مجلة الدراسات الحقوقية

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

العدد الثالث جوان 2015

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

ISSN / 2392-4985

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

مجلة الدراسات الحقوقية

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

العدد الثالث جوان 2015

مدير المجلة / الدكتور أسود محمد الأمين (مدير المخبر)

رئيس التحرير / الدكتور ساسي محمد فيصل

الهيئة العلمية للمجلة

د / أسود محمدالأمين / جامعة سعيدة/الجزائر (رئيس الهيئة العلمية للمجلة).

د / منادي مليكة – جامعة سعيدة / الجزائر .

د / بوكلي حسن شكيب – جامعة سعيدة / الجزائر .

د/ بدري مباركة – جامعة سعيدة / الجزائر .

د/ ساسي محمد فيصل – جامعة سعيدة / الجزائر.

د / هامل هواري– جامعة سعيدة / الجزائر .

د/ مغربي قويدر – جامعة سعيدة / الجزائر .

أ د / بن سهلة ثاني بن علي – جامعة تلمسان/الجزائر.

د/ رواب جمال– جامعة خميس مليانة/ الجزائر.

أ د / بن حمودة ليلى– جامعة الجزائر 1 / الجزائر.

أ د / سنيني محمد– جامعة البليدة 2 / الجزائر.

د/ نواري أحلام – جامعة سعيدة / الجزائر .

د/ عمارة فتيحة – جامعة سعيدة / الجزائر .

أ د / مازن ليلو راضي - جامعة دهوك / العراق .

أ د / رايس محمد– جامعة تلمسان /الجزائر.

أ د / البقيرات عبد القادر– جامعة الجزائر /الجزائر.

د/ كيحل كمال - جامعة أدرار /الجزائر .

أ د / بوسلطان محمد – جامعة وهران /الجزائر.

أ د / فوزي أوصديق- جامعة قطر/ قطر .

أ د / محمد حاتم بيات– جامعة دمشق /سوريا.

د/ الزين ميلوى - جامعة سيدي بلعباس /الجزائر .

أ د / أمل يازجي يعقوب – جامعة دمشق / سوريا. د/ مخلوفي عبد الوهاب - جامعة باتنة /الجزائر.

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

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

أ د / بلقاسم أحمد – جامعة البليدة / الجزائر. د/ حسيني مراد – جامعة بشار / الجزائر.

أ د / بن عيشة عبد الحميد– جامعة الجزائر 1 / الجزائر. د/ إلياس نعيمة – جامعة سعيدة / الجزائر .

د/ عثماني عبد الرحمن– جامعة سعيدة / الجزائر. د/ محداوي عبد القادر- جامعة ورقلة / الجزائر.

د/ حمداوي محمد – جامعة سعيدة / الجزائر . د/ ثابتي بوحانة – جامعة سعيدة / الجزائر .

د/ عصموني خليفة– جامعة سعيدة / الجزائر . د/ باسود عبد المالك– جامعة سعيدة / الجزائر .

أ د/السيد مصطفى أحمد أبو الخير- بجامعة عمر المختار- ليبيا د/ بقدار كمال – جامعة معسكر / الجزائر.

د/ نابي عبد القادر– جامعة سعيدة / الجزائر . د/ سعيدي بن يحي – جامعة سعيدة / الجزائر .

د/مراح نعيمة - جامعة سعيدة / الجزائر . د/جعفري نعيمة- جامعة سعيدة / الجزائر .

هيئة تحرير المجلة

الدكتور ساسي محمد فيصل – جامعة سعيدة / الجزائر (رئيس التحرير).

الدكتور عصموني خليفة – جامعة سعيدة / الجزائر .

الأستاذة فصراوي حنان – جامعة سعيدة / الجزائر .

الأستاذة خاطر خيرة – جامعة سعيدة / الجزائر .

الأستاذ خرشي عمر معمر – جامعة سعيدة / الجزائر .

الأستاذ بلخير طيب – جامعة سعيدة / الجزائر.

الأستاذ دويني مختار – جامعة سعيدة / الجزائر.

الأستاذة سويلم فضيلة – جامعة سعيدة / الجزائر.

الأستاذة دلال مولاي ملياني – جامعة سعيدة / الجزائر.

مجلة الدراسات الحقوقية

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

شروط النشر في مجلة الدراسات الحقوقية

- ✓ تختص المجلة بنشر المقالات والبحوث في مختلف الفروع القانونية بالشروط التالية :
- ✓ احترام القواعد الشكلية والموضوعية والعلمية للنشر.
- ✓ كتابة الورقة البحثية بأسلوب علمي وأكاديمي.
- ✓ لا تقبل إلا الأبحاث التي لم يسبق نشرها و التي لا تكون جزءا من رسائل الدكتوراه أوالماجستير.
- ✓ تكتب الورقة البحثية بنظام " الورد" Word2003 على أن تبعث عبر البريد الالكتروني للمجلة أو إلى العنوان البريدي مع إرسال المقال في قرص مضغوط مصحوب بنسختين على ورقة **4** a.
- ✓ تكتب البحوث باللغة العربية بنسق كتابة **Traditional Arabic** مقياس **16.** أما باللغة الفرنسية فبخط **Times New Roman** مقياس **12.** مع ترك فراغ بين الأسطر قدره **1.15** ، وفراغات جوانب الصفحة **2.5** سم ،وألا يتجاوز عدد صفحات المقال **15** صفحة.
- ✓ أن يكون التهميش في آخر المقال وأن يكتب بشكل عادي غير أوتوماتيكي.
- ✓ يتبع عنوان المداخلة باسم ولقب الباحث. و رتبته العلمية. والمعلومات الشخصية الخاص به والضرورية من : "عنوان المؤسسة المستخدمة. البريد الالكتروني ورقم الهاتف "

- ✓ البحوث تخضع للتحكيم العلمي بحيث تفحص من طرف هيئة علمية متخصصة ولها أن تقبل البحث أو ترفضه ،حسب أهميته وقيمته العلمية أو تطالب صاحب البحث بإجراء التعديلات اللازمة.
- ✓ البحوث المنشورة لا تعبر إلا عن أراء أصحابها.

توجه جميع الأعمال والمراسلات إلى العنوان التالي:

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

كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة الدكتور الطاهر مولاي – سعيدة

ص ب 138 حي النصر – سعيدة

البريد الالكتروني: revetudesdroit@gmail.com

مجلة الدراسات الحقوقية

مجلة محكمة وأكاديمية متخصصة تصدر عن :- مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية و النصوص الوطنية وواقعها في الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة الدكتور الطاهر مولاي - سعيدة

العدد الثالث **جوان 2015**

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
أحكام جريمة الحريق في القانون العراقي الدكتور : سامان عبدالله عزيز- كلية القانون – جامعة كوية - العراق الدكتور: محمد معروف عبدالله - كلية القانون – جامعة صلاح الدين- العراق	09
الإطار المفاهيمي لتجمع الشركات في القانون الجزائري الأستاذة: حورية سويقي / جامعة أبو بكر بلقايد/ تلمسان	57
الإشكالات التي خلفتها عقود الشهرة وآليات فض منازعاتها الأستاذة : سماعيني هاجر/ المركز الجامعي بالبيض	83
التنفيذ الجبري للغرامة في التشريع الجزائري دراسة مقارنة مع التشريع الفرنسي الأستاذة : حياة يحياوي / جامعة عبد الحميد بن باديس/ مستغانم	103
طبيعة الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان وصعوبات تنفيذه الدكتور: حساني خالد /جامعة عبد الرحمان ميرة/ بجاية	133

153	**حماية الحق في السلامة الجسدية أثناء الظروف الاستثنائية** الأستاذة : فصراوي حنان/ جامعة د. الطاهر مولاي / سعيدة
176	**حقوق المشتبه فيه عند اللجوء إلى إجراءات البحث والتحري الخاصة .** الدكتور: وعلي جمال / جامعة أبو بكر بلقايد/ تلمسان
187	**Le tourisme et la sécurité** **Souilem Leila / Université de Dr. Tahar Moulay Saida**

افتتاحية العدد الثالث

بسم الله والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، أما بعد :

بعد موسم جامعي ثري بالتّظاهرات العلمية المتنوعة التي نظمها مخبر **" حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنّصوص الوطنية وواقعها في الجزائر "** ، والتي نشطها نخبة من الأساتذة والباحثين من مختلف ولايات الوطن ، هاهو اليوم يختتم هذا الموسم بإصدار العدد الثالث من مجلته **" الدراسات الحقوقية "** قصد التواصل مجددا مع قرائها الكرام ، لتضع بين أيديهم عدد جديد يشمل مجموعة من البحوث القانونية المتنوعة حرصا منها على إثراء البحث العلمي .

ورغم أن هذه المجلة لازالت فتية إلاّ أن ميلادها يعد في حد ذاته تحديا ، فقد حاولت – في سبيل تبليغ رسالتها النبيلة – أن تحقق حركة في مجال البحث العلمي لدى الباحثين حتى تكون أرضية خصبة للعطاء العلمي ، لذلك فهي تهتم بالتنوع والتجديد في الدراسات والبحوث القانونية قصد الحفاظ على مستوى معين تهدف إلى تحقيقه من جهة ، ومن جهة ثانية تحرص على أن تبقى على تواصل دائم ومستمر مع قرائها ومحبيها الذين تسعى إلى إرضائهم بما تقدمه من أعمال علمية .

لذلك أملنا أن تخطو هذه المجلة خطوات ثابتة في بناء البحث العلمي وأن تحقق سمعة علمية طيبة في السّاحة القانونية ، ولكن لن يتحقق ذلك إلاّ بفضل مشاركة الباحثين الذين تساهم أقلامهم في إثراء صفحاتها وكذا بفضل تواصل القراء وتفاعلهم معها ، وبناء على ذلك نرجو أن لا تبخلوا علينا بمشاركاتكم واقتراحاتكم التي تساهم في خدمة العلم والمعرفة .

وفي الختام ، نسأل الله عز وجلّ في هذا الشهر الفضيل أن يجازي خيرا كل من كان له الفضل في صياغة هذا العمل العلمي وإخراجه في شكله المادي إلى القراء ، وأخص بالذكر الأساتذة الباحثين الذين شاركوا ببحوثهم المنشورة في هذا العدد ، أعضاء الهيئة العلمية وأعضاء هيئة تحرير المجلة ، فلكل هؤلاء خالص الشّكر والثّناء والتقدير . والحمد لله رب العالمين .

الدكتورة: بدري مباركة / رئيسة فرقة بحث

أحكام جريمة الحريق في القانون العراقي (1)

بقلم الدكتور : سامان عبدالله عزيز
كلية القانون – جامعة كؤية - العراق
الدكتور: محمد معروف عبدالله
كلية القانون – جامعة صلاح الدين- العراق

أَيَوَدُّ أَحَدُكُمْ أَن تَكُونَ لَهُۥ جَنَّةٌ مِّن نَّخِيلٍ وَأَعْنَابٍ تَجْرِى
مِن تَحْتِهَا ٱلْأَنْهَٰرُ لَهُۥ فِيهَا مِن كُلِّ ٱلثَّمَرَٰتِ وَأَصَابَهُ ٱلْكِبَرُ
وَلَهُۥ ذُرِّيَّةٌ ضُعَفَآءُ فَأَصَابَهَآ إِعْصَارٌ فِيهِ نَارٌ فَٱحْتَرَقَتْ كَذَٰلِكَ
يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمُ ٱلْءَايَٰتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ ﴿٢٦٦﴾ (2)

المقدمة : الحريق من الجرائم التقليدية القديمة التي أشارت إليها القوانين الوضعية والشرائع السماوية(3)، ويرجع اختيارنا لهذا الموضوع إلى أن هناك افتقار فقهي في دراسة هذه الجريمة، ومن الناحية العملية كثرت الحرائق في العراق بعد عام (2003)، وعند رجوعنا إلى الأحكام القضائية نجدها نادرة فيما يخص الحكم في جرائم الحريق بسبب الغموض الذي يشوب ظروف ارتكابه، كما وجدنا نقصاً في التشريع العقابي العراقي الحالي بصدد تشديد العقوبة في حالة وقوع الجريمة في المنشأة النفطية والأنابيب الناقلة للنفط، وأخيراً يخلو التشريع الخاص بالإرهاب في العراق وإقليم كوردستان من الإشارة الصريحة إلى هذه الجريمة كوسيلة يستخدمها المجرمون في تنفيذها.

نتناول بحث هذه الجريمة في مبحثين: نخصص المبحث الأول لدراسة تعريف الجريمة وأركانها، وسوف ندرس فيه في فقرتين تعريف الجريمة ثّم بيان أركانها. أّما في المبحث الثاني فنخصص لعقوبة هذه الجريمة، ودراسة العقوبة

توجب علينا تقسيم هذا المبحث إلى مطالب أربعة، حيث نشير في المطلب الأول إلى عقوبة هذه الجريمة العادية، ثّم نتطرق في المطلب الثاني إلى حالات تشديد عقوبة هذه الجريمة، أّما المطلب الثالث فيخصص لبيان حالات الإعفاء من العقاب في هذه الجريمة.

المبحث الأول: تعريف جريمة الحريق وأركانها

تنص القوانين العقابية كافة على جريمة الحريق لأنها تمثل خطراً على حياة المواطنين وممتلكاتهم، وعند اطلاعنا على القسم الخاص من قانون العقوبات في كل دول العالم نجدها يضم عدد كبير من الجرائم (أكثر من 200 جريمة)، ويقوم المشرع بتوزيع وتقسيم هذه الجرائم إلى مجموعات معينة، حيث تعتبر جريمة الحريق من الجرائم الخطر العام بسبب الآثار الجسيمة الغير محددة التي ينتج عنها، فمحدث الحريق لا يستطيع أن يحصر آثار هذه الجريمة، لذلك سنتناول هذا المبحث في مطلبين، نخصص الأول لتحديد معنى هذه الجريمة أّما الثاني نبيّن فيه طبيعة جريمة الحريق.

المطلب الأول: التعريف بالجريمة :من أجل بيان معنى الحريق لابدّ من الإشارة إلى المقصود به لغةً ثّم نوضح موقف القوانين العقابية من الوسيلة المستخدمة في ارتكاب هذه الجريمة وأخيراً نأتي إلى بيان تعريفنا المفضل لجريمة الحريق.

أولاً: المعنى اللغوي للحريق: لو رجعنا إلى القواميس العربية نجد أن كلمة حرق: الحَرق بالتحريك النار والحَرقُ من حرق النار وأحرَقَته النار وحرقته فاحْتَرق وتَحرق الشيء بالنار واحترق والاسم الحرقةُ والحريق. والحرق والحريق:

إضرام النار وتحرقها والحروق: ما يقدح به النار. والحُواق والحُراقة ما تقع فيه النار عند القدح. والحريقُ: ما أَحرق النبات من حَرٍّ أو برد أو غير ذلك من الآفات(4). والحارقة:لنار لذا يقال القى الله الكافر في حارقته أي في ناره . والحراق من يفسد في كل شيء. ونارٌ حراق لاتبقى شيئاً أي تحرق كل شيء والحرقة بالضم أسم من الاحتراق كالحريق لقوله تعالى في سورة البروج – الآية 10 " فلهم عذاب جهنمَّ ولهم عذابٌ حريق" والتحريق: تأثير النار في الشيء وأحترقت أي هلكت(5).

*/ باللغة الانكليزية.الحريق في اللغة الانكليزية (Burn) هي جريمة تعني (الحرق الجنائي) تستخدم (common law) في القانون العام الانكليزي وتعني (إضرام النار في ممتلك أو مسكن أو مبنى يعود لشخص آخر) (6).

ويذهب بعض في اللغة الانكليزية إلى تعريف جريمة الحريق بأنها جريمة ترتكب عن قصد (بسوء نية) بأشغال النار في المباني أو المناطق البرية (الخارجية) أو السيارات أو غيرها من الممتلكات بقصد الإضرار، ويمكن أن تقوم هذه الجريمة في حالة إحراق الشخص بنفسه لممتلكاته بقصد الحصول على تأمينات(7).

ويرى بعض من الفقهاء الانكليز إلى أن جريمة الحريق هي قيام المتهم بإشعال النار بقصد جنائي ضد مبنى أو ممتلكات شخصية لآخر، حيث يصعب في كثير من الأحيان الكشف عن ملابسات هذه الجريمة(8).

ثانياً: التعريف القانوني للحريق.

لم تتفق القوانين العربية على استخدام مصطلح واحد للتعبير عن البدء بهذه الجريمة ويمكن أن نقسم اتجاهات التشريعات العربية إلى أربعة:-

1- القوانين التي استخدمت لفظة (كل من أضرم) وهي غالبية في التشريعات العربية ..... حيث ذهب المشرع البحريني في تعريفه لجريمة الحريق إلى استخدام مصطلح "كل من أضرم النار"(9) وكذلك الأردني أشار إلى مصطلح (كل من أضرم النار) (10). وذهب نفس الاتجاه قانون الجزاء العماني، حيث استخدم مصطلح "كل من أضرم النار"(11) وكذلك ذهب قانون العقوبات القطري إلى استخدام مصطلح "كل من أضرم النار عمداً"(12) وذهب نفس الاتجاه كلاً من القانون العقوبات اللبناني(13) وكذلك قانون العقوبات الفلسطيني إلى استخدام مصطلح "كل من أضرم النار" م/414 وكذلك أشارت المادة/415 من هذا القانون إلى "من يضرم النار".

2- وهناك من التشريعات العقابية العربية من أشارت إلى مصطلح "من أوقد النار"، حيث ذهبت قانونين عربيين إلى استخدام هذا المصطلح عند بيانها لأحكام جريمة الحريق، حيث أشار قانون العقوبات المغربي في تعريفه لجريمة الحريق "من أوقد النار"(14) ونصّ قانون العقوبات التونسي إلى قيام جريمة الحريق في حالة "أيقاد النار" "أوقد النار"(15) .

3- أشارت بعض التشريعات العربية إلى مصطلح "كل من وضع النار" عند تعريفه لجريمة الحريق.حيث بيّنت قانون العقوبات الجزائري في المادة 395، 396 إلى "كل من وضع النار عمداً" وبيّن قانون الجزاء الكويتي أنّ جريمة الحريق توجد عند قيام شخص بوضع النار(16)وبيّن قانون العقوبات الليبي أنّه "كل من وضع النار عمداً"(17) وأشار قانون العقوبات المصري إلى

قيام جريمة الحريق عندما نصّ "من وضع النار عمداً"(18)وأخيراً بيّن المشرع الجزائري أنّه يقوم جريمة الحريق في حالة وضع النار عمداً(19).

4- ذهب المشرعان العقابيان في كل من السودان واليمن إلى استخدام " إشعال النار" حيث بيّنت المادة/12 من قانون العقوبات السوداني استخدام كلمة "إشعال النار"(20)وبيّن المشرع اليمني أنّه "من أشعل حريقاً"(21) .

*/ موقف المشرع العراقي/ هناك اختلاف وتباين بين قانون العقوبات العراقي حول استخدام مصطلح واحد عند قيام جريمة الحريق، حيث ذهب قانون العقوبات البغدادي إلى استخدام مصطلح " من وضع النار" (22) أماّ المشرع في قانون العقوبات العراقي النافذ فلم يتفق على مصطلح واحد في كل نوع من أنواع الحريق فهو يستخدم "كل من أشعل النار عمداً" عند قيام جريمة الحريق العمد(23). ولكن المشرع العراقي لم يستخدم هذا المصطلح عند بيانه لأحكام جريمة الحريق الخطأ، حيث أشار إلى جريمة الحريق خطأ عندما نصّ "كل من تسبب في خطئه إحداث الحريق في مال منقول أو غير منقول .....)، وعليه أستخدم المشرع العراقي مصطلح "أحداث الحريق عند قيام جريمة الحريق خطأ.

ثالثاً: التعريف الفقهي للحريق.تجنب الفقه الجنائي وابتعد شراح قانون العقوبات العرب عن إعطاء مفهوم واضح لهذه الجريمة. والسبب في ذلك يعود إلى أنّ التشريعات العقابية العربية حددت ما يقع فيه الحريق، وكذلك لم يبين الاجتهاد القضائي (القرارات الصادرة من محكمة التمييز) المقصود بهذه

الجريمة بل وقفت عند ظروف والوقائع المحيطة بالحريق، ومدى تطابق الوقائع مع النصوص القانونية المحددة لكل جريمة حريق بشكل منفرد(24).

ومثال على ذلك ما ذهبت إليه محكمة التمييز في إقليم كوردستان، حيث بيّنت هذه المحكمة (.... قرار المحكمة صحيح وموافق للقانون لتحصل أدلة قانونية ومقنعة ومعتبرة بحقها تصلح أن تكون سبباً للإدانة ..... لأنّ الفقرة 1 من المادة342 عقوبات هي المنطبقة على الفعل الجرمي المرتكب لأنّ مكان الحريق يقع في منطقة سكنية وثبت أنّ الحريق نشب عمداً ومن شأنه تعريض حياة الناس وأموالهم للخطر) (25).

* تعريفنا لجريمة الحريق.

ويجب علينا إعطاءتعريف لهذه الجريمة يبيّن إلى مكوناتها وعليه لابدّ من الإشارة إلى الأمور الآتية:-

1- الفعل المادي في جريمة الحريق (الإلهاب أو الإشعال).

2- النتيجة: أن ينجم عن الاحتراق خطر وضرر جسيم، وعليه لا وجود لجريمة الحريق عند تفاهة أو ضئالة الضرر الناجم عن هذه الجريمة، وقد بيّنت المشرع العقابي الليبي أنّه (... لا جريمة إذا نشأ عن الفعل ضرر تافه) (26) .

3- الركن المعنوي: أنّ هذه الجريمة غالباً ما تقع بشكل عمدي، ويجب توافر القصد المتعدي إلّا أنّ ذلك لا يمنع من حدوث جريمة الحريق عن طرق الخطأ(27).

نخلص مما تقدم أنّه لابدّ من اجتماع العناصر الثلاثة السابقة. أمّا عقاب هذه الجريمة فهو أمّا جناية أو الجنحة فلا يمكن أن نتصور المسؤولية عن الحريق واعتبارها من المخالفات.

وعليه سوف نعرض تعريفنا المختار لجريمة الحريق: "الحريق: هو إلهاب النار في مادة قابلة للاشتعال بشكل عمدي أو عن طريق الخطأ إذا كان من شأنِه تعريض حياة الآخرين أو أموالهم لضرر جسيم".

نعتقد أنّ كلمة "إلهاب النار" التي جاءت في المادة/295 من قانون العقوبات العراقي أفضل من كلمة "إشعال النار" التي نصت عليها المادة/342، أو كلمة "أحداث النار" ألتي أشارت إليها المادة/343 من قانون العقوبات العراقي النافذ.

علماً بأنّ هناك مادتين تنصان صراحةً على "الإلهاب"، حيث أشارت المادتين من قانون العقوبات العراقي النافذ إلى مصطلح المواد القابلة للالتهاب.: -

أ- نصّت المادة/348 من قانون العقوبات إلى (..... مواد قابلة للالتهاب).

ب- بيّنت المادة/342 من قانون العقوبات العراقي النافذ في فقرتها/2- ج (1 – يعاقب .... 2- ..... ج- مستودع للوقود أو المواد القابلة للالتهاب والمفرقعات).

المطلب الثاني: أركان جريمة الحريق.

الفرع الأول: الركن المادي (الإشعال أو الإلهاب).

القاعدة العامة في المجال الجنائي هي لا جريمة بلا سلوك مادي، وعليه فالنشاط الإجرامي هو العنصر المهم في قيام كل جريمة(28) ويقسم الفعل الجرمي إلى نوعين إيجابي وسلبي(29).

وبالنسبة لجريمة الحريق سواءً كان عمدية أو خطئية توجب قيام الجاني بفعل إيجابي، لذا لايمكن أن تقع هذه الجريمة بطريق الترك. وعليه لابدّ من الإشارة إلى مسائل كثيرة تخص الركن المادي منها بيان وسيلة الإلهاب ثّم أنواعه - الحريق المباشر وبالتوصيل – ثّم بيان الوقت الذي يتم فيه الحريق، ثّم التطرق إلى نوع الشيء المحرق بالإضافة إلى بيان الشروع في الحريق ثّم العدول عن الحريق.

أولاً: وسيلة الحريق. لا يعتد القانون العقابي في كثير من الجرائم كيفية القيام بالفعل الجرمي، أي لا يشترط لارتكاب الجريمة طرق محددة(30). لذا لاتهم الوسيلة ألذي استخدمت في أحداث الحريق، فقد يكون بإلقاء كبريت مشتعل أو فتيل مشتعل أو حتى سجارة مشتعلة أو تسليط تيار كهربائي(31).

لذا يمكننا القول بأنّه يمكن أن يقع الحريق بأية مواد يمكن من شأنها الاشتعال، حيث يشترط أن تكون الوسيلة قادرة على تحقيق الغرض (الاشتعال) (32) .

ونعتقد أنّ جريمة الحريق العمدية لا تتحقق إلّا باجتماع عنصرين هما:-

أ- إحداث ضرر في ممتلكات الغير سواءً كانت منقولاً أو من العقارات.

ب- خلق حالة الخطر(لذعر العام ألذي يخشاه الغير أيّاً كان).

ونشير في هذا الصدد إلى قرارات لمحكمة النقض والإبرام المصرية، حيث ذهبت إلى انّه (فلا ضرورة لبيان شيء من الوسائط التي تحدث الحريق، حيث أنّ هذه الجريمة تقع عندما يقوم المتهم بوضع النار عمداً بدون التقيد

بواسطة مخصوصة كإلقاء كبريت أو فحم مشتعل أو غيرها من المواد التي من شأنها الاشتعال).

وأنّ أثبات المحكمة في مسائل الحريق العمد (وضع النار) حصل عن عمد يكفي ..... بدون حاجة إلى ذكر الطريقة المادية التي حصل بها الحريق والمادة الملتهبة التي استعملت)(33).

*/ ملاحظة مهمة. إذا أتم الحريق باستعمال المتفجرات أو المفرقعات فإنّ ذلك يعد ظرفاً مشدداً ، حيث نصّت المادة 347 من قانون العقوبات العراقي على انّه (يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنين كل من أستعمل المفرقعات أو المتفجرات لتحقيق غرض غير مشروع)في حين بيّن قانون العقوبات البغدادي الملغي أنّه يتضمن الحريق استعمال المواد المتفجرة، حيث أشارت المادة 313 منه (تتضمن عبارة وضع النار عمداً في هذا القسم أحداث التخريب باستعمال قنابل والآلات المتفجرة وكل انفجار يحدث بأية طريق كانت، وذهب قانون الجزاء الكويتي إلى أنّه كل من أستعمل قنابل أو ديناميت أو متفجرات يعاقب بالسجن المؤبد(34).

ثانياً: أنواع الحريق: المباشر وغير المباشر.الأصل أن تتم كل جريمة بشكل مباشر والاستثناء هو وقوع الجريمة بشكل غير مباشر (بالتوصيل)، وعليه يعتبر الجاني في جريمة الحريق مسؤولاً جزائياً عنها حتى لو تضافرت معه أسباب أخرى، ونؤيد من ذهب إلى أنّ وضع النار لإحراقالقطن ألذي بالغرفة أولاً غالباً ما يترتب عليه إحراق نفس الغرفة وما جاورها من أماكن(35).

لذا سوف نشير إلى بعض الأحكام القضائية الخاصة بالحريق بالتوصيل، ونتطرق إلى تحليل وتفسير هذا النوع من الحريق، ثّم نأتي إلى بيان موقف بعض التشريعات العقابية

العربية (أربعة) من ألإشارةإلى الحريق بالتوصيل، حيث ذهب القضاء المصري إلى أنّه (إذا وضع الشيء بكيفية من شأنها توصيل النار لشيء المراد إحراقه .....فإنّه يكون مسؤولاً عن جريمة حريق تامة، وعليه إذا ثبت أنّ المحكوم عليه وضع النار عمداً في كوم من القش ملازمة لمنزل المجني عليه ..... لأنّ النار لابدّ متصلة بمنزل المجني عليه انتقاماً منه لنزاع بينهما(36).

والسؤال الذي يثور ... ما الحكم إذا وضع الشخص النار عمداً في شيء فتصل عن غير قصد منه بشيء آخر؟

ج/ الجواب عند بعض الشراح أنه يسأل عن الجريمة الثانية باعتبارهما حريق العمد أذا كان اتصال النار بالشيء الآخر أمر محتمل الوقوع بالنظر إلى قربه من الشيء ألذي وضعت فيه النار. أّما إذا كان الشيء لذي اتصلت به النار بعيداً عن الشيء الذي وضع فيه الجاني النار يسأل عن جريمة الحريق عمداً(37).

ونعتقد بأنّ مسؤولية الجاني في هذه الحالة تقوم عن جريمة واحدة وهي جريمة الحريق العمد لأنّ قيام المجرم بوضع النار يكون قد أرتكب جريمة واحدة ويسأل باعتبارها الجريمةالتي عقوبتها أشد طبقاً لنظرية تعدد الجرائم الشكلي، حيث بيّنت المادة 141 من قانون العقوبات العراقي (إذا كوّن الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد .....).

وسوف نعرض موقف بعض القوانين العقابية العربية من النص على جريمة الحريق بالتوصيل،حيث بيّن قانون العقوبات المصري أنّه (يعاقب ..... كل من وضع النار في أشياء لتوصيلها للشيء المراد إحراقه بدلاً من وضعها مباشرة بذلك) (38).

وأشار قانون العقوبات القطري إلى جريمة الحريق بالتوصيل، حيث نصت المادة 432 (يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في المواد السابقة كل من أضرم النار عمداً في أشياء لتوصيلها للشيء المراد حرقه بدلاً من وضعها فيه مباشرةً . وبيّنت المادة 583 من قانون العقوبات المغربي أنّه (من أوقد النار عمداً في شي كان مملوكاً له أولا بشكل يسمح بانتقال الحريق فحرق بسبب هذا الاتصال مالاً مملوكاً للغير ..... يعاقب بالسجن من 5 إلى 10 سنوات).وأخيراً بيّن المشرع الأردني (يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة من يضرم النار عمداً في مزروعات أو أكراس من القش أو في حصيد متروك في مكانه أو حطب ..... فسرت إلى ملك الغير فأضرت به) (39).

*/ ملاحظة مهمةلم يبيّن قانون العقوبات العراقي النافذ الأحكام الخاصة بالإحراق بالتوصيل ولكننا لو رجعنا إلى المادة 310 من قانون العقوبات البغدادي الملغي نجدها تنص على أنّه (كل من وضع النار عمداً في ملكه أوملك غيره في اتجاه ملك شخص آخر بقصد خداعه أو الأضرار به).

ثالثاً: الوقت الذي يتم فيه الحريق. هناك رأيان فقهيان بهذا الصدد نعرضها ثّم نبيّن رأينا بصدد متى تكون جريمة الحريق تامة.

الرأي الأول: تتم جريمة الحريق بمجرد وضع النار ولا يشترط أن يكون الحريق قد شبّ مهما كانت النتيجة التي تترتب عليها، وقد استعان أصحاب هذا الرأي بقرار محكمة النقض المصرية في هذا الصدد (أنّه يكفي لتوافر أركان جريمة الإحراق أن يكون الجاني قد وضع النار عمداً .... بصرف النظر عن مقدار ما تلتهمه النار من مكان الذي علقت به أو من محتوياته(40).

أما الرأي الثاني الذي يذهب إلى وجوب تحقيق الضرر أي لا تعتبر جريمة الحريق تامة إلا بالوصول إلى النتيجة أي بظهور الخطر(41).

ونؤيد من ذهب إلى أنّ جريمة الحريق لا تتم إلّا إذا أصبح موقد الحريق عاجزاً عن إخمادها أي يصبح فيه إخمادها متعذراً(42).

رابعاً: الشروع أو المحاولة في الحريق. هناك رأي في الفقه الفرنسي يشير أنّ جريمة الحريق شكلية، وعليه لا يوجد شروع في الحريق(43)، ولكننا نرى بإمكان تواجد حالة الشروع في الحريق، حيث أنّ هناك بعض التشريعات العقابية تنص أنّه تتساوي عقوبة المحاولة مع الجريمة التامة في الحريق(44).

حيث يعتبر الفعل شروعاً عند قيام الجاني بأعمال تؤدي مباشرةً إلى ارتكاب هذه الجريمة من غير الوصول إلى النتيجة التي كانت في خاطرة المجرم بسبب خارج عن إرادته، وهنا تظهر الصعوبة في التمييز بين الأعمال بين الأعمال التحضيرية التمييز بين الأعمال التحضيرية والأعمال التنفيذية في الشروع، وعليه سوف نفرق بينهما لأنّ القيام بالأعمال التحضيرية غير معاقب عليه في كل قوانين العالم، ولو رجعنا إلى المادة/30 من قانون العقوبات العراقي نجدها تنص على أنّه (ولا يعدّ شروعاً ..... الأعمال التحضيرية).

(1) الأعمال التحضيرية في الحريق: إذا قام الجاني بتجهيز المواد الملتهبة واستبقاها في منزله دون نقلها إلى المكان التي أراد إحراقه ففي هذه الحالة توجد (أعمال استعداديه للحريق) عندها لا يعاقب عليها القانون لأنّ محدث الحريق يمكن أن يتراجع عن ارتكاب الجريمة.

(2) الأعمال التنفيذية في الحريق: في حالة نقل المواد الملتهبة مع مادة الاشتعال إلى مكان الجريمة ومباشرة العمل، أي قيام المجرم بوضع النار في المواد الملتهبة وضبط متلبساً بجرمه، هنا نحن أمام حالة الشروع أي وجود الجريمة الموقوفة كأن يقوم الجاني بصد السائل القابل للاحتراق على أشياء وهّم بإشعالها عندما داهمه شخص حال بينه وبين أتمام ما يريده يسأل الجاني في هذه الحالة عن الشروع في الحريق(45).

خلاصة ما تقدم ينظر إلى المكان الذي يلقى القبض به على الجاني، فإذا كان المكان (مكان الجريمة) بعيداً عن محل الإحراق هنا توجد أعمال تحضيرية (لا شروع) وبالعكس في حالة القبض على الفاعل في مكان الجريمة توجد حالة الشروع.

خامساً: العدول عن الحريق: هناك خلاف في الفقه حول أمكانية العدول عن الحريق وتراجع الفاعل وندمه اللاحق بعد إشعال النار، وسوف نعرض الرأيان في هذا الصدد:-

الرأي الأول: رجوع الفاعل طوعاً واختيارا وفوراً عن فعله الجرمي (الإحراق)يشكل عذراً معفياً أو مخففاً من أجل الحول (منع تفاقم النتائج) في هذه الجريمة، ومثال على ذلك قيام محدث الحريق بالاستعانة برجال الإطفاء(46).

الرأي الثاني: لا محل للندم اللاحق بعد إتمام الجريمة، وعليه يسأل محدث الحريق بمجرد إشعال النار. وهنا نكون أمام الجريمة الخائبة في الحريق(47).

نؤيد الرأي الثاني ونرى بعدم وجود العدول عن الحريق لأنّ المجرم في هذه الجريمة قد كشف عن خطورته الإجرامية وقام بالبدء باتخاذ فعل يؤدي مباشرةً إلى أحداث النار وعدم القدرة على إيقافها. ولابدّ من الإشارة إلى قرار لمحكمة النقض المصرية(48)التي بيّنت أن جريمة الحريق تعتبر تامة بمجرد وضع النار عمداً في أحد الأمكنة....سواءً اشتعلت النار أم لم تشتعل. فإذا كان الثابت بالحكم أنّ المتهم قذف كرة مشتعلة في مخزن لإحراقه ولم يتحقق الغرض الذي رمى إليه من فعلته فيصبح عقابه ..... ولو لم تلتهب النار شيئاً من محتويات المخزن.

الفرع الثاني: القصد الجنائي في الحريق.

ليست الجريمة فعلاً فقط وإنما موقف شخصي من الفاعل أي يجب أن توافر النية الإجرامية لدى محدث الحريق، حيث أنّ القاعدة في هذا الصدد - متى أنعدم القصد انعدمت المسؤولية الجنائية- وعليه يمكن أن تقع جريمة الحريق بشكل عمدي أو عن طريق الخطأ، حيث تجمع التشريعات العقابية على هذا الأمر، لذلك يجب البحث في جريمة الحريق العمدية، ثّم بيان حالات الحريق خطئاً.

أولاً: الحريق العمدي. يتحقق القصد الجنائي بتعمد وضع النار في المكان، والعمد معناه مجرد توجيه الإرادة اختيارا إلى وضع النار في المكان أياً كانت النتيجة أو الباعث عليه، لذلك يمكن أن تقوم جريمة الحريق عندما يريد شخص بإتلاف منقول مملوك له (كرسي أو كتاب،....) فيحتاط لذلك ويتخذ

من الطرق الوقاية فلا جريمة في هذه الحالة لأنّ الفاعل قد تخذ الاحتياط الواجب من أجل عدم انتشار الحريق.

وسوف نبحث في الأمور التالية بالنسبة للقصد العمدي في الحريق:-

أولاً: نوع القصد العمدي.

ثانياً: الباعث في جريمة الحريق.

أولاً: نوع القصد العمدي.

هناك أنواع كثيرة من القصد العمدي ولكننا سنقف عند نوعين:-

1. القصد الخاص والقصد العام.
2. القصد الاحتمالي والقصد المتعدي.

في حالة اشتراط المشرع الجزائي توافر إرادة الفعل مع إرادة النتيجة نكون أمام قصد عام، وعليه الأصل في جرائم الحريق أنّ المشرع يكتفي بإرادة الفاعل المتجهة نحو إشعال النار، لذلك يكفي أن يكون الفاعل قد وضع النار عمداً في بعض الأشياء سواءً كان قصده أتلافها أو يقصد مزاجاً سيئاً، لذا لا يتطلب القانون قصداً جنئياً خاصاً في جريمة الحريق وإنما يكتفي بمجرد وضع النار عمداً في المكان من أجل توافر القصد اللازم أي وضع النار عمداً عن علم، ويقصد أحداث الحريق بالظروف التي يعاقب عليها القانون، وهناك قرارات قضائية كثيرة لمحكمة المصرية في هذا الصدد، حيث بيّنت هذه المحكمة (القصد الجنائي في جريمة الإحراق يتحقق بمجرد تعمد وضع النار في الأشياء لأتلافها ولا يلتفت إلى القول بأنّ القصد من الإحراق كانت تنظيف المكان ولم يقصد الأضرار بمالك الأشياء(49).

كما بيّنت هذه المحكمة (توجه الإرادة اختيارا إلى وضع النار كافية لتوافر العمد في جريمة الحريق)(50).

وأخيراً حكمت محكمة النقض المصرية (بأنّ القصد الجنائي في جريمة الحريق عمداً يعتبر متوافراً قانوناً متى كان الفاعل قد وضع النار عن علم ..... لذلك يعاقب من يضع النار في داره وهو يقصد أن يتهم شخصاً آخر بالحريق) (51).

*/ اشتراط القصد الخاص في الحريق. في حالة واحدة فقط يشترط توافر القصد الخاص لدى محدث الحريق وهذا القصد الخاص هو إلحاق الضرر المادي بالغير أي هنا يشترط المشرع العقابي توافر باعث معين في جريمة الحريق، ولابدّ هنا من الإشارة إلى جريمة القتل العمد نظراً لتقارب أحكام هذه الجريمة مع الحريق، حيث أنّ القصد الجنائي في جريمة القتل العمد هو قصد جنائي عام، ولكن المشرع العراقي أشترط توافر القصد الخاص (اتقاء العار) في حالة واحدة المنصوص عليها في المادة (407)، وعليه هناك تشابه بين الجريمتين في نوع القصد الجنائي.

وسوف نعرض بعض النصوص العقابية الخاصة بالحريق تشترط توافر القصد الخاص، حيث تبين المادة (590) من قانون العقوبات اللبناني (كل حريق أو محاولة حريق أقترف بقصد ألحاق ضرر مادي بالغير أو جر مغنم غير مشروع) وكذلك تبين المادة (299) من قانون العقوبات الليبي (كل من أضرم النار في ملكه لمجرد الأضرار بملك الغير)، ولو رجعنا إلى قانون العقوبات الأردني النافذ نجد أنّ هناك حالة واحدة فقط تشترط القصد الخاص وهي

المادة/371 التي تبين (كل حريق أقترف بقصد إلحاق ضرر مادي بالغير أو جر مغنم غير مشروع للفاعل أو لآخر .....)

ثانياً: القصد الاحتمالي والقصد المتعدي. أشار غالبية شراح قانون العقوبات العرب(52)إلى أنّه يشترط في الحريق توافر القصد الاحتمالي، ولكننا نرى أنّ القصد المطلوب في جريمة الحريق العمدية هو القصد المتعدي لأنّ محدث الحريق يسأل جنائياً عن كافة الأضرار الناجمة عن الحريق بغض النظر عن توقعه بحدوثها، لذلك لا يمكن أن تعتمد على نظرية القصد الاحتمالي لقيام المسؤولية العمدية عن جريمة الحريق، لأنّ القصد الاحتمالي يشترط توافر عنصرين هما أ- الاحتمال. ب- القبول. طبقاً لأحكام الفقرة/ب من المادة/34 من قانون العقوبات العراقي النافذ التي تبين (إذا توقع الفاعل نتائج إجرامية لفعله فأقدم قابلاً المخاطرة بحدوثها).

لذلك تعتمد على نظرية المتعدي في جريمة الحريق العمدي أي تحمل فاعل الجريمة كافة النتائج المترتبة على فعله الجرمي سواءً كانت متوقعة أو غير متوقعة. لأنّ آثار الحريق تدميرية ولا يمكن توقعها من قبل أحد، فالآثار التدميرية غير محسوبة عند قيام جريمة الحريق يدفع المشرع الجزائي للاعتماد على القيام بالفعل بغض النظر عن النتائج (الأضرار المادية والبشرية التي تنجم عنها)، لذلك سميت جريمة الحريق من جرائم الخطر العام.

ولو رجعنا إلى بعض القواعد الخاصة من قانون العقوبات العراقي النافذ نجدها تقيم المسؤولية الجنائية المفترضة على أساس تحقق الركن المادي فقط، ولا يحول عن قيام الركن المعنوي، ومثال على ذلك جريمة القتل، حيث تبين

المادة/67 من قانون العقوبات العراقي (..... إذا كان فقد الإدراك أو الإرادة ناتجة عن مواد مسكرة أو مخدرة تناولها المجرم باختياره وعلمه ..... عوقب على الجريمة التي وقعت .... كما لو كانت قد وقعت بغير تخدير أو سكر). اعتمادا على أثار فعل القتل، فالمشرع العقابي يحمل المسؤولية على المجرم دون اشتراط الركن المعنوي. وتأييداً لرأينا سوف نوضح بأنّ كل جريمة من جرائم ذات الخطر العام، فإنّ الجاني يسأل بعقوبة مشددة ولو لم يتوقع حدوث الموت، ومثال على ذلك الفقرة/4 من المادة/342 التي توضح (وتكون العقوبة الإعدام إذا أفضى الحريق إلى موت إنسان).

وبصدد استعمال المفرقعات يسأل الجاني عن موت إنسان إذا كان من شأن استعمال المفرقعات أو المتفجرات موت إنسان كما هو واضح في المادة/345 من قانون العقوبات العراقي النافذ التي تبين إذا ترتب على استعمال الفرقعات أو المتفجرات موت إنسان كانت العقوبة السجن المؤبد أوالمؤقت، وكذلك بيّن المشرع العراقي في حالة الغرق، حيث أشارت الفقرة/3 من المادة/350 إلى أنّه (وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنين إذا نشأة عن الجريمة موت إنسان).

وأخيراً يعتمد المشرع العراقي القصد المتعدي بالنسبة لجريمة التخريب والإتلاف، حيث تبين الفقرة/3 م/477 (وإذا ترتب على الجريمة موت إنسان فتكون العقوبة السجن).

***/خلاصة: يتضح من هذا النصوص أنّ المشرع العراقي قد عاقب الفاعل عن الموت وإن لم يكن يتوقعه بل هي نتيجة تتجاوز حدود إرادة الجاني.**

الباعث في الحريق: هناك تعريفات كثيرة للباعث (الدافع) ونؤيد من يعرفه "القوة النفسية الدافعة عن تصور لغاية معينة يريد الفاعل تحقيقها" (53) والأصل أنّ المشرع العقابي لا يهتم بالباعث (م/38) من قانون العقوبات العراقي الحالي، لذلك يتفق الباحثون على عدم أهمية الباعث في جريمة الحريق، فالجريمة تقوم أياً كان الباعث الذي دفع المسؤول عن جريمة الحريق(54)، وفي بعض الحالات يقوم بعض الأشخاص بإحراق منازلهم أومكاتبهم من أجل الحصول على مبلغ التأمين، هنا يجب أن تشدد العقوبة على محدث الحريق تطبيقاً للمادة/138 من قانون العقوبات العراقي وتفرض عليه عقوبة الغرامة(55).

ثانياً: الحريق الخطأ: نصت جميع التشريعات العقابية على هذا النوع من الحريق، والاتجاه الغالب في القوانين العقابية هو أن يكون الحريق قد تسبب بضرر للغير حتى ولو كان شريكاً للفاعل بالملك، أمّا إذا أقتصر الضرر الناشئ عن الحريق على المالك لوحده فلا تقوم المسؤولية الجنائية لأنّه لا يمكن للإنسان أن يحتج بخطر عليه كان هو السبب في إحداثه(56). حيث أنّ الأصل أن الأفعال التي تقع عن طريق الإهمال لا يعاقب عليه القانون إذا لم ينشأ عنها ضرر، والسؤال الذي يثور .... ما الحكمة من اشتراط المشرع أن يكون الضرر الناجم عن الحريق قد أصاب الغير؟ اذ أنّ علة التجريم في حالة الحريق الذي يصيب ملك الغير هو إرادة المشرع الجنائي بإلزام الناس باتخاذ كل ما يمكن من وسائل الحيطة عند استخدامهم النار في منافعهم، وعليه يجب أن يدفعوا الأذى والضرر عمن حولهم، فإذا أفرطوا في ذلك حق عليهم العقاب.

يتضح مما تقدم إذا لم يكن هناك إهمال أو خطأ في نشوب الحريق وكان سببه حادث قهري فلا مسؤولية ولا عقاب(57).

ولابدّ من الإشارة إلى موقف القوانين العقابية من مسألة الأضرار التي تنجم عن الحريق الخطأ، حيث أنّ هناك شبه أجماع على اشتراط أن يكون الحريق خطأً قد أصاب ضرراً بالغير، ولكنّ المشرع العراقي لم يشر إلى هذه المسألة، وهذا يعدّ نقصاً في التشريع الحالي، لأنّ القاعدة العامة في هذا الصدد إذا أقتصر الضرر الناشئ عن الحريق غير المقصود وعلى المالك لوحده، فلا يمكن أن يحتج الإنسان بخطر عليه كان من صنعه(58).

الاتجاه التشريعي في ضرورة أن يكون الحريق خطأً قد أصاب الغير، تكاد التشريعات العقابية العربية تجمع على ضرورة أن يصيب الحريق الخطأ ملك الغير، حيث ذهب المشرع العقابي في الأردن إلى أنّه (من تسبب بإهماله أو قلة احترازه..... بحريق شيء يملكه الغير) (59) وبيّن قانون العقوبات الجزائري (يعاقب بالحبس طل من تسبب بغير قصد في حريق أدّى إلى أتلاف أموال الغير...) (60)، وكذلك ذهب قانون العقوبات التونسي إلى أنّه (يعاقب بالسجن كل من بتقصير أو عدم احتياطه..... يحدث حريقاً بأمتعة منقولة أو بعقارات يملكها الغير) (61)، وذهب كلاً من قانون العقوبات البحريني م/236 وقانون العقوبات القطري م/236 إلى أنّه (يعاقب بالحبس ..... كل من تسبب بخطئه في أضرام النار في شيء مملوك لغيره)، وذهب كلاً من القانون العقوبات السوري ف/1 م/579 وقانون العقوبات اللبناني م/593 إلى عقاب كل من تسبب بإهماله أو بقلة احترازه بحريق شيء يملكه الغير.

ونستطيع القول أنّ المشرع العراقي لم يكن موفقاً عندما لم يشر صراحةً إلى ضرورة الأضرار بالغير في حالة الحريق خطأ وذلك في نص المادة/343 ف/1، علماً بأن المشرع العراقي قد بين ضرورة أن يكون الحيوان أو الدابة

مملوكة للغير عند ارتكاب جريمة موت أو جرح بهيمة خطأ، وذلك في المادة 485 أن تكون هذه الحيوانات مملوكة للغير.

وعليه كان الأفضل أن ينص المشرع العراقي صراحةً على هذا الشرط.

لذلك سوف نبحث عدة أمور:-

أولاً: تعريف الغير.

ثانياً: أمثلة على الحريق خطأ في قانون العقوبات العراقي.

ثالثاً: صور الخطأ.

رابعاً: أركان جريمة الحريق خطأ.

أولاً: تعريف الغير.أنّ مفهوم الغير في القانون المدني يختلف كليا عن مفهومه في قانون العقوبات، وعليه سوف نعرض بشكل موجز إلى المقصود بالغير في القانون المدني، لو رجعنا إلى القانون المدني وخاصةً فيما يتعلق بآثار العقد نجد أنّ القاعدة العامة التي تحكم العقد هي أنّ آثاره لا تنصرف إلّا إلى المتعاقدين طبقاً للقاعدة المشهورة (العقد شريعة المتعاقدين)، ولكن القانون ينظم حالتين خاصتين بالغير في القانون المدني وهما 1- التعهد عن الغير(62) 2- الاشتراط لمصلحة الغير(63). أّما فيما يخص قانون العقوبات فإنّه ينظم أحكام الغير بالنسبة لجريمتين:-

الأولى: خاصة بجريمة الرشوة، حيث لو رجعنا إلى المادة/312 من قانون العقوبات نجدها تنص في الفقرة الأولى على أنّه (كل من طلب أو أخذ عطية

أومنفعة أو ميزة بزعم أنّها رشوة لموظف أو مكلف بخدمة عامة وهو ينوي الاحتفاظ بها لغيره) أمّا الفقرة الثانية من هذه المادة فإنّها تبيّن (كل شخص أخذ العطية أو المنفعة من آخر ..... ولم يكن الموظف أو المكلف بخدمة عامة المقصود بالرشوة قد عينه أو علم به).

هنا يستفيد الغير من جريمة الرشوة ويحصل على منافع مادية من دون علم المرتشي (الموظف أو المكلف بخدمة عامة).

نحن أمام حالة الكسب بدون سبب، حيث يستغل الغير جهل أو عدم علم صاحب الحاجة بالنسبة للشخص المستفيد من جريمة الرشوة. وبالنسبة لجريمة الحريق الخطأ فالغير هو المتضرر المباشر من نشوب النار، حيث أن الاحتراق يؤدي إلى إتلاف أشياء تعود للآخرين، والإتلاف ينجم عنه انعدام القيمة الاقتصادية للأموال والأشياء المحترقة.

ويشير المختصون في قانون العقوبات أنّ هناك بعض محدثي الحريق لا يعدون من الغير، ومثال على ذلك الزوجة، حيث ذهب القضاء المصري إلى أنّه (لا تطبق على الزوجة التي تسبب إهمالها في حريق أمتعة زوجها، لأنّ العلاقة بينهما تجعلهما كشخص واحد) (64).

وعليه فإنّ الزوجة التي أوقدت النار للقيام بعمل تقتضيه المعيشة العائلية كتسخين الماء فلا عقاب عليها إن هي أهملت في استعمال النار فاحترقت منزل زوجها(65). وكذلك فلا عقاب على القريب أو الابن مادام الإهمال وقع أثناء عمل لهو علاقة بالحياة المعيشية المشتركة بينهما.

أمّا بالنسبة للخادم فلا جريمة مادام الإهمال لم يقع إلّا بأمر أو أذن صريح أو ضمني من المالك، لأنّ الخادم ما هو إلّا يد المخدوم، أمّا إذا كان الحريق يرجع لإهمال الخادم وحده فالجريمة قائمة(66).

نخلص مما تقدم أنّه لا يسأل الخادم عن الحريق الخطأ مادام الإهمال قد وقع منه أثناء القيام بأعمال لها علاقة بالحياة المعيشية الخاصة بالمنزل(67).

ويمكننا القول لا جريمة لحريق خطأ عندما تكون الزوجة أو الأولاد الذين يعيشون في كنف أبيهم فعلاً(68).

ثانياً: أمثلة عن الحريق الخطأ في قانون العقوبات العراقي.قبل بيان تطبيقات الحريق الخطأ في قانون العقوبات العراقي لابدّ من الوقوف عند السؤال التالي.... هل يمكن حصر صور الإهمال في الحريق؟ الجواب كلّا لأنّها كثيرة وكلّها صالحة لإيجاد العقاب على محدث الحريق، لذلك لم يحصرها المشرع المصري كما فعل الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة/331 من قانون العقوبات الفرنسي القديم(69).

نعرض بعض النصوص القانونية لقوانين عقوبات عربية تحدد صور الحريق خطأً. ومثال على ذلك ما ذهب إليه المشرع الأردني (من تسبب بإهماله أو بقلة احترازه أو عدم مراعاته القوانين والأنظمة بحريق شيء يملكه الغير عوقب .....) (70). وكذلك ذهب قانون الجزاء العماني إلى أنّه (إذا نجم الحريق عن إهمال أو عن الخطأ أو عدم مراعاة الأنظمة فيعاقب المسؤول .....)(71)، وكذلك نصّ المشرع التونسي على أنّه (يعاقب بالسجن كل من بتقصيره أو عدم احتياطه أو عدم تنبهه أو تغافله أو مراعاة للقوانين يحدث حريقاً بأمتعة منقولة

أوبعقارات يملكها الغير .....) (72)، وأخيراً ذهب قانون العقوبات الجزائري إلى أنّه (يعاقب بالحبس كل من تسبب بغير قصد في حريق أدّى إلى أتلاف أموال الغير وكان ذلك ناشئاً عن رعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أوإهماله أو عدم مراعاة النظم) (73).

وهناك من القوانين العقابية العربية من لم تحدد صور الخطأ منها قانون العقوبات القطري، حيث نصّت المادة/436 منه (يعاقب بالحبس كل من تسبب بخطئه في إضرام النار في شيء مملوك للغير)، وكذلك أشار قانون العقوبات البحريني في المادة/236 إلى أنّه (يعاقب بالحبس كل من تسبب بخطئه في أضرام النار في شيء مملوك لغيره.....).

أمّا بالنسبة للمشرع العراقي فإنّه لم يحدد صور الخطأ وذلك في المادة/443 ف/1 التي تشير إلى أنّه (يعاقب بالحبس ..... كل من تسبب بخطئه في أحداث حريق .....)، حسناً فعل المشرع العراقي بعدم تحديده لصور الخطأ، لأنّ هذه الصور متداخلة ويصعب الفصل بينهما في كثير من الأحيان، ونعتقد بأنّ الحريق بإهمال يخطي كل صور الحريق الخطأ.

ثالثاً: صور الحريق خطأ في قانون العقوبات العراقي.هناك ثلاثة صور في قانون العقوبات العراقي للحريق خطأ، سوف نعرضها بشكل موجز لأنها تعتبر استثناء من عقوبة جريمة الحريق في قانون العقوبات العراقي، لأنّ عقوبة هذه الجريمة في حالة الحريق العمد تعتبر من الجنايات، أمّا في حالة الحريق خطأً تعتبر من الجنح، أمّا في حالات خاصة بالإهمال تعتبر من المخالفات.

الصورة الأولى: إهمال تنظيف المداخن والأفران.بينت الفقرة /4 من المادة/497 من قانون العقوبات العراقي (من أهمل في تنظيف أو أصلاح المداخن أو الأفران أو المعامل التي تستعمل النار فيها).

الصورة الثانية: القيام بالألعاب النارية أو إطلاق الألعاب النارية في جهات ممنوعة.بينت الفقرة/1 المادة/495 من قانون العقوبات العراقي أنّه (من ألهب بغير أذن ألعاباً نارية أو نحوها في جهات التي يمكن أن ينشأ عن إلهابها فيها إتلاف أو خطر أو ضرر).

الصورة الثالثة: إطلاق النار بسلاح ناري داخل المدن والقرى.بينت الفقرة/2 من المادة/495 من قانون العقوبات العراقي (من أطلق داخل المدن أو القرى أو القصبات سلاحاً نارياً أو علبة نارية أو ألهب مواد مفرقعة أخرى).

رابعاً: أركان جريمة الحريق خطأً.يتفق الباحثون على أنّه هناك ثلاثة أركان لجريمة الحريق(74).

الركن الأول: حصول حريق فعلي (حريق تام).يشترط لقيام جريمة الحريق الخطأ أن يكون جريمة الحريق قد حصلت فعلاً أي تمت بشكل نهائي لأنّ القانون في جريمة الحريق خطأ يعاقب الفعل التام وليس الشروع ..... وعليه فإذا كانت النار قد أطفئت في الحال بجرد إشعالها ولم ينشأ عنها ضرر يذكر فلا تقوم جريمة الحريق خطأ(75).

الركن الثاني:أن يكون الحريق قد أصاب شيئاً مملوكاً للغير.لا يكفي لقيام جريمة الحريق خطأً أن تشتعل النار بسبب الغير، بل يجب أن يكون هناك

متضرر منها، القاعدة مناط العقاب في جريمة الحريق بإهمال هو شخصية الخطأ، فلا يسأل الجاني إلّا عن أعماله الشخصية. ونؤيد من يرى وجوب استبعاد المسؤولية الافتراضية التي أساسها سوء اختيار المتبوع لتابعه وتقصيره في رقابته(76).

الركن الثالث: أن يكون الحريق ناشئاً عن إهمال.الإهمال خطأ شخصي يعود إلى عدم قيام الإنسان بواجبه كشخص عادي في التحفظ و التحوط لعدم انتشار النار ومساسها بملك الغير مما يسبب في أتلاف ملك الغير.

الفرع الثالث: الركن الخاص.تتعدد الركن الخاص في كل جريمة بوقوع الجريمة على محل معين(77) أي الاعتداء على مصلحة جنائية محددة، حيث تتمثل هذه المصلحة في الحريق بالمحافظة على الأموال العامة والخاصة وعدم تعرضها للإتلاف و التعيب والإبادة والفناء، بالإضافة إلى أنّه ينشأ عن وجود الحريق خوف لدى المواطنين والخشية من التعرض لآثار الحريق. والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد ... متى يكون الشيء قابلاً للاشتعال وهل يجوز للإنسان أن يقوم بإحراق ماله الخاص، لذلك سوف نبحث في الآمرين معاً.

أولاً: المادة القابلة للاشتعال طبيعياً.يشير علماء الكيمياء إلى أنّ كل مادة في الطبيعة قابلة للاشتعال ماعدا الماء، حيث أنّه لا يشتعل ولا يساعد على الاشتعال(78). والمواد القابلة للالتهاب في الطبيعة تكون على ثلاثة صور (غازية أو سائلة أو صلبة).

لا نريد الخوض في هذه المسألة لأنّه خارج نطاق بحثنا بل نقف عند أمر ... وهو الحكم إذا أراد أحد الأشخاص أن يشعل النار في جسده أي أن

ينتحر؟ إنّ الانتحار مشكلة اجتماعية ونفسية قبل أن تكون قانونية، وموقف القوانين العقابية متباين في مسألة الانتحار، وكونها جريمة أم لا، وفيما يخص قانون العقوبات العراقي النافذ (لا عقاب على من يشرع في الانتحار) (79)، ولكن هناك مسؤولية جزائية تقع على من يحرض أو يساعد أو يسبب في الانتحار(80).

المادة القابلة للاحتراق قانوناً:هناك اختلاف في موقف القوانين العربية من هذه المسألة، سوف نبيّن هذا الاختلاف التشريعي ثّم نعرض آراء الفقه الجنائي من هذه المسألة وأخيراً نوضح حكم القانون العقابي العراقي النافذ:-

أولاً: القوانين التي تحدد الأفعال التي تقع فيها الحريق:-أشارت غالبية هذه القوانين إلى أنّ جريمة الحريق تقع في أموال محددة، وعليه حصر المشرع الشيء المحرق في مكان محدد، حيث ذهب المشرع المصري إلى تحديد ما يقع فيه الحريق(81)، وكذلك ذهب قانون عقوبات الفلسطيني إلى هذا الاتجاه(82)، وأتجه القانون اللبناني نفس الاتجاه(83)، وحدد قانون الجزاء الكويتي الأموال التي تقع فيها الحريق(84) وكذلك بيّن قانون العقوبات التونسي - الفصل السابع، وقانون العقوبات الجزائري م/395 (معدلة، وقانون الجزاء العماني م/270، 271، والأردني المواد 368، 369، وأخيراً قانون العقوبات المغربي مواد 580، 581.

ثانياً: القوانين التي لم تحدد المال المحروق.قانون العقوبات القطري (م/431) لم يحدد المال بل أشار إلى عقاب من أضرم النار عمداً في مال مملوك للغير، وكذلك ذهب قانون العقوبات الليبي في المادة/297التي بيّنت

(كل من وضع النار عمداً في ملك الغير....)، وذهب قانون العقوبات اليمني نفس الاتجاه، عندما أوضحت المادة 137 (كل من أشعل حريقاً في مال ثابت أو منقول ولو كان مملوكاً له .....)، وأخيراً ذهب قانون العقوبات البحريني في الاتجاه ذاته م/231.

ثالثاً/ موقف قانون العقوبات العراقي.لو رجعنا إلى الفقرة الأولى من المادة/342 من قانون العقوبات العراقي النافذ نجدها لم تحدد المال الذي يمكن أن يقع فيه الاحتراق، بل أشار إلى (كل من أشعل ناراً عمداً في مال منقول أو غير منقول .....).يتضح من هذا أن المشرع العراقي قد أيّد الاتجاه الثاني، وهذا الموقف محمود لأنّه ليس من واجب المشرع العقابي أن يحدد الأموال التي تقع فيها جريمة الاحتراق.

الفقه الجنائي مع عدم تحديد الأموال التي تحصل فيها جريمة الحريق، حيث بيّن بعض الشراح المصريين (أنّ تعداد الوارد في قانون العقوبات المصري زائد ولا لزوم له)، لأنّ المشرع ختمه بالنص وعلى وجه العموم في أي محل مسكون أو معد للسكن(85).

*/ ملكية المال المحروق: الأصل أن لا يعاقب الإنسان إذا أحدث حريقاً عمداً في ماله أو ملكه لأنّه يتصرف فيه بكافة وجوه التصرف ومنها الإتلاف. ولو رجعنا إلى القانون المدني نجد أنّ موقفه من الملكية قدتغيّر، فقديماً كان حق الملكية حق مطلق، وعليه يجوز أن يتصرف المالك بملكه كيفما يشاء، ويعدّ الإحراق أو إشعال النار طريق من طرق أتلاف المال، ولكن الآن أنّ

الإجماع قد أنعقد على أنّ الملكية وظيفة اجتماعية، وعليه لابدّ من الإشارة إلى شروط أباحة المالك في إحراق ملكه.

*/ شروط إباحة إحراق المال الشخصي.ذهب بعض الشراح أنّ الأصل أن لايعاقب المالك إذا أحرق ملكه عمداً لأنّه يقوم بحق شخصي مقرر بمقتضى القانون، لأنّه يترتب على وجود حق الملكية حق الاستغلال وحق التصرف، لذا فإنّ القانون يعاقب الإنسان على إحراق ماله الخاص في حالتين:-

1- إذا كان الحريق في ملك مسكون أو معد للسكن.

2- إذا أحدث المالك عمداً ضرراً لغيره بإحراق ملكه(86).

ونؤيد بعض الشراح الذين يرو بأنّ الحريق في المال الخاص غير مباح إلاّ بتوافر شروط ثلاثة(87).

الشرط الأول: أن يكون فاعل الحريق مالكاً: لا يجوز للمستأجر أوالشريك أن يحرق مالاً، لأنّه لا يعود إليه خالصاً، لذا يجب أن يكون فاعل الحريق المالك الوحيد و الحصري خاصةً بالنسبة للعقارات. وعليه يعتبر مسؤولاً عن جريمة الحريق الشريك في الملك مهما كان حصته وكذلك هي الحال بالنسبة لمستثمر للعقار والمستأجر(88).

الشرط الثاني: أن لا يشعل الحريق في مكان مأهول: أي وسط منطقة آهلة فيها كثير من العمارات والبنايات المشغولة أو المعدة للسكن، لأنّ اندلاع النار في منزل خاص قد يعرض المنازل الأخرى إلى الحريق، وهنا يمكن أن توجد جريمة الحريق بالاتصال. وعليه لا يجوز إحراق سيارة (مركبة) في إحدى الشوارع أو في الأماكن العامة، لأنّ الحريق قد يمتد إلى السيارات الأخرى.

الشرط الثالث: أن لا يكون فعل الحريق احتياليا: يعاقب القانون كل من يضرم النار في محل مسكون أو معد للسكن بغض النظر عن عائدية ذلك المال، وعليه لا يجوز للمالك أن يحرق بنايته أو عمارة من أجل الحصول على مبلغ التأمين، وقد أشار قانون العقوبات البغدادي الملغي في المادة/310 إلى أنّه (يعاقب بالأشغال الشاقة أو الحبس مدة لا تزيد على خمس سنين كل من وضع النار عمداً في ملكه ..... باتجاه ملك شخص آخر بقصد خداعه أوالأضرار به).

وقد بيّن المشرع البلجيكي عقاب كل من أقدم على إحراق العمارة الشاغرة بقصد الحصول على مبلغ التأمين الضخم، كما عاقب كل من أقدم على مساعدة المالك بالحريق(89).

المبحث الثاني: العقوبة المقررة لجريمة الحريق

لكل جريمة في قانون العقوبات عقوبة خاصة بها، حيث يعتمد المشرع عند تشريعه أي قانون عقابي على سياسة عقابية تأخذ بنظر الاعتبار جسامة الخطر والضرر الناتج عن الجريمة بالإضافة إلى مراعاة درجة الخطورة الإجرامية لفاعل الجريمة.بالنسبة للحريق فإنّ آثاره جسيمة على الأموال، حيث يؤدي إلى تلف أو تعيب كل شيء يصيبه الحريق بالإضافة إلى الأضرار الجسمية حيث غالباً ما ينجم عنه موت شخص أو أكثر.وعليه تعد جريمة الحريق من الجنايات في جميع القوانين العقابية، حيث تصل هذه العقوبة إلى الإعدام عند حصول وفاة بسببه.

وعليه سنبحث في الظروف المشددة لهذه الجريمة ثم نتطرق إلى تخفيف العقوبة ثّم نشير إلى حالات الإعفاء من العقاب، علماً بأنّ التشريع العقابي يقر عقوبتين مختلفتين لجريمة الحريق حسب نوع الجريمة العمدية أو الخطأ الإهمال عند تسبب في أحداث الحريق. يمكن تعريف العقوبة بأنها الجزاء الذي الحكم الصادر من المحكمة الجزائية بعد ثبوت إدانة المتهم لجريمة المنسوبة إليه، والعقوبات حسب ما أشار إليه المشرع العراقي في قانون العقوبات ثلاث أنواع:-

أولاً: العقوبات الأصلية: م/85-94.

ثانياً: العقوبات التبعية: م/95-99.

ثالثاً: العقوبات التكميلية: م/100-102.

نشير إلى العقوبة الأصلية والتبعية للحريق.

قبل بيان أنواع العقوبات التي تفرض على المجرم الذي أرتكب جريمة الحريق لابدّ من الإشارة إلى أنّ الإحراق كانت عقوبة مستخدمة من قبل الجماعات والحكومات في العصور القديمة، وأحسن مثال على ذلك ما ورد في القرآن الكريم بخصوص سيدنا إبراهيم بعد ثبوت قيامه بكسر الأصنام، حيث أتجه الرأي إلى قتله أو إحراقه(90).

ولو رجعنا إلى القانون الانكليزي القديم (Common Law)نجد أنّ المجرم بعد ثبوت ارتكابه للجريمة وعقابه عنها كان يحرق جزء من جسمه (burn) للدلالة إلى أنّه في أرباب السوابق(91).

المطلب الأول: العقوبة الأصلية لجريمة الحريق.

حددت المادة/85 من قانون العقوبات العراقي النافذ العقوبات الأصلية وهي متدرجة حسب شدة العقوبة تبدأ بالإعدام ف/1 م/85 وتنتهي بالحجز في مدرسة أصلاحية ف/8 م/85. وقبل بيان العقوبات الأصلية في الحريق لابد من الإشارة إلى المقصود بالعقوبة الأصلية: وهي العقوبة الكافية لوحدها للنطق بها من قبل المحكمة الجزائية بعد إدانة المتهم وهي السجن مدة لا تزيد على خمس وعشرين سنة عندما جريمة الحريق عمدية خالية من أي ظرف مشدد(92)، وعندما ترتكب جريمة الحريق خطأ فإنّ العقوبة المقررة هي الحبس والغرامة عندما تكون خالية من الظروف المشددة لها(93).

وبموجب التقسيم التي أعتمده القانون العراقي للجرائم من حيث جسامتها في المادة/23 من قانون العقوبات العراقي النافذ تكون عقوبة جريمة الحريق العمدي من الجنايات، بينما عقوبة جريمة الحريق خطأ من الظروف المشددة من الجنح(94).

المطلب الثاني: العقوبة التبعية لجريمة الحريق.

أ- تعريف العقوبة التبعية.

ب- صور العقوبة التبعية.

ت- مراقبة الشرطة.

أ- تعريف العقوبة التبعية:

بيّنت المادة/95 من قانون العقوبات العراقي النافذ أنّ العقوبات التبعية هي التي تلحق المحكوم عليه بحكم القانون دون الحاجة إلى النص عليها في الحكم. حيث يرى المشرع العقابي ضرورة أتباع بعض العقوبات الأصلية في حالة

ارتكاب جناية أو جنحة ببعض العقوبات ألتي تعتبر مكملة للعقوبة الأصلية بشكل آلي دون الحاجة إلى ذكر هذه العقوبات عند صدور الحكم الجنائي بحق المجرم (المدان).

ب - صور العقوبة التبعية.لو رجعنا إلى قانون العقوبات نجد أنّ هناك صورتان للعقوبات التبعية، الصورة الأولى هي الحرمان من بعض الحقوق والمزايا المواد (98،97،96) ، أمّا الصورة الثانية فهي مراقبة الشرطة، وسوف نقف عند الصورة الثانية، لأنّ المشرع العراقي أغفل ذكر جرائم الحريق العمد ضمن ما يوجب فرض عقوبة مراقبة الشرطة.

ج/ مراقبة الشرطة: عّرف المشرع العاقي مراقبة الشرطة بأنّها مراقبة سلوك المحكوم عليه بعد خروجه من السجن لتثبت من صلاح حاله أو استقامة صيرته(95).وبيّن المشرع العراقي الآثار المترتبة على المجرم بعد خروجه من السجن، وهي أربعة(96). ومن خلال الجرائم التي مشمولة بمراقبة الشرطة التي حددها المشرع العراقي على سبيل الحصر في المادة/99 من قانون العقوبات العراقي النافذ لم نجد الإشارة إلى جريمة الحريق، أي أنّ مراقبة الشرطة لا تكون من الجرائم التي حددها القانون التي توجب بحكم القانون بعد الإفراج عن المحكوم عليه وانقضاء مدة عقوبته.

نرى أنّه كان من الأفضل أن ينص المشرع العراقي صراحة على جريمة الحريق العمد التي توجب مراقبة الشرطة أسوة بالقوانين العربية الأخرى: -

1.بيّنت المادة/470 من قانون الجزاء الكويتي (كل من يحكم عليه بالسجن من أجل جناية الحريق يوضع حتماً تحت مراقبة الشرطة مدة تعادل نصف مدة عقوبته .....).

2 - أشارت المادة/490 من قانون العقوبات القطري إلى أنّه (كل من يحكم عليه بالحريق العمد أو قتل العمد يوضع بحكم القانون بعد أنقضاء مدة عقوبته تحت مراقبة الشرطة .....).

3نصت بيّنت المادة/72 من قانون العقوبات البحريني (كل م يحكم عليه في جريمة موجهة ضد أمن الدولة الداخلي أو الخارجي ..... أوحريق عمد ....) يوضع بحكم القانون بعد انقضاء مدة عقوبته تحت مراقبة الشرطة).

المطلب الثالث: تشديد العقوبة:

بيّن المشرع العراقي نوعان من الظروف المشددة، حيث قسّم الظروف المشددة إلى عامة م/135 بالإضافة إلى الظروف المشددة الخاصة، وهي تتعلق ببعض الجرائم، مثال على ذلك ما نصّ عليه المشرع العراقي في المادة/406 التي توضح الظروف المشددة الخاصة بالقتل وكذلك تبين المواد (440-445) الظروف المشددة الخاصة بالسرقة. وبالنسبة لجريمة الحريق الظروف المشددة تكون على نوعين، خاصة بالحريق العمد م/342، وهناك ظروف مشددة خاصة بجريمة الحريق خطأ م/343، وبسبب كثرة وتنوع هذه الظروف حيث أنّ عددها بالعشرات، سوف نقتصر على بيان أهم حالاتها: -

* حالات تشديد عقوبة الحريق في قانون العقوبات العراقي.

من خلال التمعن والتدقيق في حالات التشديد الخاصة بالحريق (العمدي أو الخطأ) نستطيع أن نجملها في أربع حالات: -

الحالة الأولى: التشديد الراجع إلى المحل.عند النظر إلى الظروف المشددة الخاصة بجريمة الحريق العمد نستطيع أن نوجز هذه المحلات بما يلي:

أ - الأماكن المأهولة:

ب - أي المبنى المسكون أو المشغول من قبل دائرة رسمية أو شبه رسمية أو مؤسسة ذات النفع العام(97).

ج- مصنع أو مستودع أو مخزن عسكري(98).

د- منجم نفط أو مستودع للوقود(99).

هـ- المطار(100).

و- حوض بناء السفن(101).

ز- محطة سكك الحديد(102).

ح- محطة للقوة الكهربائية أو المائية(103).

الحالة الثانية/ التشديد الراجع إلى اتخاذ الحريق وسيلة لارتكاب جريمة أخرى أو طمس آثارها: مثال على ذلك أن يقوم القاتل بحرق جثة المقتول، حيث أوضعت الفقرة/3 من المادة/342 هذه الحالة.

الحالة الثالثة/ التشديد الراجع إلى الوسيلة: أي استعمال المفرقعات أوالمتفجرات لأحداث الحريق(104).

الحالة الرابعة/ التشديد في عقوبة الحريق بسبب النتيجة: الموت(105) أو تعطيل مرفق عام أو نجم عن الحريق ضرر جسيم بالأموال(106).

*/ مقترحاتنا بالنسبة لتشديد الحريق في القانون العراقي.

نجد ضرورة تشديد العقاب في حالة جريمة الحريق العمد في أربعة حالات تضاف إلى حالات التشديد الموجودة حالياً في قانون العقوبات العراقي النافذ.

الحالة الأولى: أذا حصلت جريمة الحريق ليلاً: لم يأخذ المشرع العراقي ظرف الليل وقت ارتكاب الجريمة في الحريق سبباً لتشديد عقوبة هذه الجريمة،

لأنّ ظرف الليل حسب اعتقادنا مسهل ومساعد على ارتكاب جريمة الحريق، وقد أشارت بعض القوانين العقابية إلى هذه الحالة.

الحالة الثانية: أذا حصل الحريق خلال فترة الحرب: حالة الحرب عّرفها المشرع العراقي في ف/1 وق/3 من المادة/189، بسبب أنّ حالة الحرب توجب المحافظة على الأموال العامة التي تعود إلى الدولة أو الخاصة التي ترجع إلى الأفراد، وقد أوضع المشرع العقابي في مصر ضرورة تشديد العقوبة إذا حصلت جريمة الحريق خلال فترة الحريق((107).

الحالة الثالثة: إذا كان الفاعلون عدة أشخاص: حيث بيّن قانون العقوبات الفرنسي(108) تشديد عقوبة الحريق في هذه الحالة، حيث أنّ اجتماع الأشرار يسهل عملية الحريق.

الحالة الرابعة: أذا ترتب عن الحريق ضرر جسيم بالاقتصاد الوطني: وقد أشار قانون العقوبات المصري والفرنسي إلى هذه الحالة(109).

*/ شروط فرض الإعدام عند الوفاة في حالة الحريق.

سبب اختيارنا لحالة الموت كظرف مشدد لجريمة الحريق يعود أنّ المشرع العقابي في كل قوانين العالم يوجب الإعدام أذا ترتب عن الحريق العمد وفاة شخص أو أكثر، ولكن المشرع العراقي أشار إلى ضرورة تشديد العقوبة في حالة الحريق الخطأ أيضاً، حيث أن هناك ثلاثة شروط لفرض عقوبة الإعدام.

الشرط الأول: وقوع جريمة الحريق كاملة (تامة) معاقب عليها، لذا يمكن القول أن يكون الظرف المشدد في حالة جناية الحريق المستوفية لأركانها، وعليه فلا تفرض عقوبة على من تسبب بإهماله في أحداث حريق.

لذا يجب أن ينجم عن الحريق العمد وفاة أحد الأشخاص أو أكثر جراء الحريق العمدي.

الموت هي نهاية طبيعية لحياة الإنسان، وهو يعني الهلاك أو الفناء، أي التوقف النهائي لنشاط قلب الإنسان وعقله. ولا يفوتنا ذكر أن الموت على ثلاث أنواع حسب المسؤولية المترتبة قانوناً.

أ- الموت الطبيعي: بسبب العمر أو الكبر أو المرض أو القضاء والقدر.

ب- الموت المشتبه به: وهنا يمكن أن تترتب عليه بعض الآثار القانونية كفتح القبر من أجل التأكد من سبب الوفاة(110).

ت- الموت الجنائي: أي حدوث الوفاة بفعل جرمي يعود إلى الغير.

والسؤال المطروح .. ما هي المسؤولية عن حدوث الوفاة بسبب الحريق الخطأ؟

الجواب/لايُعَم المسؤول عن الحريق الخطأ إذا نشأ عنه موت إنسان بل تشدد العقوبة عليه إلى السجن مدة لا تزيد على عشر سنين بموجب أحكام ف/3 من المادة/343 من قانون العقوبات العراقي. ولو رجعنا إلى العقوبة المقررة لحالة الحريق بموجب المادة/411 ف/1 نجدها هي الحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين، ولكن المشرع العراقي بيّن (إذا نشأ عن الجريمة (قتل خطأ) موت ثلاثة أشخاص أو أكثر فإنّ العقوبة تكون الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات بموجب ف/3 من المادة/411 من قانون العقوبات العراقي.

الشرط الثاني: أن يكون قد نشأ عن الحريق موت شخص أو أكثر: أي تحقق موت شخص ولا يكتفي بجروح أو إصابات غير المميتة.

الشرط الثالث: العلاقة الزمنية بين الحريق والوفاة: هناك أمران يجب بحثهما في هذه المسألة.

الرابطة المكانية: أي مكان حدوث الوفاة عقب أو بعد أجراء الحريق، ولا يهم مكان حصول الوفاة بعد أن أدّى الحريق إلى إشعال النار في جسم أحد المتواجدين في مكان الحريق، ومثال على ذلك إذا نُقِل المصاب إلى المستشفى وتوفى هناك فمحدث الحريق يسأل عن هذه الوفاة لأنّ المهم في مسألة العلاقة السببية بين الحريق والوفاة هي تحقق الرابطة الزمنية بينهما.

الرابطة الزمانية: هناك اختلاف في موقف التشريعات العقابية من وقت حدوث الحريق، انقسمت القوانين العقابية العربية إلى قسمين.

القسم الأول: يرى ضرورة حدوث الوفاة وقت إشعال النار، حيث بيّن قانون العقوبات البغدادي في المادة/311 (إذا نشأ عن الحريق موت شخص أوأكثر كان موجوداً في الأماكن المحترقة وقت إشعال النار يعاقب الجاني بالإعدام)، وذهب المشرع المصري في م/257 نفس الاتجاه حيث أشار إلى وقوع الوفاة عند إشعال النار.

القسم الثاني:التشريعات التي بيّن حالة الوفاة أثناء اشتعال النار: تنص غالبية قوانين العقابية العربية أنّه من المهم حدوث الوفاة أثناء الحريق ولا يهم تواجد الشخص وقت إشعال النار، حيث أوضع المادة/235 من قانون العقوبات البحريني (تكون العقوبة الإعدام أو السجن المؤبد إذا ترتب على أغرام النار موت شخص ....)وبيّن المادة/372 من قانون العقوبات الأردني (إذا نجم عن

الحريق وفاة إنسان عوقب مضرم النار....)ويبيّن المادة/272 من قانون الجزاء العماني (يعاقب الفاعل بالإعدام إذا تسبب الحريق في وفاة إنسان).

و تظهر أهمية الاختلاف بين موقف القوانين العقابية في حل هذه المسألة في حالة حضور رجل الإطفاء بعد اندلاع النار وفي حالة استمرار الحريق لفترة طويلة من أجل إخماد النار فهنا يسأل الجاني (محدث الحريق) عن الوفاة ويحكم عليه بالإعدام(111).

ولابدّ من الإشارة إلى موقف المشرع العراقي في الفقرة/4 من المادة/342 التي تبين (وتكون العقوبة الإعدام أو السجن المؤبد إذا أفضى الحريق موت إنسان).

المطلب الرابع: تخفيف عقوبة الحريق.

لم ينص قانون العقوبات العراقي النافذ على تخفيف عقوبة الجاني في جريمة الحريق، ولكنّه نجد ضرورة الإشارة إلى التخفيف في حالة واحدة وهي ضئالة قيمة الأشياء المحترقة عقب قيام هذه الجريمة، ونعتمد على الحجج التالية:

أولاً:يبيّن المشرع العراقي حالة تشديد عقوبة جريمة الحريق عند حدوث ضرر جسيم بالأموال وذلك في الفقرة الثانية من المادة/343 الخاصة بالحريق الخطأ، حيث أشار إلى ضرورة تشديد العقوبة أذا نشأ عن الحريق ضرر جسيم بالأموال، والمفهوم المخالف لهذه المادة هو ضرورة تخفيف العقوبة إذا كانت هناك أضرار ضئيلة أو تافهة تدعو إلى فرض عقوبة الغرامة فقط على محدث الحريق.

ثانياً: لو قارننا بين جريمة الحريق وجريمة السرقة نجد أنّ المشرع العراقي قد خفف عقوبة جريمة السرقة في المادة/446 عندما تكون قيمة المال المسروق لاتزيد على ثلاث 3 مائة دينار، ونرى بأنّ السرقة تؤدي إلى ضياع المال لدى صاحبه الشرعي، وهذا يوجب

المقارنة بين السرقة والحريق لأنّ كليهما يؤدي إلى أتلاف المال وإنقاص الذمة المالية للمجني عليه، وعليه نقترح على المشرع العراقي أن ينص صراحةً على تخفيف عقوبة الحريق إذّا نجم عنه ضرر في الأموال لايزيد على ثلاثة مائة دينار.

ثالثاً: هناك بعض القوانين العقابية العربية تشير إلى ضرورة تخفيف العقاب في حالة ضئالة الأموال المحترقة.

أ. قانون العقوبات المصري: الذي ينص في المادة/255 إذا (ّذا لم تتجاوز قيمة الأشياء المحترقة خمسة جنيهات ولم يكن هناك خطر على الأشخاص .....).

ب. قانون العقوبات السوري: (ذا كان الجرم تافهاً فلا تتجاوز العقوبة ثلاثة أشهر) (112).

ت.بيّنت المادة/419 من قانون العقوبات الفلسطيني تخفيف عقوبة الحريق إذا كان الضرر تافهاً.

المطلب الخامس: الإعفاء من عقوبة الحريق.

بيّن قانون العقوبات المغربي (يتمتع بعذر معفي من العقاب كل من كان مشتركاً في جريمة الحريق وأخبر السلطات عن وقوعها قبل اتخاذ الإجراءات القانونية) (113).

ونرى أنّ هذه الحالة من حالات الإعفاء من العقاب غير ضرورية النص عليها، لأنّ المشرع العراقي قد بيّن أحكام الإعفاء بشكل عام في حالة الاتفاق الجنائي في المادة/59 التي أشارت إلى أنّه (يعفي من العقوبات كل من بادر بأخبار السلطات العامة بوجود أتفاق جنائي .....).

الخاتمة : والآن بعد أن توصلنا إلى ختام هذا البحث الموجز نستطيع أن نوضح بعض النتائج والاستنتاجات المهمة الخاصة بجريمة الحريق:-

أولاً: الاحتراق ظاهرة طبيعية يستغلها البعض من أجل الأضرار بممتلكات الغير وغالباً ما ينجم عنها إصابات جسدية وقد تؤدي أحياناً إلى الوفاة.

ثانياً: تجمع التشريعات العقابية على عقاب نوعين من الحريق، الحريق العمدي والحريق الخطأ.

ثالثاً: ذهب غالبية الشراح والباحثين إلى اعتبار القصد العمدي في جريمة الحريق هو قصد احتمالي، غير أننا نجد أنّ القصد الجنائي في هذه الجريمة هو قصد متعدي.

رابعاً: بيّنت (214) من قانون المدني العراقي صورة من صور الحريق وهو الحريق العمدي وأشارت إلى عدم مسؤولية محدثه في حالة وقوعه بناءً على طلب صاحب الدار(114)، ونرى أنّ هذه الصورة من الناحية الجنائية هي أحداث الحريق تحت حكم حالة الضرورة التي لا توجب عقاب الفاعل من الناحية الجنائية، لأنّ المادة/63 من قانون العقوبات العراقي تشير إلى أحكام حالة الضرورة(115).

خامساً: لم يشر قانون العقوبات العراقي إلى صورة مهمة من صور جريمة الحريق وهي جريمة الحريق بالتوصيل، وكان الأفضل الإشارة إليها لأنّ معظم التشريعات العقابية تبيّن هذا النوع من الحريق (الحريق الغير المباشر).

سادساً: بصدد تشديد عقوبة الحريق نجد أنّ من الأفضل تشديد عقوبة الحريق من قانون العقوبات العراقي النافذ عند ارتكابها ليلاً أو أثناء قيام حالة الحرب.

سابعاً: فيما يخص تخفيف عقوبة الحريق، نرى أنّه من الأفضل أن يشير المشرع الجنائي في العراق إلى حالة تخفيف عقوبة جريمة الحريق إذا كانت قيمة الأموال والأشياء المحروقة ضئيلة. وعليه من الأفضل النص على تخفيف عقوبة الحريق إذا كانت لا قيمة الأشياء المحروقة لا تتجاوز 3 مائة دينار أسوة بجريمة السرقة م/446.

وأخيراً عسى أن نكون قد وفقنا في أعداد هذا البحث، ونرجو من الله أبعادنا عن عذاب الحريق وينجينا من نار جهنم(116).

الهوامش:

(1) لا نؤيد من ذهب إلى تسمية هذه الجريمة بالإحراق لسببين أولهما لأنّ الإحراق يكّون الركن المادي في هذه الجريمة والسبب الثاني يرجع إلى أن القوانين العقابية العربية تجمع على تسمية هذه الجريمة بجريمة الحريق، ينظر د. محمد طموم، الإحراق في السلم وأثره، بحث في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة كويت، السنة الثانية، العدد الثالث، ص111.

(2) سورة البقرة، الآية (266).

(3) م/25من قانون حمورابي التي كانت تنص على أنّه (إذا النار شبت في دار سيد وذهب سيد لإطفائها فحط عينه على أموال صاحب البيت فأن هذا الرجل يلقي في النار هذه)، ينظر د. عامر سليمان, القانون في العراق القديم (دراسة تاريخية قانونية مقارنة), الجزء الأول, دار الكتب للطباعة والنشر, بغداد, 1977، ص206.

(4) ابن المنظور، لسان العرب، دار الصادر، بيروت، 1414هـ، الطبعة الثالثة، الجزء العاشر، ص41.

(5) أبي منصور محمد بن أحمد لأزهري، معجم تهذيب اللغة، المجلد أ- ح، دار المعرفة، بيروت-لبنان، ص791، وينظر محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين أبن منظور المتوفي، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 14143هـ، ص41.

(6)Blak's law Dictionary (9th), 2009.

(7) The American Hiritage Dictionary of the English Language, Four Edition, new York, 2004, p118.

(8) Garduer, Thomas and Andersan, Terry, Criminal law – cenguge learning, landon, 2011, p418.

(9) م/231، 232 من قانون العقوبات البحريني.

(10) م/ 368، 369 من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960.

(11) م/270، 271 من قانون الجزاء العماني.

(12) م/431، 432، 433، 434 من قانون العقوبات القطري المرقم 14 لسنة 1971.

(13) حيث بيّنت المادة 587إلى تعريف جريمة الحريق بأنّه "كل من أضرم النار قصداً، وتشير المادتان 588، 589 من هذا القانون إلى مصطلح " من يضرم النار عمداً".

(14) م/ 580، 583 من قانون العقوبات المغربي لسنة 1963.

(15) ينظر الفصل 370 من قانون العقوبات التونسي لسمة 1966.

(16) حيث نصّت المادة 243 من قانون الجزاء الكويتي المرقم 17 لسنة 1960على انّه "كل من وضع النار".

(17) م/ 297 من قانون العقوبات الليبي.

(18) ينظر المواد 252، 253، 254، 255 من قانون العقوبات المصري رقم 150 لسنة 1950.

(19) م/ 395، 396 من قانون العقوبات الجزائري لسنة 1966.

(20) الفقرة الرابعة من المادة/12 من قانون العقوبات السوداني المرقم 64 لسنة 1974.

(21) م/137 من قانون العقوبات اليمني المرقم 13 لسنة 1976.

(22) ينظر المواد 306، 307، 308 من قانون العقوبات البغدادي القديم لعام 1918.

(23) ينظر الفقرة/1 من المادة/342 من قانون العقوبات العراقي النافذ التي تنص "يعاقب بالسجن مدة لاتزيد على (15)سنة كل من أشعل ناراً عمداً في مال منقول أو غير منقول ولو كان مملوكاً له ....).

(24) بينما كان موقف المشرع العراقي واضحاً في تعريفه لكثير من الجرائم مثل السرقة والقذف والسب.

(25) قرار رقم 689 الهيئة الجزائية الأول في محكمة تمييز إقليم كوردستان 2013 في 2014/5/12 – القرار غير منشور.

(26) م/11 من قانون العقوبات الليبي.

(27) أحمد أمين، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مكتبة النهضة، بيروت، ص396.

(28) م/ 28 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.

(29) ف/4 من م/19 من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم 111 لسنة 1969.

(30) ماعدا بعض الجرائم كالتزوير، حيث بين المشرع العقابي الطرق المادية والمعنوية لارتكابها، حيث بيّن قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 (تعريف التزوير وطرقه) م/286 وما بعدها.

(31) جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الثالث ، مكتبة العلم للجميع، لبنان ، ص155.

(32) مصطفى مجدي هرجة، التعليق على قانون العقوبات في ضوء الفقه والقانون، مكتبة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص399.

(33) هذه القرارات مشار عند جندي عبدالملك، الموسوعة الجنائية، المصدر السابق، ص155.

(34) م/247 من قانون الجزاء الكويتي المرقم 16 لسنة 1960.

(35) (معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم التخريب والإتلاف والحريق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1989، ص234.

(36) قرار قاضي الإحالة بمحكمة طنطا المشار إليه عند مصطفى مجدي هرجة، المصدر السابق، ص405.

(37) م/ 370 من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960.

(38) م/ 256 من قانون العقوبات المصري رقم150 لسنة 1950.

(39) مصطفى مجدي هرجة، المصدر السابق، ص399.

(40) ينظر في هذا الصدد جندي عبد الملك، المصدر السابق، ص258.

(41) هذا الراي ذهب إليه العلامة الفرنسي جارو مشار إليه لدى جندي عبدالملك، المصدر السابق، ص159.

(42) فريد الزغبي، الموسوعة الجزائية، دار صادر، بيروت، المجلد الحادي عشر، ص42.

(43) المصدر أعلاه، ص43.

(44) ينظر الفصل 114 من قانون العقوبات المغربي لسنة 1963، وينظر الفصل 59 من قانون العقوبات التونسي لسنة 1966.

(45) مصطفى مجدي هرجه، المصدر السابق، ص399.

(46) فريد الزغبي، المصدر السابق، ص45-46.

(47) معوض عبد التواب، المصدر السابق، ص239.

(48) ينظر قرار محكمة النقض المصرية في (1939/3/20) المرقم 660، مجموعة القواعد القانونية السنة التاسعة، مشار إليها عند معوض عبد التواب، المصدر السابق، ص239.

(49) ينظر قرار محكمة النقض المصرية في (1931/5/21) المرقم (262)، مجموعة القواعد القانونية، الجزء الثاني، ص327.

(50) ينظر قرار محكمة النقض المصرية في (1968/2/25) المرقم (2274)، مجموعة أحكام النقض المصرية، سنة 19، ص176.

(51) ينظر قرار محكمة النقض المصرية في (1915/5/22) مجموعة الأحكام القضائية، عدد (17)، ص43.

(52) معوض عبد التواب، المصدر السابق، ص299 وينظر فريد الزغبي، المصدر السابق، ص48 وينظر مصطفى مجدي هرجه، المصدر السابق، ص400.

(53) ينظر بهذا الصدد رسالة الدكتور محمد معروف عبد الله، الباعث في قانون العقوبات العراقي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون- جامعة بغداد، مسحوب بالرونيو، 1975، ص42 وما بعدها.

(54) أحمد أمين، المصدر السابق، ص431 وينظر فريد الزغبي، المصدر السابق، ص67.

(55) تنص المادة/138 من قانون العقوبات العراقي على (اذا ارتكبت جريمة بقصد الحصول على كسب غير مشروع وكان القانون يعاقب عليها بعقوبة غير الغرامة جاز الحكم فضلاً عن العقوبة المقررة قانوناً للجريمة، بغرامة لاتزيد على قيمة الكسب الذي حققه الجاني أو الذي كان يرمي إليه وذلك ما لم ينص القانون على خلاف ذلك).

(56) فريد الزغبي، المصدر السابق، ص68.

(57) أحمد أمين، المصدر السابق، ص433.

(58) فريد الزغبي، المرجع السابق، ص68.

(59) م/374 من قانون العقوبات الأردني المرقم 16 لسنة 1960.

(60) م/405 (مكرر) من قانون العقوبات الجزائري رقم 66 لسنة 1966.

(61) ينظرالفصل/309 من قانون العقوبات التونسي لسنة 1966.

(62) م/150 من قانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

(63) م/152 من قانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

(64) جندي عبد الملك، المصدر السابق، ص211.

(65) المصدر السابق، ص213.

(66) أحمد أمين، المرجع السابق، ص434.

(67) معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص262.

(68) المصدر السابق، ص263.

(69) أحمد أمين، المرجع السابق، ص437.

(70) م/374 من قانون العقوبات الأردني رقم 9 لسنة 1961.

(71) م/273 من قانون الجزاء العماني.

(72) ينظر الفصل/309 من قانون العقوبات التونسي لسنة 1966.

(73) م /405 مكرر (جديدة) من قانون العقوبات الجزائري رقم 66 لسنة 1966.

(74) أحمد أمين، المصدر السابق، ص340، وينظر معوض عبد التواب، المصدر السابق، ص262.

(75) جندي عبد الملك، المرجع السابق، ص208.

(76) معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص265.

(77) لو رجعنا إلى القانون المدني نجد أنّ أركان العقد (الرضا، المحل، السبب)، ويقصد بالمحل ما يجب على المتعاقد تنفيذه، حيث يشترط فيه أن يكون مشروعاً ومعيناً وقابلاً للتنفيذ.

(78) http://www.shakwmakw.com 8-9-2014 8:30 PM.

(79) إذا كان الإحراق وسيلة لقتل شخص ما، فإنّ قانون العقوبات العراقي يفرض عقوبة الإعدام لأنّ هذه الجريمة تقع بطرق وحشية م/406 ف/1 – ج (..... إذا أستعمل الجاني طرق وحشية في ارتكاب الفعل).

(80) ف/3 م/408 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.

(81) م/ 252، 253 من قانون العقوبات المصري رقم 150 لسنة 1950.

(82) م/414، 415 من قانون العقوبات الفلسطيني لسنة 1979.

(83) م/587، 588، 589 من قانون العقوبات اللبناني لسنة 1943.

(84) م/243 من قانون الجزاء الكويتي المرقم 16 لسنة 1960.

(85) معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص224.

(86) جندي عبد الملك، المرجع السابق، ص210.

(87) فريد الزغبي، المرجع السابق، ص53.

(88) المصدر أعلاه، ص53.

(89) المصدر نفسه، ص58.

(90) الآية 68 من سورة الأنبياء، حيث يقول سبحانه وتعالى(قَالُوا حَرِّقُوهُ وَانصُرُوا آلِهَتَكُمْ إِن كُنتُمْ فَاعِلِينَ).

(91) Garduer, Thomas and Andersan, O.P, P42.

(92) ف/1 م/242 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.

(93) ف/1 م/343 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.

(94) بموجب م/24 من قانون العقوبات العراقي 111 لسنة 1969 التي تنص على أنّه (لايتغير نوع الجريمة أذا استبدلت المحكمة بالعقوبة المقررة لها عقوبة من نوع أخف سواء كان ذلك لعذر مخفف أو لظرف قضائي نخفف ما لم ينص القانون على ذلك).

(95) م/108 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.

(96) عدم الإقامة في مكان معين، أّما الثاني فهو بيان محل أقامته،أّما الالتزام الثالث فهو عدم تغيير محل أقامته إلا بعد موافقة المحكمة، والقيد الرابع والأخيرالذي بيّنه المشرع العراقي هو عدم ارتياد محلات شرب الخمر أو المحل التي يعينها الحكم.

(97) ينظر ف/هـ و م/342-2 من قانون العقوبات العراقي التي توضح وجوب تشديد العقوبة إذا وقع الحريق في مبنى مسكون أو محل آهل بجماعة من الناس أو مبنى مشغول من دائرة رسمية أو شبه رسمية).

(98) ف/ز من م/ 342-2 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.

(99) () ف/ج من م/ 342-2 من قانون العقوبات العراقي. رقم 111 لسنة 1969.

(100) ف/هـ من م/ 342-2 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.

(101) ف/ هـ من م/ 342-2 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.

(102) ف/ هـ من م/ 342-2 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.

(103) ف/د من م/ 342-2 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.

(104) ف/3 من المادة/242 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.

(105) ف/3 من المادة/343 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.

(106) ف/2 من المادة/343 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.

(107) م/116 (مكرر) من قانون العقوبات المصري150 لسنة 1950.

(108) م/223 من قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1810.

(109) م/252 مكرر من قانون العقوبات المصري رقم 150 لسنة 1950.و م/224 من قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1810.

(110) م/71 من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971.

(111) وهناك من الشراح العرب من لا يعتقد بوجوب فرض عقوبة الإعدام إذا كان الذي مات أحد عمال المطافي، لأنّه لم يكن حاضراً وقت وضع النار، ينظر أحمد أمين، المرجع السابق، ص428.

(112) ف/3 م/579 من قانون العقوبات السوري لسنة 1949، وكذلك نص المشرع اللبناني لسنة 1943 على ذلك في المادة/593.

(113) م/589 من قانون العقوبات المغربي لسنة 1963.

(114) ينظر الفقرة/2 من المادة/214 من قانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 التي تنص (فإذا هدم أحد داراً بلا أذن صاحبها لمنع وقوع حريق في المحلة وأنقطع هناك الحريق، فإن كان الهادم هدمها بأمر من أولي الأمر لم يلزمه الضمان، وأن كان هدمها من تلقاء نفسه الزم بتعويض مناسب.

(115) ينظر المادة/63 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 (لا يسأل جزائياً من أرتكب جريمة ألجأته ضرورة وقاية نفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره من خطر جسيم محدق لم يتسبب هو فيه عمداً ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة آخرى وبشرط أن يكون الفعل المكون للجريمة متناسباً والخطر المراد اتقاؤه ولا يعتبر في حالة الضرورة من أوجب القانون عليه مواجهة ذلك الخطر).

(116) حيث ورد في القرآن الكريم (إنّ الذين فتنوا المؤمنين والمؤمنات ثّم لم يتوبوا فلهم عذاب جهنّم ولهم عذاب الحريق)، سورة البروج، الآية (10).

الإطار المفاهيمي لتجمع الشركات في القانون الجزائري

بقلم الأستاذة: حورية سويقي
جامعة تلمسان

مقدمة

إن تجمع الشركات هو هيكل ذو طبيعة خاصة إذ يجمع بين عدة شركات[1] مستقلة من الناحية القانونية تتمتع كل واحدة منها بالشخصية المعنوية، بكل ما يترتب عليها من آثار قانونية، غير أنها من الناحية الفعلية خاضعة لتبعية الشركة الأم التي تترأس تجمع الشركات نتيجة امتلاكها جزء من رأس مال هذه الشركات التابعة، أو حقوق التصويت فيها مما يخول لها السيطرة عليها، والتأثير على سيرها وتوجيهها وفق إستراتجية موحدة موضوعة مسبقا.

وإن تجمع الشركات لا يمكن أن يتكون إلا من أشخاص معنوية، فبالنسبة للشخص الطبيعي الذي يكون له نفوذ بامتلاكه أغلبية رأس المال أو أغلبية حقوق التصويت في عدة شركات، لا يمكن تكييف ذلك على أنه تجمع، ذلك أن النفوذ والسيطرة في تجمع الشركات لا يمارسان إلا من قبل شركة أم تكون في شكل شخص معنوي[2].

وينطبق نفس الشيء على الشركة التي يكون لها عدة فروع[3]، ووكالات ومحلات تجارية، إذ بالرغم من أن كياناتها تشكل وحدة اقتصادية تابعة للشركة الأم إلا أنها تفتقد الشخصية المعنوية[4].

ومن الصعب الإلمام بالإطار القانوني لتجمع الشركات، ناهيك عن الطرق المختلفة لتشكيله، والتي تختلف بدورها عن طرق تشكيل بقية الهياكل القانونية كالتجمع ذو المنفعة الاقتصادية، لعدم وجود نصوص قانونية خاصة تنظمها

تنظيما محكما؛ مما يثير للبحث والنقاش العديد من التساؤلات القانونية حول ماهية تجمع الشركات، فما مفهوم تجمع الشركات؟ وما يميزه عن غيره من الهياكل المشابهة له؟ وما الهيئات المنطوية تحته؟ وكيف عالج المشرع الجزائري تنظيم هذا الصرح الاقتصادي العملاق؟

وعليه سوف نحاول الإلمام بمفهوم تجمع الشركات، من خلال التطرق إلى التعارف الفقهية والقانونية التي قيلت فيه وتمييزه عن النظم المشابهة له (المبحث الأول)، ثم التطرق فيما بعد إلى كيفية هيكلته (المبحث الثاني)، وبذلك يتضح لدينا جانباه النظري (المفهوم) والتطبيقي (الهيكلة)

المبحث الأول : مفهوم تجمع الشركات

إن تجمع الشركات هو عبارة عن وضعية فعلية أو واقعية لمجموعة من الشركات تشكل كيانا اقتصاديا واحدا من خلال عملها كوحدة، غير أنها من الناحية القانونية مستقلة عن بعضها البعض[5] .

إن هذا الكيان الضخم، فور تشكيله وخروجه للواقع العملي يطرح للوجود عدة مشاكل، سواء من الناحية القانونية أو الاقتصادية تتعلق بمفهومه وطبيعته القانونية، مما يستدعي منا البحث عن تعريف تجمع الشركات (المطلب الأول)، ثم تمييزه عن غيره (المطلب الثاني)، حتى يتضح لنا المفهوم الحقيقي لهذا الكيان.

المطلب الأول: تعريف تجمع الشركات

إن نظرية تجمع الشركات لم يكن لها نصيب من التنظيم كهيكل قانوني خاص بشكل كامل في القانونين الجزائري والفرنسي،[6] ولقد اكتفى المشرع الجزائري في القانون التجاري بتنظيم التجمع ذو المنفعة الاقتصادية من المادة

796 إلى المادة 799 مكرر4 [7]، في الفصل الخامس من الباب الأول من الكتاب الخامس المتعلق بالشركات التجارية، وعنونه بالتجمعات، إلا أن المقصود به هو التجمع ذي المنفعة الاقتصادية **groupement d'intérêt économique** الذي يقوم بعقد بين شخصين معنويين، في حين أن التجمع محل الدراسة هو الذي يوجد فعلا دون ضرورة وجود عقد بين الأعضاء المكونة له.

وعلى الصعيد الفقهي، كانت وما زالت نظرية التجمع محل دراسات وأبحاث فقهية في القانون المقارن، وتختلف التعاريف المقدمة لتجمع الشركات باختلاف التخصص القانوني لكل فقيه، ذلك أن التجمع ليس فقط وليد قانون الشركات، وإنما حقيقة التجمع تقتضي أن يكون محل تنظيم في عدة مجالات قانونية؛ القانون الضريبي، قانون العمل، القانون البنكي، قانون المنافسة...الخ. فكل يعرفه بحسب اختصاصه، مما يستدعي منا البحث عن التعاريف الفقهية لتجمع الشركات (الفرع الأول) لعلنا نتوصل على ضوءها لفهم التعاريف القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف الفقهي للتجمع

تطلق تسمية تجمع الشركات على "مجموعة شركات تمارس نشاطا اقتصاديا متماثلا أو متمايزا، وتخضع لإدارة اقتصادية موحدة، وتسيطر على ذمتها المالية إحدى الشركات التي تأتي على رأس التجمع، وتسمى الشركة الأم، التي تمارس سيطرتها على الشركات الأعضاء بملكيتها جزء من رأس مال هذه الشركات[8]".

ويعرفه « Francis Lefebvre »على أنه "مجموعة مشكلة من عدة شركات تتمتع كل واحدة منها باستقلالها القانوني، غير أنها مرتبطة فيما بينها بعلاقات مختلفة، حيث تعتبر إحداهما شركة أم تسيطر على بقية الشركات التابعة، وتمارس رقابة على التجمع، وتشكل مركز القرار، فهناك اختلاف بين الوضعية القانونية التي تفرض الاستقلالية، والوضعية الاقتصادية التي تفرض التبعية"[9].

كما يعرفه « François Goré» " تجمع الشركات هو عبارة عن وحدة اقتصادية مكونة من شركة "أم" وشركات تابعة لها، مع وجود ثلاثة خصائص تجمعهم:

1- شركات تابعة متمتعة بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي.
2- تبعية الشركة التابعة للشركة الأم عن طريق تقنية المراقبة.
3- الطابع المالي الذي يربط بين الشركات"[10].

في حين يرى P .Didier أن تجمع الشركات لا يتكون فقط من شركة أم وشركات وليدة، وإنما من شركات تابعة للشركات الوليدة ، تمارس عليها الشركة الأم رقابة غير مباشرة[11].

ويذهب جانب من الفقه[12] إلى أنه يجب أن تجتمع عدة شروط للقول بوجود تجمع الشركات، وذلك كالآتي:

- يجب أولا أن تمتلك شركة نسبة معنية من حقوق التصويت تختلف باختلاف تشريع كل دولة، بحيث تصبح الشركة الثانية تابعة لها، أو عن طريق عقود السيطرة التي تبرم بين الشركة الأم وشركاتها الوليدة ، على أن تكون هذه الأخيرة مستقلة متمتعة بشخصية قانونية مستقلة وذمة مالية.

- يجب أن توجد مجموعة الشركات تحت إدارة واحدة تسيطر فيها الشركة الأم على إدارة شركاتها الوليدة، حتى أن البعض ذهب إلى أن وحدة الإدارة، أو ما يسمى بالسيطرة والهيمنة هو مصدر وجود التجمع، ويتحقق ذلك عن طريق المشاركة في رأسمال الشركة التابعة بحيازة أغلبية الأسهم فيها.

ويرى **R. Houin** أن الإشكال الأساسي في تجمع الشركات هو التناقض الموجود بين القانون والواقع ، فكيف يمكن حسب رأيه أن نتكلم عن الاستقلالية القانونية للشركات التابعة، وفي نفس الوقت نتكلم عن خضوعها لإدارة موحدة تكون فيها الشركة الأم المسيطرة، والشركات التابعة المسيطر عليها[13].

ويرى **C.Champaud**، أن هذا التناقض يمكن أن يبرر بالهدف الرئيسي للتجمع وهو تقسيم الأعمال على الشركات الأعضاء المحتفظة بالشخصية المعنوية، والاستقلال المالي والمنضمة إلى الوحدة الإقتصادية للتجمع[14].

ويرى **D. Vidal**، أن تجمع الشركات لا ينشأ فقط من خلال المساهمات المالية وإمتلاك حقوق التصويت، وإنما أيضا يمكن أن ينشأ عن طريق علاقات تعاقدية كما يمكن أن ينشأ عن وضعية التبعية كعقد إيجار التسيير، عقد التوزيع، ....الخ.[15]

وبالتالي لا بد من إعطاء تعريفا جامع مانع، وفي هذا الإطار نجد محاولة **P. Maggy** [16] الذي عرفه على أنه وحدة إقتصادية تجمع بين شركتين أوأكثر يتمتعون بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تجمعهم مصلحة مشتركة، هذه الرقابة تتجسد في السيطرة على قرارات الشركة التابعة إما من خلال المساهمة

في رأسمالها، أو امتلاك نسبة من حقوق التصويت فيها تمكنها من تعيين أغلبية أعضاء مجلس إدارتها، أو بأي وسيلة أخرى تحدث نفس الآثار.

الفرع الثاني: التعريف القانوني لتجمع الشركات

بالرجوع إلى القسم الثاني من الفصل الرابع من الباب الأول من القانون التجاري الجزائري المتعلق بالشركات التابعة، المساهمات والشركات المراقبة، وبالأخص المواد من 729إلى732مكرر4، نلاحظ غياب تعريف خاص بتجمع الشركات، إذ لم يقم المشرع الجزائري بتكريس نصوص قانونية خاصة تنظم هذا الأخير بشكل مفصل، وإنما أشار إلى بعض الميكانيزمات التي يقوم عليها التجمع في بعض النصوص، كذلك التي تنظم المساهمات والمراقبة.

بالرجوع إلى نص المادة 732 مكرر 4 من ق.ت.ج، نجد أن المشرع قد تبنى فكرة التجمع، وذلك بنصه:

"يقصد بالحسابات المدعمة [17]تقديم الوضعية المالية ونتائج مجموع الشركات وكأنها تشكل نفس الوحدة".

بالرجوع إلى القرار المؤرخ في 19 أكتوبر1999، والمتضمن تقنيات إعداد وتجميع حسابات التجمع[18] ، والمحدد لكيفية تطبيق نص المادة 731 مكرر من القانون التجاري الجزائري، نجد أن المادة الأولى منه تنص:

"إن حسابات الشركة القابضة التي تم تجميعها مع حسابات الشركات المعنية التي هي تحت رقابتها، تشكل الحسابات المجمعة للتجمع." ونلاحظ أن المشرع استعمل مصطلح التجمع.

وبالرجوع إلى المادة 138 مكرر فق.4 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة[19]، نجد أنها تعرف تجمع الشركات كالآتي:

" تجمع الشركات يعنى به كل كيان اقتصادي مكون من شركتن أو أكثر ذات أسهم[20]، مستقلة قانونا، تدعى الواحدة منها الشركة "الأم". تحكم الأخرى المسماة "الأعضاء" تحت تبعيتها لامتلاكها المباشر ل 90 % أو أكثر من رأسمالها الاجتماعي، والذي لا يكون رأس مال ممتلكا كليا أو جزئيا من طرف هذه الشركات أو نسبة 90 % أو أكثر من طرف شركة أخرى تمكنها أخذ طابع الشركة الأم.

يجب أن تكون العلاقات بين الشركات الأعضاء في التجمع في المفهوم الجبائي مسيرة أساسا بأحكام القانون التجاري".

ما نلاحظه من خلال هذه المادة، أنه بالرغم من أن المادة 138 مكرر فق.4 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، تحيل لتنظيم العلاقات بين الشركات الأعضاء في التجمع على أساس أحكام القانون التجاري، إلا أن هناك اختلافات ما بين القانونين بخصوص إشكالية المعيار الكمي المحدد لنسبة المساهمات بالنسبة للشركات الأعضاء في التجمع، كما أن القانون التجاري بالرغم من اعتباره قانونا خاصا لم يقم بتحديد الشكل القانوني للشركات الأعضاء في التجمع (الشركة الأم والشركات التابعة)، إلا أن القانون الجبائي حصر الشكل القانوني لهم في شركة المساهمة.

كما أنه في القانون التجاري، والقرار المطبق للمادة 732 مكرر 4 من ق.ت.ج، والقانون الجبائي، هناك إشكالية ضبط المصطلح القانوني لهذه المنشأة، فهل هي مجموعة شركات أم مجمع أم تجمع؟

أما بخصوص القانون البنكي الجزائري، تبنى بدورة نظرية تجمع الشركات، إذ بعدما نص في المادة76 من الأمر رقم 03-11 [21]على منع كل شخص طبيعي أو معنوي من ممارسة عمليات إستلام الأموال من الجمهور، والاقتراض العام، ووضع آليات لذلك، تضمنت المادة 79 استثناءات على ذلك، ومن ضمنها الفقرة 2، التي نصت صراحة

على أنه يمكن لمؤسسة أن تقوم بعمليات الخزينة مع شركات لها تربط بينها بصفة مباشرة أو غير مباشرة مساهمات في رأس المال تخول لإحداها سلطة الرقابة الفعلية على الأخرى.

كما تبنى قانون المنافسة[22] بدوره نظرية تجمع الشركات، إذ الهدف الرئيسي للتجمع هو سيطرة الشركة الأم على الشركات التابعة بقصد وضع سياسة إقتصادية مشتركة، وذلك من خلال الخضوع إلى إدارة موحدة، هذه المبادئ تقضي على مبدأ استقلالية الشركات التي تجعل من الشركة هيكلا مستقلا في السوق يخضع لحرية المنافسة، فالتجمع الذي أصبح يعتبر ضرورة إقتصادية يدخل في إطار الوضعية المهيمنة، ويعد تصرفا محظورا، تعاقب عليه المادة 56 من قانون المنافسة، يعتبر غير ذلك في حالة حصوله على ترخيص من قبل مجلس المنافسة ويدخل في قائمة التجميعات الإقتصادية، التي نصت عليها المادة 15 من نفس القانون.

المطلب الثاني: تمييز تجمع الشركات عن التجمع ذي المنفعة الإقتصادية

بعد أن رأينا تعدد التعاريف الفقهية التي قيلت في تجمع الشركات واختلافها باختلاف الزاوية التي ينظر إليه منها، وبعد تعدد التعاريف القانونية لتجمع الشركات، واختلاف المصطلحات المستعملة الدالة عليه، قد يقع في الأذهان خلط حول المعنى الحقيقي للتجمع مما يستدعي تمييزه عن أهم ما يشتبه به من أنظمة لعل أهممها التجمع ذي المنفعة الاقتصادية .

الفرع الأول: تعريف التجمع ذي المنفعة الاقتصادية

لقد أسس المشرع الفرنسي بموجب الأمر رقم 67-821،[23] والمشرع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-08[24] منشأة قانونية جديدة توضع تحت تصرف الأشخاص الممارسين لنشاط اقتصادي والراغبين في

التعاون لتوحيد جهودهم ونشاطهم في إطار إطار قانوني يدعى التجمع ذي المنفعة الإقتصادية.

والهدف الرئيسي من هذه المنشأة هو مساهمة المؤسسات في المشاريع الاقتصادية دون المساس باستقلاليتها، فيجوز لها أن تنشأ تجمعا تسند إليه مهمة إنشاء مركز بيع منتجاتها أو مكتب للتصدير، أو مؤسسة للبحث والتنمية[25].

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا دقيقا للتجمع ذي المنفعة الاقتصادية، وإنما عرفه في المادة 796 من القانون التجاري الجزائري كالآتي " يجوز لشخصين معنويين أو أكثر أن يؤسسوا فيما بينهم كتابيا ولفترة محدودة تجمعا لتطبيق كل الوسائل اللازمة لتسهيل النشاط الإقتصادي لأعضائه أو تطويره أو تحسين نتائج هذا النشاط وتنميته".

ويفهم من هذه المادة أن التجمع عقدا يتفق من خلاله شخصان معنويان أو أكثر وهم الأعضاء، على تطبيق الوسائل الملائمة لتسهيل وتنمية نشاطهم الاقتصادي المشترك وتطويره وتحسينه.

ويشبه التجمع ذي المنفعة الاقتصادية إلى حد كبير الشركات وخاصة شركات الأشخاص، وبالتالي نتساءل عما إذا كان من الممكن إعتبار التجمع ذي المنفعة الاقتصادية كنوع جديد من أنواع الشركات؟ خاصة وأن المشرع الجزائري قد أدرج هذه المنشأة في الفصل الخامس من الكتاب الخامس من القانون التجاري المعنون بالشركات التجارية، وذلك بعد تنظيم شركة التضامن والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم وشركة المحاصة،وبالتالي هل يعد التجمع ذي المنفعة الاقتصادية النوع السادس من أنواع هذه الشركات؟

بالرجوع إلى 544 فق1 من القانون التجاري الجزائري، نجد أنها تقسم الشركات التجارية إلى نوعين؛ شركات تجارية بحسب الشكل، وشركات تجارية بحسب الموضوع،

والفقرة الثانية من نفس المادة قد حددت عدد الشركات بحسب الشكل وهم؛ شركة التضامن وشركة التوصية بالأسهم، والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة، فهل هذا يعني أن التجمع ذو المنفعة الإقتصادية لا يعد منشأة تجارية؟ أم يعني ذلك أن التجمع ذي المنفعة الاقتصادية منشأة تجارية إذا كان موضوعها تجاريا ومنشأة مدنية إذا كان موضوعها مدنيا؟

ومن خلال التعديل الذي تم إجراؤه على المادة 416 من القانون المدني الجزائري [26]، بإضافة عبارة " وبلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة" يبدو التساؤل جديا إلى حد كبير، فإذا كانت الشركة المدنية تهدف هي الأخرى إلى تحقيق أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، فلا بد من توضيح الطبيعة القانونية للتجمع لإخراجه من أي التباس.

إن الطبيعة القانونية المميزة للتجمع ذي المنفعة الاقتصادية تجعل منه شخص معنوي جديد له أهداف، لا ينطوي تحت دراية أي من الأشخاص المعنوية التي يعرفها القانون الخاص، فهو ليس شركة ولا جمعية[27] ولا شركة مدنية، ذلك أن هذه الأخيرة لا تمارس أعمالا ذات طبيعة تجارية، ويهدف إلى توزيع الأرباح الناتجة عن أنشطتها المدنية، فضلا على أنه تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد الاتفاق المنشئ لها دون اشتراط إتمام إجراء القيد والشهر.

كذلك فإن مسؤولية الشركاء و إن كانت غير محدودة إلا أنها ليست تضامنية، فهذا التنظيم حتما يختلف عما هو عليه التجمع ذي المنفعة الاقتصادية، التي لا تكتسب الشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيده في السجل التجاري[28]، ولا يسعى إلى تحقيق الربح بمفهومه التقليدي، ويمارس أعمالا تجارية أو مدنية بحسب موضوعه ومسؤولية الأعضاء فيه عن ديون الشركة مسؤولية مطلقة وتضامنية في جميع الأحوال.

فالتجمع ذي المنفعة الاقتصادية شخص معنوي جديد، له ذاتية خاصة ويتميز عن سائر الأشخاص المعنوية التي يعرفها القانون الخاص، وهو يمارس نشاطات ذات طبيعة إقتصادية من ناحيتين:

- التجمع يمثل وسيلة قانونية لتنظيم التعاون الاقتصادي.
- نشاط التجمع يكون دائما تابعا لنشاط الأعضاء ومكمل لها، وبناءا على ذلك، فإن التنظيم القانوني الذي قرره المشرع للشركات بأنواعها لا يمكن أن يمتد إلى التجمع ذي المنفعة الإقتصادية، حيث أن إرادة الأطراف هي التي ترسم نظامه وتحدد أهدافه، وتعين أجهزة إدارته، وتبين اختصاصاتها[29].

الفرع الثاني: الفرق بين تجمع الشركات والتجمع ذي المنفعة الإقتصادية

إن نقطة التشابه بين تجمع الشركات والتجمع ذي المنفعة الاقتصادية تتمثل في احتفاظ الشركات الأعضاء داخلهم بوجودها القانوني، خلافا على ما هو عليه الحال في الاندماج، كما يهدف كلاهما إلى تدعيم وتقوية الإمكانيات الاقتصادية للفروع من أجل مواجهة المنافسة، وكذلك إبرام عمليات مالية بين الشركات المكونة لها (قروض – تأمين....الخ).

ورغم التشابه الكبير بين النظامين، إلا أنهما تختلفان في نقاط عديدة أولهما:

- إذا كان الأعضاء داخل التجمع ذي المنفعة الاقتصادية يحتفظون باستقلالية تامة في القيام بمهامهم، فإن استقلالية الشركات الأعضاء في تجمع الشركات نسبية، ذلك أنه تربطهم علاقة وطيدة بالشركة الأم ناتجة عن تملك هذه الأخيرة جزء من حقوق التصويت أو رأس المال في الشركة التابعة يخول لها حق الرقابة والسلطة واتخاذ القرار.

- وثانيهما: وهي تعتبر أهم خاصية، فإذا كان التجمع ذي المنفعة الاقتصادية يتمتع بالشخصية المعنوية وبالأهلية الكاملة من تاريخ قيده في السجل التجاري، فإن تجمع الشركات ليس له وجود قانوني ولا يتمتع بشخصية معنوية مستقلة، ولا يمكنه التقاضي ولا التعاقد[30].

المبحث الثاني : هيكلة تجمع الشركات

من المسلم به، بل ومن البديهي عند كل عارف ولو بالقليل من خبايا اللغة العربية، أن مصطلح "تجمع الشركات" لا ينم إلا عن شيء مركب ومتكون من العديد من الوحدات، أو من وحدتين على الأقل؛ وهكذا هو الحال من الناحية القانونية أيضا، فلا يستوي الحديث عن تجمع الشركات ولا الإلمام بمفهومه دونما التطرق لهيكلته وتبيان المنشآت التي تتداخل فيما بينها لتكوين هذا الصرح الاقتصادي الضخم.

كل ما سبق يتطلب منا دراسة الهيئات الأساسية أو البنتين الرئيسيتين لإنشاء تجمع الشركات، ألا وهما الشركة الأم المهيمنة (المطلب الأول)، والشركة التابعة الخاضعة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشركة الأم

تعد الشركة الأم حقيقة قانونية لا تتحقق إلا إذا استوفت الشروط القانونية، فلا بد أن تتمتع بالشخصية المعنوية (الفرع الأول) وأن تمارس الرقابة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشخصية المعنوية للشركة الأم

قبل أن تكون الشركة الأم مراقبة، فلا بد أن تتمتع بالشخصية المعنوية والتي لا تكتسبها إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري[31].

وقبل هذا الإجراء، لا تكون أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وبالتالي يدور التساؤل حول مصير التصرفات والتعهدات التي يجربها مؤسسيها أثناء فترة التأسيس لضرورة مباشرة أعمالها كشراء أو تأجير بعض المحلات لتعيين مقر الشركة.

إن المشرع الجزائري حماية للغير الذي يتعامل مع هذه الشركة التي لم تكتسب بعد الشخصية المعنوية، قد أعتبر مؤسسي الشركة الذين تعهدوا قبل إتمام إجراء القيد مسؤولين مسؤولية تضامنية من غير تحديد في أموالهم عن كل التعهدات التي تعهدوا بها باسم الشركة ولحسابها، إلا إذا قبلت الشركة أن تأخذ على عاتقها هذه التعهدات، وذلك بعد أن تكون قد تأسست بصفة قانونية، فتعتبر هذه التعهدات كأنها تعهدات الشركة منذ تأسيسها[32].

إلا أن المشرع الجزائري في المادة **549** من القانون التجاري الجزائري، لم يحدد الجهاز الذي يقوم بإجازة هذه التعهدات، وجعلها على عاتق الشركة، هل هو مجلس الإدارة أم الجمعية العامة؟

أما بخصوص المساهمات في رؤوس أموال شركات أخرى أو الحصول على نسب معينة من حقوق التصويت التي يقوم بها مؤسسي الشركة الأم قبل قيدها في السجل التجاري، لا تحدث أي آثار قانونية بالنسبة للشركة الأم كون أنها قانونيا لم تنشأ بعد، ولا تمنح صفة المساهم إلا لمؤسسيها.

وينطبق نفس الشيء على تجمع الشركات الذي لا يتمتع طبقا للقانونين الجزائري والفرنسي بالشخصية المعنوية، وبالتالي المساهمات التي تقوم بها الشركات الأعضاء لا تحدث أي آثار أو التزامات على التجمع[33]، ولا تلتزم سوى تلك الشركات[34].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في نص المادة 731 من ق.ت.ج استعمل مصطلح الشركة القابضة[35]،بينما نص في المادة 729 فق1 من ق.ت.ج:

"إذا كان لشركة أكثر من 50% من رأسمال شركة أخرى تعد الثانية تابعة لها".

استنادا إلى المادة السابقة الذكر، معناه الشركة التي تكون لها مساهمة أكثر من 50% في شركة ثانية تعد شركة أم، وهو المصطلح الذي استعمله المشرع الجزائري في المادة 138 مكرر من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، فهل هناك إختلاف بين الشركة الأم والشركة القابضة أم أنهما وجهان لعملة واحدة؟

لم يقم المشرع الجزائري في القانون التجاري بتعريف الشركة القابضة، ونظم فقط الشركات القابضة العمومية التي أنشأت بموجب الأمر رقم 95-25، المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة[36]، وهي عبارة عن مؤسسات عمومية في شكل شركة مساهمة[37]، مهمتها الأساسية هي مراقبة الرأسمال العمومي[38] ولكن تم إلغاؤها بموجب الأمر رقم 01-04، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية وفق للمادة 4 منه[39].

وتختلف الشركة القابضة عن الشركة الأم في كون هذه الأخيرة تراقب الشركات التابعة من كل الجوانب؛ التسيير والإدارة وحتى نشاطاتها، أما الشركة القابضة فتكتفي بالرقابة المالية فقط، لأن الهدف الوحيد من المساهمة في الشركات التابعة هو تطوير رأسمالها، ولهذا فإن الشركات التابعة تبقى مستقلة في نشاطها وإدارتها، مع بقاء ماليتها خاضعة لرقابة الشركة القابضة[40].

الفرع الثاني: الرقابة

إن نظرية مراقبة شركة لشركة أخرى ليس من السهل تحليلها، لتعدد أساليب المراقبة.

فإلى جانب الرقابة الناجمة عن امتلاك شركة أغلبية رأس مال شركة ثانية[41] والذي استعمله المشرع كمعيار كمي لتحديد نسبة التبعية وهي أكثر من 50% من رأس مال شركة أخرى، حيث حدا في ذلك حدو المشرع الفرنسي الذي نص في المادة L-233 وحسب بعض الفقهاء الفرنسيين[42] أن تمسك المشرع الفرنسي بمعيار كمي لتحديد نسبة التبعية التي تنجم عنها الرقابة، يرجع لسبب منطقي لارتباطه بالأغلبية المطلقة في الجمعية العامة، فمن المؤكد أن تملك أغلبية رأس مال شركة ما يجعلها تابعة للشركة المالكة، غير أن تملك هذه النسبة ليس مطلوب دائما، حيث يمكن أن تتحقق السيطرة بنسبة أقل من ذلك في حالة إذا كانت الأسهم موزعة على صغار المساهمين الذين لا يهمهم من السهم سوى ما يحقق من ربح سنوي[43].

كما قد يحدث أن لا تتحقق السيطرة أصلا في حالة إذا كانت 50% من رأس المال يحتوي على أسهم بدون حق في التصويت[44].

كما أن تملك جزء هام من رأس مال شركة ما ليس هو العامل الوحيد الذي تترتب عنه الرقابة، وإنما هناك عوامل أخرى غير رأس المال نصت عليها المادة 731 من القانون التجاري الجزائري وهي كالآتي:

- **تعتبر شركة مراقبة شركة أخرى:**

1- عندما تمتلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزء من رأسمال يخول لها أغلبية الأصوات في الجمعيات العامة لهذه الشركة.

2- عندما تملك وحدها أغلبية الأصوات في هذه الشركة بموجب إتفاق مع باقي الشركاء الآخرين أو المساهمين على أن لا يخالف هذا الإتفاق مصالح الشركة.

3- عندما تتحكم في الواقع بموجب حقوق التصويت التي تملكها في قرارات الجمعية العامة لهذه الشركة.

4- تعتبر ممارسة لهذه الرقابة عندما تمتلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزء يتعدى 40% من حقوق التصويت ولا يحوز أي شريك أو مساهم آخر بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزءا أكثر من جزئها.

المطلب الثاني: الشركة التابعة

تعتبر شركة التابعة أو المراقَبَة[45] تلك التي يُمتَلَك جزء من رأسمالها من طرف شركة أخرى، ومن أجل توضيح مفهومها لا بد من تحديد تعريف دقيق للشركة التابعة (الفرع الأول)، لنمضي فيما بعد لتمييزها عن ما يشابهها من هيئات في الأنظمة الأخرى المتواجدة في عالم الشركات التجارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الشركة التابعة

أثار تعريف الشركة التابعة جدلا بين الفقه، واختلفت الآراء حول وضع تعريف لها، ولكن الجميع اتفق على وجوب قيام علاقة التبعية بين الشركة التابعة والشركة المتبوعة، ويختلفون حول تحديد العوامل التي تؤدي إلى التبعية ووسائلها.[46]

فجانبا من الفقه يرى بأن الشركة لا تعتبر تابعة وخاضعة لشركة أخرى إلا إذا شاركت في تأسيسها شركة أخرى بغرض السيطرة عليها، وبذلك تكون

المشاركة في تأسيس الشركة التابعة من جانب شركة أخرى شرط أساسيا لخلق التبعية، وقيام حالة الخضوع.

ولقد أنتقد هذا التعريف من جانب من الفقه لأن الواقع العملي يؤكد أن علاقة التبعية لا تنشأ في جميع الأحوال عن عمليات التأسيس وحدها، فالتأسيس ليس ضروري لإنشاء علاقة التبعية والخضوع، فقد تنشأ العلاقة من وقائع وأعمال قانونية لاحقة عن التأسيس[47].

ويرى جانبا آخر من الفقه أن الشركة التابعة هي التي توجد واقعيا في حالة تبعية كلية أو جزئية لمجموعة شركات، فعلاقة التبعية تنشأ من مجموعة وقائع لها أساس قانوني، كامتلاك الشركة أغلبية رأسمال شركة ثانية، وتنشأ أيضا بتدخل شركة بصفة منتظمة وبطرق تنظيمية كحصولها على الأغلبية في الجمعية العامة للشركة مما يمكنها من الهيمنة على سياسات الشركة، والقرارات الصادرة عن أجهزتها، فيجتمع في يدها نوع من تركز السلطة.

كما قد تنشأ أيضا بطريق تعاقدي مع مساهمين آخرين، ومن أمثلة هذه العقود، عقد اتفاقيات التصويت وعقد تأجير تسيير المشروع[48].

ويعرف بعض الفقه الشركة التابعة بأنها شركة ذات استقلال قانوني، ولكنها تخضع عمليا لإدارة ورقابة من جانب الشركة الأم، ومظهر استقلالها يتمثل في شخصيتها المعنوية المستقلة، وتنشأ علاقة التبعية عمليا من أن الشركة الأم تستحوذ في الواقع على الأغلبية في مجلس إدارة الشركة التابعة عن طريق تملكها أغلبية رأسماله مما يخولها السيطرة عليها[49].

ونلاحظ مما سبق أنه بالرغم من تعدد التعريفات الفقهية للشركة التابعة وإختلافها، إلا أنها تشترك في معيار الرقابة التي تمارسها شركة على شركة أخرى، لتحديد تبعية شركة لشركة أخرى من الناحية الاقتصادية.

أما بالنسبة للقوانين الوطنية، فقد تبنت معيار السيطرة التي تمارسها الشركة الأم على الشركة التابعة، وحددت هذه القوانين الوسائل المختلفة التي تنجم عنها هذه السيطرة.

وبالرجوع إلى القسم الثاني من الفصل الرابع من الكتاب الخامس من القانون التجاري المعنون بالشركات التابعة، المساهمات والشركات والمراقبة نجد أن المشرع الجزائري استعمل ثلاث مصطلحات، اثنين منهما تحملان نفس المعنى، الشركات التابعة والشركات المراقبة.

ولقد اعتمد المشرع الجزائري معيار كمي مالي لتعريف الشركة التابعة، وذلك من خلال المادة 729 فق1 من القانون التجاري الجزائري والتي تنص:

" إذا كانت لشركة أكثر من 50 % من رأسمال شركة أخرى تعد الثانية تابعة للأولى"

أما بخصوص الشركات المراقبة، فلقد حددت المادة 731 من القانون التجاري الجزائري الحالات التي نكون فيها بصدد شركة مراقبة، إذ تنص المادة:

" تعد شركة ما مراقبة لشركة أخرى قصد تطبيق هذا القسم:

- عندما تملك بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزءا من رأسمالها يخول لها أغلبية الأصوات في الجمعيات العامة.

- عندما تمتلك وحدها أغلبية الأصوات في هذه الشركة بموجب إتفاق مع باقي الشركاء الآخرين أو المساهمين، وعلى ألا يخالف هذا الإتفاق مصالح الشركة.

- عندما تتحكم في الواقع بموجب حقوق التصويت التي تملكها في قرارات الجمعية العامة لهذه الشركة.

- تعتبر ممارسة لهذه الرقابة عندما تمتلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزءا يتعدى 50 % من حقوق التصويت، ولا يحوز أي شريك أو مساهم آخر بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزءا أكثر من جزئها."

هذا يعني أن هناك إختلاف بين الشركة التابعة، والشركات المراقبة، فالرقابة التي تمارس على الشركة التابعة تمارس على أساس امتلاك أغلبية رأس

المال، بينما الرقابة التي تسري على الشركات المراقبة تمارس على أساس علاقات فوق مالية[50].

أما بخصوص الشكل القانوني للشركة التابعة، فينص المشرع الجزائري في المادة 138 مكرر من قانون الضرائب المباشرة والرسوم الماثلة على وجوب أن تتخذ الشركة التابعة شكل شركة مساهمة، كما تتمتع بشخصية معنوية مستقلة بكل ما يترتب عنها من آثار قانونية.

الفرع الثاني: تمييز الشركة التابعة عن الفرع

لا يوجد في القانونين الجزائري[51] والفرنسي نصوص قانونية تعرف الفرع، ويعرفه البعض على أنه مؤسسة ممتدة وتابعة اقتصاديا للمؤسسة الرئيسية، تتمتع ببعض الصلاحيات التي تمكنها من تمثيل المؤسسة تجاه الغير والقضاء.[52]

وتعرفه محكمة العدالة التابعة للسوق الأوروبية المشتركة في حكمها الصادر في 22 نوفمبر1981" على أنه امتداد للشركة الأم، يترتب عن ذلك أن يتبعها وتختلط أمواله بها، ويكتسب جنسيتها، ويمارس ذات العمليات التي تقوم بها الشركة الأم وتختلف الشركة الأم عن الفرع في أن هذا الأخير ليس لديه شخصية المعنوية مستقلة عن خلاف الشركة التابعة".

وسوف نقوم بعرض كل من أوجه التشابه والاختلاف بين الفرع والشركة التابعة.

أولا: أوجه التشابه

على الرغم من افتقاد الفرع للشخصية المعنوية، إلا أنه يتمتع ببعض الخصائص القريبة من الآثار المترتبة عن التمتع بالشخصية المعنوية، إذ يظهر لدى الغير كأنه وحده يعمل من أجل الغرض الذي أنشأت له. .

كما يتمتع الفرع بزبائن خاصين به، ويمكنه التصرف بشكل مستقل عن شركته الأم، ويمكنه إصدار فواتير باسم ولحساب الشركة الأم ودفع الالتزامات الناتجة عن ممارسة نشاطه هذا من جهة، ومن جهة أخرى يسير الفرع من قبل مسير معين من قبل الشركة الأم، ولديه نوع من الاستقلالية في اتخاذ القرارات يمثل الفرع أمام القضاء في حالة النزاعات التي قد تنشأ بمناسبة ممارسة نشاطه، كما يمثل الفرع أمام الغير.

هذه الاستقلالية تبرر على أساس اعتبارات عملية، والتي هي بعد مسافة الشركة الأم عن الفرع.

وعلى الصعيد التشريعي يلزم القانون الفرنسي الشركات التي ترغب في إنشاء فروع بنفس الإلتزامات الواجبة على الشركات التابعة إذ يلزمها بالتسجيل في السجل التجاري[53]، وهو نفس الإلتزام الذي يفرضه المشرع الجزائري على فروع الشركات الأجنبية في الجزائر[54].

ثانيا :أوجه الاختلاف

إن الفرق الرئيسي بين الفرع والشركة التابعة هو عدم تمتع الفرع بالشخصية المعنوية بكل ما يترتب عنها من آثار قانونية، فليس له ذمة مالية مستقلة عن الشركة الأم أو غرض مستقل، والأموال الذي يتعامل بها تعود ملكيتها للشركة الأم المؤسسة، فدوره يتجلى فقط في تلبية رغبات العملاء الذين يريدون خدمات الشركة الأم، والذي بسبب بعد مسافة الشركة الأم يضطرون للتعامل مع الفرع للحصول على خدماتها كما أن الفرع ليس لديه اسم خاص به، وإنما يحمل اسم الشركة الأم[55].

خاتمة

وما يمكن قوله في ختام هذه الدراسة، أن تجمع الشركات يعتبر كيان اقتصادي يختلف عن الهياكل الاقتصادية الأخرى، يتولى إدارة المشاريع الاقتصادية الضخمة من خلال الشركة الأم أو الشركة القابضة التي تهيمن على سلسلة من الشركات التابعة لها، وتحوز بداخلها مساهمات تضمن تبعيتها لكن دون أن تؤدي إلى المساس باستقلالية كل منها أو زوال شخصيتها المعنوية.

لكن وبالرغم من أهمية هذا الصرح الاقتصادي على الصعيد الاقتصادي للدولة، إلا أنه لم يكن له نصيب كافي من التنظيم التشريعي يتناوله بشكل مفصل، وذلك على غرار الاجتهاد القضائي الذي لم تتح له فرص كافية لإبداء موقفه من الإشكاليات الهائلة التي يثيرها تجمع الشركات على أرض الواقع، ولا يرجع ذلك لغياب هذا النوع من الهياكل الاقتصادية عن الحياة العملية للسوق الجزائرية ولا لندرة التعاملات والقضايا المتعلقة بها، فهناك العديد من التجمعات الوطنية، أهمها سونطراك، وصيدال، وسونلغاز، ولكن ربما لغيابها بالنسبة لاقتصاد الخواص، ونتيجة عدم طرح هذه الإشكالات على القضاء.

ولا يسعنا من خلال هذا المنبر الفكري سوى لفت عناية المشرع الجزائري لضرورة تناول تجمع الشركات بالتنظيم الكافي والتأطير الدقيق، بشكل يكفل تنظيم وحماية كل ما ينشأ عنه من مصالح فئوية مختلفة.

الهوامش :

- D. Vidal, Droit des sociétés, 6ème éd, LGDj, Lextenso édition. 2008, p.97.

[2]- Cass pouvoir n° 02-13449, 10 Décembre 2003, www.legifrance. Gouv.fr, consulté le 02-02-2014.

[3] - إذ هناك فرق بين الشركة التابعة« Filiale » والفرع « succursale »، فهذا الأخير لا يتمتع بالشخصية المعنوية.

[4] - Farag HMODA, la protection des créanciers au sein des groupes de sociétés, thèse de doctorat, école doctorale de droit privé, université de France-compte, France, 2013, p.20.

[5] - Françoise DEKEUWER, DEFOSSEZ, groupes de sociétés, contrats et responsabilités, LGDj, Paris 1994.p.1.

[6] - إذ ليس هناك تنظيم قانوني خاص بتجمع الشركات في القانون الفرنسي بالرغم من المحاولات العديدة من بينها مشروع قانون تجمع الشركات و حماية العمال والمساهمين « proposition couste » ، مسجل في رئاسة الجمعية العامة في فبراير 1970، وهذا الإقتراح مستوحى من القانون الألماني لعام 1965، و لم يتم مناقشته في البرلمان، أما المحاولة الثانية تمت مؤخرا، قانون رقم 2010-788، المؤرخ في 12 جويلية 2012، المتضمن الإلتزام الوطني للبيئة engagement national pour l'environnement dite (Grenelle) ، إذ تحيل المادة 8 منه، و المتعلقة بمسؤولية الشركة الأم التي أصبحت المادة 17-512 من قانون البيئة إلى المادة 1-233 من القانون التجاري الفرنسي لتحديد مفهوم الشركة الأم و الشركات التابعة، و هذا القانون متعلق بمسؤولية الشركة الأم عن الأضرار البيئة التي تسببها الشركة التابعة.

[7] - أمر رقم 75-79 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، معدل و متمم بالقانون رقم 05-02، مؤرخ في 06 فبراير 2005.

[8] - هند محمد حسن، مدى مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركاتها الوليدة في مجموعة الشركات مع إشارة خاصة للشركات متعددة القوميات ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة عين الشمس، مصر سنة 2005، ص.29.

[9] - Francis le FEBRE, groupes de sociétés (juridiques, fiscal, social), éd. Lefebvre, France, 2006, p.15.

[10] - François Goré, droit des affaires, tome 2, èd. Montchrestien, 1999, p.475.

[11] -P .Didier, Droit commercial, tome 3, 1996, p.513.

[12] - هند محمد حسن، مدى مسؤولية الشركة الأم عن ديون ، المرجع السابق، ص..30...

[13]- R.Houin, Droit des groupes de sociétés analyse- propositions, librairies techniques de la cour de cassation, France, 1972, p.110, 111.

[14]- C. Champaud, responsabilité de la société mère aux dettes de sa filiale ,R.T.d, com, 2002, p.576.

[15] - D. Vidal, op.cit,p98.

[16] - Pariente Maggy, les groupes de sociétés, éd. LITEC, Paris, 1993, p.468.

[17] - يقصد بالحسابات المدعمة، الحسابات الإجبارية التي تلتزم كل شركة بتحضيرها ونشرها، والمحددة في المادة 716 من القانون التجاري الجزائري، وهي حسابات الجرد والميزانية، وحسابات الأرباح والخسائر.

[18] - ج.ر. العدد .87

[19] - الأمر رقم 9631_، مؤرخ في 30ديسمبر 1996،ج.ر. العدد85

[20] - Sociétés par actions (S.P.A).

[21] - الأمر رقم 03-11،مؤرخ في 26غشت2003، متعلق بالنقد و القرض،ج .ر العدد 52

[22] - الأمر رقم 03-03، مؤرخ في 19يوليو2003، متعلق بالمنافسة،ج .ر العدد 43

[23] - Ordonnance n° 67-821, du 23 Septembre 1967.

[24] - مرسوم تشريعي رقم 93-08، مؤرخ في 25 أبريل سنة 1993، معدل ومتمم للأمر رقم 75-59، مؤرخ في 25 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون التجاري، ج.ر. العدد..27

[25] - عبد الوهاب بموسات، تجمع الشركات، محاضرات ألقيت على طلبه السنة الأولى ماستر، تخصص قانون الأعمال، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة .2011

[26] - حيث كانت تنص المادة قبل التعديل:

" الشركة عقد بمقتضاه يلزم شخصان طبيعيان أو إعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك لتقديم حصة من مال أو عمل أو نقد بهدف إقتسام الربح الذي قد ينتج وتحمل الخسارة التي قد تنجر" أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05، مؤرخ في 13 ماي سنة 2007.

[27] - Maurice COZION, Alain Viandier, Florence Deboissy, Droit des sociétés, 22ème ed, L.I.T.E.C, France, p.590.

[28] - F.LEUMINIER, groupement d'intérêt économique (G.I.E), 10ème éd Delmas, France, 1999, p.45.

[29] - قاسم علي سيد، التجمع ذو الغاية الإقتصادية، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، سنة 1981، ص..305

[30] - رتيبة شويقر، النظام القانوني للتجمعات ذات المنفعة الاقتصادية في القانونين الجزائري والفرنسي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، سنة 2005، ص.31.

[31] - م.549 من القانون التجاري الجزائري تنص:

" لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري".

[32] - م.549فق2 من القانون التجاري الجزائري، والتي تنص:"فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة بعد تأسيسها".

[33] - إذ قد تحدث أن تساهم الشركات الأعضاء في التجمع (الشركات التابعة) في شركات أخرى sous filiales بما يعرف بالمساهمة الدائرية التي تنتج عنها رقابة غير مباشرة تمارسها الشركة الأم.

[34] - Farag HAMODA, thèse préc, p.36.

[35] - تسمى الشركة التي تراقب شركة أو عدة شركات وفق الفقرات السابقة قصد تطبيق هذا القسم، الشركة القابضة.

[36] - لمزيد من التفصيل، أنظر ناصر لباد، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، لباد للنشر

والتوزيع، الجزائر، 2004، ص.297.

[37] - أمر 95-25، مؤرخ في 25 سبتمبر 1995، متعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج.ر. العدد 55.

[38] - م.5، أمر 95-25، السابق الذكر.

[39] - أمر رقم 01-04، مؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها خوصصتها، ج.ر، العدد.47

[40] - سميرة عدوان ، المرجع السابق، ص..66

[41] - م. 729 فق1، ق.ت.ج.

[42] - Yves Guyon, Droit des affaires, tome 1, 6ème éd, Economica, Paris, p.16.

[43] - Francis Lefebvre, op.cit, p.16.

[44] - إذ قد يحدث أن تحتوي 40% من 51% من أغلبية رأس المال على أسهم من دون حق في التصويت (شهادات استثمار) وبالتالي لا تتحقق الرقابة في هذه الحالة.

[45] - محمد شوقي شاهين، الشركات المشتركة طبيعتها وأحكامها في القانون المصري والمقارن، ص..39

[46] - نفس المرجع ، ص..39

[47] - نفس المرجع ص.80

[48]_ أشار الى هذا الرأي Santon81.، مقتبس من محمد شوقي شاهين، المرجع السابق، ص

[49] - نفس المرجع ، ص.80.

[50] - إذ يمكن أن تتحقق الرقابة من خلال رقابة الواقع طبقا للمادة 731 من القانون التجاري الجزائري.

[51] - إذ نجد فقط بعض التعريفات لفروع الشركات الأجنبية في بعض الإتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر، منها الإتفاقية المتعلقة بالازدواج الضريبي ومنع التهرب من الضرائب بين الجزائر ودولة البحرين ، حيث نصت المادة السادسة منها على ما يلي "يقصد بفروع الشركة الأجنبية المنشأة في الدول الأخرى التي يؤسس للقيام بأعمال معينة "المرسوم الرئاسي رقم 30-287 المؤرخ في 14 أوت سنة 2003، الجريدة الرسمية العدد..50

[52] - Farag HAMODA, thèse, préc, p. 61.

[53] - Farag HAMODA, thèse, préc, p. 63.

[54] - هذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 04 من القانون رقم 1/04 المؤرخ في 14 أوت سنة 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية في الجزائر، ج.ر. العدد 52، ، وتجدر الإشارة أنه أشار إلى فروع الشركات الأجنبية دون الوطنية.

[55] .1 - Farag HAMODA, thèse préc, p.6

الإشكالات التي خلفتها عقود الشهرة وآليات فض منازعاتها

بقلم الأستاذة : سماعيني هاجر
المركز الجامعي بالبيض

مقدمة:

ما من شك أن اتساع رقعة الأراضي غير الممسوحة دفع بالمشرع إلى تبني آليات موازية للتطهير العقاري و ذلك لعدم استكمال عملية المسح المستحدثة بموجب الأمر 74/75 المعدل والمتمم السالف ذكره، وذلك راجع لعدة أسباب ميدانية، أهمها نقص الإطارات والأعوان المكلفة بالمسح مما جعل العملية تسير بوتيرة بطيئة، بالإضافة إلى المعوقات التي ينطوي عليها نظام الشهر العيني ذاته وأسباب أخرى سنقف عليها في حينه وهو ما أدى إلى هشاشة التنظيم العقاري و دفع بالمشرع إلى التفكير في آليات أكثر مرونة وفاعلية تضمن تسليم الملاك والحائزين بلا سند في المناطق غير الممسوحة عقودا وسندات ملكية بصفة قانونية.1

هذه الآليات تتمثل في عقد الشهرة وشهادة الحيازة والتقادم المكسب وكلها تشترك في بساطة ومرونة الإجراءات وقصر آجال إعدادها، ولو أنه تم إلغاء عقد الشهرة لأسباب وعوامل سنبيّنها تباعاً عند الدراسة التحليلية لهذه الآلية.

هذا ما دفع التطرق إلى الإشكالية التي وجدتها تفرض نفسها وتطرح صيغتها على النحو الآتي:

ماهي الإشكالات التي خلفتها عقود الشهرة والتي قد تكون مثارا للمنازعات القضائية؟

وعلى ضوء هاته الإشكالية أتناول أفكار هذا المقال في مبحثين اثنين:

- المبحث الأّول: المنازعات التي خلفتها عقود الشهرة.
- المبحث الثاني: مدى نجاعة قانون معاينة الملكية عن طريق تحقيق عقاري 02/07 في تحقيق التطهير الشامل.

المبحث الأّول: المنازعات التي خلفتها عقود الشهرة

على الرغم من التعويل على عقود الشهرة لتكون ضمن آليات تطهير الملكية العقارية في المناطق التي لم تمتد إليها بعد عملية المسح، إلاّ أنّها شكلت ولا تزال عنواناً لمشكلات ومعظلات، بحيث خلفت حجماً ليس بالهيّن من العوائق والمشكلات العملية على مستوى مكاتب التوثيق ومديريات أملاك الدولة والحفظ العقاري، ناهيك عما أفرزته بدورها من حالات الاستيلاء ليس على الأملاك العقارية الخاصة فحسب ،بل شملت أحياناً أملاكاً تابعة للدولة وهيئاتها العمومية والإقليمية وأحيانا أخرى أملاكا وقفية.2

ويتعين التأكيد على أن التطرق إلى موضوع منازعات عقد الشهرة تحديداً ينطوي على مرحلتين أولاها مرتبطة بالمرسوم 352/83 والذي ألغى بموجب المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 08-147 المطبق للقانون رقم 07-02 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، 3 هذا الأخير الذي يعبر عن المرحلة الثانية والتي لا نزال نعيش أطوارها.

و يتعين التذكير بأننا نعي تماماً أن المرسوم المتعلق بعقد الشهرة ألغي و ما تطرقنا إليها، إلا لغرض إبراز أهم المنازعات التي عرفتها و التي لا تزال بعضها عالقة أمام القضاء إلى يومنا، خاصة و أن المادة 19 من القانون 02/07 نصت على أن المرسوم 352/83 المتعلق بعقد الشهرة يستمر تطبيقه على

الملفات المودعة لدى الموثقين قبل نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ولا شك أنّ اعتماده في مرحلة ما على عقود الشهرة ثم تراجعه عنها له ما يبرره، ولتوضيح معالم هذا الاهتمام سنحاول الغوص في غمار هاته المحررة المتمثلة في عقد الشهرة من خلال تبيان منازعاتها، وذلك باعتماد العناوين الموالية:

- المطلب الأول: الحالات التي ساهمت في تولد منازعات عقد الشهرة.
- المطلب الثاني: طبيعة المنازعات القضائية التي خلفتها عقود الشهرة.

المطلب الأول: الحالات التي ساهمت في تولد منازعات عقد الشهرة

وهي الحالات التي بدورها كانت سببا في إلغاء المرسوم المتعلق بعقد الشهرة وإنهاء، فقد شهدت عمليات إعداد وتسليم عقد الشهرة إشكالات قانونية، ومنازعات معقدة مردها الاعتراضات التي أثيرت من قبل الخواص المالكين ومديريات أملاك الدولة والبلديات المتدخلة في العملية، وكله يرجع إلى الأسباب التالية:

أولا. بساطة إجراءات عقد الشهرة

ثانيا. قصور إجراءات التحقيق والتحري في إعداد عقد الشهرة

ثالثا. الدور المحدود للموثق في التحري لإعداد عقد الشهرة

رابعا. تأخر رد ممثل أملاك الدولة يسهل الاستيلاء على الأملاك العقارية الوطنية

خامسا. تأخر رد رئيس المجلس الشعبي البلدي بشأن إعداد عقد الشهرة 4 .

المطلب الثاني: أنواع المنازعات القضائية في عقد الشهرة

وهي التي نتجت عن بساطة إعداد عقد الشهرة وسطحية إجراءاته كمحرر رسمي والذي يجد منطلقه من مجرد تصريح الحائز بالواقعة المادية للحيازة المؤدية بالنهاية إلى الاعتراف له بالملكية على أساس التقادم المكسب، دون المعاينة الميدانية للحقوق العينية

العقارية المحازة من قبل الموثق أو شخص مؤهل لذلك، مما نتج عنه ظاهرة تحرير عقود شهرة تمت على ملكيات تعود للغير من الخواص أو لأملاك الدولة أو البلديات أو حتى الأملاك العقارية الوقفية لتتسبب في بروز منازعات غاية في التعقيد مست حجية عقود الشهرة ذاتها مقارنة بحجية العقود الرسمية التي لا يمكن إثبات ما يخالفها إلا بالتزوير.

وإزاء ذلك تعددت الدعاوى التي ثارت بشأنها وتنوعت بتنوع الطلبات القضائية التي تشكل موضوعها، الأمر الذي جعل الاختصاص القضائي بدوره يتسع ويضيق بحسب معطيات كل قضية، ليؤول تارة إلى القضاء لعقاري وأحياناً إلى القضاء الإداري وفي مرات عدة يصل إلى حد التقاضي أمام القضاء الجزائي وهو ما نحاول التدليل عليه ولو بشيء من التفصيل في ما يأتي من شروحات.

الفرع الأول: اختصاص القاضي العقاري في منازعات عقد الشهرة

الثابت أنّ عقد الشهرة كان يعرض ضمن المحررات الرسمية التي يضطلع بتحريرها الموثق كضابط عمومي مكلف بخدمة عامة يناط في مثال الحال بإثبات تصريحات الحائز بشأن حيازته للعقار المعني بهذا الإجراء، وهو بذلك لا يضمن صحة الوقائع ولا ممارسة الأعمال المادية وإنّما الأمور تأخذ بظاهرها- خاصة أمام عدم حصول أي اعتراض يذكر- والبينة على من ادعى خلاف الظاهر أصلاً وهو ما يظهر للناس عامة أنه يوافق الحقيقة ويتفق مع طبيعة الأشياء، ويطلق عليه الظاهر لأنه يعتمد عليه في المعاملات، ولذا يقع على من يدعي خلافه إثبات ما يدعيه وعليه لذا كانت حيازة الشخص هي الأصل انسياقا مع قاعدة الأصل في الحقوق العينية هو الوضع الظاهر وهو أن من يضع يده على شيء يعتبر صاحب حق عليه ومن يدعي نقيضه يقع عليه عبء إقامة الدليل.

غير أنّ تفحص مضمون عقد الشهرة توحي مباشرة أنّه ذو قوة إثبات محدودة ما دام أنّه لا يسمح بإبراز الأعمال المادية للحيازة،وهذا لا يعني مخالفة أحكام المادة 324 مكرر5 ق.م، 5 بحيث جاء عن المحكمة العليا في إحدى قراراتها: « إن القرار المطعون فيه الذي قضى برفض دعوى الطاعن الرامية إلى إثبات ملكيته على الأرض المتنازع عليها بحجة أن ملكيتها تعود إلى البلدية ولعدم ثبوت حيازته لها مستبعداً بذلك عقد الشهرة المتمسك به من قبل الطاعن فإنه أصاب فيما قضى به لأنّ عقد الشهرة حجيته محدودة في تصريحات الشهود التي يمكن إثبات عكسها باعتباره عقداً من العقود التقريرية».6

ويحق بنا التساؤل فيما إذا كان فوات مواعيد الاعتراض يؤدي بالنتيجة إلى سقوط حق المدعي أو المدعين في رفع دعوى إبطال هذا المحرر الرسمي.

يعتبر الفقه ومن ورائه القضاء أنّ ميعاد أربعة أشهر الخاص بالاعتراض على إعداد عقد الشهرة من قبل الموثق هو ميعاد يقيد الأخير في تحرير العقد عند إثبات هذه الاعتراضات ولا يمس بحق المدعي في رفع دعواه أمام القضاء المختص في إبطال مثل هذه العقود والتي تظل محتكمة إلى الأحكام العامة لنظرية الدعاوى وتقادمها، وهو ما كانت قد أكدت عليه المحكمة العليا وهي بصدد الفصل في إحدى القضايا المرفوعة أمامها «ميعاد أربعة أشهر المقرر في المرسوم 352/83 هو ميعاد يخص كل شخص له مطالب بخصوص العقار محل إعداد عقد الشهرة لمنع الموثق من تحرير عقد الشهرة وأنّ هذه المهلة لا تتعلق بالدعوى المدنية».7

وتفسير ذلك أنه لا يحول دون رفع دعاوى إبطاله، وإنّما يظل أمام المعني أجلاً مفتوحاً لغاية 15 سنة كاملة تحسب بدءاً من تاريخ إبرام العقد وهو ما تأكد مرة أخرى من قبل قضاء المحكمة العليا بموجب قرارين صادرين بتاريخ

26-04-2000 و29-12-2001، فما دام الغير متضرر وينازع في عقد الشهرة وطالما دعواه تتقادم طبقا للقانون المدني كما أنّ انقضاء أجل أربعة أشهرلا يدل فعليا على تخلي الشخص المتضرر عن اللجوء إلى القضاء للمنازعة في صحة عقد الشهرة المشهر وإنّما له أن يسلك في ذلك سبل الطعن المقرر بمقتضى المادة 24 من الأمر رقم 74/75. 8

وتفريغاً لما تقدم يقوم المالك الحقيقي أو الحائز بالأفضلية بتقديم اعتراض على إعداد عقد الشهرة ورفع دعوى بحسب الأحوال لإلغائه أمام القسم العقاري بالمحكمة الواقع بدائرة اختصاصها العقار المعني بالإجراء، كما يكون من شأن مديرية أملاك الدولة أو البلدية أو جهات الأوقاف التي أحبس لها العقار موضوع عقد الشهرة رفع دعاوى ترمي إلى إلغاء هذا السند رغم الاتجاه الضيق النطاق لبعض من الفقه والتطبيقات القضائية الذي يرى باختصاص القضاء الإداري في مثل قضايا الحال.

ولتوضيح أكثر لمعالم هاته المنازعات نتطرق إلى أوضاعها المختلفة بحسب اختلاف المدعين وطلباتهم القضائية.

دعوى الشخص الحائز إبطال عقد الشهرة:

يتحدد الاختصاص الإقليمي للدعوى بالقسم العقاري للمحكمة الكائن بدائرة اختصاصها العقار موضوع إلغاء عقد الشهرة تطبيقا للمادة 1/40 و المادة 518من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،9 ويجب أن تراعى إجراءات شهر العريضة الافتتاحية للدعوى عملاً بنص المادة 85 من المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم وما ألزمت به المادتين 3/17

و 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بإثبات إشهار العريضة من خلال التأشير بأسفل العريضة من قبل المحافظ العقاري بذلك أو تسليمه شهادة تثبت ذلك.

إنّ الدعوى العقارية في هذه الحالة تخص عدم توافر مقومات الحيازة لدى الحائز المستفيد من عقد الشهرة أو إثبات أفضلية الحيازة لدى المدعي أوالمدعين بحيث أقرت المحكمة العليا في قرار لها 10 ما يلي «حيث أن الحائز العرضي هو كل شخص انتقلت إليه من الحائز السيطرة المادية على الشيء يباشرها باسم الحائز ولحسابه وذلك بموجب عقد كما هو الحال بالنسبة للمستأجر والمستعير وصاحب الانتفاع والدائن والمرتهن رهنا حيازيا وغيرهم ممن يرتبطون بعقد مع الحائز، لذا فإنّ قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقاً سليماً عندما رفضوا اعتماد الحيازة لأنّها عرضية».

غير أنّ المسألة هنا غاية في الأهمية تستأهل أن تكون مثاراً لنقاش قانوني إذ يكفي أن يستلزم الأمر حتمية إشهار عقد مشهر طبقا للقانون في حين قد يكون الاعتراض والمنازعة الموجهة ضد عقد الشهرة قد بدأت قبل استكمال إجراء الشهر العقاري ذاته لدى المحافظة العقارية لذا يتعين التفريق بين الحالات على اختلافها، فقد نكون أمام نزاع قضائي غرضه إبطال عقد شهرة تم شهره كما قد نكون إزاء عقد شهرة لم يحن بعد شهره.

نخلص قولاً أنّه ينعقد الاختصاص للقاضي المكلف بالقسم العقاري بالمحكمة الكائن بدائرة اختصاصها العقار موضوع طلب إبطال عقد الشهرة حسب المادتين 1/40 و 518 من ق.إج.م.إ، كما يجب شهر الدعوى الرامية

إلى الطعن في عقد الشهر بالمحافظة العقارية حتى تكون مقبولة **11**طبقا المادة **3/17** و **519** من ق.إج.م.إ و إعمالا لمضمون قرار الغرفة العقارية بالمحكمة العليا **186606** بتاريخ **1999/03/24**.

و يبدو أن الرأي الراجح بحسبنا أن ينعقد الاختصاص للقاضي العادي بوصفه هو المؤهل قانوناً لمراقبة مدى صحة وشرعية العقود التوثيقية. على أنّ الأمر لا يقضي مطلقاً على اختصاص القاضي الإداري ليبقى التساؤل مطروحاً حول حدود اختصاص القاضي الإداري.

الفرع الثاني: حدود اختصاص القاضي الإداري

كانت تكمن معالم حدود اختصاص القضاء الإداري عندما يتعلق الأمر بمركز مدير الحفظ العقاري كمدعى عليه بسبب رفضه القيام بإجراء شهر عقد الشهرة مستدلاً بمانع قانوني شأن وجود سند ملكية سابق مشهر لنفس العقار أو أن الأرض ممسوحة وخاضعة لإجراءات الترقيم العقاري أو تم إعداد بشأنها دفتراً عقارياً يخلص حينها إلى إصدار قرار برفض إجراء شهر هذا العقد ويبلغه للمعني الذي يحق له رفع دعوى إدارية ضد قرار المحافظ العقاري القاضي برفض إجراء الشهر تطبيقاً لقانون الإجراءات المدنية وإعمالا للمرسوم التنفيذي **65/91** في مادته **3/10** المتضمن تنظيم المصالح الخارجية لأملاك الدولة والحفظ العقاري **12** وهو ما نلمسه في قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الذي جاء فيه: «من المقرر قانونا أنّ عقد الشهرة المنصوص عليه في المرسوم **352/83** يستبعد تطبيقه أمام وجود سند رسمي مشهر للعقار موضوع النزاع بالمحافظة العقارية بقسنطينة في **1998/06/03** وإن طبيعة الأرض

كانت ملكاً بدون سند وقد تنازلت الدولة عليها آنذاك أي في سنة 1998 لفائدة الشاغلين لها وعليه فإنّ رفض إشهار عقد الشهرة من طرف المحافظة العقارية كان مؤسسا للأملاك التي لم يتم فيها بعد عمليات المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري وعليه فإنّ القرار المستأنف قد أصاب فيما قضى به»13 .

وهو ما يستدل منه على أنّ المحافظ العقاري هو طرف في الخصومة القضائية ويشكل سلطة ولائية.14

الفرع الثالث: دور القاضي الجزائي في منازعات عقد الشهرة

تتجلى الحالات التي يتدخل فيها القاضي الجزائي في منازعات عقد الشهرة، إذ لم ترد ضمن المرسوم 352/83 أحكام جزائية خاصة عند ارتكاب خطأ جزائي من قبل الموثق محرر العقد أو الحائز أو ممثلي الهيئات العمومية المتدخلة في العملية. لكن المادة 46 من القانون 90-25 المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم.15 والمادة 18 من القانون 07-02 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري،16 قد أدلتا على إمكانية المتابعة الجزائية على ضوئهما وبالرجوع إلى القواعد العامة في قانون العقوبات التي تعني إمكانية متابعة الموثق الذي تعمد إغفال أو تزييف وقائع معينة أو تصريحات الأطراف و في هذا السياق أحالت غرفة الاتهام لمجلس قضاء البويرة بموجب قرار الإحالة المؤرخ في 08-01-2001 موثقا تعمد تقديم وقائع يعلم بعدم صحتها في أصل الملكية وذلك

على أساس المادتين 212، 215 من قانون العقوبات و متابعة الحائز أو الشهود بتهمة التصريح الكاذب عند ثبوتها طبقا للمادة 217 قانون العقوبات.17

غير أن المتابعة الجزائية يمكن أن تمتد إلى الخبير المهندس العقاري عن تعمده الاعتداء على حدود ملكية الملاك أو الحائزين للعقار المعني بإعداد المخطط البياني والقياس خلافا للواقع بتهمة الاشتراك في تزوير محرر عمومي طبقا للمادتين 42 و216 من قانون العقوبات.18

المبحث الثاني: آليات فض منازعات عقود الشهرة

على الرغم من التعويل على عقد الشهرة و شهادة الحيازة و التقادم المكسب كآليات للتطهير الملكية العقارية إلا أنّ النتائج كثيرا ما كانت عكسية نظرا للمشاكل و التجاوزات العملية والقانونية التي أفرزتها، فقد زادت في إرهاق المصالح المكلفة بالشهر العقاري وأثقلت عبء القضاء في نظر هذه المنازعات و كلها اعتبارات جعلت المشرع يعمل على استحداث آليات بديلة صاغها في القانون رقم 02/07 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق.

المطلب الأول: نجاعة قانون معاينة الملكية عن طريق تحقيق عقاري (07-02) في تحقيق التطهير الشامل

وتتمحور أهدافه في معالجة السلبيات الجوهرية التي خلفها المرسوم 352/83، وتحديد الوضعية العقارية الحالية لحامل سندات الملكية المحررة قبل 1961/03/01 بالإضافة إلى تفعيل عملية المسح العام للأراضي الذي يعد من

مقومات نظام الشهر العيني، كما منح بالمقابل صلاحيات واسعة للمدراء الولائيين للحفظ العقاري في تسيير ورقابة التحقيق وإعداد وتسليم سند الملكية.

وهو القانون الذي يمكن أن يترتب على العمل به إثارة منازعات قضائية واسعة بين الملاك والحائزين المجاورين أو الدولة وجماعتها الإقليمية، وكل مدعي آخر بحقوق عينية عقارية على العقار المعني بالتحقيق الميداني، فالتطهير العقاري الشامل مرتبط أساسا باستكمال أعمال مسح الأراضي على كامل التراب الوطني، وانسجام أكثر لكل الهيئات والمؤسسات ذات الصلة بالتنظيم العقاري، و هو ما يعني عدم كفاية هذا القانون الجديد لوحده وضرورة خلق آليات مكملة أكثر انسجاما وتنظيماً تعمل بالتوازي مع هذا القانون لتحقيق العملية التطهيرية الشاملة.19

كما جاءت المادة 02 من القانون 07-02 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية على أساس تحقيق عقاري تنص: « على أنه يطبق إجراء معاينة حق الملكية العقارية على كل عقار لم يخضع لعمليات مسح الأراضي العام المنصوص عليها في الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 مهما كانت طبيعته ويشمل هذا الإجراء العقارات التي لا يحوز أصحابها سندات ملكية أو التي حررت بشأنها سندات ملكية قبل أول مارس 1961 والتي لم تعد تعكس الوضعية العقارية الحالية».

يفهم من نص هذه المادة أنّ المشرع قد حسم الأمر وعبر ضمنيا عن نيته حيال إعداد عقد الشهرة على عقارات لها سندات مشهرة، ويتبين أن المشرع قد تبنى مواقف الاتجاه الأول كقاعدة عامة وكرس مبدأ القوة الثبوتية

المطلقة للشهر، واعتمد الاتجاه الثاني كاستثناء تستدعيه أوضاع خاصة، فقياسا على نص المادة 02 المذكور أعلاه فإنه بإضافة شرطين يمكن على أساسهما قبول إعداد عقد الشهرة على عقار له سند مشهر في المحافظة العقارية، يتمثلان في:

1) حيازة عقد مشهر بالمحافظة العقارية قبل تاريخ 01 مارس 1961.
2) السند الرسمي المشهر الذي لا يعكس الوضعية الحالية للعقار.

وبالتالي فإن كل العقارات الحائزة لعقود مشهرة بالمحافظة العقارية قبل تاريخ 01 مارس 1961 لاتعكس هذه الوضعية الحالية للعقار المشهر بل تعد عقارات يجوز إعداد عقد شهرة عليها إذا توفرت جميع الشروط المتعلقة بإعداد عقد الشهرة، ومن ثم يمكننا أيضا اعتبار العقارات ذات السندات الثابتة التاريخ قبل 01 مارس 1961 ولا التي تعكس سنداتها الوضعية الحالية للعقار عقارات دون سند.20

و تجدر الإشارة أن في هذا توافقاً مع نص المادة 02 من التعليمة رقم 16 المؤرخة في 24 ماي 1998 المتعلقة بسير عمليات مسح الأراضي والترقيم العقاري صادرة عن المدير العام للأملاك الوطنية.

المطلب الثاني: آليات التطهير العقاري الشامل

تطهير الملكية العقارية الخاصة لن يتم إلاّ في إطار تنظيم عقاري منسجم، يتفادى تلك السلبيات التي طغت على نتائج الآليات السابقة التي اعتمدت لضبط وإعداد عقود وسندات الملكية العقارية الخاصة في الأراضي

غير الممسوحة للمرحلة قبل 2006، وذلك ببحث أمثل الكيفيات وأفضل السبل لتنظيم العقاري المرتبط بعملية التطهير، وتفعيل آليات المسح العام للأراضي كأساس للتطهير الشامل و هو ما يتحقق باعتماد الآليات التالية:

الفرع الأول: تفعيل دور التوثيق والحفظ العقاري ومهنة الخبير المهندس العقاري

مّر التوثيق شأنه شأن باقي القوانين بمراحل مختلفة عبر تاريخ التشريع الجزائري متأثراً في ذلك بالمتغيرات الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية بدءاً بالأمر 70-91 فالقانون 88-27 انتهاءاً بالقانون 06-02 الساري المفعول.

ولا شك أن تفعيل مهنة التوثيق سيسمح بتحرير عقود موثقة تضفي صفة الرسمية و تراعي تعقد المادة العقارية لتفادي العقود الهشة التي يسهل الطعن فيها وإبطالها أمام الجهات القضائية، كما هو ثابت من بعض عقود الشهرة التي لم تحرر بصفة نظامية بعدما ثبت تواطؤ أو جهل بعض الموثقين للأحكام القانونية لهذه العقود.21

ناهيك عن دور الحفظ العقاري كأداة في تكريس نظام الشهر العيني كونه يستجيب بموجب أهدافه لقاعدة الرسمية التي تقتضي استكمال عمليات الشهر على مستوى المحافظات العقارية، للبحث على أصل الملكية وهوية الأطراف والشهود المثبتة في العقود الموثقة أضف إليه إضفاء صفة الحجية على تلك العقود و لكنه يدعو إلى إعادة النظر في شروط تعيين المحافظ العقاري وممارسته للمهام المنوط بها، وعلاقته بإدارة المسح والجهات القضائية، فهذا كله يعد من المسائل الجوهرية تجب مراعاتها في تعديل هذه القوانين في

المرحلة الحالية من أجل تفعيل و ضبط قيمة هاته السندات وتدعيم سوق عقارية حرة لا تزال في طور التكوين. ولن يكون هدا إلا من خلال تزويد هده المحافظات بالوسائل المادية والبشرية، ووضع إطار تنظيمي قانوني يفعل من سبل الاتصال المباشر مع مكاتب التوثيق وإدارات المسح التي تشارك في هذه العملية.

ثم أن واقع العقار بكل تفاصيله يدعو إلى ضرورة تفعيل صلاحيات الخبير المهندس العقاري لأجل تحيين المخططات المسحية للملكيات العقارية محل التحقيق.

الفرع الثاني: تعميم عملية المسح العام للأراضي وتفعيل آلياتها

ما من شك أن إجراء المسح العام للأراضي يساهم بشكل فعال في ضبط الأملاك العقارية الخاصة وتسليم الدفاتر العقارية للمالكين، فهو يضمن بذلك تحقيق عملية التطهير العقاري الشامل، ناهيك أنه يمكن الدولة وهيئاتها العمومية من إحصاء دقيق لأملاكها العقارية و بما يتيح لها فرص الاستغلال الأمل و الاستثمار و تجنب كثير من الثغرات بعد ما أثبت الواقع أنّ تطهير التصرفات قد يؤدي إلى اغتصاب الحقوق.22

ولعل تفعيل العملية أكثر وإعطائها أكثر جدية يكون باتخاذ مايلي:

- وضع مسألة المسح العام للأراضي ضمن البرامج العامة للحكومة.
- فتح مجال أمام الخواص لاضطلاع بمهمة المسح العام للأراضي.
- تفعيل التعاون مع وكالات ومصالح المسح الأجنبية.

- خلق آليات واستراتجيات فورية للتصدي لعملية الانتهاكات اليومية.
- دعم التنسيق الإداري والتأكيد عليه بين إدارات أملاك الدولة والحفظ العقاري والمسح الأراضي.23

خاتمة:

نخلص قولا أن عقد الشهرة شكلت ولازالت تشكل نقاشات حادة أفرزت منازعات قضائية عدة انتهت في الكثير منها إلى إبطال الكثير من هذه العقود، والتي عادةً ما يكون أصحابها قد تصرفوا بالبيع في الحقوق العقارية المثبتة فيها للغير أو رتبوا رهوناً لفائدة المؤسسات المالية المقرضة.

ومع ذلك يحق القول أن عقد الشهرة لعب دوراً إلى حدّ ما في إعادة الاعتبار للقطاع الخاص وللأملاك العقارية الخاصة طالما أنّها آلية سمحت بتسليم عقد الشهرة كسند ملكية للحائزين للأملاك العقارية التي لم تحرر سنداتها ولم تشملها عملية المسح.

فإنّه يكون من الأجدى الاهتداء بما انتهى إليه القضاء بحيث ارتأى المشرع الجزائري إلغاء المرسوم التنفيذي 352/83، نظرا لما خلفته نزاعات أضافت عبئاً على كاهل القضاء عند النظر في كل هذه النزاعات التي قد تثور بشأن المحرر الرسمي على خلاف ما يتم العمل به حاليا على ضوء أحكام القانون 07-02 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، وذلك عندما منح المحقق العقاري

إمكانية إجراء محاولة صلح بين الأطراف بموجب نص المادة 12 منه، تفادياً لكثرة المنازعات المتحملة أمام القضاء.

الهـوامـش:

1. محمودي عبد العزيز، آليات تطهير و تسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، طبعة ثانية، منشورات بغدادي ، الجزائر،2010،ص 152.
2. محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 153.
3. المادة 24 من المرسوم التنفيذي 08-147 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1429هـ الموافق لـ 19 مايو 2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية، ج.ر، ع 26، مؤرخة في 2008/05/25 وهي المادة التي ألغت صراحة المرسوم 83-352 المؤرخ في 8 شعبان 1403هـ الموافق لـ 21 مايو 1983 الذي يسن إجراءات لإثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية.

والمرسوم التنفيذي 08-147 هو مطبق للقانون رقم 07-02 المؤرخ في 9 صفر 1428هـ الموافق لـ 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراءات لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري،ج.ر، ع 15 مؤرخة في2007/02/28. ، في حين المادة 19 منه لم تلغي تماما المرسوم 352/83 بل استمر تطبيق المرسوم 352/83 على الملفات المودعة لدى الموثقين قبل نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية.

4. محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص154.
5. محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 195.
6. تنص المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني الجزائري من الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني،ج.ر، ع 78 مؤرخة في 1975/09/30 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07/80 المؤرخ في 1980/08/09 و القانون رقم 01/83 المؤرخ في 1983/01/29 و القانون رقم 21/84 المؤرخ في 1984/12/24 والقانون رقم 14/88 والقانون 01/89 والقانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/05/20 ج،ر.ع 44 مؤرخة في 2005/06/26 و القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007 ج،ر.ع 31 مؤرخة في

2007/05/13: «يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذاً في كامل التراب الوطني».

7. قرار عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا تحت رقم **190541** بتاريخ **2000/03/29**، المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة **2000**، ص **151.** قرار رقم **215227** بتاريخ **2001/07/12** الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، المرجع السابق، ص **384.** . كذلك ما جاء في قرار رقم **358399** بتاريخ **2007/04/18** عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا، أن مبدأ عدم الاعتراض على إجراءات إعداد عقد الشهرة أمام الموثق، خلال أجل الأربعة أشهر النصوص عليه في المادة **04** من المرسوم **352/83** ، لا يمنع من التقاضي للمنازعة في الحيازة ، باعتبار قاضي الموضوع هو المؤهل لمراقبة محتوى العقد.

8. المادة **24** من الأمر **74/75 74** المؤرخ في **8** ذي القعدة **1395** الموافق ل **12** نوفمبر **1975** المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ،ج.ر،ع **92** المؤرخة في **1975/11/18** المعدل و المتمم بالقانون **09/79** المؤرخ في **1979/12/31** ،ج.ر، ع**53** المؤرخة في **1979/12/31.** .ولوضعه حيز التنفيذ تلى هذا الأمر سلسلة من المراسيم من أجل تفعيل أحكامه. . المرسوم التنفيذي **62/76** المؤرخ في **24** ربيع الأول **1396** الموافق ل **25** مارس **1976** المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام،ج.ر، ع **30** المؤرخة في **1976/04/13.**المعدل والمتمم بالمرسومين التنفيذيين رقم **400/84** المؤرخ في**12/24/ 1984** الموافق ل أول ربيع الثاني **1405**ج.ر، ع**71** مؤرخة في **1984/12/30**، ورقم **134/92** المؤرخ في **1992/04/07** الموافق ل **04** شوال **1412**،ج.ر، ع **26** مؤرخة في **1992/04/08.** و المرسوم التنفيذي **63/76** المؤرخ في **24** ربيع الأول **1396** الموافق ل **25** مارس **1976** المتعلق بتأسيس السجل العقاري ،ج.ر، ع **30** المؤرخة في **1976/04/13** المعدل والمتمم ،بالمرسومين التنفيذيين رقم **210/80** المؤرخ في **09/13 /1980** ج.ر، ع**38** المؤرخ في **1980/09/16**، ورقم **123/93** المؤرخ في **1993/05/19**،ج.ر، ع**34** مؤرخة في **1993/05/23: «**تكون قرارات المحافظ العقاري قابلة للطعن أمام الجهات القضائية المختص إقليمياً».

9. المادة **1/40** من القانون رقم **08-09** المؤرخ في **18** صفر عام **1429**هـ الموافق لـ **25** فبراير **2008** يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. عدد **21** مؤرخة في **2008/04/23: «...** في المواد العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقار أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات... أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار...».كذلك المادة **518** من ذات

القانون:"يؤول الاختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد العقار في دائرة اختصاصها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك."

10. قرار رقم 40184 مؤرخ في 01-07- 1987 الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، المرجع السابق،ص387.

11. ويكون الإشهار إما بالتأشير أسفل العريضة أو بموجب شهادة تسلم من قبل المحافظة العقارية.

12. المادة 3/10 من المرسوم التنفيذي رقم 91-65 المؤرخ في 15 شعبان الموافق لـ 2 مارس 1991 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية لأملاك الدولة والحفظ العقاري(ج.ر.ع 10 المؤرخة في 1991/03/06) "تتولى مديرية الحفظ العقاري في الولاية ما يأتي... تتابع القضايا المتنازع فيها المتعلقة بالشهر العقاري والمرفوعة إلى الهيئات القضائية".

13. مشار إليه من قبل حمدي باشا عمر ، مبادئ القضاء العقاري، الطبعة الأولى، دار العلوم، 2000، ص123.

14. محمودي عبد العزيز، المرجع السابق،ص 199.

15. المادة 46 من القانون 90-25 المؤرخ في أول جمادى الأولى عام 1411 الموافق ل 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري،ج.ر،ع 49 مؤرخة في 1990/11/18 معدل و المتمم بالأمر 26/95 المؤرخ في 30 ربيع الثاني 1416 الموافق ل 1995/09/25،ج.ر،ع55 مؤرخة في 1995/09/27.ي: «يعاقب بالحبس سنة واحدة إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 2000دج إلى 10000 دج كل شخص تعمد تصريحات غير صحيحة أو إشهاد غير صحيح... فحصل أو سعى ليحصل غيره بغير حق على شهادة حيازة أو استعمل أو حاول استعمال شهادة ملغاة...».

16. المادة 18 من القانون 07-02 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري: «في حالة اكتشاف ترقيم تم على أساس تصريحات غير صحيحة أو تقديم وثائق مزورة يقوم= =مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي برفع دعوى قضائية بإلغاء الترقيم العقاري المعني ويقدم شكوى أمام وكيل الجمهورية لتحريك الدعوى العمومية».

17. المادة 217 من الأمر رقم 66/ 156 مؤرخ في 1966/06/08 الموافق ل 18 صفر 1386 يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم (ج.ر، ع 49 مؤرخة في 1966/06/11) "يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 1000دج كل شخص ليس طرفا في المحرر أدلى أمام الموظف بتقرير يعلم أنه غير مطابق للحقيقة...".

18. المادة 216 حسب التعديل بموجب القانون رقم 23/06 المؤرخ في 2006/12/20 الموافق ل 29 ذي القعدة 1427،ج.ر، ع 84 مؤرخة في 2006/12/24 المتضمن قانون العقوبات" يعاقب بالسجن المؤقت من عشرة 10 سنوات إلى عشرين 20 سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج كل شخص عدا من عينتهم المادة 215 ارتكب تزويرا في محررات رسمية أو عمومية..."

19. محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 282.

20. حراش رضا، حماية الملكية الخاصة في الأراضي غير الممسوحة "أراضي الملك"، مذكرة التخرج للحصول على إجازة المدرسة العليل للقضاء، الجزائر، الدفعة السابعة عشر، السنة الأكاديمية 2009/2006، ، ص 69.

21. محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 289. كذلك أشار إليها ،رمول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري ، قصر الكتاب، الجزائر، 2001، ص 146.

22. - Cherif Rahmani : Evolution du régime foncier en Algérie, Direction Générale du Domaine National , Unité de Formation continue , Alger ,2006 page 56.

23. محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق، ص 295.

التنفيذ الجبري للغرامة في التشريع الجزائري دراسة مقارنة مع التشريع الفرنسي

بقلم الأستاذة : حياة يحياوي
جامعة عبد الحميد بن باديس/ مستغانم

مقدمة

يعتبر تنفيذ الأحكام القضائية مقتضى دستوري بحت، أكد الدستور على مسؤولية جميع الأجهزة المختصة في تنفيذه[1] ،و هو يعكس صورة دولة القانون الكفيلة بإصدار الأحكام القضائية باسم الشعب و تنفيذها ضده[2]، لذلك لم يعد دور القضاء اليوم يتوقف على إصدار حكم يثبت حق الدائن بالغرامة و هو الدولة،و ينشئ التزاما في جانب المحكوم عليه ، بل يسعى إلى تنفيذه،(لأن القضاء مراتب ثلاث، فالثبوت هو المرتبة الأولى، و الحكم هو المرتبة الثانية ، و التنفيذ هو المرتبة الثالثة، و القضاء بدون تنفيذ لا قيمة له، إذ لا معنى للحكم إلا التنفيذ) [3].

و يعد الحكم بالغرامة أحد الأحكام القضائية الواجبة التنفيذ، و مفاد الحكم بالغرامة هو نشوء التزام في جانب المدين و هو المحكوم عليه ، والدائن هو الدولة. لذلك حظي تنفيذ حكم الغرامة لدى معظم التشريعات باهتمام واحترام بالغين ، تجلت هذه العناية على وجه الخصوص في تحديد طرق تنفيذها و السلطات المختصة بذلك.

فما المقصود بالغرامة و فيم تتمثل قواعد تنفيذها؟ و كيف هو واقعها وقيمتها العقابية لدى التشريع الجزائري و مدى مقاربة ذلك مع التشريع الفرنسي؟.

ستتم الإجابة عن الإشكالية المطروحة من خلال خطة ثنائية بسيطة مقسمة إلى مبحثين رئيسيين، يشمل المبحث الأول ماهية الغرامة ، بينما يتضمن المبحث الثاني تنفيذ الغرامة .

المبحث الأول : ماهية الغرامة

تزايدت أهمية الغرامة في التشريعات الجنائية الحديثة و تراوحت قيمتها بين عقوبة أصلية و عقوبة بديلة للعقوبات السالبة للحرية للتقليل من ظاهرة الاحتباس و التخفيف من مشكلة اكتظاظ السجون.و سيتم التعرض لماهية الغرامة من خلال مطلبين، يتناول أولهما مفهوم الغرامة و يتناول الثاني تقسيمات الغرامة وتمييزها عن التعويض.

المطلب الأول: مفهوم الغرامة

و ستتم من خلال هذا المطلب محاولة تقديم تعريف للغرامة ثم تسليط الضوء على أهم ما يميز الغرامة و يعيبها.

أولا: تعريف الغرامة

لم يعرف المشرع الجزائري الغرامة من خلال قانون العقوبات،غير أن الفقه عرفها بكونها أقدم العقوبات، و ترجع في أصلها إلى نظام الدية الذي كان مطبقا في الشرائع القديمة، و هي نظام يختلط فيه العقاب بالتعويض، ثم تطورت بعد ذلك إلى أن أصبحت في الشرائع الحديثة عقوبة خالصة خالية من معنى التعويض[4] ،و هي عقوبة سواء في مرحلة التهديد بها أو في مرحلة النطق بها أو في مرحلة تنفيذها،و هي لا تعد دينا و لكنها عقوبة ، لذا فلا يمكن تصور

الالتزام بالغرامة علاقة دائنية لأن ذلك لا يتطابق مع موقع الغرامة في القانون العقابي ، و يترتب على ذلك أن للدولة أن تنفذها جبرا على المحكوم عليه بها،و ليس لأي فرد أن يتدخل ليوقف تنفيذها أو حتى يرجئ هذا التنفيذ[5].

ثانيا: مزايا و عيوب الغرامة

لقد قيل في الغرامة أنها أكثر العقوبات فائدة و جباية[6] لديها جدوى نفعية و إصلاحية، و اقتصادية في الوقت نفسه، أما فائدتها النفعية فتتمثل في تحقيق الردع العام و الخاص كونها تؤدي إلى انتقاص الذمة المالية للمحكوم عليه ، و أما فائدتها الإصلاحية فهي تحقق إصلاح الجاني من خلال عقابه على الجرم الذي اقترفه، أما جدوى الغرامة الاقتصادية ، فتتمثل في تعويض المجتمع عن الأضرار التي سببتها الجريمة ، و تشكل موردا هاما يمكن من خلاله علاج العديد من المشكلات الاجتماعية و الاقتصادية كمشكلة البطالة[7]، كما تعد الغرامة أقل إفسادا للمحكوم عليه و أقل ضررا به في حالة الخطأ القضائي مقارنة بعقوبة الحبس و هي تحافظ على طابعها الردعي حتى في حالة تعدد الحكم بها أكثر من مرة[8].و تطبيق غرامة واحدة ضد الجميع إنما يشكل ضمانا للمساواة بين المتقاضين و يمنع أي تعسف من طرف القضاء عند الحكم بالغرامة[9] .

لكن في مقابل ذلك عيب على الغرامة أنها غير عادلة لأنها لا تفرق بين الغني و الفقير فلا تراعي الموارد المالية للمحكوم عليه مما يجعل نفس الغرامة عديمة القيمة بالنسبة للغني ، عبء على الفقير[10] ، و لا تصيب الأغنياء بنفس الأضرار التي تصيب بها الفقراء ، فرغم أنها أقل جسامة مقارنة بعقوبة الحبس ، إلا أنها متغيرة، تزيد قيمتها باستمرار على نحو قد يؤثر بشدة في ذمة المحكوم

عليه[11] ،كما أن أسلوب تحصيلها قد يرتد إلى سلب الحرية في حالة عدم القدرة على الوفاء بها ، لذلك يميل الفقه الجنائي إلى تطوير عقوبة الغرامة بحيث يجوز تأجيل دفعها و السماح بتقسيطها و عدم تطبيق الإكراه البدني أو الحبس في حالة عدم الوفاء بقيمتها ما لم يتم تحقيق قضائي يكشف يسار المحكوم عليه بها من عدمه[12].

المطلب الثاني: تقسيمات الغرامة وتمييزها عن التعويض

الغرامة أنواع،و هي تتميز عن التعويض المدني من عدة أوجه ، لذلك سيتم تخصيص هذا المطلب لدراسة تقسيمات الغرامة و ما يميزها عن التعويض.

أولا: تقسيمات الغرامة

تتعدد أنواع الغرامة و تختلف حسب طبيعتها و الجهة التي حكمت بها ، فهناك الغرامة الجزائية و الغرامة الجمركية إلى جانب الغرامة الجبائية.

1. الغرامة الجزائية

تعتبر الغرامة الجزائية عقوبة بالمفهوم العام (و إن كان الكثيرون ممن يرون بأنها أصبحت في ظل التوجهات الحديثة أقرب إلى مفهوم التعويض وطبيعته)، وردت في قانون العقوبات الجزائري كعقوبة أصلية محددة في كل من الجنايات و الجنح و المخالفات ، و أحيانا عقوبة منفردة بالنسبة لبعض الجرائم كما هو الحال بالنسبة للجنح المنصوص عليها بالمواد 118،170 و 247 ق ع، و أحيانا أخرى تضاف الغرامة إلى عقوبة السجن و الحبس و الحبس المؤقت، و لا يحكم بها مضافة إلى عقوبتي الإعدام و السجن المؤبد[13]،و من

قبيل ذلك نص المادة الخامسة من قانون العقوبات التي جعلت من الغرامة عقوبة أصلية لكل من الجنح و المخالفات و عقوبة السجن المؤقت في الجنايات ما عدا عقوبتي الإعدام و السجن المؤبد[14].

و قد عمد المشرع الجزائري إلى رفع مقدار الغرامات الجزائية واستجاب بقوة لمبدأ تحيين العقوبة، و ذلك تماشيا مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي يشهدها المجتمع الجزائري و تحقيق الوظيفة الاجتماعية المرجوة من تطبيق هده العقوبة[15]، غير أن هذا التوجه أثار مخاوف العديد من الفقهاء من تأثيره على فعالية تحصيل الغرامة، إذ يرى البعض بأن هذا التوجه على أهميته سيجعل عملية تحصيل مبالغ الغرامة عسيرة جدا في الكثير من الأحيان ، أو سيزيد من فرص التهرب من دفعها [16]، فقد حددت المادة 60 من القانون رقم 23/06 سلم رفع قيمة الغرامات المقررة للجنح و المخالفات بعد إحالتها إلى المادتين 467 مكرر و 467 مكرر1، و من جهة أخرى ، فقد ربط المشرع الجزائري قيمة الغرامة بالتعويضات المدنية و ذلك من خلال المادة 161 ق ع إذ نص على معاقبة المكلف الذي يتخلى عن التزامه بتموين الجيش،كما ربطها أيضا بقيمة الشيك في المادة 374 و ذلك في حالة إصدار شيك بدون رصيد فيما عدا بعض الجنح كجنحة السرقة المنصوص عليها في المواد 330 و 350 ق ع . و تنقسم الغرامة الجزائية بدورها إلى غرامة عادية و غرامة نسبية .

و تعد الغرامة وفق القانون الفرنسي أيضا من أقدم العقوبات المالية، تقضي بها الجهات القضائية الجزائية ضد الأشخاص الطبيعيين في الجنايات والجنح سواء كانوا بالغين أو قصر و الأشخاص المعنويين وفقا للمادتين37/131

و c.p 40/131، و هي تعتبر عقوبة أصلية في مواد المخالفات[17] و الجنح[18] و عقوبة تكميلية في مادة الجنايات[19]. غير أنه يجوز للقاضي استبدال عقوبة الغرامة أو الحكم بها مرفوقة بتعويض المضرور من الجريمة و ذلك في جميع المخالفات من الدرجة الخامسة ، فيحدد قيمتها دون أن تتجاوز 1500 أورو .

و قد تبني المشرع الفرنسي مبدأ تفريد عقوبة الغرامة بموجب مشروع تعديل قانون العقوبات[20] فنص في مادته الثالثة على تتميم المادة 20/132 منه بفقرة ثانية تقضي بضرورة تحديد قيمة الغرامة أخذا بعين الاعتبار الموارد المالية لمرتكب الجريمة .

و تماشيا مع مبدأ تفريد العقوبة الذي يقتضي تطبيقه تكريس ضمانات المحاكمة العادلة[21] ، أبدى المشرع الفرنسي مؤخرا رغبته في مراعاة وضع المحكوم عليه خاصة دخله و أعباءه العائلية عند الحكم عليه بعقوبة غرامة[22] ، إذ لا يكتفي القاضي بتحديد العقوبة وفق درجة خطورة الخطأ فحسب، و إنما يلتزم بتفريد العقوبة بالنظر إلى دوافع المتهم للإجرام و سوابقه القضائية ووضعيته و مدى تأثير العقوبة على مستقبله.

و في سبيل ضمان تحصيل أكثر فاعلية للغرامة ، اعتمد المشرع الفرنسي على وسيلة مرنة في تحصيل مبالغ الغرامات المحكوم بها، حيث أجاز للمحكوم عليه الاستفادة من تخفيض بنسبة 20 %من المبلغ الكلي في حالة تسديده الاختياري أو الطوعي للغرامة في أجل شهر واحد من تاريخ صدورها.

2. الغرامة الإدارية

الغرامة الإدارية هي عبارة عن مبلغ من النقود تفرضه الإدارة على المخالف بدلا من متابعته جنائيا عن الفعل، و هي تتخذ عدة أشكال ، فقد

تكون مبلغا من المال تفرضه الإدارة بالإرادة المنفردة على المخالف، و قد تكون في شكل مصالحة بين الإدارة و المخالف[23]. و أشير إلى اتجاه بعض النظم القانونية إلى تبني قانون العقوبات الإداري كالتشريعين الألماني والإيطالي، بينما لم تأخذ غالبية التشريعات بهذا النظام كالتشريع الفرنسي و الجزائري.

3. الغرامة الجمركية

إلى جانب الغرامة الجزائية ، توجد غرامات أخرى لا يعتبرها الفقه عقوبات بالمعنى الصحيح، كالغرامات التي تقررها قوانين المالية عند ارتكاب مخالفات تضر بالخزانة العمومية و مثالها الغرامة الجمركية،إلا أن الطبيعة القانونية للغرامة الجمركية لا تزال محل نقاش واسع ،حيث اختلف الفقه والقضاء المقارن و الجزائري فيما إذا كانت الغرامة الجمركية عقوبة جزائية أو تعويض مدني؟

و في هذا انقسم الفقه إلى تيارين، تيار اعتبر الغرامة الجمركية عقوبة جزائية و تترتب عليها كافة الآثار المترتبة على العقوبات الجزائية كونها لا يحكم بها إلا في دعوى جزائية و من محكمة تبت في المسائل الجزائية و ليس لمصلحة الجمارك أن تدعي مدنيا المطالبة بها و إنما للنيابة العامة وحدها حق المطالبة بتوقيعها،و أن الحكم الصادر بتوقيعها يعد حكما جزائيا يحوز حجية مطلقة أمام القضاء المدني[24].إلا أن هذا الرأي تعرض إلى النقد ، و قابله اتجاه آخر يرى أن الغرامة الجمركية ليست ذات طابع جنائي ، و إنما الراجح أنها تعويض للخزانة عن الرسوم المتهرب منها[25]، مستندين على أيلولة الغرامة الجزائية إلى خزينة الدولة، في حين يؤول مبلغ التعويض إلى إدارة الجمارك. و

لمصلحة الجمارك حق في المطالبة بها عن طريق الإدعاء المدني ليحكم بها القاضي في حدود هذه الطلبات[26].

و بين هذا و ذاك ، ظهر رأي آخر تبنى الطبيعة المزدوجة للغرامة الجمركية ، فهو اتجاه يعتبر الغرامة الجمركية ذات طبيعة مختلطة تجمع بين العقوبة و التعويض ، فهي عقوبة جزائية ضد مرتكب جريمة التهريب لردعه وردع غيره،و هي في الوقت نفسه تعويض على أساس الخطأ و الضرر الذي أصاب خزينة الدولة .

و قد ميز المشرع الجزائري بين الغرامة الجزائية و الغرامة الجمركية، فيعتبر الأولى عقوبة جزائية تستمد مرجعيتها من قانون العقوبات، في حين أن الثانية جزاء جبائي تجد سندها في قانون الجمارك[27] ،و قد يقترن الحكم بالغرامة الجزائية و بغرامة مالية أي بتعويض إدارة الجمارك باعتبارها طرف مدني[28] .

4. الغرامة في مادة الضرائب

تعمل الدولة على تسريع وتيرة التحصيل الضريبي، حيث تعتبر الضريبة موردا ماليا هاما للدولة و التزاما على عاتق المكلف بها يؤدي إحجامه عن دفع هذه الأعباء إلى معاقبته، إذ يمكن أن يتضمن التكليف مبلغ الضريبة و أيضا جزاءات مقررة إما لتعويض الضرر الذي لحق الخزينة العمومية أو عقاب المكلف عن خطأه ، و تتمثل العقوبات المالية المقررة في النظام الجبائي الفرنسي في فوائد التأخير و الغرامة خاصة إذا تعلق الأمر بجنحة الغش

الجبائي[29] ، ويقر القانون الجزائري أيضا عقوبتي الغرامة الجبائية إلى جانب المصادرة .

5. الغرامة الجزافية: *Amende forfétaire*

و تنطبق حسب القانون الجزائري على المخالفات التي ينص عليها القانون دون غيرها ، و منها عادة مخالفات المرور و السكك الحديدية ومركبات النقل العام[30]، غير أنه لا يعمل بالغرامة الجزافية إذا كانت المخالفة تعرض مرتكبها للقيام بإصلاح التعويضات للأشخاص أو الأموال،و في حال ارتكاب مخالفات في آن واحد و التي لا تنطبق على إجراء الغرامة الجزافية[31]. و طبقا لهذا النظام ، يدفع المخالف نقدا لمحرر المحضر مباشرة غرامة جزافية محددة طبقا لجداول معينة في إطار الغرامة المقررة قانونا، و يتسلم مخالصة بالسداد وبهذا تنقضي الدعوى العمومية الناشئة عن الجريمة[32].كما يقرر القانون الفرنسي غرامة جزافية عقوبة للمخالفات من الدرجة الأولى و منها مخالفات المرور، إذ يستفيد المخالف من تخفيض بنسبة 20 %من المبلغ الإجمالي إذا قام بالتسديد مباشرة أو في أجل شهر من تاريخ ارتكاب المخالفة أو تاريخ تبليغ الأمر القضائي ، و في الحالة العكسية يخضع المخالف لقواعد التنفيذ بطريق الإكراه القضائي[33].

6 . الغرامة اليومية أو يوم غرامة *Jour amende*

و هي غرامة يحددها القاضي بعدد معين من الأيام ، و تختلف باختلاف دخل المحكوم عليه ، و هي صورة حديثة للغرامة ، فقد ظهرت في مفهومها الحديث لأول مرة من خلال مشروع القانون الجنائي السويدي سنة 1916

الساري مفعوله سنة 1931، و الذي نص في المادة 20 منه على التزام القاضي بتحديد عدد أيام الغرامة بيوم واحد كحد أدنى و 200 يوم كأقصى حد و ذلك حسب الخطأ و الإمكانيات المالية للمحكوم عليه ، و تبعتها فنلندا سنة 1921، و الدنمارك سنة 1939 ، ألمانيا و النمسا عام 1975، المجر 1978، انجلترا (day fine [341] سنة 1991، اليونان ، إسبانيا و البرتغال و دول من أمريكا اللاتينية مثل البيرو عام 1924 ، البرازيل عام 1929،كوبا سنة 1936 ، كوستاريكا سنة 1971، بوليفيا سنة 1973 و المكسيك عام 1984.

فالغرامة اليومية نظام تميل إلى الأخذ به تشريعات غالبية الدول بالنظر إلى المحاسن التي يحملها من عدالة و شفافية و سهولة في التحصيل[35]. و قد تجسد نظام الغرامة اليومية في التشريع الفرنسي عام 1983 من خلال القانون رقم 466/83 المؤرخ في 10/06/1983[36]، لذلك فهي تعتبر بالنسبة للقانون الفرنسي أيضا عقوبة حديثة مقارنة بباقي العقوبات المالية[37]. و يرجع سبب لجوء المشرع الفرنسي إلى تبني هذا النوع من العقوبات بدلا من عقوبة الحبس قصير المدة أو الغرامة ، موجات العصيان و التمرد التي ثارت داخل السجون العام 1974، و انتشار ظاهرة اكتظاظ السجون إلى جانب التكاليف التي يتكبدها الحبس و عدم فاعليته في إعادة تأهيل المحكوم عليهم[38]، فالتقليل من الاحتباس هو من بين أهم انشغالات المشرع الفرنسي الذي بات يبحث عن سبل جديدة لتخفيف العبء عن المؤسسات العقابية[39].

و تعتبر الغرامة اليومية وفقا لهذا النظام إحدى العقوبات المقررة في الجنح المعاقب عليها بعقوبة الحبس[40]،و يمكن أن تحل محل عقوبة العمل من أجل المنفعة في حال التنفيذ الجزئي لهذه العقوبة من طرف المحكوم عليه[41]

، و هي تتمثل في مبلغ مالي يدفعه المحكوم عليه للخزينة العامة ويحدد المبلغ الإجمالي مقابل عدد معين من الأيام على أن يستحق هذا المبلغ عند نهاية الأجل الخاص بأيام الغرامة، على أن لا تتجاوز القيمة المقررة لكل يوم **1000** أورو (يلاحظ أن المشرع الفرنسي لم يحدد الحد الأدنى الذي يلتزم به القاضي لكل يوم غرامة) .يراعي القاضي عند الحكم بها موارد و نفقات المحكوم عليه كما يلتزم بتحديد عدد أيام الغرامة ب**360** يوم مراعيا ظروف وملابسات الجريمة.

ثانيا: تمييز الغرامة عن التعويض

تختلف الغرامة عن التعويض من حيث كونها مقررة و محددة قيمتها بموجب القانون و لا يتعين الحكم بها في كل الجرائم ، فضلا عن كونها عقوبة قد تتعدد عن الفعل الواحد إذا تعدد مرتكبوه ، و هذا على عكس التعويض فيحكم به القاضي في كل الجرائم مقابل كل ضرر حتى و إن قضي ببراءة المتهم ، غير أن القانون لم يحدد مقداره بنص و إنما أوكل هذه المهمة للقاضي على أن يقدر التعويض بالقدر الذي يفي بإصلاح الضرر الناجم عن الجريمة .

وإذا كان التعويض و إصلاح أضرار الجريمة يتشابهان مع الغرامة في كونهما عقوبتان لاقتراف سلوك مجرم قانونا و في حرمانهما للجاني من جزء من موارده المالية، إلا أنهما يختلفان معا في الهدف، ففي حين تهدف الغرامة إلى التأثير على إرادة المحكوم عليه و منعه من ارتكاب المزيد من الجرائم مستقبلا ، فإن التعويض يهدف إلى جبر ضرر أصاب المصلحة الفردية للمجني عليه أو المضرور من الجريمة، كما أن للغرامة طابع نقدي بينما قد يكون للتعويض طابع

نقدي و طابع عيني ، و تختلف الغرامة عن التعويض أيضا من حيث أن الغرامة تذهب مباشرة إلى خزينة الدولة ، في حين تذهب قيمة التعويض إلى المضرور من الجريمة[42] .

المبحث الثاني : تنفيذ الغرامة

الأصل أن تنقضي الغرامة بتنفيذها، أي بدفع كامل المبالغ المحكوم بها إلى الخزينة العامة لأنها واجبة النفاذ فور الحكم بها، و لكن قد يعترض التنفيذ حالات واقعية تصدى لها المشرع و وضع القواعد الواجب تطبيقها عند حصولها (المطلب الأول) و حدد الهيئات المكلفة بتنفيذ الغرامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: طرق تنفيذ الغرامة

هناك طريقتان لتنفيذ الغرامة، فهي تنفذ إما بوسائل الإجبار و أولى هذه الوسائل هو التنفيذ الجبري على ممتلكات المحكوم عليه المنصوص عليه بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، أو أنها تنفذ بطريق الإكراه البدني كإجراء استثنائي و أخير.

أولا: الحجز القضائي

تتكفل إدارة الضرائب بتحصيل الغرامات المقضي بها بموجب أحكام قضائية حائزة قوة الشيئ المقضي عن طريق القابض وفقا لما قرره قانون الضرائب المباشرة و هو ما نعنيه بعبارة الحجز على الممتلكات. فإذا لم يمتثل المحكوم عليه إلى الإشعار أو التنبيه بالوفاء الذي يتلقاه من مصالح الضرائب

طوعا و اختيارا، ، فإن القضاء لا يتوانى في اللجوء إلى طرق التنفيذ الجبري بناءا على طلبات ذوي المصلحة الرامية إلى التنفيذ على أموال المحكوم عليه لتحصيل الغرامات المالية.

من المعروف أن التنفيذ الجبري يقع على أموال المدين لا جسمه، إذ أن أمواله هي التي أصبحت ضامنة لوفاء ديونه[43] ماعدا ما استثناه القانون بنص صريح[44].و يمثل الحجز القضائي أحد أهم صور التنفيذ الجبري الذي خصه المشرع الجزائري بباب كامل في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و هو الباب الرابع الخاص بالتنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، إذ حددت المادة 600 منه الأحكام التي يجوز تنفيذها تنفيذا جبريا و من بينها أحكام المحاكم التي استنفذت طرق الطعن العادية و الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل وقرارات المجالس القضائية و المحكمة العليا المتضمنة التزاما بالتنفيذ،حيث يجوز منع المدين من التصرف في أمواله المنقولة ثم العقارية في حالة الحجز عليها ، ثم بيعها رغما عنه[45]. فإذا لم يقم المدين بالوفاء بعد انقضاء 15 يوما من تاريخ تكليفه بالوفاء ، يجوز للمستفيد من السند التنفيذي الاستعانة بالقوة العمومية للحجز على جميع المنقولات أو الأسهم أو حصص الأرباح والشركات أو السندات المالية للمدين ، ثم تتبع إجراءات تبليغ أمر الحجز و البيانات المتعلقة بمحضر الحجز و الجرد و الشروط الخاصة بحراسة الأموال المحجوزة، على أن يتم بيعها خلال أجل 6 أشهر ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحجز إلى المحجوز عليه[46].

ثانيا: الإكراه البدني

الإكراه البدني هو إجراء استثنائي يمكن تطبيقه بعد فشل إجراءات التنفيذ الودية، و هو يعد وسيلة تنفيذ أحكام مالية ، ساد في تشريعات عصور خلت وقاد مجال تطبيقه مسيرة تحول من طابع مدني إلى طابع جزائي محض. و ترد على الإكراه البدني عدة تعريفات يمكن إيجاز البعض منها فيما يلي:

يعرف الفقه الفرنسي الإكراه البدني بأنه(للإشارة فقد حل مصطلح الإكراه القضائي مؤخرا محل الإكراه البدني في النظام القانوني الفرنسي) وسيلة تنفيذ قاسية ، لكنها ضرورية ، تهدف إلى وضع المدين تحت يد دائنه و تخييره بين تسديد ما عليه من ديون أو فقدان حريته لمدة من الزمن قد يطول أمدها[47].كما يقصد بالإكراه البدني حبس المدين لإجباره على الوفاء[48]، أوهو وسيلة لإجبار المدين المحكوم عليه بأداء دين على الوفاء بهذا الدين عن طريق إيداعه بالسجن لمدة يحددها الحكم القضائي عليه بالأداء[49].

و تختلف الغرامة الجزائية عن الغرامة المدنية، فالغرامة المدنية ليست عقوبة كونها مقررة لأفعال لا تعد جرائم جنائية، و يرجع الاختصاص الأصلي في الحكم بها إلى المحاكم المدنية ، لكن لا يجوز وقف تنفيذ الحكم القاضي بها،و لا تنفذ بطريق الإكراه البدني. كما يقع على المحكوم عليه بغرامة يومية عبء تنفيذها و إلا تعرض للحبس وفق الأحكام المقررة لتنفيذ العقوبات المالية أي بطريق الإكراه القضائي عملا بأحكام المادة 131-25 p.c[50] ،و نظرا إلى المزايا العديدة لهذا النظام خاصة من حيث قابليته للتنفيذ ، و دوره في تأديب المحكوم عليه ، فإن المشرع الجزائري مدعو إلى الأخذ به .

و قد تجسد نظام الإكراه البدني في النظام القانوني الجزائري مع صدور أول قانون للإجراءات المدنية الصادر بموجب الأمر رقم 154/66 الملغى ، والأمر رقم 155/66 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.غير أن تطبيق نظام الإكراه البدني في المجال المدني و التجاري تعرض لسخط أغلب أفراد المجتمع الجزائري كونه أسهم في إضعاف الكثير من القيم النبيلة في التسامح والرأفة، عندما مكن الدائن من حبس مدينه بإرادته و بناءا على طلبه ، كما كان محبوسوا الحقوق المدنية و التجارية طيلة ما يقرب نصف قرن من الزمان يعاملون وفقا لنظام السجون مما عرضهم إلى الانتماء لفئة السجناء على الرغم

من أنهم لا يقضون عقوبة جنائية، فضلا عما كانت تتكبده خزانة الدولة في الإنفاق عليهم وهو الأمر الذي عالجه الإصلاح التشريعي الجديد إذ جنح إلى تقليص مجال تطبيق الإكراه البدني و حصره لتنفيذ أحكام مالية تكون الغرامة إحداها.

و تخضع الغرامة الجمركية أيضا إلى طرق الإجبار و الضغط التي تضمنها قانون الإجراءات الجزائية من جهة و قانون الجمارك من جهة أخرى، و إحدى هذه الطرق ما اصطلح عليه المشرع الجزائري بنص المادة 262 ب "الإكراه الجمركي "، الإكراه البدني من خلال المادة 3/293 ق ج إلى جانب الإكراه البدني المسبق الذي يعد إجراءا إداريا يطبق بناءا على طلب إدارة الجمارك أمام النيابة العامة لذلك فهو يعد تعديا على مبدأ حجية الأمر المقضي.

كما يجد الإكراه البدني تطبيقاته في النظام الجمركي الفرنسي ، إذ يبدو جليا اتجاه المشرع الفرنسي نحو إسقاط أحكام الإكراه القضائي المقررة في القانون العام على المادة الجمركية ، و من قبيل ذلك نص المادة 382 من قانون الجمارك الفرنسي التي نصت صراحة على تطبيق أحكام المواد من 749إلى 762من قانون الإجراءات الجزائية المتعلقة بالإكراه القضائي عند تنفيذ الغرامة و بدل المصادرة المقضي بها في الجنح و المخالفات الجمركية[51]

و رغم أفضلية إدارة الجمارك في كونها طرفا ممتازا في الدعوى القضائية لما تحوزه من وسائل هامة لتحصيل ديونها قبل المدين بها ، كالحجز و الإكراه الجمركي و الإكراه البدني ، إلا أنها تظل تعاني بطء إجراءات الفصل في القضايا التي تكون طرفا فيها رغم كثرتها و خاصة بطء تنفيذ الحكم القضائي الفاصل في الدعوى .

فبالرجوع إلى إحصائيات إدارة الجمارك يتبين أن متوسط الفصل نهائيا في القضايا الجمركية يدور حول سنتين فيما يستغرق التنفيذ أحيانا سنتين أخريين ، و لا يضمن التنفيذ تحصيل كل مستحقات إدارة الجمارك إذ لا تتجاوز نسبة

التحصيل 50 %[52]سواء قبل أو بعد التنفيذ عن طريق الإكراه البدني، لذلك فقلما تلجأ إدارة الجمارك إلى نظام الإكراه البدني مقارنة مع أسلوب المصالحة.

بينما أفادت مصادر فرنسية أن الغرامة الجمركية أصبحت تشكل اليوم أغلب الأسباب المؤدية إلى الإكراه القضائي الذي تطول مدته بالنظر إلى جسامة الغرامة الجمركية ، خاصة المتعلقة منها بجرائم المخدرات[53].

و على قدر تعدد فروع النظام الجبائي ، تعددت النصوص التي تضمنت الإشارة إلى أن الإكراه البدني يعد هو الآخر وسيلة في يد الإدارة الجبائية لضمان تحصيل حقوقها من المكلف بها في حال تخلف هذا الأخير عن التزامه في الأداء ، و ذلك بموجب المواد 137 من قانون الرسم على رقم الأعمال ، و المادة 303 من قانون الضرائب المباشرة، و المادة 36 من قانون الطابع ، والمادة 121 من قانون التسجيل و المادة 535 من قانون الضرائب غير المباشرة. أما بالنسبة للنظام القانوني الفرنسي فإن الإكراه القضائي في مادة الضرائب لم يعد معمولا به إلا بشأن تحصيل الغرامات في مجال الضرائب تضمن أحكامه قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي دون قانون الإجراءات الجبائية على عكس المشرع الجزائري الذي نظم الإكراه البدني ضمن النظام القانوني المتعلق بهذه المادة و المتمثل في قانون الإجراءات الجبائية على النحو الذي تمت معالجته أعلاه.

المطلب الثاني: الهيئات المكلفة بتنفيذ الغرامة

يتطلب تنفيذ الغرامة اجتماع هيئات مؤهلة و محددة قانونا، و هي النيابة العامة كأصل عام إلى جانب هيئات أخرى إدارية محددة بموجب القانون.

أولا: النيابة العامة

لا يقتصر دور النيابة العامة في الدعوى العمومية باعتبارها ممثلة للمجتمع ممثلة في النائب العام على مستوى المجلس القضائي و وكيل الجمهورية على مستوى المحكمة[54]، على مباشرتها ، و إنما يتعدى ذلك إلى السهر على تنفيذ الأحكام الجزائية ، مما يدعم سلطة القانون و يضفي الفعالية المتوخاة من القانون الجزائي، و يؤكد مصداقية العدالة لدى المواطن[55].

و يمكن تفسير دور النيابة العامة في هذا المجال بأنه يمثل مصالح المجتمع أمام المحاكم ، فإذا حكم على شخص بعقوبة غرامة تستفيد منها خزانة الدولة و المجتمع بشكل عام ، يكون منطقيا تدخل النيابة العامة باسم المجتمع و أمام المحاكم لتطبيق الإكراه البدني ضد هذا الشخص في حالة عدم تنفيذه الغرامة ، و يظهر ذلك من خلال نص المادة 29 ق إ ج و المادة 36 ق إ ج بعد تعديلها بموجب القانون رقم 22/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجزائية[56]و المادة العاشرة من القانون رقم 05/(04)[57]. و يقابل النائب العام في التشريع الجزائري النائب العام في القانون الفرنسي، و هو مكلف بتنفيذ جميع الأحكام الجزائية الصادرة عن المحاكم الجزائية[58] حسب ما ورد بالمادة d48 من الجزء المتعلق ب " إجراءات التنفيذ *Des procédures d'exécution* "في الفصل المعنون ب "تنفيذ الأحكام القضائية *De l'exécution des sentences pénales* "من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي[59]. أما الإكراه القضائي فهو من صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات و في هذا يختلف التشريع الجزائري عن نظيره الفرنسي.

ثانيا: الهيئات الإدارية

إن تحصيل الديون الواقعة على عاتق المدين بموجب سندات تنفيذية من غرامات و مصاريف قضائية لا يتم عن طريق القضاء ، و إنما هو أمر موكول إلى هذه الجهات الإدارية بناء على طلب قضائي ، و هي هيئات محددة بموجب قانون الإجراءات الجزائية الجزائري و الفرنسي، و قانون تنظيم السجون و إعادة إدماج المحبوسين و نصوص قانونية خاصة.

1) طبقا لقانون الإجراءات الجزائية و قانون تنظيم السجون وإعادة إدماج المحبوسين

بالرغم من الولاية العامة و اختصاص النيابة العامة دون سواها بتنفيذ الأحكام الجزائية حسب قانون الإجراءات الجزائية الجزائري وقانون تنظيم السجون ، إلا أن المشرع الجزائري خرج عن هذه القاعدة العامة ، وخول في نصوص أخرى الملاحقات الرامية لتحصيل الغرامات ومصادرة الأموال لهيئات أخرى ، و هو ما نصت عليه المادة **597 /01** ق إ ج ، التي منحت سلطة تحصيل المصاريف القضائية و الغرامات إلى إدارة المالية ما لم ينص على خلاف ذلك في نصوص خاصة ، و في التشريع الفرنسي تعتبر الخزينة العامة أيضا المسئول عن تحصيل ديون الدولة الواقعة على المكلفين بها.كما ترجم المشرع الجزائري رغبته في تخويل صلاحية تحصيل الغرامات من خلال المادة **10** من القانون رقم **05/ 04** ، إلى إدارة المالية المتمثلة في مصالح الضرائب ، بناء على طلب النائب العام أو وكيل الجمهورية .

2) طبقا لبعض النصوص الخاصة

لقد منح قانون الإجراءات الجزائية بموجب المادة **597** منه سلطة تحصيل العقوبات المالية إلى نصوص خاصة ، من بينها الجزائية إضافة إلى قانون الضرائب ، قانون الجمارك.

1-2 قانون الضرائب

تختص مصالح الضرائب ممثلة في قابض الضرائب بتحصيل الغرامات الجزائية، و ذلك بعد تلقيها طلبات تحصيل هذه المبالغ في شكل مراسلة من طرف مصلحة تنفيذ العقوبات التابعة للجهة القضائية التي أصدرت الحكم،و قد حددت المذكرة الوزارية رقم 00/2049 الصادرة بتاريخ 2000/09/19 شكل هذه المراسلة التي تعد في 03 نسخ ثم توجه إلى السيد النائب العام أو وكيل الجمهورية لمحكمة مقر الولاية في حالة وجود ولايتين في مجلس واحد (للإشارة فإن عدد المجالس القضائية أصبح يساوي عدد الولايات)، ليتولى توجيهها إلى المدير الولائي للضرائب ، الذي يمسك ملخصات الضرائب للمقيمين بولايته و يوجه ما دون ذلك إلى مديري الضرائب للولايات الأخرى .

ترفق إرسالية مصلحة تنفيذ العقوبات ملخصات الضرائب ، تدون فيها عناصر الحالة المدنية للمحكوم عليه و المصاريف القضائية و الغرامات المحكوم بها على الشخص المعني ، مع الإشارة دائما إلى المسئول المدني الذي يحل محل المدان في تسديد المصاريف القضائية ، و تدرج ملخصات الضرائب في جدول حافظة إرسال الأحكام النهائية لمصلحة الضرائب .

فزيادة على هوية المتهم و عناصر الحكم ، يتضمن الملخص حسب الحالة ما يلي[60]:

- إذا كان الحكم حبسا نافذا أو موقوف غير مقترن بغرامة : يتضمن ملخص الضرائب المصاريف القضائية فقط.

- في حالة حبس نافذ أو موقوف مقترن بغرامة : يتضمن ملخص الضرائب الغرامة المحكوم بها + المصاريف القضائية .

- في حالة الحكم بالغرامة النافذ فقط : يتضمن ملخص الضرائب الغرامة المحكوم بها + المصاريف القضائية.

- حكم بالغرامة الموقوفة : يتضمن ملخص الضرائب المصاريف القضائية فقط.

حيث يقوم كاتب الضبط بتسليم ملخص عن الحكم أو الأمر أو القرار بمجرد أن يصبح نهائيا فيما يخص التصفية و استرداد المصاريف ، أو نسخة من قائمة التصفية التي تصبح قابلة للتنفيذ إلى الأمين العام للخزينة العمومية أوالمأمور بالصرف الذي يتولى بعد ذلك تبليغ المدين و إنذاره بتسديد الدين في مهلة 8 أيام من تاريخ استلامه الإشعار و إلا تعرضت جميع ممتلكاته للحجز وبعده الإكراه البدني، يشمل هذا الإنذار قيمة الدين بالتفصيل من اشتراكات رئيسية ، غرامات و زيادات تأخير و مصاريف التنفيذ الخاصة بمصالح الضرائب.

فإذا لم يستجب المحكوم عليه للإشعار السابق ذكره ، يتم تنبيهه بموجب "تنبيه بقصد الإخطار بالحجز أو الحبس عند عدم الدفع " لتسديد ما يلتزم به من ديون أصلية في أجل 5 أيام تحت طائلة إكراهه بدنيا تضاف إليها غرامات تأخيرية حددتها المادة 402 من قانون الضرائب المباشرة بنسبة 25.% . و في حال عدم جدوى هذه الإجراءات (إجراءات الحجز) يحرر المحضر القضائي محضر عدم وجود ما يحجز ليسلمه لمصلحة الضرائب

المعنية ، أين تتقدم هذه الأخيرة بطلب حبس المدين أمام وكيل الجمهورية أوالنائب العام المختص مرفقا بملف يتكون من مستخرج الحكم و محضر التنبيه و التبليغ إضافة إلى محضر عدم وجود.

أما في القانون الفرنسي فيجري تحصيل الضرائب الصادرة بموجب أحكام نهائية من طرف محاسب الخزينة العمومية[61]، بناءا على مستخرج حكم قضائي يعدها كاتب الضبط التابع للجهة القضائية التي أصدرت الحكم القاضي بالعقوبات المالية أو من يتولى مهامه ، و يعد هذا المستخرج وفقا لنموذج يحدده وزير العدل و وزير المالية. تحرص النيابة العامة على التأشير على مستخرج الحكم و مراقبة صحة الإجراءات المتبعة في إرساله إلى المحاسب العام للخزينة العامة في أجل 35 يوما تسري من تاريخ الحكم أو من تاريخ التبليغ إذا كان حكما حضوريا، و بعد تلقيه مستخرج الحكم الوارد إليه من طرف كتابة ضبط الجهة القضائية من أجل التنفيذ، يقوم بتكليف المحكوم عليه و إنذاره بتنفيذ قيمة الغرامة عن طريق رسالة موصى عليها في أجل 30 يوما من تاريخ الإرسال .

2-2 قانون الجمارك أعطى قانون الجمارك الجزائري رقم 10 لسنة 1998 لإدارة الجمارك الاختصاص العام في تحصيل العقوبات المالية المستحقة لها[62] ، و منحها في سبيل ذلك امتيازات و أفضلية على باقي الدائنين و طرق قانونية عديدة يعتبر الإكراه البدني أحد أهم هذه الطرق. و على غرار المشرع الجزائري ، منح المشرع الجمركي الفرنسي بموجب المواد 345،379،382 لإدارة الجمارك الأسبقية في تحصيل ديونها وحق امتياز و أفضلية في الغرامات و المصادرات و رد الأشياء المضبوطة مقارنة بجميع

الدائنين ، على جميع الأموال المنقولة و العقارية و أمتعة المدين و كذلك لها حق الرهن ، إلى جانب صلاحياتها الواسعة في الإكراه القضائي.

الخاتمة

لقد تم التوصل من خلال هذه الدراسة إلى اعتبار الغرامة تعتبر الغرامة عقوبة تزايدت قيمتها العقابية و وضع المشرع الجزائري البدائل في حال الامتناع عن تنفيذها ، لكن تظل جهود المشرع قاصرة على تفعيل وتيرة تحصيل الغرامة و يرجع ذلك ربما إلى الواقع المجتمعي و افتقار القاعدة القانونية إلى الطابع الردعي، و لذلك فإن المشرع الجزائري مدعو إلى الأخذ بالتوصيات التالية:

- دفع عجلة تحصيل الغرامة من خلال تطوير آليات تنفيذها ليتم تحصيلها وفق ما يتناسب مع إمكانيات المحكوم عليه و نفقاته وفق نظام الغرامة اليومية .

- تفعيل دور قاضي تطبيق في مجال تنفيذ الغرامة خاصة عن طريق الإكراه البدني

- إدراج إدارة الجمارك ضمن الهيئات الأخرى التي منحها قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين وفقا لمادته الثانية ، و منحها سلطة تحصيل الغرامات و المصادرات إلى جانب مصالح الضرائب و إدارة أملاك الدولة.

- تعديل أحكام الإكراه البدني في مادة الجمارك خاصة كونه نظاما يخترق مبدأ حجية الشيئ المقضي فيه ويشكل عدوانا على استقلالية القضاء.

- الاقتداء بالمشرع الفرنسي الذي منح المحكوم عليه حق الاستفادة من تخفيض بنسبة 20 %من المبلغ الكلي إذا استجاب لتنفيذ الغرامة طوعا في أجل شهر من تاريخ صدورها.

قائمة الهوامش حسب ورودها في النص

[1]نصت المادة 145 من الدستور على أنه " على كل أجهزة الدولة المختصة أن تقوم ، في كل وقت و في كل مكان و في جميع الظروف ، بتنفيذ أحكام القضائية ."

[2] نصت المادة 141 من الدستور على أنه " تصدر الأحكام القضائية باسم الشعب."

[3] محمود الأمير يوسف الصادق / تنفيذ الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 309.

[4] علي عبد القادر القهوجي/ شرح قانون العقوبات،القسم العام، المسؤولية الجنائية و الجزاء الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،لبنان،2009، ص 204.

[5] مدحت الدبيسي/ موسوعة التنفيذ الجنائي،المرجع السابق ، ص 604.

[6] G.Kellens / Punir : pénologie et droit des sanctions pénales , liège , éditions juridique de l'Univercité de Liège,Belgique , 2000 , PN° 400.

[7] فهد يوسف الكساسبة / وظيفة العقوبة و دورها في الإصلاح و التأهيل ، دراسة مقارنة ،الطبعة الأولى ، 2010، ص 266 ، انظر أيضا: Jean Larguier / Droit pénal général , 19e édition , DALLOZ , Paris , France ,2003 , P 123.

[8] Fabienne kéfer /PRECIS DE DEOIT PENALE SOCIAL , Anthemis, Louvain-la-Neuve , 2008, PN° 197.

[9] A Jacobs / «L' adaptation de l'amende à la situation sociale du condamné » , Liber Amicorum Jean du jardin , édition kluwer , 2001, PN°280 ; DERMAGNE J.M / « Amendes et situation sociale du contrevenant » , journal des procès n° 249 , 26 /11/1993 , PN° 31 .

[10] Combaldieu R/ Le recouvrement des amendes pénales Bibliothèque de l'institut de Criminologie et de siences pénales de Toulouse , Toulouse , 1929 ,P N° 154.

[11] Emmanuel Daoud / Gérer le risque pénal en entreprise ,Wolters Kluwer , France, 2011,p n312.

[12] مدحت الدبيسي / موسوعة التنفيذ الجنائي ، التنفيذ الجنائي ، الكتاب الثالث ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، ص 664، 668.

[13] منصور رحماني / الوجيز في القانون الجنائي العام ، فقه، قضايا ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، الجزائر ، 2006 ، ص 245.

[14] نصت المادة 05 ق ع على أنه:" العقوبات الأصلية في مادة الجنايات هي :1- الإعدام ،2- السجن المؤبد،3- السجن المؤقت لمدة تتراوح بين خمس(5) سنوات و عشرين (20) سنة.

العقوبات الأصلية في مادة الجنح هي : 1- الحبس مدة تتجاوز شهرين إلى خمس سنوات ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون الجزائري حدودا أخرى، 2-الغرامة التي تتجاوز 20.000د ج.

العقوبات الأصلية في مادة المخالفات هي :1-الحبس من يوم واحد على الأقل إلى شهرين على الأكثر،2- الغرامة من 2000دج إلى 20.000دج".

[15] موقع وزارة العدل.

[16] باسم شهاب / مبادئ القسم العام لقانون العقوبات وفقا لأحدث التعديلات بالقانون رقم 23 لسنة 2006 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، وهران ، 2007 ، ص 253.

[17] **Article 131-12 Les peines contraventionnelles encourues par les personnes physiques sont**

1° L'amende,

2° Les peines privatives ou restrictives de droits prévues à l'article 131-14 ;

3° La peine de sanction-réparation prévue par l'article 131-15-1.. ».

[18] **Article 131-3 Les peines correctionnelles encourues par les personnes physiques sont : 1°L'emprisonnement ; 2° L'amende ; 3° Le jour-amende ; 4° Le stage de citoyenneté…… »**

[19]**Article131-2 : « Les peines de réclusion criminelle ou de détention criminelle ne sont pas exclusives d'une peine d'amende et d'une ou de plusieurs des peines complémentaires prévues à l'article 131-10»**

[20]**Projet de loi relatif à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales . (Texte définitif), première session extraordinaire de 2013-2014, 17 juillet 2014.**

[21]**Yvan Laurens et Pierre Pedron / Les très longues peines de prison , L'Harmattan , Paris, 2007 , PN° 20 ; Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec /Droit pénal général , Economica , 13ème édition , 2006, PN° 922.**

[22] **Article 3 /02 du projet de loi du 17/07/2004 : L'article 132-20 est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Le montant de l'amende est déterminé en tenant compte des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction. » .**

[23]محمد سعد فودة / النظام القانوني للعقوبات الإدارية ، دراسة فقهية قضائية مقارنة ، بدون دار نشر، 2006 – 2007 ، ص 116 – 117.

[24] أحسن بوسقيعة / المنازعات الجمركية ، الطبعة السادسة ، دار هومة ، الجزائر ، 2012 /2013، ص 321-322.

[25]عبد الحميد الشواربي / التنفيذ الجنائي في ضوء القضاء و الفقه ، المرجع السابق ، ص 20.

[26] و للمزيد راجع :أحسن بوسقيعة / المنازعات الجمركية ، المرجع السابق، ص 324.

[27] أحسن بوسقيعة / المنازعات الجمركية ، المرجع السابق، ص 292.

[28] نقض جنائي ، قرار رقم 47/831 ، صادر بتاريخ 16 / 12 /1986.

[29] Hervé Kruger / les principes généraux de la fiscalités , Ellipses édition marketing , Paris, 2000, PN°54-55.

[30] أحمد شوقي الشلقاني / مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري ، الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة ،ديوان المطبوعات الجامعية ، 2008، ص 423.

[31] المادة 393 ق إ ج.

[32] أحمد شوقي الشلقاني / مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، المرجع السابق ، ص 423.

[33] Articles R 42-R49/9c.p.p.

[34]Lexique Anglais – français du conseil de l'Europe (principalement juridique) , édition anglaise , édition du Conseil de l'Europe ,1993 , PN°179 .

[35] Georges kellens , Ann Jacobs , Georges de Leval , Christine Denis /Les jours-amende – Tentatived'individualisation de

l'amende pénale , faisabilité des jour-amendes dans le contexte belge , PN °12.

[36] Loi N° 466/83 du10/06/1983 qui a modifié le code Pénale en supprimant le caractère particulier des infractions de violence et établiant de nouveaux substituts à la peine d'emprisonnement.

[37] Guy-PIERRE Cabanel / Pour ne meilleure prévention de la récidive, 1996, PN°55.

[38] Nouveau guide du prisonnier (observatoire international des prisons),11/10 / 2000 ,PN° 92, /www.amazon.com

[39] GUY CASADAMONT ; PIERRETTE PONCELA / il n'y a pas de peine juste , Odile Jacob , Paris , 2004, PN° 102-103.

[40] Articles 131/3 et 131/5 c.p.

[41] Article 132/57 cp : « En cas d'exécution partielle d'un travail d'intérêt général, le juge de l'application des peines peut ordonner la conversion de la partie non exécutée en jours-amende».

[42] بشرى رضا راضي سعد / بدائل العقوبات السالبة للحرية ، و أثرها في الحد من الخطورة الإجرامية – دراسة مقارنة - الطبعة الأولى ،دار وائل للنشر ، عمان ، **2013**، ص **140-141.**

[43] المادة **188** ق م.

[44] حيث أن هناك أموال استثناها المشرع الجزائري من مجال التنفيذ لدواع إنسانية ، و ذلك بموجب المادة **636** ق إ م إ كالأثاث و أدوات التدفئة و الفراش الضروري المستعمل يوميا للمحجوز عليه و لأولاده الذين يعيشون معه و الملابس التي يرتدونها و الكتب اللازمة لمتابعة الدراسة أو المهنة و أدوات العمل الشخصية و الضرورية و المواد الغذائية اللازمة لمعيشة المحجوز عليه و لعائلته لمدة شهر و الأدوات المنزلية الضرورية كالثلاجة و المطبخة و لوازم القصر و ناقصي الأهلية ، و من الحيوانات الأليفة بقرة أو ناقة أو ست نعاج أو عشر عنزات...

[45] عبد الرزاق بوضياف / أصول التنفيذ و الحجز التنفيذي على المنقول و العقار ، المرجع السابق ، ص **12.**

[46] المواد من **687** إلى **707** ق إ م إ.

[47] **Jean Esprit Marie Pierre et Lemoine Villeneuve / Dictionnaire du contentieux commercial ou résumé de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de commerce , suivi du texte annoté du code du commerce avec la nouvelle loi des faillites, et de la loi sur la contrainte par corps ,Imprimerie de cosse et G.LAGUIONIE , Paris , France ,1839 , PN° 217.**

[48] محمد صبري السعدي/ الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ،المرجع السابق، ص **33**.

[49] مجلة المحامي ، صادرة عن هيئة المحامين بمراكش، العدد **34** لسنة **1999**، ص **146** .

[50] **Article 131/25 cp : « En cas de condamnation à une peine de jours-amende, le montant global est exigible à l'expiration du délai correspondant au nombre de jours-amende prononcés. Le défaut total ou partiel du paiement de ce montant entraîne l'incarcération du condamné pour une durée correspondant au nombre de jours-amende impayés. Il est procédé comme en matière de contrainte judiciaire. La détention ainsi subie est soumise au régime des peines d'emprisonnement. »**

[51] **Article 382 -1et2 cd « 1. L'exécution des jugements et arrêts rendus en matière de douane peut avoir lieu par toutes voies de droit .**

[52] أحسن بوسقيعة / المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام ،و في المادة الجمركية بوجه خاص ، دار هومة ، الجزائر ، **2013**، ص **51**.

[53] **FARAPEJ)Fédération des Associations Réflexion Action Prison Et Justice(, service juridique / La contrainte judiciaire , Septembre 2008 , PN° 02.**

[54] نصت المادة **33 /1**ق إ ج على أنه " يمثل النائب العام النيابة العامة أمام المجلس القضائي**...** " و نصت المادة **34 /1** أيضا من نفس القانون على أنه " النيابة العامة لدى المجلس القضائي يمثلها النائب العام**...** "، كما نصت المادة **35** على أنه " يمثل وكيل الجمهورية النائب العام لدى المحكمة بنفسه أو بواسطة أحد مساعديه." **...**

[55] جباري عبد المجيد / دراسات قانونية في المادة الجزائية على ضوء أهم التعديلات الجديدة ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر، 2013 ، ص 231.

[56] جريدة رسمية عدد 84 ، مؤرخة في 2006/12/24.

[57] نصت المادة 10 ق 04/05 على أنه: " "تختص النيابة العامة دون سواها بتنفيذ الأحكام الجزائية."

[58] و الملاحظ أن المشرع الفرنسي كان قد منح بموجب المادة 129 من المرسوم 06 / 08 /1959 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية صلاحية تنفيذ الأحكام القضائية للنائب العام إلى جانب الطرف المدني و كاتب الضبط كل في مجال معين ، فأناط للنائب العام حق تنفيذ الأحكام الجزائية المتعلقة بعقوبة الإعدام ، الأشغال الشاقة ، التعويضات المحكوم بها من تلقاء الجهات القضائية و الإكراه البدني ، و للطرف المدني حق تنفيذ الأحكام الصادرة بناءا على طلبه ، أما كاتب الضبط فكان يكلف بتنفيذ الأحكام المتضمنة تحصيل الغرامات و المصاريف و الرسوم النسبية.

[59] **Article n ° D 48 c.p.p :" Le ministère public étant chargé de l'exécution de l'ensemble des sentences pénales prononcées par les juridictions répressives ,....."**

[60] جباري عبد الحفيظ / دراسات قانونية في المادة الجزائية ، المرجع السابق ، ص 237.

[61] **Article 2 : « 1° Sont recouvrées par les comptables directs du Trésor les condamnations prononcées par des décisions judiciaires devenues définitives. »**

[62] نصت المادة 293 ق ج على أنه "تحصل العقوبات المالية المستحقة لصالح إدارة الجمارك من طرف هذه الأخيرة. ..."

طبيعة الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان وصعوبات تنفيذه

بقلم الدكتور: حساني خالد
جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية

مقدمة

لقد اهتمت المجتمعات الإنسانية عبر تاريخها الطويل بموضوع حقوق الإنسان، فقد كان كل مجتمع يختص على نحو منفرد بتحديد حقوق وواجبات كل فرد في المجتمع، وقد حظيت حقوق الإنسان دائما باهتمام متزايد على الصعيد الوطني من خلال وضع القواعد الداخلية التي تنظم هذه المسألة.

غير أنه إذا كانت حقوق الإنسان قد تطورت في إطار المجتمعات الوطنية بظهور إعلانات الحقوق والدساتير وتأكيد سيادة القانون في أوربا خصوصا، فان تطور العلاقات الدولية أثبت أن احترام حقوق الإنسان أمر أساسي وضروري لتنمية وأمن المجتمع الدولي، لاسيما أن الدول المختلفة قد أعربت عن رغبتها في إقامة علاقاتها الدولية على أسس أخلاقية تستطيع حفظ السلام الدولي، وتحقيق التعاون المشترك لحل مشكلاتها الدولية، الأمر الذي لا يمكن تحقيقه إلا ذا شاع بينها مبدأ الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان.

كما اتخذ اهتمام القانون الدولي بقضايا حقوق الإنسان اتخذ طابع التدرج، حيث اهتم في البداية ببعض الفئات كالعمال والأقليات فقط، ولم يهتم بحقوق الإنسان ككل لأنه اعتبرها من الاختصاصات الداخلية للدول عملا بمبدأ السيادة الوطنية للدول.

لذلك فان التطور الحقيقي لحقوق الإنسان على المستوى الدولي بدأ بظهور الأمم المتحدة، نتيجة أهوال الحربين العالميتين، حيث أسفرت تجربة هذه الحروب عن اعتقاد واسع النطاق بأن الحماية الدولية الفعَّالة لحقوق الإنسان شرط أساسي لتحقيق السلم والأمن الدوليين، وجاء ميثاق الأمم المتحدة مؤكدا في مبادئه وأهدافه أن حقوق الإنسان واحترامها يأتي في مقدمة أولويات الأمم المتحدة، وأن معاملة الدول للشعوب والأفراد أصبحت محلا لاهتمام القانون الدولي، وبذلك يكون الميثاق قد أرسى أسس التطور الذي شهده القانون الدولي في مجال حقوق الإنسان [1].

مما لاشك فيه أن الاهتمام العالمي بحقوق الإنسان حاليا بات يمثل قيمة مستهدفة من النظام القانوني الدولي، حيث أصبح من الأمور الشائعة تقييم سلوك الحكومات بمدى احترامها لحقوق الإنسان على المستويين الداخلي والدولي، بل أصبح تقييم النظم الاجتماعية والاقتصادية ذاتها يخضع لما تحققه تلك النظم لمواطنيها من حقوق وحريات [2].

كما أصبحت المسائل المتعلقة بحقوق الإنسان مسألة عالمية مشتركة تتقاسمها الإنسانية جمعاء، ولم يعد بالإمكان التحجج بالسيادة وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول أو بالخصوصيات الثقافية حين يتعلق الأمر بانتهاك حقوق الإنسان، لذلك أصبح احترام حقوق الإنسان سلوكا يوميا ومنظما[3]، ترتب عن ذلك بروز الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان الذي يشكل أحد الالتزامات الرئيسية التي يفرضها القانون الدولي على جميع الدول دون استثناء.

وقد ترتب على هذا الالتزام الدولي اعتبار القواعد الخاصة بحقوق الإنسان ذات طابع شامل وعالمي، وتندرج ضمن القواعد الآمرة (***Jus Cogens***) التي تتجاوز الاختصاص الوطني، بحيث يجوز لجميع الدول أن تعتبر بأن لها مصلحة قانونية في حماية هذه الحقوق وبالتالي فهي التزام في مواجهة الكافة (***Obligation Erga Omnes***)؛ لذلك فإننا سنحاول من خلال هذه المداخلة دراسة طبيعة الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان، ثم نبرز صعوبات تنفيذه على المستويين الوطني والدولي.

المبحث الأول: طبيعة الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان

ترتب عن الاهتمام الدولي المتزايد بحقوق الإنسان صدور عدة إعلانات ومواثيق دولية تلزم الدول باحترام وحماية حقوق الإنسان لكل الأشخاص المتواجدين على إقليمها والخاضعين لولايتها، إضافة إلى ضرورة قيام الدول جميعا باتخاذ جميع الإجراءات والتدابير اللازمة لتنفيذ التزاماتها الدولية في مجال حقوق الإنسان، لذلك سنبين مضمون الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان في فرع أول، حتى تتبين لنا قوته القانونية وذلك في فرع ثان.

المطلب الأول: مضمون الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان

لقد نصت مختلف الاتفاقيات الدولية –العالمية منها والإقليمية- المتعلقة بحقوق الإنسان على التزام الدول الأطراف باحترام وكفالة حقوق الإنسان [4]، إضافة إلى ضمان تمتع كل الأشخاص المتواجدين على إقليمها والخاضعين لولايتها بالحقوق والحريات الواردة في مثل هذه الوثائق، زيادة على تحملها المسؤولية عن أي خرق أو انتهاك لهذه القواعد والالتزامات [5].

هذا ونشير إلى أن الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان هو التزام متعدد الأبعاد، حيث لا يتوقف عند إلزام الدولة بضمان تمتع كل إنسان بحقوقه وحرياته التي كفلتها له القوانين الوطنية والدولية، وعقاب مرتكبي أية انتهاكات لهذه الحقوق والحريات، وإنما يمتد

ليشمل حماية ضحايا هذه الانتهاكات وإصلاح الأضرار التي قد تلحق بهم نتيجة لأفعال الدولة المسؤولة عن هذه الانتهاكات(٥).

كما أن التزامات الدول الأطراف بحماية المعايير الدولية لحقوق الإنسان تختلف إلى نوعين(٦):

-النوع الأول: التزامات السلوك

تتجلى هذه الالتزامات في تعهد الدول الأطراف بالامتثال والانضباط الفوري والسريع لمجموعة من المعايير الدولية التي تحكم سلوكها في مجال حقوق الإنسان، وذلك في قيام الدولة باتخاذ مجموعة من الإجراءات القانونية والتدابير التشريعية المناسبة، لضمان حماية حقوق بعض الفئات المحددة من الأفراد كالأطفال والنساء، واللاجئين وغيرهم ، وفي مجالات حقوقية معينة كمناهضة جميع أشكال التمييز لأسباب سياسية أو عرقية أو دينية أو لغوية...، إضافة إلى وجوب ملائمة الدولة لقانونها الداخلي مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان في هذه المجالات الحقوقية، وأيضا توفير وسائل التظلم القضائي والإنصاف، لتمكين كل فرد من المطالبة بتوقيع الجزاء على من يعتدي على حقوقه المختلفة أمام المحاكم الوطنية (٨).

-النوع الثاني: التزامات التنفيذ التدريجي

يعني الالتزام بالتنفيذ التدريجي لحقوق الإنسان عدم تحقيق التمتع الفوري بطائفة من الحقوق في فترة زمنية محددة، لاستحالة ضمانها للأفراد بشكل سريع ولارتباطها بالتدابير المتخذة من طرف الدولة على المستوى الاجتماعي والاقتصادي، مما يجعل الاستفادة منها يطبعه التدرج كالحق في التنمية المستدامة والسكن اللائق والتغطية الصحية، وتعميم التربية والتعليم تماشيا مع أقصى ما تسمح به الموارد المتاحة للدولة (٩).

لذلك نجد أن الاتفاقيات الخاصة بحقوق الإنسان تنقسم من حيث آلية تنفيذها، إلى اتفاقيات قابلة للنفاذ التلقائي تلتزم الدول بتطبيقها ذاتيا ومباشرة دون اتخاذ أية إجراءات تشريعية أو إدارية، وهي الاتفاقيات التي لا تحتاج إلى تدخل تشريعي أو إداري من الدولة لتنفيذ أحكامها، وسبب ذلك أن

الحقوق المنصوص عليها تتجذر في الحضارة البشرية باعتبارها جزءا من التراث المشترك للإنسانية عبر تطوره التاريخي الطويل، وهي ثمة فهي حقوق طبيعية أقرها الله عز وجل للإنسان منذ ولادته.

وغالبا ما تكون أحكام هذه الاتفاقيات متطابقة مع التشريعات الوطنية، ومثال ذلك ما نص عليه العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 في مادته السابعة الذي قرر حق الإنسان في الكرامة بعدم جواز تعريضه لكل ما يمسه بالتعذيب أو الاسترقاق، وفي مادته التاسعة بضمان حقه في الحياة والسلامة ضد أي اعتداء، وفي مادته الثانية عشر بتأكيد حقه بالاعتراف له كشخص أمام القانون [10].

إن هذه الحقوق ذاتية النفاذ ولا تحتاج اتخاذ إجراءات تشريعية وإدارية من طرف الدولة لتطبيقها، ولذلك ذهب البعض إلى أنه يمكن للقضاء إصدار أحكامه القضائية استنادا لها مباشرة، وكذلك الأمر بالنسبة للإدارة حيث تستطيع الاستناد عليها مباشرة في ممارسة أعمالها الإدارية [11].

أما الاتفاقيات غير قابلة للنفاذ التلقائي فإنها مجموعة من الاتفاقيات التي تحتاج إلى تدخل تشريعي من طرف الدولة لتنفيذ أحكامها، وتأكيدا لهذا المعنى نصت المادة 14 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966 "تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد، لم تكن بعد وهي تصبح طرفا فيه قد تمكنت من كفالة إلزامية ومجانية التعليم الابتدائي في بلدها ذاته أو أقاليم أخرى تحت ولاياتها، بالقيام في غضون سنتين، بوضع واعتماد

خطة عمل مفصلة للتنفيذ الفعلي والتدريجي لمبدأ إلزامية التعليم ومجانيته للجميع، خلال عدد معقول من السنين يحدد في الخطة" [12].

وبذلك لا يمكن تطبيق مضمون المادة 14 من الاتفاقية المذكورة المتعلق بالتزام الدولة الطرف بجعل التعليم الابتدائي إلزاميا ومجانيا، إضافة إلى جعل جميع مراحل التعليم الثانوي بمختلف أنواعه مجانيا والأخذ تدريجيا بمجانية التعليم العالي...الخ، إلا إذا اتخذت الدولة إجراءات تستطيع من خلالها تطبيقها، وذلك للحاجة إلى وضع خطط تعليمية وتربوية ورصد أموال وإمكانات مادية وبشرية من بناء المدارس، المؤسسات، الجامعات وتكوين الأساتذة والمؤطرين [13].

المطلب الثاني: طبيعة الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان

يتميز الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان بخصوصية معينة فهو من جهة يحتوي على التزامات قانونية عامة وملزمة لجميع الدول يمكن إدراجها ضمن النظام العام الدولي، ومن جهة أخرى فإنه يمثل نظام قانوني موضوعي في مواجهة الكافة.

تعتبر القواعد الدولية الخاصة بحقوق الإنسان قواعد قانونية ملزمة، ترتب التزامات قانونية واضحة على عاتق الدول في مجال حماية حقوق الإنسان وحرياته، هذا الأمر أكدته محكمة العدل الدولية، حين أقرت في حكمها الصادر في قضية برشلونة تراكشن ***Barcelona Traction*** الصادر بتاريخ ***5*** فبراير ***1970*** بأن المبادئ والقواعد المتعلقة بالحقوق الأساسية للإنسان تنشئ على

عاتق كل دولة واجبا نحو المجتمع الدولي بأسره، أي نحو كل الدول الأخرى، وعليه لكل دولة المصلحة في حماية حقوق الإنسان العالمية [14].

يعني ذلك أن المحكمة اعترفت بأن القواعد المتعلق بحماية حقوق الإنسان، تعد من قبيل القواعد الآمرة التي تعتبر حجة في مواجهة الكافة ؛ حيث ميزت المحكمة بين التزامات الدول تجاه المجتمع الدولي بأكمله وما ينشأ من التزامات تجاه دولة أخرى في إطار الحماية الدبلوماسية للوطنيين، فالالتزامات الأولى تخص بحكم طبيعتها كل الدول، وكنماذج للقانون الدولي المعاصر، أوضحت المحكمة الالتزامات الناتجة عن تحريم أعمال العدوان والإبادة، كما ذكرت المحكمة مبادئ وقواعد تتعلق بالحقوق الأساسية للإنسان. ونظرا لأهمية الحقوق المطروحة، يمكن اعتبار كل الدول لها مصلحة قانونية في حمايتها، لأن الالتزامات المنبثقة عنها ملزمة للجميع [15].

كما اعتبرت المحكمة في حكمها السالف الذكر في قضية برشلونة تراكشون (حكم بالمناسبة ***Obiter Dictum***) أن القواعد الخاصة بحقوق الإنسان ذات طابع شامل وعالمي، وتندرج ضمن القواعد الآمرة (***Jus Cogens***) التي تتجاوز الاختصاص الوطني، بحيث يجوز لجميع الدول أن تعتبر بأن لها مصلحة قانونية في حماية هذه الحقوق وبالتالي فهي التزام في مواجهة الكافة (***Obligation Erga Omnes***) [16].

هذا ونشير إلى أن محكمة العدل الدولية أكدت المفهوم المتقدم في القضية الخاصة بتطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والعقاب عليها بين البوسنة والهرسك من جهة ويوغسلافيا من جهة أخرى (مرحلة الدفوع الأولية)،

حيث أشارت إلى ضرورة النظر إلى هذه الاتفاقية من حيث موضوعها والغرض منها باعتبارها من الأسس الجوهرية للنظام القانوني الدولي المعاصر إذ أنها اتفاقية يجب أن تبقى محفورة في الضمير الإنساني العالمي مما يستوجب تطبيقها بصورة موضوعية [17]، ففي الحكم الصادر بتاريخ **11** تموز/ يوليو **1996** ذكرت المحكمة أن الحقوق والواجبات الواردة في الاتفاقية هي حقوق للجميع والتزامات على الجميع وبالتالي، فان التزام كل دولة بمنع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها ليس محدودا إقليميا بالاتفاقية [18].

كما أن الالتزامات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان هي التزامات موضوعية، لا تخضع لمبدأ المعاملة بالمثل ***Principe de Réciprocité*** المستقر في القانون الدولي التقليدي، حيث لا يمكن لدولة ما أن تربط احترامها للحقوق والحريات التي تكفلها قواعد القانون الدولي للأفراد باحترام الدول الأخرى لهذه الحقوق، حيث أن هذه الأخيرة –كما يبين ***Jean Dupuy***– ليست بضاعة تخضع لقاعدة الإيجاب والقبول ولا لقاعدة تبادل نقل الملكية، إنما هي نظام قانوني موضوعي ***ordre juridique objective*** يخص الجميع ولذلك تم استبعاد قاعدة المعاملة بالمثل. الأمر الذي يعني غياب الالتزامات الشخصية المتبادلة من قواعد القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان[19].

إضافة إلى ذلك أكدت لجنة حقوق الإنسان سابقا في تعليقها العام رقم **31** على المادة الثانية من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بقولها "أن لكل دولة من الدول الأطراف مصلحة قانونية في أداء كل دولة طرف

أخرى لالتزاماتها، وهذا ناشئ من كون القواعد المتعلقة بالحقوق الأساسية للإنسان تمثل التزامات تجاه الكافة،..." [20].

أكد كذلك معهد القانون الدولي على هذه الخاصية في قراره الصادر بتاريخ 13 سبتمبر 1989 بخصوص "حماية حقوق الإنسان ومبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول"، حيث تضمنت المادة الأولى من هذا القرار فقرة جاء فيها أن "الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان –كما أعلنت محكمة العدل الدولية من قبل- هو التزام في مواجهة الكافة، وهو يقع على عاتق كل دولة في علاقاتها بالمجتمع الدولي ككل، وأن كل دولة تكون صاحبة مصلحة قانونية في حماية حقوق الإنسان. وأن هذا الالتزام يتضمن واجب التكاثف بين كل الدول لكي تضمن –بكل سرعة ممكنة- حماية فعالة لحقوق الإنسان في كل مكان في العالم" [21].

واستنادا إلى التحليل الذي أجرته محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري لعام *1951* الخاص بتفسير اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، فان المعاهدات المتعلقة بحماية حقوق الإنسان لا ترمي إلى المصالح المتبادلة للدول، وإنما هي معاهدات شارعة تنشئ قواعد دولية موضوعية لا يتوقف الالتزام بتنفيذها من قبل دولة طرف على احترام الدولة الطرف الأخرى لها[22].

وقد أكدت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان مبدأ عدم خضوع الالتزامات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان لمبدأ المعاملة بالمثل وذلك في حكمها الصادر في *18* يناير *1978*، والذي قررت فيه أن الاتفاقية الأوربية

لحقوق الإنسان تختلف عن المعاهدات الدولية التقليدية، بوصفها تنشئ التزامات موضوعية تتجاوز مبدأ المعاملة بالمثل بين أطرافها [23].

كما ساهم القضاء الجنائي الدولي في ترسيخ الطبيعة الآمرة لقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، وذلك من خلال المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة التي اعتبرت القاعدة التي تحرم التعذيب من القواعد الآمرة، وهو الموقف ذاته الذي تبناه مجلس اللوردات البريطاني في قضية بينوشي في حكمه الصادر بتاريخ *24* مارس *1999*، وكذلك تأكيد الحكم الصادر عن الغرفة الكبرى للمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بتاريخ *2001/11/21* في قضية العدساني ضد المملكة المتحدة، أن تحريم التعذيب هو من قبيل القواعد الآمرة في القانون الدولي [24].

المبحث الثاني: صعوبات تنفيذ الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان

على الرغم من أن كل المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان تلزم الدول باحترام وحماية حقوق الإنسان لكل الأشخاص المتواجدين على إقليمها والخاضعين لولايتها، إضافة إلى ضرورة قيامها باتخاذ جميع الإجراءات والتدابير اللازمة لتنفيذ التزاماتها الدولية في مجال حقوق الإنسان، إلا أن الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان قد يصطدم بخصوصيات الدولة مثلما يظهر في الفرع أول، أو بسبب مشكلة المجال المحفوظ للدولة مثلما يتضح في الفرع ثان.

المطلب الأول: الصعوبات المرتبطة بخصوصيات حقوق الإنسان

من بين المسائل التي غالبا قد تؤدي إلى عرقلة تنفيذ الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان من طرف الدول مسألة الخصوصية، علما أن لة ألى

قواعدققحقوق الإنسان تتميز بأنها ملك للإنسانية كلها ومن حق كل الأشخاص أن يتمتعوا بها على قدم المساواة وباستقلال تام عن انتماءهم إلى جنس، عرق، دين، ثقافة، لغة أو قومية معينة، وهي تشكل أرضية مشتركة تتجاوز كل الحدود الجغرافية والثقافية والزمنية، وكرامة الإنسان لا وطن ولا جنسية لها فهي تراث مشترك لكل الإنسانية، ولهذا فان حقوق الإنسان الأساسية تنطبق على جميع البشر بصرف النظر عن الخصوصيات الدينية، الثقافية، السياسية، الاجتماعية والاقتصادية[25].

أكد إعلان وبرنامج فيينا الذي تمخض عن أشغال المؤتمر العالمي الثاني لحقوق الإنسان المنعقد في فينا في *14* حزيران/ جوان *1993* على عالمية حقوق الإنسان، حيث جاء في الفقرة الأولى من الإعلان أنه "..يؤكد المؤتمر العالمي الثاني حول حقوق الإنسان على الالتزام العلني والعملي على ترقية الاحترام وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية للمجتمع تماشيا مع ميثاق الأمم المتحدة والصكوك الدولية الأخرى الخاصة بحقوق الإنسان [26].

كما تتميز حقوق الإنسان بأنها حقوق لا يمكن المساس بها أو انتهاكها ولا يمكن لأحد إلغاءها، كما لا يمكن لأحد أن يفقدها أو يتنازل عنها حتى ولو بإرادته. إضافة إلى ذلك فإن حقوق الإنسان لا يمكن الانتقاص منها،حيث لا يملك أحد الحق في حرمان شخص آخر منها مهما كانت الأسباب إلا وفقا لما يقرره القانون، وحتى ولو كانت القوانين في بلد ما لا تعترف بذلك أو أن بلدا ما يقوم بانتهاكها، وعليه فإن انتهاك هذه الحقوق لا يعني عدم وجودها، علاوة على أن حقوق الإنسان في حالة تطور مستمر، وذات طبيعة حركية ومتجددة دوما، كما أنها مرتبطة بالإنسان بصفته إنسان [27].

إن حقوق الإنسان لا تقبل التجزئة على مستويين، فهي من جهة لا يجوز وضع هرمية وأفضلية بين الحقوق، فجميع الحقوق سواء السياسية، المدنية، الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية كلها ضرورية للعيش في كرامة، ومن جهة أخرى لا يحق لأحد أن يلغي أو ينتهك بعض الحقوق قصد تعزيز حقوق أخرى، هكذا فلا يجوز مثلا خرق الحقوق المدنية والسياسية بحجة تعزيز الحقوق الاقتصادية والاجتماعية [28].

عبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عن التكامل بين حقوق الإنسان وعدم قابليتها للتجزئة، بصورة ضمنية في عدة مواده، ومن بينها المادة *30* التي أشارت إلى ضرورة تفسير الحقوق المعلنة بموجبه بصورة لا تفضي إلى هدم أي من الحقوق والحريات المنصوص عليها فيه، مما يعني عدم استبعاد أي منها، ويفترض أن حقوق الإنسان بناء متكامل يسند بعضه بعضا وأنها كل متكامل، وقد عبر المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان المنعقد في فيينا عام *1993* في الفقرة الخامسة من الإعلان الصادر عنه عن حقيقة عالمية حقوق الإنسان وأنها مترابطة وغير قابلة للتجزئة [29]، غير أنه سبق للعهدين الدوليين لحقوق الإنسان لعام *1966* أن سبقا في التأكيد على هذه الفكرة، حيث نصت الفقرة الثالثة المشتركة من ديباجتهما على أن "...السبيل الوحيد لتحقيق المثل الأعلى المتمثل وفقا للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، في أن يكون البشر أحرارا متحررين من الخوف والفاقة، هو سبيل تهيئة الظروف الضرورية لتمكين كل إنسان من التمتع بحقوقه الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وكذلك بحقوقه المدنية والسياسية [30].

إضافة إلى ذلك نجد الصعوبات المرتبطة بمشكلة التحفظ على اتفاقيات حقوق الإنسان، حيث يعد التحفظ إجراء قانوني تلجأ إليه الدول بهدف استبعاد الأثر القانوني أو تعديله لعدد من الأحكام الواردة في المعاهدة الدولية في مواجهتها، وذلك عند توقيعها، أو تصديقها، وانضمامها أو قبولها لهذه المعاهدة، لذلك من شأن أي تحفظ تقوم به دولة على أحكام معاهدة خاصة بحقوق الإنسان أن يؤدي إلى عرقلة تنفيذ الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان [31].

تتجلى إشكالية التحفظ على اتفاقيات حقوق الإنسان في كثرة هذه التحفظات التي تقوم بها الدول واتساعها، لاسيما تلك المتعلقة بالاتفاقيات ذات الطابع العام مما يؤدي إلى عرقلة الهدف المراد من إبرام هذه المعاهدة، حيث نجد مثلا أن أكثر من ***40*** دولة من بين الدول الأطراف في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ***1966***، قد قامت بإجراء أكثر من ***150*** تحفظا وإعلانا تفسيريا على أحكامه، وهو الأمر ذاته بالنسبة للعديد من الاتفاقيات الأخرى [32].

المطلب الثاني: الصعوبات المرتبطة بالمجال المحفوظ للدولة

إنَّ ميثاق هيئة الأمم المتحدة لم يضع معيارا فاصلا للمسائل التي تعد من قبيل المجال المحفوظ للدولة[33]، بالرغم من أن فرنسا كانت قد تقدمت بمذكرة إلى لجنة صياغة الميثاق في 21 مارس 1945 أكدت فيها أن التحفظ أو التذرع بالسلطان الداخلي للدولة يجب ألا يطبق حين وقوع انتهاكات خطيرة لحقوق الإنسان والتي تشكل بحد ذاتها تهديدا للسلام، كما أشار وفد أستراليا

إلى أنه إذا كان أعضاء الأمم المتحدة عازمين على اعتماد وسائل لحماية الأقليات فيجب أن نقر بأن حماية الأقليات تعتبر من قضايا النظام الدولي، أي إخراج حماية الأقليات من المجال المحفوظ للدول[34].

غير أن تغير طبيعة النزاعات الدولية وانتقالها من نزاعات محتدمة بين الدول إلى نزاعات تنشب داخل حدود الدول ذاتها، جعلت موضوع حقوق الإنسان، الديمقراطية والانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني لم تعد من صميم السلطان الداخلي للدولة، وإنما باتت من المسائل التي تلغي حدود السيادة الوطنية أمام تدخل الأمم المتحدة لاسيما مجلس الأمن عندما تتعرض هذه الحقوق للانتهاك من قبل أنظمة استبدادية تتستر وراء السيادة الوطنية [35].

هذا التوجه الجديد عبَّر عنه الأمين العام السابق للأمم المتحدة بطرس غالي في تقريره المقدم بعد اجتماع قمة مجلس الأمن المنعقدة في 31 جانفي 1992 بقوله "أن احترام صميم سيادة الدول وسلامتها هو أمر حاسم لتحقيق أي تقدم دولي مشترك، بيد أن زمن السيادة المطلقة قد مضى. فالنظرية هنا لم تعد تنطبق على الواقع. ومهمة قادة الدول اليوم هي تفهم هذا الأمر وإيجاد توازن بين حاجات الحكم الداخلي، ومتطلبات عالم يزداد ترابطا يوما بعد يوم، فالتجارة والاتصالات، والأمور البيئية تتعدى الحدود الإدارية...ويكمن أحد متطلبات حلول هذه المشاكل في الالتزام بحقوق الإنسان..." [36]، وهو ما دفع بالرئيس الأمريكي جورج بوش الأب في نهاية القمة إلى الدعوة لضرورة تعديل ميثاق الأمم المتحدة وجعل حقوق الإنسان من اختصاصاتها بدلا من إبقائها شأنا داخليا [37].

وهكذا لم يعد مفهوم السيادة المطلقة الذي وضع في معاهدة وستفاليا وكرس في المادة 2/2 من الميثاق قادرا على تحقيق هدفه في حفظ السلم والأمن الدوليين في ضوء المتغيرات الدولية المعاصرة، الأمر الذي استوجب تطوير مفهوم السيادة باعتباره مفهوما نسبيا ينطلق من فكرة المسؤولية ولاسيما بعد أن أصبحت حقوق الإنسان جزءا من المسؤولية الدولية، مما يعطي الحق للأمم المتحدة في التدخل لحماية هذه الحقوق المنتهكة أثناء النزاعات الداخلية وما يرافقها من أعمال تطهير وتشريد للاجئين [38].

كما أن مبدأ عدم التدخل المنبثق عن فكرة سيادة الدولة لا يشكل حاجزا أمام تدخل مجلس الأمن تحت لواء التدخل لأغراض إنسانية كما حدث في الصومال والبوسنة، بشكل يتيح إمكانية تجاوز مبدأ عدم التدخل، كما هو الشأن في حالة انهيار الدولة أو أثناء نزاعات داخلية حادة (حالتا الصومال ورواندا مثلا) [39]، وقد أكدت الممارسة الدولية تراجع مبدأ عدم التدخل في الوقت الذي ظهرت فيه الاعتبارات الإنسانية وحقوق الإنسان والديمقراطية، وقد مرَّ هذا التراجع بمرحلتين، تميزت المرحلة الأولى منهما بارتباط المجال المحفوظ للدولة بتهديد السلم والأمن الدوليين كحالتي العراق والصومال. أما المرحلة الثانية فقد تم فيها إسقاط مبدأ المجال المحفوظ للدولة تماما، وهو ما تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة في قراريها 46/7 و 46/138 الصادرين في 11 أكتوبر 1991 بشأن هايتي، حيث لم يتم الإشارة فيهما إطلاقا لمبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول[40].

خاتمة

تبين من خلال هذه الدراسة أن كل الاتفاقيات الدولية العالمية والإقليمية المعنية بحقوق الإنسان توجب الدول بضرورة الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان، وذلك من خلال اتخاذ كل الإجراءات الضرورية التي تجعل تشريعاتها الوطنية متماشية مع التزاماتها الدولية.

كما أن الهدف من مختلف الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان هو تكوين وإنشاء عدد من القواعد القانونية التي تحمي حقوق الإنسان، والتي ترتب على عاتق الدول مجموعة من الالتزامات الدولية، علاوة على أن الالتزامات المترتبة على عاتق الدول بموجب هذه الاتفاقيات هي التزامات موضوعية ***des obligations objectives*** لا تخضع بتاتا لمبدأ المعاملة بالمثل ***le principe de réciprocité*** المعروف في القانون التقليدي.

غير أن الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان قد يصطدم أحيانا بمسألة الخصوصية التي تمتع بها كل دولة، بالرغم من أن لة ألى

قواعدققحقوق الإنسان تتميز بأنها ملك للإنسانية كلها ومن حق كل الأشخاص أن يتمتعوا بها على قدم المساواة وباستقلال تام عن انتماءهم إلى جنس، عرق، دين، ثقافة، لغة أو قومية معينة، وهي تشكل أرضية مشتركة تتجاوز كل الحدود الجغرافية والثقافية والزمنية، وكرامة الإنسان لا وطن ولا جنسية لها فهي تراث مشترك لكل الإنسانية، ولهذا فان حقوق الإنسان الأساسية تنطبق على جميع البشر بصرف النظر عن الخصوصيات الدينية، الثقافية، السياسية، الاجتماعية والاقتصادية.

إلا أن الدول قد تلجأ إلى التحفظ على اتفاقيات حقوق الإنسان، لذلك من شأن أي تحفظ تقوم به دولة على أحكام معاهدة خاصة بحقوق الإنسان أن يؤدي إلى عرقلة تنفيذ الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان، وقد يتجلى ذلك في كثرة هذه التحفظات التي تقوم بها الدول واتساعها، لاسيما تلك المتعلقة بالاتفاقيات ذات الطابع العام مما يؤدي إلى عرقلة الهدف المراد من إبرام هذه المعاهدة، وقصد تفعيل الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان يتعين على الدول القيام باتخاذ جميع الإجراءات المناسبة على الصعيد الوطني لجعل قوانينها تتماشى وتتلاءم مع التزاماتها الدولية في مجال حقوق الإنسان.

الهوامش

- أشرف عرفات أبو حجارة، إسناد المسؤولية الدولية إلى الدولة عن انتهاكات حقوق الإنسان، المجلد المصرية للقانون الدولي، المجلد 65، 2009، ص 193.

[2]- محمد بضري، حقوق الإنسان والحريات العامة –دراسة دولية ووطنية-، دار النشر الجسور، وجدة، المغرب، 2003، ص1.

[3]- محمد سعدي، حقوق الإنسان (الأسس، المفاهيم والمؤسسات)، مطبعة أنفو، فاس، المغرب، 2012،ص 7.

[4]- من ذلك نذكر المادة الثانية من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية الذي اعتمدته الجمعية العامة بموجب قرارها رقم 2200 المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، والذي دخل حيز النفاذ في 13 جانفي 1976،كما اعتمدت الجمعية العامة البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بموجب القرار المؤرخ في 10 كانون الأول/ ديسمبر 2008، ودخل حيز النفاذ في 24 أيلول/ سبتمبر 2009، المادة الثانية من لعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية البروتوكول الاختياري الأول الذي تمت الموافقة عليه في 16 ديسمبر 1966 ودخل حيز النفاذ في 23 مارس 1976، والمادة 13/ أ من الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي وافق مجلس جامعة الدول العربية المنعقد على مستوى القمة بقراره رقم 270 د. ع (16) بتاريخ 23 ماي 2004 على الميثاق العربي لحقوق الإنسان، ودخل حيز النفاذ في 15 مارس 2008، صادقت عليه الجزائر في 11 فيفري 2006، الجريدة الرسمية رقم 08 الصادرة بتاريخ 15 فيفري 2006.

[5]- عادل المسدي، الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان مضمونه ونطاقه الإقليمي، بحث مقدم إلى مؤتمر حقوق الإنسان وحمايتها على المستويين الوطني والدولي، كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس، يومي 16/ 17 ديسمبر 2013، ص 8.

[6]- أنظر قرار الجمعية العامة الصادر في 16 ديسمبر 2005 فيما يتعلق المبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي.

[7]- يوسف البحيري، حقوق الإنسان (المعايير الدولية وآليات الرقابة)، الطبعة الثانية، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، مراكش، 2012، ص 92.

[8]- من المتفق عليه وصف الالتزامات المترتبة عن العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بأنها التزامات تدريجية أو برنامجية، فقد أكدت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في تعليقها العام رقم 31 على الالتزام الوارد في المادة 1/2 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بضمان واحترام الحقوق المعترف بها في العهد له مفعول فوري بالنسبة للدول الأطراف في العهد جميعا، محمد خليل الموسى، العهدان الدوليان الخاصان بحقوق الإنسان- دليل تدريبي، مركز عدالة لدراسات حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، دار البيروني للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 101.

[9]- إن المتفحص لنص المادة 1/2 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية يتبين له الطبيعة المزدوجة للالتزامات الناشئة عن العهد، فهذه المادة تتضمن التزامات بتحقيق غاية وأخرى ببذل العناية، كما أن الدول الأطراف في العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ملزمة بوجوب العمل على تحقيق الحقوق المعترف بها تحقيقا كاملا، فهو التزام تدريجي وليس فوري، غير أنه التزام بتحقيق نتيجة. وبالمقابل فان الدول الأطراف تعهدت بتمكين من التمتع بالحقوق المحمية في العهد دون تمييز، وهو التزام فوري وليس تدريجي، المرجع نفسه، ص 102.

[10]- اعتمد العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة 2200 ألف المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 والذي حيز النفاذ في 23 مارس 1976، وصادقت عليه الجزائر في 16 ماي 1989، الجريدة الرسمية رقم 20 الصادر في 17 ماي 1989.

[11]- ضاري خليل محمود، القيمة القانونية لاتفاقيات حقوق الإنسان في التشريع الداخلي ودور القاضي الوطني في تطبيقها، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الرابع، العدد الأول، يناير 2007، ص 75.

[12]- صادقت عليه الجزائر بتاريخ 16 ماي 1989، الجريدة الرسمية رقم 20 الصادرة في 17 ماي 1989.

[13]- ضاري خليل محمود، مرجع سابق، ص 76.

[14]- أشرف عرفات أبو حجازة، مرجع سابق، ص 233.

[15]- أشرف عرفات أبو حجازة، مرجع سابق، ص 233.

16- جاء في حكم المحكمة أن "*هذه الالتزامات تنبثق ليس فقط من القواعد الدولية المعاصرة التي تحرم أعمال العدوان، وإبادة الجنس البشري وإنما أيضا من المبادئ والقواعد المتعلقة بالحقوق الأساسية للإنسان، بما في ذلك حمايته من العبودية والتفرقة العنصرية بل أن بعضا من هذه الحقوق قد أصبحت جزءا من القواعد الدولية العامة طبقا لما جاء في الفتوى الصادرة عن محكمة العدل الدولية عام* **1951** *المتعلقة بالتحفظات على معاهدة تحريم جريمة إبادة الجنس البشري، كما أن بعضها الأخر قد تم إقراره بواسطة وثائق دولية عالمية أو شبه عالمية*"، أنظر:

- ***I.C.J, Reports (1970), para 34, p 32.***

17- أحمد أبو الوفا، التعليق على أحكام محكمة العدل الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد **54**، **1998**، ص **203.**

18- فانسان شيتاي، مساهمة محكمة العدل الدولية في القانون الدولي الإنساني، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد عام **2003**، ص **186.**

19- أشرف عرفات أبو حجازة، مرجع سابق، ص **240.**

20- عادل المسدي، مرجع سابق، ص **15.**

21- جاء أيضا في مشروع القرار الصادر عن مجمع القانون الدولي عام **2009** بخصوص موضوع "الحقوق الأساسية للأشخاص والحصانة القضائية في القانون الدولي، وذلك في المادة الثانية أنه "طبقا لقواعد القانون الدولي الاتفاقية والعرفية تلتزم الدولة باحترام وضمان حقوق الإنسان لكل الأشخاص الخاضعين لولايتها، وعندما تخفق الدولة في أداء هذا الالتزام يكون للدول الأخرى أن تتحرك لصالح الجماعة الدولية لمعالجة هذا الإخفاق وفقا لهذا القرار"، عادل المسدي، مرجع سابق، ص **15.**

22- أشرف عرفات أبو حجازة، مرجع سابق، ص **241.**

23- جاء أيضا في حكم المحكمة الصادر في **18** يناير **1978** بين ايرلندا والمملكة المتحدة أنه" ***a la différence des traités internationaux de type classique, la convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre Etats contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son « garantie collective » Préamauble, bénéficient d'une***"، عادل المسدي، مرجع سابق، ص **16.**

24- محمد يوسف علوان ومحمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان- الحقوق المحمية (الجزء الثاني)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، **2011**، ص **62.**

25- محمد سعدي، مرجع سابق، ص **10.**

26- ***Mohamed Mouaqit, Les Droits de l'Homme sont- ils universels?, in, la communauté internationale et les droits de la personne humaine, Fondation du Roi Abdul-Aziz Al Saoud, Casablanca, 2001, p 111.***

27- محمد سعدي، مرجع سابق، ص **3.**

28- محمد فؤاد جاد الله، تطور الآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان ومجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 34.

29- محمد يوسف علوان ومحمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان (الحقوق المحمية)-الجزء الثاني-، مرجع سابق، ص 26.

30- يوسف البحيري، مرجع سابق، ص 80.

31- أنظر نص المادة 1/12 هـ من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969.

32- تحفظت خمسون دولة من بين 185 دولة طرف في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لعام 1989 على عدة نصوصها، كما تحفظت نصف الدول الأطراف في الاتفاقية الدولية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام 1979 على عدة نصوصها؛ أنظر:

-محمد خليل الموسى، التحفظات على أحكام المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السادسة والعشرون، العدد الثالث، سبتمبر 2002، ص 346.

33-*Robert Kolb, « De domaine réservé : réflexions sur la théorie de la compétence nationale », R.G.D.I.P, N° 03, 2006, p 597 et Ss.*

34- باسيل يوسف باسيل، سيادة الدول في ضوء الحماية الدولية لحقوق الإنسان، الطبعة الأولى، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، أبو ظبي، 2001، ص 104.

35- عمار بن سلطان، الأمم المتحدة وتحديات النظام الدولي الجديد –عشرية من العلاقات الدولية (1990-2000)-، مركز التوثيق والبحوث الإدارية، الجزائر، 2001، ص 67.

36- عبد الكريم علوان، التدخل لاعتبارات إنسانية، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الأول، العدد الثاني، يوليو 2004، ص 320.

37- الياس أبو جودة، الأمن البشري وسيادة الدول، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص 108.

38- محمد يعقوب عبد الرحمن، التدخل الإنساني في العلاقات الدولية، الطبعة الأولى، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، أبو ظبي، 2004، ص 77.

39- أحمد الرشيدي، "بعض الاتجاهات الحديثة في دراسة القانون الدولي العام"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 55، 1999، ص 75.

40- أحمد عبد الله أبو العلا، تطور دور مجلس الأمن في حفظ الأمن والسلم الدوليين، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 187.

حماية الحق في السلامة الجسدية أثناء الظروف الاستثنائية

بقلم الأستاذة : فصراوي حنان
كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة سعيدة

مقدمة:

يعتبر التعذيب من أقصى صور انتهاك حقوق الإنسان ، وللأسف لا يزال إحدى الوسائل التي تلجا إليها بعض الأنظمة الحكومية لأغراض مختلفة ، فقد يكون للتنكيل بالخصوم والمعارضين السياسيين وقد يكون احد صور العقاب والإرهاب لبعض الأفراد ، وقد يكون للحصول على دليل ما في مجال البحث الجنائي ، وأيا كان السبب الذي يدفع لممارسة التعذيب فهو مرفوض أخلاقيا وغير مشروع قانونيا [1].

وتنتشر حالات ممارسة التعذيب خاصة في حالة وجود اضطرابات أمنية داخلية، إذ يتم التقليل من الضمانات القانونية المخولة للأفراد في ظل قوانين الطوارئ ، وهو ما يحدث في عدد كبير من دول العالم المختلفة حاليا .

كما انه في فترات النزاعات المسلحة الدولية تشهد ممارسات خطيرة وأكثر همجية من أعمال التعذيب ، حيث يتم معاملة الأسير بطريقة تخلو من أية رحمة[2] . ولا يقتصر التعذيب على الأسرى فحسب بل يمتد ليشمل فئات

أخرى مثل المدنيين المتواجدين في الأقاليم الخاضعة لسيطرة احد أطراف النزاع، وما يزيد الوضع خطورة هو شعور القائمين بهذه الأعمال أنها واجب يقع على عاتقهم وبالتالي فتنفيذه دليل على الولاء لدولتهم . كما أن الوضع في النزاعات غير ذات الطابع الدولي ، ليس بأقل خطورة إذ تكون الغاية من ممارسة أعمال التعذيب هو جعل الضحايا عبرة لمن يعتبر من المتمردين وأنصارهم من السكان المدنيين [3].

المبحث الأول: المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان على سلامة جسده:

ولمواجهة هذا الوضع المأساوي ، تصدى القانون الدولي الإنساني إلى هذه الظاهرة من خلال أحكام اتفاقيات جنيف لعام 1949 وكذا البروتوكولين الملحقين بتلك الاتفاقيات لعام 1977، إذ تكفل هذه المواثيق الدولية المعاملة الإنسانية لأسرى الحرب خلال النزاعات المسلحة الدولية وغير ذات الطابع الدولي[4] ، إضافة إلى حماية المدنيين في الأقاليم التي تخضع إلى سيطرة احد أطراف النزاع ، حيث يمنع تعذيبهم أو تعريضهم لأية معاملة أو عقوبة قاسية لا انسانية أو مهينة[5].

كما حرصت الوثائق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان على سلامة جسده ، فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان نص في مادته الخامسة على انه :"لا يجوز إخضاع احد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاانسانية أو الحاطة بالكرامة ."وهو ما أكده نص المادتين السابعة والرابعة من العهد الدول للحقوق المدنية والسياسية ، وكذلك الحال بالنسبة لكل الاتفاقيات الإقليمية الخاصة بحقوق الإنسان لاسيما الاتفاقيتين الأوربية(المادة3) والأمريكية(المادة5) ، إذ لم تخل موادها من النص على هذا الحق والتأكيد عليه .

وقد شكل القضاء على ممارسات التعذيب في العالم تحديا من التحديات التي واجهتها الأمم المتحدة منذ نشأتها ، فقد حاولت المنظمة توفير الحماية الكافية للجميع من التعذيب. ولأجل ذلك فقد اعتمدت قواعد تطبق على الجميع وفي كل الأوقات هذه القواعد جاءت في صورة إعلانات واتفاقيات.تمثل الضمانات القانونية لحماية الحق في السلامة الجسدية أثناء الظروف الاستثنائية من التعذيب ، وهي كالتالي :

- القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء لعام 1955 [6].

- إضافة إلى نص المادة الرابعة من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 .

-إعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة لعام 1975 حول حماية كل الأشخاص من التعذيب وضروب المعاملة أو العقوبة القاسية اللانسانية والمهينة اعتمدته الجمعية العامة يوم 9 ديسمبر 1975 قرار 3452(د-30) [7].

وقد تم تأكيد ذات المبادئ والأحكام وبنفس المضمون من خلال مدونة وقواعد سلوك الموظفين المكلفين بتنفيذ القوانين لعام 1979 [8].

-اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللانسانية أو المهينة اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 46/39 في 10 ديسمبر 1984 هذه الاتفاقية تتألف من 33 مادة ، والتي صادقت عليها وانضمت إليها 58 دولة حتى يناير 1992 بدا نفاذها في 26 جوان 1987 [9].

- إعلان مبادئ آداب مهنة الطب المتصلة بدور الموظفين الصحيين ولاسيما الأطباء في حماية المسجونين والمحتجزين من التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية اللاانسانية والمهينة [10].

- مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن لعام 1988[11].

-القواعد المتعلقة بشان حماية الأحداث المجردين من حريتهم [12].

يضاف إلى ذلك قرار اتخذته الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 148/62 يتعلق بالتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاانسانية أو المهينة ، مؤرخ في 4 مارس 2008 في دورتها الثانية والستين تشير في ديباجته أن عدم التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللانسانية أو المهينة حق غير قابل للتقييد يجب حمايته في جميع الظروف بما في ذلك في أوقات الصراعات المسلحة أو الاضطرابات الدولية أو الداخلية وأكدت ذلك في الفقرتين الأولى والرابعة [13].

المبحث الثاني :المواثيق الإقليمية المتعلقة بحقوق الإنسان على سلامة جسده

أكدت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في مادتها السابعة والعشرين المتعلقة بتعليق الضمانات انه لا يجوز للدولة الطرف أثناء الظروف الاستثنائية تعليق مجموعة من المواد من بينها المادة الخامسة من الاتفاقية التي تتعلق بتحريم التعذيب [14].

ولم تكتف البلدان الأمريكية بهذا الحد ، وإنما أكدت مجددا على هذا المبدأ عند صياغتها لاتفاقية أمريكية خاصة بمنع التعذيب والعقاب عليه [15]. وقد نصت في مادتها الخامسة فقرة أولى :"لا يمكن التذرع أو الاعتراف بوجود ظروف مثل حالة حرب أو تهديد بحرب أو حالة حصار أو طوارئ أو اضطراب أو نزاع داخلي كمبرر لجريمة التعذيب ".

أما عن الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان لسنة 1950 ، يبدو جليا أنها من المعاهدات التي تجيز الانتقاص من بعض أحكامها أو بعبارة أخرى تجيز للدول الأطراف الخروج عن أحكامها في حالات الطوارئ العامة ، ولا تجيز بالمثل الانتقاص من حظر التعذيب وسوء المعاملة في هذه الحالات بموجب المادة الخامسة عشر من الاتفاقية فقرة ثانية[16]. وقد تدعم النظام الأوربي لحماية حقوق الإنسان باتفاقية أوربية خاصة لمنع التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللانسانية أو المهينة عام 1989 ملحقة ببروتوكولين سنة 1993 [17].

المبحث الثالث : مفهوم التعذيب في القانون الدولي لحقوق الإنسان:

توسع الفهم العام لنطاق التعذيب وسوء المعاملة توسعا كبيرا منذ اعتماد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، وأصبح يشتمل على ممارسات كثيرة اعتبرتها الهيئات والآليات الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان بأنها تشكل تعذيبا أوإساءة معاملة [18] .وان كان التعذيب يلقى تحريما دوليا تم عليه الإجماع ، فان اغلب النصوص سواء التي جاءت في أحكام القانون الدولي الإنساني أو القانون الدولي لحقوق الإنسان ، فقد اكتفت بمنع التعذيب دون أن تعطي تعريفا له .

ومع ذلك فان هناك ثلاثة وثائق دولية فقط خاصة بمنع التعذيب قدمت تعريفا لأعمال التعذيب ألا وهي إعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة حول التعذيب ، اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللانسانية أو المهينة ، أما على المستوى الإقليمي تعرضت لمعنى التعذيب الاتفاقية الأمريكية لسنة 1985 لمنع التعذيب ، وقد اكتفت الاتفاقية الأوربية لمنع التعذيب بإنشاء لجنة متابعة تطبيق هذه الاتفاقية دون أن تقدم تعريفا للتعذيب .

عرفت اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللانسانية أو المهينة ، التعذيب في مادتها الأولى الجزء الأول كما يلي : " لأغراض هذه الاتفاقية يقصد بالتعذيب أي عمل ينتج عنه الم أو عذاب شديد جسديا كان أم عقليا ، يلحق عمدا بقصد الحصول من هذا الشخص ، أو من شخص ثالث على معلومات أو على اعتراف أو معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتبه في انه ارتكبه ، هو أو شخص ثالث ، أو تخويفه أو إرغامه هو أو أي شخص ثالث ، أو عندما يلحق مثل هذا الألم أو العذاب لأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أيا كان نوعه ، أو يحرض عليه أو يوافق عليه أويسكت عنه موظف رسمي أو أي شخص آخر يتصرف بصفته الرسمية ولا يتضمن ذلك الألم أو العذاب الناشئ فقط من عقوبات قانونية أو الملازم لهذه العقوبات ، أو الذي يكون نتيجة عرضية لها ."

ينطوي هذا التعريف على عدة عناصر يتوجب توافرها في الفعل المرتكب لاعتباره تعذيبا وهي[19] :

1/-أن يؤدي التعذيب إلى الم أو عذاب شديدين جسديا أو عقليا.

2/-أن ير تكب التعذيب عن قصد .

3/-أن يهدف التعذيب إلى الحصول على اعتراف.

4/-أن يمارس التعذيب أو يحرض عليه أو يوافق عليه أو يسكت عنه موظف رسمي أو أي شخص آخر يتصرف بصفته الرسمية .

بالإضافة إلى ممارسة التعذيب المنطوي على التمييز أيا كان نوعه .

ولقد أكدت غرفة الدرجة الأولى لدى المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة بتصريحها انه :"يمكن القول أن التعريف الذي تعطيه الاتفاقية يشمل التعريفين المقدمين في الإعلان حول التعذيب أو الاتفاقية الأمريكية لمنع التعذيب والعقاب عليه ، وهو بالتالي يجسد الإجماع الذي تعتبره غرفة الدرجة الأولى تعبيرا عن القانون الدولي العرفي [20].

و تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قد عرف التعذيب بأنه" تعمد إلحاق ألم شديد أو معاناة شديدة، سواء بدنيا أو عقليا، بشخص موجود تحت إشراف المتهم أو سيطرته، ولكن لا يشمل التعذيب أي ألم أو معاناة ينجمان فحسب عن عقوبات قانونية أو يكونان جزءا منها أو نتيجة لها[21]." كما اعتبره جريمة ضد الإنسانية [22].

و أشارت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان ، في تعليقها العام رقم 7 (دورتها 16 سنة 1982) إلى انه "كثيرا ما طلب أعضاء اللجنة لدى نظرهم في تقارير الدول الأطراف ، المزيد من المعلومات بمقتضى المادة 7 التي تحظر في

المقام الأول التعذيب أو المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللانسانية أوالمهينة.وتشير اللجنة إلى انه لا يمكن الخروج على هذا الحكم بمقتضى المادة 4 فقرة 2 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ، حتى في حالات الطوارئ الاستثنائية العامة ، فالهدف من ذلك الحكم هو حماية سلامة الفرد وكرامته.... -وكما ينبغي من أحكام هذه المادة، فان مدى الحماية المطلوبة يتجاوز بكثير مسالة التعذيب بمفهومها العادي ، وقد لا يكون من الضروري التمييز بشكل قاطع بين مختلف أشكال التعذيب أو المعاقبة المحظورة ، فهذا التمييز يعتمد على نوع كل معاملة بعينها وهدفها ودرجة قسوتها ، ومن رأي اللجنة ينبغي أن يشمل التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللانسانية أو المهينة : العقاب البدني بما فيه العقاب المبرح كإجراء تربوي أو تأديبي ، وحتى الإجراء المتمثل في الحبس الانفرادي قد يتعارض-حسب الظروف ولا سيما عندما يوضع الشخص في عزلة تامة عن الآخرين-مع المادة السابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية...."[23].

وان عرفت النصوص أنفة الذكر التعذيب وحددت أركانه ، فإننا نجد أن اتفاقية مناهضة التعذيب منعت بموجب المادة 16 منها حدوث أي أعمال أخرى من أعمال المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللانسانية أو المهينة ، والتي تعتبر في درجة أدنى من التعذيب ، مع تطبيق كل الأحكام المتضمنة في المواد 10 ،11 ،12 ،13 بشأنها والمتعلقة بالحظر والعقاب والتحقيق والتسليم ، على هذا النوع من المعاملات القاسية .

و هذا يقودنا إلى التساؤل كيف يتم التمييز بين الأفعال التي تكون من قبيل التعذيب والأشكال الأخرى من المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاانسانية أوالمهينة؟

إن اللجنة الدولية لحقوق الإنسان لم تجر تفرقة حاسمة بين ما يعد تعذيبا وبين ما يعد معاملة غير إنسانية ، ولم تحرص على ذلك ، على خلاف المنهج الذي اتبعته أجهزة الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان ، وذلك كما يأتي بيانه :

إن القرار الصادر في قضية ايرلندا ضد المملكة المتحدة يجسد جيدا صعوبة وضع الحد الفاصل الذي بتجاوزه تصبح المعاملة القاسية تعذيبا .فبينما أقرت اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان ، أن الاستعمال المتكامل لبعض تقنيات الاستنطاق مثل الوقوف لمدة طويلة ، تغطية الرأس ، التعرض للضجيج ، الحرمان من النوم والطعام والشرب ، تشكل انتهاكا للمادة الثالثة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان وتعتبر من قبيل أعمال التعذيب .الا أن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان صرحت أن تلك الأعمال لا يمكن أن توصف على أنها تعذيب لأنها لم تتسبب في المعاناة التي تكون من الشدة والقسوة التي تسببها عبارة "تعذيب" بالمعنى المتفق عليه .واعتبرتها بالتالي أنها تشكل معاملة لا انسانية ومهينة مخالفة للمادة الثالثة من الاتفاقية وبالتالي فالتحريم الوارد في هذه المادة هو مطلق لا يرد عليه استثناء ولا يمكن تبرير مخالفته بأي ظروف استثنائية مهما كانت خطورتها . ومع ذلك يمكن القول أن المحكمة قد اعتنقت فكرة التفرقة بين التعذيب والأشكال الأخرى من المعاملة أو العقوبة القاسية أواللانسانية أو المهينة [24].

المطلب الأول :مدى اعتبار الاغتصاب من قبيل أعمال التعذيب :

إن العنف الذي تتعرض له المرأة أثناء احتجازها لاسيما أثناء الظروف الاستثنائية يشمل في كثير من الأحيان الاغتصاب وغيره من أشكال العنف الجنسي . ومن المسلم به على نطاق واسع ، حتى لدى المقررين الخاصين السابقين المعنيين بمسالة التعذيب ، وفي السوابق القضائية الإقليمية ، أن الاغتصاب يشكل تعذيبا عندما يقوم به موظفون رسميون أو يقع بتحريض منهم أو بقبولهم أو برضاهم ، وفي قرار صادر عام **1997** في قضية اغتصاب أثناء الاحتجاز أقرت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بأنه :" يتعين اعتبار إقدام موظف رسمي على اغتصاب شخص محتجز شكلا بالغ الخطورة وبغيضا من أشكال إساءة المعاملة نظرا للسهولة التي يمكن للجاني أن يستغل بها هشاشة وضع الضحية وضعف قدرتها على المقاومة ." ناهيك أن الاغتصاب يترك في نفوس الضحايا ندوبا لا يمحوها الزمن بسرعة[25].

وفي مجال القانون الجنائي الدولي ، أسهمت القرارات التي اتخذتها المحكمة الجنائية الدولية بيوغسلافيا السابقة في قضية "سيلبيتشي"و"فوروندزيجا" في الإقرار الدولي يكون الاغتصاب شكلا من أشكال التعذيب[26]. ومن ضمن التوصيات التي تضمنها تقرير المقرر الخاص أنه شدد وهو يكرر ماجاء في السوابق القضائية الدولية والوطنية ، على أن الاغتصاب وضروب العنف الجنسي الخطيرة الأخرى التي يرتكبها موظفون في سياق الاحتجاز أو السيطرة لا تساوى بالتعذيب أو سوء المعاملة فحسب ، بل إنها تشكل بالإضافة إلى ذلك شكلا صارخا من أشكالهما بسبب ما تحمله من وصم [27].

ولقد كان للجنة الأمريكية لحقوق الإنسان هي الأخرى الفرصة للتطرق إلى مسالة معرفة ما إذا كان الاغتصاب يشكل ضربا من ضروب التعذيب. إذ اعتبرت اللجنة أن اغتصاب راكيل مخيا عمل تعذيب مخالف للمادة الخامسة

من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان ، تتخلص وقائع القضية في انه في ليلة 15 جوان 1989 قام مسلحون من أعضاء الجيش البيروفي ، باختطاف السيد فرناندو مخيا وهو محامي وصحفي ومناضل سياسي مشتبه فيه بان عنصر انقلابي وعنصر في حركة ثورية ، وقاموا باغتياله بعد تعذيبه ، واغتصاب زوجته راكيل ، بعد اتهامها هي الأخرى بأنها عنصر انقلابي [28].

المطلب الثاني :أشكال أخرى للتعذيب :

بينت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان ، في تعليقها العام رقم 16 (8) أن شخصا محتجزا وجد مغلولا وممنوع الحركة في زنزانة رهن الحبس الانفرادي ويرتدي من الثياب مالا يكاد يستر بدنه ، ولا يتمتع بالغذاء الكافي ، قد تعرض لانتهاك حقوقه التي تكفلها له المادة 7 والمادة 10 فقرة 1 من العهد[29].

المبحث الرابع :الأجهزة الدولية المعنية بمكافحة التعذيب :(آليات حماية الحق في السلامة الجسدية أثناء الظروف الاستثنائية من التعذيب)

لقد تبنى القانون الدولي لحقوق الإنسان ، من خلال إصداره العديد من الوثائق العالية والإقليمية التي تنص على حماية حقوق الإنسان خاصة منها المتعلقة بالحفاظ على السلامة الجسدية والعقلية ، وأنتج نصوصا عامة وأخرى خاصة ، أنشئت بموجبها أجهزة دولية للرقابة على حماية حقوق الإنسان لاسيما الحق في السلامة الجسدية وذلك عن طريق لجنة مناهضة التعذيب ، التي أنشئت بمقتضى المادة 17 من اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللانسانية أو المهينة ، وبدأت اللجنة عملها من 1 يناير 1988 [30].

كما قامت لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة ، بتعيين مقرر خاص في قرارها 22/1985 ليدرس المسائل ذات الصلة بالتعذيب ، وقد كلف بصفة خاصة بالتماس وتلقي معلومات جديرة بالثقة عن هذا الموضوع وان يستجيب دون تأخير لهذه المعلومات [31].

وقد أنشئ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 ديسمبر 1978 ، صندوق الأمم المتحدة للمعذبين ، من اجل ضحايا التعذيب في شيلي ، ثم تحول في 16 ديسمبر 1981 إلى صندوق عام لضحايا التعذيب في أي مكان ، وهو يتلقى المساهمات المالية ويقوم بتوزيعها على الأشخاص الذين تعرضوا للتعذيب وكذلك مساعدة أسرهم[32] .

كما تساهم المنظمات غير الحكومية في شتى أنحاء العالم في الدفاع عن حقوق الإنسان ومقاومة التعذيب بصفة خاصة [33].

أما على مستوى الساحة الإقليمية ، أنشئت لجنة أوربا لمنع التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاانسانية أو المهينة ، بموجب المادة الأولى من الاتفاقية الأوربية لمنع التعذيب، وضعت هذه الاتفاقية خصيصا لتحديد تكوين اللجنة وعملها.

هذا عن الرقابة الدولية التي تختص بها هيئات الرقابة على حماية حقوق الإنسان ، التي تعني مباشرة وأساسا بمنع التعذيب ، أما عن الهيئات العامة الدولية لحماية حقوق الإنسان ، أو ذات الاختصاص العام تمثلت في لجنة حقوق الإنسان المنشاة بموجب العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ،

حيث مارست اختصاصاتها بطريقة فعالة في مراقبة الدول وبحث شكاوى الأفراد لاسيما المتعلقة بالتعذيب ، كما أن المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة يلعب دورا بالغ الأهمية في حماية حقوق الإنسان بصفة عامة ومنع التعذيب بصفة خاصة ، إذ اصدر قرار رقم **1503** لعام **1970** الذي يسمى بالإجراء **1503** ، يمكن بموجبه للأفراد والمنظمات غير الحكومية رفع شكوى ضد حكوماتهم بسبب انتهاك الحقوق الأساسية ، لاسيما الحق في السلامة الجسدية والعقلية [34].

كما توجد هناك لجان أممية أخرى تعنى بمناهضة التعذيب ، لكن في إطار ممارسة اختصاصاتها فقط وهما لجنة مناهضة كل أشكال التمييز وحماية الأقليات المنشاة بموجب اتفاقية **1973** حول جريمة الابرتايد والعقاب عليها ، ولجنة مناهضة التمييز ضد المرأة ، وتمثل اللجنة و المحكمة لحقوق الإنسان المنشاتان في ظل الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان لعام **1950** عاملا فعالا في الدفاع عن حقوق الإنسان ومكافحة التعذيب . كما نجد أيضا الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام **1969** والتي حرمت التعذيب ، أسست لجنة أمريكية ومحكمة لحقوق الإنسان ، وقد لعب الجهازان أيضا دورا فعالا في مكافحة جريمة التعذيب.

كما قررت لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان في القرار **33/1985**أن تعين مقرراً خاصاً لدراسة المسائل ذات الصلة بالتعذيب. ومددت ولاية المقرر لمدة **3** سنوات بموجب قرار مجلس حقوق الإنسان **08/08** في يونيو **2008**. وتغطي ولايته جميع البلدان، بغض النظر عن ما إذا كانت الدولة قد صدقت على اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاانسانية أو المهينة.

تتألف ولاية المقرر من ثلاثة أنشطة رئيسية:

-يحيل نداءات عاجلة إلى الدول فيما يتعلق بالتقارير التي تشير إلى أن الأفراد في خطر التعرض التعذيب، فضلا عن الاتصالات في الحالات المزعومة الماضية من التعذيب.

- زيارة البلدان لتقصي الحقائق.

-تقديم تقارير سنوية عن أنشطته، و أساليب أداءه لولايته لمجلس حقوق الإنسان والجمعية العامة.

وخلافاً للآليات التعاقدية من هيئات حقوق الإنسان، لا يتطلب المقرر الخاص استنفاذ سبل الانتصاف المحلية للقانون. عندما تدخل مسألة في نطاق أكثر من ولاية واحدة وضعتها اللجنة، يجوز للمقرر الخاص أن يقرر تفعيل الآليات الموضوعية الأخرى، والمقررين القطريين بهدف إرسال رسائل مشتركة أو تشكيل بعثات مشتركة(35).

توصيات [36]:

1/-على الدول اتخاذ إجراءات تشريعية وتنفيذية وقضائية فعالة أو أي إجراءات أخرى لمنع أعمال التعذيب . كسن قوانين خاصة لتجريم ومعاقبة مرتكبي التعذيب مع رفع الحصانة عن أي مرتكب لهذا الجرم ، و تمثل الإجراءات الإدارية ركنا هاما في منع التعذيب بالقرارات والتعليمات ، والتدريب على معاملة المحتجزين معاملة إنسانية تحفظ كرامتهم ، وهو ما نصت عليه الاتفاقية الأمريكية لمنع التعذيب في مادتها السابعة "...على الدول أن تتخذ عند تدريب ضباط الشرطة والموظفين العموميين والمسئولين على حراسة الأشخاص ...الإجراءات من اجل وضع تشديد خاص بشان تحريم استخدام التعذيب عند الاستجواب أو الاعتقال أو إلقاء القبض...."

2/-تامين التفتيش المنتظم على أماكن الاحتجاز عن طريق فريق متخصص يضم قضاة ومحامين مستقلين وأطباء ومشرفين اجتماعيين .

3/-إغلاق أماكن الاحتجاز السرية أو غير الرسمية تأكيدا على توصية المقرر الخاص للتعذيب .

ولقد اعتمدت منظمة العفو الدولية "برنامج الاثنتي عشرة نقطة " يتضمن التدابير اللازمة لمنع التعذيب والمعاملة السيئة للأشخاص المحتجزين وذلك عام 1984 ، قامت بمراجعته في أكتوبر 2000 ، ثم أجرت له مراجعة ثانية في ابريل 2005 ، تطالب من خلاله منظمة العفو الدولية الحكومات باحترام التزاماتها الدولية الخاصة بمنع التعذيب وغيره من أشكال المعاملة القاسية والعقاب عليها ، سواء ارتكبت على أيدي موظفي الدولة أو الجماعات السياسية المسلحة والأفراد ، تتلخص هذه النقاط فيمايلي (37):

1/-يجب على أعلى سلطة في كل دولة أن تظهر معارضتها التامة للتعذيب وغيره من أشكال إساءة المعاملة وإدانتها كما يجب عليها أن توضح لجميع أفراد الشرطة والجيش وغيرهما من قوات الأمن أنها لن تسمح مطلقا بممارسة التعذيب وغيره من أشكال إساءة المعاملة .

2/-ضمان السماح للأقارب والمحامين والأطباء بالاتصال بالمحتجزين وضمان مثول جميع السجناء أمام هيئة قضائية مستقلة عقب احتجازهم بلا إبطاء .

3/-عدم احتجاز المعتقلين في أماكن سرية ، وعلى الحكومات تقديم معلومات دقيقة فور اعتقالهم عن أماكن احتجازهم إلى أقاربهم ومحاميهم والى المحاكم .

4/-توفير الضمانات الكافية أثناء الاحتجاز والاستجواب .

5/-حظر التعذيب وغيره من أشكال إساءة المعاملة بموجب القانون .

6/- ينبغي إجراء تحقيق عاجل ومحايد وفعال في جميع الشكاوى والتقارير المتعلقة بالتعذيب وغيره من أشكال إساءة المعاملة.

7/- لا بد من تقديم المسئولين عن التعذيب إلى ساحة العدالة.

8/-عدم استخدام الإفادات المنتزعة تحت وطأة التعذيب .

9/-يجب أن يوضح لجميع الموظفين ذوي العلاقة بالاحتجاز والاستجواب والرعاية الطبية للسجناء ، أثناء تدريبهم أن التعذيب فعل جنائي ومن واجبهم رفض تنفيذ أي أوامر بممارسته.

10/- يجب أن يتمتع ضحايا التعذيب وغيره من أشكال إساءة المعاملة ومن يعولونهم بحق الحصول على تعويض من الدولة .

11/-التصديق على المعاهدات الدولية التي تشتمل على ضمانات لمنع التعذيب وغيره من أشكال إساءة المعاملة.

12/-ينبغي على الحكومات أن تسلك جميع السبل المتاحة للتوسط لدى حكومات الدول التي تتهم بالقيام بأعمال التعذيب ، ويتعين على الحكومات ألا تنقل أي شخص إلى بلد قد يتعرض فيه لخطر التعذيب وغيره من أشكال إساءة المعاملة.

الهوامش:

(1) : د محمود شريف بسيوني ،الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان ، المجلد الأول(الوثائق العالمية)،دار الشروق، القاهرة ، بدون طبعة، **2003** ، ص**689.**

(2) : لقد عبر عن ذلك الصحفي البريطاني (مايكل آدمز) في جريدة الجارديان البريطانية يوم **9** أغسطس **1982** بقوله :"لقد كتبت بعد عودتي من الضفة الغربية بعد حرب عام **1967** في مقال لي أني مررت بظروف تتفاوت بين الجيدة والسيئة خلال سجني الذي استمر لمدة أربع سنوات كأسير حرب في ألمانيا ، ولكن الألمان لم يعاملوني قط بالفظاظة التي يعامل بها الاسرائليون العرب في قطاع غزة ، وكان اغلبهم من النساء والأطفال ." : د الشافعي محمد بشير ، قانون حقوق الإنسان ، مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية منشاة المعارف ن الإسكندرية ، الطبعة الثالثة ، **2004** ، **176** ، نقلا عن وجيه أبو ذكرى ، الإرهابيون الأوائل ، جبراننا الجدد ، القاهرة ،**1987** ، ص **241 .**

(3) :غربي عبد الرزاق ، جريمة التعذيب والقانون الدولي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون دولي وعلاقات دولية ، دفعة **2000** ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية ، ص **10 .**

(4) : انظر على سبيل المثال المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربعة لعام **1949** والمادة **13** من اتفاقية جنيف بشان معاملة أسرى الحرب والمادة **32** من اتفاقية جنيف بشان حماية الأشخاص المدنين في وقت الحرب.راجع هذه المواد : وائل أنور بندق ، موسوعة القانون الدولي الإنساني، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، **2004** ، ص **14،20 ،190 .**

(5) : غربي عبد الرزاق ، المرجع السابق ، ص **10 .**

(6) : اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في جنيف عام **1955** ، واقرها المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقراريه **663** ج(د-**24**) المؤرخ في **31** يوليو **1957** ، و**2076** (د-**62**) المؤرخ في **13** مايو **1977** .نصت في مادتها **21** على أن :"العقوبة الجسدية والعقوبة بالوضع في زنزانة مظلمة ، و أية عقوبة قاسية ولاانسانية أو حاطة بالكرامة ، محظورة كليا كعقوبات تأديبية."

(7) : تنص المادة الثالثة من الإعلان : " لا يجوز لأي دولة أن تسمح بالتعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللانسانية أو المهينة أو أن تتسامح فيه. ولا يسمح باتخاذ الظروف الاستثنائية، مثل حالة الحرب أو خطر الحرب أو عدم الاستقرار السياسي الداخلي أو أية حالة طوارئ عامة أخرى، ذريعة لتبرير التعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللانسانية أو المهينة."

(8) : تنص المادة الخامسة من المدونة : " لا يجوز لأي موظف من الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين أن يقوم بأي عمل من أعمال التعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو الحاطة بالكرامة ، أو أن يحرض عليه أو أن يتغاضى عنه ، كما لا يجوز لأي من الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين أن يتذرع بأوامر عليا أو بظروف استثنائية كحالة الحرب ، أو التهديد بالحرب ، أو إحاقة الخطر بالأمن القومي أو تقلقل الاستقرار السياسي الداخلي ، أو أية حالة أخرى من حالات الطوارئ ء العامة ، لتبرير التعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللانسانية أو الحاطة بالكرامة."

(9) : تنص المادة الثانية من الاتفاقية :"**1-**تتخذ كل دولة طرف إجراءات تشريعية أو إدارية أو قضائية فعالة ، أو أية إجراءات أخرى لمنع أعمال التعذيب في أي إقليم يخضع لاختصاصها القضائي.

2-لا يجوز التذرع بأية ظروف استثنائية أيا كانت ، سواء كانت هذه الظروف حالة حرب او تهديدا بالحرب ، أو عدم استقرار سياسي داخلي ، أو أية حالة من حالات الطوارئ ء العامة الأخرى كمبرر للتعذيب .

3-لا يجوز التذرع بالأوامر الصادرة عن موظفين أعلى مرتبة أو عن سلطة عامة كمبرر للتعذيب ."

(10) : هذه المبادئ اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم **18** ديسمبر **1982** قرار **194/37** ، حيث جاء ف المبدأ الثاني : " يمثل مخالفة جسيمة لآداب مهنة الطب ، وجريمة بموجب الصكوك الدولية المنطبقة ، أن يقوم الموظفون الصحيين ولاسيما الأطباء ، بطريقة ايجابية أو سلبية ، بأعمال تشكل مشاركة في التعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو الحاطة بالكرامة ،أو تواطؤا أو تحريضا على هذه الأفعال أو محاولات لارتكابها ."وقد أكد على ذلك في المبدأ السادس :"لا يجوز الخروج على المبادئ السابقة الذكر لأي سبب من الأسباب ، بما في ذلك حالة الطوارئ العامة."لمزيد من التفصيل حول هذه المبادئ راجع د د محمود شريف بسيوني ،الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان ، المجلد الأول(الوثائق العالمية)،نفس المرجع السابق ، ص **680** ومايليها .

(11) : ينص المبدأ السادس منها على انه :" لا يجوز إخضاع أي شخص يتعرض لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن للتعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاانسانية أو المهينة ، ولا

يجوز الاحتجاج بأي ظرف كان كمبرر للتعذيب او غيره من ضروب المعاملة او العقوبة القاسية أو اللاانسانية أو المهينة."

(12) : أوصى باعتمادها مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في هافانا من **27** أغسطس إلى **7** سبتمبر **1990** كما اعتمدت ونشرت على الملا بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة **113/454** المؤرخ في **14** ديسمبر **1990** .المبدأ **87 :** " يراعي موظفو مؤسسات الاحتجاز ، عند أداء واجباتهم احترام وحماية الكرامة الإنسانية وحقوق الإنسان لجميع الأحداث خاصة على النحو التالي **:**" لا يجوز لأي من موظفي مؤسسات الاحتجاز أو الإصلاحيات القيام بأي عمل من أعمال التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللانسانية أو المهينة ، أو أن يحرض على القيام به أو أن يتسامح بشأنه ، أيا كانت الذريعة أو الظروف "

(13) : راجع نص القرار على موقع شبكة المعلومات الدولية التالي **:** **http://www2.ohchr.org/arabic/issues/torture/rapporteur /index.htm .**

http://ap.ohchr.org/documents/dpage-e.aspx?m=103

رقم الوثيقة **: A/RES/62/148**

(14) : أعدت هذه الاتفاقية في إطار منظمة الدول الأمريكية عند انعقاد مؤتمر كوستاريكا في(سان خوسيه)في **22** نوفمبر **1969** ،دخلت حيز التنفيذ منذ **18** جويلية **1978** بعد اكتمال النصاب القانوني.د عمر صدوق ، المرجع السابق ، ص **145** . نصت المادة السابعة والعشرون من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان المعنونة ب "تعليق الضمانات" على مايلي **: "1-** في زمن الحرب أو الخطر العام ، أو أي ظروف استثنائية أخرى تشكل أزمة أو تهديدا لاستقلال أو امن الدولة الطرف ، يمكن لهذه الأخيرة أن تتخذ الإجراءات التي من شانها تعطيل الالتزامات التي تحملتها بمقتضى الاتفاقية بشرط أن تتخذ هذه الإجراءات بالقدر الضيق الذي يقتضيه الموقف ، وبما يتفق مع الالتزامات الأخرى المفروضة بمقتضى القانون الدولي ، وبشرط ألا تتضمن أي تمييز مؤسس على الأصل أو اللون أو اللغة أو الأصل الاجتماعي. الفقرة السابقة لا تجيز تعليق أي من المواد التالية **:** المادة **3** (الحق في الشخصية القانونية) ، المادة **4** (الحق في الحياة) ، المادة **5** (تحريم التعذيب) ، المادة **6** (تحريم الرق والعبودية)، المادة **9** (تحريم القوانين الرجعية) ، المادة **12** (حرية الضمير والدين) ،المادة **17** (حقوق الأسرة) ، المادة **18** (الحق في الاسم) ، المادة **19** (حقوق الطفل) ، المادة **20** (حق الجنسية) ، المادة **22** (حق المشاركة في الحكم) ، كما لا تجيز تعليق الضمانات القضائية اللازمة لحماية تلك الحقوق ."

(15) : بدا العمل بهذه الاتفاقية في **28** فبراير **1987** ، لمزيد من التفصيل حول هذه الاتفاقية راجع **:**د : د محمود شريف بسيوني ،الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان ، الوثائق الإسلامية والإقليمية ، المجلد الثاني ، دار الشروق، القاهرة ، بدون طبعة، **2003** ، ص **241** ومايليها.

(16) : أبرمت هذه الاتفاقية بروما في **4** فبراير **1950** في إطار المجلس الأوربي ، وهي مفتوحة للتوقيع والانضمام أمام جميع الدول الأعضاء في مجلس أوربا ،دخلت حيز التنفيذ اعتبارا من **3** ديسمبر **1953** بعد اكتمال النصاب القانوني من التصديقات المودعة من عشر دول لدى الأمين العام لمجلس أوربا ،طبقا للمادة **66** من الاتفاقية.أثريت بعدد من البروتوكولات تضمنت حقوقا أخرى .د عمر صدوق، نفس المرجع السابق ، ص **139** . نصت المادة الخامسة عشر من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان أيضا على انه:"**1-** في حالة الحرب أو الخطر العام الذي يهدد حياة الأمة ، يجوز لأي طرف سام متعاقد أن يتخذ تدابير تخالف الالتزامات المبينة بالاتفاقية في أضيق حدود تحتمها مقتضيات الحال، وبشرط ألا تتعارض هذه التدابير مع الالتزامات الأخرى المقررة في القانون الدولي ... الفقرة السابقة لا تجيز أية مخالفة لأحكام المواد الثالثة(منع التعذيب) ، الرابعة (فقرة أ)(تحريم الرق والعبودية) ، السابعة (عدم رجعية القوانين) ."

(17) : اكتفت الاتفاقية والبروتوكولان الملحقان بها بالنص على تشكيل لجنة لمناهضة التعذيب واختصاصاتها، من دون التذكير بمبدأ حظر التعذيب راجع د محمود شريف بسيوني ،الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان ، الوثائق الإسلامية والإقليمية ، المجلد الثاني ، المرجع السابق ، ص **112 -121** .

(18) : تقرير جمعية حقوق الإنسان في سوريا ، حول واقع التعذيب في سوريا ، كانون الثاني ، **2004** ن ص **5** .

(19) : المرجع نفسه ، ص **6** .

(20) : غربي عبد الرزاق ، المرجع السابق ، ص **31** وهو يشير الى مايلي :

Jugement celibici,affaire N IT-96-21-T,26 novembre 1998 p 457.

(21) : راجع المادة **7**من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فقرة **2** .

(22) :تنص المادة **7**من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على ان **:**الجرائم ضد الإنسانية **:1-** لغرض هذا النظام الأساسي، يشكل أي فعل من الأفعال التالية جريمة ضد الإنسانية متى ارتكب في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، وعن علم بالهجوم .أ) القتل العمد. ب) الإبادة. ج) الاسترقاق. د) إبعاد السكان أو النقل القسري للعان ه) السجن أو الحرمان الشديد

على أي نحو آخر من الحرية البدنية بما يخالف القواعد الأساسية للقانون الدولي. و) التعذيب. ز) الاغتصاب، أو الاستعباد الجنسي، أو الإكراه على البغاء، أو الحمل القسري، أو التعقيم القسري، أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي على مثل هذه الدرجة من الخطورة. ح) اضطهاد أية جماعة محددة أو مجموع محدد من السكان لأسباب سياسية أو عرقية أو قومية أو إثنية أو ثقافية أو دينية، أو متعلقة بنوع الجنس على النحو المعرف في الفقرة 3، أو لأسباب أخرى من السلم عالميا بأن القانون الدولي لا يجيزها، وذلك فيما يتصل بأي فعل مشار إليه في هذه الفقرة أو بأية جريمة تدخل في اختصاص المحكمة. ط) الاختفاء القسري للأشخاص. ي) جريمة الفصل العنصري. ك) الأفعال اللاإنسانية الأخرى ذات الطابع المماثل التي تتسبب عمدا في معاناة شديدة و في أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية أو البدنية.

(23) : الصكوك الدولية لحقوق الإنسان ، الأمم المتحدة ، مجموعة التعليقات العامة والتوصيات العامة المعتمدة من هيئات معاهدات حقوق الإنسان ، ص 8 و9 . وثيقة الأمم المتحدة صادرة بتاريخ 29 جويلية 1994 .رمز الوثيقة HRI/GEN/1/REV.1

(24) : د سعيد فهيم خليل ، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، كلية الحقوق،1993 ص 199 الى 201 .

(25) :تقرير المقرر الخاص المعني بمسالة التعذيب ، السيد مانفريد نوواك ، الجمعية العامة للأمم المتحدة ، وثيقة رقم A/HRC/7/3 الصادرة بتاريخ 15 جانفي 2008 ، ص 9 .وهو يشير الى :

European court of human rights ,Aydin v Turkey(57/1996/676/866),25 sebtembre 1997

(26) : المرجع نفسه ، ص 9 .

(27) : المرجع نفسه ، ص 24 .

(28) : غربي عبد الرزاق ، المرجع السابق ، ص 41 ومايليها .

(29) : مركز حقوق الانسان ، فرع منع الجريمة والعدالة الجنائية ، الحلقة رقم 3 من سلسلة التدريب المهني ،حقوق الانسان والاحتجاز السابق للمحاكمة ، دليل يعتمد المعايير الدولية المتصلة بالاحتجاز السابق للمحاكمة ،منشورات الامم المتحدة ، رقم المبيع ISBN 92-1-154106-9 .A 94. XIV. 6 ، 1994 ، ص 33 ، نقلا عن *John Wight* v. *Madagascar* (115/1982) (1 April 1985 p 151 atp 154 paras.15.2 and 17 .

(30) : لمزيد من التفصيل حول تشكيل اللجنة وعملها واختصاصاتها راجع الجزء الثاني من اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب من المواد **17** إلى **24 .**

(31) : د محمود شريف بسيوني ،الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان ، المجلد الأول(الوثائق العالمية)، ص **713.**

(32) : د الشافعي محمد بشير ، قانون حقوق الإنسان ، المرجع السابق ،ص **194 .**

(33) : ابرز هذه المنظمات منظمة العفو الدولية ، المنظمة الدولية للصليب الأحمر ، المنظمة العالمية لمناهضة التعذيب مقرها في جنيف بسويسرا **OMCT** ، مركز بحوث التعذيب واعادة تاهيل ضحايا التعذيب **RCT .** لمزيد من التفصيل حول هذه المنظمات راجع د الشافعي محمد بشير ، المرجع السابق ، ص **302** ، **303 .**

(34) : د الشافعي محمد بشير ، قانون حقوق الإنسان ، المرجع السابق ، ص **192 .**

(35)http://www.ohchr.org/EN/Issues/Torture/SRTorture/Pages/SRTortureIndex.aspx

(36) : : تقرير جمعية حقوق الإنسان في سوريا ، حول واقع التعذيب في سوريا ، المرجع السابق ، ص **20 .**

(37) : أ يحياوي نورة بن علي ، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي والقانون الداخلي ، دار هومه ، الجزائر ، بدون طبعة ، **2004** ، ص **98 -99.**

حقوق المشتبه فيه
عند اللجوء إلى إجراءات البحث والتحري الخاصة .

بقلم الدكتور: وعلي جمال
أستاذ محاضر "ب"
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة تلمسان

مقدمة

إن من مقتضيات دولة القانون ومقاصد العدالة تحقيق المحاكمة العادلة للجانحين، ومن هذا المنطلق شهدت الجزائر في السنوات الأخيرة إعادة النظر في الآليات التشريعية والوظيفية اللازمة لتحقيق هذا المسعى عبر تواصل عملية مراجعة العدة التشريعية الوطنية وإثراءها بالعديد من النصوص التشريعية والتنظيمية التي تصب كلها في تعزيز الحريات والحقوق الأساسية للمواطن حتى ولو كان مشتبها فيه أو جانحا، وتأطير المتابعة الجزائية بما يضمن له الحماية من مختلف الانتهاكات.

فالقارئ المتأني لقانوني العقوبات والإجراءات الجزائية يلاحظ أن هذين القانونين بالخصوص تم تعديلهما عدة مرات في السنوات الأخيرة لمواجهة الأشكال الجديدة للإجرام، الذي بات أصحابه يستعملون طرقا ووسائل جديدة ، وقدوم جيل جديد من الجانحين على ارتكابهم جرائم تختلف عن الجرائم الكلاسيكية ، ومن ثم استلزم الأمر مراجعة ميكانزمات الدفاع ضد هذه الآفات في سعي شامل ومتناسق .

ولقد أظهر المجرمين المحترفين قدراتهم على تكييف أساليبهم مع التطور والتحولات باستعمال التكنولوجيا وما توصل إليه العلم، وأن مواجهة ذلك لا يتأتى إلا من خلال إعداد رجال الضبطية القضائية وتمكين جهاز العدالة من إجراءات بحث وتحري خاصة[1] . وفي هذا السياق جاءت كلمة السيد وزير العدل عند عرض قانون الإجراءات الجزائية أمام المجلس الوطني الشعبي بأن هذا القانون ينبني على قواعد سياسة جنائية جديدة ترمي في جوهرها إلى معالجة القضايا المتعلقة بالإجرام الخطير ... وتأتي استجابة لخصوصيات الظاهرة الإجرامية ومكافحتها والوقاية منها[2] .

ضمن هذا الطرح عمل المشرع الجزائري على وضع قوانين تمكن جهاز العدالة من مواجهة هذا الوضع سيما التعديل الذي أدخل على قانون الإجراءات الجزائية وقانون العقوبات بموجب قانون رقم 06-22 الصادر في 2006/12/20 وقانون رقم 14/04 المؤرخ في 2004/11/10 اللذان هيئا الأرضية للتعديل الأخير الذي من خلاله تبنى المشرع الجزائري تقنيات تحري وبحث جديدة . غير أنه ونظرا لمساس هذه التقنيات بالحقوق والحريات كفل المشرع لجوء الضبطية القضائية لهم بمجموعة من التدابير والإجراءات حماية للمشتبه فيه .

نعالج هذا الموضوع من خلال ثلاثة مباحث نخصص الأول لحقوق المشتبه فيه أثناء لجوء رجال الضبطية القضائية لتسجيل الأصوات واعتراض المراسلات والثاني لحقوق المشتبه فيه في حالة مراقبة المشتبه فيهم ، والثالث لحقوقه أثناء اللجوء إلى إجراءات التسرب .

المبحث الأول : حقوق المشتبه فيه أثناء التنصت .

نص المشرع على هذه التقنية بموجب المواد65 مكرر 05 إلى 65 مكرر10 من قانون 06-22 وأطلق عليها اسم اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات .

المطلب الأول : تعريف تقنية التنصت .

لم يضع المشرع تعريفا خاصا لهذه التقنية شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي غير أن القضاء الفرنسي[3] عرفها على أنها "تقنية يتم من خلالها الإعراض عن طريق ربط خط هاتفي للمشتبه فيه مع اللجوء إلى تسجيل المكالمات في أشرطة مغنطيسية" . كما عرفت التقاط الأصوات على أنها : "وضع أجهزة تنصت في أمكنة أو مركبات خاصة أو عمومية وإخفائها لتلقي أحاديث يمكن أن تفيد في التعرف على الحقيقة وتسجيلها" وكذلك تم تعريف التقاط الصور بأنه : "وضع أجهزة تصوير صغيرة الحجم وإخفائها في أمكنة خاصة لالتقاط صور تفيد في التعرف على الحقيقة وتسجيلها".

ويعتبر اللجوء إلى التقاط الصور وتسجيل الأصوات واعتراض المراسلات دليل إثبات عن طريق التسجيل « **La preuve par magnétophone** » سيما إذا كان ذلك في أمكنة عامة . وقد كان ذلك موقف القضاء الفرنسي لمدة طويلة[4] . إلا أن المشكل يبقى مطروحا في الأمكنة الخاصة لعدم معالجة هذا الإجراء بنص خاص صريح . غير أنه ومع ذلك يمكن لقاضي التحقيق دون سواه بناءا على أحكام المادة **68** من قانون الإجراءات الجزائية أن يتخذ أي إجراء من إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة بالتحري عن أدلة اتهام وأدلة النفي .

وبناءا عليه يمكن لقاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية عبر إنابة قضائية أن يكلف الشرطة القضائية التصنت على خط هاتفي للمشتبه فيه . وعلى نفس المسار يمكن لممثل النيابة العامة في القانون الفرنسي لاسيما القانون الصادر في**2004/03/09** أن يباشر الإذن لهذا الإجراء .

المطلب الثاني : ضمانات المشتبه فيه عند اللجوء إلى تقنية التنصت .

نظرا لما لهذا الإجراء من خطورة ماسه بحرية الأشخاص فقد أخضعه القانون إلى شروط وفرض عليه قيودا ضمانا لحقوق المشتبه فيه ولعل أهمها :

01- الاقتصار على الجرائم التي تضمنتها الفقرة 01 من المادة 65 مكرر 05 ق.إ.ج: فقد جعل المشرع اللجوء إلى هذا الإجراء في إطار الجرائم التي تناولتها المادة المذكورة أعلاه ومن ثم لا يمكن بأي حال من الأحوال اللجوء إليه خارج نطاق المادة . وأي تجاوز لأحكام المادة يعرض المتابعة الجزائية إلى بطلان إجراءاتها .

والجرائم التي تناولتها المادة هي في غالب جرائم خطيرة تخرج عن نطاق التقليدي للجرائم المعروفة تعرف في الغالب بالجرائم المنظمة العابرة للحدود كالإتجار بالمخدرات، التهريب الدولي، الإرهاب ، الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات ، جرائم الفساد وتبييض الأموال .

02- إذن وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق : لا يمكن لرجال الضبط القضائي أن يلجؤوا إلى هذا الإجراء إلا بعد حصولهم على إذن كتابي يرخص فيه وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق مباشرته[5] . على أن يكون الإذن مبررا ومسببا وفقا لما أنهت إليه المادة 65 مكرر 07 ق.إ.ج . ويجب أن يتضمن الإذن كل العناصر التي تسمح بالتعرف على الاتصالات المطلوب التقاطها والأماكن المقصودة سكنية كانت أو غيرها وكذا طبيعة الجريمة[6] .

وعلى خلاف ذلك فإن المشرع الفرنسي وسع اللجوء إلى هذا الإجراء وأعطى حق ذلك إلى غرفة الاتهام ، محكمة الجنح ومحكمة الجنايات في حالة لجوئهما إلى التحقيق التكميلي وفقا لما أنهت إليه المواد 205 و 283من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي .

03- أن يتم هذا التدبير تحت المراقبة المباشرة للقضاء: بالنظر إلى السلطات الواسعة لضباط الشرطة القضائية في حالة اللجوء لهذه التقنية، فإنها من الضروري إخضاعها إلى المراقبة المباشرة للسيد وكيل الجمهورية أو السيد قاضي التحقيق في حالة التحقيق القضائي. وعليه يجب أن يشعر رجال القضاء بكل جديد في هذه التقنية بموجب محضرا عن كل عملية اعتراض يذكر فيه التاريخ،

الساعة، بداية العملية والانتهاء منها وفقا لما أنهت إليه المادة 65 مكرر 08 و 09 من قانون الإجراءات الجزائية .

04- عدم اللجوأ إلى الحيل (Artifices) : إن الهدف المرجو من اتخاذ هذا التدبير هو الحرص على إظهار الحقيقة، وعليه يجب أن يتماشى مع الاحترام التام للقواعد التي تحكم الإثبات في المادة الجزائية، مع مراعاة نزاهة الدليل والتأكد من صحته وعدم جر المشتبه فيه أو الإيقاع به .

05- 05- احترام السر المهني: وهو إجراء يتماشى وأحكام المادة 02/45 ق.إ.ج التي توجب على كل موظف اضطلع على أسرار بمناسبة تأدية وظيفته الالتزام بكتمان السر المهني .

06- تحديد مدة المراقبة : من الضمانات الهامة اللازمة لمشروعية إجراءات التنصت ضرورة أن يتضمن الإذن الصادر عن وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق تحديد مدة المراقبة على نحو يلتزم بها ضباط الشرطة القضائية الذين يباشرون العملية. وقد حدد القانون هذه المدة بأربعة أشهر كحد أقصى، وجعلها قابلة للتجديد بنفس الشروط التي صدر بها الإذن الأصلي وهذا تطبيقا لنص المادة 65 مكرر 02/4 ق.إ.ج ويرجع أمر تحديد المدة إلى عدم التعسف . فإذا لم تكن هناك ضرورة تساعد لكشف الحقيقة أمر القاضي الذي صدر عنه الإذن بوقفها حتى ولو لم تنتهي المدة المحددة لها بعد[7] .

المبحث الثاني : حقوق المشتبه فيه أثناء مراقبته.

غالبا ما كانت تلجأ الشرطة القضائية إلى هذا الإجراء قبل تعديل ق.إ.ج عند القيام بالتحقيقات الأولية دون الاستناد في ذلك إلى أي إطار قانوني، ولكن بعد التعديل الذي أدخل على قانون الإجراءات الجزائية حدد له المشرع الجزائري شروطا وضوابطا حماية لحقوق المشتبه فيه ، وتتمثل الغاية من اللجوء إلى هذا الإجراء هو مراقبة نشاط الشبكات الإجرامية سيما في الجرائم الخطرة والمنظمة العابرة للحدود لتحديد هوية عناصرها وحجم أعمالها دون التدخل المباشر في نشاطها .

المطلب الأول : تعريف تقنية مراقبة المشتبه فيهم .

لقد قنّن المشرع الجزائري اللجوء إلى هذه التقنية وفرض في اللجوء إليها شروطا إجرائية وموضوعية نص عليها في المادة16 مكرر ق.إ.ج فقد منح الدستور الجزائري الحق للأفراد في الاحتفاظ بسرية حياتهم الخاصة، ونظرا لأهمية ذلك جعل المشرع الجزائري حرمة الحياة الخاصة من قبيل المبادئ الدستورية التي تضمنها دستور 1996 . ومع هذا فإن هذه الحرمة لم تعد مطلقة بالمعنى الذي قررته الثورة الفرنسية، وإنما هي حق نسبي تجوز التضحية به في سبيل المصلحة العامة متى وجدت هناك مبررات موضوعية تدعوا لذلك [8].

وتعرف هذه التقنية بأنها "إجراء تلجأ إليه الضبطية القضائية تترصد فيه تحرك الأشخاص المشتبه فيهم ومراقبة نقل الأشياء أو الأموال أو متحصلات من ارتكاب جرائم أو تستعمل فيها"[9]. وتعتبر هذه التقنية إجراء قديم اتبع من قبل رجال الضبط القضائي في مراقبة الجناة والمشتبه فيهم. فقد سمحت المادة 16 مكرر من لجوء رجال الضبط القضائي إلى هذه التقنية في حالة وجود مبرر مقبول للاشتباه في ارتكاب جرائم خاصة في جميع تحركاتهم. وقد يمدد الاختصاص الإقليمي للمصلحة التي تباشر عملية المراقبة .

ويلاحظ أن المشرع الجزائري وبموجب المادة 16 مكرر ق.إ.ج اعتمد على معيار مرن في تبرير اللجوء إلى هذه التقنية قد يكون مدعاة للتعسف في استعماله، على خلاف الصياغة القديمة التي كانت محددة نوعا ما تحدث فيها المشرع في تبرير اللجوء إلى هذه التقنية عن وجود دلائل أو قرائن لارتكاب جنح أو جنايات معينة .

ومن الأمثلة التي قنّن فيها المشرع الجزائري اللجوء إلى هذه التقنية جرائم التهريب إذ وبموجب المادة 40 من أمر رقم 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب فقد رخص لإدارة الجمارك مراقبة الأشخاص المشتبه فيهم القيام

بأعمال التهريب وكذا مراقبة نقل المنتجات والبضائع المرشحة للتهريب أوالمهربة أو تلك التي تدخل الإقليم الوطني خارج مكاتب الجمركة .

المطلب الثاني: الضمانات في القانون الجزائري لمراقبة الأشخاص .

إن مراقبة الأشخاص خلسة باعتباره استثناءا له قيود وضمانات للمراقبة ومن الضمانات التي أحاط بها المشرع الجزائري للحكم بمشروعية مراقبة الأشخاص نجد :

01- إصدار الإذن بالمراقبة من جهة مختصة: إذ يمكن لقاضي التحقيق أثناء فتح التحقيق القضائي أن يصدر الإذن بالمراقبة وتحت سلطته المباشرة، كما يجوز أيضا لوكيل الجمهورية في جرائم التلبس أن يأذن به .

02- تسبيب الإذن بالمراقبة: إذ اشترط المشرع الجزائري أن يكون الإذن مكتوبا ومسببا ، إلا أنه وفي حالات الاستعجال القصوى يمكن أن يتم اللجوء إليه بموجب إذن شفوي على أن تستكمل إجراءاته لاحقا، ويرجع أمر تسبيب الإذن لكون أن هذا الإجراء هو استثنائي خطير يمس بالحريات العامة، يرد على الأصل العام المنصوص عليه في الدستور، والمتمثل في حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وحقهم في التمتع بحياتهم الخاصة . وهذا الاستثناء تبرره المصلحة العامة في كشف النقاب عن جريمة وقعت أو ستقع .

03- تحديد مدة المراقبة : شأن هذه التقنية التقنية السابقة يجب على الإذن بالمراقبة أن يحدد في الزمان والمكان ، إلا أنه يمكن أن يمدد الاختصاص المكاني وبموجبه يمكن للشرطة القضائية التابعة لجهة قضائية أن تمدد الإذن بالمراقبة إلى اختصاص جهة قضائية أخرى متى كانت المراقبة ضرورية داخل اختصاص هذه الجهة القضائية للكشف عن الجريمة .

المبحث الثالث: حقوق المشتبه فيه أثناء التسرب .

التسرب تقنية جديدة استحدثها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية بموجب المواد 65 مكرر 11 إلى المادة 65مكرر 18 .

المطلب الأول: تعريف تقنية التسرب .

هو إجراء فعّال أدخله المشرع الجزائري يتعلق بالبحث والكشف عن الجرائم ، لتحقيق نجاعه أكبر تساعدهم للقضاء على الجريمة المنظمة وأشكال أخرى من الجرائم الخطرة . ويعرف على أنّه "قيام ضابط أو عون من الشرطة القضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية لمراقبة الأشخاص المشتبه فيهم في ارتكاب جناية أو جنحة بإيهامهم بأنه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف" [10]. وقد يستعمل الضابط أو العون لهذا الغرض هوية مستعارة ويرتكب عند الضرورة الأفعال المذكورة في المادة 65 مكرر 14 .

ويعرف فقها أيضا على أنه : "دخول ضابط أو عون شرطة قضائية داخل مجموعة إجرامية بغرض متابعة نشاطهم والحصول على قرائن ضرورية لاتهاماتهم وعند الحاجة القيام بجرائم"[11] .

وبهذا المفهوم يندرج التسرب ضمن التقنيات الخاصة للبحث والتحري ويخرج عن القواعد العامة للبحث والتحري الواردة في أحكام قانون الإجراءات الجزائية ، إذ أنه يعتمد على السرية (le secret) ، الاحتكاك المباشر بالمشتبه فيهم(l'interaction) ، والحيلة (la ruse) . ويتم تحت غطاء ارتكاب بعض الجرائم[12] .

وأمام الجرائم التي يرتكبها المتسرب في سبيل الوصول إلى ضبط مصادر الإجرام لا يكون مسؤولا جزائيا ، وغالبا ما يستعمل المتسرب هوية مستعارة .

المطلب الثاني : ضمانات المشتبه فيه عند اللجوء إلى تقنية التسرب .

إن الحرص على احترام نزاهة الدليل الذي من شأنه أن يدين المشتبه فيه (la loyauté de la preuve) جعل المشرع الجزائري يدرج ضمن المادة 65 مكرر 12 من قانون الإجراءات الجزائية حدودا لهذه العملية ومنها:

01- أنه لا يسمح حال تنفيذ عملية التسرب بالتحريض على ارتكاب الجرائم؛وهو نفس الموقف الذي تبنّاه المشرع الفرنسي في المادة 81/706 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، غير أن ذلك لا يتعارض مع استعمال الحيلة في البحث عن الحقيقة، على أن لا تصل إلى حد المراوغة، المخادعة، الوعود والتهديد .

02- الحصول على إذن كتابي من طرف القضاء : وهو شرط يشترك مع جميع الأساليب السابقة وغالبا ما يكون من طرف وكيل الجمهورية باعتباره محرك الدعوى العمومية أو قاضي التحقيق بمناسبة مباشرة التحقيق القضائي على أن يكون مسببا ومكتوبا[13].

03- أن لا يتجاوز مدة الإذن 04 أشهر: يمكن تجديدها ضمن الشروط والأوضاع المنصوص عليها قانونا حسب الضروريات الخاصة بالتحقيق . ويجوز للقاضي الذي أمر بالإذن للتسرب أن يأمر بوقفه في أية لحظة حتى قبل انتهاء المدة المحددة لها ، إذا رأى فيه خطورة على حياة عون الشرطة القضائية المكلف بالتسرب أو حياة عائلته، أو أن لا جدوى من عملية التسرب .

04- عدم استعمال المتسرب لوسائل لا تتفق مع المبادئ الأساسية للنظام القضائي وللإجراءات: للحصول على أدلة يمكن أن تؤدي إلى خرق مبدأ نزاهة الدليل . ويمكن في هذا السياق ذكر بعض المظاهر المخلة بنزاهة الدليل ومنها المراوغة والمخادعة ...

الخاتمة

إن عملية مكافحة الجريمة المنظمة والخطرة في المجتمع تمثل إحدى عمليات الضبط الاجتماعي والتي يضمن بها المجتمع امتثال جميع أفراده وجماعاته للقيم التي يأخذ بها والنظم التي يسير عليها والقوانين حفاظا لكيانه واستقراره وتعمل هيئات مكافحة الجريمة على استخدام وسائل وإجراءات خاصة تهدف إلى حصر والحد من نفوذ النشاط الإجرامي والحيلولة دون امتداده إلى مجالات أخرى وانتشاره في محيط أوسع حماية المجتمع من شبكات الإجرام الخطيرة . وعليه وجب تضافر الجهود من أجل مكافحة هذا النوع من الإجرام وذلك بتحضير كفاءات ضبطية عالية بغية تقفي آثار هذا الإجرام وبالوسائل الحديثة وباتخاذ الإجراءات المشروعة المنصوص عليها قانونا التي تعطي الحماية الكافية للمشتبه فيهم .

غير أنه ونظرا لتطور أساليب الإجرام وانتشارها لم يعد رجال الضبطية القضائية تنحصر مهمتهم في مواجهة ذلك بأساليب تقليدية كتحرير محاضر التحري، التوقيف تحت النظر ، الاستجواب... بل مكنتهم التعديلات التي أدخلها المشرع الجزائري على قانون الإجراءات الجزائية من اللجوء إلى استعمال تقنيات أخرى أكثر فاعلية في قمع الجريمة والمجرمين والوصول إلى الحقيقة .

ومع ذلك فإن احترام الحريات العامة يقتضي تخويل الناس حق الاحتفاظ بسرية حياتهم الخاصة وعلى هذا الأساس جعل المؤسس الدستوري بموجب المادة 39 من دستوره لكل فرد من أفراد المجتمع حياته الخاصة ولا

يجوز لغيره التعدي عليها إلا إذا خوله القانون ذلك. فحرمة الحياة الخاصة من أهم الحريات المكرسة في المواثيق الدولية والدساتير والقوانين .

وإذا كان استخدام هذه التقنيات من شأنه أن يساعد في مسائل الإثبات الجنائي إلا أنها ولا شك تنطوي على مساس بالحق في الحياة الخاصة . والواقع أن الموازنة بين الحق في حرمة الحياة الخاصة ومصلحة العقاب قد يترتب عليه تغليب في بعض الأحيان مصلحة العقاب في سبيل مكافحة الجريمة في حدود الضوابط والضمانات السابق ذكرها والتي وضعها قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم تحول دون التعسف في ممارستها .

الهوامش

1- د. فريد بن شيخ، الممثل الخاص للسيد رئيس الجمهورية أمام المؤتمر العاشر للأمم المتحدة حول الوقاية من الجريمة والتعامل مع الجانحين بفيينا، مداخلة ألقيت بتاريخ 2000/04/14 .

2- الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، العدد رقم 194 لسنة 2006 .

3- Chambre d'accusation, la cour d'appel de Paris, 16/02/1989.

4- Cassation Criminelle 17/05/1994 Bulletin criminel n^{0} 186 de l'année 1994 .

5- د. أحمد فتحي سرور، مراقبة المكالمات الهاتفية، المجلة الجنائية القومية، القاهرة العدد الثاني، مارس 1995 ، ص 142 .

6- د. نقادي حفيظ ، مراقبة الهاتف، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزائر، العدد رقم 02 ، سنة 2009 ، ص 320 .

7- د.أحمد محمد حسان، نحو نظرية عامة لحماية الحق في الحياة الخاصة في العلاقة بين الأفراد –دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، 2004 ، ص 463 وما بعدها .

8- د.عبد الله علي بن سعيد بن ساموه، الحماية الجنائية لحرمة المسكن، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر ، 2002 ، ص 95 .

9- د.سامي صادق الملا، استعمال الحيل لضبط الجناة وحجيتها أمام القضاء، مجلة الأمن العام، مصر ، العدد **54** لسنة **1991 .**

10- مصطفاوي عبد القادر ، أساليب البحث والتحري الخاصة وإجراءاتها ، مجلة المحكمة العليا، العدد **02**، سنة **2009** ، ص **65 .**

11- P. Bouzat, la loyauté dans la recherche des preuves, presses universitaire, Paris, 1987, P 223 . 12- P. Bouzat, op. , cit. , P 229 .

13- مصطفاوي عبد القادر، المرجع السابق ، ص **65 .**

Le tourisme et la sécurité

Souilem Leila / Université de Dr. Tahar Moulay Saida

Introduction :

Voyager et découvrir des nouveaux horizons sont des besoins essentiels au même titre que se loger ou se nourrir, c'est aussi une des aspirations les plus ancrées dans la nature humaine.

Le tourisme[1] avant tout, constitué : "de flux humains provenant de multiples origines et vers des destinations variées"[2], il s'inscrit dans des migrations de population qui effectuent à l'échelle nationale comme à l'échelle internationale et déplacent des centaines de millions de personnes pour des motifs autres que la recherche d'un travail ou d'un nouveau lieu de résidence[3].

C'est en ce sens que " **le droit au tourisme"** : "droit appartenant à toute personne d'utiliser son temps libre à des fins de loisir ou de voyages, dans le respect des choix de société de tous les peuples[4]."

Donc, le tourisme c'est simplement le fait pour un individu de franchir les frontières nationales pour aller voyager ou séjourner pour une durée limitée et pour des raisons non professionnelles dans un pays autre que le sien[5].

Le tourisme repose sur la mobilité des hommes, son activité consiste à déplacer les gens. Tant que les territoires sont soumis à des turbulences, des violences, des guerres, des agressions…etc., les voyages et les loisirs ont peu de chances de s'épanouir.

De ce point de vue, la sécurité et le sentiment de sécurité sont des besoins élémentaires et essentiels de tourisme.

La sécurité des voyageurs est indispensable au développement du tourisme mondial. Ces dernières années, beaucoup d'événements internationaux ont mis en évidence la vulnérabilité du tourisme face à la menace terroriste et aux incertitudes géopolitiques. La sécurité a pris une place essentielle dans les décisions de voyage.

L'objectif de cette recherche est de montrer le poids des risques spécifiques en matière de tourisme, en posant la question suivante : Quels sont les risques qui conditionnent le choix des consommateurs en matière de leurs destinations touristiques? Et plus précisément ceux qui les obligent à abandonner des projets de voyages envisagés ?

Et Quels sont les mécanismes de protection juridique des consommateurs touristes envers ces risques ?

L'étude des liens entre la sécurité et le tourisme exige d'analyser les différents risques qui induisent des freins en matière de développement touristique et ensuite, l'action des pouvoirs publics face à l'insécurité touristique qui permettent d'assurer l'accueil des touristes dans les meilleures conditions de confiance, d'accueil et de sécurité.

I. Les différents risques qui influencent l'activité touristique :

La sécurité c'est la situation dans laquelle quelqu'un, quelque chose n'est exposé à aucun danger, à aucun risque d'agression physique, d'accident, de vol, de détérioration. [6]

Mais, quels risques suscitent le plus d'inquiétude chez les consommateurs potentiels de tourisme?

Plusieurs types de risques peuvent inquiéter le consommateur potentiel. Les risques immédiats concernent les guerres, les attentats, les épidémies, l'hygiène et toute forme de terrorisme. Les risques environnementaux constituent un des défis du tourisme pour le prochain siècle. Ils nécessitent la mise en place d'un tourisme durable qui permettrait de ralentir la dégradation des espaces par le tourisme.

Ces différents risques induisent des freins en matière de développement touristique. Les consommateurs potentiels recherchent pour une grande part le dépaysement, les grands espaces et la nouveauté. Les turbulences géopolitiques, les attentats, les épidémies ont éloigné les touristes[7] de ces sites encore très recherchés il y a quelques années[8].

1- Le risque géopolitique

Les risques socioculturels découlent des comportements collectifs et sociaux. Les risques géopolitiques qui prennent en considération les

régions à risque et la crise internationale, l'influence des gouvernements sur le tourisme, l'impact de l'instabilité politique nationale sont autant de facteurs qui pèsent sur le développement du tourisme à l'échelle locale. Les risques économiques concernent les enjeux économiques, les dévaluations monétaires…

L'univers actuel perturbé par les conflits militaires, terroristes et religieux n'est pas favorable au tourisme. Nous observons ce recul dans bon nombre de pays et il est permis de penser que ce phénomène ne peut que se développer dans les prochaines années. En contrepartie, les pays plus calmes connaîtront sans doute un regain d'activité touristique.

Le tourisme est largement influencé par de multiples facteurs, outre la conjoncture internationale, il est sensible à la conjoncture politique de son propre pays, mais, aussi et surtout du pays d'accueil, s'il a des moyens financiers de se rendre à l'étranger[9].

Un pays instable politiquement entraine la méfiance des étrangers, en général une baisse des entrées de touristes.

Par exemple, la première guerre du golfe a considérablement réduit la fréquentation touristique internationale des états, impliqués directement ou indirectement plusieurs pays ont vu leur fréquentation touristique touchée de plein fouet après la crise de golfe : en 1990 l'Egypte a enregistré une chute de 66% des arrivées de touristes internationaux par rapport à l'année précédente, aussi la Tunisie avait perdu 80% de son flux touristique.

Les attentats terroristes de 11 septembre 2001 à New York (ainsi à Djerba en avril 2002, à Bali en octobre 2002, à Mombasa en novembre 2002, à Madrid le 11 mars 2004, à Londres le 7 juillet 2005) ont eu de retombée négatives immédiates sur l'activité touristique, de nombreuses destinations du proche et du Moyen-Orient et de l'Afrique du Nord ont enregistré sur la fin de l'année 2001 et en 2002, un important déficit de clientèle, y compris celles qui n'ont été à aucun moment touchées par le terrorisme[10].

De même, la situation politique très tendue qu'a vécu l'Algérie depuis les années 1990 et les prises d'otages et assassinats d'étrangers ont pratiquement, anéanti les efforts de promotion touristique qu'avait engagés ce pays.

Plus récemment, L'ensemble de contestations populaires, et les mouvements révolutionnaires nationaux qui se sont produits dans de nombreux pays du monde arabe à partir de décembre 2010, dite : « Printemps arabe », notamment en Égypte, Tunisie, ainsi que la guerre en Libye et la Syrie , ont influé sur le tourisme dans ces pays.

Tous ces différents événements sont susceptibles de redistributions les cartes. En effet, le tourisme mondial subit un ralentissement, en particulier après les attentats de 11 septembre 2001.

L'insécurité perçue ralentit le tourisme long-courrier : depuis cette date, les clientèles américaine, européenne ou japonaise privilégiant, plus que par le passé, un tourisme de proximité.

Le tourisme long-courrier pâtit désormais, d'une certaine défiance, l'impact de ces événements sur les mentalités étant extrêmement fort, les pays dont l'image s'est dégradée, ces dernières années, devraient connaître plus de difficulté.

Toutefois, la tendance à long terme ne semble pas remise en cause, selon toute vraisemblable, le tourisme mondial devraient continuer de s'accroitre fortement à l'horizon 2020, même si l'absorption totale de ces crises prendra encore quelque temps[11].

2- **Le risque Sanitaire** :

L'instabilité politique n'est pas le seul facteur de vulnérabilité du tourisme[12] et de manière plus quotidienne, ce sont par exemple les infections alimentaires dans la restauration, et surtout la multiplication des pratiques de loisirs sportifs à risque. Certaines sont naturellement "accidentogènes", comme le ski et les nouvelles glisses, le nautisme, et même la simple baignade.

De nouveaux besoins en sécurité vont certainement apparaitre comme la sécurité alimentaire, la sécurité sanitaire (épidémies, pandémies)[13].

Les événements politiques, les conflits internationaux, les troubles intérieurs, le terrorisme, les crises sanitaire (comme le S.R.A.S. : syndrome respiratoire aigu symptomatique) ont également révélé que le secteur du tourisme est particulièrement, sensible à l'insécurité perçu par les voyageurs[14].

3- Le risque des facteurs environnementaux :

L'impact des grandes catastrophes, qu'elles soient naturelles ou d'origine humaine, sur la fréquentation touristique est bien illustré, par exemple, par le sinistre de Tsunami qui a frappé l'Asie du Sud- Est le 26 décembre 2004 a eu des répercussions, outre les nombreuses victimes, tant sur les installations que sur la fréquentation touristique, même si la situation et très variable suivant les pays concernés[15].

Les touristes sont dans le choix de leurs destinations, plus sensibles à la conjoncture politique, aux guerres, au terrorisme, aux attentats, aux prise d'otages…etc. qu'à la conjoncture économique, certes ils recherchent la rentabilité, sous forme du meilleur prix, mais aussi la sécurité, en effet, l'une peut l'emporter sur l'autre suivant les cas et les pays[16].

Finalement, le tourisme mondial reste une activité sujette aux incertitudes et aux turbulences, il est difficile de dresser une liste exhaustive des facteurs explicatifs de l'activité touristique d'un pays, mais il semble que les importants sont les facteurs politiques.

II- Les éléments permettent d'atteindre la sécurité touristique :

Dans le secteur de tourisme l'intervention de l'Etat est essentielle, il est de la responsabilité des pouvoirs publics de garantir un certain climat de sécurité et de confiance.

Pour cela, la protection des touristes exige l'existence de plusieurs mécanismes juridiques, visant en premier lieu à fournir une meilleure protection pour ces consommateurs.

1- L'action des pouvoirs publics face à l'insécurité touristique:

L'importance économique et sociale du tourisme a conduit les Etats à favoriser le développement de la consommation touristique, à l'inverse, les pouvoirs publics peuvent pour divers motifs, s'efforcer de restreindre, voire d'interdire la fréquentation touristique de leur territoire.

L'action des pouvoirs publics peut tendre au ralentissement ou à l'orientation de la consommation suivant deux catégories de motifs :

- D'une part, certains états s'attachent à éviter tout contact entre leur population nationale et l'extérieur[17]. Certains pays de l'Europe de l'est ou la chine ne se sont ouverts que lentement au tourisme, filtrant les entrées aux frontières et limitant les possibilités de déplacement de leurs hôtes en leur interdisant certains provinces, de 1948 à 1955, afin de préserver les nationaux de l'influence occidentale, tout contact avec les citoyens de l'ouest était interdit ou sévèrement contrôlé, les voyages à l'étranger des nationaux étaient interdits sauf dans le cadre de délégation officielles. Et l'accès des citoyens des autres populations était toléré mais très encadré

- D'autre part, la nécessité de protéger l'environnement ou des préoccupations d'ordre sanitaire (par exemple : épidémies) conduisent parfois les pouvoirs publics à soustraire certains territoires à la fréquentation touristique ou bien à limiter celle-ci[18].

2- Les mécanismes de protection juridique des touristes qui favorisent un climat touristique sécurisant :

Le développement touristique est sensible à l'existence d'un climat favorable à l'accueil des touristes et des voyageurs étrangers, et il est de la responsabilité des pouvoirs publics de garantir un certain climat de sécurité et de confiance.

De là, le climat touristique désigne l'ensemble des biens et services publics qui permettent d'assurer l'accueil et de séjour des touristes dans les meilleures conditions de confiance, d'accueil et de sécurité.

Généralement, le climat touristique se compose de quatre dimensions essentielles : La Stabilité politique, la Paix civile et sociale, la Sécurité sanitaire et la Sécurité juridique.

2-1- La Stabilité politique :

L'Etat est garant de la stabilité politique[19]. Dans les pays émetteurs de touristes, les institutions politiques sont garantes de la stabilité interne. Les ménages ont, donc, la possibilité de programmer

des congés et des voyages en ayant l'assurance qu'ils peuvent quitter tranquillement leur lieu de résidence principale.

Dans les pays récepteurs, les autorités publiques seront responsables de la sécurité des touristes. A ce niveau, c'est la perception du l'instabilité politique qui va conditionner en partie le choix de la destination effectué par les touristes.

2-2- La Paix civile et sociale :

L'Etat est garant de la Paix civile. Traditionnellement, l'Etat assume des fonctions de police et de justice dont la coordination a pour objectif de produire un environnement de paix intérieure et de sécurité sans lesquelles le développement des activités économiques en général, et des activités touristiques en particulier, serait rendu plus difficile.

Aussi, l'Etat est garant de la Paix sociale. A ce titre, on sait combien les grèves, par exemple, dans le transport, comme le transport aérien ou routier, notamment en période de vacances peuvent être dommageable à l'activité touristique.

La sécurité est un paramètre important de l'attractivité touristique d'une destination. Surtout, pour les nouveaux pays désireux l'entrer sur le marché touristique est un élément crucial.

L'autorité administrative (wali[20], maire[21]) dans le cadre de sa compétence, peut adopter des mesures de police générale (protégeant la sécurité, la tranquillité ou la salubrité publiques…etc.), et cela afin d'assurer une protection efficace aux touristes

En outre, la diversité des activités touristiques nécessite l'intervention de L'autorité administrative, sur le fondement de textes particuliers lui conférant des pouvoirs en matière de protection de l'environnement[22], d'information et de protection du consommateur[23], de droit de la concurrence[24]…etc.

2-3- La Sécurité sanitaire :

Les touristes sont très attentifs aux conditions sanitaires qui règnent dans le pays visité, et il est de la responsabilité des pouvoirs publics de garantir un niveau minimum de santé publique, concernant les

maladies qui sévissent encore les pays en voie de développement, il existe des moyens préventifs et curatifs efficaces[25], De nombreuses maladies peuvent être prévenues le recours à la vaccination.

Même, parfois des préoccupations d'ordre sanitaire conduisent les pouvoirs publics à soustraire certains territoires à la fréquentation touristique ou bien à limiter celle-ci. Aussi, les ambassades publient une liste de pays qu'il convient d'éviter en raison des risques sanitaires qu'ils font courir aux visiteurs[26].

2-4- La Sécurité juridique des touristes:

La recherche d'un système juridique de sécurité adapté au phénomène touristique, s'est appuyée sur l'obligation de sécurité contractuelle (contrat d'hôtellerie, contrat de transport, etc). Logiquement, ce sont d'abord les règles de droit à vocation générale qui se sont appliquées à ces activités touristiques. On peut mentionner le droit civil[27] (responsabilité civile, droit du contrat), et le droit pénal[28] (responsabilité pénale)…etc.

Des règles spéciales, plus techniques, ont vocation à régir certains aspects des activités de tourisme, notamment : le droit des assurances[29], le droit commercial[30]. S'y ajoutent de nouvelles branches du droit, dont l'application aux activités touristiques révèle les nouveaux enjeux de ces activités : le droit de l'environnement et le droit de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire[31]…etc.

Par ailleurs, la sécurité juridique des touristes concerne la facilité à obtenir un visa, les conditions juridiques locales et le degré de corruption, ces éléments font parties des facteurs qui constituent l'environnement juridique pris en compte par le touriste dans son choix de destination[32].

En effet, les lois concernant les visas d'entrée et les documents de voyage[33], une des législations les plus importantes qui renforce le système législatif de chaque pays dans le domaine du tourisme, et sans aucun doute, la promulgation de ces lois assure une protection efficace des frontières de l'État, empêche l'infiltration des criminels, et limite le phénomène de trafic…etc., afin de Protéger les touristes contre les risques des crimes liés à la sécurité touristique.

Conclusion :

Le tourisme, c'est un phénomène majeur des sociétés contemporaines, il est considéré comme l'une des formes de la mondialisation que l'on est confronté, mais, la prise en compte du risque est prépondérante en matière de choix touristique.

L'univers actuel perturbé par les conflits militaires, terroristes et religieux n'est pas favorable au tourisme, il est permis de penser que ce phénomène ne peut que se développer dans les prochaines années.

L'évaluation des risques et de l'impact de chaque type de risque dans le choix de la destination touristique préoccupe toutes les destinations qui vivent du tourisme. Le recul de certains sites préoccupe bon nombre d'investisseurs, de régions, voire d'États qui réalisent grâce au tourisme une part importante de leur produit national brut.

Le tourisme est une activité sujette aux incertitudes et aux turbulences, dans un monde soumis à des ruptures récurrentes dues à des crises : Sanitaire (épidémies, pandémies), et Sécuritaire (conflits, guerre, tensions politiques, terrorisme...), sachant que, les risques liés à la guerre, au terrorisme, à l'hygiène et à la maladie s'imposent en priorité dans l'esprit du consommateur.

Face à un environnement mondial turbulent et incertain, s'expriment des exigences légitimes du touriste en termes de sécurité (sécurité sanitaire, sécurité alimentaire, sécurité des personnes et des biens).

Le tourisme est devenu, en quelques décennies, une activité pour des millions de pratiquants. Cette évolution s'est accompagnée de la présence du droit dans l'organisation et dans la pratique de ces activités touristiques, et cela consiste, dans un premier temps, l'application d'outils classiques du droit au tourisme. Et par la suite, la nécessité a fait adopter des règles propres à ces activités[34]. Conséquemment, On observe aujourd'hui un nombre croissant de règles techniques spécifiques au tourisme, voire à telle activité.[35]

Bibliographie *:*

1- LOZATO-GIOTART JEAN-PIERRE et BALFET MICHEL, *Management du tourisme, Les acteurs, Les produits, Les marchés et les stratégies*, Pearson Education, France, 2004, p. 04 : « La définition institutionnelle :L' Organisation Mondiale du

Tourisme (O.M.T.) et la plupart des institutions à sa suite a proposer une définition technique du tourisme, quant à elle, le tourisme défini comme :" *l'ensemble des activités déployées par les personnes au cours de leurs voyages et de leurs séjours dans les lieux situés en dehors de leur environnement habituel, et ce pour divers motifs, parmi lesquels : l'agrément, le voyage d'affaire, la santé, les pèlerinages, les études et autre motifs*. »

- KALFON PIERRE, *Le tourisme et innovation, comment décrypter les tendances qui bouleversement le monde du voyage?*, L'harmattan, Paris, 2009, p. 22. 2

3- DUHAMEL PHILIPPE et SACAREAU ISABELLE, *Le tourisme dans le monde*, Armand Colin, Paris, 1998, P. 47.

4-LANFANT MARIE-FRANÇOISE, *L'appel à l'éthique et la référence universaliste*, Revue tiers monde n° 176, trimestrielle avril-juin 2004, volume XLV, p. 369

5- LANFANT MARIE-FRANÇOISE, *Le tourisme dans le processus d'internationalisation*, Revue internationale des sciences sociales, trimestrielle, Volume XXXII, n° 1, 1980, p. 14.

- PIERRE PY, *La sécurité et le tourisme* , in *le tourisme au XXIe siècle*, L'harmattan, Paris, 2003, p. 351. 6

7- BOTTI LAURENT, PEYPOCH NICOLAS et SOLONANDRASANA BERNARDIN, *Ingénierie du tourisme, Concepts, Méthodes, Applications*, De Boeck, 1re édition, Belgique, 2008. P.12 :« Le terme Touriste désigne : " toute personne qui déplace vers un lien situé en dehors de son environnement habituel, pour une durée inférieure à douze mois, et dont le motif principal de la visite est autre que celui d'exercer une activité rémunérée dans le lieu visité. »

8- Les politiques pour promouvoir la compétitivité et le développement durable du tourisme, http://www.oecd.org/fr/cfe/tourisme/

9- DURAND HUGUETTE et JOUVET FRANÇAIS, *Le temps du tourisme triomphant*, in *le tourisme au XXIe siècle*, L'harmattan, Paris, 2003, p. 44.

10- Idem.

11- CONDÉS SÉBASTIEN, *Les incidences du tourisme sur le développement*, Revue tiers monde, n° 178 avril-juin 2004, trimestrielle, p. 274.

12- BARTHELEMY MARIANNE, BOUZON ARLETTE et CALLOT PHILIPPE, *Risques et sécurité dans le tourisme et les loisirs*, Cahier Espaces N° 73, éditions Espaces tourisme et loisirs, Juin, 2002, p. 01.

13- GOUIRAND PIERRE et KHLIFI SAMIR, *Les produits touristiques : quels bouleversement?* In *Le tourisme au XXIe siècle*, L'harmattan, Paris, 2003, p. 236.

14- CONDÉS SÉBASTIEN, op. cit., p. 274.

15- PIERRE PY, *Le tourisme un phénomène économique*, La documentation Française, Paris, 2007, p. 48.

16- CONDÉS SÉBASTIEN, op. cit., p. 274.

17- PIERRE PY, *Le tourisme un phénomène économique*, op. cit., p. 46.

18- PIERRE PY, *Le tourisme un phénomène économique*, op. cit., p. 47.

19- CACCOMO JEAN-LOUIS, *Fondements d'économie du tourisme, Acteurs, Marchés, Stratégies*, De Boeck, Belgique, 1re édition. 2007 P. 176.

20- Loi n° 12-07 du 21 février 2012 relative à la wilaya, J.O. 29 février 2012, n°12, p. 05-24.

21- Loi n° 11-10 du 22 juin 2011 relative à la commune, J.O. 03 juillet 2011, n°37, p. 04-25.

22- Loi n° 03-10 du 19 juillet 2003 relative à la protection de l'environnement dans le cadre du développement durable, J.O. 20 juillet 2003, n° 43, p. 06-22.

23-Loi n° 09-03 du 25 février 2009 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes, J.O. 08 mars 2009, n°15, p. 12-23.

24- Ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, J.O. 20 juillet 2003, n° 43, p. 25-33.

- PIERRE PY, *La sécurité et le tourisme*, op. cit, p. 355.25

26- CACCOMO JEAN-LOUIS, op. cit, P. 177.

27- Ordonnance n° 75-58 du 26 septembre 1975 portant code civil modifiée et complétée.

28- Ordonnance n° 66-156 du 8 juin 1966 portant code pénal modifiée et complétée.

29- Ordonnance n° 95-07 du 25 janvier 1995 relative aux assurances, J.O. 08 mars 1995, n°13, p. 03-36.

30- Ordonnance n° 75-59 du 26 septembre 1975 portant code commercial modifiée et complétée.

31- *Loi* n° *01-13* du 7 août 2001 portant orientation et organisation des transports terrestres, J.O. 08 août 2001, n° 44, p. 04-13.

32- CACCOMO JEAN-LOUIS, op. cit, P. 177.

33- Loi n° 14-03 du 24 février 2014 relative aux titres et documents de voyage, J.O. 23 mars 2014, n° 16, p. 3-6.

34- Loi n°03-01 du 17 février 2003 relative au développement durable du tourisme, J.O. 19 février 2003, n° 11, p. 03-06.

35- Loi n°03-03 du 17 février 2003 relative aux zones d'expansion et sites touristiques, J.O. 19 février 2003, n° 11, p. 11-20 ; Loi n°03-02 du 17 février 2003 fixant les règles générales d'utilisation et d'exploitation touristiques des plages, J.O. 19 février 2003, n° 11, p. 07-11.