

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



المركز الجامعي بأفلو

معهد الحقوق والعلوم السياسية



مجلة المستقبل

للدسات القانونية والسياسية

مجلة دورية دولية محكمة

المجلد الرابع / العدد الثاني / ديسمبر 2020

العدد التسلسلي رقم : 08



مجلة: المُستقبل للدراسات القانونية والسياسية .

مجلة دولية مُحكمة تصدر كل ستة أشهر

مع إمكانية نشر أعداد خاصة دونما اعتبار للمُدّة القانونية
للإصدار.

تهتم بنشر البحوث و الدراسات العلميّة
في ميدان الحقوق و العلوم السياسية.

تصدر عن معهد الحقوق و العلوم السياسية
المركز الجامعي آفلو - الجمهورية الجزائرية .

التقديم الدولي : 2543-3865

المجلد (04) العدد (02) ديسمبر 2020

العدد التسلسلي رقم: 08

هيئة التحرير:

الدكتور : شوقي نذير ---جامعة غرداية / الدكتور عيسى جعيرن ----المركز الجامعي آفلو
القوسي همام ---خريج جامعة حلب - الجمهورية العربية السورية /أحمد عبدالصبور
الدجاوي ---كلية الحقوق -جامعة أسيوط/ جواد الرباع ---كلية العوم القانونية والاقتصادية
جامعة ابن زهر اكادير.المغرب / بوبكري عبدالقادر---جامعة المولى اسماعيل
المغرب/حسن الديابكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس / د. احمد سمير محمد ياسين
الصوفي---وزارة التعليم العالي والبحث العلمي / كلية القانون والعلوم السياسية / جامعة
كركوك / العراق /الزين أحمد محمد أحمد ---كلية الحقوق بجامعة ظفار سلطنة عمان
شواخ محمد الأحمد---جامعة دار العلوم- كلية الحقوق - الرياض - المملكة العربية السعودية
فرحان المساعيد---جامعه ال البيت - المملكة الاردنيه الهاشميه ./ صديق محمد محمد خليفة
جامعة إفريقيا العالمية- كلية الاقتصاد والعلوم السياسية-الخرطوم. حسن د.جلال ---جامعة
المنصورة بمصر/ العلواني خالد عواد--- كلية المعارف الجامعة في العراق.
حمدي إبراهيم قشطه نزار ---جامعة الشرقية- سلطنة عمان/العساف ناصر خليل جلال جامعة
البحرين---وزارة عواطف---جامعة الشارقة الإمارات العربية المتحدة.
ادريس خير الله سرور مشاعر---جامعة الخرطوم .

أمانة التحرير:

الأستاذ: عبد القادر بولعنة/ السيد: عبد القادر خربب المركز الجامعي آفلو

المدير الشرفي للمجلة :

الدكتور :عبد الكريم طهاري

مدير المركز الجامعي

مدير المجلة :

الدكتور : عيسى جعيرن

رئيس التحرير:

الدكتور: علي عثمان

مسؤول النشر :

الأستاذ : محمد عوية

العنوان و المراسلات :

المركز الجامعي آفلو ص.ب 306

الهاتف : 029.16.11.76

البريد الإلكتروني للمجلة :

mostakbalaflou@gmail.com

الموقع الإلكتروني للمجلة:

www.cu-aflou.dz

الهيئة العلمية للمجلة:

من داخل الوطن:

الأستاذ الدكتور الهادي خضراوي	جامعة الأغواط
الأستاذ الدكتور عبد الوهاب مخلوفي	جامعة باتنة 1
الأستاذة الدكتورة إقلولي / أولدرأج صافية	جامعة تيزي وزو
الأستاذ الدكتور بن شهرة الشول	جامعة غرداية
الدكتور الميهوب جعيرن - مدقق لغوي	جامعة الأغواط
الدكتور شوقي النذير	جامعة غرداية
الدكتور بلقاسم ديدوني	جامعة الأغواط
الدكتور عطالله التاج	جامعة الأغواط
الدكتور عيسى جعيرن	المركز الجامعي آفلو
الدكتورة مباركة يوسف	جامعة الأغواط
الدكتور عمار زعبي	جامعة وادي سوف
الدكتور وليد ثابتي	جامعة باتنة 1
الدكتورة سعاد طيبي	جامعة خميس مليانة
الدكتور محمد الأمين كمال	جامعة تيارت
الدكتور مصطفى قرزان	المركز الجامعي آفلو
الدكتور عبد المجيد رمضان	جامعة ورقلة
الدكتورة عمراوي مارية	جامعة الجلفة
الدكتور الحاج عيسى بن عمر	المركز الجامعي آفلو
الدكتور عبد الله ياسين غفافية	المركز الجامعي آفلو
الدكتور الشريف ورنقي	المركز الجامعي آفلو
الدكتور بشير جعيرن	المركز الجامعي آفلو
الدكتور أحمد كربوش	المركز الجامعي آفلو
الدكتور مخلوف تراج	المركز الجامعي آفلو
الدكتور عبد الرحمان عثمان	جامعة سعيدة
الدكتورة عومرية حساين	المركز الجامعي آفلو
الدكتور عبد المالك الدح	جامعة الأغواط
الدكتورة حنان طهاري	جامعة الأغواط
الدكتور نبيل ونوغي	المركز الجامعي بريكة
الدكتور عمر زغودي	المركز الجامعي آفلو
الأستاذ الدكتور أسعد المحاسن لحرش	جامعة الجلفة
الأستاذ الدكتور لحضر زارة	جامعة الأغواط
الأستاذ الدكتور ميلوى زين	جامعة سيدي بلعباس
الأستاذ الدكتور عبد المنعم بن أحمد	جامعة الجلفة
الدكتور زرارة الوكال - مدقق لغوي	المركز الجامعي آفلو
الدكتور بولرباح عثمان - مدقق لغوي	جامعة الأغواط
الدكتورة فهيمة قسوري	جامعة باتنة 1
الدكتور بلقاسم بريشي	المركز الجامعي آفلو
الدكتور لحضر راجي	جامعة الأغواط
الدكتور عبد الحليم بوقرين	جامعة الأغواط
الدكتور أحمد بن عيسى	جامعة سعيدة
الدكتورة نصيرة لوني	جامعة البويرة
الدكتورة حسينة شرون	جامعة بسكرة
الدكتور أحمد بورزق	جامعة الجلفة
الدكتور عيسى لحاق	جامعة الأغواط
الدكتور الحاج بن أحمد	جامعة سعيدة
الدكتور ميلود بن عبد العزيز	جامعة باتنة 1
الدكتورة فاطمة الرهراء غريبي	جامعة الأغواط
الدكتور زيري بن قويدر	جامعة الأغواط
الدكتور علي عثمان	المركز الجامعي آفلو
الدكتور علي إبراهيم بن دراح	المركز الجامعي آفلو
الدكتور الحاج عيسى بن صالح	جامعة الأغواط
الدكتور الطيب بلواضح	جامعة المسيلة
الدكتور أحمد التجاني بوزيدي	جامعة الأغواط
الدكتور نور الدين يوسف	جامعة بسكرة
الدكتور محمد محبوي	جامعة الأغواط
الدكتور يوسف مقرين	المركز الجامعي آفلو
الدكتور شامي ياسين	المركز الجامعي تيسمسيلت

الدكتور أحمد هديلي	جامعة سيدي بلعباس	الدكتور محمد رقاب	المركز الجامعي آفلو
الدكتور محمد صدراقي	المركز الجامعي آفلو	الدكتورة فريدة حموم	جامعة جيجل
الدكتور عمر بن جاري	المركز الجامعي آفلو	الدكتور محمد تيب	المركز الجامعي آفلو
الدكتور بن سالم مختار	المركز الجامعي آفلو		

من خارج الوطن

الدكتور أحمد عبدالصبور الدجاوي	جمهورية مصر العربية	الدكتور عامر الكبيسي	المملكة العربية السعودية
الدكتور مراد بن الصغير	الشارقة (الإمارات العربية المتحدة)	الدكتور مشاري خليفة عبدالله العيفان	الكويت
الدكتورة زرارة عواطف	الشارقة (الإمارات العربية المتحدة)	الدكتور فارس مناحي سعود المطيري	الكويت
الدكتور عبد المجيد خلف منصور العنزي	الكويت	الدكتور بدر محمد عادل	البحرين

الهيئة الإستشارية للمجلة

الأستاذ: شربالي المواز	المركز الجامعي آفلو /// الأستاذ: محي الدين حرشاوي	المركز الجامعي آفلو
الأستاذ: محمد بعاج	المركز الجامعي آفلو الأستاذ: مداني عبد القادر	المركز الجامعي آفلو
الأستاذة: ربحية شعيب	المركز الجامعي آفلو الأستاذ: مصطفى شرفاوي	المركز الجامعي آفلو
الأستاذ: محمد زحراح	المركز الجامعي آفلو /// الأستاذ: أحمد بومقواس	المركز الجامعي آفلو
. الأستاذة: خيرة هيلالبي - المركز الجامعي آفلو-		

قواعد و شروط النشر في المجلة

- يجب أن يتسم المقال بالجدية و الأصالة مُتبعًا الباحث الخطوات المنهجية و العلمية المتعارف عليها في عملية تحريره للمقال، و أن لا يكون قد سبق نشره أو إرساله إلى مجلة أخرى و أن لا يكون المقال مقتطع من رسالة الماجستير أو أطروحة الدكتوراه .

- أن يُرسل صاحب المقال سيرته الذاتية باختصار تتضمن إسمه و لقبه و درجته العلمية و الجهة العلمية المنتسب إليها و عنوانه البريدي و عنوانه الإلكتروني و رقم هاتفه ، مع إرفاق المقال بمخلص باللغة العربية و آخر بلغة أجنبية على أن لا يتجاوز الملخص خمسة أسطر ، مع إدراج الكلمات المفتاحية .

- أن يكون المقال محرر بآلة الكمبيوتر على صيغة (word) نوع الخط Traditional Arabic حجم 18 باللغة العربية و الهوامش خط Times New Roman حجم 12 باللغة العربية وحجم 10 بالنسبة للغة الفرنسية و تحرير المقال باللغة الفرنسية يكون بنوع خط Times New Roman حجم 14 . مع احترام حواف الصفحة (أعلى 2 سم) . (أسفل 2 سم) . (اليمين 3 سم) . (اليسار 2 سم) مع اعتماد 01 سم ما بين الأسطر ، على أن لا يتجاوز عدد صفحات المقال 25 صفحة بما في ذلك المصادر و المراجع و الملاحق و أن لا يقل عن 15 صفحة. مع إلتزام الباحث بكتابة المقال وفق النموذج الموجود في رابط المجلة الآتي :

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/606>

- هوامش المقال تكون في أسفل كل صفحة و ترتب المصادر و المراجع في آخر المقال وفق القواعد المنهجية المتعارف عليها.
- تخضع جميع المقالات الواردة إلى المجلة للتحكيم من قبل الهيئة العلمية للمجلة و كذا لجنة القراءة .
- كل مقال مُرسل إلى المجلة و لم يُجترم قواعد و شروط النشر لا يتم نشره ، و هيئة تحرير المجلة غير معنية بإعلام صاحب المقال بذلك .

****ملاحظة :**

- تخضع عملية ترتيب المقالات لاعتبارات فنية .

- المقالات المرسلة للمجلة تُعبّر عن آراء أصحابها و لا تعبّر عن رأي المجلة.

توجه جميع المراسلات : إلى السيد رئيس تحرير مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

عن طريق البريد الإلكتروني : mostakbalafrou@gmail.com

افتاحية العدد

بسم الله الرحمن الرحيم

و الصلاة و السلام على أشرف خلق الله محمد صلى الله عليه و سلم

و بعد :

يتضمن العدد الجديد من مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية ، المجلد الرابع (04) العدد الثاني(02) ديسمبر 2020 العدد التسلسلي رقم :08 العديد من البحوث العلمية و المقالات منها : تحديات الإدارة الالكترونية بين الواقع و المأمول ، و المركز القانوني للغير في العلاقة التعاقدية ، و كذا التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد و في القانون الجزائي ، و موضوع آخر يتعلق ب: مفهوم الذمة المالية في النظر الفقهي ، و مقال متعلق بالمعاقبة على جريمة الإبادة الجماعية في تجربة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة و غيرها من المواضيع التي يتضمنها العدد الجديد .

هذا و تتقدم هيئة تحرير مجلة المستقبل بجزيل الشكر و التقدير إلى القائمين على المجلة من هيئة علمية و إستشارية و كذا لجنة القراءة و المراجعين على ما يبذلونه من جهد في مجال تحكيم و مراجعة البحوث و المقالات العلمية المرسلة إلى المجلة .

و في الأخير ترحب هيئة تحرير المجلة بجميع مساهمات السادة الأساتذة الباحثين في ميدان الحقوق و العلوم السياسية قصد نشرها في الأعداد القادمة .

رئيس تحرير المجلة،

الدكتور علي عثمان

فهرس الموضوعات

ص01	تحديات الإدارة الالكترونية بين الواقع والمأمول الدكتور: مصطفى سليمانى - جامعة أدرار
ص24	المركز القانوني للغير في العلاقة التعاقدية الدكتور الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة خليل ايمان - جامعة المدية
ص59	التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري الدكتور تبون عبد الكريم - جامعة سعيدة
ص84	مفهوم الذمة المالية في النظر الفقهي الدكتور : سيد عال القاسم مولاي / المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية - موريتانيا
ص118	المعاقبة على جريمة الإبادة الجماعية في تجربة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة الدكتور مصطفى قزران - المركز الجامعي آفلو / الأستاذ : أحمد مبخوتة - المركز الجامعي تيسمسيلت
ص142	التلقيح الصناعي و المسؤولية المدنية الطبية المترتبة عن إجرائه حسب التشريع الجزائري الدكتورة مائة بن مبارك / الدكتورة زوليخة زوزو - جامعة خنشلة

ص 161	<p>آليات التعويض عن آثار العدوى الإستشفائية</p> <p>الدكتور : أزوا عبد القادر / ط.د كشناوي نصيرة - جامعة أدرار</p>
-------	---

ملاحظة :

- * جميع المقالات المنشورة تُعب عن رأي أصحابها ولا تُعب عن رأي المجلة .
- * تنبأ المجلة من أية سرقات علمية أو إقنابات غير مُسندة إلى أصحابها أو غير مُهمشة .

الدكتور: مصطفى سليمانى - جامعة أدرار

الدكتور: مصطفى سليمانى - جامعة أدرار

البريد الإلكتروني : mohammedrayanslimani@yahoo.com

تاريخ النشر: 2020/12/01	تاريخ القبول: 2020/11/22	تاريخ الإرسال: 2020/10/21
----------------------------	-----------------------------	------------------------------

ملخص:

تعتبر الإدارة الإلكترونية نموذجاً مثالياً للنشاط الإداري والتنظيمي ، فهي تغيير في منهج النشاط الإداري من الأسلوب التقليدي إلى الأسلوب الرقمي، الذي يستغني عن النموذج الورقي ويعتمد على المستندات والمحركات الإلكترونية ، ويحل محل الأرشيف الوثائقي الأرشفة الإلكترونية، من خلال استخدام المحافظ الإلكترونية لتحسين سرعة وجودة الخدمات وتقليل التكاليف التي يتحملها الشخص المتعامل مع الإدارة من جهة وبين المصالح الإدارية نفسها من جهة أخرى ، ونسعى من خلال هذا البحث لإبراز أهمية الرقمنة في الإدارة وتحديات تجسيدها في الجزائر ، وخلصنا إلى ضرورة توفير الإمكانيات المادية وتأهيل العنصر البشري لتجسيد مشروع الإدارة الإلكترونية.

-الكلمات المفتاحية :

الإدارة الإلكترونية، أجهزة الحاسوب، الإدارة التقليدية، البنية التحتية، الاقتصاد الرقمي، وسائل الاتصال، الحكومة الإلكترونية، الإدارة الرقمية.

المستقبل للدراسات القانونية و السياسية، مجلة دولية محكمة تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية-المركز الجامعي آفلو.

المجلد الرابع-العدد الثاني-ديسمبر 2020

Email : mostakbalaflo@gmail.com ————— ISSN : 2543-3865

الدكتور: مصطفى سليمانبي - جامعة أدرار

-Abstract

Electronic management is an ideal model for administrative and organizational activity, as it is a change in the approach of administrative activity from the traditional method to the digital method, which dispenses with the paper model and relies on electronic documents and editors, and replaces the documentary archive electronic archiving, through the use of electronic portfolios to improve the speed and quality of services and reduce The costs borne by the person dealing with the administration on the one hand, and the administrative interests themselves on the other hand, and we seek through this research to highlight the importance of digitization in management and the challenges of embodying it in Algeria, and we concluded the need to provide the material capabilities and qualify the human element to embody the electronic management project.

-key words

Electronic management - computer equipment – traditional management - infrastructure - digital economy - means of communication - electronic government - digital management.

الدكتور: مصطفى سليمانبي - جامعة أدرار

مقدمة:

أصبحت التكنولوجيا الرقمية حاليا مطلب ضروري وملح في جميع المجالات لتحقيق التنمية والرقى والاندماج في عالم أصبح لا يعترف إلا بالتكنولوجيا ووسائل الاتصال الحديثة، فغالبية الأعمال والمشاريع التنموية الاقتصادية والاجتماعية في معظم الدول أصبحت التقنية المعلوماتية فيها جزءا لا يتجزأ من الجانب التنظيمي والتنفيذي والإداري، فالإدارة التي تمثل العصب الأساسي في أي هيئة أو شركة بشقيها التنظيمي والخدمي وبمنطها التقليدي، لم ترقى إلى التطلعات والأهداف المرجوة منها، حيث أن البيروقراطية المكتبية وسوء التسيير والتنظيم وبطئ إنجاز الخدمات، ألقى بظلاله على الوضع العام لها، فأضحى البحث عن بدائل فعالة وقادرة على تقديم خدمات ذات جودة عالية وسرعة إلزاميا ومطلب ضروري، وأصبح التوجه العام للدول الراغبة في التغيير نحو التكنولوجيا الحديثة والرقمية للاستفادة منها بأكبر قدر ممكن في هذا المجال بالدخول في عالم الإدارة الرقمية، فما هو هذا النمط من الإدارة و ما هي خصائصها وأهدافها، و ما مدى تقدم الإدارة الجزائرية في هذا المجال.

هذا ما سنحاول معالجته في هذا البحث والذي قسمناه إلى ثلاث مطالب الأول: حول ماهية الإدارة الإلكترونية والثاني: حول دور وأثر الإدارة الإلكترونية في ترقية المرفق العام والخدمة العمومية والثالث آفاق وعوائق الإدارة الإلكترونية في الجزائر خاتمين بحثنا هذا بخاتمة تتضمن الاستنتاجات والتوصيات المقترحة في هذا المجال منتهجين منها تحليليا و صفيًا.

المستقبل للدراسات القانونية و السياسية، مجلة دولية محكمة تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية - المركز الجامعي آفلو.

المجلد الرابع - العدد الثاني - ديسمبر 2020

Email : mostakbalafrou@gmail.com ————— ISSN : 2543-3865

الدكتور: مصطفى سليمانبي - جامعة أدرار

المطلب الأول: ماهية الإدارة الإلكترونية

الإدارة الإلكترونية مصطلح حديث صاحب النهضة التكنولوجية والمعلوماتية ، ونظرا لانتشارها السريع في مختلف المجالات والقطاعات العام منها والخاص، فقد صنفت تحت عدة مسميات منها الإدارة الإلكترونية الحكومية الإلكترونية ، الحكومة الذكية وسنحاول التعرف على مفهومها وخصائصها وسنقوم بتبيان تعريف هذا النوع من الإدارة في (الفرع الأول) وخصائصها في (الفرع الثاني) والعناصر التي تقوم عليها في (الفرع الثالث).

الفرع الأول : تعريف الإدارة الإلكترونية

نظرا لحدثة هذا المصطلح فقد تباينت تعريفات الباحثين للإدارة الإلكترونية، فمنهم من عرفها على انها تحويل الأنشطة والخدمات الإدارية التقليدية إلى أنشطة وخدمات الكترونية تقوم على الدقة والسرعة في التنفيذ كما تقوم على استخدام شبكة الانترنت والوسائل الحديثة للاتصال، في إنجاز الخدمات والوظائف من تخطيط الكتروني ورقابة وتنظيم إلكترونيين.¹

وعرفت أيضا على أنها الاستغناء عن الاستعمال الورقي وإحلال محله المعاملات الإلكترونية عن طريق الاستخدام الواسع للتكنولوجيا الرقمية عن طريق معالجة البيانات حسب متطلبات مراحل محددة مسبقا كما عرفت بأنها منظومة رقمية متكاملة تعتمد على تقنيات الاتصال الحديثة يتقلص فيها دور المعاملات الورقية² وعرفها البعض أيضا على أنها "قدرة القطاعات الحكومية على تبادل

¹ احلام محمد شواي ، الإدارة الإلكترونية وتأثيرها في تطوير الاداء الوظيفي، مجلة جامعة بابل، جامعة بابل ، كلية الآداب، المجلد 24 ، العدد 2016، ص3390.

² يوسف محمد يوسف ابو أمونة، واقع إدارة الموارد البشرية إلكترونيا في الجامعات الفلسطينية النظامية-قطاع غزة، رسالة ماجستير ،كلية الدراسات العليا ، الجامعة الإسلامية ، غزة فلسطين ، 2009، ص25.

الدكتور: مصطفى سليمانبي - جامعة أدرار

المعلومات وتقديم الخدمات فيما بينها وبين المواطن وبين قطاعات الأعمال، بسرعة عالية ، وبأقل تكلفة عبر شبكة الانترنت، مع ضمان سرية وأمن المعلومات المتناقلة في أي وقت وأي مكان³.

ومما سبق يمكن تعريف الإدارة الإلكترونية بأنها الإدارة الغير التقليدية والتي تعتمد في نشاطاتها وأداء خدماتها على الحاسوب بدل الأوراق وعلى الانترنت والبريد الالكتروني بدل المقابلات والمواعيد الإدارية تبرم المعاملات والصفقات الكترونيا عن طريق المحررات الإلكترونية والتوقيع الالكتروني.

الفرع الثاني : خصائص الإدارة الإلكترونية وأهدافها

تمتاز الإدارة الرقمية عن التقليدية بعدة خصائص جعلت منها الاختيار الأمثل كإستراتيجية في الإدارة الحديثة لما تتميز به من مزايا أثبتت بها تفوقها عن نظيرتها التقليدية (أولاً)، ولتحقيق أهداف تتماشى مع التحول الكبير للنشاط الإداري من الصيغ الورقية الى الصيغ الرقمية (ثانياً).

أولاً: خصائص الإدارة الإلكترونية

الإدارة الإلكترونية هي جميع الأنشطة الإدارية التي لا تعتمد في سيرها كثيرا على الورق، فهي إدارة بلا أوراق حيث يتم الاستغناء عن الأوراق ، ويحل محلها المستندات الالكترونية، والبريد الالكتروني والتوقيع الالكتروني والأدلة والمفكرات الإلكترونية، مما يجعلها اقل تكلفة من الإدارة التقليدية ، حيث توفر نفقات الورق ولوازمه ونفقات النقل والتخزين، كما أنها إدارة بلا مكان أو زمان فهي تعتمد على أجهزة الاتصال الحديثة التي تجعل تأثير عنصر المكان في المعاملات أو العقود شبه

³ سعيد بن معلا العمري ، المتطلبات الإدارية والأمنية لتطبيق الإدارة الإلكترونية، رسالة ماجستير في العلوم الإدارية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، السنة الدراسية 2003-2004، ص16.

الدكتور: مصطفى سليمانبي - جامعة أدرار

معدوم، وهي أيضا لا تعترف بأوقات العمل الرسمية أو المتعارف عليها، فالعمل فيها في بعض المجالات كعقود الاستثمارات الكبرى غير محدد بوقت معين وتعمل على مدار اليوم بالبريد الالكتروني والهاتف والفاكس.... الخ، كما لا تعتمد على تنظيمات معينة بحد ذاتها فبيئتها الابتكار والتحديث ومسيرة التطور التكنولوجي المتجدد⁴.

ثانيا: أهداف الإدارة الإلكترونية

إن توجه القطاعين العام والخاص نحو رقمنة الإدارة يعكس توجههما إلى تحقيق أهداف لم تتمكن الإدارة التقليدية من الوصول إليها وتتجلى في:

1- تحسين مستوى الخدمات

تهدف الإدارة الإلكترونية إلى تقديم خدمات للزبائن والعملاء ذات جودة ومواصفات عالية تنافس فيها نظيراتها، وذلك بتمكين الموظفين من التقنية باستعمال الحواسيب عن طريق قاعدة بيانات والتي تسهل وتقلل من الأخطاء الناتجة عن المعاملات والأعمال المكتبية، مما يسهل من إنجاز المعاملات وتقديم خدمات سريعة اختصارا للوقت والتكاليف⁵.

2- التقليل من التعقيدات الإدارية

تختصر الإدارة الإلكترونية على المتعاملين مع الإدارة الكثير من التعقيدات والبيروقراطية الإدارية فبعدما كان المتعامل ينتقل بين المكاتب والمصالح أصبح يملأ الطلبات من منزله عبر المواقع الإلكترونية

⁴ساري عوض الحسنات، معوقات تطبيق الإدارة الإلكترونية في الجامعات الفلسطينية، رسالة ماجستير، في الدراسات التربوية، جامعة عين شمس كلية التربية، مصر، 2011، ص36.
⁵عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للحكومة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، الكتاب الأول، سنة 2008، ص99.

الدكتور: مصطفى سليمانبي - جامعة أدرار

للإدارات ، كما أن الإدارة الإلكترونية سمحت بتقليص عدد المصالح الإدارية من خلال انجاز الكثير من الخدمات الكترونيا من طرف عدد اقل من الموظفين.

3- تخفيض النفقات

بعدما كانت الأعمال الإدارية تستهلك الكثير من الوسائل المستخدمة في الإدارة التقليدية من أوراق ووسائل ترتيب وتخزين، أصبحت كل هذه الأعمال تتم في جهاز واحد يحمل ذاكرة لا يتعدى حجمها بعض السنتيمترات، كما ان التعامل في الكثير من الأحيان كان يضطر إلى قطع مسافات طويلة بتكاليف سفر عالية لاستخراج وثيقة ، إلا أن استخدام التقنية الحديثة في الإدارة وفرت عليه الجهد والوقت باستخراج هذه الوثائق و المعاملات من اقرب مصلحة محل إقامته.⁶

4-توسيع الخدمة الإدارية واستيعاب عدد أكبر من العملاء

إن قدرة الإدارة التقليدية في إتمام إجراءات المعاملات محدودة إذ أن بطئ الأعمال المكتبية قد يؤدي إلى إفراز طوابير انتظار طويلة، بينما معالجتها الكترونيا يتيح للإدارة السرعة في إتمامها مما يجعل قدرتها على استيعاب المتعاملين أكبر وأوسع ، كما تعمل الإدارة الإلكترونية على إلغاء عامل العلاقة المباشرة بين العميل والموظف، فيصبح هذا الأخير يتعامل مع جهاز حاسوب لا مع أشخاص مما يحد من مظاهر المحسوبية ، والعلاقات الشخصية والنفوذ، مما يحقق المساواة لجميع المتعاملين.⁷

فيمكن القول أن انتهاج الإدارة للشكل الالكتروني بالنظر إلى خصائصه وأهدافه، ليس تحولا من الإدارة التقليدية إلى الإدارة الرقمية، إنما هو تطوير للقدرات والمهارات سواء المادية والبشرية ، وهي

⁶ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص101.

⁷ علي حسين باكر، المفهوم الشامل لتطبيق الإدارة الإلكترونية، موقع آراء حول الخليج، تم الاطلاع على الموقع يوم 2018/02/01 على الساعة 23.00 <http://www.araa.ae/index.php>

الدكتور: مصطفى سليمانى - جامعة أدرار

نقلة نوعية وتحسن من جميع الجوانب إذا أحسن استعماله بتنظيم ومهارة في اختصار للوقت والجهد والتكاليف.

الفرع الثالث: عناصر الإدارة الإلكترونية

تقوم الإدارة الإلكترونية وتؤسس على عدة عناصر أساسية وضرورية في سيرورة النشاط الإداري، وتمثل في العنصر البشري الذي يتحكم بالوسائل (أولا) ، والعنصر المادي الذي يمثل الوسائل المادية والتقنية (ثانيا).

أولا : العنصر البشري

العنصر البشري من أهم العناصر الفاعلة في الإدارة الإلكترونية، والتي يمكن الاستثمار فيها في أي مشروع، حيث يعتبر ذو أهمية كبيرة فهو منشأها ومطورها، والمسخر لها لتحقيق الأهداف المسطرة من وراء إنشاء أي مرفق إداري ، ويتمثل العنصر البشري في الخبراء والمختصون والعاملون والمديرون والوكلاء المساعدون، الذين يتولون إدارة العناصر المادية للإدارة الإلكترونية، ومنهم أيضا المبرمجون ومشغلو الأجهزة والمحررون⁸.

ثانيا: العنصر المادي

تتطلب الإدارة الإلكترونية بنية تحتية من شبكات الاتصال السلكية واللاسلكية، وشبكة ربط توصل بين الأجهزة الرقمية تضمن التواصل بين الإدارة والمواطن وبين الإدارات فيما بينها. لتأمين التواصل ونقل المعلومات كما تضم العناصر المادية الحواسيب والهواتف الذكية وشبكة الاتصال

⁸. موسى عبد الناصر، أحمد قرشي ، مساهمة الإدارة الإلكترونية في تطوير العمل الإداري بمؤسسات التعليم العالي، مجلة الباحث ، عدد 09، سنة 2011، ص 91.

الدكتور: مصطفى سليمانبي - جامعة أدرار

العالمية، هذه الوسائل جعلت الإدارة الرقمية الحديثة إدارة بلا زمان وبلا مكان وبلا أوراق⁹، وتنقسم البنية التحتية المطلوبة في الإدارة الإلكترونية إلى:

1- البنية التحتية الصلبة للأعمال الإلكترونية

وتتمثل في الشبكات وأجهزة الحاسوب وكل التوصيلات الأرضية والخلوية وتكنولوجيا المعلومات الضرورية لممارسة الخدمات الإلكترونية وتبادل البيانات.

2- البنية التحتية الناعمة للأعمال الإدارية

وهي الخدمات والبرمجيات وأنظمة التشغيل للشبكات، وكل الأنظمة الإلكترونية التي تدخل في برجة الحواسيب والتطبيقات والبرامج التي تساعد في تسيير الخدمة الإدارية وتنظيمها.

3- شبكات الاتصال

وهي الشبكات التي يمكن من خلالها التواصل بين الإدارات والمصالح والمتعاملين معها وتتمثل في:

أ- شبكة الانترنت: وهي عبارة عن مجموعة مترابطة من الشبكات حول العالم تربط بين المجتمعات والدول، تتيح لمستخدميها الحصول على معلومات من شتى المواقع الداخلية والدولية.

ب- الشبكة الداخلية: وهي شبكة تستعمل فقط للاتصال بين الموظفين في ادارة أو مؤسسة واحدة يمكن من خلالها التنسيق بين المستخدمين في تأدية الأعمال الإدارية.

ج- الشبكة الخارجية أو الإكسترنات: والتي يتمكن من خلالها المتعاملين مع الإدارة كالموردين والزبائن الاطلاع على المعلومات التي يتم عرضها بالانترنت.¹⁰

⁹ إسلامي نادية، الإدارة الإلكترونية كأداة لترقية الخدمة العمومية في الجزائر، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة الجزائر، العدد الرابع، جوان 2015، ص189.

الدكتور: مصطفى سليمانبي - جامعة أدرار

ويعتبر العنصر البشري أساس تجسيد الإدارة الالكترونية، إذ تتوفر هذا الأخير مع الكفاءة والمهارة المطلوبة لتحقيق الأهداف المرجوة من استعمال التقنية، فهو العنصر الأساسي المستخدم والمسير لباقي العناصر الأخرى لذا فتوفر عناصر بشرية ذات كفاءة وتأهيل أمر مطلوب لتجسيد إدارة إلكترونية ذات كفاءة وجودة في الخدمات يمكنها منافسة ومضاهاة الإدارات في الدول المتقدمة.

المطلب الثاني: أثر الإدارة الإلكترونية في ترقية المرفق العام و الخدمة العمومية

تتجلى آثار ومنافع الإدارة الرقمية في تطوير الخدمة العمومية على النشاطات الإدارية من عدة أوجه فيظهر أثرها على المرافق العامة في ترقيتها وتطويرها ومواكبتها للمرافق في الدول الأخرى في تقديم أفضل صورة للإدارة (الفرع الأول)، وعلى القرارات والعقود الإدارية والنشاطات الإدارية بتقديم أحسن الخدمات مع السرعة والدقة في الانجاز(الفرع الثاني).

الفرع الأول : دور الإدارة الإلكترونية في ترقية المرفق العامة

المرفق العمومي يقصد به المشروعات العامة والتي تتكون من أشخاص وأموال، الهدف منها إشباع حاجيات عامة، وتتميز بأنها مشروعات يعجز الأفراد على القيام بها فتتولى ذلك الدولة، أو يمكن تعريفه بأنه كل مؤسسة عامة تنشأ من طرف الدولة وتديرها بنفسها، وتمارس نشاطاتها قصد إشباع حاجيات الجمهور¹¹، ويظهر تأثير الإدارة الإلكترونية على المرافق العامة من خلال التأثير على المبادئ العامة التي تحكم سيرها والمتمثلة في: مبدأ سيوررة المرفق العام بانتظام واطراد (أولا)، و مبدأ المساواة أمام المرافق العامة (ثانيا)، ومبدأ قابلية المرفق العام للتغيير (ثالثا).

¹⁰. موسعيد الناصر، محمد قريشي، المرجع السابق، ص91.

¹¹. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2013، ص306.

الدكتور: مصطفى سليمانبي - جامعة أدرار

أولاً: مبدأ سيرورة المرفق العام بانتظام واطراد

يظهر تأثير الإدارة الإلكترونية على هذا المبدأ في الحد من العوائق التي تحول دون سيرورة خدماته، حيث أن إدخال التقنية على الخدمات يسهل من مهمة القائمين على المرفق العام في سرعة إنجاز المعاملات وتنظيمها عن طريق قاعدة البيانات باختصار عامل الوقت والإجراءات، كما ان الإدارة الرقمية تجعل استمرارية الخدمات على مدار الساعة شيئاً ممكناً حتى خارج أوقات العمل الرسمية، حتى في حالة إضراب المستخدمين وذلك عن طريق المواقع الرقمية¹².

ثانياً: مبدأ المساواة أمام المرافق العامة

يقصد بهذا المبدأ تساوي المواطنين في الانتفاع بالخدمات التي تقدمها المرافق العامة، وإدخال الإدارة الالكترونية تحد من مظاهر التعسف والتمييز في المعاملة، بين المواطنين حيث أن الموظف يتعامل فقط مع قاعدة بيانات لا أشخاص كما ذكرنا سابقاً، و لا يقابل من يتعامل معه شخصياً¹³.

ثالثاً: مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير

قد يتغير هدف المرفق العام إذا ارتأت الإدارة انه لم يعد يتفق مع المعطيات والتحديات والأهداف التي أنشأ من اجلها، لذا تلجأ الإدارة إلى تغيير نمط الإدارة وقد تدخل آليات متطورة وتقنية رقمية لتحقيق ذلك ما يحقق الأهداف والغايات آنفة الذكر¹⁴.

¹² سلامي نادية، المرجع السابق ، ص193.

¹³ صفوان المبيضين، الحكومة الإلكترونية النماذج والتطبيقات والتجارب الدولية، دار اليازوري ، عمان الأردن، بدون سنة طبع وبدون رقم طبعة ،ص29.

¹⁴ - صفوان المبيضين، نفس المرجع، ص31.

الدكتور: مصطفى سليمانبي - جامعة أدرار

الفرع الثاني: دور الإدارة الإلكترونية في ترقية النشاط الإداري

لتأدية خدماتها تلجأ الإدارة إلى القيام بأنشطتها عن طريق إصدار قرارات إدارية وإبرام عقود، وقد أدى تدخل التكنولوجيا الرقمية في الإدارة إلى تأثر هذه النشاطات من خلال طريقة الإنجاز والتقدم، لذا سنبين اثر الإدارة الإلكترونية على القرارات الإدارية في (أولاً)، وأثرها على العقود الإدارية (ثانياً).

أولاً: اثر الإدارة الإلكترونية على القرارات الإدارية

القرار الإداري هو عمل قانوني إنفرادي تصدره الإدارة، ويحدث آثار قانونية عن طريق إنشاء أو تعديل أو إلغاء وضع قائم¹⁵، فرغم أن الإدارة تختص بإصدار القرارات الإدارية منفردة، إلا ان الإدارة الإلكترونية تتيح للجمهور التدخل في ذلك من خلال تنبيه الإدارة عبر مواقعها الإلكترونية، والتي تتيح خاصية مراسلة الإدارة وتبنيها إلى الأخطاء التي قد تتخلل القرار في مرحلة إعدادة، أو عن طريق النقد والشكوى بعد صدوره، كما تتيح للموظفين الطعن في قرارات الإدارة، من تأديب وترقية عن طريق الإطلاع عن الشروط والإجراءات ومدى تلائمها مع التنظيمات القانونية¹⁶.

ثانياً: أثر الإدارة الإلكترونية على العقود الإدارية

تلعب التكنولوجيا الرقمية دوراً هاماً في إبرام العقود والتي أضحت تسمى بالعقود الإلكترونية "وهي العقود التي يتم انعقادها بوسيلة الكترونية كلياً أو جزئياً، وتتمثل الوسيلة الإلكترونية في كل وسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو الكترومغناطيسية أو أي وسيلة أخرى مشابهة صالحة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين"¹⁷، ولما كانت التقنية الرقمية تمتاز بالسرعة في الإنجاز والكفاءة في

¹⁵. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص92.

¹⁶. سلامي نادية، المرجع السابق، ص193.

¹⁷. الياس ناصيف، العقود الدولية في العقد الإلكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2009، ص36.

الدكتور: مصطفى سليمانبي - جامعة أدرار

الأداء فإن العقود الإدارية والصفقات العمومية بشكل خاص ستحقق مكاسب كبيرة من الأفراد والشركات، ويتم الإعلان عليها عبر مواقع الإنترنت والذي تسمح أيضا بتقديم الطلبات أو التسجيل عبرها مما يزيد في سرعة الإجراءات وتبسيطها.¹⁸

وتعد الإدارة الإلكترونية الطريقة الأمثل لإبرام العقود الإدارية، حيث تمكن الإدارة من نشر الإعلانات كإعلانات الصفقات وعقود التوظيف إلكترونيا ، مما يضمن وصول المنشورات والإعلانات على أوسع نطاق عن طريق مواقع الإدارات ومواقع الإشهار والتواصل، كما يمكن للإدارة إبرام عقود مع متعاملين أو موردين من مناطق بعيدة قد تتوفر فيهم امتيازات لا تتوفر في المتعاقدين المحليين بفضل الاتصال الفوري والمباشر الذي توفره مواقع التواصل الإلكترونية.

المطلب الثالث: آفاق وعوائق الإدارة الإلكترونية في الجزائر

تسعى الجزائر كغيرها من الدول إلى تحسين جودة الخدمة العمومية بما يتماشى والتحديات الراهنة فقد حاولت من خلال العديد من المشاريع بعث فكرة الإدارة الإلكترونية عن طريق بعض التجارب الإدارية في بعض الإدارات كمرحلة أولى قبل تعميم الفكرة على كامل مرافق الدولة.

الفرع الأول: آفاق الإدارة الإلكترونية في الجزائر

سطرت الجزائر في سبيل الحصول على إدارة رقمية تسير وتضاهي التطور الذي وصلت إليه بعض الدول عدة برامج من خلال العمل على رقمنة الإدارة الجزائرية فأنشأت مشروع الجزائر الإلكترونية (أولا) للاستفادة من الميزات الكبيرة لهذه الأخيرة، فبدأت مظاهر الإدارة الإلكترونية

¹⁸ سلامي نادية، المرجع السابق، ص195.

الدكتور: مصطفى سليمانبي - جامعة أدرار

تتجسد في الإدارات في عدة قطاعات حساسة (ثانيا)، إلا أن ذلك لم يثني من وجود بعض العوائق التي سنبينها في (ثالثا).

أولا: مشروع الجزائر الإلكترونية وأهدافه

أعدت وزارة البريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال مشروع الجزائر الإلكترونية (E-Algerie) 2013 والذي يعد من أكبر المشاريع على المستوى الوطني وذلك بداية عام 2009، وقد أشركت في تأسيسه مؤسسات عمومية وإدارات وجامعات، ومراكز البحث والجمعيات التي تنشط في مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال وكذا متعاملين اقتصاديين ، حيث يهدف هذا المشروع إلى تعميم استخدام التكنولوجيا الرقمية في كافة القطاعات الإدارية والتربوية والاقتصادية، من اجل تقديم خدمة أفضل دعما لسياسة التنمية وتحقيق السياسة الحوارية، من خلال تقريب الإدارة من المواطن وتبسيط الخدمات الإدارية ومكافحة مظاهر البيروقراطية والمحسوبية، واعتمد المشروع عدة محاور رئيسية أهمها :¹⁹

1-تسريع استخدام تكنولوجيا الإعلام والاتصال في الإدارات العمومية والشركات.

2-تطوير آليات تمكن المواطن من الاستخدام الأمثل لتجهيزات التكنولوجيا وشبكات الاتصال.

3-دفع تطوير الاقتصاد الرقمي من خلال تهيئة المناخ المناسب لتطوير مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال .

¹⁹. فرطاس فتيحة، عصرنة الإدارة العمومية من خلال تطبيق الإدارة الإلكترونية ودورها في تحسين خدمة المواطن، مجلة الاقتصاد الجديد، جامعة خميس مليانة الجزائر ، العدد 15 المجلد الثاني، سنة 2016، ص316.

الدكتور: مصطفى سليمانبي - جامعة أدرار

4- إنتاج كفاءات قادرة على تجسيد المشروع من خلال التكوين والتأهيل العالي.
5- تتمين أدوات التعاون الدولي في مجال التكنولوجيا والإعلام والاتصال، من خلال المشاركة الفعالة والحوار المتبادل.

6- وضع آليات تقييمية ومتابعة مدى تأثير التكنولوجيا والرقمنة والاتصال على التنمية، بالإضافة إلى تقييم دوري لتجسيد وتنفيذ المشروع .

ثانيا: مظاهر الإدارة الإلكترونية في الجزائر

تتجلى مظاهر الإدارة الإلكترونية في الجزائر في عدة قطاعات أهمها:

1-قطاع البريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال

اتجهت سياسة هذا القطاع إلى الاعتماد على الرقمنة لتسيير الخدمات الموجهة للمواطنين، بشكل يعزز ثقته بخدماتها ومن ابرز الخدمات:²⁰
أ- الشبكات الالكترونية والذي يوفر أجهزة لعمليات السحب والإيداع في الحسابات البريدية الجارية.

ب- بطاقات السحب الالكتروني وهي بطاقات ممغنطة تمكن الزبائن من خلالها سحب الأموال من أرصدهم عن طريق الموزعات الإلكترونية.

ج- خدمات الاطلاع على الرصيد والحصول على كشف العمليات وهذه العمليات تمكن الزبائن الذين يملكون حسابات بريدية من الاطلاع على أرصدهم أو سحب كشف العمليات عن طريق

²⁰عبان عبد القادر، تحديات الإدارة الإلكترونية في الجزائر، أطروحة دكتوراه في علم الاجتماع تخصص ادارة و عمل، جامعة محمد خيضر بسكرة الجزائر السنة الجامعية 2015/2016، ص94.95.

الدكتور: مصطفى سليمانبي - جامعة أدرار

الصرافات الآلية أو أجهزة الكمبيوتر في الشبائيك.

د- خدمات طلب النماذج من الصكوك البريدية حيث يتم الطلب عن طريق ملء استمارة إلكترونية تعالج الكترونيا لإرسالها عن طريقا الشبكة إلى المركز الرئيسي.

2- قطاع الجماعات المحلية

تتجسد الإدارة الإلكترونية في الجماعات المحلية في هيئة البلدية، حيث عملت على رقمنة سجل الحالة المدنية ، فأصدرت شهادات الميلاد وجوازات السفر وبطاقات التعريف البيومترية، وقد قامت الدولة الجزائرية في بادئ الأمر بوضع تجربة لأول بلدية إلكترونية، تركز أساسا على تكنولوجيا الإعلام والاتصال، وذلك بالفرع الإداري لحي 500 مسكن بباتنة قبل تعميمها على باقي بلديات الوطن حاليا، حيث وفرت للمواطن إعداد وتسليم الوثائق الأصلية دون التنقل إلى البلديات الرئيسية ، وذلك عن طريق شبكة وطنية للحالة المدنية، وتسهيلا كذلك للحصول على الوثائق وتقريب الإدارة من المواطن تم استحداث فرق تقنية مجهزة بجقائب بيومترية متنقلة لتمكين فئات المسنين وذوي الاحتياجات الخاصة من الحصول على هذه الوثائق ، لأخذ بصماتهم وتوقيعاتهم الإلكترونية²¹.

3- قطاع العدالة

يشهد قطاع العدالة أيضا في الجزائر تغييرات جذرية في تقديم الخدمات وذلك في إطار مشروع إصلاح العدالة، وخصوصا في الجانب التنظيمي والتسيير فقد سجلت عدة إنجازات أهمها:

أ-تسيير الملف القضائي آليا : حيث أصبح بإمكان المواطنين الاطلاع على قضاياهم عبر

الشباك الالكتروني

²¹. فرطاس فتيحة، المرجع السابق ، ص319.

الدكتور: مصطفى سليمانبي - جامعة أدرار

دون الحاجة إلى البحث عنها في المكاتب، كما ساهم النظام الالكتروني في المعالجة السريعة للقضايا.²²

ب- نظام إصدار صحيفة السوابق العدلية: فالمواطن أصبح بإمكانه استلام صحيفة السوابق العدلية رقم 03 ورقم 02 للإدارات العمومية في وقت وجيز، وأصبح بإمكانه كذلك استصدارها من أي جهة قضائية عبر التراب الوطني، كما يعالج هذا النظام ملف رد الاعتبار بقوة القانون وبصفة آلية.²³

ج- نظام تسيير الأوامر بالقبض: يوفر هذا النظام قاعدة معطيات وطنية تمكن من التعرف على الفارين أو المبحوث عنهم من قطاع العدالة، والذين سويت وضعيتهم ولم يعودوا محل بحث، يسير من طرف الضبطية القضائية والتي تستخدم في تنفيذ الأوامر القضائية.²⁴

كما تعرف قطاعات أخرى مثل قطاع التعليم العالي والبحث العلمي، وكذا قطاع التكوين المهني والتمهين كذلك قفزة نوعية في مجال الرقمنة وإدخالها في مجال البحث والتكوين عن طريق التسجيلات عبر الانترنت وإرسال الدروس والمحاضرات فضلا عن المناقشات عبر وسائل الاتصال الرقمية.

الفرع الثاني: تحديات وعوائق الإدارة الإلكترونية في الجزائر

رغم القفزة النوعية التي قطعتها الجزائر في مجال عصنة الإدارة وإدخال الأنظمة المعلوماتية والرقمية على الخدمات الإدارية، إلا أن مشروع الإدارة الرقمية لا يزال يواجه تحديات وعقبات تحول دون تجسيد النموذج الأمثل للإدارة الرقمية ومن مجملها:

²² عاشور عبد الكريم، دور الإدارة الإلكترونية في ترشيد الخدمة العمومية في الولايات المتحدة الأمريكية والجزائر، مذكرة ماجستير في العلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة الجزائر، السنة الجامعية 2009-2010، ص148.
²³ عاشور عبد الكريم، المرجع السابق، ص148.
²⁴ عبان عبد القادر، المرجع السابق، ص96.

الدكتور: مصطفى سليمانبي - جامعة أدرار

أولا : المعوقات البشرية والمادية

- 1- لازالت الإدارة الجزائرية تعاني من نقص في الإطارات والكوادر المؤهلة لتسيير إدارة الكترونية بمقاييس عالمية .
- 2- عدم اقتناع بعض الموظفين والقيادات الإدارية بفكرة الإدارة الإلكترونية، وتخوفهم من التأثير على نمط عملهم وعدم قدرتهم على التحلي على نمط الإدارة البيروقراطية والتكيف مع الإدارة الرقمية.
- 3- المخاوف المتعلقة بأمن المعلومات من اختراق للأنظمة المعلوماتية والاطلاع على خصوصية المعلومات والتلاعب بها وتخريب الشبكات.
- 4- نقص الثقافة المعلوماتية عند المواطنين وعدم الإلمام بكيفيات استخدام وسائل الاتصال والأجهزة الرقمية ومحدودية استخدام الانترنت والشبكات في الجزائر مقارنة ببعض الدول العربية.
- 5- ارتفاع أسعار الأجهزة الإلكترونية وأجهزة الحاسوب يقابله انخفاض القدرة المعيشية للمواطن وانتشار الفقر والبطالة.²⁵

ثانيا: التحديات التي تواجهها الإدارة في التوجه إلى تجسيد المشروع

- تواجه الجزائر عدة تحديات في تجسيد الإدارة الإلكترونية، على السلطة الجزائرية عمل كبير لرفعها و منها:
- 1- التأخر في انجاز بنية تحتية قوية للاتصالات وتباين انتشارها من منطقة إلى أخرى.
 - 2- نشر ثقافة التفاعل والتعامل الالكتروني لشريحة عريضة من المجتمع الجزائري قصد دفعة لاستخدام وسائل التواصل الافتراضية.
 - 3- البيروقراطية الإدارية والتي تفتشت في مرحلة الإدارة التقليدية وطريقة الحد منها.

²⁵ فرطاس فتيحة، المرجع السابق، ص320.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

تحديات الإدارة الالكترونية بين الواقع والمأمول

الدكتور: مصطفى سليمانبي - جامعة أدرار

- 4- عدم توافر الموارد المالية في ظل تناقص العائدات المالية وأزمة أسعار النفط.
- 5- تدني مستوى الخدمات وانتشار الفساد والمحسوبية والآفات الوظيفية المتراكمة منذ عقود.
- 6- تمركز بعض الإدارات على المستوى الوزاري وعدم التنسيق والترابط بينها وبين الإدارات المحلية.

المستقبل للدراسات القانونية و السياسية، مجلة دولية محكمة تصدر عن معهد الحقوق و العلوم السياسية - المركز الجامعي آفلو.

المجلد الرابع - العدد الثاني - ديسمبر 2020

Email : mostakbalaflo@gmail.com ————— ISSN : 2543-3865

الدكتور: مصطفى سليمانى - جامعة أدرار

خاتمة:

وختاما لبحثنا هذا واستنتاجا لما سبق ذكره فإن الإدارة الإلكترونية مطلب ملح لأي إدارة قصد تحقيق الجودة والكفاءة المطلوبة في أداء الخدمات، ومجارات الإدارات في الدول الرائدة في هذا المجال لتحقيق التواصل الدولي بين المؤسسات، وتيسيد التعامل الإلكتروني في مجال التجارة والخدمات، فالإدارة الإلكترونية تحقق السرعة والجودة التي يأملها المواطن من الإدارة، والتي توفر على نفسها وعلى المتعامل معها عامل الوقت والتكاليف، مع خلق كفاءات عالية قادرة على التسيير الأمثل لهذه الإدارة وما يمكن ان نوصي به في هاذ المجال.

1-نشر ثقافة المعلوماتية والتوعية الفكرية وإتاحة وسائل التواصل وشبكات الانترنت للفئة الكادحة في المجتمع.

2-فتح دورات تكوينية لموظفي ومستخدمي الإدارة لتحسين المستوى ورفع كفاءة أدائهم.

3-تدعيم البنية التحتية الإلكترونية وشبكات التواصل بين الإدارات.

4-نشر ثقافة توعوية وأيام مفتوحة إعلامية على الإدارة الإلكترونية لإيصال الفكرة سواء إلى الإداريين أو العامة.

5-فتح باب التبادل الثقافي والخبراتي مع الدول الرائدة في هذا المجال وإيفاد بعثات تكوينية للموظفين إن أمكن.

6-زيادة الرقابة والتقييم الدوري لأداء المؤسسات في مدى استخدام الرقمنة والتكنولوجيا وفعاليتها لتحقيق أهداف الخدمة العمومية.

المستقبل للدراسات القانونية و السياسية، مجلة دولية محكمة تصدر عن معهد الحقوق و العلوم السياسية -المركز الجامعى آفلو.

المجلد الرابع -العدد الثاني -ديسمبر 2020

Email : mostakbalaflo@gmail.com ————— ISSN : 2543-3865

الدكتور: مصطفى سليمانبي - جامعة أدرار

قائمة المراجع:

-الكتب

- 1- إلياس ناصيف، العقود الدولية - العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان الطبعة الأولى، سنة .2009
- 2- د.عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية سنة 2013.
- 3- عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 4- صفوان المبيضين، الحكومة الإلكترونية النماذج والتطبيقات والتجارب الدولية، دار اليازوري عمان الأردن، بدون سنة طبع ، بدون رقم طبعة.
- 5- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للحكومة الإلكترونية، دار الكتب القانونية مصر، الكتاب الأول، سنة 2008.

-الرسائل الجامعية

- 6-عبان عبد القادر، تحديات الإدارة الإلكترونية في الجزائر، أطروحة دكتوراه في علم الاجتماع، تخصص ادارة وعمل، جامعة محمد خيضر بسكرة الجزائر ، السنة الجامعية 2015./2016.
- 7-عاشور عبد الكريم، دور الإدارة الإلكترونية في ترشيد الخدمة العمومية في الولايات المتحدة الأمريكية والجزائر، مذكرة ماجستير في العلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة الجزائر، السنة الجامعية 2009-2010.

المستقبل للدراسات القانونية و السياسية، مجلة دولية محكمة تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية-المركز الجامعي آفلو.

المجلد الرابع-العدد الثاني-ديسمبر 2020

Email : mostakbalaflo@gmail.com ————— ISSN : 2543-3865

الدكتور: مصطفى سليمانبي - جامعة أدرار

- 8- سعيد بن معلا العمري، المتطلبات الإدارية والأمنية لتطبيق الإدارة الإلكترونية، رسالة ماجستير في العلوم الإدارية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية،السعودية، السنة الدراسية 2003-2004.
- 9- ساري عوض الحسنات، معوقات تطبيق الإدارة الإلكترونية في الجامعات الفلسطينية، رسالة ماجستير في الدراسات التربوية، جامعة عين شمس كلية التربية، مصر، سنة. 2011.
- 10- يوسف محمد يوسف ابو أمونة، واقع إدارة الموارد البشرية إلكترونيا في الجامعات الفلسطينية النظامية-قطاع غزة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين ،سنة 2009.

-المقالات

- 11- أحلام محمد شواي، الإدارة الإلكترونية وتأثيرها في تطوير الأداء الوظيفي، مجلة جامعة بابل ، كلية الآداب،العراق، المجلد 24، العدد 2016.
- 12- موسى عبد الناصر، أ.محمد قريشي ، مساهمة الإدارة الإلكترونية في تطوير العمل الإداري بمؤسسات التعليم العالي، مجلة الباحث ، جامعة قاصدي مرياح ، ورقلة الجزائر، عدد09، سنة 2011.
- 13- فرطاس فتيحة، عصرنة الإدارة العمومية من خلال تطبيق الإدارة الإلكترونية ودورها في تحسين خدمة المواطن، مجلة الاقتصاد الجديد، جامعة خميس مليانة الجزائر ، العدد15 ، المجلد الثاني، سنة 2016.
- 14- سلامي نادية، الإدارة الإلكترونية كأداة لترقية الخدمة العمومية في الجزائر، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة الجزائر، العدد الرابع ، جوان 2015.

المستقبل للدراسات القانونية و السياسية،مجلة دولية محكمة تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية-المركز الجامعي آفلو.

المجلد الرابع-العدد الثاني-ديسمبر 2020

Email : mostakbalaflo@gmail.com ————— ISSN : 2543-3865

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

تحديات الإدارة الالكترونية بين الواقع والمأمول

الدكتور: مصطفى سليمانبي - جامعة أدرار

- المقالات على الإنترنت

15علي حسين باكر، المفهوم الشامل لتطبيق الإدارة الإلكترونية، موقع آراء حول الخليج، تم الاطلاع

على الموقع يوم 2018/02/01 على الساعة

<http://www.araa.ae/index.php23.00>

المستقبل للدراسات القانونية و السياسية، مجلة دولية محكمة تصدر عن معهد الحقوق و العلوم السياسية - المركز الجامعي آفلو.

المجلد الرابع - العدد الثاني - ديسمبر 2020

Email : mostakbalaflo@gmail.com ————— ISSN : 2543-3865

الدكتور : الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة : خليل إيمان - جامعة المدية

الدكتور الصادق عبد القادر - جامعة أدرار

البريد الإلكتروني : Saddek7@gmail.com

الأستاذة خليل إيمان - جامعة المدية

البريد الإلكتروني : imanekhellabotiaret@gmail.com

تاريخ النشر :	تاريخ القبول:	تاريخ الإرسال:
2020/12/01	2020/11/19	2020/09/27

الملخص:

إن التسليم بمكانة الغير في العقد الذي لم يبرمه ، يحيله على مسألة الاختلاف بين مكانته عندما يكون دائنا ومكانته عندما يكون مدينا، ومدى ارتباط الحق بالالتزام في تحديد هذه المكانة ، بحيث بتطور العلاقات التعاقدية والترابط المتبادل بينها ، أدى ذلك إلى تجاوز مبدأ النسبية وإضفاء صبغة قانونية على العلاقات بين أشخاص لم تربطهم علاقة التعاقد ، و إنما ضرورة تنفيذ العقد فعندما يبرم عقد بين طرفين ثم يبرم عقد آخر لتنفيذه ، يصبح للغير هنا مكانة الطرف إما دائنا أو مدينا بموجب عقد آخر رغم كونه لم يكن طرفا فيه .

المستقبل للدراسات القانونية و السياسية، مجلة دولية محكمة تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية-المركز الجامعي آفلو.

المجلد الرابع-العدد الثاني-ديسمبر 2020

Email : mostakbalafrou@gmail.com ————— ISSN : 2543-3865

الدكتور: الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة : خليل إيمان - جامعة المدية

الكلمات المفتاحية: الغير، الطرف، مبدأ النسبية، مبدأ النفاذ، حجية العقد، الصورية، المجموعة العقدية، مسؤولية الغير.

AbstractThe recognition of the status of others in the contract that he did not conclude, referring him to the issue of the difference between his position when he is a creditor and his position when he is debtor, and the extent of the right to the obligation to define this position, so that the development of contractual relations and mutual interconnection between them, this led to exceeding the principle of relativity and imparting a tincture It is legal on the relations between persons who have not had a relationship with the contract, but rather the necessity to implement the contract.

Keywordsthird party, party, relativity principle, access principle, authentic contract, mock, contract group, third party responsibility.

مقدمة:

إستخدم مصطلح الغير منذ القدم، فنجد أن الرومان هم أول من وضعوه و رتبوا عنه آثار قانونية ثم ما إن وجد في القوانين الأخرى بدءا من القانون الفرنسي القديم، ثم أخذت به المجموعة المدنية الفرنسية ثم باقي القوانين العربية على رأسها القانون الجزائري لكن رغم هذا بقي هذا المصطلح غامضا ما دفع بالفقه للبحث على طبيعة هذا الغير وعن دلالاته، فأصبح هذا المصطلح محلا للدراسات القانونية، فنجد البعض إهتم بدراسته الفنية في جميع المجالات والبعض إهتم به كفكرة عامة لتبيان العلاقة بين الغير المتعددين أو بين الغير في الطائفة الواحد¹.

عاطف محمد كامل، الغير في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، سنة 1976، ص7.

على أن العقد، بما أنشأهم نحقوق و التزاما تبين طرفيه واقعة اجتماعية ليس في الوسع تجاهلها . فإذا كان الأصل أن الأثر الملزم للعقد أثر نسبي يقتصر على طرفيه، فلا يستطيع الغير أن يطالب بحق أنشأه العقد، و لا توجه إليه مطالبة بالتزام نشأ عنه.

إلا أن وجود علاقة الالتزام التي أنشأها العقد هو حقيقة واقعة، ليس في وسع الغير أني تجاهل نشوء هذه الحقوق والالتزامات بين طرفي العقد، وليس في وسع أي من طرفي العقد أن ينكر في مواجهة الغير أن هذه الحقوق والالتزامات قد نشأت فيما بينهما .

ويعبر عن ذلك بالقول :إن القاعدة هي أن العقد بما أنشأ همن حقوق والتزامات بين طرفيه، يحتج به بالنسبة للكافة و للغير أن يحتج به، ويحتج به عليه وهذا هو مبدأ حجية العقد.

غالبا ما نستخدم مصطلح الغير لإزاحة الطائفة التي ليس لها علاقة بذلك الموضوع ، بمفهوم اخر كلما نجد اشخاص مختصون بشيء معين ويتأثرون به ، فهناك اشخاص اخرين بمفهوم المخالفة ليست لهم علاقة بذلك الشيء ويسمون بالغير ، فنجد أن الرومان استخدموا هذا المصطلح ² .

²Res inter aslios acta alrisnaquenocerenaqueprodasse. Audrey Gougeon. L'intervention du tiers à la formation du contrat. THÈSE Pour obtenir le grade de Docteur en Droit. Le 9 décembre 2016.universete de lil2.france.page.14.

الدكتور: الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة : خليل إيمان - جامعة المدية

ومعناه ان العقود والاحكام القضائية لا تمس غير اطرافها ،فالأحكام القضائية تقتصر على اطرافها المذكورة فيها دون ان تتعدى الغير .

و نجد ان الفقه الفرنسي القديم قد قام بتحديد مقصود الغير من خلال شرح مواد القانون المدني و اعطى بعض من الفقه تعريف بسيط للغير، وهو كل شخص مستقل تماما بالنسبة لمركز قانوني معين.

فلا يتأثر به ولا يؤثر فيه ،فهو كل شخص لا تمسه شريعة العقد ولا ينصرف اليه اثر العقد الا في حالتين هما الاشتراط لمصلحة الغير، والتعهد عن الغير في المواد 114 و 116 من القانون المدني الجزائري .

و على مرور الزمن تطورت العلاقات التعاقدية فأصبح مفهوم الغير بهذا المعنى البسيط لا يساير هذا التطور ،لأن العلاقات التعاقدية أصبحت معقدة ومتداخلة بين الاشخاص ،مما جعل الفقه يراجع مفهوم الغير ،فلو حظ ان هذا الاخير أصبح موقفه ومركزه يتشابك في العلاقات القانونية وليس ذلك الشخص المستقل عن العقد .

فبدأ الفقه بمحاولة وضع قاعدة قانونية تفسر تطور مركز الغير في العلاقات التعاقدية والخروج من قاعدة النسبية المطلقة التي تعني استقلال الغير بالنسبة للعقد وعدم تأثره به وتأثيره فيه .

المستقبل للدراسات القانونية و السياسية، مجلة دولية محكمة تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية-المركز الجامعي آفلو.

المجلد الرابع-العدد الثاني-ديسمبر 2020

Email : mostakbalafrou@gmail.com ————— ISSN : 2543-3865

الدكتور: الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة : خليل إيمان - جامعة المدية

فكانت البداية باعتبار أن العقد هو واقعة قانونية وبه لا يمكن للغير أن يدخل أو يتأثر به وظهرت وجهة نظر جديدة مفادها أن المشرع الفرنسي قد نص على عدم نفاذ العقد في مواجهة الغير في حالات معينة كالصورية وعدم ثبوت التاريخ.

وهذا يعني أن القاعدة العامة هي أن ينفذ العقد في مواجهة الغير فلو لم يكن العقد نافذا في مواجهة الغير لما احتاج المشرع للتدخل ، و منه يكون للعقد وجود قانوني لا يمكن للغير تجاهله³.
وعليه استوجب علينا طرح الإشكالية الآتية:

- ما هي مكانة الغير بالنسبة للعقد باعتباره أصبح يؤثر و يتأثر بالعقد ؟

من اجل الاحاطة بما تقدم من تساؤلات و محاولة الاجابة عنها سنعتمد في دراستنا لهذا الموضوع على المنهج المقارن سبيلا لمعالجة موضوعاته بين القانون المدني الجزائري والقانون الفرنسي ومختلف القوانين العربية على رأسهم القانون المصري ، وكذلك المنهج التحليلي في تحليل النصوص القانونية و في استقراء توجهات القضاء وعرض اراء الفقه الفرنسي وفق التقسيم التالي:

المطلب الأول :مراحل تطور مفهوم الغير

المطلب الثاني :صور تطور مركز الغير

الامر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 ،يتضمن القانون المدني ،المعدل والمتمم بالقانون³ رقم 07-80 المؤرخ في 9 غشت 1980 في مادته 107 / 1 ق م ج (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه ويحسن نية).

المطلب الأول - مراحل تطور مفهوم الغير:

إن الترابط بين العقود، أدى إلى نشأة المصلحة وبها تم تغيير الأماكن، فالغير يصبح دائن والغير أيضا يصبح مدين، أشار إلى هذه الفكرة، الفقيه savatier وأكد على أهميتها فيما يخص مسألة تصنيف الغير والمكانة التي يحتلها، و يوجد من أسس تطور مكانة الغير على نظرية الدعوى المباشرة لأنها تقوم بين أشخاص هم الغير في العقد، ويكون طرف في عقد آخر⁴ وهذا ما سنتاوله على التفصيل التالي :

الفرع الأول- تطور مفهوم الغير بظهور المجموعة العقدية:

يرى أصحاب نظرية المجموعة العقدية ، أن نظرية الطرف يجب أن تتسع لتشمل إلى جانب معنى الطرفين في عقد واحد، معنى الأطراف في عقدين متميزين يشكلان مجموعة واحدة، معنى ذلك أن الطرف سيضم فئتين، أولهما الطرفين المتعاقدين في عقد واحد.

وتضم الثانية الاطراف المتعاقدة في مجموعة عقدية واحدة ، إذ يرى Teyssie أنه إذا نشأت مجموعة عقدية، فمن الجائز التساؤل فيما إذا كان هذا الانشاء ينعكس على ظهور علاقات عقدية بين أشخاص لم تربطهم علاقة عقدية مباشرة ، فإذا تأكد وجود هذه العلاقات

⁴ رغم هذا الارتباط في العقود فالمؤجر الاصلي مثلا يمكنه القيام بدعوى مباشرة على مدين المدين لاستخلاص اجره الذي يكون في حدود ما لدائنه عليه بموجب العقد الثاني المبرم بينهما ،فالتزامات مدين المدين تكون هي نفسها التزامات المدين مع الفرق في الاشخاص .

العقدية بينهم فهذا يعني أن ثمة تعدي قد حصل لمفهوم مبدأ نسبية أثر العقد ومفهوم الغير، وهذا التعديل يتمثل في أن الأطراف في المجموعة العقدية ليسوا من فئة الغير بالمعنى التقليدي⁵.

ويذهب جانب من الفقه الى أن الاعتراف بهذه الدعاوى المباشرة إنما يفسر قيام علاقات من طبيعة عقدية بين أطراف المجموعة الواحدة، ولما كانت هذه العلاقات مرتبطة بوجود المجموعة ذاتها ولا تنفصل عنها، فانه تبعاً لذلك ينبغي مواصلة الطريق في الاتجاه ذاته، مما يسمح للمجموعة العقدية ان تستجمع اثارها كاملة بحيث لا يقتصر دورها على إنشاء دعاوى مباشرة للضمان أو للمطالبة بالوفاء وإنما يمتد ليشمل أي دعوى عقدية تتعلق بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن أي عقد يقع ضمن هذه المجموعة، بما في ذلك دعوى المسؤولية الناتجة عن الإخلال بهذه الالتزامات، بحيث تكون تلك الدعاوى من طبيعة عقدية تقصيرية⁶.

و هو ما أخذ بالفقيه (ويلي) للتأكد بأنه لا يمكن الجزم بأن العقد الأصلي يجعل من الغير مدينا، ذلك أن العقد الثاني هو سبب القيام ضده ، وليس لأنه مدين في مواجهة الدائن⁷.

ومن ثم فإن الأسلم القول بأن الغير يمكن أن يكتسب مكانة في العقد بمناسبة تلقيه حقا ، من ذلك أنه يمكن أن يصبح دائئا لمدين المدين ويطلبه بالتنفيذ بدلا عن المدين الأصلي ، لكنه في المقابل يبقى غيرا بالنسبة للعقد الثانوي ولا يمكنه مطالبته بتنفيذه ، حيث أن دوره يتوقف على

محمد عبد المالك محسن الحبشي ، النظام القانوني لفسخ العقد في اطار المجموعة العقدية المرجع السابق، ص149.⁵
نزيه المهدي، نظرات في الاستخلاف الخاص، مذكرات مطبوعة على الآلة الكاتبة، جامعة القاهرة، ص44.⁶

⁷ Audrey Gougeon. L'intervention du tiers à la formation du contrat.op cit.p320.

إستفاء حقه من مدين المدين ،وينتهي هذا الفقيه بالتأكيد بأن الدائن الغير يكسب الحق مباشرة ويطالب به كدائن دون منافسة كل الدائنين .

و قد مال القضاء حينما يلاحظ وجود ترابط متبادل بين علاقة تعاقدية واخرى من الناحية العملية فانه يكييفها على اساس انها علاقة ثالثة ،بمعنى انها علاقة بين المتعاقدين والغير وذلك بافتراض صدور ارادتهم حول تنفيذ العقد دون ان يتم التعاقد بينهم مباشرة⁸ .

و فكرة الترابط المتبادل بين العلاقات التعاقدية بدأت تؤسس لنشأة روابط اخرى بين الاشخاص المتولدة بينهم ارتباطات تعاقدية لم يكونوا اساسا قد ارادوها أو سعو لتحقيقها ،ذلك أن الواقع العملي أصبح يدفع أثر العقد خارج الحدود التي ارتأها له اطرافه⁹ .

مثاله فكرة الاشتراط الضمني التي ابتكرها فقه القضاء للتوسع في امكانية تدخل الغير في العقد وأيضا الحكم بانصراف أثر العقد الى الخلف الخاص مستندا في ذلك الى اراء الفقهاء التي حاولت استنباط عديد الوسائل ، لتأصيل هذا التدخل وتبريره .

فبدأ عدد الأطراف الذين يوصفون بالغير في تناقص مستمر باعتبار أن العلاقة الناشئة عن العقد الأصلي هي مرتبطة أساسا بالعلاقة الناشئة عن العقد من الباطن.

⁸ Mazeaud h .La maxime error.communis.facitjus.REV.Trim.Dr civ 1929.p29.

⁹ MAZEAUD H .la maxime error.communis .ibid.p130.

الدكتور: الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة : خليل إيمان - جامعة المدية

فالإخلال بالعقد الاصلي يضر بالدائن الذي يمكنه ان يتجاوز شخص مدينه للمطالبة بالتنفيذ ،ليتعدها لشخص مدينه ، نظرا للعلاقة العقدية المترابطة ، و التكامل بين العقدين في عملية التنفيذ ، فالغير يصبح طرفا ويسأل عن التنفيذ وعن الالتزام به¹⁰.

ان تحليل اهمية تطور مكانة الغير في العقد ينظر اليه من ناحية قصور التعاريف التقليدية عن ارساء دور فاعل له خارج قيود النسبية العقدية ، و لعل فكرة الحماية الخاصة للغير كانت اساس تبرير هذا التطور ، سواء اعتمادا على مبدأ نسبية اثر العقد المرتكز على اساس حرية التعاقد وصيانة حرية الغير واستقلاله .

وهو مبدأ يفرضه استقلال الذمم المالية ، فوجود مصطلح الغير في اطار الاثر الملزم للعقد او بين التناقض مع مبدأ التوازن بين العقود المختلفة ، وقد اثبتت مسألة تطور مكانة الغير في العقد بالتوازي مع التطور في العلاقات بين الافراد بحيث يصعب ادراجها ضمن طائفة العقود التي نظمها المشرع نظرا لما يتطلبه الواقع العملي والبيئة التجارية من تطور كان لا بد من البحث عن مفاهيم قوانين جديدة لهذه العقود في تجاوز لتطبيق القواعد التقليدية نحو تأسيس وارساء مركز اكثر فعالية للغير ودوره في العقد حيث أن تدخل غير المتعاقد يمثل طريقا حقيقيا لتنفيذ العقد نظرا لانتقال محور العقد من اشخاصه الى موضوعه او محله ، وهو ما من شأنه ان يفتح المجال

¹⁰SAVATIER.Rlepretendu principe de l effet relatif des contrat.R.T.D.civ 1934.p112.

الدكتور: الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة: خليل إيمان - جامعة المدية

لمشروعيته مساهمة واسعة لغير المتعاقد في تنفيذ العقد وذلك ان استبدال المتعاقد بشخص من الغير يأتي استجابة لظاهرة التطور

لأن الإعتبار الشخصي لا يحول دون تدخل غير المتعاقد باعتبار انه يمكن التوفيق بين الاعتراف الشخصي والتنفيذ¹¹.

الفرع الثاني - تطور مفهوم الغير في نظام المسؤولية:

ففي مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد يقصد بالغير أي شخص غير المتعاقدين ومن يقوم مقامهما اي خلفهما العام والخاص، لان سريان العقد في حق الخلف العام أو الخاص يجعلهما مسؤولين أمام الدائن مسؤولية عقدية وفقا لأحكام العقد.

وفي نطاق الغير الذين يقصد بهم أي شخص غير المتعاقدين وخلفهما، ينبغي التمييز بين الغير الذين يستعين بهم المدين ليعهد لهم بتنفيذ الالتزام، أو ممارسة حقا من حقوقه، برضاه الصريح أو الضمني والغير الذين يتدخلون بناء على طلب المدين، أو من تلقاء انفسهم، ليقفوا حاجزا أمام تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد، ففي هذا ظهر في الفقه اتجاهان متضادان، يدعو احدهما الى تأسيس مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد على احكام العقد الذي تم الإخلال به،

هناك خيرى احمد خليفة، المسؤولية المدنية في نطاق الاسرة العقدية، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص.45¹¹

الدكتور: الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة : خليل إيمان - جامعة المدية

فقالوا بأن مسؤولية الغير هي ذات طبيعة عقدية؛ بينما يدعو الآخر الى تأسيس مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد على احكام المسؤولية التقصيرية¹².

ويقوم هذا الاتجاه على تنفيذ حجج الاتجاه الأول بحجج مستمدة من المبادئ القانونية ومن نصوص التشريع وموقف القضاء، فالعقود التي يمكن ان تحرك مسؤولية الغير عند الإخلال بها، هي العقود الصحيحة ايا كانت طبيعة الحقوق التي تنشأها، فسواء كانت حقوقا شخصية أو عينية، فان الغير لا يستطيع الإخلال بها وعليه أن يحترمها ويمتنع عن إتيان أي فعل أو تصرف يشكل إخلال بها أو يمنع الدائن من استيفاء حقوقه.

المطلب الثاني - صور تطور مركز الغير:

يتبين التطور الحاصل في مركز الغير في العقد من خلال نظامين أولهما نظام المجموعة العقدية (المبحث الأول) و ثانيهما نظام المسؤولية العقدية (المبحث الثاني).

الفرع الأول - تطور مركز الغير في نظام المجموعة العقدية:

بظهور نظرية المجموعة العقدية¹³، قد اثر بشكل او بأخر على مفهوم الطرف في العقد، حيث حاول انصار هذه النظرية تطوير المفهوم التقليدي للطرف في العقد، من خلال توسيع هذا المفهوم ليشمل فئة من الاشخاص كان الفقه التقليدي يعدهم من الغير.

و1. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، مشكالت المسؤولية، ج1، ص 211
V. Planiol- Ripert par P. Eismein, Traité partique de Droit civil français, t.IV, 2eéd, Paris, 1952, no590

الدكتور: الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة : خليل إيمان - جامعة المدية

فمادام كل طرف من أطراف هذه المجموعة له الحق بالرجوع على بعضهم البعض بدعوى عقدية لا يمارسها سوى أطراف العقد بالمعنى التقليدي، ومن ثم فإن الشخص سيجرد من وصف الغير إذا كان طرفاً في مجموعة عقدية بالنسبة لكل عقد من عقود المجموعة العقدية، طالما كان طرفاً في عقد يناظر باقي عقود المجموعة من حيث المحل أو السبب، لذلك فإن المجموعة العقدية تصلح كأساس لتقرر بموجبه دعاوى عقدية مباشرة ومتبادلة بين المتعاقدين، وباعتبارها مصدراً مباشراً لدعاوى عقدية على هذا النحو، فإن وجود المجموعة العقدية يؤدي بذاته إلى خلق نسيج عقدي متماسك ومرتبطة .

فإذا كان المشتري الثاني له أن يرجع مباشرة بالضمان على البائع الأصلي، وكذلك لمشتري العقار أن يرجع بالضمان على المقاول الذي كان البائع قد تعاقد معه، كما أن للمؤجر دعوى

ان وجود أي نظام قانوني يستلزم وجود مشكلة واقعية حتمتها الحياة نتج عنها مصاعب قانونية مما يؤدي الى وجود نظام قانوني يقوم بحل تلك المشكلات، فالمجموعة العقدية وجدت من الناحية الفعلية بوجود العقود التي كونت المجموعة العقدية، فعرّفها الأستاذ فيصل زكي عبد الوهاب في كتابه، المسؤولية المدنية في اطار الاسرة العقدية (هي مجموعة الأشخاص الذين يساهمون في تكوين تصرفات قانونية متعاقبة على مال واحد او --مترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك (و في تعريف اخر (هي مجموعة من العقود تنصب على شئ واحد وتتابع اثار العقود بدءاً من المالك او المنتج وصولاً الى المستهلك) حمدي عبد الرحمان، شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية والشريعة الاسلامية، مطبعة دار المعارف بمصر، 1916، ص109.

وعرفها اخرون (هي مجموعة العقود تتابع وترد على محل واحد وان كان اطرافها مختلفين، د عبد الحميد عثمان الخفناوي، المسؤولية المدنية للمقاول من الباطن، ط1، ص112، وفي تعريف اخر (هي ارتباط عدة عقود مستقلة بوحدة الغاية والهدف)، مصطفى عبد السيد الجارحي فسخ العقد، دار المعارف، مصر، 2001، ص30.

وفي تعريف اخر (المجموعة العقدية هي مجموعة من العقود ارتبطت بتعاقبها على مال واحد او بتحقيقها لهدف مشترك دون اتحاد اطرافها عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج1، ص57.

الدكتور: الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة : خليل إيمان - جامعة المدية

مباشرة ضد المستأجرين من الباطن يطالبهم بمقتضاها بالأجرة المستحقة في ذمتهم حسب نص المادة 507 فقرة اولى مدني جزائري¹⁴.

فهذه العقود يمكن ان تفسر الاهمية التي رافقت تطور الغير في العقد وهي تتخذ صورتين :

1-صورة مجموعة التصرفات التي تتعاقب على مال واحد؛ وبالتالي فمحل الالتزام يكون القاسم المشترك بين تلك التصرفات وتدور جميعها حوله.

2- صورة مجموعة التصرفات القانونية التي تترابط بقصد تحقيق هدف اقتصادي مشترك يجمع بين تلك التصرفات فهي بصورة اخرى مجموعة التصرفات القانونية التي تتفرع عن رابطة قانونية اصلية بين طرفين من خلال تعاقبهما او ترابطهما ،فصد تحقيق عملية اقتصادية مشتركة¹⁵.

و يجمع بين تلك التصرفات وحدة الهدف¹⁶ ، فبعد الانتقاد المتواصل لمسألة نسبية اثر العقد حتى انه وصف بأنه مبدأ مزعوم ،ظهرت عقود اخرى كعقد اللينغ وعقد البيع بثمن مؤجل وعقد المقاول الفرعية لتمثل مظهرا من مظاهر اهمية تدخل هذا الغير في العقد ودوره الأساسي في التنفيذ

¹⁴المرجع نفسه ،ص 137.

¹⁵ ESPAGNON.LA REGLE DU NON-COMUL DE RESPONSABILITE CONTRACTUEALL.THESE PARIS .1980.P122.

¹⁶ ESPAGNON.LA REGLE DU NON-COMUL DE RESPONSABILITE CONTRACTUEALL..opcit P123.

الدكتور: الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة: خليل إيمان - جامعة المدية

انطلاقا من التقييد بأثر الالتزام ووصولا الى اكتساب الحق بإمكانية التي اقراها المشرع لصاحب العمل في الرجوع على مدين المدين بموجب دعوى قائمة على أساس المسؤولية التعاقدية تؤكد اهمية هذا الدور الجديد للغير تحقيقا للتوازن العقدي، في تناقض مع المفهوم التقليدي الذي يحدد قيام الغير على اساس المسؤولية التقصيرية تطبيقا لمبدأ نسبية اثر العقد¹⁷.

الفرع الثاني - صور تطور مكانة الغير في نظام المسؤولية:

إن مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، كعنوان، قد يحمل تناقضا لأول وهلة، فكيف أن الغير عن العقد، هو من يكون مسؤولا عن عدم تنفيذه، فهذا أمر يصطدم بمبدأ عام، توافقت عليه التشريعات المدنية، قديما، وحديثا، وهو مبدأ نسبية اثر العقد؛ فالمفروض إن العقد لا يفيد، ولا يضر الا اطرافه، أما الغير فهو أجنبي عن العقد، لا يفيد من العقد شيئا ولا يضر منه، فكيف يمكن أن يكون مسؤولا عن عدم تنفيذه أو الإخلال به؟

إن وجود علاقة الالتزام التي أنشأها العقد هو حقيقة واقعة، ليس في وسع الغير أن يتجاهل نشوء هذه الحقوق والالتزامات بين طرفي العقد، وليس في وسع أي من طرفي العقد أن ينكر في مواجهة الغير أن هذه الحقوق والالتزامات قد نشأت فيما بينهما، ويعبر عن ذلك

¹⁷SAVATIERJ.lepretendu principe de l effet relatif des contrats .R.T.D.civ 1934.p60.

الدكتور: الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة: خليل إيمان - جامعة المدية

بالقول: إن القاعدة هي أن العقد بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، يحتج به بالنسبة للكافة، فللغير أن يحتج به، ويحتج به عليه. وهذا هو مبدأ حجية العقد. ولكن اذا كان للعقد هذه الحجية في مواجهة الغير، فإن ذلك يثير التساؤل حول ما إذا كانت هذه الحجية تستتبع مسؤولية الغير¹⁸.

و في الواقع إن اعتبار الغير قد أدخل بمبدأ حجية العقد لم يكن كافيا في المنظور التقليدي للحكم عليه بموجب أحكام المسؤولية المدنية، و كل ما هنالك أن لا يعتبر عقده نافذا في مواجهة الدائن بالالتزام العقدي، إذا تم تكييف تعاقد مع المدين على أنه يتعارض مع حق الدائن. ويرجع ذلك الى أن مبدأ حجية العقد كان يصطدم بمبدأين آخرين، أولهما: مبدأ حرية التعاقد الذي يقضي عدم تقييد حرية الغير في التعاقد تحت طائلة المسؤولية، اذا تناقض عقده مع عقد آخر.

وثانيهما: مبدأ آخر يطلق عليه " شخصية العلاقة العقدية " ويقصد به حصر العلاقة بين المتعاقدين وقصر أثرها على ذمتها المالية، ومن ثم لا يمكن أن يخل الغير بهذه العلاقة ما لم يكن طرفا فيها أو ينصرف إليه أثر العقد على الأقل. بيد أن ما تقدم لم يحظ بتأييد مطلق من الفقهاء وخاصة المعاصرين منهم، حيث رفض اعتبار المبدأين المذكورين حجر عثرة أمام تطور العلاقات العقدية بين الأشخاص.

¹⁸ Audrey Gougeon. L'intervention du tiers à la formation du contrat.op citp322.

الدكتور: الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة : خليل إيمان - جامعة المدية

كما أن انحصار الفكر الفردي أدى الى أضعاف مبدأ شخصية العلاقة العقدية، وهذا ما وطد من مبدأ حجية العقد ليتغلب على سواه، ومن ثم ليظهر نظام مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد في تطور جديد مضاف الى مفهوم الغير¹⁹.

وقد عرف الرومان وفقا لهذا التفسير الدقيق التمييز بين الأثر الملزم للعقد والحجية المطلقة للعقد، وانتقل المبدأ الى القانون الفرنسي القديم بذات المعنى الذي كان له في القانون الروماني: لا ينظم العقد الا العلاقات بين طرفيه، فلا ينشئ حقا للغير، أو التزاما على الغير .وعن القانون الفرنسي القديم نقل قانون نابليون المبدأ، وصاغه في عبارات واضحة، في المادة 1111 مدني فرنسي القديمة ، والتي نصت على انه: « ليس للاتفاقيات أثر الابين طرفيها، لاتضر بالغير، ولا يمكن أن تفيدهم الا في الحالة المنصوص عليها في المادة 1121²⁰.

أما في القانون المدني الفرنسي الجديد فقد أتى المشرع في المادة 1111 الجديدة بصنف جديد من العقود و هو عقد الاطار LE CONTRAT CADRE .

-ولكن فقهاء القرن التاسع عشر اخذوا بالتفسير الواسع لكلمتي * يضر * و * يفيد * الواردتين في المادة 1111 مدني قديم مقدمين المعنى اللغوي لهاتين الكلمتين، على المعنى الاصطلاحي او الفني الذي كان لهما في ظل القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم. فذهبوا الى

¹⁹ JESTAZ*PH*.Iopposabilite du droit reel.R.T.D.C1986.N1.p147.

²⁰ AUBRY (C.) et RAU (C.), Droit civil français, Tome I, LGDJ, 2ème éd., Paris, 1842, p.390.

الدكتور: الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة: خليل إيمان - جامعة المدية

أن « يضر » معناها إحداث ضرر، و(يفيد)معناها الحصول على فائدة. وصار المبدأ يفيد أن الاتفاقات لا يمكن ان تحدث ضررا ماديا، ولا أن تجلب نفعاً له ذات الصفة. -وانتهى الفقه الى القول بمجرد أن نعتبر الشخص "غيراً" عن العقد، فإن العقد لا يعتبر موجوداً في مواجهته ؛ وبذلك اختفى التمييز بين مبدأ نسبية اثر العقد، الذي يحكم القوة الملزمة للعقد بين عاقيه، ومبدأ حجية العقد، الذي يحكم نفاذ العقد تجاه الغير . وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا التفسير لنص المادة 1111 مدني قديم في حكم لها جاء فيه: " الاتفاقيات غير قابلة للاحتجاج بها في وجه من لم يكونوا اطرافاً فيها، وتعبير اخر لا حجية للاتفاقيات في وجه الغير "

ولكن انكار حجية العقد تجاه الغير، يؤدي الى اضعاف القوة الملزمة للعقد بصورة غير مباشرة، ويجعل مبدأ نسبية اثر العقد فارغاً من محتواه، فاذا كان رب العمل لا يستطيع الاحتجاج بشرط عدم المنافسة تجاه رب العمل، الذي ساعد العامل الملتزم بالإخلال بهذا الشرط، عن طريق تشغيله عنده، متجاهلاً شرط عدم المنافسة، على اساس انه ليس طرفاً في عقد العمل المبرم بين رب العمل السابق والعامل؛ فهذا يعني ان الغير، يستطيع في أي وقت أن يساعد على الإخلال بالعقد، وبالتالي بقوته الملزمة، بدون أن يكون مسؤولاً، على اساس انه اجنبي عن العقد . لذلك تنبه الفقه لفساد التفسير الممنوح للمادة 1111 مدني فرنسي²¹.

²¹JOBARD-BACHELIER.M.N.droitcivil.suretes.publicite fonciere.1° Ed.Paris.1997.p54.

الدكتور: الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة : خليل إيمان - جامعة المدية

-فكتب الأستاذ Whal في عام 1113 في تعليق له على حكم محكمة اميان حول نص المادة 1111 بأنه: " يمنع مطالبة الغير بتنفيذ أحد الالتزامات الناشئة عن العقد، كما يمنع على الغير أن يطالبوا هم أنفسهم بهذا التنفيذ . " وقد عزز هذا التوجه الجديد الأستاذ Weill في أطروحته للدكتوراه الموسومة " مبدأ نسبية الاتفاقيات في القانون الخاص الفرنسي " التي جرت مناقشتها في ستراسبورغ في عام 1931، وأطروحة السيد Calastreng حول " نسبية الاتفاقيات " التي جرت مناقشتها في تولوز في عام 1931 - 08 - 22 .

بأن هذا الفهم الجديد لنص المادة 1111 مدني يقود الى تحديد نسبية اثر العقد بالنسبة لطرفيه بالأثر الملزم للعقد، ويكشف عن حجية اثر العقد بالنسبة للغير، فقد أجمع الفقه الفرنسي الحديث على أن القاعدة الواردة في المادة 1111 مدني (ق م قديم) تتعلق بالأثر الملزم للعقد، ولا تتعلق الا به، وأن لكلمتي (يضر) « و » (يفيد)، معنى قانوني دقيق يختلف كلية عن المعنى الدارج لهما في اللغة: يضر بمعنى إنشاء التزام في ذمة الغير، ويفيد معناها ترتيب حق له. ويكون معنى القاعدة: أن العقد لا ينشئ علاقة التزام الا بين الطرفين اللذين تراضيا على إنشاء هذه العلاقة، فلا ينشئ في ذمة الغير التزاما ولا يكسبه حقا. ولا تعني القاعدة شيئا غير ذلك، ولا تمنع، على الخصوص، نفاذ العقد في مواجهة الغير. فالعقد بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، واقعة

²² DROSS (W.) et MALLET-BRICOURT (B.), La transaction : propositions en vue de la réforme du Titre XV Livre troisième du Code civil "Des transactions", La Documentation française, Paris, coll. Perspectives sur la justice, 2014, 475 p.

اجتماعية ليس في الوسع تجاهلها، فليس في وسع الغير أن يتجاهل نشوء هذه الحقوق والالتزامات بين طرفي العقد، وليس في وسع أى من طرفي العقد أن ينكر في مواجهة الغير أن هذه الحقوق والالتزامات قد نشأت فيما بينهما. ويعبر عن ذلك بالقول إن القاعدة هي أن العقد بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، يحتج به بالنسبة للكافة، فللغير أن يحتج به، ويحتج به عليه.

هناك إذن مبدآن أساسيان متميزان كشف عنهما التفسير الجديد لنص المادة 1111 مدني فرنسي، مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد، ومبدأ الاحتجاج المطلق بالعقد، وقد واكب القضاء الفرنسي الفقه في تطوره هذا²³، ولم يكن قد سبقه في بعض جوانب هذا التطور، فقد قضت الغرفة المدنية في محكمة النقض استنادا لأحكام المادة 711 مدني بأن: " العقود التي تصلح سندا للملكية هي العقود التي تبرم بين البائع ومن تلقى هذه الملكية. وأن حق الملكية سيتصدع بصورة دائمة إذا لم تكن للعقود التي تنقلها قيمة الا في مواجهة اطرافه²⁴ .

وإن مبدأ نسبية اثر العقد الذي اشارت اليه المادة 1111 مدني لا ينطبق على " التصرفات التي بها تكتسب أو تنتقل الملكية. فهذه التصرفات فيما يتعلق بذلك هي حجة على الغير " ويلاحظ على هذه الأحكام انها تتعلق بشكل اساسي بحق الملكية وبصورة اوسع بالحقوق

²³GEMEI.H.lopposabilite des contrats en droit francais et egyptien these de doctorat paris.1987.p45.

²⁴STARCK.B.des contrats conclus en violation des droits contractuels d autrui.j.c.p.1954.chr.1180.

العينة المتفق على حجيتها في مواجهة الكافة، بخلاف الحقوق الشخصية التي ليس لها سوى اثر نسبي²⁵.

فالغير ليس في مقدوره انتهاك حق الدائن تجاه مدينه بدون مسؤولية، فكل حق أيا كان، يولد واجبا عاما على الكافة، مضمونه الامتناع عن التعدي على حق الغير، هذا الواجب العام هو ما تسميه أو تصوره النظرية الشخصية خطأ بأنه " التزام سلمي عام "، فليس ثمة حق لا يحتاج به اتجاه الكافة، إذ أن التزام الناس بعدم التعرض، ناشئ عن وجوب احترامهم للقانون، والنظام لذلك نجد أن هذا الواجب العام، يعيش على هامش الذمة المالية، دون أن يكون جزءا من جانبها السلمي²⁶.

وبالتالي يتميز وضع المدين في الحق الشخصي، فهو ليس في وضعه ملزما تجاه الجمهور بمراعاة حق الغير فقط، انما هو ملزم فوق ذلك بأداء معين - قيام بعمل أو امتناع عن عمل ، يظهر في الجانب السلمي لذمته المالية. في حين ان الواجب السلمي العام الذي تتكون منه - أو من مجموعة الواجبات العامة - الحدود الطبيعية لحرية كل فرد، ونشاطه²⁷، والتي لا تندرج في الجانب السلمي من الذمة المالية للأفراد. ويبدو أن التقسيم الجديد للحقوق المتعلقة بالذمة المالية

²⁵STARCK.B.des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui .op cit.p1181.

²⁶ FAGES (B.), Droit des obligations, LGDJ-Lextenso, 6ème éd., Paris, coll. Manuels, 2016, 588p.et MAZEAUD (H.), (L.) et (J.), Leçons de droit civil, Tome III, Montchrétien, 5ème éd., 1984, p.133.

²⁷Fontaine.m.les effets internes et externes des contrats .opcit.p46.

الدكتور: الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة: خليل إيمان - جامعة المدية

الذي اقترحه Ginossar يقدم تفسيراً جديداً لحجية الحق الشخصي تجاه الغير، وهو الحق الذي يشكل وفق وجهة نظره، أحد الألباز، الذي عجز الفقه التقليدي عن تفسيره، فكيف يضاف الى الحق الشخصي الذي يعتبر حقاً نسبياً، التزام عام، بالامتناع عن المساس بهذا الحق، وكيف يفرض هذا الالتزام على الغير؟

ويجب الأستاذ Ginossar على هذا التساؤل بأن الحق الشخصي أو الالتزام يفرض على "الغير" لان الحق الشخصي حجة عليه؛ أما كيف يعد حجة عليه، فأن ذلك يرجع الى ان الدائن يعد مالكا للدين، فالحقوق جميعها حقوق ملكية، و الملكية مرادفة للحق، وانه كما توجد ملكية العين او توجد ملكية الدين، فالدين هو شيء يعود للدائن، ويرتبط بدمته المالية، باعتباره أثر لحق الملكية والحق الشخصي عائد للدائن، وبذلك يمثل ملكيته على الدين.

هذه الملكية تتجلى في مظهرين: أولهما: مظهر داخلي وهو امتيازات حق الملكية التي تمنح للدائن، فالأخير يستطيع أن يتصرف بالدين كمالك، كأن يتصرف به عن طريق الحوالة، او يثقله بحق عيني، عن طريق الرهن رهن الدين، فلا يستطيع أي شخص تجريد الدائن من حقه الشخصي²⁸.

²⁸BILLIAU.M.lopposabilite des contrats ayants pour objet un droit reel.in les effets des contrats a l egarddes tiers comparaison franco-belges.L.G.D.J.paris.1992.p8.

الدكتور: الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة: خليل إيمان - جامعة المدية

بينما القول: بأن الحق الشخصي هو عبارة عن ملكية اشياء غير مادية، يمكن الدائن باعتباره مالكا، من الدفاع عن حقه، واسترداد حيازة سند الدين، في حالة انتزاعها من قبل الغير، بالطريقة ذاتها، التي يسترد بها المالك حيازة الشيء.

كما يستطيع أن يمارس دعوى غير مباشرة في مواجهة مدين مدينه، لحماية حقه الشخصي، كذلك يستطيع ان يرجع على مدينه بضمان الاستحقاق، بل أن الدائن في ممارسته لدعوى عدم نفاذ التصرفات، والدعوى الصورية، يؤكد بما لا يقبل الشك، بحجية حقه في مواجهة "الغير".

ومادام الأمر كذلك فإن هذه الحجية تفرض على الغير واجب احترام الحق الشخصي، فإذا أخل بهذا الواجب، بالتعاقد مع أحد طرفي العقد، وأدى ذلك إلى إخلال الأخير بالتزاماته العقدية، ف "الغير يكون مسؤولا عن هذا الإخلال .

إن محاولة الأستاذ جينوسار لإعطاء حجية للحق الشخصي، شبيهة بتلك الحجية المعطاة للحق العيني عن طريق هدم التمييز بين الحقين، واعتبار جميع الحقوق المالية ملكيات، ترد على اشياء مادية وغير مادية، رغم أهميتها وحدثتها لا يمكن ان تصمد امام النقد، بالإضافة الى انها لم تفلح في هدم التمييز التقليدي للحقوق المالية الى عينية وشخصية، و أن تقسيم الحقوق المالية الى حقوق عينية وحقوق شخصية، انما تقوم على حقيقة مفادها ان الحق العيني والحق الشخصي

المستقبل للدراسات القانونية و السياسية، مجلة دولية محكمة تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية - المركز الجامعي آفلو.

المجلد الرابع - العدد الثاني - ديسمبر 2020

Email : mostakbalaflo@gmail.com ————— ISSN : 2543-3865

الدكتور: الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة : خليل إيمان - جامعة المدية

كلاهما ينصب على شيء حصل عليه صاحبه في الحالة الأولى، في حين يأمل ان يحصل عليه في الحالة الثانية، عن طريق نشاط المدين²⁹.

وصولاً الى تبرير مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، نابعة من الخلط بين الواجب العام " الواجب العام السليبي " والواجب الخاص obligation personnelle الذي يقع على شخص معين دون غيره من الأشخاص، ويجعله خاضعاً لإرادة صاحب الحق، ملزماً ان يعمل له شيئاً معيناً، أو أن يمتنع من أجله عن عمل معين والذي يعد الحق الشخصي أو حق الدائنية créance de droit نسبية ومثال عليه وما زاد الأمر غموضاً تقسيم الحقوق الى حقوق نسبية relatifs droits وحقوق مطلقة absolus droits، وأهم مثال للنوع الأول الحق الشخصي، وأهم مثال للنوع الأخير حق الملكية، أن الواجب السليبي العام " هو الذي يقارن كل حق، فيفرض على الكافة عدا صاحب الحق، أن يمتنعوا عن التعرض لصاحب الحق، في استعمال حقه، فهو واجب سليبي، لا يلزم المرء بالقيام باي عمل، وانما يلزم فقط بالامتناع عن الاعتداء على حق الغير³⁰.

²⁹BILLIAU.M.lopposabilite des contrats ayants pour objet un droit reel.in les effets des contrats a l egard des tiers.op cit.p12.

³⁰ SALAS (D.), Le tiers pouvoir. Vers une autre justice, Fayard, Paris, 2012, 291p.

الدكتور: الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة: خليل إيمان - جامعة المدية

أما الواجب الشخصي أو الخاص " الالتزام بمعناه الفني الدقيق " فهو يقابل نوعا معينا من الحقوق دون غيره؛ ويلزم شخصا معينا، بعمل شيء، أو الامتناع عن عمل شيء، لمصلحة صاحب الحق، فهو قد يكون ايجابيا القيام بعمل وقد يكون سلبيا الامتناع عن عمل.

الفرع الثالث - الطبيعة القانونية لمسؤولية الغير:

تضاربت اراء الفقه بصدد تحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية الغير فذهب اتجاه الى انها ذات طبيعة عقدية واتجاه اخر ذهب الى انها ذات طبيعة تقصيرية، ولكن اصحاب هذا الاتجاه اختلفوا في اساسها القانوني، فقال بعضهم بأنها: دعوى عدم نفاذ تصرفات، وقال البعض الآخر بأنها: دعوى منافسة غير مشروعة، وقال آخرون بأنها: دعوى تعسف في استعمال الحق، وقال عنها آخرون انها: مبنية على اساس الغشازاء هذه الاتجاهات، ظهر رأي في الفقه، يصف مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، بأنها: تقصيرية، تخضع للقواعد العامة في المسؤولية المدنية³¹.
ويقدمها كنتيجة لحجية العقد تجاه الغير، وبصورة ادق التزام عدم الإضرار الناتج عنها وبه فنكون أمام وجود اختلاف حول مسؤولية الغير اختلف حولها الفقه، وهذا ما سنحاول تحليله كما يلي:

³¹ Nicolas Crozier. RESPONSABILITÉ DES PARTIES À L'ÉGARD DES TIERS - L'ARRÊT MYR'HO, 10 ANS APRÈS. - VENDREDI 24 FÉVRIER 2017. article publie dans le site <https://www.village-justice.com>.

أولا - مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد ذات طبيعة عقدية:

إن المسؤولية العقدية ينحصر نطاقها الفني في الروابط بين المتعاقدين³² وعليه ذهب جانب من الفقه الفرنسي الى ان الاعتراف بمسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، يعني بالضرورة الاعتراف بأن الغير تنكر الالتزام موجود سابقا ومفروض عليه. والحال ان هذا الالتزام لا يمكن ان يكون مصدره الا العقد - وليس المبدأ العام للحجية - الذي يمكن ان يرتب التزامات على عاتق المتعاقد وأخرى على عاتق الغير، كما يرتب حقوقا للمتعاقد وأخرى للغير .

و هذا الالتزام المفروض على الغير ، كالاتزام عقدي وليس كمجرد واقعة هو عبارة عن التزام سلبي يجد مصدره في العقد ذاته الذي انتهكه الغير، مضمونه عدم القيام بأية أعمال تمنع الدائن من استيفاء حقه الناشئ من العقد³³.

فتدخل الغير في منع تنفيذ العقد يثير مسؤوليته التي يجب أن تكون ذات طبيعة عقدية، كمسؤولية المتعاقد الذي اشترك معه هذا الغير في الإخلال بالتزامه ويقول ديموج - هو ذو طبيعة

³²sem-linkOlivia Robin. La responsabilité du contractant à l'égard des tiers .Revue juridique de l'Ouest, 2003-p103.

طارق كاظم عجيل، مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد دراسة تأصيلية مقارنة،مقالة منشورة في الموقع الالكتروني³³ <https://www.iasj.net/>،ص91

الدكتور: الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة : خليل إيمان - جامعة المدية

تشريعية وهو الذي يدفع هنا الى اعطاء أثر سلبي للالتزام أو الحق الناشئ من العقد تجاه الغير³⁴، وأن مسؤولية الغير الذي يشترك مع المتعاقد، في الإخلال بالتزامه، هي مسؤولية عقدية، كمسؤولية هذا الأخير.

ثانيا-مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد ذات طبيعة تقصيرية:

ذهب جانب من الفقه³⁵ الى القول: بأن مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد هي ذات طبيعة تقصيرية ولكن الفقه اختلف في اساس هذه المسؤولية، فذهب رأي قديم ، في ظل التفسير التقليدي المعيب للمادة 1111 مدني فرنسي، الى أن مبدأ نسبية اثر العقد يمنع أن تقوم على عاتق الغير ، الذي يشارك مع المدين في الإخلال بالتزاماته العقدية، مسؤولية خاصة، مستقلة عن تلك التي تثقل هذا الأخير.

فالالتزام، علاقة شخصية وذات آثار نسبية، لا يمكن أن يخل به سوى المدين فيه، لا الغير، الأجنبي عنه، والذي لا تقع عليه، إذا جازت مساءلته، (سوى مسؤولية مستعارة) تجري على نسق مسؤولية المدين.

ويبدو أن هذه القاعدة هي ذاتها المطبقة في تحديد الغير المسؤول عن الإخلال بالعقد.

³⁴ DURRY.G.la distinction.de la responsabilite contractuelle et de la responsabilitedelictuelle .montreal.1986.p123.

³⁵Huguenev, Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligationcontractuelle, Dijon, 1910, p. 214 et s.

ثالثا - مسؤولية الغير في الشريعة الاسلامية:

ان الشريعة الاسلامية ايضا تعرف مبدأ حجية العقد وتفرض على الغير واجب احترام العقد، بل واحترام المفاوضات العقدية ايضا، وأن مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد لا تقوم الا بتوفر ثلاثة شروط هي:³⁶

1: صحة العقد الذي تم الأخلال به، فلا مسؤولية في حالة الإخلال بالعقود الباطلة،

2: تدخل الغير شخصيا في الإخلال بالعقد، فلا مسؤولية على الغير الذي يسبب امتناعه عن القيام بعمل معين إخلالا بالعقد، الا على سبيل الاستثناء.³⁷

3: علم الغير بوجود العقد الذي تم الأخلال به، فالغير اذا كان مسؤولا لتعمده بالإخلال بالعقد، فإنه غير مسؤول إذا أهمل في الاستعلام عن العقد، بحيث ادى عدم الاستعلام عن وجود العقد الى الإخلال به، لان القانون لا يفرض على المتعاقد واجب الاستعلام عن عدم ارتباط مدينه بعقود يعد تعاقد معه إخلالا بها.³⁸

كما أن مبدأ حجية العقد الذي تؤسس عليه مسؤولية الغير، لا يفرض مثل هذا الواجب الإيجابي، وانما هو يفرض فقط واجبا سلبيا على الغير مقتضاه الامتناع عن الإخلال بالعقد الذي

³⁶DURRY.G.op cit.p151.

³⁷DURRY.G.op cit.p151.

³⁸HUET.J.responsabilite contractuelle et responsabilitedelictuelle.essai de delimitation entre les deux ordres de responsabilite .dactylo.universite de paris 2.p59.

يعلمه، وهذا يعني أن الخطأ في هذه الصورة من صور المسؤولية، يتمتع بتحديد مفاده أن الغير لا يعد مسؤولاً إلا إذا أخل بعقود يعلم مسبقاً بوجودها، وقام بفعل أو تصرف قانوني أدى إلى الإخلال بها، والغير لكي يكون مسؤولاً عن الإخلال بالعقد يجب أن يعلم بالعقد وقت تعاقد مع المدين، وهذا يعني استبعاد مسؤولية الغير، إذا علم بالعقد الذي تم الإخلال به بعد إبرام عقده مع المدين، ومع ذلك وجدنا أن الغير في نطاق العقود المستمرة التنفيذ أو الدورية التنفيذ، يعد مسؤولاً منذ اللحظة التي يعلم بها بأن تصرفه يعد أخلًا بحق الدائن التعاقدية³⁹.

وبالتالي فالغير إذا أخل بالعقد، فإنه يكون مسؤولاً مع المدين على سبيل التضامن، بتعويض الدائن عما أصابه من ضرر، وقد يتخذ هذا التعويض صورة عدم نفاذ عقد الغير مع المدين في حق الدائن، ومع ذلك لا يمنع هذا الجزاء - أي عدم نفاذ العقد - الدائن من المطالبة بالتعويض المادي لجبر كامل الضرر وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية وأن التحديد الاتفاقي للتعويض لا يسري في حق الغير الذي أخل بالعقد⁴⁰

فلا يستطيع أن يحتج به على الدائن، كما لا يستطيع الأخير أن يحتج به على الغير لأن أثر العقد لا ينصرف إلى الغير، لكي يحكم عليه بالشرط الجزائي، وإنما مسؤولية الغير تقوم على أساس

عباس حسن الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، 1985، ص37،³⁹ حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، مطبعة نوري، مصر، 1943، ص214.

⁴⁰HUET.J.responsabilite contractuelle et responsabilitedelictuelle.op cit.p64.

ان ما أبرمه من عقد مع المدين يمثل خطأ؛ ما دام يؤدي الى اعاقه تنفيذ التزام ناشئ عن عقد سبق للمدين ابرامه مع الدائن.

فالحجية هي التي تفرض المسؤولية، وليس العقد فالشرط الجزائي جزء منه، وأن القول بخالف ذلك يؤدي الى اعتبار الغير بحكم الطرف بالعقد، ويؤدي الى الخلط بين مبدأ نسبية اثر العقد ومبدأ حجية العقد، وهو خلط ركزنا في ثنايا البحث على تجنبه وعدم الوقوع به⁴¹.

الخاتمة :

بانعقاد العقد صحيحا وتوافر كل اركانه يترتب التزامات على المتعاقدين اذا كان العقد ملزما للطرفين وهذا ما يميز العقد الملزم لجانبين كعقد البيع مثلا فالبايع فيه يلتزم بتسليم الشئ المبيع حسب الاتفاق الحاصل. - هذه النتيجة هي منطقية يعكسها مبدأ نسبية اثر العقد التي نجدها في نص المادتين 108 و113 من القانون المدني الجزائري، لكن هل صحيح ان هذا العقد لا يمس

^aHUET.J.responsabilite contractuelle et responsabilitedelictuelle.op cit.p6.6

الدكتور: الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة: خليل إيمان - جامعة المدية

الغير الاجنبي كما جاء في نص المادة 108 او انه يمسه في شقه الموجب فقط؟ أي يكسبه حقا دون ان يلتزم بالشق السلبي للعقد كما نصت عليه المادة 113 من القانون المدني الجزائري .

فالتقيد بمبدأ نسبية العقد والذي كان يستبعد الاعتداد بالعقد خارج دائرة المتعاقدين والملتزمين به امر غير مقبول خاصة بالتطور الذي لوحظ في الساحة التجارية او العقود المدنية على حد سواء فالعقد اصبح له وجود خارجي الى جانب الوجود الداخلي ،فكان وجوبا فرض احترام العقد ووجد في مبدأ النفاذ مجالا خصبا في ذلك والذي اعطى للوجود الخارجي اهمية على العلاقة الداخلية وهذا امرا مرفوض ايضا فكان وجوبا الاخذ بالمبدأين بصفة مكملة لبعضهما .-وبالرجوع لقواعد القانون المدني ،نجد ان الغير لا يستطيع تجاهل وجود العقد ،فالعقد بالنسبة للغير هو واقعة مادية أي قد يتاثر لها ايجابا او سلبا وهذا يعد خروجا عن النص المادة المذكورة اعلاه.

فمفهوم الغير تجاوز نظامه التقليدي فلم يكن مركزه قائما على اساس مساهمته في ابرام العقد او دوره في اخذه للحقوق من مورثه وانما اصبح يحتل مركزا موضوعيا في العقد لم تعد ارادته هي المعيار الذي

يحدد هذا المركز اذ يمكنه ان يكون فاعلا أي منتفعا او متضررا من عقد وان لم يكن طرفا في العلاقة التعاقدية حسب المفهوم الشكلي الضيق لكلمة طرف ، وذلك نتيجة للتطورات

المستقبل للدراسات القانونية و السياسية، مجلة دولية محكمة تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية-المركز الجامعي آفلو.

المجلد الرابع-العدد الثاني-ديسمبر 2020

Email : mostakbalaflo@gmail.com ————— ISSN : 2543-3865

الحاصلة في قواعد حرية التجارة وحرية رؤوس الاموال والبضائع ونقل التكنولوجيا ،وهو تصور ما كان ليحصل لولا قصور المفهوم التقليدي للغير عن مواكبته.

كما أننا وضحنا التطور الذي حصل في مكانة الغير في نظام المسؤولية و ذلك بمجرد اخلال المتعاقد بالالتزام العقدي ،و حصول ضرر للغير ،اقر المشرع قيام مسؤولية المتعاقد وبمجرد قيام المسؤولية يولد خطأ تقصيري تجاه الغير ،و الغير يكفيه ان يثبت اخلال المتعاقد بالتزامه حتى يتمكن من معارضته والاحتجاج عليه دون ان يضطر لأثبات ارتكاب هذا الاخير لخطأ ،فالإخلال بالالتزام هو وسيلة للاحتجاج قائمة بنفسها ،و هذا تطور لفقهاء القضاء نحو افراد الغير بمكانة في العقد تجعله كما يعارض بالعقد يعارض به هو ايضا.

وبه أصبح مركز الغير مركز متطور وخرج من التعريف الضيق الذي ينص على أنه كل شخص ليس طرفا في العقد و دخل من بابه الواسع الى مجال النفاذ في العقد.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

المركز القانوني للغير في العلاقة التعاقدية

الدكتور : الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة : خليل إيمان - جامعة المدية

قائمة المراجع:

القوانين:

-الامر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975
،يتضمن القانون المدني ،المعدل والمتمم بالقانون رقم 80-07 المؤرخ في 9 غشت 1980

-القانون الفرنسي سنة 1804 المعدل و المتمم في سنة 2004.

-القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر في 2016.

المراجع باللغة العربية :

-عاطف محمد كامل ،الغير في القانون المدني المصري ،رسالة دكتوراه ،مقدمة الى كلية الحقوق جامعة

الاسكندرية ،سنة 1976

-محمد عبد المالك محسن الحبشي ، النظام القانوني لفسخ العقد في اطار المجموعة العقدية المرجع

السابق ..

المستقبل للدراسات القانونية و السياسية ،مجلة دولية محكمة تصدر عن معهد الحقوق و العلوم السياسية -المركز الجامعي آفلو .

المجلد الرابع -العدد الثاني -ديسمبر 2020

Email : mostakbalaflo@gmail.com ————— ISSN : 2543-3865

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

المركز القانوني للغير في العلاقة التعاقدية

الدكتور: الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة : خليل إيمان - جامعة المدية

- نزبه المهدي ،نظرات في الاستخلاف الخاص ،مذكرات مطبوعة على الالة الكاتبة ،جامعة القاهرة.
- هناء خيرى احمد خليفة ،المسؤولية المدنية في نطاق الاسرة العقدية ،رسالة دكتوراه،جامعة عين شمس كلية الحقوق ،سنة 2015 .
- محمود جمال الدين ،مشكلات المسؤولية، ج1. دار النهضة العربية للنشر و التوزيع ،1978.
- حمدي عبد الرحمان ،شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية والشريعة الاسلامية ،مطبعة دار المعارف بمصر ،1996.
- عبد الحميد عثمان الخفناوي ،المسؤولية المدنية للمقاوم من الباطن ،ط1.
- مصطفى عبد السيد الجارحي فسخ العقد ،دار المعارف ،مصر ،2001.
- عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الاسلامي ،ج1.
- طارق كاظم عجيل ،مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد دراسة تأصيلية مقارنة،مقالة منشورة في الموقع الالكتروني <https://www.iasj.net/>
- عباس حسن الصراف ،المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، 1985 .
- حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات ، مطبعة نوري ،مصر ،1943.

Les ouvrages en francais

المستقبل للدراسات القانونية و السياسية، مجلة دولية محكمة تصدر عن معهد الحقوق و العلوم السياسية -المركز الجامعي آفلو.

المجلد الرابع -العدد الثاني -ديسمبر 2020

Email : mostakbalaflo@gmail.com ————— ISSN : 2543-3865

الدكتور : الصادق عبد القادر - جامعة أدرار / الأستاذة : خليل إيمان - جامعة المدية

-Res inter alios acta alrisnaquenocerenaqueprodasse. Audrey Gougeon. L'intervention du tiers à la formation du contrat. THÈSE Pour obtenir le grade de Docteur en Droit. Le 9 décembre 2016.universete de lil2.france

-Audrey Gougeon. L'intervention du tiers à la formation du contrat.

-Mazeud h .La maxime error.communis.facitjus.REV.Trim.Dr civ 1929

-SAVATIER.Rlepretendu principe de l effet relatif des contrat.R.T.D.civ 1934

-V. Planiol- Ripert par P. Eismein, Traité partique de Droit civil français, t.IV, 2eéd, Paris, 1952

-ESPAGNON.LA REGLE DU NON-COMUL DE RESPONSABILITE CONTRACTUEALL.THESE PARIS .1980

-JESTAZ*PH*.lloposabilite du droit reel.R.T.D.C1986.N1

-AUBRY (C.) et RAU (C.), Droit civil français, Tome I, LGDJ, 2ème éd., Paris, 1842

-JOBARD-BACHELIER.M.N.droitcivil.suretes.publicite fonciere.1° Ed.Paris.1997.

-DROSS (W.) et MALLET-BRICOURT (B.), La transaction : propositions en vue de la réforme du Titre

المستقبل للدراسات القانونية و السياسية، مجلة دولية محكمة تصدر عن معهد الحقوق و العلوم السياسية -المركز الجامعي آفلو.

المجلد الرابع -العدد الثاني -ديسمبر 2020

Email : mostakbalaflo@gmail.com ————— ISSN : 2543-3865

XV Livre troisième du Code civil "Des transactions", La Documentation française, Paris, coll.

Perspectives sur la justice, 2014.

-GEMEI.H.lopposabilite des contrats en droit francais et egyptien these de doctorat paris.1987.

-STARCK.B.des contrats conclus en violation des droits contractuels d autrui.j.c.p.1954.chr.1180.

-FAGES (B.), Droit des obligations, LGDJ-Lextenso, 6ème éd., Paris, coll. Manuels, 2016

-MAZEAUD (H.), (L.) et (J.), Leçons de droit civil, Tome III, Montchrétien, 5ème éd., 1984.

-Fontaine.m.les effets internes et externes des contrats .

-BILLIAU.M.lopposabilite des contrats ayants pour objet un droit reel.in les effets des contrats a l egarddes tiers comparaison franco-belges.L.G.D.J.paris.19920

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

الدكتور تبون عبد الكريم - جامعة سعيدة
البريد الإلكتروني: abdelkrimdroit.20@gmail.com

تاريخ النشر: 2020/12/01	تاريخ القبول: 2020/11/20	تاريخ الإرسال: 2020/11/03
----------------------------	-----------------------------	------------------------------

الملخص:

نظرا لخطورة جرائم الفساد التي تعدت الحدود الوطنية للدول، حيث أنه في العديد من الحالات يمكن أن يتم ارتكاب الأفعال التي تشكل عناصر الركن المادي لهذه الجرائم في عدة دول، كما يمكن أن يتم تحويل عائدات الجرائم هذه إلى دول أخرى، تبذل جهود حثيثة للمجتمع الدولي من أجل محاربة ظاهرة الفساد، فعلى المستوى الدولي تم اعتماد الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 31 أكتوبر 2003، وعلى المستوى الوطني، تم سن قانون للوقاية من الفساد ومكافحته في الجزائر سنة 2006. ومن بين الأحكام الجديرة بالدراسة والتحليل التي تضمنتها هذه الاتفاقية وكذا هذا القانون تلك التي تم تخصيصها للتعاون الدولي، وبذلك تهدف هذه الدراسة إلى إبراز قيمة هذه الأحكام على مستوى نص الاتفاقية وانعكاساته على النص الداخلي المتمثل في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

الكلمات المفتاحية: فساد ، تعاون دولي ، مصادرة ، اتفاقية ، قانون.

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

Abstract: Given the gravity of corruption crimes that transcend national borders, where in many cases the acts that constitute the material elements of such crimes can be committed in several countries, and the proceeds of such crimes can be transferred to other countries, the international community is making vigorous efforts to combat the phenomenon of corruption. At the international level, the International Convention against Corruption was adopted by the United Nations General Assembly on October 31st, 2003 whereas at the national level, a law to prevent and combat corruption was enacted in Algeria in 2006. Among the provisions which are included in this convention as well as this law and that are worthy of study and analysis are those allocated to the international cooperation. Therefore, this study aims to highlight the value of these provisions at the level of the text of the convention and its implications on the internal text of the law on the prevention and control of corruption.

Keywords: corruption, international cooperation, confiscation, agreement, law.

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

مقدمة:

لا ريب في أن الفساد أصبح ظاهرة خطيرة متعددة الأشكال وذات تأثيرات على الجوانب السياسية والاقتصادية والاجتماعية. وبالنظر إلى حجم المخاطر التي تنطوي عليها الظاهرة من حيث اتصالها بجرائم أخرى لا تقل خطورة عنها وهي الجرائم الاقتصادية وكذا العابرة للحدود الوطنية تدخل المجتمع الدولي من أجل وضع تدابير وآليات وأحكام تهدف إلى الوقاية منها ومكافحتها. ولعل عبر المجتمع الدولي عن قلقه إزاء تنامي الظاهرة، حيث تبذل الجهود الدولية في هذا الإطار، و من بين مظاهر هذه الجهود اعتماد الجمعية العامة للأمم المتحدة لاتفاقية دولية خاصة بمكافحة الفساد في جلستها لجمعيتها العامة المنعقدة بنيويورك بتاريخ 31 أكتوبر 2003، وقد انعكس ذلك أيضا على إدراج ما تضمنته أحكام هذه الاتفاقية ضمن النصوص الوطنية والتي من بينها الجزائر، إذ بعد التصديق بتحفظ على الاتفاقية تم سن قانون للوقاية من الفساد ومكافحته سنة 2006.

ولما كان من بين ما يميز جرائم الفساد أنها عابرة للحدود الوطنية، حيث بالإمكان أن يتم ارتكاب العناصر المكونة للركن المادي للجريمة في عدة دول، كما أنه بالإمكان أيضا أن يتم تحويل وتحويل الأموال والعائدات المتحصلة من هذه الجرائم إلى دول أخرى، ما يستدعي معه وضع تدابير وأحكام وآليات للتعاون الدولي من أجل محاربة هذه الجرائم العابرة للحدود الوطنية.

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

وبذلك، تطرح الإشكالية الرئيسية المتمثلة في: ما هو مضمون أحكام التعاون الدولي التي تضمنتها ذات الاتفاقية وما مدى تطابق هذه الأحكام مع ما تضمنه قانون الوقاية من الفساد ومكافحته من أحكام مماثلة لها في إطار ما يندرج ضمن النصوص الداخلية؟.

كما تطرح إشكاليات فرعية وهي: ما مضمون أحكام التعاون الدولي في مجالات تقديم المعلومات وما هي الإجراءات الوقائية والتحفظية، وما جوهر ومضامين الأحكام المتعلقة بكل من تسليم الأشخاص واسترداد الممتلكات وكذا تنفيذ أحكام المصادرة؟.

وقد تم اعتماد المنهج الوصفي من خلال التطرق للأحكام المختلفة المتعلقة بالموضوع، وكذا المنهج التحليلي للوقوف على قيمة هذه الأحكام، كما تم تقسيم الموضوع إلى قسمين: الأول تم تخصيصه أحكام التعاون الدولي في مجالات تقديم المعلومات والإجراءات الوقائية والتحفظية، والثاني للأحكام المتعلقة بتسليم الأشخاص واسترداد الممتلكات وتنفيذ أحكام المصادرة.

المبحث الأول: آلية تنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ومجالات التعاون

الدولي

يعتبر نمو الفساد وانتشاره على صعيد عالمي من أهم الآثار السلبية للعولمة، فالإكتشافات العلمية والتسهيلات التجارية بين الدول والتي ترافقت مع الحد من الضوابط القانونية والإجرائية قد ساعدت على إطلاق مخيلة الشبكات الإجرامية على صعيد دولي وسهلت لها إمكانية تحقيق الثراء عن طريق أعمال غير مشروعة، فقد أصبح الفساد ظاهرة دولية بعد أن كان يخص دولة معينة

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

وأصبحت تستفيد من الفرص التي تجعل احتمالات الاحتفاظ بثمار العمل الإجرامي تفوق احتمالات العقاب الرادع عليه.¹

المطلب الأول: التصديق على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وآليات تنفيذها
أمام خطورة ظاهرة الفساد، لا يكفي بالتصديق على الاتفاقية، بل ينبغي تفعيل آليات قانونية لمتابعة تنفيذ أحكام الاتفاقية وذلك في نطاق الاتفاقية نفسها، فضلا عن سن نصوص تشريعية وتنظيمية خاصة بالوقاية منها ومكافحتها.

الفرع الأول: التصديق على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد
تنت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 31 أكتوبر 2003 اتفاقية مكافحة الفساد، وتتناول الاتفاقية بشكل أساسي وضع الفساد في القطاع العام والخاص والتحقيق بشأنه والعقاب عليه وكذلك السلوك الفاسد والإثراء غير المشروع، وتشكل الاتفاقية إطارا مهما لمحاربة الفساد بكافة أشكاله.²
وفي حقيقة الأمر تضمنت الاتفاقية أحكاما ذات أهمية بالغة، منها ما تعلق بالتوسع في مفهوم الموظف العمومي، ومنها ما تعلق بتدابير الوقاية من الفساد، وأخرى تتعلق بالتجريم وإنفاذ القانون، فضلا عن تنوع الأحكام التي تناولت التعاون الدولي وهو مجال ذو أهمية حيوية، خاصة في مجال التحقيقات وتسليم المجرمين ونقل الأشخاص المحكوم عليهم، فضلا عن المساعدة القانونية المتبادلة

1- موسى بودهان: النظام القانوني لمكافحة الفساد في الجزائر، منشورات المؤسسة الوطنية للنشر والإشهار، الجزائر، ط ب ر، 2009، ص 50.
2- الدكتور/ علاء فرحان طالب والدكتور/ علي الحسين حمدي العامري، إستراتيجية محاربة الفساد الإداري والمالي - مدخل تكاملي، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، ط ب ر، 2015، ص 255.

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

وكذا التعاون في إنفاذ القانون والتحقيقات المشتركة، إضافة إلى استرداد الموجودات والتعاون لأغراض المصادرة وغيرها من الأحكام التي لا ريب في أنها تكتسي طابعا هاما.¹ ولقد صادقت الجزائر على غرار عديد الدول على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وكان ذلك سنة 2004،² وقد تضمنت ثمانية (08) فصول سبقتها ديباجة تمت الإشارة فيها إلى قلق الدول الأطراف في الاتفاقية من خطورة ما يطرحه الفساد من مشاكل ومخاطر على استقرار المجتمعات وأمنها، مما يقوض مؤسسات الديمقراطية وقيمها والقيم الأخلاقية والعدالة، ويعرض التنمية المستدامة وسيادة القانون للخطر، وقلقها أيضا من الصلات القائمة بين الفساد وسائر أشكال الجريمة، وخصوصا الجريمة المنظمة والجريمة الاقتصادية، بما فيها غسل الأموال وغير ذلك من الإشارات ذات الأهمية البالغة التي تضمنتها ديباجة الاتفاقية.³

الفرع الثاني: متابعة تنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد

لعل ما يميز اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد فيما يتعلق بآليات تنفيذها هو ما تضمنته المادة 63 منها، حيث بينت انه ينشأ بمقتضى هذا الصك مؤتمر للدول الأطراف في الاتفاقية من أجل تحسين قدرة هذه الدول وتعاونها على تحقيق الأهداف المبينة في هذه الاتفاقية ومن أجل تشجيع تنفيذها واستعراضه، حيث يتولى الأمين العام للأمم المتحدة عقد مؤتمر الدول الأطراف من اجل تفعيل هذه الآلية.

1- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003.
2- أنظر من المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المؤرخ في 19-04-2004 المتضمن التصديق، بتحفظ، على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، ج ر ج د ش، العدد رقم 26 الصادر في 25 أبريل 2004.
3- أنظر الفقرتين 01 و02 من ديباجة اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003.

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

ونصت الفقرة 04 من المادة 63 سالفه الذكر وضمن الإجراءات وطرق العمل على التعاون مع المنظمات والآليات الدولية والإقليمية والمنظمات غير الحكومية ذات الصلة بمكافحة الفساد، فضلا عن استعراض تنفيذ الاتفاقية من جانب الدول الأطراف فيها، إضافة إلى مسألة مهمة تضمنها الفقرة 05 من نفس المادة تتمثل في اكتساب مؤتمر الدول الأطراف المعرفة اللازمة بالتدابير التي تتخذها هذه الدول لتنفيذ الاتفاقية والصعوبات التي تواجهها في ذلك من خلال المعلومات التي تقدمها تلك الدول ومن خلال ما قد ينشئه مؤتمر الدول الأطراف من آليات استعراض تكميلية.

الفرع الثالث: سن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في الجزائر

تم سن قانون خاص بالوقاية من الفساد ومكافحته بالجزائر في 20 فبراير 2006¹ وقد تضمن أحكام ذات أهمية بالغة منها ما يتصل بتدابير الوقاية من الفساد على صعيد القطاع العام وأخرى على صعيد القطاع الخاص، علما أن المشرع الجزائري ضمن هذا النص قد توسع في مفهوم الموظف العمومي، فضلا عن أحكام تتعلق بآليات خاصة للوقاية من الظاهرة ومكافحتها، إذ أفرد في البداية الباب الثالث للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، ثم بمناسبة تنميته لهذه الأحكام سنة 2010 أضاف إليها آلية أخرى تتمثل في الديوان المركزي لقمع الفساد،² فضلا عن أحكام متميزة تتعلق بالتجريم والعقاب وأساليب التحري الخاصة، وكذا أحكام أخرى لا تقل أهمية عن سابقتها وهي أحكام التعاون الدولي.

المطلب الثاني: تقديم المعلومات والإجراءات الوقائية والتحفيزية في إطار التعاون الدولي

1- القانون رقم 06-01 المؤرخ 20-02-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، ج ر ج د ش، العدد رقم 14 الصادر بتاريخ 08-03-2006.
2- الأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26-08-2010 الذي يتم القانون رقم 06-01 المؤرخ 20-02-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر ج د ش، العدد رقم 50 الصادر بتاريخ 01-09-2010.

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

لم تعد جرائم الفساد في العديد من صورها محض جرائم داخلية يستغرق تنفيذ أركانها إقليم دولة واحدة، بل تعدت جرائم الفساد حدود الدول وصار لها طابعها عبر الوطني الذي يتنامى يوما بعد يوم إلى حد يمكن معه القول أننا أصبحنا بصدد ظاهرة عولمة الفساد¹، وتعد عولمة الفساد نتيجة لعاملين أساسيين أولهما يتعلق بطبيعة بعض جرائم الفساد ذاتها، وثانيهما مرده ظاهرة تهريب الأموال الناتجة عن جرائم الفساد إلى دولة أخرى غير تلك التي ارتكبت فيها.²

يقصد بالتعاون الدولي تبادل المساعدة لتحقيق هدف معين، وهذا هو المعنى العام لكلمة تعاون³، وفي هذا المقام جدير بالتنويه بالنص على إقامة علاقات تعاون قضائي على أوسع نطاق ممكن، خاصة مع الدول الأطراف في الاتفاقية في مجال التحريات والمتابعات والإجراءات القضائية المتعلقة بجرائم الفساد⁴.

تضمنت المادة 43 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد النص على تعاون الدول الأطراف في الاتفاقية في المسائل الجنائية وفقا للمواد من 44 إلى 50 من الاتفاقية، وتنظر الدول الأطراف حيثما كان ذلك مناسبا ومتسقا مع نظامها القانوني الداخلي في مساعدة بعضها البعض في التحقيقات والإجراءات الخاصة بالمسائل المدنية والإدارية ذات الصلة بالفساد⁵.

الفرع الأول: تقديم المعلومات في إطار التعاون الدولي

- 1- صابر راشدي، المجالات الإستراتيجية للتعاون الدولي في مكافحة الفساد، (م.غ.م) الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 02 و03 ديسمبر 2003، ص 03.
- 2- الدكتور سليمان عبد المنعم، ظاهرة الفساد- دراسة في مدى موامة التشريعات العربية لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، منشورات منظمة الأمم المتحدة - برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، نيويورك، د ذ س ط، ص 120.
- 3- زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، دار الولاية للنشر والتوزيع، عمان، ط 01، 2015. ص 233.
- 4- أنظر المادة 57 من القانون رقم 06-01 المؤرخ 20-02-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، ج ر ج د ش، العدد رقم 14 الصادر بتاريخ 08-03-2006.
- 5- أنظر الفقرة 01 من المادة 43 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003.

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

أشارت اتفاقية الأمم المتحدة إلى مسألة تقديم المساعدة القانونية المتبادلة فيما يخص التحقيقات والملاحقات وكذا الإجراءات القضائية الخاصة بجرائم الفساد، حيث أجازت طلب المساعدة القانونية المتبادلة التي تقدم وفقا لأغراض محددة وهي: الحصول على أدلة أو أقوال الأشخاص، تبليغ المستندات القضائية، تنفيذ عمليات التفتيش والحجز والتجميد، فحص الأشياء والمواقع، تقديم المعلومات والمواد والأدلة وتقييمات الخبراء، تقديم أصول المستندات والسجلات ذات الصلة، بما فيها السجلات الحكومية أو المصرفية أو المالية، أو سجلات الشركات أو المنشآت التجارية، أو نسخ مصدقة منها، فضلا عن تحديد العائدات الإجرامية أو الممتلكات أو الأدوات أو الأشياء الأخرى أو اقتفاء أثرها لأغراض إثباتية، تيسير مثول الأشخاص طواعية في الدولة الطرف الطالبة، وأي نوع من المساعدة ما لم تتعارض مع القانون الداخلي للدولة متلقية الطلب، استبانة عائدات الجريمة، وكذا استرداد الموجودات.¹

ويعتبر هذا هو النوع الأول من المساعدة القانونية المتبادلة الذي يكون بموجب طلب للمساعدة، وفي هذا الإطار يبدو أن المشرع الجزائري قد أخذ بهذا النوع الأول من تقديم المساعدة القانونية، حيث نصت المادة 60 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على إمكانية تقديم السلطات الوطنية لنظيراتها من السلطات الأجنبية المختصة المعلومات المالية المفيدة والمتوفرة لديها بمناسبة التحقيقات الجارية على إقليمها، على أن يكون ذلك في إطار الإجراءات المتخذة بغرض المطالبة بعائدات جرائم الفساد.

1- أنظر الفقرة 03 من المادة 64 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003.

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

أما النوع الثاني من المساعدة القانونية المتبادلة، فهو الذي يكون بصفة تلقائية دون تقديم طلب للمساعدة، إذ أشارت إليه اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، حيث أجازت ضمن الفقرة 03 من نص المادة 23 منها للسلطات المختصة في كل دولة طرف بما لا يتعارض مع قانونها الداخلي ودون أن تتلقى طلبا مسبقا أن تحيل معلومات متعلقة بمسائل جنائية إلى سلطة مختصة في دولة طرف أخرى، وأعادت التأكيد عليه ضمن حكم آخر وهو الفقرة 04 من المادة 46، إذ أجازت لكل دولة طرف في الاتفاقية دون أن تتلقى طلبا أن تقوم بإرسال معلومات للمساعدة للقيام بالتحريات والإجراءات.

وفي السياق نفسه، يسجل أن المشرع الجزائري يكون قد توسع أكثر في مجال التعاون الدولي بعنوان التعاون الخاص، بنصه ضمن أحكام المادة 69 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على إمكانية تبليغ معلومات خاصة بالعائدات الإجرامية إلى أية دولة طرف في الاتفاقية دون طلب مسبق منها، عندما يتبين أن هذه المعلومات قد تساعد الدولة المعنية على إجراء تحقيقات أو متابعات أو إجراءات قضائية أو تسمح لتلك الدولة بتقديم طلب يرمي إلى المصادرة.¹

إضافة إلى ذلك يلتزم الموظفون العموميون الذين لهم مصلحة في حساب مالي في بلد أجنبي أو حق أو سلطة توقيع أو سلطة أخرى على ذلك الحساب بأن يبلغوا السلطات المعنية عن تلك العلاقة، وأن يحتفظوا بسجلات ملائمة تتعلق بتلك الحسابات، وذلك تحت طائلة العقوبات التأديبية ودون الإخلال بالعقوبات الجزائية المقررة.²

الفرع الثاني: الإجراءات الوقائية والتحفيزية في إطار التعاون الدولي

- 1- أنظر المادة 69 من القانون رقم 01-06 المؤرخ 20-02-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، ج ج ج د ش، العدد رقم 14 الصادر بتاريخ 08-03-2006.
- 2- أنظر المادة 61 من القانون رقم 01-06 المؤرخ 20-02-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، ج ج ج د ش، العدد رقم 14 الصادر بتاريخ 08-03-2006.

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

إن إستراتيجية مكافحة الوقاية من الفساد على المستوى الدولي تستدعي التنسيق والتعاون على العديد من المراحل¹، من بينها ما يتعلق بمنع وكشف وتحويل العائدات الإجرامية، إذ نص قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على التزام المصارف والمؤسسات المالية غير المصرفية بالمعطيات الواردة بشأن الأشخاص الخاضعين للفحص الدقيق على حساباتهم، وبالأخذ بعين الاعتبار المعلومات المبلغة إليها خاصة فيما يخص هوية الأشخاص الواجب مراقبة حساباتهم بدقة، إضافة إلى مسك كشوف وافية للحسابات والعمليات المتعلقة بهذه الفئة من الأشخاص.²

إضافة إلى ذلك، يعتبر التجميد والحجز من قبيل الإجراءات القانونية المؤقتة أثناء سير الخصومة الجزائية،³ وقد نص القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم أيضا على إجراءات تحفظية، حيث يمكن للجهات القضائية أو السلطات المختصة، بناء على طلب إحدى الدول الأطراف في الاتفاقية التي تكون محاكمها أو سلطاتها المختصة قد أمرت بتجميد أو حجز العائدات المتأتية من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، أو الممتلكات أو المعدات أو الأدوات التي استخدمت أو كانت معدة للاستخدام في ارتكاب هذه الجرائم، أن تحكم بتجميد أو حجز تلك الممتلكات، شريطة وجود أسباب كافية لتبرير هذه الإجراءات ووجود ما يدل على أن مال تلك الممتلكات المصادرة".⁴

1- زوزو زولبخة، المرجع السابق، ص 234.

2- أنظر المادة 85 من القانون رقم 06-01 المؤرخ 20-02-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، ج ر ج د ش، العدد رقم 14 الصادر بتاريخ 08-03-2006.

3- زوزو زولبخة، المرجع السابق، ص 240.

4- أنظر الفقرة 01 من المادة 64 من القانون رقم 06-01 المؤرخ 20-02-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، ج ر ج د ش، العدد رقم 14 الصادر بتاريخ 08-03-2006.

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

ويذهب جانبه من الفقه في تعليقه لضرورة الأخذ بالإجراءات التحفظية خاصة المحرز على الأموال المتحصلة من جرائم الفساد، أن ذلك راجع من كون أن إجراءات استرداد الأموال هذه يأخذ وقتا طويلا بالنظر لتعقيد بعض هذه الإجراءات بحكم طابعها عبر الوطني وأنها تتم بين سلطات دول مختلفة وليس بين سلطات دولة واحدة. ولهذا كان ضروريا في مجال ضبط متحصلات الفساد بغية استردادها السماح باتخاذ بعض التدابير التحفظية أو المؤقتة ريثما تنتهي إجراءات المصادرة وذلك لتفادي نقل أو تحويل أو إخفاء هذه الأموال أو التصرف فيها.¹

وهذا ما أشارت إليه اتفاقية الأمم المتحدة ضمن المادة 54 منها، حيث بينت أنه على كل دولة طرف، لكي تتمكن من تقديم المساعدة القانونية المتبادلة بناء على طلب اتخاذ ما قد يلزم من تدابير للسماح لسلطاتها المختصة بتجميد أو حجز الممتلكات، بناء على أمر بتجميد أو حجز صادر عن محكمة أو سلطة مختصة في الدولة الطرف الطالبة يوفر أساسا معقولا لاعتقاد الدولة الطرف متلقية الطلب بأن هناك أسبابا كافية لاتخاذ تدابير من هذا القبيل وبأن تلك الممتلكات ستخضع في نهاية المطاف لأمر مصادرة.²

المبحث الثاني: تسليم الأشخاص واسترداد الممتلكات وتنفيذ أحكام المصادرة

سيتم تناول المسائل المتعلقة بكل من تسليم الأشخاص واسترداد الممتلكات وكذا تنفيذ أحكام مصادرة عائدات جرائم الفساد في إطار التعاون الدولي وفق ما يلي:

المطلب الأول: التعاون في مجال تسليم الأشخاص

1- الدكتور سليمان عبد المنعم، ظاهرة الفساد- دراسة في مدى مواءمة التشريعات العربية لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، منشورات منظمة الأمم المتحدة - برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، نيويورك، د ذ س ط، ص 169.
2- أنظر الفقرة 02 (ب) من المادة 54 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003.

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

يعتبر نقل الأشخاص أحد صور التعاون القضائي بين الدول في مجال مكافحة جرائم الفساد، وتتعلق بالأشخاص المحكوم عليهم أو الشهود أو بنقل الإجراءات من دولة لأخرى في قضايا الفساد، ويقصد بنقل الأشخاص نقلهم من الدولة التي يوجدون فيها إلى دولة أخرى إما بوصفهم محكوما عليهم وإما باعتبارهم شهودا في إحدى قضايا الفساد.¹

ويوجد من الفقه من عرف نظام التسليم على أنه: "تخلي دولة عن شخص موجود في إقليمها إلى دولة أخرى بناء على طلبها، لتحاكمه عن جريمة يعاقب عليها القانون الدولي، أو لتنفيذ فيه حكما صادرا عن مكانها عليه".²

لقد دعت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد إلى ضرورة تفعيل نظام تسليم الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم الفساد أو المحكوم عليهم بالإدانة، وفي هذا الإطار أكدت الاتفاقية على عدم جواز رفض التسليم استنادا إلى الدفع بالطابع السياسي للجريمة المنسوبة إلى الشخص حسب المادة 44 في فقرتها الرابعة، والتأكيد على مبدأ عدم إجبار الدولة على تسليم رعاياها لكنها تلتزم بمحاكمتهم.³

الفرع الأول: الأساس القانوني لتسليم ونقل الأشخاص

نصت المادة 44 من اتفاقية الأمم المتحدة التي جاءت بعنوان تسليم المجرمين على تطبيق هذه المادة على الأفعال المجرمة وفقا للاتفاقية عندما يكون الشخص موضوع طلب التسليم موجودا في

1- الدكتور سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 125.

2 عبد القادر البقيرات، العدالة الجنائية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط ب ر، 2005، ص 134.

3- أسامة غربي، أهم ملامح اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، (م.غ.م) الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، يومي 02 و03 ديسمبر 2003، ص 05.

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

إقليم الدولة الطرف متلقية الطلب، شريطة أن يكون الجرم الذي يلتمس بشأنه التسليم جرما خاضع للعقاب بمقتضى القانون الداخلي لكل من الدولة الطرف الطالبة والدولة الطرف متلقية الطلب. ويجد نظام تسليم المجرمين أساسه القانوني للالتزام به من التشريع الداخلي للدولة أو فيما ترتبط به من اتفاقيات دولية سواء كانت ذات طابع ثنائي أو إقليمي أو عالمي، فإذا لم يكن للدولة المطلوب منها التسليم اتفاقية منظمة له مع الدولة الطالبة جاز في هذه الحالة اعتبار اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد هي الأساس القانوني للتسليم بالنسبة لجرائم الفساد.¹

وهذا ما تدعمه المادة 44 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، إذ نصت على أنه إذا تلقت دولة طرف، تجعل تسليم المجرمين مشروطا بوجود معاهدة، طلب تسليم من دولة طرف أخرى لا ترتبط معها بمعاهدة تسليم، جاز لها أن تعتبر هذه الاتفاقية الأساس القانوني للتسليم فيما يخص أي جرم تنطبق عليه هذه المادة، كما يتوجب عليها أيضا أن تبلغ الأمين العام للأمم المتحدة وقت إيداعها صك التصديق على هذه الاتفاقية أو قبولها أو إقرارها أو الانضمام إليها، بما إذا كانت ستعتبر هذه الاتفاقية الأساس القانوني للتعاون بشأن التسليم مع سائر الدول الأطراف في الاتفاقية، فضلا عن سعيها، حيثما اقتضى الأمر، إلى إبرام معاهدة تسليم مع سائر الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بغية تنفيذ هذه المادة، إذا كانت لا تعتبر هذه الاتفاقية أساسا قانونيا للتعاون بشأن التسليم.²

وبذلك، يتضح أن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد تعتبر أساسا قانونيا احتياطيا إن لم تكن الدولة المطلوب منها التسليم مرتبطة بمعاهدة تسليم مع الدولة الطالبة، وهو الأمر الذي يؤكد أن

1- الدكتور سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 122.
2- أنظر الفقرات 6 و5 (أ- ب) من المادة 44 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003.

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

الأساس القانوني للتعاون القضائي الدولي في مجال ملاحقة الفساد مازال متمثلا في النظام القانوني الداخلي للدولة الطرف، بينما تجسد اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الإطار التنظيمي لهذا التعاون.¹

ويلاحظ في هذا الشأن أن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته جاء خاليا ضمن أحكام التعاون الدولي التي أفرد لها بابا خاصا من أي حكم يتعلق بتسليم الأشخاص بما في ذلك تسليم المجرمين، غير أنه بالرجوع إلى الشريعة العامة للإجراءات الجزائية، يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أفرد لها أحكام خاصة ضمن الكتاب السابع "في العلاقات بين السلطات القضائية الأجنبية"، الباب الأول منه الذي جاء بعنوان "تسليم المجرمين" من المادة 694 إلى المادة 718 منه، حيث جاء في الفقرة 01 من المادة 696 منه أنه يجوز للحكومة الجزائرية أن تسلم شخصا غير جزائري إلى حكومة أجنبية بناء على طلبها، إذا وجد في أراضي الجمهورية وكانت قد اتخذت في شأنه إجراءات متابعة باسم الدولة الطالبة أو صدر حكم ضده من محاكمها.

وأضافت الفقرة 02 من نفس المادة أنه: "ومع ذلك لا يجوز التسليم إلا إذا كانت الجريمة موضوع الطلب قد ارتكبت: إما في أراضي الدولة الطالبة من أحد رعاياها أو من أحد الأجانب، وإما خارج أراضيها من أحد رعاياها هذه الدولة وإما خارج أراضيها من أحد الأجانب عن هذه الدولة إذا كانت الجريمة من عداد الجرائم التي يبيح القانون الجزائري المتابعة فيها في الجزائر حتى ولو ارتكبت من أجنبي في الخارج".²

1- الدكتور سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 122.
2- أنظر المادة 696 من الأمر رقم 155-66 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، ج ر ج ج د ش، العدد رقم 48 الصادر بتاريخ 11-06-1966.

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

هذا بالنسبة لتسليم المجرمين، أما فيما يتعلق بنقل الشهود والخبراء، فجدير بالتنويه أن ذلك يندرج ضمن الإدلاء بما لديهم من معلومات أو خبرة تتعلق بإحدى جرائم الفساد المشمولة بالاتفاقية، وهو إجراء لا تخفى أهميته بالنظر لجرائم الفساد العابرة للحدود، وقد أشارت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد إلى نقل الشهود والخبراء في أكثر من موضع وذلك في إطار المساعدة القانونية المتبادلة وهي الفقرات 03(أ) و(ح) و10 و11 و18 من المادة 46 من الاتفاقية.¹

الفرع الثاني: إجراءات تسليم المجرمين

بالرغم من عدم تحديد المادة 44 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والمتعلقة بتسليم المجرمين للطبيعة القانونية لطلب التسليم، إلا أنه يمكن الإشارة إلى أنه من المستقر عليه في مجال التعاون القضائي الدولي أن طلب التسليم المنصب على المتهمين يكون قضائياً.² ويوجه طلب التسليم إلى الحكومة الجزائرية بالطريق الدبلوماسي ويرفق به إما الحكم الصادر بالعقوبة حتى ولو كان غائباً وإما أوراق الإجراءات الجزائية التي صدر بها الأمر رسمياً بإحالة المتهم إلى جهة القضاء الجزائري أو التي تؤدي إلى ذلك بقوة القانون وإما أمر القبض أو أية ورقة صادرة من السلطة القضائية ولها ذات القوة، على أن تتضمن هذه الأوراق الأخيرة بياناً دقيقاً للفعل الذي صدرت من أجله وتاريخ هذا الفعل، كما يتوجب أن تقدم الحكومة الطالبة نسخة من النصوص المطبقة على الفعل المكون للجريمة مع رفع بيان بوقائع الدعوى.³ ويستتبع ذلك جملة من الإجراءات من مرحلة التحقق من شخصية الأجنبي من قبل النائب العام للمجلس القضائي لاختصاص مكان

1- الدكتور سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 126.

2- زوزو زولبخة، المرجع السابق، ص 237.

3- أنظر المادة 702 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، ج ر ج ج د ش، العدد رقم 48 الصادر بتاريخ 11-06-1966.

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

القبض عليه، كما يبلغه المستند الذي قبض عليه بموجبه خلال أجل 24 ساعة من القبض عليه، وصولاً إلى قبول المحكمة العليا لطلب التسليم أو رفضها المعلن له عندما يتبين لها وجود خطأ وأن الشروط القانونية غير مستوفاة.¹

المطلب الثاني: استرداد الممتلكات وتنفيذ أحكام المصادرة في إطار التعاون الدولي

تعتبر مصادرة الممتلكات والأموال المتحصلة عن جرائم الفساد مثل أي مصادرة أخرى كعقوبة جنائية، ولكن تنفيذ المصادرة بشأن جرائم الفساد يتسم بأهمية وربما إشكالية خاصة مبعثها أن الممتلكات والأموال محل المصادرة تكون موجودة في دولة غير تلك التي وقعت فيها جريمة الفساد، فالأمر يتعلق إذن بجريمة عابرة للحدود على الأقل في متحصلاتها، وبالتالي فإجراءات المصادرة تكون أيضاً ذات طابع عبر وطني.²

الفرع الأول: استرداد المباشر للأموال والممتلكات المتحصلة من جرائم الفساد

تأكد اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على ضرورة تفعيل نظام استرداد الأموال والعائدات المتحصلة من جرائم الفساد، وهذا من أجل حرمان مرتكبي جرائم الفساد من ثمار مشروعهم الإجرامي وهذا مهما استخدموا من حيل الإخفاء والتمويه المصرفي ووسائل غسل الأموال.³

وفي هذا السياق غني عن البيان ما ذهب إليه اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في هذا الشأن، إذ بينت أنه على كل دولة طرف في الاتفاقية أن تتخذ وفقاً لنظامه الداخلي ما قد يلزم من تدابير للسماح لدولة طرف الأخرى برفع دعوى مدنية أمام محاكمها لتثبيت حق في ممتلكات

1- أنظر المواد من 704 إلى 712 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، ج ر ج د ش، العدد رقم 48 الصادر بتاريخ 11-06-1966.
2- الدكتور سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 171.
3- أسامة عربي، المرجع السابق، ص 10.

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

اكتسبت بارتكاب فعل مجرم وفقا للاتفاقية أو لتثبيت ملكية تلك الممتلكات، كما تتخذ ما قد يلزم من تدابير تأذن لمحاكمها بأن تأمر من ارتكب أفعالا مجرمة وفقا لذات الاتفاقية بدفع تعويض لدولة طرف أخرى تضررت من تلك الجرائم، وكذا أن ما قد يلزم من تدابير تأذن لمحاكمها أو لسلطاتها المختصة، عندما يتعين عليها اتخاذ قرار بشأن المصادرة، بأن تعترف بمطالبة دولة طرف أخرى بممتلكات اكتسبت بارتكاب فعل مجرم وفقا للاتفاقية نفسها باعتبارها مالكة شرعية لها.¹

ويكون المشرع الجزائري قد تبني ذلك، حيث أولى أهمية لمسألة استرداد الممتلكات في إطار التعاون الدولي، حيث نصت الفقرة 01 من المادة 64 اختصاص الجهات القضائية الجزائرية بقبول الدعاوى المدنية المرفوعة من طرف الدول الأعضاء في الاتفاقية، من أجل الاعتراف بالحق في ملكيتها للممتلكات المتحصل عليها من أفعال الفساد.

إضافة إلى ذلك تم النص على أن: "الأحكام القضائية الأجنبية التي أمرت بمصادرة ممتلكات اكتسبت عن طريق إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، أو الوسائل المستخدمة في ارتكابها نافذة بالإقليم الجزائري طبقا للقواعد والإجراءات المقررة"².

الفرع الثاني: استرداد الأموال والممتلكات المتحصلة من جرائم الفساد من خلال

التعاون

1-أنظر المادة 53 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003.

2- أنظر الفقرة 01 من المادة 63 من القانون رقم 01-06 المؤرخ 20-02-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، ج ر ج د ش، العدد رقم 14 الصادر بتاريخ 08-03-2006.

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

يتم اتخاذ القرارات ومباشرة الإجراءات في مجال مصادرة الأموال أو الممتلكات المتحصلة عن جرائم الفساد المشمولة بالاتفاقية وفقا للنظام القانوني الداخلي للدولة بما يضمنه من تشريعات وطنية أو اتفاقيات أو ترتيبات دولية تلتزم بها الدولة¹

وفي هذا السياق نصت ذات الاتفاقية ضمن الفقرة 01 (ب) من المادة 55 منها، ضمن آليات استرداد الممتلكات من خلال التعاون الدولي في مجال المصادرة على أن: "تحيل الدولة الطرف في هذه الاتفاقية إلى سلطاتها المختصة أمر المصادرة الصادر عن محكمة في إقليم الدولة الطرف الطالبة وفقا للفقرة 01 من المادة 31 والفقرة 01 (أ) من المادة 54 من هذه الاتفاقية، بهدف إنفاذه بالقدر المطلوب، طالما كان متعلقا بعائدات إجرامية أو ممتلكات أو معدات أو وسائل أخرى مشار إليها في الفقرة 01 من المادة 31، موجودة في إقليم الدولة الطرف متلقية الطلب"².

ويختلف الأمر بحسب سند المصادرة الذي تقدمه الدولة الأخرى، فإذا قدمت مجرد طلب بالمصادرة فذلك يتطلب من الدولة متلقية الطلب استصدار أمر مصادرة من محاكمها أو سلطاتها المختصة الأخرى. أما إذا كانت الدولة الأخرى قد قدمت حكما أو أمرا قضائيا بالمصادرة، فإنه يكون قابلا للتنفيذ مباشرة على يد السلطات المختصة من الدولة متلقية الطلب.³

إضافة إلى ذلك، يمكن للجهات القضائية أثناء نظرها في جرائم تبييض الأموال أو في جريمة أخرى من اختصاصها الأمر بمصادرة الممتلكات ذات المنشأ الأجنبي والتي تم اكتسابها عن طريق

1- الدكتور سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 171.

2- أنظر الفقرة 01 (ب) من المادة 55 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003.

3- الدكتور سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 171.

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

جرائم الفساد عموما أو تلك المستخدمة في ارتكابها.¹ وهو أيضا حكم من الأحكام المستوحاة من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، حيث نصت الفقرة 01 (ب) من المادة 54 منها على: "اتخاذ الدولة الطرف في هذه الاتفاقية ما قد يلزم من تدابير للسماح لسلطاتها المختصة، عندما تكزن لديها ولاية قضائية، بأن تأمر بمصادرة تلك الممتلكات ذات المنشأ الأجنبي من خلال قرار قضائي بشأن جرم غسل أموال أو أي جرم آخر، يندرج ضمن ولايتها القضائية أو من خلال إجراءات أخرى يأذن بها قانونها الداخلي".²

خاتمة:

لقد تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 31 أكتوبر 2003 اتفاقية مكافحة الفساد، حيث تضمنت أحكاما متميزة من بينها تلك الأحكام الخاصة بالتعاون الدولي، كما وضعت آلية تنفيذ خاصة بالاتفاقية نفسها من خلال مؤتمر الدول الأطراف الذي يقف على مدى تنفيذ مضامين الاتفاقية هذه، ولم يتم التوقف هنا، بل تم سن نص خاص بالوقاية من الفساد ومكافحته في الجزائر سنة 2006 يعكس في مجمله وبشكل عام ما تضمنته ذات الاتفاقية.

ومما تقدم ذكره ضمن المحاور التي تم تناولها يمكن القول أن الاتفاقية قد تضمنت أحكاما مهمة تتعلق بمجالات التعاون الدولي، حيث يذكر نصها على توسيع التعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد على أعلى قدر ممكن، إذ تنظر الدول الأطراف حيثما كان ذلك مناسبا ومتسقا مع نظامها القانوني الداخلي في مساعدة بعضها البعض في التحقيقات والإجراءات الخاصة بالمسائل المدنية

1- أنظر الفقرتين 01 و02 من المادة 63 من القانون رقم 06-01 المؤرخ 20-02-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، ج ر ج د ش، العدد رقم 14 الصادر بتاريخ 08-03-2006.
2- أنظر الفقرة 01 (ب) من المادة 54 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003.

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

والإدارية ذات الصلة بالفساد وقد انسجم المشرع الجزائري مع هذا الحكم بنصه على إقامة علاقات تعاون قضائي على أوسع نطاق ممكن، خاصة مع الدول الأطراف في الاتفاقية في مجال التحريات والمتابعات والإجراءات القضائية المتعلقة بجرائم الفساد.

وفي هذا الصدد يكون نطاق التعاون متصلًا بالنوع الأول من المساعدة القانونية المتبادلة الذي يكون بموجب طلب من الدولة الطرف والممثل في الحصول على أدلة أو أقوال الأشخاص، تبليغ المستندات القضائية، تنفيذ عمليات التفتيش والحجز والتجميد، وغيرها فحص الأشياء والمواقع، تقديم المعلومات والمواد والأدلة وتقييمات الخبراء، تقديم أصول المستندات والسجلات ذات الصلة وهو مضمون المادة 64 من الاتفاقية، وينسجم ذلك مع أخذت به المادة 60 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، حيث نصت على إمكانية تقديم السلطات الوطنية لنظيراتها من السلطات الأجنبية المختصة المعلومات المالية المفيدة والمتوفرة لديها بمناسبة التحقيقات الجارية على إقليمها، على أن يكون ذلك في إطار الإجراءات المتخذة بغرض المطالبة بعائدات جرائم الفساد.

أما النوع الثاني فيتعلق بالمساعدة المتبادلة التلقائية، حيث تم النص على جواز إحالة معلومات متعلقة بمسائل جنائية إلى سلطة مختصة في دولة طرف أخرى، وذلك ما تبناه المشرع الجزائري ضمن نص المادة 69 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

إضافة إلى ذلك تم النص ضمن الاتفاقية على إجراءات وقائية وتحفظية في إطار التعاون الدولي، من بينها تجميد وحجز العائدات المتأتية من جرائم الفساد بناء على طلب إحدى الدول الأطراف في الاتفاقية التي تكون محاكمها أو سلطاتها المختصة قد أمرت بذلك، علما أن السبب في ذلك راجع لطول إجراءات استرداد الأموال ولتعقيد بعض هذه الإجراءات بحكم طابعها عبر الوطني، ويوجد ما يقابل هذا الحكم أيضا ضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

لقد تم التوسع في مجالات التعاون الدولي لمكافحة الفساد، حيث امتد إلى ما يتصل بتسليم الأشخاص، حيث أشارت إليه الاتفاقية هذه ضمن العديد من أحكامها سواء المتعلقة بتسليم المجرمين أو بنقل الشهود والخبراء.

وإذا كان قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لم يشر إلى مسألة تسليم المجرمين، فيبدو ذلك أمرا طبيعيا، ذلك أن قانون الإجراءات الجزائية كان قد تصدى لها منظما إياها، على أن الأمر ليس نفسه فيما يخص نقل الشهود الخبراء، إذ لم يتضمن النصان مثل هذا الحكم.

ولم تكتف الاتفاقية المشار إليه آنفا بوضع تدابير تتعلق بحجز وتجميد الأموال، بل تعدتها إلى ما يتصل بمصادرتها، إذ أكدت على ضرورة تفعيل نظام استرداد الأموال والعائدات المتحصلة من جرائم الفساد، وهذا من أجل حرمان مرتكبي جرائم الفساد من ثمار مشروعهم الإجرامي، وهو ما انسجم معه قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، حيث يتم استرداد الأموال إما بطريق مباشر أو عن طريق تفعيل التعاون في هذا الشأن من خلال تنفيذ أحكام أو أوامر المصادرة.

وفي الأخير، يبدو أن الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد التي اعتمدها الأمم المتحدة قد تضمنت أحكاما ذات قيمة بالغة الأهمية، ويبدو أيضا وفي مجمل القول أن المشرع الجزائري ضمن أحكام قانون الوقاية من الفساد ومكافحته قد تبناها، إذ يمكن القول أن في ذلك انعكاس لإرادة تحقيق تعاون دولي مثمر في مجال مكافحة الفساد.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

قائمة المصادر والمراجع:

أولا / قائمة المصادر:

أ- الاتفاقيات:

1- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003.

ب- النصوص القانونية:

1- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، ج ر ج د ش، العدد رقم 48 الصادر بتاريخ 11-06-1966.

2- القانون رقم 06-01 المؤرخ 20-02-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر ج د ش، العدد رقم 14 الصادر بتاريخ 08-03-2006.

3- الأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26-08-2010 الذي يتم القانون رقم 06-01 المؤرخ 20-02-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر ج د ش، العدد رقم 50 الصادر بتاريخ 01-09-2010.

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

4- المرسوم الرئاسي رقم 128-04 المؤرخ في 19-04-2004 المتضمن التصديق، بتحفظ، على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، ج ر ج د ش، العدد رقم 26 الصادر في 25 أبريل 2004.

ثانيا /قائمة المراجع:

أ-الكتب:

1- زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، دار الذاكرة للنشر والتوزيع، عمان، ط 01، 2015.

2- سليمان عبد المنعم، ظاهرة الفساد- دراسة في مدى مواءمة التشريعات العربية لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، منشورات منظمة الأمم المتحدة - برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، نيويورك، د ذ س ط.

3- عبد القادر البقيرات ، العدالة الجنائية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط ب ر، 2005.

4- علاء فرحان طالب والدكتور/ علي الحسين حمدي العامري، إستراتيجية محاربة الفساد الإداري والمالي - مدخل تكاملي، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، ط ب ر، 2015.

5- موسى بودهان: النظام القانوني لمكافحة الفساد في الجزائر، منشورات المؤسسة الوطنية للنشر والإشهار، الجزائر، ط ب ر، 2009.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

التعاون الدولي في ظل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفي القانون الجزائري

الدكتور تبون عبد الكريم جامعة سعيدة

ب- المداخلات في الملتقيات والندوات:

1- أسامة غربي، أهم ملامح اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، (م.غ.م) الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 02 و03 ديسمبر 2003.

2- صابر راشدي، المجالات الإستراتيجية للتعاون الدولي في مكافحة الفساد، (م.غ.م) الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 02 و03 ديسمبر 2003.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية

مفهوم الذمة المالية في النظر الفقهي

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

الدكتور : سيد عال القاسم مولاي

المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

البريد الإلكتروني : siidi.aly.moulay881@gmail.com

تاريخ النشر: 2020/12/01	تاريخ القبول: 2020/09/01	تاريخ الإرسال: 2020/08/28
----------------------------	-----------------------------	------------------------------

ملخص:

تحاول هذه الدراسة أن تتناول مفهوم الذمة المالية باعتباره محلا تتعلق به الحقوق غير المعينة، وقد حاول هذا البحث أن يبين معنى الذمة، وطبيعة الأموال التي تتعلق بها، كما حاول أن يبين مدى قدرتها على تحمل الحقوق.

وقد كشف هذا البحث عن نتائج من أهمها: أن عدم تحديد سعة الذمة يراد به صلاحيتها لتحمل الالتزامات اللازمة، أما من حيث الواقع العملي فلا يمكن القول بعدم إمكان وضع ضوابط تحد هذا الوعاء من حيث توجهه إلى أخذ الحقوق، وهو ما يفرض التفريق أساسا بين الحد من صلاحيته لتحمل الالتزام، وبين الحد من الاعتماد على صلاحيته في أخذ الحقوق.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية

مفهوم الذمة المالية في النظر الفقهي

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

الكلمات المفتاحية: الذمة المالية، الديون، الالتزامات المالية

Abstract:

This study tries to take up the concept of financial disclosure as a locality to which the unassigned rights relate.

This research has tried to show the meaning of the liability, and the nature of the funds which is related to, as well as to show the extent of its ability to bear rights.

This research revealed results and the most important of them: that the lack of the identification of capacity of the liability is intended to be able to bear the necessary obligations, but in terms of practical reality it cannot be said that it is not possible to put controls that limit this vessel in terms of its orientation toward taking rights, which imposes the distinction basically between limiting its ability to bear the obligation, and to limit the independence on its ability to take rights.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين وعلى التابعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

إن الواقع المتعلق بالمعاملات المالية أخذ في العصر الحديث اتجاهها يصعب ضبطه ببعض القواعد المطلقة والشائعة في المفهوم الفقهي؛ وذلك أن هذه القواعد صيغت -في نظري- في ظل النظر الفردي الذي قد يعطي تصورا يكشف التطبيق الجماعي فيه عن أضرار لم يكشف عنها التطبيق الفردي.

وهذا النظر الذي يفرضه تطور الواقع يدفعنا إلى أن نعيد بناء مختلف القواعد الحاكمة للمعاملات المالية، حتى تتناسب مع تطورها في الواقع، ومن أخطر القواعد العامة التي يبرز حضورها في المعاملات قاعدة الذمة التي تقوم عليها كل المعاملات المالية التي لا يتم فيها استيفاء الحق من الطرفين؛ وذلك

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

أن المتتبع للمعاملات المالية لن يجد صعوبة في ملاحظة حضور التعامل بالذم في مختلف النشاطات التجارية الفردية أو الجماعية.

وقد كشفت لنا بعض التجارب الواقعية عن نتائج مؤلمة لبعض المعاملات التي أهمل فيها ما يمكن أن ينشأ عن الإسراف في التعامل بالذم من الأضرار الجسيمة، وعندما نعود إلى المنظومة الفقهية نجد أن الاهتمام متجه إلى الذمة من حيث قابليتها لتحمل الحقوق اللازمة، بل لا أبالغ إن قلت إنني لم أجد من تحدث عنها بشيء من التفصيل من حيث قابليتها للاعتماد عليها في سبيل ملتها بحقوق غير لازمة.

وتتمثل أهمية هذا البحث في كونه يتناول موضوعا مهما وغامضا في الفقه الإسلامي، ويحاول أن يبين مهماته بأسلوب يجعله متكاملا وواضحا، مع محاولته الفصل بين الاعتماد على مفهوم الذمة في تقبل الحقوق، وقابليتها لتحمل الحقوق من حيث الجملة.

وقد جاء هذا البحث ليحجب عن سؤال مفاده: كيف يمكننا أن نصل إلى تصور لمفهوم الذمة تتناغم فيه قابلية تعلق الحقوق وضوابط تحد من هذه القابلية في تقبل الحقوق؟

وقد اعتمدت في هذا البحث على المنهج الوصفي، وقد التزمت فيه أن أتعبق من كلام العلماء ما رأيت أنه يحتاج إلى تعقب؛ لغموضه أو عدم انسجامه مع المراد.

وقد قسمت هذا البحث لمبحثين خصصت أولهما لتعريف الذمة والأموال التي تتعلق بها، وخصصت الثاني لحدود الذمة في تقبل الأموال، مع تضمين كل منهما مطالب اقتضتها معالجة الموضوع، والله أسأل أن يجعل هذا البحث خالصا لوجهه الكريم إنه سميع مجيب.

المبحث الأول: تعريف الذمة والأموال التي تتعلق بها:

مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية

مفهوم الذمة المالية في النظر الفقهي

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

نريد من خلال دراسة هذه النقطة الوصول إلى تحديد مفهوم الذمة المالية؛ وذلك من خلال تعريف الذمة بشكل عام، ثم معرفة الأموال التي تتعلق بها في النظر الفقهي، وهو ما ستكتمل من خلاله صورة الذمة التي نسعى إلى تحديد مفهومها في هذا البحث، وسيكون ذلك من خلال مطلبين هما:

- تعريف الذمة - الأموال التي تتعلق بالذمة.

المطلب الأول: تعريف الذمة:

يرجع المعنى اللغوي للذمة إلى العهد والأمان والضمان والحرمة والحق، فقد جاء في لسان العرب أن الذمة والذمام " بمعنى العهد والأمان والضمان والحرمة والحق"¹، ولعل سبب مرجع هذه المعاني كلها إلى الذمة راجع إلى أن الإخلال بها يوجب الذم، وهو المعنى الجامع للمعاني المشتقة من أصلها.² أما تعريف الذمة اصطلاحاً، فقد أكد الإمام القراني -رحمه الله- أن ههما أشكل تحديده على كثير من الفقهاء، وأرجع ذلك إلى خلطها مع أهلية المعاملة، واعتبرهما حقيقتين متباينتين، فقد يكونان معاً، وقد يوجد أحدهما دون الآخر³، ثم عرفها بأنها: " معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام واللزوم"⁴، واعتبر البلوغ والرشد شرطان لها⁵، وهذا الاتجاه هو الذي سلكه تاج الدين السبكي في الأشباه والنظائر.⁶

¹ ابن منظور لسان العرب، دار صادر، الطبعة الثالثة: 1414 هـ ج: 12 ص: 212 مادة ذ- م- م.
² ينظر: أبو القاسم الزمخشري أساس البلاغة تحقيق محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1998م ج: 1 ص: 317 مادة ذ- م- م.
³ ينظر: القراني الفروق، عالم الكتب بدون طبعة بدون تاريخ ج: 3 ص: 226-227.
⁴ نفس المصدر السابق ج: 3 ص: 230-231.
⁵ ينظر: المصدر السابق ج: 3 ص: 231.
⁶ ينظر: تاج الدين السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1991 م ج: 1 ص: 363-364.

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

فالذمة في نظر القراني، وتاج الدين السبكي - رحمهما الله - إذ نهي معني صاحب التكليف، يجعل المتصف بها أهل الأئيل تز مويل زمعا، و لا يكفي أحدهما دون الآخر، ومعنى ذل كأنه يكون " ملتزما، أو ملتزماله، أي مستحقا أو مسؤولا".⁷

وقد أشار إلى الخلاف الحاصل في تعريف الذمة الإمام الجرجاني، حيث قال: " ومنهم من جعلها وصفاً فعرّفها بأنها وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب له وعليه، ومنهم من جعلها ذاتاً، فعرّفها بأنها نفس لها عهد".⁸

ويبدو التباين واضحاً بين النظريين؛ لأن النظر الأول في نظره إلى الذمة اعتبرها وصفاً مقدرًا، بينما يُنظر إليها في النظر الثاني على أنها أمر له وجود حقيقي، خاصة وأن المقصود بالعهد عندهم هو العهد الذي " أخذه الله على بني آدم قبل خلقهم"⁹، وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بالاتجاه الأخير، فقد جاء في درر الحكام أن الذمة " بمعنى النفس والذات ولهذا فسرت المادة (612) الذمة بالذات".¹⁰

ولا يخفى على أحد أن الاستدلال بهذه الآية على مفهوم الذمة يعتمد على أحد القولين في تفسيرها؛ وذلك أن في تفسير هذه الآية وجهين مشهورين في تفسيرها عند العلماء¹¹ أحدهما: أن

7- مصطفى الزرقا المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، دار القلم الطبعة الأولى: 1999 م ص: 194.

8- علي بن محمد الجرجاني التعريفات، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1983 م ص: 107.

9- ينظر: علي الخفيف الحق والذمة وتأثير الموت فيهما، دار الفكر العربي، بدون طبعة 1431 هـ ص: 111-112.

10- علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب حسين فهمي، دار الجيل، الطبعة الأولى 1991 م ج: 1 ص: 25.

11- ينظر: أبو عبد الله القرطبي تفسير القرطبي، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، الطبعة الثانية 1964م ج: 7 ص: 314 وما بعدها/ محمد رشيد رضا تفسير المنار الهيئة المصرية العامة للكتاب بدون طبعة 1990م ج: 9 ص: 327 وما بعدها.

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

المراد به هو إيجاد قرن منهم من بعد قرن، وإنشاء قوم بعد آخرين، فيكون هذا الإشهاد بلسان الحال والثاني: أن المراد به أن الله أخرج جميع ذرية آدم من ظهور الآباء في صورة الذر وأشهدهم على أنفسهم بلسان المقال ألتست بربكم قالوا بلى شهدنا¹²، ولعل هذا الوجه الأخير هو معتمدهم في تحديد الذمة.

والذي يظهر لي أن الاستدلال بهذه الآية على مفهوم الذمة غير سديد؛ وذلك أن مفهوم هذه الآية أشكل على المتقدمين، حتى قال القرطبي في مطلع تفسيره لها " وهذه آية مشككة"¹³، كما أن هذا العهد في صورته المقالية لا يتذكره منا أحد، وقد أقر بذلك صاحب أضواء البيان¹⁴ وهناك تعريفات أخرى ذكرها الفقهاء الأقدمون، وهي غير بعيدة من الاعتبار الأول، الذي ينظر إلى الذمة باعتبارها وصفا مقدرا؛ ذلك أنها اعتبرت الذمة وصفا اعتباريا مقدرا في الشخص.¹⁵ وقد نقض الأستاذ مصطفى الزرقا التعريفات السابقة، ثم عرف الذمة بأنها: " محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه"¹⁶، وقد اختار تعريفه الدكتور إبراهيم رحمان، ورأى أنه سالم من الاعتراضات المؤثرة.¹⁷ وعرفها الشيخ وهاب خلاف بأنها: " الصفة الفطرية الإنسانية التي بها تثبت للإنسان حقوق قبل غيره، ووجبت عليه واجبات لغيره"¹⁸.

¹² - محمد الأمين الشنقيطي أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن دار الفكر للطباعة والنشر بدون طبعة 1995م ج: 2 ص: 42-43.

¹³ - تفسير القرطبي ج: 7 ص: 314.

¹⁴ - أضواء البيان ج: 2 ص: 43.

¹⁵ - علي الخفيف الحق والذمة وتأثير الموت فيهما، دار الفكر العربي، بدون طبعة 1431هـ ص: 108 وما بعدها / مصطفى الزرقا المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، دار القلم الطبعة الأولى: 1999 م ص: 194.

¹⁶ - المدخل إلى نظرية الالتزام مرجع سابق ص: 201.

¹⁷ - إبراهيم رحمان مفهوم الذمة في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة مجلة البحوث والدراسات ع: 8 2009م ص: 58.

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

وعرفها الشيخ أبو زهرة بأنها: " أمر فرضي اعتباري، يفرض ليكون محلا للالتزام وللإلزام"¹⁹.
وعرفها الأستاذ السنهوري بأنها: " وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان، ويصير به أهلا للإلزام وللالتزام"²⁰، واعتبرها وصفا " تصدر عنه الحقوق والواجبات جميعها"²¹.
من خلال عرض الكم السابق من تعريفات الذمة، ومحاولة استشعار طبيعة النظر إليها، يمكن أن نقول إن أغلب الأنظار اتفقت على اعتبار الذمة " محلا مقدرًا في الذات الإنسانية، وأن هذا المحل تتعلق به حقوق الذوات الإنسانية"، وهذا المحل لا يكتمل اكتمالا تاما إلا بصلاحيته لتحمل مختلف الالتزامات.²²

المطلب الثاني: الأموال التي تتعلق بالذمة:

من أجل أن تتمكن من الوصول بطريقة صحيحة إلى الأموال التي تتعلق بالذمة، فنحن بحاجة إلى أن نتحدث عن مفهوم المال في النظر الفقهي، ثم نحاول بعد ذلك معرفة ما يتعلق من هذه الأموال بالذمة، وهو ما سأتناوله في فرعين هما:

- مفهوم المال في النظر الفقهي - الأموال القابلة للتعلق بالذمة.

الفرع الأول: مفهوم المال في النظر الفقهي:

18- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية شباب الأزهر بدون طبعة بدون تاريخ ص: 136.
19- أبو زهرة أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي بدون طبعة بدون تاريخ ص: 16.
20- عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، بدون تاريخ ج: 1 ص: 17.
21- المرجع السابق ج: 1 ص: 17.
22- ينظر مصادر الحق ج: 1 ص: 17.

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

عرف الحنفية المال بأنه: " اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار"²³.
وعليه فإن ما لا يمكن إحرازه لا يعتبر عندهم من الأموال؛ لأن المال عندهم أخذ مفهوما ماديا، فلا يقع إلا على الموجودات ذات المنافع، ويختص بالأعيان المادية، فلا يشمل المنافع²⁴، ولعل ذلك راجع إلى أن التحقيق عندهم في شأن المنفعة أنها ملك لا مال، والملك من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، أما المال فمن شأنه أن يدخر للانتفاع وقت الحاجة²⁵.
وقد نص الحنفية على أن الرجل إذا حلف بالله ماله مال، وله دين على مفلس، أو على ملي، وليس له غيره لم يحنث؛ لأن الدين ليس بمال حقيقة، فإن تمول ما في الذمة لا يتحقق إلا باعتبار ماله، وهو القبض والمقبوض يقع على العين²⁶.
وعرف المالكية المال بأنه: " ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره، إذا أخذه من وجهه"²⁷.
وعرفه الشافعية بأنه: "ماله قيمة يباع بها وتكون إذا استهلكها مستهلك أدى قيمتها وإن قلت"²⁸.
وعرفه الحنابلة بأنه: " ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة"²⁹.

23- ابن نجيم المصري البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب العربي الطبعة الثانية بدون تاريخ ج: 5 ص: 277.
24- مصطفى الزرقا المدخل الفقهي العام، دار القلم دمشق الطبعة الأولى 1998م ج: 1 ص: 334.
25- ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر بيروت الطبعة الثانية 1992م ج: 4 ص: 502.
26- محمد بن أحمد السرخسي المبسوط، دار المعرفة بيروت بدون طبعة 1993م ج: 9 ص: 14.
27- أبو إسحاق الشاطبي الموافقات، تحقيق أبو عبيدة آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى 1997م ج: 2 ص: 32.
28- الشافعي الأم، دار المعرفة بيروت بدون طبعة 1990م ج: 5 ص: 171.
29- موسى بن أحمد بن موسى الإقناع في مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق عبد اللطيف موسى السبكي، دار المعرفة بيروت بدون طبعة بدون تاريخ ج: 2 ص: 59.

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

ولعل تعريف غير الحنفية، من المالكية والشافعية والحنابلة للمال، انطلق من اعتبار تعلق الملكية بالمملوك، فإنه بذلك يشمل الأعيان المالية، والمنافع والديون، فإن اختصاص الملكية يجري فيها، كما يجري في الأعيان³⁰.

والإيضاح ذلك فإن فقهاء الأحناف عندما يقولون " إن المنافع والديون من قبيل الملك لا من قبيل المال، فإنما يريدون بالملك معنى اسم المفعول، أي المملوك الذي يتعلق به الملك؛ لأن الملك بالمعنى المصدرية أي الملكية، إنما هو علاقة اختصاصية للإنسان بالأشياء، من أموال ومنافع... والمنافع ونحوها هي محل للملكية، أي أنها مملوكات وليست هي الملكية نفسها"³¹.

كما أن مذهب المالكية والشافعية والحنابلة، ينطلق من أن الشرع قد قوم المنافع فأنزله منزلة الأموال" فلا فرق بين جبرها بالعقود وجبرها بالتفويت والإتلاف، لأن المنافع هي الغرض الأظهر من جميع الأموال، فمن غصب قرية أو دارا قيمتها في كل سنة ألف درهم وبقيت في يده سبعين سنة ينتفع بها منافع تساوي أضعاف قيمتها ولو لم تلزمه قيمتها لكان ذلك بعيدا من العدل والإنصاف الذي لم ترد شريعة بمثله ولا بما يقاربه"³².

ولعل هذا الأمر هو ما دفعهم إلى أن لا يشترطوا في الأموال أن تكون مادة يمكن حيازتها حيازة حية،" بل اكتفوا بأن يكون في مكنة صاحبه المال التسلط عليه ومنعه عن غيره، ولو بحيازة مصدره؛

³⁰ - المدخل الفقهي مرجع سابق ج: 1 ص: 352.

³¹ - المدخل الفقهي ج: 1 ص: 35 حاشية 2.

³² - العز بن عبد السلام قواعد الأحكام في مصالح الإمام راجعه وعلق عليه طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة بدون طبعة 1991م ج: 1 ص: 183.

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

ولذا كانت المنافع عندهم أموالاً؛ لأنها تمنع بحيازة مصدرها، ويتحقق الانتفاع بالاستيلاء على تلك المصادر³³.

وعليه فإن اسم المال يصدق على كل ما به غنى صاحبه، ويعطيه القدرة على تحصيل ما ينفعه في إقامة شؤون حياته³⁴.

وأشير هنا إلى أن التشريع الإسلامي، " لا يعتبر كل مال صالحاً للانتفاع، مباح الاقتناء والاستعمال والاستغلال، بل إن من الأموال مالا يباح الانتفاع به للمسلم، ولا يجوز له اقتناؤه وادخاره كالخمر والخنزير، فإن المسلم لا يباح له الانتفاع بهما، في حال السعة والاختيار، وملكيته لهما ملكية غير محترمة، فلا غرم على من أتلّفها"³⁵.

الفرع الثاني: الأموال القابلة للتعلق بالذمة:

من المهم قبل أن نحاول استكشاف الأموال القابلة بطبعها للدخول في الذمة، أن نكون على علم بأن الفلسفة التي تتعلق بها تعلق الأموال بالذمة قائمة على أن الأشياء التي تتعلق بها الالتزامات قد تكون معينة وقد تكون غير معينة، وهو أمر ينشأ عنه تفاوت بين المعين وغيره بطبعهما، ويمكن من خلال هذا التفاوت أن يختص المعين بأن يتعلق الالتزام بذاته، فلا حاجة أصلاً إلى نقل الالتزام إلى شيء

³³- علي الخفيف الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي بدون طبعة 1996 م ص: 12، بتصريف يسير.

³⁴- ينظر: الطاهر بن عاشور أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، الشركة التونسية للتوزيع تونس المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر الطبعة الثانية بدون تاريخ ص: 198.

³⁵- محمد أبو زهرة الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي بدون طبعة بدون تاريخ ص: 52.

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

آخر، خاصة وأن تعيينه يقوي فرضية تعلق الحق به، هذا إن كان للمعين مثل، أما إن لم يكن له مثل فإن تعلق الالتزام به لا تقوم معه فرضية أخرى.

وهذه القدرة التي يتمتع بها المعين، وتمنحنا القدرة على أن نجعله متعلق الالتزام، تنعدم في غير المعين، فلا يمكن بحال أن يتعلق الالتزام به، فاحتجنا إلى أن نعلق الالتزام به بشيء آخر، وأنسب مكان يتعلق به هو محل الالتزام " الذمة".³⁶

وهذه المسألة تكشف لنا أن ما يتعلق بالذمة من الأموال ليس مالا محددًا بذاته؛ لأن ما يتعلق بالذمة ينبغي أن يكون أمرا غير معين؛ وذلك راجع إلى " أن المعينات المشخصات في الخارج المرئية بالحس لا تثبت في الذم".³⁷

وإذا وقع الالتزام على هذه الهيئة سمي الملتزم به ديناً؛ لأنه التعبير المستخدم لما يثبت في الذمة من الأموال غير المعينة.³⁸

بقي - إكمالاً للصورة- أن نكشف عما يؤدي بدل الملتزم به في الذمة الذي ليست له شخصية معينة في الخارج بعينها، والقاعدة فيه أنه بمجرد صدور التزام يتعلق بالذمة، استُحق على صاحب الالتزام ما يماثل ما التزم به، وإذا أتى بأي مماثل له اكتمل أداؤه بما التزم به.³⁹

وقد نص على هذه المسألة الإمام القرافي- رحمه الله - حين قال: " فإن المطلوب متى كان في الذمة فإن لمن هو عليه أن يتخير بين الأمثال ويعطي أي مثل شاء".⁴⁰

³⁶- ينظر: مصادر الحق مرجع سابق ج: 1 ص: 19- 20.

³⁷- الفروق مرجع سابق ج: 2 ص: 33.

³⁸- ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام مرجع سابق ص: 83.

³⁹- ينظر: محمد صنفى بن أحمد، أبو الحارث الغزي، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى: 2003م ج: 9 ص: 774.

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

وعليه فإن الضابط المتحكم في دخول الأموال في الذم يرتكز أولاً على عدم التعيين، وهو ما يقتضي تلقائياً تركزه ثانياً على وجود المماثل لما يثبت في الذمة، فالجانب الأول وهو عدم التعيين في الأموال لا يقتضي التعرض لحقيقتها، وإنما يهتم بما يتعلق باستقرارها في الذمة، بينما يهتم الجانب المتعلق بالمماثلة ببيان جنس ما يستقر في الذمة.

وهذا الجانب الأخير هو ما يمكننا من خلاله تحديد جنس الأموال التي تتعلق بالذم، فنحتاج فقط إلى معرفة الأموال المثلية؛ من أجل تحديد ما يثبت في الذمة من الأموال، وهو ما سأحاول استكشافه من خلال محاولة الوصول إلى طبيعة النظر الفقهي إلى الأموال المثلية.

عرف الحنفية المال المثلي بأنه: " المكيل والموزون والعددي المتقارب"⁴¹، والمراد عندهم بهذا التعريف أن المثلي هو " ما يكون مقابله بالثمن مبني على الوزن أو الكيل أو العد "⁴² واعتبر المالكية أن الضابط في تحديد المثلية هو أن يكون من " المكيل أو الموزون أو المعدود "⁴³، فالمثلي عندهم هو " ما له مثل كالمكيل والموزون والمعدود "⁴⁴، والمعدود في هذا التعريف يقصد به ما كان من المعدودات المتقاربة.⁴⁵

⁴⁰ - الفروق مرجع سابق ج: 2 ص: 33

⁴¹ - ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر الطبعة الثانية 1992 م ج: 5 ص: 272.

⁴² - عباس كاشف الغطاء المال المثلي والمال القيمي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع القانون، مؤسسة بوستان، الطبعة الأولى 1388 ش ص: 58.

⁴³ - ينظر: أبو العباس أحمد بن محمد (الصاوي)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف بدون طبعة بدون تاريخ ج: 3 ص: 196.

⁴⁴ - أبو الوليد الباجي المنتقى، مطبعة السعادة الطبعة الأولى 1332 هـ ج: 5 ص: 279.

⁴⁵ - ينظر: وزارة الأوقاف الكويتية الموسوعة الفقهية، دار الصفوة الطبعة الأولى (1404 - 1427) ج: 33 ص: 119.

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

ويبدو تحديد المثلي عند الشافعية أصعب؛ وذلك أن الشافعي - رحمه الله - ذكر في المماثلة عند الغرماً ما أتلف " لو كان له كيلاً ووزن فعليه مثل كيلاه ووزنه"⁴⁶، وهو ما جعل بعض من تحدث عن الأموال المثلية يجعل تعريفها عند الشافعية " ما له كيل أو وزن "⁴⁷.

وقد صرح الشافعية أنفسهم بأن هذا ليس حداً للمماثلة، وأن حداً يرجع عندهم إلى " تماثل الأجزاء وأمن التفاضل "⁴⁸، واختار النووي - رحمه الله - تعريفها بأنه: " ما يحصره كيلاً ووزن، ويجوز السلم فيه "⁴⁹، وهو ما يخرج المعدود والمذروع من المماثلة. وعرف الحنابلة المثلي بأنه: " ما حصره كيل أو وزن "⁵⁰، وهو المذهب الصحيح عندهم في اعتبار المماثلة، ويصرحون بعدم مثلية المعدودات والمذروعات⁵¹.

وعرفه عباس كاشف الغطاء بأنه: " كل مال يتوفر عادة أو غالباً ما يسد مسده في الجهات المرغبة عقلاً في عينه، وصفة، ومنفعة "⁵².

ورغم أن صاحب هذا التعريف الأخير قد بذل مجهوداً هائلاً في محاولة تعريف الأموال المثلية، إلا أنه قد ركز تركيزاً كبيراً على جانب تعلق الأغراض بها، وجعله منطلقاً لتعريفه، ولعل ما دفعه لذلك كثرة

⁴⁶ - إسماعيل بن يحيى (المزني)، مختصر المزني، دار المعرفة، بدون طبعة 1990 م ص: 217.

⁴⁷ - ينظر: الأموال المثلية مرجع سابق ص: 58- 59.

⁴⁸ - أبو الحسن علي بن محمد (الماوردي) الحاوي الكبير، تحقيق الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1999 م ج: 7 ص: 179.

⁴⁹ - النووي روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة: 1991 م ج: 5 ص: 19.

⁵⁰ - إبراهيم بن محمد بن عبد الله (برهان الدين)، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: 1997 م ج: 5 ص: 41.

⁵¹ - ينظر: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان (المرادوي) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي الطبعة الثانية بدون تاريخ ج: 6 ص: 192، ص: 226.

⁵² - الأموال المثلية مرجع سابق ص: 66.

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

الحديث عن تحديد هذه الأموال في باب الضمان، غير أن هذا الأمر لا علاقة له بحقيقة الأموال المثلية.

ومن المناسب في نظري أن نعتبر الأموال المثلية " أموالا لها قوة ذاتية أكسبتها قدرة البدية فيما يشبهها من غير ظهور فرق ظاهر بين البدلين، دون الحاجة إلى واسطة، سواء كان مكيفا أو موزون، أو مقدرا بأي وسيلة تقدير دقيقة متعارف عليها".

وهذا الاعتبار الذي يدخل المعدودات والمذروعات هو ما يتناسب مع الأنظار الحديثة لحقيقة المال المثلي⁵³، وهو الذي يسلكه الاتجاه الفقهي الحديث، فقد عرف رفيق المصري الأموال المثلية بأنها: " التي لا تتفاوت آحادها تفاوتاً تختلف به قيمتها، كالنقود والمكيات والموزونات والمعدودات المتقاربة"⁵⁴، وهو ذات الاتجاه الذي سلكه وهبة الزحيلي حين ذكر أن الأموال المثلية هي المكيات والموزونات، والعديدات المتقاربة في الحجم، والذريعات التي تتساوى أجزاءها دون فرق يعتد به⁵⁵، وهو ما يبدو أن النظر استقر عليه في تحديد الأموال المثلية.⁵⁶

ومن خلال ما تحدثنا عنه يتضح لنا أن الأموال التي تتعلق بالذمة هي الأموال غير المعينة من الأموال المثلية، وهي التي لها نظير يمكن أن يتفق معها في التقدير، وهو ما يدخل المصنوعات من مادة واحدة ويأخذ شكلا واحدا ضمن الأموال المثلية⁵⁷.

⁵³ - ينظر: المال المثلي والمال القيمي مرجع سابق ص: 69

⁵⁴ - رفيق يونس المصري، الجامع في أصول الربا، دار القلم، الطبعة الأولى 1991 م ص: 226-227.

⁵⁵ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر الطبعة الثانية 1985 م ج: 4 ص: 49.

⁵⁶ - الحسين شواط، عبد الحق حميش فقه العقود المالية، بدون دار طبع بدون تاريخ ص: 17.

⁵⁷ - ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته مرجع سابق ج: 4 ص: 49.

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

بعد تحديد الأموال المثلية بقي أن نحاول استكشاف ما يتعلق بالأموال المثلية من حيث قابليتها للتعين، وهو ما يترتب عليه إمكان تعلقها بالذمة، فقد سبق أن قررنا أن التعيين ينافي التعلق بالذمة، فما مدى قابلية الأموال المثلية للتعين؟

يتفق الفقهاء على أن المثلي إذا كان من غير الأثمان المسكوكة فهو قابل للتعين⁵⁸، ولعل ذلك راجع إلى قاعدتهم في التعيين والتي تقوم على أن " التعيين إذا كان مفيدا، فهو معتبر"⁵⁹، واختلفوا في الأثمان المسكوكة فذهب الحنفية والمالكية إلى أنها غير قابلة للتعين أصلا، وذهب الشافعية والحنابلة وابن القاسم من المالكية إلى أنها تتعين بالتعيين⁶⁰.

المبحث الثاني: حدود الذمة في تقبل الأموال:

تحدثنا فيما سبق عن مفهوم الذمة وما يتعلق بها من الأموال، وكان ذلك أمرا ضروريا من أجل محاولة البحث عن حدودها في تقبل الأموال، ونريد من خلال هذه النقطة أن نحاول الوصول إلى حدود هذا الوعاء الذي يتحمل الحقوق المالية في الاستدانة الناشئة عن البيع أو القرض، خاصة وأن الأغلب الشائع في الإطلاق أن من خصائصه أنه غير محدود السعة.⁶¹

⁵⁸- ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته مرجع سابق ج: 4 ص: 404.

⁵⁹- م المبسوط ج: 11 ص: 160.

⁶⁰- ينظر: علاء الدين الكاساني بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية 1986 م ج: 4 ص: 193/ أبو عبد الله القرطبي، تفسير القرطبي، أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، الطبعة الثانية 1964 م ج: 9 ص: 156./الموسوعة الفقهية الكويتية ج: 13 ص: 43/ الفقه الإسلامي وأدلته ج: 4 ص: 404.

⁶¹- ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته مرجع سابق ج: 4 ص: 53.

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

ولا شك عندي أن عدم تحديده يراد به صلاحيته لتحمل الالتزامات، أما من حيث الواقع العملي فلا يمكن القول بعدم إمكان وضع ضوابط تحد هذا الوعاء من حيث توجهه إلى أخذ الحقوق، فينبغي التفريق أساسا بين الحد من صلاحيته لتحمل الالتزام، وبين الحد من الاعتماد على صلاحيته في أخذ الحقوق، فهناك جانب صلاحية الذمة لتحمل كافة الحقوق، وهو أمر يمكن أن يقبل فيه عدم التحديد، وهناك جانب آخر يتعلق باستغلال قابلية الذمة وملئها بالحقوق، وهو أمر لا يمكن أن يقبل فيه عدم التحديد.

وعليه فإن التحديد الذي أقصده في هذا البحث ليس هو تحديد الذمة من حيث قابليتها لتحمل الحقوق اللازمة، وإنما هو من حيث قدرتها على التحرك في أخذ الحقوق ابتداء. وسأحاول أن أصل إلى هذا التحديد وأبرره عن طريق تناول خطر المديونية المفرطة، وحكم التعامل بالديون، والنظر الإسلامي إلى حكم الاستدانة بشكل عام، وهو ما سأتناوله في المطالب الآتية:

المطلب الأول: خطر المديونية المفرطة:

تعتبر المديونية المفرطة أهم الأسباب التي نشأت من خلالها الأزمة المالية العالمية⁶²، وهو أمر يكاد يتفق عليه الباحثون الذين تناولوا الأزمة المالية⁶³، ولعل ذلك راجع إلى أن تراكم الديون إذا رافقه عجز عن السداد أو امتناع عنه، أنتج أزمات اقتصادية⁶⁴.

⁶² - غسان الطرب مراجعة لكتاب الأزمة العالمية المعاصرة من منظور إسلامي ، مجلة الفكر الإسلامي المعاصر ع: 70، المعهد العالمي للفكر الإسلامي 2012 م ص: 126.

⁶³ - محمد أنس الزرقا ، الأزمة المالية العالمية، المديونية المفرطة سببا والتمويل الإسلامي بديلا بحث منشور ضمن كتاب الأزمة الاقتصادية المعاصرة من منظور إسلامي ، المعهد العالمي للفكر الإنساني، الطبعة الأولى 2012 م ص: 199.

⁶⁴ - ينظر: رفيق يونس المصري أصول الاقتصاد الإسلامي ، دار القلم الطبعة الأولى 2010 م ص: 353.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية

مفهوم الذمة المالية في النظر الفقهي

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

ومن خلال هذا التبرير يمكننا أن نفهم خطر المديونية المفرطة، فإنها تعني تراكماً في الدين وهو ما ينشأ عنه تعاضم في كمية الدين في الذمة، وهذا التراكم يصاحبه تزايد احتمال عدم القدرة على السداد نهائياً، أو تأخر سداده إلى أجل غير منضبط.

وهذا الخطر وإن كانت تقتضيه طبيعة الديون أصالة، فإنه يزداد كلما ارتفعت نسبة الديون، ولعل هذا ما جعل المتخصصين يعتبرون أن كل الأزمات المالية تضمنت مديونية تزيد على وسائل الدفع، وأن الدين يشكل خطراً حقيقياً على الاستقرار الاقتصادي.⁶⁵

وهذا السلوك الذي يستغل سعة الذمة فيما يتعلق بتحمل الحقوق يمكن أن يستمد قوته من الجانب الأخلاقي للمجتمعات التي تسعى لتحقيق المتطلبات بشكل فوري، وما يصاحب ذلك عادة من قبول مبدأ الاستدانة، وما تعيشه المجتمعات بشكل عام من سوء الرقابة على المعاملات الذي يمكن أن يمهّد لقيام مؤسسات تفضي في تعاملها إلى تفاقم الديون وترسخها.⁶⁶

ويتزايد عظم خطر المديونية المفرطة كلما كانت الجهة المدينة يكثر احتمال عدم قدرتها على السداد، فخطورها في الأفراد أكثر من خطورها في المؤسسات؛ وذلك أن اختزالها في ذمة واحدة أشد خطورة من توزيعها على ذمم متعددة، فخطورتها بشكل عام تتحدد باحتمال عدم القدرة على السداد، وما يمكن أن يتحصل عليه عند العجز عنه.

ويكفي في بيان خطورة المديونية المفرطة — زيادة علما ذكرنا قبلها أن المديونية المفرطة كانت سبباً للأزمات المالية العالمية — الوضع الذي تعيشه الأوساط الموريتانية

⁶⁵ - سامي بن إبراهيم السويلم الأزمات المالية في ضوء الاقتصاد الإسلامي، دراسة مدعومة من برنامج المنح البحثية في كرسي سابق لدراسات الأسواق المالية الإسلامية، 2012 م ص: 23.
⁶⁶ - مراجعة لكتاب الأزمة العالمية المعاصرة من منظور إسلامي مرجع سابق ص: 126.

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

هذه الأيام نتيجة لاستدانة مفرطة أفقدت كثيرا من الناس مساكنهم ووسائل كسبهم، وأصبح المراقبون للوضع الاجتماعي والاقتصادي يخشون من نتائج قد تعصف بالمستوى الاقتصادي وتضعف النسيج الاجتماعي.

المطلب الثاني: التعامل بالديون:

روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَالِبِ الْكَالِي»⁶⁷. ورغم أن علماء الحديث ضعفوا هذه الرواية، فإن الفقهاء اتفقوا على صحة هذا المعنى، وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع كالي بكالي، وإن اختلفت أنظارهم في تحديد معنى الكالِبِ الْكَالِي؛ وذلك أن الفقهاء اختلفوا في معنى بيع الكالِبِ الْكَالِي على ثلاثة أقوال: أحدها أنه بيع ما في الذمة بما في الذمة، سواء بيع بدين سابق أو دين منشأ⁶⁸، وهو تفسير الجمهور، والثاني أن معناه بيع الدين المنشأ بدين

⁶⁷ - أخرج البيهقي كتاب البيوع رقم: 3060، وهذا الحديث ضعفه علماء الحديث، بل إن الإمام أحمد قال: " ليس في هذا حديث يصح، لكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين " سبل السلام ج: 2 ص: 62.
⁶⁸ - الدين السابق هو الدين الذي ثبت في الذمة بعقد سابق على العقد الذي يباع فيه الدين، أما الدين المنشأ فهو الدين الذي نشأ بالعقد الذي يباع فيه الدين.

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

منشأ، وهو تفسير بعض المالكية وابن تيمية وابن القيم، والقول الثالث أنه بيع الدين الثابت قبل العقد بمثله، وهو تفسير لبعض الشافعية.⁶⁹

أعطى العلماء بيع الدين تقسيمات مختلفة في سبيل حكمهم عليه، وقد اخترت من ذلك تقسيمهم المتعلق بمشتري الدين هل هو المدين أو شخص آخر، وهو ما سأبينه في فرعين هما:

الفرع الأول: حكم بيع الدين للمدين:

ذهب الجمهور من الفقهاء إلى جواز بيع الدين لمن هو عليه بشروط اشتراطها، وذهب الشافعية في قول عندهم والحنابلة في رواية عندهم إلى منعه.⁷⁰

وترجع الشروط التي اشتراطها العلماء عموماً إلى سد باب الربا، أو إلى مذاهبهم في بيع المبيع قبل قبضه، أو إلى منع بيع الدين بالدين.⁷¹

ويمكننا أن نلاحظ ذلك من خلال تناول بعض الشروط التي اشتراطها في بيع الدين لمن هو عليه، وهو ما سنبيته فيما يأتي:

1. قبض ما يباع به الدين أو تعيينه، وهذا الشرط ينبغي أن يكون مجتمعا عليه بين الفقهاء، وذلك أنهم ذكروا الإجماع على أنه لا يجوز بيع دين بدين⁷²، وقد أنكر ابن القيم وقوع الإجماع على هذا الشرط، حيث قال إن " بيع الدين ليس فيه نص عام ولا إجماع "⁷³.

⁶⁹ - ينظر: أسامة حمود بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي طبعة دار الميمان الطبعة الأولى 2012م ص: 104 وما بعدها.

⁷⁰ - ينظر: بدائع الصنائع ج: 5 ص: 148/ الخرشي شرح مختصر خليل للخرشي دار الفكر بدون طبعة بدون تاريخ ج: 5 ص: 77/ أحمد سلامة القليوبي، أحمد البرلسي عميرة حاشيتنا قليوبي وعميرة دار الفكر بدون طبعة 1995م ج: 2 ص: 265/ ابن قدامة الشرح الكبير على متن المقنع دار الكتاب العربي بدون طبعة بدون تاريخ ج: 4 ص: 342/ بيع الدين وتطبيقاته ص: 123-124.
⁷¹ - ينظر: بيع الدين وتطبيقاته ص: 133 وما بعدها.

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط قبض المعين، فمنهم من اشترطه وهم المالكية، ومنهم من اكتفى بالتعيين، وهم الجمهور وبعض المالكية، ثم استثنوا من ذلك بعض المسائل، منها استثناء الحنفية لبيع الدين بالدنانير، واتفاقهم على وجوب القبض إن كان المبيع ذهباً بفضة مثلاً، واستثناء غير الحنفية للربويين غير الذهب والفضة كقمح وشعير.⁷⁴

2. تساوي البدلين إن كان يجري بينهما ربا الفضل، وهذا الشرط متفق عليه في الجملة⁷⁵.
3. ألا يجري بين البدلين ربا النسيئة، (ومعنى البدلين هنا هو ما وجب بسببه الدين وما يقضى به)، وهذا الشرط اختص به المالكية والحنابلة، ولم يشترطه الحنفية والشافعية، غير أن المالكية يستثنون من ذلك إذا لم تكن مواطأة ولا حيلة واتحد الجنسان وتساويا.⁷⁶

4. أن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه، وهذا الشرط اشترطه الحنفية والمالكية والشافعية، وقصره الحنفية على دين السلم والصرف، وقصره المالكية على الطعام، وقصره الشافعية على المثلث⁷⁷، وهناك شروط أخرى ساقها بعض أصحاب المذاهب، ولم تكن محل اتفاق بينهم.⁷⁸

الفرع الثاني: حكم بيع الدين لغير المدين

⁷² - فيصل بن عبد العزيز بستان الأحبار مختصر نيل الأوطار، دار إشبيلية الطبعة الأولى: 1998م ج: 2 ص: 18/ الفقه الإسلامي وأدلته ج: 7 ص: 5049.

⁷³ - ابن القيم إعلام الموقعين، تحقيق محمد عبد السلام دار الكتب العلمية الطبعة الأولى 1991م ج: 1 ص: 293.

⁷⁴ - ينظر: بيع الدين مرجع سابق ص: 179 وما بعدها.

⁷⁵ - المرجع السابق ص: 211 وما بعدها.

⁷⁶ - ينظر: نفس المرجع السابق ص: 246 وما بعدها.

⁷⁷ - المرجع السابق ص: 267 وما بعدها.

⁷⁸ - ينظر في تفصيل ذلك المراجع الفقهية السابقة.

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

اختلف العلماء في حكم بيع الدين لغير المدين، فذهب المالكية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة إلى جواز بيع الدين لغير المدين، وذهب الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية إلى منعه.⁷⁹ ترجع الشروط التي اشترطها المجيزون لبيع الدين لغير المدين إلى الغرر وإلى المعاني التي ترجع إليها شروط بيعه للمدين، والتي بينها في النقطة الماضية.⁸⁰ تتفق بعض شروط بيع الدين لغير المدين مع بعض الشروط في بيع الدين للمدين، مثل اشتراط قبض الثمن أو تعيينه، والتماثل عند اتفاق الجنس، وأن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه.⁸¹ تحدث المالكية عن الشروط التي يختص بها بيع الدين لغير المدين، وقد لخصها خليل رحمه الله بقوله: " ومنع بيع دين ميت أو غائب ولو قربت غيبته وحاضر إلا أن يقر"⁸²، وزاد المالكية أيضا على ذلك بعض الشروط الأخرى منها، ألا تكون بينهما عداوة، وألا يقصد به ضرر المدين، وأن تنال المدين الأحكام.⁸³

ويمكننا أن نلاحظ مما سبق حجم تضيق الفقهاء فيما يتعلق بالتعامل بالديون، فمنهم لم يجز التعامل بها مطلقا، ومن أجازهم منهم أجازهم مع قيود صارمة، إلا ما يمكن أن يفهم من رأي لابن تيمية وابن القيم، فقد كان رأيهم أوسع الأقوال في التعامل بالديون؛ لأنه يفرضي إلى منع بيع الدين المنشأ

⁷⁹- ينظر: المبسوط ج: 12 ص: 70/ محمد بن يوسف المواق التاج والإكليل، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى 1994م ج: 6 ص: 234/ أبو الحسين العمراني البيان في مذهب الشافعي، تحقيق قاسم النور دار المنهاج الطبعة الأولى 2000م ج: 6 ص: 34/ علاء الدين المرادوي الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف دار إحياء التراث الطبعة الثانية بدون تاريخ ج: 5 ص: 112/ بيع الدين ص: 345 وما بعدها.

⁸⁰- بيع الدين ص: 355.

⁸¹- ينظر في تفصيل الشروط اختلاف العلماء فيها كتاب بيع الدين ص: 356 وما بعدها.

⁸²- مختصر خليل ص: 149.

⁸³- ينظر: محمد بن أحمد الدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير دار الفكر بدون طبعة بدون تاريخ ج: 3 ص: 63/ محمد عlish منح الجليل دار الفكر بدون طبعة 1989م ج: 5 ص: 46/ حاشية الصاوي ج: 3 ص: 99-100.

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

بالدين المنشأ دون غيره من أنواع بيع الدين، وقد أجاز الأستاذ الضرير من المعاصرين مختلف بيوع الدين وإن كان بيع دين منشأ بدين منشأ، فقد قال " وأرى جواز بيع الدين مطلقا، أعني سواء بيع للمدين أو غيره بنقد أو بدين⁸⁴، وهو قول لا يقوم على اعتبار صحيح؛ لمخالفته للقدر المتفق عليه بين العلماء في تحريم بيع الدين.

المطلب الثالث: حكم الاستدانة في الفقه الإسلامي:

يمكننا أن نحدد إطار النصوص الشرعية المتناولة لما له علاقة بحكم الاستدانة في نوعين من النصوص، النوع الأول يتجه إلى صاحب المال، والنوع الثاني يتجه إلى طالبه، ومن خلال تأمل طبيعة الخطابين يمكن أن نصل إلى مستوى من التوازن قد يتيح لنا أن نحدد المعالم الكبرى لحكم الاستدانة، وهو ما سأتناوله في نقطتين أخصص أولاهما للنوع الأول الذي يتجه لصاحب المال والثانية للنوع الثاني الذي يتجه إلى طالبه، وهو ما سنحاول بيانه في فرعين هما:

الفرع الأول: النصوص المتجهة إلى صاحب المال:

اتجهت النصوص الشرعية إلى حث صاحب المال على بذل ماله في الاستدانة، ووعدته بعظيم الجزاء على ذلك، قال الله تعالى: □ مِّنْ ذَا الَّذِي قَرِضَ إِلَيْكَ فَأَسْرَفُوا بِهِ فَوَدَّعُوا قَرْضَهُ أَوْ لَبَسُوا عَلَيْهِ ثِيَابًا لَّيُخْفِيَنَّ عَلَيْهَا أَسْرَفَهُمْ وَهُمْ لَمْ يَأْمُرُوا بِالرِّبَا وَكَانُوا فَوَاحِشًا حَادِيَةً □ وقال تعالى: □ مِّنْ ذَا الَّذِي قَرِضَ إِلَيْكَ فَأَسْرَفُوا بِهِ فَوَدَّعُوا قَرْضَهُ أَوْ لَبَسُوا عَلَيْهِ ثِيَابًا لَّيُخْفِيَنَّ عَلَيْهَا أَسْرَفَهُمْ وَهُمْ لَمْ يَأْمُرُوا بِالرِّبَا وَكَانُوا فَوَاحِشًا حَادِيَةً □⁸⁵، وقال

⁸⁴ - الصديق الضرير الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي الطبعة الثانية 1995م ص: 334

⁸⁵ - البقرة الآية 245.

⁸⁶ - الحديد الآية: 11

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

تعالى: ﴿وَأَقْرِضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا وَمَا تُقَدِّمُوا لِأَنْفُسِكُمْ مِّنْ خَيْرٍ تَجِدُوهُ عِنْدَ اللَّهِ هُوَ خَيْرٌ وَأَعْظَمُ أَجْرًا أَوْ اسْتَغْفِرُوا لِلَّهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾⁸⁷.

ومعنى هذه الآيات ومثيلاتها أن الذي يستجيب لهذه الدعوة، ويعطي عباد الله المحتاجين، فإن الله سبحانه وتعالى يكافئه عنهم إن كانوا عاجزين⁸⁸.

اتفق الفقهاء على أن حكم القرض في حق المقرض مندوب إليه؛ وذلك أنه إذا أبا أن يقرض من سأله لم يأثم بذلك⁸⁹، غير أن هذا الحكم قد يتأثر باعتبارات أخرى تؤدي إلى أن يأخذ حكما مختلفا، فقد يكون واجبا على المقرض إن كان غنيا والمقترض يحتاج إلى القرض لسد ضرورة من ضرورات حياته أو حياة من يعيل، وقد يكون محرما أو مكروها بحسب اعتبارات أخرى.⁹⁰

الفرع الثاني: النصوص المتجهة إلى طالب المال:

اتجهت أغلب النصوص المتجهة إلى المستدين بالتحذير من عدم قضاء الديون وإعادة الحقوق إلى أصحابها، فقد روي في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لَوْ أَنَّ رَجُلًا قُتِلَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ثُمَّ أُحْيِيَ، ثُمَّ قُتِلَ ثُمَّ أُحْيِيَ، ثُمَّ قُتِلَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، مَا دَخَلَ الْجَنَّةَ حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ

⁸⁷ - المزملة الآية: 20.

⁸⁸ - محمد رشيد رضا تفسير المنار، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1990م ج: 2 ص: 8.

⁸⁹ - المغني ج: 4 ص: 336.

⁹⁰ - ينظر: رفيق يونس المصري الجامع في أصول الربا، دار القلم، الطبعة الأولى 1990م ص: 221.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية

مفهوم الذمة المالية في النظر الفقهي

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

دَيْئُهُ»⁹¹، وجاء في حديث آخر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «يُعَقَّرُ لِلشَّهِيدِ كُلُّ ذَنْبٍ إِلَّا الدَّيْنَ»⁹².

والذي يظهر من هذه الأحاديث أن الشهيد رغم علو درجته عند الله تعالى، فإنه لا يدخل الجنة حتى يقضى دينه، ويأخذ أصحاب الديون حقهم منه، فحثت هذه الأحاديث الإنسان على قضاء دينه قبل أن يموت، ولعل فيها إشارة إلى أن الدين هو أهم الحقوق.⁹³ اتفق العلماء على أن الاستقراض جائز لطالبه ابتداء⁹⁴، غير أن حكمه قد يتأثر بالدافع إليه وما يصرف فيه، وما لصاحبه من القدرة على أدائه، فقد يكون واجبا إذا كان فيه إنقاذ نفسه وعياله، وقد يكون مندوبا إذا كان فيه توسعة على صاحبه وله القدرة المادية على أداء بدله، وقد يكون محرما إذا لم يضطر إليه ولم تكن له القدرة المادية على رد بدله.⁹⁵

يتضح من خلال النصوص السابقة أن حكم الاستقراض يتأثر متأثرا قويا بالقدرة على دفع البدل، وطبيعة الحاجة الدافعة عليه، وهو معنى يمكن استخلاصه من الحديث الذي رواه البخاري من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «مَنْ أَخَذَ أَمْوَالَ النَّاسِ يُرِيدُ أَدَاءَهَا أَدَّى اللَّهُ عَنْهُ، وَمَنْ أَخَذَهَا يُرِيدُ إِتْلَافَهَا أَتْلَفَهُ اللَّهُ»⁹⁶

⁹¹ - النسائي كتاب البيوع التخليط في الدين رقم: 4684، وقد حسنه الألباني رحمه الله محمد ناصر الدين الألباني صحيح الجامع الصغير وزباداته المكتب الإسلامي بدون طبعة بدون تاريخ ج: 1 ص: 674.

⁹² - مسلم كتاب الإمارة، باب من قتل في سبيل الله كفرت خطاياهم إلا الدين، رقم: 1886.

⁹³ - ينظر: الصنعاني سبل السلام دار الحديث بدون طبعة بدون تاريخ ج: 1 ص: 469.

⁹⁴ - ابن بطال شرح صحيح البخاري تحقيق ياسر بن إبراهيم مكتبة الرشد الطبعة الثانية 2003 ج: 6 ص: 512.

⁹⁵ - ينظر: الجامع في أصول الربا ص: 222-223.

⁹⁶ - البخاري كتاب المساقاة باب من أخذ أموال الناس يريد أداءها أو إتلافها رقم: 2387.

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

وقد ذكر بعض العلماء أن الإرادة مقترنة بالعلم بالقدرة على الأداء إلا أن الإمام ابن حجر تعقب هذا التفسير بقوله: " فقد نطق الحديث بأن الله يؤدي عنه إما بأن يفتح عليه في الدنيا وإما بأن يتكفل عنه في الآخرة فلم يتعين التقييد بالقدرة"⁹⁷.

والذي قصده ابن حجر أنه لا يشترط فيه العلم بالقدرة حتى يكون داخلا في معنى الحديث، فلا يكون بعدم علمه بالقدرة خارجا من أنه أخذ الأموال يريد قضاءها؛ وذلك أن الذي يتنافى مع معنى الحديث هو العلم بعدم القدرة، فيكون غير العالم بها خارجا عن المنصوص، ولعله نبه على ذلك بقوله: " ولو سلم ما قال فهناك مرتبة ثالثة وهو ألا يعلم هل يقدر أو يعجز"⁹⁸.

يتضح مما تناولناه في حكم الاستدانة أن التشريع الإسلامي لم يترك للمستدين أن يملأ ذمته بما لا قدرة له على الوفاء به، وإنما حد لذمته حدودا عامة تتعلق بمدى حاجته إلى الاستدانة وقدرته على أداء ديونه، بمعنى أن يكون أداؤه لدينه معقولا في حدود واقعه.

⁹⁷- ابن حجر فتح الباري، دار المعرفة 1379 هـ ج: 5 ص: 54.

⁹⁸- المرجع السابق ج: 5 ص: 54.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية

مفهوم الذمة المالية في النظر الفقهي

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

وهذا الجانب الذي يبدو غير منضبط في حد الذمة هو الذي يتناسب مع تباين قدرات الأفراد واختلاف حاجاتهم، فلا يمكن أن تحد الذمة بحد معين يصلح للجميع؛ ولذلك فإن ربطها بقيود يمكن أن تتناسب مع طبيعة تنوع الأفراد واختلافهم هو ما يتناسب مع ما تقتضيه طبيعة المعاملات، ولا يتعارض أساسا مع ما تقتضيه مقاصد تحديد الذمة. وعليه فإن الفقه الإسلامي قد حد الذمة في جانب أخذ الحقوق بأن يكون لصاحبها القدرة بحسب مقتضيات الواقع على أداء ما يمكن أن يتعلق بها، وهو ما تقتضيه المعطيات السابقة، وما يمكن أن يفهم من قانون الحجر الذي يحجز ذمة المحجور عليه في التصرفات المالية.

الخاتمة:

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

تبين لنا في هذا البحث ما أعطاه الفقه الإسلامي لمفهوم الذمة، فقد اهتم الفقهاء بتحديد مفهومها، وطبيعة الأموال التي تتعلق بها، وما أعطاه الفقه الإسلامي لها من السعة من حيث قابليتها لتحمل الحقوق اللازمة وغير اللازمة.

وقد كشفنا في هذا البحث عن خطورة التساهل في أخذ الديون من حيث النظر الاقتصادي، كونه قد يؤدي إلى أزمات مالية يمكن أن تعصف بالمستقبل الاقتصادي للمجتمع، كما كشفنا عن خطورة هذا التساهل من حيث النظر الديني، كونه قد يجعل صاحبه عرضة للعقاب الأخروي. وقد توصلت من خلال هذا البحث الموجز إلى النتائج الآتية:

- أن الذمة هي: محل مقدر في الذات الإنسانية؛ لتتعلق به الحقوق التي تلزم الإنسان إذا لم يوجد معين محدد تتعلق به، وأن أغلب أنظار الفقهاء اتفقت على اعتباره محلا مقدرا في الذات الإنسانية، غير أن هذا المحل لا يكتمل اكتمالا تاما إلا بصلاحيته لتحمل مختلف الالتزامات.

- أن الفلسفة التي يقوم عليها تعلق الأموال بالذمة تتأثر أساسا بالتعيين وعدمه، فإذا كان الشيء معيننا تعلق الحق به، ولم نحتاج إلى نقل الالتزام إلى شيء آخر، خاصة وأن تعيينه يقوي فرضية تعلق الحق به.

وهذه القدرة التي يتمتع بها المعين، وتمنحنا القدرة على أن نجعله متعلق الالتزام، تنعدم في غير المعين؛ لقيام تمييزه على الأوصاف التي لا تحدد معيننا بذاته، فلا يمكن بحال أن يتعلق الالتزام به، فنحتاج إلى أن نعلق الالتزام به بشيء آخر، وأنسب مكان يتعلق به هو محل الالتزام " الذمة".

- أن العلماء اتفقوا على أن الذمة لا يتعلق بها من الأموال إلا ما كان له مثل وكان غير معين، ثم اختلفوا في تحديد الأموال المثلية، فذهب الحنفية والمالكية إلى أنها الأموال المكيلة أو الموزونة أو

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

العدديات المتقاربة، وذهب الشافعية والحنابلة في الصحيح عندهم إلى أنها الأموال المكيلة أو الموزونة، وأخرجوا منها العدديات المتقاربة، غير أن الاتجاه الفقهي مع القدرة الصناعية ودقتها استقر على إدخال المعدودات والمذروعات في الأموال المثلية القابلة للتعلق بالذمة.

- أن عدم تحديد سعة الذمة يراد به صلاحيتها لتحمل الالتزامات اللازمة، أما من حيث الواقع العملي فلا يمكن القول بعدم إمكان وضع ضوابط تحد هذا الوعاء من حيث توجهه إلى أخذ الحقوق، فينبغي التفريق أساسا بين الحد من صلاحيتها لتحمل الالتزام، وبين الحد من الاعتماد على صلاحيتها في أخذ الحقوق، فهناك جانب صلاحية الذمة لتحمل كافة الحقوق، وهو أمر يمكن أن يقبل فيه عدم التحديد، وهناك جانب آخر يتعلق باستغلال قابلية الذمة وملئها بالحقوق، وهو أمر لا يمكن أن يقبل فيه عدم التحديد.

- أن الفقه الإسلامي قد حد الذمة في الاستدانة بحد مرن يمكن أن يتفق مع القدرات الفردية للنوع البشري، وهو أن يكون في مكنة المستدين أن يؤدي ما عليه بحسب ما يقتضيه واقعه، فقد كان التشريع الإسلامي حاسما في أن من لم يتصف بهذه القدرة، قد جعل نفسه عرضة لما يمكن أن يمنعه من دخول الجنة، وإن تسبب لها بأحد أهم الأسباب الذي هو بذل النفس جهادا في سبيل الله وإعلاء كلمته.

- أن عدم تحديد الذمة في الاستدانة قد يؤدي إلى أزمات اقتصادية، فعندما ترتفع نسبة الدين ويصاحبها عدم القدرة على السداد يتضرر الاقتصاد بشكل عام، بل يكون عرضة لأزمات حادة، وهو ما كشفت عنه الوقائع والدراسات التي تهتم بالمدىونية المفرطة.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية

مفهوم الذمة المالية في النظر الفقهي

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

قائمة المصادر والمراجع:

1. القرآن الكريم برواية حفص
2. إبراهيم بن محمد بن عبد الله (برهان الدين)، المبدع في شرح المقنع ، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: 1997 م.
3. إبراهيم رحمانى مفهوم الذمة في الفقه الإسلامى: دراسة مقارنة مجلة البحوث والدراسات ع:2 م 6

مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية

مفهوم الذمة المالية في النظر الفقهي

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

4. أبو إسحاق الشاطبي الموافقات، تحقيق أبو عبدة آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى 1997م.
5. أبو الحسن علي بن محمد (الماوردي) الحاوي الكبير، تحقيق الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1999م.
6. أبو الحسين العمري البيان في مذهب الشافعي، تحقيق قاسم النور دار المنهاج الطبعة الأولى 2000م
7. أبو العباس أحمد بن محمد (الصاوي)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف بدون طبعة بدون تاريخ.
8. أبو القاسم الزمخشري أساس البلاغة تحقيق محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1998م
9. أبو الوليد الباجي المنتقى، مطبعة السعادة الطبعة الأولى 1332 هـ.
10. أبو زكريا النووي روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة: 1991م.
11. أبو زهرة أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي بدون طبعة بدون تاريخ.
12. أبو عبد الرحمن النسائي السنن الصغرى، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة مكتب المطبوعات الإسلامية الطبعة الثانية 1986م.
13. أبو عبد الله القرطبي، تفسير القرطبي، أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، الطبعة الثانية 1964م
14. أحمد سلامة القليوبي، أحمد البرلسي عميرة حاشيتا قليوبي وعميرة دار الفكر بدون طبعة 1995م

مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية

مفهوم الذمة المالية في النظر الفقهي

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

15. أسامة حمود بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي طبعة دار الميمان الطبعة الأولى 2012م
16. إسماعيل بن يحيى (المزني)، مختصر المزني، دار المعرفة، بدون طبعة 1990 م.
17. البخاري صحيح البخاري تحقيق محمد زهير بن ناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى 1422هـ.
18. ابن القيم إعلام الموقعين، تحقيق محمد عبد السلام دار الكتب العلمية الطبعة الأولى 1991م.
19. ابن بطال شرح صحيح البخاري تحقيق ياسر بن إبراهيم مكتبة الرشد الطبعة الثانية 2003م.
20. ابن حجر فتح الباري، دار المعرفة بدون طبعة 1379هـ.
21. ابن عابدين رد المختار على الدر المختار، دار الفكر بيروت الطبعة الثانية 1992م.
22. ابن قدامة الشرح الكبير على متن المقنع دار الكتاب العربي بدون طبعة بدون تاريخ
23. ابن منظور لسان العرب، دار صادر، الطبعة الثالثة: 1414 هـ.
24. ابن نجيم المصري البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب العربي الطبعة الثانية بدون تاريخ.
25. تاج الدين السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1991 م.
26. الحسين شواط، عبد الحق حميش فقه العقود المالية، بدون دار طبع بدون تاريخ.
27. الخرشبي شرح مختصر خليل للخرشي دار الفكر بدون طبعة بدون تاريخ
28. رفيق يونس المصري أصول الاقتصاد الإسلامي، دار القلم الطبعة الأولى 2010م ص: 353.
29. رفيق يونس المصري الجامع في أصول الربا، دار القلم، الطبعة الأولى 1990م
30. سامي بن إبراهيم السويلم الأزمات المالية في ضوء الاقتصاد الإسلامي، دراسة مدعومة من برنامج المنح البحثية في كرسي سابق للدراسات الأسواق المالية الإسلامية، 2012 م.
31. الشافعي الأم، دار المعرفة بيروت بدون طبعة 1990م.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية

مفهوم الذمة المالية في النظر الفقهي

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

32. الصديق الضرير الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي الطبعة الثانية 1995م ص: 334
33. الصديق الضرير الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي الطبعة الثانية 1995م
34. الصنعاني سبل السلام، دار الحديث بدون طبعة بدون تريخ.
35. الطاهر بن عاشور أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، الشركة التونسية للتوزيع تونس المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر الطبعة الثانية بدون تاريخ.
36. عباس كاشف الغطاء المال المثلي والمال القيمي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع القانون، مؤسسة بوستان، الطبعة الأولى 1388 ش.
37. عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، بدون تاريخ.
38. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية شباب الأزهر بدون طبعة بدون تاريخ.
39. العز بن عبد السلام قواعد الأحكام في مصالح الإمام راجعه وعلق عليه طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة بدون طبعة 1991م.
40. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان (المرداوي) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، دار إحياء التراث العربي الطبعة الثانية بدون تاريخ.
41. علاء الدين الكاساني بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية 1986 م.
42. علاء الدين المرداوي الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف دار إحياء التراث الطبعة الثانية بدون تاريخ
43. علي الخفيف الحق والذمة وتأثير الموت فيهما، دار الفكر العربي، بدون طبعة 1431هـ.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية

مفهوم الذمة المالية في النظر الفقهي

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

44. علي الخفيف الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي بدون طبعة 1996
45. علي بن محمد الجرجاني التعريفات، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1983 م.
46. علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب حسين فهمي، دار الجيل، الطبعة الأولى 1991 م.
47. غسان الطلب مراجعة لكتاب الأزمة العالمية المعاصرة من منظور إسلامي، مجلة الفكر الإسلامي المعاصر ع: 70، المعهد العالمي للفكر الإسلامي 2012 م.
48. فيصل بن عبد العزيز بستان الأبحار مختصر نيل الأوطار، دار إشبيلية الطبعة الأولى: 1998
49. القرابي الفروق، عالم الكتب بدون طبعة بدون تاريخ.
50. محمد أبو زهرة الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي بدون طبعة بدون تاريخ.
51. محمد أنس الزرقا، الأزمة المالية العالمية، المديونية المفرطة سببا والتمويل الإسلامي بديلا بحث منشور ضمن كتاب الأزمة الاقتصادية المعاصرة من منظور إسلامي، المعهد العالمي للفكر الإنساني، الطبعة الأولى 2012 م.
52. محمد بن أحمد الدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير دار الفكر بدون طبعة بدون تاريخ
53. محمد بن أحمد السرخسي المبسوط، دار المعرفة بيروت بدون طبعة 1993 م.
54. محمد بن يوسف المواق التاج والإكليل، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى 1994 م
55. محمد رشيد رضا تفسير المنار، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1990 م
56. محمد صدقي بن أحمد، أبو الحارث الغزي، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى: 2003 م.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية

مفهوم الذمة المالية في النظر الفقهي

الدكتور: سيد عال القاسم مولاي -المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية -موريتانيا

57. محمد عlish منح الجليل دار الفكر بدون طبعة 1989م
58. محمد ناصر الدين الألباني صحيح الجامع الصغير وزياداته المكتب الإسلامي بدون طبعة بدون تاريخ.
59. مسلم صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء التراث العربي بدون طبعة بدون تاريخ.
60. مصطفى الزرقا المدخل الفقهي العام، دار القلم دمشق الطبعة الأولى 1998م.
61. مصطفى الزرقا المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، دار القلم الطبعة الأولى: 1999 م.
62. موسى بن أحمد بن موسى الإقناع في مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق عبد اللطيف موسى السبكي، دار المعرفة بيروت بدون طبعة بدون تاريخ.
63. وزارة الأوقاف الكويتية الموسوعة الفقهية، دار الصفوة الطبعة الأولى (1404 - 1427)
64. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر الطبعة الثانية 1985م.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

المعاقبة على جريمة الإبادة الجماعية في تجربة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة

الأستاذ : أحمد مبخوتة - المركز الجامعي تيسمسيلت / الدكتور : مصطفى قززان - المركز الجامعي آفلو

الأستاذ : أحمد مبخوتة - المركز الجامعي تيسمسيلت

البريد الإلكتروني: Ahmedmebkhouta78@gmail.com

الدكتور : مصطفى قززان - المركز الجامعي آفلو

البريد الإلكتروني: kezmus@yahoo.fr

تاريخ النشر : 2020/12/01	تاريخ القبول: 2020/11/08	تاريخ الإرسال: 2020/09/28
-----------------------------	-----------------------------	------------------------------

ملخص:

تتناول هذه الدراسة على تتبع تبلور النظام القانوني لجريمة الإبادة الجماعية التي تمثل أبشع صور الاعتداء على أسمى حقوق الإنسان، وبالتالي لا بد من التصدي لهذه الجريمة أملا في صيانة حق الحياة الذي يعد من أسمى حقوق الإنسان المعترف بها بموجب القانون الدولي، ولا شك أن تطور أحكام هاته الجريمة جاء في سياق السوابق القضائية، للقضاء الدولي الجنائي عبر معاقبة مرتكبي الجرائم الدولية، من ثم إرساء مبدأ المسؤولية الجنائية الدولية للأفراد، عن ارتكاب جرائم الإبادة، حيث أسهمت في تطوير وتحديد تعريف دقيق لجرائم الإبادة، كتشريع دولي متكامل تم إقراره من خلال المادة 06 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

الكلمات المفتاحية : جريمة دولية - إبادة - انتهاك - مسؤولية دولية - ركن مادي - ركن معنوي

Abstract:

This study aims to highlight the contribution of international justice through the experience of international criminal tribunals by punishing perpetrators of international crimes, highlighting the establishment of the legal system of genocide in international criminal law, where it helped define the definition of genocide, which is one of the forms of modern and more serious international crimes, and the creation of a comprehensive and accurate definition of genocide crimes, as a international criminal law, were adopted by the Statute of the International Criminal Court and established the principle of international criminal responsibility for crimes of genocide.

Key words: International crime - genocide- - violation -International liability- - Physical Corner-Moral Corner.

مقدمة:

اعتماد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية مثل تقنياً دولياً جنائياً يكرس مفهوم الجرائم الدولية، وقد أفردتها في نص المادة الخامسة من النظام الأساسي، يستشف منه تحديد بعض الأفعال التي تعدّ جرائم دولية، وانتهاكاً للالتزامات الدولية تمسّ بالمصالح العليا للجماعة الدولية وتشكل تهديداً بالسلام والأمن الدوليين، وقد اقتصر اختصاص المحكمة الجنائية الدولية على الجرائم الأشد خطورة، وهي تشكل الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية، وهي تأخذ أربع صور، جريمة الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب.

فهو يعدّ نقطة تحول حقيقية في ترسيخ فكرة المساءلة الجنائية عن الجرائم الدولية والتي استقرت كقاعدة قانونية تحمي المصالح الإنسانية الجديدة بالحماية، وهو ما تجسد بإيجاد آليات قضائية دولية

المعاقبة على جريمة الإبادة الجماعية في تجربة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة

الأستاذ : أحمد مبخوتة - المركز الجامعي تيسمسيلت / الدكتور : مصطفى قززان - المركز الجامعي آفلو

تضمن ردع كل انتهاك لأحكام القانون الدولي، من أجل حماية وكفالة حقوق الإنسان ، التي تقوم على مبادئ أساسية تعدّ دعامة أساسية في تفعيل العدالة الجنائية، وتعدّ جريمة الإبادة كما اصطلح عليه أول جريمة دولية تناولها النظام الأساسي خلال نص المادة السادسة .

لم يتبين وصف لهذه الجريمة ولم يتفق دوليا على العقاب عليها، إلا بحلول القرن العشرين من خلا محاولة المجتمع الدولي إلى البحث عن آلية لحماية الجنس البشري من الفناء ، والذي توج بإبرام اتفاقية الوقاية والعقاب على جريمة الإبادة الجماعية لعام 1948، وإرساء طرق قانونية وضوابط تنفيذية للحد من هذه الظاهرة .

تبرز أهمية هذه الدراسة في كون جرائم الإبادة الجماعية باعتبارها محور الجرائم الدولية، تمثل إحدى المشكلات والقضايا الرئيسية التي تواجه المجتمع الدولي من ناحية الخطورة التي تتميز بها كونها لا تهدد شخصا بعينه، بل تهدد كيان وبنيان المجتمع الدولي حيث كان للممارسات والتطبيقات العملية للقضاء الدولي الجنائي إسهاما كبيرا في تطبيق اتفاقية 1948 وتطوير القواعد القانونية المتعلقة بالأحكام العامة لجرائم الإبادة، وفي إقرار نظام للمسؤولية الدولية الجنائية للانتهاكات التي تترتب عن مختلف صور الأفعال المشككة لجريمة الإبادة، وهو الهدف الأساسي لهاته الورقة البحثية.

وانطلاقا من تفعيل مبدأ عدم الإفلات من العقاب لمجرمي الإبادة الجماعية، ومرتكبي الجرائم الدولية إجمالا، فإن إشكالية البحث تتمحور حول إبراز مدى إسهام القضاء الدولي الجنائي في تطبيق وتطوير الأحكام العامة لجرائم الإبادة، والتي تركزت بتفصيل أكثر في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية كأول مدونة جزائية دولية، والتي من شأنها أن تمكن المحكمة الجنائية في الوقاية والعقاب على جريمة الإبادة الجماعية.

المعاقبة على جريمة الإبادة الجماعية في تجربة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة

الأستاذ : أحمد مبخوتة - المركز الجامعي تيسمسيلت / الدكتور : مصطفى قززان - المركز الجامعي آفلو

ولتحليل ماسبق تم الاعتماد على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، بهدف تحديد مفهوم جرائم الإبادة الجماعية والتوسع في تحديد خصائصها والأفعال المادية التي تشكل جرائم إبادة من خلال أسهام التطبيق القضائي للمحاكم الخاصة في تطوير تلك الأحكام دون إغفال المنهج التاريخي المرتبط بتطور الجريمة الدولية.

المبحث الأول: اتجاه المجتمع الدولي لتقنين جرائم الإبادة الجماعية

باعتقاد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، التي تعدّ آلية لتطبيق أحكام القانون الدولي، والذي أولى عناية خاصة للتعريف بالجرائم الدولية، ويضع الشروط والأسس الكفيلة بمجابهة آثار الجرائم الدولية.¹

المطلب الأول: دور الفقه الدولي في تعريف جريمة الإبادة

جريمة الإبادة الجماعية لم تتبلور في إطار القانون الدولي إلا من خلال اتفاقية 1948²، حيث تعددت المرادفات التي تصف أفعال الإبادة الجماعية كالقتل الجماعي، والتصفية الجماعية على الرغم من أن المجتمع الدولي أفعال الإبادة الجماعية منذ زمن بعيد³ إلا أنه لم يتوصل إلى وضع قواعد قانونية

¹ محمود شريف بسبوني، المحكمة الجنائية الدولية- نشأتها ونظامها الأساسي- مع دراسة لتاريخ لجان التحقيق الدولية والمحاكم الجنائية الدولية، دار الشروق، القاهرة، ط3، العام 2004، ص 08.

² فتوح عبد الله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي- أولويات القانون الدولي الجنائي، النظرية العامة للجريمة الدولية- دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 125.

³ بشرى سليمان حسين العبيدي، الانتهاكات الجنائية الدولية لحقوق الطفل، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2010، ص 375.

المعاقبة على جريمة الإبادة الجماعية في تجربة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة

الأستاذ : أحمد مبخوتة - المركز الجامعي تيسمسيلت / الدكتور : مصطفى قززان - المركز الجامعي آفلو

تجرم هذه الأفعال إلا بعد الحرب العالمية الثانية، عندما قامت الجمعية العامة باعتماد اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية و المعاقبة عليها بتاريخ 19-12-1948.⁴ ظلت أحكامها لأمد حبرا على ورق، عندما فشل المجتمع الدولي في قيامه بالالتزامات المترتبة على هذه الاتفاقية المتعلقة بالوقاية منها⁵ عندما أيدت بلدات و قرى بكاملها في منطقة البلقان و البحيرات الكبرى، إلى حد أن وصل عدد الضحايا في مدة أربعة أشهر، أي من تاريخ 06-04-1994 إلى 18-07-1994 إلى ما بين 500 ألف إلى 800 ألف ضحية من التوتسي و من الهوتو.⁶

جريمة الإبادة الجماعية من أخطر أنواع الجرائم الدولية باعتبارها تمس كرامة الإنسانية كلها، فجريمة الإبادة الجماعية ترتكب في وقت السلم و في وقت الحرب، و أن تجريم مثل هذه الأفعال هو محاولة لحماية جملة من الحقوق: الحق في الحياة و الحرية و الأمن الشخصي و عدم التعرض للتعذيب أو المعاملة القاسية و حرية المعتقد الديني و التنقل و حرية الرأي و الاجتماع، و الحق في الأسرة.⁷

⁴ Me LISON NEEI , La judiciarisation international des criminels de guerre : la solution aux violations graves du droits international humanitaire? ، CRIMINOLOGIE ،N° 2، 2000،p 167

⁵ محمد ماهر، جريمة الإبادة، منشور بكتاب المحكمة الدولية الجنائية الموائمة الدستورية والتشريعية، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الطبعة الثانية، القاهرة، ص 68.

⁶ هيثم مناع، الإمعان في حقوق الإنسان، الجزء الثاني، الأهالي، 2003، ص 15.
⁷ محمود شريف بسيوني، التجريم في القانون الجنائي الدولي وحماية حقوق الإنسان، منشور في كتاب حقوق الإنسان، المجلد الثاني، إعداد د. محمود شريف بسيوني ، الطبعة الثانية، بيروت، 1998، ص 459.

الأستاذ : أحمد مبخوتة - المركز الجامعي تيسمسيلت / الدكتور : مصطفى قززان - المركز الجامعي آفلو

مصطلح الإبادة مركبة من كلمتين أول من عرفها الفقيه رافايل لامكين بمصطلح Génocide وهي كلمة يونانية الأصل تعني العرق والشرط الثاني يعني القتل ، واستخدم لامكين هذا المصطلح للمرة الأولى في أحد كتبه سنة 1944 عند وصفه الجرائم المرتكبة من قبل الألمان ضد اليهود كجماعة وطنية⁸. في كتابه الشهير "حكم المحور في أوروبا المحتلة"⁹.

وعرفها بقوله : هي مخطط منظم يتكون من عدة أفعال تهدف إلى تحطيم الأساسات الرئيسية لحياة جماعة قومية بغرض استئصال الجماعة كلها، إن أهداف مخطط كهذا تكمن في إزالة المؤسسات السياسية الاجتماعية المتعلقة باللغة، الشعور الوطني، الدين وكذلك الوجود الاقتصادي للجماعة، و القضاء على الأمن الشخصي و الحرية و الصحة و إذلال الكرامة و تدمير سبل عيش الأفراد الذين ينتمون لهذه الجماعة، و القضاء على الشعور بالانتماء لهذه المجتمعات ، و الإبادة توجه ضد جماعة وطنية ككيان واحد موجود أما الأفعال فهي توجه ضد الأفراد بوصفهم أعضاء في هذه الجماعة الوطنية¹⁰

كما عرفها الأستاذ "ستيفن كاتز" في كتابه "الهولوكوست في الصياغ التاريخي" بأنها: بيات النية و التنفيذ بنجاح لتدمير جماعة بأكملها سواء قومية أو إثنية أو جنسية أو دينية

⁸ جير هارد فان غلان، القانون بين الأمم، مدخل إلى القانون الدولي العام، ترجمة عباس العمر، الجزء الثالث، دار الأفاق الجديدة، بيروت، بدون تاريخ نشر، ص 223.

⁹ William A. SCHABAS، « le génocide », in le droit international pénal، sous la direction Hervé ASCENSIO، Emmanuel DECAUX et Alain PELLET، Edition A. EDONE، Paris، 20، 12 P 319-332.

¹⁰ محمد رفعت الإمام، إبادة النوع البشري بين قضايا الصراع و حقوق الإنسان، مجلة السياسة الدولية، العدد 155، مؤسسة الأهرام، القاهرة، جانفي 2004، ص 35.

المعاقبة على جريمة الإبادة الجماعية في تجربة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة

الأستاذ : أحمد مبخوتة - المركز الجامعي تيسمسيلت / الدكتور : مصطفى قززان - المركز الجامعي آفلو

أو سياسية أو اجتماعية أو نوعية أو اقتصادية، و مثل هذه الجماعات يحددها المقترف و يتعقبها أين ما كانت¹¹.

أما الفقيه سيبروبوليس فيعتبر بأن جريمة الإبادة الجماعية تعد أول لبنة في القانون الدولي الجنائي ، و أحد أعمدته الأساسية¹²

فهي تعدّ مصطلح حديث ظهر إلى الوجود بعد نهاية الحرب العالمية الثانية، وأخذ يكرس في العمل الدولي من خلال القرارات الصادرة على الجمعية العامة للأمم المتحدة، التي يعد لها الفضل في وضع مفهوم قانوني لهاته الجريمة الدولية، أو من خلال الأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية أو في مضامين الأحكام القضائية التي صدرت عن تطبيقاتها القضائية.¹³

وهو ما أكدته الجمعية العامة في قرارها الصادر سنة 1946 على الفكرة التي جاء بها رافايل لامكين لأول مرة، مفادها أن جريمة الإبادة لا يشترط لقيامها توفر نزاع مسلح فيمكن أن تقوم في أوقات السلم هذا على اختلاف الجرائم الأخرى ألا تشترط لقيامها وجود نزاع مسلح.¹⁴

¹¹ محمد عبد المنعم، الجرائم الدولية- دراسة في القانون الدولي الجنائي- دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص 595.

¹² PAOLA GAETA، génocide d"etat et responsabilité pénal individuelle، R.G.D.I.P، n° 2 tome 111، 2007 ، pp.273- 284 .

¹³ Hervé Ascension، la responsabilité selon la cour internationale de justice dans l'affair du génocide bosniaque ،R.G.D.P، no 02، tome 111، 2007، pp 285- 304

¹⁴ أحمد محمد المهدي بالله، النظرية العامة للقضاء الدولي الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 1، 2010 ص 495- 497.

المطلب الثاني: اعتماد أول معاهدة دولية لمناهضة جرائم الإبادة

لم تتوانى الجمعية العامة في العمل على إبراز أهمية هاته الجريمة وتأسيس نظامها القانوني، عبر اعتماد اتفاقية دولية شارعة، وبدأت سعيها لتحديد مفهوم هاته الجريمة بإصدار القرار 961 المؤرخ في 11 ديسمبر 1946، واعتبرت فيه أن إبادة الأجناس جريمة في نظر القانون الدولي، وأنها تشكل خطرا على الأمن والسلم الدوليين، وتتعارض مع مبادئ الأمم المتحدة وأهدافها. وعليه تم إحالة الموضوع إلى اللجنة السادسة حيث اقترحت، مشروع قرار بشأن جريمة الإبادة الجماعية، واقترحت اللجنة الأخيرة ضرورة البدء في وضع مشروع اتفاقية بشأن جريمة الإبادة الجماعية وفي 11 ديسمبر 1946 تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة، بالإجماع وبدون مناقشة، مشروع القرار الذي أعدته اللجنة الفرعية وأقرته للجنة السادسة حيث شكل القرار 961 طفرة نوعية في سبيل تعريف جريمة الإبادة، حيث جاء فيه:

الإبادة الجماعية هي إنكار حق الوجود لجماعات بشرية بأكملها، ويتنافى مع القانون الأخلاقي وروح ومقاصد الأمم المتحدة، وقد ظهرت أمثلة كثيرة لجريمة الإبادة الجماعية عندما تم تدمير جماعات عرقية ودينية وسياسية وجماعات أخرى كلياً أو جزئياً، ومعاقبة جريمة الإبادة الجماعية، هي مسألة ذات اهتمام دولي، لذلك فإن الجمعية العامة "تؤكد أن الإبادة الجماعية تعد جريمة وفقاً للقانون الدولي، وتدعو الدول الأعضاء في الأمم المتحدة لسن القوانين اللازمة لمنع ومعاقبة هذه الجريمة، وتوصي بأن يتم تنظيم التعاون الدولي، لتسهيل سرعة تجريم ومعاقبة جريمة الإبادة الجماعية، ومن أجل هذا الهدف تطلب من المجلس الاقتصادي والاجتماعي إجراء الدراسات اللازمة لوضع

المعاقبة على جريمة الإبادة الجماعية في تجربة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة

الأستاذ : أحمد مبخوتة - المركز الجامعي تيسمسيلت / الدكتور : مصطفى قزران - المركز الجامعي آفلو

مشروع اتفاقية بشأن جريمة الإبادة الجماعية ل يتم تقديمها في الاجتماع العادي الثاني للأمم المتحدة¹⁵، تم اعتماد اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها بموجب القرار 260/أ د-3 المؤرخ في ديسمبر عام 1948م¹⁶.

وبذلك أصبحت هاته الاتفاقية بمثابة تقنين دولي لهاته الجريمة¹⁷، ويحسب للاتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية، والمعاقبة عليها أنها قد بينت بوضوح تجريم الإبادة الجماعية في زمن السلم أو الحرب دون الحاجة إلى الربط بينها وبين وجود حالة حرب، و أصبح تجريم الإبادة الجماعية جزءا من القانون الدولي المكتوب، وتلتزم الدول الأطراف المتعاقدة بمكافحتها، ومعاقبة مرتكبي جريمة الإبادة الجماعية¹⁸، وجاءت المادة الثانية بمثابة تعريف لجريمة الإبادة، فقد حصرت جريمة الإبادة في تلك الأفعال التي تستهدف التدمير الكلي أو الجزئي لمجموعة قومية، عرقية أو دينية، وذلك سواء بقتل أعضاء الجماعة أو المساس الخطير بسلامتهم الجسدية أو العقلية، أو إخضاع هذه الجماعة عمدا إلى ظروف معيشية من شأنها القضاء عليهم جزئيا أو كليا، وكذا مختلف الإجراءات الرامية إلى تعقيم أعضاء الجماعة، أو النقل الجبري للأطفال من جماعة إلى أخرى، وتقضي المادة 5 من الاتفاقية بتعهد الأطراف المتعاقدون بأن يتخذوا التدابير التشريعية الإنفاذ أحكام هذه الاتفاقية، وعلى وجه الخصوص النص على عقوبات جنائية ناجعة لمعاقبة مرتكبي الجريمة، في حين تقضي المادة 6 بمحاكمة الأشخاص المتهمين بارتكاب جريمة الإبادة الجماعية أو أي من الأفعال المذكورة في المادة الثالثة أمام

1. سمعان بطرس فرج الله، الجرائم ضد الإنسانية، إبادة الجنس وجرائم الحرب، وتطور مفاهيمها، ضمن كتاب دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم مفيد شهاب، دار المستقبل العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000، ص 228

¹⁶ Rafael Maison. le crime de génocide dans les premiers judgments du tribunal penal international pour Rwanda R.G.D.I.P، tome 103، edition A، pedone، Paris، 1999، pp.129-14.

¹⁷ أحمد محمد المهدي بالله، المرجع السابق، ص 498.

¹⁸ سمعان بطرس فرج الله، مرجع سابق، ص 228.

المعاقبة على جريمة الإبادة الجماعية في تجربة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة

الأستاذ : أحمد مبخوتة - المركز الجامعي تيسمسيلت / الدكتور : مصطفى قززان - المركز الجامعي آفلو

محكمة مختصة من محاكم الدولة التي ارتكب الفعل على أراضيها، أو أمام محكمة جنائية دولية تكون ذات اختصاص إذا ما قبلت أطراف النزاع بهذا الاختصاص.

يتضح أنه بموجب نص الاتفاقية، النظام القانوني لجريمة الإبادة، وهما عنصرين أساسيين، عنصر مادي ويتمثل في مجموعة من الأفعال ترتكب ضد مجموعة تتمتع بخصيبي الامتناع الإثني، والعرقى، والديني، والقومي، وعنصر معنوي يتمثل في القصد الجنائي الخاص، وهو خاصية أساسية تتميز بها جريمة الإبادة عن غيرها من الجرائم الأخرى وهو ما يطلق عليه القصد الخاص.

اجمالا يمكن القول خطت الجمعية العامة خطواتها الأولى، باعتبار الإبادة الجماعية جريمة دولية يتعين توقيع الجزاء الجنائي على مرتكبيها مهما كانت دوافعهم وطلبت من الدول الأعضاء في الأمم المتحدة¹⁹. العمل على إصدار التشريعات اللازمة لمنع ارتكابها والعقاب عليها، والتوصية في ذات الوقت بإنشاء محكمة جنائية دولية لأجل هذا الهدف²⁰.

¹⁹ محمد لطفي، آليات الملاحقة في نطاق القانون الجنائي الدولي الإنساني -دراسة مقارنة- دار الفكر والقانون، المنصورة، 2006، ص 159.

²⁰ ليلي بن حمودة، الجرائم التي تدخل حاليا في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، العدد4، سنة 2008، ص 325.

المبحث الثاني: تبلور أحكام جرائم الإبادة في الأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية
ساهم اجتهاد قضاة المحاكم الخاصة في توسيع مفاهيم الجرائم الدولية تجسد في نص المادة 05
من نظام روما تكريساً لمبدأ الشرعية الجنائية الدولية وتحديد طائفة الجرائم الدولية. وعلى رأسها جرائم
الإبادة التي اكتمل بنياها القانونية من خلال ن المادة 06 من نظام روما والذي هو عبارة حوصلة
لاجتهادات قضاة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة.

المطلب الأول: جرائم الإبادة في محكمتي يوغسلافيا السابقة ورواندا

نصت المادة الرابعة الفقرتين الثانية والثالثة من نظام محكمة يوغسلافيا السابقة والمادة الثانية من
نظام محكمة رواندا، على جرائم الإبادة وهنا أورد النظام الأساسي صوراً لهاته الأفعال المشككة لجرائم
الإبادة، مع تحديد نطاق تطبيقها. وهو ما يخدم الهدف الرئيسي المتمثل في الردع والتصدي للجرائم
الدولية²¹.

الفرع الأول: جرائم الإبادة ضمن قواعد الاختصاص الموضوعي:

أقر النظامين الأساسيين للمحكمتين الجنائيتين ليوغسلافيا السابقة ورواندا، سلطة محاكمة
ومتابعة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات التي تخص الجرائم الواردة في اتفاقيات جنيف الأربعة
والبروتوكولين الملحقين لسنة 1977، وانتهاكات قواعد وأعراف الحرب، وجرائم الإبادة، والجرائم ضد
الإنسانية، حيث نصت المادة 01 من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا السابقة: "من سلطات
المحكمة محاكمة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني والتي ارتكبت
في يوغسلافيا السابقة منذ عام 1991، بما تلاءم مع نصوص النظام الأساسي كما نص النظام

²¹ ماري كولد روبرج، اختصاص المحكمتين المخصصتين ليوغسلافيا سابق ورواندا بشأن جرائم إبادة الأجناس والجرائم ضد
الإنسانية، المجلة الدولية للصليب الأحمر، عدد 58، 1997، ص 630.

المعاقبة على جريمة الإبادة الجماعية في تجربة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة

الأستاذ : أحمد مبخوتة - المركز الجامعي تيسمسيلت / الدكتور : مصطفى قززان - المركز الجامعي آفلو

الأساسي على المسؤولية الجنائية الفردية، بما في ذلك رئيس الدولة، كما أن سلطة المحكمة تمتد إلى كل من يثبت تورطه مهما كان انتماءه لأحد أطراف النزاع، وقد أكد النظامان الأساسيان على أن يشمل الاختصاص المؤقت للمحكمة²²:

أ. المخالفات الجسيمة لاتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1949.

ب. انتهاكات قوانين وأعراف الحرب.

ج. جريمة الإبادة الجماعية.

د. الجرائم ضد الإنسانية، أما بالنسبة للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، فإن نظامها الأساسي مقتبس من نظام يوغسلافيا لكن هذا الاقتباس جاء بما يتلاءم مع طبيعة النزاع في رواندا، حيث أن اختصاص محكمة رواندا مؤقت يمتد من الفترة 1 جانفي إلى 31 ديسمبر 1994 ويشمل اختصاص على الجرائم :

أ/. الجرائم ضد الإنسانية.

ب/. جرائم الإبادة، ج/. انتهاكات المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع لسنة 1949، والبروتوكول الإضافي الثاني لسنة 1977.

²² فريتس كالهوفن ، اليزابيت تسغفلد : " ضوابط تحكم الحرب "، ترجمة أحمد عبد العليم ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، 2004 ، ص 220-222.

الفرع الثاني: الاختصاص الشخصي وإرساء مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية:

يتعلق الأمر هنا بطبيعة الأشخاص من الذين تورطوا في ارتكاب الانتهاكات خلال النزاع في كل من يوغسلافيا سابقا ورواندا، حيث أقرّ النظام الأساسي من خلال نص المادة السادسة من نظام المحكمة : يكون للمحكمة اختصاص على متابعة الأشخاص الطبيعيين الذين تورطوا في ارتكاب الانتهاكات أثناء حدوث النزاع، و سواء بصفتهم فاعلين أصليين، أو مشاركين من خلال التحريض أو التشجيع أو المساهمة بأي شكل من الأشكال بغض النظر عن طبيعة الجنسية، أو صفتهم الرسمية التي لا تكون مبررا لسقوط المسؤولية الجنائية، حيث أن نص المادة السابعة كرس فكرة أعمال المسؤولية ونطاق الأشخاص محل المسائلة، و أنه أصبح متاحا ملاحقة ومحكمة أي شخص، مهما كان وضعه الوظيفي أو القانوني أن يكون محلا للمسائلة الجنائية الدولية²³.

حيث تم من خلال ممارسة المحاكم صدور أول حكم إدانة في حق الوزير الأول الرواندي كامباندا بتهمة ارتكاب جرائم الإبادة، وعلى السيد اكايسو بتهمة ارتكاب جرائم الإبادة و ضد الإنسانية، وإدانة العديد من المسؤولين الصرب والكروات، و صرب البوسنة، حتى أعلى قمة في الدولة بمحاكمة سلوبودان ميلوسوفيتش الذي اتهم بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية وانتهاكات قانون جنيف، وقانون لاهاي سواء في النزاع في البوسنة أو في كوسوفو فيما بعد، وهو يعد خطوة عملاقة في محاكمة رئيس دولة عن الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي، على الرغم من أن محاكمته لم تكتمل فصولها، لوفاته في سجنه الاحتياطي بلاهاي بتاريخ 11 مارس 2006.

²³ ايلينا بيجيتش، المسائلة عن الجرائم الدولية من التخمين إلى الواقع، المجلة الدولية للصليب الأحمر ، مختارات من إعداد 2002، ص 188.

المطلب الثاني: اكتمال البنيان القانوني لجرائم الإبادة

أسهم الاجتهاد القضائي للمحاكم الدولية في تحديد وتطوير البناء القانوني لجريمة الإبادة وفي إصدار أول إدانة على ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، كما اعتبرت دوائر و غرف المحاكم الدولية أن جريمة الإبادة الجماعية جريمة خاصة مقارنة بباقي جرائم القانون الدولي الإنساني ذلك لما تتطلبه هذه الجريمة من عناصر لقيامها.

الفرع الأول: الركن المادي

النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا السابقة ورواندا قد تبني تعريف اتفاقية 1948 لمنع الإبادة من ضوء نص المادة 04 الفقرة 1 والمادة 02 على التوالي. نجد أن نص المادة 02 من نظام رواندا قد نقل نص المادة 04 من نظام يوغسلافيا سابقا، حرفيا دون تغيير، والتي تنص على: " المحكمة الدولية سوف يكون لها سلطة محاكمة الأشخاص الذين ارتكبوا جريمة الإبادة الجماعية وفقا للتعريف الوارد في الفقرة 02 من هاته المادة التي تعرف الإبادة على إنها تلك الأفعال المنصوص عليها في المادة 02 و 03 من الاتفاقية منع جريمة الإبادة والمعاقبة عليه لسنة 1948، بل أكثر من ذلك اعتبرتها محكمة رواندا أنها أسوأ الجرائم خطورة ففي قضية اكايسو وقضية كامباندا وفي قضية كراسيتش بالنسبة لمحكمة يوغسلافيا السابقة.

نصت المادة 04 من نظام يوغسلافيا الفقرة 02 والمادة الثانية الفقرة 02 من نظام رواندا: حيث تم استعمال نفس العبارات الواردة في المادة الثانية من اتفاقيات مناهضة جريمة الإبادة لسنة 1948، على أنه يعتبر فاعلا أصليا كل من قيام بأي من الأفعال الواردة في نص المادة 04 والمادة 02 من النظامين، والتي تفرض العقاب على الأفعال الآتية:

الأستاذ : أحمد مبخوتة - المركز الجامعي تيسمسيلت / الدكتور : مصطفى قززان - المركز الجامعي آفلو

يظهر من خلال المادتين الرابعة والخامسة من نظامي المحكمتين الجنائيتين الدوليتين، واتفاقية 1948، أن هذه الجريمة تتكون من عنصرين أساسيين وهما: العنصر المادي والمعنوي أو ما يسمى بالقصد الخاص، وقد أسهمت الممارسة العملية خصوصا بالنسبة للمحكمة الدولية لرواندا، بشكل كبير في تحديد عناصر جريمة الإبادة، خصوصا من خلال الاجتهاد القضائي في تعريف الأفعال الخاضعة لعقوبة جرائم الإبادة، وتحديد مفهوم الجماعة المستهدفة، حيث عرف مفهوم المجموعة تطورا ملحوظا مع مختلف القرارات فكانت لمحكمة رواندا الأسبقية والفضل في دعم أحكام القانون الدولي الجنائي²⁴.

برز اعتماد محكمة رواندا على التفسير الموسع لتلك الأفعال، ففي قضية اكايسو فسرت المحكمة أن أفعال الاغتصاب، وصور العنف الجنسي تنطبق على مفهوم إلحاق الأذى، وأن ما ترتبه هذه الأفعال من تدمير جسدي ونفسي، ناتج عن الانتماء إلى جماعة التوتسي، دون غيرهن وهذا من شأنه أن يكون اضطهادا وصورا من صور العنف الجنسي، وأن أفعال الاغتصاب، والعنف الجنسي، من شأنها أن تشكل جرائم إبادة، و في سياق القضية ذاتها، اعتبر أن أفعال الاغتصاب والعنف الجنسي، تقع تحت طائلة الأفعال المسببة لأذى فيزيولوجي ونفسي خطير فإضافة لكونها جريمة ضد الإنسانية، تعد جريمة إبادة²⁵، وبهذا يتأكد إسهام محكمة رواندا، في وضع تفسير موسع لجرائم الإبادة، والتي كان لمحكمة رواندا السبق في إصدار أول إدانة على ارتكاب جرائم الإبادة الجماعية، واعتبرت المحكمة بقولها على أنها جريمة خاصة مقارنة بكل جرائم القانون الدولي الأخرى.

²⁴ Hervé Ascension، La Responsabilité Selon La Cour International De Justice Dans L'affaire Du Génocide Bosniaque، R.G.D.I.P، no 02، tome 111. 2007.pp.285- 304.

²⁵ بطرس سمعان فرج الله ، مرجع سابق ، ص ، 428.

المعاقبة على جريمة الإبادة الجماعية في تجربة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة

الأستاذ : أحمد مبخوتة - المركز الجامعي تيسمسيلت / الدكتور : مصطفى قزران - المركز الجامعي آفلو

الحكم في قضية اكايسو بتوسيع مفهوم الجماعة المستهدفة، لأن الضحية في قضية الحال هي جماعة وليست فردا، وأن الأفعال المشكّلة لعناصر جريمة الإبادة، لا توجه إلى الشخص بصفته الفردية، بل تعدى إلى استهداف جماعة على أساس العناصر الواردة في النص المادة 02 من اتفاقية الإبادة، أي تدمير إحدى الجماعات على أساس عرقي أو ديني أو اثني أو جنسي أو عنصري، ونجد أن هذا هنا استبعاد أي جماعات تقوم على أسس أخرى، وبالتالي هنا وجدت المحكمة صعوبة في مدى اعتبار أفراد قبيلة التوتسي جماعة محمية وفق لتعريف اتفاقية جريمة الإبادة.

فمفهوم الجماعات جاء على سبيل الذكر وليس الحصر، وبالتالي فإن التوتسي الهوتو جماعتان متميزتان اثنيا وعرقيا ودينيا، وبالتالي اعتبارهم مشمولين بالحماية، المقررة في اتفاقية 1948 ففي قضية اكايسو رأت أن الجماعتان متميزتان، لكن اضطرت المحكمة أن تتراجع عن تبني هذا الرأي في قضية كاياشاما حيث اعتبرت التوتسي جماعة إثنية بحكم المولد، واعتبارهم كذلك من قبل الحكومة الرواندية، ولكن محكمة يوغسلافيا لم توجه الإشكالية ذاته باعتبار أن طبيعة الصراع واضح وتنطبق عليه أحكام اتفاقية معاهدة لمنع الإبادة 1948.

الفرع الثاني: الركن المعنوي لجرائم الإبادة

جريمة الإبادة من الجرائم العمدية، حيث يتخذ الركن المعنوي صورة القصد الجنائي، حيث تنص المادة الثانية من اتفاقية 1948، من هذا العنصر حيث يشترط أن يعلم أن فعله سينصرف قصد إيذاء جماعة وطنية، أو عرقية، أو دينية، أو إثنية، بوصفها كذلك، وأن تنصرف الإرادة إلى ذلك وهو يعتبر أهم العناصر التي تميز جريمة الإبادة، عن بقية الجرائم الدولية.

يتمثل الركن المعنوي في القصد الجنائي الخاص وهو انصراف إرادة الجاني لتحقيق، النتيجة الإجرامية وهي الإهلاك الكلي أو الجزئي لجماعة محمية قومية، عرقية، دينية، إثنية، بحيث يكون الفاعل هنا مدفوعا بأغراض انتقامية وهو الدافع وراء ارتكاب الجريمة، لكن الاجتهاد القضائي وجد صعوبة كبيرة في إثبات وتحديد هذا القصد، حيث في حالة توفر الصفة الرسمية للمتهم، يكون الأمر أسهل، لكن في ظل انقضاء تلك الصفة يصعب الأمر، خاصة أن القصد الجنائي مسألة صعبة الإثبات، دون إقرار من المتهم، ومرتبطة في الوقت نفسه.

وفي هذه الحالة يمكن استنتاج القصد الجنائي بوسائل أخرى، سواء من خلال أفعال وأقوال المتهم، كما هو الحال في قضية كاياشيفا، حيث رأت محكمة رواندا أن القصد الجنائي لترتيب قيام جريمة الإبادة الجماعية يتم اعتمادا على أقوال وأفعال المتهم وبناء على شهادة الشهود، أو بالاعتداد بمعيار آخر يتمثل في السياق التي ارتكبت فيه تلك الجرائم، أي يستنتج ذلك من خلال وجود سياسة إبادة جماعية، حيث استنتجت محكمة يوغسلافيا سابقا في قضية ميلاديتش، أن وضع سياسة التطهير العرقي في منطقة سيرينيتشا، جاءت في سياق منظم وهو المسؤول عن ذلك عبر مجمل خطابه أمام مؤيديه، والتي يفهم منها أنها جاءت في سبيل استهداف جماعة معينة، وصرحت

المعاقبة على جريمة الإبادة الجماعية في تجربة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة

الأستاذ : أحمد مبخوتة - المركز الجامعي تيسمسيلت / الدكتور : مصطفى قززان - المركز الجامعي آفلو

المحكمة في قضية جيليسيتش بتاريخ 14 ديسمبر 1999 حيث قررت المحكمة في هذا الحكم أن الإثبات صعب خصوصا إذا لم تكن تلك الأفعال متصفة بالجسامة وجاء هذا الفعل في إطار منظم²⁶، ويمكن الاستدلال على هذا القصد من الكثير من الأفعال أو الظروف الواقعية، مع أن تنوحي المحاكم الحرص الشديد في إثبات القصد الجنائي .

ويمكن القول أن الاجتهاد القضائي قد أسهم في تطوير مفهوم جريمة الإبادة الجماعية، من خلال التعريف الدقيق للجماعة المحمية، مع إضافة معيار الاعتبارات السياسية والثقافية في تصنيف الجماعة، كشرط لتوافر عناصر جريمة الإبادة، كما أن قيام جريمة الإبادة لم تعد مقتصرة على القيام بفعل، وإنما يتعدى بإثبات فعل الامتناع الذي يعد دافعا قصد ارتكاب الجريمة، كما كرسّت صور متعددة تدخل في إطار تطوير مفهوم جريمة الإبادة، حيث أن صور أفعال العنف الجنسي، و التطهير العرقي، الاغتصاب، الحمل القسري والنقل القسري للأطفال، وهي كلها صور لأفعال تشكل البناء لقانوني لأركان الجريمة الإبادة، وتتجاوز ما جاء في مضمون اتفاقية الأمم المتحدة لمنع الإبادة والمعاقبة عليها لسنة 1948.

²⁶ Rafaëlle Maison, op, cit, P:138.

الفرع الثالث: إضفاء الطابع الأمر على الانتهاكات التي تعدّ جرائم إبادة

أكد الاجتهاد القضائي على أن جريمة الإبادة الجماعية أصبحت جزءا لا يتجزأ من القانون الدولي العربي، و أن القواعد المجرمة لها - كما هو الحال بالنسبة لاتفاقية 1948- أصبحت ذات صفة آمرة، وأن هذا الالتزام يمتد ليشمل حتى الدول التي لم تصادق على هذه الاتفاقية، و هذا ما بينته الأحكام و الآراء الاستشارية لمحكمة العدل الدولية، نأخذ منها رأيها الاستشاري حول التحفظات على اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية في 28 ماي 1951.

إذ أقرت المحكمة ضمنا بأن حظر الإبادة الجماعية هو واجب يقع على عاتق الجميع، و جاء في الرأي: إن المبادئ التي هي أساس هذه الاتفاقية هي مبادئ معترف بها من الأمم المتقدمة كونها ملزمة للدول، و حتى و لو بدون أي رابط تعاهدي، كما أكدت في رأيها مجددا بشأن التحفظات على اتفاقية منع الإبادة الجماعية و المعاقبة عليها في رأيها الاستشاري الصادر في 11 جويلية 1996.

و جاء فيه: [توضح أصول الاتفاقية أن نية الأمم المتحدة كانت إدانة الإبادة الجماعية و المعاقبة عليها بوصفها جريمة بموجب القانون الدولي، وأن قواعد هذه الاتفاقية هي قواعد مقررة وكاشفة و ليست بقواعد منشأة لأحكام تحظر جريمة الإبادة الجماعية، وهذا يعني أن تجريم أعمال إبادة الجنس البشري يستند إلى قواعد دولية عرفية، و ليس فقط إلى المصدر الاتفاقي المتمثل في الاتفاقية، و يترتب على ذلك أن الالتزامات الواردة في الاتفاقية هي التزامات تقع على عاتق جميع الدول، أي أنها التزاما في مواجهة الكافة، بما فيها الدول غير الأطراف في الاتفاقية، فهي ليست من

المعاقبة على جريمة الإبادة الجماعية في تجربة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة

الأستاذ : أحمد مبخوتة - المركز الجامعي تيسمسيلت / الدكتور : مصطفى قززان - المركز الجامعي آفلو

قبيل، الالتزامات المتبادلة فلا يتوقف الالتزام بها على التزام الطرف الآخر بها، لكون أن انتهاكها هو مخالفة للنظام القانوني العام الدولي و القانون الدولي الإنساني العرفي و الاتفاقية على حد سواء.

خاتمة

مع تطور وتبلور فكرة حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، التي تُبنى على احترام مبدأ الشرعية، يمكن القول أن كان لتجربة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة، المنشأة من قبل مجلس الأمن، وكانت دافعا أساسياً في التسريع بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية، والذي دخل نظامه الأساسي حيز نفاذ في 1 جويلية 2002، وهي تمثل القضاء الدولي الجنائي الدائم، وتعتبر عن نجاح المجتمع الدولي في الإدماج الكامل لنظام العدالة الجنائية الدولية، القائمة على مفهوم القضاء العالمي، يعتبر تغيراً نموذجياً شاملاً في القانون الدولي بصورة عامة، وفي إرساء مدونة عقابية دولية تختص بالمحافظة على حقوق الإنسان وترقية حرياته الأساسية، ووسيلة ردعية في مواجهة مرتكبي الانتهاكات ومحاكمة المسؤولين عنه.

وكل ما جاء به نظام روما يعبر عن الرغبة في تدعيم سيادة القانون على المستوى الدولي نظراً للخطورة الشديدة التي تمثلها ومعاقبة مرتكبيها أيا كان مكان ارتكابها، وأيا كان شكلها ودوافعها، وإدراجها ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، بما تمثله من خطر شديد قيمة وأهمية المحكمة الجنائية الدولية باعتبارها أداة رئيسية في النظام الجنائي الدولي تهدف إلى حماية حقوق الإنسان وردع كافة الانتهاكات، وآلية للإفلات من اللاعقاب.

وأن المحاكم الدولية الخاصة أسهمت في توضيح مفهوم جريمة الإبادة الجماعية، و تحقيق إمكانية متابعة و معاقبة فاعليها جنائياً، وأنها تعدّ أشد الجرائم وأخطرها، بل أن

المعاقبة على جريمة الإبادة الجماعية في تجربة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة

الأستاذ : أحمد مبخوتة - المركز الجامعي تيسمسيلت / الدكتور : مصطفى قزران - المركز الجامعي آفلو

النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، تناولها كأول جريمة وحدد أركانها وتبنى إسهامات والتطبيقات القضائية خاصة فيما يتعلق بتطور مفهومها والسلوكيات التي تعدّ جرائم إبادة من خلال تحديد بدقة المقصود بالجماعة المحمية.

كما أسهمت في وضع معيار يمكن من خلاله تحديد هذه الجماعة بسهولة من دون الحاجة إلى تحميل الادعاء العام عبئ إثبات ذلك، آخذاً بعين الاعتبار الظروف والعوامل السياسية و الثقافية للمجتمع المعني. بالإضافة إلى أن جريمة الإبادة الجماعية لا تقتصر فقط على إثبات أفعال ما، بل يمكن أن تنتج عن الامتناع عن إثبات أفعال ما، دون الحاجة إلى الاعتماد على معايير كمية و كيفية لإثبات ذلك، حيث أن الادعاء العام لا يتحمل عبئ إثبات عدد الضحايا، بل يكفي له أن يثبت أن فعل الجاني أو امتناعه كان دافعه قصد خاص يتمثل في التدمير الكلي أو الجزئي لهذه الجماعة المحمية.

ومن جهة أخرى أمكن تحديد القصد الخاص في جريمة الإبادة الجماعية، حتى مع عدم تحقق النتيجة من أفعال وأقوال الجاني نفسه و هو أمر يمكن للادعاء إثباته بسهولة، بالإضافة إلى التوسع في جملة من الأفعال تعدّ أدوات لتحقيق جريمة الإبادة الجماعية و نقصد هنا العنف الجنسي و الاغتصاب المنظم و الحمل القسري.

وعلى الرغم من تبني النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية للأحكام العامة لجرائم الإبادة إلا أنه توجد بعض الثغرات والمعوقات التي ربما تقف أمام تطبيق العقاب في مواجهة مرتكبي جرائم الإبادة، خاصةً فيما يتعلق بسلطة تحريك الدعوى، وصلاحيات تعليق اختصاص المحكمة، وضرورة إخراج جرائم الإبادة والمحاكمة عليها من دائرة الاختصاص

الأستاذ : أحمد مبخوتة - المركز الجامعي تيسمسيلت / الدكتور : مصطفى قززان - المركز الجامعي آفلو

التكميلي، نظراً لخصوصية وحساسية مفهوم جرائم الإبادة بسبب أثرها البالغ على الشعوب وباعتبارها تمثل مصلحة دولية تتطلب حماية حقوق الإنسان، بغض النظر عن دينه وعرقه ولونه وجنسيته.

قائمة المراجع والمصادر

أولاً: الكتب:

1. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية- نشأتها ونظامها الأساسي- مع دراسة لتاريخ لجان التحقيق الدولية والمحاكم الجنائية الدولية، دار الشروق ، القاهرة، ط3، العام 2004.
2. فتوح عبد الله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي- أولويات القانون الدولي الجنائي، النظرية العامة للجريمة الدولية- دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية..
3. بشرى سليمان حسين العبيدي، الانتهاكات الجنائية الدولية لحقوق الطفل، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2010.
4. هيثم مناع، الإمعان في حقوق الإنسان، الجزء الثاني، الأهالي، 2003.
5. جيرهارد فان غلان، القانون بين الأمم، مدخل إلى القانون الدولي العام، (ترجمة عباس العمر)، الجزء الثالث، دار الآفاق الجديدة، بيروت، بدون تاريخ نشر.
6. محمد عبد المنعم، الجرائم الدولية- دراسة في القانون الدولي الجنائي- دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.
7. أحمد محمد المهدي بالله، النظرية العامة للقضاء الدولي الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 1، 2010.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

المعاقبة على جريمة الإبادة الجماعية في تجربة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة

الأستاذ : أحمد مبخوتة - المركز الجامعي تيسمسيلت / الدكتور : مصطفى قززان - المركز الجامعي آفلو

8. محمد لطفي، آليات الملاحقة في نطاق القانون الجنائي الدولي الإنساني -دراسة مقارنة- دار الفكر والقانون، المنصورة، 2006.

ثانياً: المقالات:

1. فريتس كالسهورن ، اليزابيت تسغفلد : " ضوابط تحكم الحرب " ، ترجمة أحمد عبد العليم ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، 2004.

2. ايلينا بييجيتش، المسائلة عن الجرائم الدولية من التخمين إلى الواقع، المجلة الدولية للصليب الأحمر ، محتارات من إعداد 2002.

3. ليلي بن حمودة، الجرائم التي تدخل حالياً في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، العدد4، سنة 2008.

4. ماري كولد روبيرج، اختصاص المحكمتين المخصصتين ليوغسلافيا سابق ورواندا بشأن جرائم إبادة الأجناس والجرائم ضد الإنسانية، المجلة الدولية للصليب الأحمر، عدد 58 ، 1997 .

5. سمعان بطرس فرج الله، الجرائم ضد الإنسانية، إبادة الجنس وجرائم الحرب، وتطور مفاهيمها، ضمن كتاب دراسات في القانون الدولي الإنساني ، تقديم مفيد شهاب، دار المستقبل العربي ، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000.

6. محمد ماهر، جريمة الإبادة، منشور بكتاب المحكمة الدولية الجنائية (الموائمات الدستورية والتشريعية)، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الطبعة الثانية، القاهرة.

7. محمود شريف بسيوني، التحريم في القانون الجنائي الدولي وحماية حقوق الإنسان، منشور في كتاب حقوق الإنسان، المجلد الثاني، إعداد د. محمود شريف بسيوني و د. محمد السعيد الدقاق و د. عبد العظيم وزير، دار

العلم للملايين، الطبعة الثانية، بيروت، 1998.

المعاقبة على جريمة الإبادة الجماعية في تجربة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة

الأستاذ : أحمد مبخوتة - المركز الجامعي تيسمسيلت / الدكتور : مصطفى قززان - المركز الجامعي آفلو

8. د. محمد رفعت الإمام، إبادة النوع بين قضايا الصراع وحقوق الإنسان، مجلة السياسة الدولية، العدد 155، مؤسسة الأهرام، القاهرة، جانفي 2004.

ثالثاً: الموائيق الدولية:

1. ميثاق الأمم المتحدة 1945 .

2. النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998.

3. النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا سابقا والمعتمدة بقرار مجلس الأمن رقم: 827 لسنة 1993.

4. النظام الأساسي للمحكمة الجنائية في رواندا والمعتمدة بقرار مجلس الأمن رقم: 955 لنة 1994.

5. اتفاقية منع وقوع الإبادة الجماعية لسنة 1948.

رابعاً: المراجع بالأجنبية

1- Me LISON NEEI, La judiciarisation international des criminels de guerre : la solution aux violations graves du droits international humanitaire ، CRIMINOLOGIE ،N° 2، 2000.

2- William A. SCHABAS، le génocide، in le droit international pénal، sous la direction Hervé ASCENSIO، Emmanuel DECAUX et Alain PELLET، Edition A. EDONE، Paris ،2012 .

3- PAOLA GAETA، génocide d"etat et Responsabilité pénal individuelle، R.G.D.I.P، n° 2 tome 111، 2007.

4- Hervé Ascension، la Responsabilité Selon la cour international de justice dans L'affaire du génocide bosniaque ،R.G.D.P، no 02، tome 111، 2007.

5- Rafael Maison. le crime de génocide dans les premiers judgments du tribunal pénal international pour Rwanda R.G.D.I.P، tome 103،edition A، pedone، Paris،1999.

6- Hervé Ascension، La Responsabilité Selon La Court International De Justice Dans L'affaire Du Génocide Bosniaque، R.G.D.I.P، no 02، tome 111

التلقيح الصناعي والمسؤولية المدنية الطبية المترتبة عن إجرائه حسب التشريع الجزائري

الدكتورة: ماية بن مبارك / الدكتورة : زوليخة زوزو- جامعة خنشلة

الدكتورة : ماية بن مبارك - جامعة خنشلة

البريد الإلكتروني: benmebarek.maya@yahoo.fr

الدكتورة زوليخة زوزو - جامعة خنشلة

البريد الإلكتروني : nourazouzou@gmail.com

تاريخ النشر: 2020/12/01	تاريخ القبول: 2020/11/09	تاريخ الإرسال: 2020/10/12
----------------------------	-----------------------------	------------------------------

ملخص :

يهدف هذا المقال دراسة موضوع مسؤولية الطبيب عن أعمال التلقيح الاصطناعي حسب التشريع الجزائري، ولقد حظيت هذه التقنية العلمية بقدر كبير من التقدم العلمي في المجال الطبي، وهذا التقدم كان أثره تغير نظرة الحقوق والالتزامات بالنسبة للأفراد في مجتمعنا الراهن. وبالتالي وجوب ضبط معايير مسؤولية الطبيب القائم بهذه العملية وضوابطها التي تمس في جوهرها الحياة الإنسانية، والتي توجب على المختصين القانونيين أن يركزوا جهودهم لبحث الأحكام التي تتناسب هذه المستجدات من الناحيتين التشريعية والعلمية، ولأنه من المفروض أن يكون هذا التقدم مفيد للبشرية.

الكلمات المفتاحية: التلقيح الاصطناعي، الطبيب، مسؤولية الطبيب، الخطأ الطبي، قانون الصحة.

Résumé :

Le but de cet article est l'étude de la responsabilité du médecin pour l'insémination artificielle selon la législation algérienne, cette technique scientifique a reçu des progrès scientifiques considérables dans le domaine médical, ce progrès a été influencé par l'évolution de la vision des droits et des obligations des individus dans notre société actuelle. Ainsi l'existence de normes de contrôle de responsabilité du médecin sur la base de ce processus et des contrôles qui affectent l'essence de la vie humaine, ce qui a obligé les spécialistes juridiques à concentrer leurs efforts pour discuter des dispositions qui correspondent à ces développements en termes législatifs et scientifiques, et ce progrès est censé être bénéfique pour l'humanité.

Mots-clés : Insémination artificielle , Médecin , Responsabilité du médecin , Erreur médicale , Droit de la santé.

مقدمة:

إنّ التطور العلمي في مجال الطب أصبح مذهلا لدرجة أن الإنسان أو الطبيب قد يعجز أحيانا عن ملاحقة الجديد في هذا الميدان واستعبابه، ونقصد بهذا التقدم في المجال البيولوجي وعلم الوراثة ذلك التقدم الذي يهدد مستقبل البشرية ذاتها إذا ما استمر العلم في هذا المنطق ولم تحكم السيطرة، فظهور طفل الأنابيب الأول كان يجب أن يثير رجال القانون ليتساءلوا ثم يحددوا أين يجب أن تقف البيولوجيا والهندسة الوراثية، فعملية التلقيح الاصطناعي أصبحت من العمليات التي تحدث كل يوم في أنحاء العالم بدرجات متفاوتة.¹

ونجد أن الإخصاب الطبيعي هو الأصل في عملية التناسل والتكاثر بين الزوجين، إلا أنه في بعض الحالات قد يستحيل الإنجاب نتيجة الجماع بسبب العقم،² أو ضعف الخصوبة،³ والذي يستتسي معالجته بالأدوية والعمليات الجراحية، ولأجل مساعدة العاجزين على الإنجاب، وتحقيق رغبتهم في الحصول على الذرية والتناسل والتواصل توصلت العلوم الطبيعية الحديثة إلى اكتشاف وسيلة لا تعتمد على الاتصال الجنسي، وإنما تعتمد على وسائل صناعية تساعد على تلقيح البويضة بمبي الزوج، وهو ما عرف في وسط العلماء بالتلقيح الاصطناعي.⁴

1 - رنا عبد المنعم الصراف، مسؤولية الطبيب غير العمدية عن التلقيح الصناعي الخارجي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 47، 2011، ص239.

2 - إن العقم من أهم المشكلات التي تحولت دون تحقيق الزواج لأهم أهداف تشريعية، لذلك كانت الحاجة ماسة لمعرفة الأحكام الشرعية التي تتعلق بهذا الموضوع، خصوصا وأن العلم قد تطور سريعا في علاج العقم، بطرق متعددة تنوعت بين الحل والحرمة، واستجدت المسائل على العلماء مما أثار كثيرا من الفتاوي، طلال خلف حسين، العقم بين الطب والشرعية، مجلة آداب الفراهيدي، المجلد 1، العدد28، 2016، ص177، وسن محسن حسن، مشكلة العقم وأثرها في التنمية البشرية، دراسة ميدانية في مدينة بغداد، مجلة كلية التربية للبنات، المجلد 25، العدد 3، 2013، ص 842.

3 - يقصد بضعف الخصوبة عدم القدرة على الحمل لمدة سنة على الأقل مع الاتصال المنتظم بين الرجل والمرأة.
4 - بيغدالي الجبلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، الجزائر، 2013، 2014، ص6.

التلقيح الصناعي والمسؤولية المدنية الطبية المترتبة عن إجرائه حسب التشريع الجزائري

الدكتورة: ماية بن مبارك / الدكتورة : زوليخة زوزو- جامعة خنشلة

ولقد حظيت هذه التقنية العلمية بقدر كبير من التقدم العلمي في المجال الطبي، وهذا التقدم كان أثره تغير نظرة الحقوق والالتزامات بالنسبة للأفراد في مجتمعنا الراهن، وبالتالي وجوب ضبط معايير مسؤولية الطبيب القائم بأعمال التلقيح الاصطناعي وضوابطها التي تمس في جوهرها الحياة الانسانية، والتي توجب على المختصين القانونيين أن يركزوا جهودهم لبحث الأحكام التي تتناسب هذه المستجدات من الناحيتين التشريعية والعلمية، ولأنه من المفروض أن يكون هذا التقدم مفيد للبشرية، ومنه تتمحور اشكالية موضوع التلقيح الاصطناعي والمسؤولية المدنية الطبية المترتبة عن إجرائه في الجزائر حول مدى توفيق المشرع الجزائري عند تقرير أحكام المسؤولية المدنية الطبية المترتبة عن أعمال التلقيح الاصطناعي؟.

ويمكننا عند الإجابة عن الإشكال القانوني المحوري أن نستعين بالسؤالين الفرعيين على النحو الآتي:

- ما هو التلقيح الاصطناعي؟.

- كيف حددت المسؤولية المدنية الطبية الناجمة عن إجراء التلقيح الصناعي؟.

واقترضت الضرورة تقسيم موضوع التلقيح الصناعي والمسؤولية المدنية الطبية المترتبة عن إجرائه حسب التشريع الجزائري إلى مبحثين، فنتناول في المبحث الأول ماهية التلقيح الاصطناعي، وفي حين نخصص مبحث ثان للمسؤولية المدنية الناجمة عن أخطاء الطبيب من إجراء أعمال التلقيح الاصطناعي، وذلك وفقا للتقسيم الآتي:

المبحث الأول: ماهية التلقيح الاصطناعي.

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية الناجمة عن أخطاء الطبيب من إجراء أعمال التلقيح

الصناعي.

المبحث الأول: ماهية التلقيح الاصطناعي

التلقيح الصناعي والمسؤولية المدنية الطبية المترتبة عن إجرائه حسب التشريع الجزائري

الدكتورة: ماية بن مبارك / الدكتورة : زوليخة زوزو- جامعة خنشلة

إن التلقيح الاصطناعي هو التناسل بمساعدة التكنولوجيا الحديثة التي التحا إليها الأطباء المختصون لمعالجة الأزواج المصابين بالعقم أو بضعف الخصوبة،⁵ وعمليات التلقيح الاصطناعي عديدة تعتمد على مصدر التلقيح ومكان الإخصاب المستخدم فيه السائل المنوي، والذي بدوره يقسم إلى قسمين تلقيح اصطناعي داخلي وتلقيح اصطناعي خارجي، ولنتعرض في ماهية التلقيح الاصطناعي من خلال التطرق لمفهوم التلقيح الصناعي في مطلب أول، وأنواع التلقيح الاصطناعي في مطلب ثان، وذلك بشيء من التفصيل على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي

أصبح لعميات التلقيح الاصطناعي اليوم ما يبررها خاصة في كونها وقاية للأسرة من كل مظاهر التفكك والانحلال من جهة، ووسيلة لعلاج العقم والمشاكل الاجتماعية والنفسية للزوجين من جهة أخرى.⁶

إذن يقصد بعملية التلقيح الصناعي الجمع بين خلية جنسية مذكرة وخلية جنسية أنثوية بغير اتصال جنسي طبيعي، وبرعاية طبيب مختص قصد الإنجاب،⁷ ولتعريف التلقيح الاصطناعي لابد من تعريف كلمتي التلقيح والاصطناعي، فالتلقيح لغة مأخوذ من مادة " لقح " اللام والقاف والحاء أصل يدل على إقبال ذكر الأنثى،⁸ والملاقيح ما في بطون الأجنة.⁹

⁵ - منذر طبيب البرزنجي- شاكور غانم العادلي، عمليات أطفال الأنابيب والاستنساخ البشري في منظور الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2001، ص 37.

⁶ - النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، رسالة دكتوراه علوم، جامعة الجزائر، 2011، 2010، ص 14.

⁷ - إيقروفتز وبيدة، التلقيح الصناعي، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ص 15 .

⁸ - أبو الحسين أحمد بي فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط، عبد السلام محمد هارون، دار الجبل، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 1999،

⁹ - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1999، ص 580.

التلقيح الصناعي والمسؤولية المدنية الطبية المترتبة عن إجرائه حسب التشريع الجزائري

الدكتورة: ماية بن مبارك / الدكتورة: زوليخة زوزو- جامعة خنشلة

واللقاح هو اسم ماء الفحل من الإبل والخيل،¹⁰ فيقال لقح الفحل الناقة القاحا، فالإلقاح مصدر حقيقي، واللقاح هو اسم لما يقوم مقام المصدر، كأعطى عطاء وإعطاء، وأصلح صلاحا وإصلاحا، وأنبت نباتا وإنباتا، وأصل اللقاح للإبل ثم استعير في النساء، فيقال لقحت إذا حملت، فإذا استبان حملها قيل: استبان حملها قيل: استبان لقاحها.¹¹

أما التلقيح اصطلاحا، فهو انتقاء الحيوان المنوي بالبويضة أو اتحاد مشيخ الذكر الحيوان المنوي مع مشيخ الأنثى البويضة وتكوين اللاقحة.¹²

والصناعي لغة هو نسبة إلى صناعته، ويعني أن الشيء المصنوع قد دخل تركيبه وإنشاءه يد البشر،¹³ والاصطناعي لغة يقال اصطنع فلان خاتما، إذا سأل رجلا أن يضع له خاتما واصطنع الشيء، دعا إلى صنعه،¹⁴ ونجد أن المراد بالمصطلحين الصناعي والاصطناعي هو ما يقابل مصطلح الاتصال الطبيعي الذي يعني الجماع.¹⁵

ولكن المشرع الجزائري أطلق عليه تسمية التلقيح الاصطناعي وليس الصناعي بموجب المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري،¹⁶ لأن الترجمة الحرفية الصحيحة للكلمة من اللغة الأجنبية Artificiel، والتي تعني تدخل يد الإنسان فيه آليا أي يدويا عكس الطبيعي الذي يتم دون

¹⁰ - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي، المرجع نفسه، ص 580.
¹¹ - هناء موزان ظاهر، التكيف الشرعي والقانوني لعمليات التلقيح الصناعي، مجلة الجامعة العراقية، المجلد 2، العدد 2016، ص 35، ص 528.
¹² - شادية الصادق الحسن، حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي، ص 2، على فوزي ابراهيم، مدى مشروعية أطفال الأنابيب بين الفقه الإسلامي والقانون، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 4، العدد 2، ص 14.
¹³ - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي، المرجع السابق، ص 580.
¹⁴ - على محي الدين الفراداعي، على يوسف المهدي، فقه القضاء المعاصرة، دراسة فقهية طبية مقارنة، شركة دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2000، ص 564.
¹⁵ - اسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1429، ص 39.
¹⁶ - الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المتعلق بقانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 15.

تدخل الانسان في حصوله، وبينما تسمية الصناعي فيقالها في اللغة الأجنبية Industriiel ، والتي تعني الصناعة وهي غير مقصودة هنا.¹⁷

وأما تعريف التلقيح الاصطناعي L'insémination artificielle في البشر طبيًا، فهو لفظ يطلقه الأطباء على العملية التي يتم بموجبها تلقيح البويضة بحيوان منوي، وذلك بإيصال النطفة إلى البويضة بغير طريق الاتصال الجنسي الطبيعي " الجماع " لغرض الحمل،¹⁸ وكما يقال أيضا هو عبارة عن ادخال حيوانات منوية مستخرجة من الزوج في المسالك البولية التناسلية للزوجة بهدف الاخصاب والانجاب، ولا يتم ذلك عن طريق الممارسة الجنسية المباشرة بين الزوجة والزوج، ويلجأ الطب إلى هذه الطريقة في حالة فشل معالجة العقم،¹⁹ وبالتالي هو مساعد للحصول على طفل.

وفيما يخص التعريف التشريعي للتلقيح الصناعي حسب القانون الجزائري، لم يضع تعريفا له بل أجازته حسب المادة 45 مكرر المذكورة أعلاه ويخضع لثلاثة شروط لتحقيقه، فيتمثل الشرط الأول في أن يكون الزواج شرعيا، ويتمثل الشرط الثاني في أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما، وأما الشرط الثالث يتمثل في أن يتم بمضي الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها.

وعليه، فالمقصود بالتلقيح الاصطناعي حسب التشريع الجزائري هو الجمع بين بويضة رحم الزوجة وماء زوجها، وبرعاية طبيب مختص قصد الإنجاب، وتتم في المستشفيات والمراكز الصحية المختصة، وكما يجب أن تتم وفق الضوابط الشرعية والشروط القانونية التي يستوجبها العمل الطبي.²⁰

المطلب الثاني: أنواع التلقيح الاصطناعي حسب التشريع الجزائري

17- بلباهي سعيدة، الاستعانة بالأم البديلة في التلقيح الصناعي حسب التشريع الجزائري، ص 72.

18 - هناء موزان ظاهر، المرجع السابق، ص 529.

19 - هناء موزان ظاهر، المرجع نفسه، ص 529.

20 - بغدالي الجبالي، المرجع السابق، ص ص 6 - 7.

التلقيح الصناعي والمسؤولية المدنية الطبية المترتبة عن إجرائه حسب التشريع الجزائري

الدكتورة: ماية بن مبارك / الدكتورة: زوليخة زوزو- جامعة خنشلة

إن عمليات التلقيح الصناعي حسب التشريع الجزائري عديدة تعتمد على مصدر التلقيح، ومكان الإخصاب المستخدم فيه السائل المنوي، ويمكن تقسيمه إلى صورتين،²¹ فتمثل الصورة الأولى في التلقيح الاصطناعي الداخلي، ونعني به عملية الإدخال الطبي لماء الرجل في الموضع المعد له في المرأة لضرورة علاجية،²² أو هو عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق حقن السائل المنوي لزوجها ويستوي أن تكون النطفة في عملية التلقيح طازجة أو مجمدة.²³

أما الصورة الثانية فتتمثل في التلقيح الاصطناعي الخارجي أو ما يعرف بالأطفال الأنابيب، وهي صورة مختلفة عن الصورة الأولى، لأن التلقيح الصناعي الداخلي لم تستطع التغلب على كافة أنواع العقم، فهذه الوسيلة السابقة لا تجدي نفعا في حالة عقم الزوجة بسبب انسداد قناتي قلوب حيث يستحيل اجراء عملية التلقيح الداخلي داخل رحم المرأة، ومنه ظهرت وسيلة أخرى يتم بها التغلب على عدم القدرة على الإخصاب،²⁴ إذ التلقيح الاصطناعي الخارجي هو التلقيح بين نطفة الرجل ببويضة الأنثى في خارج الرحم في أنبوب اختبار، وبعد أن يحدث الانقسام المناسب بعد اجتماع الحيوان المنوي بالبويضة تعاد اللقيحة المخصبة إلى رحم المرأة صاحبة أم لا.²⁵

21- رنا عبد المنعم الصراف، المرجع السابق، ص 231.

22 - ياسر محمد عبد الله، خليل ابراهيم حسين، الموقف القانوني من عملية التلقيح الصناعي وتأجير الأرحام، مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص 307.

23 - ياسر محمد عبد الله، خليل ابراهيم حسين، المرجع نفسه، ص 307.

24 - رنا عبد المنعم الصراف، المرجع السابق، ص 241.

25 - الأم البديلة وهي المرأة التي تأخذ جزء من دور الأم، وهوما مكنت منه تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي " أطفال الأنابيب بداية الثمانيات، وذلك بأن تحمل بويضة ليست منها مخصبة بماء غير الزوج، فلا يكون للأم البديلة في هذه الحالة علاقة وراثية بالطفل بل يقتصر دورها على الحمل، وهنا يمكن أن تكون اللقيحة من الزوجين أو هبة من الغير، والمشرع الجزائري لا يجيز اجراء التلقيح الاصطناعي باستعمال الام البديلة، وهذا بموجب الفقرة 3 من المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، لمزيد من التفصيل: أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعملية الحديثة في القانون الوضعي والشريعة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران، وهران، الجزائر، 2009، 2010، ص 23.

التلقيح الصناعي والمسؤولية المدنية الطبية المترتبة عن إجرائه حسب التشريع الجزائري

الدكتورة: ماية بن مبارك / الدكتورة : زوليخة زوزو- جامعة خنشلة

إذن التلقيح الاصطناعي هو مجموعة الأعمال الطبية الهادفة لتخصيب البويضة خارج الرحم في أنبوب اختبار أو وعاء مخبري.²⁶

المبحث الثاني: المسؤولية الناجمة عن أخطاء الطبيب من إجراء أعمال التلقيح الصناعي
إن تقرير أحكام المسؤولية مهما كان نوعها لا بد أن يتوفر فيها ركن أساسي هو الخطأ الذي يؤدي إلى النتيجة التي تقام عليها هذه المسؤولية، وهي تضرر الشخص الذي تناوله يخص عملية طبية.

والمقصود بالخطأ الطبي هنا هو خطأ الطبيب المترتب من المسؤولية على وجه العموم، وفي نطاق التلقيح الاصطناعي بمناسبة إنجاز هذه العملية، والتي تعتبر بالغة الصعوبة، وبما أن عنصر الزمن يدخل هنا فقد تطرأ ظروف طارئة أو استثنائية تؤدي إلى فشل التلقيح الاصطناعي.

والخطأ المرتكب من طرف الطبيب والمسبب لأخطاء أثناء إجراء عملية التلقيح الاصطناعي سواء كان قبل إجرائها أو خلالها أو حتى بعدها، ولنعرض المسؤولية الناجمة عن أخطاء الطبيب من إجراء أعمال التلقيح الصناعي في مطلبين، فنتناول في المطلب الأول تحديد عناصر الخطأ الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي، ونخصص المطلب الثاني لصور الخطأ الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي، وذلك وفقا للتقسيم الآتي:

المطلب الأول: تحديد عناصر الخطأ الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي

يتمثل الخطأ الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي بخروج الطبيب المختص بإجرائه عن سلوكه المعروف في القواعد والأصول الطبية من الناحيتين العملية والنظرية أو إخلاله بواجبات الحيطة واليقظة، ولنتعرض فيما يلي تحديد عناصر الخطأ الطبي في مجال التلقيح الصناعي على النحو الآتي:

²⁶ - زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، دار العربي للعلوم، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 1994، ص 61.

الفرع الأول: خروج الطبيب المختص عن القواعد والأصول الطبية

إن المتفق عليه فقها وقضاء أن الأصول الطبية هي تلك الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها بين أسرة الأطباء نظريا وعمليا، والتي يجب أن يلم بها الطبيب وقت تنفيذه للعمل الطبي،²⁷ وخروج الطبيب المختص عن الأصول العلمية وأخلاقيات المهنة، وبالتالي قيام مسؤوليته في مواجهته متى خرج عن جملة من الشروط تتمثل فيما يلي:²⁸

- أن يتم استخدام أسلوب العلاج أو نوعه بإجراء تجارب على الحيوانات أو لا يتم الإعلان عنه من قبل مدرسة طبية معترف بها.

- أن يمضي وقت كافي للتأكد من كفاءة الأسلوب.

- أن يجري التسجيل العلمي للأسلوب العلاجي قبل استخدامه على الإنسان.

وحسب المشرع الجزائري، فيجب حتما احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الانسان في اطار البحث العلمي، ويخضع التجريب للموافقة الحرة والمبينة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي، وتكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة.²⁹

والأخلاقيات الطبية هي مجموعة المبادئ والقواعد والأعراف التي يتعين على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أن يراعيها، وأن يستلهمها في ممارسة مهنته،³⁰ فالطبيب المختص في مجال

²⁷ - سهير منتصر، التلقيح الصناعي حال حياة الزوجية وبعد وفاة الزوج من وجهة نظر القانون والفقهاء الإسلامي، مكتبة النصر، ص 51.

²⁸ - رؤى عبد الستار صالح، المسؤولية الطبية المترتبة عن التلقيح الصناعي، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 16، العدد 3، 2014.

²⁹ - المادة 2/168 من القانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية عدد 35، المؤرخة في 15 أوت 1990.

³⁰ - المادة 1 من الرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن أخلاقيات الطب، جريدة رسمية رقم 52، المؤرخة في 8 جويلية 1992.

التلقيح الصناعي والمسؤولية المدنية الطبية المترتبة عن إجرائه حسب التشريع الجزائري

الدكتورة: ماية بن مبارك / الدكتورة: زوليخة زوزو- جامعة خنشلة

إجراء عمليات التلقيح الاصطناعي مرخص له بممارسة المهنة وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما.³¹

الفرع الثاني: الإخلال بواجبات الحيطة واليقظة

إن واجب الحيطة واليقظة هو مبدأ متفق عليه فقها وقانونا، ويتمثل الإخلال بواجبات الحيطة واليقظة في خروج الطبيب عما هو مفروض عليه من واجب التدبر والحيطة في مجال الطب بصفة عامة، وفي مجال عمليات التلقيح الاصطناعي على وجه الخصوص.³²

وعلى العموم الطبيب ملزم ببذل عناية لا تحقيق نتيجة، وأما إذا فشل العلاج نتیجته خطأ ارتكبه، فطبقا للقواعد العامة يسأل عن خطأ غير العمدي،³³ وتتعدد الأخطاء غير العمدية في عدة حالات التي تنتج ضرورة تدخل الطبيب، فقد يستعمل أدوات غير معقمة، وقد يخطط جرحا بعد العملية وينسى احدى أدواته في بطنه، وقد يجري عملية جراحية دون تخدير المريض، وكلها أخطاء طبية شائعة من الناحية العملية، ويترتب عن هذه الأخطاء مسؤولية الطبيب أيضا في مجال التلقيح الصناعي.³⁴

المطلب الثاني: صور الخطأ الطبي في التلقيح الصناعي

إن عملية التلقيح الاصطناعي تستغرق عادة فترة من الزمن، ولهذا فتدخل الطبيب يكون في مرحلتين الأولى قبل إجراء هذه العملية أو بعدها، وإن الخطأ قد يحدث من الطبيب في أي من المرحلتين، وهو ما سنتطرق إليه بشيء من التفصيل على النحو الآتي:

31 - المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 92-297 المذكور آنفا.

32 - رؤى عبد الستار، المرجع السابق، ص 337، 338.

33 - النحوي سليمان، المرجع السابق، ص 401.

34 - محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993، ص 39، 40.

التلقيح الصناعي والمسؤولية المدنية الطبية المترتبة عن إجرائه حسب التشريع الجزائري

الدكتورة: ماية بن مبارك / الدكتورة: زوليخة زوزو- جامعة خنشلة

الفرع الأول: الخطأ الطبي قبل إجراء عملية التلقيح الاصطناعي

إن الطبيب القائم قبل بعملية التلقيح الاصطناعي ملزم قبل بدء هذه العملية بالحصول على رضا أطرافها، ولذلك نتناول الخطأ الطبي قبل اجراء عملية التلقيح الاصطناعي في الآتي:

أولاً: الخطأ في التشخيص: فيعرف التشخيص بأنه البحث والتحقيق من المرض الذي يعاني منه المريض، ويهدف إلى تحديد الأمراض بعد معرفة أعراضها،³⁵ والطبيب الذي تعرض عليه حالة العقم من المفروض أن يقوم بتشخيص السبب المؤدي إلى هذه الحالة، حيث أن لهذه الحالة العديد من الأسباب، وحتى أن التشخيص له أثر بالغ الأهمية في تحديد نتائج العلاج أو العمل الجراحي، فالخطأ في تشخيص الحالة سيؤدي حتما إلى الخطأ في العلاج، ونجد في حالات كثيرة يؤدي إلى موت المريض أو إصابته بعللة أو عاهة يطول أمدها، ونجد الطبيب في هذه الحالة مسؤول عن الخطأ في شقيه جزائيا ومدنيا حسب الحالات.

وغير أنه إذا أوهم الطبيب الزوجين بنجاح عملية التلقيح الاصطناعي مع عدم وجود أدنى احتمال لذلك وأقدم على إجرائها، فيسأل جزائيا وبتهمة المساس بسلامة الجسم إذا تبين أن الحالة لا تستوجب من حيث الأصل اللجوء إلى التلقيح بهذه الوسيلة.³⁶

ثانيا: عدم الحصول على رضا طرفي عملية التلقيح الاصطناعي: شرط رضا طرفي عملية التلقيح الاصطناعي ضروري لإجرائها، وعدم توافره قد يؤدي إلى خروج العمل الطبي من إطار المشروعية إلى إطار التجريم، ومع ذلك فقد نجد الطبيب يقوم بالعملية سواء داخل إطار العلاقة الزوجية أو خارجها، ودون علم أحد الزوجين أو دون علمهما معا.³⁷

35 - رؤى عبد الستار صالح، المرجع السابق، ص 338.

36 - أحمد عمراني، المرجع السابق، ص 68 .

37 - النحوي سليمان، المرجع السابق، ص 396.

ويعد رضا الزوجين في عملية التلقيح الاصطناعي شرطا أساسيا، وذلك لأن الولد سيحمل اسم أبويه، ومن تم فإن رضاهما الصريح قبل اجراء عملية التلقيح الاصطناعي يعد ضروريا، فالأبوة والأمومة هي مسألة اختيارية وليس إجبارية على الإطلاق، ونجد أن مصلحة الولد تقضي الرضا المسبق، ولو أن هذه العملية تمت رضا الزوج مثلا فإن الولد يأتي غير مرغوب فيه من الزوج الذي لم يوافق على الإنجاب، وما يترتب على ذلك من آثار سيئة على الولد وأمه.³⁸

وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري من هذا الشرط، فقد أكد على ضرورة توافر شرط رضا الزوجين، فيجوز لهما اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، ويخضع هذا الأخير إلى ثلاثة شروط، فيتمثل الشرط الأول في أن يكون الزواج شرعيا، ويتمثل الشرط الثاني في أن يكون رضا الزوجين وأثناء حياتهما، وأما الشرط الثالث فيتمثل في أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة وأثناء حياتهما.³⁹ وانتفاء رضا أحد الزوجين يتحقق في حالتين، فتكون الحالة الأولى في حالة تخلف رضا الزوجة، فيجري الطبيب عملية التلقيح دون رضاها بناء على طلب الزوج، أي بعد اتفاق الطبيب والزوج الذي يرغب في الحصول على الولد.⁴⁰

ويرى الفقه القانوني في هذا الشأن، أن التكييف القانوني لتخلف شرط الرضا الزوجة ضروري لصحة عملية التلقيح الاصطناعي، فإن الفعل الذي يقع على الزوجة يشكل جريمة هتك عرض لها بالقوة لتوفر الركن المادي للجريمة المتمثل في الإكراه المادي لحصول الفعل دون رضا المعني عليها، وهي الزوجة ووقوعه على جسدها وتضمينه إخلالا جسيما بالحياء العرضي لها.⁴¹

38 - أحمد عمراني، المرجع السابق، ص 51.

39 - المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

40 - أحمد عمراني، المرجع السابق، ص 51.

41 - منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيداللة، دار المطبوعات الجامعية، 1979، ص 125، روى عبد الستار صالح، المرجع السابق ص 340.

التلقيح الصناعي والمسؤولية المدنية الطبية المترتبة عن إجرائه حسب التشريع الجزائري

الدكتورة: ماية بن مبارك / الدكتورة : زوليخة زوزو- جامعة خنشلة

وتكون الحالة الثانية في حالة عدم موافقة الزوج، ويكون الفرض هنا باتفاق بين الطبيب والزوجة دون علم الزوج، بحيث تقنع الزوجة زوجها على التوجه لمخبر مختص في تحليل الخلايا التناسلية لإجراء تحليل ليس لغرض التلقيح ولكن لغرض العلاج، وبعدها أخذ الحيوانات المنوية منه يحتجز البعض منها لتلقيح بها الزوجة اصطناعيا، وفي هذه الحالة لا يمكن للزوج شرعا وقانونا أن ينكر نسب المولود، طالما أن شروط النسب بالاتصال الطبيعي "الجماع" قد توافرت، غير أن البعض يرى عدم مشروعية هذا الإجراء تكمن في أنه تم بناء على غش وخداع من الزوجة مما قد يبرر الطلاق.⁴²

إذن تلجأ الزوجة في هذه الحالة إلى التلقيح الاصطناعي بخلايا تناسلية الزوج دون علمه وموافقته الصريحة، حيث تتفق مع الطبيب المختص على أن يقوم بتلقيحها اصطناعيا بمبي زوجها بعد أن يكون هذا الأخير قد لجأ إلى مخبر لتحليل الخلايا التناسلية لأي سبب من الأسباب، فيقوم باحتجاز بعض من تلك الخلايا ثم يلقح بها الزوجة إما مباشرة داخل الجسم أو خارجها، وتقوم المسؤولية في مواجهة كل من الطبيب والزوجة.⁴³

الفرع الثاني: الخطأ الطبي أثناء إجراء عملية التلقيح الصناعي وبعدها

يكون الخطأ المتوقع حدوثه في أثناء وبعد إجراء التلقيح الاصطناعي متمثل في نوعين من الأخطاء، باعتبارهما من أكثر الأخطاء أهمية، فيتمثل الخطأ الأول في خلط الأنايب ببعضها، وفي حين يحدث الخطأ الثاني في المرحلة التي تلي عملية التلقيح الاصطناعي وهو الخطأ في الرقابة، وتتناول هاذين الخطأين بشيء من التفصيل على النحو الآتي:

42 - أحمد عمراني، المرجع السابق، ص ص 52، 53.

43 - رؤى عبد الستار صالح، المرجع السابق، ص 340.

أولاً: خلط الأنابيب ببعضها: يلتزم الطبيب المختص باتباع الأصول العلمية والفنية المتعارف عليها طبيًا، وهو في مجال التلقيح الاصطناعي يلتزم بأن يحافظ على البويضة الملقحة، وأن يجمي الأنابيب من الاختلاط أو الاستبدال بغيرها.

وإذا أهمل في تخزينها والحفاظ عليها، وأدى ذلك إلى الخلط بحيث خلط أنبوب يحتوي على حيا من ذكورية مع أنبوب آخر يحتوي على بويضات أنثوية تعود لامرأة أخرى ليست زوجته، أو بالعكس تحقق مسؤوليته الجنائية غير العمدية عن نسب طفل إلى غير والديه، مما يسبب لأطراف العملية أضراراً مادية ومعنوية، لذا يجب الانتباه في مرحلة تنفيذ العملية، وكما يجب عليه متابعة الحالة الصحية للزوجة التي اجري التلقيح الاصطناعي لها، واتخاذ ما يراه مناسباً لمواجهة ما يستجد في حالة المرأة الصحية، ولا يقتصر الأمر عند هذا الحل بل يجب عليه أن يعطي كافة البيانات، والنصائح الواجب اتباعها لمفاداة أو على الأقل التقليل من حدة النتائج الضارة.⁴⁴

وإخلال الطبيب المختص بالتزام عدم خلط الأنابيب تتحقق معه المسؤولية غير العمدية، ولكن ليس معنى ذلك أن على الطبيب أن يطبق العلم كما يطبقه غيره من الأطباء، فمن حقه أن يترك له قدر من الاستغلال في التقدير في العمل وممارسته المهنية طبقاً لما يميله عليه ضميره وقتها.⁴⁵

ثانياً: الخطأ في الرقابة: يلتزم الطبيب الذي اجري عملية التلقيح الاصطناعي للزوجة بمتابعة حالتها، وأما إذا قام الطبيب بترك مريضته، فإن ذلك يعد إخلالاً من جانب الطبيب يسأل عنه إذا كان هو السبب المباشر للنتيجة، فيجب البحث في السبب المباشر.⁴⁶

44 - رنا عبد المنعم الصراف، المرجع السابق، ص 259.

45 - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 199.

46 - رؤى عبد الستار صالح، المرجع السابق، ص 342.

الدكتورة: ماية بن مبارك / الدكتورة: زوليخة زوزو- جامعة خنشلة

وكما يلتزم الطبيب المختص أيضا في هذا الشأن، بإعطاء المريض كافة النصائح الواجب اتباعها لتفادي النتائج السيئة المتوقعة أو للتحقيق من هذه النتائج على الأقل،⁴⁷ ونجد أنه من بين الأضرار المترتبة عن خطأ الرقابة المحتملة الوقوع هي: التشويبهات التي يمكن أن تصيب الجنين أو عدم تكلل عملية التلقيح الاصطناعي بنجاح.

خاتمة:

إن الأهمية البالغة التي يكتسبها موضوع مسؤولية الطبيب عن أعمال التلقيح الصناعي حسب التشريع الجزائري على مستوى الدراسات الطبية على وجه العموم، والأبحاث القانونية خصوصا على اعتبار أنه علاجا ناجعا لحالات العقم بكل صورها، وكذا الاكتئاب الأسري ومدى إرجاع الثقة لدى جملة العائلات والأسر، ولقد توصلنا من خلال دراستنا هذه إلى النتائج الآتية:

1 - إن التلقيح الاصطناعي هو عملية تلقيح بغير طريق الاتصال الجنسي الطبيعي سواء كان داخلي أو خارجي، وهو يعتبر أحدث الوسائل العلمية المساهمة في الإنجاب وثورة بيولوجيا في هذا المجال، وأيضا طريقة استثنائية لا يمكن اللجوء لها إلا في حالة وجود مبرر طبي يثبت ذلك، لأن الجماع هو الأصل في عملية الإنجاب، وأما هذه الطريقة الاصطناعية في الإنجاب كان لها أثر على الكثير من المفاهيم الأساسية ومن أهمها النسب، وهي تقنية حديثة تفرض على أغلب التشريعات المقارنة تنظيما بموجب أحكام قانونية واضحة ودقيقة لأنها جاءت في نصوص متفرقة.

⁴⁷ - رؤى عبد الستار صالح، المرجع نفسه، ص 342.

التلقيح الصناعي والمسؤولية المدنية الطبية المترتبة عن إجرائه حسب التشريع الجزائري

الدكتورة: ماية بن مبارك / الدكتورة: زوليخة زوزو- جامعة خنشلة

2 - إن الطبيب قائم بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي يخضع للمساءلة القضائية إذا قام بهذه العملية لزوجين لا تستدعي ظروفهم الصحية تلك أو دون رضاهما، أو تلاعب باللقاحات والنظاف أو في حالة التقصير في تبصيرهما لعواقب العملية والآثار المترتبة عليها.

3 - إنه يجب إقامة تعديلات في القوانين التي لها علاقة بهذه المستجدات العلمية في مجال الإنجاب خاصة قانون الأسرة، قانون الصحة وترقيتها، قانون العقوبات والقانون المدني حتى يكون هناك نوع من التكامل والانسجام بين مختلف القوانين، وتفادي الثغرات القانونية ومواكبة المستجدات الطبية في مجال الإنجاب.

4 - إن الخطأ الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي يمكن تحديده إذا كان هناك خروج الطبيب عن القواعد والأصول الطبية وبإخلاله بواجب الحيطة واليقظة، وكما أنه قد يحدث قبل إجراء عملية التلقيح، وقد يكون أثناء أو بعد إجراء هذه العملية.

5 - إن الطبيب ملتزم بمراعاة الأصول المهنية، وفي تشخيص الحالة المرضية للزوجين أو سبب عقمهما، وكما أنه ملتزم باستحصال رضا طرفي عملية التلقيح الاصطناعي، وله أن ينفي مسؤوليته بإثبات أنه بذل العناية المطلوبة والمتفقة مع الأصول العلمية والطبية لأن التزامه هو بذل عناية وليس تحقيق نتيجة، وكما له أن يدفع بعدم ترتب المسؤولية عليه إذا أثبت أنها وقعت لسبب أجنبي كحدوث ظرف طارئ أو قوة قاهرة أو خطأ المتضرر نفسه.

وعلى ضوء ما سبق ذكره يمكن وضع بعض الاقتراحات نوجزها في الآتي:

- ضرورة اصدار تشريع خاص ينظم مسألة التلقيح الاصطناعي تنظيما دقيقا من خلال وضع الضوابط الضرورية التي تحكم العملية.

التلقيح الصناعي والمسؤولية المدنية الطبية المترتبة عن إجرائه حسب التشريع الجزائري

الدكتورة: ماية بن مبارك / الدكتورة : زوليخة زوزو- جامعة خنشلة

- يجب على وزارة الصحة أو نقابة الأطباء أن تمارس رقابة شديدة وصارمة على الأطباء والعاملين في مراكز التلقيح الاصطناعي منعا لحدوث خلل عمدا أو بإهمال يؤدي إلى اختلاط الأنساب.
- وجوب تضمين القانون المتعلق بالتلقيح الاصطناعي جزاءات جنائية ومدنية وإدارية حسب الأحوال جسيمة في حالة مخالفة الضوابط أو تنفيذ الوسيلة على وجه يخالف أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين والقيم والعادات السائدة في المجتمع.

قائمة المراجع:

المعاجم:

- أبو الحسين أحمد بي فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط، عبد السلام محمد هارون، دار الجبل، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 1999.
- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1999.

النصوص القانونية:

- قانون الأسرة الجزائري.
- القانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية عدد 35، المؤرخة في 15 أوت 1990.
- الرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن أخلاقيات الطب، جريدة رسمية رقم 52، المؤرخة في 8 جويلية 1992.

الكتب:

- إيقروفة زوييدة، التلقيح الصناعي، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر.

التلقيح الصناعي والمسؤولية المدنية الطبية المترتبة عن إجرائه حسب التشريع الجزائري

الدكتورة: ماية بن مبارك / الدكتورة: زوليخة زوزو- جامعة خنشلة

- على محي الدين القراداغي، على يوسف المهدي، فقه القضاء المعاصرة، دراسة فقهية طبية مقارنة، شركة دار البشائر الاسلامية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2000.

- سهير منتصر، التلقيح الصناعي حال حياة الزوجية وبعد وفاة الزوج من وجهة نظر القانون والفقه الإسلامي، مكتبة النصر.

- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، دار العربي للعلوم، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 1994.

- منذر طيب البرزنجي - شاعر غانم العادلي، عمليات أطفال الأنابيب والاستنساخ البشري في منظور الشريعة الاسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2001.

- منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة، دار المطبوعات الجامعية، 1979

- محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993.

المقالات العلمية:

- رنا عبد المنعم الصراف، مسؤولية الطبيب غير العمدية عن التلقيح الصناعي الخارجي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 47، 2011.

- رؤى عبد الستار صالح، المسؤولية الطبية المترتبة عن التلقيح الصناعي، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، المجلد 16، العدد 3، 2014.

- طلال خلف حسين، العقم بين الطب والشريعة، مجلة آداب الفراهيدي، المجلد 1، العدد 28، 2016.

- وسن محسن حسن، مشكلة العقم وآثرها في التنمية البشرية، دراسة ميدانية في مدينة بغداد، مجلة كلية التربية للبنات، المجلد 25، العدد 3، 2013.

- هناء موزان ظاهر، التكيف الشرعي والقانوني لعمليات التلقيح الصناعي، مجلة الجامعة العراقية، المجلد 2، العدد 35، 2016.

التلقيح الصناعي والمسؤولية المدنية الطبية المترتبة عن إجرائه حسب التشريع الجزائري

الدكتورة: ماية بن مبارك / الدكتورة : زوليخة زوزو- جامعة خنشلة

- ياسر محمد عبد الله، خليل ابراهيم حسين، الموقف القانوني من عملية التلقيح الصناعي وتأجير الأرحام، مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية
- شادية الصادق الحسن، حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي،.....
- على فوزي ابراهيم، مدى مشروعية أفعال الأنايب بين الفقه الاسلامي والقانون، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 4، العدد 2.
- الرسائل الجامعية:

- بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، الجزائر، 2013، 2014.
- النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الاسلامية والقانون المقارن، رسالة دكتوراه علوم، جامعة الجزائر، 2011، 2010.
- أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعملية الحديثة في القانون الوضعي والشريعة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران، وهران، الجزائر، 2009، 2010.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

آليات التعويض عن أضرار العدوى الاستشفائية

الدكتور : أزوا عبد القادر - / ط.د كشناوي نصيرة - جامعة أدرار

الدكتور : أزوا عبد القادر - جامعة أدرار

البريد الإلكتروني: azoua.abdelkader@univ-adrar.dz

ط.د كشناوي نصيرة - جامعة أدرار

البريد الإلكتروني: kn8001@yahoo.fr

تاريخ النشر: 2020/12/01	تاريخ القبول: 2020/11/16	تاريخ الإرسال: 2020/10/31
----------------------------	-----------------------------	------------------------------

ملخص :

أدى التطور التقني والتكنولوجي الذي يشهده مجال العلوم الطبية إلى استخدام معدات وأجهزة معقدة تستلزم، نظراً لملاستها الدائمة لجسم المرضى والممرضين، كفاءة عالية لحسن الاستعمال ودراية متخصصة بشأن تنظيفها وتعقيمها، الأمر الذي يساهم النقص الكبير الملموس بشأنه في المرافق الصحية العامة، على وجه التحديد، في ارتفاع نسب الإصابة بالعدوى الاستشفائية (التي تصيب الشخص جراء مكوته أو دخوله أو حتى ارتياده إحدى المؤسسات الصحية العمومية) والتي أضحت تشكل خطراً حقيقياً يهدد الصحة العامة.

وعلى الرغم من الخطر الذي تشكله العدوى الاستشفائية، لاتزال تخضع في القانون الجزائري للقواعد العامة في المسؤولية، وعلى الرغم من عدم فاعليتها. الكلمات المفتاحية: العدوى الاستشفائية. المسؤولية. التعويض.

الدكتور : أزوا عبد القادر - / ط.د كشناوي نصيرة - جامعة أدرار

Abstract

Technical and technological development in the field of medical sciences has led to the use of complex equipment and devices which, due to their permanent contact with the bodies of patients and nurses, require high efficiency for proper use. and specialized know-how in cleaning and sterilization. High rates of hospital infection (which affects a person because of their stay, entry or even visit to a public health establishment), which has become a real threat to public health.

Despite the danger posed by hospital infections, they are still subject in Algerian law to the general rules of responsibility, despite their ineffectiveness.

Keywords: hospital infection. the responsibility. Damage repair

مقدمة:

يخلف التطور التقني والتكنولوجي الذي يشهده قطاع الصحة اليوم، وككل تطور علمي، جملة من المخاطر والأضرار تعد الضريبة التي تدفعها البشرية في سبيل هذا التقدم. ففي الوقت الذي تم فيه تحقيق نجاحات كبيرة في القضاء على العديد من العلل والأوبئة الفتاكة والأسقام، وفي حين قطع الفن الطبي الجراحي أشواطاً متقدمة يفترض أن تقل معها الأخطاء ونسب الإهمال التي تقيم المسؤولية الجزائية والمدنية للأطباء والجراحين، أثبت الواقع عكس ذلك، خاصة مع الوعي الذي ساد أذهان المرضى بأن تخلو عن الاستسلام لفكرة القضاء والقدر، ولم يعد مسموحاً للطبيب مع كل هذا التقدم العلمي الطبي اعتراف نفس الأخطاء وال فشل في نهاية المطاف.

فاستخدام وسائل علمية مبتكرة وحديثة في العلاج، ذات فعالية كبيرة، وإتباع تقنيات متطورة ومتقدمة في الفحص والتشخيص، من شأنه دون شك أن يرفع نسبة الفرص في الشفاء.¹ لكنه وبالمقابل، أدى

¹أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، الأردن، 2009، ص 172- 173.

الدكتور : أزوا عبد القادر - / ط.د كشناوي نصيرة - جامعة أدرار

إلى زيادة الأضرار التي يتعرض لها المرضى بسبب عدم قدرة بعض الأطباء على استخدام هذه الوسائل التقنية الحديثة استخداماً صحيحاً، وإلى ازدياد مخاطر حدوث التداعيات الضارة للعلاج أو التدخل الجراحي، بعيداً وفي منأى عن أي خطأ من جانب القائم بالعمل الطبي والذي يمكن نسبته إليه،² وهذا بعد أن كان الخطأ الذي يقترفه الطبيب أو الجراح أساس قيام المسؤولية الطبية المدنية، والتي تقوم أيضاً نتيجة إهماله وعدم احترازه، وحتى نتيجة جهله من الوجهة العلمية.³

وسنعرض في هذا البحث إلى العدوى الاستشفائية بصفاتها واحدة من أهم المخاطر أو الأخطار التي قد يتعرض لها محتاجو العناية الطبية. من بحث إشكالية تتمثل في: " ما المقصود بالعدوى الاستشفائية؟، وما مدى فاعلية ما أقره المشرع الجزائري من آليات للتعويض عنها؟ وحرصاً على معالجة اشكالية البحث اعتماداً المنهج التحليلي الذي تقتضيه طبيعة الموضوع، مع استقراء ما توصل إليه القانون الفرنسي مقارنة مع التشريع الجزائري.

ولقد تم تقسيم البحث إلى ثلاثة مطالب، يتضمن الأول تعريف العدوى الاستشفائية و طرق انتقالها، أما الثاني فيتضمن تحديد الطبيعة القانونية أساس المسؤولية الناجمة عنها، أما الثالث فيتضمن آليات التكفل بضحاياها في كل من القانون الفرنسي و الجزائري.

المطلب الأول: تعريف العدوى الاستشفائية و طرق انتقالها

ينحدر أصل هذه الكلمة من اللغة اليونانية، وتتركب من نوسوس " NOSOS " وتعني المرض، و كمين " KOMEIN " التي تعني العناية، وتشكل في مجموعها كلمة نوسوكميون

² ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص 14.
³ أسعد عبيد الجميلي، المرجع نفسه، ص 24.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

آليات التعويض عن أضرار العدوى الاستشفائية

الدكتور : أزوا عبد القادر - / ط.د كشناوي نصيرة - جامعة أدرار

" Nosocomeion " أي مستشفى أو مستشفى⁴، فمصطلح العدوى يعني احتياح بعض الكائنات المجهرية (بكتيريا أو فيروسات) لخلايا الجسم الحية وتدميرها، وتكون العدوى استشفائية أو مستشفى إذا ظهرت خلال مكوث المريض بالمؤسسة الصحية للعلاج أو جراء دخوله إليها، ولم تكن موجودة أو على الأقل معروفة عند دخول الشخص إلى هناك،⁵ ذلك أن مرور 48 ساعة على دخول الشخص للمرفق الصحي، هي مهلة مطلوبة لتمييز العدوى الإستشفائية عن غيرها، وتطول هذه المهلة لأكثر من فترة الحضانة الخاصة ببعض الجراثيم (وهي الفترة الممتدة بين الإصابة بالمرض المعدي وظهور الأعراض على المريض) إذا ما تم تحديد الإصابة بأحد الأمراض التي تستوجبها فور دخول الشخص إلى المستشفى، وفي حالة الشك، يجب تحديد وبدقة إمكانية وجود علاقة سببية بين العدوى ودخول المريض للمؤسسة الصحية وإقامته بها. كما يتطلب الأمر بالمثل 30 يوماً من تاريخ إجراء العملية الجراحية متى ظهرت العدوى مكان الجراحة، وتمتد في حالة تركيب الأعضاء الصناعية أو في حالة زرع العضو إلى حوالي السنة من تاريخ التركيب أو التدخل الجراحي، حتى لو غادر المريض المستشفى.⁶

ومن حيث طرق الانتقال، فقد تعود لأسباب ذاتية ناتجة عن تكاثر بكتيريا الجسم الواحد، سواءً على سطح الجلد أو داخل أحد أجهزة جسم المريض حسب نوع العدوى، لتنتقل من عضو إلى آخر

⁴ OLIVIER Hélène, la responsabilité de l'hôpital en matière des infections nosocomiales, mémoire de l'école nationale de la santé publique, Rennes, 2001, p 1.

⁵ Comité de lutte contre les infections nosocomiales, définitions standardisées desinfections nosocomiales, paris-nord, 1995, p 1.

⁶ Ministère de l'Emploi et de la Solidarité Secrétariat d'Etat à la Santé et à l'action sociale, Comité technique national des infections nosocomiales, 100 recommandations pour la surveillance et la prévention des infections nosocomiales, deuxième édition, 1999, p 12 -13.

الدكتور : أزوا عبد القادر - / ط.د كشناوي نصيرة - جامعة أدرار

عبر بوابات الدخول المتمثلة أساساً في: الجروح، الحروق، الأمراض الجلدية وفتحات العمليات. وقد تعود لأسباب خارجية تكتسب من المحيط الخارجي أو البيئة كجراثيم الوسط الصحي، أو العدوى الناشئة عن حاملي الميكروب و العدوى التي تنتقل من مريض إلى آخر.⁷ ويطلق على هاتين الأخيرتين العدوى بالاختلاط لتمييزها عن النوع الأول كونها تستوجب احتكاكاً بين الأشخاص.

المطلب الثاني: الطبيعة و الأساس القانوني للمسؤولية الناجمة عن العدوى الاستشفائية

إذا كان المعرض للإصابة بالعدوى الاستشفائية هو المريض، الطاقم الطبي وشبه الطبي وحتى زائري المريض، وإذا كان المتسبب في انتقال العدوى هو الممرض، الطبيب أو المريض نفسه فمن الذي يمكن أن يسأل عن الحادث حتى يتم تحديد طبيعة المسؤولية الناجمة عن الإصابة، وما الأساس القانوني التي تقوم عليه هذه المسؤولية؟

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة عن الإصابة بعدوى المستشفيات

تعد المسؤولية عن عدوى المستشفيات مسؤولية مرفقية أو مصلحة، تسأل فيها إدارة المرفق الصحي عن تقصير العاملين بها من أطباء وغيرهم، وعن إهمالها في الإشراف ورقابة الأشخاص العاملين لديها أو سوء اختيارها لهم.⁸

فمع أنها أخطاء شخصية مرتكبة من العاملين بالمستشفى، إلا أن هذه الأخيرة هي التي تسأل عن هذه الأخطاء وعن الضرر الذي لحق الضحية، كونهم تابعين - العمال - لإدارتها، فهم يعملون

⁷ CHAKROUN Mohamed, Infection associée aux soins : aspects cliniques, Ouvrage collectif à l'usage des personnels soignants et des hygiénistes, Volume 2, Les risques infectieux en milieu de soins, Direction régionale de la santé de Bizerte, Service régional d'hygiène du milieu, 2009, p 27.

⁸ محمد جلال حسن الأتروشي، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم (دراسة مقارنة)، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 124.

الدكتور : أزوا عبد القادر - / ط.د كشناوي نصيرة - جامعة أدرار

لحسابها ولها عليهم سلطة الرقابة والتوجيه لحسن سير العمل داخل المستشفى، وهذا يكفي بحد ذاته لثبوت صفة التبعية بالنسبة إليهم قبلها.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لقيام المسؤولية عن العدوى الاستشفائية

بعد أن ظل الخطأ- لمدة غير قصيرة- أساساً لقيام المسؤولية الطبية، تخلى القضاء عنه باتجاهه إلى إقامة نوع آخر من المسؤولية غير الخطئية والتي جوهرها فصل الخطأ عن التعويض،⁹ ومؤداها تقرير حق المضرور في التعويض عما أصابه من ضرر نتيجة للعمل الطبي دون حاجة إلى أي بحث عن الخطأ ولو عن طريق افتراضه، كونها أي المسؤولية تقوم على أساس المخاطر. وقد شدد القضاء الفرنسي على إثر قضية بيانشي Bianchi،¹⁰ من مسؤولية المستشفيات العامة دون خطأ أي مسؤوليتها على أساس الخطر أو تحمل المخاطر الطبية أي مخاطر العلاج،¹¹ رغبة منه في زيادة فرص المرضى وتسهيل عملية حصولهم على التعويض عما يصيبهم من أضرار، بتذليل صعوبات إثبات الخطأ الطبي.

⁹ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي (دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء التطورات المعاصرة لأحكام المسؤولية الطبية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 117.

¹⁰ قرار مجلس الدولة في قضية " بيانشي" الصادر في 1993/04/09، مأخوذ عن: أ. لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثاني، المسؤولية بدون خطأ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 35. وانظر أيضاً: د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 83. وكذلك: د. محمد حسن قاسم، نفس المرجع، ص 121.

¹¹ عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، بحث مقدم إلى مؤتمر المسؤولية المهنية، نظمتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية في الفترة الممتدة من 3 إلى 5 ابريل 2000 (منشور في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 222 وما بعدها).

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

آليات التعويض عن أضرار العدوى الاستشفائية

الدكتور : أزوا عبد القادر - / ط.د كشناوي نصيرة - جامعة أدرار

المطلب الثاني: آليات التكفل بضحايا العدوى الاستشفائية

تمنح الإصابة بالعدوى الإستشفائية باعتبارها ضرراً محققاً قائماً على الإهمال للقاضي كل السلطة لتقدير المبلغ المالي المستحق كتعويض عنها، وذلك لاستحالة إعادة الحال إلى ما كانت عليه أي استحالة التعويض العيني.¹²

فإصابة المريض أثناء تلقيه إحدى الخدمات الطبية، بضرر لا يرجع إلى خطأ مهني وإنما إلى المخاطر التي قد تصاحب تشخيص وعلاج الأمراض، كما في حالة العدوى الإستشفائية، ترتب دون شك أضراراً مادية كفقْدان الشخص لعمله ومصدر رزقه الوحيد نتيجة للعجز الجسدي الناشئ عن الإصابة، مما يجعله عالة على عائلته وعلى الدولة.¹³

ويدخل أيضاً ضمن الأضرار المادية التي تستوجب التعويض في هذه حالة، نفقات ومصاريف العلاج والإقامة في المستشفى وكذا ثمن الأدوية التي يستخدمها المريض، بالإضافة إلى المصاريف اللازمة لمعرفة نوع الفيروس وتكاليف الفحوص الطبية والتحليل اللازمة لتحديد نوع العلاج الملائم، في حالة الإصابة عن طريق عملية نقل الدم.

ولأن الضرور قد لا يتمكن من مباشرة دعوى التعويض لأي سبب من الأسباب، فكونه حينذاك صاحب الخسارة الوحيد، يرى معظم الفقه ضرورة تدخل المشرع بوضع نظام خاص لتعويض الأضرار الناشئة عن التداعيات الطبية لاعتقاده أنه الحل الأنسب لتعويض ضحايا الحوادث الطبية، والذي من

¹²رياض منير حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، ريم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بدون بلد نشر، 2011، ص 775.
¹³محمد جلال حسن الأتروشي، المرجع السابق، ص 151.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

آليات التعويض عن أضرار العدوى الاستشفائية

الدكتور : أزوا عبد القادر - / ط.د كشناوي نصيرة - جامعة أدرار

شأنه إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة ونقل التعويض من مجال المسؤولية إلى مجال التضامن والتكافل الاجتماعي.¹⁴

وعلى خلاف ذلك، تتباين آراء الفقه بخصوص هذا النظام المقترح بين إنشاء صندوق قومي لضمان تعويض ضحايا هذه الحوادث وبين فرض نظام التأمين الإجباري من المسؤولية عن الحوادث الطبية، يعقده إما الطبيب عن مسؤوليته أو يعقده المريض ضد الحوادث الطبية وعن الأضرار التي قد تصيبه في مقابل دفع الأقساط، وهو الشكل الذي تفضله شركات التأمين.

الفرع الأول: ضمانات التعويض في القانون الفرنسي

ارتكز المشرع الفرنسي على جملة من المبادئ التي أرستها محكمة النقض والخاصة بتعويض مضروري الحوادث الطبية، فأصدر القانون رقم 303-2002¹⁵ بتاريخ 04 مارس 2002 والمتعلق بحقوق المرضى وجودة نظام الصحة في فرنسا. فأعطى حماية قانونية كبيرة جداً وفي جميع مراحل العلاج للمرضى الذين أصابهم ضرر بسبب الخطأ المهني أو بسبب المخاطر الملازمة لطرق العلاج والتشخيص، بحيث يمكنهم تلقي التعويضات الكاملة ودون اللجوء إلى القضاء من خلال عدة هيئات تم تأسيسها ومجموعة أنظمة تم استحداثها لتولي مهمة التعويض.

أولاً: الهيئات المنشئة:

انطلاقاً من إقراره - المشرع الفرنسي - للتعويض عن طريق التضامن القومي كضمان للأضرار أين لا يمكن تطبيق قواعد المسؤولية المدنية،¹⁶ قام بإنشاء المكتب الوطني للتعويض عن

¹⁴ نفس المرجع، ص 161.

¹⁵ Loi n°2002-303 du 04 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité de système de santé, (JO du 5 mars 2002)

¹⁶ محمد السيد السيد الدسوقي، المرجع السابق، ص 476.

الدكتور : أزوا عبد القادر - / ط.د كشناوي نصيرة - جامعة أدرار

الأضرار التي تحدث أثناء العلاج وعن العدوى في المستشفيات، ومثالها: صندوق تعويض ضحايا الأضرار الناشئة عن الإصابة بفيروس الإيدز عن طريق نقل الدم أو الحقن بمواد مشتقة من مركباته. ويعتبر هذا الصندوق واحداً من الصناديق التي خصصت لتعويض ضحايا العلاج في مختلف مراحلها، ضماناً لحقوقهم، وتدعى صناديق الضمان، يتم تمويلها عن طريق استقطاعات من شركات التأمين، والتي تستقطعه بدورها من الأقساط التي يدفعها المؤمن لهم. وتهدف هذه الصناديق إلى تعويض الأضرار التي يصعب مطالبة شخص معين بتعويضها: كضحايا حوادث الإرهاب، وضحايا المخالفات،... ومنها أيضاً: صندوق الإعانة الذي قضت محكمة استئناف باريس في أحد أحكامها بأحقية الزوج في الحصول على التعويض منه، عن الأضرار التي لحقت به شخصياً من جراء إصابة زوجته بالإيدز نتيجة نقل الدم الملوث إليها.¹⁷

فمن خلال هذا الحكم، يتبين أن تعويض الزوج جاء عن الاضطرابات التي سببتها إصابة زوجته باعتبارها ضرراً مادياً، وبناءً على صلة القرابة بينهما وتأثره شخصياً في حياته اليومية بذلك، خاصة عند الإصابة بأمراض معدية تمنع من مباشرة الحياة الزوجية. ويعد الضرر الذي لحقه غير مباشر، شأنه شأن ضرر الأولاد الذين يستفيدون أيضاً من التعويض باعتبارهم كذلك أقارب للضحية. ومما لا اختلاف عليه أيضاً، استحقاق عائلة المتوفى للتعويض، متى ما أدت الإصابة بالمرض نتيجة نقل دم ملوث إلى الوفاة، إذ يشكل ذلك دون شك، ضرراً مادياً من شأنه أن يخلف عدة تغيرات في الوسط الأسري والاجتماعي، كونه المعيل.¹⁸

¹⁷ محمد جلال حسن الاتروشي، المرجع السابق، ص 153.

¹⁸ نفس المرجع، ص 152.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

آليات التعويض عن أضرار العدوى الاستشفائية

الدكتور : أزوا عبد القادر - / ط.د كشناوي نصيرة - جامعة أدرار

كما أقر القضاء في بعض الحالات، إمكانية تطبيق القواعد العامة للمسؤولية رغبة منه في الحفاظ على حق ضحايا الحوادث الطبية في الحصول على التعويض، كما في حالة عدم التناسب بين هذا الأخير والضرر الذي لحق الضحية وكذا في حالة عدم تمكنه من الحصول على التعويض من الجهة التي حددها المشرع، إما لعدم توافر الشروط أو لعدم إقامة الدليل.

وكمثال عن ذلك، برزت واقعة السيدة التي توجهت إلى الصندوق القومي لتعويض ضحايا الإيدز بموجب نقل دم ملوث للمطالبة بالتعويض، إثر اكتشافها لحملها فيروس المرض والذي أصيبت به أثناء عملية الوضع. ونظراً لعدم تمكنها من إثبات واقعة نقل الدم، لم يقبل طلبها للتعويض مما دفع بها إلى التوجه للقضاء المستعجل، وعلى إثر انتدابه لخبير، توصل في تقريره إلى أن الإصابة بعدوى المرض انتقلت من البلازما التي استخدمت عند استئصال ورم ملتهب، فاضطرت السيدة إلى رفع دعوى تعويض ضد مركز الدم الذي ورد البلازما، وقام الزوج والأولاد بنفس الشيء.

وعلى إثر رفض محكمة الاستئناف لدعوى التعويض، بحجة أن إنشاء صندوق قومي لتعويض ضحايا الإصابة بفيروس الإيدز على إثر نقل دم ملوث يستبعد إثارة المسؤولية وفقاً للقواعد العامة، وكذا رفضها طلبات التعويض الأخرى لعدم إثبات خطأ في جانب مركز الدم، ألغت محكمة النقض الحكم وأكدت أن المادة 47 من قانون 31 ديسمبر 1991 المتعلق بتعويض ضحايا الإيدز لم تحرم الضحايا من اللجوء إلى القاضي المدني، وفقاً للقانون العام للمسؤولية، متى ما تم رفض تعويضهم من طرف الصندوق القومي.¹⁹

¹⁹ ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 148.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

آليات التعويض عن أضرار العدوى الاستشفائية

الدكتور : أزوا عبد القادر - / ط.د كشناوي نصيرة - جامعة أدرار

كما أقرت أحقية الضحية من جهة، والزوج والأولاد كذلك في التعويض على أساس: " أن كل منتج مسؤول عن الأضرار الناشئة عن عيب في المنتج المصنع، سواء في مواجهة المضرور المباشر، أو في مواجهة من أصابه ضرر مرتد، ودون تمييز بين ما إذا كانت تتوافر فيهم صفة المتعاقد، أم كانوا من الغير. "

كما أعطت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان المصاب بمرض فقدان المناعة المكتسبة (الإيدز)، على إثر نقل دم ملوث، ومتى لم يرضه التعويض الذي سبق ومنحه إياه الصندوق القومي لتعويض ضحايا هذا المرض وقبله، الحق في المطالبة بتعويض أكبر.

ومع بقاء الإمكانية في أن ينفي المسؤول المسؤولية عن نفسه، تجدر الإشارة فيما يتعلق بأسباب الإعفاء من المسؤولية، إلى الجدل الواسع الذي أثاره موضوع الأخطار التي يكشف عنها التقدم العلمي، كسبب من هذه الأسباب.

وتعرف على أنها: " تلك الأخطار التي لم تكن معروفة وقت وضع المنتجات في التداول، وفقاً للمعطيات العلمية السائدة، لكنها تكتشف فيما بعد، بفضل التقدم العلمي. "

فرغم اعتماد النصوص التشريعية، كمبدأ عام، لهذه الأخطار كسبب للإعفاء من المسؤولية، رفضت محكمة النقض الفرنسية اعتبارها كذلك عند الإصابة بفيروس فقدان المناعة المكتسبة (الإيدز) على إثر نقل دم ملوث.²⁰

وذلك وفقاً لنص المادة (1386- 12 الفقرة الأولى) من التقنين الفرنسي، مضافة بقانون 1998/05/19،²¹ التي تستثني المنتجات المستخلصة من الجسم الإنساني أو التي يدخل في تركيبها

²⁰ ثروت عبد الحميد، نفس المرجع، ص 146.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

آليات التعويض عن أضرار العدوى الاستشفائية

الدكتور : أزوا عبد القادر - / ط.د كشناوي نصيرة - جامعة أدرار

عنصر أو أكثر من جسم الإنسان، من المنتجات المعيبة التي تعتبر فيها الأخطار التي يكشف عنها التقدم العلمي سبباً للإعفاء من المسؤولية.²²

ثانياً: الأنظمة المستحدثة " التأمين من المسؤولية المدنية"

لقد كان للتطور الكبير الذي شهده المجال الطبي وكثرة الحوادث المصاحبة لذلك، سواء نتيجة لأخطاء طبية أو للمخاطر الملازمة للعلاج، أن أدى إلى ارتفاع عدد الدعاوى المرفوعة بهذا الشأن أمام القضاء، خاصة مع زيادة الوعي وانتشار الثقافة الطبية وكذا تخلي المضور عن التسليم بفكرة القضاء والقدر.²³

وحيث لم يعد المصاب يتردد في إلقاء اللوم على الطبيب المعالج، ومساءلته قانونياً على أساس الإهمال عن كل ضرر يلحقه خلال مرحلة العلاج، بعد أن كانت تمنعه أخلاقه والصلة الأدبية التي تربطه بطبيبه من ذلك، أصبح هاجس الخوف من المساءلة يطغى على أعمال الأطباء ويقيد من حريتهم مما أدى إلى تبني نظام التأمين الصحي كوسيلة لحماية حقوق المضورين من جهة، وضمان حرية الأطباء في ممارستهم المهنية من جهة أخرى.

ولأن ((العقوبة التي تترتب على الخطأ الطبي هي جبر الضرر " دفع التعويض"، قام الأطباء في الدول المتقدمة بالتأمين عند شركات التأمين لدفع هذا التعويض في حالة الإدانة)).²⁴ وبناءً عليه، ساد التأمين في المجال الصحي، وأدت زيادة تطبيقه في الكثير من هذه الدول إلى الزيادة في دعاوى

²¹Loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative de la responsabilité du fait des produits défectueux (J.O du 21 mai 1998, p 744).

²²ثروت عبد الحميد، المرجع نفسه، ص 147.

²³محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 8.

²⁴إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2011، ص 172.

الدكتور : أزوا عبد القادر - / ط.د كشناوي نصيرة - جامعة أدرار

المسؤولية الطبية، التي أصبحت ترفع دون أي حرج نظراً لتحمل جهة أخرى غير الطبيب عبء المسؤولية.²⁵

الفرع الثاني: ضمانات التعويض في القانون الجزائري

بالرغم من تقفي المشرع الجزائري أثر نظيره الفرنسي في سن معظم تشريعاته، إلا أنه لم يصل بعد إلى مرحلة سن قوانين خاصة لحماية حق المصابين بالعدوى الاستشفائية في التعويض.

فباستقراء نصوص القانون المدني، يتضح تبني المشرع لنظام " التعويض على أساس فكرة التضامن الوطني " أين يصبح التعويض من اختصاص الدولة سواءً عن طريق الميزانية العامة أو من خلال الصناديق المخصصة لذلك. فقد نصت المادة 140 مكرر من هذا القانون على أنه: " إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر. "، وتجسد تطبيق المشرع لهذا النص على بعض الحوادث: كحوادث العمل ومخاطر المظاهرات وأعمال العنف... أين يبين كيفية وإجراءات تعويض الأضرار الجسمانية الناجمة عنها والجهة المكلفة بذلك، في حين بقي ضحايا عدوى المستشفيات يخضعون في تعويضهم للقواعد العامة في المسؤولية المدنية مع استثناء بسيط لممارسي الصحة العمومية، الذين خصهم المشرع الجزائري بتعويض شهري عن خطر العدوى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-194 مؤرخ في 10 رجب عام 1434 الموافق 20 مايو سنة 2013، المتعلق بالتعويض عن خطر العدوى لفائدة مستخدمي المؤسسات العمومية التابعة لقطاع الصحة.

²⁵أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 31.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

آليات التعويض عن أضرار العدوى الاستشفائية

الدكتور : أزوا عبد القادر - / ط.د كشناوي نصيرة - جامعة أدرار

لكن كون ضحية العدوى الاستشفائية قد يكون المريض، زائره، مستخدم وممارسي الصحة، قد يشكل استثناء المشرع للفئة الأخيرة إجحافاً في حق الضحايا الآخرين. بالإضافة لهذا وبخصوص الأنظمة المستحدثة لضمان حق مضروري المؤسسات الصحية، فعلى غرار أغلب التشريعات الحديثة التي اتجهت إلى إلزامية تأمين الأطباء والعيادات العامة أو الخاصة من مسؤوليتهم المدنية، عن الأضرار التي تلحق المرضى بسبب أخطائهم أثناء وبمناسبة مباشرة العلاج عليهم،²⁶ جعل المشرع الجزائري التأمين في المجال الطبي إلزامي وإجباري شأنه شأن التأمين من حوادث السيارات، وذلك بموجب قانون التأمينات الصادر بالأمر 07/95،²⁷ إذ نصت المادة 167 منه على أنه:

" يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه طبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية اتجاه مرضاهم واتجاه الغير".

وحتى يكفل للمضرور حقه في الحصول على التعويض وتحقيقاً للعدالة، سن المشرع الجزائري قوانين خاصة تجعل العلاقة بينه بصفته مؤمن له، وبين المؤمن أي شركة التأمين علاقة مباشرة تخول للمضرور الحق في الرجوع على شركة التأمين للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت.

²⁶حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 219.
²⁷الأمر رقم 07-95 المؤرخ في 1995/01/25 والمتعلق بالتأمينات (منشور في الجريدة الرسمية رقم 13 لسنة 1995 ليوم 1995/03/08).

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

آليات التعويض عن أضرار العدوى الاستشفائية

الدكتور : أزوا عبد القادر - / ط.د كشناوي نصيرة - جامعة أدرار

كما يجوز له، بموجب ذلك أيضاً، إدخال شركة التأمين بدعوى المسؤولية،²⁸ ذلك أن مزاحمة دائني المؤمن له للمضروب في حالة لجوئه للدعوى غير المباشرة أمر ليس في صالحه، وهو ما قصد المشرع تفاديته.

²⁸ أحمد حسن عباس الحباري، المسؤولية المدنية للطبيب (في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 186.

الدكتور : أزوا عبد القادر - / ط.د كشناوي نصيرة - جامعة أدرار

خاتمة:

من خلال دراستنا موضوع البحث توصلنا لما يلي:

- تعتبر العدوى الاستشفائية خطراً حقيقياً يهدد الصحة العمومية، حتى في الأنظمة الأكثر تطوراً، إذا أن نصب الاصابة بها تقل فقط دون انعدام احتمال الاصابة بها.
- تطرح العدوى الاستشفائية صعوبة في إعمال القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية، لأنها قد تحدث رغم انعدام أو عدم تحقق الخطأ.
- تتجه التشريعات المتقدمة كالقانون الفرنسي إلى التوسع في فكرة الخطأ المفترض، أو الاكتفاء بتحقيق الضرر حماية للمضرورين من العدوى الاستشفائية.
- إن أثر العدوى الاستشفائية لا يقتصر على المرضى فقط، بل يشمل الممارسين الصحيين، وكذا كل الزائرين للمرافق الصحية.
- على الرغم من تزايد مخاطر العدوى الاستشفائية لا يزال المشرع الجزائري يستند في التعويض عنها على القواعد العامة في المسؤولية المدنية.
- لقد أقر المشرع الجزائري حق الممارسين الصحيين الذين يتعرضون لمخاطر العدوى الاستشفائية في التعويض المالي المحدد قانوناً، على خلاف المرضى حيث يخضع تعويضهم للقواعد العامة في المسؤولية.
- لقد شهدت المسؤولية الطبية بشكل عام و المسؤولية عن أضرار العدوى الاستشفائية تطوراً كبيراً في النظام الفرنسي و ذلك بفضل القضاء و الذي أقر مجموعة من المبادئ، جسدها المشرع تشريعياً و بصفة خاصة بداية من سنة 2002 بموجب قانون 04 مارس 2002.

الدكتور : أزوا عبد القادر - / ط.د كشناوي نصيرة - جامعة أدرار

و استناداً إلى النتائج السالفة الذكر نوصي بما يلي:

- ضرورة التنسيق الدائم بين مسؤولي قطاع الصحة وخبراء النظافة الاستشفائية كونهم الأكثر دراية بالتطورات الحاصلة في مجال أمراض الوسط الاستشفائي أو الأمراض المرتبطة بالعلاج.
- تحفيز لجان مكافحة عدوى المستشفيات للقيام بدورها على أكمل وجه.
- فتح تخصص مستقل بذاته في مجال " تعقيم الأدوات والأجهزة الطبية" في مدارس التكوين شبه الطبية.
- تفعيل نظام التأمين الإجباري من المسؤولية، وفرض عقوبات نتيجة مخالفة القيام بهذا الالتزام .
- سن قوانين خاصة، تضمن للمتضررين ضحايا العدوى الاستشفائية الحصول على التعويض المستحق دون اللجوء إلى القضاء، بما في ذلك ممارسي الصحة المستفيدين من التعويض عن العدوى .

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

آليات التعويض عن أضرار العدوى الاستشفائية

الدكتور : أزوا عبد القادر - / ط.د كشناوي نصيرة - جامعة أدرار

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية :

01: قائمة المصادر:

- الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25/01/1995 والمتعلق بالتأمينات (منشور في الجريدة الرسمية رقم 13 لسنة 1995 ليوم 08/03/1995).

02: قائمة المراجع:

- أحمد حسن عباس الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب (في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
- أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، الأردن، 2009.
- إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2011.
- ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.
- حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- محمد جلال حسن الأتروشي، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم (دراسة مقارنة)، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.

الدكتور : أزوا عبد القادر - / ط.د كشناوي نصيرة - جامعة أدرار

- محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي (دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء التطورات المعاصرة لأحكام المسؤولية الطبية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، بحث مقدم إلى مؤتمر المسؤولية المهنية، نظمتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية في الفترة الممتدة من 3 إلى 5 ابريل 2000 (منشور في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- رياض منير حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، ريم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بدون بلد نشر، 2011.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

1-Les textes juridiques:

- Loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative de la responsabilité du fait des produits défectueux (J.O du 21 mai 1998).
- Loi n°2002-303 du 04 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité desystème de santé, (J.O du 5 mars 2002)

2- Les ouvrages:

- CHAKROUN Mohamed, Infection associée aux soins : aspects cliniques, Ouvrage collectif à l'usage des personnels soignants et des hygiénistes, Volume 2, Lesrisques infectieux en milieu de soins, Direction régionale de la santé de Bizerte, Service régional d'hygiène du milieu, 2009.

الدكتور : أزوا عبد القادر - / ط.د كشناوي نصيرة - جامعة أدرار

3- Mémoires:

- OLIVIER Hélène, la responsabilité de l'hôpital en matière des infections nosocomiales, mémoire de l'école nationale de la santé publique, Rennes, 2001.

4- Articles :

- Comité de lutte contre les infections nosocomiales, définitions standardisées des infections nosocomiales, paris-nord, 1995.
- Ministère de l'Emploi et de la Solidarité Secrétariat d'Etat à la Santé et à l'action sociale, Comité technique national des infections nosocomiales, 100 recommandations pour la surveillance et la prévention des infections nosocomiales, deuxième édition, 1999.

ISSN : 2543-3865

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche scientifique



Centre universitaire - Aflou

Institut de droit et de sciences politiques



ELMOSTAKBAL

**Des études juridiques et politiques
revue périodique international
scientifique arbitrée**



Volume: 04/Number: 02 December 2020

Serial number: 08