



مجلة الدراسات الحقوقية

مجلة محكمة وأكاديمية متخصصة تصدر عن : مخبر حماية حقوق الإنسان بين

النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر

جامعة الدكتور الطاهر مولاي سعيدة

ديسمبر 2016

العدد السادس

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 والفاكس 048 54 66 07

الهاتف 040 41 17 96

المحمول 07 73 39 42 65

مجلة الدراسات القانونية

مجلة محكمة وأكاديمية متخصصة تصدر عن : مخبر حماية حقوق الإنسان بين

النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر

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

أد / محمد حاتم بيات - جامعة دمشق / سوريا

أد / مازن ليلو راضي - جامعة دهوك / العراق

أد / أمل يازجي يعقوب - جامعة دمشق / سوريا

أد / فوزي أوصديق - جامعة قطر / قطر

أد / السيد مصطفى أحمد أبو الخير - بجامعة عمر المختار - ليبيا

أد / جلال خضير الزبيدي - عميد كلية الحقوق للأكاديمية العربية بالدنمارك

من داخل الجزائر

1/ خارج جامعة سعيدة

- أ د / حاشي يوسف - المركز الجامعي عين تموشنت
أ د / المدهون محمد - جامعة وهران.
أ د / تاجر محمد - جامعة تيزي وزو.
أ 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 / سنيي محمد - جامعة البليدة 2.
أ د / البقيرات عبد القادر - جامعة الجزائر.
د / كيجل كمال - جامعة أدرار.
أ د / بوسلطان محمد - جامعة وهران .
أ د / رايس 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/حوبة عبد القادر - جامعة الوادي
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 هواري د / مغربي قويدر
د/إلياس نعيمة د / حمداوي محمد د / نوري أحلام
د / ثابتي بوحانة د / عصموني خليفة د / باسود عبد المالك
د / نايي عبد القادر د / دويني مختار د / مراح نعيمة
د / جعفري نعيمة د / زيري رمضان د / سعدي بن يحي
د / ولد الصديق ميلود د / بلخير طيب د / الحاج علي بدر الدين

هيئة تحرير المجلة

الدكتور ساسي محمد فيصل (رئيس التحرير) .
الدكتور عصموني خليفة. الدكتور باسود عبد المالك.
الدكتور بلخير طيب . الأستاذة فصراوي حنان.
الأستاذ خرشي عمر معمر. 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 وواقمها في الجزائر / جامعة الدكتور الطاهر مولاي سميدة

شروط النشر في مجلة الدراسات الحقوقية

- ❖ تختص المجلة بنشر المقالات والبحوث في مختلف الفروع القانونية بالشروط التالية :
- ❖ احترام القواعد الشكلية والموضوعية والعلمية للنشر وكتابة الورقة البحثية بأسلوب علمي وأكاديمي.
- ❖ 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، وأنه لم يرسل للنشر في مجلة أخرى، وأنه غير مستل من مذكرة ماجستير أو أطروحة دكتوراه.
- ❖ تبعث المقالات المرشحة للنشر إلى العنوان البريدي المبين أدناه مع إرسال المقال في قرص مضغوط مصحوب ب 3 نسخ على ورقة A 4 و التصريح الشرعي 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 وواقمها في الجزائر.
- ❖ نكتب المقالة بنظام " الورد " Word 2003 فيما يخص البحوث باللغة العربية فتكون بنسق كتابة "Traditional Arabic" مقياس 18. أما باللغة الفرنسية فيخط 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 وأن يكون التهميش في آخر المقال وأن يكتب بشكل عادي غير أوتوماتيكي.
- ❖ كما يتبع عنوان المداخلة باسم ولقب الباحث. ورتبته 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 وقيمه 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.
- جامعة الدكتور الطاهر مولاي - سعيدة / ص ب 138 حي النصر - سعيدة

وبشأن أي استفسار يمكن الاتصال عبر :

البريد الإلكتروني : revetudesdroit@gmail.com

هذا البريد الإلكتروني مخصص للاستفسارات وليس لاستقبال المقالات.

هاتف / فاكس : 048 47 16 26

مجلة الدراسات الحقوقية

ديسمبر 2016

العدد السادس

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
11	الحرية في الزواج بقلم <u>الدكتورة/ منادي مليكة</u> جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيده
39	أثر الرابطة الأسرية في ترتيب المسؤولية وتقدير الجزاء العقابي بقلم <u>الأستاذ/ بوزيان عبد الباقي</u> كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان
78	التقسيمات الإدارية وأثرها على الجماعات الإقليمية (البلديات) في الجزائر بقلم <u>الدكتورة/ جعفري نعيمة</u> كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة سعيده

97	<p>المراقبة الالكترونية ضمن السياسة العقابية الحديثة <u>بقلم الأستاذة / بوزيدي مختارية</u> جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة</p>
122	<p>أثر مبدأ حسن النية في الأخذ بالوكالة الظاهرة <u>بقلم الأستاذة / زيتوني فاطمة الزهراء</u> أستاذة مساعدة - كلية الحقوق العلوم السياسية جامعة تلمسان</p>
151	<p>النظام القانوني للأمر الجزائي بمنظور الأمر رقم 02/15 <u>بقلم الدكتورة / تايبي بوحانة</u> كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة سعيدة</p>
179	<p>استتجار الأرحام بين القانون والشريعة الإسلامية <u>بقلم الأستاذة / خاطر خيرة</u> جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة</p>
201	<p>تحرير الأسعار كضابط من ضوابط الممارسات التجارية في الجزائر <u>بقلم الأستاذ / لياس بروتوك</u> جامعة 08 ماي 1945 - قالة</p>

227	<p>دور رئيس المجلس الشعبي البلدي في تحقيق تسوية البنائيات غير الشرعية في ظل قانون مطابقة البنائيات رقم 15/08 بقلم الأستاذ / يوسف محمد الأستاذ الدكتور / مزيان محمد أمين كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة مستغانم</p>
251	<p>دور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في إقرار الحقوق والحريات الأساسية بقلم الأستاذة / زروقي عاسية جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة.</p>
272	<p>INDONESIA CULTURE CONSERVATION THROUGH THE LEGAL PROTECTION OF BATIK LUMAJANG TRADEMARK</p> <p>¹Ratnaningsih SH,MH,² Titik Sriastutik SH, MH ³Siti Umiyatun Azizah SH, MH ¹Team Chairman IbM, Universitas Lumajang, Jalan Musi No 12, Lumajang, 67352, Indonesia ²Team Member IbM, Universitas Lumajang, Jalan Musi No 12, Lumajang, 67352, Indonesia ³ Team Member IbM, Universitas Lumajang, Jalan Musi No 12, Lumajang, 67352, Indonesia</p>

افتتاحية العدد السادس

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على
أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين.

نزولا عند رغبة الزميل رئيس تحرير المجلة الذي أرى إلا أن تكون لي الكلمة
الإفتتاحية لهذا العدد الجديد من مجلة الدراسات الحقوقية الصادرة عن مخبر حماية
حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقمها في الجزائر.

هذا المخبر النشط القائم بتضافر جهود أساتذة كلية الحقوق والعلوم
السياسية بجامعة الدكتور مولاي الطاهر بسعيدة والذي أثبت قدرات علمية في وقت
وجيز من خلال تنظيمه لتظاهرات وندوات وملتقيات وطنية ودولية وأيام دراسية لمواضيع
ذات صلة بحقوق الإنسان. والذي يعتبر مفخرة الكلية لما أثبتته من نشاط علمي فعال،
ومنبر بحث للأساتذة والباحثين من مختلف جامعات الوطن.

وهامو المخبر يضع عددا جديدا للمجلة، وكلنا أمل أن يكون بما إحتواه من
بحوث ودراسات علمية عاملا من عوامل تنمية البحث العلمي والمساهمة في تطويره،
والعزم متواصل إن شاء الله أن يستمر العطاء في فتح آفاق للمعرفة والبحث العلمي على
الصعيدين الوطني والدولي.

إن هذا العدد لم يكن ليرى النور إلا بجهود الأساتذة القائمين على تحرير
المجلة، وكذا أعضائها وعلى رأسهم مدير المخبر الدكتور أسود محمد الأمين جازاه
الله عنا كل الخير لما يبذله من عناية واهتمام من أجل خلق جو من التنافس والنشاط في
سبيل ترقية وتشجيع الأعمال العلمية.

الدكتورة الياس نعيمة

رئيسة فرقة بحث بالمخبر

الحرية في الزواج

بقلم الدكتورة/ منادي مليكة

جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيده

مقدمة :

يعد الزواج من الحريات العامة، مما يقتضي ضرورة تمتع الشخص بكامل الإرادة و الحرية في تقرير الزواج من عدمه، و في اختيار الشريك الذي سيقاسمه الحياة دون شرط أو قيد، لأن الزواج وتكوين أسرة حق لكل شخص ابتداء من سن البلوغ، بصرف النظر عن الجنسية أو الأصل أو الدين طبقا للإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

و ضمانا لعدم المساس بهذه الحرية، يجب أن تعمل كل دولة على تجسيدها في إطار تشريعاتها، على شكل مبادئ ثابتة، إلا أن هذا التركيز لن يكون على نمط واحد، نظرا للاختلاف القائم بين الدول في المعتقدات والمناهج، و هذا ما سيكون له أثر على تباين شروط الزواج، فإلى أي حد يمكن أن يكون هذا المبدأ منسجما مع خصوصية كل دولة لا سيما الدول الإسلامية ؟ و ما مدى مشروعية تشريعاتها المنظمة لهذه الحرية ؟

طالما أن القاسم المشترك بين الأنظمة القانونية للدول الإسلامية، رغم تباينها، يكمن في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على نظام الأسرة، فإنه سيتم الاقتصار على قانون الأسرة الجزائري، من خلال الوقوف على نقطتين؛ مفهوم الحرية في الزواج (المبحث الأول)، ونطاقها (المبحث الثاني).

المبحث الأول : مفهوم الحرية في الزواج

تقوم سائر العقود بما فيها الزواج على الرضا و الاختيار، لذا ينبغي أن تكون للشخص الحرية التامة و الكاملة، في الإقدام أو الإحجام عن إبرام هذا العقد، ليس هذا فحسب بل و في حرية اختيار الشريك.

و على هذا الأساس، لا يمكن تصور مفهوما للحرية في الزواج خارج هذه النقاط الثلاثة⁽¹⁾ ، حرية عدم الزواج (المطلب الأول)، حرية تقرير الزواج (المطلب الثاني) حرية الاختيار(المطلب الثالث).

المطلب الأول: حرية عدم الزواج

إن التسليم بحرية الشخص في تقرير الزواج، تقتضي التسليم في ذات الوقت بحريته في عدم الزواج، ذلك أن الزواج لا يعد أمرا إجباريا أو مفروضا على الشخص (الفرع الأول)، و منه فإن العدول عن الخطبة (الفرع الثاني) ليس إلا تجسيد لهذه الحرية.

الفرع الأول: عدم إجبارية الزواج

إن في خلق آدم و زوجه إشارة إلى تزامن الازدواج في الكائن البشري مع بداية الخلق، لقوله تعالى: ﴿ خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا ﴾⁽²⁾، و قوله أيضا: ﴿ وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ جَعَلَكُمْ أَزْوَاجًا ﴾⁽³⁾، و هكذا أصبحت الزوجية سنة كونية تلتقي فيها أنماط الكائنات⁽⁴⁾.

مما يجعل الإعراض عن الزواج، في إطار ما يعرف بالرهبانية، أمرا مبتدعا لم يشرعه أي دين سماوي استنادا لقوله تعالى: ﴿ تُمْ فَقَيْنَا عَلَى آثَارِهِمْ بِرُسُلِنَا وَقَقَيْنَا بَعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ وَآتَيْنَاهُ الْإِنْجِيلَ وَجَعَلْنَا فِي قُلُوبِ الَّذِينَ اتَّبَعُوهُ رَأْفَةً وَرَحْمَةً وَرَهْبَانِيَّةً ابْتَدَعُوهَا مَا كَتَبْنَاهَا عَلَيْهِمْ إِلَّا ابْتِغَاءَ رِضْوَانِ اللَّهِ فَمَا رَعَوْهَا حَقَّ رِعَايَتِهَا فَآتَيْنَا الَّذِينَ آمَنُوا مِنْهُمْ أَجْرَهُمْ وَكَثِيرٌ مِنْهُمْ فَاسِقُونَ ﴾⁽⁵⁾.

كما أن حث التشريع الإسلامي على الزواج و الترغيب فيه، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيْنَ وَحَفْدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ ﴾⁽⁶⁾، و قوله (ص): "من تزوج فقد أحرز شطر دينه فليتنق الله في الشطر الآخر"، لا يعني أن الزواج مسألة مفروضة على الشخص، إذا ما قرر عدم الزواج.

و في ذات الصدد، يذهب الفقه الإسلامي في تحديد حكم الزواج، إلى اعتباره فرضاً أو واجباً، إذا ما تيقن الشخص أو غلب على ظنه الوقوع في الزنا مع قدرته على التزامات الزواج المادية والمعنوية⁽⁷⁾، و مع ذلك لا يجوز إجباره على الزواج إذا ما أعرض عن ذلك، لأن الواجب أو الفرض إذا لم يفعله المكلف توقع عليه العقوبة، و لا يفرض عليه أدائه.

الفرع الثاني: العدول عن الخطبة

تعتبر الخطبة عامة، سواء اقترنت بقراءة الفاتحة أو لم تقرن مجرد وعد بالزواج، لذا شرع لكل من الطرفين الحق في العدول عنها، فلا يجوز حملهما على الزواج رغماً عن إرادتهما، و ما هذا في حقيقة الأمر إلا تكريس لمبدأ الحرية في عدم الزواج. إذ تنص المادة الخامسة من قانون الأسرة بأن: " الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة..."، و في ذات الاتجاه تنص المادة الموالية في فقرتها الأولى على: "إن اقتزان الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجاً".

إن العدول عن الخطبة لا يترتب أية مسؤولية كأصل عام، إلا إذا سبب ضرر للآخر، لأنه من غير المعقول أن يخول القانون حقاً للشخص، ثم يوقع عليه الجزاء لا لسبب سوى لأنه استعمل هذا الحق، فلا يجوز التعويض عن مجرد العدول، إلا إذا نتج عنه إلحاق الضرر بالطرف الآخر، و يستوي أن يكون الضرر مادياً أو معنوياً طبقاً للفقرة الثالثة من ذات

المادة و التي تنص بأنه : " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض ". و من زاوية أخرى، إذا ما تنازل الشخص عن حق العدول، فإنه يكون قد رفض استعمال هذا الحق، مما يؤكد تمسكه بحقه في إتمام الزواج بكل حرية.

المطلب الثاني : حرية تقرير الزواج

إن حرية الزواج تفترض مبدئياً؛ حرية الشخص عامة، سواء كان رجلاً أو امرأة، في تقرير الزواج، متى كان غير متزوج، و على وجه الخصوص حرته في إعادة الزواج أو التعدد، عندما يتعلق الأمر بالرجل لوحده.

غير أن ممارسة هذه الحرية ترد عليها بعض الاستثناءات، إذ يمنع الشخص في حالات معينة من الزواج، إلا إذا حصل على ترخيص بالزواج (أولاً)، أو على إذن بالتعدد (ثانياً).

و هذا ما يثير التساؤل عن مدى مشروعية هذه القيود ؟

الفرع الأول: الترخيص بالزواج

تنص المادة السابعة من قانون الأسرة على أنه : "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة. و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج..."

مما لا شك فيه، أن الهدف من تحديد أهلية الزواج يتمثل في منع الأشخاص من الإقدام على الزواج، قبل الاستعداد النفسي و العقلي والجسمي لتحمل أعباء الزواج⁽⁸⁾، من أجل ضمان استمراره، و في كل الأحوال لا يمكن أن يعتبر هذا المنع مساسا بحرية الزواج، وبالرجوع إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان نجد أنه يمنح الحق في الزواج و تكوين أسرة للشخص ابتداء من سن معينة، ألا و هي سن البلوغ هذا من جهة.

و من جهة أخرى، فإن الزواج قبل بلوغ السن القانوني، أصبح منافيا لمتطلبات العصر، و غير متماش مع الواقع الاجتماعي الجزائري، حسيما أكدته النتائج الأولية للإحصاء العام حول السكان و السكن، والذي يبين وضعية الزواج في الجزائر بالأرقام بشأن الزواج، الذي ارتفع بصورة واضحة بالنسبة للجنسين، فالأرقام تبين أن السن المتوسط الزواج بالنسبة للذكور قد ارتفع إلى 31,3، في حين بالنسبة للإناث قد ارتفع إلى 27,6 منه⁽⁹⁾، ليرتفع سنة 2010 إلى 31 سنة بالنسبة للفتاة و 33 سنة بالنسبة للفتى⁽¹⁰⁾.

و بالإضافة، فإن الزواج دون السن القانوني غالبا ما يعوزه الرضا التام والاختيار السليم، نظرا لتدخل الأهل و قلة الوعي بالحياة الزوجية، بسبب عدم النضج النفسي و الفكري و العاطفي، فمن الحتمي أن يكون عبئا ثقيلا يفوق قدرات هؤلاء الصبية الأزواج، و ضربا من ضروب العبث بالحياة الزوجية⁽¹¹⁾.

و على هذا النحو، فقد قرر الترخيص بالزواج كنوع من الحماية لمصلحة القاصر، فإذا ما تعلق بالمصلحة العامة كان أوجب، كما هو الحال بالنسبة للزواج مع الأجانب، حيث يخضع لإجراءات تنظيمية طبقاً للمادة 31 من قانون الأسرة، تتمثل في الحصول على رخصة من الوالي⁽¹²⁾، أما إذا كان المواطن فرداً من أفراد الجيش الوطني أو موظفي الأمن، فيتوجب عليه الحصول على رخصة كتابية من الجهة التي تملك التعيين⁽¹³⁾. فهل هذا الأمر ينطبق أيضاً في حالة الإذن بالتعدد؟

الفرع الثاني: الإذن بالتعدد

لقد نصت المادة الثامنة من قانون الأسرة على إباحة التعدد، بناء على إذن يمنحه القاضي، بعد تقديره مدى توافر المبرر الشرعي المحصور في المرض أو العقم، وفقاً للمرسوم الوزاري رقم 84-102 المؤرخ في 1984/09/23، وكذا شروط و نية العدل، فضلاً عن تأكده من موافقة كل من الزوجة السابقة و اللاحقة.

بينما في حالة التدليس، فإن المادة 8 مكرر من نفس القانون تجيز لكل زوجة رفع دعوى التطليق، الأمر الذي يعد مقبولاً فيما يتعلق بالزوجة الأولى، لأن زواجهما نشأ صحيحاً، مما يجعل مطالبتها بحله مستساغاً، خلافاً للزوجة الثانية، لأن زواجهما أبرم في ظل التدليس، مما يجعله قابلاً للإبطال.

و هذا ما يمكن استنتاجه من المادة 8 مكرر من قانون الأسرة والتي تنص بأن: "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول..."، فاستعمال مصطلح "يفسخ" إنما يجزنا إلى المواد 32 و 33 و 33 من ذات القانون، حيث عالج المشرع بطلان الزواج، و هذا ما يؤكد بطلان هذا العقد ما لم يستصدر الزوج ترخيصا قضائيا.

و الحقيقة، أنه رغم اشتراط الإذن القضائي لإباحة التعدد، فإن المادة الثامنة لا تشكل مساسا بحرية الرجل في الزواج التعددي، بالنظر لإمكانية زواجه مرة أخرى زواجا عرفيا دون الحاجة إلى الإذن القضائي، و الذي يضيق على الرجل في إطار كيفية إبرام الزواج فقط، إذ يجد نفسه مضطرا لإعادة الزواج بصفة غير رسمية.

إن تمتع الرجل بهذا الحيز من الحرية، لن يكون بطبيعة الحال على حساب المرأة، فبالنسبة للزوجة الأولى، لها كامل الحرية أن تقرر الاستمرار في العلاقة الزوجية، أو عدم الاستمرار فيتم التخليق، و نفس الحكم بالنسبة للزوجة الثانية، فلها إجازة العقد أو التمسك بإبطاله نظرا لانتفاء حريتها في الاختيار.

المطلب الثالث: حرية الاختيار

يجب أن يكون الزواج وليد الإرادة الحرة و المختارة، فلا ينعقد لمجرد موافقة طرفيه على العقد، بل يجب أن تنصب هذه الموافقة على شخص

بعينه، كما لا يكفي التأكيد على الرضا باعتباره ركن الزواج الوحيد وفقا للمادة التاسعة من قانون الأسرة، دون كفالة الشروط الموضوعية لتحقيقه.

نظرا لأن تحري الرضا يقتضي الحرص على عدم انتزاع هذه الموافقة، تحت فعل التهديد أو الإكراه، مما قد يدعو إلى القول بضرورة تولي طرفيه مباشرة العقد بنفسيهما.

إذن حرية الاختيار تثير مسألتين هامتين ؛ الزواج بالوكالة (الفرع الأول)، و الإكراه في الزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الزواج بالوكالة

قد لا ينسجم مفهوم الوكالة كثيرا مع طبيعة الزواج، باعتباره عقد شخصي صرف، و هذا ما ذهب إليه القانون رقم 59-274 الصادر في 1959/02/04 من إلغاء للوكالة، بالنص صراحة على انعقاد الزواج بتراضي الزوجين تحت طائلة البطلان، ما لم يكن التعبير عن الرضا شفويا و علنيا و صادرا من الزوجين شخصيا⁽¹⁴⁾.

الأمر الذي أجازته المادة 20 من القانون رقم 84-11 للزوج وحده، بنصها على أنه : "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة"، و كأن الوكالة تمس بحرية الزواج عندما يتعلق الأمر بالمرأة دون الرجل، مما قد يفسر بأنه توخي للحماية من طرف المشرع

ضمانا لرضا المرأة التام، نظرا لصالّة حظوظها في التفريق مقارنة بالرجل،
فيفهم منعها من التوكل بأنه احتفاظ لها بحق مباشرة العقد بنفسها.

كان من الممكن جدا القول بأن تلك هي غاية المشرع، لو أنه لم
يحسم في هذا الموضوع، بإعطاء الولي مهمة مباشرة العقد⁽¹⁵⁾، و على
النقيض من ذلك، فإن الأمر رقم 09/05 قد ألغى هذه المادة بموجب
المادة 18 منه و التي تنص بأن: " تلغى المواد 12 و 20...".

و ليس في مخالفة المشرع لآراء الفقه الإسلامي في هذه الحالة ضير،
طالما أن التوكيل مسألة اجتهادية، إلا أن في هذا التوجه عدم مراعاة ما
يحقق مصلحة الزوجين في بعض الأحيان، كغياب أحدهما عن مجلس
العقد، لا سيما إذا وجدت أسباب معقولة تبرز ذلك.

و لعل في هذا المسلك، ما يؤكد حرص المشرع على صحة عقد
الزواج عن طريق تحري رضا الزوجين، تحسبا لإمكانية عدولهما لحظة إبرام
العقد، ولكفالة نوع من الاستقرار لعقود الزواج، فينأى بهذا العقد عن
دعاوى القابلية للإبطال، خاصة تلك المؤسسة على الإكراه.

الفرع الثاني: الإكراه في الزواج

لم يتطرق قانون الأسرة لعيب الإكراه في الزواج، سواء كان صادرا
من أحد المتعاقدين أو من الغير، باستثناء تلك الصورة المحدودة المتعلقة

بمنع نظرية الجبر وفقا للمادة 13 منه، مما يعني الرجوع إلى المادة 222 من ذات القانون، و التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

إذ يرى المذهب الحنفي بصحة الزواج المنعقد تحت الإكراه، استنادا إلى قوله (ص): "ثلاثة جدهن جد و هزهن جد النكاح والطلاق و العتاق"⁽¹⁶⁾، لأن الزواج يعتبر من العقود التي ترتب أحكامها فور صدور أسبابها، فأحكامها لا تنفصل عن صيغتها⁽¹⁷⁾.

بينما يذهب الشافعية و الحنابلة إلى عدم انعقاد الزواج في حالة الإكراه، لعدم تحقق القصد في إبرام العقد، فالمكره لم يقصد العقد بل النجاة بنفسه، لذا فإن الألفاظ و إن دلت على العقد ظاهريا، إلا أنها تفقد معناها⁽¹⁸⁾، مصداقا لقوله (ص): "رفع عن أمي الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه"⁽¹⁹⁾. في حين يرى المالكية صحة العقد و عدم لزومه، و للزوج الخيار في إمضائه أو فسخه⁽²⁰⁾، و هذا ما يقابل العقد القابل للإبطال طبقا لمصطلحات القانون المدني⁽²¹⁾.

من الواضح، أنه لا يمكن التعويل على المذهب الحنفي لمخالفته للقواعد الشرعية، و المبادئ التشريعية الخاصة بنظرية البطلان، كما أن الأخذ بموقف الشافعية و الحنابلة يعني التسليم بأن الإكراه يعدم الرضا، في حين أنه يعيبه، لذا يترجح المذهب المالكي، ذلك أن الشريعة الإسلامية حريصة على ضرورة بناء الأسرة على أسس قوية من الرضا و

الاختيار ضمانا لاستقرارها و إستمراريتها، مما جعل الهزل وعدم القصد مستبعدان في الزواج لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَزَّمُوا عُقَدَةَ النَّكَاحِ﴾⁽²²⁾، وقوله أيضا: ﴿وَإِنْ عَزَّمُوا الطَّلَاقَ﴾⁽²³⁾.

فضلا عن أن هذا الحديث "ثلاثة جدهن..." مختلف في توثيقه، فقد اعتبره ابن معين و يحيى بن سعيد، ابن المديني و النسائي حديثا ضعيفا، و اعتبره أبو زرعة و أبو حاتم حديثا مضطرب أمره⁽²⁴⁾.

و أخيرا يجدر التنويه، إلى أن إعطاء الشخص الحرية المطلقة في الزواج قد يؤدي إلى الإضرار بالأزواج أنفسهم⁽²⁵⁾، و أحيانا بالمجتمع، و هذا ما يستدعي وجود قواعد تحد من هذه الحرية و تضبطها، بمنع بعض حالات الزواج بين بعض الأشخاص لأسباب ذات صبغة دينية، صحية و أخلاقية، و هذا ما يجرننا إلى الحديث عن الموانع تحديدا لنطاق هذه الحرية.

المبحث الثاني: نطاق الحرية

مما لا شك فيه، أن هناك بعض الأسباب الدينية و الصحية و الأخلاقية، تدعو إلى ضبط الحرية في الزواج، مما يجعل هذه الضوابط لحماية المجتمع و حفظ المصالح الخاصة بالزوجين، و في ذات الوقت تعد أسباب تمنع قيام الزواج، و هذا ما يبرز دورها في تكوين هذا العقد ذلك أن تخلفها يعد شرطا لإتمامه.

و عموما تتمثل هذه الموانع في القرابة (المطلب الأول)، تباين الدين (المطلب الثاني)، الانشغال بحق الغير و الطلاق الثالث (المطلب الثالث).

المطلب الأول: القرابة

تشكل القرابة نظاما اجتماعيا، يحدد العلاقات بين أفراد معينين في المجتمع، باعتبارها جملة من الروابط الدموية، الالتزامات الاقتصادية، الحقوق والواجبات الاجتماعية و السياسية و الشعائر الدينية و المعايير الخلقية⁽²⁶⁾، وعلى وجه الخصوص فإنها تعد مانعا من موانع الزواج.

و يمكن تصنيفها إلى قرابة النسب (الفرع الأول)، قرابة المصاهرة و الرضاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قرابة النسب

بعدها أكدت المادة 23 من قانون الأسرة على ضرورة خلو كل من الزوجين من الموانع الشرعية، أعقبتها المواد اللاحقة لتفصيل هذا المبدأ، دون أن تعتبر هذه المواد مصدرا لمعانة الأفراد، لعدم مصادرة حريتهم في الزواج في هذه الحالات⁽²⁷⁾.

لأن المسألة تتعلق بأحكام ثابتة لا تتغير في الزمان و المكان، وضعتها الشريعة الإسلامية لرفع الحرج و الضيق بين هؤلاء الأقارب

الأقربين، الذين غالبا ما يعيشون مع بعض، و بتقرير هذه الموانع يسيطر نفور معنوي يمنع العلاقات الجنسية بين هؤلاء المحارم، لأن الفطرة السليمة تأتي بإباحة هذه العلاقات بين ما يعتبر جزء منها، و هي جزء منه، أو كانا معا جزء.

و تنص المادة 25 من قانون الأسرة بأن: "المحرمات بالقراة هي : الأمهات، و البنات، و الأخوات، و العمات، و الخالات و بنات الأخ، و بنات الأخت"، و الملاحظ استعمال مفردة عامة و هي كلمة البنات، الأمر الذي يثير التساؤل عن مدى شمول هذا الحكم بنات الفروع، ثم أن هذا المانع يقتصر على البنت الشرعية أم تجاوزها إلى البنت غير الشرعية ؟.

بالرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة، يذهب الجمهور إلى تحريم الفرع و فروعه و إن تراخت الوسائط بينه و بينهن، و لا يغير من هذا الوصف كونه شرعيا أو طبيعيا⁽²⁸⁾، خلافا للشافعي الذي يقصر المانع على القراة الشرعية، و بانتفاء الزواج ينتفي النسب و منه التحريم، فتبقى أجنبية عنه لا تلزمه نفقتها و لا يتوارثان⁽²⁹⁾.

من الواضح رجحان رأي الجمهور لتوافر القراة في هذه الحالة، إذ تظل البنت جزء منه لأنها مخلوقة من مائه، و بهذا يكون هذا الرأي أفضل حل للحد من ظاهرة زنا المحارم، التي أصبحت تعكس انحلال المجتمع في

الوقت الراهن، ولا يغير من هذه الحقيقة مدى استحقاقها النفقة و الإرث، ذلك أن النفقة والميراث أثران من آثار الزواج، و من المنطقي عدم ترتيب الأحكام في غياب المصدر و هو عقد الزواج⁽³⁰⁾.

و مع ذلك، فإن المانع قد يثور بسبب علاقات القرابة غير النسبية كقرباني المصاهرة و الرضاع.

الفرع الثاني : المصاهرة و الرضاع

تنص المادة 26 من قانون الأسرة على الأشخاص المشمولين بمانع المصاهرة و هم : "أصول الزوجة بمجرد العقد عليها، فروعها إن حصل الدخول بها، أرامل و مطلقات أصول الزوج و إن علوا، أرامل أو مطلقات فروع الزوج و إن نزلوا".

من الواضح، أن المانع قد يترتب على مجرد إبرام العقد صحيحا، و أحيانا يتطلب زيادة على ذلك أن يتم الدخول كما هو الحال بالنسبة لفروع الزوجة، في حين أثار الفقه الإسلامي حالة أخرى و هي حرمة المصاهرة بالزنا.

إذ يذهب الحنفية و أحمد أن الزنا يثبت حرمة المصاهرة، استنادا إلى الحديث الشريف الذي يقضي بأن رجلا جاء لرسول الله (ص) قائلا: " يا رسول الله إني زنيت بامرأة في الجاهلية أنكح بنتها ؟ فقال رسول الله لا

أرى ذلك و لا يصح أن تنكح امرأة تتطلع من ابنتها على ما تتطلع عليه منها"⁽³¹⁾، كما أن المخالطة بالزنا سبب للولد يثبت به التحريم قياسا على المخالطة الشرعية⁽³²⁾.

إلا أن هذا القياس فاسد لوجود الفارق، لأن الزنا توجب الحد ولا تثبت النسب، خلافا للوطء في الزواج، لذا يذهب الشافعي و مالك إلى عدم ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا، استنادا إلى قوله (ص) : "لا يحرم الحرام الحلال إنما ما كان من النكاح"⁽³³⁾، فضلا عن حظر الشرع للزنا فلا يمكن بعد ذلك أن يكون سببا للنعم، لذا لا يمكن التسليم بقدرته على إلحاق الأجانب بالأقارب⁽³⁴⁾.

مما تقدم، يتضح وجاهة الرأي الثاني و قوة أسانيده، كما نراه أكثر ملاءمة للعصر الحالي حيث انتشرت المفاسد و الفواحش و حتى لا يكون الزنا بهذه الصورة عائقا أمام الزواج، فلا يعقل أن يكون المحظور سببا في زوال الحلال، كما أن الشارع الحكيم لما حدد المحرمات لم يذكر ضمنها المزني بها.

في حين تنص المادة 27 من قانون الأسرة على أنه : "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"، و بهذا يكون المشرع قد أحسن صنعا لمخالفته رأي الجمهور القائل بتوسيع نطاق هذا المنع، ليشمل كل الحالات الخاصة بجرمة الرضاع من نسب و مصاهرة، وهذا تسهيلا

للزواج لأن حرمة الرضاع حرمة استثنائية، فمن المصلحة عدم التوسع فيها، لعدم تصريح النصوص الشرعية بذكر المصاهرة أصلاً، وفقاً لما ذهب إليه ابن تيمية و ابن القيم و الشيعة⁽³⁵⁾، كان هذا عن الموانع المؤبدة، فماذا عن الموانع المؤقتة و على وجه الخصوص تباين الدين.

المطلب الثاني : تباين الدين

يعد السكن الروحي من أسمى مقاصد الزواج، إلا أن بلوغه لا يكون إلى بوحدة أفكار و مشاعر الزوجين، من خلال اشتراكهما في المبادئ و الآراء المستوحاة من قناعاتهما و معتقداتهما، لما للديانة من أثر بالغ في رسم شخصية الإنسان، الأمر الذي ينعكس على الزواج، و متى كان لكل من الزوجين ديانتته، يسود النزاع لتباين الأهداف و التوجهات⁽³⁶⁾، و قد يصل إلى حد الصراع تجسيدا لرغبة كل منهما في ترسيخ مبادئه، و غرس معتقداته في أولاده.

لذا فإن تباين الدين يعد مانعا من موانع الزواج بالنسبة للمسلم (الفرع الأول)، و المسلمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: زواج المسلم

لم يتطرق قانون الأسرة لتباين الدين باعتباره مانعا للزواج، عندما يتعلق الأمر بالرجل، مما قد يفسر بأن زواج المسلم بغير المسلمة جائز في

جميع الحالات، إلا أن مثل هذا القول لا يصح على إطلاقه، إذا لم يتم استثناء الكافرة، وهي من لا تدين بأي دين سماوي، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ﴾⁽³⁷⁾، ومع ذلك، فإن زواج المسلم بالكتابية، وإن أجازته الجمهور لانصراف لفظ المشرك إلى غير أهل الكتاب، مما تؤكدُه أغلب الآيات في عطفها المشركين على أهل الكتاب، والأصل في العطف أن يكون المعطوف مغايراً للمعطوف عليه⁽³⁸⁾، فقد ذهب ابن حزم إلى تحريمه، إذا كانت الكتابية تعتقد بالتثليث أو أن عزيزاً أو المسيح أبناء الله⁽³⁹⁾، لدخولها في عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ﴾.

ليس هذا فحسب، فقد ذهب الإمام محمد الغزالي إلى القول بعدم وجود أهل الكتاب في العصر الحالي، نظراً لابتعادهم عن أحكام التوراة والإنجيل، كما أن الزواج بالكتابية إنما أجاز للمسلم القادر على قيادة أسرته وفقاً لتعاليم دينه، الأمر الذي يكذبه واقع المسلمين حالياً⁽⁴⁰⁾.

غير أن الإمام مالك اعتبره مكروهاً إذا كان من غير ضرورة⁽⁴¹⁾، لما ينتج عنه من فتنة وخطورة بالنسبة للمرأة والمجتمع الإسلامي عامة، وهذا ما تنبه له عمر بن الخطاب لما علم بزواج حذيفة بن اليمان من يهودية، فطلب منه أن يطلقها، حتى لا يقتدي به غيره، فتتضرر المسلمات لأن حقهن في اختيار الزوج يقتصر على المسلم فقط.

الفرع الثاني : زواج المسلمة

تنص المادة 2/30 من قانون الأسرة على اعتبار اختلاف الدين مانعا من موانع الزواج بقولها: "كما يحرم مؤقتا... زواج المسلمة بغير المسلم".

مما لا شك فيه، أن الشريعة الإسلامية قد أعطت للمرأة الحق في اختيار زوجها، منذ أربعة عشرة قرنا، إلا أنها قيدت هذا الحق بالمبدأ الإسلامي السليم، وفقا لأحكام خاصة لا سيما عند اختلاف الدين بين الزوجين، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ ﴾⁽⁴²⁾.

أما فيما يتعلق بالزواج من أهل الكتاب، فإن المسألة تعد من المبادئ الثابتة في التشريع الإسلامي، لوجود النص المبيح للزواج من الكتابية دون الكتابي، لقوله تعالى: ﴿ الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ ﴾⁽⁴³⁾، وللإجماع المانع للزواج من الكتابي قطعاً لولاية الكافرين على المسلمين.

و في هذا الصدد، يرى الأستاذ عبد الهادي عباس، أنه ما دامت النصوص القرآنية و النبوية لم تمنع هذا الزواج لا صراحة و لا ضمنا، فإنه

لا يمكن تبني فكرة المنع، خاصة و أن الإجماع لا يرقى إلى مستوى النص شأنه شأن العرف بالنسبة للنص المكتوب المقرر رسمياً⁽⁴⁴⁾.

الحقيقة، أن الإجماع لا يرقى إلى مستوى النص الإلهي، إلا أنه إذا انعقد بشأن مسألة معينة، فإن حكمه يعد ثابتاً لا يجوز المساس به، كما أن العامل البشري لا ينزع الصفة الشرعية عن الحكم، لصدور هذا الأخير من أهله في إطار الشرع، لتبيان الأحكام و الكشف عنها، فإن تضافرت جهود المجتهدين و انضمت إلى بعضها في نسق واحد، كأن جمعهم مجلس واحد مثلاً، كان اتفاقهم كالمسموع عن رسول الله لثبوت عصمة الأمة عن الخطأ⁽⁴⁵⁾.

و عموماً، يعتبر تباين الدين مانعاً للزواج بالنسبة للرجل و المرأة على النحو الذي قدمناه سابقاً، لذا فهو استثناء يرد على مبدأ حرية الاختيار، دون أن يوصف بالتضييق على الأفراد، لتعلقه بالنظام العام، رعاية لمصلحة المجتمع، و لا يعد هذا المانع وحده المتعلق بالنظام العام، بل يوجد إلى جانبه موانع أخرى كالانشغال بحق الغير و الطلاق الثلاث.

المطلب الثالث : الانشغال بحق الغير و الطلاق الثلاث

تنص المادة 30 من قانون الأسرة بأن: "يحرم من النساء مؤقتاً . المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثاً.

كما يحرم مؤقتا : "الجمع بين الأختين أو بين المرأة و عمته
أوخالته سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع".

لقد حددت هذه المادة الموانع المؤقتة في فئات متعددة، يمكن
إجمالها في نقطتين، الانشغال بحق الغير (الفرع الأول)، الطلاق الثلاث
(الفرع الثاني).

الفرع الأول : الانشغال بحق الغير

يعد الانشغال بحق الغير مانعا من موانع الزواج، يتحقق في الحالات
التالية؛ محصنة أو معتدة الغير، الجمع بين بعض القريبات، فأما المحصنة
فيمنع الزواج معها، لتعلق حق الزوج بها، نظرا لأن تعدد الأزواج محظور
شرعا، و نفس الحكم يصدق على المعتدة من طلاق أو وفاة لاستمرار
آثار الزواج السابق.

و قد أجمع الفقهاء على بطلان الزواج في العدة، إلا أنهم اختلفوا
في بعض أحكام، إذ يعتبره الإمام مالك و الأوزاعي و الليث بن سعد
مانعا مؤبدا، بالنظر إلى إفساده للنسب و لاستعجال الحق قبل أوانه،
قياسا على اعتبار القتل مانع من موانع الإرث⁽⁴⁶⁾.

بينما أبو حنيفة و الشافعي و أحمد و الثوري فيعتبرونه مانعا مؤقتا،
قياسا على جواز نكاح الرجل بمن زنى بها⁽⁴⁷⁾، وهذا هو الراجح لعدم

جواز التحريم بغير نص، كما أن العدة في حد ذاتها مانع مؤقت، بانقضائها ينتفي المنع و يرتفع التحريم.

بالإضافة إلى ذلك، فإن الجمع بين المحارم يعتبر مانعا مؤقتا، إذ يمنع الجمع بين الأختين و لو في العدة لقوله تعالى : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ (48) ، و بين المرأة و عمتها أو خالتها لقوله (ص) : " لا يجمع بين المرأة و عمتها و المرأة و خالتها" (49) ، ولما ينتج عن هذا الزواج من قطع للأرحام.

الفرع الثاني : الطلاق الثلاث

يعد الطلاق الثلاث مانعا مؤقتا طبقا للمادة 30 من قانون الأسرة، بالنسبة للزواج الأول، إذ نصت المادة 51 من ذات القانون بأنه : "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

إن الطلاق الثلاث لا يتقرر إلا بعد صدور ثلاث أحكام قضائية متتالية تقضي بانحلال عقد الزواج، و هذا ما يوافق مفهوم الطلاق المكمل للثلاث عند الفقه الإسلامي، نتيجة حصر المشرع لمفهوم الطلاق عامة في الطلاق البائن بينونة صغرى دون الطلاق الرجعي، إذ لا يتقرر إلا بعد صدور حكم قضائي بوقوعه وفقا للمادة 49 من قانون الأسرة.

و إن كان المشرع قد خالف أحكام الفقه الإسلامي، من حيث إعطائه مفهوم مغاير للأصل العام المقرر في الطلاق، إلا أنه وافق قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ... فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽⁵⁰⁾، فللزواج إذن أن يطلق زوجته مرتان و له حق مراجعتها شرعا بدون تكاليف إلا إذا انقضت عدتها، أين يتعين عليه إبرام عقد جديد بمهر جديد، فإن طلقها للمرة الثالثة، أو بلفظ الثلاث عند الجمهور، كان حكم القانون ألا تعود إليه، إلا إذا تزوجت غيره و مات عنها أو طلقها بعد الدخول، و انقضت عدتها منه.

و في اتجاه مناقض سار المشرع التونسي، بمنعه مراجعة المطلقة ثلاثا منعا مطلقا⁽⁵¹⁾ حتى بعد زواجها ثانية، و لو كان هذا الزواج صحيحا بدعوى سد الباب في وجه التلاعب بالتحليل، مخالفا بذلك ما نص عليه القرآن الكريم والسنة النبوية و ما وقع عليه إجماع الفقهاء، وهذا ما يشكل مساسا بحرية الأفراد في الزواج، لما في هذا المنع من مخالفة للأحكام الشرعية، التي تقرر الحظر في إطار ضوابط محددة لها مبرراتها و غاياتها، فضلا عن أن التحليل والتحریم إنما هي من عمل الشارع الحكيم، فلا يملك المشرع تحليل أو تحریم ما حرم أو أحل الله.

خاتمة :

إن الاعتراف بالحرية في الزواج بأبعادها الثلاثة ؛ يفترض تحديد ضوابطها الشرعية، كما أن تكريس حرية الزواج يتطلب توفير الأرضية الملائمة التي تضمن الرضا التام و الاختيار الكامل للزوجين، كضرورة بلوغ سن معينة، اشتراط حضور الأطراف خاصة المرأة مجلس العقد، مباشرتهما للعقد بنفسيهما، و هذه الأمور جميعها عالجها قانون الأسرة.

إلا أن هذا لا يكفي، لعدم تنظيمه لكل الأحكام المتعلقة بالرضا، فلم يتطرق إلى عوارض الأهلية الخاصة بالزواج، بوصفه عقد شخصي من طبيعة خاصة، تستوجب قواعد بذات الخصوصية لضبط قواعده، ولا للصورية وأثرها على عقد الزواج، كما أنه أغفل تنظيم عيوب الإرادة باستثناء تلك الحالة المحدودة المتعلقة بإكراه الولي من المادة 13 من هذا القانون، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن احترام حرية الشخص في تقرير الزواج ابتداء، يقتضي احترام ذات الحرية في إنهاء الزواج، متى اتجهت إرادته في عدم الاستمرارية، و إلا أصبحت هذه الحرية مجرد نوع من العبث لا جدوى منه.

غير أن إطلاق الحرية في فك الرابطة الزوجية دون قيد أو شرط، من شأنه أن يخل بنظام الزواج ويعصف باستقرار الأسر والمجتمع بأكمله، لذا كان من الضروري إحاطتها بالشروط اللازمة لضبطها، وهذا ما

جسده الشارع الحكيم، من خلال تشريع الطلاق، ونظمه قانون الأسرة في المواد 48 و49 و53 و54.

إذ يتضح من هذه النصوص، أن حظوظ الزوج في التفريق أوفر منها بالنسبة للزوجة، لما يتمتع به من حق القوامة، ومع ذلك، فإنه لا يملك أن ينهي زواجه بالشكل والكيفية التي يريدتها مهما كانت، بل عليه اللجوء للقضاء قصد استصدار حكم يقرر ذلك، مما يجعل طلاقه بائنا بينونة صغرى فلا يستطيع مراجعة مطلقته إلا بعقد ومهر جديدين، خلافاً للفقهاء الإسلامي الذي يعتبر الطلاق رجعيًا كأصل عام.

الهوامش :

- (1) Alain Bénabent, droit de la famille, éditions montchrestien, lextenso éditions, 2012, P 26.
- (2) سورة النساء، الآية 1.
- (3) سورة فاطر، الآية 11.
- (4) عُجْد التومي، نظام الأسرة في الإسلام، شركة الشهاب، ص 47.
- (5) سورة الحديد، الآية 27.
- (6) سورة النحل، الآية 72.
- (7) عُجْد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط. 2، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1977، ص 48.
- (8) د. رمضان أبو السعود، الموجز في شرح أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، دار المطبوعات الجامعية، 1997، ص 200.

(9) الزواج في الجزائر بالأرقام، جريدة الخبر الأسبوعي، العدد 20، 21 إلى 1999/07/27، ص10.

(10) الزواج لم يعد أولوية، جريدة المساء، عدد 4306، 13 أبريل 2011، ص 17.

(11) الطاهر حداد، امرأتان في الشريعة والمجتمع، ط 4، الدار التونسية للنشر، 1985، ص 151.

(12) طبقا لقرار وزارة الداخلية الصادر في 1980/02/11.

(13) وفقا للمرسوم رقم 481/83 الصادر في 1983/08/13، المتضمن تحديد الأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني.

) L'article 2 dispose que : "Le mariage se forme par le consentement des 4(1 deux époux. A peine de nullité le consentement est exprimé verbalement, publiquement et en personne..."

(15) تنص المادة 11 من القانون 11/84 بأن : "يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها فأحد أقاربها الأولين...".

(16) الحافظ بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام في أدلة الأحكام، دار النهضة للطباعة و النشر، ص226.

(17) محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، 1996، ص389.

(18) د. محمد يوسف موسى، الأموال و نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، 1996، ص362 و 363.

(19) الحافظ أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح، المكتبة العصرية، 2003، ص435.

(20) الباجي، المنتقى على شرح موطأ الإمام مالك، ج.3، دار الكتاب العربي، ص310.

(21) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج 2، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية 1998، ص 614.

(22) و (23) سورة البقرة، الآيتان 233 و 227.

- (24) د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، قضايا المرأة بين تعاليم الإسلام و تقاليد المجتمع، ط.1، المكتب الإسلامي، 1988، ص 175 و 176.
- (25) إن تحقيق غايات الزواج مرهون ببلوغ المتعاقدين قدرا معيناً من النمو العقلي والجسدي، تدليلاً على قدرة واستعداد كل منهما على تحمل أعباء الزواج النفسية والجسدية وغيرها، وهذا ما يفترض مبدئياً أن يتم الزواج بين شخصين من جنسين مختلفين.
- لذا فإنه من غير المتصور إضفاء صفة الزواج على تلك العلاقات الشاذة التي تقوم بين أشخاص من نفس الجنس، كما يكون من الصعب القول بقبول زواج عديمي سالتمييز لما فيه من عبث لكن بالحياة الزوجية، وإضرار بمؤلاء الصبية الأزواج.
- (26) مُجَّد عبد الرحيم، القرابة و الميراث في المجتمع بين القواعد الشرعية و التصرفات الواقعية، مكتبة الثقافة الدينية، 1993، ص 33.
- (27) ماريز دويدار، حرية الزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القضائية، الاقتصادية و السياسية، العدد 3، 1974، ص 51.
- (28) مُجَّد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، 2001، ص 250.
- (29) مُجَّد الخطيب الشريبي، مغني المحتاج، ج.03 شركة ساي، ص 185.
- (30) ابن الهمام، شرح فتح القدير للعاجز الفقير، ج.3، دار إحياء التراث العربي، ص 167.
- (31) الإمام مالك، المدونة، ج.2، دار صادر، ص 179.
- (32) ابن الهمام، المرجع السابق، ص 129.
- (33) الإمام مالك، الموطأ، رواية بن يحيى الليثي، ط.5، دار النفائس، 1981، ص 363.
- (34) ابن قدامة، المغني و الشرح الكبير، د.67، دار الكتاب العربي، 1983، ص 482.
- (35) ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي حيز العباد، ط.1، دار ابن حزم، 1999، ص 1064.
- (36) الإمام مُجَّد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ص 99.

- (37) سورة البقرة، الآية 221.
- (38) مُجَدِّد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص187، ابن الهمام، المرجع السابق، ص135، ابن قدامة، المرجع السابق، ص500.
- (39) ابن حزم، المحلى، ج.9، ط.2، دار الأندلس، 1986، ص616.
- (40) مُجَدِّد الغزالي، قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة و الوافدة، ط.1، دار الهناء للطبع و النشر و التوزيع، 2001، ص204.
- (41) الإمام مالك، المرجع السابق، ج.2، ص306.
- (42) سورة البقرة، الآية 221.
- (43) سورة المائدة، الآية 5.
- (44) عبد الهادي عباس، المرأة و حضارات الشعوب و أنظمتها، ج.2، طلاس للدراسات و الترجمة و النشر، 1987، ص524 و 525.
- (45) مُجَدِّد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، ص179.
- (46) الإمام مالك، المرجع السابق، ج.2، ص440 و ما بعدها.
- (47) مُجَدِّد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص394.
- (48) سورة النساء، الآية 23.
- (49) الإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج.9، ط.1، مكتبة الصفا، 2003، ص72.
- (50) سورة البقرة، الآيتان 229 و 230.
- (51) ينص الفصل 1/14 من جملة الأحوال الشخصية الصادر في 04 مارس 1958 أن: "موانع الزواج قسمان مؤبدة : القرابة أو المصاهرة أو الرضاع، و التطليق بالثلاث".

أثر الرباط الأسري في ترتيب المسؤولية و تقدير الجزاء العقابي

بقلم الأستاذ / بوزيان عبد الباقي

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أبي بكر بلقايد / تلمسان

مقدمة:

إن اللجوء إلى العنف في العلاقات الشخصية الأسرية ، إضافة إلى أنه في غالبه يعبر عن أزمة في العلاقة وإخفاق في التواصل، فهو يعكس وجود علاقات سيطرة لا تزال تطبع الروابط بين الجنسين عموماً، بحيث كثيراً ما يبدو فيها العنف الذكوري داخل الأسرة بمجتمعاتنا وكأنه آلية من آليات الضبط والتحكم في النساء أو ممارسة للسلطة الأبوية داخل الأسرة، مما يفقد التمييز بين استعمال الحق وحسن النية أو الإساءة في استعمال الحق.

لذا إتجهت بعض النظم الجنائية للأخذ بفكرة تخفيف عقوبة الجاني في بعض قضايا العنف الأسري عندما تكون الجريمة تحت مسمى جريمة الشرف، أو لوجود ظروف مخففة أخرى أساسها صلة الدم كما يطلق عليها في بعض الأنظمة¹. والغاية من ذلك أن يمنح للقاضي جعل العقاب متناسباً مع حالة المتهم الخاصة ومركزه القانوني ضمن العلاقة الأسرية،

ولهذا الغرض نفسه أقر المشرع للعقوبات حداً أقصى وحداً أدنى² حسب كل حالة وتقدير.

وتؤثر الرابطة الأسرية³ في تحديد الجزاء فتجعله سبباً مبيحاً للفعل كما قد تكون القرابة سبباً مخففاً في بعض الجرائم، ومشدداً للعقاب في حالات، وقد يعفي الجاني من العقاب بالنظر إلى هذه العلاقة. لذا نتناول بالدراسة أهم عنصرين وهما مجال أسباب الإباحة وحالة تخفيف العقوبة، وذلك بإحاطة لمختلف الأوضاع والحالات التي تتضمنها التشريعات الجزائية المغربية في حمايتها للرابطة الأسرية .

المبحث الأول: أسباب الإباحة

باعتبار الإباحة تمثل مجموع الظروف التي تلغى الصفة التجريبية للسلوك المرتكب، أو تبرر لمن توافرت لديه أن يرتكب فعلاً أو تركاً جرمه المشرع الجنائي في نص من النصوص، وإن ما يلاحظ أن علة التجريم وعلة الإباحة مرتبطتان، بحيث يمكن إستخلاص ثانيهما من أولهما، من حيث أن علة التجريم هي حماية حق أو مصلحة من خلال إضفاء صبغة عدم المشروعية على السلوك نظراً لما يتميز به من خطر على مقتضيات النظام الإجتماعي⁴ ، وهذا هو نفس أساس الإباحة في جرائم الأسرة.

بالإضافة إلى أن أسباب الإباحة في الجرائم الماسة بالأسرة تدخل ضمن ما أذن به القانون، ولفظ القانون الذي إستعمله المشرع لفظ واسع

يتسع ليشمل كل قاعدة قانونية سواء كانت محددة في نص تشريعي أو قاعدة واردة بالشريعة الإسلامية أو عرفا ساريا. وهذا لكون مبدأ الشرعية كذلك يرخص التفسير الواسع في حال أسباب الإباحة⁵. لذلك يستلزم الأمر بيان أساس الإباحة و طبيعته وفق ما يأخذه من صور في جرائم الأسرة على نحو ما يرد.

المطلب الأول: طبيعة أسباب الإباحة في جرائم الأسرة

إن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية من حيث أساسها وعناصرها وأثرها، يترتب على توافرها رفع صفة الجريمة عن الفعل نظرا لإرتكابه في ظروف خاصة لا يصح معها تطبيق نصوص التجريم.

وتختلف طبيعة أسباب الإباحة عن طبيعة موانع المسؤولية الجنائية فهي أمور ذات طبيعة شخصية لأنها تصيب الشخص في إرادته فتعيبها أو تعدمها مما يمكن القول معه أن أسباب الإباحة ترجع إلى ظروف خارجة عن شخص الفاعل بخلاف موانع المسؤولية التي ترجع إلى عوامل داخلية تتعلق بالإدراك والإرادة وما تصاب به من نقص أو إنعدام.

وهو نفس الاختلاف المتعلق بمكنة الصفح الصادر عن الزوجة في حال المتابعة الجزائية للفاعل الزوج ، وفق ما رتبته المشرع الجزائري من المستحدث من الإجراءات بموجب التعديل الجديد لقانون العقوبات⁶ بإمكانية الصفح في حالة كل من

أحدث جرحا أو ضربا بزوجه هذا التجريم المستحدث بنفس القانون بموجب الفقرة 09 من المادة 266 مكرر من قانون العقوبات⁷ ، إلا أن هذا الصفح جاء مقيد وليس عام في مجال تطبيقه طبقا للفقرة الأخيرة من نفس المادة بنصها " تكون العقوبة السجن من خمس (5) إلى عشر (10) سنوات في الحالة الثالثة (3) في حالة صفح الضحية" أي أن المشرع الجزائري جعل العقوبة مخففة في الحالة الثالثة من نفس المادة مخفضا الحد للحد الأدنى والأعلى للعقوبة، مما يمكن القاضي الجزائري أن يعمل سلطته التقديرية وفق هذا النظام الجزائي في تقرير العقوبة وتقديرها بما يتوافق و رغبة الشخص المعلن عن صفحه والشخص الفاعل ضمن ضمان بقاء العلاقة الأسرية قائمة.

هذا مما يجعلنا نتسأل عن جدوى إدراج مسألة الصفح في الحالة الثالثة من نفس المادة والتي نشأ فيها عن جرم الضرب بتر أحد الأعضاء أو فقد البصر أمام تقرير عقوبة (5) سنوات مثلا فتنفيذ هذه العقوبة يجعل كل من الضحية والمنتهم في حالة إنفصال بعيدا عن أداء أدوارهم الاجتماعية خاصة إذا كان بينهما أبناء مشتركين ، في حالة توقيع العقوبة على الفاعل وهذا ما لم نجد له تطبيقا ضمن التشريع التونسي والمغربي.

هذا القصور التشريعي ضمن التشريع المغربي والتونسي تداركه المشرع الجزائري بموجب التعديل الأخير لقانون العقوبات بإستحداث مسألة الصفح كذلك بموجب المادة 266 مكرر 1 الفقرة 6⁸ في تجريمه

لأعمال التعدي أو العنف اللفظي أو النفسي المتكرر الذي يجعل الضحية في حالة تمس بكرامتها أو تؤثر على سلامتها البدنية أو النفسية متوسعا في مجال التجريم حتى ولو كان الفاعل زوجا سابقا متى كانت الأفعال ذات صلة بالعلاقة الزوجية السابقة.

وهو نفس الأثر المترتب عن صفح الزوج في حالة قيام جريمة الإكراه أو التخويف للتصرف في ممتلكات أو الموارد المالية للزوجة طبقا للفقرة 2 من المادة 330 مكرر من تعديل قانون العقوبات بنصها " يعاقب بالحبس من ستة (6) إلى سنتين (2) كل من مارس على زوجته أي شكل من أشكال الإكراه أو التخويف ليتصرف في ممتلكاتها أومواردها المالية .

يضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية.

وعليه فإن ما إستحدثته المشرع العقابي الجزائري من تقرير للحماية الجزائية لهذه الجرائم الواقعة على الأزواج وما تبعه من سياسة جزائية وفق تقرير مسألة الصفح بما يضمن نوع من الوصال العائلي لا نجد له تطبيقات ضمن التطبيقات التشريعية المغربية.

بخلاف حالة لإباحة التي تجد لها تطبيقات ضمن التشريعات المغربية والتي تركز على أساس حماية حق أو مصلحة جديدة بالحماية، أي أنها تركز على عناصر موضوعية لا علاقة لها بنفسية الجاني أو المجني عليه، غير أن التشريعات المغربية في جرائم الأسرة وخاصة في حالة

إستعمال أو ممارسة حق التأديب ضمن العلاقة الأسرية يتطلب عنصرا نفسيا كحسن النية.

و من أثر أسباب الإباحة أن لا يقتصر عل الفاعل الأصلي وحده، بل يمتد إلى شركائه وذلك تأسيسا على أن للفرع حكم الأصل. بخلاف ذلك في جرائم الأسرة حيث لا يستفيد الشريك من أسباب الإباحة، وإستثناء هذا الحكم في حالة الشريك ضمن واقعة الزنا.

و تأخذ أسباب الإباحة مجال لها في الجرائم الماسة بالأسرة وفق عدة صور.

المطلب الثاني: صور أسباب الإباحة في جرائم الأسرة

تنحصر أسباب الإباحة في صدد موضوعنا في صورة ما تعلق بتأديب الأولاد (أولا) أو الزوجة (ثانيا)، بما يسمى حق التأديب لمن يخول له القانون إستعمال هذا الحق⁹. وأساسه ضمن التشريع الجزائري الحكم الذي يستفاد بمفهوم المخالفة لنص المادة 269 ق.ع¹⁰ فيما يتعلق بتأديب الأولاد إذ جاء فيها "... أو إرتكب ضده عمدا أي عمل آخر من أعمال العنف أوالتعدي فيما عدا الإيذاء الخفيف.. "

و تعرض المشرع الجنائي المغربي لآثر الإباحة ولبعض صورها في الفصل 124 الفقرة الأولى أهمها حق التأديب ونجده ينص في الفصل

408 على عقوبة الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات في حق كل من جرح أو ضرب عمدا طفلا دون الخامسة عشر من عمره... أو ارتكب عمدا ضد الطفل أي نوع من أنواع الإيذاء فيما عدا الإيذاء الخفيف. وهو نفس توجه المشرع التونسي ضمن الفصل **319** من المجلة الجزائية.

إذ بذلك تضمنت التشريعات المغربية صور لإستعمال هذا الحق¹¹

بياتها فيما يلي

بداية بحق تأديب الأولاد إذ أحاط المشرع الجنائي المغربي الطفولة بمجموعة من القوانين الخاصة التي ترتبط بطبيعة الطفل الجسدية والعقلية، لأجل حماية الطفل وذلك عن طريق تجريم كل أفعال الإيذاء التي قد يتعرض لها في ذاته أو في نفسه.

ومن بين أكثر أنواع الإيذاء شيوعا ضد الأطفال، نجد الإيذاء البدني، والذي يرتكب لأهداف التربية والتأديب الممارس من الأب أو الأم لأبنائهم¹² والذي يجب أن لا يلحق أي أذى بالصغير إلا إذا بدر منه إخلال بواجب من واجباته العامة أو الخاصة¹³ مع عدم اللجوء إلى الضرب عند وجود البديل الأقل ضررا أو عند التحقق من كونه لا ينفع في تأديب الصغير، وأن تكون غاية الضرب التأديب¹⁴، لكي يعد فعلا مبررا إلا أن حق التأديب هذا المخول للآباء إذ تجاوز هذه الغاية وأصبح العنف أو الأذى الناجم عنه مقصودا لذاته كنا أمام إساءة صادرة من

المؤدب وهي التعسف في إستعماله لهذا الحق مما يوجب مسألتته جزائيا فإذا تجاوز الوالد حدود التأديب المباح حق عليه العقاب المقرر لجرمة الضرب العمدي.

إذ يثبت حق التأديب لمن يعهد إليه شرعا أو قانونا أو إتفاقا بتربية الطفل أو تعليمه¹⁵ ما لم يوجد نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويستحق التأديب الطفل الذي لا يتجاوز سن السادس عشر ضمن التشريع الجزائري ، وهو حق يتعلق بالولاية على النفس في حالة تأديب الأب لإبنه¹⁶. ويمكن القول أن في تربية الأبناء وتهذيبهم إلتزام خلقي وهو فعل يجازى عليه القانون¹⁷.

إلا أن هذه الإجازة قد تقود الحدث إلى عدم الإستقرار في حياته نتيجة ضربه بحجة تأديبه، وقد تنمى لديه الشعور بالإضطراب الذي يمكن أن يؤدي به إلى التشرد والسلوك المنحرف¹⁸. لذلك وجب معرفة حدود تأديب الأبناء وهي:

أن لا يقع فعل الضرب على موضع يخشى على سلامة جسم الصغير من إصابته فيه فإذا زاد هذا التأديب على هذا القدر اللازم لإصلاح الأولاد فإنه يكون متجاوزا لحقه بالضرر الذي ألحقه بالأولاد¹⁹ ومن ثم يتابع جزائيا على جرمة الإيذاء العمدي ضد قاصر وتطبق في شأنه أحكام المواد 269 وما يليها من قانون العقوبات الجزائري²⁰.

مع اشتراط أن يكون هذا الفعل بقصد التأديب، وتهذيبه لحماية من بواعث الانحراف، وإصلاح سلوكه ومنعه من الإنقياد إلى نوازع الشر ومخاطره²¹ ، فقد سمحت الشريعة الإسلامية للأب والأم وللوصي والمعلم ولكل من له سلطة أو إشراف على الطفل بحق تأديبه بقصد العلاج ويبدأ ذلك بالترغيب واللوم بالقول وقد يصل في الحالات القصوى إلى ضربه الضرب الخفيف²² .

لأن الطفل ما زال يحتاج إلى من يقوم على تربيته وتنشئته جسمانياً ونفسياً وإجتماعياً، وهذا هو الدور الذي تضطلع به الأسرة بعيد عن أي قصد خلاف التأديب²³ .

و جاء شرط قصد التأديب واضحاً ضمن التشريع التونسي بموجب الفقرة الثانية من الفصل 319 من المجلة الجزائية²⁴ ، بنصها " أمّا إذا كان العنف خفيفاً والقصد منه مجرد تأديب الطفل فإنّ القانون الجنائي التونسي لا يعاقب الأبوين عن ارتكابه. بعد أن قرر العقاب على أحد الوالدين الذي يلحق الأذى بأولاده نتيجة عنف، بشرط أن يكون العنف قاتلاً أو ناجماً عنه سقوط طبقاً للفصلان 218 و 219 من المجلة الجزائية، أو شديداً طبقاً للفصل 218 من المجلة الجزائية²⁵

ونجد القانون المغربي خفض سن الطفل المشمول بالحماية إلى 15 سنة مقارنة بالمشروع الجزائري توسيعاً لمجال الأشخاص المشمولين بالحماية ،

وقد عاقب المشرع التونسي بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات كل من جرح أو ضرب عمدا طفلا دون الخامسة عشر من عمره... أو ارتكب عمدا ضد هذا الطفل أي نوع آخر من أنواع العنف أو الإيذاء فيما عدا الإيذاء الخفيف طبقا للفصل 408 المسطرة الجزائية فمقتضيات هذا الفصل إذن تنص صراحة على عدم العقاب على الإيذاء الخفيف بمعنى إباحة الحق في التأديب عن طريق الإيذاء الخفيف.

غير أن ما يلاحظ على المشرع المغربي في هذا الإطار هو أنه لم يبين ما معنى الإيذاء الخفيف وما هي حدوده، فما قد يعتبر إيذاء خفيفا في مجتمع أو أسرة ما قد لا يعتبر كذلك في مجتمع أو أسرة أخرى، وما قد يعتبر إيذاء خفيفا عند بعض الأشخاص قد لا يعتبر كذلك عند الأشخاص الآخرين.

ولاشك أن إنتفاء المسؤولية الجنائية عن الشخص الذي يضرب الطفل ضربا خفيفا في الحدود المعقولة تأديبا له لا يرجع إلى إنتفاء القصد الجنائي عند سلامة نيته وابتغائه الخير لإبنه، بل يرجع إلى الإباحة المنصوص عليها قانونا²⁶. وهي نفس الإباحة المقررة في حق تأديب الزوجة.

اذ أن شمولية هذا الحق وطبيعته القانونية يكون بداية بنظرة الشريعة الإسلامية التي أباحت حق تأديب الزوجة وحددت شروط

ممارسة هذا الحق حيث جاء في سورة النساء " وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا " ²⁷ وعليه فإذا ثبت ارتكاب الزوجة لمعصية فلا يجوز للزوج اللجوء إلى الضرب قبل إستنفاد ماقررتة الشرعية الإسلامية تدرجا في وسائل التأديب، فإذا إستمرت الزوجة في المعصية وجب الضرب ²⁸.

وفيما يتعلق بضرب الزوجة فليس للزوج أن يضرب زوجته أي ضرب شاء، فحقه مقيد بضربها ضربا غير مبرح ²⁹. حيث يجب أن لا يكون شديدا أو شائنا وأنه إذا ثبت أن إصلاح الزوجة لا يكون إلا بضرب شديد أو شائن فلا يجوز للزوج اللجوء إليه وإذا حدث وأن لجأ إليه فإنه سيكون محل مسائلة جزائية وفق أحكام التجريم الواردة بالتشريعات المغربية كالمادة 264 من ق.ع الجزائري الواردة ضمن قواعد التجريم العام بالإضافة إلى النص الخاص المستحدث بالتجريم وتشديد العقاب لمن يضرب زوجته بموجب المادة 266 مكرر " : كل من أحدث عمدا جرحا أو ضربا بزوجه يعاقب كما يأتي :

1 . بالحبس من سنة (1) إلى ثلاث(3) سنوات إذا لم ينشأ عن الجرح و الضرب أي مرض أو عجز كلي عن العمل يفوق خمسة عشر (15) يوما،

2 . بالحبس من سنتين (2) إلى خمس سنوات (5) إذا نشأ عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر (15) يوما ،

3 . بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا نشأ عن الجرح أو الضرب فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من إستعماله أو فقد البصر أو فقد بصر إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى ،

4 . بالسجن المؤبد إذا أدى الضرب أو الجرح المرتكب عمدا إلى الوفاة بدون قصد إحداثها.

وتقوم الجريمة سواء كان الفاعل يقيم أو لا يقيم في نفس المسكن مع الضحية.

كما تقوم الجريمة أيضا إذا ارتكبت أعمال العنف من قبل الزوج السابق، وتبين أن الأفعال ذات صلة بالعلاقة الزوجية السابقة .

لايستفيد الفاعل من ظروف التخفيف إذا كانت الضحية حاملا أو معاقة أو إذا ارتكبت الجريمة بحضور الأبناء القصر أو تحت التهديد بالسلاح

يضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية في الحالتين (1) (2).

تكون العقوبة السجن من خمس (5) إلى عشر (10) سنوات في الحالة الثالثة (3) في حالة صفح الضحية"

أي وفق للأثر الناتج عن الضرب ، مثلما هو الوضع بالتشريع التونسي الذي اعتبره ضرفا مشددا بموجب الفصل 218 من المجلة الجزائية " من يتعمد إحداث جروح أو ضرب أو غير ذلك من أنواع العنف ولم تكن داخلة فيما هو مقرر بالفصل 319 يعاقب بالسجن مدة عام وبخطية قدرها ألف دينار.

وإذا كان المعتدي خلفا للمعتدى عليه أو زوجا له، يكون العقاب بالسجن مدة عامين وبخطية قدرها ألفا دينار.

وهو نفس التخصيص بالمادة 404 من قانون الجنائي المغربي³⁰ يعاقب كل من ارتكب عمدا ضربا أو جرحا أو أي نوع آخر من العنف أو الإيذاء ضد أحد أصوله أو ضد كافله أو ضد زوجه كما يلي:

1 - في الحالات المنصوص عليها في الفصلين 400 و401، ضعف العقوبة المقررة لكل حالة، حسب التفصيلات المشار إليها فيهما.

2 - في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من الفصل 402، السجن من عشر إلى عشرين سنة. أما في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية، فهي السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة.

3 - في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من الفصل 403، السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة. أما في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية، فهي السجن المؤبد.

وبما أن الغاية من الضرب إصلاح حال الزوجة وردها عن المعاصي ومواجهة نشوزها³¹. فليس للزوج التذرع بهذا الحق لضرب زوجته ضربا شديدا³². لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " إن لكم عليهن أن لا يوطئن فراشكم أحد تكرهونه، فإن فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح".
والضرب غير المبرح هو الضرب غير الشديد، الذي لا يترك أثرا³³.

وإن البحث في مسألة الطبيعة القانونية لحق الزوج في تأديب زوجته على ما جرى قوله سابقا فإنه صورة من صور استعمال الحق بوصفه أحد أهم أسباب الإباحة، كونها تحقق صالحا عاما³⁴ بسببه أجاز المشرع القيام بها دون مانع قانوني كونها تنزع عن الفعل الإجرامي صفة الإجرامية وتعود به إلى أصله من الإباحة.³⁵ مادام يلتزم حدود وشروط استعمال هذا الحق.

واعتبر المشرع الجزائري أنّ الضرب المبرح أو العنف بصفة عامة من قبل الزوج يدخل في مفهوم الضرر المبرر للتطيق، وهذا ما أكدّه في نص المادة 10/53 من قانون الأسرة.

وهو نفس المفهوم الذي أتى به المشرع التونسي وأضاف إليه إمكانية تقديم شكوى وهذا بنص الفصل 23 مجلة الأحوال الشخصية على أنه: "على كل واحد من الزوجين أن يُعامل الآخر ويُحسن عشرته ويتجنب إلحاق الضرر به..." ويمكن للزوجة تتبّع زوجها الذي يُسيء معاشرتها، إمّا بالتشكي ضده جزائيا أو بمقاضاته مدنيا .

فعلى المستوى الجزائري، يمكنها رفع شكوى إلى وكيل الجمهورية إذا كانت الإساءة تشكّل جريمة يعاقب القانون عن ارتكابها. كما يمكنها رفع دعوى بالطلاق للضرر تسمح لها بطلب التعويض عن الضررين المادي والمعنوي، مع إمكانية طلب التعويض المادي في صورة نفقة عمرية بالاعتماد على أحكام الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية.

و هذا ما ذهبت إليه ممارسة القضاء الجزائري، ومما جاء بقرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 12 جانفي 1987 بأنه "حيث حقا أنه من المقرر شرعا أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأت بأسباب شرعية التي تعتمد عليها ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعا يعد خرقا للقواعد الشرعية. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطليقها من زوجها بناء على أنه يهينها أويسيء إليها دون أن تدعم أقوالها بأي دليل، فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء بتطليقها خرقوا النصوص

الفقهية وحكموا دون دليل. ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه.³⁶

كما أنّ القضاء الجزائري في أكثر من مرة لم يعترف بتقديم شهادة طبية لوحدها من أجل إثبات الضرر الناتج عن ضرب الزوج لزوجته، وهذا حسب قرار المحكمة العليا³⁷ الذي ينص على أنه: " من المقرر شرعا و قانونا أنّ تقديم الشهادة الطبية وحدها لإثبات الضرر في التطلاق لا يعمل بها باعتبار أنّ الطبيب لم يشاهد فاعل الضرب، وإنما يشهد بما يراه على جسم الإنسان. ومن ثم فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ مخالفا للقواعد الشرعية و القانونية...".

ومن شروط إستعمال الحق كسب للإباحة في تأديب الزوجة أن تتوافر جملة من الشروط بداية

بوجود الحق أي أنه كلما وجد الحق وجدت مصلحة القانون ومن ثم يقرر حمايتها لإعتبارات يقدرها كونها جدير بالحماية- كطبيعة العلاقات الأسرية- وهذا يعنى بقول آخر أن المشرع عندما يقرر للزوج إستعمال حق تأديب أفراد أسرته بحكم كونه رب الأسرة³⁸ وذلك تحقيقا لمصلحة أعم وأهم وهي مصلحة الأسرة في حفظ وحدتها وإنسجامها ومن ثم تحقيق مصلحة المجتمع الذي يستمد قوته وصحته الإجتماعية من قوة وصحة مجموع الأسر فيه³⁹.

وكشرط ثاني هو إلتزام الحدود المقررة قانونا في إستعماله إذ أن القانون لا يقر حقوقا مطلقة من أي قيد، فحق الزوج في تأديب زوجته⁴⁰ هو حق خاص به فقط ولا يجوز له أن ينيب غيره في ممارسته أيضا ولو كان النائب من محارمها وذلك لخصوصية العلاقة بين الزوجين⁴¹.

ولا يباح للزوج في حق التأديب سوى الضرب الخفيف، تحقيقا لمصلحة الأسرة التي من أهم مقوماتها توافر شروط إستحقاق الزوجة أن تكون ملكة البيت في أمانة الحفاظ على مصلحة الأسرة⁴².

ولا يستقيم كل من الشرطين السابقين إلا من خلال إكتمال إلتزام حسن النية في إستعمال الحق، فحق تأديب الزوجة لا يقرره المشرع بوصفه غاية بذاته، وإنما يقرره لكي يكون وسيلة للوصول إلى تحقيق غاية مشروعة. أي أنها لا تمارس إلا بحسن نية، فإذا مارس الزوج هذا الحق بسوء النية تترتب عليه المسؤولية الجزائية⁴³.

وإن كان هذا لا ينفي طبعاً وجود أشكال أخرى من العنف التي تسلطها النساء على الرجال فهي محل سكوت، مثلما سكت المشرع التونسي والجزائري عن ذكر الإغتصاب الزوجي صراحة كصورة من صور العنف بخلاف المشرع المغربي الذي جرم الفعل، مما جعل التساؤل مطروحا حول مدى إمكانية قيام جريمة الإغتصاب في ظل العلاقة

الزوجية، فهل إجبار الزوج لزوجته على المعاشرة الجنسية بدون رضاها يمثل جريمة يعاقب عليها جزائياً؟⁴⁴ .

بالإضافة إلى هذا كله فإنه ونظراً لخصوصية حق التأديب فقد كان لابد من التمييز بين إلتزام حسن النية في إستعماله عموماً، وما يتجاوز من إستعمال لهذا الحق فإذا حدث هذا التجاوز فإنه بذلك يخرج هذا السلوك من دائرة الإباحة إلى دائرة التجريم ولكن يمكن أن يشمل بظروف التخفيف.

المبحث الثاني: الظروف المخففة

لقد كفل المشرع الجنائي المغاربي حق الإنسان في الحياة، حيث عاقب بشدة على جريمة القتل العمد في صورتها البسيطة بالسجن المؤبد أو بالإعدام في حالة إقتراها بظرف من ظروف التشديد.

إلا أن المشرع المغاربي أخذ بعين الإعتبار بعض الظروف التي قد تدفع الشخص لارتكاب جريمة القتل وذلك تحت تأثير قوى معينة مما يستدعي النظر إلى مسؤوليته بعين التخفيف في العقاب.

و إن الظروف المخففة هي أسباب متروكة لتقدير القاضي تحوله حق تخفيض العقوبة في الحدود التي عينها القانون. بنظره إلى كل ما يتعلق بماديات العمل الإجرامي وبشخص المجرم وبمن وقعت عليه الجريمة

وكذلك كل ما أحاط ذلك العمل ومرتكبه والضحية من ملابس وظروف⁴⁵.

ووفق نظرة المشرع الجزائري الجزائري ، فقد نص بالمادة 277 من ق.ع على أنه يستفيد من الأعذار المخففة للجاني الذي ارتكب جريمة القتل من تخفيض العقوبة قانوناً وبصفة إلزامية، والأعذار تختلف عن حالة الدفاع الشرعي فإذا توافرت شروطه نبحت عن مدى إنطباق العذر⁴⁶.

وبناء على ما سبق تقديمه يمكن عرض أهم صور ظروف التخفيف في الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ضمن التشريعات المغاربية وفق ما يلي :

المطلب الأول: جريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة

لقد راعى المشرع المغاربي صفة الأمومة في جريمة قتل الطفل الحديث العهد بالولادة المنصوص عليها في المادة 259 ق.ع الجزائري و نص المادة 261 ق.ع الجزائري الفقرة الثانية والفصل 397 من القانون الجنائي المغربي وأمام الاختلاف البين في حالات جرائم القتل، لم يجد المشرع الجنائي المغاربي بدا من تنويع الجزاءات المستحقة وفق ما يقتضيه مبدأ تفريد العقاب⁴⁷. كما هو الشأن في حالة قتل الأم لطفلها الوليد⁴⁸ التي تعتبر من الحوادث النادرة، ذلك أن عاطفة الأمومة تغطي على النساء بصفة عامة فمن النادر أن تتجرأ أم على قتل وليدها، إلا إذا قام لديها سبب أدى بها إلى الإقدام على قتل وليدها⁴⁹.

ومن بين الأسباب التي قد تدفع المرأة إلى قتل وليدها، الضغوط النفسية والإجتماعية والنظرة السيئة للمرأة التي تحمل ابن غير شرعي، وما يلحق بها من عار، أو بدافع الشفقة والرحمة إذا كان الوليد مشوه الخلق أو لرغبة الأم في قطع علاقتها نهائيا بزوجها الذي طلقها⁵⁰.

وعلى كل حال، فقد إرتأ المشرع الجنائي المغربي تخفيف عقوبة الأم التي تقتل وليدها سواء كانت فاعلة أصلية أو مشاركة إذ تعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات طبقا للفصل 397 ق.ج⁵¹.

ومثله المشرع الجزائري، في فرضه لعقوبة مخففة في حق الأم سواء كانت فاعلة أصلية أو شريكة وذلك بالسجن من عشرة سنوات إلى عشرين سنة بدلا من عقوبة الإعدام. بنصها "ومع ذلك تعاقب الأم سواء كانت فاعلة أصلية أو شريكة في قتل ابنها حديث العهد بالولادة بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة على أن لا يطبق هذا النص على من ساهموا أو إشتراكوا معها في إرتكاب الجريمة."

وهو نفس الجزاء المقرر لدى المشرع التونسي بالفصل 211 من المجلة الجزائية بنصها " تعاقب بالسجن مدة عشرة أعوام الأم القاتلة لمولودها بمجرد ولادته أو إثر ولادته .

وتتحقق الاستفادة من ظروف التخفيف ضمن التشريع الجزائري في هذه الجناية بمجموعة من الشروط تتوافق وشروط التجريم بالتشريعات

المغربية، هذه الشروط فصل فيها القضاء الجزائري وفق ما قضى به المجلس الأعلى في 21 أبريل 1981⁵² " تتحقق جناية قتل الطفل حديث العهد بالولادة من قبل أمه الجناية المنصوص والمعاقب عليها في المادتين 259 و261 الفقرة 2 من قانون العقوبات، بقيام الأركان التالية:

1- أن يولد الطفل حيا.

2- أن تقوم الجناية بفعل يؤدي حتما إلى وفاة المولود كعدم ربط حبله السري.

3- صفة الجانية: أن تكون أم المجني عليه.

4- القصد الجنائي.

وهي نفس الشروط المتطلبية ضمن التشريع المغربي وتفصيل هذه العناصر على نحو ما يأتي :

1- يجب أن يولد الطفل حيا وإثبات حياة الطفل تكون على عاتق النيابة العامة، فالمهم هو أن يعيش بعد ولادته ولو دقيقة واحدة، وتحديد اللحظة التي يكون فيها الطفل حديث العهد بالولادة هي مسألة تقديرية فيعاقب القاتل إذا أزهق روح الطفل أثناء تلك الفترة القصيرة والتي كان

فيها الطفل حيا⁵³. أي أن المشرع تطلب عنصرا مفترضا في هاته الجناية وهو أن ينصب القتل على طفل حديث العهد بالولادة⁵⁴.

2- أن تقوم الجناية بفعل إيجابي من شأنه إحداث الوفاة، أو بفعل سلبي يؤدي حتما إلى وفاة المولود. وقد جاء في قرار المجلس الأعلى الجزائري الصادر في **04** جانفي **1983** بأنه " في جريمة القتل العمد يكون الجاني مسؤولا عن وفاة المجني عليه متى كانت النتيجة وهي الوفاة مرتبطة بنشاطه إرتباط وثيقا لايسمح في التردد في القول بأن هذا النشاط هو السبب المباشر في حدوث الموت سواء حصل القتل بفعل الجاني أو وقع بطريقة سلبية وهو مايسمى بالقتل بالترك أو بالإمتناع كالأم التي امتنعت عمدا عن قطع الحبل السري ليموت طفلها حديث العهد بالولادة ، فمات لأن وفات المولود مرتبطة بإمتناع أمه عن القيام بواجبها إرتباط السبب بالمسبب " ⁵⁵.

3- أن تكون الجانية أمأ للمجني عليه بإعتباره الغاية التي جاء من أجلها تخفيف العقاب، أما فيما يخص المتهمين من غير الأم فإن وصف المولود حديثا لا أثر له إطلاقا على جسامة العقوبة ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليه المادة **44** فقرة **2** من قانون العقوبات الجزائري على أنه " لا تؤثر الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد أو تخفيف العقوبة أو الإعفاء منها إلا بالنسبة للفاعل أو الشريك الذي تتصل به هذه الظروف " وهذا هو المبدأ العام كما جاءت به المادة **261** الفقرة **2** من ق.ع الجزائري

لتؤكدده صراحة بأنه لا يطبق ظرف التخفيف على المساهمين، لأنه ظرف شخصي للأم، لأنهم مرتكبون لجريمة القتل بصورة مستقلة⁵⁶.

ومن التطبيقات القضائية في ذلك ما جاء في قرار المجلس الأعلى⁵⁷ على أنه " يعاقب القانون الأم التي قتلت طفلها حديث العهد بالولادة لا بالعقوبة المقررة للقتل العمد وإنما بعقوبة مخففة هي السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين عاما غير أنه لا يستفيد من هذا العذر المخفف غيرها ممن ساهموا أو اشتركوا معها كالزوج مثلا وذلك طبقا لأحكام المادة 261 الفقرة 2 من قانون العقوبات".

ومن ثم فإنه في إطار المسؤولية الجزائية إذا ما كانت الأم في إحدى حالات إمتناع المسؤولية، من جنون أو إكراه فإن هذه الأحكام لا تمتد إلى المساهمين معها، كما لا يستفيد المساهمون مع الأم في إنقضاء الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق العقوبة عليها أو من الأعذار إذا توافرت فيها وهذا تطبيق آخر لمبدأ إستقلالية التجريم.

وإن المشرع الجنائي المغربي نص صراحة من خلال الفصل 397 ق.ج على استفادة الأم القاتلة لوحدها من هذا العذر المخفف للعقوبة دون استفادة مشاركيها أو المساهمين معها في القتل⁵⁸. فقد جاء النص عاما ومن ثم فالأم تستفيد من عذر التخفيف سواء كان الوليد شرعيا أو غير شرعي.

وبذلك يكون المشرع الجنائي المغربي قد ساير التشريع الجنائي الفرنسي الذي يقرر هذا العذر سواء كان قتل الأم لوليدها ومهما كانت البواعث دينية⁵⁹، على خلاف بعض التشريعات العربية التي تمنع الأم بهذا العذر متى كان القتل اتقاء للعار فقط كما هو الشأن بالنسبة لقانون العقوبات السوري الكويتي واللبناني⁶⁰. ولا تكتمل هذه الأركان إلا بتوافر القصد الجنائي.

4- القصد الجنائي الذي كثير ما تثار الدفوع حول توافره ويقع عبء إثبات الإرادة الجنائية على عاتق النيابة العامة.

وقد يستقر ذلك من الظروف السابقة للجريمة والمصاحبة لها أو التالية لها، ويترك ذلك لتقدير قضاة الموضوع. وينتفي القصد، أي العمد بانتفاء علاقة السببية بين الفعل والنتيجة بصورة عامة.

وأخيرا نخلص إلى أن حماية الولد من القتل في القانون الجنائي المغربي تبقى قاصرة لأنه لم يحدد ما هو الولد، أي مرحلة ابتداء الولد ومرحلة إنتهاؤها، ولكون المشرع كذلك أخذ بالباعث كعذر قانوني مهما كانت نية المجرم. فهل أخذ المشرع المغربي بالباعث كعذر في صورة تخفيف العقاب في حالة التلبس بجرم الزنا؟

المطلب الثاني: صورة تخفيف العقاب في حالة التلبس بجرم الزنا

باعتبار جريمة الزنا تخدش الحياء وتدوس على الفضيلة، ولا تخلف وراءها سوى العار والدمار⁶¹. إلا أن المشرع الجزائري المغاربي قد منح الزوج الذي يقوم بقتل أو ضرب أو جرح زوجه أو شريكه أثناء مفاجأته له في حالة تلبس بالزنا عذرا مخففا للعقوبة المقررة لهذه الجريمة⁶² ومما جاء في ذلك ضمن التشريع الجزائري ما نصت عليه المادة 279 ق.ع بقولها " يستفيد مرتكب القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا ارتكبها أحد الزوجين على الزوج الآخر أو على شريكه في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة تلبس بالزنا." والفصل 418 من القانون الجنائي المغربي⁶³ بحيث أصبح يتوفر عذر مخفض للعقوبة في جرائم القتل أو الجرح أو الضرب إذا ارتكبهما أحد الزوجين ضد الزوج الآخر و شريكه عند مفاجأتهما متلبسين بجريمة الخيانة الزوجية.

وأعتبر المشرع المغاربي هذا الظرف مخففا للعقوبة مراعاة منه لحالة الزوج إذ أنه سيفقد سيطرته على نفسه لما يحسه من طعن في شرفه وقد يقدم على فعله دون إدراك تام منه. مما يشكل نوع من الإستفزاز هذا الإستفزاز يخلق لدى الزوج أو الزوجة حالة نفسية لا تمكن من التفكير الهادي ولا تدع أي قدر من الإختيار⁶⁴.

ويمكن حصر الشروط الواجب توافرها للإستفادة من عذر التخفيف ضمن هذه الجريمة وفق ما جاءت به المادة 279 من ق.ع

الجزائري كونها لا تختلف فيما إشتراطته من أركان التشريعات المغاربية في هذا الخصوص كما يلي:

وجوب قيام رابطة زوجية ولا يستفيد من هذا العذر أي شخص مهما كانت درجة قرابته بالزاني اذ لم يكن زوجاً⁶⁵. و أن المشرع قد حقق مبدأ المساواة بين الزوجين في الإستفادة على أساس عذر الإستفزاز⁶⁶. عندما يضبط الزوج زوجته متلبسة بجريمة الزنا أو العكس.

بالإضافة إلى إشتراط توافر وضع أو حالة التلبس بجريمة الزنا، ويكون ذلك من خلال مفاجأة أحد الزوجين للآخر في حالة تلبس بالزنا، فلا يستفيد الزوج من تخفيف العقاب إذا قتل زوجته التي يعلم سوء سلوكها أو لشكه في سلوكها.

ثم هناك حالة إرتكاب فعل القتل في الحال اذا يشترط أن يرتكب الزوج فعل القتل فور مفاجأته لزوجته حال إرتكابها لفعل الزنا وهذا من خلال نص المادة 279 بنصها " في اللحظة التي يفاجئه فيها ... " إذ يرتبط هذا الشرط بعلة التخفيف وهي حالة الوضع النفسي الذي يوجد فيه الزوج الذي يفاجئ زوجته المتلبسة بالزنا أو العكس، فإذا زالت حالة الانفعال لم يعد هناك مبرر للاستفادة من تخفيف العقاب إذ قتل الزوج زوجته التي كانت متلبسة بالزنا⁶⁷.

وتطبيقا لنص المادة 283 من ق.ع وجب تخفيف عقوبة القتل
العمد إلى الحبس حسب التصنيف الذي جاءت به نفس المادة على
النحو الآتي:

01- الحبس من سنة إلى خمس سنوات إذ تعلق الأمر بجناية عقوبتها
الإعدام أو السجن المؤبد.

02- الحبس من ستة أشهر إلى سنتين إذا تعلق الأمر بأية جناية أخرى .

03- الحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر إذا تعلق الأمر بالجنحة ويجوز
علاوة على ذلك الحكم على الجاني بالمنع من الإقامة، من خمس سنوات
على الأقل إلى عشرة سنوات على الأكثر في الحالتين الأولى والثانية.
وتطبق نفس تخفيضات العقوبة المقررة ضمن التشريع المغربي وفق الفصل
423"عندما يثبت العذر القانوني، فإن العقوبات تخفض إلى:

1- الحبس من سنة إلى خمس في الجنايات المعاقب عليها قانونا بالإعدام
أو السجن المؤبد.

2- الحبس من ستة أشهر إلى سنتين في جميع الجنايات الأخرى.

3- الحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر في الجنح.

والفصل 424 " في الحالات المشار إليها في الرقمين (1) و (2)

من الفصل السابق، يجوز أن يحكم أيضا على الجاني بالمنع من الإقامة من خمس سنوات إلى عشر.

غير أنه يمكن أن تثار مسألة إستفادة الزوجة وشريكها من العذر المخفف نتيجة دفاعهما عن نفسيهما ضد فعل الزوج باعتبار أنهما ارتكبا جريمتهم لدفع ضرر تعرضهما إلى ضرب شديد أو أنهما ارتكبا جريمتهم دفاعا عن حياتهما أو سلامة جسمهما طبقا لقواعد الدفاع الشرعي⁶⁸ إذ قتل الزوج. وكأثر لقتل الزوج لن تتحرك الدعوى العمومية عن جريمة الزنا بإعتبار أن تحريكها يتم بناء على شكوى الزوج طبقا لما هو مستوجب قانونا دون وراثته.

وهناك من الفقه من دعى إلى أن يترك تقدير حالة الإنفعال التي يوجد فيها الزوج المخدوع ولحظة مفاجئته لزوجته متلبسة بالزنا أو العكس، للقاضي الجنائي لا للمشرع الجنائي⁶⁹.

ولا مجال للخوض في تفاصيل هذه الأوضاع والحالات ضمن التشريع التونسي كونه ألغى الأعذار القانونية المنصوص عليها بالفصل 111 قديم من المجلة الجنائية و الذي كان يقر عقوبة مخففة للزوج الذي يقتل زوجته لدى اقترافها لجريمة الزنا بمحل الزوجية فأصبح منعدما بتونس

ما يسمى بجرائم الشرف و ذلك بمقتضى القانون عدد 11 المؤرخ في 17 جويلية 1997، نتيجة للسياسة الجزائية التي فرضها المجتمع التونسي.

وبناء على السابق تفصيله نعتبر أن الأمر لم يقتصر على صورة تخفيف العقاب على الجاني ضمن جرائم الأسرة، بل يصل الأمر إلى درجة تشديد العقاب في باقي الجرائم الماسة بها، وفق معيار الرابطة الأسرية كظرف مشدد للعقوبة والذي يتطلب مجال مستقل بالدراسة .

الخاتمة:

من خلال إحاطتنا لجزئية حدود ترتيب المسؤولية الجزائية وعنصر تقدير الجزاء العقابي ضمن الجرائم الماسة بالأسرة، يتبين أن للرابطة الأسرية طابع تمييزي، يترك أثره المباشر على السياسة الجزائية لأي تنظيم إجتماعي والذي من بين مقارباته ضمان إستمرارية الرابطة الأسرية ضمن مفاعيل نفسية وإجتماعية منشئة لقاعدة قانونية تكفل هذا التصور وتضمن حمايته، من خلال تقرير المسؤولية الجزائية وتقدير الجزاء الجنائي نظر لطابع الرابطة الأسرية من جهة ولأجل ضمان إستمراريتها من جهة أخرى، وهذا وفق توجه التشريعات الجزائية المغاربية التي تفاوتت مجال الحماية ضمنها سواء من حيث ترتيب المسؤولية الجزائية أو تخفيف العقاب، كون حماية الرابطة الأسرية جزائيا يمثل في عمقه جانبا من التنظيم الإجتماعي والذي هو محل إعتبار وتقدير.

لذلك يتعين على القاضي الجنائي عند الفصل في الدعوى المتعلقة بهذه المسائل ، أن يعتمد معارف إجتماعية ونفسية تشكل في مجملها فروع للقانون المعمول بها داخل المجتمع ، بالإضافة إلى اعتماد تفسير النصوص الجنائية داخل هذا الإطار تحقيقاً لاستقرار العدالة من جهة ، وبغية المحافظة على كيان الأسرة باعتبارها نواة المجتمع من جهة أخرى .

لأنه بالإقتصار على الجانب التشريعي لا يمكن أن نصل إلى النموذج المجتمعي المنشود مع وجوب التأهيل الشامل لمختلف مؤسسات المجتمع. ذلك أن العلاقات الأسرية تبنى بالأولى على المودة والرحمة والمكارمة، مما تكون المراهنة معه على العامل القيمي أكثر من العامل القانوني القضائي، وذلك على غرار ما أرسنته الشريعة الإسلامية، من أنه في أوج شقاق ومشاحنة الزوجين - مثلاً-، يتوجه إليهم الخطاب الشرعي، بأن "لا تنسوا الفضل بينكم"، مما يمكن القول معه أن العاملين يكمل بعضهما البعض، بما يتوجب أخذه بعين الاعتبار عند التشريع للمجتمع.

وبذلك يتحقق للأسرة الأمان والطمأنينة والحماية باعتبارها تمثل حجر الزاوية في البناء الاجتماعي الذي تركز عليه بقية الأنظمة الاجتماعية لأنّ في إهمالها عدوانا على المجتمع بأسره وتخطيمها لقيمه ومبادئه وأسسها وهي بالتالي إعتداء على النظام العام.

الهوامش:

1- عباس أبو شامة مُجد الأمين البشري، العنف الأسرى في ظل العولمة، الرياض، 2005، ص 66.

² - جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الرابع، (د د ن)، 2008، ص 665.

³ - ولقد أعطى الفقه تعريفات متعدّدة للعائلة بتعدّد أوجه التّظر إليها، إذ عزّف العائلة بمفهومها الواسع أنّها "مجموعة من الأشخاص تربط بينهم رابطة قرابة أو مصاهرة، وتعني القرابة تلك العلاقة الرابطة بين أشخاص لهم أصل واحد أما المصاهرة فهي تعني العلاقة الرابطة بين زوج وقرينه وأهل ذلك القرين" أما العائلة بمفهومها الضيق، فهي مجموعة الأشخاص الذين يعيشون تحت سقف واحد،

كما أسند الفقه تعريفا قانونيا وآخر اقتصاديا وسياسيا للرابطة الأسرية، حين اعتبر أنّ الرابطة الأسرية بمعناها القانوني لا يمكن أن تشمل سوى الزوجين والأبناء القصر وأنّ الرابطة الأسرية بمعناها الاقتصادي والسياسي هي التي تتكوّن من مجموعة أشخاص تخضع لنفس السلطة أي سلطة الأب وتنتفع بنفس الموارد.

⁴ . بارش سليمان، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2006، ص 56.

⁵ - أنظر، بارش سليمان، نفس المرجع، ص 57.

⁶ . قانون رقم 15 - 19 مؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437 الموافق 30 ديسمبر سنة 2015، يعدل ويتمم الأمر رقم 6 . 156 في 18 صفر عام 1336 الموافق يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات.

⁷ . المادة 266 مكرر " : كل من أحدث عمدا جرحا أو ضربا بزوجه يعاقب كما يأتي :

1 . بالحبس من سنة (1) الى ثلاث(3) سنوات إذا لم ينشأ عن الجرح و الضرب أي مرض أو عجز كلي عن العمل يفوق خمسة عشر (15) يوما،

2 . بالحبس من سنتين (2) إلى خمس سنوات (5) إذا نشأ عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر (15) يوما ،

3 . بالسجن المؤقت من عشر سنوات الى عشرين سنة إذا نشأ عن الجرح أو الضرب فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد بصر إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى ،

4 . بالسجن المؤبد إذا أدى الضرب أو الجرح المرتكب عمدا إلى الوفاة بدون قصد إحداثها.

وتقوم الجريمة سواء كان الفاعل يقيم أو لا يقيم في نفس المسكن مع الضحية.
كما تقوم الجريمة أيضا إذا ارتكبت أعمال العنف من قبل الزوج السابق ، وتبين أن الأفعال ذات صلة بالعلاقة الزوجية السابقة .

لايستفيد لفاعل من ظروف التخفيف إذا كانت الضحية حاملا أو معاقة أو إذا ارتكبت الجريمة بحضور الأبناء القصر أو تحت التهديد بالسلاح
يضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية في الحالتين (1) (2).
تكون العقوبة السجن من خمس (5) الى عشر (10) سنوات في الحالة الثالثة (3) في حالة
صفح الضحية"

⁸. المادة 266 مكرر 1 يعاقب بالحبس من سنة الى ثلاث سنوات ، كل من ارتكب ضد زوجه أي شكل من أشكال التعدي أو العنف اللفظي أو النفسي المتكرر الذي يجعل الضحية في حالة تمس كرامتها أو تؤثر على سلامتها البدنية أو النفسية.
يمكن إثبات حالة العنف الزوجي بكافة الوسائل .

وتقوم الجريمة سواء كان الفاعل يقيم أو لا يقيم في نفس المسكن مع الضحية.
كما تقوم الجريمة أيضا إذا ارتكبت أعمال العنف من قبل الزوج السابق ، وتبين أن الأفعال ذات الصلة بالعلاقة الزوجية السابقة .

لا يستفيد الفاعل من ظروف التخفيف اذا كانت الضحية حامل أو معاقة أو اذ ارتكبت الجريمة بحضور الأبناء القصر أو تحت التهديد بالسلاح. يضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية".
⁹ - محمد عبد الحميد الألفي، الجرائم العائلية - الحماية الجنائية للروابط الأسرية وفقا لأحدث أحكام محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا والصيغ القانونية، دار النهضة العربية، مصر، 1999، ص 180.

¹⁰ - تنص المادة 269 " كل من جرح أو ضرب عمدا قاصرا لا تتجاوز سنه السادسة عشرة أو منع عنه الطعام أو العناية إلى الحد الذي يعرض صحته للضرر، أو ارتكب ضده عمدا اي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي فيما عدا الإيذاء الخفيف، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 5.000 دج."

¹¹ . لكن اتفاقية حقوق الطفل المصادق عليها من قبل الدولة التونسية منذ سنة 1991، ومجلة حماية الطفل الصادرة سنة 1995، توجيان بضرورة تفادي مثل هذا السلوك العنيف إزاء الطفل، مهما كان السبب، وتوحي طرق تربوية وتأديبية أخرى.

- 12- جعفر عبد الأمير الياسين، التشرذ وإخفاف سلوك الصغار و الأحداث، منشورات خلي الحقوقية، ط 1، 2012، ص 148.
- 13- ويقصد بالواجبات العامة تلك التي تلزمه بوصفه إنساناً يتحمل شرعاً وقانوناً بواجبات نحو الله تعالى والناس عامة أما الواجبات الخاصة فهي تلك التي توجب عليه بوصفه صغيراً طاعة متولي تربيته أو تعليمه وإحترام تقاليد الأسرة، ما لم يتناق مع القانون أو الدين أو الأخلاق.
- 14- أنظر، ممدوح عزمي، دراسة علمية في أسباب الإباحة وموانع المسؤولية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2000، ص 71.
- 15- ويجد الحق في التأديب سنده الشرعي من خلال القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع أئمة المسلمين، فيقول الخالق عز من قائل: "يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارا وقودها الناس والحجارة" سورة التحريم الآية 6. وقال الرسول ﷺ "ما لنا والد ولدا من نحل أفضل من أدب حسن" وقال كذلك عن جابر بن سمرة عن النبي ﷺ "لأن يؤدب الرجل ولده، خير من أن يتصدق بصاع" وقال ﷺ في حديث مشهور رواه أبو داود في سننه "مروا الصبي بالصلاة إذا بلغ سبع سنين فإذا بلغ عشر سنين، فاضربوه عليها" وفي رواية أخرى وفرقوا بينهم في المضاجع. كما توجد أحاديث أخرى تسيّر في هذا السياق: إذ جاء في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت "جاء أعرابي إلى الرسول ﷺ فقال: إنكم تقبلون الصبيان وما نقبلهم فقال رسول الله ﷺ "أو أملك لو أملك لك أن نزع الله الرحمة من قلبك" كما قال رسول الله ﷺ "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته... والرجل راع ومسؤول في أهله ومسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيته...". أخرجه احمد والشيخان وأبو داود.
- 16- أبو الوفا محمد أبو الوفا، العنف داخل الأسرة، المشكلة والمواجهة في القانون الجنائي والفقهاء الإسلامي، المركز الدولي الإسلامي للدراسات والأبحاث السكانية، 1998، ص 57.
- 17- وهو ما نص عليه المشرع الدستوري في المادة 65 من دستور 96 بالقول "يجازى القانون الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم ورعايتهم."
- 18- علي محمد جعفر، حماية الأحداث المخالفين للقانون والمعرضين لخطر الإخفاف، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2004، ص 76.
- 19- مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، دراسة مقارنة، ط 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص 368.
- 20- مروك نصر الدين، نفس المرجع، ص 227.

21- ينبغي الإشارة إلى أنه يتعين على الآباء والمعلمين ومن لهم سلطة على الطفل أن تكون لهم دراية بالطرق البيداغوجية في التربية والتأديب، لتفادي العقاب الذي قد يستعمل لبسط السلطة على الطفل وفرض خضوعه للأوامر، وفرض طاعته العمياء والتلقائية، دون أي توضيح لأخطائه وهفواته، ليستوعب تصرفاته الخاطئة حتى يتجنبها مرة أخرى عن قناعة.

لأن عدم إشعار الطفل بأخطائه سيدفعه لتنفيذ الأوامر والتوجيهات المقدمة إليه لا بدافع الشعور بالمسؤولية، وإنما بدافع الخوف من الضرب الذي قد يتعرض له في حالة عدم تنفيذها الأمر الذي ستكون له انعكاسات نفسية خطيرة على الطفل قد تجعل منه شخصا يميل إلى عدم الصدق والصراحة.

22 - محمد مصباح القاضي، العقوبات البديلة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية طباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1997، ص 46.

23 - علي محمد جعفر، شرح أصول المحاكمات الجزائية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 2003، ص 180.

24 . الفصل 319 "يستوجب العقوبات المذكورة الأشخاص الذين يرتكبون الممارك أو الضرب أو العنف ولا ينجر منه لصحة الغير أدنى تأثير معتبر أو دائم .وتأديب الصبي ممن له سلطة عليه لا يستوجب العقاب. وإذا كان المعتدى عليه سلفا للمعتدي أو زوجا له، فإسقاط حقه يوقف التبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب.

25- الفصل 218 "من يتعمد إحداث جروح أو ضرب أو غير ذلك من أنواع العنف ولم تكن داخلة فيما هو مقرر بالفصل 319 يعاقب بالسجن مدة عام وبخطية قدرها ألف دينار. وإذا كان المعتدي خلفا للمعتدى عليه أو زوجا له، يكون العقاب بالسجن مدة عامين وبخطية قدرها ألفا دينار. الفصل" 219 إذا تسبب عن أنواع العنف المقررة آنفا قطع عضو من البدن أو جزء منه أو انعدام النفع به أو تشويهه بالوجه أو سقوط أو عجز مستمر ولم تتجاوز درجة السقوط أو العجز العشرين في المائة فالجرم يعاقب بالسجن لمدة 5 أعوام. ويكون العقاب بالسجن مدة ستة أعوام إذا تجاوزت درجة السقوط أو العجز الناتج عن الاعتداءات المذكورة العشرين في المائة.

ويرفع العقاب إلى إثني عشر عاما إذا كان المجرم خلفا للمعتدى عليه مهما كانت درجة السقوط ولو في صورة إسقاط الدعوى.

26- أبو الوفا محمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 58.

- 27- سورة النساء الآية 34 .
- 28 - بارش سليمان، المرجع السابق، ص73 .
- 29- جندي عبد الملك، ط 1، المرجع السابق، ص 829.
- 30- هدى باشا، صراع المرأة المعنفة بين الجدران المغلقة و أروقة المحاكم، بحث في مدى حماية القانون التونسي للمرأة ضحية العنف الأسري، الرباط 24. 25 سبتمبر 2012، ص 12.
- 31- بارش سليمان، المرجع السابق، ص 73.
- 32 - عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط 5، ج 1، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص 126.
- 33- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ط 1، ج 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1986، ص 514- 515.
- 34- يرداد مجال إستعمال الحق يوما بعد آخر وهذا الإتساع في المجال يعكس ديناميكية قانون العقوبات وفاعليته وقدرته على التأثير في المجتمع والتأثير فيه، وموافقته لحاجات ومصالح الأفراد المخاطبين بأحكامه.
- 35- محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، معهد الدراسات العربية، القاهرة، 1962، ص 47.
- 36- المحكمة العليا، غ أ ش، 12/01/1987، ملف رقم 43864، المجلة القضائية، 1991، عدد 1، ص 46.
- 37- المحكمة العليا، غ أ ش، 02/01/1989، ملف رقم 52278، المجلة القضائية، 1991، عدد 4، ص 95.
- 38- ألقى الأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المادة 39 من قانون 84 / 11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة التي كانت تنص على مايلي " يجب على الزوجة : 1 طاعة الزوج ومراعاته بإعتباره رئيس العائلة..."، فبمقتضى هذا الإلغاء لم يعد الزوج رئيس العائلة ولا يوجد إلزام تشريعي للزوجة بطاعة زوجها.
- 39 - ضاري خليل محمود، تفاوت الحماية الجنائية بين الرجل والمرأة، في قوانين العقوبات العربية والشريعة الإسلامية، دراسة قانونية إجتماعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص100.
- 40- فحق الزوج في تأديب زوجته هو حق مقرر في الشريعة الإسلامية وليس في التشريع صراحة.
- 41- ضاري خليل محمود، المرجع السابق، ص 101 .

42- و يمكن هنا الإستئناس بالقانون الفرنسي الذي أضاف إجراءات هامة لحماية المرأة المعتقة و إن كانت في بعضها صعوبة التطبيق التكنولوجي مثل السوار الالكتروني لتعقب تحركات الزوج العنيف، إلا أن بعضها الآخر ممكن تطبيقه مثل ما ورد بالفقرة التاسعة من الفصل 979 من المجلة المدنية الفرنسية و الذي يمكن المرأة من استصدار حكم استعجالي أو إذن على عريضة في استبعاد الزوج من محل الزوجية ومنع اقترابه من الزوجة و يصدر هذا الإجراء في أجل 17 ساعة من طلبه من الزوجة وهو إجراء حمائي و قتي يتخذ لمدة أربعة أشهر قابلة للتجديد

43- ضاري خليل محمود، نفس المرجع ، ص 103؛ تم إعتداد أليات أخرى للتبليغ والعناية بالنساء المعتقات خاصة منها مركز الإحاطة والتوجيه التابع للاتحاد الوطني للمرأة التونسية، ومركز الاستماع والتوجيه للنساء المعتقات التابع للجمعية التونسية للنساء الديمقراطيات إستقبال طلبات الحماية عندما يقوم زوجها بتعنيفها.

44- أمام غياب نص خاص ضمن التشريع التونسي في المنع أو في الإباحة انقسم الفقه والقضاء التونسيين بين اتجاهين اثنين، الموقف التقليدي يميز بين نوعين من العلاقات الجنسية التي يجبر عليها الزوج زوجته، العلاقة الجنسية غير الطبيعية أي من الدبر و العلاقة الجنسية الطبيعية، واعتبر فقه القضاء منذ النصف الأول من القرن الماضي أنه في الحالة الأولى يعد الزوج مرتكباً لجريمة الاعتداء بفعل الفاحشة على معنى الفصل 112 من المجلة الجنائية ومن أمثلة فقه القضاء القرار التوقيبي الجنائي الصادر تحت عدد 15711/71/7554 والذي جاء بإحدى حيثياته بأن جريمة الفصل 112 من المجلة الجنائية لا تتمحي بوجود عقد زواج بين الفاعل و المتضررة ضرورة أن عقد الزواج يضمن الشرعية على العلاقات الجنسية الطبيعية بين الزوجين دون سواها و لا يؤثر قانوناً الشذوذ الجنسي كما أنه لا يمكن اعتبار أن عقد الزواج يمد الزوج بالسلطة المادية و الأدبية على جسد زوجته خارج علاقتهما الطبيعية كزوجين فما هو موقف هذا الاتجاه التقليدي من إجبار الزوج زوجته بالقوة على الوطء لكن من المكان الطبيعي؟

أمام سكوت النص أجمع الفقهاء و فقه القضاء على إعتبار أن إبرام عقد الزوج يعتبر قرينة على كل ما يترتب عن هذا العقد من آثار مادية و قانونية لعل أهمها إقامة علاقة جنسية مع الطرف الآخر كما برروا انتفاء جريمة الاغتصاب لانتهاء النية الإجرامية و المتمثلة في علم الجاني بأنه يقوم بفعل محظور يعاقب عليه جزائياً فهو بصدد استعمال حق وقد اعتبر بعض الفقهاء مواقعة الزوج لزوجته باستعمال القوة اعتداءً بالعنف يمكن تتبعه عدلياً غير أنه لا يعتبر اغتصاباً

واعتبر الفقهاء التونسيون أن من أؤكد واجبات الزوجة التي حملها إياها عقد الزواج هي تمكين زوجها من مضاجعتها بل إن هذا الواجب هو موضوع الزواج.

فإن كان هذا الاتجاه التقليدي الذي لا يجرم اغتصاب الزوج لزوجته فإن الموقف الحديث يؤول الفصل 111 من المجلة الجنائية تأويلا واسعا إذ إستعمل المشرع عبارة مطلقة " كل من واقع أنثى بدون رضاها " و يمكن أن يكون الزوج هو الجاني إذ أن الزواج لا يبيح للزوج حرية كاملة في التصرف في جسد زوجته إنما تبقى لجسدها حرمة حتى تجاه زوجها علاوة على أن الإتصال غصبا و باستعمال القوة منافي لواجب حسن المعاشرة المحمول على الزوج.

45- جندی عبد الملك، المرجع السابق، ص 664.

46- ومثال ذلك العذر الذي جاء به نص المادة 277 من ق.ع الجزائري فتُخفف العقوبة طبقا لنص المادة 283 من ق.ع.

47- عبد الحفيظ بلقاضي، جريمة قتل الأم لطفلها الوليد، مجلة المحاكم، ع 88-89، 2001، ص74.

48- لم يحدد المشرع المغربي الفترة التي يعتبر الطفل فيها وليدا لما فتح الباب أمام تضارب وجهات نظر الفقهاء في تحديدها، وبالرجوع إلى آراء بعض الفقهاء نجده يعتبر الطفل وليدا يسري على قتله الفصل 2/397 منذ إنفصاله من الرحم بكيفية تسمح بتوجيه الإعتداء إليه مباشرة حتى ولو كان الحبل السري لم يقطع بعد.

49- أحمد أجوييد، الموجز في شرح القانون الجنائي الخاص المغربي، ج 2، كلية الحقوق، فاس، السنة الجامعية 2004-2005، ص 28.

50- أحمد الخليلي، القانون الجنائي الخاص، ج 2، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1986، ص 68.

51- الفصل 397 "من قتل عمدا طفلا وليدا يعاقب بالعقوبات المقررة في الفصلين 392-393، على حسب الأحوال المفصلة فيهما إلا أن الأم، سواء كانت فاعلة أصلية أو مشاركة في قتل وليدها، تعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر. ولا يطبق هذا النص على مشاركتها ولا على المساهمين معها.

52- مجلس أعلى، غ.ج.1، 1981/04/21، ملف رقم 24442، نشرة القضاة، 1983، عدد 2، ص 70.

53- بن شيخ الحسين، دروس في القانون الجزائري العام، دارهوم، 2012، ص 34.

- 54- عبيدى الشافعي، الطب الشرعي والأدلة الجنائية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 70-68.
- 55- مجلس أعلى، غ.ج 1، 04 / 01 / 1983، ملف رقم 30100، مقتبس عن جيلالي بغدادى، الإجتهااد القضائي في المواد الجزائية
- 56- عبيدى الشافعي، المرجع السابق، ص 68.
- 57- المحكمة العليا، غ.ج 1، 24 / 07 / 1990، ملف رقم 69053، مقتبس عن جيلالي بغدادى، المرجع السابق، ص 371.
- 58- ممدوح خليل، الجرائم الماسة بحق الطفل في الحياة والسلامة البدنية، مجلة الحقوق الكويتية. ع 3، سبتمبر 2003، ص 118.
- 59- رجاء ناجي، قتل الرافقة أو الخلاص، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، كلية الحقوق أكادال، الرباط، السنة الجامعية 1999-2000 ص 180.
- 60- هلاي عبد الله أحمد، الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية دار النهضة العربية، القاهرة، 1989 ص 308.
- 61- محمد المنصف بوقرة، وظيفة الزواج في العلاقات الجنسية، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2010-2011، ص 80.
- 62- سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، ط 2، ص 93.
- 63- الفصل 418 " يتوفر عذر مخفض للعقوبة في جرائم القتل أو الجرح أو الضرب، إذا ارتكبتها أحد الزوجين ضد الزوج الآخر وشريكه عند مفاجأتهما متلبسين بجريمة الخيانة الزوجية.
- 64- رجاء ناجي المكاوي، العنف الأسري في الشرع الإسلامي، ط 1، دار السلام، المغرب، 2008، ص 15.
- 65- السعيد كامل، شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة والأسرة، دراسة تحليلية مقارنة، ط 1، دار الثقافة للنشر، عمان، 1994، ص 198.
- 66- أنظر، مُجد رشاد متولي، جرائم الإعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، ط 2، 1989، د م ج، الجزائر، ص 118-119.
- 67- حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص 96.
- 68- تنص المادة 40 من قانون العقوبات " يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع:

- القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة

جسمه...

- الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس ."

69 - عباس أبو شامة محمد الأمين البشري، المرجع السابق، ص 17.

التقسيمات الإدارية وأثرها على الجماعات الإقليمية (البلديات) في الجزائر

بقلم الدكتورة / جعفري نعيمة

كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة سعيدة

مقدمة:

تعتبر الجماعات الإقليمية صورة من صور اللامركزية الإدارية تهدف إلى قيام هيئات محلية تتمتع بالشخصية المعنوية بإدارة شؤون السكان في وحدة إدارية أو منطقة من مناطق الدولة هو المقصود بنظام اللامركزية الإقليمية أو ما يطلق عليه الإدارة المحلية (1).

ولقد أصبح دور اللامركزية الإقليمية في الوقت الحاضر يتزايد يوما بعد يوم في البناء الديمقراطي العام. فأمام تشعب مهام الدولة وتكاثر مسؤولياتها أدى بها إلى ترك جزء من وظائفها الإدارية إلى وحدات إقليمية منتخبة تنوب عن سكانها في تسيير شؤونهم المحلية.

و هذا الاتجاه ما اختارته الدولة الجزائرية، حيث يتضح ذلك من خلال تخلي السلطة المركزية عن بعض الاختصاصات للجماعات المحلية لاسيما البلديات باعتبارها الجماعة القاعدية، وهو ما يستفاد من نص المادة 16 من دستور سنة 1996 المعدل سنة 2016(2)، والمادة 15 منه بنصها على: "المجلس المنتخب هو الإطار الذي يعبر فيه الشعب عن إرادته، ويراقب عمل السلطات العمومية. تشجع الدولة الديمقراطية

التشاركية على مستوى الجماعات المحلية". كما أضافت المادة 17 منه
بنصها على: "يمثل المجلس المنتخب قاعدة اللامركزية ومكان مشاركة
المواطنين في تسيير الشؤون المحلية".

و تجسيدا لهذا المبدأ عمدت الدولة الجزائري إلى إحداث عدة
تقسيمات إدارية بهدف تجسيد مبدأ الديمقراطية التشاركية وتقريب الإدارة
من المواطن. ولكن نجاح هذه المجالس المنتخبة بتسيير الشؤون المحلية
مرهون بمنحها الإمكانيات المالية اللازمة للقيام بالمهام المنوطة بها على
أكمل وجه مما يدعم بدوره الاستقلال الإداري لهذه المجالس. الأمر الذي
يتطلب موارد مالية تنسم بالوفرة والديمومة، ولهذا تعتبر مشكلة التمويل
المالي هي أولى العقبات التي تواجه الجماعات المحلية في كافة مراحلها من
بداية نشأتها إلى الآن، وهذا ما يظهر بوضوح في ارتفاع عدد البلديات
العاجزة والتي أغلبها بلديات عاجزة منذ إحداثها مما يؤثر مستقبلا على
استقلالها الإداري والمالي، وبناءا على ذلك نتساءل عن مدى مراعاة
التقسيمات الإدارية في الجزائر لمقومات اللامركزية الإدارية؟ ومدى تأثير
هذه التقسيمات على الجماعات الإقليمية لاسيما من الناحية المالية
والإدارية؟ وسوف يتم الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال المطالب
التالية:

المطلب الأول: مقومات اللامركزية الإدارية ومميزات التقسيمات

الإدارية الجزائرية.

إن نجاح أي جماعة إقليمية سواء بلدية أو ولاية في تأدية مهامها مرهون بمدى مراعاة عند إحداثها توفير مجموعة من الوسائل القانونية والمادية والفنية والبشرية، وذلك في إطار ما يعرف بمقومات اللامركزية الإدارية، ولقد شهدت الجزائر عدة تقسيمات إدارية ترتب عنها الزيادة في عدد الجماعات الإقليمية لاسيما البلديات، وعليه سوف يتم التطرق أولا إلى مقومات اللامركزية الإدارية ثم إلى مميزات التقسيمات الإدارية في الجزائر، وذلك على الشكل التالي:

الفرع الأول: مقومات اللامركزية الإدارية:

تعتبر الجماعات الإقليمية تنظيما إداريا يقوم على توزيع الوظيفة الإدارية فيما بين الحكومة المركزية وبين الهيئات المحلية المنتخبة، والتي تمارس اختصاصاتها تحت رقابة الحكومة المركزية وإشرافها(3). ولنظام اللامركزية الإقليمية عدة مقومات تركز عليها أهمها مايلي:

أولا: وجود وحدات محلية تتمتع بمصالح محلية والشخصية المعنوية: تجسيدا لمبدأ اللامركزية الإقليمية تقسم الدولة إلى عدد من الوحدات المحلية مع مراعاة أن تكون متناسبة من حيث المساحة وعدد السكان ومدى تجانسهم، والموارد المالية والاقتصادية، وتمنح هذه الوحدات المحلية الشخصية المعنوية (4)، والتي يترتب عنها مجموعة من النتائج منها الأهلية القانونية والحق في التقاضي والمواطن المستقل وممارسة السلطة العامة

والتمتع بامتيازاتها، واعتبار موظفي الوحدات المحلية موظفين عامين (5) إلا أن أهم هذه النتائج هما مايلي:

1-الاستقلال المالي:وذلك بأن تتوافر للوحدة المحلية موارد مالية خاصة بما مستقلة في تكوينها وفي اختيار الأسلوب المناسب لاستغلالها .

2-الاستقلال الإداري:في تسيير شؤونها المحلية من خلال ما تتخذه من قرارات في مباشرة الصلاحيات المخولة لها قانونا.

ثانيا:وجود هيئات محلية منتخبة تؤمن المصالح المحلية: يقتضي وجود مصالح محلية متميزة عن المصالح الوطنية أن يتم تسييرها من طرف هيئات محلية منتخبة تمثل السكان المحليين ولا يتحقق هذا التمثيل إلا عن طريق الانتخاب (6).وبغض النظر عن الاختلافات الفقهية بين مؤيد ومعارض لفكرة التعيين في المجالس المحلية، إلا أن تقرير نظام الانتخاب لاختيار أعضاء الوحدات الإقليمية هو شرط أساسي لايمكن أن يقوم بدونه نظام اللامركزية الإقليمية لان الأخذ بأسلوب التعيين لن يتحقق معه استقلال المجالس المحلية عن السلطة المركزية طالما اختيرهم بيد هذه السلطة.

ولقد اعتمدت الجزائر على نظام الانتخاب كأسلوب لتشكيل المجالس المحلية منذ الاستقلال حتى يومنا هذا،وهذا ما يؤكد القانون الجديد للجماعات الإقليمية رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية (7)والقانون 07/12 (8) المتعلق بالولاية .

ولكن من أهم ما يؤخذ على المجالس المحلية المشكلة عن طريق الانتخاب فقط هو عدم كفاءة الأعضاء المنتخبين المشكلين لهذه المجالس(9)، وهذا ما يعكسه واقع المجالس المحلية المنتخبة في الجزائر التي تعاني من عدة إختلالات من بينها ضعف أداء المنتخبين المحليين، والذي يرتبط بالدرجة الأولى بعدم اشتراط في القوانين الانتخابية شروط خاصة في المرشح لهذه المجالس هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى عدم تحمل الأحزاب السياسية لدورهم في اختيار المرشحين الذين تتوافر فيهم الكفاءة للمشاركة في تسيير هذه المجالس.

ثالثا: إشراف ورقابة السلطة المركزية: يعتبر استقلال الوحدات الإقليمية وعدم تبعيتها للسلطة المركزية من الأركان الأساسية التي تقوم عليها الإدارة المحلية (10). ولكن هذا الاستقلال ليس مطلقا عن السلطة المركزية التي يبقى لها حق الرقابة على الهيئات اللامركزية الإقليمية في إطار ما يعرف برقابة الوصاية الإدارية والتي تتمثل في ما تملكه سلطة الوصاية المختصة بالرقابة من سلطات محددة قانونا (11) تمارس إما على الوحدات المحلية ذاتها كحق الحل للمجلس المنتخب أو إيقافه، وإما على أعمال وقرارات هذه الوحدات عن طريق التصريح أو التصديق أو الإلغاء.

وبناء على ما سبق فإن قيام الوحدات الإقليمية على وجود مصالح محلية متميزة مسيرة من طرف مجالس منتخبة مع إضفاء عليها الشخصية

المعنوية يحقق لها قدر من الاستقلال على السلطة المركزية غير أنه من أهم مظاهر استقلال الجماعات الإقليمية من الناحية القانونية هو تشكيل مجالسها المحلية عن طريق الانتخاب، والذي يعتبر شرط أساسي في تحقيق ديمقراطية الإدارة المحلية (12). أما العامل الثاني فيتمثل في الوسيلة القانونية لإنشاء الجماعات الإقليمية، والتي تتمثل في صدور قانون صادر عن السلطة التشريعية في إطار إعادة التنظيم الإقليمي للدولة (13).

فبالنسبة للانتخاب بالرغم من توافره كآلية في تشكيل المجالس المحلية إلا أنه لم يضمن استقلالية هذه المجالس من الناحية العملية لكونها تعاني من التبعية المفرطة للسلطة المركزية. إما بالنسبة للعامل الثاني والمتمثل في منح السلطة التشريعية الاختصاص في إعادة التنظيم الإقليمي يعتبر من ناحية ضمانة قانونية تساهم في منع السلطة المركزية من استعمال هذه الوسيلة لصالحها (14). أما من ناحية ثانية فتمنح هذا الاختصاص للسلطة التشريعية ترتب عنه مجموعة من الآثار السلبية أثرت على الجماعات الإقليمية لاسيما البلديات، وهذا ما تعكسه التقسيمات الإدارية التي عرفتها الدولة الجزائرية، وهذا ما سيتم تناوله في المطلب الموالي.

الفرع الثاني: نتائج التقسيمات الإدارية في الجزائر ومميزاتها.

شهدت الجزائر عدة تقسيمات إدارية للجماعات الإقليمية كان أولها في سنة 1971 (15). أما الثاني كان في سنة 1984 (16) ليتم مؤخرا

في سنة 2015 (17) إضافة مجموعة من الجماعات الإقليمية في ولايات الجنوب أصطلح عليها بالولايات المنتدبة بموجب الأمر رقم، ولمعرفة آثار هذه التقسيمات على الجماعات الإقليمية لاسيما البلديات سوف يتم التطرق أولا إلى مميزات هذه التقسيمات، وذلك على الشكل التالي:

أولا: نتائج التقسيمات الإدارية في الجزائر: نتج عن التقسيمات الإدارية التي عرفتها الجزائر الزيادة في عدد الجماعات الإقليمية لاسيما البلديات ترتب عن ذلك مجموعة من الآثار السلبية على هذه الأخيرة، وذلك نظرا للطابع العشوائي لهذه التقسيمات، وهذا ما سوف تفصيله على الشكل التالي:

الزيادة في عدد البلديات: عرف عدد الجماعات الإقليمية تطور تدريجي منذ الاستقلال، ففي سنة 1962 وجدت 1536 بلدية مورثة عن العهد الاستعماري أغلبها تعاني من ضعف في الإمكانيات المالية والبشرية (18)، الأمر الذي دفع السلطات المركزية إلى تقليص عددها إلى 676 بلدية بموجب المرسوم رقم 189/63 (19). ولكن تم الزيادة في عددها وذلك على الشكل التالي:

أ- التقسيم الإداري لسنة 1974: الذي بموجبه رفع عدد البلديات بإضافة 28 بلدية كما تم الرفع من عدد الولايات من 15 إلى 31، إلا أن وإن ترتب عليه عدم استيعاب التغييرات التي أدرجت آنذاك، وعدم التحكم

في تأثيراتها على الجباية المحلية العائدة للبلديات بشكل خاص (20). إلا أن هذا التقسيم لم يكن له تأثير كبير على الجانب المالي للجماعات المحلية (21).

-ب- التقسيم الإداري لسنة 1984 : الذي ترتب عنه رفع عدد البلديات الى 1541 بلدية ورفع عدد الولايات إلى 48 ولاية مما دفع بالدولة الى تخصيص مساعدات مالية معتبرة على شكل إعانات تجهيز لصالح الجماعات المحلية ،حيث استفادت 837 بلدية من مساعدات مالية قدرت ب20 بالمائة من الاحتياجات العامة. أما الولايات 17 الجديدة فاستفادت من 04 ملايين دج التي خصصت لانجاز الهياكل الضرورية لانطلاق مصالح الولاية (22).

ج-الولايات المنتدبة الحداثه بموجب المرسوم
الرئاسي 140/15:الذي تضمن إنشاء عشرة ولايات منتدبة في
الولايات.التاليةأدرار،بسكرة،بشار،تامنغست،ورقلة،إيزي،الوادي،غرداية
.ولكن بالرغم من أن هذه التقسيمات الإدارية التي ترتب عنها الزيادة في
عدد الجماعات الإقليمية كانت تهدف إلى تقريب الإدارة من المواطن،
والسعي إلى تحقيق الديمقراطية المحلية أنها تمت دون مراعاة مقومات
اللامركزية، وهذا ما جعلها تتصف بالعشوائية . ثانيا:عشوائية التقسيمات
الإدارية في الجزائر: سبق القول أن اعتماد القانون كوسيلة لإنشاء
الجماعات الإقليمية يعتبر ضمانا قانونية لضمان استقلاليتها في مواجهة
السلطة المركزية لاستعمالها في صالحها، غير أن هذه القوانين لم تراعي
مقومات اللامركزية الإدارية عند إنشاء هذه الوحدات والتي تتطلب
بالدرجة الأولى تقسيمها إلى وحدات محلية متناسبة من حيث المساحة
والسكان والموارد المالية والاقتصادية، وهذا ما ترتب عليه عدم وجود
تقسيم جهوي عادل حيث يلاحظ أن معظم بلديات الشمال تعاني من
صغر حجمها مقارنة بعدد سكانها الذي صعب من إيجاد المساحة اللازمة
للتوسع في المشاريع التنموية، أما بلديات الجنوب تعاني من ضعف
إمكاناتها المالية رغم كبر مساحتها التي يصعب التحكم في تسييرها مما
ساهم في الزحف نحو المدن الكبرى على حساب البلديات الريفية
والصحراوية (23).مما ترتب على ذلك عدم التوازن الجهوي،والذي
ساهم فيه كذلك مجموعة من العوامل تتمثل في مايلي (24):

1- كان للوسط الجغرافي دور هام في عدم التوازن الجهوي، فالبيئة الريفية تفتقر إلى هياكل صناعية والتي تمد الصناعات الصغيرة المحلية بالمواد الأولية أو نصف مصنعة ، كما يفتقر هذا الوسط إلى الهياكل الخدمات الاجتماعية والثقافية، وذلك ما أدى بالإطارات بالمهجرة إلى المدن التي تتوافر على ذلك.

2- من اجل محاولة الدولة تحقيق التوازن الجهوي تم اللجوء إلى تجربة الصناعات الصغيرة ولكن تمركزها في مناطق بشدة أكثر من مناطق أخرى أدى إلى الزيادة في اختلال التوازن وبالتالي عجز في البلديات التي تفتقر إلى هذه الصناعات.

المطلب الثاني: أثر التقسيمات الإدارية على الجماعات الإقليمية(البلديات)

كان للتقسيمات الإدارية عدة آثار على الجماعات الإقليمية لاسيما البلديات سواء من الناحية المالية أو الإدارية، وذلك على الشكل التالي:

الفرع الأول: أثر التقسيمات الإدارية على البلديات من الناحية المالية:

لقد كان لكل تقسيم إداري عرفته الجزائر عدة آثار يمكن حصرها
فيمايلي:

أولا:الآثار المالية لتقسيم 1974 : برغم من عدم استيعاب
التغييرات التي أدرجت آنذاك،وعدم التحكم في تأثيراتها على الحماية
المحلية العائدة للبلديات بشكل خاص (25).إلا أن هذا التقسيم لم يكن
له تأثير كبير على المالية المحلية (26).

ثانيا:الآثار المالية لتقسيم 1984 : كان لهذا التقسيم عدة سلبيات
على الجماعات المحلية في الجزائر يمكن ذكر منها مايلي (27):

-ظهور أكثر من 600 بلدية اصطناعية تحتاج إلى توظيف جديد.

-لم يصاحب هذا الإجراء وسائل لترقية الاستثمار في هذه البلديات
وبالتالي قلة العمالة.

-زيادة عدد الموظفين الذي استلزم مضاعفة ميزانيات التسيير دون مورد
مالي لتغطية ذلك.

- تشتت الحصيلة الجبائية التي كانت توزع على 704 بلدية و31 ولاية
ليرتفع هذا العدد إلى 1541 بلدية و48 ولاية .

فنتج عن هذا التقسيم الجديد 19 بلدية من أصل 837 تقع مقراتها العامة في المناطق الحضرية بمعنى أن 89.2 بالمائة من هذه البلديات ذات طابع ريفي مما يجعلها تعتمد في تمويلها على إعانات الدولة نظرا لانعدام إيراداتها الذاتية (28)، وهو الأمر الذي ساهم في إحداث 600 بلدية عاجزة بالمنشأ لا تستند على أي مورد مالي مما أدى إلى ظهور ظاهرة عجز البلديات التي كانت بواجر ظهورها انطلاقا من سنة 1986 والتي تزايدت سنة بعد سنة. لهذا كان من المفروض على السلطات المركزية التفكير في تقليص حجم عدد الجماعات المحلية، وذلك عن طريق دمج البلديات المتشابهة من حيث الخصائص على مستوى الوطن مع مراعاة حجم السكان والمساحة الجغرافية بهدف التقليل من نفقات التسيير والحفاظ على الموارد المالية للوحدة المحلية لاسيما الموارد الجبائية، غير أن تفكير السلطات المركزية لا يزال في الاتجاه المعاكس فعوض التفكير في فكرة التجميع من أجل خلق وحدات محلية قادرة على التكفل بذاتها من الناحية التنظيمية والمالية والبشرية، لاتزال مستمرة في خلق وحدات إدارية اصطناعية عاجزة منذ نشأتها، وهذا ما تم من خلال المرسوم الرئاسي رقم 140/15 المؤرخ في 27 ماي 2015 الذي يهدف إلى إنشاء مقاطعات إدارية داخل بعض الولايات وتحديد القواعد الخاصة بتنظيمها وكذلك مهام الوالي المنتدب (29)، وبغض النظر عن البحث في مدى دستورية هذا المرسوم من عدمه، فإن السبب في تنامي ظاهرة البلديات العاجزة بالمنشأ أو الوحدات المحلية الإصطناعية يرجع بالدرجة

الأولى إلى عدم مراعاة السلطات المركزية عند إنشاء هذه الوحدات المحلية إلى مقومات اللامركزية، والدليل على ذلك إحداث وحدات محلية تفتقر حتى على مقرات إدارية حتى لتنصيبها مما تضطر الحكومة المركزية إلى تخصيص إعانات لتجهيزها إداريا وتمويلها مستقبلا لتسيير مهامها في غياب مواردها المالية الذاتية، ولهذا يرجع السبب الأساسي في الضعف المالي للجماعات المحلية إلى التقسيم الإداري العشوائي الذي لا يركز على مراعاة أبسط مقومات اللامركزية الإدارية.

الفرع الثاني: آثار التقسيمات الإدارية على البلديات من الناحية الإدارية:

إن إنشاء بلديات عاجزة ماليا بالنشأة ترتب عليه التأثير على استقلالها الإداري من ناحية ومن ناحية أخرى ضعف الموارد البشرية المسيرة لها، وذلك نظرا لتحكم الجانب الإداري في الاستقلال الإداري لبلديات وحسن تسييره، وذلك على الشكل التالي:

أولا: تأثير العجز المالي على الاستقلال الإداري: إن نجاح البلديات بتسيير الشؤون المحلية مرهون بمنحها الإمكانيات المالية اللازمة للقيام بالمهام المنوطة بها على أكمل وجه، ولقد حدد المشرع الجزائري الموارد المالية للجماعات المحلية في المادتين 170 و151 من قانوني 10/11 و07/12 المتعلقان بالجماعات المحلية، وباعتبار أن كل من البلدية والولاية مسؤوليتين عن تسيير وتعبئة مواردهما الخاصة (30)، والتي

تتكون من مدا خيل الضرائب والرسوم، ومدا خيل أملاكها، والإعانات والقروض. وحتى تتكفل الجماعات المحلية بالأعباء والمهام المخولة لها قانونا فهي يجب أن تتأكد من توافر الموارد المالية اللازمة لذلك (31) الأمر الذي يتطلب أن تتسم هذه الموارد لاسيما الموارد الداخلية بالوفرة والديمومة، ولهذا تعتبر مشكلة التمويل المالي هي أولى العقبات التي تواجه الجماعات المحلية في كافة مراحلها من بداية نشأتها إلى الآن، وهذا ما يظهر بوضوح في ارتفاع عدد البلديات العاجزة، والذي مرده إلى ضعف مردودية إيراداتها الداخلية لاسيما المتعلقة بمدا خيل الأملاك ونواتج الاستغلال، والتي لا تساهم إلا بنسب ضئيلة

في مجموع الموارد المالية للبلديات، وبالرغم من أنها تشكل موارد دائمة للبلديات إلا أنها تعاني التهميش والإهمال، الأمر الذي يؤدي إلى ضعف موارد التمويل المحلي، ويجعله يرتبط أساسا بعائدات الضرائب والرسوم المحلية، والمساعدات التي تتلقاها الجماعات المحلية من الإدارة المركزية أو الصندوق المشترك للجماعات المحلية والتي لا تمنح لها إلا في إطار سلسلة من الشروط تحد من سلطاتها وهو ما يتنافى مع مبدأي الاستقلال الإداري و الاستقلال المالي.

ثانيا: ضعف الموارد البشرية المسيرة للبلديات من الناحية الإدارية: يعتبر من العوامل المساعدة على نجاح اللامركزية الإدارية وجود مسؤولين محليين قادرين على تسيير الشؤون الوحدة المحلية، هذا لا بد من حسن

اختيار مسؤولوا الوحدات المحلية سواء كانوا منتخبين أو موظفين لأنه يؤدي بالضرورة إلى التحكم في تسيير ميزانيات هذه الوحدات ،إلا أن الواقع اثبت أن طرق وإجراءات التي تحيط بعملية اختيار وتعيين الممثلين المحليين أصبحت لا تتجاوب مع متطلبات عصرة الإدارة المحلية ،فبالإضافة إلى غياب انتقاء صفات التأهيل في فئة كثيرة من المنتخبين المحليين فان الشروط التي تحيط بعملية التعيين الأعوان الإداريين والإطارات بالرغم من خضوعها لشروط التوظيف العادي من إعلان ومسابقات وتعيين إلا أن جل البلديات تعاني من ضعف مستوى التأطير الذي تبلغ نسبته 2.06 بالمائة(32)،و ضعف التأطير على مستوى البلديات مرتبط بانسداد أبواب الترقية

وغياب المحفزات المالية التشجيعية نظرا لعدم وفرة الموارد المالية للجماعات المحلية تمكنها من توظيف مؤهلين للتحكم في تسيير الاختصاصات المسندة إليهم (33).فضعف التأطير يشكل الإشكال الأول للبلديات فعلى مستوى 1541 بلدية هناك 15493 إطار يحمل شهادة التعليم العالي،وهناك 800 بلدية لا تتوافر على إطار جامعي بسبب نقص مواردها أو بُعدها (34).

وبالمقابل تشكل الاعتمادات المخصصة لأجور الموظفين 75 بالمائة من ميزانية التسيير فهذه النسبة تشكل عبء كبير على البلديات المحدودة الموارد، والتي غالبا ما تعجز عن تسديدها إلا بعد اللجوء إلى الصندوق الضمان للجماعات المحلية (35)، وهذا من دون مقابل في الأداء.

وما يستشف مما سبق، أنه أصبح من الضروري على البلديات تعبئة مواردها المالية لاسيما الذاتية من أجل التحكم في عملية التوظيف من أجل اختيار موظفين قادرين على التحكم في تسيير شؤونها المحلية لاسيما المالية منها.

الخاتمة: بالنظر إلى اعتبار الجماعات الإقليمية الهيئات الأساسية للتنظيم الإداري للدولة لاسيما البلديات التي تعتبر الوحدة القاعدية الأساسية الأدنى في هذا التنظيم باعتبارها نقطة المشاركة الأولى للمواطن المحلي في تسيير الشؤون المحلية، وهي الخلية القاعدية في بناء الدولة ونظامها السياسي، بات لزاما التحسين من وضعية البلدية الجزائرية التي تعاني أغلبها من ضعف مواردها المالية اللازمة لتسيير شؤونها المحلية، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب من بينها التقسيمات الإدارية لاسيما التقسيم الإداري لسنة 1984 الذي ساهم بشكل كبير في تنامي ظاهرة البلديات العاجزة عدديا وماليا حيث ترتب على هذا التقسيم مجموعة من النتائج منها:

- ظهور أكثر من 600 بلدية عاجزة هيكلية وماليا.

- تشتت الحصيلة الجبائية على عدد أكبر من البلديات بدلا من التركيز على تطوير البلديات الموجودة سابقا.

- عدم مراعاة عامل السكان والمساحة الجغرافية والموارد المالية في هذا التقسيم ترتب عليه وجود بلديات غنية وفقيرة.

ومن أجل المساهمة في إصلاح الوضع الحالي للبلديات لابد من إعادة هيكلة التقسيم الإداري للجماعات الإقليمية بضم البلديات المتشابهة من حيث الخصائص لتشكيل وحدات إدارية محلية متناسبة من حيث عدد السكان والمساحة والموارد المالية مما يساهم في حسن تسييرها والتقليل من نفقاتها، مما قد يساهم بذلك بعلاج مشكلة عدم التوازن الجهوي، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى ضرورة عدم إنشاء جماعات إقليمية دون مراعاة مقومات اللامركزية الإدارية.

قائمة الهوامش:

- 1- لمزيد من التفصيل حول مفهوم الإدارة المحلية راجع في ذلك: هاني على الطهراوي، قانون الإدارة المحلية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص 23 وما بعدها.
- 2- القانون 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري الصادر في ج.ر.ج العدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016، ص 03.
- 3- أيمن العودة المعاني، الإدارة المحلية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر الأردن، 2010، ص 47.
- 4- أيمن العودة المعاني، المرجع نفسه، ص 47.

- 5- لمزيد من التفصيل: أنظر: طاهري حسين، القانون الإداري والمؤسسات الادارية، الطبعة الاولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص33.
- 6- علي خاطر الشطناوي، الإدارة المحلية، دار وائل للنشر، الأردن، 2002، ص102.
- 7- القانون رقم 10/11 المتضمن قانون البلدية الصادر في 22/جوان/2011، ج.ر.ج.ج. العدد 37 المؤرخة 03 جويلية 2011، ص04.
- 8- القانون 07/12 المتضمن قانون الولاية الصادر في 21 فبراير 2012، ج.ر.ج.ج. العدد 12 المؤرخة في 29/02/2012، ص05.
- 9- عبد المالك بن عبدالله الهنائي، اللامركزية أداة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، مجلة القانون الإداري، الأردن، العدد 52/1993، ص97.
- 10- أيمن عودة المعاني، المرجع السابق، ص35.
- 11- كمال بربر، نظم الإدارة المحلية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، مصر، 2004، ص137.
- 12- بومدين حوالمف رحيمة، دور البلديات في رفع المستوى الصحي للسكان وتحقيق التنمية (تجربة الجزائر)، بحث مقدم في المؤتمر الدولي حول عمل البلدية المنعقد في البحرين، 26/03/2006،
- 13- أنظر المادة 10/140 من دستور 1996 المعدل بموجب القانون رقم 16-01 الصادر في 06 مارس 1996 المتضمن التعديل الدستوري ج.ر.ج.ج. العدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.
- 14- نصر الدين بن طيفور، أي استقلال للجماعات المحلية الجزائرية في ظل مشروع جوان 1999 لقانون البلدية والولاية، مجلة الإدارة، العدد 22، الجزائر، 2003، ص07.
- 15- الأمر 69/74 الصادر في 02 يوليو 1974 بالجريدة الرسمية العدد 55 بتاريخ 09/يوليو 1974، ص51.
- 16- القانون 09/84 المؤرخ في 14/02/1984 الصادر في الجريدة الرسمية العدد 06 المؤرخة في 07/02/1984 ص139.
- 17- المرسوم الرئاسي 140/15 المتضمن إحداث مقاطعات إدارية داخل بعض الولايات المؤرخ في 27/05/2015 الصادر في الجريدة الرسمية 31/05/2015، ص03.
- 18- بلجيتالي أحمد، إشكالية عجز ميزانية البلديات، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، سنة 2009/2010، ص111.
- 19- الأمر 189/63 الصادر في 16 ماي 1963 في ج.ر.ج.ج. 17/06/1963، العدد 35.

- 20- يوسفى نورالدين، الجباية المحلية ودورها في تنمية الجماعات المحلية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة بومرداس، 2010/2009، ص119.
- 21- بن شعيب نصر الدين/شريف مصطفى، الجماعات الإقليمية ومفارقات التنمية في الجزائر، مجلة الباحث، العدد 10/ 2012 ص164.
- 22- يوسفى نورالدين، الجباية المحلية ودورها في تنمية الجماعات المحلية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة بومرداس، 2010/2009، ص119.
- 23- عزيز محمد الطاهر، آليات تفعيل دور البلدية في إدارة التنمية المحلية، مذكرة ماجستير، جامعة ورقلة، 2011، ص64.
- 24- شوقي جباري/بسمة عولمي، تعبئة الموارد الجبائية كخيار استراتيجي لتغطية العجز المالي للبلديات، المجلة الجزائرية للتنمية الاقتصادية، ع/2، سنة 2015، ص32.
- 25- يوسفى نورالدين، المرجع السابق، ص119.
- 26- بن شعيب نصر الدين، المرجع نفسه، ص164.
- 27- بن شعيب نصر الدين، المرجع السابق، ص164.
- 28- بلجيلالي أحمد، المرجع السابق، ص113.
- 29- أنظر المادة 01 من المرسوم 140/15 المتضمن إحداث مقاطعات إدارية داخل بعض الولايات المؤرخ في 2015/5/27 الصادر في ج.ر.ج. ج العدد 29 المؤرخة في 2015/05/31، ص03.
- 30- أنظر المادتين 169 و152 من القانوني 10/11 و07/12 المتعلق بالجماعات المحلية سابق الإشارة إليهما.
- 31- أنظر المادتين 04 و05 من القانوني 10/11 و07/12 المتعلق بالجماعات المحلية سابق الإشارة لهما.
- 32- بلجيلالي أحمد، المرجع السابق، ص102.
- 33- تاتي بوحانة، الجماعات الإقليمية بين الاستقلالية والرقابة، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2015/2014، ص72-73.
- 34- بن شعيب نصر الدين/شريف مصطفى، المرجع السابق، ص166.
- 35- بن شعيب نصر الدين، المرجع نفسه، ص166.

المراقبة الإلكترونية ضمن السياسة العقابية الحديثة

بقلم الأستاذة / بوزيدي مختارية

جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة

مقدمة :

تعتبر المراقبة الإلكترونية من الوسائل المستحدثة في السياسة العقابية الحديثة، وتعد من أهم وأبرز تطبيقات التطور العلمي العقابي الذي أظهر ضرورة إيجاد بدائل للعقوبة السالبة للحرية بغير الأساليب العقابية التقليدية. حيث لجأت العديد من الدول المتقدمة إلى استخدام هذه الوسيلة لأن التجربة أثبتت الدور الفعال الذي تحققه في درء مساوئ العقوبة السالبة للحرية؛ وبذلك وجدت المراقبة الإلكترونية سواء أكانت وسيلة بديلة للعقوبات السالبة للحرية أو وسيلة بديلة للحبس المؤقت . وتأتي هذه الدراسة لإبراز مكانة هذه الوسيلة الحديثة في مجال الحبس المؤقت والعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة.

ومن هنا جاءت هذه الدراسة لكي نسلط الضوء على هذا النظام باعتباره بديلاً للحبس المؤقت والعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، لذلك يطرح التساؤل ما مفهوم المراقبة الإلكترونية؟ وأي نوع من المراقبة الإلكترونية تبناه المشرع الجزائري؟ وللإجابة على هذا السؤال سيتم إتباع الخطة التالية:

المبحث الأول: ماهية المراقبة الالكترونية
المطلب الأول: تعريف نظام المراقبة الالكترونية وآليته
المطلب الثاني: شروط تطبيق الوضع تحت المراقبة الالكترونية
المبحث الثاني: المراقبة الالكترونية وفق التشريع الجزائري
المطلب الأول: المراقبة الالكترونية بموجب الأمر رقم 15-02 المعدل
لقانون الإجراءات الجزائية
المطلب الثاني: تقييم نظام المراقبة الالكترونية

المبحث الأول : ماهية المراقبة الالكترونية

يعتبر نظام المراقبة الالكترونية سواء أكان وسيلة بديلة للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة أو وسيلة بديلة للحبس الاحتياطي أو الحبس المؤقت من أهم ما أفرزه التقدم التكنولوجي والذي انعكس بدوره على السياسة العقابية في معظم الأنظمة العقابية المعاصرة التي أخذت به، وللوقوف على ماهية نظام المراقبة الالكترونية يقتضي ذلك تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول تعريف نظام المراقبة الالكترونية وآليته، أما المطلب الثاني نتعرض فيه إلى شروط تطبيق هذا النظام.

المطلب الأول : تعريف نظام المراقبة الالكترونية وآليته

يعرف الوضع تحت المراقبة الالكترونية بأنه تنفيذ للعقوبة بطريقة مبتكرة خارج أسوار السجن- في الوسط الحر- بصورة ما يسمى السجن في البيت يتضمن هذا الأسلوب نظاما إلكترونيًا للمراقبة عن بعد، بموجبه يمكن التأكد

من وجود أو غياب الشخص عن المكان المخصص لإقامته بموجب حكم قضائي، حيث يسمح للمحكوم عليه بالبقاء في منزله لكن تحركاته محدودة ومراقبة بمساعدة جهاز مثبت في معصمه أو أسفل قدمه يعرف "بالسوار الإلكتروني" كما يدعوه عدد غير قليل من العاملين في الوسط العقابي¹

وهناك من يعرفه بأنه أحد الأساليب المبتكرة لتنفيذ العقوبة أو الحبس الاحتياطي أو الحبس المؤقت خارج أسوار السجن، بحيث يسمح لمن يخضع للمراقبة بالبقاء في محل إقامته مع فرض بعض القيود على تحركاته من خلال جهاز المراقبة الإلكترونية.² وقد أقرت العديد من التشريعات العقابية الحديثة نظام المراقبة الإلكترونية من ذلك التشريع الأمريكي، والهولندي، والسويدي، والأسترالي، والكندي والنيوزلندي، والانجليزي، والفرنسي، وكذلك المشرع الجزائري من خلال الأمر رقم 15-02 المعدل المتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

ويقصد بها كذلك إلزام المحكوم عليه بالإقامة في مكان سكنه، أو محل إقامته، خلال أوقات محددة؛ ويتم التأكد من ذلك من خلال متابعته، عن طريق وضع جهاز إرسال على يده تسمح لمركز المراقبة من معرفة ما إذا كان المحكوم عليه موجوداً في المكان والزمان المحددين من قبل الجهة القائمة على التنفيذ أم لا، حيث يعطي الكمبيوتر تقارير عن نتائج هذه الاتصالات.³

وان الوضع تحت المراقبة الالكترونية يقوم على إيجاد نوع من التجانس بين حماية المجتمع من جهة وإعادة ربط هذا الأخير مع المجتمع، فهو يحقق مزايا للإدارة العقابية في الوقاية من العود، كما يخفف من ازدحام السجون؛ فالأرقام بازدياد عدد السجناء مدهشة ومن ثمة سجون مكتظة وشروط حياة لا تحتمل بداخلها، كما يؤدي الوضع تحت المراقبة الالكترونية إلى تخفيف من النفقات الواقعة على عاتق الدولة حيث قدرت نفقات اليوم في الوضع تحت المراقبة الالكترونية أقل بأربع مرات من يوم السجن.⁴

كما يسمح للمحكوم عليه الوقاية من تعلم أساليب الإجرام وذلك يقلل من معدل العودة إلى الجريمة أو ما يطلق عليه بـ "النزعة الانتكاسية"، وتجنبه العزلة الاجتماعية، والحرمان العاطفي، مع احتفاظه بعلاقته العائلية وعمله.⁵

إلى أن الوضع تحت المراقبة الالكترونية لم يسلم من الانتقادات وهو عدم تقبل الرأي العام للوضع تحت المراقبة الالكترونية كبديل عن السجن، لأنها تفقد العقوبة بعضاً من الإيلام النفسي الذي يجب أن يحس به المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية حتى لا يعود مرة ثانية إلى ارتكاب الجريمة. كما أن الوضع تحت المراقبة الالكترونية يثير مشكلة الملائمة من الناحية القانونية بين مكان تنفيذه في البيت وبين مبدأ عدم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة؛ كما أنه يثير مشكلة حرية التصرف بالجلسد لأن مشكلة ارتداء السوار تجعل

المحكوم عليه يشعر بالحق لارتداء "ماركة" تدل على انحرافه وما يتولد عنه من شعور بالتهميش والإحباط، والحق بالكرامة والحرية الشخصية.

كما أن هذا الوضع يعبر عن الحرية المزيفة لأنه ليس حرًا في تحركاته وإنما في حالة خروجه من المنزل فأن عليه العودة قبل الساعة السابعة مساءً والحاسوب هو من يقوم بمهمة المراقبة وفي حالة غيابه تنطلق صفارة الإنذار.⁶ زيادة عن ذلك إن المراقبة الالكترونية تؤدي إلى وجود خطر يهدد أمن المواطنين لأنه أثناء عملية التقدم التكنولوجي لم تكن المراقبة الالكترونية قادرة على منع السجين من اقتراف المزيد من الجرائم.⁷

ولقد صاحب انتشار نظام المراقبة الالكترونية في العديد من الدول تنوع في آلية تنفيذه ويمكن القول بوجود ثلاثة طرق لتنفيذ المراقبة الالكترونية وهي:⁸

الطريقة الأولى: طريقة البث المتواصل وفيها يرسل السوار كل 15 ثانية إشارات محددة إلى مستقبل موصول بالخط الهاتفي في مكان إقامة الشخص وينقل هذا المستقبل الإشارات أوتوماتيكيا إلى نظام معلوماتي مركزي مجهز بتقنيات يمكنها أن تسجل هذه الإشارات والمعلومات ويوجد هذا النظام لدى الجهة التي تتولى رقابة المحكوم عليه.

الطريقة الثانية: طريقة التحقيق الدقيق بموجبها يرسل نداء تلفوني بشكل أوتوماتيكي إلى بيت أو مكان إقامة الشخص ويُستقبل هذا النداء ويرد عليه عبر رمز صوتي أو تعريف نطقي.

الطريقة الثالثة: طريقة المراقبة الالكترونية عبر الستلايت وهي مطبقة في الولايات المتحدة الأمريكية.

ونجد أن النظام الفرنسي طبق الصورة الأولى " السوار الالكتروني" وفق هذا الأسلوب يسمح للمحكوم عليه البقاء في بيته، ومن هنا جاءت تسمية السجن في البيت لكن تحركات الشخص تبقى محدودة ومراقبة بجهاز إلكتروني يشبه الساعة؛ يضع المحكوم عليه جهاز مثبت في معصمه أو في أسفل قدمه " السوار" والذي هو عبارة عن مرسله الكترونية تحتوي على جهاز إرسال يبين إشارات متتالية محددة إلى مستقبل مثبت في مكان محدد " المنزل، أو مكان العمل، أو الدراسة" وهذا المستقبل يرسل عن طريق الخط الهاتفي رسائل أو إشارات إلى الجهة التي تتولى المتابعة " مركز المراقبة" ومركز المراقبة هذا يستقبل الإشارات المرسله في المنطقة الجغرافية المحددة كنطاق المراقبة ومن خلال هذه الإشارات والمعلومات يمكن التثبت من عمل الجهاز ووجود الشخص المعني في المكان المحدد ومن ثمة التأكد من احترام الشخص للعقد. وقد أكد قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي على ضرورة أن يخبر القاضي المحكوم عليه بحقه في طلب استشارة الطبيب للتأكد من أن هذه التقنيات لا

تؤثر سلبيًا على الوضع الصحي للمحكوم عليه" المادة 57 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي.⁹

المطلب الثاني : شروط تطبيق لوضع تحت المراقبة الالكترونية

يعتمد تطبيق المراقبة الالكترونية على توافر شروط فنية ومادية وقانونية، وليبان هذه الشروط سنتناول في هذا المطلب من خلال الشروط القانونية والشروط المادية والفنية.

أولاً: الشروط القانونية

يشترط المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي مجموعة من الشروط القانونية التي يتعين توافرها لإصدار أمر الوضع تحت المراقبة الالكترونية وذلك من أجل تجنّب المتهمين والمحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية قصيرة المدة الاتصال بالوسط العقابي والذي له أسوأ الأثر في بعض السجناء وهي:

1- من حيث الأشخاص يطبق نظام المراقبة الالكترونية في فرنسا على الأحداث والبالغين سواء كانوا من الذكور أو الإناث، ويستوي في الأمر أن يكون الخاضع للمراقبة الالكترونية من المحكوم عليهم أو من المتهمين الذين يخضعون لنظام المراقبة القضائية.¹⁰ وكذلك الأحداث شريطة أن يكون عمر

الحدث بين الثالثة عشرة والثامنة عشرة مع موافقة ولي الحدث أو من يمارس السلطة الأبوية عليه.¹¹

2- الشروط المتعلقة بالعقوبة

يقتصر نظام المراقبة الالكترونية في فرنسا على المحكوم عليهم بالعقوبات السالبة للحرية، وبذلك لا تكون المراقبة بديلة عن الجزاءات الغير السالبة للحرية كالغرامة أو العمل للمنفعة العامة أو المصادرة¹² واشترط المشرع الفرنسي أن لا تزيد العقوبة السالبة للحرية للمحكوم بما على سنة واحدة، فإذا زادت على سنة فيشترط لاستفادة المحكوم عليه من نظام المراقبة الالكترونية تنفيذ العقوبة السالبة للحرية إلى أن يتبقى منها مدة سنة كحد أقصى؛ كما يجوز تطبيق نظام المراقبة الالكترونية على المحكوم عليهم الذين يستفيدون من نظام الإفراج المشروط شريطة ألا تزيد المدة المتبقية من العقوبة على سنة وفي هذه الحالة تكون المراقبة من قبيل التدابير التي يخضع لها المفرج عنه شرطياً.¹³

3- من حيث المدة اشترط المشرع الفرنسي حداً أقصى لمدة تنفيذ المراقبة الالكترونية، حيث لا يجوز أن تزيد هذه المدة على سنة واحدة، أما بالنسبة للمشرع الفلسطيني حدد مدة المراقبة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن ثلاث سنوات.¹⁴

4- الشروط المتعلقة بالجهة المختصة بتقرير الوضع إن الوضع تحت المراقبة الالكترونية يصدر بمبادرة من القاضي نفسه أو بناء على اقتراح من مدير الإدارة العقابية، يمكن أن يقرر من قبل:¹⁵

- قاضي التحقيق، وقاضي الحريات، وقاضي الحبس ضمن إطار الرقابة القضائية بالنسبة للمتهمين.

- قاضي تنفيذ العقوبة بالنسبة للمحكومين.

- وقاضي الحكم عندما ينطق بالحكم.

5- من حيث الرضا يشترط المشرع الفرنسي رضا الخاضع للمراقبة الالكترونية، فيعتبر شرطا جوهريا؛ حين اشترط صدور الرضا في حضور محامي الخاضع للرقابة؛ كما أوجب أن ينتدب محامي آخر في حالة غياب أو تعذر حضور المحامي. أما إذا تما البدء بتنفيذ أمر المراقبة فأجازت المادة 1/723 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي لقاضي تطبيق العقوبات أن يقوم من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخاضع للمراقبة وبعد التشاور مع مدعى الجمهورية تعديل شروط تنفيذ أمر الرقابة، كما يجوز للنيابة العامة أن تطعن بالاستئناف في أمر الوضع تحت المراقبة الالكترونية إذا صدر مخالف لرغبتها.¹⁶

ثانيا: الشروط المادية والفنية

فضلاً عن الشروط التي سبق الإشارة إليها لتقرير الوضع تحت المراقبة الالكترونية لا بد من توافر بعض الشروط المادية والفنية وهي:

1- الشروط المادية: وتتمثل في:¹⁷

أ- الشروط المتصلة بالمكان و هي أن يكون للمحكوم عليه محل إقامة مستقر وهو ما يستشف من أحكام المادة 723-7 فقره 2 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، ويحدد قاضي تطبيق العقوبات محل الإقامة سواء كان خاصا بالمحكوم عليه أو غيره وفي هذه الحالة يجب الحصول على موافقة المالك لإتباع إجراءات المراقبة الالكترونية، وكذلك الأمر إذا كان السكن مشتركاً؛ أما إذا كان محل الإقامة من الأماكن العمومية فلا يشترط الرضا.

كما يتطلب الوضع تحت المراقبة الالكترونية أن يكون محل الإقامة مزود بخط هاتفي فلا يكفي أن يكون الخط الهاتفي مخصصاً للمسكن فحسب؛ بل يجب أن يكون مهياً لأداء الخدمة المنوطة به أداؤها أي استقبال الاتصالات الهاتفية المتعلقة بالمراقبة الالكترونية مما يرتب مصاريف زائدة لرسوم الاستهلاك خط التليفون تقع على كاهل المحكوم عليه؛ مما يتطلب من الإدارة العقابية تقديم مساعدات مالية لإعانة المحكوم عليه والتخفيف من المصاريف.

ب- الشروط المتصلة بالزمان وهو فرض على المحكوم عليه عدم غيابه عن منزله أو عن مكان العمل أو الدراسة خلال الفترات الزمنية التي يحددها

قاضي تطبيق العقوبات، وكذلك فإن الأشخاص الموضوعين تحت المراقبة الالكترونية يخضعون بدورهم لمراقبة مكثفة من قبل المساعد الاجتماعي لذا يجب على الشخص أن يضع السوار الالكتروني ويحترم الأوقات المقررة له والمكان المخصص تحت طائلة فرض عقوبات سالبة للحرية وهذا كله لا يمنع المحكوم عليه من القيام بنشاطاته اليومية بصفة دائمة.

2- الشروط الفنية

يعتمد نظام المراقبة الالكترونية في طريقة تنفيذه على مجموعة من الوسائل الفنية وهي:¹⁸

- جهاز الإرسال الصغير: وحجمه يماثل علبة السجائر ويزن حوالي 100غرام إلى 142 غرام ويتم تقديمه في صورة طوق يتم وضعه إما في معصم اليد أو في كعب القدم للشخص الذي تتم مراقبته والذي ينقل ترميز " كودات" وإشارات مستمرة في مدى 50 إلى 70 متر.

- جهاز إرسال واستقبال: هذا الجهاز يتم توصيله بالتليفون في منزل الشخص الذي تتم مراقبته ويلتقط هذا الجهاز إشارة الطوق أو السوار وينقلها إلى كمبيوتر مركزي عن طريق خط التليفون.

- الكمبيوتر المركزي يوضع في مكاتب المراقبة والتي تتلقى الإشارة وتولد تحذير في حالة غياب أو تغيير الإشارة التي يتم التقاطها من الطوق والكثير

من وسائل هذا النظام تستخدم موجات الراديو لنقل الإشارات خلاف خطوط الهاتف.

كما يمنع الشخص الموضوع تحت المراقبة الالكترونية من مغادرة بيته أو الغياب عنه، أو عن الأماكن المحددة من قبل قاضي تنفيذ العقوبة، خلال المدة المحددة من قبل القاضي في قراره. كما يخضع الموضوع تحت المراقبة الالكترونية لمتابعة مكثفة من قبل المساعد الاجتماعي لذا يجب على الشخص أن يضع السوار 24 ساعة إلى 24 ساعة. كما يمكن لقاضي تنفيذ العقوبة فرض تدابير منصوص عليها في قانون العقوبات الفرنسي في المواد 132-43 و 132-46 منه وأهمها ممارسة نشاط مهني أو متابعة الدراسة أو التأهيل المهني، الخضوع للفحوصات الصحية والعلاجية.¹⁹

يقوم قاضي تنفيذ العقوبة بسحب قرار الوضع تحت المراقبة الالكترونية في حالة عدم تقييد الشخص الخاضع للمراقبة الالكترونية بالشروط والالتزامات المفروضة عليه، كما يعد مرتكبا لجريمة الهرب من المراقبة والتي تصل عقوبتها إلى الحبس حتى ثلاث سنوات والغرامة حتى 45000 يورو" المادة 434-27 من قانون العقوبات الفرنسي"، كما يتم سحب قرار الوضع تحت المراقبة الإلكترونية في حالة طلب المحكوم عليه بنفسه، في حالة سوء السلوك الفاحش العلني، وحالة صدور حكم جديد وفي حالة رفض المحكوم عليه لتعديل شروط تنفيذ الوضع تحت المراقبة الالكترونية، وعدم احترامه للالتزامات المنصوص عليها في المواد 132-23-2 و 132-6-

3 من قانون العقوبات الفرنسي و 10-723 من قانون الإجراءات الجزائية
الفرنسي.²⁰

المبحث الثاني : المراقبة الالكترونية وفق التشريع الجزائري

يعتبر نظام المراقبة الالكترونية بالدرجة الأولى من الأنظمة البديلة للعقوبة السالبة للحرية، إذ إن معظم التشريعات التي أخذت بهذا النظام قصرته على المحكوم عليهم لتجنبهم الآثار السيئة الناتجة عن إيداعهم السجن، أما في مجال الحبس الاحتياطي أو كما يسميه المشرع الجزائري الحبس المؤقت فلم يلق قبولا لدى العديد من الدول التي اكتفت بتطبيقه فقط كبديل للعقوبة ومع ذلك نجد بعض التطبيقات لهذا النظام في مجال الحبس المؤقت ففي الولايات المتحدة الأمريكية يعمل نظام المراقبة الالكترونية كبديل للعقوبة والحبس الاحتياطي معا، أما في إنجلترا فقد أقر نظام المراقبة الالكترونية كبديل للحبس الاحتياطي بموجب قانون العدالة الجنائية الصادر 1991. أما المشرع الجزائري فأخذ بنظام الرقابة القضائية كبديل للحبس المؤقت بموجب التعديل الجديد للقانون الإجراءات الجزائية الصادر في الجريدة الرسمية في عددها رقم 40 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2015 الموافق ل 7 شوال 1436 الأمر رقم 15-02 المؤرخ في 23 جويلية 2015 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

ومن خلال هذا المبحث سنتناول فيه المراقبة الاللكترونية التي جاء بها التعديل الأخير لقانون الإجراءات الجزائية، ودور وإشكالات تطبيق المراقبة الاللكترونية كبديل للحبس المؤقت.

المطلب الأول : المراقبة الاللكترونية بموجب الأمر رقم 15-02 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية

إن التعديل الجديد لقانون الإجراءات الجزائية جاء في إطار مخطط عمل الحكومة لتنفيذ برنامج فخامة رئيس الجمهورية الرامي إلى تعزيز دولة القانون من خلال تعميق إصلاح العدالة وتدعيم السلطة القضائية ومصداقيتها. كما يهدف إلى إحداث تغييرات أساسية في سير القضاء الجزائي في إطار احترام الحقوق الأساسية ومبادئ المحاكمة العادلة من خلال تأكيد الطابع الاستثنائي للحبس المؤقت وضبط شروط اللجوء إليه وتقليص مدده القصوى وحصر مجال تطبيقه في الجرائم المعاقب عليها بالحبس أكثر من ثلاثة سنوات مما يمنع اللجوء إلى الحبس المؤقت في الجرح البسيطة والغير العمدية إلا إذا نتجت عنها وفاة، وهذا تعزيز لقريئة البراءة كما تم تعزيز نظام الرقابة القضائية باستحداث نظام الرقابة الاللكترونية.

بموجب الأمر رقم 15-02 أصبح يشار بوضوح إلى أن الأصل هو الإفراج وعند الضرورة يخضع المتهم لالتزامات الرقابة القضائية لضمان مثوله أمام قاضي التحقيق ولضمان التطبيق الأمثل للالتزامات الرقابة القضائية

أحاطها المشرع بالمراقبة الالكترونية من خلال أحكام المادة 125 مكرر 1 من قانون الإجراءات الجزائية، واستثناء إذا لم تكف هذه التدابير يمكن اللجوء إلى الحبس المؤقت، وبالتالي أن استحداث نظام الرقابة القضائية هو إجراء وسط بين الحبس والحرية. و يعرف الفقه الرقابة القضائية بأنها " إجراء بديل للحبس المؤقت يفرض بموجبه قاضي التحقيق التزاماً أو أكثر على المتهم ضماناً لمصلحة التحقيق أو المتهم ويجب على هذا الأخير أن يلتزم بها".²¹

وتعتبر الرقابة القضائية إجراء استثنائي ومسألة تقديرية تخضع لسلطة قاضي التحقيق شأنه شأن الحبس المؤقت؛ الهدف منه تقييد حرية المتهم أو منعه من ممارسة بعض التصرفات على سبيل الاحتياط وبهذه الصفة فإن الرقابة القضائية تعد تدبيراً وقائياً بمقتضاه يوضع المتهم تحت تصرف القضاء ومنعه من ممارسة بعض الحقوق وتحميله بعض الوجبات تفرض عليه كإجراءات احترازية.²²

كما يعرف البعض نظام الرقابة القضائية على أنه نظام إجرائي بديل للحبس المؤقت يفرض بموجبه قاضي التحقيق التزاماً أو أكثر على المتهم ضماناً لمصلحة التحقيق أو المتهم ويجب على هذا الأخير أن يلتزم بها. ومن شروط تطبيق نظام الرقابة القضائية:²³

- أن تكون الأفعال المنسوبة للمتهم تعرضه لعقوبة الحبس أو عقوبة أشد،
فيمكن تطبيق الرقابة القضائية سواء كانت الوقائع المتابع من أجلها المتهم
تكون جنحة عقوبتها الحبس دون الغرامة أو تكون جنائية.

- كفاية التزامات الرقابة القضائية كبديل للحبس المؤقت فيما أن اللجوء إلى
الحبس المؤقت يكون عادة الهدف منه تحقيق مصلحتين مصلحة التحقيق
ومصلحة المتهم، فإنه إذا كان نظام الرقابة القضائية يكفي لتحقيق هاتين
المصلحتين فهو جدير بأن يحل محل الحبس المؤقت.

- أن يصدر أمر الوضع تحت الرقابة القضائية بموجب أمر مسبب وهذا
الأمر يجوز أن يكون محلا للاستئناف من المتهم أو محاميه.

أما التزامات الرقابة القضائية فقد تما النص عليها في أحكام المادة 125
مكرر 1 من قانون الإجراءات الجزائية وهي على سبيل المثال يمكن لقاضي
التحقيق عن طريق قرار مسبب أن يضيف أو يعدل عنها كما يمكنه أن
يخضع المتهم إلى التزام واحد أو أكثر من الالتزامات وهي:

1- عدم مغادرة الحدود الإقليمية التي حددها قاضي التحقيق إلا بإذن هذا
الأخير كعدم مغادرة حدود البلدية أو الولاية التي يحددها أو إقليم
الجمهورية،

2- عدم الذهاب إلى بعض الأماكن المحددة من طرف قاضي التحقيق كأماكن العمل،

6- الامتناع عن رؤية الأشخاص الذين يعينهم قاضي التحقيق أو الاجتماع ببعضهم،

9- المكوث في إقامة محمية يعينها قاضي التحقيق وعدم مغادرتها إلا بإذن هذا الأخير.

يكلف قاضي التحقيق ضباط الشرطة القضائية بمراقبة تنفيذ هذا الالتزام وبضمان حماية المتهم.

لا يؤمر بهذا الالتزام إلا في الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية ولمدة أقصاها ثلاثة أشهر يمكن تمديدها مرتين لمدة أقصاها ثلاثة أشهر في كل تمديد.

يتعرض كل من يفشي أي معلومة تتعلق بمكان تواجد الإقامة المحمية للمتهم، للعقوبات المقررة لإفشاء سرية التحقيق.

10- عدم مغادرة مكان الإقامة إلا بشروط وفي مواقيت محددة.

في هذه التدابير المذكورة سابقا يمكن لقاضي التحقيق من اتخاذ نظام المراقبة الالكترونية لتأكد من مدى التزام المتهم بهذه التدابير.²⁴

المطلب الثاني : تقييم نظام المراقبة الالكترونية

إن الغالبية العظمى من التشريعات التي تبنت نظام المراقبة الالكترونية كبديل للعقوبة، لم تأخذ به في مجال الحبس المؤقت، بل طبقت هذا النظام كبديل للحبس المؤقت على سبيل التجربة ولكنها سرعان ما هجرته وأبقت عليه باعتباره بديلا للعقوبة. وهذا التراجع مرده الصعوبات التي ترتبط بتطبيق نظام المراقبة الالكترونية في مرحلة سابقة للمحاكمة.

لا تختلف آلية عمل المراقبة الالكترونية سواء أكانت بديلا عن العقوبة أو الحبس المؤقت من الناحية الفنية ولكن الاختلاف يكمن في طبيعة المرحلة التي تطبق فيها المراقبة؛ كون أنه في العقوبة يكون بعد صدور الحكم الواجب التنفيذ، أما في حالة الحبس المؤقت فتكون في مرحلة سابقة لصدور الحكم.²⁵

والرقابة الالكترونية كبديل للحبس المؤقت لها دور في الحد من المساس بقريئة البراءة، نظرا لما ينطوي عليه الحبس المؤقت من سلب الحرية وما يترتب عليه من أضرار مادية ومعنوية تلحق بالموقوف وهذا مدفع بالمشرع الجزائري إلى تبني هذا النوع من النظام وبذلك أن تطبيق هذا النظام في مجال الحبس المؤقت يفوق في أهميته تطبيقه بديلا للعقوبة.

زيادة عن ذلك أن تطبيق هذا النظام في مجال الحبس المؤقت يحقق قدرا كبيرا من التوازن بين الحقوق والحريات الشخصية وبين مصلحة الدولة فهو

يحقق قدرا كبيرا من حماية حق الفرد في تقبل المجتمع له وهو مالا يتحقق في الحبس المؤقت.²⁶

كما أن المراقبة الالكترونية كبديل للحبس المؤقت تتضمن قيودا تكفل صيانة حرمة المسكن الخاص، ومن ذلك حظر استخدام الكاميرات في المراقبة وحظر دخول مأمور المراقبة للمسكن لمجرد قيام الخاضع للمراقبة بارتكاب مخالفة. زيادة عن ذلك أن الحق في الخلوة الشرعية وإشباع الغريزة الجنسية للإنسان تعد من أهم الأسباب التي تعزز نظام المراقبة الالكترونية سواء أكان بديلا للعقوبة أو الحبس الاحتياطي؛ إذا يكون بوسع الخاضع للمراقبة الالكترونية أن يمارس حياته الطبيعية داخل أسرته.²⁷

ومن بين الصعوبات التي تواجه قاضي التحقيق الجزائري أن المشرع الجزائري لم يوضح نوعية الجرائم اللاتي يمكن تطبيق فيها المراقبة الالكترونية كبديل للحبس المؤقت، فكان يتعين عليه أن لا يستفيد من نظام المراقبة الالكترونية مرتكبي جرائم الأموال لأنه يخشى قيام المتهم بإخفائها أو تهريبها كما يخشى أيضا هروب المتهم. ولا يعني استثناء هذه الجرائم قصر نظام المراقبة الالكترونية على الجنح وإنما يمكن تطبيقها كذلك على الجنايات المقترنة بظروف مخففة.²⁸

كما يجب أن يصدر قرار الوضع تحت المراقبة الالكترونية كبديل للحبس المؤقت أن يصدر بناء على قرار قضائي تصدره الجهة القضائية لها سلطة

تقديرية تأخذ بعين الاعتبار سوابق المتهم وصغر سنه والظروف التي ارتكب فيها الجريمة وأن لا يصدر قرار الوضع تحت المراقبة إلا بناء على رضا المتهم خاصة إذا كانت خطة المشرع لا تسمح بخصم مدة المراقبة الالكترونية كبديل للحبس المؤقت من مدة العقوبة في حالة الإدانة.

يعد الحبس المؤقت إجراء استثنائي اقتضته الضرورة، ولما كانت المراقبة الالكترونية وسيلة بديلة للحبس المؤقت فإنه يتعين إخضاعها لقاعدة التحديد الزمني، بحيث يتعين على المشرع في حالة تبنيه لهذا النظام أن يحدد سقفاً زمنياً لا يجوز تجاوزه لأن هذه المراقبة هي بدورها تنطوي على تقييد الحرية. ويستلزم أن يكون القرار بالوضع تحت المراقبة الالكترونية كبديل للحبس المؤقت محصناً من المراجعة القضائية، وهذا يتطلب وضع نظام متكامل للطعن في هذا القرار.²⁹

يثير تطبيق نظام المراقبة الالكترونية في مجال الحبس المؤقت العديد من الإشكاليات منها ما يتعلق بالتعويض عن المراقبة الالكترونية الغير المبررة، ومدى جواز خصم مدة المراقبة الالكترونية من مدة العقوبة والتقادم، إضافة إلى ذلك فقد يخشى هروب المتهم أو تأثيره على سير التحقيق.

ويعتبر التعويض عن الحبس المؤقت من أهم الحقوق التي يتمتع بها المتهم وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في أحكام المواد 137 مكرر إلى 137 مكرر 14 من قانون الإجراءات الجزائية ووضعه له مجموعة من الآليات

القانونية التي يمكن بواسطتها الحصول على تعويض حيث جعله من صلاحية لجنة تنعقد على مستوى المحكمة العليا تعرف باللجنة التعويض.³⁰ ولما كانت المراقبة الالكترونية كبديل للحبس المؤقت من الإجراءات المقيدة للحرية وهي بذلك تدبيرا احترازيا يستوجب إقرار مبدأ التعويض عن الأضرار التي تلحق بالمتهم الذي يخضع للمراقبة أسوة بالمتهم المتضرر من الحبس المؤقت الغير المبرر فالتعويض يدور وجودا وعدما مع الضرر وهو ما يتحقق في الحبس المؤقت والمراقبة الالكترونية.³¹

ومن الصعوبات التي تعترض نظام المراقبة الالكترونية كبديل للحبس المؤقت هو مبدأ الخصم المطبق في مجال الحبس المؤقت حيث يتم خصم مدة الحبس المؤقت من مدة العقوبة إلا أن هذه الفكرة يصعب تطبيقها في مجال المراقبة الالكترونية نظرا لعدم التماثل في طريقة التنفيذ. وتأسيسا على فكرة التماثل يمكن أن يطبق مبدأ الخصم على المراقبة الالكترونية البديلة للحبس المؤقت في حالة واحدة وهي الحالة التي يتحقق فيها التماثل وذلك عندما يصدر حكم الإدانة وتقرر المحكمة استبدال العقوبة بالوضع تحت المراقبة الالكترونية؛ فهنا يكون من المستساغ خصم مدة المراقبة الالكترونية كبديل للحبس المؤقت من مدة المراقبة الالكترونية كبديل للعقوبة.

خاتمة :

إن تجربة السوار الإلكتروني في الولايات المتحدة الأمريكية لم تؤدي إلى خفض معدل ارتكاب الجريمة وأنه من الأفضل استخدام السوار الإلكتروني فقط أثناء الحبس المؤقت لا أثناء تنفيذ العقوبة وهو ما تبنته المشرع الجزائري من خلال التعديل الأخير لقانون الإجراءات الجزائية إلى أنه يؤخذ عليه أنه مرت أكثر من سنة على صدور هذا الأمر إلى أنه حتى اليوم لم يصدر ما ينضم تطبيق المراقبة الإلكترونية ومن خلال هذه الدراسة قد توصلنا إلى بعض النتائج والتوصيات وهي :

النتائج :

- يمثل الوضع تحت المراقبة الإلكترونية مرحلة جديدة في تاريخ العقوبة، لا يخرج عن النموذج العقابي، وهو ليس إلا تحديث تقني لتنفيذها.
- لا يخلو الوضع تحت المراقبة الإلكترونية من السلبيات واليجابيات.
- المراقبة الإلكترونية كبديل للحبس المؤقت أفضل بكثير من المراقبة الإلكترونية كبديل للعقوبة السالبة للحرية

التوصيات :

- لا بد من تهيئة المجتمع الجزائري لتقبل هذا النظام وبيان محاسنه والفوائد التي يمكن جنبها من خلاله.

-هناك تجارب دلت على أن هناك اضطرابات نفسية تبدأ بالظهور بعد ستة أشهر من وضع السوار الإلكتروني لذلك يجب التفكير جيدا بالجمهور القابل للإستفادة من هذا النظام.

- إقرار مبدأ التعويض عن المراقبة الإلكترونية البديلة للحبس إذا كانت غير مبررة نظراً لتحقيق الضرر المتمثل بتقييد الحرية.

- أن يتضمن نظام المراقبة الإلكترونية كبديل للحبس المؤقت نصا يسمح بخصم مدة المراقبة الإلكترونية البديلة للحبس المؤقت في حالة صدور حكم بالإدانة مع استبدال عقوبته بالمراقبة الإلكترونية.

نرجو من الله عز وجل أن نكون قد وفقنا بهذه المقالة في إعطاء لمحة عن المراقبة الإلكترونية التي تبناه المشرع الجزائري من خلال الأمر رقم 15-02 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية.

الهوامش

1- صفاء أوتاني، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية "السوار الإلكتروني في السياسة العقابية الفرنسية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 25 ، العدد الأول، سنة 2009، ص 131.

2- ساهر إبراهيم الوليد، مراقبة المتهم إلكترونيا كوسيلة للحد من مساوئ الحبس الاحتياطي- دراسة تحليلية-، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد 21، العدد الأول، سنة 2013، ص 663.

3- فهد يوسف الكساسبة، وظيفة العقوبة ودورها في الإصلاح والتأهيل " دراسة مقارنة" ، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، سنة 2010، ص 295.

- 4- صفاء أوتاتي، المرجع السابق، ص 152.
- 5- علي مجّد مفلح العنري، مدى فعالية التقنيات الأمنية الحديثة في مجال المراقبة والتفتيش في السجون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، سنة 2008، ص 27.
- 6- صفاء أوتاتي، المرجع السابق، ص 155 إلى 158.
- 7- علي مجّد مفلح العنري، المرجع السابق، ص 28.
- 8- صفاء أوتاتي، المرجع السابق، ص 143.
- 9- صفاء أوتاتي، المرجع السابق، ص 664.
- 10- ساهر الوليد، المرجع السابق، ص 667.
- 11- صفاء أوتاتي، المرجع السابق، ص 138.
- 12- عبد الطيف بوسري، النظم المستحدثة لمواجهة أزمة الحبس قصيرة المدة، مذكرة لاستكمال شهادة الماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الدراسية 2012-2013، ص 135.
- 13- ساهر الوليد، المرجع السابق، ص 668.
- 14- ساهر الوليد، المرجع السابق، ص 669.
- 15- صفاء أوتاتي، المرجع السابق، ص 141.
- 16- ساهر الوليد، المرجع السابق، ص 670.
- 17- بوسري عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 133.
- 18- علي مجّد مفلح العنري، المرجع السابق، ص 29.
- 19- صفاء أوتاتي، المرجع السابق، ص 145.
- 20- صفاء أوتاتي، المرجع السابق، ص 148.
- 21- عبد الرحمان خلفي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن، دار بلقيس، الجزائر، بدون طبعة، سنة 2015، ص 255.
- 22- علي جروه، الموسوعة في الإجراءات الجزائية" المجلد الثاني في التحقيق القضائي"، ردمك، سنة 2006، ص 491.
- 23- مجّد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار هوم، الجزائر، الطبعة السادسة، سنة 2012، ص 147.
- 24- الأمر رقم 15-02 المؤرخ في 23 يوليو سنة 2015، المتضمن تعديل وتتميم قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية العدد 40، الصادرة بتاريخ 23 جويلية 2015 الموافق ل 7 شوال 1436 هـ.

- 25- ساهر الوليد، المرجع السابق، ص 681.
- 26- ساهر الوليد، المرجع السابق، ص 676.
- 27- ساهر الوليد، المرجع السابق، ص 680.
- 28- ساهر الوليد، المرجع السابق، ص 682.
- 29- ساهر الوليد، المرجع السابق، ص 684.
- 30- باسم شهاب، التعويض عن الحبس المؤقت والتماس إعادة النظر، منشورات بغدادية، الجزائر، بدون طبعة، ص33.
- 31- ساهر الوليد، المرجع السابق، ص 688.

أثر مبدأ حسن النية فلاج الأخذ بالوكالات الظاهرة

بقلم الأستاذة/ زيتوني فاطمة الزهراء

أستاذة مساعدة - أ - كلية الحقوق العلوم السياسية

- تلمسان جامعة أبو بكر بلقايد

مقدمة:

الأصل أنه متى تجاوز النائب حدود نيابته، فإن التصرف لا يرتب أي أثر قانوني في ذمة الأصيل. فيبقى عقده موقوفاً، فلا ينفذ في هذه الحالة قبل الأصيل إلا بإقراره. حيث تترتب الآثار في مواجهته بأثر رجعي من وقت إبرام العقد، و ليس فقط من وقت صدور الإقرار، بشرط أن لا يمس هذا الإقرار بحقوق الغير حسن النية¹.

غير أنه إذا أحاطت بالتصرف ظروف، من شأنها أن توحى بوجود الوكالة بحيث لو وجد أي شخص عادي في مثل الظروف التي تم فيها التعاقد، لاقتنع بما توحى به و لا يعتقد أن الوكيل يتصرف في حدود سلطته. و قد يقتن ذلك بعلم الشخص الذي تم التصرف لحسابه بهذه الظروف الخادعة، و لا يقوم بأي عمل أو تصرف لإظهار الحقيقة، و نفي صفة الوكالة عن يدعي وكالته عنه، أو بيان حدود هذه الوكالة. فهل أنه في هذه الحالات الاستثنائية يمكن أن ينصرف أثر التصرف إلى ذمة الموكل رغم المجاوزة أو

المخالفة من قبل الوكيل فيكون الغير جديرا بالحماية متى كان حسن النية ،
في مواجهة صاحب الحق أي الموكل، الذي قد يتمسك بعدم نفاذ التصرف
المبرم بين هذا الغير حسن النية و الوكيل الظاهر؟.

المبحث الأول : مفهوم الوكالة الظاهرة.

الأصل أن القانون يحمي الأوضاع المتفقة مع صحيح حكمه .غير أنه قد
يخرج على هذه القاعدة ،في حالات معينة حماية لوضع فعلي ،نشأ مخالفا
للحقيقة القانونية ،تلك الحقيقة التي يقرها القانون و يحميها على سبيل
الاستثناء ،حماية للمتعامل حسن النية. و هذا ما يسمى بالوضع الظاهر ،
الذي له تطبيقات عديدة و من بينها الوكالة الظاهرة .لدى نحاول تحديد
المقصود بالوكالة الظاهرة و صورها في المطلب الأول ،ثم المقصود بحسن نية
الغير الذي انخدع بالوضع الظاهر ،وحدود الحماية المقررة لصالحه في مواجهة
الموكل في المطلب الثاني .

المطلب الأول : تعريف الوكالة الظاهرة و صورها .

في حالات استثنائية أجاز المشرع الجزائري كغيره من التقنينات المقارنة
،انصراف أثر التصرف الذي يبرمه الوكيل مع الغير إلى الموكل على الرغم من
عدم وجود توكيل.حماية للغير حسن النية الذي قد لا يكون عالما بعدم
وجودها بناء على وكالة ظاهرة تظهر على أنها وكالة حقيقية صدرت عن
الموكل ،فما المقصود بالوكالة الظاهرة؟ و ما هي صورها؟.

الفرع الأول: المقصود بالوكالة الظاهرة .

الوكالة الظاهرة هي الوكالة التي تعتمد على مظاهر خارجية أحاطت بإبرام التصرف، فيسمى من أبرم التصرف بالوكيل الظاهر. من ثم عرف الوكيل الظاهر بأنه من يبرم التصرف باسم شخص آخر مع انصراف آثاره لحساب هذا الأخير ليس استنادا إلى وكالة بينه و بين صاحب الشأن، و إنما إلى شبه وكالة بينهما.² إذ تقوم هذه الوكالة على أساس وجود نيابة قانونية أي نيابة أقامها المشرع لا الموكل.³

كما عرفها آخرون بأنها ثبوت صفة الوكالة لشخص عن آخر، متى وجد الأول برضا الثاني في وضع من شأنه حمل الغير على الاعتقاد بأن له بمقتضى القانون مكنة التصرف باسم ذلك الشخص.⁴ أما الفقه الفرنسي فقد عرف الوكيل الظاهر بأنه من يتصرف باسم آخر مع شخص يعتقد بوجود الوكالة مع غيابها في الحقيقة.⁵

إن قوام نظرية الوكالة الظاهرة أن نطاق النيابة لا يتحدد بالنسبة للغير، الذي يتعامل مع الوكيل، لمجرد الألفاظ التي صيغت فيها الإنابة. بل أن الظروف التي تحيط بها و الضرورات التي تقتضيها المعاملات لها نصيب في تحديد مدى سلطات النائب، و تعيين ما يدخل في مكنته و ما يخرج عنها من تصرفات.⁶ و لا شك أن من يقدم على التعاقد مع الوكيل الظاهر يكون له عذره، إذ لا يمكن نسبة أي خطأ إليه لكونه قد اتبع سلوك الشخص

المعتاد، الذي لو وجد في مثل هذه الظروف لأقر بوجود الوكالة، و يكون الوكيل لم يتجاوز حدودها المرسومة.⁷

الفرع الثاني: صور الوكالة الظاهرة

الحقيقة أن انتهاء الوكالة مع قيام شبهتها أمر تتعدد فيه الفروض والصور، سواء في ذلك تلك الحالة التي تكون فيها وكالة في الأصل، ولكنها تستخدم لتحقيق أغراض نفعية تعود على الوكيل. و إما فيما وراء الحدود التي رسمها له الأصل، أو بعد أن تكون قد انقضت بالعزل أو التنجي، أو غير ذلك من أسباب الانقضاء الأخرى المنصوص عليها في المادة 586 ق م ج. بل و أيضا تلك الحالة التي تنعدم فيها الوكالة أصلا، أو إبرام التصرف رغم بطلانها استنادا إلى وكالة وهمية لا وجود لها.⁸ فالوكالة الظاهرة قد تستند إلى وكالة حقيقية تجاوز فيها الوكيل صلاحياته أو وكالة حقيقية انتهت دون علم الغير بذلك أو الغير و الوكيل معا، و قد لا تستند إلى نيابة حقيقية

فقد قرر المشرع مراعاة لجانب الغير حسن النية، و حماية له بغرض استقرار المعاملات، سريان التصرفات التي يجريها الوكيل مع الغير، في حق الموكل أو ورثته في حال انتهاء الوكالة. ذلك أن الغير الذي يتعامل مع الوكيل قد يخفى عليه ذلك، إذ يكون من العسير أحيانا اكتشاف انتهائها. فيكون من غير المقبول اعتباره قد تعامل مع غير ذي صفة و إبطال التصرف، أو

اعتباره غير نافذ في حق الموكل .فنص المشرع الجزائري في المادة 76 ق م ج و التي أحالت إليها المادة 585 ق م ج أنه إذا كان النائب و من تعاقد معه مجهلان معا وقت انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذي يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه" فلا يحتج بانتهاء الوكالة على الغير الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمهما بانتهائها.

أي أن العزل لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم الوكيل ،من ثم يقع على الموكل ضرورة إعلام الوكيل بالعزل و إعلام الغير أيضا .و للقاضي السلطة التقديرية فيما اتخذه الموكل من إجراءات ليعلم الغير بانقضاء الوكالة ،وهل هذه الإجراءات كافية لنفي الجهالة عن الغير أم لا .و لا يعد هذا إلزاما عليه،بل محاولة منه لقطع الطريق أمام كل تصرف يصدر بسوء نية، من جانب الوكيل الظاهر و الغير في مواجهته.⁹ كما في حالة انتهاء الوكالة لعزل الوكيل أو موت الموكل .و لم يقم الموكل بما يجب من إعلان أوإعلام كاف في الأول،و لم يتصدى الورثة لإشاعة نشر خبر وفاة مورثهم (الموكل) في الثانية،فهذا يعد كافيا لخلق أو إيجاد العنصر المادي للوكالة الظاهرة ¹⁰ أي الغلط الشائع. و على الغير أن يثبت و بكافة وسائل الإثبات عن حقيقة هذا المظهر الخارجي و بأنه لم يقصر في بحث حقيقة مركز الوكيل.

فتشير المادة 76 ق م ج بمفهوم المخالفة إلى أن النائب ،إذا تعاقد مع الغير و كانا معا يعلمان بانقضاء الوكالة أو بتجاوزها، فإن أثر العقد لا ينصرف إلى الأصيل لتخلف ركن مهم من أركان تطبيق نظرية الظاهر، و هو

حسن نية الغير الذي تعاقد عالما بالانقضاء أو التجاوز . كما تشير إلى أن التصرف لا يضاف إلى الأصيل، متى تجاوز النائب حدود النيابة في حال معرفة أن نيابته عن الأصيل انتهت . و لو كان الغير حسن النية إلا متى كان النائب و الغير معا يجهلان انقضاء النيابة ، عندئذ يضاف التصرف إلى الأصيل طبقا للمادة 76 ق م باعتبارهما حسني النية . وتقابلها في ذلك المادة 107 ق م م التي أحالت إليها المادة 713 ق م م . و بالتالي متى كان النائب و الغير معا يعلمان بانقضاء الوكالة ، فإن أثر العقد لا ينصرف إلى الأصيل لتخلف ركن مهم من أركان تطبيق نظرية الظاهر و هو حسن النية .

و في الحقيقة يجب الإشارة إلى أن النص لم يطبق نظرية الظاهر حرفيا . فالحماية منوطة وفق نص المادة بأن يكون حسن النية مشتركا بين الغير و الوكيل ، أي أن يكون كلاهما جاهلا لانقضاء النيابة . لذا نجد جانب من الفقه يرى بأن نص المادة 107 ق م م لا يعرض لحالة الوكالة الظاهرة بل يعرض لحالة ما إذا كان النائب حسن النية لا يعلم بانقضاء نيابته ، فتقرر أن أثر تصرفه ينصرف إلى الأصيل ، و لكن يشترط لذلك حسن نية الغير إذ لو كان الغير سيئ النية لما شفع في سوء نيته حسن نية النائب .¹¹ غير أن جانب آخر من الفقه يرى أنه من التزيد اشتراط حسن نية كل من الوكيل و الغير ، إذ الصحيح أن يشترط حسن نية الغير فقط وإلا كان نص المادة يعرض لعلاقة الوكيل بالموكل . فقد تنقضي الوكالة مثلا بتنحي الوكيل عن

مهمته ،و لا يتصور جهله بانقضائها مع ذلك فيستمر في أداء المهمة ،ومع ذلك نطبق ما جاء في نص المادة 76 ق م ج على الرغم من علم الوكيل بانقضاء النيابة أي على الرغم من سوء نيته .¹²

لدى يرى الفقه الغالب أن العبرة هي بحسن نية الغير وحده. حيث يسري أثر التصرف في حق الأصيل حتى و لو كان الوكيل سيء النية .لذلك نجد المشرع الفرنسي في المادة 2005 ق م ف نص على أن العزل لا يحتج به على الغير الذين تعاملوا عن جهل به. فلم يشر إلى وجوب توفر حسن النية لدى الوكيل أيضا. من ثم لا أثر لسوء أو حسن نية الوكيل في انصراف أثر التصرف إلى الموكل إذا توافرت باقي شروط الوكالة. إذ يتحمل الموكل جميع الالتزامات الناشئة عن تصرف الوكيل الظاهر، ويستفيد بالحقوق المترتبة على هذا التصرف، سواءا كان الوكيل حسن النية أو سيئها .إلا أن أثر سوء نية الوكيل يظهر في حق الموكل في الرجوع عليه بالتعويض ،عن الأضرار التي لحقت به من جراء تصرفه. ¹³ لأجل ذلك يذهب جانب آخر نؤيده أن تطلب حسن نية كل من الوكيل والغير لا يمنع من كون المادة 107 أحد تطبيقات الظاهر ، فالتطبيق التشريعي الخاص لفكرة معينة قد يخرج جزئيا عنها، و مع ذلك يعتبر تطبيقا لها ما دام يحتفظ بجوهرها.¹⁴

و في حين أن المشرع اعتد بالوكالة الظاهرة في حال انقضاء الوكالة إلا أنه في حال تجاوز حدود الوكالة لم يطبق نظرية الظاهر لأن الوكيل متى انحرف بالوكالة عن أغراضها ،فأساء استخدامها لتحقيق أغراض شخصية ،فلا شك

أنه في هذه الحالة يكون فاقدا لولايته. لأن الوكالة محدودة من حيث الموضوع و الغرض ،فالوكيل الذي يعمل باسم موكله فيما وراء حدود الوكالة أو على خلاف أغراضها ،فيخرج عن النطاق الموضوعي الذي رسمه الأصيل لم تعد أعماله ملزمة للأصيل. و يكون للغير أن يرجع عليه لأن حدود الوكالة قد بينها له عقد الوكالة 15.

و ما ينطبق على تجاوز الوكيل حدود الوكالة ،ينطبق على استغلاله الوكالة لصالحه الشخصي، أي تجاوزه أغراضها حيث جاء في المادة 105 ق م م المقابلة للمادة 74 ق م ج أنه إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق و التزامات يضاف إلى الأصيل. حيث تشير هذه المادة بمفهوم المخالفة إلى أن الشخص إذا أبرم عقدا و تجاوز حدود النيابة ،فإن التصرف لا يضاف إلى الأصيل 16.

فيرى جانب من الفقه أن المشرع فرق بين انقضاء الوكالة و تجاوزها لأن الانقضاء لا يوجد غالبا في سند الوكالة إلا إذا كان قد ذكر فيه تاريخ انتهائها، مما يسهل قيام مظهر الوكالة ،و يبسر انخداع الغير في أمر قيامها و دوامها ،بعكس حالة التجاوز حيث يتضمن سند الوكالة في الغالب ،بيانا لموضوعها يحدد نطاقها و يكشف بذاته عما قد يحدث من تجاوز. 17.

و هذا تشدد من المشرع له غايته ففي حالة التجاوز ،على الغير مسؤولية أن يطلع على سند الوكالة و إلا اعتبر مقصرا و الأمر ليس عسيرا فمن

السهل أن يكتشف حدود الوكالة بالإطلاع على سندها أما بالنسبة للانقضاء فمن الصعب على الغير في كثير من الأحيان أن يكتشف و يعلم سبب الانقضاء حتى لا يقدم على التعامل .كانقضاء الوكالة بوفاة الموكل أو فقد أهليته أو إفلاسه أو سحبه للوكالة.18

هذا و أنه من ناحية أخرى تتميز حالة المجاوزة لحدود الوكالة بأنها تتضمن في الغالب من الملاحظات ما يسمح بصيانة مصالح الغير استنادا إلى القواعد العامة ففي كثير من الأحيان يخفي التجاوز على الغير نتيجة الخطأ في جانب الموكل مما ييسر له الرجوع عليه استنادا إلى قواعد المسؤولية التقصيرية .19

المطلب الثاني : حسن النية شرط لقيام الوكالة الظاهرة .

يعد حسن النية أحد الشروط اللازمة لتطبيق النظرية 20. بتحقيقه ينفذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر أي الوكيل و الغير حسن النية، في مواجهة صاحب الحق أي الموكل ،تأسيسا على نظرية الأوضاع الظاهرة غير أن لحسن نية الغير حدا يقف عند ضرورة الاستعلام من قبل هذا الأخير .

الفرع الأول :المقصود بحسن النية الغير

يقصد بحسن نية الواجب توافره في كل من الوكيل و الغير ، بأن يعتقدنا معا أن الوكالة لم تنتهي بعد ، هذا الاعتقاد يجب أن يكون مبنيا على أسس

معقولة ، و على الغير يقع عبئ إثبات حسن نيته، و في الغالب يستعين الغير
إثباتا لحسن نيته بإثباته للمظهر الخارجي المنسوب إلى الموكل 21 بأن يثبت
أنه حين تعاقد مع الوكيل كان يجهل انعدام وكالته ، و ينظر إلى حسن نيته
وقت التعاقد مع الوكيل 22.

أي أن حسن النية يعد أحد الشروط اللازمة لتطبيق النظرية ، و ينبنى
على ذلك نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر ، أي
الوكيل الظاهر و الغير حسن النية ، في مواجهة صاحب الحق تأسيسا على
نظرية الأوضاع الظاهرة . فالشرط الأساسي هو حسن نية المتصرف إليه أي
عدم علمه بالمركز القانوني للمتصرف. فإن أقدم شخص على إبرام تصرف
قانوني مع صاحب الوضع الظاهر رغم العلم بانعدام صفته، يكون شخصا
سئى النية 23 غير أن حسن النية ليس الشرط الوحيد ، و إنما لا بد من تحقق
الغلط الشائع لدى الغير ، بقانونية مركز الوكيل أي أن تكون مظاهر التصرف
الخارجية الصادرة عن الموكل توحي بوجود وكالة .

من ثم فالوضع الظاهر لا يحمي سوى الغير حسن النية، فلا ينتج أي أثر
في علاقة صاحب الظاهر الوكيل بصاحب الحق الموكل ، إذ لصاحب الحق
الرجوع على صاحب الظاهر بالتعويض عن كل ما أصابه من ضرر ، من جراء
تصرفه القائم على الظاهر، و هذا التعويض يتوقف على حسن أو سوء نية
صاحب الظاهر . بينما يؤثر الوضع الظاهر على صاحب الحق ، أي الموكل

تأثيراً مباشراً. هذا الأثر هو فقدانه لحقه مقابل اكتساب الغير حسن النية له،
فينفذ التصرف في ذمة صاحب الحق .

و هذا ما يميز الوكالة الظاهرة عن الوكالة الضمنية التي تتجه فيها إرادة
الموكل و بشكل حر إلى إبرام عقد الوكالة بصورة ضمنية ،على خلاف الوكالة
الظاهرة حيث لا تتجه إرادته إلى ذلك ،إنما تصدر منه أعمال يتصورها الغير
و بحسن نية على أنها وكالة .²⁴

الفرع الثاني :حدود حماية الغير حسن النية

إن تفضيل حق الغير حسن النية على الرغم من استناده إلى مركز واقعي
لا بد أن يكون مؤسساً على أساس قانوني فيجب عليه عدم التقصير و
الإهمال في الاستعلام عن قانونية مركز الوكيل .²⁵ و يجب أن يؤخذ بعين
الاعتبار كافة الظروف التي تشهد بمشروعية الانخداع بالوضع الظاهر ،و من
ذلك الصفات الشخصية للمتعاقد و مدى أهمية التصرف القانوني ،أي أن
تتحقق ظروف خارجية تشهد بحسن نية من تعاقد مع النائب، حيث يعتقد
بناءً على أسباب معقولة دون تقصير من جانبه في تحري الحقيقة، أن النائب
يتصرف في حدود نيابته أي أن نيابته عن الأصيل ما زالت قائمة لم تنتهي .

فثقة الغير في الظاهر رغم مخالفته للحقيقة يجب أن تكون ثقة مشروعة،
بأن يعتقد أن الوكيل يتصرف في إطار الحدود المرسومة له ،و أن يكون الغلط
الذي وقع فيه الغير غلطاً مشروعاً ،بأن يكون الظاهر قوياً ومستقراً ،بحيث لا

يدع مجالاً للشك في مخالفته للحقيقة و يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار كافة الظروف التي تشهد بمشروعية الانخداع بالوضع الظاهر، و من ذلك الصفات الشخصية للمتعاقد، و مدى أهمية التصرف القانوني. فاحتراف المتعاقد أو زيادة خطورة التصرف القانوني تستلزم عناية خاصة للتأكد من توافر السلطة النيابة للمتعاقد معه.²⁶

من ثم يقع على الغير واجب الاستعلام و التحري عند التعاقد مع النائب عن استمرار وكالته، حتى يعد حسن النية. و يقع عليه عبء إثبات قيامه بهذا الواجب القانوني لدفع ما يدعيه عليه الأصيل من توافر الظروف التي تجعله عالماً بانقضاء الوكالة. فالاعتداد بالوضع الظاهر يشترط له حسن نية الغير. و حسن النية ليست سنداً للمقصرين المهملين، فحسن النية ليس هو عدم العلم بحقيقة الظاهر فقط، و إنما هو عدم التقصير أيضاً في الاستعلام عن استمرار الوكالة، وتقدير ذلك يرجع للسلطة التقديرية للقضاء حسب كل حالة على حدة.²⁷

و قد جمعت محكمة النقض المصرية في حكم صدر لها عناصر الوكالة الظاهرة بقولها: " يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل قيام مظهر خارجي أسهم فيه الموكل بخطنه سلباً أو إيجاباً في ظهور الوكيل بمظهر صاحب الحق في تصرف من شأنه أن يخدع الكافة و يوهم الغير و يحمله على التعاقد معه بهذه الصفة دون أن يرتكب هذا الغير خطأً أو يقصر في استطلاع الحقيقة و ذلك للشواهد المحيطة بهذا المركز و التي من شأنها أن تولد الاعتقاد

الشائع .ومطابقة هذا المركز للحقيقة يقتضي نفاذ التصرف الذي أبرمه الوكيل الظاهر مع الغير حسن النية في حق الأصيل"28.

و يقع على الغير الذي تعاقد مع الوكيل عبئ إثبات وجود هذا المظهر المضلل و أن يثبت أنه مظهر من شأنه أن يجعله مطمئنا إلى قيام الوكالة وأن يكون هذا المظهر متناسبا مع قيمة التصرف الذي عقده مع الوكيل فإذا كانت قيمة التصرف كبيرة كان هذا مدعاة إلى مزيد من التحوط، واتخاذ ما يتخذه الشخص المعتاد في مثل هذه الظروف من الوسائل للثبوت من قيام الوكالة. 29 وفي هذا قررت محكمة النقض المصرية بأن * الغير الذي يتعاقد مع الوكيل عليه أن يثبت من قيام الوكالة و من حدودها و له في سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل إثبات وكالته فإن قصر في ذلك فعليه تقصيره* . 30

كما قضت ذات المحكمة بقولها : " يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائبا عن الموكل قيام مظهر خارجي أسهم فيه الموكل بخطئه سلبا أو إيجابا في ظهور الوكيل بمظهر صاحب الحق في تصرف من شأنه أن يخدع الكافة، ويوهم الغير و يحمله على التعاقد معه بهذه الصفة ،دون أن يرتكب هذا الغير خطأ أويقصر في استطلاع الحقيقة ،و ذلك للشواهد المحيطة بهذا المركز ،و التي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع، فمطابقة هذا المركز للحقيقة يقتضي نفاذ التصرف الذي أبرمه الوكيل الظاهر مع الغير حسن النية في حق الأصيل"31.

المبحث الثاني: دور الفقه و القضاء في الأخذ بالوكالة الظاهرة حماية للغير

حسن النية .

ذكرنا أن المشرع اعتد بالوكالة الظاهرة في حال انقضاء الوكالة دون حالة تجاوز حدود الوكالة، واشترط أن ينسب إلى الموكل خطأ أي تصرف ظاهري يوهم الغير بوجود وكالة حقيقية. مع ذلك نجد القضاء مؤيدا من الفقه طبق نظرية الوكالة الظاهرة في حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة ، وفي حالة انعدام الوكالة أصلا لتوفير حماية أكبر للمتعاقد حسن النية أي الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهر. فوسع بناء على ذلك من حالات الوكالة الظاهرة من جهة، كما أنه وسع من التصرفات التي تصدر عن الموكل ،وتعد أخطاء صادرة من جانبه تبرر حماية الغير .بل أنه في كثير من الأحيان اعتبر أن تقييد السلطات الخارج عن المألوف يبرر حماية الغير حسن النية و لو لم يصدر أي خطأ عن الموكل .

المطلب الأول: توسيع حالات الأخذ بالوكالة الظاهرة

إن حالة مجاوزة الوكيل حدود الوكالة تفيد أنه فاقد لولايته، لأن إرادة الموكل لم تنصرف لإبرام التصرف الذي تجاوز فيه الوكيل حدود النيابة، إلا أنه في كثير من الأحيان تصعب معرفة ذلك من قبل الغير بالرغم من استعلامه فيتحقق الغلط الشائع في جانبه ، كما في حالة انتهاء الوكالة من ثم

وجد الفقه مبررا لحماية هذه الحالة، ولم يقف الفقه عند هذا الحد بل أنه طبق أحكام الوكالة الظاهرة في حال عدم وجود وكالة أصلا.

الفرع الأول: في حالة تجاوز حدود الوكالة

إن الضرورات العملية دفعت الفقه و القضاء، إلى تلمس حلول تلطف من حدة تطبيق النص القانوني، فتقرر حكمة النقض المصرية أن " ثبوت الوكالة الظاهرة أمر موضوعي يتوقف على فهم المحكمة للواقعة متى كان استخلاصها لما استخلصته صائغا و مستمدا من وقائع ثابتة لها أصلها الثابت في الأوراق "32 و تضيف ذات المحكمة أن : " تحديد سعة الوكالة هو ما يختص به قاضي الموضوع بغير معقب عليه من محكمة النقض ما دام التفسير يقع على توكيل لم يتم إلغاءه و مما تحمله عباراته بغير مسخ".33

لذا يرى جانب من الفقه 34 أن الوكيل الذي يتجاوز تاريخ انتهاء الوكالة شأنه شأن الوكيل الذي يتجاوز موضوع الوكالة و هدفها. فالوكيل الذي يعمل فيما وراء حدود الوكالة أو على خلاف أغراضها، شأنه شأن من يتعامل بمقتضى وكالة منقضية، فكل منهما يعمل خارج مدار الوكالة. لذلك نجد أن الفقه توسع في الأخذ بالوكالة الظاهرة في حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة .

و يستند هذا الفقه إلى أن المشرع خرج عن القاعدة العامة الواردة في نص المادة 74 ق م ج المقابلة للمادة 105 ق م م، رغم مجاوزة الوكيل حدود

الوكالة بنص المادة 703 ق م م المقابلة للمادة 2/575 ق م ج، حيث جاء فيها بأنه يجوز للوكيل أن يتجاوز حدود الوكالة إن تعذر عليه إخطار الموكل سلفاً، و كانت الظروف يغلب معها الظن بأنه ما كان يسع الموكل إلا الموافقة على هذا التصرف، و على الوكيل في هذه الحالة أن يخبر الموكل حالاً بتجاوز حدود الوكالة .

فمضى قام الغير بالتحري عن حقيقة صلاحيات الوكيل، و رغم ذلك لم يتمكن من الوقوف على حقيقة هذه الصلاحيات، ففي مثل هذه الحالة يستطيع أن يحتج بحسن نيته، و من ثم التمسك بالوكالة الظاهرة. فيتحمل الأصيل نتائج أفعاله التي ساهم و ساعد في إيجاد مبرراتها، و ظهر من خلالها الغير و كأنه وكيل. و لا يستطيع الأصيل الاحتجاج بانعدام الوكالة. و بخلاف ذلك يتحمل هذا الغير نتائج أفعاله البعيدة عن التبصر والتحري اللازمين، ووفق المعتاد من سير الأمور. 35.

هذا و قد اختلفت التوجهات فيما يتعلق بإلزام الأصيل بتصرف الوكيل المتجاوز حدود صلاحياته، إن كان يقتصر على تلك التجاوزات المرتبطة بتحقيق مصالح الموكل، أم يتعدى ذلك إلى تلك التي تحقق الأغراض الشخصية للوكيل أيضاً، إذ يرى جانب من الفقه أن تجاوز الوكيل حدود الوكالة تحقيقاً لأغراض شخصية خاصة به، تجعل الغير سيئ النية. و ينتهي إلزام الموكل على أساس الوكالة الظاهرة. بينما اعتبر جانب آخر أن الغير

ينال الحماية، سواء كان تجاوز الوكيل حدود وكالته جاء تحقيقا لمصلحته أو
مصلحة موكله.³⁶

الفرع الثاني : في حالة انعدام الوكالة .

لم يتردد الفقه والقضاء الفرنسي في تقرير الحماية للغير حسن النية في حالة
انعدام الوكالة أصلا، بالرغم من خطورة هذا الحكم لأن صاحب الشأن لم
يصدر عنه أي إرادة أو تفويض، بحيث يتصرف الوكيل كأن الموكل خوله
سلطات للتصرف باسمه، فيقوم الركن المادي أي التصرف الظاهري للوكالة
الظاهرة بغير علم صاحب الشأن، وبدون أن يصدر عنه أي خطأ. و
الأمثلة على ذلك عديدة فقد يدعي مثلا شخص بأنه محصل عن شركة من
شركات الكهرباء أو الغاز أو المياه، و يحصل من المشتركين قيمة الفواتير
بايصالات باسم الشركة، قد تحصل عليها بأي طريق كالاختلاس أو عثر
عليها بعد فقدها من المحصل الحقيقي، ثم يتبين للغير الذي دفع قيمة هذه
الفواتير بعد ذلك بأنه ليس له علاقة بالشركة و ليس وكيلا عنها في
التحصيل.³⁷

و يستند الفقه إلى أنه في حالة إدارة المال الشائع بمعرفة أحد الشركاء،
دون اعتراض من الشركاء الآخرين فإن الأمر يؤدي إلى نشأة علاقات بينهم
جميعا مردها الوكالة، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 716 / 3 م
ج التي ورد فيها أنه إذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين

عد وكيلا عنهم . و قد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بتاريخ 2011/09/11 بأنه إذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم . لذلك نجد أن القضاء قد أقر نفاذ تصرف الوكيل الظاهر في حق الأصيل ،بتوافر شروط من شأنها أن تجعل المتعاقد مع الوكيل الظاهر يعتقد أنه يتعاقد مع وكيل حقيقي³⁸.

إلا أننا نرى أنه في هذه الحالة لا نكون أمام وكالة ظاهرة و إنما أمام وكالة ضمنية وافق عليها الشركاء في الشيوخ بشكل ضمني لأن استمرار الشريك في إدارتها دون اعتراض منهم يفيد قبولهم للوكالة الصادرة نيابة عنهم.

المطلب الثاني: مدى اعتداد الفقه و القضاء بخطأ الموكل في حال تجاوز حدود الوكالة .

في حين تغافل المشرع عن مدى الاعتداد بخطأ الموكل في أعمال الوكالة الظاهرة ، نجد أن الفقه والقضاء في أحيان كثيرة ،اشتراط أن يصدر خطأ عن الموكل يوهم الغير بوجود الوكالة ،أو عدم تجاوز حدودها حتى يسري أثر التصرف في مواجهته ،فليس من المعقول أن ينصرف أثر تصرف إلى الموكل دون أن ينسب له أي خطأ . و توسع الفقه تبعاً لذلك في الأخطاء التي تنسب للموكل في حال المجاوزة ،بل أنه في حالات أخرى لم يعتد بالخطأ الصادر من الموكل ،و قرر حماية الغير إذا كان تقييد السلطات خارج عن المؤلف في التعامل .

الفرع الأول: توسيع الأخطاء الصادرة عن الموكل .

يستلزم الفقه في كثير من الأحيان حماية للغير حسن النية، أن يتسبب الموكل من جانبه بسلوك يؤدي إلى الخداع الغير بالوضع الظاهر . فإذا كانت مظاهر التصرف الخارجية الصادرة من الموكل أو المنسوبة إليه . تولد اعتقادا في نفس الغير بأن هذه المظاهر الخارجية تعكس وضعاً ينال حماية القانون ، فإن اعتقاد الغير يكون مشروعاً متى كان مبني على أسباب معقولة ، مع ضرورة أن يتناسب السلوك الخارجي مع خطورة و قيمة التصرف المبرم بين الغير والوكيل . فتنشأ الوكالة الظاهرة من خلال تحقق مظهر خارجي للوكالة الصادرة من الموكل . يحمل الغير على الاعتقاد بقيام الوكالة ³⁹ . حيث ذهبت محكمة النقض المصرية إلى القول أن : " التصرفات التي يعقدها الوكيل خارج حدود الوكالة ، الأصل عدم نفاذها في حق الأصيل إلا بإجازته . فعلى الغير الذي يتعاقد مع الوكيل التحري عن صفة الوكيل وحدود الوكالة ، وانصراف أثرها إلى الأصيل غير أن إسهام الأصيل بخطئه في خلق مظهر خارجي ، من شأنه إيهام الغير حسن النية باتساع الوكالة لهذه التصرفات فيكون للغير الحق في التمسك بانصراف أثرها إلى الأصيل ، متى سلك في تعامله سلوكاً مألوفاً لا يشوبه خطأ غير مغتفر . " ⁴⁰

و قد اعتبر الفقه و القضاء أن الموكل يكون قد ارتكب خطأ في الحالات التالية:

-عبارات الوكالة غامضة و مبهمه تثير الشك في معناها ،أو واسعة المدى ولكنها مقيدة بقيود و تحفظات لا علم للغير بها. في هذه الحالة يلتزم الأصيل بتحمل نتائج أفعاله ،التي ساهم و ساعد في إيجاد مبرراتها فلا يستطيع الاحتجاج بانعدام الوكالة 41.

و هذا ما طبقه القضاء حيث ذهبت محكمة النقض المصرية إلى القول لأن: " إذا كانت السلطات المخولة للوكيل بمقتضى عقد الوكالة سلطات واسعة من شأنها و بطبيعتها أن تجعل الغير ممن يتعاملون معه يعتقدون بحسن نية دخول هذه الأعمال في نطاق الوكالة فإن من حقهم أن يعولوا على هذه المظاهر دون أن يكلفوا بالتحقيق في مدى سلطاته التوكيلية "42 فالقضاء جعل إلزام الموكل في هذه الفروض جزاء لخطئه ،و مؤسسا على مسؤوليته التقصيرية نظرا لرعونته في الإدلاء بعبارات واسعة فضفاضة أوغامضة مبهمه . خصوصا إذا أهمل الموكل مراقبة تنفيذ وكيله مما يؤدي إلى اعتقاد الغير بحسن نية بأن الوكيل كان مزودا بسلطان لم يكن في نية الموكل أن يخوله له . 43

-في التوكيل على بياض : قد يقوم الموكل بإعطاء توكيل يترك فيه بياضا مخصصا لاسم الوكيل 44 أو يوقع الموكل على سند الوكالة و يتفق مع الوكيل على حدودها تاركا له تحرير سندها ثم يحرره الوكيل ،و يمنح لنفسه سلطات أوسع من تلك المتفق عليها .و هنا يكون الوكيل قد أساء استعمال السند الموقع له ،و تجاوز حدود الوكالة .فقد أجمع الفقه على إلزام الموكل بكل ما أجراه الوكيل من أعمال في هذه الحالة ،حتى لو تجاوز حدود الوكالة و حتى

ولو استغل الوكيل ذلك التوكيل المعطى له على بياض، لتحقيق فائدة شخصية له ، و ذلك تطبيقاً لنظرية الظاهر حتى لا يضار الغير حسن النية ، فينفذ التصرف في حق الموكل . و ليس للوكيل إلا أن يرجع على الوكيل لإساءته ملئ البياض بما لا يطابق الواقع.⁴⁵ فالسند الموقع من الموكل يعتبر عنصراً صالحاً لتكوين الركن الأول للظاهر والمتمثل في الشواهد المادية المحيطة بالظاهر و لا شك في أن حماية الغير هنا ضرورة تفرضها العدالة و المنطق السليم و الطريق لتوفير هذه الحماية يكون بنفاد التصرف الذي أبرمه الوكيل بصفته هذه في مواجهة الموكل ⁴⁶.

-الصياغة غير المنضبطة يذهب الفقه إلى أن الصياغة متى كانت غير مضبوطة ، فإنها تسهم في إساءة استعمال الوكيل للوكالة . و المتصور هنا أن الموكل قد حرر سند الوكالة كاملاً، إلا أنه استخدم ألفاظاً غامضة أو مرنة فضفاضة واسعة ، بحيث تتسع لأكثر من معنى ، فيستخدمها الوكيل لإبرام تصرفات تتجاوز الحدود التي أرادها الموكل، و قد يتم الاتفاق بين الموكل ووكيله لإيهام الغير بسلطات للوكيل أوسع من تلك الممنوحة له بالفعل.

لدى يرى جانب من الفقه أن للغير حسن النية أن يتمسك بالسلطات المعلنة للوكيل، و التي تتسع لها الألفاظ التي تحرر بها سند الوكالة.⁴⁷ مع الأخذ بعين الاعتبار أن المشرع يقرر أن الوكالة بألفاظ عامة ، لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة طبقاً للمادة **1-701** ق م م و المادة **573** ق م ج .

-تقييد السلطة الذي لا يصل إلى علم الغير ينصرف أثر العقد أيضا إلى الموكل متى كان الغير حسن النية، و لم يصل تقييد سلطات الوكيل إلى علم الغير، فيرى جانب من الفقه أن نظرية الظاهر تبدو واضحة في هذا الفرض. غير أن جانبا آخر من الفقه يفرق بين تقييد السلطات المعاصر واللاحق، فهو يرى أن التقييد المعاصر يلتزم فيه الموكل على أساس الصورية، و بما أبرم على أساس الوكالة المعلنة، أما لو تعلق الأمر بتقييد لاحق و لم يعلن إلى الغير، فمن حق الغير أن يتمسك بإرادة الموكل الأولى، حيث لم يصل إلى علمه ما يعدلها .

و يضيف ذات الفقه بأن المشكلة تبدو أكثر حدة، لو أن الموكل أعلن عن تقييده لسلطات وكيله، و تم هذا التقييد في سند الوكالة ذاته أو أشهر بالطريق القانوني. ففي هذه الحالة الموكل لم يرتكب أي خطأ و لا يمكن أن ينسب إليه إهمال أو عدم احتياط. و الغير إما أنه سيئ النية يعلم بحدود الوكالة في صورتها الأخيرة. و إما أنه مهمل لأنه لم يطلع على سند الوكالة في الحالة التي يكون التقييد فيها قد أثبت في هذا السند. و سواء ثبتت النية السيئة أم الإهمال في جانب الغير فليس له أن يرجع على الموكل لإلزامه بتصرف مخالف للقيود التي وضعها له و ليس أمامه إلا الرجوع على الوكيل على أساس قواعد المسؤولية المدنية أو يرجع على الموكل على أساس قواعد الإثراء بلا سبب. 48

الفرع الثاني: تقييد السلطات الخارج عن المؤلف في التعامل .

إن أحكام القضاء في كثير من الأحيان تلزم الموكل بتصرفات الوكيل الخارجة عن حدود الوكالة، بدون أن ينسب أي خطأ للموكل، و لو لم يكن له علم بما. 49 فيرى جانب من الفقه 50 بأن هناك حالات يلتزم فيها الموكل بالتصرف موضوع التجاوز، بالرغم من إعلانه عن تقييد سلطات وكيله. إذا كانت هذه القيود غير معتادة خارجة عن حدود المألوف و يتحقق الأمر في الحالات التالية:

*في حالة ما إذا كانت الظروف تتطلب من الغير بأن يتلطف و لا يتحرى في نطاق الوكالة إلى أكثر من إطلاعه السريع أو يكتفي بمظاهر الوكالة والشهرة العامة.

*في حالة إطلاع الغير على سند الوكالة بداية فبعد ذلك لا يتصور مطالبة الوكيل بسند الوكالة في كل مرة يقدم فيها على التعامل معه .

*القيود الواردة على خلاف المألوف في التعامل و يكون ذلك عادة في حال الوكالة الدائمة وفي أوجه النشاط التي يكون التمثيل فيها وفقا لقواعد مستقرة. سيما في النيابة عن الأشخاص المعنوية. ففي هذه الحالات السابقة يقع على الموكل ضرورة إعلام الغير، بطريقة مؤكدة بالقيود التي فرضها على سلطات وكيله، خاصة أن ظروف الحال قد تمنع من التدقيق في سند الوكالة من ناحية الغير، أو قد تمنع من إبراز سند الوكالة أصلا لوجود مانع أدبي من التحقيق في سند الوكالة كوكالة مدير إدارة بنك مثلا للثقة المفروضة في هذا

التعامل 51 مثال ذلك أن يكون مدير الشركة الذي تجاوز حدود اختصاصه، إنما باشر في الواقع عملاً يدخل في المألوف من اختصاصات مديري الشركات فلم يجد الغير الذي تعامل معه، ما يدعو إلى مزيد من التحري و التثبت 52 غير أن جانب من الفقه يرى أن القيود متى وردت في العقود المبرمة مع الغير والوكيل فان الغير يكون مخطئ إذا لم يلتفت إليها. 53

أما في حالة إساءة استعمال الوكيل لسلطاته باستخدامها لتحقيق مصالحه الخاصة فإن هذا الفرض يخالف المجاوزة، لان التصرف الذي ابرمه الوكيل يدخل في نطاق سلطاته في هذه الحالة. فيرى جانب من الفقه أن هذه الأغراض لا تدخل ضمن عناصر تكوين التصرف بل خارجة عنه تماما. وبالتالي فلا شأن للغير بما سيمما أنه اطلع على سند الوكالة، و تثبت من أن التصرف الذي يبرمه مع الوكيل يدخل في حدود السلطات المخولة له. 54 بمعنى أن هذه الصورة لا تدخل تحت نطاق الوكالة الظاهرة، و إنما هي وكالة حقيقية، و للموكل الرجوع على الوكيل الذي أساء استعمال السلطات المخولة له بموجب سند الوكالة حين تجاوز غرضها 55.

خاتمة :

حسن النية يعد شرطاً لازماً لتحقيق الوكالة الظاهرة و تقرير الحماية للغير حسن النية لضمان استقرار المعاملات. و حسن النية في الوكالة الظاهرة يعني الجهل غير أنه لئتمسك الغير بحسن نيته لا يكفي أن يجهل حقيقة مركز

الوكيل، بل لا بد أن لا يكون جهله نتيجة تقصير من قبله لبحث حقيقة مركز الوكيل. فقد يكفي الإطلاع على سند الوكالة لمعرفة الحدود المرسومة للوكيل، مع ذلك نجد الفقه و القضاء توسع في الأخذ بالوكالة الظاهرة، في حالات لم يوردها المشرع لارتكاب الموكل خطأ في عدم تحديد سلطات الوكيل بشكل دقيق. و أيضا في حالة ما إذا كان تقييد السلطات خارج عن المألوف في التعامل، حفاظا على استقرار التعامل، و حماية للغير حسن النية.

الهوامش:

- 1- نجوان عبد الستار علي مبارك، الوضع الظاهر في القانون المدني ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2015. ، ص 94.
- 2- ضمير حسين المعموري ،، الوكالة الظاهرة، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية ، المجلد 10 العدد2، 2007 ص www.sndl.cerist.d.380 مشار إليه أيضا في سلامة عبد الفتاح حلبية، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية 2005 ص 235.
- 3- و يرجع الفضل الأكبر في صياغة هذه النظرية إلى القضاء المصري و الفرنسي الذي و سايره في ذلك الفقه لبيان أثر التفاعل بين القواعد القانونية و بين ضرورات الحياة العملية أو بين المنطق البحث و بين اعتبار حماية المعاملات.
- إسماعيل عبد النبي شاهين ، مدى مسؤولية الوكيل في عقد الوكالة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2013. ، ص174.
- 4- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،نظرية العقد ، الجزء الأول ،الطبعة الثانية الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان،1998، ص 224.
- الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل لحساب الموكل المادة 699 ق م م و المادة 1984 ق م ف . و المادة 571 ق م ج . يجب أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل و أن يعبر النائب عن إرادته لا عن إرادة الأصيل و تكون العبرة بإرادة النائب و نيته لا بإرادة الأصيل و نيته و يبني على

- ذلك أنه فيما يتعلق بعبوب الرضا يعول على إرادة النائب و ليس إرادة الأصيل و كذلك فيما يتعلق بحسن و سوء النية .السنهوري، الوسيط نظرية العقد ، المرجع السابق، ص 192.
- 5- بتاريخ 1987/06/30 مقتبس عن سلامة عبد الفتاح حلبية ، المرجع السابق ، ص 235
- 6- ضمير حسين المعموري ، المرجع السابق ، ص 379.
- 7- إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 174.
- 8- نجوان عبد الستار علي مبارك ، المرجع السابق، ص 196
- 9- نعمان خليل جمعة ،المرجع السابق، ص69
- سلامة عبد الفتاح حلبية ، المرجع السابق ، ص 236
- 10-- ضمير حسين المعموري، المرجع السابق، ص 380
- 11- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في نظرية الالتزام ، نظرية العقد المجلد الأول ، الجزء 7، ص 609
- في حين يذهب آخرون إلى القول أن اشتراط حسن نية الغير دون حسن نية الوكيل يخالف المنطق القانوني و قواعد العدالة و هو في ذلك ينتقد موقف المشرع العراقي الذي اشترط حسن نية الغير دون الوكيل هيلدر أسعد أحمد ،نظرية العش في العقد، دار الثقافة ،الأردن ،2012 ص 452
- 12- نجوان عبد الستار علي مبارك ، المرجع السابق، ص 193
- 13- إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق، ص 177.
- 14 - نعمان خليل جمعة ، المرجع السابق ، ص 55
- 15- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، نظرية العقد، المرجع السابق ، ص 604.
- و لعل هذا الحكم يستند إلى مبدأ نسبية العقود و أنها لا تربط سوى أطرافها و على أن الشخص لا يملك أن يعطي ولاية لغيره ما لم تكن هذه الولاية له أصلاً لأن فاقده الشيء لا يعطيه و على ذلك إذا ما تعاقد الوكيل في حدود هذه الولاية التي زوده بها موكله انصرفت آثار تعاقدته إلى ذمة ذلك الموكل حتى إذا ما تجاوز تلك الحدود أصبح فاقدا لولايته و بالتالي فإن العمل الذي يجريه الوكيل في هذه الحالة لا يكون ملزماً للأصيل .سلامة عبد الفتاح حلبية ، المرجع السابق ، ص 239
- 16- ويرى بعض الفقه أن المشرع خفف من حدة هذا المبدأ من خلال نص المادة 703 ق م م و المادة ق م ج حيث نصت على أن يخرج عن تلك الحدود متى كان يستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً و كانت الظروف يغلب عليها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف و على الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة سلامة عبد الفتاح حلبية ، المرجع السابق ، ص 240 ،

- 17- سلامة عبد الفتاح حليبة ، المرجع السابق، ص 237
- 18- سلامة عبد الفتاح حليبة ، المرجع السابق، ص 239
- 19- نعمان خليل جمعة ، أركان الظاهر كمصدر للتحق ، ص 69
- سلامة عبد الفتاح حليبة ، المرجع السابق ، ص 237
- 20- غير أنه لا يكفي وحده لإلزام صاحب الحق بالتصرف الذي يجريه الحائز الظاهر بل لا بد من تحقق شروط أخرى كالغلط الشائع . إبراهيم محمود المبيضين ، نظرية الظاهر بين الشريعة و القانون ، مجلة العلوم القانونية و السياسية ، مجلد 3 ، العراق ، العدد 5 ، 2013، المرجع السابق، ص 310
- www.sndl.cerist.dz.
- 21- ضمير حسين المعموري ، المرجع السابق، ص 371.
- من المعلوم أن الوكالة تنتهي بأسباب عدة يرجع بعضها إلى شخص الموكل كالعزل أو وفاة الموكل و بعضها يرجع إلى شخص الوكيل كالتنازل عن التوكيل أو الوفاة ... و بعضها إلى عقد الوكالة ذاته كإنهاء المدة إن كانت محددة أو أن يصبح تنفيذ الوكالة مستحيلا.أو بانتهاء المهمة موضوع التفويض و مع ذلك يستمر الوكيل في نفس المهمة عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 604.
- 22- إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق، ص 177.
- 23- يزيد أنيس نصري ، المرجع السابق، ص 24.
- إبراهيم سيد أحمد ، المرجع السابق ، ص 15.
- 24- نجوان عبد الستار علي مبارك المرجع السابق 179
- 25- نجوان عبد الستار علي مبارك ، المرجع السابق ص 196
- 26- أحمد شوقي مجد عبد الرحمن ، الدراسات البحثية في نظرية العقد، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2006 المرجع السابق، ص 84
- 27- نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 195
- 28- حكم بتاريخ 19/06/1995 مقتبس عن سلامة عبد الفتاح حليبة ، المرجع السابق، ص 236
- 29- نجوان عبد الستار علي مبارك ، المرجع السابق، ص 206
- 30- نجوان عبد الستار علي مبارك ، المرجع السابق ص 108
- 31- حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 16/02/1986. مقتبس عن إبراهيم سيد أحمد ، المرجع السابق ، ص 92.
- حكم مماثل أيضا بتاريخ 12/12/1991. ص 93.
- 32- حكم بتاريخ 17/01/1991مقتبس عن إبراهيم سيد أحمد ، المرجع السابق، ص 94.

- 33- حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ: 1992/07/30.
- 34- يرى جانب من الفقه أن المشرع بذلك يكون قد قرر نيابة قانونية مستندة إلى إرادة مفترضة من جانب الموكل بقبول هذا التجاوز بشرطين استحالة إخطار الموكل و أن تكون الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. سلامة عبد الفتاح حلبيبة ، المرجع السابق، 241.
- 35- ضمير حسين المعموري ، المرجع السابق ، ص 383
- 36- أما فقهاء الشريعة الإسلامي ربطوا بين تجاوز الوكيل حدود الوكالة و مدى تحقيق هذا التجاوز لمصلحة الموكل ، حيث ذهب الحنفية و المالكية إلى أن تصرف الوكيل الخارج عن حدود الوكالة بما لا منفعة فيه للموكل موقوف على إجازة الموكل فإن أجازته نفذ و إن لم يجزه لم ينفذ. ، أما الشافعية و الحنابلة فذهبوا إلى أن تصرف الوكيل الخارج عن الوكالة و الذي ليس فيه نفع للموكل تصرف باطل ، في حين ذهب الشافعية و فقهاء الظاهرية إلى أن تصرف الوكيل باطل و لازم للوكيل. سلامة عبد الفتاح حلبيبة ، المرجع السابق، ص 210.
- 37- سلامة عبد الفتاح حلبيبة ، المرجع السابق، ص 257
- 38- نجوان عبد الستار علي مبارك ، المرجع السابق، ص 202
- 39- ضمير حسين المعموري ، المرجع السابق ، ص 379.
- 40- سلامة عبد الفتاح حلبيبة ، المرجع السابق، ص 184
- 41- نعمان محمد خليل، المرجع السابق، ص 158
- 42- نقض مدني رقم 1533 بتاريخ 1991/04/11. مقتبس عن نجوان عبد الستار علي مبارك المرجع السابق ص 178.
- 43 - سلامة عبد الفتاح حلبيبة ، المرجع السابق، ص 246
- 44- و يكون ذلك عادة عندما يكون الوكيل فيه محدود الأهمية و لا يعنى الموكل من يكون وكيله فيه فأى شخص يصلح أن يكون وكيلاً عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 7 ، المجلد الأول ، ص 400.
- 45- سلامة عبد الفتاح حلبيبة ، المرجع السابق، ص 244.
- 46- أما عن التجاوز و الإساءة و خيانة الأمانة فهذه الأمور لا تتصل بالغير و إنما تظل محصورة في العلاقة بين الموكل ووكيله فيكون الوكيل مسئولاً مدنياً عن التعويض للموكل عن الأضرار التي تصيبه نتيجة إساءة لاستعمال السند الموقع على يواض نجوان عبد الستار علي مبارك ، المرجع السابق، ص 190
- 47- على أن حسم المشكلة يكون بالرجوع لقواعد تفسير العقد و هي مسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع و التزام الموكل أمر يستند إلى القواعد العامة التي تفرض على الشخص تحمل نتائج فعله

الشخصي و إن كان التزامه أمر بالغ الصعوبة لأن استخدام الموكل بغير قصد للفظ دون آخر لا يمكن

أن يوصف بأنه خطأ يسأل عنه.. سلامة عبد الفتاح حليبة ، المرجع السابق، ص 245

48- سلامة عبد الفتاح حليبة ، المرجع السابق، ص 244

49- إبراهيم محمود المبيضين، المرجع السابق ص 304.

50- سلامة عبد الفتاح حليبة ، المرجع السابق، ص 150

51- نجوان عبد الستار علي مبارك ، المرجع السابق ص 205

52- سلامة عبد الفتاح حليبة ، المرجع السابق، ص 249

53- نجوان عبد الستار علي مبارك ، المرجع السابق، ص 189.

54- سلامة عبد الفتاح حليبة ، المرجع السابق، ص 251

55-. نجوان عبد الستار علي مبارك ، المرجع السابق، ص191

النظام القانوني للأمر الجزائي بمنظور الأمر رقم 02/15

بقلم الدكتور / تاتي بوحانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة سعيدة

مقدمة:

عرفت أنظمة الإجراءات الجزائية التي تهدف إلى تحقيق محاكمة عادلة للمتهم تمكنه من إبداء دفاعه فيما هو منسوب إليه، عدة مبادئ كمبدأ الشفوية والعلانية و المواجهة التي تسود إجراءات المحاكمة، ومبدأ الفصل بين سلطي الاتهام والقضاء. غير أنه مع تزايد نسبة الإجرام وتكدس القضايا على مستوى المحاكم وبأعداد ضخمة حالت بينها وبين مواجهة الجرائم الجسيمة على نحو فعال، من هنا نشأت سياسة التحول عن الإجراءات التقليدية إلى الإجراءات الميسرة والسريعة(1)، وهو فعلا ما جسده المشرع الجزائري في ظل الأمر رقم 02/15(2) من خلال استحداثه لطرق قانونية تسهل الإجراءات أمام القضاء قصد سرعة الفصل في القضايا المنظورة من ذلك إجرائي المثلث الفوري والأمر الجزائي، كطريقتين لإخطار محكمة الجناح وفق المادة 333 من ق إ ج ج، هذا الأخير وإن كان يمثل طريقا مختصرا للقضاء يقوم في فكرته على مجرد إتباع إجراءات بسيطة ودون مرافعة في القضية المعروضة ينتهي بإصدار أمر ملزم للمخاطبين به، إلا أنه في ذات الوقت قد يؤثر على حقوق المتقاضين، وقد يضر بمصالحهم وينال من حقوقهم المقررة

دستوريا.ومن ثمة فمن خلال هذا البحث تقييم الأمر الجزائري طريق إخطار قاضي الجرح من خلال التعرض لنظامه القانوني، فكيف عالج المشرع الجزائري أحكام الأمر الجزائري وفق الأمر رقم 02/15؟ الإجابة على هذا التساؤل سيتم التعرض لها من خلال مبحثين الأول يتناول دراسة تأصيلية للأمر الجزائري، أما الثاني فيتعلق بشروطه وسلطات القاضي بمقتضاه.

المبحث الأول: دراسة تأصيلية للأمر الجزائري وفق الأمر رقم 02/15.

نظم المشرع الجزائري الأمر الجزائري من خلال القسم السادس مكرر من الفصل الأول من الباب الثالث من الكتاب الثاني تحت عنوان "إجراءات الأمر الجزائري"، وذلك في المواد من 380 مكرر إلى 380 مكرر 7. وقبل تناول الأحكام القانونية له ينبغي بادئ الأمر التعرض لمفهومه "المطلب الأول"، ومن ثمة البحث في طبيعته ومدى دستوريته "المطلب الثاني".

المطلب الأول: مفهوم الأمر الجزائري.

التعرض لمفهوم الأمر الجزائري يقتضي البحث في تعريفه وخصائصه "الفرع الأول" وأساسه "الفرع الثاني"

الفرع الأول: تعريف الأمر الجزائري وخصائصه.

اختلف شراح القانون في تعريف الأمر الجزائري، ومرد هذا الاختلاف يكمن في تباين مواقف التشريعات المقارنة في الأخذ به من عدمه (3)، وحتى

اختلافها في السلطة المخول لها إصداره في حال إقراره، إذ تعددت هذه التعريفات وتنوعت الألفاظ المستخدمة فيها بالشكل الذي يعكس وجهات نظرهم المختلفة(4)، ويُعرّف جانب هام من الفقه الأمر الجزائي بأنه: "أمر قضائي يفصل في موضوع الدعوى الجزائية دون أن تسبقه إجراءات المحاكمة جرت وفقا للقواعد العامة، وترتّب قوته بعدم الاعتراض عليه خلال الميعاد المحدد قانونا"(5)، أو هو: "قرار يصدر بالعقوبة الجنائية من القاضي أو من أحد وكلاء النيابة العامة بعد الاطلاع على الأوراق في غيبة الخصوم بلا تحقيق أو مرافعة"(6).

ويرى جانب من شراح القانون بأن الأمر الجزائي قرار قضائي من طبيعة خاصة تتناسب مع الخصومة الجنائية في شكلها المبسط و الهدف من ذلك تبسيط الإجراءات في جرائم كثيرة وفي الوقت نفسه قليلة الخطر(7).

ويمكن تعريف الأمر الجزائي بأنه: "إجراء من إجراءات المتابعة التي تتخذها النيابة العامة وفق ملاءمتها الإجرائية عند إخطار المحكمة بالقضية، يتضمن الأمر بعقوبة الغرامة يصدر عن قاضي الجرح أو المخالفات على المتهم بناء على محضر جمع الاستدلالات أو أدلة الإثبات الأخرى بغير إجراء تحقيق وجاهي أو سماع مرافعة".

انطلاقا من التعاريف السابقة يمكن استخلاص خصائص الأمر الجزائي

بأنه:

1- الأمر الجزائي إجراء جوازي: وهو ما وضحته التشريعات الإجرائية المقارنة والتي جعلت مسألة إصدار الأمر الجزائي مسألة جوازية، وذات الأمر أكدته المادة 380 مكرر من الأمر رقم 02/15 باستعمالها للفظ "يمكن" وأقرت الطابع الجوازي لهذا الإجراء من خلال ترخيصها لوكيل الجمهورية لاستعمال سلطته التقديرية في إحالة الملف على قاضي الجناح متى توافرت شروط ذلك. ويظهر الطابع الجوازي للأمر الجزائي من خلال نفاذه، إذ لا يعتبر نهائيا و واجب التنفيذ ما لم يقبله المحكوم صراحة أو ضمنا، إذ اعترف المشرع الجزائري في المادة 380 مكرر للخصوم "المتهم، النيابة العامة" الحق في الاعتراض على هذا الأمر خلال المدة المعينة، وهو ذاته الاتجاه الذي تبنته غالبية التشريعات.

2- الأمر الجزائي من الإجراءات الموجزة: فهو قضاء في الموضوع يتميز بالإيجاز والتبسيط، هدفه اختصار الجهد والوقت والنفقات بالشكل الذي ينتج عنه فعالية أداء جهاز العدالة، إذ أنّ الأمر الجزائي يصدر بعد الإطلاع على الأوراق ودون حضور المتهم أو مناقشته أو سماع دفاعه كما هو الواضح في المادة 380 مكرر 02.

ورغم ذلك، فإن قاضي الجناح يمتنع عن إصدار الأمر الجزائي متى قدر عدم توافر شروطه المنصوص عليها قانونا، كأن تكون الواقعة المعروضة عليه تستلزم إجراء تحقيق قضائي أو سماع مرافعة، فعندها تسير الدعوى وفق الإجراءات العادية.

3- نطاق الأمر الجزائي يشمل الجرائم البسيطة: على اعتبار أن الأمر الجزائي يعد خروجاً عن القواعد العامة المتعلقة بالمحاكمة العادلة، لذا فإنّ التشريعات التي أخذت بهذا النظام راعت عند تحديد مجاله حصره في أضيق نطاق، سواء فيما يتعلق بالجريمة التي يجوز إصدار العقوبة فيها بأمر جزائي، أو فيما يتعلق بالعقوبة الموقعة بموجبه. وفي ذات الاتجاه الذي أقره المشرع الجزائري عندما اتخذ الأمر الجزائي كطريق لإخطار محكمة الجناح أو المخالفات و الجناح البسيطة متى توافرت شروطها.

الفرع الثاني: الأساس الذي يستند عليه الأمر الجزائي.

تكمن الحكمة من وراء تقرير هذا النظام هو تحقيق السرعة في الفصل في الدعاوى الجزائية ذات الأهمية البسيطة، قصد التبسيط من إجراءاتها بغرض التخفيف من أعباء المحاكم حتى تنفرغ للنظر في الدعاوى الهامة (8).

ورغم أن الصعوبة تطرح دائماً عند البحث في تبرير نظام الأمر الجزائي من الناحية النظرية لتعارضه مع المبادئ و القواعد التي تسير عليها وتنظم المحاكمات، إلا أن تبريره يكمن أساساً في الاعتبارات العملية وبخاصة في ظل وجود جرائم عقوبتها بسيطة وعناصرها تتسم بالوضوح والبساطة، بحيث لا تقتضي إجراءات محاكمة تفصيلية (9).

إذا كان ما سبق ذكره يتعلق بالحكمة من إقرار هذا النظام، فإنّ أساسه يكمن في حرص التشريعات التي أخذت به في التوفيق بين مبدأ تحقيق

السرعة في العدالة وبين الاقتصاد في الإجراءات الشكلية. ومن ثمة فهدف
المشرع من وراء إقراره هو تخفيف العبء على كاهل المحاكم بدعاوى تتميز
ببساطتها وتستغرق الجهد والوقت بدون مبرر قوي، مع العلم أنّ المشرع غالبا
ما يضع من الضمانات ما يكفل الحفاظ على الحقوق إذا ما كان يخشى من
هذه العدالة السريعة إهدار بعضا من الحقوق، كالعودة مثلا إلى نظام المحاكمة
العادية، وإما بقصر آثار هذه الأوامر في حدود معينة لا تتعداها، أو عن طريق
جعل القوة التنفيذية للأمر الجزائي رهينة إرادة أطراف الدعوى وذلك قصد
تأمينه بما يكفل تجنب ما قد يترتب عليها من آثار أو أضرار غير مرغوب فيها.
والبحت في معالم الأمر الجزائي لا يقتصر فقط على تعريفه، خصائصه، وأساسه
بل يتعدى كذلك إلى طبيعته ومدى دستوريته.

المطلب الثاني: طبيعة الأمر الجزائي ومدى دستوريته.

احتدم الجدل الفقهي حول الطبيعة القانونية للأمر الجزائي، إن كان حكما
جزائيا، أم لا يعدو إلا أن يكون عملا قضائيا، وهو ما دفع الشراح إلى
الاعتراف بصعوبة البت برأي قاطع في هذه المسألة، ولعل مرد هذا الجدل إلى
خروج الأمر الجزائي على المبادئ المستقرة في المحاكمات الجزائية "الفرع
الأول"، كما أنّه في ذات العلة كانت السبب في البحث في مدى دستورية
هذا الأمر "الفرع الثاني".

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للأمر الجزائي.

للبحث عن طبيعة الأمر الجزائري ينبغي التعرض للجدل الفقهي الذي ظهر في ذلك الشأن، والذي يمكن رده إلى مذهبين، الموضوعي والشكل. الأول أخذ في اعتباره الغاية التي من تقرير هذا النظام والاعتبارات العملية التي تقف وراء عملية الأخذ به بغض النظر عن مصدره (أولاً)، أما الثاني (الشكلي) فكرته تقوم على التفرقة بين الأمر الجزائري الذي يصدره قاضي الجرح والأمر الجزائري الصادر عن النيابة العامة (ثانياً).

-أولاً: المذهب الموضوعي: يحتوي على ثلاث نظريات تتقاسم التأيد من جانب الفقه، الأولى تنكر صفة الحكم على الأمر الجزائري؛ الثانية تضيف عليه صفة الحكم، أما الأخيرة يتغير فيها تكييف الأمر الجزائري بحسب المراحل المختلفة المتعلقة بإصداره وذلك كما يلي:

أ- إنكار صفة الحكم على الأمر الجزائري: تقوم هذه النظرية على رفض الاعتراف بصفة الحكم للأمر الجزائري، ويتنازع على هذه النظرية اتجاهان (10):

-الاتجاه الأول: الأمر الجزائري لا يدخل في عداد الأعمال القضائية، إذ يرى البعض أن الأمر الجزائري لا يندرج ضمن الأعمال القضائية، فهو أقرب إلى فكرة عرض الصلح على الخصوم مما يجعله مجرد مشروع صلح، وحسب موقف الخصوم تتحدد طبيعته، فإن تم قبوله أصبح سنداً تنفيذياً واجب التنفيذ (11).

-الاتجاه الثاني: يرى أنصار هذا الاتجاه أن الأمر الجزائي قرار قضائي لا يصل إلى مرتبة الأحكام، وإنما يشبه أمر الأداء من منطلق أنه وإن كان يصدر عن هيئة قضائية إلا أنه لا يصدر في خصومة جنائية لعدن انعقاد الدعوى العمومية لاستحالة مثول المتهم أمام المحكمة ومواجهته بالتهمة المسندة إليه وإبداء دفاعه عنها، وما يؤكد ما سبق أن اعتراض الخصم على هذا الأمر يعد بمثابة إعلان عن عدم قبوله إنهاء الدعوى بتلك الإجراءات(12).

ب-إضفاء صفة الحكم على الأمر الجزائي: أنصار هذه النظرية اتفقوا على إضفاء صفة الحكم على الأمر الجزائي، وإن كانت طائفة منهم تراه حكما معلقا على شرط، في حين يراه البعض الآخر حكما ذا طبيعة خاصة، وذلك كمايلي:

1-الأمر الجزائي حكم معلق على شرط: وهو الرأي السائد في إيطاليا والذي يعتبر الأمر الجزائي حكما جزائيا معلقا على عدم اعتراض المحكوم عليه أو عدم حضوره الجلسة إذا كان قد اعترض ويستدلون في رأيهم هذا على أن الأحكام العادية الصادرة بالإدانة أثرها النهائي يكون خاضعا لشرط عدم الطعن فيها(13).

2-الأمر الجزائي حكم ذو طبيعة خاصة: هذا الرأي يرى أن الأمر الجزائي عبارة عن حكم ذو طبيعة خاصة يتلاءم مع التنظيم الخاص للخصومة الجزائية، إذ أن القاضي في إصداره للأمر طبق القاعدة القانونية المجردة على

الواقعة المعروضة عليه، وهنا يتشابه الأمر الجزائري مع الحكم الجزائري بالإدانة، في حين أنهما يختلفان كون أن الأول صدر بدون تحقيق نهائي وبدون مرافعة، ومن ثمة فالفرق في هذه التسمية يرجع بالأساس إلى الإجراءات غير العادية التي تتبع للفصل في الموضوع، ولا تتعلق باختلاف الطبعة والمضمون (14).

ج- تغيير تكييف الأمر الجزائري حسب المراحل المختلفة المتعلقة بإصداره: تقوم هذه النظرية على تقسيم المراحل التي يمر بها الأمر إلى مرحلتين، الأولى تتعلق بصدوره، والثانية تتعلق بعد الاعتراض عليه، ومن ثمة فيتم إعطاء تكييف مختلف للأمر الجزائري بالنظر إلى هاتين المرحلتين:

1- الأمر الجزائري ليس حكماً عند صدوره، وقبول الخصم له ينشئ التزاماً تعاقدياً واجب التنفيذ: هذا الرأي ينظر إلى الأمر الجزائري عند صدوره باعتباره تسوية يقرها القاضي لتعرض على الخصوم الذين لهم مطلق الحرية في قبولها أو رفضها، فإذا ما تم قبول العرض من طرف المتهم وجب عليه دفع المبلغ المقرر، وهذا ما ينشأ التزاماً تعاقدياً مبنياً على إيجاب وقبول، وليس التزاماً ناشئاً على حكم وكلاهما واجب التنفيذ (15).

2- الأمر الجزائري يمثل إخطاراً عند صدوره وحكما عند الاعتراض عليه: يرى جانب من الفقه أن الأمر الجزائري عند صدوره وطوال الفترة التي يجوز للمتهم فيها الاعتراض عليه هو بمثابة إنذار أو إخطار له ليختار بين

الإجراءات الموجزة و الإجراءات العادية، ومن ثمة ففي حالة عدم الاعتراض عليه يصبح شبيها بالحكم غير أن ما يعاب على هذا الرأي أنه يخرج الأمر الجزائي من عداد الأعمال القضائية.

3- الأمر الجزائي مشروع حكم عند صدوره، وحكم إذا لم يعترض عليه الخصوم: يرى أنصار هذا الاتجاه أن الأمر ومنذ صدوره تجمع فيه عناصر الحكم غير أنّ قوته ترهن بعدم الاعتراض عليه، فإذا لم تعترض عليه صار حكماً له كل ما للأحكام من قوة وآثار. ما يعاب على هذا الرأي أنه لم يحتكم إلى الآثار التي يربتها المشرع على الأمر في تحديد طبيعته كقوة الأمر كأثر من آثاره.

4- الأمر الجزائي حكم غيابي عند صدوره، نهائي إذا لم يعترض عليه: حسب هذا الرأي فإن الحكم الغيابي يشترك مع الأمر الجزائي في أن المحكوم عليه لم يحدد رأيه بعد من حيث قبوله أو رفضه. ما يؤخذ على هذا الرأي أنه ثمة فروقات بين الحكم الجزائي و الأمر الجزائي، إذ أن الأول و إن صدر في غياب المتهم إلا أنه كلف لحضور الجلسة أمام القاضي ولكنه آثر عدم الحضور، بينما الثاني المحكوم عليه لم يكلف بالحضور أمام القاضي ولم يستدعى إلى جلسة المحاكمة.

-ثانياً: المذهب الشكلي: أنصار هذا وإن فرقوا بين الأمر الصادر عن النيابة العامة، والأمر الجزائي الصادر عن قاضي الجرح، إلا أنهم اعتبروا الثاني

بمثابة بمثابة حكم جنائي من طبيعة خاصة كونه يصدر من عضو عن السلطة القضائية يتمتع بما تتمتع به هذه السلطة من استقلال و ضمانات فضلا عن انعقاد الخصومة الجزائية فيه لتوافر الرابطة الإجرائية بكل عناصرها، النيابة العامة، المتهم والقاضي(16).

ما يمكن قوله في هذا المجال أنه وان كان الأمر الجزائي في معناه أمر بالعقوبة يصدر عن قاضي الجرح في جنح بسيطة بناء على طلب النيابة العامة، فإنه يأخذ وصف الحكم متى لم يتم الاعتراض عليه من طرف ذوي الشأن، أو لم يحضر المحكوم عليه الجلسة المحددة أو حضر وسحب اعتراضه، أو إذا أيدت المحكمة الأمر بحكم صادر عنها بعد الاعتراض عليه.

الفرع الثاني: مدى دستورية الأمر الجزائي.

إنّ ما يميز به الأمر الجزائي من خصائص أنه يصدر ضد المتهم دون إعلانه ودون إتباع للإجراءات المعتادة للمحاكمة العادلة والمنصفة التي تتيح للمتهم الحق في الدفاع عن نفسه، فضلا عن حجته القضائية وطرق تنفيذه والتي يمكن أن تصل إلى حد الإكراه البدني، كل هذا جعله مخالفا لمجموع المبادئ الهامة الواردة في الدستور والتي تُعد بحق ضمانات للمتهم والمتعلقة أساسا بمبدأ المساواة أمام القانون، مبدأ تكافؤ الفرص لجميع المواطنين، مبدأ افتراض البراءة للمتهم و ضمان حقه في محاكمة عادلة تتوافر فيها الضمانات

القانونية للدفاع عن نفسه، مما جعله مخالفا لأحكام المواد 32، 34، 39، 56، وذلك كما يلي:
من دستور 1996 المعدل والمتمم بالقانون رقم 16/01(17)،

-الإعمال بالأمر الجزائري من شأنه أن يخل بمبدأ مساواة المواطنين أمام القانون: نصت المادة 32 من دستور 1996 المعدل والمتمم على أنه: "كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتدفع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، العرق، الجنس...". فإن كانت المادة السالفة نصت على ضمانات مساواة المواطنين أمام القانون، إلا أنّ الأمر الجزائري ويشكل إخلالا بهذا المبدأ من منطلق أن المادة 380 مكرر أعطت للنيابة العامة في الجرح التي تتوافر فيها شروطه أن تطلب من قاضي الجرح إصدار أمر جزائي، والطلب هنا يأخذ صيغة الجواز وليس الوجوب، وبالتالي يمكن للنيابة العامة ووفقا لسلطتها الإجرائية اللجوء إليه لسرعة الفصل في الجرح التي يمكن أن تكون عقوبتها الغرامة حتى تسرع في الانتهاء من تراكم الجرح المعروضة على المحاكم للفصل فيها، دون أن تكون النيابة العامة ملزمة باتخاذ هذا الإجراء في نوع معين دون باقي الجرائم، وهنا تكمن مخالفة هذا الإجراء للمبدأ المذكور، هذا من ناحية.

من ناحية ثانية، فإنّ الإعمال بالأمر الجزائري من شأنه أن يُقيد القاضي في تحقيق العدالة إذ نصت المادة 380 مكرر 02 على أن يصدر القاضي المختص أمر بناء على محضر جمع الاستدلالات أو أدلة الإثبات بغير إجراء تحقيق أو سماع مرافعة، وفي ذلك مخالفة للدستور، الذي يكفل للمتهم الحق في الدفاع

عن نفسه أمام قاضيه الطبيعي، إذ جعل الدستور من القاضي حصن أمان يلجأ إليه المتقاضين لنيل حقوقهم والدفاع عن أنفسهم إذا ألم بهم جور.

و ما يلاحظ أن الدستور جاء بضمانات متعددة للمحافظة على حقوق والأفراد وحررياتهم، إذ نصت المادة 157 منه على: "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحرريات، وتضمن للجميع ولكل فرد المحافظة على حقوقهم الأساسية"، وأوردت المادتين 156، 166 ضمانات دستورية للقاضي حين يتولى الفصل في القضايا وفق مبدأ الحياد والنزاهة فقررت أن السلطة القضائية مستقلة وتمارس مهامها وفق القانون، وأن القاضي محمي من أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته أو تمس نزاهة حكمه، وبالتالي فالمشرع الجزائري عندما نص في المادة 380 مكرر 2/ف 02 على أن يصدر الأمر الجزائري من القاضي دون سماع مرافعة أو شهود، وفي غيبة المتهم، فإن هذا الأمر يغل يد القاضي ويجول بينه وبين الوصول إلى الحقيقة التي يكتشف بها صحة الاتهام من عدمه، كما أنه يهدر حق القاضي في تحقيق العدالة ولا يكون أمام القاضي إلا أحد الأمرين أن يقضي بالعقوبة دون سماع أي دفاع، أو أن يرفض إصدار الأمر الجزائري وإعادة الملف للنيابة العامة.

-الإعمال بالأمر الجزائري من شأنه إهدار قوة الأحكام القضائية الواردة في الدستور: يختلف الأمر الجزائري عن الحكم الجزائري كون أن الأول ذو طبيعة إدارية وليست قضائية، يتم إصداره من طرف القاضي المختص بطريقة إدارية

دون حضور المتهم ودون إعلانه، ولا يتم نظره في نظره في جلسة علنية أو أن يصدر فيه قرار علني أثناء انعقاد الجلسة، ولا تتوافر له مقومات المحاكمة العادلة، وعلى الرغم من ذلك فقد أعطى المشرع للأمر الجزائي الضمانات الدستورية المنصوص عليها في الدستور للحكم القضائي مانحا له منزلة الأحكام القضائية، مما جعل للأمر الجزائي القوة والحصانة القانونية التي تتعارض مع التطبيق الصحيح للدستور وتخالف طبيعة وحقيقة الأمر الجزائي. هذه الضمانات تتعلق ب:- الأمر الجزائي له سلطة الفصل في القضايا مثل الأحكام الجزائية.

- الأمر الجزائي له قوة الأحكام القضائية.

- طبقا لنص المادة 380 مكرر/ف03 يتم تنفيذ الحكم الجزائي وفق الطرق التي ينفذها الأحكام الجزائية.

- بالرغم من الضمانات السابقة إلا أن الأمر الجزائي يتخالف مع المواد 159، 158، 160، وذلك كما يلي: أ- مخالفته للمادة 160 من الدستور القاضية بأن تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدأي الشرعية والشخصية، كما نصت على كفالة القانون لمبدأ التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية. ومن ثمة فلا يجوز توقيع أي عقوبة على أي متهم إلا بناء على حكم قضائي تتوافر فيه الضمانات الدستورية التي كفلتها النصوص الدستورية للمحاكمة العادلة

بما في ذلك مبدأ التقاضي على درجتين، وهو مالم يتوافر في الأمر الجزائي الذي يعد ذو طبيعة إدارية وليس قضائية(18).

-مخالفته للمادة158التي تنص على أن حق التقاضي مكفول للناس وفي متناول الجميع مجسدا باحترام القانون، بالنظر إلى أنه لكل مواطن الحق في الالتجاء إلى القضاء حامى المجتمع والحريات.

-مخالفته لنص المادة159والنأصة على أن تصدر الأحكام القضائية باسم الشعب، غير أن القانون يصبغ على الأمر الجزائي صفة الإلزام والإجبار، كما يتم تنفيذه ولو باستعمال الوسائل القهرية كالإكراه البدني، خاصة إذا امتنع المتهم عن سداد قيمة الغرامة الصادرة في الأمر الجزائي وذلك طبقا لنص المادة597ق إ ج ج، إذ تكون العقوبات التي ينطق بها القاضي من الجسامة لا يستطيع المتهم أدائها.

-الإعمال بالأمر الجزائي إهدار لحق المتهم في أن ينال محاكمة عادلة يكفل فيها الدستور حق الدفاع عن نفسه:طبقا لنص المادة380مكرر04 فإن النيابة العامة تحيل ملف المتهم إلى قاض الجناح بناء على محضر جمع الاستدلالات وبدون أي تحقيق أو سماع مرافعة ودون إعلان المتهم للحضور أثناء إصدار الأمر الجزائي ودون حضوره حتى يتمكن من الدفاع عن نفسه ودفع الاتهام عنه.وبالتالي فالمشرع بإقراره لهذه الوسيلة يكون قد أهدر حق المتهم الأصيل في أن ينال براءته في محاكمة عادلة ومنصفة تتوفر فيها كافة

الضمانات القانونية المنصوص عليها دستوريا لحماية حقوق وحرريات الأفراد، خاصة إذا ما علمنا أن ذات المتهم أو أي متهم آخر إذا ما تم إحالته من النيابة العامة إلى محكمة الجناح طبقا للإجراءات الأخرى (إصدار أمر الإحالة بعد التحقيق، المثول الفوري)، فإنه يتمتع بضمانات قانونية عديدة كحقه في إبداء دفوعه وغير ذلك، وهذه كلها ضمانات يحرم منها المتهم إذا ما أحيل ملفه وفق إجراءات الأمر الجزائي، هذا من ناحية.

من ناحية أخرى، فإن إحالة ملف المتهم إلى قاضي الجناح عن طريق إجراءات الأمر الجزائي من شأنه أن يخل ويهدر حق المتهم في الدفاع عن نفسه، وهذا مخالف لنص المادة 169 من الدستور الحالي، والتي نصّت على أن حق الدفاع معترف به، وأكدت أن هذا الحق مضمون خاصة في القضايا الجزائية. إذا كان ما سبق ذكره يتعلق بالإطار المفاهيمي للأمر الجزائي، ففي المبحث الثاني سيتم التعرض إلى شروطه وسلطة القاضي عند الفصل فيه.

المبحث الثاني: شروط الأمر الجزائي وسلطة القاضي عند الفصل فيه.

لقد نظم المشرع الجزائري الأمر الجزائي من المادة 380 مكرر إلى المادة 380 مكرر 07 ق ج ج، بمقتضاها يملك القاضي الفصل في الملف دون مرافعة مسبقة بأمر جزائي يقضي بالبراءة أو بعقوبة الغرامة متى أحيل إليه الملف من طرف النيابة العامة (المطلب الثاني)، وذلك متى توافرت شروطه الموضوعية والشكلية (المطلب الأول).

المطلب الأول: شروط الأمر الجزائي وإجراءاته.

تنقسم هذه الشروط إلى شروط موضوعية تتعلق بالجريمة محل المتابعة ومرتكبها (الفرع الأول)، وأخرى إجرائية ترتبط بإجراءات استصداره (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط الموضوعية للأمر الجزائي:

منها ما يتعلق بالجريمة محل المتابعة وأخرى تتعلق بمرتكب الجريمة.

-أولا: الشروط الموضوعية المتعلقة بالجريمة: تضممتها
المادتان 380 مكرر، 380 مكرر، 1، 380 مكرر 7 هذه الشروط يمكن إجمالها في:

1- أن يكون التكييف القانوني للجريمة المرتكبة يحمل وصف جنحة: وهو ما أقرته المادة 380 مكرر بنصها: "...يمكن أن تحال من طرف وكيل الجمهورية.. الجرح المعاقب عنها.. "ومن ثمة فلا مجال للحديث لتطبيق هذا الإجراء عن الجنايات لاعتبارات عدة أهمها أنّ جلسة محكمة الجنايات تقتضي الوجاهية، كما أنّ حضور المحامي في الجلسة لمساعدة المتهم أمر وجوبي وفق المادة 292 ق إ ج. في حين أنّه في المخالفات وبالرغم من مختلف الآراء التي قيلت على جواز تطبيق الأمر الجزائي عليها من عدمه (19)، ينبغي علينا القول أنّه لا جدوى من ذلك الاختلاف ما دام أن المشرع سبق وأن فصل في الأمر بعد أن أقرها بموجب القانون رقم 01/78 المؤرخ في

1978/01/28 المعدل والمتمم لقانون إج، وذلك في مادته 392 مكرر التي جاء فيها أنه: "بيت القاضي في ظرف 10 أيام ابتداء من تاريخ رفع الدعوى دون مرافعة مسبقة بإصدار أمر جزائي يتضمن الحكم بغرامة لا يمكن أن تكون في أي حال من الأحوال أقل من الحد الأدنى المقرر للمخالفة.. وهذا ما يدفعنا إلى القول أن نطاق تطبيق هذا الأمر يشمل كذلك المخالفات.

2- أن تكون الجنحة معاقب عليها بعقوبة الغرامة و/أو الحبس لمدة تساوي أو تقل عن سنتين: ما يعني عدم تطبيق الأمر الجزائي على الجنح التي تتجاوز عقوبتها الحبس لمدة سنتين.

3- أن تكون الوقائع المنسوبة للمتهم قليلة الخطورة وبسيطة: التي يرجح أن يتعرض مرتكبها لعقوبة الغرامة فقط، وهنا تجدر الإشارة إلى أن تقدير مدى خطورة الواقعة من عدمها تبقى سلطة تقديرية للنيابة العامة ممثلة في وكيل الجمهورية.

4- أن لا تقترن الجنحة بجنحة أخرى أو بمخالفة لا تتوفر فيها شروط الأمر الجزائي: ما يفيد بمفهوم المخالفة بإمكانية تطبيق هذه الآلية متى توافرت شروطه- الأمر الجزائي- في الجنحة أو المخالفة الثانية.

5- عدم وجود حقوق مدنية تقتضي مناقشة وجاهية للفصل فيها.

-ثانيا: الشروط الموضوعية التي تتعلق بمرتكب الجريمة: تتمثل أساسا في:

1- أن تكون هوية المتهم معلومة: وبالتالي فلا مجال لتطبيق الأمر الجزائي إذا ما أقيمت الدعوى العمومية ضد مجهول، كما أنّ المادة 380 جاءت بصيغة الإطلاق، إذ لم تشترط عدم السوابق القضائية للمتهم، ما يفيد إمكانية تطبيق هذه الآلية على المسبوقين قضائيا وإن كان الأمر يعود بالدرجة الأولى إلى السلطة التقديرية لوكيل الجمهورية.

2- أن لا يكون المتهم حدثا: وذلك من منطلق إجبارية التحقيق في الجرح المرتكبة من طرف الأحداث، وذلك وفقا للمادة 64 من القانون 12/15 المتعلق بحقوق الطفل (20).

3- أن لا يكون ثمة أكثر من متهم واحد: فيما عدا المتابعات التي تتم ضد الشخص الطبيعي والمعنوي من أجل نفس الأفعال، وذلك وفق ما نصت عليه المادة 380 مكرر 07 من الأمر رقم 02/15.

الفرع الثاني: الشروط الإجرائية لتطبيق الأمر الجزائي.

حدد المشرع الجزائري إجراءات الأمر الجزائي في المواد 380 مكرر 2، 380 مكرر 3، 03 مكرر 04/ف 01، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

1- تقديم طلب استصدار الأمر الجزائي من طرف النيابة لمحكمة الجرح: إذ تتصل محكمة الجرح بملف المتابعة المحال عليها بإجراء الأمر الجزائي مرفقا

بطلبات وكيل الجمهورية، وهي الطلبات التي تكون مكتوبة ومتضمنة وقائع القضية والنص الجزائي المطبق والمشفوعة بحضور جمع الاستدلالات وشهادة ميلاد المتهم وصحيفة سوابق القضائية. ومن ثمة فالنيابة العامة لوحدها هي التي تستطيع أن تقدر الظروف التي من أجلها تطلب من قاضي الجرح إصدار الأمر الجزائي وذلك ضمن الشروط المحددة قانونا، وبالتالي فلا يجوز للمتهم أن يطلب إصدار ذلك الأمر وإتباع تلك الآلية لتحريك الدعوى العمومية.

2- قيام قاضي الجرح بفحص ملف الدعوى: عن طريق التحقق من مدى توافر شروط الأمر الجزائي، فإن تخلف أحدها أو إذا ما اتضح للقاضي أن الواقعة التي تضمنتها الأوراق المرفق بها طلب النيابة العامة بإصدار الأمر الجزائي تستوجب توقيع عقوبة أشد من عقوبة الغرامة (21)، فإنه -القاضي- يعيد ملف المتابعة للنيابة العامة لاتخاذ ما تراه مناسبا وفقا للقانون، أما في الحالة العكسية فإن القاضي يصدر الأمر الجزائي ودون مراعاة مسبقة يقضي فيها بالبراءة أو بعقوبة الغرامة.

3- متى تم إصدار الأمر الجزائي ينبغي أن يتضمن وجوبا مجموعة من البيانات ذكرتها المادة 380 مكرر 3 تتعلق بهوية المتهم، موطنه وتاريخ ومكان ارتكاب الأفعال المنسوبة إليه، التكييف القانوني للوقائع، النصوص القانونية المطبقة ومقدار العقوبة في حالة الإدانة، على أن يكون الأمر مسببا.

4- بعد صدور الأمر الجزائي يحال إلى النيابة العامة التي يجوز لها خلال 10 أيام من ذلك إما أن تعترض عليه أمام أمانة الضبط، أو أن تباشر في تنفيذه، هذا من ناحية.

من ناحية أخرى، يتم تبليغ ذات الأمر للمتهم بأي وسيلة قانونية مع ضرورة إعلامه بأن له مهلة شهر من يوم تبليغه لتسجيل اعتراضه على الأمر ما يستوجب محاكمته وفقا للآليات العادية (22). متى توافرت شروط الأمر الجزائي ترتبت مجموعة من الآثار سواء المتعلقة بتنفيذه أو الاعتراض عليه.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الأمر الجزائي.

متى توافرت شروط الأمر الجزائي ترتبت مجموعة من الآثار التي تختلف في حال القبول به (الفرع الأول) عنه، عن حالة رفضه و الاعتراض عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الآثار المترتبة على قبول الأمر الجزائي.

نصت المادة 380 مكرر 4/ف02، 01 على أنه: "حال الأمر الجزائي فور صدوره إلى النيابة العامة التي يمكنها في خلال 10 أيام أن تسجل اعتراضها عليه أمام أمانة الضبط، أو أن تباشر إجراءات تنفيذه". و تنص المادة 03 من نفس المادة على أنه: "وفي حال عدم اعتراض المتهم فإن الأمر الجزائي ينفذ وفقا لقوانين تنفيذ الأحكام الجزائية". ما يستفاد من الفقرتين أنه وفي حال

عدم تسجيل أي اعتراض من طرف النيابة العامة أو المتهم في خلال المادة المحددة قانوناً (10 أيام بالنسبة للنيابة وشهر بالنسبة إلى المتهم) أصبح الأمر الجزائي حكماً يجوز لقوة الشيء المقضي فيه وينفذ طبقاً لأحكام المادة 595ق ج وما بعدها لاسيما بإجراءات الإكراه البدني، وتنقضي بذلك الدعوى العمومية.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الأمر الجزائي في حال الاعتراض عليه:

إذا ما كان القانون لم يقرر طريق الطعن في الأمر الجزائي، فإنه قرر إمكانية الاعتراض عليه وهو فعلاً ما تضمنه المواد 380 مكرر 4، 380 مكرر 5، 380 مكرر 6، فما هو الاعتراض عن الأمر الجزائي، وما طبيعته وما الآثار المترتبة عنه؟

لم تعط المواد سالفه الذكر تعريفاً للاعتراض عن الأمر الجزائي، غير أنه في فكرته يفترض عدم موافقة النيابة العامة على فحوى الأمر الجزائي الصادر عند المتهم والقاضي ببراءته أو بإدانته بعقوبة الغرامة، كما يفيد في ذات الوقت تظلم المتهم من الأمر الجزائي الصادر ضده دون مرافعة من طرف قاضي الجرح والقاضي بإدانته. وتجدر الإشارة أن الفقه قد اختلف حول طبيعة الاعتراض على الأمر الجزائي إن كان طريقاً للطعن فيه مثله مثل طرق الطعن في الأحكام أم أنه ليس كذلك، إلى رأيين وذلك كما يلي:

-الرأي الأول: يذهب إلى القول أن الأمر الجزائي يعد طريقا إلى الطعن فيه مثله مثل باقي طرق الطعن في الأحكام، وهذا تماما ما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسي، المصري والاطالي(23).

-الرأي الثاني: الاعتراض على الأمر الجزائي ليس طريقا للطعن فيه كطرق الطعن الأخرى، ولكنه بمجرد إعلان من المتهم أو النيابة العامة بعدم قبول ما ورد فيه، بالمطالبة بأن تكون محاكمته وفقا للقواعد العادية(24)، وهو ذاته الرأي المؤيد من منطلق أن الاعتراض على الأمر الجزائي يترتب عليه فصل المحكمة في الدعوى بكل حرية، إذ لا تتقيد بالعقوبة التي أصدرها الأمر الجنائي فلها تخفيفها أو تشديدها أو الحكم بالبراءة.

والاعتراض على الأمر الجزائي وفق الأمر رقم 02/15 فقد يكون من جانب النيابة العامة كما يكون من جانب المتهم:

-أولا: اعتراض النيابة العامة على الأمر الجزائي وآثاره: نصت المادة 380 مكرر 4/ف1 على إمكانية إعلان النيابة العامة لعدم قبولها للأمر الجزائي الصادر عن قاضي محكمة الجناح، ما يلاحظ في النص السابق جاء بصيغة الإطلاق دون إيراد أو قيد، إذ لها استعمال ذلك الحق حتى ولو قضى الأمر بطلانها، وهو ما يتنافى مع الحكمة من إقرار آلية الأمر الجزائي، إذ القول بذلك فيه مضيعة للوقت وإطالة للإجراءات، وهو ما يتعارض مع التبسيط والإيجاز الذي تقرر من أجلها هذه الآلية.

-واعترض النيابة العامة قد يستند إلى أسباب قانونية كما لو صدر الأمر لعقوبة الغرامة تجاوز الحد المنصوص عليه كما قد يستند إلى أسباب موضوعية كتفاقم آثار الجريمة وعدم القضاء بطلباتها(25). وفي كالا الحالات فإن إعلامها من عدم قبولها يتم خلال 10 أيام من تاريخ إحالة الأمر عليها وذلك أمام أمانة الضبط(26)، ليتم عرض القضية على محكمة الجناح التي تفصل فيها بحكم قابل لأي طعن باستثناء الأحكام التي تضمنته عقوبة سالبة للحرية أو غرامة تفوق 20000 دج بالنسبة للشخص طبيعي و100000 دج للشخص المعنوي .

-ثانيا: اعترض المتهم على الأمر الجزائي وآثاره: نصت عليه المادة 380 مكرر 4/05، 03 وما يستفاد أن المشرع أعطى للمتهم بعد تبليغه بالأمر الجزائي الحق في الاعتراض على الأمر الصادر ضده وذلك في أجل شهر من يوم تبليغه به، على أن يتم إعلامه شفويا بتاريخ الجلسة من طرف أمين الضبط بعد إثبات ذلك في محضر ليتم محاكمته وفقا للإجراءات العادية أمام محكمة الجناح التي تفصل في ملف الدعوى بحكم غير قابل للطعن (باستثناء الحالات التي سبق ذكرها).

وان كانت المادة 380 مكرر 06 أجازت للمتهم التنازل صراحة على اعتراضه قبل فتح باب المرافعة، الأمر الذي يستعيد معه الأمر الجزائي لقوته التنفيذية ولا يكون قابلا لأي طعن، إلا أن ذات المشرع لم يتطرق لحالة عدم حضور المعارض لجلسة الاعتراض المبلغة له شخصيا، ما يفيد أن المحكمة هنا

تتصدى لموضوع القضية رغم غيابه ويكون هنا الحكم حضوريا اعتباريا وفقا للمادة 347ق إ ج ج، طالما أن التبليغ قد تم شخصا.

الخاتمة :

تضمن الأمر رقم 02/15 تعديلات جديدة طرأت على قانون الإجراءات الجزائية الصادر بموجب الأمر رقم 155/66 المعدل والمتمم، حاول المشرع الجزائري من خلالها مساهمة تطور مختلف طرق ارتكاب الجرائم وانعكاسات ذلك على ساحة القضاء، عن طريق إقراره لآليات إجرائية، من شأنها تدعيم أدلة الإثبات الجنائي وتقتصد من المدة الزمنية للإجراءات وتخفيف العبء على كاهل القضاء من ناحية، ومن ناحية أخرى تدعم قرينة البراءة للمتهم، من ذلك يمكن ذكر إقراره لإجراء الوساطة في بعض الجرح والمخالفات، نصه على آليات لحماية الشهود والضحايا والخبراء، تبسيطه لإجراءات التقاضي المتعلقة بالنقض، إقراره لإجراءات المثول الفوري وغيرها من الإجراءات التي ارتأينا أن نتناول منها الأمر الجزائي، ومن خلاله استخلصنا مجموعة من النتائج كالتالي: - غاية المشرع الجزائري من إقراره لآلية الأمر الجزائي تكمن أساسا في سعيه لاقتصاد الإجراءات وريح الوقت وتخفيف العبء على كاهل مرفق القضاء وذلك بالنظر إلى ارتفاع معدل الجرح التي تعرض عليه.

- إن كانت غاية المشرع من وراء النص على هذه الآلية مشروع ويحد من مبرره في الواقع العملي، إلا أنه من الناحية النظرية نجده مخالف للمبادئ الدستورية كحق في الدفاع، مبدأ المساواة، مخالفته لمبدأ التقاضي على درجتين.

- بالرغم مما سبق ينبغي القول أن الممارسة العملية أثبتت أن استعمال هذه الآلية جد قليل وهو ما يدفعنا للتساؤل عن الجدوى من إقرارها.

- بالرغم من أن المشرع نظم هذه الآلية من حيث شروطها، نطاقها وآثارها إلا أنه أغفل تنظيم عدة نقاط هي حتى وإن كانت تظهر بأنها بسيطة إلا أنها تشكل إشكالات عملية من ذلك إغفاله لتنظيم وضع المعارض عن الجلسة.

الهوامش:

(1) عبد العزيز مسهوج جار الله الشمري، الأمر الجنائي وأثره في إنهاء الخصومة الجنائية في دول مجلس التعاون الخليجي "دراسة تأصيلية مقارنة"، بحث مقدم استكمالاً للحصول على درجة الماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، 2008، ص 10.

(2) الأمر رقم 02/15، المؤرخ في 2015/07/23، المتضمن تعديل وتتميم قانون الإجراءات الجزائية، ج ج، العدد 40، ص 37.

(3) من التشريعات التي أخذت به يذكر مصر في المواد 323 إلى 330 من قانون الإجراءات الجنائية المعدل بموجب القانون 174 لسنة 1998، قطر، سلطنة عمان، الكويت، فرنسا، ألمانيا، إيطاليا.

(4) حيث تم استعمال لفظ العمل القضائي كون أنه يشمل في طياته الأمر الجنائي الصادر من قضاة الحكم أو النيابة العامة.

(5) محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط 2، دار النهضة العربية، 1988، ص 97.

(6) رؤوف عبيد، مبادئ مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، ط 1، دار الجبل، 1985، ص 849.

- (7) احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، 1993، ص848.
- (8) المرجع نفسه، ص860.
- (9) ما يلاحظ أن اغلب التشريعات حصرت نطاق الأمر الجزائي في الجرائم المصطنعة أو الجرائم التنظيمية كالجرائم الاقتصادية وجرائم المرور. لمزيد من المعلومات انظر: عبد العزيز بن مسهوج جار الله الشمري، المرجع السابق، ص33.
- (10) عبد العزيز بن مسهوج جار الله الشمري، المرجع السابق، ص51.
- (11) مدحت عبد الحميد رمضان، الإجراءات الموجزة لإنهاء الدعوى الجزائية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص140؛ حسن علام، قانون الإجراءات الجزائية في التشريع المصري، دار الفكر العربي، دون سنة نشر، ص280، 281.
- (12) أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص869.
- (13) مأمون سلامة، الإجراءات الجزائية في التشريع المصري، ج2، دار الفكر العربي، دون سنة نشر، ص280، 281.
- (14) محمد عبد الشافي إسماعيل، الأمر الجزائي دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص128، 129.
- (15) عبد العزيز بن مسهوج جار الله الشمري، المرجع السابق، ص55. وفي هذا الإطار انتقد هذا الرأي على أساس أنه يقيم الالتزامات التعاقدية في مجال ممارسة الدولة لسلطتها في العقاب ولو صح ذلك بالنسبة للأوامر الجزائية لأمكن تعميمه لكل الأحكام الجنائية بصفة عامة، فيعتبر عدم الطعن في الحكم قبولاً للالتزام تعاقدي بأداء العقوبة المحكوم بها وهذا ما لم يقبل به أحد.
- (16) يسير أنور علي، الأمر الجزائي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة السادسة عشر، جامعة عين الشمس، 1974، ص137.
- (17) القانون رقم 01/16، المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437هـ، الموافق لـ06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر ج، العدد 14، ص02.
- (18) مبروك محمد حسن، بحث قانوني هام في عدم دستورية الأمر الجزائي الصادر من النيابة العامة والقضاة، بحث منشور في موقع محاماة. نت، ص03.

(19) تجدر الإشارة إلى أن الفقه انقسم إلى رأيين مختلفين فيما يخص تطبيق الأمر الجزائي على المخالفة: الرأي الأول: بمقتضاه يمكن أن يصدر الأمر الجزائي بالنسبة للمخالفات إذا ما توافرت الشروط الأخرى، بمبررات أهمها: أن الغرامات الواردة في مادة المخالفات أقل من تلك الواردة في باب الجرح، وبالتالي فمبرر اللجوء إلى الأمر الجزائي في مادة الجرح هو نفسه المبرر لشمول ذلك الإجراء لمادة المخالفات، فضلا على عدم شمول الأمر الجزائي لمادة المخالفات يؤدي إلى جعل ذلك الإجراء غير فعال بالمعنى الذي قصده منه المشرع وهو تخفيف العبء على مرفق القضاء.

-الرأي الثاني: يرى أنه لا يمكن أن يصدر الأمر الجزائي بالنسبة للمخالفات كون أن النص القانوني واضح، وقد خص الأمر الجزائي في مادة الجرح دون غيرها من الجرائم الأخرى، وبالتالي فلا اجتهاد مع صراحة النص، وهو ذاته الرأي الراجح حسبهم. لمزيد من المعلومات أنظر: مبروك مجد حسن، المرجع السابق، ص 04.

(20) تنص المادة 64 من القانون رقم 12/15 المؤرخ في 28 رمضان 1436، الموافق لـ 15 يوليو 2015، المتعلق بحقوق الطفل، ج ر ج ج، العدد 39، بتاريخ 19 يوليو 2015، ص 13 على أنه: "يكون التحقيق إجباريا في الجرح والجنايات المرتكبة من قبل الطفل...".

(21) حسن عبد الحليم عناية، بحث خاص في تنفيذ الأوامر الجزائية "من موسوعة التنفيذ الجنائي"، بحث منشور على موقع المحامي أون لاين، ص 08.

(22) المادة 380 مكرر 04 من الأمر رقم 02/15.

(23) عبد الله بن مسهوج جار الله الشمهري، المرجع السابق، ص 156 .

(24) جديدي طلال، السرعة في الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر 2012، 2011، 1، ص 65.

(25) مهدي عبد الرؤوف شرح القواعد العامة للإجراءات الجزائية وفقا لآخر التعديلات، دار النهضة العربية، القاهرة 2006، ص 886 .

(26) المادة 380 مكرر 4/1 من الأمر 02/15.

استئجار الأرحام بين القانون و الشريعة الإسلامية

بقلم الأستاذة / خاطرخيرة

جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة

المقدمة:

لما كان العلاج من العقم أمرا مشروعا قانونا، و مطلبا شرعيا في منظور الدين، إذ يقول صلى الله عليه و سلم" (نعم يا عباد الله تداووا، فإن الله لم يضع داء إلا ووضع له شفاء أو دواء إلا داء واحدا ، فقالوا: يا رسول الله. وماهو؟ قال: الهرم)¹.

طور الأطباء وسائل عديدة على مر الزمن لعلاج العقم باختلاف أنواعه. فنجد علاج الذي يعتمد على وصف هرمونات للمرأة لتنشيط التبويض، ثم وجدت مجموعة من العمليات الجراحية، و ذلك بغرض التخلص من الدوالي لدى الرجل، أو لفتح قناة فلوب لدى المرأة، أو لازالت التورم والالتصاق في الرحم، أو استئجار الأرحام، و هو موضوع دراستنا.

استئجار الأرحام، هو تقنية طبية حديثة تم تطويرها من طرف الأطباء. أين يدخل في العلاقة الثنائية- بين الزوج و زوجته- طرف ثالث للتمكن من الإنجاب، و ذلك عن طريق استعمال رحم امرأة أجنبية- و ذلك بسبب عجز الزوجة من حمل طفلها و وضعه بسلام-. و عليه فإن عملية استئجار

الأرحام، تعتمد على تلقيح بويضة الزوجة بالحيوان المنوي للزوج تلقيحا خارجيا، ثم وضعه في الأنبوب حتى تبدأ البويضة بالانقسام، و تكون مجموعة من الخلايا يتم أخذها و زرعها في رحم امرأة. أخرى لينمو في أحشائها إلى غاية ولادته فيسلم للوالدين البيولوجيين، مقابل مبلغ من المال، و في حالات أخرى يكون الاتفاق على أساس التطوع، معنى هذا أن العملية تتم بدون أي مقابل؛ كأن تحمل المرأة طفل ابنتها، أو أختها، أو صديقتها... الخ. و من هنا يطرح الاشكال التالي فما هو حكم الشرعي؟ ماهي الآثار القانونية المترتبة عليه؟

المبحث الأول: موقف الشريعة الإسلامية من استئجار الأرحام

لقد فرق الفقهاء بين خمس حالات لاستئجار الأرحام، للحكم على كل حالة على حدى، و بالرغم من ذلك فقد اختلف الفقهاء في الحكم على بعض الحالات، فتباينت بين مؤيد و معارض. قبل التعرض لحكم كل حالة يجب أن نذكرها على سبيل التذكير.

فالحالة الأولى: تتلخص في تلقيح بويضة الزوجة بنطفة الزوج، وإعادة زرعها في رحم أجنبية.

الحالة الثانية: تلقيح بويضة الزوجة بنطفة الزوج، و إعادة زرعها في رحم الزوجة الثانية.

الحالة الثالثة: تلقيح بويضة الزوجة بنطفة أجنبي، وإعادة زرعها في رحم أجنبية.

الحالة الرابعة: تلقيح بويضة أجنبية بنطفة الزوج، وإعادة زرعها في رحم أجنبية.

الحالة الخامسة: تلقيح بويضة أجنبية بنطفة أجنبي، وإعادة زرعها في رحم أجنبية. سواء كانت صاحبة البويضة أم امرأة أخرى.

أجمع الفقهاء على تحريم الحالات التالية: الحالة الثالثة، و الرابعة، والخامسة تحريماً مطلقاً، وذلك لاختلاط الأنساب، و ضياع معاني الأمومة، والأبوة. كما اعتبر الفقهاء أن استعمال مني، أو بويضة أجنبي زنا تحت مسميات جديدة².

أما الحالتين الأولى و الثانية أثارت نقاشاً بين الفقهاء، و اختلاف في الحكم عليهما، على ذلك قسمت هذا المطلب إلى فرعين، الأول رأي الفريق المؤيد لاستئجار الأرحام. أما الفرع الثاني فخصصته لرأي الفريق المعارض للحالتين.

المطلب الأول: موقف المؤيدين الاستئجار الأرحام

ذهب رأي الفقهاء إلى جواز حالة استئجار الأرحام، إذا لقحت بويضة الزوجة بنطفة زوجها، وزرعت في رحم زوجة له غير صاحبة البويضة. فذهب

العلماء إلى جواز هذه الحالة، إضافة إلى حالة استعارت الابنة لرحم أمها
لحمل جنينها، و كان ذلك خلال مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بدورته
السابعة، لسنة ألف و تسع مائة و ثمانين، و قد ربطوا شرعية هاتين الحالتين
بتوافر شرط الحاجة القصوى، و ذلك بالعجز الكلي للزوجة عن حمل جنينها
بنفسها، إضافة على ذلك أن يعتزل الزوج زوجته- أي الأم البديلة- خلال
الفترة الأولى من حملها، و ذلك لتفادي اختلاط الأنساب من جهة الأم،
وذلك بحمل الأم البديلة في نفس فترة حمل جنين الأم البيولوجية، و أهم
شرط في الموضوع هو رضا الأم البديلة على حمل لقيحة ابنتها ، أو ضرقتها
رضا تام وليس فيه إكراه. إذ جاء في نص الفتوى: " إن الأسلوب السابع
الذي يؤخذ فيه النطفة، و البويضة من زوجين و بعد تلقيحهما في وعاء
اختبار تررع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه، حيث تنطوع
بمحض اختياراتها بهذا العمل عن ضرقتها المنزوعة الرحم، يظهر لمجلس المجمع
أنه جائز عند الحاجة و بالشروط العامة المذكورة"³ .

كما ذهب فقهاء الشيعة إلى الإباحة، و على رأسهم الشيخ محمد علي
التسخيري، إذ يقول: " هذه المسألة لا نستطيع أن نقول بما بضرس قاطع بعد
أن كلن الماء من الزوج و البويضة و الحمل في رحم مباح للزوج، فيجب أن
نبحث الإشكال المطروح. أنه يحتمل أن الزوج يواقعها و يجتبه الأمران،
يمكن أن فقر-بين الزوجين- و نشترط على الزوج أن لا يتصل بزوجه إلا
بعد أن يتبين الحمل بشكل طبيعي، و لا يأتي هذا المحذور بعد ذلك"⁴

لقد ذهب جل الفقهاء المؤيدين لعملية استئجار الأرحام إلى الارتكاز على مجموعة من المعطيات الشرعية، و التي ساعدت على تكوين وجهة نظر واضحة لديهم للقول بإيجاز هذين النوعين من طرق الإنجاب، فقد فاسوا استئجار الأرحام بالرضاعة، فكون الأم البديلة لا تورث الجنين الذي تحمله شيء من جيناتها، ولا حتى طبائعها أو أهوائها- هذا ما أثبتته العلم الحديث. فإنها لا تقاسمه شيء سوى الطعام الذي يتغذى عليه داخل رحمها، أو الرحم ذاته الذي لا يعتبر إلا جوفاً يحميه، و يوفر له الظروف الطبيعية للنمو.

فيجعل من الأم البديلة مثلها في هذا مثل الأم المرضعة، حيث أن الرضاعة بالمقابل، أو أجر جائزة في الإسلام فالأميران سيان. إلا أن هذه النقطة اختلف فيها العلماء، فهناك من يقول بأن الأم البديلة تؤثر في تكوين الجنين، وتورثه بعض من خصائصها الجينية، و ذلك عن طريق المشيمة - فهي عضو يتكون داخل رحم المرأة- مهمتها أن تستخلص العناصر الغذائية من الدم وتنقلها إلى الجنين. حيث أن الجنين ينشأ من إلتحام الحيوان المنوي و البويضة. هذه الأخيرة تحمل حمضاً نووياً ينقل الصفات الوراثية للجنين، و الملاحظ أن هذا الحمض لا يتمركز في نواة البويضة فقط، بل يوجد في سيتوبلازما الخلية و هذا الجزء يتأثر بالبيئة المحيطة به أثناء نمو الجنين في الرحم⁵.

و قد قال أصحاب هذا الفريق :بأن في الأصل الاباحة حتى يرد دليل على التحريم⁶. فلا تحريم إلا بنص، و لا دليل على تحريم استئجار الأرحام، كما أنه في الفقه قاعدة جوهرية أخرى و هي: الحاجة تنزل منزلة الضرورة. والضرورات تبيح المحظورات⁷.

المطلب الثاني:موقف الرافضين لاستئجار الأرحام

إن المتمعن في الحكم الذي ذهب إليه أصحاب هذا الرأي، ، يلاحظ أنه انتقادا للرأي الأول في مختلف الأدلة التي استندوا عليها، هذا و قد تراجع الفقهاء على حكمهم بجواز الأم البديلة في حالة الزوجة الثانية، و ذلك خلال الدورة الثامنة للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة لسنة ألف و تسع مائة و خمسة و ثمانين 1985- بعد سنة فقط بعد إصدار للفتوى الأولى، والتي أجاز بمقتضاها الأم البديلة⁸. و قد جاء في نص الفتوى ما يلي: " إن الزوجة الأخرى التي زرعت فيها لقيحة بويضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية قبل انسداد رحمها على حمل اللقيحة من معاشرة الزوج لها في فترة متقاربة من زرع اللقيحة ثم تلد توأمين ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج، كما قد تموت علقة، أو مضغة أحد الحملين، ولا تسقط إلا مع ولادة الحمل الآخر الذي لا يعلم أيضا أهو ولد اللقيحة، أم حمل معاشرة الزوج و يوجب ذلك من اختلاط الأنساب لجهة الأم الحقيقية، لكل من الحملين و إلتباس ما يترتب على ذلك من أحكام، و إن ذلك كله يوجب توقف المجمع عن الحكم في الحالة المذكورة، و بعد مناقشة الموضوع و تبادل

الآراء فيه قرر المجمع سحب حالة الجواز الثالثة المذكورة في الأسلوب المشار إليه في قرارات المجمع الصادر في هذا الشأن في الدورة السابعة عام 1404هـ ."

و جاء قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثالثة في عمان في ألف تسع مائة و ستة و ثمانون 1986 مؤكدا على تحريم الأم البديلة، وتلاهما قرار مجمع البحوث الإسلامية في القاهرة 2001 و هو رأي جمهور العلماء المعاصرين⁹ .

جاء في قرار مجمع الفقه بعمان: "إن الطرق الخمسة الأولى كلها محرمة شرعا، و ممنوعة منعاً باتاً لذاتها، أو لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب و ضياع الأمومة و غير ذلك من المخاذير الشرعية"¹⁰

وجاء في قرار مجمع البحوث المنعقد في مصر: "(يحرم استخدام طرف ثالث في عملية الحمل سواء كان الموضوع سائلاً منوياً أم بويضة أم جنيناً، و الطرف الثالث سواء عن طريق التأجير، أو التبرع أو التفضيل)"¹¹ و قد أيد هذا الرأي مجموعة كبيرة جداً من أطباء المختصين في أمراض النساء و التوليد و الخصوبة، كما أننا نرى أن بعض المسيحيين يساندون هذا الرأي، مثل الأب رفيق جرش المستول عن الأسرة في الكنيسة الكاثوليكية في لبنان¹² . كما منع اللجوء إلى طرف ثالث في عملية الإنجاب في المغرب¹³ .

وقد ذهب الفقهاء إلى ابعاد من ذلك، فقد قاسوا عملية استئجار الأرحام على زواج التبويض، لما فيه من وطئ، وطلب للولد بغير زواج شرعي، و قد حرمه عليه الصلاة و السلام، وهناك من قال بأن استئجار الأرحام حكمها من حكم الزنا، و ذلك لكون ماء الرجل يدخل رحم امرأة أجنبية عنه، و عليه فإن ماءه إستقر فيما حرمه الله، حتى و لو كان جنينا مخلقا، فالأصل كان ماء¹⁴

لما كان للأم البديلة من شبهات، تارة في مدى تأثيرها على المورثات الجينية للجنين، وتارة في شبهة اختلاط الأنساب، وكذلك في ضياع قيم الأسرة الاسلامية و ترابط المجتمع، و تارة أخرى في الأضرار النفسية التي يمكن أن تتعرض لا الأم البديلة بسبب تخليها على مولودها، و أحيانا أخرى الأضرار الجسدية التي يمكن أن تتعرض لها من جراء الولادة، ومفاسد أخرى كثيرة لا عد لها ولا حصر.

ردّ بعض الفقهاء العلة من وراء تحريم كراء الأرحام إلى القاعدة الفقهية "(درئ المفاسد أولى من جلب المصالح)". فالمصلحة من وراء اللجوء إلى الأم البديلة ما هي إلا مصلحة خاصة، و في أوقات كثيرة لا تكون ضرورية، كأن تكون المرأة قادرة على الإنجاب بصورة طبيعية جدا، إلا أنها تترفع عن ذلك بسبب عوامل نفسية، كرهبتها الشديدة في الحفاظ على رشاقتها، أو خوفها من الإنجاب- و هذا م يسمى في علم النفس بفوبيا الإنجاب-. و غيرها من الأسباب السطحية، و غير ضرورية للجوء إلى عملية استئجار الأرحام؛ فهذه

التقنية تجلب في بعض الحالات مصلحة خاصة، و تنشر مفسد جمّة على المجتمع ككل.

فتتحول عملية الإنجاب من أسمى القيم، و أرقى أدوار المرأة- وهي الأمومة- إلى معاملات تجارية، تجردها من إنسانيتها، إضافة إلى الاتجار في الأجنة، و النطف. و التلاعب في الجينات، هذا كله يؤدي إلى مفسدة كبيرة، و هي التغيير في خلق الله . فيقول عزّ و جلّ: ﴿لله ملك السموات و الأرض يخلق ما يشاء إنثاء و يهب لمن يشاء الذكورا أو يزوجهم ذكرانا و إنثاء و يجعل من يشاء عقيما إنه عليم قدير﴾¹⁵.

أما بالنسبة لنسب الطفل نتاج لرحم الطئر. فقد فرق الفقهاء بين حالتين:

الحالة الأولى: فقد اختلف الفقهاء في الحكم عليه، ففي حالة اللقيحة من الزوج و الزوجة، و رحم أجنبية. فبعد تحريم هذه الصورة بالإجماع اختلفوا في نسب الطفل، فاتجه فريق منهم إلى القول بأن الطفل ينسب للزوج و الزوجة صاحبا اللقيحة، لأن أصل تكوين الطفل هو بويضة الزوجة و نطفة الزوج، وبالتالي الطفل يحمل صفات الزوجين الوراثية، أما الأم البديلة، فتتزل منزلة الأم بالرضاعة. لأن الجنين نما في رحمها، و تغذى من دمها، و بذلك يكون قد أخذ منها أكثر مما يأخذه الرضيع من مرضعته. فيحل له ما يحل لإبن من الرضاعة، و لا يثبت له نسب، و لا ميراث و لا حقوق، و لا واجبات من الأم البديلة.¹⁶

في حين يرى الفريق الثاني من الفقهاء، أن الطفل ينسب إلى الأم البديلة إذا كانت متزوجة، فتصبح أمه و زوجها أبا له، و ذلك استنادا لقوله تعالى ﴿إن أمهاتهم إلا الآتي ولدتهم﴾¹⁷. فتوافقت هذه الآية مع حديث الرسول عليه الصلاة و السلام إذ قال "(الولد للفراش و للعاهر الحجر)". فقد جاءت الآية صريحة جدا، و كذلك الحديث. فالولد يثبت نسبه بالولادة؛ فمن حملته و وضعتة هي أمه، و إذا كان هذا الحمل قد جاء خلال علاقة زوجية شرعية، فالعبرة هنا رجوع هذه العلاقة في إلحاق نسب الولد بالزوج. فيثبت له بهذا ما يثبت للإبن الشرعي من نسب، و ميراث، و حقوق، و واجبات على الأم صاحبة الرحم و زوجها؛ أما بالنسبة لصاحبا اللقحة فيثبت لهما منزلة الأم المرضعة لما أخذه منها. فلا يثبت له ميراث، و لا نسب، و لا حقوق و واجبات.

الحالة الثانية: و هي حالة زرع لقحة الزوج و الزوجة في رحم الزوجة الثانية. ففي هذه الحالة نسب الطفل ثابت من ناحية الأب، و يشوبها إشكال من ناحية الأم و قد تعرضنا له سابقا.

المبحث الثاني : الوضع القانوني لاستئجار الأرحام

لقد أثار ترقية الأم البديلة اختلافا شرعيا كما سبق وأن رأينا في المطلب السابق، و لم يقتصر الأمر على الاختلاف الديني، بل تعداه إلى اختلاف الآراء من الناحية القانونية. فبدأت الأنظمة في مختلف الدول تخط

بين خيوط مسألة الأم البديلة المتشابكة. فهل يجب منع استئجار الأرحام، أو الاعتراف به قانوناً؟ فجاءت ردود الأنظمة القانونية إزاء هذه الإشكالية مختلفة باختلاف مذاهب ، ومشارب كل مجتمع. هذا ما سأعرض له في هذا المطلب، و قد قسمته إلى فرعين: الفرع الأول عنونته باستئجار الأرحام في الدول الغربية. الفرع الثاني كان حول استئجار الأرحام في الدول الغربية.

المطلب الأول: استئجار الأرحام في الدول الغربية

يمكن أن نقسم موقف الدول الغربية اتجاه استئجار الأرحام إلى ثلاث اتجاهات.

الاتجاه الأول: دول تمنع استئجار الأرحام.

الاتجاه الثاني: دول لم تنظم عقود استئجار الأرحام.

الاتجاه الثالث: دول تعترف، و تنظم عقود استئجار الأرحام.

و في ما يلي سوف نناقش كل اتجاه على حدى.

الاتجاه الأول: دول تمنع عقود استئجار الأرحام: اتجهت بعض الدول إلى منع استئجار الأرحام قانوناً¹⁸، وذلك باعتبار هذا النوع من العقود ينتهك كرامة الطفل، و الأم معا من جهة، و يجردهما من انسانيتهما من جهة أخرى، وذلك بتحويل الأمومة إلى تعامل تجاري قابل للتعاقد عليه. على

ذلك لم تقتصر هذه الدول على منع استئجار الأرحام، بل فرضت عقابا على كل من يلجأ إلى أم بديلة- فصبت العقاب على أطراف العقد و على حتى الوسيط بينهما- بعقوبات تفاوتت من دولة إلى أخرى، هذا ما اتجهت له كل من الصين وفرنسا و سويسرا¹⁹.

فكل عقد ينصب على استئجار الأرحام فهو باطل بطلان مطلق، فقد جاء في القانون أخلاقيات علم الأحياء "bioéthique" لسنة 1994²⁰ في مادته 7-16 أنه كل²¹: "أي اتفاق يتعلق بالإنجاب أو الحمل بالنيابة على الآخرين فهو باطل". ففي حالة ما إذا أراد أحدهم التحايل على هذه المادة القانونية، يضطر إلى اتخاذ إجراءات طويلة جدا، لإحقاق نسب الطفل له، والطريقة الوحيدة لبلوغ ذلك هي التبني، و التبني في فرنسا ليس بالأمر الهين، فإذا تبين لهيئة المحكمة أنه تم الحصول على الطفل بطريقة غير شرعية، أو مخالفة للنظام العام فستمنع المحكمة على إصدار قرار بالموافقة على التبني.

لقد تم استئصال عقود استئجار الأرحام في هذه الدول، و لم يعد لها وجود تماما، غير أن هذا لا يعني بناتا أنه تم القضاء على الأم البديلة، بل كشفت الدراسات على أنه بالغم من كل هذه الجهود للقضاء على هذه الظاهرة، إلا أنها في تزايد مستمر. فأصبح الأزواج يفضلون اللجوء إلى عقود استئجار الأرحام الدولية، فقد بينت الإحصائيات التي قام بها فريق البحث التابع لجامعة (أبردين) **Abereen** ، أن جميع الوكالات المتخصصة في استئجار الأرحام²²، تضاعفت نسبة زبائنها بنسبة مائة بالمائة (100%) ما

بين 2006 و 2012، و قد أكدت هذه الوكالات على أن نسبة (40%) ريعين بالمائة من زبائنهم من إفريقيا، و أمريكا الجنوبية، و آسيا²³

الإتجاه الثاني:الدول الغير منظمة لاستتجار الأرحام: و يتميز هذا النظام بأنه فظل الصمت فيما يتعلق بعقود إستتجار الأرحام.

2- في كل الحالات تعتبر عقود استتجار الأرحام مخالفة للقواعد العامة للقانون داخل الدولة.

3- الطابع التجاري لعقود استتجار الأرحام ممنوع، هذا ما يضعنا أما نفس النتائج للإتجاه الأول حول الآثار القانونية على أطراف عقد استتجار الأرحام-من أم بديلة، و أم بيولوجية، و طفل- على ذلك فإن هذه الدول تمنع عقود استتجار الأرحام بطريقة غير مباشرة²⁴

الإتجاه الثالث: الدول تعترف و تنظم عقود استتجار الأرحام: إن الدول التي تعترف باستتجار الأرحام في تزايد مستمر، فبعد ما كنا نعد هذه الدول على أصابع اليد الواحدة- بريطانيا، ولايات المتحدة الأمريكية، كندا، بلجيكا- أصبحنا نشهد أكثر من دولتين سنويا تجيز استتجار الأرحام²⁵ وقد اتجهت هذه الدول إلى وضع قيود على هذه العقود، وهذا للحفاظ على الطابع الإنساني في الموضوع.

فاليونان تعتمد عقود استئجار الأرحام وفقا للقانون رقم 19-12-2002 المكمل و المتمم بالقانون 27-01-2005 ، إذ يكرس الحق في اللجوء إلى عقود استئجار الأرحام لكل امرأة متزوجة، أو تعيش في ظل علاقة ثنائية، و تبلغ من العمر أقل من خمسين سنة، مقيمة بصفة دائمة في اليونان.

كما إشرط هذا القانون الاعتماد على لقيحة الأم المستفيدة، و لا يمكن في أي حال من الأحوال أن نستعمل بويضة الأم البديلة. و لإحقاق نسب الطفل بالزوجة، يجب عليهما الحصول على قرار قضائي قبل زرع اللقيحة في الرحم الظئر. و إذا توافرت جميع هذه الشروط في العقد، يمكن للزوجين رفض إحقاق نسب الطفل بهما، شريطة إثبات أن الطفل هو ولد بيولوجي للأم البديلة.²⁶ وقد نظم نفس القانون الجانب المادي لهذا العقد، وذلك محاولة من المشرع الخروج من الصبغة التجارية للموضوع، فقد منع تقاضي الأم البديلة ما يزيد عن مبلغ التعويض، و يشمل هذا التعويض كل مصاريف الحمل، وأيضا ما فات الأم البديلة من أجرها أودخلها الشهري نتيجة لعطلة الأمومة.

أما استئجار الأرحام في بريطانيا ينظمه القانون رقم 16-07-1985 المعدل في 1-11-1990، و قد جاء فيه مجموعة من الشروط يجب توافرها لصحة عقد استئجار الأرحام. و يمكن تلخيصها فيما يلي:

- 1- يكون عقد استئجار الأرحام حكرا على الأزواج فقط.
- 2- يجب أن كون أحد الزوجين على الأقل مقيما في بريطانيا بصفة دائمة.
- 3- يجب أن يحمل الطفل جينات أحد الزوجين على الأقل-يعني لا يمكن استخدام إما بويضة أو الحيوان المنوي لأحد من الزوجين على الأقل-.
- 4- تلزم الأم البديلة بالتعهد بتسليم المولود للزوجين حال ولادته.
- 5- يعتبر باطلا كل شرط يتعلق بالمال إلا ما دخل في إطار نفقات الحمل و الولادة.
- 6- و ينسب الطفل لكل من الأم البيولوجية و الأم البديلة، و لا يحذف إسم الأم البديلة من عقد ميلاده إلا بقرار قضائي.

الملاحظ أن كل الدول التي تنظم ، و تعترف بعقود استئجار الأرحام، منعت العنصر الربح في العقد، و هذا لإضفاء الصبغة الإنسانية على هذا النوع من العقود، إلا إسرائيل التي فتحت الباب أمام المتعاقدين في الجانب المادي، وتركت لهم الحرية التامة في ذلك.²⁷

المطلب الثاني: استئجار الأرحام في الدول العربية

إن الدول العربية حالة خاصة، فقد أخذت كتقليد في كل المستجدات الطبية خصوصا عدم التدخل القانوني- أو عدم التشريع في المستجدات- إلا بعد أن يأخذ فقهاء الدين موقفا من الظاهرة، و يتوصلوا إلى إصدار حكما قطعيها فيها. أما بالنسبة لعقود استئجار الأرحام- وبالرغم

من ظهورها في الثمانينات- إلاّ إننا نلاحظ إختلاف في الأحكام الفقهية كما سبق ذكره في المطلب السالف ذكره، هذا ما إنعكس على التشريعات العربية. فالمواد المنظمة لهذا النوع من العقود شبه معدومة.

فتجد ليبيا تخرج عن المعمول به في الدول العربية ، فكانت السبابة بمنع استئجار الأرحام، وذلك بمنعها لعمليات التلقيح الصناعي جملة وتفصيلا، بدون تمييز في أنواعه، و هذا وفقا لقانون 175 الصادر في 1972. قد قرن منعه هذا بعقوبات مشددة، لكل من شارك في هذه العملية برضاه أو كان مكرها في ذلك، و بغض النظر عن نتيجة التلقيح الصناعي - سواء كانت ناجحة و نتج عنها حمل أم فاشلة²⁸.

أما المشرع المصري فقد ترك عقود استئجار الأرحام للأحكام العامة للقانون، فانطلاقا من أن الرحم الظئر حراما شرعا، فإن أي عقد ينصب على رحم امرأة سواء كان استئجارا، أو مفاضلة فإنه باطلا كونه يخالف النظام العام و الآداب العامة، و ذلك بحكم المادة 135 من القانون المدني المصري².

غير أنه مؤخرا ظهرت موجة عروض عبر الانترنت، لسيدات يعرضن أرحامهن للتأجير مقابل مبالغ مالية، بعد فتوى أطلقها شيخ من مشايخ الأزهر، و ذلك استنادا منه لنسبة الفائدة العائدة على الزوجين، غير أنه تم التراجع على هذه الفتوى من طرف مفتي مصر بالتحريم و ذلك وفقا لمبادئ

درئ الفاسد أولى من جلب المنافع³⁰. فطالب مجموعة من النواب بإصدار قانون يمنع استئجار الأرحام.

أما المشرع الجزائري، فقد كان له شرف السبق في معالجة موضوع استئجار الأرحام صراحة، غذ نص في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري على: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعيا؛
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما؛
- أن يتم بمبي الزوج و بويضة و رحم الزوجة دون غيرهما؛
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي باستعمال الأم البديلة".

لقد فرق المشرع الجزائري بين التلقيح الصناعي كتقنية مباحة وشرعية قانونا، و بين استئجار الأرحام، لذي اعتبره في هذه المادة تقنية غير مسموح بها في القانون الجزائري، هذا ما غفل عليه المشرع الليبي، الذي ساوى بين التقنيتين معا في رفضه لهما.

أما بالنسبة لعقود استئجار الأرحام، فهي تخضع للقواعد العامة للقانون، و على ذلك فإن جميع العقود المنصبة على محل غير شرعي فهي باطلة، و هذا وفقا للمادة 93 من القانون المدني إذ تنص على ما يلي: "إذا

كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العمة كان باطلا بطلانا مطلقا". و لما كان الرحم الظئر محرما بإجماع العلماء العصر الحديث، فإن محل عقد استئجار الأرحام مخالفا للنظام العام، و بالتالي العقد باطل بطلانا مطلقا.

أما من ناحية الجزاء على مخالفة المبادئ العامة، و المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري. فيجدر بنا التفرقة بين طرفي العلاقة التعاقدية من جهة، وطاقم الطبي. فإذا فرضنا أنه تم اللجوء إلى خدمات أم بديلة بطريقة سرية، فإن طرفي الاتفاق سيواجهان مشكل إلحاق النسب بالوالدين البيولوجيين، و بما أننا في دولة إسلامية لا تجيز التبني، فإن الطريقة الوحيدة لإلحاق نسب الطفل بالزوجين هو اشتراك الطاقم الطبي في ذلك- و هذا بتصريح كاذب عن هوية الأم التي وضعت الطفل- هذا ما يعرض الطاقم إلى مسؤولية جزائية وهي التزوير في العقود، و الوثائق الرسمية، و تحديد هوية الطفل،³¹ إضافة إلى مخالفة قانون الصحة المنظم لمهنة الطب.

غير أن المشرع الجزائري لم يجرم عملية استئجار الأرحام، و بالتالي لا يمكن متابعة أطراف العقد لهذه الجريمة بالذات، إلا إذا اقترنت بجريمة أخرى، وهذا وفقا للمادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري.

الخاتمة:

إن الطب تطور في النصف الثاني من القرن الأخير، بصورة سريعة جدا فقد سجل مجموعة كبيرة جدا من الاكتشافات، و الاختراعات بنسبة تفوق كل ما سبق من إنجازات عرفتها البشرية منذ الأزل، و أصبح التطور الطبي ينافس الخيال العلمي من استنساخ، و تلقيح صناعي، و استئجار الأرحام، وبنوك الأجنة... إلخ.

و الملاحظ أن البشرية حالي تعاني من هذا التطور على الرغم من فوائده الهائلة، وذلك من الناحية التشريعية، الأخلاقية و الدينية أيضا. فاستئجار الأرحام يشكل خطرا محققا على مجتمعنا العربي. فعلى الرغم من الفتاوى الصادرة من فقهاء الشريعة القاضية بتحريمها، إلا أن هذه الممارسات عرفت الطريق لتتسلل منه إلى مجتمعاتنا. فترى حاليا إتجاه صريح لبعض النساء العربيات نحو امتهان استئجار الأرحام حتى و لو كان بصفة غير رسمية، وما سهل الأمر عليهن مواقعهن الشخصية على الانترنت.

فبالرغم من أن مجتمعاتنا إسلامية، إلا أن التحريم وحده لم يعد كافيا لحماية القيم الأساسية التي يقوم عليها مجتمعنا، خصوصا في الوقت الذي أصبحت الماديات تطفى على الحياة اليومية للإنسان العربي، فعلى الدول العربية اتخاذ قوانين لمنع كل عملية تضع المرأة، أو رحمها محل تعاقد، فتجرم هذا الفعل، و تضع عقوبات خاصة بهذه الجريمة، و ذلك لسد جميع الثغرات القانونية.

الهوامش:

- 01 - الترميذي مُجَدِّد بن عيسى، سنن الترميذي تحقيق مُجَدِّد علي، و مُجَدِّد عبد الله، دار ابن الهيثم، الطبعة الأولى 2004، القاهرة.
- 02- د- هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، ص 282.
- 03- د- زبيدة أقروفة، التلقيح الصناعي دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القانون، ص 86.
- 04- قرارات المجمع الفقهي الاسلامي التابع لرابطة العالم الاسلامي لدورته السابعة 1404 هـ ، ص 131.
- 05 -زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة، الطبعة الأولى، الدار العربية للعلوم 1996، ص 103.
- 06- د- علي هادي عطية الهلالي، الوضع القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية و التقنيات المساعدة في الانجاب دراسة في القانون العام المقارن، الطبعة الأولى، دار المنشورات الحلبي الحقوقية 2012، ص 279 إلى 280.
- 07 - د- هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، ص 289.
- 08- د- هند الخولي، نفس المرجع، ص 298. و د- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة، ص 102.
- 09- د- جاد الحق علي جاد الحق، مفتي الأزهر سابقا، د الشيخ السيد وفي الأمين العام لمجمع المبحوث الاسلامية بالقاهرة، د علي جمعة مفتي مصر، د مُجَدِّد سيد الطنطاوي شيخ الأزهر، الدكتور يوسف القرضاوي، د مصطفى الزرقا عضو مجمع الفقه الإسلامي د مُجَدِّد رأفت عثمان عميد كلية الشريعة بجامع الأزهر، د أحمد بن عبد العزيز الحداد كبير المفتين بدي، د عبلة الكحلوي أستاذة فقه بجامع الأزهر، د سعاد صالح عميد كلية الدراسات الاسلامية بجامع الأزهر.
- 10- د- هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، ص 282.
- 11- د- هند الخولي، نفس المرجع، ص 283. و د محمود سعد شاهين، أطفال الأنابيب بين الحضر و الإباحة موقف الفقه الإسلامي منها، ص 144.
- 12 - www.alkhaleei.ae
- 13- د- هند الخولي، المرجع السابق، ص 283.
- 14- Zerradi Mouna, les enjeux ethiques potentiels de la procréation médicalement assistée dans les pays musulman, cas da Maroc, faculté de sciences Ain Chok université Hassan II de Casablanca, réalise au GREME de

- 15- د- هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، ص 189.
- 16 - الآية 49-50 من سورة الشورى.
- 17- د - محمد رأفت، استنجاز الأرحام، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، سنة 1986، ص 266-283.
- 18 - الآية 2 من سورة المجادل
- 19- كألمانيا، الصين، أريزونا (في الولايات المتحدة الأمريكية)، فرنسا، إيطاليا، مكسيك، سويد، سويسرا.
- 20- Conférence de la Haye de droit international privé, rapport préliminaire De maternité de substitution à sur les problèmes découlant des conventions caractère international, établi par le bureau permanent, document préliminaire n°10 de Mars 2012 à l'intention du conseil d'avril 2012 sur les affaires générales et la politique de la conférence, p09 . <http://www.hcch.net>
- 21- قانون أخلاقيات علم الأحياء لفرنسا لسنة 1994.
- 22 - toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte article 16-7(d'autrui est nulle)
- 23 - و تتمركز هذه الوكالات في الولايات المتحدة الأمريكية، الهند، بريطانيا. www.ardan.ac
- 24- Conférence de la Haye de droit international privé, rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions De maternité de substitution à caractère international, établi par le bureau permanent, op.cit.09 .
- 25 - جنوب إفريقيا إذ دخل قانون استنجاز الأرحام حيز النفاذ في 2010، شرق أستراليا في 2008، كينسلاندا 2010، إقليم عاصمة أستراليا في 2004، فيكتوريا 2008، كندا "ألبرتا" 2010، كولمبيا 2011، الصين "هونغ كونغ" 2007، أئينا 2002، روسيا 2011..... إلخ.
- 26- Alain Milon, Henri de Richemont, contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui, rapport d'information n° 421(2007 /2008), commission des affaire sociales et de la commission des lois de sénat de la république française ,p02. www.senat.fr.
- 27- Conférence de la Haye de droit international privé, rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions De maternité de substitution à caractère international, établi par le bureau permanent, op.cit.09 .
- 28 - د - زبيدة إقروفة، التلقيح الصناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون، ص 97-99. و الجريدة الرسمية الليبية، عدد 61. السنة 10، الصادرة بتاريخ 23 ديسمبر 1972.

- 29 - زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص 100.
- 30- العربية، فتوى أزهريّة تبيح تأجير الأرحام تنير جدلا في الأوساط الفقهيّة، الثلاثاء 16 صفر 1428هـ الموافق ل06 مارس 2007. [Http://www.alarabiya.net](http://www.alarabiya.net)
- 31 - راجع المواد: 214 - 215 - 222 - 223 - 228 - 304 - 311 - 320 - 321. من قانون العقوبات الجزائري.

تقرير الأسعار كضابط من ضوابط الممارسات التجارية فلاح الجزائر

بقلم الأستاذ / ياس بروت

جامعة 08 ماي 1945 - قلمة -

مقدمة :

لقد فرض المشرع الجزائري على الأعوان الإقتصاديين جملة من الإلتزامات والضوابط التي تهدف إلى حماية المستهلك من جهة وإلى حماية الممارسات التجارية وشفافيتها من جهة أخرى ، منها ما هو منصوص عليه في القانون التجاري ، ومنها ما هو منصوص عليه في قانون المستهلك ، وقانون المنافسة ، والقانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، منها إلزام البائع بالإخبار ، وإلتزامه بالفوترة ، والإشهار ، إلى جانب إلتزامه بإعلام الأسعار والتعريفات .

ولئن كان تحديد الأسعار يخضع لقوانين المنافسة والسوق كأصل عام إلا أنه ومع ذلك فإن المشرع الجزائري لم يترك الأمر على إطلاقه ، حيث سبق وأن نظم الأسعار من خلال القانون رقم 89-12 المتعلق بالأسعار ، والذي ألغى بموجبه المادة 97 من الأمر رقم 95-06¹ المتعلق بالمنافسة ، حيث تم الإنتقال من نظام الأسعار المقننة أو الإدارية إلى نظام حرية الأسعار بتحريرها من كافة القيود ، ثم أكد عليها من جديد بموجب الأمر رقم 03-

03² الذي ألقى الأمر رقم 95-06 وسوف نتناول بالدراسة في هذا المجال : نظام حرية الأسعار في مطلب ثانٍ ، ثم تنظيم الإلتزام بإعلام الأسعار والتعريفات في مطلب ثالث لنعرج في الأخير إلى أثر مخالفة الإلتزام بإعلام الأسعار والتعريفات .

المطلب الأول : نظام حرية الأسعار والقيود الواردة عليه :

لقد إعتد المشرع الجزائري مبدأ حرية الأسعار كأصل عام ، وإستثناء نظام التسعير حين منح الدولة إمكانية تقنين أسعار بعض السلع والخدمات أوإلحد من إرتفاع سعرها في حالات خاصة .

الفرع الأول : نظام حرية الأسعار :

يعتبر تحرير الأسعار من المبادئ التي يقوم عليها إقتصاد السوق الذي إتجهت نحوه الجزائر شيئاً فشيئاً منذ مطلع التسعينات من القرن الماضي.

ولقد تبنت الجزائر مبدأ حرية الأسعار منذ الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة الذي ألقى أحكام القانون رقم 89-12 المتعلق بالأسعار ، ثم تكرر هذا المبدأ بموجب الأمر 03-03 الذي تنص المادة 04 منه في فقرتها الأولى : " تحدد بصفة حرة أسعار السلع والخدمات إعتقاداً على قواعد المنافسة³ .

وحرية الأسعار تعني أن العون الإقتصادي له الحرية في تحديد أسعار السلع والخدمات ، وعادة ما يتحدد السعر المعلن للجمهور على ضوء جملة من العناصر⁴ .

- قيمة الشيء التي تُحدد طبقا لقانون العرض والطلب .

- هامش الربح الذي يعود على العون الإقتصادي ، وهو المحرك الرئيسي للنشاط الإقتصادي ويتوقف نطاقه على عوامل كثيرة منها الظروف ومهارة البائع وقوته وضعفه من الناحية الإقتصادية .

- المصاريف المختلفة مثل الرسوم والضرائب ونفقات التعبئة والتخزين ، وهي تأخذ حكم الثمن فتقع على عاتق المشتري ما لم يوجد إتفاق مخالف ، وإذا كان إقتصاد السوق يقوم على أساس حرية الأسعار ، فإن ذلك لا يمنع من تدخل الدولة بطريقة غير مباشرة في تنظيم الأسعار وذلك عن طريق تنظيم قواعد المنافسة نظرا لإعتبارات منها :

- إن مبدأ حرية تحديد الأسعار هو أساس " نظام المنافسة الحرة " التي يقوم عليها إقتصاد السوق ، والمنافسة الحرة تقتضي أن يحتفظ كل عون إقتصادي بحريته في تحديد أسعاره على نحو يختلف مع منافسيه ، وهذه الحرية تتلشى كلما قيّدت إرادة العون الإقتصادي في تحديد السعر⁵ ، كأن يكون في وضعية تبعية لمؤسسة أخرى تملّي عليه شروطها ، وهو ما يتطلب قواعد

تحول دون هذه الممارسات المقيدة للمنافسة ليأخذ نظام إقتصاد السوق مجراه الطبيعي.

- إن حرية العون الإقتصادي في تحديد الأسعار قد تفضي إلى خطر بالمستهلك بإعتباره طرفا ضعيفا ينضم إلى عقد ينفرد الطرف القوي بتحديد سعره⁶، وهو ما يتطلب منافسة حرة حقيقية بإعتبارها هي التي تدرأ عن المستهلك هذا الخطر كونها توفر له البدائل والإختيارات .

وبالتالي فإن المنافسة الفعلية هي الضمانة الأساسية التي توفر للمستهلك سلعا وخدمات بأفضل المواصفات والأسعار . لذا حرص المشرع على تنظيمها على نحو يضمن منافعها في السوق ، وهو ما جسده الأمر 03-03 الذي حظر جملة من الممارسات منها :

- الممارسات والأعمال المدبرة والإتفاقيات والإتفاقات الصريحة أو الضمنية الهادفة أو التي يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه ، من هذه الممارسات عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لإرتفاع الأسعار أو لإخفاضها⁷ .

- كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو إحتكار لها أو على جزء منها قصد عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لإرتفاع الأسعار أو لإخفاضها⁸ .

- كل عقد شراء إستثنائي يسمح لصاحبه بإحتكار التوزيع في السوق⁹.

- كل تعسف للمؤسسات في إستغلال وضعيتها التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة ، من ذلك الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى¹⁰.

- عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق¹¹.

وعليه فإن المشرع قد إهتم بمحاربة الممارسات التي من شأنها إحداث ظروف أو أوضاع قد تؤدي إلى تقييد وعرقلة المنافسة ومن ثم التحكم في الأسعار على نحو يخالف السير الطبيعي لقانون العرض والطلب ، بمعنى أن حرية الأسعار حتى في ظل إقتصاد السوق هي حرية مراقبة ، وهذا هو حال الدول الليبرالية الحديثة¹².

لذا فإن قواعد المنافسة التي جاء بها المشرع بإسم النظام العام الإقتصادي الجديد القائم على أساس الحرية الإقتصادية ترمي إلى تحقيق الفعالية الإقتصادية وتحسين معيشة المستهلكين¹³. فالمستهلك معني بالدرجة الأولى بالعملية التنافسية بما توفره له من إختيار حر بين عدد كبير من السلع

والخدمات ، وبما تحققه من معقولية في الأسعار تساعد على رفع قدرته الشرائية¹⁴ .

الفرع الثاني : نظام تقنين الأسعار :

تنص المادة 4 فقرة 2 من الأمر 03/03 : " غير أنه يمكن أن تقيد الدولة المبدأ العام لحرية الأسعار وفق الشروط المحددة في المادة 5 . "

وعليه فإن المشرع الجزائري منح الدولة إمكانية تقييد حرية الأسعار لكن وفق ضوابط حددتها المادة 5 ، هذه الأخيرة تضمنت وجهين لتدخل الدولة في تقنين الأسعار (التسعير) ، الأول يتمثل في إمكانية الدولة تقنين بعض السلع والخدمات ذات الطابع الإستراتيجي ، والثاني إمكانية إتخاذ الدولة لتدابير إستثنائية في بعض الظروف

أولا : تقنين السلع والخدمات ذات الطابع الإستراتيجي :

تنص المادة 1/5 من أمر 03/03 : " يمكن تقنين أسعار السلع والخدمات التي تعتبرها الدولة ذات طابع إستراتيجي بموجب مرسوم بعد أخذ رأي مجلس المنافسة " .

وعليه فإن دور الدولة لا يقف عند مجرد تنظيم قواعد المنافسة في ظل نظام حرية الأسعار بل يتعدى ذلك إلى تدخلها مباشرة في تحديد أسعار بعض السلع والخدمات لكن وفق الشروط التالية :

أ- أن يتعلق الأمر بسلع وخدمات ذات طابع إستراتيجي : وهي السلع والخدمات الأساسية التي تقوم عليها المعيشة والحياة اليومية للمجتمع كالحليب والأدوية والمصادر الأساسية للطاقة ، وخدمة النقل ، ويبقى تحديد مدى إعتبار السلعة أو الخدمة ذات طبيعة إستراتيجية خاضع لتقدير الدولة بحسب الظروف الإجتماعية والإقتصادية للبلاد .

ب- أن يتم التقنين بموجب مراسيم : حيث كان المرسوم التنفيذي رقم 119/95 المتضمن تصنيف السلع والخدمات الخاضعة لنظام الأسعار المقننة¹⁵ ينص على أن يتم تحديد الأسعار بموجب قرارات وزارية أو بقرار من الوالي بالنسبة للنقل الحضري بالحافلات ، ثم صدر المرسوم التنفيذي رقم 31/95 المتضمن كفاءات تحديد أسعار بعض السلع والخدمات الإستراتيجية¹⁶ ، الذي أكد في مادته الثانية على أن يتم تحديد أسعار و/أو حدود الربح القصوى لبعض السلع والخدمات الإستراتيجية بمرسوم إستنادًا إلى المادة 5 من الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة (الملغى) .

ج- إستشارة مجلس المنافسة : وهو إجراء إشرطه المشرع الجزائري في عملية تقنين الأسعار ، حيث نظم الأمر 03/03 تشكيل وتسيير صلاحيات مجلس المنافسة¹⁷ . وهو سلطة أنشئت لدى رئيس الحكومة (الوزير الأول حاليا) تتمتع بالشخصية القانونية والإستقلال المالي مقره مدينة الجزائر¹⁸ ، يتمتع بسلطة إتخاذ القرار والإقتراح وإبداء الرأي بمبادرة منه أو كلما طلب منه ذلك في أي مسألة أو في أي عمل أو تدبير من شأنه ضمان السير الحسن للمنافسة وتشجيعها مستعينا في ذلك بأي خبير أو شخص يمكنه الإفادة في

هذا المجال ، كما يمكنه أن يطلب من المصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية إجراء أي مراقبة أو تحقيق أو خبرة حول المسائل المتعلقة بالقضايا التي تندرج ضمن اختصاصه¹⁹ ، وتكون قراراته قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية²⁰ .

ولقد نصت المادة 36 من أمر 03/03 على أن " يستشار مجلس المنافسة في كل مشروع نص تنظيمي له صلة بالمنافسة أو يدرج تدابير من شأنها على الخصوص : - تحديد ممارسات موحدة في شروط البيع " ، ويدخل في هذا الإطار المراسيم المتضمنة تحديد أسعار السلع والخدمات.

ولقد صدرت عدة مراسيم تحدد أسعار بعض السلع والخدمات نذكر منها:

- المرسوم التنفيذي رقم 39/96 المؤرخ في 15 جانفي 1996 يتضمن تعريفه نقل الركاب برًا .
- المرسوم التنفيذي رقم 132/96 المؤرخ في 13 أفريل 1996 يتضمن تحديد أسعار الدقيق والخبز في مختلف مراحل التوزيع .
- المرسوم التنفيذي رقم 44/98 المؤرخ في 01 فيفري 1998 يتعلق بحدود الربح القصوى عند الإنتاج والتوضيب والتوزيع التي تطبق على الأدوية المستعملة في الطب البشري .

- المرسوم التنفيذي رقم 50/01 المؤرخ في 12 فيفري 2001 يتضمن تحديد أسعار الحليب المبستر والمؤضب في الأكياس عند الإنتاج ، وفي مختلف مراحل التوزيع .

- المرسوم التنفيذي رقم 448/02 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 يتعلق بالتعريفات القصوى لنقل الركاب في سيارات الأجرة (طاكسي).

هذه بعض المراسيم تّولت الدولة من خلالها تقنين بعض الأسعار والتعريفات وهي تعكس لنا رؤية الدولة للسلع والخدمات ذات الطابع الإستراتيجي في الوقت الحالي ²¹ .

ثانيا : إتخاذ تدابير إستثنائية :

تنص المادة 5 من أمر 03/03 في فقرتها الأخيرتين : " ... كما يمكن إتخاذ تدابير إستثنائية للحد من إرتفاع الأسعار أو تحديد الأسعار في حالة إرتفاعها المفرط بسبب إضطراب خطير للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التموين داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة أوفي حالات الإحتكارات الطبيعية . تتخذ هذه التدابير الإستثنائية بموجب مرسوم لمدة أقصاها 06 أشهر بعد أخذ رأي مجلس المنافسة " .

فعلى خلاف الحالة السابقة حيث تتدخل الدولة في تحديد الأسعار في الظروف العادية وبصفة دائمة ، فإن تدخل الدولة في هذه الحالة مرده ظروف عارضة تقتضي تدابير إستثنائية مؤقتة لمواجهةها ² ، تتمثل في الحد من

إرتفاع الأسعار أو تحديدها ، لذا فإن تدخل في هذه الحالة مرهون بالشروط التالية :

أ - حدوث إضطراب خطير للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التمويل داخل قطاع نشاط معين أو منطقة جغرافية معينة ، أو حدوث إحتكارات طبيعية ، أي بوجه عام حدوث ظرف عارض يؤثر على وفرة السلع والخدمات كالحروب والكوارث الطبيعية أو الأزمات الإقتصادية²³ .

ب - إرتفاع مفرط في الأسعار بسبب تلك الظروف .

ج - يجب أن تتخذ هذه التدابير الإستثنائية لمدة أقصاها 06 أشهر ، أي أنها تدابير مؤقتة تتخذ لمواجهة ظروف عارضة ، كما أنها تدابير مقيدة للمنافسة ، لذا يجب أن لا تطول .

د - يجب أن تتخذ هذه التدابير الإستثنائية بموجب مرسوم .

هـ - أخذ رأي مجلس المنافسة .

هذان هما الوجهان اللذان يعكسان تدخل الدولة في تحديد الأسعار خروجا على نظام حرية الأسعار أحدهما عادي ، والآخر إستثنائي . وحينئذ يجب على الأعوان الإقتصاديين إحترام هذه الأسعار تحت طائلة العقاب .

المطلب الثاني : تقييم نظام تقنين الأسعار :

هذا وقد تولى بعض الفقهاء تقييم نظام تقنين الأسعار حيث رصدوا له بعض المزايا والعيوب نوجزها فيما يلي²⁴ :

الفرع الأول : المزايا

من بين المزايا التي ترجى من سياسة تقنين الأسعار :

- أن تقنين الأسعار يحد من جشع العوان الإقتصاديين وإستغلالهم لإحتياجات المستهلكين جريا وراء الربح²⁵ .
- أن تقنين الأسعار يوفّر الثبات والإستقرار لأسعار السلع والخدمات ، وهو ما يمكن المستهلك من تخطيط إنفاقه في حدود دخله .
- أن تقنين سعر السلعة أو الخدمة يجعل سعرها معلوما لدى الكافة ومن ثم يمكن للمستهلك مواجهة العون الإقتصادي والإحتجاج عليه بالسعر المعلوم ، وإن كان التسعير عن طريق تحديد الربح يتطلب الرجوع للفواتير ،
- أن تقنين سعر السلع والخدمات يسهل عملية الرقابة من طرف الهيئات المختصة وكذا المستهلكين وجمعيات حماية المستهلك .
- أن تقنين أسعار السلع والخدمات عن طريق الدولة يمكنها من ترشيد الإستهلاك عن طريق التحكم في أسعار السلع والخدمات الإستراتيجية²⁶ .
- أن تقنين الأسعار وسيلة ناجحة لمواجهة وتسيير الأزمات الإقتصادية والظروف الإستثنائية بما يحقق المصلحة العامة .

الفرع الثاني : العيوب

مما يعاب على سياسة تقنين الأسعار ما يلي :

- أن تقنين الأسعار يخالف نظرية العرض والطلب وهو ما قد يؤدي إلى إختلال في توازن العرض والطلب²⁷ .
- أن تقنين الأسعار يؤدي في بعض الأوقات التي يقل فيها العرض إلى ظهور السوق السوداء وإختفاء بعض السلع من السوق مما يصعب على المستهلك الحصول عليها ولو بأعلى من ثمنها .
- إن التسعير عن طريق تحديد الأرباح القصوى قد يجعل الأعوان الإقتصاديين يتلاعبون في تكاليف الإنتاج والإستيراد خصوصا مع صعوبة الرقابة على هذه المعطيات .

المطلب الثالث : تنفيذ الإلتزام بإعلام الأسعار والتعريفات :

من خلال المادتين 5 و 6 من قانون 02/04 نجد أن الإلتزام بالإعلام يقوم على ثلاث جوانب : طريقة الإعلام ، تحديد مقدار السلعة المقابل للسعر المعلن، موافقة الأسعار والتعريفات المعلنة للمبلغ الإجمالي المدفوع مقابل السلعة أو الخدمة المقتناة .

الفرع الأول : طريقة الإعلام بالأسعار والتعريفات :

نصّت المادة 5 فقرة 1 و 2 من قانون 02/04 على الطريقة التي يتم بها إعلام المستهلكين بالأسعار والتعريفات بقولها: "يجب أن يكون إعلام

المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة . يجب أن تُبين الأسعار بصفة مرئية ومقروءة".

لما كان الهدف من الإعلام بالأسعار والتعريفات هو إضفاء الشفافية على الممارسات التجارية على نحو يستطيع معه المستهلك إستقراء السوق وتحديد خياراته من بين مختلف السلع والخدمات المنافسة على ضوء قدراته ومتطلباته ، لذا أوجب المشرع الجزائري أن تبين هذه الأسعار بصفة مرئية ومقروءة حتى يتم الكشف التام عن رضا المستهلك بشأن الإتفاق الذي يتهيأ لإبرامه .

ولقد أوردت المادة 5 سالفه الذكر بعض الطرق التي يتم بها الإعلام بالأسعار والتعريفات ، كأن يضع العون الإقتصادي علامات تدل على سعر السلعة المعروضة ، أو عن طريق الوسم خصوصا بالنسبة للسلع المعلبة أو المغلفة ، أو عن طريق معلقات إذا تعلق الإعلام بسعر السلع المتماثلة في صنفها ونوعها ووزنها حتى ولو تعددت الأمكنة التي تعرض فيها السلعة داخل المحل .

كما أوجب المشرع الجزائري أن تعلق التعريفات التي تطبق على الخدمات التي يقدمها أصحاب سيارات الأجرة الفردية أو الجماعية بشكل واضح داخل السيارات .

ونظرا لإختلاف السلع والخدمات من حيث طبيعتها فإن المشرع الجزائري أعطى الحرية في إختيار الوسيلة الأنسب للإعلام في كل مرة ، بشرط فقط أن تبين الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومقروءة حتى تؤدي وظيفة إعلام المستهلك.

وتجدر الإشارة إلى أن إلزام العون الإقتصادي بالإعلام على النحو السابق بيانه إنما هو مقتصر على علاقته بالمستهلك ، أما علاقته بنظرائه من الأعوان الإقتصاديين كعلاقة تاجر التجزئة بتاجر الجملة فإن المادة 7 من قانون 02/04 نصت : " يلزم البائع في العلاقات بين الأعوان الإقتصاديين بإعلام الزبون بالأسعار والتعريفات عند طلبها ، ويكون هذا الإعلام بواسطة جداول الأسعار أو النشرات البيانية أو دليل الأسعار ، أو بأية وسيلة أخرى ملائمة ومقبولة بصفة عامة في المهنة " .

يتبين من ذلك أن العون الإقتصادي غير ملزم بإعلام الأسعار والتعريفات إلى باقي الأعوان الإقتصاديين إلا إذا طلب منه ذلك وحينئذ يكون الإعلام بجداول الأسعار أو النشرات البيانية أو دليل الأسعار ، وهي وسائل يقتصر دورها على إعلام من يطلع عليها فقط بخلاف الوسائل التي يتم بها إعلام المستهلك كالعلامات والوسم والمعلقات التي يجب أن تظهر وتوجه للجميع .

الفرع الثاني : تحديد مقدار السلعة المقابل للسعر المعلن :

إن تحديد العون الإقتصادي لسعر البيع وإعلانه للجمهور يستدعي بالضرورة تحديد مقدار السلعة الذي يقابل السعر المعلن عنه ، وإلا فلا جدوى من تبين السعر للمستهلكين إذا لم يحدد لهم مقدار المبيع المقابل لهذا السعر ، حتى يتسنى لهم الإعلام الذي يتوخاه المشرع ، لذا فقد نصت الفقرة 3 من المادة 5 سالفه الذكر : " يجب أن توزن أو تعد أو تكال السلع المعروضة للبيع سواء كانت بالوحدة أو بالوزن أو بالكيل أمام المشتري ، وعندما تكون هذه السلع مغلقة أو معدودة أو موزونة أو مكميلة يجب وضع علامات على الغلاف تسمح بمعرفة الوزن أو الكمية أو عدد الأشياء المقابلة للسعر المعلن " .

يتضح من هذه الفقرة أنها تخص السلع التي تباع بالمقادير سواء عن طريق العدّ كقوالب الإسمنت أو الآجر مثلا أو عن طريق الوزن كالخضر والفواكه والحبوب ، أو عن طريق الكيل بالنسبة للسوائل كالقماش والأنايب .

ففي هذه السلع أوجب المشرع من خلال المادة 5 سالفه الذكر أن يتم التقدير (الفرز) أمام المشتري وذلك عند البيع أو عند تسليم المبيع للمشتري²⁸ .

لكن تسهيلا للعمل يقوم بعض التجار بالتقدير مسبقا خارج أوقات البيع ثم يتم عرض السلعة محددة المقدار على الجمهور لبيعها ، وهناك سلع تسوّق محددة المقدار منذ إنتاجها كالمشروبات والمياه المعدنية والمواد المصبرة ، ففي

هذه الحالة يجب على التاجر أو المنتج أو المصنع طبقا للمادة 5 أعلاه وضع علامة على الغلاف أو العبوة تسمح بمعرفة الوزن أو الكمية أو عدد الأشياء المقابلة للسعر المعلن .

ومما تجدر الإشارة إليه على أن حكم الفقرة 3 من المادة 5 يخص السلع المثلية التي تباع عن طريق التقدير ، أما غيرها من السلع التي تباع بذاتيتها كأجهزة والآلات مثلا فإن وضع علامة السعر عليها دليل على ثمنها بإعتبارها كُلاً لا يتجزأ . بالإضافة لذلك فإن هذه الفقرة ركزت على السلع دون الخدمات على الرغم من أن الخدمات هي الأخرى يخضع مُقدمها للإلتزام بإعلام أسعارها وتعريفاتها ، وذلك لأن مضمون هذه الفقرة يتنافى مع طبيعة الخدمة بإعتبارها آداء وليس شيئا . على أنه لا بد من تحديد الخدمة بإعتبارها محلا للعقد يجب تعيينه ، بل إن بعض الخدمات تقتضي تحديد المقدار المقابل للسعر ، فمثلا سائق سيارة الأجرة يجب أن يحدد الوحدة المقابلة للسعر المعلن (مثلا 10,5 دج للكيلومتر الواحد).

كما نشير أيضا أن هناك بعض الخدمات التي يختلف الآداء والجهد المبذول فيها بحسب الظروف ، حيث لا يمكن تحديد مقابل الخدمة إلا بعد تقديمها وتقدير الجهد المبذول فيها ، ومن ثم يمكن تحديد السعر وإعلانه للمستهلكين منذ البداية ، وهذا ما إستدركه المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 5 التي أحالت على التنظيم لتحديد الكيفيات الخاصة

المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات .

الفرع الثالث : موافقة الأسعار والتعريفات المعلنة للمبلغ الإجمالي المدفوع
مقابل إقتناء السلعة أو الحصول على الخدمة :

نصت المادة 6 من قانون 02/04 : " يجب أن توافق الأسعار والتعريفات المعلنة للمبلغ الإجمالي الذي يدفعه الزبون مقابل إقتناء السلعة أو الحصول على الخدمة " .

ففي بعض الأحيان يتم إعلان أسعار أو تعريفات بعض السلع والخدمات ثم يفاجأ المستهلك عند مباشرته للعقد بإضافة مبلغ نظير بعض الملحقات أو مقابل أشياء أو آداءات ترتبط بتسليم السلعة أو تنفيذ الخدمة محل العقد ، وعادة ما تظهر هذه الإضافات عند تنفيذ العقد مما يوقع المستهلك في حرج ، مثال ذلك حساب قيمة الأكياس أو الأغلفة التي يوضع فيها المبيع ، أو أن يطلب من المسافر دفع مقابل حمل أمتعته العادية فوق تذكرة السفر المعلن عنها ، ففي هذه الأمثلة وغيرها يجد المستهلك نفسه في إحراج حيث يصعب عليه التراجع عن العقد إما لإعتبرات أدبية أو واقعية²⁹ .

وهذا الأسلوب مخادع لأن الأسعار والتعريفات قد أعلنت مسبقا ، كما أنه أسلوب للتحايل على أحكام التسعير حيث يظهر السعر المعلن للجمهور وهيئات الرقابة موافقا لما يحدده التشريع ، إلا أن العون الإقتصادي يحصل

في الحقيقة على ما يفوق السعر المعلن عنه ، تفاديا لذلك أوجب المشرع الجزائري من خلال المادة 6 أعلاه أن تكون الأسعار والتعريفات المعلن عنها تشمل كل ما يتطلبه إقتناء السلعة وملحقاتها وما يلزم لإقتنائها من أكياس وأغلفة ، وكذلك قيمة الخدمة وما يرتبط بها وما يتطلبه آداؤها من أدوات ومواد لازمة للحصول عليها .

إن هذه الحماية التي توفرها المادة 06 من قانون 02/04 للمستهلك نجدها مقررة أيضا في القواعد العامة حيث أنه طبقا للمادة 107 قانون مدني جزائري فإن تنفيذ العقد يكون طبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية ، وتنفيذه أيضا يشمل ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام³⁰ .

وقد ينشب نزاع بين المستهلك والعون الإقتصادي حول مدى إعتبار شيء أو أداء معين يدخل ضمن مستلزمات إقتناء السلعة أو الحصول على الخدمة فيتمسك به المستهلك بإعتباره مشمولاً بالسعر المعلن ، في حين يشترط العون الإقتصادي إضافة قيمته بإعتباره ليس كذلك ، فحينئذ يجب الرجوع للعرف الجاري والمعتاد في التعامل حسب السلعة أو الخدمة محل العقد ، وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك .

المطلب الرابع : أثر مخالفة الإلتزام بإعلام الأسعار والتعريفات :

إن المخالفات المرتبطة بإعلام الأسعار والتعريفات تتجلى في أحد الوجهين : إما عدم الإعلام من أساسه ، وإما من خلال الإعلام بأسعار وتعريفات غير شرعية .

الفرع الأول : عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات :

نصّت المادة 31 من قانون 02/04 : " يعتبر عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات مخالفة لأحكام المواد 4 ، 6 ، 7 من هذا القانون ويعاقب عليه بالغرامة من خمسة آلاف دينار إلى مائة ألف دينار " .

تعتبر جريمة عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات من الجرائم السلبية التي تقع بطريقة الترك كما تعد أيضا من الجرائم السلوكية ، فلا يشترط لتمامها تحقق نتيجة معينة³¹ ، والملاحظ أن المادة 31 أعلاه لم تعاقب على مخالفة أحكام المادة 5 التي تبين كيفية تنفيذ الإلتزام بالإعلام وذلك لأن مخالفة المادة 5 يجسّد في الحقيقة الركن المادي لجريمة عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات ، لذا إكتفى المشرع بالمعاقبة على مخالفة المادة 4 دون المادة 5 مادام مخالفة المادة الأولى يقتضي بالضرورة مخالفة الثانية ، أما عقاب المشرع على مخالفة حكم المادة 6 يرجع لكون العون الإقتصادي قد يلتزم بالمادة 4 لكن دون إلتزامه بالمادة 6 ، حيث يلتزم بإعلان الأسعار والتعريفات دون أن تكون موافقة للمبلغ الإجمالي الذي يدفعه الزبون مقابل إقتناء السلعة أو الحصول على الخدمة لذا خصّصت المادة 6 بالعقاب لأن مخالفتها لا يقتض

بالضرورة مخالفة المادة 4 . في حين تشكل مخالفة أحكام المادة 7 جريمة عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات بين الأعوان الإقتصاديين³² .

هذا بخصوص الآثار الجزائية لمخالفة العون الإقتصادي لإلتزامه بإعلام الأسعار والتعريفات ، أما الآثار المدنية لمخالفة هذا الإلتزام فتقتضي الرجوع إلى القواعد العامة ، حيث يكتيف عرض السلعة أو الخدمة للجمهور على أنه مجرد دعوة للتعاقد أو التفاوض وليس إيجابا ، ذلك أن الأسعار والتعريفات عنصر واحد فقط في عقد الإستهلاك ومن ثمة لا يصلح لإنشاء إلتزامات في ذمة العون الإقتصادي ، ويترتب على ذلك أن يصير المستهلك إما في موقع الموجب إذا قُدم عرض محدد ودقيق ، أو في موقع المفاوضات وحينئذ يكون عرضه لإستغلال العون الإقتصادي نظرا لإختلال القدرات الفنية والإقتصادية بين الطرفين ، لكن قانون 02/04 تصدى لهذه الوضعية في المادة 15 منه التي إعتبرت كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع ، ومنعت على العون الإقتصادي رفض التعاقد وهذا أحد أوجه الحماية التي كفلها هذا القانون للمستهلك .

الفرع الثاني : ممارسة أسعار غير شرعية :

على الرغم من أن الأمر 03/03 هو الذي تضمّن نظام الأسعار إلا أن الجرائم المتعلقة بنظام الأسعار تضمّنها القانون 02/04³³ المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في الفصل الرابع من الباب الثالث منه تحت

عنوان : " ممارسة أسعار غير شرعية " . حيث نصّت المادة 22 منه على : " كل بيع سلعة أو تأدية خدمات لا تخضع لنظام حرية الأسعار ، لا يمكن أن تتم إلا ضمن إحترام نظام الأسعار المقننة طبقا للتشريع المعمول به " .

كما منعت المادة 23 الممارسات الرامية إلى ما يلي :

- القيام بتصريحات مزيفة بأسعار التكلفة قصد التأثير على أسعار السلع والخدمات غير الخاضعة لنظام الأسعار لأن التسعير قد يتم على أساس سعر التكلفة مضافا إليه هامشا محددًا للربح³⁴ ، لذا يلجأ البعض إلى تضخيم سعر التكلفة لزيادة سعر البيع .

- القيام بكل ممارسة أو مناورة ترمي إلى إخفاء زيادات غير شرعية في الأسعار ، وذلك درأً للتحايل على أحكام التسعير حيث يقوم البعض بإعلان أسعار تتماشى مع الأسعار المقننة لكنهم يحصلون على زيادات بطرق ملتوية .

ولقد إعتبرت المادة 36 من قانون 02/04 مخالفة أحكام المادتين 22 و23 بمثابة ممارسات لأسعار غير شرعية يعاقب عليها بغرامة من عشرون ألف دج إلى مائتي ألف دج . أما الآثار المدنية المترتبة عن هذه الممارسات فإنه فضلا عن حق المستهلك في التأسيس كطرف مدني في الدعوى الجزائية لطلب التعويض عمّا لحقه من ضرر نتيجة هذه الممارسات طبقا للمادة 65

من قانون 02/04 ، فإنه بالرجوع إلى القواعد العامة يمكن للمستهلك أن يستند إلى دعوى إسترداد غير المستحق كما يمكنه طلب الإبطال للتدليس .

أولا : دعوى إسترداد غير المستحق : إذا لم يحترم العون الإقتصادي نظام الأسعار المقننة وذلك بأن باع سلع أو قَدّم خدمات خاضعة لنظام تقنين الأسعار بسعر أو ربح يتجاوز السعر أو الربح المحدد قانونا ، فإن هذه الزيادات تعتبر من قبيل الدفع غير المستحق طبقا للمادة 01/143 قانون مدني جزائري ، وطبقا للمادة 147 قانون مدني جزائري فإنه إذا كان من تسلم المستحق سيء النية فإنه يلتزم أيضا برد الأرباح التي جناها من الشيء الذي تسلمه بغير حق .

لذا فإن للمستهلك الخيار في حال دفعه لمبلغ يفوق السعر المحدد قانونا بين دعوى التعويض طبقا للمادة 65 من قانون 02/04 ، أو دعوى إسترداد غير المستحق مراعيًا في إختياره قيمة ما يعود عليه من فائدة في كل مرة وما تتطلبه كل دعوى من إثبات .

ثانيا : دعوى إبطال التدليس : إن ممارسة العون الإقتصادي لأسعار غير شرعية سواء عن طريق القيام بتصريحات مزيفة بأسعار التكلفة قصد التأثير على أسعار السلع والخدمات غير الخاضعة لنظام حرية الأسعار ، أو عن طريق القيام بمناورات ترمي إلى إخفاء زيادات غير شرعية في الأسعار هو من

قبيل التدليس الذي يخوّل للمستهلك طلب إبطال العقد ، فطبقا للمادة 68 مدني جزائري فإن التدليس يقوم على عنصرين مادي ومعنوي³⁵ .

فالعنصر المادي يتمثل في الحيل المستعملة من طرف العون الإقتصادي قصد تضليل المستهلك وإيهامه بأن السعر المعروض قانوني ومعقول، أما العنصر المعنوي فيتمثل في نية التضليل والخداع عند المدليس .

وعليه إذا أثبت المستهلك أن تلك التصريحات المزيفة والمناورات هي التي دفعته للتعاقد بهذا السعر ، جاز له أن يطلب إبطال العقد ، والتعويض عن الضرر الذي أصابه .

الخاتمة :

نخلص من دراستنا لنظام الأسعار في الجزائر إلى أن اعتماد الجزائر لنظام إقتصاد السوق القائم أساسا على مبدأ حرية الأسعار لم يحل دون تدخل الدولة في هذا المجال ، إما بطريقة غير مباشرة عن طريق تنظيم قواعد المنافسة ، وإما بطريقة مباشرة عن طريق تقنين الأسعار سواء في الظروف العادية بالنسبة للسلع والخدمات الإستراتيجية ، أو بإتخاذ تدابير إستثنائية إذا إقتضى الحال ، ولا شك أن هذا الإزدواج يتماشى مع حداثة توجه الجزائر نحو إقتصاد السوق ، كما يحقق مصلحة المستهلك بطبيعة الحال .

وأخيرا فإنه إذا كان يُحظر على العون الإقتصادي تجاوز السعر المقتن، فهل هو حر في تخفيض السعر؟. إن جريمة ممارسة أسعار غير شرعية تستهدف الزيادة غير القانونية للأسعار أما التخفيض عن السعر أو هاشم الربح المقتن فهو خارج عن هذا الحظر ، وهذا يخدم بلا شك مصلحة المستهلك . لكن هذه المنافسة بالسعر المخفض تبقى دائما منوطة بإحترام قواعد المنافسة التي تحظر من جهتها بموجب المادة 12 من أمر 03/03 ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق إذا كانت هذه الممارسات تهدف إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق ، وبالتالي يكون التخفيض في هذه الحالة من الممارسات المقيدة للمنافسة المعاقب عليها .

الهوامش :

¹ - الأمر رقم 06/95 المؤرخ في 25 جويلية 1995 المتعلق بالمنافسة (جريدة رسمية 1995/09)

² - الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة (جريدة رسمية 2003/43).

³ - وهي نفسها المادة 4 من الأمر 05/96 المتعلق بالمنافسة (الملغى).

⁴ - نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة (عقد البيع)، ط.2، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص.149 (الهامش).

⁵ - J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, 5^e édition, Dalloz, 2002, p. 328.

⁶ - J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Op. Cit., p. 331.

⁷ - المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة.

8- المادة 7 من نفس الأمر. ويقصد بـ"وضعية الهيمنة" الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام سوق فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أوزبائنها أو ممونيها. (المادة 3 بند ج).

9- المادة 10 من نفس الأمر.

10- المادة 11 من نفس الأمر. ويقصد بـ"بوضعية التبعية الاقتصادية" هي العلاقة التجارية التي لا تكون فيها المؤسسة ما بديل مقارن إذا أرادت رفض

التعاقد بالشروط التي تفرضها عليه مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممونا. (المادة 3 بند د).

11- المادة 12 من الأمر 03/03.

12- J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op.cit, p. 335.

13- وهو ما صرحت به المادة الأولى من الأمر 03/03 بنصها: "يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل ممارسات

مقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين".

14- محمد الشريف كتو، حماية المستهلك من الممارسات المناهية للمنافسة، مجلة إدارة، عدد 23، 2000، ص.53، وأنظر كذلك علي فيلالي،

الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر 2001، ص 213.

15- المرسوم التنفيذي رقم 119/95 المؤرخ في 28 آفريل 1995 (جريدة رسمية عدد 1995/25).

16- المرسوم التنفيذي رقم 31/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 (جريدة رسمية عدد 1996/04).

17- حيث سبق وأن نظم مجلس المنافسة بالأمر 06/95. ثم أعيد تنظيمه بموجب الأمر 03/03 في الباب الثالث منه.

18- أنظر المادة 23 من الأمر 03/03.

19- أنظر المادة 34 من نفس الأمر.

20- أنظر المادة 63 من نفس الأمر.

21- علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر 2000، ص.64.

22- علي فتاك، تأثير المنافسة على الإلتزام بضمان سلامة المنتج، دار الفكر العربي، مصر، 2010، ص 120.

23- أحمد محمد محمود علي خلف، الحماية الجنائية للمستهلك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005. ص.115، وكذلك السيد خليل

هيكمل نحو القانون الإداري للإستهلاك في سبيل حماية المستهلك ، دار النهضة العربية ، القاهرة،
مصر 1979 ، ص 205.

24 - ربيعة حلبي ، ضمان الإنتاج والخدمات ، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق،
جامعة الجزائر ، 2001-2002 ، ص 98 .

25 - زاهية حورية سي يوسف ، المسؤولية المدنية للمنتج ، دار هومة الجزائر ، 2008 ، ص 72 .

26 - زاهية حورية سي يوسف ، المسؤولية المدنية للمنتج ، دار هومة الجزائر ، 2008 ، ص 72 .

27 - بن داود إبراهيم ، قانون حماية المستهلك ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، مصر 2014 ، ص
52.

28 - القانون 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 ، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ()
الجريدة الرسمية عدد 41 لسنة 2004) .

29 - أنظر على سبيل المثال المادتان 2 و 3 من المرسوم التنفيذي رقم 44/98 المؤرخ في
1998/02/01 المتعلق بحدود الربح القصوى عند الإنتاج

والتوضيب والتوزيع ، جريدة رسمية عدد 05 لسنة 1998 .

30 - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص 220.

31 - ربيعة حلبي ، المرجع السابق ، ص 113 .

32 - علي بولحية بن بوخميس . المرجع السابق ، ص 93 .

33 - قانون 02/04 ، السابق الذكر .

34 - المادة 23 من قانون 02/04 ، القانون السابق ، ص 06 .

35 - علي فيلاي ، المرجع السابق

دور رئيس المجلس الشعبي البلدي في تحقيق تسوية
البنائات غير الشرعية في ظل قانون مطابحة البنائات رقم

15/08

بقلم الأستاذ : يوسف محمد

الأستاذ الدكتور: مزبان محمد أمين

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة مستغانم

مقدمة:

يعتبر العقار الحضري من أهم المواضيع التي أصبحت تفرض نفسها في الوقت الراهن نظرا لارتباطه الوثيق بأحد الحاجات الأساسية و التي يكثر عليها الطلب بإلحاح من طرف الأفراد خاصة الفئة ذات الدخل الضعيف في المجتمع الجزائري وهو الحصول على مسكن، هذا المطلب الذي ارق الدولة الجزائرية نظرا لعجزها عن تلبية الطلب المتزايد بسبب النمو الديمغرافي للسكان، مما خلق أزمة أدت بالفرد الجزائري إلى تضائل حظوظه في الحصول على مسكن لائق بل إن حصوله على سكن قد تحول إلى حلم صعب التحقيق خاصة للفئة البسيطة من المجتمع الجزائري في أحيان كثيرة، إضافة إلى عوامل أخرى ساهمت في تأزم الوضع منها ارتفاع أسعار العقار والشقق ليصل إلى مبالغ خيالية في غياب القوانين المنظمة للبناء والتعمير من جهة و

عدم فعالية بعضها من جهة اخرى، كل هذا دفع بالأفراد إلى الإقدام على تشييد بنايات دون أي رخص أو مطابقة للرخص ، وفي هذا السياق تم إحصاء حوالي خمسون ألف وتسعمائة و خمسة وتسعون بناية غير مطابقة للرخصة و خمسة وستون ألف و أربعمائة واربعة وثلاثون بناية مقامة بدون رخصة في آخر تقرير صدر عن وزارة السكن وال عمران¹، الأمر الذي يدعو إلى دق ناقوس الخطر لجدية هذا المشكل الذي عرفته البلاد منذ الاستقلال حيث انه انتشر في وقت قصير في معظم المدن الجزائرية بشكل رهيب مؤخرًا، مما أصبح يشكل عائقًا في وجه التنمية الاقتصادية والاجتماعية حيث نتج عنه حدوث أضرار وخيمة مست بالتنمية المستدامة².

لهذه الأسباب تدخل المشرع الجزائري لوضع بعض الحلول لمعالجة هذه المعضلة وهذا بهدف التصدي والتخلص من كل الآثار المادية والقانونية للبنائيات الغير الشرعية، وذلك بتوظيف آليات التسوية للبنائيات الغير الشرعية من خلال استصدار مجموعة من النصوص القانونية بداية بالقانون رقم 02\82 المتعلق برخصة البناء ورخصة تجزئة الأراضي للبناء والقانون³ رقم 29\90 المتعلق بالتهيئة والتعمير⁴ وكذا القانون رقم 05\04 المعدل والمتمم للقانون 29\09⁵ وصولًا إلى القانون رقم 15\08 المتعلق بتحديد قواعد مطابقة البنائيات وإتمام انجازها⁶، هذا الأخير الذي يعتبر من أحدث واهم القوانين التي حاول من خلالها المشرع التصدي للمشكل المتعلق بالبنائيات الغير الشرعية من ناحية الوعاء العقاري وذلك بتطهير الملكية

العقارية هذا من جهة و إعطاء المنظر الجمالي للمدن الجزائرية من جهة اخرى، وللوصول إلى تحقيق هذه الأهداف وتجسيدها في الميدان، من خلال السياسة المنتهجة وكذا المخططات العمرانية المسطرة، أوكل المشرع الجزائري ممارسة هذه المهام إلى السلطات المحلية وعلى رأسهم رؤساء المجالس الشعبية البلدية، مما يجعل منهم مساهمين حقيقين في تفعيل عملية تسوية البنايات الغير الشرعية على مستوى المقاطعات الإدارية التي يشرفون على إدارتها باعتبارهم يسهرون على فرض التطبيق الصارم للقوانين في كل التراب الوطني على المستويات المحلية ، ومن هذا المنطلق وجب عليهم مراقبة كل الأنشطة التي يقوم بها الأفراد خاصة في مجال التهيئة و التعمير من عمليات البناء و التجزئة وغيرها وكذا مراقبة مدى تطبيق القواعد القانونية السارية المفعول باعتبارهم الاقرب إلى الميدان وعلى احتكاك يومي مع المواطنين و دراية تامة بكل المتغيرات الحاصلة على مستواهم.

و لإبراز دور رئيس المجلس الشعبي البلدي، و للإلمام بهذا الموضوع يجب البحث في الإشكالية التالية: فيما يتمحور الدور الذي يلعبه رئيس المجلس الشعبي البلدي في تفعيل النصوص القانونية المتعلقة بتسوية البنايات الغير الشرعية خاصة في ظل القانون رقم 15\08 ميدانيا؟.

وهو ما سنحاول الإجابة عليه من خلال المحورين التاليين:

المبحث الأول: صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال البناء و العمران.

المبحث الثاني: صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال تسوية
البنائات غير الشرعية.

المبحث الأول: صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال

العمران

خول القانون الجزائري لرئيس المجلس الشعبي البلدي سلطات واسعة
ومختلفة باعتباره ممثلا للدولة و البلدية في آن واحد في مجال البناء
والتعمير⁷، فنجده تارة يمثل البلدية وتارة أخرى يتصرف باسم الدولة، فيكون
التركيز هنا على صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره ممثلا
للبلدية وذلك راجع لكون قطاع البناء و العمران ينعكس مباشرة على الحياة
اليومية للمواطن و بالتالي يغلب عليه الشأن المحلي و عليه سوف نستعرض
هذا المحور في ثلاث نقاط رئيسية :

المطلب الأول : دور رئيس المجلس الشعبي البلدي في تفعيل ادوات

التهيئة العمرانية في ظل القانون رقم 29/90:

لقد صدرت نصوص قانونية تعطي سلطة مطلقة للبلدية في مجال التهيئة
والتعمير على كامل ترابها، حيث تهدف إلى تحديد القوام التقني والنظام
القانوني للأماكن العقارية و أدوات تدخل الجماعات المحلية والى تحديد
القواعد الرامية إلى تنظيم إنتاج الأراضي القابلة للتعمير وفقا لاحترام مبادئ
و أهداف السياسة الوطنية للتهيئة العمرانية وقد صدر في هذا الشأن عدة

نصوص قانونية تنظم هذا المجال كان أهمها القانون 25\90 المتعلق بالتوجيه العقاري⁸ والذي الرم البلدية بالقيام بعملية الجرد العام للأماكن العقارية الواقعة على إقليمها بغض النظر عن نوع الملكية العقارية إذا كانت تابعة للدولة أو الجماعات المحلية وهذا بإنشاء ومسك فهرس خاص ، كما خول كذلك لرئيس المجلس الشعبي البلدي الحق في تسليم شهادة الحيازة في المناطق التي لم يتم فيها بعد إعداد مسح الأراضي العام بموجب المادة 40 منه والتي جاء فيها " يسلم شهادة الحيازة رئيس المجلس الشعبي البلدي بناء على طلب الحائز....." والقانون 29\90 المتعلق بالتهيئة والتعمير والذي نص على دور رئيس المجلس الشعبي البلدي في الحرص على تنفيذ أدوات التهيئة والتعمير و التي تتمثل فيما يلي:

1-المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير (PDEAU): فهو عبارة عن أداة لتخطيط الفضاء و التسيير العمراني على ضوء مبادئ وأهداف السياسة الوطنية للتهيئة و العمران،وكذا تحديد التوجهات العامة والأساسية للتهيئة العمرانية في بلدية أو مجموعة من البلديات⁹، ويتم إعداد مشروع هذا المخطط بمبادرة من رئيس المجلس الشعبي البلدي وتحت مسؤوليته، والمصادقة عليه عن طريق مداولة من المجلس الشعبي البلدي ويكلف رئيس المجلس الشعبي البلدي بمتابعة تنفيذه سواء تعلق الأمر بإنجاز الدراسات وجمع الآراء في إطار التشاور مع مختلف الهيئات والمصالح العمومية، كما يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي في هذا المجال بإصدار قرار يحدد فيه تلك الإدارات و الهيئات

العمومية التي يتم استشارتها¹⁰، ويقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي وفي مرحلة ثانية وبعد استيفاء جميع الشروط القانونية لإنجاز المخطط بإصدار قرار ثاني خاص بالاستقصاء العمومي لمدة (45) يوما، وبعد انتهاء هذه الفترة يرسل الملف كاملا للوالي للمصادقة عليه بعد اخذ رأي المجلس الشعبي الولائي عملا بأحكام هذا القانون.

2-مخطط شغل الأراضي (POS):وهو الأداة الثانية التي أشار إليها قانون 29\90، حيث تحدد فيه بالتفصيل توجيهات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، و كفاءات وحقوق استخدام الأراضي الصالحة للبناء¹¹،وقوام استخدام الأراضي والبناء عليها وفقا للتوجيهات المحددة والمنظمة من طرف المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير،وتقسم إجراءات إنجاز وإعداد هذا المخطط الى مرحلة الاعداد و التحضير و مرحلة الاستقصاء العمومي و مرحلة المصادقة، اما عن الاجال فهي مقسمة حسب كل مرحلة كما يلي حيث تختلف عن المخطط(PDEAU) في مدة الاستقصاء وهي (60) يوما بخلاف المخطط الأولي (45) يوما والاختلاف الثاني هو انه حدد (30) يوما من تاريخ إرسال مخطط شغل الأراضي للمصادقة عليه و في حالة تجاوز هذه المدة يعتبر وكأنه قد تمت المصادقة عليه في حين أن المشرع لم يحدد مدة زمنية للمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير و ذلك راجع لأهمية هذا الأخير، باعتبار انه الوثيقة الأساسية التي تبنى عليها سياسة التهيئة والتعمير وهي تعتبر من المهام الأساسية للدولة، في

حين أن المخطط الثاني هو الجانب التنفيذي وبالتالي إن هدف المشرع من ربط المصادقة عليه بآجال هو الإسراع في التنمية المحلية وهو من المهام الموكلة لرئيس المجلس الشعبي البلدي¹².

المطلب الثاني : دور رئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال مراقبة عملية

البناء

بعد انجاز المخططين المذكورين سابقا و المصادقة عليهما يستطيع رئيس المجلس الشعبي البلدي بسط سلطته في مجال عملية البناء من خلال دوره في كفاءات تحضير وكذا منح هذه الرخص و الشهادات باعتباره يتولى مهمة الرقابة القبليّة من خلال تسليم (شهادة التعمير و رخصة البناء ورخصة التجزئة) والبعديّة من خلال تسليم (شهادة المطابقة ورخصة الهدم و شهادة التقسيم) في عملية البناء¹³، وهذه الشهادات و الرخص يتم تسلمها من رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره تارة ممثلا للبلدية في حالة وجود مخطط شغل الأراضي¹⁴، وتارة أخرى يتصرف باعتباره ممثلا للدولة في غياب مخطط شغل الأراضي، وقد صدرت عدة مراسيم تطبيقية للقانونين المذكورين أعلاه بهدف جعلهما حيز التنفيذ وشرحت كفاءات تجسيدهما سواء من طرف ريس المجلس الشعبي البلدي، او من طرف الوالي المختص اقليميا بحسب ما ينص عليه القانون.

المطلب الثالث: دور رئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال مراقبة قطاع

العمران

لقد جاء القانون رقم 10\11 المتضمن قانون البلدية¹⁵ والملغى لأحكام القانون رقم 08\90 بأحكام تحدد صلاحيات رؤساء المجالس الشعبية البلدية في مراقبة العمران تحت رقابة لجنة التهيئة العمرانية والتعمير للمجلس الشعبي البلدي، حيث يقوم في هذا المجال رئيس المجلس الشعبي البلدي باتخاذ الإجراءات و التدابير المتعلقة بالتهيئة العمرانية و التأكد من احترام تخصصات الأراضي وقواعد استعمالها¹⁶، والسهر على المراقبة الدائمة لمطابقة عمليات البناء ذات العلاقة ببرامج التجهيز و السكن، و كذا السهر على احترام الأحكام في مجال مكافحة السكنات الهشة غير القانونية، و كل هذا بهدف المحافظة على الطابع الجمالي والعمراني الذي أصبح يكتسي طابع الصالح العام¹⁷، وفرض أنماط سكنية متجانسة في مختلف التجمعات الحضرية و حماية الأراضي ذات الوجهة الفلاحية و المساحات الخضراء من كل أشكال التعدي وبخاصة عدم تخصيصها للبناء¹⁸.

و في سياق متصل فان المهمة الأساسية و التي يظهر فيها دور رئيس المجلس الشعبي البلدي جليا هي مهمة السهر على المراقبة الدائمة والمستمرة لمطابقة عمليات البناء للشروط المحددة في القوانين والتنظيمات المعمول بها، وله في سبيل ذلك أن يزيل بقرار أي بناء غير مطابق للمواصفات التقنية

المعمول بها أو أي سكن آيل للسقوط أو يأمر بترميمه وهذه المهام تدخل في إطار حفظ النظام العام¹⁹.

وقد ازداد دور رئيس المجلس الشعبي البلدي أهمية في مجال التدخل في تنظيم ومراقبة النشاط العمراني من خلال القانون رقم 15\08 فهو يسعى لتفعيله ميدانيا بان يكون همزة وصل بين مختلف الأطراف المعنية بهذا القانون.

المبحث الثاني: صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال تسوية

البنيات الغير الشرعية.

إذا كان المشرع الجزائري قد أفصح عن إرادته الصريحة في مواجهة ظاهرة البنيات الغير الشرعية والقضاء عليها وهذا بوضع القواعد القانونية الكفيلة بالتصدي لهذه المشكلة بإصدار القانون 15\08 المحدد لقواعد مطابقة البنيات وإتمام إنجازها، فان مهمة المشرع قد انتهت لتبدأ مباشرة مهمة التنفيذ التي هي موكلة للإدارة بالدرجة الأولى، حيث مكنها من وسائل وامتيازات السلطة العامة، وان الدور الكبير في تنظيم الحركة العمرانية هو للإدارة خاصة البلدية ممثلة في رئيس المجلس الشعبي البلدي والذي خوله القانون صلاحيات واسعة في مجال سير إجراء تحقيق المطابقة²⁰، وفي هذا السياق ندرس هذا المحور في ثلاث نقاط أساسية و هي:

المطلب الأول: دور رئيس المجلس الشعبي البلدي في إجراءات تحقيق مطابقة البناءات.

1) إيداع الطلبات وملفات التسوية من طرف أصحاب البناءات المعنية بإجراء المطابقة.

يبدأ إجراء تحقيق المطابقة عن طريق التصريح بالبناءة من طرف صاحب البناءة بالإيداع لدي رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليميا بالتحقيق من مطابقة بناياتهم²¹، كما يجب على كل مصرح أن يسحب استمارة التصريح من المجلس الشعبي البلدي لمكان وجود البناءة هذا ويعد التصريح في (5) نسخ طبقا لاستمارة النموذج المرفق بملحق المرسوم التنفيذي رقم 154\09²²، وزيادة على عناصر المعلومات المقدمة و المنصوص عليها في أحكام المادة 25 من القانون رقم 15\08 يجب أن يرفق تصريح تحقيق مطابقة البناءات بملف يختلف بحسب طبيعة كل طلب يحتوي على كل الوثائق الثبوتية المكتوبة والبيانية الضرورية للتكفل بالبناء في إطار هذا القانون²³، و يتم استقبال الملفات على مستوى البلدية لترسل في (4) نسخ منها مرفقة بمحضر التحقيق الميداني في (15) يوما الموالية إلى مصالح التعمير التابعة للولاية أو للجنة الدائرة ويتم الاحتفاظ بنسخة على مستوى البلدية.

أما في حالة عدم إتمام أشغال البناء أو في حالة كانت البناءة غير مطابقة لرخصة البناء المسلمة يجب على صاحب التصريح أن يوقف الأشغال فورا

ويبلغ رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يقوم في هذه الحالة بتسليم شهادة توقيف الأشغال لصاحب التصريح من اجل القيام بإجراء تحقيق المطابقة وفي حالة عدم التزام هذا الأخير تتخذ في حقه العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون²⁴.

(2) دور رئيس المجلس الشعبي البلدي في دراسة الملفات على مستوى اللجان.

-على مستوى لجنة الدائرة: بعد أن يرسل رئيس المجلس الشعبي البلدي التصريح المرفق بمحضر المعاينة والرأي المعلن لمصالح التعمير التابعة للبلدية إلى مصالح الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية في اجل (15) يوما التي تلي تاريخ إيداع التصريح من اجل دراسته وهذا من خلال جمع الموافقات والآراء المعللة للإدارات والمصالح والهيئات التي تمت استشارتها²⁵.

تشكل مديرية التعمير والبناء ملفا لكل طلب تحقيق للمطابقة، وتقوم بتدوين كل ملف في سجل خاص ينشأ على مستوى مديرية التعمير والبناء، لتقوم بعدها وخلال اجل لا يتعدى (30) يوما من استلامها للملف بإرساله إلى لجنة الدائرة للبحث في طلبات تحقيق المطابقة²⁶.

لقد تم إنشاء هذه اللجنة بموجب المادة 32 من قانون 15\08 تنص على إنشاء لجنة بالدائرة تكلف بالبحث في تحقيق مطابقة البناء وقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 155\09 الذي يحدد تشكيلة هذه اللجنة في المادة

02 منه حيث تقوم هذه اللجنة بمهمة البث في طلب تحقيق مطابقة البناءات وإتمام إنجازها ، حيث تقوم بعقد اجتماع لدراسة الملفات المتعلقة بطلب التسوية على أساس المعلومات المقدمة من طرف صاحب التصريح وأراء الهيئات والمصالح الإدارية التي تمت استشارتها، كما تعد اللجنة مؤهلة لان تأمر مصالح الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الدائرة أو البلدية المكلفة بالتعمير بالقيام بالخبرة التي تقررها ويمكنها أيضا أن تستعين بأي شخص طبيعي أو معنوي يساعدها في إطار أشغالها، كما يجب على هذه اللجنة من خلال دراستها وتحليلها لهذه الملفات²⁷، أن تأخذ بعين الاعتبار المسائل المذكورة في المادة 18 وتبث اللجنة في غضون (03) أشهر ابتداء من تاريخ استلام ملفات التسوية، حيث تفصل في نهاية أعمالها بعد تجميع كل الآراء الواردة من الهيئات المختلفة في ملف طلب تحقيق المطابقة ، فإذا كان ملف طلب تحقيق المطابقة يستوجب التسوية المسبقة للعقار، يجب على اللجنة أن تشير إلي ذلك في محضر، و في هذه الحالة يجب على رئيس لجنة الدائرة أن يطلب من مصالح الأملاك أو الوكالة العقارية للولاية إعداد عقد الملكية²⁸، وتفصل في النهاية بإصدار قرار الموافقة أو قرار الموافقة المقيد بشروط أو بالرفض.(وهنا يظهر دور رئيس المجلس الشعبي البلدي في تنفيذ قرارات هذه اللجنة).

-على مستوى لجنة الطعن: نص المشرع على استحداث هذه اللجنة بمقتضى المادة 47 من قانون 15\08 حيث تنشأ هذه اللجنة للطعن

تكلف بالث في طلبات الطعن يرأسها الوالي المختص إقليميا تحدد تشكيلة لجنة الطعن وسيرها عن طريق المرسوم التنفيذي رقم 155\09 سالف الذكر أعلاه والذي نص على تشكيلتها في المادة 13 منه وتشكل لجنة الطعن من مجموعة من المصالح والهيئات على رأسهم الوالي رئيسا ومن بين الأعضاء رئيس المجلس الشعبي المعني²⁹، كما يمكن لهذه اللجنة أن تستعين بأي شخص طبيعي أو معنوي أو سلطة أو هيئة تساعدها في أشغالها، تتخذ قرارات هذه اللجنة بأغلبية الأصوات على أساس الملف المقدم من المصالح، يحدد اجل الطعن المفتوح بهذا الشأن لمدة (30) يوما ابتداء من تاريخ استلام قرار لجنة الدائرة كما يمكن لها أن تبادر بكل تدقيق تراه مناسبا أو مفيدا لاتخاذ القرار النهائي الذي يؤكد أو يعدل قرار لجنة الدائرة³⁰.

هذا وترسل أيضا عند نهاية أشغال دراسة الطعون المعلومات والوثائق المقدمة والقرار النهائي الذي تم اتخاذه إلى لجنة الدائرة في اجل (30) يوما ابتداء من تاريخ استلامها الطعن وعلى أساس هذا القرار تفصل لجنة الدائرة بصفة نهائية في طلب تحقيق المطابقة، كما تختص المحاكم الإدارية المحلية المختصة إقليميا بالفصل في الطعون المرفوعة أمامها خلال الشهر الموالي لتبليغ قرار لجنة الطعن الولائية³¹.

(3) دور رئيس المجلس الشعبي البلدي في تنفيذ قرارات التسوية.

- في تنفيذ قرارات لجنة الدائرة: بعد أن تجتمع لجنة الدائرة في كل مرة تنتهي أعمالها بالفصل في الملفات المعروضة عليها بموجب قرار يتخذ ثلاثة حالات إما قرار الموافقة أو قرار الموافقة المقيدة بشرط أو قرار بالرفض لترسله بعد ذلك إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليمياً للتنفيذ حسب الحالة.

(1)- حالة قرار الموافقة: نكون أمام قرار الموافقة عند عدم وجود أي تحفظ من أعضاء اللجنة الذين تمت استشارتهم من طرف لجنة الدائرة حيث تصدر قرار الموافقة على التسوية القانونية للبناء محل التصريح المقدم من طرف المعني ويتم تبليغ هذا القرار إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يقوم بدوره بتسليم سند المطابقة المناسب و المتمثل في امارخصة البناء على سبيل التسوية أو رخصة إتمام الانجاز أو شهادة المطابقة³².

(2)- حالة قرار الموافقة المقيدة بشرط: يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليمياً في الأسبوع الذي يلي إخطاره من لجنة الدائرة بتبليغ الشروط المسبقة لتسليم عقد تحقيق المطابقة للمصرح، ويطلب منه رفع التحفظات الصادرة عن لجنة الدائرة في اجل يحدده له وفي حالة رفع التحفظات الصادرة عن لجنة الدائرة تسلم السلطة المعنية وثيقة تحقيق المطابقة و تعلم لجنة الدائرة بذلك³³.

(3) - حالة قرار الرفض: بعد استلامها لنتائج التحقيق و القرارات المتخذة بشأن البناية موضوع التصريح تقوم لجنة الدائرة بإرسالها إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي في اجل شهر واحد يجب على رئيس المجلس الشعبي البلدي تبليغ المصرح برفض لجنة الدائرة المعلن في اجل (15)يوما بعد الاستلام.

وفي هذه الحالة يمكن للمعني (المصرح) أن يودع طعنا مكتوبا لدى لجنة الطعن المنشأة بموجب المادة 47 من نفس القانون وذلك في اجل (30) يوما ابتداء من تاريخ تبليغه قرار الرفض، وعلى أساس قرار لجنة الطعن الولائية تفصل لجنة الدائرة بصفة نهائية في طلب تحقيق المطابقة، ويبلغ المعني الذي يبقى له الحق في الطعن أمام القضاء على مستوي المحكمة الإدارية المحلية خلال اجل شهر واحد الموالي لتبليغه بالقرار³⁴.

المطلب الثاني: دور رئيس المجلس الشعبي البلدي في معاينة إتمام أشغال
انجاز البنايات.

يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي في هذا المجال بتسهيل عملية إتمام الانجاز من خلال مجموعة من الإجراءات التي يتخذها في إطار تطبيق أحكام هذا القانون، حيث يتطلب فتح الورشة من طرف المالك أو صاحب المشروع لاستئناف أشغال إتمام انجاز البناية حسب الحالة إيداع طلب لدى رئيس المجلس الشعبي البلدي، وهذا الأخير يقوم بدراسة الطلب، وفي حالة

استيفاءه لكل الشروط المطلوبة قانونا يقوم بتسليمه رخصة فتح الورشة في اجل اقصاه (08) أيام من تاريخ إيداع الطلب، هذا و يقوم المالك أو صاحب المشروع باتخاذ التدابير اللازمة كإقامة سياج الحماية وإضافة لافتات تشير و تعلم العامة بوجود أشغال البناء في هذه المنطقة³⁵.

وفي حالة عدم احترام هذه الإجراءات و عدم استيفاء الطلب للشروط المطلوبة فان رئيس المجلس الشعبي البلدي لا يسلم للمعني رخصة فتح الورشة، و من بين المهام الموكلة له ايضا برمجة زيارات ميدانية من اجل التحقيق ومعاينة انطلاق الأشغال إتمام إنجاز البناء المعني وتكون المعاينات عادية أو فجائية لمالك البناء أو صاحب المشروع³⁶.

بعد إتمام المالك أو صاحب المشروع إنجاز البناء المعني بالمطابقة عليه أن يقدم طلب إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي لتسليم شهادة المطابقة عند إتمام الانجاز وهذا حسب الاجراءات المنصوص عليها قانونا وذلك بإيداع طلب لدي رئيس المجلس الشعبي البلدي في اجل أقصاه (03) اشهر ابتداء من التاريخ المحدد في رخصة إتمام انجاز البناية ، وبعد دراسة هذا الطلب من الجهة المختصة يتم تسليم الشهادة، وبعد الحصول على شهادة المطابقة يصبح لمالك البناء أو صاحب المشروع الحق في الاستفادة من الربط بالطرق وشبكات الانتفاع العمومية.

وفي حالة عدم الحصول على شهادة المطابقة فإنه يمنع على صاحب البناء أن يقوم بالاستفادة من الربط وفي حالة إقدامه على ذلك يصبح مخالفًا في نظر هذا القانون³⁷.

المطلب الثالث: سلطة رئيس المجلس الشعبي البلدي في ضبط ومعاينة المخالفات و توقيع الجزاءات الادارية.

يسهر رئيس المجلس الشعبي البلدي على بحث ومعاينة المخالفات لأحكام القانون 15\08 وهذا من خلال الفرق المستحدثة بموجب هذا القانون من اجل حماية النسيج العمراني من الانتهاكات وفرض التشريع الساري المفعول في مجال العمران حيث يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بمتابعة أشغال الورشات من اجل معاينة انطلاق أشغال إتمام الانجاز وتجسيدها.

ضف إلى ذلك يقوم أيضا بموجب المادة 64 من القانون سالف الذكر بمسك سجلات متابعة الأشغال، يتم إخطار رئيس المجلس الشعبي البلدي بنسخ محاضر المخالفات و التصريحات التي يتم تحريرها من طرف الأعوان المكلفين بالمعاينة و البحث الذين يعملون ضمن إقليم البلدية ، ويقومون بإخطار الجهات القضائية بإرسال المحضر خلال (72) ساعة الموالية إلى الجهة القضائية المختصة.

وفي هذا الإطار تم إصدار المرسوم التنفيذي رقم 156\09 المتضمن تحديد شروط و كفاءات تعيين فرق المتابعة والتحقيق في إنشاء التجزيئات والمجموعات السكنية و ورشات البناء وسيرها، إذ من بين المهام التي أنيطت بهذه الفرقة البحث عن مخالفات القانون رقم 15\08 ومعايبتها، ومن بين هذه المخالفات نذكر:

- عدم توقف الأشغال عند إيداع التصريح بمطابقة البناية الذي يخص البنائيات غير المتممة.

- عدم إيداع طلب شهادة المطابقة.

ويتم تعيين أعضاء هذه الفرقة بقرار من الوالي بعد اقتراح من رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص الأعوان المختصين إقليميا، ويقوم أعوان فرق المراقبة طبقا لرزنامات الزيارات التي يبرمجها رئيس المجلس الشعبي البلدي أما فيما يخص الأعوان العاملين لدى المصالح المكلفة بالتعمير التابعة للبلدية فيعينون باقتراح من رؤساء الفرق.

ويحرص رئيس المجلس الشعبي البلدي تطبيقا لأحكام المادة 64 من القانون سالف الذكر أعلاه أن يدون كل المخالفات و المعايينات التي تمت على مستوى إقليمه من خلال مسك سجلات المتابعة والتحقيق والمعاينة على التوالي من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب ما جاء في المادة 12 من المرسوم سالف الذكر.

لم يمنح القانون 15/08 لرئيس المجلس الشعبي البلدي دورا هاما في توقيع الجزاءات الادارية حيث يقتصر دور رئيس المجلس الشعبي البلدي في طلب وقف أي أشغال تهدف إلى إنشاء تجزئة أو مجموعات سكنية دون رخصة تجزئة، سواء فوق أملاك وطنية أو خاصة لم تخصص لغرض البناء وهذا تنفيذا لمخططات التعمير سارية المفعول، في حين اقر القانون 15/08 للوالي المختص اقليميا الدور الرئيسي في التصدي لهذه المخالفة³⁸، ويتعرض المخالف زيادة عن المنع إلى عقوبات قضائية تتمثل في الحبس من 6 اشهر إلى سنتين (2) وغرامة مالية من مئة ألف دينار(100,000) إلى مليون دينار جزائري (1,000,000)³⁹.

الخاتمة:

نخلص مما سبق أن رئيس المجلس الشعبي البلدي له دور لا يستهان به في مجال التهيئة والتعمير بل و يتعداه إلى مجال تسوية البناءات الغير الشرعية حيث أن الدارس للقانون رقم 15\08 يجد أن عددا لا بأس به من مواد هذا القانون قد أتت على ذكر صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي في مواضع مختلفة فيما يخص التدخل في مراحل سير إجراءات تحقيق المطابقة للبنىات الغير الشرعية وكل هذا يبرز ارادة المشرع في معالجة هذا المشكل و الحد منه من القاعدة باعتبار أن البلدية هي القاعدة في هرم التقسيم الإداري في الجزائر، و أراد أن يكون لها دورا ايجابيا في سير إجراءات مطابقة البنائات من خلال المهام التي كلف بها المشرع رئيس المجلس الشعبي البلدي في إطار

تأدية مهامه في مجال التهيئة و التعمير بغية الحفاظ على التنظيم العمراني وكذا المظهر الجمالي للإطار المبني لأنه أصبح بمقتضى هذا القانون يكتسي طابع الصالح العام لكن رغم الصلاحيات التي أوكلت لرئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص تسوية مطابقة البناءات إلا أنها تبقى محدودة بالمقارنة مع حجم المشكل المطروح خاصة وأن هذا النوع من البناءات يعرف ازديادا وليس تراجعاً وهذا نتيجة لعدة صعوبات وعراقيل حالت دون سريان احكام هذا القانون و على راسها ضعف وسائل الاعلام والتوعية في اوساط المواطنين المعنيين بهذا القانون وكذا التأخر في اصدار النصوص التنظيمية المتعلقة بتنصيب اللجان الادارية المكلفة بالبت في ملفات التسوية و المطابقة، مما يؤدي بالضرورة الى:

- إعادة النظر في اجال سريان هذا القانون و المحددة ب (8) سنوات بعد التمديد وهذا باعتبارها مدة غير كافية و هذا بالنظر الى العدد الهائل للسكنات المعنية بهذا القانون من جهة والاقبال الضعيف لأصحاب هذه البناءات لطلب التسوية من جهة اخرى.

- ضرورة التنسيق و التعاون بين رئيس المجلس الشعبي البلدي وكذا باقي الهيئات لتنفيذ هذا القانون.

-توسيع صلاحيات الفرق وهذا من خلال ادراجها كمثل في لجنة
الدائرة باعتبارها الاقرب الى الميدان حيث تقف على معاينة حجم المخالفات
لمطابقة البناءات.

- ضرورة إشراك المجتمع المدني في عملية التوعية والتحسيس من خلال
تكثيف العمل التشاوري بين الهيئات الإدارية الفاعلة في التسوية و الجمعيات
المدنية خاصة الجمعيات الناشطة في مجال حماية البيئة نظرا للارتباط الوثيق
للتأثيرات السلبية لهذه الظاهرة على البعد الجمالي للمدن بعد أن أصبح
المنظر الجمالي للمدن يكتسي طابع الصالح العام.

-يجب إعادة مراجعة مدة الانجاز الممنوحة لملاك البناءات ولاسيما
الذين يعانون من عجز مالي يحول دون اتمام انجاز البناءات في الاجال المحددة
قانونا..

-ضرورة استحداث اعانات مالية او قروض مدعمة من قبل الدولة
خصيصا لذوي الدخل الضعيف لتمكينهم من استكمال اشغال اتمام انجاز
البناءات.

الهوامش :

1-وزير السكن والعمران،رسالة السكن،نشرة إخبارية لوزارة السكن والعمران،العدد 01،جانفي
2011.ص1.

2-بوشريط حسناء، إشكالات قواعد تحقيق مطابقة البناء و إتمام إنجازها وفقا للقانون رقم 15\08، مجلة الحقوق و الحريات، عدد تجري.ص 478.

3-القانون رقم 02\82 المؤرخ في 02\06\1982 يتعلق برخصة البناء ورخصة تجزئة الأراضي للبناء.

4-القانون رقم 29\90 المؤرخ في 01\12\1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر عدد 52.

5-القانون رقم 05\04 المؤرخ في 14\08\2004 المعدل والمتمم للقانون رقم 29\90 المؤرخ في 01\12\1990 المتعلق بالتهيئة و التعمير، ج ر عدد 51 .

6-القانون رقم 15\08 المؤرخ في 05\07\2008 يحدد قواعد مطابقة البناءات و إتمام إنجازها، ج ر عدد 44.

7-بلعباس بلعباس، دور و صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير في الحقوق، فرع الإدارة و المالية، كلية الحقوق- جامعة الجزائر، 2002\2003. ص 110.

8-القانون 25\90 المتضمن قانون التوجيه العقاري المؤرخ في 18\11\1990 ج ر عدد 49.

9-مجاجي منصور، أدوات التهيئة والتعمير كوسيلة للتخطيط العمراني في التشريع الجزائري، مجلة البحوث و الدراسات العلمية، العدد 01، نوفمبر 2007. ص 7.

10-اقلولي اولد رايح صافية، قانون العمران الجزائري اهداف حضرية ووسائل قانونية، دار هوم، الجزائر، 2014، ص 70.

11-مجاجي منصور، المرجع السابق، ص 12.

12-اقلولي اولد رايح صافية، المرجع السابق، ص ص 89، 88.

13-عيسى مهزول، صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال العمران، جسور للنشر و التوزيع، الطبعة الاولى، الجزائر، 2014، ص ص 83، 147.

14-راجع المراسيم التنفيذية التالية : المرسوم رقم 175\91-177\91-178\91، ج ر عدد 26.

- 15-قانون رقم 10\11 المتضمن قانون البلدية المؤرخ في 22\07\2011 الملغى للقانون رقم 90\08 ج ر عدد
- 16-انظر المادة 115، من القانون رقم 10\11. سالف الذكر.
- 17-وزير السكن والعمران، رسالة السكن، المرجع السابق، ص 4.
- 18-بلعباس بلعباس، المرجع السابق، ص 114.
- 19-صليح سعد، المرجع السابق، ص 300.
- 20-الزين عزري، دور الجماعات المحلية في مجال التهيئة و التعمير، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السادس، ص 33.
- 21-انظر المادة 24 الفقرة 1 من القانون 08\15 سالف الذكر.
- 22-انظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 09\155 سالف الذكر.
- 23-بوشريط حسناء، المرجع السابق، ص 485.
- 24-انظر المادة 24 الفقرة 3 من القانون 08\15 سالف الذكر.
- 25-انظر المادة 28 من القانون 08\15 سالف الذكر.
- 26-انظر المادة 30 من القانون 08\15 سالف الذكر.
- 27-بوشلوش عبد الغني، القانون 08\15 كآلية للتنمية العمرانية المستدامة للمدينة الجزائرية، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجربي، ص 296.
- 28-التعليمية الوزارية المشتركة رقم 04 المؤرخة في 06/09/2012، المتضمنة تبسيط كفايات تحقيق مطابقة البناء وإتمام إنجازها لفائدة المواطنين صادرة من وزارة السكن و العمران.
- 29-بوشلوش عبد الغني، المرجع السابق، ص 296، 297.
- 30-الشريف بجماي، مجال تدخل قانون المطابقة 08\15 في تسوية البناءات الفوضوية، دفاتر السياسة والقانون، العدد 11، جوان 2014، ص 181.
- 31-الشريف بجماي، المرجع نفسه، ص 180.

32-الصادق بن عزة، دور الإدارة في مجال تطبيق أحكام العمران في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم القانونية و الإدارية، تخصص قانون إداري و إدارة عامة، جامعة الحاج لخضر -باتنة، 2011\2012، ص209.

33-الصادق بن عزة، المرجع نفسه، ص210.

34-الشريف بجماي، المرجع السابق، ص180.

35-انظر المادة 56 من القانون 15\08 سالف الذكر.

36-انظر المادة 58 من القانون 15\08 سالف الذكر.

37- انظر المادتين 60 و61 من القانون 15\08 سالف الذكر.

38- عيسى مهزول، المرجع السابق، ص195.

39-انظر المادة 74 من القانون 15/08 سالف الذكر.

دور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في إقرار الحقوق والكرامات الأساسية

بقلم الأستاذة: زروقي عاسية

جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة

مقدمة:

يعتبر موضوع حقوق الإنسان من أقدم المواضيع لأنها سايرت الفرد عبر مختلف العصور والظروف، نظرا لتعرض حقوق الإنسان لمختلف الانتهاكات عبر المراحل التاريخية المتعاقبة بدرجات مختلفة ومتفاوتة مما أدى إلى الاهتمام بها على المستويين الداخلي والدولي، فأصبحت حقوق الإنسان اليوم قضية عالمية بفضل الظروف السياسية، الاقتصادية والإيديولوجية، وكذا التطور العلمي والتكنولوجي المذهل، بعد أن كانت بعد الحرب العالمية الثانية محل تحفظ من قبل الدول لارتباطها بسيادتها الأمر الذي ولد بعض الأمل في إمكانية القضاء على الانتهاكات أو التقليل منها على الأقل.¹

وإن كفالة احترام حقوق الإنسان ليس أمرا حديثا، بل يعود إلى وجود الإنسانية في العصور الوسطى فقد كان للأديان السماوية دورا في تحرير الأفراد، حيث جاءت الشريعة الإسلامية السمحاء على يد النبي صلى الله عليه وسلم بأحكام كان لها دور أساسي في تحرير الفرد، والاعتراف له بحقوقه، إذ حث في كثير من أحاديثه على المساواة بين البشر كافة وألغى

الفوارق والكراهية بين الناس الذين خلقهم الله من نفس واحدة، وهكذا بدأ القانون الوضعي يهتم بحقوق الإنسان، فعلى المستوى الدولي كانت بداية الاهتمام بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية بداية متواضعة، حيث اقتصر اهتمامه على حالات معينة ومحدودة، إذ أهتم المجتمع الدولي بمكافحة الرق والتجارة بالرقيق، وهو الشيء الذي دفع إلى ظهور أول حق للإنسان في التاريخ على صعيد التقنين الدولي، إذ منذ 1885 أكدت الوثيقة العالمية لمؤتمر برلين حول إفريقيا الوسطى على تحريم الاتجار بالعبيد وذلك وفقاً لمبادئ القانون الدولي.²

ثم ظهر الاهتمام بشؤون الطبقة العاملة، ومحاولة توفير الحماية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية للأفراد وأسرههم من الطبقة الكادحة، فدعى مونتسكيو إلى الدفاع عن حق الإنسان وحرية وحقه في القيام بكل ما لا يمنعه القانون.

ووجد الاهتمام الدولي بالكرامة وحقوق الإنسانية تعبيراً في عهد عصبة الأمم الذي قبلت الدول الأعضاء بمقتضاه الالتزام بكفالة شروط عمل عادلة وإنسانية للرجال والنساء والأطفال وضمان معاملة لسكان الأصليين في مستعمراتها بإنصاف.

لكن الجهود الحقيقية لضمان احترام الإنسان وحقوقه برزت في فكرة الضمان في إطار ميثاق منظمة الأمم المتحدة في ميثاق المنظمات الدولية

المتخصصة، إذ يرجع الفضل في بلورة الاهتمام بحقوق الإنسان على المستوى الدولي إلى منظمة الأمم المتحدة بإقرارها وتدعيمها وانطلقت جهودها خاصة بعد أحداث الحرب العالمية الثانية وما ترتب عنها من نتائج وخيمة على حقوق الإنسان، وفي هذا الإطار تم تنصيب حقوق الإنسان كمعيار دولي إلزامي بعد ارتقائها إلى مقام القيم الدولية منذ صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948، حيث تم تحديد الهدف المشترك الذي ينبغي أن تستهدفه كافة الشعوب والأمم.³

وعلى ضوء ما تقدم يمكن طرح الإشكالية التالية: ما هي أهم الحقوق المقررة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؟ وما هي أهم المضامين التي جاء بها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؟ ويتفرغ عن ذلك إشكاليات فرعية من بينها: ما هي القيمة القانونية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان؟ وهل يمكن القول أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان استطاع ترسيخ الحقوق الأساسية للإنسان وجعلها جوهرية ولازمة لوجود الإنسان؟

المبحث الأول: نشأة ومضمون الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

يعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أحد الأركان الشرعية الدولية لحقوق الإنسان، وهو أول وثيقة دولية خصصت بالكامل للحديث عن حقوق الإنسان وهو ثمرة مسيرة طويلة من العمل الجاد نحو بلورة حقوق الإنسان.⁴ وقد تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، بحيث، يتناول المطلب

الأول المناقشات التحضيرية لإعداد مشروع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان،
أما المطلب الثاني يتطرق إلى مضمون الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

المطلب الأول : المناقشات التحضيرية لإعداد مشروع الإعلان العالمي
لحقوق الإنسان.

في خريف 1945 أوصت اللجنة التحضيرية التي تشكلت في أعقاب
سريان مفعول ميثاق "سان فرانسيسكو" بأن يقوم المجلس الاقتصادي على
الفور، في إطار السلطات التي تمنحه إياه المادة الثامنة والستون، بتشكيل
لجنة لحقوق الإنسان مهمتها إصدار إعلان دولي لحقوق الإنسان وهي
التوصية التي صادقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في الثاني عشر من
فبراير عام 1946، وقام المجلس بالعمل على تشكيل اللجنة، وبدأت أعمالها
في فبراير 1947 بمهمة إصدار إعلان دولي لحقوق الإنسان، وقد أثار ذلك
اختلافا في الرأي بين الذين كانوا يأملون أن يأخذ الإعلان شكل (معاهدة)
أو (اتفاقية)، والذين كانوا يؤيدون مجرد إعلان.⁵

وفي نهاية الأعمال في يونيو عام 1948، تبنت اللجنة مشروع
الإعلان بموافقة إثناعشر عضو بدون معارضة، وامتناع الدول الأربعة
الاشتراكية عن التصويت، وقد كان الوفد السوفيتي يستهدف تحقيق احترام
حقوق الإنسان طبقا للمبادئ الديمقراطية والسيادة الوطنية والاستقلال
السياسي لكل دولة.⁶

وفي الاجتماع الثالث للجمعية العامة تم التصديق على المشروع بعد إعادة الصياغة بموافقة تسع وعشرون عضوا بدون معارض، وامتناع ست دول اشتراكية عن التصويت إلى جانب كندا التي كانت تخشى أن يؤثر نص الإعلانات على الحقوق الخاصة بصلاحيات حكومة الأقاليم طبقا للدستور الإنجليزي.⁷

وقد قامت الجمعية العامة التي اجتمعت في قصر "شأيوه" بباريس، بعد فحص العديد من التعديلات المقدمة، بالتصديق على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بقرارها "رقم 217" ليلة العاشر من ديسمبر عام 1948 بدون معارضة، وقد أكدت الدول الثمانية الممتنعة عن التصويت على عدم اعتراضها على مضمون الإعلان، لكنها تعترض على بعض مواده فقط.

ومنذ اللحظات الأولى للمناقشات التي دارت ضمن اللجنة المكلفة بإعداد مشروع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، إهتم أعضاؤها بموضوع العلاقة بين الإنسان والمجتمع الذي ينتمي إليه ، فقد رأى المتدخلون في الدورة الأولى، أن الإنسان يجب أن يعتبر أهم من الجماعة العنصرية أو القومية أو غيرها التي ينتمي إليها، وأي ضغط اجتماعي تقوم به الدولة أو الجماعة الدينية أو العرقية بغرض الحصول على موافقة الإنسان تلقائيا هو عمل ذميم، ولكن متدخلين آخرين انتقدوا هذا الرأي لأن الحرية المطلقة لا وجود لها في جماعة حديثة، وأن الإنسان هو كائن اجتماعي قبل كل شيء لذا يجب أن توضع إلى جانب قائمة حقوق الفرد، قائمة حقوق الجماعة.⁸

المطلب الثاني: مضمون الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

لقد صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عن الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ العاشر من ديسمبر 1948، حيث ويتضمن الإعلان مقدمة وثلاثين مادة فالمقدمة هي عبارة عن تقديم أسباب ومبررات إصدار هذا الإعلان وتمثل فما يلي:

1- إرتباط كرامة الإنسان وحقوقه بالحرية والعدل والسلام في العالم.

2- ضرورة الحماية القانونية لحقوق الإنسان، خاصة حرية التعبير والمعتقد والمساواة.

3- تعهد الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة بالتعاون في سبيل مراعاة حقوق الإنسان والحريات الأساسية احترامها، مع حتمية الوفاء بهذا التعهد.

4- دعوة جميع الدول إلى الاهتمام بهذا الإعلان، والعمل من أجل توطيد احترام الحقوق والحريات عن طريق التعليم والتربية، واتخاذ الإجراءات المناسبة على المستوى الدولي، وعلى المستوى العالمي.⁹

أما مواد هذا الإعلان، فقد تضمنت أهم الحقوق والحريات الأساسية كما يلي :

أولاً: الحقوق المدنية والسياسية.

تنص المادة الأولى والثانية والثالثة والسابعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على حق المساواة في الكرامة والإخاء، وأن الناس سواسية أمام القانون بدون تفرقة، ولهم حماية متساوية ضد أي تمييز، فلا استرقاق ولا انقطاع، ولا امتيازات طبقية للنبلاء ورجال الدين الكنسي، ولا انتقاص من حقوق المرأة وكذلك يقر الإعلان بالمساواة بشغل الوظائف العامة وفق للمؤهلات العلمية.

وقد أكد الإعلان على أهم الحقوق المدنية والسياسية، والمتمثلة في الحرية الشخصية، وهو حرية الفرد في الحياة التي يختارها في نطاق عدم إضراره بحرية الآخرين، وحماية شخصه من أي اعتداء، وعدم جواز القبض عليه أو معاقبته أو حبسه إلا بمقتضى القانون، وحرية الفرد في التنقل والخروج، وحقه في اللجوء إلى بلد آخر هرباً من الاضطهاد، وحق الفرد في التمتع بالأمن الشخصي، كما لا يجوز أن يتعرض الإنسان للتعذيب أو عقوبة قاسية مهينة أو منافية لكرامة الإنسان.¹⁰

كما نص الإعلان في مادته الخامسة عشر على حق التمتع بالجنسية، وحق الزواج مع حقوق متساوية للزوجين (المادة السادسة عشر)، وحق التملك في المادة السابعة عشر، وحق التفكير والدين والضمير، وتشمل حرية تغيير الديانة وإقامة الشعائر الدينية (المادة الثامنة عشر) وحرية الرأي

والتعبير(المادة التاسعة عشر)، وحق الاشتراك في إدارة الشؤون العامة للبلاد مباشرة أو بواسطة ممثلين(المادة عشرين)، وإن إدارة الشعب هي مصدر السلطة وتجرى على أساس الاقتراع السري وعلى قدم المساواة بين الجميع.¹¹

ثانيا: الحقوق الاقتصادية والاجتماعية:

تنص المادة(الواحدة والعشرون) على حق الفرد في الضمان الاجتماعي والحق الشخصي في العمل بشروط عادلة ومرضية، وفي تأسيس النقابات والانضمام إليها(المادة الثالثة والعشرون) وكذلك حق الفرد في الراحة وفي أوقات الفراغ(المادة الرابعة والعشرون)، وحق الفرد في رفع مستوى معيشته ورفاهية وتأمين معيشته من البطالة والمرض والعجز والشيخوخة والتزمل(المادة الخامسة والعشرون) وحق الفرد في حماية حقوقه الأدبية والمادية من إنتاجه العلمي والأدبي والفني(المادة السابعة والعشرون) أما المادة السادسة والعشرون فقد نصت على حق الفرد في التعلم وللآباء حق اختيار تربية أولادهم.

وقد جاءت المواد الختامية للإعلان(الثامنة والعشرون إلى المادة الثلاثون) لتؤكد حق كل إنسان في التمتع بنظام اجتماعي تتوافر فيه كل الحقوق والحريات والواجبات التي تقع على عاتق الفرد اتجاه مجتمعه.¹²

ما يلاحظ على هذا الإعلان أنه قد تميز من الناحية الشكلية :

بكونه وثيقة تجميعية، فمن جهة وردت فيه العديد من الصيغ المطبوعة بالعمومية تأثرا بالتقليد الفرنسي، ومن جهة ثانية خصص الإعلان مكانا واسعا للتعداد شبه الكامل والدخول في التفاصيل الدقيقة للحريات والحقوق، هذا المنحنى كان في نظر البعض انعكاسا للأسلوب الأنجلوسكسوني وتجاوبا مع رغبة الدول الاشتراكية في إعطاء الحقوق والحريات محتوى حقيقيا وعمليا.

ومن ناحية الأساس: تميز بمسحة توفيقية ظهرت بلجوئه إلى أساليب متعددة للخروج بحلول للمشاكل المعقدة، كاعتقاد الصيغ التي تجمع الشيء ونقيضه في آن واحد، إرضاء لكل الاتجاهات والمادة السابعة عشر نموذجية في هذا المجال إذ تنص في معرض معالجتها لحق الملكية (لكل شخص حق التملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره) مما يعني أن كل من الملكية الفردية (المذهب الليبرالي) والملكية الجماعية (النظرية الاشتراكية) هما عبارة عن حقوقا واجبة للالتزام.¹³ كما أن الإعلان التزم الصمت وبالتالي تجاهل وجود مشكلة أو خلاف في قضية من القضايا فعندما صعب التوفيق بين الأطراف فيما يتعلق بحق الإضراب الذي عارضته الدول الاشتراكية لجأ الإعلان إلى أسلوب الصمت وغاب حق الإضراب من نفس الإعلان.¹⁴

ولكن استطاع الإعلان أن يشكل مرجعا يستطيع الرأي العام أن يحكم انطلاقا منه على تصرف ما وعلى مدى احترامه لحقوق الإنسان الأساسية،

لكن ما يؤخذ على الإعلان بأنه لم ينشئ أجهزة تنظر بالانتهاكات وتعالجها بعكس الميثاق الأوروبي الحائز على فعالية أكبر في هذا المجال.¹⁵

ومؤخرا في المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان الذي عقد في فيينا سنة 1993، فالدفاع عن قضية حقوق الإنسان يأخذ شكلا بعيدا واحدا من جميع المجتمعات، فليس هناك بعد ثقافي في التعذيب، كما أنه ليس هناك بعد ثقافي في توقيف وحبس الإنسان دون توجيه تهمة ودون جرم اقترفه.

المبحث الثاني: القيمة القانونية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

رغم موافقة الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة على الإعلان بالإجماع دون أية معارضة إلا أنه لا يتمتع بالصفة الإلزامية بالمعنى القانوني، لأنه عبارة عن توصية تدعو فيها الجمعية العامة للدول إلى تطبيق مضمونها.¹⁷

وعليه يقسم هذا المبحث إلى مطلبين، بحيث يخصص المطلب الأول لدراسة مدى فعالية النصوص الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، أما المطلب الثاني، فيعالج القيود الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

المطلب الأول: مدى فعالية النصوص الواردة في الإعلان لعالمي لحقوق

الإنسان.

صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بصورة توصية من توصيات الجمعية العامة، وكما هو معروف أن التوصية الصادرة عن الجمعية العامة غير ملزمة خلافا لما هو عليه الحال بالنسبة للصكوك الدولية الاتفاقية، فهل يمكن القول أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان خال من أي أثر قانوني؟

لقد بات تقليديا ومألوا القول بأن الإعلان العالمي ملزم معنويا وأديبا للدول، كما أصبح من نافذة القول التأكيد على أن عددا من الحقوق الواردة فيه أصبحت جزءا من القانون الدولي العرفي وحتى الحقوق التي تتمتع بهذه الصفة إلى الآن فإنها مقبولة ومعترف بها بصورة واسعة من جانب الدول، ولعل أهمية الإعلان العالمي وقيمتة القانونية تكمن باعتراف واضعيه بأنه "التقاء الجميع فهم مشترك لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية التي يعترف بها" والتي يشير إليها ميثاق الأمم المتحدة، كما تضيف ديباجة الإعلان عبارة عن "مثل أعلى مشترك" ينبغي أن تبلغه الشعوب كافة في المستقبل.¹⁸

ويلاحظ في هذا الشأن أن الإعلان لم يحدد متى يتوجب على الشعوب أن تبلغه وكيف؟ أي أنه بمثابة نقطة للبدأ ويتوجب على الدول أن تصل في يوم من الأيام إلى ما يحتويه من مبادئ، فهو برنامج عمل لا مناص للدول من تحقيقه، وليس من شأن الإعلان كما هو واضح أن يلغي أو يعدل القوانين الوطنية النافذة المناقضة له، كما أن القضاء الوطني غير ملزم قانونيا بتطبيقه وأيضا مما يلاحظ أن الصفة غير الإلزامية للإعلان هي التي جعلت

إعداده لا يستغرق سوى ثمانية عشر شهرا، في حين أن إعداد اتفاقية دولية متعلقة بحقوق الإنسان يستغرق عادة سنوات طويلة.¹⁹

فعلى الصعيد القانوني الدولي، شكل الإعلان الخطوة الأولى لمجموعة الاتفاقيات- ملزمة قانونا بطبيعة الحال- كرست مضمون الإعلان والمبادئ الواردة فيه كمقدمات الاتفاقيات الأوروبية لحقوق الإنسان كما تبدو أهمية الإعلان وقيمتها على الصعيد الدولي لحقوق الإنسان، فقد أكد البيان الختامي سنة 1975 عن مؤتمر الأمن والتعاون الأوروبي "منظمة الأمن والتعاون الأوروبي" منذ عام 1995، على أن الدول المشاركة ستجعل سلوكها متفقا مع أحكام الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وذلك في المادة الخامسة عشر في فقرتها الأولى، وأكد أيضا مؤتمر فيينا لحقوق الإنسان سنة 1993، على أن الإعلان العالمي يشكل مصدر تستوحي منه حقوق الإنسان وأنه السند الأساسي للأمم المتحدة في مجال حقوق الإنسان.

أما على الصعيد الوطني، فإن الدساتير والتشريعات تردد النصوص الواردة في الإعلان وبعضها يعلن صراحة تقيده بأحكامه وبالقوق المقررة بمقتضاه فعلى سبيل المثال كان الدستور الجزائري يعلن صراحة تقيده بأحكامه في المادة الحادية عشر من دستور 1963.

أما فيما يتعلق بالقضاء الدولي، فلم يكن موقف محكمة العدل الدولية في هذه المسألة واضحا، وإن كان قد استندت إليه بعض الأحكام والآراء

الاستشارية، ومن ذلك الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية في قضية جنوب إفريقيا 1971، في قضية الموظفين الدبلوماسيين والقنصلين الأمريكيين في طهران 1980، قضية اللجوء بين بيرو وكولومبيا 1950، وقضية شركة النفط الإنجليزية- الإيرانية 1952.

ويمكن الدفاع عن القوة الإلزامية للإعلان بالنظر إليه كتفسير رسمي ومعتمدة على النصوص الخاصة بحقوق الإنسان في ميثاق الأمم المتحدة الذي هو عبارة عن معاهدة دولية ملزمة لأطرافها، ومعنى آخر فإن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يمثل إعلانا تفسيريا صادرا عن جهة مختصة داخل الأمم المتحدة يضيء عددا من الجوانب ذات الصلة بنصوص حقوق الإنسان المدرجة في الميثاق.²⁰

وما يؤيد وجهة نظر هذه أن "الأمم المتحدة" ذاتها كثيرا ما استندت إلى نصوص الإعلان عندما يتعلق الأمر بتطبيق أحكام الميثاق، بأن يقوموا منفردين أو مشتركين بما يجب عليهم من عمل لإدراك المقاصد المنصوص عليها في المادة الخامسة والخمسون من الميثاق، والتي من بينها إشاعة احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية ولما كان الإعلان قد جاء ليتولى بيان هذه الحقوق والحريات تفصيلا، فإن أي خرق له يعد بمثابة خرق لأحكام الميثاق ولمقاصد الأمم المتحدة في المادة الأولى من الميثاق من بينها "تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية".²¹

ويرى الأستاذ الدكتور "عبد العزيز سرحان" أن الأسباب التي تفقد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان قيمته القانونية وتمثل فيما يلي :

- 1- لم يصب الإعلان في اتفاقية تعطيه صفة القواعد القانونية الدولية واجبة الاحترام.
- 2- ليست لهذا الإعلان قوة قانونية ملزمة، لأن توصيات الجمعية العامة لا تنشئ التزامات قانونية دولية.
- 3- إنه إعلان عديم القيمة العملية، لأنه لا يتضمن ضمانات لصالح الأفراد، ولا جزاءات ضد الدول.

ومع ذلك، فلهذا الإعلان قيمة معنوية وأدبية كبرى، سيما أنه نداء عالمي صادر عن عدد كبير من الدول، والأكثر من ذلك، فمع مرور الزمن، وبعد إبرام الاتفاقيات الدولية المختلفة وصدور دساتير عديدة تضمنت النص على محتوى هذا الإعلان تحول في محتواه إلى قواعد قانونية دولية ملزمة تترتب عن مخالفتها جزاءات ومسؤولية دولية.²²

غير أن الواقع الدولي لا يتفق مع هذا الرأي، لأن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ليس تعديلاً لميثاق منظمة الأمم المتحدة، لأنه لم يعرض على الدول لتصديقه، كما أنه عبارة عن توصية صادرة عن الجمعية العامة كما سبق الذكر.²³ لذلك فهناك رأي يقول بأن الحقوق الأساسية التي تضمنها الإعلان العالمي ينبغي اعتبارها جزءاً لا يتجزأ من القانون الدولي العام، لذلك

فرغم اختلاف درجات تمتع الإنسان بهذه الحقوق إلا أن صفة العالمية التي اكتسبتها الحقوق المقررة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تمنحها القوة الإلزامية والقيمة القانونية حتى لو كانت أدبية أو معنوية.²⁴

المطلب الثاني: القيود الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

إن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي يعتبر الوثيقة الدولية المتعارف عليها من طرف المجتمع الدولي قبل أن تتخذ صبغتها النهائية، فإن البعثة البانامية التي اقترحت مشروع الإعلان قد ضمنته بعض القيود وهي أن يمنع على أي كان التعسف في استعمال حقوقه.

ونجد أن لجنة حقوق الإنسان في دورتها الأولى المنعقدة من السابع والعشرون من جانفي إلى العاشر من فيفري 1947 أثناء المناقشات المتعلقة بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان قد تعرضت للعلاقة الموجودة بين الفرد والجماعة التي ينتمي إليها سواء الجماعة الوطنية أو الدولية، كما تم تكريس هذه القيود في الدورة الثانية المنعقدة من السادس عشر إلى السابع عشر من ديسمبر 1947، بحيث قدمت للجنة عدة اقتراحات تتضمن وضع قيود على حقوق الإنسان في مشروع نص الإعلان في مادته الثانية التي أكدت على أن حقوق كل واحد مقيدة بحقوق الغير والمتطلبات العادلة للدول والأمم المتحدة، ولقد صيغ النص بالفرنسية.

أما في المادة العاشرة فلقد نص المشروع بأن: كل فرد في العالم بأسره، يمكن له أن يتمتع بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية الواردة في هذا الإعلان بدون أي تمييز قائم على أساس الاعتراف بحقوق الغير حماية القانون، الحرية، الرفاه العام وأمن الجميع²⁵

كما تلى هذه الاقتراحات، اقتراحات أخرى، إلى أن انتهت صياغة القيود في نص المادة التاسعة والعشرون من الإعلان التي تنص في الفقرة الأولى:

1- على كل فرد واجبات نحو المجتمع الذي يتاح فيه وحده لشخصيته أن تنمو كاملا.

2- يخضع الفرد في ممارسة حقوقه وحرياته لتلك القيود التي يقرها القانون فقط لضمان الاعتراف بحقوق الغير وحرياته واحترامها، ولتحقيق المقتضيات العادلة للنظام العام والمصلحة العامة والأخلاق في مجتمع ديمقراطي.

3- لا يجوز في أي حال من الأحوال أن تمارس هذه الحقوق ممارسة تتناقض مع أغراض الأمم المتحدة ومبادئها.²⁶

فمن خلال تحليل نص هذه المادة نجد أنها تضع قيودا على حقوق وحریات الإنسان إلا أنها لم تحدد هذه القيود، بل ففي الفقرة الثانية تركت

تحديد هذه القيود التي يمكن أن ترد على ممارسة الفرد لحقوقه لاختصاص كل دولة، لكن حددت الأسباب التي يجب أن يستند إليها القانون الداخلي لفرض هذه القيود وهي:

أ- احترام حقوق الغير وحرياته.

ب تحقيق المقتضيات العادلة المتمثلة في النظام العام، المصلحة العامة، الأخلاق، إلا أنه يؤخذ على هذا النص عدم تحديده الدقيق والمفصل للنظام العام، المصلحة العامة والأخلاق باعتبار أن معنى المصطلحات يختلف مفهومها ومضمونها من مجتمع لآخر ومن زمن لآخر.²⁷ وان كانت الفقرة الثانية قد وضعت معيارا لتحديد معناها، وهو معيار المجتمع الديمقراطي، فإن القيود التي يمكن للدولة أن تقررها هي تلك المعترف بها في مجتمع ديمقراطي.²⁸

أما الفقرة الثالثة، فتضيف إلى معيار المجتمع الديمقراطي معيارا آخر، وهو أغراض الأمم المتحدة ومبادئها، بحيث تنص على عدم جواز ممارسته لهذه الحقوق بما يتناقض مع مبادئ وأهداف الأمم المتحدة دون أي تحديد لهذه الأغراض أو المبادئ، وبالتالي يجب الرجوع إلى ميثاق الأمم المتحدة الذي يتضمن هذه الأغراض والمبادئ في الفصل الأول، وتتمثل هذه الأهداف في حفظ السلم والأمن الدوليين وإنماء العلاقات الودية بين الأمم وتحقيق التعاون الدولي.²⁹

أما مبادئ المنظمة فتتمثل في مبدأ المساواة في السيادة، وحل النزاعات بالطرق السلمية والامتناع عن التهديد باستعمال القوة واستخدامها، ولعل هذا النص الأخير يدعو لممارسة الحقوق مع احترام المجتمع الوطني والدولي في آن واحد.³⁰

خاتمة:

إن هذه الدراسة المتواضعة في هذا البحث تكشف عن تكريس الدول أفراد وجماعات لحقوق الإنسان بل إن المجتمع الدولي ذهب إلى أبعد من ذلك، عن طريق وضع أجهزة وهيكل قصد تجسيد هذه الحقوق ووضعها موضع التطبيق والتنفيذ. ولعل أن أولى الوثائق الدولية التي كرس فيها حقوق الإنسان، وأصبحت بمثابة شريعة دولية هي ميثاق الأمم المتحدة الصادر في 1945، الذي يعبر عن الإرادة الجماعية للدول، بصفته صادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، وهي مجموع الدول ذات السيادة، والتي هي أطراف في الأمم المتحدة.

ولقد توجت مجهودات هذه الدول، بصدور الإعلان العالمي، لحقوق الإنسان سنة 1948 بفضل التزام المجتمع الدولي بأن يعمل على أن يشيع في العالم احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع بلا تمييز بسبب العنصر أو الجنس أو اللغة أو الدين، ولقد تبين من خلال البحث في موضوع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان القائم على مبدأ المساواة بين الأفراد بغض

النظر عن التباين العرقي والديني والثقافي وجوب تكريسها في التشريعات الداخلية، وبالفعل فإن الدول قد تسارعت إلى تبنيها في تشريعات الداخلية سواء في قوانينها الأساسية أو العادية، بل إنه في حالة تصديق دولة أو انضمامها إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، تتعهد بجعل هذه النصوص الدولية أسمى من قوانينها التشريعية.

وفي الأخير مهما قيل في الأهمية القانونية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، سواء كان جزءاً من القانوني العرقي أم لم يكن، فإنه يشكل مصدر لإلهام الدول في مجال حقوق الإنسان وبات مرجعية دولية كبيرة على الحقوق المعلنة فيه كلها، وقد كان بمثابة الخطوة الأولى في طريق التنظيم الفعال لحماية حقوق الإنسان على الصعيد الدولي والداخلي.

الهوامش :

- 1 - سعدى محمد الخطيب، أسس حقوق الإنسان في التشريع الديني والدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2010، ص.35.
2. أحمد أبو الوفا، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة، والوكالات الدولية المتخصصة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر ، 2005، ص 20
3. عبد الكريم عوض خليفة، القانون الدولي لحقوق الإنسان، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009، ص.48.
4. محمد مدحت غسان، الحماية الدولية لحقوق الإنسان، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص.61
- 5- قادري عبد العزيز، حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية(المحتويات والآليات)، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص. 110.

6. عمر سعد الله، حقوق الإنسان وحقوق الشعوب، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.92.
7. أنظر الفقرة الثالثة من ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.
8. ساسي سالم الحاج، المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان، دار الكتاب الجديد المتحدة، الطبعة الثالثة لبنان، 2004، ص.509.
9. هاني سليمان الطعيمات، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، الطبعة الثالثة، دار الشروق والتوزيع، الأردن، 2006، ص.69.
10. عمر صدوق، دراسة حقوق الإنسان، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص. 121.
11. هاني سليمان الطعيمات، المرجع السابق، ص.70.
12. عبد الكريم عوض خليفة، المرجع السابق، ص.50.
13. عمر صدوق، المرجع السابق، ص.123.
- 14- نبيل عبد الرحمن نصر الدين، ضمانات حقوق الإنسان وحماتها وفقا للقانون الدولي والتشريع العربي، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2007، ص 29.
15. قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص.113.
16. محمود شريف البسيوني، الوثائق العالمية والإقليمية، المجلد الأولى، الطبعة الأولى، دار العلم للملايين، لبنان، 1988، ص. 530.
17. عمر صدوق، المرجع السابق، ص.125.
18. مُجَد مدحت غسان، المرجع السابق، ص.68.
19. بجاوي نورة بن علي، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي والقانون الداخلي |، دون طبعة، دار هومة للنشر والتوزيع الجزائر، 2004، ص.169-170.
20. بجاوي نورة بن علي، المرجع السابق، ص 171.
21. مُجَد مدحت غسان، المرجع السابق، ص. 81.
22. فيصل شنطاوي، حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، دون طبعة، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، سنة 1994، ص.123.
23. حسنين الحمدي بوادي، حقوق الإنسان بين مطرقة الإرهاب وسندان الغرب، دون طبعة، دار الفكر الجامعي 2004، ص.43.

- 24 مصطفى أحمد أبو الخير، القانون الدولي المعاصر، الطبعة الأولى، دار النشر والتوزيع، مصر، 2006، ص.210.
- 25 علي صادق أبو الهيف، القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، مصر، 1993، ص.201.
- 26 مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص.232.
- 27 فيصل شنطاوي، المرجع السابق، ص.185 .
- 28 عبد الكريم عوض خليفة، المرجع السابق، ص.89.
- 29 يحياوي نورة بن علي ، المرجع السابق ، ص.175.
- 30 . عبد الكريم عوض خليفة، المرجع السابق، ص.101.

INDONESIA CULTURE CONSERVATION THROUGH THE LEGAL PROTECTION OF BATIK LUMAJANG TRADEMARK

**¹Ratnaningsih SH,MH,² Titik Sriastutik SH, MH ³Siti
Umiyatun Azizah SH, MH**

*¹Team Chairman IbM, Universitas Lumajang, Jalan Musi No 12,
Lumajang, 67352, Indonesia*

*²Team Member IbM, Universitas Lumajang, Jalan Musi No 12,
Lumajang, 67352, Indonesia*

*³ Team Member IbM, Universitas Lumajang, Jalan Musi No 12,
Lumajang, 67352, Indonesia*

** corresponding author. E-mail:ratnafaradisa@gmail.com*

Background

On 2020 Indonesia has participated in the era of free market, and one of the impact from free market era that is Indonesia will be a free market for domestic and also foreign market, furthermore by the existance of free market era Indonesia society has an opportunity to sell the domestic product abroad. It becomes a strong reason why the intellectual right of Indonesia product needs to be protected by law regarding the globalization era. Indonesia has diverse culetur, one of the proud Indonesia product that has been admitted by UNESCO on 2009 is Batik. Batik is National product which is very proud for Indonesia. One of Batik product is Lumajang Batik. Lumajang Batik is a Batik craft which is from Lumajang, East Java in Indonesia well-known as Banana Town Lumajang Batik. Lumajang Batik is an original written batik which its pattern and colour show the real condition of Lumajang society in Lumajang District and the famous theme

of Lumajang Batik is banana or “jaran kencak” that become the icon of Lumajang District.

This research was inspired by the research team activity in dedication program for skim society “education and technology for society (IbM)”. It is a grant program from Directorate General of Higher Education the Ministry of Research, Technology and Higher Education year 2016 for Lumajang research team. Regarding to this activity, the researchers selected two Batik Craftmen as the partners as the requirement of IbM skim. Those are “UD Makarti Jaya and UD Batik Pasir Semeru”. Both of those partners were selected based on the requirement from Department of Industrial and trading in Lumajang district. UD Makarti Jaya as the pioneer of Batif Craft in Lumajang, and Batik Pasir Semeru is a developing and new industrial but it has improved its production quantity and its market. However, the weakness is both of those industrials have not have any legal protection yet. There are three partner issues which become the center in IbM activity. This product is not well-known among the society, it does not have any industry legality and it does not have any legal protection. However, in this research related to trademark protection, industry legality is the requirement as the registration to obtain the legal protection. From those partnership issues which become the justification to be solved through IbM program has been conducted: (1) to establish Batik exhibition, (2) to manage the legality of partnership industrial as the requirement in registering the trademark in the form of establishment corporation, Tax Identification

Number, Individual Business License, Company Registration, Industry Registration and Disorder License which all those requirements have to be complied. (3) to manage the trademark registration to General Directorate of Intellectual Property Rights The Ministry of Law and Human Rights which is already given the registration number while waiting for the secretion of trademark certificate minimum in two years after the registration, (4) to establish the law counseling related to the industry legality and the trademark protection for Batik Lumajang developers who have not possessed the business legality and have not registered their trademark. All those activities have benn conducted by research team, but the writing of this research will be limited only to the legal protection aspect of Batik Lumajang trademark.

Batik as the national product of Indonesisa which is sold internationally and also domestically should has a trademark which is symbolized the company. Trademark becomes very important because it shows the identity of batik's origin, the quality of batik and also as the image of the company who produces and sells the product. The trademark of Batik is the symbol of intellectual wealth so that's why this trademark is necessary to gain the legal protection. The legal protection of Batik trademark will extend the law certainty for the company as the trademark's owner in using the trademark, it aims to prevent unhealthy competition from other side in using the similar trademark or the whole trademark using batik trademark from the official owner. Regarding to this idea, the research team desires to apply this article into international

journal related to “INDONESIA CULTURE CONSERVATION THROUGH THE LEGAL PROTECTION OF BATIK LUMAJANG TRADEMARK.”

Problem Formulation:

- 1. What is the function of trademark for producer and consumer?**
- 2. What is the nature of legal protection on the trademark?**

Research Method

This reasearch used the type of juridical sociology law research, according to¹ is a way or a procedure that is used to solve the research issue by analyzing the seconadary data first then it will be continued by analyzing the primary data on the field. The using of juridical sociology theory can be the research material for different aim. ² Juridical research is used by analyzing the legislation product related to the trademark, and all related concept, sociology research is used because this research was started by the grant activity for society related to the legal protection of Batik Lumajang Trademark.

The Legal material used in this research are:

a. Primary data

The data obtained by the time the research team conducted the grant activity for the society as Education and technology skim for society year 2016, interview with the related side on the partnership accompaniment in managing the business legality and the trademark registration of Batik Lumajang. The source of primary data was gathered from the chairman and staff of industrial and trading Department in Lumajang District and

also from the chairman and the staff of Licensing and integrated service department Lumajang District.

b. Secondary data

Secondary data used in this research are:

- 1) The primary legal material in the form of legislation that is the Law of Republic Indonesia Nomor 15 year 2001 on trademark.
- 2) The secondary law material that is law material which is related strongly to the primary law material and it can be used to analyze the primary law material, for instance journal and other experts' writing.

The trademark function for producer and consumer

A trademark has an important role because trademark functions as the identity to differ the product of one company to others company in similar field, it also functions to connect the product to the seller as the reputation guarantee of its business' outcome in the trading. a trademark also functions as the promotion media in which its role as the business symbol to expand the product market and to attract the consumer's interest to buy the product, as the guarantee of the product quality because through the trademark the consumer can know the product quality that they buy, and also as the product origin where the product roles as the mark of its origin area that relates the product with the producer or region/country³. Besides in the era of free market, trademark is one of the basis in modern trading. It is described as a basis because a trademark can be the basic in development of modern trading that can be used as a goodwill, the symbol of quality, quality

standard, as a medium to get into a market, and traded by quality in order to obtain numerous profit. Trademark serves easiness for the consumer in differing the product that they buy related to the good quality, the satisfactory, pride or other attribute that sticks to that product.⁴ according to preamble Laws no.15 year 2001 on trademark article a stated:

“that in the era of global trade and in line with the international conventions that have been ratified by Indonesia, the role of Mark has be come more important, particularlyin safeguard in a fair business competition”

This statement means that by the existance of mark in a product and/or similar service thus can be differed the origin, the quality and also the guarantee that the product is original. According to Article 1 paragraph (1) laws No. 15 year 2001 regarding marks that Mark shall mean a sign in the form of a picture, name, word, letters, figures, composition of colours, or a combination of said elements, having distinguishing features and used in the activities of trade in goods or services. In summary, mark is a sign of the goods’ or services’ origin which is related to its producen. Based on producen’s view, mark is used as the guarantee of the product result, especially the quality of its user. the consumer of special mark can emerge a certain image. Thus, the quality an unquality goods will have their own marks, even it is not impossible that the famous mark which is already well-known by the consumer will not be imitated or even falsified by other producers.⁵

The Nature of Trademark Legal Protection

World Trade Organization (WTO) is a frame as an international agreement and it becomes the reference of every business performer and the government policy which is related with the intellectual wealth right protection and foreign assignment besides other matters that relate to international trade transaction. The WTO former is one of the realization on financial institution which is established to manage the global financial that is related to regional and also international standards. As well as the GATT provision which is arranged in Agreement on Trade Related Aspect of Intellectual of Property Right (TRIPs). It is a sign that has to be obeyed well by the businessmen in Indonesia (H.OK. Sadikin: 2002: 329-330)

Mark is the part of intellectual wealth right, the right protection of the intellectual wealth internationally is started by the approval of Paris Convention on 1883 in Brussels, the convention has been amended for the last time in Stockholm on 1979. This Paris Convention regulates the protection right of the industry which covers *inventions, trademark, service mark, industrial design, utility model (small patent), trade names (designations under which an industrial or commercial activity is carried on), Geographical indications (indications of source and appellatinos of origin) and the repression of unfair competition*. The purpose of this Paris Convention is to protect the right of the inventor in industrial world.⁶ That the inventor in industrial world has their copyright of each their creation

The mark provision internationally does not only use Paris Conventional, mark field also established vary kinds of

international agreements, those are:⁷ Madrid Agreement 1891: *Madrid Agreement Concerning Repression of false Indications of Origin*. The content of this agreement is related to the enforcement effort to the forgery indication or the originity of a good;

1. Madrid Agreement 1891: *Madrid Arrangement Concerning the Internasional Registration of Trademark*. This agreement concerning the international registration of a trademark;
2. Den Haag Agreement 1925: *The Hague Arrangement Concerning the International Deposit of Industrial Pattern and Design*. This agreement is related to the international saving of pictures or craft design;
3. Lisabon Agreement 1938: *Lisabon Agreement Concerning the Protection and international Registration of Declaration Origin*. This agreement is related to the protection and the international registration on the origin of the product;
4. Nice Agreement 1957: *Nice Agreement Concerning the International Classification of Goods and Service to Which Trademark Apply*. This agreement is related to the international classification of a trademark or service.

Black's Law Dictionary clarifies as "A word, phrase, logo or other graphic symbol used by a manufacturer or seller to distinguish its product from those of others". The matter of trademark is also explained in Article 15.1 the Agreement on Trade Related Aspect of Intellectual Property Rights (TRIPs) which stated that Any sign, or a any combination of sign, capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of undertaking, shall be capable of

constituting a trade mark. Such signs, in particular words, including personal names, letters numerals, figurative elements and combinations of colours as well any combination of such signs, shall be eligible for registration as trademarks.

In Indonesia it has been arranged the trademark Laws. The first trademark protection in Indonesia was arranged in Reglement Industrieele Eigendom Kolonien 1912 which was renewed and replaced by Laws No.21 1961 regarding Company Trademark and Trading Trademark, then was revised through Laws No.15 year 2001 regarding Marks. Laws No.15 year 2001 regarding Marks is the form of Indonesia's consistency on ratification that has been made by Indonesia as the participation in WTO and the agreement of TRIPs, based on Article 1 clause 1 Laws RI No.15 year 2001 regarding Marks, explains that:

“Mark shall mean a sign in the form of a picture, name, word, letters, figures, composition of colours, or a combination of said elements, having distinguishing features and used in the activities of trade in goods or services.”

Based on article 1 clause 1 above, there is an absolute requirement to make a trademark that is by having distinguishing feature. The absolute requirement of a trademark has to be met by everyone or a law firm that are willing to establish the trademark, so their trademark registration can be accepted and can be used as a trademark or a brand. The absolute requirement is that the mark shall have a distinguishing feature. In other words, the mark that is used in a brand has a power to differ the product of one company or

trading or the service of individual's production with other production. In Article 5 Laws of Republic Indonesia No.15 year 2001 regarding Marks stated that:

“A Mark shall not be registered if it contains one of the following elements: a. Contradicting with the prevailing rules and regulation, morality of religion, or public order; b. Having no distinguishing features; c. Having become public property; or d. Constituting information or related to the goods or services for which registration is requested.”

Article 5 above is strengthen by Article 6 concerning the provision of the refusal of trademark registration by General Directorate of Intellectual Property Rights The Ministry of Law and Human Rights if:

- a. Having similarity in the main or the whole part with a trademark of other party that has been registered earlier for the kind product or service;
- b. Having similarirty in the main or the whole part with a famous trademark of other party for the kind product or service;
- c. Having similarity in the main or the whole part with geographic indication that has been known.

General Directorate of Intellectual Property Rights the Ministry of Law and Human Rights also has to reject the trademark registration if:

- a. is or resembles a famous person's name, photograph or legal entity belonging to another person, except a written agreement of the beneficiaries;
- b. an imitation or resembles the name or abbreviation of the name, flag, symbol or a symbol or emblem of a state or national and international institutions, except with the written agreement of the competent authority;
- c. an imitation or resemble the mark or seal or official stamp used state or government agency except upon the written agreement of the competent authority.

A brand that has the "distinguishing feature" then it should be simple should not be too complex also may not use the signs which are too easy. In order to provide individuality (personal characteristics) to an object then the brand must have individuality powers. thus the similarity between one product to other product is forbidden⁸. The equation was not only mean the overall equation (the brand is the totality imitated) but also includes a similarity in principle if there are similarities due to the elements that stand between one brand to another brand, which can cause the appearance of good equations on its form, placement ways, ways of writing or a combination of elements or rhyme similarity, words contained in those brands. There are three forms of the use of a brand that can be categorized in similarity in principle, those are:

- a. similarity in appearance confusing in appearance;
- b. similarity in sound = confusion when pronounced;
- c. Similarity in concept= the meaning is so similar that you recall the same thing.

Article 2 of Law No. 15 year 2001 regarding Marks mentions that the brand can be divided into two types, those are trademarks and Services. The trademark is a brand used on goods traded by a person or persons jointly or a legal entity to differentiate with other similar items. While the service brand is a brand that is used for services traded by a person or persons jointly or a legal entity to differentiate with other similar services. Besides, in article 1, paragraph (4) of Law No. 15 year 2001 regarding Marks also mentions the existence of a collective brand is a brand used on goods or services with the

same characteristics that are traded by several persons or legal entities together to distinguish the goods and / or services with the same characteristics that are traded by several persons or legal entities together to distinguish the goods or services and other similar collective brand. Classification does not make the existence of three types of brands. Type the brand there are only 2 type of the remained brand, those are trademarks and service marks. The differences in the collective mark is on the subject of consumer brands, which may collectively, while trademarks and service marks are usually used individually. Collective marks may be used by several people (a group of people), or may also be a legal entity (corporation combined).

Related legal protection can be explained the concept of the protection of the law by some experts that can be expressed as follows: Soetjipto Rahardja argues that legal protection is their attempt to protect one's interests by allocating a power to him to act in the interests. Furthermore, it was also argued that one of the properties and the goal of the law is to provide protection (shelter) to the public. Therefore the legal protection of the public must be realized in the form of their legal certainty⁹. Regarding the meaning of legal certainty can also be expressed by the expert opinion Jan M. Otto as quoted by¹⁰ that the rule of law in a particular situation requires the following: provided legal rules are clear, clear, consistent and easily available (accessible) and it is issued by the state power; that agencies' authorities (government) apply the rules of law consistently and also submit and obey it; that the majority of citizens in principle approved the contents and the area adjust

their behavior to the rules; Judicial decisions are concretely applied. Furthermore based on¹¹ that Legal certainty is an implementation of the law in accordance with its state that people can make sure that the law is implemented. In understanding the value of legal certainty, it should be noted that the law has a close relationship with the instrument of positive law and the role of the State in actualize the positive law. The concept of legal protection was also explained, that according to him, the legal protection is an activity to protect individuals by harmonizing the relationship values or rules that manifest in attitude and actions in creating their order in social life among the humans. Legal protection is something that protects the law subjects through the applicable legislation regulation and imposed with a sanction. Legal protection can be divided into two (2), those are:

a). Preventive Legal Protection, namely:

The protection provided by the government with the aim of preventing before the violation itself occurs. It is contained in the legislation in order to prevent an an offense and to provide sign or limitations in performing an obligation;

b). Legal Protection repressive items, those are:

The last Protection end sanctions such as fines, Imprisonment and additional penalties are given in case of a dispute, or a violation that has been conducted.

The concept of brand protection in Indonesia, is adopting a first constitutive or first registrants (first to file principle), then the legally protected brand is a registered

brand. This was stated in Article 3 of the Trademark Act of 2001 which specifies that

“The right to a Mark is the exclusive right granted by the State to the owner of a Mark which is registered in the General Register of Marks for a certain period of time, to himself use said Mark or to grant permission to another party to use it.”

There are two systems of trademark registration, those are the registration system of declarative and constitutive system, the system of declarative a system that claimed trademark rights was published by first user, in this registration system it does not give the right, but just give an allegation or suspicion by law that person the registered trademark that is entitled to the original first user of a mark registered. While the constitutive system is a system that states that the trademark rights can be reached after conducting the registration that has power. The constitutive system to acquire the trademark depends on its registration. A trademark registration in Indonesia is carried out by applying registration at the Directorate General of Intellectual Property Rights Ministry of Law and Human Rights, further step is by granting the trademark certificate. Especially with regard to the trademark certificate is a consequence of the constitutive registration system. A person can only prove that the trademark is already registered with the trademark certificate as well as proof of ownership. While the announcement, it is made by including the official news trademark. According to H. OK. Sadikin¹² regarding the announcement of a trademark registration is very important as the application of the publicity principle. If a brand is not

registered and not published, so it is not born what is called as the existence right, the brand has never been considered untenable to anyone, not born principle of droit de suite, there is no preference right and so forth. Therefore, the transfer of the brand to a third party must also be registered so that the nature of the product rights arising. Legal protection of the brand will only take place if the trademark is registered. Thus the registration is an absolute condition for the trademark right. Without the registration then there is no rights to the trademark, and there is also no legal protection on the target trademark. By registering the trademark against a person or legal entity who registered, then the brand has specific rights or so-called "exclusive rights" as defined in Article 3 by Law 15 of 2001 on the brand, that is the exclusive rights granted by the state to the trademark owners. In general, exclusive rights can be defined as "the right to provide legal protection to the owner of the trademark, and is the only owner that has the right to wear and use it as well as prohibiting anyone from owning and using the trademark." Thus, the exclusive rights contains two things, firstly to use its own trademark, secondly, members of other parties permission to use the trademark. In connection with the provisions of article 3 of Law Number 15 of which states that the rights to the trademark is specifically granted by the State to the owner of the registered mark, then Article 7 determines that the registered mark obtains the legal protection for a period of 10 (ten) years and it is applicable since it obtains its trademark right, it gives a signal that there is no obligation for a person or a legal entity to register a trademark owned but

if they want to get the trademark protection from law, then the mark concerned must be registered first.

On Intellectual Property Rights, there are the two special privileges or known as exclusive right, those are the economy right (economy right) and moral rights (moral right) in addition to their social function¹³ Economic rights are the right to obtain an advantage over intellectual property. Rights in the form of profits earned some money for using the license by other parties. This is because the intellectual property rights can be the object of trade in the business world. Economic rights may be transferred, while moral rights are the rights which protect private interests (reputation) of the creator or the inventor. The rights attached to the person of the creator or inventor of a personal nature, showing a characteristic associated with a good name, ability and integrity which are only owned by the creator or inventor and eternal which means attached to the creator or inventor for the whole of their life even after death. Intent social function in this case is that in addition to the intellectual property rights for the benefit of private owners as well as to the public interest. In connection with the trademark rights so the right that he owns is the economic rights, that is the right to obtain an economic benefit from the right to use their own or through the use of the trademark license as contained in the provisions of article 3 of Law Number 15 of 2001 on the brand. While social function means that the use of the trademark should not be contrary to the public order, religious morality, decency and its use is not only for the welfare of the owners but also for the welfare of general society.

The legal protection system based on the principle of first to file granted to the holder of the registered mark who has good purpose in preventive and repressive. Protection of preventive law is conducted through trademark registration and protection of repressive laws for violation of the brand through a civil action or criminal charges Within the Law of the Republic of Indonesia number 15 year 2001 regarding mark also has to accommodate the legal protection of the brand as repressive as setted in Chapter XI Settlement Part One lawsuit of Trademark dispute article 76 states:

- (1). The owner of a registered Mark may file a law suit against any other party that unlaw fully uses his Mark for goods and services which has similarity in its essential part or its entirety with his Mark, in the form of:
 - a. claim for compensation, and/or
 - b. the termination of all acts that are related with the use of the relevant Mark.
- (2). The lawsuit referred to in paragraph (1) shall be filed at the Commercial Court.

Regarding the other repressive protection which is regulated in Chapter XIV Settlement Part One lawsuit of Trademark Article 90 stated:

“Any person who deliberately and without right uses a Mark which is similar in its entirety to a registered Mark of another party for the same kind of goods and/or services produced and/or traded shall be sentenced to imprisonment for a maximum period of 5 (five) years and/or a fine of a maximum amount of Rp1.000.000.000.00 (one billion rupiahs).

Article 91 Laws No. 15 year 2001 regarding Marks stated:

“Any person who deliberately and without right uses a Mark which is similar in its essential part to a registered Mark of another party for the same kind of goods and/or services produced and/or traded shall be sentenced to imprisonment for

a maximum period of 4 (four) years and a fine of a maximum amount of Rp800,000,000.00 (eight hundred million rupiahs).

Related to this violation, is also stated in Article 94 Laws No. 15 year 2001 regarding Marks:

“Any person who trades goods and/or services that are known or shall be known that the goods and/or services resulted from the infringement as referred to in Article 90, Article 91, Article 92, and Article 93 shall be sentenced to imprisonment for a maximum period of 1 (one) year and a fine of a maximum amount of Rp200,000,000.00 (two hundred million rupiahs).

Under the provisions of the articles mentioned above, the registered mark owners obtains the protection for violations of the trademark rights, both in tort and criminal. The owner of a registered trademark shall have the right to apply for the cancellation of the trademark registration of other people who do not rights.

In Lumajang, there are 33 centers of batik craftsmen that spread across 14 Districts by local governments Lumajang, it was named as the hometown of batik Lumajang, when the research team conducted a community service for 33 centers of batik Lumajang as much as 29 batik centers have not registered their trademarks to Directorate General of Intellectual Property Rights so that the research team provides legal counseling on the importance of trademark registration for Lumajang batik as a legal protection. There are three (3) speakers who presented at the event, The material is the Legal Education from the three speakers that took different topics, those are:

1. Legal Education Material was from the Department of Trade and Industry Lumajang given by the Head of Department of

Trade and Industry Lumajang Drs. Agus Eko Suprayitno, MP regarding the policy of Local Government in the District Lumajang One The Sentra Batik;

- 2. Legal Education material was from the Office of Integrated Services Joko Sulistyono, S.Pi regarding the Licensing Service in the Office of Integrated Services;**
- 3. Legal Education material by the Chairman of the Executive Team IBM University Ratnaningsih Lumajang, SH, M.H regarding the Law Protection of Trademarks**

The purpose of this legal counseling is to provide motivation and awareness for Lumajang batik craftsmen in order to fulfill the legality operations by the time of registering its trademark in order to obtain the legal protection by providing socialization related functionality, usefulness and urgency of the submission for the development of batik Lumajang.

Conclusion

Trademark is a symbol or image of a goods and services that are beneficial for both producers and consumers. The concept of brand protection in Indonesia, is adopting a first constitutive or registrants (first to file principle), then the legally protected trademark is a registered trademark. The legal protection system based on the principle of first to file granted to the holder of the registered mark who has good purpose which is preventive and repressive. Preventive legal protection is conducted through trademark registration, and legal protection for violation repressive brand through civil lawsuits or criminal prosecution, in other words to get a legal protection the trademark should be registered first. An absolute

requirement of the registered trademark is if it has a "distinguishing feature". On intellectual property rights attached the name "exclusive Rights" and the trademark "right of Economics" for their owners to use their trademark or licensed to other parties which would have economic benefits. Trademarks also has a social function so that the use of trademarks should not be contrary to the public order, religious morality, decency and its use is not only for the welfare of the owners but also for the welfare of society in general.

Footnote:

¹ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta, UI Press, 2010, h.8

² Bambang Soegono, *Metodologi Penelitian Hukum*, Jakarta, PT Raja Grafindo Persada, 2004, h.73

³ Abdulkadir Muhammad, *Kajian Hukum Ekonomi Hak Kekayaan Intelektual*, Bandung, PT Citra Aditya Bakti, 2001, h.120

⁴ Darmadi Durianto, Sugiarto dan Tony Sitinjak, *Strategi Menaklukkan Pasar Melalui Riset Ekuitas Perilaku Merek*, Jakarta, Gramedia Utama Pustaka, 2001, h. 2

⁵ Insan Budi Maulana, *Sukses Bisnis Melalui Merek, Paten dan Hak Cipta*, Bandung, Citra Aditya Bakti, 1997, h.97

⁶ Rahmadi Usman, *Hukum Hak Kekayaan Intelektual Perlindungan dan Dimensi Hukumnya di Indonesia*, Bandung, PT Alumni, 2003, h.9

⁷ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perusahaan Indonesia*, Bandung, Citra Aditya Bhakti, 2001, h.331

-
- ⁸ H.OK. Sadikin, *Aspek Hukum Intelektual* , Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada., 2002,h.457
- ⁹ Soetjipto Rahardjo, *Permasalahan Hukum di Indonesia*, Bandung ,Alumni, 1983, h.121
- ¹⁰ Arief Sidharta, *Hukum dan Logika*, , Bandung, Alumni, 2006, h.85
- ¹¹ Fernando M Manulang, *Menggapai Hukum Berkeadilan, Tinjauan Hukum Kodrat dan Antinomy Nilai*, Kompas, Jakarta, 2007, h. 95
- ¹² H.OK. Sadikin, op.cit. h473
- ¹³ Abdulkadir Muhammad 1, opcit. H 19