

# مجلة الدراسات حول فعالية القاعدة القانونية

مجلة سداسية متخصصة محكمة

المجلد 02، عدد 2018-01

الناشر:

مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية

جامعة عبد الرحمن ميرة بجایة

قطب ابوداود طريق تيشي بجایة

البريد الإلكتروني: [revue.larenj@gmail.com](mailto:revue.larenj@gmail.com)

الهاتف / فاكس: 034 / 81/68/34

ردم د: 2602-7380

الإيداع القانوني: ديسمبر 2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

**مجلة الدراسات حول فلية القاعدة القانونية**  
**مجلة سداسية تصدر عن مخبر البحث حول فلية القاعدة القانونية**  
**جامعة عبد الرحمن ميرة بجایة**

**هيئة التحرير**

مدير النشر: الأستاذ الدكتور خلفي عبد الرحمن، مدير مخبر البحث حول فلية القاعدة القانونية، جامعة بجایة.  
رئيس التحرير: الدكتور صايش عبد المالك، أستاذ محاضر <sup>أ</sup>، جامعة بجایة.  
مساعد رئيس التحرير: الدكتور معزيز عبد السلام، أستاذ محاضر <sup>أ</sup>، جامعة بجایة.

**المراجعة اللغوية**

- عوف السعدي
- بن هلال ندير
- أسياخ سمير

**اللجنة العلمية الاستشارية للمجلة**

- الأستاذ الدكتور زوايميه رشيد، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجایة.
- الأستاذ الدكتور صدام فيصل كوكز المحمدي، جامعة الأنبار، العراق.
- الأستاذ الدكتور عمران أحمد، جامعة جندوبة، تونس.
- الأستاذ الدكتور محمد حسن القاسمي- جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- الأستاذ الدكتور خوري عمر- جامعة صقاريا تركيا.
- الأستاذ الدكتور فليب ديلباك، جامعة السربون، باريس 1 فرنسا.
- الأستاذ الدكتور بودريوه عبد الكريم، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجایة.
- الأستاذ الدكتور أيت منصور كمال، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجایة.
- الأستاذة الدكتورة إرزيل الكاهنة، جامعة مولو عماري، تizi وزو.
- الأستاذ الدكتور أحمد محمود المساعدة، جامعة المجمعية، المملكة العربية السعودية.
- الأستاذ الدكتور حسن زرداني، جامعة القاضي عياض مراكش، المغرب.
- الأستاذ الدكتور خلفي عبد الرحمن، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجایة.
- الدكتور صايش عبد المالك، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجایة.
- الدكتور عيساوي عزالدين، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجایة.
- الدكتور عمراني مراد، جامعة باجي مختار، عنابة.
- الدكتور عسالي عبد الكريم، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجایة.
- الدكتور سعدي حيدرة، جامعة العربي التبسي، تبسة، الجزائر.
- الدكتور قبابلي طيب، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجایة.
- الدكتور عمر بن سعيد، المركز الجامعي ببريكه، الجزائر.
- الدكتور اليزيد علي، جامعة العربي بن مهدي، أم البواقي.
- الدكتور غازي فروق، جامعة باجي مختار، عنابة.
- الدكتور بري نور الدين، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجایة.
- الدكتور طباش عز الدين، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجایة.
- الدكتور معيفي لعزيز، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجایة.
- الدكتور معزيز عبد السلام، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجایة.
- الدكتورة بليمان يمينة، جامعة قسنطينة 02.
- الدكتور موكه عبد الكريم، جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل.
- الدكتورة حاج حجاج مليكة، جامعة زيان عاشور الجلفة.

**مجلة الدراسات حول فعالية القاعدة القانونية**  
مجلة سداسية تصدر عن مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية  
جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية

## **مقاييس النشر**

يمكن المشاركة بمقالات باللغات الثلاث (العربية، الفرنسية، الانجليزية) مع وجوب إرفاق عنوان المقال، الملخص، والكلمات الدالة باللغات الثلاث.

تُعرض المقالات على لجنة التحرير بغرض المعاينة التقنية للنظر في مدى مطابقتها لمعايير النشر، ثم تعرض للتحكيم على مكونين على الأقل من أعضاء اللجنة العلمية للمجلة.  
ويلتزم الباحث بمراعاة المقاييس التالية:

المعلومات الخاصة بأصحاب المقالات: يذكر صاحب المقال الاسم واللقب والرتبة العلمية أو مؤهلاته المهنية يكتبهما باللغة العربية والفرنسية، مع وجوب إفادتنا به: سيرة ذاتية مؤشر عليها من طرف الهيئة المستخدمة، أو شهادة عمل مصورة بالنسبة للأستاذة وشهادة مدرسية مصورة بالنسبة للطلبة.

الهوامش: يكون ترقيم الهوامش متسلسلا من بداية المقال إلى نهايته وتدون في نهاية المقال مع باستعمال الإدخال الآلتماتيكي (Insertion Automatique).

المراجع: تُذكر المراجع في الهوامش حسب الطرق المعتادة وعلى النحو التالي:

- الكتب: المؤلف، العنوان، دار النشر، السنة، الصفة (ص).

- المقالات: المؤلف، العنوان، المجلة، المجلد، العدد، السنة، الصفة (ص).

- أشغال الملتقى: إسم و لقب الباحث، عنوان المداخلة، التعريف بالملتقى، المكان، التاريخ، الصفة.

المظهر: يجب ألا يتجاوز المقال 20 صفحة.

طبع المقالات بخط Sakkal Majalla حجم 20 للمضمون و 16 بالنسبة للهوامش بالنسبة للعربية،  
بخط Times New Roman حجم 14 للمضمون و 12 للهوامش بالنسبة لغة الأجنبية، الفراغ بين الأسطر 1 سم (Interligne).

ترسل المقالات أو تودع في نسختين ورقتين مصحوبة بنسخة محفوظة في قرص من (CD) إلى العنوان التالي مكتب تحرير المجلة الأكademie للبحث القانوني لكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمن ميرة، قطب ابودا او طريق تيشي بجاية، او عن طريق البريد الالكتروني إلى العنوان التالي:

البريد الإلكتروني: [revue.larenj@gmail.com](mailto:revue.larenj@gmail.com)

الهاتف/فاك: 034 / 81 / 68 / 34

**يتحمل أصحاب المقالات مسؤولية الآراء المعبّر عنها في مقالاتهم**

## **كلمة رئيس التحرير**

بعد صدور العدد الأول من مجلة الدراسات حول فعالية القاعدة القانونية في ديسمبر 2017، بمجموعة من المقالات القيمة في مواضيع مختلفة، يأتي العدد الثاني تكريسا لاستمرارية المجلة وتحقيقا لأهدافها العلمية.

وكسابقه يحمل هذا العدد مقالات علمية تتناول مجالات متعددة أغلبها تنصب على مواضيع الساعة، على غرار موضوع اللجوء الذي لا ينفك أن يكون محور الناقاشات على طاولات المختصين والباحثين، وكذلك ما حدث من تحول في النظام السياسي الجزائري في مجال الرقابة على دستورية القوانين وفيه موضوع الانتخابات التي عدل قانونها ووضعت هيئة جديدة لضمان شفافيتها، فضلا عن ذلك تناولت أعمالا أخرى مثل المنازعات النقابية أمام المجلس الأوروبي، وبعض الدراسات شملت القانون الخاص فتناولت عنصر الثمن في عقود التجارة الدولية، وغل يد الدين كأثر لحكم الإفلاس، وأحكام اليتيم في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، ثم جمع قاضي الأحداث بين وضيفتي التحقيق والحكم.

وهي كلها دراسات متعددة وقيمة تعالج موضوعات قانونية جديرة بالدراسة والبحث.

رئيس التحرير المجلة  
الدكتور صايش عبدالمالك

# **الفهرس**

صايش عبد المالك

الأحكام العامة للانتخابات في إطار القانون العضوي 10/16.....07

معيفي لعزيز

الضمادات الدستورية والقانونية لاستقلالية للمجلس الدستوري.....24

موكه عبد الكريم

المقاربة القانونية لعنصر الثمن في عقود التجارة الدولية.....40

اليازيد علي

مستقبل نظام حماية اللاجئين في ظل القانون الدولي للاجئين .....56

دحية عبد اللطيف، قزران مصطفى

التمييز العنصري ضد المسلمين في الولايات المتحدة الأمريكية بعد أحداث 11 سبتمبر 2001.....75

عمراني مراد

غل يد المدين كأحد الآثار المالية لحكم شهر الإفلاس .....97

عنان جمال الدين

مدى قانونية جمع قاضي الأحداث بين وظيفتي التحقيق والحكم (دراسة مقارنة في التشريع الفرنسي

والتشريعات المغاربية) .....116

نوار شهرزاد

مدى حرية دولة الملجأ في استقبال اللاجئين .....146

غازي فاروق

المنازعات ذات الطابع النقابي أمام المجلس الأوروبي .....159

كرمي ريمة

أحكام اليتيم في الشريعة الإسلامية وكفالته وفقاً للقانون الجزائري .....170

عراش نور الدين

الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات: أي فعالية في تحقیق النزاهة في العملية الانتخابية؟ .....181

## \*الأحكام العامة للانتخابات في إطار القانون العضوي 10/16\*

صايش عبد المالك<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> أستاذ محاضر "ا.", كلية الحقوق والعلوم السياسية، عضو مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة بجاية، بجاية، الجزائر.

### الملخص:

لقد كانت الانتخابات أحد المحاور الرئيسية التي اهتم بها المشرع الجزائري، فيظهر ذلك من خلال مختلف القوانين التي صاغها لتأطير العملية الانتخابية ولترقيتها أيضا، حتى يتحقق بذلك مزيدا من الشفافية ويعطّلها مصداقية أكثر وفعالية أكبر في ترسّيخ معايير الديمقراطية، وبناء دولة تحترم فيها الإرادة الشعبية في اختيار ممثليها، وهذا الذي حاول المشرع الوصول إليه من خلال القانون الأخير المتعلّق بالانتخابات وهو القانون العضوي رقم 16/10 الذي ستنظر إلى أهم أحكامه من خلال هذه الدراسة.

### الكلمات المفتاحية:

الانتخابات، القانون العضوي، القوائم الانتخابية، نتائج الانتخابات.

\* تاريخ إرسال المقال 01/04/2018، تاريخ مراجعة المقال 06/05/2018، تاريخ نشر المقال 31/07/2018

## The general provisions of elections in organic law 16/10

### **Summary:**

Since the independence, the Algerian legislature has given big importance to the elections, through the various laws and amendments set up to improve and frame the electoral process, in order to achieve greater transparency and credibility, and to ensure greater transparency. Effectiveness in the consolidation of democratic practice in the country, these objectives and others have been addressed in Organic Law 16/10 relating to the electoral system, which we will address its general provisions in this work.

### **Keywords:**

Elections, organic law, elector lists, election results.

## Dispositions générales des élections dans la loi organique 16/10

### **Resumé :**

Depuis l'indépendance, le législateur algérien a accordé une grande importance aux élections, et ce à travers les différents textes et amendements apportés pour mieux encadrer ce processus, afin de parvenir à plus de transparence et de crédibilité et d'assurer plus d'efficacité dans la consolidation de la pratique démocratique dans le pays. Tels étaient les objectifs du législateur à travers la loi organique 16/10 relative au régime électoral, que nous essayerons de démontrer à travers ce travail.

### **Mots clés :**

élections, loi organique, listes électorales, les résultats des élections.

## مقدمة

تعتبر الانتخابات أحد ركائز الديمقراطية، بل فاعلا محوريا في ترسيخها، بحيث يتم بواسطتها اختيار الأشخاص الذين سيهد لهم اتخاذ القرارات ورسم السياسة العامة في الدولة، كما تعتبر المعيار المحدد لشرعية ومشروعية السلطة القائمة وعددهما، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهي وسيلة لتمكين المواطنين من ممارسة حقهم في تسيير الشؤون العامة باختيار ممثلين ينوبون عنهم بما يحقق شفافية أوسع في التسيير ومصداقية أكبر في اتخاذ القرارات.

على ذلك أولى المشرع الجزائري أهمية بالغة – بل يمكن القول استثنائية – للانتخابات نظرا للدور الفعال الذي تلعبه في تسيير شؤون البلاد، ويتجلّى ذلك من خلال مجموعة القوانين التي جسّدتها بداية بالمرسوم رقم 265/63<sup>1</sup> مرورا بالقانون رقم 08/80<sup>2</sup>، ثم القانون 13/89<sup>3</sup>، وبعده القانون العضوي 07/97<sup>4</sup> الذي ألغى بالقانون العضوي 01/12<sup>5</sup>، وهذا الأخير عدل بموجب القانون رقم 10/16<sup>6</sup>.

إن المتبع للمسار الانتخابي في الجزائر يجد أن النظام الضابط للعملية الانتخابية قد شملها تعديلات عديدة، وعلى أساس غزارة هذه التعديلات يثور الأشكال حول مضمون التعديل الأخير، والذي جاء به القانون العضوي 10/16 من جديد وما جدوى هذه التعديلات وأثرها على استقرار النظام الانتخابي بما يضمن بناء مؤسسات قوية وفعالة في أداء مهامها على غرار ما هو موجود في النظم الانتخابية المقارنة والديمقراطيات العربية.

<sup>1</sup> Décret n° 63-306 du 20 Aout 1963 portant code electoral, JORADP n° 58 du 20 aout 1963, NB texte en arabe inexistant au [www.joradp.dz](http://www.joradp.dz).

<sup>2</sup> القانون 08/80 الصادر في 25 أكتوبر 1980 المتضمن قانون الانتخابات، ج ر ج عدد 44، الصادر في 28 أكتوبر 1980.

<sup>3</sup> القانون 13/89 الصادر في 5 أوت 1989، المتضمن قانون الانتخابات، ج ر ج عدد 32، الصادر في 7 أوت 1989.

<sup>4</sup> الأمر 07/97 المؤرخ في 6 مارس 1997، والمتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، ج ر ج عدد 12، الصادر في 7 مارس 1997.

<sup>5</sup> القانون العضوي رقم 01/12 مؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بنظام الانتخابات، ج ر ج عدد 01، الصادر في 14 جانفي 2012.

<sup>6</sup> القانون العضوي رقم 10/16 مؤرخ في 25 أوت 2016، المتعلق بنظام الانتخابات، ج ر ج عدد 50، الصادر في 28 أوت 2016.

## المبحث الأول: الأحكام العامة للانتخابات في التشريع الجزائري

لا يختلف المشرع الجزائري عن الأنظمة الكبرى في تحديد كثير من الأحكام المتعلقة بالانتخابات ولذلك فهو يعتبر الانتخابات بحسب المادة 2 من قانون الانتخابات 16/10 يكون عاماً مباشراً وسري إلا فيما يتعلق بما تقره الفقرة الثانية من المادة 118 من الدستور<sup>1</sup>، غير أنه مراعاة لخصوصية النظام السياسي الجزائري فإن الكثير من الأحكام يطغى عليها طابع التشريع الجزائري سواء ما تعلق منها بكيفية تنظيم العمليات السابقة للاقتراع أي ما يتعلق بالقوائم الانتخابية أو تلك التي تخص الإدلاء بالأصوات.

### المطلب الأول: الإجراءات الممهدة للعمليات الانتخابية

تبتدأ الإجراءات الأولية للانتخابات باستدعاء الهيئة الانتخابية عن طريق مرسوم رئاسي في غضون ثلاثة أشهر من اليوم المحدد ل نهاية العهددة الانتخابية<sup>2</sup>، وبذلك يتم افتتاح القوائم الانتخابية والتي هي مجموعة من السجلات التي يتم فيها جرد أسماء الأشخاص الذين يخول لهم القانون الحق في التعبير عن آرائهم في العمليات الانتخابية، وذلك بعد أن يتم توزيعهم على البلديات التي يقيمون فيها، وكذلك المراكز والمكاتب الانتخابية التي سيصوتون فيها، وأن هذه القوائم تكون بصفة الازمية محلاً للتنقح وفقاً للتغيرات التي تطرأ على التركيبة السكانية للبلدية، فان التسجيل فيها أو الشطب منها يكون وفق الشروط المحددة قانوناً.

### الفرع الأول: إجراءات تنقح القوائم الانتخابية

تماشياً مع التغيرات التي تطرأ على التركيبة السكانية للدولة من زيادات ووفيات، وكذلك ومع تغيير الإقامة ومختلف الظروف التي قد تزيد من عدد الناخبين أو تنقص منه، فإنه يتم مراجعة قائمة الناخبين بصفة دورية كل سنة في ثلثها الأخير وكذلك بصفة استثنائية مع كل موعد انتخابي، في مدة يحددها مرسوم استدعاء الهيئة الانتخابية (م 14)، ويكون ذلك من خلال لجنة محددة قانوناً والتي يكون عملها قابلاً للطعن في الآجال المحددة.

<sup>1</sup> عكس جميع أنواع الانتخابات كرس المؤسس الدستوري الانتخاب على درجتين (الانتخاب غير المباشر) عند اختيار أعضاء مجلس الأمة، انظر القانون رقم 16/10 مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ١٤، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.

<sup>2</sup> انظر المادة 25 القانون العضوي رقم 16/10، مرجع سابق.

## أولاً: اللجنة المكلفة بمراجعة قوائم الناخبين

إن الملاحظة الأولى التي يمكن نبديها هي أن المشرع جعل هذه العملية تحت اشراف مشترك بين السلطاتين القضائية والتنفيذية بحسب مقتضيات المادة 15<sup>1</sup>، بحيث تتشكل هذه اللجنة من قاض يعينه رئيس المجلس القضائي المختص إقليميا كممثل للسلطة القضائية يترأس هذه اللجنة، وتمثل السلطة التنفيذية في شخصي رئيس المجلس الشعبي البلدي والأمين العام للبلدية، إضافة إلى ناخبين يعينهما رئيس اللجنة، وتجتمع هذه اللجنة في مقر المجلس الشعبي البلدي باستدعاء من رئيسها.

وبالنسبة للناخبين المقيمين خارج القطر الوطني تناط مهمة تنقية قوائم الناخبين إلى لجنة يترأسها رئيس الممثلية الدبلوماسية أو رئيس المركز القنصلي، ونخبان يعينهما رئيس اللجنة إضافة إلى كاتب من موظفي القنصلية (م16). ولكي يكون المواطنون على علم بتنقية القوائم، فان رئيس المجلس الشعبي البلدي ملزم بتعليق إشعار بفتح وغلق القوائم، كما يحق لهم الاطلاع على القوائم التي تعنيهم والحصول على نسخة منها ونفس الحق يثبت لمثلي الأحزاب والمترشحين الأحرار، الأمر الذي يمكنهم من تقديم الاعتراضات بشأن هذه العملية.

## ثانياً: تقديم الاعتراضات

على أساس مختلف النقائص التي قد تشوب قوائم الناخبين، فان لكل مواطن أن يقدم تظلما أمام رئيس اللجنة إذا أغفل تسجيله (م19) أو في حالة إغفال أي شخص آخر أو إذا لم يتم شطب أحد الأسماء، وهذا في أجل 10 أيام من اختتام عملية التنقية في الحالات العادية، أما في حالة التنقية الاستثنائي تخضع هذه المدة إلى 5 أيام، وتحال هذه التنظيمات إلى اللجنة التي تبت فيها في أجل 3 أيام ويكون قرارها قابلا للطعن أمام القضاء في أجل 8 أيام، لكن حكم المحكمة في هذا الشأن يكون غير قابل للطعن بحسب الفقرة 4 من المادة 21. لتكون بذلك القوائم نهائية فيتم إيداع نسخة

<sup>1</sup> يمكن أن تطرح في هذا الإطار أشكالية تسييس القضاء، على أساس أن للقاضي دور جد حساس يقتضي منه أن يكون على درجة عالية من الحياد، وأن لا يتم ربطه بمهام ذات طابع اداري وذا علاقة وثيقة بال المجال السياسي، مما قد يجعل هذه المادة تتعارض مع أحكام المادة 156 من الدستور التي تنص على أن "السلطة القضائية مستقلة، وتمارس في إطار القانون"، ومما يؤدي إلى الالخلال بمبدأ الاستقلال الوظيفي للقاضي، انظر قوراري مجذوب، مبدأ استقلالية السلطة القضائية في الدول المغاربية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد 15، جوان 2016، ص 302.

منها بالأمانة الدائمة للجنة الإدارية الانتخابية، ونسختين لدى كل من مقر الولاية وكتابة الضبط لدى المحكمة.

### الفرع الثاني: شروط التسجيل في قوائم الناخبين

لقد ميز المشرع الجزائري عبئاً بين شروط الناخب وشروط التسجيل في القوائم الانتخابية، فخصص لكل منها شروط خاصة، على الرغم من أنه جعل التسجيل في القوائم شرطاً من شروط الناخب وذلك من خلال المواد 3 إلى 5، وعليه سنحدد هذه الشروط فيما يلي:

- الجنسية الجزائرية.
- بلوغ سن 18 سنة كاملة يوم الاقتراع.
- التمتع بالحقوق المدنية والسياسية.
- الأهلية.
- التسجيل في القوائم الانتخابية.
- ألا يكون قد سلك سلوكاً أثناء الثورة التحريرية مضاداً لصالح الوطن.
- ألا يكون قد حكم عليه بجنائية ولم يرد اعتباره.
- ألا يكون قد حكم عليه بالحبس في الجنح التي يحرم بموجتها من ممارسة حقه في الانتخاب والترشح وفقاً للمواد 9 مكرر 1 و 14 من قانون العقوبات.<sup>1</sup>
- ألا يكون أشهر إفلاسه ولم يتم رد اعتباره.
- ألا يكون محجوراً أو محجوزاً عليه.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> تشرح المادة 9 مكرر 1 على أن الحرمان من ممارسة الحق في الانتخاب أو الترشح يدخل ضمن إطار الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية التي أشارت لها المادة 9 على أنها تدخل ضمن إطار العقوبات التكميلية، فيما تنص المادة 14 على أن "يجوز للمحكمة عند قضائها في جنحة، وفي الحالات التي حددتها القانون، أن تحظر على المحكوم عليه ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوطنية المذكورة في المادة 9 مكرر 1، وذلك لمدة لا تزيد عن خمسة (5) سنوات. وتسري هذه العقوبة من يوم انقضاء العقوبة السالبة للحرية أو الإفراج عن المحكوم عليه". انظر الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعديل بموجب القانون 06/23 المؤرخ في 20 سبتمبر 2006، ج ر عدد 84 مؤرخ في 24 ديسمبر 2006.

<sup>2</sup> إن هذه الشروط قد تبدو مبالغ فيها ومع ذلك فإن بعض الأنظمة تربط صفة الناخب بشروط أخرى على غرار القانون التونسي الذي يمنع العسكريين من المشاركة في الانتخابات، انظر الفصل 6 من القانون الأساسي عدد 16 المؤرخ في 26 ماي 2014، يتعلق بالانتخابات، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 42، الصادر في 27 ماي 2014.

ويضاف إلى كل ما سبق أن الناخب يستوجب عليه حيازة بطاقة الناخب التي تسلم له بطريقة آلية بمجرد تسجيله في القائمة الانتخابية، غير أنها عملياً غير ضرورية لأداء الواجب الانتخابي بل يكفي فقط مجرد التأكد من ورود اسم المعنى في هذه القائمة وجبله لبطاقة الهوية.

### **المطلب الثاني: سير العملية الانتخابية**

تبتدأ في العادة العملية الانتخابية باستدعاء الهيئة الانتخابية 3 أشهر قبل ميعاد الانتخابات (م 25) حيث يتم بموجهاً فتح القوائم الانتخابية، وكذلك ايداع استمرارات الترشيحات للراغبين في ذلك، غير أن هذه الأخيرة تختلف أحکامها باختلاف نوع الانتخاب، أما الإجراءات الأولية للاقتراع، التصويت والفرز فتشترك أحکامها.

#### **الفرع الأول: الإجراءات الأولية للاقتراع**

تجري الانتخابات في نطاق يصطلاح المشرع على تسميته بالدوائر الانتخابية، هذه الاختير تختلف باختلاف نوع الانتخابات، بحيث يمكن أن تتشكل الدائرة الانتخابية من شطر بلدية أو من بلدية واحدة أو من عدة بلديات (م 26)، وتجرى الانتخابات في الدائرة الانتخابية التي يوزع عليها الناخبون بقرار من الوالي في شكل مكاتب للتصويت والتي تدرج في مركز التصويت في حال ما إذا كان هناك أكثر من مكتب في نفس المكان.

في هذه الحالة يترأس هذا المركز رئيس يسهر على تنظيم سير العملية الانتخابية، بينما يتشكل المكتب من رئيس، نائب رئيس، كاتب ومساعدين، وجميعهم يتم تسخيرهم من طرف الوالي من بين ناخبي البلدية، ماعدا المرشحون وأبنائهم وأوليائهم والمنتسبين إلى حزبهم وكذا أقاربهم إلى الدرجة الرابعة وأصهارهم<sup>1</sup>، يسهر هؤلاء على حسن آداء العملية الانتخابية وتوجيه الناخبين، كما يقومون أيضاً بعملية الفرز، مع العلم أن قائمة هؤلاء المسخرين تكون قابلة للطعن في أجل 5 أيام من تعليقها في مقرات البلدية، الدائرة والولاية.

<sup>1</sup> جعل المشرع من هذه الفئات استثناء لضمان نزاهة العملية الانتخابية وعدم التأثير عليها من قبل أقارب المرشحين إذا كانوا من المسخرين لتشكيل المكاتب، غير أن ذلك ليس كافياً على أساس أن التوجهات الحزبية قد تؤثر على العملية الانتخابية أكثر من القرابة العائلية، على ذلك كان من الأجدر أن يشير المشرع إلى ذلك وأن يمنع المنتسبين إلى الأحزاب السياسية من التواجد في نشكيلة مكاتب الاقتراع.

## الفرع الثاني: سير عملية الاقتراع

كمبدأ عام يدوم الانتخاب يوماً كاملاً غير أنه يمكن أن يدوم أكثر من ذلك في بعض البلديات التي يتعدر فيها إجراء الاقتراع في نفس اليوم بسبب بعد المكاتب وتشتت السكان أو لأسباب استثنائية، وفي هذه الحالة وبطلب من الولاة يمكن لوزير الداخلية تقديم افتتاح مكاتب الاقتراع بـ 72 ساعة أي بثلاثة أيام، كما يبدأ الاقتراع في مكاتب التصويت التي تقع في الخارج بـ 120 ساعة (5 أيام) قبل اليوم المحدد للانتخاب (م 33)<sup>1</sup>، والتصويت يكون شخصي وسري غير أنه يمكن أن يكون بالوكالة بالنسبة للأشخاص الذين حددتهم القانون في 53 وهم:

- المرضى الموجودون بالمستشفيات و/أو الذين يعالجون بمنزلهم.
  - ذو العطب الكبير أو العجزة.
  - العمال الذين يمارسون خارج ولاية اقامتهم أو الذين هم في تنقل أو الملزمون أماكن عملهم يوم الاقتراع.
  - الطلبة الجامعيون والطلبة في طور التكوين الذين يدرسون خارج ولاية اقامتهم.
  - المواطنين الموجودون مؤقتاً في الخارج.
  - أفراد الجيش الوطني الشعبي، والأمن الوطني والحماية المدنية، مستخدمو الجمارك الوطنية ومصالح السجون والحرس البلدي الذين يلزمون أماكن عملهم يوم الاقتراع.
- وتمكن الوكالة لوكيل واحد، والذي لا يمكن أن يحوز إلا وكالة واحدة من خلال عقد محرر أمام رئيس اللجنة الإدارية الانتخابية أو أمام مدير المستشفى، أو قائد الوحدة أو مدير المؤسسة أو أمام المصالح القنصلية حسب الحالة، أما العجزة والمرضى الذين لا يستطيعون مغادرة منازلهم فينتقل أمين اللجنة إليهم.

<sup>1</sup> تثير هذه المادة بدورها إشكالاً حقيقياً فيما يتعلق بنزاهة العملية الانتخابية، وذلك بسبب انعدام غالبية الضمانات التي وضعها المشرع لنزاهة سير العملية الانتخابية وعلنية الفرز، خصوصاً بالنسبة للمكاتب المتنقلة، حيث يظل أعضاء المكتب متنقلين في البيادي لمدة ثلاثة أيام بحثاً عن الناخبين، ثم تملء الصناديق دون معرفة هل حقاً هي أصوات الناخبين أم لا، والأجدر أن يلغى المشرع كلية هذه المكاتب مادام الانتخاب حق، فمن أراد أن يعبر عن رأيه عليه أن ينتقل إلى مكاتب التصويت ومن أراد أن يتمتنع فله ذلك.

ويبتبدأ الاقتراع على الساعة الثامنة وب مجرد افتتاح المكاتب يشرع أعضائه باستقبال الناخبين، الذين يلزمهم القانون بالادلاء بأرائهم في معزل ضماناً لسرية الانتخاب ثم يصوتون في صناديق شفافة تعزيزاً لشفافية الانتخاب<sup>1</sup>.

### **المطلب الثالث: إعلان نتائج الانتخابات**

يبدأ الفرز فور نهاية الاقتراع ويتواصل دون انقطاع إلى غاية نهايته تماماً ويكون ذلك عليه في مكاتب التصويت، ويقوم به فارزین يعينون من طرف أعضاء المكتب وبحضور ممثلي المرشحين من الناخبين المسجلين في المكتب (49)، وعند نهاية عملية الفرز يقوم الفارزون بتسلیم أوراق عدد النقاط لرئيس المكتب، وتحفظ الأوراق المعبّر عنها في أكياس مشموعة ومعرفة إلى غاية انتهاء آجال الطعن والإعلان النهائي عن نتائج الانتخابات، وفي نفس الوقت يحرر في كل مكتب محضر من ثلاثة نسخ يوقعها أعضاء المكتب، تعلق أحدها في مكتب التصويت، وتودع نسخة لدى رئيس اللجنة الانتخابية البلدية، ونسخة إلى الوالي أو رئيس المركز الدبلوماسي، وتسلم نسخة مصادق عليها لممثلي المرشحين، ولرئيس اللجنة البلدية لمراقبة الانتخابات أو ممثله (51)، وتتجدر الإشارة أن المشرع حدد في المادة 52 مجموعة من الأوراق التي لا يعودها من قبيل الأصوات المعbler عنها وبالتالي فهي ملغاً وهي:

- 1- الظرف المجرد من الورقة أو الورقة من دون ظرف.
- 2- عدّة أوراق في ظرف واحد.
- 3- الظرف والورقة التي تحمل أيّة ملاحظة أو الأوراق المشوّهة أو الممزقة.
- 4- الأوراق المشطوبة جزئياً أو كلياً إلا عندما تقتضي طريقة الاقتراع، هذا الشكل وفي الحدود المضبوطة حسب الإجراءات المنصوص عليها.
- 5- الأوراق أو الأظرف غير النظامية.

<sup>1</sup> المادتين 42 و 44 من القانون العضوي 16/10.

## المبحث الثاني: الأحكام الخاصة بمختلف أنواع الاستشارات الانتخابية

هناك خمسة استشارات انتخابية بعضها وطنية وهي الانتخابات الرئاسية والانتخابات التشريعية، وبعضها محلية تجدر بها المجالس البلدية والولائية، وكل نوع منها أحكام خاصة نظمها المشرع في القانون العضوي المتعلق بالانتخابات تكميلة لبعض الأحكام التي جاءت في الدستور.

### المطلب الأول: الانتخابات المحلية

تشمل الانتخابات المحلية تجديد أعضاء المجالس البلدية والولائية وكلاهما تشتريكان في مجموعة من الأحكام المحددة في المواد من 65 إلى 79 من قانون الانتخابات، حيث ينتخب أعضاء المجلسين بالاقتراع النسبي على القائمة في ثلاثة أشهر التي تسبق انقضاء المدة النيابية (م65)، وتوزع المقاعد بالتناسب مع عدد الأصوات التي حصلت عليها كل قائمة، حيث تأخذ كل واحدة منها عدد المقاعد بالتناسب مع عدد تكرار المعامل الانتخابي (عدد الأصوات على عدد المقاعد) وتطبق قاعدة الباقي الأكبر في حال عدم توزيعها كلها، ولكن لا يكون ذلك إلا بعد اقصاء القائمة التي لم تحصل على نسبة (7%) من الأصوات المعتبر عنها (م66)<sup>1</sup>، وإذا لم تحصل أي قائمة على هذه النسبة تقبل كل القوائم (م70)، ثم توزع المقاعد بحسب ترتيبها في القائمة، أما في حالة تساوي عدد الأصوات فان المقعد يكون من نصيب القائمة التي يكون معدل سنهما هو الأصغر (م68).

مع العلم ان الترشح يكون في قائمة يساوي عدد أعضائها لعدد المقاعد المطلوب شغلها وعدد من المستخلفين لا يقل عن ثلثين في المئة، من عدد المقاعد المطلوب شغلها، سواء كانت تحت رعاية حزب سياسي حصل في الانتخابات الأخيرة على 4% على الأقل من الأصوات المعتبر عنها أو على 10 منتخبين في المجالس المحلية للولاية المعنية، أما في حالة عدم توافر هذه الشروط في الحزب أو تقديم الترشح في قائمة حرة فان القائمة يجب ان تدعى بتوقيع 50 توقيعا من ناخبي الدائرة الانتخابية عن كل مقعد مطلوب شغله (م73).

تقديم تصريحات الترشح قبل 60 يوما من التاريخ المحدد للاقتراع (م74) ويمكن رفض الترشح بقرار معلن تعليلا قانونيا من الوالي في أجل 10 أيام من تاريخ الإيداع، ويكون القرار قابلا للطعن

<sup>1</sup> لقد وضع المشرع هذه النسب تفاديًا لعيوب قاعدة الباقي الأكبر التي تسمح للأحزاب المجهولة التي ليس لها قاعدة شعبية بالوصول إلى السلطة، وعوض ذلك كان بإمكانه أن يعوض هذه الطريقة في توزيع الباقي بأسلوب المعدل الأقوى، للمزيد راجع سعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ج 2، ط 10، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2009، ص ص 19-16.

أمام المحكمة الإدارية المختصة خلال 3 أيام من تاريخ التبليغ، لتفصل فيه في أجل 5 أيام (م 78)، أما عن شروط الترشح فقد تناولتها المادة 79 وهي كالتالي:

- ان يستوفي الشروط المنصوص عليها في المادة 3 من قانون الانتخابات.
  - ان يكون بالغا 23 سنة على الأقل يوم الاقتراع.<sup>1</sup>
  - ان يكون ذو جنسية جزائرية.
  - ان يثبت آدائه للخدمة الوطنية أو اعفائه منها
  - ان لا يكون محكوما عليه في الجنایات او الجنح المنصوص عليها في المادة 5 من قانون الانتخابات، ولم يرد اعتباره باستثناء الجنح غير العمدية.
- وفيمما عدا ذلك فان الأحكام تختلف بين انتخاب اعضاء المجلس البلدي واعضاء المجلس الولائي كما يلي :

#### **الفرع الأول: الأحكام المتعلقة بانتخاب اعضاء المجالس البلدية**

حددها القانون في المادتين 80 و 81، فيبين في المادة 80 كيفية تحديد عدد مقاعد كل بلدية تماشيا مع الكثافة السكانية حسب التفصيل التالي:

- 13 عضو في البلديات التي يقل عدد سكانها 10.000 نسمة.
  - 15 عضوا في البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 10.000 و 20.000 نسمة.
  - 19 عضوا في البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 20.001 و 50.000 نسمة.
  - 23 عضوا في البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 50.001 و 100.000 نسمة.
  - 33 عضوا في البلديات التي يتراوح عدد سكانها 100.001 و 200.000 نسمة.
  - 43 عضوا في البلديات التي يساوي عدد سكانها 200.001 نسمة او يفوقه.
- وبينت المادة 81 الفئات الفئات التي تمنع من الترشح للانتخابات البلدية وهم :

<sup>1</sup> بلوغ سن 18 سنة مبالغ فيه خصوصا بالنسبة للمجالس المحلية فكان يكفي اشتراط نفس سن الناخب أي 18 سنة، أسوة بالمشروع الفرنسي في المادة 228 من قانون الانتخابات أنظر:

الوالي، الوالي المنتدب، رئيس الدائرة، الأمين العام للولاية، المفتش العام للولاية، عضو المجلس التنفيذي للولاية ، القاضي، أفراد الجيش الوطني الشعبي، موظفو أسلاك الأمن، أمين خزينة البلدية، المراقب المالي للبلدية، الأمين العام للبلدية، مستخدما البلدية.

والملاحظ أن توزيع المقاعد يكون حسب الترتيب الوارد في القائمة مع تطبيق أحكام المادة 2 مطة 3 من القانون العضوي 12/03<sup>1</sup>، حيث اذا كانت البلدية موجودة في مقر الدائرة أو يزيد عدد سكانها عن 20 ألف نسمة تمنح 30% من المقاعد للنساء.

أما عن رئاسة المجلس البلدي فقد أصبحت تحكمه قواعد قانون البلدية<sup>2</sup>، في المادة 65، وهو يؤول الى متصدر القائمة التي حازت علىأغلبية أصوات الناخبين، وفي حالة تساوي الأصوات يعلن المرشح أو المرشحة الأصغر سنا رئيسا للبلدية.

#### الفرع الثاني: الأحكام المتعلقة بانتخاب أعضاء المجالس الولائية

بيّنت المادة 82 كيفية تحديد عدد مقاعد المجلس الولائي والذي يخضع أيضا لمعايير الكثافة السكانية وذلك حسب التفصيل التالي:

- 35 عضوا في الولايات التي يقل عدد سكانها عن 250.000 نسمة.
- 39 عضوا في الولايات التي يتراوح عدد سكانها بين 250.001 و 650.000 نسمة.
- 43 عضوا في الولايات التي يتراوح عدد سكانها بين 650.001 و 950.000 نسمة.
- 47 عضوا في الولايات التي يتراوح عدد سكانها بين 950.001 و 1.150.000 نسمة.
- 51 عضوا في الولايات التي يتراوح عدد سكانها بين 1.150.001 و 1.250.000 نسمة.
- 55 عضوا في الولايات التي يفوق عدد سكانها 1.250.000 نسمة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> القانون العضوي 12/03 مؤرخ في 12 يناير 2012، يحدد كيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، ج ر عدد 1، الصادر في 14 جانفي 2012.

<sup>2</sup> قانون رقم 10/11 مؤرخ في 22 يونيو سنة 2011 الذي يتضمن قانون البلدية، ج ر عدد 37 الصادر في 2 يوليو 2011.

<sup>3</sup> على الرغم من اعتماد المشرع الجزائري في تحديد المقاعد حسب معيار الكثافة السكانية، إلا أن هنالك جانب غير مفهوم في المنطق الذي اعتمدته المشرع فيما يتعلق بنسب تغير الكثافة السكانية وما يقابلها من المقاعد، كمثال على ذلك لماذا يزيد عدد المقاعد بأربعة في كل مرة بينما تزيد الكثافة السكانية بنسبة متناقصة من 400 ألف إلى 300 ألف إلى 200 ألف وأخيرا 100 ألف.

أما الممنوعون من الترشح للعضوية في المجلس الولائي فهم الفئات التالية: الوالي، الوالي المنتدب، رئيس الدائرة، الأمين العام للولاية، المفتش العام للولاية، عضو المجلس التنفيذي للولاية، القاضي، أفراد الجيش الوطني الشعبي، موظفو أسلاك الأمن، أمين خزينة الولاية، المراقب المالي للولاية، الأمين العام للبلدية، رئيس مصلحة بادارة الولاية وبمديرية تنفيذية.

ونشير أن توزيع المقاعد يكون حسب الترتيب الوارد في القائمة مع تطبيق أحكام المادة 2 مطة 2 من القانون العضوي 12/03 الذي يحدد كيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، حيث اذا كان عدد مقاعد الولاية 47 أو اقل من ذلك فتمنح 30 % من المقاعد للنساء، واذا كان يفوق 47 تمنح لهن على اقل 35 % من المقاعد<sup>1</sup>.

### **المطلب الثاني: الانتخابات الوطنية**

ما عدا مجلس الأمة الذي حدّدت العهدة بستة سنوات، فإن جميع الحالات الأخرى حدّدت لها خمس سنوات، وهو حال العهدة الرئاسية والعضوية في المجلس الشعبي الوطني، وما عدا ذلك فان أحكام كل استشارة انتخابية تختلف، تماشيا مع طبيعة الوظيفة التنفيذية التي خولت للمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.

### **الفرع الأول: الأحكام الخاصة بانتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني**

تجري الانتخابات المتعلقة بالمجلس الشعبي الوطني ثلاثة أشهر قبل انقضاء المدة النيابية، على قوائم تضم عددا من المترشحين يساوي عدد مقاعد المطلوب شغلها يضاف إليها ثلاثة مرشحين اضافيين، ممن توفر فيهم نفس شروط الترشح للمجالس المحلية ماعدا السن الذي حدّد ب 25 سنة، كما تمنع نفس الفئات تقريبا من الترشح، مع ضرورة الترشح في قائمة حزبية حازت على 4% في الانتخابات التشريعية الأخيرة او لها على 10 منتخبين في الدائرة الانتخابية المتنافس فيها، واذا لم تستوف هذه الشروط او كانت الترشح في قائمة حرة فيجب أن تزكي ب 250 توقيع لناخي الدائرة الانتخابية عن كل مقعد مطلوب شغله<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> القانون العضوي 12/03، مرجع سابق.

<sup>2</sup> لقد كانت هذه الشروط محل واسع لجدل وحى لدى السياسة وحتى لدى رجال القانون على أساس أنها تضع قيودا على الترشح في الأحزاب الجديدة أو التي لم تحرز على النسب المطلوبة وكذا بالنسبة للأحرار، ويبدوا أن المشرع أراد من وراء ذلك عدم السماح

وفيما يخص تحديد في المجلس الشعبي الوطني الذي حدده الامر رقم 12/01<sup>1</sup>، فان القاعدة العامة ان كل 80000 نسمة يقابلها مقعد واذا بقي أكثر من 40000 نسمة يضاف لتلك الولاية مقعدا، وايضا بالنسبة للولايات التي يقل عدد سكانها 350000 يكون لها على الاقل 5 مقاعد مع اضافة مقعد لكل ولاية لم يتغير مقاعدها من 1997، اما بالنسبة لتوزيعها فتعتمد نفس الطريقة لكن يتم اقصاء كل القائم التي لم تحصل على نسبة 5% من الاصوات المعتبر عنها (م86)، مع اعطاء المقعد المتبقى في حالة تساوي الاصوات للمترشح الاصغر سنا (م88)، وتوزع المقاعد حسب الترتيب الوارد في القائمة مع مراعاة أحكام القانون العضوي 12/03 في المادة 2 مطة 1 والذي جاء كما يلي:

- اذا كان عدد المقاعد يساوي او يفوق 5 تمنح 30% من المقاعد للنساء.
- اذا كان عدد المقاعد يساوي او يفوق 14 تمنح 35% من المقاعد للنساء.
- اذا كان عدد المقاعد يساوي او يفوق 32 تمنح 40% من المقاعد للنساء.
- وتنوح 50% من المقاعد للنساء، بالنسبة لمقاعد الجالية الوطنية في الخارج.

#### **الفرع الثاني: لأحكام الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة**

يتكون مجلس الأمة من 144 عضو يعين لرئيس الجمهورية ثلاثة والثلاثين ينتخبان من طرف اعضاء المجالس البلدية و الولاية، لعهدة نيابية مقدرة ب 6 سنوات ويجددن صفهم كل ثلاث سنوات (م 118 و 119 من الدستور)، ويكون الانتخابا جباريا لا في حالة القوة القاهرة، و تستدعي الهيئة الانتخابية 45 يوما قبل الاقتراع الذي يجري على مستوى الولاية في مكتب يشرف عليه رئيس ونائب ومساعدين وكلهم قضاة يعينهم وزير العدل.

وبالنسبة للترشح فهو حسب المادة 108 من قانون الانتخابات حق لكل عضو في المجلس الشعبي البلدي أو الولائي اذا بلغ من العمر 35 سنة، ويكون ذلك في تصريح بالترشح يقدم في نسختين في اجل 20 يوم قبل الانتخاب سواء بتزكية حزبية او من دونها، ويعلن فائز المرشح الذي حصل على اكبر عدد من الاصوات، وفي حالة تساوي الاصوات يمنح المقعد لأكبر سنا (م 129).

لم ليس له قاعدة شعبية بالمشاركة في العملية الانتخابية ولعدم تشتيت أصوات الناخبين، بما يجعل المجالس معطلة بسبب تعدد الأطياف الحزبية.

<sup>1</sup> الامر رقم 12/01 مؤرخ في 1 فبراير 2012، يحدد الدوائر الانتخابية و عدد المقاعد المطلوب شغلها في انتخابات البرلمان ج ر عدد 08، الصادرة بتاريخ 15 فبراير 2012.

### **المطلب الثالث: الأحكام الخاصة بانتخاب رئيس الجمهورية**

ينتخب رئيس الجمهورية لعهدة نيابية مقدرة بخمس سنوات قابلة للتجديد، وتجري عملية انتخابه في ظرف 30 يوماً السابقة لانقضاء العهدة (م 135) وتستدعي الهيئة الانتخابية في أجل 90 يوماً قبل تاريخ الاقتراع، لكن في إطار تطبيق أحكام المادة 88 من الدستور تخفض المدة إلى 30 يوماً وتستدعي الهيئة الانتخابية في أجل 15 يوماً من إعلان حالة شغور منصب رئيس الجمهورية.

وينتخب رئيس الجمهورية لعهدة رئاسية قابلة للتجديد مرة واحدة حسب نص المادة 88 من الدستور، ولقد كان هذا الشرط محل جدل واسع، ذلك أن تحديد عدد العهادات لم يكن معروفاً في الجزائر إلا في ظل دستور 1996، وكان تكريسه محاولة لترسيخ مبدأ التداول على السلطة على غرار ما تم في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1951<sup>1</sup>، لكن رفع هذا التحديد في ظل التعديل الدستوري لسنة 2008<sup>2</sup>، ثم تم العودة إليه في التعديل الأخير سنة 2016، والغريب في الأمر أن نفس من فتح عدد العهادات أعاد غلقها ثم أدمجها ضمن المواد غير القابلة للتعديل<sup>3</sup>، ثم الغريب أيضاً أن نفس المجلس الدستوري الذي برر فتح عدد العهادات عدا وبرر نقيس ذلك.

وعن طريقة انتخاب رئيس الجمهورية فيكون ذلك بالأغلبية المطلقة لأصوات الناخبين (م 137 ق ١)، وفي حالة عدم حصول أي مرشح عليها ينظم دور ثانٍ بعد 15 يوماً من إعلان المجلس الدستوري لنتائج الانتخابات في الحالات العادية، وفي أجل 8 أيام في حال كانت الانتخابات جراء اعمال مقتضيات المادة 102 من الدستور، ويكون الدور الثاني بين المرشحين اللذان حصلا على أكبر قدر من الأصوات (م 145 ق.ا) ويتم التصريح بالترشح لدى المجلس الدستوري بتقديم الملف يحتوي جملة من الوثائق.

من الوثائق التي يمكن أن تستشكل على النظام الانتخابي الجزائري تصريح بالشرف ان المعنى يدين بالإسلام، فهذا أمر لا يمكن التأكد منه من جهة ومن جهة أخرى فهو لا يبين لنا هل يجب أن يكون الرئيس متدينًا مطبقاً أم فقط ينتمي إلى الإسلام؟ ونفس الانتقاد يوجه إلى التصريح الآخر بالشرف يشهد بموجبه المعنى على اقامته دون انقطاع بالجزائر دون سواه مدة 10 سنوات على

<sup>1</sup> Claude Leclarq, Droit constitutionnel et institutions politiques, 9<sup>ed</sup>, Litec, Paris, 1995, p 246.

<sup>2</sup> القانون رقم 19/08، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، المتضمن التعديل الدستوري، ج عدد 63، المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

<sup>3</sup> انظر المادة 212 من الدستور.

الاقل التي تسبق مباشرة ايداع ترشحه، وهمما في الحقيقة محاولة لتكريس الشروط التي حددها الدستور بنصه على أنه: "لا يحق أن ينتخب لرئاسة الجمهورية إلا المترشح الذي:

- لم يتجنس بجنسية أجنبية.
- يتمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية فقط، ويثبت الجنسية الجزائرية الأصلية لاب والأم.
- يدين بالاسلام.
- يكون عمره 40 سنة كاملة يوم الانتخاب.
- يتمتع بكامل حقوقه المدنية والسياسية.
- يثبت أن زوجه يتمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية فقط.
- يثبت اقامة دائمة بالجزائر دون سواها لمدة 10 سنوات على الاقل قبل ايداع الترشح.
- يثبت مشاركته في ثورة أول نوفمبر 1954 اذا كان مولودا قبل يوليو 1942.
- يثبت عدم تورط ابويه في اعمال ضدّ ثورة أول نوفمبر 1954 اذا كان مولودا بعد يوليو 1942.
- يقدم التصريح العلني لممتلكاته العقارية والمنقوله داخل الوطن وخارجها<sup>1</sup>.

وبالنسبة للتتوقيعات التي أشارت اليها المادة 139 من القانون العضوي المتعلق بالانتخابات فقد فصلت فيها المادة 142، حيث خير القانون المترشح بين جمع 60.000 توقيع للناخبين موزعين على 25 ولاية على ألا يقل التوقيع في كل ولاية عن 1500 ، أو جمع 600 توقيع لمنتخبين في المجالس المحلية أو البرلمانية موزعين أيضا على 25 ولاية.

<sup>1</sup> المادة 73 من الدستور الجزائري.

### خاتمة

يبقى من المهم أن نشير أنه بالرغم من المجهودات التي بذلها المشرع الجزائري في ارساء دعائم الديمقراطية وبلورة الوعي السياسي لدى المواطنين، وذلك عن طريق تكريس نظام انتخابي نزيه، إلا أنه اغفل الاحاطة بعدة جوانب كان من شأنها أن تساهم أكثر في ترسیخ معالم النظام الانتخابي الجزائري، وكذا جعله أكثر استقرارا عوض اللجوء إلى تعديله مع كل مناسبة انتخابية، مما يجعل هذا النظام غير مستقر وتبقي معه عدم ثقة الأحزاب المعارضة في أحکامه قائمة لتخذ كذرية للحديث عن تزوير الانتخابات.

من جهة أخرى فإنه من الجدير أن نشير إلى أن عندما مرت حوالي ستون سنة من الاستقلال، ينبغي أن تكون هناك قواعد انتخابية ثابتة تعكس توجهها حقيقيا لتعزيز الممارسة الديمقراطية، وعلى ذلك فلا يجب أن تسن تعديلات عرجاء لا تثبت أن ثبتت قصورها أو نقصها أو حتى خطأها، كالذي حدث مع القانون الانتخابي الحالي الذي انتقد في أول مناسبة انتخابية تم اعتماده فيها، ومن قبل رئيس اللجنة العليا لمراقبة الانتخابات.

على ذلك من الأهمية بمكان أن تدرس القواعد القانونية بشكل جدي قبل اعتمادها، وأفضل من ذلك لو أنها تستقى من دراسات يقوم بها أكاديميون في مخابر البحث، أو في دراسات أخرى وكذا من التوصيات التي ترفع في الملتقىات والأيام الدراسية التي تتناول هذا الموضوع بالدراسة.

## \* الضمانات الدستورية والقانونية لاستقلالية للمجلس الدستوري\*

**معيفي لعزيز<sup>(1)</sup>**

<sup>(1)</sup> أستاذ محاضر "أ."، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عضو مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة بجاية، بجاية، الجزائر.

**الملخص:**

لقد جاء التعديل الدستوري لسنة 2016 بتعديلات عميقه مست المجلس الدستوري، كهيئة مكلفة بالرقابة وبالإشراف على العمليات الانتخابية وكذا ببعض المهام الاستشارية، ولتفعيل دوره في كل هذه المجالات، فقد كرس له الدستور مجموعة من الضمانات التي كفلها لتبيان أهميتها، كما حددت نصوص أخرى جملة من الضمانات أقل تأثيرا على سير عمله ونزاهة أعضائه.

**الكلمات المفتاحية:**

المجلس الدستوري، الدستور، الرقابة على دستورية القوانين.

\* تاريخ إرسال المقال 15/05/2018، تاريخ مراجعة المقال 01/07/2018، تاريخ نشر المقال 31/07/2018

## **Constitutional and legal guarantees for the independence of the constitutional council**

### **Summary:**

The constitutional amendment of 2016 made several profound amendments affecting the Constitutional Council, as the body responsible for monitoring and supervising electoral processes as well as certain advisory tasks, and for the purpose of activating its role in all these areas, the Constitution has given it a set of guarantees to ensure its importance, and other guarantees less impact on its functioning and the integrity of its members.

### **Keywords:**

Constitutional Council, Constitution, Control of the Constitutionality of Laws.

### **Les garanties constitutionnelles et juridiques de l'indépendance du conseil constitutionnel.**

### **Résumé:**

La révision constitutionnelle de 2016 comporte plusieurs amendements notamment concernant le conseil constitutionnel soit en tant qu'institution chargée du contrôle des opérations électorales, ou des fonctions consultatives.

Toutefois, et pour faire face aux attributions conférées à cette institution, la constitution l'a doté de plusieurs garanties, présentes aussi dans d'autres textes à moindre effet sur son fonctionnement et l'intégrité de ses membres.

### **Mots clés :**

le conseil constitutionnel, la constitution, le contrôle sur la constitutionnalité des lois.

## مقدمة

على الرغم من اختلاف أساليب وطرق الرقابة على دستورية القوانين من نظام دستوري إلى آخر، التي تتجسد عادة في صورتين أساسيتين (قضائية وأخرى سياسية<sup>١</sup>)، إلا أن المتفق عليه لدى غالبية الأنظمة الدستورية هو الأهمية البالغة التي تكتسيها، فهي تساهم من جانب في إرساء مقومات دولة القانون التي تقتضي تقييد السلطات العامة في الدولة لسلطان القانون بصفة عامة، وإخضاعها للأحكام التي تتضمنها الوثيقة الدستورية بصفة خاصة، من جانب آخر تعد إحدى أقوى الضمانات المعاصرة لإقرار مبدأ المشروعية وصيانة حقوق وحريات الأفراد،... الخ.

على هذا الأساس، وبالنظر إلى الأهمية المرموقة التي تتضمنها مهمة الرقابة على دستورية القوانين، يستدعي الأمر إسنادها إلى مؤسسات وهيئات دستورية تتوفّر فعلاً على شروط وعوامل تضمن استقلاليتها وحيادها، وبالتالي جعلها أداة فعالة في هيكلة النظام القانوني والمؤسسي في الدولة.

في هذا السياق، نجد أن المؤسس الدستوري الجزائري تبني فكرة الرقابة على دستورية القوانين بموجب الأحكام التي تضمنها دستور سنة 1963<sup>٢</sup>، وعلى الرغم من التخلّي عنها في دستور 1976<sup>٣</sup>، إلا أنه أعاد إرسائهما في دستور 1989<sup>٤</sup>، ثم من بعده دستور 1996 والتعديلات التي طرأت عليه، لا سيما التعديل الدستوري المؤرخ في 06 مارس 2016<sup>٥</sup>، أين قام بإسناد هذه المهمة إلى مؤسسة دستورية أطلق على تسميتها " بالمجلس الدستوري".

<sup>١</sup> هناك من يفضل تسمية الرقابة السياسية على دستورية القوانين بمصطلح "الرقابة غير القضائية"، راجع في هذا الإطار - علي السيد الباز : الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دراسة مقارنة، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، مصر، 1978، ص 10 وما يليها.

<sup>٢</sup> دستور 1963، الإعلان المتضمن نشر نص دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لـ 10 سبتمبر 1963، ج.د.ج.ج عدد 64، الصادر في 10 سبتمبر 1963.

<sup>٣</sup> دستور 1976، الصادر بموجب الأمر رقم 97/76، يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.د.ج.ج عدد 94، الصادر في 24 نوفمبر 1976، معدل بالقانون 06/79، مؤرخ في 07 جويلية 1979، ج.ر.ج. عدد 28، صادر بتاريخ 10 جويلية 1979، والقانون رقم 80/01، مؤرخ في 12 جانفي 1980، ج.ر.ج. عدد 03، صادر بتاريخ 15 جانفي 1980.

<sup>٤</sup> مرسوم رئاسي رقم 18/89، مؤرخ في 28 فيفري 1989، يتضمن نشر تعديل دستور 1989 الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، ج.ر.ج. عدد 09، صادر في 01 مارس 1989.

<sup>٥</sup> مرسوم رئاسي رقم 438/96، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتضمن إصدار نص التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ج. عدد 76، صادر في 08 ديسمبر 1996، معدل ومتّم بالقانون رقم 02 - 03، مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر.ج. عدد 25، صادر بتاريخ 14 أبريل 2002، المعتمد بالقانون رقم 19/08، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج. عدد 63،

عليه، فإن هذا البحث يهدف أساساً إلى الإجابة عن مدى فعالية الضمانات القانونية المقررة لاستقلالية المجلس الدستوري؟ وذلك لن يتأت إلا من خلال التطرق إلى بيان الأحكام ومختلف القواعد المتعلقة بالمجلس الدستوري، سواء تلك التي يشكل الدستور المرجع الأساسي لها (أولاً)، أو تلك المتعلقة بقواعد سير عمل المجلس و اختصاصاته (ثانياً).

### **المبحث الأول: تعزيز الضمانات الدستورية**

تبرز المكانة المرموقة التي حضي بها المجلس الدستوري في تعديل 2016 من خلال كل المواد التي تناولته بالتفصيل، فجاء في المادة 182 من الدستور على أن المجلس هيئة مستقلة تعكف على بالسهر على احترام أحكام الدستور، وكذا من خلال الضمانات التي أحاطها به المؤسسات الدستوري، لضمان أداء مهامه على أحسن وجه ولتحقيق مزيد من الفعالية خصوصاً في مجال الرقابة على دستورية القوانين.

### **المطلب الأول: المكانة المنفردة للمجلس في الدستور**

يبرز من خلال الحيز الواسع الذي أعطاه المؤسسات للمجلس الدستوري مكانة هذه الهيئة بين مختلف المؤسسات الدستورية للدولة، ومدى أهميتها في تكريس البناء الديمقراطي وتعزيز دولة القانون.

### **الفرع الأول: المجلس الدستوري: مكانة استثنائية في الدستور**

لقد أدرج المجلس الدستوري في نصوص الدستور في الباب الثالث المتعلق "بالرقابة ومراقبة الانتخابات والمؤسسات الاستشارية"، تحت فصل أول بعنوان "مؤسسات الرقابة"، وجاء المجلس الدستوري بعد المجالس المنتخبة كهيئة رقابية.

لا غرابة في أن المؤسس وضع هذه الهيئة ضمن الأجهزة الرقابية على أساس أن الاختصاص الطبيعي له هو السهر على تناسق القوانين مع أحكام الدستور، لكن الأمر يتعدى ذلك ليبين بوضوح مكانته المستقلة عن تنظيم السلطات الثلاث في الدولة المنظمة بموجب الباب الثاني من الدستور، وهو ما يمنحه ضماناً كافياً لاستقلاليته عن تلك السلطات وعدم تبعيته لها، سيما السلطتين التنفيذية والتشريعية الخاضعتين لنطاق رقابته الدستورية، كما هو الحال في اختصاصه بمراقبة حدود اللائحة والقانون، وكل ما يندرج تحت ضمان مبدأ الفصل بين السلطات، علاوة على ذلك يُراد بذلك المكانة المستقلة للمجلس، التأكيد على طبيعته المختلفة عن السلطة القضائية كونه هيئة سياسية تمارس في الأساس رقابة مؤسساتية وليس رقابة قضائية<sup>(6)</sup> مثلما تقوم به هيئات القضاء، وهذه الخاصية الدستورية بالمجلس الدستوري هي التي تمنحه استقلالية تميزه بحيث يُفرد للهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية وأعضائها حيّزاً خاصاً<sup>(7)</sup> غير الحيّز المخصص للسلطة القضائية أو لباقي السلطات الأخرى في الدولة.

#### الفرع الثاني: وضع المجلس الدستوري ضمن المؤسسات الدستورية

يأخذ المجلس الدستوري مرتبة المؤسسات أو الهيئات الدستورية كون إنشاءه تم بموجب الدستور مباشرة، أما استقلاليته فهي مقرونة بنص الدستور صراحة وهذه خاصية نوعية تضمنها التعديل الدستوري الصادر في 6 مارس 2016، بحيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 182 ما يلي :

**المجلس الدستوري هيئه مستقلة تتكلّف بالسهر على حماية الدستور...، على هذا الأساس يكون المؤسس قد كرس بوضوح تام استقلالية المجلس، بعدما كانت هذه المسألة يُستدل عليها ضمنياً من خلال بعض أحكام الدستور<sup>(8)</sup> أو من خلال طبيعة اختصاصاته ونتائج أعماله.**

<sup>6</sup> شهوب مسعود، "الرقابة على دستورية القوانين النموذج الجزائري"، *مجلة النائب*، العدد 05، السنة 2004، ص 43.

<sup>7</sup> بوبرة علي، "ضوابط الرقابة الدستورية على القوانين في ظل الممارسة الجزائرية"، *مجلة الفكر الرباطي*، العدد 05، 2004، ص 55.

<sup>8</sup> كنص المادة 189 في فقرتها الثالثة، التي تخول للمجلس سن قواعد عمله بمفرده، انظر القانون رقم 01/16، مُؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، مرجع سابق.

يبدو جلياً أن جوهر وظيفة المجلس مرتبط بمبدأ سمو الدستور، لذلك فإن سمو المجلس ليس من سمو الدستور فحسب، وإنما من سمو المهام المنوطة به والتي تقتضي أصولاً إحاطته بالاستقلالية الالزامية لضمان التحقيق الفعال لها. تؤدي طريقة إنشاء المجلس بنص الدستور مباشرة إلى اقتران مصيره بمصير الدستور المعروف عنه الثبات والديمومة، وكذا الجمود والدقة في تعديل أحکامه، وهي نتائج تنصرف لتعزيز ضمانات استقلالية وضع المجلس الدستوري.

### الفرع الثالث: تعزيز تشيكيلة و اختصاصات المجلس

أولى المؤسس المجلس الدستوري عنابة خاصة في تنظيم قواعده بدء بتكوين تركيبة أعضائه، وهذا خلافاً لما جرى عليه العرف في أن يحدد القانون الأسمى المبادئ والقواعد الأساسية وأن يتولى القانون الأدنى تحديد القواعد التفصيلية، وهذا ما يؤكد حرص المؤسس على المكانة السامية للمجلس واستقلاليته في إجراءات تكوينه المنظمة بأحكام سامية يُحظر المساس بها<sup>(9)</sup>، وهو ما يجعله يتمتع بضمانات أقوى ويُكسبه طابعاً أكثر استقلالية مقارنة ببقية المؤسسات الدستورية حتى تلك المكلفة بالرقابة في الدولة<sup>(10)</sup>.

لقد تضمنت المادة 183 من الدستور تركيبة المجلس الدستوري وتجمع بين تقنيتي التعيين والانتخاب<sup>(11)</sup>، بحيث رفع التعديل الأخير من عدد أعضائه إلى (12) عضواً، يعين رئيس الجمهورية ثلثهم، من بينهم الرئيس ونائبه، فيما يتم انتخاب بقية أعضائه مناصفة بين السلطة التشريعية والقضائية، بحيث ينتخب المجلس الشعبي الوطني عضوين وكذلك الحال بالنسبة لمجلس الأمة، وتنتخب المحكمة العليا عضوين والأمر نفسه بالنسبة لمجلس الدولة.

<sup>9</sup> بحكم امكانية عهد تشكيلاً للأعضاء المكلفين بالرقابة الدستورية للقانون كما هو الحال في مصر مثلاً، بحيث يتولى القانون تحديد طريقة انتخاب قضاة المحكمة الدستورية، راجع في هذا الصدد: ديباش سهيلة، المجلس الدستوري ومجلس الدولة، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص 14.

<sup>10</sup> مجلس المحاسبة مثلاً الذي يعد هيئة دستورية مكلفة بالرقابة المالية، غير أنَّ تنظيم اختصاصاته وتكوين أعضائه يحددها القانون، ذلك حسب ما تنص عليه الفقرة الرابعة من المادة 192 من المرسوم الرئاسي رقم 438/96، مورخ في 07 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

<sup>11</sup> نبالي فطة، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزني وزو، 2012، ص 386.

أدت اختصاصات المجلس محددة بنص الدستور<sup>(12)</sup> ، وهو أمر منطقي لحرص المؤسس على ضمان استقلالية المجلس في تأدية المهام الموكلة له لصيانة مبدأ سمو الدستور لا مثلاً تحدده صراحة الفقرة الأولى من المادة 182 من الدستور، حتى لا تُعتبر أنها اختصاصات خاضعة لمجال القانون، أو أنها امتيازات يمكن التصرف فيها من طرف الأعضاء بالتفويض أو التنازل ونحوهما، وهو ما يخرجها عن طابعها الدستوري المانع.

#### الفرع الرابع: تنظيم العضوية وتفعيتها

تضمن التعديل الدستوري شروطاً جديدة للعضوية في المجلس الدستوري حددتها المادة 184 من الدستور والتي تعكس رغبة المؤسس في اعتماد معايير الكفاءة والتخصص والخبرة، التي تؤدي دستورتها إلى تفعيل دور المجلس في القيام بمهام الرقابة الدستورية، بحيث يساهم عامل الكفاءة والخبرة القانونية المحددة في الدستور حالياً، في تكريس تخصص المجلس الدستوري سيما في مجال الفكر القانوني وكل ما يتصل بمقتضيات تفسير الدستور باعتبارها المهمة التقنية لأعضاء المجلس الدستوري، وهو ما يعزز من دور هؤلاء الأعضاء في حماية الدستور وينحهم استقلالية في مجال عملهم الرقابي ضد أشكال التأثير بحكم تخصصهم الوظيفي.

وينطبق ذلك أيضاً على عامل السن القانونية المحددة بـ 40 سنة فما فوق، وهو يعكس جوانب النضج والتأهيل والخبرة للعضوية في المجلس الدستوري لأهمية المسؤولية المنوطة بأعضائه المتمثلة في حماية الدستور. فتنظيم شروط الانتساب لعضوية المجلس الدستوري بهذه الدقة المتناهية والحصرية في الدستور كفيل بالإفصاح عن المكانة المميزة التي تحظى بها عملية تكوين مؤسسة المجلس الدستوري، مقارنة بشروط تكوين المؤسسات الدستورية الأخرى التي يتولى القانون عادة تنظيم مسائلها التفصيلية وشروط الانتساب لها<sup>(13)</sup>.

أما بالنسبة لمدة العضوية في المجلس فقد رفعها التعديل الدستوري الأخير إلى ثمانى (8) سنوات كاملة بالنسبة لرئيس المجلس ونائبه، ولفترة واحدة فقط، بينما يتم تجديد نصف أعضاء المجلس كل 4 سنوات، بحيث يسمح تحديد العهددة الدستورية للرئيس ونائبه في ضمان الاستقرار في

<sup>12</sup> حسب ما تنص عليه أحكام المادة 182 من المرسوم الرئاسي رقم 438/96، يتضمن إصدار نص التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، معدل ومتعمّم، مرجع سابق.

<sup>13</sup> شروط الترشح للانتخابات التشريعية مثلًا قانون عضوي رقم 10/16، مورخ في 25 أوت 2016، يتعلق بنظام الانتخابات، ج.ر.ج عدد 50، الصادر في 28 أوت 2016.

تأدية المهام من جهة وعدم الخضوع لتأثير السلطات الأخرى بحكم تحديد مدة العضوية بنص الدستور وانتفاء أي سبيل للتصريف فيها، أما تقنية التجديد النصفي فإنها تضمن عدم جمود الاجتهداد الدستوري وضمان الاستمرارية في العمل الرقابي ونقل التجربة بين الأعضاء عقب كل عملية تجديد، حيث يضمن تأقيت العضوية عدم تبعية الأعضاء للسلطات القائمة بالتعيين أو الانتخاب، كما تجنب تقنية التجديد الدوري التواطؤ أو الضغوطات،<sup>(14)</sup> وهذا ما يضمن بالنتيجة استقلالية أعضاء هيئة المجلس الدستوري ويسهم في فعالية الرقابة الدستورية.

**المطلب الثاني: تعزيز استقلالية أعضاء المجلس الدستوري في إطار أحكام الدستور**  
 يتمتع أعضاء المجلس الدستوري بمجموعة من الضمانات تحفظ حيادهم المطلوب لتأدية وظائفهم الدستورية، وقد أتى التعديل الدستوري مقرراً ومعدلاً لبعضها ومعززاً لها، خصوصاً فيما يتعلق بتنافى العضوية، وكذا الحصانة القضائية.

### الفرع الأول: التأكيد على تنافي العضوية في المجلس

تعارض العضوية في المجلس الدستوري مع بقية الوظائف أو المهن الأخرى نتيجة منطقية لاستقلالية طبيعة الاختصاصات الدستورية للمجلس، لذلك يمكن ردها تلقائياً إلى تطبيقات مبدأ الفصل بين السلطات<sup>(15)</sup>، ذلك أن مؤدي رقابة المجلس الدستوري تمتد تلقائياً لحماية حدود العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، الأمر الذي يتنافى معه بداهة جمع الانتساب في آن واحد للمجلس الدستوري ولأحد المؤسستين الدستوريتين الآخرين، وهذا ما أكدته المؤسس الفرنسي بحظر جمع العضوية في المجلس مع الانضمام للحكومة أو البرلمان<sup>(16)</sup>، باستثناء السلطة القضائية كمجلس الدولة أو محكمة النقض، أما المؤسس الجزائري فقد نص على حظر شامل لإمكانية الجمع بين العضوية في المجلس الدستوري مع أي وظيفة أو مهنة أخرى وهذا ما يُستشف من نص الفقرة الثالثة من المادة 183 والتي جاء فيها: "بمجرد انتخاب أعضاء المجلس الدستوري أو

<sup>14</sup> Bertrand MATHIEUX, Michel VERPEAUX, Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, Edition LGDG, Paris, 2004, p 86.

<sup>15</sup> بوسالم رابح، المجلس الدستوري الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة متنوري قسنطينة، السنة 2005، ص 15.

<sup>16</sup> حسب نص المادة 57 من دستور الجمهورية الفرنسية المحدد بالأمر الصادر 07 نوفمبر 1958.

تعيينهم يتوقفون عن ممارسة أي عضوية أو وظيفة أو تكليف أو أي مهنة أخرى، وأي نشاط أو مهمة أخرى" وبالتالي يكون المؤسس قد أغلق الباب نهائيا أمام منتسبي العضوية للمجلس الدستوري في إمكانية مزاولة أي وظيفة أخرى، بحيث يكون تفرغهم مطلقاً لوظيفتهم في المجلس فقط، والجدير باللاحظة أن النص المذكور قد أضاف لقائمة الحظر الامتناع عن مزاولة أي نشاط أو مهمة أخرى، مقارنة بالنص القديم<sup>(17)</sup>.

ينسحب على واجب التفرغ للعضوية في المجلس الدستوري حظر الانتماء إلى الأحزاب السياسية، وهذا بغية تأكيد استقلالية أعضاء المجلس الدستوري وتلافي خضوعهم لأي ضغوط أو تأثيرات حزبية، وقد أكد هذا الالتزام علاوة على نظام المحدد لقواعد عمل المجلس<sup>(18)</sup>. إنّ هدف المؤسس من حظر جمع الوظائف والنشاطات الأخرى مع العضوية في المجلس الدستوري، يكمن في ضمان استقلالية الأعضاء وإبعادهم عن جميع أشكال الضغوط والتأثيرات، وضمان تفرغهم لوظائفهم الدستورية وانقطاعهم الكلي لإتيانها بشكل ناجع. بيد أننا نرى أنه من اللائق لإدراك فعالية الرقابة الدستورية، ترك مجال المشاركة لأعضاء المجلس في النشاطات العلمية ذات العلاقة باختصاصات المجلس لفائدة لها في تعزيز فرص نشر ثقافة الرقابة الدستورية، وكذا نقل واكتساب الخبرات بين أعضاء المجلس الدستوري.

## الفرع الثاني: الحصانة القضائية

العلوم فقها عن الحصانة القانونية أنها ليست حقاً شخصياً للأفراد وإنما هي ضمان للأداء الفعال للوظائف المنوطة بهم<sup>(19)</sup>، وقد جاء التعديل الدستوري ليضيف هذه الضمانة القانونية بشكل صريح لأعضاء المجلس الدستوري<sup>(20)</sup>.

<sup>17</sup> حسب نص المادة 164 في فقرتها الثانية من من المرسوم الرئاسي رقم 438/96، يتضمن إصدار نص التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، معدل وتمم، مرجع سابق.

<sup>18</sup> راجع نص المادة 77 في فقرتها الثانية من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري، لسنة 2016، الجريدة الرسمية المؤرخة في 11 ماي 2016، العدد 29.

<sup>19</sup> تنص ديباجة اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 على أنّ الهدف من الحصانة الدبلوماسية ليس إفادة أفراد البعثة الدبلوماسية بل ضمان الأداء الفعال للوظائف الدبلوماسية، راجع في هذا الصدد: أوكيل محمد الأمين، الحدود الفاصلة بين العمل الدبلوماسي والقنصلاني، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، الجزائر، 2006، ص 114.

جدير بالتنويه، أن تتمتع أعضاء المجلس الدستوري بالحصانة القضائية يستدعي بالضرورة اتخاذ تشريع لتبيان تدابير الاستفادة منها بالتفصيل، وكذا نطاقها وكيفية التصويت على الترخيص بالتنازل عنها، وهذا بالطبع عن طريق مراجعة النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري لتكثيفه مع النص الدستوري السابق بيانه. وأيا يكن من أمر الحصانة القضائية فإنها تأتي كضمانة دستورية جديدة لاستقلالية أعضاء المجلس الدستوري وحيادهم، وهي تكفل عدم التعرض لهم بأي نوع من الضغوط أو الاستغلال حتى في حالة ارتكابهم لجريمة ما، تحت طائلة اتباع التدابير السابق بيانها.

**المبحث الثاني: تعزيز استقلالية المجلس الدستوري من خلال نظام عمله**  
 يتمتع المجلس الدستوري كهيئة مستقلة بضمانات دستورية تتعلق بنظام وسير عملها تكفل هذه الاستقلالية، يمكن تبيانها فيما يلي: واجب التحفظ، استقلالية المجلس في تحديد قواعد عمله، استقلالية المجلس في اتخاذ إجراءات التأديب، استقلالية المجلس في تسيير هيكل عمله.

### المطلب الأول: تقييد الأعضاء لتحسين الأداء

لقد أصبح لأعضاء المجلس الدستوري مكانة بارزة في التنظيم السياسي في الدولة خصوصا من خلال الامتيازات التي أعطيت لهم، ولكن في نفس الوقت فهم يتزمون بجملة من الالتزامات تحت طائلة القوبة.

### الفرع الأول: واجب التحفظ

نص التعديل الدستوري الصادر في 6 مارس 2016 على التزام أعضاء المجلس الدستوري بـأداء اليمين أمام رئيس الجمهورية، وهذا حسب الفقرة الرابعة من المادة 183، و فيما يلي نصها:  
**"يؤدي أعضاء المجلس الدستوري اليمين أمام رئيس الجمهورية قبل مباشرتهم لمهامهم، حسب**

<sup>20</sup> انظر المادة 185 من القانون رقم 01/16، مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، التي تنص على أنه: "يتمتع رئيس المجلس ونائبه وأعضاؤه خلال عهدهم بالحصانة القضائية في المسائل الجنائية، ولا يمكن أن يكونوا محل متابعة أو توقيف بسبب ارتكاب جنائية أو جنحة إلا بأذن صريح من المعنى أو بتخريص من المجلس".

**النص الآتي:** أقسم بالله العظيم بأن أمارس مهامي بنزاهة وحياد، وأن أحفظ سرية المداولات وأمتنع عن اتخاذ أي موقف علني في أي قضية تخضع لاختصاص المجلس".

هكذا يكون المؤسس قد ساير النموذج الفرنسي في اشتراط أداء اليمين أمام رئيس الجمهورية قبل مباشرة أعضاء المجلس لمهامهم الدستورية، بيد أنه قد خالفه في اتخاذ الدستور كأدلة صريحة لشرط اليمين ولمضمونها كذلك، ذلك أن الدستور الفرنسي لم يفرض أداء اليمين بحيث تكفل القانون العضوي المنظم للمجلس الدستوري<sup>(21)</sup> بتنظيم هذه المسألة.

يمثل أداء اليمين البداية الرسمية لممارسة الاختصاصات الدستورية المنوطة بأعضاء المجلس الدستوري، بحيث يلتزم هؤلاء بمجرد أدائهم اليمين بحفظ سرية المداولات والالتزام بواجب التحفظ أو إبداء أي موقف علني ينافي سير عمل المجلس، ومنها التقيد التام بعدم الإفصاح عن مجريات المداولات أو طريقة التصويت أو محاضر جلسات المجلس<sup>(22)</sup>، أو كشف اسم وهوية المقرر أو العضو المكلف بالتحقيق أو الهيئة المشاركة فيه<sup>(23)</sup>، ونحوها من الأمور المنتهكة لمقتضيات السرية المهنية.

ولذلك أتى النص عليها في الدستور رغبة من المؤسس في توثيق حياد الأعضاء ونزاهتهم بمحض نص سامي، مما يجعلها أوثق من اليمين التي يؤدها أفراد السلطة القضائية، بحيث يشكل هذا التعهد الدستوري التزاماً قاطعاً يأخذ المؤسس منهم بأداء مهامهم بكل أمانة، بالقدر الذي يمثل ضماناً لاستقلاليتهم، بعد أن كانت هذه الالتزامات، منظمة بموجب النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري فقط، ولكن من دون الالتزام بأداء اليمين، بحيث جاء في نص المادة 76 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري: "يجب على أعضاء المجلس الدستوري أن يمارسوا وظيفتهم بنزاهة وحياد، وأن يحفظوا سرية المداولات، وأن يمتنعوا عن اتخاذ موقف علني في

<sup>21</sup> المادة الثالثة من الأمر المتعلقة بالقانون العضوي المنظم للمجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 07 نوفمبر 1958، حول تنظيم و اختصاصات المجلس الدستوري الفرنسي راجع كلا من:

François LUCHAIRE, Le conseil constitutionnel, organisation et attributions, Editions Economica, Paris, 1997, p 83.

<sup>22</sup> نص المادة 22 في فقرتها الثانية من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، لسنة 2016، على أنه: "يحظر على غير أعضاء المجلس الاطلاع على محاضر جلسات المجلس الدستوري".

<sup>23</sup> نص المادة 16 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، على أنه يحق للمقرر المكلف بالتحقيق في القضية موضوع الاخطار الاستعanaة باي شخص او سلطة تفيد في مجريات التحقيق. المرجع نفسه.

أي قضية تخضع لاختصاص المجلس الدستوري طبقاً للمادة 183 (الفقرة الأخيرة) من الدستور.<sup>24</sup> كما يجب عليهم أن يتزموا بواجب التحفظ".

وتجدر الإشارة إلى أنّ التزام التحفظ الوظيفي يقترن لزوماً بمبدأ سرية المداولات وهمما يشكلان معاً ضماناً لنزاهة أعضاء المجلس الدستوري، وعدم خصوصهم أو تبعيتهم لأي سلطة أو هيئة أخرى بما يكفل نجاعة اختصاصهم الرقابي، وهو الدافع الأساسي لقيام المؤسس بدسترت الالتزام المذكور.

### الفرع الثاني: اتخاذ الإجراءات التأديب لضمان نزاهة الأعضاء

باعتباره هيئة مستقلة لا تخضع لسلطان أي جهة أو سلطة أخرى، يتمتع المجلس الدستوري بصلاحية حصرية في اتخاذ التدابير التأديبية الملائمة، فإذا خالل أي عضو من أعضاء المجلس بواجباته الدستورية يستدعي تدخل الهيئة ككل للنظر في مسألته كما تنص عليه المادة 63 من النظام المحدد لقواعد عمله: "إذا لاحظ المجلس الدستوري أن الشروط المطلوبة لممارسة أحد أعضائه غير متوفرة، أو أن أحد أعضائه يخل بواجباته إخلالا خطيرا، يعقد المجلس اجتماعاً بحضور كل أعضائه ثم يفصل إثر المداولة بالإجماع في قضية العضو المعني دون حضوره، وإذا سجل عليه إخلالا خطيرا يطلب المجلس منه تقديم استقالته ويشعر السلطة المعنية بذلك قصد استخلافه"، هكذا يكون المجلس قد حصن نهائياً مبدأ استقلالية أعضائه و ذلك بإخضاعهم لرقابة الهيئة دون أي سلطة أخرى، كما أن استقلالية الأعضاء تتأكد من خلال منع توقيفهم أو عزلهم عن ممارسة مهامهم في المجلس من أي هيئة أو سلطة أخرى حتى لو كانت السلطة المعينة لهم أو المنتخبة لهم، وفي هذا بيان لحيادهم المطلق و عدم تبعيتهم لأي جهة كانت، و بالتالي يكون هذا الضمان استثناء في حد ذاته عن قاعدتي التعيين و العزل المعروفة في القانون العام ، بحيث لا يملك رئيس الجمهورية سلطة عزل رئيس المجلس الدستوري أو الحد من عهده، كما لا يمكن لأعضاء البرلمان سحب ثقتهم من الأعضاء المنتخبين من قبلهم لعضوية المجلس الدستوري.

الامر عينه بالنسبة لأولئك المنتخبين من طرف السلطة القضائية، ورغم أن نظام المجلس لم يحدد قائمة الأعمال التي تستوجب تداوله وطلب الاستقالة من العضو المعنى، فإن تقريرها بقاعدة الاجتماع يعد ضماناً كافياً للمعنى لعدم التعسف في اتخاذ هذا الاجراء بحقه، وضماناً في نفس الوقت

<sup>24</sup> لنظام المحدد لقواعد عمل المجلس المؤرخ في 6 أبريل 2016.

لاستقلالية هيئة المجلس لاتخاذها القرار التأديبي بشكل توافقى، علماً أن المجلس الدستوري في فرنسا<sup>(25)</sup> يكتفى بقاعدة الأغلبية في هذا الشأن.

**المطلب الثاني: المجلس الدستوري كصاحب الاختصاص الأصيل في تحديد قواعد عمله وهياكله.**  
على غرار المؤسسة التشريعية يتولى المجلس وضع نظامه الأساسي وكذلك تحديد وتسخير هيئاته.

**الفرع الأول: استقلالية المجلس في تحديد قواعد عمله**  
خول الدستور في نص الفقرة الثالثة من المادة 189 المجلس الدستوري صلاحية تحديد قواعد عمله<sup>(26)</sup>، وهي خاصية فريدة تدل على استقلاليته التامة مقارنة بباقي المؤسسات الدستورية الأخرى، كغرفتي البرلمان التي يخضع نظامهما الداخلي لرقابة المجلس الدستوري حسب نص المادة 186 من الدستور.

دأب المجلس على إعداد نظام عمله منذ 1989 تاريخ إعادة إنشائه<sup>(27)</sup>، بموجب مداولة إلى بما في ذلك النظام الصادر في 2016.<sup>(28)</sup> لم يحدد المؤسس نظاماً معيناً لانعقاد جلسات المجلس الدستوري، أو نصاً قانونياً لاعتماد النظام المحدد لقواعد عمله<sup>(29)</sup>، كما لم يتضمن الدستور أي شروط أو ضوابط شكلية أو موضوعية لإعداد نظام المجلس.

يتضمن النظام المذكور آليات المجلس الرقابية وكذا صلاحياته في مراقبة الانتخابات بالإضافة صلاحياته الاستشارية وإجراءات الإخبار والتحقيق والمداولة ونظام التصويت وحجية الآراء والقرارات الصادرة عنه، والتزامات الأعضاء والتدابير التأديبية. من دون أدنى شك فإنّ نظام المجلس الحالي سيشهد تعديلاً ضرورياً لمسايرة قواعده مع تعديل الدستور الصادر في 6 مارس 2016، سيما في مجال آليات الرقابة الجديدة أي رقابة الدفع بعدم الدستورية الواردة في نص المادة 188 من

<sup>25</sup> François LUCHAIRE le conseil constitutionnel, organisation et attributions, op cit P 85.

<sup>26</sup> تنص الفقرة الثالثة من المادة 189 من الدستور على: "يحدد المجلس الدستوري قواعد عمله".

<sup>27</sup> النظام المؤرخ في 7 أوت 1989، جريدة رسمية مؤرخة في 7 أوت 1989، عدد 32.

<sup>28</sup> النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، مؤرخ في 6 أبريل 2016.

<sup>29</sup> انظر إلى ما ورد في المادة 86 من النظام الأساسي الذي ينص على "يمكن تعديل النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري باقتراح من رئيس المجلس أو من أغلبية أعضائه".

الدستور، وكذا بالنسبة لرفع أجال تداول المجلس إلى 30 يوما بدل 20 يوما الواردة في النص القديم، طبقا لنص المادة 189 من الدستور، علاوة على توسيع صلاحيات الإخطار إلى الوزير الأول وأعضاء البرلمان<sup>(30)</sup>، فضلا عن إناطة المجلس بعض الصلاحيات الاستشارية الجديدة<sup>(31)</sup>.

نشير أيضا إلى أن استقلالية المجلس في تحديد قواعده تعد أقوى الضمانات التي تتمتع به هذه الهيئة الدستورية، فباستثناء بعض الالتزامات الواردة في الدستور، لا يخضع أعضاؤه إلا للالتزامات التي يحددونها مباشرة بمحض إرادتهم فقط، يعكس هذا بحق سيادة المجلس، يقترب بالمقابل المجلس الدستوري في فرنسا التزامات أعضائه ثم يعرضها على مجلس الوزراء ليتم إصدارها بموجب مرسوم رئاسي<sup>(32)</sup>، يصدر النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري في الجزائر بموجب مداولة تحمل توقيع رئيس المجلس وأسماء الأعضاء الحاضرين عند المصادقة على النظام، ينشر هذا الأخير في الجريدة الرسمية تحت ركن: "نظم".

## الفرع الثاني: استقلالية المجلس في تسيير هيأكل عمله

يكتمل مبدأ استقلالية المجلس الدستوري في القيام بمهامه السامية بحماية الدستور، بمنحه الاستقلالية في التسيير، وهذا ما كرسه الدستور فعلا في التعديل الأخير في نص الفقرة الثالثة من المادة 182 منه، والتي جاء فيها: "يتمتع المجلس الدستوري بالاستقلالية الإدارية والمالية" تم تنظيم المجلس الدستوري بموجب المرسوم الرئاسي رقم 143-89 المؤرخ في 7 أوت 1989 المعدل والمتم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 157-02 المؤرخ في 16 ماي 2002 المعدل والمتم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 105-04 المؤرخ في 5 أبريل 2005 المتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري والقانون الأساسي لبعض موظفيه<sup>(33)</sup>. يستقل المجلس في تسيير هيأكله الإدارية المحددة بموجب المرسوم أعلاه، المتمثلة في الأمانة العامة ومركز البحث والدراسات الدستورية

<sup>30</sup> طبقا لنص المادة 187 من الدستور.

<sup>31</sup> كاستشارة رئيس الجمهورية للمجلس الدستوري في حالة وقوع العدوان، أو قبل حل المجلس الشعبي الوطني أو اجراء انتخابات تشريعية مسبقة، طبقا لنص المادتين 109، 147 من الدستور.

<sup>32</sup> حسب المادة السابعة من الامر المتضمن القانون العضوي الخاص بنظام المجلس الدستوري، مرجع سابق.

<sup>33</sup> جريدة رسمية رقم 27 مؤرخة في 7 أبريل 2004

والمصلحة الإدارية<sup>(34)</sup> يتولى الأمين العام تسيير الأمانة العامة للمجلس ويتحذ تحت سلطة رئيس المجلس الدستوري، التدابير اللازمة لتحضير أشغال المجلس الدستوري<sup>(35)</sup> يحدد رئيس المجلس النظام الداخلي للمصلحة الإدارية ومركز البحث، يتولى المدير العام لمركز البحث تسيير وتنشيط أعمال المركز تحت إشراف رئيس المجلس. يتم التعيين في الوظائف السامية المذكورة أعلاه بموجب مرسوم رئاسي، باقتراح من رئيس المجلس، يختص رئيس المجلس بجميع صلاحيات التعيين في المناصب الإدارية الشاغرة لهيأة المجلس.

أما عن الاستقلالية المالية للمجلس الدستوري فأن النصوص التنظيمية المشار إليها لم تحدد صراحة استقلاليته المالية، بحيث تسجل ميزانية المجلس ضمن باب ميزانية الأعباء العامة للدولة، وبالتالي فهي لا تخضع للتصويت بطريقة منفردة، وإنما ينطبق علىها نظام التصويت الخاص بباب الأعباء العامة المشتركة للدولة، ضمن أبواب الميزانية السنوية، بيد أن إشارة الدستور صراحة في التعديل الحالي إلى الاستقلالية المالية للمجلس، يُفضي بالضرورة لاتخاذ التشريع الملائم لتكرис إجراءات استقلال ميزانية المجلس الدستوري مثلما تقتضيه أصول الميزانية العامة، و ذلك بإخراجها من باب الأعباء العامة للدولة وتسجيلها بعنوان ميزانية المجلس الدستوري طبقاً لمبدأ تخصيص الاعتمادات، على غرار ما تتمتع به بقية المؤسسات الدستورية من استقلالية في إعداد ميزانيتها وفق القواعد التسيير المالي والمحاسبي المعروفة، ليجري التصويت عليها بعدها بهذه الكيفية في ميزانية الدولة السنوية ضمن الفصل المخصص لها.

## خاتمة

من خلال هذه الدراسة التي تطرقنا فيها إلى تبيان أهم الضمانات القانونية سواء تلك التي تضمنها التعديل الدستوري لسنة 2016، أو تلك الضمانات التي تضمنها النظام الداخلي للمجلس والتنظيم المتعلق به، التي تكفل استقلالية الهيئة المعنية بممارسة وظيفة الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر (المجلس الدستوري)، فإنه للوهلة الأولى يمكن القول أن المجلس ظاهرياً يتمتع باستقلالية تجاه المؤسسات الدستورية الأخرى، وتتجلى مظاهر هذه الاستقلالية لا سيما بدسترة

<sup>34</sup> حسب نص المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 04\_105 المتعلقة بالقواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري المعدل والمتم، مرجع سابق

<sup>35</sup> طبقاً لنص المادة السابعة من المرسوم رقم 89-143 المتعلقة بقواعد تنظيم المجلس الدستوري، مرجع سابق

المجلس ووصفه من قبل المؤسس الدستوري صراحة على أنه هيئة مستقلة، إضافة إلى طريقة اختيار أعضائه من قبل السلطات الثلاثة التي تقاسم هذا الحق عن طريق الاختيار أو التعيين، هذا إلى جانب تكرис ضمانات أخرى تؤكد استقلالية أعضائه وحيادهم كواجب التحفظ، الحصانة القضائية، استقلاليته في سن وتحديد قواعد عمله، اتخاذ الإجراءات التأديبية...إلخ.

غير أن هذه الضمانات الدستورية والتنظيمية تبقى لا تتسم بالفعالية كنظام العهدة الواحدة غير القابلة للتجديد بالنسبة لأعضاء المجلس، وهيمنة السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية على المجلس الدستوري من خلال تعينه للرئيس ونائبه والضغط الممارس من طرفه على ممثلي السلطة التشريعية والقضائية، إلى غير ذلك من العوائق التي تحول دون دون استقلالية المجلس.

## المقاربة القانونية لعنصر الثمن في عقود التجارة الدولية\*

**موكه عبد الكريم<sup>(1)</sup>**

<sup>(1)</sup> أستاذ محاضر "أ" ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، جيجل، الجزائر.

### **الملخص:**

يعتبر الثمن عنصرا مهما في العقد التجاري الدولي على اعتبار انه يبين في أول وهلة على العلاقة القانونية والعملية الاقتصادية المراد تحقيقها من خلال العقد المزمع إبرامه، وإذا كان الثمن كذلك "عنصر ا مهما في العقد" فهو يمثل العقد الخاضع إلى قواعد القانون التي تشكل النظام القانوني، وهذا النظام يشكل شرطا لصيغة واستمرار الاقتصاد.

### **الكلمات المفتاحية:**

الثمن، العقد التجاري الدولي، القانون، الاقتصاد، السلع والخدمات.

\* تاريخ إرسال المقال 25/04/2018، تاريخ مراجعة المقال 08/07/2018، تاريخ نشر المقال 31/07/2018

**The legal approach to the element of price in international trade contracts****Summary:**

The price is an important element in the international trade contract because it appears at first glance the legal and economic relationship that must be achieved through the contract. If the price is also an "important element in the contract," it represents the contract subject to the rules of law that constitute the legal system, and this system is a condition for the process and the continuation of the economy.

**Keywords:**

Price, international trade contract, law, economy, goods and services.

**L'approche juridique de l'élément du prix dans les contrats de commerce international****Résumé:**

Le prix est un élément très important du contrat commercial international, car il montre au premier lieu la relation juridique et économique à atteindre grâce au contrat conclu. Si le prix est également « un élément important du contrat », il représente le contrat soumis aux règles de droit qui constituent le système juridique, ce système qui constitue une condition du processus et de la poursuite des relations économiques.

**Mots clés:**

le prix, contrat de commerce international, l'économie, marchandises.

## مقدمة

الغالب في العقود التجارية الدولية أن مدة التنفيذ تستغرق فترة زمنية طويلة، فان الأطراف يولون الاهتمام الكبير لعنصر الثمن و بالتالي فصياغته تكون بطريقة متأنية، مع الأخذ بعين الاعتبار التوقعات المستقبلية والظروف التي قد تحيط بالعملية أو العقد التجاري الدولي، خاصة من طرف المشتري الذي يعتبر صاحب الالتزام بالوفاء بقيمة العقد وهذا الالتزام مقرر في جميع العقود الدولية وخاصة عقود البيع الدولية التي أصدرت نماذجها مجموعة "الانكوتيرمز" حيث نصت على التزامه بدفع الثمن الذي يتم الاتفاق عليه في عقد البيع الدولي<sup>(1)</sup> و الثمن من خلال اتفاقية (الأمم المتحدة) فيما للبيع الدولي للبضائع لعام 1980، يمثل مبلغ من النقود الذي يتم دفعه من المشتري مقابل انتقال ملكية المبيع إليه.

من خلال التعريف المقدم في اتفاقية فيما يمكن استخلاص بعض الخصائص التي تتوافر في عنصر الثمن كالالتزام رئيسي للمشتري و انه مبلغ من النقود. إلا أن هذا التعريف يتغير بتغير الزاوية أو المجال الذي يتم فيه دراسة الثمن ؟، لذا سيتم تعريف الثمن من الناحية القانونية ثم من الناحية الاقتصادية باعتباره يمثل قيمة من النقود وهذه الأخيرة تعتبر هي المحرك الرئيسي للحياة الاقتصادية<sup>(2)</sup>، وفي الأخير يتم تقديم تعريف مزدوج للثمن يشمل ويجمع بين الناحية القانونية والاقتصادية معاً(أولاً)، ومن خلال التعريف والمقارب المختلفة لعنصر الثمن في عقود التجارة الدولية، تتبين بعض خصائصه والتي تعتبر مستوحاة من النظم القانونية الداخلية للدول ومن تأثير عوامل التجارة الدولية، وكذلك تأثره بعامل مهم يتعلق بخصوصية وطبيعة العقد (ثانياً).

### أولاً: تعريف الثمن في عقود التجارة الدولية

الثمن مبلغ من النقود يتفق عليه طرفا العقد التجاري الدولي، فيلتزم المشتري بدفعه إلى البائع مقابل انتقال ملكية المبيع إليه. وتعين الثمن على انه مبلغ من النقود هو ما ذهبت إليه أغلب التشريعات المقارنة<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> وليد علي محمد عمر، الثمن في عقد البيع الدولي للبضائع كأحد الالتزامات الجوهرية للمشتري، المكتب الفني للإصدارات القانونية، دون بلد النشر، 2001. ص 34 ..

<sup>2</sup> BOUKHEZAR O.I, «Le concept de prix», RASJEP. n° 04, Alger, 1979. P. 667

<sup>3</sup> MARTIN .H Godel, «Les contrats du commerce international», Cours du professeur JACQUET, Institut de hautes études internationales, GENEVE, 25-06-2001, p 23. In [www.stoessel.ch/hej](http://www.stoessel.ch/hej) .

إذن الثمن له علاقة وطيدة بالنقود وعلى هذا الأساس و في مجال العقود الداخلية، تحديد الثمن أساساً لنقل الملكية ولو وجود عقد البيع، فإذا ثبت أن المتعاقدين اتجهت نيتها إلى نقل الملكية ولم يكن هناك قصد لتحميل المشتري الأداء النقدي وهو مكتسب الملكية - الالتزام بمقابلها من النقود- أي كان نقل الملكية بلا عوض، صار العقد هبة<sup>(1)</sup>. غير أن الثمن في عقود التجارة الدولية لا يكون معياراً للتمييز بين العقود (عقد البيع وعقد الهبة) وهذا نظراً لقيمة النقدية الكبيرة التي تكون محل الأداء أو الدفع، وهذا ما يدفعنا للبحث في الثمن في حد ذاته كعنصر مهم في العقد التجاري الدولي لإيجاد مدلول جامع وكامل له.

### أ- التعريف القانوني للثمن

من الناحية القانونية، الثمن قائم أساساً وعامة على فكرة أو افتراض طبيعي وهو "عملية الدفع" أو على فكرة مقابل الأداء أو الخدمة مقيمة بالنقود، وهذا ما تؤكده الأستاذة FRAISON:- ROCHE حول الطبيعة القانونية للثمن :

"Juridiquement, le prix consiste généralement, hormis l'hypothèse d'un paiement en nature, en une contre prestation en argent"<sup>(2)</sup>"  
 وبالتالي، يشكل الثمن في العقد التجاري الدولي قيمة نقدية "المقابل المرجو من أداء الخدمة" أو مال سواء كان منقولاً أو عقاراً، كما أن الثمن قد يرد تحت تسميات عديدة ومتعددة تتغير بتغير طبيعة وشكل العقد المراد إبرامه، إلا أن المفهوم والمدلول العام للثمن يبني على أساس انه المقابل المحدد بالنقود لخدمة أو أداء معين كما يؤكده الأستاذ TALLON Dennis :

« Le prix par essence une dette de somme d'argent soumise à ce titre à la réglementation propre de ce type d'obligation »<sup>(3)</sup>.

بمعنى أن الثمن من الناحية الجوهرية-الأصلية- هو دين من النقود خاضع في هذا المقام إلى تنظيم تام من طراز هذا الالتزام، التزام الوفاء بالثمن. كما أن تحديد مدلول الثمن يدفعنا إلى استبعاد من دراستنا المبادرات والمعاملات التي يكون محلها التعويض أو المبادرات بعوض لكون هذه المعاملات تخرج من إطار المعاملات التعاقدية ومن مجال التجارة الدولية.

<sup>1</sup> الخطيب محمد محمد، التزامات المشتري في البيع الدولي - دراسة مقارنة بأحكام فقه الشريعة الإسلامية- دار العلم للملايين، بيروت، 1986، ص 102.

<sup>2</sup> FRAISON -ROCHE M-A, «L'indétermination du prix», RTDciv, n° 02, avr-juin, Paris, 1992, p .270.

<sup>3</sup> S/dir. TALLON Denis, op.cit, p. 09. Voir aussi : RACINE Jean-Baptiste, op.cit, p. 78.

يعبر فقهاء القانون المدني وعلى رأسهم الأستاذ السنهوري على أن الثمن يعتبر محل ثان في عقد البيع والالتزام الأساسي والرئيسي للمشتري، فالثمن يجد نفسه وتعريفه خاصة في عقد البيع كونه من العقود الأكثر إبراما في التعاملات بين الأطراف المتعاقدة، كما أن البيع يتميز عن عقود المعاوضة الأخرى كالمقايضة، بأن أحد المحلين المتبادلين في البيع يجب أن يكون نقودا وهو الثمن، فإذا كان الثمن غير النقود اعتبر العقد مقايضة<sup>(1)</sup>، فمختلف التشريعات تدل على نقدية الثمن وعلى سبيل المثال، القانون المدني السوري حين تعريفه لعقد البيع أشار إلى الثمن في نص المادة 376 على أن:

(البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدی)<sup>(2)</sup>.

كما أن القانون المدني اللبناني نص على تحديد الثمن بمبلغ من النقود وذلك دائمًا عند تعريفه لعقد البيع إذ تنص المادة 372 منه على أن:

(البيع عقد يلتزم فيه البائع أن يتفرغ عن ملكية شيء ويلتزم فيه الشاري أن يدفع ثمنه).

فتحديد المقابل النقدي لنقل الملكية من البائع إلى المشتري أمر أساسي لوجود عقد البيع وتنفيذه بشكل صحيح ومنتج لأثاره<sup>(3)</sup>.

على غرار التشريعات السابقة، نص التقنين المدني المصري على نقدية الثمن وذلك من خلال المادة 133 والتي أكدت على أن الثمن محل التزام المشتري، فيتعين أن يكون معينا أو قابلا للتعيين وان لم يتفق الطرفين على ثمن نقدی معين أو على الأسس التي يتعين على أساسها هذا الثمن النقدي لم ينعقد البيع ووقع باطلًا<sup>(4)</sup>.

بينما في التشريعات الغربية، فأغلبها نصت على نقدية الثمن وأهمها التقنين المدني الفرنسي الذي نجد فيه إشارة وتأكيد على أن الثمن قيمة نقدية وذلك في النصوص المتعلقة بعقد البيع،

<sup>1</sup> السنهوري احمد عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع (البيع والمقايضة)الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 324.

<sup>2</sup> الخطيب محمد محمد، المرجع السابق، ص 37.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 38.

<sup>4</sup> وليد علي محمد عمر، المرجع السابق، ص 38.

ولقد أكد ذلك الأستاذ RACINE عند استقراءه لنصوص المواد 1591، 1592، 1583 من التقنين المدني أن الثمن قيمة من النقود التي يدفعها الذي انتقلت الملكية إليه إلى البائع<sup>(1)</sup>.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فقد اهتم كذلك بفكرة نقدية الثمن ويتبيّن ذلك من خلال نصوص التقنين المدني، حين عرف عقد البيع بأنه عقد يلتزم فيه البائع أن ينقل الملكية للمشتري ملكية الشيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدى<sup>(2)</sup>، كما أن الثمن يعتبر الالتزام الرئيسي للمشتري وخير دليل على ذلك التخصيص لجزء كبير من النصوص للالتزام بدفع المقابل النقدي في عقد البيع، إذ من المادة 387 إلى 396 من الأمر 58/75 كلها تتعلق بالالتزام المشتري بدفع المقابل النقدي المتفق عليه في العقد أو الذي تم تحديده فيما بعد وفقاً لأسس التقدير الموضوعية.

كما تعرضت نصوص اتفاقية فيينا المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع إلى عنصر الثمن وتم ذكره في العديد من المواطن لكن دون أن تحدد تعريف دقيق له، إلا أنها تؤكد على نقدية الثمن في كل مرة وخاصة في المواد 53، 54، 55 على التوالي والخاصة بدفع الثمن<sup>(3)</sup>. إذ تنص المادة 54 من الاتفاقية على انه:

"**يتضمن التزام المشتري بدفع الثمن ،اتخاذ ما يلزم واستيفاء الإجراءات المطلوبة بموجب العقد أو بموجب القوانين والأنظمة واجبة التطبيق من أجل تسديد الثمن<sup>(4)</sup>**"

غير أن الثمن في عقود نقل التكنولوجيا مثلاً يتعدى ليشمل بعض العناصر الأخرى وهذا على اعتبار أن هذا النوع من العقود يتم فيه تحديد الثمن بصفة إجمالية (السعر الإجمالي للصفقة)، وبالتالي فالثمن يشتمل على تكلفة السلعة وتكلفة النقل والتأمين، أي تجميع المعدات وبعض الرسوم والضرائب التي يجب دفعها عن المصدر أو البلد الأصلي للتكنولوجيا أو العناصر المكونة لها، إلا أنه وإنما لقاعدة سلطان الإرادة في العقد التجاري الدولي يمكن للأطراف المتعاقدة الاتفاق على العناصر التي يشملها الثمن، وعلى سبيل المثال الاتفاق على ثمن محدد في العقد ولا يشمل رسوم

<sup>1</sup> Voir, RACINE Jean Baptiste, op.cit, p. 78.

<sup>2</sup> راجع نص المادة 351 من الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 17 لسنة 1975، معدل ومتم.

<sup>3</sup> طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص 284.

<sup>4</sup> HEUZE Vincent, *Traité des contrats: La vente internationale de marchandises, Droit Uniforme*, Editions LGDJ, DELTA, Paris, 2000, p 310.

الاستيراد أو التصدير والتي تقع على عاتق متلقي التكنولوجيا<sup>(1)</sup>، كما يعبر الثمن على القيمة النقدية محل الاستثمار بالنسبة لصاحب المشروع خاصة في عقود المفتاح والإنتاج في اليد<sup>(2)</sup>.

إذن الثمن من خلال اعتباره المقابل النقدي لخدمة أو سلعة معينة في مجال عقود التجارة الدولية أو اعتباره القيمة النقدية لخدمة أو سلعة في مركز المبادرات وفي مركز الاقتصاد الحر منذ أن كانت النقود الاختراع والاكتشاف الذي سهل المبادرات والمعاملات بين المتعاملين الاقتصاديين والتي تساهم بقدر كبير في حركة المبادرات التجارية، وبالتالي فالنقد تعطي أهمية للثمن التعاقدى، أهمية أساسية في مجال المبادرات والمعاملات الاقتصادية، غير أنه بالنسبة لهذه السلع والخدمات التي تكون محلاً للمبادرات أو محلاً في العقود الدولية تشتراك في عنصر واحد هو إمكانية تقييمها بالنقود أو تحديد مقابلها في سوق محدد، بمعنى الثمن مقابل السلعة أو الخدمة. وعلى هذا يمكن التحدث عن الثمن أن له أهمية في قيام العلاقة التعاقدية في إطار قانوني منظم وهذا ما يدفعنا إلى تحديد تعريف الثمن من الناحية الاقتصادية كعامل لاستقرار العقود التجارية الدولية من جانبها الاقتصادي.

#### ب- التعريف الاقتصادي للثمن

يمكن تعريف الثمن من الناحية الاقتصادية على أساس انه عنصر مهم لتحديد أو تبيان معادلة موازنة المبادرات، كونه يمثل قيمة المبادرات أو السلع محل التعاقد وهذه القيمة تكون ثابتة في فترة معينة وفي سوق محدد وتحت تأثير المنافسة الشديدة، إذ في نفس الوقت يمثل قيمة التوازن أو معادلة التوازن للمبادرات والسلع، بالإضافة إلى ذلك يضيف الأستاذ A/Bertrand على أن الثمن هو نقطة تلاقى العرض والطلب في سوق محدد<sup>(3)</sup>.

إلا انه يمكن إيجاد العديد من المفاهيم للثمن تختلف باختلاف المعاملة أو العقد المراد إبرامه وخاصة في ظل الاقتصاد الحر الذي يقوم على أساس حرية الأسعار، فالثمن عادة ما يمثل قوة

<sup>1</sup> صالح بن بكر الطيار، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، الطبعة الثانية، دار بلال للطباعة، بيروت، 1999، ص 219.

<sup>2</sup> انظر في ذلك تحليل الأستاذ مزغنى في تحليله للثمن:

MEZGHANI Ali, op.cit, p 277.

<sup>3</sup> ضياء عبد المجيد، اقتصاديات النقود والبنوك، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2002، ص 37.

صاحب السلعة أو الخدمة من عدمه من خلال كيفية تحديده للثمن وكذا باتخاذ مركزه في السوق<sup>(1)</sup>.

فالثمن في الحياة الاقتصادية حسب الأستاذ BOUKHEZAR يدل على ثلاثة مؤشرات هامة<sup>(2)</sup> ،

هي كالتالي:

1/ الثمن كمؤشر للندرة: إذ من خلاله تتبين درجة الضغط التي توجد بين الحاجيات والموارد.

2/ الثمن كمؤشر لحركة السلع والخدمات: فإننتاج السلع والخدمات تتغير خلال حركتها عن طريق المبادلات وهذا ما يؤدي إلى تغير قيمتها النقدية.

3/ الثمن كمؤشر للتوزيع: إذ يعبر الثمن عن القيمة النقدية التي تكون المفتاح الأساسي لتقسيم وتوزيع الدخل الناتج عن النشاط الاقتصادي.

هذا بالنسبة لمهام الثمن، غير انه لا يمكن إيجاد تعريف للثمن دون التطرق إلى النقود التي تعتبر قوة شرائية عامة، فهي أداة مبادلة وهذا لما كانت عليه الصعوبات التي يتلقاها المتعاملين الاقتصاديين في عملية المقايضة، وبالتالي أصبحت عملية تبادل السلع والخدمات في إطار التجارة الدولية سهلة وذلك عند الاعتماد على النقود، وتتوفر للبائع والمشتري الجهد والوقت الضائع عند مبادلة سلعة بأخرى، كما يعبر الثمن على الوحدة النقدية من عملة معينة (مثلا عملة الدولار، الأورو، الجنيه...والدينار الجزائري)، فهو في هذه الحالة يصبح مؤشرا للقيمة وذلك بالإشارة إلى عدد الوحدات النقدية المطلوبة للحصول على خدمة أو سلعة معينة<sup>(3)</sup>.

الجدير بالذكر أنه من غير الضروري أن يستخدم نفس الشيء كأداة مبادلة وفي نفس الوقت وحدة حساب، إذ يكفي تحديد أسعار(الثمن) السلع والخدمات لتسهيل إبرام العقود وإجراء عمليات المبادلات على مستوى التجارة الدولية، لكن من الأفضل أن يستعمل شيء واحد لتحقيق وظيفتين أي الثمن ممثلا بالنقود كأداة مبادلة ومقاييس لتحديد القيمة، وان هذه الوحدة للقياس لا تقتصر على مجرد تسهيل عملية المبادلة وإنما مطلوبة لتحديد أهمية المشاريع الاقتصادية والمعاملات التجارية الدولية الكبرى، وبالتالي فاختيار المشروع والمعاملة التجارية لابد أن يقوم على دراسة مسبقة للتكليف بمعنى القيمة النقدية واجبة الدفع للحصول على محل التعاقد.

<sup>1</sup> DESMET Pierre & ZOLLINGER Monique, op.cit, p 31.

<sup>2</sup> انظر في تفصيل فكرة مؤشرات الثمن في الحياة الاقتصادية: Les fonctions principales de prix, In BOUKHEZAR O.I, op.cit, pp 674-668.

<sup>3</sup> ضياء عبد المجيد، المرجع السابق، ص38.

كما أن النقود لها وظيفة أخرى تتمثل في أنها وسيلة للمدفوعات الآجلة، ويقصد بذلك انه يمكن للمتعاملين الاقتصاديين الحصول على قروض من المؤسسات البنكية والمالية الوطنية والدولية لتمويل الصفقات التجارية والمشاريع الكبرى على المستوى الوطني أو الدولي، بالإضافة إلى ذلك قد تكون وسيلة ضمان المدفوعات في مجال عقود التجارة الدولية، إذ يتم استيفاؤها من طرف المتعاملين الاقتصاديين بقيمة نقدية معينة وفي آجال محددة<sup>(1)</sup>.

إذن، من خلال ما تقدم يمكن استخلاص بعض النقاط التي يجب أن يشتمل عليها الثمن من الناحية الاقتصادية وهي كالتالي:

- 1- قيمة الشيء(السلعة أو الخدمة) محل التعاقد التي تتحدد طبقاً لقانون العرض والطلب.
- 2- هامش الربح الذي يعود على البائع وهو الذي يعتبر المحرك الرئيسي للنشاط الاقتصادي.
- 3- المصاريف المختلفة الخاصة بالسلع أو الخدمات والتي تتمثل في الرسوم والضرائب، نفقات التعبئة، التخزين، النقل وغير ذلك من المصاريف الإضافية، فهي تأخذ حكم الثمن والتي تقع على المشتري ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك.

#### ج- التعريف المزدوج للثمن

من خلال التفسير القانوني والاقتصادي لعنصر الثمن يتبيّن بأنه يمثل مركز أو نقطة تلاقي الاقتصاد والقانون في مجال العلاقات والمعاملات بين المتعاملين، خاصة الاقتصاديين منهم في مجال التجارة الدولية، فالثمن من جهة يبيّن ويكشف عن التصرف القانوني الذي يكون عنصراً مهماً في العملية أو الصفقة الاقتصادية والذي يجعل من العقد قائم أو ممكناً الوجود<sup>(2)</sup> ومن جهة أخرى يبيّن ويدل على جميع الصور-الأشكال-التي يمكن أن تتخذها العلاقات القانونية، وبالتالي فالحياة الاقتصادية تستلزم تبيّان هذه التصرفات والعمليات التي تقوم على أساس تعاقدي<sup>(3)</sup>.

يعتبر الثمن عنصراً مهماً في العقد التجاري الدولي على اعتبار انه يبيّن في أول وهلة على العلاقة القانونية والعملية الاقتصادية المراد تحقيقها من خلال العقد المزمع إبرامه، ولكن إذا كان الثمن كذلك "عنصر في العقد" فهو يمثل العقد الخاضع إلى قواعد القانون التي تشكل النظام

<sup>1</sup> ضياء عبد المجيد، المرجع السابق ، ص 47

<sup>2</sup> JOEL Michel, « Le contenu Juridique des décisions du 1<sup>er</sup> Décembre 1995 », RTDcom, n°01, Paris, 1997, p 01.

<sup>3</sup> REVET Thierry, « Les apports au droit des relations de dépendance », RTDcom, n° 01, Paris, 1997, p 37 et, s.

القانوني، وهذا النظام يشكل شرطاً لصيغة واستمرار الاقتصاد، والذي يعمل على وضع وإرساء القواعد التي تنظم العلاقات الاقتصادية والمبادلات للسلع والخدمات، أو بالأحرى المعاملات الاقتصادية التي تمارس في إطار القانون<sup>(1)</sup>، وهذه المبادلات والمعاملات الاقتصادية منصهرة في القواعد القانونية وهذا ما يؤدي بنا إلى تأكيد الطرح السابق المتعلّق بتلاقي الاقتصاد والقانون بالقول على أن كل تصرف أو معاملة اقتصادية في نفس الوقت هو تصرف قانوني و ما العقد إلا وسيلة أو إطار تنظيمي لتنظيم الحياة الاقتصادية والتي يكون فيها تحقيق المعاملات الاقتصادية في إطار تنظيم قانوني.

فالثمن وما له من أهمية في العقد التجاري الدولي يتأثر ويتغير بحسب طبيعة العقد وطبيعة العلاقة والمعاملة الاقتصادية المراد تحقيقها في إطار قانوني، وهذا مع مراعاة المعطيات الاقتصادية التي تحيط بالعقد<sup>(2)</sup>، كما أن الثمن كعنصر في العلاقة الاقتصادية والقانونية يتأثر ببعض المبادئ القانونية المعروفة لدى معظم التشريعات القانونية المقارنة الداخلية والدولية، وخير مثال على ذلك مبدأ أو قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" والتي تمثل مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الداخلية كانت أم دولية، فالأطراف المتعاقدة لها كامل الحرية في تحديد الثمن وتقديره، وخاصة مع العلم أن المعاملات الاقتصادية الدولية تتأثر بعامل مهم في مجال التجارة الدولية ألا وهو عامل عدم استقرار العملة وكذا إعمال نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة، وبالتالي فالأطراف لهم أن يتفقوا على ثمن معين ومحدد وبعملة محددة عادة ما تكون مستقرة في السوق المالية الدولية، وبالتالي لا يثار أي إشكال في مسألة دفع الثمن عند حلول أجل الوفاء به<sup>(3)</sup>.

بناءً على التعريف المزدوج للثمن يتبيّن لنا أنه لا يمكن تحديد مفهوم الثمن وتعريفه دون أن يتم دمج مصطلحات قانونية واقتصادية في نفس الوقت، فالثمن على هذا الاعتبار يمثل قيمة من النقود من عملية معينة يتم دفعها من قبل المشتري إلى البائع مقابل انتقال الملكية إليه، إذن الثمن عنصر جوهري لإبرام التصرفات القانونية واستمرار العلاقة الاقتصادية الناتجة عن المبادلات والمعاملات التجارية.

<sup>1</sup> BOUKHEZAR O.I, op.cit, p 667, DESMET Pierre & ZOLLINGER Monique, op.cit, p 16.

<sup>2</sup> BOUKHEZAR O.I, op.cit, p 667.

<sup>3</sup> صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي، المرجع السابق، ص 222.

## ثانياً: خصائص الثمن في عقود التجارة الدولية

العقد هو اتفاق (تلاقي لإرادتين أو أكثر) يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما<sup>(1)</sup>. فالعقد يحمل الأطراف المتعاقدة التزامات معينة ومحددة، إذ هناك إدارات متقابلة متزنة ومتعادلة وعادة ما يكون المقابل لهذه الإدارات قيمة نقدية أو خدمة يمكن تقييمها بالنقود، وبالتالي في حالة الإخلال بالالتزامات الملقاة على عاتق الأطراف تترتب جراءات مختلفة وخاصة إذا تعلق الأمر بعدم الوفاء بالمقابل النقدي أي الثمن<sup>(2)</sup>، الذي يعتبر من أهم العناصر التي يطول فيها الجدال والنقاش في عقود التجارة الدولية وكذلك لاعتباره من العناصر غير المستقرة التي تتأثر بالعديد من المؤشرات في السوق كالعرض والطلب، ارتفاع أو تدهور قيمة العملة في البورصة، كما أنه من الالتزامات الجوهرية للمشتري مقابل إسلامه محل البيع أو المنشأة محل التعاقد، على غرار الالتزامات الأخرى المحددة في العقد.

### أ- الثمن عنصر جوهرى في العقد التجارى الدولى

يعد الثمن من العناصر الجوهرية في عقود التجارة الدولية<sup>(3)</sup> على غرار الأركان الأساسية الأخرى في العقد والتي تمثل في الرضا والمحل والسبب، إذ لا بد أن يتضمن العقد التجارى الدولي نصاً يحدد الثمن المتفق عليه بين الأطراف في العقد بالإضافة إلى تحديد الالتزامات الأخرى سواء كان ذلك أثناء التقدم للمفاوضات أو تنفيذ بنود العقد، كون على الأطراف أن يحددوا الثمن أو أن يجعلوه قابلاً للتحديد أو التقدير وفقاً لمعطيات محددة موضوعية<sup>(4)</sup> يتم الاعتماد عليها.

وتظهر أهمية الثمن في انعقاد العقد التجارى الدولي خاصة في مرحلة ما قبل التعاقد أي مرحلة التقدم إلى المفاوضات على عناصر العقد، لأن هذا الأخير لا يتوقف على الإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين بل على توافق الإرادتين وتطابقهما على ثمن العقد ومحله معاً وهو ما يمكن اعتباره بمثابة إيجاب مشترك والذي يمثل الالتزام بالعقد النهائي.

<sup>1</sup> راجع نص المادة 23 من قانون رقم 10/05 ، مؤرخ في 20 يونيو 2005 ، يعدل ويتمم الأمر رقم 58/75 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، ج عدد 44 ، سنة 2005.

<sup>2</sup> وليد علي محمد عمر، المرجع السابق، ص.33.

<sup>3</sup> خالد احمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980 ، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2002، ص145.

<sup>4</sup> FONTANEAU Cabinets, « La formation des contrats internationaux », RFEDIA, n° 125, Paris, 2001, p 07.

لقد ذهب بعض الفقه إلى اعتبار الثمن كركن في العقد التجاري الدولي وهذا ما يؤكده الأستاذ

محمد كمال عبد العزيز:

"الثمن ركن أساسى في عقد البيع سواء كان محلياً أو دولياً فإذا انعدم لم نكن بصدد عقد بيع

بالمراة<sup>(1)</sup>".

و هذا بالنظر إلى المكانة التي يحتلها في العقد، وبالتالي فغيابه سيؤدي لا محالة إلى نقصان العقد من عنصر مهم لأن تحديد الثمن يغطي ثلاثة عناصر لا تقل أهمية عنه وهي تحديد مكان وزمان الوفاء به وكذا عملة الدفع<sup>(2)</sup>.

بالرغم أن الأطراف المتعاقدة تولى اهتماماً كبيراً لمحل التعاقد (السلعة أو الخدمة) وذلك بتحديد تحديداً نافياً للجهالة، إلا أن النقطة الحاسمة والتي يطول علها النقاش والتفاوض هي النقطة المتعلقة بالأداء النقدي "الثمن" وهذا ما يؤكده الأستاذ BIRBES حول بند الثمن في العقد<sup>(3)</sup>.

ولعل السبب الأساسي لاعتبار الثمن عنصر جوهري في عقود التجارة الدولية هو التقلبات التي تتعرض لها أسعار الصرف الوطنية والأجنبية تبعاً لاعتبارات عديدة ومتعددة، لا يمكن لزاماً إحكام السيطرة عليها من جانب السلطات النقدية الرسمية في الدولة، إلى جانب ذلك فالثمن في عقد المقاولة الدولي وعقود البيع الدولي للبضائع يشكل عنصراً يلقى اشد الاهتمام من جانب الأطراف المتعاقدة وانشغالاً من هيئات التمويل الأجنبية والدولية التي تقوم باقتراض البلدان لتجهيز مشروعات التنمية<sup>(4)</sup>.

## بـ- خاصية عدم الاستقرار للثمن في العقد التجاري الدولي

تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة في العقود التجارية الدولية والذي يقتضي باحترام بنود العقد التي اتفق عليها الأطراف، إذ أن بنود العقد تمثل القانون الذي ينظم المعاملات الواردة في إطار العقد على

<sup>1</sup> نقصد بالانعدام هنا عدم اتجاه نسبة الأطراف المتعاقدة أصلاً لوجود الثمن، بمعنى أن انتقال الملكية دون مقابل. انظر في ذلك: وليد علي محمد عمر، المرجع السابق، ص 34.

<sup>2</sup> وليد علي محمد عمر، المرجع نفسه، ص 35.

<sup>3</sup> يعتبر الثمن وشروط الوفاء به محل المفاوضات الحاسمة، راجع في ذلك:

" Le montant du contrat et les conditions de paiement seront l'objet des négociations serrées ". Voir, BIRBES Xavier, « L'objet de la négociation », RTDcom, n° 03, juill-sept, Paris, 1998, p 478.

<sup>4</sup> عطية نعيم، الموسوعة القانونية للاستثمارات والعقود الدولية، وثائق وبحوث، التعاقد الدولي وتجهيز مشروعات التنمية (ضمان المستحقات)، الجزء الرابع، مطبعة الجبلاوي، بيروت، 1995، ص 09.

غرار مختلف القواعد الأمرة التي تنظم هذه المعاملات على المستوى الداخلي والدولي، وخاصة البند المتعلق بالأداء النقدي (عنصر الثمن) الذي يكون مستحق الوفاء عند حلول أجله، وبالتالي فاتفاق الأطراف على القيمة النقدية واجبة الوفاء تكون ثابتة طول مدة تنفيذ العقد، مع العلم بالمرة الطويلة التي تستغرقها العقود الدولية عند التنفيذ وهذا ما يجعل من استقرار الثمن طول هذه المدة أمرا ليس مطلقا، كون أن الأطراف المتعاقدة تستند إلى المعدل أو الثمن الذي جرى عليه التعامل بينهم أو الثمن السابق في السوق وهذا بالاعتماد على الأدلة الموضوعية والمعطيات المتعلقة بثمن السوق لحظة التعاقد، وفي حالة غياب الأدلة والمعطيات الموضوعية المساعدة في تحديد الثمن فإن الأطراف تلجأ إلى الأخذ بعين الاعتبار مرتب المقاول أو دخل المؤسسة أو سعر السوق لحظة التعاقد<sup>(1)</sup>.

وبما أن الغالب في عقود التجارة الدولية أن مدة التنفيذ تكون طويلة فإن تقلب الأسعار الخاص بالسلع والخدمات وارد لا محالة (انخفاض أو ارتفاع)، كما أنه يمكن حدوث ظروف طارئة أو قوة قاهرة من شأنها أن تؤثر على الثمن سلبيا إذ من جراء ذلك تدفع بالأطراف إلى مراجعة الثمن أو إنقاذه أو تدفع بالمشتري وحده إلى طلب ذلك<sup>(2)</sup>.

كما أن المنافسة في السوق والدور الذي يلعبه العرض والطلب في نفس الحيز المكاني دورا مهما في استقرار ثمن البضاعة أو المشاريع محل التعاقد خاصة عندما يتعلق الأمر بعقود التوريد بمواد أولية أو أجهزة معينة، لأن ثمن السلعة بالرغم من انه ثمن محدد مسبقا وثبت في العقد إلا أن للسوق تأثير على هذا الثمن المحدد بالنظر إلى الكميات المطلوبة وكذا عامل وجودها في السوق أو ندرتها، لذلك ولاعتبارات التأثر بتقلبات الأسعار ووجوب مراعاة سعر التكلفة والتوريد فان المورد عادة ما يقوم بطلب مراجعة الثمن وبزيادة الثمن على أساس سعر التكلفة الجديد في حالة زيادة ثمن التكلفة، والعكس بالنسبة للمشتري في حالة تدني ثمن البضاعة في السوق فيطلب إنقاذه الثمن وفقا لثمن السوق وخاصة في حالة وجود عروض بأثمان اقل وفي نفس السوق، بمعنى إمكانية الحصول على نفس السلعة، وفي نفس السوق بثمن اقل<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> صالح بن بكر الطيار، المرجع السابق، ص 102.

<sup>2</sup> PANAYOTIS Glavinis, le contrat international de construction, Editions GLN-JOLI, Paris, 1993, pp 162,163.

<sup>3</sup> DESMET Pierre & ZOLLINGER Monique, op-cit, p 20. Voir aussi, BOUHKEZAR O-I, op.cit, p 673.

لكن يبقى عامل عدم استقرار العملة في السوق المالية الدولية، العامل الأساسي في عدم ثباتية واستقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، كون انخفاض عملة الوفاء والدفع أو ارتفاعها له أن يثقل من التزامات أحد الأطراف وهذا ما يدفع به إلى طلب المراجعة أو إعادة النظر في قيمة العقد<sup>(1)</sup>، إلا في حالة استبعاد الأطراف المتعاقدة المراجعة الخاصة بالثمن لسبب انهيار أو ارتفاع في العملة النقدية، وبالتالي استوجب الأخذ ببنود العقد وتحمّل المتعاقد المضرور نتائج عدم استقرار العملة أثناء تنفيذ العقد<sup>(2)</sup>.

**ج- الثمن: الالتزام الرئيسي للمشتري في عقود التجارة الدولية**

إلى جانب تسلم المبيع والمنشأة من قبل المشتري وفقاً لبنود العقد، فعليه القيام بالالتزام الرئيسي والأساسي الذي يسبق عادة عملية التسلّم وهو الوفاء بالثمن المتفق عليه في العقد وفقاً للبنود المنصوص عليها والإجراءات المحددة فيه.

يعتبر التزام المشتري بالوفاء بالثمن من الالتزامات الرئيسية والهامة في عقود التجارة الدولية نظراً للأهمية التي يمتاز بها في هذا المجال، وهذا الالتزام مقرر في جميع عقود البيع الدوليّة التي أصدرت نماذجها مجموعة "الانكوتيرمز" ، غير أن قيمة الثمن تتغير بتغيير نوع عقد البيع المراد تحقيقه، فمثلاً في عقد البيع مع الالتزام بنفقات البضاعة وأجرة النقل، فالمشتري بالإضافة إلى الثمن الحقيقي للبضاعة يتلزم المشتري بدفع جميع نفقات وتكاليف الحصول على شهادة المصدر والوثائق الأخرى، بالإضافة إلى تحمله جميع الرسوم الجمركية وأية رسوم أو ضرائب أخرى تدفع في وقت أو بسبب عملية استيراد البضاعة<sup>(3)</sup>.

إلى جانب ذلك، تعتبر التزامات المشتري في نوع آخر من عقود البيع وهو عقد البيع الدولي CIF الذي يعني "البيع مع التزام المشتري بنفقات البضاعة وأجرة النقل ومصاريف التأمين" ، فالمشتري في هذا النوع الأخير من عقود البيع الدولي يتلزم بنفس الالتزامات الخاصة بالبيع السابق عرضه ولكن يلاحظ أنه يتحمل جميع النفقات والأعباء المالية المتعلقة بالبضاعة أثناء نقلها على

<sup>1</sup> أبو قحف عبد السلام، بحوث تطبيقية في إدارة الأعمال الدولية، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 196.

<sup>2</sup> وهذا ما عملت به الحكومة الجزائرية عند إبرامها للعديد من العقود الدولية مع مختلف الشركات الأجنبية، إذ في كل مرة تستبعد عنصر تقلب الأسعار كسبب لمراجعة الثمن، لمزيد من التفصيل حول هذه النقطة، راجع: معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية...، المرجع السابق، ص 150.

<sup>3</sup> الشرقاوي محمود سمير، العقود التجارية الدولية...، المرجع السابق، ص 45.

السفينة خلال الرحلة البحرية، فيما عدا أجرة النقل ومصاريف التأمين البحري وإذا تم التأمين على الأخطار السياسية أو ضد الحرب فإن المشتري يتحمل مصاريف هذا التأمين كذلك<sup>(1)</sup>.

يجب تحديد الثمن واجب الوفاء في عقود التجارة الدولية وتحديد نوع العقد المراد إبرامه حتى يتسرى للمشتري الدفع دون إخلاله بالالتزام الأساسي الذي يقع على عاته، بالإضافة إلى تحديد طريقة الوفاء بالثمن وخصم ما دفع منه مسبقاً<sup>(2)</sup>، وعلى هذا الأساس تم وضع في هذا المجال قاعدة أساسية مفادها احتفاظ البائع بملكية المبيع حتى الوفاء بالثمن بتمامه وإذا تخلف المشتري عن أداء الثمن يمكن إرغامه على دفع فائدة تأخيرية وإذا استمر متخلفاً عن الدفع جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد والمطالبة بالتعويض، هذا بالنسبة لعقود البيع الدولي بينما في عقود بناء المنشآت ونقل التكنولوجيا وفي حالة التأخر عن دفع الثمن يمكن للمنشئ أن يوقف التنفيذ ومتابعة الأشغال ويستعمل حقه في الحبس مع إمكانية الحجز على المنشأة<sup>(3)</sup>.

ولقد أقرت اتفاقيةينا 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع على الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق المشتري وذلك في نص المادة 53 منها الذي ينص على انه:

" يجب على المشتري بموجب شروط العقد و هذه الاتفاقية أن يدفع ثمن البضاعة وان يتسلمه".

إذن على المشتري التزاماً بأن يدفع الثمن، فهو مضططر إلى ذلك وثوب الالتزام دائماً هو الإجبار وهذا ما يضفي صفة الالتزام الرئيسي على الثمن في عقود التجارة الدولية مهما كان نوعها<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> PAVEAU Jacques & DUPHIL François, Avec la collaboration du CENTRE FRANÇAIS DU COMMERCE EXTERIEUR, Pratique du commerce international, Editions FOUCHER, 18<sup>eme</sup> édition, Paris, 2003, p163.

<sup>2</sup> الخطيب محمد محمد، المرجع السابق، ص 79.

<sup>3</sup> بوجمعة سعدي نصيرة، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 295.

<sup>4</sup> وليد علي محمد عمر، المرجع السابق، ص 34.

## خاتمة

من خلال الدراسة التحليلية لعنصر الثمن، يتبيّن بأنّ الثمن باعتباره عنصر مهم في العقد إلا أنه أكثر من ذلك فهو يمثل مركز أو نقطة تلاقي الاقتصاد والقانون في مجال العلاقات والمعاملات بين المعاملين، خاصة الاقتصاديين منهم في مجال التجارة الدولية، فالثمن من جهة يبيّن ويكشف عن التصرف القانوني الذي يكون عنصراً مهماً في العملية أو الصفقة الاقتصادية والذي يجعل من العقد قائم أو ممكناً الوجود، ومن جهة أخرى يبيّن ويدل على جميع الصور-الأشكال- التي يمكن أن تخذلها العلاقات القانونية، وبالتالي فالحياة الاقتصادية تستلزم تبيان هذه التصرفات والعمليات التي تقوم على أساس تعاقدي.

فالثمن يدل على العلاقة القانونية والعملية الاقتصادية المراد تحقيقها من خلال العقد المزمع إبرامه، ولكن إذا كان الثمن كذلك "عنصر في العقد" فهو يمثل العقد الخاضع إلى قواعد القانون التي تشكل النظام القانوني، وهذا النظام يشكل شرطاً لصيغة واستمرار الاقتصاد، والذي يعمل على وضع وإرساء القواعد التي تنظم العلاقات الاقتصادية والمبادلات للسلع والخدمات، أو بالأحرى المعاملات الاقتصادية التي تمارس في إطار القانون، فهذه المبادلات والمعاملات الاقتصادية منصهرة في القواعد القانونية وهذا ما يؤدي بنا إلى تأكيد الطرح السابق المتعلقة باعتباره نقطة تلاقي الاقتصاد والقانون، بالقول على أن كل تصرف أو معاملة اقتصادية دولية في نفس الوقت هو تصرف قانوني و ما العقد إلا وسيلة أو إطار تنظيمي لتنظيم الحياة الاقتصادية الدولية والتي يكون فيها تحقيق المعاملات الاقتصادية في إطار تنظيم قانوني.

## مستقبل نظام حماية اللاجئين في ظل القانون الدولي للاجئين\*

اليازيد علي<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> أستاذ محاضر "أ" ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البوقي، أم البوقي، الجزائر.

### الملخص:

لقد قطعت أشواط عديدة في حماية اللاجئين من وضعت اتفاقيات جنيف وما لحقها من صكوك دولية متعددة في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان، والقانون الدولي الإنساني وغيرها من الصكوك ، بما يوحي بالأهمية التي أولاها المجتمع الدولي لمشكلة اللاجئين، ومع ذلك فإن هذا الأخير مزال تعيقه صعوبات جمة تطرحها اتفاقية حماية حقوق اللاجئين، ومسألة تكيف اللاجيء وضبط دور المفوضية السامية لشؤون اللاجئين، ثم أخيرا في تمييز اللاجيء عما سواه.

### الكلمات المفتاحية:

اللجوء، اللاجئين، حقوق الإنسان، القانون الدولي الإنساني

\* تاريخ إرسال المقال 2018/01/17، تاريخ مراجعة المقال 2018/06/29، تاريخ نشر المقال 2018/07/31

## The future of refugee protection in international refugee law

### Summary :

Much progress has been made in strengthening refugee protection, including the development of the Geneva Conventions and the various international instruments; within the framework of international human rights law, international humanitarian law and other instruments, which shows the importance that the international community attaches to the problem of refugees. However, many difficulties still hinder the Convention on the Protection of Refugees, as the question of defining the status of refugees, its distinction from other similar statutes, and the framework of the role of UNHCR.

### Keywords:

Asylum, refugees, human rights, international humanitarian law.

## L'avenir de la protection des réfugiés en droit international des réfugiés

### Résumé :

De nombreux progrès ont été réalisés à fin de renforcer la protection des réfugiés, depuis l'élaboration des Conventions de Genève, et des divers instruments internationaux ; dans le cadre du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire et d'autres instruments, ce qui montre l'importance que la communauté internationale attache au problème des réfugiés. Cependant beaucoup de difficultés entravent encore la convention sur la protection des réfugiés, ainsi la question de la définition du statut des réfugiés, et sa distinction des autres statuts similaires, l'encadrement du rôle du HCR.

### Mots clés:

Asile, réfugiés, droits de l'homme, droit international humanitaire

## مقدمة

شهد القرن الماضي تطويراً تاريخياً بارزاً على صعيد المركز القانوني للاجئين في العالم، لاسيما مع إقرار ونفاذ العديد من الاتفاقيات، المواثيق والصكوك الدولية، التي شكلت في مجملها ما يُعرف اليوم بقوانين اللاجئين، بوصفها أحد فروع القانون الدولي المهمة بتنقين حقوق اللاجئين من جهة، وتعيين نظام الحماية الدولية والأطراف الملزمة بتطبيقه من جهة ثانية.

يعود اهتمام مؤسسات المجتمع الدولي برفع مستويات استجابة الدول لظاهرة اللجوء، ومشكلات اللاجئين، إلى ما خلفته الحرب العالمية من تداعيات مأساوية، طالت ملايين اللاجئين المتضررين من ويلات وما سي تلك الحروب، وما تلاها من منازعات دولية وداخلية اختبر العالم ولا تزال تداعياتها الخطيرة على حياة اللاجئين، ولعل نصيب اللاجئين من المأساة الفلسطينية والعراقية والرواندية والسورية المتواصلة، هو المثال الأبرز على حجم صعوبات وتعقيدات ظاهرة اللجوء، وتفاوت درجات احترام الدول لالتزاماتها القانونية حيال اللاجئين.

لا يستقيم الخوض في مقاربات واقعية عن كيفيات تعامل الدول مع قضايا اللاجئين، من دون معرفة قانونية تحيط بالقوانين العرفية والمكتوبة ذات الصلة بحقوق اللاجئين، والتي تُشكل الإطار النظري التأسيسي، الذي يُبني عليه الحكم الموضوعي على حقيقة تعامل الدول مع مشكلات اللاجئين، حال مواجهة تلك الدول لمواجع من اللاجئين على حدودها وفي عقر دارها. ما شكل امتحاناً، ليس فحسب لمصداقية الدول في تعاملها مع قضايا اللجوء، إنما لتلمس العيوب والثغرات الكامنة في قوانين اللجوء، في معرض تنحي الدول لتطبيقها أو تهربها من القيام بذلك.

وهو ما يثير إشكالية جدية المنظومة الدولية لحماية اللاجئين؟ فوجود منظومة لحماية اللاجئين هو إنجاز، لكن قد تعتبره العديد من النقاد والصعوبات التي قد تفقد نظام الحماية إنجازاته وتقلل من آفاقه ومستوى التطلعات بخصوصه؟ وهو ما تسعى هذه الدراسة إلى إبراز البعض من جوانبه في إطار تحديد مستقبل نظام الحماية الدولية للاجئين.

## المبحث الأول: إيجابيات الحماية الدولية للاجئين

بالرغم من المسيرة الطويلة والمعقدة لحماية الدول للاجئين، والصعوبات التي واجهها هذا القانون لا أنه يمكن تسجيل عدد من الإيجابيات.

**المطلب الأول: توفر المعايير القانونية الالزمة للالتزام بقواعد حماية اللاجئين**

لقد عبر التوسيع النوعي في قانون اللاجئين، عن مواكبة المجتمع الدولي والمؤسسات الإقليمية، للمتغيرات التي طرأت على هذه الفئة المهمشة والمستضعفه، وكيفية التعامل والاستجابة لها وفق آليات دولية مكملة لبعضها، تقوم على التوازن بين حقوق اللاجئين من جهة، وتكامل المجتمع الدولي للتخفيف من أعباء ظاهرة اللجوء من جهة ثانية. لكن السؤال الإشكالي كان يدور حول المركز القانوني للاجئين، الموجودين في دول غير موقعة على اتفاقية اللاجئين وبروتوكولها؟

بالعودة إلى قانون حقوق الإنسان، الذي كان له دور أساس في تبني حقوق اللاجئين، يمكن العثور على إجابة واضحة تضع حدًّا لتنكر الدول لحقوق اللاجئين، بذرية عدم توقيعها على اتفاقية اللاجئين، لأنها—كما سترى تالياً—مُلزمة باحترام الأحكام العُرفية والاتفاقيات الدولية، التي تتعلق بحقوق اللاجئين الواردة في قانون حقوق الإنسان.

### الفرع الأول: اللاجئون في قانون حقوق الإنسان

أظهرت طائفة المعاهدات الدولية والإقليمية التي شكلت في مجلتها قانون حقوق الإنسان، حرصاً كبيراً على تضمين مواثيقها واتفاقياتها، نصوصاً ومواداً صريحة، تدعو الدول إلى حماية الحقوق الإنسانية للاجئين وطالبي اللجوء، بما يكفل الدفاع عن تلك الحقوق من جميع أشكال الانتهاكات المحتملة، وتقليل درجات التفاوت في المعاملة بين اللاجئين، ومواطني الدول التي لجأوا إليها، بما يحقق المساواة بينهما. ومن أهم المواثيق التي عززت حقوق اللاجئين، وشكلت إضافة نوعية في نظام الحماية المكفول بموجب اتفاقية الخاصة باللاجئين، ولا يمكن للدول التنصل منها ذكر<sup>1</sup>:

#### أولاً- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 كانون

الأول / ديسمبر 1948

حيث نصت المادة "13 فقرة 2" من الإعلان على "حق كل فرد أن يغادر أي بلاد بما في ذلك بلده كما يحق له العودة إليه" ، كما نصت المادة "14 فقرة 1": "على حق كل فرد أن يلتجأ إلى بلاد أخرى أو يحاول الالتجاء إليها هرباً من الاضطهاد" في حين استثنى "الفقرة 2" من لا يحق له الالتجاع

<sup>1</sup> أحمد أبو الوفا – الحماية الدولية لحقوق الإنسان – دار النهضة العربية – القاهرة 2000- ص 136.

بهذا الحق وهو "من قدم للمحاكمة في جرائم غير سياسية أو لأعمال تناقض أغراض الأمم المتحدة ومبادئها"

تنازع العديد من الدول رفضها دخول لاجئين بصورة غير قانونية إلى أراضيها، بناءً على حقوقها السيادية التي تجيز لها فعل ما تشاء على إطلاقه بهذا الخصوص، ولذلك يأتي الإعلان العالمي من منطلق ترجيح أولوية حقوق اللاجئين، وثبتت مبدأ استقبال اللاجئين والاستثناءات عليه، وفق معايير موضوعية وعادلة.

### ثانيا- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966

شملت الحقوق المنصوص عليها في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، فنات اللاجئين وطالبي اللجوء، وذلك من قبيل الحق في الحياة، وفي عدم التعرض للتعذيب وإساءة المعاملة، وفي حرية التنقل، والتعبير والتجمع السلمي، والاشتراك في الجمعيات، وفي المساواة أمام القانون، والحق في الحصول على الجنسية. إلا ما هو مقتضرا على المواطنين (المادة 25)، إذ تنص على "الحق في المشاركة في الشؤون العامة وفي التصويت والانتخاب وفرصة تقلد الوظائف العامة". التأمل في الحقوق الواردة في نصوص هذا العهد، يكشف عن تطور لافت في توسيع حزمة الحقوق المنوحة للاجئين، بما يُجسر الهوة بين حقوق المواطن ووضعية اللاجئين، وهو ما تبدي في قوانين اللجوء الأوروبية، التي صدرت خلال ثلاثة عقود بعد هذا الإعلان، وتجاربها في تخفيف حدة الفوارق بين الحالتين، وتسهيل شروط قبول اللاجئين، ومنحهم حقوق الإقامة الدائمة والتجنس.

### ثالثا- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966

أكَدَ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، على توفير الحماية لحق اللاجئين وطالبي اللجوء، وفي الحصول على شروط عمل عادلة وتفضيلية، وفي تشكيل نقابات عمالية، وفي الضمان الاجتماعي، وفي تحقيق مستوى معيشي كاف، والحصول على التعليم. كما يجيز العهد الدولي للبلدان النامية "أن تقرر - مع إيلاء المراقبة الواجبة لحقوق الإنسان ولاقتضادها القومي- إلى أي مدى ستتضمن الحقوق الاقتصادية المعترف بها في هذا العهد لغير المواطنين". وقد أوضحت لجنة الأمم المتحدة المسؤولة عن تفسير العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية: "أن الحقوق الواردة في العهد الدولي تطبق على جميع الأشخاص، بمن فيهم

غير المواطنين، كاللاجئين وطالبي اللجوء، وعديمي الجنسية، والعمال المهاجرين، وضحايا عمليات الاتجار بالبشر الدولية، بغض النظر عن الصفة القانونية والوثائق الثبوتية.”

#### رابعا- الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري 1965

نظرًا إلى ما يواجهه اللاجئون من حالات تمييز واضطهاد، والنظر إليهم كفئات ضعيفة يسهل انتهاك حقوقها سواء من الدول المضيفة أم من مواطنها، جاءت هذه الاتفاقية للحدّ على مناهضة كافة أشكال لتمييز العنصري، ويقصد بها وفق المادة 1 من الاتفاقية ”أي تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفصيل، يقوم على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الاثني، ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية، أو التمتع بها أو ممارستها على قدم المساواة، في الميدان السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي، أو في أي ميدان آخر من ميادين الحياة العامة”. كما تعدد المادة 5 من الاتفاقية ذات أهمية بالغة، من حيث تأكيدها على حماية طائفة واسعة من حقوق الإنسان، كالحق في الإقامة وكفالة إجراءات التقاضي والتنقل والعمل والتعليم.. إلخ

على الرغم من تلك الاتفاقية وغيرها من اتفاقيات أخرى، قامت على مبادئ المساواة بينبني البشر، ثمة تمادي في انتهاكات موجّهة إلى فئات معينة، سواء من جانب الحكومات أو الجماعات أو الأفراد، ويبدو أن اللاجئين أصبحوا من تلك الفئات المستهدفة في السنوات الأخيرة. ثمة انتهاكات كثيرة مؤثقة تندرج في صنوف التمييز والاضطهاد، تعرض لها لاجئون أثناء تنكيم طرق الهجرة غير الشرعية، من جانب دول العبور، التي تشكل ممرات إجبارية لابد من اجتيازها لوصول اللاجئين إلى وجهتهم الأخيرة، ما يشير إلى انتكاسة بالغة على هذا الصعيد، في مقابل صمت دولي على مرتكبي تلك الانتهاكات.

#### خامسا- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللإنسانية أو المهينة 1984

اعترفت الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بالحقوق المتساوية وغير القابلة للتصرف، لجميع أعضاء الأسرة البشرية، وفقاً للمبادئ المعلنة في ميثاق الأمم المتحدة، على أساس الحرية والعدل والسلم في العالم، ونصت ”المادة 2“ من الاتفاقية على:

- تتخذ كل دولة طرف إجراءات تشريعية أو إدارية أو قضائية فعالة أو أية إجراءات أخرى، لمنع أعمال التعذيب في أي إقليم يخضع لاختصاصها القضائي.
- لا يجوز التذرع بأي ظروف استثنائية أيًّا كانت، سواءً كانت هذه الظروف حالة حرب أو تهديداً بالحرب أو عدم استقرار سياسي داخلي، أو أية حالة من حالات الطوارئ العامة الأخرى كمبرر للتعذيب<sup>1</sup>.

خلافاً لنظام حماية اللاجئين، الذي يستثنى أشخاصاً معينين من حماية اتفاقية اللاجئين، فإن اتفاقية مناهضة التعذيب والعمد الدولي، لا تنصان على أي استثناءات للأشخاص المحميين بموجبهما. أما تصنيف جريمة التعذيب في القانون الدولي الإنساني، بوصفها من الانتهاكات الجسيمة، التي تقضي مسالة مرتكبها جنائياً بموجب نظام المسؤولية الجنائية الفردية، فهو تطور قانوني وقضائي في حماية اللاجئين، من ضروب التعذيب والمعاملة المهينة في جميع الظروف والأوضاع.

#### الفرع الثاني: اتفاقيات أخرى ذات صلة

تأسس أيضاً على اتفاقية اللاجئين وبروتوكولها، صدور العديد من المواثيق والصكوك الإقليمية، التي شكلت منظومة حماية إقليمية للاجئين مُكملةً للمنظومة الدولية مؤكدةً عليها، نذكر منها:

- مبادئ بانكوك حول وضع ومعاملة اللاجئين، تم اعتمادها في المنظمة الاستشارية القانونية الآسيوية الأفريقية في عام 1966.
- اتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في أفريقيا في عام 1969.
- توصيات المجلس الأوروبي المعنية بالحالة الواقعية للاجئين 1976
- إعلان قرطاجة بشأن اللاجئين لدول أمريكا اللاتينية في عام 1984.

<sup>1</sup> محمد أمين ميداني - حقوق الإنسان - مجموعة وثائق إقليمية - عمان - 1992 - ص 242.

- توجيهات مجلس الاتحاد الأوروبي بشأن المعايير الدنيا للتأهيل ووضع رعايا البلد الثالث والأشخاص عديمي الجنسية، كلاجئين أو غيرهم ممن يحتاجون إلى الحماية الدولية ومحظوظ الحماية المنوحة في عام 2004.

### **الفرع الثالث: اللاجئون في القانون الدولي الإنساني**

يُعدّ اللاجئون من ضمن الفئات محمية في القانون الدولي الإنساني، حيث أولت اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 عناية خاصة بحماية المدنيين في النزاعات الدولية المسلحة، وحثّت اتفاقية الرابعة البلدان المضيفة، على معاملة اللاجئين معاملة تفضيلية، والامتناع عن معاملتهم لأجانب أعداء على أساس جنسيتهم لا غير، نظرًا إلى أنهم لا يتمتعون كلاجئين بحماية أي حكومة "المادة 44 من اتفاقية الرابعة". كما تقضي اتفاقية جنيف الرابعة بأنه "لا يجوز نقل أي شخص محمي في أي حال إلى بلد يخشى فيه الاضطهاد بسبب آرائه السياسية أو عقائده الدينية" "مبدأ عدم جواز الطرد المادة 45، الفقرة 4 من اتفاقية الرابعة"

مع صدور البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقية عام 1977 الذي اختص بضحايا المنازعات المسلحة الداخلية، حظي اللاجئون بمكانة أكبر في القوانين الدولية، وفضلًا عن ذلك، فإن البروتوكول الثاني يحمي السكان المدنيين من عواقب الأعمال العدائية. وهكذا يتمتع السكان المدنيون بحماية عامة من الأخطار الناجمة عن العمليات العسكرية "المادة 13" ولا ينبغي خاصة أن يكونوا عرضة للهجمات. ومن المحظوظ أيضًا "أعمال العنف أو التهديد بها الرامية أساساً إلى بث الذعر بين السكان المدنيين".<sup>1</sup>

كما يحظر البروتوكول الثاني الترحيل القسري للمدنيين، إذ لا يجوز وفق "المادة 17" من البروتوكول "الأمر بترحيلهم إلا بصفة استثنائية، إذا طلبت ذلك دواعي الأمان أو أسباب عسكرية ملحة. وفي هذه الحال، "يجب اتخاذ كافة الإجراءات الممكنة لاستقبال السكان المدنيين في ظروف مرضية، من حيث المأوى والأوضاع الصحية الوقائية والعلاجية والسلامة والتغذية".

في ظل وجود حقائق دامغة، على عمليات تهجير وترحيل قسري، يتعرض لها اللاجئون في عدة مناطق من العالم، يشكل اللاجئون السوريون - ومن في حكمهم- المثال الصارخ علمًا في واقعنا

<sup>1</sup> دنيز بلاذر - حماية الأشخاص المهاجرين في المنازعات المسلحة غير الدولية - المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 28، كانون الأول / ديسمبر 1992، الصفحة 447 وما يليها.

الحالى، لابد أن أهمية مثل هذه المواد القانونية في تجريم الجهات المسؤولة عن عمليات التهجير القسرى، تفرض ملاحقة ومعاقبة المسؤولين عنها، بوصفهم ارتكبوا جرائم حرب حين انتهكوا بصورة جسيمة تلك المواد التي تجرم كل من يقوم بترحيل السكان قسرياً.

لا غلوّ، في أن قيام أطراف النزاع أو أحدها بانتهاك ما جاء في المادة الثالثة المشتركة، ليس بعيداً عما يتعرض له النازحون أيضاً داخل بلدتهم، في ظل تعريضهم للتهجير الداخلى، ولا سيما حين يكون نتيجة استهدافهم بالحصار والتوجيه الممنهجين، وهو ما يشكل أيضاً جرائم ضد الإنسانية بموجب المادة "7-1-د" من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، التي تنص على أن "إبعاد السكان أو النقل القسرى للسكان، متى ارتكب في إطار هجوم واسع النطاق، أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، يشكل جريمة ضد الإنسانية<sup>1</sup>".

في مقابل دور اتفاقيات القانون الدولي الإنساني في حماية اللاجئين، ثمة أهمية كبيرة أيضاً للقواعد العرفية في التأكيد على وجوب توفير تلك الحماية، وهو ما نجده في مبدأ عدم الإعادة القسرية، الذي ينطبق على جميع البلدان بغض النظر عما إذا كانت تلك البلدان دولاً أطرافاً في الاتفاقيات المحددة، التي نصت على حظر الإعادة القسرية. وهذا يعني أنه حتى في حالة عدم مصادقة دولة ما على اتفاقية اللاجئين، فإنه يظل يقع على عاتقها التزام بعدم إرغام أي شخص على العودة إلى بلد يمكن أن يواجه فيه خطر الاضطهاد.

في المحصلة تشكل مجمل هذه المصادر القانونية، ذخيرة غنية يعتد بها في إقامة نظام ممتاز لحماية اللاجئين، وذات أهمية أيضاً في مساعدة النازحين، ويبقى أن كل تراخي أو انتهاك للمبادئ العرفية والمواد القانونية التي تضمنتها تلك المصادر، هو بمثابة تراجع عن كفاح إنساني وعاملي طول بخصوص حقوق اللاجئين وحمايتهم الواجبة.

## المطلب الثاني: توفير الحماية الالزمة للاجئين تحت كل الظروف

بغض النظر عن الظروف التي يتم فيها اللجوء سواء بالنسبة للاجئين أو دولة الاستقبال، فإنه يجب توفير الحماية الالزمة لهؤلاء بغض النظر عن كل هذه الظروف ويتم ذلك وفق آليتين هما الحماية الدولية والحماية المؤقتة للاجئين

<sup>1</sup> عامر الزمالي – الفئات المحمية بموجب أحكام القانون الدولي الإنساني – دار المستقبل العربي – القاهرة – الطبعة الاولى – ص 330 .345

يذهب مفهوم "الحماية الدولية" إلى التزام الدول المضيفة للاجئين، بمنع اللاجئين الموجودين على أراضها، الحقوق الواردة في مواد اتفاقية 1951 وبروتوكولها 1967، وتعده البلدان الـ139 التي وقعت على الاتفاقية وبروتوكولها، ملزمة بتنفيذ أحكامها. وتحتفظ المفوضية بـ"التزام رقابي" على هذه العملية، وتتدخل حسب الاقتضاء لضمان منح اللاجئين الصادقين اللجوء، وعدم إرغامهم على العودة إلى بلدان يخشى أن تتعرض فيها حياتهم للخطر.<sup>1</sup>

وفي سبيل ذلك تعمل المفوضية ضمن خيارات ثلاث: إما من خلال مساعدة اللاجئين على العودة الطوعية إلى أوطانهم وهو الخيار الأول، وفي حال صعوبة تحقيق ذلك تعمل على إعادة توطينهم في دول مضيفة وهو الخيار الثاني، أما الخيار الثالث فهو توطينهم في بلدان "ثالثة" أخرى. أما مفهوم "الحماية المؤقتة" فيُطبق حين تواجهه دولة ما، تدفقة جماعيًّا مفاجئًا من الأشخاص، وعندما تتعرض أنظمتها الخاصة بمنح اللجوء لضغوط هائلة<sup>2</sup>. وفي مثل هذه الظروف، تعمل "الحماية المؤقتة" لفائدة الحكومة وللتزمسي اللجوء على حد سواء، غير أنها تُكمّل -حسب- الحماية التي توفرها الاتفاقيات الخاصة باللاجئين ولا تعد بدليلاً منها.<sup>3</sup>

يُكمن الفارق الجوهرى بين الحماية الدولية والحماية المؤقتة، في أن الأساس القانوني للحماية الدولية هو حق اللجوء، وهو أحد حقوق الإنسان الأساسية. بخلاف الأساس القانوني للحماية المؤقتة الذي لا يتعدى كونه قرار أو قانون مؤقت سُنّ ليحكم حالة طارئة أو استثنائية تتعلق بفئات محددة من الأجانب.

### المطلب الثالث: تعدد الجهات المعنية بحماية اللاجئين

تضطلع المفوضية السامية لشؤون اللاجئين بدور رقابي أساسى، في أثناء تطبيق الدول المضيفة التزاماتها بموجب قانون اللاجئين، لأنها تعده السلطة التنفيذية لقانون اللاجئين، والجهة الدولية الرئيسة المخولة بالتعاون مع الدول، التي ليست طرفاً في النزاع المسلح حول جميع المسائل المتعلقة بنظام الحماية الدولية. يبلغ عدد اللاجئين والنازحين وأخرين عديمي الجنسية، من

1 الطاهر زخي - تحديات تطبيق الحماية الدولية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية - مجلة الجنان - عدد نيسان /أبريل /2016

2 الحماية المؤقتة - موقع المفوضية السامية لشؤون اللاجئين (UNHCR) .

<http://www.unhcr.org/ar/4be7cc27563.html>

3 فولكر توك- ترتيبات الحماية المؤقتة لسد الثغرة في نظام الحماية - نشرة الهجرة القسرية - العدد 53

<http://www.fmreview.org/ar/north>

المشمولين بحماية المفوضية نحو 33.9 مليون شخص، من أصل 65.3 مليون شخص هم العدد الإجمالي حتى نهاية العام 2015.

لكن ما هو الحل حين لا يتمتع اللاجئون بالحماية بموجب القانون الإنساني؟ نظراً إلى أن البلد المضييف ليس طرفاً في نزاع مسلح دولي، أو ليس عرضة لأي نزاع داخلي. عندئذ تطبق الحماية بموجب قانون اللاجئين وحده، ويستفيدون تبعاً لذلك من نشاط مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين. وكقاعدة عامة لا تتدخل اللجنة الدولية للصليب الأحمر في هذه الحالة إلا بصفة فرعية، إن كانت المنظمة الوحيدة في ميدان العمل. أما إذا حل محلها مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين وغيرها من المنظمات، فإنها تنسحب من ميدان العمل لتخصص جهودها لمهام من بينها إقامة مناطق آمنة، ومناطق استشفاء، والبحث عن المفقودين<sup>1</sup>.

والجدير بالإشارة أن المنظمات الحقوقية والإنسانية الدولية والمحلية، باتت تلعب دوراً متزايداً في مراقبة وتقييم أداء الدول المضيفة، في سياق تطبيقها قانون اللجوء -أبعد من ذلك- توثيق انتهاكات الدول المسؤولة عن ولادة وتفاقم مشكلات اللاجئين. وبهذا المعنى أصبح حتى أداء المفوضية السامية لشؤون اللاجئين موضوع متابعة وتقييم من تلك المنظمات، ولا سيما بعد أن أصبح العالم بفعل تطور وسائل الاتصال قرية كونية مفتوحة على بعضها بعضاً.

### المبحث الثاني: صعوبات في مواجهة القانون الدولي للاجئين

القانون الدولي للاجئين في أزمة. هذه العبارة ليست جديدة، بل كتبها جيمس هاثاوي<sup>2</sup>، البروفيسور في قانون اللاجئين، منذ ما يقرب من 20 عاماً، ومع ذلك يمكن تكرارها بسهولة لدى وصف حماية اللاجئين اليوم<sup>3</sup>.

وقد يكون مغرياً الاعتقاد بأن استجابة أوروبا السيئة للغاية لوصول قرابة مليون طالب لجوء خلال العام الماضي يمثل تراجعاً جديداً في التزامات الدول بتوفير الحماية لطالبي اللجوء، بيد أنه لم يتغير الكثير منذ أن كتب هاثاوي مقاله عام 1997.

1 آليات الحماية في القانون الدولي الإنساني – موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر

<https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/5zxhvpt-m>

2 مدير برنامج قانون اللاجئين في جامعة ميشيغان

3 [www.irin.org](http://www.irin.org)

تاريخ الاطلاع 2017/04/16

ومن عجب أن الحكومات تواصل الإدلاء بتصريحات حول استعدادها لمساعدة اللاجئين، ثم تبحث عن كل السبل الممكنة لتجنب مسؤولياتها القانونية تجاههم . وعندما قررت المستشارة الألمانية أنجيلا ميركل التمسك بالتزامات بلادها تجاه طالبي اللجوء، وجهت لها اتهامات واسعة النطاق بأنها تهمل واجباتها في السيطرة على المهاجرين. وبينما ركزت الدول الأوروبية الأخرى على القيام بذلك، استقبلت ألمانيا والسويد في نهاية المطاف عدداً غير مناسب من الوافدين الجدد في عام 2015.

وقد شهد عام 2016، ردود فعل عكسية: فقد تم تعليق الأسوار المزودة بالأسلال الشائكة، وتمرير قوانين محلية أكثر تقييداً لللاجئين، ولعل أكثر تلك الإجراءات إثارة للجدل الاتفاق الذي أبرمه الاتحاد الأوروبي مع تركيا والذي يسمح بإعادة جميع الوافدين الجدد الذين وصلوا إلى اليونان. من تركيا، في مقابل حصول هذه الاختيارة على امتيازات لدى الاتحاد الأوروبي، فأصبحت قضية اللاجئين في هذه الحالة سلعة تباع ويقايس بها.

غير أن شيء الوحيد الجديد في كل هذا، بحسب هاثاوي، هو أن هذه هي المرة الأولى في الذكرة الحديثة التي يشهد فيها "العالم المتقدم قليلاً مما تحمله العالم الأقل نمواً بشكل روتيني". والسياسات التي كانت فعالة إلى حد ما في ضمان عدم وصول اللاجئين إلى الحدود الأوروبية انهارت تحت وطأة الهجرة الجماعية من سوريا، ودخلت الحكومات الأوروبية في حالة الأزمة. وقد أدى - وضع اللاجئين حالياً رهن الاحتياز في اليونان أو تشردهم لأشهر في ظروف يرثى لها على الحدود - إلى إلقاء الضوء على نقاط الضعف الموجودة مسبقاً في النظام الدولي للاجئين.

قضى هاثاوي وفريق من المحامين وعلماء الاجتماع ونشطاء المنظمات غير الحكومية ومسؤولون حكوميون من جميع أنحاء العالم، جزءاً كبيراً من فترة التسعينات في محاولة للتوصل إلى حلول لنقاط الضعف هذه . وكان المبدأ الأساسي للنموذج الذي توصلوا إليه هو ضمان تقاسم المسؤولية تجاه اللاجئين على نحو أكثر إنصافاً عبر الدول. والطريقة هي عبارة عن حصة محددة مسبقاً تديرها المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين. وبموجب النظام الدولي المشترك لتحديد من يحق لهم اللجوء يمكن للاجئ أن يصل إلى حدود أي دولة ويخضع لعملية التقييم ذاتها. ثم يتم إعادة توطينهم، وعادة ما يتم ذلك داخل المنطقة، على أن توفر الدول الأخرى خارج المنطقة التمويل وأماكن لإعادة التوطين. وهو الأسلوب الذي اعتمدته أوروبا في أزمتها الأخيرة، فقد حددت المفوضية الأوروبية حصصاً لكل دولة في الفضاء الأوروبي من اللاجئين لاستقبالهم على أقليمها، لكن

هذا المقترن لقي معارضة شديدة من عدد من الدول خصوصا بولونيا وال مجر، كما يشهد لحد الساعة تخلفا كبيرا في تنفيذه من قبل الدول التي وافقت عليه.

### المطلب الأول: هل تحتاج اتفاقية حماية حقوق اللاجئين نفسها إلى مراجعة؟

إن الأساس للنظام الحالي لاتفاقية اللاجئين لعام 1951، قد صيغ لحماية اللاجئين الأوروبيين في أعقاب الحرب العالمية الثانية، ثم جرى توسيعها بعد ذلك لتوفير الحماية للأشخاص الفارين من الاضطهاد في جميع أنحاء العالم. وعلى مر السنوات، كانت هناك دعوات من جميع الأطراف لتعديل الاتفاقية.

ويقول المدافعون عن حقوق اللاجئين أن تعريف اللاجي ضيق جداً، وأنه لا يبين بوضوح التزامات الدول بمبدأ عدم الإعادة القسرية (وهو أنه لا يمكن إعادة اللاجئين إلى دولة يمكن أن يواجهوا فيها تهديدات خطيرة تمس حياتهم أو حريتهم). كما يشيرون أيضاً إلى أن الاتفاقية تفتقر إلى آلية لإنفاذها، ومن ثم يعتمد تطبيقها إلى حد كبير على حسن نية الـ 148 دولة الموقعة عليها.

من جانبها، عارضت المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، المسؤولة عن الإشراف على تنفيذ الاتفاقية، أي إيحاء بأنها تحتاج إلى تعديل. وتعرضت المفوضية خلال الـ 10 إلى 15 سنة الماضية لضغوط لإعادة النقاش بشأن الاتفاقية، ولكن ظل موقفها على الدوام ثابتاً بأنها لا تريد إعادة فتح باب المناقشة لأنها ستصل في نهاية المطاف إلى شيء أسوأ مما لدينا في الوقت الراهن."

وقد انتقدت الحكومات الاتفاقية لكونها لا تواكب العصر الحالي للمigration الجماعية. لأن مظاهر الهجرة القديمة تختلف عن المظاهر الحالية، فقد كانت وسائل الانتقال من إقليم إلى آخر قديمة ومتبعة ولا تساهم في الانتقال السلس لجماعات المهاجرين وكثيراً ما يلقون العديد من الصعاب أثناء رحلاتهم مما يؤدي بهم في كثير من الحالات إلى الموت والهلاك والتعرض للاصابات والامراض ، وهو الحال الذي لا يختلف اليوم بالرغم من توفر الكثير من وسائل النقل والتنقل، ولم تعدد الاقدام وحدها الوسيلة الأولى لذلك - كما في السابق- بل أصبحت كل وسائل النقل ممكنة لذلك، خصوصا القطارات والسفن .

### الفرع الاول: استدراك التعريف الضيق لللاجيء الوارد في اتفاقية 1951

عرفت الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين وعديمي الجنسية لعام 1951، اللاجيء في "المادة 1 فقرة 2" هو "كل شخص يوجد، بنتيجة أحداث وقعت قبل 1 كانون الثاني / يناير 1951، وبسبب خوف له ما يدرره من التعرض للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمامه إلى فئة اجتماعية معينة أو آرائه السياسية، خارج بلد جنسيته، ولا يستطيع، أو لا يريد بسبب ذلك الخوف، أن يستظل بحماية ذلك البلد، أو كل شخص لا يملك جنسية ويوجد خارج بلد إقامته المعتادة السابق، بنتيجة مثل تلك الأحداث ولا يستطيع، أو لا يريد بسبب ذلك الخوف، أن يعود إلى ذلك البلد".<sup>1</sup>

جاءت الفقرة "باء" من بند التعريف، لتحديد المستفيدين حصرًا من نظام الحماية في الاتفاقية، وهم لاجئو أوروبا في أعقاب الحرب العالمية الثانية، غير أن بروتوكول عام 1967، الملحق بالاتفاقية، استدرك القيدين الجغرافي والزمني الواردين في تلك الفقرة، ووسع بدرجة كبيرة من نطاق الولاية المنوطبة بالمفوضية السامية لشؤون اللاجئين، لتشمل كافة اللاجئين بعد أن انتشرت مشكلات اللجوء والذروج في بقاع متعددة من العالم، علماً أن المفوضية السامية قدرت عدد اللاجئين في العالم بـ 50 مليون شخص في نهاية العام 2015.

### الفرع الثاني: الفئات المستثناة من نظام حماية اللاجئين

استثنى الاتفاقية عدداً من الفئات والأشخاص من الاستفادة من امتيازاتها وهي:

#### أولاً: وضعية اللاجئين الفلسطينيين بالنسبة لاتفاقية 1951

لم يُستثنَ ضمناً من أحكام هذه الاتفاقية إلا اللاجئون الفلسطينيون، بدليل "المادة 1 فقرة د" التي نصت على أن "لا تطبق هذه الاتفاقية على الأشخاص الذين يتمتعون حالياً بحماية أو مساعدة من هيئات أو وكالات تابعة للأمم المتحدة غير مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين" وبما أن اللاجئين الفلسطينيين يتمتعون بمساعدة من خلال منظمة "الأونروا"، التي تأسست عام 1949 بهدف تقديم المساعدة لهم، فقد رأى كثيرون في هذا الاستثناء، بمثابة تجريد لعدم استفادة

المادة 01 الفقرة 02 من الاتفاقية الدولية لحماية اللاجئين 1951

اللاجئين الفلسطينيين من نظام الحماية الدولية<sup>1</sup>، الذي قامت اتفاقية اللاجئين تحقيقاً لأغراضه، وقد أظهرت التجارب التاريخية اللاحقة التي عايشها اللاجئون الفلسطينيون، حجم المعاناة التي تعرضوا لها بسبب افتقادهم لتلك الحماية حين كانوا في حاجة ماسة لها، على الرغم من أن اتفاقية اللاجئين تنص في "المادة 2 فقرة د" على وجوب استفادتهم من الحماية الدولية، حين تتوقف برامج المساعدة أو الحماية التي كانوا يتلقونها، غير أن اللاجئين الفلسطينيين بقوا في دائرة الاستثناء من تلك الحماية، رغم توقف مساعدات الأونروا عن أعداد كبيرة منهم، وجدوا أنفسهم لاجئين مرة أخرى، إلى دول ليست من مناطق عمليات الأونروا الخمس، كحال من لجأ منهم إلى مصر وتركيا والجزائر ودول أخرى بسبب الأوضاع في سوريا<sup>2</sup>.

## ثانياً: الفئات الأخرى

كما توجد فئات أخرى لا يستفيد هي الأخرى من نظام الحماية، ما يحول دون انطباق أحكام الاتفاقية عليهم، فقد أتت على ذكرهم الفقرتان "هـ" و"كما يلي" :

- لا تنطبق أحكام هذه الاتفاقية على أي شخص عدّته السلطات المختصة في البلد الذي اتخذ فيه مقاماً له مالكا للحقوق وعليه الالتزامات المرتبطة بجنسية هذا البلد.
  - لا تنطبق أحكام هذه الاتفاقية على أي شخص توفر أسباب جدية للاعتقاد بأنه:
1. ارتكب جريمة جسيمة غير سياسية خارج بلد اللجوء قبل قبوله في هذا البلد بصفة لاجئ
  2. ارتكب أفعالاً مضادة لأهداف الأمم المتحدة ومبادئها.

3. ارتكب جريمة ضد السلام، أو جريمة حرب، أو جريمة ضد الإنسانية، بالمعنى المستخدم لهذه الجرائم في الصكوك الدولية الموضوعة للنص على أحکامها بشأنها<sup>3</sup>.

وهذا للحيلولة دون أن يندس بعض أخطر الناس والمطلوبين بين قوافل اللاجئين وتكون لهم فرصة للإفلات من العقاب، لكن كان يجدر الإشارة كذلك إلى الأشخاص المتهمون بارتكاب عمليات إرهابية أو الذين من شأنهم ارتكاب مثل هذه العمليات، خصوصاً أن موجات اللجوء الأخيرة، بينت

1 قراءة في حقوق اللاجئين الفلسطينيين في القانون الدولي – موقع مركز العودة الفلسطيني

<http://prc.org.uk/portal/index.php/ar>

2 الفئات المستثناة من الحماية الدولية- موقع المفوضية السامية لشؤون اللاجئين

<http://www.unhcr.org/ar/4be7cc21> .

3 أيمن أبو هاشم - المسؤولية الجنائية الفردية في القانون الدولي – مطبعة رشيد – دمشق 2009 – ص 18.

نجاح العديد من الإرهابيين أو المتشبعين بالفكر الإرهابي في الاختلاط باللاجئين والوصول معهم إلى وجهات المقصود وبما الاستفادة من وضع لاجئ وبالتالي باقي الامتيازات المقررة بموجب هذا الوضع، مما يسمح لهم بالإفلات من العقاب أو التفكير في القيام بأعمال إرهابية على إقليم دولة الاستقبال.

**المطلب الثاني: امكانية استفادة أشخاص من غير اللاجئين من امتيازات الاتفاقية**

أشار عدد من الدول - أستراليا والمملكة المتحدة من بين تلك الدول- التي أن الاتفاقية بشكلها الحالي توفر سبيلاً للمهاجرين غير النظاميين للتحايل على ضوابط التأشيرات والحدود. كما أن إدخال إصلاحات على النظام الدولي للاجئين لن يؤثر كثيراً على الواقع الذي يعيشه العديد من طالبي اللجوء واللاجئين، الذين يحرمون من الحماية القانونية، حتى في البلدان التي تتمتع بعض من القوانين الأكثر تقدماً بشأن اللاجئين<sup>1</sup>. وأفضل تشريع للاجئين في العالم سيفقد فاعليته عندما يُنظر إلى أولئك الذين يسعون إلى الاستفادة منه على أنهם مهاجرون اقتصاديون أو يشكلون مخاطر أمنية<sup>2</sup>. فتحقيق الإصلاحات سيتوقف على تغيير الخطاب المستخدم في الحديث عن اللاجئين فالحديث عن الحقوق والالتزامات فقط لا يكفي، بل يجب النظر إلى مستوى أبعد من الاهتمام بالحالة الإنسانية للاجئين والسعى بما يجب من امكانيات لتوفير متطلباتهم من مأكل ومشروب ورعاية صحية وحتى العمل، وكذا العمل مع الجهات المعنية للوصول إلى حلول مناسبة لنزاعاتهم، وبالتالي خلق امكانية لعودتهم إلى بلدانهم الأصلية.

**المطلب الثالث: إعادة توزيع أدوار المفوضية السامية لحماية حقوق اللاجئين**

أشار بعض الفقهاء من بينهم هاثاوي أن المشكلة ليست في الاتفاقية نفسها، ولكن في "الفشل التام للمفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين والدول في ابتكار الطرق التي تقدم بها الحماية". لذا فإن هذه المفوضية تحتاج إلى إصلاح وهذا على غرار إصلاح الذي نفذ على المفوضية الشبيهة بمفوضية حماية اللاجئين وهي المفوضية السامية لحماية حقوق الإنسان، هذه الاختلافات ونظراً لترانيم عدد من الصعوبات والأخفاقات في كيفية إدارتها لاعتبارها واضطلاعها بمهامها انخرطت

1 عبد الله الأشعـل - تطور مركز الفرد في القانون الدولي - مجلة السياسة الدولية- العدد 161- ص.62.

2 مثلاً ما وقع مع حالة عدد من شباب شمال إفريقيا (الجزائر، تونس، المغرب) حيث صدر قانون في ألمانيا يعتبر هذه الدول آمنة وبالتالي لا يستطيع أفرادها الاستفادة من حق اللجوء في ألمانيا.

في عملية واسعة لاصلاح منظومتها الادارية والعملية لتجاوز جملة الإخفاقات وتثمين الانجازات والممارسات الجيدة وكان ذلك عبر عدة عمليات ومبادرات، وهو الامر الذي من المفترض أن تكون مفوضية شؤون اللاجئين قد انخرطت فيه منذ زمن بعيد، ولكنها ما زالت متأخرة غي ذلك بكثير.

ومن بين الاقتراحات المقدمة في هذا الشأن يعتمد نموذج هاثواي على الإبقاء على الاتفاقية في شكلها الحالي مع إدخال تغييرات جذرية على طرق تنفيذها. وهذا سيطلب "تجديد" المفوضية بحيث تتمتع بسلطة لتخصيص التمويلات وتقسيم المسؤوليات وإدارة نظام دولي لتحديد صفة اللاجئين. ويرى هاثواي أنه يمكن تغطية الميزانية المخصصة لهذا الدور الموسع بسهولة من خلال الأموال التي ستتوفرها الحكومات نتيجة لعدم اضطرارها لإدارة نظم وطنية للبت في طلبات اللجوء. وبعد فترة زمنية معينة، إذا لم يكن بالإمكان ترحيل اللاجئين ولا يمكنهم الاندماج محلياً، سيضمنون إعادة التوطين في بقعة أخرى. ومن ثم لا نستمر في إنتاج أزمات لجوء يطول أمدها<sup>1</sup>.

والدليل على ذلك أن محاولة الدول الأوروبية اعتماد نظام لنشر طالبي اللجوء، الذين وصلوا مؤخراً، بشكل متساو عبر الدول الأعضاء عن طريق برنامج إعادة توطين قد فشل فشلاً ذريعاً، في ظل موافقة الدول على قبول بعض مئات فقط من أصل 160,000 لاجئ المقرر نقلهم . ورفض دول أخرى إطلاقاً فكراً استقبال اللاجئين على غرار المجر. بالإضافة إلى صعوبة موافقة الدول على التنازل عن سلطتها للمفوضية السامية لشؤون اللاجئين أو أي سلطة غير وطنية أخرى فيما يتعلق بتحديد من يحق لهم اللجوء.

**المطلب الرابع: ضرورة الفصل بين مفهوم اللاجئين والمفاهيم المشابهة له**  
يقتربن بمفهوم اللاجيء مفاهيم متقاربة جداً يصعب أحيانا التمييز بينها لذا وجب الحذر عند التعامل مع هذه المفاهيم نظراً لخطورة النتائج المترتبة على التقارب بين المفاهيم وهي خصوصاً:

#### الفرع الاول: النازحون

هم الأشخاص الذين نزحوا داخلياً لأسباب قد تكون مماثلة لهروب اللاجئين، غير أنهم بقوا في أراضيهم يخضعون لقوانين تلك الدولة، أو لمن يسيطر واقعياً على المناطق التي نزحوا إليها، وفي

<sup>1</sup> [www.irin.org](http://www.irin.org)

تاريخ الاطلاع 06/04/2016

أزمات بعينها تقدم المفوضية المساعدة لكثير من ملايين النازحين. وتدور في الوقت الحاضر مناقشات واسعة النطاق على الصعيد الدولي، حول الطريقة الأفضل التي يمكن من خلالها توفير الحماية للنازحين، ومن الجهة أو الجهات التي يمكنها القيام بذلك؟ وتشير تقارير دولية صدرت عام 2015، أن عدد النازحين في العالم قد تجاوز 25 مليون شخص.

## الفرع الثاني: المهاجرون

هم أشخاص اختاروا الانتقال من بلدتهم إلى بلدان أخرى، ليس بسبب تهديد مباشر بالاضطهاد أو الموت، بل لتحسين حياتهم بشكل أساس من خلال إيجاد العمل، أو في بعض الحالات من أجل التعليم، أو لم شمل العائلة أو أسباب أخرى. على عكس اللاجئين الذين لا يستطيعون العودة إلى وطنهم بأمان، لا يواجه المهاجرون مثل هذه العوائق للعودة. فإذا اختاروا العودة إلى الوطن فسيستمرون في الحصول على الحماية من حكومتهم.

ويعدّ هذا الفارق أساسياً من الناحية القانونية، إذ أن الدول تتعامل مع المهاجرين بموجب قوانينها وإجراءاتها الخاصة بالهجرة، ومع اللاجئين بموجب قواعد حماية اللاجئين واللجوء المحددة في التشريعات الوطنية والقانون الدولي على حد سواء. وتحمل الدول مسؤوليات محددة تجاه أي شخص يطلب اللجوء على أراضيها أو على حدودها. وتساعد المفوضية الدول على التعامل مع مسؤولياتها في حماية طالبي اللجوء واللاجئين. ومع النازحين بموجب قوانينها الوطنية والقانون الدولي للاجئين.

أخيراً، إن العمل على تعزيز حقوق اللاجئين ونظام الحماية، المكفولين في القوانين الدولية، يبقى مرهوناً بقدرة المجتمع الدولي على معالجة الأسباب الحقيقية، التي تؤدي إلى ولادة وتفاقم ظاهرة اللجوء، وطالما استمرت الحروب والمنازعات الدولية والداخلية، في توفير عوامل تفجر مشكلة اللجوء في كل حين، فمن الصعب الحديث عن معالجات جذرية تضع حدًا نهائياً لمعاناة ملايين اللاجئين في العالم. إذ لا سبيل لمواجهة التحديات التي تواجه اللاجئين، إلا برفع مستوى تضامن الحكومات والمجتمعات الإنسانية مع قضيائهم، وأبدى أشكال هذا التضامن هو احترام حقوقهم الأساسية، وحمايتهم من ضروب الانتهاكات كافة.

**خاتمة**

لقد كانت مشكلة اللجوء مطروحة بشدة منذ نهاية الحرب العالمية الأولى، لكنها طرحت بإلحاح مع نهاية الحرب العالمية الثانية، بما خلفته من مئات الملايين من الذي هُجّروا من أماكن سكفهم، وهي ما تزال مطروحة بنفس الإلحاح والشدة حتى بعد الأشتواط العديدة والجهود الحثيثة التي بذلت لمعالجتها، في مختلف الصكوك الدولية على رأسها اتفاقية اللاجئين، وبمختلف الأجهزة التي أست للتخفيف من وطئها وبالخصوص المفوضية السامية لشؤون اللاجئين التابعة للأمم المتحدة. لكن مع كل الجهود المبذولة تبقى هذه المشكلة تتصدر اهتمامات المجتمع الدولي، وبالخصوص في الأوضاع الراهنة التي تتميز بكثرة النزاعات وتتوفر وسائل التنقل وتعدد بواعث تغيير أماكن العيش، مما يطرح معه سؤال عن مدى فعالية الاتفاقية الدولية لشؤون اللاجئين والمفوضية السامية، وتكيف اللاجي في ظل تشابكه مع مصطلحات متعددة ومتباينة.

## التمييز العنصري ضد المسلمين في الولايات المتحدة الأمريكية بعد أحداث 11 سبتمبر<sup>\*</sup> 2001

**دحية عبد اللطيف<sup>(1)</sup>**

<sup>(1)</sup> أستاذ محاضر "أ" ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة ، الجزائر.

**قزان مصطفى<sup>(2)</sup>**

<sup>(2)</sup> أستاذ محاضر "أ" ، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي آفلو، الأغواط، الجزائر.

### **الملخص:**

عانت الأقلية المسلمة في الولايات المتحدة الأمريكية بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر من التمييز العنصري، فلقد طال التمييز هذه الأقلية داخل المدارس و الجامعات حتى أماكن العمل، بل و حتى الأماكن العمومية مما أدى ببعض العائلات للبقاء في بيوتها لمدة طويلة مخافة الاعتداء عليها، كما أنَّ التمييز قد مسَّ هذه الأقلية من خلال قانون باتريوت أكت لعام 2001، و الذي كان هدفه الأول الأقلية المسلمة، كما جاءت القرارات التنفيذية للإدارة الأمريكية لتزيد من محنَّة المسلمين سواء بالاعتقال كشهود رئيسيين أو كأعداء غير شرعيين، وكان استهداف المنظمات الخيرية و الجمعيات الإسلامية بتجميد أرصدتها ووقف إمداداتها واضحاً، ولعلَّ قرار الإدارة الأمريكية بالسماح بالتنصُّت على مكالمات المواطنين قد أكد الطابع التميزي لهاته القرارات، يحدث هذا كله بالرغم من أنَّ وثيقة الحقوق الأمريكية تنصُّ على منع التمييز بين المواطنين، وبالرغم من مصادقة الولايات المتحدة الأمريكية على العديد من المواثيق الخاصة بحقوق الإنسان وفي مقدمتها اتفاقية منع التمييز العنصري لعام 1984، وكذلك العهدين الدوليين للحقوق المدنية و السياسية و الاقتصادية والاجتماعية و الثقافية لعام 1966.

### **الكلمات المفتاحية:**

التمييز العنصري، المسلمين، الولايات المتحدة الأمريكية.

---

\* تاريخ إرسال المقال 25/02/2018، تاريخ مراجعة المقال 29/06/2018، تاريخ نشر المقال 31/07/2018

## **Racial discrimination against Muslims in the United States after the events of 11 September 2001**

### **Summary:**

The Muslim minority in the United States of America suffered after the events of September 11th of racial discrimination, this is evident through the manifestations of hatred and rancor within the American community directly after these events.

This discrimination has affected this minority in schools, universities, workplaces, and even in public places which has led some families to stay in their homes for a long time, for fear of being attacked.

As well as the discrimination affected this minority by the Patriot Act for the year 2001, and that its first goal was the Muslim minority, as well as the executive decisions of the American administration that will increase the fate of Muslims, either by arrest as key witnesses or illegal enemies, and the targeting of charities and Islamic societies by freezing its supplies and stopping supplies was obvious, and perhaps the US administration's decision allows wiretapping on citizens' phone calls, confirmed the discriminatory nature of these situations, all of this occurs despite the fact that the US rights document provides for the prevention of discrimination between citizens, despite the ratification of the United States of America a large number of human rights conventions, in particular the Convention on the Prevention of racial discrimination of 1963, as well as the two international covenants relating to civil, political, economic, social and cultural rights of 1966.

### **Keywords:**

Racial discrimination, Muslims, United States.

## **La discrimination raciale envers les musulmans aux Etats unis après les événements du 11 Septembre 2001**

### **Résumé :**

La minorité musulmane présente aux Etat unis a souffert de discrimination raciale juste après les évènements du 11 Septembre 2001, des musulmans harcelés dans les écoles, les universités, les lieux de travail et même dans les lieux publics, certaines familles ne quittaient plus leurs domiciles de peur d'être attaquées.

Cette discrimination est apparue clairement aussi à travers la loi du Patriote Act de l'année 2001, les décisions émises par l'administration américaine à l'encontre des musulmans ont aggravé leurs sorts ; les arrestations des témoins principaux, des ennemis illégaux, le gel des ressources des organisations caritatives ou associations musulmanes, l'autorisation d'espionner les appels téléphoniques des citoyens....

Tous ces actes confirmaient cette discrimination, pourtant contraire à la convention américaine des droits de l'homme et au grand nombre de conventions ratifiées par les Etats unis telles que la convention sur la prévention de la discrimination raciale de 1963, ainsi que les deux pactes internationaux relatifs aux droits civils, politiques économiques sociaux et culturels de 1966.

### **Mots clés :**

la discrimination raciale, les musulmans, les Etats unis.

## مقدمة

لا يختلف اثنان في أنّ الأقلية المسلمة في الولايات المتحدة الأمريكية لم تُعد تعيش حياة طبيعية، خصوصاً بعد أحداث الحادي عشر من أيلول سبتمبر 2001، حيث أصبح المسلمون<sup>1</sup> في الولايات المتحدة الأمريكية معرضين للكثير من أشكال التّعصب والتّمييز العنصري، غير أنّ النّظرة الأمريكية السلبية تجاه الإسلام والمسلمين لم تكن وليدة أحداث الحادي عشر من سبتمبر فهي نظرة قديمة<sup>2</sup>، إلاّ أنّ الأمر ازداد سوءاً وبشكل خاص في الفترة التي تلت أحداث الحادي عشر من سبتمبر 2001 وذلك باعتبارهم العدو الجديد بالنسبة لأمريكا ولل كثير من الدول الغربية. تلك الأحداث<sup>3</sup> تمثل نقطة تحول فاصلة في صياغة النظام العالمي للقرن الحادي والعشرين، حيث أدت بصورة واضحة إلى تعزيز مكانة الولايات المتحدة الأمريكية ودفعها إلى القوى الدولية

<sup>1</sup> يعتبر الإسلام اليوم من أكثر الديانات انتشاراً في المجتمع الأمريكي ومصدر هذا الإنتشار نابع من الموجات الواسعة من المهاجرين التي جاء معظمها من منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، و تؤكد الدراسات الحديثة على أنه إذا استمر نمو المسلمين بنفس المعدلات الحالية ، فإنه بحلول عام 2015 سيكون الإسلام الديانة الثانية في الولايات المتحدة الأمريكية من حيث عدد المؤمنين به ، انظر : عصام عبد الشافي ، المسلمين في الولايات المتحدة الأمريكية : تحديات أمام الاندماج ، مجلة السياسة الدولية ، العدد 151 ، السنة التاسعة والثلاثون ، يناير 2003 ، ص 89.

<sup>2</sup> النّظرة الأمريكية السلبية تجاه الإسلام والمسلمين لم تكن وليدة أحداث الحادي عشر من سبتمبر ، فهي نظرة قديمة ، فعلى سبيل المثال قام فؤاد عجمي- في خطاب له في 3 جوان 1993 في حفلة جمع التبرعات لإسرائيل ، مدعاومة من مؤسسة القدس - بإدانة القومية العربية بوصفها أكثر إيديولوجية مميتة في العالم و في الحفلة نفسها قال هنري كيسنجر بوضوح ( وهو أستاذ سابق في هارفرد ، وزير الخارجية الأمريكية ومستشار الأمن القومي في البيت الأبيض سابقا) : " لا يمكنك في الواقع تصديق أي شيء يقوله عربي " .

- Norman Finkelstein, " A Reply to Henry Kissinger and Fouad Ajami " , The link , vol. 25, n 05 (December 1992) p1.

<sup>3</sup> لقد تلقت القوة العظمى الوحيدة والمنفردة على قمة النظام العالمي في العقد الأخير من القرن العشرين أي الولايات المتحدة الأمريكية أقسى الضربات في تاريخها كلها، حيث لا تعي الذكرة الأمريكية. منذ الحرب الأهلية (1812) و حدث بيرل هاربر (1914)، خبرة دموية بحجم و عنف ومفاجأة ما تعرضت لها الولايات المتحدة الأمريكية، ومدتها الرئيسية ورموز قوتها الاقتصادية والعسكرية والمدنية، مثلما تعرضت له يوم الثلاثاء الحادي عشر من سبتمبر عام 2001، فقد حدثت هجمات انتحارية قام بتنفيذها 19 شخصاً يرغم بأنهم على صلة بتنظيم القاعدة، وقد تم تنفيذ الهجوم عن طريق اختطاف أربع طائرات نقل مدني تجارية ومن ثم توجمها لتصطدم بأهداف محددة، وتمنت أول هجمة حوالي الساعة الثامنة و ست وأربعين دقيقة صباحاً بتوقيت نيويورك، حيث اصطدمت الطائرات المخطوفة بالبرج الشمالي من مركز التجارة العالمي، وبعدها بدقائق حوالي الساعة التاسعة والنصف اصطدمت طائرة أخرى بالبرج الجنوبي ومركز التجارة العالمي الذي استهدفه اثنان من الطائرات المهاجمة يتألف من عدة مباني بالضبط سبعة أبراج، أهمها ناطحتا سحاب معروفتان باسم البرجين التوأميين ويتألف كل من هذين البرجين من مائة وعشرة طوابق ويأويان مكاتب أربعين ألفاً وثلاثين شركة ومؤسسة و يعمل بها ما بين خمسين وخمسة و خمسين ألف شخص من ضمنهم ألفان وثمانمائة موظف فيدرالي وعدد أكثر على الأرجح من الموظفين المحليين، ويزور المركز يومياً حوالي المائة ألف شخص، فليس من الصعب أن يتوقع الإنسان كارثة بشرية حينما تحول طائرتان من نوع بوينغ 767 معباتان بالوقود إلى قنبلتين هائلتين تنقضان على المبنى وبعد ما يزيد عن نصف ساعة من اصطدام الطائرة الثانية بالبرج

المنافسة مثل الاتحاد الأوروبي واليابان والصين وروسيا إلى التعاون معها، كما أنها أعطت الضوء الأخضر لتنفيذ سياساتها في الشرق الأوسط، وقد تم تنفيذ المخطط الأمريكي من خلال مفهوم بوش الابن الذي صرّح به حين أُعلن الحرب على الإرهاب في مقولته.

ومن التداعيات التي سبّبتها الأحداث هو اتساع ظاهرة "رفض الآخر في المجتمع الأمريكي" باتجاه شعوب العالم الثالث وخاصة الإسلامية منها، أين تم إحصاء 2213 حادث سنة 2016 وحدها ضد الرعايا الأجانب والعرب والمسلمين، وبناءً على ما سبق تشور الإشكالية التالية: ما هي مظاهر معاناة الأقلية المسلمة من التمييز العنصري داخل المجتمع الأمريكي بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر 2001؟ كيف أثرت القوانين الأمريكية الصادرة بفرض مكافحة الإرهاب على حقوق هاته الأقلية؟ هل أثّرت القرارات التنفيذية التي أصدرتها الإدارة الأمريكية بهدف محاربة الإرهاب وتجفيف منابعه على الحريات العامة للأقلية المسلمة في أمريكا؟

لفرض الإجابة عن هاته الإشكاليات فإننا نتبع الخطة التالية:

- أولاً: واقع التمييز العنصري ضد المسلمين داخل المجتمع الأمريكي بعد أحداث 11 سبتمبر 2001.
- ثانياً: تأثير قانون باتريوت أكت لعام 2001 والقرارات التنفيذية للإدارة الأمريكية على الحقوق والحريات العامة للأقلية المسلمة.
- ثالثاً: تجريم المواثيق الدولية للتمييز العنصري.

الجنوبي اصطدمت طائرة ثالثة بمبني الپنتاغون، ورغم أن مبني الپنتاغون أو وزارة الدفاع الأمريكية لا تقارن بمبني التجارة العالمي في الحجم إلا أن ذلك لا يعني التقليل من حجم هذا الاصطدام، فعدد العاملين بالپنتاغون يتجاوز ثلاثة وعشرون ألف شخص من العسكريين والمدنيين المتعاقدين مع الجيش الأمريكي ومن فهم وزير الدفاع ورؤساء الأركان، أما الطائرة الرابعة فقد عُثر عليها محطمّة غرب بنسلفانيا بين نيويورك وواشنطن.

ولا شك أن هذه العمليات التي وقعت في 11 سبتمبر 2001 بلغت – ليس فقط وفق التقديرات الرسمية الأمريكية وإنما أيضاً وفقاً لتقديرات جهات أخرى محايدة – درجة عالية من الجسامّة تعادل أو تفوق أحياناً جسامّة أفعال العدوان المسلح المباشر، فقد بلغ عدد ركاب الطائرات المخطوفة 257 راكباً (معظمهم حملة الجنسية الأمريكية)، كما بلغ عدد ضحايا مركز التجارة العالمية 5400 مفقود وقتيل بما فيهم 400 من رجال الإنقاذ والإطفاء، ويُقدر ضحايا تدمير مبنى وزارة الدفاع ما بين 200 إلى 750 قتيلاً وكذلك مئات الجرحى والمصابين بسبب انهيار مركز التجارة العالمي. هذا ناهيك عن الآثار الاقتصادية والتي ترجمتها الخسائر المادية الهائلة فقد أزدانت المخاوف من الطيران المدني الداخلي الذي كان يعتبر الوسيلة الأولى للانتقال من ولاية لأخرى، حيث قامت بعض الشركات بإلغاء حوالي 88% من رحلات موظفها لولاية أخرى، وحوالي 30.1% من الرحلات الترفيهية أو السياحية تم إلغاؤها أيضاً. انظر: د/ أسامة الغزالي حرب، هل استوعب الأمريكيون درس 11 سبتمبر 2001، مجلة السياسة الدولية، العدد 147، يناير 2002، ص 14.

**أولاً: واقع التمييز العنصري ضد المسلمين داخل المجتمع الأمريكي بعد أحداث 11 سبتمبر 2001**  
 يتجلّى واقع التمييز العنصري ضد المسلمين بعد أحداث 11 سبتمبر 2001 من خلال تغيير النّظرة الأمريكية تجاه الأقلية المسلمة، و تسجيل إرتفاع محسوس في الحوادث ضد المسلمين.

#### 1- تغيير النّظرة الأمريكية تجاه الأقلية المسلمة:

لقد أدّت التّفجيرات التي وقعت في الحادي عشر من سبتمبر 2001 إلى تغيير النّظرة الأمريكية للأقلية المسلمة وتفصيلاً، فقد أحصت الجمعيات الحقوقية للأقليات المسلمة تصاعداً كبيراً في حالات الإعتداءات ضد الأقلّيات المسلمة، حيث قال إحسان الخطيب - المسؤول في اللجنة الأميركيّة العربيّة لمكافحة التّمييز- أنه حدث في أعقاب هجمات 11 أيلول/سبتمبر 2001 الإرهابية أن وقع "عدد كبير من أعمال التّعصب الأعمى ضد الأقلّيات المسلمة" كما أضاف قائلاً إنه "وّقعت حوادث تمييز عديدة ضد النساء اللاتي يرتدين لباساً يُظهرُ أنّهن مسلمات، وقد قاسى عدد منهنَّ من الإهانات والتّحديق بهنّ".<sup>1</sup>

لاشكَّ أنَّ وسائل الإعلام الأمريكية لعبت دوراً مهماً في رسم الصُّورة السلبية عن الإسلام خاصة من لها توجهات مناهضة أساساً للإسلام والمسلمين، وهي بدورها تؤثّر سلباً على نظرية الإنسان الأميركي العادي، وأشارت إحدى استطلاعات الرأي أن 49% من الأميركيين يحملون نظرية سلبية تجاه الإسلام ، وهذا ما يجعل من الصّعب تغيير وجهة نظر هؤلاء ، خصوصاً أولئك الذين فقدوا أحد أفراد عائلتهم ، أو أصدقاءهم في تلك الأحداث.

#### 2- تسجيل إرتفاع محسوس في الحوادث ضد المسلمين:

أشار "مجلس العلاقات الإسلامية - الأمريكية - CAIR"<sup>2</sup> إلى ارتفاع عدد الحوادث التي أبلغ بها المجلس منذ أن وقعت تلك الأحداث<sup>3</sup> ، ويأتي الأطفال على رأس الفئات التي تتعرّض للكثير من أشكال وأوجه التّمييز داخل المجتمع الأمريكي، فعلى سبيل المثال لا الحصر يواجه التّلاميذ في

<sup>1</sup> انظر : سياسة مكافحة التّمييز تُسْهِل على مسلمي أمريكا الاندماج في المجتمع ، شبكة الثّياء المعلوماتية ، الأحد 11 سبتمبر 2005، الموقع : [www.annabaa.org](http://www.annabaa.org)

<sup>2</sup> يعتبر مجلس العلاقات الإسلامية الأمريكية (CAIR) أحد أكبر المنظمات المسلمة الأمريكية ، وللمجلس 12 فرعاً إقليمياً بأكبر المدن الأمريكية والكندية، ويختصّ المجلس في الدفاع عن الحقوق المدنية للمسلمين في أمريكا وفي توعية الرأي العام الأمريكي حول الإسلام والمسلمين ، ويقوم بإعداد البحوث والدراسات العلمية عن واقع المسلمين بأمريكا، كما يُشجّع المجلس مشاركة المسلمين في الحياة السياسيّة الأمريكية ، انظر موقع المجلس على الإنترنّت : [www.cair.org](http://www.cair.org)

<sup>3</sup> انظر : تقرير عن الإعتداءات على المسلمين ، (أكثر من 625 حالة من حالات الاعتداء على حقوق و حرّيات المسلمين في أمريكا منذ الحادي عشر من سبتمبر) ، (كير ، واشنطن : 25/5/2001) ، على الموقع : [www.cair.org](http://www.cair.org)

المدارس مستوى هائل من أشكال التمييز العنصري الذي يمارسه التلاميذ البيض وغيرهم من أبناء الجنسيات والديانات الأخرى<sup>1</sup>، فيواجهه هؤلاء التلاميذ الكثير من النعوت السيئة التي تُطلق عليهم مثل "إرهابي" ، "أساميّة" و"كاره أمريكا" ، إضافة إلى المضايقات التي يتعرّض لها الكثير منهم والتّعرض للضرب والشتم<sup>2</sup> .

لا يتوقف الأمر عند الصغار، بل ويرتبط بشكل كبير عند الكبار، حيث يتم التمييز وفقاً للشكل ولون البشرة ونوعية الملبس واللحية وطبيعة الإسم، فقد طالب مجلس العلاقات الإسلامية الأمريكية "كير" من شركة أمريكان آير لاينز الإعتذار عن طرد ضابط مسلم من أصل عربي يعمل بقوات الحرس الأمريكي المسؤولة عن حماية الرئيس الأمريكي جورج بوش وكبار مساعديه من السفر على متن إحدى طائراتها<sup>3</sup> .

كما تشمل أشكال التمييز ضد المسلمين التمييز في فرص العمل والأجور، وعدم قبول توظيف المسلمين، الفصل غير المبرر عن العمل، فقد لجأ الكثير من الأشخاص إلى القضاء للدفاع عن حقوقهم موظفين وعمال مسلمون وعرب بالتعاون مع لجنة تكافؤ فرص العمل الأمريكية - المعنية بمكافحة التمييز في أماكن العمل - ضد أصحاب أعمالهم بسبب التمييز ضدهم لأسباب ترجع إلى خلفيتهم العرقية والدينية<sup>4</sup> ، كما رصدت العديد من حالات الهُدُد بالقتل ضد النساء والرجال على السواء والاستهزاء بالحجاب وبالنساء المسلمات وغيرها من كافة أشكال الممارسات العنصرية التي لا تطال المسلمين المهاجرين فقط، بل تتعداًهم لتشمل أيضاً المسلمين من الأميركيين البيض والسود الذين أسلموا من الرجال والنساء<sup>5</sup> .

فقد واجه المسلمون الأميركيون ظروفاً عصيبة خلال الأسبوع التي تلت هجمات 11 سبتمبر 2001، إذ تشير إحصائيات مجلس العلاقات الإسلامية الأمريكية "كير" إلى الحوادث التي أبلغ بها المجلس، حيث أنَّ أحداث التمييز ضد المسلمين خلال الفترة الفاصلة بين 11/09/2001 و29/11/2001 قد بلغت 1452 حادثة تتراوح بين القتل والتحرش اللفظي<sup>6</sup> . فقد تعرّضت سيدة

<sup>1</sup> أنظر : محمد بن مختار الشنقيطي، الحقوق المدنية في أمريكا بعد هجمات 11 سبتمبر ، على الموقع : [www.aljazeera.net](http://www.aljazeera.net)

<sup>2</sup> أنظر : محمد بن مختار الشنقيطي، نفس المصدر.

<sup>3</sup> - أنظر : محمد بن مصطفى العليجان، مسلمو أمريكا يطالبون بالاعتذار، 2004/01/22 ، الموقع : [www.bintjbeil.com](http://www.bintjbeil.com)

<sup>4</sup> أنظر : نهاد عوض ، المسلمين الأميركيون: الواقع وإمكانات النمو ، مجلة المستقبل العربي ، العدد 322 ، السنة الثامنة والعشرون ، كانون الأول / ديسمبر 2005 ، ص 75 .

<sup>5</sup> أنظر : محمد بن مختار الشنقيطي ، نفس المصدر.

<sup>6</sup> - وقد صنف المجلس هذه الأحداث كمايلي :

- التحرش في الأماكن العمومية: 335 حالة

- الاعتداء الجسدي والإضرار بالممتلكات: 265 حالة.

مسلمة في الثالثة والعشرين من عمرها ترتدي غطاء الرأس الإسلامي وحامل في شهرها الثامن لاعتداء عنصري من قبل ثلاث رجال بيض يقودون حافلة نقل صغيرة أثناء ممارستها رياضة المشي صباح يوم الثلاثاء التاسع من أوت سنة 2005، بمدينة ألينجتون شمال ولاية فيرجينيا الأمريكية، وذكرت (كير) أنَّ الرجال الثلاثة بدؤوا في توجيه السباب لها خلال سيرها متلقيظين بألفاظ عنصرية مثل "إرهابية ... ، "عودي إلى بلدك" ، وألفاظ قبيحة أخرى<sup>1</sup> ، كذلك فقد أجبرت الإعتداءات التي تعرض لها المسلمون في المجتمع الأمريكي خاصة في الأيام الأولى التي تلت التفجيرات عدداً كبيراً من العائلات على عدم مغادرة منازلهم لعدة أيام، وحتى لشراء الاحتياجات الضرورية لمعيشتهم<sup>2</sup> وقد طالب مجلس العلاقات الإسلامية الأمريكية (كير) سلطات تنفيذ القانون بالولايات المتحدة بمعاملة حادثة الاعتداء الذي تعرضت له السيدة المسلمة في شمال ولاية فيرجينيا الأمريكية على أنها جريمة مدفوعة بالكراهية<sup>3</sup>

كما تعرض العديد من المساجد إلى الإعتداءات فقد أكدت (كير) أنَّ مساجد في ولايات بنسلفانيا وفلوريدا وتكساس ونبراسكا وكاليفورنيا ونيويورك تعرضت لاعتداءات خلال الفترة التي تلت أحداث الحادي عشر من سبتمبر، كما أشار تقرير لوكالة "أسوشيتد برس" إلى تعرض مسجد "الاتحاد الإسلامي بسينسيناتي" والذي يُعرف أيضاً باسم "مسجد كليفتون" في ولاية أوهايو الأمريكية لتفجيرين أحقاً أضراراً بموقعي المسجد، ولكنَّهما لم يُسفرَا عن وقوع ضحايا بشرية بسبب خلو المسجد من المصليين في وقت وقوع الانفجار<sup>4</sup> ، وقد أعلن مجلس العلاقات الإسلامية الأمريكية (كير) عن تقديم مكافأة مالية قدرها خمسة آلاف دولار أمريكي لمن يُدلي بمعلومات تساعد

- رسائل الكراهية والحقن: 262 رسالة
- أحداث التمييز في المطارات: 129 حالة.
- أحداث التمييز في أماكن العمل: 127 حالة.
- أحداث التمييز في المدارس: 61 حالة
- التهديد بالقتل: 60 حالة
- القتل الفعلي: 19 حالة.

التهديد بالقنابل: 16 حالة. أنظر : محمد بن مختار الشنقيطي ، الحقوق المدنية في أميركا بعد هجمات 11 سبتمبر ، المصدر السابق على الموقع : [www.aljazeera.net](http://www.aljazeera.net)

<sup>1</sup> انظر : مسلمة أمريكية محجبة تتعرض لحادث عنصري في فرجينيا ، شبكة النبأ المعلوماتية ، 11/08/2005 على الموقع : [www.annabaa.org](http://www.annabaa.org)

<sup>2</sup> انظر : عصام عبد الشافي ، المسلمين في الولايات المتحدة الأمريكية ، المرجع السابق ، ص 92 .

<sup>3</sup> انظر : محمد بن مختار الشنقيطي ، نفس المصدر.

<sup>4</sup> انظر : إحراق مساجد وتدمير مرافق إسلامية في أمريكا ، (كير-واشنطن) 11 نوفمبر 2004 ، على الموقع : [www.cair.org](http://www.cair.org)

في القبض على وإدانة المسؤولين عن التفجيرين الذين تعرضوا لهم المسجد<sup>1</sup>، كما أشارت كير إلى أنها رصدت في نوفمبر 2004 عدداً كبيراً من الحوادث العنصرية التي استهدفت المسلمين والعرب في مناطق مختلفة من الولايات المتحدة، وفي ولاية نيفادا ألقى متشددون مخلفات حيوانية على أحد المساجد، وفي ولاية مينيسوتا تم تخريب مركزين إسلاميين وفي ولاية تكساس أُلقيت قبلة حارقة على مسجد بمدينة آل باسو، كما قُبض على شخص مشكوك في ضلوعه في حريق شب في متجر يملكه مسلمون بمدينة سان أنطونيو بولاية تكساس، وأُلقيت قبلة حارقة على صندوق البريد الخاص بالمركز الإسلامي بمدينة هيوزتن بالولاية نفسها<sup>2</sup>، وفي العاصمة الأمريكية واشنطن تم تخريب ساحة يصلّي بها المسلمون في الجامعة الأمريكية بواشنطن ، وفي ولاية فلوريدا كتب مُحرّيون عبارة "أُقتلوا جميع المسلمين" على الجدران الداخليّة للمركز الإسلامي بمدينة لوتس القريبة من مدينة تامبا<sup>3</sup>.

وقد ذكر السيد عمر أحمد (رئيس مجلس إدارة مجلس العلاقات الإسلامية الأمريكية) (كير) أنه كان يُؤْدَه أن يُرسِل المجلس فريقاً قانونياً وإعلامياً للتحقيق في كل حادثة من حوادث الإعتداءات التي تعرض لها المسلمون خلال الأزمة الرّاهنة والتي تميّزت في مُعظمها بالخطورة والعنف، ولكنَّ الزيادة الكبيرة في عدد الحالات وتخسيص المجلس لجزء كبير من موارده في العمل مع الإعلام الأمريكي لترشيد تناوله لموقف المسلمين من الأزمة الرّاهنة حال دون ذلك<sup>4</sup> ، كما ذكر السيد هناد عوض المدير العام لـ(كير) أنَّ المجلس حاول تخفيف دائرة العداء الموجَّه ضد المسلمين والعرب في أمريكا من خلال العمل على الساحتين السياسية والإعلامية لحثِّ القيادات الأمريكية على ضبط إيقاع تعامل الشعب الأمريكي مع الأزمة<sup>5</sup> ، كما قال السيد هناد عوض في حوار مع منتدى إسلاميات حول حقيقة الإعتداءات على الأقليات المسلمة: "نحن أشرنا في أكثر من مكان ومناسبة أنَّ هناك تدهوراً في حالة الحقوق المدنية للمسلمين الأمريكيين وهذا ليس سراً، بل حقيقة ونحن نعيشها فمنذ ظهرتنا منظمة "كير" تستقبل الشكاوى وتعيش معاناة الكثير من المسلمين الذي اعتُقلوا ظلماً أو رُحِّلوا ظلماً أو دهمت منازلهم ومؤسساتهم ظلماً دون أن يكون هناك تبرير أو تفسير قانوني أو حتى محاكمة، وهذا بلا شك له أثر سلبي على أداء الديمقراطية داخل الولايات المتحدة".<sup>6</sup>

<sup>1</sup> انظر: إعتداء بالتفجيرات على مسجد بولاية أوهايو الأمريكية ، موقع يومية العرب نيوز التالي : [www.alarabnews.com](http://www.alarabnews.com)

<sup>2</sup> انظر: إحراق مساجد وتدمير مرافق إسلامية في أمريكا ، المصدر السابق .

<sup>3</sup> انظر: إحراق مساجد و تدمير مرافق إسلامية في أمريكا ، نفس المصدر.

<sup>4</sup> انظر: تقرير عن الإعتداءات على المسلمين ، (أكثر من 625 حالة من حالات الإعتداء على حقوق وحريات المسلمين في أمريكا منذ الحادي عشر من سبتمبر)، المصدر السابق ، الموقع : [www.cair.org](http://www.cair.org)

<sup>5</sup> انظر: تقرير عن الإعتداءات على المسلمين ، المصدر السابق ، الموقع : [www.cair.org](http://www.cair.org)

<sup>6</sup> انظر: هناد عوض ، المسلمين الأمريكيون: الواقع و إمكانات النمو ، المرجع السابق ، ص 75 .

وقد كشف تقرير نشرته لوس أنجلوس تايمز L.A.TIMES في عددها الصادر في 3/11/2001 عن وقوف مجموعة من أكبر المنظمات المهودية الأمريكية وأكثرها انتشارا داخل المجتمع الأمريكي (لجنة مكافحة التشويه ورابطة الدفاع عن اليهود ومركز أبحاث الشرق الأوسط) خلف حملة التشويه التي تتعرّض لها صورة مسلمي أمريكا وأكبر منظماتهم منذ أحداث سبتمبر 2001<sup>1</sup>.

لقد أدّت موجة الكراهية التي اعتربت الأقليات المسلمة داخل المجتمع الأمريكي إلى تفكيك التّرابط الذي كان قائماً بينها، ممّا شكّل تحدياً جديداً واجهته هذه الأقليات، ولعلّ القرارات التنفيذية التي أصدرها الرئيس دونالد ترامب، التي دخلت حيز التنفيذ يوم 29 يونيو/حزيران 2017 بحظر سفر مواطنين من ستة بلدان ذات غالبية مسلمة، هي إيران، ليبيا، العراق، الصومال، السودان، سوريا واليمن إلى أمريكا لمدة 90 يوماً، وكذا حظر دخول اللاجئين إلى الولايات المتحدة لمدة 120 يوماً قد ترجم المعنى الحقيقي للكراهية و التعصب ضد المسلمين.

إلا أنه ينبغي الإشارة إلى أنَّ البعض قد ينسى أنَّ المجتمع الأمريكي في جوهره قد تأسَّس على فكرة إزاحة الآخر والإحلال محلّه، فمن إزاحة الهنود الحمر إلى إزاحة السُّود إلى إزاحة أبناء أمريكا اللاتينية، وعبر كل هذه الإزاحات فإنَّ مشروع الدولة الأمريكية لم يتغيّر عبر التاريخ<sup>2</sup> ، غير أنَّ مظاهر التمييز العنصري داخل المجتمع الأمريكي تُعتبر أخفُّ وطأة على الأقليات المسلمة من القوانين التي أصدرتها الإدارة الأمريكية بحجّة مكافحة الإرهاب وتجفيف منابعه والتي من أبرزها قانون باتريوت أكت لعام 2001.

## ثانياً: تأثير قانون باتريوت أكت لعام 2001 والقرارات التنفيذية للإدارة الأمريكية على الحقوق والحريات العامة للأقلية المسلمة

سنحاول في البداية التطرق إلى تأثير قانون باتريوت أكت لعام 2001 على الحقوق والحريات العامة للأقلية المسلمة، ثم نعرّج بعد ذلك للحديث عن تأثير القرارات التنفيذية للإدارة الأمريكية على الحقوق والحريات العامة للأقلية المسلمة.

<sup>1</sup> انظر: مجلس العلاقات الإسلامية الأمريكية (كير)، بيان صحفي رقم 112-11/6/2001 ، الموقع:

<http://www.geocities.com/azzalloum/m1.htm>

<sup>2</sup> انظر: د/ صالح سليمان عبد العظيم ، التمييز العنصري ضد المسلمين في أمريكا ، الموقع: [www.diwanalarab.com](http://www.diwanalarab.com)

**1- تأثير قانون باتريوت أكت لعام 2001 على الحقوق والحريات العامة للأقلية المسلمة:**

لقد تمَّ تبني قانون مكافحة الإرهاب لعام 2001<sup>1</sup> بعد ستة أسابيع من أحداث الحادي عشر من سبتمبر واعتبره الرئيس الأمريكي جورج بوش يوم 26 أكتوبر 2001 (تاريخ توقيع القانون) بأنه : " تشريع جوهري ليس فقط لمتابعة و معاقبة الإرهابيين ، وإنما أيضاً لتجنب وقوع فضائع جديدة " ، ورغم أنَّ هذا القانون نصَّ في البند 102 منه على أنَّ: " الحقوق والحريات المدنية لكلِّ الأميركيين بما فيهم العرب الأميركيين والمسلمون الأميركيون من جنوب آسيا يجب حمايتها وكذا اتخاذ التدابير الممكنة لضمان أمنهم " ، إلاَّ أنَّ ذلك لم يخفِّف من قلق المسلمين والعرب الأميركيين خصوصاً لأنَّ هذه الفقرة لا تحمل أيَّ مدلول قانوني محدَّد، كما لم يمنع أيضاً من تطبيق القانون بشكل إنتقائي و تميizi ضد الأقلية المسلمة ، إذ يرى الكثير من رجال القانون والمنظمات الحكومية أنَّ صدور هذا القانون قد جسَّد تقنيتنا للتمييز العرقي والديني ، وبعد شهر من دخول القانون حِيز النَّفاذ ، عهد وزير العدل السابق "جون أشكروفت" إلى مكتب التحقيقات الفيدرالي مراقبة المنظمات السياسية والجماعات الدينية بالولايات المتحدة الأمريكية<sup>3</sup> ، وكانت البداية بقيام المكتب بإحصاء عدد المساجد بمختلف الولايات الأمريكية لتوزيعها على 56 وكالة موزَّعة على أنحاء البلاد ، بحيث يُشرفُ كلُّ فرعٍ على مجموعة من المساجد من خلال عمليات التَّفتيش والمراقبة المستمرة<sup>4</sup> ، ومنذ صدور قانون باتريوت أكت أصبح أفراد الأقلية المسلمة يعانون من الرَّقابة المتزايدة والشك العام وحملات التَّفتيش العشوائية ومصادرة ممتلكاتهم الخاصة لأسباب تتعلَّق بخلفيَّتهم الدينية والعرقية وبدون دليل كافٍ يربطُهم بأيَّة جرائم يتم ارتکابها<sup>5</sup> ، فقد صدر أمر لمكتب التحقيقات

<sup>1</sup> يمسُّ هذا القانون العديد من جوانب الحياة السياسية والمالية والشخصية ، ويتكوَّن من 166 صفحة مُقسَّمة إلى جزئين اثنين ، كل جزء يعالج موضوعاً مختلفاً ، وفيما يتعلق بالحريات العامة فقد عالج القانون مواضيع متعلقة أساساً بالمراقبة والتَّفتيش وتجميد الأرصدة والأموال والإعتقال ، أنظر في ذلك : ليتيم نادية ، الحريات العامة للأقلية المسلمة بالولايات المتحدة الأمريكية بعد 11 سبتمبر 2001 ، مذكرة ماجستير قانون دولي عام ، جامعة باجي مختار ، عنابة ، 2007/2008 ، ص 104 .

<sup>2</sup> انظر : محمد جمال عرفة، وسائل الناري لتعذيب العرب و المسلمين في أمريكا ، الموسوعة الإسلامية ، الموقع : [www.balagh.com](http://www.balagh.com)

<sup>3</sup> cynthia vroom, Lutte contre Le Terrorisme et Protection Des Droits Fondamentaux ,Annuaire International de Justice Constitutionnelle,Paris,Economica, 2003 , p173.

<sup>4</sup> انظر : فهبي هويدى، الذي انكسر في أمريكا ، شبكة العراق الثقافية ، 02 مارس 2003 ، [www.iraqcenter.net](http://www.iraqcenter.net)

<sup>5</sup> انظر : التَّصنيف العرقي يشغل المسلمين الأميركيين في الانتخابات القادمة ، جريدة الشعب ، مصر ، حزب العمل ، 8 فيفري

2004 ، على الموقع : [www.alarabnews.com](http://www.alarabnews.com)

الفيدرالي بالتحقيق مع أكثر من 5000 شخص تتراوح أعمارهم بين 18 و 35 سنة و غالبيتهم من أصحاب البشرة السمراء الشرقيين والأوسيطين وال المسلمين<sup>1</sup>.

كما أصبحت مسألة تجميد أرصدة العديد من المؤسسات الخيرية أمرًا مفروغاً منه، وذلك بحجّة دعمها للإرهاب ، فتم تشكيل فريق عمل من وكالات متعددة في أكتوبر 2001 تحت إسم "عملية البحث الأخضر"<sup>2</sup> يضم خبراء ماليين من وزارة المالية ومن فروع حكومية أخرى لتحديد و تعطيل وتفكيك شبكات تمويل الإرهابيين.

كما قامت وزارة الخزينة الأمريكية بتجميد أرصدة العديد من الأشخاص والمنظمات بالولايات المتحدة الأمريكية غالبيتها منظمات و جمعيات خيرية إسلامية بحجّة دعمها للإرهاب<sup>3</sup> ، ولم يتوقف الأمر عند تجميد الأرصدة بل وصل إلى تطبيق ممارسات مجحفة بحق تلك المؤسسات كالصادرة أو الإغلاق أو التشهير أو الإتهام<sup>4</sup> .

لقد كانت البداية بتجميد أرصدة خمس من المؤسسات الإسلامية الخيرية للأقلية المسلمة بأمريكا ومن ثم إغلاقها بعد تصنيف وزارة المالية لها بأنّها مؤسسات تدعم الإرهاب بالإضافة إلى مؤسسة سادسة أغلقت دون تصنيف<sup>5</sup> ، فلقد كانت مؤسسة الأرض المقدسة للإعانة والتنمية ( HOLY LAND FOUNDATION ) بولاية تكساس - وهي أكبر وأهم مؤسسة خيرية للأقلية المسلمة بالولايات المتحدة الأمريكية – أول من تعرض لتطبيق هذا القانون ، حيث تم تجميد أموال المؤسسة المذكورة في الرابع من ديسمبر 2001 ، ومن ثم إغفالها وفروعها في كاليفورنيا و نيوجرسى وإلينوي<sup>6</sup> ، كما تم اعتقال أربعة من أعضائها من بينهم مدير المؤسسة ولقد برر الرئيس بوش تجميد أرصدتها

<sup>1</sup> أنظر : محمود محمود محمد حمد ، الولايات المتحدة الأمريكية بعد الحادي عشر من سبتمبر ، تحولات الفكر والسياسة ، مجلة السياسة الدولية ، العدد 147 ، يناير 2002 ، ص 65 .

<sup>2</sup> لقد اجهد هذا الفريق من الخبراء الماليين في تقصيّي كيفية التبرعات الإسلامية ، واستُجِيب له في توقيف 38 فردا و توجيه الإتهام إلى 26 آخرين ، وحجز حوالي 7 ملايين دولار داخل أمريكا ، و 16 مليون دولار كانت تحويلات في طريقها إلى أوّجه صرف مختلفة ، أنظر : ليتيم نادية ، المرجع السابق ، ص 106 .

<sup>3</sup> أنظر : تقويم سبتمبر : تقويم زمني للحرب ضد الإرهاب من وقوع هجمات الحادي عشر من سبتمبر / أيلول 2001 ، بي بي سي العربية ، 8 سبتمبر 2003

[http://news.bbc.co.uk/hi/arabic/news/newsid\\_3091000/3091838.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/arabic/news/newsid_3091000/3091838.stm)

<sup>4</sup> أنظر : أ.د سهيل حسين الفتلاوي ، موسوعة القانون الدولي ( حقوق الإنسان ) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2007 ، ص 159 .

<sup>5</sup> أنظر : مراقبة التبرعات الإسلامية في أمريكا ، برنامج من واشنطن ، قناة الجزيرة ، 12 أكتوبر 2006 ، على الموقع : [www.aljazeera.net](http://www.aljazeera.net)

<sup>6</sup> أنظر : محمد بن عبد الله السلوبي ، ملف الحملة الأمريكية على المؤسسات الخيرية الإسلامية ، خير أون لاين ، 3 جوان 2007 .

[www.kheironline.com](http://www.kheironline.com)

قائلاً: إنَّ المؤسسة تدعم مدارس تُكُون طلَّابَها تكوينًا فكريًّا يجعلهم فدائين" وهذا تبرير عجيب في بلد يبني نظامه السياسي على حرية التَّفكير والتَّعبير<sup>1</sup>، ونفس المصير لقيته مؤسسة النَّجدة العالمية (GLOBAL RELIEF FOUNDATION) ، وهي ثاني أكبر مؤسسة إسلامية خيرية بالولايات المتحدة الأمريكية ، إذ قامت وزارة الخزينة الأمريكية رسمياً بتصنيف هذه المؤسسة الخيرية كمؤيد للإرهاب، وأشارت إلى وجود صلات لها مع أسامة بن لادن ، المتهماً الأول بتفجيرات الحادي عشر من سبتمبر 2001 ، ومنذ ذلك الحين وهذه المؤسسة خارج ميدان العمل<sup>2</sup> ، هذا بالإضافة إلى العديد من المؤسسات الإسلامية والخيرية الأخرى<sup>3</sup> .

إنَّ الحجج والإِتَّهامات بضلوع المؤسسات الخيرية في أنشطة إرهابية ، هي في الحقيقة محض افتراءات فبحسب (ريبرن هيس) وهو الرئيس السابق لقسم الاستخبارات المالية بوزارة الخارجية الأمريكية فقد قال : " لا أحد يعرف على وجه التَّحديد كمية الأموال التي يجري تحريكها خارج النِّظام المصرفي التجاري التقليدي " مؤكداً على " صعوبة تتبع أنواع التَّمويلات والإِجراءات المالية في ظل البريد الإلكتروني والهاتف النَّقال ، إذ أنَّ الولايات المتحدة الأمريكية لن تستطيع أبداً أن تتأكد هل الأموال تذهب إلى أيدي الإرهابيين أم لقضايا إنسانية"<sup>4</sup> .

لذا فإنَّ فقدان الأدلة حول تورُّط تلك المؤسسات والجمعيات الخيرية في قضايا إرهابية جعل الولايات المتحدة الأمريكية تسعى لإعمال بند الأدلة السرية بموجب قانون مكافحة الإرهاب لضمان عدم أحقيَّة المحاكم في طلب الإدانة ، فالوضع القانوني الجديد لأمريكا في إطار حربها على الإرهاب يقتضي عدم وجود الأدلة للإدانة<sup>5</sup> ، فبإمكان الولايات المتحدة الأمريكية إتَّهام و مصادرة و إغلاق أية مؤسسة أو جمعية خيرية إذا ما أرادت ذلك وليس من حق أحد محاسبتها ، وقد أدى التَّوسيع في استخدام بند الأدلة السرية بموجب قانون مكافحة الإرهاب لعام 2001 إلى جعل العديد من المؤسسات الإسلامية والعاملين بها يعيشون حالة من الهاجس الأمني الذي أصبح جزءاً من حياتهم اليومية وأجندهم العملية ، فقلَّ أن تسلم مؤسسة إسلامية من الحملات الإعلامية والميدانية أو من المسائلة والتحقيق أو المراقبة والتدقيق حول نشاطها أو فرد من

<sup>1</sup> انظر : ليتيم نادية ، المرجع السابق ، ص 107 .

<sup>2</sup> انظر : ليتيم نادية ، نفس المرجع ، ص 107 .

<sup>3</sup> من بينها مؤسسة الصَّدقة الدوليَّة ، هيئة الإغاثة الإسلامية الأمريكية ، الجمعية الخيرية الإسلامية الأمريكية وغيرها من المؤسسات الإسلامية الأخرى ، إذ خلال الفترة الممتدة من 2001 إلى 2004 تم تصنيف أكثر من 390 مؤسسة و شخصية إسلامية كمؤيدين و مولين للإرهاب مما يعني أنَّهم جميعاً عرضة للإستيلاء على ممتلكاتهم و اعتقالهم ، أنظر في ذلك ، ليتيم نادية ، نفس المذكورة ، ص 107 .

<sup>4</sup> انظر : محمد بن عبد الله السلوبي ، المصدر السابق.

<sup>5</sup> انظر : محمد بن عبد الله السلوبي ، نفس المصدر.

أفرادها أو حوالتهما<sup>1</sup> ، فبحسب المحامي الأمريكي "وندل بيلو" رئيس جمعية أصدقاء المؤسسات الخيرية بواشنطن (FOCA) : "نحن نواجه حالات صعبة ، فهناك صعوبة تكمن في الدفع القانوني ، ففي ظل القانون الأمريكي لديك الحق في الدفاع عن نفسك ضد أيٍّ همّة ، ولكن للأسف في القضايا المصنفة على قوائم الإرهاب لا يُطبّق عليك القانون ، ولا يحقُّ لك أن تقدِّم دفوعاً لمواجهة هذه التهم ، خاصة في ظلِّ السياسة الأمريكية الحالية ، فالمتتبع للإتهامات الأمريكية ضد الأفراد والمؤسسات الخيرية يرى بأنَّها لا تقوم على أدلة أو إثباتات ، إنَّهم يدينون المؤسسات والأفراد من دون أيَّة أدلة"<sup>2</sup>.

لقد خسر المسلمون بأمريكا وخارجها سنوات هامة كانت تتيح العمل الخيري انطلاقاً من مؤسسات عملت طيلة سنوات على تقديم المال والغذاء للمسلمين المضطهددين والمعوزين في مختلف بقاع الأرض ، وهو مصدر للتعاون والتآلف لا يستهان به بين المسلمين ، خاصة أن دخل الأقلية المسلمة بأمريكا يفوق متوسط الدخل على مستوى الأقليات الأخرى ، حسب أرقام نشرتها مصادر قريبة من دائرة الهجرة عام 2002<sup>3</sup>.

لقد أدَّت التدابير التي اتَّخذتها وزارة الخزينة الأمريكية تطبيقاً لقانون مكافحة الإرهاب لعام 2001 إلى تضييق الخناق على مؤسسات الأقلية المسلمة بالولايات المتحدة الأمريكية ، فشكَّلت بذلك انتهاكاً صريحاً للحق في حرية التعبير والتَّجمع المكفولتين وطنياً ودولياً ، كما أنَّ إدانة المؤسسات الإسلامية بالإرهاب بناءً على أدلةٍ تُصنَّف بالسُّريرة وحرمانها من الدفاع عن نفسها أمام القضاء والإطْلاق على الأدلة التي تُدينها ، يُعدُّ مساساً خطيراً بالضمادات القضائية كما أنَّ تطبيق هذه الإجراءات على الأقلية المسلمة دون غيرها من الأقليات الأخرى بالرغم من وجود أكثر من مليون ونصف مليون مؤسسة خيرية أمريكية ، يُعدُّ انتهاكاً للحق في المساواة وهو من أهم الحقوق التي يكُفُّها القانون الدُّولي لحقوق الإنسان<sup>4</sup>.

لقد أضرَّ قانون باتريوت أكت لعام 2001 بحقوق الأقلية المسلمة ، وأدَّى إلى تزايد المعاناة بين أفرادها يوماً بعد يوم ، خصوصاً البند المتعلق بالاعتقال مجرد الاشتباه وفقدان الضمانات القضائية تبعاً لذلك ، غير أنَّ الأمر لم يتوقف عند هذا القانون وما انجرَّ عنه من إنتهاكات ، بل إنَّ

<sup>1</sup> انظر: نفس المصدر.

<sup>2</sup> انظر: وهيب الوهبي، الاتهامات الموجهة ضد المؤسسات الخيرية ليس لها أدلة أو إثبات، إسلام دالي، 4 أكتوبر 2005 ، الموقع: [www.islam-daily.net](http://www.islam-daily.net)

<sup>3</sup> انظر: ليتيم نادية ، المرجع السابق ، ص 110.

<sup>4</sup> The Government's Demand for New And Unnecessary Powers After September 11,Americain Civil Liberties Union, April 2002.

<http://www.aclu.org/FilesPDFs/insatiable%20appetite.pdf>

الأمر تعدّى ذلك إلى إصدار السلطة التنفيذية في الولايات المتحدة الأمريكية لقرارات بمناسبة حربها على الإرهاب ساهمت في مضاعفة معاناة الأقليات المسلمة ، وقد دفعت هذه التطورات الأستاذ فهيمي هويدي إلى الترحيب بالولايات المتحدة الأمريكية في منتدى العالم الثالث بقوله "أنّها" استوفت أوراق اعتمادها باتخاذ خطوات فعالة على صعيد الإعتداء على الحريات المدنية وتقنين القمع<sup>1</sup>.

## 2- تأثير القرارات التنفيذية وتأثيرها على الحقوق والحراء العامة للأقلية المسلمة بالولايات المتحدة الأمريكية:

بعد الحادي عشر من سبتمبر إختلَّ بوضوح التوازن الدقيق بين المؤسسات الثلاث التنفيذية والتشريعية والقضائية داخل الولايات المتحدة الأمريكية لصالح الأولى بلا منازع وانهارت الرقابة التشريعية بينما تشن إدارة بوش و أنصارها حربا شرسا على المؤسسة القضائية والإعلام ونجحت وبالتالي في إحداث إنحسار واضح في مساحة الحريات المدنية<sup>2</sup>.

لقد اتّخذت إدارة بوش العديد من القرارات المقيدة للحراء العامة، فكان المسلمون خصوصا ذوو الأصول العربية والشرق أوسطية أولى ضحاياها ، إذ تم اعتقال الآلاف منهم لأسباب عدّة بل لأشهر دون أن يتم التّوصل إلى إدانة أي منهم بأعمال إرهابية ، فشملت هذه القرارات الإعتقال كشهود رئيسيين ، حيث ركّزت في هذه الاعتقالات على الأشخاص ذوو الأصول العربية وآخرين مسلمين ، وإن كان غالبيتهم من المهاجرين المسلمين، فتم استجواب حوالي 1200 مسلما بالولايات المتحدة الأمريكية عقب أحداث الحادي عشر من سبتمبر من قبل الوكالات الفيدرالية<sup>3</sup>. كما اعترفت وزارة العدل باعتقال 1017 شخصا دون تحديد وقت محدد للإفراج عنهم من بينهم 738 مسلما و عربيا وذلك في الفترة الممتدة من أحداث الحادي عشر من سبتمبر 2001 و إلى غاية أوت من عام 2002<sup>4</sup>.

ولقد أكّد مجلس العلاقات الأمريكية الإسلامية "كير" ، أنَّ الأمن الأمريكي حطَّم العشرات من منازل العديد من المسلمين لمجرد الإشتباه بهم وقام باعتقالهم ، وهو ما دفع بمئات الطلبة العرب

<sup>1</sup> انظر : محمود محمود محمد حمد ، المرجع السابق ، ص 65 .

<sup>2</sup> انظر : منار الشوربيجي ، الثابت و المتغير في سياسة الولايات المتحدة الأمريكية الخارجية ، مجلة السياسة الدولية ، السنة الحادية والأربعون ، العدد 161 ، يونيو 2005 ، ص 214 .

<sup>3</sup> Presumption Of Guilt:Human Rights Abuses of Poste-September 11 Detainees, Human Rights Watch , <http://www.hrw.org/reports/2002/us911/USA0802.pdf>

<sup>4</sup> انظر : حصاد كير في عام 2003 ، جهود كبيرة في الدفاع عن حقوق و حريات المسلمين في أمريكا ، على الموقع : [www.cair.org](http://www.cair.org)

ممن يدرسون بالولايات المتحدة الأمريكية إلى العودة لبلادهم نتيجة الضغط عليهم أو اعتقالهم<sup>1</sup>، فحملة الإعتقالات إستهدفت بشكل واضح العرب والمسلمين من الذكور من فئة عمرية محددة، دون أن تكون هناك بالضرورة شهادة لتورطهم في أي عمل مخالف للقانون، وبغض النظر عمّا إذا كانوا من الأجانب أو المهاجرين أو الحاصلين على الجنسية الأمريكية<sup>2</sup>، كما رفضت وزارة العدل الأمريكية الإدلة بأيّة معلومات بشأن المعتقلين أو اسمائهم أو هوياتهم ولا حتى أماكن اعتقالهم، كما زعمت الحكومة بأن الكشف حتى عن إسم واحد هو تسوية على حساب الأمن القومي وأن الكشف عن مثل هذه المعلومات المحددة من شأنه أن يضر بالحرب على الإرهاب والتحقيق في هجمات الحادي عشر من سبتمبر، وظللت تُخفي هوية الشهود وترفض أيضا الكشف عن عدمهم الفعلي وحيثيات إعتقالهم وكذا مدة الإعتقال ومكانه ، بل أن حملات الإعتقال والتحقيق الواسعة التي تقوم بها أجهزة الأمن لا تقوم بالضرورة على وجود ولو اشتباه ، فهي حملات عشوائية تقوم على معايير عنصرية عرفت تقليديا في ممارسات أجهزة الأمن الأمريكية (Racial Profiling) ومورست ضد أقليات أخرى على رأسها الأمريكيون من أصل إفريقي ولاتيني ، فالجديد الوحيد هو المستهدف لا الأسلوب نفسه، وإن كانت قد أضيفت إليه هذه المرة مجموعة اعتبارات أخرى مثل الفئات العمرية و الموطن الأصلي بل تخمينات وتقديرات جزافية توقع بالكثيرين على أساس لا تتعدي الصدفة وسوء الحظ في بعض الأحيان<sup>3</sup> ، كما أكدت منظمة العفو الدولية أنَّ الكثير من المعتقلين حُرموا من حق الاتصال بالمحامين وقالت أنَّ شخصين اعتُقلا في سجن نيويورك بعد التفجيرات دون توجيه إتهامات لهما ، وتم تقديم طعام لهما يُحرّمه دينهما (لحم الخنزير) ، وتركا في زنزانة باردة دون أغطية كافية ، فيما تقوم إدارة السجن بتفتيشهما يوميا وربطهما من الأيدي والأقدام بالسلاسل ، وقد نقلت صحف عربية بعض الحالات التي عانى فيها مسلمون أمريكيون من سوء المعاملة على أيدي أمن الأمريكي<sup>4</sup>.

لقد حدث تقليل واضح للحريات المدنية وثقة العشرات من المنظمات الأمريكية المدافعة عن الحقوق والحريات المدنية<sup>5</sup>، وقد تقدّمت مجموعة كبيرة من منظمات الحقوق المدنية وحقوق

<sup>1</sup> انظر: ليتيم نادية ، المرجع السابق ، ص 116

<sup>2</sup> Jodi Wilgoren, “A Nation Challenged : The Interviews ;Prosecutors Begin Effort to Interview 5000, but basic Questions Remain” ,New York times, 15/11/2001,  
<http://www.nytimes.com/2001/11/15/national/15DETA.html>

<sup>3</sup> Amy Goldstein, « A Deliberate Strategy of disruption Massive ,secretive Detention Effort Aimed Mainly at preventing More terror ”, Washington post , 4/11/2001,  
<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/136356-2001nov3.html>

<sup>4</sup> انظر : أوامر إعتقال الشهود الرئيسيين ، منظمة مراقبة حقوق الإنسان ، 2004 ، الموقع :  
[www.hrw.org/reports/2004](http://www.hrw.org/reports/2004)

<sup>5</sup> انظر : منار الشوربيجي ، الثابت والمتغير في سياسة الولايات المتحدة الأمريكية الخارجية ، المرجع السابق ، ص 215

الإنسان، بالإشتراك مع منظمات الأميركيين العرب والمسلمين بعده كثیر من الطلبات إلى وزير العدل ورئيس مكتب التحقيقات الفيدرالي ورئيس وكالة المهاجرة للإفصاح عن هوية المعتقلين وأعدادهم وأماكن اعتقالهم والإتهامات الموجهة إليهم ، ولكنها رفضت ذلك مستندة إلى عديد من الحجج الواهية تتعلق بالحرب على الإرهاب والحفاظ على الأمن القومي الأمريكي.

كما شملت القرارات التنفيذية التي اتخذتها إدارة بوش ، الإعتقال كمقاتلين أعداء غير شرعين وهو مصطلح جديد لم يعرفه القانون الدولي وينصرف مفهومه وفقاً لما تراه السلطة التنفيذية إلى كل فرد متهم بالانتماء إلى قوات معادية للولايات المتحدة الأمريكية، أو تحالفات منخرطة في نزاع مسلح ضد الولايات المتحدة الأمريكية<sup>1</sup> ، بحسب هذا المفهوم فإن أي معتقل تصنفه السلطة التنفيذية على أنه مقاتل عدو غير شرعي ، ليس له الحق في المثول أمام القضاء لإعادة النظر في مشروعية اعتقاله وفي هذا إنتهاك للحق في الحماية القانونية والقضائية وكذا الحق في المحاكمة العادلة المكفول وفقاً لوثيقة الحقوق الأمريكية وكذا مواثيق القانون الدولي لحقوق الإنسان، ولقد كان من بين أهم القرارات التنفيذية بالاعتقال كمقاتلين أعداء غير شرعين قيام الحكومة الأمريكية باعتقال مواطنين أمريكيين مسلحين تم احتجازهما دون تهم ودون محاكمة في الحبس الإنفرادي في أحد سجون البحري الأمريكية لمدة ثلاثة سنوات ، هذين المواطنين هما خوزيه باديلا المعروف باسم عبد الله المهاجر و ياسر عصام حمدي لم يحترم في اعتقالهما أدنى شروط الإعتقال و مُنعوا من استقبال أي زائر لهما وكذا من الحصول على الاستشارة القانونية<sup>2</sup> ، وقد ذكرت لجنة الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب في التقرير الذي أصدرته حول الولايات المتحدة الأمريكية في 19 مايو 2006 أنَّ اعتقال الأشخاص إلى أجل غير مسمى و بدون تهمة يُشكِّل بحد ذاته انتهاكاً لاتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة التي تُشكِّل الولايات المتحدة الأمريكية طرفاً فيها<sup>3</sup>.

كما شملت القرارات التنفيذية ذلك القرار التنفيذي السري و الذي بموجبه أمر الرئيس بوش وكالة الأمن القومي بالتجسس على محادثات المواطنين الأميركيين بغية التوصل إلى آية

<sup>1</sup> انظر: مقاتلو العدو المحتجزون في الولايات المتحدة الأمريكية ، تقرير منظمة مراقبة حقوق الإنسان ، 2004.

<http://www.hrw.org/arabic/mena/wr2k4/abovelaw6.htm>

<sup>2</sup> انظر: تقرير منظمة العفو الدولية السنوي لعام 2006 ، موقع المنظمة على الإنترنت :

[www.amnesty.org](http://www.amnesty.org)

<sup>3</sup> انظر : الولايات المتحدة الأمريكية بعد ثلاثة سنوات ، علي الماري يظل في الحبس الإنفرادي بدون تهمة أو محاكمة ، منظمة العفو الدولية ، 22 يونيو 2006 ، الموقع :

[www.ara\\_amnesty.org](http://www.ara_amnesty.org)

معلومات بشأن عمليات إرهابية دون استصدار أمر قضائي يُجيز ذلك<sup>١</sup>، فقد كشفت صحيفة "نيويورك تايمز" وقائع هذه الفضيحة في ديسمبر 2005 مؤكدة أنه بعد هجمات الحادي عشر من سبتمبر راقبت وكالة الأمن القومي طبقاً لقرار رئيس الدولة ، المكالمات الهاتفية الدولية والبريد الإلكتروني لمئات بل وربما لآلاف من الناس يعيشون داخل الولايات المتحدة الأمريكية دون أمر قضائي طوال السنوات الثلاث الماضية بداية من عام 2002 تاريخ صدور القرار ، في إطار ما أطلقوا عليه "أرقام هاتفية قذرة مرتبطة بالقاعدة"<sup>٢</sup>، ولم تكتنِب السلطة التنفيذية ما جاء في هذه الصحيفة ، إذ أقرَ الرئيس بوش ، في وقت لاحق ، بالموافقة على برنامج التنصت في أعقاب هجمات الحادي عشر من سبتمبر قائلاً: "أنه سمح بالتنصت على أشخاص لهم صلات معروفة بتنظيم القاعدة والمنظمات الإرهابية المرتبطة به ... فبعض خاطفي الطائرات التي ضربت واشنطن ونيويورك في 2001 أجروا اتصالات من داخل الولايات المتحدة الأمريكية مع رفاق لهم خارج البلاد قبل الهجمات ، لكنَ الولايات المتحدة الأمريكية لم تعلم بذلك إلاًّ بعد فوات الأوان"<sup>٣</sup> ، إلاًّ أنه يمكن القول بأنَّ الأقلية المسلمة هي المستهدفة من برنامج التنصت<sup>٤</sup> بل حتى أنَّ النِّظام الرَّقابي<sup>٥</sup> الذي أعلنت عنه وزارة العدل الأمريكية في الخامس من جوان 2002 و الذي كان من المفترض أن يرمي إلى مراقبة خمسة و ثلاثين مليون أجنبي يزورون الولايات المتحدة الأمريكية سنوياً للتَّأكيد من أنَّهم لا يشَّكلون خطراً على الأمن القومي ، تمَّ فرضه على مئة ألف مسلم و عربي يقيمون بالولايات المتحدة الأمريكية<sup>٦</sup>.

<sup>١</sup> Jason Leopold, Bush Authorized Domestic Spying before 9/11, Truthout, Friday 13 January 2006, <http://www.truthout.org/cgi-bin/artman/exec/view.cgi/48/16920>

<sup>٢</sup> انظر: ليتيم نادية ، المرجع السابق ، ص 136 .

<sup>٣</sup> انظر : وكالة التجسس الأمريكية تتبادل المعلومات السرية ، بوش الغارق في مشاكل داخلية يدافع عن برنامج التنصت ويقول : إذا إتصل بك شخص من القاعدة فإننا نريد أن نعرف ، الوفاق ، السنة التاسعة ، العدد 221 ، على الموقع : [www.greetings.irna.com](http://www.greetings.irna.com)

<sup>٤</sup> أصدر وزير العدل الأمريكي أمراً إلى هيئة السجون يمنحها صلاحية التنصت على أي اتصال يتم بين المعتقل و محامييه بعد شهادة من وزير العدل بأن هناك شكاً موضوعياً في أنَّ هذا السجين يستخدم هذا الاتصال لتسهيل أعمال إرهابية ، للمزيد انظر: منار الشوربيجي، الحريات المدنية في الولايات المتحدة الأمريكية بعد الحادي عشر من أيلول / سبتمبر ، مجلة المستقبل العربي ، العدد 85 ، نوفمبر 2002 ، ص 17.

<sup>٥</sup> يتضمن هذا النظام التقاط صور فوتوغرافية للزوار الأجانب وأخذ بصمات الأصابع الخاصة بهم على الحدود ومراقبة الأجانب الذين يقيمون بالولايات المتحدة الأمريكية لمدة تزيد عن ثلاثين يوماً بشكل منتظم ، وأخيراً التشديد على أجهزة المهرجة لإبعاد الأجانب الذين يتخطون فترة الإقامة المحددة في تأشيرة الدخول ، انظر: أمريكا ... القضاء يكفل للسلطات حق التنصت ، إسلام آن لайн نت ، 19 نوفمبر 2002 ، الموقع [www.islamonline.net](http://www.islamonline.net)

<sup>٦</sup> انظر: سياسات التَّنصت و المراقبة ضد المسلمين في أمريكا ... إنهاك صريح لحقوق الإنسان ، المختار الإسلامي ، الموقع :

كما أَنَّه بعد أسبوع واحد من اعتراف السلطة التنفيذية بموافقتها إجراء التَّنْصُت على أشخاص بالولايات المَتَّحدة الأمريكية ، كشفت تقارير صحافية أمريكية عن أنَّ أجهزة الأمن بالولايات المَتَّحدة الأمريكية نفَّذت في أعقاب 11 سبتمبر عملية سرية للتحقُّق من عدم وجود مواد نووية مُشَعَّة في أكثر من مئة موقع يوجد به مسلمون بالعاصمة واشنطن و المنطقة المحيطة بها ، وأشارت تلك التقارير إلى أنَّ عملية رصد المواد المُشَعَّة شملت مساجد ومنازل و مكاتب ومخازن فضلاً عن موقع مشاهدة في خمس مدن أمريكية ، وقالت تلك التقارير أنَّ العملية السرية التي تُعدُّ من الوجهة القانونية عملية تفتيش ، على الرُّغم من استخدام أجهزة تكنولوجية ترصد الإشعاع عن بعد في بعض الأحيان ، تَمَّ دون الحصول على ترخيص من الجهات القضائية المخولة بالسَّماح بمثل هذه العمليات<sup>1</sup> ، وكانت مجلة "يو آس نيوز آند وورلد روبرت" أول من كشف تفاصيل هذه القضية في نسختها الإلكترونية الصادرة يوم 26 ديسمبر 2005 ، إذ ذكرت أنَّ مكتب التحقيقات الفيدرالية ووزارة الطاقة قاما بآلاف المهمَّات لمراقبة المساجد وأماكن أخرى يرتادها المسلمون بالولايات المَتَّحدة الأمريكية خلال السنوات الثلاث الماضية بهدف البحث عن مواد مُشَعَّة محتملة<sup>2</sup> ، وكانت عمليات التَّفتيش أو المراقبة تحدث في اللَّيل أو النَّهار ، كما أَنَّ جميع من خضعوا لها تقريباً ممَّن يحملون الجنسية الأمريكية ، وأضافت المجلة بأنَّ تطبيق ذلك البرنامج السري بدأ في وقت مبكر من عام 2002<sup>3</sup>.

لا شكَّ أَنَّ هذا الأمر من شأنه أن يزيد من محنَّة الأقلية المسلمة ، ويجعل من أفرادها مواطنين من الدرجة الثانية في الحقوق والحرِّيات ، الأمر الذي جعل المؤسسات والمنظمات الإسلامية في الولايات المَتَّحدة الأمريكية تُعبِّر عن ذلك صراحة ، إذ تساءل مركز الهجرة الإسلامي "كيف يتمُّ التجسس على المسلمين لجرَّأَنَّهم يمارسون شعائرهم الدينية؟"<sup>4</sup> ، كما قال مجلس العلاقات الأمريكية الإسلامية "كير" : "إِنَّا لَم نعد في دولة يحكمها القانون ، بل في دولة يغلب عليها

[www.islamselect.com](http://www.islamselect.com)

<sup>1</sup> انظر: أحمد عبد الهادي ، بعد فضيحة رصد الاتصالات الهاتفية والإلكترونية و بزعم إعداد قنبلة قدرة: 120 مسجداً و مخزناً و مكتباً ل المسلمين أخضعت لمراقبة سرية منذ عام 2001 في أمريكا ، الوطن ، المملكة العربية السعودية ، السنة السادسة ، العدد 1913 ،

<http://www.alwatan.com.sa/daily/2005-12-25>

<sup>2</sup> انظر: فضيحة التَّنْصُت ، مراقبة مساجد في الولايات المتحدة الأمريكية بهدف البحث عن مواد مشعة ، شبكة النَّبَأ المعلوماتية ، 26 ديسمبر 2005 ، على الموقع :

[www.annabaa.org](http://www.annabaa.org)

<sup>3</sup> انظر: فضيحة التَّنْصُت ، نفس المصدر .

<sup>4</sup> انظر: نفس المصدر .

الخوف على الحقوق الدستورية ، وإنَّ ما يحدث سُيُّشَكِل بلا شك أزمة واشنطن في كسب عقول وقلوب المسلمين في العالم ، بينما تسلب حرية المسلمين بالولايات المتّحدة الأمريكية<sup>١</sup> . هذا كُلُّه و غيره يدعونا للتساؤل حول مآل الديمقراطية والتَّشدق باحترام الحريات وحقوق الإنسان من طرف الولايات المتّحدة الأمريكية ، والذي لا نجد له أيَّ أثر بعد ما عاناه ولازال يعانيه المسلمون و الذي يترجم بصدق مدى الحقد و الكراهية الذي يُكُنُّه الصَّليبيون للمسلمين مهما كانت جنسياتهم و على اختلاف طوائفهم منذ الأزمنة الغابرة و ما أحداث الحادي عشر من سبتمبر إلَّا حُجَّة لتبرير التَّمييز العنصري ضد المسلمين.

### ثالثاً: تجريم المادّيات الدّولية للتمييز العنصري

تلعب إدانة التَّمييز العنصري أو العرقي وتحريمها دوراً محورياً في القانون الدّولي لحقوق الإنسان ، فالعهد الدّولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية أكَّد على تحريم هذه الجريمة وذلك في نصِّ مادته الثانية<sup>٢</sup> ، والاتفاقية الدّولية للقضاء على جميع أشكال التَّمييز العنصري لعام 1965 تنهي الدُّول الأطراف عن التَّمييز العنصري، إذ تشجبُ الدُّول الأطراف بمقتضى المادة الرابعة منها جميع الدِّعاءات والتنظيمات القائمة على الأفكار أو النَّظريات القائلة بتفوق أيِّ عرق أو أيَّة جماعة من لون أو أصلٍ إثني واحد، أو التي تحاول تبرير أو تعزيز أيِّ شكل من أشكال الكراهية والتَّمييز العنصريين وتطالبها بتوفير الحماية المتساوية لكلِّ المقيمين بها في ظلِّ كل القوانين القائمة ، وتطالب الإتفاقية الدّولية للقضاء على جميع أشكال التَّمييز العنصري الحكومات بمعاقبة كافة أعمال العنف التي تدفعها الرُّوح العنصرية أو العرقية أو العصبيات الوطنية وذلك حسبما يقضي القانون، وتُلزمُ المادة 4(أ) من الإتفاقية على وجه التَّحديد الحكومات باعتبار "كل عمل من أعمال العنف أو تحريض على هذه الأعمال يُرتكب ضد أيِّ عرق أو أيَّة جماعة من لون أو أصلٍ إثني آخر وكذلك كل مساعدة للنشاطات العنصرية، بما في ذلك تمويلها، جريمة يعاقب عليها القانون". كما تؤكِّد المادة الخامسة هذا المبدأ بل و تُعدِّد الحقوق التي يجب أن يتمتَّع بها كل إنسان بدون تمييز عرقي أو لغوي أو ديني.

<sup>1</sup> انظر : سياسات التَّنصلت والمراقبة ضد المسلمين في أمريكا ، المصدر السابق.

<sup>2</sup> تنص المادة الثانية من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أنه : "تعهد كل دولة طرف في هذا العهد باحترام الحقوق المعترف بها فيه، وبكلالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها، دون أي تمييز بسبب العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الرّأي السياسي أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة، أو النّسب، أو غير ذلك من الأسباب".

كما أنَّ المادة الرابعة من إعلان الأمم المتَّحدة بشأن القضاء على كافة أشكال التَّعصب والتمييز القائمين على الدين أو المعتقد تطالب الدول "بمنع واستئصال أيٍ تمييز على أساس الدين أو المعتقد"، و"إتخاذ جميع التَّدابير الملائمة لمكافحة التَّعصب القائم على أساس الدين..."

وتطالب الإتفاقية الدوليَّة للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري الحكومات بمعاقبة كافة أعمال العنف التي تدفعها الرُّوح العنصرية أو العرقية أو العصبيات الوطنية وذلك حسبما يقضي القانون ، لكن يظل التَّساؤل قائماً في ظل القانون الدولي حول ما إذا كان من الواجب معاقبة العنف المدفوع بالتحيز من خلال سنِّ تشريعات خاصة أم الاكتفاء بمعاقبته من خلال القوانين الجنائية العادلة فحسب؟ .

وقد اتخذت بعض البلدان موقفاً يمثل في أنَّ العنف المدفوع بالتحيز يجب تجريمه بصورة خاصة من خلال سنِّ تشريعات خاصة بجرائم الكراهية ، لكنَّ النَّص الصَّريح لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التَّمييز العنصري يتلزم الصَّمت حيال هذه النَّقطة، فلا يزيد عن الدَّعوة إلى معاقبة العنف المدفوع بالتحيز بدون أن يصف وسيلة العقوبة<sup>1</sup>.

كما أنَّ برنامج العمل الصادر عن المؤتمر الدولي لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب والتَّعصب المرتبط بذلك<sup>2</sup> ، والمنشور في 25 يناير/كانون الثاني 2002، لم يدعُ الحكومات إلى إصدار قوانين محددة خاصة بجرائم الكراهية، ولكنَّه يوصي القضاة عند إصدار الأحكام باعتبار دافع التَّحيز عاملاً مشدداً. وحتَّى التقرير على وجه الخصوص الحكومات على "اتخاذ تدابير لاعتبار هذه الدَّافع عاملاً مشدداً عند إصدار الأحكام للhilولة دون مرور هذه الجرائم بدون عقاب وضماناً لسيادة القانون".

كما يعدهُ برنامج العمل مجموعة من التَّدابير<sup>3</sup> الأخرى التي ينبغي على الحكومات اتخاذها للتعامل مع العنف المدفوع بالتحيز ومعالجته. وتمثِّل هذه التَّدابير في مجموعها قائمة مفيدة من الإجراءات

<sup>1</sup> انظر : الولايات المتحدة الأمريكية: "نحن لسنا العدو" جرائم الكراهية ضد العرب والمسلمين ومن يُظنُّ أنهم من العرب أو المسلمين بعد الحادي عشر من سبتمبر/أيلول ، على الموقع :

[www.hrw.org](http://www.hrw.org)

<sup>2</sup> لقد انعقد المؤتمر الدولي لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب في دوربان بجنوب إفريقيا في الفترة من 31 أكتوبر وإلى غاية 7 سبتمبر 2001 ، وكان من بين أهم توصياته التركيز على نحو خاص على القضايا الجنسانية والتمييز العنصري، ولا سيما الخطير المتعدد الجوانب الذي يقع عندما يتداخل نوع الجنس والطبقة والعنصر والأصل العرقي ، للمزيد أنظر ورقة حول المؤتمر على موقع الجزيرة نت :

[www.aljazeera.net](http://www.aljazeera.net)

<sup>3</sup> وتتضمن هذه التَّدابير ما يلي:

- إنشاء جماعات عمل من الرُّعما المحليين ومسؤولي تنفيذ القانون المحليين والوطنيين لتنسيق الجهود للأزمة للتعامل مع العنف المدفوع بالتحيز.

التي يمكن أن تستعين بها الدول الأطراف في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ، ومن بينها الولايات المتحدة الأمريكية لمكافحة العنف المدفوع بالتحيز.

كما أكد المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان<sup>1</sup> من جديد واجب الدول في أن تضمن للأشخاص المنتهين إلى أقليات إمكانية ممارسة جميع حقوق الإنسان و الحريات الأساسية ممارسة كاملة وفعالية دون أي تمييز وعلى قدم المساواة التامة أمام القانون وفق إعلان حقوق الأشخاص المنتهين إلى أقليات قومية أو إثنية أو دينية أو لغوية<sup>2</sup>.

كما أنه من أول الحقوق التي نصّ عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أمام القانون ، فنصّ على أن يولد الناس جميعهم متساوين في الكرامة و الحقوق ، وقد وُهبا عقلاً و ضميراً وعلمهم أن يعامل بعضهم بروح الإخاء و الكرامة.

## خاتمة

لقد أدت التفجيرات التي وقعت في الولايات المتحدة الأمريكية في الحادي عشر من سبتمبر 2001 إلى تغيير النظرة الأمريكية تجاه المسلمين داخل الولايات المتحدة الأمريكية ، فلقد عانى هؤلاء من التمييز العنصري داخل المجتمع الأمريكي وهو ما ترجمته الإعتداءات والاضطهاد الذي مورس ضدتهم ، وكذلك التمييز العنصري في تطبيق القوانين التي جاءت تزامناً مع بروز فكرة مكافحة الإرهاب واستئصال جذوره ، فبصدور قانون باتريوت أكت تم البدء في مراقبة وتفتيش المساجد و تجميد أرصدة المنظمات الخيرية، وبدورها القرارات التنفيذية جاءت وبالاً على الأقليات المسلمة في الولايات المتحدة الأمريكية، فتم اعتقال العديد منهم كشهود رئيسيين أين كان الاستهداف واضحاً للعرب والمسلمين ، وتم اعتقال عدد آخر لمقاتلين أعداء غير شرعيين ومن ثم الزج بهم في معتقل غوانتانامو ، وتم إصدار قرار يسمح التنصّت والتّجسس على مكالمات المواطنين أين عانت الأقلية

- دعم جميع البيانات عن العنف المدفوع بالتحيز.
- ضمان التطبيق الصارم لقوانين الحقوق المدنية التي تحريم العنف المدفوع بالتحيز.
- تدريب القائمين على تنفيذ القانون على التحقيق في الجرائم المدفوعة بالتحيز.
- وضع المواد التعليمية الالزمة لتعليم الصغار أهمية التسامح والاحترام .
- الاعتراف بحاجة كل الدول الأطراف في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري إلى مواجهة التّصعيد الحالي في "مشاعر العداء للعرب وكراهية الإسلام على مستوى العالم، انظر : الولايات المتحدة الأمريكية: "نحن لسنا العدو" المصدر السابق .

<sup>1</sup> يقصد به إعلان و برنامج عمل فيينا، صادر عن المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المعقود في فيينا من 14 إلى 25 حزيران 1993 .

<sup>2</sup> انظر : أ.د سهيل حسين الفتلاوي، موسوعة القانون الدولي، المرجع السابق، ص 303 .

الملمة من هذا القرار كثيراً، هذا كله و غيره بالرغم من كون الولايات المتحدة الأمريكية قد صادقت على اتفاقية التمييز العنصري كما أنَّ دستورها ينصُّ على تحريم التمييز العنصري. لقد كان للتحديات التي فرضتها أحداث سبتمبر - ضمن اعتبارات أخرى - دورها في التأكيد على أنَّ الوجود الإسلامي أصبح من النسيج العام للمجتمع الأمريكي، ولئن أدت هذه الأحداث إلى معاناة الأقلية المسلمة من التمييز العنصري فقد أدت وبالمقابل إلى ظهور جهة داخلية تتكاتف من أجل إعادة تصحيح المفاهيم المغلوطة حول الإسلام والمسلمين، بل إنَّ عدد المعنقين للدين الإسلامي قد ازداد بوتيرة ملحوظة بعد تلك الأحداث نتيجة إقبال الهائل على الكتب التي تشرح الإسلام.

### أهم النتائج المتوصّل إليها:

- تركت أحداث الحادي عشر من سبتمبر 2001 أثراً على كافة مجالات الحياة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والعسكرية داخل المجتمع الأمريكي، والذي أدى بدوره إلى تقليل العديد من الحريات العامة ووضع قوانين طارئة تنافت في مضمونها مع مبادئ الديمقراطية الأمريكية ومبادئ حقوق الإنسان.
- وظفت الولايات المتحدة الأمريكية فكرة حماية الأمن القومي كذرعه للاعتداء على كل ما يمت للإسلام بصلة، مما نجم عنه تنامي ظاهرة الإسلاموفobia في أواسط المجتمع الأمريكي.
- وظفت الولايات المتحدة أحداث الحادي عشر من سبتمبر 2001 لشن مجموعة من الحروب لتحقيق مصالحها السياسية والعسكرية والاقتصادية.
- توظيف الحرب على الإرهاب من أجل إعادة رسم خارطة الشرق الأوسط فيما يعرف بمشروع الشرق الأوسط الجديد الذي أعلنت عنه وزيرة الخارجية الأمريكية كونداليزا رايس.

### التوصيات:

- عدم ربط الإرهاب بالديانات (الإسلام تحديداً)، وذلك من خلال عقد مؤتمر دولي لجميع الديانات والاتفاق على لغة الحوار والتسامح ونبذ العنف والإرهاب وعدم التحرير على الآخر، والتركيز على نقل صورة حقيقة عن العرب والمسلمين لعدم تشويه الإسلام وأن الإسلام ليس رديفاً للإرهاب بعكس ما يشاع في الغرب.
- عدم الكيل بمكيالين، في استغلال وتوظيف الهجمات الإرهابية في انتهاك حقوق الإنسان كمبرر لمحاربة الإرهاب.
- ضرورة عقد مؤتمر دولي لتحديد تعريف للإرهاب بإجماع دولي ومن ثم وضع الإجراءات المناسبة لمكافحته للحد من توظيفه سياسياً لتحقيق مصالح خاصة بالدول.

## \* غل يد المدين كأحد الآثار المالية لحكم شهر الإفلاس

عمراني مراد<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> أستاذ محاضر "آ" ، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر.

### الملخص:

تناولت هذه الدراسة أحد الآثار المالية لحكم شهر الإفلاس المتمثل في غل يد المدين المفلس بتحديد المبدأ القانوني له بالتعريف بمضمونه بوجوب امتناع المفلس قانونا عن إدارة أمواله المملوكة له وقت صدور هذا الحكم أو الذي تؤول إليه في المستقبل ويحل محله وكيل التفليسة لتصفية أمواله ومبرراته وتحليل الطبيعة القانونية لغل اليد وتمييزه عن غيره من الأنظمة القانونية وإبراز نطاق غل يد المدين المفلس بين ما يدخل في نطاق غل اليد بالنسبة للتصرفات القانونية والفعل الضار والأموال وبين ما يخرج عن نطاق الغل من الأموال غير المملوكة للمدين والنفقة المقررة له ولعائلته والدعوى الشخصية.

### الكلمات المفتاحية:

غل اليد، المفلس، الأثر المالي، الإفلاس.

\* تاريخ إرسال المقال 15/03/2018، تاريخ مراجعة المقال 15/05/2018، تاريخ نشر المقال 31/07/2018

## **Restrictionof the debtor's hand, as one of the financial effects of the bankruptcy ruling**

### **Summary:**

This study deals with one of the financial effects of the judgment which declares the bankruptcy, which consists in the divestiture of the bankrupt administration and the disposition of its property. It determines the legal concept with the identification of its content, which consists of the debtor's obligation in bankruptcy to refrain from managing his property, this obligation applies to the future owner, he is replaced by the Trustee to liquidate these assets. It also addresses the legal nature of divestiture and its deference to other legal systems, and also shows the scope of the divestiture of the debtor's bankruptcy.

### **Keywords:**

Restriction, Bankrupt, Financial effects, bankruptcy.

## **Dessaisissement du débiteur failli comme l'un des effets financiers du jugement prononçant la faillite**

### **Résumé:**

Cette étude traite l'un des effets financier du jugement prononçant la *faillite* qui prive le failli de l'administration et de la disposition de ses bien. nous déterminerons le principe juridique régissant le dessaisissement du failli de ses biens actuels et potentiels et sa substitution par le Syndic dans la liquidation de ses biens. Nous traiterons également son champ d'application et sa différence avec les autres systèmes juridiques.

### **Mots clés :**

Dessaisissement, Le failli, Les effets financiers, la faillite.

**مقدمة**

إن المعاملات التجارية تفرز سلسلة من العلاقات المتربطة بين التجار يكون من خلالها دائناً ومديناً في الوقت نفسه وبالتالي فإن إخلاله بتنفيذ التزامه قد يؤدي إلى تخلف التجار الدائنين له عن تنفيذ التزاماتهم مما يسبب في كثير من الأحوال إفلاسهم.

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الإفلاس و الآثار المترتبة عنه في نصوص خاصة في القانون التجاري ولم يكتف بالقواعد العامة.

و والإفلاس هو انتقال المدين من حالة اليسر المادي إلى حالة العسر المادي، وفي المعنى القانوني له هو إجراء نص عليه القانون للتنفيذ على أموال المدين التاجر بقصد تصفية أمواله تصفية جماعية لصالح دائنيه وتحقيق المساواة بينهم.

لا يعد التوقف عن الدفع الموجب لشهر إفلاس التاجر<sup>(1)</sup> ضيقاً مادياً عابراً بل يجب أن يوجي بالمركز المالي للتاجر في وضعية حرجة ميئوس منها بحيث تدل على عجز حقيقي يمنع التاجر من الوفاء بديونه في مواعيد استحقاقها.

ومن ثم فمعيار التوقف عن الدفع الذي يبرر شهر الإفلاس هو العجز الحقيقي الذي يتزعزع معه ائتمان التاجر وتتعرض به حقوق دائنيه إلى خطر محقق حتى ولو كانت لديه أموال تزيد عن ديونه فلا يشهر إفلاسه طالما لم يتوقف عن الدفع، فإذا كان المدين غير تاجر وتوقف عن دفع ديونه فإنه يصبح في حالة إعسار، والإعسار هو عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه.

ولقد انتهج المشرع الجزائري نهج المشرع الفرنسي في عدم تنظيم حالة الإعسار بإجراءات تصفية خاصة كما فعل بالنسبة للإفلاس<sup>(2)</sup>، فإذا ما توقف التاجر عن سداد ديونه التجارية فإنه يخضع لحكم شهر الإفلاس.

و والإفلاس يصدر بحكم من المحكمة المختصة ومتى صدر هذا الحكم ترتب علىه آثار قانونية كفل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها، وإن تصبح غير نافذة في حق جماعة الدائنين كافة

<sup>1</sup> جلال وفاء البدرى مهدى: "المبادئ العامة في القانون التجارى". دار الجامعة الجديدة للنشر . 1995. ص 438.

<sup>2</sup> نادية فضيل: "الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجارى الجزائري". الطبعة الثانية . ديوان المطبوعات الجامعية . 2007 . الجزائر. ص 5 .

التصرفات التي قام بها المفلس خلال فترة الريبة<sup>(1)</sup>، كما أن الذمة المالية للمفلس تصبح خاضعة لإدارة خاصة يتولاها وكيل التفليسية تحت رقابة المحكمة، وب مجرد صدور هذا الحكم يصير المدين في حالة إفلاس قانوني تترتب عليه جميع أثاره الشخصية والمالية على المدين سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً وكذلك أثاره التي تترتب على الدائنين.

وقد تبني المشرع الجزائري نظرية الإفلاس القانوني بنص المادة 1/225 من القانون التجاري الجزائري التي تنص على أنه : "لا يترتب إفلاس ولا تسوية قضائية بغير صدور حكم مقرر لذلك، ومع ذلك تجوز الإدانة بالإفلاس البسيط أو التدليسي دون التوقف عن الدفع بحكم مقرر لذلك".

يبين هذا النص أن المشرع الجزائري قرر عدم ترتيب الإفلاس أو التسوية القضائية بمجرد التوقف عن الدفع وهذا يكون المشرع الجزائري قد استبعد صراحة الأخذ بنظرية الإفلاس الفعلي، ولم يأخذ بالإفلاس الفعلي إلا استثناء في المجال الجزائري بتقييم العقوبات المتعلقة بجرائم الإفلاس<sup>(2)</sup> (للإفلاس بالتقدير والإفلاس بالتدليس)، فيما يخص الجرائم المتعلقة بالأموال.

ينشأ عن الإفلاس أثر مالي ينطبق على الفترة اللاحقة لصدور حكم الإفلاس بقوة القانون ودون حاجة لصدور حكم قضائي به أو النص عليه في حكم الإفلاس، وهو غل يد المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، ويحل وكيل التفليسية محله في ذلك تمهيداً لتصفية هذه الأموال وتوزيع ثمنها على الدائنين وأثر رجعي يمتد لفترة سابقة لصدور الحكم بشهر الإفلاس والحق يكون لوكيل التفليسية في طلب هذا الإبطال لمصلحة جماعة الدائنين، وإذا كان هذا الإجراء هو وسيلة قانونية أوردها المشرع لحماية أموال الدائنين، فإننا نتساءل كيف نظم المشرع هذه الآلية وما هي حدود تطبيقها.

<sup>1</sup> يقصد بفترة الريبة الفترة الواقعية بين تاريخ التوقف عن الدفع وتاريخ الحكم بشهر الإفلاس وسميت بفترة الريبة لأن المشرع نظر إلى تصصرفات المفلس خلالها نظرة شك وارتياح وقدر ان المشرع ان سلوك المفلس في الفترة السابقة على الحكم قد يكون غير شريف ، إذ قد يعمد إلى تبديد أمواله إضراراً بدائنيه أو إخفاءها بعقود صورية كمنح هبات أو عقد بيع صورية ، فوضع المشرع أحکاماً لتصصرفات المفلس خلال هذه الفترة ليسقط منها ما كان ضاراً بدائنيه أو التي هي محل شك وارتياح . نقلاً عن: قروف موسى: "الطبيعة القانونية لفترة الريبة في القانون التجاري الجزائري". العدد الخامس. مجلة المنتدى القانوني. كلية الحقوق. جامعة محمد خيضر، بسكرة. 2013. ص204.

<sup>2</sup> طرابيش عبد الغني : "جريمة الإفلاس بالتدليس في التشريع الجزائري ". رسالة ماجستير . كلية الحقوق . جامعة باتنة . 2005 . ص 6 .

### **المبحث الأول: المبدأ القانوني لغل يد المدين المفلس**

إن الأثر المالي الهام الذي يخلقه حكم الإفلاس هو غل يد المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها منذ بداية صدور هذا الحكم و حتى إنتهاء التفليسية بالصلاح أو الاتحاد<sup>(1)</sup>، إلا أن ذلك لا يعني فقدان أهليته أو نقصها كما لا يعني انتقال ملكية أمواله إلى دائنيه بل يظل متمتعا بأهليته الكاملة و ملكيته لأمواله.

و غل اليد أكثر للإفلاس التجاري يختلف عن نظام الحجر على المدين المفلس وذلك تبعا لاختلاف الحالات التي تطبق فيه كل منها وكذلك ظروف و متطلبات التعامل.

**المطلب الأول: مفهوم غل يد المفلس والتفرقة بين أعمال الادارة وأعمال التصرف**  
يعتبر غل يد المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس الحكم القانوني المتفق عليه تشريعا وفقها وقضاء ليحل محله في ذلك وكيل التفليسية.

#### **الفرع الأول: مفهوم غل اليد:**

إن مفهوم غل يد المفلس هو وجوب امتناع المفلس قانونا عن إدارة أمواله أو التصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرف بمجرد صدور الإفلاس سواء أكانت أمواله المملوكة له وقت صدور هذا الحكم أو التي تؤول إليه في المستقبل و يحل محله في ذلك وكيل التفليسية الذي تعينه المحكمة تمهدأ لتصفيته هذه الأموال وبيعها وتوزيع ثمنها على الدائنين قسمة غرماء وذلك ما تقضي به صراحة الفقرة الأولى من المادة 244 من القانون التجاري بقولها: " يترب حكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس ومن تاريخه تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، بما فيها الأموال التي قد يكتسبها بأي سبب كان، ومادام في حالة الإفلاس ويمارس وكيل التفليسية جميع حقوق و دعاوى المفلس المتعلقة بذمته طيلة مدة التفليسية".

فغل يد المدين يكون على الأفعال والتصرفات على حد سواء، وذلك لحماية الدائنين من عبث المدين وتقرير المساواة بينهم، ويصدر غل اليد بقوة القانون فور صدور الحكم بشهر الإفلاس

<sup>1</sup> على البارودي: "الأوراق التجارية والإفلاس". دار المطبوعات الجامعية. القاهرة. 2002. ص 272.

أما إذا لم يصدر حكم الإفلاس فلا محل لغل اليد حتى ولو ثبت أمام المحاكم الجنائية توقف المدين عن الدفع.

ويظل غل اليد قائماً حتى انتهاء التفليسية بقيام حالة الاتحاد أو الصلاح أو عن طريق التخلص عن الأموال للدائنين، أما إذا أقفلت التفليسية لعدم كفاية أموالها فيظل غل اليد قائماً، لأن حالة الإفلاس مازالت قائمة، أما إذا عاد المدين على رأس تجارتة بسبب التسوية القضائية، أو إذا ما آلت إليه أموال بأي طريق مشروع وتمكن بواسطتها من سداد ديونه ففي هذه الحالة يستعيد أمواله بالحالة التي عليها لأن انتهاء غل اليد ليس له أثر رجعي.

### الفرع الثاني: مبررات غل اليد

إن غل اليد عن الادارة أو التصرف في أمواله هو الأثر الوحيد للإفلاس الذي يتقرر قانوناً وذلك للأهمية البالغة له، وهو ما يستدعي دراسة المبررات التي جعلت منه بتلك الدرجة، وهي:

- حماية الدائنين من أعمال المدين المفلس والتي قد يسعى بها إلى الإضرار بهم وانتقاص ما لهم من ضمان عام على أمواله<sup>(1)</sup>.

- منع المدين المفلس من القيام بإيثار ومحاباة بعض الدائنين على حساب البعض الآخر ومن ثم إهدار مبدأ المساواة بينهم.<sup>(2)</sup>

- إن إقرار مبدأ غل اليد يعتبر نوعاً من الجزاء الذي يحقق الردع الخاص للمفلس والردع العام لغيره من التجار.

- إن إقرار هذا المبدأ بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس قانوناً ودون الانتظار لاتخاذ أي إجراء آخر إنما هو لتفادي إعطائه أي مدة زمنية بعد صدور حكم شهر الإفلاس يتمكن بموجها القول بصحة تصرفاته خلال هذه المدة بحججة أنه لم يتخذ أي إجراء بعد لتغل يده بموجبه، لذا كان ترتيب هذا الأثر بقوة القانون و بمجرد صدور حكم الإفلاس هو إعلان مسبق ومنع قاطع للمفلس من إبرام أي تصرف خلال مدة التفليسية عدا التصرفات المستثناة من ذلك، كما أن تقريره بهذه الصفة هو

<sup>1</sup> مصطفى كامل طه: "القانون التجاري - الأوراق التجارية والإفلاس -". ص 443.

<sup>2</sup> محسن شفيق: "القانون التجاري الكويتي - العقود التجارية، الأوراق التجارية، الإفلاس -" مطبوعات جامعة الكويت. 1982. ص 408.

إجراء وقائي كان المشرع موفقاً في إقراره قبل أن يقع المفلس في فخ التصرفات القابلة للإبطال حتماً، وبالتالي لا حجة إطلاقاً بعد ذلك للمفلس ليدافع عن تصرفاته المبرمة خلال مدة التفليسية. – كما أن تقرير مبدأ غل اليد فيه حماية للدائنين من سوء نية المدين، فإنه في الوقت نفسه فيه حماية للمدين نفسه، وذلك بإيقافه من إغراق ذاته في ديون والتزامات أخرى، تضاف إلى ديونه السابقة المتوقف عن دفعها والتي كانت سبباً في شهر إفلاسه.

### الفرع الثالث: التفرقة بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف

لم تكتف التشريعات القانونية بتقرير مبدأ غل اليد عن الادارة فقط لأمواله أو عن التصرف فيها فقط، وذلك بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس وحلول مدير التفليسية محله في ذلك، بل نصت على غل اليد عن الادارة وعن التصرف معاً في أمواله ويحل محله مدير التفليسية في ذلك كله، وحتى القوانين التي كانت تنص على غل يد المفلس عن الادارة فقط دون غل يده عن التصرف قد لاقت نقداً لاذعاً وبالتالي عملت على تعديل موقفها، وتداركت الأمر ونصت عليهمما معاً.

إن الأساس الذي يجب أن نبني عليه فكرة أعمال الإدارة وأعمال التصرف التي تغل يد المفلس عنها ويوكل بها إلى وكيل التفليسية هو الذمة المالية للمفلس<sup>(1)</sup>، وانطلاقاً من هذا العنصر الثابت فإن الأعمال القانونية بحسب خطورتها على هذا العنصر، تنقسم إلى أعمال حفظ وأعمال إدارة وأعمال تصرف.

فأقلهما خطورة أعمال الحفظ وأكثراها خطورة أعمال التصرف أما أعمال الإدارة فتقع موقعاً وسطاً بين هذه و تلك، وطبقاً للقواعد العامة فإن الفقه عادة ما يلحق أعمال الحفظ بأعمال الإدارة.<sup>(2)</sup>

وعليه فالمقصود بأعمال الإدارة هي تلك الأعمال التي يقوم بها وكيل التفليسية ويكون المقصود منها حماية أو حفظ أو استغلال أو استثمار العناصر المادية المكونة للذمة المالية للمفلس استغلالاً عادياً دون أن يتربّ عليها إلزام الذمة في المستقبل ودون أن يغير من التخصيص الاقتصادي للعناصر المكونة لها أو تغيير للمراكز القانونية للأشخاص.

<sup>1</sup> محمد السعيد رشدي: "أعمال التصرف وأعمال الإدارة في القانون الخاص". دار النهضة العربية. القاهرة. 1983. ص 119.

<sup>2</sup> إسماعيل غانم: "محاضرات في النظرية العامة للحق". ص 149.

وأما المقصود بأعمال التصرف فهي الأعمال التي قد تكون منشئة أو معدلة أو منعية للحق فمن شأنها أن تعدل المركز القانوني للشخص أو تلزم مركزه المالي بالنسبة للمستقبل. ويتبين من ذلك، أن أعمال التصرف التي يقوم بها وكيل التفليسية يكون الهدف منها الحصول على أكبر عائد من الأموال تضاف إلى أموال التفليسية في أحوال غير عادية يحتاج إلى روابط قانونية، وتبعات جسيمة وقد يكون من شأنها إنقاص الذمة المالية للمفلس في جزء منها أو في مجموعها أو إنهاءها بالمرة وبالتالي فهي أعمال خطيرة بالنسبة للذمة المالية للمفلس وتكشف عن سلطة تكاد تكون كاملة على المال وتعبر عن سلطان وإرادة حرة ومباشرة<sup>(1)</sup>.

وتتجدر الإشارة إليه أن أعمال التصرف التي يقوم بها وكيل التفليسية بخلاف عن المفلس في أموال التفليسية لا يعني نقل حق عيني كنقل الملكية، ذلك لأن هناك من الأعمال ما تعتبر من أعمال التصرف بالرغم من أنها لا تنطوي على نقل حق عيني مثل عقد الإيجار فهذه الأعمال يتربّع عليها إلزام الشخص بالنسبة للمستقبل ومن شأنها أن تهدّد الذمة المالية للمفلس من حيث وجود أو تحديد رأس المال الذي يوجد بداخليها.<sup>(2)</sup>

**المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لغل اليد وتمييزه عن نظام الحجر على المدين المفلس**  
إن تحديد الطبيعة القانونية لغل يد المفلس عن التصرفات وإدارة أمواله بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس من المسائل التي أثارت جدلاً فقهياً، غير أن هناك العديد من التصورات يمكن أن يختلط بها نظام غل اليد مع أنظمة قانونية أخرى ويستحسن التمييز بينهم.

إن غل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها ليس نزعاً لملكية لهذه الأموال بل إنها تظل على ملكه ويترتب على ذلك أنه في حالة التصفية وبيع أمواله تنتقل الملكية مباشرة من المفلس إلى المشتري، كما أنه لو بيعت أمواله واستوفى الدائنو حقوقهم وبقي شيئاً من هذه الأموال، فإنهما تعود للمدين بوصفها ملكاً له، وإذا انتهت التفليسية بالصلح يعود للمدين كامل حريته في التصرف في هذه الأموال.

من جهة أخرى، فإن غل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها ليس ضرباً من ضروب نقص أو انعدام الأهلية، وذلك لأن حالات نقص أو انعدام الأهلية إنما هي حالات عددها المشرع في

<sup>1</sup> محمد السعيد رشدي. المرجع السابق. ص 168.

<sup>2</sup> حسام الدين الأهواني: "مقدمة القانون المدني، نظرية الحق". دار النهضة العربية. القاهرة. 1972. ص 368

مواد القانون المدني، ومنه ليس من ضمنها أن يصدر حكما من القضاء لغلى يده لعدم وفاء التاجر بديونه التجارية.

ويرتبط بهذا التصور أمر آخر هو أن التصرفات التي يجريها المفلس عقب صدور الحكم بشهر إفلاسه تقع باطلة. وهذا أمر لا يمكن التسليم به وذلك لأنه إن كان تصرفًا قابلاً للإبطال فإنه لا يجوز التمسك به إلا من تقرر مصلحته، وإن كان باطلًا بطلاً مطلقاً فإنه يعني أن لكل ذي مصلحة التمسك به وليس أطراف التصرف فقط، وهذا لا يستقيم مع الأثر الذي رتبه على مخالفة غل اليد وهو عدم جواز الاحتجاج بهذا التصرف على جماعة الدائنين.

فلو كان تصرفًا قابلاً للإبطال على سند من أنه من نقص الأهلية فإن التمسك به يكون للمفلس فقط ولا يجوز لدائنيه التمسك به، وإن كان أحد صور انعدام الأهلية مما يعني أن لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه.

ولكن من المقرر قانوناً أن هذا العقد يكون صحيحاً ومنتجاً لأنّه في ما بين المتعاقدين "المفلس والمتعامل معه" ويرتب حقوقاً لكلاً ما غایة ما هنالك أنه لا يحتاج بهذا التصرف في مواجهة جماعة الدائنين ومن ثم لا يجوز للمفلس أو المتعاقد معه أن يتمسك ببطلان التصرف، كما أنه بزوال حالة التفليس يكون كلاً ما ملزماً بتنفيذ ذلك العقد وهذا أمر لا يستقيم وبطلان التصرفات القانونية<sup>(1)</sup>.

ولم يقتصر الفقه في تحديد جزاء وأثر مخالفة المفلس لغلى يده عن إدارة أمواله أو التصرف فيها بتصور حكم بشهر إفلاسه بل امتد كذلك إلى تفسير الأساس الذي يستند إليه عدم النفيذ.

<sup>1</sup> راشد راشد: "الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري". الطبعة الخامسة. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. 2005. ص 269.

وكذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها: "إن كانت المادة 216 من قانون التجارة تقضي بوجوب غل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها من تاريخ صدور الحكم بإشهار الإفلاس ولا تصح له مباشرة الدعاوى المتعلقة بتلك الأموال وحتى لا تضار جماعة الدائنين من نشاطه القانوني إلا أن غل اليد لا يقضي ببطلان التصرفات التي يجريها المفلس في أمواله منقولة أو عقارية وإنما يؤدي إلى عدم نفاذها في مواجهة جماعة الدائنين مع بقاءها صحيحة بين طرفها ويكون لوكيل الدائنين وحده أن يطاب عدم نفاذ التصرف" نقلًا عن: شريف مكرم: "التوقف عن الدفع وأثره على حقوق دائني المفلس في ظل قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999". الطبعة الأولى. دار النهضة العربية. القاهرة. 2005. ص 245.

فذهب فريق من الفقهاء إلى أن غل يد المفلس هو تطبيق للدعوى البولصية يتقرر بمقتضى القانون، وسند هذا الاتجاه أن الغرض من الدعوى البولصية هو عدم نفاذ التصرف في مواجهة الغير متى كان مشوبا بالغش وترتب عليه ضرره.

وبالمثل فإن جماعة الدائنين تعتبر من الغير بالنسبة للتصرف الحاصل من المفلس وافتراض المشرع أن المفلس يهدف من ورائه إلى الإضرار بدائنيه.<sup>(1)</sup>

لكن لا يمكن التسليم بهذا الأساس، ذلك أنه بالرجوع إلى القانون المدني نجد أن يقر لكل دائن يكون حقه مستحق الأداء وصدر من مدینه تصرف ضار به، المطالبة بعدم نفاذ التصرف في حقه إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزامه وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره.

وعليه فالشرع المدني تطلب أن يكون التصرف الصادر من المدين مصحوبا بسوء نية قاصدا به الإضرار بدائنيه، وقد عرف المشرع المدني سوء النية بكون المدين يعلم أن من شأن تصرفه إعساره أو الزيادة في إعساره افترض فيه سوء النية ومن ثم تحقق الشرط الذي يجيز لدائنه رفع الدعوى البولصية.

على خلاف من ذلك نجد أن المشرع التجاري عندما نص على غل يد المفلس كأثر مباشر ووجبي لصدور حكم بشهر إفلاسه لم يشترط أن تكون تصرفات المفلس منطوية على سوء نية للتقرير بعدم سريانها في مواجهة جماعة الدائنين، وبالتالي لا يجوز لنا تقييده بشروط خارجة عنه من باب القياس لا سيما مع اختلاف مجال كلا من الأمر المقاس عليه عن الآخر.

ومن جهة أخرى فإن هذا التفسير وإن كان على فرض قبوله يمكن تصوره بالنسبة لغل اليد عن التصرف في الأموال وتشبيهه بالدعوى البولصية من حيث أن كل مما يهدف إلى عدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائن إلا أنه لا يفسر لنا كيفية سريان عدم النفاذ على الدعاوى والإجراءات الفردية القانونية التي يجريها المفلس بعد صدور الحكم ولا تنفذ في مواجهة جماعة الدائنين. كما أن المستقر عليه فقها وقضاء أن مجال إعمال الدعوى البولصية قاصر على التصرفات القانونية دون أعمال التصرفات المادية أو الإجراءات القانونية.

<sup>1</sup> علي حسن يونس: "الإفلاس في القانون التجاري المصري". دار الفكر العربي. القاهرة. 1997. ص 111 وما بعدها.

ومن هنا فإننا نرى أن غل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصريف فيها الوارد بالقانون التجاري وإن كان يتشابه من حيث الأثر مع الدعوى البولصية المنصوص عليها في القانون المدني ومن حيث أن كلهما يهدف إلى المحافظة على الضمان العام للدائنين إلا أن لكل منهما شروط مطلبة ونطاق تطبيق مختلفان عن بعضهما فيه.

كما أن اتجاه الفقه الراجح يرى أن رفع اليد هو نوع من عدم نفاذ التصرف في مواجهة جماعة الدائنين إذ تصبح أمواله محجوزاً عليها حجزاً جماعياً شاملًا لكل من الأموال التي يجوز الحجز عليها و هذا الحجز الجماعي مقرر لمصلحة جماعة الدائنين<sup>(1)</sup>، وترتيباً على ذلك فإن لوكيل التفليسية وحده أن يطالب بعدم نفاذ التصرف في مواجهة جماعة الدائنين كما أن له التمسك به إن كان محققاً لصالح الجماعة.<sup>(2)</sup>

وسند لهذا الرأي أن حكم شهر الإفلاس يحدث تعديلاً جوهرياً في مركز الدائنين فبعد أن كان الدائن يعتبر خلفاً للمدين تسري عليه تصرفاته مادامت خالية من الغش يعتبر منذ صدور حكم الإفلاس عضواً في جماعة الدائنين.

ويستدرك هذا الاتجاه مؤكداً على أن جماعة الدائنين بمجرد صدور الحكم تصبح من الغير بالنسبة لتصرفات المفلس ومن ثم لا يسري في مواجهتهم تصرفاته<sup>(3)</sup>.

وينتهي هذا الرأي إلى أن الحجز يقع لصالح جماعة الدائنين بمجرد صدور الحكم ويترتب عليه وضع الأموال المذكورة في حالة عدم قابلية للتصرف.<sup>(4)</sup>

غير أنه يتبع الوقوف في معرض بيان سند هذا الاتجاه من اعتبار غل يد المفلس حجزاً شاملًا على أموال المفلس يجعل أمواله غير قابلة للتصرف فيها، فهذه العبارة الأخيرة محل نظر ذلك أن عدم قابلية المال للتصرف فيه إما أن يكون راجعاً لكونه غير مملوك للمتصف أو كونه خارجاً عن نطاق التصرف أي أن يكون مالاً عاماً مملوكاً للدولة وأن القانون يحظر هذا التصرف لأن يكون محل التصرف غير مشروع كالاتجار في المواد المخدرة وكذلك حالات المنع من التصرف المنصوص عليه في القانون المدني.

<sup>1</sup> محمد سامي مذكر. المرجع السابق. ص 146.

<sup>2</sup> حمد الله محمد حمد الله: "غل يد التاجر المفلس". دار النهضة العربية. القاهرة. 1992. ص 33.

<sup>3</sup> محمد بهجت فايد: " عمليات البنوك والإفلاس ". دار النهضة العربية. القاهرة. 2000. ص 272.

<sup>4</sup> محسن شفيق. ص 176.

ومن المستقر عليه قانوناً أن مخالفة أي من هذه الصور يجعل من التصرف باطلًا بطلاً مطلقاً وقد سبقت الاشارة إليه أن غل اليد هو عدم نفاذ وليس بطلاً للتصرفات القانونية ومن ثم فلا محل للتقرير بوصف أموال المدين المفلس غير قابلة للتصرف فيها.

وهناك جانب من الفقه يرى عدم وجوب تأسيس عدم نفاذ التصرفات اللاحقة للمفلس على صدور حكم شهر الإفلاس على أساس أنه تم توقيع حجز شامل على أمواله لصالح جماعة الدائنين وسند هذا الرأي أن للحجز إجراءاته المنصوص عليها قانوناً والتي لا يمكن إعمال الكثير منها في مجال الإفلاس.

ذلك أنه يجب مثلاً على المحضر القضائي أن يعين المحجوز عليه حراساً إذا طلب ذلك منه إلا إذا خاف التبديد منه وكانت له الأسباب المعقولة في تقرير ذلك.

إن نظام الإفلاس لا يجيز للمفلس أن يتولى حراسة أمواله ولو لم يخش التبديد من جانبه، ويرى هذا الاتجاه أنه يجب النظر إلى الأثر المترتب على غل يد المفلس على أنه جزء من نظام قانوني خاص له آلياته المتعددة لتدخل فيما بينهما كي يتکامل النظام الذي أوجده المشرع<sup>(1)</sup>.

وبعد استعراض معظم الاتجاهات كأساس لتفسير عدم نفاذ تصرفات المفلس في حق جماعة الدائنين فإننا نساير الاتجاه الأخير من أن أثر التصرف هو محض عدم نفاذ لحفظ على الضمان العام للدائنين ومنع إخراج المفلس لجانب من أمواله من موجودات التفليسية دونما حاجة لرد ذلك الأثر لأي من النظم القانونية السابقة.

وتبرير ذلك أنه لو تم تشبيه غل اليد المترتب على حكم شهر الإفلاس فإن ذلك يعني وجوب مقارنة الأخير بحكم صحة الحجز والواقع أن كلّهما له مضمون مختلف عن الآخر فحكم شهر الإفلاس على ما سبق بيانه يعني في المقام الأول بثبوت حقوق الدائنين وجديتها و من ثم إصدار حكم الإفلاس بينما دعوى صحة الحجز وليس ثبوت الحق الموضوعي من عدمه.

وعليه نستنتج بأن غل اليد لا ينزع الملكية من المدين المفلس و لا ينقص من أهليته، مما يدفعنا لدراسة نطاق غل يد المدين المفلس.

<sup>1</sup> حسين الماحي: "أحكام الإفلاس في ظل قانون التجارة الحالي". دار النهضة العربية. 2000. ص 317.

### **المبحث الثاني: نطاق غل يد المدين المفلس**

يصبح المدين المفلس بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس غير أهل للتقاضي بنفسه في الدعاوى المتعلقة بأمواله ويتولى وكيل التفليسة كل دعوى ترفع عليه أو منه وتكون متعلقة بأمواله، وذلك لحماية حقوق الدائنين<sup>(1)</sup>.

كما يمنع عليه أيضا إتمام الإجراءات القضائية بشأن أي دعوى رفعت قبل شهر إفلاسه، ولم يتم الفصل فيها بعد فيحل محله وكيل التفليسة.

### **المطلب الأول: ما يدخل في نطاق غل اليد** يشمل غل اليد التصرفات القانونية والفعل الضار والأموال.

#### **الفرع الأول: بالنسبة للتصرفات القانونية**

لا يجوز للمفلس إجراء أي عمل قانوني كالبيع أو الهبة أو الإيجار أو تحرير أوراق تجارية، أو إبرام أي عقود يترب عليها ديون تجارية، كما لا يجوز للمفلس الوفاء بما عليه من ديون أو استيفاء ماله من حقوق، ولكي يتم إعمال قاعدة غل اليد وعدم نفاذ التصرفات التي يقوم بها المفلس يجب معرفة وقت حدوث التصرف، فإذا وقع بعد شهر الإفلاس فيختلف الأمر:

- فإذا وقع أو حدث التصرف خلال فترة الريبة فإنه يخضع للبطلان الوجobi أو الجوازي حسب نوع التصرف.

- أما إذا وقع التصرف خارج فترة الريبة فيكون نافذا بالنسبة لطرفيه، أي لا يجوز لطرفي العقد الاحتجاج بشهر الإفلاس بغية عدم تنفيذ العقد. كما يجوز لوكيل التفليسة أن يتمسك بالعقد الذي أبرمه المفلس بعد شهر الإفلاس إذا وجد فيه مصلحة لجماعة الدائنين، ويجوز للمتعاقد مع المفلس على رأس تجارته بالتسوية القضائية.

<sup>1</sup> تنص المادة 244 الفقرة الثانية من القانون التجاري: يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس ومن تاريخه تخلي المفلس عن ادارة امواله او التصرف فيها بما فيها الاموال التي قد يكتسبها بأي سبب كان، ومادام في حالة الإفلاس ويمارس وكيل التفليسة جميع حقوق ودعوى المفلس المتعلقة بذمته طيلة مدة التفليسة...".

- أما إذا بيعت أموال المفلس وصفيت وقسمت بين جماعة الدائنين، فلا يستطيع تنفيذ التزامه، ويتحول حق المتعاقد إلى تعويض يتقاده وفقاً للقواعد العامة.

- ويستوي لسريان قاعدة غل اليد أن تكون التصرفات التي أبرمها المفلس بنفسه أو بواسطة وكيله حتى ولو صدرت الوكالة عن المفلس قبل صدور الحكم بشهر الإفلاس لأن صدور هذا الحكم يستوجب فسخها لقيام الوكالة على اعتبار الشخصي الذي ينقضي أو ينهار بإفلاس الموكل لأن عمل الوكيل ينصرف أثره إلى الموكل.

### الفرع الثاني: بالنسبة للفعل الضار

يشمل غل اليد أيضاً كل ما يشغل ذمة المفلس بسبب ارتكابه أي فعل ضار سواء عن عمد أو غير عمد وسواء وقع الفعل الضار من المفلس شخصياً أو من تابعيه أو من الحيوانات التي تكون في حراسته.

يعتبر المفلس مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه للغير أو يحدثه كل من في رقابته أو رعايته وفقاً لنصوص مواد القانون المدني<sup>(1)</sup>، فإذا حكم للمضرور بالتعويض عن الفعل الذي ارتكبه المفلس أو أحد تابعيه أو ما تحت حراسته بعد صدور حكم شهر الإفلاس فلا يجوز له الاشتراك في التفليسية بمبلغ التعويض إنما عليه الانتظار حتى انتهاء التفليسية، ويقوم بالتنفيذ على ما تبقى له من مال أو ما يستجد له من أموال.

أما إذا كان الفعل الضار قد ارتكبه المفلس قبل شهر الإفلاس ولكن لم يصدر الحكم بالتعويض إلا بعده، ففي هذه الحالة يكون من حق المضرور أن يتقدم في التفليسية بمبلغ التعويض على أساس أن الحكم يقرر حق المضرور في التعويض ولا ينسئه.

وفي حالة ما إذا كان المفلس هو المضرور فمبلغ التعويض المستحق له يدخل ضمن أموال التفليسية ولا يستطيع المفلس التصرف فيه لأنه مغلول اليد.

<sup>1</sup> تنص المادة 124 من القانون المدني: "كل فعل أيا كان برتكتبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

وكذلك تنص المادة 134 من القانون المدني: "كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملوماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار...".

### الفرع الثالث: بالنسبة للأموال

يشمل غل اليد جميع أموال المفلس التي يملكتها قبل شهر الإفلاس، وكذا التي آلت إليه وهو في حالة إفلاس سواء كان ذلك عن طريق الإرث أو الهبة أو عن طريق تجارة جديدة أو تعويض، وسواء كانت هذه الأموال منقولات أو عقارات ما دامت قابلة للحجز و مملوكة له.

ولا يجوز للمدين بعد شهر إفلاسه سداد أي دين عليه أو استيفاء ماله من حقوق وإن قام المدين المفلس بالوفاء لأحد الدائنين وجب عليه على هذا الأخير رد ما أخذه إلى أموال التفليسية ويدخل في قسمة الغرماء مع باقي الدائنين العاديين أما إذا كان المدين دائناً للغير واستوفى دينه منه فعليه أن يدخل هذا المال ضمن أموال التفليسية.

إلا أنه وبالرغم من أنه لا يجوز للمفلس بعد صدور الحكم بشهر الإفلاس الوفاء بما عليه من ديون أو استيفاء ما له من حقوق فقد أجازت المادة 250 من القانون التجاري<sup>(1)</sup> إمكانية الوفاء بالورقة التجارية سواء كانت سفتحة أو سندًا لأمر أو شيكا، وذلك بغرض حماية ائتمان الورقة التجارية، غير أن إجازة صحة الوفاء هنا يمكن أن تضر بمصلحة الدائنين فيكون لهم الحق في رفع دعوى برد المال إلى التفليسية وتكون هذه الدعوى ضد الساحب في حالة سحب السفتحة أو ضد المحرر في السند لأمر أو ضد المستفيد بالشيك بشرط إقامة الدليل على أن المطالب برد المال كان عالماً بالتوقف عن الدفع بالنسبة للمدين.

وبالرغم من أنه لا يجوز الوفاء أيضاً عن طريق الماقاصة لأنها نوع من الوفاء المزدوج تنشأ مصلحة من يتمسك بها حق أولوية يتعارض مع مبدأ المساواة بين الدائنين، وهذا قد يضر بمصلحة الدائن الذي يدخل ضمن جماعة الدائنين ويُخضع إلى قسمة الغرماء فلا يمكن من الحصول على حقه كاملاً ما لم يكن دائناً ممتازاً أو صاحب رهن أو حق تخصيص، وبالمقابل فإن عليه الوفاء بما عليه للمدين.

إلا أنه استثناء تجوز الماقاصة بعد شهر الإفلاس متى كانت الديون ناشئة عن سبب واحد وكان دين المدين وحقه لدى دائنه متربطاً ومتلازمًا أي ناشئ عن سبب قانوني واحد ومثال ذلك<sup>(2)</sup>:

<sup>1</sup> تنص المادة 250 من القانون التجاري على أنه: "...غير أن لجماعة الدائنين أن ترفع دعوى رد المال إلى التفليسية ضد ساحب السفتحة، أو في حالة السحب لأجل الحساب ضد الأمر بالسحب وكذلك ضد المستفيد من الشيك وأول مظاهر للسند لأمر بشرط إقامة الدليل على أن المطالب برد المال كان عالماً بالتوقف عن الدفع".

<sup>2</sup> وفاء شيعاوي: "إفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري". ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. 2013. ص 89.

- الحساب الجاري بين البنك وعميله.
- الوكالة بالعملولة بين الموكيل والوكيل.
- عقد التأمين بين المؤمن والمؤمن له.
- شركة الكهرباء والغاز والمياه بينها وبين المستهلك.
- الحساب الشخصي بين الزوجة وزوجها المفلس.

**المطلب الثاني: ما يخرج عن نطاق غل يد المدين المفلس**  
أورد المشرع الجزائري استثناءات عما يخرج عن نطاق غل يد المدين المفلس تتمثل فيما يلي:

**الفرع الأول: الأموال غير المملوكة للمدين**  
وهذا أمر منطقي فإذا كان هناك مال موجود تحت يد المفلس وغير مملوك له فهذا المال لا يدخل في نطاق غل اليد (الأموال الموجودة تحت يد المدين لكنها مملوكة للغير) كالودائع أو أموال القصر أو أموال الموكلين، باعتباره غير داخل في الضمان العام للدائنين ومن ثم لا يجوز التنفيذ عليه فلا جدوى إذن من مد غل اليد من تلك الأموال.  
وهناك أموال لا يشملها الحجز نظراً لطبيعتها غير القابلة للحجز كالأموال المنقوله الخاصة بشخص المدين والضرورية لمعيشته كالملابس والأغطية والكتب التي يستعملها.

**الفرع الثاني: النفقة المقررة له ولعائلته**  
كما هو الحال بالنسبة للتصرفات القانونية المتعلقة بحياة المدين فيحق للمفلس التصرف في قيمة النفقة دون تدخل وكيل التفليسه أو مراقبته، سواء كانت هذه النفقة مقررة بسبب حكم شهر الإفلاس أو بسبب أي حكم آخر.

كذلك الأعمال التي يأتها المفلس لحساب الغير بوصفه نائبا عنهم كما لو كان يدير أموال أولاده القصر بصفته ولها طبيعيا عليهم<sup>(1)</sup>، أو من الأموال التي يهبها له الغير لغرض الإنفاق على حياته اليومية .

### **الفرع الثالث: الدعاوى الشخصية**

لما كان الهدف من غل يد المفلس هو حماية الدائنين من إهمال غش المدين فيما يجريه من أعمال و تصرفات متعلقة بأمواله ، فإن هذا الهدف يمكن ألا يستحق إذا سمح للمدين بمباشرة حق التقاضي بالنسبة للأموال التي غلت يده عنها، إذ يمكن عندئذ أن يتخذ من حق التقاضي وسيلة لتهريب أمواله أو تبديدها وإخراجها من الضمان العام المقرر لدائنيه ويتحقق ذلك مثلا إذا سلم بالحق الذي يدعى به خصمه أو تخلف عن حضور الجلسات فأمكن لخصمه أن يحصل على أحكام ضده<sup>(2)</sup> .

إن المشرع لم يجعل من غل اليد عن الدعاوى المتعلقة بشخص المدين وليس بذمته المالية لا يشملها غل اليد ولا يمكن لوكيل التفليس رفعها إنما يقوم المدين المفلس برفعتها وبما شرعا كدعاوى الأحوال الشخصية.

والدعاوى الجزائية سواء كان المفلس متهمأ أو مجنينا عليه، ولكن يجب إدخال وكيل التفليس في هذه الدعاوى إذا ما اقتربت بمطالبة مالية كما لو كان المفلس متهمأ بجريمة خطأ وطالبه المجنى عليه بالتعويض المدني.

<sup>1</sup> علي جمال الدين عوض، محمود سمير الشرقاوي: "الوجيز في القانون التجاري (العقود التجارية، الأوراق التجارية، عمليات البنوك، الإفلاس)". دار النهضة العربية. القاهرة. 1975. ص 464.

<sup>2</sup> عبد الفضيل أحمد. المرجع السابق. ص 94.

## خاتمة

وفي الأخير نستنتج بأن غل يد المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها لا يؤثر على ملكيته للأمواله كما أنه لا يعد عارض من عوارض الأهلية، ثم إن العلة في غل اليد بقوة القانون بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس ودون الانتظار لاتخاذ أي إجراء آخر، هو لتفادي إعطاء المفلس أي مدة زمنية ولو كانت قصيرة جداً بعد صدور حكم شهر الإفلاس ليتمكن بواسطتها التبرير لصحة تصرفاته بحجة أنه لم يتخذ ضده أي إجراء لغل اليد، والحكمة كذلك من إقرار هذا المبدأ بقوة القانون هو خطورة التصرفات بعد صدور حكم شهر الإفلاس وأن قصد الإضرار بالدائنين محققاً لا محالة منه بالذات وقد حكم بشهر إفلاس المدين.

من جانب آخر فإن مسألة حلول وكيل التفليسية محل المدين المفلس في إدارة أمواله أو التصرف فيها هو نوع من الوكالة القضائية لأنها تتولد عن الحكم القضائي الصادر من محكمة الإفلاس وليس وكالة اتفاقية لأنها ليست وليدة اتفاق أو عقد بين وكيل التفليسية والمدين المفلس، أما حالة التوقف عن الدفع التي تتحدد بها فترة الريبة والتي تكون شرطاً لشهر الإفلاس فهي حالة واحدة، وهي مسألة واقع في البداية عند التأكد من ظروفه المالية من وحي واقعه التجاري، إلا أنه عند استخلاص المحكمة المختصة لهذه الحالة الواقعية فإنه يلزم إعمال الشروط القانونية على هذه الحالة فتكون عندئذ حالة قانونية.

وبالنسبة لفترة الريبة تنتهي بصدور حكم شهر الإفلاس أما عن بدايتها فإن المشرع الجزائري سلك مسلكاً صائباً عندما أعطى للمحكمة المختصة السلطة التقديرية في تحديد بدايتها ولكنه لم يجعل هذه السلطة مطلقة بل تم ضبطها بضوابط في نصوص القانون التجاري (الحد الأقصى لها). والملاحظ أن مبدأ غل يد المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها وقابلية تصرفات المفلس خلال فترة الريبة للإبطال أثار ترتب على حكم الإفلاس وقد قررت مصلحة جماعة الدائنين بحيث تكون تصرفات المفلس قابلة للإبطال في مواجهة هذه الجماعة مع بقائها صحيحة بين طرفيها وإن كانت هذه التصرفات لا تنتج آثارها إلا بعد انتهاء التفليسية.

نظراً لما تتسم به أعمال التصرف من الخطورة على الذمة المالية للمدين المفلس والتي تكاد تكشف عن سلطة كاملة على المال وتعبر عن سلطان إرادة حرة كاملة و مباشرة يمكن إبداء اقتراحات حول هذه الدراسة منها:

- وضع ضوابط دقيقة لأعمال التصرف التي يقوم بها وكيل التفليسية لأن تكون مثلاً أضيق نطاقاً وللحاجة القصوى، وهذه الضوابط لابد من النص عليها في القانون التجاري بشكل مستقل حتى تكون لها حجيتها وقوتها القانونية.
- كما يمكن تقديم للمفلس الحق في إتمام الإجراءات القضائية أصلاً بعد شهر الإفلاس والتي كان قد بدأ بها قبل صدور هذا الحكم مع عدم المانع من ملزمه وكيل التفليسية له أثنائهما لمتابعة حضوره جلسات التقاضي وعدم التنازل أو الاعتراف بأمور تضر دائنيه أو تناول من أموال التفليسية ولا يقال قد أعطي له الحق في التدخل بجانب وكيل التفليسية فالتدخل يعطيه دوراً ثانوياً.

## مدى قانونية جمع قاضي الأحداث بين وظيفتي التحقيق والحكم \*(دراسة مقارنة في التشريع الفرنسي والتشريعات المغاربية)

عنان جمال الدين<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> أستاذ محاضر "آ"، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر.

### الملخص:

من أبرز الخصائص التي يتميز بها قضاء الأطفال أن القاضي الذي يحقق مع الحدث هو نفسه الذي يتولى الفصل في هذه القضية، وهذا يشكل استثناء على مبدأ الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم الذي كرسه المشرع الجزائري بموجب المادتين 38 و 260 من قانون الإجراءات الجزائية.

ومن خلال هذا البحث سنقوم بدراسة مسألة الجمع بين الوظائف التي يتسم بها قاضي الأحداث، وذلك بالطرق للمبررات التي كانت السبب في وضعها، وإبراز نطاقها وموقف التشريعات المغاربية تجاهها لنختتم بعرض موقف المشرع الفرنسي إزاء هذه القضية باعتباره التشريع الذي استلهمت منه هذه التشريعات، لخلص في الأخير إلى بيان موقفنا منها سواء بإلغائها أو بالإبقاء عليها إذا كانت مبرراتها ما زالت قائمة.

### الكلمات المفتاحية:

الأطفال، قاضي الأحداث، التحقيق، الجمع بين الوظائف.

\* تاريخ إرسال المقال 15/03/2018، تاريخ مراجعة المقال 15/05/2018، تاريخ نشر المقال 31/07/2018

## **The Extent to Which the Juvenile Judge is Brought Together Between the Investigative and Judicial Functions (Comparative study in French legislation and Maghreb legislation)**

**Abstract:**

One of the most prominent characteristics of juvenile justice is that the magistrate who investigates the juvenile is the same person who adjudicates the case. This is an exception to the principle of separation between the investigation and sentence functions established by the Algerian legislator under articles 38 and 260 of the Code of Criminal Procedure.

In this research, we will examine the issue of combining the functions of the juvenile judge with the justifications that were the reason for its development, highlighting its scope and the position of the Maghreb legislations towards it, and concluding with the position of the French legislator on this issue as the legislation inspired by this legislation. To indicate our position on them, whether to cancel them or to keep them if the justifications still exist.

**Keywords:**

Juvenile judge, investigation and judgment function.

### **La légalité du cumul des fonctions d'instruction et de jugement par le juge des mineurs**

**(Etude comparative entre les législations française et magrébines).**

**Résumé :**

L'une des spécificités de la juridiction des enfants est que le juge qui instruit avec le mineur est lui-même qui tranche dans l'affaire, ce qui constitue une exception dans le principe de séparation entre les fonctions d'instruction et de jugement concrétisé par le législateur Algérien par les articles 38 et 260 du code de procédure pénale.

A travers cette recherche, nous allons étudier la question de cumul de fonctions réservée au juge des mineurs, en abordant notamment les causes et les justificatifs qui ont poussé à son instauration tout en mettant en exergue sa portée. Aussi, nous aborderons la position des législations maghrébines la concernant, et la position du législateur français d'où ont été inspirées ces dernières.

En conclusion, nous statuerons sur l'annulation ou la validation de cette règle, si ses justificatifs restent en vigueur.

**Mots clés :**

Les enfants, juge des mineurs, l'instruction, le cumul de fonction.

## مقدمة

نظراً لخصوصية سن الحدث الذي يتسم بعدم اكتمال نموه الجسماني والنفسي والعقلي، فقد أخضعته مختلف التشريعات الوضعية إلى نظام قانوني خاص، سواء في شقه الموضوعي أو الإجرائي، حتى أن الشريعة الإسلامية تعفيه تماماً من أي مسؤولية جنائية في حال ارتكابه فعلًا يو<sup>هـ</sup>ف كذلك، لقوله <sup>ص</sup>: "رُفعَ الْقَلْمُ عَنْ ثَلَاثَةِ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّىٰ يَسْتَقِظَ وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّىٰ يَكُبُرُ. وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّىٰ يَعْقِلَ، أَوْ يُفِيقَ".<sup>1</sup>

إن إخضاع الحدث إلى نظام إجرائي خاص سواء كان جانياً أم مجنيناً عليه أملته ظروف هذا الحدث وخصوصيته، حيث وجد المشرع نفسه ومراعاة لهذه الاعتبارات يخرج عن نطاق ما هو مقرر بالقواعد العامة، ليقرر قواعد خالدة تلاءم الحدث متوكلاً في ذلك على علاج الحدث بدل عقابه، وعلى هذا الأساس فإن أكثر ما يواجه به الحدث الجانح هو تدابير التربية والتهذيب. أما إذا استدعي الأمر عقابه فإنه يشترط أن تكون الجزاءات المقررة له في حالة ثبوت إذناته خفيفة تأسيساً على أن الحدث بلغ قدرًا من التمييز يؤهله لأن يتحمل قدرًا من المسؤولية.

على المستوى الإجرائي يلاحظ أيضاً أن المشرع قد عامل الحدث ببعض القواعد الخاصة، استثناءً على ما هو معمول به بموجب القواعد العامة المنصوص عليها، خالدة بعد دور القانون 15-12 المتضمن قانون حماية الطفل والذي جاء تتوبيحاً لما هو منصوص عليه باتفاقية حقوق الطفولة<sup>2</sup> ادactت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989.

ومن أبرز خصائص قضاء الأحداث التي أقرها المشرع الجزائري خروجاً على ما هو منصوص عليه بالقواعد العامة، أن قاضي الأحداث الذي يحقق مع الحدث هو نفسه الذي يجلس للحكم عليه في قضيته، والتي أدرجها المشرع الجزائري سعياً منه إلى تحقيق أفضل معاملة قضائية للحدث، وهذا يعتبر خروجاً على قاعدة الفصل بين الوظائف القضائية، لا سيما تلك المتعلقة بالفصل بين وظيفة التحقيق والحكم، التي يسعى المشرع من خلالها إلى تكريس مبدأ حياد القاضي ونزاهته، ذلك أن المحقق إذا ما كان مقتنعاً بالإدانة، فمن الصعب محو هذه القناعة من نفسيته إذا كان هو نفسه الذي يجلس كقاضي حكم في نفس القضية.

<sup>1</sup> - أخرجه ابن ماجة في كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغرى والنائم، حديث رقم 2041.

إن وضعنا كهذا يوجب البحث في حقيقة قاعدة الجمع بين الوظائف ومبرراتها ونطاقها، ومن ثم موقف التشريعات المغاربية منها، للو<sup>هـ</sup>لول إلى القول إن كانت مبرراتها ما زالت قائمة للبقاء عليها، وعليه تحددت إشكالية موضوعنا هذا في ما يلي: هل حقيقة هناك جمع بين وظيفتي التحقيق والحكم على مستوى قضاء الأحداث، وإذا كانت الأمر كذلك فما هو نطاقه وموقف التشريعات المغاربية منه، وهل الدواعي التي بترت سنه ما زالت قائمة للقول بالإبقاء عليه أو إلغاؤه؟ إجابة عن تساؤلنا هذا قسمنا بحثنا هذا إلى مطلبين نتناول في الأول مفهوم قاعدة الفصل بين وظيفة التحقيق والحكم، بالطرق لمبرراتها نطاقها والأثر المترتب على مخالفتها، أما المطلب الثاني فنتعرض فيه إلى قضية الجمع بين الوظائف التي تعتبر استثناء على قاعدة الفصل وموقف التشريعات المغاربية منها، والذي سنتطرق فيه إلى مختلف المبررات التي سيقت لتبرير هذا الاستثناء وموقف التشريعات المغاربية منه بالمقارنة مع موقف المشرع الفرنسي باعتباره المصدر المادي والتاريخي لهذه التشريعات، لنخلص في خاتمة البحث إلى القول إن كان من الضروري الإبقاء على هذا الاستثناء أم إلغاؤه، في ضوء ما هو مستجد على مستوى الفقه والتشريع والقضاء.

### **المطلب الأول: مفهوم الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم**

في هذا المطلب سنتطرق إلى معنى قاعدة الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم، وذلك ببيان مبرراتها ونطاقها، لنختتمه بالحديث عن الأثر المترتب على خرق هذه القاعدة.

### **الفرع الأول: مقتضى قاعدة الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم**

يقوم النظام القضائي الجزائري على مبدأ أساسى وهو مبدأ الفصل بين الوظائف القضائية، لذلك فقد أوكلت وظيفة الاتهام إلى النيابة العامة، ووظيفة التحقيق على مستوى الدرجة الأولى لقاضي التحقيق وعلى مستوى الدرجة الثانية لغرفة الاتهام، أما وظيفة الحكم فقد أوكلت لقضاة الحكم، وهذا أمر طبيعي مرده طبيعة سير الدعوى الجنائية وحركتها، وما يترب عليها من نتائج غاية في الخطورة على حريات الأفراد وحقوقهم.

ويقتضي مبدأ استقلالية قاضي التحقيق عن قضاة الحكم، أنه ليس لنفس القاضي وفي نفس الدعوى مباشرة وظائف التحقيق والحكم، فلا يجوز لقاضي التحقيق الذي باشر وظيفة التحقيق

أن يكون ضمن تشكيل القضاء المختص بالفصل فيها، أي لا يجوز لقاضي التحقيق أو قاض آخر شارك في سير إجراءات التحقيق سواء على مستوى الدرجة الأولى للتحقيق أو على مستوى الدرجة الثانية، أن يجلس للفصل في نفس القضية على مستوى جهة الحكم.<sup>1</sup>

وتم إدراجها المبدأ لأول مرة في القانون الإجرائي الفرنسي بموجب قانون 8 ديسمبر 1897 والمسمى بقانون كونستانتس Loi Constans، حيث نص في المادة الأولى منه على عدم جواز مشاركة قاضي التحقيق في الفصل في القضايا التي حقق فيها، ليكرسه فيما بعد ضمن نصوص قانون الإجراءات الجزائية الذي عوض قانون تحقيق الجنائيات Le code d'instruction criminelle الصادر سنة 1808.<sup>2</sup>

وقد عبر المشرع الجزائري عن هذا المبدأ في المادة 1/38 ق إ ج التي تنص على: "تناط بقاضي التحقيق إجراءات البحث والتحري ولا يجوز له أن يشترك في قضايا نظرها بصفته قاضيا للتحقيق وإلا كان ذلك الحكم باطلًا"،<sup>3</sup> وأكد عليه أيضا المادة 260 إجراءات معدلة بالقانون رقم 07-17 المؤرخ في 27 مارس 2017 بنصها على: "لا يجوز للقاضي الذي سبق له نظر قضية بوابة قاضيا للتحقيق أو عضوا بغرفة الاتهام أو ممثلا للنيابة العامة، أن يجلس للفصل فيها بمحكمة الجنائيات". وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا ببطلان الحكم الصادر عن محكمة الجنائيات، حيث ذكرت أن المستشار المقرر في غرفة الاتهام التي أحالت المتهمين أمام محكمة الجنائيات كان عضوا كذلك في تشكيلاً محكمة الجنائيات التي نظرت في قضيتهم، مما يعتبر خرقا للإجراءات الجوهرية

<sup>1</sup> دريد مليكة، نطاق سلطات قاضي التحقيق والرقابة عليها، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2014، ص: 98-99، محمود سليمان موسى، الإجراءات الجنائية للأحداث الجانحين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2008، ص: 239.

<sup>2</sup> أحمد الشافعي، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية، دراسة مقارنة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 2003، ص: 69.

<sup>3</sup> وتقابليها المادة من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، والفصل 50 من مجلة الإجراءات الجنائية التونسية، والمادة 5/52 من قانون المسطرة الجنائية المغربي التي تنص براحة على: "لا يمكن لقضاة التحقيق، تحت طائلة البطلان، أن يشاركون في إصدار حكم في القضايا الوجعية التي سبق أن أحيلت إليهم بصفتهم قضاة مكلفين بالتحقيق". وباعتبار التشريع الفرنسي مصدراً مادياً وتاريخياً للعديد من تشريعات الدول التي كانت مستعمرات فرنسية، فإنه يتبنى قاعدة الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم في المواد 2/49 و الفقرة الثالثة من المادة 1-137 والمادة 253 من قانون الإجراءات الجزائية، التي سيرد شرحها بمناسبة التطرق لموقف المشرع الفرنسي.

يتربّ عنّه البطلان الجوهرى المتعلّق بالنظام العام<sup>١</sup>، ومن هذا المنطلق فمثلاً يحظر القانون على قاضي التحقيق أن يخطر نفسه بنفسه فإنه يمنعه أيضاً من الحكم في القضايا التي سبق له أن حقق فيها، فهو أثناء تأدية وظيفته يتمتع بالاستقلالية عن قضاة الحكم والنّيابة<sup>٢</sup>، الذين لا يمكنهم أن يأمروه أو ينهوه عن القيام بعمل معين مهما كان<sup>٣</sup>، فهو كقاضي الحكم لا يخضع إلا للقانون والضمير، وهو ما ترجمته المادة 165 من الدستور الجزائري لسنة 2016 التي تنص على: "لا يخضع القاضي إلا للقانون"<sup>٤</sup>، والمادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية في فقرتها الأولى التي جاء فيها: "... وللقاضي أن يصدر حكمه تبعاً لاقتئاعه الخاص".

## الفرع الثاني: مبررات الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم يمكن حصر مبررات الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم في:

1- أن هذا المبدأ يعتبر من أكبر الضمانات المقررة لحسن سير الدعوى وللمتهم على حد سواء، ويجد مبرره في تعارض جلوس قاضي التحقيق للحكم في قضية سبق له وأن حقق فيها، فالمنطق يقتضي أن يقوم المتهم بعرض أوجه دفاعه على شخص خالي الذهن لم تسيطر عليه أية فكرة مسبقة جراء قيامه بإجراءات التحقيق، لذلك فلو كان قاضي التحقيق هو من يقوم بالفصل في القضية، لكان أشد الناس معرفة لها واطلاعاً على تفاصيلها وحيثياتها، وهذا فإنه يكون متاثراً بالتحقيقات التي أجراها وبالمعلومات التي استمدّها منها، مما يجعل ذهنه يكتسب نوعاً من المناعة ضد دفع المتهم وأقواله، وما يمكن أن تكشف عنه المحاكمة من أسباب تدعوه إلى البراءة.<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> قرار صادر بتاريخ 28/07/1998 من الغرفة الجنائية في الطعن رقم 168183، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد خاص سنة 2003، ص: 323.

<sup>٢</sup> أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة الثانية 2002، ص: 28، درياد مليكة، المرجع السابق، ص: 102.

<sup>٣</sup> مولاي ملياني بغدادي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1992، ص: 228.  
<sup>٤</sup> وتقابليها المادة 147 من دستور سنة 1996.

<sup>٥</sup> درياد مليكة، المرجع السابق، ص: 99، محمد محدّة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء الثالث، دار الهيدى، الجزائر، الطبعة الأولى 1991-1992، ص: 163-164، عمارة فوزي، قاضي التحقيق، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة الإخوة منتوري بقسنطينة، 2009-2010، ص: 17.

فالقانون يوجب على القاضي الذي يحكم في الدعوى أن يكون خالي الذهن في كل ما يتعلق بها، وأن لا تكون لديه فكرة مسبقة عنها، لأنه في هذه الحالة لا يستطيع بسهولة التخلص منها والتحرر من سلطانها عند النظر في الدعوى والحكم فيها. لذلك قررت هذه القاعدة حتى يتسمى لها تكوين قناعته على التحقيقات والرافعات الشفهية التي تجري في الجلسة،<sup>1</sup> وفي هذا تنص المادة 2/212 من إج على أنه: "ولا يسوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا أمامه".

2- يرى البعض أن علة إقرار هذا المبدأ هو حرص المشرع على حماية الحريات وحقوق الأفراد الشخصية من أن تنتهك، فالغالب عند الجهة التي تتولى مهمة التحقيق أو الاتهام هو افتقارها لعنصر الحياد نتيجة ميلها نحو الإدانة، وقد يكون مرد ذلك هو تأثر هذه السلطات بأجواء وظروف الدعوى التي قد تخلق مناخاً تترجم معه نسبة الجريمة إلى المتهم.<sup>2</sup>

2- يرى بعض الفقه أن من دعائم الفصل بين وظيفة التحقيق والحكم هو تفادي الكثير من القضايا الباطلة التي لا أساس لها، حيث يؤدي ذلك إلى إرهاق كاهل الدولة وإنقاص قيمتها، حيث لو تركت هذه القضايا بين يديها لوجب النطق ببراءة المتهمين في كثير منها.<sup>3</sup>

3- إنه من التناقض قيام قضاة الحكم بمهمة تحري الأدلة وجمعها، ثم يتولون في نفس الوقت تقديرها وتقويمها والفصل في الدعوى نتيجة الموازنة بين حجج كل من الادعاء والدفاع، نظراً لما ترسم به المحاكم من بطء شديد في سير عملها، مما يجعلها غير قادرة على القيام بهذه المهمة. فهذا البطل ليس في الحال كل من المتهم والمجنى عليه والعدالة نفسها، وكما قال أستاذنا الدكتور محمد محدة فكلما ابتعدنا عن وقت الجريمة كلما نسي الشهود الأدلة، وضاعت المعالم وقل حماس القاضي في الإثبات، وزاد تقييد حرية المتهم، وهذه كلها أمور تجافي العدالة والمبادئ التي لأجلها جاءت الدساتير والتشريعات.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الرابعة، دار الشروق، القاهرة 2006، ص: 411، مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق، ص: 221.

<sup>2</sup> محمود سليمان موسى، المرجع السابق، ص: 241.

G. Stefani et G. Levasseur, procédure pénale, neuvième édition, Dalloz, Paris 1975, p : 41.

<sup>3</sup> محمد محدة، المرجع السابق، ص: 164.

<sup>4</sup> محمد محدة، المرجع السابق، ص: 164.

4- يرى الدكتور أحمد فتحي سرور أن الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم ليس مجرد ضمان لحياد القاضي فحسب، إنما يعتبر ضماناً لقرينة براءة المتهم، لذلك فالفصل بين هذه الوظائف ينال قيمة دستورية باعتباره نتيجة لمبدأين دستوريين هامين هما حياد القضاء وقرينة البراءة.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: نطاق التحقيق المانع للعضوية في هيئة الحكم

لقد كان قانون الإجراءات الجزائية الجزائري واضحاً حينما أخذ بعين الاعتبار وف الشخص القائم بالتحقيق لتحديد نطاق التحقيق المانع للحكم، فنصت المادة 1/38 في المراجحة على: "... ولا يجوز له أن يشترك في الحكم في قضيائنا نظرها بصفته قاضياً للتحقيق، وإلا كان ذلك الحكم باطلًا".<sup>2</sup> لذلك فالإجراء الذي يمنع من الحكم هو الإجراء التحقيقي القانوني الذي يقوم به قاضي التحقيق بصفته هذه، أي باعتباره محققاً وذلك بموجب طلب من النيابة العامة<sup>3</sup> أو إنابة من غيره سواءً كان في الدرجة الأولى<sup>4</sup> أم الدرجة الثانية كرجال غرفة الاتهام<sup>5</sup> وهذا بغض النظر إن كان قاضي التحقيق قد قام بالتحقيق كله أو جزء منه، أبدى رأيه فيما سبق أن أجراه من تحقيق أو لم

<sup>1</sup> أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص: 410، ولنفس المؤلف: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، طبعة معدلة، دار النهضة العربية، القاهرة 1995، ص: 300.

<sup>2</sup> تثور على مستوى بعض التشريعات إشكالية تحديد ما يعتبر من الأعمال عملاً تحقيقياً مانعاً للحكم، كونها أضفت على ما يقوم به قاضي التحقيق من أعمال في التلبس وف التحقيق العملي القانوني، كالقانون السوري مثلاً، وعمل الضبطية القضائية في الأحوال العادية كالقانون السعودي، وبالنسبة لقانون الإجراءات الجزائية الجزائري فإنه لم يصيغ على أعمال قاضي التحقيق في التلبس، وقبل التكليف من النيابة العامة وف التحقيق العملي حيث كييفها على أنها أعمال ضبطية قضائية عادلة، فيكون بعمله هذا خاضعاً إلى وكيل الجمهورية، فإذا كلف بطلب افتتاحي للتحقيق فإن عمله يصير تحقيقاً عملياً مرتبأً لأثاره القانونية ومن ثم يوافى بأنه تحقيق ابتدائي. انظر: محمد محدة، المرجع السابق، ص: 164-165.

<sup>3</sup> تنص المادة 1/67 ق إ ج على: "لا يجوز لقاضي التحقيق أن يجري تحقيقاً إلا بموجب طلب من وكيل الجمهورية إجراء التحقيق حتى ولو كان ذلك بقصد جنائية أو جنحة متلبس بها". وهو الحكم ذاته الذي نصت عليه المادتان 54 و 84 من قانون المسطرة الجنائية المغربي، والفصل 51 من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية.

<sup>4</sup> راجع المادة 138 ق إ ج، ويعادلها الفصل 57 من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية، والمادة 189 من قانون المسطرة الجنائية المغربي.

<sup>5</sup> راجع المادة 190 ق إ ج، ويعادلها الفصل 116 ق 3 من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية، والمادة 283 من قانون المسطرة الجنائية المغربي، مع ملاحظة أن غرفة الاتهام يسمى بها المشرع التونسي بدائرة الاتهام، أما المشرع المغربي فيسمى بها الغرفة الجنحية.

يبدأ رأياً<sup>1</sup>، فإذا تحقق هذا الفرض فإنه يؤدي مفعوله وينع [الاحبه] (أي قاضي التحقيق) من الحكم ولو فعل ذلك سيكون حكمه باطلًا، ويشمل هذا الحكم قضاة غرفة الاتهام باعتبارهم قضاة تحقيق من الدرجة الثانية.

ولكن هل يمكن لقاضي التحقيق أن يمثل النيابة العامة أثناء المحاكمة في قضية سبق له أن حقق فيها؟ وكيف يكون الوضع لو قام وكيل الجمهورية ببعض أعمال التحقيق بو [فه] كذلك لا بو [فه] محققاً فاستجوب أحد الأشخاص أو أمر بإحضاره أو قام بإجراء مما أكسبه معرفة حول القضية، فهل هذا يمنعه من نظر القضية والفصل فيها؟

من حيث المبدأ نقول بأن التعارض الموجود بين وظيفتي التحقيق والحكم المنصوص عليه في المادتين 38 و 260 ق إج له مدلول ضيق لا يمكن توسيعه عن طريق القياس<sup>2</sup>، ومن ثم فهو لا يحول دون مشاركة قاضي التحقيق كممثل للنيابة العامة أمام جهات الحكم في قضية كان قد حقق فيها، ويجد ذلك مبرره في عدم وجود تضارب بين دور النيابة العامة الذي يقوم به أعضاؤها وبين قيام قاضي التحقيق أحياناً بهذا الدور، ذلك أن قاضي التحقيق في هذه الحالة لا يشتراك فيما تصدره المحكمة من أحكام، إذ يقتصر دوره على عرض الواقع وتقديم طلباته، بينما تتم مداوله المحكمة بشأن الحكم في غيبته<sup>3</sup>.

وقد أكدت المحكمة العليا هذه الفرضية في قرارها الصادر بتاريخ 20/05/2010 حيث قضت بأنه يجوز للقاضي الذي نظر القضية، بو [فه] قاضياً للتحقيق أو عضواً بغرفة الاتهام الجلوس ممثلاً للنيابة العامة، عند الفصل فيها أمام محكمة الجنائيات، وأن هذا الوضع لا يشكل خرقاً للمادة 260 ق إج، على اعتبار أن قاضي التحقيق في هذا الوضع غير معني بحكم هذه المادة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أحمد فتحي سرور، *الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في قانون الإجراءات الجنائية*، مرجع سابق، ص: 300، محمد الفاضل، قضاء التحقيق، مطبعة جامعة دمشق، 1965، ص: 13.

<sup>2</sup> على اعتبار أن القياس محظوظ في القضايا الجزائية لتعارضه مع مبدأ الشرعية الجنائية.

<sup>3</sup> انظر: سليمان بارش، *شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري*، دار الشهاب باتنة، الجزائر 1986، ص: 172، وكذلك القرار الصادر عن الغرفة الجنائية بال مجلس الأعلى (المحكمة العليا حالياً) بتاريخ 28 جانفي 1969، المنشور بمجموعة أحكام، الصادرة عن مديرية التشريع لوزارة العدل الجزائرية، المجموعة الأولى، الجزء الثاني، ص: 425، مشار له في رسالة عمارة فوزي، المرجع السابق، ص: 19، المأمش الأول.

<sup>4</sup> قرار [الدار] بتاريخ 20/05/2010، تحت رقم 613513، *المجلة القضائية للمحكمة العليا* لسنة 2010، العدد الثاني، ص: 311.

كما أن منح قاضي التحقيق إمكانية تمثيل النيابة العامة عند الحكم يعتبر من أكبر الضمانات الممنوعة للمتهم، ذلك أن مُتممَّه على دراية مسبقة بأحواله وأدلة إثبات الجريمة، وأن عرض الأدلة سيتم لاحقا أمام سلطة محایدة تأخذ ما ي قوله مأخذ الجد والموازنة، وهذا لا ينسينا أن النيابة العامة توافف بالخصم الشريف رغم أنها تمثل المجتمع وتجسد حق الدولة في العقاب، وأن هدفها الأساسي هو الوصول إلى الحقيقة، وإحقاق الحق وإقامة العدل وإنزال العقاب بمستحقيه، وهذه المسائل كلها لا تغنم المتهم حقه ولا تضيع ضماناته.<sup>1</sup>

وفيما يتعلق بتساؤلنا الثاني فإننا من خلال قراءتنا لمختلف النصوص القانونية لا نتوكل إلى استخلاص ما يمنع ذلك، فما نصت عليه المادة 38 من قانون الإجراءات الجزائية هو منع من نظر في قضية بوافه قاضيا للتحقيق لا بواف آخر، ما يعني عدم جواز اللجوء إلى القياس.

غير أن بعض الفقه يتوجه إلى منع وكيل الدولة من الفصل في القضية والتصدي لها، تأسسا على ما تقتضيه قواعد العدالة وقياسا على ما ورد بنص المادة 38 ق إج، فعلة المنع هنا هو الحفاظ على حقوق المتهمين وتوفير أكبر الضمانات لهم، وهذا لا يتحقق إلا من خلال قاض محايده خالي الذهن، لم يقع تحت تأثير الأدلة ولم يكتسب فكرة مسبقة عن القضية يتذرع معها التحرر من سلطتها عند الفصل، وهذه الضمانات والظروف غير متوفرة ولا موجودة في وكيل الجمهورية في هذه الحالة. إذ لا يعقل أن يكون الشخص حكما وخصما في نفس الوقت، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 18/5/1982 معللة ذلك بضمان سير العدالة.<sup>2</sup>

#### الفرع الرابع: حالات غير مانعة للجلوس للحكم

من حيث المبدأ لا يستطيع قاضي التحقيق أن يصدر حكما أو يشارك فيه إذا كان ذلك الحكم فالا في موضوع الدعوى التي سبق له أن حقق فيها، ويستثنى من هذا ما يصدره قاضي التحقيق

<sup>1</sup> محمد محددة، المرجع السابق، ص: 166.

<sup>2</sup> نشرة القضاة، العدد الأول، جانفي 1987، ص: 52-53، نقلًا عن محمد محددة، المرجع السابق، ص: 166، الهمامش الأول، وفي هذا المعنى أيضًا يراجع القرار الصادر بتاريخ 04/02/1986 من القسم الأول للغرفة الجنائية الثانية، ملف رقم 35722، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الرابع، ص: 313. هذا وقد نصت بعض التشريعات براحة على حالة كهذه كقانون أول المحاكمات الجزائية السوري الذي نص في المادة 24 منه على: "لا يجوز للقاضي أن يحكم في الدعوى التي تولى وظيفة النيابة العامة فيها".

من قرارات وأوامر أثناء أدائه لعمله، كالتالي في مختلف الدفوع التي تثار خلال سير التحقيق أو قرار إنهاء<sup>١</sup>.

غير أن المشرع ولاعتبارات عملية قد يخول قاضي التحقيق في بعض الموارد قسطاً من وظيفة الحكم، ومثال ذلك ما جاء في نص المادة 97 من قانون الإجراءات الجزائية<sup>٢</sup> التي أجازت لقاضي التحقيق في حالة عدم حضور الشاهد وبناء على طلب من وكيل الجمهورية استحضاره جبراً وبواسطة القوة العمومية والحكم عليه بغرامة من 200 إلى 2000 دينار، كما أجازت تطبيق العقوبة نفسها على الشاهد الذي يمتنع رغم حضوره عن أدائه اليمين أو الإدلاء بشهادته<sup>٣</sup>.

وفي نفس السياق أجازت الفقرة الثانية من المادة 65 مكرر 4 من ذات القانون لقاضي التحقيق أن يصدر عقوبة على الشخص المعنوي يتراوح مقدارها من 100.000 إلى 500.000 دينار بعد أخذ رأي وكيل الجمهورية، وذلك في حالة عدم التزام الشخص المعنوي بالتدابير المفروضة عليه بموجب المادة 65 المسافة الذكر.<sup>٤</sup>

كما أجازت المادة 129 ق إج لقاضي التحقيق أن يعاقب المتهم الأجنبي المفرج عنه بكفالة الذي يغادر حدود محل الإقامة الجبرية دون تصريح، بالحبس من ثلاثة (03) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات، وبغرامة من 500 إلى 50.000 دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين، وفضلاً عن ذلك يحكم عليه وجوباً بسحب جواز السفر مؤقتاً، كما يجوز لقاضي التحقيق منعه من مغادرة التراب الوطني.

<sup>١</sup> محمد محددة، المرجع السابق، ص: 167.

<sup>٢</sup> وتقابليها المادة 61 من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية.

<sup>٣</sup> تنص المادة 97 ق إج على أن: "كل شخص استدعي لسماع شهادته ملزم بالحضور وحلف اليمين وأداء الشهادة مع مراعاة الأحكام القانونية المتعلقة بسر المهنة".

وإذا لم يحضر الشاهد فيجوز لقاضي التحقيق بناء على طلب وكيل الجمهورية استحضاره جبراً وبواسطة القوة العمومية والحكم عليه بغرامة من 200 إلى 2000 دينار غير أنه إذا حضر فيما بعد وأبدى أعداراً محققة ومدعمة بما يؤيد صحتها جاز لقاضي التحقيق بعد سماع طلبات وكيل الجمهورية إقالته من الغرامة كلها أو جزء منها.

ويجوز توقيع العقوبة نفسها بناء على طلب وجل القضاة المذكور على الشاهد الذي يمتنع رغم حضوره عن أدائه اليمين أو الإدلاء بالشهادة.

ويصدر الحكم المشار إليه في الفقرتين السابقتين بقرار من القاضي المحقق ولا يكون قابلاً لأي طعن".

<sup>٤</sup> أضيفت المادة 65 مكرر 4 بموجب القانون 14-04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، الجريدة الرسمية لسنة 2004، العدد 71.

فهذا الوضع لا يعتبر خروجا على مبدأ الفصل بين وظيفة التحقيق والحكم، لأن الفصل المنوي عنه هو الذي يتعلق بذات الدعوى (مع وحدة الخصوم والسبب) وهو ما لا ينطبق على الدعوى الخاصة باختفاء الشاهد عن الحضور أو عن حلف اليمين، فهي مختلفة تماما عن الدعوى التي يتحققها قاضي التحقيق سواء من حيث الخصوم أو من حيث السبب.<sup>1</sup>

لذلك فالعبرة بالمنع تكون في الموضوع المحقق فيه وليس بالشخص المحقق معه، فلو أن قاضي التحقيق مثلاً حقق مع شخص في جريمة ما وحكم عليه، ثم ثاَداَفَ أن كان هو قاضياً فقدم إليه بجريمة ثانية، فإن فصل فيها ففصله قانوني لا غبار عليه لأن القاضي لم يكتسب من القضية ما يؤثر فيه أو يسيطر عليه حتى يمكن الطعن في نزاهته أو حيادته.<sup>2</sup>

وتأسيساً على ما سبق ذكره نشير إلى وجود أعمال قد يقوم بها القاضي (قاضي التحقيق بالأخص) لا تكتسبه إماماً بالقضية أو إحاطة بالموضوع لأنها ليست أعمالاً تحقيقية بالمعنى الحقيقي، بل هي مجرد أعمال ولائية لا تنبئ عن مساهمة ناحبيها في التحقيق، ولا تنم عن إمامه بموضوع الدعوى ومن ثم فهي لا تمنعه من الحكم فيها، ومن قبيل ذلك الأمر ببيع الشيء المضبوط الذي يتلف بمرور الزمن، أو يستلزم حفظه نفقات تستغرق قيمتها، أو مثل ما يوجد في بعض القوانين التي تسمح بالحصول على ثور من أوراق التحقيق على نفقتهم<sup>3</sup> فالترخيص للمتهم أو للمجنى عليه أو المدعى بالحقوق المدنية أو المسؤول عنها لا يعد عملاً تحققياً يمنع ناحبيه من النظر في القضية والفصل فيها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص: 411.

<sup>2</sup> محمد محدة، المرجع السابق، ص: 168.

<sup>3</sup> راجع المادة 1/68 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

<sup>4</sup> محمد الفاضل، المرجع السابق، ص: 13، أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص: 300. وفي هذا السياق فإن المجلس الدستوري وإن كان بموجب العديد من قراراته يحظر على القاضي الجمع بين وظيفتي التحقيق والحكم إلا أنه يعتبر بأن تخويل قاضي الحكم مددة القبض في بعض الجرائم لا تجعله مباشراً لأحد إجراءات التحقيق التي تكون لديه عقيدة ضد المتهم بشأن مسؤوليته، فهو يقصر حظر الجمع بين وظيفتي التحقيق والحكم على إجراءات التحقيق التي تخلق الشك والتحيز ضد المتهم بشأن مسؤوليته عن الجريمة دون أن يتعدى ذلك إلى إجراءات المساس بالحرية. غير أن هذا الوضع قد تغير منذ سنة 2000 عندما أنشأ المشرع الفرنسي قاضي الحبس والحراسات الذي يختص وحده بالحبس المؤقت دون قاضي التحقيق، وذلك بمناسبة تعديله لقانون الإجراءات الجزائية، بموجب القانون رقم 2000-1354 المؤرخ في 30 ديسمبر 2000، في المادة 13 منه، حيث نص نراحة في الفقرة الثالثة من المادة 1-137 من قانون الإجراءات الجزائية على عدم

إن قراءة نصي المادة 38 و 260 ق إ ج تفضي إلى تعارض وظيفتي التحقيق والحكم، غير أن منع قاضي التحقيق من الجلوس كقاضي حكم لا ينصب إلا على القضايا التي سبق له أن حقق فيها، وهو ما يحفظ له كقاض من قضاة الحكم إلى جانب كونه معيناً كقاضي تحقيق، أهلية الفصل كباقي زملائه القضاة بالمحكمة في القضايا المدنية أو قضايا الجنح المرفوعة من المحكمة بناء على ادعاء مباشر أو حالة التلبس أو على أمر إحالة <sup>1</sup>ادر عن قاضي تحقيق آخر.

كما أن منع قاضي التحقيق من الجلوس كقاضي حكم في قضية سبق له التحقيق فيها، لا يطبق على القضاة المنتدبين لإجراء تحقيق تكميلي بناء على أمر من جهة الحكم، بل على العكس من ذلك فإن مثل هذا التحقيق التكميلي غالباً ما يعهد به لأحد القضاة الذين يشكلون الجهة التي <sup>2</sup>أدرته.

#### الفرع الخامس: أثر الجمع بين وظيفتي التحقيق والحكم

يتربى على عدم مراعاة قاعدة الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم فقد القاضي لأهلية الفصل في القضية عملاً بنص المادتين 38 و 260 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ومن ثم يتعرض الحكم الذي لا يراعي هذه القاعدة إلى البطلان، وهو بطلان متعلق بالنظام العام باعتباره يمس بنظام تشكيل الجهات القضائية، لذلك يتquin على القاضي المحقق أن يتمتنع على الفصل في القضية من تلقاء نفسه، فإن لم يفعل ولم يعترض الخصوم على ذلك، فإن هذا الحكم يظل باطلاً

جواز اشتراك قاضي الحريات والحبس في الحكم في القضية التي أمر فيها بالحبس ولا كان حكمه باطلاً. أنظر: أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص: 409.

<sup>1</sup> دريد مليكة، المراجع السابق، ص: 102، الهامش الثاني، عمارة فوزي، المراجع السابق، ص: 17-18.

<sup>2</sup> جاء في القرار الصادر بتاريخ 13 جوان 1998 من القسم الثالث لغوفة الجنح والمخالفات بالمحكمة العليا، ملف رقم 215494 ما نصه: إن ما نصت عليه المادة 38 ق إ ج في فقرتها الأولى لا ينطبق إلا على مرحلة التحقيق القضائي الابتدائي ولا مجال لتطبيقه على التحقيق التكميلي الذي أمرت به المحكمة عملاً بأحكام المادة 2/356 التي تلزم القاضي الذي أمر بإجراء تحقيق تكميلي بأن يقوم به بنفسه". نقلًا عن أحسن بوسقيعة، قانون الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، منشورات بيروت للنشر، الجزائر 2013، ص: 19.

Frédéric Debove, François Falletti et Emmanuel Dupic, précis de droit pénal et de procédure pénale, édition Delta, Liban 2014, p : 372.

ولا يصححه عدم الاعتراض، بل يجوز التمسك به وإثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، ويجوز للمحكمة أن ت قضي به ولو تلقائياً وبغير طلب.<sup>1</sup>

إن الذي يفقد القاضي أهلية الفصل في قضية سبق له أن حقق فيها هو اتحاد الموضوع لا اتحاد الشخص،<sup>2</sup> ومن ثم فإن نص القانون على هذا المنع وترتيبه البطلان على ذلك عند حصوله، هو من قبيل الزيادة في الضمانات القانونية المقررة للمتهم، حتى يتم السير في القضية في إطار من الحيدة والاستقلال، وبهذا يسري الاطمئنان إلى نفس المتهم ويزول ما قد يعتريه من ريب أو شك في نزاهة جهاز العدالة.<sup>3</sup>

وقد أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها، حيث قضت في قرار لها مؤرخ في 16 جوان 1981، لادر عن القسم الأول للغرفة الجنائية الثانية تحت رقم 25941 أن عدم اللاحية القاضي بالمشاركة في هيئة الحكم بالنسبة للقضية التي سبق له وأن قام بالتحقيق فيها، يعد إجراء جوهرياً من النظام العام، يجوز التمسك به في أية مرحلة كانت عليها القضية،<sup>4</sup> كما قضت في قرار آخر بنقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء أم البوادي لكون أحد المستشارين الذين يشكلون هيئة المجلس التي نظرت في القضية كان قد سبق له أن قام بإجراءات التحقيق الابتدائي في نفس القضية بصفته قاضياً للتحقيق، حيث جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن قاضي التحقيق المنوط إليه إجراءات البحث والتحري لا يجوز له أن يشترك في الحكم في قضايا نظرها بصفته قاضياً للتحقيق، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون".

لما كان من الثابت في قضية الحال أن أحد المستشارين الناظرين في القرار موضوع الطعن بالنقض سبق له وأن قام بإجراءات التحقيق في نفس القضية بصفته قاضياً للتحقيق، فإن القرار

<sup>1</sup> - أحمد الشافعي، المرجع السابق، ص: 69-70، محمد الفاضل، المرجع السابق، ص: 14، عمارة فوزي، المرجع السابق، ص: 19، وأنظر أيضاً القرار الصادر بتاريخ 08/07/1982 عن القسم الثالث للغرفة الجنائية الثانية، ملف رقم 25212، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثاني، ص: 268.

<sup>2</sup> محمد محددة، المرجع السابق، ص: 168.

<sup>3</sup> محمد محددة، المرجع السابق، ص: 168-169.

<sup>4</sup> جيلالي بغدادي، الاجتهدان القضائي في المواد الجزائية، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، الجزائر 1996، الجزء الأول، ص: 143، القرار رقم 440.

المطعون فيه **قرار باطلًا عملاً بمقتضيات المادة 38 من قانون الإجراءات الجزائية**، ومتي كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.<sup>١</sup>

وفي قرار معاكس لهذين القرارات قررت المحكمة العليا بأن مشاركة مستشارين اثنين في تشكيلة المجلس التي أدرت هذا القرار كانا قد شاركا في تشكيلة غرفة الاتهام التي نظرت طلب الإفراج الذي قدمه المتهم وأدرت قراراً بشأنه لا يترتب عنها البطلان وبالتالي نقض القرار، وأن المجلس لم يقم بأي خرق للإجراءات متى أذن الرئيس لهذين المستشارين بالجلوس في هيئة الغرفة الجزائية للفصل في هذه القضية، نظراً للضرورة المتمثلة في تغيب القضاة بسبب الإجازات الصيفية، وذلك طبقاً للمادة 556 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص أن رئيس المجلس القضائي أن يقرر ما إذا كان ينبغي على القاضي الذي يعلم بقيام سبب من أسباب الرد المشار إليها في المادة 554 أن يتنهى عن نظر الدعوى،<sup>٢</sup> حيث اعتبرت المحكمة العليا في قضية الحال بأن المسألة تتعلق بحالات رد القضاة المنصوص عليها بالمادة 554 من قانون الإجراءات الجزائية.<sup>٣</sup>

## المطلب الثاني: موقف التشريعات المغاربية من مسألة الجمع بين وظيفتي التحقيق والحكم في قضاء الأحداث

سنتطرق في هذا المطلب إلى الاستثناء المقرر في قضاء الأحداث ألا وهو الجمع بين وظيفتي التحقيق والحكم، وذلك بعرض مبرراته وموقف التشريعات المغاربية منه، لنختتمه بعرض موقف المشرع الفرنسي لتبيان إن كانت مبرراته قد زالت أم لا زالت قائمة.

<sup>١</sup> قرار **قادر** بتاريخ 12/07/1988، عن القسم الثاني للغرفة الجنائية الثانية، ملف رقم 48744، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثالث لسنة 1990، ص: 282.

<sup>٢</sup> قرار **قادر** بتاريخ 07/06/1983 في الطعن رقم 25874، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 1989، العدد الأول، ص: 345.

<sup>٣</sup> أحمد الشافعي، المرجع السابق، ص: 70، ومن هذا الباب تقضي المادة 554 في فقرتها الخامسة على أنه: "يجوز رد أي قاض من قضاة الحكم للأسباب التالية... إذا كان القاضي قد نظر القضية المطروحة كقاض أو كان محكماً أو محامياً فيها أو أدلّ بأقواله كشاهد على وقائع في الدعوى".

### **الفرع الأول: الجمع بين وظيفتي التحقيق والحكم**

إذا كانت القاعدة في أغلب التشريعات هي الفصل بين الوظائف، سواء بين وظيفتي الاتهام والتحقيق<sup>1</sup> أو بين وظيفتي التحقيق والحكم، بحيث لا يجوز للقاضي الذي نظر قضية معينة بصفته محققا أن يجلس للحكم فيها، فإن تشريعات أخرى قد شنت عن هذه القاعدة وأوردت استثناءات عليها، إذ يمكن في بعض الحالات أن يجمع القاضي بين يديه في آن واحد بين وظيفتي التحقيق والحكم.

وقد تبنت بعض التشريعات هذا الاستثناء في قضايا الأحداث وبمناسبة قضايا محددة على سبيل الحصر، على اعتبار أنه إذا كانت المبررات التي سبقت بمناسبة الحديث عن ضرورة الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم ؟الحة بالنسبة للبالغين، فإن الوضع وكما يرى الكثير من الفقه الجنائي يختلف لما يتعلق بالأحداث الجانحين، لانتفاء علته والحكمة منه في هذا المجال، وبهذا فإنه يمكن الجمع بين سلطتي التحقيق والحكم في الدعوى الجنائية متى تعلق الأمر بمتهم حدث، رغم أن الوضع يخالف مبدأ أساسيا وقاعدة جوهرية في الإجراءات الجزائية.

وقد أثارت هذه المسألة جدلا حادا في الفقه الفرنسي المتاثر بالفلسفة المهيمنة بالفكر الجنائي التقليدي، والذي لم يكن يقبل أبدا الجمع بين الوظائف التقليدية حتى ولو كان ذلك يتعلق بجناة الأحداث، أين تحدد التساؤل الرئيس في مدى جواز إعطاء سلطة مطلقة لقاضي الأحداث في مرحلتي التحقيق والفصل في الدعوى في آن واحد، وهل تبقي في هذه الحالة الضمانات القانونية المقررة لا سيما ما يتعلق منها بمبدأ الحياد؟

### **الفرع الثاني: مبررات الجمع بين وظيفتي التحقيق والحكم**

يبعد بعض الفقه الجنائي مسألة الجمع بين سلطتي التحقيق والحكم في مجال قضاء الأحداث، إلى كون ذلك وجها من أوجه استقلال المبادئ التي تحكم الطفولة الجانحة أو المجرمين الأحداث، وتميزها بقواعد مختلفة وأحيانا متعارضة مع النظام الإجرائي العام، ذلك أن الفلسفة

<sup>1</sup> في ظل التشريع المشرع المصري واليماني حيث تجمع النيابة العامة بين وظيفتي الاتهام والتحقيق، وهذا في حقيقة الأمر يجعل مبادئ كالحياد والاستقلالية على المحك.

التي تقوم عليها هذه القواعد ترتكز على أساس مختلفة عن تلك التي يقوم عليها النظام الإجرائي العام، وهذا الاختلاف بدوره أدى إلى اختلاف السياسة المتبعة في كلٍّ مما<sup>1</sup>.

وفي هذا السياق قضت محكمة النقض الفرنسية بصحبة الجمع بين قضاة التحقيق والحكم، وقالت في ذلك أن مخالفة مبدأ الفصل بين الوظائف القضائية يمكن أن يكون مقبولاً في نطاق الأحداث الجانحين لاعتبارات تقتضيها حماية الحدث الجانح ورعايته.

وقد جاء هذا الحكم كرد على محكمة استئناف ريم التي عبرت في أحد أحكامها عن رفضها لفكرة الجمع بين وظيفتي التحقيق الابتدائي والحكم في الدعوى، حيث قضت بعدم مشروعية تشكيل محكمة أحداث ترأسها قاضٌ كان قد أجرى التحقيق بنفسه، مستندة في قضاها هذا ليس على أحكام قانون الطفولة الجانحة، وإنما بالرجوع إلى نص المادة 1/6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تنص على: "لكل شخص الحق في عرض قضيته بطريقة عادلة وعلنية خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة ونزيهة تنشأ وفقاً للقانون"، وهذا أمر لا يتحقق في حالة ما إذا كان الشخص الذي يتولى وظيفة التحقيق هو نفسه الذي يحكم في الدعوى.<sup>2</sup>

وبررت ذلك بأن المشرع حين وسع من نطاق اختصاصات قاضي الأحداث، ومنحه سلطتي التحقيق والفصل في الدعوى، فإن ذلك كان بسبب اعتقاد المشرع بأن قاضي الأحداث الذي حقق في الدعوى وألم بكافة ظروفها وملابساتها، وتعرف على شخصية الحدث بصورة مباشرة هو الأقدر من غيره على الفصل في الدعوى بصورة أفضل والحكم بالعقوبات التربوية الملائمة لمصلحة الحدث، رغم أن ذلك يعتبر أمراً مخالفًا لمبدأ الفصل بين الوظائف القضائية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> محمود سليمان موسى، المرجع السابق، ص: 240-241.

<sup>2</sup> Art 6/1:" Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations".

<sup>3</sup> انظر: حنان بن جامع، السياسة الجنائية في مواجهة جنوح الأحداث، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة سككيكدة، 2008-2009، ص: 118، جان شازال، الطفولة الجانحة، ترجمة أنطوان عبده، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة نشر، ص: 86.

فالمشرع حينما قرر هذا الوضع فإنه يسعى بهذا إلى جعل قاضي التحقيق مؤسسة حقيقة وفعالة، ومن ثم لا يكون في الجمع بين وظيفتي التحقيق والحكم ما يتعارض مع مبدأ الحياد والتزاهة، لأن القاضي يأخذ دائمًا في حسابه ظروف الحدث ومصلحته عند إعادة تقويمه وتهذيبه.<sup>1</sup> وقد أيدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قضاء محكمة النقض الفرنسية، وقضت بصحة الجمع بين سلطتي التحقيق الابتدائي والفصل في الدعوى، إذا تعلق الأمر بقضية من قضايا الأحداث الجانحين، وتم ذلك في إطار الأمر الصادر بتاريخ 2 فيفري 1945 المتعلق بالطفولة الجانحة، معللة قضاها بأنه يصح لقاضي الأحداث المتخصص الذي أجرى التحقيق الابتدائي بنفسه وقد توافر لديه الإمام الكامل بملف الدعوى، أن يفصل فيها، وفي ذلك ما يحقق مزايا كبيرة في مجال حماية ورعاية الأحداث ولا يتعارض مع النصوص المتعلقة بوجوب الفصل بين سلطتي التحقيق والمحاكمة.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث: موقف المشرع التونسي

يقضي الفصل 47 من مجلة الإجراءات الجزائية التونسي بأن التحقيق وجوبي في مادة الجنایات، أما في الجنح والمخالفات فهو اختياري ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ويقوم بوظائف التحقيق حاكم معين بأمر، وعند الضرورة يعين مؤقتاً أحد الحكماء بقرار للقيام بالوظائف المذكورة أو لإجراء البحث في قضايا معينة<sup>3</sup>، وتتمثل مهمة حاكم التحقيق في التحقيق في القضايا الجزائية والبحث بدون توان عن الحقيقة ومعاينة جميع الأمور التي يمكن أن تستند عليها المحكمة لتأييد حكمها<sup>4</sup>، ولا يجوز له كمبدأ عام أن يشارك في القضايا التي باشر التحقيق فيها.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> محمود سليمان موسى، المرجع السابق، ص: 243.

<sup>2</sup> Frédéric Debove, François Falletti et Emmanuel Dupic, Op Cit, p : 372.

<sup>3</sup> راجع الفصل 1/48 من مجلة الإجراءات الجزائية، مع ملاحظة أن مصطلح حاكم التحقيق يقابل قاضي التحقيق في النظام القضائي الجزائري. ولا يعد قاضي التحقيق سلطة تتبع بل يحتفظ بصفته كقاضي ينتهي لهيئة الحكم، وينشط في إطار الاستقلالية التامة وعدم التبعية. انظر: علي كحلون، التعليق على مجلة الإجراءات الجزائية، منشورات مجمع الأطروش للكتاب المختص، تونس 2010، ص: 135.

<sup>4</sup> راجع الفصل 1/50 من مجلة الإجراءات الجزائية.

<sup>5</sup> راجع الفصل 2/50 من مجلة الإجراءات الجزائية.

هذا فيما يتعلق بالقواعد العامة الواردة بمجلة الإجراءات الجزائية، وبالرجوع إلى مجلة حماية الطفل<sup>1</sup> باعتبارها قانونا خالياً فإن مهمة قاضي الأطفال في مرحلة ما قبل المحاكمة تمثل في القيام مباشرةً أو عن طريق الأشخاص المؤهلين لذلك بجميع الأعمال والأبحاث اللازمة للتوصل إلى إظهار الحقيقة ومعرفة شخصية الطفل أو الوسائل المناسبة للاحتفاظ به وحمايته.<sup>2</sup>

ويجمع قاضي الأطفال عن طريق البحث الاجتماعي<sup>3</sup> جميع الإرشادات عن حالة العائلة المادية والأدبية وشخصية الطفل وسوابقه وعن مواطنته بالمدرسة وسيرته بها وعن ظروف نشأته وتربيته ويأمر عند الاقتضاء بتكوين ملف<sup>4</sup> يضاف إلى الملف الاجتماعي وذلك بإجراء فحص طبي وفحص نفسي على الطفل.

وإذا رأى قاضي الأطفال أن القضية تستلزم القيام بتحقيق فإنه يحيل الطفل إلى قاضي التحقيق المختص<sup>5</sup> الذي يقوم بإجراء تحقيق مع الحدث، وفور انتهاءه من التحقيق فإنه يصدر قرارا بإحالة القضية على قاضي الأطفال إذا كانت الجريمة تشكل جنحة، أما إذا كانت الواقعة تشكل جنحة فإنه يصدر قرارا بإحالتها على دائرة الاتهام<sup>6</sup> لأجل اتخاذ الإجراءات المناسبة بشأنها وإحالتها إلى الجهة المختصة للفصل فيها.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> - قانون عدد 92 مؤرخ في 9 نوفمبر 1995 يتعلق بدار مجلة حماية الطفل، المنشور بمجلة الرائد الرسمي الصادرة بتاريخ 10 نوفمبر 1995، العدد 90.

<sup>2</sup> راجع الفصل 1/87 من مجلة حماية الطفل.

<sup>3</sup> طبقاً للفصل 2/93 فإن قاضي تحقيق الأطفال يمكنه أن يكلف بالبحث الاجتماعي المصالح الاجتماعية المختصة.

<sup>4</sup> راجع الفصل 4/87 من مجلة حماية الطفل، مع ملاحظة أن الفصل 98 من نفس القانون يوجب على القاضي وكل الأشخاص المكلفين من قبله عند قيامهم بإعداد الملف الاجتماعي احترام حرمة العائلات والحياة الخاصة للطفل.

<sup>5</sup> راجع الفصل 2/91 من مجلة حماية الطفل.

<sup>6</sup> راجع الفصل 92 من مجلة حماية الطفل، في فقرتيه الرابعة والخامسة، وفيما يتعلق بصلاحيات دائرة الاتهام تراجع المواد 116 وما يليها من مجلة إجراءات الجزائية.

<sup>7</sup> باستقراء المادة 116 من مجلة إجراءات الجزائية فإنه إذا تقرر القرار عن دائرة الاتهام المختصة بقضايا الأطفال فلا تكون الإحالة إلا إلى قاضي الأطفال في حالة الجنحة والمخالفات أو إلى الدائرة الجنائية المختصة بقضايا الأطفال على مستوى المحكمة الابتدائية. انظر: علي كحلون، المرجع السابق، ص: 216.

ونخلص من خلال قراءة نصوص أحكام مجلة حماية الطفل أن المشرع التونسي يتبنى مبدأ الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم حتى بالنسبة للأحداث، على الرغم من أنه لم يورد بهذا القانون نصا <sup>?</sup>ريحا يحظر بموجبه الجمع بين هاتين الوظيفتين.

#### الفرع الرابع: موقف المشرع المغربي

بالرجوع إلى أحكام قانون المسطرة الجنائية المغربي في المادة 83 منه، فإن التحقيق وكقاعدة عامة إلزامي في الجنيات المعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد أو التي يصل الحد الأقصى للعقوبة المقررة لها ثلاثة سنون، إضافة إلى الجنيات المترتبة من طرف الأحداث، والجناح بنص خاص في القانون.

أما فيما عدا ذلك من الجنيات والجناح المترتبة من طرف الأحداث، وفي الجناح التي يكون الحد الأقصى للعقوبة المقررة لها خمس سنوات أو أكثر فهو اختياري.

وتتمثل هيئات التحقيق المكلفة بالأحداث في كل من قاضي التحقيق للأحداث الموجود على مستوى المحاكم الابتدائية، والمستشار المكلف بالأحداث الموجود على مستوى محكمة الاستئناف،<sup>1</sup> إلى جانب الغرفة الجنحية للأحداث التي يتم أمامها استئناف أوامر قاضي التحقيق للأحداث أمامها. وعليه فإذا ارتأى وكيل الملك (وكيل الجمهورية) ضرورة إجراء تحقيق في القضية، فإنه يحيلها إلى قاضي التحقيق المكلف بالأحداث، أما إذا كانت الجنحة لا تستدعي إجراء تحقيق، أو كان الأمر يتعلق بمخالفة فإن وكيل الملك يحيل القضية مباشرة على قاضي الأحداث لأجل الفصل فيها.<sup>2</sup>

أما إذا كانت الواقع ذات طابع جنائي فإن الذي يتولى عملية التحقيق هو المستشار المكلف بالأحداث<sup>3</sup> الموجود على مستوى محكمة الاستئناف، عملا بنص المادة 1/486 من قانون المسطرة الجنائية، بعد أن يكون قد أجرى البحث المنصوص عليه في المادة 474 من المسطرة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> راجع المادة 462 من قانون المسطرة الجنائية المغربي.

<sup>2</sup> راجع المادة 470 من قانون المسطرة الجنائية المغربي.

<sup>3</sup> عملا بنص المادة 1/485 من قانون المسطرة الجنائية يعين في كل محكمة استئناف بقرار لوزير العدل، مستشار أو أكثر للقيام بمهام مستشار مكلف بالأحداث لمدة ثلاثة سنوات قابلة للتجديد، ويعفى من مهامه بنفس الكيفية.

<sup>4</sup> - تنص المادة 474 من قانون المسطرة الجنائية في فقرتها الأولى والثانية على أنه: "إذا كانت الأفعال تكون جنحة، فإن قاضي الأحداث يجري بنفسه أو يأمر بإجراء بحث لتحديد التدابير الواجب اتخاذها لضمان حماية الحدث وإنقاذه، ويتلقي بواسطة

فإذا ظهر للمستشار المكلف بالأحداث أن الأفعال ثابتة في حق الحدث وتشكل جنائية، فإنه يأمر بإحالاة القضية إلى غرفة الجنائيات للأحداث،<sup>1</sup> أما إذا ارتأى أن الأفعال تكون جنحة أو مخالفة فإنه يحيل الحدث على المحكمة الابتدائية المختصة.<sup>2</sup>

وفيمما يتعلق بمسألة الجمع أو الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم فإن المشرع المغربي كان واضحا وجريحا حول هذه النقطة، حيث مال إلى فكرة الفصل ولو تعلق الأمر بقضاء الأحداث، حيث جاء في المادة 5/52 من قانون المسطرة الجنائية على أنه: "لا يمكن لقضاة التحقيق، تحت طائلة البطلان، أن يشاركون في إصدار حكم في القضايا الزلوجية التي سبق أن أحيلت إليهم بصفتهم قضاة مكلفين بالتحقيق".

وإذا كانت هذه القاعدة عامة وتتعلق أساسا بالجناة البالغين فإن المشرع المغربي قد أكدتها براجحة بالنسبة للجناة الأحداث، حيث نصت المادة 462 من قانون المسطرة الجنائية في فقرتها الرابعة على: "لا يمكن تحت طائلة البطلان لأي قاض أو مستشار عين أو انتدب أو كلف بصفة مؤقتة أن يشارك في الحكم في قضايا سبق له أن مارس فيها التحقيق الخاص بالأحداث"، ومن هذا المنطلق فإن وظيفة قاضي التحقيق للأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث تقتصر على التحقيق دون أن تتعداها إلى الحكم في القضايا التي سبق لهم نظرها بصفتهم قضاة للتحقيق.

بحث اجتماعي معلومات عن حالة عائلته المادية والمعنوية وعن طبعه وسوابقه وعن مواطنته بالمدرسة وسيرته فيها وعن سلوكه المبني وعن رفاقه وعن الظروف التي عاش فيها وتلقى فيها تربيته. يأمر كذلك إن اقتضى الحال بإجراء فحص طبي أو فحص عقلي أو فحص نفسي، ويمكنه عند الاقتضاء، إصدار جميع الأوامر المفيدة.

<sup>1</sup> راجع المادة 2/487 من قانون المسطرة الجنائية.

<sup>2</sup> راجع المادة 4/487 من قانون المسطرة الجنائية.

### الفرع الخامس: موقف المشرع الجزائري

إن التعرض إلى موقف المشرع الجزائري يوجب الإشارة إلى مختلف المبادئ العامة الواردة بقانون الإجراءات الجزائية، إضافة إلى المبادئ الخالة المنصوص عليها سواء في قانون الطفل<sup>1</sup> أو في الأحكام الخالة بال مجرمين الأحداث المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية قبل إلغائها بقانون الطفل، وهذا لا ينسينا القول بأن التشريع الفرنسي لا سيما في مجال الطفولة الجانحة، يعتبر مصدرا ماديا وتاريخيا للتشريع الجزائري، الأمر الذي ترتب عليه وجود تشابه كبير بينهما.

وبالرجوع إلى الأحكام العامة لقانون الإجراءات الجزائية نجد أن المادة 66 منه تقضي بأن التحقيق وجبي في الجنایات، واختياري في الجنه ما لم تكن هناك نصوص خالة، أما في المخالفات فيكون جوازيا. وبالرجوع للأحكام المتعلقة بالأحداث الجانحين المنصوص عليها بمواد 442 وما يليها من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة، فإنه يستشف من المواد 452 و 453 وج 453 في أن التحقيق وجبي في الجنایات والجنه والمخالفات،<sup>2</sup> في حين أباح التحقيق إجباريا في الجنایات والجنه وجوازيا في المخالفات عملا بمقتضيات المادة 64 من قانون حماية الطفل.<sup>3</sup>

أما بالنسبة لجهات التحقيق التي خولها المشرع الجزائري إجراء تحقيق مع الحدث فإنها تمثل في ما يلي:

<sup>1</sup> الصادر بموجب القانون 15-12 المؤرخ في 15 يوليو 2015، الجريدة الرسمية لسنة 2015، العدد 39.

<sup>2</sup> وهو ما يستشف أيضا من نص المواد 453 و 454 و 467 من قانون الإجراءات الجزائية

<sup>3</sup> راجع أيضا المادتين 66-68 من قانون حماية الطفل.

## أولاً: قاضي التحقيق المختص بشؤون الأحداث

تقضى المادة 4/61 من قانون حماية الطفل بأنه يعين في كل محكمة بما فيها محكمة مقر المجلس، قاضي تحقيق أو أكثر بموجب أمر رئيس المجلس القضائي يكلفون بالتحقيق في الجنایات المرتكبة من قبل الأحداث،<sup>1</sup> ويختار قضاعة التحقيق المكلفين بشؤون الأحداث من بين قضاعة التحقيق الموجودين على مستوى المحكمة.<sup>2</sup>

تمثل مهمة قاضي التحقيق المختص بشؤون الأحداث في التحقيق في الجنایات المرتكبة من قبل الحدث، وعليه إذا كانت الجريمة المنسوبة للحدث تشكل جنایة، سواء ارتكبها لوحده<sup>3</sup> أم كان معه متهمون بالغون، فإن وكيل الجمهورية يفصل الملفين ويرفع ملف الحدث إلى قاضي التحقيق المختص بشؤون الأحداث، وملف البالغين إلى قضي تحقيق البالغين وهو بطبيعة الحال نفس القاضي، مع ملاحظة أن وكيل الجمهورية يقدم إلى السيد قاضي التحقيق طلبا افتتاحيا لكل ملف،<sup>4</sup> وبالتالي فإن الفصل في الملفات يكون ابتداء وليس عند الانتهاء من التحقيق.

<sup>1</sup> يلاحظ أن قاضي التحقيق المختص بشؤون الأحداث يجمع بين ثلات ثفات، فهو في الأقل قاضي (يتم تعينه بموجب مرسوم رئاسي، عملا بنص المادة 8/92 من الدستور، والمادة الثالثة من القانون العضوي 11/04 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاء)، وهو أيضا قاضي تحقيق (في النص الأعلى للمادة 39 من قانون الإجراءات الجزائية كان قاضي التحقيق يعين بقرار من وزير العدل لمدة ثلاثة سنوات، وبموجب القانون 08-01 المؤرخ في 26 يونيو 2001 أُلغى التعيين يتم بمرسوم رئاسي، لتلغى هذه المادة تماما بالقانون 22-06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ليصبح قاضي التحقيق يعين بقرار من وزير العدل بعد استشارة المجلس الأعلى للقضاء عملا بنص المادة 50 من القانون الأساسي للقضاء). إلى جانب كون قاضي تحقيق أحداث يعين بأمر من رئيس المجلس القضائي عملا بنص المادة 4/61 من قانون حماية الطفل.

<sup>2</sup> بالرجوع إلى نص المادة 3/449 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة، فإنه يتم تعين قضاعة التحقيق بنفس الشروط المنصوص عليها في الفقرة السابقة من المادة 449، ما يفهم منه بأن قضاعة التحقيق على مستوى محكمة مقر المجلس يعينون بقرار من وزير العدل، أما قضاعة تحقيق المحاكم الأخرى فيعينون بأمر من رئيس المجلس القضائي.

<sup>3</sup> لقد لوحظ في ظل سريان قانون الإجراءات الجزائية، وخاصة على مستوى بعضمحاكم مقر المجلس، أن الذي يقوم بالتحقيق مع الحدث إذا كانت الجريمة المنسوبة إليه تشكل جنایة هو قاضي الأحداث، والذي يحيلها إلى قسم الأحداث بمجرد الانتهاء من التحقيق، ليحكم فيها بنفسه. وهي ممارسة جرى عليها العمل من قبل القضاة، ونحن نعتقد بأنها ممارسة خاطئة وتتجافي ما هو منصوص عليه في القانون. أنظر تأييدا لهذا الحكم: نجيبي جمال، قانون حماية الطفل في الجزائر تحليل وتأثيل مادة بمادة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2016، ص: 113-114.

<sup>4</sup> المادة 64 من قانون حماية الطفل.

وإذا لم يكن مع الحدث جناة آخرون بالغون فإن السيد وكيل الجمهورية يوجه طلبا افتتاحيا للسيد قاضي التحقيق المختص بشؤون الأحداث لأجل إجراء تحقيق في الواقع المنسوبة للحدث والمكيفة جنائيا.

وبالمقارنة مع أحكام قانون الإجراءات الجزائية فإن التحقيق مع الأحداث وعملا بنص المادة 452 من هذا القانون يتم بواسطة قاضي التحقيق في حالتين:

**الحالة الأولى:** وهي حالة الجنائية المرتكبة من قبل الحدث سواء كان لوحده أم كان معه متهمون بالغون، وفي هذه الحالة يجري قاضي التحقيق تحقيقا واحدا، وعند الانتهاء من التحقيق فإنه يفصل بين الملفين، فيحيط الحدث أمام قسم الأحداث بمحكمة مقر المجلس، ويصدر أمرا بإرسال المستندات في ما يتعلق بالبالغين.<sup>1</sup>

وهناك فرضية أخرى نصت عليها المادة 467/3 من قانون الإجراءات الجزائية، وهي حالة قيام قاضي الأحداث بالتحقيق على أساس أن الجريمة المرتكبة جنحة، وبعد الانتهاء من التحقيق يتبين أنها جنائية، هنا يجب على قسم الأحداث غير المحكمة الموجودة بمقر المجلس القضائي أن يحيطها بهذه المحكمة الأخيرة.

وفي هذه الحالة يجوز لقسم الأحداث قبل البت فيها أن يأمر بإجراء تحقيق تكميلي ويندب لهذا الغرض قاضي التحقيق إذا كان أمر الإحالة قد قد من قاضي الأحداث.<sup>2</sup>

**الحالة الثانية:** وهي حالة الجنحة المتشعبية حيث يجوز للنيابة العامة وبصفة استثنائية أن تعهد لقاضي التحقيق بإجراء تحقيق نزولا على طلب قاضي الأحداث وبموجب طلبات مسببة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> راجع المادة 1/452 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة.

<sup>2</sup> بخصوص هذه الفرضية يلاحظ أن الذي يندب للتحقيق هو قاضي التحقيق وليس قاضي الأحداث، ومرد ذلك أن الجريمة المرتكبة جنائية وليس جنحة، ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد أغفل النص على مثل هذه الحالة في قانون حماية الطفل.

<sup>3</sup> راجع المادة 4/452 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة.

### ثانياً: قاضي الأحداث

طبقاً لنص المادة 61 من قانون حماية الطفل يتم تعيين قاضي الأحداث لمدة ثلاثة سنوات بقرار من وزير العدل إذا تعلق الأمر بقضاه محكمة مقر المجلس، أما في المحاكم الأخرى فإنه يتم تعيينهم لمدة ثلاثة سنوات أيضاً، وبموجب أمر <sup>1</sup> الصادر عن رئيس المجلس القضائي.

وطبقاً للفقرة الثانية من نص المادة 61 من القانون سالف الذكر، يشترط أن يكون لقضاة الأحداث رتبة نائب رئيس محكمة على الأقل.<sup>2</sup>

وعملأ بنص المادة 62 من قانون حماية الطفل يختص قاضي الأحداث بالتحقيق مع الحدث عندما تكون الواقعة المنسوبة إليه جنحة أو مخالفة، وسواء ارتكب الجريمة لوحده أم كان معه متهمون بالغون، إذ يتعين على وكيل الجمهورية في هذه الحالة أن يفصل بين الملفين، مع إمكانية تبادل الوثائق بين قاضي الأحداث وقاضي التحقيق.<sup>3</sup>

وبتحليل أوامر الإحالات التي يصدرها كل من قاضي الأحداث وقاضي التحقيق المختص بشؤون الأحداث، عند الانتهاء من التحقيق في ظل قانون الطفل الحالي، فإن مسألة الجمع بين وظيفتي التحقيق والحكم لا تتحقق إلا في الحالة التي تكون فيها الجريمة المرتكبة مخالفة أو جنحة.<sup>4</sup> أما بالنسبة للجنایات فإن المحكمة المختصة للفصل فيها هي محكمة مقر المجلس، والتي يحال إليها ملف الحدث من قبل قاضي الأحداث الذي قام بالتحقيق معه عملاً بقواعد الاختصاص العامة المنصوص عليها بالمادة 60 من قانون حماية الطفل.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> يلاحظ أنه في ظل المادة 2/449 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة، يكون تعيين قضاة الأحداث في المحاكم الأخرى غير محكمة المجلس بأمر <sup>2</sup> الصادر من رئيس المجلس القضائي بناء على طلب من النائب العام.

<sup>2</sup> في ظل المادة 1/449 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة، كان يشترط في قضاة الأحداث الكفاءة والدرية والعناية التي يولونها لشؤون الأحداث، وهو الشرط الذي ألغى في قانون حماية الطفل، مشترطاً فقط التمتع برتبة معينة، غير أن ذلك لا يمنع منأخذ هذه الشروط رغم عدم نص القانون عليها بعين الاعتبار في عملية التعيين.

<sup>3</sup> في هذا المعنى أيضاً راجع المادة 2/452 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة.

<sup>4</sup> تنص المادة 1/79 من قانون حماية الطفل على: "إذا رأى قاضي الأحداث أن الواقع تكون مخالفة أو جنحة، <sup>أ</sup> <sup>دار</sup> أمراً بالإحالـة أمام قسم الأحداث".

<sup>5</sup> تنص المادة 2/79 من قانون حماية الطفل على: "إذا رأى قاضي التحقيق المكلف بالأحداث أن الواقع تكون جنـية، <sup>أ</sup> <sup>دار</sup> أمراً بالإحالـة أمام قسم الأحداث لمقر المجلس القضائي المختص".

غير أنه وبالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات الجزائية الملغاة، فإن الحالة الوحيدة للجمع تتحقق عندما تكون الجريمة المرتكبة جنحة شريطة ألا تكون متشعبة، إذ يقوم هنا قاضي الأحداث بالتحقيق في هذه الجنحة وإحالتها على نفسه لأجل الفصل فيها.<sup>1</sup>

ومرد ذلك أن المخالفات يفصل فيها قسم المخالفات الخاص بالبالغين، ولا يفصل فيها قسم الأحداث إلا إذا تعلق الأمر باتخاذ تدبير مناسب في حق الحدث،<sup>2</sup> وهو الكلام نفسه بالنسبة للجنائيات إذ يحقق فيها قاضي التحقيق المختص بشؤون الأحداث ويحيلها إلى قاضي الأحداث الموجود بمحكمة مقر المجلس، إضافة إلى الجنح المتشعبة التي يمكنه التنازل عنها لقاضي تحقيق البالغين.<sup>3</sup>

#### الفرع السادس: موقف المشرع الفرنسي

يتبنى المشرع الفرنسي من حيث المبدأ قاعدة الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم، حيث لا يجوز للقاضي الذي حقق في قضية معينة وأخذ فكرة عنها أن يجلس للفصل فيها، وهذا الموقف أقرته المادتين 2/49 و 253 من قانون الإجراءات الجزائية، ويسري هذا المنع أيضا على قاضي الحريات والحبس بموجب المادة 137-1 من ذات القانون.

وبالرجوع إلى القواعد المطبقة على المجرمين الأحداث فإن المشرع الفرنسي وكقاعدة عامة يعتبر وبموجب المواد 5 و 20 من الأمر رقم 175-45 المؤرخ في 2 فيفري 1945 المتعلقة بالطفولة الجانحة التحقيق الابتدائي في جرائم الأحداث إلزاميا، وذلك سواء في الجنائيات والجنح والمخالفات من الدرجة الخامسة،<sup>4</sup> كونه يساعد على نجاح التدخل القضائي في مواجهة الحدث المجرم، فهو يؤدي إلى التعرف على شخصية الحدث، زيادة على إظهار الحقيقة بشأن الجريمة المرتكبة.

<sup>1</sup> راجع المادة 461 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة.

<sup>2</sup> راجع المادتين 459 و 3/446 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة.

<sup>3</sup> راجع المواد 452 و 464 و 465 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة.

<sup>4</sup> بحسب المادة 131-13 من قانون العقوبات الفرنسي فإنه تعتبر مخالفة من الدرجة الخامسة عندما تكون عقوبتها 1500 يورو على الأكثر، والتي يمكن رفعها إلى 3000 يورو في حالة العود، وهذا في غير الحالات التي يعتبر فيها القانون العود في المخالفة ظرفا مشددا يجعل منها جنحة.

ويأخذ المشرع الفرنسي بمبدأ تخصص قضاء التحقيق الابتدائي، فجعله من اختصاص كل من قاضي الأطفال، وقاضي التحقيق المختص بشؤون الأطفال، ومعيار توزيع الاختصاص بينهما يقوم على أساس نوع الجريمة المرتكبة، مع العلم بأن كل منهما يباشر مهامه طبقا للقواعد المقررة في قانون الإجراءات الجزائية وقانون الطفولة الجانحة.<sup>1</sup>

بالنسبة لقاضي الأحداث (Le juge des enfants) فإنه يتولى التحقيق في الجنح والمخالفات من الدرجة الخامسة، وفي هذا الصدد تمنحه المادة 1/8 من قانون الطفولة الجانحة سلطة اتخاذ كافة الإجراءات والتحقيقات اللازمة للوصول إلى كشف الحقيقة وللتعرف على شخصية الطفل المتهم وتحديد الوسائل الملائمة لإعادته تأهيله اجتماعيا.<sup>2</sup>

ولقاضي الأطفال أيضا أن يجري فحصا اجتماعيا يتضمن المعلومات الكاملة عن الحالة المادية والأدبية لأسرة الطفل وسوابقه الإجرامية ووضعه الدراسي والظروف التي عاش فيها، وله أيضا أن يجري فحصا طبيا ونفسيا إذا لزم الأمر.<sup>3</sup>

وبانتهاء التحقيق فإنه يصدر واحدا من أوامر التصرف، التي قد تكون إما إحالته أمام قاضي التحقيق المتخصص في شؤون الأطفال لاستكمال التحقيق، وذلك إذا قدر قاضي الأطفال بأن الواقعة المنسوبة للطفل تثير مشاكل خلافة، وأنه من المصلحة استكمال التحقيق بمعرفة قاضي التحقيق المتخصص بشؤون الأحداث.

وإذا رأى قاضي الأطفال حالة الطفل تستوجب اتخاذ تدابير أو توقيع عقوبة جزائية، فإنه يصدر أمرا بإحالته الطفل أمام محكمة الأطفال، أما إذا كانت الجريمة مخالفة تدخل ضمن الدرجات الأربع الأولى، فإنه يتم إحالة الطفل أمام محكمة المخالفات (Le tribunal de police)، مع ملاحظة أن قاضي الأطفال الذي أجرى التحقيق في الواقعة المنسوبة للحدث، يتحول إلى قاضي حكم ويفصل في هذه الواقعه ضمن الحدود المنصوص عليها بالمادة 8/8 من قانون الطفولة الجانحة، وهذا قبل تدخل المشرع الفرنسي وتعديلاته لقانون التنظيم القضائي كما سيرد بيانه.

<sup>1</sup> شريف سيد كامل، الحماية الجنائية للأطفال، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 2006، ص: 288.

<sup>2</sup> في هذا المعنى أيضا راجع المادة 5-252 من قانون التنظيم القضائي الفرنسي.

<sup>3</sup> الفقرتان الرابعة والخامسة من المادة 8 من الأمر رقم 175-45 المؤرخ في 2 فيفري 1945 المتعلقة بالطفولة الجانحة.

وفيما يتعلق بقاضي التحقيق المتخصص بشؤون الأحداث فإنه يختص بالتحقيق في الجنایات المرتكبة من قبل الأحداث بطلب من وكيل الجمهورية، أما الجنح فالتحقيق فيها من قبل هذا الأخير يكون جوازيا، إذ يجوز لوكيل الجمهورية أن يسند هذه الجنحة إما إلى قاضي الأطفال على النحو السابق بيانه أو قاضي التحقيق، مع ملاحظة أن قاضي الأطفال إذا لاحظ أن إظهار الحقيقة بشأن هذه الجنحة يثير **تعوبات خالدة** فإنه يحيلها أمام قاضي تحقيق الأطفال.

وبانتهاء التحقيق فإن قاضي التحقيق يصدر بدوره أمرا من أوامر التصرف التي حددتها المادة 9 من **قانون الطفولة الجانحة**، فإذا رأى بأن الأفعال تشكل مخالفة أحالها أمام محكمة المخالفات (Le tribunal de police)، على خلاف ما إذا كانت هذه المخالفة من الدرجة الخامسة فإنه يحيلها أمام قاضي الأطفال أو محكمة الأطفال.

وإذا كانت الواقع تشكل جنحة فإنه يحيلها أمام قاضي الأطفال أو محكمة الأطفال على الخيار، وتحال الجنحة إجباريا أمام محكمة الأطفال إذا كانت عقوبة الجريمة المتابع عنها تساوي أو تفوق سبع سنوات، وكان سن الحدث ست عشرة سنة.<sup>1</sup>

وفي حالة الجنائية يحال الحدث الذي يبلغ سنه ست عشرة سنة أمام محكمة الأطفال، وفي الحالات المنصوص عليها بالمادة 20 من **قانون الطفولة الجانحة** فإن إحالة الحدث تكون أمام محكمة جنایات الأحداث.<sup>2</sup>

وفي الختام يلاحظ بأنه في أغلب الحالات سواء تعلق الأمر بقاضي الأطفال أو قاضي تحقيق الأطفال فإن من يتولى وظيفة التحقيق في قضية معينة، لا يكون بالضرورة وبنص القانون هو من يفصل فيها، إلا إذا تعلق الأمر بالحكم بتدارير الحماية والتهذيب من قبل قاضي الأطفال عندما تكون الجريمة المرتكبة جنحة.

غير أنه وتراجعا عن قاعدة جمع قاضي الأطفال لسلطتي التحقيق والحكم التي كان يتمتع بها، أصدر المجلس الدستوري بتاريخ 8 جويلية 2011 قرارا أقر بموجبه حال فصله في مسألة أولوية

<sup>1</sup> راجع المادة 9-3 من الأمر رقم 45-175 المؤرخ في 2 فيفري 1945 المتعلقة بالطفولة الجانحة.

<sup>2</sup> راجع المادة 9-4 والمادة 20 من الأمر رقم 45-175 المؤرخ في 2 فيفري 1945 المتعلقة بالطفولة الجانحة.

الدستورية (Une question prioritaire de constitutionnalité)،<sup>1</sup> بأن المادة 3-251 من قانون التنظيم القضائي التي تسمح للقاضي الذي حقق في قضية من قضايا الأحداث بالجلوس للحكم فيها تتعارض مع أحكام الدستور، وحدد تاريخ 1 جانفي 2013 كآخر أجل لتصحيح هذا الوضع، وبالفعل فقد قرر بتاريخ 26 ديسمبر 2011 القانون 1940-2011 الذي أضاف بموجب المادة الخامسة منه فقرة ثانية للمادة 3-251 من قانون التنظيم القضائي حظر بموجها على قاضي الأطفال أن يرأس جلسة الحكم في القضية التي سبق له أن أحالها على محكمة الأحداث.

## خاتمة

ختاما نخلص إلى أن المشرع الجزائري وإن أقر قاعدة الجمع بين وظيفتي التحقيق والحكم بالنسبة لقضاء الأحداث، إلا أنه حصرها في حالات معينة وفي أضيق الحدود مسيرا في ذلك ما كان معمولا به في التشريع الفرنسي، الذي استلهم منه المشرع الجزائري أغلب القواعد المتعلقة بالمعاملة العقابية والإجرائية للحدث الجانح.

وما لاحظناه على موقف المشرع الجزائري أنه قصر حالة جمع قاضي الأحداث لوظيفتي التحقيق والحكم في الجنح فقط في ظل نصوص قانون الإجراءات الجزائية الملغاة، هذا إذا لم تكن

<sup>1</sup> يعطي الدستور الفرنسي للأفراد العاديين إمكانية إخبار المجلس الدستوري لأجل الفصل في مدى دستورية نص قانوني معين من عدمه، وذلك بموجب المادة 1-61 من الدستور التي استحدثت سنة 2008 بموجب المادة 46-1 من القانون الدستوري رقم 724-2008 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2008، حيث تسمح هذه المادة للأشخاص وبمناسبة منازعة جارية أمام هيئة قضائية، بإخبار المجلس الدستوري، وذلك عن طريق إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، بناء على دفع مفاده وجود نص تشريعي يتضمن مساساً واحداً من الحقوق والحريات المضمونة بموجب الدستور. وقد قررت مختلف النصوص التطبيقية لهذه المادة بدءاً بالقانون العضوي رقم 1523-2009 الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 2009 والمتعلق بكيفيات تطبيق المادة 1-61 من الدستور، وكذا المرسوم رقم 148-2010 الصادر بتاريخ 16 فيفري 2010 المتعلق بتطبيق القانون العضوي رقم 1523-2009 الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 2009 المتعلق بكيفيات تطبيق المادة 1-61 من الدستور، إلى جانب مختلف نصوصه التطبيقية.

ويظهر أن المشرع الجزائري قد تأثر بهذا المسعى، حيث وسع من حالات الإخبار في الدستور الحالي لسنة 2016 ومنح للأفراد بموجب المادة 188 إمكانية ذلك حيث تنص على: "يمكن إخبار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمها الدستور. تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي". وما زلنا بانتظار هذا القانون مثله مثل قوانين عضوية أخرى لم تصدر بعد.

الجناحة متشعبة، وفي المخالفات والجناح في ظل قانون الطفل، وهو وضع ما كان يستدعي منه التضحية بقاعدة جوهيرية في الإجراءات ومتعلقة بالنظام العام.

فلو تعلق الأمر بالجنaiات لكان لذلك ما يبرره، أما أن نصحي بقاعدة جوهيرية في الجناح والمخالفات، ونتقييد بها في الجنaiات، فهذا وضع غير سوي، ويستشف منه بأن المبررات التي سيقت في شأن الجمع هي محل نظر وشك عندما يتعلق الأمر بجناية، خالة وأن كل من التشريعين التونسي والمغربي قد تراجعا عن هذا الموقف لصالح الفصل، إلى جانب المشرع الفرنسي الذي أقر مجلسه الدستوري بعدم دستورية القاعدة التي تسمح لقاضي الأحداث بأن يجمع بين وظيفتي التحقيق والحكم، لما في ذلك من تأثير على حياده واستقلاليته ومن ثم قضائه.

لذلك نأمل أن يقوم المشرع الجزائري بتعديل قانون الطفل وتكريس قاعدة الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم أسوة بغيره، خالة وأن المشرع الفرنسي الذي كان السباق إلى تكريسهما قد تخلى عنها لصالح الفصل، لأن الضمان الحقيقي لحسن تطبيق القانون هو الضمير الحي للقاضي، والذي به يتحقق حياده وعدله، ولا ضرر إن تعاون في سبيل تحقيق هذه المهمة أكثر من قاض.

## \* مدى حرية دولة الملاجأ في استقبال اللاجئين\*

نوار شهرزاد<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> أستاذة محاضرة "ب" ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، أم البواقي، الجزائر.

**الملخص:**

إن استقبال اللاجئين عمل إنساني قبل أن يكون واجب قانوني ملقى على عاتق الدول، غير أن هذه الأخيرة من حقها مراعاة عدم تهديد أنها ومحالحها. خاصة مع ما تنتهي عليه ظاهرة اللجوء من مخاطر وتعقيدات.

لذلك استقر القانون الدولي على الاعتراف بحرية الدولة في قبول الأجانب على اقليل منها كمبداً منبثق عن سيادتها، مع تقييد تلك الحرية بعدة اعتبارات مصدرها الأعراف والاتفاقيات الدولية وجب على الدولة مراعاتها، كضرورة التزامها بالحد الأدنى في معاملة الأجانب بما فيهم اللاجئون. لتبقى مسألة اللاجئين من المشاكل المعقدة التي تميز الحياة الدولية المعاصرة. وهو ما دفعنا لبحث جانب من جوانب الموضوع متسائلين عن:

هل دولة الملاجأ حرة في قبول أو عدم قبول اللاجئين أم مجبرة على استقبالهم؟

**الكلمات المفتاحية:**

دولة الملاجأ، اللاجئين، القانون الدولي.

\* تاريخ إرسال المقال 2018/05/24، تاريخ مراجعة المقال 2018/07/15، تاريخ نشر المقال 2018/07/31

## The extent freedom of the state of refuge in the reception of refugees

### **Summary :**

The reception of the refugees is a humanitarian act before it is a legal duty of States, but the State has the right to not threaten its security and interests. Especially with the risks and complications involved in the phenomenon of asylum.

International law has therefore been based on the recognition of the freedom of the State to accept foreigners as a principle emanating from its sovereignty, while restricting that freedom by a number of considerations arising from international norms and conventions, which must be respected by the State.

So that the question of refugees remains one of the complex problems that characterize contemporary international life. Which prompted us to discuss one aspect of the subject wondering about: Is the State of asylum free to accept or not accept refugees or it is obliged to receive them?

### **Keywords:**

State of refuge, refugees, international law.

## **De la liberté des Etats d'accueillir les réfugiés**

### **Résumé:**

L'accueil des réfugiés reste un acte humain avant d'être un devoir édicté par les lois. Toutefois, les Etats peuvent préserver leurs intérêts et leur sécurité face aux dangers et aux complications que cela puisse engendrer.

Le droit international a permis aux Etats d'accepter ou pas les étrangers sur leurs territoires comme signe de souveraineté, cette liberté reste tout de même restreinte par les devoirs des Etats issus de coutumes et de conventions internationales.

La question des réfugiés reste un problème complexe qui marque la société internationale contemporaine, c'est pourquoi nous avons choisi de traiter ce sujet en nous demandant si :

Le pays d'accueil était libre d'accepter ou non les réfugiés, ou s'il était contraint de le faire ?

### **Mots clés :**

Pays d'accueil, les réfugiés, le droit international.

## مقدمة

لقد ساهم تطور المواصلات في افتتاح المجتمعات الإنسانية على بعضها البعض ، وتم الاعتراف بحق التنقل كحق أساسي من حقوق الإنسان، فاستفحلت ظاهرة هجرة الشعوب كظاهرة طبيعية، إلى أقاليم دول غير دولهم والاستقرار فيها لعدة دوافع كالبحث عن العمل أو هرباً من الاضطهاد ، و مع تطور الفكر الإنساني المنادي بوحدة الطبيعة البشرية والمساواة بين الناس جميعاً ، تطور المركز القانوني للأجنبي في العصر الحديث.

ولكن بالرغم من نص المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان على واجب المساواة بين جميع الأشخاص دون أي تمييز بسبب العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين، يبقى الفرق بين الوطني والأجنبي قائماً لا محالة.

ومن بين الأجانب نجد فئة اللاجئين، وهم الأشخاص الذين تدفعهم الضرورة للبقاء خارج إقليم دولتهم ولجوئهم لدولة أخرى بحثاً عن ملجاً آمناً ، وتحظى تلك الفئة بحماية خاصة ظلّ الحماية المقررة للأشخاص بذواتهم والتي تعد من المبادئ الأساسية المستقرة في العمل الدولي، والتي ينبغي على الدول مراعاتها والتقييد بها. الواقع أن مسألة قبول الأجنبي في إقليم دولة غير دولته تدخل في الاختصاص الداخلي للدولة صاحبة الإقليم مع مراعاة ما تنص عليه الأعراف والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالموضوع، وعليه يختلف موقف الدول ومعاملتها للأجانب باختلاف ظروفها ومصالحها.

ولما كان من المسلم به فقهنا وقانوننا وقضاء ضرورة الاعتراف بقدر معين من الحقوق للأجانب، خاصة تلك الحقوق التي تتطلبها الحياة البشرية والتي لا تقوم بدونها كالحق في الحياة وحرية التنقل وحق اللجوء كحق متفرع عنها، كان من الأهمية بيان الحدود الفاصلة بين مراعاة حق اللجوء باعتباره حق من حقوق الإنسان، وحق الدول وحريتها في قبول أو عدم قبول الأجانب في إقليمها حسب ما تقتضيه مصالحها وما تسمح به ظروفها، حيث تتمتع الدولة ذات السيادة بحرية تنظيم شؤونها الداخلية ضمن حدود إقليمها، بشرط ألا يتعارض ذلك مع التزاماتها الدولية.

وعليه كان من المفيد التساؤل عن:

هل دولة الملاجأ ملزمة بالاستجابة لطلب اللجوء أم هي حرية في ذلك حسب ما تسمح به ظروفها؟

وستتولى الاجابة عن الاشكالية المطروحة من خلال الاحاطة بمفهوم اللاجيء أولاً قصد تمييزه عن غيره من الفئات ، ثم الحديث عن مدى سلطة دول اللجوء في تعاملها مع الأجانب اللاجئين الوافدين إليها.

### أولاً: تعريف اللاجيء

حق اللاجيء في طلب اللجوء حق انساني تأكّد في العديد من المواثيق الدولية وكرس في دساتير معظم الدول التي أكّدت صراحة على حق كل فرد في طلب اللجوء إلى أية دولة متى كان يعاني واضطهاد والقهر السياسي.

وقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على حق كل فرد في الاعتراف بشخصيته القانونية في أي مكان يتواجد فيه وله حق التماس ملجاً في بلدان أخرى، فتحسنت بذلك حالة الأجانب وهم اللاجئين وتم الاعتراف لهم بالحقوق بصورة أوسع على أراضي الدول الأجنبية عنهم سواء بموجب قوانين تلك الدول أو بموجب الاتفاقيات.

ويعد حق اللاجيء<sup>1</sup> من المبادئ الأساسية التي استقرت في العمل الدولي منذ زمن بعيد، حيث عنى القانون الدولي بتنظيم المركز القانوني للأجنبي الذي تدفعه الضرورة للبقاء خارج إقليم دولته، ببيان حقوقه التي يعترف لها بها بوصفه إنسانا، مقابل حدود سلطة الدولة المستقبلة في قبول أو ابعاد الأجانب الذين يقصدون إقليمها فراراً من واضطهاد الذي يواجهونه أو قد يواجهونه في دولتهم.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> ظاهرة اللجوء تعود جذورها لفترة الحرب العالمية التي خلقت أعداد هائلة من اللاجئين بفعل تشردهم ولجوئهم إلى دول أخرى طلباً للحماية والأمن. ثم تفاقمت في السنوات الأخيرة وأصبحت من المسائل التي تشغّل المجتمع الدولي . يرتبط حق اللجوء ببعض حقوق الإنسان وحرياته الأساسية كالحق في الحياة وحق التنقل وحرية الانتقال ومغادرة إقليم إلى دولة أخرى، وحق العودة إليه. وقد تأكّد هذا الحق في العديد من المواثيق الدولية وكذا في دساتير معظم الدول، والتي أكّدت صراحة على حق كل فرد في طلب اللجوء إلى أية دولة متى كان يعاني واضطهاد والقهر السياسي.

وعبرت المادة 14 فقرة 1 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 عن حق اللجوء بنصها: "لكل فرد الحق في أن يلجأ إلى بلاد أخرى أو يحاول الالتجاء إليها هرباً من واضطهاد".

أما المادة 33 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان فقد نصت على الحق بقولها: "لكل مواطن الحق في طلب اللجوء السياسي إلى بلاد أخرى هرباً من واضطهاد". وللحظ في هذا الصدد أن المادة سالفـة الذكر ركزت على حق اللجوء السياسي والذي يعد نوعاً من أنواع اللجوء وليس النوع الوحيد، حيث يتسع المفهوم ليشمل كل أنواع اللجوء بما فيها السياسي والديني والإنساني.

<sup>2</sup> عمر سعد الله، معجم القانون الدولي المعاصر، د مج، الجزائر، 2005، ص 349. وأنظر: محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009 ص ص 323-322.

ويفرض حق اللجوء على الدول كحق من حقوق الإنسان بموجب المواثيق الدولية التي توجب عليها حماية الأجانب في شخصهم وماليهم، وبالمقابل تعطي للأشخاص حق اللجوء إلى أقاليم الدول بشرط ألا يخالف وجودهم النظام العام وأمن الدولة ومصالحها الوطنية.<sup>١</sup>

وقد حظي موضوع اللاجئين بعنابة واهتمام كبير في ظل الاهتمام الدولي بحقوق الإنسان ومع تزايد المشاكل الناجمة عن حق اللجوء، فأصبح للاجئ مركز قانوني خاص به على المستوى الدولي يجد مصدره في دساتير الدول والتي نصت معظمها على حق اللجوء ومسايرة ما استقر عليه العمل الدولي في قبول اللاجئين والاعتراف لهم بحق اللجوء ومنحهم اللجوء الآمن<sup>٢</sup> ، كما يجد مصدره في العديد من الاتفاقيات الدولية المعنية بمركز اللاجئ العامة منها<sup>٣</sup> ، أو الخاصة.<sup>٤</sup>

وقد شكلت تلك النصوص ما يعرف بالقانون الدولي للالاجئين كفرع من فروع القانون الدولي العام والذي يرتب التزام على عائق الدول بضرورة مراعاته، وإلا كانت عرضة للمسؤولية الدولية على أساس خرق التزام دولي<sup>٥</sup> ، مصدره النصوص التي تعنى بحقوق الإنسان بوصفه كائن بشري والتي هي في ذات الوقت التزامات ملقة على عائق الدول ينبغي التقييد والوفاء بها اتجاه اللاجئين.<sup>٦</sup>

إذ يقع على عائق الدول الالتزام بحماية اللاجئين بتقديم كل المساعدات لهم من مأكل وملبس ومسكن، وتيسير عودتهم لأوطانهم أو دمجهم في مجتمعاتها، وتسهيل مهمة مفوضية الأمم المتحدة

<sup>١</sup> www.refugee.wordpress.com

<sup>٢</sup> مثال نص المادتين 81 و83 من الدستور الجزائري (قانون 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016)، كما أصدرت الجزائر المرسوم التنفيذي رقم 274/63 المؤرخ في 25/7/1963 الخاص باللاجئين.

<sup>٣</sup> من تلك النصوص العامة نذكر: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 ، العهدان الدوليان 1966 ، الميثاق العربي لحقوق الإنسان لعام 2004.

<sup>٤</sup> من النصوص الخاصة نجد: اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1951 ، بروتوكول 1967 ، النظام الأساسي لمفوضية الأمم المتحدة، اتفاقية هافانا بشأن اللجوء ، اتفاقية اللجوء السياسي 1933 ، اتفاقية كاراكاس بشأن اللجوء الإقليعي 1954 . وتتجدر الاشارة إلى عدم وجود اتفاقية عربية جماعية خاصة بحماية اللاجئين في العالم العربي.

<sup>٥</sup> انظر مشروع لجنة القانون الدولي حول مسؤولية الدول عن عملها غير المشروع دولياً لعام 2001.

<sup>٦</sup> أنظر: برهان أمير الله، حق اللجوء السياسي: دراسة في نظرية حق اللجوء في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص 55.

لشؤون اللاجئين<sup>1</sup>، وكذلك الالتزام بالمعايير الدولية للمعاملة الإنسانية كمراجعة وضعية اللاجئين<sup>2</sup>، كما يحظر عليها طرد اللاجئين أو اعادتهم قسرا إلى بلدانهم التي يمكن أن يواجهوا فيها الاضطهاد.<sup>3</sup> كما تجسد الاهتمام الدولي بشؤون اللاجئين بإنشاء أجهزة هدفها ومهمتها الاعتناء بأوضاع اللاجئين وتوفير الحماية الازمة لهم، منها مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين واللجنة الدولية للصليب الأحمر في إطار اهتمام الأمم المتحدة منذ نشأتها بالموضوع.<sup>4</sup>

ويبقى من المسلم به فقها وقضاء وممارسة ضرورة التزام الدول بالحد الأدنى في معاملة الأجانب بصرف النظر من وراء وجودهم في إقليمها، وهو من المبادئ المهمة التي استقر عليها العمل الدولي منذ وقت طويل، حيث يتعين على الدولة تأمين الحد الأدنى من الحقوق للأجانب المتواجدين على إقليمها مع وجوب عدم النزول عنه، بما في ذلك فئة اللاجئين وحقهم في الحصول على اللجوء الآمن في دولة من الدول، بوصف اللاجيء كائن بشري متتمتع بالصفة الإنسانية التي يتفرع عنها جملة من الحقوق منها حقه في طلب اللجوء، كما أكد على ذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته 14 التي نصت على حق كل فرد في التماس ملجاً في بلد آخر والتمتع به خوفاً من الاضطهاد.

و بالرجوع إلى اتفاقية جنيف المتعلقة بـ اللاجئين المبرمة في 28 جويلية 1951<sup>5</sup>، نجد أنها قد أشارت لحق اللجوء ، من خلال تعريفها للصاحب هذا الحق وهو اللاجيء بنصها في المادة 1/2: "اللاجيء كل شخص غادر إقليم بلده بسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو لرأيه السياسي.

<sup>1</sup> لمزيد من التفاصيل انظر: محمد يوسف علوان و محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الانسان، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص ص 146-147.

<sup>2</sup> عميمير نعيمة، الوافي في حقوق الانسان، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2010، ص 143. وأنظر: عمر الحفصي فر Hatchi و آخرون، آليات الحماية الدولية لحقوق الانسان وحرياته الأساسية، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص 84.

<sup>3</sup> على سبيل المثال: ما نصت عليه المادة 42 من قانون 11/08 المؤرخ في 25 جوان 2008 والمتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر واقامهم بها وتنقلهم فيها ، من استثناء اللاجئين من العقاب عن عدم تنفيذ قرار الإبعاد أو الطرد، وعدم اتخاذ قرار الإبعاد تلقائيا وقسرا، وهذا الاستثناء سببه تنفيذ الجزائر لالتزاماتها الدولية بموجب اتفاقية 1951.

<sup>4</sup> réfugies et droit d'asile dans le monde, www.Ladocumentation françaaise.fr .

<sup>5</sup> طبقاً للمادة 1 من بروتوكول نيويورك المؤرخ في 31 جانفي 1967 الخاص بوضع اللاجئين المكمل لاتفاقية 1951.

وفي البروتوكول المكمل لاتفاقية جنيف لعام 1967، فاللاجئ هو كل شخص موجود خارج دولته ولا يرغب بسبب خوفه في العودة إليها.<sup>1</sup> وهو نفس التعريف الذي تبنته المادة 6 من النظام الأساسي لمفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين لعام 1950.<sup>2</sup>

كما يعرف بأنه ذلك الشخص الذي يتعرض للاضطهاد، وحقه في ملجأ آمن.<sup>3</sup> وعليه اللاجئ هو المنتي لطائفة من الأشخاص الذين هم ضحايا القهر والاضطهاد لأسباب دينية أو عنصرية لدرجة تهديد حياتهم بالخطر، ولهم حق إنساني مضمون ومكفول لكل الأفراد دون تمييز بشرط أن يعترف لهم بوصف اللاجئ طبقاً لقوانين اللجوء.<sup>4</sup>

ومن يتمتع بوصف اللاجئ، يعترف له بحق اللجوء وهو شكل من أشكال الحماية القانونية التي تسمح للأفراد بالبقاء في مواطن غير موطنهم الأصلي ليصبحوا في مركز المقيمين. أو هو توажд الشخص خارج بلده الأم وعدم القدرة على العودة إليه بسبب الاضطهاد، كما يعد اللجوء أحد أشكال الحماية و الحصانة من الترحيل إلى دولة ما، فيكون للشخص بموجبه حق البقاء وإقامة بصفة قانونية.<sup>5</sup>

وهو حق دستوري معترف به للشخص المهدد في حياته وجوده أو حقوقه وحرياته، ويكون له بموجه ملجاً آمن في دولة من الدول. كما يقصد به لجوء شخص لدولة أجنبية للاستفادة من حمايتها هرباً من ظروف أو ملاحقة تعرض حياته وسلامته وحرি�ته للخطر<sup>6</sup>، بسبب الاضطهاد أو الخوف من التعرض للاضطهاد.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> نشأت مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين سنة 1949 بموجب قرار الجمعية العامة رقم 319 (د-4) بتاريخ 3 ديسمبر 1949، واعتمد نظامها الأساسي في 14 ديسمبر 1950. ولمزيد من التفاصيل حولها أنظر: منشورات الأمم المتحدة، مساعدة اللاجئون تعريف بالمفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، قسم شؤون الإعلام، سويسرا، 2004.

<sup>2</sup> حق اللجوء، [www.Mohager.com](http://www.Mohager.com).

<sup>3</sup> أنظر: مزروقي وسيلة، محاضرات في مركز الأجانب، ألقىت على طلبة الماستر تخصص قانون دولي خاص، جامعة أم البوقي، 2016.

<sup>4</sup> عمر الحفصي فر Hatchi وآخرون، مرجع سابق، ص82 . وأنظر: عمر سعادي، مرجع سابق، ص 289.

<sup>5</sup> حق اللجوء، [www.ar.wikipedia.org](http://www.ar.wikipedia.org).

<sup>6</sup> أحمد الرشيدى، حقوق الإنسان دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2003، ص361. وأنظر: [www.droit d'asile.jurifiable.com](http://www.droit d'asile.jurifiable.com)

<sup>7</sup> عميمير نعيمة، مرجع سابق، ص 142 . وأنظر: [droit d'asile.fr.wikipedia.org](http://droit d'asile.fr.wikipedia.org)

ويشترط للاستفادة من حق اللجوء جملة من الشروط أولها تواجد اللاجي خارج بلده، وأن يكون لديه خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب العرق أو الدين أو الجنسية أو الانتماء إلى جماعة معينة أو الرأي السياسي ويسمح له بالتواجد خارج بلده الأصلي الذي نشأ فيه، وألا توفر له دولته الحماية ويسمى عندئذ باللاجي و هو الشخص المهدد في بلاده بصورة غير شرعية.<sup>1</sup>

وفيما يتعلق بإجراءات ممارسة الحق، فتتلخص في قيام الشخص بتقديم طلب اللجوء في الدولة التي وصل إليها، عند المراكز الحدودية أو في المطارات أو لدى مصالح الهجرة والأجانب، ويعالج طلب اللجوء من طرف تلك الدولة، وفي حالة قبول النظر في الطلب، يستدعي المعنى من طرف موظف اللجوء لسماع الأسباب المقنعة التي دفعته لترك بلده، بعدها يتم اتخاذ القرار بقبول الطلب أو رفضه، وفي الحالة الأخيرة يتلقى الشخص اخطار برفض الطلب مع توضيح الأسباب، وله حق الطعن وتقديم أدلة جديدة لدعم الطلب، ومتي كان غير مؤهل للبقاء يتم تطبيق اجراءات الترحيل في مواجهته.<sup>2</sup>

## ثانياً: سلطة دول الملاجأ في تعاملها مع الأجانب اللاجئين الوافدين إليها

لقد استقر العمل الدولي فقهها وقضاء وممارسة، على ضرورة التزام الدول بالحد الأدنى في معاملة الأجانب الذين بترت وجودهم في اقليمها متطلبات الحياة الإنسانية، خاصة بالنسبة لبعض الحقوق التي لا تستقيم الحياة بدونها بغض النظر عن الهدف من وجودهم في اقليمها، فاقتضى الأمر أن تسمح الدولة للأجانب بالقدوم إليها لأغراض عدة بما فيها اللجوء.

و بالرغم من الاهتمام الذي يوليه المجتمع الدولي لفئة اللاجئين، من خلال الاضطلاع بمهمة رعايتهم وتوفير الحماية الدولية لهم والسعى لإيجاد حلول لمشكلاتهم<sup>3</sup> ، خاصة مع الظروف الصعبة التي يعيشها اللاجي في البلدان التي يتواجد عليها والمشاكل التي يعانيها<sup>4</sup> ، يعترف القانون الدولي للدول بقدر من الحرية في تعاملها مع الوافدين إليها، حيث يخضع الأمر لسيادتها وحريتها وحسب ما تسمح

<sup>1</sup> أحمد الرشيدى، مرجع سابق، ص 300.

<sup>2</sup> عمر الحفصي فرجاتي وأخرون، مرجع سابق، ص 83.

<sup>3</sup> راجع اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين المعتمدة في 28 جويلية 1951 ودخلت حيز النفاذ عام 1954 على الموقع الرسمي للأمم المتحدة: www.un.org ، وقد صادقت عليها 131 دولة بما فيها الجزائر التي انظمت إليها في 1963/7/25.

<sup>4</sup> أنظر: صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 483.

به ظروفها وما يقتضه أنها ومصالحها وهو ما يعبر عنه قانوناً بسلطة الدولة في تعاملها مع اللاجئين وتنظيم مركزهم القانوني.

حيث تملك الدولة التي يتواجد الأجنبي فيها سلطة تنظيم مركزه إذ يرجع إليها وحدها أمر تنظيم وضع الأجانب، فتضع قوانين خاصة بذلك وتمنحهم حقوق بالقدر الذي تراه مناسباً وتفرض عليهم التزامات بما يحقق مصالحها ويحافظ على سيادتها ويعد هذا مظهراً من مظاهر سيادتها واستقلالها، و لكن تلك السلطة ليست مطلقة بل مقيدة بعدة اعتبارات تحكم فيها كاختلاف تشريعات الدول ومصالحها، و مراعاة الاتفاقيات والعرف والمجالمة الدوليين ومبدأ المعاملة بالمثل، والنزعات الدينية والقومية المهيمنة على سياسة الدولة، ومقتضيات الأمن والاقتصاد ولكن دون إلزام الدول بمساواة الأجانب بالوطنيين. ولما كان من المسلم به أن لكل دولة الحرية في السماح للأجانب بالدخول إلى أقليمها والإقامة فيه، فمن حقها تقديم اعتذار عن عدم قبولها استقبال اللاجئين متى بررت ذلك بأسباب أمنية لأن يشكل تواجدهم على أقليمها خطراً على أنها واستقرارها.<sup>1</sup>

وعليه تبعاً لمبدأ حرية الدولة في قبول الأجانب بما فيهم اللاجئون، يختلف موقف الدول في تعاملها مع الأجانب حسب ظروفها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأمنية، والملاحظ أن غالبية الدول تشدد في هذه المسألة خاصة إذا كانت تعاني من مشاكل النمو الديمغرافي أو تفشي البطالة أو النزاعات الداخلية.

وأساساً مبدأ حرية الدولة في قبول الأجانب هو حق سيادتها الذي يخولها سلطة على أقليمها<sup>2</sup>، ليرجع إليها وحدها أمر اقرار ذلك حسب ما تسمح به ظروفها<sup>3</sup>، ذلك أنه عادة ما يطرح اللجوء مشاكل جمة ومعقدة، قد تشكل خطر على أمن الدولة فيكون من الواجب ابعاد اللاجئين أو عدم السماح لهم بالدخول إلى أقليم الدولة، وهو ما يجعل من منح اللجوء أمر اختياري وليس إجباري على الدولة<sup>4</sup>. وفي هذا الصدد نشير إلى مواقف بعض الدول الأوروبية في تعاملها مع البعض

<sup>1</sup> انظر في هذا الصدد: محمد سعادي، مرجع سابق، ص 185.

<sup>2</sup> محمد يوسف علوان و محمد خليل الموسى، مرجع سابق، ص 220.

<sup>3</sup> انظر: علي صادق الباروني، أشخاص القانون الدولي، دار المعرف، الاسكندرية، 2000، ص 78.

<sup>4</sup> نصت المادة 2 ف 1 من الاتفاقية المتعلقة بمشاكل اللاجئين في إفريقيا لعام 1969 على أن منح اللجوء أمر اختياري وليس إجباري يلزم الدول.

من طالبي اللجوء، كحالة ألمانيا التي اتخذت مؤخرا قرار بمنع دخول اللاجئين السوريين إلى إقليمها وابقاءهم على الحدود حتى يتم النظر في أمرهم.

و حول مدى سلطة الدولة في قبول اللاجئين وقياسا على قبول الأجانب بصفة عامة، والذي انقسم الفقه الدولي بشأنه إلى اتجاهين وذلك حسب نوع الأجنبي وهدفة من اللجوء إلى الدولة.<sup>1</sup> فمثى كان الأجنبي من أصحاب الإقامة الدائمة فمن الأهمية الاعتراف بحرية الدولة في قبول أو عدم قبوله على إقليمها، وإن كان من ذوي الإقامة المؤقتة فلا مانع من السماح له بالدخول ولكن وفق إجراءات وقواعد منظمة لدخول الأجانب تضعها الدولة صاحبة الإقليم كاشتراط التأشيرة مثلا، ويبقى الأمر في الأول والآخر متترك لسلطة الدولة وتقديرها.<sup>2</sup>

و عليه فإن الدولة تراعي في استقبال الأجانب عدم تهديد أنها واستقرارها وعدم المساس بمصالحها أو معارضتها نظمها السياسي والاقتصادي، لذلك فإن سياستها تجاه معاملة الأجانب تتوقف على عدة عوامل ديمografية وأمنية... الخ، كما يعترف القانون الدولي للدولة بحقها المانع في رفض دخول بعض الأجانب إلى إقليمها واقامتهم فيه، إذا كان من شأن ذلك المساس بأمنها ومصالحها وهذا نتيجة مترتبة عن الاعتراف للدولة بمطلق سيادتها على إقليمها.<sup>3</sup>

وببناء على ما تقدم في شأن الأجانب، يمكن القول أن مدى التزام الدولة بقبول اللاجئين في إقليمها كانت محل جدل فكري واسع بين فقهاء القانون الدولي التقليدي و الحديث، حيث يرى جانب من الفقه التقليدي على رأسهم "فاتيل" أن الاستجابة لطلب اللجوء يعد من المسائل التي تدخل في الاختصاص الداخلي للدولة، وبموجب حق السيادة يرجع إليها وحدها أمر منح اللجوء لمن يطلبه بإرادتها المنفردة وإنما لسلطاتها التقديرية، حتى وإن توفرت كل الأسباب التي تبرر طلب اللجوء، ومنه لا يمكن لللاجئ التمسك بحق اللجوء في مواجهة تلك الدولة، ويبني هذا الاتجاه موقفه على عدة حجج أهمها مبدأ سيادة الدولة.<sup>4</sup>.

و اتجاه آخر بزعامة "فيتوريا"، فيرى ليس من حق الدولة منع اللاجي من الدخول إلى إقليمها، بل من حقه دخول إقليم دولة غير دولته طلبا أو بحثا عن ملجاً آمن يقه من المخاطر التي تهدد أو

<sup>1</sup> أحمد الرشيدى، مرجع سابق، ص ص300-301.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 302.

<sup>3</sup> زروتى الطيب، دراسات في القانون الدولى الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2011، ص ص 363-368.

<sup>4</sup> أحمد الرشيدى، مرجع سابق، ص 371.

تoshك أن تهدد حياته وجوده، ومبرر ذلك حق الشعوب في الاتصال ببعضها البعض، وأن النظام الدولي قد طرأ عليه عدة مستجدات وتطورات خاصة في مجال الحماية الدولية لحقوق الإنسان وهو ما يستلزم ضرورة الاعتراف بحق اللجوء كمطلوب أساسى ملازم للحق في الحياة، خاصة إذا كان لهذا الحق ما يبرره ليصبح حق في مواجهة المجتمع الدولي ككل، وليس في مواجهة دولة اللجوء وحدها. وردا على حجة السيادة، يذهب الاتجاه إلى القول أن مبدأ السيادة لم يعد مطلق، بل أصبح مقيد بعدة اعتبارات قيدت إطلاقه، كما أن منح دولة اللجوء للفرد اللجوء الآمن وجوب آلا يفسر بأنه عمل عدائي في مواجهة دولة الجنسية أو دولة الإقامة<sup>1</sup>، بل هو من قبيل الأعمال الإنسانية المأدفة إلى حماية حق الإنسان في الحياة.<sup>2</sup>

أما الفقه الحديث فيقر بحق الدولة في ممارسة المنع متى وجدت أسباب جوهرية ومشروعة . وفي اعتقادنا يبدو أن المشرع الجزائري قد تأثر بهذا الرأي ودليل ذلك ما جاء في المادة 5 من القانون رقم 11/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008 والمتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر واقامتهم بها وتنقلهم فيها، حيث نصت: "يمكن وزير الداخلية منع أي أجنبي من الدخول إلى الإقليم الجزائري لأسباب تتعلق بالنظام العام و/أو بأمن الدولة، أو تمس بالمصالح الأساسية والدبلوماسية للدولة الجزائرية".

وفيما يتعلق بسياسة الدول اتجاه اللاجئين، يمكن أن نميز بين موقفين، فمن الدول من تعتمد سياسة الانفتاح بمعنى قبول اللاجئين حتى دون قيود كألمانيا والنمسا، ودول أخرى انتهكت سياسة الأبواب المغلقة مبررة ذلك بأسباب أمنية وحتى دينية كحالة المجر التي تحججت بهديهم للثقافة المسيحية في أوروبا، وكندا التي قصرت الحق على النساء والأطفال فقط دون الذكور بمفردهم خوفا من تسلل عناصر ارهابية بينهم.

وكمثال واقعي على اثر الهجمات التي تعرضت لها باريس مؤخرا، والتي كان لها تأثير بالغ على اللاجئين، حيث وضعت حق اللجوء في مفترق حاسم وأسفرت على خطاب سياسي حاد اتجاههم. كما تغيرت سياسة بعض الدول كفنلندا التي رفضت حوالي 65 بالمئة من طلبات اللجوء، والنرويج

<sup>1</sup> انظر نص المادة 2 من الاتفاقية المتعلقة بمشاكل اللاجئين في إفريقيا لعام 1969.

<sup>2</sup> أحمد الرشيدى، مرجع سابق، ص 372.

التي قررت اعادتهم، أما النمسا غيرت من موقفها وبنت سياجا على حدودها مع سلوفينيا وكذا ألمانيا التي فعلت اتفاقية دبلن.<sup>1</sup>

وخلاله القول أن حق دخول اللاجيء إلى إقليم دولة معينة متوقف على إرادة تلك الدولة وسلطتها التقديرية وهو ما تؤكد الممارسة الدولية، كما أن القانون الدولي قد أقر بإمكانية الدولة المضيفة طرد اللاجيء، حيث أجازت اتفاقية اللاجئين لعام 1951 في المادة 32 منها لدولة اللجوء طرد اللاجئين لأسباب تتعلق بالنظام العام والأمن الوطني، وابعادهم إلى أماكن لا تتعرض فيها حياتهم أو حريتهم للخطر<sup>2</sup> ، مع مراعاة الضمانات الاجرائية المعترف بها دوليا.<sup>3</sup>

### خاتمة

ختاماً، يتضح لنا مما سبق عرضه من أفكار أن التعامل الدولي فرض على الدول الاعتراف بحق اللجوء كحق من حقوق الإنسان الأساسية وكالتزام دولي، غير أنه لكل دولة الحرية في قبول الأجانب في إقليمها أو رفض قبولهم، خاصة وأن مبدأ قبول الأجانب في إقليم الدولة يثير عدة مشاكل أبرزها وضعية اللاجئين الذين يتجاوزون حدود الدولة كسبيل وحيد لنجاتهم من المخاطر التي قد تهدد حياتهم دون استئذان، وازدياد وتفاقم الظاهرة، ومع ما ينجم عنها من معاناة وأوضاع غير إنسانية يتعرض لها اللاجيء في الدولة المقصودة والتي قد تكون مجبرة في الكثير من الأحيان على استقبالهم، إلا في حالة وجود أسباب قاهرة تبرر عدم استجابتها لطالب اللجوء وهو ما أكدته بعض الوثائق الدولية كإعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة لعام 1967 حول اللجوء الإقليمي.

ليبقى البعد الأمني والمصلحي يرجح على البعد الإنساني فيما يتعلق باللجوء ، ويبقى هذا الحق يتنازعه عاملان هما حق الدولة في صيانة أنها من خلال منع غير المرغوب فيهم من دخول إقليمها، وضرورة مراعاة حقوق الإنسان وتقديم المساعدة لبعض الفئات، ويبقى قبول اللاجئين ومنحهم

<sup>1</sup> اتفاقية دبلن للاجئين أقرت في 25 يونيو 1990 ووقعت عليها 12 دولة عضو في الاتحاد الأوروبي، ودخلت حيز النفاذ في 1997 وطرأت عليها عدة تعديلات لاحقة، وقد أسفرت عن نظام قانوني لتنسيق التعامل الموحد في قضايا اللجوء بين بلدانه كتحديد الدولة المسؤولة عن دراسة طلبات اللجوء.

<sup>2</sup> طبقاً لنص المادة 33 من اتفاقية 1951، والتي نصت على عدم جواز طرد لاجئ أو رده إلى حدود الأقاليم التي تكون حياته وحريته مهددين بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتسابه أو أرائه السياسية.

<sup>3</sup> انظر: عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 18.

الملجأ أمر يتوقف على ارادة الدولة المستقبلة وخاضع لسلطتها التقديرية وهو ما أبنته الممارسة الدولية.

وحتى وإن لم تصل تلك النصوص إلى حد الزام الدول بقبول اللاجئين، لأن الأمر يتوقف على مشيئتها، ينبغي الوفاء بالحق كواجب إنساني أو التزام أدبي أو احتراماً للمعايير الدولية للمعاملة الإنسانية.

## \* المنازعات ذات الطابع النقابي أمام المجلس الأوروبي\*

غازي فاروق<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> أستاذ محاضر "ب" ، كلية الحقوق ، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر.

### الملخص:

تحمي الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان حرية التنظيم النقابي من خلال المادة 11، وتعتبر المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من بين الآليات القضائية القليلة التي أتاحت للأفراد مقاضاة الدول الأعضاء في تلك الاتفاقية، ولقد عالجت المحكمة عدة قضايا تتعلق بالحرية النقابية، كانت المحكمة قد قررت أن حكومات الدول التي رفعت ضدها الشكاوى قد خرقت أحكام الاتفاقية، يناقش هذا المقال كيف تطور مفهوم الحرية النقابية في الممارسة أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

### الكلمات المفتاحية:

الحرية النقابية، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، تأسيس تنظيمات نقابية.

\* تاريخ إرسال المقال 25/03/2018، تاريخ مراجعة المقال 10/05/2018، تاريخ نشر المقال 31/07/2018

## Labor unions litigation before the European Council

### **Summary:**

The European Convention on Human Rights protects freedom of labor union through Article 11; the European Court is considered one of the few judicial mechanisms that allowed individuals to institute legal proceedings against the members of the Convention. The Court has dealt with a number of cases relating to freedom of labor union. The Court ruled that the governments of the States against which the complaints had been filed had violated the provisions of the Convention.

This article explains how the concept of freedom of labor union has evolved in practice before the European Court of Human Rights.

### **Keywords:**

Freedom of labor union - European Court of Human Rights - Creation of labor union.

## **Litiges de nature syndicale devant le Conseil européen**

### **Résumé:**

La convention européenne des droits de l'homme protège la liberté syndicale à travers l'article 11, la Cour Européenne est considérée comme l'un des rares mécanismes judiciaires qui ont permis aux individus de poursuivre en justice les membres de la Convention. La Cour a traité plusieurs questions relatives à la liberté syndicale. La Cour a décidé que les gouvernements des États contre lesquels les plaintes avaient été déposées avaient violé les dispositions de la convention.

Cet article explique comment le concept de liberté syndicale a évolué dans la pratique devant la Cour européenne des droits de l'homme.

### **Mots clés :**

Liberté syndicale, Cour Européenne des Droits de l'Homme, Création d'organisations syndicales

## مقدمة

لقد تأسس المجلس الأوروبي من أجل إعلاء دولة القانون في أوروبا و حماية حقوق الإنسان بما فيها الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، و يتكون المجلس من 44 دولة، واعتمد لغرض تحقيق أهدافه كل من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام 1950 و الميثاق الاجتماعي الأوروبي عام 1961.

لقد ضمنت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أغلب الحقوق من حقوق مدنية وسياسية وميثاق الاجتماعي الأوروبي ضمن الحقوق الاجتماعية ، لكن لماذا لجأ المجلس الأوروبي إلى اتفاقيتين، و لم يكتف باتفاقية واحدة تضم جميع الحقوق ، يبدو أن الجدل الذي عرفته الأمم المتحدة حول العهدين و ليس عهد واحد قد شهدته أوروبا من خلال اللجوء إلى اتفاقيتين.

و تولي الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أهمية بالغة للحق النقابي، حيث ضمنته بموجب الاتفاقية نظرا لأهميته في ضمان دولة القانون و دور هذا الحق في ترقية حقوق ووضعية العمال.

لقد أرست الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان آلية قضائية لحماية الحقوق التي وردت في الاتفاقية. ان هذا الحق يتداخل مع حق انشاء الجمعيات. ترمي هذه الدراسة إلى الاطلاع على الحالات القضائية التي عرضت على المحكمة وكيف اثر ذلك في تطوير مفهوم حديث للحرية النقابية مما يخدم دولة القانون. حيث أكدت المحكمة في قضية توم خابارشن وجينار ضد جمهورية تركيا بتاريخ 21 فيفري 2006 أن منع موظفي القطاع العام من تشكييل نقابة يشكل خرقا للمادة 11 من الاتفاقية.

كما تركز هذه الدراسة على أن الحق في التنظيم النقابي يحمل حقيقين في نفس الوقت، الاول هو الحق النقابي الإيجابي و معناه الحق في تكوين النقابات و الحق الثاني هو الحق النقابي السلبي و مفاده الحق في عدم الانتفاء لأية نقابة، و لقد تأسس الحق النقابي السلبي في الممارسة القضائية أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، حيث قررت المحكمة في قضية سورسان و راسموسين ضد الدانمارك بتاريخ 11 جانفي 2006 أن حكومة الدانمارك لم تحمي الحق النقابي السلبي عندما سمحت بوجود اتفاقيات الهيمنة النقابية قبل التشغيل مما شكل خرقا لأحكام المادة 11 من الاتفاقية.

**فإلى أي مدينج المجلس الأوروبي في ضمان طريق قضائي لتسوية المنازعات النقابية؟**

## أولاً: الإطار القانوني للحرية النقابية أمام المجلس الأوروبي

تنص المادة 11 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>1</sup> على أنه لكل إنسان الحق في حرية الاجتماعات السلمية، وحرية تكوين الجمعيات مع آخرين، بما في ذلك حق الاشتراك في الاتحادات التجارية لحماية مصالحه. ولا تخضع ممارسة هذه الحقوق لقيود أخرى غير تلك المحددة في القانون حسبما تقتضيه الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي، وسلامة الجماهير، وحفظ النظام ومنع الجريمة وحماية الصحة والآداب، أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم. ولا تمنع هذه المادة من فرض قيود قانونية على ممارسة رجال القوات المسلحة أو الشرطة أو الإدارة في الدولة لهذه الحقوق وتنص المادة 5 من الميثاق الاجتماعي الأوروبي<sup>2</sup> على ما يلي :

" بهدف ضمان أو تشجيع حرية العمال وأصحاب العمل في تكوين منظمات محلية أو قومية أو دولية لحماية مصالحهم الاقتصادية والاجتماعية والانضمام إلى تلك المنظمات – يتعمد الأطراف إلا يفسد القانون المحلي أو يطبق لكل يفسد هذه الحرية.

تحدد القوانين أو اللوائح المحلية المدى الذي تطبق به الضمانات الواردة في هذه المادة على أفراد الشرطة، وتحدد القوانين أو اللوائح المحلية المبدأ الذي يحكم تطبيق هذه الضمانات على أفراد القوات المسلحة، ومدى تطبيقها على حد سواء على الأشخاص من هذه الفئة".

### وتضييف المادة 6 من نفس الميثاق :

" بهدف ضمان الممارسة الفعالة للحق في التفاوض بشكل جماعي – يتعمد الأطراف، بتشجيع التشاور المشترك بين العمال وأصحاب العمل، بتشجيع – متى كان ذلك ضرورياً ومناسباً – آليات المفاوضات الاختيارية بين أصحاب العمل أو منظمات أصحاب العمل ومنظمات العمال بقصد الوصول إلى لائحة بنود وشروط التوظيف عن طريق الاتفاقيات الجماعية، بتشجيع إنشاء واستخدام الآليات المناسبة للمصالحة والتحكيم الاختياري من أجل تسوية نزاعات العمالة، وأن تعترف: بحق العمال وأصحاب العمل في العمل الجماعي في حالات تضارب المصالح – بما في ذلك حق الإضراب – بموجب الالتزامات التي قد تنشأ عن الاتفاقيات الجماعية المبرمة مسبقاً".

<sup>1</sup> La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales, Rome le 4 novembre 1950, publié sur :

[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf)

<sup>2</sup> Charte sociale européenne, Turin, 18/10/1961 - Traité ouvert à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe, publié sur :

<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/035>

تتميز الرقابة الأوروبية في مجال الحق النقابي بالتنوع حيث يوجد على مستوى مجلس أوروبا طريقان لحماية هذا الحق، الأول من خلال المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان و الثاني من خلال اللجنة الأوروبية للحقوق الاجتماعية التي أنيط لها صلاحية النظر في الشكاوى الجماعية للمنظمات و النقابات الناشطة في الدول الأوروبية.<sup>1</sup>

إن حماية الحرية النقابية في ظل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ليست كاملة بالمقارنة مع الحماية المقررة في الاتحاد الأوروبي من خلال ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي حيث ينص من خلال المادة 28 صراحة على الحق في عقد الصفقات والعمل الجماعي حيث قرر بأن يكون للعمال وأصحاب العمل – أو منظماتهم الخاصة بهم – طبقاً لقانون المجتمع والقوانين والممارسات المحلية – حق التفاوض وإبرام اتفاقيات الجمعيات على المستويات الملائمة، وفي حالة تعارض المصالح يكون لهم الحق في اتخاذ إجراء جماعي للدفاع عن مصالحهم بما في ذلك الإضراب<sup>2</sup>.

ويعتبر المجلس الأوروبي أكثر تطوراً في مجال حماية الحرية النقابية مقارنة بالنظام الأمريكي لحقوق الإنسان الذي ادرج هذه الحرية من خلال بروتوكول 1988 حول الحقوق الاقتصادية والاجتماعية و الثقافية<sup>3</sup> والنظام الافريقي لحقوق الإنسان الذي لا ينص على هذه الحرية في ميثاق حقوق الإنسان والشعوب.<sup>4</sup>

**ثانياً قراءة في الادعاءات حول القضايا التي تتعلق بالحرية النقابية أمام المحكمة من الصعوبة بمكان الحصول على احصائيات القضايا المتعلقة بالحرية النقابية أمام المحكمة وذلك لأن المحكمة تفصل في المسائل النقابية من باب حرية تكوين الجمعيات بصفة عامة، وهو توجه المادة 11 من الاتفاقية.**

<sup>1</sup> Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, Strasbourg, 9.XI.1995, publié : <https://www.coe.int/fr>

<sup>2</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée le 7 décembre 2000, publié sur : [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_fr.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf)

<sup>3</sup> Le Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques، sociaux et culturels (Protocole de San José, 1988)

<sup>4</sup> Lee SWEPSTON, Droits de l'homme et liberté syndicale: évolution sous le contrôle de l'OIT, Revue internationale du Travail, vol 137 , 1998, n 02, p 192.

وتشير إحدى احصائيات المحكمة الأوروبية لغاية ماي 2016 إلى أنها عالجت 27 قضية تتعلق بالحقوق النقابية، كانت الحصة الأكبر لتركيا كدولة محل شكوى من قبل الأفراد و النقابات بـ 7 قضايا<sup>1</sup>، وتشير الاحصائيات الرسمية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان انه تم التوصل إلى إصدار 2899 قرار توصلت فيه المحكمة إلى خرق الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بصفة عامة في الفترة من 1959 إلى غاية 2017 من قبل تركيا.<sup>2</sup>

حسب الاحصائيات في الفترة الممتدة بين 1959 و 2017 فإن المحكمة توصلت إلى أن الدول الأعضاء خرقت المادة 11 في 232 قضية. وهو رقم ضئيل مقارنة بالانتهاكات المسجلة تجاه الحقوق الأخرى حيث أن هذا الرقم يصل إلى 4712 انتهاك يتعلق بانتهاك الحق في محاكمة عادلة.<sup>3</sup> تعكس هذه الأرقام فعالية القضاء الوطني للدول الأعضاء في كفالة هذا الحق من جهة وجود آليات أخرى غير قضائية تتکفل بحماية الحرية النقابية على المستوى الأوروبي مثل اللجنة الأوروبية لحقوق الاجتماعية.

وعلاوة على ذلك فإن نظرة سريعة على مجموع اجهادات المحكمة في مجال الحرية النقابية تجد أن الانتهاكات لا تستثنى أية دولة، بمعنى أن انتهاك الحرية النقابية لا يقتصر فقط على الدول الغير متطرفة في مجال دولة القانون و الديمقراطية بل سبق للمحكمة وأن توصلت إلى انتهاك الحرية النقابية من قبل دول عريقة في مجال الديمقراطية مثل المملكة المتحدة و دول تعرف حماية متطرفة تشريعية للحرية النقابية مثل فرنسا.

**ثالثاً الجانب الإيجابي للحرية النقابية أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان :**  
يتعلق الجانب الإيجابي للحرية النقابية في حق الأفراد في تكوين و الانتماء للتنظيمات النقابية وممارسة ما يتصل بالنشاط الطبيعي النقابي من اضراب و عقد اتفاقيات جماعية بالرغم من قصور المادة 11 عن النص صراحة عن علاقة الحرية النقابية بالإضراب و عقد الاتفاقيات الجماعية، ولقد أكدت المحكمة هذا الجانب في عدة قضايا.

<sup>1</sup> Unité de presse, Fiche thématique – Droits en matière syndicale, Cour Européenne des Droits de l'Homme, pp 1- 8.

<sup>2</sup> Statistiques 1959-2017, Cour Européenne Droits de l'Homme, publié:

[http://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_1959\\_2017\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2017_FRA.pdf)

<sup>3</sup>Ibid.

### 1. انتهك الحق في تكوين نقابات يرتب تعويضاً عن الأضرار المعنوية

تأكد في قضية موظفي البلديات في تركيا أن انتهك الحق في تكوين نقابات يرتب تعويضاً عن الأضرار المعنوية، ويتعلق الأمر بقضية *Demir et Baykara c. Turquie*، التي تتلخص وقائعها في شكوى رفعها للمحكمة رئيس نقابة *Tüm Bel Sen* وأحد أعضائها، حيث تأسست هذه النقابة عام 1990 من أجل الدفاع عن مصالح موظفي بعض البلديات المنتسبين لها.<sup>1</sup>

وفي عام 1993 أبرمت هذه النقابة اتفاقية جماعية مع بلدية غازي عنتاب تضمنت عدة جوانب لهم العمال مثل الأجر و المنح و العلاوات و الشؤون الاجتماعية، لكن البلدية المتعاقدة لم تف بالتزاماتها المالية مع النقابة، مما دفع بالتنظيم النقابي *Tüm Bel Sen* إلى رفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة، و رأت المحكمة أول درجة أنه بالرغم من غياب نص قانوني يبيح حق موظفي البلديات في تأسيس تنظيمات نقابية إلا أن هذا الفراغ القانوني يسمح بإجازة هذا الحق على أساس الاتفاقيات الدولية خصوصاً اتفاقيات منظمة العمل الدولية التي صادقت عليها تركيا، حيث أعطى الدستور التركي لها قيمة القانون على المستوى الوطني.<sup>2</sup>

لكن محكمة النقض التركية قررت عام 1994 أنه في ظل القانون وقت تأسيس التنظيم لم يكن للموظفين حق تكوين التنظيمات النقابية ولا إبرام اتفاقيات الجمعية، وأن نقابة *Tüm Bel Sen* لم يكن لها وجود قانوني وبالتالي لم تملك الأهلية القانونية للتقاضي أصلاً.<sup>3</sup>

أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان دفعت تركيا بعدم مصادقتها على المادة 5 و 6 من الميثاق الاجتماعي الأوروبي، و تمسكت بالفقرة الأخيرة من المادة 11 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تقيد هذا الحق بالنسبة لموظفي الإدارة العامة.<sup>4</sup>

لكن المحكمة قررت أن تركيا انتهكت المادة 11 من الاتفاقية و قررت تعويض 20000 أورو للمنظمة النقابية و 500 أورو للسيد كمال ديمير.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Demir et Baykara c. Turquie [GC] - 34503/97 Arrêt 12.11.2008 [GC], note d'information sur la jurisprudence de la Cour No113, p 1, disponible sur : <https://hudoc.echr.coe.int>

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Demir et Baykara c. Turquie [GC] - 34503/97 Arrêt 12.11.2008 [GC], Cour Européenne des Droits de l'Homme, para 21.

<sup>4</sup> Ibid, para 55.

<sup>5</sup> Ibid, para 184-186.

2. ممارسة الحق النقابي تشمل حق الإضراب وابرام اتفاقيات الجماعية حيث يظهر جلياً توجه المحكمة في قضية موظفي قطاع الاتصالات في تركيا، وهي قضية *TÜM HABER SEN ET ÇINAR c. TURQUIE* بتاريخ 16 جانفي 1996 كنقابة لمعاقدى قطاع الاتصالات البريدية و الهاتفية *Türk Telecom*، قامت المحكمة بحل هذه النقابة بناء على طلب سلطات محافظة استنبول بتاريخ 15 ديسمبر 1992، بتاريخ 14 فيفري 1994 نقضت محكمة النقض الحكم بسبب ان تسمية التنظيم بمصطلح نقابة لا يعني تتمتعها بحق الإضراب وقيادة اتفاقيات الجماعية، لكن تمسك التنظيم بحق الإضراب و خوض اتفاقيات الجماعية، جعل المحكمة تؤيد حكمها الأول، طعن أعضاء النقابة في الحكم من جديد، أيدت محكمة النقض حكم الحل الصادر من المحكمة بحججة غياب قانون خاص لتطبيق النص الدستوري.<sup>1</sup>

دفعت الحكومة التركية بأن القانون التركي يضمن لموظفي القطاع العام الحق في تأسيس جمعيات من أجل الدفاع عن مصالحهم لكنه لا يضمن لها حق الإضراب و اتفاقيات الجماعية. لكن المحكمة خلصت إلى وقوع انتهاك للمادة 11 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان من قبل تركيا.<sup>2</sup>

**رابعاً الجانب السلبي للحرية النقابية أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان :**  
يتعلق الجانب السلبي للحرية النقابية في حق الأفراد في عدم الانتماء لأية تنظيم نقابي و عدم جواز إجبار الأفراد على الانتماء لأية منظمة نقابية. لكن ممارسات الدول في أوروبا تتتنوع في الخروج عن هذا الحق خصوصاً في الدنمارك و المملكة المتحدة وأيسلندا، و سبق للمحكمة أن وقفت على انتهاك للحرية النقابية من هذا الجانب.

<sup>1</sup> AFFAIRE TÜM HABER SEN ET ÇINAR c. TURQUIE (*Requête no 28602/95*), Cour Européenne des Droits de l'Homme, Arrêt, Strasbourg 21 février 2006, para 9 -15.

<sup>2</sup> Ibid, para 46.

## 1. اتفاقيات الهيمنة النقابية تتعارض مع المادة 11 من الاتفاقية

ويتعلق الأمر بحظر الهيمنة النقابية أو إجبارية الانتماء النقابي لمنظمة محددة، و يتجلى ذلك في قضية سورسان و راسموسين ضد الدانيمارك بتاريخ 11 جانفي 2006، حيث تمثل القضية في قضتين جمعت في قضية واحدة تخص مواطنين من الدانيمارك، حيث فرض على السيد سورسان اجبارية الانتماء إلى منظمة **SID** و المنضوية تحت لواء **Landsorganisationen** ، و عند توقيع عقد العمل قيل له أن تنفيذ عقد العمل يخضع للاتفاق المبرم بين الهيئة المستخدمة **FDB** و منظمة **SID**، لكن السيد سورسان رفض دفع اشتراكاته لأنه انضم للنقابة الحرة للدانيمارك مما أدى إلى فصله من عمله لهذا السبب، رفع السيد سورسان دعوى ضد المؤسسة المستخدمة، و بني دعواه على أساس أن القانون الوطني الدانيمي الذي يبيح للهيئة المستخدمة عند توظيف موظف أن تجبره على الانتماء إلى منظمة محددة يتعارض مع المادة 11 من الاتفاقية الأوروبية، لكن المحكمة رأت خلاف دعواه و أكدت المحكمة العليا بتاريخ 8 جوان 1999 حكم محكمة الدرجة الأولى.<sup>1</sup>

أما السيد راسموسين فقد عمل في مجال العناية بالحدائق و كان منضم لنقابة **SID** لكنه انضم بعد ذلك للنقابة المسيحية، و لكن بعد فترة بطاله وجد فرصة عمل في مؤسسة صغيرة لكنها اشترطت عليه الانضمام لنقابة **SID** بالرغم من اعتراضه على مواقفها السياسية.<sup>2</sup>

قررت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بتاريخ 11 جانفي 2006 أن دولة الدانيمارك خرقت المادة 11 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بالنسبة لكلا الشاكين، و حكمت بالتعويض للسيد سورسان قدره 2000 أورو بالنسبة للأضرار المادية و 33698 أورو تعويضاً للمصاريف الإجراءات أمام المحكمة. و حكمت بتعويض قدره 33698 أورو للسيد راسموسين مصاريف الإجراءات أمام المحكمة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Communiqué du Greffier, COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, ARRÊT DE GRANDE CHAMBRE SØRENSEN et RASMUSSEN c. DANEMARK, 11.1.2006, pp 1-2.

<sup>2</sup> Ibid, p 2.

<sup>3</sup> AFFAIRE SØRENSEN et RASMUSSEN c. DANEMARK (*Requêtes nos 52562/99 et 52620/99*), ARRÊT, Grande Chambre, COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, p 37.

## 2. ممارسة *closed shop* تشكل انتهاك للحرية النقابية

سبق للمحكمة أن حظرت ممارسة *closed shop*<sup>1</sup>، وهي عبارة عن نظام للهيمنة النقابية ظهر في بريطانيا، حيث ان المحكمة الاوروبية لحقوق الإنسان أكدت ذلك في قضية YOUNG, JAMES ET WEBSTER c. ROYAUME-UNI شركة النقل بالسكك الحديدية "British Rail" ، لكن بناء على اتفاق أبرمه الشركة مع ثلاثة نقابات من نوع *closed shop*، مما تسبب في تسريح المواطنين المذكورين أعلاه، حيث تم فرض عليهم ضرورة الانتماء إلى نقابات محددة، أقرت المحكمة أن القانون البريطاني الذي يبيح هذه الممارسة يشكل انتهاكاً للمادة 11 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.<sup>2</sup>

## 3. الانتماء الاجباري لبعض المنظمات النقابية يعتبر انتهاك للحرية النقابية

سبق للمحكمة الاوروبية لحقوق الإنسان وان اعتبرت الانتماء الاجباري لمنظمة سائقى سيارات الأجرة مثلاً يتعارض مع المادة 11 من الاتفاقية، حيث كان ذلك في قضية AFFAIRE SIGURDUR A. SIGURJÓNSSON c. ISLANDE، حيث فرض على مواطن ضرورة الانضمام إلى منظمة مقابل حصوله على رخصة استغلال سيارة اجرة، بالرغم من ان القانون الايسلندي يبيح هذا إلا أن المحكمة قررت انه يخالف المادة 11 من الاتفاقية. بل وأمرت للشاكى بتعويض قدره 2 134 401 كورونا ايسلنديه.<sup>3</sup>

خامساً: توسيع المحكمة الأوروبية في مفهوم الحرية النقابية خارج المادة 11 من الاتفاقية تشير الممارسة القضائية امام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في مجال الحرية النقابية إلى توسيع في مفهومها ليشمل نظرة القانون الأوروبي لها، ويظهر ذلك في قضية Matelly c. France

<sup>1</sup> Un *closed shop* est une entreprise ou un atelier dans lesquels, à la suite d'un accord ou arrangement entre un ou des syndicats et un ou des employeurs ou associations d'employeurs, les salariés d'une catégorie déterminée sont, en pratique, obligés d'appartenir ou adhérer à un syndicat désigné.

<sup>2</sup> Young, James et Webster C. Royaume-Uni, cour européenne des droits de l'homme, (*requête no 7601/76; 7806/77*), arrêt, 13 août 1981.

<sup>3</sup> AFFAIRE SIGURDUR A. SIGURJÓNSSON c. ISLANDE, (*Requête no 16130/90*) ; cour européenne des droits de l'homme, ARRÊT, 30 juin 1993.

حيث أشارت المحكمة في قرارها المؤرخ في 2 أكتوبر 2014 إلى القانون الأوروبي الذي يظهر من خلال المادة 5 من الميثاق الاجتماعي الأوروبي و توصيات الجمعية البرلمانية للمجلس الأوروبي وتوصيات مجلس الوزراء بالمجلس الأوروبي، بل ويشمل هذا التوسيع ليشمل وثائق الاتحاد الأوروبي مثل المادة 12 من ميثاق الحقوق الأساسية.<sup>1</sup>

#### خاتمة

خلص البحث إلى أن نص المادة 11 من الاتفاقية الأوروبية لم يشمل كل الجوانب المتعلقة بالحرية النقابية، مما أدى إلى تطوير مفهوم الحرية النقابية من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ليشمل الجانب الإيجابي والسلبي معا.

ولقد ساهمت اجهادات المحكمة في تطوير وحماية هذه الحرية على مستوى دول المجلس الأوروبي لأن قرارات المحكمة لها الصفة الالزامية و يتم متابعة تنفيذها من قبل هيأكل المجلس الأوروبي.

شهدت قرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تفتحا واضحا على النصوص الأوروبية في مجال الحرية النقابية. حيث شمل هذا الانفتاح النصوص المعتمد في اطار المجلس الأوروبي مثل ميثاق الاجتماعي الأوروبي و النصوص المعتمد في اطار الاتحاد الأوروبي.

وهذا الانفتاح ما هو إلا ردة فعل على قصور نص المادة 11 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، التي لا تمثل التطورات الاجتماعية الحاصلة في مجال الحرية النقابية.

يوصي البحث بضرورة الاهتمام بمعايير الحرية النقابية المطورة على مستوى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

<sup>1</sup> AFFAIRE MATELLY c. FRANCE , (Requête no 10609/10) , arrêt, cour européenne des droits de l'homme, 2 octobre 2014, p 6 et 7.

\*أحكام اليتيم في الشريعة الإسلامية وكفالتة وفقاً للقانون الجزائري

## کرمی ریمة<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> أستاذة مساعدة "أ.", كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، جيجل، الجزائر.

الملاخص:

تصدت أحكام الشريعة الإسلامية لـ تأكيد مفهوم اليتيم، فكان تأكيدتها له بدقة لم يصل إليها أعلى المفكرين والباحثين، وانعكست تلك الدقة الموضوعية على القوانين المستمدة منها، والقانون الجزائري كان تناوله لليتيم ضمن مفهوم القاصر أو الحدث، ولم يفرد له أحكاما خاصة به إلا فيما يخص الكفالة المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري.

الكلمات المفتاحية:

**الكفالة ، اليتيم، تقنين الأسرة الجزائري، أحكام الشريعة الإسلامية.**

\* تاريخ إرسال المقال 15/05/2018، تاريخ مراجعة المقال 01/07/2018، تاريخ نشر المقال 31/07/2018

## The provisions of Islamic law relating to the orphan and its legal collection (Kafala) according to Algerian law

### Summary:

Islamic law (sharia) has defined "the orphan" in a very objective and precise way. On the other hand, the Algerian law treated the latter through the concept of minor and did not have specific provisions except in the family code by approaching the legal collection (kafala).

### Keywords:

Legal collection, the orphan, code of the Algerian family, Islamic law (sharia).

## Les dispositions de la loi islamique relatives à l'orphelin et de son recueil légal (Kafala) conformément à la loi algérienne

### Résumé :

La loi islamique (charia) a défini « l'orphelin » d'une manière très objective et précise. Par contre, la loi algérienne a traité cette dernière à travers la notion de mineur et ne l'a pas muni de dispositions spécifiques sauf dans le code de la famille en abordant le recueil légal (la kafala).

### Mots clés :

recueil légal, l'orphelin , code de la famille algérien, loi islamique (charia).

## مقدمة

من ضمن السبل التي وضعه الله عز وجل للدخول إلى جناته سبيل كفالة اليتيم وجعل من وجود اليتيم رحمة للناس، وهذا يوحى بمدى اهتمام الشريعة الإسلامية باليتيم، سواء كان ذلك من خلال نصوص القرآن الكريم، أو من أحاديث الرسول ﷺ عن مكانة اليتيم ورعايته، ولعل أشهرها قوله ﷺ: "أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين" وأشار بأصبعيه السبابة والوسطي.

باعتبار أن الشريعة الإسلامية دوما هي السباقة في طرح قيم اجتماعية وأخلاقية عالية التنظيم والدقة والاحترام، فلقد تصدت في هذا السبيل إلى تأكيد مفهوم اليتيم، فكان تأكيدتها له بدقة لم يصل إليها أعلى المفكرين والباحثين، وانعكست تلك الدقة الموضوعية على القوانين المستمدة منها، أما إذا عدنا إلى التشريعات الوضعية وبالخصوص القانون الجزائري لا نجد ما يشير إلى اهتمامه البالغ باليتيم مثل اهتمام المشرع الإسلامي، وكان تناوله لليتيم ضمن مفهوم القاصر أو الحدث، ولم يفرد له أحكام خاصة به إلا فيما يخص الكفالة المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري وهو ما سوف يتم التركيز عليه من خلال هذه المداخلة، لأننا لم نجد ما يقابل هذه الحقوق المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية لليتيم في القانون الجزائري، فارتينا التطرق إلى موضوع الكفالة.

من خلال ما تقدم نصل إلى طرح التساؤلات التالية: ما هي حقوق اليتيم في الشريعة الإسلامية؟ وكيف عالج القانون الجزائري موضوع اليتيم؟  
للإجابة عن هذه الإشكالية وجب التطرق إلى: أحكام اليتيم في الشريعة الإسلامية (المبحث الأول)، وكفالة اليتيم في القانون الجزائري (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: أحكام اليتيم في الشريعة الإسلامية

اليتيم فرد عز القرآن الكريم جانبه بأحكام غاية في الدقة والأهمية، وجزء كل من يظن أنه مكرم بماله وعزم، فيجعله وهمه في حل من الالتزام بأداء حقوق اليتيم فيهينه ويذله، ولذلك يجب أن تدور العلاقة بين الأولياء واليتامى في دائرة الإكرام في القول والسلوك وفي رعاية حقوقهم بما يرضي الله. وأدائها إليهم بإحسان عندما يبلغون أشدتهم، وأن من يخرج في سلوكياته مع اليتامى عن دائرة الإكرام والإحسان فهو من العصاة، قال تعالى: وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمُسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنْبِ وَابْنِ

السَّيِّلِ وَمَا مَلَكْتُ أَيْمَانُكُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَنْ كَانَ مُخْتَالًا فَخُورًا<sup>1</sup> " وَقَالَ أَيْضًا " وَلَا تَقْرِبُوا مَالَ الْيَتَيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشْدَهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا<sup>2</sup> " .

و قبل التطرق إلى حقوق اليتيم في الشريعة الإسلامية لابد من التعرض أولاً وقبل كل شيء إلى تعريف اليتيم في الشريعة الإسلامية.

### المطلب الأول: تعريف اليتيم في الشريعة الإسلامية

كلمة اليتيم لها عدة معانٍ تختلف تبعاً لمحل استعمالها، لذا سنتناول التعريف اللغوي ثم الاصطلاحي في الشريعة الإسلامية.

#### الفرع الأول: التعريف اللغوي

اليتيم كلمة مشتقة من الفعل يَتِمُ واليتيم جمعه أيتام ويتامى، ونقول يتم الصبي بالكسر يتم يتاماً واليتيم في الناس من قبل الأب، وفي الحيوانات من قبل الأم. كما أن اليتيم من الجوادر الذي لا أخ له ومنه " درة يتيمة" أي لا أخت لها، وعند أهل اللغة اليتيم يأتي بمعنى الحقر والدفع، فإذا مات أبو الصبي فهو يتيم، وهو مدفون، أي يدفع ويُلْقَرُ والدفع هو صرفه أو أنه يصبح مهملاً. ولكلمة اليتيم في اللغة معنى الانفراد لا أحد له أو معه، واليتيم سمي يتيناً لأنفراده، وكل شيء انفرد فقد <sup>3</sup> يتم.

#### الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي

يقوم ابن العربي في أحكام القرآن الجزء الأول في اليتامي " هو عند العرب اسم لكل من لا أب له من الأدميين حتى يبلغ الحلم، فإذا بلغه خرج عن هذا الاسم وصار في جملة الرجال ".<sup>4</sup>  
لقد اتفق الفقهاء المسلمين مع علماء اللغة العربية، على أن اليتيم هو من فقد أباه ولم يبلغ مبلغ الرجال، فمن مات أبوه قبل بلوغه يسمى يتاماً، ولو مات الأب بعد بلوغ الصبي لم يكن يتاماً.

<sup>1</sup>-سورة النساء، الآية 36.

<sup>2</sup>-سورة الإسراء، الآية 34.

<sup>3</sup>-سامي رضوان الموسوي: "أحكام اليتيم في القانون العراقي والشريعة الإسلامية"، مقال منشور على الموقع التالي:  
[www.iraqja.org/researches.htm](http://www.iraqja.org/researches.htm)

<sup>4</sup>-مولاي ملياني: "حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية"، قصر الكتاب، البليدة، 1994، ص 329.

وكذا لو ماتت الأم قبل بلوغه لم يكن يتيما، وقد قال الرسول ﷺ: "لا يتم بعد الحلم" وقال تعالى:  
 ..... وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آتَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوهُ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: حقوق اليتيم في الشريعة الإسلامية

اليتامي صغار ضعاف فقدوا المعين، فاستحقوا عناء الإسلام، وأحاطهم الله بنصوص قرآنية وأحاديث نبوية تعظيم حقوقهم وحفظ أموالهم، وتفض على تربيتهم والاهتمام بهم، ففي القرآن الكريم ذكر اليتيم في ثلاثة وعشرين آية كريمة منها ثمانية آيات مكية وخمسة عشرة آيةمدنية. وبعض الكتاب المسلمين قسم الآيات إلى ثلاثة أقسام<sup>2</sup> كما يلي:

القسم الأول: بيان شمول اللطف الإلهي لليتيم.

القسم الثاني: بيان الحقوق الاجتماعية لليتيم.

القسم الثالث: بيان الحقوق المالية لليتيم.

### الفرع الأول: الحقوق الاجتماعية لليتيم

يمكن إجمال الحقوق الاجتماعية لليتيم فيما يأتي:

أ. العطف عليهم والشفقة بهم: ألزم الإسلام كل مسلم بالعطف والحنان والشفقة على اليتيم، ويعويضه عن حنان الأبوة، وذلك بالمسح على رأسه حيث قال رسول الله ﷺ "من مسح برأس يتيم كان له بكل شرة حسنة". كما أوصى بالتحدث مع اليتيم بكلام طيب والسؤال عن أحواله. وعدم التسبب في جرح مشاعره أو احتقاره مصداقاً لقوله تعالى: "فَأَمَّا الْيَتَيمُ فَلَا تَقْهِرْ"<sup>3</sup>.

ب. حق اليتيم في التربية والتعليم: يفضل الإسلام على كل متelligent برعاية يتيم على تربيته تربية حسنة وتعليمه تعليماً دينياً وعلمياً، وأن يفعل معه ما يفعل مع ولده من صلبه. قال سيدنا وتعالى: "وَلْيَخُشَّ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا حَافُوا عَلَيْهِمْ فَلَيَتَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-سورة النساء ، الآية 6.

<sup>2</sup>-سالم رضوان الموسوي، مقال سابق، منشور على نفس الموقع.

<sup>3</sup>-سورة الضحى، الآية 9.

<sup>4</sup>-سورة النساء، الآية 9.

ومعنى هذه الآية الكريمة هو أن يخشى الأولياء والأوصياء الذين يشرفون على اليتامي، كخشيتهم على ذريتهم الضعاف من بعد موتهم، فلا يأكلون أموالهم، ويدينون معاملتهم وتربيتهم وثقافتهم<sup>1</sup>.

**ج. النفقة والإطعام:** من حق اليتيم الذي ليس له مال، في الإنفاق عليه من طرف ذوي القربي الميسرين، ثم على الأغنياء من المسلمين، قال تعالى: "يَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنِفِّقُونَ قُلْ مَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ خَيْرٍ فَلِلَّهِ الدِّينُ وَالْأَقْرَبِينَ وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ إِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ"<sup>2</sup>.

فالإنفاق على اليتيم من إطعام وحاجات أخرى ضرورية واجبة على ذوي القربي فإن لم يوجدوا أو كانوا غير قادرين على الإنفاق عليهم، فعلى جميع المسلمين. إذن فلقد أمر القرآن الكريم بإطعام اليتامي وحضر على ذلك في كثير من الآيات ولفت أنظار الأغنياء إليهم، وحبب إليهم الجنة عن طريق الإطعام والإنفاق على اليتامي وهو ما أمر به الرسول كذلك حيث قال: "خير بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يسكن إليه، وشر بين في المسلمين بين فيه يتيم يساء إليه".

## الفرع الثاني: الحقوق المالية لليتيم

من حق اليتيم أن يحفظ ماله، وعدم العبث به إلى غاية بلوغه سن الرشد، قال تعالى: "وَلَا تَقْرِبُوا مَالَ الْيَتَامَى إِلَّا بِالْتَّقْيَى هِيَ أَحْسَنُ حَيَّى يَبْلُغَ أَشْدَهُ"<sup>3</sup>.

إن اليتامي صغار ضعاف فقدوا المعين، فاستحقوا من الله مزيد من العناية، ورحمة وكرامة، فمن عنياته بهم التذير من أكل أموالهم وجعل ذلك من كبائر الإثم حيث قال النبي الكريم في التذير من أكل مال اليتيم: "اجتنبوا السبع الموبقات" وذكر منها أكل مال اليتيم.

يلزم الإسلام أولياء اليتيم وأوصياءه. رعاية ماله رعاية تامة حيث قال تعالى "وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَأَكْسُوْهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا \* وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ أَنْسَتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبِرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمُعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَ بِاللَّهِ حَسِيبًا"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> مولاي ملياني، مرجع سابق، ص 333.

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 215.

<sup>3</sup> سورة الأنعام، الآية 152.

<sup>4</sup> سورة النساء، الآيات 5 و 6.

وقال أيضا : " وَأَتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَبَدَّلُوا الْحَبِيثَ بِالطَّيْبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِنَّهُ كَانَ حُبًّا كَبِيرًا " <sup>1</sup>. أي إنما عظيمـاـ.

فمن يتدبـر آيات القرآن الكريم الواردة في حقوق اليتامـىـ يجد أنها قد أولـتـ اهتماماـ بالغاـ وكـبـيراـ بالحقوق المـالـيةـ لـليـتـامـىـ، وـحدـدـ الإـسـلامـ قـوـاعـدـ حـمـاـيـةـ هـذـهـ الـحـقـوقـ، وـشـدـدـ بـكـلـ قـوـةـ عـلـىـ اـحـتـرـامـ هـذـهـ الـأـحـكـامـ تـكـلـتـ طـائـلـةـ عـقـوبـةـ الدـارـينـ مـنـ تـجاـوزـهاـ. حيثـ حـرـمـ الإـسـلامـ كـلـ فـعـلـ يـؤـديـ إـلـىـ تـبـدـيلـ مـالـ الـيـتـيمـ بـمـالـ أـقـلـ قـيـمـةـ، أوـ خـلـطـةـ بـمـالـ الـيـتـيمـ سـوـاءـ كـانـ وـصـيـاـ أوـ وـلـيـاـ، وـذـلـكـ بـنـيـةـ أـكـلـهـ فـيـ النـهاـيـةـ<sup>2</sup>. كماـ حـرـمـ الإـسـلامـ، أـيـضاـ تـبـذـيرـ مـالـ الـيـتـيمـ حـتـىـ يـنـفـذـ قـبـلـ أـنـ يـصـلـ الـيـتـيمـ إـلـىـ رـشـدـهـ.

ماـ أـسـمـىـ هـذـهـ الـمـفـاهـيمـ الـإـسـلامـيـةـ الـتـيـ يـدـعـواـ إـلـيـهـاـ الـإـسـلامـ فـيـ خـصـوصـ حـقـوقـ الـيـتـامـىـ، وـذـلـكـ منـ تـجـنبـ أـكـلـ أـمـوـالـهـمـ وـالـحـضـ علىـ كـفـالـهـمـ إـذـاـ كـانـواـ فـقـرـاءـ وـلـاـعـتـنـاءـ بـهـمـ وـتـرـبـيـتـهـمـ تـرـبـيـةـ دـيـنـيـةـ وـأـخـلـاقـيـةـ وـعـلـمـيـةـ رـفـيـعـةـ الـمـسـتـوـيـ وـمـعـاملـهـمـ مـعـاـمـلـةـ الـابـنـ الـحـقـيقـيـ.

### المبحث الثاني: كفالة اليتيم في القانون الجزائري:

لمـ يـعـرـفـ المـشـرـعـ الـجـزـائـريـ الـيـتـيمـ وـلـمـ يـتـرـفـقـ إـلـىـ حـقـوقـهـ عـلـىـ ذـكـرـ مـفـصـلـ عـلـىـ غـرـارـ ماـ فـعـلـتـ الشـرـيـعـةـ إـلـاسـلامـيـةـ. فـيـ الـمـعـاـمـلـاتـ الـمـدـنـيـةـ وـالـمـالـيـةـ يـعـاـمـلـ الـيـتـيمـ فـيـ الـقـانـونـ الـجـزـائـريـ عـلـىـ أـسـاسـ قـاـصـرـ، وـلـيـسـ لـهـ أـيـ خـصـوصـيـةـ فـيـ هـذـاـ الـمـجـالـ. أـمـاـ الـأـمـرـ الـذـيـ يـسـتـدـعـيـ الـوـقـوفـ عـلـيـهـ مـنـ الـجـانـبـ الـقـانـونـيـ فـيـ هـذـاـ الـمـقـامـ هـوـ مـسـأـلـةـ الـكـفـالـةـ الـمـنـصـوـصـ عـلـيـهـاـ فـيـ قـانـونـ الـأـسـرـةـ الـجـزـائـريـ، وـسـوـفـ نـتـنـاـوـلـ هـذـهـ النـقـطـةـ مـنـ نـوـاـحـيـ ثـلـاثـ وـهـيـ: شـرـوـطـ الـكـفـالـةـ، إـجـرـاءـاتـ الـكـفـالـةـ وـأـخـيـراـ آثـارـ الـكـفـالـةـ.

### المطلب الأول: شروط الكفالة

تمـاشـيـاـ مـعـ أـحـكـامـ الشـرـيـعـةـ إـلـاسـلامـيـةـ مـنـ التـبـنيـ قـانـونـاـ، لـكـنـ لـاـ الشـرـيـعـةـ وـلـاـ الـقـانـونـ مـنـعـ الـكـفـالـةـ كـمـ بـدـيـلـ لـمـ يـسـعـفـهـمـ الـحـظـ فـيـ إـنـجـابـ الـأـطـفـالـ. وـكـلـ أـيـضاـ بـالـنـسـبةـ لـوـضـعـيـةـ الـأـطـفـالـ الـأـيـتـامـ الـذـينـ لـمـ يـجـدـواـ أـحـدـ يـرـعـيـ شـوـؤـهـمـ.

ولـقـدـ وـرـدـ تـعـرـيفـ الـكـفـالـةـ فـيـ الـمـادـةـ 116ـ كـالـآـتـيـ: " الـكـفـالـةـ التـزـامـ عـلـىـ وـجـهـ التـبـرـعـ بـالـقـيـامـ بـولـدـ قـاـصـرـ مـنـ نـفـقـةـ وـتـرـبـيـةـ وـرـعـاـيـةـ قـيـامـ الـأـبـ بـاـبـنـهـ وـتـتـمـ بـعـقـدـ شـرـعيـ". نـلـاحـظـ مـنـ خـلـالـ هـذـاـ النـصـ أـنـ مـصـطلـحـ

<sup>1</sup>-سورة النساء، الآية 2.

<sup>2</sup>-مولاي ملياني، مرجع سابق، ص 332.

الكفالة ورد مقتربنا بكافالة ولد قاصر، وهذا بصفة عامة مما يعني أن الولد القاصر يندرج تندرته كذلك اليتيم، ومن ثم يمكن كفالة اليتيم بنفس الشروط والإجراءات التي نص عليها قانون الأسرة.

### **الفرع الأول: الشروط الخاصة بالكافل**

نصت المادة 118 من قانون الأسرة على أنه يجب أن يكون الكافل مسلماً وعاقلاً وأهلاً للقيام بشؤون المكفول، وقدراً على رعايته.

ولابد أن يتتجاوز سن الكافل سن المكفول، وأن يكون ذا مال حتى يقوم بالإنفاق على المكفول ولا فرق أن يكون الكافل رجلاً أو امرأة، وإذا أقبل أحد الزوجين على الكفالة، يتعين موافقة الزوج الآخر.

### **الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمكفول (اليتيم)**

لم يرد في قانون الأسرة أي شرط بالنسبة للمكفول، ولكن لا بأس من تحديد بعض الشروط الواجب توافرها في أية مكفول وهي:

- بالنسبة للسن فلم تحدد لنا المادة 116 الحد الأدنى أو الأقصى لسن المكفول فقد تكلمت عن الولد القاصر وبالرجوع إلى المادة 40 فقرة 2 من القانون المدني فالولد القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد وهي تسعة عشرة سنة كاملة.

- أما عن أصل المكفول فسبب ما تم التطرق إليه سابقاً فيمكن كفالة اليتيم بالإضافة إلى حالات أخرى للكفالة ككافالة اللقيط (مجهول النسب) أو كفالة ولد لديه أبويه ولكنهما عاجزين عن تدبير شؤونه.

### **المطلب الثاني: إجراءات الكفالة**

إن الطلب بممارسة الكفالة يمر على مرحلتين أمام القضاء.

### **الفرع الأول: الإجراءات الأولية**

هذه المرحلة توضح لنا التعبير عن إرادة والدة اليتيم أو المؤسسة الموجودة بها اليتيم على موافقتها للكافل في التكفل باليتيم موضوع الكفالة وذلك بتقديم الكافل طلب أمام القاضي الموجود بدائرته موطن أو إقامة اليتيم<sup>1</sup>.

### **الفرع الثاني: ثبيت الكفالة من القضاء**

يقدم الكافل عريضة افتتاح دعوى مرفقة بنسخة من التصريح بالموافقة من والدة اليتيم أو المؤسسة التي كانت تشرف عليه أمام القاضي المختص إقليميا وهو الذي يوجد بموطنه صاحب الطلب، وإن كان موطن الذي يطلب الكفالة خارج الجزائر، يرفع الطلب إلى القاضي الذي هو بموطنه المكفول. ومهمة القاضي هنا تنصب أساسا على التحقق من توافر الشروط المطلوبة قانونا في قيام الكفالة، ثم يصدر أمرا بإسناد الكفالة لطالبيها والأمر الذي يصدره القاضي هو غير قابل للطعن فيه ويسلم نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية ليتم تسجيله على هامش شهادة ميلاد الولد المكفول<sup>2</sup>.

### **المطلب الثالث: آثار الكفالة**

كما ورد في المادة 116 من قانون الأسرة فالكافالة تمثل في القيام بولد قاصر (يتيم) من نفقة وتربيته ورعايته، قيام الأب بابنه، وهذا يعني أن المكفول يعامل كابن للكافل، مما يرتب آثارا بالنسبة للمكفول وبالنسبة للكافل وهو ما سوف نتناوله في الفرعين الآتيين:

### **الفرع الأول: الوضعية القانونية للمكفول.**

- يعامل المكفول كالابن من طرف الكافل والذي يلتزم بالإنفاق عليه، وبتربيته ورعايته مثل ما هو معتمد في معاملة الأب لابنه.

1-أنظر المادة 117 من قانون الأسرة.

2-الغوثي بن ملحة: "قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء"، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 2008، ص

.172

- ينفق الكافل على المكفول إلى حين بلوغه سن الرشد إن كان ذكراً، أو إلى حين زواج البنت المكفولة، كما على الكافل أن ينفق على المكفول، إن كان عاجزاً حتى بعد بلوغ سن الرشد.
- الكفالة تخول للكافل الحق في تقاضي المنح العائلية والدراسية التي تصرف عادة للولد الأصلي<sup>١</sup>.

### الفرع الثاني: الوضعية القانونية للكافل.

- بمقتضى الكفالة تنتقل الولاية الشرعية للكافل، على نفس المكفول وعلى ماله<sup>٢</sup>.
- يتمتع الكافل بكل الصلاحيات التي تتصل بالولاية على النفس، من تربية المكفول ورعايته، كماله أن يدير أموال المكفول المكتسبة من الإرث أو الوصية أو الهبة.
- يجوز للكافل أن يوصي أو يتبع للمكفول بماله في حدوث الثالث، وما زاد عن ذلك فهو باطل وهو ما نصت عليه المادة 123 من قانون الأسرة.
- لقد نصت المادة 120 من قانون الأسرة على أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب. وإذا كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية.
- أخيراً يمكن أن ننوه عن نقطة مهمة فيما يخص عوارض الكفالة، بمعنى الأمور التي تستجد فتنهي الكفالة وهي في حالة طلب الأبوان أو أحدهما، رجوع الولد المكفول إلى ولايتهما، يخieri الولد في انضمامه إليهما إذا بلغ سن التمييز 13 سنة حسب المادة 40 ق م وإن لم يكن مميزاً، لا يسلم إلا بإذن القاضي، مع مراعاة مصلحة المكفول -المادة 124 قانون الأسرة-.
- في التخلí عن الكفالة، يجب أن يتم هذا أمام الجهة القضائية التي أقرت الكفالة، ويكون هذا بعلم النيابة العامة.
- في حالة وفاة الكافل، تنتقل الكفالة إلى ورثته، إذا التزموا بذلك، و إلا فعل القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة القضائية المختصة بالرعاية-المادة 125 قانون أسرة-.

1- انظر المادة 121 من قانون الأسرة.

2- انظر المادتين 121 و 122 من قانون الأسرة.

### خاتمة

بعد هذا العرض المبسط لأحكام اليتيم في الشريعة الإسلامية والتطرق لموضوع الكفالة في القانون الجزائري، نستنتج أن المشرع الجزائري لم يميز اليتيم عن غيره من الصغار القاصرين، بل أجمل أحكامه مع أحكام هؤلاء، كما لم نجد تعريفاً قانونياً لليتيم يكون مرجع يتم الركون إليه عند التعامل مع اليتيم. وهذا الأمر قد يؤدي إلى الاعتداء على حق اليتيم لأنعدام الضابط القانوني في تعريف اليتيم تعريفاً واضحاً وصرياً<sup>24</sup>، بخلاف الشريعة الإسلامية التي وضعت نظاماً دقيقاً لاحترام حقوق اليتيم وتوعّدت بالعقاب في حال مخالفته هذه الأحكام.

وعلى ضوء هذه الدراسة ارتأينا وضع التوصيات الآتية لعلها تساهم قليلاً في اكتساب اليتيم بعض الحقوق في التشريعات الوضعية التي غاب عنها حتى مصطلح اليتيم.

- منح اليتيم مع أولاد كافله مجانية التعليم والتأمين الصحي وكذلك تعهد الدولة بدفع نفقات الدراسة في المدارس الخاصة ذات القدرة والإمكانيات العالية في التعليم.
- منح كافل اليتيم وأسرته راتب يقابل رعايته للطفل اليتيم، بناءً على طلب الكفيل.
- تخصيص أرضية مجانية لمن يرغب في بناء مأهوم مع منه<sup>25</sup> امتياز الإعفاء الضريبي وإعفائه من كل قيود الاستيراد المتعلقة باستيراد المواد الالزمة لبناء مأهوم.
- تخصيص راتب شهري للطفل اليتيم حتى وإن كان في كنف أسرة تكفله وترعايه، من أجل تشجيع العمل على تقديم رعاية أفضل.

## الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات: أي فعالية في تحقيق النزاهة في العملية الانتخابية؟\*

**عراش نورالدين<sup>(1)</sup>**

<sup>(1)</sup> باحث دكتوراه، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، باتنة، الجزائر.

### **الملخص:**

الهيئة العليا لمراقبة الانتخابات (HIISE) هي المسؤولة عن رقابة الانتخابات في الجزائر، تم تأسيسها في 06 مارس 2016 م في إطار الإصلاح الانتخابي، ومقرها مدينة الجزائر تتشكل من 410 عضو نصفهم من كبار القضاة والنصف الآخر من المجتمع المدني و اختيارهم من بين الشخصيات الأكثر تأثيرا في الحياة الاجتماعية العامة، وتعامل التشكيلة مع الإدارة والإعلام والقوى السياسية. تم استحداث الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات في الجزائر من خلال المادة 194 في دستور 06 مارس 2016 م ويترأس هذه الهيئة شخصية وطنية يعينها رئيس الجمهورية، بعد استشارة الأحزاب السياسية. تسهر اللجنة العليا على شفافية الانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية وكذا الاستفتاء ونزاهتها، منذ استدعاء الهيئة الناخبة حتى إعلان النتائج المؤقتة للاقتراع.

فالرقابة المستقلة على الانتخابات، خاصة في الديمقراطيات الناشئة، تلعب دورا أساسيا في تعزيز الثقة العامة في العملية الانتخابية بكل، استنادا إلى طبيعتها، يجب ألا تخضع الرقابة المستقلة على الانتخابات، سواء المحلية أو الرئاسية، لأية سيطرة أو تأثير من قبل الإدارة أو أية سلطة أخرى، فيما عدا الضوابط الضرورية للتحقق من أصالة المراقبين، وحيادهم وأمنهم، وللحول دون قيامهم بتعطيل العملية الانتخابية.

### **الكلمات المفتاحية:**

الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، الحق في الانتخاب، الانتخابات الرئاسية، التشريعية.

---

\* تاريخ إرسال المقال 03/06/2018، تاريخ مراجعة المقال 12/07/2018، تاريخ نشر المقال 31/07/2018

## **Independent High Authority of Election Supervision in Algeria: its composition, its functions, and the future of the exercise of the right to vote by activated Summary:**

It was created in 2016 an Independent High Authority of Election Supervision in Algeria It is chaired by a national personality appointed by the President of the Republic, after consultation of political parties. The High Authority has a standing committee and deploys its members as soon as the electorate is summoned, the High Authority is composed on a parity of magistrates proposed by the Superior Council of the Judiciary, appointed by the Predecessor of the Republic; and independent skills selected from civil society, appointed by the Predictor of the Republic. The High Authority ensures the transparency and probity of the presidential, legislative and local elections and the referendum, from the convening of the electorate to the proclamation of the provisional results of the poll.

Independent monitoring of elections, especially in emerging democracies, plays a key role in promoting public confidence in the electoral process as a whole, depending on the nature, not subject to independent monitoring elections, whether local or presidential, control or effect by the administration or any other authority, with the exception of the necessary controls to verify the authenticity of the observers, their neutrality and security, and about without disrupt the electoral process.

### **Keywords:**

Independent High Authority of Election Supervision, right to vote, presidential, legislative elections.

## **Haute Instance Indépendante de Surveillance des Elections en Algérie : sa composition, ses fonctions, et l'avenir de l'exercice du droit de vote par activé.**

### **Résumé :**

Il a été créé en 2016 une Haute Instance Indépendante de Surveillance des Elections en Algérie Elle est présidée par une personnalité nationale nommée par le président de la République, après consultation des partis politiques La Haute instance dispose d'un comité permanent et déploie ses membres dès la convocation du corps électoral, La Haute instance est composée à parité de magistrats proposés par le Conseil supérieur de la magistrature, nommés par le Président de la république ; et de compétences indépendantes choisis parmi la société civile, nommées par le Président de la république . La Haute instance veille à la transparence et à la probité des élections présidentielles, législatives et locales et du référendum, depuis la convocation du corps électoral jusqu'à la proclamation des résultats provisoires du scrutin.

La surveillance indépendante des élections, en particulier dans les démocraties émergentes, jouent un rôle clé dans la promotion de confiance du public dans le processus électoral dans son ensemble, en fonction de la nature, ne doit pas faire l'objet d'un suivi indépendant des élections, qu'elles soient locales ou présidentielles, un contrôle ou un effet par l'administration ou toute autre autorité, à l'exception des contrôles nécessaires pour vérifier l'authenticité des observateurs, leur neutralité et la sécurité, et à propos sans faire de perturber le processus électoral.

### **Mots clés :**

Haute Instance Indépendante de Surveillance des Elections , droit de vote, les élections présidentiel, législative .

## مقدمة

تعتبر الانتخابات النزهة مؤشر هاما من مؤشرات التحول الديمقراطي، لذلك تحرص الدول الديمقراطية على نزاهة الانتخابات التي تفرز الممثلين الحقيقيين للأشخاص والبرامج التي وقع عليها اختيار الشعب، بيد أن نزاهة الانتخابات تتطلب توفر مجموعة من الشروط والميكانيزمات مثل وجود لجان مستقلة تشرف على الانتخابات.<sup>١</sup>

إن مراقبة العملية الانتخابية تعد أحد الشروط الضرورية لضمان انتخابات حرة ونزيهة، تتم وفقاً لأحكام القانون والإجراءات المتبعة والمنظمة للعملية الانتخابية ، ولما كان الانتخاب وثيق الصلة بحقوق الإنسان وحرياته<sup>٢</sup> ، أكدت الدساتير والمواثيق الدولية على كفالة حق الانتخاب وحمايته، بذلك يقع على المشرع تنظيم العملية الانتخابية تنظيماً دقيقاً، وإحاطتها بالضمادات التي تكفل إجراء انتخابات حرة ونزيهة تكرس الديمقراطية، وتمكن المواطنين من بسط إرادتهم واختيارهم بكل حرية، عبر صياغة نظام انتخابي فعال وعادل<sup>٣</sup>.

وقد عرف نظام الانتخابات في الجزائر مطلع سنة 2016 جملة من الإصلاحات تضمنت وضع آليات لضمان جدية ونزاهة العملية الانتخابية، من خلال العديد من الإجراءات أبرزها استحداث هيئة عليا مستقلة لمراقبة الانتخابات في ظل التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016 بغرض تعزيز المسار الديمقراطي<sup>٤</sup>.

أنشأت الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات Haute Instance Indépendante de Surveillance des Elections (HIISE) أو اختصاراً (des Elections Surveillance) بموجب المادة 194 من الدستور الجزائري 2016. الذي اعتمد يوم 07 أبريل 2016، وتحل محل اللجنة الوطنية القضائية للإشراف على الانتخابات، واللجنة الوطنية السياسية لمراقبة الانتخابات وبدأت تمارس مهامها بدءاً بالانتخابات التشريعية والمحلية عام 2017.

<sup>١</sup>- مصطفى بلعور، ( نحو نزاهة العملية الانتخابية من خلال ضمان قانون الانتخابات ) رقم 12/01، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، العدد 23، جوان 2015، ص. 56.

<sup>٢</sup>-حسينة شرون، دور الإدارة المحلية في مراقبة العملية الانتخابية، مجلة الاجتهد القضائي، العدد 6، بسكرة، ماي 2009، ص. 122.

<sup>٣</sup>-أحمد محروم، الإشراف القضائي على انتخابات النيابية في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الدستوري، السنة الجامعية 2014/2015، ص. 01.

<sup>٤</sup>-أنظر المادة 194 من القانون رقم 01-16 مؤرخ في 26 جمادي الأول لعام 1437 الموافق 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج رج ج عدد 14، الصادر في 27 جمادي الأول 1437 الموافق 7 مارس 2016.

وصدر القانون العضوي رقم 11-16 المتعلق بهذه الهيئة في 25 أوت 2016، بعد أن تمت المصادقة عليه من قبل غرفتي البرلمان (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة الجزائري).<sup>1</sup> يهدف القانون العضوي المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، إلى تجسيد مبادئ الدستور المتعلقة بالشفافية ومصداقية الانتخابات وتكريس دولة القانون وتعزيز التجربة الديمقراطية مع تدعيم الحقوق والحريات الفردية والجماعية.

كما يأتي استحداث هذه اللجنة تتيح لها لتجربة طويلة للجزائر في مجال تنظيم الانتخابات ومراقبتها وكذا الاستجابة للمقترحات البناءة التي عبرت عنها العديد من فعاليات المجتمع بمناسبة جولات المشاورات المنظمة بمناسبة مسار الإصلاحات السياسية.

ليس الهدف من الدراسة هو محاولة إبراز معالم تحولات المجتمع السياسي الجزائري عبر الحقل الانتخابي، بقدر ما تصبوا لرسم مواطن القوة التي تستحق التدعيم وموضع الهشاشة التي تتطلب العلاج في مجال المشاركة والمنافسة السياسيتين اللتين يعتبر النظام الانتخابي إطارهما الأساسي ومن هنا تبرز الإشكالية التالية :

هل أن نظام مراقبة الانتخابات الذي عرفته المنظومة القانونية الجزائرية عبر التعديل الدستوري الأخير، قد خلق فعلاً الإطار الملائم للمشاركة الانتخابية والمنافسة السياسية الذي سيسمح بالقول بوجود سياسة للفرد في تسخير شؤونه ومنافسه سياسية حرة ونزيهة ؟

لقد تم الاعتماد بشكل أساسي في إعداد البحث على المنهج الوصفي التحليلي، وذلك بغية إعطاء صورة واضحة عن نظام مراقبة الانتخابات الذي عرفته المنظومة القانونية الجزائرية عبر التعديل الدستوري الأخير من خلال جمع ما تعلق بها من معلومات وتحليلها و الوقوف على مختلف النصوص القانونية ذات العلاقة بالموضوع في محاولة الوصول إلى إجابة على ما تم طرحة من إشكالية.

### **المبحث الأول : النظام القانوني للهيئة العليا لمراقبة الانتخابات**

تم تحديد صلاحيات ومهام ومسؤوليات الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، وكذا تركيبتها، من خلال القوانين المتعلقة بالعمليات الانتخابية، ونجد في الديمقراطيات الناشئة بشكل خاص اهتمام كبير بتطوير إطار قانوني متكملاً يعمل على ضمان استقلالية ونزاهة العملية الانتخابية، وتعزيز مبادئ الاستقامة والمساواة في إدارتها، بالإضافة إلى دفعها بالأحزاب السياسية والمجتمع المدني والناخبين بشكل عام للمشاركة الكاملة والواعية في العمليات الانتخابية.

<sup>1</sup>-أ.د. عمار عباس، الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، مدونة القانون الدستوري الجزائري، جامعة بسكرة، الجزائر  
متوفّر على:

تعزيزاً لذلك صدر القانون العضوي المتعلق بالنظام الداخلي للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات<sup>1</sup> والذي يهدف إلى تحديد كيفيات عملها ويتضمن التزامات وحقوق أعضائها وصلاحيات رئيسها وتنظيم وسير مجلسها بالإضافة إلى تسطير الأطر العامة ليسر العملية الانتخابية وضمان نزاهتها.

عرف النظام الجزائري لأول مرة اللجان السياسية لمراقبة العمليات الانتخابية سنة 1995، وهذا بمناسبة أول انتخابات رئاسية حرة تجري في ظل التعددية السياسية<sup>2</sup>، وتختلف هذه اللجان جوهرياً عن الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، لأن هذه اللجان هي لجان خاصة (ah doc) تتبرى مهامها بمجرد انتهاء الموعد الانتخابي الذي أنشأت ب المناسبة، وكذلك من خلال الصبغة السياسية التي أضافت إليها من حيث المبدأ، والتي تلتمس في التسمية وفي التشكيلة التي قررها المشروع، هذه التشكيلة التي كان لها آثار واضحة على المهام التي أوكلت إليها.<sup>3</sup>

و عليه لا يمكن تقييم مدى فعالية دور هذه الهيئة العليا المستقلة إلا من خلال تشكيلتها (المطلب الأول)، ثم الصلاحيات المسندة إليها (المطلب الثاني).

#### **المطلب الأول : تشكيلة الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات**

الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات هي جهاز جديد في الجزائر، كرسها المؤسس الدستوري في المادة 194 من التعديل الدستوري 7 فبراير 2016 وتحل الهيئة محل اللجنة الوطنية القضائية للإشراف على الانتخابات، واللجنة الوطنية السياسية لمراقبة الانتخابات، تنص المادة 4 من القانون العضوي رقم 11-16 المتعلق بالنظام الداخلي للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات على أن الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات ترأسها شخصية وطنية تعين من طرف رئيس الجمهورية بعد استشارة الأحزاب السياسية، وت تكون - علاوة عن الرئيس- من 410 أعضاء، نصفهم قضاة والنصف الآخر يكون اختيارهم من بين الكفاءات المستقلة من المجتمع المدني.

<sup>1</sup>- القانون العضوي رقم 11-16 مؤرخ في 22 ذي القعدة 1437 الموافق 25 أوت 2016، المتضمن النظام الداخلي للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، ج ر عدد 50، الصادرة بتاريخ 25 ذو القعدة 1437 هجري الموافق 28 أوت 2016.

<sup>2</sup>- عبد المؤمن عبد الوهاب، النظام الانتخابي في التجربة الدستورية الجزائرية ، مقاربة حول المشاركة والمنافسة السياسية في النظام السياسي الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الإخوة متوري قسنطينة، السنة الجامعية 2006/2007، ص 145.

<sup>3</sup>- نفس المرجع، ص 145.

نشرت الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 5 ربيع الثاني 1438 الموافق 4 جانفي 2017 العدد 01، ثلاث مراسيم وقعتها رئيس الجمهورية، تخص أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات.

مرسوم رئاسي رقم 17-05 مؤرخ في 5 ربيع الثاني 1438 الموافق 4 جانفي سنة 2017 يتضمن تعيين القضاة أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، لتعيين 205 قاضيا في الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات تم اقتراحها من طرف المجلس الأعلى للقضاء.<sup>1</sup>

مرسوم رئاسي رقم 17-06 مؤرخ في 5 ربيع الثاني 1438 الموافق 4 جانفي سنة 2017 يتضمن تعيين الكفاءات المستقلة المختارة من ضمن المجتمع المدني أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، يتضمن تعيين 205 كفاءة مستقلة اختيرت من بين أفراد المجتمع المدني، من بينهم 9 شخصيات كفاءات وطنية و7 ممثلين عن الجالية الجزائرية في الخارج، أما بقية الأعضاء فتم اختيارهم حسب المرسوم وفق معيار التوزيع الجغرافي للولايات.<sup>2</sup>

مرسوم رئاسي رقم 17-07 مؤرخ في 5 ربيع الثاني 1438 الموافق 4 جانفي سنة 2017 يتعلق بنشر التشكيلة الاسمية للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، وتشكل هذه الهيئة من 410 أعضاء نصفهم قضاة، يقترحهم المجلس الأعلى للقضاء، والنصف الآخر كفاءات مستقلة من المجتمع المدني تمثل كافة الولاياتو الجالية الوطنية بالخارج، وكذا جميع فاعلي المجتمع المدني، ويرأس هذه الهيئة الوزير والسفير السابق عبد الوهاب دريال الذي نظمت رئاسة الجمهورية استشارة بشأنه مع الأحزاب قبل تعيينه.<sup>3</sup>

و حسب بيان لرئاسة الجمهورية، أن الرئيس وقع مرسوم لتعيين 205 قاضيا في الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات تم اقتراحهم من طرف المجلس الأعلى للقضاء، ومرسوم تعيين 205 كفاءة مستقلة اختيرت من بين أفراد المجتمع المدني، وقد تم اقتراح هذه الكفاءات المستقلة، من قبل لجنة خاصة تم تنصيبها بموجب القانون العضوي المنظم لعمل هيئة الانتخابات، برئاسة

<sup>1</sup>- مرسوم رئاسي رقم 17-05 مؤرخ في 4 جانفي 2017 يتضمن تعيين القضاة أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، ج ر عدد 01، مؤرخة في 5 ربيع الثاني 1438 الموافق 4 جانفي 2017.

<sup>2</sup>- مرسوم رئاسي رقم 17-06 مؤرخ في 5 ربيع الثاني 1438 الموافق 4 جانفي 2017 يتضمن تعيين الكفاءات المستقلة المختارة من ضمن المجتمع المدني من ضمن أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، ج ر عدد 1، مؤرخة في 5 ربيع الثاني 1438 الموافق 4 جانفي 2017 العدد 01.

<sup>3</sup>- مرسوم رئاسي رقم 17-07 مؤرخ في 5 ربيع الثاني 1438 الموافق 4 جانفي 2017 يتعلق بنشر التشكيلة الاسمية للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، ج ر عدد 1، مؤرخة في 5 ربيع الثاني 1438 الموافق 4 جانفي 2017 العدد 01.

المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي وأضاف أن "الكفاءات المستقلة التي تم اختيارها، لا تشمل المنتخبين ولا أعضاء أحزاب سياسية ولا من يشغل مناصب عليا في الدولة".

شرعت الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات في تنصيب أعضاء المداومات على المستوى المحلي وبالخارج في الفترة ما بين 08 إلى 16 فبراير 2017، حسب ما أفاد بيان لهذه الهيئة، وقد جاء تنصيب هؤلاء الأعضاء الذين تم انتدابهم بقوة القانون، بتعليمات من رئيس الهيئة عبد الوهاب دريال بعد اجتماع اللجنة الدائمة للهيئة قصد تنظيم عملية انتشار المداومات عبر التراب الوطني وفي الخارج وذلك على إثر صدور المرسوم الرئاسي المتضمن استدعاء الهيئة الناخبة للانتخابات التشريعية المقررة يوم 4 مايو 2017، ويوضح البيان. وكان رئيس الجمهورية قد وقع على المرسوم الرئاسي المتعلق باستدعاء الهيئة الناخبة لانتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني يوم 4 مايو 2017 معلنًا بذلك انطلاق مسار تشكيلة الغرفة السفلية للبرلمان لعهدة خمس سنوات.

تطلب عضوية الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات حسب نص المادة 07 من القانون العضوي رقم 11-16 المذكور أعلاه، أن يكون العضو من الكفاءات المستقلة من المجتمع المدني، وألا ينتمي إلى أي حزب سياسي، وألا يكون قد حكم عليه حكما نهائيا بالسجن، وألا يتولى منصبا من المناصب العليا في الدولة، وينبغي أن تكون الكفاءات المستقلة من المجتمع المدني ممثلة لجميع الولايات الجزائرية والجالية الوطنية بالخارج وكذا جميع فاعلي المجتمع المدني، ويحظر على أعضاء الهيئة المشاركة في جميع أنشطة الأحزاب، باستثناء الحالات التي يمارسون فيها مهمتهم الإشرافية المنصوص عليها.

و يتضمن كذلك القانون العضوي للهيئة العليا لمراقبة الانتخابات أحكاما ترمي إلى تكريس الاستقلالية المالية واستقلالية التسيير لهذه الهيئة، مع تخصيصها بنظام قانوني مستقل، تكريس استقلالية الهيئة العليا وحيادها وطابعها التمثيلي، من خلال تجسيد جملة من التدابير كالطبيعة القانونية التي تتمتع بها التي تعطيها الاستقلالية التامة في التسيير وكذا استقلاليتها المالية وهذا ما نصت عليه المادة 2 ."

#### **المطلب الثاني : صلاحيات الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات.**

لا يكفي التشكيل وحده من حيث صرامته ونزاهته لكي يضمن إدارة سليمة لهذه المرحلة الخامسة للعملية الانتخابية، بل أن الصلاحيات المخولة لهذه اللجان هي التي تدعم أو تضعف من دورها.

أدخل الدستور الجزائري بعد تعديله سنة 2016 في المادة 194 صلاحيات رقابية واسعة للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات قبل الاقتراع وأثناءه وبعده، ويحدد القانون العضوي رقم 11-16 المذكور أعلاه في المواد 12، 13 و 14 كيفيات تطبيق هذه المادة 194 من الدستور والمذكور أعلاه. حيث قبل الاقتراع تتکفل بمراقبة عملية مراجعة القوائم الانتخابية وضمان حق المترشحين في الحصول على هذه القوائم والتکفل الكامل بالتوزيع المنصف لوسائل الحملة الانتخابية للمترشحين. وأثناء عملية الاقتراع تتکفل هذه الهيئة بضمان حق المترشحين في حضور عمليات التصويت والتأكد من احترام توزيع أوراق التصويت والحرص على توفر هذه الأوراق وباقى العتاد الانتخابي وكذا التأکد من احترام الموقیت افتتاح واختتام مكاتب التصويت.

و بعد عملية الاقتراع، فإن هذه اللجنة تملك صلاحيات واسعة تمثل أساسا في التأکد من ضمان السير القانوني لعملية الفرز، وضمان للمترشحين لممارسة حقهم في تسجيل احتجاجاتهم بخصوص عملية الفرز، بالإضافة إلى ضمان حقهم في الحصول على نسخ المحاضر المتعلقة بالفرز. و قصد أداء أحسن لصلاحيتها حسب ما ينص عليه مشروع القانون العضوي المنشئ لها، تتمتع هذه الهيئة بجملة من الآليات تمكّنها من التدخل تلقائيا أو بناء على إخطار من أحد الأطراف المعنية بعملية الاقتراع كما تتمتع بسلطة اتخاذ القرارات ويمكنها عند الحاجة أن تطلب من النائب العام تسخير القوة العمومية<sup>1</sup>.

و قال الخبير القانوني الدكتور عبد الكرييم سورة إن 410 عضو المشكين للهيئة ستتوزع على المكاتب وتقسم مناصفة ولها الحق بالاستعانة بموثقين ومحضرین وبالضباط العموميين وأعضاء منها يعملون كذلك في التنظيم الداخلي للهيئة.<sup>2</sup>

## المبحث الثاني : تفعيل دور الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات من أجل تعميق حس المشاركة الانتخابية.

عرف المفكر Joseph Schumpeter "الديمقراطية على أنها" مجموعة من الإجراءات والمؤسسات التي يستطيع الأفراد من خلالها المشاركة في عملية صنع القرارات السياسية عن طريق التنافس في انتخابات حرة"، ولاشك أن الانتخابات تعتبر أهم الآليات والإجراءات لإنجاح أية تجربة ديمقراطية،

<sup>1</sup>- وكالة الإنباء الجزائرية، أخبار وطنية، الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات من أجل ضمان أكبر لنزاهة وشفافية العملية الانتخابية.

<http://www.algpress.com/article-61358.htm>

<sup>2</sup>- الدكتور عبد الكرييم سوير، المهام الموكلة للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، محور برنامج "ساعة نقاش" المصدر الإذاعة الجزائرية، الجزائر، يوم 29/01/2017 بتوقيت 13:14.

وعليه يبدو أنه هناك نوعا من التلازم بين مفهومي الديمقراطية والانتخابات، وكل محاولة للفصل بينهم تؤدي من الناحيتين العملية والنظرية.<sup>1</sup>

لقد أثار موضوع المشاركة الانتخابية اهتماما لدى الباحثين في علم السياسة والمجتمع السياسي، كونها أبرز صور المشاركة السياسية، التي تتم في إطار محدّدات وضوابط تفرضها بيئه النظام السياسي السائد، وعليه سيتم من خلال هذا البحث إبراز واقع المشاركة الانتخابية في الجزائر في المطلب الأول، ضوابط تفعيل دور الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات من أجل تعميق حس المشاركة الانتخابية في المطلب الثاني.

### **المطلب الأول: واقع المشاركة الانتخابية في الجزائر**

أضحى العزوف السياسي من ضمن أبرز الاختلالات العميقه التي تميز المشهد السياسي الجزائري بشكل لافت في كل استحقاق انتخابي، سواء على مستوى الانتماء للأحزاب السياسية أو الاهتمام بالشأن السياسي أو المشاركة في الانتخابات، حيث ان نسب المشاركة انخفضت في كل أنواع الانتخابات وربما يعود هذا الانخفاض إلى تكوين اتجاه سلبي نحو الانتخابات بشكل عام، وهكذا فإن الانتخابات هي نشاط موسي للمشاركة لا يتربّع عليها في العديد من الحالات تشكيل مؤسسات منتخبة تشريعية أو تنفيذية فاعلة ومؤثرة في الحياة السياسية. وتتجدر الإشارة إلى أن غياب أو ضعف القنوات الرسمية والفعالة للمشاركة السياسية ومنها المشاركة في العملية الانتخابية أدى في الغالب إلى نتيجتين تشكلاً عائداً أمام الانفتاح السياسي وترشيد الحكم، الأولى هي تزايد أعداد العازفين عن المشاركة في الحياة السياسية، والثانية هي تزايد اللجوء إلى الأساليب غير التقليدية للمشاركة السياسية مثل المظاهرات وأعمال الشغب والاضطرابات.<sup>2</sup>

و كذلك عجز السلطة الجزائرية على إعادة بعث الثقة للمواطن الجزائري بالعملية الانتخابية كوسيلة للتغيير السلمي من خلال الإصلاحات المتواالية التي باشرتها، هذه الثقة يكون قد فقدتها نتيجة الممارسات غير الديمقراطية التي شهدتها الاستحقاقات الانتخابية السابقة، والتي اعترفت السلطة الجزائرية بما شاهدها من تجاوزات وغياب الشفافية والنزاهة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>-يعي يمينة ، السلوك الانتخابي عند الشباب الجزائري- شباب مدينة وهران نموذجا- رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في مجال علم الاجتماع السياسي، قسم علم الاجتماع، جامعة وهران، السنة الجامعية 2013/2014، ص. 4.

<sup>2</sup>-سوقيات عبد الرزاق، إصلاح النظام الانتخابي لترشيد الحكم في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية وال العلاقات الدولية، تخصص رشادة وديمقراطية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم السياسية، جامعة متوري قسنطينة، السنة 2009-2010، ص. 171.

<sup>3</sup>-يعي يمينة، مرجع سابق، ص 260.

وعليه فإن إحكام الرقابة والإشراف على كل إجراءات العملية الانتخابية يعد ضماناً لنزاهتها ومؤشرًا على رشادة الحكم الديمقراطي التمثيلي، ومن ثم فإن إخضاع الانتخابات النيابية إلى إشراف فعال من شأنه ضمان سلامة تكوين المجالس المنتخبة وصدق تمثيلها، وتفعيل دورها الرقابي والتنموي، وبالتالي فإن الكشف عن قيمة التغيير الحاصل من تبني هيئة عليا مستقلة لمراقبة الانتخابات، لا يتأتى إلا بدراسة المنظومة القانونية لهذا الإشراف والواقع التطبيقي لها.

### **المطلب الثاني : ضوابط تفعيل دور الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات**

تتطلب تعقيدات الإدارة الانتخابية والمهارات الالزمة للقيام بمهامها أن تعهد مسؤولية الفعاليات الانتخابية لهيئة أو جهة محددة أو أكثر، ويمكن لتلك الجهات أن تتخذ أشكالاً وأحجاماً مختلفة، وكذا تسميات عده منها "لجنة الانتخابات"، "الإدارة العامة للانتخابات" "المجلس الانتخابي"، "وحدة الشؤون الانتخابية"، أو "مفوضية الانتخابات" إلخ ويستخدم مصطلح الإدارة الانتخابية للدلالة على الهيئة أو الجهاز أو مجموعة منها والمسؤولة عن إدارة العملية الانتخابية بغض النظر عن الترتيبات التنظيمية القائمة.<sup>1</sup>

الرقابة المستقلة للانتخابات هي تلك القائمة في البلدان التي تقوم على الإشراف على انتخاباتها هيئة مستقلة تعمل كمؤسسة منفصلة كلياً عن السلطة التنفيذية ولها ميزانيتها الخاصة بها والتي تقوم بإدارتها بشكل مستقل، وفي ظل هذا الشكل لا تتبع الهيئة المكلفة بمراقبة الانتخابات لأية جهة ولا تكون مسؤولة أمام أية وزارة أو إدارة حكومية، إلا أنها يمكن أن تكون مسؤولة أمام السلطة التشريعية (البرلمان) أو القضاء أو رئيس البلاد، ويمكن أن تتمتع الهيئة المستقلة بمستويات مختلفة من الاستقلالية الإدارية والمالية، ومستويات مختلفة من المسؤولية العامة عن نشاطها وتتألف الهيئة المستقلة من أعضاء لا يتبعون للحكومة أثناء عملهم في الهيئة الانتخابية. ونجد بأن الكثير من الديمقراطيات الناشئة قد اعتمدت هذا الخيار في تأسيس الإشراف على العمليات الانتخابية.

على الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات وحسب ما تم استنباطه من دليل المؤسسة الدولية للديمقراطية للانتخابات حول أشكال الإدارة الانتخابية (International IDEA ) يجب الحرص على قدرتها لضمان شرعية ومصداقية العمليات الانتخابية الواقع تحت مسؤوليتها، الأمر الذي يمكن تحقيقه من خلال الالتزام بمجموعة من المبادئ الأساسية في رقتها للعملية الانتخابية.

<sup>1</sup>- لأن وول وأخرون، أشكال الإدارة الانتخابية، ترجمة أيمن أيوب، دليل للمؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات- قسم المنشورات، سنة 2007، ص 23.

تشكل هذه المبادئ العامة الأساس في رقابة العملية الانتخابية حيث أنها تتحلى بأهمية مفصلية لضمان نزاهة العملية الانتخابية.<sup>1</sup>

و حسب دليل المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات حول أشكال الإدارة الانتخابية فإن هذه المبادئ الأساسية تمثل في :

**الاستقلالية :** ينطوي على مفهومين مختلفين، يتعلق الأول بالاستقلالية التنظيمية عن السلطة التنفيذية، بينما يدور الثاني حولاستقلالية العملية المطلوبة، والتي تتعلق بعدم خصوصها لأية مؤثرات في قراراتها، سواء من السلطة التنفيذية أو الجهات السياسية والحزبية الأخرى.

**الحياد :** لتحقيق نزاهة العملية الانتخابية ومصداقيتها وتعزيز أوسع مستويات القبول لنتائج الانتخابات، يجب على الإدارة الانتخابية أن تعمل ب الحياد تام بالإضافة إلى تنظيمها للفعاليات الانتخابية باستقلالية كاملة. بدون ذلك تكون نزاهة العملية برمتها عرضة للفشل، ويصبح من الصعب تعزيز الثقة بمصداقية العمليات الانتخابية، وخاصة من قبل الخاسرين فيها.

**النزاهة :** تعتبر الإدارة الانتخابية الضامن الأول لنزاهة وسلامة العملية الانتخابية، ويفع على أعضاءها والعاملين فيها المسؤولية المباشرة لضمان ذلك ويمكن تحقيق النزاهة بسهولة أكبر عندما تتمتع الإدارة الانتخابية باستقلالية عملية وسيطرة كاملة على كافة جوانب العملية الانتخابية.

**الشفافية :** تعتبر الشفافية كأحد مبادئ العمل السليم لكافة فعاليات وأنشطة الإشراف على العمليات الانتخابية ومن خلال العمل بشفافية تامة يسهل محاربة الفساد والاحتيال المالي والانتخابي، وقطع الطريق أمام أي انطباع حول وجود هذه الممارسات كما يمكنها ذلك من الوقوف بوجه أي تقصير أو نقص في المؤهلات أو أية ممارسات تفضيلية لصالح ميول سياسية ما، الأمر الذي يرفع من مستويات مصداقيتها وقد يمكن فرض العمل بمبدأ الشفافية من خلال النصوص القانونية، لأن بنص القانون على ضرورة قيام باطلاع الجمهور على تفاصيل فعاليات وأنشطتها بشكل منتظم.

**الكفاءة :** تنتظر الحكومة والجمهور بشكل عام استخدام الموارد المخصصة للانتخابات بحكمة وتوفير الخدمات الانتخابية بكفاءة عاليتين وفي الوقت الذي تراكم فيه الحلول التكنولوجية عالية الكلفة، وتعاظم فيه التطلعات لمزيد من الجهد فيما يتعلق بجوانب مكلفة من العملية الانتخابية، كمتطلبات التوعية والاعلام، يجب على الهيئة المستقلة توخي الحذر للتحقق من

<sup>1</sup>- آلان وول، المرجع السابق، ص 41

أن برامجها تخدم متطلبات الكفاءة الانتخابية بما يضمن استمراريتها، دون التنازل عن متطلبات النزاهة والحداثة.

المهنية: تنطوي إدارة العملية الانتخابية على مجموعة العناصر المتعلقة بالمهنية إذ أن تنفيذ كافة الأنشطة والإجراءات الانتخابية بحرص وبدقة تامة، بالإضافة إلى توافر إطار مؤهلة، تعتبر من العناصر الأساسية لتحقيق المصداقية في العملية الانتخابية، لذلك فعل الهيئة المستقلة التحقق من أن كافة كوادرها، الدائمة والموقتة على السواء، مدربة ومؤهلة على أفضل وجه، وبما يمكنها من تطبيق أعلى المعايير المهنية أثناء قيامها بتنفيذ مهامها الفنية فالتدريب المهني الجيد يعزز من ثقة الجمهور بأن العملية الانتخابية في أيدي آمنة.

الخدمة: لا تعتبر مسألة تقديم أفضل الخدمات الانتخابية الممكنة لكافه الشركاء الانتخابيين إحدى مسؤوليات الإدارة الانتخابية الرئيسية فحسب، بل هي واحدة من أهم مسببات وجودها لذلك يعطي تطوير الإدارة الانتخابية للمعايير التي تحكم كافة أعمالها وفعالياتها ونشرها على أوسع نطاق المحفزات لأعضائها وموظفيها على توفير خدمات ذات نوعية مميزة، بالإضافة إلى توفير مرجعية لتقييم أداء تلك الإدارة، وعادة ما ينص الإطار القانوني للانتخابات على بعض معايير الخدمة الأساسية، كما هو الحال في كندا، حيث ينص القانون على معايير تتعلق بتوفيق الخدمات كالحد الزمني للإعلان عن نتائج الانتخابات، أو إعداد سجلات الناخبين، أو توزيع بطاقات الناخبين، أو الإعلان عن مواقع ومراكز الاقتراع.

## خاتمة

يعتبر إحداث الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات في الجزائر خطوة أساسية تأتي دعماً لمبادئ الديمقراطية وبناء دولة القانون، إلا أن هذه التجربة تبقى تجربة حديثة العهد وفي بدايتها بالنظر إلى تاريخ إحداث هذه الهيئة.

و يظهر من خلال النظام القانوني لهذه الهيئة العليا المستقلة بعض الإيجابيات بداية من تنظيمها ويتضمن القانون العضوي والمنشئ لهذه الهيئة أحكاماً ترمي إلى تكريس استقلالية هذه الهيئة العليا وحيادها وطابعها التمثيلي من خلال تجسيد جملة من التدابير كالطبيعة القانونية التي تتمتع بها والتي تعطيها الاستقلالية التامة في التسيير وكذا استقلاليتها المالية. كما ينص المشرع على أن الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات يرأسها رئيس يتم اختياره من بين الشخصيات الوطنية بعد استشارة الأحزاب السياسية قبل تعيينه من طرف رئيس الجمهورية.

و لكن رغم ذلك تبقى مسألة الضمانات المقررة لاستقلالية الهيئة العليا المستقلة تعد غير كافية، بالنظر لبعض الجوانب التي تضعف استقلاليتها عن السلطات صاحبة الحق في التعيين

سواء بالنسبة للأعضاء أو بالنسبة للمؤسسة نفسها، إن دعم استقلالية هذه المؤسسة الدستورية وقوية فعاليتها (من حيث التنظيم) ينطلق أساساً من إحاطة الأعضاء بالضمانات الكافية وخصوصاً من حيث الجانب المادي لهم.

تحتاج هذه الهيئة لتطبيق بعض المبادئ العامة الأساسية في عملها، بما في ذلك استقلالية القرار والفعل، والحياد، النزاهة، الشفافية، الكفاءة، المهنية والخدمة، ويمكن تحقق هذه المبادئ في ظل هيئة مستقلة بشكل أفضل من الأشكال الأخرى لهذا من جهة، ومن جهة أخرى من المفيد جداً أن تضع الإدارة الانتخابية الضوابط التي تحكم طريقة عمل أعضائها وموظفيها وتصرفاتهم ويجب أن تتلاءم تلك الضوابط مع ما يمكن أن تنص عليه بهذا الخصوص النصوص الدستورية والقانونية، كما ويمكنها أن تأتي مكملة لها وعادة ما يتم اعتماد الضوابط من خلال إقرار مدونة السلوك والتي يفرض على كافة أعضاء وموظفي الإدارة الانتخابية توقيعها، في تمكين الإدارة الانتخابية من الحفاظ على مبادئ النزاهة الانتخابية وأخلاقياتها، والحياد، وتحقيق المعايير المهنية والخدماتية المطلوبة.