له من الناحية الواقعية.

المطلب الثاني: العقوبات البيئية التبعية والتكميلية

تأتي هذه العقوبات في الدرجة الثانية بعد العقوبات الأصلية وهي:

الفرع الأول: العقوبات التبعية:

لا نكون بصدد هذا النوع من العقوبات إلا إذا كنا بصدد جناية بيئية، والجنابات البيئية في التشريعات البيئية كما رأينا سابقاً تعد قليلة، كون أغلب الجرائم هي جنح أو مخالفات، وقد نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 09 من قانون العقوبات على هذه العقوبات التكميلية وذلك على سبيل الحصر³،

حيث لا يمنع تطبيق هذه العقوبات في حالة وقوع مخالفات جسيمة في المجال البيئي مثل ما نص عليه المشرع في المادة 66 من القانون رقم 19/01 والمتعلق بتسيير النفايات وإزالتها.⁴

كما ويعد **الحجر القانوني** أبرز هذه العقوبات، والذي يمكن تطبيقها على الجانح البيئي، ونعني به منع المجرم من حقه في إدارة أمواله طيلة مدة العقوبة، إلى جانب الحرمان من الحقوق الوطنية وهذه العقوبة تطبق بقوة القانون.

الفرع الثاني: العقوبات التكميلية:

¹عبد اللطيف جواد، الحماية الجنائية للهواء من التلوث-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص 88.

²سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 99 وما بعدها.

³راجع نص المادة 9 ومادة 9 مكرر 1 من قانون رقم 06-23، والمتضمن قانون العقوبات،

⁴القانون رقم 01-19 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 والمتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها، الجريدة الرسمية عدد 77.

هذا النوع من العقوبات تكمل العقوبة الأصلية، ومن أهم هذه العقوبات والتي يمكن أن تؤدي دورا هاما في مواجهة الجنوح البيئي نجد:

1- المصادرة: يقصد بالمصادرة كجزاء إداري نقل ملكية مال معين من صاحبه جبراً الى ملكية الدولة دون مقابل وهي جزء عيني وان كان محلها مبلغ من المال أو هي إجراء الغرض منه تملك الدولة أشياء مضبوطة ذات صلة بالجريمة قصرا عن صاحبها ومن غير مقابل¹ وتعد المصادرة الادارية من ضمن الجزاءات الادارية المالية التي تأخذ بما الأجهزة الادارية لحماية البيئة كونها جزء عيني ينصب على الشيء محل المخالفة البيئية أكثر من اتجاهها نحو الشخص المخالف²، فقد يحدد القانون الأشياء التي ترد عليها المصادرة والتي تشكل مصدر التلوث مثل المواد المشعة او شحنات الأغذية الفاسدة وكذلك بعض أنواع المبيدات المحظورة .

وإذا كان الأصل في المصادرة أنها جزء جنائي³، فإن ذلك لا يمنع من تقريرها كجزاء إداري مالي، يمكن للإدارة طبقاً لنص القانون ان تقررها كجزاء إداري تكميلي او تبعي.

ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 170 من قانون المياه رقم 12/05 على أنه يمكن مصادرة التجهيزات والمعدات التي استعملت في إنجاز أبار أو حفر جديدة أو أي تغييرات بداخل مناطق الحماية الكمية.

2- حل الشخص الاعتباري: أي منعه من الاستمرار في ممارسة نشاطه طبقاً للمادة 17 من قانون العقوبات، غير انه يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يأخذ عقوبة حل الشخص المعنوي كعقوبة أصلية تماشياً مع الاتجاه الحديث الذي أصبح يأخذ بالمسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية.

¹ لقمان بأمون ، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي عن جريمة تلويث البيئة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة ورقلة، 2012، ص14.

² محمد سعد فودة، المرجع السابق، ص 115.

³ ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 148.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة الوجيزة لصور الحماية الجزائية البيئية في القانون الجزائري، يمكننا القول انه وبالرغم من النصوص القانونية الردعية والهادفة التي اقراها المشرع لحماية البيئة في جميع القطاعات.

نجد ان هناك قصور في امتداد هذه الحماية ، سواء كانت من الناحية المدنية في ظل الصعوبات التي لا توجد عند عدم تحديد أساس المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، أو حتى سواء من خلال الحماية الجزائية والتي تتجسد في ضعف النصوص القانونية العقابية ، التي لا تتناسب لا مع نوعية الجرائم البيئية المقررة لها، ولا مع حجم الأضرار الناجمة عنها ، الامر الذي يجعل مهمة تحقيق غاية الجزاء في الردع والإصلاح في قانون حماية البيئة بدون فعالية وبحاجة الى ضرورة التوعية والتربية البيئية الصحيحة ، وهذا بمشاركة الجميع بدون استثناء بهدف الوصول الى سبل تحقيق الحماية البيئية والحفاظ عليها.

قائمة المراجع

1. القانون رقم 10/03 المؤرخ في 19 جمادى الأول عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 سنة والمتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة الجريدة الرسمية، عدد 43.
2. القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني.
3. القانون رقم 06-23 ماضي في 20 ديسمبر 2006 المؤرخ في 24 ديسمبر 2006، يعدل ويتمم الامر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 84.
4. القانون رقم 01-19 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 والمتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها، الجريدة الرسمية عدد 77.
5. القانون رقم 05-12 المؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1426 الموافق 04 غشت سنة 2005 والمتعلق بالمياه.
6. عبد الأحد جمال الدين، النظرية العامة للجريمة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، الجزء الأول.
7. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، الطبعة الاولى، 2009.
8. عبد الرؤوف مهدي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية، دار الفكر العربي.
9. عادل عبد العال خراشي، جريمة التلوث الضوضائي وموقف الفقه الإسلامي منها، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، عابدين، 2008.
10. ماهر عادل الألفي، الحماية الجنائية للبيئة، دار الجامعة الجديدة، 2009.
11. محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.
12. ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
13. محمود صالح العادلي، موسوعة حماية البيئة، دار النهضة العربية، مصر، الجزء الثاني، 2003.
14. محمد حسين عبد القوى، الحماية الجنائية للبيئة الهوائية، دار النسر الذهبي للطباعة، بيروت، لبنان، طبعة، 2002.
15. سمير عالية، شرح قانون العقوبات القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2002.

16. سليمان عبد المنعم، نظرية الجزاء الجنائي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 1999.
17. فرج صالح الهريش، جرائم تلويث البيئة، الطبعة الأولى، 1998.
18. ياسر محمد فاروق المنياوي، المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، دار الجامعة الجديدة , 2008.
19. عدنان إبراهيم السرحان، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية بحث منشور على الموقع الإلكتروني، <http://www.arablawinfo.com>
20. طاشور عبد الحفيظ، نظام إعادة الحالة إلى ما كانت عليه في مجال حماية البيئة، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان.
21. عبد اللاوي جواد، الحماية الجنائية للهواء من التلوث-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون العام ، جامعة الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، 2013-2014.
22. لقمان بآمون، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي عن جريمة تلويث البيئة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة ورقلة، 2012 .