



مجلة الدراسات الحقوقية

مجلة محكمة وأكاديمية متخصصة تصدر عن :- مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة الدكتور الطاهر مولاوي - سعيدة

جوان 2016

العدد الخامس

منشورات

مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية و النصوص الوطنية
وواقعها في الجزائر

ISSN / 2392-4985

طباعة

مكتبة الرشاد للطباعة والنشر - الجزائر
شارع السكة الحديدية / سيدي بلعباس / الجزائر
الهاتف و الفاكس 048 54 66 07
الهاتف 040 41 17 96
المحمول 07 73 39 42 65

مجلة الدراسات الحقوقية

مجلة محكمة وأكاديمية متخصصة تصدر عن :- مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقفها في الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة الدكتور الطاهر مولاي - سعيدة

مدير المجلة / الدكتور أسود محمد الأمين (مدير المخبر)

رئيس التحرير / الدكتور ساسي محمد فيصل

الهيئة العلمية للمجلة

رئيس الهيئة العلمية للمجلة : د / أسود محمد الأمين / جامعة سعيدة / الجزائر.

من خارج الجزائر

أ د/ محمد حاتم بيات - جامعة دمشق / سوريا

أ د/ مازن ليلو راضي - جامعة دهوك / العراق

أ د/ أمل يازجي يعقوب - جامعة دمشق / سوريا

أ د/ فوزي أوصديق - جامعة قطر / قطر

أ د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير - بجامعة عمر المختار - ليبيا

أ د/ جلال خضير الزبيدي - عميد كلية الحقوق للأكاديمية العربية بالبنغازي

1/ خارج جامعة سعيدة

أ د / حاشي يوسف - المركز الجامعي عين تموشنت د / المدهون محمد - جامعة وهران.

أ د / تاجر محمد - جامعة تيزي وزو. د / بن زوش مبروك - جامعة سطيف.

أ د / بن سهلة ثاني بن علي - جامعة تلمسان. د / رواب جمال - جامعة خميس مليانة.

أ د / بن حمودة ليلي - جامعة الجزائر 1. أ د / سنيني محمد - جامعة البليدة 2.

أ د / البقيرات عبد القادر - جامعة الجزائر. د / كيجل كمال - جامعة أدرار.

- أ د / بوسلطان محمد - جامعة وهران . أ د / رابيس محمد - جامعة تلمسان .
 د / الزين ميلوى - جامعة سيدي بلعباس . د / مخلوفي عبد الوهاب - جامعة باتنة .
 أ د / بلقاسم أحمد - جامعة البليدة . د / حسيني مراد - جامعة بشار .
 د / مهداوي عبد القادر - جامعة أدرار . د / باخويا دريس - جامعة أدرار .
 د / بقدار كمال - جامعة معسكر . د / غيتاوي عبد القادر - جامعة أدرار .

2/ داخل جامعة سعيدة

- د / منادي مليكة . د / بوكلي حسن شكيب . د / بدري مباركة .
 د / ساسي محمد فيصل . د / هامل هوارى . د / مغربي قويدر .
 د / إلياس نعيمة . د / نوارى أحلام . د / عمارة فتيحة .
 د / عثمانى عبد الرحمن . د / حمداوي محمد . د / ثابتى بوحانة .
 د / عصموني خليفة . د / باسود عبد المالك . د / ناى عبد القادر .
 د / دويني مختار . د / سعيدى بن يحيى . د / مراح نعيمة .
 د / جعفري نعيمة . د / زيرى رمضان . د / ولد الصديق ميلود .

هيئة تحرير المجلة

الدكتور ساسي محمد فيصل (رئيس التحرير) .

- الدكتور عصموني خليفة . الأستاذة فصراوي حنان . الأستاذ خرشى عمر معمر .
 الأستاذ بلخير طيب . الأستاذة خاطر خيرة . الأستاذة سويلم فضيلة .
 الأستاذة دلال مولاي ملياني .

مجلة الدراسات الحقوقية

مجلة محكمة وأكاديمية متخصصة تصدر عن :- مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص

الوطنية وواقعها في الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة الدكتور الطاهر مولاي - سعيدة

شروط النشر في مجلة الدراسات الحقوقية

تختص المجلة بنشر المقالات والبحوث في مختلف الفروع القانونية بالشروط التالية :

- ❖ احترام القواعد الشكلية والموضوعية والعلمية للنشر.
- ❖ كتابة الورقة البحثية بأسلوب علمي و أكاديمي.
- ❖ لا تقبل إلا الأبحاث التي لم يسبق نشرها و التي لا تكون جزءا من رسائل الدكتوراه أو الماجستير.
- ❖ يجب إرفاق المقال المرشح للنشر بتصريح شرعي مصادق عليه بأن المقال لم يسبق نشره، و أنه لم يرسل للنشر في مجلة أخرى، وأنه غير مستل من مذكرة ماجستير أو أطروحة دكتوراه.
- ❖ تبعث المقالات المرشحة للنشر إلى العنوان البريدي المذكور أدناه مع إرسال المقال في قرص مضغوط مصحوب ب 3 نسخ على ورقة A 4 و التصريح الشرفي المذكور أعلاه والسيرة الذاتية لصاحب المقال. كما يمكن أن تودع كل هذه الوثائق مباشرة على مستوى مقر مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر.
- ❖ تكتب المقالة بنظام " الورد " Word 2003 فيما يخص البحوث باللغة العربية فتكون بنسق كتابة " Traditional Arabic " مقياس 18. أما باللغة الفرنسية فبخط Times New Roman مقياس 14 مع

ترك فراغ بين الأسطر قدره 1.15 سم، وفراغات جوانب الصفحة 2.5 سم، وألا يتجاوز عدد صفحات المقال 15 صفحة.

- ❖ أن يكون التمهيش في آخر المقال وأن يكتب بشكل عادي غير أوتوماتيكي.
- ❖ يتبع عنوان المداخلة باسم ولقب الباحث. و رتبته العلمية. والمعلومات الشخصية الخاص به والضرورية من : " عنوان المؤسسة المستخدمة. البريد الإلكتروني ورقم الهاتف "
- ❖ البحوث تخضع للتحكيم العلمي بحيث تفحص من طرف هيئة علمية متخصصة ولها أن تقبل البحث أو ترفضه، حسب أهميته وقيمته العلمية أو تطالب صاحب البحث بإجراء التعديلات اللازمة.

إن المقالات الواردة في هذه المجلة لا تعبر إلا عن آراء أصحابها

ترسل أو تودع جميع الأعمال والمراسلات إلى العنوان التالي:

مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر.

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الدكتور الطاهر مولاي - سعيذة

ص ب 138 حي النصر - سعيذة

وبشأن أي استفسار يمكن الاتصال عبر :

البريد الإلكتروني : revetudesdroit@gmail.com

أو

هاتف / فاكس : 048 47 16 26

مجلة الدراسات الحقوقية

جوان 2016

العدد الخامس

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
09	مدى تعارض عقوبة الإعدام مع الحق في الحياة في القانون الدولي لحقوق الإنسان بقلم الأستاذة: بن جميل عزيزة جامعة باجي مختار / عنابة
24	مبدأ الأمن القانوني ومقتضيات تحقيقه بقلم الدكتور: دويني مختار كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة سعيدة
39	الإخلال بقواعد المنافسة و الإشهار في الصفقات العمومية بقلم الأستاذة: سعاد تونسي جامعة معسكر
56	متى يكون العقد دوليا؟، وفقا للقانون المقارن والقانون الجزائري بقلم الأستاذ: دربة أمين كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة سعيدة
66	الإشراف القضائي على التنفيذ العقابي في ظل السياسة الجنائية الحديثة بقلم الأستاذ: جباري ميلود كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة سعيدة

93	<p>الحماية المعززة للممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة</p> <p>بقلم الدكتور : عصموني خليفة</p> <p>كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة سعيدة</p>
111	<p>إشكالية الثقافة السياسية والعنف وانعكاساته</p> <p>على</p> <p>حقوق الإنسان في الجزائر</p> <p>بقلم الأستاذ: خروبي شوقي</p> <p>كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة سعيدة</p>
130	<p>تطبيقات الرقابة السياسية في الدساتير الفرنسية</p> <p>بقلم الأستاذ : أسود ياسين</p> <p>المركز الجامعي بلحاج بوشعيب- عين تموشنت</p>
151	<p>الطبيعة القانونية لعقد الخصم البنكي</p> <p>بقلم الأستاذ: شيخ محمد زكرياء</p> <p>جامعة عبد الحميد ابن باديس بمستغانم</p>
164	<p>مجهودات الحد من التمييز الجيني بين الأفراد</p> <p>- دراسة مقارنة في بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي -</p> <p>بقلم الدكتورة : أحمد داود ربيعة</p> <p>كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة تلمسان</p>
184	<p>واقع الرقابة الدولية في مجال المشاركة السياسية</p> <p>بقلم الأستاذة : نهال حاشي</p> <p>جامعة تلمسان - ملحقة مغنية -</p>
204	<p>L'ASSURANCE AÉRIENNE</p> <p>UN MOYEN DE PAYER LA RESPONSABILITÉ DU</p> <p>TRANSPORTEUR AÉRIEN</p> <p>Mr : KHARCHI Omar Maamar</p> <p>Enseignant à l'Université Dr. MOULAY Tahar SAIDA</p>

افتتاحية العدد الخامس

قال تعالى: "وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون وستردون إلى عالم الغيب والشهادة

فينبئكم بما كنتم تعملون" التوبة / الآية 105

من مضمون هذه الآية أبدأ كلمة العدد الخامس لمجلة الدراسات الحقوقية الصادرة عن مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر، المجلة التي تعتبر نتاج عمل فرقة متكاملة من الأساتذة، والذين يسهرون على خروجها في أحسن وجه، وعلى رأسهم الدكتور أسود محمد الأمين مدير المخبر ومدير المجلة والذي بلا مجاملة يعتبر صاحب الفضل بعد الله عز وجل في وجود هذه المجلة، كثرة من ثمرات المخبر الذي سعى جاهدا في وجوده وبقائه وتطوره .

وأفتخر كثيرا كوني عضوا في مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر، الذي يعتبر دون مبالغة قلعة من قلاع المعرفة، تحتضن كل باحث ومحِب للعلم، فهذا المخبر يمكن اعتباره اليوم مكسب لجامعة الدكتور الطاهر مولاي بسعيدة بشكل خاص، وإضافة نوعية للجامعة الجزائرية بشكل عام .

ويحمل المخبر اليوم في جعبته خمسة أعداد من مجلة الدراسات الحقوقية، وملتقى وطني وثمانية أيام دراسية، وثلاثة ندوات علمية منها ندوة دولية، ومزال في المستقبل إن شاء الله مشاريع متميزة ترقى بالمخبر والقائمين عليه إلى محطات رائدة في المجال البحثي.

في الختام أسأل المولى عز وجل أن يكون هذا العمل في ميزان حسنات كل من شارك فيه من قريب أو بعيد، وأن يرتقي المخبر بإذنه تعالى إلى مصاف المؤسسات البحثية العالمية .

الدكتور : ساسي محمد فيصل / رئيس فرقة بحث بالمخبر

و رئيس تحرير مجلة الدراسات الحقوقية

مدى تعارض عقوبة الإعدام مع الحق في الحياة في القانون الدولي لحقوق الإنسان

بقلم الأستاذة: بن جميل عزيزة
جامعة باجي مختار / عنابة

مقدمة:

يعد الحق في الحياة الحق الأكثر أهمية من بين الحقوق المحمية، الذي يتعين احترامه وتأمين حمايته لصالح الأفراد، وذلك تماشياً مع وصف اللجنة المعنية بحقوق الإنسان له: "الحق الأسمى للكائن الإنساني". ذلك أن الحق في الحياة هو حق فطري وأصيل، وحمايته شرط أساسي للتمتع بسائر حقوق الإنسان الأخرى، التي لا تزيد عن كونها إضافات على نوعية الحياة وظروفها وشروطها، كما أن سائر الحقوق المعترف بها تعتمد في الأساس على وجود الحياة ذاتها، فحق الحياة هو الحق الأساسي الذي لا يقبل التعطيل أو الاتفاق، سواء في الأوقات العادية أم في حالات الطوارئ.

يتبوأ الحق في الحياة بالنسبة للمختصين والدارسين المؤيدين لفكرة التدرج بين الحقوق المحمية، سدة الحقوق ورأس الهرم المكون لهذه الحقوق، أما الرافضون للتدرج بين الحقوق المحمية، فيظل الحق في الحياة بالنسبة إليهم حقاً أساسياً، وشرطاً مسبقاً للتمتع بسائر الحقوق الأخرى المعترف بها.

إلا أنه بالرغم من الإجماع و التوافق الواسعين حول أهمية الحق في الحياة، وحول كونه قاسما مشتركا بين الحقوق المعترف بها جميعا، فإن هذا الحق يثير إشكاليات وتساؤلات قانونية مهمة، وذلك بسبب الصعوبات الملازمة لإعماله، والخاصة كذلك بتعريفه وبتحديد نطاقه الزمني وبالاستثناءات المشروعة عليه، ذلك أنه ليس حقا مطلقا بالمعنى الحرفي للكلمة، فهو وإن كان من الحقوق الأساسية غير القابلة للمساس، إلا أن ظروف معينة قد تسمح بحرمان الأفراد منه، وتجعل من هذا الحرمان أمرا مشروعاً، فمن أهم الأسباب التي قد تجعل الحرمان من الحياة جائزا ومشروعاً: عقوبة الإعدام⁽¹⁾.

وعليه يمكننا طرح الإشكاليات التالية:

* هل عقوبة الإعدام تتعارض مع الحق في الحياة المحمي بموجب الاتفاقيات الدولية؟

* ما موقف القانون الدولي لحقوق الإنسان من هذه العقوبة؟

* إلى أي مدى وصلت الجهود الدولية المطالبة بإلغائها؟.

إجابة على هذه الإشكاليات وغيرها سيتم التطرق إلى ثلاثة محاور هي:

أولاً: مفهوم الحق في الحياة في القانون الدولي لحقوق الإنسان.

ثانياً: موقف القانون الدولي لحقوق الإنسان من عقوبة الإعدام.

ثالثاً: الواقع الدولي و عقوبة الإعدام.

أولاً: مفهوم الحق في الحياة في القانون الدولي لحقوق الإنسان⁽²⁾.

تصف المادة السادسة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الحق في الحياة بأنه "حق ملازم للإنسان"، مما يعني أنه حق طبيعي مستمد من الوجود الإنساني، حيث أن القانون يأتي كاشفاً عنه لا منشأً له. ويتعين على القانون حسب هذا النص أن يحمي هذا الحق، ولا يجوز حرمان أحد منه تعسفاً⁽³⁾.

يلقي العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والصكوك الدولية الأخرى⁽⁴⁾ على عاتق الدول عدداً من الالتزامات الإيجابية، ورغم أن العهد الدولي يهتم - على ما يظهر من نص المادة (6) منه - بالجانب السلبي للحق في الحياة، المتمثل في الامتناع عن الاعتداء عليه تعسفاً ودون سبب قانوني، إلا أن اجتهادات اللجنة المعنية بحقوق الإنسان وغيرها من هيئات الرقابة الاتفاقية، من خلال تفسيرها للحق في الحياة، تضع التزامات إيجابية يتعين على الدول احترامها.

إذ يترتب على الدول الأطراف في اتفاقيات حقوق الإنسان عدداً من الالتزامات الإيجابية ذات الصلة بالحق في الحياة، وهي كلها تندرج ضمن التزام إيجابي عام هو وجوب حماية هذا الحق والحفاظ عليها، أما فيما يتعلق بمضمون وطبيعة هذه الالتزامات، فيمكن إيضاحها على النحو الآتي:

* تتضمن النصوص والأحكام الاتفاقية حكما يقضي بوجوب قيام الدول الأطراف بحماية الحق في الحياة قانونا، وهو نص فسرتة اللجنة المعنية بحقوق الإنسان وهيئات الرقابة الاتفاقية الأخرى، بأنه يلقي على الدول الأطراف إلزاما بحماية حياة كل فرد خاضع لولاياتها أو لاختصاصها، فالدول ملزمة بسن تشريعات لمنع الاعتداء على هذا الحق والمعاقبة عليه إن وقع، وبمحاكمة هذا الحق ضمن حدود ولايتها.

* تلتزم الدول بحماية حياة الأشخاص مسلوبي الحرية والمحتجزين أو الموقوفين، وقد عدت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أن الاختفاء القسري أو اللاإرادي للأفراد، يرجع إلى تقصير الدول الأطراف ذاتها باتخاذ التدابير الإيجابية، و ينطوي على خرق للحق في الحياة. وذهبت اللجنة المعنية كذلك إلى أن اختفاء أشخاص محتجزين أو موقوفين من قبل السلطات العامة، هو بمثابة اعتداء على حقهم في الحياة، والحكم ذاته ينطبق على حالة الوفاة غير المبررة أو غير المفصلة تفسيريا معقولا، للموقوفين أو للمحتجزين أثناء فترة التوقيف أو الاحتجاز من قبل الجهات الأمنية أو العسكرية أو القضائية داخل الدولة.

* تلزم الدول الأطراف في اتفاقيات حقوق الإنسان باتخاذ التدابير والإجراءات الضرورية كافة، بغية منع تعرض حياة أي من الخاضعين لولايتها إلى الخطر، بسبب تقصيرها في نظم الرعاية الصحية أو في نظم حماية الصحة العامة والبيئة، فيتعين عليها اتخاذ ما تراه ضروريا من التدابير الوقائية الهادفة لضمان حماية الصحة العامة وصحة السكان ومنع التلوث البيئي، وتلزم الدول أيضا بإعلام

الأفراد عن أية مخاطر أو أضرار بيئية. فقد وضحت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان هذه العلاقة الوطيدة بن الحق في الحياة والحق في الرعاية الصحية، بتأكيدهما في تعليقها العام رقم 6 (16) لعام 1972: أن الحق في الحياة يجب أن يفسر تفسيراً واسعاً، وطلبت من الدول الأطراف في العهد اتخاذ كافة التدابير الممكنة لرفع معدل حياة الإنسان وتقليل وفيات الأطفال.

* على الدول واجب تنظيم العلاقات الخاصة أو العلاقات فيما بين الأشخاص العاديين، ولا تنحصر في العلاقات العامة أو الرأسية فقط، وإنما الحق في الحياة يلزم الدول باتخاذ التدابير الوقائية والعلاجية الضرورية لحمايته من أي خطر أو تهديد أو اعتداء قد يلحق به جراء سلوك الأفراد العاديين، وهو يلزم الدول بمكافحة وملاحقة ومحكمة مرتكبي الاعتداءات الجرمية على حياة الناس، سواء أكانت لهم صفة رسمية أم لا، فعادة ما تجرم الدول فعل القتل أو الشروع فيه من خلال قوانينها الجزائية.

* بالإضافة إلى الالتزامات الإيجابية الموضوعية سابقة الذكر، تلتزم الدول بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان، بالالتزام إيجابي إجرائي يتمثل في وجوب القيام بتحقيق شفاف وفعال عند وقوع أي اعتداء على الحياة أو الحرمان منها.

* ثمة التزام إيجابي آخر يقع على عاتق الدول الأطراف في اتفاقيات حقوق الإنسان يتعلق باحترام الحق في الحياة، وهو التزام مستمد من الصلة بين الحق في الحياة وبين تأمين الحاجات الأساسية، كالمأكل والملبس والسكن والرعاية الصحية وفرص العمل التي تضمن دخلاً كريماً، وهذه كلها مظاهر لحقوق

الإنسان الاقتصادية و الاجتماعية، وبخاصة حق الإنسان في "مستوى معيشي لائق" وفي "التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية التي تعترف بها المادتان (11) و (12) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية⁽⁵⁾.

ثانيا: موقف القانون الدولي لحقوق الإنسان من عقوبة الإعدام.

1- الموقف التقليدي للقانون الدولي لحقوق الإنسان من عقوبة الإعدام:

يقر القانون الدولي لحقوق الإنسان تقليديا بحق الدول في تنفيذ عقوبة الإعدام كعقوبة على أشد الجرائم خطورة (الجنایات)، بعد صدور حكم قضائي قطعي عقب محاكمة عادلة وقانونية من قبل محكمة مختصة ومستقلة. ولكن المشهد اليوم إزاء هذه العقوبة بات مختلفا عن الموقف التقليدي للقانون الدولي لحقوق الإنسان إلى حد ما، فقد اعتمدت العديد من الهيئات والمنظمات الدولية اتفاقيات وبروتوكولات إضافية تهدف إلى إلغاء عقوبة الإعدام، لكن العقوبة مازالت مطبقة في عدد لا بأس به من الدول، فالدول العربية والإسلامية وبعض الولايات المتحدة الأمريكية والصين- على سبيل المثال- مازالت إلى حد الآن تعترف في قوانينها بعقوبة الإعدام وتطبقها.

إن إلغاء عقوبة الإعدام ما زال بمقتضى القانون الدولي لحقوق الإنسان- باستثناء القانون الأوروبي لحقوق الإنسان- أمرا اختياريا واتفاقيا محضا، وهو لم يصبح إلى الآن جزءا من القانون الدولي العمومي أو العرفي. فالعهد الدولي

الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لم يتم إلغاؤها وإنما اتخذ بشأنها موقفا صارما، فأحاط تطبيقها بضمانات صارمة جدا، حيث نصت المادة(6/6) منه على أنه: " ليس في هذه المادة أي حكم يجوز التذرع به لتأخير أو منع إلغاء عقوبة الإعدام من قبل أية دولة طرف في العهد". وقد أوضحت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أنه في الوقت الذي أجازت فيه المادة(6) من العهد توقيع عقوبة الإعدام، إلا أنها ألزمت الدول الأطراف بعدد من القيود لتطبيقها، يمكن إجمالها فيما يلي:

* قصر توقيع العقوبة على أشد الجرائم خطورة: يثير هذا القيد مسألة تحديد المقصود "بأشد الجرائم خطورة" أو "الجرائم الأكثر جسامة"، فهذه الجرائم تختلف من دولة إلى أخرى، فضلا عن أن هذه العقوبة توقع في كثير من الأحيان على جرائم لا تستوجب هذه العقوبة.

* وجوب النص على العقوبة في القانون النافذ وقت ارتكاب الجريمة: يمثل هذا الشرط في الواقع إعمالا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

* عدم التمييز في توقيع عقوبة الإعدام على أساس العرق أو اللون أو اللغة أو الدين أو غير ذلك من الأسباب المحظورة كأساس للتمييز (المادة 1/2 من العهد)، كما يتوجب عدم مخالفة الضمانات القضائية الدنيا الواردة في العهد وأهمها مبدأ المساواة أمام القضاء، وغيرها من الضمانات.

* عدم جواز تطبيق العقوبة إلا بعد حكم قطعي صادر عن محكمة مختصة: ومعنى ذلك أنه يتعين صدور أحكام الإعدام في أعقاب محاكمات مستوفية لشروط المحاكمة العادلة المنصوص عليها في المادة (14) من العهد، فإذا ما حكم على شخص بعقوبة الإعدام دون احترام هذه الضمانات، يغدو حقه في الحياة منتهكا.

* عدم جواز الحكم بعقوبة الإعدام على من هم دون الثامنة عشرة من العمر، وعدم جواز تنفيذها على النساء الحوامل: ثمة تفرقة بموجب هذا الشرط بين القاصرين والنساء الحوامل، في حين لا يجوز إصدار حكم بإعدام القاصرين مطلقا دون الثامنة عشرة ، فإنه يمكن الحكم على النساء الحوامل بالإعدام، ولكن يجري إرجاء تنفيذ الحكم إلى ما بعد الوضع أو حال إنهاء الحمل بطريقة أخرى.

* يتمتع المحكوم عليه بعقوبة الإعدام بالحق في الاستفادة من العفو الخاص أو العام أو إبدال العقوبة: وضع هذا القيد للحد من تطبيق عقوبة الإعدام في الدول التي لا تزال تأخذ بهذه العقوبة، ويقصد بالعفو العام إسقاط الصفة الجرمية عن الجريمة وجعلها غير معاقب عليها، وبذلك يغدو المحكوم عليه بعقوبة الإعدام بعد صدور قانون العفو العام كمن لم يرتكب الفعل الجرمي المعاقب عليه بالإعدام، ويتوجب إخلاء سبيله بشكل نهائي دون إعادة محاكمته ثانية عن الفعل ذاته. أما العفو الخاص، فلا يؤدي سوى إلى عدم تنفيذ العقوبة على المحكوم عليه بالذات، ويبقى الفعل معتبرا جريمة.

أما إبدال العقوبة، فقد يتم باستبدال عقوبة الإعدام بالأشغال الشاقة مثلا.

* بالإضافة إلى الشروط السابقة المنصوص عليها صراحة في العهد، أضافت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان شرطا آخر يتعلق بتنفيذ العقوبة، وهو عدم جواز تنفيذها بأسلوب قاس أو حاط بالكرامة الإنسانية خلافا لأحكام المادة (7) من العهد. فيعد من قبيل الانتهاك لأحكام هذه المادة، الإعدام خنقا بالغاز لأنه لا يتفق مع معيار إحداث "أقل درجة متاحة أو ممكنة من الآلام الجسدية أو العقلية، وينطوي على معاملة لا إنسانية وقاسية"⁽⁶⁾.

2- الاتجاه الحديث للقانون الدولي لحقوق الإنسان من عقوبة الإعدام:

ألحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بروتوكول اختياري ثان بشأن إلغاء عقوبة الإعدام في عام 1989، ودخل حيز النفاذ في 1991/07/01. ويلزم هذا البروتوكول الدول الأطراف بالامتناع عن العمل بعقوبة الإعدام، وباتخاذ كافة التدابير الضرورية لإلغاء العقوبة. وحظر هذا البروتوكول أي تحفظ على أحكامه، لكنه أجاز للدول الأطراف أن تقصر إلغاء العقوبة على حالة السلم دون الحرب، إذ يجوز لها بالنتيجة تطبيق عقوبة الإعدام بحق الجرائم الخطيرة ذات الطبيعة العسكرية المرتكبة زمن الحرب (المادة 2 من البروتوكول). وعلى كل دولة تبدي تحفظا من هذا النوع، أن تقوم بإخطار الأمين العام للأمم المتحدة ببداية ونهاية أية حالة حرب تكون منطبقة على أراضيها.

أما على الصعيد الإقليمي، فقد أقر مجلس أوروبا بروتوكولا سادسا للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في عام 1983، بهدف إلغاء عقوبة الإعدام. ويعكس البروتوكول في الواقع " التطور الذي حصل في عدة بلدان أوروبية الأعضاء في مجلس أوروبا، ويعبر عن اتجاه عام نحو إلغاء العقوبة يتشابه البروتوكول السادس تماما مع البروتوكول الأول الإضافي للعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية من حيث النطاق وزمن التطبيق والمضمون.

وشهد النظام الأوروبي لحقوق الإنسان تطورا آخر ملفتا للانتباه، من خلال البروتوكول الثالث عشر الإضافي للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. الذي اعتمده مجلس أوروبا في 2005/02/02 ودخل حيز النفاذ في 2003/07/01، وقد تضمن البروتوكول إلغاء مطلقا لعقوبة الإعدام في كافة الأوقات، وفي السلم والحرب معا، ومنع إبداء أي تحفظ على أحكامه مهما كان نوعه أو مضمونة.

في نفس السياق، دفعت النزعة المتنامية نحو إلغاء عقوبة الإعدام منظمة الدول الأمريكية إلى اعتماد بروتوكول إضافي لاتفاقية الدول الأمريكية لحقوق الإنسان في عام 1990، وهو شبيه تماما ببروتوكول الأمم المتحدة وبروتوكول مجلس أوروبا السادس حيث منعت المادة الأولى منه الدول الأطراف من تطبيق عقوبة الإعدام في أراضيها على أي شخص خاضع لولايتها القضائية، وحظر البروتوكول إبداء أي تحفظ على أحكامه، سوى التحفظ المتعلق بحق تطبيق

العقوبة في زمن الحرب وفقا للقانون الدولي عن الجرائم الخطيرة للغاية ذات الطبيعة العسكرية.

أما فيما يتعلق بالدول العربية، فإن عقوبة الإعدام ما زالت مطبقة، ولكن الميثاق العربي لحقوق الإنسان المعدل في عام 2004، وضع في المادتين (6) و (7) منه قيودا وضوابط صارمة لتنفيذ عقوبة الإعدام، تشبه إلى حد بعيد الشروط التي جاء بها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. وقد أخذت اتفاقية دول الكومنولث المستقلة لحقوق الإنسان بأحكام مشابهة (المادة 2 منها)⁽⁷⁾.

ثالثا: الواقع الدولي وعقوبة الإعدام⁽⁸⁾.

يتنازع عقوبة الإعدام في الواقع تياران: تيار إبقائي يستند على أن هذه العقوبة هي توكيد للحق في الحياة، وذلك على اعتبار أن القاتل يفقد حقه في الحياة بإنكاره هذا الحق للآخرين، كما يستند مؤيدو هذا التيار على ظاهرة ازدياد الإجرام ولاسيما الإجرام المنظم، وبالطابع الردعي لهذه العقوبة، فهي تستخدم لمواجهة فئة خطيرة في المجتمع تهدد أمنه وبقائه، فعقوبة الإعدام ردع لهؤلاء وضمان لحقوق الضحايا، وحماية للنظام والأمن في المجتمع. أما التيار المناوئ لعقوبة الإعدام فيؤكد على قدسية الحياة الإنسانية، وعلى أنه لا يحق لأحد أن ينهي حياة الإنسان حتى لو كانت الدولة نفسها، ويضيف هذا التيار حجة أخرى هي أن هذه العقوبة قاسية وغير إنسانية، وغير منطقية، وغير رادعة ولا زاجرة، وأنها عقوبة ظالمة لأن الغالبية العظمى من المحكوم عليهم بالإعدام هم من

الفقراء والبؤساء، هذا فضلا عن احتمال خطأ القاضي الذي لا يمكن تلافي آثاره ونتائجه، وأن إعمالها ينفي النظرية القائلة بأن للعقوبات دورا إصلاحيا وتأهيليا، بل ويعتبرون أن الإعدام هو الاسم الحكومي لكلمة قتل⁽⁹⁾.

من جهة أخرى، تقود منظمة العفو الدولية حملة دولية لإلغاء عقوبة الإعدام. ففي عام 1977 لم يتجاوز عدد الدول التي ألغت عقوبة الإعدام بالنسبة لجميع الجرائم سوى 16 دولة، في حين واعتبارا من ديسمبر 2008 وصل العدد إلى 139 دولة، أي حوالي ثلثي دول العالم ألغت العقوبة الإعدام قانونيا أو عمليا حسب التفصيل التالي:

* الدول التي ألغت العقوبة بالنسبة لجميع الجرائم: 98 دولة.

* الدول التي ألغت العقوبة بالنسبة للجرائم العادية: 7 دول.

* الدول التي ألغت العقوبة عمليا- لم تنفذ العقوبة خلال 10 سنوات الماضية: 35 دولة.

* الدول التي ألغت العقوبة في القانون والممارسة: 139 دولة.

* الدول المبقية على العقوبة: 58 دولة⁽¹⁰⁾.

تجدر الإشارة أخيرا إلى أنه في ديسمبر 2007 و2008، تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة على التوالي القرارين: 62/149 و 63/168، اللذين دعيا إلى فرض حظر على إستخدام عقوبة الإعدام. كما صدر عن الجمعية

العامّة مؤخراً القرار 69/168 المؤرخ في 2015/2/4 الخاص بوقف العمل بعقوبة الإعدام. رغم أن هذه القرارات غير ملزمة قانونياً للحكومات، إلا أنّها تمثل حجر زاوية للحركة المناهضة بإلغاء العقوبة، وتشكل استمراراً للتقدم نحو استثناء عقوبة الإعدام من القانون الدولي⁽¹¹⁾.

الخاتمة:

لا تكفي عقوبة الإعدام لنفي وظيفة الردع العام من أساسها، لأن مقدار العقوبة ونوعها ليسا هما كل شيء في توجيه إرادة الجاني نحو إتباع أحكام التشريع العقابي، بل ثمة اعتبار آخر له قيمته البالغة من الصعب تجاهله، وهو مدى إحساس الجاني بضمان وصول العدالة إليه، فهو يلعب في توجيه إرادته دوراً قد يتجاوز دور العقوبة النظرية التي قد تهدده نوعاً أو مقداراً متى كانت فرص الإفلات منها تبدو له كثيرة ولهذا لاحظ منتسيكيو وغيره، أن سبب الانحلال الحقيقي يكمن في إفلات الجرائم من العقاب لا في اعتدال العقاب، فالعقوبة الخفيفة المحققة أو القوية الاحتمال قد تكون بالتالي أقل أثراً في توجيه إرادة الجاني - وفي تحقيق وظيفة الردع العام - من العقوبة الشديدة إذا كانت غير محققة أو ضعيفة الاحتمال، وبالتالي فإن ظاهرة تزايد بعض الجرائم رغم تشديد العقاب لا تصلح بمفردها لنفي حرية الاختيار، كما لا تصلح ظاهرة تناقص هذه الجرائم لإثبات هذه الحرية سواءً أكان التناقص مصحوباً بتشديد العقوبة أو تخفيفها.

فهل ينبغي النظر إلى الإنسان المجرم كالإنسان المريض الذي لا ذنب له في مرضه، وبالتالي فحق العقاب في الشرائع الحديثة ينبغي أن يكون مجرد علاج

الجاني من جرمته، كما ينبغي أن يكون مجرد رغبة الهيئة الاجتماعية في وقاية نفسها من حاملي جرائم الأمراض الخلقية والنفسية المتنوعة، وعلاجهم من أمراضهم إذا أمكن ذلك؟ أو أنه تطبيقاً لمبادئ العدالة و صيانة أمن و استقرار المجتمع ينبغي المحافظة على عقوبة الإعدام، حيث يرى الفيلسوف الألماني "كانت"، أنه إذا ارتكبت جرائم قتل في جزيرة قرر جميع أهلها تركها بصفة نهائية، فإن العدالة تقتضي قيام سكانها بتنفيذ عقوبة الإعدام على جميع القتلة فيها قبل تركها، ذلك إرضاءً للعدالة رغم انتهاء وجود المجتمع بترك الجزيرة، ومن ثم زوال ضرورة حمايته⁽¹²⁾.

الهوامش

- (1) للمزيد حول الطبيعة القانونية للحق في الحياة، أنظر:
- محمد يوسف علوان و محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان- الحقوق احمية-، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان(الأردن)، 2006، ص ص148 و149.
- سهيل حسين الفتلاوي، حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان(الأردن)، 2007، ص ص 186-188.
- (2) حول مفهوم الحق في الحياة في الشريعة الإسلامية، أنظر:
- سعدى محمد الخطيب، حقوق الإنسان بين التشريع والتطبيق، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت(لبنان)، 2009، ص15.
- (3) المرجع نفسه، ص20.
- (4) للإطلاع على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والصكوك الدولية الأخرى المتعلقة بالحق في الحياة، راجع:
- علي محمد صالح الدباس و علي عليان محمد أبو زيد، حقوق الإنسان وحرياته، دار الثقافة، عمان(الأردن)، 2005، ص 52 وما بعدها.
- (5) ارجع إلى:
- محمد يوسف علوان و محمد خليل الموسى، المرجع السابق، ص ص 149-153.

- موقع اللجنة المعنية بحقوق الانسان المنبثقة عن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية:
<http://www.ohchr.org/AR/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx>
- (6) مُجّد يوسف علوان و مُجّد خليل الموسى، المرجع السابق، ص 158 - 162.
(7) أنظر:
- مُجّد يوسف علوان و مُجّد خليل الموسى، المرجع السابق، ص 162 و 163.
- خليل حسين، عقوبة الإعدام في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، متوفر على الموقع (بتاريخ 2009/4/7):
<http://drkhalilhussein.blogspot.com>
- (8) ثمة أنواع عديدة ومختلفة من أساليب الإعدام المستخدمة في مختلف أنحاء العالم اليوم، بما في ذلك الأساليب التالية: قطع الرأس، الموت رجماً، الكرسي الكهربائي، رميا بالرصاص، غرفة الغاز، الشنق، الحقنة المميّنة.
(9) خليل حسين، المقال السابق.
- (10) حول هاته الإحصائيات و لتفاصيل أخرى، ارجع إلى:
- الاستعراض السنوي لمنظمة العفو الدولية حول أحكام وعمليات الإعدام 2014، الوثيقة رقم: ACT 50/001/2015، المتاحة على الرابط:
<file:///C:/Users/PC/Downloads/ACT5000012015ARABIC.PDF>
- (11) راجع: القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة على الرابط:
<http://www.un.org/arabic/documents/gares.htm>
- (12) خليل حسين، المقال السابق.

مبدأ الأمن القانوني ومقتضيات تحقيقه

بقلم الدكتور: دويني مختار

كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة سعيدة

مقدمة: تعتبر فكرة الأمن القانوني صعبة الاستيعاب، فهذا المبدأ متغير الشكل، متعدد الأوجه أو الصور، فهذه العبارة (الأمن القانوني) تحتوي على حشو زائد عن أصل المعنى دون أن تحمل الزيادة فائدة، فهي مسهبة ومطولة والمفهوم الذي تحمله غامض وأدى إلى التشكيك في إمكانية مجلس الدولة الفرنسي ترسيخه في قضائه⁽⁰¹⁾، حيث تبين هذه الخصائص قائمة العناصر المستند عليها لمحاولة الإحاطة بحدوده، زيادة على أن هذه العناصر التي تكونه تتقاطع وتتشابك.

لقد درست العديد من التعريفات للأمن القانوني من خلال مفاهيم فرعية (sous concepts) تجتمع مع تلك التي تكون مفهوم دولة القانون؛ إذ قضى الفقه بأن الأمر يتعلق بأفكار فرعية تتفاعل فيما بينها لبناء هذا المفهوم المركب والمتشابك، والحال نفسها مع مفهوم دولة القانون؛ ففكرة الأمن القانوني وفكرة دولة القانون جد متقاربتين ويُفسَّر هذا التقارب طبعاً بالرابطة القوية الموجودة بين مفهومي الأمن (Sécurité) والقانون (Droit).

فدولة القانون كما يدل عليها اصطلاحها أو تسميتها هي الدولة التي تخضع للقانون⁽²⁾، إذ أن هذا المعنى يتكون من الأوجه التالية: " خضوع الإدارة والقضاء للقواعد القانونية بالمفهوم الواسع، ومحمية القانون التي تمنع على السلطة

التنفيذية التصرف دون الاستناد إلى قاعدة تشريعية مسبقة، ومبدأ تفعيل الحقوق الأساسية، والأمن القانوني بما يحتويه هذا المبدأ من دقة القواعد القانونية ووضوحها، وحماية الثقة الشرعية، ومبدأ عدم رجعية القوانين، ومسؤولية القوة العمومية، والحق في الطعن أو اللجوء إلى التقاضي، والضمانات الإجرائية" (03).

فذلك ما ينتج و يفرض كنتيجة ما يمكن تسميته بالتفريع المتقاطع لدولة القانون، حيث تعتبر العناصر التي تشكل تفرعات لدولة القانون تشكل أيضا وفي نفس الوقت تفرعات للأمن القانوني، حتى أن هذا الأخير هو الآخر يعتبر عنصرا لدولة القانون وكلاهما يقتضي ذكاء قواعد القانون وإتاحتها وسهولة بلوغها.

فالأمن القانوني مفهوم قديم، أين كانت إصابته وبلوغه دائما مبلغة من طرف الفقه، وتطور مع الوقت؛ إذ أن الفيلسوف هوبز كان من أبرز الأوائل الذين حددوا ضرورة ضمان الأمن القانوني، وبعد ذلك، تم الاعتراف بهذا المبدأ بالإجماع واشتهر مفهومه (04).

فمن وجهة النظر تلك لا بد من تسليط الضوء على هذا المبدأ القديم المتجدد الثوب والجوهر، ودراسة مقتضيات تكريسه في المنظومة القانونية السارية في الدولة لأنه يعنى بالقانون بحد ذاته، أي بالوسيلة التي تستعملها السلطة للتدخل عن طريقها لتنظيم المجتمع، وسيتم ذلك بتحديد مفهوم هذا المبدأ (أولا)، ثم تبيان دعائمه التي يرتكز عليها لقيامه وتجسيده، والتي يجب أن تتصف بها قواعد القانون حتى يتحقق هذا المبدأ (ثانيا).

أولاً: مفهوم مبدأ الأمن القانوني.

يحتد النقاش السياسي الحالي حول أهمية الأمن بالنسبة للمواطنين، ولكن القصد من وراء هذا المصطلح هو الأمن العمومي الذي تسعى السلطة العمومية لحمايته، وهو ما تهدف إليه مهام الشرطة⁽⁰⁵⁾.

إلا أنه لا بد من التفرقة بين مفهوم الأمن العمومي ومفهوم الأمن القانوني، إذ أن هذا الأخير يعني القانون بحد ذاته بينما يعتبر الأمن العمومي موضوع انشغال فقط بالنسبة للقانون الذي يجب أن يلبي حاجة إجتماعية خاصة بحماية موضوع القانون في شخصه أو في ماله، وهو ما يساهم في مبدأ الحفاظ على النظام الاجتماعي، ويختلف بهذا عن مفهوم الأمن القانوني، إلا أن لكلا هذين المفهومين أصول مشتركة ويهدفان إلى تحقيق غاية أو هدف أسمى للقانون تتمثل في النظام داخل المجتمع⁽⁰⁶⁾.

01/ تعريف الأمن القانوني.

يعرف الفقه مفهوم الأمن القانوني على أنه: "كل نظام قانوني للحماية هادف إلى تأمين (دون بعتة) التنفيذ الأمثل للإلتزامات، ويقصي أو على الأقل يقلص الشك أو الريب في تطبيق القانون"⁽⁰⁷⁾. يبدو من خلال هذا التعريف بأن الأمن القانوني يعتبر مسألة أطراف العقد فقط في حين أن هذا المبدأ لا يهم فقط مجال العقود. ويعرف رأي آخر الأمن القانوني على أنه: "المثل الأعلى الذي يجب أن يتوجه نحوه القانون بإصدار قواعد متسلسلة ومتراطة ومستقرة نسبياً

ومتاحة لكي تسمح للأفراد بوضع توقعات" (08). فقد عُرف هذا المبدأ من خلال مكوناته، وعددها في ثلاث (03) عناصر، إلا أنه انْتُقِدَ على أنه كل ما هو من قبيل الأمن التام أو الكامل يعتبر مثلاً أعلى يستحيل تحقيقه، كما أنه لا بد من الجزم بأنه لا يمكن توقع كل شيء و تقديره مسبقاً والتأهب له. ويعتبر تعريف آخر الأمن القانوني بأنه حق الأفراد في أن يتم علمهم بدقة بمحتوى الأحكام المطبقة على حالتهم (09).

فمن خلال هذه التعريفات التي تحدد معنى مبدأ الأمن القانوني يتشكل منظوران أساسيان أو جانبان مهمان: من ناحية يجب على القانون أن يسمح للأفراد ببناء توقعات، مما يفترض تميز قواعده بالنعوية والجودة، ومن ناحية أخرى يجب أن يحترم هذا القانون التوقعات المبنية مسبقاً من قبل مواضعه.

كما يمكن تعريف الأمن القانوني مع الأخذ بعين الاعتبار هذه الجوانب على أنه: "المثل الأعلى لإمكانية العمل وحسن الأداء لقانون متاح وممكن البلوغ ومفهوم، والذي يسمح لأشخاص القانون أو مواضعه التقدير الصائب والمنصف للآثار القانونية لتصرفاتهم أو سلوكهم، والذي يحترم التوقعات المشروعة المبنية مسبقاً من قبل مواضع القانون، والتي يفضل ويدعم تحقيقها" (10). فيمكن الجزم إذن من خلال هذا التعريف بأن التوقعية هي التي تحسن جوهر الأمن القانوني.

وحتى يتمكن الأطراف من إعداد تقديراتهم أو توقعاتهم وتنبؤاتهم فلا يجب فقط على القانون أن يكون متاحاً ومُبلِغاً ومفهوماً ومستوعباً، ولكن يجب

أيضا أن يكون في مأمن من الشك وبعيدا عنه ومن أخطار منازعة قواعده ومخاصمتها. كما يجب التأكيد على موقف الأفراد بحد ذاتهم، بحيث يجب عليهم في الواقع صون أمنهم والمحافظة عليه بتوظيف الوسائل والأدوات التي يمنحها لهم القانون أو يضعها في متناولهم، ولا يشتكون من اللاأمن القانوني لما يكون نتيجة لتناقضهم وعدم اتساقهم وطيشهم أو مجازفتهم الإرادية بالأخذ بالمخاطر التي يجب أن يتحملونها، فحتى يكونون جديرين بالحماية وأهلا لها لا بد أن تكون تقديراتهم مشروعة وصائبة ومنصفة.

02/ الأمن القانوني الشخصي والموضوعي.

من زاوية شخصية يُعنى الأمن القانوني بالوضعية الفردية والملموسة للأفراد، فالاهتمام ينصب على الوضعية الخاصة لمواضيع القانون، ويعتبر الأمن القانوني الشخصي هو ذلك الذي يعيشه مواضيع القانون واقعيا⁽¹¹⁾. بينما للأمن القانوني الموضوعي جانب مجرد، حيث أن الأمن القانوني المنظور إليه من زاوية موضوعية يعني جودة ونوعية النظام القانوني القائم، ومصادر القانون، بالإضافة إلى المضمون ذاته لقواعد القانون الموضوعي.

وتحت التأثير المزدوج للمذهب الفلسفي القائل بالفردية الذي يعتبر شائعا ومسيطرًا في الوقت الراهن، ولنتائجه أو متلازماته القانونية، ينحدر الانتصار الحالي لحقوق الإنسان والحقوق الأساسية الأخرى ويكون للأمن القانوني توجه قوي لكي يُنظر إليه مذاك من وجهة النظر الجديدة تلك، والتي تعبر عن وجهة النظر الشخصية لمواضيع القانون. ونفس الشيء بالنسبة لمفهوم

دولة القانون الذي هجر وتخلّى عن مجال الإلتزامات الشكلية (بمعنى احترام هرم تدرج القواعد القانونية) من أجل الاهتمام بالمضمون المادي لهذه القواعد من خلال حماية الحقوق الأساسية، فالأمن القانوني لا يعتبر هنا كخاصية أو ميزة بحد ذاته للمنظومة القانونية أو للقواعد الموضوعية، ولكن يعتبر كحق من الحقوق الفردية والملموسة لفائدة الأفراد، ويأخذ الإلتزام الكلاسيكي القديم بالأمن القانوني إذن مظهر الحق الفرضي في الأمن القانوني، بحيث يندرج ضمن الجيل الثالث لحقوق الإنسان⁽¹²⁾.

ثانيا: الشروط الواجب توفرها لتحقيق هذا المبدأ.

لا يتنوع ويتعدد الأمن القانوني من حيث عناصره المكونة له فقط و لكن حتى في جوهره أيضا الذي يتجلى من أول وهلة يظهر فيها هذا المبدأ، حيث يمكن أن يقسم مضمون الأمن القانوني إلى ثلاث (03) إلتزامات أو مقتضيات فرعية تعتبر أكثر دقة عامة ومستنبطة من إلتزامية الأمن القانوني وتسمح برسم وتحديد محيطه ونطاقه، تتمثل هذه المقتضيات الثلاث في: العلم بالقانون وإمكانية بلوغه، واستقرار القواعد القانونية، وتوقعية القانون، كما أن هذه المفاهيم لا تَسْتنفذ ولا تستهلك مفهوم الأمن القانوني وإنما تشكل أهم أوجهه أو مظاهره.

01/ العلم بالقانون وإمكانية بلوغه:

إن مفهوم إتاحة القانون وإمكانية بلوغه يحوز وجهين: يتعلق الأمر بالبلوغ المادي أو الفيزيائي للقواعد، حيث يجب أن يتمكن مستعملي القانون من البلوغ المادي لمجموع القواعد القانونية، حيث يجب أن يشهر وينشر القانون مثلاً حتى يكون في متناول مواضيع القانون وأشخاصه، فالقانون لا بد أن لا يكون سريراً⁽¹³⁾.

ويتعلق الأمر من جهة أخرى بالبلوغ الذهني أو العقلي للقواعد القانونية، وهو ما يُقصد به مفهومية واستيعاب معاني هذه القواعد. فبذلك يمكن الحديث عن الإتاحة والبلوغ الشكلي في الحالة الأولى، والبلوغ الجوهرية في الحالة الثانية؛ فالجانب الأول من إتاحة القانون وبلوغ قواعده مرتبط بأسلوب نشر وتعميم القانون وهو جانب مادي محض، ويعتبر شرط ضروري للجانب الثاني الذي يرتبط كذلك بأسلوب تعبير القانون⁽¹⁴⁾.

إن إتاحة القانون وسهولة بلوغ قواعده والولوج إلى الأحكام التي تنظمها تخدم فكرة الأمن القانوني لأن أشخاص القانون أو مواضيعه لا يمكنهم تقدير وتحسب تصرفاتهم كما ينبغي إذا لم يحظوا بالبلوغ المادي والذهني لقواعد القانون، فالأمن القانوني يفترض بأن مواضيع القانون وأشخاصه يمكنهم معرفة وفهم واستيعاب القانون الذي يطبق عليهم لكي يستطيعون التصرف بناءً على العلم بالوقائع وبكل طمأنينة.

02/ استقرار القانون.

لابد من التمييز بين استقرار القانون الموضوعي من جهة واستقرار الحقوق الشخصية من جهة أخرى، حتى تتجلى العلاقة التي يتجاذبها هذان المفهومان مع إلزامية الأمن القانوني.

إن استقرار القانون الموضوعي يعني بالدرجة الأولى مصادر القانون؛ أي أساسا التشريع والقضاء، ويمكن في هذه الحالة القيام بتفرقة جديدة بين استقرار القواعد من حيث الشكل واستقرارها من حيث المضمون أو المعنى⁽¹⁵⁾. وفيما يتعلق بشكل القواعد القانونية، يعتبر الاستقرار بأنه استمرارية شكل وكيفية عرض هذه القواعد دون تعديل لمصادرها الأصلية خلافا لكل تغيير في حرف القواعد القانونية؛ فالاستقرار الشكلي يكون بالضرورة حياديا وثانويا⁽¹⁶⁾. أما فيما يخص موضوع القاعدة القانونية ومضمونها يمكن التفرقة بين جانبين هامين لمفهوم استقرار القانون: يتعلق الجانب الأول باحترام هرم تدرج القواعد القانونية، إذ لابد أن تكون القاعدة القانونية في مأمن من أي اتهام استدلالا إلى قاعدة قانونية أعلى منها درجة، وهذا ما يبرر الطابع المسبق للرقابة على دستورية القوانين، فالاستقرار يمتزج هنا مع فكرة التيقن والتأكيد أين تكون القاعدة القانونية في مأمن من اتهامها أو الادعاء عليها، والذي يعتبر في غير محله.

ومن الجانب الثاني، يعني الاستقرار غياب تغيير محتوى ومضمون القاعدة القانونية من طرف المخول له صلاحية تعديلها؛ ويتجلى بالتالي عدم الاستقرار عند تعديل الحلول المقدمة أو المطروحة لمسألة أو إشكال محدد ومعروف مسبقا وتمت تسويته من خلال القانون⁽¹⁷⁾. فعدم الاستقرار لا يعني

تغيير حالة القانون وتطوره، وإنما يعني تكاثر وازدياد عدد التغييرات والتعديلات الواردة على القانون.

تكتسب القواعد القانونية جزءا كبيرا من قيمتها من خلال استقرارها، وهذه فكرة شائعة وجد منتشرة؛ فعنصر الوقت يمنح للقواعد القانونية السلطة والنفوذ. حيث أن استقرار الحقوق الشخصية هو ما يرر التأسيسات البالغة الأهمية على غرار التقادم، أو المبادئ الأساسية مثل مبدأ عدم رجعية القانون، فالتقادم وعدم الرجعية هما أكبر مصادر استقرار الحقوق والمراكز الفردية لأشخاص القانون أو مواضعه؛ ومثل استقرار القانون الموضوعي، فإن استقرار الحقوق الشخصية يقيد أو يسجل في إطار التأمل والاستنباط الذي يربط مفاهيم الوقت والقانون، وفي كلتا الحالتين يستدعي الاستقرار الاستمرارية⁽¹⁸⁾.

كما أنه فيما يتعلق بالتقادم أو عدم الرجعية، فليس استقرار القانون بحد ذاته هو المعني والمدعو وإنما المقصود هو استقرار الحقوق والمراكز الفردية؛ وبالتالي لا يتعلق الأمر هنا بقيام جدل بين نمو القانون ورقية من ناحية واستقراره من ناحية أخرى، وإنما يتعلق الأمر بحماية الحقوق الشخصية والمراكز القانونية المشكلة قبل اعتماد القانون الجديد ودخوله حيز التنفيذ، أو مرور مدة من الزمن يكسبها قيمة خاصة مهما كانت مطالبة الأفراد بها صحيحة ومستقيمة، وفي الحالتين يقوم القانون بضمان الاستقرار في الواقع وفي القانون. وداخل هذا الجدل بين التطور والنمو من جهة والاستقرار من جهة أخرى يكون للتغييرات الكثيرة

والمتعددة والمتكررة أثر سلبي يتمثل في خلق انزعاج وقلق عام لدى الأفراد حتى وإن كانت مراكزهم القانونية الخاصة غير معنية ماديا⁽¹⁹⁾.

03/ توقعية القانون.

خلال هذه النقطة لا بد من تبيان أن ما يجب أن يستهدف ليس هو العلم بالقانون وإمكانية بلوغه وإتاحته وإنما مصداقيته من أجل المستقبل.

وسواء الاستقرار أو التوقعية فهما مفهومان تربطهما علاقات مختلفة ومعقدة مع مفهوم الوقت حيث يحيل كلاهما إلى هذا المفهوم، ولكن بينما يُعنى الاستقرار أساسا باحترام الماضي فإن التوقعية تهتم بالمستقبل في نظرة أكثر ديناميكية للأشياء.

ويمكن تعريف التنبؤ أو التوقع بأنه: "عرض حالي وآني للمستقبل"⁽²⁰⁾، أما التوقعية فهي سمة وميزة كل ما هو قابل للتوقع أو التنبؤ أو التقدير؛ أي ما يمكن تقديره عاديا أو طبيعيا وما هو متوقع بقدر معقول⁽²¹⁾، فالتوقعية تكمن في إمكانية أن يلقي أو يقذف المتقاضى بأمان نحو وضعية مستقبلية معتمدة على المعارف المكتسبة في الحاضر.

إن فكرة التوقعية تطبق على قواعد القانون الموضوعية كما تطبق على الحقوق الشخصية والمراكز الفردية وتفرق بينها (موضوعية، وشخصية)؛ فيمكن القول بأنه يجب أن يسمح القانون لمواضيعه ببناء توقعاتهم ووضع تقديراتهم، ومن جهة أخرى يكتن القانون الاحترام للتوقعات المبنية مسبقا من طرفهم، كما يسمح

القانون أيضا بحجز المستقبل والاستيلاء عليه وربطه بالواقع، حيث يبدو بأنه موجه بأكمله إلى تبديد وإنهاء ريب وتقلب وعدم تعيين المستقبل⁽²²⁾.

وبعنوان الأمن القانوني، لا بد إذن على القانون الموضوعي أن يسهل إعداد مواضع القانون لتوقعاتهم وتقديراتهم، كما يجب أن يضمن احترام التوقعات والتقديرية التي تم وضعها وبنائها مسبقا، فليس فقط بأن يتوجب على القانون أن يمنح إمكانية إقامة توقعات وتقديرات ولكن يجب أيضا أن يكون محترما لهذه التوقعات الإرادية الموضوعية بصفة منتظمة ومحكمة تحت ظل سيادته، إضافة إلى ذلك يحتاج تدوين القانون في آفاق مستقبلية إلى تحقيق توازن بين الاستقرار والتغيير، إذ يتعلق الأمر بالسماح للقواعد القانونية بالتطور مع ضمان للمتقاضي درجة كافية من اليقين والتأكيد حول الآثار القانونية لتصرفاته، وذلك ما عبرت عنه المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان من خلال تعريفها للتوقعية التي اعتبرتها إمكانية المتقاضي من التوقع بدرجة معقولة خلال ظروف الحال الآثار المنبثقة من تصرف محدد.

كما أن الإلتزام بتوقعية القانون يعرف على أنه القانون الذي يمنح درجة كافية من اليقين أو التأكيد، فهي مرتبطة مباشرة بالأمن القانوني، وتأخذ على عاتقها رهان التوفيق بين الضمان الممنوح للمتقاضي من طرف القواعد القانونية مع التطورات الضرورية لتكييفها، فالقانون لا يتموضع في الحاضر فقط بل يجب أن يضمن ويسمح للمتقاضي بالتصرف بطريقة ممكنة في المستقبل⁽²³⁾.

إلا أن المثل الأعلى للأمن القانوني يصطدم مع التكيف والتطور
الضروري للقواعد القانونية عبر الزمن، إذ يجب أن يكون كل تطور يحصل
للقواعد القانونية متوقعا؛ أي يجب أن يكون معلنا ومبلغا ومتاحا، أو يجب على
الأقل أن يكون التتمة أو التكملة المنطقية والمنتظرة لما سبق من قواعد قانونية تم
اعتمادها، وإلا فالمتقاضي لا يستطيع تحمل هذا التطور ولا يعتبره من مصلحته،
فتوقعية القواعد القانونية تسمح بضمان الأمن القانوني للمخاطب بها.

خاتمة: وفي الأخير يظهر من خلال دراسة العلاقة بين الإتاحة وإمكانية
البلوغ وتوقعية القانون جانب آخر للأمن القانوني يتمثل في فكرة اليقين أو
التأكيد (la certitude)، حيث أنه إذا كانت بعض تطورات القانون
الموضوعي قابلة للتقدير أو متوقعة فلا يمكن أبدا أن تكون متوقعة بصفة أكيدة
ويقين قطعي في جزئياتها وفي تاريخ اعتمادها؛ وبالتالي فإن إعداد مواضيع
القانون لتوقعاتهم لا يفترض فقط بأن يكون القانون متاحا وممكن البلوغ ولكن
يفترض أيضا في قواعده التأكيد واليقين، وفي هذا الصدد هناك حلول للقانون
الموضوعي يمكن اعتبارها متاحة وممكنة البلوغ ماديا وعقليا أو ذهنيا ولكن لا
تمنح بذاتها درجة كافية من اليقين يمكن معها بناء توقعات أو تقديرات متينة.

فتعتبر إتاحة القانون وإمكانية بلوغه إذن شرطا ضروريا لتحقيق التوقعية
ولكنها شرط غير كافي لوحده بحيث يجب أيضا أن يكون القانون المتاح والممكن
البلوغ مؤكدا وقيينيا، فالأمن القانوني يفترض إذن إتاحة وإمكانية بلوغ قواعد
قانونية جيدة الأداء.

وتعتبر بالتالي مكونات الأمن القانوني مترابطة ومتكاملة فيما بينها فالاستقرار يخدم في الواقع الإتاحة وإمكانية البلوغ التي لا غنى عنها في إعداد توقعات تفترض أيضا بأن يكون القانون جيد الأداء وأكيد ومتيقن.

الهوامش:

(01) : F. Melleray, l'arrêt KPMG consacre t il le principe de sécurité juridique ? AJDA, 2000, p 897.

(02) : A. L. Valembos, La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, Paris, LGDJ, 2005, p 29.

(03) : O. Jouanjan (dir.), Rule of law, État de droit, Paris, Dalloz, 2002, p 650.

(04) : Par exemple, Saleilles, au début du XX Siècle le nomme « la certitude juridique », A. zaradny, Codification et Etat de droit, Thèse Doctorat, Université Pari II, 2001, p 471.

(05) : T. Piazon, La sécurité juridique, Defrénois, L'extenso éditions, 2010, p 03.

(06) : Selon Hauriou, l'ordre social à trois aspects : d'abord « l'ordre dans les idées » (importance de la religion), ensuite « l'ordre dans les intérêts » (ce qui englobe notre conception de la sécurité juridique), et enfin « l'ordre dans la rue » (sécurité publique). Précis de droit constitutionnel, Sirey, 2eme éd, 1929, P 68, cité in, T Piazzon, Op. Cit ; P 04.

(07) : G. Cornu, Vocabulaire juridique, Montchrestien, PUF, 1987.

(08) : M. Cabrillac, Le Dictionnaire du vocabulaire juridique, in, T. Piazzon, Op. Cit, P 61.

(09) : T Piazzon, Op. Cit ; P 62.

(10) : Ibid, p 62.

(11) : Ibid, p 84.

(12) : E. Picard, l'émergence des droits fondamentaux en France, AJDA, 20 Juillet- 20 Aout 1998, N° Spécial, P 06.

(13) : T Piazzon, Op. Cit ; P 18.

(14) : Décision C. Constitutionnel Français N° 99-421 DC, Du 16 Décembre 99, J.O Du 22/12/99, P 19041.

(15) : T Piazzon, Op. Cit ; P 29 ; note n° 21.

(16) : P. Hebraud, observations sur la notion du temps dans le droit civil, in études offertes à Pierre Kaiser, T 02, PUAM, 1979, P 01.

(17) : T Piazzon, Op. Cit, P 32.

(18) : Comme la stabilité du droit objectif, la stabilité des droits s'inscrit dans le cadre d'une réflexion qui lie les notions de temps et de droit. Dans les deux cas, la stabilité évoque la continuité quand on regard vers l'avenir et, si in tourne vers le passé, l'absence de remise en cause de ce qui est. T. Piazzon, Op. Cit, p 34, N° 23.

(19) : « face à ce dérèglement de la machine à fabriquer les règles juridiques et au désarroi qu'il fait entrer dans la mentalité de chacun, il est facile d'imaginer l'apaisement que procure les adages du droit. Au plan psychologique, le profane, y trouve distinct les ancrages nécessaires : les ténèbres de l'inconnaissable se dissipent et le postulat redevient raisonnable qui veut que nul ne soit censé ignorer la loi : nourrit-on quelques angoisse à l'égard des choses familières qui ont reçu la patine du temps ? ». M. Roland, et M. Boyer, Les adages du droit français, P 13.

(20) : La prévision peut être définie comme : « une représentation actuelle de l'avenir ». P. Hébraud, Op. Cit, N° 19, P 28.

(21) : La prévisibilité, c'est : « le caractère de ce qui est prévisible », c'est-à-dire de « ce qui l'on peut normalement prévoir et qui doit donc être raisonnablement prévu ». G. Cornu, Vocabulaire juridique, Op.Cit, P 670.

(22) : J. Hauser, Temps et liberté dans la théorie de l'acte juridique, PUF, 1983, P 503.

(23) : « le droit n'est pas seulement assurer la sécurité des individus dans l'instant, c'est-à-dire dans le présent. Il doit être aussi une projection dans l'avenir et donc un guide ou une référence pour l'action ». Yves madiot, qualité de droit et protection des droits fondamentaux, in, mélanges offertes George compinos, PUF, 1996, p 70.

الإخلال بقواعد المنافسة و الإشهار في الصفقات العمومية

بقلم الأستاذة: سعاد تونسي

جامعة معسكر

مقدمة: تقوم الإدارة بإبرام العقود الإدارية بمختلف أنواعها لخدمة وإدارة المرفق العام لإشباع الحاجات العامة وتحقيقا للمصلحة العامة، وإنّ الصفقات العمومية هي عبارة عن عقود مكتوبة تُبرّم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في مرسوم الصفقات العمومية، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم والخدمات والدراسات. (1)

الصفقات العمومية تبرم وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكّل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي، و يعرف طلب العروض على أنّه إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية، استناداً إلى معايير اختيار موضوعية، تعدّ قبل إطلاق الإجراء (2)، ووجود التنافس يقتضي إعلام جميع المتنافسين عن رغبتها في التعاقد و فتح المجال أمامهم لتقديم عروضهم وتمكينهم من المعلومات الكافية المتعلقة بالصفقة وتمكينهم من حق الطعن.

المصلحة المتعاقدة مقيّدة بمراعاة المبادئ الأساسية للتعاقد وهي العلانية، الشفافية، حرية المنافسة و المساواة بين المتنافسين و هي التي أكّدت عليها قانون الوقاية من الفساد و مكافحته في مادته 9، إذ يجب إعلام المتنافسين ومنحهم

أجل واحد محدّد و معروف و إخضاعهم لقواعد منافسة واحدة دون أدنى تمييز بينهم لأنّ ذلك يشكّل جنحة منح الامتيازات غير المبرّرة المنصوص والمعاقب عليها في المادة 26 فقرة 1 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته.⁽³⁾

الصفقة العمومية تتميّز بتعدّد اجراءاتها و مراحلها و لكلّ مرحلة خصائصها ومبادئها، ففي مرحلة التحضير لها يشكّل دفتر الشروط أهم وثيقة، الإعلان عنها يضمن شفافية وأجل تقديم العروض يجب أن يضمن منافسة، وأهم التزام للعون العمومي هو سرّيّة العروض و عدم المستاس بها، فقبل إبرام الصفقة العمومية فإنّ مبادئ الشفافية هدفها ضمان الوصول للطلبات العمومية.

إنّ عملية اختيار المتعامل المتعاقد سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا مع المصلحة المتعاقدة أهم وأعقد المراحل لأنّها المحدد الرئيسي لمصير الصفقة فإذا نجحت حققت الأهداف المتوخاة منها، وإذا انخرقت عملية الاختيار فشلت الصفقة.⁽⁴⁾

ففيما تتمثل قواعد المنافسة و الإشهار التي كرسها قانون الصفقات العمومية قبل إبرام الصفقة العمومية؟ و كيف يمكن الإخلال بها من طرف المصلحة المتعاقدة؟

المبحث الأول: صور الإخلال بالتزامات الإشهار و المنافسة عند التحضير

للصفقة.

قبل إبرام الصفقة العمومية فإنّ مبادئ الشفافية هدفها ضمان الوصول للطلبات العمومية، والمساس بهذا المبدأ يشكّل امتياز غير مبرّر.⁽⁵⁾

المطلب الأول: في دفتر الشروط.

نص قانون الصفقات العمومية بدقة على قواعد دفتر الشروط لأنه يحدّد كافة الشروط المتعلّقة بالصفقة، فمعايير اختيار المتعامل المتعاقد و وزن كل منها، تذكر إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالدعوة بالمنافسة.

الفرع الأول: قواعده.

إنّ دفتر الشروط عبارة عن وثيقة رسمية تعدّها الإدارة انفراديا، بموجبها تحدّد كافة الشروط المتعلّقة بقواعد المنافسة، شروط المشاركة و اختيار المتعامل معها.⁽⁶⁾ وبما أنّ طلب العروض استدرّاج للعروض، الهدف من وراءه وضع المتنافسين موضع منافسة، فمن الضروري إعلامهم بقواعدها و كفاءات تقييم مشاركتهم فيها، و إنّ تحضير دفتر الشروط يستدعي معرفة دقيقة بالجوانب التقنية الخاصة بموضوع الصفقة.⁽⁷⁾

تنص المادة 27 فقرة 4 من قانون الصفقات العمومية على ما يلي: "و يجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها و مداها بدقة، استناداً إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس و/ أو نجاعة يتعيّن بلوغها أو متطلبات وظيفية و يجب ألاّ تكون هذا المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل إقتصادي محدد"⁽⁸⁾

و كذلك تنص المادة 78 من قانون الصفقات العمومية على أنّه: "يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد و وزن كل منها، مرتبطة بموضوع الصفقة

وغير تمييزية، مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالدعوة بالمنافسة، و يجب أن تستند المصلحة المتعاقدة لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية:

1/ إقما إلى عدة معايير، من بينها:

-النوعية،- آجال التنفيذ أو التسليم،- السعر و الكلفة الإجمالية للاقتناء و الاستعمال،- الطابع الجمالي و الوظيفي،- النجاعة المتعلقة بالجانب الاجتماعي لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل و المعوقين و النجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة،- القيمة التقنية، - الخدمة بعد البيع و المساعدة التقنية،- شروط التمويل، عند الاقتضاء، و تقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية،

و يمكن أن تستخدم معايير أخرى، بشرط أن تكون مدرجة في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة.

2/ إقما إلى معيار السعر وحده، إذا سمح موضوع الصفقة بذلك.

لا يمكن أن تكون قدرات المؤسسة موضوع معيار اختيار. و تطبق نفس القاعدة على المناولة.

يمكن أن تكون الوسائل البشرية و المادية الموضوعة تحت تصرف المشروع موضوع معايير اختيار.

في إطار الصفقات العمومية للدراسات، يستند اختيار المتعاملين المتعاقدين أساسا إلى الطابع التقني للاقتراحات.⁽⁹⁾

و كذلك نص المادة 79 من قانون الصفقات العمومية الجزائري فإنه يجب أن تتطابق الشروط مع طبيعة المشروع و تعقيده و ليس بإمكانيات المؤسسة ومؤهلاتها:

" يجب أن يكون نظام تقييم العروض التقنية، مهما يكن إجراء الإبرام المختار، متلائما مع طبيعة كل مشروع وتعقيده و أهميته."⁽¹⁰⁾

الفرع الثاني: الاخلال بقواعده

يظهر خرق قواعد المنافسة من خلال دفتر شروط تمييزي يناسب مؤسسة محددة، أي أنّ الشروط كانت بناء على ما تتمتع به المؤسسة وليس إلى ما تتطلبه الصفقة،⁽¹¹⁾ و هذا حتى تبرم الصفقة مع هذه المؤسسة دون سواها و هذا يعتبر خرقا للقانون و بالتالي فالصفقة لا تكون ناجعة و لن يتم الحفاظ على المال العام.⁽¹²⁾

المطلب الثاني: في الإعلان.

يجسد الإعلان الشفافية فهو دعوة علنية للمؤسسات لذلك نجد قانون الصفقات العمومية نص بدقة على قواعده و المتمثلة في الحالات التي يجب فيها و كذا

أوعية النشر، و إذا تمّ الإخلال بهذه القواعد ستندم الشفافية و بالتالي تقل المنافسة.

الفرع الأول: قواعد الاعلان.

إنّ الإعلان مرحلة أساسية في تثبيت وتكريس أسس ومبادئ الشراء العمومي.⁽¹³⁾ والدخول في إجراء طلب العروض يقتضي علماً بالشروط، لا سيّما ما يتضمّنه دفتر الشروط، فالإعلان يجعل المتنافسين يتقدّمون إلى مصالح الإدارة لسحب ملف الصفقة والدخول في المنافسة.

يعرّف الإعلان على أنه دعوة علنية للمؤسسات المعنية بموضوع الصفقة، لتقدّم عروضها بشأنها قصد إجراء منافسة بينها لاختيار العرض الأنسب وذلك طبقاً للشروط الواردة في دفتر الشروط وفي الإعلان، و يكون اللجوء إلى الاشهار الصحفي إلزامي في الحالات التالية:- طلب العروض المفتوح.- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.- طلب العروض المحدود.- المسابقة.- التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء.⁽¹⁴⁾

للإعلان أهمية كونه يحدّد موضوع المناقصة وكلّ المعلومات، منها مكان سحب دفاتر الشروط،⁽¹⁵⁾ و بالتالي يجسّد "مبدأ العلانية بالتعاقد" الذي يحقّق عدّة فوائد:

. يجبّب الإدارة أجواء الشك في التعامل النزّه في إبرام العقود.

. خلق أجواء منافسة مشروعة بين عدد غير محدود من الراغبين و بالتالي اختيار
أنسب العروض من حيث الثمن وأفضلها من الناحية الفنية. (16)

إنّ مجال تطبيق هذه المبادئ في المادة 65 التي حدّدت أوعية النشر في
فقرتها الأولى و الثالثة : "1. يحزّر إعلان طلب العروض باللّغة العربية و بلّغة
أجنبية واحدة على الأقلّ، كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل
العمومية(ن.ر.ص.م.ع) وعلى الأقلّ في جريدتين يوميتين وطنيتين، موزعتين
على المستوى الوطني.

3. يمكن إعلان طلبات عروض الولايات و البلديات و المؤسسات العمومية
الموضوعة تحت وصايتها و التي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم ودراسات أو
خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري على التوالي، مائة مليون
دينار(100.000.000دج) أو يقلّ عنها وخمسين مليون دينار
(50.000.000 دج)أو يقل عنها، تكون محل إشهار محلي حسب الكيفيات
الآتية:

. نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين، و
. إلصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية:
. للولاية. . لكافة بلديات الولاية.. لغرف التجارة و الصناعة، و الصناعة التقليدية
و الحرف و الفلاحة للولاية. . للمديرية التقنية المعنية في الولاية. " (17)

الفرع الثاني: الاخلال بقواعده.

هنا نجد أنّ المشتري العمومي يعبث بالإعلان ويقضي على الشفافية من خلال نشره الناقص أو الخفي في جرائد غير مقروءة، أو بيانات غير دقيقة فالمادة 62 من قانون الصفقات العمومية نصت على بيانات إلزامية أهمها: - قائمة المستندات المطلوبة، مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض. و إن لم يتمّ تحديد هذين البيانيين بدقة ستندم المنافسة.

المطلب الثالث: تلقي العروض.

للإدارة سلطة تقديرية في تحديد أجل تلقي العروض ولكن لا بد من مراعاة عناصر معيّنة ك تعقيد موضوع الصفقة، المدّة التقديرية لجمع الوثائق لا سيّما إذا كانت تتطلّب مدّة لتحضيرها و المدّة التقديرية لإيصال العروض، لأنّ المدّة تختلف حسب طبيعة الصفقة، و المهم في الأجل أن يفسّح مجالا واسعا لأكبر عدد ممكن من المتنافسين و بالتالي يتمّ ضمان مبدأ المنافسة.

الفرع الأول: قواعده.

تعرف العطاءات: "العروض التي يتقدّم بها الأشخاص في الصفقة والتي يتبيّن من خلالها الوصف الفتيّ لما يستطيع المتقدّم القيام به وفقا للمواصفات المطروحة في الصفقة وكذلك تحديد السعر الذي يرتضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رست عليه الصفقة."

إنّ الفاصل الزمني بين ظهور الإعلان وأجل تحضير العروض مدّة تحدّد من طرف الإدارة، وطبقا للمادة 66 منح المشرع للإدارة سلطة تقديرية في تحديد

الأجل، ولكن ألزّمتها بمراعاة عناصر معيّنة مثل: تعقيد موضوع الصفقة، المدّة التقديرية لجمع الوثائق لا سيّما إذا كانت تتطلّب مدّة لتحضيرها، المدّة التقديرية لإيصال العروض، فتختلف هذه المدّة حسب طبيعة الصفقة، و الأجل يجب أن يفسّح مجالاً واسعاً لأكبر عدد ممكن من المتنافسين.⁽¹⁸⁾

تعدّد اعتبارات تحديد الآجال أيضاً بصعوبة تحضير الملف و إتمامه من طرف المتنافسين.⁽¹⁹⁾

الفرع الثاني: الإخلال بقواعده.

. تكون آجال قصيرة غير متناسبة و عناصر الصفقة⁽²⁰⁾، فقد تكون مستندات تتطلب مدة لتحضيرها لا يوفرها الأجل و في المقابل يكون العون الاقتصادي المرغوب في ابرام الصفقة معه على علم مسبق بالمتطلبات قبل الاعلان عنها و هذا يشكّل امتياز غير مبرّر.

. إهمال بيانات متعلّقة بآجال تلقي الترشيحات، ليفاجئ المرشّحون بعد ذلك بفوات الآجال دون تحديدها المسبق.

. قبول عرض بعد فوات الآجال، بإهمال إجراءات تصنيف العروض عند ورودها، و ذلك قد يكون من أجل حصول هذا العون الاقتصادي على معلومات امتيازية بالنسبة لعروض المرشّحين التي تمّ تقديمها.

- تمديد الأجل دون إخبار المتعهدين.

المبحث الثاني: صور الإخلال بالتزامات الإشهار و المنافسة أثناء تقييم

العروض.

يلبي مرحلة تقييم العروض إرساء الصفة العمومية لذلك يتعيّن على المصلحة المتعاقدة التأكد من قدرات المرشحين و المتعهدين التقنية و المهنية و المالية قبل القيام بتقييم العروض التقنية، فالصفة يجب أن تخصص للمؤسسة القادرة على تنفيذها. (21)

المطلب الأول: في الحصول على معلومات امتيازية.

سرية العروض من أهم المبادئ و هذا حتى لا يتمّ تقديم عرض على ضوء العلم بباقي العروض لأنّه سيكون الغرض منه فقط التفوق على عروض باقي المرشحين و بالتالي لا يعكس الإمكانيات والقدرات الحقيقية للمتعهّد.

الفرع الأول: قواعده.

إنّ طلب العروض يجب أن يكون بحدّ و شفافية للتوصّل للعرض الأفضل، فمبدأ عدم قابلية كشف العرض مبدأ هام حيث يبقى محتوى العرض سرّاً إلى غاية فتح الأظرفة لتفادي حصول أحد المتنافسين على معلومات عن عرض متنافس آخر، حيث تنص المادة 6/46 من ق.ص.ع.ج" و لا يجوز الكشف عن أي معلومة تتعلّق بمحتوى عرض مرشّح من المرشّحين." (22)

الفرع الثاني: الإخلال بقواعده.

إذا قام العون العمومي بمنح معلومات امتيازية للعون الاقتصادي فإنه سي طرح عرض أفضل بناءً على علمه بباقي العروض ، وبالتالي ينال الصفقة العمومية بتقديم عرض أكثر أهمية نتيجة لمعلومات امتيازية عن محتوى عروض المرشحين. (23)

هذا يقضي على المنافسة و المساواة، نتيجة لتقديم عرض على ضوء العروض الأخرى. (24)

المطلب الثاني: في تعديل العروض أو الشروط عند فتح الأظرفة.

نص قانون الصفقات العمومية بدقة على قواعد دفتر الشروط ليضمن بذلك مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات. (25)

الفرع الأول: قواعده.

مبدأ "عدم المساس بالعرض و بمعايير الاختيار" من الركائز الأساسية في إجراءات طلب العروض، و يهدف هذا المبدأ لضمان مساواة الفرص بين المتعهدين الذين قدّم كلّ منهم عرض مطابق لمميّزات موحّدة للصفقة المعلّنة عنها إلى غاية لحظة فتح الأظرفة، بحيث يبقى محتوى العروض سرّي.

كذلك مبدأ "المساواة في معاملة المرشحين"، فلا يجوز التفاوض و تعديل عرض مرّشح. (26)

تنص المادة 80 " لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين في إجراء طلب العروض و يسمح بالتفاوض في الحالات المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم فقط.

غير أنه يمكن المصلحة المتعاقدة، للسماح بمقارنة العروض أن تطلب من المتعهدين كتابيا توضيح و تفصيل فحوى عروضهم و لكن لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يسمح جواب المتعهد بتعديل عرضه أو التأثير في المنافسة"⁽²⁷⁾

الفرع الثاني: الاخلال بقواعده.

بمخالفة العون العمومي لهذه المبادئ، بإعادة التشاور مع أحد المتنافسين ليعدّل عرضه و يجعل منه أقلّ ثمن، وأيضا بتعديل موضوع الصفقة أو مواصفاتها الأساسية خرقا لدفتر الشروط، بعد فتح الأظرفة ليتم إقصاءها بحجة عدم مطابقتها لموضوع الصفقة،

المطلب الثالث: في العرض المنخفض بشكل غير عادي.

لنواحي المالية أهمية في العقد، لكون الثمن يمثّل محل الوفاء من جانب الإدارة فيما بعد مقابل قيام المتعاقد بعمل، لذلك فمعيار السعر موجود في كل الصفقات فقد يكون هو المعيار الوحيد لانتقاء أحسن عرض أو يكون إلى جانب عدة معايير إذا كان الاختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات.⁽²⁸⁾

الفرع الأول: قواعده.

يتم إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطا و الأقل سعرا، وهذا ما يعرف بمبدأ آلية المناقصة، و هذه هي القاعدة العامة إلا إذا كان هذا العرض مقترنا بتحفظات، أو لعدم كفايته من الناحية الفنية أو لسوء سمعته. (29)

لكن على المصلحة المتعاقدة أن تنتبه إلى مقدار الانخفاض في السعر، فقد يكون منخفضا بشكل غير عادي، فيحقق للمصلحة المتعاقدة التحلل من آلية الإرساء إذا صحب ذلك شكوكا في المحتويات الفنية للعطاء من خلال فحصه و تحليله. (30)

فالعرض المنخفض بشكل غير عادي لا يعكس حقيقة اقتصادية لسعر الصنف، فعلى المصلحة مراجعة الأسعار الواردة بالعطاءات ومقارنتها بالتقديرات المالية التي سبق إعدادها بشأن المشروع فتكون أسعاره أقل بكثير من أسعار التكلفة و الأسعار الدارجة أو المقدرة. (31)

تنص المادة 09/72 على: "إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي بالنسبة لمرجع أسعار، تطلب منه عن طريق المصلحة المتعاقدة، كتابيا، التبريرات و التوضيحات التي تراها ملائمة. و بعد التحقق من التبريرات المقدمة، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا أقرت أنّ جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية و ترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر معلل." (32)

العرض المنخفض بشكل غير عادي قد يسبب صعوبات أثناء التنفيذ، لذلك بإمكان المصلحة المتعاقدة رفضه بإجراءات صائغة لتطبيق المبادئ المتمثلة في المساواة و شفافية الإجراءات وذلك باحترام أربعة مراحل متعاقبة:

1- كشف العرض الذي يظن أنه غير عادي، 2- طلب توضيحات من المتعهد، 3- دراسة وتقدير التوضيحات، 4- التوصل إما لقبول العرض أو رفضه. (33)

الفرع الثاني: خرق قواعده.

خرق قواعد المنافسة يكون بصورتين:

الأولى إذا لم يكن عرض المتعامل الاقتصادي المراد منحه الصفقة تمييزاً عن البقية هو المنخفض، بل يكون العرض المنخفض هو عرض متعهد آخر، وهذا ما سيعيق اختياره، فيقوم العون العمومي لمصلحة العون الاقتصادي برفض العرض المنخفض دون طلب توضيحات، والتي ممكن أن تكون جدية و مقنعة تجعل منه أفضل عرض للصفقة.

الثانية يكون عرض المتعامل الاقتصادي المراد منحه الصفقة تمييزاً عن البقية هو المنخفض و باقي المتنافسين اقترحوا عروضاً واقعية، علماً أنّ ذلك الانخفاض ظاهري غرضه نيل الصفقة ولا توجد المبررات التي يتطلبها القانون و الهدف القريب من العرض المنخفض هو الحصول على الصفقة أتمّ بعد ذلك هو الحصول على منفعة الأموال من خلال الزيادة في الأسعار لاحقاً، كما ستطراً

صعوبات أثناء مرحلة التنفيذ توجب ضرورة إبرام ملاحق غير مشروعة، مما يؤدي لسوء نوعية الأشغال و تجاوز الآجال،⁽³⁴⁾

خاتمة: من خلال كل ما سلف فإنّ خرق القواعد التشريعية و القانونية التي تحدّف لضمان الوصول للطلبات العمومية و المساواة بين المتنافسين يشكل امتيازات غير مبررة و الامتيازات غير المبرّرة لها وجهان، من جهة الموظف الذي يمنح الامتياز غير المبرّر مرتكبا جنحة المحاباة، و من جهة أخرى العون الاقتصادي الذي يحصل على الامتياز غير المبرّر مرتكبا جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبرّرة و هما جرمتان منصوص عليهما في المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته.

و أمام الاخلال بالتزامات الاشهار و المنافسة لا يتم إبرام الصفقة مع المتعامل الأقدر على تنفيذها وبالتالي يتم اهدار المال العام و لا يتحقق الغرض من الصفقة و هو نجاعة الطلبات العمومية و تحقيق المصلحة العامة.

و أمام المؤسسات المبعدة بصفة غير قانونية و سيلتين :

الأولى قبل إبرام الصفقة العمومية و منعا لإبرامها يتم رفع دعوى استعجالية طبقا لنص المادة 946 قانون الإجراءات المدنية و الادارية بإثارة عيب من العيوب في إجراءات و قواعد الإشهار والمنافسة.

الثانية شكوى مصحوبة بادعاء المدني فيجوز أن تتأسس طرفا مدنيا للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابها من جراء الجنحة و المتمثل في إضاعة فرصة الحصول على الصفقة.

الهوامش:

- ¹ - المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة 1436هـ الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، العدد 50، ص5.
- ² - المادة 40 ق.ص.ع.ج رقم 15-247.
- ³ - م 26 قانون رقم 15/11 المؤرخ في 02 رمضان 1432 هـ الموافق لـ 02 غشت 2011 م، يعدل و يتمم القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، ج.ر، العدد 44، ص5.
- ⁴ - بوضوار عبد النبي، اختيار المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية، الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد و مكافحته في الصفقات العمومية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2013 ، ص02.
- ⁵ - *la pénalisation du droit des marchés, Catherine Prebissy- Schnell* 5- université de paris- X Nanterre, 2001,'publics, thèse de doctorat, l 79p.
- ⁶ - ختال هاجر، المناقصة كأسلوب من أساليب التعاقد في الصفقة العمومية، الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد و مكافحته في الصفقات العمومية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2013، ص16.
- ⁷ - خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص ص 186، 187.
- ⁸ - م 27 ق.ص.ع.ج رقم 15-247.
- ⁹ - م 78 ق.ص.ع.ج رقم 15-247.
- ¹⁰ - م 79 ق.ص.ع.ج رقم 15-247.
- ¹¹ - *Florian Linditch, délit d'actroite d'avantage injustifié, contrats et marchés publics, volume 1, juris classeur, paris, 2009, p08.*
- ¹² - م 5 ق.ص.ع.ج رقم 15-247.
- ¹³ - *علّة كريمة*، الركن المادي لجريمة الخبايا في مرحلة إبرام الصفقة، الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد و مكافحته في الصفقات العمومية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2013 ، ص71.
- ¹⁴ - م 61 ق.ص.ع.ج رقم 15-247.
- ¹⁵ - خرشي النوي، المرجع السابق، ص ص 203، 204.
- ¹⁶ - *نجد خلف الجبوري*، النظام القانوني للمناقصات العامة دراسة مقارنة، ط الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص73.
- ¹⁷ - م 65 ق.ص.ع.ج رقم 15-247.
- ¹⁸ - م 66 ق.ص.ع.ج رقم 15-247.
- ¹⁹ - خرشي النوي، المرجع السابق، ص207.

- ²⁰- فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية و آليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 5، سبتمبر 2009، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 127.
- ²¹- م 53 و المادة 54 ق.ص.ع.ج رقم 247-15.
- ²²- م 46 ق.ص.ع.ج رقم 247-15.
- ²³-*Florian Linditch, op. Cit, p08.*
- ²⁴- علة كريمة، المرجع السابق، ص84.
- ²⁵- م 5 ق.ص.ع.ج رقم 247-15.
- ²⁶-*Catherine Prebissy Schnall, op.Cit, p107.*
- ²⁷- م 80 ق.ص.ع.ج رقم 247-15.
- ²⁸- م 72 ق.ص.ع.ج رقم 247-15.
- ²⁹- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (العقد الاداري، القرار الاداري) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، بدون ذكر سنة نشر، ص349.
- ³⁰- محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص120.
- ³¹- محمد خلف الجبوري، نفس المرجع السابق، ص 112.
- ³²- م 72 ق.ص.ع.ج رقم 247-15.
- ³³-*Brahim Boulifa, marchés publics, vol 1, Berti édition, Alger, 2013, p 459.*
- ³⁴- *Catherine Prebissy Schnall, op.Cit, p p 92,93.*

متى يكون العقد دوليا؟، وفقا للقانون المقارن والقانون الجزائري.

بقلم الأستاذ: درية أمين¹

كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة سعيدة

مقدمة:

إن تمييز العقد الدولي عن العقد الداخلي يعتبر من الأهمية بما كان،
فلهذه التفرقة آثار عملية ظاهرة تبدو أبعادها وخطورتها في العديد من النزاعات
التي تعرض أمام محاكم الدول المختلفة أو أمام جهات التحكيم، والتي تتطلب
لحسمها تحديد ما إذا كنا بصدد عقد دولي أو عقد داخلي، فتحديد هذه الصفة
يعتبر مسألة أولية لإعمال إما قواعد القانون الدولي الخاص وفقا لمنهج التنازع، أو
إعمال القواعد الموحدة لقانون التجارة الدولية، وفقا للمنهج المباشر أو ما يسمى
بمنهج القواعد الموضوعية. كما أن الصفة الدولية للعقد تفرض على القاضي
استبعاد التطبيق التلقائي للقانون الوطني على هذه العلاقة العقدية. وللأطراف
المتعاقدة أيضا، حرية واسعة في اختيار القانون الذي يطبق على علاقتهم
المتعاقدية، إعمالا لقاعدة قانون الإرادة.²

وقد استقر الفقه على انتهاج أحد المعيارين الأساسيين، المعيار القانوني،
والذي يركز على عناصر الرابطة العقدية ومدى تعرض الصفة الأجنبية لأي
منها. أما المعيار الثاني فهو المعيار الاقتصادي، والذي يركز على مدى ارتباط
العلاقة العقدية بمصالح التجارة الدولية وتأثيرها فيها. لذلك سوف نتطرق لكل
من الاتجاهين على حدة. ثم نتعرض لموقف المشرع الجزائري منهما.

المطلب الأول: معايير تعريف العقد الدولي.

أولاً: المعيار القانوني.

حسب هذا المعيار، يكون عقد البيع دولياً، إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني، لذلك يجب البحث في عناصر الرابطة العقدية عن العنصر الأجنبي، فإذا اتصلت العناصر بأكثر من دولة خلاف دولة القاضي المعروض عليه النزاع اكتسب العقد الصفة الدولية³. وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن ثبوت الصفة الدولية للعقد من عدمها، مسألة نسبية تتوقف على طبيعة الرابطة العقدية. لذلك انقسم الفقه المؤيد لهذا المعيار إلى فريقين:

الفريق الأول: يتزعمه الفقيه الفرنسي باتيفول Batiffol ، ويرى أنه يجب النظر إلى جميع عناصر الرابطة العقدية على حد السواء، حيث أنه يكفي توفر الصفة الأجنبية في أي عنصر من عناصر العلاقة العقدية لاعتبار العقد دولي بغض النظر عن مدى أهمية وتأثير ذلك العنصر على العقد من عدمها. فيكفي مثلاً أن تختلف جنسية المتعاقدين أو موطنهم، أو أن يقع البيع على بضاعة موجودة في دولة أجنبية أو تم إبرامه في دولة أجنبية، أو نفذ جزء منه في هذه الأخيرة.⁴

ولقد كان الفقيه باتيفول Batiffol من أشد المناصرين لهذا الاتجاه والداعين له، فهو يعرف العقد الدولي بأنه: " يعتبر العقد دولياً إذا كانت الأعمال المتعلقة بانعقاده أو تنفيذه، أو حالة أطرافه، سواء من حيث جنسيتهم أو مجال إقامتهم،

أو من حيث تركيز موضوعه، تتصل بصلات أو روابط مع أكثر من نظام قانوني⁵.

وقد واجه هذا الفريق انتقادات لاذعة، نظرا للطريقة الجامدة التي اعتمدها، لأنهم لم يميزوا بين العناصر المؤثرة في العلاقة العقدية والعناصر غير المؤثرة. فمن غير المعقول أن يعتبر عقد البيع المبرم في وهران بين جزائري ومغربي مقيم في الجزائر لتوريده كمية من اللحوم لبيعها المواطن المغربي في السوق الجزائرية عقدا دوليا لمجرد اختلاف جنسية المتعاقدين. كما أن إضفاء الصفة الدولية على العقد لوجود عنصر أجنبي ضمن عناصر الرابطة العقدية منتقد على أساس أن الرابطة العقدية التي لا تتوفر على عنصر أجنبي هي علاقة وطنية محضة تطبق عليها القواعد الموضوعية للقانون الوطني وحده دون سواه، وهي لا تستدعي حتى مجرد التفكير في إعمال قواعد الإسناد. أما في حالة ما إذا كانت العلاقة ذات عنصر أجنبي، سواء من حيث أشخاصها أو موضوعها أو سببها، فهذا من شأنه أن يفسح المجال لإعمال قواعد الإسناد دون مراعاة ما إذا كان العنصر الأجنبي مؤثر وإيجابي أم أنه مجرد عنصر سلبي غير مؤثر في العلاقة العقدية⁶.

الفريق الثاني: يقسم فقهاء هذا الفريق عناصر الرابطة العقدية إلى عناصر مؤثرة وأخرى غير مؤثرة، وقد اختلفوا في تصنيف الكثير منها⁷.

فبالنسبة لمكان تنفيذ العقد وموطن المتعاقدين: فله تأثير نسبي على العقد، فقد يكون اختلاف محل تنفيذ العقد عن مكان إبرامه، أو موطن المتعاقدين، من العناصر الهامة والمؤثرة في منح العقد الصفة الدولية. وبناء على ذلك يمكن اعتبار

العقد دوليا عندما يتم إبرامه بين طرفين ينتميان بجنسيتيهما إلى دولة واحدة ولكن أحدهما يقيم بدولة أخرى كأن يبرم عقد بيع بين جزائريين أحدهما مقيم بفرنسا، أو أن يبرم عقد في الجزائر بين جزائريين يقيمان في الجزائر ولكن يراد تنفيذ العقد في تونس. غير أن القضاء الفرنسي أكد في العديد من الحالات أن اختلاف مكان الإبرام عن مكان التنفيذ، لا يعتبر دوما عنصرا مؤثرا يسمح بمنح العقد الصفة الدولية. فهو في بعض الأحيان يقر بأنه مؤثر⁸، وفي أخرى يعتبره غير مؤثر⁹.

أما بالنسبة لمحل إبرام العقد: يعتبره الكثير من الفقه عنصرا هاما ومؤثرا في تحديد الصفة الدولية للعلاقة العقدية¹⁰. في حين لا يمكن دوما الاعتداد بمحل الإبرام كأساس لتحديد الصفة الدولية للعلاقة العقدية، وذلك لإمكانية الغش نحو القانون من قبل الأطراف المتعاقدة نظرا لإمكانية تحديد مكان إبرام وهمي من قبل الأطراف¹¹ لذلك فإن المسألة نسبية، تختلف من عقد لآخر، ولا يمكن الحكم مسبقا بأن محل الإبرام تأثير على العلاقة العقدية.

وفي ما يخص اختلاف جنسية المتعاقدين: فيتزدد كثير من الفقه في اعتباره فعلا، فبينما يرى البعض¹² أنه عنصر فعال ومؤثر، يرى غالبية الفقه¹³ استبعادها كعنصر مؤثر في تحديد الصفة الدولية، لأنه لو افترضنا أن أجنبيا مقيما بالجزائر أبرم عقدا لشراء بعض الحاجيات التي تخصه للاستهلاك الشخصي داخل الجزائر، فمن غير المعقول أن نصف هذا العقد بأنه عقد بيع دولي مجرد اشتماله على عنصر أجنبي متمثل في الجنسية الأجنبية لأحد أطرافه، فالواضح في المثال المعروض أن عنصر الجنسية ليس له أي تأثير ولا فعالية.

وقد انتقد هذا الفريق الثاني الذي ركز على ضرورة أن تكون للعنصر الأجنبي أهمية وتأثيرا على العلاقة العقدية حتى يعتمد كأساس لتحديد دولية العقد من عدمها، بأنه وقع في خطأ جوهري يتمثل في أنه صنف مسبقا عناصر العلاقة العقدية إلى عناصر مؤثرة وأخرى غير مؤثرة، متناسيا أن المسألة نسبية¹⁴، فالعنصر الذي قد يكون مؤثرا في عقد معين قد لا يكون مؤثرا في عقد آخر ولو تشابهت ظروفهما وتقاربت في بعض الأحيان، لذلك فإن تصنيفهم هذا يعتبر حكما مسبقا، ومن هنا يجب التأكيد على نسبية هذه المعايير.

ثانيا: المعيار الاقتصادي لتعريف العقد الدولي.

يقصد بالعقد الدولي حسب المعيار الاقتصادي¹⁵، العقد الذي يمس بمصالح التجارة الدولية. فيترتب عليه نقل البضاعة من حدود دولة إلى حدود دولة أخرى مقابل انتقال ثمنها وقد وضع أسس هذا المعيار القضاء الفرنسي من خلال قرار محكمة النقض الفرنسية سنة 1927، أين تعرضت لمدى صحة شروط التعاقد المتعلقة بتحديد العملة التي يتعين الوفاء على أساسها، فقد ارتأت أن شرط التعامل بالذهب لا يمكن أن يكون جائزا إلا في العقود الدولية. وقد اعتمدت محكمة النقض على المعيار الاقتصادي في تحديد مفهوم العقد الدولي. وهو ما أكدته المدعي العام ماتير¹⁶ (procureur générale Matter)، الذي أكد أن العقد الدولي هو العقد الذي يترتب عليه دخول العملة وخروجها من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى، وهو يقول في هذا الصدد أنه: "يتعين في هذا العقد أن يحدث عملية مد وجزر فيما وراء الحدود وأن يرتب نتائج متبادلة في كلتا الدولتين التي تتم العملية في إطارهما، وبناء على ذلك فإنه على سبيل

المثال يعتبر موضوعا لوفاء دولي، عقد البيع التجاري الذي يؤدي إلى انتقال البضائع من دولة إلى ثانية، وإلى انتقال الثمن من الدولة الثانية إلى الدولة الأولى... أما إذا تعلق الأمر بإيجار عقار بالجزائر (العاصمة) من طرف انجليزي لصالح فرنسي فان مثل هذا العقد لا يؤدي إلى دخول أية بضاعة أو نقل نقود إلى فرنسا، وبذلك فان العملية تكتسي طابعا داخليا محضا، ومن ثم فان الوفاء في مثل هذه الحالة يجب أن يخضع لقوانين النظام العام السارية المفعول في فرنسا¹⁷. وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية رسوخها على المعيار الاقتصادي، وذلك من خلال قرارين لاحقين وقائعهما متشابهة هما قرار *Mardelé c. Muller* في 19-02-1930، وقرار *Dambricourt c. Rossart* في 27-01-1931. ويتعلق الأمر بعقد بيع أبرم بفرنسا بين طرفين فرنسيين، وكان موضوع هذا العقد يتمثل في نقل بضائع من الولايات المتحدة الأمريكية إلى ميناء فرنسي وثن الدفع في قضية "ماردلي" يتم بمقتضى شيك مسحوب بلندن، وكان البائع فيها يتمثل في شركة فرنسية صرحت حينما أبرم العقد أنها تتصرف لحساب شركة هولندية تعتبر أما لها. أما في قضية "دامبريكوت" فان المتعاقدين اتفقا على اعتماد الشروط النموذجية التي وضعتها جمعية التجارة الدولية للحبوب بلندن (*London corn Trade Association*). وتم الاتفاق أيضا على عرض كل نزاع قد يحدث بصدد العقدين على التحكيم بلندن. وهو الأمر الذي من شأنه أن يجعل العقدين معا خاضعين للقانون الانجليزي. ولما عرض النزاع على القضاء الفرنسي أثبتت مسألة صحة شرط التحكيم الوارد بالعقدين لأن هذا الشرط كان باطلا طبقا للقانون الفرنسي، لكن

محكمة النقض الفرنسية قررت بمقتضى هذين الحكمين أن شرط التحكيم الوارد بالعقدين صحيح على أساس أنه "يتعلق بمصالح التجارة الدولية" « mettant en jeu les intérêts du commerce international »
أوضح حكم " دامبريكوت " أن الصفقة موضوع النزاع تتعلق بقمح مستورد من الخارج تم إبرامها بواسطة وكلاء، وأن القمح تم شحنه بالولايات المتحدة طبقا لبيع " C.A.F " وحصل تسليمه بسان نازير (أي بميناء فرنسي)، وأن العقد المبرم يعتبر لهذا السبب متعلقا بمصالح التجارة الدولية، وأنه طالما أن بطلان التحكيم المنصوص عليه في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ليس من النظام العام بفرنسا، فإن الأطراف حتى ولو كانوا فرنسيين فأهم بإمكانهم بموجب عقد مبرم بالخارج أو فرنسا العدول عن أحكام هذه المادة واختيار قانون أجنبي لتنظيم اتفاقهم كالقانون الإنجليزي الذي يجيز شرط التحكيم¹⁸.

وبعد أن تعرضنا لكل من محتوى المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي في تعريفهما لعقد البيع الدولي، سنتعرض لموقف المشرع منهما.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من المعيارين.

لم يكن للمشرع الجزائري موقف صريح من تعريف العقد الدولي، فلا توجد أي مادة تتكلم صراحة عن ذلك. لكن إذا انتقلنا إلى مجال التحكيم التجاري الدولي فإنه يمكن استخلاص موقف المشرع الجزائري من تعريفه لمصطلح الدولية. ، والذي وضع الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي. والواضح من

خلال استقراء المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية القديم التي جاء بها المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية، أن المشرع الجزائري قد اعتمد معيارا مزدوجا في منح الصفة الدولية للتحكيم. فقد أوجب توفر المعيار الاقتصادي أي أن يتعلق التحكيم بمصالح التجارة الدولية، وأوجب أيضا توفر المعيار القانوني بأن يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج.¹⁹

لكن مع صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، عدل المشرع الجزائري عن المعيار المزدوج الذي كان يتبناه لتعريف مصطلح الدولية، وأصبح يتبنى المعيار الاقتصادي فقط. وذلك بمقتضى المادة 1039 منه، التي تنص على أنه: "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".²⁰

خاتمة:

وعلى ما سبق يتضح بأن مسألة تحديد الطبيعة الدولية للعقد، مسألة جوهرية وأساسية. من خلالها يتحدد النظام القانوني الذي يخضع له العقد، فإذا كنا أمام عقد داخلي فإن القواعد الوطنية وحدها هي التي تطبق دونما حاجة للبحث في القانون الواجب التطبيق. أما العقد الدولي فهو الذي يثير مسألة تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي. ولقد لاحظنا أن المعيار القانوني الذي يركز على ضرورة توفر الصفة الأجنبية في عناصر العلاقة العقدية

قد انقسم إلى فريقين الأول عامل كل العناصر على قدم المساواة وقد انتقد لأنه نسي أن المسألة نسبية وأن بعض العناصر لا تؤثر في العلاقة العقدية ومن ثم من غير المنطقي اعتبار العقد دوليا إذا كانت تلك العناصر أجنبية، وهو رأي الفريق الثاني الذي ركز على العناصر المؤثرة في العقد فقط واشترط أن تكون هذه العناصر أجنبية حتى يعتبر العقد دوليا. أما المعيار الثاني الذي ابتكره القضاء الفرنسي فهو المعيار الاقتصادي، الذي يعتبر العقد دوليا متى كان يمس بمصالح التجارة الدولية ويؤدي إلى مد وجزر البضائع والأموال عبر حدود الدول. ولقد لاحظنا أن المشرع الجزائري كان يعتمد على تطبيق مزدوج للمعيارين من خلال المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية القديم، ثم تبني المعيار الاقتصادي منفردا من خلال المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

الهوامش:

- 1- أستاذ مساعد أ، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر بسعيدة.
- 2- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعية، مصر، 2001، ص.60. طارق محمد عبد الله الهنداوي، الإخلال الجوهري بالالتزامات في عقد البيع الدولي وأثره على أطراف العقد، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، كلية الحقوق، مصر، 2007، ص.17. 10. الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1990-1991، ص.10. هشام.
- 3- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.72.
- 4- المشرع التونسي أيضا اعتمد على المعيار القانوني وذلك من خلال المجلة لتونسية للقانون الدولي الخاص الصادرة بمقتضى القانون 97/98، و الذي ينص في المادة 2 منه: « Est international le rapport de droit rattaché au moins par l'un de ses élément déterminant, à un ou plusieurs ordre juridiques que l'ordre juridique tunisien ».
- 5 - Batiffol, H., encyclopédie juridique – Dalloz – répertoire de droit international, Tome 1, 1968, contra et conventions, N. 9, p.564.
- 6- الطيب زروقي، المرجع السابق، ص.15.
- 7- Knoepfer (F.) : « Le contra dans le nouveau droit international privé suisse ». En le nouveau droit international suisse, travaux des journées

d'étude organisées par le centre de droit de l'entreprise le 9 et 10 octobre 1987
à l'université de Lausanne, 1988, p. 81.
cass. Civ. 18/05/1971, Affaire Empex c/ Moltiriatic, Rev. Clunet, 1972, p. 62.

⁹ - cass. Civ. 07/10/1980, Affaire Tardieu c/ Bourdon. Rev., Critique, 1981 p. 315.

¹⁰ - سلامة فارس: وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنوفية، 1999، ص. 44 وما بعدها.

¹¹ - P. Mayer, droit international privé, 1 ère. Edition, Montchrestien, Paris, 1977, p., 679.

¹² - Alfonsin : «contribution a l'étude de la relation juridique en droit international privé », mélanges offerts a Maury Jacques, Tome 1, p. 29.

¹³ - Goldman (B.) : not sous l'arrêt Hicto, de la cour d'appel de paris 19/06/1970, Hicto c/ société Buisman, J.C.I. 1971, N1692.

¹⁴ - الطيب زروقي، المرجع السابق، ص. 15.

¹⁵ - طارق محمد عبد الله الهنداوي، المرجع السابق، ص. 29. وهشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 104. حبار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ص. 14. طارق محمد عبد الله الهنداوي، المرجع السابق، ص. 29. وهشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 104.

¹⁶ - CIV., 17 mai 1927, DP. 1928. I. 25, note H. Capitant. V., Philippe Fouchard et autre, Traité de l'arbitrage commercial international, Delta, 1996, p., 59.

¹⁷ - v., Philippe Fouchard, op. cit., p., 60.

¹⁸ - Cass. Civ., 19 fév. 1930, Mardelé c. Muller, et Cass. Civ., 27 janv. 1931 Dambricourt c. Rossart, Rev. Crit. DIP, 1931. 514 ; S., 1933. I. 41, note J- P Niboyet. v., Philippe Fouchard, op. cit., p., 60.

¹⁹ - تنص المادة 548 مكرر على انه: "يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج".

²⁰ - المنشور في الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008، والذي دخل حيز التنفيذ في 23 أبريل 2009.

الإشراف القضائي على التنفيذ العقابي في ظل السياسة الجنائية الحديثة

بقلم الأستاذ: جباري ميلود
كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة د. مولاي الطاهر - سعيدة -

مقدمة :

لقد كان دور القضاء محصور في إصدار الأحكام القضائية في الدعوي
الجزائية بإدانة المدعى عليه حيث كانت مهمته تحديد العقوبة أو التدبير
الاحترازي الذي يجب أن ينفذ في حق المحكوم عليه، و تقوم الادارة العقابية
بمباشرة تنفيذ هذه الأحكام، و لكن مع تطور الفكر العقابي في ظل السياسة
الجنائية الحديثة تطورت معه المعاملة العقابية للمحكوم عليه، إذ أصبح يهتم
بشخصية هذا الأخير عن طريق تطبيق عليه مجموعة من البرامج تمثلت في فحص
حالته و مراعاة ظروفه الاجتماعية و وضعيته الصحية و النفسية و العوامل التي
أدت به إلى ارتكاب الجريمة بمجرد إيداعه داخل المؤسسة العقابية، هذا ما نتج
عنه فكرة التفريد العقابي بمعنى اختيار نوع المعاملة العقابية التي تتلاءم مع
شخصية المحكوم عليه أثناء مرحلة التنفيذ العقابي أو التدبير الاحترازي، هذا ما
أدى الى ضرورة تدخل القضاء بإشرافه على ذلك باعتباره الحامي لهذه الحقوق
التي تتمثل في مدى تطبيق هذه البرامج مع ضمان حسن سير التنفيذ العقابي إلى

الطريق الذي يؤدي في النهاية إلى تقويم و إصلاح المحكوم عليه من أجل إعادة إدماجه اجتماعيا.

هذا المبدأ المتمثل في الاشراف القضائي على التنفيذ العقابي أقرته المواثيق الدولية و اعتمدهته جل الدول في قوانينها الداخلية، بالرغم من ظهور خلاف فقهي حول تطبيق هذا المبدأ و دوره في حماية المحكوم عليه من أي مساس أو تعسف قد يأتي من طرف الادارة العقابية باعتبارها الجهاز المكلف بذلك.

وعلى هذا الأساس يمكننا طرح الاشكالية التالية على شكل مجموعة من التساؤلات و المتمثلة في : ما أهم ما يميز مبدأ التدخل القضائي في مرحلة التنفيذ العقابي في ظل الآراء الفقهية المتضاربة و المؤتمرات الدولية؟ و ما هي أساليب الاشراف القضائي على التنفيذ العقابي؟ و ما موقع تطبيق هذه الأساليب في القانون المقارن و القانون الجزائري؟

و للإجابة على هذه التساؤلات تم تقسيم هذا البحث الى مبحثين رئيسيين هما:

المبحث الأول: مبدأ التدخل القضائي في مرحلة التنفيذ العقابي.

المبحث الثاني: الاشراف القضائي على التنفيذ العقابي في القانون الجزائري.

المبحث الأول: مبدأ التدخل القضائي في مرحلة التنفيذ العقابي.

كان مضمون التنفيذ العقابي عملا ماديا بحتا تلتزم الادارة العقابية بتطبيق العقوبة المنطوق بها في الحكم على الجاني كرد فعل لما يهدد كيان المجتمع و مصالح أفراده⁽¹⁾، لكن مع تطور الفكر العقابي أصبح الهدف من العقاب هو إصلاح الجاني و إعادة تأهيله اجتماعيا، الأمر الذي نتج عنه تدخل القضاء أثناء مرحلة تنفيذ العقوبة ضمانا لحقوق المحكوم عليه، و تجنباً للتعسف في التنفيذ من قبل الادارة العقابية، هذا ما أدى إلى ظهور خلاف فقهي حول مبدأ التدخل القضائي في مرحلة تنفيذ العقوبة، فظهر اتجاهين أولهما معارض لهذا المبدأ، و الثاني مؤيد لذلك، حيث انعكست هذه الآراء المتضاربة على الاهتمام الدولي حول فاعلية مساهمة القضاء في التنفيذ العقابي، فأنجرت عنه عقد عدة مؤتمرات ناقشت هذه المسألة، فنتجت عنها مجموعة من التوصيات تحدد مبادئ الاشراف القضائي على التنفيذ العقابي و أساليب تطبيقه في التشريعات العقابية المقارنة.

و للتوضيح أكثر عن تطور مبدأ التدخل القضائي في مرحلة التنفيذ العقابي، تم تخصيص مطلبين، نستعرض في المطلب الأول الاشراف القضائي على التنفيذ العقابي على ضوء الآراء الفقهية و المؤتمرات الدولية، و في المطلب الثاني تم التطرق لأساليبه و مجالات تطبيقه في القانون المقارن.

المطلب الأول: الاشراف القضائي على التنفيذ العقابي على ضوء الآراء الفقهية و المؤتمرات الدولية.

لقد اختلفت الآراء الفقهية حول فكرة الاشراف القضائي على التنفيذ العقابي، حيث ظهر اتجاهين: اتجاه معارض لهذا المبدأ، و آخر مؤيد لذلك، أدت هذه الخلافات الى تدخل المجتمع الدولي لدراسة هذه المسألة عن طريق عقد عدة مؤتمرات دولية، أصفرت اجتماعاتها عن جملة من النتائج و التوصيات تقرر أهمية تدخل القضاء في مرحلة التنفيذ العقابي باعتباره الحامي للحقوق و الحريات، كل هذا سوف نحاول معالجته من خلال الفرعين المواليين.

الفرع الأول: الاتجاه المعارض و المؤيد للإشراف القضائي على التنفيذ العقابي.

يذهب أنصار هذا الاتجاه الى أن دور القضاء ينتهي عند إصداره حكماً باتاً في الدعوى الجزائية و لا يتبع القضاء الدعوى الجزائية بصدور الحكم البات فيها إلا الاجراءات التي تتخذ لتنفيذ الحكم، هذه الاجراءات اللاحقة تتسم بطابع إداري لا شأن للقضاء بها⁽²⁾، إذ تختص بها الادارة العقابية و يستند أنصار هذا الاتجاه إلى عدة حجج أهمها:

-إشراف القضاء على التنفيذ العقابي يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، بمعنى أن اجراءات التنفيذ ذات طبيعة إدارية و ليست قضائية، مما يتعين معه انفراد الادارة العقابية بمباشرتها، و لا يجوز للقضاء التدخل فيها⁽³⁾.

-إشراف القضاء على التنفيذ العقابي يؤثر سلبا على الواجبات الأساسية للقضاة لما لهم من أعباء ملقاة على عاتقهم بسبب كثرة القضايا، الأمر الذي يمنعهم من القيام بأي دور فعال في عملية التنفيذ⁽⁴⁾.

-إن القاضي ثقافته القانونية الواسعة لا تؤهله للمساهمة في إجراءات تنفيذ الحكم القضائي مما يثير مسائل فنية و تهذيبية بعيدة عن مجال تخصصه⁽⁵⁾.

-يؤدي الاشراف القضائي على التنفيذ العقابي الى إهدار مبدأ قوة الشيء المقضي، كون الحكم البات واجب النفاذ يحوز الحجية في مواجهة الكافة و لا يمكن المساس به إلا عن طريق الطعن بالطرق القانونية، و من ثم لا يمكن لقاضي التنفيذ أن يعدل من مدى الحكم⁽⁶⁾.

و بالرغم من ذلك، ظهر اتجاه آخر مؤيد لفكرة الاشراف القضائي على التنفيذ العقابي، إذ يرى أنصار هذا الاتجاه أنه من الضروري أن يكون هناك إشراف قضائي على التنفيذ العقابي مفاده الأخذ المبررات التالية:

-إن مهمة الحفاظ على حقوق المحكوم عليه و حرياته أثناء مرحلة التنفيذ العقابي و التي تنادي بها السياسة الجنائية الحديثة، يتوجب أن تسند هذه المهمة إلى القضاء باعتباره الحامي لهذه الحقوق و الحريات⁽⁷⁾.

-إن الغرض من التنفيذ العقابي هو إصلاح و تأهيل المحكوم عليه، فنقله من مؤسسة عقابية إلى لأخرى أو من درجة إلى درجة أخرى داخل

المؤسسة الواحدة هو عمل قضائي يمس بحقوق المحكوم عليه و لا يجوز أن يعهد إلى الادارة العقابية⁽⁸⁾.

-على ضوء فكرة الدفاع الاجتماعي التي جاءت بها السياسة العقابية الحديثة، أصبحت مهمة القاضي مراقبة و متابعة المجرم أثناء مرحلة التنفيذ العقابي أو التدبير المحكوم به حتى يتحقق الهدف الرئيسي و المتمثل في إصلاح و تأهيل المحكوم عليه⁽⁹⁾.

و على الرغم من إجماع معظم الفقهاء المناصرين لمبدأ التدخل القضائي في مرحلة التنفيذ العقابي و فيما أسندوه من مبررات، إلا أن تجسيد هذا المبدأ في القوانين الوضعية لم يتم إلا بعد إقراره من طرف المجتمع الدولي عن طريق عقد عدة مؤتمرات دولية، أصفرت اجتماعاتها عن جملة من النتائج و التوصيات و التي سوف يتم التطرق إليها في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: الاشراف القضائي على التنفيذ العقابي في ضوء المؤتمرات الدولية.

إن مبدأ التدخل القضائي في مرحلة التنفيذ العقابي كان محل اهتمام الدول عن طريق عقد عدة مؤتمرات دولية نتج عنها اعتماد هذا المبدأ، و كان مؤتمر لندن الذي عقد سنة 1925 الأول من ناقش هذا المبدأ، ليليه بعد ذلك عقد مؤتمر برلين الحادي عشر للقانون الجنائي و علم العقاب الذي عقد سنة 1935 مفاده أن مساهمة القضاء في مرحلة التنفيذ العقابي أمر ضروري حسب

التوصية التالية: "من الملائم -ضمانا لرد فعل اجتماعي سليم إزاء الاجرام- أن يعهد بغير تحفظ إلى القضاة أو أعضاء النيابة العامة أو إلى لجان مختلطة يرأسها قاض اتخاذ القرارات الهامة التي يحددها القانون و تتعلق بتنفيذ العقوبات السالبة للحرية"⁽¹⁰⁾، ثم طرح نفس الموضوع على مؤتمر باريس الدولي للقانون الجنائي سنة 1937 الذي انبثقت عنه جملة من النتائج توضح الأسس التي يبنى عليها هذا المبدأ، كما بين أن تدخل القضاء ينطوي على شق يتعلق بالرقابة للتحقق من التطبيق الصحيح للقوانين و اللوائح بالسجون، و شق يفترض سلطة اتخاذ القرارات و منها ما يتعلق بإيقاف أو تأجيل أو تعديل التدبير الاحترازي أو احلال تدبير محل آخر.

و بعدها تم عقد المؤتمر الدولي العاشر لقانون العقوبات الذي عقد في روما سنة 1969 نتج عنه توصية كانت على النحو التالي: "إن اختصاصات القاضي يجب أن تشمل تنفيذ العقوبات أو التدبير...، و أن أساليب تنفيذ العقوبة أو التدبير الاحترازي يجب أن ينظمها القانون، و يختار القاضي من بينها بقرار مسبب و أن تعديل قرار القاضي يجب أن يتم بمعرفته أو بمعرفة أي سلطة قضائية أخرى تكون مكلفة بالسهر على تنفيذ الجزاء"⁽¹¹⁾.

إن الاشراف القضائي على التنفيذ العقابي تقرر اعتماده من خلال عقد هذه المؤتمرات الدولية، هذا ما جعل بعض الدول تتبناه في تشريعاتها العقابية باتخاذ أحد أساليبه، و التي سوف يتم عرضها في المطلب الموالي مبرزين موقعها في القانون المقارن.

المطلب الثاني: أساليب الاشراف القضائي على التنفيذ العقابي و موقعها في القانون المقارن

إن الاشراف القضائي على التنفيذ العقابي بات أمرا لا غنى عنه في ظل السياسة الجنائية الحديثة، حيث تعددت أساليبه و تنوعت من نظام عقابي إلى آخر، و في هذا الصدد يمكن التمييز بين ثلاثة أساليب، أولها تصدي المحاكم الجنائية لمهمة الاشراف على التنفيذ العقابي، و ثانيهما إسناد مهمة الاشراف القضائي على التنفيذ العقابي الى لجنة مختلطة تضم عناصر قضائية و ادارية فنية، و ثالثهما يتمثل في قيام قضاء خاص بمهمة الاشراف و الرقابة على التنفيذ، هذا ما سوف يتم تبيانه من خلال شرح هذه الأساليب الثلاثة، ثم دراسة موقعها في القانون المقارن كالتالي :

الفرع الأول: أساليب الاشراف القضائي على التنفيذ العقابي

اختلفت أساليب الاشراف القضائي على التنفيذ العقابي التي تبنتها بها التشريعات العقابية، و التي يمكن حصرها في ثلاثة أساليب كالتالي:

1- إشراف المحاكم الجنائية على التنفيذ

و يعني ذلك أن يعهد إلى القاضي الذي أصدر الحكم في الدعوى الجزائية مهمة الاشراف على تنفيذ هذا الحكم الصادر في حق المحكوم عليه، الأمر الذي يجعل من القاضي أنه قد اطلع على ظروف المحكوم عليه قبل اصدار الحكم عليه

من خلال المرافعات الجارية في الدعوى الجزائية، مما يسهل عليه تحديد أفضل أساليب المعاملة العقابية الهادفة الى تحقيق عملية تقويم و تأهيل المحكوم عليه⁽¹²⁾.

2- الاشراف القضائي عن طريق اللجان المختلطة.

إن هذا الأسلوب لقي ترحيبا كبيرا من غالبية أعضاء الجمعية العامة للسجون في مؤتمرها المشهور بفرنسا سنة 1931⁽¹³⁾، كما أشارت إليه توصيات مؤتمر باريس سنة 1937⁽¹⁴⁾، حيث مؤدى هذا الأسلوب أن يصير اسناد مهمة الاشراف القضائي على التنفيذ العقابي الى لجنة مختلطة تجمع في تشكيلها بين العنصرين القضائي و الاداري، إضافة الى التخصصات الفنية التي تحتاجها عملية التنفيذ⁽¹⁵⁾، و بذلك يمكن تفادي معظم الانتقادات التي وجهت الى استقلال أيا من جهتي القضاء أو الادارة العقابية بمهمة الاشراف على التنفيذ.

3- الاشراف القضائي على التنفيذ العقابي عن طريق قضاء خاص.

و معنى ذلك أن يخصص قاض للإشراف على التنفيذ العقابي، بحيث تقتصر مهمته على ذلك و أن يتفرغ كليا لهذه المهمة حتى يقوم بما على أحسن وجه، هذا ما يعطينا الطابع القضائي الخالص للتدخل بما يضيفه من حماية لحقوق المحكوم عليه و يحقق الغرض من تنفيذ العقوبة و هو اصلاح الجاني و تأهيله لإعادة ادماجه مع المجتمع الذي يعيش فيه⁽¹⁶⁾.

و على أساس ذكر هذه الأساليب الثلاثة للإشراف القضائي على التنفيذ العقابي، ينبغي علينا معرفة موقع قاضي التنفيذ في القانون المقارن و وضعه في القانون الجزائري من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثاني: الاشراف القضائي على التنفيذ العقابي في القانون المقارن

لكي نأخذ صورة واضحة عن التدخل القضائي في التنفيذ العقابي من خلال تطبيق تلك الأساليب التي سبق ذكرها، يتوجب علينا دراسة موقع قاضي التنفيذ في النظم العقابية المقارنة ، حيث اعتمدت كثيرا من الدول مبدأ التدخل القضائي أثناء مرحلة التنفيذ العقابي في تشريعاتها العقابية سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، ومن بينها المشرع الايطالي الذي تبنى هذا المبدأ و أطلق عليه اسم قاضي المراقبة أو قاضي الاشراف على التنفيذ، إذ نصت المادة 44 من قانون العقوبات الايطالي لسنة 1930 على تخويله مهمة البت في السماح للمحكوم عليه بالعقوبة بأن يشتغل بعمل خارج السجن، و كذلك البت في الافراج عنه تحت شرط و بعض الاختصاصات الأخرى التي تتعلق بالإشراف على التنفيذ، و خولته أيضا المادة 635 من قانون الاجراءات الجنائية الايطالي سلطة الاشراف على تنفيذ التدابير الاحترازية الشخصية المحكوم بها كتدبير الايداع في مستعمرة زراعية أو مؤسسة للعمل، و له سلطة تعديل هذه التدابير أو تغييرها⁽¹⁷⁾.

كما يعد التشريع الفرنسي نموذجا هاما للتشريعات المعاصرة التي أخذت بنظام قضاء التنفيذ، و أطلق عليه قاضي تطبيق العقوبات، بحيث يختص هذا القاضي بثلاثة أنواع من الاختصاصات: الأول يتعلق بتنفيذ العقوبات السالبة

للحرية، و الثاني يتعلق بمعاملة المحكوم عليه خارج المؤسسة العقابية، و الثالث يتعلق باختصاصات أخرى مختلفة، كل هذا تبناه المشرع الفرنسي في قانون الاجراءات الجزائية المعدل بالقانون رقم 204/2004 الصادر بتاريخ 2004/03/09 و الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 2005/014/01 تحت عنوان قضاء تطبيق العقوبات⁽¹⁸⁾.

أما المشرع المصري و الاردني فقد اعترفا بدور محدود للقضاء في الاشراف على التنفيذ العقابي، إذ نصت المادة 42 من قانون الاجراءات الجنائية المصري بأنه لكل من أعضاء النيابة العامة و رؤساء و وكلاء المحاكم الابتدائية و الاستئنافية زيارة السجون العامة و المركزية الموجودة في دوائر اختصاصهم و التأكد من عدم وجود محبوس بصفة غير قانونية، و أن يطلعوا على دفاتر السجن و أوامر القبض و الحبس و أن يتصلوا بأي محبوس و يسمعوا منه، ضف الى ذلك قررت المادة 43 من هذا القانون بأنه لكل مسجون الحق في تقديم شكوى تبلغ الى النيابة العامة عن طريق مأمور السجن و لكل من علم بوجود محبوس بصفة غير قانونية أو في محل غير مخصص للحبس أن يخطر أحد أعضاء النيابة العامة الذي ينتقل بمجرد علمه الى مكان وجود المحبوس و اجراء التحقيق اللازم له و أن يأمر بالإفراج عنه⁽¹⁹⁾، أما المشرع الأردني فما زالت الادارة العقابية هي وحدها المختصة بالإشراف على التنفيذ العقابي على الرغم من وجود دور محدود للقضاء في الاشراف على المؤسسات العقابية نصت عليه المادة 107 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم 9 لسنة 1971 و تعديلاته كما هناك

نصوص في قانون الأحداث الأردني رقم 24 لسنة 1978 و تعديلاته أعطت دورا للقاضي في تنفيذ التدابير و العقوبات المحكوم بها⁽²⁰⁾.

المبحث الثاني: الاشراف القضائي على التنفيذ العقابي في القانون

الجزائري.

ان المشرع الجزائري مواكبة منه للمبادئ التي أقرتها المؤتمرات الدولية و تبنتها التشريعات العقابية المقارنة حول إشراف القضاء على التنفيذ العقابي و تماشيا مع مبدأ ضمان حقوق المحبوسين أثناء مرحلة التنفيذ العقابي، استحدث بموجب الأمر رقم 02-72 المؤرخ في 10/02/1972 المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة تربية المساجين⁽²¹⁾ منصب قاضي تطبيق الأحكام الجزائية الذي حددته المادة 07 منه و التي تنص على ما يلي: " يعين في دائرة اختصاص كل مجلس قضائي، قاض واحد أو أكثر لتطبيق الأحكام الجزائية بموجب قرار من وزير العدل لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد. و ينحصر دور القاضي المكلف بتطبيق الأحكام الجزائية بمتابعة تنفيذ الأحكام الجزائية. و عليه ، تشخيص العقوبات و أنواع العلاج و مراقبة شروط تطبيقها وفقا لأحكام هذا النص. و يجوز للنائب العام لدى المجلس القضائي، في حالة الاستعجال، أن ينتدب قاضيا من دائرة اختصاص المجلس القضائي، ليمارس مؤقتا مهام قاضي تطبيق الأحكام الجزائية."، إذ يتبين من خلال استقراءنا لنص هذه المادة أن تدخل القضاء في مرحلة التنفيذ العقابي عن طريق قاضي تطبيق الأحكام الجزائية حصر فقط في تشخيص العقوبات و أنواع العلاج و مراقبة شروط تطبيقها، و

أن أعماله ضمن لجنة الترتيب و التأديب الذي حددتها المادة 24 من نفس القانون يغلب عليها الطابع الاداري و التي تتوضح من خلال مواد القرار المؤرخ في 14/02/1989 المتعلق بضبط تشكيلة لجان الترتيب و التأديب في مؤسسات السجون و اختصاصاتها⁽²²⁾، إضافة إلى ذلك أن القرارات الصادرة من طرف قاضي تطبيق الأحكام الجزائية قابلة لمراقبة وزارة العدل و التي تعتبر جهة إدارية⁽²³⁾، كل هذا مكن المشرع الجزائري من أن يدخل عدة إصلاحات في النظام العقابي متأثرا في ذلك بالمشرع الفرنسي، كان أهمها استحداث منصب قاضي تطبيق العقوبات بموجب القانون رقم 04-05 المؤرخ في 06/02/2005 المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الادماج الاجتماعي للمحبوسين⁽²⁴⁾ و النصوص التنظيمية المكملة له، معتمدا في ذلك على أسلوب القاضي المتخصص، و لتسليط الضوء أكثر على مبدأ التدخل القضائي في مرحلة التنفيذ العقابي الممثل في نظام قاضي تطبيق العقوبات سوف يتم دراسة هذا النظام فقط في ظل القانون رقم 04-05، و ذلك بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في المطلب الأول النظام القانوني لقاضي تطبيق العقوبات، و في المطلب الثاني سلطاته.

المطلب الأول: النظام القانوني لقاضي تطبيق العقوبات

إن المشرع الجزائري بموجب قانون تنظيم السجون و إعادة الادماج الاجتماعي للمحبوسين تبنى نظام قاضي تطبيق العقوبات، حيث نصت المادة 22 منه على ما يلي: " يعين بموجب قرار من وزير العدل حافظ الأختام، في

دائرة اختصاص كل مجلس قضائي، قاض أو أكثر، تسند إليه مهمة قاضي تطبيق العقوبات.

يختار قاضي تطبيق العقوبات من بين القضاة المصنفين في رتب المجلس القضائي، على الأقل، ممن يولون عناية خاصة بمجال السجون." (25)

و هنا تجدر الاشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد تعريفا لقاضي تطبيق العقوبات، بل اكتفى بذكر الشروط و الكيفية التي يتم تعيينها به، و عليه سوف نحاول تحديد تعريفا له مع ذكر الكيفية التي يعين بها و شروط ذلك من خلال ما يلي.

الفرع الأول : تعريف قاضي تطبيق العقوبات

من أهم التعاريف الفقهية و القانونية لقاضي تطبيق العقوبات و التي يمكن رصدها في هذا المجال ما يلي:

1-قاضي تطبيق العقوبات هو قاض مكلف خاصة بمتابعة حياة المحكوم عليهم. لديه سلطات داخل و خارج السجن⁽²⁶⁾.

2-قاضي تطبيق العقوبات هو قاض مكلف بمتابعة حياة المحكوم عليهم داخل السجن و خارج السجن و هو قاض خاص لدى محكمة الدعاوى الكبرى، يتدخل بعد الحكم بعقوبة سالبة أو مقيدة للحرية. و في هذا الشأن، فان قاضي تطبيق العقوبات يحدد الأساليب الأساسية للمعاملة العقابية⁽²⁷⁾.

3- قاضي تطبيق العقوبات هو القاض الذي يضمن متابعة الأحكام الجزائية. و تتمثل مهمته في تأمين التأطير و إعادة الادماج الاجتماعي للمحكوم عليهم. حيث فور استلامه لقرار العدالة، يشرح للمحكوم عليه الالتزامات التي يجب أن يتقيد بها خلال قضاء عقوبته. كما أن قاضي تطبيق العقوبات مكلف أيضا بمتابعة المحكوم عليهم في السجون، حيث يتدخل لقبول أو رفض رخصة الخروج و تخفيض أو تكييف العقوبة⁽²⁸⁾.

4- قاضي تطبيق العقوبات هو قاض يحدد الأساليب الأساسية للمعاملة العقابية بالنسبة لكل محكوم عليه. و بصفته الشخص الذي يملك اليد العليا على تنفيذ العقوبات السالبة للحرية فهو يراقب أيضا المعاملات المطبقة في الأوساط المفتوحة على الأشخاص الموضوعين تحت الاختبار، و الأشخاص المفرج عنهم تحت شرط، و الأشخاص الممنوعين من الإقامة... الخ⁽²⁹⁾.

5- قاضي تطبيق العقوبات هو قاض مكلف بمتابعة تنفيذ العقوبات لكل المحكوم عليهم المحبوسين في المؤسسات العقابية الواقعة في دائرة اختصاصه. فهو يحدد لكل واحد منهم الأساليب الأساسية للمعاملة العقابية، مثلا : الوضع في الوسط المفتوح، نظام الحرية النصفية، رخص الخروج... الخ⁽³⁰⁾.

الفرع الثاني : شروط و كيفية تعيين قاضي تطبيق العقوبات

بالرجوع إلى نص المادة 22 ق.ت.س، نجد أن المشرع الجزائري حدد كيفية تعيين قاضي تطبيق العقوبات، و الذي يعين بموجب قرار من وزير العدل حافظ

الأختام، و هنا يرى البعض أن طريقة تعيين هذا القاض تجعله يخضع للتبعية التدرجية له و تحرمه في الوقت نفسه من الاستقلالية التي يتمتع بها قضاة الحكم مما يجعل تدخله في مرحلة تنفيذ العقوبة يعيق عملية الادماج الاجتماعي للمحبوسين، كون هذا التدخل يعكس تدخل الجهاز التنفيذي بتعيين قاض ينتمي الى الجهاز التنفيذي نفسه⁽³¹⁾، على غرار المشرع الفرنسي، فتعيين قاضي تطبيق العقوبات يتم بموجب مرسوم رئاسي بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للقضاء طبقا لنص المادة 02/712 ق.إ.ج.ف⁽³²⁾.

أما بالنسبة لشروط تعيينه فيمكن حصرها فيما يلي:

- أن يكون القاضي المراد تعيينه في مهام قاضي تطبيق العقوبات من ضمن القضاة المصنفين في رتبة المجلس القضائي التي حددها القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 06/09/2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء⁽³³⁾، و هنا يمكن القول أن المشرع الجزائري حسن ما فعل لأن القاض المختار لشغل منصب قاضي تطبيق العقوبات من الدرجة الثانية و بذلك يكون أكثر خبرة وكفاءة من قضاة الدرجة الأولى.

- أن يكون هذا القاضي من القضاة الذين يهتمون بالمؤسسات العقابية، إذ غالبا ما نجد توفره في قضاة النيابة لأنهم أكثر احتكاكا بعالم السجن والمساجين.

و ما يمكن استخلاصه من خلال التعاريف المدرجة لقاضي تطبيق العقوبات و الكيفية التي يعين بها فإنه يقع على عاتق سلطات واسعة في مجال اعادة

الإدماج الاجتماعي للمحبوسين تتعدى سلطة الرقابة و إبداء الرأي إلى سلطة أخذ القرار، هذا ما سوف يتم التطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: سلطات قاضي تطبيق العقوبات أثناء مرحلة التنفيذ

العقابي

إن المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 05-04 و النصوص التنظيمية المكملة له منح لقاضي تطبيق العقوبات سلطات واسعة سواء كهيئة رقابة أو في مجال تكييف العقوبات، هذا ما سوف يتم التطرق إليه من خلال ما يلي :

الفرع الأول: سلطات قاضي تطبيق العقوبات في مجال الرقابة و تكييف

العقوبات

يتمتع قاضي تطبيق العقوبات في مجال تكييف العقوبات بسلطات منح إجازة الخروج، تسليم رخص الخروج، و التوقيت المؤقت لتنفيذ العقوبة.

1-منح إجازة الخروج: إن المشرع الجزائري بموجب المادة 129 ق.ت.س التي تنص على أنه: "يجوز لقاضي تطبيق العقوبات، بعد أخذ رأي لجنة تطبيق العقوبات، مكافأة المحبوس حسن السيرة و السلوك المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية تساوي ثلاث سنوات أو تقل عنها، بمنحه إجازة الخروج من دون حراسة لمدة أقصاها عشرة أيام. يمكن أن يتضمن مقرر منح إجازة الخروج شروطا خاصة، بموجب قرار من وزير العدل حافظ الأختام."⁽³⁴⁾ ، منح لقاضي تطبيق العقوبات سلطة تقرير منح إجازة الخروج من المؤسسة العقابية للمحبوس دون

حراسة، و ذلك بعد أخذ رأي لجنة تطبيق العقوبات التي حددها المرسوم التنفيذي رقم 05-180 المؤرخ في 17/05/2005 المتضمن تشكيلة لجنة تطبيق العقوبات و كفاءات سيرها⁽³⁵⁾، في الحالة التي يكون فيها المحبوس حسن السيرة و السلوك، إلا أنه وضع شروط يتوجب توفرها في هذا الأخير تتمثل فيما يلي:

- أن يكون المحبوس محكوم عليه نهائيا.
- أن يكون المحبوس قد حكم عليه بعقوبة سالبة للحرية لمدة تساوي ثلاثة سنوات أو تقل عنها.
- أن يكون المحبوس من بين المحكوم عليهم الذين أبدوا قابلية للتأهيل و الإصلاح و أظهروا حسن السيرة و السلوك في هذه الفترة.
- أن لا تتجاوز مدة الاستفادة من إجازة الخروج عشرة أيام.
- احترام الشروط الخاصة و المقررة من طرف وزير العدل، غير أن هذه الشروط لم تحدد على خلاف المشرع الفرنسي الذي حددها في المواد 45،44/132 ق.ع.ف⁽³⁶⁾.

2- منح رخص الخروج و تسليم رخص الزيارات: يختص قاضي تطبيق العقوبات بمنح رخص الخروج في الحالات الاستثنائية التي تتطلبها وضعية المحبوس، و من أمثلتها وفاة والديه، إذ يتم منحه ترخيصا بالخروج لحضور مراسيم تشييع الجنازة و يكون ذلك تحت الحراسة لمدة محددة⁽³⁷⁾، كما يحق للمحبوس تلقي زيارات من الوصي عليه و المتصرف في أمواله و محاميه أو أي موظف

أوضاع عمومي متى كانت أسباب الزيارة مشروعة فان رخصة هذه الزيارات تسلم من طرف قاضي تطبيق العقوبات⁽³⁸⁾.

3-التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة: من خلال استقراءنا لنص المادة 130 ق.ت.س⁽³⁹⁾، نجد أنه يمكن لقاضي تطبيق العقوبات بعد أخذ رأي لجنة تطبيق العقوبات إصدار مقرر مسبب بتوقيف تطبيق العقوبة السالبة للحرية لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر تحت شرط أن تكون العقوبة المحكوم بها على المحبوس تقل عن سنة واحدة أو تساويها، و بتوفر الأسباب التالية:
-وفاة أحد أفراد المحبوس.

-إصابة أحد أفراد عائلته بمرض خطير أو ثبت أن المحبوس أنه المتكفل الوحيد للعائلة.

-التحضير للمشاركة في الامتحان.

-إذا كان زوجه محبوسا أيضا من شأن الحبس إلحاق ضرر بالأولاد القصر أو بأفراد آخرين

4-منح الإفراج المشروط و تطبيق عقوبة العمل للنفع العام: يختص قاضي تطبيق العقوبات بالبحث في طلبات الإفراج المشروط المقدمة سواء من طرفه أو من المحبوس نفسه أو ممثله القانوني بعد أخذ رأي لجنة تطبيق العقوبات، إذا كان باقي العقوبة المحكوم بها يساوي أو يقل عن أربعة و عشرين شهرا⁽⁴⁰⁾، مع تمتعه بسلطة تطبيق عقوبة العمل للنفع العام و الفصل في الإشكالات الناتجة عن ذلك، كما يمكنه وقف تنفيذها لأسباب صحية أو عائلية أو اجتماعية للمحبوس المستفيد منها⁽⁴¹⁾.

إضافة إلى هذه السلطات المذكورة، يتمتع قاضي تطبيق العقوبات
بسلطة الرقابة، إذ تنص المادة 23 ق.ت.س على أن: "يسهر قاضي تطبيق
العقوبات، فضلا عن الصلاحيات المخولة له بمقتضى أحكام هذا القانون، على
مراقبة مشروعية تطبيق العقوبات السالبة للحرية، و العقوبات البديلة عند
الاقتضاء، و على الضمان السليم لتدابير تفريد العقوبة." (42)، يتضح من خلال
نص هذه المادة أن مظاهر الرقابة التي منحها المشرع لقاضي تطبيق العقوبات
تتمثل فيما يلي:

1- تلقي شكاوي المحبوسين و تظلماتهم: قضى المشرع الجزائري بموجب
نص المادة 79 ق.ت.س على أنه يجوز للمحبوس الذي قدم شكوى إلى مدير
المؤسسة العقابية و لم يتلقى رد، حق إخطار قاضي تطبيق العقوبات مباشرة (43).

2- المساهمة في حل النزاعات العارضة المتعلقة بتنفيذ الأحكام الجزائية: إن
الإشكال في التنفيذ مسألة قضائية يتعين أن تختص بها المحاكم بالفصل فيها و ألا
تترك للنياحة العامة، على أساس أن اختصاص النيابة العامة بتنفيذ الأحكام هو
اختصاص إداري بحث (44)، و بالرجوع إلى المادة 14 ق.ت.س نجد أن النزاعات
المتعلقة بالتنفيذ ترفع من قبل النائب العام، وكيل الجمهورية، المحكوم عليه، محاميه
أو قاضي تطبيق العقوبات بعد تقديم الطلب أمام الجهة القضائية التي أصدرت
الحكم أو القرار، و في الحالة التي يرفع الطلب من قاضي تطبيق العقوبات أو
المحكوم عليه يرسل الطلب إلى النائب العام أو وكيل الجمهورية لاطلاع و تقديم

التماساته المكتوبة خلال مدة ثمانية أيام، و بذلك تختص الجهة القضائية التي أصدرت الحكم بتصحيح الأخطاء الوارد فيه⁽⁴⁵⁾.

3- طلبات دمج العقوبات أو ضمها: يتمتع قاضي تطبيق العقوبات بسلطة بمهمة تشكيل ملف دمج العقوبات أو ضمها، ليحيله إلى الجهة القضائية المختصة⁽⁴⁶⁾، إذ يتكون هذا الملف من الوثائق التالية:

- طلب الدمج
- نسخة من الأحكام الجزائية المراد دمجها
- الوضعية الجزائية للمحكوم عليه
- صحيفة السوابق القضائية رقم 02
- التماسات النيابة العامة.

الفرع الثاني: سلطات قاضي تطبيق العقوبات في مجال البيئة المغلقة

وخارجها

تتجلى سلطات قاضي تطبيق العقوبات في هذا المجال فيما يلي:

1- حركة المحبوسين: أشارت المادة 53 ق.ت.س، على أن استخراج المحبوس أو تحويله إلى مؤسسة عقابية هو عملية اقتياده تحت الحراسة خارج المؤسسة العقابية كلما وجب مثوله أمام القضاء أو نقله لتلقي العلاج إذا استدعت حالته الصحية ذلك، أو إتمام أي إجراء يستحيل القيام به داخل المؤسسة العقابية، يأمر القاضي المختص باستخراج المحبوس لمثوله أمام الجهة القضائية المختصة، و

يمكن لقاضي تطبيق العقوبات أو مدير المؤسسة العقابية في حالات أخرى أن يأمر به، مع وجوب إخطار القاضي المكلف بالقضية في جميع الحالات⁽⁴⁷⁾.

2-الوضع في نظام الاحتباس الانفرادي⁽⁴⁸⁾: هنا تكمن مهمة قاضي تطبيق العقوبات بوضع المحبوس الخطير بناء على مقرر يصدره كتدبير وقائي بالوضع في العزلة لمدة محددة

3-الوضع في الورشات الخارجية: و هو نظام يتم فيه قيام المحبوسين المحكوم عليهم نهائيا بالعمل خارج المؤسسات العقابية لحساب هيئات عمومية أو خاصة بناء على طلبات هاته الأخيرة من أجل تخصيص اليد العاملة العقابية، و التي تحال على قاضي تطبيق العقوبات، الذي بدوره يحيلها إلى لجنة تطبيق العقوبات لإبداء رأيها في ذلك، و بعد الموافقة تبرم الاتفاقية بين الهيئة الطالبة لليد العاملة العقابية و المؤسسة العقابية لتحقيق الهدف المقصود⁽⁴⁹⁾.

4-وضع المحبوس المحكوم عليه نهائيا خارج المؤسسة العقابية خلال النهار دون حراسة أو رقابة الإدارة العقابية ليعود إليها مساء كل يوم من أجل تأديته عمل أو مزاولة تعليم عام أو تقني، أو لغرض متابعة دراسته العليا، بحيث يتم ذلك بموجب مقرر يصدر من قاضي تطبيق العقوبات بعد أخذ رأي لجنة تطبيق العقوبات⁽⁵⁰⁾.

خاتمة:

تعتبر مساهمة القضاء في تنفيذ العقوبة السالبة للحرية من أفضل الأساليب التي توصلت إليها السياسة الجنائية الحديثة، إذ يتجلى ذلك في أن مرحلة تطبيق العقوبة السالبة للحرية تنشئ للمحكوم عليه حقوقا لا بد من حمايتها، و مبدأ الإشراف القضائي على التنفيذ العقابي هو الضمان الوحيد لحماية هذه الحقوق من تعسف الإدارة العقابية، هذا المبدأ الذي تبنته معظم الدول في تشريعاتها العقابية، إلا أنها اختلفت في أساليب تنظيمه، فقد يتم إما عن طريق إشراف المحاكم الجنائية على التنفيذ أو عن طريق اللجان القضائية المختلطة، و أخيرا عن طريق قضاء خاص، و هو الأسلوب الذي أخذت به العديد من التشريعات العقابية على غرار التشريع الايطالي و الفرنسي.

و قد تجسد هذا المبدأ في التشريع الجزائري من خلال اعتماد نظام قاضي تطبيق الأحكام الجزائية المنصوص عليه في الأمر رقم 72-02 المتضمن تنظيم السجون و إعادة تربية المساجين، ثم نظام قاضي تطبيق العقوبات المدرج في القانون رقم 04-05 المتضمن تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين و بهذا القانون الجديد الملغي للقانون القديم منح المشرع الجزائري للمحكوم عليه حماية قانونية لحقوقه من تعسف الإدارة العقابية، و جعل من مبدأ الإشراف القضائي على التنفيذ العقابي إشرافا مباشرا على فئة المحكوم عليهم و على كيفية تطبيق العقوبة بما يلائم حالة كل محكوم عليه البدنية و العقلية، كما يختص بوضع أسلوب المعاملة العقابية المناسبة بهدف تقويم فئة المحبوسين من أجل تأهيلهم و إصلاحهم.

و قد منح المشرع الجزائري لقاضي تطبيق العقوبات العديد من السلطات، كان أهمها مراقبة مشروعية تطبيق العقوبات السالبة للحرية و العقوبات البديلة، فأحدث عقوبة العمل للنفع العام و التي تعتبر النموذج الأمثل لتدخل قاضي تطبيق العقوبات بصفة منفردة في الإشراف على التنفيذ العقابي، و كذلك تلقي شكاوي المحبوسين و تظلماتهم مع حل النزاعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام الجزائية، إضافة إلى ذلك مراعاة حركة المحبوسين.

و عن سلطات هذا القاضي في مجال تكييف العقوبة فتتمثل أساسا في إصدار مقررات منح إجازات الخروج و التوقف المؤقت لتطبيق العقوبة والاستفادة من الإفراج المشروط بعد استشارة لجنة تطبيق العقوبات.

و على أساس ما تم ذكره، فإن المشرع الجزائري تبني مبدأ الإشراف القضائي على التنفيذ العقابي في شخص قاضي تطبيق العقوبات، باعتباره قاض متخصص ينتمي إلى محكمة الدرجة الثانية يسهر على تنفيذ العقوبة المقضى بها، و أولى له اهتماما كبيرا في القانون رقم 05-04 المتضمن تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

الهوامش:

- (1): نبيل العبيدي، أسس السياسة العقابية في السجون و مدى التزام الدولة بالمواثيق الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2015، ص230.
- (2): نفس المرجع، ص230.
- (3): محمد محمد مصباح القاضي، علم الإجرام و علم العقاب، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2013، ص317.

- (4): عُثْمَانُ صَبْحِي نَجْم، أصول علم الإجرام و علم العقاب، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2005، ص 184.
- (5): عُثْمَانُ عَبْدِ اللَّهِ الْوَرَيْكَات، مبادئ علم العقاب، دار وائل للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2009، ص 246.
- (6): طاشور عبد الحفيظ، دور قاضي تطبيق الأحكام القضائية في سياسة إعادة التأهيل الاجتماعي في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 63.
- (7): رفيق أسعد سيدهم، دور القاضي الجنائي في تنفيذ العقوبة -دراسة مقارنة-، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة عين الشمس، مطابع الطوبختي التجارية، القاهرة، ص 189.
- (8): فوزية عبد الستار، مبادئ علم الإجرام و العقاب، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، 1985، ص 343.
- (9): عبد العظيم مرسي وزير، دور القاضي في تنفيذ الجزاءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص 39.
- (10): عمر خوري، السياسة العقابية في القانون الجزائري، دار الكتاب الحديث، مصر، الطبعة الأولى، 2009، ص 244.
- (11): عُثْمَانُ أَبُو الْعِلا عَقِيدَة، أصول علم العقاب، دار النهضة العربية، مصر، بدون طبعة، 1991، ص 310.
- (12): عُثْمَانُ أَحْمَدُ الْمَشْهَدَانِي، أصول علم الإجرام و العقاب في الفقهين الوضعي و الإسلامي، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2011، ص 186.
- (13): عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص 281.
- (14): نبيل العبيدي، المرجع السابق، ص 259.
- (15): ياسين مفتاح، الإشراف القضائي على التنفيذ العقابي، مذكرة لنيل درجة الماجستير، غير منشورة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر بعبانة، الجزائر، 2010-2011، ص 70.
- (16): عصام عفيفي عبد البصير، أزمة الشرعية الجنائية و وسائل علاجها -دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 169.
- (17): أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 250.
- (18): نبيل العبيدي، المرجع السابق، ص 267.
- (19): خالد سعود بشير الجبور، التفريد العقابي في القانون الأردني دراسة مقارنة مع القانون المصري و القانون الفرنسي، دار وائل للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2009، ص 260 ، 261.
- (20): نفس المرجع، ص 263 ، 264.

(21): أمر رقم 02-72 مؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1391 الموافق 10 فبراير سنة 1972، يتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة تربية المساجين، ج.ر، العدد 15، الصادرة بتاريخ 7 محرم عام 1392 هـ الموافق 22 فبراير سنة 1972م، ص194،(ملغى).

(22): بريك الطاهر، فلسفة النظام العقابي في الجزائر و حقوق السجين، دار الهدى، عين مليلة، طبعة 2009، ص565.

(23): فيصل بوخالفة، الإشراف القضائي على تطبيق الجزاء الجنائي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر بعنابة، الجزائر، 2011-2012، ص29.

(24): قانون رقم 04-05 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 هـ الموافق 6 فبراير سنة 2005م، يتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحوسين، ج.ر، العدد 12، الصادرة بتاريخ 4 محرم عام 1426 هـ الموافق 13 فبراير سنة 2005م.

(25): أنظر المادة 22 ق.ت.س، المرجع السابق، ص13.

(26): <http://www.easydroit.fr>, date d'observation le 15/02/2016 à 10h55

(27): ياسين مفتاح، المرجع السابق، ص85.

(28)<http://www.phosphore.com/metier/275/nom/juge-d-application-des-peines-jap>, date d'observation le 10/02/2016 à 20h55

(29)G.Stefani, G.Levasseur, R.Jambu-merlin,Criminologie et science pénitentiaire, Dalloz, 4^{eme} édition, 1976, p295.

(30) George Levasseur, Albert Chavane, Jean Montreuil, Bernard Boulouc, Droit pénale général et procédure pénale, 13^{eme} édition Sirey, 1999,p341.

(31): لمياء طرابلسي، إعادة الإدماج الاجتماعي للمحوسين بين النظرية و التطبيق في التشريع الجزائري و القانون المقارن، أطروحة دكتوراه، غير منشورة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2010-2011، ص63.

(32): Code Procédure Pénale Française, édition 2014, p352.

(33): القانون رقم 04-11 المؤرخ في 21 رجب عام 1425 هـ الموافق ل06 سبتمبر سنة 2004م، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج.ر، العدد 57، الصادرة بتاريخ 23 رجب عام 1425 هـ الموافق ل08 سبتمبر 2004م، ص ص 17، 18.

(34): أنظر المادة 129 ق.ت.س، القانون السالف الذكر، ص24.

(35): مرسوم تنفيذي رقم 05-180 مؤرخ في 8 ربيع الثاني عام 1426 هـ الموافق 17 مايو سنة 2005، يحدد تشكيلة لجنة تطبيق العقوبات و كفاءات سيرها، ج.ر، العدد 35، الصادرة بتاريخ 9 ربيع الثاني عام 1426 هـ الموافق 18 مايو سنة 2005م، ص13.

(36): Code Pénale Française, édition 2014, p38.

- (37): أنظر المادة 56 ق.ت.س، المرجع نفسه، ص56.
- (38): أنظر المادة 68 ق.ت.س، المرجع نفسه، ص17.
- (39): أنظر المادة 130 ق.ت.س، القانون السالف الذكر، ص24.
- (40): أنظر المادة 141 ق.ت.س، المرجع نفسه، ص25.
- (41): تنص المادة 5 مكرر 1/3 ق.ع على ما يلي: "يسهر قاضي تطبيق العقوبات على تطبيق عقوبة العمل للنفع العام و الفصل في الاشكالات الناتجة عن ذلك. و يمكنه وقف تطبيق عقوبة العمل للنفع العام لأسباب صحية أو عائلية أو اجتماعية".
- (42): أنظر المادة 23 ق.ت.س، المرجع نفسه، ص13.
- (43): أنظر المادة 79 ق.ت.س، المرجع نفسه، ص18.
- (44): طياء طرابلسي، المرجع السابق، ص98.
- (45) ، (46) : أنظر المادة 14 ق.ت.س، المرجع نفسه، ص 11، 12.
- (47): أنظر المادة 53 ق.ت.س، المرجع نفسه، ص16.
- (48): أنظر المادة 46 ق.ت.س، المرجع نفسه، ص15.
- (49) ، (50): أنظر المادة 100 ، 104 ق.ت.س، المرجع نفسه، ص 100، 101.

الحماية المعززة للممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة

بقلم الدكتور : عصموني خليفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الدكتور الطاهر مولاي / سعيدة

مقدمة:

إن القانون الدولي الإنساني قد منح حماية للأعيان المدنية مثلما منحها للأشخاص الطبيعيين، وتتنوع هذه الحماية بين حماية عامة، وأخرى خاصة منحها القانون الدولي لبعض الأعيان، نظرا لما تتمتع به من خصوصية، وتتمثل هذه الأعيان في الأعيان الثقافية وأماكن العبادة، و الأهداف والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين، إضافة إلى الأشغال والمنشآت التي تحوي قوة خطرة ، والبيئة الطبيعية⁽¹⁾.

لقد سعى المجتمع الدولي لتوفير الحماية خاصة للأعيان الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، لأهمية التراث الإنساني، ولما تتعرض له هذه الأعيان من تخريب وهدم وإزالة واحتلال واستيلاء ومصادرة غير مشروعة، ذلك أن النزاعات المسلحة كانت تبيح لكل طرف من أطرافها تدمير كل ما يواجهه، سواء تمثل في الكيان المادي لأحد أطراف النزاع أم كيانه المعنوي ، والذي يدخل فيه الكيان الثقافي المتمثل في ممتلكات الشعوب الثقافية المعبرة عن هويتها وحضارتها⁽²⁾.

إلا أن تطور قواعد القانون الدولي الإنساني جعل من يبين اهتماماته الممتلكات الثقافية، وأصبحت قواعد حمايتها تشكل جزءا كبيرا من قواعد القانون الدولي

الإنساني، لا باعتبارها خاصة لشعب بذاته، وإنما باعتبارها تمثل ملكا للبشرية جمعاء، لأن الاعتداء عليها معناه حرمان الشعوب من حق اكتشاف حضارتها وماضيها، بالإضافة لاعتبار الممتلكات الثقافية أماكن محايدة، ينبغي على أطراف النزاع احترامها وحمايتها، سواء كان ذلك في زمن السلم أو الحرب⁽³⁾.

وقد ظهر جليا الاهتمام بحماية الممتلكات الثقافية بعد الحرب العالمية الأولى، نظرا لما عرفه العالم من دمار هائل للممتلكات الثقافية خلالها، وازداد الاهتمام بحمايتها بعد الحرب العالمية الثانية⁽⁴⁾، فقد نصت اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، في مادتها الثالثة والخمسون على أنه "يحظر على دولة الاحتلال أن تدمر أي ممتلكات خاصة ثابتة أو منقولة تتعلق بأفراد أو جماعات، أو بالدولة أو السلطات العامة، أو المنظمات الاجتماعية أو التعاونية، إلا إذا كانت العمليات العسكرية تقتضي حتما هذا التدمير"⁽⁵⁾.

كما تعالت الأصوات لصياغة اتفاقية دولية خاصة بحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، فقامت منظمة اليونسكو بصياغة مشروع اتفاقية دولية، والدعوة لعقد مؤتمر دولي من 21 أبريل إلى 14 ماي 1954، أسفر عن إبرام اتفاقية لاهاي في 14 ماي 1954 لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع مسلح، وهي أول اتفاقية دولية خاصة بحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة بشكل خاص⁽⁶⁾.

وقد اهتم البروتوكولين الإضافيين لسنة 1977 الملحقان باتفاقيات جنيف الأربع، بالممتلكات الثقافية، فلقد نص البروتوكول الإضافي الأول المتعلق بحماية

ضحايا المنازعات الدولية المسلحة ، في المادة الثالثة و الخمسون منه على حماية خاصة للأعيان الثقافية وأماكن العبادة بنصه على "تحظر الأعمال التالية، وذلك دون الإخلال بأحكام اتفاقية لاهاي المتعلقة بحماية الأعيان الثقافية في حالة النزاع المسلح المعقودة بتاريخ 14ماي1954 وأحكام الميثاق الدولية الأخرى الخاصة بالموضوع:

أ- ارتكاب أي من الأعمال العدائية الموجهة ضد الآثار التاريخية أو الأعمال الفنية أو أماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي أو الروحي للشعوب.

ب- استخدام مثل هذه الأعيان في دعم المجهود الحربي.

ج- اتخاذ مثل هذه الأعيان محلا لهجمات الردع"⁽⁷⁾.

كما تطرق البروتوكول الإضافي الثاني المتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية، إلى حماية الأعيان الثقافية، حيث نصت المادة السادسة عشر منه على "يحظر ارتكاب أية أعمال عدائية موجهة ضد الآثار التاريخية، أو الأعمال الفنية وأماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي أو الروحي للشعوب، واستخدامها في دعم المجهود الحربي، وذلك دون الإخلال بأحكام اتفاقية لاهاي المتعلقة بحماية الأعيان الثقافية في حالة النزاع المسلح والمعقودة في 14ماي1954"⁽⁸⁾.

إلا أن القصور في تطبيق أحكام اتفاقية لاهاي 1954، والمتمثل في تواصل الانتهاكات على الممتلكات الثقافية، دفع المجتمع الدولي لتفعيل الأحكام الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية، وذلك بجعل الاعتداء عليها جريمة دولية يعاقب عليها

النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (المادة الثامنة) ، كما تم تعزيز الحماية للممتلكات الثقافية من خلال تبني الدول الأعضاء للبروتوكول الإضافي الثاني في 1999 والملحق باتفاقية لاهاي 1954، والذي ينص بدوره على حماية هذه الممتلكات الثقافية⁽⁹⁾.

من خلال ما سبق نلاحظ أن حماية الممتلكات الثقافية تتنوع بين الحماية المنصوص عليها في اتفاقية لاهاي 1954 نوحماية منصوص عليها في البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقية لاهاي لسنة 1999، وهو موضوع هذه الدراسة، من خلال البحث حول ماهي الحماية المقررة للممتلكات الثقافية وفق مفهوم الحماية المعززة؟

سوف نحاول إلقاء الضوء على هذه الحماية المعززة التي جاء بها البروتوكول الإضافي الثاني لسنة 1999، من خلال التعرض لمدلولها وشروطها، بالإضافة إلى مجموع الاجراءات اللازمة لمنح هذه الحماية، وقبل ذلك كان لزاما الوقوف عند الحماية التي أقرتها اتفاقية لاهاي 1954، وذلك حتى يمكن لنا في الأخير الوقوف على الاختلاف بين الحمايتين.

1- حماية الممتلكات الثقافية وفق إتفاقية لاهاي 1954.

قبل التطرق إلى الحماية المقررة للممتلكات الثقافية وفق اتفاقية لاهاي 1954، لابد من تحديد مفهوم الممتلكات الثقافية وفقا لهذه الاتفاقية، فيقصد بالممتلكات الثقافية وفقا للمادة الأولى من اتفاقية لاهاي 1954 "...الممتلكات المنقولة أو الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي كالمباني المعمارية

أوالفنية منها أو التاريخية، الديني منها أو الدنيوي، والأماكن الأثرية، ومجموعات المباني التي تكتسب بتجمعها قيمة تاريخية أو فنية، والتحف الفنية والمخطوطات والكتب والأشياء الأخرى ذات القيمة الفنية التاريخية والأثرية، وكذلك المجموعات العلمية ومجموعات الكتب الهامة والمحفوظات ومنسوخات الممتلكات السابق ذكرها.

المباني المخصصة بصفة رئيسية وفعلية لحماية وعرض الممتلكات الثقافية المنقولة المبينة في الفقرة "أ"، كالمتاحف ودور الكتب الكبرى ومحازن المحفوظات وكذلك المخابئ المعدة لوقاية الممتلكات الثقافية المنقولة المبينة في الفقرة "أ" في حالة النزاع المسلح.

المراكز التي تحتوي مجموعة كبيرة من الممتلكات الثقافية المبينة في الفقرتين "أ" و"ب" والتي يطلق عليها اسم مراكز الأبنية التذكارية"⁽¹⁰⁾.

وقد حافظ البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقية لاهاي 1954 على نفس التعريف، حيث جاء فيه "...ويقصد بالممتلكات الثقافية تلك التي نصت عليها المادة الأولى من الاتفاقية الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح الموقعة بلاهاي في 14ماي1954..."⁽¹¹⁾، ونفس المفهوم تكرر في البروتوكول الإضافي الثاني لسنة 1999، الملحق باتفاقية لاهاي 1954 حيث نص في المادة الأولى فقرة (ب) منه على " يقصد بالممتلكات الثقافية الممتلكات الثقافية كما عرفت في المادة(1) من الاتفاقية"⁽¹²⁾.

من خلال هذه التعريفات نلاحظ أن مفهوم الممتلكات الثقافية هو مفهوم شامل، يمتد ليشمل كل ما هو ذو أهمية لتراث الشعوب الثقافي، سواء كانت دينية أو دنيوية، منقولة أو ثابتة، مملوكة ملكية عامة أو خاصة، كما تشمل أيضا المباني المخصصة لحفظ الممتلكات الثقافية، لذلك فالممتلكات الثقافية هي كل ما تنتجه ثقافة معينة من أشياء متعددة ومتنوعة من صنع الانسان كتعبير عنها، والتي تتميز بندرة الاشياء التي تشبهها، أو بالمستوى الفني المتفوق لصناعتها، أو بخصوصيتها الفريدة لتلك الثقافة⁽¹³⁾.

لقد جاءت اتفاقية لاهاي 1954 لحماية الممتلكات الثقافية عامة، كما أنها منحت حماية أخرى مقررّة لنوع معين من الممتلكات الثقافية، فيلتزم كافة الدول الأعضاء في اتفاقية حماية الممتلكات الثقافية بحماية هذه الممتلكات سواء كانت واقعة في أراضيها أم في أراضي الأطراف الأخرى، إذ يجب عليها توفير حد أدنى من الحماية لجميع الممتلكات الثقافية، وهذا ما يسمى بالحماية العامة، ومن تم يقع على الدول اتخاذ الإجراءات لحماية هذه الممتلكات ووقايتها واحترامها أثناء السلم و أثناء النزاعات المسلحة، وقد نصت المواد، 02 و03 و04 على ذلك⁽¹⁴⁾، كما أكدت المادة السابعة من نفس الاتفاقية على واجب حماية الممتلكات الثقافية.

إلى جانب الحماية العامة الموضحة سلفا ، قد منحت اتفاقية لاهاي 1954 لبعض الممتلكات الثقافية حماية خاصة، تمنح لعدد محدود من الملاهي أو المخابئ المخصصة لحماية الممتلكات الثقافية المنقولة، ومراكز الأبنية التذكارية، والممتلكات الثقافية الثابتة الأخرى ذات الأهمية الكبرى، وتخول هذه الحماية

ليس فقط التحفظ على استخدام الممتلكات الثقافية الثابتة، أو ما يخصص من وسائل حمايتها في الأعمال القتالية فقط، بل التحفظ كذلك من توجيه أي عمل عدائي نحو طائفة محددة من هذه الممتلكات⁽¹⁵⁾.

إذن هي حماية خاصة قررت لطائفة محددة من الممتلكات الثقافية، متى توافرت شروط محددة ذكرتها المادة الثامنة من اتفاقية لاهاي 1954 والمتمثلة في:

- أن تكون على مسافة كافية من أي مركز صناعي كبير أو أي مرمى عسكري هام يعتبر نقطة حيوية، كمطار مثلاً أو محطة إذاعة أو مصنع يعمل للدفاع الوطني أو ميناء أو محطة للسكك الحديدية ذات أهمية أو طريق مواصلات هام.

- ألا تستعمل لأغراض حربية، مع الإشارة إلى أن المادة ذكرت بعض صور استعمال الممتلكات الثقافية والتي تعد من صور الاستعمال لأغراض حربية كما ذكرت ما لا يعد من ذلك.

- قيدها في السجل الدولي للممتلكات الثقافية الموضوعة تحت نظام الحماية الخاصة، ولا يتم هذا التسجيل إلا وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية وبالشروط المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية، وقد نصت المواد من 12 إلى 16 من هذه اللائحة، على أحكام قيد الممتلكات الثقافية⁽¹⁶⁾.

إلا أن الممتلكات الثقافية قد تفقد الحماية العامة أو الخاصة في حالة الضرورات العسكرية القهرية، وفي حالة تحويل الممتلكات الثقافية من حيث وظيفتها إلى هدف عسكري، أو استعمال الممتلكات الثقافية لأغراض عسكرية

، وبذلك نصت المادتين 04 فقرة 02 و 11 من اتفاقية لاهاي 1954⁽¹⁷⁾، وأمام ضعف الحماية وفقا لاتفاقية لاهاي 1954 ثم البحث عن نظام حمائي جديد يضمن أكثر فاعلية لحماية الممتلكات الثقافية، فتمثل ذلك في صدور بروتوكول إضافي ثاني في 26 مارس 1999 لاتفاقية لاهاي 1954.

2 - الحماية المعززة للممتلكات الثقافية.

لقد جاءت ديباجة البروتوكول الإضافي الثاني لسنة 1999 توضح الهدف منه، إذ ورد فيها "إذ تدرك الحاجة إلى تحسين حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح ، وإلى إقامة نظام معزز لحماية ممتلكات ثقافية معينة على وجه التحديد.

وتؤكد من جديد على أهمية الأحكام المنصوص عليها في اتفاقية حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح ، الصادرة في مدينة لاهاي يوم 14 مايو/ أيار 1954، وتشدد على ضرورة استكمال تلك الأحكام بتدابير تستهدف تعزيز تنفيذها.

وترغب في تزويد الاطراف السامية المتعاقدة في إطار هذه الاتفاقية بوسيلة تمكنها من المشاركة بصورة أوثق في حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح عن طريق إنشاء إجراءات ملائمة لهذه الغاية.

كما أشارت المادة الثانية منه إلى " يكمل هذا البروتوكول الاتفاقية فيما يخص العلاقات بين الأطراف في هذا البروتوكول" مما يعني أنه لا يهدف إلى تعديل

اتفاقية لاهاي 1954⁽¹⁸⁾، مما يدل على أن هدف هذا البروتوكول هو استحداث نظام حمائي بطائفة من الممتلكات الثقافية ذات الأهمية الكبرى بالنسبة للبشرية وهو ما يعرف بالحماية المعززة⁽¹⁹⁾.

ويقصد بالحماية المعززة، نظام حماية خاص تختص به الممتلكات الثقافية التي تبلغ من الأهمية جانبا كبيرا بالنسبة للبشرية، ومضمونها التزام أطراف النزاع المسلح بكفالة حصانة الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية المعززة، من خلال الامتناع عن استهداف تلك الممتلكات بالهجوم، أو عن أي استخدام لها أو جوارها المباشر في دعم العمل العسكري⁽²⁰⁾، وعلى ذلك نصت المادة الثاني عشر من البروتوكول الإضافي الثاني لسنة 1999⁽²¹⁾.

وقد حددت المادة العاشرة من البروتوكول الإضافي لسنة 1999 شروط الحماية المعززة، وذلك بنصها على " يجوز وضع الممتلكات الثقافية تحت الحماية المعززة شريطة أن تتوافر فيها الشروط الثلاثة التالية:

(أ) أن تكون تراثا ثقافيا على أكبر جانب من الأهمية بالنسبة إلى البشرية.

(ب) أن تكون محمية بتدابير قانونية وإدارية مناسبة على الصعيد الوطني تعترف لها بقيمتها الثقافية والتاريخية الاستثنائية وتكفل لها أعلى مستوى من الحماية.

(ج) أن لا تستخدم لأغراض عسكرية أو كدرع لوقاية مواقع عسكرية ، أن يصدر الطرف الذي يتولى أمر مراقبتها إعلانا يؤكد على أنها على هذا النحو".

كما نصت المادة الحادي عشر فقرة الثامنة من البروتوكول الإضافي الثاني لسنة 1999 على منح الحماية المعززة لممتلكات ثقافية لم تتوفر على الشرط الثاني المذكور في المادة العاشرة، إذ نصت على "في حالات استثنائية، عندما تكون اللجنة قد خلصت إلى أن الطرف الطالب لإدراج ممتلكات ثقافية على القائمة لا يستطيع الوفاء بمعايير الفقرة الفرعية (ب) من المادة 10، يجوز للجنة أن تقرر منح حماية معززة شريطة أن يقدم الطرف الطالب طلباً بالمساعدة الدولية بموجب المادة 32".

كما أجازت الفقرة التاسعة من المادة الحادي عشر من البروتوكول الإضافي الثاني لسنة 1999، شمول الممتلكات الثقافية بالحماية المعززة بالرغم من عدم تحقق الشروط سابقة الذكر، وذلك استناداً لحالة الطوارئ إذ نصت على "حال نشوب القتال، لأحد أطراف النزاع أن يطلب بالاستناد إلى حالة الطوارئ، حماية معززة لممتلكات ثقافية تخضع لولايته أو مراقبته،..."⁽²²⁾.

وقد بينت المادة الحادي عشر من البروتوكول الإضافي الثاني لسنة 1999 الاجراءات الازمة لمنع الحماية المعززة، وتمثل في أن يقدم كل طرف إلى اللجنة المختصة قائمة بالممتلكات الثقافية التي يستلزم طلب منحها حماية معززة، كما للطرف الذي له اختصاص أو حق مراقبة الممتلكات الثقافية أن يطلب إدراجها على القائمة، كما للجنة أن تدعو أحد الأطراف إلى طلب إدراج ممتلكات ثقافية على القائمة⁽²³⁾، كما لأي طرف آخر وللجنة الدولية للدرع الأزرق ولغيرها من المنظمات غير الحكومية ذات الخبرة المتخصصة في هذا المجال أن

تزكي للجنة ممتلكات ثقافية معينة ، فتقوم اللجنة بأن تدعو أحد الأطراف إلى طلب إدراج ممتلكات ثقافية على القائمة.

بعد تلقي اللجنة الطلب تقوم بإبلاغ جميع الأطراف بذلك ، والذين لهم حق الاحتجاج في غضون ستين يوما، وتؤسس الاحتجاجات على عدم توافر شروط المادة العاشرة المذكورة سابقا، وتمنح فرصة لطالب الادراج للرد على تلك الاحتجاجات ، وتلتزم اللجنة المشورة من المنظمات الحكومية وغير الحكومية والخبراء، ثم تتخذ اللجنة قرارها بأغلبية أربعة أخماس أعضائها الحاضرين والمصوتين، ويسري أثر منح الحماية المعززة حال إدراج هذه الممتلكات على القائمة، ويقوم المدير العام لليونسكو بإشعار الأمين العام للأمم المتحدة وجميع الأطراف بأي قرار تتخذه اللجنة بإدراج ممتلكات ثقافية على القائمة⁽²⁴⁾.

إلا أن نظام الحماية المعززة هو الآخر قد يكون محالاً للتعليق والفقدان، وهذا ما وضحته المادتين 13 و14 من البروتوكول الإضافي الثاني لسنة 1999، ويمكن تلخيص احكام التعليق والفقد في ما يلي:

- عند تخلف شرط من شروط الحماية المعززة، أو إذا أصبحت تلك الممتلكات بحكم استخدامها هدفا عسكريا ، فيمكن للدول مهاجمتها ، ولكن إذا كان الهجوم هو الوسيلة المستطاعة الوحيدة لإنهاء استخدام الممتلكات هدفا عسكريا، على أنه يجب اتخاذ جميع الاحتياطات المستطاعة في اختيار وسائل الهجوم وأساليبه بهدف انهاء ذلك الاستخدام، وتجنب أو حصر الأضرار بالممتلكات الثقافية، ويجب أن يصدر الأمر بالهجوم على أعلى المستويات التنفيذية للقيادة،

وأن يصدر إنذار مسبق فعلي إلى القوات المجابهة لطلب انهاء استخدام الممتلك هدفًا عسكريًا، مع منحها وقتًا معقولًا لفعل ذلك.

فإذا تخلف أحد شروط المادة العاشرة، أو تم استعمال الممتلك المحمي في دعم العمل العسكري، فللجنة أن تعلق شمولها بالحماية المعززة، وفي حالة استمرار تلك الانتهاكات لها أن تلغي الحماية المعززة عن ذلك الممتلك الثقافي، وذلك بحذفه من القائمة، ويتم إبلاغ القرار إلى الأمين العام للأمم المتحدة، وإلى جميع الأطراف⁽²⁵⁾.

لقد اعتبرت اتفاقية لاهاي 1954 في مادتها الثامنة والعشرين أن مخالفة أحكام الاتفاقية يوجب توقيع الجزاء الجنائي والتأديبي على المخالفين، وعلى أطراف الاتفاقية اتخاذ الاجراءات في قوانينهم الداخلية لتحقيق ذلك⁽²⁶⁾، كما أن البروتوكول الإضافي الثاني لسنة 1999 جاء في فقرته الأولى من المادة الخامسة عشر أن استهداف الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية المعززة أو استخدامها أو استخدام جوارها المباشر في دعم العمل العسكري هو جريمة يعاقب مرتكبها وفقا للقانون الداخلي للدول الأعضاء، وأن هناك التزاما على الدول الأعضاء باعتماد التدابير لاعتبار تلك الاعتداءات جرائم في القانون الداخلي⁽²⁷⁾.

وقد بينت المادة السادسة عشر مختلف حالات اختصاص القضاء الوطني بمتابعة مرتكبي الانتهاكات على الممتلكات الثقافية، والتي تعتبر جرائم، ومن بينها الاعتداء على الممتلكات المشمولة بالحماية المعززة، إلا أنها لم توضح اختصاص القضاء الدولي بمتابعة هؤلاء الأشخاص، مما يجعلنا نعتد على نظام روما المنشئ

للمحكمة الجنائية الدولية، والذي اعتبر القضاء الدولي الجنائي مختصا بالنظر في الاعتداء على الممتلكات الثقافية⁽²⁸⁾، من خلال نصه في المادة الثامنة منه على "يكون للمحكمة اختصاص فيما يتعلق بجرائم الحرب... "ومن بين جرائم الحرب التي ذكرها هذا النظام الأساسي "...تعمد توجيه هجمات ضد المباني المخصصة للأغراض الدينية أو التعليمية أو الفنية أو العلمية أو الخيرية والآثار التاريخية والمستشفيات وأماكن تجمع المرضى والجرحى شريطة ألا تكون أهدافا عسكرية." ⁽²⁹⁾، مما يجعل قواعد حماية الممتلكات الثقافية تخضع لاختصاص القضاء الجنائي الدولي باعتبار الاعتداء عليها يدخل ضمن جرائم الحرب.

خاتمة:

بعد استعراضنا لمختلف صور الحماية للممتلكات الثقافية، من حماية عامة وأخرى خاصة نظمتها اتفاقية لاهاي 1954 وبروتوكولها الأول، إلى جانب الحماية المعززة التي نظمها البروتوكول الإضافي الثاني لسنة 1999، وقفنا على أن الحماية العامة تقتضي إلزامين أساسيين هما الوقاية والاحترام.

غير أن نص المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي 1954 لم يحدد بطريقة دقيقة نوع التدابير التي يجب على الدول الأطراف القيام بها، بل تركت تحديدها للدول، مما سوف يترك المجال واسعا لها، لكن تم تدارك ذلك في المادة الخامسة من البروتوكول الإضافي الثاني لسنة 1999 والتي حددتها.

كما قد منحت ممتلكات ثقافية حماية خاصة، قررت لظروف خاصة بالملك الثقافي، لذلك فهي تمنح لعدد محدود من الممتلكات الثقافية، وبالتالي لا تتحقق

إلا من خلال توافر شروط موضوعية وأخرى إجرائية ، على أن الشرط الأول منها المتمثل في المسافة الكافية غير واضح بدقة، مما يؤدي إلى اختلاف الآراء حوله.

على رغم تقرير الحماية العامة والخاصة للممتلكات الثقافية، فإنه يمكن أن تفقد هذه الحماية في حالة الضرورات العسكرية، على أن مفهومها لم يوضح بقدر الكفاية في المعاهدات الدولية، ولم تبين الاتفاقية المقصود منها، غير أن البروتوكول الإضافي الثاني لسنة 1999 في مادته السادسة أوضح شروط التدرع بها .

كما أن المادة فيما يخص رفع الحماية الخاصة في حالة المقتضيات الحربية القاهرة، قيده بشروط ذكرتها المادة الحادي عشر فقرة 2 و3، كما أن البروتوكول الإضافي الثاني لسنة 1999 لم يجعل استخدام الممتلكات الثقافية كهدف عسكري وحده كافيا لإباحة الهجوم عليها، وإنما قيده بشروط أخرى ذكرها في المادة الثالثة عشر منه.

قد منح البروتوكول الإضافي الثاني لسنة 1999 للممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية المعززة حماية ضد الهجوم أو استخدامها هي أو الأراضي المحيطة بها في الأعمال الحربية، كما عالج البروتوكول حالة تمتع ممتلك ثقافي بالحماية المعززة زائد تمتعه بالحماية الخاصة، ومنح الأفضلية لأحكام الحماية المعززة وفقا للمادة الرابعة فقرة ب، وربما ذلك راجع لقوة الحماية المعززة خاصة في جانب امتداد المسؤولية إلى المتابعة أمام القضاء الدولي الجنائي.

الهوامش

- (1) عبد القادر حوية، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني، الطبعة الأولى، مطبعة سخري، الجزائر، 2012، ص101.
- (2) كمال حداد، النزاع المسلح والقانون الدولي العام، تقديم جورج ديب، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1997، ص121.
- (3) سلامة صالح الرهايفة، حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص65-68.
- (4) ناريمان عبد القادر، القانون الدولي الإنساني واتفاقية لاهاي 1954 وبروتوكولها لحماية الممتلكات الثقافية في زمن النزاع المسلح، من كتاب القانون الدولي الإنساني "آفاق وتحديات"، الجزء الثاني، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص73-81. أو أنظر: سلامة صالح الرهايفة، المرجع نفسه، ص36-43.
- (5) اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في 12 أوت 1949، من موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، شريف عتلم، محمد ماهر عبد الواحد، الطبعة السادسة، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، مصر، ص210.
- (6) كمال حداد، المرجع السابق، ص124-125.
- (7) البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف المعقودة في 12 أوت 1949 و المتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة، لسنة 1977، من موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، شريف عتلم، محمد ماهر عبد الواحد، المرجع السابق، ص292. أو أنظر عبد القادر حوية، المرجع السابق، ص101.
- (8) البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف المعقودة في 12 أوت 1949 و المتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة غير الدولية، لسنة 1977، من موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، شريف عتلم، محمد ماهر عبد الواحد، المرجع نفسه، ص359. أو أنظر: كمال حداد، المرجع السابق، ص130.
- (9) سلامة صالح الرهايفة، المرجع السابق، ص45-46.
- (10) اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح المؤرخة في 14 ماي 1954، من موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، شريف عتلم، محمد ماهر عبد الواحد، المرجع السابق، ص390. أو أنظر: ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص85.

(11) البروتوكول الأول لاتفاقية لاهاي لعام 1954 الخاص بحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح المؤرخ في 14ماي 1954، من موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، شريف عتلم، محمد ماهر عبد الواحد، المرجع السابق، ص420.

(12) البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1954 الخاص بحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، المؤرخ في 26مارس 1999، من موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، شريف عتلم، محمد ماهر عبد الواحد، المرجع السابق، ص429.

(13) سلامة صالح الرهايفة، المرجع السابق، ص55-58.

(14) المادة الثانية: " تشمل حماية الممتلكات الثقافية، بموجب هذه الاتفاقية، وقاية هذه الممتلكات واحترامها." المادة الثالثة: "الأطراف السامية المتعاقدة تتعهد بالاستعداد منذ وقت السلم، لوقاية الممتلكات الثقافية الكائنة في أراضيها من الأضرار التي قد تنجم عن نزاع مسلح، باتخاذ التدابير التي تراها مناسبة."

المادة الرابعة: "1- تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة باحترام الممتلكات الثقافية الكائنة سواء في أراضيها أو أراضي الأطراف السامية المتعاقدة الأخرى، وذلك بامتناعها عن استعمال هذه الممتلكات أو الوسائل المخصصة لحمايتها أو الأماكن المجاورة لها مباشرة لأغراض قد تعرضها للتدمير أو التلف في حالة نزاع مسلح، وبامتناعها عن أي عمل عدائي إزائها.

2- لا يجوز التخلي عن الالتزامات الواردة في الفقرة الأولى من هذه المادة إلا في الحالات التي تستلزمها الضرورات الحربية القهوية.

3- تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة أيضاً بتحريم أي سرقة أو نهب أو تبيد للممتلكات الثقافية ووقايتها من هذه الأعمال ووقفها عند اللزوم مهما كانت أساليبها، وبالمثل تحريم أي عمل تخريبي موجه ضد هذه الممتلكات. كما تتعهد بعدم الاستيلاء على ممتلكات ثقافية منقولة كائنة في أراضي أي طرف سام متعاقداً آخر.

4- تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بالامتناع عن أية تدابير انتقامية تمس الممتلكات الثقافية.

5- لا يجوز لأحد الأطراف السامية المتعاقدة أن يتحلل من الالتزامات الواردة في هذه المادة بالنسبة لطرف متعاقداً آخر بحجة أن هذا الأخير لم يتخذ التدابير الوقائية المنصوص عليها في المادة الثالثة. " من اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح ، المرجع السابق، ص390.

(15) عبد القادر حوية، المرجع السابق، ص104.

(16) أنظر المواد من 12 إلى 16 من اللائحة التنفيذية لاتفاقية حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لسنة 1954، من كتاب القانون الدولي الإنساني "آفاق وتحديات"، المرجع السابق، ص591-595.

هناك من أضاف شرط آخر وهو الالتزام بوضع الشعار المميز وفقا للمادة العاشرة من اتفاقية لاهاي 1954، انظر: علي أبو هاني، عبد العزيز العشواوي، القانون الدولي الإنساني، دون طبعة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص377.

(17) المادة الرابعة فقرة2" لا يجوز التخلي عن الالتزامات الواردة في الفقرة الأولى من هذه المادة إلا في الحالات التي تستلزمها الضرورات الحربية القهريّة."

المادة الحادي عشر فقرة2" لا يجوز فيما عدا الحالة الموضحة في الفقرة الأولى من هذه المادة رفع الحصانة عن ممتلك ثقافي موضوع تحت نظام الحماية الخاصة إلا في حالات استثنائية لمقتضيات حربية قهريّة طالما دامت هذه الظروف. ولا يقرر وجود هذه الظروف إلا رئيس هيئة حربية تعادل في الأهمية أو تفوق فرقة عسكرية، ويبلغ قرار رفع الحصانة، كلما أمكن إلى الطرف المعادي قبل تنفيذه بمدة كافية." من اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، المرجع السابق، ص390-393. أو أنظر: عبد القادر حوية، المرجع السابق، ص104.

(18) البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1954 الخاص بحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، المؤرخ في 26 مارس 1999، من موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، شريف عتلم، محمد ماهر عبد الواحد، المرجع السابق، ص429.

(19) علي أبو هاني، عبد العزيز العشواوي، المرجع السابق، ص377. أو أنظر: ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص99-100.

(20) سلامة صالح الرهايفة، المرجع السابق، ص94.

(21) المادة الثانية عشر" تكفل أطراف النزاع حصانة الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة بالامتناع عن استهداف تلك الممتلكات بالهجوم أو عن أي استخدام لممتلكات ثقافية أو جوارها المباشر في دعم العمل العسكري." من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1954 الخاص بحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، المؤرخ في 26 مارس 1999، من موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، شريف عتلم، محمد ماهر عبد الواحد، المرجع السابق، ص435.

(22) سلامة صالح الرهايفة، المرجع السابق، ص95-96.

(23) علي أبو هاني، عبد العزيز العشواوي، المرجع السابق، ص379.

(24) أنظر المادة الحادي عشر من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لسنة 1954 الخاص بحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، المؤرخ في 26 مارس 1999، من موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، شريف عتلم، محمد ماهر عبد الواحد، المرجع السابق، ص434-435.

(25) ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص107-108. أو أنظر: سلامة صالح الرهايفة، ص99-100.

(26) المادة 28 من اتفاقية لاهاي 1954 تنص على " تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بأن تتخذ - في نطاق تشريعاتها الجنائية - كافة الإجراءات التي تكفل محاكمة الأشخاص الذين يخالفون أحكام هذه الاتفاقية أو الذين يأمرن بما يخالفها، وتوقيع جزاءات جنائية أو تأديبية عليهم مهما كانت جنسياتهم." من اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح ، المرجع السابق، ص400.

(27) ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص110-111.

(28) سلامة صالح الرهايفة، المرجع السابق، ص212.

(29) نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في 17 جويلية 1998، من موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، شريف عتلم، محمد ماهر عبد الواحد، المرجع السابق، ص664.

إشكالية الثقافة السياسية والعنف وانعكاساته على حقوق الإنسان في الجزائر

بقلم الأستاذ: خروبي شوقي

كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة سعيدة

مقدمة:

تمثل الثقافة السياسية⁽¹⁾ إحدى أهم دعائم الاستقرار السياسي في الدولة، إذ تترك أثرا واضحا على مستوى الفعل و الممارسة، فالتجانس الثقافي و التوافق بين ثقافة النخب و ثقافة الجماهير يساعدان على الأمن والاستقرار أما التجزئة الثقافية و الاختلاف بين ثقافة النخب و ثقافة الجماهير فإنه يشكل مصدر تهديد لأمن واستقرار النظام السياسي ولشريعته وديمومته، و عليه فقد تكون الثقافة السياسية إما دافعا للتنمية والأمن الاستقرار أو عاملا من عوامل التجزئة و الفرقة و عائقا لها، وهذا بالنظر إلى طبيعة الثقافة العامة السائدة في المجتمع⁽²⁾، بعبارة أخرى فإن النسق الثقافي العام إما أن يساعد على التنمية والأمن واستقرار المجتمع والدولة، و إما أن يكرس الانقسام و الصراع السياسي، و بهذه الصورة فإن العلاقة جدلية بين الأمن والاستقرار، و الثقافة السياسية التي تعد مجموع التصورات و السلوكيات و الاتجاهات المساهمة في تقديم نموذج معين لمفهوم المجتمع و الدولة والشرعية⁽³⁾.

المبحث الأول : التأصيل النظري لمفهوم الثقافة السياسية والعنف

يجمع علماء السياسة على أن الثقافة السياسية هي أولا وقبل كل شيء مجموعة من القيم والاتجاهات المتعلقة بأنماط الثقافة و التنشئة السياسية التي تعكس خصوصية كل مجتمع عبر ميراثه التاريخي و الحضاري و واقعه الجغرافي و التركيب الاجتماعي و طبيعة النظام السياسي والاقتصادي، كما أنها تشمل مجموع السلوكات و الممارسات السياسية التي يفهم منها محتوى توجهات السياسة بجميع مستوياتها الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية المحددة لمفهوم الدولة و لنموذج الشرعية(4).

المطلب الأول : مفهوم الثقافة السياسية

ظلت التنشئة السياسية تمثل عملية ثنائية التأثير، فعن طريقها يتم تلقين الأفراد القيم و المعايير والأهداف السياسية وبصفة خاصة إيديولوجية المجتمع و عن طريقها يمكن نقل الثقافة السياسية من جيل إلى جيل أو العمل على خلق ثقافة سياسية جديدة من خلال التجديد السياسي واختيار وانتقاء الصفوة السياسية لتحقيق التكامل والوحدة من خلال التجانس و الانسجام السياسي و الاجتماعي الذي يساهم في بناء الأمة(5).

فالتنشئة السياسية هي عملية توصيل الثقافة السياسية و بالتالي تكون نتيجتها الطبيعية وجود مجموعة من الاتجاهات والمدارك و معايير للقيم و الأحاسيس تجاه النظام السياسي وأدواره المختلفة وشاغلي هذه

الأدوار كما أنها تتضمن الإلمام بالقيم المؤثرة و المشاعر تجاه مدخلات المطالب إلى النظام ومخرجاته السلطوية.

إن الثقافة السياسية كونها تمثل مجموعة الاتجاهات والمعتقدات والمشاعر التي تعطي نظاما ومعنى للعملية السياسية، تقدم القواعد المستمرة التي تحكم تصرفات الأفراد داخل النظام السياسي⁽⁶⁾، والتي تحدد الإطار الذي يحدث التصرف السياسي في نطاقه⁽⁷⁾، أي أن الثقافة السياسية تدور حول ما يسود المجتمع من قيم ومعتقدات تؤثر في السلوك السياسي لأعضائه حكاما و محكومين.

إن مجموع القيم و الاتجاهات والسلوكيات و المعارف السياسية لإفراد المجتمع هي في الأخير محصلة جزء من الثقافة العامة للمجتمع⁽⁸⁾، وهي بذلك تلقى اهتماما خاصا من قبل النخبة الحاكمة وحجم الاهتمام الذي توليه وتخصه الدولة لإحداث تغيير في ثقافة المجتمع ومدى رسوخ هذه القيم في نفوس الأفراد.

إن الحديث عن الاستقرار والشرعية لأي نظام سياسي إنما يتحقق بإجماع أعضاء المجتمع على الرضا عن مرجعية الدولة، و وجود قنوات بأهميتها وتعبيرها عن أهدافهم وقيمهم، أما إذا حدث الاختلاف بين عناصر النظام حول المرجعية فهنا تحدث الانقسامات وتبدأ الأزمات التي تهدد شرعية النظام و بقاءه و استقراره و إذا سلمنا أنه لا يوجد أثر محسوس للاختلاف بين عناصر المجتمع في الديمقراطيات الغربية إذ أن

هناك اتفاقا عاما على الصيغ المناسبة لتشكيل النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي، فإن المسائل المتعلقة بشكل نظام الحكم و طبيعة النظام الاقتصادي وحدود العلاقة بين الدين و الدولة في أغلب الدول النامية لم تحسم بعد و لا تزال محل خلاف و صراع.

المطلب الثاني : العنف والصراع من خلال الثقافة السياسية

إن الحديث عن ظاهرة الصراع التي لازمت الحركة الوطنية وامتدت لتلقي بضالها على الدولة المستقلة تحولت إلى إطار صارت القوة فيه وسيلة وحيدة لتحديد العلاقات بين أطرافه، إن هذه الصراعات الداخلية التي امتدت طوال أربعين سنة أدت إلى انفجار الوضع السياسي في البلاد مما أدى إلى تدني في ممارسة حقوق الإنسان وما رافقه من عنف وعنف مضاد، وهنا لا بد من الوقوف لدى تحليل ظاهرة العنف ليس فقط عند ما هو متداول بشأن الاستخدام أو التهديد باستخدام القوة المادية لإلحاق الأذى والضرر والتخريب بالأشخاص والممتلكات من أجل تحقيق أهداف غير قانونية أو مرفوضة اجتماعيا، وإنما المقصود بالعنف هنا تلك المجموعة من الإختلالات والتناقضات الكاملة في الهياكل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والقانونية للمجتمع، والتي تتخذ عدة أشكال كغياب التكامل الوطني داخل المجتمع، وسعي بعض الجماعات للانفصال عن الدولة وغياب القانون والعدالة الاجتماعية، وحرمان قوة معينة داخل المجتمع من بعض الحقوق السياسية، ولعدم إشباع الحاجات الأساسية (كالتعليم، الصحة، المأكل... الخ) لقطاعات

عريضة من المواطنين والتبعية على المستوى الخارجي⁽⁹⁾، وبتحول أهدافه ودوافعه يصبح العنف السياسي الاستخدام أو التهديد باستخدام القوة المادية لتحقيق أهداف سياسية.

أمام هذه المبادئ العامة و من خلال هذه التعريفات الأولية هل يمكن الحديث عن ثقافة سياسية تشاركية في الجزائر؟

للإجابة عن هذه الإشكالية الأولية لا بد من تحديد طبيعة الثقافة السياسية السائدة والثقافة العامة للمجتمع و إبراز مضامينها من خلال حدود الدراسة المنهجية و التحليلية هذا إذ سلمنا بصعوبة إبراز سماتها الخاصة ما لم يتم إدراج عناصرها الرئيسية ضمن النسق العام و إخضاعها للدراسة في إطار سوسيولوجي الذي يربط الكل بالجزء للوصول إلى خصوصيات التجربة و بالتالي استخلاص النتائج الجزئية والكلية، فالثقافة السياسية التي هي جزء من الثقافة الكلية للمجتمع، بمعنى أنها ثقافة فرعية تتأثر بالثقافة لأشمل و يجب تفسيرها عند دراستها من خلال المنظور لأشمل للثقافة في المجتمع، ساهمت جوانبه الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في تشكيل قيم الثقافة السياسية الذي انعكس على التطور و التجربة السياسية الجزائرية نتيجة خبرات التنشئة الاجتماعية و السياسية والقيم السائدة و الاختيارات الإيديولوجية المتبعة لذلك ظلت الخبرة التاريخية للواقع الثقافي والاجتماعي و السياسي للمجتمع الجزائري غداة التحول الديمقراطي تستمد جذورها من أرضية الحركة الوطنية و النخب الحاكمة بعد الاستقلال و من تجربة الحزب الواحد.

ساهمت هذه التراكمات في التأثير و تجديد الاتجاهات السياسية العامة للمجتمع الجزائري و أنتجت ثقافة سياسية خاصة أثرت هي الأخرى على الواقع السياسي والتقائي أثناء التحول السياسي والديمقراطي و ظلت تلك العناصر تمثل امتداد تاريخي و طبيعي تستمد مرجعيته من الظاهرة الاستعمارية و تجربة الحركة الوطنية و من المسجد، المدرسة، الأسرة، الحزب الواحد و وسائل الإعلام..الخ.

المبحث الثاني : التحول الديمقراطي و الثقافة السياسية

أدى التحول السياسي الذي عاشته الجزائر في بداية التسعينات إلى مضاعفات و مخلفات سياسية واقتصادية واجتماعية وقانونية استرعت اهتمام وانتباه الكثير من الباحثين والدارسين، فالتجربة الجزائرية تعكس بوضوح الجدلية العالمية والخصوصية التي يثيرها مفهوم الديمقراطية وحقوق الإنسان، وما تفرضه من تعددية حزبية كأحد أبعادها وما تعكسه طبيعة المكونات الثقافية للمجتمع الجزائري وثقل الميراث الاستعماري الذي أفرز أزمة هوية وطنية ساهمت في تأجج الصراع وتناقض لدى النخب السياسية التي فشلت في تحديد تصور عقائدي - إيديولوجي لعملية التغيير والتطور منذ البداية⁽¹⁰⁾.

المطلب الأول : التحول الديمقراطي في الجزائر

إن فشل الانتقال التدريجي والتطبيق الملائم لتجربة التحول السياسي في ظل ثقافة المجتمع السائدة وخصوصية الثقافة السياسية الراسخة في الذهنيات ضاعف من أسباب التعارض و التصادم حول ممارسة السلطة في إطار تعددي وأكدت على استحالة ترسيخ فكرة الحوار المتبادل بين النخب السياسية الحزبية التي ظل كل طرف يدعي أحقيته في تمثيل المجتمع غداة تجربة التحول الديمقراطي.

ظلت مسألة الشرعية السياسية التي افتقرت إليها كل النخب السياسية المتعاقبة على الحكم نتيجة هيمنة ثقافة سياسية متعارضة ومتسلطة تزداد ضخامة نظرا لتعدد الانقسامات السياسية وحجم الاضطرابات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية المتأتية من جذور تجريري الحركة الوطنية والحزب الواحد.

كشفت تجربة التحول الديمقراطي مرة أخرى عن اختلالات هيكلية مست التوازنات الثقافية والسياسية بين الدولة و المجتمع المدني و ساهمت في تفاقم الولاءات الحزبية و الجهوية و عبرت عن تجربة لها امتداد تاريخي في إطار الحركة الوطنية و من ثم برزت الصراعات السياسية بقوة مما أفقد النظام السياسي استقراره السياسي والاجتماعي والاقتصادي وأعيد طرح إشكالية الشرعية و بدأ الحديث عن مسألة حقوق الإنسان و المشاركة السياسية للأحزاب والتيارات ضمن برامج اجتماعية و سياسية يغلب عليها الطابع الصراعى على السلطة.

فهل بإمكان هذه التيارات السياسية وهي تخوض تجربة ديمقراطية تعددية أن تعيد بناء ثقافة سياسية تشاركية تسهم في بناء مشروع مجتمع تطوري لمجموع المراجع الثقافية؟ و هل بإمكانها تطوير خطابها وتكييف مبادئها مع القيم الديمقراطية وحقوق الإنسان؟

وقد تجلّت أهمية البحث من خلال:

- إمكانية الوقوف على مكونات و عناصر الثقافة السياسية في المجتمع الجزائري ماضيا و حاضرا وما تتركه من أثر على مستوى الخطاب و الممارسة السياسية.

- الوقوف على العلاقة الجدلية القائمة بين الثقافة السياسية و العنف السياسي ومسألة ممارسة حقوق الإنسان في الجزائر أثناء عملية التحول السياسي (الديمقراطي).

-إمكانية التحقق من طبيعة التحول الديمقراطي لدى التيارات السياسية من خلال تحليل طبيعة الخطاب والثقافة السياسية للقوى السياسية.

-الوقوف على أهم خصائص وسمات الخطاب السياسي الحزبي أثناء التحول السياسي و إقرار بدستور 1989 في إطار الثقافة السياسية السائدة في المجتمع الجزائري.

-الوقوف على الممارسات السياسية لبعض القوى و تفضيلا لها بناءا على منظور الثقافة السياسية السائدة في المجتمع في إطار التجربة التعددية.

ومن هنا تتمحور إشكالية البحث أساسا حول علاقة الثقافة السياسية بمسألة العنف السياسي وحقوق الإنسان في الجزائر، بمعنى إلى أي مدى يمكن للثقافة السياسية أن تكون مصدرا للعنف السياسي وتراجع ممارسة حقوق الإنسان؟ و للإجابة عن هذه الإشكالية اعتمدنا على فرضيتن أساسيتين

وبهذا وعليه نعتبر أن الثقافة السياسية هي وسيلة أو مصدر للتربية و التنشئة على القيم الوطنية عندما:

1-ترتبط بالتوجيه المركزي للدولة .

2-عندما يكون للدولة مشروع وطني تربوي تعمل من خلاله على ترسيخ قيم معينة.

أو أن الثقافة السياسية يمكن أن تكون مصدرا للعنف السياسي و تهديدا لحقوق الإنسان وسببا في نشوء أزمة وطنية في حالات معينة:

1) إذا ما تعددت مصادر التنشئة و غاب دور الدولة و مؤسساتها في التربية والتنشئة السياسية.

2) أو عندما تحل الجماعات السياسية والحزبية محل الدولة.

إن طبيعة هذا البحث الذي سنتناول فيه مكونات ومصادر الثقافة السياسية الجزائرية التي يتجاذبها طرفين أساسيين أحدهما إسلامي و الآخر علماني مند الإقرار بدستور 1989 و ما آلت إليه العلاقة بينهما من صراع و عدااء انعكس بصورة جلية على المجتمع والدولة من خلال صور العنف السياسي وعدم احترام على قيم ومبادئ حقوق الإنسان الذي تعاني منه الجزائر إلى اليوم يلتزم باعتماد العديد من المناهج كالمناهج التاريخي الذي في مثل هذه البحوث يتم الاستعانة به حيث لا يتنافى مع مستويات الدراسة و البحث الذي يتطلب التعامل مع الموضوع بجميع أجزاءه ضمن الزاوية الكلية والسوسيولوجية لتفسير الأحداث و من ثم تعميمها بدلا من الاقتصار على سرد المعلومات وتكديسها بغرض ربط الحاضر بالماضي لوضع مبادئ و قوانين عامة.

أما منهج تحليل المضمون فإنه في مثل هذه البحوث تجعلنا نتوقف عند بعض الخطابات و النصوص السياسية لدى مختلف الأطراف التي تعكس مضمون و طبيعة الثقافة السياسية و أهم خصائصها وسماتها الأساسية و علاقاتها بالديمقراطية و العنف السياسي وممارسة حقوق الإنسان واحترامه.

كما أن المنهج الوصفي نستهدف من خلاله إعطاء صورة كلية عن الظاهرة موضوع البحث والدراسة مما يسمح لنا بالتعرف على كينونتها و خصائص الثقافة السياسية الحزبية و الأسباب المؤدية إلى العنف السياسي وتدني ممارسة حقوق الإنسان في الجزائر.

لقد استدعت الدراسة وضع رؤية شاملة للموضوع بجميع أبعاده السوسولوجية كون الثقافة العامة والأنماط الاقتصادية و التنشئة الاجتماعية و السياسية تدخل في تشكيل الثقافة السياسية التي تمثل حينها مجموع التصورات و الاتجاهات و القيم التي تمثل المحصلة الثقافية بجميع جوانبها الاقتصادية والثقافية و السياسية ولقد انصب الاهتمام هنا على مفهوم المشاركة السياسة كمفهوم أساسي ضمن أبعاد الثقافة السياسية مما يؤكد التلازم اللصيق بين المشاركة و الثقافة السياسية و الاستقرار والأمن. إذ أن وجود ثقافة سياسية تشاركية هو أكبر دليل على فاعلية الممارسة السياسية و الانفتاح والتداول السلمي على السلطة واحترام حقوق الإنسان، في هذا الإطار تتحدد العلاقة بين مفهومين ضمن سياق الحديث عن منظور الثقافة في المجتمع الجزائري حيث تبرز التيارات السياسية كوحدة تمثل أهمية خاصة تعكس مجموع المعارف و التطورات ذات الطابع السياسي المتصلة بالمشاركة والحقوق والحريات السياسية ومسألة التداول السلمي على السلطة.

المطلب الثاني : الثقافة السياسية في ظل التحول الديمقراطي

تحضى التجربة التعددية في الجزائر باهتمام خاص إذ ما قورنت بغيرها ضمن نسق المجتمع السياسي والمدني، فالتيارات السياسية الممثلة للمجتمع و لمجموع علاقات اجتماعية تحاول الحد من سلطة الدولة

وقوتها، فالدراسة يحاول أن يسلط الضوء ويركز على الخصوصية الثقافية وتأثيراتها على جملة التوجهات السياسية داخل العملية السياسية أثناء تجربة التحول السياسي.

فقد تطرقت الدراسة لمسألة تشكيل الثقافة السياسية في المجتمع الجزائري و ذلك بالعودة للأصول التاريخية المساهمة في تبلور بنية هذه الثقافة بهدف إبراز أهم مكوناتها، خصائصها و عناصرها، والجزائر تعكس نمطا ثقافيا معيناً ذو ثقافة سياسية معينة ترجع أصولها إلى التنشئة الاجتماعية والسياسية التي تتولاها الأسرة المجتمع المسجد و الظاهرة الاستعمارية و تجربتي الحركة الوطنية والحزب الواحد و التي أثرت بطريقة مباشرة على السلوك الاجتماعي و الممارسة السياسية للنخب الحاكمة خاصة إذا ما اعتبرنا أن هذه المرحلة تعد أكثر من حاسمة في صيرورة تثبيت طبيعة الثقافة السياسية، ولهذا وظفنا هذا كمؤطر تاريخي، حيث أدرجنا فيه أهم الأحداث التاريخية التي أدت طيلة أربعين سنة إلى ضعف وانعدام أي مجهود لبناء المجتمع ودولة القانون والحريات والحقوق الأساسية.

ثم عالجنا الأثر الذي تركته المنظومة الثقافية على التحول السياسي مع بداية التعديلات الدستورية التي كرسها دستور 23 فيفري 1989 و التي أدت إلى وضعية جديدة للمنافسة الحزبية التعددية بافتراضه أن عامل الصراعات الإيديولوجية أو الثقافية أو الإثنية أو الجهوية تعد عوامل

مساهمة في تبلور خطاب عدائي أدى إلى حالة التفكك و الانقسام الذي تعيشه الجزائر اليوم.

ثم تطرقنا لطبيعة الأزمة الراهنة اليوم على ضوء التجربة الديمقراطية التعددية وتأثيرها على الحريات وحقوق الإنسان نتيجة استمرارية سلوك و ثقافة النخبة السياسية على مستوى الخطاب و الممارسة و ذلك على ضوء علاقة التيارات السياسية بمسألة العنف السياسي ومسألة حقوق الإنسان والحريات الأساسية ، مما استدعى البحث في أسبابه مظاهره وآلياته و سيناريوهات المستقبل.

إن عامل الصراع ظل عاملا حاسما رافق التطور التاريخي للمجتمع الجزائري و استقر خاصة لدى النخب الحاكمة السياسية منها و العسكرية⁽¹¹⁾ و هذا ما يفسر ربما عملية تشكل الثقافة السياسية التدريجي الآتي من واقع التنشئة الاجتماعية و السياسية للمجتمع الجزائري بكل مكوناته و تنوعاته الثقافية القائمة على الاختلاف و التناقض، و بذلك تكون الثقافة السياسية للنخب الحاكمة ثقافة مكتسبة إنتقلت عن طريق التفاعل بمختلف الاتجاهات السياسية عبر التراكمات التاريخية الموروثة.

إن الصراع بين النخب السياسية و العسكرية ساهم بطريقة غير مباشرة في انقسام النخب الحاكمة وأدى في الأخير إلى تفكك التحالف التاريخي بين المؤسسة العسكرية، مؤسسة الرئاسة و الحزب و ساهم في

انهيار التوازن لصالح تيار على حساب تيار آخر و فشلت بذلك تجربة الاندماج بين الجناح العسكري و السياسي في الجزائر بعد الاستقلال خاصة بعد ما أظهرت انسجاما وتوافقا غداة الإعلان عن إنطلاق الثورة المسلحة .

ظل الصراع القائم يعكس تناقضات بين قيم، اتجاهات وتصورات تقليدية موروثية و أخرى حديثة مكتسبة ومستوردة تخفي وراءها أفكار متعارضة و متصارعة ساهمت في تراجع مصادر الشرعية السياسية للنخبة الحاكمة و أثرت تأثيرا بالغيا على السلطة و توجهاتها الإقصائية مستبعدة أية إمكانية لتداولها و ممارستها بالطرق السلمية الديمقراطية وذلك لانعدام الوسائط الثقافية و السياسية التي تسمح بحياة تعددية.

تكاد عوامل الصراع في الجزائر تكون في بعض جوانبها موضوعية، أي مستقلة نسبيا عن المؤسسة السياسية التي تخترقها، فجزورها ممتدة في المجتمع الجزائري نفسه، فالقيم و التصورات التقليدية طغت وأضحت عقبة لإقامة أي نموذج اجتماعي متفق عليه بين مختلف التيارات المتنافسة كون الأطروحات متعارضة ومتناقضة ولا تسمح حتى بوجود حد أدنى من الاتفاق حول طبيعة مشروع المجتمع السياسي المراد تبنيه.

إن غياب ثقافة الحوار و التنسيق لدى النخب الحاكمة التي مزقتها التيارات الثقافية والسياسية جعلت نظرتها لمفهوم طبيعة المجتمع و الدولة نظرة ضيقة و انعكس ذلك سلبيا في اختيار مشروع مجتمع مدني فاعل

يشمل فيه مجموع الفئات الشعبية. إن سياسة الإقصاء التي تبنتها النخبة الحاكمة وتثبيتها لدور الدولة الشمولية لم يترك أي فرصة للمشاركة السياسية والحوار لباقي القوى الأخرى⁽¹²⁾ التي كانت قد أعلنت مسبقاً رفضها الإيديولوجية الشعبوية والاختيار الإيديولوجي والسياسي الغامض والمفروض قصراً.

الواقع أن النخبة السياسية الثورية القائدة انتهت مهمتها مع تحقيق الهدف الذي نشأت من أجله وهو استقلال الجزائر و كونها ضمت تيارات سياسية مختلفة و فئات اجتماعية متناقضة و أجيال متباينة اتفقوا على حد أدنى جمعهم لطرد المستعمر من وطنهم، فإنه بمجرد تحقيقهم لهذا الهدف الذي عملوا واجتمعوا من أجله تحت مظلة الجبهة قد إنتهى بذلك دور الجماعة ليترك مكانه لمفهوم التعدد والتنوع و الاختلاف ليس في إطار الأفكار فحسب و إنما في مجال التنظيمات والأحزاب والجمعيات المستقلة بعضها عن بعض ولذلك فإن عوامل الصراع ظلت ملازمة لثقافة القوى السياسية نتيجة الانقسامات وتباين وجهات النظر الإيديولوجية حتى خلال مرحلة الانفتاح السياسي التي اتسمت بتفاهم الولاءات الحزبية والجهوية، إذ كان يمكن لآلية ديمقراطية أن تجعل الصراعات بناءة وتنقد الجزائر من الأزمات السياسية العنيفة التي تشهدها لو تم حسن استغلالها.

إلا أن بعض عوامل الصراع التي مزقت النخب الحاكمة لم تكن من ابتكارها الخاص فهي موروثية وموروثة. ورثتها من تجربة نضال الحركة

الوطنية التي عاشت صراعا واضحا بين جناحيها و بين تياراتها الإيديولوجية المتعددة و المتناقضة و صراعا إثنيا وجهويا بين قياداتها، لقد ورثت منها الشعبية التي تعتبر نمط من ممارسة السلطة يعتمد على نفي الصراع الاجتماعي و على مغالطة العامة⁽¹³⁾، ثم ورثتها إلى الجبهة الإسلامية للإنقاذ التي حاولت أن تقدم نفسها كمشروع سياسي اجتماعي بديلا يخلص الجزائر من أزمته السياسية و الاقتصادية إلا أنها ورثت هي أيضا نفس بذور النزاع الداخلي من خلال جملة الصراعات الفكرية التي تنازعتها تيارات متعددة و متناقضة: تيار الجزارة، التيار الإصلاح، التيار السلفي... الخ ومن ثمة فإن عوامل الصراع في الجزائر ظلت تمتد جذورها في أعماق المجتمع الجزائري نفسه.

ظلت الخطابات السياسية الحزبية أثناء عملية التحول الديمقراطي تميل عموما إلى التحريض و التهديد بالقوة دون التفكير جديا في البحث عن إمكانية للحوار و التعاون و التعايش بن مختلف القوى السياسية لتحديد اختيار مشروع المجتمع يلقي رضا كل الأطراف كون مسألة السلطة و شرعيتها ظلت تمثل هاجس التوجهات العامة.

الخاتمة :

لقد غابت لدى أغلب التيارات السياسية مسألة بناء الدولة و المجتمع بالطرق السلمية و ظلت القوة إحدى أدبيات و مرجعيات الأحزاب السياسية التي وظفت حالة الغضب الاجتماعي و السياسي

بكل أبعاده للوصول إلى السلطة واحتكارها لغياب تصورات ومفاهيم فكرية وسياسية ذات قيم وأبعاد ودلالات سياسية سلمية تساهم في خلق تقاليد للممارسة السياسية واتسمت على إثرها العلاقة بين الدولة والمجتمع بطابع عدائي متبادل.

ساهم التناقض على مستوى الخطاب السياسي للتيارات السياسية في اتساع فجوة بين النصوص السياسية التي ظلت تقليدية وبين الممارسة السياسية التي عكست نزوع النخب الحزبية الحاكمة الحديثة إلى العنف والعدوانية في بناء الدولة والمجتمع.

لم تستطيع الأحزاب السياسية القيام بدورها السياسي و الاجتماعي لبعث ثقافة سياسية سلمية تتضمن المشاركة السياسية للقوى الاجتماعية وتساعد على إعادة التفكير في بناء الدولة و المجتمع وفق المبادئ و القيم الديمقراطية إذ عجزت عن التخلص من ثقافتها السياسية الصراعية التي حملتها طيلة السنوات الماضية.

إن الحديث عن بناء الدولة و المجتمع الذي ظل يشكل إحدى أولويات النخب الحاكمة شكل تراجعاً مخيفاً بعد تجربة التحول السياسي نتيجة تعدد مصادر التنشئة و بروز خطابات سياسية حزبية منافية للقيم و المبادئ الديمقراطية وذلك لغياب دور مؤسسات التنشئة الفعلي بدأ من الأسرة، المدرسة، المسجد، الحزب و باقي مؤسسات الأخرى لذا تطلبت هذه المرحلة ضرورة إعادة النظر للأحزاب السياسية في ثقافتها السياسية

من خلال تطوير خطاباتها وتكييفها مع المبادئ والقيم الديمقراطية ومع التوجه السلمي للدولة.

إن غياب مؤسسات التنشئة الاجتماعية والسياسية وفشل الخطاب السياسي الحزبي في بلورة ثقافة سياسية سلمية وكذا الانقسام الذي شهدته النخبة الحاكمة على مستوى الخطاب و الممارسة السياسية مكن المعارضة الإسلامية من استغلال هذه الفرصة السياسية السانحة لطرح إيديولوجيتها وبالتالي نموذجها في بناء الدولة والمجتمع بالقوة و العنف.

الهوامش :

- 1) Gabriel A.Almond & Sidney Verba, *The Civic Culture : Political Attitudes and Democracy in Five Nations*, Princeton University Press, 1963, P17.
- 2) سمير خطاب، التنشئة السياسية والقيم: مع دراسة ميدانية لطلاب المدارس الثانوية، مصر الجديدة، مصر ايتراك للنشر والتوزيع، 2004، ص 186.
- 3) رعد حافظ سالم، مبادئ الثقافة السياسية، بغداد... ط1، 2012، ص ص 23-36.
- 4) TALCOTT Parsons, *the Social System*, London, the Free Press of Glence, 1964, p15.
- 5) Sidney Verba « Comparative Political Culture », In :Lucian W.Pye & Sidney Verba, *Political Culture and Political Development*, Princeton, Princeton University Press, 1965, P521.
- 6) Sidney Verba « Comparative Political Culture », In :Lucian W.Pye & Sidney Verba, *Political Culture and Political Development*, Princeton, Princeton University Press, 1965, P521.
- 7) بن طاهر علي، الثقافة السياسية ومسألة الديمقراطية التعددية في الجزائر 1989-1992، أطروحة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص 7.
- 8) داليا احمد رشدي عرفات، دور العامل الخارجي في تغيير الثقافة السياسية، دراسة في فكر المحافظين الجدد اتجاه عملية التحول الديمقراطي في المنطقة العربية، 2001-2006، أطروحة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 2007، ص 31.
- 9) احمد حسين توفيق، ظاهرة العنف السياسي في المجتمعات العربية، ، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، ط2، 1999، ص 43.

- 10) هدى ميتيكس، توازنات القوى في الجزائر (إشكالية الصراع على السلطة في صراع على السلطة في إطار التعددية) المستقبل العربي، العدد 172، السنة 1993، ص 25.
- 11) هواري عدي، مؤتمر الجزائر في التسعينيات، التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، السياسة الدولية، السنة 29، العدد 114، أكتوبر 1993، ص 244.
- 12) BENJAMIN Stora, *histoire de l'Algérie depuis l'Indépendance 1962-1988* (France : Edition la découverte, 2001), PP08-14.
- 13) محمد حربي، الثورة الجزائرية، سنوات المخاض، الجزائر: موفم للنصر (1994)، ص 68.

تطبيقات الرقابة السياسية في الدساتير الفرنسية

بقلم الأستاذ : أسود ياسين

المركز الجامعي بلحاج بوشعيب- عين تموشنت

مقدمة:

إن مبدأ الرقابة على دستورية القوانين كموضوع من موضوعات الدراسة يرجع إلى أهميته كضمانة من ضمانات الدولة وكوسيلة من وسائل حماية الدستور وصيانتها وحماية المؤسسات الشرعية للدولة، كما يعتبر مبدأ الرقابة على دستورية القوانين حامي لسيادة الدولة والعامل على الحفاظ على استقرار النظام القانوني في الدولة. كذلك تمثل المبدأ حفاظا على مبدأ سمو وعلو الدساتير الذي يعتبر ضمانة حقيقية للديمقراطية والحرية .

ويقصد بعملية الرقابة على دستورية القوانين هي التأكد بالتحقيق في مدى تطابق العمل التشريعي والتنفيذي مع أحكام الدستور. هذه العملية قد تباشر في بعض الأحيان هيئة سياسية مستقلة عن باقي السلطات العامة للدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية وتقوم بهذه الرقابة قبل صدور التشريع وهي تسمى برقابة وقائية أو رقابة سابقة تكون مهمتها التحقق من مدى مطابقة أعمال السلطات العامة لأحكام الدستور وعلى الخصوص أعمال السلطة التشريعية، هذه الطريقة أخذت بما بعض الدول تحقيقا لمبدأ الفصل بين السلطات بقصد تفادي خضوع السلطة التشريعية لرقابة السلطة القضائية فإلهاية التي ينشأها الدستور تقوم بهذه المهمة بحيث تراقب الأمر قبل وقوعها وتنظر في دستورية

القانون قبل أن يستكمل الإجراءات التي تجعل منه قانونا نافدا أي يتحقق من مدى مطابقة أحكام القانون مع أحكام الدستور.

الهيئة السياسية التي ينشأها الدستور تعكس الجانب المعقد لهذه الهيئة فدورها دور القاضي إلا أنها تمارس نشاطها من اجل أهداف سياسية كما انه يفترض في أعضائها صفة الاستقلالية لدى تعيينهم السياسي الأمر الذي حد من هذه الاستقلالية.

لاشك أن هذه الهيئة التي تملك صلاحيات الحكم على القوانين بالإلغاء أو النفاذ تحتل مركز الصدارة في الدولة وبالتالي تستطيع هذه الهيئة من خلال ممارستها لصلاحياتها أن تشل نشاط السلطة التشريعية أو أن توقف نفاذ الأعمال الصادرة منها كلما وجدتها متعارضة مع حكم من أحكام الدستور، كما أن رجال الفقه الدستوري يطلق عليها تسمية الرقابة الوقائية أو الرقابة السابقة أو الرقابة السياسية.

إذا كانت الرقابة القضائية بمفهومها العام ترتبط بالنظام القانوني للولايات المتحدة الأمريكية باعتبارها التي أخذت بهذا النوع من أنواع الرقابة ، فإن الرقابة السياسية ترتبط بالنظام القانوني الفرنسي لكون فرنسا الوطن الأم لهذه الرقابة. وقد شهدت عدة تطبيقات لأسلوب الرقابة السياسية مند دستور السنة الثامنة إلى دستورها الحالي 1958 مرورا بدستور 1852 ودستور 1946.

إن هذه المحاولات الدستورية للدساتير الفرنسية كانت تسعا ولو ظاهرا إلى تأكيد مبدأ سمو وعلو الدستور باعتباره الضمانة الحقيقية والفعالة للحقوق

والحريات العامة وحفاظا في ذات الوقت على مبدأ الفصل بين السلطات التي قامت لأجله الثورة الفرنسية فإلى أي مدى تمكنت الدساتير في تحقيق ذلك؟
إن الإجابة على هذه الإشكالية تكون من خلال التطرق إلى مرحلتين دستوريتين الأولى قبل مرحلة دستور 1946 و ذلك من خلال المبحث الأول. والمرحلة الدستورية الثانية من خلال مرحلة دستور 1946 وبعده وذلك من خلال المبحث الثاني.

المبحث الأول : الرقابة السياسية قبل مرحلة الدستور الفرنسي لسنة

1946

لقد شهدت فرنسا قبل دستور سنة 1946 محاولتين لتبني مبدأ الرقابة على دستورية القوانين لتكريس مبدأ سمو وعلو الدستور وبدا ذلك واضحا من خلال دستور السنة الثامنة للجمهورية سنة 1799 ودستور الامبراطورية الثانية لسنة 1852 وهذا ما سنتعرض له من خلال المطلبيين التاليين وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: تجربة مجلس الشيوخ المحافظ في ظل دستور السنة

الثامنة للجمهورية

لقد تبني لأول مرة في تاريخ النظام القانوني الفرنسي دستور السنة الثامنة للجمهورية لسنة 1799 مبدأ سمو وعلو الدستور وأسند عملية الرقابة إلى هيئة سياسية منفصلة عن السلطات الثلاث في الدولة أعطى لها تسمية مجلس الشيوخ المحافظ وقد اصطدمت التجربة الدستورية بظروف سياسية جعلتها تفشل

في تحقيق الهدف الذي وجدت لأجله وبالتالي سنتطرق في فرع أول إلى ذلك وتقييم التجربة في فرع ثاني.

الفرع الأول: ظروف عمل مجلس الشيوخ المحافظ

حاول الفقيه الفرنسي " سييس " Siéyes أن يقنع واضعي دستور السنة الثالثة للجمهورية (دستور 22 أغسطس 1799 أو 5 فريكدور للسنة الثالثة للجمهورية) بإنشاء هيئة محلفين دستورية *jurie constitutionnaire* 1، على أن تكون مهمة تلك الهيئة التحقق من مطابقة أحكام القوانين للدستور²، و تملك إلغاء القوانين غير الدستورية. و كان " سييس " Siéyes يرى أن تلك هي النتيجة الطبيعية التي تترتب منطقيا على التمييز بين السلطتين التأسيسية و التشريعية.

و قد انتقد " سييس " بمشروع لتلك الهيئة ، يتضمن تكوينها من 108 عضوا و يتم تعيينهم الأول بواسطة الجمعية التأسيسية ، ثم تتولى الهيئة بعد تشكيلها الأول تعيين أعضائها بنفسها ، على أن تجدد ثلث الأعضاء سنويا و قد أكد " سييس " في مشروعه ، أن تلك الهيئة هي هيئة سياسية لا قضائية³ ، و يرجع ذلك إلى الآثار السيئة التي خلفتها البرلمانات القضائية (المحاكم) السابقة على قيام الثورة و قد وجه مشروع " سييس " Siéyes باعتراضات شديدة من واضعي الدستور⁴، و كان جوهر تلك الاعتراضات أن إنشاء مثل هذه الهيئة السياسية ، سوف يفتح الباب لاستبدالها و سيطرتها ، و الحقيقة أن الاعتراض لم يكن على الهيئة ذاتها ، إنما كان على مبدأ الرقابة ذاته ، فقد كان الفقه الفرنسي متشعبا بفكرة علو الإرادة العامة، و عدم إخضاع القوانين و هي

التعبير عن الإرادة العامة للرقابة من جانب أي جهة، كما كانت تسيطر عليه الخشية من أن تغدو أي جهة للرقابة سلطة تعلق على كل سلطات الدولة 5، وقد أخذت الجمعية التأسيسية بالرأي الآخر القائل بتقسيم السلطة التشريعية إلى مجلسين ، يكون كل منهما رقبيا على الآخر ، لضمان عدم مخالفة أحدهما للدستور ، إلا أن " سييس " Siéyes لم ييأس نتيجة رفض مشروعه . بل انتهز فرصة اشتراكه في وضع الدستور السنة الثامنة في عهد " لويس نابليون " و تقدم بمشروعه و نجح في تحقيق فكرته ، و إقامة أول هيئة سياسية ، سميت باسم " مجلس الشيوخ المحافظ " 6 أو " المجلس الخاص للدستور " ، و كان المجلس يتكون من 80 عضوا . و كانت هناك ضمانات نظرية كثيرة لكل الأعضاء لضمان استقلال المجلس ، كالعضوية مدى الحياة ، و عدم العزل ، و عدم الجمع بين عضوية المجلس و أية وظيفة في الدولة ، كما أن اختيار الأعضاء الجدد بالمجلس كان مسندا لأعضاء المجلس أنفسهم . فقد كان اختيار أغلبية أعضاء المجلس يتم في المرة الأولى بواسطة نابليون و القنصلين المؤقتين ، ثم تختار تلك الأغلبية بقية أعضاء المجلس 7.

و كانت مهمة المجلس - طبقا للمادة 21 من الدستور - هي " أن يبقى أو يلغي جميع الأعمال التي تطعن الحكومة أو المجلس النيابي أمامه بعدم دستوريته " فكانت مهمة المجلس إذا هي المحافظة على الدستور بواسطة التحقق من دستورية القوانين و كذا قرارات و مراسيم السلطة التنفيذية .

الفرع الثاني: تقييم مجلس الشيوخ المحافظ

و الواقع أن ذلك قد فشل في أداء مهمته لأسباب كثيرة بعضها خاص بمدى استقلال أعضاء المجلس، و البعض الآخر خاص بسلطة المجلس :

أولاً: إن أعضاء المجلس لم يتمتعوا بالاستقلال الحقيقي فقد كان تعيينهم يتم في الواقع بواسطة الإمبراطور .و كان على المجلس أن يختار أحد ثلاثة مرشحين (مرشح الإمبراطور ومرشح السلطة التشريعية ، و مرشح المجلس النيابي). le Tribunal و نظرا لنفوذ الإمبراطور ، فلم يكن أمام مجلس الشيوخ المحافظ إلا اختيار مرشحي نابليون8.

كما وقع أعضاء المجلس تحت تأثير عوامل الإغراء من جانب نابليون المتمثلة في منحهم النياشين و الإلقاب و المكافآت .بل إن نابليون بعد مضي عامين على تشكيل المجلس قد عدل نظام المجلس ، بحيث يمكن لأعضائه أن يجمعوا بين عضوية المجلس و بين منصب الوزير ، و ذلك بقرار من مجلس الشيوخ في 16 أغسطس من السنة العاشرة للجمهورية ، كما خول القنصل الأول حتى تعيين أعضاء المجلس مباشرة .ومن البديهي فإنه ما كان ليختار إلا أعضاء ليسوا على المستوى المطلوب من الكفاءة و قوة الشخصية مما ساعد على فشل المجلس .

و ما كاد المجلس النيابي يحاول مجرد المحاولة أن يتحرر بعض الشيء حتى سارع نابليون بموافقة المجلس المحافظ إلى تطهيره من العناصر المعارضة له . ثم ألغى نابليون المجلس نهائيا في 10 أغسطس سنة 1807 ، و أقر المحافظ بدستورية إلغاء نابليون للمجلس النيابي

ثانيا: أن اختصاص المجلس المحافظ (و إن كان يبدو من الناحية النظرية خطيرا و مهما ،مما يؤهل المجلس لأن يكون على قمة جهاز الحكم مع نابليون) ،إلا أن تحليل قيام المجلس بممارسة اختصاصاته تظهر عكس ذلك :

فلم يكن للمجلس حق مباشرة الرقابة من تلقاء ذاته . بل كانت تحال إليه القوانين و القرارات ، أما من الحكومة أو من المجلس النيابي ، و كان الأخيران واقعين تحت تأثير نابليون . و كما أن الحكومة لم تكن لتطعن في أعمالها أو في مشروعات التي تقترحها ،فإن المجلس النيابي لم يكن ليطعن أيضا في أعمال الحكومة أو في أعمال السلطة التشريعية ، و هو يعرف مقدما أن أي عمل لكليهما إنما هو تعبير عن إرادة نابليون لذلك فالثابت أن المجلس المحافظ لم يبلغ أي قانون أو إجراء مخالف للدستور ، بالرغم من أن عدم الدستورية كان واضحا في كثير من القوانين و الأعمال⁹.لقد خلق المجلس كما يقول " بيردو " - ليكون وديعا فأصبح خادما " .

و عند سقوط نابليون و زوال نفوذه ،قام المجلس بإصدار قراره في 3 أبريل سنة 1814 بعزله عن العرش ، و بدأ المجلس يتكلم عن جميع المخالفات الدستورية التي تمت في عهد نابليون . و لم يكن كلامه لوجه الدستورية و إنما لوجه رجال الحكم الجديد الذين خلفوا نابليون .

و لم تنحصر الأضرار الناتجة عن تجربة المجلس المحافظ في الرقابة على تغاضيه عن القوانين غير الدستورية التي صدرت في عهده ولم يفصل شيئا تجاهها ، بل كان الضرر الكبير هو أن فشل هذه التجربة كان السبب الأساسي في فقد ثقة فرنسا في الرقابة بواسطة هيئة سياسية¹⁰. و كانت الثقة مفقودة أصلا في

الرقابة بواسطة القضاء نتيجة للذكريات السيئة للبرلمانات القضائية (المحاكم) قبل الثورة الفرنسية، ووقوف تلك المحاكم في وجه أي إصلاح. و قد ظلت تجربة المجلس المحافظ دليلاً يستدل به القائلون على عدم جدوى الرقابة بواسطة الهيئات السياسية لخضوع أعضاء تلك الهيئات للأهواء السياسية و لسيطرة الحكام.

المطلب الثاني : المجلس المحافظ في ظل دستور 14 يناير لسنة 1852

لقد أعيد تبني في دستور الإمبراطورية الثانية لسنة 1852 مبدأ سمو وعلو الدستور وأسند عملية الرقابة إلى هيئة سياسية منفصلة عن السلطات الثلاث في الدولة أعطى لها تسمية المجلس المحافظ وقد اصطدمت هذه التجربة الدستورية الثانية كذلك بظروف سياسية جعلتها تفشل في تحقيق الهدف الذي وجدت لأجله وبالتالي سنتطرق في فرع أول إلى ذلك وتقييم التجربة الدستورية في فرع ثاني.

الفرع الأول: ظروف عمل المجلس المحافظ

أعيدت تجربة الرقابة السابقة بواسطة هيئة سياسية في ظل دستور 1852 و قد كان ذلك الدستور - كما يقولون - طبعة ثانية من دستور السنة الثامنة. فلقد نص دستور سنة 1852 (بالمواد من 19 إلى 23) على إنشاء مجلس محافظ مشابه للمجلس الأول و كان المجلس المحافظ الجديد ذا اختصاصات واسعة تفوق اختصاصات المجلس الأول¹¹.

فقد كان من حق المجلس أن تحال عليه جميع القوانين قبل إصدارها لكي يتحقق من مطابقتها للدستور، بل إن دور المجلس قد تطور فيما بعد فأصبح من حقه رقابة القوانين من حيث الملائمة كذلك.

فقد كان من حق المجلس إلغاء القوانين التي تثبت عدم دستورتها، و كان من حقه تعديل الدستور طبقا لشروط معينة.

كما أصبح للأفراد أن يطلبوا من المجلس إلغاء القوانين التي يشكون في مخالفتها للدستور. و قد كان منطقيا أن يؤدي النص على حق الأفراد في طلب إلغاء القوانين الدستورية إلى تدعيم سلطات المجلس و صلاحيته للقيام بدور فعال في مجال الرقابة. إلا أن أهمية تلك السلطات الواسعة ، كانت تقتصر على مجرد الأهمية النظرية لا العملية . فقد أدت سلطة نابليون الثالث في اختيار أعضاء المجلس ، و تأثيره عليهم بواسطة المنح و العطايا و كانت عضوية المجلس بلا مقابل هذا ما أدى إلى فشل المجلس و وقوعه تحت سيطرة نابليون الثالث .

الفرع الثاني: تقييم المجلس المحافظ

لم يعرف عن المجلس المحافظ قيامه بإلغاء أي قانون عرض عليه لعدم دستورية ، بل أصبح المجلس وسيلة نابليون الثالث لتعديل الدستور طبقا لأهوائه¹² ، و قد تحول المجلس كما يقول دوجي من مجلس للرقابة على دستورية القوانين إلى مجلس تشريعي ثاني ، و لقد كان من نتيجة فشل تلك التجربتين في دستور السنة الثامنة و دستور سنة 1852 أن فقدت الثقة في الرقابة على دستورية القوانين بواسطة هيئة سياسية الأمر الذي جعل المؤسس الدستوري الفرنسي لا يقدم على تنظيم رقابة سياسية في ظل دستور 1875 لان فشل هذين المجلسين طبقا لهذين الدستورين يرجع في تقديرنا إلى الحكم الديكتاتوري الذي كان سائدا في عهد نابليون بونابرت ولويس نابليون لأنه من الطبيعي لن يفشل أي نوع من الرقابة في ظل نظام سياسي كهذا . و لقد تعددت آراء

الفقهاء في نقد المجلسين ، حيث لم يفعلوا شيئاً ، ولم يعلنوا عدم دستورية أي قانون 13 .

المبحث الثاني: الرقابة السياسية خلال مرحلة الدستور الفرنسي لسنة

1946 وبعده

لقد شهدت فرنسا خلال مرحلة دستور سنة 1946 محاولتين لتبني مبدأ الرقابة على دستورية القوانين لتكريس مبدأ سمو وعلو الدستور وبدا ذلك واضحاً من خلال دستور السنة الرابعة للجمهورية سنة 1946 ودستور السنة الخامسة للجمهورية سنة 1958 وهذا ما سنتعرض له من خلال المطالبين التاليين وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: الرقابة في ظل دستور سنة 1946

نص دستور سنة 1946 على إنشاء لجنة دستورية Comite Constitutionnel تختص بالرقابة على دستورية القوانين ، و لقد كانت النصوص الخاصة باللجنة الدستورية دليلاً واضحاً على روح التنافر بين نصوص الدستور عامة و عدم وجود روح واحدة تشملها . و كان مرجع ذلك إلى الخلاف الكبير بين الأحزاب الفرنسية التي اشتركت في الجمعية التأسيسية ، و المساومات السياسية التي حدثت بين تلك الأحزاب أثناء وضع الدستور 14 .

فقد كانت بعض الأحزاب (مثل حزب الحركة الجمهورية التقدمية M.R.P.) التي تقدمت بمشروع الرقابة ، ترى في الرقابة تأميناً و حماية لحقوق الأفراد و ضماناً للأقليات و حماية لمبدأ علو الدستور . بينما كان الحزب الشيوعي

يرى في الرقابة تعارضا مع الديمقراطية و انتقاصا لسلطان الجمعية الوطنية ،التي
تعبر القوانين التي تضعها عن إرادة الشعب 15 و كانت الأحزاب ذات النزعة
الاشتراكية و ذات الأغلبية البرلمانية تعمل على استبعاد أي شكل للرقابة ،لأن
الرقابة قد تعرقل تحقيق أهدافها في المجال السياسي و الاقتصادي و الاجتماعي .

و نتيجة لمواقف الأحزاب فقد جاء تشكيل اللجنة الدستورية تشكيلا
غريبا، و جاءت اختصاصات تلك اللجنة أكثر غرابة، مما دعا الفقهاء الفرنسيين
إلى انتقاد ذلك كله بشدة. ما سنتعرض له في الفروع التالية:

الفرع الأول : تشكيل اللجنة الدستورية :

شكلت اللجنة الدستورية طبقا للمادة 91 برئاسة رئيس الجمهورية16،
و عضوية رئيس الجمعية الوطنية، ورئيس مجلس الجمهورية،و سبعة أعضاء
تختارهم الجمعية الوطنية من غير أعضائها ، و ثلاثة أعضاء يختارهم مجلس
الجمهورية من غير أعضائه .و يتم ذلك في بداية كل دورة سنوية ،على أن يراعي
أن يكون تشكيل اللجنة قائمة على أساس التمثيل النسبي للهيئات السياسية .

و بذلك كانت اللجنة امتدادا طبيعيا للبرلمان و للأحزاب السياسية،
فأعضاؤها يمكن اختيارهم من بين أعضاء مجلس الجمهورية بواسطة الجمعية
الوطنية، و من بين أعضاء الجمعية الوطنية بواسطة مجلس الجمهورية .فلم يمنع
الدستور الجمع بين أحد المجلسين و بين عضوية اللجنة الدستورية ، و مما يؤكد
ذلك عضوية رئيس المجلسين في اللجنة .

و بذلك تتحول اللجنة - كما يقول لافاريير Laferriere - من هيئة ينبغي أن تتمتع بالاستقلال و الحيادة، إلى مجرد هيئة تابعة للبرلمان ، يشعر أعضاؤها بأنهم يدينون بمراكزهم للهيئات التي انتخبتهم، و من ثم لا يتصور أن يدينوا القوانين التي تسنها تلك الهيئات . فلم تكون مهمة اللجنة الرقابة على مدى اتفاق أو تعارض مشروع القانون مع الدستور ، بل على مدى اتفاق أو تعارض القانون مع آراء الأحزاب 17.

الفرع الثاني : اختصاصات اللجنة الدستورية

تختص اللجنة الدستورية 18 طبقا للمادة 91 ببحث ما إذا كانت القوانين التي وافقت عليها الجمعية الوطنية ، تقتضي إجراء تعديل دستوري أم لا . و لا تباشر اللجنة الدستورية اختصاصها من تلقاء نفسها ، فطبقا للمادة 92 يجب أن يرفع إليها طلب الرقابة على دستورية القوانين مشترك من رئيس الجمهورية و رئيس مجلس الجمهورية (بموافقة الأغلبية المطلقة لأعضاء مجلس الجمهورية). و بناء على هذا الطلب تحاول اللجنة التوفيق بين الجمعية الوطنية و بين مجلس الجمهورية ، حتى و لو كان هذا التوفيق على حساب تعارض مشروع القانون مع الدستور .

فإذا وافقت اللجنة في ذلك انتهى الأمر، أما إذا فشلت محاولة التوفيق فإنها تبحث مشروع القانون ، فإذا وجدته متعارضاً مع الدستور ، ردت إلى الجمعية الوطنية لمناقشته من جديد . و في تلك الحالة إما أن ترجع الجمعية الوطنية عن رأيها و تعدل القانون و أما أن تصر على رأيها فتعدل الدستور بما يتفق مع أحكام مشروع القانون 19 .

كما يقتصر اختصاص اللجنة الدستورية طبقا للمادة 12 من الدستور على بحث " ما إذا كان التشريع الذي وافقت عليه الجمعية الوطنية يقتضي تعديل إحدى مواد الأقسام العشرة الأولى من الدستور " .و بذلك يخرج عن اختصاصها بحث تطابق القانون مع مقدمة الدستور ،تلك المقدمة التي تتضمن إعلان الحقوق و الحريات العامة.

الفرع الثالث : تقييم الرقابة في ظل دستور 1946:

يمكن تلخيص الانتقادات الموجهة إلى اللجنة على الوجه التالي فأسلوب تشكيل اللجنة الدستورية يؤدي بها إلى أن تصبح فاقدة لكل استقلال عن السلطة التشريعية ،و بالتالي فهي لن تستطيع أن تمارس أي رقابة جادة على ما تبناه تلك السلطة من قوانين 20.

كما أن اختصاص اللجنة الدستورية مقيد بعدة قيود تفقدها الكثير من قيمتها ،فاللجنة الدستورية لا تملك أن تتصدى للرقابة من تلقاء نفسها ،بل هي مقيدة بضرورة ،أن يحال عليها طلب مشترك من رئيس الجمهورية و رئيس الجمهورية . و هذا يعني أنه يمكن إصدار قانون معارض للدستور،إذا اتفق رئيس الجمهورية و رئيس مجلس الجمهورية على عدم الاعتراض عليه ،أو إذا لم يتفقا على طلب بحث دستوريته . إذ لا يمكن لأحدهما أن يعترض بمفرده 21.

فاللجنة الدستورية مقيدة كذلك بعدم بحث أي تعارض بين القانون و بين مقدمة الدستور و يؤدي هذا، أن جميع الحقوق التي قد يتمسك بها الأفراد والتي قد يهددها القانون ، واردة في المقدمة لا في نص الدستور .فكل ما تستطيعه اللجنة الدستورية في أحسن الأحوال كفالة احترام الإجراءات الدستورية

لا الحقوق الفردية ، و قد انتقد الفقهاء الفرنسيون ذلك الأمر انتقادا شديدا . فمن أهم أهداف الرقابة حماية الأفراد من اعتداءات السلطة التشريعية ، فأية قيمة للرقابة بل و لمقدمة الدستورية الطويلة التي فصلت حقوق الأفراد و حرياتهم إذا لم تستطيع اللجنة الدستورية بحث أي تعارض بين التشريع و بين مقدمة الدستور22 .

و لا تملك اللجنة الدستورية سلطة للرقابة، فلم يعطها الدستور تلك السلطة، و كان كل دورها ينحصر في محاولة التوفيق و التحكيم داخل البرلمان الفرنسي ، حتى و لو انتهت تلك المحاولة إلى توفيقهما على حساب تعارض القانون مع الدستور ، فالهدف من رقابة اللجنة إن صح تسمية اختصاصها بأنه رقابة هو جعل الدستور متفقا مع أحكام القانون ، أكثر من جعل القانون متلائما مع أحكام الدستور23 .

لم يكن هناك أي ضمان لحماية اللجنة الدستورية بل و لحماية الدستور ذاته . فلقد كان في إمكان الجمعية الوطنية أن تعصف بهما، وذلك بتعديل الدستور، مخالفة بذلك نص المادة 90) التي تنظم إجراءات تعديل الدستور (، دون أن يكون في وسع مجلس الجمهورية أن يرفع الأمر إلى اللجنة الدستورية . و كان في كل ذلك تهديدا لعلو الدستور و جعله تحت رحمة السلطة التشريعية24 .

المطلب الثاني: الرقابة في ظل الدستور الفرنسي الحالي 1958

خطى الدستور الفرنسي الصادر سنة 1958 خطوات هامة نحو الحد من التطرف في فهم فكرة الإرادة العامة، ذلك التطرف الذي كان سائدا إلى ما

قبل صدور ذلك الدستور و الذي كان ممتثلا في إطلاق البرلمان في النواحي التشريعية و السياسية. كما خطى الدستور مثل تلك الخطوات نحو العمل على إعادة التوازن الذي كان قد اختل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية بصورة كبيرة، بشكل جعل السلطة التشريعية هي المهيمنة على السلطة التنفيذية، تدير شؤون الحكم و تملي على الحكومة اقتراحاتها²⁵ و لذلك كانت الفكرة الرئيسية في دستور سنة 1958 هي تقوية السلطة التنفيذية، و قد تأكدت هذه الفكرة عند تعديل الدستور سنة 1962، و بتطبيق الجنرال ديغول لها طوال مدة حكمه، بل و لقد أدى دستور سنة 1958 إلى ترجيح دور السلطة التنفيذية، لا مجرد إعادة التوازن بينها و بين السلطة التشريعية. و قد تجلى ذلك واضحا في تقوية دور رئيس الجمهورية و تقوية دور الرقابة السياسية التي يباشرها المجلس الدستوري على دستورية القوانين التي يضعها البرلمان إلى حد كبير .

فقد عهد هذا الدستور بالرقابة على دستورية القوانين إلى هيئة سياسية أطلق عليها تسمية المجلس الدستوري²⁶ والذي حاولت فرنسا من خلاله تفادي عيوب الهيئات السابقة و هذا بموجب المادة 64 من الدستور الفرنسي. فنص الدستور على تشكيل و اختصاصات المجلس الدستوري(في المواد من 56 إلى 63 في الباب السابع منه) وهذا ما سنتطرق إليه في الفروع التالية:

الفرع الأول: تشكيلة المجلس الدستوري :

بين الدستور الفرنسي في المادة 56 أسلوب تشكيل المجلس، و نص على أنه يتكون من نوعين من الأعضاء:

أعضاء معينون مدى الحياة ، و هم رئيس الجمهورية الحالي و رؤساء الجمهورية السابقين الذين هم على قيد الحياة و الحكمة في تعيينهم هي الاستفادة من خبراتهم السياسية التي اكتسبوها خلال فترات حكمهم.

أما الأعضاء الآخرون ، فهم تسعة أعضاء مدة عضويتهم تسع سنوات غير قابلة للتجديد. و يختار كل من رئيس الجمهورية و رئيس الجمعية الوطنية و رئيس مجلس الشيوخ ثلث عدد الأعضاء، و يتم تجديد ثلث الأعضاء كل ثلاث سنوات و يتولى رئيس الجمهورية تعيين رئيس المجلس الدستوري لمدة تسع سنوات لا تقبل التجديد²⁷، حيث أن الدستور ينص على أن لرئيس المجلس الدستوري صوت مرجح عند تعادل الأصوات. انه لا يجوز الجمع بين عضوية المجلس الدستوري وتولي الوزارة أو عضوية البرلمان أو اية وظيفة أخرى لضمان الاستقلالية. و قد أحالت المادة 63 من الدستور إلى القانون الأساسي الذي يصدر منظما للمجلس الدستوري²⁸.

الفرع الثاني: اختصاصات المجلس الدستوري:

بالإضافة إلى الاختصاصات الأخرى للمجلس 29 فان اختصاصه في مجال الرقابة على دستورية القوانين يمكن تقسيمه إلى قسمين :

رقابة وجوبية : حيث ينص الدستور (في المادة 61 فقرة 1) على وجوب أن تعرض "القوانين الأساسية" على المجلس قبل إصدارها (و كذا لوائح مجلس البرلمان قبل تطبيقها) ليقرر مدى مطابقتها للدستور³⁰.

رقابة جوازية : حيث يجوز أن يعرض كل من رئيس الجمهورية، أو رئيس الوزراء (الوزير الأول) أو رئيس أي من مجلسي الشيوخ و الجمعية الوطنية

مشروعات القوانين قبل إصدارها على المجلس الدستوري لتقري مدى مطابقتها للدستور (وقد أصبح من حق 60 نائبا أو شيخا من أعضاء الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ الطعن بعدم الدستورية أمام المجلس 31. و عندما يثبت للمجلس الدستوري أن مشروع القانون الذي عرض عليه لا يخالف الدستور فإن نشر قرار المجلس يضع حدا لوقف ميعاد إصداره، و يتعين على رئيس الجمهورية إصداره .

أما إذا قرر المجلس عدم دستورية نص يمكن فصله عن النصوص الأخرى من مشروع القانون المعروض عليه، فلا يمكن إصدار القانون، و إذا قرر إمكانية فصل النص المخالف للدستور عن بقية النصوص فلرئيس الجمهورية أن يصدر القانون فيما عدا النص المخالف ، أو أن يطلب من البرلمان إعادة النظر فيه 32.

الفرع الثالث: الانتقادات الموجهة إلى المجلس الدستوري

انتقد بعض الفقهاء الفرنسيين المجلس الدستوري سواء من حيث تشكيلته أو من حيث اختصاصاته على الوجه التالي :

فمن حيث تشكيل المجلس يقرر البعض أن أغلبية الصفة السياسية في أعضاء المجلس، و كذا تعيينهم بواسطة رئيس الجمهورية و رئيس الجمعية الوطنية و مجلس الشيوخ، يؤديان إلى عدم تحقق الاستقلال الكافي للمجلس في أداءه لمهمته الرقابية ، كما لا يضمن توافر العناصر ذات الكفاءة القانونية بين أعضاء المجلس و يقترح البعض ضرورة توافر العناصر القانونية والقضائية في المجلس 33.

أما بالنسبة للانتقادات الموجهة إلى اختصاصات المجلس الدستوري فقد وجه الفقهاء الفرنسيون الانتقادات الآتية :

حرمان الأفراد من اللجوء للمجلس : و يؤدي حرمان الأفراد إلى ضعف الرقابة و يقلل من أهميتها كضمانة لاحترام الدستور . و يقارن اندريه هوريو Hauriau A بين حق الأفراد في الطعن بعدم الدستورية في كل من أمريكا و فرنسا،مقررا أن عدم تقرير حق الأفراد في رفع الأمر للمجلس الدستوري في فرنسا،يؤدي إلى أن تكون الرقابة مقررة لصالح المواطنين في أمريكا ،بينما هي في فرنسا مقررة لصالح السلطات العامة .ذلك أنه إذا كان الهدف من الرقابة في فرنسا هو حماية الحقوق و الحريات للمواطنين، فإنه كان من الواجب عدم حرمانهم من حق اللجوء للمجلس الدستوري . و هذا ما دعا إليه الفقه الفرنسي أن القصد من المجلس الدستوري،هو صد أي محاولة للبرلمان لتعدي القيود المفروضة عليه في التشريع بعد تقييد البرلمان بعدة موضوعات لا يستطيع أن يشرع خارج نطاقها 34. عدم اختصاص المجلس النظر من تلقاء نفسه في عدم دستورية القانون. قصر حق العرض على المجلس على رئيس الجمهورية أو رئيس الوزراء و رئيس المجلسين .فلا تملك أية معارضة برلمانية أن تعرض على المجلس قانون تشك في دستورية ما دام ،يحظى بموافقة أي من الفئات السابقة.

الخاتمة:

أفضت بنا دراسة تطبيقات الرقابة السياسية في الدساتير الفرنسية إلى توضيح مراحل تبني المؤسس الدستوري الفرنسي لمبدأ الرقابة على دستورية القوانين واعتباره ضمانة فعالة لصيانة الحقوق والحريات العامة، وانتهاج الرقابة السياسية في ذلك جاء ليقر ويؤكد على احترام مبدأ الفصل بين السلطات عن طريق إسناد عملية الرقابة إلى جهة سياسية تعمل على الحفاظ على مبدأ التعايش

بين السلطتين التنفيذية والتشريعية تتمتع بالاستقلالية والعلو اتجاه سلطات البلاد.

إن الواقع الفرنسي والتطبيق العملي لعملية الرقابة جاء ليؤكد لنا حقيقة قانونية وسياسية مفادها أنه لا يمكن تكريس فعالية الرقابة على دستورية القوانين في ظل نظام سياسي استبدادي لا يؤمن بفكرة أولوية الحقوق والحريات العامة للأفراد، فالرقابة على دستورية القوانين جاءت لتفتح المجال لظهور دولة القانون ويدفع الدولة الحديثة لتحمل مسؤولياتها وتصبح العلاقات بين الحاكمين والمحكومين تخضع لأحكام القانون. كما تبقى الرقابة السياسية كنوع للرقابة على دستورية القوانين لها أهميتها الدستورية خاصة انه هذا النوع اثبت فعاليته من خلال النجاح الذي حققه المجلس الدستوري الفرنسي بفضل الجراءة القانونية لقراراته التي أكدت في عدة مناسبات أولوية الحقوق والحريات العامة.

الهوامش

- 1 - د هاني علي الطهراوي، النظم السياسية و القانون الدستوري، الاردن، دار الثقافة، 2007، ص359.
- 2 - د علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري، الاردن، دار صفاء، 2011، ص313.
- 3 - دعلي يوسف شكري، المرجع السابق، ص314.
- 4 - د قزو مجد أكلي، قزو مجد أكلي، دروس في الفقه الدستوري و النظم السياسية، الجزائر. الدار الخلدونية، 2006، ص171
- 5 - د عبد الكريم علوان ، الوسيط في القانون الدستوري ،الاردن، دار الثقافة، 2009، ص310.
- 6 - د هاني علي الطهراوي ، المرجع السابق، ص359.
- 7 - د عبد الحميد متولي ، الوسيط في القانون الدستوري، مصر. دار النهضة. الطبعة الأولى 1956 ص 312.
- 8 - د ايناس مجد البهجي، د يوسف المصري، الرقابة على دستورية القوانين، المركز القومي، القاهرة، 2013، ص110.

- 9 - د هاني علي الطهراوي، المرجع السابق، ص360.
- 10 - د قزو مجد أكلي، المرجع السابق، ص171.
- 11 - د عبد الغني بسيوني عبد الله، لنظم السياسية و القانون الدستوري، مصر. منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص414.
- 12 - د سعد عصفور - مقدمة القانون الدستوري ، مصر، دار النهضة، سنة 1954، ص116.
- 13 - د عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص414.
- 14 - د عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص414.
- 15 - د هاني علي الطهراوي، المرجع السابق، ص360.
- 16 - د عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص414.
- 17 - د سعد عصفور القانون الدستوري ، المرجع السابق، ص119.
- 18 - د عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص414.
- 19 - د علي يوسف شكري، المرجع السابق، ص316.
- 20 - د عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص415.
- 21 - د علي يوسف شكري، المرجع السابق، ص316.
- 22 - د عبد الحميد متولي ، المرجع السابق ص 332.
- 23 - د عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص415.
- 24 - د إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، مصر، دار الجامعة ص712.
- 25 - د عبد الحميد متولي ، المرجع السابق ص: 333.
- 26 - د إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص712.
- 27 - د مدحت أحمد مجد يوسف غنيم، الاتجاهات الحديثة في رقابة دستورية القوانين في الأنظمة اللاتينية، المركز القومي القاهرة، 2014، ص33.
- 28 - د هاني علي الطهراوي، المرجع السابق، ص361.
- 29 - من تلك الاختصاصات الأخرى : الإشراف على سلامة إجراءات انتخاب رئيس الجمهورية و فحص الطعون و إعلان نتائج الاقتراع (طبقا للمادة 58) و الفصل في صحة المنازعات الخاصة بصحة انتخاب نواب و الشيوخ (طبقا للمادة 59) و الإشراف على صحة عمليات الاستفتاء و إعلان نتائجه طبقا للمادة (60)

- 30 - د عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص415.
- 31 - د سعيد بوالشعير ، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة العاشرة، ص199.
- 32 - د عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص416.
- 33 - د عبد الحميد متولي ، المرجع السابق ص:333.
- 34 - د هاني علي الطهراوي، المرجع السابق، ص363.

الطبيعة القانونية لعقد الخصم البنكي

بقلم الأستاذ : شيخ محمد زكرياء

جامعة عبد الحميد ابن باديس بمستغانم

مقدمة

يعتبر عقد الخصم من الأعمال المصرفية الائتمانية الفريدة التي تتميز عن باقي صور الائتمان، إذ العادة أن تقوم ثقة البنك في شخص العميل، وملاءته الحالية والمستقبلية دون أن تمتد إلى الغير. غير انه في إطار عقد الخصم نجد أن البنك ييسر ثقته على كل الموقعين على الورقة التجارية، نظرا لما تتوفر عليه من ضمانات تجعل استيفاء الدين الثابت فيها أمرا أكيدا.

وبناء على ما سبق ذكره، تنحصر إشكالية الموضوع مجال البحث في التساؤل بداية حول مفهوم عقد الخصم وأهميته ؟ وكذا الطبيعة القانونية التي يكتسبها عقد الخصم ؟

المبحث الأول: مفهوم عقد الخصم

حتى يتسنى لي تحليل عقد الخصم على نحو دقيق فانه يلزم بداية الوقوف على مفهوم عقد الخصم (المطلب الأول) ثم التطرق إلى أهميته سواء بالنسبة للبنك أو بالنسبة للعميل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف عقد الخصم

أُتطرق في هذا المطلب لتعريف عقد الخصم من الناحية الفقهية (الفرع الأول) ثم لتعريفه من الناحية التشريعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف الفقهي لعقد الخصم

لقد وردت تعريفات فقهية عديدة لعقد الخصم أكتفي بسردها فيما يلي:

لقد عرفه الفقيه الفرنسي (Rives Lange) على أنه: "اتفاق يعجل به البنك لصاحب الخصم قيمة ورقة تجارية، أو سند قابل للتداول، أو مجرد حق آخر، مخصصاً منه مبلغ يتناسب مع المدة المتبقية، حتى استيفاء قيمة الحق عند حلول أجل الورقة أو السند أو الحق. وذلك في مقابل أن ينقل طالب الخصم إلى البنك هذا الحق على سبيل التملك، وان يضمن له وفاءه عند حلول الأجل"¹.

وعرفه الفقيه البلجيكي (J.Van Ryn) على أنه: "عقد، ينقل به حامل ورقة تجارية ملكية هذه الورقة إلى البنك الذي يلتزم بان يعجل له قيمتها، بعد خصم ما يمثل فائدة المبلغ حتى تاريخ الاستحقاق، على أن يتعهد الحامل برد القيمة الاسمية للورقة إذا لم تدفع عند موعد استحقاقها"².

وعرفه الفقيه المصري عبد الحميد الشواربي عقد الخصم على أنه: "اتفاق يتعهد بمقتضاه البنك بان يدفع قيمة صك قابل للتداول قبل ميعاد استحقاقه إلى المستفيد مقابل قيام هذا الأخير بنقل ملكية الصك إلى البنك مع التزامه برد

قيمتها الاسمية إذا لم يدفعها المدين الأصلي، ويخصم البنك مما يدفعه للمستفيد من عملية الخصم نسبة من مبلغ الصك، فضلا عن العمولة التي كانت مشروطة³.

من خلال التعريفات الفقهية السابقة، يمكن تعريف الخصم على أنه عملية تتمثل في تقديم العميل للبنك ورقة تجارية قبل حلول موعد استحقاقها من أجل الحصول على قيمتها حالا، مخصوما منها الفوائد والعمولات التي يتقاضاها البنك حسب الاتفاق القائم بينهما.

الفرع الثاني: التعريف التشريعي لعقد الخصم

لم يعرف المشرع الجزائري الخصم، وإنما اكتفى بالإشارة إليه⁴ عند تطرقه لمختلف العمليات المصرفية في قانون النقد والقرض⁵. ونظرا لعدم تعريف المشرع الجزائري لعملية الخصم، فإنني أرى الرجوع إلى بعض التعريفات التي جاءت بها التشريعات المقارنة.

فعرّفه المشرع الفرنسي⁶ على أنه: "عملية ائتمان، تتمثل في قيام البنك أو أي مؤسسة مالية بالموافقة على منح الزبون تسبيقا ماليا، مخصوما منه الفائدة والعمولة ومصاريف التحصيل، ويكون المبلغ المعجل مساويا لقيمة الحق الثابت في الورقة التجارية المظهرة من العميل لصالح البنك".

وعرّفه المشرع المصري⁷ على أنه: "اتفاق يتعهد البنك بمقتضاه بان يدفع مقدما قيمة صك قابل للتداول إلى المستفيد، مقابل نقل ملكيته إلى البنك، مع التزام المستفيد برد القيمة الاسمية إلى البنك إذا لم يدفعها المدين الأصلي".

كما عرفته مدونة التجارة المغربية⁸ على انه: " عقد تلتزم بمقتضاه المؤسسة البنكية بان تدفع للحامل قبل الأوان، مقابل تفويته لها، مبلغ أوراق تجارية أو غيرها من السندات القابلة للتداول التي يحل اجل دفعها في تاريخ معين، على أن يلتزم برد قيمتها إذا لم يف بها الملتزم الأصلي للمؤسسة البنكية، مقابل عملية الخصم فائدة وعمولة".

انطلاقا من التعاريف السابقة يمكن القول بان عملية الخصم تشمل قيام العميل بتظهير ورقة تجارية للبنك لم يحل اجلها بعد، تظهيرا ناقلا للملكية، مقابل أن يمنحه البنك قيمتها بعد أن يخصم منها الأجر المستحق عن العملية، فيصبح البنك على اثر ذلك صاحب الحق الثابت في الورقة التجارية، والذي يخوله مطالبة المدين بقيمتها عند حلول تاريخ استحقاقها.

كما يظهر من خلال التعريفات السابقة أن البنك -نظير قيامه بعملية الخصم- يستحق اجرا يلتزم العميل الوفاء به، وهو يشمل عناصر ثلاث هي الفائدة والعمولة ومصاريف التحصيل.

أما الفائدة التي يستحقها البنك عن المبلغ الذي يعجله للعميل فيتم تحديدها طبقا لاتفاق الطرفين بحسب نسبة مئوية معينة من المبلغ الإجمالي للورقة التجارية، أي من القيمة الاسمية للورقة وليس من المبلغ المدفوع للزبون عن الفترة الممتدة ما بين تاريخ الخصم وميعاد استحقاق الورقة التجارية⁹.

وأما العمولة فهي مقابل عن الخدمة التي يؤديها البنك للعميل عند قيامه بعملية الخصم¹⁰، وتتكون من نسبة ثابتة تحسب على أساس قيمة الورقة

التجارية المخصوصة، وبواسطتها يضمن البنك تحقيق الربح خاصة إذا ما كان ميعاد الاستحقاق قريبا.

ومصاريف التحصيل تشمل بدورها مجموع النفقات التي يتكبدها البنك في سبيل تحصيل قيمة الورقة التجارية المخصوصة، متى كانت هذه الورقة مستحقة الوفاء في مكان آخر غير المكان الذي يوجد فيه البنك الذي قام بعملية الخصم، ومن أجل تحديد قيمتها يضع البنك في الاعتبار تكلفة التحصيل الاحتمالية على ضوء مكان الوفاء وشروطه ومخاطره¹¹.

المطلب الثاني: أهمية عقد الخصم

إن لعقد الخصم أهمية بالغة سواء بالنسبة للبنك أو بالنسبة للعميل وهذا ما سأعرض له تباعا فيما يلي:

الفرع الأول: أهمية عقد الخصم بالنسبة إلى البنك

تعتبر عملية الخصم عملية مجزية للبنك إذا ما توافرت في الورقة التجارية الثقة الكافية، فهي تمثل للبنك حقلًا هامًا من حقول الاستثمار نظرا لقصر مدة استحقاق الأوراق التجارية من جهة ولأنها تسمح له بإعادة خصم الورقة التجارية لدى بنك آخر بكل سهولة، إذا ثارت الحاجة إلى النقود قبل حلول ميعاد استحقاق الورقة المخصوصة من جهة ثانية سيما وان البنك يتمتع بكل حقوق الحامل الأخير للورقة التجارية¹² في مواجهة سائر الموقعين عليها وفقا لأحكام القانون التجاري¹³.

كما يوفر الخصم للبنك، مزايا أخرى تتمثل في استفادته من سعر فائدة أعلى من الفائدة المقررة للودائع مما يسمح له بتحقيق أرباح مجزية¹⁴.

هذا وتتميز عملية الخصم، بأنها تمنح البنك ضمانات قلما تتوافر في عمليات أخرى، فيطمئن إلى صحة الالتزام الثابت في الورقة التجارية دون الرجوع إلى العملية التي أدت إلى تحريرها، ويستفيد من قاعدة عدم الاحتجاج عليه بدفع غير ظاهرة في الورقة، ومن تضامن الموقعين عليها أمامه¹⁵.

الفرع الثاني: أهمية عقد الخصم بالنسبة إلى العميل

إضافة إلى المزايا التي يوفرها عقد الخصم لفائدة البنك، فإنه يمكن العميل من تحصيل مبالغها النقدية عاجلا دون انتظار حلول ميعاد استحقاقها متى كان بحاجة إلى مبالغ نقدية تلزمه لمواصلة نشاطه أو الوفاء بديونه الحالية، ولم يستطع تظهير الورقة التجارية بواسطة علاقات قانونية أخرى¹⁶، ذلك أن كثيرا من المنتجات الصناعية والتجارية لا تباع نقدا وإنما بالأجل، ولو يشترط فيها التاجر السيولة النقدية لتقلصت تجارته¹⁷.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الخصم

اختلف الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية لعملية خصم الأوراق التجارية، ويرجع السبب في ذلك إلى أن العملية في طبيعتها مركبة من جزأين، وبالتالي يختلف تكييفها باختلاف الجزء الذي ينظر إليه، فهي في شكلها عقد بين البنك وعميله، ولكن في تنفيذه تتخذ أسلوبا آخر لا يخضع بشكل عام للأحكام التي يخضع لها العقد.

وعليه يمكن إجمال مختلف النظريات التي قيلت في شأن طبيعة الخصم في اتجاهات ثلاث، فمنهم من ذهب إلى أنه يبيع للحق الثابت في الورقة التجارية (المطلب الأول) ومنهم من اعتبره قرضاً بضمان الورقة التجارية (المطلب الثاني) وذهب آخرون إلى أنه تظهير ناقل للملكية (المطلب الثالث) وهذا ما سأعرض له بنوع من التفصيل فيما يلي:

المطلب الأول: الخصم يبيع للحق الثابت في الورقة التجارية

ذهب أنصار هذا الاتجاه¹⁸، إلى أن عملية الخصم تعتبر بيعاً لحق المستفيد في الورقة التجارية، وأنها بالنتيجة حوالة حق مقابل الوفاء قبل حلول الأجل¹⁹، مع العلم أن الحوالة في هذه الحالة هي حوالة بعوض، لأن العميل يحصل من البنك على قيمة الحق الثابت في الورقة التجارية²⁰، فالبنك يشتري من عميله حقه الثابت في الورقة التجارية بثمن أقل من قيمته الاسمية، ويجيل العميل هذا الحق إلى البنك الذي يقوم بتحصيله من المحال عليه في ميعاد الاستحقاق، على أن يكون للبنك الرجوع على العميل في حالة عدم الوفاء من المحال عليه²¹.

ويعلل أنصار هذا الاتجاه رأيهم، بأن العائد المحتمل من قيمة الورقة التجارية في حالة تغيير الأسعار يعود إلى البنك²²، وبأنه يترتب على عملية الخصم، انتقال ملكية الورقة التجارية من العميل إلى البنك، فيكون لهذا الأخير الحق في التصرف في الورقة المخصوصة وإعادة بيعها لدى بنك آخر، مما يترتب عليه حرية البنك في تحديد سعر الخصم، دون أن يتقيد بالحد الأقصى للفائدة المتفق عليها²³.

غير أنه يؤخذ على هذا الاتجاه أن قواعد البيع لا تنطبق على عملية الخصم، ذلك أن نقل ملكية الحق الثابت في الورقة التجارية إلى البنك يتم عن طريق التظهير²⁴ وليس عن طريق الحوالة، كما وأن إجراءات نقل الحق في الحوالة تختلف عنه في التظهير، فالحق الذي ينتقل بطريق التظهير أسرع وأوفى في الحماية من الحق الذي ينتقل بطريق حوالة الحق بفضل قاعدتي تظهير الدفع²⁵ واستقلال التوقيعات التي تتميز بها قواعد الصرف.

فضلا على أن المحيل لا يضمن يسار المدين إلى المحال عليه، إلا متى وجد اتفاق خاص بذلك، بينما يكون العميل الذي طلب خصم الورقة التجارية ضامنا لاستيفاء البنك حقه من المدين بقيمة الورقة، وبالتالي فإن من حق البنك في هذه الحالة الأخيرة أن يرجع على المظهر وجميع الضامنين الموقعين على الورقة، في حالة ما رفض المدين الأصلي الوفاء بقيمة الورقة التجارية عند ميعاد استحقاقها²⁶.

المطلب الثاني: الخصم قرض بضمان الورقة التجارية

ذهب جانب آخر من الفقهاء، إلى أن عملية خصم الأوراق التجارية هي قرض من البنك للعميل، بمبلغ من النقود يساوي قيمة الورقة التجارية، غير أنهم اختلفوا حول الأساس الذي بموجبه يقدم العميل الورقة التجارية إلى البنك، فذهب بعضهم إلى القول أن العميل يظهر الورقة التجارية إلى البنك على أساس الرهن ضمانا لحق البنك المقرض، بحيث لا يكتسب البنك إلا حقوق الدائن المرتهن، فيكون له الحق في حيازة الورقة وتحصيل قيمتها في موعد استحقاقها²⁷.

إلا انه يعاب على هذا الرأي أن عملية الخصم تؤدي إلى نقل ملكية الورقة التجارية إلى البنك، فالتظهير الذي يتم به يعد تظهيراً ناقلاً للملكية، في حين أن الرهن، طبقاً للقواعد العامة، يؤدي إلى تملك الدائن المرهن ملكية الشيء المرهون.²⁸

وذهب البعض الآخر إلى أن الخصم مضمون بالورقة التجارية الممنوحة للبنك على سبيل التملك، وذلك تطبيقاً لأحكام عقد القرض، وفقاً للقواعد العامة.

غير أنه يؤخذ على هذا الرأي أن حيازة البنك للورقة التجارية كضمان لمبلغ القرض الذي منحه لربونه، لا تسمح له باستخلاص قيمتها عند تاريخ الاستحقاق إلا إذا امتنع الزبون عن إبراء ذمته من مبلغ القرض الممنوح له في هذا الإطار، وبذلك فإن الوصف المذكور لا ينطبق على حالة الخصم التي تجيز للبنك أن يستوفي مبلغ الورقة التجارية المخصوصة من المسحوب عليه عند تاريخ الاستحقاق ولا يمكن للبنك والحالة هذه الرجوع على العميل بمبلغ الورقة التجارية، إلا في الفرضية التي يمتنع فيها المسحوب عليه على الوفاء بهذا المبلغ.²⁹

المطلب الثالث: الخصم تظهير ناقلاً للملكية

يعتبر أصحاب هذه النظرية³⁰، أن عملية خصم الأوراق التجارية هو عملية قائمة بذاتها لا تخرج عن كونها تظهيراً ناقلاً للملكية الحق الثابت في الورقة، تحول للبنك كافة الحقوق والضمانات المقررة للمظهر إليه، وتحكم شروطه وآثاره قواعد القانون التجاري³¹، دون اشتراط أي اعتبار لسبب التظهير، إذ يكفي أن

يكون السبب مشروعاً وموجوداً، وأن يكون التظهير سليماً، ناقلاً للملكية وفقاً لأحكام القانون.³²

غير أنه عيب على هذه النظرية أنها ضيقة أحياناً، كونها لا تستغرق كل صور الخصم، فهي لا تصدق مثلاً على السندات لحاملها التي تنتقل ملكيتها بالتسليم وليس بالتظهير³³، وواسعة أحياناً أخرى، ذلك أن هنالك عمليات كثيرة غير الخصم تتم بتظهير ناقل للورقة التجارية كإعطاء الورقة لتحصيلها أو رهنها مع شرط استردادها.

خاتمة:

لقد سبق أن أوضحت أعلاه بأن المشرع الجزائري لم يعرف عقد خصم الأوراق التجارية ولم يحدد طبيعته القانونية وإنما اكتفى بالإشارة إليه في بعض المواد المتفرقة من قانون النقد والقرض، غير أنه بالرجوع إلى مختلف الآراء الفقهية التي قيلت فيه، أرى أن عقد خصم الأوراق التجارية ما هو إلا عملية من عمليات الائتمان تنصب على نقل ملكية الورقة التجارية، وأن الأمر لا يعدو أن يكون تظهيراً ناقلاً للملكية، تطبق عليه أحكام القانون التجاري دون الحاجة إلى تبيان سبب هذا التظهير إن كان بيعاً أو قرضاً مادام موجوداً ومشروعاً.

الهوامش

¹J. Rives Lange et M. Contamine Raynaud, Droit Bancaire, Dalloz, 6^{eme} édition, 1995, p 468/469.

² قال بهذا التعريف الفقيه البلجيكي **J. Van Ryn**، أشار إليه علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المكتبة القانونية، طبعة مكبرة، القاهرة، 1993، ص731.

³ عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص310.

⁴ أنظر المواد 1/40، 43، 45 من قانون النقد والقرض.

⁵ الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 غشت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر رقم 52 المعدل والمتمم بموجب الأمر 04/10 المؤرخ في 26 غشت 2010، ج.ر رقم 50.

⁶ « L'escompte est une opération de crédit, consiste pour une banque ou pour un établissement financier à accepter de consentir une avance à un client dont le montant, sous déduction d'un AGE0 et de commissions, et égal de prix des marchandises représente par des effets de commerce, que ce dernier endosse au profil de la banque » (serge Braudo & Alexis Baumann, lexique juridique, Dalloz, 2000).

⁷ يراجع نص المادة 351 من قانون التجارة المصري رقم 17، الذي ألغى الأمر العالي الصادر في 1883/11/13.

⁸ يراجع نص المادة 526 من الظهير الشريف رقم 1.96.83 الصادر في 15 ربيع الأول 1417، لتنفيذ القانون رقم 15/95 المتعلق بمدونة التجارة.

⁹ سليمان ناصر، التقنيات البنكية وعمليات الائتمان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص35.

¹⁰ **G. Ripert et R. Roblot, Droit commercial, tome 2, 17 éme édition, G.D.J, 2004, n2393.**

¹¹ هاني دويدار، القانون التجاري العقود التجارية والعمليات المصرفية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي القانونية، بيروت، لبنان، ص414.

¹² عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص311.

¹³ تنص المادة 1/426 من القانون التجاري على ما يلي: يمكن للحامل الرجوع على المظهرين والساحب وباقي الملزمين في الاستحقاق، إذا لم يتم الوفاء وحتى قبل تاريخ الاستحقاق في الحالات التالية

¹⁴ **G. Ripert et R. Roblot, op.cit, p336.**

¹⁵ يراجع:- علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص745.

- هاني دويدار، المرجع السابق، ص405.

¹⁶ عزيز العكيلى، شرح القانون التجاري الأوراق التجارية وعمليات البنوك، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص463.

¹⁷ محمد رشيد علي بوغزالة الجزائري، عقد القرض ومشكلة الفائدة، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2007، ص416.

¹⁸ من أنصار هذا الاتجاه J. Hammel & G. Lagarde & Jauffret، أشار إليه علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص735، الهامش العاشر.

¹⁹ محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الرابع، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص109.

²⁰ هاني دويدار، المرجع السابق، ص408.

²¹ عزيز العكيلى، المرجع السابق، ص466.

²² محمد جنكل، العمليات البنكية المباشرة، طبعة 2010، سلسلة الموسوعة القانونية والقضائية لقانون الأعمال والمقاولات، المغرب، 2010، ص272.

²³ محمد الحسن صالح الأمين، الخدمات المصرفية غير الاستثمارية وحكمها في الشريعة الإسلامية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1987، ص359.

²⁴ يعرف التظهير على أنه طريقة تجارية لتداول الأوراق التجارية، إذ يوضع بيان على ظهر الورقة التجارية قصد نقل الحقوق الثابتة فيها بشكل يسير يستجيب لمقتضيات التجارة التي تقوم على دعامة السرعة والائتمان ويسمح لحامل الورقة التجارية من الحصول على الحق الثابت في الورقة قبل تاريخ الاستحقاق عن طريق تظهيرها أي التنازل عنها لشخص من الغير يسمى المظهر إليه. راجع في هذا الصدد نادية فوضيل، الأوراق التجارية في القانون التجاري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص38.

²⁵ يقصد بما أن الورقة التجارية تنتقل بالتظهير خالية من الدفع التي يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الحامل للورقة التجارية، فلا يمكن للمدين ان يدفع في مواجهة الحامل ببطلان العقد الأصلي الذي حررت الورقة التجارية على أساسه.

²⁶ هاني دويدار، المرجع السابق، ص408.

²⁷ محمد الحسن صالح الأمين، المرجع السابق، ص360.

²⁸ يراجع نص المادة 4/401 من ق. تج

²⁹ محمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2001، ص324.

³⁰ من أنصار هذا الاتجاه نجد **G. Ripert & R. Roblot** أشار إليه علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص734.

³¹ يراجع نص المواد من 396 الى 401 من ق. تج.

³² محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار النشر العلمي والمطابع، السعودية، ص333.

³³ عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص467.

مجهودات الحد من التمييز الجيني بين الأفراد - دراسة مقارنة في بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي -

بقلم الدكتورة: أحمد داود رقيصة
كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة تلمسان

مقدمة:

لقد نجح العلماء في ظل إمكانية توقع الإصابة ببعض الأمراض الوراثية، من تحقيق العديد من الاكتشافات في مجال مسؤولية الجينات عن تلك الإصابة، مثل السكري، وأمراض القلب... إلخ، وترافقت هذه الاكتشافات مع زيادة هائلة في عدد الأشخاص الذين يلجؤون إلى إجراء تحري وراثي أي جيني¹، والذي يهدف بوجه عام إما لتشخيص مرض وراثي موجود بالفعل، أو التنبؤ باحتمالات الإصابة بأمراض محددة في المستقبل، بغرض الاطمئنان على مستقبلهم الصحي.

بيد أن العديد من علماء الهندسة الوراثية، قلقون من أن التطور السريع الذي تعرفه الاختبارات الجينية، يطرح عددا من الإشكالات الأخلاقية والقانونية، التي لن تتوفر لها بسهولة حلول ملائمة.

فالأفراد الذين يخضعون للاختبارات الجينية، ليسوا وحدهم من يهمهم الاطلاع على نتائجها، فأرباب العمل المحتملون، وشركات التأمين، كلهم قد يرغبون في الحصول على معلومات بخصوص البنية الوراثية لشخص بعينه.

مما يستدعي طرح التساؤل التالي: ماذا لو تم التمييز بين الأفراد بناء على أسس جينية؟ هل يجوز حرمان الأشخاص من فرص التشغيل أو التأمين على الصحة أو الزواج بناء على حصيلتهم الجينية الذين تلقوها من آبائهم؟ وما هي الجهود المبذولة في سبيل الحد من ذلك؟

وهو ما سيتم الإجابة عليه من خلال هذه الدراسة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المبحث الأول: مفهوم التمييز الجيني بين الأفراد

لقد أضحى تنبؤ الإصابة ببعض الأمراض الوراثية أو التشوهات التي قد تصيب الإنسان، مسألة ممكنة بفضل ما يطلق عليه "الطب التنبؤي أو التكهني"، من خلال الاختبارات الجينية أو الوراثية، مما نجم عنه بروز بعض سلبيات التقدم العلمي والطبي، أهمها ظهور نوع جديد من التمييز، هو التمييز بين الأشخاص بناء على أسس جينية، وفي مجالات متعددة، مما يستدعي توضيح المقصود به (المطلب الأول)، ثم تحديد أهم مجالاته (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بالتمييز الجيني (الوراثي)

تتميز المعلومات الوراثية بخصائص مميزة، لا تتوفر عادة في الأنواع الأخرى من المعلومات الطبية، لاسيما وأنها تفصح عن الصفات الشخصية والميول الفردية للشخص، تحديد هويته ونسبه، كما يمكنها أن تفصح عن الحالة الصحية للفرد

أو للغير حالا ومستقبلاً²، مما يجعلها ذات طبيعة أخلاقية شائكة، وتشمل تلك الخصائص التي تعتبر في ذات الوقت سلبيات، ما يلي:

- تأثيرها المباشر على بقية أفراد الأسرة، بالتالي امتداد أثرها للغير.

- تأثيرها على الأزواج وعلى القرارات المتعلقة بالإنجاب.

- إمكانية التنبؤ بها (بالنسبة للأمراض التي تظهر في مرحلة لاحقة من الحياة)، وفي الوقت نفسه عدم إمكانية التأكد منها، من ثم عدم حتمية نتائجه.

على أن أهم الاعتراضات الأخلاقية بشأن الاطلاع على المعلومات الجينية للأفراد، هي التهديد الذي يمثله ذلك لخصوصية الفرد المعني، بل ولخصوصية أفراد عائلته المقربين، ما من شأنه التسبب في ظهور مشكلات اجتماعية خطيرة.

1- تعريف التمييز الجيني: يتعلق الأمر بحالة معاملة شخص بطريقة مختلفة

وغير عادلة، بناء على اختلافات واقعية أو محتملة في الحصيلة الجينية له، أي صفاته الوراثية، والتي يمكن أن تتسبب في ظهور عارض أو مرض أو حتى زيادة خطر الإصابة لدى هذا الشخص³، حيث يمكن استعمال المعلومات المتعلقة بالحصيلة الجينية للفرد من قبل البعض، لتبرير المعاملة غير المتكافئة بين الأفراد، فإذا لم يوجد سبب موضوعي لعدم التكافؤ في المعاملة، فإنه يسمى حينها تمييزاً، كأن يمنع عن بعض الفئات التأمين على المرض أو الحصول على وظائف مناسبة... إلخ⁴.

2- أنواع التمييز بناء على أسس جينية: ينقسم التمييز بالنظر إلى الآثار

السلبية للتحاليل الجينية، إلى فردي وجماعي، فالتحليل الجيني لا يقدم معلومات عن الأفراد فحسب بل عن عائلاتهم أيضا⁵.

أ- التمييز الفردي: هو كل تمييز قبل أي فرد بناء على اختلافات واقعية

أو محتملة، بسبب الحصيلة الوراثية له، فعندما يتقدم شخص ما للحصول على تأمين على الصحة، قد تطلب شركة التأمين الاطلاع على تلك السجلات قبل اتخاذ قرار بشأن منحه التأمين المطلوب، كما أن أصحاب العمل قد يحق لهم الاطلاع على السجلات الطبية لعمالهم، ونتيجة لذلك، فقد تؤثر نتائج الاختبارات الوراثية على التغطية التأمينية للشخص أو على فرصه في التوظيف.

ولذلك فالأشخاص الذين يتخذون القرارات بالموافقة على عمل اختبارات

جينية، يجب عليهم أن يضعوا في اعتبارهم إمكانية ألا تظل تلك النتائج طبي الكتمان إذا أدرجت في ملفاتهم الصحية، بل كثير ممن عانوا من التمييز هم أفراد أصحاء إكلينيكيًا ولا تظهر عليهم أي من أعراض الأمراض الوراثية المعروفة، ففي كثير من الحالات، تعطي الاختبارات الوراثية احتمالات غير مؤكدة ولا تعطي تنبؤات محددة لقابلية الإصابة بمرض بعينه⁶.

ب- التمييز الجماعي: اتجاه الأسرة، الأقارب، العشيرة، السلالة أو

المجموعة السكانية التي ينتمي إليها الشخص الذي أجرى الإختبار الجيني، نظرا لإمكانية حملهم جينات مشتركة (السوابق الجينية العائلية)، حيث لن يقتصر تأثير

المعلومات الجينية للفرد عليه وحسب، بل أن الإنسان يشارك أهله وأقاربه في كثير من جيناته، وكلما قربت درجة القرابة كلما كان التشارك في الجينات أكبر.

ويزداد ذلك في حال التزاوج بين الأقارب، وبين أبناء السلالة الواحدة، وخصوصا إذا انحصر التزاوج بينهما.

وهكذا وبتحليل ودراسة جينات شخص ما تمكن من معرفة الكثير من المعلومات عن الآخرين، الذين ربما لا يرغبون بكشف تلك المعلومات.

ففي سنوات 70 منع الجيش الأمريكي أفراد من أصول إفريقية من التحليق بالطائرات، حين أظهرت التحاليل الوراثية لهم إمكانية إصابتهم بفقر الدم، والذي يحتمل أن يفقد المصاب به الوعي على علو مرتفع⁷.

فلقد مُنعت أفراد وأعضاء أسر من التوظيف أو فقدوا التأمين على صحتهم، بناء على إصابتهم باضطرابات وراثية واضحة أو مفترضة، لاسيما وأن نتائج الاختبارات الوراثية تُدرج عادة في الملف الطبي للشخص المعني⁸.

المطلب الثاني: مجالات التمييز الجيني بين الأفراد

تتضمن العواقب المحتملة للتحري الوراثي من وجهة النظر الأخلاقية، التمييز على أسس جينية، فالأشخاص المصابون بخلل جيني، قد يمنع عنهم الحصول على التعليم أو الوظائف المناسبة، كما قد يجرمون من التأمين الصحي.. إلخ.

من ثم يتخذ التمييز بناء على أسس جينية صورا متعددة، أهمها على الإطلاق ما سيتم توضيحه:

1- مجال العمل والتشغيل: يقصد بالتمييز في مفهوم اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 111 لسنة 1958، أي تفريق أو استبعاد أو تفضيل يكون من شأنه إبطال أو إضعاف تطبيق تكافؤ الفرص أو المعاملة في الإستخدام أو المهنة⁹.

وقد تظهر مشكلة التفرقة في المعاملة، حين يحرص أرباب العمل على تعيين الأشخاص(في مرحلة البحث عن العمل)، الذين ثبت أنهم مقاومون للمخاطر الصحية المرتبطة بمواقع عملهم، دون غيرهم من الأفراد، ما يعد بالنسبة لأرباب العمل خيارا أرخص من جعل بيئة العمل أكثر أمنا للجميع¹⁰.

من ثم رفض تشغيل من يهتمل إصابته بالسكري مستقبلا، أو رفض ترقية عامل بسبب ضعفه الجيني اتجاه مرض ما، وبغض النظر عن كفاءته في العمل، أو حتى اللجوء إلى تسريحه، مما يطلق عليه الوصمة الوظيفية، كما قد يبرز التمييز أثناء أداء الوظيفة كالأجر أو التعرض للمضايقة مثلا أو حتى التسريح¹¹.

ولقد قدم المكتب الدولي للعمل لسنة 2007 تقريرا حول "المساواة في العمل: رفع التحديات"، والذي بالاستناد إلى المعلومات التي تم جمعها من الدول الأعضاء، أكد فعلا وجود حالات للتمييز في مجال التشغيل، حيث رفض في سنة 2004 تشغيل مدرسة بعقد دائم بألمانيا، نتيجة تحليل جيني أكد إصابة

أحد والديها بمرض الهيبتيتون، بالإضافة إلى تأكيد لجنة تكافؤ الفرص في مجال العمل في الولايات المتحدة الأمريكية في 2001 ، أن شركة للسكك الحديدية أخضعت عمالها سرا لاختبارات جينية.

كما أصدرت محكمة هونغ كونغ في سنة 2000، قرارا يقضي بدفع تعويض لثلاث(03) أشخاص رفض تشغيلهم بسبب إصابة آبائهم بالفصام¹².

2-التأمين الصحي: حيث ومع تزايد عدد من يخضعون للتحاليل الجينية يوماً بعد يوم، تزايدت أيضاً المخاوف من أن يتم استغلال هذه المعلومات من قبل شركات التأمين، في التمييز ضد من يعانون من عيوب جينية تزيد من احتمالات إصابتهم بالأمراض في المستقبل، إما من خلال زيادة سعر وثيقة التأمين بشكل مبالغ فيه، أو رفض تأمين مثل هؤلاء الأشخاص من الأساس.

من ثم استبعاد هؤلاء الأشخاص من التأمين على صحتهم، وتصنيفهم بأنهم حاملون لجينات خطيرة، بالتالي اعتبارهم ذوو خطورة تأمينية عالية، لمجرد أنهم تلقوا من آباءهم جينات لا دخل لهم فيها، من ثم تضاؤل فرص التأمين الصحي بالنسبة إليهم، خاصة في ظل رغبة هذه الشركات في زيادة أرباحها من خلال خفض ما تنفقه على عملائها، من ثم حرمان الأشخاص الحاملين لجينات مسببة لأمراض ذات تكلفة اقتصادية مرتفعة، من التأمين الصحي¹³.

وهذه المخاوف ليست جديدة بالفعل، فقبل أكثر من خمسة عشر عاماً، أصدرت مجموعة العمل المسؤولة عن مشروع "الجينوم البشري" تقريراً بعنوان

"المعلومات الوراثية والتأمين الصحي"، خلصت فيه إلى أنه يجب أن يكون التأمين الصحي من حق الجميع، وبغض النظر عما هو معروف عن حالتهم الصحية في الماضي، الحاضر، أو المستقبل.

لكن في ظل رغبة شركات التأمين في زيادة أرباحها من خلال خفض ما تنفقه على عملائها، وفي ظل حاجة جهات العمل للحفاظ على استثماراتها في مواردها البشرية، تزايدت الضغوط من قبل هاتين الجهتين في جعل المعلومات الوراثية متوفرة لهما¹⁴.

3- إمكانية ولوج كبرى الجامعات: حيث يتم قبول الأشخاص من أعراق وأجناس محددة، دون غيرهم¹⁵.

4- الوصمة الاجتماعية: حيث يرفض الاقتران بالشخص الذي يعاني من عطل جينية، تزيد من احتمالات إصابته بالأمراض مستقبلا.

فلقد نادى البعض بعزل من هم أدنى مرتبة من حيث المميزات الجسمانية والذهنية، حتى لا يسمح لهم بالإنجاب، بل وقد تفاقم الوضع في عهد ألمانيا النازية، حيث أنشئت معسكرات سميت بالموت الرحيم لقتل كل من المرضى الميؤوس من شفائهم والأفراد غير الأسوياء، وكان على الأطباء إخطار السلطات بهذه الحالات، وإحالتها إلى ما يسمى "بمحاكم الصحة الوراثية"، واستخدمت الدولة سلطة القانون بهدف تطهير المجتمع ممن تعبرهم أحط من الآخرين، ليبقى هذا المجتمع للأقوياء والأصحاء دون غيرهم من الضعفاء والمرضى، حتى يحافظ

على قوته ونقائه، انطلاقاً من مبدأ مفاده أن الأقوى والأصلح يجب أن يحكم ويسود¹⁶.

تلك هي سياسات النازية اليوغينية، والتي تضمنت إبادة فئات بأكملها من الناس "غير المرغوب فيهم"، وإجراء التجارب الطبية على الأشخاص الذين يعتبرون أدنى من الناحية الوراثية، على نحو قسري ومدعوم من قبل الدولة¹⁷.

وقد يتم تطبيق ضغوط اجتماعية أو سياسية على الأفراد، لاتخاذ قرارات إنجابية على أساس المعطيات الوراثية؛ فالتزاوج بين من يمتلكون الجينات المرغوبة سيتم تشجيعه، بينما قد يتم تثبيط التزاوج بين فردين يمتلكان صفات وراثية متنتحية خطيرة، كما أن النسوة الحوامل بأطفال بهم شذوذ جيني قد يُشجعن - أو يُكرهن- على الإجهاض¹⁸.

5- مجال حرية التنقل بين الدول: حيث يمكن الاعتماد على الحصيلة الوراثية للشخص، بغية الحد من حرية التنقل بين الدول، كما ينص على ذلك قانون دخول وإقامة الأجانب لسنة 2007 المطبق في 11 دولة أوروبية¹⁹.

المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من تهديدات

التمييز الجيني بين الأفراد.

من أهم الأسس والضوابط التي ينبغي مراعاتها بشأن الاختبارات الوراثية للأفراد، احترام حقهم في الخصوصية الجينية²⁰، والتي تعتبر أساساً قانونياً لحظر التمييز القائم على اعتبارات وراثية، بحيث لا يجوز انتهاك هذه الخصوصية أو

استعمالها فيما يضر صاحبها، لاسيما وأنها تقدم صورة عن التفاصيل الشخصية للأفراد، بل ولبقية أفراد أسرته.

مما يستدعي ضرورة البحث عن موقف الفقه الإسلامي (المطلب الأول) والقانون الوضعي من تهديدات التمييز الوراثي بين الأفراد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحكم الشرعي للتمييز الجيني بين الأفراد

تعتبر دراسة علم الوراثة وأبحاث الهندسة الوراثية، واكتشاف أسرار الجينوم البشري، من أهم العوامل التي تكشف عن عظمة الخالق وإتقان الخلق، وتعميق الإيمان بما جاء في القرآن الكريم من آيات، وبما جاء في السنة النبوية من أحاديث، من نحو قوله تعالى: {سُئِرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ...} ²¹، وقوله عز وجل: { وَفِي الْأَرْضِ آيَاتٌ لِلْمُوقِنِينَ * وَفِي أَنْفُسِكُمْ أَفَلا تُبْصِرُونَ } ²².

كما أن تعد هذه الدراسات والبحوث من قبيل البحث العلمي والنظر والتدبر، الذي حث عليه الإسلام، وأمر المسلم القادر بحسن استعمال ما خلق الله له من سمع وبصر وعقل وقلب وتفكير، قال تعالى: {وَلَقَدْ ذَرَأْنَا لِجَهَنَّمَ كَثِيرًا مِّنَ الْجِنِّ وَالإِنسِ لَهُمْ قُلُوبٌ لَّا يَفْقَهُونَ بِهَا وَهُمْ أَعْيُنٌ لَّا يُبْصِرُونَ بِهَا وَهُمْ أَدَانٌ لَّا يَسْمَعُونَ بِهَا أُولَئِكَ كَالْأَنْعَامِ بَلْ هُمْ أَضَلُّ أُولَئِكَ هُمُ الْعَافِلُونَ } ²³.

ولقد تنوعت أهداف وغايات أبحاث الهندسة الوراثية والجينوم البشري، بين ما هو معلن عنه وما هو مغيب عنا ونسمع عنه من حين لآخر، منها ما هو

مشروع ينبغي تشجيعه والعمل على تطويره والإفادة منه، ومنها ما هو محظور، حرمة الديانات السماوية، فالأبحاث التي تهدف إلى إنشاء بنوك للجينات، تتضمن الشفرات الجينية الوراثية للإنسان، لا بد من خضوعها لضوابط علمية وأخلاقية، حذراً من اختلاط الأنساب، وحفاظاً على الأسرار الشخصية، ولا يجوز أخذها أو إعطاؤها إلا بعد موافقة صاحبها أو وليه الشرعي، ولا يجوز استعمالها أو الإفادة منها إلا بعد إجراء تقييم طبي وشرعي مسبق تغلب فيه المصالح على المفاسد.

أما الأبحاث والتجارب التي تهدف إلى الإضرار بالنفس أو بالعقل أو بالنسل، والأبحاث التي تهدف إلى تمييز عنصر بشري على الآخر، فهذه تخرج عن كونها أبحاثاً علمية، وتنتمي إلى أعمال الفساد في الأرض، وتعتبر من البعث الشيطاني الذي تتعين مقاومته وإنزال العقاب بمرتكبيه والتحذير من مخاطره²⁴.

من أجل ذلك، صدرت عن المنظمات الإسلامية والطبية توصيات عديدة، تدعو إلى مراعاة سرية المعلومات الوراثية الشخصية، ومنع أي تمييز بين البشر على أساس الصفات الوراثية، منها قرار بشأن الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري(المجين)، حيث أن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورته الحادية والعشرين بمدينة الرياض (المملكة العربية السعودية) خلال الفترة من 15 إلى 19 محرم 1435هـ، الموافق 18-22 نوفمبر 2013م، وبعد اطلاعه على توصيات الندوة الفقهية الطبية التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي، بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم

البشري، في جدة خلال الفترة الممتدة من 13 إلى 15 ربيع الآخر 1434هـ، الموافق 23-25 فبراير 2013م، قرر ما يأتي: "...لكل شخص الحق في أن يقرر ما إذا كان يرغب أو لا يرغب أن يحاط علماً بنتائج أي فحص وراثي أو بعواقبه... يجب أن تحاط بالسرية الكاملة كافة التشخيصات الجينية المحفوظة أو المعدة لأغراض البحث أو لأي غرض آخر، ولا تفضى إلا في الحالات المتعلقة بالسر في المهن الطبية، وعلى الطبيب أخذ موافقة المريض بإفشاء سره إلى أسرته إذا كان مصاباً بمرض خطير، فإذا لم يوافق المريض على ذلك فعلى الطبيب محاولة إقناعه بالموافقة حرصاً على حياة الآخرين من أسرته... لا يجوز أن يُعْرَضَ أي شخص لأي شكل من أشكال التمييز بسبب صفاته الوراثية إذا كان الغرض النيل من حقوقه وحرياته الأساسية والمساس بكرامته"²⁵.

المطلب الثاني: مجهودات الحد من احتمالات التمييز الجيني في القانون

الوضعي

في سبيل تعزيز سبل الحد من التمييز الجيني، سعت العديد من الدول إلى تبني سياسة منع وحظر ذلك، الحظر الذي ينطبق على أوضاع مختلفة من المعاملة القائمة أو المستندة على عدد غير محدود من الدوافع والأسس، منها المتعلقة بالخصيلة الوراثية للفرد، لاسيما وأن مبدأ المساواة يعتبر الركيزة الأساسية للحقوق والحرريات العامة.

فالتمييز تعبير يعني معاملة الإنسان بقيم دونية تخفض من قيمته، استناداً إلى أنه يحمل صفات وراثية غير مرغوب فيها مثلاً، يتعلق الأمر بتمييز

الصفات والاختلافات بين الأشخاص وجعل الخيارات بين الناس استنادا إلى تلك الصفات الوراثية، بالتالي فإن التمييز هو في أساسه يتعارض مع مفهوم المساواة²⁶.

وتعد الولايات المتحدة الأمريكية من أولى الدول التي أقرت تشريعات للحد من التمييز، فلقد حظر الأمر التنفيذي الصادر عن الرئيس الأمريكي لسنة 2000، على أية دائرة أو مصلحة اتحادية استخدام المعلومات الجينية في المجالات المتعلقة بالتوظيف والترقية، وبمقتضى هذا الأمر فإنه لا يجوز أن يطلب من الموظفين الاتحاديين أو يفرض عليهم إجراء اختبارات جينية، كشرط لتوظيفهم أو حصولهم على مزايا وظيفية.

كما لا يجوز للموظفين الاتحاديين أن يطلبوا أو يفرضوا خضوع غيرهم من الموظفين، لاختبارات جينية لتحديد مدى قدرتهم على إنجاز وظائفهم، وقد حظر الأمر أيضا على الموظفين الاتحاديين استخدام المعلومات الجينية المحفوظة قصد إجراء تصنيف للموظفين، على نحو يؤدي إلى حرمانهم من التقدم للحصول على مزايا وفرص وظيفية.

كما لا يجوز الحرمان من الترقية أو من إحدى الوظائف الخارجية، بسبب يرجع إلى وجود استعداد جيني للإصابة ببعض الأمراض²⁷.

بالإضافة إلى أن القانون الاتحادي لعدم التمييز الجيني الصادر 2003 ، الذي جرم إفشاء أو جمع معلومات جينية لأغراض تأمينية²⁸، من ثم الاستناد إلى

الاختبارات الوراثية لغرض التأمين أو حتى التشغيل، القانون الذي يقتصر على مجالي التأمين الصحي والعمل²⁹.

أما المشرع الفرنسي فلقد تبنى تدابير تشريعية تعبر عن مقارنة مقيدة، ما يتجلى من خلال القانون رقم 202-303 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية النظام الصحي، الذي استحدث المشرع الفرنسي بموجبه، مبدأ عدم جواز التمييز بين الأفراد بناء على خصائصهم الوراثية، وذلك من خلال نص المادة 16-13 من القانون المدني³⁰.

بناء على ذلك نص في المادة 45/122 من قانون العمل على أنه: "لا يجوز استبعاد أي شخص من التقدم لشغل إحدى الوظائف....بسبب حالته الصحية، فيما عدا عدم القدرة الطبية الثابتة بشهادة طبيب العمل"³¹.

من ثم عدم جواز التمييز فيما يتعلق بالتعيين، الفصل، المكافآت..إلخ، باستثناء التمييز القائم على عدم القدرة الصحية الثابتة طبياً، حالا وليس في المستقبل، طالما أن عدم القدرة المحتملة لا تؤثر على الأداء الحالي للعمل.

والمبدأ العام أنه لا يجوز لصاحب العمل استبعاد المترشحين للعمل من التقدم للتوظيف، بناء على معايير وراثية، ذلك أن حظر التمييز بين المترشحين للعمل جاء نتيجة لمبدأ الصلة بين المعلومات المطلوبة والكفاءة المهنية لشغل منصب العمل المعروض³².

كما أنه يعتبر بموجب نص المادة 225 من قانون العقوبات، التمييز بناء على الحالة الصحية أو الصفات الوراثية، صورة من صور التمييز المعاقب عليه بالسجن لمدة سنتين، وغرامة تقدر بثلاثين(30) ألف أورو³³.

ومن جهته، ونظرا لأهمية مبدأ عدم التمييز بين الأفراد في الحفاظ على حقوقهم وحرّياتهم ، نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 29 من الدستور، على أن: "كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن التدرع بأي تمييز...".

وهو ما أكدّه من خلال القانون 01-14 المعدل والمتمم لقانون العقوبات³⁴، بمقتضى الفقرة 01 من نص المادة 295 مكرر 1 ، التي تعتبر التمييز كل تفرقة أو استثناء أو تقييد أو تفضيل، يقوم على أساس الجنس أو العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الإثني أو الإعاقة، ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية ، أو التمتع بها أو ممارستها على قدم المساواة في كل ميادين الحياة العامة".

وقد وجدت هذه المادة تطبيق لها في القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم³⁵، حيث نصت المادة 02/06 منه على أنه: "يحق للعمال... في إطار علاقة العمل... الحماية من أي تمييز لشغل منصب عمل غير المنصب القائم على أهليتهم واستحقاقهم"، كما نصت المادة 17 من ذات القانون على أنه: "تعد باطلة وعديمة الأثر كل الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية أو عقد العمل التي من شأنها أن تؤدي إلى تمييز بين العمال وكيفما كان نوعه في مجال الشغل والأجرة أو ظروف العمل...".

من ثم لا يجوز من حيث المبدأ رفض التشغيل على أساس الحالة الصحية للعامل، ما لم يتعلق الأمر بثبوت عدم القدرة الطبية بشهادة طبيب العمل، في الأحوال التي يشترط فيها القدرة الصحية، وفقا لأحكام تشريع العمل، وذلك ما تؤكدته المادة 295 مكرر3 الفقرة الثانية من القانون 14-01 السالف الذكر، حيث يعاقب الشخص الطبيعي بالحبس من ستة(06) أشهر إلى ثلاث(03) سنوات وبغرامة من 50 ألف إلى 150 ألف د.ج.

أما الشخص المعنوي، فيعاقب بغرامة من 150 ألف إلى 750 ألف د.ج، دون الإخلال بالعقوبات التي تطبق على مسيره.

وهذا الاستثناء منطقي، ذلك أن التشغيل والتوظيف دائما ما يكون عنصر الكفاءة الجسدية والعقلية مطلوب لشغل الوظيفة، حيث لا يمكن توظيف أو تشغيل شخص عاجز بدنيا أو عقليا عن أداء الوظيفة المنوطة به، لذا عادة ما يشترط في مسابقات التوظيف أو التشغيل تقديم وثائق تثبت الصحة الجسدية والعقلية للمترشحين والمتقدمين لشغل منصب ما، ناهيك أن هناك بعض المؤسسات من تتكفل بنفسها بالكشف عن هؤلاء الأشخاص.

إذا يلاحظ من خلال ما سبق، أن الاستثناء جاء متعلق بالحق في العمل والحق في تقلد وظيفة عامة، حيث يسمح بالتمييز بالنظر للحالة الجسدية التي يكون عليها الشخص، حيث لأن الحالة الجسدية تشمل الصحة البدنية والعقلية، والإعاقة، والبنية الفيزيولوجية للشخص³⁶.

الخاتمة:

إن تصنيف كل إنسان عند ولادته حسب حصيلته الجينية، ووجود فئة خاصة من الأشخاص يفترض منذ ولادتهم، أنهم متفوقون ومتميزون جينياً³⁷، يمكن أن يتسبب في ظهور مشكلات اجتماعية خطيرة، أهمها تشكيل مجتمع تُقِيم فيه حياة بعض الأفراد على أنها أدنى من غيرها، فقد تصبح الاختيارات مثل التعليم، معاشات التقاعد والوظائف، التأمين على المرض محدودة بالنسبة لذوي البنية الوراثية الضعيفة أو الأدنى، مما يخلق "طبقة جينية دنيا"، قد يرتبط الوصم فيها بحدوث بعض أنواع المخاطر الجينية³⁸ من شأنه أن يخلق فجوة جينية بين البشر³⁹.

وبرغم وجود العديد من القوانين التي وضعت لحماية الأفراد ضد التمييز الجيني، إلا أن مجال الاختبارات الجينية يشهد تطورات متسارعة، كما أن تلك القوانين لا تغطي جميع الحالات المحتملة، أضف إلى ذلك زيادة خطورة التمييز بتكدس المعلومات، كما هو الحال في البنوك الحيوية.

الهوامش:

1- تم تعريف التحري الوراثي على أنه: " فحص البنية الوراثية (الجينية) لفرد ما- سواء كان جنينا، أو طفلا صغيرا، أو بالغا ناضجا- بحثا عن أدلة تشير لاحتمال كون هذا الفرد سيصاب بعيب أو مرض وراثي، أو سينقله".

وبصورة أكثر دقة، يمكن تعريفه على أنه قراءة لختوى المادة الوراثية للوقوف على مدى وجود تشوهات أو أمراض وراثية، يراجع عبد الفتاح ادريس، الفحص الجيني في نظر الإسلام، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 59، السنة الخامسة عشر، ربيع الثاني، 1424هـ، ص 90.

² - أشرف توفيق شمس الدين / الهندسة الوراثية والحماية الجنازية للحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 52.

Emanuelle LEVESOUE et Denis AVAND, Discrimination genethique et 3- Discrimination fondé sur le handicap- comparaison internationales differences approchesnormatives, HANDICAP, Revues de sciences humaine etsociales, n = T 05-106-2005, p 54.

⁴ - عبد العزيز السويلم، البنوك الحيوية البحثية، ضوابطها الأخلاقية والشرعية، مؤتمر الفقه الإسلامي الثاني حول القضايا الطبية المعاصرة، المجلد الثالث، 1431 هـ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ص 2295.

⁵ - عبد الرحمان خلفي، دور الهندسة الوراثية في تطوير قواعد الإنبات الجنائي، مجلة الفقه والقانون، ديسمبر 2012، العدد الثاني، ص 14.

⁶ - عبد العزيز السويلم، المرجع السابق، ص 2296.

Emanuelle LEVESOUE et Denis AVAND, op, citp 56. 7-

⁸ - عبد العزيز السويلم، المرجع السابق، ص 2296.

⁹ - بيو خلاف/ تطور حماية الحياة الخاصة للعامل، رسالة ماجستير في القانون، فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2010-2011، ص 63.

10- ع، أوسكين وأ، عمراني/ النظام القانوني للأجنة الزائدة، المؤتمر الدولي الثاني للفقه الإسلامي والقضايا الطبية المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الفترة من 25 إلى 27 ربيع الآخر 1431 هـ الموافق لسنة 2010، المملكة العربية السعودية، ص 05 و 06.

¹¹ - يراجع عبد العزيز السويلم / المرجع السابق، ص 2296.

Agence de Biomédecine /Étude Comparative de l'Encadrement 12-
Juridique International De La Procréation Médicalement Assistée,
95octobre 2008, http// : www.ABM.fr, p

¹³ - أشرف توفيق شمس الدين، المرجع السابق، ص 15

¹⁴ - أشرف توفيق شمس الدين، المرجع نفسه، ص 16.

Agence de Biomédecine /op, cit , p99. 15-

¹⁶ - أشرف توفيق شمس الدين/ المرجع السابق، ص 49.

¹⁷ - نقلا عن ع، أوسكين وأ، عمراني /المرجع السابق، ص 12.

¹⁸ - يراجع عبد العزيز السويلم / المرجع السابق، ص 2296.

96 . Agence de Biomédecine/ op.cit, p19-

²⁰- يمكن تعريف الحق في الخصوصية الجينية بأنها حق المرء في أن يقرر بنفسه ما هي المعلومات الجينية التي يمكن للغير معرفتها ، وحقه في أن يقرر ماهية هذه المعلومات التي يرغب هو في معرفتها عن نفسه، ومفاد هذا التعريف أن الحق في الخصوصية الجينية يتحلل إلى عنصرين، الأول شخصي قوامه إرادة الفرد في أن يقرر ما إذا كان للغير أن يطلع على معلوماته، ولذلك فإنه إذا قام الفرد بإزالة الخصوصية عنها بإرادته وقام بإذاعتها بنفسه، فإن التمسك بالحق في الخصوصية في هذه الحالة يكون لا محل له.

وتطبيقا لذلك قضى القضاء الأمريكي بأنه لا يعد المساس بالخصوصية جسيما، إذا كانت المدعية هي التي أمدت رب العمل طواعية بمعلومات طبية حساسة عنها، قام بإفشائها إلى مساعدتها في العمل.

أما العنصر الموضوعي فقوامه أن تكون المعلومات محل الحق تتصف بكونها جينية، وهو أمر موضوعي لا دخل لإرادة الفرد فيه، ويرجع تحديد هذه الصفة إلى علوم الهندسة الوراثية، مشار لدى أشرف توفيق شرف الدين، المرجع السابق ، ص111 .

²¹- سورة فصلت، الآية 53.

²² سورة الذاريات، الآية 20-21.

²³- سورة الأعراف، الآية 179.

²⁴ - الدكتور محمد جبر الألفي، المسؤولية عن تجارب الهندسة الوراثية، مجمع الفقه الاسلامي، أضيف في 1435/10/03 الموافق 30/07/2014 <http://fiqh.islammassage.com>

²⁵- مشار لدى ماينو الجليلي/الاثبات بالبصمة الوراثية - دراسة مقارنة- ، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014-2015، ص 446.

²⁶- Agence de Biomédecine /op, cit , p26.

²⁷- أشرف توفيق شمس الدين ، المرجع السابق ، ص1164

²⁸- ماينو الجليلي/المرجع السابق، ص 444.

²⁹- Emanuelle LEVESOUE et Denis AVAND, op, cit, p 60.

³⁰ -La loi n°202-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, article 16-13 dans le code civil disposant que : « nul ne peut faire l'objet de discrimination en raison de ses caractéristiques génétiques». Agence de la biomédecine-

Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique Actualisation 2012, p 41.

- ³¹- بيو خلاف/ المرجع السابق، ص. 65.
- ³²- بيو خلاف، المرجع نفسه، ص 65 وما يليها.
- ³³- 42 Agence de la biomédecine, op.cit, p
- ³⁴- القانون رقم 01-14 المؤرخ في 04-02-2014، ج ر 07 لسنة 2014 المعدل والمتمم للأمر رقم 156/66، المؤرخ في 08 يونيو 1966م، المتضمن قانون العقوبات ج.ر.ج.ع لسنة 1966
- ³⁵- القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، المؤرخ في 21 أبريل 1990، ج ر 17/1990، المتمم والمعدل إلى غاية الأمر 97-02 المؤرخ في 11-01-1997.
- ³⁶- شرون حسينة، أسباب إباحة جريمة التمييز في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 12 جانفي 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، ص14
- ³⁷- انظر باحمد آرفيس/ المرجع السابق، ص363.
- ³⁸- أمين بن عبد الله صفيطة، الفحص الوراثي... جوانب أخلاقية، حلقة نقاش حول: "الفحص الوراثي ودلالاته. نواحي أخلاقية"، اللجنة الوطنية للأخلاقيات الحيوية والطبية، السعودية، 15 شعبان 1425هـ، ص 21.
- ³⁹- مشار لدى م، بن دغليب العتيبي/ المرجع السابق، ص124.

واقع الرقابة الدولية في مجال المشاركة السياسية

بقلم الأستاذة : نهال حاشي
جامعة تلمسان - ملحقة مغنية -

مقدمة:

تعد المشاركة السياسية من أهم المظاهر الرئيسية للنظام الديمقراطي و هي عبارة عن النشاط السياسي الذي يرمز إلى مساهمة المواطنين في عملية صنع القرار الحكومي من خلال إسناد السلطة بوسائل ديمقراطية تتمثل أساسا في الانتخاب. فتعتبر الانتخابات أحد أشكال المشاركة السياسية التي تعبّر عن مدى تطور أو تخلف المجتمع ونظامه السياسي، كما أنها إحدى دعائم المواطنة و الديمقراطية في المجتمعات المعاصرة غير أن العملية الانتخابية في الواقع قد يطغى عليها الطابع الإداري و الصبغة السياسية مما يؤثر على مصداقيتها من جهة ويشكك في شفافيتها من جهة أخرى، لذا قامت مختلف التشريعات الوطنية بتعزيز قوانينها الانتخابية بمختلف الضمانات الإدارية و السياسية و القضائية من أجل التأكيد على نزاهة العملية الانتخابية، غير أن الضمانات الوطنية قد لا تكفي أحيانا من أجل إثبات نجاح المواعيد الانتخابية خاصة أمام المجتمع الدولي، لذلك لجأت الدول إلى نوع حديث نسبيا من الضمانات و هي الضمانات الدولية التي تتمثل أساسا في الرقابة الدولية على الانتخابات.

قد حظي هذا الموضوع بقدر كبير من الجدل في الآونة الأخيرة ما بين مؤيد ومعارض لهذا النوع من الرقابة، فماذا نقصد بالرقابة الدولية و ماهي

ميررات كل اتجاه؟ و كيف يمكن التوفيق بين عمل اللجان الخاصة بالرقابة الدولية و عدم المساس بسيادة الدول الخاضعة لهذه الرقابة؟

المبحث الأول: ماهية الرقابة الدولية

إن تبني المجتمع الدولي لفكرة مراقبة الانتخابات كان أساسا بهدف ضمان إجراء انتخابات حرة نزيهة، إذ أن تلك التي تخللها العيوب التي تنقص من مصداقيتها لا يعترف المجتمع الدولي بمشروعيتها. و من المعروف أن تطبيق هذه الفكرة في المجال العلمي كان بداية من خلال قيام منظمة الأمم المتحدة بالإشراف على العديد من العمليات الانتخابية في العالم من خلال التقارير التي ترفقها البعثات الخاصة بالرقابة الدولية على الانتخابات، فكانت وسيلة تعتمد على الأمم المتحدة في سبيل تحقيق مبادئها المتمثلة في ضمان حرية الرأي و التعبير و كفالة احترام حق كل شخص في المشاركة في تسيير الشؤون العامة للدولة¹.

المطلب الأول: مفهوم الرقابة الدولية

رغم الجدل القائم بخصوص الرقابة الدولية للانتخابات إلا أنها أصبحت من المسلمات التي فرضتها العولمة و ما تقتضيه من إلغاء للحدود، و هو ما لم يعد معه ما يحدث داخل الدولة شأن داخلي فحسب خاصة باعتبار أن الرقابة الدولية محايدة و غير منحازة سياسيا على الإطلاق، تلتزم فقط بتقديم شهادة على مدى نزاهة العملية الانتخابية وفقا للنظام الانتخابي الذي أقره المجتمع السياسي الوطني طبقا للإرادة الوطنية، و الذي يظل موضع احترام أطراف العملية الانتخابية و الأطراف القائمين بالمراقبة الدولية، و يظل هذا الاحترام واجبا

و ضروريا مادام النظام الانتخابي لا يتعارض مع مبادئ و موثيق حقوق الإنسان من جهة، و ما دامت آليات النظام السياسي منفتحة و تسمح بتطوره نحو الأفضل من جهة أخرى².

قبل الخوض في ماهية الرقابة الدولية يجب التفريق بين مفهومين هما: المراقبة الدولية و بمعنى أدق الملاحظة الدولية **Observation** و الإشراف على الانتخابات **Supervision**، فالأول هو الأكثر شيوعا ويعني وجود جهات جهات محايدة تمثل منظمات دولية أو منظمات غير حكومية أو جمعيات مجتمع مدني دولية تقوم بمتابعة مراحل الانتخابات المختلفة و تلاحظ مدى الالتزام بحياد العملية الانتخابية خلال ممارسة هذه الإجراءات بحيث لا يتجاوز دورها الملاحظة و المتابعة و إصدار تقارير عن العملية الانتخابية ترصد مدى دقتها و نزاهتها و من ثم تشير إلى أي خروقات أو جوانب تدليس أو عدم نزاهة أو تزوير. أما النوع الثاني و هو الإشراف على الانتخابات فيكون عن طريق جهات خارجية حكومية أو غير حكومية مشاركة في تسيير عملية الانتخاب في أي مرحلة من مراحلها و تمتلك قدرة التأثير في سيرها³.

يمكن تعريف الرقابة الدولية على الانتخابات على أنها تلك العملية الهادفة إلى اطلاع المجتمع الدولي على العملية الديمقراطية في الدولة المعنية، بناء على طلب هذه الأخيرة و بهدف الوقوف على مدى اتفاق العملية الانتخابية مع المعايير الدولية للديمقراطية و مدى تعبيرها عن إرادة الشعوب⁴. كما تعرف أيضا على أنها تلك الطريقة الفعالة في مراقبة العملية الانتخابية و التي بموجبها يتولى المراقبون الدوليون مراقبة عمليتي التصويت و الفرز في مراكز انتخابية محددة،

و تسجيل المعلومات الأساسية حولها ناقلين بذلك نتائج بحثهم ضمن تقارير إلى مراكز جمع البيانات الأساسية⁵.

فيؤسس الاتجاه المؤيد دعمه لها على عدة حجج أبرزها⁶:

-ضمان الشفافية و النزاهة السياسية: باعتبار الجهات المنوط بها عمليات الإشراف و المراقبة تعتبر طرفا محايدا إلى حد كبير مما يجعلها مراقبا موثوقا به من جانب مختلف القوى السياسية المنخرطة في العملية الانتخابية، بشكل يحول دون ارتكاب أي عمليات تزوير أو تلاعب و بالتالي بعث الثقة في نفوس الناخبين، الأمر الذي من شأنه أن يساهم في زيادة قدرة الناخبين على التعبير بحرية تامة عن آرائهم وانتماءاتهم السياسية دون خوف.

-تلبية المطالب الشعبية: كون الرقابة الدولية أحد المطالب الرئيسية للعديد من الشعوب التي تغيب الثقة بينها و بين الحكومات القائمة عليها، إلى جانب عامل مهم أيضا يتمثل في حدوث انشقاقات بين مختلف التيارات السياسية في الدول و بين القواعد الشعبية.

-مأسسة و تقنين العملية الانتخابية: لرؤية البعض بطلان العملية الانتخابية في حالة عدم خضوعها للرقابة الدولية التي يجب أن تمتد في نظرهم إلى حق التقدم بطعون من شأنها إبطال عملية التصويت في حالة ثبوت وقوع عمليات تزوير ما يساهم في توطيد الثقة بالعملية الانتخابية.

أما على المستوى الدولي فإن الرقابة الدولية على العملية الانتخابية تساهم في إشراك الرأي العام الدولي في مراقبة الانتخابات، و اعتبار المسألة الديمقراطية و حقوق الإنسان من المسائل التي تهم المجتمع الدولي بأكمله وهو الأمر الذي يساهم في زيادة ثقة كل من المجتمع الدولي و المحلي في نزاهة العملية الانتخابية و سلامة الهيئات التي تفرزها⁷.

أما بالنسبة للاتجاه المعارض فيستند على المبررات التالية⁸:

-التدخل في الشؤون الداخلية: إذ يرى هذا الاتجاه أن الرقابة الدولية تعد مساسا بالشأن الداخلي للدول وحتى يعتبر خاصا بما لوحدتها و أن ضلوع أي جهة دولية فيه يعد تدخلا صارخا في شؤونها.

-الرهان على المشروطة المسبقة: حيث ترتبط الرقابة الدولية في بعض الأحيان بشروط مسبقة تضعها الجهات المسؤولة على القيام بها، الأمر الذي اعتبره هذا الاتجاه بمثابة فرض شروط و أوامر على الدول ما يمثل انتهاكا لمبدأ السيادة الوطنية.

- اضعاف شرعية سلطوية تنافسية على الحكم: بحيث تنطوي هذه الأخيرة على انتخابات و إعلام حر وانفتاح قوي للمعارضة غير أنها مجرد إجراءات شكلية و لا تتضمن في حقيقة الأمر على أي تغييرات سياسية انتقالية أو ديمقراطية.

المطلب الثاني: تطور العمل بالرقابة الدولية:

تعتبر فكرة الرقابة الدولية فكرة حديثة نسبياً، حيث ظهرت أول مرة في إطار الأمم المتحدة ضمن برنامجها لمساعدة الشعوب المستعمرة على الاستقلال، فأخذت به عندما أشرفت على استفتاء قرّر فيه شعب البحرين عام 1970 الاستقلال و رفض الادعاءات الإيرانية لضم الجزيرة، ثم مراقبة الأمم المتحدة لأول انتخابات ديمقراطية جرت في هايتي سنة 1990. و عادت الأمم المتحدة في عام 1992 لترسل بعثة للرقابة على الانتخابات في جنوب إفريقيا خشية تزويرها من قبل النظام العنصري الحاكم، ثم قامت بعثة أخرى للأمم المتحدة بالرقابة على الاستفتاء في نامبيا و تنظيم انتقال السلطة لأبناء الإقليم بعيداً عن هيمنة جنوب إفريقيا⁹. و توالى البعثات حيث قامت المنظمة الدولية بإنشاء جهاز خاص لمراقبة الانتخابات ومساعدة الدول الراغبة في الرقابة على الانتخابات وضمان نزاهتها و عدالتها و مصداقيتها. فاكتمت بذلك خبرة كبيرة و أخذ دورها في التبلور من خلال قيامها بحملة واسعة في إفريقيا طوال فترة التسعينات من القرن العشرين بعد انتهاء الحرب الباردة و بداية بروز حركة إنشاء نظم ديمقراطية محل نظم الحزب الواحد و النظم الانقلابية إلى جانب إشراف الأمم المتحدة على الانتخابات في العديد من المناطق التي شهدت نزاعات مسلحة في إطار ما يعرف بعملية بناء السلام **Peace building** من بينها إقليم كسفوا، البوسنة و الهرسك، ليبيريا، سيراليون...

و دور جهاز مراقبة الانتخابات الخاص بالأمم المتحدة لا ينحصر فقط في هذا الشكل إذ يتخذ أشكالاً أخرى من تقديم المساعدات للدول التي تطلب ذلك، فقد شاركت الأمم المتحدة بأربع طرق على الأقل في الانتخابات أولها

تنظيم العملية الانتخابية بجميع جوانبها و إجراءاتها، ثانيا إشراف الأمم المتحدة على الانتخابات عن طريق اختيار ممثل خاص للأمين العام ليشهد بصلاحيته جوانب حاسمة معينة في العملية الانتخابية و ثالثا تولي تنظيم العملية الانتخابية جهاز وطني و الطلب من الأمم المتحدة التكفل بالمراقبة والتحقق من مدى نزاهة العملية الانتخابية، و في جميع الأحوال يجب توفر عدة عناصر من أجل مباشرة الأمم المتحدة لهاته المهام و هي كما يلي: - تلقي طلب رسمي من الدولة المعنية.

- وجود دعم عام عريض لمشاركة الأمم المتحدة.

- وجود وقت مسبق كاف للمشاركة الشاملة من جانب الأمم المتحدة.

- وجود بعد دولي واضح في الحالة.

- اتخاذ قرار ايجابي من إحدى هيئات الأمم المتحدة (الجمعية العامة أو مجلس الأمن).

قبل الاطلاع بدور الرقابة في أي انتخابات يتعين على المقر الرئيسي للأمم المتحدة النظر بدقة في جملة من الأمور من بينها مدى وجود حالة انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان و مدى اعتبار نطاق المساعدة ملائم، بالإضافة إلى النظر في إمكانية كون مشاركة الأمم المتحدة تعد تشجيعا على الثقة بدون مبرر في عملية متصدعة وزائفة، و أخيرا مدى التزام الحكومة و الفاعلين السياسيين الرئاسيين بوضع نصيحة الأمم المتحدة محل تنفيذ¹⁰.

ما تجدر الإشارة إليه حول الرقابة الدولية على الانتخابات أنها لم تعد قسرا على الأمم المتحدة ومنظماتها، إنما صارت بعض القوى الدولية كذلك تهتم

بهذا الموضوع و أبرزها الولايات المتحدة الأمريكية حيث أنشأت واشنطن معهد واشنطن للديمقراطية تخصص في صياغة قوانين الانتخاب و تدريب الأخصائيين و إرسال فرق بكل اللوازم للمساهمة في إنشاء النظم الديمقراطية. و كان الهدف هو حماية التجربة الديمقراطية من النظم الديكتاتورية الإفريقية بعد أن أرغمت واشنطن هذه النظم على قبول التجربة الديمقراطية و اشترطت هذا القبول حتى تستمر المعونة الأمريكية لها¹¹.

بالنسبة لدور الاتحاد الأوروبي في هذا المجال فقد جاء لاحقا للدور الأمريكي غير أنه أضحى يمتلك خبرة واسعة فيما يخص الرقابة و الإشراف الدولي على الانتخابات حيث أرسل ما يفوق 200 بعثة للقيام بمهام في العديد من البلدان إضافة إلى الإمكانيات الكبيرة التي يتمتع بها و التي تمكنه من أداء دوره الرقابي كما يجب، إلى جانب دور البرلمان الأوروبي الذي يرسل وفودا برلمانية للاطلاع على سير مجريات العملية الانتخابية و تسجيل الملاحظات و غالبا ما تستفيد من تقارير و جهود المنظمات الحقوقية المحلية. و فيما يخص المنظمات الدولية غير الحكومية فأصبحت هي الأخرى تتمتع بأهمية بالغة في هذا الشأن خاصة بعد ارتفاع أعدادها مؤخرا و أبرزها: المعهد الدولي الديمقراطي، اتحاد الدول الكونفدرالية و بعض المنظمات التابعة للاتحاد الأوروبي، الاتحاد السويسري و مركز كارتر لحقوق الإنسان و استبعاد المعاناة برئاسة الرئيس الأمريكي الأسبق جيمي كارتر و المؤسسة الوطنية الديمقراطية للشؤون الدولية برئاسة وزيرة الخارجية الأمريكية السابقة مادلين أولبرايت.

بالإضافة إلى هذه الجهات تساهم العديد من المنظمات الأخرى سواء الإقليمية أو العالمية في القيام بالرقابة الدولية على العملية الانتخابية بإيفاد مجموعة المراقبين الدوليين الخاضعين لجهات رسمية مختلفة كمنظمة الوحدة الإفريقية و جامعة الدول العربية¹².

المطلب الثالث: أنواع الرقابة الدولية

يمكن التمييز بين ثلاثة أنواع من الرقابة الدولية هي:

أ. الرقابة الدولية المفروضة:

نقصد بها ذلك النوع الذي تفرضه الأمم المتحدة أو القوى الدولية الكبرى على الدول موضع الانتخابات، و يكون هذا الأمر بتفويض من الجمعية العامة للأمم المتحدة أو مجلس الأمن بحيث يتم الاهتمام بالتنظيم الشامل للانتخابات إذ تحل المنظمة الدولية محل السلطة الوطنية في كافة جوانب العملية الانتخابية ابتداء من إعداد القوائم الانتخابية و إلى غاية فرز الأصوات و إعلان النتائج وتلقي الشكاوي. و يأتي هذا النوع من الرقابة عادة في الحالات التي تشهد الدولة فيها انهيار نظامها السياسي، بحيث لا يوجد ضامن في هذه الحالة بأن الانتخابات ستسير وفقا للقواعد الدولية المقبولة غير أنه في الواقع نادر الحدوث و يقتصر على حالات الدول التي تعاني من انهيار شاملو غياب للنظام بحيث يكون هناك مخاوف شديدة على المسار الانتخابي و عدم نزاهته في هذه الدولة.

ب. الرقابة الدولية المطلوبة:

بمعنى ذلك النوع من الرقابة الذي يأتي بموجب طلب تقدمه الدولة المعنية ذاتها، مفاده طلب تقديم مساعدة أو مراقبة للعملية أو المسار الانتخابي لتأكيد نزاهته و مصداقيته، إذ تهدف عملية الرقابة في هذه الحالة إلى التدقيق الشامل و التام للعملية الانتخابية في جميع مراحلها بداية بالتسجيل في القوائم الانتخابية إلى حين الإعلان عن النتائج المنبثقة عن العملية الانتخابي، حيث تقوم فرق الرقابة الدولية على الانتخابات بمراقبة سير العملية الانتخابية للتأكد من شرعيتها ونزاهتها ومدى تطابقها مع المعايير الدولية للانتخابات الديمقراطية¹³.

ت. الإشراف الدولي على الانتخابات:

هو أمر مختلف عن الرقابة الدولية على العملية الانتخابية، حيث يكلف ممثل الأمين العام للأمم المتحدة بمهمة الإشراف على مختلف مراحل الانتخابات أو الاستفتاءات والشهادة بنزاهتها و مصداقيتها عن عدمه، و يطبق عادة هذا الشكل من الإشراف الدولي على الانتخابات في البلدان المنتقلة من وضع الاستعمار إلى الاستقلال.

المبحث الثاني: عمل اللجان الدولية

لا شك بأن الهدف من الرقابة الدولية على الانتخابات هو دعم العملية الديمقراطية في مختلف الدول عن طريق إتاحتها للمجتمع الدولي إمكانية متابعة ما يحدث داخل الدول الأخرى دون المساس بسيادتها عن طريق اللجان الدولية المبعوثة من طرف الهيئات الدولية المسؤولة عن عملية الرقابة، على رأسها منظمة الأمم المتحدة ممثلة في مركز حقوق الإنسان و إدارة الأمم المتحدة لخدمات دعم

التنمية و التنظيم الإداري، و الاتحاد الأوروبي ممثلا في منظمة الأمن و التعاون الأوروبي و مكتب المؤسسات الديمقراطية و حقوق الإنسان، إضافة إلى جهات رقابية أخرى من أهمها مركز كارتر و المعهد الأمريكي لحقوق الإنسان..

المطلب الأول: مهام لجان الرقابة الدولية

تختلف المهام الموكلة للقائمين على الرقابة الدولية للانتخابات باختلاف مراحل العملية الانتخابية:

أ. المرحلة السابقة للاقتراع (التحضيرية):

تهتم بمحورين رئيسيين أولهما متابعة الاستعدادات التحضيرية للعملية الانتخابية و ثانيهما ملاحظة سير الحملة الانتخابية. حيث يتمثل دور اللجان الدولية المعنية أولا في التأكد من مدى احترام المعايير الدولية المتعلقة بتحديد الدوائر الانتخابية و تكريس مبدأ المساواة بين الناخبين بشكل لا يؤدي إلى تمييز أصواتهم، و لذا يجب تمكين المراقبين من المعلومات التي تساعدهم في أداء هاته المهام من خلال مطابقة الوضع السائد مع المعايير الدولية المتعارف عليها:

- معيار الثقل الانتخابي: أي احترام المساواة النسبية بين عدد الناخبين في كل دائرة انتخابية من خلال التقسيم العادل للدوائر الانتخابية.
- معيار تكافؤ الفرص: بحيث لا يتمتع كل ناخب بصوت مساو لباقي أصوات الناخبين في الدوائر الانتخابية الأخرى.

- معيار عدم التمييز في رسم الدوائر الانتخابية: يكون ذلك عن طريق عدم منح أي مزايا غير منصفة لمرشحين معينين سواء كانت الحكومة تدعمهم أو ضد أي حزب أو جماعة أو فئة على أساس ديني أو عرقي أو طائفي.

- معيار الترابط أو الاندماج: من المهم أن تكون الدوائر الانتخابية منسجمة و مترابطة فيما بينها بحيث تقترب هندسيا من شكل الدائرة أو المربع ويجب أن تكون متصلة اتصالا جغرافيا¹⁴.

ثانياً تقوم بعثات المراقبة بملاحظة مراكز الاقتراع و مدى ملاءمتها من حيث توفرها على الوسائل الضرورية الخاصة بالانتخاب، و من حيث كيفية توزيعها و التأكد من عدم وجود قيود في مواجهة المتنافسين مع توفير الحماية اللازمة لهم على أن يوفر الوقت الكافي للحملات الانتخابية و الجهود الإعلامية العامة. من جهة أخرى يقوم المراقبون الدوليون برصد تصرفات الإدارة القائمة على تسيير العملية الانتخابية داخل الدولة الخاضعة للرقابة من حيث تمتعها بالموضوعية و الاستقلالية و الحياد والفعالية من خلال النظر في كيفية تعيين الأعضاء الإداريين ومستوى المؤهلات التي يمتلكونها و قيمة المكافآت المتحصل عليها. كما يقومون برصد عمل وسائل الإعلام باعتبارها الوسيلة الفعالة التي تلعب دورا مهما و ايجابيا في تطوير العملية الانتخابية إذ تقوم بدور مهم في تسيير وتدبير الاختيارات الشعبية¹⁵. لذا تتأكد بعثات الرقابة الدولية من تمكين كافة المرشحين و الأحزاب المتنافسة من استغلال هذه الوسيلة خلال الحملة الانتخابية، على أن يجسد ذلك في إطار الإنصاف، و يقوم المراقبون بمتابعة

الوسائل الإعلامية الوطنية و المحلية و مختلف البرامج السياسية و برامج التوعية مع التأكيد على احترام الوقت الكافي الإعلامي لجميع الأحزاب دون تمييز¹⁶.

ب. مرحلة الاقتراع:

ينصب اهتمام البعثات الدولية يوم الاقتراع على التفاصيل الخاصة بعملية الانتخاب انطلاقاً من بطاقات التصويت و تصاميم الصناديق إلى معازل الاقتراع و كذا طريقة التصويت العادية والتصويت بالوكالة، بالإضافة إلى النظر في كافة الإجراءات الخاصة بالناخبين ذوي الاحتياجات الخاصة و الاهتمام بمدى احترام التوقيت المحدد لعملية الاقتراع و التأكد من عدم ممارسة أي ضغط أو تمييز اتجاه الناخبين مع الإشارة لعدم تدخل هيئات المراقبة في عملية التصويت إلاّ بطلب من السلطات و الاستجابة لهذه الطلبات تكون وفقاً لحالات معينة، و يجب كذلك إبلاغ السلطات المركزية في حالة وجود أي مشاكل تشكل خطر¹⁷. كما يجب الإشارة إلى امتداد عمل هذه الجهات الدولية لكل ما يدور خارج تلك المراكز كالبحث و الاستفسار من المقترعين عما لاحظوه من أمور خلال إدلائهم بأصواتهم في الانتخابات و كذا مراقبة كيفية تعامل قوات الأمن مع المقترعين، بحيث تعتبر البنية الخارجية لمراكز الاقتراع بصفة عامة والعملية الانتخابية بصفة خاصة¹⁸.

ت. مرحلة الفرز:

لدى انطلاق عملية تقوم البعثات الدولية بتسجيل النتائج التي أسفرت عنها عملية الفرز في الاستمارات المعدة لهذا الغرض من قبل المراقبين و التي تحتوي على مجموعة من البيانات المتمثلة في¹⁹: اسم المراقب القائم بتقديم

التقرير - توقيت إعداد التقرير - العدد الإجمالي للأصوات المعبر عنها - الأصوات التي نالها المرشحون - التقييم الشخصي للمراقب حول نزاهة عملية الفرو من عدمها.

حيث على المراقبين الحرص على تطبيق مبدأ علنية الفرز، كما يتوجب عليهم القيام بعملية احتساب جميع البطاقات الانتخابية التي صدرت و التي لم تصدر و التالفة بطريقة منتظمة إلى جانب عدّ الأصوات والتحقق منها و الإبلاغ عن النتائج مع الاحتفاظ بالوثائق الرسمية آمنة و نزيهة مع إتاحة إمكانية إعادة عملية الفرز و العد في حالة وجود أي شكوك حولها.

ث. المرحلة النهائية:

انتهاء عمليات التصويت و الفرز و إعلان النتائج، يتم تقييم العملية الانتخابية برمتها و مدى احترامها للقواعد و المعايير الدولية للنزاهة و الشفافية في الانتخابات و مدى تعبيرها عن الإرادة العامة للشعب، حيث تقوم اللجنة الدولية بإعداد تقرير يوضح تقييمها للمسار الانتخابي المجري، وذلك بعد تلقيها مختلف الشكاوى من الأحزاب السياسية و المعارضة و الناخبين ذوي المصلحة و التحقق من مدى تبريرها وتأثيرها على نتائج الانتخابات. غير أنه من الضروري إصدار بيان أولي مؤقت ومشروط يستند على المعلومات المتاحة أمام اللجان الدولية من أجل الاستفادة من الاهتمام الإعلامي دون مخاطبة المراقبين لوسائل الإعلام بشأن تقييم العملية الانتخابية و الحكم بديمقراطيتها من عدمه إلا بعد التشاور و الحصول على تفويض لإصدار التقرير من قبل مقر الأمم المتحدة أو ممثل خاص للأمم العام أو قيادة اللجان.

أخيراً يمكننا القول بأن طبيعة عمل الرقابة الدولية يطغى الطابع الإداري السياسي بالإضافة إلى أن نتائج أعمال هؤلاء المراقبين يتم تحريرها ضمن تقارير وفق إجراءات تتسم كذلك بالطابع السياسي. وبخصوص التقارير فعادة ما تتضمن إلى جانب الملاحظات و التجاوزات المرتكبة، بعض التوصيات اتجاه الدولة الخاضعة للرقابة من أجل العمل على توفير انتخابات ديمقراطية مستقبلاً، و لا ينم عن هذه التقارير أي التزام يفرض على الدولة، ما يؤكد إضفاء الصبغة السياسية على مسألة الرقابة الدولية على الانتخابات.

المطلب الثاني: ضوابط عمل اللجان الدولية لمراقبة الانتخابات

أ. ضمان مبدأ الحياد:

نقصد بعثات الرقابة الدولية على الانتخابات عدم تحيزها لأي جهة أو منافس سواء كانت الحكومة أو المعارضة أو الأحزاب المشاركة أو المرشحين. ويقوم الموقف الحيادي للمراقبين الدوليين على مجموعة من الضمانات التي تلتزم فرق الرقابة التمسك بها²⁰ من بينها:

- أنه لا يمكن لأي كان الانضمام إلى فرق الانتخابات إلا إذا كانت مصالحه الشخصية لا تتضارب مع مصلحة مراقبة الانتخابات و استخلاص النتائج حول طابع العملية الانتخابية بدقة و تجرد.

- حضر قبول أي دعم مالي أو سياسي من الحكومة الخاضعة للرقابة و من أي جهة أخرى مع ضرورة إعلان بعثة الرقابة على المصادر الممولة لها.

-ضمان الدولة المستضيفة لحرية فرق الرقابة عند إصدار بياناتها وتقاريرها و توصياتها من دون أي تدخل في عملها، بالإضافة إلى ضمان عدم تدخل السلطات الحكومية أو الأمنية أو الانتخابية في انتقاء المراقبين المنفردين أو سواهم من أعضاء البعثة الدولية لرقابة الانتخابات أو سعيها إلى الحد من عدد المراقبين.

-ضمان عدم ممارسة أي سلطة حكومية لضغوط على أي مواطن محلي أو أجنبي تابع لبعثة الرقابة، وأن لا تهدد باتخاذ أي إجراء ضده و ذلك احتراماً للمبادئ الدولية المعتمدة في هذا المجال.

-وجوب قيام المراقبين الدوليين بتقييم المعلومات بكل موضوعية و تجرد و ضرورة تمتع فرق الرقابة بالوقت الكافي لتحديد طابع العملية الانتخابية في الدولة المعنية بشكل مستقل و حيادي.

- احترام القواعد القانونية الخاصة بالقوانين الوطنية و المعايير الدولية لحقوق الإنسان ذات الصلة بالانتخابات.

-حظر المشاركة في الاجتماعات أو التظاهرات الانتخابية أو التحريض عليها و كذلك حظر أي توزيع لنشرات أو برامج أو المشاركة في الدعايات الانتخابية.

ب. ضمان مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول

تعتبر فكرة الرقابة الدولية على الانتخابات نوعاً من أنواع التدخل السياسي، و هي بذلك تعد مساساً واضحاً و جلياً بالسيادة الوطنية حسب

الآراء المعارضة لهاته الفكرة خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار القرارات الصادرة عن الجمعية العامة التابعة لها والتي تؤكد و تكرر مبدأ عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول مهما كان نوع التدخل غير أنها في نفس الوقت قد شاركت في العديد من عمليات رصد وملاحظة الانتخابات²¹.

من المعروف أن فكرة السيادة المطلقة ظلت تسيطر على واقع المجتمع الدولي لفترة طويلة غير أن ظهور بعض المفاهيم الجديدة كمبدأ التضامن الدولي و عامل التقدم العلمي و الاقتصادي إلى جانب العولمة، خفف من حدة هذه الفكرة بوضعها أمام مستجدات دولية حديثة كالقضاء الدولي و الاهتمامات الإنسانية الكبرى التي في مقدمتها مسألة الحفاظ على حقوق الإنسان و حماية الأقليات و حق الشعوب في تقرير مصيرها.. كل ذلك ساهم في استبدال فكرة السيادة المطلقة بفكرة السيادة النسبية حيث رسخت هذه الأخيرة على مجموعة من الحدود و الضوابط المعينة.

من جهة أخرى و بما أن موضوع تنظيم انتخابات حقيقية ودورية يشكل عنصرا جوهريا للمجهودات المبذولة بهدف حماية حقوق و مصالح الشعوب، فإن عملية الرقابة الدولية عليها ما هي إلا تعزيز للديمقراطية و ضمان لحق الأفراد في الأمم المتحدة اختيار نظامهم السياسي و حكاهمهم. لذا أكد القرار الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1991 تحت رقم 137/46 على وجوب وضع نقطة مركزية لضمان اتساق معالجة طلبات المساعدة الانتخابية إذ نص على مجموعة من الحقوق من بينها:

- الحق في المشاركة في الحكم إما مباشرة أو عن طريق ممثلين يختارون بحرية.

- حق الوصول على قدم المساواة بين المواطنين للاستفادة من الخدمات العامة و إرادة الشعب هي الأساس في السلطة حيث يعبر عن هذه الحقوق و الإرادات من خلال إجراء انتخابات صادقة، نزيهة، دورية، عن طريق الاقتراع العام السري.

في إطار هذا السياق قامت منظمة الأمم المتحدة متمثلة في الجمعية العامة بدعوة لجنة حقوق الإنسان إلى كتابة تقرير عن كيفية دعم الأمم المتحدة للعمليات الانتخابية دون أن يشكل ذلك مساسا بالسيادة الوطنية للدولة المعنية بإجراء الانتخابات.

خاتمة:

أخيرا يمكن القول أن مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول لم يعد حاجزا للعمل الرقابي على مسألة الانتخابات إذ تم التوفيق بين عمل اللجان الخاصة بالرقابة الدولية و عدم المساس بسيادة الدول الخاضعة لهذه الرقابة بفضل إرساء فكرة السيادة النسبية التي تدعم فكرة التعاون الدولي في إطار الرقي بالأنظمة الديمقراطية و إقرار الحقوق السياسية للأفراد و كذا من خلال احترام رغبة الدول في اختيار نظامها السياسي و الاقتصادي والتقاني مع التأكيد على

عدم تأثير العمل الرقابي على العملية الانتخابية بشكل مباشر باعتبار تقاريرها لا تتصف بالطابع الإلزامي.

قائمة الهوامش:

¹ من القرارات المؤكدة على ذلك: قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 46/137 في عام 1991 على أن حق كل شخص في المشاركة في تسيير الشؤون العامة لبلده يعتبر عاملاً جوهرياً لتمتع الجميع فعلياً بعدد من حقوق الإنسان الأخرى والحريات الأساسية، بما في ذلك الحقوق السياسية، الاقتصادية، الثقافية. بالإضافة إلى قرار الأمم المتحدة في تعزيز فعالية الانتخابات الدورية والنزيهة رقم 51 لسنة 1989، و القرار المتبنى من طرف لجنة حقوق الإنسان 50/185 لسنة 1995 في المقابل قرار الجمعية للأمم المتحدة رقم 52/118 لسنة 1997 الذي يؤكد على احترام مبدأ السيادة لكل دولة و عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول.

² حازم قشوع، الرقابة الدولية على الانتخابات، ضمان النزاهة أم انتهاك السيادة، مركز القدس للدراسات السياسية، عمان، الأردن، جوان 2005

³ علي همام سرحان، الرقابة على الانتخابات و السيادة... مخاوف حقيقية أو حجج واهية، القاهرة، مارس 2012 على الموقع الإلكتروني: swissinfo.ch

⁴ خديجة عرفة عجم، الديمقراطية و الرقابة الدولية على الانتخابات في الدول العربية - في الديمقراطية و الانتخابات في الدول العربية -، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2009، ص 373

⁵ مليسا إستوك و نيل نافيت و غلين كوان، الفرز السريع و مراقبة الانتخابات، المعهد الديمقراطي الوطني للشؤون الدولية، لبنان، 2002

⁶ أحمد زكرياء الباسوسي، تحديات الرقابة الدولية على الاستحقاقات الانتخابية في الدول العربية، المركز الإقليمي للدراسات الإستراتيجية RCSS، القاهرة، نوفمبر 2013

⁷ Ali Essaoui, How to monitor elections, Arab Association for parliamentary studies, AAPS, 2005, p6

أحمد زكرياء الباسوسي، المرجع السابق⁸

⁹ عجم إبراهيم منصور، الرقابة الدولية على الانتخابات.. جدل غير محسوم، مجلة الوطن الإلكترونية، بدون مكان النشر، أبريل 2014. على الموقع الإلكتروني: www.elwatannews.com

¹⁰ مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، مراقبة الانتخابات، في دليل التدريب على رصد حقوق الإنسان، سلسلة التدريب المهني، رقم 7، الأمم المتحدة، 2001

¹¹ عبد الله الأشعل، ضوابط الرقابة الدولية على الانتخابات، رؤية من مصر، يونيو 2005، مقالة على الموقع الإخباري الرسمي للعربية: www.alarabiya.net

¹² سليمان العويل، مرجع سابق، ص 249

خديجة عرفة محمد، المرجع السابق، ص 377¹³

¹⁴ Maurice Duverger, *Instructions politiques et Droit Constitutionnel*, PUF, Collection Thémis, France, 1980, p119

¹⁵ خالد عبد الله أحمد درار، انتخابات السودان أبريل 2010 -التحديات و التوقعات-، مركز الشاهد للبحوث و الدراسات الإعلامية، لندن، المملكة المتحدة، 2010، ص 10

¹⁶ زكرياء بن صغير، الحملات الانتخابية مفهومها وسائلها و أساليبها، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2004، ص 36

¹⁷ التقرير النهائي لجمعية المساعدة القانونية لحقوق الإنسان، الرقابة الانتخابية و نزاهة الحكم، على الرابط الإلكتروني: www.achrla.org/general/rep-election/election-watch.htm

علي الصاوي، كيف تراقب الانتخابات، الجمعية العربية للدراسات البرلمانية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2005، ص 85¹⁸

¹⁹ Ali Aissaoui, *How To monitor elections*, op. cit, p63

²⁰ Declaration of principles for international election observation and code of consult election observes, commemorated October 27, 2005 at the United Nation, New York

²¹ تقصد بذلك مجموعة من القرارات أبرزها رقم 139/46 الصادر في 1991/12/17 و المصادق عليه بـ 20 صوت مقابل 40 صوت معارض و 13 صوت ممتنع و جاء في نصه: "...احترام السيادة الوطنية و عدم التدخل تقع على الحكومات في الشؤون الداخلية للدول في العمليات الانتخابية..." إلى جانب القرارين رقم 138/47 المؤرخ في 1992/12/18 و رقم 131/48 المؤرخ في 20 ديسمبر 1993.

²² عطية صفاء، فعالية اللجان الدولية في مراقبة الانتخابات، مذكرة ماجستير، جامعة ورقلة، 2011، ص 42/41²²

L'ASSURANCE AÉRIENNE UN MOYEN DE PAYER LA RESPONSABILITÉ DU TRANSPORTEUR AÉRIEN

Mr : KHARCHI Omar Maamar

Enseignant à l'Université Dr. MOULAY Tahar . SAIDA - ALGERIE

Introduction :

L'assurance aérienne présente un outil pour réduire les incidences financières des conséquences extrêmement néfastes pour l'avion et aussi les accidents d'aviation causés aux passagers, bagages, et les marchandises qui sont sous le commandement du transporteur aérien.

Cette situation va empirer quand on s'engage dans une activité aérienne qui exige de gros investissements financiers compte tenue de la valeur des avions et son matériels et aussi les salaires des travailleurs et de les former, ce qui rend la charge financière supportée par le transporteur aérien grave, quand une catastrophe frappe la perte d'une avion et répondre à la compensation pour ce qui ont eu leur services arienne ou leurs héritiers, ou pour les personnes qui ont subi des dommages sur la surface de la terre².

Pour ces raisons, l'assurance aérienne a vu le jour à cause du développement connue dans la technologie et l'industrie aéronautique. Ce qui a minimisé le nombre des catastrophes aériennes d'une part, et d'autre part limités la responsabilité du transporteur aérien ou l'exploiteur d'avion sur le champ national et international³.

Plan du travail :

-
- I. Rappel historique sur le droit du transport aérien:**
 - 1-La convention de Varsovie de 1929
 - 2- La convention de Montréal de 1999
 - II. Aperçu sur l'assurance aérienne en Algérie :**
 - III. L'importance de l'assurance de responsabilité du transporteur aérien :**
 - IV. L'Assurance comme moyen de payer la responsabilité du transporteur :**
 - V. Les limites d'assurance de responsabilité du transporteur aérien :**
 - 1- Les plafonds de garantie dans le cadre de la convention de Varsovie 1929:
 - 2- L'évolution des montants de la garantie :
 - VI. Le concept de l'assurance obligatoire :**

- I. Rappel historique sur le droit du transport aérien:**

Le droit aérien est une des composantes du droit du transport : il englobe les normes juridiques de la navigation aérienne et en régit l'organisation dans toutes ses dimensions (aérodromes, routes aériennes, personnel de navigation). Il définit le statut juridique de l'aéronef et les règles relatives à son milieu naturel, l'air. Enfin, il traite de la responsabilité des dommages causés aux tiers par les aéronefs⁴.

Lors du développement du transport aérien, dans les années 1920, les Etats ont ressenti le besoin d'en modifier les règles de fonctionnement, sur le plan international, sous forme d'un certain nombre de règles mutuellement adoptées entre eux et acceptées de façon consensuelle. Ces règles ont constitué, au fil des ans, le droit du transport, international et national.

- 1- La convention de Varsovie de 1929**

La première fois où l'avion a été utilisé dans le plan commerciale, il y'avait juste l'assurance maritime et terrestre, et après la naissance du premier convention international aérienne à Paris 1919, cette convention n'a pas traité la question d'assurance, mais elle a signalé pour le faire dans le futur, parce qu'elle a traité l'ensemble des règles qui stipule l'obligation de chaque avion qui détient un certificat de navigation et permission spécial pour l'équipage, et aussi la mise en place de la commission internationale de navigation aérienne (C.I.N.A)⁵. Dix ans après, l'apparition d'une convention internationale spécialisée dans le transport aérien à Varsovie 1929, . Elle constitue l'une des principales sources de droit aérien privé : elle règle les rapports entre les transporteurs et leurs passagers et s'applique à tout transport international de personnes, bagages ou marchandises, effectué par aéronef contre rémunération. Elle est connue pour établir la responsabilité de principe du transporteur : celui-ci est responsable de plein droit des dommages causés pendant la phase aérienne, aux personnes et aux biens transportés, sauf s'ils ne sont pas enregistrés. Elle aussi n'a pas mentionné la notion d'assurance aérienne mais on peut le comprendre quand elle a régi la responsabilité du transporteur aérien

Protocol LAHEY lui aussi a juste donner des recommandation pour les Etats contractants de mettre en place des systèmes pour assurer le respect de l'indemnisation établie conformément à la Convention de Varsovie 1929⁶.

Après il y'avait la convention de Chicago 1944 qui est venue à la place du convention de Paris, dans une première lecture ça se voit que cette convention n'a aucun lien avec l'assurance aériennes, mais il faut reconnaître que cette convention a créé une organisme international spécialisé dans l'aviation civil international, et aussi établie des règles concernant l'immatriculation des aéronefs et des procédures à suivre quand il s'agit d'une catastrophe aérienne, ce qui a facilité l'unions des règles d'assurance aérienne et développer son marché.

Il faut reconnaître aussi les efforts pris par le BUREAU VERITAS⁷ et son importance pour les navires et la navigation maritime et qui a élargi son domaine aussi pour les aéronefs et la navigation aérienne, du fait qu'il a publié un premier registre pour les aéronefs immatriculer en 1923 et qui a mis aussi des annexes (tableaux) qui contiennent des caractéristiques techniques pour les avions civils appartenant aux États signataires de la convention de PARIS 1919, et après, il a commencé à publier un registre chaque année sur ce domaine depuis 1963 (Registre Aéronautique) et avec trois langues Française, Anglaise et Italienne.

L'insuffisance de la convention de Varsovie de 1929 qui réglait les responsabilités des transporteurs aériens en cas de décès ou blessure et de ses révisions ultérieures, a mis en évidence la nécessité de moderniser et unifier ce régime de responsabilité.

En mai 1999, un accord a été négocié entre les États contractants de l'OACI (Organisation de l'aviation civile internationale) qui modernise le régime de la convention de Varsovie afin de le refondre en un instrument juridique unique offrant un niveau d'indemnisation approprié en cas de dommages causés aux passagers lors de transports aériens internationaux.

2- La convention de Montréal de 1999 :

La nouvelle convention de Montréal de 1999⁸ établit un cadre juridique uniforme pour régir la responsabilité des compagnies aériennes en cas de dommages causés aux passagers, aux bagages et aux marchandises lors de voyages internationaux.

Le nouvel accord établit un nouveau cadre juridique global, dont les plus importants apports sont les suivants⁹:

- adoption du principe de responsabilité civile illimitée du transporteur aérien en cas de dommages corporels articulé en deux niveaux:

-un premier niveau instaurant un régime de responsabilité objective de plein droit du transporteur jusqu'à hauteur de 100 000 DTS (droits de tirage spéciaux définis par le fonds monétaire international, soit environ 135 000 euros);

-au-delà de ce montant, un second niveau de responsabilité basé sur la faute présumée du transporteur dont ce dernier ne peut s'exonérer qu'en prouvant qu'il n'a commis aucune faute (la preuve est à sa charge);

- reconnaissance du principe de versement de paiements anticipés d'allocations de premier secours, en cas de dommages corporels afin que les victimes ou leurs ayant-droit puissent faire face à leurs besoins économiques immédiats;
- possibilité pour le passager victime ou ses ayants-droit de se pourvoir devant les tribunaux de sa résidence principale;
- augmentation des limites de responsabilité du transporteur en cas de retard, ainsi qu'en cas de dommages causés aux bagages (retard, perte ou détérioration);
- modernisation des documents relatifs au transport (billets et lettres de transport aérien électroniques);
- clarification des règles portant sur le régime de responsabilité respective du transporteur contractuel et du transporteur de fait;
- **institution généralisée au plan mondial de l'obligation d'assurance des transporteurs aériens;**
- introduction d'une clause dite régionale, permettant aux organisations d'intégration économique, telles que l'Union européenne, d'adhérer à la nouvelle convention.

II. Aperçu sur l'assurance aérienne en Algérie :

De nos jours, l'assurance aérienne figure parmi les assurances obligatoires en Algérie¹⁰. Cette obligation s'impose à tous transports aériens, effectués par des appareils civils, elle s'impose aussi aux aéroclubs, aux exploitants d'aérodromes et d'aéronefs,

aux hélistations et hélisurfaces, aux avis surfaces, ainsi qu'aux bandes d'envol occasionnelles.

Le marché de l'assurance dépend du comportement des individus face aux risques. Si l'homme n'était exposé à aucun risque, l'assurance n'aurait pas de raison d'être. Mais non seulement l'homme n'est pas resté confiné dans sa chambre et s'est déplacé sur la terre, sur les mers et les océans, mais il a finalement réalisé le rêve d'Icare, ce qui n'a pas échappé aux Lloyd's que en 1911 créèrent la première assurance pour garantir des avions.

L'assurance aérienne, ou encore l'assurance d'aviation, est donc née au XXe siècle, bien après l'assurance maritime, dont l'ancêtre remonte au Moyen Age et l'assurance terrestre admise à partir du XVIIIe siècle. Son existence indéniable n'est toutefois pas venue troubler la classification binaire classique entre assurances maritimes et assurance terrestres.

La littérature assurantielle professionnelle est plutôt discrète quant à l'assurance aérienne¹¹. Ainsi, une recherche sur le Cdrom d'un spécialiste de l'assurance avec pour mots-clés « aérien, aviation, avion » n'a abouti qu'à une cinquantaine de réponses, beaucoup moins après avoir éliminé la conjugaison du verbe « avoir ». au final, le concept n'apparaît quasiment qu'en négatif au travers de formules comme « sauf pour les transports aériens », « à l'exclusion du corps des véhicules aériens », « exclusion des dommages survenus du fait des manifestations aériennes ou des exercices aériens préparatoires »...

Cette retenue est certainement liée à l'aspect international de la matière, car non seulement le fondement de la responsabilité civile est international, mais encore, les montants et capitaux en jeu exigent le recours à une mutualisation des risques à l'échelon international tant en assurance qu'en réassurance.

Pour l'Algérie, dès l'indépendance, il avait été indispensable d'adapter la législation en vigueur aux réalités

nouvelles et de prévoir les conditions d'immatriculation et de propriété des aéronefs algériens¹² puis les conditions de circulation et de survol du territoire national¹³, le statut du personnel navigant¹⁴, les dispositions pénales infractions aux règles sur l'immatriculation et la définition de aéronefs¹⁵, et le statut juridique des aéronefs.

Les règles concernant les services aériens¹⁶, demandaient à leur tour à être précisées sur le plan algérien.

Le 25 février 1964, l'Assemblée nationale a ratifié l'adhésion de l'Algérie.

- à la convention de Varsovie du 12 octobre 1929 relative au transport aérien international;

- à l'accord relatif au transit des services aériens internationaux signé à Chicago le 7 décembre 1944;

- à la convention de Rome du 7 octobre 1952 relative aux dommages causés au tiers à la surface par les aéronefs.

Cette adhésion justifie amplement la nécessité d'inclure leurs dispositions essentielles dans le texte de base relatif aux services aériens. Et aussi l'Algérie appartient en outre, à l'organisation de l'aviation civile internationale (O.A.C.I.) depuis avril 1963.

L'ordonnance N° 03-10 du 13 août 2003 modifiant et complétant la loi N° 98-06 du 27 juillet 1998 relative aux règles général de l'aviation civil.

La Loi n° 06-04 du 20 février 2006 modifiant et complétant l'ordonnance n° 95-07 du 25 janvier 1995 relative aux assurances

III. L'importance de l'assurance de responsabilité du transporteur aérien :

L'assurance présente une garantie supplémentaire pour le voyageur et aussi une sécurité financière pour le transporteur aérien.

En Août 1962, la Conférence internationale de droit comparé - Hambourg en Allemagne - a confirmé l'assurance obligatoire de responsabilité du transporteur aérien. Cette conférence a eu des débats et discussions animées sur l'assurance obligatoire ce qui a divisé les participants entre partisans et adversaires.

Parmi les adversaires de cette assurance qui ont argumentés que :

- la personne blessée est un étranger qui n'est pas d'accord d'avance aux risques aériennes, en plus la liberté de la navigation aérienne à des fins commerciales est limitée pour ne pas lui subir des dommages que ce soit à lui ou à ses biens sur la surface¹⁷, tandis que le passager est associé avec le transporteur aérien selon le contrat du transport .

-La hausse des taux d'assurance conduisent à l'augmentation des tarifs de billet.

Tandis que Les partisans de cette assurance comme **l'Algérie** qui a exigé l'assurance obligatoire de responsabilité du transporteur aérien dans l'article 96 de la loi 64-166 relative aux services aériens, et aussi l'assurance obligatoire de responsabilité pour les dommages causés aux tiers sur terre, et il faut aussi que les institutions de services aériens du transport public assure la responsabilité pour les dommages causer aux personnes transporter.

IV. L'Assurance comme moyen de payer la responsabilité du transporteur :

Vu le développements technologique accélérés, les moyens et méthodes qui cause des dommages sont multiples et effrayant, ce qui a obligé le législateur algérien a développé les méthodes de compensation, et de trouver une nouvelle base pour la responsabilité pour être en mesure de faire face à cette évolution, et

les risques d'aéronefs qui conduisent à l'ampleur en cas d'une catastrophe aérienne.

D'autre part, la présence des moyens et des mécanismes spéciaux de compensation pour assurer l'équité et l'émergence de la notion d'assurance était en faveur du transporteur, qui se trouve en face d'une personne pincer qui n'a pas d'argent, ce qui a obligé le législateur algérien de régir l'assurance aérienne qu'elle n'est pas différente à d'autres types d'assurances (maritimes, terrestre), puisqu'elle comprend l'assurance sur le véhicule et l'assurance des marchandises et l'assurance de la responsabilité civile.

Le législateur algérien a régité l'assurance des marchandises transportées par voie aérienne dans l'article 161¹⁸ et qui suit de l'ordonnance 95-07 relative aux assurances. Cette assurance a élargi sur le marché et son système a inclut d'autres compensation aux dommages de: perturbation, bruit et percer l'avion des barrières sonores.

Il faut reconnaître que l'ordonnance n° 95-07 relative aux assurances a confirmé ce qui a été dit dans la loi n° 80-07 daté de 09 Août 1980 relative aux assurances pour rendre l'assurance obligatoire dans l'article 196/1 sur le fait que "tout transporteur aérien est tenu de s'assurer auprès d'une société d'assurance agréée en Algérie pour sa responsabilité civile à l'égard des personnes et marchandises transportées et autre ."

L'article 171 du nouveau code de l'aviation civile n° 98-06 « tout exploitant d'aéronefs qui assure en Algérie un ou plusieurs services aérien énumérés dans la présente loi ou qui survole le territoire algérien, qu'il soit immatriculé en Algérie ou à l'étranger, doit souscrire une assurance couvrant ses responsabilités. »

En ce qui concerne le contrôle de cette assurance, elle est soumis directement auprès du ministre des Finances, agissant par la structure charger de l'assurance, en cas de non-respect de ses obligations par le transporteur aérien, il sera puni d'une amende de

5.000 à 10.000 DA conformément à l'article 199 de l'ordonnance 95-07 relative aux assurances. Cette attestation d'assurance doit être présentée à chaque réquisition effectuée par des agents de l'autorités chargée de l'aviation civile ou de la force publique conformément à l'article 173¹⁹ de la loi 98-06 relative à l'aviation civile.

L'assurance obligatoire est devenue inévitable au niveau international vue la convention de Montréal 1999, quand elle a imposée l'assurance à l'Etat du transporteur aérien, et l'Etat de destination a le droit de vérifiée cette attestation d'assurance .

V. Les limites d'assurance de responsabilité du transporteur aérien :

L'assurance aérienne dans son attestation inclut les dommages causé aux passagers dans le transport des personnes par voie aérienne , y compris les décès , blessures ou dommages corporels, dans le cadre temporaire ou le transporteur aérien assure la sécurité des passagers. Cette attestation inclut aussi les dommages causés aux biens et bagages et leur perte au cours de la période où ils sont sous la garde du transporteur aérien. Le contrat d'assurance requis que l'expéditeur doit y avoir une mission du transport aérien des marchandises, et l'article 196 de l'ordonnance 95 - 07 confirme que le transporteur aérien est tenu de s'assurer auprès d'une société d'assurance agréée pour sa responsabilité civile à l'égard des personnes et marchandises transportées et la somme garantie ne doit pas être inférieure aux limites des responsabilités du transporteur fixées par la législation en vigueur.

La question des montants de la garantie avait trouvé une réponse dans le cadre de la responsabilité plafonnée par la convention de Varsovie 1929. Ces montants doivent s'adapter à l'évolution de la réglementation.

1-Les plafonds de garantie dans le cadre de la convention de Varsovie 1929:

Les contrats stipulent en général que « lorsque les victimes sont présentes à bord de l'aéronef, l'assureur ne sera tenu que jusqu'à concurrence du plafond de responsabilité prévu par l'article 22 de la convention²⁰, même si cette convention ou ce plafond ne s'appliquent pas, ou encore, si l'assuré ou ses préposés ne pouvaient, pour quelque cause que ce soit, invoquer cette convention ou ce plafond ». Ainsi, même lorsque la responsabilité du transporteur n'est plus limitée en raison d'une faute inexcusable, l'assurance n'entend pas indemniser les passagers blessés ni, en cas de décès, l'ensemble des ayants droits²¹, au-delà au plafond de Varsovie, il appartiendra alors au responsable de payer directement le différentiel.

2-L'évolution des montants de la garantie :

Selon la convention de Montréal 1999 actuellement en vigueur, aucune limitation financière n'est fixée à la responsabilité, en cas de blessure ou de décès d'un passager²². Il est évident que le plafond traditionnel de la convention de Varsovie est insuffisant puisque le premier niveau de la nouvelle convention (100 000DST) est déjà bien supérieur.

Toutefois, les compagnies aériennes²³ s'étaient déjà accordées pour reculer les limites de la responsabilité par des accords I.A.T.A²⁴ conclus en 1995 et 1996 et qui préfigurent la convention de Montréal 1999, ces accords ont été déclarés en vigueur le 17 février 1997.

VI. Le concept de l'assurance obligatoire :

En décembre 1921 à Monaco, le quatrième Congrès international de législation aérienne émet le vœu « que l'assurance des passagers et l'assurance responsabilité soit obligatoire pour tous les aéronefs effectivement des services commerciaux ». la question est à nouveau abordée sur le plan international en 1930 au Congrès de la Haye.

Les contrats relatives aux assurances de corps véhicules aériens ou à la responsabilité des transporteurs aérien bien que relevant de la catégorie des assurances obligatoires. Ceci illustre bien le particularisme de l'assurance aérienne ; elle se singularise par son appartenance à une catégorie spécifique dans laquelle elle est soumise à un régime dérogatoire.

Selon l'art 2 de l'ordonnance 95/07, et l'art 619 du code civil l'assurance est « un contrat par lequel l'assureur s'oblige moyennant des primes ou autres versements pécuniaires (cotisations) à fournir à l'assuré, ou au tiers bénéficiaire au profit duquel l'assurance est souscrite, une somme d'argent, une rente, ou une autre prestation pécuniaire en cas de réalisation du risque prévu dans le contrat ».

Le juriste Français **Hamy** a défini l'assurance que « c'est une opération par laquelle un assureur organise en mutualité un ensemble d'assurés exposés à la réalisation d'un risque de même nature, et indemnise ceux d'entre eux ayant subi un dommage et ce grâce à la masse des primes collectées ».

L'article 198 de l'ordonnance 95-07 relative aux assurances, aussi l'article 171 de la loi 98-06 relative aux aviation civile stipule que tout exploitant d'aéronef qui assure en Algérie un ou plusieurs services aériens énumérés dans la présente loi ou qui survole le territoire algérien, qu'il soit immatriculé en Algérie ou à l'étranger, doit souscrire une assurance couvrant ses responsabilités .

Les sociétés d'assurances fassent le contrat de réassurance pour assurer les catastrophes qui dépassent leur calculs et leur estimations, c'est pour cela que les primes combinées son généralement suffisant pour couvrir les dommages peu susceptible qui peu se produire.

La question qui se pose, est ce que les abonnés peuvent récupérer les versements restants après la fin d'une certaine période, surtout s'il n'y avait pas des erreurs qui ont été inattendu?

Pour répondre à cette question il faut connaître le rôle des sociétés d'assurances est de gérer la relation entre l'assuré et percevoir les versements, compenser certains eux qui ont eu des catastrophes. Cette relation explique que les sociétés d'assurance ne sont pas le propriétaire des sommes versées, mais elles sont leur directrice et leur gérante. Les sociétés d'assurance pourrait aussi dans le contexte de limiter les versements pour augmenter la proportion de services offerts par les sociétés d'assurances afin d'atteindre l'objectif de son existence.

Conclusion :

L'assurance de responsabilité doit être en rapport avec le principe de détermination d'indemnisation c'est à dire le principe de responsabilité limité. C'est pour cela l'assurance de responsabilité ne donne plus d'exceptions au principe de la responsabilité limitée qui sont : une grave erreur, fraude, cas de négligence, faute intentionnelle du transporteur et de ses disciples, le non-respect par le transporteur dans l'exigences de la sécurité de l'aéronef ou la négligence de fournir des documents de vol des avions, la certificat de navigabilité... toutes ces exceptions sur le principe de responsabilité limitée, le transporteur sera tenu d'une responsabilité absolue. La réparation intégrale des dommages et toutes ces erreurs ne peuvent être couvertes par une assurance de responsabilité civile.

Il faut que l'Algérie ratifie la convention de Montréal 1999, parce qu'il y a beaucoup d'avantages pour les victimes s'ils seront des Algériens passagers dans une autre compagnie aérienne, et pour qu'ils bénéficient de la responsabilité absolu quand il s'agit du transport des marchandises.

Il faut reconnaître aussi que l'Algérie ne dispose que deux compagnies aérienne (**Air Algérie** pour le transport national et international et **Air Tassili** pour le transport national), ce qui laisse le côté juridique le régime d'assurance aérienne peu important par rapport aux autres pays telle que l'Union Européenne.

Le système de l'assurance sur le côté du transporteur sert comme une poussée de la responsabilité et de la continuité de l'activité économique, comme l'un des juristes a dit que «la responsabilité sert à payer l'assurance et l'assurance sert à payer la responsabilité» .

Bibliographie :

²² - Enseignant à l'Université Dr. MOULAY Tahar . SAIDA - ALGERIE

² - Dr. Sami Afifi Hatem. L'assurance internationale. Edition Egyptiolibanaise. Le Caire. 1988 p177

³ - LUTEAU Daniel. La responsabilité du transporteur aérien. Lois nationales et convention de Varsovie. LGDJ. Paris. 1961. N°433

⁴ - http://www.lexinter.net/JF/droit_aerien.htm

⁵ - cette commission a été remplacée par une autre commission ICAO

⁶ - Dr. Hani Douidar , l'assurance aérienne, conférence internationale sur les nouvelles sur le domaine d'assurance le 24 -26 avril 2006, p 112 et 113

⁷ - http://www.bureauveritas.fr/wps/wcm/connect/bv_fr/local/home/your-industry/aerospace Ce bureau a eu une autorisation de plusieurs Etats pour contrôler les avions au cours de leur construction et fabrication et aussi dans leur utilisation pour leur prescrire, un certificat de navigabilité et de déterminer sa classe en faisant la marque (V) dans le registre, et quand elle sera disqualifiée, il note la marque (R) dans le registre.

⁸ - convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international faite à Montréal le 28 mai 1999

⁹ -

http://europa.eu/legislation_summaries/transport/air_transport/l24255_fr.htm

m

¹⁰ - assurance obligatoire dans les articles du 195 – 200 de l'ordonnance N° 95-07 relative aux assurances

-
- ¹¹ - Marie-France STEINLE-FEUERBACH, Assurance et transport aérien, La sécurité et la sûreté des transports aériens, sous la direction de Xavier Latour, 2005, p 169
- ¹² - ordonnance n° 62-050 du 18 septembre 1962.
- ¹³ - ordonnance n° 64-412 du 24 octobre 1963.
- ¹⁴ - décret n° 63-426 du 28 octobre 1963.
- ¹⁵ - ordonnance n° 63-413 du 24 octobre 1963.
- ¹⁶ - Loi n° 64-166 du 8 juin 1964 relative aux services aériens.
- ¹⁷ - Le 25 février 1964, l'Assemblée nationale a ratifié l'adhésion de l'Algérie à la convention de Rome du 7 octobre 1952 relative aux dommages causés au tiers à la surface par les aéronefs.
- ¹⁸ - l'article 161 : « les dispositions relatives à l'assurance des marchandises transportées par voie aérienne s'appliquent à l'ensemble du voyage lorsque les marchandises assurées ont fait l'objet d'un transport terrestre, ferroviaire ou fluvial préliminaire ou complémentaire au voyage aérien ».
- ¹⁹ - l'article 173 : « l'attestation d'assurance doit être présentée à tout réquisition des agents de l'autorité chargée de l'aviation civile ou de la force publique ».
- ²⁰ - 8300 DST soit environ 11300 euros.
- ²¹ - le plafond est prévu par passager et non par ayant droit.
Voir. Marie-France STEINLE-FEUERBACH, p 176
- ²² - la convention de Montréal prévoit un système de responsabilité du transporteur à deux niveaux. Le premier correspond à une responsabilité objective du transporteur qui est automatiquement engagée jusqu'à concurrence de 100 000DTS (136 000 Euros environs), sauf preuve d'une faute de la victime. Le deuxième niveau repose sur la présomption de faute du transporteur sans limite de responsabilité, sauf si celui-ci est en mesure de prouver qu'il n'a commis aucune négligence résultant de l'acte d'un tiers.
- ²³ - pour l'Algérie, elle n'a pas ratifié la convention de Montréal 1999, dans elle applique toujours la convention de Varsovie 1929 et Protocol de LAHEY
- ²⁴ - International Air Transport Association.