



MÂAREF

معارف

Revue académique مجلة علمية محكمة

تصدر عن جامعة ألكلي محند أولحاج بالبويرة (UAMOB)

قسم: العلوم القانونية Section: Sciences Juridiques

Numéro: 20

العدد: العشرون 20

Juin / 2016

شهر: جوان / 2016

10^{eme} Année

السنة العاشرة

Président d'honneur : الرئيس الشرفي:

Pr BADARI Kamel

أ. د. بداري كمال

Directeur de publication : المدير مسؤول النشر:

Dr. MAKHLOUF Kamel

د. مخلوف كمال

Rédacteur en chef : رئيس التحرير:

Dr. CHIHANI Samir

د. شيهاني سمير

Membres de Rédaction : أعضاء هيئة التحرير:

Dr. SI YUCEF Kaci

د. سي يوسف قاسي

Dr. AISSAOUI Mohamed

د. عيساوي محمد

Dr. LOUNICI Ali

د. لونيس علي

Dr. GATTALE Hamza

د. قتال حمزة

Dépôt Légal:

2006-1369

الإيداع القانوني:

ISSN

1112-7007

ر. د. م. د:

جامعة ألكلي محند أولحاج

البويرة - الجزائر

Université Akli Mohand Oulhaj (UAMOB)

BOUIRA- ALGERIE

معايير النشر في المجلة

يشترط في البحوث والمقالات التي تنشر في مجلة معارف ما يأتي:

- 1- أن يكون البحث مبتكراً أو أصيلاً، وبشكل إضافة نوعية في اختصاصه.
 - 2- أن تتوفر فيه الأصالة والعمق وصحة الأسلوب.
 - 3- ألا يكون قد سبق نشره، أو أرسل للنشر في مجلة أخرى.
 - 4- أن يلتزم بالقيم الإنسانية وبمعايير البحث العلمي وبخاصة ما يلي:
أ- الابتعاد عن الترجيح والإسفاف في القول، والتعريض بالآخرين.
ب- مراعاة البنية المنهجية.
 - ج- ترقيم الهوامش والإحالات تكون إما أسفل النص في نفس الصفحة، أو في آخر المقال، مستقلة عن قائمة المصادر والمراجع.
 - د- إعداد قائمة بمصادر البحث ومراجعته.
 - 5- أن تكون مكملات البحث من خرائط أو جداول في صورتها الأصلية.
 - 6- أن يكون البحث المترجم مصحوباً بأصله المترجم عنه.
 - 7- أن يقدم لإدارة المجلة مسحوباً على ورق ومخزناً في قرص مدج/ CD أو وسيلة من وسائل استقباله في جهاز الحاسوب.
 - 8- أن تقدم سيرة ذاتية للباحث في ورقة مستقلة عن البحث.
 - 9- أن لا تقل عدد الكلمات بالمقال عن 3000 كلمة.
 - 10- أن يرفق المقال بملخص وبكلمات مفتاحية باللغات الثلاث (العربية، الفرنسية، الإنجليزية).
- مع ملاحظة أن البحوث والمقالات:
- تخضع للتقييم العلمي واللغوي، ويعلم الباحث بالنتيجة، كما أنها تخزن في أرشيف المجلة، ولا ترجع لأصحابها سواء نشرت أم لم تنشر.
 - وهي تعبر عن آراء كتّابها وحدهم، وهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، ولا تتحمل الإدارة أي مسؤولية في ذلك.

الهيئة الاستشارية للمجلة

- | | |
|------------------------------|---------------------------|
| د/ محمد آيت المكي (المغرب) | د/ محمد سرور (البويرة) |
| د/ محمد الحيدروسي (الأردن) | د/ عمر صدوق (تيزي وزو) |
| د/ برهان النفاثي (تونس) | د/ رداق أحمد (البويرة) |
| د/ محمد محمد أبو العلا (مصر) | د/ قاسي سي يوسف (البويرة) |

اللجنة العلمية/ لجنة القراءة

- | | |
|---------------------------------|------------------------------|
| أ/ معزوز علي (البويرة) | د/ سي يوسف قاسي (البويرة) |
| د/ بوزيان عيان (تيارت) | د/ محمد عيساوي (البويرة) |
| د/ عبد القادر بوراس (تيارت) | د/ كمال الدين قاري (البويرة) |
| د/ أحمد سي علي (الشلف) | د/ ناصر حمودي (البويرة) |
| د/ نور الدين دخان (المسيلة) | د/ حمزة قتال (البويرة) |
| د/ نور الدين القمبي (المغرب) | د/ علي لونيسي (البويرة) |
| د/ المختار أعمر (المغرب) | د/ امير خمري (البويرة) |
| د/ عبد المنعم الكداري (المغرب) | د/ ليندة بلحارث (البويرة) |
| د/ زيد محمود العقابلية (الأردن) | د/ فتيحة بشور (البويرة) |
| د/ شاكر المزوغي (تونس) | د/ كمال مخلوف (البويرة) |
| د/ نجيب عوينات (تونس) | د/ خدوجة خلوفي (البويرة) |
| د/ أسماء أكلي (ماليزيا) | د/ دليلة معزوز (البويرة) |
| د/ هشام عبد السيد الصلبي (مصر) | د/ الصادق ضريفي (البويرة) |
| | د/ بركات كريمة (البويرة) |

التدقيق اللغوي: د/ سمير شيباني

فهرس الموضوعات

كلمة التحرير

الموضوعات

- السياسة الجنائية لمواجهة جريمة غسل الأموال في القانون المصري
بقلم: أ.د/ محمد محمد أبو العلا 1
- النظام القانوني للوساطة الجزائرية في القانون الجزائري
بقلم: د/ حمودي ناصر 27
- الحياد الوظيفي والحرية الدينية للموظف العام
بقلم: د/ هشام عبد السيد الصافي محمد 65
- أهمية الوفاء الإلكتروني في الأداء والتأمين
بقلم: د/ معزوز دليلة 131
- حرية إصدار الصحف في ضوء القانون 07-90 والقانون العضوي 05-12: تراجع عن المكتسبات أم تدعيمها؟
بقلم: د/ طيبي أمقران 155
- دور القانون الوطني للقاضي في حل النزاعات ذات العنصر الأجنبي (حالات استثنائية أم هيمنة وتوسع مستمر)
بقلم: د/ قتال حمزة 174
- ضمانات حماية الملكية العقارية الخاصة في إطار قانون نزع الملكية رقم 11-91 المعدل والمتمم
بقلم: د/ لعشاش محمد 194
- المعوقات القانونية والإدارية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر
بقلم: د/ والي نادية 217
- آليات التعويض عن الحوادث التي تقع أثناء ممارسة الأنشطة الرياضية - دراسة مقارنة
بقلم: أ/ علي شاذان 239

كلمة التحرير

بقلم: د/ سمير شيباني
رئيس تحرير قسم العلوم القانونية

مما جاء في الأمثال والحكم للهاوردي أن: مَنْ أَسْهَرَ عَيْنَ فِكْرَتِهِ بَلَغَ كُنْهَ أَمْنِيَّتِهِ.
وَأَنْ: مَنْ أَخْلَدَ إِلَى التَّوَانِي حَصَلَ عَلَى الْأَمَانِي.

بدأت مجلة معارف خطوتها الأولى سنة 2006، وكُتِبَ لها أن تستمر في الصدور إلى غاية عام 2016- ولا تزال إن شاء الله- فتكون قد أكملت عقدها الأول، ووصلت إلى العدد العشرين، وأصبحت يافعة بجهود الساهرين عليها بجميع فئاتهم وصفاتهم، وبالمساهمات المقدمة من الباحثين، الذين يقدمون لهذه المجلة عصارة فكرهم، علّها تكون إضافة فعّالة لصرح المعرفة.

فأهنئ الجميع على ما وصلت إليه مجلة معارف في قسمها القانوني، وأتمنى لهم دوام العطاء ورُقّي الأداء، وأرجو أن تُكتب لهم حسنات عند رب الأرض والسماء.

السياسة الجنائية لمواجهة

جريمة غسل الأموال في القانون المصري

بقلم: أ.د/ محمد محمد أبو العلا *

مقدمة

تعد جريمة غسل أو تبييض الأموال Blanchiment des capitaux من أخطر الجرائم على المستوى الدولي حالياً، حيث تهدد اقتصاديات العالم في الدول المختلفة بالتدمير، وتهدد خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الدول النامية على وجه الخصوص، بل وتهدد الأنظمة السياسية ذاتها، وتشر الفساد المالي والإداري، الحكومي وغير الحكومي. وتزداد خطورتها في أنها تعمل على انتشار الجرائم المنظمة على مستوى العالم، حيث تعيد مرة أخرى إلى العصابات الإجرامية الأموال الناتجة عن الجرائم التي اقترفتها هذه العصابات، في صورة مشروعة بعد غسلها. يساعد على انتشار هذه الجريمة نظام العولمة، وتحرير التجارة العالمية، والتقنيات الحديثة، وتورط رجال الأعمال والمؤسسات المالية المصرفية وغير المصرفية وبعض رجال القانون، وشخصيات كبيرة سياسية أو غير سياسية في ارتكاب هذه الجرائم أو المساعدة على انتشارها. وتتميز هذه الجريمة بسرعة تطورها لتواجه التشريعات الوطنية، والتعاون الدولي في هذا المجال لمكافحةها، بابتكار وسائل متعددة منها: النفاذ إلى النظم المصرفية، وأسواق رأس المال، وأنشطة السلع والخدمات، وأنشطة التأمين، وصلات ألعاب القمار، وتجارة الذهب والآثار ومشروعات الاستيراد والتصدير، والكازينوهات، ومكاتب وشركات السياحة، وغسل الأموال إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت.

وإدراكاً من المجتمع الدولي للمخاطر الجسيمة والآثار المدمرة لجريمة غسل

* أستاذ القانون الجنائي بجامعة عين شمس، وأستاذ زائر بجامعة Paris 2 وجامعة Lyon 3. بحث قدم إلى الملتقى الدولي الأول حول تبييض الأموال، الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر يومي: 22 و 23 فبراير 2016.

الأموال، فقد بدأ منذ ثلاثة عقود يواجه هذه الجريمة الخطيرة، فصدرت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار بالمخدرات (اتفاقية فيينا 1988) ونصت على جريمة غسل الأموال، أعقبها اتفاقية المجلس الأوروبي لغسل الأموال (1990)، ثم توجيهات المجموعة الأوروبية حول دور المؤسسات المالية في مكافحة غسل الأموال (1991). ثم أقدمت الدول السبع الصناعية الكبرى على خطوة هامة في هذا المجال بتأسيس "مجموعة العمل المالية الدولية" (G.A.F.I)⁽¹⁾. وهي أكبر وأهم المنظمات نطاقا وتأثيرا في مجال مكافحة غسل الأموال.

وقد وضعت هذه المجموعة أربعين توصية سنة 1990، تمت مراجعتها عام 1996. وقد جاء بهذه التوصيات ضرورة النص في قوانين الدول المختلفة على جريمة غسل الأموال، وتحسين وضع مؤسساتها المالية، وفرض التزامات على العاملين بها تهدف إلى المساعدة على مكافحة هذه الجريمة، وضرورة التعاون الدولي في هذا المجال.

وعملت العديد من دول العالم على تنفيذ هذه التوصيات، ومن تلك الدول مصر، حيث تمت الموافقة من قبل مجلس الشعب المصري على القانون رقم 80 لسنة 2002 بشأن مكافحة غسل الأموال.

وبعد دراسة هذا القانون رأينا أن نقسم البحث إلى: مقدمة، ومباحث أربعة، يعقبا التوصيات. في المبحث الأول عالجتنا سياسة التجريم في مجال غسل الأموال (مفهوم الجريمة، أركان الجريمة) وجاء المبحث الثاني متعلقا بالسياسة الوقائية من الجريمة، حيث أوضحنا ما جاء بالتوصيات الأربعين لمجموعة العمل المالي الدولية (GAFI) التي اتخذها القانون المصري نموذجا يعتد به في هذا المجال، فجاءت السياسة الوقائية فيه متمثلة في: (إنشاء وحدة مكافحة جريمة غسل الأموال، وفرض عدد من الالتزامات على المؤسسات المالية تهدف إلى الوقاية من الجريمة). وجاء عنوان المبحث الثالث: السياسة العقابية لمكافحة جريمة غسل الأموال، بحثنا فيه العقوبات المقررة للأشخاص الطبيعيين، وتلك المقررة للأشخاص المعنوية (أي

(1) - Groupe d'action financière internationale.

الاعتبارية)، فضلا عن حالات انتفاء المسؤولية والإعفاء من العقاب؛ وأخيرا المبحث الرابع المتعلق بالتعاون الدولي لمكافحة جريمة غسل الأموال.

خطة البحث

- المبحث الأول: سياسة التجريم في مجال غسل الأموال.
- المبحث الثاني: السياسة الوقائية من جريمة غسل الأموال.
- المبحث الثالث: السياسة العقابية لمكافحة جريمة غسل الأموال.
- المبحث الرابع: التعاون الدولي لمكافحة جريمة غسل الأموال.

المبحث الأول: سياسة التجريم في مجال غسل الأموال

• تمهيد:

أوصت مجموعة العمل المالي الدولي في توصياتها الأربعين بأنه: «ينبغي على الدول المختلفة تجريم غسل الأموال على أساس اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1988 لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية (اتفاقية فيينا)، واتفاقية الأمم المتحدة لعام 2000 لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (اتفاقية باليرمو)، وينبغي على الدول المختلفة تطبيق جريمة غسل الأموال على كافة الجرائم الخطيرة. كما ينبغي أن يمتد تعريف الجرائم الأصلية المفضية إلى غسل الأموال ليشمل الجرائم التي وقعت في بلد آخر، والتي تعد جريمة في هذا البلد، والتي يمكن أن تشكل جريمة أصلية تفضي إلى غسل الأموال لو ارتكبت محليا». (التوصية الأولى).

وقد استجابت عشرات الدول لهذه التوصيات، ومنها جمهورية مصر العربية، حيث وافق مجلس الشعب المصري على القانون رقم 80 لسنة 2002 بشأن مكافحة غسل الأموال.

أولا : مفهوم الجريمة

وقد جاء بالمادة الأولى (فقرة ب) من القانون المذكور تعريفا لجريمة غسل الأموال وبيان أركانها بأنها: «كل سلوك ينطوي على اكتساب أموال أو حيازتها أو التصرف فيها أو إدارتها أو حفظها أو استبدالها أو إيداعها أو ضمانها أو استثمارها

أو نقلها أو تحويلها أو التلاعب في قيمتها، إذا كانت متحصلة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة (2) من هذا القانون مع العلم بذلك، متى كان القصد من هذا السلوك إخفاء المال أو تمويه طبيعته أو مصدره أو مكانه أو صاحبه أو صاحب الحق فيه أو تغيير حقيقته أو الحيلولة دون اكتشاف ذلك، أو عرقلة التوصل إلى شخص من ارتكب الجريمة المتحصل منها المال».

وتوضح المادة الأولى من هذا القانون الصور المختلفة للنشاط الإجرامي الذي ترتكب بواسطته هذه الجريمة، فضلا عن الغاية من هذا النشاط، وهي: إخفاء المال القدر L'argent Sale⁽¹⁾. أو التمويه على طبيعته أو مصدره، أو مكانه، وصاحبه، أو صاحب الحق فيه، أو تغيير حقيقته أو الحيلولة دون اكتشاف ذلك، أو عرقلة التوصل إلى شخص من ارتكب الجريمة للتوصل منها على المال.

وهذا التعريف للجريمة وبيان أركانها، لا يبتعد عن المحاولات الفقهية لتعريف جريمة غسل الأموال التي تجدد مصدرها في جريمة سابقة. فقد عرفها البعض بأنها نشاط إجرامي يهدف إلى إضفاء المصدر غير المشروع للأموال، من أجل السماح لصاحبها بعد إضفاء شرعية كاذبة عليها من استثمار هذه الأموال أو توظيفها في أنشطة إجرامية أخرى⁽²⁾. وذهب البعض الآخر في تعريف الجريمة بأنها أي تصرف يرتكب من شأنه إيجاد تبرير كاذب لمصدر الأموال الناتجة بطريق مباشر أو غير مباشر عن أنشطة إجرامية، أو يسهم في عملية توظيف أو إخفاء وتحويل هذه العائدات الإجرامية⁽³⁾.

مما سبق يتضح لنا أن تعريف جريمة غسل الأموال يستند على العناصر التالية:

(1) لا تقوم جريمة غسل الأموال إلا إذا سبقها جريمة أخرى يحاول

(1) - J. Pradel: Droit penal général. 20eéd, 18 Août 2014, Cujas. No. 115, p. 99.

(2) - F. Tony et J. P. Labord: Criminalité organisée et blanchiment. Rev. Int. dr. pén. Vol 68, No. 4, 1997. P. 414.

(3) - انظر: الدكتور محمد محي الدين عوض: تطور المكافحة الدولية لغسيل الأموال ومعوقاتهما، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، العدد 33 أبريل 2002 ص 150، انظر كذلك: J.Larguier, F. Conte et S. Fournier: Droit penal spécial 15eéd. 2013, Cujas, p. 247.

الفاعل في جريمة الغسل إخفاء الصفة غير المشروعة للأموال الناتجة عن الجريمة الأولى، فجريمة غسل الأموال من نتائج الجريمة الأولى⁽¹⁾ Une infractin de consequence، فهي تقترب كثيرا من جريمة إخفاء الأشياء المتحصلة من جنابة أو جنحة.

(2) أن جريمة غسل الأموال لا توجد إلا إذا تم إثبات الجريمة الأصلية التي يتم غسل الأموال الناتجة عنها، فجريمة غسل الأموال من توابع الجريمة الأصلية، فلا يقوم بها الفاعل للجريمة الأولى، ومع ذلك فقد توسعت محكمة النقض الفرنسية في مجال تجريم غسل الأموال، وجعلته شاملا للفاعل في الجريمة الأولى⁽²⁾.

(3) إن جريمة غسل الأموال تمثل إحدى صور الجريمة المنظمة على المستوى الدولي، فهي تحتاج إلى مساهمة العديد من الأفراد، ذوي الاختصاص في المسائل المالية وغيرها، وإلى شبكات إجرامية لها صلات مع مؤسسات أو أفراد في دول أخرى.

(4) إن جريمة غسل الأموال فضلا عن تهديدها لاقتصاديات الدول تعمل على نشر الجريمة كما وكيفا، بصورة تعجز معها السلطات المختصة في البلاد المختلفة على مواجهتها بطريقة فعالة، خاصة إذا أخذنا في الاعتبار الفساد الإداري والحكومي المنتشر في العالم كله، والذي يساعد على اتساع مجال هذه الجريمة.

ثانيا: أركان جريمة غسل الأموال

تمثل أركان هذه الجريمة فيما يلي:

- الركن المفترض: الجريمة السابقة.
- المحل المادي: العائد من الجريمة السابقة.
- الركن المادي: السلوك الإجرامي ونتيجته وعلاقة السببية بينهما.

(1) - J. Larguier et d'autres: op. cit. loc. cit.

(2) - Voir: J. Larguier et d'autres: op. cit. p. 247.

- الركن المعنوي: القصد الجنائي بعنصرية العلم والإرادة.
- وتتناول بالتفصيل المناسب هذه الأركان:

الركن المفترض: الجريمة السابقة

- جريمة غسل الأموال تفترض منطقياً وجود جريمة سابقة، ينتج عنها عائد غير مشروع يراد غسله، لإضفاء الصفة المشروعة عليه بطريق الكذب. إذاً الذي يوجد الجريمة الثانية (غسل الأموال)، ويضفي على السلوك الصادر عن الفاعل فيها الصفة الإجرامية هي الجريمة الأولى. ولذا قيل أن جريمة غسل الأموال هي جريمة ناتجة عن الجريمة الأولى (Une infraction de consequence)⁽¹⁾.

ويجب كذلك لتوافر جريمة غسل الأموال أن تثبت الجريمة الأولى (في حق الفاعل أو الفاعلين)، بجميع أركانها. وإذا لم يتم إثبات هذه الجريمة لا تثبت الصفة غير المشروعة لهذه الأموال (argent sale)، وبالتالي تنتفي الجريمة الثانية، لأن عمليات الغسل تتم عادة من خلال أنشطة مشروعة.

- والتساؤل الذي يثور: هل الجريمة السابقة محددة بجريمة معينة، أم بعدد محدد من الجرائم الخطيرة، أم أنها مطلقة تتعلق بأي جناية أو جنحة. الإجابة على هذا التساؤل تختلف ما بين الوضع في الاتفاقيات الدولية، وما عليه الحال في القوانين الوطنية؟

فقد حصرت اتفاقية فيينا لسنة 1988 الجريمة السابقة بأنها تتعلق فحسب بجرائم المخدرات، سواء أكانت متعلقة بإنتاج المخدرات أم بالمؤثرات العقلية أو صنعها أو استخدامها أو تحضيرها أو عرضها للبيع أو توزيعها أو تسليمها بأي وجه كان، أو السمسرة فيها أو إرسالها بطريق العبور أو نقلها أو استيرادها أو تصديرها (المادة 3 من الاتفاقية).

وإذا كانت العوائد الناتجة عن الاتجار بالمخدرات تمثل أعلى نسبة من الأموال محل جريمة غسل الأموال، إلا أنه لا يمكن قصر نطاق الجريمة على تلك الأموال

(1) - J. Languier et d'autres: op. cit. p. 247.

الناجمة من الأنشطة المتعلقة بالمخدرات لصعوبة إثبات أن هذا المال محل الغسل ناتج عن الاتجار غير المشروع بالمخدرات. فضلا عن ضرورة إثبات أن المتهم في جريمة غسل الأموال كان يعلم أن هذا المال ناتج عن الاتجار غير المشروع بالمخدرات. يضاف إلى ذلك أنه إذا ثبت أن المال محل الغسل كان ناتجا عن جريمة أخرى غير الاتجار بالمخدرات فهل نتركها دون عقاب⁽¹⁾؟

لهذه الاعتبارات مجتمعة فقد اتجهت التشريعات الداخلية إلى طريقتين لتوسيع مجال التجريم بالنسبة لغسل الأموال القذرة: الأول: النص على عدد من الجرائم الخطيرة، يمثل غسل عائدها جريمة مستقلة (غسل الأموال)، وقد اتبع القانون البلجيكي والمصري هذا الطريق. ولا يفوتنا أن ننوه أن هذا الاتجاه قد استجاب لتوصية مجموعة العمل المالي الدولي (GAFI) التي رأت ضرورة تجريم غسل الأموال المتحصلة من كل أو بعض الجرائم الجسيمة أو من كل الجرائم التي يتولد عنها عائدات مالية كبيرة.

وقد سلكت المادة الثانية من القانون المصري رقم 80 لسنة 2002 بشأن غسل الأموال هذا الطريق فنصت على أنه تخضع الأموال المتحصلة من الجرائم الآتية لأحكامه:

- جرائم زراعة وتصنيع النباتات والجواهر المخدرة وجلبها وتصديرها والاتجار فيها.
- جرائم اختطاف وسائل النقل واحتجاز الأشخاص.
- الجرائم التي يكون الإرهاب - بالتعريف الوارد بالمادة 86 من قانون العقوبات - أو تمويله من بين أغراضها أو من وسائل تنفيذها.
- جرائم استيراد الأسلحة والذخائر والمفرقات والاتجار فيها وصنعها بغير ترخيص.
- الجرائم المنصوص عليها في الأبواب الأول والثاني والثالث والرابع والخامس

(1) - قارن الدكتور محمد عبد اللطيف: جريمة غسل الأموال ووسائل مكافئتها في القانون المصري، دار النهضة العربية، 2003، ص 25.

عشر والسادس عشر من الكتاب الثاني من قانون العقوبات.

- جرائم سرقة الأموال واغتصابها.
- جرائم الفجور والدعارة.
- الجرائم الواقعة على الآثار، والجرائم البيئية المتعلقة بالمواد والنفائات الخطرة.
- الجرائم المنظمة التي يشار إليها في الاتفاقيات الدولية، التي تكون مصر طرفاً فيها، بشرط أن يكون معاقبا عليها في كلا القانونين المصري والأجنبي.
- جرائم النصب وخيانة الأمانة: المضافة بالقانون رقم 78 لسنة 2003.

وإذا كان المشرع المصري قد ذكر العديد من الجرائم التي تكون عائداتها مصدراً لجريمة غسل الأموال، إلا أن سياسته متقدمة في هذا المجال، نظراً للتطور المستمر في الجريمة المنظمة، واتساع نطاق جريمة غسل الأموال الخادمة لها بإضفاء صفة مشروعة على عائداتها غير المشروعة. فضلاً عن ذلك فإن التحديد الحصري للجرائم التي تكون عائداتها محلاً لجريمة غسل الأموال يؤدي إلى إسقاط العديد من الجرائم التي تظهر مستقبلاً. وقد صدقت هذه الرؤيا لأن المشرع المصري اضطر في العام التالي لصدور القانون رقم 80 لسنة 2002، إلى إصدار القانون رقم 78 لسنة 2003 لإضافة جرمي النصب وخيانة الأمانة إلى قائمة الجرائم المذكورة بالمادة الثانية من القانون. وإذا كان وزير العدل قد عقب أثناء مناقشة المادة الثانية بمجلس الشعب بقوله إن: «المشروع تخيير الجرائم الخطيرة محل الاهتمام الدولي، ولو كانت من الجرح ما دامت العبرة فيها بما يتحصل منها من أموال يرد عليها الغسل... وهذا منهج دولي...»⁽¹⁾.

ولو ترجمت العبارات السابقة من قبل وزير العدل المصري إلى صياغة تشريعية محكمة للمادة الثانية، لوصلنا إلى ما وصل إليه المشرع الفرنسي بالقانون رقم 392 لسنة 1996، الذي جرم غسل الأموال الناتجة عن أي جنائية أو جنحة⁽²⁾ فجعل منها جريمة عامة⁽³⁾. وهذه السياسة الجنائية الحكيمة تسهل عملية إثبات جريمة غسل

(1) - انظر مضبطة مجلس الشعب رقم 75، في 2002/5/18، ص 51.

(2) - Art 324, ets. C. pén.

(3) - Voir: M. Culioli: Infraction générale de blanchiment. Juris-Classeur pén. 1997, art 324 – 1 à 324 - 9. Fasc. 10 p. 3.

الأموال، وتحاصر العصابات الإجرامية صاحبة الجريمة الأولى، وتحرمها من عائد جرائمها، وبالتالي تضعف من قوتها الضاربة في كل أنحاء العالم.

يضاف إلى ما تقدم أن هذا الاتجاه يقترب مما أوصت به مجموعة العمل المالي الدولي (GAFI) حينما أوصت بضرورة تجريم غسل الأموال المتحصلة من الجرائم الجسيمة، أو من كل الجرائم التي يتولد معها عائدات مالية كبيرة.

المحل المادي للجريمة (العائد من الجريمة السابقة)

لجريمة محل مادي ومحل قانوني. ففي جريمة القتل العمد مثلا: المحل المادي للجريمة هو إنسان على قيد الحياة، والمحل القانوني هو الحق في الحياة، وفي جريمة السرقة محلها المادي المال المنقول، ومحلها القانوني الحق في الملكية.

والمحل المادي لجريمة غسل الأموال يتمثل في عائد الجريمة الاصلية، أو الثمار غير المشروعة الناتجة عن النشاط الإجرامي للجريمة السابقة. وقد ورد بنص المادة الأولى من اتفاقية المجلس الأوروبي التي عقدت في استراسبورج في الثامن من نوفمبر سنة 1990 تعريفا للعائد 'Produit': وهو كل مزية اقتصادية مستمدة من الجرائم الجنائية". كذلك فقد عرفت الاتفاقية الجريمة الأصلية 'Infraction principale' بأنها أية جريمة جنائية يتولد عنها عائدات، يمكن أن تكون محلا لجريمة من جرائم غسل الأموال المنصوص عليها بالمادة السادسة من الاتفاقية.

وفي القانون المصري رقم 80 لسنة 2002، يعد المحل المادي لجريمة غسل الأموال كل عائد ناتج عن أية جريمة من الجرائم الواردة في المادة الثانية فيه على سبيل الحصر، فإذا ظهر للجهات الرقابية، أو جهة إجراء التحريات أن غسل الأموال تتعلق بجريمة لم تنص عليها المادة الثانية، هنا وإعمالا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فإن الجاني سيفلت من العقاب، ويضار المجتمع من جراء ذلك، بسبب ذكر عدد من الجرائم الأصلية بالمادة الثانية، دون جعل جريمة غسل الأموال جريمة عامة محلها العائد الناتج عن أية جنائية أو جنحة، كما صنع المشرع الفرنسي في القانون رقم 392 لسنة 1996.

والعائد محل التوظيف في جريمة غسل الأموال يستوي أن يكون عائدا مباشرا أو غير مباشر من الجرائم المنصوص عليها في المادة الثانية من القانون (المادة 1) - (د).

ويقصد بالأموال محل جريمة غسل الأموال كما جاء بالمادة الأولى (أ) من القانون: العملات الوطنية والعملات الأجنبية، والأوراق المالية، والأوراق التجارية، وكل ذي قيمة من عقار أو منقول مادي أو معنوي، وجميع الحقوق المتعلقة بأي منها، والصكوك والمحترات المثبتة لكل ما تقدم.

الركن المادي للجريمة:

يتمثل الركن المادي لأي جريمة في السلوك الإجرامي والنتيجة المترتبة عليه وعلاقة السببية التي تربط بينهما، مع استثناء الجرائم الشكلية (Infractions formelles) حيث لا تعد النتيجة الضارة عنصرا في الركن المادي في هذه الجرائم.

وإذا نظرنا إلى السلوك الإجرامي في جريمة غسل الأموال في القانون المصري، نجد أن المادة الأولى الفقرة (ب) قد نصت على أنه: «كل سلوك ينطوي على اكتساب أموال، أو حيازتها أو التصرف فيها، أو حفظها، أو استبدالها، أو إيداعها، أو ضمانها، أو استثمارها، أو نقلها، أو تحويلها، أو التلاعب في قيمتها إذا كانت متحصلة من الجرائم المنصوص عليها في المادة الثانية من هذا القانون»⁽¹⁾.

هذه الصور للسلوك المادي للجريمة تكاد تحصي أوجه السلوك الإجرامي لجريمة غسل الأموال، وقد تخبرنا الأيام القادمة بصور أخرى تفتقت عنها أذهان هذه العصابات الإجرامية المنظمة؛ نظرا لاستعانتها بخبراء المال، وبعض رجال القانون على درجة عالية من الكفاءة، واستخدامها لأحدث الوسائل التكنولوجية الحديثة في ارتكابها للجرائم وإخفاء عائداتها، فإذا حدث الجديد في السلوك الإجرامي فيجب على

(1) - الركن المادي في القانون الفرنسي يتخذ صورتين:

- La fait de faciliter par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit.
- Le fait d'apporter son concours à une opération de placement, de dissimulation, ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit. (Art 324, C. pén).

المشرع أن يتدخل لتجريمه.

بل إن المادة الثانية أضافت صوراً أخرى للسلوك الإجرامي بنصها على أنه متى كان القصد من هذا السلوك إخفاء المال أو تمويه طبيعته أو مصدره أو مكانه أو صاحبه أو صاحب الحق فيه، أو تغيير حقيقته أو الحيلولة دون اكتشاف ذلك، أو عرقلة التوصل إلى شخص من ارتكب الجريمة المتحصل منها المال.

والنتيجة الضارة المترتبة على السلوك الإجرامي لهذه الجريمة هو تبييض أو تنظيف أو غسل هذه الأموال أو الممتلكات من القذارة التي لحقت بها بحسبانها ثرة غير مشروعة للجريمة الأصلية، وإضفاء مشروعية كاذبة عليها. أما عن علاقة السببية بين النشاط والنتيجة فهي واضحة، فلولا قيام الجريمة الأولى وما نتج عنها من أموال وأصول غير مشروعة لما قامت الجريمة الثانية - غسل الأموال -، ولما حدثت النتيجة الضارة الناجمة عن جريمة غسل الأموال والأصول التي تجد مصدرها في الجريمة.

الركن المعنوي للجريمة

جريمة غسل الأموال جريمة عمدية يلزم لا اكتمالها توافر القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة، والعلم الواجب توافره هو علم مزدوج: فيجب أن يعلم الجاني أولاً بأن العائد الذي يريد غسله مصدره جريمة من الجرائم المذكورة في القانون. ويجب من ناحية أخرى أن يعلم بأن السلوك الذي يرتكبه غير مشروع، حيث يعد جريمة، وأن تتجه إرادته إلى ارتكاب السلوك، والوصول إلى النتيجة المترتبة عليه.

وقد نصت اتفاقية فيينا لسنة 1988 صراحة على ضرورة توافر الركن المعنوي للجريمة بقولها: «أن يكون الفعل قد ارتكب عمداً»، وفي موضع آخر من نفس النص تنص على أنه: «مع العلم بأنها مستمدة من جريمة»، وأضافت كذلك في نفس المادة أنه: «مع العلم وقت تسلمها بأنها مستمدة نص جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية».

وليستفاد من نص المادة الأولى من قانون مكافحة غسل الأموال في مصر في

الفقرة (ب) الركن المعنوي للجريمة وهو العمد، حينما قررت أن المال محل جريمة غسل الأموال يجب أن يكون متحصلا من جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة (2) من هذا القانون مع العلم بذلك، متى كان القصد من هذا السلوك...». والنص هنا واضح في اشتراط توافر العنصر الأول من القصد الجنائي وهو العلم، بل وضرورة العنصر الثاني وهو الإرادة، حيث عبرت المادة عنها بلفظ «متى كان القصد».

ومن الضروري أن يكون العلم سابقا على النشاط الإجرامي أو على الأقل معاصر له، أما العلم اللاحق على ارتكاب الجريمة فإنه ينفي القصد.

المبحث الثاني: السياسة الوقائية من جريمة غسل الأموال

توصي السياسة الجنائية المعاصرة بتقديم السياسة الوقائية على العقابية فيما يتعلق بمواجهة الجريمة، إلى الحد الذي ترى هذه السياسة أن قانون العقوبات يجب أن يكون آخر خطوط الدفاع ضد الجريمة.

وتؤدي السياسة الوقائية الهادفة إلى منع وقوع جرائم غسل الأموال دورا فعالا في هذا المجال، يجب أن يتقدم على السياسة العقابية، فالوقاية خير من العلاج.

وقد أولت توصيات مجموعة العمل المالي الدولية (GAFI) هذا الدور الوقائي اهتماما كبيرا فقد جاءت في توصيتها الثالثة (ب) بيان للإجراءات التي يتعين على المؤسسات المالية، والمشروعات والمهنة غير المالية اتخاذها لمنع غسل الأموال وتمويل الإرهاب. من هذه الإجراءات:

- العناية الواجبة في التحقق من هوية العملاء وإمساك السجلات: فنصت على أنه يتعين على المؤسسات المالية عدم الاحتفاظ بحسابات مجهولة الأسماء أو بأسماء مستعارة.

- ويتعين على المؤسسات المالية اتخاذ إجراءات التحقق من هوية العملاء عند إقامة علاقات العمل، وعند إجراء المعاملات العارضة، وعند توافر الشك في حدوث غسل أموال أو تمويل الإرهاب.

- تحديد هوية العميل من خلال وثائق أو معلومات من مصدر مستقل.

- تحديد المالك المستفيد والتأكد من ذلك.
- الحصول على معلومات تتعلق بالغرض من علاقة العمل وطبيعتها.
- يتعين على المؤسسات المالية التحقق من هوية المالك المستفيد قبل وأثناء إقامة علاقة العمل أو إجراء المعاملات.
- يتعين على المؤسسات المالية أن تولي اهتماما خاصا بأي أخطار متعلقة بغسل الأموال التي تكمن في التكنولوجيا الجديدة والمتطورة التي قد تتيح عدم ذكر الهوية، وأن تتخذ عند الاقتضاء إجراءات لمنع استخدام تلك التكنولوجيا في مخططات غسل الأموال.

وبشأن السياسة الوقائية في القانون المصري لمنع وقوع جريمة غسل الأموال تقوم على:

- أولا: إنشاء وحدة مكافحة غسل الأموال.
 - ثانيا: التدابير المفروضة على المؤسسات المالية للوقاية من الجريمة.
- ونفصل ذلك فيما يلي:

أولا: إنشاء وحدة مكافحة غسل الأموال

بموجب القانون رقم 80 لسنة 2002، فقد تم إنشاء وحدة خاصة لمكافحة غسل الأموال، منصوص عليها في المادة الثالثة من القانون، وتنظم المواد التي تليها كيفية مباشرة الوحدة لمهامها.

فقد نصت المادة (3) من القانون على أنه: «تتشأ بالبنك المركزي وحدة مستقلة ذات طابع خاص لمكافحة غسل الأموال تمثل فيها الجهات المعنية، وتبولى الاختصاصات المنصوص عليها في القانون».

ونوضح حسبما هو منصوص عليه في القانون طبيعة هذه الوحدة وتشكيلها، واختصاصاتها.

- وحدة مكافحة غسل الأموال وحدة مستقلة ذات طابع خاص تابعة للبنك المركزي، يلحق بها عدد كاف من الخبراء والمتخصصين في المجالات المتعلقة بتطبيق

أحكام هذا القانون وتزود من يلزم من العاملين المؤهلين والمدربين. (م3). •

• يُصدر رئيس الجمهورية قراراً بتشكيل الوحدة ونظام إدارتها ونظام العمل بها، دون التقيد بالنظم المعمول بها في الحكومة والقطاع العام وقطاع الأعمال العام. (م3). •

• اختصاصات الوحدة:

(أ) تختص الوحدة بتلقي الإخطارات الواردة من المؤسسات المالية عن العمليات التي يشتبه في أنها تتضمن غسل الأموال وعلى الوحدة إنشاء قاعدة بيانات لما يتوفر لديها من معلومات، وأن تضع الوسائل الكفيلة بإتاحتها للسلطات القضائية وغيرها من الجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون، وكذلك تبادل هذه المعلومات والتنسيق مع الجهات الرقابية في الدولة، ومع الجهات المختصة في الدول الأجنبية والمنظمات الدولية. (م4). •

(ب) تتولى الوحدة أعمال التحري والفحص عما يرد إليها من إخطارات ومعلومات في شأن العمليات التي يشتبه في أنها تتضمن غسل أموال، وتقوم بإبلاغ النيابة العامة بما يسفر عنه التحري من قيام دلائل على ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون. وللوحدة أن تطلب من النيابة العامة اتخاذ التدابير التحفظية على النحو المبين في المادة 208 مكرراً من قانون الإجراءات الجنائية. •

(ج) ومن صلاحيات الوحدة القيام بأعمال التحري والفحص لدى المؤسسات غير ملتزمة بسرية الحسابات في البنوك (م5). وقد صدر القانون رقم 88 لسنة 2003 بإصدار قانون البنك المركزي والنقد حيث نص في المادة 3/5 منه على أن "تسري على جريمة غسل الأموال أحكام الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون رقم 105 لسنة 1990 في شأن سرية الحسابات بالبنوك المضافة بالقانون رقم 97 لسنة 1992. ومنذ عام 1992 أصبح بمقتضى هذا القانون من حق النائب العام أو أحد المحامين العاملين الأول أن يأمر بالاطلاع أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بحساب العملاء أو ودائعهم أو أماناتهم أو خزائنتهم أو المعاملات المتعلقة بها، إذا اقتضى ذلك كشف الحقيقة في جريمة تتعلق بمكافحة الإرهاب. وله حق الاطلاع بمجرد أن تكون هناك تحريات بشأن هذه الجرائم،

ويسري ذلك على جرائم غسل الأموال بمجرد وجود اشتباه يتعلق بوقوع الجريمة⁽¹⁾.
فإسقاط السرية عن الحسابات في جرائم الإرهاب وغسل الأموال أصبح منوطاً
بالتائب ومن يفوضه من المحامين العاملين الأول.

(د) ولتيسير مهمة العاملين بالوحدة المحددين بقرار وزير العدل بناء على طلب
محافظ البنك المركزي، فقد أضحى القانون عليهم صفة الضبطية القضائية بالنسبة
للجرائم المنصوص عليها في هذا القانون والمتعلقة بأعمالهم.

ثانياً: التدابير المفروضة على المؤسسات المالية للوقاية من الجريمة

فرض القانون على المؤسسات المالي بمقتضى المادتين 8، 9 منه الالتزامات
الآتية:

(1) ضرورة التحقق من هوية العملاء: تؤكد الاتفاقيات الدولية على
ضرورة التحقق من هوية العملاء كأحد وسائل الوقاية من جريمة غسل الأموال،
ومنها توصيات مجموعة العمل المالية الدولية (GAFI).

وقد نصت المادة الثامنة من قانون مكافحة غسل الأموال في مصر على هذا
الالتزام بقولها: تلتزم المؤسسات المالية بوضع النظم الكفيلة بالحصول على بيانات
التعرف على الهوية والأوضاع القانونية للعملاء المستفيدين الحقيقيين من الأشخاص
الطبيعيين، والأشخاص الاعتبارية، وذلك من خلال وسائل إثبات رسمية، وعرفية
مقبولة، وتسجيل بيانات هذا التعرف.

وتضيف المادة السابقة بأنه لا يجوز لهذه المؤسسات المالية فتح حسابات أو
ربط ودائع أو قبول أموال أو ودائع مجهولة، أو بأسماء صورية أو وهمية.

وما سبق يعد تطبيقاً لقاعدة "اعرف عميلك والمعمول بها في المؤسسات المالية
لدول الاتحاد الأوروبي، تنفيذاً للتوجيه الأوروبي الصادر في 10 يونيو سنة 1991
بشأن منع استخدام النظام المالي لأغراض غسل الأموال المشبوهة.

(1) - قارن الدكتور محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 133.

(2) حفظ السجلات الخاصة بالمعاملات: وقد جاء النص على هذا الالتزام بالمادة التاسعة من القانون بقولها: تلتزم المؤسسات المالية بإمسك سجلات ومستندات لقيدها ما تجر به من عمليات، تتضمن البيانات الكافية للتعرف على هذه العمليات، وعليها أن تحتفظ بهذه السجلات والمستندات وسجلات بيانات العملاء والمستفيدين المشار إليها في المادة (8) من هذا القانون لمدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ انتهاء التعامل مع المؤسسة أو من تاريخ قفل الحساب، وعليها تحديث هذه البيانات بصفة دورية.

وتضيف المادة التاسعة في عجزها أنه يجوز للمؤسسات الاحتفاظ بالمدة المذكورة بالصور المصغرة (الميكروفيلمية) بدلاً من الأصل، ويكون تلك الصور حجية الأصل في الإثبات.

والحكمة من حفظ السجلات أو صحتها المادة التاسعة لكي تكون تحت تصرف السلطات القضائية والجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون عند طلبها أثناء الفحص والتحري وجمع الاستدلالات أو التحقيق أو المحاكمة في أي من الجرائم الخاضعة لهذه الأحكام.

والاحتفاظ بالسجلات وتحديثها جاء إعمالاً للتوصية رقم (14) من توصيات مجموعة العمل المالية الدولية (GAFI).

(3) التزام العاملين بالمؤسسات المالية بالإبلاغ عن العمليات التي تتضمن شبهة غسل أموال: نصت على هذا الالتزام المادة الثامنة بقولها: تلتزم المؤسسات المالية بإخطار الوحدة عن العمليات المالية التي يشبه في أنها تتضمن غسل أموال. ولتشجيع العاملين بهذه المؤسسات على هذا الإبلاغ فقد نصت المادة العاشرة على انتفاء المسؤولية الجنائية بالنسبة لمن قام بواجب الإخطار إذا كان حسن النية، وتنتفي كذلك مسؤوليته المدنية إذا كان الاعتقاد بقيام هذا الاشتباه مبني على أسباب معقولة.

وكما نأمل أن يضع المشرع معياراً تتحقق به من كون العملية تحمل شبهة غسل الأموال، مثلها صنعت التوصية رقم 11 من التوصيات الأربعين لمجموعة العمل

المالي الدولي (G.A.F.I.) بقولها: «يتعين على المؤسسات المالية إيلاء اهتمام خاص لجميع المعاملات المعقدة والكبيرة الحجم على غير العادة وجميع أنماط المعاملات غير المعتادة التي لا يكون لها عائد اقتصادي ظاهر أو غرض مشروع جلي، ويتعين فحص خلفية تلك العمليات والغرض منها قدر الإمكان، وإتاحة ما يتم التوصل إليه من نتائج في صورة مكتوبة لمساعدة السلطات المختصة ومراجعي الحسابات»⁽¹⁾.

المبحث الثالث: السياسة العقابية لمكافحة جريمة غسل الأموال

بجانب السياسة الوقائية من جريمة غسل الأموال، نصت الاتفاقيات الدولية، والتوصيات الأربعون لمجموعة العمل المالية الدولية، وكذلك القوانين الداخلية على ضرورة وضع عقوبات فعالة ورادعة ومتناسبة مع الجريمة المرتكبة.

وبالرجوع إلى نصوص القانون المصري بشأن مكافحة غسل الأموال يمكننا تقسيم هذه العقوبات إلى نوعين: الأول مقرر للأشخاص الطبيعيين، والثاني يتعلق بالأشخاص الاعتباريين، ونختتم هذا المبحث ببيان حالات الإعفاء من العقاب.

أولاً- العقوبات المقررة للأشخاص الطبيعيين:

يمكن تقسيم هذه العقوبات إلى طائفتين: الأولى مقررة للفاعل في جريمة غسل الأموال، والثانية مقررة لمن يخالف بعض الالتزامات التي تفرضها المواد 8، 9، 11 من القانون.

• العقوبات المقررة للفاعل في جريمة غسل الأموال:

تم النص على هذه العقوبات في المادة (14) من القانون. ويمكن تقسيم هذه العقوبات إلى أصلية وتكميلية وجوبية.

(أ) العقوبات الأصلية: تتمثل في السجن والغرامة، وهي مقررة للفاعل الأصلي، ولمن شرع في ارتكاب الجريمة حيث تنص المادة (14) على أن: "يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز سبع سنوات وبغرامة تعادل مثلي الأموال محل الجريمة، كل

(1) - راجع الدكتور شريف بسيوني: المرجع السابق، ص 159.

من ارتكب أو شرع في ارتكاب جريمة غسل الأموال المنصوص عليها في المادة الثانية من هذا القانون".

(ب) العقوبات التكميلية الوجوبية: تتمثل في المصادرة والغرامة الإضافية. وقد جاء النص على هاتين العقوبتين التكميليتين في المادة 2/14 من القانون، ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأموال المضبوطة، أو بغرامة إضافية تعادل قيمتها في حالة تعذر ضبطها أو في حالة التصرف فيها إلى الغير حسن النية.

يتضح من النص السابق أن المصادرة تقتصر على الأموال موضوع جريمة الغسل، ولا تشمل على الأموال الناتجة عن الجريمة الأصلية، وهذا نقص في التشريع يجب تلافيه، لأن الهدف هو مكافحة الجريمة الأصلية من خلال جريمة غسل الأموال. وقد أقدمت بعض الدول على سد هذا النقص ومنها "لوكسمبورج" فددت نطاق المصادرة إلى الأموال المتحصلة من الجريمة الأصلية⁽¹⁾.

فضلا عن المصادرة فقد أضافت المادة (14) من القانون عقوبة تكميلية وجوبية تتمثل في غرامة تكميلية تعادل قيمتها قيمة الأموال المضبوطة في حالتين: الأولى إذا تعذر ضبط هذه الأموال، والثانية إذا تم التصرف في هذه الأموال إلى الغير حسن النية.

• العقوبات المقررة لمن يخالف الالتزامات المنصوص عليها في هذا القانون:

تنص على هذه العقوبات المادة 15 من القانون: "يعاقب بالحبس وبالغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف أيا من أحكام المواد (8، 9، 11) من هذا القانون. وبالرجوع إلى هذه المواد نجد أنها تتعلق بالالتزامات الواقعة على المؤسسات المالية لمكافحة جريمة غسل الأموال وتتمثل في: (الالتزام بإخطار وحدة مكافحة غسل الأموال عن العمليات المشبوهة (م 8)؛ والالتزام بإمسك السجلات والمستندات لقيود العمليات التي تجريها (م 9)؛ والالتزام بعدم الإفصاح للعميل أو المستفيد أو لغير السلطات والجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون عن أي إجراء من

(1) - F, Thong et J-P. Laborde: op. cit., p. 28.

إجراءات الإخطار أو التحري أو الفحص التي تتخذ في شأن المعاملات المالية المشتبه في أنها تتضمن غسل أموال، أو عن البيانات المتعلقة بها (م 11).

ثانياً: العقوبات المقررة للأشخاص الاعتباريين

حتى الآن لم يتقرر المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري (أي المعنوي) *Personne morale* كمبدأ عام في القانون المصري، ولكن ورد النص عليها في بعض القوانين المتفرقة⁽¹⁾، إذا ارتكبت الجريمة من أحد العاملين به باسم الشخص المعنوي وحسابه، وتمت إدانة المتهم، فهي مسؤولية تبعية غير مباشرة. ومع ذلك فقد ورد في القانون رقم 281 لسنة 1994 المعدل للقانون رقم 48 لسنة 1941 بشأن قمع الغش والتدليس نص المادة 16 مكرراً (أ)، الذي يقرر المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي استقلالا عن مسؤولية أحد العاملين به. وقد جاء هذا النص على النحو التالي: "دون إخلال بمسؤولية الشخص الطبيعي المنصوص عليها في هذا القانون، يسأل الشخص المعنوي جنائياً عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون إذا وقعت لحسابه أو باسمه بواسطة أحد أجهزته أو ممثليه أو أحد العاملين لديه. ويحكم على الشخص المعنوي بغرامة تعادل مثل الغرامة المعاقب بها عن الجريمة التي وقعت. ويجوز للمحكمة أن تقضي بوقف نشاط الشخص المعنوي المتعلق بالجريمة لمدة لا تزيد على سنة، وفي حالة العود يجوز الحكم بوقف النشاط لمدة لا تزيد على خمس سنوات، أو بإلغاء الترخيص في مزاولة النشاط نهائياً".

هذا النص يصلح كمبدأ عام للمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، نأمل من المشرع المصري أن يعممه ويضعه في نطاق المبادئ العامة للمسؤولية الجنائية كما صنع المشرع الفرنسي⁽²⁾.

(1) - من هذه القوانين: القانون رقم 148 لسنة 2001 بشأن التمويل العقاري، والقانون رقم 88 لسنة 2003 بإصدار قانون البنك المركزي، والقانون رقم 80 لسنة 2002 المعدل بالقانون رقم 78 لسنة 2003 بشأن مكافحة جريمة غسل الأموال.

(2) - في قانون العقوبات الفرنسي الجديد (N.C.P.) الصادر في 22 يوليو 1992، المعمول به ابتداء من أول مارس سنة 1994 (المادة 121-2).

وفي مجال غسل الأموال فقد تقررت المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي بمقتضى نص المادة 16 من القانون، حيث تنص على أنه: "في الأحوال التي ترتكب فيها الجريمة بواسطة شخص اعتباري يعاقب المسؤول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري المخالف بذات العقوبات المقررة عن الأفعال التي ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون، إذا ثبت علمه بها. وكانت الجريمة قد وقعت بسبب إخلاله بواجبات وظيفته. ويكون الشخص الاعتباري مسؤولاً بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات إذا كانت الجريمة التي وقعت بالمخالفة لأحكام هذا القانون قد ارتكبت باسم الشخص المعنوي ولصالحه".

وتفسير هذا النص يتم على النحو التالي:

من ناحية هناك المسؤولية الجنائية الشخصية للشخص الطبيعي الذي يعمل لدى الشخص المعنوي، عن الجرائم التي ترتكب بالمخالفة لقانون مكافحة غسل الأموال، ومن ناحية أخرى لكي يسأل الشخص المعنوي عن الجريمة التي ارتكبها الشخص الطبيعي يجب توافر الشروط التالية: (أ) أن يكون الشخص الطبيعي (المتهم) مسؤولاً عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري المخالف، (ب) أن يتوافر القصد الجنائي لدى المتهم (إذا ثبت علمه بها)؛ (ج) أن تكون الجريمة قد وقعت بسبب إخلال المتهم بواجبات وظيفته، (د) أن تتم معاقبة الشخص الطبيعي بحكم نهائي، (هـ) أن تكون الجريمة التي وقعت قد ارتكبت باسم الشخص المعنوي ولصالحه.

وقد اكتفى القانون بتوقيع عقوبة غير رادعة على الشخص المعنوي تتمثل مسؤوليته بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات.

ونقول عقوبة غير رادعة وغير فعالة، وغير مجدية، لأنها لا تتضمن وقف نشاط الشخص المعنوي لمدة معينة، أو حله عند الضرورة، نظراً لخطورة جريمة غسل الأموال والآثار الكارثية المترتبة عليها، خاصة إذا أخذنا في الاعتبار أن هناك أشخاصاً معنوية يتم إنشاؤها خصيصاً لتباشر أنشطة غسل الأموال القدرة، أو تكون هذه الجريمة من أنشطتها الرئيسية.

ثالثاً: حالات انتفاء المسؤولية أو الإعفاء من العقاب

• **انتفاء المسؤولية الجنائية والمدنية:** وفقاً لنص المادة العاشرة من القانون تنتفي المسؤولية الجنائية بالنسبة إلى كل من قام بحسن نية بواجب الإخطار عن أي من العمليات المشتبه فيها الخاضعة لأحكام هذا القانون، أو بتقديم معلومات أو بيانات عنها بالخالف للقواعد المفروضة لضمان سريتها، كذلك تنتفي المسؤولية المدنية لهذا الشخص إذا كان اعتقاده بقيام هذا الاشتباه مبني على أسباب معقولة.

وانتفاء المسؤولية الجنائية والمدنية في هذه الحالة يتضمن تشجيعاً للعاملين بالمؤسسات المالية على الإبلاغ عن الحالات التي يشبته في أنها تتضمن غسل الأموال القذرة.

• **حالات الإعفاء من العقاب:** تنص المادة الرابعة عشرة من القانون على أنه "يعفى من العقوبات الأصلية المقررة في المادة (14) من هذا القانون كل من بادر من الجناة بإبلاغ الوحدة أو أي من السلطات المختصة بالجريمة قبل العلم بها، فإذا حصل الإبلاغ بعد العلم بالجريمة تعين للإعفاء أن يكون من شأن الإبلاغ ضبط باقي الجناة أو الأموال محل الجريمة⁽¹⁾. يتضح من هذا النص ما يلي:

فمن ناحية أن هذا الإعفاء من العقوبات لا يشمل إلا العقوبات الأصلية: السجن والغرامة النسبية، فلا يشمل المصادرة أو الغرامة الإضافية، وإلا لانتقل هدف المشرع إلى نقيضه بمعنى أن يفلت المجرم من العقاب ويحفظ بالأموال محل جريمة الغسل، وهذا الأمر يباه المنطق ولا يتفق مع السياسة الجنائية الرشيدة.

ومن ناحية أخرى هذا الإعفاء قاصر على مرتكبي جريمة غسل الأموال فحسب.

(1) - قال وزير العدل أثناء مناقشة مشروع القانون أمام مجلس الشعب تبريراً لهذا الإعفاء ما يلي: "إن طبيعة جرائم غسل الأموال أن تتم في الخفاء وارتكابها عادة عصابات إجرامية خطيرة، والسياسة الجنائية الحقيقية تبرر تقرير مثل هذه المكافأة حتى تشجع على الإبلاغ عن الجرائم، وشق صفوف العصابات الإجرامية وإحباط نشاطها لإنجاح ملاحقتهم وتعقبهم" مضطمة المجلس، الجلسة 77 في 2002/5/19، ص 53، مذكور في: الدكتور محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، الحاشية رقم 3، ص 184.

فضلا عن ذلك فانه هذا الإعفاء من العقاب قاصر على حالتين: الأولى: إذا وقع الإبلاغ قبل علم السلطات المختصة بالجريمة. وهذه السلطات تقدر مدى صحة وكفاية المعلومات التي تضمنها الإبلاغ، في حدها الأدنى يجب أن تشمل الأموال محل جريمة الغسل، ومصدرها غير المشروع، والكيفية التي تم بها غسلها. والحالة الثانية: الإبلاغ عن الجريمة بعد علم السلطات بها، ولا يستفيد المبلغ من الإعفاء من العقاب إلا إذا أدى هذا الإبلاغ إلى ضبط باقي الجناة، أو ضبط الأموال محل الجريمة.

المبحث الرابع: التعاون الدولي لمكافحة جريمة غسل الأموال

لا يكفي تجريم غسل الأموال في القوانين الوطنية، بل لا بد من تعاون دولي فعال بين الدول المختلفة لمواجهة عصابات الإجرام المنظم ذات الطابع الدولي، وقدراتها غير العادية في غسل الأموال القذرة الناجمة عن جرائمها. فالجريمة الدولية لا بد أن يقابلها تعاون دولي للحد من انتشارها تمهيدا للقضاء عليها وفقا لأقصى الفروض تفاعلا، لأن القضاء عليها من قبيل أحلام اليقظة !!

وقد نص القانون المصري رقم 80 لسنة 2002 بشأن مكافحة جريمة غسل الأموال على هذا التعاون بين مصر وبين الدول الأخرى التي ترتبط معها باتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أو وفقا لمبدأ المعاملة بالمثل. وقد جاء النص على هذا التعاون في المواد 18، 19، 20 من القانون المذكور.

• النصوص القانونية:

• مادة (18): «تبادل الجهات القضائية المصرية مع الجهات القضائية الأجنبية التعاون القضائي في مجال غسل الأموال، وذلك بالنسبة إلى المساعدات والإنبات القضائية، وتسليم المتهمين والمحكوم عليهم والأشياء، وذلك كله وفق القواعد التي تقررها الاتفاقيات الثنائية أو متعددة الأطراف التي تكون مصر طرفا فيها، أو وفقا لمبدأ المعاملة بالمثل».

• مادة 19: ويكون للجهات المشار إليها في المادة (18) من هذا القانون أن تطلب - على وجه الخصوص - اتخاذ الإجراءات القانونية لتعقب أو تجميد الأموال

موضوع جرائم غسل الأموال أو عائداتها أو المحجز عليها، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية.

• مادة 20: يجوز للجهات القضائية المصرية المختصة أن تأمر بتنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية المختصة بمصادرة الأموال المتحصلة من جرائم غسل الأموال أو عائداتها، وذلك كله وفق القواعد والإجراءات التي تتضمنها الاتفاقيات الثنائية أو متعددة الأطراف التي تكون مصر طرفاً فيها. كما يجوز إبرام اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف تنظم التصرف في حصيلة الأموال المحكوم نهائياً بمصادرتها في جرائم غسل الأموال من جهات قضائية مصرية أو أجنبية، تتضمن قواعد توزيع الحصة بين أطراف الاتفاقية وفقاً للأحكام التي تنص عليها.

• تحليل النصوص: توضح النصوص السابقة أن هناك أوجه خمسة للتعاون الدولي بين مصر وغيرها من الدول، تتمثل في:

أولاً: المساعدات والإنبات القضائية

المساعدات القضائية: كما جاء بنص المادة السابعة من اتفاقية فيينا لسنة 1988: ويجب أن تقدم الأطراف بعضها إلى بعض أكبر قدر من المساعدة القانونية المتبادلة في أي تحقيقات وملاحظات وإجراءات قضائية تتصل بأي جريمة منصوص عليها في الاتفاقية. وقد حددت المادة المذكورة في فقرتها الثانية الأوجه المختلفة للمساعدات القانونية أو القضائية، منها أخذ شهادة الأفراد أو إقراراتهم، تبليغ الأعمال القضائية، إجراء التفتيش والضبط، والإمداد بالمعلومات والأدلة.

• ونصت نفس المادة في الفقرة الخامسة منها على أنه: "لا يجوز لأي طرف أن يمتنع عن تقديم المساعدة القانونية المتبادلة بموجب هذه المادة بحجة سرية العمليات المصرفية".

وحيث أن البرلمان المصري قد صدق على اتفاقية فيينا، فأصبحت بموجب هذا التصديق جزءاً من القانون الداخلي ويراعي ما جاء بها في الاتفاقيات الثنائية أو متعددة الأطراف التي تعقدها مصر في مجال مكافحة جريمة غسل الأموال.

• أما عن الإنابة القضائية: فيقصد بها نقل إجراءات الملاحقة الجنائية (التحقيق والمحكمة) بصدد جريمة من الجرائم من دولة إلى أخرى متى كان ذلك في مصلحة

حسن سير العدالة. وقد نصت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار في المخدرات والمؤثرات العقلية على الإنابة القضائية في المادة الثامنة منها. وهو ما نصت عليه كذلك المادة 18 من القانون المصري.

• ثانياً: تسليم المتهمين والمحكوم عليهم والأشياء:

الأساس القانوني لتسليم المتهمين والمحكوم عليهم كما جاء بالمادة 18 من القانون هو وجود اتفاقية دولية تكون مصر طرفاً فيها، أو وفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل.

والتسليم يتعلق بمتهم أو محكوم عليه هارب من العدالة، تقوم الدولة الموجهة إليها طلب التسليم بتسليمه قسراً إلى الدولة الطالبة. وينظم موضوع التسليم الاتفاقيات الدولية الثنائية أو متعددة الأطراف. ولا يجوز تسليم الوطني إلى دولة أجنبية بنص الدستور المصري، ولكن يمكن التعاون مع دولة أجنبية في أن ينفذ المصري العقوبة المحكوم بها عليه في الخارج في مصر أو المدة المتبقية منها.

وقد نصت اتفاقية فيينا على إدراج جرائم غسل الأموال في أية معاهدة لتسليم المجرمين (م 2/6 من الاتفاقية).

• أما عن تسليم الأشياء: يتم تسليم الأشياء المتعلقة بجرائم غسل الأموال وفق القواعد التي تقررها الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف التي تكون مصر طرفاً فيها أو وفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل. (المادة 18 من القانون).

ويرى البعض أن المقصود بالأشياء هو المتحصلات المستمدة من جرائم غسل الأموال، أو الأموال التي حولت المتحصلات أو بدلت بها، أو ما يعادل قيمة المتحصلات إذا اختلقت بأموال مشروعة، وكذلك الإيرادات أو غيرها من المستحقات المستمدة مما ذكر، كذلك أدلة الإثبات⁽¹⁾.

• ثالثاً: تعقب أو تجميد الأموال موضوع جرائم غسل الأموال أو عائداتها أو العجز عليها: (م 19 من القانون)

يفهم من ظاهر نص المادة 19 من القانون أن للجهات القضائية المصرية، أو

(1) - الدكتور محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 214.

الجهات القضائية الأجنبية أن تطلب اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لتعقب أو تجريد الأموال موضوع جرائم غسل الأموال أو عائلاتها أو الحجز عليها.

ويتم هذا الطلب من خلال الاتفاقيات الدولية بينهما، أو إعمالاً لمبدأ المعاملة بالمثل. والطلب يقدم من مصر إلى الجهة الأجنبية أو بالعكس بحسب مكان وجود الأموال المتحصلة من جريمة غسل الأموال. فإذا كانت الجريمة الأصلية قد وقعت في دولة أجنبية وعائلتها ثم غسله في مصر، فمن حق الدولة الأجنبية أن تطلب مصر باتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لتعقب أو تجريد الأموال موضوع جرائم غسل الأموال أو عائلتها أو الحجز عليها، والعكس بالعكس، مع مراعاة عدم الإضرار بحقوق الغير حسن النية.

رابعا: تنفيذ الأحكام الجنائية الباتة الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية المختصة بالمصادرة⁽¹⁾.

الحكم الأجنبي لا يتمتع بالقوة التنفيذية داخل الإقليم المصري إلا من خلال معاهدة دولية، يستثنى من ذلك الحكم الصادر بعقوبة ضد مصري ارتكب جريمة في الخارج، ثم عاد إلى مصر، فيكون للحكم الأجنبي القوة التنفيذية في مصر. وكقاعدة عامة لا يعتد المشرع المصري في تنفيذ الأحكام الأجنبية بالمصادرة إلا بتلك التي تصدر من جهة قضائية أجنبية مختصة، وعليه فإن تنفيذ الحكم الأجنبي بمصادرة الأموال المتحصلة من جريمة غسل الأموال لا ينفذ في مصر طبقاً للمادة 20 من القانون إلا وفقاً للقواعد والإجراءات التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية الثنائية أو متعددة الأطراف التي تكون مصر طرفاً فيها.

ونص المادة المذكور مأخوذ من المادة 1/5 من اتفاقية فيينا لسنة 1988.

خامسا: التصرف في حصيلة الأموال المحكوم نهائياً بمصادرتها (م) 2/20 من القانون

(1) - المادة 5 عبرت عن الحكم الجنائي بالإدانة "بالحكم النهائي" وهو تعبير غير دقيق، والصحيح أن تقول: "الحكم البات" لأن الحكم النهائي ما زال قابلاً للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية (النقض، وطلب إعادة النظر)، أما الحكم البات فهو الحكم الذي استنفد طرق الطعن العادية وغير العادية.

تنص المادة 2/20 من القانون على أنه: «يجوز إبرام اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف تنظم التصرف في حصيلة الأموال المحكوم بها نهائياً بمصادرتها في جرائم غسل الأموال من جهات قضائية مصرية أو أجنبية، تتضمن قواعد توزيع تلك الحصيلة بين أطراف الاتفاقية وفقاً للأحكام التي تنص عليها».

الظاهر من النص أن التصرف في حصيلة الأموال الناتجة عن جريمة غسل الأموال يتم وفقاً للقانون الداخلي، إلا إذا وجدت اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف تنظم التصرف في هذه الحصيلة.

قائمة المراجع

باللغة العربية:

- الدكتور محمد محي الدين عوض: تطور المكافحة الدولية لغسيل الأموال ومعوقاتهما، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، العدد 33، أبريل 2002.
- الدكتور محمد عبد اللطيف: جريمة غسل الأموال ووسائل مكافحتها في القانون المصري، دار النهضة العربية، 2003.

باللغة الفرنسية

- J. Pradel: Droit penal général. 20eéd, 18 Août 2014, Cujas. No. 115.
- F. Tony et J. P. Labord: Criminalité organisée et blanchiment. Rev. Int. dr. pén. Vol 68, No. 4, 1997.
- J.Larguier, F. Conte et S. Fournier: Droit penal spécial 15eéd. 2013, Cujas.
- M. Culioli: Infraction générale de blanchiment. Juris-Classeur pén. 1997, art 324 - 1 à 324 - 9. Fasc.

النظام القانوني للوساطة الجزائية في القانون الجزائري

بقلم: د/ حمودي ناصر*

الملخص

بموجب التعديل الأخير لقانون الإجراءات الجزائية، قام المشرع الجزائري بتكريس نظام الوساطة الجزائية كبديل للدعوى العمومية في مجال المخالفات والجناح البسيطة، هذا التعديل من قبل المشرع الجزائري كان بهدف تخفيف العبء عن القضاء ولأجل تكريس عدالة تفاوضية رضائية، وحتى يسمح للأطراف بأن يساهموا في حل نزاعاتهم.

هذا التوجه من قبل المشرع الجزائري؛ كان استجابة منه لتوجهات السياسة الجنائية المعاصرة، التي تستهدف السرعة والإيجاز والاختصار في حل النزاعات الجزائية، لكن ذلك لم يمر دون أن يشكل تعارضاً مع أهم المبادئ الأساسية الحاكمة للمحاكمات الجزائية، وضمانات المحاكمة العادلة؛ لذا جاءت هذه الدراسة لتناول موضوع الوساطة الجزائية من هذه الناحية.

الكلمات الدالة: الوساطة الجزائية، العدالة الرضائية، بدائل الدعوى العمومية، سرعة الإجراءات، مبدأ الفصل بين الوظائف القضائية، مبدأ الشرعية، حق الدفاع، ضمانات المحاكمة العادلة، أزمة العدالة الجنائية.

Le régime juridique de la médiation pénale en droit Algérien

Résumé

Dans le dernier amendement du code des procédures pénales, le législateur algérien a consacré le régime de la médiation pénale comme substitut à l'action publique en matière de délits et de contraventions. Cet effort législatif a pour finalité l'allègement et le désengorgement de l'institution judiciaire et instaurer de ce fait une justice volontariste, et permettre aux parties de mettre fin à leurs

* أستاذ محاضر قسم (أ) بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محمد أولحاج - البويرة.

litiges.

Cette nouvelle orientation législative répond à un besoin de se mettre au diapason des politiques criminelles modernes, qui aspirent à plus de rapidité et de simplicité dans le traitement des infractions pénales. Néanmoins, ceci ne va pas sans poser de sérieuses oppositions aux principes fondamentaux du droit pénal et des procédures pénales, d'où la nécessité d'étudier la médiation pénale sous cet angle.

Mots clés

Médiation pénale ; justice volontariste ; les mode alternative de règlement du procès pénal, la célérité des procédures, le principe de la séparation des fonctions juridictionnelles ; le principe de l'égalité, le droit de la défense ; les garanties d'un procès équitable, la crise de la justice pénale.

The legal regime of the criminal mediation in Algerian law

Abstract

In the last amendment of the criminal procedure code, the Algerian legislator adopted criminal mediation as a substitute for public action; that, in order to establish a reconciliation justice in the criminal field. Therein , and for the first time, the roles of the author and the victim are decisive in the dispute resolution.

By this new direction, the Algerian legislator aims to solve the crisis of the criminal inflation which makes the criminal justice tense, and as a result, enable it to be effectively devoted to the most dangerous affaires.

The purpose of our discussion is to ambivalence of the criminal mediation, and to study its potential effects on the traditional characteristics of public action.

Key words: Criminal mediation; Voluntary justice; alternate modes of disputes settlement ; The celerity justice ; the right of defense; equitable process ; the public nature of the hearings; criminal justice crisis; reconciliation justice, legal principle.

مقدمة

تبنى المشرع الجزائري في تعديله الأخير لقانون الإجراءات الجزائية⁽¹⁾، وكذا في قانون حماية الطفل⁽²⁾؛ نظام الوساطة الجزائية كبديل عن إجراءات التقاضي التقليدية القائمة أساسا على الوسيلة الوحيد التي كانت بيد الدولة؛ ألا وهي الدعوى العمومية، رغبة منه في معالجة الأزمة الخائفة التي يعرفها قطاع العدالة الجنائية؛ وهي الأزمة الناتجة أساسا عن الكم الهائل من القضايا الملقى على عاتق القضاة، والمكسب برفوف المحاكم في انتظار الفصل فيها، سيما في مجال الجرائم البسيطة، التي تشكل المخالفات الجزء الأكبر منها، والجنح البسيطة الجزء المتبقي؛ وهادفا أيضا إلى إرساء دعائم العدالة التصالحية الرضائية، التي تتيح للخصوم التفاوض والتراضي على حل يختارونه لنزاعهم، لينحصر دور السلطة القضائية في مباركة اتفاقهم والمصادقة عليه ليكون واجب النفاذ.

الوساطة الجنائية إذًا، تمثل بديلا من بدائل الدعوى العمومية، وتوجّهًا نحو فسخ مجال أكبر لنوع من العدالة التفاوضية الرضائية، التي تعالت الكثير من الأصوات المنادية لتكريس مكانة فعالة لها على حساب العدالة القمعية الردعية التي سادت فترات طويلة من الزمن، دون أن تجد حلولًا فعالة للظاهرة الإجرامية المتفاقمة والمتزايدة باستمرار، أو على الأقل أن تحدّ منها.

كما تعيد الوساطة الجنائية المكانة الأساسية والدور المحوري الفعال للمجني عليه في مجال إدارة نزاعه، بعدما أهمل لقرون طويلة، تاركا المجال للخصمين الأساسيين: النيابة العامة والمتهم، لتصبح الدعوى العمومية من جديد ثلاثية الأطراف بعدما اصطبغت بالطابع الثنائي طويلا.

كما تعد الوساطة الجنائية حلا مثاليا لتكريس السرعة في الإجراءات التي

- (1) - أمر رقم: 02-15، مؤرخ في 23 جويلية 2015، يتضمنّ تعديل قانون الإجراءات الجزائية، جريدة رسمية عدد 40، صادر بتاريخ 23 جويلية 2015.
- (2) - قانون رقم: 12-15، يتعلق بحماية الطفل، مؤرخ في 15 جويلية 2015، جريدة رسمية عدد 39، صادر بتاريخ 19 يوليو 2015.

أصبحت حقا من حقوق الخصوم، ووسيلة للتبسيط والإيجاز والاختصار في الإجراءات التي اتمت طويلا بالطول والبطء والتعقيد والغرق في الشكليات. تقوم أساسا على التوفيق بين الضحية والفاعل، وتمنحهم دورا واضحا في إنهاء الخصومة بحلول توافقية تحقق لهم العدالة التي ينشدها ويرتضونها.

الوساطة الجنائية كبديل للدعوى العمومية، وإن كانت نظاما إجرائيا معمولا به في القوانين المقارنة منذ القدم، وقد كانت محل العديد من الأبحاث والدراسات التي تركزت حول تحديد إطارها المفاهيمي، سواء من حيث تحديد ماهيتها أو تبيان أهميتها، إلا أن تبنيتها المؤخر من قبل المشرع الجزائري جعلنا نحاول تناول نظامها القانوني العام، سواء من حيث شروطها الموضوعية أو من حيث أحكامها الإجرائية، باختصار مركز على الأحكام القانونية أكثر. راغبين في الإسهام بدراسة قانونية مختصرة ومباشرة، بها نحاول تسليط الضوء على نظام إجرائي حديث في نظامنا القانوني الجزائري، آملين أن تكون لبنة أولى في الدراسات القانونية المتخصصة للمسائل المستجدة في قانوننا.

غير أن حداثة الموضوع قد تدفعنا لتناول بعض المفاهيم باختصار ضمن المبحث الأول، لنبين بشكل موجز ماهية الوساطة الجنائية والأهداف الدافعة لتبنيها من قبل المشرع الجزائري بعد تردد كبير وطول انتظار، وذلك بالإيجاز الذي يسمح به المجال المخصص للدراسات المقدمة ضمن المقالات، مبتعدين قدر الإمكان عن التفاصيل المفاهيمية النظرية الدقيقة.

لذا سنحاول أن تكون دراستنا هذه هادفة للبحث عن النظام القانوني للوساطة الجنائية في التشريع الجزائري، مع الإشارة أحيانا لبعض التشريعات السابقة في هذا المجال - لكن ليس بالتفصيل، كون دراستنا ليست بالمقارنة-، مبينين للشروط القانونية المتطلبة للجوء إلى إجراء الوساطة الجنائية، والإجراءات والمراحل التي تتم عبرها، والضوابط والأحكام المنظمة لكل ذلك، محاولين الإجابة عن إشكالية رئيسية محورية تمثل في: ما إن كانت الوساطة الجنائية كنوع من أنواع العدالة الرضائية، المتروك أمرها رهن إرادة الخصوم، لا يتصادم والمبادئ الدستورية

الحاكمة والمنظمة للمحاكمات الجزائية، أهمها مبدأ عمومية الدعوى العمومية وقضائية العقوبة والفصل بين الوظائف القضائية؟

لكن دون أن نقصد بأن تكون إشكاليتنا متفرعة ولا متشعبة، فإن البحث عن إجابات لها سيمكننا من تحديد الإطار القانوني الذي تتم من خلاله الوساطة الجزائية باعتبارها بديلا من بدائل الدعوى العمومية، ووسيلة لانقضائها، وأثر هذا النظام الإجرائي المستحدث على المبادئ العامة للمنظمة للمحاكمات الجزائية. وفي ضوء ذلك؛ نتكهن من تحديد ما إن كان تبني نظام الوساطة الجنائية يعد حلا لأزمة خانقة يعيشها قطاع العدالة الجنائية، وبالتالي أهدافها تسمح بالتغاضي عن تعارضها وتصادمها مع بعض المبادئ العامة؟ أم أن تبني هذا النظام من قبل المشرع الجزائري، كان خطوة متسارعة منه، الإطار العام لقانون الإجراءات الجزائية لا يزال لا يسمح بمثل هذه الحلول البديلة؟

للإجابة عن ذلك، سنقوم بتقسيم دراستنا إلى مبحثين: نخصص الأول لبحث ماهية نظام الوساطة الجزائية، والثاني لبحث أحكامها الموضوعية والإجرائية، وفي كل نقطة من نقاط المبحثين، نحاول التعرض لما قد يكون للوساطة الجنائية من آثار، سواء كانت متعارضة أم متكاملة مع أهم المبادئ الدستورية والقانونية العامة للمحاكمات الجزائية.

ونبه أن تناولنا لماهية الوساطة الجزائية، يكون فقط بالقدر الذي يسمح لنا بالربط بين أجزاء البحث، ليست الغاية منه الابتعاد عن الجوانب القانونية للموضوع، وإنما باعتبار الموضوع مستحدثاً في النظام القانوني الجزائري، وتقلّ بخصوصه الدراسات، ما لم نقل تنعدم. ولولا ذلك، كنا نأمل تناول الموضوع من زاويتين قانونيتين: الأولى تخص الجوانب الموضوعية والثانية تخص الجوانب الإجرائية.

المبحث الأول: ماهية نظام الوساطة الجزائرية

الوساطة الجزائرية كبديل من بدائل الدعوى العمومية، تبنتها التشريعات الأجنبية المختلفة بغرض تحقيق السرعة في الإجراءات وتخفيف العبء على القضاء والمتقاضين، والتقليل من الجهد والتكاليف؛ مما يقود لتحقيق عدالة جنائية فعالة وناجزة، وذلك بإتاحة الوقت للقضاة للتفرغ للقضايا الهامة. كما تحقق عدالة رضائية تصالحية توافقية بالنسبة للخصوم؛ لذلك فهي وسيلة للقضاء على البطء في الإجراءات، وإجراء قضائي يقوم على العدل والإنصاف بين الخصوم، يهدف إلى الحفاظ على الروابط الاجتماعية بينهم، بصفة طوعية غير علنية، بأقل التكاليف وأسرع وقت وأبسط الإجراءات، في ظل تصور جديد ومعاصر للعدالة الجنائية، يقوم على الحوار وجبر الأضرار، ويتمشى مع فلسفة تكييف المنظومة القانونية، وإصلاح العدالة وجهاز القضاء؛ لذلك أعطيت لهذا النظام العديد من التعاريف التي استخلصت منها العديد من الخصائص والمميزات؛ شكلت لها مفهوما مستقلا عن باقي الإجراءات (مطلب أول)، قادت في النهاية إلى استخلاص فوائدها وإجراء تقييم شامل لها (مطلب ثان).

المطلب الأول: مفهوم الوساطة الجزائرية

الوساطة نظام إجرائي جنائي قديم، عرفته التشريعات القديمة⁽¹⁾، كما طبقته القوانين المقارنة المعاصرة، وتبناه المشرع الجزائري مؤخرا فقط، تنازع الفقه في وضع تعريف لها (فرع أول)، كما استتبع ذلك اختلافا في تبيان خصائصها، التي وإن لم تتعارض ولم تصطدم، فإنها تعددت وصعب حصرها، خاصة من قبل أنصارها (فرع ثان).

(1) - يرى البعض أن أصلها يعود إلى بعض القوانين القديمة، مثل القانون اليوناني والقانون الآشوري في بلاد النهرين. انظر في ذلك: بسام نهار الجبور، الوساطة القضائية في الشريعة الإسلامية والقانون، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، سنة: 2015، ص 22. راجع أيضا: CHARPENEL Yves - La Médiation - Edition Dalloz - France- 2009- p 14.

الفرع الأول: تعريف الوساطة القضائية

اشتقت كلمة الوساطة من المصدر (وسط) الذي يعني وسط الشيء. ومنه وساطة، توسط، توسط، وسيط، وسيط. وهي تفيد ما يتوسط الشيء، أو ما يتوسط به إلى الشيء. وقد قيل إن الوسط بالتحريك اسم لما بين طرفي الشيء وهو منه⁽¹⁾. في اللغة الفرنسية الوساطة هي: "Médiation"، التي تعني تدخل طرف محايد بين طرفين يرمي للتوصل إلى اتفاق⁽²⁾. ويعود أصل الكلمة إلى اللغة اللاتينية، حيث إن كلمة (ميدياتور) تعني ذلك الشخص الذي يتوسط ويتم اختياره بغرض الوصول إلى اتفاق. والوساطة في المجال القضائي تعني القضاء الودي "Justice Amiable"، أو القضاء الاتفاقي "Convenu Justice"، أو القضاء غير الرسمي "informelle Justice"⁽³⁾، لكن الوساطة الجزائرية تعتبر من أحدث المواضيع في مجال الدعاوى الجزائرية.

أعطيت العديد من التعريفات للوساطة الجزائرية، والقاسم المشترك بينها أنها تركز على وجود شخص ثالث يتوسط شخصين أو أكثر لأجل مساعدتهم على إيجاد حل لنزاع قائم بينهم، وبأنها آلية أو وسيلة بديلة من بدائل الدعوى العمومية، تم التركيز على أهدافها، ومن أهمها إيجاد حل توافقي يرضي الطرفين أو الأطراف المتخاصمة⁽⁴⁾.

(1) - محمد بن مكرم بن علي ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 1414هـ، ج7، ص. ص. 426-427.

(2) - زيري زهية، الطرق البديلة لحل النزاعات تطبيقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، نوقشت بتاريخ: 07 مايو 2015، ص43. وانظر أيضاً: فريد بن بلقاسم، الوساطة في الجزائر كأسلوب وقاية وتسوية للنزاعات، محاضرة ألقيت بمناسبة الملتقى الدولي حول ممارسات الوساطة، مركز البحوث القانونية والقضائية - وزارة العدل - الجزائر، 15 و 16 جوان 2009. غير منشور.

(3) - علاوة هوام: "الوساطة بديل لحل النزاع وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري (دراسة مقارنة)" - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2013، ص2.

(4) - حيث تعرف الوساطة الجزائرية أنها آلية بديلة للدعوى العمومية، بموجها يتوسط شخص يسمى وسيطاً بين طرفين متنازعين بغرض حثهم على التفاوض وإيجاد حل يرضيهما معاً. في المعنى: كارل سيليكو: "الوساطة

=

بالتالي، الغاية من الوساطة الجنائية هي إتاحة الفرصة للخصوم لمعالجة النزاع القائم بينهم من جذوره، عن طريق التفاوض والتحاور بغرض إيجاد حلول ودية تؤدي إلى دوام العلاقة بينهم، مما يجعل منهم جميعاً فائزين (فوز/ فوز)⁽¹⁾. كما كثرت التعاريف المركزة على اعتبار الوساطة الجنائية من الطرق البديلة الفعالة لحل النزاعات وإيجاد حلول للخصومات بعيداً عن القضاء، تكون باتباع إجراءات غير تقليدية ولا شكلية تكفل نوعاً من السرية والخصوصية، بغرض الوصول لتسوية ودية مرضية لكل الخصوم، خاصة وأن الحل نابع عن إرادتهم الطوعية. كما أنها إجراء يمكن التفاوضي عنه في أي مرحلة، وأن الوسيط مجرد مقرب لوجهات النظر لا غير، ليست له أي سلطة على الأطراف، وبالتالي هي نظام قائم على الرضائية⁽²⁾.

يمكن القول إذن، إن الوساطة الجزائية وسيلة أو آلية إجرائية بديلة عن الدعوى العمومية، مقررة لحل بعض النزاعات بعيداً عن الإجراءات التقليدية الشكلية الغارقة في التعقيد وما يقود إليه هذا التعقيد من بقاء، يتم اللجوء إليها تحت إشراف

في حل النزاعات"، ترجمة علاء عبد المنعم، مراجعة فائزة حكيم، الدار الدولية للنشر والتوزيع (د.س.ط) ص. 21، وانظر: مساعدة أيمن - مقال بعنوان: "الوساطة كوسيلة لتسوية النزاعات المدنية في القانون

الأردني"، منشورات جامعة اليرموك، عمان، الأردن، المجلد 20، عدد 04، لسنة 2004، ص.3.

(1) - كارل أ. سليكيو (Karl A.Slaikou)، مرجع سابق، ص 09، 10.

في المعنى أيضاً: علاء عبد القادر، آلية الوساطة القضائية في حل النزاعات، مقال منشور بمجلة: المعيار، دورية سداسية محكمة تصدر المركز الجامعي أحمد بن يحيى الوثنريسي تيسميسيلت، الجزائر، ع. 05، الصادر شهر جوان 2012، ص 372. كريستوفر. و. مور (Christopher W.MOORE)، عملية الوساطة، استراتيجيات عملية لحل النزاعات، (ترجمة فؤاد سروجي)، الأهلية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط. 01، سنة: 2007، ص 38.

(2) - في هذا المعنى، راجع: حازم خرفان، الوسائل البديلة لفض النزاعات، المركز الوطني للقانون، أبحاث وأوراق عمل، عمان، الأردن، ع. 10، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ص 02. د. إبراهيم عيد نايل، الوساطة الجنائية (طريقة مستحدثة في إدارة الدعوى الجنائية) - دراسة في النظام الإجرائي الفرنسي - دار النهضة العربية القاهرة - 2001 - ص 10. وأيضاً:

Xavier Ibarroudo, La loi sur la médiation : **Obstacle ou opportunité pour les d'efférentes commerciaux?**, article sur site internet: <http://www.avocatsjaussents.be>
La médiation judiciaire en matière civile, article sur site internet: <http://www.justice.gov.fr>

ورقابة الجهات القضائية، ويترتب على نجاحها تعويض الضحية عن الأضرار التي سببتها له الجريمة، أو وضع حد للإخلال الذي رتبته، بما يكفل إرضاء الضحية وإصلاح وإعادة تأهيل الفاعل. وهي بذلك بديل عن الدعوى العمومية، وخيار ثالث جديد بالإضافة إلى الخيارين التقليديين، تحريك الدعوى العمومية أو الحفظ المقرر للنيابة العامة بناء على سلطة الملاءمة التي تتمتع بها.

في الجزائر، تعد الوساطة الجزائية إجراءً تملكه النيابة العامة بما لها من سلطة تقديرية ومبدأ ملاءمة، تبنّاها المشرع الجزائري رغبة منه في تخفيف العبء عن القضاء، مسaire منه للسياسة الجنائية المعاصرة الهادفة إلى تحقيق السرعة في الإجراءات واختصارها وتبسيطها وإيجازها، بما يحقق الفعالية لجهاز العدالة ويجعلها نتفرغ للقضايا الهامة، مع إتاحة الفرصة لاستمرار العلاقة بين الخصوم والقضاء على أصل النزاع ومسبباته من جذوره، زيادة على تقليل الجهد والوقت والتكاليف.

الفرع الثاني: خصائص الوساطة الجزائية

من التعريفات السابقة، ومن أحكام مواد قانون الإجراءات الجزائية المنظمة لإجراء الوساطة الجزائية، يتضح أن الوساطة الجنائية تتميز بالعديد من الخصائص، منها ما يتعلق بالإجراءات المتبعة بشأنها (أولاً)، ومنها ما يتعلق بالخصائص العامة لها، التي تتركز على الفائدة التي تحققها للخصوم والمجتمع في آن واحد (ثانياً).

أولاً: الخصائص الإجرائية للوساطة الجزائية

تتميز الوساطة الجزائية ببعض الخصائص الإجرائية التي تميزها، سواء عن الإجراءات التقليدية المتبعة في الإجراءات العادية، أو عن الإجراءات المتبعة بخصوص باقي الطرق البديلة من بدائل الدعوى العمومية، وتجعلها فعلاً بديلاً حقيقياً يعني بالدرجة الأولى بتعويض الضحية وإصلاح وإعادة تأهيل الجاني عوض الاهتمام بعقابه، وذلك باتباع إجراءات مبسطة، مختصرة ومرنة، تكفل للأطراف السرية والخصوصية؛ مما يكفل لهم سرعة الفصل في النزاع في أسرع وقت وبأقل التكاليف، وتسمح بتحويلهم من متخاصمين إلى متفاهمين. تقوم على الرضاية والتفاوض والحوار والتشاور، وهي كلها أمور لم تكن محل اهتمام في ظل إجراءات الدعوى العمومية التقليدية.

لكن دون الخوض في المسائل الإجرائية التي ستكون محل دراسة مفصلة، نشير فقط أن الخصائص الإجرائية للوساطة الجزائية، أنها تتميز باتباع إجراءات سريعة مرنة سرية تقلل من الجهد والكلفة بما يعود بالفائدة على الخصوم، وبالفعالية على جهاز العدالة الجنائية بالتخفيف عن كاهله عبء نظر قضايا بسيطة ذات طابع اجتماعي في العادة ما تشكل رقماً ضخماً في حجم القضايا المعروضة على القضاء.

ثانياً: الخصائص العامة للوساطة الجزائية

الخصائص العامة للوساطة الجزائية تتركز في كونها إجراءً جوازياً للنيابة العامة، رضائياً للخصوم، هدفها الرئيس جبر الأضرار ووضع حد للإخلال الذي سببته الجريمة.

فهي تعد إجراءً جوازياً بالنسبة للنيابة العامة، حيث وبموجب نص المادة 37 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، يمكن لوكل الجمهورية بمبادرة منه، أو بطلب أحد الخصوم أو بطلبهما معاً، اللجوء إليها أو رفضها إذا قدر أن الوقائع مما يتطلب معها تحريك الدعوى العمومية بشأنها، وما يظهر الطابع الجوازي للوساطة الجزائية هو ما يؤكد البعض من إمكانية النيابة العامة اللجوء إلى تحريك الدعوى العمومية حتى بالرغم من نجاح الوساطة واتفق الطرفين؛ كون النيابة العامة تظل ماسكةً بسلطتها في تقدير ملاءمة تحريك الدعوى العمومية من عدمها⁽¹⁾.

كما تعد الوساطة الجزائية إجراءً رضائياً، أساسه البحث عن عدالة تصالحية قائمة على مبدأ التحاور والتفاوض بين الخصوم، قوامه البحث عن حل ودي إرادي من صنع الطرفين⁽²⁾؛ لذا نجد المادة 37 مكرر 1 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري جعلت من موافقة الأطراف للجوء إلى الوساطة من أهم شروطها الموضوعية، وهو الوضع ذاته بالنسبة لقانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في مادته

(1) - راجع في ذلك: د. رامي متولي القاضي: "إطالة على أنظمة التسوية في الدعوى الجنائية في القانون الفرنسي"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص 42.

(2) - انظر في ذلك: بن النصيب عبد الرحمن: "العدالة التصالحية كبديل للعدالة الجنائية"، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد، 11، ص 371.

41-1 فقرة 5؛ لذلك الوساطة تسم بالرضائية، حيث لا يمكن إجبار الخصوم على اللجوء إليها⁽¹⁾.

يترتب عن ذلك؛ أنه يحق للخصوم رفض اللجوء إليها منذ البداية، أو التوقف عن الاستمرار في إجراءاتها بعد الشروع فيها، لتعود سلطة الملاءمة للنيابة العامة لتقرر ما تتخذه من إجراءات بشأن الدعوى، سواء بحفظ الدعوى أو تحريك الدعوى العمومية.

كما تعد الوساطة الجزائية من ناحية ثالثة، إجراء قائماً على جبر الأضرار ووضع حد للاضطراب الذي سببته الجريمة. وهي أهداف الوساطة في أغلب التشريعات التي تبنت هذا النظام كبديل للدعوى العمومية. والوضع نفسه في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (المادة 37 مكرر 4).

ويكون إصلاح الضرر إما بالتعويض المادي النقدي، أو إعادة الحال إلى ما كان عليه، كإعادة إصلاح سيارة تم تحطيمها، أو بناء دار تم تدميرها، أو إعادة الشيء المسروق... - وهي الصورة البسيطة والسلسة⁽²⁾ -، كما قد يكون تعويضاً معنوياً، كأن يكون في صورة اعتذار الفاعل من الضحية. والمادة السابقة أجازت كل صور جبر الضرر ما لم يكن مخالفاً لنصوص القانون والآداب العامة.

المطلب الثاني: تقييم نظام الوساطة الجزائية

بين وأظهر أعمال نظام الوساطة الجزائية في الدول التي سبق لها تطبيقه، نتائج إيجابية كبيرة كانت بمثابة الأساس الذي استند عليه مؤيدوه بعد أن كان نظاماً لا يلقى قبولا ولا استحساناً، دفعت التشريعات إلى اعتناقه، بعدما كانت تنكره وبتفاداه في بدايات ظهوره، وهو تأييد مبني أساساً على تبيان فوائد الوساطة الجزائية (فرع أول)، لكن دون أن يمنع ذلك بقاء بعض الفقهاء على مواقفهم المعارضة

(1) - راجع لمزيد من التفاصيل: د. أنور محمد صدقي المساعدة و د. بشير سعد زغول: "الوساطة في إنهاء

الخصومة الجنائية"، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد 40، أكتوبر 2009، ص 333.

(2) - راجع: أسامة حسنين عبيد، "الصلح في قانون الإجراءات الجنائية والنظم المرتبطة به"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص 309.

لهذا النظام، وتوجيههم الدائم لسهام التقدر له (فرع ثان).

الفرع الأول: مزايا الوساطة الجزائية

أظهر تطبيق نظام الوساطة الجزائية في بعض التشريعات التي عملت به منذ فترة، العديد من الفوائد والمزايا التي شكلت أهميته، وكانت المرتكز الذي تجمع حوله أنصار هذا النظام، حيث عكفوا على تبيان فوائد الوساطة الجزائية منظورا إليها من زاوية الخصوم - الضحية والمتهم - (أولا)، أو من زاوية ما تعود به من فوائد على المجتمع ككل (ثانيا).

أولا: فوائد ومزايا نظام الوساطة الجزائية بالنسبة للخصوم

تحقق الوساطة الجزائية لخصوم النزاع العديد من الفوائد التي تشكل مزاياها؛ فهي كرسّت دورا هاما للضحية في مجال الإجراءات، مما ولد لديه الشعور بأنه أصبح طرفا فاعلا في إجراءات اقتضاء حقه وتسيير نزاعه، بعدما كان يعتبر طرفا ثانويا في الدعوى العمومية، ليست له إلا أدوار استثنائية تنحصر فقط في مطالباته المدنية بالتعويض، الأمر الذي أعطاه شعورا بأهميته وأرضى معنوياته، حيث إن مساهمته في إجراءات الوساطة وتفاوضه مع المتهم، كلها أمور تنعكس إيجابا على نفسه⁽¹⁾.

أما من ناحية مرتكب الأفعال، وإن كان غير مسبوق، فالوساطة الجنائية تجنّبه الاختلاط بالمجرمين ذوي السوابق، وتجعله يتفادى تلطّيح صحيفته السابقة القضائية، كون اتفاق الوساطة لا يسجل بها، زيادة على ما تتيحه له الوساطة من الحفاظ على الروابط والعلاقات التي كانت تربطه بالضحية، بل وقد يؤدي اتفاق الوساطة إلى تقويتها، خلافا للوسائل التقليدية التي تخلق بين الطرفين جوا مشحونا يتعدّر إصلاحه فيما بعد. كما تجعله الوساطة يتفادى تعسف بعض الضحايا في استعمال حقوقهم في الطعن بغرض إطالة أمد النزاع وتلطّيح سمعة الفاعل⁽²⁾.

- (1) - د. فايز الظفيري: "تأويلات في الوساطة الجنائية بوصفها وسيلة لإنهاء الدعوى الجزائية"، مجلة الحقوق الكويت، العدد الثاني، السنة 33، 2009، ص 129.
- (2) - د. ياسر بن محمد سعيد: "الوساطة الجنائية في النظم المعاصرة"، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2011، ص 48.

ثالثاً: فوائد ومزايا نظام الوساطة الجزائية بالنسبة للمجتمع

تحقق الوساطة الجزائية للمجتمع فوائد كثيرة، حيث يتفادى بها سلبات الإجراءات الجنائية التقليدية، وما تنسم به من بطء وتعقيد قد يؤخر تحقيق العدالة، مما يفقد المجتمع ثقته في العدالة. كما أن أهم مزايا الوساطة بالنسبة للمجتمع أنها تنهي الاضطراب الناشئ عن الجريمة التي ارتكبتها الفاعل؛ وذلك من خلال ندم الجاني وسعيه لإصلاح ما سببه فعله المجرم، عوض العقوبة التي أثبتت التجارب في الكثير من الأحيان أنها غير فعالة؛ ولذلك تأتي الوساطة لإعادة الأمور إلى نصابها. كما تتيح إصلاح الفاعل وتأهيله عن طريق جمعه بالضحية ومنحه فرصة التفاوض، مما يشعره بأنه لا يزال عضواً فاعلاً وصالحاً في المجتمع، ويتفادى النظرة العدائية له من قبل هذا الأخير.

كما تعد الوساطة الجزائية وسيلة تؤدي إلى توسيع وإرساء صور العدالة الرضائية التي يشارك فيها أفراد المجتمع، وتعيد التوازن في العلاقات بينهم، وكذا إنشاء دعم علاقات اجتماعية جديدة⁽¹⁾، وهذا ما دفع بعض الفقه⁽²⁾، إلى اعتبار الوساطة وسيلة لتحقيق السلام الاجتماعي عن طريق البحث عن حل ودي بعيداً عن ساحات المحاكم، وهي وفق هذه النظرية تعبر عن نموذج العدالة الناعمة التي تهدف إلى الحفاظ على بنية المجتمع.

وغني عن البيان أن نظام الوساطة الجزائية يخفف العبء عن كاهل السلطة القضائية، كونها نظاماً يمكن من حل الكثير من النزاعات البسيطة التي لا تحتاج إلى أطوار محاكمة طويلة، بسرعة كبيرة، مما يوفر المصاريف الباهظة والوقت الطويل، وبالتالي يخفف من تراكم القضايا أمام المحاكم الجزائية؛ الأمر الذي يقود في النهاية للتأثير حتى في نوعية الأحكام الصادرة فيها، ويجعلها تنسم بالقوة والفعالية.

(1) - أسامة حسين عبيد، الصلح في قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 375.

(2) - ياسر بن محمد سعيد، مرجع سابق، ص 82.

الفرع الثاني: عيوب نظام الوساطة الجزائية وسلبياته

لم يلق نظام الوساطة الجنائية في بدايات تطبيقه ترحيباً من قبل الفقهاء، باعتباره نظاماً دخليلاً عن الأنظمة الإجرائية التقليدية؛ لذا وجهت له - لهذا النظام- سهام النقد، سواء من حيث جوانبه الموضوعية أم من حيث جوانبه الإجرائية، والتي سنبينها باختصار في النقاط التالية، محتفظين بكل ما يتعلق بهذه النقاط لتناولها في حينها.

أولاً: عيوب نظام الوساطة في شقها الموضوعي

الوساطة الجزائية، وكغيرها من بدائل الدعوى العمومية، تم توجيه العديد من سهام النقد إليها من وجهة نظر تعارضها مع بعض المبادئ الجنائية الحاكمة للجوانب الموضوعية، لعل أهمها أنها نظام إجرائي بديل يتعارض مع مبدأ الشرعية الجنائية وقرينة البراءة.

فن حيث تعارض نظام الوساطة الجزائية مع مبدأ الشرعية الجنائية، يرى الفقه المعارض لنظام الوساطة، أن مبدأ الشرعية مبني على شقين للقاعدة الجنائية، شق التجريم وشق الجزاء، وهذا الأخير أمر حيوي بدونه يتزايد حجم الظاهرة الإجرامية؛ لأن الواقع يثبت أن العقوبة تظل الأداة المثالية لمكافحة الإجرام وردع الجناة، في حين الوساطة وسيلة تمكنهم من الإفلات من العقاب⁽¹⁾.

أما من حيث تعارض نظام الوساطة مع قرينة البراءة؛ فإن بعض الفقه⁽²⁾ يرى في اعتماد الوساطة الجزائية مخالفة للعديد من المبادئ الدستورية المعروفة، ومنها: مبدأ المساواة أمام القانون، وضمانات المحاكمة العادلة، وغيرها من المبادئ الأخرى- التي سنشير إليها لاحقاً- لكن الأهم أنها تتعارض وقرينة البراءة، حيث إن اعتماد الوساطة الجزائية والتوصل من خلالها إلى حل ودي للنزاع، فيه مساس

(1) - د. رامي متولي، مرجع سابق، ص 238.

(2) - د. عادل علي مانع: "الوساطة في حل المنازعات"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الرابع، السنة 30، ديسمبر 2006، ص 71.

بحق المتهم في معاملته كبريء في إطار محاكمة عادلة تؤمن له فيها جميع ضمانات الدفاع عن نفسه، في حين قبوله للوساطة قد يفسر على أنه اعترافٌ ضمنيٌّ منه باقتراف الوقائع، خاصة إذا فشلت الوساطة وتقررت إحالته لإجراءات المحاكمة العادلة.

كما أن الوساطة الجزائية تقود إلى اقتضاء الضحية حقه في التعويض دون حكم قضائي، بل بحضور صلح قد يضطر المتهم إلى توقيعه خوفاً من تحريك الدعوى العمومية ضده، وبالتالي كان دافع الإسراع في الإجراءات والحفاظ على حقوق الضحايا ذريعة لإهدار حق أصلي في الإنسان، وهو حقه في أن يحاكم كشخص بريء إلى حين ثبوت العكس⁽¹⁾. في حين أن قبول المتهم للجوء إلى الوساطة قد يفسر على أنه معترف بارتكابه الفعل، وفي ذلك إهدار لقرينة البراءة التي تفرض عدم معاملة المتهم ككاذب⁽²⁾.

ثانياً: عيوب نظام الوساطة في شقها الإجرائي

أهم الانتقادات التي وجهت لنظام الوساطة الجزائية في شقها الإجرائي، أنها نظام يمس ويتعارض ويناقض العديد من المبادئ العامة لقانون الإجراءات الجزائية، سيما تلك المتعلقة بالدعوى العمومية وخصائصها، من عمومية وتلقائية وعدم قابلية للتفاوض.

حيث كان من أهم ما وجه للوساطة الجزائية من انتقادات أنها تمسّ بأهم خصائص الدعوى العمومية، أهمها عموميتها، كونها تعد ملكاً للمجتمع، الذي تمثله في ذلك النيابة العامة التي لا يمكنها التفاوض بخصوص هذه الملكية العامة أو التنازل عنها، وأنه ليس لها أن تعطي أهمية أو قيمة لاتفاق الجاني والمجني عليه على الدعوى العمومية⁽³⁾.

(1) - مشار لهذا المعنى لدى: د. رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص 239.

(2) - د. أنور صديفي المساعدة، و د. بشير سعد زغلول، مرجع سابق، ص 334.

(3) - انظر في ذلك: د. العلي عبد الواحد، مرجع سابق، ص 207.

كما تنال الوساطة الجزائية من مبدأ قضائية العقوبة وأغراضها، حيث من المبادئ الأساسية المستقرة في وجدان فكر القانون الجنائي الإجرائي، أنه لا عقوبة بدون دعوى ولا دعوى بدون قضاء، لكن الوساطة بأسلوبها الحالي أبعدتنا عن ساحات القضاء، وركزت فقط على موضوع التفاوض بين المجني عليه والجاني حول مبلغ التعويض فقط، وترك فكرة الجزاء جانبا. الأمر الذي قد يؤدي في النهاية إلى النيل من أغراض العقوبة وأهدافها في تحقيق الردع العام والردع الخاص وفكرة العدالة. بل إن الأمر أدى إلى إضفاء الصفة المدنية على الدعوى العمومية، وتغيرت الأنظار من الشق العقابي إلى الشق المدني، وفي ذلك مساس بأهم المبادئ الجنائية الدستورية⁽¹⁾.

كما يمس نظام الوساطة الجزائية بالكثير من المبادئ الأخرى الحاكمة للإجراءات؛ أهمها مبدأ المساواة أمام القضاء الجزائي، ومبدأ الفصل بين وظائف القضاء الجزائي؛ فالوساطة الجنائية تمس بمبدأ المساواة أمام القضاء الجزائي، من حيث إنها تمكّن المتهمين الموسرين فقط القادرين على تحمل جبر الضرر من الاستفادة منها، دون غيرهم من الفقراء والمعوزين⁽²⁾، وقد تستعمل في أنواع من الجرائم على حساب أنواع أخرى، وفي ذلك أيضا مساس بمبدأ المساواة أمام القضاء⁽³⁾.

أما من حيث أثر الوساطة على مبدأ الفصل بين الوظائف القضائية المعبر عن ضمان حياد القاضي الجزائي؛ والذي مفاده أن تمارس كل جهة قضائية، سواء

(1) - راجع في تفصيل ذلك: د. عمر سالم، مرجع سابق، ص 73 وما بعدها.

هناك من يضيف بأن الوساطة تتعارض ومبدأ الشرعية الإجرائية: انظر: د. رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص 42. كما تتعارض وقرينة البراءة. انظر: د. عادل علي مانع، مرجع سابق، ص 71.

(2) - راجع في تفصيل ذلك: فايز عابد الظفيري، مرجع سابق، ص 137، وكذا:

DESPORTES Frédéric et Laurence Lazeges-Cousquer, Traité de procédure pénale, Édition Economica, Paris, 2009, p141

(3) - راجع في ذلك:

TADROUS Saoussane, La place de la victime dans le procès pénal, thèse pour le doctorat, Université, Montpellier1, France, 2014 , p280.

كانت سلطة اتهام أو تحقيق أو حكم، الصلاحيات المخولة لها قانونا دون التدخل في عمل الأخرى، إلا أنه بموجب نظام الوساطة الجنائية، أصبح وكيل الجمهورية مصدرا لاتفاق محضر الصلح الذي يعامل معاملة الأحكام، وفي ذلك اعتداء على وظيفة قاضي الحكم، الأمر الذي يشكل خرقاً واضحاً لمبدأ الفصل بين سلطة المتابعة والحكم⁽¹⁾.

المبحث الثاني: الأحكام القانونية الموضوعية والإجرائية للوساطة الجزائية

تم الأخذ بنظام الوساطة الجزائية في التشريع الجزائري، سواء في مجال القضايا الجزائية الخاصة بالبالغين، أو تلك المتعلقة بالأحداث إثر تعديل وتقييم قانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر رقم 15-02⁽²⁾، وكذا القانون رقم 15-12 المتضمن قانون حماية الطفل⁽³⁾، حيث أصبحت الوساطة الجزائية بديلا فعليا في تسيير الدعاوى العمومية، يجوز بموجبها لوكيل الجمهورية، وقبل أية متابعة جزائية، أن يقرر بمبادرة منه، أو بناءً على طلب الضحية أو المشتكى منه، إجراء وساطة عندما يكون من شأنها وضع حد للإخلال الناتج عن الجريمة، أو جبر الضرر المترتب عنها؛ بالتالي الوساطة الجزائية تعتبر نظاماً جوازياً يخضع للسلطة التقديرية لوكيل الجمهورية،

(1) - انظر أيضا في مساس الوساطة الجنائية بمبدأ المساواة أمام القضاء الجنائي من نواحي أخرى:

V. Wester-Ouisse, M.-C. Des devises, La médiation pénale, remède ou intermède? appréciation critique et propositions, Actes du colloque «Médiations», MSH Ange Guépin, Nantes, France, mai 2000.

http://droit.wester.ouisse.free.fr/pages/pages_recherches/mediation_penale.htm

وراجع تفصيلا في ذلك:

TADROUS Saoussane, Op. Cit, p292. Et BONARDI Agnès, Les défis d'une justice pénale moderne pour les délinquants mineurs, thèse pour le doctorat, université de Maine, France, 2003, p243.

(2) - حيث تضمن هذا التعديل إدراج فصل ثان مكرر تحت عنوان: "في الوساطة" يضم عشر (10) مواد: من 37 مكرر إلى 37 مكرر 9، ترتب عن الأخذ بالوساطة، تعديل وتقييم المادتين 6 و 36 من قانون الإجراءات الجزائية، لتصبح صياغتهما الجديدة منسجمة مع الأحكام المستحدثة بحيث أضيف للمادة 6 سبب جديد لانقضاء الدعوى العمومية، كما أدرجت الوساطة ضمن المادة 36 لتتضمن هذه الأخيرة، بالإضافة إلى المهام التقليدية للنيابة العامة من تلقي الحاضر والشكاوى والبلاغات وغيرها، إمكانية أن يقرر وكيل الجمهورية إجراء الوساطة بشأن بعض القضايا المطروحة أمامه.

(3) - الذي تضمن فصلا كاملا يضم ست (06) مواد في الوساطة.

ونظماً رضائياً يتعين أن يقبل به خصوم الدعوى، الضحية والمشتكي منه. اشترط فيه المشرع شروطاً قانونية موضوعية وأخرى إجرائية حتى يتم اللجوء إليه، تم النص عليها بخصوص الوساطة في مجال قضايا الأحداث في المواد من 110 إلى 112 من قانون حماية الطفل، وفي المواد من 37 مكرر إلى 37 مكرر 9 بخصوص قضايا البالغين. وعليه، سنبحث شروط هذه الوساطة الجزائية من خلال الشروط القانونية الموضوعية للوساطة (المطلب الأول)، ثم شروطها القانونية الإجرائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشروط القانونية الموضوعية للوساطة الجزائية

نص المشرع الجزائري على الشروط القانونية الموضوعية للوساطة الجزائية في جرائم البالغين في المواد من 37 مكرر إلى 37 مكرر 9 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، وفي مجال جرائم الأطفال في المادتين 110 و111 من قانون حماية الطفل لسنة 2015، وتتمثل في إجراءات أولية (فرع أول)، وأخرى تتعلق بأطرافها (فرع ثان)، وأخرى تتعلق بمجالها (فرع ثالث).

الفرع الأول: الشروط الأولية للجوء لإجراء الوساطة الجزائية

اللجوء إلى الوساطة الجزائية يتعين أن يتقرر قبل أن تحرك الدعوى العمومية، سواء تعلق الأمر بجرائم البالغين أو بجرائم الأحداث (المادة 110 من قانون حماية الطفل)⁽¹⁾. ويتضح من ذلك أن يتقرر اللجوء إلى الوساطة قبل تحريك الدعوى العمومية (أولاً)، وأن يترضى الأطراف على ذلك (ثانياً)، وأن يكون اللجوء إليها بمبادرة من وكيل الجمهورية أو بطلب من أحد الخصوم أو كليهما (ثالثاً).

أولاً: وجوب تقرير اللجوء إلى الوساطة الجزائية قبل تحريك الدعوى العمومية

يتضح لنا من خلال المادة 110 من قانون حماية الطفل، والمادة 37 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية، أن الوساطة الجزائية تكون قبل تحريك الدعوى العمومية، ويكون لوكيل الجمهورية أن يقرر أو يقبل إجراء الوساطة، قبل القيام بأي

(1) - التي تنص على أنه: "يمكن إجراء الوساطة في كل وقت من تاريخ ارتكاب الطفل للمخالفة أو الجنحة وقبل تحريك الدعوى العمومية".

متابعة جزائية، سواء كان ذلك بمبادرة منه أو بناءً على طلب المشتكي أو الضحية، ويعد هذا الشرط ترجمة واضحة للأهداف المتوخاة من إجراء الوساطة في المواد الجزائية، التي تتركز بالدرجة الأولى على وضع حد للدعوى العمومية عن طريق إيجاد أرضية وفاق بين المتهم والضحية، ويضع حداً للإخلال الناتج عن الجريمة، أو جبر الضرر المترتب عليها حسب ما عبر عنه المشرع الجزائري في نص المادة 37 مكرر من الأمر 15- 02. وهي المادة التي استعمل فيها المشرع الجزائري، اشتراطاً للشرط السابق، عبارة "قبل أية متابعة جزائية"، نثير التساؤل بخصوص الفترة بالضبط التي تقرر فيها النيابة إجراء الوساطة، وكذا التوقيت الذي يستطيع فيه المتهم أو الضحية طلب إجراء الوساطة؟ خصوصاً لو أخذنا بعين الاعتبار أن كما هائلاً من الشكاوى تقدم أمام الضبطية القضائية وتستغرق وقتاً طويلاً لكي نتصل النيابة العامة بها. فهل يجوز للضحية والمتهم تقديم طلب إجراء الوساطة على هذا المستوى؟

مع العلم أنه يمكن لوكل الجمهورية أن يقرر حفظ الملف أو تحريك الدعوى العمومية؛ لأن الوساطة إجراء جوازي لا يسلبه سلطته في تقدير مدى ملاءمة تحريك الدعوى العمومية من عدمه، خاصة وأن تحرير اتفاق الوساطة لا تنقضي به الدعوى العمومية، بل الأخيرة تنقضي بتنفيذ هذا الاتفاق؛ لهذا يظل ويكل الجمهورية محتفظاً بسلطته السابقة قبل ذلك⁽¹⁾. كما يمكن للنيابة العامة، بحسب أحكام المواد المتعلقة بالوساطة، سواء في قانون الإجراءات الجزائية أو بخصوص قانون حماية الطفل، أن تتدخل في كل مراحل الوساطة، كما تتابع مدى تنفيذ الاتفاق المتولد عنها.

فن حيث المبادرة بإجراء الوساطة الجزائية؛ يستفاد بأن عرض الوساطة نظام

(1) - حيث يستخلص أن إدراج الوساطة الجزائية ضمن آليات تسيير الدعوى العمومية، يكون المشرع قد استحدث نظاماً ثالثاً يسمح للنيابة بالمبادرة إلى عرض الوساطة التي تتم وجوباً قبل أي متابعة جزائية. فإن تحققت نتائجها، انقضت الدعوى العمومية. أما إذا خابت المبادرة، استعادت النيابة سلطتها التقديرية وكأن الملف والأطراف يعرضان عليها لأول مرة. فالملاءمة إذن، تمتد إلى تحريك الدعوى العمومية وإلى عرض الوساطة باعتبارها جوازية، تخضع لماتراه النيابة، حفاظاً على مصلحة المجتمع متى رأت المبادرة بالإجراء أمراً مناسباً.

جوازي في المادة الجزائية، سواء بالنسبة للبالغين أو الأحداث عملاً بالمادة 37 مكرراً من قانون الإجراءات الجزائية و 111 من قانون حماية الطفل. وأن النيابة هي صاحبة الولاية في المبادرة بعرض الوساطة على الأطراف، كما أنها الجهة الوحيدة المخولة بقبول الطلب المقدم من طرف الضحية أو المشتكى منه، أو كلاهما معاً.

ثانياً: تراضي الخصوم

باعتبار الوساطة الجزائية إجراءً اختياريًا لوكل الجمهورية يمكنه تقريره قبل تحريك الدعوى العمومية، فإذا قرر وكيل الجمهورية اللجوء إلى الوساطة الجزائية، تعين عليه استدعاء الخصوم ويستطلع رأي كل منهم حول مدى قبولهم للوساطة. وفي حالة الاتفاق على مبدأ الوساطة يقوم وكيل الجمهورية بشرح أهداف الوساطة، ثم يسمح لكل طرف بعرض وجهة نظره وتحديد طلباته، ومن خلال تبادل الآراء يستطيع وكيل الجمهورية التوفيق بينهما.

وبالتالي؛ تراضي الجاني والمجني عليه، شرط ضروري وأساسي لقيام الوساطة، ولهما كامل الحرية في قبول أو رفض الوساطة، وكذا قبولهما بمضمون الاتفاق المتمخض عنها؛ لذا يتعين أن يكون رضا الطرفين صادراً عن إرادة حرة واعية وخالية من العيوب، باعتباره تصرفاً قانونياً ملزماً من جهة، لكنه تنازلي من جهة أخرى، لكن الأهم من ذلك أن البعض يرى فيه اتفاقاً إلزامياً أو مفروضاً؛ فهو اتفاق إلزامي أو مفروض، حيث إن مرتكب الجريمة يوضع أما خيارين غير متوازنين في آثارهما، أحدهما أبسط وأرحم، وهو الوساطة، وثانيهما أعقد وأشد وأكثر ميلاً للتهديد بالعقاب، وهو تحريك الدعوى العمومية ضده. بل إنه حتى الضحية يكون ملزماً بها ضمناً، كونه يعلم أن فشل الوساطة سيجعل حصوله على التعويض أمراً متوقفاً على الدعوى التي تأخذ وقتاً طويلاً، وما قد يترتب عن ذلك من مصاريف وجهد ووقت، وقد لا يحصل على هذا التعويض⁽¹⁾؛ بالتالي الطبيعة

(1) - انظر في المعنى:

ANTOINE Virginie, Le consentement en procédure pénale, thèse pour le doctorat, université montpellier1, France 2011, p351. PANDELON Gérald, La question de

الخاصة للرضاء في مجال الوساطة، كانت السبب الأول لتوجيه سهام النقد لها، حيث يعد رضاءً تنازليا بموجبه يتنازل الفاعل عن أهم المبادئ الإجرائية والضمانات التي يمنحها له قانون الإجراءات الجزائية، أهمها أن تعرض قضيته أمام القاضي⁽¹⁾، باعتبار أنها تتم في مرحلة لم تنشأ فيها الدعوى العمومية بعد، ويفصل فيها دون حضور القضاة، والأكثر من ذلك أنها لا تقبل أي طريق للطعن وفق المادة 37 مكرر 5.

الفرع الثاني: أطراف الوساطة الجزائية

نظام الوساطة الجزائية نظامٌ يخصص الأطراف العادية في كل جريمة، منهم الضحية الذي يمس في ماله أو عرضه أو سلامته الجسدية، والمتهم (المشتكى منه) الذي يكون محل متابعة من طرف النيابة العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع. وعليه، تكون الأطراف المشاركة في إجراء الوساطة هي نفسها المعنية بالجريمة كأصل عام، إلا أنه استثناءً من ذلك، هناك من التشريعات في محاولة منها لتعزيز هذا الإجراء، من قننت تدخل طرف ثالث خارج عن الخصومة القضائية وهو الوسيط، وهو ما استغنى عنه المشرع الجزائري بقصره الأمر على وكيل الجمهورية، وهو ما نبينه في نقاط ثلاث، نخصص كل نقطة لطرف من الأطراف، لنخصص نقطة رابعة لموضوع دور المحامي في إجراء الوساطة الجزائية.

أولاً: المتهم (المشتكى منه)

المتهم أو المشتكى منه، هو الشخص المدعى أنه مرتكب الفعل المجرم والذي قد يكون فاعلا أصليا أو شريكا، أو غيرهما ممن تقوم حولهم قرائن متماسكة في الضلوع في ارتكاب الجريمة. وهو ما يقودنا للقول إن المشتبه فيه الذي لم تقم ضده بعد دلائل كافية في ضلوعه في ارتكاب الجريمة، لا يشمل إجراء الوساطة، بخلاف المتهم الذي توجد ضده ملاسبات ودلائل قوية على ارتكابه الجريمة، كمن تواجد في

l'aveu en matière pénale, thèse pour le Doctorat, université Aix-Marseille, 2012, p297.

(1) - انظر:

PANDELON Gérald, Op. Cit, p250.

حالة تلبس وفقا لأحكام المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري. ولعل ذلك ما جعل المشرع الجزائري يستعمل عبارة مرتكب الأفعال المجرمة في نص المادة 37 مكرر 1 من الأمر رقم 02-15⁽¹⁾، ويفترض أن يقبل مرتكب الفعل بذلك، حيث عدم قبوله سيفرغ لا محالة هذا الإجراء من محتواه، بدليل أن المتهم يمكنه أن يرفض إجراء الوساطة دون أن يشكل ذلك دليلا ولا حتى قرينة بسيطة على ارتكابه الجريمة المتابع بها.

ثانيا: الضحية

يشمل مصطلح الضحية كل شخص متضرر من الجريمة، وبمفهوم أوسع كل من يكون محلا للحماية القانونية التي يقصدها المشرع، فقد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، بل يمتد الأمر ليشمل المصطلح المجتمع.

ولمركز الضحية وزن ثقيل في نجاح الوساطة الجزائية؛ ذلك أنه المعنى الأول بالجريمة، لكونه صاحب حق فيها أضرت الجريمة ومست به، وبالتالي فإن هذا الإجراء مقترن بموافقتة التي تكون إما في صورة قبول لطلب النيابة العامة أو الجاني، أو بناءً على مبادرته هو لإجراء الوساطة كما هو وارد في المادة 37 مكرر من الأمر 02-15.

ثالثا: النيابة العامة

النيابة العامة طرف أصلي أساسي في كل إجراء جزائي، كونها ممثلة للمجتمع، أناطها أمر تمثيله وكذا السهر على حسن تطبيق القوانين وملاحقة مخالفها أمام المحاكم وتنفيذ الأحكام الجزائية، تطبيقا لذلك؛ فهي تعتبر طرفا في إجراءات الوساطة الجزائية بقوة القانون، وهذا ما هو واضح من خلال صياغة المادة 37 مكرر من الأمر 02-15، التي جعلت إجراء الوساطة من الصلاحيات الأصلية لوكيل الجمهورية، ينفرد وكيل الجمهورية بسلطة تقدير إجراء الوساطة أو تحريك الدعوى العمومية وفقا للإجراءات العادية بناء على ما يتوفر لديه من ظروف وملازمات.

(1) - التي تنص: "تم الوساطة بموجب اتفاق مكتوب بين مرتكب الأفعال المجرمة والضحية".

بالتالي، مثل هذه الصلاحية الإضافية الممنوحة للنيابة العامة، قد تثير العديد من الإشكالات، إذ إن النيابة ستجتمع من خلالها بين سلطتي الاتهام والإشراف على إجراء الوساطة، وهو ما قد سيفرغ هذه الأخيرة من محتواها، بل الأخطر من ذلك، أن المشرع من خلال القانون رقم 15 - 12 المتعلق بحماية الطفل، أعطى هذه الصلاحية إلى ضباط الشرطة القضائية، ليقوموا بها بأمر من وكيل الجمهورية عملاً بالمادة 111 منه، وهو ما قد يشكل إخلالاً بمبدأ الفصل بين الوظائف القضائية.

رابعاً: مسألة الاستعانة بمحامي في إجراء الوساطة الجزائية

تطرح فكرة الاستعانة بالمحامي أثناء الوساطة الجزائية عدّة ملاحظات؛ تتمحور حول حقيقة الدور الذي يمكن أن يلعبه هذا الأخير في مجالها، خاصة وأن المشرع أكد الطابع الاختياري والجوازي لممارسة هذا الحق من طرف المتخاصمين، وفقاً للفقرة الأخيرة من المادة 37 مكرر ق.إ.ج، ولم يذكره بخصوص الوساطة المتعلقة بالأحداث، إلاّ بصفة ضمنية في المادة 111 من قانون حماية الطفل، عندما نصّت على إمكانية طلب الوساطة عن طريق محاميه. ولعل الدافع من وراء ذلك، أن يكون المشرع قد رأى أنه في حضور المحامي تعطيل وتعقيد لإجراء الوساطة الجزائية، في حين أن الهدف منها هو تحقيق السرعة والفعالية للإجراءات.

كما أن معظم الجرائم التي يعمل فيها بنظام الوساطة هي من الجرائم العائلية التي قد تُغني عن حضور الدفاع، خاصة وأننا في مرحلة ما قبل قضائية، قد تجعل من حضور المحامي مثاراً للتشاحن، خاصة إذا كان حضوره من جانب واحد دون تمثيل للطرف الآخر⁽¹⁾. ولعل ذلك ما يدفع المحامي إلى تفادي - ومن تلقاء نفسه - الحضور، لغياب دور فعلي له⁽²⁾. وهو ما أكدته بعض الدراسات العملية التي أجريت بفرنسا⁽³⁾.

(1) - انظر في ذلك:

TADROUS Saoussane, op. cit, p290.

(2) - انظر في تفصيل ذلك:

PANDELON Gérald, La question de l'aveu en matière pénale, op. cit, p222.

(3) - مشار لذلك لدى:

=

بالتالي، تقرير حق الاستعانة بمحام دون منحه صراحة صلاحية تقديم طلب حول الإجراء، سيؤدي إلى الاصطدام من حين لآخر بين الدفاع والنيابة بمناسبة تطبيق المادة 37 أعلاه لاسيما حول حدود الاستعانة، على عكس ما ورد بالمادة 111 فقرة 2 من قانون حماية الطفل.

الفرع الثالث: مجال (نطاق أو محل) الوساطة الجزائية

مجال الوساطة الجزائية في مجال قضايا الأطفال الجانحين، ووفقا لنص المادة 110 من قانون حماية الطفل⁽¹⁾، هي المخالفات والجنح، دون الجنايات التي لا ينفع معها اللجوء إلى إجراء الوساطة. والأمر نفسه بالنسبة لجرائم الأشخاص البالغين، حيث الوساطة الجزائية جائزة في المخالفات وبعض الجنح دون الجنايات، حسب نص المادة 37 مكرر 2. بالتالي مجال الوساطة الجنائية جنح حددها المشرع على سبيل الحصر، كما مكن من تطبيقها في مجال المخالفات جوازيا. وبذلك لم يترك المشرع الجزائري الباب مفتوحا على مصراعيه لإجراء الوساطة، وإنما حصرها في جنح محددة، مقابل التوسع في نطاقها في مجال المخالفات حيث لم يستثن منها شيئا. لذا سنحاول تبين طبيعة الجرائم الجائز اللجوء إلى الوساطة بخصوصها (أولا)، ثم تصنيف هذه الجرائم (ثانيا).

أولا: طبيعة الجرائم المعنية بالوساطة الجزائية وتصنيفها

حدد المشرع الجزائري الجنح التي يجوز اللجوء فيها لإجراء الوساطة، دون أن يسمح بالقياس عليها ولا التفسير الموسع لها، كوننا بصدد استثناء على القيد العام، الذي ورد بخلاف الأصل. حيث يقع وجوبا على ممثل النيابة التقيد باستبعاد الجنايات مطلقا، وإعمال الوساطة بالنسبة للمخالفات دون قيد، وجواز المبادرة بالوساطة في الجنح الواردة على سبيل الحصر بالنسبة للبالغين وفقا لما سيأتي ذكره، وتطبيقها بالنسبة للأحداث في الجنح دون تحديد لنوع الجريمة وفقا للمادة 110 من

CLEMENT Stéphane , Les droits de la défenses dans le procès pénal , op. cit, p79 .

(1) - التي تنص على أنه: "يمكن إجراء الوساطة في كل وقت من تاريخ ارتكاب الطفل للمخالفة أو الجنحة وقبل تحريك الدعوى العمومية. ولا يمكن إجراء الوساطة في الجنايات".

قانون حماية الطفل.

يمكن القول -مبدئيا- إن الجرح المعنية بالوساطة الجزائية معظمها جنح عمدية، وكلها من الجرح الواردة في قانون العقوبات لا القوانين المكملة له، وهي في أغلبها من الجرائم البسيطة غير المشددة، باعتبارها من الجرح الأكثر ارتكابا ومن أكثر القضايا المطروحة أمام الجهات القضائية من حيث الإحصاء، وبالتالي هي السبب الرئيس في تعطيل السير العادي لمرفق القضاء ومنعه من الفصل في القضايا ضمن الآجال المعقولة، مما جعل الكثير يصفه بالبطء وقليل الفعالية.

ثانيا: تصنيف الجرح المعنية بالوساطة

يمكن تصنيف الجرح المعنية بالوساطة ضمن فئات، وذلك على النحو الآتي: ثلاثٌ منها تندرج ضمن طائفة جرائم الاعتبار، وهي جنح السب والقذف والاعتداء على الحياة الخاصة؛ التي تشمل الوشاية الكاذبة، إفشاء الأسرار، إتلاف الرسائل والمراسلات، التقاط وتسجيل المكالمات، وهي الأفعال المنصوص والمعاقب عليها بالمواد من 296 إلى 303 مكرر 3 من قانون العقوبات؛ وخمس منها جرائم ذات صلة بالمنازعات العقارية، وتضم جرائم التعدي على الملكية العقارية وفقا للمادة 386 من قانون العقوبات، والتخريب أو الإتلاف العمدي لأموال الغير، وفقا للمواد 405 مكرر و406 مكرر و407 و412 و414 من قانون العقوبات، والتعدي على المحاصيل الزراعية وفقا للمادة 413 من قانون العقوبات، والرعي في ملك الغير وفقا للمادة 413 مكرر من قانون العقوبات.

ومنها أربع جرائم أسرية؛ تضم ترك الأسرة وفقا للمادة 330 من قانون العقوبات، والامتناع العمدي عن تقديم النفقة وفقا للمادة 331 من قانون العقوبات، وعدم تسليم طفل وفقا للمادتين 327 و 328 من قانون العقوبات، والاستيلاء بطريق الغش على أموال الإرث قبل قسمتها أو على أشياء مشتركة أو أموال الشركة وفقا للمادة 363 من قانون العقوبات.

واثنتان منها متصلتان بالسلامة الجسدية؛ وتضم التهديد وفقا للمادتين 284 و287 من قانون العقوبات، وجرح الضرب والجروح غير العمدية والعمدية المرتكبة

بدون سبق الإصرار والترصد أو استعمال السلاح، وفقا للمواد 264 و 268 و 269 من قانون العقوبات.

وجريمة خدمتية واحدة، تتعلق باستهلاك مأكولات أو مشروبات، أو الاستفادة من خدمات أخرى عن طريق التحايل وفقا للمادتين 366 و 367 من قانون العقوبات.

وأخيرا، جريمة إصدار شيك بدون رصيد باعتبارها الصورة الأكثر انتشارا في أروقة القضاء، والأكثر جدلا من حيث عناصر الجريمة وإجراءات تحريك الدعوى العمومية، بحيث لا يمكن إعمال المواد 374 إلى 375 مكرر من قانون العقوبات دون الرجوع إلى المادة 526 فقرة 6 من القانون التجاري.

ونستنتج أن الجرائم السابقة كلها من الجرائم التي تبين عن روابط تجمع بين مرتكب الأفعال والضحية، وهي إما أن تكون روابط أسرية أو عائلية أو روابط جيرة وعمل، راعي المشرع أن التفاوض بخصوصها والاتفاق حول حلها، أرحم من اتباع إجراءات المحاكمة التقليدية التي تتركس الشقاق والتنافر أكثر من إرساء دعائم القرابة والمصاهرة والجوار.

المطلب الثاني: الأحكام الإجرائية للوساطة الجزائية

بالإضافة إلى الشروط الموضوعية المتطلبة للجوء إلى نظام الوساطة الجنائية، استلزم المشرع لإجراء هذا النظام أحكاما إجرائية خاصة باعتبارها بديلا من بدائل الدعوى العمومية، أهمها أنه بتنفيذ اتفاق الوساطة تنقضي الدعوى العمومية؛ لذا فهذا الأثر يترتب عن نجاح الوساطة بعد المراحل التي تتم بها، وهي مراحل حددها المشرع، بنهايتها يرم اتفاق له مضمون وقوة مبينة قانونا، يرتب بعض الآثار، وإن لم ينفذ يرتب آثارا من نوع وطبيعة أخرى، وهي أمور تتعلق بالآثار المترتبة عن فشل الوساطة؛ لذا سنحاول أن نبين من خلال هذا المطلب المراحل التي تمر بها الوساطة الجزائية (فرع أول)، والنتائج التي تسفر عنها وآثار ذلك، في حال نجاحها، وهو ما يقتضي تناول محضر اتفاق الوساطة من حيث تبيان قوته وتحديد طبيعته القانونية (فرع ثان)، ومن ثم بحث الآثار المترتبة عن تنفيذ هذا الاتفاق (فرع ثالث)، سواء كلت بالنجاح أو بآءت بالفشل.

الفرع الأول: مراحل الوساطة الجزائرية

جوهر الوساطة الجزائرية، سواء بالنسبة للبالغين أو الأطفال الجانحين، هو تراضي طرفي النزاع على اللجوء إليها تحت إشراف وكيل الجمهورية، كشخص محايد، حيث تتم إجراءات الوساطة تحت رقابته في قضايا البالغين، بينما في قضايا الأحداث، يقوم بها بنفسه، أو يكلف بذلك أحد مساعديه أو أحد ضباط الشرطة القضائية وفقا للمادة 111 من قانون حماية الطفل. وإذا تمت الوساطة من قبل ضباط الشرطة القضائية، فإنه يتعين عليه أن يرفع محضر الوساطة إلى وكيل الجمهورية لاعتماده بالتأشير عليه. وفي كل الأحوال، وباعتبار الوساطة الجزائرية بديلا من بدائل الدعوى العمومية، جوهرها تراضي الخصوم عليها وقبول وكيل الجمهورية لها؛ لذلك يتعين أن تمر الوساطة الجزائرية بمرحلتين أساسيتين: أولاهما مرحلة تمهيدية ما قبل التوصل لاتفاق، والثانية تخص إبرام اتفاق الوساطة ذاته.

أولا: مرحلة ما قبل إبرام اتفاق الوساطة

يجوز لوكيل الجمهورية قبل تحريك الدعوى العمومية إجراء الوساطة الجزائرية من تلقاء نفسه، أو بطلب أحد الخصوم أو كليهما؛ وفي مجال الأحداث، بطلب من الطفل أو ممثله الشرعي أو محاميه. ويقوم بإجراء الوساطة بنفسه أو يكلف بذلك أحد مساعديه أو أحد ضباط الشرطة القضائية، عكس قضايا البالغين، أين يشرف عليها بنفسه دون إمكانية تكليف الغير بمباشرة هذا الإجراء.

وإذا قرر وكيل الجمهورية اللجوء إلى الوساطة، يستدعي الأطراف؛ الطفل ومثله الشرعي، والضحية أو ذوي حقوقها في جنح الأطفال. والمتهم والضحية في قضايا البالغين. ويستطلع رأي كل منهم، حيث لا يمكنه إجراء الوساطة إلا بقبول الضحية والمشتكي منه. وفي حالة قبول الطرفين لإجراء الوساطة يستطلع وكيل الجمهورية رأي كل طرف بشأن النزاع، ويمكنهم من تحديد طلباتهم. ومن خلال آراء وطلبات الطرفين يحاول التوفيق بينهما، لكن نجاح جهود الوساطة متوقف على تفاهم وتعاون أطراف الخصومة من أجل حل الخصومة وديا⁽¹⁾.

(1) - وهو ما يعني أن هذه المرحلة تستهدف استطلاع رأي الخصوم بخصوص اللجوء لإجراء الوساطة، وفيها تتحدد طلبات ومواقف كل الأطراف منها، وهنا يلعب وكيل الجمهورية دورا كبيرا في تقريب وجهات

ثانياً: مرحلة إبرام اتفاق الوساطة وتنفيذه

إذا نجح وكيل الجمهورية في تقريب وجهات نظر الخصوم، ووفق في التوصل إلى قبول منهم حول تسوية الخصومة الجزائية ودياً؛ تعين هنا إبرام اتفاق يسمى اتفاق الوساطة الجنائية، الذي يحرر على محضر يوقع عليه وكيل الجمهورية⁽¹⁾، وبقية الأطراف وكذا كاتب الضبط، وتسلم نسخة منه إلى كل طرف⁽²⁾. ويصبح هذا المحضر يشكل سنداً تنفيذياً، ويمهر بالصيغة التنفيذية طبقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ويتم تنفيذه بسعي من صاحب المصلحة.

لكن المتابعة الجزائية لا تنتهي بالتوصل إلى اتفاق الوساطة المحرر في محضر، بل بتنفيذ هذا المحضر في الأجل المحدد في الاتفاق، وفي حالة عدم تنفيذ التزامات الوساطة في الأجل المحدد في الاتفاق، يبادر وكيل الجمهورية بمتابعة الطفل الجانح حسب المادة 115 من قانون حماية الطفل. وإذا تمت الوساطة من قبل ضباط الشرطة القضائية، فإنه يتعين عليه أن يرفع محضر الوساطة إلى وكيل الجمهورية لاعتماده بالتأشير عليه.

الفرع الثاني: مضمون اتفاق الوساطة وقوته

الوساطة الجزائية نظام يهدف بالأساس إلى جعل طرفي الخصومة الجزائية يتوصلون لحل، بموجبه يصلح مرتكب الأفعال ما رتبته جريمته من أضرار، وتنازل المتضرر عن إجراءات المتابعة الجزائية، بهدف إعادة الروابط التي كانت تجمعهما أو حتى تقويتها. وبالتالي لاتفاق الوساطة مضمون يتمثل فيما يتعهد به مرتكب الأفعال

النظر بين الخصوم، لكن دون محاولة منه التأثير على أي منهما، باعتبار الوساطة الجنائية اتفاق رضائي محض، تلعب حرية الإرادة فيه دوراً محورياً وجوهرياً.

- (1) - توقيع وكيل الجمهورية على المحضر المتضمن اتفاق الوساطة، الذي تضمن ما استقرت عليه إرادة الطرفين، هو إضفاء للطابع الرسمي للاتفاق، وحتى يصبح متمتعاً كسند بالصيغة التنفيذية، كما يشكل في الوقت نفسه مصادقة من قبل النيابة على مضمون الاتفاق وما توصل إليه الخصوم من اتفاقات.
- (2) - وذلك حسب المادة 112 من قانون حماية الطفل، والمادة 37 مكرر 3 من قانون الإجراءات الجزائية.

(أولاً)، وإذا ما أبرم أصبحت له قوة أصبغها عليه القانون (ثانياً) (1).

أولاً: مضمون اتفاق الوساطة

يتعين أن يفرغ اتفاق الوساطة في محضر يتضمن البيانات التي تحدد هوية الخصوم وممثل النيابة العامة وكاتب الضبط، وكذا ما تم التوصل إليه من اتفاقات، ويتعين أن يكون متضمناً لآجال يلزم تنفيذ ما تم التوصل إليه خلالها (2)، وفي العادة يكون ذلك خاصاً بالتعهد من قبل المتهم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل ارتكاب الجريمة، كأن يلتزم الفاعل ببناء ما أتلّفه أو إعادة العقار المعتدى عليه أو المال المستولى عليه إلى مالكة أو الحائز، أو دفع تعويض مالي أو عيني بما يتناسب مع جبر الضرر، وكل اتفاق آخر غير مخالف للقانون، كأن تتفق الحاضنة مع والد المحضون على تعديل ساعات الزيارة المقررة بموجب الحكم الصادر عن الجهة القضائية المختصة.

أما بالنسبة للأحداث، ووفقاً لنص المادة 112 من قانون حماية الطفل، يتعهد الطفل أو ممثله القانوني بما سبق بخصوص قضايا البالغين، ويمكن أن يتضمن تعهد الطفل تحت ضمان ممثله الشرعي، بتنفيذ التزام واحد أو أكثر من الالتزامات المحددة في المادة 114 من القانون نفسه (إجراء مراقبة طبية أو الخضوع لعلاج، متابعة الدراسة أو تكوين متخصص، عدم الاتصال بأي شخص قد يسهل عودة الطفل للإجرام) (3).

(1) - ذلك لأن الوساطة الجنائية كرسها المشرع كبديل للمتابعة الجزائية؛ لذا يتعين أن يكون للاتفاق المتمخض عنها قوة تنفيذية تكون بديلاً عن الحكم الذي كان من الممكن صدوره عقب اتباع الإجراءات العادية.

(2) - لتحديد الآجال دور كبير بالنسبة للقانون وللخصوم؛ بالنسبة للقانون مثل هذا التحديد يجنبنا السقوط في نظام التقادم، والدليل على ذلك أنه يوقف التقادم أثناء هذه المرحلة تطبيقاً لنص المادة 110 فقرة 3 من قانون حماية الطفل، والأمر نفسه بالنسبة للمادة 37 مكرر 7 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري. أما بالنسبة للخصوم، فهو يكرس فكرة العدالة الناجزة وإرضاء للمجني عليه، ويكرس فكرة الردع الخاص بالنسبة للمجاني، وإرضاء للشعور بالعدالة بالنسبة للمجتمع.

(3) - حيث إن السياسة الجنائية الحديثة تقتضي اتباع أساليب التربية والتهديب والعلاج بالنسبة للأحداث، على خلاف البالغين، حيث يتم التركيز على أفكار الردع والزجر.

ثانياً: قوة محضر الوساطة

عملاً بأحكام المادتين 37 مكرر 6 من قانون الإجراءات الجزائية و 113 من قانون حماية الطفل، يعد محضر اتفاق الوساطة سنداً تنفيذياً يضاف بالنص الصريح إلى قائمة السندات التنفيذية الوطنية الوارد ذكرها على سبيل الحصر في المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولا يجوز الطعن في الاتفاق بأي طريق من طرق الطعن، وبالتالي ينفذ وفقاً للإجراءات المقررة للتنفيذ الجبري المبينة في المادة 612 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحسب طبيعة الالتزام.

بل إن اتفاق الوساطة لا يعتبر فقط من طبيعة السندات التنفيذية التي يتعين أن تنفذ جبرياً، بل إن المشرع الجزائري عامله معاملة الأحكام القضائية، حيث إن امتناع مرتكب الأفعال عن تنفيذه في الآجال المتفق عليه، يترتب عنه متابعته بجريمة التقليل من شأن الأحكام القضائية، طبقاً للمادة 2/147 من قانون العقوبات، وذلك ما تضمنه نص المادة 37 مكرر 9 من قانون الإجراءات الجزائية⁽¹⁾.

الفرع الثالث: آثار الوساطة الجزائية

سبق القول أن المشرع الجزائري كرس إجراء الوساطة الجزائية كبديل من بدائل الدعوى العمومية، نجاحها يعني حصول اتفاق يتعين تنفيذه من قبل مرتكب الأفعال، وبهذا التنفيذ فقط، تنقضي الدعوى العمومية (أولاً). وإن خابت

(1) - تنص المادة 37 مكرر 9 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: "يتعرض للعقوبات المقررة للجريمة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 147 من قانون العقوبات، الشخص الذي يمتنع عمداً عن تنفيذ اتفاق الوساطة عند انقضاء الأجل المحدد لذلك".

بينما تنص المادة 147 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "الأفعال الآتية تعرض مرتكبها للعقوبات المقررة في الفقرتين 1 و 3 من المادة 144: 1- ...

2- الأفعال والأقوال والكتابات العلنية التي يكون الغرض منها التقليل من شأن الأحكام القضائية والتي يكون من طبيعتها المساس بسلطة القضاء أو استقلاله".

الوساطة أو لم ينفذ ما تم الاتفاق عليه، اعتبرت مساعي الوساطة قد خابت أو فشلت، وبالتالي ترتب آثارا أخرى معاكسة (ثانيا).

أولا: آثار نجاح الوساطة

ينجح الوساطة الجزائية، وتوصل الأطراف إلى اتفاق، وقيام مرتكب الأفعال بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه، سواء بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو دفع التعويض ووضع حد للإخلال الذي سببته الجريمة، أو أي اتفاق آخر غير مخالف للقانون، يترتب أثر قانوني إجرائي هام، وهو انقضاء الدعوى العمومية، لكن إن تم تنفيذ اتفاق الوساطة في الأجل المحدد والمتفق عليه في المحضر (أولا)، لكن بعد التوصل إلى اتفاق، وقبل تنفيذه وقبل انقضاء الأجل المتفق عليه، فذلك يترتب أثرا قانونيا هاما آخر⁽¹⁾، وهو وقف تقادم الدعوى العمومية (ثانيا).

1- تقادم الدعوى العمومية بتنفيذ اتفاق الوساطة في الأجل المتفق عليه:

أهم أثر من آثار الوساطة الجزائية هو انقضاء الدعوى العمومية، لكن كأثر من آثار تنفيذ اتفاق الوساطة في الأجل المحدد في هذا الاتفاق، وهو ما تضمنه التعديل الأخير لنص المادة 6 من قانون الإجراءات الجزائية⁽²⁾، وهي المادة المتعلقة بأسباب انقضاء الدعوى العمومية، حيث أضيف سبب خاص لهذه الأسباب، ألا وهو تنفيذ اتفاق الوساطة الجزائية، الذي يعد سببا خاصا لتقادم الدعوى العمومية. وهو ما أكدته أيضا المادة 115 من قانون حماية الطفل⁽³⁾. فكلتا المادتين رتبتا أثرا هاما، وهو إنهاء المتابعة الجزائية بتنفيذ اتفاق الوساطة في الأجل المتفق عليه.

(1) - وهو إجراء تحوطي (احترازي) من قبل المشرع الجزائري، يهدف من خلاله حرمان المتهم من الاستفادة من التقادم كنتيجة لتهربه وتماطله في تنفيذ اتفاق الوساطة.

(2) - حيث أضحّت المادة 6 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري تنص على أنه: "تقضي الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق العقوبة...تقضي الدعوى العمومية بتنفيذ اتفاق الوساطة وسحب الشكوى إذا كانت شرطا لازما للمتابعة.

كما يجوز أن تقضي الدعوى العمومية بالمصالحة إذا كان القانون يجيزها صراحة".

(3) - التي تنص على أنه: "إن تنفيذ محضر الوساطة ينهي المتابعة الجزائية. في حالة عدم تنفيذ التزامات الوساطة في الأجل المحدد في الاتفاق، يبادر وكيل الجمهورية بمتابعة الطفل".

2- وقف تنفيذ التقادم كأثر إبرام اتفاق الوساطة:

بمجرد الوصول إلى اتفاق الوساطة، ويتعهد مرتكب الأفعال بما تعهد به بموجب هذا الاتفاق، يعد تقادم الدعوى العمومية موقوفاً إلى غاية انتهاء الأجل المحدد، حيث إن نفاذ الاتفاق انقضت الدعوى العمومية، وإن لم ينفذ فإن المدة السابقة لا تحسب ضمن آجال التقادم، وذلك ما تضمنته أحكام المادة 110 فقرة 3 من قانون حماية الطفل. والوضع نفسه بالنسبة للمادة 37 مكرر 7 من قانون الإجراءات الجزائية.

الفرع الرابع: الآثار المترتبة عن خيبة الوساطة

إذا كانت آثار تنفيذ اتفاق الوساطة لا يثير أي إشكال، بل يؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية وينهي المتابعة الجزائية، فإن الأمر يختلف تماماً بالنسبة لما هو مقرر في قانون الإجراءات الجزائية ومضمون قانون حماية الطفل في حالة عدم تنفيذ اتفاق الوساطة ضمن الآجال المحددة في المحضر، إذ القانون الأول يرتب أثراً عن خيبة الاتفاق، بينما يكتفي الثاني بترتيب أثر واحد.

أولاً: إعادة تحريك الدعوى العمومية

فشل الوساطة الجزائية يسمح لوكيل الجمهورية بمتابعة الجاني جزائياً، وكان القضية تطرح لأول مرة أمامه، وذلك بحسب ما ورد بنص المادة 37 مكرر 8 من قانون الإجراءات الجزائية، والمادة 115 فقرة 2 من قانون حماية الطفل. حيث جاء نص المادة الأخيرة ملزماً لوكيل الجمهورية بمتابعة الطفل في حالة عدم تنفيذه لمحضر اتفاق الوساطة أو إحدى الالتزامات المحددة في المادة 114 من القانون نفسه، وهو ما يخالف مبدأ الملاءمة الذي تستند إليه النيابة لمباشرة صلاحياتها⁽¹⁾.

(1) - بل إننا نرى أنه يخالف حتى مبدأ المساواة المكرس دستورياً، كما يخالف السياسة الجنائية العامة المتبعة بخصوص الأحداث، فهو يخالف مبدأ المساواة من حيث إنه يفيد المتهم البالغ بإمكانية صدور أمر حفظ لمصلحته، ويحرم المتهم الطفل من ذلك. ومن حيث السياسة الجنائية العامة، كيف لنا تفهم كل الضمانات التي خصّها المشرع للطفل في قانون حماية الطفل، وإفادته بضمانات أكبر من تلك التي يتمتع بها المتهم البالغ، ليأتي لهذه النقطة ويقلب توجهه عكساً.

في المقابل، جاء نص المادة 37 مكرر 8 من قانون الإجراءات الجزائية ليترك للممثل النيابة سلطة اتخاذ ما يراه مناسباً في شأن الدعوى، بمعنى إمكانية اتخاذ قرار الحفظ الجزائي إن تراءى له ذلك، أو اتخاذ قرار المتابعة في الحالة العكسية.

ثانياً: المتابعة الجزائية عند عدم التنفيذ

الأثر القانوني الإجرائي الثاني من آثار عدم تنفيذ اتفاق الوساطة في الأجل المحدد، هو متابعة الشخص المتعهد (مرتكب الأفعال) بجنحة التقليل من شأن الأحكام القضائية، إن كان امتناعه عمدياً، وهي الجريمة المنصوص عليها بموجب المادة 147 فقرة 2 من قانون العقوبات التي أحالت إليها المادة 37 مكرر 9 من قانون الإجراءات الجزائية، وهو ما يتعارض مع صحيح القانون؛ كون المادة 147 أعلاه تقتصر على الأحكام الصادرة عن سلطة قضائية ولا تمتد إلى السندات الاتفاقية باعتبارها تخرج من مجال تصنيف الأحكام التي حدد المشرع صيغتها، والتي تصدر باسم الشعب، لكن الاتفاق بين المشتكى منه والضحية، وبالرغم من توقيعها من طرف وكيل الجمهورية، فهو لا يرقى إلى درجة الحكم القضائي الذي تشمله الحماية الجزائية المقررة في المادة 147 أعلاه.

والأخطر، أن اللجوء إلى المادة 147 أعلاه، لا يحول دون إمكانية قيام وكيل الجمهورية بتحريك الدعوى العمومية من جديد على اعتبار أن سرمان الاتفاق يوقف تقادم الدعوى العمومية، بينما الانقضاء هو النتيجة للتنفيذ. في هذه الحالة، نكون بصدد احتمال متابعتين وعقوبتين في وقت واحد، الأولى عن فعل الامتناع العمدي عن تنفيذ محضر اتفاق الوساطة، والثانية عن الفعل المرتكب قبل الاتفاق، مما يشكل مخالفة واضحة للقواعد المنظمة للمتابعة الجزائية.

تجدر الإشارة إلى أن قانون حماية الطفل لم يتضمن أية إشارة إلى معاقبة الشخص الممتنع عن تنفيذ اتفاق الوساطة، بخلاف المادة 37 مكرر 9 من قانون الإجراءات الجزائية. وحسن فعل المشرع بالنظر إلى مخالفة المادة لصحيح القانون⁽¹⁾.

(1) - عكس النقطة السابقة (الحاشية)، نلاحظ هنا عودة المشرع للتعامل التفضيلية التي يخص بها المتهم الطفل.

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة، يمكننا القول إنه لا يمكننا غض النظر أو تجاهل ما للوساطة الجزائية من فوائد، سواء بالنسبة للخصوم أو المجتمع أو جهاز العدالة الجنائية، وهي فوائد يمكننا القول معها إنها تجعل الوساطة الجنائية من البدائل الجديّة للدعوى العمومية، وكآلية فعالة في تكريس العدالة الرضائية.

كما يمكننا القول، إنه وبالرغم من كل الانتقادات التي وجهت لنظام الوساطة الجزائية، إلا أن الاتجاه المؤيد له كان الغالب، باعتباره نظاماً إجرائياً مستحدثاً، يمثل في الوقت نفسه، بديلاً من بدائل الدعوى العمومية، وطريقاً ثالثاً متاحاً للنيابة العامة؛ طريق ما بين الطريقتين التقليديين، وهما: طريق الحفظ أو طريق التحريك؛ تحقق مصلحة الخصوم والمجتمع في الوقت نفسه، وتخفف العبء عن كاهل القضاء، وتزجج عنه كماً هائلاً من القضايا البسيطة، وتجعله يتفرغ للقضايا الهامة، مما يحقق حسن سير العدالة، ويساهم في حل المشاكل التي يغرق فيها قطاع العدالة الجزائية. وبالتالي الوساطة الجنائية هي بديل من بدائل الدعوى العمومية، وحل أو علاج لأزمة العدالة الجنائية في الوقت نفسه.

لكن ما لا يمكن استساغته، هو تحويل أمر هذه الآلية لسلطة الاتهام، وما يتضمنه ذلك من اعتداء على مبدأ دستوري هام، وهو الفصل بين الوظائف القضائية، حيث بموجب إجراءات الوساطة أضحي وكيل الجمهورية جهة اتهام وفصل في القضايا، مما يؤثر على الإجراءات فيما بعد، خاصة في حال فشل الوساطة بعد قبول المتهم بها، وبالأخص إن كان مقترحها هو وكيل الجمهورية، فهل يمكن القول إنه بإمكان الأخير أن يتحرر من مسألة قبول المتهم بها، وألا يعتبر ذلك اعترافاً منه بارتكاب الجريمة، ويسمح له بحفظ الملف مرة أخرى، مثلما توجي به نصوص القانون. بل إن إسنادها لوكيل الجمهورية يعتبر في ذاته سبباً لنفور المتهمين من هذا الإجراء؛ كونهم يرون في وكيل الجمهورية خصماً أصلياً في الدعوى العمومية دوماً، فكيف يمكن إقناعهم بأنهم تحولوا إلى وسطاء راغبين في إيجاد حلول ودية لقضايا جزائية؟! وقد يعتبر ذلك سبباً للقول بأن في ذلك قضاء على نجاح نظام الوساطة في المهدي.

لذا نرى أن يعمل على إدخال أطراف أخرى كوسطاء مثلها هو معمول به في الدول الغربية، حيث تسند الوساطة الجزائرية إلى هيئات ومؤسسات متخصصة، يتمتع أعضاؤها بمستوى عال من التكوين والمؤهلات التي تسمح لهم بإدارة مشروع الوساطة الجزائرية بنجاح، كما نحبذ لو ترك أمر الرقابة على إجراءات الوساطة لقاضي موضوع لا قاضي نيابة.

بل إن ترك الوساطة بيد النيابة العامة، فيه مساس بهيبتها كمشكلة للمجتمع في المتابعة والعقاب. وبموجب هذا الإجراء أصبحت مفاوضا بعدما كان يحظر عليها التفاوض أو التنازل عن الدعوى العمومية، كما أن ذلك فيه مساس بقوة الأحكام الجزائية، فبعدها كما نبحث في موضوع قوة الشيء المحكوم فيه، أصبحنا نتكلم عن قوة الأمر المتفاوض بخصوصه.

كما أن الوساطة الجزائرية، وإن كانت من ثمرات تطور السياسة الجنائية الحديثة التي أصبحت تنظر إلى أولوية جبر الضرر وتراجع اهتمامها بالعقوبة والانتقام، وأنه رغم الخصائص المفيدة والمميزات الناجعة التي يتميز بها نظام الوساطة، فإن نصوص المواد المخصصة للوساطة في قانون الإجراءات الجزائرية كانت تحتاج إلى صياغة أدق، قد لا تتمكن من إبرازها كلها في هذه الورقة البحثية، ونأمل تتناول الأبعاد الأخرى لهذا الموضوع في مناسبات أخرى - إن شاء الله - حتى نتمكن من إعطاء حكم نهائي موضوعي مبرر ومستند لأسس.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية

أولاً: الكتب

- 1- د. إبراهيم عيد نايل: "الوساطة الجنائية (طريقة مستحدثة في إدارة الدعوى الجنائية) - دراسة في النظام - الإجرائي الفرنسي -" دار النهضة العربية القاهرة، مصر 2001.
- 2- بسام نهار الجبور: "الوساطة القضائية في الشريعة الإسلامية والقانون، دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، سنة 2015.
- 3- د. رامي متولي القاضي: "إطالة على أنظمة التسوية في الدعوى الجنائية في القانون الفرنسي"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011.
- 4- كارل سيليكو: "الوساطة في حل النزاعات"، ترجمة علاء عبد المنعم ، مراجعة فائزة حكيم، الدار الدولية للنشر والتوزيع (د. س. ط).
- 5- كريستوفر. ومور (Christopher W. MOORE)، عملية الوساطة، استراتيجيات عملية لحل النزاعات، (ترجمة فؤاد سروجي)، الأهلية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط. 1 سنة 2007.
- 5- محمد بن مكرم بن علي ابن منظور، لسان العرب، دار صادر ، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 1414هـ.

ثانياً: الرسائل والمذكرات الجامعية

رسائل الدكتوراه:

- 1- أسامة حسنين عبيد: "الصلح في قانون الإجراءات الجنائية والنظم المرتبطة به"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004.
- 2- علاوة هوام: "الوساطة بديل لحل النزاع وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري (دراسة مقارنة)" - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق، جامعة باتنة ، 2013.

رسائل ومذكرات الماجستير:

- 1- د. ياسر بن محمد سعيد: "الوساطة الجنائية في النظم المعاصرة"، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2011.
- 2- زيري زهية، الطرق البديلة لحل النزاعات تطبيقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، نوقشت بتاريخ: 07 مايو 2015.

ثالثا: المقالات والمدخلات

- 1- د. أنور محمد صديقي المساعدة و د. بشير سعد زغلول: "الوساطة في إنهاء الخصومة الجنائية"، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد 40، أكتوبر 2009، ص ص 333 - 336.
- 2- بن النصيب عبد الرحمن: "العدالة التصالحية كبديل للعدالة الجنائية"، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد، 11، ص ص 370-372.
- 3- حازم خرفان، الوسائل البديلة لفضّ النزاعات، المركز الوطني للقانون، أبحاث وأوراق عمل، عمان، الأردن، ع. 10، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ص. ص 02-6.
- 4- د. فايز الظفيري: "تأويلات في الوساطة الجنائية بوصفها وسيلة لإنهاء الدعوى الجزائية"، مجلة الحقوق الكويت، العدد الثاني، السنة 33، 2009، ص. ص 129-135.
- 5- فريد بن بلقاسم، الوساطة في الجزائر كأسلوب وقاية وتسوية للنزاعات، محاضرة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول ممارسات الوساطة، مركز البحوث القانونية والقضائية - وزارة العدل - الجزائر، 15 و 16 جوان 2009، غير منشور.
- 6- د. عادل علي مانع: "الوساطة في حل المنازعات"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الرابع، السنة 30، ديسمبر 2006، ص. ص 71-75.

7- علاق عبد القادر، آلية الوساطة القضائية في حل النزاعات، مقال منشور بمجلة: المعيار، دورية سداسية محكمة تصدر المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر، ع. 05، الصادر شهر جوان 2012، ص. 372- 374.

8- مساعدة أيمن - مقال بعنوان: « الوساطة كوسيلة لتسوية النزاعات المدنية في القانون الأردني»، منشورات جامعة اليرموك، عمان، الأردن/ المجلد 20، عدد 04، لسنة 2004، ص. 3- 8.

رابعاً: النصوص القانونية

- 1- قانون رقم: 15-12 المتعلق بحماية الطفل، مؤرخ في 15 جويلية 2015 جريدة رسمية عدد 39، صادر بتاريخ 19 يوليو 2015.
 - 2- أمر رقم: 15-02، مؤرخ في 23 جويلية 2015، متضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية، جريدة رسمية عدد 40، صادر بتاريخ 23 جويلية 2015.
- المراجع باللغة الفرنسية:

I - OUVRAGES

- 1CHARPENEL Yves - La Médiation –Edition Dalloz - France- 2009.
- 2DESSPORTES Frédéric et Laurence Lazerges-Cousquer, Traité de procédure pénale, Edition Economica, Paris, 2009.

II - THESES

- 1ANTOINE Virginie, Le consentement en procédure pénale, Thèse pour le doctorat, Université Montpellier1, France 2011.
- 2BONARDI Agnès, Les défis d'une justice pénale moderne pour les délinquants mineurs, thèse pour le doctorat, université de Maine, France, 2003
- 3PANDELON Gérald, La question de l'aveu en matière pénale, Thèse pour le Doctorat, université Aix-Marseille, 2012
- 4TADROUS Saoussane, La place de la victime dans le procès pénal, Thèse pour le doctorat, Université, Montpellier1, France, 2014

III- ARTICLES

- 1V. Wester-Ouisse, M. -C. Des devises, La médiation pénale, remède ou intermède ?appréciation critique et propositions, Actes du colloque « Médiations », MSH Ange Guépin, Nantes, France, 2000,http: //droit.wester. ouisse. free. fr/pages/pages_recherches/mediation_penale. htm

-2Xavier Ibarroudo, La loi sur la médiation: Obstacle ou opportunité pour les d'efférentes commerciaux?, article sur site internet: <http://www.avocatsjaussents.be>

La médiation judiciaire en matière civile, article sur site internet: <http://www.justice.gov.fr>

الحياد الوظيفي والحرية الدينية للموظف العام

بقلم: د/ هشام عبد السيد الصافي محمد*

الملخص:

تعد حريتي العقيدة والعبادة من الحريات الأساسية لكل إنسان، وتختلف حرية العقيدة عن حرية العبادة في أن الأولى تأخذ المظهر الخفي الباطني الذي لا يظهر للناس فهو بين العبد وربه، والثانية تأخذ المظهر الخارجي الظاهر الدال على معتقد صاحبه، وعلي الرغم من أن كافة مواثيق الأمم المتحدة وأغلب دساتير الدول تنص على هاتين الحريتين إلا أن الدول نفسها تختلف فيما بينها في مفهومها عن هاتين الحريتين، فدولة فرنسا مثلاً تعتنق العلمانية مذهب لها مما له أثر واضح عند تفسيرها لمبدأ حريتي العقيدة والعبادة عن دولة مصر مثلاً التي تعتنق الإسلام كدين رسمي للدولة، وإن كان يبدو أن الاختلاف بين الدولتين يظهر بشكل واضح في حرية العبادة، ونظراً لأن الموظف العام في أي دولة يمثل مكوناً رئيسياً فيها وجزءاً من شعبها فهو يتمتع بهاتين الحريتين كباقي المواطنين، ولكن بضوابط معينة تتعلق كلها بطبيعة الوظيفة العامة التي ارتضي العمل بها، والتي بالطبع تختلف من دولة لأخرى حسب طبيعة الفكر الذي تعتنقه الدولة بالنسبة لهاتين الحريتين.

Abstract:

Is my freedom of belief and worship of the fundamental freedoms of every human

being, and vary freedom of religion, freedom of worship in the initial take hidden aspect internists, who does not appear to people is between a person and God, and the second takes Exterior apparently indicative of a belief owner, and despite the fact that all the charters of the United Nations most state constitutions provides for these freedoms, but the states themselves differ in their concept for these freedoms, the State of France, for example, embraces the secular

* المحاضر المنتدب بكلية الحقوق - جامعة حلوان - مصر.

doctrine of them which have a clear impact upon its interpretation of the principle of freedom of belief and worship for the State of Egypt, for example, which embraces Islam as the official religion of the state, albeit it seems that the difference between the two is clearly shown in the freedom of worship, because the public employee in any country represents a major component of the part of the people he enjoys these two freedoms just like any other citizens, but certain controls all relate to the nature of public service, which embraced the work out, which of course vary from one country to another depending on the nature of thought, which is embraced by the state for these freedoms.

مقدمة:

يقصد بضابط الحياد الوظيفي أو صفاء التصرف الإداري هو أن الموظف في أثناء أدائه لمهام وظيفته يجب عليه أن يبتعد عن كل فعل أو قول يمكن أن يثير الشك في نزاهة الإدارة⁽¹⁾، فيلتزم أن يظل في خدمة المواطنين جميعاً مهما كانت عقائدهم أو مذاهبهم⁽²⁾، ويستتبع ذلك أنه لا يجوز له أن يستخدم وضعه الوظيفي أو وجوده بالمرفق العام للدعاية أو التبشير لأية ديانة أو الدعوة لأية آراء فلسفية حتى ولو كان يعتنقها هو بصفة شخصية، وذلك احتراماً لمبدأ الحياد الوظيفي الذي توجبه الوظيفة العامة⁽³⁾، ونظراً لأن حرية العقيدة تعد من أهم مظاهر حرية

(1) د. طارق حسنين الزيات: حرية الرأي لدى الموظف العام "دراسة مقارنة مصر وفرنسا"، دون ناشر، الطبعة الثانية، 1998، ص 286.

(2) د. مجدى مدحت النهري: قيود ممارسة الموظف العام للحقوق والحريات السياسية، مكتبة الجلاء الحديثة، المنصورة، 2001، ص 19.

(3) يراجع في ذلك: Carbajo(J.), droit des services publics, mementos daloz 1990,p. 48. ويراجع د. طارق حسنين الزيات، مرجع سابق، ص 285، د. السيد عبد الحميد محمد عبد القادر: ممارسة الموظف للحريات العامة في القانون الإداري والقانون الدولي، رسالة دكتوراه، حقوق أسيوط، 2002، ص 73.

وقد نصت المادة 54 / 2 من القانون رقم 18 لسنة 2015 بإصدار قانون الخدمة المدنية الملغى في 2015/1/20 علي أن: ... يحظر على الموظف بصفة خاصة مباشرة الأعمال التي تتنافى مع الحيادة والتجرد والالتزام الوظيفي، أثناء ساعات العمل الرسمية أو ممارسة أي عمل حزبي أو سياسي داخل مكان عمله أو بمناسبة تأديته لهذا العمل أو القيام بجمع تبرعات أو مساهمات لصالح أحزاب سياسية أو نشر الدعاية أو الترويج لها. كما لا يجوز له أن يفرق في المعاملة بين المواطنين عند تقديمه لخدمات المرفق العام بسبب مخالفة بعضهم لرأيه السياسي أو اعتقاده الديني، لأن ذلك يعد منه إخلالاً بمبدأ المساواة بين المنتفعين في الانتفاع بالمرفق العامة دون

الرأي⁽¹⁾، وحرية العقيدة، لا تقف فقط عند حدود الاعتراف للفرد بحقه في اعتناق الدين أو الأفكار والمبادئ بل تتعدى هذا إلى حقه في أن يرفضها جميعاً، إذ

تميز، راجع في مبدأ المساواة في الانتفاع بالمرافق العامة وتولي الوظائف العامة، راجع د. محمد صلاح عبد البديع السيد: الحماية الدستورية للحريات العامة بين المشرع والقضاء، دار النهضة العربية، 2009، ص 424 وما بعدها. (1) بل هو محور حرية الرأي فالنيل من حرية العقيدة يؤدي في الغالب الأعم إلى الكفاح ضد السلطة من أجل استردادها فالفرد وإن كان من الممكن جبره على كبت رأيه السياسي إلا أن لا يطبق المساس بعقيدته، راجع د. السيد عبد الحميد محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص 119.

يبدو الاعتماد المتبادل بين حرية التعبير وحرية العقيدة، في أن جوهر حرية العقيدة يكمن في اختيار العقيدة وممارستها بغير إكراه. وبدون حرية الإعلان عن الانتماء إلى عقيدة ما، فإن القدرة على اتباع تعاليم العقيدة المختارة ونقلها من جيل إلى جيل تبدو ناقصة. وهو ما يوضح أن حرية التعبير وحرية العقيدة ليستا متناقضتين أو متضادتين، بل إن حرية التعبير هي التي تكفل الدفاع ضد أعداء التنوع في الثقافات، وهذا التنوع ينبع من الاختلاف في التفكير الديني، وكلاهما من خلال حرية التعبير يفتح المجال أمام إعلاء التجانس في التفاعل الاجتماعي والثقافي، ولذلك درجت معظم الدساتير على النص على كل من حرية الرأي وحرية العقيدة في مادة مستقلة عن الأخرى. مثال ذلك الدستور المصري الحالي المعدل عام 2014 بالنص على حرية التعبير في المادة 65، والنص على حرية العقيدة في المادة 64، والدستور الألماني الذي نص على حرية التعبير في المادة الخامسة، والنص على حرية العقيدة في المادة الرابعة، والدستور اليوناني الذي نص على حرية التعبير في المادة 14 منه وعلى حرية العقيدة في المادة 13 منه، والدستور الترونجي الذي نص على حرية التعبير في المادة العاشرة منه، والنص على حرية العقيدة في المادة الثانية من الدستور، والدستور البولندي الذي نص على حرية التعبير في المادة 54 منه والنص على حرية العقيدة في المادة 25 منه، بينما عني الدستور الفيدرالي السويسري على النص على حرية العقيدة في المادة 15 منه، والنص منذ تعديله المعمول به في أول يناير سنة 2000 على حرية التعبير في عدد من النصوص وفقاً لأشكال التعبير المختلفة (المواد من 16 إلى 21)؛ بينما نصت بعض الدساتير على الجمع بين كل من حرية التعبير وحرية العقيدة في مادة واحدة مثال ذلك دستور رومانيا إذ نص في المادة 29 منه على كل من حرية التعبير وحرية العقيدة. كما نص الدستور الأمريكي لعام 1791 على الحريتين في مادة واحدة، وكذا الدستور البلجيكي الذي كفل في المادة 19 النص على الحريتين، وأيضاً الميثاق الكندي لعام 1982 حيث جمعت المادة 2 منه بين حرية العقيدة وحرية التعبير. كما عني الدستور الإسباني بالنص في الفقرة الأولى من المادة 16 على ضمان الحرية الدينية، وعبر في الفقرة الثانية من هذه المادة على ضمان حرية التعبير بالنص على أنه لا يجوز إكراه أحد على الإفصاح على دينه أو معتقداته، راجع بحث د. أحمد فتحي سرور: العلاقة بين حرية التعبير وحرية العقيدة، منشور على شبكة الإنترنت على موقع: <http://hccourt.gov.eg>

إن إلزامه باعتراف أي منها يكون سلباً لحرية في الاعتقاد⁽¹⁾. والدين لا ينحصر فقط في الإيمان الداخلي أو الاعتقاد النظري بل يكون بالممارسة التي تشكل أحد عناصره الرئيسية⁽²⁾، فالعبادة هي المظهر الخارجي للجوهر الكامن في أعماق الإنسان والذي تمثله العقيدة، والعبادة بهذه الصورة لا تنفصل عن العقيدة، ولا تمثل كياناً آخر بعيداً عنها وإنما هي امتداد طبيعي لها ومتصل بها⁽³⁾، وطبقاً لما هو مستقر عليه

(1) راجع د. طارق حسنين الزيات، مرجع سابق، ص 15.

(2) راجع قريب من ذلك أ. سهام رحال: حدود الحق في التعبير في القانون الدولي لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون، جامعة الخضر - باتنة - الجزائر، 2010-2011، ص 25، 26.

(3) د. طارق حسنين الزيات، مرجع سابق، ص 15.

وهو ما أكدته قضاء المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في القضية رقم 8 لسنة 17 ق دستورية بحكمها بأن: "حرية العقيدة التي نص عليها الدستور - إنما تعني في أصلها ألا يحمل الشخص على القبول بعقيدة لا يؤمن بها أو التنصل من عقيدة دخل فيها أو الإعلان عنها أو مملأة إحداها تحملاً على غيرها سواء بإنكارها أو التهوين منها أو ازديادها بل تتسع الأديان فيما بينها ويكون احترامها متبادلاً. ولا يجوز كذلك في المفهوم الحق لحرية العقيدة أن يكون صونها لمن يمارسونها إضراراً بغيرها ولا أن تيسر الدولة - سرّاً أو علانية - الانضمام إلى عقيدة ترعاها إرهاباً لآخرين من الدخول في سواها ولا أن يكون تدخلها بالجزء عقاباً لمن يلوذون بعقيدة لا تصطفيها وليس لها بوجه خاص أن يكون إذكاء صراع بين الأديان تمييزاً لبعضها على البعض، كذلك فإن حرية العقيدة لا يجوز فصلها عن حرية ممارسة شعائرها وهو ما حمل الدستور على أن يضم هاتين الحريتين في جملة واحدة جرت بها مادته السادسة والأربعون بما نصت عليه من أن حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية مكفولتان وهو ما يعنى تكاملهما وأنهما قسيمان لا ينفصلان وأن ثانيتهما تمثل مظاهر أولاهما باعتبارها انتقالاً بالعقيدة من مجرد الإيمان واختلاجها في الوجدان إلى التعبير عن محتواها عملاً ليكون تطبيقها حياً فلا تكمن في الصدور ومن ثم ساغ القول بأن أولاهما لا قيد عليها وأن ثانيتهما يجوز تقييدها من خلال تنظيمها توكيداً لبعض المصالح العليا التي ترتبط بها وبوجه خاص ما يتصل منها بصون النظام العام والقيم الأدبية وحماية حقوق الآخرين وحررياتهم".

وهو ما قضت به محكمة القضاء الإداري الدائرة الأولى يوم الثلاثاء الموافق 2008/11/11 في الدعوى رقم 14124 لسنة 62 ق بأن "الداستير المصرية المتعاقبة بدءاً من دستور سنة 1923 قد أقرت حرية الاعتقاد وحرية ممارسة الشعائر الدينية كأحد الحقوق والحريات اللصيقة بشخص الإنسان فإنها وضعت خطأ فاصلاً وحكماً مختلفاً لكل من الحريتين حيث أطلقت حرية الاعتقاد دون قيد ونظمت حرية ممارسة الشعائر الدينية بعدم الإخلال بالنظام العام والآداب العامة وعلى ذات النهج الدستوري صدر دستور سنة 1930، والإعلان الدستوري في 1953/2/10، دستور سنة 1956، دستور سنة 1964 وإذ دمج دستور سنة 1971 في المادة 46 منه بين حريتي العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية ومنحهما حكماً واحداً فإن اختلافهما مضموناً وتبعاً لذلك حدوداً يقطع بأنه =

دولياً⁽¹⁾، فإن اعتناق الأفكار الدينية مطلقة لا يرد عليها أي قيد فلكل إنسان أن يعتنق الفكر الديني الذي يري صحته بصرف النظر عن موقف الدولة التي ينتمي إليها

إذا كانت حرية الاعتقاد من الحريات المطلقة المنح والتقرير والتي تستعصي على أي قيد فإن حرية ممارسة الشعائر الدينية من الحريات واجبة التنظيم بمقتضيات النظام العام والآداب العامة".

وقضت ذات الدائرة يوم الثلاثاء الموافق 2007/1/30 في الدعوتين رقمًا 28124، 28361 لسنة 58 ق بأن "من حيث إن الدساتير المصرية المتعاقبة واستناداً إلى أن الإسلام دين الدولة قد أعلنت من شأن حرية العقيدة لكافة المواطنين كأحد الحريات الأساسية لهم وما يرتبط بها ارتباطاً وثيقاً ممثلاً في حرية ممارسة الشعائر الدينية باعتبارهما حريتان متكاملتان تمثل الثانية المظهر الحقيقي للأولي، وهذه الوضعية الواقعية والدستورية لكل منهما لا تمنع تماريراً في تقريرهما فإذا كانت حرية الاعتقاد حرية مطلقة بلا قيد، باعتبارها علاقة بين الإنسان وربه لا يكشف سرها قانون أو يحدد من مداها هيئة أو وجهة دينية فإن ممارسة هذه الحرية لا تستعصي على تنظيم يشجع حاجه أساسية للأفراد من ناحية ويحفظ النظام العام والقيم الاجتماعية والدينية من ناحية أخرى بيد أن هذا التنظيم محكوم بأن لا يسلب المواطن حقه في إقامة الشعائر، كما أنه يعدو ومحددا وملزما لسلطات الدولة ومنها السلطة التنفيذية حال سنها قواعد وإجراءات وقرارات لتنظيم ممارسة هذا الحق، وغني عن البيان أن مقتضى ما تقدم التزام يقع على السلطة التنفيذية بأن تستهدي بأحكام التشريعات المنظمة وأن لا تستلب لنفسها وضع قرارات عامة أو فردية تحد من هذه الحرية أو تمنعها دون سند تحت دعاوى الترشيد أو التنظيم أو خلافة".

وقضت ذات الدائرة أيضاً بحكمها الصادر يوم الثلاثاء الموافق 2007/4/24 في الدعوى رقم 10838 لسنة 59 ق بأنه: "لا خلاف على أن حق الإنسان في حرية عقيدته من الحقوق الطبيعية اللبقة بشخص الإنسان، ويتفرع عن هذا الحق حق للمواطن في عدم إجباره عن البوح بالعقيدة التي يعتنقها وأنه ينبي على ذلك أنه يتمتع بالتالي على أي سلطة إجباره على ذلك، كما يتأبى النظام التشريعي والقضائي المصري على إجبار أي مواطن يستر علاقته بربه على البوح بذلك لأحد لما في ذلك من خروج على مبادئ الشريعة الإسلامية- احترام كرامة المواطن المصري وحرية وعلى رأسها حرية الاعتقاد واجب على الدولة بكافة سلطاتها وعليها ضرورة كفالتها عن إطار وحدة التشريع الساري ووحدة السلطة القائمة على حماية حريات المواطنين أياً كانت معتقداتهم، وكل ذلك بما ترسخ في ضمير الشعب المصري مأخوذاً من تعاليم الدين الإسلامي الحنيف وسمته التسامح والاعتراف بما سبقه من أديان سماوية يشكل الاعتراف بها واحترامها جزءاً من تكوينه الديني- وحيث إنه يستفاد مما تقدم جميعه أن حرية العقيدة وممارسة الشعائر الدينية مكفولتان باعتبارهما من الأصول الثابتة المستقرة في كل بلد متحضر فلكل إنسان حرية الاعتقاد بما شاء من أديان وعقائد يطمئن إليها ضميره وتسكن إليها نفسه ولا سبيل لأي سلطان عليه فيما يدين به في قراره نفسه وعميق وجدانه".

(1) اعترفت الأمم المتحدة بأهمية حرية الديانة أو المعتقد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي اعتمد عام 1948، والذي نص بوضوح في المادة 18 منه على أن "لكل إنسان الحق في حرية الفكر والوجدان والدين ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحرية في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره"، وأضاف أن هذا الحق يشمل

ورأي الآخرين، أما حرية ممارسة الشعائر الدينية (القيام بالطقوس الدينية) المرتبطة بالفكر الديني الذي يعتنقه بوسيلة التبعد تخضع لنوع من التنظيم الذي يقيدتها ببعض القيود حفاظاً على النظام العام والآداب⁽¹⁾.

أهمية الدراسة:

ترجع أهمية الدراسة إلى أن أغلب الدراسات في مجال حرية الموظف العام في

«الحق في حرية تغيير الإنسان لديانته أو عقيدته وحرية الإعلان عنها بالتعليم والممارسة وإقامة الشعائر ومراعاتها سواء أكان ذلك سراً أم مع الجماعة».

وقد نصت الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية والموقعة بروما عام 1950 في المادة 9 منها على أن "لكل شخص الحق في حرية التفكير والضمير والدين ويشمل هذا الحق حرية تغيير ديانته أو عقيدته، وكذلك حرية الإعراب عنها بالتعليم والممارسة، وإقامة الشعائر ومراعاتها، سواء أكان ذلك بصورة فردية أم جماعية، في السر أو في العلن.

كانت المادة 18 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر عام 1966 على أربع بنود بهذا الخصوص، وهي أن: 1- لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين، ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحرية في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحرية في إظهار دينه أو معتقده بالتبعد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملأ أو على حدة.

2- لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأنه أن يخل بحريته في أن يدين بدين ما، أو بحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره.

3- لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم الأساسية.

4- تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء، أو الأوصياء عند وجودهم، في تأمين تربية أولادهم دينياً وخلقياً وفقاً لقناعاتهم الخاصة.

وقد نص الميثاق العربي لحقوق الإنسان الصادر عام 2004 في المادة 30 منه على أن: لكل شخص الحق في حرية الفكر والعقيدة والدين، ولا يجوز فرض أية قيود عليها إلا بما ينص عليه التشريع النافذ، وأنه لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده أو ممارسة شعائره الدينية بمفرده أو مع غيره، إلا للقيود التي ينص عليها القانون والتي تكون ضرورية في مجتمع متسامح يحترم الحريات وحقوق الإنسان لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الآداب العامة أو لحماية الآخرين وحرياتهم الأساسية.

(1) د. محمد علي علي عبد السلام: الدور السياسي للقضاء الإداري دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق حلوان، 2014، ص 358، د. أشرف جابر: حرية التعبير واحترام المعتقدات الدينية (نظرة نقدية في القانون الفرنسي)، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي السادس لكلية الحقوق جامعة حلوان تحت عنوان "احترام الأديان وحرية التعبير عن الرأي"، والمنعقد في الفترة من 3-4 مايو 2015، ص 350.

التعبير وإبداء الرأي لم تتحدث عن هذه الحرية إلا عن استحياء وبشكل مبهم ودون الولوج في مدي توافقها أو تعارضها مع واجب الحياد الوظيفي؛ علي الرغم من أن أعداد الموظفين العموميين تشكل نسبة غير قليلة من سكان أي دولة⁽¹⁾، كما أن من تعرض لهذه الحرية لم يتعرض بشكل صريح إلي الضوابط الذي يجب أن تضبط ذلك الحق لدي الموظف العام، والتي تنبع من كون الموظفين العموميين يمثلون طبقة اجتماعية متميزة لها نظامها القانوني الخاص، وتمتع بامتيازات خاصة تفرض عليها أعباء وواجبات خاصة تقتضيها طبيعة الوظيفة بوصفها عملاً يؤدي لحساب السلطة العامة في الدولة مستهدفاً أصلاً تحقيق المصلحة العامة⁽²⁾، هذه الضوابط التي يمكن للبعض أن يري عدم دستوريته مستنداً إلي نصوص الدستور⁽³⁾، وإلي إجماع الفقه علي أن المساواة تعد أساس وركيزة لكل الحريات وليس حرية من الحريات، حتى أنه قيل إذا لم تكن ثمة مساواة بين الأفراد في التمتع بالحرية فإنه لا يصح الادعاء بأن ثمة حرية، وذلك لأنه إذا لم تكن الحرية في متناول الجميع فلا وجود للقاعدة القانونية التي تضمن حرية الرأي يجب أن تطبق علي جميع أفراد المجتمع دون تفرقة، وبغير مساواة لا يمكن القول أن حرية الرأي مكفولة في المجتمع⁽⁴⁾؛ إلا أن ذلك يمكن الرد عليه بأن مبدأ المساواة يقصد به ضرورة المعاملة المتماثلة للأشياء المتماثلة، والمعاملة المختلفة للأشياء المختلفة أي المساواة المقصودة هنا هي المساواة النسبية⁽⁵⁾، كما أن الموظف العام ليس حراً حرية تامة كالمواطن العادي،

(1) ويعود ذلك لزيادة أعباء الدولة العصرية واتساع اطار وظائفها التي امتدت لتشمل انجاز كثير من الخدمات العامة في مختلف مجالات الحياة، وفاء لحقوق الاجتماعية والسياسية التي قررتها الدساتير الحديثة للمواطنين، د. ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 148.

(2) د. محمد عبد العال السناري: نظم وأحكام الوظيفة العامة والسلطة الإدارية والقانون الإداري في جمهورية مصر العربية دراسة مقارنة، دون ناشر، دون تاريخ، ص 39.

(3) تنص المادة 53 من الدستور الحالي علي أن: «المواطنون لدى القانون سواء وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة لا تمييز بينهم بسبب الدين أو العقيدة أو الجنس أو الأصل أو العرف أو اللون أو اللغة أو الإعاقة أو المستوى الاجتماعي أو الانتماء السياسي أو الجغرافي، أو لأي سبب آخر».

(4) راجع د. مجدي مدحت النهري: مبدأ المساواة في الحقوق العامة، مكتبة الجلاء الحديثة، المنصورة، 2002، ص 3 وما بعدها.

(5) يراجع: Claude-Albert Colliard: Libertés publiques. 5e è Dalloz. 1975,p185est

فعلاقة الموظف بالجهة الإدارية التي يعمل بها هي علاقة تنظيمية لأئحية تحكمها القوانين واللوائح المتصلة بتنظيم الوظائف العام، وهي التي تحدد حقوقه وواجباته⁽¹⁾.

خطة الدراسة:

هناك عدد من القيود العامة تحيط بممارسة أي موظف عام لهذه الحرية، بالإضافة لقيود خاصة تنص عليها قوانين خاصة تنظم ممارسة هذا الحق بالنسبة لوظائف معينة، وتدور تلك القيود أو تلك في إطار التوفيق وإيجاد التوازن بين المحافظة على تلك الحرية الأساسية، وأداء الموظف لواجبات وظيفته العامة على أكمل وجه والمحافظة على حسن سير المرفق العام، وسوف نتناول في هذا البحث مدي التوافق والتعارض بين الحياد الوظيفي وحرية الموظف العام في العقيدة والعبادة في دولتين أحدهما تعتنق علمانية الدولة وهي فرنسا وأخري تعتنق الإسلام دين للدولة وهي مصر، وذلك في مطلبين كآآتي:

(1) راجع الطعون أرقام 462 لسنة 36 ق.ع - جلسة 9-10-1994، 1360 لسنة 36 ق.ع - جلسة 29 - 9-1997، 1250 لسنة 49 ق.ع - جلسة 1-12-2006، وراجع د. محمد عبد العال السناري، مرجع سابق، ص 64.

وهو ما قرره الفقه الفرنسي فالفقيه جيز حيث يري أن التعيين بمثابة تصرف شرطي من جانب الإدارة يترتب عليه اندماج المعين في زمرة الموظفين، وأن قرار التعيين لا ينشأ مركز الموظف النظامي فذلك المركز سابق في الوجود على قرار التعيين، ومحدد بالقوانين واللوائح وبطريقة عامة غير شخصية. راجع:

Jeze: Les. Prin gener. du dr. adm. T. 1, 1925pp. 24 est

وهو ما قال به الفقيه هوريو من أن التعيين ينتج آثاره بمجرد صدور القرار به من السلطات المختصة، وإذا كان يفترض رضا الموظف بهذا التعيين، فإن آثار هذا الأخير لا تتوقف على الرضاء بل تترتب مباشرة إثر صدور الأمر به، فالتعيين بمثابة تصرف من جانب واحد يتم بإصدار القرار به من السلطات المختصة، وبمقتضاه يخضع الموظف للأحكام المنظمة للوظيفة العامة. راجع:

M. Hauriou: Precis de dr. adm. 1927, p. 591 est

فالموظف العام يعمل في إطار المرفق العام باعتباره ممثلاً للجهود الجماعي الموحد ويركز جهوده وقدراته بكل الطرق الممكنة على تحقيق الهدف الأساسي من قيام المرفق في اقصر وقت وبأقل التكاليف، ولذلك يجب عليه أن يبذل الجهد المضني في عمله وأن يقبل التضحيات التي يقتضيها مبدأ سير المرفق العام باستمرار وانتظام، وأن يمتنعوا عن كل ما من شأنه إعاقة المرافق العامة عن سيرها ومواصلة رسالتها، فإي تعطيل في سير هذه المرافق ينجم عنه أضرار بالغة الأهمية بأعمال الجمهور ومصلحه الأساسية من ناحية، واضطراب في النظام العام من ناحية أخري، راجع د. محمد عبد الحميد أبوزيد: المرجع في القانون الإداري، دار النهضة العربية، 1999، ص 189.

المطلب الأول: الحياد الوظيفي وحرية الموظف العام في الاعتقاد الديني.

المطلب الثاني: الحياد الوظيفي وحرية الموظف العام في العبادة.

المطلب الأول

الحياد الوظيفي وحرية الموظف العام في الاعتقاد الديني

تختلف الدول فيما بينها في مدى الإجازة للموظف العام في اعتناق الأفكار والعقائد المختلفة، فالبعض منها يمنح الموظف العام حرية اعتناق ما يشاء من الأفكار والعقائد مثل فرنسا، والبعض الآخر يحظر على موظفيه اعتناق أفكار وعقائد معينة مثل الشيوعية، وتجعلها مانعاً من التعيين في الوظائف العامة أو الاستمرار فيها مثل الولايات المتحدة الأمريكية، وإنجلترا، وسويسرا وهولندا وبلجيكا، والبعض الآخر يحظر منها ما يتعارض مع إيديولوجية المجتمع وأفكاره كمثل مصر⁽¹⁾، إلا أن جميعها يلزم الموظف العام عند ممارسته للوظيفة العامة بالحياد الوظيفي تجاه جميع المتعاملين معه⁽²⁾، وسنحاول القاء الضوء على حرية الموظف العام في الاعتقاد الديني في كل من فرنسا ومصر فيما يلي.

(1) د. السيد عبد الحميد محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص 121، 122، د. أحمد عبد الغني محمد عبد القادر: ممارسة الموظف العام للحريات الدينية والسياسية في النظم الوضعية والإسلامية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 2012، ص 181.

(2) وهو ما يتجلى في أوضح صورة في هذه القضية التي أثارت الرأي العام الأمريكي وهي قضية كيم ديفيز فقد بدأ اسم كيم يتردد في الإعلام الأمريكي بعد أن قدم اثنين من المواطنين شكوى تم تحويلها إلى المحكمة على إثرها، حيث اتهمت بأنها تعرقل تنفيذ قرار المحكمة الأمريكية العليا بجواز زواج المثليين في جميع الولايات الأمريكية، تبدأ حكاية كيم ديفيز معها حينما دخل الثنائي ديفيد مور وديفيد أرمولد إلى مكتب استخراج تراخيص الزواج بمقاطعة روان الريفية، التابعة لولاية كنتاكي الجنوبية، وهو المكتب الذي ترأسه كيم باعتبارها كاتبة حكومية منتخبة، في أول مرة كان جواب كيم بأن المكتب لن يصدر تراخيص للزواج اليوم، في اليوم التالي حضر الثنائي مرة أخرى وكانت الإجابة مماثلة وفي المرة الثالثة صارت كيم ديفيز بأنها لن تستخرج لهما تراخيص زواج ولن تسمح بذلك في مكتبها لأن ذلك مخالف لتعاليم الرب، ولقد سجل الثنائي ذلك وتقدموا بشكوى في حق الموظفة الحكومية التي تنتمي للحزب الديمقراطي الحاكم، وتمت محاكمة ديفيز أول مرة في المحكمة الفيدرالية الابتدائية ثم استأنفت الحكم حتى وصلت للمحكمة العليا، قدم حاول القاضي في المحكمة العليا مساعدتها بعدما حكم عليها بالسجن

الفرع الأول

حرية العقيدة لدى الموظف العام في فرنسا

تستند حرية العقيدة لدى الموظف العام في فرنسا إلى عدد من النصوص الدستورية والتشريعية المتعاقبة فبدأ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر في أغسطس عام 1789 والذي أكد في مادته العاشرة على أن لا يضار أحد بسبب آرائه أو معتقداته الدينية، مروراً بالدساتير الفرنسية التي أكدت على مبدأ المساواة وحرية العقيدة واحترام الدولة لرغبات الأفراد وحريةهم بغير أن يترتب على هذه الحرية أي ضرر بشكل عام أو أي إضرار بوظائفهم بشكل خاص، فبداية من دستور 1946 والذي نص في مقدمته على أنه من غير الجائز أن يضار أحد في وظيفته أو عمله بسبب أصله أو أفكاره أو معتقداته، وكذلك دستور 1958 والذي نص في مادته الثانية على أن الجمهورية علمانية وهي تضمن المساواة أمام القانون لكل المواطنين دون تمييز بسبب الأصل أو الجنس أو العقيدة⁽¹⁾.

لمدة عام بأن اقترح عليها أن تظل على اعتقادها وتعطى لنوابها تفويض إصدار التراخيص للمثليين ولكنها رفضت هذا الاقتراح وأصررت على امتناعها عن تزويج المثليين، وأمام إصرارها على رفض الإذعان لقانون البلاد أيد القاضي ديفيد بونينج حكم السجن الذي سبق وأصدرته المحكمة الفيدرالية ومحكمة الاستئناف، السجن لمدة عام وأنهى كلمته قائلاً: أنا أيضاً متدين ولكن منذ أن حلفت اليمين لأصبح قاضياً، تغلب هذا القسم على أهوائي الشخصية، على الموظف العام أن يتخلى عن قناعاته الشخصية ويمثل لقانون البلاد، وبعد صدور الحكم تباينت ردود الأفعال بين مؤيد للحكم ومعارض له فالمؤيدين كان من بين حججهم بأن الموظف الحكومي يقبض راتبه من دافعي الضرائب والمثليين من بينهم، وعليه أن ينفذ القانون ويحترمه وأن كان لا يستطيع أن يفعل ذلك ويقوم بواجبه على أكمل وجه، ويخدم المواطنين جميعاً بدون تمييز فعلياً أن يتنحى أو يستقيل. أما المدعي العام الفيدرالي فقال: حان الوقت لديفيد للامتثال للقانون، المسؤولون الحكوميون أحرار في الاختلاف مع القانون، ولكن عليهم أن لا يعصوه. ووزير العدل الأمريكي كيري هارفي قال في بيانه: «قدمت كاتبة مقاطعة روان موقفاً من خلال نظام المحاكم الفيدرالية حتى وصلت إلى المحكمة العليا في الولايات المتحدة والآن وبعد صدور الحكم النهائي حان الوقت للكتابة الحكومية ومقاطعة روان لتنفيذ القانون. راجع مقالة أ/ مي عزام، جريدة المصري اليوم، بتاريخ 2015/9/9، العدد 4105.

(1) د. طارق حسنين الزيات، مرجع سابق، ص 19، 20.

لا يوجد نص قانوني يعطى تعريفاً للعلمانية في فرنسا ولكن يستقي هذا المفهوم من عدد من الاستخدامات للكلمة

النصوص القانونية الواردة في قوانين الوظيفة العامة المتعاقبة صريحة إلى أبعد حد ولا تدع مجالاً للشك حول حق الموظف في اعتناق ما يراه من أفكار ومبادئ دينية، فلا يجوز للإدارة أترفض تعيين مرشح لوظيفة بسبب انتمائه الديني، ولا يجوز كذلك فصل الموظف أو نقله كجزء بسبب ذلك فاعتناق الوطن لفكر ديني معين لا يجب أن يكون سبباً لحرمانه من الحقوق المقررة له دستورياً شريطة الالتزام بمبدأ الحياد الديني عند ممارسته الوظيفة العامة⁽¹⁾، فقد نص القانون الخاص بالنظام العام للموظفين والصادر في 19 أكتوبر عام 1946 على عدم جواز تضمين ملف الموظف أية إشارة إلى آرائه السياسية أو الفلسفية أو الدينية أو انتمائه النقابي، وكذلك الأمر الصادر في 4 فبراير عام 1959 تحت رقم 244 والذي نص في المادة 13 منه على أن: «الملف الشخصي للموظف يجب أن يتضمن كل الأوراق المتعلقة بمركزه الوظيفي ويجب قيد الأوراق وترقيمها وتصنيفها بصفة دائمة، ولا يجوز أن يتضمن ملف خدمة الموظف على أية إشارة إلى آرائه السياسية أو الفلسفية أو الدينية»، وقد ورد في المادة السادسة من القانون الصادر في 13 يوليو 1983 ما يكمل السياج الذي يحمي الموظف العام في حرية ما يعتق من أفكار فجاء نصها على

التي يمكن فهم مدلولها من المعنى والمفهوم الموجود والمعروف لها باعتباره مرجع مشترك يمكن على ضوءه تفسير كافة الدلالات القانونية للعلمانية والتي يمكن أن ترد في أي نص قانوني - فيجب أن ندرك أنه لا يمكن تحديد معنى العلمانية إلا بتجليل النصوص التي تحتوى على تطبيقاتها، التي هي غالباً ما تكون في فرنسا نصوصاً لائحية وفي بعض الأحيان منشورات، راجع د. محمد جمال عثمان جبريل: العلمانية والنظام القانوني دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في القانون العام، بدون ناشر، 2000، ص 23، 24.

فالنظام الاجتماعي الفرنسي يقوم على العلمانية والتي تعني أن المساواة أمام القانون تكون لكل أصحاب المعتقدات الدينية، حتى من لا يعتقدون أصلاً في وجود الأديان ففرنسا دولة متعددة الأديان والمعتقدات والمذاهب، ولذلك ليس لها أن تفضل أي منهم وتعتبره دين الدولة حتى ولو كان دين الغالبية العظمى من الشعب. راجع: Revue du droit Les religion et l'égalité en droit français, Pierre Henri prélot, public, no3, 2011. p738.

راجع: د. حسام الدين كامل الأهواني: الاتجاهات الحديثة لمحكمة النقض في سبيل الحد من الغش في تغيير العقيدة، "بحث في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، العدد الأول، السنة الخامسة عشر، يناير 1973، ص 141.

(1) راجع في هذا د. محمد جمال عثمان جبريل، مرجع سابق، ص 269.

أن: «حرية الرأي مضمونة للموظفين، ولا يمكن التمييز بين الموظفين بسبب آرائهم الدينية»⁽¹⁾.

وقد ثار خلاف فقهي في فرنسا حول كيف يمكن التوفيق بين حرية العقيدة للموظف العام ومبدأ علمانية الدولة وهما مبدأان دستوريان، فعلمانية الدولة مشروطة بأن يكون اعتقاد الموظف لنفسه ولا يظهر على أعمال وظيفته أو سلوكه الخارجي أي أن لا تصطبغ أفعاله بما يعتقد، أما حرية العقيدة فتعطي الحق للموظف العام في انطباق التصرفات الخارجية له مع عقيدته⁽²⁾، وقد خرج المشرع الفرنسي على حرية الاعتقاد لدي الموظف العام في أبهى صوره في وظائف التعليم والتدريس وذلك ظناً منه في أن في ذلك حفاظاً على مبدأ علمانية الدولة ذلك المبدأ الذي فرض على الدولة إقامة توازن بين حق الموظف في اعتناق الأفكار الدينية وحق المجتمع في إتاحة الفرصة للأطفال ليكونوا عقيدتهم دون أي تأثير عليهم، فقد تم إرساء قواعد فصل التعليم عن السلطة الدينية في فرنسا قبل إرساء قواعد فصل الدولة عن

(1) د. طارق حسنين الزيات، مرجع سابق، ص 20، 21، د. السيد عبد الحميد محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص 123، وما بعدها، د. أحمد عبد الغني محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص 181، وما بعدها. وهو ما يؤكد وجود ثلاثة وزراء مسلمين في ظل نجاح الرئيس الفرنسي "فرنسوا هولاند" أول هؤلاء الوزراء "نجاة فالوبلقامس"، وهي من أصل مغربي، وكانت مستشارة "هولاند" في حملته الانتخابية، والآن صارت الوزيرة المسؤولة عن حقوق المرأة، والمتحدثة الرسمية باسم الحكومة، والثانية "يمينة بينجوي" وهي جزائرية الأصل، وحصلت على منصب وزيرة الفرنسيين في الخارج، والوزير الثالث هو "قادر عريف"، وهو جزائري الأصل أيضاً، وذلك من أصل 34 وزير في الحكومة، مما يعني أن الديانة في فرنسا لا تقف حائلاً دون تولي وظائف الكبرى، إلا أننا من جانبنا نرى أن هذا التمثيل الوزاري يظهر منه أنه تمثيل لنسبة عدد السكان المسلمين في فرنسا فهو يعبر عن هذه النسبة حيث يبلغ عدد سكان المسلمين في فرنسا عشر عدد السكان، كما يعتبر الإسلام الدين الثاني في فرنسا، فتشير أغلب التقديرات أن عدد المسلمون في فرنسا يتراوح بين 5 إلى 6 ملايين، وهذه الأرقام ليست رسمية أو حكومية، فقانون الإعلام والحرية (Informatique et libertés) يمنع تعداد المواطنين حسب انتمائهم العرقي أو الديني أو الفلسفي. فطبيعة هذه الأرقام لا تتجاوز كونها استقراءات علماء الاجتماع واستطلاعات مختصة للرأي، وعلي الرغم من ذلك فتحن - من جانبنا - نرى أن العلمانية في دولها التي تعتنقها وتدافع عنها مثل فرنسا ودول العالم الأوربي والولايات المتحدة الأمريكية لا تسمح بتعيين أحد من المسلمين في وزارة من الوزارات السيادية مثل الدفاع أو الخارجية أو الداخلية وحتى النجاح في الترشح في الانتخابات المبدئية لرئاسة الدولة على حزب من الأحزاب.

(2) د. السيد عبد الحميد محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص 127.

الكنيسة وذلك بصدور قانون في 28 مارس 1882 الذي نزع اختصاص إدارة المدارس العامة من يد الكهنة الدينيين، ثم بصدور قانون 30 أكتوبر 1886 والذي منع رعاة الكنيسة البروتستانتية أن يشغلوا وظائف التعليم الابتدائي، كما حظر عليهم أن يشغلوا وظائف التعليم، وبعد ذلك جاء قانون 9 ديسمبر 1905 الذي أكد على علمانية الدولة وعدم مساندها لأي دين وبالتالي منع تدريس مادة الدين في مراحل التعليم الابتدائي حتى لا يكون ذلك شكلاً من أشكال التكوين الديني المبكر للتلاميذ مما يؤثر بدوره على حرية العقيدة لدي الأطفال⁽¹⁾.

وقد نقد جانب من الفقه هذا المحنى الذي اتخذته المشرع الفرنسي حيث يري هذا الجانب أن مبدأ علمانية الدولة وبصفة خاصة فيما يخص مرفق التعليم يتعارض مع مبدأ المساواة وهو مبدأ دستوري نصت عليه إعلانات الحقوق وتضمنته الدساتير المتعاقبة في فرنسا والذي من مقتضاه أن الأفراد سواسية أمام شغل الوظائف العامة بحيث لا يجوز أن يحرم منها بسبب آرائه أو عقيدته وفي إقصاء رجال الدين عن شغل وظائف التعليم أهدار لهذا المبدأ، فتطبيق مبدأ المساواة يقتضى عدم غلق باب وظيفة بعينها في وجه أشخاص معينين لما يعتقدونه من أفكار دينية، فحجب بعض الوظائف وقصرها على العلمانيين فقط في حد ذاته يعد إخلالاً بحياد المرفق، إذ الحياد يقتضى عرض كافة وجهات النظر لا حجب بعضها وإتاحة بعضها الآخر⁽²⁾.

وقد حاول مجلس الدولة الفرنسي تخفيف حدة النصوص التي تحرم على غير العلمانيين وظائف معينة، والتوفيق بين حرية اعتناق الأفكار الدينية وانتظام سير المرفق العام بانتظام واطراد، وذلك بأن قام بالترقية بين حرية اعتناق الأفكار الدينية في حد ذاتها ومظاهرها البسيطة وبين وجود مظاهر معينة تنبئ بتعارضها مع حياد المرفق، وتلك التفرقة تبحث في كون حرية الاعتقاد إذا ما اقترنت بمظاهر

(1) د. طارق حسنين الزيات، مرجع سابق، ص 21، وما بعدها، د. السيد عبد الحميد محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص 128، د. أحمد عبد الغني محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص 184، 185.
(2) د. طارق حسنين الزيات، مرجع سابق، ص 22، 23، د. السيد عبد الحميد محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص 128، 129.

خارجية فهل تؤدي حتماً في بعض الأحوال إلى صعوبة التزام المدرس بواجب الحياد المفروض عليه؟ فألغى مجلس الدولة قرار إحدي الأكاديميات باستبعاد إحدي المتقدمات إلى وظيفة مدرسة بسبب انتظامها أثناء دراستها في مدارس ذات صبغة دينية، وأكد المجلس في هذه القضية أن الموظف غير ملزم بتقديم ضمانات يؤكد بها علمانيته حتى يستطيع أن يلتحق بوظائف التعليم⁽¹⁾، كما ألغى المجلس قرار بفصل مساعد اجتماعي بإحدى المدارس تأسيساً على آرائه الدينية إذ وجد المجلس أنه أثناء أدائه لوظيفته لم يخل بواجب الحياد المفروض عليه⁽²⁾؛ إلا أنه في حكم آخر مغاير لما سبق قضى بتأييد قرار وزير التعليم بمنع أحد رجال الدين من تدريس مادة الفلسفة بالمدارس الثانوية، والذي برر فيه مفوض الدولة قرار الوزير بأن المرشح عبر عن آرائه وأفكاره قبل التقدم للوظيفة وذلك عن طريق تصرف فردي عنى وهذا يكون متناقضاً بطبيعة الحال مع التوفيق بين طبيعته الدينية وممارسة الوظيفة. واستطرد المفوض بأن للوزير سلطة تقديرية في تخية بعض المتقدمين الذين يقدر فيهم عدم توافر الشروط اللازمة لشغل الوظيفة وهذه السلطة قد يكون منصوصاً عليها، أو مستمدة من أحد مبادئ القانون العام الذي بموجبه تطلع الدولة بمهمة الحفاظ على سير المرافق العامة⁽³⁾.

(1) C. E. 28Octobre1931Abbé Neauport Rec910

(2) C. E. 7 Juillet 1954, Jninet A. J. D. A. 1954. p. 398

(3) C. E. 10 Mai 1912, Abbe bauteyer, Rec, p. 553 .

مشار إليه لدي د. محمد حسنين عبد العال: الحريات السياسية للموظف العام، دون ناشر، 1981، ص10، وما بعدها. وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في هذا الحكم على المبادئ الآتية:

- أن الجهة الإدارية المختصة بالتحين في الوظائف لها الحق في تقدير صلاحية المتقدم لشغل الوظيفة العامة، مستمدة هذا الحق سواء من النصوص القانونية مباشرة أو عند غياب النص من المبادئ القانونية العامة التي تقع على عاتق الإدارة عبء الاطلاع بمهمة تأمين حسن سير المرافق العامة.
- أن السلطة تمارس هذه المهمة تحت رقابة القضاء الإداري الذي يراقب الإدارة في استخدامها للسلطة المخولة لها لتقرير ما إذا كانت قد استخدمت هذه السلطة في حدود المشروعية ولصالح المرفق الذي تقررت الوظيفة لضمان حسن سيره، أم أن الإدارة قد تعسفت في استخدام السلطة على نحو يجعل قرارها مشوب بإساءة استعمال السلطة.

=

ونظراً لأن فرنسا تعتنق مبدأ علمانية الدولة، والذي يعني حرية الفرد في اعتناق ما يريد من الأديان بل حرته في عدم اعتناق الأديان أي حرية الإلحاد؛ ذلك الموقف الحيادي للدولة في مواجهة الأديان يؤدي إلى عدم الاعتراف بأية ديانة وعدم تقديم أي مساعدة مادية أو غيرها لأية جهة دينية، ولا يجوز للدولة أن تؤيد أو تعتنق أية أفكار دينية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

حرية العقيدة لدى الموظف العام في مصر

تختلف مصر عن فرنسا بأنها ليست دولة علمانية بل هي دولة لها دين ترعاه وهو دين الإسلام فجميع الدساتير المصرية بما فيهم دستورها الحالي المعدل في عام 2014 تنص في مادته الثانية على أن الإسلام دين الدولة، وفي مادته الرابعة والستين على أن حرية الاعتقاد مطلقة⁽²⁾؛ إلا أن ذلك يجب أن يكون في إطار

- إذا كان من غير الجائز التعويل على الآراء والمعتقدات لقبول المرشحين للوظيفة العامة أو رفضهم فإن ذلك مرتبط بأن تظل هذه المعتقدات حييصة صدر المرشح، أما إذا كانت هذه الآراء أو المعتقدات قد تم التعبير عنها بتصرف فردي أو تصرف علني يتناقض بطبيعته مع طبيعة الوظيفة التي تقدم المرشح لشغلها فإن الإدارة من حقها والحالة كذلك أن تستبعد المرشح من قائمة المتقدمين لشغل الوظيفة ويكون تصرفها على هذا النحو صحيحاً ويدخل في نطاق السلطة التقديرية المخولة لها. راجع في تفاصيل ذلك: د. محمد جمال عثمان جبريل، مرجع سابق، ص 271، 272.

(1) د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 141.

(2) فالدولة المصرية تعتنق دين الإسلام وتجعل الأفضلية له إلا أن تلك الأفضلية تبرز بوضوح في حالة تطبيق الشريعة الإسلامية في علاقات غير المسلمين إذ لم تنوافر الشروط الواردة في المادة السادسة من القانون رقم 462 لسنة 1955 - كما أن ما يؤدي الشعور العام في مصر انتهاك حرمة الدين الإسلامي والخروج على قواعده؛ لكن ذلك لا يعني عدم احترام حرية العقائد الطوائف غير الإسلامية فالنظام القانوني المصري يتميز باحترام شرائع تلك الطوائف وأكبر دليل على ذلك خضوعهم في منازعاتهم لشرائعهم أعمالاً للقاعدة الإسلامية بترك الذميين وما يدينون به، ولا تطبق عليهم أحكام الشريعة الإسلامية إلا في حالة غياب النص الذي يحكم منازعاتهم، كما أن الطوائف غير الإسلامية ظلت خاضعة لقضائها الطائفي الخاص حتى صدور القانون 462 لسنة 1955 الذي ألغى القضاء المالي لسوء تنظيمه واضراراً بالمقاضي، كما أن النظام المصري يعترف بالرهينة والراهب يتمتع بعض الإعفاءات من قانون الخدمة العسكرية كما تتمتع بعض الهيئات الدينية ببعض الإعفاءات، كما يعين رؤساء هذه

القواعد العامة للشريعة الإسلامية باعتبارها الدين الرسمي للدولة والمصدر الرئيسي للتشريع فاحترام مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية فيه احترام للقانون والدستور، كذلك يجب ألا يكون في حرية العقيدة خروجاً عن العادات والقيم السائدة في المجتمع المصري الراسخة منذ القدم وما تعارف عليه الناس⁽¹⁾.

الطوائف الدينية كالمسلمين بواسطة السلطة العامة للدولة، فالدولة المصرية دولة دينية تؤمن بالأديان وبحرية الأديان على أوسع نطاق، راجع د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 148، 149. وهو ما يؤكد نص المادة الثالثة من الدستور الحالي والتي جري نصها على أن "مبادئ شرائع المصريين من المسيحيين واليهود المصدر الرئيسي للتشريعات المنظمة لأحوالهم الشخصية وشؤونهم الدينية واختيار قياداتهم الروحية" (1) د. السيد عبد الحميد محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص 144.

وهو ما يؤيده حكمًا محكمة القضاء الإداري الدائرة الأولى يوم الثلاثاء الموافق 2008/1/29 في الدعوى رقم 12780 لسنة 61 ق والذي قضى بأن: من عناصر فكره النظام العام - في مصر - أنها دولة دينها الرسمي الإسلام - باعتباره الدين الذي يدين به غالبية السكان، وأن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي للتشريع، وبغض النظر على أن هذا التوجيه التشريعي إنما يخاطب المشرع - فإن سلطات الدولة الأخرى محكومة في القيام بدورها الدستوري بعدم الخروج على هذه المبادئ في تحديد علاقة الأفراد فيما بينهم أو في علاقاتهم مع الجهات الإدارية، وإذ تعترف الدولة المصرية بديانات سماوية ثلاث هي اليهودية - المسيحية - الإسلام، وقيام مؤسسات دينية ثلاث رسم المشرع حدود دورها سواء من حيث إقامة الشعائر أو إرشاد تابعي كل ديانة فيها والعمل على حظر التلاعب بين تلك الأديان السماوية واتخاذ هذا التلاعب مطية للأهواء سواء في علاقات الأحوال الشخصية أو طمس ديانة الأبناء أو التلاعب بمواريثهم لتحقيق غرض آخر أو ازدياد الديانات اللاحقة على كل منها بالدخول إليها ثم الخروج منها بما يمثل طعنًا فيها في حين لم تجره أحد على الدخول في أي منها - ومن حيث إنه ولما كان أصحاب الديانات السماوية الثلاثة المعترف بها في مصر قد اتفقوا على عبادة الإله الواحد واختلفوا فيما بينهم كل حسب عقيدته التي يؤمن بها وقد أستقر النظام العام في مصر انطلاقاً مما سبق على قيام تسلسل زمني لهذه الديانات في النزول من لدى المولى عز وجل بدأ باليهودية ومروراً بالمسيحية وانتهاءً بالإسلام، وأن فكرة الارتداد تنصرف إلى ارتداد الفرد عن الدين اللاحد إلى الدين أو الأديان السابقة في التنزيل، والارتداد بهذا المعنى لا يقف عند حد الارتداد عن الإسلام إلى دين يسبقه وإنما ينصرف إلى الارتداد من الديانة المسيحية إلى اليهودية كذلك، ولا خلاف على أن ضبط هذه المسائل سواء من لدن أجهزة الدولة أو القضاء يستدعى وضع قواعد موضوعية تقوم على ما ورد في الشريعة الإسلامية الغراء من أنه لا إكراه أو إجبار لأحد على الدخول في دين معين حتى ولو كان الدين الإسلامي، كما لا يجوز لمن باشر حقه الطبيعي في الاعتقاد باختيار دين اعتناق دين آخر إلا في إطار الدخول في الدين الأحدث نزولاً بحسب ترتيب نزول المولى لتلك الأديان الثلاثة بدءاً باليهودية ثم المسيحية وانتهاءً بالدين الإسلامي (كما سلف البيان)، ولا يمثل ذلك خروجاً على مبدأ حرية الاعتقاد التي يجب أن تتأى عن حالات التلاعب بالأديان ابتعاداً عن الهدى والخياراً للهوى، ومن نافلة القول الإشارة إلى أن الخطاب الديني

والموظف العام في مصر يتمتع بحرية العقيدة واعتناق الأفكار الدينية، ولا يؤثر ذلك على تعيينه في الوظائف العامة والاستمرار فيها، فالعقيدة ليست شرطاً من ضمن شروط التعيين في الوظيفة العامة، وهو ما يؤكد العديد من النصوص القانونية الواردة في الدستور الحالي والذي جري نص المادة التاسعة منه على أن: تلتزم الدولة بتحقيق تكافؤ الفرص بين جميع المواطنين دون تمييز، ثم جاء نص المادة الرابعة عشر منه ليؤكد على ذلك بأن جاء بالنص على أن: «الوظائف العامة حق للمواطنين على أساس الكفاءة»، ثم استغرق في المادة الثالثة والخمسون لفكرة المساواة بين المواطنين فنص على أن: «المواطنون لذي القانون سواء وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة لا تمييز بينهم بسبب الدين أو العقيدة أو الجنس أو الأصل أو العرف أو اللون أو اللغة أو الإعاقة أو المستوى الاجتماعي أو الانتماء السياسي أو الجغرافي أو لأي سبب آخر»، وهو ما جرت عليه قوانين التوظيف المختلفة، وآخرها قانون الخدمة المدنية الملغي رقم 18 لسنة 2015 والتي خلت جميعها من أي شرط خاص بشغل الوظيفة العامة أو الاستمرار فيها يتعلق بالمعتقدات الدينية للمرشح لشغلها⁽¹⁾، وذلك على الرغم من خلو القانون من

المنزل بأنه لا إكراه في الدين، ومن يشأ فليؤمن ومن يشأ فليكفر" يجب النظر إليه في إطار أن القرآن الكريم كتاب موجه للكافة (مسلمين وغير مسلمين) ومؤداه لغير المسلم - أنه حر في دخول الإسلام أو عدم الدخول فيه ولا يكره فرد على دخول (الإسلام) والمسلم مأمور بحكم الله على عدم إجبار أحد على دخول الإسلام، يبدأ أن هذه الآيات المحكمات لا ترخص لمن أسلم أن يخرج على دين الإسلام مرتداً إلى دين آخر تحت دعاوى حرية الاعتقاد، كما لا يرخص له إن يسخر أجهزة الدولة لتفرض على سوء مسلكه أو ساقط هواه بإشاعة الفتنة بين المسلمين استهزاء بالدين الخفيف، ولا يحاج على ذلك ما يردده البعض من أن الدولة قد وافقت على اتفاقيات دولية - صارت - بعد إقرارها قوانين سارية تقرر حرية الاعتقاد وحق الأفراد في اعتناق ما يرونه من ديانات أو عقائد بحسبان أن الدولة مستخدمة سيادتها التشريعية على إقليمها منذ وقعت على هذه الاتفاقيات مع الأخذ في الاعتبار احكام الشريعة الإسلامية وعدم تعارض مضمون تلك الاتفاقيات مع هذه الأحكام التي استقرت في يقين الشعب المصري استقراراً ثابتاً لا تزيده النصوص الدستورية إلا تأكيداً وترسيخاً.

(1) فقد نصت المادة الأولى من القانون على أن: الوظائف المدنية حق للمواطنين على أساس الكفاءة والجدارة وهي تكليف للقاتمين بها لخدمة الشعب.
وتنص المادة 15 منه على أن:

=

الضمانة التي قررها المشرع الفرنسي، وذلك بالنص علي عدم جواز التمييز بين الموظفين أو مضايقتهم بسبب معتقداتهم⁽¹⁾.

بيد أن هناك بعض الوظائف العامة فرض لها المشرع شرط في التعيين والبقاء والاستمرار فيها يتعلق بديانة صاحبها ومعتقده الديني وهم موظفي الإدارات ذات الصبغة الدينية مثل وظائف أعضاء هيئة التدريس بجامعة الأزهر⁽²⁾، ووظائف

يشترط فيمن يعين في أحد الوظائف ما يلي:

- 1- أن يكون متمتعاً بالجنسية المصرية أو جنسية إحدى الدول العربية التي تعامل المصريين بالمثل في تولي الوظائف المدنية.
 - 2- أن يكون محمود السيرة حسن السمعة.
 - 3- ألا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة ما لم يكن قد رد إليه اعتباره.
 - 4- ألا يكون قد سبق فصله من الخدمة بحكم أو قرار تأديبي نهائي.
 - 5- أن ثبت لياقته الصحية لشغل الوظيفة بشهادة تصدر من المجلس الطبي المختص.
 - 6- أن يكون مستوفياً لاشتراطات شغل الوظيفة.
 - 7- أن يجتاز الامتحان المقرر لشغل الوظيفة.
 - 8- ألا يقل سنة عن ثمانية عشر عاماً ميلادياً.
- وهي تقريبا ذات الشروط المنصوص عليها في المادة 20 من القانون 47 لسنة 1978 بشأن نظام العاملين المدنيين بالدولة.

(1) د. طارق حسنين الزيات، مرجع سابق، ص 31.

(2) وهو ما نصت عليه المادة 23 من القانون رقم 103 لسنة 1961 بشأن إعادة تنظيم الأزهر والهيئات التي يشملها.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا مؤيدة ذلك بقضائها بأن "نظم القانون رقم 103 لسنة 1961 بشأن إعادة تنظيم الأزهر والهيئات التي يشملها والمواد أرقام 155، 189، 190، 192 من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه والصادرة بالقرار الجمهوري رقم 250 لسنة 1975 الأحكام العامة لتعيين المعيدين والمدرسين المساعدين وغيرهم من أعضاء هيئة التدريس بجامعة الأزهر والذي أجاز تعيين مدرسين مساعدين ومعيدين للقيام بالدراسات والبحوث العلمية وغيرها ليكونوا نواه لأعضاء هيئة التدريس في المستقبل، وحدد شروط ومراحل التعيين مستوجبا فيمن يعين مدرسا مساعداً - فضلاً عن التأهيل العلمي والكفاءة - أن يكون مسلماً محمود السيرة حسن السمعة وألا يكون قد صدر منه فعل يذري بشرف عضو هيئة التدريس أو لا يلائم صفته كعالم أو يتعارض مع حقائق الإسلام وأن يكون ملتزماً في عمله وسلوكه ومسلكه قائماً بواجباته ومحسناً في أداؤها، وحدد مراحل التعيين

المأذونين⁽¹⁾، ووظيفة الخانوتي والترابي⁽²⁾، ووظائف العاملين بإدارة المساجد وإدارة شؤون القرآن وإدارة الثقافة الدينية بوزارة الأوقاف⁽³⁾، ومن الملاحظ على هذه والسلطة المختصة في كل مرحلة"، راجع الحكم في الدعوى رقم 569 لسنة 35 ق.ع بجلسة 26-11-2007.

(1) والتي نصت اللائحة الخاصة بتعيينهم الصادرة بقرار وزير العدل بتاريخ 1955/1/10، والمنشورة في الوقائع المصرية العدد الثالث ملحق في 1955/1/10، والمعدلة بقرار وزير العدل بتاريخ 1955/12/29 والتعديل منشور في الوقائع المصرية العدد 101 في 1955/12/29، والتي نصت في المادة الثالثة منها على أن: أ- أن يكون مصرياً مسلماً متمتعاً بالأهلية المدنية الكاملة.

(2) فقد حددت المادة 22 من اللائحة التنفيذية للقانون 5 لسنة 1966 في شأن الجبانات الصادرة بقرار وزير الصحة رقم 418 لسنة 1970 الإجراءات التي يربها الترخيص للحصول على ترخيص مهنة خانوتي والتي منها: 1-

...

أن يكون على ديانة من يزاول مهنته على موتاهم وملماً بالأحكام الدينية. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "دفن الموتى بالجبانات هو من المرافق العامة لاتصاله اتصالاً وثيقاً بالشؤون الصحية والإدارية والشرعية، ومن أجل ذلك تدخل المشرع فنظمه تنظيمًا عامًا بموجب القانون رقم 1 لسنة 1922 ولائحة القواعد والأنظمة المختصة بممارسة مهنة الخانوتية والتربية التي صدرت بتفويض من القانون المذكور. ولما كان الخانوتية والتربية ومساعدوهم هم عمال هذا المرفق فقد نظم القانون واللائحة المشار إليهما طريقة تعيينهم ومباشرتهم لوظيفتهم وحدد واجباتهم والأعمال المحرمة عليه وتأديبهم، وأخضعهم في ذلك كله لنظام إداري مماثل لنظم التوظيف، فلا يجوز لأحد منهم مباشرة مهنته إلا بقرار إداري من لجنة الجبانات يرخص له في ذلك بعد استيفاء الشروط الواجب توافرها وهي شروط خاصة بالسن وبالدين وباللياقة الصحية وبعدم صدور حكم جنائي عليه وبحسن السمعة ومعرفة القراءة والكتابة والإلمام بالأحكام الشرعية والصحية والإدارية اللازمة لأداء هذه المهنة. كما أنه أخضعهم لنظام تأديبي، شأنهم في ذلك شأن سائر الموظفين، وأجاز توقيع جزاءات تأديبية عليهم من الجهة الإدارية المختصة، وهذه الجزاءات تماثل الجزاءات التأديبية التي توقع على سائر الموظفين، فهم بهذه المثابة يعتبرون من الموظفين العموميين وليسوا من الأفراد."، راجع الطعن رقم 1000 لسنة 4 ق.ع بجلسة 1959/1/17.

(3) راجع القانون رقم 272 لسنة 1959 بتنظيم وزارة الأوقاف ولائحته التنفيذية، وقرار رئيس الجمهورية رقم 64 لسنة 1962 بتنظيم الأوقاف، وقرار نائب رئيس الجمهورية ووزير الأوقاف رقم 1 لسنة 1962 باللائحة التنفيذية لوزارة الأوقاف، وقرار رئيس الجمهورية رقم 3719 لسنة 65 بشأن تنظيم وزارة الأوقاف والشؤون الاجتماعية.

واشترط أن يكون العامل بهذه الإدارات مسلماً هو أمر بديهي يستفاد من طبيعة اختصاص هذه الإدارات إذ تختص إدارة المساجد بالإشراف على المساجد والعاملين بها والإشراف على الاحتفالات الدينية والمحاضرات العامة =

الوظائف أن شاغليها لا بد لهم أن يكون لديهم اقتناع عقائدي معين بل والإمام الكامل بقواعد ذلك الدين حتى يتسنى لهم القيام بها على أكمل وجه، بل ويجب أن يتوافر فيمن يتصدي لهذه الوظائف أن يكون مقتنعاً بها اقتناعاً كاملاً يصل به إلى الحد الذي يدافع به عن هذه العقيدة وأن يتناولها بالشرح للآخرين ويحاول إقناعهم بأحكامها ويجيبهم في أن يتمسكوا بها ويعتقوها إن لم يكونوا من معتقياً⁽¹⁾، وهذا الأمر ليس محصوراً على الإدارات الدينية ذات الصبغة الإسلامية فحسب، بل يشترط كذلك في العاملين في الهيئات الدينية المسيحية، وهم من الموظفين العموميين فيشترط فيهم أن يكونوا من أبناء ذات الديانة والملة التي يباشرون شؤونها⁽²⁾، وبعد ذلك أمراً منطقياً لقيام العاملين في هذه الهيئات بأداء الشعائر

التي تلقي في المساجد والإشراف على إذاعة الخطبة أسبوعياً والحفلات التي تقيمها الإذاعة بالمساجد، وتختص إدارة شؤون القرآن بإدارة المعاهد الدينية والمقارن مباشرة شؤون العاملين بها والإشراف على طبع المصحف الشريف وتوزيعه وتختص إدارة الثقافة الدينية بنشر الثقافة الإسلامية ومكافحة الأمية الدينية والاجتماعية والإشراف على مكتبات المساجد، راجع في ذلك د. عبد المنعم فهمي مصطفى: عمال الإدارة وحرية الرأي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 1977، ص 398، 399.

(1) د. طارق حسنين الزيات، مرجع سابق، ص 39، د. أحمد عبد الغني محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص 188.

كما أنه كان هناك قانون قد ألغي كان يحظر تولي بعض الوظائف على من يعتقد معتقد ينطوي على إنكار للشرائع السماوية (اعتناق الشيوعية آنذاك)، وهو القانون رقم 33 لسنة 1978 بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي والملي بالقرار بقانون رقم 221 لسنة 1994 والذي كان ينص في مادته الثانية الفقرة الأولى على أن: مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في قوانين نظام العاملين المدنيين بالدولة ونظام العاملين بالقطاع العام لا يجوز تولي الوظائف العليا التي تقوم على التوجيه والقيادة في الدولة أو في القطاع العام أو في الوظائف ذات التأثير في الرأي العام ومناصب الأعضاء المعين في مجالس إدارات الهيئات والشركات العامة والمؤسسات الصحفية لكل من يثبت من التحقيق الذي يجريه المدعي العام الاشتراكي طبقاً لأحكام هذا القانون أنه يدعو أو يشترك في الدعوة إلى مذاهب تنطوي على إنكار للشرائع السماوية أو تتنافي مع أحكامها.

(2) فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "هؤلاء العاملين تربطهم بالبطريكية بالإضافة إلى الروابط الدينية روابط تدخل في نطاق القانون العام وتتضمنها القوانين الصادرة في هذا الشأن، وهم بهذه المثابة يعتبرون من الموظفين، كما أن البطريكية هي شخص من أشخاص القانون العام يتولى إدارة مرفق عام من مرافق الدولة مستعينة في ذلك بقسط من اختصاصات السلطة العامة - وأضاف الحكم- أن القانون عنى بوضع قواعد تكفل تنظيم شؤون الكهنة في تعيينهم وترقيتهم ومراقبة سيرهم ومحاكمتهم. " راجع الطعن رقم 68 لسنة 12 ق. ع جلسة 1968/4/5.

الدينية والعمل على تعميق التربية الدينية في نفوس أفراد الطائفة ولن يتسنى لهم أداء مهامهم إلا إذا كانوا على نفس العقيدة، كما أنه من الأمور الطبيعية ألا يسلك القائمون بالأعمال الدينية سلوكاً يناقض العقيدة التي ينتمون إليها والإلا عد ذلك خطأ يستوجب المساءلة⁽¹⁾.

ومجلس الدولة في مصر على الرغم من قلة ما عرض عليه من قضايا تتعلق منازعاتها بحرية العقيدة بالنسبة للموظف العام، إلا أنه التزم في أحكامه كفالة أكبر قدر من حرية العقيدة بالنسبة للموظف العام عند التعيين حيث رفض التفرقة بين الأفراد المتقدمين لشغل الوظائف العامة تأسيساً على المذهب الديني الذي يعتنقونه، وكفلها أيضاً أثناء ممارسة الوظيفة⁽²⁾، ولم يحده في ذلك سوى الإطار العام لحرية

(1) د. عبد المنعم فهمي مصطفي، مرجع سابق، ص 399، 400.

(2) راجع في ذلك المعنى د. محمد جمال عثمان جبريل، مرجع سابق، ص 275.

فمجلس الدولة المصري على سبيل المثال ألغى مثلاً: قرارات الإدارة برفض تعيين القضاة الشرعيين المعتنقين للمذهب المالكي حيث كان تعيينهم يتم من الحاصلين على شهادة العالمية من المعتنقين للمذهب الحنفي طبقاً لنص المادة 60 من قانون الأزهر الشريف الصادر في 1911، ولم يرد مثل هذا النص في القانون 26 لسنة 1936 بشأن تنظيم الجامع الأزهر، فألغت الأحكام أي قرار تعيين يستند لهذا الشرط لعدم وجود شرط مماثل في القانون القديم، راجع الطعن 663 لسنة 6 ق الصادر بجلسته 1953/5/28.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا أن "الحكم على الوالد بعقوبة بسبب نشاطه في جماعة الإخوان المسلمين - لا يصم ابنه بسوء السمعة - انتماء الشخص إلى هذه الجماعة لا يعد بذاته عملاً غير مشروع يؤدي إلى حرمانه من تولي الوظائف العامة". راجع الطعن رقم 600 لسنة 16 ق. ع بجلسته 1972/4/9.

وفي فتوى أخرى لإدارة الفتوى والتشريع لوزارة التربية والتعليم بمجلس الدولة أعلت فيها قيمة حرية العقيدة" رفضت توقيع جزاء تأديبي على مدرسة بسبب اعتناقها الدين البهائي وخطبتها إلى شخص يعتقد هذا الدين، وذلك مستندة إلى أن المدرسة تقوم بعملها على وجه مرض وأن خلقها حسن، وأنه لا يكفي مجازاتها تأديباً أنها قد تسعى لنشر دينها بين التلاميذ، وأعطت الفتوى الحق لوزارة التربية والتعليم في نقل الموظفة من وظائف التدريس لوظائف أخرى في ضوء الصالح العام، راجع الفتوى رقم 156 في 1952/3/5. مشار إليها لدى د. فاروق عبد البر: دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، الجزء الثاني، دون ناشر، 1991، ص 161، وما بعدها. كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "القرار الصادر بفصل العامل من الخدمة بغير الطريق التأديبي دون سبب مبرر أو دليل من الأوراق يكون قد صدر فاقدًا ركن السبب - اتهام العامل باعتناقه الأفكار الشيوعية لا يكفي وحده سبباً مشروعاً لقرار الفصل - أساس ذلك: الدساتير المصرية قد درجت على كفالة حرية الرأي والاعتقاد =

العقيدة في مصر بشكل عام وفي الوظيفة العامة بشكل خاص وهو احترام جميع الأديان السماوية ونبد ما عداها، مع الآخذ في الاعتبار احترام الأديان وعدم جعلها مطية لتحقيق أغراض دنيوية⁽¹⁾.

بيد أن الواقع العملي في قضاء مجلس الدولة المصري لا يعترف بالتحول بين الأديان إلا إذا كان التحول من أي دين أو ملة أو عقيدة إلى الإسلام، أما العكس فأمر غير معترف به⁽²⁾، فتغيير الموظف العام لديانته إذا حدث من الممكن

الديني - الموظف العام بوصفه مواطناً يسرى عليه ما يسرى على بقية المواطنين"، راجع الطعن رقم 734 لسنة 23 ق. ع جلسة 1983/11/26.

(1) د. طارق حسنين الزيات، مرجع سابق، ص 40، 41.

وفي أحكام وفتاوى شهيرة لمجلس الدولة المصري قرران "لا يجوز الخلط بين حرية العقيدة في ذاتها وبين السلوك الشديد الذي قد يستفاد من التلاعب بالعقيدة والأديان، وذلك أياً كانت العقيدة أو الدين الذي يقصد من وراء تغييره تحقيق مآرب خاصة وأغراض دنيوية معينة، رغم التسليم بحرية العقيدة أو الدين، بمعنى أنه لا يجوز إكراه شخص على اعتناق عقيدة أو دين معين، فليس من شك في أن مسلك المتلاعب بالعقيدة وبالأديان، بقصد تحقيق تلك المآرب والأغراض، يجعله موصوفاً بسوء السلوك الشديد من الناحية انطلقية. فما كانت العقائد والأديان مطية لتحقيق اغراض دنيوية زائلة، وإنما تقوم العقيدة على الإيمان بها والإخلاص لها. ومن ثم كان الشخص الذي يتلاعب بها لتحقيق مآربه و اغراضه شخصاً يمسح الحكمة التي تقوم عليها حرية الدين أو العقيدة. ولهذا يعتبر مسلكه مسلك شخص ملتو سيء السلوك - يمكن أن ينعكس سوء سلوكه في غير نطاق الوظيفة على سلوكه في مجال الوظيفة، من حيث الاخلال بكرامتها ومقتضياتها، ووجوب التزام ما لا يفقده الثقة والاعتبار، لذلك يمكن النظر في انهاء خدمته لهذا السبب، راجع فتوى إدارة الفتوى والتشريع لوزارة التربية والتعليم والجامعات رقم 1982 في 1958/9/11، وفي ذات المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا في الدعوى رقم 853 ق ع جلسة 1958/6/21.

(2) د. محمد علي عبد السلام، مرجع سابق، ص 368.

فقد تبني مجلس الدولة في أحكام وفتاواه مسألة انتقاص الحقوق المترتبة على الوظيفة العامة للموظف الذي يعتنق دين غير سماوي أو يرتد عن الإسلام "فرفضت منح موظف علاوة اجتماعية بمناسبة زواجه وعلاوة غلاء معيشة بسبب انجابه طفل أقامها موظف بهائي بهيئة السكة الحديد بسند أنه قد اعتنق مذهب البهائيين فإنه يعد مرتداً عن الإسلام وتجري عليه أحكام المرتدين، ومن ثم يكون زواجه بعد ذلك بجفل البهائيين بمن تزوج بها باطلاً شرعاً. ذلك أن البهائية جماعة ليست من جماعة المسلمين، إذ أن مذهبهم يناقض اصول الدين - ولا يصح الاحتجاج هنا بأن أحكام القانون الوضعي تحول دون تطبيق أحكام الردة كلياً أو جزئياً- وانتهت إلى أن زواج البهائي باطلاً لا ينتج إلا باطلاً، وبالتالي تكون دعواه ساقطة منهارة لا سند لها من قانون أو واقع، حقيقة بالرفض، راجع حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 195 ق ب جلسة 1952/5/26، وفتوى إدارة الفتوى والتشريع لوزارة

عند العلم به في نطاق الوظيفة العامة سواء كان الموظف من المسلمين وأرتد أو من غير المسلمين من أصحاب الديانات السماوية الأخرى واعتنق الإسلام سيخضع لأحكام الشريعة الإسلامية في مسائل عديدة منها ما يتعلق بحقوق مالية وأسرية تتعلق بالوظيفة العامة⁽¹⁾، كما أنه من الممكن أن يحدث لغطاً شديداً داخل مكان

التربية والتعليم رقم 288 في 1957/2/12.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بحرمان زوجة من معاش زوجها بسبب ارتدادها عن الإسلام فحكمت بأن "القانون رقم 37 لسنة 1929 ومن بعده القانون رقم 50 لسنة 1963 بشأن المعاشات يعتمد في صرف المعاش للأرملة على قيام الزوجية قبل الوفاة على ما هو ظاهر من نصوصه مما يقتضى صحة العقد بها شرعاً وقانوناً - اعتناق إحدى المسيحيات الدين الإسلامي وفقاً للثابت من الإشهاد الشرعي بإسلامها - تزوجها بعد ذلك بأحد المسيحيين ثم وفاته. عدم استحقاقها في ميراثه أو معاشه إذ أن المرتدة عن الإسلام تطبق عليها أحكام الشريعة الإسلامية ذات الولاية العامة إعمالاً لما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم 462 لسنة 1955 ولا تنطبق عليها شريعة الأقباط الأرثوذكس إذ أنها بإسلامها ألتزمت بأحكام الإسلام ومن بينها أحكام الردة والمرتدة أو المرتد لا دين له ولا ملة ولا يقر على رده ولا على الدين الذي انتقل إليه زواج المرتدة بغيرها باطل سواء كان من تزوجته مسلماً أو مسيحياً أو يهودياً أو بلاملة - بطلان علاقة الزواج ينفي قيام رابطة الزوجية التي هي الأساس لاستحقاق الأرملة المعاش. القول بأن قانون الموارث قد خلا من نص يقضى بحرمان المرتد من الميراث وأن في حرمان المرتد من الإرث ما يعتبر مخالفة للدستور وحرية العقيدة مردود بأن هناك فرق بين حرية العقيدة التي كفلها الدستور وبين الآثار التي تترتب على هذا الاعتقاد من الناحية القانونية - خلو قانون الموارث من النص على حرمان المرتد لا يقصد به مخالفة أحكام القرآن والسنة أو الأحكام التي اتفق عليها فقهاء المسلمين ومنها عدم انعقاد زواج المرتد أو المرتدة وعدم إرثه من غيره أو عدم أرث غيره منه وهذه الأحكام هي التي يتعين الرجوع إليها طالما أن قانون الموارث لم ينظم أحكام ميراث المرتد أو المرتدة إعمالاً لقواعد النظام العام إعمالاً لأحكام المادتين 6، 7 من القانون رقم 462 لسنة 1955" راجع الطعن رقم 599 لسنة 19 ق.ع جلسة 1981/1/25.

(1) وقد قضت محكمة القضاء الإداري في معنى ذلك عندما قضت بأن "أن مبدأ المواطنة المقرر بالمادة (1) من الدستور هو مبدأ حاكم للنسيج الوطني للعقائد والأديان السماوية بما يعنيه من العضوية الكاملة والمتساوية في المجتمع لجميع المواطنين الذين يعيشون فوق تراب الوطن في الحقوق والواجبات دون أدنى تمييز قائم على أي معايير تحكومية مثل الدين أو الجنس أو اللون أو المستوى الاقتصادي أو الانتماء السياسي والموقف الفكري، وبما يترتب على التمتع بالمواطنة من سلسلة من الحقوق والواجبات ترتكز على قيم أربع محورية هي: قيم المساواة والحرية والمشاركة والمسئولية الاجتماعية، ومن ثم فإن تغيير الديانة ضمن نطاق حرية العقيدة ولئن كان لا يغير مشكلة في الدول ذات الطابع المدني الكامل، فإن الأمر جد مغاير في مصر لما يترتب على تغيير الديانة من آثار قانونية هامة في مسائل الأسرة كالزواج والطلاق والميراث وهي آثار تختلف

حسب الديانة أو الملة - كما أن المشرع استوجب مجموعة من الإجراءات والشروط والضوابط والمستندات التي يتعين توافرها حتى تتخذ جهة الإدارة إجراءات إصدار قرار بتغيير الديانة والاسم بشهادة الميلاد وبطاقة تحقيق الشخصية - وهي شروط لا تتعلق بإثبات العقيدة والتي تظل مطلقة بين العبد وربّه لا تحتاج لإثبات، ولكنها شروط تتعلق بمقتضيات التنظيم القانوني لإثبات البيانات المحددة بالأوراق الثبوتية للمواطن لترتيب الآثار القانونية للتعامل مع الغير في العلاقات المتعلقة بمسائل الأسرة كالزواج والطلاق والميراث وهي آثار تختلف حسب الديانة أو الملة". راجع الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري في الدعوتين رقمي 53717 لسنة 62 ق، و 22566 لسنة 63 ق بجلسته 2009/6/13.

هذا وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 599 لسنة 9 ق بجلسته 1981/1/25 بعدم الاعتراف بزواج المرتدة في استحقاق المعاش كما قضت في الطعن رقم 1359 لسنة 28 ق بجلسته 1984/11/27 بعدم الاعتراف بزواج المرتدة في توفيق الأوضاع طبقاً لأحكام القانون رقم 50 لسنة 1969، كما قضت محكمة النقض بجلسته 1966/1/19 بعدم جواز توريث المرتد كما قضت بجلسته 1966/3/30 ببطان زواج المرتدة عن دين الإسلام إذا تزوجت بعد ردها بغير مسلم ووجوب التفريق بينهما.

فقد تبني مجلس الدولة في أحكام وفتاواه مسألة انتقاص الحقوق المترتبة على الوظيفة العامة للموظف للذي يعتنق دين غير سماوي ويرتد عن الإسلام " فرفض منح موظف علاوة اجتماعية بمناسبة زواجه وعلاوة غلاء معيشة بسبب انجابه لطفل أقامها موظف بهائي بهيئة السكة الحديد بسند أنه قد اعتنق مذهب البهائيين فإنه يعد مرتداً عن الإسلام وتجري عليه أحكام المرتدين، ومن ثم يكون زواجه بعد ذلك بجفيل البهائيين بمن تزوج بها باطلاً شرعاً. ذلك أن البهائية جماعة ليست من جماعة المسلمين، إذ أن مذهبهم يناقض أصول الدين - ولا يصح الاحتجاج هنا بأن أحكام القانون الوضعي تحول دون تطبيق أحكام الردة كلياً أو جزئياً- وانتهت إلى أن زواج البهائي باطلاً لا ينتج إلا باطلاً، وبالتالي تكون دعواه ساقطة منهارة لا سند لها من قانون أو واقع، حقيقة بالرفض، راجع حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 195 ق بجلسته 1952/5/26، وفتوى إدارة الفتوى والتشريع لوزارة التربية والتعليم رقم 288 في 1957/2/12.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بحرمان زوجة من معاش زوجها بسبب ارتدادها عن الإسلام فحكمت بأن " القانون رقم 37 لسنة 1929 ومن بعده القانون رقم 50 لسنة 1963 بشأن المعاشات يعتمد في صرف المعاش للأرملة على قيام الزوجية قبل الوفاة على ما هو ظاهر من نصوصه مما يقتضى صحة العقد بها شرعاً وقانوناً - اعتناق إحدى المسيحيات الدين الإسلامي وفقاً للثابت من الإشهاد الشرعي بإسلامها - تزوجها بعد ذلك بأحد المسيحيين ثم وفاته. عدم استحقاقها في ميراثه أو معاشه إذ أن المرتدة عن الإسلام تطبق عليها أحكام الشريعة الإسلامية ذات الولاية العامة إعمالاً لما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم 462 لسنة 1955 ولا تنطبق عليها شريعة الأقباط الأرثوذكس إذ أنها بإسلامها ألزمت بأحكام الإسلام ومن بينها أحكام الردة والمرتدة أو المرتد لا دين له ولا ملة ولا يقر على رده ولا على الدين الذي انتقل إليه زواج المرتدة بغيرها باطل سواء كان من تزوجته مسلماً أو مسيحياً أو يهودياً أو بلا ملة - بطلان علاقة الزواج ينفي قيام رابطة الزوجية التي هي الأساس لاستحقاق الأرملة المعاش. القول بأن قانون الميراث قد خلا من نص يقضى بحرمان المرتد من الميراث وأن في حرمان المرتد

العمل، فقد يؤدي لحدوث صدام بين موظفي جهة الإدارة مما يترتب عليه تعطيل العمل بالمرفق العام الذي ينتمي إليه جزئياً، الأمر الذي نري معه أن من حق جهة الإدارة في هذه الحالة نقلة لمرفق آخر في مكان أحر بعيد عن المكان الذي يعمل به حماية له وحفاظا علي النظام العام وسير العمل بانتظام داخل المرفق العام⁽¹⁾، كما أن الموظف الذي سيقوم بتغيير ديانتته يمكن فصل من وظيفته عند اتخاذه الدين ألعوبة يلعب بها كيف يشاء⁽²⁾، وهنا يقع تحت طائلة مخالفة شرط

من الإرث ما يعتبر مخالفة للدستور وحرية العقيدة مردود بأن هناك فرق بين حرية العقيدة التي كفلها الدستور وبين الآثار التي تترتب على هذا الاعتقاد من الناحية القانونية - خلو قانون الموارث من النص على حرمان المرتد لا يقصد به مخالفة أحكام القرآن والسنة أو الأحكام التي اتفق عليها فقهاء المسلمين ومنها عدم انعقاد زواج المرتد أو المرتدة وعدم إرثه من غيره أو عدم أرث غيره منه وهذه الأحكام هي التي يتعين الرجوع إليها طالما أن قانون الموارث لم ينظم أحكام ميراث المرتد أو المرتدة إعمالاً لقواعد النظام العام إعمالاً لأحكام المادتين 6، 7 من القانون رقم 462 لسنة 1955" راجع الطعن رقم 599 لسنة 19 ق.ع جلسة 1-25-1981.

(1) فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن "وحيث إنه ومما يكمل المنظور الدستوري لحرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية - من أن حرية العقيدة التي نص عليها الدستور في المادة 46 منه إنما تعنى في أصلها ألا يحمل الشخص على القبول بعقيدة لا يؤمن بها أو التنصل من عقيدة دخل فيها أو الإعلان عنها أو مملأة إحداهما تاملأ على غيرها سواء بإنكارها أو التهوين منها أو ازدراءها بل تتساح الأديان فيما بينها ويكون احترامها متبادلاً. ولا يجوز كذلك في المفهوم الحق لحرية العقيدة أن يكون صونها لمن يمارسونها إضراراً بغيرها ولا أن تيسر الدولة - سراً أو علانية- الانضمام إلى عقيدة ترعاها إرهاباً لآخرين من الدخول في سواها ولا أن يكون تدخلها بالجاء عقاباً لمن يلوذون بعقيدة لا تصطفئها وليس لها بوجه خاص أن يكون إذكاء صراع بين الأديان تمييزاً لبعضها على البعض" راجع الطعن رقم 8 لسنة 17 ق دستورية - جلسة 5/18/1996.

(2) وقد قضت محكمة القضاء الإداري بأن "وحيث إنه وفي ضوء ما تقدم، فإن المحكمة تؤكد أن حرية العقيدة لم تقرها أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام الدساتير والاتفاقيات الدولية لتكون ألعوبة يعبث بها العابثون- وحيث إن المحكمة وهي تعلي قيمتي الحق والقانون تؤكد أن حرية العقيدة لها قدرها من سمو والرفعة بما لا يجوز معه أن تكون محلاً للتلاعب، أو سعياً لتحقيق مآرب دنيا، أو إذكاء لصراع بين الحضارات، أو انتصاراً لديانة على أخرى، أو ضرباً للجذور الراسخة للوحدة الوطنية للبلاد، أو تجاهلاً لإحداث ما سمي "الفضوى الخلاقه" بإحداث فوضى طائفية هدامة، فوحدة عنصرى الأمة المصرية، فرضتها الأديان السماوية وقدسها العاطفة الوطنية وخلصتها المصلحة القومية، وتمثلت في هذا الوطن المصري البديع الذي اتسع تاريخياً وإنسانياً لاحتضن على أرضه وفي أعماقه دينيين تجاوزوا لقرون عديدة، وأسهما معا في صياغة هويته الحضارية الفريدة وفي إثراء تراثه الإنساني العريق، هذا الوطن هو موضع السعادة المشتركة لكل أبنائه،

ينيه ويستمتع بفضائله كل من شارك مخلصاً في رفعته وكل من أسهم مبداً بفكره وعرقه ونضاله في تقدمه، وطن صيغت ملامحه السياسية والثقافية والحضارية في العصر الحديث، على أيدي كوكبة من البنائين العظام صانعي جسور التواصل الإنساني الخلاق بين العقيدة والوطن، وبين العقل والوجدان، وبين المحلي والعالمي، وبين ما هو مطلق ومقدس، وبين ما هو ديني وعلمي، وما هو أصيل ووافد، إبحاراً في أعماق ثقافتين متميزتين، دينية ومدنية، دون أن يفقدوا بوصلة الانتماء الصحيح إلى الوجدان المشترك لهذا الوطن العظيم، في سماحة ترفض الإقصاء وتبذ الفرقة، وتحترم التنوع وتدين التعصب المقيت - تغيير الدين قد تصاحبه الكثير من الضغوط والإغراءات الداخلية والخارجية، كما قد تصاحبه ظروف نفسية واجتماعية يمر بها طالب التغيير، كما قد ينطوي على التلاعب بالأديان لتحقيق أغراض دنيوية دنيا، فاختلف العقائد حقيقة إنسانية فضلاً عن كونها مشيئة إلهية فإن من يعمل على تصادمها كأديان أو ملل ومذاهب إنما يعبر عن حماقة لا إنسانية تعد سبباً رئيسياً لتهديد السلام وإشاعة الأحقاد والكراهية بين البشر، فالأديان لا يجوز أن تكون أعباء للعابثين، كما أن القضاء لا يجوز أن يكون ساحة للتعصبين، وحلبة لمشايبي الفتن ما ظهر منهم وما بطن، مما يستوجب أن يكون محط اهتمام المشرع، فالحاجة ماسة إلى تشريع يحمي الأديان من الازدراء أو السخرية ليكون أساساً لحرية العقيدة وحرية الانتقال من دين إلى دين بمراعاة عدم التعارض مع مقتضيات النظام العام، وبين الجهة القانونية التي يتم فيها إشهار الدين الجديد وشروط هذا الانتقال من ناحية السن والحالة العقلية واتحاد الأبوين في الدين أو اختلافهما، وما إذا كانت هناك ضغوط تمثل الإكراه أو إغراءات تمثل الزيف، على أن تقرر عقوبة تحول دون هذا العبث، وأن تشدد العقوبة على من كان يسعى إلى الاستقواء بالأجنبي أو الحصول على منفعة من مال أو عمل أو زواج أو طلاق أو موارث عن طريق الاتجار أو التلاعب بالأديان، وأن تراعى ظروف من أصابتهم الحيرة من اختلاف الأبوين في الدين، وأن تكون العقوبة في كل حالة من الأحوال المتقدمة منفصلة عن الحق في تغيير الدين، وألا تقع بسبب عودته لدينه الأول بل على دخوله عابثاً مستهتراً في دين غير مؤمن به، وذلك درءاً للفتنة لا تفتأ أن تطل برأسها علينا من حين إلى حين". راجع الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري في الدعوتين رقمي 53717 لسنة 62 ق، 22566 لسنة 63 ق بجلسة 2009/6/13.

وقضت أيضاً: ومن حيث إنه ولئن كان قضاء هذه المحكمة قد استقر في العديد من أحكامها على إعلاء مبدأ حرية العقيدة وممارسة الشعائر الدينية كأحد المبادئ الأساسية للصيقة بشخص الإنسان، فإنها في نطاق الدعوى المطروحة تؤكد على أنه يوجد ثمة فارق كبير بين حرية الاعتقاد وممارسة الشعائر الدينية وبين ما يطلبه البعض من حرية التلاعب في الاعتقاد بالتغيير من ديانة إلى أخرى لتحقيق مآرب دنيوية، حيث يمر ذلك التلاعب في حقيقته بمرحلتين أولهما تبدأ بالتلاعب بالدين الذي كان يعتنقه، وصدرت على أساسه مستندات رسمية من جهة الإدارة، وتمت تعاملاته مع المواطنين وغيرهم على ضوء ذلك الدين وثانيهما بالتلاعب بالديانة التي انصرف إليها فترة من حياته وتعامل خلالها مع الآخرين على ضوءها وذلك بزعم العودة إلى ديانته الأولى والحصول على موافقة الجهة الدينية الأخرى بذلك، وفي هذا الخصوص تري هذه المحكمة أنه إذا كان احترام حرية العقيدة وممارسة الشعائر الدينية واجباً يتعين في الأصل على جهات الإدارة

هام من شروط التعيين في الوظيفة العامة والبقاء فيها الذي نصت عليه كافة قوانين التوظيف وهو شرط أن يكون الموظف محمود السيرة حسن السمعة⁽¹⁾.

المختلفة مراعاته، فإنها تلتزم في ذات الإطار بعدم الخروج على أحكام القوانين واللوائح التي تحدد لها مسار قيامها بالأعمال المنوطة بها وبالتالي لا يجوز بحال من الأحوال على ضوء ذلك التلاعب إجبار جهة الإدارة على إصدار قرار أو الامتناع عن إصدار قرار يخالف حكماً تشريعياً واجباً عليها إذا كان متعلقاً بالنظام العام".

راجع الطعن 12347 لسنة 61 ق الصادر بجلسة 2008/1/22.

كما قضت أيضاً: " لكل دين من الأديان السماوية أحكامه الخاصة به وكان الدين الإسلامي في أساسه يقوم على حرية الاعتقاد، وحرية الدخول فيه دون ثمة إكراه مع احترامه الكامل للديانات السماوية الأخرى، إلا أن أصول أحكامه التي ارتضاها كل من دخل فيه تمتع من ولد عليه فطرة أو اعتقده بعد ذلك بإرادته الحرة من الخروج عليه بدعوى الارتداد إلى أي دين آخر، خاصة وأن تغيير الديانة من المسيحية إلى الإسلام لا يتم عرفاً وواقعاً إلا بعد جلسات للنصح والإرشاد يقوم بها رجال الدين المسيحي على ما هو متعارف عليه وهو ما يقطع بأن تارك دينه المسيحي عازف عنه عزوفاً لا رجعة فيه ليدخل في الدين الإسلامي بملء إرادته دون إكراه، راضياً الالتزام بأحكامه وقواعده ومنها عدم الاعتداد بالردة أو الخروج من الدين الإسلامي بعد ذلك سواء بالعودة إلى دين سماوي آخر أو الخروج إلى غير دين سماوي كلية لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى التلاعب بالأديان والعقائد والشرائع بما يتعارض مع القواعد الآمرة التي يفرضها النظام العام واستقرار المجتمع، الأمر الذي يضحى معه قبول رجوع الخارج عن الدين الإسلامي من هيئة دينية أخرى اعتداء على الديانة الإسلامية التي دخل فيها، وزج بالمعتقدات الدينية في أتون خلافات عقائدية- أبات دار الإفتاء المصرية في فتواها الصادرة بتاريخ 2006/5/14 في الطلب رقم 704 لسنة 2006م بشأن السؤال عن مدى جواز إقرار المرتد على رده واعتداد السلطات بالدولة بهذه الردة، حيث ذهبت تلك الفتوى إلى أن " الذي دخل الإسلام طواعية من غير إكراه وعن بينة حملته على تغيير دينة إلى دين الإسلام فلا يجوز له أن يخرج عن النظام العام لمجتمعه ويطلب أن يغير اسمه وديانته بعد أن غيرها أول مرة ويظاهر برده، فيصد الناس عن دين الحق بهذا الاضطراب الذي يظهره، فيتعلق به حقوق الآخرين، حيث ينطوي عمله هذا على استهتار بالأمر ودعوة للارتداد و... وأنه لا علاقة لذلك حينئذ بالاعتماد على حرية الدين، فإن حرية الدين مكفولة ابتداء وليست مكفولة بالتلاعب بالإسلام والمسلمين، فكما لم يكره المسلمون أحداً على الدخول في دياتهم فإنهم لا يسمحون له بإعلان هذه الردة، لما فيها من خروج على النظام العام، ولما فيها من قدح في جماعة المسلمين". راجع الطعن رقم 12347 لسنة 61 ق جلسة 2008 / 1 / 22.

(1) فقد نصت المادة 20 من القانون 47 لسنة 1978 على أن: يشترط فيمن يعين في إحدى الوظائف:

1... 2- أن يكون محمود السيرة حسن السمعة. ، وهو ذاته ما قرره المادة 15 من القانون 18 لسنة 2015 الملغى.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "المشروع لم يحدد أسبابا لفقدان حسن السمعة والسيرة الحميدة على سبيل

المطلب الثاني

حرية ممارسة الموظف العام للشعائر الدينية (العبادة)

تختلف بالطبع حرية ممارسة الشعائر الدينية للموظف العام علي حسب ما تعتنقه الدولة من مذهب ففي دول أوروبا ومنها فرنسا مبدأ علمانية الدولة يسيطر علي الدولة، علي عكس مصر فهي دولة إسلامية، وبالتالي سيختلف تناول كل منهم لحرية ممارسة الشعائر الدينية (العبادة)، وهو ما سنحاول توضيحه فيما يلي.

الفرع الأول

حرية ممارسة الموظف العام الشعائر الدينية (العبادة) في فرنسا

يؤثر مبدأ علمانية الدولة في فرنسا علي حرية ممارسة العقيدة لدى المواطنين ومنهم الموظفين العموميين، فعلي الرغم من إقرار الدستور الفرنسي لحرية العقيدة يستتبع بالضرورة كفالة حرية العبادة باعتبارها الامتداد الطبيعي لحرية العقيدة، والتطبيق العملي لها وبدونها تصبح حرية العقيدة فارغة من المضمون، وبالتالي فإن

الحصر وأطلق لجهة الإدارة المجال في ذلك التقدير تحت رقابة القضاء الإداري - السيرة الحميدة والسمعة الحسنة هي مجموعة الصفات والخصائص التي يتحلى بها الشخص فتكسبه الثقة بين الناس وتجنبه قاله السوء وما يمس الخلق فهي لصيقة بشخصه ومتعلقة بسيرته وتعتبر من مكونات شخصيته. " راجع الطعان رقمي 31160 لسنة 52 ق. ع بجلسة 2008/6/22، 7832 لسنة 46 ق. ع بجلسة 2001/7/8.

كما قضت بأن " المخالفة التأديبية ليست فقط إخلال العامل بواجبات وظيفيته إيجاباً أو سلباً بل كذلك تنهض المخالفة التأديبية كلما سلك العامل سلوكاً معيباً ينطوي على إخلال بكرامة الوظيفة، أو لا يستقيم مع ما تفرضه عليه من تعفف واستقامة وبعدا عن مواطن الريبة والدناية حتى خارج نطاق الوظيفة، حيث لا يقوم عازل سميك بين الحياة العامة والحياة الوظيفية للعامل - لا يسوغ للعامل حتى خارج نطاق وظيفته أن يغفل عن صفته كعامل ويقدم على بعض التصرفات التي تمس كرامة وتمس بطريق غير مباشر كرامة المرفق الذي يعمل به، إذ لا ريب أن سلوك العمل وسمعته خارج عمله يعكس تماماً على عمله ويؤثر عليه وعلي الجهة التي يعمل بها" راجع الطعان رقم 3003 لسنة 43 ق. ع بجلسة 2001/5/5.

وقضت بأن " حسن السمعة من الشروط التي يتعين النظر إليها وفق ظروف الواقع وما تواتر عليه الناس في بعض المجالات أو المواقع، ونوع ومجال العمل الذي يباشره الشخص المعنى بهذا الشرط وطبيعة الواقعة أو الوقائع التي قد يستند إليها للقول بسوء سمعته وعدم أهليته لتمثيل غيره في مجال من مجالات العمل العام. " راجع الطعان رقم 4821 لسنة 52 ق. ع بجلسة 2007/11/17.

التشريع الفرنسي يضمن للموظفين حرية العبادة دون أية قيود وممارسة شعائر عقيدتهم بحرية طالما أنها لا تتعارض مع النظام العام، فلقد نصت المادة الأولى من قانون 9 ديسمبر عام 1905 في مادته الأولى علي أن الجمهورية الفرنسية تضمن حرية المعتقد وحرية ممارسة الشعائر الدينية بما لا يتعارض مع النظام العام⁽¹⁾، ثم أضافة المادة الثانية من ذات القانون أن الدولة لا تعترف ولا تمول ولا تدعم أي معتقد ديني⁽²⁾.

وهو ما يعني أن الموظف العام في فرنسا يمارس حرية العبادة في إطار ما يتطلبه مبدأ العلمانية والذي يقر جميع الأديان ويحترم ممارسة شعائرها وإقامة طقوسها، وكل ذلك مع مراعاة عدم الإخلال بسير المرفق العام أو التأثير عليه أو النيل من حيده، فالإتجاه العام في فرنسا هو احترام ممارسة العبادة في إطار احترام الشرعية وتقديس العمل فللموظف مطلق الحرية في أن يمارس طقوسه الدينية في غير أوقات العمل وفي غير مكان العمل، فعليه أن يؤديها في أوقات فراغه وداخل الأماكن المخصصة للعبادة، وله حرية الامتناع عن ممارسة هذه الشعائر⁽³⁾.

وقد صدر بفرنسا قانونين يفهم منهما أن المشرع يخالف ما استقر عليه في دستوره ومن قبل قانون 9 ديسمبر 1905 بخالفة حماية حرية العقيدة بشقيها وهما القانون رقم 228 لسنة 2004 الصادر في 15 مارس عام 2004 والمتعلق بحظر

(1) جري نص المادة الأولى من قانون 9 ديسمبر عام 1905 بالفرنسية على أن:

Loi du 9 Décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État "la République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public".

(2) وجاء نص المادة الثانية من قانون 9 ديسمبر عام 1905 بالفرنسية بالنص على أن:

Loi du 9 Décembre 1905 "La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte. En budgets de l'État, des départements et des communes, toutes dépenses relatives à l'exercice des cultes.

Pourront toutefois être inscrites auxdits budgets les dépenses relatives à des services d'aumônerie et destinées à assurer le libre exercice des cultes dans les établissements publics tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons".

(3) د. السيد عبد الحميد محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص 148، 149، د. أحمد عبد الغني محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص 197.

ارتداء الرموز الدينية بما فيها الحجاب داخل المدارس والمعاهد الحكومية⁽¹⁾، والقانون رقم 1192-2010 المؤرخ في 11 أكتوبر 2010 المتعلق بمحظر تغطية الوجه (النقاب) في الأماكن العامة⁽²⁾، وقد درجة أحكام مجلس الدولة الفرنسي

(¹) L. n 2004-228 du 5-3-2004, la loi sur l'interdiction du port de signes religieux á l'école (JO du 17-3-2004).

وقد سبق إصدار هذا القانون ومحاولات منع الطلاب المحجبات من دخول المؤسسات التعليمية في فرنسا وقد أرسل وزير التعليم الفرنسي عام 1989 "يونيل جوسبان" إلى مجلس الدولة طالباً الرأي القانوني في مدى ملاءمة ارتداء الشارات ذات المغزى الديني مع مبدأ العلمانية، وإذا كان ارتداء هذه الشارات لا يتعارض مع هذا المبدأ، فما هي الشروط التي يمكن أن يقرها الوزير المختص أو الأحكام التي يمكن أن تتضمنها اللوائح الداخلية للمؤسسات التعليمية لتحقيق هذا التلاؤم، وفي حالة مخالفة حظر ارتداء هذه الشارات أو مخالفة التنظيمات الداخلية للمؤسسات التعليمية، فما هي الإجراءات والضمانات الواجب اتخاذها.

وكان رد مجلس الدولة الفرنسي عليه في 27 نوفمبر 1989 بأن مبدأ العلمانية يفرض على القائمين بمهمة التدريس احترام مبدأ الحياد، وكذلك يجب أن تمتاز البرامج التعليمية بالحياد دون أن تميل إلى نصره أحد الأديان من ناحية، ومن ناحية أخرى يحظر عند القبول بالمؤسسات التعليمية التمييز بين الطلاب بسبب معتقداتهم الدينية، وأوضح المجلس أن الحرية المعترف بها لطلاب لا تتوقف عند حرية الاعتقاد بل تشمل كذلك حرية التعبير وإبداء معتقداتهم داخل المؤسسات التعليمية، وقد قيد المجلس هذه الحرية بعدد من القيود مثل احترام التعددية وحرية الآخرين والالتزام بالمواطبة، وكذلك احترام الأنشطة التعليمية ومضمون البرامج، واحترام قيام المرفق بمهامه التي حددها القانون وخاصة أن التعليم مدني والتدريب على التسامح والمساواة بين الجنسين، وخلص المجلس إلى أن ارتداء الرموز والشارات الدينية من قبل الطلاب للتعبير وإظهار معتقداتهم الدينية لا يتعارض - في حد ذاته - مع مبدأ العلمانية. ويصبح ارتداء هذه الشارات والرموز محظور إذا ترتب عليها - بسبب طبيعتها أو ظروف ارتدائها بصورة فردية أو جماعية أو بسبب طبيعتها التفاضلية أو الادعائية - أعمال عنف أو تحريض (إثارة) أو تبشير أو دعاية، أو ترتب على ارتدائها أضرار بحريات الطلاب الآخرين أو أعضاء المؤسسة التعليمية وأضرت بصحتهم وأمنهم وأخلت بالدور التعليمي للمؤسسة أو بالنظام العام داخلها أو بالسير الطبيعي لمرفق التعليم، ثم جاء وزير التعليم الفرنسي François Bayrou بإصدار منشور وزاري في 20 سبتمبر عام 1994 مستنداً لرأي مجلس الدولة الفرنسي يفرق ذلك المنشور بين الرموز الدينية التفاضلية (المعلنة) *signes ostentatoires* والرموز السرية *signes discrets* فالأولى يحظر ارتدائها داخل المؤسسات التعليمية، بينما الثانية يجوز ارتدائها وضرب مثلاً للرمز الخفي (الصليب حول الرقبة) وأكد المنشور أن الحجاب رمز تفاخري، راجع في ذلك د. رفعت عيد سيد: حرية اللبس في مرفق التعليم دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر بخصوص مسألة الزي الإسلامي، دار النهضة، دون تاريخ، ص 77، وما بعدها.

(2) la loi du 11 October 2010 Qui interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

فقد نص في مادته الأولى على أنه: لا يجوز لأي شخص، وارتداء الملابس المخصصة لإخفاء وجهه. في الأماكن العامة.

Article 1: Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage.

ونص في مادته الثانية الفقرة الأولى على تحديد المقصود بالأماكن العامة وعرفها بأنها الطرق العامة والأماكن التي يتم فيها تقديم الخدمات الحكومية العامة.

وجاء في الفقرة الثانية مستثني بعض الحالات من تطبيق هذا القانون، ومن هذه الحالات أن يبرر تغطية الوجه أسباب صحية أو أسباب مهنية أو كان ذلك جزء من الألعاب الرياضية، أو الاحتفالات أو الأعياد أو المناسبات الفنية أو الشعبية.

Article 2: I. — Pour l'application de l'article 1er, l'espace public est constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public.

II. — L'interdiction prévue à l'article 1er ne s'applique pas si la tenue est prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires, si elle est justifiée par des raisons de santé ou des motifs professionnels, ou si elle s'inscrit dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles.

ثم جاء نص المادة الثالثة من القانون مقرر الغرامة كعقوبة لمخالفة الحظر السابق:

Article 3: La méconnaissance de l'interdiction édictée à l'article 1er est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la deuxième classe.

L'obligation d'accomplir le stage de citoyenneté mentionné au 8° de l'article 131-16 du code pénal peut être prononcée en même temps ou à la place de la peine d'amende

ثم جاءت المادة الرابعة من القانون لتعاقب من يثبت أحد على تغطية وجهه أو يهدده بالحبس والغرامة التي تصل إلى 30000 يورو، وفي حالة إذا كان الفعل السابق واقعا على قاصر تضاعف العقوبة فتصل إلى 60000 يورو والحبس سنتان.

Article 4: Après la section 1 bis du chapitre V du titre II du livre II du code pénal, il est inséré une section 1 ter ainsi rédigée:

" Section 1 ter De la dissimulation forcée du visage"

« Art. 225-4-10. -Le fait pour toute personne d'imposer à une ou plusieurs autres personnes de dissimuler leur visage par menace, violence, contrainte, abus d'autorité ou abus de pouvoir, en raison de leur sexe, est puni d'un an d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

« Lorsque le fait est commis au préjudice d'un mineur, les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 60 000 € d'amende. »

ثم جاء نص المادة الخامسة لتنص على النطاق الزماني للقانون متمثلاً في تاريخ بداية تنفيذ القانون وهي بعد ستة أشهر من التصديق عليه.

Article 5: Les articles 1er à 3 entrent en vigueur à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la promulgation de la présente loi.

ثم جاءت المادة السادسة لتنص على النطاق المكاني لتطبيق القانون وهو جميع أراضي الجمهورية الفرنسية.

=

بتأييد القرارات الإدارية الصادرة من دور التعليم في شأن منع ارتداء النقاب⁽¹⁾، وقد جاء موقف المجلس الدستوري الفرنسي سواء عندما عرض عليه قانون حظر ارتداء الرموز الدينية في المدارس والمعاهد الحكومية أو قانون حظر النقاب، مقرّهما مسبب رأيه بأن للدولة الفرنسية السلطة في اتخاذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على النظام العام والأمن مستندا في ذلك إلى المادتين 4 ، 10، من الدستور الفرنسي التي تقيد الحرية بحدود القانون وعدم تهديد أمن المجتمع وبأولوية حماية

Article 6: La présente loi s'applique sur l'ensemble du territoire de la République.

ثم جاء نص المادة السابعة يلزم الحكومة بتقديم تقرير للجمعية الوطنية حول تطبيق هذا القانون، والتدابير التي اتخذتها الحكومة لتنفيذه والصعوبات التي واجهتها وذلك بعد ثمانية عشر شهرا صدوره.

Article 7: Le Gouvernement remet au Parlement un rapport sur l'application de la présente loi dix-huit mois après sa promulgation. Ce rapport dresse un bilan de la mise en œuvre de la présente loi, des mesures d'accompagnement élaborées par les pouvoirs publics et des difficultés rencontrées.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'État.

(1) C. E. 23Fevrier2011,syndicat national des enseignement .

وذلك على الرغم من أن مجلس الدولة الفرنسي عام 1988 اعتبر الحجاب لا يمثل علامة تفاخرية تستدعي منعاً عاماً مطلقاً، وذلك عندما طلب منه رأيه في موضوع دخول الفتيات المحجبات لمدارسهم أن حرية المعتقد شكلت أحد مقومات وأسس العلمانية وتبعاً لذلك فإن هذا الحق لا يمكن أن ينتزع منهم، راجع د. أحمد عبد الغني محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص 186.

وقد كان مبرر الحكومة الفرنسية عند إصدارها هذان القانونان أنها أرادة أن تواجه تصاعد التيار الإسلامي المتشدد في فرنسا الذي يستغل تزايد أعداد المسلمين في فرنسا لمطالبة الحكومة الفرنسية بامتيازات تميزهم عن أصحاب الديانات الأخرى، وذلك بإلزام بناتهم بالحجاب الذي يكون في الغالب ضد إرادتهم مما قد يخلق نوع من الضغط على زميلاتهم في المدارس لكي يحذرن حذوهم، كما تطالب هذه الفئة بحرمان الفتيات من حضور دروس معينة مثل مادة البيولوجي الإلزامية (لأن بها دروس تتحدث عن عملية التكاثر)، كما تطالب بمنع اشتراك الفتيات في حصص التربية البدنية (لأن المرأة لا يجوز لها أن تشارك في الألعاب الرياضية)؛ ووجود مطالبات لهم برفض الاختلاط على مستوى الطلاب فيما بينهم وفيما بينهم وبين المدرسين والمدرسين، الإصرار على احترام التحريم الغذائي لهذا الدين أو ذاك والمطالبة بتخصيص أماكن للصلاة أو لعقد اجتماعات دينية، مما يعد انتهاكات صريح لمبدأ الحياد الديني، خصوصاً أن استطلاعات الرأي في فرنسا أوضحت أن الغالبية العظمى من المسلمين الفرنسيين معتدلة، وأن أغلبية كبيرة منهم تصل (78٪) يؤيدون العلمانية، التي يعتبرونها داعمة للحرية الدينية. راجع:

Justin Vaïsse, VEILED MEANING, THE FRENCH LAW BANNING RELIGIOUS SYMBOLS IN PUBLIC SCHOOLS THE BROOKINGS INSTITUTION, U. S. -FRANCE ANALYSIS SERIES, March 2004, p.p, 3-6.

النظام العام والأمن العام ولو على حساب الحرية الدينية⁽¹⁾، وقرر المجلس أن إخفاء الوجه يعتبر سلوك مخالف لسير الحياة الاجتماعية الفرنسية، وأن المرأة التي تقوم بإخفاء وجهها إنما تفرض أرائها على المجتمع الفرنسى مخالفة متطلبات الحياة فيه ومتطلبات المساواة بين البشر⁽²⁾.

(1) أه. هبة بوكري الدين: مدى مشروعية حظر ارتداء الحجاب والنقاب في فرنسا، المجلة العربية لعلم الاجتماع، العدد 25، الصادر في 2014/3/7.

(2) Décision du Conseil Constitutionnel, n°2010-613 DC du 07 Octobre 2010.

وقد دعمت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان حظر النقاب الذي قرره المشرع الفرنسى فقضت في القضية: S. A. S. v. France (no. 43835/11) 26 June 2014 وهذه القضية تتعلق بشكوى مواطنة فرنسية، تقول أنها مسلمة ملتزمة، وأنها لم يعد يسمح لها بارتداء النقاب في الأماكن العامة بعد دخول يحظر إخفاء الوجه في الأماكن العامة حيز النفاذ في 11 أبريل 2011، وانها ترتدي البرقع والنقاب وفقا لعقيدتها الدينية وثقافتها وقناعتها الشخصية، وأكدت في شكواها أن لا زوجها ولا أي عضو آخر من أفراد أسرتها قد مارس عليها ضغوط لكي تلبس بهذه الطريقة، وأضافت مقدم الطلب أنها تلبس النقاب في الأماكن العامة والخاصة بشكل غير منتظم، وكانت تحرم من ارتداء النقاب في ظروف معينة ولكنها تود أن تكون قادرة على ارتداء الحجاب في أي وقت تختار أن تفعل فيه ذلك، وأخيرا إذا كان هدف الحكومة من منعها من ارتداء النقاب هو عدم إزعاج الآخرين، إلا أنها بقرار المنع لا تشعر بأنك في سلام داخلي مع نفسها. إلا ان المحكمة رأت أنه لا يوجد في قانون حظر تغطية الوجه في الاماكن العامة أي انتهاك للمادة 8 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والخاصة (بالحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية)، كما لا يوجد به مخالفة للمادة 9 منها والخاصة (بالحق في احترام حرية الفكر والوجدان والدين)، وشددت المحكمة على وجه الخصوص أن احترام شروط "العيش معا" كان هدفا مشروعاً للقياس في هذه القضية، وأنه لا سيما أن الدول تتمتع "بها مش واسع من التقدير" في هذا الشأن خصوصا في الحالات التي يكون بالدولة سكان كثيرين مختلفي الديانة، والحظر الذي فرضه قانون 11 أكتوبر 2010 لم يخرق الاتفاقية، وقضت المحكمة أيضا أنه لم يكن هناك انتهاك للمادة 14 من الاتفاقية والخاصة (بحظر التمييز)، وأن الحظر الذي فرضه القانون أثاره السلبية محدودة فهي تتعلق بحالة النساء الراغبات في ارتداء النقاب لأسباب دينية في الأماكن العامة، وانتهت المحكمة إلى أن قانون حظر تغطية الوجه كان مبررا وموضوعيا ومعقولا.

ملخص الحكم بالإنجليزية:

S. A. S. v. France (no. 43835/1) 26 June 2014

This case concerned the complaint of a French national, who is a practising Muslim, that she is no longer allowed to wear the full-face veil in public following the entry into force, on 11 April 2011, of a law prohibiting the concealment of one's face in public places. The applicant is a devout Muslim and in her submissions she said that she wore the

وهذا الحظر بالطبع لا يقتصر على الطلاب بل يمتد لأعضاء هيئة التدريس، والعاملين بهذه المدارس والمعاهد الحكومية، وهم بالطبع موظفين عموميين في الغالب، وعلى الرغم من عدم وجود نص صريح بتجريم ذلك عليهم؛ إلا أن ذلك المنع يمكن تبريره بالتزام الموظف العام مبدأ الحياد الوظيفي، فلا يجوز لأحدهم أن يأتي أي تصرف من شأنه أن ينم عن تبني الدولة لعقيدة ما⁽¹⁾، وبالتالي لا يجوز

burqa and niqab in accordance with her religious faith, culture and personal convictions. She also emphasised that neither her husband nor any other member of her family put pressure on her to dress in this manner. The applicant added that she wore the niqab in public and in private, but not systematically. She was thus content not to wear the niqab in certain circumstances but wished to be able to wear it when she chose to do so. Lastly, her aim was not to annoy others but to feel at inner peace with herself.

The Court held that there had been no violation of Article 8 (right to respect for private and family life), and no violation of Article 9 (right to respect for freedom of thought, conscience and religion) of the Convention. It emphasised in particular that respect for the conditions of "living together" was a legitimate aim for the measure at issue and that, particularly as the State had a lot of room for manoeuvre ("a wide margin of appreciation") as regards this general policy question on which there were significant differences of opinion, the ban imposed by the Law of 11 October 2010 did not breach the Convention. The Court also held that there had been no violation of Article 14 (prohibition of discrimination) of the Convention combined with Articles 8 or 9: the ban imposed by the Law of 11 October 2010 admittedly had specific negative effects on the situation of Muslim women who, for religious reasons, wished to wear the full-face veil in public, however, that measure had an objective and reasonable justification.

وذلك على رغم أن تقرير منظمة العفو الدولية الصادر في إبريل 2012 تحت عنوان: الاختيار والتعصب التمييز ضد المسلمين في أوروبا، قد ورد به أن من الأمور المشروعة فرض عدد من القيود المحددة تحديداً واضحاً على ارتداء النقاب، ومن هذه القيود مثلاً وجوب أظهار الوجه في أماكن بعينها تسم بالخطورة العالية على نحو باد للعيان، أو لضرورة التعرف للشخصية، ففي فرنسا يعطى القانون الوطني للموظف المكلف بتنفيذ القانون سلطة القيام بفحص الهوية الشخصية للفرد عندما يتوافر لدية أساس مشروع للاعتقاد بأن هذا الفرد يشكل تهديد للسلامة العامة؛ ولكن حظر فرنسا الشامل لتغطية الوجه دون أن يكون لذلك صلة مع تهديد السلامة العامة يعد انتهاكاً لحق الإنسان في حرية التعبير وحرية المعتقد والحرية الدينية، وأن ما بررت فرنسا وغيرها من الدول أن ارتداء النقاب أو الحجاب يعد انتهاكاً لمبدأ المساواة بين الجنسين، وحماية المرأة من التعرض للضغوط والإكراه من قبل ذويها وأهلها لللبس هذا اللباس وهو ما لم تستطيع الدول الأوروبية أثباته راجع في ذلك تقرير منظمة العفو الدولية الصادر في أبريل 2012، تحت عنوان "الاختيار والتعصب التمييز ضد المسلمين في أوروبا"، الوثيقة رقم EUR01/002/2012، ص 10.

(1) ده. رفعت عيد سيد، مرجع سابق، ص 82.

للموظف بتلك المؤسسات أن يرتدى الحجاب إذا كان مسلم أو أن يرتدى صليب إذا كان مسيحي أو أن يرتدى عمامة الشيخ إذا كان هندي سيخي، أو يرتدى قلنسوة اليهود أو نجمة داود السداسية إذا كان يهودياً، أو إطلاق الحلية وغير ذلك من الرموز. فكل ما سبق يعد رموزاً دينية تستوجب الحظر طبقاً لأحكام هذا القانون، كما يستوجب ذلك الحظر تعليق صور بمكان العمل بالمدارس ذات رمزية دينية كتعليق صورة للسيد المسيح أو مريم العذراء أو صورة للكعبة أو صورة لبوذا أو غير ذلك من الصور ذات الرمزية الدينية⁽¹⁾، ولا شك في أن في ذلك إعلاء

(1) وهو ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في قضية الأئمة Marteaux التي كانت تعمل مديرة مدرسة خارجية Jules Ferry وتم فصلها لكونها ترتدي الحجاب بتاريخ 24 فبراير 1999، بموجب قرار أصدره مدير أكاديمية Reims، من تأييده لقرار مدير الأكاديمية، وقد انتهى حكم مجلس الدولة إلى أن النصوص الدستورية والتشريعية تدعو إلى تطبيق مبدأ حرية العقيدة ومبدأي علمانية الدولة وحياد مراقبتها العامة معاً بعضها بجانب بعض من ناحية، ومن ناحية أخرى إذا كان الموظفون بمرفق التعليم يستفيدون مثل بقية الموظفين بحرية العقيدة التي تحظر كل تمييز بين الموظفين تأسيساً على ما يعتقدونه من عقائد، فإن مبدأ العلمانية يحول بين الموظف وبين ما يتمتع به من حرية التعبير عن عقيدته داخل نطاق المرفق، وليس هناك ما يدعو إلى التمييز بين موظفي مرفق التعليم عما إذا كان الموظف يقوم بوظيفة التدريس أم لا، أخيراً إن إبداء الموف أئمة ممارسته لوظيفته لمعتقداته الدينية خاصة ارتداء الشارات المخصصة لإظهار أئمتائه الديني يمثل هذا السلوك خطأ وظيفي يبرر مساءلة الموظف. بيد أن العقوبات المترتبة على هذا الإخلال يجب أن تقدرها الإدارة تحت رقابة القضاء - والموظف العام مواطن قد تنازل بحض إرادته عن بعض حقوقه الشخصية التي كان يتمتع بها قبل قبوله الوظيفة العامة - فإذا نظرنا لمبدأ الحياد الذي يحكم عمل المرفق العام فإنه بالنسبة للمستفيد من المرفق يعني تمتعهم بخدمات المرفق دون تمييز بينهم بسبب انتماءاتهم السياسية أو الفلسفية أو الدينية، وإذا نظرنا إليه بالنسبة لعمال المرفق فهو يعني تجنب هؤلاء اتخاذ أي موقف سياسي أو فلسفي أو ديني يجعل من المرفق وسيلة تبشيرية من شأنها الإضرار بسير المرفق، أو إلقاء ظلال الشك في نفوس المستفيدين حول حياده ومن ثم خشيتهم من أن توصل أمامهم أبواب المرفق أو أن تضع العراقيل أمام استفادتهم بخدماته كرد فعل لانتمائهم الديني - وأن السبب الرئيسي لمنع عمال الإدارة من ارتداء الشارات الدينية داخل المرفق التعليمي الحفاظ على حرية الطلاب وعدم دفعهم لاعتناق دين معين، وما أكدته في قضايا عديدة ليس فقط في الوظائف المرتبطة بمرفق التعليم بل في وظائف أخرى، إلا أن المجلس فرق عند توقيع الجزاء التأديبي على ارتداء الشارات الدينية في المرافق العامة بصفة عامة حسب درجة وضوح الشارة الدينية وإعلانها بوضوح عن دين معين، فكلمة كانت الشارة واضحة كلما كان الجزاء التأديبي المسموح به كبير، وقد اعتبر المجلس أن رفض الموظفة خلع حجابها بناء على تعليمات رؤسائها في العمل يعد انتهاكاً عمدياً لمبدأ علمانية الدولة ويشكل خطأ جسيماً، الأمر الذي يسمح للإدارة باتخاذ الإجراءات التأديبية، بل في أحكام أخرى اعتبر أن ارتداء الموظفة =

للحجاب يعد انتهاك متعمد للدستور، مما يشكك في ولاء الموظف للجهة التي يعمل لديها، راجع بالتفصيل في ذلك د. رفعت عيد سيد، مرجع سابق، ص 78، وما بعدها.
وراجع:

Tribunal administrative de Lyon, 8 juillet 2003, Mlle Nadjat Ben A. <http://www.Rajf.fr>.
ومن التطبيقات القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والتي أقرت موقف الدولة الفرنسية في تطبيقها لهذا القانون حكمها في الدعوى المقامة من الآتي أسماءهم ضد دولة فرنسا في 30 يونيو 2009

Aktas v. France, Bayrak v. France, Gamaleddyn v. France, Ghazal v. France, J. Singh v. France and R. Singh v. France 30 June 2009 (decisions on the admissibility)

فقد تم طرد ستة تلاميذ من التلاميذ الذين تم تسجيلهم في مختلف المدارس الحكومية الفرنسية للعام 2004-2005 في اليوم الأول من المدرسة لارتدائهم الرموز البارزة المعبرة عن انتمائهم الديني، ورفضهم إزالة هذه الرموز ليسمح لهم بمواصلة التعليم بالمدارس، ومن هؤلاء التلاميذ فتيات مسلمات لارتدائهم الحجاب، وأولاد كانوا يرتدون "الكسكي"، والعمامة التي يرتديها طائفة السيخ الهندية، وبعد فترة من الحوار مع أسرهم لإقناعهم بخلع الرمز الدينية من على أبنائهم؛ لأن في ذلك مخالفة للقانون الفرنسي الخاص بالتعليم، تم طرد التلاميذ من المدارس لعدم الامتثال لقانون التعليم، وقد اشتكى أولياء أمورهم للمحكمة الأوروبية من هذا الحظر المفروض على اغطية الرأس التي تفرضها مدارسهم، على أبنائهم واعتمدوا بشكل خاص على المادة 9 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وانتهت المحكمة أن طعنهم في قرار المدارس الحكومية الفرنسية غير مقبولة، وقامت المحكمة بعقد مقارنة بين تدخل الدولة الفرنسية في تقييد حرية التلاميذ في المجاهرة بدينهم والتي ينص عليها القانون الفرنسي، والهدف المشروع الذي ترمي إليه الدولة الفرنسية من هذا التقييد وهو حماية حقوق وحرية الآخرين والنظام العام، وشددت المحكمة على دور الدولة كمنظم محايد لممارسة مختلف الأديان والعقائد والمعتقدات وهو ما يتوافق مع قرار منع ارتداء الرمز الدينية داخل المدارس الحكومية؛ أما بالنسبة لعقوبة الطرد النهائي للتلاميذ من مدارسهم بسبب إصرارهم على ارتداء تلك الرموز ترمي المحكمة أن ذلك القرار كان غير متناسب مع الأهداف المنشودة، كما أن هؤلاء التلاميذ لا تزال لديها إمكانية مواصلة دراستهم من خلال دورات بالمراسلة.
ملخص الحكم بالإنجليزية:

Aktas v. France, Bayrak v. France, Gamaleddyn v. France, Ghazal v. France, J. Singh v. France and R. Singh v. France 30 June 2009 (decisions on the admissibility).

These applications concerned the expulsion of six pupils from school for wearing conspicuous symbols of religious affiliation. They were enrolled in various state schools for the year 2004-2005. On the first day of school, the girls, who are Muslims, arrived wearing a headscarf or kerchief. The boys were wearing a "keski", an under-turban worn by Sikhs. As they refused to remove the offending headwear, they were denied access to the classroom and, after a period of dialogue with the families, expelled from school for failure to comply with the Education Code. Before the Court, they complained of the ban on headwear imposed by their schools, relying in particular on Article 9 of the Convention.

لمبدأ العلمانية كمبدأ دستوري على مبدأ دستوري آخر وهو حرية التعبير عن العقيدة، وهو ما لا يجوز⁽¹⁾.

بل يمكن تصور إمتداده لكافة الوظائف الحكومية وبصفة خاصة حظر النقاب الممنوع بنص القانون في الأماكن العامة وجميع أماكن تلقي الخدمات الحكومية وهو الأماكن التي يعمل بها الموظفين العموميين؛ ففي حكم حديث للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في القضية الخاصة **Ebrahimian v. France** 26 November 2015 وهذه القضية تتعلق بقرار مستشفى فرنسي عدم تجديد عقد العمل للأخصائية الاجتماعية بالمستشفى بسبب رفضها التوقف عن ارتداء الحجاب الإسلامي أثناء تواجدها بالعمل، وقد اشتكى صاحبة الدعوى للمحكمة الأوروبية عدم تجديد عقدها كأخصائية اجتماعية بالمستشفى بسبب حجابها وأن في ذلك انتهاك لحقها في حرية إظهار دينها، ورفضت المحكمة دعواها فرأت المحكمة أن قرار المستشفى بعدم تجديد عقد العمل الخاص بالمذكورة لم يكن به انتهاك للمادة الثامنة (الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية) من الاتفاقية، وأضافت أن السلطات الفرنسية لم تتجاوز في الهامش المتروك لها في تقدير إمكانية التوفيق بين المطلب الديني لمقدم الطلب والالتزام المفروض عليها بالحياد وعدم تمييز لأي دين، وأشارت المحكمة على وجه الخصوص أن ارتداء الحجاب اعتبرته السلطات الفرنسية على أنه مظهر من مظاهر التباهي بالدين الذي يتنافى مع شرط الحياد الذي يتعين على الموظفين العموميين الالتزام به في تأدية وظائفهم، وقد انتهت المحكمة إلى رفض طلب مقدمة الطلب وحثها على احترام مبدأ العلمانية بالمعنى المقصود في المادة الأولى من الدستور الفرنسي وشرط الحياد الناجمة عن هذا المبدأ، والمستقر

The Court declared the applications **inadmissible** (manifestly ill-founded), holding in particular that the interference with the pupils' freedom to manifest their religion was prescribed by law and pursued the legitimate aim of protecting the rights and freedoms of others and of public order. It further underlined the State's role as a neutral organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs. As to the punishment of definitive expulsion, it was not disproportionate to the aims pursued as the pupils still had the possibility of continuing their schooling by correspondence courses.

(1) د. رفعت عيد سيد، مرجع سابق، ص 134.

وفقاً لأحكام المحاكم الوطنية الفرنسية، وأيدت موقف الحكومة الفرنسية في أنه كان يتعين عليها ضرورة المحافظة على الطابع العلماني للدولة، وبالتالي حماية المرضى في المستشفيات من أي تأثير أو خطر محاباة باسم حق موظفي المستشفى باسم حريتهم الدينية، وضرورة حماية حقوق وحرّيات الآخرين واحترام الدين للجميع⁽¹⁾.

(1) ملخص الحكم باللغة الإنجليزية:

Ebrahimian v. France

26 November 2015

This case concerned the decision not to renew the contract of employment of a hospital social worker because of her refusal to stop wearing the Muslim veil. The applicant complained that

the decision not to renew her contract as a social worker had been in breach of her right to freedom to manifest her religion.

The Court held that there had been **no violation of Article 8** (right to respect for private and family life) of the Convention, finding that the French authorities had not exceeded their margin of appreciation in finding that there was no possibility of reconciling the applicant's religious convictions with the obligation to refrain from manifesting them, and in deciding to give precedence to the requirement of neutrality and impartiality of the State. The Court noted in particular that wearing the veil had been considered by the authorities as an ostentatious manifestation of religion that was incompatible with the requirement of neutrality incumbent on public officials in discharging their functions. The applicant had been ordered to observe the principle of secularism within the meaning of Article 1 of the French Constitution and the requirement of neutrality deriving from that principle. According to the national courts, it had been necessary to uphold the secular character of the State and thus protect the hospital patients from any risk of influence or partiality in the name of their right to their own freedom of conscience. The necessity of protecting the rights and liberties of others – that is, respect for everyone's religion – had formed the basis of the decision in question.

وفي قضية أخرى للمحكمة خاصة بدولة علمانية أخرى أيدت ما انتهجته حكومة بريطانيا في القضية الخاصة بـ Eweida and Chaplin v. the United Kingdom 15 January 2013

تقدمت بالطعن أمام المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان موظفتين واحدة تعمل موظف بالخطوط الجوية البريطانية، والثانية ممرضة للشيخوخة بإحدى المستشفيات، يطعنون فيه على منع أصحاب العمل لهم من ارتداء صلبان حول أعناقهم أثناء العمل على الرغم من أنهما مسيحيّتين واستندتا إلى أن هذا الحظر يعد انتهاك للمادة التاسعة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان الخاصة (بحرية الدين)، والمادة الرابعة عشر من الاتفاقية التي تنص على (حظر التمييز)، كما أن القانون المحلي البريطاني لا يمنعهما من حقهما في إظهار دينهما.

قضت المحكمة أن عدم وجود تنظيم قانوني في بريطانيا ينظم ارتداء الملابس والرموز الدينية في أماكن العمل لا يعني أن من حق المدعيتان إظهار دينهما في مكان عملهما بل يجب بحث الأمر في إطار حظر التمييز، فبالنسبة للمدعية الأولى هناك مصلحتان متعارضتان حقها في إظهار دينها من جهة، وحق صاحب العمل في إعطاء صورة

ومن الواضح أن هذا النهج هو نهج كافة الدول التي تعتقد العلانية لها كبدأ تلتزم به ففي تركيا مثلاً في قضية قضية عرضة علي المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان خاصة ب: **Kurtuluş v. Turkey** 24 January 2006 (decision on the admissibility)

فصلت جامعة تركيا أستاذة بها لارتدائها الحجاب عند قيامها بممارسة عملها، وقد طعنت الأستاذة أمام المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في قرار فصلها مستندة في طعنها أن هذا القرار يشكل انتهاكاً لحقوقها المكفولة بموجب المواد الثامنة والتاسعة والعاشر من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والمنظمين لحقها في احترام الحياة

معينة عن شركته وهو هدف مشروع بلا شك، تختص بالفصل فيه والتوفيق بين المصالح المتعارضة المحاكم المحلية، أما بالنسبة لطلب المدعية الثانية فعلي الرغم من أهمية طلبها في أن يتم السماح لها لتشهد على إيمانها المسيحي بارتدائها الصليب بشكل واضح في العمل؛ إلا أن ذلك يتعارض مع سبب طلب المستشفى منها إزالة الصليب، وهو حماية الصحة والسلامة في جناح المستشفى، وهذا السبب بطبيعته يعد أكثر أهمية من حقها في تعليق الصليب في رقبته. ملخص الحكم باللغة الإنجليزية:

Eweida and Chaplin v. the United Kingdom 15 January 2013

The two applicants – a *British Airways* employee and a geriatrics nurse respectively – are practising Christians. They complained in particular that their employers placed restrictions on their visibly wearing Christian crosses around their necks while at work, and alleged that domestic law had failed adequately to protect their right to manifest their religion.

The Court held that there had been a **violation of Article 9** (freedom of religion) of the Convention in respect of the first applicant, and **no violation of Article 9, taken alone or in conjunction with Article 14** (prohibition of discrimination) of the Convention, in respect of the second applicant.

It did not consider that the lack of explicit protection in UK law to regulate the wearing of religious clothing and symbols in the workplace in itself meant that the right to manifest religion was breached, since the issues could be and were considered by the domestic courts in the context of discrimination claims brought by the applicants.

In the first applicant's case, the Court held that on one side of the scales was the applicant's desire to manifest her religious belief. On the other side of the scales was the employer's wish to project a certain corporate image. While this aim was undoubtedly legitimate, the domestic courts accorded it too much weight.

As regards the second applicant, the importance for her to be allowed to bear witness to her Christian faith by wearing her cross visibly at work weighed heavily in the balance. However, the reason for asking her to remove the cross, namely the protection of health and safety on a hospital ward, was inherently more important than that which applied in respect of the first applicant and the hospital managers were well placed to make decisions about clinical safety

الخاصة لها وحقتها في حرية التعبير، وقد رفضت المحكمة طعنها مؤسسة حكمها علي أن العلاقات بين الدولة والديانات، تخضع لتنظيم كل دولة وبالتالي يحق للدولة أن تحد من ارتداء الحجاب إذا

تعارض الحق في ارتدائه مع حماية حقوق الآخرين وحياتهم، وأضافت المحكمة أن الطاعنة قد اختارت بإرادتها أن تصبح موظفة حكومية، وبالتالي فهي ملتزمة بارتداء اللباس الذي قرره الحكومة بالنسبة للعاملين بها دون تمييز بين جميع موظفي الخدمة المدنية، والذي تهدف من خلاله الدفاع عن مبادئ العلمانية وحياد الخدمة المدنية، وعلى وجه الخصوص في التعليم الرسمي للدول، وأضافت المحكمة أنه يجب علاوة على ذلك أن يترك للدولة حرية اتخاذ التدابير والترتيبات اللازمة لتنفيذ ذلك⁽¹⁾.

(1) ملخص الحكم باللغة الإنجليزية:

Kurtulmuş v. Turkey

24 January 2006 (decision on the admissibility)

This case concerned the prohibition for a university professor to wear the Islamic head-scarf in the exercise of her functions. The applicant submitted that the ban on her wearing a headscarf when teaching had violated her right to manifest her religion freely. She alleged in particular that the disciplinary hearing's decision that she should be deemed to have resigned as a result of wearing the Islamic headscarf constituted a breach of her rights guaranteed by Articles 8 (right to respect for private life), 9 and 10 (freedom of expression) of the Convention.

The Court declared the application **inadmissible** (manifestly ill-founded). It found that, in the particular context of relations between the State and religions, the role of the domestic policy-maker needed to be given special weight. In a democratic society, the State was entitled to restrict the wearing of Islamic headscarves if the practice clashed with the aim of protecting the rights and freedoms of others. In the present case, the applicant had chosen to become a civil servant; the "tolerance" shown by the authorities, on which the applicant relied, did not make the rule at issue any less legally binding. The dress code in question, which applied without distinction to all members of the civil service, was aimed at upholding the principles of secularism and neutrality of the civil service, and in particular of State education. Furthermore, the scope of such measures and the arrangements for their implementation must inevitably be left to some extent to the State concerned. Consequently, given the margin of appreciation enjoyed by the Contracting States in the matter, the interference complained of had been justified in principle and proportionate to the aim pursued.

وفي قضية آخري خاصة بلبس اللباس الديني في الأماكن العامة تتعلق بتركيا
بكلد علماني جاء حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في القضية التالية:

Ahmet Arslan and Others v. Turkey 23 February 2010.

يشتكى فيها 127 عضوا من جماعة دينية تعرف باسم Aczimendi tarikatý من أن السلطات التركية قد عاقبتهم عام 1997 علي خرق القانون الذي يجرم عليهم ارتداء غطاء الرأس والملابس الدينية في الأماكن العامة، وذلك لتجولهم في الشوارع العامة مرتدين اللباس المميز لجماعتهم المكون من عمامة ، وسروال فضفاض، وسترة وعصا، وقد قضت المحكمة بإدانة السلطات التركية واعتبرت تصرفها هذا انتهاكا للمادة التاسعة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان خصوصاً أنه لا يوجد دليل علي أن الشاكين قد مثلوا تهديداً للنظام العام أو أنهم شاركوا في التبشير بديانة معينة من خلال ممارسة الضغوط غير اللائقة علي المارة في الشارع

وذلك على الرغم من أن أغلب سكان تركيا يدينون بدين الإسلام، فتبلغ نسبة المسلمين في تركيا قرابة 98% من السكان تتبع الغالبية منهم المذهب السني، ولا ينص الدستور التركي على دين رسمي للدولة التركية، بل يكفل حرية المعتقد والدين للمواطنين الأتراك على النحو الذي يرغبونه دون إكراه أو إلزام، وذلك على الرغم من التاريخ الإسلامي الحافل لدولة التركية إلا أنها تكاد أن تكون قد قطعت الصلة بينها وبين هذا التاريخ على المستويين التشريعي والقانوني للدولة حيث تبنت النهج العلماني، ورغم من تمسك الدولة التركية بالقيم العلمانية على المستوى الرسمي إلا أن الإسلام احتفظ بحضوره القوي في أوساط الشعب التركي، وهو ما أدى في خمسينيات القرن العشرين إلى إفصاح بعض السياسيين الأتراك عن ميولهم الإسلامية ومحاولتهم الاستفادة من المكانة الشعبية للإسلام في تقديم خططهم لنهضة تركيا وحل مشكلاتها، غير أن هذه الأصوات عورضت من قبل أغلبية النخبة العلمانية الحاكمة لتركيا وذلك لاعتقادها بأن العلمانية تعتبر مبدأً راسخاً قامت على أساسه الدولة التركية الحديثة ولا ينبغي تجاوزه، ولعل هذا التعصب من قبل القادة الأتراك للقيم العلمانية في مقابل احتقارهم للقيم السائعة التي يعتقد بها أغلبية الأتراك والمتمثلة في قيم الإسلام أدى بشكل تدريجي إلى استقطاب المجتمع التركي نحو إثارة عودة القيم الإسلامية وهو ما دفع بدوره بحلول الثمانينات من القرن العشرين إلى ظهور جيل من السياسيين الأتراك أخذوا علانية في تحدي النخبة العلمانية الحاكمة بلادهم والمناداة بعودة القيم الإسلامية إلى تركيا.

راجع موقع الموسوعة الحرة على شبكة الإنترنت مقال بعنوان الإسلام في تركيا: <https://ar.wikipedia.org/wiki>

خلال اجتماعهم؛ إلا أن المحكمة أكدت أن ارتداء الجماعة لتلك الملابس في المؤسسات العامة يعاقب عليه؛ لأن الحياد الديني له الأسبقية علي الحق في إظهار الدين⁽¹⁾.

وجملة القول أن هناك قاعدة عامة في فرنسا تقتضي بأن تقييد الحرية الدينية للموظف العام في فرنسا نابع من حماية مصلحة الوظيفة العامة فليس له أن يؤثر سلباً علي وظيفته سواء من خلال ممارسة شعائر دينية معينة أو القيام بالدعوة لاعتناق دين معين أو الظهور كرجل دين في مكان عمله، بل يمتد التقييد خارج العمل في حياة الموظف الخاصة فيتم تقييد ممارسة حريته الدينية إذا كانت ممارسته لها سيلحق الضرر بالمرفق العام بطريق غير مباشر⁽²⁾.

(1) ملخص الحكم باللغة الإنجليزية:

Ahmet Arslan and Others v. Turkey 23 February 2010.

The applicants, 127 members of a religious group known as *Aczimendi tarikatı*, complained of their conviction in 1997 for a breach of the law on the wearing of headgear and of the rules on wearing religious garments in public, after having toured the streets and appeared at a court hearing wearing the distinctive dress of their group (made up of a turban, baggy trousers a tunic and a stick).

The Court found a **violation of Article 9** of the Convention, holding in particular that there was no evidence that the applicants had represented a threat to the public order or that they had been involved in proselytism by exerting inappropriate pressure on passers-by during their gathering. The Court emphasised that in contrast to other cases, the case concerned punishment for the wearing of particular dress in public areas that

were open to all, and not regulation of the wearing of religious symbols in public establishments, where religious neutrality might take precedence over the right to manifest one's religion.

(2) راجع في هذا المعنى د. علا فاروق صلاح عزام: المسؤولية المدنية للعامل عن ممارسة حرية الرأي الديني في مكان العمل دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، بحث مقدم لل مؤتمر العلمي السنوي السادس لكلية الحقوق جامعة حلوان تحت عنوان "احترام الأديان وحرية التعبير عن الرأي"، والمنعقد في الفترة من 3-4 مايو 2015، ص 400، 401.

وذلك على الرغم من صدور تقرير عن منظمة العفو الدولية في أبريل 2012 تحت عنوان: الاختيار التعصب التمييز ضد المسلمين في أوروبا والذي ورد به أن معدلات توظيف النساء المسلمات أقل بكثير من معدلات توظيف النساء غير المسلمات لعدة أسباب منها ارتدائهن شكلاً معين من اللباس أو إظهارهن رمزاً ما يظهر دينهن أو معتقدنهن وهو ما يخالف تشريعات تلك الدول ومنها فرنسا التي تحظر فعلياً التمييز على أساس الدين أو المعتقد في مجال التوظيف =

وعلى الرغم من علمانية الدولة الفرنسية فإن معظم الإجازات الحكومية المدفوعة الأجر بها مرتبطة بالمناسبات الدينية المسيحية باعتباره الدين الأول لغالبية سكان الدولة، فعلى سبيل المثال المشرع الفرنسي قرر عطلات رسمية لعيد القيامة Piupues، وعيد الصعود Axension، وعيد الخمسين «وهو عيد الحصاد عند اليهود» Pentecote، وعيد القديسين Toussaint، وعيد قوس الصليب Jeanne d'arc⁽¹⁾، كما أعطى المشرع الفرنسي الموظف الحق في الحصول على إجازة مدفوعة الأجر لأداء فريضة الحج، وذلك وفقاً للتعليمات رقم 7 الصادرة في 23 مارس 1950 والمعدل بتعليمات 14 الصادر في سبتمبر عام 1970، وإن كان المشرع لم يحدد مدة معينة لهذه الإجازة⁽²⁾.

والذي يتشئ مع تعليمات الإطار التوظيفي للاتحاد الأوربي، والذي يجعل من التفريق في المعاملة على أساس الدين أو المعتقد إلى مرتبة التمييز، مالم يكن لذلك صلة بمتطلب مهني حقيقي وحاسم بيد أن هذه الشروط والمتطلبات لا بد أن تكون محدودة وأن تنبع من طبيعة المهنة نفسها وما تتطلبه من مهام فخرمان النساء اللاتي يرتدين رموزاً وملابس دينية وثقافية من التوظف استناداً إلى أن مظهرهن لا يعجب الزبائن أو متطلبات الترويج للصورة التجارية بعينها أو بذريعة احترام مبدأ الحيادة فهذه لا يمكن أن تعتبر متطلبات مهنية حاسمة وفق ما تنص عليه تعليمات الإطار الوظيفي للاتحاد الأوربي فهي تعميمية أكثر مما ينبغي ويمكن أن تطبق على أي نوع من الوظائف، وانتهى التقرير أن المسلمات يتعرضن للتمييز ضدهن في الوظيفة حتى في البلدان التي يحظر فيها القانون التمييز على أساس الدين أو المعتقد فتحرم النساء المسلمات من العمل لاشيء إلا لأنهن يظهرن للعيان خلفيتهن الدينية أو الثقافية بارتداء شكل من اللباس يرتبط بالإسلام راجع في ذلك تقرير منظمة العفو الدولية الصادر في أبريل 2012، تحت عنوان "الاختيار التعصب التمييز ضد المسلمين في أوروبا"، الوثيقة رقم EURO1/002/2012، ص4، وما بعدها.

(1) د. محمد جمال عثمان جبريل، مرجع سابق، ص169.

(2) د. السيد عبد الحميد محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص149، د. أحمد عبد الغني محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص198.

وهو ما لا نرى فيه أي تمييز مرفوض فنجده الحكومة الفرنسية قد استجابة إلى الزيادة السريعة لعدد السكان من المسلمين فقد تم إنشاء CFCM (المجلس الفرنسي للدين مسلم) في ديسمبر 2002، وهو الهيئة التي تمثل جميع المسلمين في التفاوض مع الحكومة الفرنسية على المشاكل العملية التي تواجه دينهم على الأراضي الفرنسية وقد استجابت الحكومة الفرنسية لمطالب ذلك المجلس والتي كان منها على سبيل المثال (إنشاء سوق للحوم التي تندرج على الشريعة الإسلامية، وتحديد قطعة أرض لإقامة مقابر المسلمين، وقطع أراضي لبناء مساجد)، وبالتالي يمكن للمجلس أن يتفاوض مع الحكومة الفرنسية لاعطاء المسلمين العاملين لديها إجازات مدفوعة الأجر في مناسباتهم

كما تظهر علمانية الدولة في فرنسا والتي تري في حيادية المرفق العام أن لا يوجد به ما يعبر عن أي توجه ديني من علامة أو ملصق أو خلافه، فقد نص قانون 9 لسنة 1905 في المادة 28 منه علي حظر وضع أو تعليق أي علامة أو رمز ديني علي المباني العامة باستثناء الدور المخصصة للعبادة والمقابر والمتحف والمعارض، ويقصد بالمقابر هنا كل الأماكن المقامة من أجل تخليد ذكري الأموات حتى ولو لم يكن مدفوناً بها أحد، هذا بالنسبة للمباني من الخارج؛ أما من الداخل فإن هناك تعليمات تضعها السلطات الإدارية تتعلق بالنظام الداخلي للمرفق تقضي دائماً بحظر وضع أي رمز أو شعار ديني، ونجد تطبيق ذلك مثلاً في حظر وضع التماثيل والصور التي تمثل السيد المسيح عليه السلام مصلوباً، والصليان وتماثيل القديسين في المدارس والمحاكم والملاجئ والمستشفيات العامة وخلافه⁽¹⁾، وبالتالي يمكن أن نستنتج من ذلك أنه لا يحق لأي موظف عام أن يعلق خلف مكتبه وفي غرفته داخل المرفق العام أو أن يضع علي مكتبه ما يمكن أن يستدل منه علي ديانتته لأن في ذلك إخلال بمبدأ الحياد الوظيفي طبقاً للمفهوم الفرنسي.

الفرع الثاني

حرية ممارسة الشعائر الدينية (العبادة) للموظف العام في مصر

الموظف العام مثله مثل غيره من أبناء المجتمع المصري يتمتع بما قرره المشرع المصري من التزمه في جميع الدساتير المصرية بمبدأ حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية باعتبارهما من الأصول الدستورية الثابتة في كل بلد متحضر فلكل إنسان أن يؤمن بما يشاء من الأديان والعقائد التي يطمئن إليها ضميره وتسكن إليها نفسه، ولا سبيل لأي سلطة عليه بما يدين به في قراره نفسه وأعماق وجدانه⁽²⁾،

الدينية كاللحج والعيدين، راجع:

Justin Vaïsse، VEILED MEANING, THE FRENCH LAW BANNING RELIGIOUS SYMBOLS IN PUBLIC SCHOOLS THE BROOKINGS INSTITUTION، U. S. - FRANCE ANALYSIS SERIES، March 2004، op. cit،P4.

(1) د. محمد جمال عثمان جبريل، مرجع سابق، ص278، وما بعدها.

(2) راجع حكم محكمة القضاء الإداري الدائرة الأولى الصادر يوم الثلاثاء الموافق 24 / 4 / 2007 في الدعوى

رقم 10838 لسنة 59 ق.

=

فهناك ثمة علاقة وثيقة بين إتاحة حرية العقيدة وبين الآثار التي قد تترتب على تلك الحرية (حرية العبادة) لا يمكن الفكك منها طالما كانت تلك الآثار غير مخالفة لأي من مقتضيات النظام العام أو الآداب العامة المستقرة في المجتمع إذ القول بغير ذلك مؤداه إفراغ تلك الحرية من مضمونها وجعلها مجرد شعار ولغو دون مضمون حقيقي⁽¹⁾، إلا أن حرية إقامة الشعائر الدينية مقيدة بقيد أفصحت عنه الدساتير - وهو قيد عدم الإخلال بالنظام العام وعدم منافاة الآداب العامة⁽²⁾.

فالموظف العام في مصر يتمتع بممارسة شعائر عقيدته التي يعتقدها طالما هذه العقيدة من الأديان السماوية الثلاثة⁽³⁾، كما يحكمها قوانين التوظيف المختلفة التي

وقد قضت محكمة القضاء الإداري الدائرة الأولى في يوم الثلاثاء الموافق 23/9/2006 في الدعوى رقم 31895 لسنة 59 ق بأن: "ومن حيث إنه ولما كان مقتضى الإلزام الدستوري الوارد في المادة الثانية من الدستور بأن أحكام الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها الكلية تحول دون إقرارها قاعدة قانونية أو مسلك إداري على خلافها صراحة أو ضمناً فإنه قد غدا واجبا على كافة سلطات الدولة ترسيخ القواعد والأسس المتعلقة بالحقوق والحريات العامة في إطار الأحوال الكلية للشريعة الإسلامية التي تكفل مبادئها ومقاصدها العامة حفظاً للدين والنفس والعقل والعرض، ولا خلاف على أنه إذا كان دين الإسلام يتسع في صراحة أحكامه وتحقيق مضمونه إلى تقرير حق غير المسلم في حرية الاعتقاد وممارسة شعائر الدينية بحرية"

(1) راجع حكم محكمة القضاء الإداري الدائرة الأولى الصادر يوم الثلاثاء الموافق 24/4/2007 في الدعوى رقم 5257 لسنة 60 ق.

قضت محكمة القضاء الإداري في حكم لها تتحدث فيه عن ممارسة الشعائر الدينية: بأن ممارسة هذه الحرية لا تستعصي على تنظيم يشبع حاجه أساسية للأفراد من ناحية ويحفظ النظام العام والقيم الاجتماعية والدينية من ناحية أخرى بيد أن هذا التنظيم محكوم بأن لا يسلب المواطن حقه في إقامة الشعائر، كما أنه يغدو محددًا وملزماً لسلطات الدولة ومنها السلطة التنفيذية حال سنها قواعد وإجراءات وقرارات لتنظيم ممارسة هذا الحق، وغني عن البيان أن مقتضى ما تقدم التزم على السلطة التنفيذية بأن تستهدي بأحكام التشريعات المنظمة وأن لا تستلب لنفسها وضع قرارات عامة أو فردية تحد من هذه الحرية أو تمنعها دون سند تحت دعوى الترشيد أو التنظيم أو خلافه" راجع حكم الدائرة الأولى الصادر يوم الثلاثاء الموافق 30/1/2007 في الدعوى رقم 28124 لسنة 58 ق.

(2) راجع حكم محكمة القضاء الإداري الدائرة الأولى الصادر يوم الثلاثاء الموافق 29/1/2008 في الدعوى رقم 35647 لسنة 61 ق.

(3) فقد حدد الدستور المصري الحالي المعدل في عام 2014 من هم الفئة المصرح لها بممارسة شعائرهم الدينية فنص في المادة 64 منه على أن:

=

تلتزم فيتعين علي الموظف العام أن يظهر بالمظهر اللائق لوظيفتهن ويراعي آداب اللياقة في تصرفاته مع زملائه والجمهور⁽¹⁾.

وبتطبيق النص السابق علي بعض الحالات التي ظهرت من بعض الموظفين العموميين داخل أماكن عملهم، آثار العديد من التساؤلات المجتمعية والقضائية حول مدى تطابق ما يظهرون به من مظهر وطبيعة الوظيفة العامة خصوصاً أن حرية المظهر (التزي) من الحريات التي تندرج تحت الحرية الشخصية والمصونة بنصوص الدساتير المصرية المختلفة⁽²⁾، ومن الأمثلة التي ظهرت في الآونة الأخيرة في مصر والتي أثارت لغطاً داخل مرافق ومؤسسات الدولة منها، هل يجوز حضور الموظف لجهة عمله بجلباب مثلاً باعتبار أن الجلباب زي لسكان الخليج العربي

... حرية ممارسة الشعائر الدينية وإقامة دور العبادة لأصحاب الأديان السماوية حق ينظمه القانون. وبالتالي حصر هذا الحق في أصحاب الأديان السماوية من الموظفين.

وهو ما قضت به محكمة القضاء الإداري الدائرة الأولى يوم الثلاثاء الموافق 24 / 4 / 2007 في الدعوى رقم في الدعوى رقم 10838 لسنة 59 ق: "احترام كرامة المواطن المصري وحرية وعلى رأسها حرية الاعتقاد واجب على الدولة بكافة سلطاتها وعليها ضرورة كفالاته عن إطار وحدة التشريع الساري ووحدة السلطة القائمة على حماية حريات المواطنين أيما كانت معتقداتهم، وكل ذلك بما ترسخ في ضمير الشعب المصري مأخوذاً من تعاليم الدين الإسلامي الخفيف وسمته التسامح والاعتراف بما سبقه من أديان سماوية يشكل الاعتراف بها واحترامها جزءاً من تكوينه الديني".

(1) كما أن قوانين التوظف المختلفة ومنها قانون الخدمة المدنية الملغي رقم 18 لسنة 2015 ولائحته التنفيذية الصادرة في 2015/11/8 بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 2912 لسنة 2015، كان ينص في المادة 148 من لائحته التنفيذية على أن: يجب على الموظف الالتزام بأحكام القوانين واللوائح والقرارات والنظم المعمول بها والعمل على تطبيقها، ويتعين عليه على الأخص ما يأتي:

3- المحافظة على كرامة الوظيفة وحسن سمعتها والظهور بالمظهر اللائق بالوظيفة ومراعاة آداب اللياقة في تصرفاته مع الجمهور ورؤسائه وزملائه ومرؤوسية.

وهو ما يتوافق تقريباً مع ما ورد بالمادة 76 من القانون 47 لسنة 1978 بشأن نظام العاملين المدنيين بالدولة والذي نص على أن: الوظائف العامة تكليف للقاتمين بها، هدفها خدمة المواطنين تحقيقاً للمصلحة العامة طبقاً للقوانين واللوائح والنظم المعمول بها. ويجب على العامل مراعاة أحكام هذا القانون وتنفيذها وعليه:

3- أن يحافظ على كرامة وظيفته طبقاً للعرف العام وأن يسلك في تصرفاته مسلكاً يتفق والاحترام الواجب.

(2) فتنص المادة 54 من الدستور الحالي المعدل في 2014 بأن: الحرية الشخصية هي حق طبيعي وهي مصونة

ولا تمس...

يرتدي في مصر غالباً عند الذهاب للمساجد؟، وهل يجوز له إطلاق لحيته في بعض الوظائف والمؤسسات داخل الدولة والتي بها عرف إداري منذ زمن بحلق موظفيها للحاهم؟، وماذا عن منع الحجاب بالنسبة للموظفات في بعض الوظائف؟، ومدى جواز ارتداء النقاب في وظائف معينة؟، فهل هذه الأمثلة التي يمكن أن تندرج تحت الحرية الشخصية يمكن أن تتعارض مع المظهر اللائق للموظف العام مما يستوجب مساءلته تأديبياً عن ذلك؟

فبالنسبة لارتداء الموظف العام للحجاب داخل عمله، فعلي الرغم من أنه لا يوجد ما يمنع ذلك من الناحية القانونية إلا أن منع ذلك يستند للعرف الإداري الذي درج أن مثل ذلك الفعل أمر مذموم في مصر داخل المؤسسات الحكومية وغير جائز، ويؤدي إلى المساءلة التأديبية⁽¹⁾، كما أن إطلاق اللحي بالنسبة لموظفي بعض الهيئات والمؤسسات مثل (العسكريين بهيئة الشرطة، والقوات المسلحة، والمضيفين بشركة مصر للطيران) قد تسبب في لغط مجتمعي، وديني، وقضائي، وحتى الآن لم يتم حسمه ومن الواجب حسمه بالاستعانة بتعديل القوانين المنظمة لعمل العسكريين بهذه الهيئات، وبغيرها من الهيئات بما يتوافق مع العرف المستمر بها خصوصاً أن هناك آراء فقهية صادرة من دار الإفتاء بجواز منع إعفاء اللحي في بعض الوظائف خصوصاً أن تربية اللحية من سنن العادات وليست العبادات⁽²⁾.

(1) وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في تعريف العرف الإداري بأنه هو: "عبارة عن الأوضاع التي درجت الجهات الإدارية على اتباعها في مزاوله نشاط معين ويترتب على استمرار الإدارة والتزامها لهذه الأوضاع أن تصبح بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الإتياع - يشترط للعرف الإداري شرطان: أولهما: أن يكون العرف عاما وان تطبقه الإدارة بصورة منتظمة. وثانيهما: ألا يكون العرف مخالفا لنص قائم لأن العرف يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع" راجع الطعن رقم 1163 لسنة 38 ق.ع الصادر بجلسة 7- 1- 1995.

(2) فلا توجد قوانين في مصر أو لوائح تمنع من إطلاق اللحية وأي قوانين أو لوائح تصدر في هذا الشأن تعد غير دستورية؛ إلا أن القوانين العسكرية تعاقب على عدم الضبط والربط وعدم إطاعة الأوامر العسكرية وهذه الأوامر تمنع أي فرد من القوات العسكرية سواء كان من الضباط أو ضباط الصف والجنود من إطلاق لحاهم، وتعاقب من يخالف ذلك بعقوبة جنائية. وقد أثير موضوع إطلاق اللحية في القوات العسكرية بصورة كبيرة بداية من عام 1980 وعندما زاد عدد غير الملتزمين بتعليمات حلق اللحية داخل القوات المسلحة اضطرت إدارة القضاء =

العسكري يطلب الفتوى من دار الإفتاء في ذلك الشأن، فردت إدارة الفتوى أن إطلاق الحجية واجب شرعي فيه اتباع لهدى الرسول صلى الله عليه وسلم الذي أمر بإطلاقها في عدة صيغ. ومن ثم فإنه لا يجوز معاقبة أحد أعنى لحيته بل العكس هو الصحيح حيث يجوز للحاكم المسلم أن يعاقب حائلها بعقوبة تعزيرية. راجع بالتفصيل فتوى الإمام الشيخ جاد الحق علي جاد الحق عندما كان يشغل منصب مفتي الديار المصرية قبل شغله لمنصب شيخ الأزهر، تحت رقم 1281 بتاريخ 16/6/1981. وعلى الرغم من صدور هذه الفتوى، وأن إطلاق الحجية أو حلقها من الناحية العملية لا يتصل من قريب أو بعيد بمهام القوات العسكرية أو حتى يقلل من جهدهم إلا أن القضاء العسكري لم يلتزم بهذه الفتوى واستقر في تحويل أي عضو من أعضاء القوات المسلحة لا يلتزم بحلقه للمحاكمة ومعاقبته بالحبس، راجع في ذلك تفصيلاً د. عبد الله محمد حسين: الحرية الشخصية في مصر، بدون ناشر، بدون تاريخ، ص 285، وما بعدها.

وفي القرن الحالي أثير ذات الموضوع بعد ثورة 25 يناير 2011، عندما أعفى العديد من ضباط الشرطة والأمناء وضباط الصف والجندين لحاهم، وأصدر وزير الداخلية المصري آنذاك القرار رقم 33 لسنة 2012 بإحالة عدد من ضباط الشرطة إلى مجلس التأديب الابتدائي لضباط الشرطة لما نسب إليهم من الخروج على مقتضى الواجب الوظيفي ومخالفة التعليمات، بضرورة المحافظة على المظهر النظامي والانضباطي لأعضاء هيئة الشرطة خاصة قص الشعر وحلاقة الذقن، وذلك لعدم حلاقة الذقن، وقد أحالهم إلى الاحتياط بموجب قرارات أخرى وبعضهم طعن على إحالتهم للاحتياط ومنهم العقيد ياسر محمد جمعة عبد الله والذي أُحيل للاحتياط بموجب قرار وزير الداخلية رقم 596 لسنة 2012 بسبب إطلاق لحيته بتاريخ 27 مارس 2012، وقد طعن المذكور أمام محكمة القضاء الإداري الدائرة 13 ترقيات بالدعوى رقم 53821 لسنة 66 قضائية اختصم فيها كلا من وزير الداخلية، ومدير الإدارة العامة لاتصالات الشرطة ومساعد وزير الداخلية لشئون الضباط بصفته مطالباً بإلغاء قرار وزير الداخلية اخصاص بإحالته للاحتياط، وقد ألغت المحكمة قرار وزير الداخلية المطعون عليه مسببه حكمها أنه بإصدار القرار المطعون فيه من الجهة الإدارية، متضمناً إحالة المدعى إلى الاحتياط للمصالح العام لذلك السبب، يكون قد خالف قضاء المحكمة الإدارية العليا في حقوق ضوابط الإحالة إلى الاحتياط، وأهمها عدم جواز الإحالة إلى الاحتياط بعد إحالته عن ذات الأسباب أو السبب إلى التأديب، ولتلك الأسباب قضت المحكمة بإلغاء القرار المطعون فيه مع يترتب على ذلك من آثار. وقد أبدت دار الإفتاء المصرية استياءها الشديد من حالة الجدل السائدة حول حكم إطلاق الحجية لبعض أفراد وزارة الداخلية، وشددت في فتاها على أن إثارة هذا الأمر من الخلافات، وأنه لا يجوز أن يأخذ حيزاً من الجهد المجتمعي في علاجه، مشيرة إلى ضرورة توجيه هذا الجهد إلى قضايا البناء والتنمية، وفي تأصيلها الشرعي، أشارت الفتوى إلى اختلاف الفقهاء في حكم إطلاق الحجية قديماً وحديثاً، لافتة إلى أن فريقاً قال: «إنها من سنن العادات وليست من الأمور التعبدية، وأن الأمر الوارد فيها ليس للوجوب ولا الاستحباب وإنما للإرشاد، وآثر قال بأنها من سنن الندب، وثالث قال بوجود إطلاقها وحرمة حلقها أو قصها»، وأكدت الفتوى ضرورة التزام الضباط وأفراد الداخلية بالتعليمات والقواعد المنظمة للعمل، والعرف العام السائد داخل مؤسسات الدولة ما دام لا يتصادم مع ثابت من ثوابت الإسلام المتفق عليها، وشددت الفتوى على التصح بمراجعة الداخلية للتعليمات والقواعد التي تم التعارف عليها داخل المؤسسة وصولاً إلى قواعد مرضية لكل

أما بالنسبة لمنع ارتداء الحجاب في بعض الوظائف والتي من أشهرها العمل كـمذبةة بالتلفزيون المصري⁽¹⁾، فقد أثار أيضاً جدلاً شديداً علي مدار سنوات

الأطراف، خروجاً من هذا الخلاف"، راجع فتوى دار الإفتاء الصادرة في 21 فبراير 2012، وقد طعن أحد مقدمى الشرطة وهو المقدم /محمد فضلي عبد الغني بالطن امام محكمة القضاء الإداري على فتوى دار الإفتاء بالدعوى رقم 44522 لسنة 67 والتي أودعها بتاريخ 28 /4/ 2013، مختصماً فيها رئيس الجمهورية، ووزير العدل، ومفتى الديار المصرية، متهمه عريضة الدعوى مفتى الجمهورية بالتدليس الشرعي ومخالفة أصول الفقه والشريعة.

وهناك دعاوى مماثلة قد تم إقامها عدد من المجندين وضباط الصف وضباط القوات المسلحة، والتي منها الدعوى المقامة أمام محكمة القضاء الإداري تحت رقم 29351 لسنة 67 قضائية من الحسن محمد حسن عويس ضد كل من رئيس الجمهورية ووزير الدفاع ومدير منطقة تجنيد وتعبئة الرقازيق، وذكر المدعي في دعواه أنه من مواليد يوم 1 يونية 1987 وحصل على بكالوريوس التجارة جامعة الأزهر قسم المحاسبة دور سبتمبر 2011، وقد أطلق لحيته امتثالاً لأمر شرعي قطعي الثبوت والدلالة وقد جاء عليه الدور للتقدم للالتحاق بالخدمة العسكرية الإلزامية، وأضاف حسن أنه سبق وتكرر تقدمه لمدنوب إدارة تجنيد الرقازيق بالقسم التابع له حسب محل فرفض المدنوب المختص قبول أوراقه طالباً بضرورة حلاقته للحية حتى يتم تصويره بدون لحية، وأضاف أن المدنوب ألتخص أمره بذلك إعمالاً لما جرى عليه العمل بالقوات المسلحة من إلتزام أفرادها بحلاقة اللحية تطبيقاً لقواعد الضبط والربط العسكري.

(1) فقد رفض التلفزيون المصري منذ نشأته عام 1960 ظهور المحجبات على شاشاته رغم عدم وجود قرار صريح بذلك، ترجع بدايات قضية المذيعات المحجبات إلى العام 1970 حيث قررت المذبةة كريمة حمزة ارتداء الحجاب وسمح لها فيما بعد بإعداد برنامج غير دوري ذي طابع ديني وظلت تقدم برامج دينية عديدة وهي في زي الحجاب، ثم منع عدد من المذيعات من ارتداء الحجاب من بين المذيعات اللاتي ممن من الظهور بعد ارتدائهن الحجاب الإعلامية كاميليا العربي أحد أشهر مذيعات التلفزيون المصري والتي أحيحت لعمل آخر عقب ارتدائها الحجاب ما دفعها لتقديم استقالتها، كما منعت بعض مذيعات القناة الخامسة من تقديم برامجهن بسبب ارتدائهن الحجاب؛ حيث قررت فاطمة فؤاد رئيسة القناة وقتها رفض ظهور أي مذبةة بالحجاب؛ وقامت بتحويل كل من عادة الطويل وهالة المالكي وأميرة شلي ورائيا رضوان وأمل صبحي إلى أعمال إعداد البرامج، وتكررت نفس الأزمة بقناة النيل الفضائية والنيل للأخبار ونابل تي في عام 2002 بعد ارتداء كل من المذيعات عادة فاروق وسالي أسامة وشيرين الشنيتي ومعزة مهابة للحجاب؛ كذلك داليا شيحا وداليا خطاب وتم حرمانهن جميعاً من الظهور على الشاشة؛ واضطرت سميحة دروج رئيسة قناة النيل للأخبار آنذاك إلى تحويل المذيعات للعمل في إعداد وتحرير النشرات الإخبارية، وفي العام التالي 2003 ارتدت ست مذيعات أخريات الحجاب يعملن بالقناة الخامسة بالتلفزيون المصري مما أدى إلى حرمانهن من الظهور على الهواء، راجع في ذلك تقرير منشور أ. رافع محمد تحت عنوان: حجاب المذيعات. . جدل فقهي وسياسي وإعلامي، على موقع الجزيرة الإلكتروني: <http://www.>

وسنوات، انتهى بصدور أحكام من القضاء الإداري تؤيد ارتداء المديعة للحجاب، مرددة هذه الأحكام: «أن الحرية الشخصية مكفولة في الدستور والقانون ومن فروعها الأساسية حق الشخص في ارتداء ما يشاء من ملابس دون شريطة ألا يتضمن ذلك الملابس ما يمثل إخلالا بالنظام العام أو يناق تضاليد المجتمع والأعراف المتفق عليها وبما يقبله الذوق العام ولا يشذ عنه، ومن حيث إنه ولئن كانت مقدمة البرامج تتمتع وفقا للدستور بالحرية الشخصية وما يتفرع عنها من حريتها في ارتداء الملابس للظهور على شاشة التلفزيون؛ إلا أن هذه الحرية ليست طليقة من كل قيد وإنما هي مقيدة بتقاليد المجتمع الأصيلة وعاداته وبطبيعة الوظيفة التي تؤديها ومما تألف وتعارف عليه المجتمع وبما لا يخرج عن الاحترام الواجب مراعاته مما يقتضي منها الظهور بالمظهر اللائق على الشاشة - والثابت من الأوراق أن المدعية قدمت العديد من البرامج على شاشة - وكان منعها من الظهور على الشاشة بسبب ارتدائها رداء الرأس ، وهو لا يخالف النظام العام ولا يخرج على التقاليد والقيم التي خصها الدستور بالرعاية وأوجب على الكافة مراعاتها، فان الإدارة بهذا القرار تكون أخطأت التقدير واستبعادها بما ينال بصورة تحكيمية من حقوقها على نحو يخل بمبدأ المساواة بين زميلاتها وتناولت على حريتها الشخصية وهي من الحقوق الدستورية الطبيعية التي لا تمس وهو ما نهى عنه الدستور بما يكون معه القرار الطعين مخالفا لحكم الدستور والقانون ويتعين القضاء بإلغائه»⁽¹⁾.

ثم ثار جدل في بعض الوظائف حول منع ارتداء أصحابها للنقاب مثل وظائف التدريس سواء في مرحلة ما قبل الجامعة أو مرحلة الجامعة⁽²⁾، وهو ما لا يجوز

aljazeera.net/news

(1) راجع بالتفصيل حكم محكمة القضاء الإداري بالإسكندرية الدائرة الثانية في الدعوى رقم 1819 لـ 58 ق الصادر بجلسة 2005/7/5، لصالح السيدة/ غادة حسن محمد إبراهيم الطويل.

(2) فقد صدرت تعليمات في النصف الأول من عام 1994 إلى مديري مديريات التعليم في كافة المحافظات بإبعاد المدرسات المنقبات عن التدريس ونقلهن إلى أعمال ككأية أو إدارية وصدرت القرارات المنفذة لهذه التعليمات بالفعل، راجع ده عبد الله محمد حسين، مرجع سابق، ص 283.

كما صدر قرار مجلس عمداء الجامعة الأمريكية بالقاهرة والذي نص على أنه " لأسباب أمنية قرر العمداء أن النقاب غير مسموح ارتدائه داخل الفصول والمعامل ومكاتب الجامعة الأمريكية بالقاهرة والذي تأكد بقرار

بصورة مطلقة لأن: «المشرع الدستوري أضفى سياًجاً من الحماية على الحرية الشخصية وعلى الحقوق و الحريات العامة ، ولما كان ارتداء النقاب بالنسبة للمرأة المسلمة هو أحد مظاهر هذه الحرية فإنه لا يجوز لجهة الإدارة أو أي جهة أخرى حظر ارتدائه حظراً مطلقاً، فكما يترك للمرأة عموماً الحرية في أن ترتدي ما تشاء من الثياب غير مقيدة في ذلك بضوابط الاحتشام نزولاً على الحرية الشخصية، فإنه يحق كذلك للمرأة المسلمة أن ترتدي الزي الذي ترى فيه المحافظة على احتشامها ووقارها، وألا تكون ثمة تفرقة غير مبررة بين الطائفتين لا سند لها من القانون أو

الجامعة الصادر من مقرر سياسة الجامعة في 2001/1/23 بأن "تنص سياسة الجامعة الأمريكية بالقاهرة على منع ارتداء النقاب في أي مكان داخل الجامعة، كما أصدر المجلس الأعلى للأزهر قراراً يوم الخميس الموافق 8 أكتوبر عام 2009 بمنع ارتداء النقاب في الحصص الدراسية المخصصة للنساء فقط وكذلك في مقار السكن الجامعية التابعة لهذه المؤسسة التعليمية الإسلامية وأوضحت جامعة الأزهر أن القرار يشمل منع الطالبات والمعلمات من ارتداء النقاب داخل الفصل الدراسي الخاص بالبنات والذي قوم فيه بالتدريس المدرسات من النساء فقط، وأخيراً قرار رئيس جامعة القاهرة الصادر يوم 2015/9/29 القرار رقم 1448 لسنة 2015 والذي تضمن منع عضوات التدريس والهيئة المعاونة بجميع كليات الجامعة ومعاهدها من القاء المحاضرات والدروس النظرية والعملية أو حضور المعامل أو التدريب العملي وهن منتقبات، وذلك حرصاً على التواصل مع الطلاب وحسن أداء العملية التعليمية والمصلحة العامة.

وقد أصدر وزير التربية السوري على سعد قراراً مشابهاً بنقل حوالي 1000 معلمة منتقبة إلى وزارة الإدارة المحلية في خطوة تهدف إلى وقف نمو التيار الديني المتشدد في سوريا، والحفاظ على "العمل العلباني المنهج" على أن تتبعها خطوات مماثلة في وزارات أخرى، وقال الوزير أن القرار الصادر بإبعاد 1000 منتقبة من السلك التربوي كان أمراً لا بد منه وستلحقها بقية الوزارات في هذا الأمر "بهذه العبارة أوضح وزير التربية السوري علي سعد خلال اجتماعه مع نقيب المعلمين ورؤساء مكاتب الفروع النقابية وعدد من مسؤولي التعليم العالي والتربية في سوريا منذ يومين، قرار الحكومة السورية بإقصاء المنتقبات عن حقل التعليم. قائلا: " إن إبعاد 1000 منتقبة من السلك التربوي كان أمراً لا بد منه؛ لأن العملية التعليمية تسير نحو العمل العلباني المنهج والموضوعي، حيث اعتبر وجود المنتقبات في التربية أمراً " لا يتوافق مع متطلبات الواقع التربوي لتكامل الإيماءات والحركات وتعايير الوجه وإيصال المعلومة للطالبة". مقالة منشورة بمعرفة أ / هنادة السيد عفاش، جريدة الشرق الأوسط، بتاريخ 2010/7/1 متاح على شبكة الإنترنت على موقع <http://www.france24.com> :

الدستور»⁽¹⁾، أو منعه في الوظائف التي تعمل فيها المرأة في مؤسسات ذات صبغة نظامية (كالجيش والشرطة) على سبيل المثال، ومثل هذا المنع يوافق أحكام المحكمة

(1) راجع حكم دائرة توحيد المبادئ في الطعن رقم 3219 لسنة 48 ق.ع - جلسة 2007/6/9. وقد صدر ذلك الحكم بعدما تبين للمحكمة الإدارية العليا (الدائرة الأولى - موضوع) أنه سبق للمحكمة الإدارية العليا أن قضت بجملة 1989/7/1 في الطعن رقم 1316، 1905 لسنة 34 ق.ع بعدم جواز حظر ارتداء النقاب لما يمثله الحظر من مساس بالحرية الشخصية، واستمر قضاء هذه المحكمة بتطبيق هذا المبدأ في أحكامها الصادرة بجملة 1994/6/15 في الطعن أرقام 4234، 4235، 4236، 4237، 4238 لسنة 40 ق.ع، وبجملة 1999/4/11 في الطعن رقم 4142 لسنة 42 ق، وبجملة 1999/7/18 في الطعن رقم 2106 لسنة 42 ق. وبجملة 1999/12/5 عدلت المحكمة عن تطبيق هذا المبدأ وقضت بأنه لا تثير على رئيس جامعة المنصورة وهو القائم على شئونها أن يضع من الضوابط التي تلتزم بها الكلية بأن يكون دخول الطلبة والطالبات بالزي المعتاد المألوف، وانتهت المحكمة إلى إلغاء حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بوقف تنفيذ قرار منع دخول الجامعة لمن ترتدى النقاب، وبرفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه.

وقد ورد بالحكم أيضاً أن: "ومن حيث إن المستفاد من الشريعة الإسلامية التي هي المصدر الرئيسي للتشريع حسب نص المادة الثانية من الدستور أن زي المرأة المسلمة يجب ألا يكون وصافاً يفصل أجزاء الجسم ولا شفافاً أو لافتاً للنظر، وأن يكون ساتراً للجسم كله ما عدا الوجه والكفين أخذاً بقول الله تعالى في سورة الأحزاب: ﴿يَتَّابِعُهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ وَبَنَاتِكُمْ وَبَنَاتُكُمُ الْمُؤْمِنِينَ يُدْرِكُنَّ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلْبَابِهِنَّ﴾ (الآية 59). أما نقاب المرأة التي تغطي به وجهها وقفاؤها التي تغطي به كفيها فجمهور الفقهاء على أن ذلك ليس واجباً وأنه يجوز لها أن تكشف وجهها وكفيها أخذاً من قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ (سورة النور الآية 31)، حيث فسر جمهور الفقهاء من السلف والمعاصرين ما يظهر من الزينة بالوجه والكفين لأن الغالب هو ظهورهما عادة وعبادة وذلك في الصلاة والحج فلم يكن الاستثناء راجعاً إليهما. ولو كانت المرأة مفروضاً عليها شرعاً إخفاء وجهها بنقاب وكفيها بقفاز ما كان هناك حاجة لأن يأمر الله تعالى المؤمنين بأن يغيضوا من أبصارهم في قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّونَ مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ (سورة النور الآية 30). إذ ليس ثمة ما يبصر حتى يغيض عنه. ومن حيث إنه متى كان ما تقدم وإذ لم يبق دليل صريح من القرآن والسنة بوجوب إخفاء الوجه والكفين، ومن ثم فإن ارتداء النقاب ليس محظوراً ولا منهيّاً عنه فهو من المباحات ولا يجوز إخراجه من أصل الإباحة إلى الحظر المطلق والمنع التام وعليه فإن ستر الوجه والكفين للمرأة المسلمة ليس فرضاً وإنما يدخل في دائرة المباح فإن سترت وجهها وكفيها فهو جائز وإن كشفتهما لاختلاف الأحوال واحتياجها للخروج لبعض شئونها أو للعمل خارج بيتها والتعامل مع جميع الجهات فقد أتت بما رخص لها به في حدود الحاجة والضرورة وبرأت ذمتها - ومن حيث إنه متى كان ستر الوجه والكفين للمرأة المسلمة ليس فرضاً وإنما يدخل في دائرة المباح شرعاً، والمكتول بالحماية دستورياً، وأنه - بالتالي - لا يجوز حظر ارتداء النقاب حظراً مطلقاً، لتعارض ذلك مع الحرية الشخصية التي كفلها الدستور، فإنه يجوز متى اقتضت الضرورة والصالح العام التحقق من شخصية المرأة نزولاً على مقتضيات الأمن العام أو لتلقي العلم والخدمات المختلفة، أو لأدائها، أو لغير ذلك من الاعتبارات التي تتطلبها الحياة اليومية المعاصرة والتي تستوجب

الإدارية العليا التي قضت بأن: «إذا كان ارتداء النقاب بالنسبة للمرأة المسلمة هو إحدى مظاهر الحرية الشخصية فإن هذه الحرية لا ينافيها أن تلتزم المرأة المسلمة وفي دائرة بذاتها بالقيود التي تضعها الجهة الإدارية أو المرفق على الأزياء التي يرتديها بعض الأشخاص في موقعهم من هذه الدائرة لتكون لها ذاتيتها فلا تختلط أرواحهم بغيرها، بل ينسلخون في مظهرهم عن سواهم ليكون زيهم موحداً متجانساً ولائقاً بهم دالاً عليهم ومعرفاً بهم وميسراً صور التعامل معهم، فلا تكون دائرتهم هذه نهياً لآخرين يقتحمونها غيلة وعدواناً، ليلتبس الأمر في شأن من ينتمون إليها حقاً وصدقاً، كما هو الشأن بالنسبة للقوات المسلحة والشرطة والمستشفيات وغيرها، وترتبط على ذلك فإن المرأة المسلمة التي ارتضت النقاب لباساً لها أخذاً بجزئيتها الشخصية أن تلتزم بما تفرضه تلك الجهات من أزياء على المنتمين لها في نطاق الدائرة التي تحددها إن هي رغبت في الاندراج ضمن أفراد تلك الدائرة»⁽¹⁾.

التحقق من شخصية المرأة متى طلب منها ذلك من الجهات المختصة وذلك لإحدى بنات جنسها أو مختص معين من الرجال، وبالقدر اللازم لتحقيق ما تقدم تحت رقابة القضاء - وبالتالي الحظر المطلق لارتداء النقاب أمراً غير جائز لتنافيه مع الحرية الشخصية التي كفلها الدستور، ولكونه يدخل في دائرة المباح شرعاً على النحو السالف بيانه".

(1) راجع حكم دائرة توحيد المبادئ في الطعن رقم 3219 لسنة 48 ق.ع - جلسة 6/9/2007.

إلا أن القاضي الدستوري لم يترك لجهة الإدارة تفعل ما نشاء وتفرض على العاملات بتلك الأماكن ملابس تخالف الشريعة الإسلامية غير محتشمة فحددت ما هو جائز وذلك في حكمه في القضية رقم 8 لسنة 17 ق- دستورية الصادر في 4- مايو 1996 والتي كان موضوعها الطعن في عدم دستورية قرار وزير التربية والتعليم رقم 113 لسنة 1994، والمعدل بالقرار رقم 208 لسنة 1994 والقاضي بفرض زي موحد على المدارس في مراحل التعليم الثلاث ورتب على عدم الالتزام بارتدائه جزء عدم دخول المدرسة، والذي كان من تطبيقه منع الطالبات المنتقبات من دخول المدارس، وقد ارسى الحكم عدد من المفاهيم والمبادئ ليست فقط فيما يتعلق بالدراسة في المدارس وإنما يمكن تطبيق ما ورد به على جميع الحالات الخلافية في مرافق الدولة حول النقاب، ونوعية الملابس بالنسبة للموظف العام، فقد جاء به أن "الشريعة الإسلامية - في جوهر أحكامها وبمراعاة مقاصدها- تنوحي من ضبطها لثيابها، أن تعلى قدرها، ولا تجعل للحيوانية مدخلا إليها، ليكون سلوكها رفيفاً لا ابتذال فيه ولا اختيال، وبما لا يقعها في الحرج إذا اعتبر بدنها كله عورة مع حاجتها إلى تلقي العلوم على اختلافها، وإلى الخروج مباشرة ما يلزمها من الأعمال التي تختلط فيها بالآخرين، وليس متصوراً بالتالي أن تموج الحياة بكل مظاهرها من حولها، وأن يطلب منها على وجه الاقتضاء، أن تكون شبها مكسوا بالسواد أو بغيره، بل يتعين أن يكون لباسها شرعاً قرين تقواها، وبما لا يعطل حركتها في الحياة، فلا يكون محدوداً لجمال صورتها، ولا حائلاً دون يقظتها، ومباشرتها لصور

وحرية ممارسة العقيدة في مصر بالنسبة لغير المسلمين من الموظفين العموميين تظهر جلية فيما تمنحهم الدولة لهم من إجازات مدفوعة الأجر في أعيادهم الدينية كعيد الميلاد والغطاس وأحد الزعف وخميس العهد وعيد القيامة، كما تسمح للبروتستانت والكاثوليك بالتأخير حتى الساعة العاشرة يوم خميس العهد وأحد الزعف وكذلك أعياد الغطاس كذلك بالنسبة لليهود يسمح لهم بالتغيب عن العمل

النشاط التي تفرضها حاجتها ويقتضيا خير مجتمعا، بل موازنا بين الأمرين، ومحددا على ضوء الضرورة، وبمراعاة ما يعتبر عادة وعرفا صحيحين • ولا يجوز بالتالي أن يكون لباسها، مجاوزا حد الاعتدال، ولا احتجابا لكل بدنها ليضيق عليها اعتسافا، ولا إسدالا لثمارها من وراء ظهرها، بل اتصالا بصدورها ونحوها فلا ينكشفان، مصداقا لقوله تعالى "وليضرن بخرهن على جيوبهن" واقترانا بقوله جل شأنه بأن "يدين عليهن من جلابيبهن" فلا يبدو من ظاهر زينتها إلا ما لا يعد عورة، وهما وجهها وكفاهما، بل وقد ماها عند بعض الفقهاء "ابتداءً بإبدائهما" على حد قول الحنفية - وقد دعا الله تعالى الناس جميعا أن يأخذوا زينتهم ولا يسرفوا، وهو ما يعني أن التزامها حد الاعتدال، يقتضي ألا تصفها ثيابها ولا تشي بما تحتها من ملامح أنوثتها، فلا يكون تنقيبها مطلوبا منها شرعا طلبا جازما، ولا سترها لزينتها شكلا مجردا من المضمون، بل يتعين أن يكون مظهرها منبثا عن عفافها، ميسرا لإسهامها المشروع فيما يعينها على شئون حياتها، ويكون نائيا بها عن الابتدال، فلا يقتحمها رجال استمالتهم إليها بمظاهر جسدها، مما يقودها إلى الإثم انحرافا، وينال من قدرها ومكاتبها • وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان تحريم أمر أو شأن من الشئون، لا يتعلق بما هو محتمل، بل بما يكون معلوما بنص قطعي، وإلا ظل محمولا على أصل الحل؛ وكان لا دليل من النصوص القرآنية، ولا من سنتنا الحيدة على أن لباس المرأة يتعين شرعا أن يكون احتجابا كاملا، متخذًا نقابا محيطا بها منسدلاً عليها لا يظهر منها إلا عينيها ومجريها، فإن إلزامها إخفاء وجهها وكفيها، وقدميها عند البعض، لا يكون تأيلا مقبولا، ولا معلوما من الدين بالضرورة، ذلك أن معنى العورة المتفق عليها لا يتصل بهذه الأجزاء من بدنها، بل إن كشفها لوجهها أعون على اتصالها بأخلاق من الناس يعرفونها، ويفرضون نوعا من الرقابة على سلوكها، وهو كذلك أكفل لحياها ورضاها من بصرها وأصون لنفسيتها، وأدعى لرفع الحرج عنها - وإن جاز القول بأن مظهر الشخص من خلال الأزياء التي يرتديها، يبلور إرادة الاختيار التي تمثل نطاقاً للحرية الفردية يرعى مقوماتها ويكفل جوهر خصائصها، إلا أن إرادة الاختيار هذه، ينبغي قصر مجال عملها على ما يكون لصيقاً بالشخصية، مرتبطاً بذاتية الانسان في دائرة تبرز معها ملامح حياته وقراراته الشخصية في أدق توجهاتها، وأنبث مقاصدها، كالخفي في اختيار الزوج وتكوين الأسرة، وأن يتخذ الشخص ولداً، ولا يجوز بالتالي بسطها إلى تنظيم محدد، يخصص في دائرة بذاتها، يكون الصالح العام مائلاً فيها، وهو ما يعني أن الحرية الشخصية لا ينافيها أن يفرض المشرع "في دائرة بذاتها" قيودا على الأزياء التي يرتديها بعض الأشخاص "في موقعهم من هذه الدائرة" لتكون لها ذاتيتها، فلا تختلط أريتهم بغيرها، بل ينسلخون في مظهرهم عن سواهم، ليكون زيهم موحدًا، متجانسا ولائقًا، دالا عليهم ومُعرفًا بهم، وميسرا صوراً من التعامل معهم، فلا تكون دائرتهم هذه نهبا لآخرين يقتحمونها غيلة وعداونا، ليلتبس الأمر في شأن من يتمنون إليها حقاً وصدقاً".

في عيد رأس السنة العبرية وعيد الصيام وعيد الفصح، هذا فضلاً عما هو مصرح به لغير المسلمين بالتأخير حتى الساعة العاشرة صباحاً أيام الآحاد⁽¹⁾، ولا يمكن لأحد القول بأن الدولة المصرية تفرق بين المسلمين والمسيحيين في ذلك الشأن بأن إجازات المسلمين إجازات رسمية للدولة كلها بينما إجازات الأقباط هي إجازات خاصة بهم فقط مما يعني عدم المساواة بين مواطني الدولة الواحدة، فذلك كله قد رد عليه في حكم قديم لمحكمة القضاء الإداري بليغ وحاسم في أسبابه ومبرراته قضت في طعن مقام من أحد الأخوة الأقباط الأرثوذكس يطالب فيه بإلغاء قرار مجلس الوزراء الصادر في 5 أغسطس سنة 1953 والذي يعتبر بعض الأعياد الدينية للمسلمين أعياداً رسمية للدولة، دون الأعياد الدينية للأقباط الأرثوذكس بأن: الحكومة لا تضيفي الجلال علي أعياد المسلمين دون الطوائف الأخرى، ولا تفرق بين الأعياد الدينية من ناحية قدسيتها والاحترام الواجبين لها، ولا تعارض حق المواطنين علي اختلاف أديانهم في أداء مراسم أعيادهم الدينية، متحللين من قيود العمل والوظيفة، وغاية ما في الأمر انها إذ قررت ملاءمة تعطيل وزارات الحكومة ومصالحها في الأعياد الدينية للمسلمين، انما تنزل علي حكم الأمر الواقع، ذلك أن غالبية موظفيها من المسلمين، وكذلك غالبية سكان البلاد. ولذلك كان من المتعذر عملاً تكليف الموظفين بالعمل في دواوينها وكتبتها، إذ لو فعلت ذلك لكانت النتيجة خلوها منهم. كما أن معظم الموظفين سيكونون بدورهم مشغولين بالاحتفال بأعيادهم عن الاتصال بأجهزة الحكم في البلاد. ومن ثم لا يكون تعطيل الحكومة لوزاراتها ومصالحها في تلك الأعياد تمييزاً منها للمسلمين علي غيرهم من الطوائف الدينية الأخرى، وإنما هو في حقيقته نزول منها علي حكم الضرورة الناشئة عن انصراف الأغلبية العظمى من موظفيها وسكان البلاد إلي أداء مراسم أعيادهم

(1) قرار ديوان الموظفين رقم 140 لسنة 1995، وراجع القرار الجمهوري رقم 1967/2362، وقرار رئيس الوزراء في 1953/7/1 وقد أذيع بكتاب ديوان الموظفين الدوري رقم 47 لسنة 1953. فيوجد 4 ايام اخرى تتمتع من المؤسسات الحكومية بناء على قرار رئيس مجلس الوزراء السابق للمسيحيين فقط وهي عيد الغطاس 19 يناير، عيد الشعنين، عيد خميس العهد، عيد القيامة، كما يمنحوا إذن حضور متأخر يوم الأحد من كل أسبوع ساعتين وكذلك يوم 12 سبتمبر (رأس السنة القبطية).

الدينية التي هم مطالبون بأدائها شرعا. ومع ذلك فإن هناك مرافق ومصالح لا تعطل أعمالها لمسيس حاجة الناس إليها، منها مرفق المواصلات ومرفق النياحة ومرفق الإنارة والمياه والبريد. وعنى عن البيان أن أغلب القائمين علي هذه المرافق وعمالها من المسلمين، وليس في تكليف هؤلاء بالعمل في أيام أعيادهم الدينية ما ينافي قدسية هذه الأعياد، إذ ليس هناك ما يمنع من العمل في أيام الأعياد، متى اقتضت الضرورة ذلك. أما الأقباط الأرثوذكس وغيرهم من الطوائف التي يمثلها المتدخلون في الدعوى، فإن الموظفين منهم في الحكومة قلة لا يؤثر غيابهم أيام أعيادهم علي سير العمل وانتظامه. كما أن انصراف أصحاب المصالح منهم عن دور الحكومة إلي التمتع بأعيادهم لا يشل حركة العمل فيها، ومن ثم تكون الحكومة إذ لم تقرر تعطيل وزاراتها ومصالحها في هذه الأعياد، مكتفية بما قررته وأباحته بمقتضى قرار مجلس الوزراء المؤرخ في أول يوليو سنة 1953 وكتاب ديوان الموظفين رقم 47 لسنة 1953 من غياب الموظفين منهم عن أعمالهم والمدرسين والتلاميذ عن مدارسهم خلال أعيادهم الواردة في صحيفة الدعوى، بل وأكثر منها، تكون قد قدرت الضرورة بقدرها، ولم تخالف القانون في شيء، إذ هي ترخصت في حدود سلطتها التقديرية، مراعية في ذلك حكم الضرورة، والعادات المرعية منذ قرون طويلة، وبالتالي يكون قول المدعي بأن القرار المطعون فيه قد صدر عن نزعة دينية أو قصد منه التفرقة وعدم المساواة بعيدا عن الصواب، إذ مما لا جدال فيه أن هناك كثيرا من الأعياد والمواسم الدينية الإسلامية لم تر الحكومة محلا لتعطيل وزاراتها ومصالحها فيها. أما الاحتفال رسميا بما اختارته من هذه الأعياد الدينية، فإنما يرجع إلي اعتبارات تاريخية واجتماعية وواقعية، أهمها انها أعياد الأغلبية العظمى من المواطنين، ولذلك نظأره في أرقى الأمم الدستورية. فالدول الغربية تحتفل رسميا بأعياد دينية مسيحية ولا تحتفل بأعياد غير مسيحية، مع أنها تضم بين مواطنيها طوائف مسيحية. ولم يقل أحد أن في ذلك تعصبا دينيا يخل بحرية العقيدة أو مبدأ المساواة بالنسبة للطوائف الأخرى. ولا اعتداد في ذلك بقول المدعي أن إخلال بعض الحكومات بمبدأ المساواة بين مواطنيها في هذا لا يصح عذرا لإخلال غيرها به، لأن الاقتداء بالخطأ أو القياس عليه غير جائز قانونا ومنطقا، لا اعتداد بذلك لأن المدعي وحده عندئذ هو الذي يصبح ادعاؤه صحيحا دون السائد عليه

العرف والتقاليد في بلاد العالم أجمع وهو ما لا يقول به أحد، فضلا عن أن مسيرة المدعي طلباته تنتهي إلى نتيجة شاذة إذ تؤدي إما إلى عدم احتفال الحكومة بالأعياد الدينية جميعا، وأما إلى الاحتفال رسميا بجميع الأعياد لجميع الطوائف علي اختلاف مللهم ونحلهم، ولا يخفي ما يترتب علي ذلك من كثرة أيام العطلات، الأمر الذي يؤدي إلى أضرار جسيمة بالصالح العام، وهو ما لا يمكن قبوله. أما قول المدعي بأن القرار المطعون فيه يتنافى مع حرية العقيدة ويخالف مبدأ المساواة فردود بأن الأقباط الأرثوذكس وغيرهم من الطوائف التي يمثلها المسلمون في أعيادهم، لهم حرية اقامة شعائر أديانهم في دورهم وكنائسهم ومعابدهم في تلك الأعياد، كما يتغيب الموظفون والمستخدمون منهم عن من اقامة شعائرهم وهم في ذلك مع المسلمين سواء، ومن ثم فالمساواة وحرية العقيدة مكفولتان لهم وليس هناك أي مساس بهما⁽¹⁾.

إلا أن السؤال الذي يمكن أن يطرح نفسه علي بساط البحث هو: هل تشمل حرية ممارسة العقيدة السماح للموظفين العموميين، في حدود الاعتراف لأصحاب الديانات السماوية الثلاث بالتعبير والإفصاح عن عقيدتهم، السماح لهم باتخاذ ما من شأنه الإفصاح عن ديانتهم، مثل قيام البعض منهم بتعليق صورة تدل علي ديانتهم خلف مكتبته، كأن يضع المسلم صورة للكعبة المشرفة أو للمسجد الأقصى، أو أية قرآنية، أو يضع علي مكتبته آية قرآنية أو مجسما للكعبة المشرفة؛ أو أن يضع المسيحي خلف مكتبته صورة للسيدة مريم أو صورة للسيد المسيح أو لأحد الآباء، أو أن يضع صورة للصليب أو مجسم له علي مكتبته؛ وكذا لو كان الموظف يهوديا أن

(1) راجع الطعن رقم 3716 لسنة 8 بتاريخ 14/10/1958 مشار إليه لدى د. فاروق عبد البر، مرجع سابق، ص 175، وما بعدها.

فعلى الرغم من ذلك فإن الأعياد الدينية الإسلامية تعد إجازات رسمية لجميع المصريين، كعيدي الفطر والأضحى والمولد النبوي الشريف؛ إلا أن الأعياد القبطية ظلت بعيدة عن الاعتبار الرسمي لجميع المصريين، إلى عام 2002، حين صدر قرار جمهوري في عهد الرئيس الأسبق حسني مبارك يعتبر عيد الميلاد المجيد، 7 يناير من كل عام، إجازة رسمية للمسلمين والمسيحيين معا.

يضع على مكتبه الشمعدان وهو «رمز يهودي منذ 3000 عام الذي تمت الاستضاءة به في هيكل سليمان طبقاً لما يزعمه اليهود»؟

وهل هذا يتعارض مع مبدأ الحياد الوظيفي الذي يجب أن يتمتع به الموظف العام؟ وذلك في إطار العرف الإداري المصري الذي يسمح للموظفين بممارسة الشعائر الدينية في أوقات العمل الرسمية⁽¹⁾.

يجيب جانب من الفقه علي هذين التساؤلين بشكل غير مباشر بأن الوضع التشريعي في مصر لم ينظم هذه الحالات مثلما فعل المشرع الفرنسي عندما حظر وضع أي علامة دينية داخل مبنى المرفق العام أو خارجه؛ وإن كان العمل في

(1) فوجد مثلاً أن أغلب المصالح الحكومية بها مساجد لأداء الصلوات ده السيد عبد الحميد محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص 152.

وقد قضت محكمة القضاء الإداري الدائرة الأولى يوم الثلاثاء الموافق 2007/1/30 في الدعوتين رقماً 28124 لسنة 58 ق، و28361 لسنة 58 ق بأنه "ومن حيث إن المستفاد مما تقدم أن مبدأ سيادة القانون من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام الحكم الديمقراطي ومؤداه خضوع كافة سلطات الدولة للقانون وذلك في إطار مجموعة من الضمانات الحاكمة لعلاقة هذه السلطات ببعضها البعض حال مباشرة الاختصاصات الدستورية المقررة لكل منها، وإذا كان المشرع الدستوري - قد وسّد - كقاعدة عامة للسلطة التشريعية ولاية سن التشريعات في إطار أحكام الدستور، وعهد إلى السلطة التنفيذية أمر تنفيذ هذه التشريعات، فإن السلطة الأخيرة (التنفيذية) تكون ملزمة دستورياً بمراعاة مبدأ تدرج الأعمال القانونية الذي لا يقف احترامه عند حد التزام السلطة التنفيذية بإصدار قواعد عامة في إطار أحكام القوانين فقط، وإنما عدم الخروج على أحكام التشريعات السارية بأداة من أدوات مباشرة عملها تمثل استعداداً على السلطة التشريعية، وما تصدر عنها من تشريعات منظمة. ومن حيث إن الدساتير المصرية المتعاقبة واستناداً إلى أن الإسلام دين الدولة قد أعلنت من شأن حرية العقيدة لكافة المواطنين كأحد الحريات الأساسية لهم وما يرتبط بها ارتباطاً وثيقاً مثلاً في حرية ممارسة الشعائر الدينية باعتبارها حريتان متكاملتان تمثل الثانية المظهر الحقيقي للأولي، وهذه الوضعية الواقعية والدستورية لكل منهما لا تمنع تمييزاً في تقريرهما فإذا كانت حرية الاعتقاد حرية مطلقة بلا قيد، باعتبارها علاقة بين الإنسان وربه لا يكشف سرها قانون أو يحد من مداها هيئة أو جهة دينية فإن ممارسة هذه الحرية لا تستعصي على تنظيم يشجع حاجه أساسية للأفراد من ناحية ويحفظ النظام العام والقيم الاجتماعية والدينية من ناحية أخرى بيد أن هذا التنظيم محكوم بأن لا يسلب المواطن حقه في إقامة الشعائر، كما أنه يغدو محدوداً وملزماً لسلطات الدولة ومنها السلطة التنفيذية حال سنها قواعد وإجراءات وقرارات لتنظيم ممارسة هذا الحق، وغني عن البيان أن مقتضى ما تقدم التزام يقع على السلطة التنفيذية بأن تستهدي بأحكام التشريعات المنظمة وأن لا تستلب لنفسها وضع قرارات عامة أو فردية تحد من هذه الحرية أو تمنعها دون سند تحت دعاوى الترشيد أو التنظيم أو خلافه".

مصر قد جري علي أن لا تكون هناك أي علامة دينية علي المرفق العام من الخارج فيما عدا دور العبادة، أما من الداخل فليس هناك أي حظر، أما مسألة الحيادية فهي تعني المساواة بين المنتفعين في الحصول علي خدمات المرفق العام ، وليس من بين شروط الحصول علي خدمات المرفق العام والاستفادة منها أن لا تكون هناك أي ملصقات أو مجسمات دينية داخل المرفق العام⁽¹⁾؛ وعلي الرغم من وجهة هذا الرأي إلا أنني أري خلاف ذلك فيجب حظر تعليق أي ملصق يدل علي دين الموظف العام ليس فقط لتجنب المنتفعين من المرفق العام التوجس ولو بشكل خاطئ من الخوف من تعنت الموظف العام لوجود اختلاف في العقيدة بينه وبين الموظف العام؟ بل لدرأ وجود أي احتكاكات غير مبررة قد تحدث بين الموظفين أنفسهم بسبب تلك الملصقات أو العلامات خصوصاً أن هناك قاعدة شرعية في الإسلام الذي هو دين الدولة تقضي بأن درأ المفسدة مقدم علي جلب المصلحة، فما بالنأ أنه لا توجد مصلحة أصلاً في وجود مثل تلك الملصقات أو العلامات داخل المرفق العام التي قد تؤجج لفتنه طائفية غير مبررة الأمر الذي نري معه ضرورة تدخل المشرع بتجريم مثل هذه الأفعال⁽²⁾.

(1) قريب من هذا المعنى د. محمد جمال عثمان جبريل، مرجع سابق، ص 280، 281.
 (2) وهو ما يمكن أن نفهمه من أحكام المحكمة الإدارية العليا في الأحكام المتعلقة بتغيير الديانة فقد قضت في أحد بأن: "حرية العقيدة لها قدرها من السمو والرفعة بما لا يجوز معه أن تكون محلاً للتلاعب، أو سعياً لتحقيق مآرب دنيا، أو إذكاء لصراع بين الحضارات، أو انتصاراً لديانة على أخرى، أو ضرباً للجذور الراسخة للوحدة الوطنية للبلاد، أو اتجاهاً لإحداث ما سمي "الفوضى الخلاقية" بإحداث فوضى طائفية هدامة..". راجع حكم الدائرة الأولى يوم الثلاثاء الموافق 22 / 1 / 2008 في الطعن رقم 12347 لسنة 61 ق.ع.

خصوصاً أن ذلك يؤيده من وجهة نظرنا ما ورد بتاريخ 2011/2/8 عن علماء اللجنة الدائمة لعلماء الموقع الإلكتروني الإسلام سؤال وجواب عند سؤالها عن حكم تعليق اسم الله أو اسم رسوله أو صورة الكعبة على جدران البيت، وهي عادة جارية منذ سنتين وموجودة في كثير من البيوت الإسلامية؟ فردت بأنه لم يعرف عنه صلى الله عليه وسلم أنه كتب سورة من القرآن أو آية منه، أو حديثاً له، أو أسماء الله تعالى على لوحات أو أطباق لتعلق على الجدران أو في الممرات من أجل الزينة أو التبرك، أو لتكون وسيلة للتذكير والبلاغ أو للعتة والاعتبار، ودرج على هديه في ذلك الخلفاء الراشدون وسائر الصحابة رضي الله عنهم، وتبعهم في هذا أئمة الهدى من السلف الصالح الذين شهد لهم النبي صلى الله عليه وسلم أنهم خير القرون من بعده رضي الله

الخاتمة

الموظف العام ملتزم عند أداء وظيفته بخدمة جميع المواطنين بذات الكفاءة مهما كانت عقائدهم أو مذاهبهم، ولا يجوز له أن يستخدم وضعه الوظيفي أو وجوده بالمرفق العام للدعاية أو التبشير لأية ديانة أو الدعوة لأية آراء فلسفية حتى ولو كان يعتقد أنها بصفة شخصية، ونظراً لأن الموظفين العموميين يمثلون نسبة غير قليلة من سكان أي مجتمع، وبالتالي يتمتعون بذات الحقوق التي يتمتع بها أي مواطن عادي والتي منها بالطبع حرية العقيدة والعبادة، وتختلف حرية العقيدة عن حرية العبادة في أن الثانية هي المظهر الخارجي للجوهر الكامن في أعماق الإنسان والذي تمثله الأولي، ونظراً لأن الموظفين العموميين يمثلون طبقة اجتماعية متميزة لها نظامها القانوني الخاص، وتمتع بامتيازات خاصة تفرض عليها أعباء وواجبات خاصة تقتضيها طبيعة الوظيفة بوصفها عملاً يؤدي لحساب السلطة العامة في الدولة مستهدفاً أصلاً تحقيق المصلحة العامة، الأمر الذي يجعل الموظف العام ليس حراً حرية تامة كالمواطن العادي، فعلاقة الموظف بالجهة الإدارية التي يعمل بها هي علاقة تنظيمية لأخية تحكمها القوانين واللوائح المتصلة بتنظيم الوظائف العام، وهي التي تحدد حقوقه وواجباته، وقد حاولنا في هذا البحث القاء الضوء على مفهوم الحياد الوظيفي ومدى تأثير الحرية الدينية للموظف العام بهذا المفهوم في دولتين من دول

عندهم، فلم يكونوا يكتبون شيئاً من القرآن ولا الأحاديث النبوية الصحيحة ولا أسماء الله الحسنى على ألواح أو على أطباق أو أمشة، ليعلقوها على الجدران للزينة أو التذكير والاعتبار. كما أن: الله تعالى أنزل القرآن موعظة وشفاء لما في الصدور، وهدى ورحمة للمؤمنين، وليكون حجة على الناس، ونورا وبصيرة لمن فتح قلبه له، يتلوه ويتعبد به، ويتدبره، ويتعلم منه أحكام العقائد والعبادات والمعاملات الإسلامية ويعتصم به في كل أحواله، ولم ينزل ليعلق على الجدران زينة لها، ولا ليجعل حروزا وتماثم تعلق في البيوت أو المحلات التجارية ونحوها؛ صيانة وحفظاً لها من الحريق واللصوص، وما شابه ذلك مما يعتقده بعض العامة، وخاصة المبتدعة - وما أكثرهم - فمن انتفع بالقرآن فيما أنزل من أجله فهو على بينة من ربه وهدى وبصيرة، ومن كتبه على الجدران أو على خرق تعلق عليها ونحو ذلك؛ زينة أو حرزا وصيانة للسكان والأثاث وسائر المتاع فقد انحرف بكاتب الله أو بآية أو بسورة منه عن جادة الهدى، وحاد عن الطريق السوي والصرط المستقيم، وابتدع في الدين ما لم يأذن به الله ولا رسوله صلى الله عليه وسلم قولاً أو عملاً. راجع موقع الإسلام سؤال

وجواب على شبكة الإنترنت: <https://islamqa.info/ar/159295>

العالم دولة تعتنق العلمانية كذهب وديانة للدولة وهي فرنسا فلا دين تدعمه أو تبناه الدولة، ودولة تعتنق الإسلام كذهب ودين للدولة وهي دولة مصر.

وتطرقنا في هذا البحث لحرية العقيدة في كلا البلدين والتي يتضح منهما أنهما لا يختلفان تقريبا في تبنيهما لحرية العقيدة وعدم وجود تأثير لمعتقد الموظف العام علي تعيينه أو ترقيه، إلا أن هناك مجموعة من الوظائف اشترط فيها المشرع المصري صراحة علي من يعمل بها اعتناقه لديانة معينة واستمراه في اعتناق تلك الديانة وهي الوظائف المرتبطة بالدين بشكل مباشر أو غير مباشر مثل التدريس في الأزهر وكهان الكنائس، والمأذون، والترابي وخلافه، كما أن في فرنسا كان يتم استبعاد كل من له معتقد ديني وتعليم ديني من العمل بالتدريس وذلك خشية التأثير علي أفكار الطلاب وتوجيههم نحو اعتناق دين معين، وظل مجلس الدولة الفرنسي في فترة طويلة من الزمن يؤيد ذلك ويدعمه ثم حاول أن يخفف من حدة ذلك باشتراط شروط أخرى مثل إعلان الشخص عن عقيدته لحرمانه من التوظيف في مثل تلك الوظائف، وعلي الرغم من أن هناك وزراء مسلمين الآن في الحكومة الفرنسية إلا أنها وزارات فرعية غير سيادية وهو ما يحدث في مصر من تولي المسيحيين حقائب وزارية فرعية غير سيادية.

واستعرضنا موقف كل من فرنسا ومصر من مسألة حرية ممارسة الشعائر الدينية والتي تتمثل في السماح بالصلاة في أوقات العمل وأماكنه والحصول علي الإجازات في الأعياد الدينية مدفوعة الأجر، والتي ظهر فيها منع فرنسا لموظفيها العموميين من الصلاة والعبادة في أوقات العمل مع منح المسيحيين فقط إجازة مدفوعة الأجر في أعيادهم الدينية دون الديانات الأخرى، كما أنها تمنع ارتداء الرموز الدينية مثل الصليب الكبير ونجمة داود والقلنسوة اليهودية والحجاب الإسلامي في أماكن العمل وبالتالي تمنع النقاب الذي منع الظهور به في الأماكن العامة، وظهر من ذلك أن مصر كدولة تعتنق الإسلام دينها لها أفضل من فرنسا كدولة علمانية في نطاق حرية ممارسة العقيدة للموظف العام من فرنسا فهي تعترف لمعتنقي الأديان السماوية الثلاث بالحق في التبعدين في أوقات العمل فيتم منح

المسيحيين ساعتين صباحيتين كل يوم أحد للصلاة مثلاً كما يمنحوا هم واليهود إجازات مدفوعة الأجر في أعيادهم الدينية، بل يمنحوا إجازة أيضاً في أعياد المسلمين بل زيادة في تدعيم مبدأ المواطنة تم منح المصريين بصفة عامة يوم 7 يناير عيد ميلاد السيد المسيح عليه السلام إجازة رسمية مدفوعة الأجر لكل المصريين، كما لا تتمتع أحد من التعبير عن ديانتهم بشرط أن تكون أحد الديانات السماوية الثلاث المعترف بها، بيد أن هناك وظائف معينة في تمنع ارتداء النقاب وتربية اللحية كمظهر إسلامي تعدي وقد أيد مجلس الدولة المصري هذا الاتجاه حيث قرر أن منع النقاب مثلاً جائز بشرط ألا يكون بصفة مستمرة بل يقتصر على أوقات معينة وفي وظائف معينة تقتضيها طبيعة تلك الوظائف، أما بالنسبة للحجاب فهو أمر قد قضى مجلس الدولة بأحقية النساء فيه، ولا يجوز بأي حال من الأحوال منعهم منه.

وفي النهاية يجب على الدولة أن تعدل نصوص قانون الوظيفة العامة ليحدد على وجه التحديد الوظائف التي لا يجوز فيها تربية اللحية أو النقاب حتى يتسنى لمن يرغب في شغلها تبيين الالتزامات التي ستقع عليه بسبب التحاقه بتلك الوظائف، كما يمكن لشاغليها بالفعل الاختيار بين الاستمرار فيها أو طلب الانتقال لوظائف مناظرة لا تلزمهم بذلك بذات المميزات المالية والأدبية، كما يجب التأكيد على ضرورة عدم تعليق الرموز والملصقات الدينية داخل المؤسسات الحكومية، وتحديد أثر تغيير الديانة على بقاء الموظف في وظيفته العامة حال تكراره للتغيير حتى لا تصبح الحرية الدينية وسيلة للإساءة للأديان.

المراجع

أولاً: المراجع العربية:

د. أحمد فتحي سرور: العلاقة بين حرية التعبير وحرية العقيدة، منشور على شبكة الإنترنت على موقع: <http://hccourt.gov.eg>.

د. أحمد عبد الغني محمد عبد القادر: ممارسة الموظف العام للحريات الدينية والسياسية في النظم الوضعية والإسلامية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 2012.

د. أشرف جابر: حرية التعبير واحترام المعتقدات الدينية (نظرة نقدية في القانون الفرنسي)، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي السادس لكلية الحقوق جامعة حلوان تحت عنوان «احترام الأديان وحرية التعبير عن الرأي»، والمنعقد في الفترة من 3-4 مايو 2015.

د. السيد عبد الحميد محمد عبد القادر: ممارسة الموظف للحريات العامة في القانون الإداري والقانون الدولي، رسالة دكتوراه، حقوق أسيوط، 2002.

تقرير منظمة العفو الدولية الصادر في أبريل 2012، تحت عنوان «الاختيار التعصب التمييز ضد المسلمين في أوروبا»، الوثيقة رقم EUR01/002/2012.

د. حسام الدين كامل الأهواني: الاتجاهات الحديثة لمحكمة النقض في سبيل الحد من الغش في تغيير العقيدة، «بحث في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين»، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، العدد الأول، السنة الخامسة عشر، يناير 1973.

أ. رافع محمد تحت عنوان: حجاب المذيعات. . جدل فقهي وسياسي وإعلامي، علي موقع الجزيرة الإلكتروني: <http://www.aljazeera.net/news>

د. رفعت عيد سيد: حرية الملبس في مرفق التعليم دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر بخصوص مسألة الزي الإسلامي، دار النهضة، دون تاريخ.

أ. سهام رحال: حدود الحق في التعبير في القانون الدولي لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون، جامعة الخضر -باتنة - الجزائر، 2010-2011.

د. عبد الله محمد حسين: الحرية الشخصية في مصر، بدون ناشر، بدون تاريخ.

د. عبد المنعم فهمي مصطفى: عمال الإدارة وحرية الرأي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 1977.

- د. علا فاروق صلاح عزام: المسؤولية المدنية للعامل عن ممارسة حرية الرأي الديني في مكان العمل دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي السادس لكلية الحقوق جامعة حلوان تحت عنوان «احترام الأديان وحرية التعبير عن الرأي»، والمنعقد في الفترة من 3-4 مايو 2015.
- د. طارق حسنين الزيات: حرية الرأي لدي الموظف العام «دراسة مقارنة مصر وفرنسا»، دون ناشر، الطبعة الثانية، 1998.
- د. فاروق عبد البر: دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، الجزء الثاني، دون ناشر، 1991.
- د. ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- د. مجدي مدحت النهري: قيود ممارسة الموظف العام للحقوق والحريات السياسية، مكتبة الجلاء الحديثة، المنصورة، 2001.
- د. مجدي مدحت النهري: مبدأ المساواة في الحقوق العامة، مكتبة الجلاء الحديثة، المنصورة، 2002.
- د. محمد جمال عثمان جبريل: العلانية والنظام القانوني دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في القانون العام، بدون ناشر، 2000.
- د. محمد حسنين عبد العال: الحريات السياسية للموظف العام، دون ناشر، 1981.
- د. محمد صلاح عبد البديع السيد: الحماية الدستورية للحريات العامة بين المشرع والقضاء، دار النهضة العربية، 2009.
- د. محمد عبد الحميد أبو زيد: المرجع في القانون الإداري، دار النهضة العربية، 1999.
- د. محمد عبد العال السناري: نظم وأحكام الوظيفة العامة والسلطة الإدارية والقانون الإداري في جمهورية مصر العربية دراسة مقارنة، دون ناشر، دون تاريخ.
- د. محمد علي علي عبد السلام: الدور السياسي للقضاء الإداري دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق حلوان، 2014.
- أ. مي عزام، جريدة المصري اليوم، بتاريخ 9/9/2015، العدد 4105.
- أ. هبه بوكر الدين: مدى مشروعية حظر ارتداء الحجاب والنقاب في فرنسا، المجلة العربية لعلم الاجتماع، العدد 25، الصادر في 7/3/2014.

أ / هناده السيد عفاش، جريدة الشرق الأوسط، بتاريخ 2010/7/1 متاح علي شبكة الإنترنت علي موقع <http://www.france24.com>

ثانياً: المراجع الأجنبية:

- Carbajo (J), droit des services publics, mementos dalloz, 1990.
 . Claude-Albert Colliard: Libertés publiques. 5^eéd, Dalloz, 1975
 Jeze: Les Prin gener. du dr. adm. T. 1,1925.
 Tribunal administrative de lyon,8 juillet 2003,Mlle Nadjet Ben A.
[http://: www. Rajf. fr.](http://www.Rajf.fr)
Justin Vaïsse, VEILED MEANING, THE FRENCH LAW BANNING RELIGIOUS SYMBOLS IN PUBLIC SCHOOLS THE BROOKINGS INSTITUTION, U. S. -FRANCE ANALYSIS SERIES, March 2004.
M. Hauriou: Precis de dr. adm. 1927.
Pierre Henri prélot, Les religion et l'égalité en droit français, Revue du droit public,n°3,2011.

أهمية الوفاء الإلكتروني في الأداء والتأمين

بقلم: د / معزوز دليلة*

ملخص

أصبحت الوسائل الكلاسيكية للوفاء بالثمن نادرة الاستعمال في البيوع المبرمة إلكترونياً، مما أدى إلى بروز الوفاء الإلكتروني الذي يتفق وشروط التجارة الإلكترونية، وكان سبباً في نجاحها من خلال تشجيع الوفاء باستخدام البطاقات البنكية الإلكترونية أو النقود الإلكترونية.

غير أن اختراق وقرصنة البيانات المصرفية تستلزم تطبيق آليات تأمين تقنية وقانونية تضمن أسرار وأموال مستخدمي هذا الوفاء.

الكلمات المفتاحية: الوفاء الإلكتروني - البطاقة البنكية الإلكترونية - النقود الإلكترونية - أخطار الدفع الإلكتروني - أنظمة تقنية وقانونية للوفاء - التشفير - الحوائط النارية.

Résumé

Les moyens classiques de paiement sont moins utilisables dans les contrats de vente électronique ; ainsi fut l'apparition du paiement électronique cohérent avec la nature du commerce électronique et a été la raison de son succès. Il s'effectue en utilisant diverses cartes bancaires électroniques ou monnaie électronique. Mais la piraterie et la pénétration aux relevés bancaires impose l'application des mécanismes d'assurance techniques et juridiques pour préserver les informations personnelles et données bancaires de ces utilisateurs.

Mots clés: Paiement électronique - Carte bancaire électronique- Monnaie électronique - Les dangers du Paiement électronique - Les mécanismes d'assurance techniques et juridiques- Cryptage-Pare-feu.

Abstract

The classic means payment are not used in electronic sales

* أستاذة محاضرة قسم (ب) بكلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة البويرة - الجزائر.

contracts, that way the appearance of electronic payment become, so it is coherent with nature of e-commerce and the reason for its success. It effects using various electronic bank cards or E-money . However, the piracy and penetration bank statements required to devote insurance mechanisms technical and legal for protecting private informations and statements account of its users.

Keywords: Electronic payment - Electronic banking card - Electronic -money- The dangers of electronic payment-Technical and legal systems - Encryption - Firewalls.

مقدمة

يعد ركن الثمن ركناً جوهرياً في عقود البيع، بحيث يلتزم المشتري بدفعه للبائع نظير حصوله على محل العقد وبلوغ مقاصده فيه. الوفاء بالثمن كان يدفع على شكل نقود (أي معادن) أو أوراق نقدية، لكن بفضل تطور العلم والتكنولوجيا تغير نمط البيع والشراء من بيع تقليدي إلى بيع إلكتروني، أو ما يسمى بالتجارة الإلكترونية، فأصبح الوفاء بالثمن بواسطة أوراق مالية وأخرى إلكترونية، حتى وصلنا إلى النقود الرقمية.

لذا، فالوسائل التقليدية للوفاء بالثمن لم تعد صالحة أو ناجعة لتنفيذ هذا الالتزام في البيع الإلكتروني، وهذا ما أدى إلى ابتكار هذه الوسيلة الجديدة للوفاء الإلكتروني التي تفتق وطبيعة التجارة الإلكترونية.

وبالرغم من الإيجابيات الموجودة في الوفاء الإلكتروني، برزت عدة سلبيات عرفها البيع الإلكتروني بشأنه، مثل إمكانية دخول المخترقين عن طريق التجسس والتلصص إلى مواقع الناس عبر شبكة الانترنت للحصول على المعلومات الشخصية المتعلقة بأصحاب البطاقة البنكية، منها رصيدهم الحسابي، أو هويتهم لاستنساخها واستعمالها لمصالحهم الخاصة.

ولهذا وأمام هذه الأخطار التي تواجه المواقع الإلكترونية للأشخاص؛ لا بد من إيجاد حماية لها، بواسطة استعمال آليات تأمينية تحمي مواقع الناس التي تحمل أسرار مختلفة، منها المتعلقة بأموالهم، كما تسمح بإجراء المعاملات المالية الإلكترونية في جو الطمأنينة والثقة.

من أجل ذلك ارتأينا البحث في هذا الموضوع من خلال تحليل الإشكالية التالية: مدى اعتبار الوفاء الإلكتروني وسيلة فعالة وآمنة لتحقيق حماية لمستخدميه؟ وسوف نعالجها من خلال مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الوفاء الإلكتروني. وتناول فيه: تعريف الوفاء الإلكتروني خصائصه وشروطه (مط 1)، أداء الوفاء الإلكتروني (مط 2).

المبحث الثاني: تأمين الوفاء الإلكتروني وتناول فيه: أخطار الوفاء الإلكتروني (مط 1)، وسائل تأمين الوفاء الإلكتروني (مط 2).

المبحث الأول: مفهوم الوفاء الإلكتروني

يترتب عن الالتزام بتسليم المبيع عند تنفيذ عقد البيع من قبل المورد أو البائع التزام الوفاء بالثمن من قبل المشتري؛ فقد تكون وسائل الوفاء بصورة تقليدية أي نقداً، أو بوسيلة بديلة كالشيكات أو غيرها، فلا تصلح هذه الوسائل المادية في تسهيل التعامل الذي يتم في بيئة افتراضية (كعقود البيع الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت)؛ لذا كانت الأهمية في ابتكار أسلوب سداد يتفق مع طبيعة التجارة الإلكترونية، وهو الدفع الإلكتروني⁽¹⁾ الذي يتلاءم وهذا البيع الجديد المبرم عبر الانترنت، ويسمى الدفع بالنقود الإلكترونية التي تطورت بفضل المعلوماتية إلى نقود رقمية⁽²⁾ ذات صفة لا مادية، وهي ضرورية للإنسان⁽³⁾.

هذا الوفاء الإلكتروني عرّف بعدة تعريفات فقهية وقانونية، ومن خلالها اكتسب طابعاً مميزاً، وهو ما يدفعنا للتعرض إلى مفهومه؛ من خلال تعريفه، وذكر خصائصه (المطلب الأول)، إضافة إلى ذكر أنواعه في (المطلب الثاني).

(1) - مراد محمود يوسف مطلق، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2007، ص 359.

(2) - ZERAH. Dov, La monnaie, Paris, éd de Fallois, 1996, P 9.

(3) - WERY. Etienne, Paiement électronique, droit européen français et belge, éd Larcier, 2007, P 14.

المطلب الأوّل: تعريف الوفاء الإلكتروني، خصائصه وشروطه

يترتب عن تنفيذ العقد الإلكتروني التزام بالوفاء الإلكتروني من قبل الزبون أو المشتري، غير أنّ وسائل الدفع المعتمدة في هذا النوع من المعاملات مختلفة عن تلك المعروفة في البيع العادي؛ وهذا نظراً لعدم تناسب هذه الوسائل مع عقد بيع يرم وينفذ في البيئة الافتراضية التي تتطلب وسائل مستحدثة وتقنية لتسهيل التعامل فيها.

لذا، يلتزم المتعاقد بتقديم مقابل معين لا بد من الوفاء به، يتسم بطابع مميز، وله شروط معينة وجدناها في التعريفات المختلفة لهذا الوفاء الإلكتروني، والمتضمنة لخصائصه وشروطه المتباينة مع الوفاء العادي.

الفرع الأوّل: تعريف الوفاء الإلكتروني

لقد تمت معالجة الوفاء الإلكتروني من قبل بعض التشريعات المنظمة للبيع الإلكتروني، غير أنّ هناك من تطرق لتعريفه عبر وسائله، وهناك من قدم تعريفاً خاصاً له؛ فقد جاء في المادة 25 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني⁽¹⁾ بأنه: «يعد تحويل الأموال بوسائل إلكترونية وسيلة مقبولة لإجراء الدفع، ولا يؤثر هذا القانون بأية صورة كانت على حقوق الأشخاص المقررة بمقتضى التشريعات ذات العلاقة نافذة المفعول». فالوفاء بالتزامات المالية إلى الطرف الآخر في العقد بإحدى الوسائل الإلكترونية سواء كانت أوراقاً تجارية إلكترونية أو نقوداً إلكترونية أو بطاقات ائتمان، أو أي وسيلة إلكترونية يتم الوفاء بها من خلال التعاقدات التي تبرم عبر الانترنت.

والمشرع التونسي اكتفى بتعريف وسيلة الدفع الإلكترونية في الفصل الأوّل من قانون التجارة الإلكترونية⁽²⁾ بأنها: «الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكات العمومية كالاتصالات».

(1) - قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001، الجريدة الرسمية، العدد 4524، صادر بتاريخ 31 ديسمبر 2000.

(2) - قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000، مؤرخ في 9 أوت 2000، الجريدة

أما قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي⁽¹⁾، فعرف الوفاء الإلكتروني بأنه: «قبول الرسوم أو أية مدفوعات أخرى في شكل إلكتروني».

وعرفه قانون التجارة الإلكترونية المصري⁽²⁾ في الفصل الأول المادة الأولى بأنه: «الوفاء بالتزام نقدي بوسيلة إلكترونية كالشيكات والكمبيالات الإلكترونية وبطاقات الدفع الممغنطة وغيرها».

من خلال هذه التعاريف، يتبين لنا أنّ الوفاء الإلكتروني هو أداء ثمن سلعة أو خدمة، يتم عبر وسائط إلكترونية.

الفرع الثاني: خصائص الوفاء الإلكتروني

تميّز الوفاء الإلكتروني عن الوفاء العادي بعدة خصائص جعلته يختلف عن هذا الأخير، وهي:

- 1- كون الوفاء الإلكتروني وسيلة من وسائل الدفع عن بعد، وذلك باستعمال شبكة الانترنت لتنفيذ فعال وسريع للالتزام بالوفاء بين أطراف متباعدة.
- 2- يتم الوفاء الإلكتروني باستخدام كل الوسائل المختلفة والإلكترونية للوفاء، مثل النقود الإلكترونية، أو البطاقات البنكية الإلكترونية وغيرها.
- 3- الوفاء الإلكتروني وسيلة تنسم بالطبيعة الدولية، أي إنها مقبولة في جميع دول العالم لاستخدامها في عملية تسوية الحساب في المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر شبكة أو فضاء إلكتروني.
- 4- الوفاء الإلكتروني يتم عبر النقود الإلكترونية التي تعد شكلا جديدا من أشكال النقود التي لا تتركز على المعدن أو الورق، وإنما على التكنولوجيا والرياضيات والعلوم⁽³⁾.
- 5- الوفاء الإلكتروني يتم عن طريق استعمال وسائل التشفير⁽¹⁾ لتفادي

الرسمية للجمهورية التونسية، العدد 64، الصادر بتاريخ 11 أوت 2000.

(1) - قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم 02 لسنة 2002، الصادر بتاريخ 12 فيفري 2002.

(2) - قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة 2000.

(3) - أحمد السيد لبيب إبراهيم، الدفع بالنقود الإلكترونية، الماهية والتنظيم القانوني، دراسة تحليلية مقارنة، دارا لجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 111.

تداول البيانات على الشبكة.

الفرع الثالث: شروط الوفاء الإلكتروني

يستلزم نظام الوفاء الإلكتروني لتسوية المعاملات الإلكترونية عبر الانترنت، وجود عدة شروط قانونية وفنية لحماية المتعاقدين المتعاملين به، وتمثل فيما يلي:

أولاً: توفير نظام مصرفي عام (أي القبول العام)⁽²⁾ وتسهيل المعاملات

يعتمد الوفاء الإلكتروني على ضرورة توفير القبول العام لهذه الوسيلة من جانب الأفراد والشركات والمؤسسات، وكل الدول المبرمة لهذا النوع من المعاملات الإلكترونية، حتى يتم استخدامها للدفع وتسوية الحسابات في هذا الفضاء الإلكتروني.

فبمجرد حدوث هذا القبول، يتم إعطاء أمر الدفع وفقاً لمعطيات إلكترونية، التي تسمح بالاتصال المباشر بين أطراف هذا العقد، وذلك دون حاجة للإجراءات المعقدة التي قد تصاحب بطاقة الائتمان، بل تتغير تلك الإجراءات بصورة وأساليب الأمان المتبعة في هذا المجال.

من خلال ما تقدم؛ فالوفاء الإلكتروني يعد وسيلة مصرفية إلكترونية ذات طابع دولي تسمح للمتعاقدین تنفيذ الالتزام بالوفاء بسرعة وسهولة.

ثانياً: توفير السرية التامة للبيانات وعنصر الأمان⁽³⁾

يشترط الوفاء الإلكتروني لجوء الجهة التي تقدم خدمة الدفع الإلكتروني بمهمة الالتزام بالسرية التامة للبيانات المتعلقة بأطراف العقد، حيث يتم تحديد أطراف

(1) - التشفير أي Encryption ou cryptage: هو وسيلة لحماية ما يتم من مراسلات ونقل معلومات وبيانات على شبكة الانترنت بصفة دائمة، وتم بعدة طرق: التشفير باستخدام المفتاح العام، أو التشفير باستخدام المفتاح الخاص.

للمزيد من المعلومات راجع: السيد أحمد عبد الخالق، التجارة الإلكترونية والعملية، الطبعة 2، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر الجديدة، 2008، ص 106-107، محمد فواز المطلقة، النظام القانوني للعقود الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت، دراسة مقارنة، 2008، عمان، الأردن، ص 159.

(2) - طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الإلكتروني (بحث في التجارة الإلكترونية)، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص 98 - 99.

(3) - المرجع أعلاه، ص 98 - 99.

عملية الوفاء التي تتم بطريقة مشفرة، بحيث لا يظهر فيها الرقم البنكي على شبكة الانترنت، وكذلك المبلغ المدفوع في هذه العملية.

فهذه السرية في التعامل ستؤدي إلى زرع الثقة بين المتعاقدين، أي إن الرسالة المرسله هي الرسالة المستقبلية عن طريق البصمة الرقمية والتحقق من شخصية صاحب بطاقة الائتمان وشخصية البائع، مما يزيد من استمرارية وفعالية هذه الوسيلة لتيسير التجارة الإلكترونية، ويكون هذا الوفاء الإلكتروني مفتوحا بين المستخدمين من كل أقطار العالم⁽¹⁾.

المطلب الثاني: تنفيذ الوفاء الإلكتروني

الوفاء الإلكتروني يستند لتنفيذه على إيجاد عدة وسائل اخترعها التقدم التكنولوجي، وهذه الوسائل تتمثل في الوفاء بالبطاقات البنكية، أو الدفع بالتحويل الإلكتروني، أو الدفع من خلال الوسائط الإلكترونية المصرفية مثل: الهاتف المصرفي، خدمات المقاصة الإلكترونية، الانترنت المصرفي، أو بواسطة الوسائط الإلكترونية الحديثة (الدفع باستعانة الوسيط أو بالشيكات الإلكترونية أو بالنقود الإلكترونية).

الفرع الأول: الوفاء بالبطاقات البنكية (البطاقات الائتمانية) والنقود الإلكترونية

عرفت هذه البطاقات انتشارا مذهلا، وأصبحت وسيلة ناجحة للتسويق، وتعد مظهرا راقيا وعصريا له. كما تعتبر أول وسيلة تم الاعتماد عليها في عمليات الوفاء بالثمن في التعامل الإلكتروني؛ لكونها وسيلة سهلة وسريعة، وتغني عن التداول النقدي المباشر. هذه البطاقة البنكية شهدت هي الأخرى عدة أنواع، وهي على التوالي: بطاقة السحب المباشر، بطاقة الوفاء، بطاقة ضمانات الشيكات وبطاقة الائتمان، ثم البطاقة الذكية والموندكس. بالإضافة إلى ذلك، ظهرت وسيلة أخرى للوفاء تسمى بالنقود الإلكترونية التي تعد أهم وسيلة دفع إلكتروني لهذا النوع من المعاملات.

(1) - محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 97-98.

لذا، سوف نتطرق بالشرح للبطاقات البنكية (أولاً)، ثم النقود الإلكترونية (ثانياً).

أولاً: البطاقات البنكية

1- **تعريف البطاقات البنكية:** تعددت تعريفات بطاقة الائتمان؛ بعضها اهتم بإبراز كيفية الحصول على هذه البطاقة وكيفية استخدامها، غير أن تعريفات أخرى اعتمدت على وصفها الخارجي، وأخرى اهتمت بمضمونها.

فقد تمّ تعريفها بأنها بطاقة خاصة يصدرها المصرف لعميله، يمكنه من الحصول على السلع والخدمات من محلات أو أماكن معينة عند تقديمه هذه البطاقة؛ فيقوم بائع السلعة أو الخدمات بتقديم الفاتورة إلى المصرف مصدر الائتمان فيسدد قيمتها له⁽¹⁾، وذلك بخفض مبالغ الشراء من حساب العميل (أي صاحبها).

وهي لدى رأي فقهي آخر⁽²⁾: ما يصدر في شكل معطيات إلكترونية للثمن النقدي بما يتلاءم مع صور استعماله.

وعموماً تعرف بطاقة الائتمان بأنها بطاقة بلاستيكية مستطيلة الشكل، تحمل اسم وشعار البنك الذي أصدرها، كما تحمل اسم وتوقيع حاملها ورقم حسابه وتاريخ انتهاء صلاحيتها، كما أنها تحتوي على رقم سري⁽³⁾. هذه البطاقة تمكن صاحبها من سحب المبالغ النقدية من أجهزة السحب المختلفة، أو تقديمها كأداة وفاء مقابل السلع والخدمات المتحصل عليها من مراكز البيع، وذلك كبديل للنقود.

كما تمثل هذه البطاقة قاعدة بيانات ثبتت هوية صاحبها، وأكثر من ذلك، فإنها تتمتع بسرعة وسهولة الاستعمال بين صاحبها والبنك، أو البنوك فيما بينها.

(1) - كميّ طالب البغدادي، الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان، المسؤولية الجزائية والمدنية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 53-54.

(2) - ESPAGNON. M, Le paiement d'une somme d'argent sur Internet : Evolution ou révolution du droit des moyens de paiement, J.C.P.G, 1999.

(3) - نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، العدد 02، جامعة الكويت، يونيو 2008، ص 163 إلى 313.

2- أنواع البطاقات البنكية: تعددت البطاقات البنكية استنادا لهدف إصدارها؛ فقد يكون تجاريا أو مصرفيا أو للوفاء بدين أو ضمان للشيكات. إضافة لهذه الأنواع، هناك ما يسمى بالبطاقة الذكية وبطاقة الموندكس؛ لذا سوف نتطرق فيما يلي بشرح هذه الأنواع بنوع من التفصيل.

أ - بطاقة الائتمان أو البطاقة البلاستيكية: تعتبر هذه البطاقة من أشهر وسائل الوفاء الإلكتروني وأكثرها انتشارا، خاصة على مستوى البيع الإلكتروني. تقوم البنوك والمصارف بإصدارتها، وذلك في حدود مالية معينة يتم إيداعها في حساب لديها ينحصر حاملها. ومن أشهر بطاقات الائتمان المستخدمة عبر الانترنت، نذكر على سبيل المثال: البطاقة الزرقاء، بطاقة السحب المباشر. وما تجدر الإشارة إليه، أن البنوك لا تمنح هذه البطاقة إلا بعد التأكد من الزبون والحصول منه على ضمانات عينية أو شخصية كافية⁽¹⁾، ولكل بطاقة حد للسحب، لا يجوز تجاوزه في الدفع أو السحب⁽²⁾.

ب - بطاقة السحب الآلي: هذه البطاقة صادرة من البنوك أو الهيئات المالية المؤهلة قانونا مثل المؤسسات المصرفية والمالية. فبواسطة هذه البطاقة يستطيع صاحبها سحب أموال بعد أن يتم فتح حساب باسمه ويودع فيه مبلغ مالي محدد. تستخدم هذه البطاقة في إطار جغرافية الدولة، وقد تتسع حسب ربط أجهزة الصرف بدول أخرى.

ج - بطاقة الوفاء: هي بطاقة تسمح لصاحبها سداد مقابل ما اشتراه من سلع، وذلك بواسطة تحويل المقابل من حسابه إلى حساب المتعاقد الآخر، ويتم ذلك بعد تقديم البطاقة إلى تاجر المتجر لتدوين بيانات حاملها، الذي يوقع على فاتورة الشراء التي يتم استنساخها لعدة نسخ، وترسل واحدة منها للبنك الخاص بالزبون الذي يرجع على حاملها.

(1) - عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع المبرم عبر الانترنت، دراسة تحليلية، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص ص 114-115.
(2) - محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 204.

د- بطاقة ضمانة الشيكات: تحتوي هذه البطاقة على اسم العميل وتوقيعه ورقم حسابه، والحد الأقصى الذي يتعهد بالوفاء به. يقوم العميل بالوفاء عن طريق إبراز هذه البطاقة للمستفيد والتوقيع على الشيك في حضور المستفيد الذي يقوم بتسجيل رقم البطاقة وراء الشيك⁽¹⁾، حيث يلتزم البنك مصدر البطاقة بالوفاء بقيمة الشيك للمستفيد، بغض النظر عن وجود رصيد يغطي قيمة الشيك أو عدم وجود هذا الرصيد، بحيث إن المصدر لا يستطيع الرجوع على المستفيد لعدم حصوله على قيمة الشيك لأي سبب كان مثل عدم وجود رصيد أو عدم وفاء الساحب⁽²⁾.

هـ- البطاقة الذكية: تعد البطاقة الذكية بطاقة بلاستيكية ذات مواصفات تمّ تحديدها من قبل منظمة ISO⁽³⁾، وتحتوي هذه البطاقة على رقاقة إلكترونية، وهي بمثابة حاسب آلي يتم تخزين البيانات الخاصة بحاملها، كما أنّها تمثل حماية كبيرة ضد التزوير وسوء الاستخدام في حالة السرقة.

ثانيا: النقود الإلكترونية

لقد أصبحت النقود الإلكترونية وسيلة فعالة لا يمكن الاستغناء عنها في الوفاء الإلكتروني، هذه النقود عرفت بالنقود الرقمية، إلا أنّ هناك فرقا بينهما؛ فالأولى مختلفة ومتنوعة كما سبق الإشارة إليه، أما الثانية فهي نقود تتحول باستعمال الانترنت إلى معلومات وبيانات رقمية تحتاج إلى سرية وأمانة، وأنّ الصفة اللامادية لهذه النقود هي ضرورة ولازمة للإنسان⁽⁴⁾. فيما يلي نتعرض لتعريف هذه النقود وذكر خصائصها ثم أنواعها.

1- تعريف النقود الإلكترونية وخصائصها: عرفها الفقه بأنّها: «سلسلة الأرقام التي

تعبّر عن قيم معيّنة تصدرها البنوك التقليدية أو البنوك الافتراضية لمودعيها، ويحصل

(1) - لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، بن عكنون، 2010-2011، ص 85.

(2) نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 90.

(3) - ISO: يقصد بها المنظمة الدولية للمواصفات القياسية International Standard Organisation.
(4) - WERY. Etienne, Paiement électronique, droit européen français et belge, éd Larcier, 2007, p14.

عليها في صور نبضات كهرومغناطيسية على البطاقة الذكية، ويستخدمها هؤلاء لتسوية معاملاتهم التي تتم إلكترونياً»⁽¹⁾.

كما تم تعريفها من قبل القرار الأوروبي رقم 2000/46، بأنها: «قيم نقدية مخلوقة من المصدر مخزنة على وسيط إلكتروني، وتمثل إيداعاً مالياً، وتكون مقبولة كوسيلة دفع من قبل الشركات المالية غير الشركة المصدر»⁽²⁾.

لذا، مهما تنوعت واختلفت تعريفات النقود الرقمية فهي أنجع وسيلة في الوفاء الإلكتروني؛ نظراً لاكتسابها ميزات أو خصائص كثيرة.

2- خصائص النقود الإلكترونية: تتمتع هذه النقود بخصائص متنوعة وهامة، نذكر

منها:

- كونها ذات سرية وخصوصية، وهذا ما يدخل الطمأنينة في نفوس المتعاملين بها.

- إمكانية التحقق من هوية حاملها من خلال التوقيع الإلكتروني، ومفاتيح الشفرة العامة والخاصة.

- تساعد على بعث الثقة بين المتعاملين، مما يجعل صاحبها غير قادر على إنكار القيام بالدفع بعد إتمامه⁽³⁾.

- هي وسيلة سريعة وفورية في التعاملات المالية، وذلك دون حاجة لوساطة.

3- أنواع النقود الإلكترونية: تنقسم هذه النقود إلى نوعين هما: نقود المخزون

الإلكتروني والنقود الائتمانية الإلكترونية. يتطلب النوع الأول تخصيص مبالغ في حافظه نقود إلكترونية؛ فيتم التخزين على بطاقة لها ذاكرة غير قابلة للاستعمال بعد انتهاء المبالغ المحملة عليها. بمعنى أنّ المبلغ المخصص على البطاقة لا يكون ثابتاً عليها، بل على ذاكرة الحاسوب الخاص بالبنك أو الجهة التي تقدم خدمة الدفع

(1) - نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص 121.

(2) - قرار أوروبي رقم 2000/46 صادر في 2000/12/18.

(3) - جلال عابد الشورى، وسائل الدفع الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص ص 69-70.

الإلكتروني، حيث يقوم العميل بالحصول على وحدات النقد الإلكتروني من البنك بالكمية التي يرغب فيها، ثم يطلب وضعها في محفظة النقود التي اختارها، ويتم وفاء المشتري للبايع عن طريق البنك المصدر للعملة الذي يتأكد من صحة الأرقام. أما النوع الثاني من هذه النقود فيتم فيها الوفاء وذلك إما بالمقابل النقدي، أي ينقل المبلغ مباشرة من المشتري للبايع دون تدخل أي وسيط بينهما، وإما أن يتم الوفاء بالنقود عن طريق وضع نبضات كهرومغناطيسية على كارت ذكي⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الوفاء بالتحويل الإلكتروني أو من خلال الوسائط الإلكترونية المصرفية

يمكن اتباع وسائل أخرى للوفاء تتمشى مع شبكة الانترنت، وتكمن هذه الوسائل في الوفاء بالتحويل الإلكتروني أو عبر الوسائط الإلكترونية المختلفة.

يقصد بالتحويل الإلكتروني تحويل مبلغ مالي من حساب المدين إلى حساب الدائن، بحيث يتولى القيام بهذه العملية بنك أو جهة خاصة أنشئت لهذا الغرض⁽²⁾، وهذا الإجراء يقع في حالة ما إذا كان المدين يفتقر لبطاقة يتم من خلالها الدخول إلى الشبكة الإلكترونية التي تسمح له بالوفاء الإلكتروني.

وقد يقع الوفاء كذلك من خلال استعمال وسائط إلكترونية مصرفية أخرى، مثل الانترنت المصرفي، وذلك بواسطة انتشار خدمات المصرف المنزلي على مقر الانترنت عوض المقر العقاري، بحيث يمكنه محاورة البنك من منزله وإجراء كافة العمليات المصرفية⁽³⁾. كما يمكن أن يكون الوفاء عن طريق الهاتف المصرفي أو البنك المحمول⁽⁴⁾، بحيث يتم الاتصال المباشر بين الحاسوب الخاص بصاحبه وحاسوب البنك لتتم العمليات المصرفية المراد إنجازها.

الفرع الثالث: الوفاء الإلكتروني المتبع في الجزائر

- (1) - أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر 2002، ص ص 100-101.
- (2) - فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 103.
- (3) - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 128.
- (4) - بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد الإلكتروني عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص 206.

تبني المشرع الجزائري مفهوما واسعا فيما يخص وسائل الوفاء الإلكتروني، مهما كان صنفها وشكلها، وذلك بحسب ما جاء في نص المادة 69 من قانون رقم 03-15⁽¹⁾. وتكمن هذه الوسائل في الشيك الإلكتروني، والتحويل الإلكتروني، والمقاصة الإلكترونية؛ فيتم استعمال الشيك الإلكتروني في الجزائر عن طريق نظام المعالجة الإلكترونية له، والتي تتم عبر استنساخ الشيك الورقي لتتم عملية المقاصة الإلكترونية للشيكات من خلال الشبكة الإلكترونية المملوكة للبنك، غير أن الشيك الرقمي ليس معمولاً به في الجزائر⁽²⁾.

أما الوسيلة الثانية، فتتمثل في التحويل الإلكتروني للأموال، أي نقل أموال من حساب بنكي إلى آخر إلكترونيا، هذا التحويل المالي قد يتم بين بنوك وطنية أو دولية، وتعد شركة ويسترن يونيون Western Union من إحدى أكبر شركات تحويل الأموال، بحيث نجد فرعا لها في الجزائر منذ سنة 2001.

كما تعد المقاصة الإلكترونية، وسيلة ثالثة للوفاء الإلكتروني، معمول بها في الجزائر، التي حرصت على تطوير النظام المصرفي والمالي؛ حيث صدرت تعليمة رقم 06-05 عن بنك الجزائر بتاريخ 2005/12/15، أقرت الأعمال بالمقاصة الإلكترونية بين البنوك للشيكات والأوراق التجارية الأخرى⁽³⁾.

المبحث الثاني: تأمين الوفاء الإلكتروني

لا ننكر أهمية الوفاء الإلكتروني الذي أدى إلى نجاح التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، غير أن هذه الميزة الإيجابية عرفت تزامنا مع عدة أخطار متمثلة في ظهور نوع جديد ومتطور من الجرائم المستحدثة، تسمى بالجرائم الإلكترونية، التي لا يتقيد حدوثها بالمكان والزمان.

ومن بين هذه الجرائم نذكر جرائم اختراق مواقع التجارة الإلكترونية من أجل

- (1) - قانون رقم 03-15 مؤرخ في 2003/10/25 يتضمن الموافقة على الأمر رقم 03-11 مؤرخ في 27 جمادى الثاني عام 1424 هـ الموافق 26 غشت 2003 متعلق بالنقد والقرض معدل ومتمم.
- (2) - حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، الجزائر، 2011-2012، ص ص 269-272.
- (3) - حوحو يمينة، المرجع السابق، ص ص 270-272.

الولوج إلى معلومات حول هوية الأشخاص طبيعياً كانت أو معنوية، ورصيدها البنكي، بهدف التعمص أو الاحتيال.

فأسباب ظهور هذه المخاطر راجعة إلى إمكانية تنفيذ عملية الاختراق من عدة مناطق عبر العالم، وكذا إلى سرعة عملية الاختراق، فهي لا تحتاج إلى أكثر من دقائق للاختراق ومغادرة الموقع، زد على ذلك إمكانية إرسال أي رسالة للاختراق دون تحديد اسم المرسل والتي يمكن للعابثين استغلالها من خلال بعض المواقع عبر الانترنت، مما يزيد من صعوبة الكشف عن المسؤول في عملية الاختراق⁽¹⁾.

ولهذا يجب معرفة ودراسة هذه الأخطار، والبحث عن آليات قانونية وتقنية لمواجهة هذه الاختراقات المتنوعة الواقعة على الوفاء الإلكتروني؛ لتوفير الحماية لكل من يتعامل في هذا المجال.

المطلب الأول: أخطار الوفاء الإلكتروني

تنوعت وتعددت أخطار الوفاء الإلكتروني؛ فهناك أخطار يعود سببها إلى الطبيعة، وأخرى إلى الإنسان، كما أن هناك أخطارا ذات مصدر تقني.

الفرع الأول: الأخطار الطبيعية والبشرية

يقصد بالأخطار الطبيعية تلك التي يكون سبب حدوثها كامنا في السبب الأجنبي (كالكوارث الطبيعية، مثل الفيضان والزلازل)، التي تؤدي إلى تدمير أو إتلاف كل الأجهزة المتعلقة بالوفاء الإلكتروني، مثل انقطاع التيار الكهربائي الذي يؤدي إلى توقف أو قطع الاتصال بالشبكة الرابطة بين الزبون وبنوك الوفاء الإلكتروني؛ وهذا ما يؤدي بالضرورة إلى حدوث شلل في عملية الوفاء وعدم التحقق من إنجاز أو عدم إنجاز هذه العملية، سواء من قبل العميل أو البنك، مما يستلزم توفير أجهزة كهربائية بديلة أكثر متانة وصلابة للصمود أمام هذه الكوارث الطبيعية، واستعمالها لدى البنوك العامة أو الخاصة الممارسة للوفاء الإلكتروني.

(1) - عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002، ص 86.

كما أن هناك أخطارا بشرية يتسبب فيها الإنسان، مثل: إساءة استعمال البطاقة الإلكترونية أو التنازل عنها لغيره؛ مما يؤدي إلى تحمله مسؤولية إهماله وتقصيره، فهناك عدد كبير من المؤسسات البنكية التي تضع أنظمة حماية تخضع في نجاعتها إلى مدى حرص أصحابها على المفاتيح السرية، وسرعة تفتظهم لنفاذ بعض الأشخاص إلى حواسيبهم، وهذا ما أكدته التوصية الأوروبية المؤرخة في 17 نوفمبر 1988⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الأخطار التقنية

إنّ تمتع بعض الأشخاص بالخبرة والدراية الطويلة، وكذلك بالمهارة في ميدان التعامل بالأجهزة الإلكترونية، قد يؤدي إلى خلق أخطار تقنية لهذه الأجهزة والتوصل إلى تدمير التشفير المخصص لها من أجل الاطلاع على المعلومات الشخصية، ومنها الرصيد البنكي لتحويل اتجاهه أو مساره إلى جهة مجهولة. يتحقق هذا الخطر بواسطة تقنية علمية حديثة، وهي إدخال فيروس في الجهاز بغرض استخدامه في الحال أو في المستقبل المنظور⁽²⁾. فقد قدر حجم الأضرار التي تسببها الفيروسات لشركات الأعمال التجارية في الولايات المتحدة الأمريكية قيمة بليون دولار سنويا، كما بلغ حجم خسائر التجارة الإلكترونية بسبب الاختراق 280 مليون دولار في الولايات المتحدة وحدها عام 1999⁽³⁾.

كما امتد خطر عمليات القرصنة بالفيروسات لبطاقات الائتمان، وسرقتها أو استخدامها لشراء بضائع عبر الانترنت، وهذا ما يؤكد جسامته القرصنة بهذه التقنية العلمية على التجارة الإلكترونية، وكذا الوفاء الإلكتروني.



(1) - توصية أوروبية بتاريخ 17 نوفمبر 1988 أكدت في الفصل (4) فقرة 1 ما يلي:

« Le titulaire doit prendre les mesures propres a assuré la sécurité de ses moyens d'accès au système de paiement et qu'il devra informer l'émetteur sans délai excessif s'il constate la disparition des moyens et accès à l'enregistrement d'opération non autorisée ou erronée sur son compte ».

للمزيد من التوسع راجع: مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص 219.

(2) - عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 80.

(3) - عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 80.

المطلب الثاني: وسائل تأمين الوفاء الإلكتروني

لقد أدت الأخطار المتنوعة التي عرفها الوفاء الإلكتروني إلى إحداث أضرار كبيرة مست الشركات التجارية والبنوك، وكذا كل حاملي بطاقات الوفاء الإلكتروني. ولتحقيق نوع من الأمان وتأمين الشيكات وكذا المعلومات، تم اختراع تقنيات علمية متطورة، وهي الحوائط النارية⁽¹⁾، وكذلك استخدام نظام التشفير⁽²⁾ المعتمد كثيرا في التوقيع الرقمي والبيومتري.

حاولت معظم البنوك لرفع مستوى تأمين نظمها انخاص بالوفاء المالي الإلكتروني من أخطار الاختراق والقرصنة اعتماد أنظمة حديثة موثوق بها عالميا، متمثلة في نظام SSL، ونظام الشبكات الافتراضية، ونظام PGP وSET.

الفرع الأول: نظام SSL ونظام الشبكات الافتراضية

نظام SSL أو Serure sockets layer يمثل في طبقة المنفذ الآمن التي تعتبر آلية تقنية علمية معروفة باسم Netscape؛ ويختص هذا النظام بربط المعلومات والبيانات الخاصة بالكرت البنكي، مثلا بمفتاح يتكون من 40 بايت «Bits»⁽³⁾، لذا فعند إرسال البيانات الخاصة بالبطاقة البنكية، بإمكان صاحبها حماية نفسه

(1) - الحوائط النارية، أي Fire walls أو Pare feu، هي حوائط تقوم بالصد الأمامي لجهاز الحاسب انخاص، وتمنع التلصص على المعلومات الشخصية التي يشملها عندما يكون المستخدم متصلا بشبكة الانترنت. تقوم هذه الحوائط على الكشف عن كل البيانات القادمة والخارجة من وإلى الحاسب الشخصي للمستخدم، وتوقفها حين أخذ القرار فيها من قبله.

نقلا عن: حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 289، هامش 399.

(2) - التشفير، أي Cryptage آلية بمقتضاها تتم ترجمة معلومة مفهومة إلى معلومة غير مفهومة، وذلك بتطبيق بروتوكولات سرية قابلة للانعكاس، أي يمكن إرجاعها إلى حالتها الأصلية. وليد الزيدي، القرصنة على الانترنت والحاسوب، الطبعة الأولى، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003، ص 93.

(3) - Bit : وحدة قياس المعلومة. Un Bit : Unité de mesure de l'information

- أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 55، هامش 02.

- Voir aussi : REBOUL. (P) et XARDEL. (D) : Le commerce électronique, éd Eyrolles, 1997, P 141.

باستعمال نظام SSL بواسطة مفتاح مقفل موجود على الجهة اليسرى للكمبيوتر، وعندها تشفر كل المعلومات الخاصة بهذه البطاقة التي ترسل إلى الجهة المعنية التي تجري التحري حولها وحول مستخدمها (حاملها)، وثناً أكد كذلك أن رصيد حسابه يسمح بتغطية البيع⁽¹⁾ مثلاً أو معاملات مالية أخرى.

أما فيما يخص نظام الشبكة الافتراضية، فإنها أنشئت من أجل تأمين البيانات عبر الانترنت، وتعتمد على بروتوكول أمن يسمى V.P.N⁽²⁾، وهي قنوات خاصة تربط نقطة الاتصال بالاستقبال بواسطة استعمال أنظمة التشفير الموثوق بها، فيتم ربط أجهزة المستخدم أي المؤسسة المتعاملة بشبكته⁽³⁾، وهي شبكة محلية تدعى Local area Network.

ففي حالة ما إذا صدر منه أي تصرف قانوني مالي، كدفع ثمن المبيع مثلاً، عليه الاتصال بهذه الشبكة التي تمنحه رقماً سرياً عبر الهاتف ليستخدمه عند الوفاء عبر الانترنت.

الفرع الثاني: نظام SET و PGP

يعد نظام P.G.P⁽⁴⁾ برنامجاً آلياً يقوم بتشفير كل بيانات الرسالة الإلكترونية، وقد تم تطويره من قبل الشركات عبر العالم المهتمة بالعلم والتكنولوجيا وكذا المعلوماتية؛ وذلك بهدف تأمين المعاملات المالية عبر شبكة الانترنت. غير أن نظام SET⁽⁵⁾ يعتبر من أقوى أنظمة الأمن والحماية الموثوق بها خاصة في الوفاء الإلكتروني، هذا النظام تم تطويره من قبل شركة فيزا كارد Visa Card، وماستر كارد Master Card سنة 1997، ويستعمل هذا النظام في برمجيات تدعى المحفظة الإلكترونية، بحيث يعتمد كذلك على ضرورة قيام جهة ذات قيمة عالية تسمى

(1)- Voir : TORRES. (CH), L'internet et la vente aux consommateurs, université de Paris X-Nanterre, 1999, N° 255, P 94.

(2)- V.P.N : Virtual Private Network.

(3) - حوحو بمينة، المرجع السابق، ص 291.

(4)- P.G.P : Pretty Good Privacy.

(5)- SET : Secure electronic transaction. بروتوكول الحركات المالية الآمنة.

هيئة الاعتماد، وذلك من أجل إنشاء وحدة استخراج هويات إلكترونية لكل من العميل والتاجر، ويتم ذلك بطريقة مضمونة بعد التأكد طبعا من هوية العميل.

إلا أنّ فعالية وقوة هذا النظام في تأمين المعاملات التجارية والمالية لم تشفع له؛ مع اعتبار البنك هو الضامن لأطراف المعاملة، فقد تمّ استبداله بنظام تأمين آخر يسمى *D. Secure*؛ وذلك نظرا لارتفاع تكلفة اعتماده، إضافة إلى أنه نظام معقد⁽¹⁾.

خاتمة

من خلال هذا البحث الذي ارتكز على الوفاء الإلكتروني، نستنج أنّ تقنيات تبادل الأموال لم تبقى في منأى عن تطور تكنولوجيا الاتصال في ظل العولمة الرقمية فحسب، بل مست أيضا البنوك وخدماتها، وأصبحت تنتقل أموالها بواسطة استعمال المعلوماتية الرقمية؛ لأن الاعتماد على هذا النوع من الوفاء يعد أكثر ملاءمة لنجاح التجارة الإلكترونية الممارسة من قبل عدة دول أوروبية وعربية.

غير أنّ إيجابيات التكنولوجيا في ميدان الوفاء الإلكتروني جعلتنا نكشف عن بعض سلبيات هذا الوفاء، وهي ظهور بعض الأنشطة الإجرامية الإلكترونية، كالولوج غير المصرح للمعلومات الشخصية لمستخدم إحدى آليات الوفاء، ثم الاستخدام غير القانوني لبطاقات الائتمان بغرض تنفيذ العمليات التجارية المختلفة عبر الانترنت، فهذا الوضع غير الأمني أدى إلى بروز بعض الأنظمة التأمينية التقنية والقانونية تحمي المعاملات المالية الإلكترونية وكذا المتعاملين بها، لكن على الرغم من توافر هذه الأنظمة التأمينية وتطور التكنولوجيا في مجالها، إلا أن الوفاء الإلكتروني مازال يعاني تنوعا مذهلا لجرائم مستحدثة يعاني منها مستخدموه.

ومن الثابت أن الجزائر بعد تبنيها مفهوما واسعا لوسائل الوفاء الإلكتروني، تسعى لتطوير قطاعها المالي عامة والمصرفي بالخصوص، إلا أنه يعاب على هذه النصوص أنها صدرت متفرقة ضمن مختلف التقنيات الخاصة، ولم يتضمنها قانون

(1) - نقلا عن: حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 294.

واحد خاص بالمعاملات الإلكترونية، ويرجع السبب في ذلك إلى عدم تنظيمها وإصدارها لقانون متعلق بالعقد وبالمعاملات الإلكترونية، فهناك بعض النصوص القانونية تنظم التعاملات المالية الإلكترونية متمثلة فيما يلي:

- تم إلغاء قانون النقد والقرض رقم 90-10، المؤرخ في 14 أبريل 1990، وإصدار قانون النقد والقرض رقم 03-11، المؤرخ في 26 أوت 2003، والذي نص على أساليب الوفاء الحديثة في المادة 69 منه حيث جاء فيها: «تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل الأموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل»⁽¹⁾.

- تعديل القانون المدني الجزائري بموجب الأمر رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، حيث اعتمد الكتابة في الشكل الإلكتروني بموجب المادة 323 مكرر 1، كما أنه نص على التوقيع الإلكتروني في المادة 2/327⁽²⁾.

- تعديل قانون العقوبات الجزائري بموجب الأمر رقم 04-15، المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، بإضافة فصل سابع مكرر ممثل في المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات في المواد 394 مكرر إلى غاية 394 مكرر 7⁽³⁾.

- تعديل القانون التجاري الجزائري بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 26 فبراير 2005، حيث نص على وسائل الوفاء الإلكتروني بإضافة فقرة في نص المادة 414 جاء فيها: «يمكن أن يتم هذا التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بها». ونفس التعديل وقع في المادة 502 الخاصة بالشيك للقبول، ومس هذا التعديل أيضا بطاقتي الدفع والسحب ضمن المادة 543 مكرر 23 والمادة 543 مكرر 24⁽⁴⁾.

(1) - قانون رقم 03-11 مؤرخ في 26 غشت 2003 متعلق بالنقد والقرض معدل ومتمم، ج.ر العدد 48 الصادر بتاريخ 13 أوت 2003.

(2) - أمر رقم 05-10، مؤرخ في 20 يونيو 2005 معدل ومتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 26/09/2005 المتضمن القانون المدني، ج.ر العدد 44، الصادر بتاريخ 26 جوان 2005.

(3) - أمر رقم 04-15، مؤرخ في 10 نوفمبر 2004، معدل ومتمم للأمر رقم 66-155، الصادر بتاريخ 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر العدد 71، الصادر بتاريخ 10/11/2004.

(4) - قانون رقم 05-02 مؤرخ في 06/02/2005، معدل ومتمم للأمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر

- صدور الأمر رقم 06-05، المؤرخ في 23 أوت 2005، المتعلق بمكافحة التهريب، ونصت المادة 3 منه على وسائل الدفع الإلكتروني⁽¹⁾.

في نهاية بحثنا لهذا الموضوع نخلص إلى ذكر بعض التوصيات المناسبة للحد من مخاطر الوفاء الإلكتروني وهي:

- تطوير الرقابة الداخلية لنظام البنوك باستخدام أحدث البرامج الأصلية، وتدريب موظفيها بالوسائل التكنولوجية والفنية للكشف عن محاولات الاختراقات قبل وقوعها.

- التعامل في هذا المجال مع المواقع المرخصة لذلك والموثوق منها.
- ضرورة تولي البنوك المركزية إصدار النقود الإلكترونية، حتى تتمكن من توجيه السياسات النقدية ومراقبة البنوك المصدرة للنقود الإلكترونية بما يكفل السيطرة على حجم المخاطر التي يمكن أن تنتج عن إصدار هذه النقود وإحلالها محل النقود الكلاسيكية في التعامل.

- استخدام الجدار الناري والتشفير لاعتبارهما أنجع وسائل أمنية إلى يومنا هذا.

- ضرورة صياغة قواعد قانونية خاصة بالوفاء الإلكتروني لضمان استقرار التعامل بها.

- نهييب بالمشرع الجزائري صياغة قانون متعلق بالمعاملات الإلكترونية متضمنا نظاما قانونيا محكما للالتزامات المتعاقدين في هذا المجال.

1975، متضمن القانون التجاري، ج.ر رقم 101، الصادر بتاريخ 19/12/1975.

(1) - أمر رقم 06-05، مؤرخ في 23 أوت 2005، متعلق بمكافحة التهريب، ج.ر العدد 59، الصادر بتاريخ 2005/08/28.

قائمة المراجع

- باللغة العربية

أولاً: الكتب

- 1- أحمد السيد لبيب إبراهيم، الدفع بالنقود الإلكترونية، الماهية والتنظيم القانوني، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر سنة 2009.
- 2- أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2002.
- 3- أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011.
- 4- بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد الإلكتروني عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.
- 5- جلال عايد الشورى، وسائل الدفع الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
- 6- السيد أحمد عبد الخالق، التجارة الإلكترونية والعملة، الطبعة الثانية، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر الجديدة، 2002.
- 7- طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الإلكتروني (بحث في التجارة الإلكترونية)، دار النهضة العربية، مصر، 2007.
- 8- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002.
- 9- عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع المبرم عبر الانترنت دراسة تحليلية، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007.

- 10- فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 11- كميث طالب البغدادي، الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان، المسؤولية الجزائئية والمدنية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
- 12- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 13- محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2006.
- 14- محمد فواز المطالقة، النظام القانون للعقود الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت، دراسة مقارنة، عمان، الأردن، 2008.
- 15- مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009.
- 16- نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
- 17- وليد الزيدي، القرصنة على الانترنت والحاسوب، الطبعة الأولى، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- الرسائل:

- 1- حوحو يمينه، عقد البيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، الجزائر، 2011-2012.
- 2- مراد محمود يوسف مطلق، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2007.

ب- المذكرات الجامعية:

- لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق بن عكنون، 2010-2011.

ثالثا: المقالات

- نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، العدد 02، جامعة الكويت، يونيو 2008، ص 163-313.

رابعا: النصوص القانونية

أ. النصوص القانونية المتعلقة بالعقود الإلكترونية:

- 1- قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000، مؤرخ في 9 أوت 2000، الجريدة الرسمية للجمهورية التونسية، العدد 64 صادرة في 11 أوت 2000.
- 2- قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة 2000.
- 3- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001، الجريدة الرسمية، العدد 4524، صادر بتاريخ 31-12-2001.
- 4- قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم 02 سنة 2002، صادر بتاريخ 12 فيفري 2002.
- 5- قرار أوروبي رقم 2000/46 صادر في 18/12/2000.

ب. النصوص القانونية الوطنية:

- 1- قانون رقم 03-11، مؤرخ في 26 غشت 2003، متعلق بالنقد والقرض، معدل ومتمم، ج.ر العدد 48، الصادر بتاريخ 13 أوت 2003.
- 2- أمر رقم 05-10، مؤرخ في 20 يونيو 2005، معدل ومتمم للأمر 75-58، مؤرخ في 26/09/2005، متضمن القانون المدني، ج.ر العدد 44، الصادر بتاريخ 26 جوان 2005.

- 3- أمر رقم 04-15، مؤرخ في 10 نوفمبر 2004، معدل ومتمم للأمر رقم 66-155، مؤرخ في 8 يونيو 1966، متضمن قانون العقوبات، ج.ر العدد 71، الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 2004.
- 4- قانون رقم 05-02، مؤرخ في 06 فبراير 2005، معدل ومتمم للأمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر عدد 101، الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 1975.
- 5- أمر رقم 05-06، مؤرخ في 23 أوت 2005، متعلق بمكافحة التهريب، ج.ر العدد 59، الصادر بتاريخ 28 غشت 2005.
- باللغة الفرنسية:

Ouvrages:

- 1-REBOUL.P et XARDEL.D,Le commerce électronique, éd EYROLLES,1997 .
- 2- WERY.Etienne, Paiement électronique , droit européen français et Belge, éd Larcier, 2007.
- 3-ZERAH .Dov,La monnaie ,éd de FALLOIS , Paris 1996.

THESES:

- TORRES .Ch,L'internet et la vente aux consommateurs , université de Paris, x-Nanterre1999 .

ARTICLES:

- ESPAGNON.M ,Le paiement d' une somme d'argent sur internet : Evolution ou révolution du droit de moyens de paiement ; j .c. p, G.1999 .□



حرية إصدار الصحف في ضوء القانون 07-90 والقانون العضوي 12-05

05: تراجع عن المكتسبات أم تدعيمها؟

بقلم: د/ طيبي أمقران *

الملخص:

إذا كان الدستور قد ضمن حرية الرأي والتعبير، فإن تحقيق ذلك لا يحصل إلا مع حرية الصحافة التي يجب ترجمتها بتوفير حرية إصدار الصحف.

يتناول هذا الموضوع مدى تجسيد الطابع التعددي للآراء والأفكار في ظل نظام الترخيص المسبق الذي انتهجه المشرع في القانون العضوي 12-05.

الكلمات المفتاحية: الصحافة - إصدار الصحف - النظام الترخيصي - التصريح المسبق.

Résumé :

La liberté d'opinion et d'expression est garantie par la constitution. Néanmoins cette dernière ne saurait complète sans la liberté de la presse. Notre propos s'intéresse à la consécration du caractère pluraliste des idées et des opinions, par le régime d'autorisation préalable adopté par la loi organique 12-05.

Mots-clés : journalisme - liberté d'impression - régime d'autorisation - déclaration préalable.

Abstract :

Freedom of opinion and speech is guaranteed by the constitution. Nevertheless it cannot be full without freedom of the press which must be translated by providing freedom of copyright. This research deals with the extent of the embodiment of the pluralistic nature of views and ideas under the prior authorization system pursued by the legislator in the Organic Law 12-05.

* أستاذ محاضر قسم (ب) بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محمد أولحاج- البويرة.

Keywords: Journalism - freedom of copyright - Licensing system
- prior declaration.

المقدمة

عرفت المنظومة القانونية المتعلقة بالحريات العامة مراجعات عديدة، فقد صدرت في سنة 2012 مجموعة من النصوص القانونية العضوية المرتبطة بالحريات العامة⁽¹⁾.

ومن بين هذه القوانين، القانون العضوي 12-05 المتعلق بالإعلام. ويعتبر هذا القانون العضوي، ثاني قانون يصدر في ظل الانفتاح الديمقراطي بعد القانون 90-07⁽²⁾.

إن الحديث عن حرية الإعلام بوصفها حرية أساسية مرتبطة بالأساس بحرية الرأي والتعبير، إذ تعتبر هذه الأخيرة أحد العناصر الأساسية لحرية الإعلام⁽³⁾، بل كثيرا ما تُقرن حرية الإعلام بحرية الرأي والتعبير.

إن هذا الترابط بين الحريتين راجع إلى المكانة الهامة التي يحتلها الإعلام بوصفه أحد الوسائل الأساسية التي يعبر فيها أفراد المجتمع عن آرائهم⁽⁴⁾.

وقد ارتقى المؤسس الدستوري بحرية الإعلام إلى مصاف الحريات الدستورية:

(1) قانون عضوي رقم 12-04 مؤرخ في 12 يناير 2012 يتعلق بالأحزاب السياسية جريدة رسمية عدد 2 مؤرخة في 15 يناير 2012.

- قانون عضوي رقم 12 - 05 مؤرخ في 12 يناير 2012 يتعلق بالإعلام جريدة رسمية عدد 2 مؤرخة في 15 يناير 2012.

- قانون عضوي رقم 12-06 مؤرخ في 12 يناير 2012 يتعلق بالجمعيات جريدة رسمية عدد 2 مؤرخة في 15 يناير 2012.

(2) قانون رقم 90-07 مؤرخ في 03 أبريل 1990 يتعلق بالإعلام جريدة رسمية عدد 14 مؤرخة في 14 أبريل 1990.

(3) DERIEUX Emmanuelle, droit de la communication, 3ème édition, L.G.D.J, Paris, 1999, p19.

(4) محمد باهي أبو يونس، التقييد القانوني لحرية الصحافة. دراسة مقارنة: دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1996، ص 7.

"حرية الصحافة المكتوبة والسمعية البصرية وعلى الشبكات الإعلامية مضمونة ولا تقيد بأي شكل من أشكال الرقابة القبلية..."⁽¹⁾.

إن هذا الإقرار الدستوري بحرية الإعلام يجعل منها حرية أساسية دستورية إلى جانب باقي الحريات الدستورية الأخرى.

في الواقع تعكس دسترة حرية الصحافة تطور نظرة المؤسس الدستوري لهذه الحرية، ويبدو ذلك خاصة في أنها المرة الثانية التي يتم إقرارها في صلب الدستور؛ فقد سبق للمؤسس الدستوري لدستور 1963 أن ارتقى بها إلى مصاف الحريات الدستورية، وهو ما كانت تنص عليه المادة 19 منه: "تضمن الجمهورية حرية الصحافة ووسائل الإعلام الأخرى..."، وبخلاف ذلك، فإن دستوري 1976 و1989 لم تتضمن أحكامهما صراحة حرية الصحافة، بل تمت معالجتها ضمن حرية أخرى هي حرية الرأي والتعبير.

ولا تتسع الدراسة لجميع وسائل الإعلام المكتوبة والسمعية البصرية والإلكترونية، بل تقتصر على واحدة منها، وهي حرية الصحافة المكتوبة؛ ذلك أن هدفنا من هذه الدراسة هو إبراز حقيقة تمتع المواطن بحقه في الإعلام من خلال بيان مدى التكريس الفعلي للطابع التعددي للأراء والأفكار التي يقتضيها هذا الحق.

إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي معرفة طبيعة النظام الذي اختاره المشرع من أجل إصدار النشريات الدورية العامة الموجهة للإعلام العام، وهل دعم وعزز المشرع مكتسبات القانون 07-90 في هذا المجال أم تراجع عنها؟

وعليه سنتناول في النقطة الأولى حرية إصدار الصحف في ظل القانون 90-07، وفي النقطة الثانية حرية إصدارها في ظل القانون العضوي 12-05.

(1) المادة 1/50 من القانون رقم 01-16، مؤرخ في 6 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 14، مؤرخة في 7 مارس 2016.

أولاً: حرية إصدار الصحف في ظل قانون 90-07: تراجع الدولة عن الاحتكار

تطرح مسألة تنظيم الحريات العامة المعترف بها دستوريا طبيعة النظام الذي اختاره المشرع لتمكين الأفراد من ممارستها.

في الواقع، فإن تنظيم ممارسة الحريات العامة لا يخرج عن أحد الأشكال الثلاثة: إما اختيار النظام القمعي (الزجري)، أو النظام الوقائي، أو النظام التصريحي⁽¹⁾.

وفي مجال حرية إصدار الصحف، فالجزائر عرفت قبل صدور القانون 90-07 حالة احتكار الدولة هذا المجال؛ فقد كان إصدار النشريات الدورية العامة حكرا على الدولة والحزب معا⁽²⁾، ثم جاءت أحداث أكتوبر 1988 التي مهدت لصدور الدستور الجديد، عُرِف بدستور قانون، الذي كرس النظام التعددي والانفتاح الديمقراطي، وبدا ذلك جليا من خلال القانون 90-07 المتعلق بالإعلام.

ويمثل هذا القانون قفزة نوعية في تعامل السلطة مع الصحافة المكتوبة، من خلال تكريسه للتعددية الإعلامية، ووضع حد نهائي لاحتكار الدولة لقطاع الصحافة المكتوبة⁽³⁾.

بالفعل فإن القانون 90-07 كرس النظام التصريحي المدعّم لحرية إصدار الصحف، حيث نصت المادة 14 منه: «إصدار نشرية دورية حر، غير أنه يشترط لتسجيله ورقابة صحته تقديم تصريح مسبق في ظرف لا يقل عن ثلاثين (30) يوما من صدور العدد الأول».

(1) Andrey Morel-senator, régime répressif, régime préventif, déclaration préalable, in protection des libertés et droits fondamentaux, sous la direction de Thierry Renoux, la documentation française, Paris, 2011, p 84.

(2) المادة 12 من القانون 82-01 المؤرخ في 6 فبراير 1982، يتضمن قانون الإعلام، جريدة رسمية عدد 6، مؤرخة في 9 فبراير 1982.

(3) BRAHIMI Brahim, la liberté de l'information à travers les deux codes de la presse 1982-1990 en Algérie, Revue algérienne de communication n6-7.1991p15

فهكذا أعلن المشرع من خلال هذه المادة صراحة اختياره لنظام يدعم الحرية، بحيث يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي إصدار النشرة بمجرد تقديم تصريح مسبق في ظرف 30 يوما قبل صدور العدد الأول.

ومما يعزز ويؤكد عدم تنصل المشرع من النظام التصريحي المعتمد، تحديده للجهة التي يودع لديها التصريح، وزمان تقديم الوصل.

أ- الرقابة القضائية على التصريح المسبق:

خصّ المشرع النيابة العامة، ممثلة في وكيل الجمهورية، بتسلم التصريح المسبق: "يسجل التصريح المسبق لدى وكيل الجمهورية المختص إقليميا بمكان صدور النشرة..."⁽¹⁾. فهكذا يتضح أن المشرع اختار أن يتم إيداع التصريح المسبق لدى القضاء، وليس الإدارة.

ولم يكن تفضيل المشرع إيداع التصريح أمام جهات القضاء وليس الجهات الإدارية اعتباريا؛ ذلك أن القضاء يفترض فيه دائما حماية الحقوق والحريات، وهو الملاذ الآمن من تعسفات السلطة الإدارية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن السلطة الإدارية تعتبر في كثير من الأحيان خصما عنيدا للحريات العامة، فضلا عن التعقيدات الإدارية البطيئة المعروفة عن الإدارة⁽²⁾.

ب- زمان تقديم الوصل:

لم يترك المشرع مدة تقديم الوصل مفتوحة، بل ألزم وكيل الجمهورية بتقديمه عند تسلم التصريح المسبق في الحين: "ويسلم له... وصل بذلك في الحين..."⁽³⁾. في الواقع فإن تقديم الوصل في الحين يعتبر إجراءً بالغ الأهمية، من حيث إن أي تعطيل في تسليمه يترتب عليه حتما تعطيل في صدور النشرة، هذا من جهة،

(1) المادة 2/14.

(2) شفيق سعيد، الإطار القانوني للصحافة في تونس بين المبادئ والتطبيق، المجلة القانونية التونسية، 1983، ص34.

(3) المادة 2/14.

ومن جهة أخرى فإن أي تعطيل في تسليمه قد يحوّل النظام الذي اختاره المشرع في إصدار النشريات من نظام التصريح المسبق في ظاهره إلى نظام الترخيص المسبق في حقيقته؛ لذلك درأ المشرع شبهة تحوّل التصريح المسبق إلى ترخيص من خلال إلزام النيابة بتقديم الوصل في الحين.

وما يعزز هذه الشبهة التي اجتنبها المشرع، أنه سمح بطبع النشرة بمجرد تقديم وصل إيداع التصريح المسبق: "يجب على الطابع أن يطلب من الناشر وصل إيداع التصريح قبل أية نشرة دورية"⁽¹⁾.

ولا يبدو من خلال القانون 90-07 أن المشرع قد زاغ عن الطابع الحرّ في إصدار النشرة، بل بقي وفيّاً له، ما عدا ضرورة توافر بعض المعلومات والبيانات الواجب أن يتضمنها التصريح المسبق، وكل عدد من أعداد النشرة. فهكذا يجب أن يشمل التصريح المسبق طبقاً للمادة 19 على:

- هدف النشرة،
- عنوان النشرة،
- مكان النشرة،
- اسم المدير ولقبه،
- الغرض التجاري للطابع وعنوانه،
- المقاس والسعر،
- اللغة أو لغات النشرة غير العربية عند الاقتضاء،
- اسم المالك وعنوانه،
- رأسمال الشركة أو المؤسسة،
- نسخة من القانون الأساسي للشركة أو المؤسسة.

وفي حالة ما إذا حصل تغيير على هذه البيانات تمس بالمعلومات الأصلية التي

(1) المادة 21.

تضمنها التصريح المودع لدى وكيل الجمهورية، أوجبت المادة 20 التصريح بها خلال 10 أيام الموالية للتغيير: "يجب أن يصرّح بأي تغيير يمس المعلومات المبينة في المادتين 18 و 19 أعلاه للسلطة المذكورة في المادة 14 أعلاه خلال العشرة (10) أيام الكاملة الموالية للتغيير".

كما يجب أن يتضمن في كل عدد من أعداد النشرة مجموعة من البيانات الضرورية نصت عليها المادة 23: "يجب أن يذكر في كل عدد من أية دورية ما يأتي:

- اسم مدير النشرة ولقبه، واسم المالك ولقبه، أو أسماء الملاك وألقابهم وعنوان التحرير والإدارة،
- الغرض التجاري للطابع وعنوانه،
- توقيت النشرة ومكانها وسعرها،
- كمية سحب العدد السابق".

في الواقع فإن هذه المعلومات المتضمنة في التصريح المسبق المودع لدى وكيل الجمهورية، والبيانات الضرورية الواجب ذكرها في كل عدد من أعداد النشرة، تهدف أساسا إلى توفير القدر الكافي من الشفافية المطلوبة على الأشخاص القائمين على النشرة، لأجل تمكين الجمهور القارئ من معرفة هويتها من خلال معرفته بحقيقة هوية من يمدونه بالمعلومات، ومعرفة المرتكزات الفكرية التي تقوم عليها النشرة، إذ من غير المقبول أن تبقى النشرة مجهولة الهوية، هذا فضلا عن سهولة تحديد المسؤولية الجزائية في حالة ارتكاب مختلف المخالفات التي تضمنتها الكتابات المنشورة⁽¹⁾.

هذا، وإذا كان القانون 07-90 قد كرس حقيقة نظاما تصريحا مدعما لحرية الصحافة في مجال حرية إصدارها، فهل حافظ القانون العضوي 12-05 على هذه المكتسبات؟

(1) DERIEUX Emmanuelle, op.cit. p41; Voir aussi: ZOUAIMIA Rachid, L'Autorité de régulation de la presse écrite Revue Critique de droit et sciences politiques, N°01, 2014, p10.

ثانياً: حرية إصدار الصحف في القانون العضوي 05-12: الانقلاب على المكتسبات

سبقت الإشارة إلى أن سنة 2012 عرفت صدور مجموعة من النصوص القانونية العضوية المرتبطة بالحريات العامة، ومن بينها القانون العضوي المتعلق بالإعلام، دأبت السلطة على وصفها بقوانين الإصلاحات. وفي الوقت الذي كان يفترض فيه أن تتم هذه "الإصلاحات القانونية" على أساس المحافظة على المكتسبات وتدعيمها، وتكييفها مع الأحداث المستجدة، أنتجت هذه "الوثائق الإصلاحية" القانون العضوي المتعلق بالإعلام الذي هدم قلعة من قلاع حرية الرأي والتعبير، وسبباً من أسباب تحقيق الطابع التعددي للأراء والأفكار، وبدا ذلك جلياً في التراجع عن النظام التصريحي في مجال حرية إصدار الصحف، وإحلال النظام الوقائي محله.

أ- التراجع عن النظام التصريحي:

أخضع المشرع في القانون العضوي 05-12 حرية إصدار الصحف إلى نظامين متلازمين، هما نظام التصريح المسبق ونظام الترخيص المسبق.

ويبدو أن المشرع قد وقع في تناقض؛ ذلك أنه من المفارقة أن يجتمع النظامان في حرية واحدة، إلا إذا كان المشرع ينظر إلى التصريح على أنه مجرد مرحلة سابقة على الترخيص. ففي الوقت الذي أعلن فيه خيار النظام التصريحي، تراجع عنه متبنياً خيار النظام الترخيصي، بتقنية وقائية مزيفة متعارضة مع المبدأ الحر للإعلام⁽¹⁾.

بالفعل فإن المادة 11 من القانون العضوي 05-12 أعلنت: "إصدار كل نشرية ودورية يتم بحرية.

يخضع إصدار كل نشرية دورية لإجراءات التسجيل ومراقبة صحة المعلومات بإيداع تصريح مسبق موقع من طرف المدير مسؤول النشرة، لدى سلطة ضبط

(1) Morange Jean, droits de l'homme et libertés publiques, 5e édition, puf, 2000, p280.

الصحافة المكتوبة، المنصوص عليها في هذا القانون العضوي، ويسلم له فوراً وصل بذلك".

فهكذا أعلن المشرع من خلال هذه المادة اختياره صراحة للنظام التصريحي، ولم يحدِّ قيداً أمثلة عما كانت تنص عليه المادة 14 من القانون 07-90، ما عدا الاختلاف في الجهة التي يودع لديها التصريح المسبق. إذ في الوقت الذي كان التصريح يودع لدى وكيل الجمهورية في القانون 07-90، عوضه المشرع بسلطة ضبط الصحافة المكتوبة في القانون العضوي.

هذا، ولم يثبت المشرع على هذا الخيار المدعم لحرية الصحافة، بل قام بتهديم أسسه من خلال بسط نظام الترخيص المسبق، مغيراً فقط غطاء الجهة التي ترخص بذلك، وهي سلطة ضبط الصحافة المكتوبة بدل الجهات الإدارية حتى لا تكون محل شبهة بالعداء تجاه حرية الرأي والتعبير⁽¹⁾.

فقد أوجبت المادة 13 من القانون العضوي الحصول على الاعتماد من أجل صدور النشرة: "بعد إيداع التصريح المذكور في المادتين 11 و12 أعلاه وتسليم الوصل، تمنح سلطة ضبط الصحافة المكتوبة الاعتماد في أجل ستين (60) يوماً ابتداءً من تاريخ إيداع التصريح".

ولتأكيد الطابع الترخيصي الذي اختاره المشرع في إصدار النشرة، فإنه منع طبعها في غيابها، حيث أوجب على مسؤول الطبع أن يطلب من الناشر نسخة من الاعتماد مصادق عليها، قبل طبع العدد الأول: "يجب على مسؤول الطبع أن يطلب من الناشر نسخة من الاعتماد مصادق عليها، قبل طبع العدد الأول من أية نشرة دورية. ويمنع الطبع في غياب ذلك"⁽²⁾.

(1) كما هو الحال مثلاً في القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، حيث أوجبت المادة 27 منه الحصول على الاعتماد من عند وزير الداخلية. القانون العضوي رقم 04-12، مؤرخ في 12 يناير 2012، يتعلق بالأحزاب السياسية، جريدة رسمية عدد 2، ص 9.

(2) المادة 21.

ومما يثير الاستغراب أن المشرع لم يكتف بوجود مطابقة مسؤول الطبع بنسخة من الاعتماد المصادق عليها لطبع العدد الأول من النشرة الدورية، بل شرح قبل ذلك الاعتماد بأنه: "يعتبر الاعتماد بمثابة الموافقة على الصدور"⁽¹⁾، وهو ما يدفعنا إلى التساؤل: لماذا أضاف المشرع هذه الفقرة، ما دام أن المادة 21 كافية للتدليل عن عدم إمكانية صدور النشرة في غياب الاعتماد، ألا يمكن تفسير ذلك بالحرص الشديد في تأكيد المشرع إرادته الصارمة في اختيار النظام الترخيصي، حتى لا يترك مجالاً لأحد لتفسير أو تأويل خياراته؟ لا سيما وأن المشرع قد ذهب بعيداً في حرصه الشديد على بسط نظام الترخيص المسبق إلى درجة مطالبته الصحف التي صدرت في ظل النظام التصريحي أي في ظل القانون 90-07 بأن تتطابق مع القانون العضوي، أي ببساطة وجوب أن تحصل على الاعتماد، وهو ما يشكل في الواقع مساساً بمبدأ عدم رجعية القوانين، وتراجعا عن الحق في الإعلام الذي يقتضي الحق في توفير إمكانية القانونية لتحقيق حرية الرأي والتعبير، وتمكين الأفراد من تلقي المعلومات والآراء⁽²⁾.

صحيح أن النظام الترخيصي يتعارض مع ممارسة الأفراد لحياتهم، من حيث أنهم ملزمون بالحصول على الترخيص المسبق، وفي ذلك بالطبع مساس وتعارض مع مبادئ النظام الديمقراطي⁽³⁾، إلا أنه في بعض الأحيان والحالات قد يكون لجوء السلطة لبسطه ضرورة اجتماعية تُتطلب تقييد حرية الأفراد، ولا يمكن حينئذ التشكيك في فعاليته وأهميته، خاصة في الحالات التي تترتب عن ممارستها -أي الحرية- أضرار أكيدة لا يمكن إصلاحها، كما هو الحال في الحالات تترتب عن القضاء على المجالات الخضراء من طرف المالك⁽⁴⁾، أو هدم البنايات، وهذا بالفعل

(1) المادة 13/3.

(2) خالد مصطفى فهمي، المسؤولية المدنية للصحفي عن أعماله الصحفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2003، ص32.

(3) سعدي يوسف الخطيب، القيود القانونية على حرية الصحافة منذ العهد العثماني وحتى العهد الحالي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2006، ص6.

(4) رقية المصدق، الحريات العامة، وحقوق الإنسان الطبعة الأولى، النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 1999، ص110.

ما نصت عليه المادة 60 من القانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير: "يخضع كل هدم كلي أو جزئي للبناء لرخصة الهدم في المناطق المشار إليها في المادة 46 أعلاه، أو كلما اقتضت ذلك الشروط التقنية والأمنية"⁽¹⁾.

إن لجوء السلطة إلى اعتماد النظام الترخيصي في مجال حرية إصدار الصحف، لا يتعارض مع حرية الصحافة فحسب، بل يناقض ويهدم حرية الرأي والتعبير التي تعتبر أساسا من أسس أي نظام ديمقراطي قائم على ترجمة فلسفة حقوق الإنسان إلى واقع قانوني⁽²⁾.

هذا، وإذا كان الدستور قد ضمن حرية الرأي والتعبير للمواطن: "حريات التعبير وإنشاء الجمعيات والاجتماع مضمونة للمواطن"⁽³⁾، فإن تجسيدها وترجمتها لا يكونان إلا بتمكين الأفراد بحرية الرأي والكلام والطبع⁽⁴⁾، ولا تشكل الصحافة المكتوبة إلا سندا ماديا لتحقيق ذلك.

وقد تضمنت مختلف النصوص الدولية التي صادقت عليها الجزائر حرية الصحافة، من ذلك ما نصت عليه المادة 19 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية⁽⁵⁾: "1- لكل إنسان حق في اعتناق آراء دون مضايقة.

2- لكل إنسان حق في حرية التعبير. ويشمل هذا الحق حريته في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى آخرين دونما اعتبار للحدود،

(1) القانون 90-29 المؤرخ في أول ديسمبر 1990 يتعلق بالتهيئة والتعمير، جريدة رسمية عدد 52، ص1652.

(2) رقية المصدق، المرجع السابق، ص5.

(3) المادة 48.

(4) ZOUAÏMIA Rachid, op. cit, p 26

(5) المرسوم الرئاسي رقم 89-67، الصادر بتاريخ 16 ماي 1989، يتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليهما من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر سنة 1966، جريدة رسمية عدد 20، مؤرخة في 17 ماي 1989، المنشورة بالجريدة الرسمية عدد 11 المؤرخة في 26 فبراير سنة 1997، ص16.

سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها".

كما نص الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب⁽¹⁾ على حرية الصحافة، وكان أكثر وضوحاً، حيث نصت المادة 9 منه:

"1- من حق كل فرد أن يحصل على المعلومات.

2- يحق لكل إنسان أن يعبر عن أفكاره وينشرها في إطار القوانين واللوائح".

فهكذا يبدو أن حرية التعبير وتحقيق الطابع التعددي للآراء والأفكار لا يتواجدان في غياب حرية إصدار الصحف باعتبارها السند المادي لتحقيق هذه الغاية.

ب - عقوبة سحب الاعتماد: الضمانات الغائبة:

إذا ما تحصلت النشيرية الدورية على الاعتماد بصدورها، فإن المشرع اشترط ألاّ يتم التنازل عنه بأي شكل من الأشكال، وهو ما نصت عليه المادة 16: "الاعتماد غير قابل للتنازل بأي شكل من الأشكال"، وقد رتب المشرع على كل إخلال بذلك متابعات قضائية، فضلاً عن سحب الاعتماد من النشيرية الدورية: "دون المساس بالمتابعات القضائية، فإن كل خرق لهذا الحكم يترتب عنه سحب الاعتماد"⁽²⁾.

ويتجلى من هذه المتابعات والعقوبات التي توقعها سلطة ضبط الصحافة المكتوبة أنها أقرب ما تكون إلى القاضي في المادة الجزائية عندما يفصل ويدين المتهم على المخالفات المتابع بها.

ومهما كان الوصف مقبولاً، فإنه لا شك أن سلطة ضبط الصحافة المكتوبة لا

(1) الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، اعتمد في نيروبي بتاريخ 27 جوان 1981. صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 87-37، مؤرخ في 3 فيفري 1987، جريدة رسمية عدد 6، مؤرخة في 4 فيفري 1987، ص 193.

(2) المادة 2/16 من القانون العضوي 12-5.

ترقى إلى مصاف الهيئات القضائية الجزائية⁽¹⁾، إلا أنه كان أحرى بالمشرع عندما منح لسلطة ضبط الصحافة المكتوبة سلطة المتابعة القضائية وتوقيع العقاب، أن يزيل بعض اللبس ويحيط إجراءاتها، أي المتابعة والعقاب - ببعض الضمانات.

ولعل أحد أكبر وأهم الضمانات الإجرائية، ضرورة التفريق بين جهة المتابعة وجهة الحكم⁽²⁾، إذ ليس من المعقول، ومن غير المقبول أن تكون جهة المتابعة هي نفسها جهة الحكم، فلا يمكن للنصم أن يكون في نفس الوقت هو الحكم.

إن تمتع سلطة ضبط الصحافة المكتوبة بهذه الصفة، ينزع عن الإجراءات برمتها وصف المحاكمة العادلة. فقواعد المحاكمة الجنائية العادلة تقتضي فضلا عما ذكر أعلاه، احترام حقوق الدفاع، ومبدأ الوجاهية، وتمتع المؤسسة الصحفية المتابعة بأحد أهم المبادئ القانونية وهي قرينة البراءة، والتي لا يمكن أن تتحقق في هذه الحالة ما دام أن سلطة ضبط الصحافة هي التي تقوم بالمتابعة والعقاب، فهي الخصم والحكم.

بالإضافة إلى هذه الإجراءات الهامة، فإن المادة 16 من القانون العضوي وبقي أحكامه، وخاصة الفصل التاسع منه المتعلق "بالمخالفات المرتكبة في إطار النشاط الإعلامي"، لم تتضمن نوع العقوبة التي يمكن أن تنطق بها سلطة ضبط الصحافة المكتوبة في حالة إدانتها بخالفة المادة 16.

إن غياب نوع العقوبة التي يمكن أن تدان بها المؤسسة الصحفية يعصف بأحد أهم المبادئ الجنائية المعروفة، وهو مبدأ الشرعية الجنائية. وفي هذا المجال من المهم الإشارة إلى أن المشرع في القانون العضوي 12-05 قد سلك مسلكا مغايرا تماما لما سلكه مع سلطات الضبط الإدارية الأخرى، ومنها على سبيل المثال مجلس المنافسة: "تنشأ لدى رئيس الحكومة سلطة إدارية تدعى في صلب النص مجلس المحاسبة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي"⁽³⁾. حيث نص صراحة على

(1) ZOUAIMIA Rachid, op. cit, p 41.

(2) Ibid, p 42.

(3) الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 43، ص 25.

العقوبات التي يمكن أن يوقعها مجلس المنافسة، باعتباره سلطة ضبط إدارية، فعلى سبيل المثال نصت المادة 59 منه: "يمكن مجلس المنافسة إقرار غرامة لا تتجاوز مبلغ خمسمئة ألف دينار (500.000 دج) بناءً على تقرير المقرر ضد المؤسسات التي تعتمد تقديم معلومات خاطئة أو غير كاملة بالنسبة للمعلومات المطلوبة أو تهاون في تقديمها طبقاً لأحكام المادة 51 أعلاه أو لا تقدم المعلومات المطلوبة في الآجال المحددة من قبل المقرر...". حيث إنه يتضح من هذه المادة، وغيرها من المواد الأخرى، أن المشرع حدّد أنواع العقوبات التي يمكن أن ينطق بها مجلس المنافسة باعتباره سلطة ضبط إدارية في المجال الاقتصادي، وهذا خلافاً لسلطة ضبط الصحافة المكتوبة التي يبدو كما يرى الأستاذ رشيد زوايمية أن النظام الداخلي لسلطة ضبط الصحافة هو الذي سيتكفل بذلك، على الرغم من أن هذه الإجراءات الهامة كان يفترض أن يتكفل بها نص تشريعي نظراً لأهميتها القصوى⁽¹⁾.

الخلاصة:

تبقى الحريات العامة في النظام القانوني تتأرجح بين التقدم حيناً والتراجع حيناً آخر، فهي تعكس بالفعل حجم الصراع بين السلطة والحرية⁽²⁾، المترجم في مختلف النصوص القانونية.

في الواقع فإن حرية الرأي والتعبير بصفة خاصة وحرية الإعلام بصفة عامة، يفترضان وجود قدر كبير من الحرية، التي بفضلها يتاح للمواطن الحصول على المعلومات والأفكار المتعددة بما يتمتع به من قدرة على التمييز بين مختلف الوسائل الإعلامية⁽³⁾.

ولعل المكتسبات الهامة لحرية الصحافة في مجال حرية إصدارها، باعتبارها السند المادي لتحقيق حرية الرأي والتعبير، وتكريس الطابع التعددي للأراء والأفكار، قد ذهبت أدراج الرياح مع القانون العضوي 12-05.

(1) ZOUAIMIA Rachid, op. cit, p 42.

(2) رقية المصدق، المرجع السابق، ص 5.

(3) إبراهيم عبد الله السلي، التشريعات الإعلامية - قراءة نقدية للأسس الدستورية والقانونية التي تحكم أداء وسائل الإعلام، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2004، ص 66.

ولا يشفع مبرر وجود سلطة ضبط الصحافة المكتوبة - على فرض تمتعها بالاستقلالية التامة تجاه السلطة التنفيذية⁽¹⁾ - للقول بأن السلطة قد كرست نظاما وقائيا يتعارض مع حرية الصحافة.

فالمجلس الأعلى للإعلام كان هو الآخر سلطة إدارية مستقلة ضابطة في ظل القانون 07-90 ولم يمنع المشرع وقتها من اعتماد نظام تصريحي مدعم لحرية الصحافة. هذا إن دلّ على شيء فإنما يدل على أن شبهة تحميل التراجع لا توجه نحو سلطة ضبط الصحافة المكتوبة فحسب، بل توجه خصوصا إلى السلطة التي اختارت النظام الترخيصي، كما يجب عدم تحميل زمن التراجعات الواقعة على الحريات العامة إلى عهد الحزب الواحد والتوجه الاشتراكي فحسب، بل إن فترة التغيّي بالتوجه الديمقراطي وتكريس دولة الحق والقانون كان لها نصيب هي الأخرى من هذه التراجعات.

قائمة المراجع:

الكتب:

- 1- إبراهيم عبد الله السليبي: التشريعات الإعلامية - قراءة نقدية للأسس الدستورية والقانونية التي تحكم أداء وسائل الإعلام، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2004.
- 2- خالد مصطفى فهمي، المسؤولية المدنية للصحفي عن أعماله الصحفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003 .
- 3- رقية المصدق، الحريات العامة، وحقوق الإنسان، النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة الأولى، 1999.

(1) للاطلاع أكثر على مدى استقلالية سلطة ضبط الصحافة المكتوبة انظر:

ZOUAIMIA Rachid, op. cit, pp, 15-22.

- 4- سعدي يوسف الخطيب، القيود القانونية على حرية الصحافة منذ العهد العثماني وحتى العهد الحالي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2006.
- 5- شفيق سعيد، الإطار القانوني للصحافة في تونس بين المبادئ والتطبيق، المجلة القانونية التونسية، 1983 .
- 6- محمد باهي أبو يونس، التقييد القانوني لحرية الصحافة، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1996.
- 7- Andrey Morel-Senator, régime répressif, régime préventif, déclaration préalable, in protection des libertés et droits fondamentaux, sous la direction de Thierry Renoux, la documentation française, Paris, 2011.
- 8- BRAHIMI Brahim, la liberté de l'information à travers les deux codes de la presse 1982-1990 en Algérie. Revue algérienne de communication n6-7.1991.
- 9- DERIEUX Emmanuelle, droit de la communication, 3ème édition, L.G.D.J, Paris, 1999.
- 10- Morange Jean, droits de l'homme et libertés publiques, 5^e édition, puf, 2000.
- 11- ZOUAIMIA Rachid ,L'Autorité de régulation de la presse écrite, Revue Critique de droit et sciences politiques, N°01, 2014, p10.

النصوص القانونية:

- دستور 1963، صادق عليه المجلس الوطني بتاريخ 28 أوت 1963، ووافق عليه الشعب في استفتاء 8 سبتمبر 1963، جريدة رسمية عدد 64، المؤرخة في 10 سبتمبر 1963.
- أمر رقم 76-97، مؤرخ في 22 نوفمبر 1976، يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، جريدة رسمية عدد 94 مؤرخة في 24 نوفمبر 1976، الصفحة 1292.

- أمر رقم 76-97، مؤرخ في 22 نوفمبر 1976، يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، جريدة رسمية عدد 94 مؤرخة في 24 نوفمبر 1976، الصفحة 1292.
- مرسوم رئاسي رقم 89-18، مؤرخ في 28 فبراير 1989، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير سنة 1989، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 9، مؤرخة في 01 مارس 1989، الصفحة 234.
- مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، جريدة رسمية عدد 76، مؤرخة في 08 ديسمبر 1996، الصفحة 6.
- قانون رقم 16-01، مؤرخ في 6 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 14، مؤرخة في 7 مارس 2016.
- الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، اعتمد في نيروبي بتاريخ 27 جوان 1981. صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 87-37، مؤرخ في 3 فيفري 1987، جريدة رسمية عدد 6، مؤرخة في 4 فيفري 1987، ص 193.
- المرسوم الرئاسي رقم 89-67، الصادر بتاريخ 16 ماي 1989، يتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليهما من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر سنة 1966، جريدة رسمية عدد 20، مؤرخة في 17 ماي 1989، المنشورة بالجريدة الرسمية عدد 11 المؤرخة في 26 فبراير سنة 1997، الصفحة 16.

- القانون رقم 01-82 المؤرخ في 6 فبراير 1982 يتضمن قانون الإعلام، جريدة رسمية عدد 6، مؤرخة في 9 فبراير 1982، الصفحة 242، ملغى بالقانون رقم 07-90 المؤرخ في 03 أبريل 1990 يتعلق بالإعلام.
- القانون رقم 07-90 المؤرخ في 03 أبريل 1990 يتعلق بالإعلام، جريدة رسمية عدد 14، مؤرخة في 04 أبريل 1990، الصفحة 459، ملغى بالقانون العضوي رقم 12 - 05 المؤرخ في 12 يناير 2012.
- القانون 29-90 المؤرخ في أول ديسمبر 1990 يتعلق بالتهيئة والتعمير، جريدة رسمية عدد 52، المؤرخة في 2 ديسمبر 1990، الصفحة 1652، معدل ومتمم.
- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 43، صفحة 25، معدل ومتمم.
- القانون العضوي رقم 04-12 المؤرخ في 12 يناير 2012، يتعلق بالأحزاب السياسية، جريدة رسمية عدد 2، مؤرخة في 15 يناير 2012، صفحة 9.
- القانون العضوي رقم 12 - 05 المؤرخ في 12 يناير 2012، يتعلق بالإعلام، جريدة رسمية عدد 2، مؤرخة في 15 يناير 2012، ص 21.
- القانون العضوي رقم 06-12 المؤرخ في 12 يناير 2012، يتعلق بالجمعيات، جريدة رسمية عدد 2، مؤرخة في 15 يناير 2012، ص 33.

دور القانون الوطني في حل النزاعات ذات العنصر الأجنبي

(حالات استثنائية أم هيمنة وتوسع مستمر)

بقلم: د/ قتال حمزة*

الملخص:

يختص قانون القاضي في العديد من الحالات بحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي. هذه الحالات قد تفرضها طبيعة المنهج التنازعي، كما قد تفرضها السياسة التشريعية.

إن تنوع هذه الحالات وتعددتها قد يخل بالمبدأ الأساسي الذي يقوم عليه المنهج التنازعي، وهو المساواة في عقد الاختصاص بين القانون الوطني والقانون الأجنبي؛ لذا ينبغي على المشرع أن يبتقي على الصفة الاستثنائية لهذه الحالات. الكلمات المفتاحية: القانون الوطني - العنصر الأجنبي - تنازع.

Résumé:

Il existe de nombreux cas où la du juge est compétente en ce qui concerne la catégorie ou une relation présente un élément étranger.

Ces cas peuvent être imposés par la nature de conflit, comme ils peuvent l'être par la politique législative.

Le nombre de ces cas et leur diversité pouvait compromettre le principe de l'égalité entre la loi nationale et la loi étranger, le législateur devait donc garder ces cas comme une exception.

Mots clés: loi nationale - élément étranger - conflit.

مقدمة:

تقوم العلاقة القانونية على ثلاثة عناصر: أولها هو السبب المنشئ، ومنه تنشأ العلاقة القانونية، الذي قد يكون واقعة أو تصرفاً قانونياً، وثانيها الأشخاص، وهم

* أستاذ محاضر قسم "أ"، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة - الجزائر.

أطراف العلاقة، وثالثها هو الموضوع، أي محل العلاقة القانونية، وقد تعتري الصفة الأجنبية أحد هذه العناصر أو بعضها أو كلها، إذ قد يكون السبب أجنبياً، كحدوث الواقعة أو إبرام التصرف في بلد أجنبي، وقد يكون أحد الأطراف أو كلاهما أجنبياً، وقد يكون المحل، سواء عقاراً أو منقولاً موجوداً في الخارج.

ونتيجة لوجود العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية فهي ترتبط بعدة قوانين، قد يكون قانون القاضي من بينها؛ لذلك يظهر أن له صلة بهذه العلاقة، وبالتالي، وإن لم يكن القانون الملائم لحكمها، فسيكون له دور في حل النزاعات الناشئة عنها. فما هو هذا الدور وبأي صفة يقوم به؟ أو ما هي حالات اختصاص قانون القاضي في حل النزاعات ذات العنصر الأجنبي في أي مرحلة من مراحل حلها، وبأي صفة يعقد له هذا الاختصاص؟ وما إذا كان هذا الدور استثنائياً عرضياً، أم أنه في توسع مستمر يبلغ حد الهيمنة على حكم هذه العلاقات؟

وهذا ما سوف نتناوله من خلال التعرض إلى اختصاص قانون القاضي في حل النزاعات المتعلقة بهذه العلاقات بصفة أصلية (المبحث الأول)، ثم اختصاصه بصفة احتياطية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: اختصاص قانون القاضي بصفة أصلية

يقوم المنهج التنازعي⁽¹⁾ على آلية الإسناد، أي تطبيق قاعدة الإسناد التي تتكفل بتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي، حيث يتم اختيار القانون الملائم من بين القوانين المتنازعة، على أساس ارتباطه بالعلاقة مكانياً أكثر من غيره⁽²⁾. ونجد هنا أن لقانون القاضي حالات يختص فيها بصفة

1- يعتبر المنهج التنازعي المنهج التقليدي لحل النزاعات ذات العنصر الأجنبي، راجع في تحديد مفهوم هذا المنهج وخصائصه، د/ الطيب زروقي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1997، الجزء 01، ص 73 وما بعدها.

Mayer (P) et Heuzé (V), Droit international privé, Delta, 8ème édition, 2005, p 61, 107.

2- يفرض المنهج التنازعي الذي أن تحل مشكلة تنازع القوانين عن طريق تحليل العلاقة أو الرابطة القانونية

=

أصلية، فالتكييف يتم وفقا لقانون القاضي (المطلب الأول)، وقد تشير قاعدة الإسناد باختصاصه (المطلب الثاني)، وقد يكون مختصا أصلا لكن يستبعد بطريق الغش، فيرد له اختصاصه (المطلب الثالث).

المطلب الأول: اختصاص قانون القاضي في التكييف

يتمثل التكييف في "تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد"⁽¹⁾.

فعند وضع المشرع لقواعد الإسناد لا يخصص لكل مسألة قاعدة إسناد، إنما يجمع فئة من المسائل ويضع لها قاعدة إسناد⁽²⁾؛ لذلك يحتاج القاضي إلى التكييف لأجل إدخال المسألة محل التنزع في فئة من هذه الفئات المسندة، ونظرا لاختلاف قوانين الدول في تكييف المسائل القانونية المعروضة على القاضي؛ فإن تحديد القانون الذي يتم التكييف طبقا له يؤثر في عملية الإسناد وتحديد القانون المختص، إذ يختلف القانون المختص باختلاف القانون الذي تم التكييف بناء عليه. وقد اعتمدت التشريعات نظرية «Bartın»⁽³⁾ (الفرع الأول)، ومنها المشرع

محل النزاع، وتركيزها في مكان أو إقليم الدولة التي تمت فيها أو ارتبطت بها أكثر من غيرها، ثم إسنادها إلى قانون تلك الدولة باعتباره الأكثر صلاحية وملاءمة لحكمها، والأكثر إيفاءً بمقتضيات العدالة. راجع: د/ رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 40، 45.

1- د/ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 115.

Mayer (P) et Heuzé (V), op. cit, p115

2- د/ عز الدين عبد الله، المرجع نفسه، ص 116 .

3- اعتمدت العديد من التشريعات في القانون المقارن نظرية «Bartın» منها القانون المدني المصري في المادة 10، والقانون المدني السوري في المادة 11، والقانون المدني العراقي في المادة 17، والقانون الدولي الخاص الكويتي في المادة 31، والقانون المدني الأردني في المادة 11، والقانون الدولي الخاص النمساوي، والقانون الدولي الخاص الألماني، والقانون الدولي الخاص السويسري، والقانون الدولي الخاص المغربي، والقانون المدني الإسباني، وغيرهم، راجع: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنزع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص 388.

(الفرع الثاني).

الفرع الأول: نظرية تطبيق قانون القاضي⁽¹⁾

يرى الفقيه الفرنسي «Bartin» بأن التكييف باعتباره عملية أولية لازمة لتحديد القانون الواجب التطبيق، فمن الطبيعي أن يتم بالرجوع إلى قانون القاضي⁽²⁾ (La Lex Fori)، لتحديد طبيعة الواقعة أو التصرف القانوني محل النزاع، عادة ما يلجأ القاضي إلى القانون الوطني، وهو إذ يفعل ذلك لا يبرر عادة مسلكه، حيث يقوم بالتكييف وفقاً لقانونه بطريقة ضمنية وغير محسوسة⁽³⁾.

وقد أسس «Bartin» نظريته على فكرة السيادة، ذلك أن تنازع القوانين عنده هو تنازع بين السیادات، ولكن خالفه الفقه الغالب الذي أيد نظريته في هذا

1- يعتبر الفقيه الألماني «Frantz Kahn» أول من نادى بنظرية قانون القاضي سنة 1891، لكن الذي بلور هذه النظرية، وأوضح معالمها هو الفقيه «Bartin». راجع: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 377.

غير أن هناك من الفقه من يرى بأن التكييف يخضع للقانون الذي يحكم النزاع، وهناك من يرى بأن التكييف يخضع للقانون المقارن، لكنها آراء تعرضت للنقد، راجع في عرض هذه الآراء: صادق محمد محمد الجبران، التصنيف في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 27 وما بعدها.

2- ميز الفقيه "Bartin" بين التكييف الأولي اللازم لإدراج المسألة ضمن الفئة المسندة المناسبة لها، ويكون وفقاً لقانون القاضي، وبين التكييف الثانوي أو اللاحق بعد الإسناد وتحديد القانون المختص، ويكون وفقاً لهذا الأخير. كما أنه أورد عدة استثناءات على نظريته وهي: وصف المال ما إذا كان عقاراً أو منقولاً، ويخضع إلى قانون موقعه؛ ووصف الفعل غير المشروع، ويتم وفقاً لقانون مكان وقوعه؛ والنظام الأجنبي المجهول، فإنه يخضع للقانون الأجنبي الموجود فيه؛ وحالة وجود معاهدة تقضي بتكييف بعض المسائل وفقاً لقانون غير قانون القاضي. راجع: د/ هشام علي صادق، تنازع القوانين، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 58، 61.

3- د/ حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 110.

Niboyet (J- P), Cours de droit international privé français, 2ème édition, librairie du recueil sirey, 1949, p453

الأساس، إذ يفرض تصوير تنازع القوانين على أنه تنازع بين سيادات، واعتمد أسسا أخرى وهي⁽¹⁾:

- أن التكييف يعتبر تفسيراً لقاعدة الإسناد الوطنية، وبهذا يبدو طبيعياً أن يخضع لقانون القاضي.
- أن القاضي حينما يقوم بتكييف المسألة وبحكم تكوينه الثقافي والقانوني، سوف يتأثر حتماً بالمبادئ الواردة في قانونه الوطني، فهذه المبادئ تعد جزءاً لا يتجزأ من ذكائه المهني.
- أن التكييف وهو تحديد طبيعة العلاقات القانونية يجب أن يكون واحداً، فلا يتغير بتغير القانون الذي يخضع له، إذ يجب أن يكون نفسه في النوع الواحد من المسائل.
- أن التكييف عملية أولية سابقة على إعمال قاعدة الإسناد، فلو أثبتت مسألة معينة، فلا يمكن تطبيق قاعدة الإسناد، ومن ثم التعرف على القانون الواجب التطبيق إلا عن طريق التكييف، وعليه فلا يتصور أن يتم التكييف إلا وفقاً لقانون واحد، وهو قانون القاضي.

الفرع الثاني: المشرع يعتمد نظرية "Bartin"

اعتمد المشرع الجزائري نظرية «Bartin» في المادة 09 من القانون المدني⁽²⁾، حيث تنص: «يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات

1- راجع، د/ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 57؛ د/ جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970، ص 115؛ د/ عمر بلهامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 175 وما بعدها.

2- لم تنص المادة 9 من القانون المدني على الاستثناءات الواردة على نظرية «Bartin»، وقد ورد استثناء وحيد في نص المادة 1/17 المتعلق بتكييف المال، حيث يستبعد القانون الوطني، إذ يخضع لقانون موقع المال. أما بقية الاستثناءات فغير واردة في القانون المدني الجزائري، كتكييف المسائل المجهولة في القانون الجزائري. أما تكييف الفعل غير المشروع المذكور في المادة 20 فهو يتم وفقاً للقانون الجزائري وجوباً، فلا يعتبر استثناءً، وكذلك بالنسبة لوجود معاهدة تنص على التكييف؛ لأنه قبل تطبيق المعاهدة يجب التصديق

=

المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق». يتبين من هذا النص أن المشرع اعتبر التكييف الأولي هو تكييف العلاقات (المسائل)، لأجل تحديد نوعها، أي تحديد الفئة المناسبة لها لمعرفة القانون الواجب التطبيق، وهو قانون القاضي، وذلك دون بقية التكييفات الثانوية التي تأتي بعد هذه المرحلة.

وأن المقصود بالقانون الجزائري كمرجع في التكييف هو القانون الجزائري في مجملته، بما يتضمن من قواعد أيا كان مصدرها، أي المبادئ الأساسية في هذا القانون أيا كان مصدرها.

فالقاضي الجزائري يستهدي بالأصول العامة والمبادئ السائدة في القانون الجزائري، دون التقيد بما ورد في النصوص، حيث يستهدي بهذه الأصول والمفاهيم الأساسية لأنواع العلاقات القانونية (الأحوال الشخصية، الأموال، الشكل، الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية... حتى يمكن إدخال كل العلاقات التي تعرض بشأنها على القاضي ضمن إحدى فئات الإسناد⁽¹⁾.

إذن فقانون القاضي هو المختص في تكييف العلاقات (المسائل)، لأجل تحديد نوعها، أي تحديد الفئة المناسبة لها، لمعرفة القانون الواجب التطبيق.

المطلب الثاني: اختصاص قانون القاضي بموجب الإسناد

عند تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد سوف تشير هذه الأخيرة باختصاص القانون الملائم لحل النزاع، فإذا كانت قاعدة مزدوجة فإن هذا القانون قد يكون أجنبياً كما قد يكون قانون القاضي (الفرع الأول)، وإذا كانت القاعدة مفردة فإن قانون القاضي هو المختص دائماً (الفرع الثاني).

عليها من طرف رئيس الجمهورية، وبذلك تدخل في نطاق القانون الوطني.
1- راجع: د/ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الفسيحة، الجزائر، 2008، ص111.

الفرع الأول: الاختصاص بموجب القاعدة المزدوجة

عموما تتميز قواعد الإسناد بأنها ذات صياغة مزدوجة، أي أن غالبيتها تبين متى يطبق القانون الوطني ومتى يطبق القانون الأجنبي⁽¹⁾، ومثال ذلك المادة 10 من القانون المدني التي تنص: «يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم...».

وتحقق الصياغة المزدوجة لقاعدة الإسناد هدفين اثنين: الهدف الأول هو إتاحة الفرصة للقانون الأجنبي للتطبيق، إذا تبين للقاضي عدم اختصاص قانونه على اعتبار أن العلاقة القانونية ترتبط بنظام قانوني أجنبي. والهدف الثاني هو تحاشي حصول فراغ قانوني إذا كان قانون القاضي غير مختص، وهذا بواسطة الإسناد المزدوج وبالتالي يتحدد القانون الأجنبي المختص حسب معيار التركيز الذي اعتمده المشرع⁽²⁾.

فالذي استقرت عليه التشريعات المختلفة والفقهاء الغالب هو ضرورة أن تكون قاعدة الإسناد مزدوجة؛ لأن ذلك ينسجم مع طبيعة المسائل ذات العنصر الأجنبي، كما يتيح إمكانية تطبيق قانون أجنبي⁽³⁾.

وعليه فمن شأن هذه الصياغة أن يعقد الاختصاص لقانون القاضي بصفته القانون الوطني، متى كان هو القانون الأكثر ارتباطا بالعلاقة إعمالا لضابط الإسناد في قاعدة الإسناد.

الفرع الثاني: الاختصاص بموجب القاعدة المفردة

إن دور قاعدة الإسناد المفردة⁽⁴⁾ يقتصر فقط على تحديد مجال تطبيق

1- د/ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص7.

2- د/ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص، ص95.

3- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص103.

Mayer (P) et Heuzé (V), op. cit., p86.

4- يرى جانب من الفقهاء بوجود أن تكون قواعد الإسناد جمعها مفردة الصياغة، كالفقيه الفرنسي

=

القانون الوطني⁽¹⁾، فهي تبين متى يختص القانون الوطني، دون أن تبين متى يختص القانون الأجنبي، ومثالها نص المادة 10 من القانون المدني⁽²⁾ قبل تعديلها بموجب القانون 05-10⁽³⁾، حيث كانت تنص: «تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية...».

فهذه القاعدة كانت تقتصر على تنظيم الحالة المدنية للجزائريين وأهليتهم، فقد اكتفت بتحديد مجال اختصاص القانون الجزائري دون غيره⁽⁴⁾.

فرغم أن الغالبية من قواعد الإسناد هي قواعد مزدوجة إلا أن هناك قواعد مصاغة صياغة مفردة الجانب⁽⁵⁾، فثمة مجال يتعين على المشرع أن يتبع فيه هذا النمط من أنماط صياغة هذه القواعد، ويكون استثنائيا لأجل تأمين المجتمع⁽⁶⁾.

"Niboyet" والفقهاء الألمانين "Schnell" و"Niebler" والفقهاء الإيطاليين "Quadri"، راجع، د/موحد إيسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص128.

Niboyet (J-P), op. cit. p350.

1- د/عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2006، ص77.

2- تقابل المادة 1/10 من القانون المدني قبل التعديل المادة 3/03 من القانون المدني الفرنسي التي تنص: "...Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers".

3- القانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، مؤرخ في 20/06/2005، ج.ر عدد 44، 2005، ص17.

4- أصبحت هذه القاعدة بعد التعديل مزدوجة، حيث تحدد القانون الواجب التطبيق على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم، سواء كانوا جزائريين أم غير جزائريين، وسواء كان القانون الجزائري هو الواجب التطبيق أم كان قانوناً أجنبياً. لمزيد من التفصيل راجع، د/ الطيب زروقي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 05-10، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد 01، ص72 وما بعدها.

5- كالمادة 10 فقرة أخيرة من القانون المدني: "...غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري"، والمادة 15 فقرة أخيرة: "... غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعدم الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر".

6- د/ عنایت عبد الحميد ثابت، أساليب فض تنازع القوانين ذي الطابع الدولي في القانون الوضعي، مجلة

وهذا ما يصدق أيضا على نص المادة 13 من القانون المدني⁽¹⁾، فالمشرع ساير الاتجاه الذي يرى ضرورة جعل بعض قواعد الإسناد مفردة وذلك في المسائل التي تمس الأسرة، في كونها الخلية الأساسية للمجتمع، كالزواج مثلا، لأجل حماية مواطني الدولة، فتجذب اختصاص القانون الوطني مباشرة إذا كان أحد أطراف العلاقة وطنيا⁽²⁾.

وعليه فعند تطبيق قاعدة إسناد مفردة يختص بموجبها القانون الوطني بصفة أصلية لحل النزاع ذي العنصر الأجنبي.

المطلب الثالث: حالة الغش نحو القانون

تنص المادة 24 من القانون المدني المدني: «لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون...».

فعندما يستعمل الشخص الغش تهربا من أحكام قانون ما، قد يكون قانون القاضي، يسعى في ذلك لاختصاص قانون آخر (الفرع الأول)، هنا يعيد القاضي الاختصاص للقانون المستبعد نتيجة الغش بعدما يستبعد القانون الأجنبي المختص بواسطة الغش (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الغش تحويل الإسناد إلى قانون غير مختص

يتم الغش نحو القانون عن طريق "التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير، ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين، وذلك بنية التهرب من القانون واجب التطبيق أصلا، سواء كان قانون القاضي أم قانون

القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1995، عدد 65، ص 18.

1- تنص المادة 13 من القانون المدني: «يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج...».

2- د/ عمر بلهائي، المرجع السابق، ص 106.

أجنيباً"⁽¹⁾.

فالغاش يقوم بإجراء تغيير إرادي في العنصر الواقعي لضابط الإسناد ، وهذا لا يتحقق إلا في الحالات التي يكون فيها ضابط الإسناد من الضوابط التي يمكن أن يتدخل الأفراد في تغييرها، كالجنسية، أو الموطن في مسائل الأحوال الشخصية، ويجب بالإضافة إلى ذلك أن يهدف الشخص من وراء هذا التغيير إلى التحايل بقصد الإفلات من أحكام القانون المختص أصلاً⁽²⁾.

الفرع الثاني: إعادة الاختصاص للقانون المستبعد بالغش

يرى الفقه الغالب⁽³⁾ بأن أثر الغش يقتصر على عدم نفاذ النتيجة غير

1- تعريف للدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص542.

2- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 556؛ نادية فضيل، الغش، الغش نحو القانون، رسالة ماجستير، الجزائر، 1984، ص135.

Mayer (P) et Heuzé (V), op, cit., p190.

3- د/ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، دار النهضة المصرية، الطبعة الثالثة، القاهرة، مصر، ص449؛ د/ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص222؛ د/ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص512.

Mayer (P) et Heuzé (V), op, cit., p192; Nibiyet (J. P), op, cit., p503.

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن أثر الدفع بالغش يمتد ليشتمل النتيجة والوسيلة معاً، أي تبطل الوسيلة، ويستبعد القانون المختص بواسطة الغش، حيث ينبغي تعميم الجزاء ومحو كل أثر لارتكاب الغش.

راجع: نادية فضيل، المرجع السابق، ص136.

Batiffol (H) et Lagarde (P,) Droit international privé, Tome1, 8^{ème} édition, L.G.D.J, Paris, p600.

غير أن هذا الرأي انتقد لأن الدفع بالغش نحو القانون يعتبر وسيلة علاج احتياطية لحماية قاعدة الإسناد؛ لذا فاستعمالها يكون في حدود تحقيق هذه الغاية، وعليه فعدم نفاذ النتيجة (وهي اختصاص قانون ما كان ليختص لولا الغش) يكفي لحماية قاعدة الإسناد برد اعتبار القانون الذي تم التحايل عليه، والذي هو محل اختيار قاعدة الإسناد لولا هذا التحايل، فلا حاجة إذًا لتتبع بقية الآثار بإبطالها، فالوسيلة المستعملة في الغش قد تم اكتسابها بطريقة صحيحة ومشروعة، فلا يجوز إبطالها.

راجع: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص565؛ د/ موحند إسعاد، المرجع السابق ص314.

المشروعة التي قصد إليها الشخص عندما قام بتغيير ضابط الإسناد دون الوسيلة؛ لأن العبرة في التصرف بقصده وغايته ولا داعي للمبالغة في الجزاء، ومن ثم يكفي أن يرد الغاش عن قصده، بأن يستبعد القانون المختص بواسطة الغش. أما الآثار الأخرى الناتجة عن استعمال وسيلة مشروعة فلا تهم في نظر الغاش مادام لم يقصدها، ومن باب أولى ينبغي على القضاء ألا يفرضها عليه⁽¹⁾.

كما أن أثر الغش لا ينحصر في استبعاد القانون الأجنبي المختص بواسطة الغش، بل هو أثر حلولي أو استبدالي، أي أن يحل القانون المختص أصلاً، سواء كان القانون الوطني أم قانوناً أجنبياً، مكان القانون الأجنبي المختص بطريق الغش⁽²⁾، وهذا ما قرره المادة 24 من القانون المدني كما بينا ذلك سابقاً.

المبحث الثاني: اختصاص قانون القاضي بصفة احتياطية

الأصل أن يختص القانون الأكثر صلة بالعلاقة ذات العنصر الأجنبي من حيث المكان، فأحكامه هي التي تفصل في النزاع الخاص بهذه العلاقة، إلا أنه ونتيجة لعدة عوامل متعلقة بالدرجة الأولى بهذا القانون يستبعد أو يتعذر تطبيق أحكامه، ويختص بدلا عنه قانون القاضي بصفة احتياطية، وذلك يتحقق في أحوال ثلاثة: عند إرجاع الاختصاص إلى قانون القاضي إذا أحالت إليه قواعد الإسناد في القانون الأجنبي (الفرع الأول)، وعند تعذر إثبات ومن ثم تطبيق أحكام القانون الأجنبي (الفرع الثاني)، وعند تعارض هذه الأخيرة مع النظام العام (الفرع الثالث).

المطلب الأول: الاختصاص بموجب الإحالة من الدرجة الأولى

لتحديد كيفية اختصاص قانون القاضي احتياطياً بموجب الإحالة، تناول مفهوم الإحالة (الفرع الأول)، ولنعلم أثر الإحالة على حل النزاع الخاص بالعلاقة ذات العنصر الأجنبي، حيث نرى بأن اعتماد الإحالة يوسع من مجال تطبيق

1- د/ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 301.

2- د/ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 324.

القانون الوطني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الإحالة

يقصد بالإحالة تلك النظرية التي تقول بوجود تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التنازع بينهما سلبياً⁽¹⁾.

وتثور مشكلة الإحالة إذا توافرت عدة مفترضات أساسية وهي: أن يختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية قانون أجنبي، وأن يكون ضابط الإسناد لقاعدة الإسناد الوطنية مختلفاً عن ضابط الإسناد لقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي، أو أن يختلف مفهوم هذا الضابط فيهما⁽²⁾.

وقد عرفت الإحالة جدلاً فقهيها واسعاً بين فقهاء القانون الدولي الخاص⁽³⁾،

1- د/ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 21.

وقد ظهرت الإحالة بادئ الأمر في القضاء الفرنسي في القرن السابع عشر، إلا أنه لم يرسُ حلها إلا في القرن التاسع عشر في قضية مشهورة تعرف بقضية «Forgo»، سنة 1878. راجع: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 434. غير أن هناك من الفقه من يرى بأنها ظهرت منذ القديم في القضاء الإنجليزي، حيث طبقها في أواخر القرن الثامن عشر. راجع: د/ جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 617.

2- فإذا أردنا مثلاً تطبيق المادة 1/10 من القانون المدني الجزائري، على مسألة تخص أهلية شخص إنجليزي، نجد أنها تشير باختصاص القانون الإنجليزي بوصفه قانون الجنسية، وعندما نطبق قواعد الإسناد في هذا القانون سوف نحيلنا إلى قانون موطن هذا الشخص، فإذا كان هذا الأخير متوطناً بالجزائر قضت باختصاص القانون الإنجليزي، أما إذا لم يكن كذلك رفضت اختصاصه وأحالت إلى قانون موطن الشخص، الذي قد يكون القانون الجزائري، فهذه إحالة من الدرجة الأولى (الرجوع)، أو يكون قانوناً أجنبياً آخر فهي إحالة من الدرجة الثانية. وقد تستشار قواعد إسناد هذا الأخير فترفض الاختصاص له وتحيل على قانون آخر، وهذه هي الإحالة من الدرجة الثانية.

راجع في أنواع الإحالة: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 437.

Mayer (P) et Heuzé (V), op, cit., p158.

3- راجع، د/ جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 627؛ د/ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق،

=

وقد تحور هذا الاختلاف في اتجاهين اثنين: الأول يرفض الإحالة⁽¹⁾، والثاني يرى إعمالها⁽²⁾.

الفرع الثاني: اعتماد الإحالة يوسع من مجال تطبيق القانون الوطني

بموجب تعديل 2005 أضاف المشرع في النصوص المتعلقة بتنازع القوانين المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني، حيث أفصح عن موقفه من الإحالة، فاعتمد الإحالة من الدرجة الأولى، حيث تنص هذه المادة على أنه: «إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي».

فيجب على القاضي الجزائري أن يرجع إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، وهنا يقتضي التمييز بين فرضين: الأول هو قبول القانون المسند إليه الاختصاص فتطبق قواعده الموضوعية، والثاني هو عند رفض القانون المسند إليه الاختصاص، وفي هذه الحالة إما أن تحيل قواعد الإسناد فيه إلى قانون القاضي، فتطبق القواعد الموضوعية الوطنية، وإما أن تحيل إلى قانون أجنبي آخر، فتطبق القواعد الموضوعية في القانون المسند إليه⁽³⁾.

ص 196.

1- من الفقهاء الرافضين للإحالة "Niboyet" و "Lerepours Pigeonnière" و "Brtin" و "Pillet"، راجع: د/عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، مطبعة الاعتماد، القاهرة، مصر، 1924، ص 302، 314؛ د/ جابر جاد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 630.
Niboyet(P J), op, cit.,p482.

2- من الفقهاء المناصرين للإحالة "Wolff" و "Frankenstein".

راجع: د/ عز الدين عبد الله المرجع السابق، ص 147، 153.

Battifol (H) et Lagarde (P), op, cit., p497; Mayer (P) et Heuzé (V), op, cit., p160.

3- د/ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 126.

وعليه فقد يطبق القاضي القانون الجزائري عندما تشير باختصاصه قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بعدما ترفض منح الاختصاص لقانونها، وذلك إعمالاً للإحالة من الدرجة الأولى التي اعتمدها المشرع.

المطلب الثاني: حالة تعذر اثبات القانون الأجنبي

عندما يتعذر على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، يثار مسألة القانون البديل الذي يسد هذا الفراغ، وقد اختلف الفقه والقضاء بين عدة حلول (الفرع الأول)، وقد كان للمشرع الجزائري موقف صريح، حيث أسند الاختصاص للقانون الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الفقه الراجح يرى بتطبيق قانون القاضي⁽¹⁾

يرى الاتجاه الغالب في الفقه⁽²⁾ أنه في حالة ما إذا تعذر على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، وتعذر عليه إعمال القوانين الأخرى المختصة طبقاً لضوابط الإسناد الاحتياطية في قاعدة الإسناد، يتعين عليه في هذه الحالة تطبيق قانونه الوطني⁽³⁾.

1- هناك اتجاهات فقهية أخرى، اتجه يرى برفض الفصل في النزاع، واتجاه آخر يرى بتطبيق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتقدمة، واتجاه آخر يرى بتطبيق القانون الأكثر ارتباطاً. غير أن هذه الآراء كلها منتقدة ومرجوحة.

راجع: د/ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص258؛ د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص576.

2- راجع، الطيب زروقي، المرجع نفسه، ص259؛ د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع والموضع نفسه. Batiffol (H) et Lagarde (P), op, cit., p544.

3- اختلف أنصار هذا الرأي في تبريره، فمنهم من يقول بتمثل أحكام القانونين الوطني والأجنبي المختص، وهناك من يقول بأن لقانون القاضي اختصاص عام على جميع العلاقات القانونية، غير أنها تبريرات منتقدة، والرأي الراجح يبرره بأن لقانون القاضي اختصاص احتياطي عام لاستحالة تطبيق القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصيل بموجب قاعدة الإسناد الوطنية.

راجع، د/عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص435.

Batiffol (H) et Lagarde (P). op, cit, p544.

وقد استند هذا الاتجاه على عدة حجج في تبرير ما ذهب إليه، وهي كما يلي:

- أن لقانون القاضي في مسائل تنازع القوانين اختصاص احتياطي عام، إذ يطبق على جميع المسائل حتى ما كان منها ذا طابع دولي.

- أن النظم القانونية عموماً قد اتجهت مؤخراً إلى توسيع دائرة اختصاص القانون الوطني، فهناك قوانين التوجيه الاقتصادي والحماية الاجتماعية، التي تزايد عددها بتزايد تدخل الدولة في كافة المجالات، فهي من قوانين التطبيق الضروري، ولذلك لا يبدو غريباً أن يطبق القاضي قانونه عند استحالة تطبيق القانون الأجنبي.

- أن تطبيق القاضي لقانونه الوطني، يسعفه في الوفاء بالتزامه بأداء العدالة وتحقيق الحماية القضائية المطلوبة، كما أنه أعلم بأحكامه وأسهل تطبيقاً من غيره من القوانين.

ورغم الانتقادات التي تعرض لها هذا الرأي⁽¹⁾ يبقى حلاً مبرراً؛ ذلك أن قانون القاضي ليس غريباً عن المنازعة المطروحة، إذ يتصل بها على الأقل من ناحية أنه قانون المحكمة المعروض أمامها، كما أن تطبيق قانون القاضي يعتبر حلاً عادلاً؛ لأنه يجنب الخصوم النتائج السيئة التي تترتب عن رفض دعواتهم، ولأجل هذا أكده الفقه والقضاء، كما تبنته العديد من التشريعات⁽²⁾.

الفرع الثاني: المشرع يسند الاختصاص إلى قانون القاضي احتياطياً

تبني المشرع الجزائري الرأي القائل بتطبيق قانون القاضي في حالة ما إذا تعذر على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، وذلك بموجب تعديل 2005 للقانون المدني، إذ تنص المادة 23 مكرر: "يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه".

1- مثال ذلك لما يكون قانون القاضي غير ملائم لحكم النزاع، فيؤدي إلى نتائج غير مقبولة، أو ألا تكون لهذا القانون أي صلة بالنزاع.

راجع، د/ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 441.

2- راجع: د/عكاشة محمد عبد العال، المرجع نفسه، ص 436.

وعليه فطبقاً لهذه المادة يجب على القاضي عند تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي، سواء التزم بمفرده بهذا الإثبات أو كان ذلك بمعونة الخصوم، أن يطبق القانون الوطني، وفي نظرنا إن إقرار المشرع لهذا الرأي له أسبابه، كما أنه يحقق عدة أهداف منها:

- توسيع نطاق تطبيق القانون الوطني، إذ الأصل هو إطلاق الاختصاص التشريعي للقانون في دولته وبين محاكمها، فالأصل هنا هو سلطان القانون من حيث المكان، فبعد تعذر إثبات القانون الأجنبي يطبق باعتباره يسترجع ولايته العامة استناداً لمبدأ الإقليمية⁽¹⁾.

- إيجاد أساس قانوني لتطبيق القاضي للقانون الوطني عند تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص، وإعطائه الصفة الاحتياطية في هذه الحالة، وقطع التأويلات المختلفة المستندة إلى الآراء السالفة في تبرير تطبيق القانون الوطني في هذه الحالة.

- تسهيل مهمة القاضي في فصله للنزاعات الدولية الخاصة؛ لأنه أعلم بأحكام القانون الوطني وأسهل له في تطبيقه من غيره من القوانين كالقانون الأقرب للقانون الأجنبي المختص مثلاً، لكن هذا لا يعني أن يسرع القاضي في تطبيقه للقانون الوطني، إنما لا يجوز له ذلك إلا بعد تحقق استحالة تطبيق القانون الأجنبي المختص فعلاً.

- الاعتراف بالصعوبات العملية التي تواجه القاضي في تطبيق القانون الأجنبي⁽²⁾، ومن ثم جعل له المشرع مخرجا عند تعذر إثبات القانون الأجنبي،

1- د/ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري علماً وعملاً، مطبعة الفسيحة، الجزائر، 2010، ص13.

2- حيث يقول د/ الطيب زروقي بأن: «الضرورات العملية في تطبيق القانون الأجنبي هي التي اقتضت هذا الموقف التوفيقى؛ لأنه يشكل حالة استثنائية تبرره طبيعة العلاقات الدولية الخاصة، ومن ثم إذا تعذر إثبات وجوده أو تحديد مضمونه فيسترجع القانون الوطني دوره في التطبيق، لأن له الولاية العامة، لهذا الاعتبار أقر حكم المادة 23 مكرر».

راجع بحثه: قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 10.05، ص95.

بالسماح له بتطبيق قانونه الوطني، وهذا يسعفه في الوفاء بالتزامه بأداء العدالة وتحقيق الحماية القضائية المطلوبة، إعمالاً للمبادئ الإجرائية سالفة الذكر، كما يجنب الخصوم الآثار السلبية التي قد تترتب عن رفض دعواهم لهذا السبب.

عندما يتعذر على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي المختص، يتم تطبيق قانون القاضي، والرأي الراجح هو القائل بأن لقانون القاضي اختصاصاً احتياطياً عاماً لاستحالة تطبيق القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصيل بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، طبقاً للمادة 23 مكرر: «يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه».

المطلب الثالث: تعارض أحكام القانون الأجنبي مع النظام العام

يتوقف تطبيق القانون الأجنبي على عدم تعارض أحكامه مع النظام العام، أي مع الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في دولة القاضي، فإذا كان ذلك استبعد تطبيق هذا القانون (الفرع الأول)، وتم إحلال قانون القاضي محل الأحكام المتعارضة مع النظام العام طبقاً للمادة 2/24 من القانون المدني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعارض أحكام القانون الأجنبي مع النظام العام

تنص المادة 24 من القانون المدني: «لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر...».

بناءً على هذا النص ينبغي على القاضي الوطني أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي رغم اختصاصه إذا كانت أحكامه تخالف النظام العام.

وقد عرف النظام العام بأنه: «دفع يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الموضوعي الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان حكمه يخالف الأسس والمبادئ الجوهرية التي يتأسس عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي»⁽¹⁾.

1- د/ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 271.

وأعمال الدفع بالنظام العام يتوقف على تطبيق قاعدة الإسناد وأن تشير إلى اختصاص القانون الأجنبي⁽¹⁾، وأن تكون أحكام هذا القانون متعارضة مع المبادئ والقيم الأساسية لمجتمع دولة القاضي (وقت رفع الدعوى)⁽²⁾، ولا يقتصر في تقدير التعارض على مضمون قواعد القانون الأجنبي، وإنما على الآثار الواقعية والفعلية لتطبيق هذه القواعد على النزاع، إذ قد يكون ظاهر تلك الأحكام غير مخالفة في حد ذاتها، غير أن عن تطبيقها الفعلي يقود إلى المخالفة⁽³⁾.

الفرع الثاني: استبعاد القانون الأجنبي وثبوت الاختصاص للقانون الوطني

للنظام العام أثر سلبي يتمثل في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، والفقهاء غالباً يرى بأنه يقتصر على استبعاد القانون الأجنبي في الجزء الذي يتعارض مع النظام العام، ويطبق القانون الأجنبي على باقي عناصر النزاع؛ ذلك أن مخالفة إحدى قواعد القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام لا تنزع عنه صفة القانون الملائم وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية، كما أن عدم التوسع في أعمال الدفع بالنظام العام يكفل احترام قاعدة الإسناد الوطنية⁽⁴⁾.

أما الأثر الإيجابي للنظام العام فيقتضي إحلال قانون القاضي محل القانون

1- أما إذا لم يكن القانون الأجنبي مختصاً في حكم النزاع، أو أمكن استبعاده لسبب آخر كأن يكون قانون القاضي قد اختاره الأطراف بإرادتهم، أو أن يثبت له الاختصاص باعتباره من قوانين الأمن والبوليس، أو أسند إليه الحكم بطريق الإحالة؛ فلا مجال لأعمال الدفع بالنظام العام. راجع: عمر بهامي، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1986، ص 131.

2- عمر بهامي، المرجع السابق، ص 142؛ د/عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 178. فالنظام العام يعتبر فكرة مرنة، متغيرة غير ثابتة، بسبب تطور المجتمع، وتغير ظروفه، واختلافها في مجتمع آخر، فما يعتبر نظاماً عاماً في مجتمع قد لا يعتبر كذلك في مجتمع آخر؛ لذلك نجد أن الوقت الذي يعتد به القاضي لتحديد تعارض حكم قانوني أجنبي مع النظام العام هو وقت رفع الدعوى. راجع: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 598، 602.

3- راجع: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 602، 603.

4- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 607.

الأجنبي المستبعد لحكم النزاع، وقد يتم هذا الإحلال بشكل صريح، وذلك عندما ينشئ علاقة لا يسمح القانون الأجنبي بإنشائها، وقد يتم ضمياً عندما يمنع القانون الوطني نشوء علاقة يسمح القانون الأجنبي بإنشائها⁽¹⁾.

الخاتمة:

رغم أن المنهج التنازعي يقتضي أن يقبل المشرع التنازع عند تطبيق قانونه الوطني بفسح المجال لتطبيق قوانين أجنبية، مراعيًا العدالة في حل النزاعات الخاصة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي، وأن يتم التخلي عن مبدأ الإقليمية المطلقة في هذا المجال، إلا أن اختصاص قانون القاضي بدأ يمتد، وتزداد حالته.

فإحاطة قانون القاضي بعملية حل النزاعات الخاصة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي تكاد تخلّ بمبدأ المساواة مع القانون الأجنبي الذي يفرضه المنهج التنازعي، وتجعله مجرد افتراض؛ فالتكييف يتم بناءً على المفاهيم القانونية الوطنية كقاعدة عامة، وعند الإسناد تكتفي قواعد الإسناد المفردة بإسناد الاختصاص لقانون القاضي، وقد تشير باختصاصه القواعد المزدوجة أيضاً.

وإذا اختص قانون أجنبي قد يرجع الاختصاص لقانون القاضي بصفة احتياطية بموجب الإحالة، وعند تعذر إثباته ينعقد له الاختصاص أيضاً، وعند تعارض أحكامه مع النظام العام تحل محلها في التطبيق قواعد قانون القاضي.

وعليه نرى أنه بالرغم من هذا التوسع في تطبيق قانون القاضي في إطار المنهج التنازعي إلا أن ذلك لا يجب أن يصبح قاعدة، حيث يكرس مبدأ الإقليمية، فالقاعدة هي المساواة في التطبيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي بما يتلاءم مع طبيعة العلاقات ذات العنصر الأجنبي.

قائمة المراجع

1- د/ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2005، ص 207.

أولاً: المراجع باللغة العربية

1- الكتب:

- د/ جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970
- د/ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2005.
- د/ حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- د/ رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- د/ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008.
- د/ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري علماً وعملاً، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010.
- د/ عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، مطبعة الاعتماد، القاهرة، مصر، 1924.
- د/ عبد الكريم أحمد سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.
- د/ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، دار النهضة المصرية، الطبعة الثالثة، القاهرة، مصر.
- د/ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
- د/ عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2006.

- د/ عمر بلهامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف، دار الهدى، الجزائر، 2008.
- د/ موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- د/ هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.

2- الرسائل والمذكرات الجامعية:

- عمر بلهامي، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1986.
- نادية فضيل، الغش نحو القانون، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1984.

3- المقالات المتخصصة:

- د/ الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1997، 01، ص 64.
- د/ الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين في الجزائر بقانون 05-10، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد 01، ص 51.
- د/ عمر بلهامي، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 2008، عدد 02، ص 350.
- د/ عنایت عبد الحميد ثابت، أساليب فض تنازع القوانين ذي الطابع الدولي في القانون الوضعي، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1995، 65، ص 18.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

- Battifol (H) et Lagarde (P), Droit international privé, Tome1, 8^{ème} édition, L.G.D.J, Paris.
- Mayer (P) et Heuzé (V), Droit international privé, Delta, 8^{ème} édition, 2005.
- Niboyet(P_ J), Cours de droit international privé français, 2^{ème} édition, librairie du recueil sirey, 1949.

ضمانات حماية الملكية العقارية الخاصة في إطار قانون نزع الملكية رقم 11-91 المعدل والمتمم

بقلم: د/ لعشاش محمد *

ملخص

وَفَّرَ قانون نزع الملكية رقم 91-11 المعدل والمتمم للمنزوع ملكيتهم وأصحاب الحقوق العينية العقارية ضمانات لحماية أملاكهم من تعسف الإدارة، تتمثل في ضمانات التحقيق الإداري المسبق في المنفعة العمومية تقوم به لجنة مختصة يعينها الوالي المختص إقليمياً، وضمناً إعلام المواطنين المعنيين عن طريق النشر واللصق والإشهار والتبليغ لضمناً إشهار واسع النطاق للمشروع، وكذلك الضمانة القضائية عن طريق حق ممارسة دعاوى الإلغاء والتعويض في آجال استثنائية قصيرة مكرسا الأثر الموقوف.

Résumé

Pourvu que la loi n ° 91-11 Expropriation modifiée et complétée à la propriété et les propriétaires de garanties des droits immobiliers écrémé pour protéger leurs biens contre l'arbitraire de l'administration, est de garantir l'enquête administrative préalable d'utilité publique est en train de faire un comité ad hoc nommé par le gouverneur régional compétent, et de garantir informer les citoyens concernés par la publication et coller et de la publicité et les rapports pour assurer la publicité et la grande portée du projet, ainsi que la protection judiciaire par l'exercice du droit de la procédure d'annulation et de compensation dans une position extraordinaire effet dédiée à court terme.

Abstract

Provided the Expropriation Act No. 91-11 modified and complemented for skimmed ownership and owners of real estate rights safeguards to protect their property from the arbitrariness of administration, is to guarantee the prior administrative inquiry in public utility is doing an ad hoc committee appointed by the governor

* أستاذ محاضر قسم "ب" بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محمد أولحاج-البويرة.

competent regional, and guarantee inform concerned citizens through the publication and paste and publicity and reporting to ensure publicity and broad scope of the project, as well as judicial protection through the exercise of the right of cancellation proceedings and compensation in an extraordinary short-term position dedicated impact.

مقدمة

قد تحتاج الإدارة لأداء وظائفها و تحقيق المنافع العامة إلى أموال الأفراد لاسيما العقارات لإنجاز مشاريع عمومية، فتلجأ إلى إجراء نزع الملكية جبرا عن أصحابها ودون رضاهم مقابل تعويض يدفع إليهم، رغم أن حق الملكية حق مقدس يحرم الاعتداء عليه شرعا⁽¹⁾ وقانونا، إلا أنه استثناء يجوز المساس بهذا الحق متى كان ذلك تحقيقا للمصلحة العامة، لأن المنطق يقتضي أنه إذا تعارضت المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة، فإن المصلحة العامة ترحح نظرا لما للملكية الفردية من وظيفة اجتماعية يجب أن تؤديها⁽²⁾.

تقرّ كل المواثيق الدولية والإعلانات العالمية و الدساتير⁽³⁾ بحق الدولة في نزع ملكية الأفراد متى كانت هناك ضرورة ملحة لتحقيق منفعة عامة يمارس في إطار القانون، ومقابل تعويض⁽⁴⁾، رغم أنها تركز الحماية الدستورية وتحترم نظام الملكية⁽⁵⁾، إلا أن جواز مساس الإدارة بهذا الحق لا يعني الاعتداء عليه، وإنما يجب أن يكون ذلك استنادا لنص تشريعي صادر عن السلطة المختصة ووفق مراحل

(1) - قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ...﴾. من الآية 188 من سورة البقرة.

(2) - د/ أحمد عبد العال أبو قرين، الحماية الدستورية للملكية الفردية أسسها ومقتضياتها في ضوء الفقه والقضاء المصري والفرنسي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة الثانية والأربعون، كلية الحقوق جامعة عين شمس يونيو 2000، ص 13 وما بعدها.

(3) - هيمن قاسم بايز، حماية الملكية الخاصة في ضوء الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى 2013، ص 85 وما بعدها.

(4)- REVET THIERRY , propriété et droits réels , Revue trimestrielle de droit civil , Dalloz ,n°1, 2011, Paris, p 142

(5)- ZENATI Frédéric , propriété et droits réels , Revue trimestrielle de droit civil, Dalloz ,n°1,1999, Paris, p 132

وإجراءاته وليس بقرار إداري، وفي هذا ضمانات هامة لحماية الملكية الخاصة⁽⁶⁾.

تعدّ هذه الثلاثية وهي، وجوب أن يتم نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، وفي إطار القانون، ومقابل تعويض بمثابة ضمانات دستورية نص عليه دستور 1996⁽⁷⁾ والتعديل الدستوري لسنة 2016⁽⁸⁾، من شأنها أن تجعل سلطة الإدارة مقيّدة عند لجوئها لهذا الإجراء الخطير الذي يتميز بالطابع الاستثنائي، لأن الأصل هو اقتناء الأملاك المعنية لتنفيذ المشروع المزمع إنجازه بطريق التراضي⁽⁹⁾، وأن اللجوء إلى إجراء نزع الملكية جبراً عن أصحابها هو الاستثناء، لذا أحاطه المشرع بجملة من الضمانات لضمان عدم انتهاك الإدارة للملكية الخاصة، وعليه نتساءل، ما هي الضمانات القانونية التي وفرها قانون نزع الملكية رقم 11-91⁽¹⁰⁾ لحماية الملكية الخاصة التي حظيت بالحماية الدستورية، وما مدى كفايتها؟

يمكن القول - للإجابة على هذا التساؤل - أن قانون نزع الملكية رقم 11-91 قد وفر عدة ضمانات لعدم انتهاك الإدارة للملكية الخاصة في إطار عملية نزع الملكية تتمثل: في ضمانات التحقيق في المنفعة العمومية، وضمانة الإعلام بالمشروع المزمع إنجازه (مبحث أول)، وكذلك الضمانة القضائية لإجبار الإدارة على احترام حقوق الأفراد وحرّياتهم، وذلك عن طريق حق ممارسة الدعاوى القضائية أمام القضاء المختص لإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة أو المطالبة بالتعويض

(6) - إكرام فالح الصواف، الحماية الدستورية والقانونية لحق الملكية الخاصة (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل

درجة الماجستير في القانون الدستوري، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق 2009، ص 116.

(7) - انظر المادة 20 من دستور 1996، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر، عدد 76، صادر في 08 ديسمبر 1996، معدل ومتمم.

(8) - انظر المادة 22 من القانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر، عدد 14، الصادر في 07 مارس 2016.

(9) - انظر المادة 2 فقرة 1 من القانون رقم 11-91.

(10) - قانون رقم 11-91 مؤرخ في 27 أبريل 1991 يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر عدد 21، الصادر في 08 مارس 1991، معدل ومتمم.

(مبحث ثان).

المبحث الأول: ضمانات التحقيق والإعلام

ألزم قانون نزع الملكية رقم 91-11 الإدارة المستفيدة من نزع الملكية بضرورة اللجوء إلى محاولة اقتناء الأملاك المعنية بطريق التراضي، وذلك بالتفاوض مع الملاك المعنيين وأصحاب الحقوق قبل اللجوء إلى إجراء نزع الملكية، فهي خطوة من النظام العام، إلا أنه إذا باءت هذه المحاولة بالفشل تقوم الجهة الإدارية المستفيدة من نزع الملكية بتكوين ملف ترفعه إلى الوالي المختص من أجل نزع الملكية جبرا عن أصحابها، حيث يشرع الوالي بفتح تحقيق إداري مسبق قبل التصريح بالمنفعة العمومية (مطلب أول)، يكون محل إشهار للاطلاع على المشروع المزمع إنجازه عن طريق اللصق والنشر والتبليغ لضمان إشهار واسع النطاق (مطلب ثان).

المطلب الأول: ضمانات التحقيق الإداري المسبق في المنفعة العمومية

يعرّف التحقيق الإداري المسبق (L'enquête Administrative Préalable) على أنه: « إجراء أولي يهدف إلى التحقق من وجود المنفعة العمومية الملحة من المشروع المزمع إنجازه»⁽¹¹⁾.

كما يقصد به التثبت من جدية الدافع في لجوء الإدارة إلى إجراء نزع الملكية جبرا عن أصحابها ودون رضاهم⁽¹²⁾، فهو يؤدي إلى تمكين المواطنين من الاطلاع على طبيعة ومحتوى المشروع وقوامه⁽¹³⁾، ولأهميته نص قانون نزع الملكية رقم 91-

(11) - إبراهيم محمد علي السيد، نظرية الاعتداء المادي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، عين شمس مصر 1992، ص 20.

(12) - السيد وهبة الزنيلي، دراسة مقارنة نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة، مجلة إدارة قضايا حكومة، السنة الرابعة، عدد 2 مصر 1960، ص 63.

(13) - أحمد رحمان، نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، مجلة إدارة، مجلد 4 عدد 2، الجزائر 1994، ص 21.

11 على ضرورة أن يكون الإعلان عن بالمنفعة العمومية مسبقا بتحقيق يرمي إلى إقرار ثبوت هذه المنفعة⁽¹⁴⁾، ما عدا العمليات السرية الخاصة بالدفاع الوطني حيث لا يخضع القرار في هذه الحالة للنشر شريطة أن يبلغ لكل من يحتمل نزع ملكيته⁽¹⁵⁾.

يفتح التحقيق المسبق طبقا لأحكام المادة 06 من القانون رقم 11-91 في كل الأحوال بقرار من الوالي المختص إقليميا يذكر فيه وجوبا ما يأتي:

- الهدف من التحقيق
- تاريخ بدء التحقيق وانتهائه
- تشيكة اللجنة (أسماء الأعضاء وألقابهم وصفاتهم)
- كيفية عمل اللجنة (أوقات استقبال الجمهور وأماكنه ودفاتر تسجيل الشكاوى وطرق استشارة ملف التحقيق).

يتبين من النص أن الوالي ملزم تحت طائلة بطلان قرار فتح التحقيق الصادر عنه بوجود توضيح الهدف من التحقيق والذي يرمي إلى معرفة مدى توفر عنصر المنفعة العمومية من المشروع المزمع إنجازها⁽¹⁶⁾، ومدى ملاءمة الأماكن المعنية لتجسيد هذا المشروع، كما يجب عليه أن يحدد في قراره تاريخ بدء التحقيق وتاريخ انتهائه، وهي مدة تخضع للسلطة التقديرية للإدارة (الوالي) تبعا لأهمية العملية وكيفيات عمل اللجنة، إلا أن ترك مدة التحقيق لتقدير الوالي دون ضبطها بنص

(14) - انظر المادة 4 من القانون رقم 11-91.

(15) - انظر المادة 12 من القانون رقم 11-91.

(16) - جاء في قرار للمحكمة العليا رقم 30715 مؤرخ في 13 / 01 / 1991: «حيث أنه يستخلص من تقرير الخبير بأن العملية المسطرة لا تستجيب لأية حاجة من حاجيات المنفعة العام، وإنما هي لصالح عائلة واحدة المتوفرة من قبل على طريق.

حيث أن الهدف المتوخى من العملية وهي إشباع حاجة ذات طابع عام لا يبرر المساس بملكية الطاعن".
 نقلا عن أركان فريدة، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، الجزائر، 2002، ص14.

قانوني بحد أدنى وأقصى (مثلا بين 15 و 30 يوما) قد يؤدي إلى المساس بمصادقية العملية⁽¹⁷⁾.

يجب أيضا على الوالي طبقا لأحكام المادة 06 من القانون 91-11 أن يحدد في قرار فتح التحقيق تشكيلة اللجنة المكلفة بالتحقيق والتي لا يجب أن تتعدى ثلاثة أشخاص، وعليه بذكر صفة واسم ولقب كل عضو من أعضائها، يعينون من بين الموجودين في قائمة وطنية تعد سنويا حسب كفاءات تحدد بطرق تنظيمية⁽¹⁸⁾، كما يذكر في القرار وجوبا كيفية عمل اللجنة، وأوقات وأماكن استقبال المواطنين لإبداء آرائهم وملاحظاتهم في المشروع المزمع إنجازه وتسجيل الشكاوى والتظلمات في دفاتر مرقمة وموقعة من الوالي أو ممثله تعد خصيصا لهذا الغرض⁽¹⁹⁾.

يتضح أن أعضاء لجنة التحقيق في المنفعة العمومية يعينون دائما من طرف الوالي المختص إقليميا، ويختارون من طرفه، مما قد يشكل هذا خطرا على مبدأ الاستقلالية⁽²⁰⁾، ولا يوفر الاستقلال المطلوب لأعضائها ليكون التحقيق يمتاز بالموضوعية⁽²¹⁾، غير أن المشرع حسنا ما فعل عندما اشترط في المحققين عدم الانتماء إلى الجهة الإدارية نازعة الملكية وعدم وجود علاقة تنطوي على مصلحة مع

(17) - عقيلة وناس، النظام القانون لنزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الإداري، كلية الحقوق، الجزائر، 2010، ص38.

(18) - انظر كذلك المادة 03 وما بعدها من المرسوم التنفيذي رقم 93-186، مؤرخ في 27 يوليو 1993، يحدد كفاءات تطبيق القانون رقم 91-11، مؤرخ في 27 أبريل 1991، الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر، عدد 51، الصادر في 08 مارس 1993، معدل ومتمم.

(19) - انظر المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186.

(20) - KADI- HANIFI MOKHTARIA, le régime juridique de l'enquête d'utilité publique en matière d'expropriation, Revue du centre de documentes et de recherche administrative, no 29, Alger, 2005, p82,

(21) - غيتاوي عبد القادر، الضمانات التشريعية والقضائية لنزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة- دراسة مقارنة- رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2013-2014، ص31.

المنزوع ملكيتهم⁽²²⁾، مما يشكل هذا ضمانا لمبدأ الحيادية تطبيقا للمبدأ الدستوري عدم تحيز الإدارة يضمه القانون⁽²³⁾.

يوضع ملف التحقيق تحت تصرف الجمهور⁽²⁴⁾ وإعطاء هذه الاستشارة الواسعة للجمهور من شأنها المساهمة في التقدير السليم للوقائع ويساعد في اتخاذ القرار الصائب بخصوص المنفعة العمومية، ولجنة أن تعمل بمقر المجلس الشعبي البلدي أو المجالس الشعبية البلدية المعنية أو في أي مكان عمومي آخر يحدد في قرار فتح التحقيق⁽²⁵⁾، ولا يجب لأعضاء اللجنة الإباحة بأي سر يتعلق بالوثائق والعمليات التي يطالعون عليها أثناء أداء مهمتهم⁽²⁶⁾، وبعد (15 يوما) من إنهاء التحقيق ترسل نتائج التحقيق موقعة ومؤشرة ومؤرخة إلى الوالي مع جميع الوثائق المفهرسة قانونا وإلى الأشخاص المعنيين بناء على طلبهم⁽²⁷⁾.

يجب أن يكون تقرير لجنة التحقيق الذي يرفع إلى الوالي مكتوبا، كما يجب أن تفصح اللجنة عن رأيها بصريح العبارة في مدى فاعلية المنفعة العمومية⁽²⁸⁾ دون اشتراط أن يكون مسببا، على خلاف المشروع الفرنسي الذي يشترط التسبب مع ضرورة إبراز الموافقة على العملية من عدم ذلك⁽²⁹⁾.

وعليه يتضح أن كل إجراءات التحقيق قبل الإعلان عن المنفعة العامة قد وردت بصيغة الوجوب مما يجعل الإدارة ملزمة باحترامها⁽³⁰⁾، كما يجب أن تحاط

(22) - انظر المادة 05 فقرة 3 من القانون رقم 11-91.

(23) - انظر المادة 23 من دستور 1996 المعدل، تقابلها المادة 25 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

(24) - انظر المادة 07 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 93-196.

(25) - انظر المادة 07 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186.

(26) - انظر المادة 05 من القانون رقم 11-91.

(27) - انظر المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186.

(28) - انظر المادة 09 فقرة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186.

(29) - Yves Gaudemet, Droit administratif des biens, LGDJ, 15e édition 2014, p 451.

(30) - ليلي زروقي، دو القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية

=

هذه الإجراءات بالضمانات الكافية وأن تفسر نصوصها في أضيق الحدود⁽³¹⁾، لأنها تعتبر في حد ذاتها من بين الضمانات الأساسية التي سنّها المشرع حماية للملكية الأفراد⁽³²⁾، فهي إجراءات قانونية معقدة وجوهرية لا يمكن التغاضي عنها⁽³³⁾.

يهدف التحقيق الإداري المسبق قبل الإعلان عن منفعة العمومية إلى إقرار ثبوت هذه المنفعة من المشروع المزمع إنجازه، ومن أجل إحاطة هذا المشروع بكل الضمانات القانونية والواقعية لعدم الإضرار بمصالح الجماعة والأفراد، وهو إجراء إلزامي⁽³⁴⁾ تحت طائلة البطلان، فقد جاء في قرار رقم 80812 صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا⁽³⁵⁾:

«حيث أن مشروع إنجاز مفرغة عمومية دون أن يسبقه تحقيق إداري مسبق طبقا لمقتضبات القانون يعرض المقرر المطعون فيه للإبطال».

وجاء في قرار آخر رقم 62458 صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا⁽³⁶⁾:

«ومن ثم فإن مقرر الوالي بنزع الملكية من أجل حيازة الأراضي لإنجاز طريق يربط بين قريتين دون أن يشير إلى تحقيق المنفعة العامة، ولا إلى أي مقرر مصرح بالمنفعة العمومية يعد مخالفا للمقتضيات القانونية ومتى كان كذلك استوجب إبطال

الخاصة بالمنفعة العمومية، مجلة مجلس الدولة، العدد 03، الجزائر 2003، ص 14.

(31) - السيد وهبة الزنفلي، المرجع السابق، ص 65.

(32) - خالد بعوني، إجراءات تسوية نزاعات التعويض في نزاع الملكية من أجل المنفعة العمومية، مذكرة

نليل الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2003، ص 04.

(33) - سهيلة باشيش، رقابة القاضي الإداري على إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، مذكرة

نليل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، 2007-2008، ص 08.

(34) - عدا حالة العمليات السرية الخاصة بالدفاع الوطني، انظر المادة 12 من القانون رقم 91-11.

(35) - المحكمة العليا (غ إ) قرار رقم 80812 مؤرخ في 18/02/1991، تطبيقات قضائية في المادة

العقارية، الجزائر، 1995، ص 196.

(36) - المحكمة العليا (غ إ) قرار رقم 62458 مؤرخ في 10/03/1991، مجلة قضائية عدد 1، الجزائر

1993، ص 139.

المقرر المطعون فيه».

تجدر الإشارة إلى أن تقرير لجنة التحقيق في التشريع الجزائري غير ملزم للسلطة النازعة (الوالي المختص إقليمياً)، فهو مجرد رأي استشاري غير ملزم للجهات الإدارية رغم أنه إجباري، على خلاف التشريع الفرنسي الذي يعتبر قرار المحافظ المحقق أو لجنة التحقيق قراراً ملزماً للجهات الإدارية، حيث إذا ما قوبل بالرفض من طرف الإدارة تعين في هذه الحالة حلول الوزير محل المحافظ في تقرير المنفعة العامة بعد أخذ رأي مجلس الدولة⁽³⁷⁾.

كما أن تقرير اللجنة غير قابل للطعن بنوعيه سواء الطعن الإداري (التظلم) أو الطعن القضائي أمام الجهة القضائية المختصة، مما يعني أيضاً أنه مجرد عمل وتصرف إداري سابق لا يرقى لدرجة القرار الإداري القابل للطعن طبقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽³⁸⁾، والتي استقرّ القضاء الإداري على اعتبارها من الأعمال والتصرفات الإدارية التمهيدية غير قابلة للإلغاء⁽³⁹⁾.

إلا أنّ عدم مشروعية هذا التقرير الذي يعتبر من قبيل الأعمال والتصرفات الإدارية السابقة على القرار الإداري من شأنه أن يؤثر لاحقاً على مشروعية قرار التصريح بالمنفعة العمومية، بحيث يجعله قراراً غير مشروع قابل للإلغاء أمام الجهة القضائية المختصة حسب الحالة⁽⁴⁰⁾، فمثلاً لو أنّ تشكيل اللجنة غير نظامي، أو لم يخضع قرار فتح التحقيق للإشهار، أو لم تحدد مدة بداية ونهاية التحقيق في القرار،

(37) - Alain LE TARNEC, juridique et pratique , Dalloz, Paris, 1960, p 18.

(38) - انظر المادة 829 من القانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21، صادر في 23 أبريل 2008.

(39) - د/ سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، الطبعة الثالثة، القاهرة مصر 1978، ص 70.

(40) - أمام المحكمة الإدارية أو أمام مجلس الدولة حسب مصدر القرار سلطة محلية (قرار ولائي)، أو مركزية (قرار وزاري، أو مرسوم تنفيذي).

أو صدر من جهة غير مختصة وغيرها من الإجراءات التي يلزمها قانون نزع الملكية، فإن هذا من شأنه أن يجعل لاحقاً قرار التصريح بالمنفعة العمومية معيباً بعبء مخالفة الشكل والإجراءات يكون محلاً لدعوى الإلغاء لعدم مشروعيته.

المطلب الثاني: ضمانات الإعلام

وَقَرَّ قانون نزع الملكية رقم 91-11 إحدى أهم الضمانات لحماية الأملاك والملاك وأصحاب الحقوق في إطار عملية نزع الملكية وهي ضمانات الإعلام ليكون المعنيون على علم بكافة الإجراءات المتخذة طيلة العملية، وذلك عن طريق الإشهار واللصق والنشر والتبليغ لكل القرارات الإدارية المتخذة في إطار العملية تحت طائلة البطالان، وعليه نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم 91-11 على أنه:

« يجب أن يكون هذا القرار⁽⁴¹⁾ قبل خمسة عشر (15) يوماً من تاريخ فتح

التحقيق:

- مشهراً بمركز البلدية المعنية
- منشوراً في يوميتين وطنيتين، كما ينشر في مجموع القرارات الإدارية للولاية».

كما أنه طبقاً لأحكام المادة 06 من القانون رقم 91-11 يجب أن يكون قرار فتح التحقيق منشوراً في كل الأماكن المخصصة عادة لهذا الغرض والقريبة للجمهور والأماكن العامة، كما يوضع ملف التحقيق تحت تصرف الجمهور لتمكينه من إبداء الملاحظات والآراء حول المشروع المزمع إنجازه، كما يعترف لكل شخص بإمكانية استماع اللجنة لأقواله⁽⁴²⁾.

يخضع كذلك قرار تعيين المحافظ المحقق لإجراء التحقيق الجزئي لتحديد هوية الأملاك والملاك لنفس الإجراءات المنصوص عليها بموجب المادة 6 من القانون

(41) - يقصد به قرار فتح التحقيق الإداري المسبق الذي يصدر دائماً عن الوالي المختص.

(42) - انظر المواد 06-05-04 من القانون رقم 91-11.

رقم 91-11 و ينشر حسب الحالة في الجريدة الرسمية أو في مدونة القرارات الإدارية الخاصة بالولاية، وأن يبلغ إلى كل من المعنيين مع وجوب أن يبين تحت طائلة البطلان مقر عمله والأجل المحدد لتنفيذ مهمته⁽⁴³⁾.

يتضح من خلال أحكام المواد المشار إليها أن قانون نزع الملكية وسّع من دائرة الإشهار، وأعطى حق الاطلاع على طبيعة المشروع لكافة مواطني البلدية أو البلديات المعنية، وإشراكهم في صناعة القرار الإداري الذي يقوي ديمقراطية العمل الإداري وينمي جانب التشاور⁽⁴⁴⁾، كما يولد شعور اجتماعي بقبول القرارات الإدارية ولا تكون بالنسبة لهم مفاجئة.

تخضع إجباريا كل القرارات الإدارية المتخذة في إطار عملية نزع الملكية للنشر أو التبليغ حسب الحالة:

- فبالنسبة لقرار التصريح بالمنفعة العمومية فإنه يجب أن ينشر حسب الحالة في الجريدة الرسمية أو في مدونة القرارات الإدارية الخاصة بالولاية، وأن يبلغ إلى كل شخص معني، وأن يشهر في مركز البلدية التي يقع فيها الملك المراد نزع ملكيته حسب الكيفيات وخلال المدة المحددة في القانون⁽⁴⁵⁾.

يتضح أن هذا القرار يخضع للنشر حسب الحالة في الجريدة الرسمية إذا كان صادرا بموجب قرار وزاري أو قرارات وزارية مشتركة، أو بموجب مرسوم تنفيذي فيما يتعلق بإنجاز البنى التحتية ذات البعد الوطني والاستراتيجي⁽⁴⁶⁾، أكد على هذه الحالة الأخيرة قانون المالية لسنة 2014⁽⁴⁷⁾، أما إذا كان صادرا بقرار

(43) - انظر المادة 17 من القانون رقم 91-11.

(44) - غيتاوي عبد القادر، المرجع السابق ص، 35.

(45) - انظر المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186.

(46) - انظر المادة 65 من القانون رقم 04-21 مؤرخ في 29 ديسمبر 2004، يتضمن قانون المالية لسنة

2005، ج ر، عدد 85، صادر في 30 ديسمبر 2004.

(47) - انظر المادة 37 من قانون رقم 13-08 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة

2014، يعدل ويتم القانون رقم 91-11، يحدد كيفيات نزع الملكية للمنفعة العمومية، ج ر، عدد 68،

صادر في 31 ديسمبر 2013.

ولائي فإنه يخضع في هذه الحالة للنشر في مدونة القرارات الإدارية الخاصة بالولاية ويبلغ إلى المعنيين تحت طائلة البطلان⁽⁴⁸⁾.

- إما بالنسبة لقرار قابلية التنازل عن الأملاك والحقوق العينية العقارية، وقرار نزع الملكية فإنهما يخضعان للتبليغ لكل واحد من المالكين أو أصحاب الحقوق العينية⁽⁴⁹⁾.

المبحث الثاني: الضمانة القضائية

وسّع قانون نزع الملكية رقم 91-11 من مجال الطعون ليشمل كل القرارات الإدارية المتخذة في إطار عملية نزع الملكية، والتي أصبحت عملاً بتقنيات القانون الإداري ومبادئه قرارات إدارية منفصلة عن العملية ككل⁽⁵⁰⁾ أمام الجهة القضائية المختصة حسب الأشكال المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية سواء تعلق الأمر بدعوى الإلغاء متى شاب هذه القرارات عيب من عيوب عدم المشروعية⁽⁵¹⁾، أو بدعوى التعويض متى كان التعويض المقترح من طرف إدارة أملاك الدولة⁽⁵²⁾ غير كاف ولا يعبر عن القيمة الحقيقية للأملاك والحقوق العينية

(48) - جاء في قرار لمجلس الدولة: « حيث أن المستأنف لا يعارض أنه لم يقع إبلاغ القرار محل الطعن للمستأنف عليه والمتدخلة في الخصام حيث بالتالي فإن المستأنف أحلّ بأحكام المادة 11 من القانون رقم 91-11 المتضمن قواعد نزع الملكية الأمر الذي يجعل القرار محل الطعن الصادر في 29/12/2003 تحت رقم 1908 باطلا».

انظر مجلس الدولة قرار 031027 مؤرخ في 11/04/2007، مجلة مجلس الدولة، عدد 9، الجزائر 2009، ص 82.

(49) - انظر المادتين 38 فقرة 01، و 41 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186.

(50) - موسى بوصوف، دور القاضي الإداري في المنازعات العقارية، مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني، الجزائر 2002، ص 42.

(51) - عيد سعد دسوقي محمد، حماية الملكية الخاصة بين القضاء الإداري والدستوري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق جامعة أسيوط مصر 2012، ص 184، و د/ عبد الحميد كامل نبيلة، دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة، دار النهضة العربية، مصر 1993، ص 200.

(52) - انظر المادة 21 من القانون رقم 91-11.

العقارية المعنية بالنزع⁽⁵³⁾، حيث يكون الطعن في الآجال الاستثنائية المنصوص عليها في قانون نزع الملكية تحت طائلة البطلان (مطلب أول)، مكرسا الأثر الموقوف لتنفيذ القرار الإداري (مطلب ثان).

المطلب الأول: الطعن في قرارات نزع الملكية والفصل في الدعوى يكون في آجال استثنائية

تنص المادة 13 من القانون رقم 11-91 على أنه: «يحق لكل ذي مصلحة أن يطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية لدى المحكمة المختصة حسب الأشكال المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية.

- ولا يقبل الطعن إلا إذا قدم في أجل أقصاه شهرا من تاريخ تبليغ القرار أو نشره.

وفي هذه الحالة يوقف تنفيذ القرار المصرح بالمنفعة العمومية».

كما تنص المادة 26 من القانون رقم 11-91 على أنه: «يرفع الطرف المطالب الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة في غضون شهر من تاريخ التبليغ إلا إذا حصل اتفاق بالتراضي».

كما تنص المادة 14 منه على أنه: «تفصل المحكمة المختصة في الطعن خلال آجال شهر.

تخضع الطعون لقانون الإجراءات المدنية.

يجب على الجهة القضائية المختصة بالنظر في الطعن أن تصدر حكمها في أجل شهرين على الأقصى، ابتداء من تاريخ الطعن».

وتنص المادة 15 منه على أنه: «يعتبر الحكم القضائي النهائي حضوريا بالنسبة

(53) - أكدت على ذلك مذكرات صادرة عن إدارة أملاك الدولة رقم 6408 مؤرخة في 2005/10/15 تتضمن تقييمات إدارة أملاك الدولة المعدة في إطار نزع الملكية، والمذكورة رقم 03535 مؤرخة في 2014/04/02 تتضمن تقييم الأملاك والحقوق العقارية في إطار نزع الملكية.

لكل شخص سواء كان طرفا من الخصام أم لا».

يتبين من هذه النصوص أن من الأحكام التي تبناها المشرع في قانون نزع الملكية رقم 91-11 هو أنه أخضع الطعن في القرارات الإدارية المتخذة في إطار عملية نزع الملكية لآجال استثنائية قصيرة وهي شهر فقط من تاريخ تبليغ القرار الإداري أو نشره تحت طائلة رفض الدعوى، وشهر للمحكمة المختصة للفصل في الدعوى يسري من تاريخ رفعها، وفي حالة الطعن في الحكم القضائي الصادر عن المحكمة يجب على الجهة القضائية المختصة الفصل في أجل شهرين من تاريخ الطعن، ويعتبر الحكم القضائي النهائي حضوريا لكل شخص.

يعدّ هذا خروجاً عن القاعدة العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 حيث يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة (04) أشهر تسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي⁽⁵⁴⁾، كما أن القاضي كقاعدة عامة غير ملزم بالفصل في مدة محددة على خلاف قانون نزع الملكية الذي يخرج عن هذه الأحكام.

تعتبر هذه الآجال المنصوص عليها في قانون نزع الملكية ملزمة للقاضي يتقيد بها سواء قاضي الدرجة الأولى وقاضي الاستئناف تحت طائلة مخالفة القانون مما يعرض قرارهم للطعن، كما يتقيد بها المتقاضي تحت طائلة رفض الدعوى، ولا تطبق الآجال الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي سبق ذكرها عملاً بقاعدة الخاص يقيد العام⁽⁵⁵⁾.

المطلب الثاني: الأثر الموقوف لتنفيذ القرار الإداري

تنص المادة 13 فقرة 02 من القانون رقم 91-11 على أنه: «...وفي هذه الحالة يوقف تنفيذ القرار المصرح بالمنفعة العمومية».

(54) - انظر المادة 829 من القانون رقم 09-08.

(55) - لمزيد من المعلومات راجع ليلي زروقي، المرجع السابق، ص 19 وما بعدها.

كما نصت المادة 29 من القانون رقم 91-11 على حالات صدور قرار نزع الملكية لإتمام صيغة نقل الملكية والتي من بينها حالة: «إذا لم يقدم أي طعن خلال المدة المحددة في المادة 26 من هذا القانون»، أي أنه إذا تم الطعن في قرار قابلية التنازل عن الأملاك والحقوق العينية العقارية في أجل شهر من التبليغ طبقاً لأحكام المادة 26 من قانون نزع الملكية، فإن ذلك يؤدي إلى وقف تنفيذ هذا القرار يحول دون صدور قرار نزع الملكية لغاية صدور قرار قضائي نهائي لصالح نزع الملكية⁽⁵⁶⁾.

يتضح من خلال هذه النصوص أن الطعن في القرارات الإدارية المتخذة في إطار عملية نزع الملكية لا سيما قرار التصريح بالمنفعة العمومية وقرار قابلية التنازل يوقف تنفيذها حماية للهلاك والأملاك، وهذا خلافاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 حيث لا يرتب الطعن الأثر الموقوف وهو ما نصت عليه المادة 833 من:

«لا توقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية تنفيذ القرار الإداري المتنازع فيه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

غير أنه يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر بناء على طلب الطرف المعني بوقف تنفيذ القرار الإداري».

وعليه يتضح أن الأصل في الطعن في القرار الإداري لا يوقف التنفيذ لأنه يفترض في الإدارة العمل المشروع، إلا أنه استثناءً يجوز ذلك بحكم القانون كما هو الحال بالنسبة لقانون نزع الملكية رقم 91-11 الذي يكرس الأثر الموقوف للقرار الإداري محل الطعن بمجرد رفع الدعوى القضائية لغاية الفصل في الدعوى بحكم قضائي نهائي، وفي هذا ضمانات للهلاك وأصحاب الحقوق العينية العقارية⁽⁵⁷⁾.

تجدر الإشارة أيضاً إلى أنه تم استحداث حالة إنجاز البنى التحتية ذات البعد

(56) - انظر المادة 29 من القانون رقم 91-11.

(57) - سهام براهيم، التصريح بالمنفعة العمومية في نزع الملكية، دار الهدى الجزائر 2012، ص 268.

الوطني والاستراتيجي بعد تعديل القانون رقم 91-11 بالقانون رقم 04-21 يتضمن قانون المالية لسنة 2005⁽⁵⁸⁾، والمرسوم التنفيذي رقم 93-186 بالمرسوم التنفيذي رقم 05-248⁽⁵⁹⁾، حيث أصبح يصرح بمنفعتها العمومية بموجب مرسوم تنفيذي.

تمثل المشاريع ذات البعد الوطني والاستراتيجي في السدود، والطرق السريعة، والأنفاق، والسكك الحديدية، والمترو، والحظائر الكبرى⁽⁶⁰⁾، ومشاريع الغاز والماء والكهرباء⁽⁶¹⁾ وغيرها من المشاريع التي تكتسي طابعا وطنيا وذات أهمية كبرى لما لها من تأثير اجتماعي واقتصادي معتبر على المجموعة الوطنية والمنفعة العمومية⁽⁶²⁾، فهي تقتضي الحيابة الفورية للأملاك المعنية من طرف الولاية المعنيين بمجرد نشر المرسوم التنفيذي في الجريدة الرسمية⁽⁶³⁾، ويعد هذا استثناء مقارنة بالإجراءات المنصوص عليها في قانون نزع الملكية رقم 91-11 التي لا تقتضي هذا الأثر الفوري لحيابة الأملاك.

كما أنه فيما يتعلق بحالة إنجاز البنى التحتية فإن الطعون المقدمة للعدالة من طرف المنزوع ملكيتهم وأصحاب الحقوق في مجال التعويض لا تشكل بأي حال من الأحوال عائقا لنقل الملكية لصالح الدولة، وبالتالي ليس لها طابع توقيفي على

(58) - انظر المادة 65 من القانون رقم 04-21 مؤرخ في 29 ديسمبر 2004، يتضمن قانون المالية لسنة 2005، ج ر، عدد 85، الصادر في 30 ديسمبر 2004.

(59) - مرسوم تنفيذي رقم 05-248، مؤرخ في 10 يوليو 2005 يتم المرسوم التنفيذي رقم 93-186 مؤرخ في 27 يوليو 1993 الذي يحدد كفاءات تطبيق القانون رقم 91-11، مؤرخ في 27 أبريل 1997 يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية ج ر عدد 48، الصادر في 10 يوليو 2005.

(60) - انظر منشور وزاري مشترك رقم 07-43 مؤرخ في 02 ديسمبر 2007 يتضمن نزع الملكية للمنفعة العامة في إطار إنجاز البنى التحتية ذات البعد الوطني والاستراتيجي، ص 03.

(61) - انظر المادة 37 من قانون رقم 13-08.

(62) - انظر منشور وزاري مشترك رقم 07-43، ص 07.

(63) - انظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 05-248.

الحيازة الفورية للملكية⁽⁶⁴⁾، حيث أصبح بالإمكان تكريس نقل الملكية لفائدة الدولة للأمولاك والحقوق العينية العقارية المنزوعة بواسطة عقد إداري مباشر بعد الدخول في الحيازة الفورية⁽⁶⁵⁾، أكدت على هذه الأحكام مذكرة صادرة عن إدارة أملاك الدولة⁽⁶⁶⁾.

خاتمة

يتبين من خلال قراءتنا للقانون رقم 11-91 المعدل والمتمم أن المشرع كرس ضمانات لحماية ملكية الأفراد من انتهاك الإدارة، حيث أجبرها على وجوب إتباع مراحل وإجراءات محددة بموجب هذا القانون وهي من النظام العام تحت طائلة عدم مشروعية قراراتها المتخذة في إطار عملية نزع الملكية.

يعتبر التحقيق الإداري المسبق في المنفعة العمومية من بين أهم الضمانات التي كرسها قانون نزع الملكية رقم 11-91 تقوم به لجنة مختصة، إلا أن عدم إضفاء طابع الإلزامية على الجهة الإدارية النازعة تلتزم به لاسيما إذا كان الرأي بالرفض يجعله رغم أهميته مجرد إجراء شكلي.

كما أنه فيما يتعلق بمدة التحقيق فإن المشرع تركها للسلطة التقديرية للإدارة أي الوالي المختص إقليميا يحددها حسب أهمية العملية دون ضبطها بمدة أقصى وأدنى (بين 15 و 30) يوما مثلا من شأنه أن يؤثر على حقوق ومصالح الأفراد

(64) - انظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 08-202، تعدل المادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186.

(65) - انظر المادة 59 من القانون رقم 07-12، مؤرخ في 29 ديسمبر 2007 يتضمن قانون المالية لسنة 2008، ج ر، عدد 82، الصادر في 31 ديسمبر 2008، والمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 08-202 مؤرخ في 07 جويلية 2008، يتم المرسوم التنفيذي رقم 93-186، مؤرخ في 27 جويلية 1993 يحدد كفاءات تطبيق القانون رقم 11-91 مؤرخ في 27 أبريل 1991 يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر عدد 39، الصادر في 13 جويلية 2008.

(66) - مذكرة رقم 9056 مؤرخة في 07 سبتمبر 2008، تتضمن نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، صادرة عن إدارة أملاك الدولة.

المعنيين.

وسّع المشرع بموجب قانون نزع الملكية من دائرة الإعلام بالمشروع حيث لم يقتصر على أصحاب الأملاك المعنيين بالنزع فقط، وإنما امتد إلى وضع ملف التحقيق تحت تصرف الجمهور، فضلا عن الشهر والإشهار واللصق مما يحقق الشفافية والنزاهة بإشراك الجميع في اتخاذ القرار الصائب مع أو ضد المشروع محل التحقيق، كما أخضع كل القرارات الإدارية المتخذة في إطار عملية نزع الملكية لإجراء النشر والتبليغ.

وفّر المشرع أيضا أهم ضمانات الأساسية وهي خضوع القرارات الإدارية للرقابة القضائية، وفي آجال استثنائية قصيرة (شهر يسري من تبليغ القرار أو نشره) تحت طائلة رفض الدعوى، وهذا خروجاً عن القاعدة العامة المنصوص عليها - كما أسلفنا- في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 وهي أربعة (04) أشهر تسري من تاريخ نشر أو تبليغ القرار الإداري أو التنظيمي (المادة 829 من ق إ م وإ).

كما أنه ألزم قاضي الدرجة الأولى -لاسيما فيما يتعلق بالطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية- بضرورة الفصل في أجل شهر من رفع الدعوى، وقاضي الدرجة الثانية في أجل شهرين، علما أن القاضي غير ملزم بالفصل في مدة معينة، وهذه الآجال من النظام العام يلتزم بها القاضي والمتقاضي لضمان حسن سير المرفق العام وعدم عرقلة عمل الإدارة.

كرّس أيضا القانون رقم 91-11 لحماية حقوق المنزوع ملكيتهم الطابع التوقيفي لتنفيذ القرارات الإدارية محل الطعن لغاية الفصل في الدعوى القضائية بحكم قضائي نهائي، وهذا أيضا خروجاً عن القاعدة العامة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية (المادة 833) والتي لا ترتب الأثر الموقوف للقرار الإداري محل الطعن.

إلا أنه فيما يتعلق بإنجاز البنى التحتية ذات البعد الوطني والاستراتيجي المصروح بمنفعتها العمومية بموجب مرسوم تنفيذي، فإن الطعون المرفوعة للعدالة ليس لها طابع توقيفي ولا تؤثر في نقل الملكية للدولة، وهذا يعدّ خروجاً عن الأحكام التي

تبناها قانون نزع الملكية في حد ذاته، وتراجع عن مبدأ حماية الملكية الخاصة.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1) الكتب:

- سهام براهيمى، التصريح بالمنفعة العمومية في نزع الملكية - دراسة مقارنة- دار الهدى، الجزائر، 2012.
- د/ سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1978.
- د/ عبد الحميد كامل نبيلة، دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في نزع الملكية (الاتجاه الحديث لمجلس الدولة في مصر وفرنسا)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993.
- هيمن قاسم بايز، حماية الملكية الخاصة في ضوء الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان- دراسة تحليلية مقارنة- منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2013.

2) الرسائل والمذكرات الجامعية

1- الرسائل الجامعية (دكتوراه):

- إبراهيم محمد علي السيد، نظرية الاعتداء المادي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، عين شمس، مصر، 1992.
- حمدي عطية مصطفى عامر، حماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، كلية الحقوق، مصر، 2008.
- عيد سعد دسوقي محمد، حماية الملكية الخاصة بين القضاء الإداري والدستوري، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2012.

- غيتاوي عبد القادر، الضمانات التشريعية والقضائية لنزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العمومية -دراسة مقارنة- رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013-2014.

2- المذكرات الجامعية:

- إكرام فالح الصواف، الحماية الدستورية والقانونية لحق الملكية الخاصة، (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الموصل، العراق، 2009.
- خالد بعوني، إجراءات تسوية نزاعات التعويض في نزع الملكية م أجل المنفعة العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003.
- سهيلة باشيدش، رقابة القاضي الإداري على إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2007 - 2008.

3) المقالات:

- د/ أحمد عبد العال أبو قرين، الحماية الدستورية للملكية الفردية، أسسها ومقتضياتها في ضوء الفقه والقضاء المصري والفرنسي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة الثانية والأربعون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2000.
- السيد وهبة الزنفلي، نزع الملكية للمنفعة العمومية دراسة مقارنة، مجلة إدارة، قضايا الحكومة، السنة الرابعة، عدد 2، القاهرة، مصر، 1960، ص ص30-60.
- أحمد رحمان، نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 4، عدد 2 الجزائر 1994، ص ص05-52.

- أركان فريدة، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، الجزائر، 2002، ص ص 41-63.
- موسى بوصوف، دور القاضي الإداري في المنازعات العقارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 02، الجزائر، 2002، ص ص 23-45.
- زروقي ليلي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية، مجلة مجلس الدولة، العدد 03، الجزائر، 2003.

4) النصوص القانونية:

1- الدساتير:

- مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 / 12 / 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 / 11 / 1996، ج ر عدد 76، الصادر في 08 / 12 / 1996 معدل ومتمم.
- قانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 / 03 / 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، الصادر في 07 / 03 / 2016.

2- النصوص التشريعية:

- قانون رقم 91-11 مؤرخ في 27 أبريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، معدل ومتمم، ج ر، عدد 21، صادر في 08 مارس 1991.
- قانون رقم 04-21 مؤرخ في 29 ديسمبر 2004، يتضمن قانون المالية لسنة 2005، ج ر، عدد 85، صادر في 30 ديسمبر 2004.
- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21، صادر في 23 أبريل 2008.
- قانون رقم 13-08 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج ر، عدد 68، صادر في 31 ديسمبر 2013.

3- النصوص التنظيمية:

- مرسوم تنفيذي رقم 93-186 مؤرخ في 27 يوليو 1993، يحدد كفيات تطبيق القانون رقم 91-11، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العمومية، معدل ومتمم، ج ر، عدد 51، صادر في 08 ماس 1993.
- مرسوم تنفيذي رقم 05-248 مؤرخ في 10 يوليو 2005، يتم المرسوم التنفيذي رقم 93-186، يحدد كفيات تطبيق القانون رقم 91-11، ج ر، عدد 48، صادر في 10 يوليو 2005.
- مرسوم تنفيذي رقم 08-202، مؤرخ في 07 جويلية 2008، يتم المرسوم التنفيذي رقم 93-186، يحدد كفيات تطبيق القانون رقم 91-11، ج ر، عدد 39، صادر في 13 جويلية 2008.

5) المناشير ومذكرات أملاك الدولة:

- منشور وزارى مشترك رقم 07-43 مؤرخ في 02/12/2007، يتضمن نزع الملكية للمنفعة العامة في إطار إنجاز البنى التحتية ذات البعد الوطنى والاستراتيجى، ص ص 01-11.
- مذكرة رقم 6408 مؤرخة في 15/10/2005 تتضمن تقييمات إدارة أملاك الدولة للأملاك المعدة في إطار نزع الملكية، صادرة عن إدارة أملاك الدولة.
- مذكرة رقم 03523 مؤرخة في 02/04/2014، تقييم الأملاك والحقوق العقارية في إطار نزع الملكية صادرة عن إدارة أملاك الدولة.
- مذكرة رقم 9056 مؤرخة في 07 ديسمبر 2008، تتضمن نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، صادرة عن إدارة أملاك الدولة.

6) القرارات القضائية:

- المحكمة العليا (غ.إ) قرار رقم 57808 مؤرخ في 14/01/1989، مجلة قضائية، عدد 4، الجزائر 1993، ص ص 185-188.
- المحكمة العليا (غ.إ) قرار رقم 80812 مؤرخ في 18/02/1991، تطبيقات قضائية في المادة العقارية، الجزائر 1995، ص ص 196-199.

- المحكمة العليا (غ.إ) قرار رقم 62458 مؤرخ في 10/03/1991، مجلة قضائية، عدد 1، الجزائر 1991، ص ص 139-142.
- مجلس الدولة قرار رقم 031027 مؤرخ في 11/10/2007، مجلة مجلس الدولة، عدد 9، الجزائر 2009، ص ص 82-85.

ثانيا: باللغة الفرنسية

- **Ain LE TARNEC**, juridique et pratique de l'expropriation, Dalloz , Paris, 1960.
- **KADI – HANIFI Mokhtaria**, Le régime juridique de l'enquête d'utilité publique en matière d' expropriation, Revue du centre de documents et de recherche administrative, n°29, Alger , 2005, p.p 82-93.
- **REVEL THIERRY** , propriété et droits réels , Revue trimestrielle de droit civil, Dalloz , n°1, Paris, 2011, p.p 144-145.
- **Yves Gaudemet**, Droit administratif des biens, 15^e édition, L.G.D.J, Paris, 2014.
- **ZENATI Frédéric** , propriété et droits réels , Revue trimestrielle de droit civil, Dalloz , n°1, mars , Paris, 1999, p.p 132-148

المعوقات القانونية والإدارية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر

بقلم: د/ والي نادية*

ملخص

تتعامل مختلف دول العالم مع الاستثمارات الأجنبية بغض النظر عن تصنيفها، متقدمة أو نامية، نظرا لأهميتها في تحقيق التنمية الاقتصادية، الأمر الذي يفسر لنا التنافس لجلبها إلى إقليمها والجزائر على غرار هذه الدول، أصدرت ترسانة قانونية لإقناع المستثمرين الأجانب، غير أن حجم الاستقطاب ضعيف جدا لا يتناسب مع طموحات ومرد ذلك إلى معوقات الاستثمار، المتعلقة بالقانون في حد ذاته أو التعاملات الإدارية والتي نحاول معالجتها في هذا المجال.

Résumé

Traitant divers pays à travers le monde avec des investissements étrangers, quel que soit le classement, développés ou en développement, en raison de son importance pour le développement économique, ce qui explique la compétition pour être amené sur son territoire, l'Algérie, le long des lignes de ces pays, un arsenal juridique émis pour convaincre les investisseurs étrangers, mais la taille de la polarisation est très faible est pas en rapport avec les ambitions et en raison des obstacles à l'investissement, relative à la loi elle-même ou les opérations administratives et nous essayons de les résoudre dans ce domaine.

Summary

Dealing various countries around the world with foreign investments, regardless of classification, developed or developing, because of its importance to economic development, which explains the competition to be brought into its territory, Algeria, along the lines of these countries, a legal arsenal issued to convince foreign investors, but the size of the polarization is very weak is not commensurate with

* أستاذة محاضرة قسم "ب" بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محمد أولحاج- البويرة.

the ambitions and due to the obstacles to investment, relating to the law itself or administrative transactions and we are trying to address them in this area.

مقدمة

يتوقف نجاح أي دولة في جذب التدفقات الاستثمارية الأجنبية على إقليمها في مدى نجاعة السياسة المنتهجة من قبلها، وفي توافر الإرادة الفعلية لتشجيع الاستثمارات الأجنبية. ونعني بهذا توفير البيئة القانونية المستوحاة بالدرجة الأولى من مبادئ القانون الدولي المنظم للعلاقات الدولية في شتى المجالات.

وإن كان لا نقاش في سيادة الدولة في التحكم في أوضاع القاطنين الأجانب على إقليمها، وفقا لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها، لكن ليس بصفة مطلقة يستوجب احترام القيود التي يفرضها الفقه بمبدأ احترام الحد الأدنى لحقوق الأجانب⁽¹⁾، ومن جهة أخرى فهي تلتزم بأحكام الحماية المقررة للأموال الأجنبية بمقتضى اتفاقيات دولية التي ترتبط بها وتوفر الضمان الفعال وبث الثقة في نفوس المستثمرين الأجانب.

وفي هذا الصدد لم تدخر الجزائر جهداً في تقديم كافة الدعم والتسهيلات اللازمة للمستثمرين الأجانب، بتبنيها لسياسة الباب المفتوح والانفتاح الإيجابي على العالم الخارجي، محاولة الاندماج في الاقتصاد العالمي، بالانضمام ومحاولة الانضمام إلى أهم المؤسسات الاقتصادية العالمية، بغية الحصول على نتائج إيجابية للاستثمارات الأجنبية.

اهتمت الجزائر بجذب الاستثمارات الأجنبية إلى إقليمها كرد فعل طبيعي لتبنيها النظام الاقتصادي الليبرالي الحر القائم على حرية الاستثمار، ومن هذا المنطلق أصدرت قوانين تعكس التوجه الجزائري، وتأكيدا على ذلك كرس مبدأ

(1) - عميروش محمد شلغوم، دور المناخ الاستثماري في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الدول العربية، الاقتصاد الجزائري نموذجا، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير من قسم الاقتصاد، جامعة دمشق، 2009، ص 47.

حرية الاستثمار بموجب المادة 03 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار⁽¹⁾، ليعزز هذا المبدأ بموجب المادة 37 من الدستور 1996⁽²⁾ التي كرست مبدأ حرية التجارة والصناعة.

استمر هذا التوجه إلى غاية صدور الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم، أكد هو الآخر نية المشرع على الانفتاح على الاستثمارات الأجنبية ومنحها كافة المزايا قصد إقناع المستثمرين الأجانب لاتخاذ قرار الاستثمار في الجزائر، لكن رغم هاته الترسنة القانونية، بالموازاة الإحصائيات الخاصة بحجم الاستثمار في الجزائر ضئيلة جدا مقارنة مع حجم الاستثمارات الأجنبية في كل دول العالم.

مع استمرار سيناريو التذبذب والتراجع تتساءل عن المعوقات التي تقف كعقبة أمام جلب الاستثمارات الأجنبية؟.

من المؤكد أن هناك عقبات تقف حائلا أمام التدفق الاستثماري ونظرا بتعدددها وتنوعها نكتفي فقط من خلال هذه الدراسة بتناول المعوقات القانونية (أولا) والمعوقات الإدارية (ثانيا).

أولا: المعوقات القانونية

يعتبر الاستقرار التشريعي للاستثمارات الأجنبية واحد من أهم العوامل، المؤثرة بشكل كبير في قرار المستثمر بالاستثمار في دولة معينة، والذي وإن كان فعلا يعتمد على اعتبارات مادية، إلا أن هذا لا ينفي الدور الذي تلعبه الاعتبارات النفسية، فرأس المال يميل حيث يوجد مناخ اقتصادي وسياسي وقانوني ملائم

(1) - مرسوم تشريعي 93-12 مؤرخ في 05 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، جريدة رقم 64 مؤرخة في 10 أكتوبر 1993. ملغى بموجب أمر 03-01 مؤرخ في 20 أغسطس 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، جريدة رقم 47 مؤرخة في 22 أغسطس 2001.

(2) - مرسوم رئاسي 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، جريدة رقم 76 مؤرخة في 08 ديسمبر 1996.

للاستثمارات⁽¹⁾.

وفي ظل هاته المعطيات، ونظراً لكثرة الاختيارات المتاحة لدى المستثمر الأجنبي؛ فإن لحظة اتخاذ لقرار الاستثمار في دولة معينة، يراعي مدى مساهمة النظام القانوني السائد بها في تحقيق أهداف الاستثمار في الربح والأمان معاً.

ومما لا شك فيه أن هذا الأمان لن يتولد بمحض الصدفة بل يتعزز كلما كان التشريع نافذاً ومطبقاً. أما إذا كانت الدولة في كل مرة تطل علينا بقانون جديد فهذا يعني أن الدولة في حد ذاتها لا تحترم قوانينها، فما بالك أن تطلب الثقة من المتعامل الأجنبي⁽²⁾!

وفي الوقت الذي كان ينتظر فيه من سن القوانين المتعلقة بالاستثمار انسيابها وارتفاع حجمها في الجزائر، إلا أن النتائج كانت مخيبة للآمال، فثمة أمور ترتبط في مجموعها بالأوضاع القانونية في الدولة، وتؤدي بحكم هذا الارتباط، إلى جعل نظامها القانوني، معوق للاستثمار على إقليمها، وتتعلق هذه الأمور أولاً بصفات هذا النظام القانوني، وثانياً بالطريقة التي يعمل بها⁽³⁾، وقد أثبت الواقع العملي عجز هذه القوانين عن جذب الاستثمارات الأجنبية في مستوى حجم وقدرات المنطقة.

(1) - أحمد شرف الدين: طرق إزالة المعوقات القانونية للاستثمار، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة 1993، ص 17.

(2) - فيما يتعلق بقانون الاستثمار في الجزائر عرف عدة تغيرات في مرحلة التحول من الاقتصاد الموجه إلى الاقتصاد الحر بدءاً من المرسوم التشريعي 93-12 الذي ألغى بموجب الأمر 01-03 الذي عدل بموجب الأمر 06-08 المتعلق بتطوير الاستثمار وكذلك بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009 و2010 و2011 وكثرة هاته والتعديلات وهذا دليل على خضوعه لسلطة الدولة، ومدى جدتها في تشجيع الاستثمارات الأجنبية، حيث يخضع هذا التشجيع لعوامل سياسية بحتة فتغير الحكومات كان انعكاس مباشر على الاستثمار الأجنبي بين الداعمة والمقيدة له، وسجل في هذا الصدد أن الحكومة الجزائرية قامت بفرض قيود على الاستثمار الأجنبي خاصة بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009، وهو يمثل عمل مناقض لإرادة المشرع الجزائري بموجب الأمر 01-03 المعدل بموجب الأمر 06-08 المتعلق بتطوير الاستثمار، وهو الأمر الذي انعكس سلباً على مستوى تدفقات الاستثمارات الأجنبية.

(3) - أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 09.

إن كثرة وتنوع النصوص القانونية المتعلقة بالنشاط الاستثماري والتي تغطي الجانب الهام للقطاعات النشاط الاقتصادي، مروراً بالتطبيق الموازي للنصوص السارية المفعول، والتي بدون شك تعد مصدر تعقيد للمستثمر الأجنبي على وجه الخصوص.

فعدم فهم النصوص نظراً لعدم دقتها، يؤدي إلى تأويل خاطئ لها وبالتالي نتيجة لطبيعتها تكون سيئة، وفي الحقيقة هذا التنوع في النصوص التي تتوالى الواحد تلو الآخر يعكس نوعاً ما عدم الاستقرار في سياسة الاستثمار التي تنجم على شك في السلطة السياسية حيال الاستراتيجية الواجب إتباعها في هذا المجال⁽¹⁾.

في المغرب مثلاً يعتبر خبراء ONCTED في دراسة حول سياسة الاستثمار في المغرب أن العدالة ثقيلة جداً تتميز ببطء كل الإجراءات ونقص الشفافية⁽²⁾، كما أثيرت ملاحظات حول ميثاق الاستثمار المغربي حول السرعة التي تم بها إنجازها خصوصاً وأن الأمر يتعلق بقانون عام يحدد مستقبل الدولة في مجال الاستثمار وثانياً صياغته بدون مشاركة المستثمرين في ذلك⁽³⁾.

ففيما يتعلق بالجزائر نجد أن النصوص المتعلقة بالاستثمار متشتتة ففضلاً عن أمر رقم 01 - 03 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 06 - 08، توجد نصوص منظمة لمجال الاستثمار بموجب قوانين المالية التكميلية مثل قانون المالية التكميلي لسنة 2009، 2011، 2012، 2014 و2016 أيضاً مثل بموجب قانون المحروقات، نفس الشيء بالنسبة للقانون الذي ينظم مجال العقار كذلك قانون الحوصصة... الخ⁽⁴⁾.

(1) - Darghouth LAMIA: l'ambivalence du régime juridique des investissements pièves étrangers en Tunisie, thèse pour obtenir le garde de docteur en droit des affaires de l'université , paris , 2002, p 111.

(2) - Bargaouz SALAH EDDINE: Cadre Juridique de Maroc, LENA, Rabat, 2009, p55.

(3) - أفطي سهيلة: إشكالية تحفيز الاستثمار في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام المعمق، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، 2008، ص 28.

(4) - كل هاته القوانين قام المشرع الجزائري بإدخال تعديلات عليها فمثلاً قانون رقم 05 - 07 المتعلق بالمحروقات عدل بموجب أمر رقم 06 - 10 أما الأمر رقم 06 - 11 المتعلق بالعقار عدل بموجب الأمر رقم

ومثل هذا التعدد والتشعب في النصوص القانونية يؤدي أحياناً إلى التضارب في مضامينها، مما يؤدي إلى تعقيد العلاقة الاستثمارية، وتأثيرها السلبي سواء تعلق بالمستثمر أو حتى العلاقة الاستثمارية، وتأثيرها بالسلب سواء تعلق الأمر بالمستثمر حتى الدولة المضيفة للاستثمار.

وفضلاً عن تشتت المستثمرين الأجانب على أكثر من قانون، نجد أن بعض النصوص القانونية التي كرسّت أحكام معينة بموجب قانون الاستثمار، إلا أن التعديلات المتتالية لقانون الاستثمار تضمنت نصوص تناقض أحكام قانون الاستثمار ويمكن لنا في هذا الصدد تقديم مثال يؤكد هذا الطرح فبموجب نص المادة 14 من الأمر 01 - 03 المعدل والمتمم، والتي كرسّت مبدأ المعاملة بالمثل بين المستثمر الوطني والأجنبي، إلى هنا فإن الأمر عادي، لكن بدراسة نص المادة 4 مكرر من قانون المالية التكميلي لسنة 2009، نجد أن أحكامها ميزت بين المستثمر الوطني والأجنبي بإلزامه الخضوع للدراسة المسبقة من طرف المجلس الوطني للاستثمار، لكن بصدور قانون المالية لسنة 2014 تم نزع هذه الصلاحية من المجلس الوطني للاستثمار⁽¹⁾، وهذا يعني أن القانون الجزائري، من خلال النصوص التي تتضمنها قوانين المالية التكميلية على وجه التحديد، عاد بنا إلى زمن الانغلاق الاقتصادي؛ نظراً للقيود التي فرضها على الاستثمارات الأجنبية، سنتناولها فيما يلي لتسليط الضوء على هاته النقطة.

أدخل قانون المالية التكميلي لسنة 2009، تعديلات هامة على أحكام قانون الاستثمار حيث أثار جدلاً واسعاً وسط المختصين والمستثمرين الأجانب على حد سواء؛ نظراً للأحكام الجديدة التي تضمنها، بفرض قاعدة 51% - 49% للطرف الأجنبي، التي نصت عليها المادة 58 من قانون المالية، بتعديل المادة 4 مكرر 1 من الأمر رقم 01 - 03 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009، 2010، 2011، 2012.

08 - 04، ج. ر عدد 9 صادر 03/09/2008، ثم عدل بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2011... الخ.
(1) - قانون رقم 13-08 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013 يتضمن قانون المالية لسنة 2014.

المادة 4 مكرر كانت واضحة فيما يتعلق بالقاعدة الاستثمارية الجديدة وآليات الشراكة، حيث أشارت إلى أنه يتعين على المستثمرين الأجانب الذين يعملون في النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات، أن يقدموا تصريحاً مسبقاً لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، وأنه لا يمكن إقامة استثمار أجنبي، إلا في إطار شراكة يكون فيها نظام المساهمة مبني على أغلبية الشريك الوطني المقيم بنسبة 51% على الأقل من الرأسمال الاجتماعي، وبالإمكان أن يتضمن الشراكة الوطنية عدة شركاء.

كما أخضعت المادة 60 من أمر رقم 09 - 01 والتي عدلت المادة 9 مكرر⁽¹⁾ من الأمر رقم 01 - 03 المتعلق بتطوير الاستثمار. قيدت المادة حصول الاستثمارات التي يتجاوز مبلغها 500 مليون دينار أو يساويه من مزايا النظام العام إلا بموجب قرار من المجلس الوطني للاستثمار، وهو ما يمثل شكلا من أشكال تحكم الدولة في طبيعة المساهمين في المشاريع الكبرى. وتم رفع سقف المبلغ إلى 1500 مليون دينار جزائري بموجب قانون المالية لسنة 2014.

وفي هذه النقطة بالذات ثثار مسألة هامة، تتمثل في تداخل الصلاحيات من جهة الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، فهي تملك الصلاحية في تقديم الامتيازات والتحفيزات التي أقرها القانون للمستثمرين على حد السواء، أجنب أم محليين، ليفاجئنا المشرع الجزائري بتحديد سقف 1500 مليون دينار جزائري من قيمة المشروع الاستثماري، وفي حالة تجاوزه لا يمكن للمستثمر الاستفادة من امتيازات النظام العام إلا بقرار من المجلس الوطني للاستثمار، وهو ما يثير تساؤلات حول مدى الاستقلالية التي تتمتع بها الوكالة، وهو الأمر الذي من شأنه عرقل الاستثمارات نتيجة التعقيدات اللامتناهية.

ويمكن التأكيد أن قاعدة 51% / 49% التي فرضت كان الانعكاس المباشر في تراجع حجم الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، ووفقا لتقارير متخصصة أكد فيها

(1) - انظر المادة 9 مكرر من أمر رقم 09 - 01 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر العدد 44، الصادر بتاريخ 26 يوليو 2009.

المستثمر الأجنبي رفضه دخول شراكة مع المستثمر المحلي، سواء كان في إطار القطاع العام أو الخاص، كما أن المستثمر الأجنبي لم يتحمس للاستثمار في إطار الخوصصة، رغم أن في المغرب ارتفع حجم الاستثمار الأجنبي في إطار تطبيق برنامج الخوصصة، في حين عملية الخوصصة عرفت حالة لا استقرار منذ إصدار قانون الخوصصة سنة 1995 الذي ألغي سنة 2001 بموجب 01 - 04 ليعدل بعد ذلك سنة 2008⁽¹⁾، وهذا يعطي صورة واضحة عن حالة التخبط العسير الذي عرفته ولادة هاته العملية، والتي انعكس سلبا في تفهقر مستوى الاستقطاب وهذا التراجع ينتج خاصة عن: التكاثر العشوائي للنصوص التي تلازم عدم الاستقرار المتزايد للقواعد، الالتواءات المتكررة التي تعيق تكاثف المعايير فدولة القانون تعاني هنا من سيادة القانون المداس إما من طرف النصوص التطبيقية أو إجراء الإجراءات الداخلية.

لكن يبقى لنا التأكيد حول هذه المسألة التي أثارت حفيظة المستثمرين، أن فرض المشرع الجزائر شرط لقبول الاستثمارات في إطار شراكة مع الطرف الجزائري، لم يكن ابتكارا منه فحسب بل أن معظم التشريعات المقارنة فرضت هذه النسبة، ثم أن قاعدة 51 - 49% تعيق الاستثمار، لكن لا تمنع من وجوده، وإن كان على المشرع الجزائري وضع المادة بشكل موسع فن حق الجزائر حماية اقتصادها الوطني بوضع مثل هذا الشرط الذي يشكل شكل من أشكال الرقابة وهو أمر سيادي للدولة ولكن يستحسن فرض هاته القاعدة في المشاريع الاستراتيجية الهامة للدولة، وليس في كل النشاطات الاقتصادية، تقييد المستثمر الأجنبي بإلزامية مشاركته للطرف الوطني، خاصة وأن العولمة الاقتصادية فرضت منطلق التكتلات الاقتصادية، والشدة التنافسية بين مختلف الدول لجذب الاستثمارات الأجنبية.

إلزام المشرع الجزائري المستثمر الوطني بالتصريح في حال طلبه الحصول على الامتيازات فقط في حين بالنسبة للمستثمر الأجنبي ملزم بالتصريح سواء منح المزايا

(1) - أمر رقم 01 - 04 المتعلق بالخوصصة مؤرخ في 20 أوت 2001، معدل بموجب الأمر رقم 08 - 01 مؤرخ في 28 فيفري 2008.

أو لم يفعل التي يقررها قانون الاستثمار وهذا يعكس التمييز الواضح بين المستثمرين الأجنبي والمحلي، على الرغم من تكريس المشرع الجزائري لمبدأ المساواة في المعاملة بينهما، سواء في الحقوق أو الالتزامات، إلا أن النصوص المتوالية، قد خرقت هذا المبدأ وهو الأمر الذي من شأنه أن يجعل الدولة في مواجهة المساءلة الدولية، خاصة وان هذا المبدأ تم تكريسه في إطار الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار.

بعد التعامل التمييزي بين المستثمر المحلي والأجنبي، عامل يرتب مسؤولية دولية على عاتق الجزائر، وليس هذا فحسب في نفس الوقت، يشكل عامل طرد للمستثمر الأجنبي نتيجة الالتزامات المضاعفة التي تثقل كاهله، وتضيع وقته، مما جعله يشكك في مصداقية الإرادة الفعلية للدولية في توفير أرضية خصبة وملائمة لاستقطاب الرساميل الأجنبية، ونتيجة بالضرورة وبلا شك، سوف تنعكس مباشرة على ضلالة حجم الاستقطاب في الجزائر، الذي أصبح يتراجع سنة بعد أخرى رغم كم الإصلاحات الاقتصادية التي تبشرها الدولة.

لكن لم تترجم بإرادة فعلية وواقعية نتيجة مثل النصوص القانونية التي نحن بصدد مناقشتها وتحليلها وتبيان انعكاساتها السلبية في الواقع الميداني، تناقض النصوص القانونية وعدم وضوحها وتدخل الحكومة الجزائرية في السياسة الاستثمارية، ضاربة عرض الحائط النصوص القانونية السارية المفعول مثلما حدث في قضية جيزي، كلها عوامل تفسر لنا تراجع حجم الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على الرغم من توافر العامل الأمني، وافتقادها في الكثير من الدول المنافسة ومع ذلك الجزائر لم تستغل هذا العامل في إقناع المستثمرين الأجانب باتخاذ قرار الاستثمار في الإقليم الجزائري، ينبغي لنا الإشارة أن العامل القانوني ليس وحده العائق أو الحاجز الذي يقف حائلا أمام جلب الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، فلا يمكن التغاضي عن العامل الإداري الذي يشكل العقبة الأكبر أمام المستثمرين الأجانب.

ثانيا: المعوقات الإدارية

عملت الجزائر بشكل متواصل لتضع لنفسها مكانة على مستوى الاقتصاد العالمي الراهن، وما فتأت أن رضخت للضغوط الدولية فيما يتعلق بتحرير شروط دخول الاستثمار الأجنبي إلى أقاليمها، إلا أنها احتفظت لنفسها بحقوق مطلقة فيما يتعلق بالإشراف ومراقبة الاستثمار الأجنبي، ومثل هذا الأمر مقبول وحتى في البيئة المتسمة بالانفتاح قد ترغب الدول المضيفة الإبقاء على جانب من المراقبة أو السيطرة على الاستثمار ومن ثم استحداث أساليب متنوعة للإشراف على الاستثمار الأجنبي⁽¹⁾.

يؤكد الواقع الاستثماري وجود عقبات إدارية تعرقل العملية الاستثمارية، خاصة على مستوى الأجهزة المكلفة بالإشراف على الاستثمار وهو الأمر الذي سنعمل بكل جهد على تبيانه والوقوف أمامه، وتحليل مكوناته فالمستثمرين يشعرون دائما بان مناخ الأعمال يعاني كثير من العقبات مثل تغشي ظاهرة الفساد الإداري (أ) وتعتقد الإجراءات الإدارية (ب).

أ- تغشي ظاهرة الفساد:

تؤكد معظم الدراسات أن الرشوة والتسيير الإداري السيئ ترفع من أسعار الإدارة ولا تشجع على جذب الاستثمار الأجنبي، وفي المقابل تعد الشفافية مبدأ أساسياً للسياسات، وقواعد الاستثمار الدولي، بحيث تبحث العديد من المنظمات الدولية لترقية أطر السياسة الشفافة التي تسمح للدول بجذب الاستثمار الأجنبي والاستفادة منه.

لا يوجد تعريف دقيق للشفافية وتركز بعض المفاهيم على عناصر أساسية لشفافية القطاع العام، والاقتصاد السريع للمعلومات حول القوانين والإجراءات المتعلقة بأدق التفاصيل حول كل ما يتعلق بالاستثمار ومناخ الأعمال.

(1) - سلسلة الأوتكاد المتعلقة بالقضايا المطروحة في مجال اتفاقات الاستثمار الدولية، منشورات الأمم المتحدة جنيف، كانون الأول/ ديسمبر 1998، ص 13.

كما توجد مفاهيم أخرى تتمثل في إيصال نوايا صانعو القرار فاقتناء المعلومات حول نشاطات القطاع العام، ومثل هذا الأمر مغيب تماما بالنسبة للإدارة الجزائرية التي تتميز بالتكتم والسرية المطلقة، حتى في أبسط الأمور وهو ما عرّضها لانتقادات لاذعة، إلى درجة أنه يمكننا أن نقبس الوصف الذي أطلق على المؤسسة العسكرية أثناء الحرب العالمية الثانية بالصامتة الكبرى، نتيجة عدم إدلالها بأي تصريح إزاء الأحداث التي كانت تقع آنذاك.

ومثل هذا الوصف ينطبق تماماً على الإدارات المغاربية على مستوى دول المغرب العربي ككل، حيث تتشابه في الكثير من النقاط، فيشتركان في كونهما مستعمرات فرنسية ورثت نفس الثقافات ونفس الإدارات أي نفس التنظيمات الإدارية المتشابهة⁽¹⁾، فالمستثمر يحتاج إلى الشفافية ووضوح الرؤيا مع الشعور بوجود التنافس الشريف، ووضوح الإجراءات وعدم اللجوء إلى التحايل والرشوة واستغلال النفوذ وهو السبيل لخروج المشروع الاستثماري إلى الوجود وظهور نتائجه الاقتصادية⁽²⁾.

وحسب تصريح AMARTYSEN صاحب جائزة نوبل أن الشفافية ليست غاية في حد ذاتها، وهي وسيلة تسمح بكباقي الأهداف من رفع المستوى المعيشي عموماً وترقية نجاعة وكفاءة الحكومات، وخلال مؤتمر المنظمة العالمية للتجارة الذي أُنقذ في الدوحة في الفترة الممتدة بين 9 و13 نوفمبر 2001⁽³⁾، اعتبر المؤتمر أن الدول النامية قد تستفيد من تعزيز لقدراتها في حال التزامها بالشفافية.

وفي نفس السياق أظهرت دراسات لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية وصندوق النقد الدولي، أن تدفقات الاستثمارات الدولية، هي أهم مستوى مما كانت عليه وأن الاستثمارات الأجنبية في مستوى أحسن في الدول التي اتخذت

(1) - SIMMOUL Ahcen : Contribution à l'étude de Impacts des Investissements directs sur L'économie marocaine, mémoire LENA rabat 2006, p 23.

(2) - محمد عبد العالي: الاستثمارات العربية في الخارج عن موقع الجزيرة الالكتروني: www.aljazeera.net

(3) - خليل السمرائي: منظمة التجارة العالمية والدول النامية، دار النقاش للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، بدون سنة نشر، ص 123.

فيها القرارات في محيط أكثر شفافية⁽¹⁾.

تعتبر الشفافية الغائب الأكبر في التعاملات الاستثمارية في المنطقة المغاربية ككل، خاصة بعد تفشي ظاهرة الرشوة، والتي بفضلها تزدلت الجزائر والمغرب الترتيب العالمي في مؤتمرات الشفافية في إطار الدراسات التي تقيمها مختلف الهيئات المختصة.

فقد احتلت الجزائر حسب تقييم البنك العالمي لسنة 2008 انخاص بمناخ الأعمال والاستثمار المرتبة 115 عالميا لتصل لسنة 2015 مرتبة 163 عالميا. وهذا الأمر يعكس تردي أوضاع الاستثمار ومناخ الأعمال في الجزائر. أصبحت التعاملات تتم عن طريق منح مبالغ مالية إضافية حتى تقوم الإدارة بإلغاء حقوق المعاملة المتساوية، ولا يزال يتدهور هذا المحيط البيروقراطي والمتعفن في المنطقة، ولا يؤدي إلى تقليص حجم الاستثمارات وحسب وإنما ينقص من نوعية ومردودية الاستثمارات المتواجدة، وبالتالي تقلص النمو الاقتصادي.

إن ظاهرة الفساد ظاهرة عالمية، تفشت في العقدين الأخيرين الأمر الذي أدى، إلى ميلاد منظمة عالمية متخصصة في مكافحة مختلف أنواع الفساد ويتعلق الأمر بمنظمة الشفافية الدولية⁽²⁾ التي أنشأت سنة 1993. أما التقرير الصادر عن برنامج الأمم المتحدة للتنمية المرتكبة في حق الإنسانية بسبب جسامه وخطورة مخلفاته وآثاره الاقتصادية والاجتماعية على الشعوب.

العديد من تجارب التنمية في كثير من الدول النامية وتأثر فرص النجاح وتطبيق برامج الإصلاح الهيكلي والمشاريع التي اقترحتها أو مولتها الدول والمؤسسات الدولية المانحة، يعزى في جزء كبير منه إلى مظاهر الفساد في تلك الدول.

يؤثر الفساد على القرار الاستثماري وعلى الفعالية، وبالتالي على إمكانيات النمو،

(1) - الفصل العاشر من وثيقة الاستثمار الأجنبي مصلحة النمو: أقصى حد للإيجابيات لأدنى حد للأسعار، OUNCTED 2002.

(2) - عمر العسري، تحريك أسواق الرساميل واستراتيجية تنشيط الاستثمار بالمغرب، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص المالية العامة، جامعة الحسن الثاني، عين الشق الدار البيضاء سنة 2002، ص 83.

فحسب استطلاع للرأي اجراه البنك الدولي سنة 1997، شمل 3600 شركة عالمية في حوالي 69 دولة، خلص إلى أن الفساد يعتبر العائق الأول للاستثمار في كل من إفريقيا وأمريكا اللاتينية، الذي يعتبر من أهم العوامل المؤثرة في قرار الاستثمار، وكلما كانت درجة الفساد عالية كلما كان لها أثر سلبي على الاقتصاد، لأنه يعرقل ويكبح مسيرة التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ويؤدي إلى ردع اختيارات المستثمرين المحليين والأجانب.

مكافحة الفساد يعتبر من أهم المؤشرات التي تستعطي للدولة ولمؤسساتها مصداقية داخلية وخارجية لدى المستثمرين، في هذا الصدد قامت الجزائر بإصدار القانون رقم 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وأدخلت عليه تعديلات بموجب أمر رقم 10-05⁽¹⁾.

فبموجب المادة 09 من الأمر السابق الذكر أكد على ضرورة إجراء الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة، وعلى معايير موضوعية، عن طريق:

* علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقة.

* الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء...إلخ.

وبموجب المادة 24 مكرر من أمر رقم 10-05 تم إنشاء الديوان المركزي لقمع الفساد، كلف بالبحث والتحري عن جرائم الفساد، ويمتد اختصاصه إلى كامل التراب الوطني، ورغم هذه التدابير التي اتخذتها الجزائر إلا أنها لم تكن كافية.

يمكن القول إنه من أجل جلب الاستثمار الأجنبي يستوجب ضمان الحكم الراشد، يعد أحسن مناخ للإدارة الأعمال بطريقة تشجع المستثمرين الأجانب، بفرض الشفافية والشمولية والمسؤولية، فالجزائر يمكنها مواجهة التحديات والتغلب

(1) - قانون رقم 01-06 مؤرخ في 20 فيفرايو سنة 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر العدد 14 الصادر بتاريخ 08 مارس 2006، المتمم بأمر رقم 10-05 مؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر العدد 50 صادر في 2010/09/01.

عليها، وتحسين استقطاب الاستثمارات في إطار أكثر تنافسية متى قامت بتطبيق قواعد الحكم الرشيد، وأضفت صرامة في التعاملات في جو من الشفافية وبعيداً عن البيروقراطية وعدم الكفاءة والروتين والتعقيد الإداري الذي يعد العائق الأكبر الذي يواجه المستثمر وسنفضل في النقطة الموالية ذلك إن قوى الفساد بقدر ما تنهك النظام الاجتماعي، بقدر ما تفقد النظام الإداري شرعيته.

بـ. تعقد الإجراءات الإدارية:

يشكل الاستثمار عنصراً أساسياً في الدورة الاقتصادية لما يلعبه من دور في إنعاش الحركة الاقتصادية إلا أن انسياب هذا الفعل يعاني من عدة عراقيل وعلى رأسها الإدارية

فبعد البطء في معالجة ملفات الاستثمار، مؤشراً على عقم الإدارة الاقتصادية وعدم فعاليتها، ويعتبر هذا الفيروس المحيط لكل عملية إنتاجية بمثابة نتيجة طبيعية، إن لم نقل حتمية لتعدد المساطر الإدارية، وتعقد المسالك الإدارية⁽¹⁾، وغياب التنسيق بين الإدارات، وعدم تحديد الاختصاصات وكلها مظاهر لإدارة بيروقراطية، عقيمة ومنحرفة.

إن تعدد الأنظمة المشرفة على الاستثمار في الجزائر وتضارب الاختصاصات فيما بينها، بعبارة أخرى تعدد مراكز اتخاذ القرار التي يتعامل معها المستثمر وعدم وجود تنسيق كافٍ بينهما بل دخول هذه الأجهزة في صراعات يهدر معها كثير من الوقت بسبب تنازع الصلاحيات⁽²⁾، وهو الشأن الذي حصل بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والمجلس الوطني للاستثمار فيما يخص استثمار شركة إعمار الإماراتية، في القضية التي شغلت الإعلام الجزائري سنة 2011.

ورغم إنشاء نظام الشباك الوحيد للتسهيل والتخفيف على المستثمر، إلا أن

(1) - عزيز حامة: التدبير اللامتمركز للاستثمار، بحث لنيل شهادة الماستر في التدبير الإداري، المدرسة الوطنية للإدارة، رباط 2007، ص 18.

(2) - معوقات الاستثمار في الدول العربية، سلسلة دراسات اقتصادية واستثمارية تصدر عن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، الكويت بدون سنة نشر، ص 17.

ذلك لم يحل المشكلة، مما يتسبب في إرباك المستثمر واجتهاده وتعطيل أعماله ومصالحه بسبب عدم وضوح الرؤية والتنازع القائم بين الأجهزة التي يجد المستثمر نفسه مجبراً على التعامل معها.

تعد دراسة مسار المستثمر ليس في الجزائر فقط حتى في تونس والمغرب تكشف وجود الثغرات، وفقر المعلومات حول مبادرات المستثمرين يزيد من الغموض حول شروط الاستثمار مثلاً لا يقوم أي دولة من الدول الثلاث بمنح دليل باللغة الإنجليزية⁽¹⁾ فيما يتعلق بالإجراءات والشكليات الخاصة بالاستثمار.

أما في الجزائر فالجهاز الإداري المشرف على الاستثمار غير كامل وناقص من كل النواحي، فمن أجل تأسيس شركة استثمارية مثلاً، يستوجب التقييد بعدة إجراءات شاقة ومعقدة، وفي أغلب الأحوال لا تحترم مهلة الإجراءات، ويستوجب الاتصال بأكثر من 12 هيئة إدارية وثلاث متعاملين خواص، البنك، الموثق، الجريدة ويستوجب ملء أكثر من 90 استمارة ووثائق إدارية بحوالي 40 مرحلة، ضف إلى ذلك غياب التناسق بين الإدارات والوزارات جعل مدة انطلاق المشروع طويل جداً، فمثلاً رقم السجل التجاري المطلوب من أغلب الإدارات فالإجراءات المتعلقة للحصول عليه وحده يتطلب أكثر من ثلاث أشهر، كما أن الإجراءات التي تمر على يد موثق تستغرق مهلة طويلة خاصة إذا كان الأمر متعلق بالمستثمرين الأجانب، كتحويل العملة الأجنبية والتحقق بالنسبة لفروع الشركات الأجنبية.

كل هذه الإجراءات لا تخدم مسار الاستثمار ونجاعة فحسب الغرفة التجارية والصناعية فإن مهلة انطلاق مشروع استثماري في الجزائر يدوم سنتين وحسب المستثمر 5 سنوات⁽²⁾، ومرد ذلك إلى الروتين الإداري والإجراءات المعقدة خاصة بعد صدور قانون المالية التكميلي لسنة 2009 الذي أزم المستثمر الوطني بضرورة إجراء التصريح أمام الوكالة، من أجل الحصول على الامتيازات التي يقرها

(1) - KRIM Benhesson: les centres de régionaux d'investissement, rabat 2007, p 24.

(2) - shared.com/dir/10226342/d69b7c9/sharing.html.

القانون⁽¹⁾، وبالنسبة للمستثمر الأجنبي ملزم بالتصريح سواء طلب منح المزايا أم لا. ومن خلال هذه الإجراءات الإدارية نلاحظ وجود تمييز واضح بين المستثمر الوطني والأجنبي وهو خرق صريح لنص المادة 14 من الأمر رقم 01 - 03 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم والتي كرست مبدأ المعاملة المماثلة بين المستثمر الأجنبي والمحلي.

أما النقطة الثانية الملاحظة في هذا الصدد وجود مبدأ الازدواج في المعاملة الإدارية وتداخل الصلاحيات بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والمجلس الوطني للاستثمار، ففي الوقت التي يتباهى بوجود جهاز وحيد للتعامل مع المستثمر، لكن يتفاجأ بإلزامه تعامله مع أكثر من جهة إدارية، وفي كل خطوة من هاته الخطوات، يتعين على المستثمر التعامل عن طريق العطايا التي تزيد من تكلفة المشروع الاستثماري، وهذا ما يرسخ انطبعا سيئا لدى المستثمرين⁽²⁾.

وهذا ما تم تأكيده من طرف التقرير المشترك الصادر عن اللجنة الأوروبية والمكتب الأمريكي "شلومبرغر" لسنة 2004، الذي كشف عن جملة من العراقيل التي تحول دون القيام بالاستثمار في الجزائر، حيث كانت معظم الآراء والمواقف التي أثارها المستثمرون الأجانب متشابهة، ويؤكدون على وجود عقبات كثيرة ستحول دون تدفق الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، وهي التي تفسر ضعف حجم الاستثمارات الأجنبية في الجزائر حسب التقرير⁽³⁾.

استند التقرير إلى مجموعة من الدراسات التي قامت بها معاهد ومراكز متخصصة كالوكالة الأمريكية ومنظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية وبرنامج الأمم المتحدة للتنمية والبنك العالمي، وتساءل التقرير أن السؤال المحوري الذي يجب

(1) - قانون 09 - 01 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009.

(2) - نوال بوقليح: أثر الاستثمار الأجنبي المباشر على الميزان التجاري الجزائري (1991 - 2006)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الاقتصاد كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية عمان، 2008، ص 48.

(3) - منصور الزين: آليات تشجيع وترقية الاستثمار كأداة لتمويل التنمية الاقتصادية، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية تخصص نفود ومالية، جامعة الجزائر، سنة المناقشة غير مذكورة، ص 142.

طرحه هو معرفة ما إذا كانت هناك إرادة فعلية لدى السلطات العمومية والمجموعات النافذة والمؤثرة في اتخاذ القرارات السياسية والتدابير والخطوات التي تسمح بأن يكون المنتج الجزائري قادراً على المنافسة وأكثر جاذبية.

وأكد التقرير أن الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار لا تملك حالياً قائمة المستثمرين المحتملين أو الموجودين في الجزائر! وفسر المستثمرون الأوروبيون ترددهم بالاستثمار في الجزائر إلى نقص توفر المعطيات والمعلومات. وعن تجارب المستثمرين مع السلطات الجزائرية أشار التقرير إلى أن 62% من المستثمرين كانت تجربتهم سيئة مع السلطات الحكومية مقابل 29% اعتبروها جيدة، أما عن خيارات الاستثمارات فإن 60% من المستثمرين يجذبون القيام بمشاريع منفردة، و37% مع القطاع الخاص لكنهم كلهم لا يجذبون شركاء من القطاع العام، ولا شراء أي مؤسسة جزائرية في إطار الخوصصة⁽¹⁾.

محتوى التقرير يؤكد فشل عملية الخوصصة التي مرت بخاض عسير، كما يكشف الستار عن الضبابية التي تعمل في إطارها الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار التي تفشت فيها ظاهرة البيروقراطية نتيجة هيمنة الدولة على مختلف مرافق الحياة اليومية الأمر الذي أدى بالموظفين إلى التردد والحيرة والاحترام الصارم للإجراءات الأمر الذي أدى باختصاصين إلى القول أن الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار هي عبارة عن مكتب إداري لإيداع التصريحات بالاستثمار يبطن ويعد الإجراءات الإدارية أكثر مما يبسطها.

تسود هاته المشاكل في البيئة الإدارية الجزائرية، وبالتالي لا تندهش من هروب المستثمرين الذين يبحثون عن أجواء أرحب لمشاريعه في دول تكون فيها إمكانية شراء أرض، أو الحصول على قرض، أو الاستفادة من امتيازات... الخ في آجال قصيرة من الأمور المعتادة.

القرار الاستثماري يقوم على دراسة تطور الأسواق وتطور التكنولوجيا لمعرفة

(1) - منصورى الزين: مرجع سابق، ص 143.

فرص الربحية المستقبلية ثم أن هذه التطورات سريعة يمكن أن يحضر مستثمر ملف مشروعه الاستثماري مع كل ما يلزمه من دراسات، ووثائق تحدد سبيل نجاحه ودخل متاهات الإدارة الجزائرية، وبطء استجابة السلطات لمطالبه فالنتيجة الحتمية، أن بعد سنوات من إيداع التصريح بالاستثمار لم يكن قد شرع في إنجاز مشروعه، تتغير معطيات السوق لجمي تكنولوجيا جديدة، أو تغير ذوق المستهلكين، أو استحواذ المنافس على النشاط الذي استهدفه المستثمر في مشروعه الاستثماري.

ولنا أن نشير في هذا الصدد إلى نقص كفاءة بعض الأيدي العاملة التي تنشط في الإدارة، والتي تعد المصدر في إبطاء فعالية الإدارة، وسبب في نفور المستثمرين. كما تؤكد في هذا السياق لجوء الإدارة إلى التسوية والكتمان في بعض المعلومات والمعطيات بحجة أن يمنع الإفصاح عنها علنا⁽¹⁾.

هذا رغم أن هذه المعطيات، منشورة في الدول الأجنبية، مما يؤدي إلى صعوبة العمل في جو تشوبه السرية ونقص المساعدة والبرغماتية، وفي غياب المعلومات الكافية وإتاحتها لمن يحتاج إليها⁽²⁾، وإذا كانت المادة 7 من أمر 01 - 03 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم، حدد آجال الرد على المستثمر بـ 72 ساعة، إن الوكالة صرحت بأنها ليست مجبرة على احترام آجال فحص الطلبات الخاصة بالفوائد⁽³⁾.

وهو ما يعكس تفشي البيروقراطية، والتي حسب تصريح الخبير الاقتصادي الجزائري بشير مصطفى للإعلام يرى أن تفشي البيروقراطية من شأنه أن يعرقل التطور والتقدم الاقتصادي، وأن هذه الظاهرة تتغذى من غياب دولة القانون مما انعكس سلبا على مكانة الجزائر الاقتصادية الدولية وأدى إلى انتشار السوق الموازية.

(1) - محمد بن عبد الرحمان العتي: متطلبات تطوير المناخ الاستثماري من وجهة نظر المستثمر الأجنبي، ملتقى شرم الشيخ حول ضمان الاستثمارات في الدول العربية، القاهرة، 2004.
(2) - سالم بن سعيد القحطاني: مستقبل الاستثمار في المملكة العربية السعودية، مؤتمر الاستثمار، مرجع سابق، ص 248.

(3) - Rachid ZOUAIMIA : réflexions sur la sécurité juridique de l'investissement étranger en Algérie, revue critique de droit et science politique N°02, 2009, p 30.

إن مسار المستثمر في الجزائر مسار محارب، منذ إنشاء الشركة إلى غاية إنجاز المشروع الاستثماري، فيجب أن يكون تحويل رأسمال الشركة عبر بنك الجزائر، وعدم توفر سيولة أخرى قبل إيداعها في حساب بنكي، ثم توثيق ذلك بمكتب التوثيق، ثم بتحول البحث عن مقر ويدفع المستحقات في الوقت التي تكون فيها الأموال لم تحرر بعد، ثم بعد تحول إلى السجل العقاري، لينتقل إلى مصلحة الضرائب للحصول على الرقم الضريبي، وفتح حساب بنكي تليها أيضاً ملفات خاصة بالتحديد لدى مصالح التأمين والضمان الاجتماعي للأجراء وغير الأجراء، وملف آخر للحصول على الرقم التسلسلي الإحصائي، هذا فضلاً عن الملف الخاص بالامتيازات الممنوحة من طرف الوكالة، وإذا كان حجم الاستثمار يفوق 1500 مليون دينار جزائري فيحتاج الأمر إلى ملف آخر يودع أمام المجلس الوطني للاستثمار للحصول على موافقته.

مثل هاته الإجراءات وضعت الجزائر في مؤخرة الترتيب حيث احتلت سنة 2008 المرتبة 132 في حين احتلت المغرب المرتبة 115 في تقرير الذي أصدره البنك العالمي في مجال محيط الأعمال والاستثمار في الجزائر⁽¹⁾، وأكد التقرير وجود بطء في تجسيد الإصلاحات الفعلية ميدانياً، حيث يتعين على المستثمر اجتياز 14 إجراء، وتوفير عدد مماثل من الوثائق، وهو وضع شبيه بوضع محارب؛ لتحتل سنة 2015 مرتبة 163 عالمياً.

خاتمة

في الأخير يجب علينا الإدراك أنه يتعين على الجزائر بذل المزيد من الجهود المطلوبة، من أجل التطوير التشريعي والتنظيمي والإداري، ومن أجل جذب وتدفع الاستثمارات الأجنبية إلى أقاليمها بشكل آمن، ويتمشى مع الواقع الجغرافي الذي تَبَوَّؤَهُ.

فالاستثمارات الأجنبية ليس لديها موطن محدد وإنما موطنها هو المكان الذي

(1) - الموقع الإلكتروني للبنك العالمي WWW. WORLD BANK. ORG

تستطيع أن تستوطن فيه وتحصل على عوائد مناسبة وبالتالي تحقق الفائدة مزدوجة للشركات الأجنبية وللدول المضيفة للاستثمار⁽¹⁾، يتعين الاهتمام بالاستثمارات الأجنبية أكثر من أي وقت مضى، خاصة مع انهيار أسعار البترول، الذي تعتمد عليه الجزائر بشكل كلي في اقتصادها الوطني، عن طريق توفير بيئة مناخية ملائمة للاستثمار والذي يشكل الجانب القانوني أهم العوامل المكونة له.

يعد تنسيق بين القوانين المنظمة للاستثمار أهم الحاجات الملحة التي ينبغي التأكيد عليها فلا يكفي إصدار القوانين بطريقة عشوائية، دون دراسة معمقة وبالتنسيق مع مختلف الفاعلين الاقتصاديين ومحاربة كل أشكال الفساد عن طريق منح استقلالية فعلية للسلطة القضائية.

قائمة المراجع

باللغة العربية:

- 1- أحمد شرف الدين: طرق إزالة المعوقات القانونية للاستثمار، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة 1993.
- 2- أفعلي سهيلة: إشكالية تحفيز الاستثمار في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام المعمق، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، 2008.
- 3- خليل السمرائي: منظمة التجارة العالمية والدول النامية، دار النقاش للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، بدون سنة نشر.
- 4- عزيز حامة: التدبير اللامتمركز للاستثمار، بحث لنيل شهادة الماستر في التدبير الإداري، المدرسة الوطنية للإدارة، رباط 2007.
- 5- عمر العسري، تحريك أسواق الرساميل واستراتيجية تنشيط الاستثمار بالمغرب، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص المالية العامة، جامعة الحسن الثاني، عين الشق الدار البيضاء سنة 2002.

(1) - كريم نعمة: التقسيم العالمي للاستثمارات الأجنبية، عن موقع الالكتروني: www.uluminsamia.net

- 6- محمد بن عبد الرحمان العتي: متطلبات تطوير المناخ الاستثماري من وجهة نظر المستثمر الأجنبي، ملتقى شرم الشيخ حول ضمان الاستثمارات في الدول العربية، القاهرة، 2004.
- 7- منصوري الزين: آليات تشجيع وترقية الاستثمار كأداة لتمويل التنمية الاقتصادية، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية تخصص نقود ومالية، جامعة الجزائر، سنة المناقشة غير مذكورة.
- 8- نوال بوقيع: أثر الاستثمار الأجنبي المباشر على الميزان التجاري الجزائري (1991 - 2006)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الاقتصاد كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية عمان، 2008.
- 9- سالم بن سعيد القحطاني: مستقبل الاستثمار في المملكة العربية السعودية، مؤتمر الاستثمار.
- 10- سلسلة الأوتكاد المتعلقة بالقضايا المطروحة في مجال اتفاقات الاستثمار الدولية، منشورات الأمم المتحدة جنيف، كانون الأول/ ديسمبر 1998.
- 11- الفصل العاشر من وثيقة الاستثمار الأجنبي مصلحة النمو: أقصى حد للايجابيات لأدنى حد للأسعار، 2002. OUNCTED
- 12- معوقات الاستثمار في الدول العربية، سلسلة دراسات اقتصادية واستثمارية تصدر عن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، الكويت بدون سنة نشر.
- 13- الموقع الإلكتروني للبنك العالمي WWW. WORLD BANK. ORG
- 14- كريم نعمة: التقسيم العالمي للاستثمارات الأجنبية، عن موقع الإلكتروني: www.uluminsamia.net
- 15- محمد عبد العالي: الاستثمارات العربية في الخارج عن موقع الجزيرة الإلكتروني: www.aljazira.net
- 16- shared.com/dir/10226342/d69b7c9/sharing.html.

باللغة الأجنبية:

- 1- BENHESSON Krim: les centres de régionaux d'investissement, rabat 2007.

- 2- ZOUAIMIA Rachid : réflexions sur la sécurité juridique de l'investissement étranger en Algérie, revue critique de droit et science politique N°02, 2009.
- 3- SIMMOUL Ahcen : Contribution à l'étude de Impacts des Investissements directs sur L'économie marocaine, mémoire LENA rabat 2006.
- 4- DARGHOUTH Lamia: l'ambivalence du régime juridique des investissements pièves étrangers en Tunisie, thèse pour obtenir le garde de docteur en droit des affaires de l'université , paris , 2002.
- 5- BARGAOUZ Salah Eddine: Cadre Juridique de Maroc, LENA, Rabat, 2009.

النصوص القانونية:

- 1- أمر رقم 01 - 04 المتعلق بالخصوصية مؤرخ في 20 أوت 2001، معدل بموجب الأمر رقم 08 - 01 مؤرخ في 28 فيفري 2008.
- 2- قانون رقم 01-06 مؤرخ في 20 فيبرابر سنة 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر العدد 14 الصادر بتاريخ 08 مارس 2006، المتمم بالأمر رقم 05-10 مؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر العدد 50 صادر في 2010/09/01.
- 3- أمر رقم 09 - 01 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر العدد 44، الصادر بتاريخ 26 يوليو 2009.
- 4- قانون رقم 08-13 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013 يتضمن قانون المالية لسنة 2014.

آليات التعويض عن الحوادث التي تقع أثناء ممارسة الأنشطة الرياضية دراسة مقارنة

بقلم: أ/ علي شاذان *

الملخص :

لقد أصبح من الضروري توفير الحماية القانونية لكل العاملين في شتى مجالات الحياة، ويعد ممارسي الأنشطة الرياضية في الهيئة المستخدمة-جهة العمل- هم الفئة التي سيتم الحديث عنها في هذا البحث من نظر كل من القانونين اليمني والجزائري، سواء من حيث أنواع الإصابات التي في حكم حادث العمل التي يتعرض لها ممارس النشاط الرياضي، أو الآليات القانونية المقررة للتخفيف من آثار تلك الإصابات-التعويض، في سبيل توحيد الحماية القانونية لممارسي الأنشطة الرياضية، لتحقيق التأمين الشامل للاعب الرياضي، وإمكانية تطوير القوانين واللوائح المعمول بها في مجال التأمينات والاجتماعية، وصولاً إلى العدالة الاجتماعية المنشودة.

الكلمات المفتاحية: التعويض - الحوادث - الأنشطة الرياضية.

ABSTRACT:

It has become necessary to provide legal protection for all workers in the various spheres of life. The practitioners of sports activities (the employer), are going to be the subject of our released from the view of both the Yemeni and Algerian law. We have referred and indicate the types of injuries suffered by the practitioner of sports activity and legal mechanisms established to mitigate the effects of those injuries (compensation), in order to unify the legal protection for practitioners of sports activities. Down to the desired social justice.

Key words: Compensation. Accidents. Sports activities.

Résumé:

Il est devenu nécessaire de prévoir une protection juridique pour tous les travailleurs dans les différentes sphères de la vie. Les

* باحث دكتوراه يمني، بجامعة الجزائر 1.

pratiquants d'activités sportives dans le corps dont ils sont utilisés (l'employeur).

ils sont la classe dont il est question dans cette recherche, du point de vue tant de la loi yéménite qu' algérienne. Nous avons fait référence aux types de blessures subies par le praticien de l'activité sportive et des mécanismes juridiques mis en place pour atténuer les effets de ces blessures (compensation), afin d'unifier la protection juridique pour les praticiens des activités sportives. Jusqu'à la justice sociale souhaitée.

Mots clés: Compensation - Accident activités- sportives.

مقدمة:

نظراً لما يحتله المجال الرياضي في وقتنا الحاضر من أهمية، باعتباره ركيزة أساسية لبناء وإعادة بناء الفرد، ويسهم في نماء الشخصية والهوية الإنسانية؛ تبين القوانين الاجتماعية من دولة إلى أخرى في تحديد حق الحماية القانونية عن طريق التعويض عن الإصابات في مجال الأنشطة الرياضية على وجه الخصوص.

وعلى الرغم من صدور القرار الجمهوري بالقانون رقم (10) لسنة 1996م بإنشاء صندوق رعاية النشء والشباب في اليمن الذي يشمل أحد أهدافه دعم اتحاد الطب الرياضي والمساهمة في إصابات الملاعب، وقرار مجلس الوزراء رقم (264) لسنة 2000م، بشأن إنشاء المركز اليمني للطب الرياضي الذي يهدف إلى توفير الرعاية الصحية والعلاجية وإعادة التأهيل الرياضي للرياضيين والشباب في اليمن، فإن موضوع البحث يقتصر على الحادث الواقع أثناء ممارسة الأنشطة الرياضية من قبل جهة العمل التي تخضع للقانون رقم (25) لسنة 1991م، المتعلق بالتأمينات والمعاشات اليمني، وقانون رقم 83-13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية الجزائي، لا سيما اللاعب الرياضي المكتسب لصفة الموظف العام في اليمن على وجه الخصوص⁽¹⁾.

(1) يعد الطب الرياضي أحد فروع العلوم الطبية الحديثة، ويسهم في تقديم خدمات الرعاية الطبية المتكاملة للمصاب نتيجة ممارسات الأنشطة الرياضية التي لا تتوقف عند تقديم الرعاية اللاحقة للمصاب في العلاج وإعادة التأهيل فحسب بل تشمل اتخاذ الإجراءات الوقائية قبل وقوع الإصابة. أشار إلى ذلك: د/ محمد صالح السريحي: الطب

ولعل قلة الدراسات القانونية بهذا الجانب، إضافة إلى عدم اهتمام القانون اليمني بالمصابين الرياضيين لاسيما في المنتخبات الرسمية، يثير العديد من الإشكالات ما بين المصاب ووزارة الشباب والرياضة.

وهنا تبرز التساؤلات التي يمكن طرحها في ماهية الإصابات التي تقع في مكان العمل وترتبط بالأنشطة الرياضية، وما الحقوق المقررة للمصاب في كل من القانونين اليمني والجزائري، سنحاول الإجابة عنها في هذه الدراسة. محددًا نطاق الدراسة بالقانون رقم (25) لسنة 1991م المتعلق بالتأمينات والمعاشات اليمني⁽¹⁾، والقانون رقم 83-13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية الجزائري⁽²⁾.

المطلب الأول: أنواع إصابات العمل في مجال الأنشطة الرياضية

سنناقش موضوع إصابات العمل في الأنشطة الرياضية في ثلاثة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف حادث العمل

تباين القوانين في اليمن والجزائر في تحديد مفهوم حادث العمل من خلال الربط بين الحادث كقوة خارجية مؤثرة ومفاجئة تصيب جسم الإنسان بضرر، والعمل الذي يشترط وقوع الحادث أثناءه أو بسببه.

وتناولت المادة (11/02) من قانون رقم 25 لسنة 1991م المتعلق بالتأمينات

الرياضي المعوقات والتحديات، بحث منشور في مجلة الشؤون الشبابية والرياضية، العدد (03-04) السنة الثانية /أبريل- يونيو/2013، (عدد خاص بالمؤتمر الأول للرياضة)، صنعاء، ص432.

(1) القانون رقم 25 لسنة 1991م، منشور بالجريدة الرسمية، العدد (7ج2) لسنة 1991م، المعدل بموجب القانون رقم 17 لسنة 2008م المنشور بالجريدة الرسمية العدد 7 بتاريخ 15/أبريل/ لسنة 2008م.

(2) القانون رقم 83-13 مؤرخ في 21 رمضان عام 1403هـ الموافق 2 يوليو سنة 1983م، يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، منشور بالجريدة الرسمية، العدد 28، مؤرخة في 05 يوليو 1983، معدل ومتمم بالأمر رقم 96-19، المؤرخ في 06 يوليو سنة 1996م. كما صدر القانون رقم 83-11 مؤرخ في رمضان عام 1403هـ الموافق 2 يوليو سنة 1983م، يتعلق بالتأمينات الاجتماعية، منشور بالجريدة الرسمية، العدد 28، مؤرخة في 05 يوليو 1983، معدل ومتمم.

والمعاشات حادث العمل، كإحدى أنواع إصابة العمل وذلك من خلال تعريفها إصابة العمل بأنها : «... الإصابة نتيجة حادث أثناء تأدية العمل أو بسببه...»، بالمقابل عرف القانون الجزائري حادث العمل في المادة (06) من القانون 83-13 المتعلق بجوالات العمل والأمراض المهنية بأنه : «يعتبر كحادث عمل، كل حادث انجرت عنه إصابة بدنية ناتجة عن سبب مفاجئ وخارجي وطراً في إطار علاقة العمل»⁽¹⁾، كما تنص المادة (08) من القانون الجزائري ذاته أيضاً على أن⁽²⁾: «يعتبر أيضاً كحادث عمل، حتى ولو لم يكن المعني بالأمر مؤمناً له اجتماعياً، الحادث الواقع أثناء:

- النشاطات الرياضية التي تنظمها الهيئات المستخدمة...».

وبهذه النصوص القانونية السالف ذكرها نجد أن الحادث الذي يقع أثناء مباشرة بعض الأعمال والنشاطات التي تنظمها الاتحادات الرياضية في حكم حادث العمل؛ بمعنى أن المصاب يستفيد من الحقوق المقررة قانوناً ولو كان المعني بالأمر غير موظف عام، أي مهما كانت طبيعة علاقة العمل.

وبالمقارنة بين القانونين اليمني والجزائري في تعريفهما لحادث العمل نجد أن القانون اليمني لم يكن واضحاً في مدى استيعاب الممارسين للأنشطة الرياضية بصورة مباشرة في خضوعهم لأحكام القانون المتعلق بالتأمينات والمعاشات، لا سيما من اللاعبين الرياضيين الذين لا يتمتعون بصفة الموظف العمومي، على عكس القانون الجزائري الذي اعتبر أن الممارس للألعاب الرياضية وتعرض لإصابة أثناء التدريب الرياضي أو بسبب التدريب يستفيد من الحقوق ذاتها المقررة للاعبين في الأندية الرسمية والمتمتعين بصفة الموظف العام أو بصفة العامل.

ولتعريف حادث العمل فإنه: «الإصابة نتيجة حادث وقع بغتة بفعل قوة خارجية أثناء العمل، أو بسببه ومس جسم العامل وأحدث به ضرراً»⁽³⁾.

(1) المادة (06) من القانون 83-13 الجزائري.

(2) المادة (08) معده بموجب الأمر رقم 96-19 مؤرخ في 06 يوليو 1996م.

(3) د / ليل محمد الوزيري: محاضرات في التأمينات الاجتماعية، القاهرة، 2008م، ص7.

بينما يعرف البعض حادث العمل بأنه: «حدث يقع دون توقع أو سابق معرفة نتيجة مسببات خارجية أو أخطاء يرتكبها العامل، ينتج عنه أضرار تصيب العامل أو الآخرين والممتلكات والمعدات أو كل ذلك»⁽¹⁾.

أما الإصابة في مجال الأنشطة الرياضية فتعرف بأنها: كل تلف يتعرض له جسم اللاعب الرياضي سواء كان مصحوباً بتهتك في الأنسجة أم لا، ناتج عن تأثير داخلي أو خارجي أو ذاتي، ومفاجئ⁽²⁾.

وباستقراء هذه التعريفات الخاصة بحادث العمل نرى أن التعريف الأول اقتصر على تحديد عناصر يجب توافرها لحادث العمل، وحدد الأثر المترتب على الفعل، وهو الضرر، بينما جاء التعريف الثاني بصورة متوسعة في صور الإصابة، وأسبابها التي قد تعود بعضها لخطأ من جانب اللاعب الرياضي نفسه، أما التعريف الثالث فقد أورد بعض عناصر الحادث بصورة عامة كالعامل الخارجي والطابع الفجائي للإصابة.

ويمكن للباحث تعريف حادث العمل كمصدر للإصابة بأنه: الإصابة التي تقع أثناء ممارسة التدريب الرياضي، أو بسبب الظروف المحيطة به، وتعتبر الإصابات القلبية والدماغية والنفسية الناتجة عن الجهد العالي للاعب إصابات عمل.

وغالباً ما تحدث الإصابات الرياضية لعوامل داخلية وخارجية عديدة، تدخل في أولوياتها المسببة، منها: نقص في الإرشادات الخاصة بالتدريبات الرياضية، وعدم اختيار الأماكن المناسبة للتدريب التي تفتقد لا بسط إجراءات الأمن والسلامة وشروطها في التدريب ومواقعه، وبأوصاف غير مناسبة⁽³⁾.

(1) ذكر هذا التعريف: سهيلة محمد، تحت إشراف: د/ أمينة رزق ومشاركة د/ عماد سعدا، حوادث العمل وعلاقتها ببعض المتغيرات الشخصية والمهنية، دراسة ميدانية مقارنة لدى عينة من العاملين في شركة مصفاة بانياس للنفط في محافظة طرطوس، مجلة جامعة دمشق، المجلد 26، العدد الرابع، 2010، ص 725.

(2) انظر في هذا: شريط عبد الحكيم عبد القادر، الإصابات الرياضية ومدى تأثيرها على السلوك النفسي للرياضي، أطروحة دكتوراه، معهد التربية الرياضية والبدنية سيدي عبد الله، جامعة الجزائر 3، 2012-2013، ص 43.

(3) أ. د/ السيد محمد عمران: الموجز في أحكام قانون التأمينات الاجتماعية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة،

وتتحقق الحماية المقررة للمصابين بحوادث نتيجة ممارسة النشاطات الرياضية على أنها حوادث عمل وفق اعتبارين، هما: أن يتعرض للحادثة الرياضي نتيجة ممارسة أنشطة رياضية أي شخص، ولو لم يكن مؤمناً عليه اجتماعياً، على أن يقع الحادث في زمان ومكان إقامة النشاط الرياضي. وقد جاء في حيثيات قرار المحكمة العليا الجزائرية: «حيث فعلاً من أوراق ملف الدعوى والقرار المطعون فيه لئن لم يكن الطاعن عاملاً لدى المؤسسة الطاعنة وقت ارتكاب الحادث خلال شهر أفريل 1976م، وكان تشغيله قد وقع بتاريخ 1977/10/01م، إلا أنه كان لاعباً ضمن الفريق التابع للمطعون ضدها وقد استفاد بتغطية طبية بالخارج من طرف الصندوق الوطني للتأمينات، حيث تكلف بعلاج بفرنسا من جهة، وحيث من جهة أخرى وبالرجوع إلى نص المادة الثامنة فقرة (02) من القانون المؤرخ في 1983/07/02م، والمتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية فإنها تعتبره حادث عمل حتى ولو لم يكن المعني بالأمر مؤمناً لدى الصندوق الحادث الذي يقع في النشاطات الرياضية، وحيث أنه بالرجوع إلى قضية الحال فإن الطاعن تابع لجمعية رياضية تشرف عليها المطعون ضدها والحادث وقع في إطار نشاط رياضي تابع لنفس الجمعية...»⁽¹⁾.

أما الاعتبار الثاني فيتمثل في تنظيم تلك الأنشطة من قبل الهيئة المستخدمة التي تخضع لأحكام قانون رقم 83-83 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، فعند قيام الهيئة المستخدمة - الاتحادات الرياضية - بتفعيل دوري رياضي مع فرق رياضية أخرى، فإن الإصابة التي تحدث للمكلفين بالمشاركة بالفعالية يستفيدون من حماية التعويض عما تعرضوا له من إصابة⁽²⁾.

2000م، ص 139.

(1) قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، القسم الأول، الصادر بتاريخ 1999/07/13م، ملف رقم 180001، غير منشور، المرجع، سمانتي الطيب: حوادث العمل والأمراض المهنية في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013م، ص 37.

(2) وفي حالة أن يكون الشخص المكلف باللعب في إحدى المباريات من العاملين في الهيئة المستخدمة، بناء على تكليف فإن الإصابة التي تحدث له أثناء ذلك لا تعتبر حادث عمل، ولو وقعت الإصابة أثناء الفترة الزمنية المحددة =

والمكلف بالمشاركة بممارسة الأنشطة الرياضية قد يكون غير مؤمن عليه اجتماعياً، بمعنى أنه لاعب غير موظف عام، أما الإصابة التي تحدث للموظف العام خلال مشاركته للنشاط الرياضي بناء على تكليف من جهة العمل، فإنها تعتبر إصابة عمل⁽¹⁾، بمعنى آخر أن هذه الإصابة وقعت بموجب تكليف بالممارسة الرياضية من قبل الوزارة المختصة مثلاً، مما يقتضي وجوباً الاستفادة من الحقوق المقررة لإصابة العمل بشكل عام.

وقد يسهم اللاعب الرياضي بدور في حدوث الإصابة أيضاً نتيجة مباشرة لخطأ يرتكبه أثناء التدريب، أو ما يفقده اللاعب من نقص في الخبرة واللياقة، أو بسبب تعاطيه بعض المنشطات المحظورة في المجال الرياضي، أو بسبب مشاغل خاصة، وعوامل نفسية ذات علاقة به تجعل درجة الانتباه لديه غير كافية لممارسة التدريبات الرياضية⁽²⁾، ومن خلال التعريف السابق ذكره لحدوث العمل نستنتج الشروط اللازمة كما يلي:

1- الضرر الجسدي:

أشار المشرع الجزائري في المادة (06) من القانون 83-13 المتعلق بحوادث

للعمل الأصلي؛ والعلة في ذلك أن صاحب العمل قد اشترك في الهيئة التأمينية عن عامل وليس عن لاعب كرة، فضلاً عن أن العامل بقبوله اللعب انقطع صلته بالعمل الأصلي الذي تعاقده بخصوصه مع رب العمل، أشار إلى ذلك: د. عبدالعزيز الهلائي، تأمين إصابة العمل، لها وعملاً، 1967م، ص 19، نقلاً عن محمد عبد النبي خلف، مرجع سابق، ص 131.

(1) محمد سعيد عبد النبي خلف، تأمين المسؤولية من إصابات العمل، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، القاهرة، 1981م، ص 131، وأشار المرجع نفسه إلى أن الإصابة إذا وقعت في غير الوقت المحدد الأصلي للعمل، فإنها تعد إصابة عمل؛ لأن اللعب في هذه الحالة بناءً على تكليف من رب العمل إلا أن ذلك يستوجب شرطين أولهما أن يكون التكليف بممارسة النشاط الرياضي صريحاً ومحدد الزمان والمكان، أما الشرط الثاني: أن يكون العامل قائماً بصفة أصلية بالعمل الذي تعاقده عليه، وهذا الحالة هي غير ما نتحدث عنها، حيث تعتبر هذه الحالة أن يكون المشارك في الممارسات الرياضية شخصاً غير مؤمن له، بمعنى أنه غير عامل أو موظف عمومي.

(2) د/ جلال محمد إبراهيم: الحادث أثناء وبسبب العمل، القسم الأول، مجلة الحقوق، العدد الثاني، يونيو 1987م، الكويت، ص 231.

العمل والأمراض المهنية إلى شرط حادث العمل المترتب بالمساس البدني بجسم اللاعب الرياضي، كمستفيد من أحكام القانون بأنه: «يعتبر كحادث عمل، كل حادث انجرت عنه إصابة بدنية...»⁽¹⁾، وبناء على نص المادة السالفة الذكر يعد الفعل إصابة رياضية، عندما ينطوي على كل أذى يصيب جسم اللاعب الرياضي، سواء كان هذا المساس داخليا أم خارجيا يكون عن سبب مفاجئ، ويشمل ذلك الضرر المادي المحسوس كالجروح والكسور.

واكتفى القانون اليميني بالإشارة إلى تعريف حادث العمل عند تعريف عبارات عامة غير محدد خصائص أو صفات تميز الإصابات بأنواعها كلقانون الجزائري، حيث عبر القانون اليميني في قانون التأمينات والمعاشات رقم (25) لسنة 1991م، فأشار إلى حادث العمل بأنه: «...الإصابة نتيجة حادث أثناء تأدية العمل أو بسببه...».

وهذا الإيجاز المبهم لصفة الحادث يثير العديد من الإشكالات في الواقع العملي، حيث كان الأخرى بالمشعر اليميني الإفصاح عن صفة الإصابة، سواء أكانت بدنية أم ذهنية أم غير ذلك، ونأمل منه أن يسلك نهج القانون الجزائري في هذا الجانب، وأن يواكب أية تعديلات على إصابات العمل كالإصابات الرياضية، ولما تحتله هذه الأخيرة أهمية التي أصبحت تشغل بال الكثير من الرياضيين والمهتمين نظرا للخطورة المتأصلة في بعض الأنشطة الرياضية.

2- أن يقع الفعل مفاجئا:

يشترط في الفعل الذي يعد إصابة رياضية أن يحدث فجأة، وبصورة مباغتة في وقت محدد لا يفصل بين بدايته ونهايته فاصل زمني، فلحظة بداية الفعل ونهايته يجب أن تكون محددة⁽²⁾. ويعد شرط المباغتة أو الفجائية سمة للإصابة الرياضية على وجه الخصوص، ومعياراً للفرقة بين الإصابة الناتجة عن حادث عمل والإصابة

(1) المواد (06،07،12) من قانون 13/83 الجزائري.

(2) منصور أمين العريقي، مرجع سابق، ص 185. د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 25.

الناجمة عن الإجهاد والإرهاق⁽¹⁾، هذه الأخيرة التي لا تنشأ نتيجة حادث فجائي، إنما قد تتأخر أعراضها على جسم اللاعب لفترة زمنية، ومن جهة أخرى يمكن استخدام معيار السبب المفاجئ لتغطية الإصابات التي تلحق باللاعب الرياضي بطريقة سريعة ومفاجئة من حالات الإجهاد أو الإرهاق، كالإصابة بالانزلاق الغضروفي الذي يظهر إثر مجهود كبير قام به اللاعب الرياضي لرفع الأثقال أثناء المباريات التنافسية⁽²⁾.

ويصف الحادث الفجائي بأنه لا يستغرق حدوثه سوى برهة زمنية يسيرة، كالوقوع على الأرض، أو الاصطدام بالعارضة، أو حدوث انفجار بفعل قوة خارجية، ولا ينعى أن يكون ناتجاً من عوامل مرضية داخلية، تكون أسهمت في تفاقم شدة الإصابة⁽³⁾، كما يتحقق شرط فجائية الحادث باتصافه بفعل غير متوقع من اللاعب الرياضي.

3- السبب الخارجي للفعل:

يقصد بالواقعة ذات الأصل الخارجي: كل إصابة تنشأ نتيجة ظروف خارجة عن جسم اللاعب نفسه، كحدوث انفجار، أو تهدم جدار، أو اعتداء لاعب رياضي على آخر بالفعل أو بالقول، إذا سبب القول صدمة نفسية⁽⁴⁾. فالإصابة البدنية التي حدثت بصفة مفاجئة حتى تكيف أنها حادث عمل يجب أن تنجم عن

(1) د/ جلال محمد إبراهيم، القسم الأول، مرجع سابق، ص 250.

(2) د/ عبدالله علي الخجاري: قانون التأمينات الاجتماعية اليمني تأمين إصابات العمل، الطبعة الرابعة، مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، 2012م، ص 90. أ.د/ سامي نجيب مالك: دراسة حول تنظيم التأمينات والضمان الاجتماعي في الحد من الفقر، منظمة العمل الدولية، المركز العربي، الخرطوم. مرجع سابق، ص 41.

(3) أ.د/ سامي نجيب مالك: مرجع سابق، ص 41.

(4) فتوى مجلس الدولة في مصر، إدارة الفتوى والتشريع، منشور في: موسوعة العمل والتأمينات - المجلد الثاني - عنوان: إصابات العمل - أحكام القضاء - ص 47 وما بعدها، أشار إلى ذلك، د/ محمد فاروق الباشا: التأمينات الاجتماعية ونظامها في المملكة العربية السعودية، الإدارة العامة للبحوث، المملكة العربية السعودية، 1988م، ص 375.

سبب خارج ومستقل عن الجسم العضوي للاعب، أو عن فعل الغير.

الفرع الثاني: الإصابة أثناء الذهاب إلى مكان التدريب أو العودة منه

نوضح تعريف حادث الطريق والموانع الواردة على تحقيق معنى الإصابة على النحو التالي:

أولاً: تعريف الحادث الذي يتعرض له اللاعب في الطريق

تمتد حماية اللاعبين الرياضيين إلى تأمين الطرق التي يسلكونها إلى مكان العمل أو التدريب أو العودة منه، حيث أشار القانون اليمني إلى حادث الطريق في المادة (02) من القانون رقم 25 لسنة 1991م المتعلق بالتأمينات والمعاشات، بنصها على أن: «... كل حادث يقع للمؤمن له خلال فترة ذهابه لمباشرة عمله أو عودته بشرط أن يكون قد سلك الطريق دون انحراف أو توقف مالم يكن ذلك خارجاً عن إرادته»، أما القانون الجزائري فقد اعتبر حادث الطريق في القانون رقم 83- 13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، لا سيما المادة (12) الفقرة الأخيرة أن الحادث هو الذي يقع أثناء المسافة التي يقطعها اللاعب الرياضي -باعتباره أحد المستفيدين- للذهاب إلى عمله أو الإياب منه، أيًا كانت وسيلة النقل المستعملة⁽¹⁾، شريطة ألا يكون المسار قد انقطع أو انحرف، إلا إذا كان ذلك بحكم الاستعجال أو الضرورة، أو لظرف طارئ أو لأسباب قاهرة. ويقع المسار المضمون على هذا النحو بين مكان العمل من جهة، ومكان الإقامة أو ما شابه ذلك، كالمكان الذي يتردد عليه اللاعب الرياضي عادة لتناول الطعام أو لأغراض عائلية.

ويتضح مما سبق أن القانون اليمني قد غفل عن التوسع في النطاق المكاني لحادث الطريق، معتبراً هذا الأخير الذي يقع في الطريق التي يسلكها اللاعب الرياضي إلى أي مكان يكلف لممارسة نشاطه الرياضي، ولم يتطرق للإصابة التي

(1) المشرعان اليمني والجزائري لم يلزمان المؤمن له باستخدام وسيلة محددة للانتقال بين مكان العمل ومكان الإقامة، وبهذا يكون للمؤمن له أن يجتاز الطريق الطبيعي مترجلاً، أو مستخدماً دراجة، أو مركبة ذات محرك، أو سيارة.

يتعرض لها اللاعب عند مشاركته خارج الدولة، وهو ما يسمى: بجاذب المهمة⁽¹⁾، غير أنه أشار في اللائحة التنفيذية⁽²⁾ للقانون التأمينات والمعاشات في المادة (07/65) إلى أن من ضمن إصابة الطريق: الإصابة التي تقع للاعب الرياضي خارج الجمهورية عندما يكون في مهمة رسمية، وبهذا النص السالف ذكره تعد الإصابة الرياضية للاعب المشارك في مناسبة رياضية دولية بناء على تكليف من جهة العمل-مهمة رسمية-من الإصابات التي تخضع لنظام التعويض عن إصابات العمل.

ثانياً: الموانع القانونية لإصابة الطريق

ويتضح مما سبق أن النظامين اليمني والجزائري يشترطان كل حادث يقع للاعب الممارس للنشاط الرياضي خلال فترة ذهابه لمباشرة التدريب أو عودته منه في حكم إصابة العمل أن يكون الذهاب والإياب دون توقف أو تخلف أو انحراف عن الطريق الطبيعي، وهذا ما نوضحه فيما يأتي:

1- الانقطاع أو التوقف عن الطريق الطبيعي:

التوقف المقصود به هو: عمل إرادي من جانب اللاعب الرياضي، يقتضي الكف عن السير في الطريق لفترة من الوقت يكون من شأنها أن تجعل الرحلة تستغرق وقتاً أطول من الوقت المعتاد، لسبب عارض، فلا تعد إصابة طريق التي تعرض لها اللاعب خلال مدة التوقف.

ويشترط في إصابة الطريق أن تقع خلال زمان اجتياز الطريق دون توقف أو تخلف أو انحراف، وفي هذا الشأن يقصد بالتوقف وقوف الشخص عن السير في الطريق الطبيعي أثناء ذهابه إلى العمل أو عودته منه لأي سبب من الأسباب.

(1) د/ ابتسام راشد الهويدي: الخطر والتأمين، المنفوق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، ط3، 2010م، ص143، أشار إلى ذلك الطالب/بركان هارون: حادث المهمة، مذكرة تخرج مقدمة للمدرسة الوطنية للإدارة، 1991م-1992م، الجزائر، 1993م، ص10.

(2) قرار جمهوري رقم (25) لسنة 1992م، بشأن اللائحة التنفيذية لقانون التأمينات والمعاشات منشور بالجريدة الرسمية - العدد (17) الجزء 04، سنة 1992م.

2- الانحراف عن الطريق الطبيعي:

ويتمثل الانحراف عن المسار في تعديل أو تغيير العامل المسار الذي يسلكه اللاعب بطريقة معتادة في ذهابه وإيابه بين مكان العمل ومحل الإقامة⁽¹⁾، وتقاس الطريق الطبيعي الذي يسلكها الإنسان العادي أثناء الانتقال من مكان إلى آخر، أما التخلف فيقصد به انقطاع اللاعب عن الطريق المعتاد للذهاب إلى العمل أو العودة منه، تخروجه عن الطريق الطبيعي ليسير في طريق آخر لا يمكن وصفه بأنه طريق طبيعي للذهاب إلى العمل أو العودة منه⁽²⁾.

ففي كانت الآثار القانونية لعوارض الطريق المبررة تستند إلى مبرر قوي، فإن ذلك لا يمنع اعتبار الحادث من إصابات الطريق، ومنها: حالة الاستعجال أو حالة الضرورة والظروف الغامضة التي يعرف سببها، والأسباب القاهرة.

وتتحقق الحماية من إصابات الطريق مهما كانت الوسيلة التي يستعملها، سواء أكانت سيارة أم دراجة أم يمشي على قدميه، كون القانونين اليمني والجزائري عبرا عن الوسيلة المستعملة على اشتراط أن لا تكون وسيلة ممنوعة وفق القانون اليمني.

الفرع الثالث: الإصابة الرياضية الناتجة عن الإجهاد أو الإرهاق

قد يحتاج اللاعب الرياضي إلى بيئة نظيفة وملائمة بكل ظروفها وعواملها كالحرارة أو الرطوبة أو البرودة، وإلا تعرض للإصابة بالاجتهاد أو الإرهاق بجسمه، يجعله عاجزاً عن أداء عمله بصورة مؤقتة أو دائمة، بل قد تؤدي إلى وفاته، وهذه من الإشكاليات التي تواجهها الأندية الرياضية في اليمن.

وتتحقق الإصابة عندما يبذل اللاعب الرياضي مجهوداً غير عادي، وعلى إثر

(1) د/ رمضان جمال كامل: موسوعة التأمينات الاجتماعية، الطبعة الثانية، الأصيل للنشر والتوزيع، طنطا، مصر، 2001م، ص 29. د/ حسن عبد الرحمن قدوس، مرجع سابق، ص 303.

(2) د/ نبيل محمد أبو هادي: النظام القانوني لتأمين إصابة العمل وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية لدولتي اليمن والإمارات، الطبعة الأولى، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، 2014م، ص 91. وأشار بالمعنى نفسه: د/ ليلي محمد الوزيري، مرجع سابق ص 20.

ذلك تعرّض للإصابة، فما موقف القانونين اليمني والجزائري بخصوص مثل هذا النوع من الإصابة؟

حيث يعرف الإجهاد طبيّاً على أنه: «حالة تصيب الإنسان، تتمثل بنقص القدرة الوظيفية لبعض أعضاء الجسم، نتيجة بذل مجهود غير عادي، سواءً كان جهداً عضلياً أم عقلياً مكثفاً». ويعرف بعض الفقه القانوني الإجهاد بأنه: «الإثثار من عمل ما يقوم به الشخص، يجعله يشعر بالتعب نتيجة نقص القدرة على إكمال ذلك العمل، بل وعدم القدرة على الاستمرار في أدائه»⁽¹⁾.

أما الإصابة الناتجة عن الإجهاد أو الإرهاق بالمفهوم القانوني فهي: «الإصابة الناتجة عن بذل مجهودٍ إضافي من قبل المؤمن له يفوق مجهوده العادي، بسبب تكليفه بإنجاز عمل معين، في وقت محدد يقل عن الوقت اللازم لإنجاز هذا العمل، أو بالإضافة إلى عمله الأصلي»⁽²⁾.

على الرغم من تجاهل القانون اليمني تنظيم الإصابة الناتجة عن الإجهاد أو الإرهاق واعتبارها ضمن إصابات العمل، سواء في قانون رقم 25 لسنة 1991م المتعلق بالتأمينات والمعاشات ولائحته التنفيذية رقم 125 لسنة 1992م، أم في قانون رقم 26 لسنة 1991م المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، فإنه اعتبر الإصابة الناتجة عن الإجهاد أو الإرهاق في حكم إصابة العمل في قانون رقم 09 لسنة 2011م المتعلق بالتأمين الصحي الاجتماعي لاسيما في المادة (02/42) حيث تنص على أن: «... 2- يعتبر في حكم إصابة العمل كل حالة انتكاسة أو مضاعفة تنشأ عنها، وكل إصابة تقع للموظف أو العامل نتيجة الإجهاد أو الإرهاق من العمل وفقاً لأحكام هذا القانون».

القانون الجزائري لم يقرر نصوصاً خاصة باعتبار الإصابة الناتجة عن الإجهاد أو

(1) سمير الأودن: التعويض عن إصابات العمل في مصر والدول العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م، ص 119.

(2) حدده محكمة النقض المصرية بموجب نقض مدني الطعن رقم 53/10 ق جلسة 17/6/1986م، مجلة القضاة، العددان الخامس والسادس، 1986م، ص 27.

الإرهاق إصابة عمل، لا في القانون رقم 83-11، المؤرخ 2 يوليو سنة 1983م المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ولا في القانون رقم 83-13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية.

المطلب الثاني: آليات التعويض عن الإصابات الرياضية

يتمثل التعويض الذي يثبت الحق فيه للمصاب في مجموعة من التعويضات العينية والنقدية، فالإصابات ترتب آثاراً سلبية مادية على المصاب نفسه، لا سيما الانعكاسات السلبية على الدخل، الأمر الذي جعل بعض الفقهاء ينظر إليها كخطر اجتماعي يستوجب التعويض عنها، ويقتضي دراسة آليات التعويض عن الإصابات الرياضية في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: خدمات الرعاية الطبية

تعد الرعاية الطبية حقاً للمصاب في إطار التعويض العيني عن الإصابات الرياضية، ومنها: الإصابة بالإجهاد أو الإرهاق، تتمثل بالخدمات التشخيصية والعلاجية والتأهيلية والاجتماعية والنفسية المتخصصة التي تقدمها الأقسام العلاجية والأقسام الطبية المساندة، وما يرتبط بهذه الخدمات من الفحوصات المعملية (المختبرية) العادية والمتخصصة، وخدمات الإسعاف والطوارئ، وخدمات التمريض، والخدمات الصيدلانية والغذائية.

وتختلف الرعاية الطبية عن الرعاية الصحية الأولية، وهذه الأخيرة تمثل المدخل الرئيسي لإعادة توجيه النظام الصحي في المجتمع، بحيث يوفر الصحة للجميع، ويشجع مشاركة الأفراد والمجتمع في الأنشطة الصحية، وتختلف أنشطة ومجالات الرعاية الصحية باختلاف ظروف البيئة المحلية في الدولة ذاتها⁽¹⁾.

ويطلق عليها القانون الجزائري مصطلح «الأداءات العينية»، معرفاً إيها بأنها: «التكفل بمصاريف العناية الطبية والوقائية والعلاجية لصالح المؤمن له وذوي

(1). أشار إلى ذلك: مجموعة من المتخصصين في علم الإدارة الصحية: الإدارة الصحية، الكلاب الطي الجامعي، صادر عن منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية للشرق المتوسط، 2007م.

حقوقه»⁽¹⁾. أما القانون اليميني فقد أسند هذه المهمة إلى القانون رقم 09 لسنة 2011م المتعلق بالتأمين الصحي الاجتماعي، حيث تنص المادة (03) منه على أن: «يهدف هذا القانون إلى ضمان حق المؤمن عليه في الحصول على خدمات الرعاية الطبية في جهة العلاج وفقا للأسس والشروط المنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية»⁽²⁾.

ويتضح مما أشار إليه كلُّ من القانون الجزائري واليميني أن التعويضات العينية تغطي تقريباً كل النفقات التي تصرف في سبيل علاج المريض لغاية تماثله للشفاء، أو إعادة تأهيله للقيام بعمله الأصلي أو عمل آخر⁽³⁾، ونستعرض خدمات الرعاية الطبية على النحو التالي:

أولاً: الخدمات الطبية والأدوية العلاجية

تشمل الخدمات الطبية عند القانون اليميني الآتي:

- الكشف الطبي من قبل أطباء العموم والأخصائيين والاستشاريين.
- نفقات المعالجة والإقامة في جهات العلاج في الحالات العادية والطارئة والعناية المركزة.
- الأدوية.
- الخدمات التشخيصية من تحاليل مخبرية وفحوصات إشعاعية وما في حكمها.

(1) المادة (07) من قانون رقم 83-11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية.

(2) أسند قانون رقم 25 لسنة 1991م المتعلق بالتأمينات والمعاشات موضوع التأمين الصحي في الفصل الثاني منه إلى المادة (41) التي تنص على أن "تصدر الأئحة الخاصة بنظام الرعاية الصحية بقرار جمهوري بعد موافقة مجلس الوزراء ومجلس الرئاسة بناء على عرض الوزير، بحيث تتضمن كافة القواعد والأحكام التفصيلية للتأمين والرعاية الطبية...". وعلى ذلك لا يجوز أن يدفع للمصاب مبلغ المصاريف مقابل أن يقوم بمعالجته إصابته في أية جهة طبية يريد.

(3) زارة صالحى الواسعة: المخاطر المضمونة في قانون التأمينات الاجتماعية-دراسة مقارنة بين القانونين الجزائري والمصري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2006-2007م، ص183

- العمليات الجراحية عدا جراحة التجميل غير الناشئة عن إصابة عمل.
- رعاية المؤمن عليها أثناء الحمل والولادة، وكذلك حديثي الولادة والحدج.
- الأمراض المستعصية والمزمنة والكلية والكبد والمنخ والسرطان والأمراض النفسية⁽¹⁾.

وبالمقابل حدد القانون الجزائري الأداءات العينية لتشمل تغطية المصاريف الآتية: - الطبية، والجراحية، الاستشفاء، الأعمال الطبية للتشخيص والعلاج بما فيها الفحوص البيولوجية، الصيدلانية، الأجهزة والأعضاء الاصطناعية، إعادة التدريب الوظيفي للأعضاء وإعادة التأهيل المهني، علاج الأسنان واستخلاصها الصناعي والجبارة الفكّية والوجهية، النظارات الطبية، العلاجات بالمياه المعدنية أو المتخصصة المرتبطة بالأمراض أو الإصابات التي تعترى المريض، النقل الصحي أو أي وسيلة أخرى عندما تستلزم حالة المريض ذلك، الأداءات المرتبطة بالتخطيط العائلي⁽²⁾.

حيث تقدم هذه الأداءات في إطار التعويض العيني، سواء نتج عن الإصابة انقطاع العمل أم لا وبدون تحديد المدة⁽³⁾.

وبناء على ما سبق فإن الخدمات الطبية والأدوية العلاجية التي تقدم للمصاب تبدأ من خدمات التشخيص والكشف المبكر والأخذ بنتائج الفحوصات والاختبارات الطبية الخاصة بتقييم اللاعبين وتنتهي بإجراء العمليات الجراحية وما يرتبط بها من الخضوع للتحاليل المخبرية والفحوصات الإشعاعية.

وتظهر أهمية التشخيص والعلاج في الكشف الطبي الرياضي في انتقاء الرياضيين للفرق الوطنية على وجه الخصوص من قبل أخصائي الطب الرياضي؛ لأن العديد من الإصابات الرياضية تنتج عن سوء اختيار اللاعب فيسيولوجياً

(1) المادة (12) من قانون رقم 09 لسنة 2011م البني.

(2) انظر المادة (08) من قانون رقم 83-11 الجزائري، المعدلة بموجب القانون 11-08، المؤرخ في 05 يونيو 2011.

(3) انظر المادتين (27، 29) من قانون رقم 83-13م الجزائري.

وطبياً للاشتراك في المنافسة، ويستخدم العلاج بالحقن الطبية أو الزرق الموضوعي لتفادي حدوث مضاعفات للإصابة⁽¹⁾.

ثانياً: توفير الآلات والأعضاء الاصطناعية

أشارت المادة (8/12) من قانون رقم 09 لسنة 2011م المتعلق بالتأمين الصحي الاجتماعي التي تنص على أن: «يغطي الصندوق المنصوص عليه في هذا القانون الخدمات الطبية التالية: 8-0-العلاج الطبيعي وإعادة التأهيل وكذا الأطراف والأجهزة الصناعية التعويضية والعدسات الطبية...»، وبنص المادة سالفه الذكر يكون القانون قد اكتفى بذكر توفير الأطراف والأجهزة التعويضية دون تحديد الإجراءات الخاصة بكيفية الاستفادة منها، ومدى التزام الهيئة العامة بالتأمين الصحي الاجتماعي بنفقات استبدال، أو تعديل، أو تركيب، أو إصلاح هذه الأجهزة التعويضية عندما ينجم عطل عن الاستخدام العادي. ونأمل من القانون تلافي هذا الغموض القانوني وعدم تكليف المصاب عبء الإصلاح أو الاستبدال عندما تستدعي حالته الصحية ذلك.

بالمقابل أهتم القانون الجزائري بتسهيل الاستفادة من خدمات الرعاية الطبية، لا سيما الإمداد بالآلات والأعضاء الاصطناعية⁽²⁾، حيث فرض التزاماً على هيئة الضمان الاجتماعي بالتكفل بنفقات المصاريف المتعلقة بالأجهزة والأعضاء البديلة، وحدد الإجراءات الواجب اتخاذها لغرض إصلاح وتجديد أو تركيب الأجهزة التعويضية⁽³⁾ عند تعذر استعمالها أو انقضاء مدة الاستخدام العادي

(1) أ. هاني هادي باعداد: دراسة تحليلية للإصابات الرياضية للاعبين فرق المربع الذهبي في الدرجة الأولى لكرة الطائرة بالجمهورية اليمنية للوسم الرياضي 2012-2013م، مجلة الشؤون الشبابية والرياضية، العدد الخامس، السنة الثالثة، أبريل، 2014م، صنعاء، ص 196.

(2) أشارت المادة (34) من قانون رقم 83-13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية التي تنص على أن "تحدد كفاءات تطبيق المواد 30، 31، 32 أعلاه عن طريق التنظيم". وبالقول صدر المرسوم رقم 84-27 مؤرخ في 11 فبراير 1984م، الذي يحدد كفاءات تطبيق العنوان الثاني من قانون رقم 83-11 مؤرخ في 2 يوليو 1983م المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، منشور بالجريدة الرسمية، العدد 7، مؤرخة في 14 فبراير 1984، معدل بموجب المرسوم 88-209، المؤرخ في 18 أكتوبر 1988.

(3) المادة (08) من المرسوم رقم 84-27، مؤرخ في 11 فبراير 1984م، الذي يحدد كفاءات تطبيق قانون

الافتراضية، وتم تخصيص جهازاً واحداً عن كل إصابة تقع على المصاب تعيق أحد أعضائه الجسدية⁽¹⁾.

ثالثاً: إعادة التأهيل الرياضي

لا تقتصر الرعاية الطبية على مرحلة العلاج ، ولا بد من توفير الخدمات والتأهيلية، بغرض استرداد قواه البدنية والعقلية والعودة إلى الممارسة الرياضية المثمرة التي تفتق مع استعداده وحالته السليمة⁽²⁾، حيث يمكن للمصاب في الحصول على خدمات العلاج الطبيعي وإعادة التأهيل، ونبين ذلك على النحو الآتي:

1- العلاج الطبيعي:

أوجبت المادة (12) من القانون اليمني رقم 09 لسنة 2011م المتعلق بالتأمين الصحي الاجتماعي على صندوق التأمين الصحي الاجتماعي توفير خدمات العلاج الطبيعي للمصابين والخدمات والتأهيلية حيث تنص على أن: «يغطي الصندوق المنصوص عليه في هذا القانون الخدمات الطبية التالية: 8...-العلاج الطبيعي وإعادة التأهيل...»⁽³⁾، أما القانون الجزائري فقد كان صريحاً في المادة (31) من قانون رقم 83-13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية التي تنص على أن : «للمصاب الحق في الاستفادة من علاج خاص قصد إعادة تأهيله وظيفياً، ويمكن أن يتضمن العلاج إقامة المصاب في مؤسسة عمومية أو مؤسسة خاصة معتمدة...».

رقم 83-11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية.

(1) المادة (2/09) من المرسوم رقم 84-27، مؤرخ في 11 فبراير 1984م الذي يحدد كفاءات تطبيق قانون

رقم 83-11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية.

(2) محمد عبد النبي خلف، مرجع سابق، ص 260.

(3) وقد تبنت الدولة اليمنية مظهراً خاصاً للاهتمام بإعادة التأهيل، حيث صدر القانون رقم 61 لسنة 1999م بشأن رعاية وتأهيل المعاقين الصادر بتاريخ 29/12/1999م الجريدة الرسمية رقم 99/24 ولأتمته التنفيذية رقم 61 لسنة 1999م، كما صدر قانون لتنظيم الصندوق الخاص برعاية المعاقين رقم 02 لسنة 2002م تاريخ 13/1/2002م الجريدة الرسمية رقم 1/2002م إذ يقرر القانونان السالف ذكرهما الحق لكل معوق في التأهيل، وتبولى وزارة الشؤون الاجتماعية مسؤولية التنفيذ.

والتأهيل بالعلاج الطبيعي أيًا كانت طبيعته، سواء بالأشعة القصيرة، الأشعة البنفسجية، الأشعة تحت الحمراء، الموجات الراديوية، أشعة الليزر، الموجات فوق الصوتية، أجهزة العلاج المائي⁽¹⁾.

وتبنى القانون الجزائري ما يحتاجه المصاب من نفقات العلاج الطبيعي التي تشمل العلاج بمياه الحمامات المعدنية أو العلاج المتخصص الذي يصنفه الطبيب، وكل ما تطلبه الرعاية الطبية والعلاجية والإقامة في المؤسسات المتخصصة بالعلاج الطبيعي⁽²⁾.

ويتضح مما سبق أن المصاب إصابة رياضية له الحق في الاستفادة من العلاج الطبيعي الخاص لغرض الاستشفاء واستقرار إصابته أو إعادة تكييفه لاستمراره في الممارسة⁽³⁾.

1- إعادة التكييف:

قد يتعرض المصاب إلى أسباب تجعله عاجزاً عن الاستمرار في ممارسة الرياضة، كفقدان الحركة الطبيعية للجزء المصاب بدون وجود الألم أو بسبب تغيير طراً على صفاته الشخصية، فإنه في هذه الحالة يحتاج إلى إعادة تكييفه وتأهيله مهنياً⁽⁴⁾.

وتتحقق هذه الصورة من التأهيل والتكيف المهني بإخضاع المصاب إلى تدريبات خاصة تتلاءم وحالته الصحية؛ لغرض استرجاع قدراته على ممارسة مهنته

(1) أهاني هادي باعباد، مرجع سابق، ص 197.

(2) تنص المادة (2/31) من قانون 83-13 على أن "... للمستفيدين من أحكام هذه المادة الحق فيما يلي:

- مصاريف إعادة التأهيل في حالة ما إذا لم تتم داخل مؤسسة.

- مصاريف الإقامة إذا تمت إعادة التأهيل داخل المؤسسة.

- مصاريف التنقل...".

(3) أ.د/ بوطبه مراد وأبودوز عماد الدين: أهمية المراقبة الطبية والصحية لتفادي الإصابات لدى لاعبي كرة القدم بالدوري المحترف الجزائري، مجلة الشؤون الشبابية والرياضية، العدد الخامس، السنة الثالثة، أبريل، 2014م، ص 6.

(4) حسن عبدالرحمن قدوس، التعويض عن إصابات العمل من مبادئ المسؤولية والتأمين الاجتماعي، مرجع سابق، هامش رقم 1، ص 364.

السابقة أو مهنة جديدة.

وقد انفرد القانون الجزائري بوضع نصوص قانونية خاصة بالتكليف المهني، حيث تنص المادة 32 من قانون رقم 83-13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية على أن: «للمصاب الذي يصبح على إثر الحادث غير قادر على ممارسة مهنته أو لا تثأتى له إلا بعد إعادة تكليف الحق في تكيفه مهنيًا داخل مؤسسة أو لدى صاحب عمل، لتمكينه من ممارسة مهنة من اختياره».

ويتضح من نص المادة سالفة الذكر أن القانون منح للمصاب بحادث عمل الحق في الاستفادة من التكليف المهني، ولا يتحقق ذلك إلا بنظام التدرج في الإدماج المهني ومزاولة المهنة بصورة جزئية يتلاءم وحالته الصحية، سواء داخل مؤسسة متخصصة أو لدى صاحب العمل، كما لا يشترط القانون أن يمارس المهنة السابقة، فقد منح المصاب حق الاختيار بممارسة المهنة التي يراها مناسبة لإعادة تكيفه مهنيًا.

وتمهيدا لذلك تقوم هيئة الضمان الاجتماعي بموجب تقارير الأطباء بإقرار حق المصاب بحادث العمل من الاستفادة من التكليف المهني، أو بناء على طلب المصاب نفسه، الذي يخضع للفحص والرقابة من طرف هيئة الضمان الاجتماعي، والتي تقرر إمكانية الاستفادة من التكليف المهني من عدمه.

ويسبغ طابع المجانية على توظيف المصاب في مؤسسات عمومية متخصصة بإعادة التكليف المهني⁽¹⁾ أو في مؤسسات متخصصة في القطاع الخاص بموجب اتفاقيات بينها وبين هيئة الضمان الاجتماعي.

وللمصاب حق الاستفادة من إعادة التكليف المهني لدى المستخدم، على أساس ترخيص من هيئة الضمان الاجتماعي⁽²⁾، حيث يدخل المصاب في

(1) يكون توظيف المصاب في مراكز الضمان الاجتماعي أو بمراكز التكليف المهني المنشأة من طرف وزارات المجاهدين، أو بالمؤسسات الاستشفائية، سواء كانت عمومية أم خاصة، أشار إلى ذلك: بركان هارون، مرجع سابق، ص 35.

(2) تنص المادة (83) من قانون رقم 83-13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية على أن: "تطبق على

مرحلة تربص لمدة محددة وعمل محدد، وتحتفظ هيئة الضمان الاجتماعي بحقها في الرقابة الطبية الاجتماعية، ورقابة التكيف المهني⁽¹⁾.

ويسهم الاهتمام بتأهيل المصاب في إعادة إلى عمله، بإنتاجية وكفاءة قريبة من حالته قبل الإصابة، وفي المحافظة على هدف استمرارية العمل والإنتاج بكفاءة مماثلة، وما يترتب عن ذلك لإعادة المصاب إلى ظروفه العادية، سواء الاجتماعية أو النفسية. وهذا ما نأمله من القانون اليمني أن يزيد الاهتمام بمجالات التأهيل الطبي والتكيف المهني عند إصابات العمل⁽²⁾.

ولا يسعني الحال للحديث عن إجراءات الاستفادة من خدمات الرعاية الطبية للمصاب، أم من حيث الهيئة المكلفة بتقديم التعويضات العينية في اليمن والجزائر.

الفرع الثاني: التعويض النقدي

في هذا الفرع يمكننا تناول موضوع التعويض النقدي عن الإصابات الرياضية في اليمن والجزائر على النحو الآتي:

- أولاً: التعويضات اليومية المؤقتة.
- ثانياً: التعويضات النقدية الدائمة.

أولاً: التعويضات اليومية المؤقتة

تعد التعويضات اليومية عن العجز المؤقت أحد صور التعويضات النقدية قصيرة الأجل، حيث يمكن الاستفادة منها فور الإصابة قبل ثبوت العجز.

الأداءات المنصوص عليها في هذا القانون أحكام المواد (81، 90-93) من القانون 83-11 المؤرخ في 2 يوليو 1983م المتعلق بالتأمينات الاجتماعية"، وبالرجوع إلى القانون 83-11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية لاسيما المادة (81) التي تنص على أن "لا يؤهل المستخدمون للقيام بتسيير الأداءات، غير أنه يمكن صناديق الضمان الاجتماعي الترخيص للمستخدمين بموجب اتفاقية للقيام بدفع إدارات الضمان الاجتماعي لحسابهم".

(1) بركان هارون، مرجع سابق، ص 36.

(2) يساعد الاهتمام بتأهيل المصابين بحادث عمل على إعادة الثقة في نفوس بقية الموظفين، ويشجعهم على العمل والإنتاج. أشار إلى ذلك: إقبال محمد بشير وإقبال إبراهيم مخلوف، الرعاية الطبية والصحية والمعوقين من منظور الخدمات الاجتماعية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص 140،

ويكون إقرار هذا الحق في التعويض المؤقت إذا حالت الإصابة بين المصاب وممارسته لعمله، طالت فترة العلاج أم قصرت، مما ترتب عنه إلحاق الضرر بالموظف وأسرته لاعتمادهم على المرتب في حياتهم المعيشية⁽¹⁾.

لذلك نجد القانون الجزائي مبادراً إلى توفير الحماية الاجتماعية للمؤمن له، عن عجز مؤقت، حيث نصت المادة (28) من قانون 83-13 المتعلق بجوالات العمل والأمراض المهنية على أن: «تكون الأداءات عن العجز المؤقت المقدمة إثر وقوع حادث عمل من طبيعة ومبلغ مماثلين لطبيعة الأداءات المقدمة في باب التأمينات الاجتماعية، وذلك مع مراعاة الشروط المنصوص عليها في مواد هذا الفصل».

ولاستفادة المصاب من الأداءات المقررة عند الإصابة بعجز مؤقت، سواء بحادث عمل أم بمرض مهني⁽²⁾، يشترط أن يكون تم التصريح بالحادث أم بالمرض المهني، حيث تنص المادة (36) من القانون رقم 83-13 المتعلق بجوالات العمل والأمراض المهنية على أن: «تدفع تعويضية يومية للضحية ابتداء من اليوم الموالي للتوقف عن العمل نتيجة الحادث، خلال كل فترة العجز عن العمل التي تسبق إما الشفاء أو جبر الجرح أو الوفاة...».

ونجد القانون اليمني يخالف مبدأ الأجر مقابل العمل، حيث لم يعط مثل هذه الحالات أي اهتمام، ولم يشر إلى موضوع إصابة المؤمن له بعجز مؤقت لا من قريب ولا من بعيد في قانون رقم 25 لسنة 1991م المتعلق بالتأمينات والمعاشات.

وما نأمل من المشرع اليمني تلافي هذا القصور القانوني، وأن يزرع ثقة المصاب في توفير جل الحماية الاجتماعية له وأفراد أسرته وتوفير المناخ المناسب لأداء عمله ومعيشتته في حالتي الصحة أو السقم.

(1) صالح ناصر العتيبي: التعويض عن إصابات العمل في الوظائف العامة، دراسة تحليلية لأنظمة الخدمة المدنية والعسكرية في الكويت، مكتبة الكويت الوطنية، الكويت، 2005م، ص 129.

(2) تنص المادة (70) من قانون رقم 83-13 المتعلق بجوالات العمل والأمراض المهنية على أن "تطبق القواعد المتعلقة بجوالات العمل على الأمراض المهنية مع مراعاة أحكام المادتين 71، 72 أدناه".

ثانياً: التعويضات النقدية الدائمة

تعد التعويضات النقدية الدائمة عن العجز المستديم إحدى مراحل التعويض النقدي بعد مرحلة التعويضات اليومية عن حالة العجز المؤقت، كون الحق في تعويض العجز تقرر لمواجهة فقد القدرات الطبيعية على القدرات المهنية كمصدر للدخل.

وعرف القانون اليمني العجز الذي يستحق التعويض بأنه: « كل عجز صحي من شأنه أن يحول وبصفة مستديمة بين المؤمن عليه وبين مزاولة أي مهنة أو عمل يكتسب منه، ولا يعتبر في حكم ذلك أمراض الشيخوخة، وهذا ما يسمى بالعجز الكلي المستديم»⁽¹⁾.

أما العجز الجزئي المستديم فهو: « كل عجز من شأنه أن يحول جزئياً وبصفة مستديمة بين المؤمن عليه ومقدراته على العمل»⁽²⁾.

في المقابل نجد أن القانون الجزائري لم يعرف العجز، فإنه قد وضع الهدف من التأمين على العجز بصورة عامة بأنه: يترتب على المصاب بأحد أنواع العجز بمنح معاش للمؤمن له الذي يضطره العجز إلى الانقطاع عن عمله⁽³⁾.

ويمكن تعريف العجز أنه: «عدم قدرة المؤمن له على أداء عمله المكلف به، بسبب المرض أو الحادث الذي تعرض له في نطاق أدائه لوظيفته».

وبتعريف العجز السالف ذكره فقد يكون العجز عجزاً جزئياً دائماً أو عجزاً كلياً دائماً.

وقد أحال القانون اليمني كقاعدة عامة في تحديد نسبة العجز للمصاب إلى جدول مرفق بالقانون، حيث تنص المادة (45) من قانون رقم 25 لسنة 1991م المتعلق بالتأمينات والمعاشات على أن: «تقدر نسب العجز بحسب ما هو محدد

(1) المادة (02) من قانون رقم 25 لسنة 1991م اليمني.

(2) المادة (02) من قانون رقم 25 لسنة 1991م اليمني.

(3) انظر المادة (31) من قانون رقم 83-11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية الجزائري.

بالجدول رقم (1) المرفق بهذا القانون».

كما تنص المادة (79) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 25 لسنة 1991م المتعلق بالتأمينات والمعاشات على أن: «تتولى الهيئة إحالة المصاب بعد انتهاء فترة علاجه إلى اللجنة الطبية لمعاينة وتقدير نسبة العجز الناجم عن الإصابة على النماذج التي تحددها وفقاً لما يلي: أ- أن يكون قد تماثل للشفاء وبأمر عمله في مرفقه أو تبين أن إصابته جسيمة تمنعه من مزاولة عمله.

ب- أن يكون المؤمن عليه قد سلم كافة أوراق العلاج الطبي الذي تلقاه وإرفاقها باستمارة الإحالة إلى اللجنة الطبية.

2- على مقرر اللجنة الطبية تسليم تقرير اللجنة الطبية إلى الهيئة وفروعها بعد النظر في حال المصاب».

أما القانون الجزائري فقد ترك لأهل الخبرة من الأطباء سلطة تقدير وجود العجز وتحديد نسبته، حيث تنص المادة (42) من قانون رقم 83-13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية على أن⁽¹⁾: «تحدد نسبة العجز عن العمل على يد الطبيب المستشار لهيئة الضمان الاجتماعي وفقاً لجدول يحدد عن طريق التنظيم، ويتم تحديد هذا الجدول بعد أخذ رأي لجنة يحدد تشكيلها وسيورها عن طريق التنظيم...».

وجاء نص المادة (12) من المرسوم رقم 84-28 الجزائري، الذي يحدد كيفية تطبيق العناوين الثالث والرابع والثامن من القانون رقم 83-13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية⁽²⁾، على أن: «يجب على الطبيب المستشار والطبيب الخبير أن يحدد نسبة العجز الطبية وفق النسب الواردة في جدول المقاييس المنصوص عليه في المادة (42) من القانون رقم 83-13 المؤرخ في 2 يوليو 1983

(1) معدل بالأمر رقم 96-19 والمؤرخ في 06 يوليو سنة 1996م.

(2) مرسوم 84-28، مؤرخ في 11 فبراير 1984، يحدد كيفية تطبيق العناوين الثالث والرابع والثامن من القانون رقم 83-13، المؤرخ في 2 يوليو سنة 1983م، والمتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية. منشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، المؤرخة في 14 فبراير 1984م.

المذكور أعلاه».

فإذا لم ترد حالة عجز المصاب في الجدول المحدد فقد أسند القانون اليمني ذلك إلى اللجنة الطبية، حيث جاء في نص المادة (80) من اللائحة التنفيذية لقانون رقم 25 لسنة 1991م المتعلق بالتأمينات والمعاشات أن: «تحدد نسب العجز الكلي أو الجزئي المستديم طبقاً لما هو وارد بالجدول رقم 1 المرفق بالقانون، وإذا كانت نسب الإصابة غير واردة بالجدول فعلى اللجنة الطبية تقديرها قياساً على النسب الواردة بالجدول»، في المقابل أخذ القانون الجزائري في الاعتبار عند تقدير نسبة العجز مجموعة من العوامل تتعلق بالقدرات الذهنية والحالة الاقتصادية والاجتماعية للموظف المصاب.

ويتحدد نسبة العجز وفق القانون الجزائري على أساس معايير طبية وتقنية من طرف الطبيب المستشار لهيئة الضمان الاجتماعي، أما المعيار الاجتماعي الذي يستفيد منه المصاب عند تحديد نسبة العجز فيتمثل في درجة خطورة الإصابة، والتي تتراوح ما بين 1 و 10٪⁽¹⁾. ومن السهولة تحديد نسبة العجز في حالة وجود إصابة وحيدة على المصاب، غير أن العملية تكون أكثر تعقيداً في حالة أن الحادث سبب العديد من الإصابات أو وجدت إصابة سابقة وأصيب بإصابة جديدة⁽²⁾.

كما يعتبر تعرض اللاعب الرياضي لإصابة في حكم حادث العمل، ينتج عنها فقدان الجزئي الدائم لمصدر الدخل، وهذا ما يعبر عنه بالعجز الجزئي الدائم، كما قد يفقد كلياً قدرته على العمل ويستحيل بذلك مباشرة أي نشاط مهني، وذلك في

(1) انظر المادة 42 من القانون 83-13 المشار إليه سابقاً.

(2) تخضع بعض الحالات الخاصة لتقدير نسبة العجز، كحالة الإصابات المتعددة بالأعضاء أو أحد أطراف الجسم، حيث يتم تحديد الإصابات التي تمس الأعضاء كلك التي تصيب الذراع أو الرجل أو فقدان احد العينين، وكذا الإصابات التي تمس أعضاء عدة ولكنها تستعمل لنفس الوظيفة كإصابة إحدى أصابع اليد الواحدة، أما الحالة الثانية وهي الإصابات المتتابعة فيكون للمصاب الاستفادة من الفارق من مبلغ الريع المستحق للإصابة السابقة ومقدار ما يستحقه من ريع عن الإصابة الجديدة، حيث يتم تحديد الكفاءات السابقة من جهة والكفاءات الجديدة من جهة أخرى، ويتم التفريق بينهما، كما تحدد نسبة العجز الحقيقي لإنقاص نسبة الكفاءات السابقة. أشار إلى ذلك: بركان هارون، مرجع سابق، ص 39-40.

حالة العجز الكلي الدائم أو النهائي، وتحقق الحالة السابقة ذاتها إذا نتج عن الإصابة التي لحقت به فقد الحياة، ويترتب على ذلك أن يفقد أفراد أسرته المصدر الأساسي للإنفاق⁽¹⁾.

والتعويض النقدي المستحق نتيجة للإصابة الرياضية بحالة العجز الدائم إثر تعرضه لحادث عمل أخذ نصيبه لدى القانون اليمني، حيث جاءت المادة (42) من قانون رقم 25 لسنة 1991م المتعلق بالتأمينات والمعاشات التي تنص على أن: «إذا انتهت خدمة المؤمن عليه بالوفاة أو العجز الكلي المستديم نتيجة إصابة عمل وثبت ذلك، يسوى المعاش على أساس 100٪ من الأجر الكامل الأخير (المرتب الأساسي + البدلات) مهما كانت مدة الخدمة الفعلية، إضافة إلى تعويض نقدي يعادل (39000) ريال يصرف دفعة واحدة للمصاب أو للمستحقين من بعده»⁽²⁾.

أما إذا نشأ عن الإصابة عجز جزئي مستديم فقد نصت المادة (44) من قانون رقم 25 لسنة 1991م المتعلق بالتأمينات والمعاشات على أنه: «إذا نشأ عن الإصابة عجز جزئي مستديم تؤدي الهيئة للمصاب تعويضاً نقدياً دفعة واحدة يعادل نسبة ذلك العجز من تعويض العجز الكلي المستديم».

وبناء على ذلك نجد القانون اليمني منح المصاب بالإصابة الناتجة عن ممارسة الأنشطة الرياضية ونتج عنها حالة العجز الدائم الجزئي أو الكلي تعويضاً نقدياً دفعة واحدة إضافة إلى معاش إصابي، ونوضح ذلك فيما يلي:

أولاً: التعويض النقدي دفعة واحدة عن العجز الجزئي الدائم

يستحق المصاب بحالة العجز الجزئي الدائم تعويضاً تقديراً دفعة واحدة مبلغاً للتعويض وقدره (39,000) ريال حيث تنص المادة (83) من اللائحة التنفيذية

(1) حسن عبدالرحمن قدوس، مرجع سابق، ص 400.

(2) وبالمعنى نفسه تنص المادة (83) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 25 لسنة 1991م المتعلق بالتأمينات والمعاشات على أن: «إذا انتهت خدمة المؤمن عليه بالوفاة أو العجز الكلي المستديم نتيجة إصابة عمل وثبت ذلك، فإنه يستحق تعويضاً نقدياً يعادل 39000 ريال يصرف دفعة واحدة للمصاب أو المستحقين من بعده».

لقانون رقم 25 لسنة 1991م المتعلق بالتأمينات والمعاشات على أن: «إذا نشأ عن الإصابة عجز جزئي مستديم تؤدي الهيئة لمصاب تعويضاً نقدياً دفعة واحدة يعادل نسبة ذلك العجز من تعويض العجز الكلي المستديم وفقاً لما يلي: - نسبة ذلك العجز \times القيمة المعيارية للتعويض (39000) ريال = مبلغ التعويض النقدي المستحق للمصاب»، أما إذا نتج عن الإصابة عجز كلي دائم تسوية المعاش على أساس (100٪) من الأجر الكامل الأخير (المرتب الأساسي + البدلات) إضافة إلى تعويض نقدي يعادل (39000) ريال، يصرف دفعة واحدة للمصاب أو المستحقين من بعده⁽¹⁾.

ويتم صرف المعاش الإصابي بصفة دورية كالراتب، ولم يحدد القانون بداية الصرف ولا نهايته.

ونلاحظ مما سبق أن القانون اليميني لم يوضح إجراءات صرف معاش العجز الدائم⁽²⁾، ولا الأوراق المطلوب إثباتها، سواء في القانون رقم 25 لسنة 1991م المتعلق بالتأمينات والمعاشات أم في لائحته التنفيذية، واكتفى بتحديد الجهة المختصة بصرف التعويضات المقررة وذلك في المادة (81) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 25 لسنة 1991م وهي الهيئة العامة للتأمينات والمعاشات.

في المقابل القانون الجزائري نظم أحكام الاستفادة من التعويض النقدي في حالة نتج عن إصابة المؤمن له بحادث عمل أو مرض مهني العجز الدائم⁽³⁾، حيث تنص المادة (44) من قانون رقم 83-13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية على أن: «لا يمنح أي ريع إذا كانت نسبة العجز المحددة وفقاً للشروط

(1) انظر المادة (43) من قانون رقم 25 لسنة 1991م بشأن التأمينات والمعاشات، والمادة (80) من اللائحة التنفيذية للقانون نفسه.

(2) يعرف العجز الجزئي الدائم بأنه "كل عجز من شأنه أن يؤثر بصفة مستديمة على قدرة المؤمن له على العمل في مهنته الأصلية، أو على الكسب بوجه عام، ويكون ناشئاً عن إصابة عمل، ويثبت ذلك بقرار من اللجنة الطبية. أشار إلى ذلك: د/صالح ناصر العتيبي، مرجع سابق، هامش رقم 1، ص 34.

(3) في الفصل الثاني من الباب الثالث من القانون رقم 83-13 المؤرخ في 2 يوليو 1983م المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية تحت عنوان: "أداءات العجز الدائم" المواد (38 - 51).

الواردة في المادة 42 أعلاه اقل من 10٪ غير أنه يجوز للمصاحب المطالبة برأس مال تمثيلي يحدد حسب جدول يوضح عن طريق التنظيم...».

وتنص المادة (15) من المرسوم رقم 28-84، الذي يحدد كفاءات تطبيق العناوين الثالث والرابع والثامن من القانون رقم 13-83، المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية على أن: «يحدد الرأسمال الذي يتمثل فيه الربح المنصوص عليه في المادة 44 من القانون رقم 13-83 المؤرخ في 2 يوليو 1983م المذكور أعلاه تبعا للعناصر الآتية:

- ريع يحسب لأمر، على أساس ما يأتي:
 - الأجر الوطني الأدنى المضمون المعمول به عند تاريخ الرسملة، كيفما كان الأجر الذي قبضه المصاحب.
 - نسبة العجز المحددة.
 - السن التي بلغها المصاحب عند تاريخ التثام الجرح.
 - معامل يطابق سن المصاحب وفقا لمقياس يحدده بقرار الوزير المكلف بالضمان الاجتماعي».
- وبناء على نص المادتين سالفتي الذكر، فإن المصاحب يمكنه الاستفادة من رأس مال تمثيلي في حالة توافر نسبة العجز أقل من 10٪⁽¹⁾. على أن يتم حساب رأس المال التمثيلي بالمبلغ السنوي مضروبا في المعامل المطابق لسن المصاحب⁽²⁾.
- أما في حالة حصول حادث جديد أو تفاقم الجرح، مما يؤدي إلى زيادة نسبة العجز بحيث تساوي أو تفوق 10٪. ينحول للمصاحب الحق في الحصول على ريع بعد

(1) وقد صدر قرار وزاري بتاريخ 13 فبراير 1984م، يحدد الجدول الذي يتخذ أساسا لحساب الرأسمال النموذجي لريع حادث العمل أو المرض المهني، بالجريدة الرسمية، العدد 7، المؤرخة في 14 فبراير 1984م، حيث حددت المادة الأولى هذا الجدول المتخذ أساسا لحساب رأس المال النموذجي للريع المقرر في المادة (2/44) من القانون رقم 13-83، المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية.

(2) انظر المادتين (16-17) من المرسوم رقم 28-84 يحدد تطبيق العناوين الثالث والرابع والثامن من القانون رقم 13-83م الجزائري.

خضم الرأسمال، بحيث لا يتجاوز مبلغ رأس المال المنصوص عليه في هذه المادة حداً أعلى تحدد قيمته عن طريق التنظيم⁽¹⁾.

خاتمة:

نتلخص الخاتمة بتوضيح أهم ما توصل إليه الباحث من نتائج وتوصيات نذكر أهمها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

- اعتبر القانون الجزائري الحادث الواقع أثناء ممارسة الأنشطة الرياضية في حكم حادث العمل، مهما كانت علاقة العمل التي تربطه. واقتصر القانون اليمني على الحوادث التي يتعرض لها اللاعبون الرياضيون في مجال الوظيفة العامة فقط.

- تتحقق الحماية الاجتماعية للاعب الرياضي المكلف من قبل جهة العمل عن الحوادث التي يتعرض لها ممارس الأنشطة الرياضية في اليمن والجزائر، ومنها: الإصابات الناتجة عن الحوادث التي تقع أثناء التدريب أو بسببه، وضد إصابات الطريق والإصابة نتيجة الإجهاد أو الإرهاق، وهذه الأخيرة أحسن بالإشارة إليها القانون اليمن.

- أغفل القانون اليمني الكثير من الحقوق التعويضية للاعب المصاب، بشقيها: العينية والنقدية، عكس القانون الجزائري؛ حيث يعوض نفقات العلاج، ومنح التعويضات النقدية اليومية.

ثانياً: التوصيات

- توحيد نظامي التأمين الصحي الاجتماعي والطب الرياضي، كنظام شامل لممارسي الأنشطة الرياضية، وتأهيل كوادر قانونية وطبية في المجال الرياضي.

- تفعيل وتطوير التشريعات القانونية في مجال الحماية الاجتماعية لممارس الأنشطة الرياضية في مجال الوظيفة العامة بشكل عام واللاعبين الرياضيين بصورة

(1) انظر المادة (44) الفقرتين الثالثة والرابعة من قانون رقم 83-13 الجزائري.

خاصة لاسيما قانون الطب الرياضي، باعتباره أحد فروع العلوم الطبية الحديثة.

- إضافة نص قانوني خاص بالإصابة الرياضية الناتجة عن حالي الإجهاد والإرهاق إحدى آثار الإصابة نتيجة ممارسة التدريبات في القانون الجزائري باعتبارها كثيرة الوقوع في المجال الرياضي.

قائمة المراجع

أولا: الكتب القانونية:

1. د. ابتسام راشد الهويدي: الخطر والتأمين، المتفوق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، ط3، 2010م.
2. د. إقبال محمد بشير و إقبال إبراهيم مخلوف، الرعاية الطبية والصحية والمعوقين من منظور الخدمات الاجتماعية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، بدون تاريخ.
3. بركان هارون: حادث المهمة، مذكرة تخرج مقدمة للمدرسة الوطنية للإدارة، 1991م-1992م، الجزائر، 1993م.
4. أ.د. بوطبه مراد و أبوذوبوز عماد الدين: أهمية المراقبة الطبية والصحية لتفادي الإصابات لدى لاعبي كرة القدم بالدوري المحترف الجزائري، مجلة الشؤون الشبابية والرياضية، العدد الخامس، السنة الثالثة، أبريل، 2014م، صنعاء.
5. د. جلال محمد إبراهيم: الحادث أثناء وبسبب العمل، القسم الأول، مجلة الحقوق، العدد الثاني، يونيو 1987م، الكويت.
6. د. رمضان جمال كامل: موسوعة التأمينات الاجتماعية، الطبعة الثانية، الأصيل للنشر والتوزيع، طنطا، مصر، 2001م.
7. زرارة صالحى الواسعة: المخاطر المضمونة في قانون التأمينات الاجتماعية- دراسة مقارنة بين القانونين الجزائري والمصري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2006-2007م.

8. أ.د. سامي نجيب مالك: دراسة حول تنظيم التأمينات والضمان الاجتماعي في الحد من الفقر، منظمة العمل الدولية، المركز العربي، انحرطوم.
9. سماتي الطيب: حوادث العمل والأمراض المهنية في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013م.
10. د. سمير الأودن: التعويض عن إصابات العمل في مصر والدول العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م.
11. سهيلة محمد، تحت إشراف: د/ أمينة رزق ومشاركة د/ عماد سعدا، حوادث العمل وعلاقتها ببعض المتغيرات الشخصية والمهنية، دراسة ميدانية مقارنة لدى عينة من العاملين في شركة مصفاة بانياس للنفط في محافظة طرطوس، مجلة جامعة دمشق، المجلد 26، العدد الرابع، 2010، ص 721-763.
12. أ.د. السيد محمد عمران: الموجز في أحكام قانون التأمينات الاجتماعية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2000م.
13. شريط عبد الحكيم عبد القادر، الإصابات الرياضية ومدى تأثيرها على السلوك النفسي للرياضي، أطروحة دكتوراه، معهد التربية الرياضية والبدنية سيدي عبد الله، جامعة الجزائر 3، 2012-2013.
14. د. صالح ناصر العتيبي: التعويض عن إصابات العمل في الوظائف العامة، دراسة تحليلية لأنظمة الخدمة المدنية والعسكرية .
15. د. عبدالعزيز الهلالي، تأمين إصابة العمل، علما وعملاً، 1967م.
16. عبدالله علي الخياري: قانون التأمينات الاجتماعية اليمني تأمين إصابات العمل، الطبعة الرابعة، مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، 2012م.
17. فتوى مجلس الدولة في مصر، إدارة الفتوى والتشريع، منشور في: موسوعة العمل والتأمينات - المجلد الثاني - عنوان: إصابات العمل - أحكام القضاء - .

18. د. ليلي محمد الوزيري: محاضرات في التأمينات الاجتماعية، القاهرة، 2008م.

19. مجموعة من المتخصصين في علم الإدارة الصحية: الإدارة الصحية، الكتاب الطبي الجامعي، صادر عن منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية للشرق المتوسط، 2007م.

20. محمد سعيد عبد النبي خلف، تأمين المسؤولية من إصابات العمل، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، القاهرة، 1981م.

21. د. محمد صالح السريحي: الطب الرياضي المعوقات والتحديات، بحث منشور في مجلة الشؤون الشبابية والرياضية، العدد (03-04) السنة الثانية /ابريل-يونيو/ 2013، (عدد خاص بالمؤتمر الأول للرياضية)، صنعاء.

22. د. محمد فاروق الباشا: التأمينات الاجتماعية ونظامها في المملكة العربية السعودية، الإدارة العامة للبحوث، المملكة العربية السعودية، 1988م.

23. د. نبيل محمد أبوهادي، النظام القانوني لتأمين إصابة العمل وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية لدولتي اليمن والإمارات، الطبعة الأولى، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، 2014م.

24. د. هاني هادي باعباد: دراسة تحليلية للإصابات الرياضية للاعبين فرق المربع الذهبي في الدرجة الأولى لكرة الطائرة بالجمهورية اليمنية للموسم الرياضي 2012-2013م، مجلة الشؤون الشبابية والرياضية، العدد الخامس، السنة الثالثة، ابريل، 2014م، صنعاء.

ثانيا: القوانين واللوائح والمراسيم

1. القانون رقم 83-11 مؤرخ في رمضان عام 1403هـ الموافق 2 يوليو سنة 1983م، يتعلق بالتأمينات الاجتماعية، منشور بالجريدة الرسمية، العدد 28، مؤرخة في 05 يوليو 1983، معدل ومتمم.

2. القانون رقم 83-13 مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 هـ الموافق 2 يوليو سنة 1983م، يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، منشور بالجريدة الرسمية، العدد 28، مؤرخة في 05 يوليو 1983، معدل ومتمم بالأمر رقم 96-19، المؤرخ في 06 يوليو سنة 1996م.
3. المرسوم رقم 84-27، مؤرخ في 11 فبراير 1984م، الذي يحدد كفاءات تطبيق قانون رقم 83-11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، منشور بالجريدة الرسمية، العدد 7، مؤرخة في 14 فبراير 1984، معدل بموجب المرسوم 88-209، المؤرخ في 18 أكتوبر 1988.
4. المرسوم رقم 84-28، مؤرخ في 11 فبراير 1984، يحدد كفاءات تطبيق العناوين الثالث والرابع والثامن من القانون رقم 83-13، المؤرخ في 2 يوليو سنة 1983م، والمتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية. منشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، المؤرخة في 14 فبراير 1984م.
5. قانون رقم (19) لسنة 1991م المتعلق بالخدمة المدنية اليمني، منشور بالجريدة الرسمية العدد (6) لسنة 1991م.
6. قانون رقم (25) لسنة 1991 متعلق بالتأمينات والمعاشات اليمني، منشور بالجريدة الرسمية، العدد (7ج2) لسنة 1991م، المعدل ب: القانون رقم 17 لسنة 2008م المنشور بالجريدة الرسمية العدد 7 بتاريخ 15 أبريل لسنة 2008م.
7. قانون رقم (14) لسنة 2002م المتعلق بالقانون المدني اليمني، منشور في الجريدة الرسمية العدد (7ج1) لسنة 2002م. المعدل ب: القانون رقم (14) لسنة 2009م، منشور في الجريدة الرسمية العدد (6) لسنة 2009م.
8. قانون رقم (154) لسنة 2012 بإنشاء الهيئة العامة للتأمين الصحي الاجتماعي، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 20 لسنة 2012م.
9. القانون رقم 10 لسنة 1996م، المتعلق بإنشاء صندوق رعاية النشء والشباب اليمني.

10. قرار رقم (122) لسنة 1991م، بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم 19 لسنة 1991م. بشأن الخدمة المدنية اليمني، منشور بالجريدة الرسمية العدد- (17ج1) 1992م.
11. قرار رقم (25) لسنة 1992م، بشأن اللائحة التنفيذية لقانون التأمينات والمعاشات اليمني، منشور بالجريدة الرسمية - العدد (17) الجزء 04، سنة 1992م.
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (264) لسنة 2000م، بشأن إنشاء المركز اليمني للطب الرياضي.