

الإتحاد الوطني لمنظمات المحامين
مِنْظَمَةُ الْمَحَامِيْنَ لِتَحْتِ سَطِيْفِ



ISSN 2992-0434

المحامي مجلة

نشرة دورية تصدر عن منظمة المحامين سطيف



في هذا العدد:

- النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر.
- دور الدفاع في الصلح والوساطة والتحكيم.
- إثبات إجراءات التقاضي الرقمي في الجزائر.
- مقالات متنوعة ...

عدد 40 جوان 2024

مجلة المحامي

تصدر كل ستة أشهر
عن منظمة المحامين لناحية سطيف

هاتف/فاكس: 036.82.13.86

الموقع على الويب: www.avocat-setif.org

البريد الإلكتروني: ordre.setif@gmail.com

رقم الايداع: 2909/2005

مدير المجلة

النقيب طايري ابراهيم

brahimtairi@outlook.com

التحرير

أ. حملاوي رياض - أ. خلفون السعيد - أ. بوعبد الله

محمد فريد - أ. بوطغان عبد الحليم

الاخراج و الحجز

الصيد لخضر

محتويات العهدة

- 05 كلمة السيد النقيب - رئيس الإتحاد بمناسبة الملتقى الدولي
- 10 زملاء فقدناهم
- 11 توصيات الملتقى الدولي
- 13 نشاطات
- 16 كلام على هامش القانون
- 18 النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر
- 59 عوائق و تحديات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام
- 77 مفهوم حظر تمويل وانتشار أسلحة الدمار الشامل من خلال القانون 23/ 01
- 110 الوقف (الحبس)
- 116 إثبات إجراءات التقاضي الرقمي في الجزائر
- 132 العدالة عن بعد
- 156 دور الدفاع في الصلح و الوساطة و التحكيم
- 165 الوساطة الجزائرية

قواعد وإجراءات النشر في المجلة

تختص "مجلة المحامي" التي تصدر بشكل دوري وتقدم بحوث علمية تكتب بأقلام المحامين والقضاة و الموثقين و المحضرين القضائيين و الصحفيين و كل من له علاقة بأسرة القانون وأساتذة و باحثي الجامعات و تقدم الأعمال باللغة العربية أو الفرنسية أو الانجليزية.

قواعد تقديم البحث:

أولاً: تكتب الورقة بأسلوب علمي أكاديمي بالإضافة الى (التهميش - والمرجع...) يتبع البحث باسم و لقب الأستاذ الشخصية و مهنته، (عنوان المؤسسة ، البريد الالكتروني ، ورقم الهاتف).

ثانياً: تودع المساهمات لدى أمانة منظمة سطيف أو عبر البريد على العنوان : منظمة المحامين قصر العدالة سطيف مع قرص مضغوط أو Flash Disk أو ترسل عبر البريد الالكتروني: ORDRE.SETIF@GMAIL.COM.

ثالثاً: لا تقبل المساهمات التي سبق نشرها.

رابعاً: تخضع المساهمات للتحكيم العلمي بحيث تفحص من طرف هيئة علمية متخصصة لها أن تقبل البحث أو ترفضه بحسب أهميته و قيمته العلمية، و لها كذلك أن تطالب صاحب البحث بإجراء تعديلات اللازمة.

رابعاً: ما ينشر في المجلة يعبر عن رأي كاتبه و لا يمثل رأي المجلة.

كلمة السيد النقيب - رئيس الاتحاد

بمناسبة الملتقى الدولي حول دور الدفاع في فض النزاعات عن طريق الوسائل البديلة (الوساطة و الصلح و التحكيم) من تنظيم منظمة المحامين سطيف بالشراكة مع النقابة الفدرالية للمحامين الألمان - نادي المحامين سطيف 02 مارس 2024

بسم الله الرحمن الرحيم

• السيد ممثل وزير العدل حافظ الاختام
• السيد والي ولاية سطيف، والسادة ممثلي الهيئات الامنية بولاية سطيف
• السادة النقباء وممثلهم، السيد رئيس النقابة الوطنية للقضاة، السيد ممثل النقابة الفدرالية للمحامين الالمان،
• السادة رؤساء المجالس و النواب العامون سطيف برج بوعريبرج المسيلة
• المدية بجاية السادة ممثلي الشعب،
• والسادة المحامين من المانيا و تونس، السادة المحامين و القضاة من جميع ربوع الجزائر السادة الزملاء الضيوف
• السادة الحضور كل باسمه و صفته و اعتذر مسبقا ان كنت نسيت او سهوت عن ذكر احدكم.

أرحب بكم جميعا و اشكركم على تلبية الدعوى و المشاركة في هذه الندوة العلمية وفي هذا الملتقى الدولي المتميز حول دور المحامي في فض النزاعات عبر الوسائل البديلة.

يسعدني بداية أن اتقدم بالشكر للسيد وزير العدل حافظ الاختام على رعايته لهذ الملتقى، و على دعمه للنشاطات العلمية لمنظمة سطيف و كل المنظمات عبر الوطن
السادة الحضور

يندرج لقاءنا اليوم ضمن مسعى الجزائر في تعزيز ترسانتها القانونية لا سيما فيما تعلق بتشجيع اللجوء الى الوسائل البديلة لفظ النزاعات بما فيها الوساطة و الصلح و التحكيم، لما لهاته الوسائل من أهمية في حل النزاعات ففي زمن يتسم بتعقيدات النزاعات وتنوعها، وفي ظل الحاجة الملحة لتطوير أساليب جديدة وفعالة لحلها، يأتي هذا الملتقى ليسلط الضوء على دور المحامي كوسيط أساسي في الوصول الى حل و تسوية النزاعات تحقيقا للعدالة و حفاظا على حقوق الاطراف.

إن الوسائل البديلة لفض النزاعات، مثل الصلح والوساطة والتحكيم، تمثل عناصر أساسية في تقديم حلول فعالة وسريعة، وهو ما يساهم في تقليل الأعباء القانونية .

يتمثل الهدف الأساسي لهذا الملتقى في تعزيز الفهم والوعي بأهمية دور المحامي في استخدام الوسائل البديلة لفض النزاعات، وتبسيط الضوء على التحديات والفرص التي نواجهها في هذا السياق. إن التوجه نحو استخدام الوسائل البديلة يعكس التطور المستمر في مجال القانون والعدالة، حيث يعتبر هذا النهج أكثر فعالية ومرونة في التعامل مع النزاعات المختلفة.

الصلح والوساطة والتحكيم، كما نعلم، ليست مجرد أدوات قانونية، بل هي فلسفة حياة تهدف إلى تحقيق السلام والتعايش السلمي في المجتمعات. تتطلب هذه الوسائل البديلة من المحامي أن يكون لديه مهارات التواصل الفعالة والإدارة الذكية للنزاعات، بالإضافة إلى فهم عميق للثقافات والخلفيات المتنوعة للأطراف المتنازعة.

لكن للأسف وعلى الرغم من الأهمية الواضحة للوسائل البديلة، إلا أنها تواجه تحديات متعددة، بما في ذلك قلة الوعي بفوائدها، ومقاومة بعض الأطراف القانونية التقليدية لتبنيها، وتحديد الإطار القانوني والمؤسسي المناسب

لتشجيع استخدامها بشكل فعّال. لذا فإن تبادل الخبرات والمعرفة في هذا الملتقى خطوة هامة نحو تحقيق تقدم في هذا المجال.

نعمل جاهدين من اجل خلق فرص و سبل التعاون و التبادل مع زملائنا عبر العالم و مع جميع المنظمات، و لعل النقابة الفدرالية للمحامين الالمان هي واحدة من المنظمات الصديقة و التي قمنا معها بعدة نشاطات ناجحة، كالملتقى الدولي حول الرقمنة وكذا برنامج التبادل مع السادة النقباء، وغيرها من النشاطات، وها نحن اليوم سيرا في نفس لياق نناقش موضوع الوسائل البديلة لفض النزاعات و نستعرض التجربة الالمانية في هذا الشأن.

وعلى ذكر التجربة الالمانية لا يفوتني في هذا المقام ان اعرج على القضية الفلسطينية و المأساة والجرائم المرتكبة ضد الشعب الفلسطيني من طرف الكيان الصهيوني و كذا على الاجراءات القانونية في اطار متابعة الكيان الصهيوني سواء امام محكمة العدل الدولية او المحكمة الجنائية الدولية او المحاكم الوطنية التي اخذت بالاختصاص العالمي.

وهنا استحضر موقف المحامين الالمان في سابقة تاريخية وفي خطوة غير مسبوقة، فقد باشر عدد من المحامين الالمان دعوى قضائية جنائية متأسسين في حق اسر فلسطينية وعدد من الرعايا الفلسطينيين المقيمين في المانيا و الذين لهم عائلات في غزة، ضد جهات رسمية المانية على اساس انها تقوم بدعم الابداء بغزة وتوفير اسلحة دمار لقيادة الكيانالصهيوني لكي تستعملها في قتل الابرياء الفلسطينيين، زيادة على الدعمالسياسي و المالي و العسكري.

الشكوى التي تم تقديمها، اودعت امام وكيل الجمهورية الفدرالي بكالسرو. وفي نفس الاطار فان التحالف الدولي الذي تقوده الجزائر انطلقا من ندوة الجزائر المنعقدة في شهر نوفمبر من السنة الفارطة بدعوة من الاتحاد الوطني لمنظمات المحامين الجزائريين و نقابة القضاة، والسادة النقباء و نقابات الدول العربية الشقيقة فلسطين، الاردن، تونس، ليبيا، موريتانيا، وبعض المحامين

من اوروربا على راسهم المحامي الصديق Gilles Devers، هذا التحالف الذي قام بايداع بلاغ لدى المحكمة الجنائية الدولية ضد قادة الكيان الصهيوني في 20 فيفري 0202، والقضية محل متابعة، وان التحالف لازال يعمل ويتبع الاوضاع و الاجراءات عن كئب.

وفي هذا الصدد و كما تعلمون، فإن الكيان الصهيوني قد قدم الإثنيين الفارط، تقريراً لمحكمة العدل الدولية بشأن الإجراءات التي اتخذها في قطاع غزة، امثالاً على حد زعمه للحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية بتاريخ 02 جانفي 2024 و الذي أمره الى الالتزام بالتدابير المؤقتة التي أقرتها المحكمة في القضية المرفوعة من طرف جنوب افريقيا حول ارتكاب الكيان الصهيوني لجرائم "إبادة جماعية" بحق الفلسطينيين في قطاع غزة.

التقرير لم يتم نشره، و تم تداول بعض المعلومات عبر عدد من المصادر تقول أنه "من المرجح أن يكون التقرير الإسرائيلي يتناول بشكل أساساً الأدلة التي تثبت أن الكيان الصهيوني وفي بالتزاماته الإنسانية تجاه سكان غزة، والتزم بالإجراءات المؤقتة التي أمرت بها المحكمة في قرارها، وأنه تسمح للمساعدات الإنسانية، بما في ذلك الغذاء والمعدات الطبية، بدخول غزة بطريقة منظمة، ويسمح للمدنيين بمغادرة المناطق التي يدور فيها قتال في غزة، وفقاً للقانون الدولي و هو التقرير المغالط.

وفي هذا الصدد قام التحالف الدولي الذي انضمت اليه السودان، الكويت، البحرين، النيجر، كواد لوب، غينيا، لبنان، تركيا، و المغرب بتحضير تقرير سمي "التقرير المضاد للنقباء حول عدم امتثال الكيان الصهيوني لأحكام قرار محكمة العدل الدولية"،

التقرير مشكل من 282 صفحة، يستند على 955 مرجع و 26 مقال صحفي، و ان جميع الادلة و التوثيقات المجموعة بشكل يومي على مدار شهر

كامل من تاريخ صدور قرار محكمة العدل الدولية هي اغلبها من التقارير و الاعمال الرسمية لهيئات منظمة الامم المتحدة و المنظمات العالمية الكبرى، و قد تم تفصيل هذا التقرير الى 62 محور هي: 6- الضحايا، 0- نقل السكان، 2- الممتلكات المدنية، 2- الأونوروا (الامم المتحدة لإغاثة و تشغيل اللاجئين الفلسطينيين في الشرق الاقصى)، 9- الصحة العامة، 2- الأمومة و الطفولة، 7- المياه، 8- الكهرباء و الاتصالات، 5- المخابز، 62- المساعدات الانسانية، 66- المجاعة، 60- الكرامة، 62- السجناء، 62- المقابر 69- الاسلحة، 62- الحياة الاجتماعية.

وقد تم عرض في كل محور الاعتداءات اليومية ابتداء من تاريخ 09 جانفي الى غاية 02 فيفري، مع تقديم الروابط و المراجع الرسمية و الموثقة للوقائع و الاعتداءات، بما في ذلك التقارير الاممية و النشريات الرسمية، وكلها تثبت اثباتا مطلقا عدم امتثال الكيان الصهيوني لأحكام قرار محكمة العدل الدولية.

وهنا ندعوكم الى نشر و توزيع هذا التقرير على اوسع نطاق لكي يعرف العالم ان الكيان الصهيوني لا يحترم الانسانية و لا يحترم القانون الدولي و لا يحترم و لا يبالي باعلى الهيئات القضائية الدولية، كما اننا سنقوم بتقديم هذا التقرير الى زملائنا من جنوب افريقيا من اجل الاستدلال به في الزاع المطروح امام محكمة العدل الدولية، و اننا سنقدمه ايضا امام المدعي العام لدى المحكمة الجنائية الدولية خلال لقائنا به خلال الايام المقبلة.

أنتهي بالعودة الى موضوع الملتقى، معربا عن شكري العميق لكل الحاضرين و المشاركين والخبراء والمتخصصين الذين ساهموا في إعداد وتنظيم و هذا الحدث المهم.

نتمنى أن تكون النقاشات مثمرة وبناءة، ونأمل أن يسهم هذا الملتقى في تعزيز دور المحامي كوسيط فعال في تحقيق العدالة في مجتمعاتنا.

و السلام عليكم ورحمة الله و بركاته

زملاء فقدناهم، ينبغي تذكرهم

مصطفى رضا



تاريخ و مكان الإزدياد: 12-01-1944 سطيف

العنوان: سطيف

تاريخ أداء اليمين: 06-02-1991

تاريخ الوفاة: 18-01-2024

سلمي عمر



تاريخ و مكان الإزدياد: 19-03-1963 برهوم

العنوان: برهوم

تاريخ أداء اليمين: 30-10-1994

تاريخ الوفاة: 07-05-2024

رحمهم الله برحمته الواسعة



توصيات

**الملتقى الدولي حول دور الدفاع في فض النزاعات عن طريق الوسائل
البديلة (الوساطة و الصلح و التحكيم)
المنعقد بنادي المحامين سطيف يوم 02 مارس 2024**

- ✓ ان الملتقى الدولي المشار الي انفا.
 - ✓ و بعد الاستماع لجميع المداخلات و المناقشات العامة التي تلتها.
 - ✓ يصدر التوصيات التالية :
1. ضرورة إصدار تشريعات تضمن السماح بالمصالحة في جرائم الصرف و الجرائم الجمركية و سائر الجرائم المالية مهما كانت القيمة المالية للمخالفة سواء قبل المتابعة الجزائية او حتى بعد صدور الاحكام و القرارات، لكي تصبح المصالحة جائزة مهما كانت قيمة محل الجريمة.
 2. إصدار تشريع يسمح بالمصالحة في الجرائم المالية و الجمركية سواء قبل المتابعة الجزائية أو بعد صدور حكم أو قرار
 3. إعادة النظر في مبلغ الكفالة و مبلغ المصالحة باعتماد ما هو مقدر في المجال الجمركي.
 4. ضرورة تعديل التشريع بصب المصالحة في شكل محضر يحدد الإتفاق بين الطرفين و ليس مقرر تصدر إدارة الجمارك.
 5. إلزامية نشر التنظيم لا سيما ما تعلق منه بقانون الجمارك تماشيا مع نصوص الدستور.



الاتحاد الوطني لمنظمات المحامين
منظمة المحامين سطيف قصر العدالة
هاتف / فاكس: 036.82.13.86



www.avocat-setif.org ordre.setif@gmail.com

6. توسيع الجرائم المشمولة بالوساطة القضائية مع تبسيط إجراءاتها.
 7. العمل على إنشاء جهات رسمية تتولى إجراءات الوساطة.
 8. ضرورة تفعيل لجوء قضاة شؤون الأسرة الى الأخصائيين و المساعدين الاجتماعيين و النفسيين كلما دعت الضرورة لحل الخلافات الأسرية.
 9. تعميق الوساطة و الصلح في المادة المدنية و التجارية و شؤون الأسرة.
 10. تعزيز و تفعيل دور المحامي أثناء إجراءات الصلح و الوساطة.
 11. توسيع التحكيم الداخلي ليشمل الصفقات العمومية و باقي العقود التجارية.
 12. إنشاء مركز دولي للتحكيم التجاري في مدينة سطيف و توطيد العلاقات مع هيئات التحكيم العالمية في مجال تحرير العقود و كفاءات التصدي للمنازعات التي تنشأ عند تنفيذها.
 13. ضرورة تحديد آجال رفع الدعوى أمام المحكمة التجارية المتخصصة بعد الحصول على محضر عدم المصالحة.
 14. إلزامية و وجوبية تمثيل الأطراف بمحامي أمام المحاكم الإدارية الابتدائية و المحاكم التجارية المتخصصة.
- ترسل هذه التوصيات للسيد وزير العدل حافظ الأختام مع التماس تفعيلها.



عن لجنة التوصيات

ندوة الجزائر الدولية "العدالة للشعب الفلسطيني"
من تنظيم الاتحاد الوطني لمنظمات المحامين و نقابة القضاة
قصر المؤتمرات 30-11-2023



البلاغ الموجه الى السيد المدعي العام لدى المحكمة الجنائية الدولية بلاهاي بخصوص جرائم الابادة الجماعية المرتكبة بحق الشعب الفلسطيني 02 فيفري 2024



ملتقى دولي حول دور الدفاع في فض النزاعات عن طريق
الوسائل البديلة (الوساطة و الصلح و التحكيم) من تنظيم منظمة
المحامين سلفيت بالشراكة مع النقابة الفدرالية للمحامين الألمان
نادي المحامين سلفيت 02 مارس 2024



الحق في عدالة ناجزة

لطالما شكل أمد الفصل في الدعوى القضائية هاجسا للقاضي وأطراف هذه الأخيرة على حد سواء، فالمتقاضي تحذوه رغبة ملحة وقوية في تحصيل حقه أو رد مظلمة في أقرب الآجال (حتى يشفي غليل نفسه)، في حين أن القاضي محكوم بحجم الملفات المطروح على مكتبه، ومرتبط بها، وما يستدعيه كل ملف على حد، ويستدعيه من استكمال لكافة حيثياته وعناصره، وكذا ما يحتاجه من بحث وتدقيق (الوقوف على كل شاردة أو واردة فيه)، وهذا للوصول إلى حكم يستقيم مع القانون وقواعد الإنصاف والعدالة، هذا الأمر بالضرورة يخلق نوع من التضاد والتجاذب، الذي يحتاج معه ثابتة تضبطه (بارومتر)، حتى لا تغمط فيه حق المتقاضي في عدالة ناجزة هذا من جهة، ومن جهة أخرى، حتى لا يرهق القاضي، وتصبح أحكامه محض خبط عشواء (لأن التزام مرفق القضاء في مواجهة المواطن، هو التزام بالنتيجة وليس بالعناية)، وحتى كذلك من جانب آخر لا يبقى النزاع رهين جدول القضايا السارية، لأن ذلك يولد مسؤولية مرفق القضاء عن تأخره للفصل في الخصومات، بوصفه يقدم خدمة عمومية، وهذا كله للوصول إلى نوع من التوافق والتوازن بين هذين الأمرين المتضادين إن جاز القول أو التعبير، وعليه ولما يشكله الموضوع من أهمية، فقد تناولته المشرع الجزائري، من خلال إدراج بعض الأحكام الخاصة به في المنظومة القانونية، التي تضبط سير الخصومة القضائية، وتؤطر الجانب المهني للقاضي، في حين أن المنظومة القضائية الفرنسية أفردت له أحكاما خاصة. لقد عالج المشرع الجزائري أمر أجل الخصومة القضائية، من خلال النص عليه كحكم من الأحكام التمهيدية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (التي تضبط سير المنازعة المدنية)، وهذا بالتأكيد على ضرورة تقييد القاضي بالفصل في الدعاوي ضمن آجال معقولة، كما أن الأمر في مجمله شكل واجبا على القاضي، من خلال المادة 10 من القانون العضوي

11-04 المتضمن القانون الأساسي للقضاء-، التي نصت على وجوب الفصل في القضايا المعروضة على القاضي في أحسن الآجال.

أما القضاء الفرنسي، فقد قطع شوطا في هذه المسألة، من خلال قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ: 2002/06/28 تحت رقم: 239575، الذي انصاع للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، ورتب مسؤولية المرفق القضائي عن التأخير في الفصل، بوصفه عملا موجبا للتعويض في جانب الطرف المتضرر منه، وحدد بذلك الأسس والمعايير الواجب الاحتكام إليها، لتقدير وجود التأخير من عدمه وعددها، من خلال طبيعة الدعوى وموضوعها، مدى تعقيد المسائل القانونية المتأخر فيها، وكذا التأخر النسبي في الفصل في النزاع بما يترتب عليه زوال مصلحة المدعي.

إن وجود القاضي بين سندان سرعة الفصل في النزاع (التي تفرضها قواعد العدالة الناجزة)، ومطرقة ضرورة منحه الوقت الكافي، للإحاطة بكافة جوانب وتفاصيل النزاع، وهذا من أجل الوصول إلى حكم يستقيم وأحكام القانون وقواعد العدالة، يقتضيان بالضرورة من المشرع إيجاد أحكام قانونية وتنظيمية، تضبط المدة المعقولة أو الأجل الحسن أو يكون بتصدي الاجتهاد القضائي لذلك (كما نحا إليها مجلس الدولة الفرنسي في القرار السابق ذكره)، وليس مجرد أحكام فضفاضة تفتقر لأية ضوابط تحمي القاضي والمتقاضي، في حال إطالة أمد النزاع، لأن مؤسسة القضاء كما سبق ذكرنا تبقى دائما مرفقا عاما، يقدم خدمة عمومية، يجوز لأي طرف متضرر من أخطائه، أن يتوجه لهذا القضاء نفسه، للمطالبة بالتعويض، جبرا لأي ضرر، تطبيقا وإعمالا لقواعد المسؤولية المتعارف عليها، وهذا بخلق وإنشاء هيئة قضائية متخصصة تحاكي نظيرتها الفاصلة في دعوى التعويض عن الحبس المؤقت غير المبرر.

- الأستاذ كوسة عمار -

النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر

في ضوء القانون رقم 22 18 المؤرخ في 24 يوليو 2022 المتعلق بالاستثمار

(بحث موسع، مع التركيز على التحكيم التجاري الدولي، كبديل لحل المنازعات التجارية من منظور التشريع الجزائري الساري المفعول من الناحية التطبيقية)

من اعداد بلمامي عمر أستاذ التعليم العالي (متقاعد)
ومحامي معتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة.

(المحور الاول و الثاني منشورين في العديدين السابقين)

المحور الثالث: القانون الواجب التطبيق على موضوع نزاع التحكيم.
يعد تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من الإشكاليات القانونية المعقدة، والتي كثيرا ما يقع الجدل بشأنها بين طرفي النزاع، وقد تحول هذه المسألة دون الإسراع في إنهاء الخصومة التحكيمية، مما يجعل هيئة التحكيم تواجه صعوبة في الوصول إلى القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين.
ومن الصعوبات التي تواجهها هيئة التحكيم في الفصل في النزاع إقدام أطراف النزاع على اختيار قانون لا تربطه أية صلة بالنزاع، بمعنى أن هذا القانون المختار لا صلة له بجنسية أحد المتعاقدين، أو مكان إبرام العقد، أو مكان التنفيذ، مما يؤدي إلى رفض القانون المختار بسبب انعدام أية صلة بالنزاع، لأنه في هذه الحالة قد يفسر هذا الاختيار بالتحايل على القانون الواجب التطبيق.
وقد اعتاد أطراف العقد الدولي الحل الذي نصت عليه المادة السابعة من الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي والتي أجازت لأطراف العلاقة حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، والتي نصت على أن القانون المطبق:

1- أن الفرقاء أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على الحكام تطبيقه بصدد أساس النزاع، وفي حال إغفال الإشارة من قبل الفرقاء إلى القانون الذي يقتضي تطبيقه، يعتمد المحكمون إلى تطبيق القانون المحدد بموجب قاعدة تنازع القوانين التي يرون أنها مناسبة بهذا الصدد، وفي الحالتين فإن المحكمين يأخذون بعين الاعتبار أحكام العقد والأعراف التجارية.

2- يصدر الحكام قراراتهم بالصلح إذا كانت تلك هي إرادة الفرقاء، وإذا كان القانون الذي يرمى التحكيم يجيزها.*

كما أن اختيار أطراف النزاع لقانون معين قد لا يكون صريحا، مما يتعين على محكمة التحكيم في هذه الحالة البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف.

ولا شك أن عدم تحديد القانون الواجب التطبيق من طرف المتعاقدين يعطي الحرية للمحكم الدولي في البحث عن القانون الواجب التطبيق. إلا أن هذا الأمر يخلق صعوبة للدولة التي يتم فيها التحكيم في بسط رقابتها على القانون الذي يقوم المحكم الدولي بتطبيقه على موضوع النزاع، لكون الأطراف لم يقوموا بهذه المهمة، وهي اختيار القانون الواجب التطبيق وغالبا ما يكون هذا الاختيار ضمنيا. وفي هذا المعنى يقول الفقيه YVES DERAAINS معلقا على عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق بشكل صريح، أن حرية المحكم فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، هي الغالبة.

«La liberté de l'arbitre en matière de détermination du droit applicable au fond du litige est le plus souvent implicite. ELLE résulte de ce que, lorsqu' une procédure d'exécution forcée est nécessaire à l'efficacité d'une sentence arbitrale ; le contrôle du juge ne porte généralement pas sur l'application au fond du litige d'une règle de droit plutôt que d'une autre .» (35)

ويتساءل الأستاذ Antoine KASSIS في الأخير، لماذا تكون حرية المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق ضمنية وليست صريحة؟ ويجب عن ذلك بقوله، ربما

l'arbitre n'a pas de " قانون القاضي " يعرف ب " lexfori

ويضيف قائلاً:

«Lorsque dans un arbitrage international, les parties n'ont pas choisi le droit applicable au contrat international, l'arbitre international choisit le droit qu'il veut, applique au contrat international le droit qu'il veut, applique au contrat international le droit qu'il veut, ne doit pas obéissance à des règles de droit. IL ne doit obéissance qu'au contrat et qu'à la mission que les parties lui ont conférée. Autant dire qu'il est autonome à l'égard des règles de droit et que sa justice est une justice sans règles de droit » .

وينتهي cassis الى القول " أن الخلاصة الوحيدة المنطقية التي يجب الوصول إليها، هي أن المؤلفين الذين عاينوا بان المحكم الدولي ليس له ما يعرف ب " قانون القاضي " لا يخضع في تعيينه للقانون الواجب التطبيق، سوى للقانون الذي يراه ملائماً للقضية محل النزاع.

... »Lorsque les parties ne lui ont pas donné des directives sur le droit à appliquer, doit trancher le litige selon sa propre conception de l'arbitre ...ce qui revient à dire que l'arbitre international ne doit obéissance à une règle de droit, qu'il ne doit respecter que la seule volonté des parties. « 36

وفي هذا المعنى نصت المادة 13 من لائحة تنظيم الغرفة التجارية الدولية للتحكيم التجاري الدولي الكائن مقرها ب باريس أنه " في حالة عدم الإشارة للقانون الواجب التطبيق من طرف المتعاقدين، فان المحكم في هذه الحالة يلجأ إلى تطبيق القانون المعين بواسطة قاعدة التنازع التي لها صلة بالنزاع". 37

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت لوائح الغرفة التجارية الدولية تلزم المحكم في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم النزاع، إلا أن هذا لا يعني أن المحكم يبقى مقيداً، بل أن المحكم حر في أن يستعين بأي نظام لتنازع القوانين. وهو ما قضت به الغرفة التجارية الدولية، إذ صرحت هذه الغرفة بشكل صريح في القضية

التي أصدرتها في سنة 1988 تحت رقم 5717 بان المادة 13 من تنظيم الغرفة التجارية الدولية يخول للمحكم الدولي السلطة التقديرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد في غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق... وأضافت الغرفة في قرارها المنوه عنه أعلاه، فالمحكم غير مجبر على تبني نظام معين من الأنظمة المتنازعة، وغير مقيد في تبرير اختياره لهذا القانون أو ذلك.

وهذا ما كرسه الاجتهاد القضائي اللبناني في إحدى قراراته التي تصب في تمتع المحكم في البحث عن القانون الذي يراه مناسباً وملائماً لتحقيق قواعد العدالة والإنصاف بين الطرفين المتنازعين.

" يكون البند التحكيمي متمتعاً بكيان قانوني مستقلاً عن العقد ولو حاوَاهما صك واحد.

المحكم، له ان يختار بين اثنين: إما أن يطبق قواعد القانون أو العقد على أن يبين في تعليقه مدى توافق هذه القواعد مع مبادئ الإنصاف، إما أن يعتمد مبادئ الإنصاف متجاوزاً ما ورد في العقد من بنود لا تبدو له منصفة طالما لا تتعلق بالنظام العام أن المحكمين فيما ذهبوا إليه انه لا يجوز لهم تطبيق قواعد الإنصاف في أمور مصيرية لمدة الشركة والحلول محل إرادة الفرقاء قد عرضوا قرارهم للإبطال لخروجهم عن المهمة المحددة لهم وفق البند 3 من المادة 800 أ.م.م" 38 (اصول محاكمات مدنية) اللبناني.

وهذا ما يبين الفرق بين اللجوء إلى التحكيم والقضاء الرسمي. فالمحكم له السلطة التقديرية في البحث عن القانون الملائم لحكم النزاع، في حين أن القاضي الرسمي يتقيد بقانون دولته مما يجعل التحكيم يمتاز عن القضاء الرسمي في هذا المجال. والسبب في ذلك أن المحكم الدولي ليس له ما يطلق عليه ب " قانون القاضي "

»L'arbitre international n'a pas de lex fori a laquelle il pourrait emprunter des règles de de conflit de lois « 39

وعلى أية حال، فان تحديد القانون الواجب التطبيق، سواء على الإجراءات، أو على موضوع النزاع أصبح مكرساً ومنصوصاً عليه صراحة في معظم الاتفاقيات الدولية التي تخص العقود التجارية الدولية، وليس بمقدور الدول الحد من إرادة

الأطراف المتعاقدة في هذه المسألة، إلا ما تعارض منها مع القواعد الآمرة أو النظام العام في هذه الدولة.

وقد وجد الأفراد ضالّتهم في هذا عن طريق محاولتهم عزل القانون الذي يختارونه عن العقد الذي يجب أن يحكمه بتجميده زمنياً، بحيث لا يسري إلا على القانون الذي يتم اختياره من طرفهم، حتى يكونون بمنأى عن أي تعديل تقوم به الدولة مستقبلاً.

وهذا ما يطلق عليه الفقه " بالتجميد التشريعي للقانون الواجب التطبيق على العقد "

ويتحقق تجميد القانون الذي يخضع له العقد كما يقول الدكتور " مظفر ناصر حسين " بوسيلتين: الوسيلة الأولى اتفاقية، بأن يقوم أطراف العقد بوضع شروط معينة تنص صراحة على العقد عند إثارة النزاع يطبق قانون الإرادة بإحكامه وقواعده النافذة وقت إبرام العقد.

والوسيلة الثانية تشريعية وبمقتضاها تتعهد الدولة التي ستدخل كطرف في عقد أو اتفاق دولي في مواجهة الطرف المتعاقد المستقبلي، بان لا يكون للتعديل أو الإلغاء أثر على العقود والاتفاقات التي تعد في الواقع أحد أطرافها. 40

ويعرف البعض شرط الثبات التشريعي بأنه " ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الشركة الأجنبية ". 41

كما يعرفه فريق آخر بأنه " تلك الشروط التي تهدف الى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد وفي نفس الوقت نفسه من منعها تغيير القواعد النافذة وقت إبرامها، إذ تتعهد بمقتضاه بعدم اصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد ويترتب عليه الاضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها ". 42

ويعرف أيضا بأنه " الأداة القانونية التي تتم من خلالها حماية المستثمر من مخاطر التشريع التي تهدف الى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية، وطرف في العقد

في نفس الوقت، ذلك من خلال منعها من تغيير القواعد القانونية النافذة أي بمعنى آخر تطبيق القانون الواجب التطبيق على العقد وقت إبرامه⁴³.

ويرى الأستاذ هشام علي صادق بان "رجوع المتعاقدين لقانون دولة معينة لا يعني أن قانون هذه الدولة قد أصبح القانون الواجب التطبيق على العقد، وإنما تندمج أحكام هذا القانون في العقد لتصبح جزءاً من شروطه التعاقدية، وهو ما يقتضي التجميد الزمني لهذه الأحكام في لحظة إبرام العقد، بحيث لا يعتد بما عسى أن يطرأ على القانون المختار من تعديلات تشريعية لاحقة"⁴⁴.

ويقصد بشرط الثبات "الشرط الذي تتعهد بمقتضاه الدولة بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو أي أنظمة جديدة على العقد الذي تبرمه مع المستثمر الأجنبي⁴⁵" وعليه فإن التجميد أو الثبات التشريعي⁴⁶ clause de stabilité législative يؤدي إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد، أو القانون المختار، ويبقى هذا القانون على الحالة التي عليها وقت إبرام العقد، ويتحقق هذا التجميد عادة في عقود الاستثمار والتنمية الاقتصادية خوفاً من تعديل القوانين بصفة مفاجئة⁴⁷.
ويصنف البعض التجميد أو الثبات التشريعي للقانون الواجب التطبيق على العقد في نوعين من التجميد:

النوع الأول: شرط الثبات التشريعي.

وهو ذلك الشرط الذي يرد ضمن بنود أو شروط العقد الدولي ذاته، وتنص صراحة على أن القانون الذي يسري على العقد عند المنازعة، هو القانون بأحكامه وقواعده، النافذة فقط وقت الإبرام مع استبعاد أي تعديل لاحق يطرأ عليها⁴⁸.

وتتعهد الدولة بموجب هذا الشرط الذي يدرج في العقد التي تبرمه مع المستثمر الأجنبي عدم إصدار أي تشريع جديد أو تعديل للتشريع القديم الذي منح امتيازات أو حوافز للمستثمر في الدولة المضيفة.

وعرف "شرط الثبات التشريعي" كذلك بأنه "ذلك الشرط الذي يمنع الدولة من التغيير لمصلحتها من الوضع القانوني"⁴⁹.

ويعطي الدكتور "محمد عبد المجيد اسماعيل امثلة على شروط الثبات التشريعي في عقد الأشغال الدولية، ويذكر بان عقود الدولة الشهيرة في مصر لم تخل من

شروط الثبات، ويدل على ذلك بمثال بقوله، فقد تضمن عقد "قناطر اسنا" وهو احد عقود الاشغال الدولية الكبرى في مصر في مادته الثلاثين شرطا للثبات التشريعي، وذلك بصدد قوانين الضرائب والتامين الاجتماعي، وكذا تثبيت الاسعار الرسمية للإسمت لللازم لتنفيذ الاعمال والحديد والاشخاب والزيوت والكهرباء اللازمة حماية للمتعاقد مع الدولة من تغير الاسعار الذي قد يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد.

ونصت في المادة المذكورة المتعلقة بالتجميد على ان الاسعار ورسم الضرائب والتأمينات الاضافية تعاد للمقاول بفاترة منفصلة أو تخصم منه في حالة النقصان، وذلك بالخصم من مدفوعاته وذلك بعد فحص، والموافقة على المستندات المناسبة خلال ستين يوما من تقديم المستندات اللازمة.

الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي.

الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي تعني أن أحكام المحكمين أصبحت حائزة لقوة الشيء المقضي فيه، وتكون واجبة التنفيذ بصرف النظر عن الدولة التي صدر فيها. ولا يختلف الأمر بالنسبة للاعتراف بالأحكام الأجنبية، لأن الحكم التحكيمي في حد ذاته يصنف في تنفيذه من الأحكام الأجنبية إذا شابه عنصر أجنبي فيحتاج في تنفيذه إلى اكسائه بالصيغة التنفيذية المطلوبة في جميع الأحكام الأجنبية.

وهذا يقتضي بادئ ذي بدء التعرض إلى انعقاد الخصومة التحكيمية في المبحث الأول واجراءات استصدار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي والمحكمة المختصة في القانون الجزائري في المبحث الثاني.

انعقاد الخصومة التحكيمية

يقصد بعبارة خصومة التحكيم وفقا لقواعد التحكيم المعمول بها لدى مركز التحكيم التجاري لمجلس تعاون دول الخليج العربي إجراءات تحريك الدعوى التحكيمية وتقديم الطلبات والدفوع والبيانات والمرافعات أمام هيئة التحكيم وتسيير هذه الإجراءات من قبل الهيئة من حيث تنظيم للجلسات. ومكانها ولغة التحكيم الى أن يتم قفل باب المرافعة وتهيئة القضية لإصدار الحكم المنهبي للخصومة 50.

ويستتبع البحث في خصومة التحكيم طبقا للنظام المعمول به في هذا المركز التعرض لإحالة النزاع الى التحكيم من خلال تقديم طلب تحكيم من قبل أحد الأطراف، ومن ثم تشكيل هيئة التحكيم وما يكتنف الخصومة من ضمانات اجرائية للخصوم.

ويستخلص من التعريف السابق جملة من العناصر تتكون منها الخصومة التحكيمية، والتي تعمل بها معظم التشريعات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي.

ونلخص الأحكام المتعلقة بإجراءات التحكيم الدولي في المطلب الموالي:

المطلب الأول:

تحريك خصومة التحكيم.

يتعين قبل تحريك خصومة التحكيم أن يقدم الطرف الراغب في التحكيم طلب التحكيم يحدد فيه المدعى عليه أو المطلوب التحكيم ضده، تمهيدا الى احالة القضية الى هيئة التحكيم ويوضع الطلب لدى الأمانة العامة لمركز التحكيم التجاري، ويتولى الأمين العام لمركز التحكيم إذا احيل النزاع الى احد مراكز التحكيم المتخصصة مهمة التحقق من استكمال طلب التحكيم للعناصر التي حدتها المادة التاسعة من لائحة اجراءات التحكيم.

ويتضمن هذا الطلب جملة من العناصر وهي:

أ- اسم كل من طالب التحكيم (أو طالبي التحكيم إذا تعدد المدعون) والمطلوب التحكيم ضده (او المحتكم ضدهم إذا تعدد المدعى عليهم). ولقبه وصفته وجنسيته وعنوانه. وبيان النزاع ووقائعه وأدلته مع تحديد الطلبات. اسم المحكم المختار إن وجد. ونسخة من اتفاق التحكيم والوثائق المتعلقة بالنزاع

ب- فحص طلب التحكيم من قبل الأمين العام

يتولى الأمين العام دراسة طلب التحكيم للتأكد من أنه مستوفي لكافة الشروط المطلوبة، لا سيما وجود وثيقة الاتفاق.

ج- اخطار المطلوب التحكيم ضده (المدعى عليه) وتقديم مذكرة جوابية

د- احالة القضية الى التحكيم

بعد أن تتلقى الأمانة العامة للمركز طلب التحكيم يتم تشكيل هيئة التحكيم.

وتشكيل هيئة التحكيم تبدأ فعليا اجراءات التحكيم.

المطلب الثاني:

تشكيل هيئة التحكيم.

من اهم المسائل الاجرائية للتحكيم، تشكيل هيئة التحكيم، بمعنى تعيين اعضاء التحكيم، الذين يتولون تسوية النزاع وإصدار الحكم التحكيمي، لإنهاء خصومة التحكيم .

وتشكيل هيئة التحكيم يتم عادة بإحدى طريقتين: إما ان يتم عن طريق الاتفاق، وإما عن طريق ما يعرف ب التشكيل النظامي لهيئة التحكيم.

الفرع الأول:

التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم

التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم يدخل ضمن الارادة الحرة لأطراف العقد، وهو نتيجة طبيعية لاختيار الأطراف اللجوء الى التحكيم.

وقد قن القانون النمطي للتحكيم التجاري الدولي للجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة الصادر سنة 1985 في المادة 1/10 منه " للطرفين حرية تحديد عدد المحكمين ». ونصت المادة 2/11 " للطرفين حرية الاتفاق على الاجراء الواجب اتباعه في تعيين المحكم أو المحكمين..."

ويستخلص من هذين النصين، أن النص الأول تكلم عن الحق في " تحديد عدد المحكمين" بينما تكلم النص الثاني عن الحق في تحديد " الإجراء الواجب إتباعها في تعيينهم.

ويرى الدكتور احمد عبد الكريم سلامة "فالحق في تحديد عدد المحكمين، يفترض الاعتراف الأولي للأطراف بحق اختيار من يتم تحديد عددهم أو تحديد الاجراء الواجب اتباعه لتعيين أشخاص ذلك العدد"51

الفرع الثاني:

التشكيل النظامي لهيئة التحكيم.

إذا لم يتفق الطرفان على تشكيل هيئة التحكيم أو تقاعس أحدهما على تعيين المحكم الوتر أو لم يتفق المعنيان عن تعيين المحكم المرجح، فإن الأمر يتطلب اتخاذ التدابير اللازمة لأجل ان تقوم هيئة التحكيم بالمهمة المسندة اليها. ومن بين ما يتخذ في هذا الشأن، هو اللجوء الى الجهة أو السلطة النظامية التي اتفق عليها الأطراف أو القانون لحسم الأمر.

والجهة النظامية المقصود بها هنا قد تكون احدى محاكم قضاء الدولة وقد تكون الجهة النظامية المختصة سلطة يتفق عليها الأطراف، كمرکز أو هيئة تحكيم دائمة.

وبالنسبة للوضع في الجزائر، فقد نصت المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الاجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.

إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات، عند عدم الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم".

اقترح إجراء تعديل على الفقرة الأخيرة لهذه المادة، وذلك باستعاضة " محكمة التحكيم " ب "هيئة التحكيم" حتى لا يبدو للأطراف أن المحكمة هي التي تتدخل لضبط الإجراءات، والحال في هذه الحالة أن هيئة التحكيم هي من تتولى ذلك.

والأصل أن الإجراءات تخضع للقانون المحلي، أي قانون الدولة التي تباشر فيها الإجراءات تأسيسا على قاعدة locus التي أتى بها الفقيه " بار تول " في القرن الثاني عشر، ولا زال العمل بهذه القاعدة إلى يومنا هذا في التشريعات المعاصرة. غير أن الأمر في مجال التحكيم يختلف، بمعنى أن المحكم لا يخضع لقانون القاضي، فالمحكّمون لا يعملون باسم سيادة دولة معينة، فهم مختارون من قبل الخصوم أنفسهم، وبالتالي ليس هناك قانونا إجرائيا معيننا يفرض على المحكمين إتباعه بشأن الخصومة التحكيمية، إلا ما اتفق عليه الخصوم.

وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر، فإنه يفترض في الخصوم اختيار القانون الإجرائي الذي يحكم سير الخصومة، ويكون لهم هذا الاختيار، إما

بوضع القواعد الإجرائية التي تحكم سير التحكيم بمعرفتهم، وإما يتفقون على اختيار قواعد إجرائية معمول بها في دولة أو في مركز من مراكز التحكيم المشهود لها بالكفاءة، وإما يفوضون الأمر إلى هيئة التحكيم لتقوم باختيار القانون الإجرائي الملائم.

وفي هذا المعنى نصت المادة 1/19 من القانون النموذجي للأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الصادر في سنة 1985 على أنه " مع مراعاة أحكام هذا القانون يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم". وهو النص الذي استمدت منه القوانين الدولية المعاصرة، ومنها قانون التحكيم الجزائري.

وتتمثل القواعد الإجرائية، بدءا من تقديم طلب التحكيم، مرورا بكيفية تشكيل هيئة التحكيم، وتحديد وقت مكان التحكيم ولغته، وكيفية إخطار الطرف الآخر في التحكيم إلى غير ذلك من الإجراءات الأخرى.

كما نصت المادة 1/1508 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد «أن لأطراف أن يحددوا في اتفاقية التحكيم الإجراءات التي يتعين إتباعها، أو يحيلوا، بشأن الإجراءات إلى لائحة تحكيم، أو يخضعوا تلك الإجراءات لقانون إجرائي يحدده».

La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles, de procédure désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation.

كما نصت المادة 1/182 من قانون التحكيم السويسري (مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987) على أنه " يمكن للأطراف تنظيم إجراءات التحكيم ... بالإحالة إلى لائحة تحكيم، كما يمكنهم أيضا إخضاعها لقانون الإجراءات الذي يختارونه".

وفيما يتعلق بالمادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد السالفة الذكر، فإننا نلاحظ بحق أن المشرع الجزائري قد واكب فعلا جل التشريعات المعاصرة التي تعترف لطرفي التحكيم بالاتفاق على وضع القواعد الإجرائية بأنفسهم مباشرة في اتفاقية التحكيم، أو اختيار نظام تحكيم معين

يطبقونه على سير إجراءات التحكيم. مما يؤكد تكريس إرادة أطراف التحكيم في وضع أو اختيار القانون الإجرائي الذي يروونه ملائماً لسير الخصومة التحكيمية. وفي حالة غياب إرادة الأطراف في اختيار القانون الإجرائي لسير خصومة التحكيم، فإن الفقرة الأخيرة من المادة 1044 السالفة الذكر، قد أشارت بوضوح لا لبس فيه، أنه " إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات، عند الحاجة، مباشرة أو استناداً إلى قانون أو نظام تحكيم". يستشف من هذه الفقرة وعلى خلاف معظم القوانين وقضاء التحكيم والاتفاقيات الدولية التي تلجأ إلى تطبيق قانون مقر الدولة التي يجري فيها التحكيم loi du siège arbitral، عندما لا يختار طرفي التحكيم في اتفاقيتهم، أو يقومون بأنفسهم بتحديد قانون الإجراءات الواجب التطبيق على التحكيم، فإن المشرع الجزائري وفي غياب إرادة الأطراف في هذا الاختيار، فقد أسند هذه المهمة، بدلا من تطبيق قانون مقر التحكيم إلى محكمة التحكيم لتتولى ضبط الإجراءات التي يتعين إتباعها أو تقوم هذه المحكمة بتعيين قانون إجرائي أو نظام تحكيم معين لضبط سير التحكيم، بالرغم من المزايا التي يحققها القانون الإجرائي لمقر التحكيم أو المكان الذي تباشر فيه الخصومة، عندما يحجم طرفي التحكيم عن تعيين قانون الإجراءات التي يحكم عملية سير التحكيم.

وقد خالف المشرع الجزائري ذلك، حتى نص اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي انضمت اليها الجزائر، والتي نصت صراحة في الفقرة "د" من المادة 1/5 أنه يمكن رفض الاعتراف أو الأمر بتنفيذ حكم التحكيم أو إجراءات التحكيم إذا أثبت المحكوم ضده " أن تشكيل محكمة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق".

ولعل المشرع الجزائري بهذا قد قدر لهيئات التحكيم بما لها من سلطة تقديرية واسعة في اتخاذ ما تراه مناسباً للوصول إلى ضبط القواعد الإجرائية اللازمة والملائمة لتأمين سير خصومة التحكيم.

وقد اعترف بالسلطة التقديرية لهيئة التحكيم القانون النمطي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، حيث نصت المادة 2/19 منه على أنه "فإن لم يكن ثمة

مثل هذا الاتفاق بين الأطراف كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة...."

تشكيل هيئة التحكيم أو المحكمة التحكيمية.

.Configuration du tribunal arbitral

لقد تجسدت إرادة الأطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق في معظم التشريعات الدولية، وبرز ذلك على مستوى التشريعات الوطنية، والاتفاقيات الدولية.

وظهر ذلك جليا في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، من ذلك على سبيل

المثال:

القانون النموذجي للأمم المتحدة art11 , loi – type CNUDCI ، والاتفاقية

الأوروبية لسنة 1961، المادة الرابعة منها . واتفاقية نيويورك لسنة 1958، المادة 5 ولم يشذ المشرع الجزائري عن هذه التشريعات، فلم يحرم الأطراف من القيام بأنفسهم ووفقا لأرادتهم من تعيين المحكمين، فنصت المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم . وفي غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي:

1 رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر."

2 رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر."

يستفاد من هذه المادة أن هناك ثلاثة طرق لتعيين المحكمين، وهذه الطرق هي: الطريقة الأولى، أن التعيين يتم من طرف الأطراف مباشرة، لكون أن تشكيل هيئة التحكيم يدخل في صميم إجراءات التحكيم الأولية، ويضطلع بهذه المهمة في الأصل أطراف التحكيم أنفسهم باعتبار أن التحكيم يعد نظام قضائي خاص، يكون بمقتضى اتفاق خاص مكتوب، كما سلف الذكر.

وفي هذا المعنى نص المشرع التونسي في الفصل 55 المتعلق بتشكيل هيئة التحكيم

1 للأطراف حرية تحديد عدد المحكمين لكن يجب أن يكون العدد وترا.

2 فان لم يفعلوا يكون عدد المحكمين ثلاثة."

ونص الفصل (2 / 327) من قانون التحكيم المغربي. قانون المسطرة المدنية المعدل.

قانون رقم 08 /05 لعام 2007 يقضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية.

"تشكل الهيئة التحكيمية من محكم واحد او عدة محكمين، تكون للأطراف حرية تحديد اجراءات تعيينهم وعددهم، إما في الاتفاق التحكيمي، وإما بالاستناد إلى نظام التحكيم الموضوع للمؤسسة المختارة.

فان لم يتفق الاطراف على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة.

إذا تعدد المحكمون وجب ان يكون العدد وترا والا كان التحكيم باطلا."

ونص الفصل (5/327) من نفس القانون

" اذا لم يتم تعيين الهيئة التحكيمية مسبقا وكيفية وتاريخ تعيين المحكمين او لم يتفق الاطراف على ذلك، تتبع الاجراءات التالية:

1 اذا كانت هيئة التحكيم تتكون من محكم واحد يتولى رئيس المحكمة المختصة تعيين المحكم بناء على طلب احد الطرفين،

2 إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين يعين كل طرف محكما ويتفق المحكمان المعينان على تعيين المحكم الثالث، فاذا لم يعين احد الطرفين محكمه خلال 15 يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الاخر أو اذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال 15 يوما التالية لتاريخ تعيين اخرهما تولى رئيس المحكمة الخاصة بتعيينه بطلب أي من الطرفين، وتكون رئاسة هيئة التحكيم للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان او الذي عينه رئيس المحكمة.

3 تتبع الاجراءات المذكورة في الفقرة 2 اعلاه من هذه المادة إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من ثلاثة محكمين.

2 يجب ان يراعي رئيس المحكمة المختصة في الحكم الذي يختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان ويصدر قراره بعد استدعاء الاطراف ولا يكون هذا القرار قابلا للطعن فيه باي طريق من طرق الطعن.

3 تطبق نفس المقتضيات كلما اعترض تشكيل الهيئة التحكيمية صعوبة بسبب أحد الاطراف او صعوبة في تطبيق اجراءات التعيين."

إلا أنه رغم إسناد مهمة تعيين المحكمين لأطراف التحكيم، فإن قيام الأطراف بهذا الاختيار ليس بمهمة سهلة في جميع الحالات، وفي كل الفروض، فقد لا يستطيع الأطراف تعيين المحكم، أو يتقاعس أحد الطرفين في تعيين أحد المحكمين، أو البحث عن بديل لأحد المحكمين في حالة تنحيته أو عزله أو رده أو وفاته الخ... من المشاكل التي قد تبرز فجأة أو قد تطفو على السطح.

وبالرجوع إلى المادة 1041 أعلاه نجدها قد عالجت بعض هذه الفروض، وحافظت في نفس الوقت على احترام مبدأ التشكيل الاتفاقي الذي قننه القانون النمطي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 الذي نص في المادة 1/10 بقوله " للطرفين حرية تحديد عدد المحكمين "

ويلاحظ على هذه المادة أنها جاءت خالية من أية إشارة إلى الشروط التي يجب مراعاتها في المحكم. ونرى أن إغفال هذا الشرط يفتح الباب على مصراعيه لكل من هب ودب أن يتولى التحكيم، مع العلم أن المحكم يجب أن تتوفر فيه على الأقل الحد الأدنى من الشروط، وهي:

1 أن يكون المحكم من بين المحكمين المعتمدين والمقيدين في قائمة المحكمين.

2 أن يكون كامل الأهلية.

3 ألا يكون قد أدين بحكم نهائي في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة.

4 أن يكون حسن السيرة.

كما نص في المادة 2/11 " للطرفين حرية الاتفاق على الإجراء الواجب إتباعه في

تعيين المحكم أو المحكمين..."

ونصت المادة 1/5 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 أن رفض الاعتراف بحكم التحكيم والأمر بتنفيذه يكون واجبا إذا تبين " أن تشكيل هيئة التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق ". ويستفاد من الفقرة الأولى من المادة 1041 أن اختيار المحكمين يتم بالاتفاق بين الأطراف سواء ورد هذا الاختيار في اتفاق التحكيم، أو في اتفاق مستقل. ومما سبق يبدو جليا أن موقف المشرع الجزائري جاء منسجما مع الاتفاقيات الدولية الحديثة التي تسمح للأطراف بكل حرية وبمحض إرادتهم الحرة في اختيار المحكمين الذين يشكلون محكمة التحكيم في تصدهم لحل النزاع. غير أن المشرع الجزائري لم يحدد في هذه الفقرة تحديد وقت تعيين كل طرف للمحكم الذي يرغب في تعيينه، ولا طريقة التعيين، ولا تحديد الشروط المطلوبة في المحكم، مع أن مقتضيات التحكيم، ومن أجل تفادي ماطلة أحد الطرفين في تعيين محكمه، توجب وضع حد زمني لكل طرف القيام بتعيين المحكم الذي يرغب فيه. ونرى أن عدم تحديد هذه المدة بدقة من شأنه أن يعطل إتمام إجراءات التحكيم الذي يتسم بالسرعة في قضائه بالفصل في المنازعة. وتجدر الإشارة أن معظم التشريعات المعاصرة قد نصت على تحديد مدة تعيين المحكم، وإن اختلفت في تلك المدة.

كما تناولت الاتفاقيات الدولية، كيفية تعيين المحكمين، ومدة تعيين المحكم. فعلى سبيل المثال نصت المادة الرابعة من ملحق تسوية المنازعات في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار أنه «تبدأ اجراءات التحكيم عن طريق اخطار يتقدم به الطرف الراغب في التحكيم الى الطرف أو الأطراف الأخرى في المنازعة ويوضح هذا الاخطار.. اسم المحكم المعين من قبله، ويجب على الطرف الآخر خلال ثلاثين يوما من تاريخ تقديم الاخطار أن يخطر طالب التحكيم باسم المحكم الذي عينه، ويختار المحكمون خلال ثلاثين يوما من تاريخ تعيين آخرهم حكما مرجحا يكون رئيسا لمحكمة التحكيم ويكون له صوت مرجح عند انقسام الآراء بالتساوي في المحكمة. وإذا لم يعين الطرف الآخر محكما خلال ثلاثين يوما من تاريخ تقديم الاخطار أو لم يتفق المحكمون على تعيين المحكم المرجح خلال ستين يوما من التاريخ المذكور،

تتكون محكمة التحكيم من محكم واحد أو عدد فردي من المحكمين بينهم محكم مرجح ويكون لكل طرف ان يطلب تعيينهم من جانب رئيس محكمة العدل العربية والى ان تنشأ هذه المحكمة يوجه الطلب الى أمين عام جامعة الدول العربية".

الطريقة الثانية، وإما أن يتم التحكيم بالرجوع الى نظام تحكيم مؤسساتي، أي اختيار مركز تحكيمي دائم، كغرفة التحكيم الدولية ب باريس، أو محكمة تحكيم "لندن"، أو مركز " لا هاي"، أو مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي الخ...

ومعلوم أن هذه المراكز تعطي الحرية للأطراف في اختيار المحكمين والعدد الذي يتفقون عليه، ولا تتدخل هذه المراكز الا عند عدم الاتفاق.

غير أن الجدير بالملاحظة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري، رغم إعطائه للأطراف حرية اختيار المحكمين، لم يشر إلى الشروط التي يجب أن تتوفر في المحكم الذي يتم تعيينه، سواء جرى التعيين من الأطراف أنفسهم، أو من رئيس المحكمة المختصة، في حالة عدم قيام الأطراف بالتعيين أو تعذر عليهم ذلك، وهي مسألة نراها في غاية الأهمية، ذلك أن معظم التشريعات الدولية تشترط الحد الأدنى من بعض الصفات التي يجب أن يتمتع بها المحكم، مثل تمتعه بالحقوق المدنية، وخبرته، وجنسيته، ومعرفته للغة الأطراف الخ...

وإن كان المشرع الجزائري قد أشار الى بعض هذه الشروط بشكل غير مباشر في أوجه الطعن بالاستئناف في المادة 1056/2 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، إلا أنه لم يذكر الصفات التي يجب أن تتوفر في المحكم، مما يعد نقصا يتعين على المشرع الجزائري تداركه، حتى يجاري في ذلك التشريعات الحديثة التي فصلت في هذه الصفات التي يتعين توفرها في المحكم.

ومن بين التشريعات التي أشارت الى هذه الصفات، التشريع الفرنسي الذي اشترط في المحكم أن يكون شخص طبيعي ومتمتعاً بجميع حقوقه المدنية. وهو ما ورد صراحة في المادة 1450 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد التي نصت:

«la mission d'arbitrage ne peut être exécutée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits.»

ومن الصفات التي تؤخذ بعين الاعتبار في تعيين المحكم كذلك، جنسيته، ومكان إقامته، ومعرفته لغة الأطراف وعلاقته مع دول الأطراف. وهو ما نصت عليه لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتحكيم التجاري الكائن مقرها بباريس CCI، حيث جاء في المادة 1/9 من لائحته التنظيمية:

«Lors de la nomination ou confirmation d'un arbitre, la Cour tient compte de sa nationalité, de son lieu de résidence et de tout lien avec les pays auxquels ressortissent les parties et les autres arbitres ainsi que de la disponibilité et de l'aptitude de l'arbitre à conduire l'arbitrage conformément au présent Règlement. ... ». 0

ونص قانون التحكيم العماني الصادر بتاريخ 28 يونيو 1997 في المادة 16 منه " على شروط تعيين المحكم

1 "لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جنابة أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو بسبب شهر افلاسه مالم يرد اليه اعتباره.

2 لا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة، إلا إذا اتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك.

3 يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده، وعلى المحكم إذا استجدت مثل هذه الظروف بعد تعيينه أو خلال اجراءات التحكيم المبادرة الى التصريح بها لطرفي التحكيم والمحكمين الآخرين."

وفي هذا الصدد نص الفصل الثامن من قانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 ابريل 1993 المتعلق بإصدار مجلة التحكيم التونسي " يجب أن تتوفر في أطراف اتفاقية التحكيم اهلية التصرف في حقوقهم ".

ونص الفصل العاشر من نفس القانون " يجب أن يكون المحكم شخصا طبيعيا رشيدا كفوًا متمتعًا بكامل حقوقه المدنية وبالاستقلالية والحياد ازاء الأطراف"

كل هذه الشروط والصفات التي يتعين بها المحكم اغفلها المشرع الجزائري ولم يأخذها بعين الاعتبار، الشيء الذي يبين بوضوح النقص الفادح الذي اعترى طريقة وشروط تعيين المحكمين مما تدعو الحاجة الى إعادة صياغة المادة 1041 السالفة الذكر، وتحديد شروط تعيين المحكم وعدم انفراد القضاء بهذه الشروط، دون علم الأطراف بها مسبقا.

لذا نقترح أن يعاد صياغة المادة 1041 لتدارك النقص الملحوظ في التحكيم التجاري الدولي كما هو معمول به في أحدث تقنيات التحكيم المتطورة والمنسجمة مع الاتفاقيات الدولية وتحرر على النحو التالي:

1 يتولى مهمة التحكيم شخص طبيعي، وإذا كانت الجهة التي تتولى التحكيم شخصا اعتباريا فان مهمتها تقتصر على عملية تنظيم التحكيم.

2 تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فاذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة.

3 إذا تعدد المحكمون وجب ان يكون عددهم وترا والا كان التحكيم باطلا.

4 لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو بسبب اشهار افلاسه، وذلك ما لم يرد اليه اعتباره.

5 يكون قبول المحكم لمهمته كتابة وإفصاحه لطرفي التحكيم وللمحكمين الآخرين عن أية ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاله أو حيده شرطا لصحة التحكيم، سواء كانت هذه الظروف قائمة عند قبوله للمهمة أو استجدت اثناء اجراءات التحكيم.

6 إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المختصة اختياره بناء على طلب أحد الطرفين.

7 إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكما، ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمة خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر تولت المحكمة المختصة تعيينه بناء على طلب ذلك الطرف .

- 8 تراعي المحكمة المختصة أو سلطة التعيين حسب الأحوال في المحكم المختار الشروط التي يطلبها القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان.
- 9 لا يجوز رد المحكم الا إذا قامت ظروف تثير شكوكا لها ما يبررها حول حيده أو استقلاله. أو إذا ثبت افتقاره لمؤهلاته سبق ان اتفق طرفا التحكيم على استلزامها.
- 10 لا يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه أو الذي اشترك في تعيينه الا لسبب جدي واضح.
- 11 يقدم طلب الرد كتابة لهيئة التحكيم مبينا فيه اسباب الرد خلال 15 يوما من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة.
- 12 إذا تعذر على المحكم أداء مهامه أو لم يباشرها أو انقطع عن اداؤها بما يؤدي الى تأخير لا مبرر له في اجراءات التحكيم جاز للمحكمة أو مركز التحكيم حسب الأحوال انهاء مهمته.
- 13 إذا انتهت مهمة المحكم برده أو عزله أو بأي سبب آخر وجب تعيين بديل له وفقا للإجراءات التي تتبع في اختيار المحكم الذي انتهت مهمته.
- وإذا لم يحصل الاتفاق على اختيار المحكمين، يتعين اتباع ما يلي:
- الطريقة الثالثة، اللجوء للقضاء لتعيين هيئة التحكيم.
- في حالة عدم قيام أحد الطرفين بتعيين محكمه، لوجود صعوبة في تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، فإن الفقرة الثانية من المادة 1041 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري نصت على حلين:
- الأول، هو رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر من طرف الطرف المستعجل أو الذي يهمه التعجيل، حسب تعبير هذه المادة
- الثاني، رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.
- وهكذا حصر المشرع الجزائري نطاق الاختصاص لأحدى محاكم الدولة في غياب أو تعذر اتفاق الأطراف على تعيين أو عزل أو استبدال المحكمين، دون اللجوء

الى حلول أخرى كمرکز من مراكز التحكيم، أو مؤسسة تحكيم دائمة. وحصراً اختصاص محاكم الدولة في الجزائر في هذا الفرض لا يعني هيمنة القضاء الجزائري على مجريات التحكيم، أو التدخل في شؤون الخصومة التحكيمية، وإنما الأمر يتعلق فقط بإبداء التعاون والمساعدة لهيئة التحكيم في تشكيل أعضائها والفصل في النزاع العالق بين الطرفين وتفعيل اتفاق التحكيم بين الأطراف كما أن تدخل المحاكم الجزائرية جاء في إطار ضيق ومشروط بعدم قيام الأطراف أو تعذر عليهم القيام بهذا الإجراء. فدور الدولة هنا، هو دور احتياطي، ليس إلا.

لكنه لم يحدد بدقة ووضوح مهمة المحكمة المختصة في حالة عدم الاتفاق. لذا نقترح ما يلي:

أ- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المختصة اختياره.

ب- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكماً عنه، ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمة خلال خمسة عشر يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال خمسة عشر يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما، تولت المحكمة المختصة اختياره بناء على طلب من يهمله الأمر، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب، ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان، أو الذي اختارته المحكمة المختصة رئاسة هيئة التحكيم. والجدير بالذكر أن تدخل الدولة يستلزم وجود صلة بين عملية التحكيم والدولة المطلوب من محاكمها النهوض بهذه المساعدة في تشكيل هيئة التحكيم، كأن يجري التحكيم في الخارج ويتفق الأطراف على اختيار قواعد الإجراءات المطبقة في الجزائر، ويكون هذا التدخل بناء على رغبة الطرف الذي يهمله التعجيل، ويكون إعلان الرغبة من الطرف المستعجل بتقديم طلب إلى الجهة القضائية المختصة لتعيين محكم أحد الطرفين، وهذا الطلب، إما أن يوجه إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرتها التحكيم، أو يوجه إلى محكمة الجزائر العاصمة، إذا اختار الأطراف تطبيق

القانون الجزائري . وقد أخذ المشرع الجزائري بنظام الأوامر، بمعنى يقوم رئيس المحكمة بمجرد تلقيه الطلب من المعني بالأمر ودراسته بإصدار أمر بتعيين المحكم للطرف الذي لم يسع في تعيينه، وفقا لنظام الأوامر على العرائض الذي نصت عليه المادة 310 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بهدف الإسراع في تشكيل هيئة التحكيم.

الاختصاص القضائي في مسائل التحكيم.

الاختصاص القضائي في مجال التحكيم التجاري الدولي لا يختلف في مفهومه عن الاختصاص القضائي في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية بشكل عام، وهو ثبوت الاختصاص لجهة قضائية معينة.

وقد اختلف الفقه حول تحديد هذا المصطلح، فهناك من يرى، انه يوجد الى جانب من الاختصاص التشريعي، يوجد نوعا آخر يسمى الاختصاص القضائي الدولي.

وقد فصلنا هذا الموضوع بما فيه الكفاية في الجزء الأول من هذا الكتاب. وما أريد الإشارة اليه هنا، أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي، هي قواعد موضوعية، وظيفتها تحديد الجهة القضائية المختصة. بخلاف الاختصاص التشريعي الذي عادة ما تحدده قواعد الاسناد في دولة القاضي.

وتحديد الجهة القضائية المختصة يتم تعيينها عادة في اتفاقية التحكيم. وإذا لم يتم ذلك، فإن الاختصاص يؤول الى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ابرام العقد أو مكان التنفيذ

وفي هذا المعنى نصت المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري " إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ "

واضح من هذه المادة أن مسألة الاختصاص يفترض أن تدرج أصلا في اتفاقية التحكيم، وإذا أغفل الأطراف الإشارة إلى الاختصاص، ففي هذه الحالة يؤول

الاختصاص مباشرة الى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان إجراء التنفيذ.

ومهذا حسم المشرع الجزائري مسألة الاختصاص، ولم يترك أي تأويل بشأنها، وتجنب بذلك أي خلاف من شأنه أن يؤدي إلى تعطيل الفصل في النزاع، ويطلب أمد النزاع.

وفيما يتعلق بالدفع بعدم الاختصاص، والوقت الذي يجب إثارته أمام المحكمة، فقد أجابت عنه المادة من ق.ا.م. وادارية 1044 بقولها " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع في الموضوع.

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع "

يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري اعتبر إثارة الدفع بعدم الاختصاص مسألة أولية، يجب ابدائها أمام محكمة التحكيم قبل اللجوء في الموضوع . ونرى أنه يجب إضافة فقرة ثالثة لهذه المادة وتصاغ على النحو التالي:
"وفي جميع الحالات، يجوز لهيئة التحكيم (محكمة التحكيم) ان تقبل دفعا اخر تأخر ابدائه إذا رأت أن هذا التأخير له أهميته وله ما يبرره "

وتتولي محكمة التحكيم بنفسها الفصل في الاختصاص، متى كان الدفع موجها إلى اتفاق التحكيم سواء كان الأمر يتعلق بعدم وجود اتفاق التحكيم أو بسقوطه، كما لو حدد الطرفان مدة له وانتهت دون الفصل في النزاع، أو بطلانه، لعدم توافر أحد شروطه الموضوعية أو الشكلية الخ... ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه وإنهائه إثر على شرط التحكيم الذي تضمنه، طالما كان هذا الشرط صحيحا في حد ذاته. وهذا يعد تكريسا لمبدأ " استقلال التحكيم " بمعنى أن المحكم مختص بتقرير اختصاصه. وفي هذا الصدد نصت المادة 16 من القانون النموذجي للأنسترال المعدل سنة 2006 أنه " يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته.

وتفصل المحكمة التحكيمية في الاختصاص المثار من أحد الطرفين بموجب حكم أولي، إلا إذا رأت أن مسألة الاختصاص لا يمكن فصلها عن موضوع النزاع. ويلاحظ في هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يربط الدفع بعدم الاختصاص بأي مدة زمنية محددة، خلافا لمعظم التشريعات التي نصت صراحة على تحديد ميعاد تقديم الدفع بعدم الاختصاص.

كما بينت المادة 1045 حالة عدم الاختصاص التلقائي في موضوع النزاع، بمجرد أن يصل إلى علم القاضي المنوط به الفصل في النزاع، أن الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية التحكيم بهذا الخصوص. على أن إثارة وجود اتفاقية من عدمها لا يثيرها القاضي من تلقاء نفسه، وإنما يكون ذلك بناء على طلب أحد الأطراف، لأن الأمر هنا في هذه الحالة لا يتعلق بالنظام العام، حتى يثيره القاضي من تلقاء نفسه. فالقاضي هنا يتقيد بالمصلحة الخاصة لأطراف النزاع. وبعبارة أدق لا يجوز للقاضي إثارة اختصاصه في المسألة محل النزاع من عدم ذلك، لأن هذا الحق مغول آثاره للأطراف أنفسهم وليس للقاضي، وهذا الحق نابع من إرادة الأطراف في حل النزاع. فالأمر هنا يختلف مثلا عن عدم الاختصاص النوعي أو انعدام الصفة الذي يثيره القاضي من تلقاء نفسه، لأن مثل هذه المسائل تتعلق بالنظام العام، بخلاف الاختصاص القضائي في مادة التحكيم التجاري الدولي، كما سلف الذكر.

وعليه فإن إثارة القاضي لعدم الاختصاص مقرون بدفع أحد الأطراف، وهو عادة الطرف الذي له مصلحة في ذلك، لأن من شروط رفع الدعوى توفر الصفة والمصلحة.

غير أن الدفع بعدم الاختصاص يكتنفه بعض الغموض في طبيعته القانونية، هل يصنف من الدفع الشكلية أم من الدفع الموضوعية، أم أنه يدخل في صنف الدفع بعدم القبول؟

باستقراء النصوص المتعلقة بإجراءات التحكيم لا نلمس بشكل واضح طبيعة الدفع المتعلق بعدم الاختصاص في التحكيم التجاري، باستثناء الإشارة التي وردت لهذا الدفع في المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت " يكون

القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، اذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، او اذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على ان تثار من احد الأطراف". وفي جميع الحالات، فان القاضي يحظر عليه اثاره هذا الدفع من تلقاء نفسه، بل يجب اثارته من له مصلحة في ذلك من أحد الأطراف.

وعلى العكس من ذلك وبالرجوع الى الاتفاقيات الدولية، ولا سيما اتفاقية نيويورك لسنة 1958 واتفاقية الأمم المتحدة "اليونسترال" والتي انضمت إليهما الجزائر، فإنهما ينصان على ضرورة تقديم الدفع قبل اللجوء في الموضوع. وبما أن الاتفاقية تسمو على التشريع الداخلي (المادة 21 من القانون المدني، والمادة 132 من الدستور) والأمر يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، فان هذا الدفع يعد من الدفع الشكلية ومن ثم وجب ابداء الدفع المتعلق بالاختصاص القضائي قبل الموضوع، أو الدفع بعدم القبول.

الا أنه جدير بالذكر، أن المحكمة العليا قد ذهبت في قرارها الصادر بتاريخ 2007/12/05 الى أن أساس الدفع بقاعدة الاختصاص لا يتعلق بدفع شكلي، بل يتعلق بتطبيق بند من بنود العقد، فهو دفع في الموضوع، ولا يستوجب تقديمه قبل الخوض في الموضوع، ولم تبرر المحكمة العليا ما توصلت اليه في قرارها. غير أن هناك استثناءات وردت على قاعدة عدم الاختصاص القضائي نجمها فيما يلي:

أولاً: بطلان أو انعدام اتفاق التحكيم أو عدم قابليته للتطبيق

ورد هذا الشرط في المادة 02 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 52

من خلال ما ورد في نص هذه المادة، أنه إذا تبين أن هذه الاتفاقية يشوبها البطلان، أو انعدام الاتفاق، أصلاً فإن هذه الاتفاقية تصبح غير قابلة للتطبيق، وتصبح كسائر العقود التي تنشأ باطلاً، عندما لا تتوفر على الشروط الشكلية والموضوعية، كتخلف شرط الكتابة مثلاً، سواء كانت رسمية أو عرفية أو الكترونية، أو واردة في أية وسيلة اتصال أخرى. أو افتقار هذه الاتفاقية للشروط الموضوعية، مما يستجوبه القانون الذي اختاره الأطراف، أو القانون الذي يحكم النزاع أو

القانون الذي يراه المحكم ملائما لحل النزاع، أو حصل بعد إبرام الاتفاقية وفاة أحد الأطراف أو فقد أهليته.

ونقترح في هذا الصدد إضافة مادة تحرر كالتالي:

1 تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبينة على عدم وجود اتفاق تحكيم، أو سقوطه، أو بطلانه، أو عدم شموله لموضوع النزاع.

يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يتعدى ميعاد تقديم دفاع المدعي عليه.

2 يجب ابداء الدفوع بعدم اختصاص هيئة التحكيم قبل الولوج في الموضوع.

تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها اعلاه، باعتبارها مسألة اولية، قبل الفصل في الموضوع، أو تقرر ضمها للموضوع لتفصل فيهما معا.

ثانيا: تنازل الأطراف عن التحكيم.

إذا كان اللجوء الى التحكيم أساسه إرادة الأطراف في حل منازعاتهم، فإنه يمكن لهم بالمقابل التنازل عنه، سواء كان هذا التنازل صريحا أو ضمنيا. ولا يهم ان تم ذلك قبل عرض النزاع على القضاء، أو جرى ذلك أثناء سريان الدعوى، كأن يثير المدعي مثلا دفع يتعلق بوجود اتفاقية تتعلق بعرض النزاع على التحكيم، ثم يقرر بمحض ارادته التنازل لا حقا عن هذا الدفع، وفي المقابل لا يتمسك به الطرف الآخر. ولا يجوز للقاضي في هذه الحالة البحث في مدى جدية هذا الدفع، بل عليه الاستجابة لإرادة الأطراف ويشرع في مباشرة اجراءات الفصل في النزاع، وإلا اعتبر منكرا للعدالة، إن هو رفض الفصل في القضية، بالرغم من تنازل الطرفين أو أحدهما ولم يعترض الطرف الآخر.

الحكم التحكيمي la sentence arbitrale

لم يتفق الفقه على إعطاء تعريف محدد للحكم التحكيمي، بل جاءت جل التعاريف الفقهية متضاربة، ويرجع هذا الخلاف الى الزاوية التي يعتمد عليها كل فقيه في تعريفه للحكم التحكيمي.

كما أن التشريعات والاتفاقيات الدولية لم تتعرض هي الأخرى إلى تعريف الحكم التحكيمي، رغم أنها قد أولت اهتماما كبيرا للتحكيم التجاري الدولي على وجه

الخصوص، باستثناء اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي نصت على المقصود بالحكم التحكيمي. إذ نصت في المادة 1/2 " يقصد بالحكم التحكيمي ليس فقط الأحكام الصادرة من محكمين معينين للفصل في حالات محددة، بل أيضا الأحكام الصادرة من هيأت تحكيمية دائمة يحتكم إليها الأطراف " 53.

وبخصوص التعاريف الفقهية، فإنه يمكن تصنيفها في اتجاهين رئيسيين: الاتجاه الفقهي الموسع، والاتجاه الفقهي الضيق.

أولا: الاتجاه الفقهي الموسع.

يرى هذا الاتجاه أن الحكم التحكيمي، هو الذي يفصل في النزاع، وفقا لاتفاقية التحكيم، سواء انصب هذا الحكم على النزاع كله، أو اقتصر على جزء من النزاع، دون باقي الأجزاء الأخرى وقد يكون هذا الحكم تمهيدي sentence preparatoire، بغرض إعطاء مزيدا من المعلومات حول هذه المسألة. وهناك الحكم التحكيمي المؤقت sentence provisoire الذي يهدف إلى البت بصفة مؤقتة في مسائل معينة قبل صدور الحكم النهائي.

وقد عرف الفقيه E. Gaillard الذي يتزعم الاتجاه الموسع حكم التحكيم بأنه " تصرف المحكمين الذي يفصل بشكل قطعي، وبصورة كلية أو جزئية في النزاع المعروف عليهم، سواء تعلق بموضوع النزاع أو الاختصاص أو بمسائل الاجراءات، وأدى إلى انتهاء الخصومة" 54

ثانيا: الاتجاه الضيق. يتزعم هذا الاتجاه الأساتذة: alalive، poudret، reymond، ويقتصرون في تعريفهم لحكم التحكيم " بأنه ذلك الذي ينصب على موضوع النزاع ويفصل بصفة نهائية في النزاع بشكل كلي أو جزئي. 55

وبمفهوم المخالفة، وفقا لهذا التعريف، فإن كل قرار تحكيمي لا يفصل في النزاع لا يعد من وجهة نظرهم حكما تحكيميا، فتخرج بذلك من تعريف الحكم التحكيمي، الأحكام التمهيدية والأحكام المؤقتة، والمسائل الاجرائية، وبشكل عام كل القرارات التحكيمية الصادرة عن محكمة التحكيم والتي لا تفصل بشكل قاطع وواضح في الطلب المقدم لها لا تعد احكاما تحكيمية بالمعنى الدقيق للحكم التحكيمي.

إلا أن الفقه والقضاء في معظمه لا يؤيد هذا الرأي، ويأخذ بالاتجاه الموسع. ومن الفقهاء الذين سايروا الاتجاه الموسع للأحكام التحكيمية الأستاذة "حفيظة السيد الحداد" التي عرفت الأحكام التحكيمية بقولها " بأن أحكام التحكيم تشمل جميع القرارات الصادرة عن المحكم والتي تفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة على المحكم، سواء كانت أحكام كلية تفصل في موضوع المنازعة ككل أم أحكاماً جزئية تفصل في شق منها، سواء تعلق هذه القرارات بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة⁵⁶"

كما أخذ بهذا الاتجاه الأستاذ "عيد محمد القصاص" الذي عرف حكم التحكيم بأنه "القرار الصادر عن هيئة التحكيم في الخصومة المنعقدة أمامها، سواء كان صادراً في موضوع هذه الخصومة كله، أو في جزء منه، أو في مسألة من المسائل الاجرائية"⁵⁷.

وقد سائر هذا الاتجاه القضاء الفرنسي، وهو ما ذهب إليه محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 05 ما رس 1994، والتي عرفت من خلاله الحكم التحكيمي بأنه " أعمال المحكمين التي تفصل بشكل حاسم ونهائي كلياً أو جزئياً في النزاع الذي عرض عليهم، سواء تعلق هذا الحكم بالموضوع أم بالاختصاص، أو تعلق الأمر بمسألة اجرائية والتي تؤدي بهم إلى إنهاء النزاع⁵⁸.

ومهما كانت الاختلافات الفقهية في شأن الحكم التحكيمي، فإن الحكم التحكيمي، باعتباره يعد عملاً قضائياً لا يختلف عن الأحكام القضائية الرسمية، يتطلب توفره على شروط شكلية وشروط موضوعية.

أولاً: الشروط الشكلية المطلوب توفرها في الحكم التحكيمي. les conditions de forms

من الشروط الشكلية التي يجب توفرها في الحكم التحكيمي أن يكون مكتوباً، وأن يحتوي على بيانات معينة.

أ يجب أن يكون حكم التحكيم مكتوبا، ومن ثم لا يعترف بالأحكام التي تتم شفاهة، وبالمقابل لم تشترط معظم التشريعات شكل هذه الكتابة ولا اللغة التي تحرر بها. وقد تركت هذه المسألة الى حرية الأطراف المتعاقدة.

ب: بيانات حكم التحكيم.

نصت المادة 1028 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري " يتضمن

حكم التحكيم البيانات الآتية:

1 اسم ولقب المحكم أو المحكمين.

2 تاريخ صدور الحكم.

3 مكان اصداره.

4 اسماء والقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها

الاجتماعي.

5 اسماء والقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الاطراف عند الاقتضاء."

وهذه البيانات يجب توفرها مجتمعة، وإلا تعرض الحكم التحكيمي للإبطال.

وأضافت المادة 1029 من قانون الاجراءات المدنية والادارية بيان آخر بنصها "

توقيع أحكام التحكيم من جميع المحكمين.

وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين الى ذلك.

ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين."

ثانيا: الشروط الموضوعية: les conditions de fond

الحكم التحكيمي لا يختلف من حيث الشروط الموضوعية التي يجب ان تتوفر

فيه عن تنفيذ الاحكام الأجنبية الاخرى.

وشروط تنفيذ الاحكام الاجنبية منصوص عليها في المادة 605 من قانون

الاجراءات المدنية والادارية وهي: ألا يتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص، وان يكون

حائزا لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه، الا يتعارض مع امر

او حكم او قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، واثير من المدعي عليه، والا

يتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر.

وبالإضافة الى هذه الشروط، هناك شروط اخرى وهي:

1- ان يصدر حكم التحكيم بعد اجراء المداولة يشارك فيها جميع المحكمين يناقشون من خلال هذه المداولة جميع الدفع التي صدرت من الاطراف. وهذا الاجراء ضروري يترتب على تخلفه بطلان الحكم التحكيمي. كما يجب ان تتم المداولة في سرية تامة، بهدف ضمان استقلال كل محكم فيما يبديه من اراء، دون ان يتأثر في ذلك بوجهة نظر الخصم الذي عينه، لان المحكم هنا يختلف دوره عن دور المحامي الذي قد يلجا اليه الخصم اذا ما اضطر هذا الاخير اللجوء الى القضاء.

2- ان يتضمن حكم التحكيم عرضا موجزا للنزاع.

نصت المادة 1027 من قانون الاجراءات المدنية والادارية " يجب ان تتضمن احكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الاطراف واوجه دفاعهم.

يجب ان تكون احكام التحكيم مسببة "

يستخلص من هذه المادة، أن المحكمين مطالبون أن يضمنوا حكمهم ملخص ادعاءات الأطراف وطلباتهم، ومستنداتهم التي اعتمدوا عليها في ادعاءاتهم، أو الاشارة اليها عن طريق الاحالة الى هذه التفاصيل المذكورة في مستنداتهم أو في مذكرة دفاعهم.

كما يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا.

لم يحصل اجماع في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي من بيان اسباب حكم التحكيم. فطبقا للمادة 48/3 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 يجب ان يكون حكم التحكيم مسببا 60، في حين ان المادة 32/3 من قواعد تحكيم لجنة الامم المتحدة لم تشترط تسبب الحكم، إذ نصت على ان " يبين في حكم التحكيم الاسباب التي بني عليها ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم بيان الاسباب التي بني عليها او ما لم يكن حكم التحكيم قد صدر بشروط متفق عليها بموجب المادة 30".

ووفقا لنظام التحكيم المعمول به في الغرفة التجارية الدولية الكائن مقرها ب باريس " يجب ان يصدر الحكم متضمنا لأسبابه وحيثياته ما لم يعبر الطرفان عن رغبتهما في عكس ذلك. كما عالجت الاتفاقية الاوروبية للتحكيم التجاري الدولي في المادة الثامنة منها اسباب حكم التحكيم معالجة خاصة، فقد ارسى هذه الاتفاقية

مبدأ عاما بمقتضاه يفترض ان الطرفين يتطلبان ان يكون الحكم مسببا، ثم اعفت المحكم من ذكر أسباب الحكم إذا أعلن الطرفان صراحة عدم ذكر الاسباب، او اذا كانت اجراءات التحكيم التي اتبعت قد انبثقت من نظام قانوني معين لم تجر فيه العادة على تسبب الحكم ولم يطلب الطرفان او احدهما صراحة تسببه قبل انتهاء الاجراءات، وهو ما يعني عدم وجوب تسبب الحكم اذا كان القانون الواجب التطبيق على الاجراءات لا يتطلب تسببه ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك 61.

واقترح أن يضاف إلى هذه المادة فقرة أخرى وتصاغ على النحو التالي:

يتعين أن يتضمن الحكم مقدار تكاليف التحكيم من إتعاب ومصاريف، والطرف الملزم بسدادها ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. وبدون ذكر ذلك لا يمكن تنفيذ الحكم التحكيمي في هذا الشق، ونتيجة لهذا الإغفال قد يدعو الأمر إلى رفع دعوى مستقلة للمطالبة بهذه المصاريف أو الأتعاب، وهذا من شأنه أن يفتح الباب للمقاضاة في نفس القضية بعد غلقها بموجب حكم تحكيمي نهائي، مما يطيل أمد النزاع بين الأطراف.

إجراءات استصدار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي والمحكمة المختصة بالتدابير والاجراءات في القانون الجزائي.

بالرجوع الى المادة 1046 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي نصت " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على ذلك ..."

يتضح أن المشرع الجزائري قد اكتفى بالإشارة الى المحكمة المختصة بطلب الأمر بالتنفيذ للتدابير المؤقتة أو التحفظية الى محكمة التحكيم.

ونصت المادة 1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل "

يستفاد من هذه المادة، أنه قبل استصدار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي إيداع الوثائق المذكورة في المادة 1052، وهي أصل حكم التحكيم مرفقا باتفاقية التحكيم أو

بنسخ منها، تستوفي شروط صحتها، تمهيدا لإجراء الرقابة على الحكم التحكيمي، والتأكد من جميع الشروط المطلوبة في تنفيذ الأحكام التحكيمية. وفي جميع الأحوال يجب إيداع أصل حكم التحكيم لدى أمانة ضبط الجهة المختصة.

أما أحكام التحكيم التحفظية أو المؤقتة التي أشارت إليها المادة 1046 المتعلقة بإجراءات تحفظية، والتي تكون عادة أثناء سير التحكيم، فلم تنص المادة 1053 بضرورة إيداعها لدى أمانة ضبط الجهة المختصة.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يشر إلى إلزام من صدر إلى صالحه الحكم التحكيمي بتقديم ترجمة باللغة العربية لحكم التحكيم الصادر بلغة أجنبية. ونعتقد أن إغفال هذا الأجراء يمس بالسيادة الوطنية.

كما لم يحدد المشرع الجزائري ميعادا لإيداع الحكم التحكيمي بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة، إذ لم تتضمن المادة 1053 التي تعالج إيداع حكم التحكيم لدى أمانة ضبط المحكمة تحديد ميعاد لهذا الإيداع.

ويقدم طلب تنفيذ حكم التحكيم بناء على عريضة ترفع إلى رئيس المحكمة التي تباشر في دائرة اختصاصها إجراءات التنفيذ، وقد أحالت المادة 1054 إلى المواد من 1035 إلى 1038 فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي.

ويكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها.

فالحكم التحكيمي النهائي، هو الحكم الذي يفصل في الخصومة بشكل نهائي، أو ما يسمى بالحكم المنهني للخصومة.

أما الحكم الجزئي، فهو الذي يفصل في أحد أو بعض الطلبات الموضوعية في الدعوى التحكيمية، بناء على طلب أحد الأطراف، أو تفصل فيه هيئة التحكيم من تلقاء نفسها، قبل أن تفصل في النزاع. 62

أو تقوم هيئة التحكيم بتحديد ما إذا كان المدعي أو المدعى عليه قد خرق الاتفاق المبرم بين طرفي النزاع دون الفصل في مقدار التعويض المستحق في تلك المرحلة. ومتى أصدرت قرارا جزئيا في مسألة ما، فإنها ترفع يدها عن تلك المسألة. 63

وفي جميع الحالات، فإن الحكم التحكيمي الجزئي، يقتصر على الفصل في جزء من المسألة اثناء السير في القضية بشكل نهائي.

والملاحظ أن الحكم الجزئي يحسم الخصومة في الجزء الذي فصل فيه، وتستمر الخصومة قائمة لباقي الطلبات التي لم يفصل فيها الحكم الجزئي.

أما بالنسبة للحكم التمهيدي أو التحضيري، فإنه لا يفصل في النزاع كلياً أو جزئياً، وإنما يهدف الى التمهيد لإصدار حكم موضوعي أو وقتي، فهو إذن ليس حكماً منهيّاً للخصومة كما أنه ليس حكماً وقتياً، لأنه لا يفصل في طلب مؤقت أو مستعجل.

ومن أمثلة الأحكام التمهيدية التي تصدرها هيئة التحكيم الدفع بعدم قبول الدعوى، أو في عدم اختصاص الهيئة التحكيمية، أو الحكم الصادر بتعيين خبير.

كما يجوز لمحكمة التحكيم أن تصدر أحكاماً وقتية، عملاً بالمادة 1046 التي نصت " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك.

إذا لم يقر الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

ويتضح من هذه المادة أن لهيئة التحكيم سلطة إصدار أحكام وقتية أو مستعجلة، قبل أن تصدر حكمها النهائي في الموضوع، بناء على طلب أحد الأطراف.

لكن سلطتها هذه مقيدة بعدم وجود اتفاق يقضي بغير ذلك.

وتستطيع محكمة التحكيم إجبار الطرف الآخر على التنفيذ، إذا لم يقر بالتنفيذ بمحض إرادته عن طريق تقديم طلب للمحكمة المختصة لتتولى بنفسها إجبار الطرف الذي رفض التنفيذ، ويطبق في هذه القضية قانون دولة القاضي الواقع في دائرتها التنفيذ.

ويلاحظ على هذه المادة أنها جاءت متفقة مع المادة 26 / 2 وما بعدها من القانون النمطي للأمم المتحدة Mode_ Law الصادر في سنة 1985 التي نصت: " يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر أيّاً من الطرفين، بناء على طلب أحدهما، باتخاذ أي تدبير وقائي مؤقت تراه ضرورياً بالنسبة الى موضوع النزاع ما لم يتفق الطرفان على

خلاف ذلك. ولهيئة التحكيم أن تطلب من أي من الطرفين تقديم ضمان مناسب فيما يتصل بهذا التدبير*".

ومعلوم أن التدابير الوقائية أو الاستعجالية يتطلب اتخاذها توفر حالة الاستعجال والخشية من فوات الوقت، وأن يطلب أحد الطرفين من هيئة التحكيم اتخاذ التدبير الوقائي أو التحفظي.

وبمعنى أوضح فإن هيئة التحكيم لا تقضي بإصدار الأمر الوقائي أو التحفظي من تلقاء نفسها.

كما أن لهيئة التحكيم أن تقدر مدى توفر حالة الاستعجال من عدمها، لأن هيئة التحكيم سيادة في قراراتها، ومن صلاحيتها كذلك ألا تستجيب لطلب الخصم إن كانت الظروف لا تبرر تدخله بإصدار الأمر الاستعجالي أو التحفظي.

وأخيرا نتساءل متى يصير الحكم التحكيمي قابلا للتنفيذ الجبري؟

مما لا شك فيه أن الحكم التحكيمي، إذا وصل الى مرحلة التنفيذ الجبري، ولم يتم التنفيذ وديا ففي هذه الحالة لن يكون هذا الحكم صالحا بذاته للتنفيذ، وإنما يحتاج الأمر الى اكسائه بالصيغة التنفيذية من المحكمة المختصة، بعد خضوعه للتحقق من شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية المنصوص عليها في المادة 605 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

ومعلوم أن بعض التشريعات أوصدت الباب أمام الأطراف باتباع أي طريق من طرق الاستئناف العادية أو غير العادية بالنسبة للحكم التحكيمي، وأبقت فقط على الطعن بالبطلان، إذا توفرت شروطه.

ومن التشريعات التي ألغت الطعن بالاستئناف والطعن بالنقض في الحكم التحكيمي، قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي الصادر بمرسوم القانون رقم 38 لسنة 1980، إذ نصت المادة 186 منه " لا يجوز استئناف حكم المحكم إلا إذا اتفق الخصوم قبل صدوره على خلاف ذلك، ويرفع الاستئناف عندئذ أمام المحكمة الكلية بهيئة استئنافية ويخضع للقواعد المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة من المحاكم، ويبدأ ميعاده من تاريخ إيداع أصل الحكم لدى إدارة الكتاب وفقا للمادة 184".

ومع ذلك لا يكون الحكم قابلا للاستئناف إذا كان الحكم مفوضا بالصلح أو كان محكما في الاستئناف أو كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز ألف دينار، أو كان الحكم صادرا من الهيئة المنصوص عليها في المادة 177.

ويجوز لكل ذي شأن أن يطلب بطلان حكم المحكمة الصادر نهائيا وذلك في الأحوال التالية:

أ " إذا صدر بغير اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاق تحكيم باطل أو سقط بتجاوزه الميعاد أو إذا كان الحكم قد خرج عن حدود الاتفاق على التحكيم.

ب إذا تحقق سبب من الأسباب التي يجوز من أجلها التماس إعادة النظر.

ج إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثرت في الحكم "

ونصت المادة 125 من نفس القانون السالف الذكر " لا يكون حكم المحكمة قابلا للتنفيذ الا بأمر يصدره رئيس المحكمة التي أودع الحكم إدارتها كتابها بناء على طلب أحد ذوي الشأن، وذلك بعد الاطلاع على الحكم وعلى اتفاق التحكيم وبعد التثبت من انتفاء موانع تنفيذه، وانقضاء ميعاد الاستئناف إذا كان الحكم قابلا له وغير مشمول بالنفذ المعجل، ويوص عامر التنفيذ بذيل أصل الحكم "64.

وقانون المرافعات المصري رقم 27 الصادر سنة 1994 والذي نص في المادة 1/52 على أنه " لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقا لأحكام هذا القانون الطعن فيها باي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية".

وفي هذه الفقرة يقول الدكتور "ممدوح عبد الحميد عبد المطلب والأستاذة إنعام السيد الدسوقي"

أوصد المشرع (المصري) الباب وأقام نوعا من الحصانة المتميزة لأحكام التحكيم، فهي تسمو حتى على أحكام القضاء التي تخضع للمراجعة موضوعا وشكلا في الاستئناف. فضلا عن إمكان الطعن فيها بالتماس إعادة النظر.

ويضيف الدكتور " ممدوح عبد الحميد عبد المطلب " والأستاذة "إنعام السيد الدسوقي" وتتمتع بهذه الحصانة كل أحكام التحكيم التي تصدر وفقا لأحكام

التحكيم التي تصدر طبقا لهذا القانون 65. وبالتالي تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضي فيه.

والحجية معناها هنا أنها تغل يد أطراف هذا الحكم الذي صدر من إعادة طرحه مرة أخرى أمام القضاء فيما فصل فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجة ويصبح ساريا فيما قضى به في مواجهة جميع الأطراف، ولا يجوز إثارة النزاع بشأن هذه المسألة مرة أخرى، لسبق الفصل في الدعوى، ويصبح الحكم التحكيمي محصنا باتحاد السبب والموضوع والصفة، ولكل طرف ان يتمسك بهذه الحجية في مواجهة الطرف الآخر.

فالحجية تنسب للأحكام التي تفصل في الحقوق المدعى بها أو المتنازع عليها، أو تلك التي تثبت هذه الحقوق، وتتخذ من هذه الحقوق معيارا لضبط وتحديد نطاق حجية هذه الاحكام 66.

غير ان القضاء الفرنسي، ممثلا في احكام محكمة النقض الفرنسية ذهب الى عدم الاعتراف بأحكام المحكمين واشترط لكي تتمتع بالحجية الحصول على امر التنفيذ، فقبل صدور الحكم بتنفيذها، فان حكم المحكمين لا تكون له طبيعة الاحكام القضائية.

وتأكيدا على ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية سنة 1959 بعدم جواز الطعن بالاستئناف في حكم المحكمين قبل الأمر بتنفيذه. وفي تطور لاحق قضت الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في سنة 1972 بأنه " ليس هناك قاعدة من قواعد النظام العام تتعارض مع استئناف حكم المحكمين قبل صدور الأمر بتنفيذه."

لكن بعد صدور حكم الدائرة التجارية في 03 فبراير 1981 والذي صدر في ظل القانون السابق على التعديل والذي ادخل على نصوص التحكيم الواردة في قانون المرافعات الفرنسي.

وبدأ من هذا التاريخ سلم القضاء الفرنسي وبدون تحفظ بحجية الحكم المقضي لحكم المحكمين.

ونص المشرع الفرنسي في المادة 1/1484 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد «أن حكم المحكمين يحوز حجية الشيء المقضي بمجرد صدوره بالنسبة للمنازعة التي حسمها».*

** يتبع في العدد القادم من المجلة :

المحور الرابع والأخير: " طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي"

الهوامش:

(35) د. هشام علي صادق . المرجع السابق .ص. 90
(36) انظر الاشارة الى هذه القضية في مؤلف الدكتور هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. ط. 2014، /دار الفكر الجامعي .الاسكندرية . ص. 89
* Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international

(37) د. هشام علي صادق . المرجع السابق .ص. 90

(38) www.mamadoukounate.com

(39) Nadège KAMARIYAGWE = www.memoireonline.com

(40) د.محمد ابراهيم موسى .انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية .ط.2007.دار الجامعة الجديدة ص.57

(41) مشار اليه في مؤلف: Antoine KASSIS المرجع السابق .ص. 295

(42) انظر نفس المؤلف. المرجع السابق. ص. 305

(43) l'article 13 du règlement d'arbitrage de la CCI dispose que « A défaut d'indication par les parties du droit applicable, l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée »

(44) يعلق البروفسور فايز الحاج شاهين على قرار محكمة الاستئناف المدنية اللبنانية في بيروت الغرفة الثالثة. قرار صدر بتاريخ 2007 /10/16

أولا: في الشكل:

حيث أن الطعن مقدم ضمن المهلة القانونية مستوفيا الشروط الشكلية كافة فيكون مقبولا شكلا لهذه الجهة وحيث أن المطلوب الإبطال بوجهه اثار مسالة مدى قابلية القرار التحكيمي للطعن على حدة وفق نص المادة 804 م.م (اصول محاكمات مدنية) معطوفة على المادة 615 م.م لصدوره قبل صدور قرار تحكيمي نهائي يعين مصفي الشركة ويحدد مهمته،

وحيث وان كان واضحا من نص المادة 615 م.م عدم جواز الطعن في الأحكام الصادرة أثناء المحاكمة إلا مع الحكم النهائي، إلا أن القرار المطعون فيه، وان قضى بفتح المحاكمة للسير بإجراءات تصفية الشركة، إلا انه قرار فصل كافة نقاط النزاع المثارة وأعطى كل نقطة الحل الذي وجده المحكمون مناسبا، بحيث يمكن وصفه بأنه قرار نهائي انتهت به المحكمة ولم يبق أمام الهيئة التحكيمية إلا الانتقال إلى المرحلة التنفيذية لقرارها القاصي بإعلان انتهاء مدة الشركة، أي السير بإجراءات التصفية، فلا تنطبق بالتالي أحكام المادة 615 م.م . المذكورة على هذا الوضع، فيقتضي رد ما أثاره المطلوب بوجهه، وقبول الطعن شكلا لهذه الجهة كذلك.

ثانيا: في الأساس:

حيث ان طالبي الإبطال يطعنون في القرار استنادا إلى أسباب سبتحتها المحكمة بالقدر المفيد لحسم القضية.

1 في السبب الأول:

حيث أن طالبي الإبطال يدلون تحت هذا السبب بان إبطال او انتهاء العقد المتضمن بندا تحكيميا يؤدي إلى بطلان او زوال البند التحكيمي لان مصير هذا الأخير يتبع حتما مصير العقد انطلاقا من قاعدة الفرع يتبع الأصل، و قاعدة عدم استقلالية البند التحكيمي، وان خصمهم يطالب بإنهاء عقد الشركة مما يحتم سقوط البند التحكيمي،

وحيث أن من المسلم به فقها واجتهادا لا يخفي على الملمين بشؤون التحكيم، كما ان اجتهاد هذه المحكمة مستقر على تكريس استقلال البند التحكيمي عن العقد الذي يتضمنه بحيث يبقى البند التحكيمي نافذا بالرغم من بطلان

النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر

العقد، ومبرر ذلك ان طرح مسالة بطلان العقد من قبل الفرقاء لا يمكن أن يجد حلا إلا من خلال أعمال البند التحكيمي الذي يعطي المحكم الاختصاص للبحث في المسألة المذكورة، بحيث البند التحكيمي متمتعاً بكيان قانوني مستقل عن العقد ولو حواهما صك واحد، فيقتضي رد ما ورد تحت السبب المذكور.

2 في مجموعة الأسباب المتصلة بعدم تطبيق مبادئ الإنصاف (الأسباب 3،4،6،7،8) حيث أن طالبي الإبطال يدلون بجملة أسباب يأخذون فيها على القرار التحكيمي عدم اعتماد مبادئ الإنصاف لحل النزاع بين الفريقين مكتفياً بتطبيق القانون ومعتمداً بعض الاجتهاد الفرنسي دون أن يتبين مدى توافق ذلك مع الإنصاف، فأعلن مدة الشركة بالاستناد إلى نصوص قانونية أخطأ في تفسيرها، مفترضا انه حتى ولو تعسف احد الشركاء في حقه بالانسحاب من الشركة فان هذا التعسف يؤدي حصرا إلى الحق بالمطالبة بالاعطل والضرر كما أخطأ القرار إذ جزم بعدم حق المحكمين بالحلول محل إرادة الفرقاء في أمور مصيرية كمدة الشركة ن وهو في ذلك لم يتوصل إلى حل تهنئة،

وحيث ان المطلوب الإبطال بوجهه يرد مدليا بان الحل الذي توصل إليه القرار ينطبق على الشركة والقواعد الإلزامية التي ترعى شركات الأشخاص وأيضا على قواعد الإنصاف ن وانه يحق للمحكم تطبيق قواعد القانون، خاصة إذا كانت منصفة، وان القرار المطعون فيه اعتمد مبادئ الإنصاف، إذ اعتبر انه لا يستطيع الحل، حتى في التحكيم المطلق محل إرادة الفرقاء في أمور مصيرية كمدة الشركة. وحيث يستنتج مما تقدم أن جوهر ما أدلى به الطرفان يطرح أمام هذه المحكمة مسألة معرفة ما إذا كانت الهيئة التحكيمية المطعون بقرارها والمكلفة بتحكيم مطلق خرجت أم لا عن حدود المهمة المحددة لها في البند التحكيمي لجهة عدم اعتمادها مبادئ الإنصاف في حسم النزاع.

وحيث يتبين من القرار المطعون فيه انه توصل الى عدم تمديد مدة الشركة استنادا الى نظامها والى رغبة أحد الشركاء، معتبرا انه لا يجوز للهيئة التحكيمية، وان كان التحكيم مطلقا ان تحل محل إرادة الفرقاء باستنباط شروط جوهرية تتعلق بمدة الشركة غير واردة في نص النظام التأسيسي، وان تحل محل إرادة الشركاء في امور مصيرية كمدة الشركة، وان تعسف احد الشركاء في حال ثبوته، لا يمكن ان يؤدي الى اعطاء الهيئة التحكيمية صلاحية تمديد مدة الشركة، بل منح الشركاء المطلوب التحكيم بوجههم حق المطالبة بالاعطل والضرر.

وحيث من المسلم به في الفقه والاجتهاد الحديثين ان المحكم المطلق له أن يختار بين اثنين: إما أن يطبق قواعد القانون أو العقد على أن يتبين في تعليقه مدى توافق هذه القواعد مع مبادئ الإنصاف، وهذا ما اخذ به اجتهاد هذه المحكمة في مناسبات عديدة، وإما أن يعتمد مبادئ الإنصاف متجاوزا ما ورد في العقد من بنود لا تبدو له عادلة أو منصفة، فيعدل المسار الذي رسمه الفرقاء لعلاقتهم التعاقدية كي يأتي حله للنزاع متمسا بمسحة من الإنصاف فيكون بذلك قد قام تليين ما ورد في العق من بنود جامدة وقاسية لا تخدم بالنتيجة روح العقد ومصالحة الفرقاء المتنازعين:

بهذا المعنى يضيف البروفسور فايز الحاج شاهين مدعما تعليقه بعدة مصادر. ويقول: حيث ان تجاوز المحكم لما ورد في العقد من بنود لا تبدو له منصفة يجد تبريره في ان النصوص التعاقدية، طالما لا تتعلق بالنظام العام، هي ذات طابع مكمل caractère supplétif مما يعطي المحكم المطلق مجالاً لتعديلها وتلطيفها :

Il ya un pouvoir modérateur ou un pouvoir de modification

وحيث يعزز ما تقدم انه من طبيعة التحكيم المطلق الذي توافق عليه المتنازعون أن يكون باستطاعة المحكمين إضفاء الطابع المنصف على الحل الذي يقررونه للنزاع المطروح عليهم، ولو تعارض الحل أحيانا مع ما ورد في العقد من نصوص، فيكون من واجبهم، وهم محكومون مطلقون، أن يستنبطوا في سبيل ذلك بمبادئ الإنصاف، حتى لو اضطروا إلى تجاوز واستبعاد ما قد تضمنه العقد من بنود لا تتسم بالعدالة، مهما تنوعت هذه البنود أو تعددت، أو حتى مهما اتسمت هذه البنود بطابع هام أو " مصيري " وفق تعبير القرار المطعون فيه، فالمهم فقط بالنسبة للمحكمين، وهذا أمر أساسي أن يتصدوا للمسألة المطروحة عليهم وتحديد ما إذا كانت مبادئ الإنصاف تبرر لجونهم إلى تلطيف البنود التعاقدية لتأتي منسجمة مع حلول منصفة لا يمكن أن تضر بمصلحة أي من الفرقاء المتنازعين، فلا يمكنهم بالتالي أن يتصلوا من هذه المهمة بحجة عدم تمكنهم من مخالفة بنود العقد الصريحة .

وحيث أن متابعة الاجتهاد الفرنسي الحديث تدل على انه أصبح يميل بشكل واضح إلى تكريس سلطة المحكم المطلق في التدخل في العقد وتعديل بعض بنوده لمصلحة تطبيق مبادئ الإنصاف، وهذا يدخل مباشرة في صلب مهمته

وحيث أن المحكمة تعتبر أن مبادرة المحكم المطلق الى تطبيق مبادئ الإنصاف لا يعني أبدا هدماً لقوة العقد الملزمة للفرقاء، إذ أن هؤلاء بتضمينهم العقد أو النظام بنوداً تحكيمياً مطلقاً، وهو بند أساسي غير منفصل عن

العقد، يعني قبولهم المسبق بمفاعيل هذا البند من حيث إعطاء المحكم إمكانية تطبيق مبادئ الإنصاف ولو اقتضى الأمر إلى ذلك تعديل أو تلطيف أو حتى الخروج عن بعض البنود التعاقدية، طالما لا تتعلق هذه البنود بالنظام العام، فلا يمكنهم بالتالي أن يستبعدوا مبادئ الإنصاف بحجة تعارضها مع بعض بنود العقد، مهما كانت هذه البنود،

وحيث أن التعليل المتقدم يقود إلى القول أن المحكمين في هذه القضية إذ اعتبروا أنه لا يجوز لهم وإن كان التحكيم مطلقاً أن يحلوا محل إرادة الشركاء في أمور مصيرية كمدة الشركة، يكونون قد خرجوا عن المهمة التي أولاهم إياها الفرقاء، وذلك بغض النظر عن الحل الذي كانوا سيعتمدونه فيما لو طبقوا مبادئ الإنصاف خاصة وإن البند المتعلق بمدة الشركة مهما كان مهماً، ليس نصاً إلزامياً ومتعلقاً بالنظام العام ليمنع اللجوء إلى مبادئ الإنصاف حتى ولو جاء حلهم مستنداً إلى قواعد القانون أو بنود العقد، فيكونون فيما ذهبوا إليه باعتبارهم أنه لا يجوز لهم تطبيق قواعد الإنصاف في أمور مصيرية كمدة الشركة والحلول محل إرادة الفرقاء قد عرضوا قرارهم للإبطال لخروجهم عن المهمة المحددة لهم وفق البند 3 من المادة 800 م.م،

وحيث يقتضي بنتيجة كل ما تقدم إبطال القرار المطعون فيه وعدم البحث في سائر أسباب الإبطال لعدم الفائدة من ذلك.

وحيث يقتضي بعد هذه النتيجة وعملاً بنص المادة 801 م.م. فتح المحاكمة ونشر الدعوى في الأساس وتكليف الفريقين بتقديم دفاعهم على أساس النزاع .

لذلك تقرر بإجماع:

1 قبول الطعن شكلاً.

2 إبطال القرار التحكيمي المطعون فيه.

3 فتح المحكمة وتكليف الفريقين بتقديم ما لديهم من دفاع في الأساس وإرجاء الجلسة إلى يوم الخميس الواقع في

2008/1/31. (مجلة التحكيم. العدد الرابع. (أكتوبر) 2009 ص.364 وما بعدها.

C.C.I n* 5717 qui a déclaré que « l'article 13 du règlement CCI donne à l'arbitre (45 le pouvoir discrétionnaire de choisir la loi applicable au contrat en l'absence de choix effectué par les parties ...Celui-ci est libre de se référer à tout système de conflit de la loi auquel il a accès et n'est aucunement obligé de donner préférence à l'un systèmes sur un autre ».sentence CCI N* 5717 .RENDUE en 1988 .Bulletin de la CCI 1990. 22 VOIR. Mme Besma ARFAOUI. L'INTERPRETATION ARBITRALE DU CONTRAT DE COMMERCE INTERNATIONAL.THESE DE DOCTORAT EN DROIT PRIVÉ.2007 8 2008. UNIVERSITE DE LIMOGES.P.54

(46) أ.م.د.مظفر ناصر حسين . المرجع السابق.ص.17

(47) شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، بحث مقدم من طرف الأستاذ المدرس المساعد غسان محمد عبيد المعموري. كلية الحقوق. جامعة كربلاء. بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق.. المجلد الأول، العدد الثاني..2009. ص.172.

<https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aid=19142>

(48) شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، بحث مقدم من طرف الأستاذ المدرس المساعد غسان محمد عبيد المعموري. كلية الحقوق. جامعة كربلاء. بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق.. المجلد الأول، العدد الثاني..2009. ص.172.

<https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aid=19142>

(49) أميرة المرضي عوض كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكويت. النظام القانوني لشرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي. المجلة العربية للبحوث في القانون والاقتصاد. المجلد الأول، العدد الأول، أغسطس

2020. ص. 8 دار الراصد للنشر. https://www.alraafid.com/ajrle/vol1_issue1/1-26.pdf

(50) أ. هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. ط. 2014. دار الفكر الجامعي. ص. 134

(51) مشار إلى ذات التعريف في مؤلف ازاد شكور صالح. الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية. دراسة مقارنة. ط. 2016. ص.0. 75. المؤسسة الحديثة للكتاب. لبنان.

(52) ويقصد بشرط التجميد أو الثبات في " قانون العقد" كما ورد في تعريف wikipedia "أنه لا يمكن تعديل العقد أو المساس بحد عناصره أو كل عناصره أثناء التنفيذ ". En droit des contrats, une clause de stabilisation désigne une clause contractuelle rendant intangible la nature ou l'exécution d'un ou plusieurs éléments du contrat

Author: Jean-Marc LONCLE et Damien PHILIBERT-POLLE. Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement

Type : Article : Les clauses de stabilisation dans les accords de développement économique ou dans les contrats d'État constituent l'instrument le plus efficace à la disposition de l'investisseur étranger souhaitant se prémunir contre le risque de change in law. Ces clauses sont d'autant plus efficaces qu'elles sont souscrites par l'État d'accueil lui-même ou avec son accord : leur objet n'est donc pas d'attribuer à une partie la charge d'un éventuel changement législatif pénalisant pour l'investisseur ou d'en effacer les conséquences dommageables, mais de créer au bénéfice de ce dernier un cadre juridique ad hoc, régime exceptionnel que seul peut lui accorder un cocontractant bénéficiant de la personnalité juridique internationale. Les parties sont libres, en fonction de l'étendue de la protection recherchée, d'avoir recours à des clauses plus ou moins larges, figeant seulement une partie de la législation de l'État d'accueil ou alors l'intégralité de celle-ci. Elles peuvent également compléter ce type de dispositif par des clauses d'intangibilité destinées, entre autres chose, à empêcher la modification unilatérale du contrat par ce même État.

L'efficacité de ce type de clause dépend naturellement de la faculté des États à pouvoir en écarter l'application. Une fois n'est pas coutume, c'est dans le droit des nationalisations d'investissements étrangers, aléas que les clauses de stabilisation se proposent pourtant de limiter, qu'il convient de rechercher la principale faiblesse de ce type de protection. [https : www.iblj.com](https://www.iblj.com)

(54) د. احمد عبد الكريم سلامة. مدونة ابحاث في القانون الدولي الخاص. ط1. بدون تاريخ. دار النهضة العربية. القاهرة. ص. 665

(55) د. محمد عبد المجيد اسماعيل. عقود الاشغال الدولية ط. 2000. القاهرة .

(56) خصومة التحكيم وفقا لقواعد التحكيم لدى مركز التحكيم التجاري لمجلس التعاون لدى الخليج العربية.

Microsoft word

(57) د. احمد عبد الكريم سلامة. المرجع السابق ص. 617

(58) المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لسنة 1958

(1) تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم.

(2) يقصد " باتفاق مكتوب" شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة - أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق.

(3) على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق.

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales (1958)

(étrangères (New York, 1958

Article : 2/1 « On entend par "sentences arbitrales" non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises.

E. Gaillard. Arbitrage commercial international, sentence arbitral, (60

procedur, J.C.I.D.R. inter., fasc586.9.2.n.7 انظر هذا التعريف في رسالة دكتوراه، للدكتورة زروق نوال. الرقابة على اعمال المحكمين في ظل التحكيم التجاري الدولي. كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة

سطيف 2014. 2. 2015 ص. 56

Lalive, Pierre . Poudret, Jean-François, Prof. Dr.Reymond Claude (le droit de)61
l'arbitrage interne et international en suisse (la loi fédérale du 18/12.1987.

<http://www.helbing.ch>

(62) أد. حفيظة السيد الحداد. الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. منشورات الحلبي
الحقوقية، بيروت ط. 2007. ص. 300

(63) عيد محمد القصاص. حكم التحكيم. دار النهضة العربية، القاهرة. ط. 2003. ص. 70

Cass. civ. 1re, 12 oct. 2011, Rev. arb., 2012.86, note F.-X. TRAIN. Cette (64
définition a été introduite par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt Sardisud du 25
mars 1994 (Rev. arb., 1994.391, note Ch. JARROSSON. Voir aussi François-Xavier
TRAIN. RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES SENTENCES
ARBITRALES ÉTRANGÈRES : LE DROIT FRANÇAIS AU PRISME DE LA
. CONVENTION DE NEW YORK

https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2014_num_66_2_20387

Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre (65
Etats et Ressortissants d'autres Etats Conclue à Washington le 18 mars 1965 Signée
par la Suisse le 22 septembre 1967 Approuvée par l'Assemblée fédérale le 12 mars
1968 Instrument de ratification déposé par la Suisse le 15 mai 1968 Entrée en
(vigueur pour la Suisse le 14 juin 1968 (Etat le 18 mai 2007

Le Tribunal statue sur toute question à la majorité des voix de tous ses (1) 66
membres. (2) La sentence est rendue par écrit ; elle est signée par les membres du
Tribunal qui se sont prononcés en sa faveur. Protection des investissements 14
0.975.2 (3) La sentence doit répondre à tous les chefs de conclusions soumises au
Tribunal et doit être motivée. (4) Tout membre du Tribunal peut faire joindre à la
sentence soit son opinion particulière – qu'il partage ou non l'avis de la majorité –
soit la mention de son dissentiment. (5) Le Centre ne publie aucune sentence sans le
.consentement des parties

عوائق وتحديات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام

فوزية هامل أستاذة مساعد -أ-
كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة سطيف 02.
التخصص: علم الإجرام وعلم العقاب.

ملخص:

لقد أقرت السياسة العقابية الحديثة عقوبات بديلة عن الحبس القصير المدة، هذا الأخير الذي اثبت عدم نجاعته في إعادة التأهيل، وتبنى المشرع الجزائري العقوبات البديلة بموجب التعديل 01-09 لقانون العقوبات، ومن بين العقوبات التي نص عليها المشرع الجزائري بموجب تعديل قانون العقوبات هي عقوبة العمل للنفع العام، التي اتبعها المشرع بالمنشور رقم 2 المؤرخ في 21 أفريل 2009 الذي يحدد تطبيق هذه العقوبة، وهو ما سنتطرق له من خلال هذه الورقة البحثية التي يتم فيها توضيح شروط تطبيق عقوبة العمل للنفع العام والعوائق التي تعترضها.

الكلمات المفتاحية: العمل للنفع العام، بدائل، عوائق، تحديات، إعادة ادماج، المحبوسين.

Abstract:

The recent punitive policy has approved alternative penalties instead of short-term imprisonment, which has proven ineffective in rehabilitation. The Algerian legislature has adopted alternative penalties under Amendment 01-09 to the Penal Code, and among these penalties is the penalty of community service, which the

legislature has specified in Circular No. 2 dated April 21, 2009, that clarifies the conditions for the application of this penalty.

Keywords: community service, alternatives, obstacles, challenges, rehabilitation, prisoners

مقدمة:

لقد أثبتت التجارب العملية والدراسات النظرية عدم فعالية العقوبات السجنية خاصة القصيرة المدة منها في إعادة تأهيل المحكوم عليه وإعادة ادماجه من جديد كفرد صالح في المجتمع، لم لهذه العقوبة من آثار سواء على المحكوم عليه أو على نفسيته أو حياته العملية أو الاجتماعية ، أو حتى على مجتمعه، بل في معظم الحالات يسجل عودة هؤلاء المسجونين للإجرام مرة أخرى، لذا لجأت السياسة العقابية الحديثة لإيجاد بديل عنها يكون له الدور الفعال في إعادة تأهيل المحكوم عليه وإدماجه بسهولة في المجتمع دون أن تمس بكرامته أو توصله بوصمة العار التي تلحقه حيثما حل، وتعود بالضرر عليه وعلى عائلته وعلى وظيفته، فكانت من هذه البدائل التي استحدثها المشرع الجزائري في 2009 هي عقوبة العمل للنفع العام، هذه الأخيرة التي تعد من أهم البدائل التي أخذت بها معظم التشريعات، لذلك جاءت إشكالية هذه الورقة البحثية تتمحور حول ما مدى فعالية عقوبة النفع العام في إعادة تأهيل وإصلاح المحبوسين؟

لمعالجة هذه الإشكالية نتناولها من خلال محورين: حيث نتطرق في المحور الأول لماهية عقوبة العمل للنفع العام، أما المحور الثاني فنتطرق فيه لإجراءات تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام وعوائق تطبيقها.

المحور الأول: ماهية عقوبة العمل للنفع العام

نتطرق في هذا المحور إلى تعريف عقوبة العمل للنفع العام وخصائصها، كما نتطرق لشروط تطبيقها من خلال العناصر الآتية:

أولاً: تعريف عقوبة العمل للنفع العام:

تعد عقوبة العمل للنفع من الأنظمة المستحدثة في السياسة العقابية الحديثة التي تسعى التشريعات من خلالها إعادة تأهيل المحبوسين وتجنبيهم دخول المؤسسات العقابية، ومغباتها ومساوئ عقوبة الحبس القصير المدة، ولقد نهج المشرع الجزائري نهج باقي التشريعات فنص عليها في الفصل الأول مكرر تحت عنوان العمل للنفع العام في المواد 5 مكرر 1 الى المادة 5 مكرر 5 من قانون العقوبات، ولقد أخذ به المشرع في سنة 2009.¹

وسنتعرض لمختلف تعريفات عقوبة العمل للنفع العام، الفقهية منها والتشريعية حسب التفصيل الآتي:

أ- التعريف الفقهي لعقوبة العمل للنفع العام:

يقصد بعقوبة العمل للنفع العام هو أداء المحكوم عليه العمل للصالح العام ويكون هذا العمل دون مقابل، ويستفيد من هذا النظام في الغالب غير مسبوقين قضائياً، والعمل الذي يقدمونه في الغالب يكون لدى الأشخاص المعنوية وإحدى الجمعيات التي تقوم بعمل للمصلحة العامة.² أما المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي لقد عرفت العمل للنفع العام على أنه: " قرار قضائي يسمح لجانح بالتعويض عن الضرر الذي ألحقه بالمجتمع، وذلك بالقيام بعمل يفيد المجتمع بدل من الذهاب إلي السجن"³

في حين الفقه الفرنسي فعرفه بأنه " Le travail d'intérêt général (TIG) est un travail gratuit effectué dans une » association ou un service public. C'est une peine qui peut être proposée à l'auteur de certaines infractions, qui avait au moins 13 ans au moment des faits, et qui a plus de 16 ans au moment du jugement. Il doit donner son accord. Le TIG peut être prononcé comme peine principale, peine

complémentaire, peine de conversion d'une peine ferme ou comme
4. « obligation imposée dans le cadre d'un sursis probatoire

ب - التعريف التشريعي لعقوبة العمل للنفع العام:

لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف عقوبة العمل للنفع العام إلا أنه عمد إلى تحديد شروطها بموجب نص المادة 5 مكرر 1 من قانون العقوبات بما يلي: "يمكن الجهة القضائية أن تستبدل عقوبة الحبس المنطوق بها بقيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام بدون أجر، لمدة تتراوح بين أربعين (40) ساعة وستمائة (600) ساعة، بحساب ساعتين (2) عن كل يوم حبس، في أجل أقصاه ثمانية عشر (18) شهرا، لدى شخص معنوي من القانون العام، وذلك بتوافر الشروط الآتية:

1 - إذا كان المتهم غير مسبوق قضائيا،

2 - إذا كان المتهم يبلغ من العمر 16 سنة على الأقل وقت ارتكاب الوقائع

المجرمة،

3 - إذا كانت عقوبة الجريمة المرتكبة لا تتجاوز ثلاث (3) سنوات حبسا،

4 - إذا كانت العقوبة المنطوق بها لا تتجاوز سنة حبسا.

يجب أن لا تقل مدة العمل للنفع العام المنطوق بها في حق القاصر عن عشرين (20) ساعة وأن لا تزيد عن ثلاثمائة (300) ساعة.

يتم النطق بعقوبة العمل للنفع العام في حضور المحكوم عليه. ويتعين على الجهة القضائية قبل النطق بهذه العقوبة إعلامه بحقه في قبولها أو رفضها والتنويه بذلك في الحكم.⁵

يتضح من التعريفات السابقة سواء الفقهية أو التشريعية أنها تجتمع في كون عقوبة العمل للنفع العام عقوبة مفادها تقديم عمل للصالح العام دون أجر، وتكون كبديل عن العقوبة السجنية، كما أن هذه العقوبة يستفاد منها البالغين والقصر على حد سواء وتكون بتوافر شروط معينة.

ثانيا: خصائص عقوبة العمل للنفع العام

تمتاز عقوبة العمل للنفع العام بعدة خصائص وهي نفس خصائص العقوبة وتتمثل أهمها:

أ- عقوبة العمل للنفع العام من خصائصها أنها شرعية وشخصية: تخضع عقوبة العمل للنفع العام لمبدأ الشرعية فلا جريمة ولا عقوبة الا بنص قانوني، حيث نص المشرع الجزائري على هذه العقوبة بنص المادة 5 مكررا 1 من قانون العقوبات، والمادة 05 من قانون تنظيم السجون بقولها " تتولى إدارة السجون ضمان تطبيق العقوبات السالبة للحرية والتدابير الأمنية، والعقوبات البديلة، وفقا للقانون"⁶.

وباعتبار خضوع عقوبة العمل للنفع العام لمبدأ الشرعية فهذا يعني أنها شخصية كذلك بمعنى أنها تطبق على الشخص مرتكب الجريمة دون غيره، ويستوي الأمر أن يكون فاعلا أصليا أو شريكا⁷.

ب- عقوبة العمل للنفع من خصائصها أنها قضائية:

يقصد بقضائية عقوبة العمل للنفع العام أنها تصدر بموجب حكم قضائي يدين ويثبت التهمة على الجاني ويصدر من المحكمة المختصة، ولا يمكن أن تصدر من قبل الهيئات الإدارية سواء التابعة لإدارة السجون أو المؤسسات التي تنفذ عندها عقوبة العمل للنفع العام⁸.

ج- عقوبة العمل للنفع العام تقوم على الرضائية:

بمعنى أن القاضي لا يمكنه استبدال العقوبة الأصلية بعقوبة العمل للنفع العام الا بعد موافقة المحكوم عليها وابداء رأيه صراحة في جلسة حضورية، وهذا لضمان تجاوب المحكوم عليه مع المشرفين على تطبيق عقوبة العمل للنفع العام⁹، ومعظم التشريعات تتفق على ضرورة موافقة المحكوم عليه على عقوبة العمل للنفع العام وأن القاضي ليس من صلاحيته إجبار المحكوم على قبولها¹⁰.

د- عقوبة العمل للنفع العام مؤقتة:

تعد عقوبة العمل للنفع العام عقوبة مؤقتة وهذا لكونها مرتبطة بمدى زمنية قصيرة تنتهي بانتهاء تطبيقها ونجاح المحكوم عليه في تجاوزها، وهنا يحزر قاضي تطبيق العقوبات محرر بإشعار بانتهاء عقوبة العمل للنفع العام ويرسله الى النائب العام هذا الأخير الذي بدوره يرسله الى النيابة التي بدورها ترسله الى صحيفة السوابق القضائية¹¹، كما أنها مؤقتة لأنها قابلة للإلغاء من قبل قاضي تطبيق العقوبات، فبإمكان قاضي تطبيق العقوبات الغاء عقوبة العمل للنفع العام في حالة قام المشرع بإخلال بالتزاماته وهذا ما بدا واضحا في نص المادة 5 مكرر4 من قانون العقوبات¹².

يتضح أن خصائص عقوبة العمل للنفع العام هي نفس الخصائص العامة للعقوبات، إضافة الى الخصائص الخاصة المرتبطة بعقوبة العمل للنفع العام وهي الرضائية وانها مؤقتة.

ثالثا: شروط تطبيق عقوبة العمل للنفع العام:

لقد تم اعتماد عقوبة العمل للنفع العام كبديل عن العقوبة السجنية القصير المدة وللتخلص من مساوئها إلا أن التشريعات حددت شروطا لتطبيقها، فهي ليست حق للجاني كلما توافرت شروطها استفاد منها، ومن الشروط التي حددها المشرع في نص المادة 05 مكرر1 من قانون العقوبات شروط متعلقة بالجاني وأخرى متعلقة بالعقوبة وهي كالآتي:

أ - شروط تتعلق بالمحكوم عليه:

من الشروط التي تتعلق بالمحكوم عليه نجد مايلي:

- أن يكون مجرما مبتدئا: ويقصد به أن يكون الشخص المحكوم عليه غير مسبق قضائيا في جناية أو جنحة، وذلك بخلو صحيفة السوابق القضائية من الأحكام¹³، والهدف من وضع هذا الشرط هو كون المجرم غير مسبق

قضائيا لا ينطوي على خطورة إجرامية وبالتالي يفضل تجنيب دخوله الحبس والاختلاط بالمجرمين¹⁴.

كما أن هذا الشرط يقصد منه أنه من استفاد من رد الاعتبار القضائي كذلك يعد غير مسبوق قضائيا لأنه تم محو آثار الإدانة، وبإمكانه الاستفادة من عقوبة العمل للنفع العام، وإن كان العديد من القضاة يتجنبون ذلك إلا أن الواقع العملي أثبت وجود حالات استفادت من هذا الوضع¹⁵.

يتضح أن المشرع منح حق الاستفادة من عقوبة العمل للنفع العام الا غير مسبقين قضائيا في الجنايات والجنح دون المخالفات التي يحكم فيها بعقوبة الحبس، وحبذا لو أن المشرع وسع من دائرة الاستفادة من هذه العقوبة خاصة بالنسبة غير المسبقين قضائيا في المخالفات، لكون مرتكبها لا ينطون على خطورة إجرامية كبيرة مقارنة مع مرتكبي جرائم الجنايات والجنح.

- ألا يقل سن المحكوم عليه عن 16 سنة: لقد جاء في نص المادة 05 مكررا من قانون العقوبات الجزائري لكي يتم تطبيق عقوبة العمل للنفع العام يجب أن يكون سن المتهم 16 على الأقل وقت ارتكاب الجريمة.¹⁶

والهدف من هذا الشرط هو انه يمنع توظيف الطفل اقل من 16 سنة سواء في القوانين الداخلية الخاصة بقانون العمل او الدولية المتعلقة بحماية الطفولة، ويتم التأكد من سنه عبر شهادة ميلاد الجاني¹⁷.

- ضرورة قبول الجاني لعقوبة العمل للنفع العام: تعتبر عقوبة العمل للنفع العام من العقوبة الرضائية التي يشترط المشرع رضاء الجاني، ويتم التعبير عن هذا الرضاء في جلسة الحكم أي يجب أن يكون المتهم حاضرا¹⁸، كما أن سكوت المجاني لا يفسر على أنه قبولا ضمنيا، ويجب أن يعبر هو صراحة وليس محاميه، وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من المنشور الوزاري رقم 02 لسنة 2009 بقولها "وذلك ما يستوجب حضوره جلسة النطق بالعقوبة لاستطلاع رأيه بالموافقة أو الرفض"¹⁹، ونفس الأمر أكدت الفقرة الأخيرة من المادة 5 مكررا

من قانون العقوبات الجزائري بقولها " يتم النطق بعقوبة العمل للنفع العام في حضور المحكوم عليه. ويتعين على الجهة القضائية قبل النطق بهذه العقوبة إعلامه بحقه في قبولها أو رفضها والتنويه بذلك في الحكم"²⁰.

ورضاء الجاني دلالة على أن الحكم يكون حضوريا ويكون منه شخصا وليس عبر محاميه، عكس ما أقره المشرع الفرنسي الذي يمكن أن تكون الموافقة من قبل المحامي، شرط ان يقدم المحامي الموافقة كتابية قبل الجلسة²¹.

يبدو أن المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي اتفقا حول رضائية عقوبة العمل للنفع العام وضرورة قبول الجاني للعقوبة صراحة وفي جلسة حضورية، إلا أن المشرع الفرنسي وسع من تطبيقها، فجعل موافقة الجاني عبر محاميه في حالة تعذره حضور جلسة المحاكمة ممكنة وذلك عن طريق الموافقة الكتابية من المعني قبل الجلسة، وهو في نظر الباحث أن المشرع قد أصاب لما وسع من الأمر حتى يستفيد عدد كبير من هذه العقوبة.

ب- شروط تتعلق بالعقوبة:

إضافة للشروط التي أقرها المشرع للاستفادة بعقوبة العمل للنفع العام والمتعلقة بالجاني أو المحكوم عليه هناك شروط أخرى تتعلق بالعقوبة وسنوضحها فيما يلي:

- ألا تتجاوز العقوبة المحكوم بها 3 سنوات: من بين الشروط التي نص عليها المشرع في المادة 5 مكرر 1 من قانون العقوبات لتطبيق عقوبة العمل للنفع العام هي ضرورة أن تكون العقوبة المحكوم بها لا تتجاوز 3 سنوات، وهذا يعني الأشخاص الذين ارتكبوا مخالفات معينة كخيانة الأمانة أو السب والشتيم، أو السياقة في حالة سكر، وإن كان هناك من ينادي بتوسيع دائرة المستفيدين من عقوبة العمل للنفع العام²².

- ألا تتجاوز العقوبة المنطوق بها سنة: اشترط المشرع الجزائري الى جانب العقوبة المحكوم بها ألا تتجاوز العقوبة المنطوق بها لا تتجاوز السنة، وهذا يعني ان عقوبة العمل للنفع العام مقصورة على الجرائم البسيطة وهذا دلالة كذلك على أن المجرمين المستفيدين من هذه العقوبة فئة محدودة جدا و لا ينطون على خطورة اجرامية كبيرة، كما أنه يدل على ان المشرع اعتبر الحبس القصير المدة هو الذي لا يتجاوز السنة²³، هذا يعني أنها تشمل جرائم المخالفات والجرح التي تكون عقوباتها من شهرين الى سنة فقط²⁴.

- تحديد الحجم الساعي للعمل للنفع العام: لقد ورد صراحة في نص المادة 5 مكررا 1 من قانون العقوبات الجزائري أن المدة تتراوح بين 40 ساعة و600 ساعة بالنسبة للجاني البالغ، اما القاصر فالمدة تتراوح بين 20 ساعة و300 ساعة، ويتم تطبيق هذه المدة بمقدار ساعتين عن كل يوم حبس²⁵.

- ج - شروط تتعلق بالحكم:

- أن يكون الحكم بالعقوبة نهائيا: يقصد به أن الحكم القاضي بعقوبة العمل للنفع العام لا يتم تنفيذه الا إذا كان الحكم نهائي أي يعد استنفاذه لطرق الطعن العادية وغير العادية، وهذا ما جاء واضحا بنص المادة 5 مكررا 6 من قانون العقوبات الجزائري²⁶.

- تكون صيرورة الحكم خلال مدة 18 شهرا: تجدر الإشارة الى ان مدة المشرع الجزائري جعل صيرورة عقوبة العمل للنفع العام هي 18 شهرا ولم يفرق فيها المشرع بين القاصر والبالغ في ذلك مع انه فرق في المدة الزمنية لتنفيذ عقوبة العمل للنفع العام بينهما²⁷.

كما يمكن للجاني الذي استفاد من عقوبة وقف التنفيذ الجزئي أن يستفيد كذلك من عقوبة العمل للنفع العام، وأن كان هناك من يعتبرها مساس بمبدأ الشرعية باعتبار نص المادة 5 مكررا 1 كان واضحا وهو عدم تجاوز العقوبة المنطوق بها مدة سنة²⁸.

- بيانات الحكم القاضي بعقوبة العمل للنفع العام: عند صدور الحكم القاضي بعقوبة العمل للنفع العام، فإنه إضافة للبيانات الجوهرية التي يجب ان يتضمنها أي حكم، يجب ان يتضمن كذلك البيانات الاتية وهي: ذكر العقوبة الاصلية، ويتم التنويه انه تم استبدالها بعقوبة العمل للنفع العام، كما يحدد القاضي في الحكم مدة العمل للنفع العام، وينوه في الحكم بحضور الجاني وقبوله الصريح لعقوبة العمل للنفع العام ويحدد كذلك الجهة التي يؤدي فيها الجاني العقوبة، إضافة الى التنويه الى انه في حالة الاخلال بالتزاماته الواجب اتباعها في عقوبة العمل للنفع العام فان هذا يؤدي الى الغائها واستبدالها بعقوبته الاصلية²⁹.

المحور الثاني: إجراءات تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام وعوائق تطبيقها:

نتطرق في هذا المحور الى الإجراءات الخاصة بتطبيق عقوبة العمل للنفع العام، ثم نتطرق لاهم العوائق التي تعيق تطبيقها، وهذا من خلال النقاط الاتية:

أولاً: إجراءات تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام:

عقوبة العمل للنفع العام لها اجراءات لتنفيذها ولقد حددها المنشور الوزاري رقم 2، حيث يعهد تنفيذ الاحكام المتعلقة بها الى النائب العام وتكون مصاحبة لتنفيذها، أما مسألة السهر على تطبيقها فيعهد بها الى قاضي تطبيق العقوبات وتكون تالية لتنفيذها، وهو ما سيتم توضيحه في النقاط الاتية:

أ- إجراءات تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام من طرف النيابة:

تشكيل الملف: بعد أن يصبح الحكم القاضي بعقوبة العمل للنفع العام نهائيا يقوم النائب العام باتخاذ الإجراءات الضرورية لتطبيق هذه العقوبة والمتمثلة في تكوين الملف الخاص بعقوبة العمل للنفع العام، بحيث يتضمن هذا الملف نسخة من القرار الجزائي الذي يتضمن عقوبة العمل للنفع العام،

ونسخة من الحكم النهائي، ونسخ من عدم الاستئناف والطعن، ثم يتم إرسالها الى قاضي تطبيق العقوبات المتواجد بدائرة اختصاصه ليتولى تطبيق العقوبة³⁰.

- التسجيل في صحيفة السوابق القضائية: تقوم النيابة العامة بإرسال صحيفة السوابق القضائية رقم 1 متضمنة العقوبة الاصلية واستبدالها بعقوبة العمل للنفع العام، وفي حالة اخلال الجاني المستفيد من عقوبة العمل للنفع العام ترسل لتعدل في القسيمة رقم 1، وينفذ المحبوس عقوبته بصفة عادية، كما يتم تقييد ذلك على هامش الحكم، وتشمل القسيمة رقم 2 العقوبتين معا الاصلية وعقوبة العمل للنفع العام التي تم استبدالها، أما الصحيفة رقم 3 فتكون خالية من أي إشارة لذلك³¹، ثم يقوم بإرسال الملف كاملا الى قاضي تطبيق العقوبات.

ب- إجراءات تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام من قبل قاضي تطبيق العقوبات: باعتبار أن قاضي تطبيق العقوبات هو من يسهر على تنفيذ العقوبة حسب ما ورد في نص المادة 5 مكرر 3 من قانون العقوبات، كما يسهر كذلك على حل الإشكالات التي تعترضها، والتي من بينها وقف عقوبة العمل للنفع العام إذا توافرت في ذلك أسباب صحية أو عائلية أو اجتماعية³². كما يقوم قاضي تطبيق العقوبات بإرسال استدعاءات للمحكوم عليه وهنا نميز بين حالتين في حالة امتثاله للاستدعاءات وفي حالة عدم امتثاله.

- في حالة امتثال المحكوم عليه للاستدعاءات: يقوم قاضي تطبيق العقوبات بإخضاع المحكوم عليه لفحص شامل للوقوف على حالته الصحية والاجتماعية ليحدد تقريراً مفصلاً عليه، ليشرع المحكوم عليه بتطبيق عقوبته لدى المؤسسة التي تحدد له ونوع العمل الذي يؤديه، وكذا الحجم الساعي، كما يطالب قاضي تطبيق العقوبات من المؤسسة المستقبلية للمحكوم عليه من موافاته ببطاقة مراقبة بأداء عمله³³.

- في حالة عدم امتثال المحكوم عليه لاستدعاءات قاضي تطبيق العقوبات: في حالة عدم استجابة المحكوم عليه للاستدعاءات الموجهة اليه وبدون مبرر جدي في هذه الحالة يقوم قاضي تطبيق العقوبات يثبت فيه عدم امتثاله بتحرير محضر يثبت فيه عدم امتثاله ويقوم كذلك بإخطار النائب العام، هذا الأخير الذي عليه اخطار بدوره مصلحة تنفيذ العقوبات، ويتم الغاء عقوبة العمل للنفع العام وتنفيذ عقوبة الحبس³⁴ ، غير انه في حالة امتثال المحكوم عليه للاستدعاء الا انه تراجع عن تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام بعد قبوله في البداية فهنا المشرع لم يفصل في الامر هل يعد اخلال بالالتزام لتطبيق عقوبة الحبس الاصلية ام لا؟ عكس المشرع الفرنسي الذي لم يعتبر عدول المحكوم عليه عن تطبيقها اخلالا بالالتزامات وانما تطبق فقط عليه العقوبة الاصلية وهذا ما بدا واضحا من خلال نص المادة 343-42.³⁵

ثانيا: عوائق تطبيق عقوبة العمل للنفع العام:

تعترض عقوبة العمل للنفع العام في الجزائر العديد من العوائق في تطبيقها وهذه العوائق عديدة منها ما هو متعلق بالمحكوم عليه ومنها ما هو متعلق بالساهرين على تطبيقها سواء قاضي تطبيق العقوبات او المؤسسة التي يؤدي فيها العمل للنفع العام، وسنوضح فيما يأتي أهم هذه العوائق.

أ- العوائق المتعلقة بالمحكوم عليه:

- لم يتطرق المشرع الجزائري لحالة المحكوم عليه الذي كشف الفحص الطبي بانه غير قادر صحيا على أداء العمل للنفع العام، هل في هذه الحالة يعاد تطبيق العقوبة الاصلية بعد صدور حكم نهائي بصيرورة عقوبة العمل للنفع العام، فهنا يطرح العديد من العوائق فمن جهة لا يمكن إعادة تطبيق العقوبة الاصلية لأنه فيه مساس بحجية الحكم المقضي فيه³⁶ ، ومن جهة أخرى لا يمكن تكييف عدم مقدرة المحكوم عليه بأداء العمل للنفع العام لأنه لا يتناسب مع صحته وقدرته على أنها إخلال بالالتزامات التي توجب تطبيق عقوبة الحبس

الاصلية، فهذا يعد عائق عملي بالنسبة لقاضي تطبيق العقوبات ولم يفصل فيه المشرع الجزائري³⁷.

- باعتبار عقوبة العمل للنفع العام مازال تطبيقها حديثا في الجزائر ولعدم معرفة المتهمين بكنهها، وبالأماكن التي يقدمون فيها العمل للمصلحة العامة، وعدم تقبلهم أداء اعمال دون مقابل هذا يؤدي الى عدم قبولها من المحكوم عليه وبالتالي تطبيق عقوبة الحبس القصير المدة رغم ما تنطوي عليه من مساوئ.

كما تجدر الإشارة الى أن عدم حضور الجاني لجلسة المحاكمة عند النطق بالعقوبة يحرم المحكوم عليهم من الاستفادة من عقوبة العمل للنفع العام، مما يجعل تطبيقاتها شحيحة جدا³⁸.

ب- عوائق متعلقة بقاضي تطبيق العقوبات:

- من أكبر العوائق التي تواجه قاضي تطبيق العقوبات هي عندما يعدل المحكوم عليه عن تطبيق عقوبة العمل للنفع العام بعدما أصبح الحكم نهائيا، وبعدها كان قد أبدى موافقته عليها في جلسة المحكمة، هنا يجد قاضي تطبيق العقوبات نفسه في حيرة من أمره أمام هذا الموقف خاصة وأن المشرع الجزائري لم يفصل فيه، فهل يعتبره اخلالا للالتزامات أم يعيد تطبيق العقوبة الاصلية وهي الحبس وهذا يمس بمبدأ حجية الحكم المقضي فيه³⁹.

- من العوائق كذلك التي تواجه قاضي تطبيق العقوبات هي حالة ما قام المحكوم عليه بتغيير مقر إقامته، فهنا يجب على القاضي الاتصال بقاضي تطبيق العقوبات الذي يقع في دائرة اختصاصه إقامة المحكوم عليه.

كما تمكن الصعوبة كذلك في إعادة دمج المحكوم عليه وإعادة للمؤسسة التي يؤدي فيها العمل للنفع العام إذا تم إيقافها لأسباب جدية سواء صحية كانت أم اجتماعية⁴⁰.

ج- العوائق المتعلقة بالمؤسسة التي يؤدي فيها المحكوم عليه عقوبة العمل للنفع العام: يتمثل هذا العائق أساسا في عدم التزام المؤسسة المستقبلية للمحكوم عليه بعملها المنوط بها والمتمثل في الرقابة وإعداد بطاقة مراقبة خاصة بالمحبوس، وعدم الالتزام بإخطار قاضي تطبيق العقوبات بالاختلالات التي قام بها عن المحكوم عليه، أو العراقيل التي تواجه تطبيق عقوبة العمل للنفع العام⁴¹.

خاتمة:

لقد اتجهت السياسة الحديثة إلى وضع بدائل عن عقوبة الحبس القصير المدة بعدة بدائل لعل أهمها وأنجعها عقوبة العمل للنفع العام، هذه الأخيرة التي تعد امتياز للجاني يقوم على قبوله، فهي تجنبه من دخول السجن وتمنحه فرصة تقديم عمل للصالح العام وتتركه قريبا من مجتمعه وعائلته، ومن خلال ما تم تقديمه من خلال هذه الورقة البحثية يمكن الوصول للنتائج الآتية:

- اقتصار تطبيق عقوبة العمل للنفع العام على غير مسبوقين قضائيا وعلى عقوبات الجنح دون المخالفات التي عقوبتها الحبس جعل تطبيقاتها ضئيلة.

- لم يفرق المشرع بين البالغ والقاصر في صيرورة عقوبة العمل للنفع العام وجعل المدة في كلتا الحالتين هي 18 شهرا.

- شرط الاستفادة من عقوبة العمل للنفع العام على المحكوم الذي حضر جلسة النطق بالحكم وابدى قبوله صراحة شكل عائق حول تطبيقها وعدم استفادة المحبوس من هذه العقوبة.

- عد فصل المشرع الجزائري في إشكالية عدول المحكوم عليه على عقوبة العمل للنفع العام لأسباب صحية أو أسباب أخرى بعد صيرورة الحكم نهائيا، أسفر عن إشكالات في تنفيذها، خاصة بالنسبة لقاضي تطبيق العقوبات.

الاقتراحات:

- ضرورة إعادة النظر من قبل المشرع الجزائري في شروط تطبيق عقوبة العمل للنفع العام خاصة بالنسبة لاشتراط حضور المحكوم عليه جلسة النطق بالحكم.
- دعوة المشرع في توسيع دائرة المستفيدين من عقوبة العمل للنفع العام بالنسبة لكل الأشخاص غير مسبوقين قضائيا خاصة في مجال المخالفات.
- توعية المحكوم عليهم بأهمية عقوبة العمل للنفع العام، وإيجابها مقارنة مع الحبس القصير المدة.
- يجب تكثيف الجهود من أجل التخلص من الإشكالات التي تعيق تطبيق عقوبة النفع العام، وهذا حتى لا يجد قضاة تطبيق العقوبات أنفسهم بين انتهاك مبدأ الشرعية أو المساس بمبدأ حجية الحكم المقضي فيه.
- دعوة المشرع الجزائري لضرورة فتح المجال أمام العديد من المؤسسات التي تستقبل المحكوم عليه بعقوبة العمل للنفع العام.

الهوامش

- 1- قانون 01-09 المؤرخ في 29 فيفري 2009، المعدل والمتمم للأمر 156-66، جريدة الرسمية رقم 48، المؤرخة في 19 يونيو 1966.
- 2- عز الدين وداعي، العقوبات البديلة كضمان للحد من مساوئ العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة في الجزائر، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 1، 2020، ص 60.
- 3- عبد القادر عدو، العمل للنفع العام كبديل للعقوبة الاحتجازية قصيرة المدة بين النظرية والتطبيق، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 5، العدد 1، 2019، ص 354.
- 4- Guide du travail d'intérêt général (T.I.G), Ministère de la justice et des libertés, source internet : <https://www.justice.fr/fiche/travail-interet-general-tig,date:02/05/2023>.
- 5- قانون 01-09 المؤرخ في 29 فيفري 2009، المعدل والمتمم للأمر 156-66، جريدة الرسمية رقم 48، المؤرخة في 19 يونيو 1966.
- 6- قانون رقم 04-05 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.
- 7- خيرة لعبيدي، عقوبة العمل للنفع العام كبديل لعقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر الساسة والقانون، المجلد 12، العدد 2، 2020، ص 29.

- 8- نبيلة غضبان، عقوبة العمل للنفع العام كبديل عن عقوبة الحبس القصير المدة، مجلة معارف، المجلد15، العدد2، ديسمبر 2020، ص. 6
- 9- عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص.358
- 10- خيرة لعبيدي، المرجع السابق، ص.30
- 11- محمد التوجي ، عبد القادر عثمانى، عقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري، مجلة القانون والتنمية، العدد3، جزان 2020، ص. 60
- 12- قانون 01-09 المؤرخ في 29 فيفري 2009، المعدل والمتمم للأمر 156-66، جريدة الرسمية رقم48، المؤرخة في 19 يونيو. 1966
- 13- إسماعيل بن حفاف، بدائل العقوبات السالبة للحرية في التشريع الجزائري، مجلو الحقوق والعلوم الإنسانية، مجلد 2013، العدد15، ص.54
- 14- نبيلة غضبان، المرجع السابق، ص. 10
- 15- نبيلة غضبان، المرجع نفسه، ص.11
- 16- قانون 01-09 المؤرخ في 29 فيفري 2009، المعدل والمتمم للأمر 156-66، جريدة الرسمية رقم48، المؤرخة في 19 يونيو. 1966
- 17- خيرة لعبيدي، المرجع السابق، ص.32
- 18- عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص.360
- 19- المنشور رقم 02 المؤرخ في 21 أبريل 2009، المتضمن كيفيات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، وزارة العدل الجزائرية.
- 20- قانون 01-09 المؤرخ في 29 فيفري 2009، المعدل والمتمم للأمر 156-66، جريدة الرسمية رقم48، المؤرخة في 19 يونيو. 1966.
- هذا الشرط ادخله المشرع الفرنسي بموجب التعديل رقم 2016-731 الصادر بتاريخ 3 جوان 2016،
- 21- Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale. نقلا عن نبيلة غضبان، المرجع السابق، ص. 11.
- 22- صالح جزول، عقوبة العمل للنفع العام كبديل للحبس القصير المدة ومدى فعالية شروط تطبيقها في تعزيز سياسة إعادة الادماج الاجتماعي، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد2، العدد4، ص 36
- 23- صالح جزول، المرجع نفسه.
- 24- نبيلة غضبان ، المرجع السابق، ص. 13
- 25- قانون 01-09 المؤرخ في 29 فيفري 2009، المعدل والمتمم للأمر 156-66، جريدة الرسمية رقم48، المؤرخة في 19 يونيو. 1966
- 26- المادة 5 مكرر6 نصت على مايلى " لا تنفذ عقوبة العمل للنفع العام الا بعد صيرورة الحكم نهائيا".
- 27- نبيلة غضبان، المرجع السابق، ص. 14

- 28- صالح جزول ، المرجع السابق، ص. 13.
- 29- امنة محمدي بوزينة، بدائل العقوبة السالبة للحرية في التشريع الجزائري، (عقوبة العمل للنفع العام انودجا)، مجلة الفكر، العدد13، ص.141
- 30- نبيلة غضبان، المرجع السابق، ص.16
- 31- خيرة لعبيدي، المرجع السابق، ص.37
- 32- قانون 01-09 المؤرخ في 29 فيفري 2009، المعدل والمتمم للأمر 156-66، جريدة الرسمية رقم48، المؤرخة في 19 يونيو. 1966
- 33- إسماعيل بن حفاف، المرجع السابق، ص.60
- 34- نبيلة غضبان، المرجع السابق، ص.17
- 35- Article 434-42 « La violation, par le condamné, des obligations résultant de la peine de travail d'intérêt général prononcée à titre de peine principale ou de peine complémentaire est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. » code pénal,109e édition ,Daloz ,EDITION 2012
- 36- صالح جزول، المرجع السابق، ص.38
- 37- نبيلة غضبان، المرجع السابق، ص.18
- 38- سماعيل بن حفاف، المرجع السابق، ص.61
- 39- خيرة لعبيدي، المرجع السابق، ص.42
- 40- سماعيل بن حفاف، المرجع السابق، ص.61
- 41- نبيلة غضبان، المرجع السابق، ص.20.

قائمة المراجع:

النصوص القانونية:

- 1- قانون 01-09 المؤرخ في 29 فيفري 2009، المعدل والمتمم للأمر 156-66، جريدة الرسمية رقم48، المؤرخة في 19 يونيو 1966.
- 2- قانون رقم 04-05 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.
- 3- المنشور الوزاري رقم 02 المؤرخ في 21 أبريل 2009، المتضمن كفيات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، وزارة العدل الجزائرية.

المجلات والمقالات:

- 1- إسماعيل بن حفاف، بدائل العقوبات السالبة للحرية في التشريع الجزائري، مجلو الحقوق والعلوم الإنسانية، مجلد 2013، العدد15، ص.54.
- 2- امنة محمدي بوزينة، بدئل العقوبة السالبة للحرية في التشريع الجزائري، (عقوبة العمل للنفع العام انودجا)، مجلة الفكر، العدد13.

- 3- خيرة لعدي، عقوبة العمل للنفع العام كبديل لعقوبة السالبة للحرية القصيرة المدّة في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر الساسة والقانون، المجلد12، العدد2، 2020.
- 4- صالح جزول، عقوبة العمل للنفع العام كبديل للحبس القصير المدّة ومدى فعالية شروط تطبيقها في تعزيز سياسة إعادة الادماج الاجتماعي، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد2، العدد4.
- 5- عبد القادر عدو، العمل للنفع العام كبديل للعقوبة الاحتجاجية قصيرة المدّة بين النظرية والتطبيق، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد5، العدد1، 2019.
- 6- عز الدين وداعي، العقوبات البديلة كضمان للحد من مساوئ العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدّة في الجزائر، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد11، العدد1، 2020.
- 7- محمد التوجي، عبد القادر عثمان، عقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري، مجلة القانون والتنمية، العدد3، جوان 2020.
- 8- نبيلة غضبان، عقوبة العمل للنفع العام كبديل عن عقوبة الحبس القصير المدّة، مجلة معارف، المجلد15، العدد2، ديسمبر 2020.
- المراجع باللغة الأجنبية:

- Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme -1
et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale
- Guide du travail d'intérêt général (T.I.G), Ministère de la justice et des libertés, source -2
.internet : <https://www.justice.fr/fiche/travail-interet-general-tig,date:02/05/2023>
- Article 434-42 « La violation, par le condamné, des obligations résultant de la peine de -3
travail d'intérêt général prononcée à titre de peine principale ou de peine complémentaire est
punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. » code pénal,109e
édition ,Daloz ,EDITION 2012

مفهوم حظر تمويل وانتشار أسلحة الدمار الشامل من خلال القانون 23/01 المعدل و المتمم للقانون 01/05 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافئتهما، وقرار مجلس الأمن 1540 (2004) المتعلق بحظر انتشار أسلحة الدمار الشامل لأطراف فاعلة غير حكومية

دكتور: زرقان وليد أستاذ محاضراً
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2

مقدمة:

لطالما شكل الإرهاب هاجس المجتمع الدولي، غير أن الهاجس أصبح أكثر
فعالية بعد أحداث 11 سبتمبر 2001 (1)، وعلى الرغم من عدم وجود تعريف
محدد للإرهاب (2) إلا أن مجلس الأمن أصدر عدة قرارات في هذا الشأن كان
أهمها قراره 1373 (2001)، والذي أثار بدوره نقاشاً فقهيًا واسعاً نظراً لما احتوى
عليه من التزامات عامة في مواجهة الدول (3)، مرتكنا إلى الفصل السابع من
الميثاق -"فيما يتخذ في حالات التهديد بالسلم والإخلال به ووقوع العدوان"-
باعتبار الأعمال الإرهابية تشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين، وبدأ بذلك حرباً
ضد الإرهاب بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية كان من ضحاياها أفغانستان
بالدرجة الأولى. (4)

ولما كان النظام القانوني الدولي الحالي يعتمد بالأساس على الدول باعتبارها
أهم أشخاص المجتمع الدولي منذ قيام معاهدة Westphalie عام 1648، (5)

فالدولة مسؤولة عن تصرفاتها و تخضع لقواعد القانون الدولي خاصة في مجال استخدام ونزع السلاح الذي هو قانون اتفاقي أساسا، و من هنا نجد أن الجماعات المسلحة غير الحكومية أو الإرهابية غير معنية على الإطلاق بهذه الالتزامات، و لا يوجد ما يمنعها من الحصول على أسلحة الدمار الشامل باعتبار أن معظمها لا يشكل شخصا معترفا به من أشخاص القانون الدولي العام، و بالتالي فالتحدي الكبير يكمن في كيفية منعها من الحصول على أسلحة دمار شامل لاسيما الأسلحة النووية.

و الملاحظ أن مجلس الأمن عكف من منذ تسعينات القرن الماضي على توسيع مفهوم التهديد السلم و الأمن الدوليين ليشمل خطر انتشار أسلحة الدمار الشامل واتخذ في هذا الشأن العديد من القرارات ضد العراق، كوريا الشمالية ، إيران وغيرها على اعتبار أنها دول لها التزامات واجبة الوفاء، لكن الإشكال الحقيقي يكمن في محاولة تنظيمات غير دولية (إرهابية) الحصول على أسلحة دمار شامل، و من هذا المنطلق اتخذ مجلس الأمن القرار 1540 في 28 ابريل 2004 المتعلق بحظر انتشار أسلحة الدمار الشامل لأطراف فاعلة غير حكومية.

ولطالما كانت الجزائر مواكبة وسباقة في مجال التزامات نزع أسلحة الدمار الشامل وذلك بالانضمام الى معظم المعاهدات الدولية في مجال نزع السلاح لا سيما أسلحة الدمار الشامل (معاهدة حظر الانتشار النووي عام 1967 ومعاهدة نزع الأسلحة البيولوجية 1972 ومعاهدة نزع الأسلحة الكيميائية عام 1993 وحتى بروتوكول جنيف عام 1925)

غير أن مواكبة الجزائر تنفيذ القرار 1540 لعام 2004 السالف الذكر من خلال القانون 23/01 كان متأخرا نوعا ما عن كثير من الدول التي قامت قبلها بمواءمة تشريعاتها الوطنية مع التزاماتها الدولية بموجب القرار 1540 ، ذلك ان القانون 05/01 قبل التعديل لم يتطرق لموضوع انتشار أسلحة الدمار

الشامل، بينما اكتفى القانون الجديد 23/01 من خلال المادة الثانية عند شرح مصطلح " تمويل انتشار اسلحة الدمار الشامل بالإحالة على قرار مجلس الامن 1540 (2004) و القرارات اللاحقة له

و من هنا استوجب تحليل مفهوم حظر انتشار أسلحة الدمار الشامل العودة الى قرار مجلس الامن 1540(2004) باعتباره المرجع في هذا الشأن.
إشكالية الدراسة:

ما مفهوم حظر انتشار أسلحة الدمار الشامل وفقا لقرار مجلس الامن 1540(2004) وما هي التزامات المفروضة على الدول الأعضاء؟
منهج و خطة الدراسة:

و تحتاج دراسة هذا الموضوع إلى عدة مناهج علمية، لذا اعتمدنا على منهج التحليل والاستقصاء كمنهج رئيسي عند تحليل المسائل القانونية لاسيما بنود القرار 1540(2004) و الآراء الفقهية المتنوعة التي تناولته بالشرح و التقييم، كما اعتمدنا على المنهج الوصفي عند سرد معلومات عديدة عن التقارير المقدمة من طرف الدول الأعضاء عموما و مستوى التجاوب مع تنفيذ القرار و كذا طريقة عمل للجنة المنشأة عملا بالقرار 1540 و الإشكالات العملية المطروحة.

و ارتأينا في دراسة هذا الموضوع تقسيم البحث إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول: التعريف بمحتوى قرار مجلس الأمن 1540(2004) و الالتزامات المفروضة على الدول الأعضاء، و في المبحث الثاني تطرقنا إلى تطبيق القرار و ردود فعل مجلس الأمن على إثر التقارير المقدمة من الدول الأعضاء و كذا من قبل اللجنة 1540 في هذا الشأن.

المبحث الأول: التعريف بمضمون قرار مجلس الأمن 1540(2004)

لفهم و تحليل قرار مجلس الأمن 1540(2004) و حتى التوصل إلى فهم سبب لجوء مجلس الأمن إلى الفصل السابع من الميثاق، لابد من معرفة

الأسباب التي دفعت مجلس الأمن إلى اتخاذ هذا القرار (المطلب الأول)، و كذا محتوى الالتزامات المفروضة على الدول الأعضاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أسباب صدور قرار مجلس الأمن 1540 (2004)

كان لصدور قرار مجلس الأمن 1540 أسباب حقيقية من احتمال حصول تنظيمات غير حكومية و إرهابية على أسلحة الدمار الشامل و ذلك بعد ما وردت إليه تقارير مختلفة من الدول الأعضاء التي أكدت في أكثر من مناسبة احتمال حصول أطراف غير حكومية على أسلحة الدمار الشامل و ذلك على اثر اكتشاف شبكات عالمية غير شرعية -سوق سوداء- تتاجر بتصاميم و مواد تدخل في دورة الوقود النووي بقيادة العالم الباكستاني عبد القدير خان من جهة (فرع أول) و من جهة أخرى محاولات حثيثة أو تزايد الرغبة من تنظيمات إرهابية للحصول على مواد تدخل في صناعة أسلحة الدمار الشامل (فرع ثاني).

الفرع الأول: ظهور شبكات غير شرعية تتاجر بمواد أسلحة الدمار

الشامل

يكنم الخطر الجديد في احتمال حصول جماعات مسلحة (الإرهابيين) على أسلحة الدمار الشامل واستعمالها ضد دولة معينة لاسيما مع تباين أنباء حول تسريب العالم الباكستاني (عبد القادر خان) لمعلومات مهمة إضافة إلى معدات طرد مركزي وتصميمات لكل من كوريا الشمالية وإيران وليبيا عن طريق وسطاء مجهولين.

ولم تكن مسألة انتشار أسلحة الدمار الشامل التي تشمل جهات فاعلة غير حكومية مدرجة في جدول الأعمال الدولي قبل 2001، وإن أظهرت بعض الأحداث صلتها بها (مثل هجمات 1995 التي نفذتها طائفة "أوم شريكو" في طوكيو واستخدمت فيها عوامل مؤذية للأعصاب)، وأصبح واضحا بعد سبتمبر 2001 أنه يجب أن تشمل جهود حظر الانتشار الجهات غير الحكومية ضمن نطاقها مع اتضاح الرابط بين الإرهاب والقدرة على إحداث دمار شامل.

و يميز البعض بين الجماعات المسلحة من حيث عملها و غايتها، حيث لا يبدو على الثوار و جماعات المعارضة و محاربي التحرير اهتمام بالحصول على أسلحة الدمار الشامل لاسيما النووية، لأنه ليس باستطاعتها التحكم فيها، كما أنها تخشى على سمعتها الدولية التي تجلب لها الدعم المادي و المعنوي (الشرعية) من قبل الدول و المنظمات الدولية(6)، في حين تصر الجماعات المسلحة التي تكون عادة متطرفة أو إرهابية على الحصول على أسلحة دمار شامل مهما كلفها الأمر و هي بذلك لا تخشى شيئاً. (7)

و كان للشبكات غير الرسمية دور كبير في انتشار معلومات غاية في الأهمية عن دورة الوقود النووي و انتشار تصاميم و مواد أولية- لاسيما اليورانيوم و البلوتونيوم- و تجهيزات و قطع غيار في السوق السوداء بمبالغ ضخمة(8)، وكان أهمها اكتشاف سفينة ماليزية تحمل مواد تدخل في دورة الوقود النووي زعمت الولايات المتحدة أنها موجهة إلى البرنامج النووي الليبي، و لم يعد خافيا كذلك بيع تصاميم تتعلق بصواريخ باليستية من قبل كوريا الشمالية إلى إيران و غيرها بطرق غير قانونية و بواسطة شبكات غير رسمية.

الفرع الثاني: تزايد سعي تنظيمات غير حكومية (إرهابية) للحصول على

أسلحة دمار شامل

إذا كانت الولايات المتحدة قد كرست خلال الحرب العالمية الثانية الآلاف من الخبراء و الفنيين في مشروع "منهاتن" دون أن يعلموا نجاحهم أصلا في صناعة السلاح النووي، فإن النظريات الأساسية اليوم أصبحت متاحة على شبكات الانترنت، مع توافر مراكز نووية عديدة، كما أن الأبحاث المتعلقة بطريقة عمل السلاح النووي قد تطورت و لم تعد بمستوى التعقيد الذي كانت عليه من قبل. (9)

ومن هنا يمكن حسب الأستاذ Li.bin تصور ثلاث احتمالات للتهديد

الإرهابي النووي:

1- نشر مواد إشعاعية Radioactives أو ما يسمى بالقنبلة القذرة "la bombe sale".

2- الهجوم على منشآت نووية قصد إثارة و إطلاق مواد أو نفايات مشعة.

3- تفجير أسلحة نووية. (10)

و من الناحية العملية فإن تصنيع سلاح نووي من طرف الإرهابيين يتطلب حوالي 20 كلف من اليورانيوم عالي التخصيب، أو 10 كلف من البلوتونيوم، ولما كان من الصعب على الجماعات الإرهابية القيام بعملية التخصيب - إن لم يكن مستحيلا - لأنها ستحتاج إلى منشآت نووية لا يمكن إخفاؤها و عدد لا يستهان به من الخبراء، فالوسيلة الأكثر نجاعة تتمثل في الاستيلاء على هذه المواد بدلا من تصنيعها، و يوجد اليوم العديد من المصانع و المخازن ليست في ظل أمان كاف من خطر الإرهابيين، و قد عرفت سنوات التسعينات سرقات عدة لمواد نووية خاصة بعد انهيار الاتحاد السوفياتي، فقد أعلنت الحكومة الروسية عام 1998 عن اختفاء ما مقداره 18.5 كلف من اليورانيوم عالي التخصيب من مصانع السلاح النووي.

و حسب الأستاذة A.Schaper من الممكن أن يكون هناك إرهابيون قد حصلوا على مواد نووية، أو أنهم قد تمكنوا فعلا من صنع سلاح نووي لكن من المستحيل معرفة الحقيقة. (11)

و تشير نفس الأستاذة إلى مخاوف من حصول تنظيم طالبان (القاعدة) على مواد نووية من مصانع منشآت نووية باكستانية، لأن هذا البلد يعرف توترات و سوء رقابة على المنشآت النووية، خاصة في ظل تقارير تؤكد وجود ضباط في الجيش الباكستاني تحمي و تدعم عناصر من "طالبان"، و مرجح أن تحوز باكستان على أكثر من 585 و 800 كلف من اليورانيوم عالي التخصيب و عدة كيلوغرامات من البلوتونيوم، لذا طالبت باكستان في العديد من المرات من الولايات المتحدة المساعدة في مجال الحماية المادية للمواد النووية. (12)

و يؤكد الأستاذ J.T. Hottinger على عدم الاستهانة بهذه الجماعات التي أصبحت أكثر قوة و تنظيماً مقارنة مع سنوات الستينات و السبعينات، فهناك تنظيمات عمرها أكثر من 16 سنة و تعمل على نطاق جغرافي واسع يشمل أكثر من دولة، و تضم في صفوفها مقاتلين من مختلف الجنسيات، و توسعت مصالحتها خارج نطاق الدولة الواحدة إلى نطاق جهوي Régionale، ويمكن التفاوض معها لكن من الصعب جدا حث هذه الجماعات على وضع السلاح، و هي متواجدة تقريبا في كل النزاعات المسلحة في العالم. (13)

و من هنا فإن سعي هذه الجماعات للبحث عن القوة و النفوذ أو فرض سلطتها و إسماع صوتها للمجتمع الدولي سيدفعها لا محالة للحصول على أسلحة الدمار الشامل، و إن لم تكن أسلحة نووية بسبب صعوبة التحكم فيها فإن الأسلحة الكيميائية و البيولوجية هي أسهل تصنيعاً من سابقتها كما أن الأخطار التي تحدثها هذه الأخيرة لا تقل شأناً عن تلك التي تحدثها الأسلحة النووية، و هو ما يتطلب إستراتيجية جديدة لمواجهة "العدو الجديد المشترك".

المطلب الثاني: محتوى قرار مجلس الأمن 1540 (2004)

يجب قبل التطرق لمحتوى هذا القرار الإشارة إلى أن الأنظمة المتعددة الأطراف للحد من التصدير قد وسعت من نطاق تغطيتها لنظام الانتشار الذي تقوم به جهات فاعلة غير حكومية (14)، فالطبيعة غير الرسمية لهذه الأنظمة تعني أنه يمكن تعديل توجهاتها بسرعة إلا أن عضويتها محدودة.

أما العناصر الرسمية لأنظمة حظر الانتشار أي المعاهدات المتعددة الأطراف المتعلقة بحظر الانتشار كمعاهدة حظر الانتشار لعام 1968، واتفاقية 1972 للأسلحة البيولوجية والسمية، واتفاقية 1993 للأسلحة الكيميائية، فهي أوسع نطاقاً لأن المشاركة فيها أوسع إلا أنها أعدت في ظل هدف أساسي هو منع انتشار أسلحة الدمار الشامل بين الدول وهي كلها باستثناء معاهدة الأسلحة الكيميائية غير معدة للتعامل مع الجهات الفاعلة غير

الحكومية، ومن منظور السياسات لا يبدو خيار التماس تعديلات رسمية لاتفاقية الأسلحة البيولوجية ومعاهدة عدم الانتشار خاصة خيارا جديا لأن مثل هذه الجهود ستبقي خطر العجز عن التقدم في مفاوضات مطولة ومعقدة سياسيا.(15)

وقد حث الرئيس الأمريكي "بوش" أمام الجمعية العامة في 24 سبتمبر 2003 مجلس الأمن على إقرار قرار جديد "ضد الانتشار" من شأنه أن يدعو جميع أعضاء الأمم المتحدة إلى تحريم انتشار الأسلحة الدمار الشامل ووضع ضوابط للتصدير تكون صارمة ومتناغمة مع المعايير الدولية وصون أي مواد حساسة ضمن حدودها.(16)

وبدأت الولايات المتحدة في التفاوض بشأن قرار "ضد الانتشار" بين أعضاء مجلس الأمن الدائمين وعقدت المفاوضات ضمن دائرة صغيرة من الدول الأعضاء الأمر الذي أثار شيئا من الذعر بين سائر أعضاء الأمم المتحدة، وبطلب من بعض الأعضاء عقد مجلس الأمن اجتماعا في 22 أبريل 2004 لتوفير فرصة لجميع الأعضاء كي يدلوا بأرائهم في مشروع القرار.

وفي الوقت الذي وافقت غالبية الوفود على أهمية مشروع القرار عبرت غالبية أيضا عن تحفظها إزاء الإجراء المقترح الذي من شأنه أن يجعل من مجلس الأمن أداة تشريعية بموجب الفصل السابع من الميثاق(17)، وبعد حوالي سبعة أشهر من المفاوضات أصدر مجلس الأمن بالإجماع القرار 1540 في 28 أبريل 2004.(18)

الفرع الأول: الالتزامات التي يفرضها القرار 1540 (2004)

رغم أن فقرات ديباجة قرار من قرارات مجلس الأمن ليست معدة لوضع التزامات قانونية محددة أو لإنشاء سبب العمل من جانب الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، لكنها تقدم فهما معمقا للمبرر السياسي وراء اتخاذ القرار، ولذلك تيسر فقرات الديباجة تفسيرها ملائما للأجزاء التنفيذية من القرار، وهذا

ما ينطبق وبشكل خاص على القرار 1540(2004) الذي يحدد في ديباجته المفاهيم الأساسية في منطوق القرار.

أعد القرار 1540 لتقليص وحظر انتشار أسلحة الدمار الشامل إلى جهات فاعلة غير حكومية، وتعريف هذا المصطلح شديد الأهمية لأن الجهات الفاعلة غير الحكومية تشكل الاختصاص الشخصي (ratione personae) لتطبيق القرار، والعنصر الأساسي في هذا التعريف هو ألا يعطى الفرد أو الكيان تفويضا قانونيا من جانب أي دولة لإدارة النشاطات التي تندرج تحت القرار، ويشمل التعريف أفرادا أو كيانات مشاركة في النشاطات المحظورة بصرف النظر عن الدافع.(19)

أما الاختصاص الموضوعي (Ratione materiae) لتطبيق القرار 1540 فإنه أوسع كثيرا، فالقرار يحتوي على تعريفات لمصطلحي " وسائل الإيصال " و " المواد ذات الصلة "، والجدير بالملاحظة أن اصطلاح المواد ذات الصلة واسع جدا لأنه يرتبط بـ مواد ومعدات وتكنولوجيا مشمولة بـ " معاهدات ذات صلة ومتعددة الأطراف "، وعلاوة على ذلك لا يحدد القرار لائحة الحد الوطنية التي ستكون ذات صلة لتقرير نطاق النصوص، والظاهر أن التعريفات المقدمة قد تثير في الواقع أسئلة أكثر مما تعطي أجوبة.(20)

وفي الفقرة الخامسة من ديباجة القرار يؤكد مجلس الأمن دعمه للمعاهدات المتعددة الأطراف والهادفة إلى إنهاء أو منع انتشار أسلحة نووية أو بيولوجية أو كيميائية، ويشدد على أهمية تنفيذها بشكل كامل من جانب جميع الأطراف بغية تعزيز وتدعيم الاستقرار الدولي(21)، وقد أصبح التنفيذ الكامل والفاعل لمعاهدات حظر الانتشار القائمة فكرة مهيمنة ومتكررة للعمل الجاري في مضمار حظر الانتشار، وهناك إدراك متنام مفاده أن أي معاهدة يتم الانضمام إليها من دون إجراءات وطنية متناظرة متخذة من أجل تطبيق

نصوصها بشكل فعال قد تتيح لجهات فاعلة غير حكومية وجهات فاعلة حكومية فرصا للمشاركة في نشاطات الانتشار.

وفي سياق المعاهدات المتعددة الأطراف ترحب الديباجة بالجهود المبذولة من "اتفاقيات متعددة الأطراف" تساهم في حظر الانتشار (أي الأنظمة غير الرسمية والتي تحد من نقل سلع وتكنولوجيا قد تستخدم في إنتاج أسلحة دمار الشامل). (22)

و قد اعتبرت جهات غير مشاركة العمل المدار في هذه الاتفاقيات غير الرسمية عملا مثيرا للخلاف لأن الاتفاقيات وضعت على ما يزعم مصلحة حظر الانتشار قبل مصلحة أوسع تبادل ممكن للسلع والتكنولوجيا لأغراض سلمية. وما زالت المسألة مستمرة ضمن أنظمة معاهدات متعددة الأطراف، كمسألة إزالة مثل هذه الحواجز التجارية المزعومة، وما زالت العضوية الكاملة لأنظمة المعاهدات تتردد في الاعتراف بالعمل المنفذ في أنظمة الحد من التصدير، وبالتالي تجدر ملاحظة أن مجلس الأمن يرحب الآن بجهود أنظمة الحد من التصدير.

لكنه يلاحظ أيضا في فقرة الديباجة أنه "ينبغي ألا يعيق" منع انتشار الأسلحة النووية والبيولوجية والكيميائية "التعاون الدولي في المواد والمعدات والتكنولوجيا لأغراض سلمية" بينما ينبغي ألا تستغل أهداف الاستخدام السلمي كغطاء للانتشار"، هذه الصيغة تعيد تقريبا إعلان النصوص ذات الصلة في معاهدات حظر الانتشار، مع إضافة واحدة مهمة ففي حين أن المعاهدات تعلن أن على جهود الحد من إعاقه التعاون الدولي في السلع والتكنولوجيا من أجل أهداف سلمية، يضيف القرار 1540 أن على الاستخدام السلمي ألا يكون غطاء للانتشار بعبارة أخرى، تعطي الصيغة في القرار الحق في استخدام سلمي مقارنة بالنصوص المماثلة للمعاهدات. (23)

و ورد في الجزء التنفيذي من القرار خمس فقرات يقرر مجلس الأمن بموجبها أن تأخذ الدول الأعضاء على عاتقها إجراء واحدا محددا ورد في الفقرة الأولى، مضمونه ألا تقدم الدول دعما لجهات فاعلة غير حكومية تحاول تطوير أسلحة دمار شامل ووسائل إيصالها أو حيازتها أو صنعها أو امتلاكها أو نقلها أو استخدامها، وهذا استجابة للاتفاقيات المتعلقة بأسلحة الدمار الشامل.(24) مع فارق أن هذا القرار يتعلق بجهات فاعلة غير حكومية، وعلى نطاق واسع لأنه يشمل أي شكل من أشكال الدعم، فهو بذلك أوسع نطاقا من معاهدات حظر الانتشار، بمعنى أنه يشمل جميع مراحل عملية الحيازة، وترتبط الفقرة التنفيذية الثانية تحديدا بالأنظمة القانونية المحلية للدول الأعضاء(25)، فإلى جانب واجب الدول الأعضاء في الأمم المتحدة ألا تساعد في انتشار أسلحة الدمار الشامل إلى جهات فاعلة غير حكومية يوجب عليها أيضا اعتماد وتطبيق تشريع فعال من شأنه حظر مثل هذه النشاطات بمقتضى ولايتها القضائية، والنص يشير بالتحديد إلى "قوانين" تقتضي ضمنا في معظم البلدان مشاركة الهيئة التشريعية وهو ما يشكل النواة الصلبة في هذا القرار.(26)

بينما تضع الفقرة التنفيذية الثالثة التزامات مفصلة من أجل الحد المحلي للسلع والتكنولوجيا التي يمكن أن تستخدم لإنتاج أسلحة الدمار الشامل، وهي بذلك التزامات عامة مقارنة مع التزام الفقرات السابقة، إذ تتطلب الكثير من الموارد، فهي إذا تطلب من الدول أن تضع وتصون أنظمة محاسبة فعالة وإجراءات حماية مادية وضوابط للحدود وإجراءات تطبيق القانون وضوابط وطنية للتصدير تشمل أيضا الشحنات المنقولة بالسفن إلى أماكن أخرى. وهو ما يبدو لكثير من البلدان النامية أنها متطلبات غير واقعية كليا بسبب انعدام الموارد، غير أن مجلس الأمن حاول تدارك هذا وأقر بأن بعض

الدول قد تحتاج إلى المساعدة في تنفيذ التزاماتها لذا يدعو القرار الدول إلى تقديم مثل هذه المساعدة.(27)

وفي الفقرة التنفيذية الثامنة يدعو المجلس الدول الأعضاء إلى ضمان شمولية المعاهدات المتعددة الأطراف، و إلى تطبيقها تطبيقاً كاملاً في مجال حظر الانتشار، وهذه الفقرة مهمة لأنها لا تحتوي على المكون الآخر الموجود في المعاهدات ذات الصلة بنزع السلاح من قبل المالكين الحاليين لمثل هذه الأسلحة، ومع أن مجلس الأمن يعلن عن نيته مراقبة تنفيذ هذا القرار عن كثب، إلا أنه ليس متصوراً أن ثمة عقوبات في القرار ضد الدول الأعضاء التي لا تستجيب لهذه المتطلبات.(28)

وتوصي الفقرة العاشرة بأن تقوم الدول الأعضاء بعمل تعاوني لمنع تهريب أسلحة الدمار الشامل ووسائل إيصالها ومواد ذات صلة بها، وجاءت هذه الصياغة رافضة لسعي الولايات المتحدة خلال المداولات لإضافة نص يجيز لها اعتراض أسلحة الدمار الشامل ومصادرتها خلال نقلها، إلا أن نص الفقرة العاشرة نص على ضرورة أن تكون مثل هذه الأعمال التعاونية متناسقة مع القانون الدولي القائم.(29)

يفرض القرار 1540 إذن التزامات مهمة على أعضاء الأمم المتحدة، ويرجح أن تكون العناصر الجديدة في هذه الالتزامات أكثر أهمية بالنسبة للدول غير المشاركة في أنظمة الحد من التصدير والتي ربما لم تسن تشريعاً للتنفيذ يتعلق بمعاهدات منع الانتشار.

ومن هنا يثور التساؤل حول مدى ملائمة لغة القرار كدليل وطني للتنفيذ خاصة مع الشكوك التي تثيرها بعض التعريفات، كما أن القرار لا يقدم معايير للحكم على فعالية وملائمة التشريعات المتخذة من قبل الدول في إطار هذا القرار، وهو ما يمكن أن يؤدي بطبيعة الحال إلى اختلاف في تطبيق هذا القرار.(30)

الفرع الثاني: سلطة مجلس الأمن في اتخاذ القرار 1540(2004)

يرتبط الخلاف الكبير الذي أحدثته اتخاذ القرار 1540 (2004) بالقرار 1373 (2001)، فقد سبق لمجلس الأمن أن مارس صلاحياته بمقتضى الفصل السابع من الميثاق في الغالب وفيما يتعلق بتهديد محدد في موقف محدد، فهل يتجاوز مجلس الأمن لسلطته بموجب الميثاق عند اتخاذه لقرارات من نوع أشمل وأكثر (تشريعاً) ...؟

لقد اعتبر كثير من الفقه أن قرار مجلس الأمن 1373 (2001) بمثابة تشريع دولي(31)، نظراً لما احتوى عليه من التزامات عامة في مواجهة الدول، وهو بذلك خطوة من مجلس الأمن لتوسيع مفهوم "تهديد السلم والأمن الدوليين"(32)، بإعلانه في هذا القرار أن الأعمال الإرهابية تشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين.(33)

وهو أيضاً ما ذهب إليه المجلس في قراره 1540(2004) عندما اعتبر أن انتشار أسلحة الدمار الشامل لأطراف فاعلة غير حكومية تهديد للسلم والأمن الدوليين، وفرض بموجبه أيضاً التزامات عامة -لا تتعلق بموقف محدد- كما سبق وأشرنا.

إن مجلس الأمن بوصفه جهاز في منظمة عالمية مؤتمن على السلطات التي يمنحها ميثاقها له، فالمواد: 24-26 منه تقرر وظائف مجلس الأمن وسلطاته، ووفقاً للمادة 24 "يمنح أعضاء المنظمة مجلس الأمن مسؤولية أساسية في الحفاظ على السلم والأمن الدوليين ويوافقون على أن يعمل مجلس الأمن بالنيابة عنهم في معرض تأدية واجباته بمقتضى هذه المسؤولية"، وهذا التعيين للمسؤولية الأساسية مرتبط بمصلحة ضمان قيام الأمم المتحدة ب"عمل فوري وفعال".(34)

و كما تبين هذه الصيغة فإن سلطات مجلس الأمن ليست مطلقة وإنما مقيدة، ومن المسلم به أن الفصل السادس والسابع والثامن والثاني عشر تضم سلطات محددة إضافية ممنوحة لمجلس الأمن.(35)

و بمقتضى المادة 25 "يوافق أعضاء الأمم المتحدة على قبول قرارات مجلس الأمن وتطبيقها وفقا للميثاق"، وثمة مصطلح أساسي في هذه الفقرة وهو القرارات لأن الدول الأعضاء تعهدت بالموافقة والتنفيذ فيما يتعلق بمثل هذه الأعمال من جانب مجلس الأمن.

ويمكن تفسير المادة 25 أيضا أنها تبتدع هذا الواجب لأعضاء الأمم المتحدة -كمسألة قانونية- فقط في حالة قيام قرارات مجلس الأمن بالعمل وفقا للميثاق، وبعبارة أخرى سيتعين على الأعضاء احترام قرارات مجلس الأمن فقط إذا تصرف ضمن سلطاته، (Intravires) غير أن بعض الفقه الدولي ليس مستعدا لقبول تفسير كهذا لأنه يعطي دولا أعضاء منفردة بعض المجال لتقرر ما إذا كان قرار ضمن السلطة أم لا.

وهناك عدة نصوص قانونية أساسية في ميثاق الأمم المتحدة غامضة، وبالتالي قد يصعب في موقف ملموس تقرير ما إذا كان مجلس الأمن قد تصرف ضمن سلطاته، لكن إذا كان على مجلس الأمن اتخاذ قرار في أمر يظهر أنه خارج سلطاته يمكن إذ ذاك اعتبار ما إذا كانت الدول الأعضاء ستكون ملزمة قانونا بالامتثال لقرار مجلس الأمن نقطة جدلية.(36)

أقر القرار 1540 بالإشارة إلى سلطات مجلس الأمن المحددة بموجب الفصل السابع من الميثاق، حيث تنص الفقرة الأولى من ديباجة القرار على أن "انتشار الأسلحة النووية والكيميائية والبيولوجية، فضلا عن وسائل إيصالها تشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين" و التوصيف الصريح لهذا الانتشار بوصفه تهديدا للسلم والأمن الدوليين توصيف مهم بموجب الفصل السابع من

الميثاق(37)، والصيغة المستخدمة واسعة وتشمل أي انتشار وليس فقط المتضمن جهات فاعلة غير حكومية.

و وفقا للمادة 39 من الفصل السابع فإن مجلس الأمن "يقرر وجود أي تهديد للسلم أو خرق له، أو عمل اعتداء ويضع توصيات أو يقرر الإجراءات التي يجب اتخاذها وفقا للمادتين 41 و42 لحفظ أو استعادة السلم والأمن الدوليين".

و بناء على ذلك تكون المسألة التحليلية الأولى: ما إذا كان حظر انتشار أسلحة الدمار الشامل تتضمن جهات فاعلة غير حكومية يؤهله لأن يكون تهديدا للسلم والأمن الدوليين؟ وما إذا كان يمكن رؤية قرار يضع التزامات "كإجراء" في مصطلحات المادة 39، والمصطلحات الأساسية في هذا النص ليست معرفة في ميثاق الأمم المتحدة، ولقد عرفت الجمعية العامة لاحقا العدوان(38)، لكن فكرتي تهديد السلم وخرق السلم تبقيان غير معرفتين، ولذلك نسلم بأن مجلس الأمن يتمتع ب "قدر كبير من الفطنة" عندما يصل الأمر إلى تسمية موقف محدد بأنه تهديد للسلم، وقد أشار مجلس الأمن في ثلاث مناسبات على الأقل إلى أنه يعتبر انتشار أسلحة الدمار الشامل تهديد للسلم والأمن الدوليين، ومنطق هذه الحجة هو أنه بمقدار ما يزداد عدد الدول المالكة لمثل هذه الأسلحة يزداد خطر استعمالها.

ومع ذلك ثمة فارق بين القرار 1540 وقرارات سابقة لمجلس الأمن، هو أن التصريح بشأن تهديد السلم معلن "نظريا" (inabsiracto) أي أنه لا يتعلق بموقف محدد يهدد السلم والأمن الدولي اينكما كانت عليه الحال سابقا، لذا يحتاج بعض الدوليين بأن سلطات مجلس الأمن بموجب الفصل السابع يمكن أن تمارس فقط فيما يتصل بموقف محدد.(39)

والمسألة الثانية: هي ما إذا كان اعتماد قرار يحدد التزامات عامة يمكن اعتباره "إجراء" بموجب المادة 41 التي تتعامل مع إجراءات غير متضمنة

استخدام قوة مسلحة يمكن لمجلس الأمن أن يختارها ليجعل قراراته سارية المفعول؟

والمادة 41 تقدم لائحة بأثلة على إجراءات كهذه (من ذلك تعطيل العلاقات الاقتصادية)، لكن لا يراد بلائحة الإجراءات أن تكون شاملة، وقد استخدم مجلس الأمن سلطاته أيضا بموجب الفصل السابع لكي يبت التزامات عامة في مجالات أخرى، وأوجد لنا المحكمة الجنائية الخاصة بيوغسلافيا (سابقا) - ووجد أنها منسجمة مع ميثاق الأمم المتحدة - وحسب الأستاذ "كريستر آلستروم Christer Ahlstrom"، فإنه لا يبدو أن في ميثاق الأمم المتحدة أي نص يجعل اتخاذ القرار 1540 متجاوزا لسلطته بشكل واضح من منظور إجرائي موضوعي. (40)

بينما ترى الأستاذة "Nathalie Thomé" عكس ذلك باعتبار أن القرار 1540 له شرعية مريبة، لأنه يهدف لتحقيق مصالح الدول الدائمة العضوية في مجلس الأمن ممثلة في الولايات المتحدة الأمريكية خاصة (41) وحلفائها بصفة عامة.

ونرى من جانبنا أن إنشاء المحكمة الجنائية الخاصة بيوغسلافيا (سابقا) ليس التزاما عاما، لأنه يتعلق بدولة يوغسلافيا فقط - موقف محدد - وبالتالي فالقرارين 1373 (2001) كالقرار 1540 (2004) لا يستند كل منهما لسابقة دولية، وكما لا يوجد في ميثاق الأمم المتحدة نص صريح يمنع مجلس الأمن من إصدار تشريع دولي فإنه ليس في الميثاق أيضا ما يجيز له ذلك، ويبدو أن توسيع مجلس الأمن في مفهوم " تهديد السلم والأمن " بلغ ذروته في قراره 1540 (2004). (42)

و إذ نلاحظ أن الإشكال الحقيقي لا يكمن في مدى سلطة مجلس الأمن في التشريع بموجب قرار فقط بقدر ما يكمن في مدى تطبيقه دون تحيز وبشفافية ومساواة بين الدول، فيكون بذلك مجلس الأمن قد تقيّد بمبادئ الأمم المتحدة

ومارس اختصاصاته المشروعة، أما إذا حاد عن الشرعية الدولية فذاك هو الإشكال الذي يعاني منه مجلس الأمن بصفة خاصة والأمم المتحدة عموماً، وهو مانسميه بازدواجية المعاملة في القانون الدولي(43)، وهي الظاهرة التي ستبقى طالما تواجدت مجموعة من الدول تهيمن على المجتمع الدولي والتي تملك في نفس الوقت سلطة التكييف في مجلس الأمن.

المبحث الثاني: تطبيق قرار مجلس الأمن 1540 (2004)

احتدم الجدل حول ما إذا كان لدى مجلس الأمن السلطة لاتخاذ قرارات تشريعية، لذا سيكون من المناسب للموضوع تقدير المدى الذي وصلت إليه الدول الأعضاء في تطبيق القرار 1540 وذلك كمؤشر على مدى كونها مستعدة للعمل وفق نصوصه.

المطلب الأول: التقارير المقدمة من طرف الدول الأعضاء

لمراقبة تنفيذ القرار 1540 أنشأ مجلس الأمن لجنة 1540، المؤلفة من جميع أعضاء مجلس الأمن والمحددة مدتها بسنتين كأقصى حد (44)، وطلب من الدول الأعضاء أن تقوم في فترة لا تتعدى الستة أشهر بعد اتخاذ القرار (أي قبل 28 أكتوبر 2004) بتقديم تقرير إلى اللجنة بشأن خطوات اتخذتها أو تنوي اتخاذها من أجل تنفيذه، بعبارة أخرى لا يتضمن التقرير بالضرورة ما يفيد بالتنفيذ التام والكامل، والإجراء هذا لا يتناول نقطة أن الإبلاغ نفسه ليس ضماناً امتثال، ولا يوضح مقاييس الامتثال التي تقيم الدول بموجبها، ومثل هذا التدقيق الكامل في الإجراءات الوطنية المتعلقة بالامتثال لسلسلة الاتفاقيات الدولية يتطلب موارد وفيرة.

وقد بدأت "لجنة 1540" عملها في جوان 2004، وفي أوت اعتمدت اللجنة توجيهات لأداء عملها والإعداد لتقارير وطنية، وقبل نهاية سنة 2004 بدأت اللجنة بتوظيف خبراء لمهمة تقييم التقارير الوطنية، وبدأ الخبراء عملهم في فبراير 2005، غير أنه لم يجر إشراك أكثر من ثمانية خبراء في أي وقت، أما

مستويات المعرفة ذات الصلة المباشرة بالموضوع في الدول التي كانت تشكل مجلس الأمن آنذاك ومستويات الخبرة فكانت متباينة.(45)

ومن مجموع أعضاء الأمم المتحدة البالغ 191 عضوا، قدمت 59 دولة (أغلبها من الإتحاد الأوروبي) أولى تقاريرها الوطنية مع حلول نهاية المهلة أي 28 أكتوبر 2004 (46)، واعتبارا من 7 ديسمبر 2004 ارتفع عدد الدول الأعضاء التي قدمت تقريرا إلى 87 دولة وكانت الأغلبية الساحقة من الدول 104 التي لم تقدم تقاريرها من الدول النامية، واعتبارا من 16 ديسمبر 2005 تحسن معدل الاستجابة بعض الشيء فقدمت 124 دولة تقاريرها الأولية، بينما يبقى على 67 دولة أن تفعل ذلك، وفي 25 أبريل 2006 أي بعد سنتين من اتخاذ القرار وسنة ونصف من انتهاء المهلة رفعت اللجنة تقريرها الثالث المتوالي إلى مجلس الأمن، وكذا تقريرها الأول المتضمن تعليقات جوهرية على التنفيذ، في هذا الوقت كانت 63 دولة من دول الأمم المتحدة لا تزال متخلفة عن تقديم تقريرها الأولي، لكن يجب التشديد على أن البلدان التي قدمت تقارير وطنية تستأثر بالغالبية العظمى من التجارة في السلع والتكنولوجيا ذات الصلة بالموضوع، وكان أكثر من نصف الدول غير المبلغة من إفريقيا، بينما تتكون مجموعة كبيرة أخرى من دول صغيرة في المحيط الهادي معظمها أيضا دول نامية أطراف على وجه العموم في معاهدات رسمية خاصة بعدم انتشار أسلحة الدمار الشامل، لكنهما غير مشاركة في الأنظمة غير الرسمية للحد من التصدير.

وتظهر التقارير عن هذه البلدان ضرورة أن تتخذ إجراءات إضافية أساسية لتنفيذ القرار 1540 وهو ما يؤكد أن تطبيق القرار مازال بعيدا، هذا ونشير إلى أن التقارير الثلاث للجنة تتطرق إلى المستوى الشامل للتنفيذ بدلا من تحديد ما فعلته كل دولة عضو منفردة أو ما ستفعله مستقبلا.(47)

و فيما يتعلق بتنفيذ الفقرة التنفيذية الأولى من القرار- الالتزام بالإحجام من دعم جهات فاعلة غير حكومية تسعى لحيازة أو تطوير أسلحة الدمار

الشامل ووسائل إيصالها- لاحظت اللجنة أن الأغلبية من الدول 62 التي لم تقدم تقاريرها أطراف في معاهدات حظر الانتشار، وخلصت في ضوء هذا إلى أن "على هذه الدول أن تكون في وضع يمكنها من أن تبلغ في غضون فترة قصيرة عن خطوات اتخذتها لتنفيذ التزاماتها بموجب تلك الاتفاقيات في تشريعها الوطني"، و يبدو أن المعاهدات الرسمية تقتصر على الدول فقط، ولا تتعلق بجهات فاعلة غير حكومية، لذا أكدت اللجنة على أهمية أن يتم اتخاذ تشريعات وطنية بهذا الشأن ليس فقط في مواجهة الإرهابيين وإنما بشكل أوسع يشمل الأطراف الفاعلة غير الحكومية عموماً. (48)

وكما أشير إليه سابقاً فإن الفقرة التنفيذية الثالثة هي النص الأكثر تطلباً في القرار، وتلاحظ اللجنة في مراجعتها لتنفيذ الفقرتين 3 (أ) و 3 (ب) - المحاسبة وإجراءات الحماية المادية الفعالة- أن معظم الإجراءات المبلغ عنها تتعلق بمواد خطيرة ذات صلة بأسلحة نووية وبيولوجية وكيميائية وما يشبهها وتستخدم لأغراض سلمية مسموح بها. (49)

وقد أبلغت 14 دولة فقط عن أنها اتخذت مثل هذه الإجراءات المبلغ عنها بموجب هذا النص على أنها تخدم في أحوال كثيرة أغراضاً أخرى غير الأمن - منها مثلاً الصحة المهنية والحماية البيئية- لذلك لا يمكن التسليم جدلاً بأن مثل هذا التشريع يشمل جميع الالتزامات الواردة في الفقرتين 3 (أ) و (ب).

وتشير اللجنة أيضاً إلى أن بعض الدول قد ترى أنه لا حاجة إلى تشريع المحاسبة و الضمانات المادية لأنها لا تملك في الوقت الحاضر أي سلع أو تكنولوجيات ضمن أراضيها، وهنا تكرر اللجنة أن القرار 1540 يحدد بشكل قاطع "متطلبات مباشرة وملزمة" يراد بها أن تمتثل لها الدول كافة، ومن شأن غياب تنفيذ موحد أن يولد خطر احتمال أن تصبح أراضي بعض الدول الأعضاء "قنوات للانتشار"

وتطلب الفقرتين 3(ج) و3(د) من الدول الأعضاء تطوير ضوابط فعالة للحدود والمواظبة عليها، وتطلب أيضا تطوير ضوابط التصدير والشحنات المنقولة بسفن إلى أماكن أخرى والمواظبة عليها(50)، وبالنسبة إلى ضوابط الحدود تشير اللجنة إلى أن 77 دولة أبلغت عن أن لديها إطارا قانونيا وطنيا من أجل الحد من تدفق سلع عبر حدودها، وأن هذه الضوابط تشمل أيضا مفردات تتعلق بأسلحة الدمار الشامل، إلا أن هناك بعض الحالات التي لا تملك فيها سلطة محددة بالنسبة لأسلحة الدمار الشامل ووسائل إيصالها من طرف الوكالات التنفيذية المخولة بذلك.

و تشير اللجنة من هنا إلى القلق المتزايد لأن عددا كبيرا من الدول ربما لا تملك القدرة التقنية أو المعدات لتطبيق سلسلة من الضوابط المطلوبة بموجب القرار 1540.(51)

ومن مجموع 129 دولة تقدمت بتقارير وطنية، 80 دولة فقط أعربت أن لديها ضوابط التصدير التي تشمل مفردات مرتبطة بأسلحة الدمار الشامل، بينما أبلغت 69 دولة على أن لديها عقوبات مقرونة بتشريع للحد من التصدير، وبالنسبة إلى ترخيص ما يصدر وما يستورد من سلع حساسة تحديدا بلغت 69 دولة أن لها نظاما كهذا، إلا أن دولا قليلة مشاركة أبلغت عن وجود عقوبات ضد انتهاك مثل هذه المتطلبات للترخيص أو عن تنفيذ هذه المتطلبات.

المطلب الثاني: ردود فعل مجلس الأمن على تقارير الدول الأعضاء

يمكن تلخيص ردود فعل مجلس الأمن على تقارير الدول الأعضاء في خلال فترتين، الأولى تمتد من صدور القرار عام 2004 إلى بداية عام 2011، و التي تتميز ببطء وتيرة العمل و مع أن مجلس الأمن وضع مواعيد قصيرة الأجل للتنفيذ(الفرع الأول)، و الفترة الثانية الممتدة منذ عام 2011 و التي تتميز باقتناع مجلس الأمن أن القرار و معه اللجنة 1540 يلزمها وقت طويل من اجل تنفيذ القرار على أحسن وجه و تمكين الدول من التفاعل مع متطلبات القرار

لاسيما بعد ظهور مشاكل في التنفيذ و ذلك لما يتطلبه القرار من إمكانات مادية و وقت للتنفيذ(فرع ثاني).

الفرع الأول: وضع مجلس الأمن مواعيد قصيرة الأجل لتنفيذ

القرار 1540

تم على أساس تقرير لجنة 1540 اتخذ مجلس الأمن في 27 أبريل 2006 القرار 1673 الذي يشير المجلس فيه إلى أنه ليست دول الأمم المتحدة كلها من الدول التي تقدمت بتقاريرها الوطنية الأولى بشأن تنفيذ القرار 1540، ويشير أيضا أن التنفيذ الكامل لمتطلبات القرار بما فيها اعتماد قوانين وإجراءات وطنية "مهمة طويلة الأجل تستدعي جهودا متواصلة وطنية وإقليمية ودولية"، والقرار 1673 اتخذ أيضا بموجب الفصل السابع من الميثاق - أصبح هذا تقليديا- وفي هذا القرار يكرر مجلس الأمن حكمه بخصوص اتخاذ القرار 1540(2004). (52)

وبخصوص متطلبات القرار يؤكد أهمية تنفيذ جميع الدول للقرار تنفيذا تاما، وهو يدعو كل الدول التي لم تقدم حتى الآن أي تقارير إلى القيام بذلك "دون إبطاء" بدلا من وضع أي موعد نهائي محدد، ومما يثير الاهتمام أن الفقرات التنفيذية المحتوية " لقرارات ملزمة قانونا" من جانب مجلس الأمن موجهة إلى لجنة 1540 لا إلى الدول الأعضاء الجامعة، ويقضي مجلس الأمن بتمديد تفويض لجنة 1540 سنتين أخيرين (أي حتى 27 أبريل 2008)(53)، ويقضي بأن تكثف اللجنة جهودها لتساعد في تنفيذ القرار 1540 تنفيذا كاملا. وبحلول الأجل الذي حدده القرار 1673 (2006) وهو 27 أبريل 2008، لاحظت اللجنة بطء وتيرة التقارير بل أن هناك من الدول لم تقدم تقريرها الأول، وأمام هذا الوضع المتأزم أصدر مجلس الأمن قراره 1810 (2008) أكد فيه ما جاء في القرار 1540 والقرار 1673 مشجعا لمواصلة الحوار بين لجنة 1540 والدول الأعضاء في إطار تنظيم مناسبات على الصعيد الإقليمي ودون

الإقليمي، وتيسير المعونة التقنية لتنفيذ القرار عن طريق وسائل أو خطط عمل، وتقديم الدروس في هذا الشأن.

غير أن أهم ما جاء في هذا القرار هو تمديد ولاية اللجنة لفترة ثلاث سنوات مع استمرار تقديم المساعدة من جانب الخبراء إلى 25 أبريل 2011 (54)، كما طلب من لجنة 1540 أن تنظر في استعراض شامل لحالة تنفيذ القرار 1540 (2004)، وأن تقدم تقريراً إلى مجلس الأمن في أجل أقصاه 31 جانفي 2009، إضافة إلى تقديم برنامج عمل سنوي للمجلس كل شهر جانفي من كل سنة. (55)

و حث القرار- فيما يتعلق بالجانب المالي- لجنة 1540 على تشجيع التبرعات المالية، والنظر في الخيارات المتعلقة بإنشاء آليات التمويل وجعلها أكثر فعالية، وتقديم تقريراً في ذلك في أجل أقصاه 31 ديسمبر 2008 (56)، وأقر القرار أخيراً على أن تقدم اللجنة إلى مجلس الأمن تقريراً في أجل أقصاه 24 افريل 2011 بشأن الامتثال للقرار 1540 (2004) عن طريق تنفيذ متطلباته. (57)

ولما كان واضحاً نسبياً في نص المادة 25 من ميثاق الأمم المتحدة أن على الدول الأعضاء تنفيذ القرارات الصادرة عن مجلس الأمن، فقد يبدو من غير المألوف أن يجد مجلس الأمن نفسه في موقف المضطر إلى تكرار قرار سابق ملزم من الناحية القانونية، وفي الاحتمال الأغلب أن سجل تنفيذ القرار 1540 حتى الآن قد قاد بعض أعضاء مجلس الأمن على الأقل إلى إدراك أن اتخاذه للقرار لم يكن الحل السريع الذي ربما توقعوه أصلاً، ومن شأن الإدراك نفسه أن يفسر لماذا يعترف القرار 1673 صراحة بأن التنفيذ الكامل "مهمة طويلة الأجل" على الرغم من أنه كان متصوراً في الأصل أن لجنة 1540 ستدوم سنتين فقط. (58)

الفرع الثاني: تمديد مجلس الأمن عمل لجنة 1540 إلى عام 2032

أصدر مجلس الأمن قراره 1977(2011) الذي أكد فيه أن الدول لم تقدم جميعها إلى لجنة القرار 1540 تقاريرها الوطنية عن تنفيذ القرار 1540، وقرر تمديد ولاية لجنة القرار 1540 لمدة عشر سنوات حتى 25 أبريل 2021، على أن تجري اللجنة استعراضا شاملا لحالة تنفيذ القرار 1540 بعد مرور خمس سنوات على تجديد ولايتها، و أن تقدم إلى مجلس الأمن تقريراً عن استنتاجات الاستعراض، على أن يكون أول استعراض قبل ديسمبر 2016، و قرر المجلس مواصلة توفير مساعدة الخبراء للجنة القرار 1540، و لهذا الغرض طالب القرار من الأمين العام للأمم المتحدة أن ينشئ بالتشاور مع لجنة القرار 1540 فريقاً من ثمانية خبراء على الأكثر (فريق الخبراء) يتكون من أفراد لديهم التجارب و المعارف بما يكفي لتوفير الخبرة إلى اللجنة للاضطلاع بولايتها، على أن تتصرف بتوجيه من اللجنة و في إطارها(59)، و طلب القرار من المنظمات الدولية و الإقليمية و دون الإقليمية ذات الصلة أن تقوم بتعيين جهات اتصال أو منسق لتنفيذ القرار 1540 و موافاة لجنة القرار 1540 بذلك، و قصد تمكين اللجنة من أداء مهامها على أحسن وجه أعاد مجلس الأمن بموجب قراره 2055(2012) زيادة عدد فريق الخبراء إلى تسعة أعضاء. (60)

و تبعا لذلك قامت تقريبا كل دولة عضو في الأمم المتحدة بالإبلاغ عن قدراتها، و عن الثغرات التي تعاني منها فيما يتعلق بالسيطرة على انتشار أسلحة الدمار الشامل، و كما ذكرت لجنة القرار 1540 في عام 2011 "فقد اعتمدت 140 دولة على الأقل تدابير قانونية ترمي إلى حظر انتشار الأسلحة النووية و الكيميائية و البيولوجية و ذلك مقارنة بعدد 65 دولة في عام 2006، و ارتفع عدد الدول التي أبلغت عن وضع أطر قانونية وطنية تتعلق بتصنيع و إنتاج المواد النووية من 32 دولة في عام 2006 إلى أكثر من 120 دولة في عام 2011، كما زاد أيضا بشكل كبير منذ عام 2008 عدد الدول التي يتوفر لديها أطر

قانونية تحظر تصنيع الأسلحة البيولوجية أو اقتنائها أو تخزينها أو استحداثها أو تحويلها أو استعمالها"، ووضع عدد متزايد من الدول عقوبات تفرض على الجهات الفاعلة غير الدول التي تنخرط في أنشطة الانتشار أو التي تسعى للانخراط فيها. (61)

و تفيد من جهة أخرى معلومات بأن البلدان التي أيدت القرار 1540 بقوة لم يكن في نيّتها قط أن تكون الأمم المتحدة المنفذ الوحيد للقرار، (62) وهناك حاجة إلى مزيد من الجهد في البرامج الوطنية و الإقليمية المتجاوزة لحدودها من أجل تحسين وعي حظر الانتشار.

لذا عكف مجلس الأمن على تمديد عمل لجنة أكثر من مرة و كان اخرها بموجب القرار 2663 بتاريخ 30 نوفمبر 2022 اين قام بتمديد عمل اللجنة لعشر سنوات أخرى أي الى غاية 30 نوفمبر 2032 .

ويبقى أن يرى أيضا ما إذا كان الاعتراف الصريح بأن التنفيذ الكامل للقرار 1540 مهمة طويلة الأجل سيؤدي بلجنة القرار 1540 - كما في حالة لجنة الأمم المتحدة ضد الإرهاب- إلى اتخاذ موقف توفيقى وتجنب الصدام بدلا من الاعتماد بشكل رئيسي على السمة الرسمية للالتزامات المدرجة في القرار.

وهذا فإن القرار 1540(2004) كرس لنا رسميا تحول نظام الحد من انتشار الأسلحة النووية من فيينا (الوكالة الدولية للطاقة الذرية) إلى نيويورك(مجلس الأمن). (63)

خاتمة

من خلال دراستنا هذه نخلص للقول أن مجلس الأمن بدأ منذ نهاية الحرب الباردة بتوسيع مفهوم التهديد السلم و الأمن الدوليين ليشمل خطر انتشار أسلحة الدمار الشامل في قراره 1540(2004)، لكنه تجاهل دوره الحقيقي من خلال المادة 25 من الميثاق و التي بدورها تتطلب تطبيق المادة 43 و المتعلقة

بتشكيل هيئة أركان الحرب لوضع خطط و مناهج لتنظيم و نزع السلاح، و بهذا يتضح أن مجلس الأمن ليس مستعدا حتى اليوم للقيام بهذه المهمة. و في المقابل قام بإصدار القرار 1540(2004) و هو قرار ذو طبيعة تشريعية – لا يختلف كثيرا عن القرار 1373(2001)-حيث أصبح مجلس الأمن مشرعا دوليا و ذلك واضح من خلال الالتزامات المفروضة على الدول –أي على برلماناتها حتى قبل أن تشكل- و هو ما يثير الكثير من التساؤلات و المخاوف حول إمكانية مواصلة مجلس لإصدار قرارات مماثلة مستقبلا.

وبذلك يكون مجلس الأمن قد تحمل مسؤولياته كاملة في مواجهة هذه المخاطر، غير أن السؤال العميق: هل سيتمكن مجلس الأمن من مواصلة عمله على هذا النحو؟ وهل سيفرض عقوبات على الدول التي لم تقم بتقديم تقاريرها؟

وبالنظر إلى هذه التعقيدات من المبكر تأكيد ما إذا كان مجلس الأمن قد حقق الغرض من القرار، وفي الإمكان تقرير ذلك فقط إذا أجري مسح مباشر لأسباب الامتثال وعدم الامتثال، إضافة إلى أن قرارا بهذا الحجم من الالتزامات يتطلب وقتا أطول لتقييمه والحكم عليه، و هو ما دفع مجلس الأمن على ما يبدو لتمديد ولاية لجنة القرار 1540 إلى 2021 و تدعيمه لها بكل الوسائل و الخبرات الفنية الضرورية لإنجاح مهمتها.

أما بالنسبة لتقارير الدول الأعضاء فإن هناك تباين في ردود الأفعال- كما سبق و أشرنا- و من الواجب التمييز بين دول بحكم نظامها السياسي و موقعها الجغرافي التي لا تثير شكوك و التزاماتها في هذا الشأن واضحة لا مجال للتمعن أكثر في حثها على التزامها بالقرار 1540 و نخص بالذكر دولة الكويت مثلا و الدول التي تثير كثيرا من الشكوك مثل إيران و باكستان على سبيل المثال، و بالتالي نرى أنه على مجلس الأمن اتخاذ تدابير أكثر فعالية في مواجهة دول

محددة تثار حولها شكوك و مساعدة الدول التي تعاني من ضعف في الإمكانيات المادية و التقنية في المستقبل سيكون أفضل.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد سبق و اشرنا الى انه كان متأخرا نوعا ما في سن هذا التشريع ، لذا نرى انه كان من الضروري إعادة ادماج الالتزامات الواردة في القرار 1540 كما هي تنفيذا لواجبات الجزائر اتجاه القانون الدولي لاسيما المواد 103 و 25 من ميثاق الأمم المتحدة، خاصة و ان القرار السالف الذكر لا يتناول فقط أسلحة الدمار الشامل بل و حتى وسائل ايصالها و التي يقصد بها الصواريخ والقذائف (مع العلم ان القرار السالف الذكر قد حدد معناها بدقة)، بينما لم يتناولها المشرع الجزائري في القانون. 23/01

و نفس الامر ينطبق عند تحديد الجهات التي يحظر انتشار أسلحة لها و ذكرها القرار 1540 بمصطلح " اطراف فاعلة غير حكومية (مع العلم ان القرار السالف الذكر قد حدد معناها بدقة) و على الرغم من ذلك يظهر من قانون 23/01 ان المشرع الجزائري حصرها في التنظيمات الإرهابية في حين ان القرار السالف الذكر ذهب الى أوسع من ذلك بكثير بقوله " الجهات غير التابعة للدولة: تعني الافراد او الكيانات الذين لا يعملون تحت سلطة القانونية لأي دولة .

الهوامش

1- Michèle Poulain, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : quelques points de repères », A.F.D.I, 2002 , p: 40

2- راجع في تعريف الإرهاب رجب عبد المنعم متولي، حرب الإرهاب الدولي والشرعية الدولية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 2005، ص ص: 103-118.

3 - أنظر في تحليل هذا القرار: أحمد عبد الله على أبو العلا، المرجع السابق، ص ص: 312-318.

4 - حول تدخل مجلس الأمن في أفغانستان تحت شعار محاربة الإرهاب راجع: مسعد عبد الرحمن زيدان قاسم، الإرهاب في ضوء القانون الدولي، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2007، ص ص: 233-240.

- 5- Robbie Sabel, La question des armes livrées aux groupes non étatiques : vers une réaffirmation des principes des traitées de Westphalie ?, Forum du Désarmement, UNIDIR,1/2004, p : 5
- 6- Mustafa Kibaroglu, Faire face aux groupes armés non étatiques qui cherchent à se doter d'armes de destruction massive, Forum du Désarmement, UNIDIR,1/2008, p : 37
- 7- Chris Smith, Les transferts d'armes vers les groupes armes non étatiques, Forum du Désarmement, UNIDIR,1/2008, p : 47
- 8- أنظر: فلاديمير أ. أورولوف، الاتجار النووي غير المشروع و جدول الأعمال الجديد، مجلة الوكالة الدولية للطاقة الذرية، يونيو، 2004، ص: 54.
- 9- Annette Schaper, Terrorisme nucléaire : analyse des risques depuis le 11 septembre 2001, Forum du Désarmement, UNIDIR,2/2003, p : 8
- 10- Li Bin et Liu Zhiwei, L'intérêt de la maitrise des armement pour lutter contre le terrorisme nucléaire, Forum du Désarmement, UNIDIR, 2/2003, p : 20
- 11- Annette Schaper, , p :10-11
- 12- ibid, p : 13-12
- 13- Julian Thomas Hottinger, Encourager la participation des groupes armés non étatiques dans le désarmement, Forum du Désarmement, UNIDIR,1/2008 , pp :27-29
- 14- تشمل الأنظمة المتعددة الأطراف للحد من التصدير أساسا: مجموعة أستراليا لعام 1985 ولجنة زينغر لعام 1971 ومبادرة أمن الانتشار لعام 2003 ومدونة الاتحاد الأوروبي بشأن صادرات الأسلحة لعام 1998، للتفصيل انظر:
- ايان انطوني وسيبيل بور، "مراقبة عمليات النقل الدولية المرتبطة بالأمن"، في كتاب (التسلح و نزع السلاح والأمن الدولي، لعام 2006)، معهد ستوكهولم لأبحاث السلام الدولي، تعريب ونشر مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006، ص ص: 1125-1152.
- 15- كريستالستروم، " قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1540: حظر الانتشار بواسطة تشريع دولي"، في كتاب (التسلح ونزع السلاح والأمن الدولي لعام 2007)، ص: 680.
- 16- Serge Sur, " La résolution 1540 du conseil de sécurité (28 avril 2004): entre la prolifération des armes de destruction massive le terrorisme et les acteurs non étatiques ", R.G.D.I.P, 2004/4, p: 858
- 17- كريستالستروم، " قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1540"، المرجع السابق، ص: 681.
- 18- Serge Sur, "La résolution 1540 du conseil de sécurité (28 avril 2004)" op.cit, p: 855

- 19- قد يكون الدافع مالي مثل شبكة العالم الباكستاني عبد القدير خان، أو دافع سياسي كما هو الحال في المنظمات الإرهابية.
- 20- كريستالستروم، "قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1540"، المرجع السابق، ص: 686.
- 21- راجع الفقرة الخامسة من ديباجة القرار 1540 (2004).
- 22- كريستالستروم، "قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1540"، المرجع السابق، ص: 686.
- 23- كريستالستروم، المرجع نفسه، ص: 687.
- 24- Serge Sur, "La résolution 1540 du conseil de sécurité (28 avril 2004)" op.cit, p: 855.
- 25- كانت هذه الفقرة محل انتقاد من بعض الدول بوصفها تعدياً على مبدأ الفصل بين السلطات الدستوري المحلي للدول. وقيل بصدها أن المشرعين سيجدون أنفسهم خاضعين لالتزام دولي بإقرار قوانين تستجيب لطلبات القرار وهذا قبل أن يتمكنوا من ممارسة وظائفهم الدستورية المحلية في التوصل إلى اتفاقيات دولية في هذا الشأن.
- 26- Serge Sur, "La résolution 1540 du conseil de sécurité (28 avril 2004)" op.cit, p: 856.
- 27- راجع الفقرة الثالثة والسابعة من القرار 1540.
- 28- كريستالستروم، "قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1540"، المرجع السابق، ص: 689.
- 29- راجع الفقرة التنفيذية العاشرة من القرار 1540.
- 30- كريستالستروم، "قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1540"، المرجع السابق، ص: 689.
- 31- Allain Pellet et Vladimir Tzankov, "L'état victime d'un acte de terroriste peut-il recourir a la force armée ", in (Les nouvelles menace contre la paix et la sécurité internationales), Paris, Pédone, 2004, p: 98.
- 32- ibid, p: 102.
- 33- Pierre Marie Dupuy, " La communauté internationale et le terrorisme" in (Les nouvelles menace contre la paix et la sécurité internationales), pedone, paris, 2004, p: 35.
- 34- راجع المادتين: الأولى و الثانية من الميثاق بخصوص غايات ومبادئ الأمم المتحدة.
- 35- أنظر في تفصيل اختصاصات مجلس الأمن:
- 36- مصطفى سلامة حسين، المنظمات الدولية، دار وائل، الاردن، 2004، ص: 98-111.
- كريستالستروم، "قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1540"، المرجع السابق، ص: 683.
- 37- أكد القرار 1540 ما أدلى به رئيس مجلس الأمن والذي أقر في اجتماعه على مستوى رؤساء الدول والحكومات في 31 جانفي 1992 معلناً أن انتشار أسلحة الدمار الشامل تهديد للسلم والأمن الدوليين، كما أكدها أيضاً في 6/06/1998 كردة فعل على التجارب النووية للهند وباكستان.

- 38- عرفت الجمعية العامة مفهوم العدوان في قرارها 3314 المؤرخ في 14/12/1974، غير أن هناك من يشكك في هذا التعريف أو على الأقل ينقص من أهميته ونذكر على الخصوص الولايات المتحدة وإسرائيل، لأن هذا التعريف يتناقض مع نظرية الدفاع الوقائي التي تتمسك بها الدولتين.
- 39- من هؤلاء الفقهاء الفقيه M. Happold بمناسبة تعليقه على القرار 1373 (2001)، أنظر: - كريستالستروم، " قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1540"، المرجع السابق، ص: 684.
- 40- كريستالستروم، المرجع نفسه، ص: 689.
- 41- Nathalie Thomé, « Les pouvoirs du conseil de sécurité au regard de la pratique récente du chapitre VII de la charte des Nations Unies », presse universitaire d'Aix Marseille, France, 2005, p: 182
- 42- Anne-Sophie Millet-Devalle, « Non- prolifération nucléaire : Le régime de non-prolifération, mouvement d'ensemble et mouvement partiel », R.G.D.I.P, 2007/2, p 446
- 43- مصطفى سلامة حسين، ازدواجية المعاملة في القانون الدولي، الدار الجامعية الجديدة، مصر، 2007، ص: 214.
- 44- راجع الفقرة التنفيذية الرابعة من القرار 1540.
- 45- كريستالستروم، المرجع السابق، ص: 690.
- 46- عند المقارنة نجد أن 112 دولة امتثلت بحلول سنة 2001 لمطلب الإبلاغ الوارد في القرار 1373.
- 47- يمكن الاطلاع على مستوى التنفيذ لكل دولة على الموقع: <http://www.Disarmament2un.org/comité1540/legaidb.html>
- 48- كريستالستروم، " قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1540"، المرجع السابق، ص: 692.
- 49- ويتعلق الأمر بالمواد الانشطارية والتي تتمثل في اليورانيوم المخصب الى درجة 20 ٪ في نظيره اليورانيوم-235 (u-235) وانفجار كيلوغرام واحد يساوي قنبلة هيروشيما أي ما يعادل 18 كيلو طن من المتفجر الكيميائي شديد الانفجار، لمزيد من المعلومات انظر:
- هارولد فايفيسون وآخرون، "المواد الانشطارية: تخزينها وإنتاجها وإزالتها على المستوى العالمي"، في كتاب التسليح ونزع السلاح والأمن الدولي لعام 2007)، المرجع السابق، ص: 821-848.
- 50- فيما يتعلق بالضوابط التي تفرضها الدول لنقل الأسلحة والمشاكل المتعلقة بها راجع: إبان انطوني وسيبل باور" ضوابط نقل الأسلحة"، في كتاب، " (التسليح ونزع السلاح والأمن الدولي لعام 2006 (، المرجع السابق، ص: 1125-1152.
- 51- كريستالستروم، " قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1540"، المرجع السابق، ص: 694.
- 52- Office for disarmament affairs, " Disarmament year book ", the United Nations , new York, 2007/2, vol 32, p : 35
- 53- راجع الفقرة التنفيذية الرابعة من القرار 1673 (2006)، المؤرخ في 27 أبريل 2006.

- 54- راجع الفقرة التنفيذية السادسة من القرار 1810 (2008) المؤرخ في 25 أفريل 2008 .
- 55- الفقرة التنفيذية 8 و 9 من نفس القرار.
- 56- الفقرة التنفيذية 13 من القرار 1540 .
- 57- الفقرة 14 من نفس القرار.
- 58- تجدر الإشارة إلى أن القرار 1540 لا يحدد إطارا زمنيا للتنفيذ الكامل.
- 59- الفقرة الثانية من القرار 1977(2011) المؤرخ في 20 أفريل 2011.
- 60- أنظر قرار مجلس الأمن 2055(2012) المؤرخ في 29 جوان 2012.
- 61- إدارة الأمن الدولي و عدم الانتشار، (قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1540) وزارة الخارجية الأمريكية، مطبوعة خاصة بتنفيذ القرار 1540، ديسمبر 2012، ص: 6.
- 62- لأنه في هذه الحال سيكون مجلس الأمن هو المشرع والمنفذ والمراقب في نفس الوقت.
- 63- Anne-Sophie Millet-Devalle, op.cit, p 446.

قائمة المراجع:

أولا باللغة العربية:

1: الكتب

- رجب عبد المنعم متولي، حرب الإرهاب الدولي والشرعية الدولية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 2005.
- مسعد عبد الرحمن زيدان قاسم، الإرهاب في ضوء القانون الدولي، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2007.
- أحمد عبد الله على أبو العلا تطور مجلس الأمن في حفظ الأمن والسلم الدوليين، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
- مصطفى سلامة حسين، المنظمات الدولية، دار وائل، الأردن، 2004.
- مصطفى سلامة حسين، ازدواجية المعاملة في القانون الدولي، الدار الجامعية الجديدة، مصر، 2007.

2: المقالات العلمية

- فلاديمير أ. أورولوف، الاتجار النووي غير المشروع و جدول الأعمال الجديد، مجلة الوكالة الدولية للطاقة الذرية، يونيو، 2004.
- ايان انطوني وسبيل بور، "مراقبة عمليات النقل الدولية المرتبطة بالأمن"، في كتاب (التسلح و نزع السلاح والأمن الدولي، لعام 2006)، معهد ستوكهولم لأبحاث السلام الدولي، تعريب ونشر مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006 .

- كريستالستروم، " قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1540: حظر الانتشار بواسطة تشريع دولي"، في كتاب (التسلح ونزع السلاح والأمن الدولي لعام 2007) تعريب ونشر مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت 2007.

- هارولد فايفيسون وآخرون، "المواد الانشطارية: تخزينها وإنتاجها وإزالتها على المستوى العالمي"، في كتاب التسلح ونزع السلاح والأمن الدولي لعام 2007 تعريب ونشر مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت 2007.

- بان انطوني وسبيل باور "ضوابط نقل الأسلحة"، في كتاب، " (التسلح ونزع السلاح والأمن الدولي لعام 2006) تعريب ونشر مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006.

3: الوثائق

- إدارة الأمن الدولي و عدم الانتشار، (قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1540) وزارة الخارجية الأمريكية، مطبوعة خاصة بتنفيذ القرار 1540، ديسمبر 2012.

- الوثيقة تحت رقم S/AC.44/2004/02/109، مجلس الأمن، الأمم المتحدة، بتاريخ 1 افريل 2005.

- قرار مجلس الامن 1373(2001) المؤرخ في 28 سبتمبر 2001

- قرار مجلس الأمن 1673 (2006)، المؤرخ في 27 أبريل 2006.

- قرار مجلس الامن 1810 (2008) المؤرخ في 25 افريل 2008 .

- القرار مجلس الأمن 1977(2011) المؤرخ في 20 أفريل 2011.

- قرار مجلس الأمن 2055(2012) المؤرخ في 29 جوان 2012.

- القرار مجلس الامن 2325(2016) المؤرخ في 15 ديسمبر 2016.

- بيان دولة الكويت أمام اللجنة التحضيرية الأولى لمؤتمر الأطراف في معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية لاستعراض المعاهدة عام 2020 ألقاه المندوب الدائم لدولة الكويت لدى الأمم المتحدة في فيينا سعادة السفير صادق محمد عرفي في فيينا بتاريخ 4 مايو 2017.

ثانيا: باللغات الأجنبية

: Les ouvrages

Allain Pellet et Vladimir Tzankov, " L'état victime d'un acte de terroriste peut-il recourir a - la force armée ", in (Les nouvelles menace contre la paix et la sécurité internationales), Paris, Pédone, 2004.

Pierre Marie Dupuy, " La communauté internationale et le terrorisme" in (Les nouvelles - menace contre la paix et la sécurité internationales), pedone, paris, 2004.

Nathalie Thomé, « Les pouvoirs du conseil de sécurité au regard de la pratique récente - du chapitre VII de la charte des Nations Unies », presse universitaire d'Aix Marseille, France, 2005.

: Les thèses et mémoires

Milo Ventura, Arms control and disarmament :Legitimage , War, and Peace, Thesis - presented to the dipartement of international studies MACALESTER COLLEGE, .USA,2018

M. Yasuhito Fukui, Formation et normativité des accords internationaux dans le - domaine du désarmement et de la non-prolifération, Thèse doctorat ,Universite Paris I .Panthéon –Sorbonne, 2013

Florent Biemann, Combttants terroristes étrangers : analyse des motivations - individuelles des djihadistes de Suisse, Mémoire de master présenté al'université de .Genève, le 21 mai 2017

: Les articles

Michèle Poulain, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : quelques points de - .repères », Annuaire Francais de Droit International, 2002

Robbie Sabel, La question des armes livrées aux groupes non étatiques : vers une - réaffirmation des principes des traitées de Westphalie ?,Forum du Désarmement, .UNIDIR,1/2004

Ian Hurd, The UN Scurity council and the international rule of law, The Chinese - .Journal of International Politics, 2014, vol 7 n3

John Simpson, Le régime de non prolifération des armes nucléaires : retour vers le futur, - .Forum du Désarmement, UNIDIR,1/2004

Patricia Lewis et RameshThakur, La maitrise des armements, Le désarmements et les - Nations Unies Forum du Désarmement, UNIDIR,1/2004

Mustafa Kibaroglu, Faire face aux groupes armés non étatiques qui cherchent à se doter - .d'armes de destruction massive ,Forum du Désarmement, UNIDIR,1/2008

Chris Smith, Les transferts d'armes vers les groupes armes non étatiques, Forum du - .Désarmement, UNIDIR,1/2008

Annette Schaper, Terrorisme nucléaire : analyse des risques depuis le 11 septembre - .2001, Forum du Désarmement, UNIDIR,2/2003

Li Bin et Liu Zhiwei, L'intérêt de la maitrise des armement pour lutter contre le - .terrorisme nucléaire, Forum du Désarmement, UNIDIR, 2/2003

- Julian Thomas Hottinger, Encourager la participation des groupes armés non étatiques - dans le désarmement, Forum du Désarmement, UNIDIR,1/2008
- Philippe Weckel , Le Conseil de Securite des Nations Unies et l'arme nucléaire ", - .Annuaire Français de Droit International , vol 52/2006
- Serge Sur," La résolution 1540 du conseil de sécurité (28 avril 2004): entre la - prolifération des armes de destruction massive le terrorisme et les acteurs non étatiques .", Revue General Droit International Public, /42004
- Andrea Bianchi, Assessing the Efficativeness of the UN Security Council's Anti-terrorism - Measures : The Quest for Legitimacy and Cohesion, The European Journal of .International Law,vol 17 N 5, 2007
- Anne-Sophie Millet-Devalle, « Non- prolifération nucléaire : Le régime de non- - prolifération, mouvement d'ensemble et mouvement partiel », Revue General Droit .International Public ,2/2007
- Alfonso Iglesias Velasco and AnassGouyez Ben allal, The Role of the United Nations - Security Council as regards disarmament end nuclear non-prolifération, Journal of .Spanish Institue for Strategic Studies, , 7/2016
- Stefan Talmon, The Security Council , AS World Législature, The American Journal of - .International Law, vol 99/2005
- Monika HEUPEL Adapting to transnational Terrorism : The UN Security Council's - Evolving Approach to terrorism, German Institute for International and Security Affaires, .Security Dialogue, Berlin vol 38, 2007
- Office for disarmament affairs," Disarmament year book ",the United Nations , new - .York, 2007/2, vol 32

: Sites entèrent

<http://www.Disarmament2un.org/comité1540//legaibd.html>

www.un.org

الوقف (الحبس) (دراسة عملية لأهم أحكامه على ضوء النصوص القانونية وبعض أحكام القضاء)

الأستاذ كوسة عمار
محامي بمنظمة المحامين ناحية سطيف

مقدمة:

إن الدارس والباحث والمحترف للقانون، لا شك أنه يرصد ويلمس تلك الأهمية، التي منحها المشرع وخص بها موضوع الوقف، وهذا بعد أن خصص له جملة من النصوص القانونية، تمثلت في البدء بقانون الأسرة، الذي تناوله في مواده من 213 إلى غاية 220، ثم أعقب ذلك القانون 90-25 المؤرخ في: 1990/11/18 الخاص بالتوجيه العقاري، ثم لم يلبث في الأخير أن أفرد له قانون خاص به، وهو القانون 91-10 المؤرخ في: 1991/04/27 والمعدل والمتمم بموجب القانون 02-10 المؤرخ في: 2002/12/14، هاته النصوص وإن كانت في مجملها لم تغفل عن تحديد ماهية الوقف، و تناول الأحكام الخاص به، إلا أن هذا الأمر لم يُجلبى و يزيل تلك الصعوبة التي تعترى مسألة الفصل في المنازعات التي تثور بشأنه، لأن الأمر في مجمله يتعلق بمسألة شرعية هي نتاج اجتهاد فقهي، تناولها كل مذهب من المذاهب الإسلامية بأحكام خاصة، قد تتوافق أحيانا وتباين في أحيان أخرى، وعلى اعتبار أن المستقر عليه شرعا وقانونا أن الوقف يخضع في مجمله وعمومه لإرادة الموقوف، بمعنى أن هذا الأمر يبيح ويتيح له الأخذ بأي مذهب، يرتضي سريان أحكامه على الشيء الموقوف، الأمر الذي كرسته المحكمة العليا من خلال القرار الصادر بتاريخ: 1986/02/24 تحت رقم: 40589، مما يحتم الإبحار في الجزئيات والغوص في التفاصيل، التي تناولها كل مذهب على حدا، وهذا حتى يسهل الوقوف على مدى إحترامها من طرف

الواقف، وبالتالي يصح العقد المفرغ فيه، و يستقيم معها الحكم في حال ما أثير بشأنه نزاع، ومنه بعيدا عن هذه الإشكالية، وللإحاطة بجوانب الموضوع ارتأيت تناوله وفق وتحت جملة من العناصر والملاحظات، والتي تجمل وتحتوي في متنها ومضمونها تعريف الوقف، مع تحديد أنواعه، ثم أهم أركانه وخصائصه وهذا على ضوء القوانين المذكورة أعلاه، و كذا بالاستئناس والركون إلى بعض قرارات المحكمة العليا.

أولا/ تعريف الوقف:

إن تعريف الوقف في إطاره العام، والذي تتشارك فيه جملة القوانين المذكورة أعلاه، تجمع على كون الوقف هو حبس المال عن التملك على وجه التأييد والتصديق، وهو التعريف الوارد بحذافيره في مضمون المادة 213 من قانون الأسرة، كما وأن قانون الأوقاف 91-10 المؤرخ في: 1991/04/27 تبنى نفس التعريف، وأضاف له من خلال المادة 3 منه، من كون أن يكون التصديق علي الفقراء أو على وجه من وجه البر أو الخير، أما القانون 90-25 المؤرخ في: 1990/11/18 المتعلق بالتوجيه العقاري ، فقد عرف الوقف الواقع على العقار، من خلال المادة 31 منه بقولها "الأملاك العقارية التي حبسها مالكمها بمحض إرادته ويجعل التمتع بها دائما، تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عمومية سواء أكان التمتع فورا أو عند وفاة الموصين و الوسطاء، الذين يعينهم المالك المذكور.

ثانيا/ أنواع الوقف:

إن أنواع الوقف حسب دائما القوانين المذكور أعلاه تنقسم إلى نوعين، وقف عام، وآخر خاص.

01/ الوقف العام:

الوقف العام هو الذي جُعلت فيه المنفعة لجهة أو أكثر من جهات الخير، وقد تناولته أحكام المادة 06 من القانون 91-10 المؤرخ في: 1991/04/27، فهو

على هذا النحو يخضع في تنظيمه، تسييره، حفظه، حمايته، وطرق إستغلاله وإستثماره وتنميته، إلى القانون 02-10 المؤرخ في: 2002/12/14.

02/ الوقف الخاص:

الوقف الخاص هو ما جُعلت فيه المنفعة للأفراد، أي ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين، ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم، هذا النوع من الوقف يخضع في تنظيمه للقانون الأسرة وأحكام الشريعة الإسلامية.

ثالثا/ شروط وأحكام الوقف:

لقد خص قانون الأسرة، بالإضافة إلى جملة القوانين المجسدة في القانون 90-25 المؤرخ في: 1990/11/18 الخاص بالتوجيه العقاري، وكذا القانون 91-10 المؤرخ في: 1991/04/27 والمعدل والمتمم بموجب القانون 02-10 المؤرخ في: 2002/12/14، الوقف بجملة من الشروط والأحكام، هذه الأخيرة التي نوردها تحت العنوانين الآتي بيانها.

01/ الصيغة التي ينعقد بها الوقف:

إن الوقف و فق المبادئ العامة المقررة له، ينعقد بالصيغة واللفظ الدال على إرادة الواقف، فقد تكون صريحة أو كتابة، كما يجب أن تكون جازمة لا تقبل التحوير أو التأويل، وعلى ضوء هذا فإن الوقف لا ينعقد بالوعد، ولا يوقف على شرط (المادة 16 من القانون 91-10 يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من التي اشترطها الواقف في وقفه، إذا كانت منافية لمقتضى حكم الوقف)، وهو ما يقودنا للقول أن الوقف إذا اقترن بشرط غير صحيح بطل الشرط وصح الوقف، وهذا لا يمنع بأي حال من الأحوال الواقف من التراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف، إذا ما اشترط لنفسه ذلك، حين انعقاد العقد، الأمر الذي كرسته المحكمة العليا من خلال القرار الصادر بتاريخ: 2001/01/31 تحت رقم: 200374.

02/ ملكية الشيء الموقوف وأهلية الواقف:

يشترط في الواقف أن يكون مالكا للعين أو المال الذي يريد وقفه، أهلا للتبرع، عاقلا بالغا، غير محجور عليه لا تشوب إرادته أي عيب من العيوب (في هذا الشأن يجوز لكل ذي مصلحة إذا اختلت هذه الشروط أن يرفع دعوى إبطال الوقف)، و يشترط كذلك في الموقوف عليه (الجهة التي تنتفع بالوقف) أن تكون جهة بر وخير وليست جهة معصية (المادة 5 من القانون 02-10 المعدلة للمادة 13 من القانون 91-10)، وأن تكون هذه الجهة مما يصح أن تملك (لا يصح الوقف للجنين في رحم أمه)، كما وأنه يشترط في محل الوقف (المادة 216 من قانون الأسرة والمادة 11 من القانون 91-10) سواء أكان عقارا أو منقولاً أو منفعة، أن يكون محددًا، مشروعًا، خاليا من النزاع، وهو ما كرسته المحكمة العليا من خلال القرار الصادر بتاريخ: 1988/11/21 تحت رقم: 46546، ويصح كذلك في هذا الشأن أن يكون محل الوقف مالا مشاعا (تحبیس الواقف لنصيبه في المال الشائع)، بشرط أن لا يشمل الوقف نصيب باقي المالكين على الشيوع، لأن ذلك بمثابة التصرف في ملك الغير، وهو الأمر الذي كرسته المحكمة العليا كذلك في القرار الصادر عنها بتاريخ: 2010/05/13 تحت رقم: 600620.

03/ مدة الوقف:

يشترط في الوقف أن يكون على سبيل التأييد (المادة 28 من القانون 91-10)، بمعنى أنه لا يجوز التراجع عنه، بوصفه صدقة مؤبدة، الأمر الذي كرسته المحكمة العليا من خلال القرار الصادر بتاريخ: 2011/07/26 تحت رقم: 692342.

04/ قسمة الوقف:

إن الوقف هو حبس العين عن التملك مع بقاء الإنتفاع بها (المادة 3 من القانون 91-10)، وبالتالي تجوز قسمة الاستغلال أو الانتفاع بين المستفيدين

من الوقف (سواء قسمة ودية أو قضائية)، ولا تجوز القسمة الناقلة للملكية ، الأمر الذي كرسته المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ: 2007/01/14 تحت رقم: 393937.

05/ التصرف في الوقف:

إن الوقف بمجرد انعقاده لا يجوز للواقف بمقتضى هذا الأمر، أن يتصرف في الشيء الموقوف بالبيع أو الهبة أو التنازل، ولكن المحكمة العليا من خلال الصادر بتاريخ: 1993/07/21 تحت رقم: 102230، أقرت أن الوقف إذا كان معلقا أو مضافا، جاز للواقف التراجع عنه، ولكن إذا كان منجزا (فوري)، فلا يجوز له ذلك، و عليه وما دام أن الوقف معلقا لما بعد وفاة الواقفة، فإن تراجعها بإبطالها له بعقد توثيقي، وذلك ببيعها العقارات محل الوقف بعقود رسمية كان الأمر جائزا شرعا.

كما تجدر الإشارة أن المشرع و إن كان أخرج العين الموقوفة من ملكية الواقف بعد انعقاد الوقف، فإنه لم ينقلها إلي ملكية الموقوف له، وجعل بذلك الوقف ذو طابع مؤسساتي (كيان قانوني يتمتع بالشخصية المعنوية)، وهو ما يستشف من مضامين المادتين 5 و 17 من القانون 91-10 والمادة 23 من القانون 90-25.

06/ الشكلية في الوقف:

يخضع الوقف للشكلية المطلوبة، وهذا إذا ما اقتضتها وتطلبها طبيعة التصرف، أي الكتابة الرسمية والشهر (التوثيق)، إذا ما انصب محله علي عقار، وهو ما شددت عليه المادة 41 من القانون 91-10 بقولها "يجب أن يقيد الوقف بسند توثيقي كشرط لنفاذه"، تجدر الإشارة فقط أن المشرع من خلال المادة 5 من المرسوم 00-336 أجاز لمدير الشؤون الدينية تحرير السندات الرسمية للأموال الوقفية.

07/ عدم قابلية الوقف للتملك بالتقادم المكسب:

لا يجوز تملك العقار محل إجراءات الوقف بالتقادم المكسب (المادة 23 من القانون 91-10)، الأمر الذي ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 2010/04/22 تحت رقم: 547662 بقولها "لا يجوز تحرير عقد شهرة علي أرض محبسة بقصد تملكها".

ولكن استثناء يجوز إدماج العقار الموقوف ضمن الإحتياطات العقارية للبلدية أو الدولة بصفة عامة (نزع الملكية للمنفعة العمومية)، وهذا شريطة تقديم تعويض عادل يوضع تحت تصرف ناظر الوقف، لشراء عقار آخر تسري عليه نفس أحكام الوقف المدمج، مع بقاء سريان حق الانتفاع لمن قرر له ذلك، وهو ما ذهب إليه قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ: 2005/07/12 تحت رقم: 16765.

الخاتمة:

ختاما يمكن القول، أنه إذا كان غالبية الشعب الجزائري يأخذ بأحكام المذهب المالكي في جميع شؤونه التعبدية والفقهية، وكذا ما يسري على معاملاته الدنيوية، فكان من الأجدر والأمثل تكريس أحكام هذا المذهب كأطر شرعية وقانونية ناظمة لأحكام الوقف دون غيرها من مذاهب الأخرى، ما دام أنه يوجد تباين فيما بينها، والذي نلمسه بالخصوص في مسألة المدة الزمنية للوقف، والتي أجاز المذهب المالكي تأقيته، في حين أن المذهب الشافعي والحنفي قضى بتأييده (وهو ما أخذ به المشرع الجزائري)، وكذلك يجب نفض الغبار على الأملاك الوقفية المهملة، وإعطاء دفعة لها في سوق الإستثمار حتى تعود فوائدها بالنفع علي الوجوه التي حبست من أجلها، وهذا لن يتأتى إلا من خلال تحيين مختلف النصوص القانونية والتنظيمية التي ترفع العقبات والعراقيل المادية، وتسهل سبل وطرق تنمية واستثمار هذه الأملاك الوقفية.

إثبات إجراءات التقاضي الرقمي في الجزائر

د/ فواتحية حبارة - محامية بمنظمة المحامين أم البواقي
أستاذة محاضرة بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أم البواقي

الملخص:

يعتبر التقاضي الرقمي أحد آليات رقمنة قطاع العدالة، أين يتم الإعتماد في الإجراءات والمراسلات بين طرفي الدعوى على الدعامة الرقمية عوض الدعامة الورقية. فتختفي بذلك الأوراق التقليدية ويحل محلها ملف إلكتروني رقمي للدعوى. حيث ظهرت على الساحة القضائية منازعات من نوع جديد تسمى منازعات إلكترونية ولإثباتها اعتمدت وسائل جديدة تتلاءم مع طبيعتها وظروف إبرام المعاملات الخاصة بها.

من ثم جاءت هاته المداخلة كمحاولة للتعرف على موقف المشرع الجزائري حول مسألة اثبات إجراءات التقاضي الرقمية باعتبارها إشكالا يواجه القضاء عموما و المحامي خصوصا.

Abstract:

Digital litigation is one of the mechanisms for digitizing the justice sector, where procedures and correspondence between the parties are relied upon on the digital support rather than the paper support. Traditional papers disappear and are replaced by a digital electronic file of the lawsuit. Where disputes of a new kind, called electronic disputes, have arisen in the judicial arena and have been established, new means have been adopted, adapted to their nature and the conditions for concluding their own transactions.

The intervention was therefore an attempt to identify the Algerian legislator's position on the issue of establishing digital litigation as a problem facing the judiciary in general and the advocat in particular.

مقدمة

هذه المداخلة تصب في خاصية مهمة من خصائص التقاضي الرقمي وإشكال يواجه القضاء عموما و المحامي خصوصا ألا هو الإثبات الإلكتروني.. ففي التقاضي الرقمي يتم الإعتماد في الإجراءات والمراسلات بين طرفي الدعوى على الدعامة الرقمية عوض الدعامة الورقية. حيث تختفي الأوراق التقليدية ويحل محلها ملف إلكتروني رقمي للدعوى .

ونتيجة لذلك تصبح الرسالة الإلكترونية هي السند القانوني الذي يمكن لطرفي النزاع اعتماده في حالة نشوئه ودليل من أدلة الإثبات الإلكترونية. وبالتالي عدم تنظيم هذه السندات الإلكترونية بنصوص تشريعية يعد من المشكلات التي تواجه المحاكم في النزاعات عند تقديم الأطراف لمستخرجات التلكس أو الفاكس أو الأنترنت أو الوسيط الإلكتروني عموما سواء أقراصا ممغنطة أو فلاش ديسك...إلخ

ومن ثم كان بنا أن نجيب عن إشكالية: مدى اعتبار المحرر الإلكتروني دليل كامل في الإثبات في القانون الجزائري؟ وإن كانت الإجابة بنعم فمامحل المستندات الورقية من الحجية إذا ما وجدت جنب إلى جنب مع المستندات الإلكترونية في نزاع واحد وتعارضت معها ؟ ومن ثم نصل إلى مسألة الترجيح للقاضي ومعايير ذلك ؟

وحتى تكتمل صورة الموضوع بحيثياته الرئيسية مهدنا له بالتعرض للمفاهيم المستحدثة جراء هذا النظام التقني للتقاضي ومقوماته أو أسسه في

الجزائر وصولاً لموقف المشرع الجزائري من عملية الإثبات الإلكتروني وإشكالات التطبيق في المحاكم الجزائرية.

1/ التقاضي الرقمي مفاهيم ومقومات

كبدية نقول بأن التقاضي الرقمي كمفهوم تعرض لشد وجذب من قبل الفقهاء نأخذ منها تعريفاً راجحاً يفني بالغرض كي نترك المجال للمداخلات اللاحقة والتي تناولت موضوع التقاضي عن بعد التفصيل فيه

1-1: مفهوم التقاضي الرقمي: رغم تعدد التعاريف فهو لا يخرج عن كونه:

عبارة عن: "نظام تقني معلوماتي بين شبكة الربط الدولية وبين مبنى الجهاز القضائي في إطار عصرنه العدالة، من خلاله يمكن للمدعي أن يرفع دعواه يسجلها ويقدم المستندات، يحضر الجلسات ومن ثم يصدر الحكم في النزاع دون أن ينتقل إلى مبنى المحكمة باستعمال وسائل الإتصال الإلكتروني..

2_1: خصائص التقاضي الرقمي: نحاول تلخيصها فيما يلي:

- حلول الوثائق الإلكترونية محل الوثائق الورقية
- تسليم المستندات والعوارض إلكترونياً عبر شبكة الإتصال
- الاعتماد على الوسيط الإلكتروني
- سرعة تنفيذ إجراءات التقاضي الإلكتروني
- إثبات إجراءات التقاضي الإلكتروني
- استخدام الوسائل الإلكترونية لدفع رسوم ومصاريف الدعوى

2- الأسس التشريعية للتقاضي الرقمي

إن التقاضي الرقمي ليس مجرد مصطلح فقهي افتراضي وإنما جسده التشريع وإجراءاته ووسائله بجملة من النصوص القانونية باعتبارها الإطار القانوني للموضوع وأساسه. نحاول ذكرها على سبيل الجرد التسلسلي من الناحية الزمنية والجزئية المعالجة كون التقاضي الرقمي مرتبط بالعديد من

القوانين سواء الموضوعية أو الإجرائية تصب بصفة مباشرة في إجراءات التقاضي الرقمي أو في المعاملات الإلكترونية عموماً. :

نبدأ بأول مبادرة من المشرع الجزائري للحاق بركب المعلوماتية وهو تعديل القانون المدني سنة 2005 بموجب الأمر حيث نصت المواد: 323 مكرر، 323 مكرر 1، 327/2 على الإثبات الإلكتروني لأول مرة

يلمها القانون 03/15 المتعلق بعصرنة العدالة والذي يعتبر أول قانون جسد عملية التقاضي الرقمي في الجزائر

القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين والذي فصل في كل الأحكام المتعلقة بحجية التوقيع الإلكتروني وكيفية إضافة لعملية التصديق الإلكتروني وسلطاته

القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية : بالرغم من أنه يظهر بعيداً عن ميدان التقاضي الرقمي إلا أنه ساهم بشكل غير مباشر فيه في الحديث عن أحكام الدفع الإلكتروني ومعالجة المنازعات الإلكترونية ذات الطابع الاستهلاكي بين الموردين والمستهلكين. والتي تعتبر كثيرة الانتشار في يومنا الحالي في ظل التسوق الإلكتروني من المتاجر الافتراضية.

ناهيك عن القانونين الأجراءيين وهما قانوني الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية 04/20

وهنا نقول بأن إجراءات التقاضي هي نفسها فقط تغير الأسلوب المستعمل ومن ثم تغيرت تبعاً لذلك بعض النقاط كالإثبات مثلاً. ولهذا نقترح اعتماد تسمية التقاضي في الشكل الإلكتروني بدل التقاضي الإلكتروني

كون أسلوب ونوع القضاء بقي هو نفسه والوسيلة تغيرت شكله في ذلك شكل الكتابة في الشكل الإلكتروني. هذه الأخيرة التي لا تعتبر نوع جديد من الكتابات وإنما شكل أو وسيط جديد للكتابة أو ما يعرف بالدعامة.

فإذا كانت الدعامة الورقية سميت الكتابة على الورق، وإذا كانت على الرمل أو الحجر سميت بذلك، وكذلك الحال للدعامة الإلكترونية سميت الكتابة في الشكل الإلكتروني" وهي التسمية المعتمدة من قبل المشرع الجزائري وهو موفق في ذلك.

وهذا المنهج المتبع من قبله هو النهج المتبع من قبل التشريعات الإلكترونية الدولية، التي تعتمد على مبدأي الحياد التقني أو ما يعرف بالحياد إزاء التكنولوجيا والمقصود به عدم تحديد الأطراف بوسيلة تقنية معينة أي ترك الحرية لهم لاختيار الوسيلة المستعملة للتبادل المعلوماتي إلا أن هذه الحرية مقيدة بشروط تخص التقنية المستعملة (توفر امن التراسل وتحفظ المعلومات من أي تعديل إضافة لتاريخ الإرسال). فمبدأ "الحياد التقني" يظهر بشكل جلي في القوانين الخاصة بالتوقيعات الإلكترونية، لتعلقه بالتقنية المستعملة إذ لا يجب أن ينص قانون التوقيع الإلكتروني على تقنية معينة تستخدم في عملية التوقيع، وإنما من المستوجب بدلا من ذلك أن ينص على شروط معينة من الواجب توافرها فيه حتى تكون له حجية قانونية¹.

وكذلك مبدأ التكافؤ الوظيفي أو التعادل الوظيفي وهو المعادلة بين الأشياء نتيجة قيامها بنفس الوظيفة وهو ما يتجلى في المعادلة بين الكتابة التقليدية والكتابة في الشكل الإلكتروني في نص م 323 مكرر 1 من القانون المدني، وبين التوقيع الخطي والتوقيع الإلكتروني م 8 من قانون 04/15 م ... من قانون 03/15. فالحياد التقني + التكافؤ الوظيفي = التعادل القانوني. بمعنى عدم التفرقة بين الوسائل التكنولوجية ومعادلتها مع التقليدية نتيجة قيامها بنفس الوظائف يؤدي لمعادلتها قانونا والمقصود هنا المعادلة من ناحية الحجية في الإثبات.

فالجمع بين المبدأين واجب، إذ يسمح بتوسيع نطاق مفهوم الحيادية الخاصة بالحيادية التقنية، من أجل الوصول إلى حيادية قانونية. هذه الأخيرة

التي تعتبر - بحق - المغزى من ذلك، إذ هي التي تسمح باستمرار تطبيق نفس قواعد القانون مهما كان نوع دعامة المحرر². وهذا ما أدى بالبعض إلى استعمال مفهوم "المعادلة القانونية" بين الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة في الشكل الإلكتروني.

3- مظاهر تجسيد المشعر الجزائي للمبدأين:

بحثا عن مظاهر التجسيد لهذين المبدأين في نصوص القوانين ذات الصلة وجدنا مايلي/

1-3: القانون المدني: نص في المادة 323 مكرر 1 على المساواة في الإثبات بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق³، بعد أن نفي كل فرق بين أشكال الكتابة على أساس الدعامة أو طرق الإرسال في المادة 323 مكرر على أساس الحياد التقني. وكذلك نص المادة 327 مكرر اين عادل بين التوقيع الإلكتروني والخطي.

2-3: قانون 03/15 المتعلق بعصرنة قطاع العدالة

اشترط هذا القانون في الوسائل التقنية المستعملة في المراسلات الإلكترونية طبقا للم 10 مايلي: امكانية التعرف الموثوق على أطراف التراسل الإلكتروني، سلامة الوثائق المرسلة، أمن وسرية التراسل، حفظ المعطيات بما يسمح بتحديد تاريخ الإرسال والإستلام من طرف المرسل إليه بصفة أكيدة فبتوافر هذه الشروط واعداد الوثيقة المرسلة بالطريق الإلكتروني وفق الإجراءات اللازمة تكون هذه الأخيرة متمتعة بصحة وفعالية الوثيقة الأصلية حسب ماتقضي به م2/10 من هذا القانون.

أما على مستوى المحاكمة عن بعد فقد حددت المادة 441 مكرر 8 من قانون الإجراءات الجزائية وم 14 من قانون 03/15 شروط وإجراءات المحاكمة عن بعد وهي نفس الشروط المذكورة سابقا) وجوب أن تتضمن الوسيلة

المستعملة سرية الإرسال وأمانته، تسجيل التصريحات على دعامة تضمن سلامتها وترفق بملف الإجراءات...)

والملاحظ أنها نفس شروط القانون المدني.

3-3: قانون 04/15 الخاص بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين:

نجد من خلال عنونة الفصل ب" مبادئ المماثلة وعدم التمييز اتجاه التوقيع الإلكتروني" إشارة واضحة لتبني المشرع الجزائري لمبدأ التعادل الوظيفي والحياد التقني ازاء التوقيع الإلكتروني أي الإعتماد به كحجة في الإثبات مماثلا في ذلك التوقيع الخطي. مبلورا هذا الحكم من خلال نص المادة 8 من القانون نفسه: " يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي"

إلا أن الملاحظ بأن المشرع الجزائري لم يطلق الأمر بدون شرط، بل قيد مبدأ المماثلة بجعله مقتصرًا على التوقيع الإلكتروني الموصوف دون غيره، والذي بين المتطلبات الضرورية له من خلال المادة 7 من نفس الأمر⁴

4-3: قانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية

يبدو أن المشرع الجزائري وصل لمرحلة متقدمة تجاوز فيها مرحلة النص على حجية الاثبات كون الأمر حسم في ظل قانون خاص به ألا وهو قانون 04/15. إلا أننا وجدنا بعض الإشارات التي تؤكد على ضرورة التصديق والتوثيق واحترام سرية البيانات وامن نظم المعلومات والتي من شأنها تسهيل بيئة الإثبات الإلكتروني. كالمواد: 20، 26، 28، و30.

لكي يعتد بدليل الإثبات الإلكتروني، يجب أن يتضمن كتابة إلكترونية تثبت تصرفا قانونيا معينًا، وأن يكون موقعًا إلكترونيًا من الشخص المنسوب إليه الدليل الإلكتروني⁵. فالكتابة لا تعد دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت موقعة، إذ أن غياب التوقيع يفقد الدليل الكتابي حجيته في الإثبات.

ولهذا نجد أن المشرع أقر قوة ثبوتية لهذين العنصرين ومساواتهما مع عنصري دليل الإثبات الخطي في ظل توافر شروط وضوابط. وهو ماسوف نتعرض له فيما يأتي

4- شروط اعتبار الكتابة دليلا كاملا في الإثبات

باستقراء نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني نجد بأن المشرع الجزائري اشترط عدة شروط للاعتداد بالكتابة في الإثبات كالآتي:

1-4 حفظ المحرر الإلكتروني في ظروف تضمن سلامته: نص على هذا الشرط: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على ورق شرط... وأن تكون محفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

عبارة "حفظ المحرر" يقصد بها أن يتم الحفاظ على المحرر ووقايته من أي تدخل أو تعديل أو إتلاف فترة من الزمن، حتى يمكن بعد ذلك تقديمه للقضاء عند حدوث أي نزاع، بحيث يتم إثبات الحق المتنازع عليه⁶. وهو ما يعرف بقابلية السجل الإلكتروني للاحتفاظ بالمعلومات الواردة فيه.

2-4: إنشاء المحرر الإلكتروني في ظروف تضمن سلامته:

اشترط المشرع بمقتضى المادة 323 مكرر 1 لاعتبار الكتابة في الشكل الإلكتروني معادلا وظيفيا للكتابة على الورق أن تكون معدة في ظروف تضمن سلامتها:

فالمقصود بالحفاظ على سلامة المحرر من الناحية التقنية هو ألا يتم تعديل مضمون المحرر أو العبث به. بمعنى الحفاظ على حالة المحرر الإلكتروني بحيث لا يصيبه أي تعديل أو تغيير عن حالته الأولى التي تم إنشاؤه عليها أي بقاؤه على الصورة الأولى التي أرادها منشئه⁷.

3-4: دلالة المعلومات الواردة في السجل الإلكتروني على من ينشئه أو يتسلمه وتحديد هويته:

وهنا نتساءل عما يضمن للقاضي بأن الوثيقة الإلكترونية المقدمة له كدليل إثبات صادرة أو متعلقة بذلك الشخص؟

من هذا التساؤل نبع هذا الشرط في المادة 323 مكررا1: "...إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها". والذي نراه متضمنا في العنصر الثاني للمحرر وهو التوقيع. هذا الأخير الذي يعد إثبات هوية الموقع من أهم وظائفه حسب نص م 6 من القانون 04/15 المذكور أعلاه: "يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع..."

نخلص أخيرا بأنه إذا توافرت في الكتابة في الشكل الإلكتروني هذه الشروط يمكن أن تعد دليلا للإثبات كالكتابة المادية على المستندات الورقية.

5: شروط الإعتداد بالتوقيع الإلكتروني في الإثبات

رأينا سابقا أن للتوقيع أهمية كبيرة في الإثبات، فهو العنصر الثاني الذي به يكون دليل الإثبات الإلكتروني تاما، إذ لا قيمة لدليل الإثبات إذا لم يكن موقعا من أطرافه. فبالإضافة إلى أنه يعمل على نقل المحررات من مرحلة الإعداد إلى مرحلة الإنجاز وإعطائها صفة الأصل في نظر القانون، فهو يلعب دورا جوهريا وأساسيا في إضفاء القوة الثبوتية على المحررات والتي تعتبر الغاية الأساسية منه مهما كان شكله⁸.

ونتيجة لازدياد التعامل بهذه الوسائل الحديثة في استخدام تقنيات التوقيع الإلكتروني كبديل للتوقيع التقليدي نشأت الحاجة إلى وضع إطار قانوني يرمي إلى التقليل من فكرة عدم اليقين بشأن الأثر القانوني لها⁹. ومن هنا رصدت التشريعات المنظمة للإثبات الإلكتروني للتوقيع الإلكتروني بعدا قانونيا يعادل بقوته الثبوتية الحجية المقررة للتوقيع التقليدي. فمنح التوقيع الإلكتروني الحجية القانونية في الإثبات جاء منوطا بتوافر شروط معينة.

حيث منح المشرع الجزائري الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني حتى تكون له نفس القوة الثبوتية للتوقيع الكتابي، ولكنه فرض توفره على شروط

تثبت مصداقيته وقبوله في الإثبات. حيث لم يكتف بالقانون المدني بمقتضى المادة 327 مكرر فقرة 2 التي نصت على أنه: "يعتد بالتوقيع الإلكتروني بنفس الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1" بل تدخل بمقتضى القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين مفردا له الباب الثاني تحت عنوان التوقيع الإلكتروني للتفصيل في أحكامه.

سنحاول إحداث مقارنة بين نصوص المواد لاستخراج شروط الإعتداد بحجية التوقيع الإلكتروني لدى المشرع الجزائري .

باستقراءنا للنصوص في كلا من القانونين المدني وقانون 04/15 : نجد بأن نص المادة 327 مكرر فقرة 2 قد أحالت شروط الاعتماد بالتوقيع الإلكتروني إلى شروط الاعتماد بالكتابة في الشكل الرقمي، دون مراعاة أي خصوصية لآلية التوقيع عن الكتابة. في حين تنظيم مسائل التوقيع الإلكتروني بمقتضى قانون خاص تحتسب خطوة حسنة للمشرع الجزائري. ولهذا شروط التوقيع الإلكتروني موضحة بالتفصيل في القانون 04/15 من المواد 6،7،8.

فالتوقيع الإلكتروني إذن معتد به في الإثبات مهما كان شكله أو أسلوبه، إلا أن مماثلته للتوقيع الخطي في القوة الثبوتية لا تكون إلا من نصيب التوقيع الإلكتروني الموصوف. مبينا شروط هذا الأخير في المادة 7 من القانون 04/15.

وهنا نصل إلى أن المحرر الإلكتروني هو دليل كامل في الإثبات شأنه في ذلك شأن الدليل الكتابي في الشكل الورقي . ولم يعد أي شك في حجيته أمام القضاء. له عنصران هما الكتابة في الشكل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني فالمحرر الإلكتروني = كتابة إلكترونية + توقيع إلكتروني. ولبحث مدى حجيته لابد من بحث مدى حجية عنصره.

ونظرا كون الدليل الكتابي في الشكل الإلكتروني مساويا للدليل الكتابي في الشكل الورقي تثور مسألة الترجيح عند التعارض؟ فأيهما يرجح القاضي وما معايير ذلك؟

بحثنا عن حل وإجابة لهذه الإشكالية وأمام سكوت المشرع الجزائري عن معالجة هذه الإشكالات رغما عن أهميتها من الناحية التطبيقية، خصوصا في ظل التواجد المتوازي لكلا المحررين جنبا إلى جنب، لا نجد مانعا من الاستهداء بمسلك المشرع الفرنسي إزاء التعارض بين شكلي المحررات والذي كان واضحا وصريحا.

حيث نصت المادة 02/1316 من القانون المدني الفرنسي المعدلة على أنه: "إذا لم يكن هناك نص أو اتفاق بين الأطراف يحدد أسسا أخرى، فإنه على القاضي مستخدما كل الوسائل أن يفصل في النزاع القائم بين الأدلة الكتابية عن طريق ترجيح السند الأقرب إلى الاحتمال أيا كانت الدعامة المستخدمة في تدوينه"¹⁰.

فالأوضح من هذا النص أنه أعطى للقاضي سلطتين:

- صلاحية البت بالنزاعات القائمة حول وسائل الإثبات وتحديد السند الأكثر مصداقية.
- سلطة تقديرية واسعة في عملية الترجيح بين الأدلة الكتابية المتعارضة، تاركا له- أي القاضي- حرية الاستعانة بكافة الوسائل الممكنة بصرف النظر عن دعامة المحرر¹¹.

فالقاضي الفرنسي لا يرجح بين الحجج المتنازعة اعتمادا على شكلها أو وسيلة حفظها، إذ لا فرق في هذا المجال بين المحرر الورقي والإلكتروني في ظل الاعتراف بمبدأ التعادل الوظيفي ومنع التمييز ضد السجلات الإلكترونية لورودها بوسائل إلكترونية، وإنما المعيار الوحيد في ذلك هو المصداقية¹². هذه الأخيرة التي تجعل الحق المدعى به أقرب إلى الحقيقة بما يلزم القاضي للاستعانة به للبت في النزاع بغض النظر عن نوع الدعامة المرتكز عليها، وله في ذلك كافة الوسائل القانونية لتقييم المحرر الأقرب إلى الحقيقة كالاستعانة

بأهل الخبرة التقنية لتحديد صحة المحرر الإلكتروني من حيث دقة البيانات الواردة به وعدم تحريفها¹³.

فمعيار المصادقية أو الأقرب احتمالاً هو في الأصل معيار قضائي ناتج من الاجتهادات القضائية، أعيد استعماله من طرف الفقه والتشريع في إطار الإثبات التكنولوجي، كما أنه يجدر التنويه إلى أن باقي طرق الإثبات كالشهادة وغيرها تقصى من هذا المجال، فنحن أمام إثبات بالأدلة الكتابية¹⁴.

وبالتالي يلزم علينا الحديث عن مدى إمكانية تطبيقها على مستوى
المشروع الجزائي:

وهنا نقول أن القواعد التي جاء بها القانون الفرنسي يمكن الاستعانة بها ، كونها لا تخرج عن القواعد العامة المتعلقة بالإثبات¹⁵. فالقاضي الجزائي في ظل غياب النص الفيصل بإمكانه استعمال سلطته التقديرية لترجيح أحد الأدلة.

كما نضيف ومن باب التحليل لنصوص المواد بحثنا عن الحل: نجد بأن
المشروع من خلال نص المادة 8 من قانون 04/15 السابقة الذكر قد وضع
مبادئ المماثلة أو ما يعرف بمبدأ التكافؤ الوظيفي، بجعله للتوقيع الإلكتروني
الموصوف وحده مماثلاً للتوقيع الخطي. بما يفهم أن المشروع لم يجعل المساواة
مطلقة لجميع أنواع التوقيعات الإلكترونية. وإنما جعلها فقط من نصيب التوقيع
الإلكتروني الموصوف. هذا الأخير الذي بينت نص المادة 7 من القانون السابق
الذكر الصفات الواجب توافرها فيها.

وبالتالي يمكننا استعمال هذا التصور في الإجابة عن اشكالية تعارض
المحرمات: حيث أن القاضي يمكن أن يعتمد في مسألة الترجيح بين محررين ورقي
والكتروني نوع التوقيع الإلكتروني أي صفته إن كان موصوفاً أم لا؟ فإذا كان
غير موصوف يرجح الورقي.

نضيف كذلك فرض آخر للترجيح وهو شكل المحررات بين الرسمية والعرفية والتي تدخل في إطار القواعد العامة، فالرسمية دائما أولى من العرفية. ناهيك عن التأكد من عناصر المحرر المذكورة سابقا (الكتابة والتوقيع) والنظر في مدى توافرها في المحررين، فإذا خلا أحد المحررين من عنصر أو أكثر فقد الترجيح.

خاتمة

نصل في نهاية هذه المداخلة إلى أن المشرع الجزائري خطى خطوات مهمة في المعاملات الإلكترونية عموما والتقاضي الرقمي خصوصا تلبية لعملية عصرنة قطاع العدالة من خلال قانون 03/15 الخص بعصرنة قطاع العدالة، 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين وقانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية. إضافة لتعديل قواعد الإثبات في القانون المدني.

فهو نظم هاته المسألة وجعلها في بعضها تحال للقواعد العامة وفي بعضها الآخر تحكمها قواعد خاصة نابعة من خصوصية الوسيلة المستعملة. وبالتالي لم يعد أي شك حول حجية المحررات الإلكترونية فهي ذات حجية كاملة وتساوي في ذلك المحررات التقليدية. من خلال عناصرها: الكتابة في الشكل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني.

إلا أنه أغفل بعض النقاط في مجال الإثبات الإلكتروني وهو مسألة التعارض بين المحررات الورقية والإلكترونية، حيث ندعو من هذا المنبر إضافة مادة تفصل في مسألة الترجيح.

كما أغفل مسألة إضفاء الحجية على مخرجات الحاسوب في الوقت الذي تعددت فيه هذه المخرجات وتطورت نتيجة لتطور أجهزة الحاسوب. فنجد المخرجات الموقعة أو المصدقة وغير الموقعة. كما لا بد من توضيح الفرق في المعاملة بين المخرجات ذات الأصل الورقي كالفاكس والمسح الضوئي والتي ينعدم فيها الأصل الورقي كالبريد الإلكتروني والوثائق المحررة ابتداءا الكترونيا كالبيانات

المملوءة على الاستثمارات الموضوعة على الموقع. وهذا كله في إطار إشكالية الأصل والصورة في المعاملات الإلكترونية.

فالإثبات الإلكتروني يعاني من معوقات تحول دون تطبيقه رغم وضوح أساسه القانوني، ما يجعل الفجوة كبيرة بين ماهو مخطط له وماهو مجسد على أرض الواقع، نذكر على سبيل المثال : المعوقات بشرية والمعوقات الفنية التقنية: فالإشكال الأول أين الجانب البشري الذي يؤمن بالوثيقة الإلكترونية ويرجحها على الورقية؟ ، فالمشكل ذهني يحتاج لوقت مثلما احتاجته العديد من المستجدات حتى لاقت مقبولية من المجتمع أو يحتاج لإلزام لتبني الوسيلة الجديدة . أما الإشكال التقني فيتمثل في مشكل الأمن السيبراني أي كثرة القرصنة والخرق المعلوماتي والتي تحتاج هي كذلك لتظافر جهود تقنية إلى جانب القانونية لتوفير شروط حفظ الوثيقة الرقمية. سيما ونحن في مجال تقاضي أي حق دستوري مكفول . وما يرتبط به من إشكالات حول حفظ المعطيات ذات الطابع الشخصي وسرية المعلومات .

فالتقاضي الرقمي تحد من جهتين قانوني فني يستدعي تظافر الجهود الوطنية الدولية إلى جانب الاستفادة من تجارب الدول السبابة في المجال بإيجابياتها وسلبياتها.

والأخذ والغوص في التقاضي الرقمي حتمية تستلزم المضي قدما بتطبيقها على نطاق واسع، إلا أن التطبيق لا بد وأن يكون بخطى ثابتة خصوصا وأنه ينتظرنا مايسمى الذكاء الإصطناعي فنتعدى المحامي المعلوماتي إلى المحامي الروبوت ومن التقاضي الرقمي إلى التقاضي الذكي.

ولا نقول من هذا المنبر نحن بعيدين عن ذلك فكما كنا نقول ببعدنا عن أشياء كثيرة أصبحت واقعا معاشا، وأصبح الأمي منا من يجهل بالمعلوماتية . فمن باب أولى نقول ماذا ينقصنا كمحامين لاستيعاب هذا النمط الجديد من

التقاضي وحفظ حقوق المتقاضين ونبقى محامين أكفاء حتى ولو تغيرت بيئة التقاضي طالما الحق حقا والقانون موجود.

الهوامش

1- عامر، عادل، قانون التوقيع الإلكتروني وضرورته لدعم نمو التجارة الإلكترونية، ص3.

مقال متوفر على الموقع: <http://www.f-law.net/law//showthread.php?t=19940>

2- Proulx, Me Jeanne, Loi Concernant le Cadre Juridique des Technologies de l'Information; (journée d'étude organisée par l'université de Montréal) le 27

P6, septembre 2001.

3- المادة 323 مكرر1: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على

الورق، شرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها"

4- نص المادة 7 من القانون 04/15: "التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني

الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:1) أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكترونية موصوفة2) أن يرتبط بالموقع دون سواه3) أن يمكن من تحديد هوية الموقع4) أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني5) أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع6) أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات."

5- عيسى غسان، الرضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر

والتوزيع، ط1، الأردن، 2009، ص164.

6- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت - دراسة مقارنة - د.ط، دار الكتب

القانونية، مصر، 2008، ص541.

7- انظر. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع نفسه، ص534.

8- انظر. الرضي، عيسى غسان، المرجع السابق، ص28.

9- انظر. عبيدات، لورنس محمد إثبات المحرر الإلكتروني. ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع،

الأردن، 2005، الإصدار الأول، ص158.

10- النص باللغة الفرنسية:

" Lorsque la loi n'a Pas Fixé D'autre Principes et a Défaut de Convention "

Valable Entre les Parties, le Juge Règle les Conflits de Preuve Littérale en

Déterminant par Tous Moyens le Plus Vraisemblable Quel Qu'en Soit le Support

مع الإشارة إلى أن أحسن ترجمة حرفية مطابقة لمعنى النص " في حال لم يحدد التشريع أسسا أخرى وفي غياب اتفاق صحيح بين الأطراف، يفصل القاضي في التنازع بين الأدلة الكتابية من خلال تحديد الأقرب إلى الصواب من بينهما، بكل الطرق ومهما كانت الدعامة المثبتة فيها."

11- انظر. العيش، الصالحين محمد، الكتابة الرقمية طريقا للتعبير عن الإرادة ودليلا للإثبات ط1، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2008، ص 230.

12- انظر. عرفة، خالد، حجية الوثيقة الإلكترونية. ص11. دراسة منشورة على الموقع: <http://www.afkaronline.org/arabic/archives/mai-juin2005/arafa.html> تاريخ الإطلاع: 2009/07/19 على الساعة: 4:17.

13- انظر. الرضي، عيسى غسان، المرجع السابق، ص 209.

14- Caprioli, Eric; Le Juge et la Preuve Electronique; Op.Cit,P 24

15- لمعرفة القواعد العامة في الإثبات والتي لا يكفي المحل لذكرها ينصح الرجوع إلى الكتب العامة فيما يخص الإثبات المدني ودور القاضي في الإثبات مثل: توفيق حسن فرج، عصام توفيق فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية. منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، د.ت.

العدالة عن بعد

الأستاذ: بن نصيب عبدالرحمن المحامي بمنظمة باتنة

مقدمة

" ان في خلق السموات والأرض واختلاف الليل والنهار آيات لأولي الألباب "

190 آل عمران.

فالكون حجة الرب في خلقه بأبعاده المتلازمة: المكان – الزمان- الانسان، والانسان خلق من عجل وبذلك فهو عجول بفضل ما حباه الله للتفكير والتدبر في ما حوله (المكان) وطوال وجوده حيا (الزمان)

فالبشر (المخاطبون بأولي الالباب) حباهم الله عقولا بها يتفكرون و يتدبرون ويفضلها تطورت العلوم في مجالات تكنولوجيا الرقمنة والمعلوماتية والاتصال، وتم التوصل الى تذليل مساحات المكان ومسافات الزمان ليصبح افتراضا عديد الامكنة مكانا واحدا وعديد الازمنة زمانا واحدا، وهكذا برزت للوجود مصطلحات العصر فالعالم غدا قرية كونية والتطور التكنولوجي طبع كل مناحي الحياة بما فيها المجال القانوني، هذا الاخير عرف مصطلحات جديدة غيّرت مفهوم المصطلحات الكلاسيكية فالبيع التقليدي برز الى جانبه البيع عن بعد *la vente à distance* والعقد التقليدي بجانبه العقد المعلوماتي *contrat informationnel*، وادلة الاثبات الشفوية *les preuves orales* موضوعا لمزاحمتها بأدلة الاثبات المادية *les preuves indiciales* والادلة المعلوماتية *les preuves informationnelles* والادلة الرقمية *les preuves digitales* وتتواصل استخدامات هذا التطور وصولا لمجال المحاكمات القضائية بشكل عام والجنائية بشكل خاص من خلال ما يعرف بصفة عامة بمصطلح العدالة عن بعد (*La justice à distance*)

إذا كان موضوع العدالة عن بعد ينطلي على كل الاجراءات التي تخص سير المحاكمة بشكل عام سواء تعلق الامر بالإجراءات المدنية والادارية او تعلق الامر بالإجراءات الجزائية، فان ما يعيننا في هذا المجال هو مفهوم العدالة عن بعد بمصطلحها المكرس من طرف المشرع بمصطلح المحادثة المرئية (La visioconference) والمتعلق بإجراءات المحاكمة الجزائية.

ان المحاكمة الجزائية عن طريق المحادثة المرئية اذا كان مسيرا للعصرنة فان اهميته تكمن في حداثة هذه التقنية والتي فرضت تواجدها في عديد المجالات - السياسية والاقتصادية والاجتماعية - وتوسع انتشارها لتقتحم الاجراءات الجزائية من دون استئذان بدءا من عمليات البحث والتحري l'enquête من طرف الضبطية القضائية و التحقيق القضائي l'instruction وانتهاء بتحقيق المحاكمة النهائي بقاعات الجلسات les salles d'audience وهو ما زاد من اهميتها كونها ترتبط ارتباطا وثيقا بالإجراءات الجزائية المنوط بها اساسا حماية الحريات الفردية والضامنة للمحاكمة العادلة procès équitable le المتضمنة مبادئ في مجملها تشكل ضمانات حقوق الدفاع، كل ذلك يفيد ان الامر يتعلق بالحديث عن اللجوء لما توصلت اليه تكنولوجيا المعلوماتية والاتصال واستخدام تقنية المحادثة المرئية وبغض النظر عن دوافع اللجوء اليها، فان المسعى يكمن في تحقيق التوازن بين فعالية المحاكمة الجنائية عن طريق المحادثة المرئية بتبسيط اجراءاتها واختزال كل ما يعيق تسريعها وبين مراعاة عدم المساس بضمانات المحاكمة العادلة وهو الامر الذي عرف اختلاف الرؤى بين مؤيد ومعارض للجوء الى هذه الوسيلة فكانت مدعاة للتساؤل فيما اذا كانت المحادثة المرئية هي آلية للإسهام في بناء المحاكمة الجنائية العادلة ام انها تشكل خطرا محققا ومهددا لها ان لم تكن معولا لهدم بنائها ؟ ولمعالجة هذه الاشكالية يخصص الشق الاول لتحديد مفهوم المحاكمة الجنائية بواسطة المحادثة المرئية وتبيان دواعي اللجوء اليها لتعزيز المحاكمة الجنائية في حين

وبناء على ما يتم التوصل اليه من نتائج استخدامها يخصص الشق الثاني لتداعياتها على المحاكمة الجنائية وتحديدًا تلك التي تمس بحق الدفاع اعتبارًا انه حجر الزاوية للمحاكمة العادلة.

الشق الأول: تحديد مفهوم المحاكمة الجنائية بواسطة المحادثة المرئية قبل التحدث عن تقنية المحادثة المرئية كوسيلة من الوسائل التكنولوجية، لابد من التوقف للحديث عن التطور التكنولوجي والذي ادى الى اعادة رسم كثير من اطر مناحي الحياة بما في ذلك مجال القانون ، وهذا ما تؤكد من خلال ما عاينه Georges Ripert سنة 1955 قائلاً " لم تعد الابعاد المكانية فاصلا ما بين تواصل الناس:

فالهاتف (le téléphone)، التلغراف (le télégraphe)، الراديو (la radio) و السينما (le cinéma) غدت سبلا للتقرب فيما بين الناس مختزلة بعد المسافات"¹.

ان التطور التكنولوجي بأدواته التي هي الاخرى عرفت محطات متعاقبة بدءاً بالأدلة الرقمية (preuves numérique) و مروراً للملفات الجنائية الرقمية (dossiers pénales numériques) ثم وصولاً لتطبيقات استقبال الشكاوى من طرف قضاة النيابة (application Cassiopée) وحتى التواصل الإلكتروني بين المحامين ومختلف جهات التقاضي ليحدث ما اطلق عليه اليوم بالثورة الرقمية في مجال المحاكمة الجنائية (révolution numérique de la justice pénale)²، وانه بفضل عديد العلوم التكنولوجية برزت للوجود تكنولوجيا المعلوماتية والاتصال:

(Les technologies de l'information et de la communication (TIC و التي تعرف بانها مجموع الموارد والادوات الضرورية لمعالجة المعلومات وتخزينها وادارتها وتحويلها ثم نقلها لتوصيل المعلومات وفي الاخير الاحتفاظ بها لاسترجاعها لاحقاً³، واكثر من ذلك فانه من خلال الرقمنة وقواعد البيانات التي

تهتم بمعالجة الكتابة والصورة يتم استيعاب الصوت بالتسجيلات المختلفة لتقرن بتسجيل الفيديو، الناقل للمحتوى عن طريق الاتصال الالكتروني والمحادثة المرئية.⁴

ان تقنية المحادثة المرئية والتي عرفت عدة تسميات: تقنية الاتصال المرئي المسموع vidéoconférence تقنية الاتصال المرئي بالهاتف والبث visiophonie والتواصل عبر الفيديو vidéocommunication وهي مصطلحات في غالبيتها تفيد معنى واحدا،⁵ الامر الذي يقتضي للوقوف على مدلول هذه التقنية من جانب اول في حين معرفة دوافع اللجوء الى استعمالها نستعرضه من جانب ثان.

اولا: تعريف تقنية المحادثة المرئية

اذا تم التسليم بان هذه التقنية هي أحد مخرجات التطور التكنولوجي، وأن اللجوء اليها بصفة عامة كوسيلة لربط الاتصال بين عدة اطراف من اماكن متعددة، فإنها في المحاكمة الجنائية تشكل بصفة خاصة مرحلة جديدة من مراحل الاجراءات الجزائية، الامر الذي يتطلب التعريف بهذه التقنية اصطلاحا والتي تتكون من كلمتين الاولى (vidéo ou Visio) وتعني بث مرئي في حين الثانية (conférence) وتعني تحاضر وتسامع ، اما لغة فهي وسيلة اتصال بين طرفين او اكثر للمشاركة في حوار متبادل صورة وصوتها ومن اماكن متباعدة ومختلفة في وقت واحد.⁶

بهذا المفهوم فان المحادثة المرئية المستعملة كوسيلة في المحاكمة الجزائية هي بمثابة اداة اتصال تجمع بين عدة اشخاص تفصلهم مسافات يتحدثون مع بعضهم البعض وكأنهم متواجدون بمكان واحد وفي وقت واحد، ويرون ويسمعون انفسهم افتراضا بفضل رابط هذه التقنية، ومن ثمة يمكن تعريف المحاكمة الجنائية المرئية بانها اجراء تفاعلي (un procédé interactif) تتشارك من خلاله تكنولوجيا السمع البصري (l'audiovisuel) والمعلوماتية (l'informatique) والاتصال عن بعد (télécommunications) لرصد اشخاص

من مواقع مختلفة (sites distants) وفي وقت فعلي (temps réel) يتقابلون ويتحاورون ويتبادلون وثائق مكتوبة او مسموعة دون عناء التنقل لمكان جلسة الاستماع (تحقيقا او محاكمة)⁷.

واذا كان المشرع من خلال القانون 03-15 والمتعلق بعصرنة العدالة والنصوص المعدلة لقانون الاجراءات الجزائية اللاحق له والمتعلقة بذات الموضوع وبالأخص اجراء المحادثة المرئية من خلال (أمر 02-15 وأمر 04-20) لم يورد تعريفا للمحادثة المرئية ولكن يستشف من محتوى نصوصه انها تتم من خلال ربط الاشخاص المراد الاستماع اليهم من اماكن مختلفة عن مكان اجراء التحقيق والمحاكمة⁸، في حين المشرع الإماراتي بقانون رقم 5 لسنة 2017 عرف المحادثة المرئية بالمادة الاولى فقرة 4 "تقنية الاتصال عن بعد: محادثة مسموعة ومرئية بين طرفين او اكثر بالتواصل المباشر مع بعضهم البعض عبر وسائل الاتصال الحديثة لتحقيق الحضور عن بعد"⁹

ان تكنولوجيا المحادثة المرئية والتي تتيح التحاور بين عديد الاطراف والامكنة بالصوت والصورة وبغير حضورهم الجسدي -خلافًا للتحاور الكلاسيكي الذي يفرض التحاور بالحضور الوجاهي لأطرافه بتنقلهم للمكان المعد للحوار- الامر الذي يفيد امكانية استخدام هذه التقنية وعن بعد للاستماع الى الشهود او الضحايا او الخبراء وحتى المتهمين وذلك من خلال وضع الشاشات المعدة خصيصا بالجهات القضائية المختصة بالتحقيق (مكاتب قضاة التحقيق) او بالمحاكمة (قاعات الجلسات) وبرابط بينها وبين شاشات الاماكن المتواجد بها الشهود او الضحايا او الخبراء او المتهمون غير المحبوسين (عادة بالجهة القضائية لإقامتهم) او المتهمون المحبوسون (بمؤسسات حبسهم) واقتضاء حتى بالنسبة للاستماع المتعلق بالأبحاث والتحريات الاولية للضبطية القضائية.

وإذا كانت تقنية المحادثة المرئية ظهرت حديثا في أواخر القرن الماضي قبل تسويقها (1930) وكان اول ميلاد لها بأمريكا الشمالية سنة 1960 بفضل تطور الشبكات الرقمية وخطوط الاتصال ذات التدفق العالي « haut débit » ولتستعمل لأول مرة سنة 1972 بالولايات المتحدة¹⁰ الا ان الاستعمال بدأ تدريجيا من خلال ادراجها بالإجراءات الجزائية لأول مرة في ايطاليا بعد حادثة هجوم (L'attentat de Capaci) واغتيال القاضي (Giovanni Falcone) ومن معه من طرف المافيا 1992.¹¹

ويستمر التوسع التدريجي باللجوء اليها لسماع الشهود والضحايا والخبراء الى المتهمين في مراحل التحقيق تليها مراحل المحاكمة في قضايا الجنح ثم بعدها في قضايا الجنايات مثلما هو الشأن بالنسبة لفرنسا منذ تسعينيات القرن الماضي من خلال المرسوم الصادر بتاريخ 1998/08/20 المتعلق بالتنظيم القضائي لأقاليم ما وراء البحار (Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon) وليتمدد توسع اللجوء لتقنية المحادثة المرئية سواء على الصعيد الدولي (اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية السارية في 2003/09/29¹² - الاتفاقية الاوروبية للمساعدة القضائية في المسائل الجزائية لسنة 2000 والبروتوكول الاضافي الثاني للاتفاقية الاوروبية للمساعدة المتبادلة في المسائل الجنائية في 2001/11/08¹³ والنظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية في 1998/07/17¹⁴ او الصعيد الوطني اذ كثير من التشريعات بدأت في سن نصوص منظمة لاستعمال المحادثة المرئية منها على سبيل المثال لا الحصر) التشريع الجزائري¹⁵ - التشريع التونسي¹⁶ - التشريع المغربي¹⁷ - التشريع الاماراتي¹⁸ .

والمؤكد من خلال اللجوء للمحادثة المرئية وغيرها من الوسائل التكنولوجية وتوسع نطاقها في التشريعات الوطنية والدولية والذي من دون شك انه غير رسم واطر المحاكمة الجنائية بمفهومها الواسع (تحقيقا ومحاكمة)

بخلق عدالة وسيطة بين العدالة الكلاسيكية واجراءاتها وبين العدالة الرقمية وتميزها بإزالة الطابع المادي لكثير من اجراءات المحاكمة وهو الامر الذي كان مدعاة للتساؤل عن الاسباب والدواعي والتي دفعت الى اختيار اللجوء لاستعمال تكنولوجيا المعلوماتية والاتصال والتي تأتي في صدارتها تقنية المحادثة المرئية¹⁹.

ثانيا: دواعي اللجوء الى استخدام المحادثة المرئية في المحاكمة الجنائية قبل الحديث عن الدوافع والأسباب ذات الصلة المباشرة لاستخدام المحادثة المرئية وادراجها في قانون الاجراءات الجزائية يجدر التوضيح ان الأمر يتعلق في الأساس بتطوير سبل تسيير مرفق العدالة بصفة عامة والجنائية منها بصفة خاصة.

ويكفي في هذا الشأن التذكير بالصعوبات التي عرفتها ولا تزال تعرفها العدالة الجنائية منذ سبعينيات القرن الماضي من خلال أزمة العدالة الجنائية (la crise de la justice pénale) والناجمة عن اختناق جهات التقاضي الجزائي (l'engorgement des juridiction pénales) واشكالية تزايد القضايا الجنائية (flux pénaux) وبروز موضوع ضعف اداء العدالة الجزائية لمواجهة التصدي للإجرام، والذي كان موضوع انشغال المختصين لأزيد من عشرينتين سعيا للبحث عن البدائل من اجل وضع حد لتراكم القضايا الجزائية والذي انعكس عنه التسيير السيء للعدالة ، خصوصا بعد اللجوء الى حلول حفظ القضايا دون متابعة كوسيلة للتستر عن سوء المعالجة و اصبحت العدالة الجنائية غير مؤهلة للمهمة المنوطة بها لتحقيق العدالة، فكان لزاما التفكير في سياسة جنائية لإيجاد حلول لازمة العدالة الجنائية من خلال تطوير سبل المتابعة الجزائية وترقية نماذجها باتباع المعالجة في الوقت الحقيقي وتخفيف وتبسيط بل في ببعض الاحيان مسح وحذف بعض المراحل الاجرائية سعيا لتحقيق تسريع الاجراءات فأوجدت هذه السياسة الجديدة نماذج للمتابعة كالأمر الجنائي (la composition pénale) والمثل الفوري (la comparution

الاجراءات الساعية الى تحسين اداء مهام العدالة الجنائية بشكل يتم معه الوصول الى تحقيق السير الحسن للعدالة (la bonne justice)²⁰.

وفي نفس المنوال فان التشريعات سواء الوطنية او الدولية سارعت الى مسايرة التطور التكنولوجي سعيا دائما لتحقيق عدالة افضل فكان المشرع الفرنسي سن قانون التوجيه والبرمجة لتحقيق الامن الداخلي في 2011/03/14، ومنه فسح المجال لتطوير اجراءات المحاكمة الجنائية باللجوء الى ما توصلت اليه تكنولوجيا المعلوماتية والاتصال وصولا للمحادثة المرئية والتي تعد "الرمز" لهذه التكنولوجيا²¹.

ولا غرابة في حذو الكثير من التشريعات في كافة انحاء المعمورة المتقدمة منها والنامية للتوجه الى تطوير المحاكمة الجنائية وهو الاتجاه الذي سلكه المشرع من خلال القانون رقم: 03-15 المتعلق بعصرنة العدالة وتحديد بنص المادة الاولى منه والتي تنص: "يهدف هذا القانون الى عصرنة سير قطاع العدالة من خلال وضع منظومة معلوماتية مركزية لوزارة العدل وارسال الوثائق والمحركات القضائية بطريقة الكترونية واستخدام تقنية المحادثة المرئية عن بعد في الاجراءات القضائية"، علما ان المشرع سبق ان مهّد لإدراج ما توصلت اليه التكنولوجيا الرقمية بالتعديل اولا في أحكام الشريعة العامة بالنص على اعتبار الاثبات بالكتابة في شكلها الالكتروني كالاثبات بالكتابة على الورق وبصحة التوقيع الالكتروني (مثلا هو محدد بالمادتين 323 مكرر، 327 فقرة 2 من القانون المدني)²² وثانيا بتعديل قانون الاجراءات الجزائية واتمامه بنصوص ذات الصلة بالوسائل التكنولوجية (المادة 65 مكرر 5 من قانون 06-22 المتعلق باعتراض المراسلات وتسجيل الاصوات والتقاط الصور²³ ثم امر 02-15 المتعلق بحماية الشهود والخبراء والضحايا)²⁴

يتبين مما سبق الذكر ان الامر يتعلق بتطوير حسن سير المحاكمة الجنائية ومن ثم فان السبب الاساسي لتبرير اللجوء الى ادراج التكنولوجيا الالكترونية وآليات تكنولوجيا المعلوماتية و الاتصال ضمن الاجراءات الجنائية هو تحسين اداء العدالة الجنائية ، وهو الدافع الرئيسي للجوء الى المحادثة المرئية لتتبعه دوافع اخرى متولدة عن التطبيقات التي عرفتها المحاكمة الجنائية وهي:

- اجراء للتغلب على المسافات ببديل تقارب افتراضي (proximité virtuel).

- اجراء امني لتفادي الفرار والهجوم الارهابي وحماية الشهود والضحايا.
- نموذج تسيير لعصرنة العدالة (une mesure de bonne gestion de la justice pénale) فالمحادثة المرئية تعمل على تحسين اداء العدالة وتقلص الأجال وتقلل التكلفة (تكلفة نقل المحبوسين).

- ومبررات اخرى منها ما يخص تسريع الاجراءات ، ومنها تلك التي تعمل على تفادي اصطدام الضحايا مرة اخرى بمقابلتهم وجها لوجه مع مرتكبي الجرم على سبيل المثال قضية حرق حافلة بمرسيليا (l'affaire du bus brûlé à Marseille) التي رفضت احد ضحاياها رؤية المتسببين فيها²⁵.

- تدعيم المساعدة القضائية الدولية في المجال الجنائي.
اذا كانت هذه الاسباب المذكورة تبرر اللجوء الى المحادثة المرئية وهي في حد ذاتها ايجابية، و تعد بمثابة محاسن للمحاكمة الجنائية من خلال ما تحققه من سرعة الفصل في الأجال المعقولة وتجسيد الحق في التقاضي بوصول المتقاضين الى العدالة (droit à la justice et droit au juge) في احسن الظروف، مع الحماية الامنية والاقتصادية وهي من دون ادنى شك تشكل لبنة من لبنات المحاكمة العادلة (fair trial) الا ان ما أحدثته المحادثة المرئية من تغيير لنواميس المحاكمة شكلا وموضوعا، الامر الذي يدعو الى ازاحة الستار

كشفا لتداعياتها خصوصا ما تولد عن تطبيقاتها من زلزلة بناء المحاكمة الجنائية التقليدية والامر يتعلق طبعا بالإخلال بمبادئ المحاكمة الجنائية العادلة .

الشق الثاني: تداعيات المحادثة المرئية على المحاكمة الجنائية

انه من خلال تفحص احكام قانون 03-15 وكذا امر 04-20 السالف ذكرهما والمكرسين استعمال تقنية المحادثة المرئية في اجراءات التحقيق والمحاكمة الجنائية، يتبين ان المشرع اشترط مراعاة احترام الحقوق والقواعد المنصوص عليها في قانون الاجراءات الجزائية وأن ذلك يفيد وجوب احترام مقتضيات المادة الأولى بقانون 07-17 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية والتي تنص "على ان هذا القانون يقوم على مبادئ الشرعية والمحاكمة العادلة واحترام كرامة وحقوق الانسان"²⁶.

ومن هذا المنظور اذا كانت المحاكمة الجزائية في مسارها سواء الكلاسيكي او الحديث والمحاظة بضمانات عامة تتجلى في الوصول الى محكمة منشأة قانونا ومستقلة ومحيدة ومساواة وقوف الكافة امامها، وضمانات خاصة تجسد من خلالها مبادئ العلنية والشفوية والوجاهية ومراعاة احترام حقوق الدفاع²⁷ وجميع هذه الضمانات العامة والخاصة تسعى الى تحقيق اقامة العدل والانصاف بين الناس وتمكين كل ذي حق من حقه بكيفية محددة بألية الاجراءات الجزائية، فالأمر يعني المحاكمة الجنائية العادلة الهادفة الى اقامة التوازن بين مصلحتين (مصلحة المتضرر من الجريمة ومصلحة مرتكبها) وبسط الحماية الكافية لهذه المحاكمة بذات القدر من القوة والقداسة²⁸ واعتبارا ان مفهوم المحاكمة العادلة مدعاة لفكرة الانصاف والعدالة الجيدة والمبارزة القضائية والمتجلية من مضمون المادة 6 من الاتفاقية الاوربية لحماية حقوق الانسان،²⁹ وبحسب ذلك تتجلى المحاكمة الجنائية العادلة من جانبين:

الاول الجانب التنظيمي القضائي للمحاكمة الجنائية العادلة (L'équité par l'organisation judiciaire) ويتعلق بحق التقاضي امام محكمة مستقلة ومحيدة (droit à un tribunal indépendant et impartial)

والثاني الجانب الاجرائي للمحاكمة الجنائية العادلة (L'équité par les règles de procédures) ويتعلق بمراعاة مبادئ العلنية والشفوية و الواجهية والفصل في الاجل المعقول وحقوق الدفاع³⁰ وهي مبادئ تضمنتها غالبية الدساتير وكرستها معظم التشريعات المتعلقة بالإجراءات الجنائية (فالمواد 160-165-175 من الدستور اكدت استقلال القضاء وكرست مبادئ الشرعية والمساواة وحق الدفاع المعترف به والمضمون في القضايا الجزائية)³¹ وتشكل في مجموعها ركائز المحاكمة العادلة (المادة الأولى من قانون الاجراءات الجزائية نصت على هذه المبادئ والتي هي قوام القانون المتجلية في الشرعية والمحاكمة العادلة)³². ومن كل ما ذكر سنتناول تداعيات المحادثة المرئية من هذين الجانبين.

اولا: تداعيات المحادثة المرئية على التنظيم القضائي للمحاكمة الجنائية

ما لا يختلف فيه ان مرفق العدالة الملجأ والمنجى لكافة الناس على السواء يختلف عن بقية المرافق سواء من حيث هيكله بنياته او من حيث هيكله شخوصه وان هذه الهيكله المميزة له تضيف عليه طابعا خاصا به ، فهو يشتمل على ما اطلق عليه منذ القدم قصور العدالة (palais de justice) في الغالب الولوج اليها يتم صعودا وبداخلها قاعات في شكلها المأخوذ من شكل المسارح والعاملون بها متميزون عن الحضور بها بالزي المخصص لهم قانونا وبالحيز المحدد لهم (القضاة وكتاب الضبط والمحامون) ومن يرتادها من غيرهم (كافة اطراف المحاكمة والمتقاضين والجمهور) يلتزم المكان المخصص له حسب صفته

تغشاه في لحظات سكون وانتظار رغبة ورهبة (رغبة في الانصاف بالبراءة ورهبة من العقاب بالإدانة).

انها صورة المحاكمة الجنائية منذ قرون خلت بطقوسها واجراءاتها المتعلقة بالمكان والزمان ووفق اجراءات منظمة لسير المحاكمة لا تزال سارية الى اليوم كأصل، وما يتم بشكل مغاير نسبيا وليس كليا هو الاستثناء وهو حال المحادثة المرئية كأسلوب حديث للمحاكمة الجنائية، وبإجراءات خاصة بها هي الاخرى تنطلق من المكان والزمان.

الا ان المؤكد في هذا الشأن من خلال استقراء النصوص المنظمة لإجراء المحادثة المرئية انها في البداية كانت استثنائية الا انها اصبحت اصلا ويكفي هنا التوضيح ان المشرع في قانون 03-15 حدد اللجوء للمحادثة المرئية في حالتين وهما بعد المسافة وحسن سير العدالة (المادة 14) وان المحاكمة امام الجرح تقتضي موافقة النيابة والمتهم (المادة 15 الفقرة الاخيرة) في حين امر 04-20 تضمن مقتضيات حسن سير العدالة او الحفاظ على الامن او الصحة العمومية او اثناء الكوارث الطبيعية او لدواعي احترام مبدأ الآجال المعقولة (المادة 441 مكرر)، وان جهات الحكم تلجأ لهذه التقنية عن بعد من تلقاء نفسها وتستطلع رأي النيابة وتحيط علما ببقية الاطراف وفي حالة الاعتراض من النيابة او الاطراف ورأت جهة الحكم عدم جديته تقتضي باستمرار المحاكمة بقرار غير قابل للطعن (441 مكرر8)، بالإضافة الى ذلك فان رفض المتهم الاجابة او قرر التخلف عن الحضور لإجراء المحادثة المرئية عن بعد يعتبر الحكم الصادر في شأنه حضوريا وفقا للمادة 347 المحال عليها (بالمادة 441 مكرر10) ان ذلك يفيد انها اصبحت اصلا وليس استثناء .

وما دام الامر على هذا الحال ومن دون تفكير مسبق لتنفيذ هذه التجربة والتي عرفت وتعرف توسعا مذهلا في مجال المحاكمة الجنائية كنموذج للمثول (une modalité de comparution)³³، فان اعتبارها تقنية محايدة وان

الحضور الجسدي يماثل الحضور الافتراضي وهو مدعاة التساؤل بشأن انعكاسات المحادثة المرئية وما أحدثته من اضطراب مقارنة بطقوس المحاكمة التقليدية سواء تعلق الأمر بالمكان وشكله المعماري والأطراف الفاعلة به أو المسار المؤدي إليه، للوقوف على التفرقة بين المكان القضائي وما له من قدسية وبين أي مكان عادي.³⁴

إذا تم الإدراك بأن الجانب التنظيمي للمحاكمة يفيد وجود نواميس لها تتجلى من خلال المكان (l'espace) والشكل المعماري لها (l'architecture) والزمن (le temps) والجبة (la robe) والأطراف الفاعلة بها (les acteurs) ثم الحركة (le geste) والكلمة (la parole) وهي معطيات تجسدت بالمحاكمة الكلاسيكية ولكن مع استمرارها والذي لا يمكن بأية حال أن تزول نهائياً لتصدم بتداعيات المحادثة المرئية المؤثرة عليها سلباً.

ففي المحادثة المرئية تفكك المكان واختفت الأجساد، وقاعة الجلسة تمددت افتراضياً لآماكن أخرى (وبالتبعية فهناك المحاكمة بقاعة جلسة المحكمة لتمتد إلى أمكنة أخرى في شكل مكاتب مثلاً المكتب المخصص للمحاكمة بالمؤسسة العقابية) وهو ما أطلق عليه البعض تسمية عدالة المكتب (justice de cabinet) فشتان بين وقار المحاكمة التقليدية وقدسية هيبتها وبين المحاكمة بواسطة عدالة المكتب المفتقرة للوقار (sa solennité) ويكفي تذكيراً أن قدسية جلسة المحاكمة تجعل مكانها مختلفاً تماماً عن أي مكان آخر والاحساس نفسياً يختلف بالمكانين وانعكاس ذلك بين (المتهم بقاعة الجلسة يمثل واقفاً غير مقيد وبمكتب المحاكمة بالمؤسسة جالساً وبخلفية صورته حارساً) وبالتالي شوّه مسار المحاكمة، فالمتهم كصورة تظهر على شاشة صغيرة يستجوب ويرى فقط من طرف هيئة المحكمة ومن زاوية جانبية، ولا يراه أحداً ممن في القاعة عدا دفاعه والذي يسعى للتموضع في زاوية تتيح له الرؤية (لحسن حظه أنه حر في التحرك بالقاعة)، وبالتالي فلا مرء في أن المحادثة

المرئية لها اثار مشوهة لطقوس المحاكمة القضائية من شأنها ان تجعل من هذه المحاكمة مفتقرة للطابع الانساني من خلال محاكمة الاشخاص بما ينقل من صورة وصوت واحيانا لا تتم في نطاقها الجيد تقنيا والرئيس المنوط به لا يمكنه ان يفعل شيئا واصبح ليس هو المنوط به ضبط الجلسة المرئية بل الامر اصبح يعود للمختص المتحكم بهذه التقنية³⁵.

انه لا جدال في ان تداعيات المحادثة المرئية وتأثيراتها على الجانب التنظيمي للمحاكمة الجنائية لا محالة تنطلي على الجانب الاجرائي للمحاكمة وبالتبعية المساس بالمبادئ الاساسية للمحاكمة العادلة هذه المبادئ التي جسدها كل المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية والمتمثلة في الحقوق الاساسية للإنسان والضامنة للمحاكمة العادلة والتي تمثل في مجموعها حقوق الدفاع.

ثانيا: تداعيات المحادثة المرئية على الجانب الاجرائي للمحاكمة

الجنائية

ان الامر الذي لا يختلف في شأنه، أن تكنولوجيا المعلوماتية والاتصال لها عديد المزايا في مختلف المجالات بما في ذلك المجال القضائي، اذ المؤكد انها ومنذ المراحل الاولى وادراجها تدريجيا ضمن الاجراءات القضائية قد اتت اكلمها من حيث ايجابيات تيسير الاجراءات وتسريعها وبالأخص من حيث ازالة الطابع المادي لها وتجسد ذلك من خلال التوقيع الالكتروني، والاتصال الالكتروني بين ممثني القانون، ومواقع مرئية للجمهور (points Visio – public) تتيح للمتقاضين التواصل مع كتابات الضبط لمختلف جهات التقاضي، وكذلك البريد الإلكتروني courriels وبنك البيانات banque de données، واخيرا المحادثة المرئية (la visioconférence)³⁶

و اذا كانت جميع هذه الادوات بما فيها المحادثة المرئية تسهم في ترشيد الإجراءات القضائية من خلال تبسيطها وتقليص تكاليفها وترشيد آجالها وتعزيز فعاليتها وهي ايجابيات لا محالة تحسب لها ولكنها تخفي عديدا من

الاطار خصوصا المحادثة المرئية من منطلق انها جردت العدالة من طابعها الانساني وانه لا يمكن بأية حال ان تكون الاهداف المرجوة منها تحمل في طياتها ما يضر بنوعية الاجراءات والتي تهدف بالأساس الى تحقيق المحاكمة العادلة،³⁷ ومن هذا المنطلق إذا كانت المحادثة المرئية بمثابة الرمز لما توصلت اليه التكنولوجيا المعلوماتية والاتصال على الاقل فيما تعلق بالمحاكمة الجنائية (واصبحت الوسيط ما بين العدالة الكلاسيكية والعدالة الرقمية) فإنها عرفت في الآونة الاخيرة بمناسبة تطبيقاتها الميدانية جدلاً بين محترفي القانون، ويتعلق الامر فيما اذا كانت هذه التقنية لا تتعارض مع مبادئ المحاكمة العادلة.³⁸

ان ما عرفته المحادثة المرئية من تعميم وتوسع في الآونة الاخيرة بالنسبة لبعض التشريعات والتي تبدو انها تتجه لجعلها الاصل والحذر بالنسبة للبعض الآخر الي جعلها في خانة الاستثناء وهو الامر الناجم في حقيقته عن اختلاف الرؤى بين المؤيدين (les technophiles)، وبين المنكرين (les technophobes) لإدراجها في اجراءات المحاكمة الجنائية وتعميم اللجوء اليها كنموذج للدعوى العمومية .

وبين هؤلاء وهؤلاء طرح النقاش من طرف رجال القانون بشأن عدم حيادية هذه التقنية وما نجم عنها من انعكاسات ادارة الجلسة وتنظيم النقاش بصدد ما يعرض من القضايا والتي يقتضي الفصل فيها وجوب مراعاة مبادئ المحاكمة العادلة وفي مقدمتها مبدأ العلنية (principe de publicité) ومبدأ الحضورية او الواجهية (principe de contradictoire) ومبدأ الشفوية (principe de l'oralité).³⁹

فبخصوص مبدأ العلنية اذا كانت اساسا تعد بمثابة وسيلة رقابة شعبية للعمل القضائي (العلنية تقتضي حضور الجمهور) وتعزز ثقة المتقاضى في قضائه⁴⁰ فالعلنية في المحادثة المرئية تتجلى عن طريق الشاشات (شاشة رئيسية بقاعة جلسة المحكمة او المجلس وشاشات بأماكن مؤسسات تواجد

المحبوسين) وكما عبر عنها البعض (الشاشة تصنع الشاشة l'écran fait l'écran)⁴¹ ونجم عن ذلك ان المتهم لا يرى ولا يسمع سوى حوار مع القاضي وأن من بقاعة الجلسة من الحضور لا يراه وان سمعه لا يفهم جيدا ما يقوله ومن ثم فان مبدأ العلنية منتهك بامتياز، ضف الى ذلك ان رداءة الصوت والصورة تقنيا سيؤثر لا محالة على مبدأي الحضورية والشفوية وهما اساس بناء الاقتناع الشخصي للقاضي (باعتبار ان جلسة المحاكمة هي بمثابة التحقيق النهائي) وان هذا الاخير بسبب ذلك وهو ميل للاختصار بسبب تراكم القضايا وعندها يفضل الاكتفاء في تشكيل قناعته بأوراق الملف المكتوبة ويحدث انتهاك مبدأي الحضورية والشفوية.⁴²

وأما بخصوص مبدأ الحضورية اذا كانت المحاكمة الجنائية الكلاسيكية تقوم في اصلها على حضور الاطراف وان الغياب عن المحاكمة ينجر عنه الفصل غيابيا وان المعارضة تجعل من الحكم الغيابي كأن لم يكن، فان المحاكمة المرئية تعتبر الحاضر عن بعد من خلال الشاشة بمثابة الحاضر بالجلسة فالمرئي وغير المرئي من منظور المحادثة المرئية (visible et invisible) سيان بحكم امتداد موقع المحاكمة افتراضيا، بمعنى توطين العدالة في اكثر من موقع (la délocalisation de la justice) وذلك من شأنه ان يؤدي الى عدالة غير مجسدة⁴³ واكثر من كل ذلك يحرم الاطراف من مناقشة الادلة والدفع المثارة على سبيل المثال اذا كان نص المادة 234 من قانون الاجراءات الجزائية: " للرئيس اثناء سير المناقشة ان يعرض على المتهم او الشهود أدلة الاثبات ويتقبل ملاحظاتهم".ويطرح التساؤل هنا عن كيفية القيام بهذا الاجراء اذا كان ضروريا من حيث تمكين ذلك عن بعد خصوصا وان عرض الدليل المكتوب على الشاشة غير مقروء .

ان المؤكد في هذا الشأن وبحكم ان المحاكمة الجزائية لها الطابع المسرحي منذ نشأتها اذ تعتمد الحضورية والشفوية وان قاعة الجلسات بمثابة ركح

مسرح يكون فيه للمتهم دور البطل (منتصرا او منهزما) في حين المحاكمة بواسطة المحادثة المرئية جعلت منه متفرجا على محاكمته⁴⁴ (يحاكم في نفس مكان حبسه متابعا ما يدور بقاعة جلسة المحكمة يرى فقط قضاة المحكمة وربما بشكل صورة غير واضحة ولا يرى بقية الاطراف ويحاول ان يسمع ما يدور بشأن قضيته وأحيانا يكون للصوت صدى لأسباب تقنية فلا يسمع جيدا وبالتبعية لا يفهم يما يجري بشأنه ويبقى في حيرة من امره خصوصا وان محاميه فضل ان يكون بعيدا عنه بتواجده بقاعة الجلسة بالطبع حرصا على مصلحة موكله) وان هذه الوضعية كانت مدعاة تساؤل بشأن التأكيد على الحضور الجسدي لأطراف المحاكمة .

اذا كانت الاجراءات الجزائية الكلاسيكية بشأن التحقيق والمحاكمة لا يثور بشأنها التساؤل حول ضرورة الحضور الجسدي للأطراف وبالخصوص المتهم (هذا الحضور الذي يرتب آثارا قانونية متعلقة بالحقوق الاساسية للمحاكمة العادلة) اذ يكفي في هذا الصدد انه اذا تعذر الحضور الجسدي للمتهم لأسباب صحية او اسباب خطيرة فان ذلك لا يحول دون محاكمته وبحضور جسدي من خلال الاجراء المحدد بالمادة 350 من قانون الاجراءات الجزائية التي تنص على ان تامر المحكمة بقرار خاص ومسبب باستجواب المتهم بمسكنه او بالمؤسسة المحبوس بها أي تنقل المحكمة بقضاتها ودفاع المتهم الى حيث هو متواجد لكن الامر في المحاكمة عن بعد بواسطة المحادثة المرئية والتي تجعل من الحضور الجسدي والحضور عن بعد حضورا متماثلا ويرتب نفس الآثار في حين ان الممارسات العملية لهذه المحاكمات عن بعد اثارت عديد التساؤلات بشأن اهمية التواجد الجسدي والذي اصبح ينظر له انه لم يعد يشكل اجراء عادي بل اصبح مبدأ من مبادئ المحاكمة اطلق عليه ((principe de présence)) والذي يتحقق معه الالتقاء وجها لوجه ما بين القاضي والمتقاضى⁴⁵ .

ان اهمية الحضور الجسدي تتجلى اكثر لتحقيق مبادئ المحاكمة العادلة وفي مقدمتها مبدأ الوجاهية ومبدأ الشفوية في هذا الشأن فان القانون الاسباني يعرف مبدأ الفورية (principe immediación) ولا يوجد مثيله في القانون الفرنسي (وهو المبدأ الوارد ذكره الى جانب مبدأي الوجاهية والشفوية كشروط للمحاكمة بواسطة المحادثة المرئية، ويفيد وجوب حضور القاضي اثناء عرض كل الاعمال الاجرائية لضمان تأكيد انه من نظر وفصل في الدعوى وانه القاضي الذي حضر كافة مراحلها، وهذا في حد ذاته احد مقتضيات مبدأ الشفوية⁴⁶. (L'oralité de la procédure exige l'immédiateté judiciaire)

على هذا الاساس فالمحاكمة العادلة تقتضي وفقا لهذه المبادئ ان يتم تبادل التفاعل بين كل اطراف المحاكمة ، وأن امر التفاعل في المحاكمة الكلاسيكية يتم بكل حرية اذ يكفي ان المتهم يمكن بحركة بسيطة والتفاتة عادية ان يرى كل من في القاعة في حين في المحادثة المرئية فان حركة كل الاطراف الفاعلة في المحاكمة هي رهن لأداة التحكم (la télécommande) والتي هي بيد المكلف تقنيا،⁴⁷ وعلى اساس ذلك اذا كانت المشاكل التقنية للمحادثة المرئية تعرقل تحقيق مبدأ الشفافية فإنها تعيق من الجانب القانوني تحقيق الوجاهية وهو ما يتحجج به المناوئين لاستخدام المحادثة المرئية، اذ تكون عواقبها ذات خطورة مساسا بأهم الحقوق الجوهرية للإنسان وهو الحق في الدفاع.⁴⁸

في هذا الشأن فان الاجتهاد القضائي كان له بشأن المحادثة المرئية رؤية مزدوجة، فالرؤية الاولى كانت من طرف المحكمة الاوربية لحقوق الانسان لتؤكد ان المحادثة المرئية في حد ذاتها لا تتعارض مع مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة المبينة بالمادة 6 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الانسان مشترطة فقط ان لا يعرقل الجانب التقني لهذه الوسيلة الاتصال الفعلي للمتهم مع محاميه وهو المستخلص من قرار Marcello viola/ Italie الصادر بتاريخ 2006/10/05

وقرار Sakhnovki/ russie الصادر بتاريخ 2010/11/02 الا ان الرؤية الثانية من طرف محكمة النقض الفرنسية تجلت في وجوب تأكيد قبول المتهم المحاكمة عن طريق المحادثة المرئية في قرارها المؤرخ في 2011/10/11 ،⁴⁹ ولتتوالى قرارات المجلس الدستوري الفرنسي لعدم دستورية المحاكمة بهذه التقنية وعدم مراعاة الاعتراض عليها (قرار 2019/09/20 بشأن تمديد الحبس المؤقت- وقرار 2020/04/30 المتعلق بالمحبوس المتابع في جناية والذي لم يحضر جسديا لمدة سنة ولغاية جلسة الفصل في الافراج والتي فصل فيها بغير حضوره الجسدي، واخيرا واثر مساعي توسيع استعمال المحادثة المرئية في مجال الجنائيات بموجب امر 2020/11/18 لدواعي صحية وفصلا في دعوى استعجالية تم رفعها من طرف نقابة المحامين ونقابة القضاة وجمعية الدفاع عن حقوق المحبوسين قرر مجلس الدولة بتاريخ 2020/11/27 وقف استعمال هذه الوسائل مؤكدا ان اللجوء الى المحادثة المرئية دون موافقة المتهم المرخص به بقرار 2020/11/18 يشكل انتهاكا خطيرا لحقوق الدفاع والحق في المحاكمة العادلة بالأخص امام محكمة الجنائيات اعتبارا لخطورة العقوبات ودور الاقتناع الشخصي للقضاة والمحلفين الذي يحتل مكانة خاصة في شفوية المناقشات.⁵⁰

خاتمة

ان موضوع اللجوء لاستعمال تقنية المحادثة المرئية في المحاكمة الجنائية بمفهومها الواسع التي تضمنها قانون 03-15 المتعلق بعصرنة العدالة وكذا أمر 4-20 المحدد بين لكيفيات تنظيم اجراءاتها وهي نصوص تعد امتدادا للنصوص القانونية الناجمة عن تطور تكنولوجيا الرقمنة التي ادرجها المشرع بالتعديل اولاً في أحكام الشريعة العامة وثانياً بتعديل قانون الاجراءات الجزائية واتمامه بنصوص ذات الصلة بالوسائل التكنولوجية واخيراً ادراج تقنية

المحادثة المرئية والتي احدثت تغيرا جذريا للصورة الكلاسيكية للمحاكمة الجنائية مثلما تم التوضيح في هذا البحث المستخلص منه النتائج التالية:

1- التطور التكنولوجي وما احدثته الثورة الرقمية في حاضر العصر والمتوج بأحدث ما توصلت اليه تكنولوجيا المعلوماتية والاتصال والمتمثل في المحادثة المرئية والتي غزت عديد المجالات الاجتماعية على الصعيدين الوطني والدولي(مجال اجراء العمليات الجراحية عن بعد، عقد المؤتمرات والاجتماعات عن بعد، والقاء المحاضرات من طرف اساتذة الجامعات عن بعد، واجراء محاكمات التحكيم عن بعد، ولتنوع بولوجها في العدالة الجنائية من خلال التشريعات الدولية والوطنية.

2- ان اللجوء لاستخدام الوسائل التكنولوجية لإدارة العدالة بصفة عامة والجنائية بصفة خاصة ناجم عن دواعي امنية واقتصادية وقبلها مبررات تسيير لإيجاد حلول لازمة العدالة الجنائية على المستوى الوطني وتدعيم المساعدة القضائية على المستوى الدولي.

3- التجارب العملية لاستعمال الوسائل التكنولوجية والاتصال اثبتت محاسنها في حسن سير العدالة من خلال عصرنتها لتحقيق الفعالية وتسريع الاجراءات للتخفيف من ازمة تراكم وبطء الفصل الى جانب توفير الحماية للضحايا والشهود ولكافة الاطراف الفاعلة في المحاكمة الجنائية.

4- نعمة الجانب الإيجابي للمحادثة المرئية رافقه الجانب السلبي من خلال تداعيات هذه التقنية للمساس بالمبادئ الاساسية للمحاكمة العادلة لتصبح نقمة خصوصا وان الامر يتعلق بأغلى ما يملكه الانسان وهو الحق في الدفاع عن حريته.

ومن منظور ما سبق ذكره وسعيا للتوفيق بين محاسن تقنية المحادثة المرئية ومثاليها وبحثا عن سبل ترقية الجوانب الايجابية والنأي بها عن الجوانب السلبية فانه يتعين:

1- فسخ المجال للجوء للوسائل التكنولوجية لرقمنة العدالة بصفة عامة والجنائية بصفة خاصة في كل ما يتعلق بالإجراءات الكتابية بغية العمل على حسن سير العدالة من خلال فعالية وتسريع الإجراءات وهو الأساس لوصول المتقاضى للعدالة والفصل في الآجال المعقولة وهي أسس تحقيق المحاكمة الجنائية العادلة.

2- واعتبارا ان المحاكمة الجنائية بواسطة المحادثة المرئية تحقق حماية الشهود والضحايا وتساعد الخبراء في تقديم خبراتهم لمساعدة العدالة بما يحقق تسريع الإجراءات ، بالإضافة الى تجسيد التعاون الدولي في الاستماع الى كافة الاطراف الفاعلة في المحاكمة الجنائية ومن اي مكان في اي دولة من الدول المساهمة في هذا التعاون لمكافحة الجريمة والوقاية منها وتبعاً لذلك العمل على ترقية هذه التقنية وتوفير الاطار السليم تقنيا لإنجاحها.

3- بالنظر للجانب السلبى للمحادثة المرئية خصوصا ما تعلق بضمانات المحاكمة العادلة العامة والخاصة منها يقتضي الامر تقييد اللجوء اليها بجعلها استثناء وليس اصلا واخضاعها للموافقة المسبقة من اطراف المحاكمة .

4- العمل على ترقية ادوات الربط في المحاكمات الجنائية عن بعد سواء تعلق الامر بوضوح الصورة والصوت او تعلق الامر بالأجهزة في حد ذاتها والتي يجب ان تكون بحجم يتيح تسجيل ونقل كل ما يدور بجلسة المحاكمة وبالشكل الذي يعزز المحاكمة العادلة من خلال تجسيد مبادئ العلنية والوجاهية والشفوية.

الهوامش

Jérôme Bossan, LA VISIOCONFÉRENCE DANS LE PROCÈS PÉNAL : UN OUTIL À MAÎTRISER, Dalloz | « Revue -1 de science criminelle et de droit pénal comparé » 2011/4 N° 4 | pages 801 à 816, ISSN 0035-1733 DOI 10.3917/rsc.1104.0801, p. 801(<https://www.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2011-4-page-801.htm>) consulté le 29/04/2022
la communication par voie électronique entre les avocats et les juridictions pénales) Voir: Jérôme lebrone, La)-2 vidéojustice : la justice pénale à l'ère de la vidéo, p. 1/15
<https://journals.openedition.org/cdst/4202>) consulté le 25/01/2022)

- LAURE MILANO, VISIOCONFÉRENCE ET DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE, p.1/4 -3
(<http://www.revuedlf.com/cedh/visioconference-et-droit-a-un-proces-equitable/>) consulté le 1/02/2022
- Sophie Sontag Koenig, Droits de la défense et technologies de l'information et de la communication, Dans -4
Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 2011/4 (N° 4), pages 801 à 816, p.83
(<https://www.cairn.info/publications-de-Sophie-Sontag%20Koenig--142417.htm?>) Consulté le 02/5/2022
- Sophie Sontag Koenig, Autre expérience d'utilisation de la visioconférence : les procédures pénales, p. 1 -5
(<https://hal.parisnanterre.fr/hal-03516279/document>) consulté le 03/05/2022
- 6 عادل يحيى، التحقيق والمحاكمة عن بعد، دراسة تحليلية تأصيلية لتقنية الفيديوconférence في المجال الجنائي، ص. 24-25 دار النهضة العربية، الطبعة الأولى القاهرة 2006
- Sophie Sontag Koenig, Autre expérience d'utilisation de la visioconférence : les procédures pénales, op.cit. -7
p.1
- 8- قانون 03-15 الصادر بتاريخ 2015/02/01 المتعلق بعصرنة العدالة ج ر عدد 06 بتاريخ 2015/02/10
- امر 02-15 الصادر بتاريخ 2015/07/23 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية معدل ومتمم للأمر رقم 155-66 الصادر في 1966/06/08
- امر 04-20 الصادر بتاريخ 2020/08/30 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية معدل ومتمم للأمر رقم 155-66 الصادر في 1966/06/08
- 9- قانون اتحادي رقم 5 لسنة 2017 المؤرخ في 2017/05/30 في شأن استخدام تقنية الاتصال عن بعد في الاجراءات الجزائية
-10 Sophie Sontag Koenig, Autre expérience d'utilisation de la visioconférence : les procédures pénales, op.cit.p.1
- 11 L'attentat de Capaci est un attentat terroriste de la mafia sicilienne qui a eu lieu le 23 mai 1992 à 17h58 sur l'autoroute A29, près de la jonction de Capaci, en Sicile, provoquant la mort du magistrat Giovanni Falcone, de son épouse Francesca Morvillo et de trois agents d'escorte de la police,
(https://fr.wikipedia.org/wiki/Attentat_de_Capaci) consulté le 02/05/2022
- 12 المواد: 18- 24-18، 2-ب من اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة دورة 25 في 2000/11/15 ودخلت حيز التنفيذ 2003/09/29.
- 13 الاتفاقية الأوروبية للمساعدة القضائية في المسائل الجنائية لسنة 2000 والبروتوكول الإضافي الثاني للاتفاقية الأوروبية للمساعدة المتبادلة في المسائل الجنائية والموقع في ستراسبورغ في 2001/11/08 ودخل حيز التنفيذ في 2004/02/01
- 14 النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعروف بنظام روما الاساسي المدرج في الوثيقة A/CONF183/9 في 1998/07/17 ودخل حيز التنفيذ في 2002/07/01
- 15 قانون 03-15 المؤرخ في 2015/02/01 المتعلق بعصرنة العدالة
- قانون 04-20 المؤرخ في 2020/08/30 المعدل والمتمم للامر 155-66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية
- 16 قانون 26-2015 المؤرخ في 2015/08/07 المتعلق بمكافحة الارهاب ومنع غسل الاموال
- قانون 61-2016 المؤرخ في 2016/08/03 المتعلق بمنع الاتجار بالأشخاص ومكافحته
- مرسوم 12-2020 المؤرخ 2020/04/27 والمتعلق باستعمال وسائل الاتصال السمي البصري في المحاكمة الجزائية لمجاهة كوفيد19
- انظر (فاروق الهاني، المحاكمة عن بعد على ضوء المرسوم عدد 12 لسنة 2020 المؤرخ في 2020/04/27 consulté le 02/05/2022(<https://ar.leaders.com.tn/article/5578>))
- 17 قرار 2020/04/23 الصادر عن وزير العدل بعد استشارة المجلس الاعلى للقضاء يقضي بتطبيق إجراءات المحاكمة عن بعد في قضايا الجنح باستعمال الوسائل السمعية البصرية للاستماع الى المتهمين المعتقلين

- 18- قانون اتحادي رقم 5 لسنة 2017 المؤرخ في 2017/05/30 في شأن استخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية
Jérôme lebrone, La vidéojustice : la justice pénale à l'ère de la vidéo, op.cit. p. 1/15 -19
- Camille MIANSONI, Les modes de poursuite devant les juridictions pénales, THESE pour le Doctorat en -20
Droit, UNIVERSITE PARIS I – PANTHEON SORBONNE, présentée et soutenue publiquement, le 28 mai 2018,
.p.66 et suivant
- Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure- LOPPSI II du) -21
14/03/2011) Voir : Jérôme Bossan, LA VISIOCONFÉRENCE DANS LE PROCÈS PÉNAL : UN OUTIL À MAÎTRISER,
op.cit. 804
- 22- امر 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن بالقانون المدني المعدل والمتمم بقانون 05-10 المؤرخ في 2005/06/20
- 23- امر 66-155 المؤرخ في 8/06/1966 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية معدل ومتمم بقانون 06-22 المؤرخ في
2006/12/20
- 24- امر 66-155 المؤرخ في 8/06/1966 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية معدل ومتمم امر 15-02 المؤرخ في 15/07/2005
Jérôme Bossan, LA VISIOCONFÉRENCE DANS LE PROCÈS PÉNAL : UN OUTIL À MAÎTRISER, op.cit. p.806 -25
- 26- قانون 17-07 الصادر بتاريخ 27/03/2017 المعدل والمتمم لأمر 66-155 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية ج ر عدد 20
بتاريخ 29/03/2017
- 27- يحي عبد الحميد، المحاكمة العادلة في الخصومة الجزائية، دكتوراه، جامعة الجيلالي ليابس/ سيدي بلعباس، كلية الحقوق
والعلوم السياسية، 2014 – 2015، ص. ص 80 وما يليها و 207 وما يليها
- 28- Pierre OLZE, Le droit à la preuve contraire en procédure pénale, Thèse en vue de l'obtention du grade de -28
Docteur en droit, présentée et soutenue publiquement le 17 décembre 2010, Université Nancy 2, p.1
- Le concept de procès équitable évoque l'idée d'équité, de bonne justice, de fair play judiciaire), Voir : Jean) -29
Pradel, La notion de procès équitable en droit pénal européen, revue générale de droit, volume 27, Numbre4,
Décembre 1996, p.505 (<https://www.erudit.org/en/journals/rgd/1996-v27-n4-rgd02425/1035753ar.pdf>)
consulté le 07/05/2022
- Ibid. pp.509 et 514 -30
- 31- التعديل الدستوري المصادق عليه استفتاء 1/11/2020 ج ر عدد 82 بتاريخ 30/12/2020
- 32- قانون رقم 17-07 الصادر بتاريخ 27/03/2017 المعدل والمتمم لامر رقم 66-155 المتعلق بقانون الاجراءات الجزائية ج ر
عدد 20 بتاريخ 29/03/2017
- Jérôme lebrone, La vidéojustice : la justice pénale à l'ère de la vidéo, op.cit. p. 5/15 -33
- Le dispositif est présenté comme étant neutre et l'équivalence entre la présence physique et la présence -34
virtuelle est supposée comme allant de soi.) Voir : Vanessa Perrocheau et Djoheur Zerouki, La visioconférence
dans le procès pénal français, d'un rituel a l'autre?, Oñati Socio-legal Series, v. 8, n. 3 (2018), 346-362 348 ISSN:
2079-5971, p.350 file:///C:/Users/pc/Downloads/cultural-hosting-20180423-perrocheauzerouki-osls-
(5%20(7).pdf
- En même temps qu'il éclate l'espace, il fait disparaître les corps) Voir : Vanessa Perrocheau et Djoheur) -35
Zerouki, La visioconférence dans le procès pénal français, d'un rituel a l'autre? Op.cit., pp 351 à 354
- LAURE MILANO, VISIOCONFÉRENCE ET DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE, op.cit. p.1/4 -36
- LAURE MILANO, VISIOCONFÉRENCE ET DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE, op.cit. p.1/4 -37
- JEROME LEBORNE, La vidéo justice : la justice pénale l'ère de la vidéo, p.2/15 -38
(<https://journals.openedition.org/cdst/4202>) consulté le 23/03/2020

- Marc Janin, LA VISIOCONFÉRENCE À L'ÉPREUVE DU PROCÈS ÉQUITABLE, Dalloz | « Les Cahiers de la Justice » 2011/2 N° 2 | pages 13 à 27 ISSN 1958-3702 ISBN 9782996211028 DOI 10.3917/cdlj.1102.0013, p.17 (<https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2011-2-page-13.htm>) consulté le 14/04/2022
- le principe de publicité : Il est conçu à la fois comme une garantie processuelle et comme un instrument de -40
contrôle social de l'activité judiciaire. Il offre une perspective particulière de légitimation du juge, plus de
visibilité pour la société.) Voir : Imma Baral, et Emilie Reissier, Vidéoconférence et principes fondamentaux du
procès : publicité et inmediateión en Espagne, p.p.2 ([https://ihej.org/wp-](https://ihej.org/wp-content/uploads/2016/03/D%C3%A9cryptage-Cas-Espagnol.pdf)
(content/uploads/2016/03/D%C3%A9cryptage-Cas-Espagnol.pdf
- Jérôme lebrone, La vidéojustice : la justice pénale à l'ère de la vidéo, op.cit. p.6/15 -41
Il y a tout lieu de penser que les magistrats accorderont alors plus de poids à la lecture qu'ils auront eu du) -42
dossier écrit et c'est l'essence même de l'oralité qui s'en trouve affectée) Voir : Vanessa Perrocheau et Djoheur
Zerouki, La visioconférence dans le procès pénal français, d'un rituel a l'autre? Op.cit., p.352
Jérôme lebrone, La vidéojustice : la justice pénale à l'ère de la vidéo, op.cit. p.6/15 -43
Vanessa Perrocheau et Djoheur Zerouki, La visioconférence dans le procès pénal français, d'un rituel a -44
l'autre? Op.cit., p.353
- Anaïs DANET, LA PRESENCE EN DROIT PROCESSUEL, THÈSE doctorat, SPECIALITE DROIT PRIVE ET -45
SCIENCES CRIMINELLES, Soutenue le 5 septembre 2016, UNIVERSITÉ DE BORDEAUX, p.49
< <https://www.theses.fr>
- Imma Baral, et Emilie Reissier, Vidéoconférence et principes fondamentaux du procès : publicité et -46
inmediateión en Espagne, op.cit. p.p.2 et 9
- Marc Janin, LA VISIOCONFÉRENCE À L'ÉPREUVE DU PROCÈS ÉQUITABLE, Dalloz | « Les Cahiers de la -47
Justice » 2011/2 N° 2 | pages 13 à 27 ISSN 1958-3702 ISBN 9782996211028 DOI 10.3917/cdlj.1102.0013,
p.24 (<https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2011-2-page-13.htm>) consulté le 20/05/2022
- 48- عادل يحيى التحقيق والمحاكمة الجنائية عن بعد، مرجع سابق ، ص. 72 إلى 77
- Camille MIANSONI, Les modes de poursuite devant les juridictions pénales, THESE pour le Doctorat en -49
Droit, op.cit. p.90
- Marc Janin, LA VISIOCONFÉRENCE À L'ÉPREUVE DU PROCÈS ÉQUITABLE, op.cit. p.25 -
Sophie Sontag Koenig, Autre expérience d'utilisation de la visioconférence : les procédures pénales, pp.8et9 - 50

دور الدفاع في الصلح والوساطة والتحكيم

جندي فايزة

رئيسة المحكمة التجارية المتخصصة بالبلدية

الصلح في المواد المدنية:

الأصل أن القضاء هو المنوط به إزالة عوارض النظام القانوني سواء تعلقت بالتجهيل بالقانون أو بالتأخير في تنفيذه و بمخالفته ، و بالتالي فالوظيفة الرئيسة للقضاء هي العمل على تطبيق القانون و العمل على نفاذه، غير أنه و استثناء من هذا الأصل فإن الارادة الخاصة للأشخاص يمكن أن تزيل هذه العوارض سواء باتفاق أصحاب الشأن أو بالارادة المنفردة لأحدهما، غير أن المشرع ابتدع وسيلة أخرى لإزالة هذه العوارض و هي تعتمد أساسا على إرادة الأطراف إلا أنه يلزم تدخل القاضي لمساعدة الأطراف في إنهاء النزاع و هو ما يطلق عليه الفقه بأعمال الحماية التوفيقية أو التصالحية.

و يتمتع الصلح القضائي بمزايا لا توجد في الأحكام أو في الأعمال القضائية لأن هذه الأحكام و ان أدت الى حسم المنازعة من الناحية القانونية إلا أنها في أغلب الحالات لا تؤدي الى حسم النزاع من نواحيه الاجتماعية أو الاقتصادية أو العائلية بل قد يؤدي الحكم على العكس في بعض الأحيان الى زيادة حدة توتر العلاقات في المجتمع، و في بعض الأحيان حتى إلى إفلاس بعض الشركات الكبيرة. لهذا السبب فالتشريعات الحديثة كلها تعزز دور القاضي في الصلح نظرا لمكانته في نفوس الأطراف من هيبة قد تدفعهم الى قبول الحل الذي يقترحه عليهم.

و بالرجوع الى التشريعات المقارنة، فالمشرع الفرنسي جعل من الإصلاح بين الخصوم أمرا داخلا في مهمة القاضي و التوفيق بين الخصوم يرقى في بعض الأحيان الى حد أن يكون التزاما على عاتق القاضي قبل ان ينظر في الدعوى و

يصدر فيها حكما، و هو ما سار عليه المشرع اللبناني في المادة 475 من قانون المحاكمات و المادة 452 التي أعطت للقاضي سلطة الاستماع الى الخصوم شخصيا تحضيرا للمرافعة ، و نفس الشيء بالنسبة للقانون المصري في المواد التجارية و الشؤون الأسرة ، و المشرع الجزائري بدوره سائر التشريعات الحديثة و نص في المادة 04 من ق ا م و ا على انه يمكن للقاضي إجراء الصلح بين الأطراف أثناء سير الخصومة في أية مادة كانت، بل وجعل من الصلح القضائي وجوبي أثناء سير الدعوى في منازعات شؤون الأسرة، وهو قيد لرفع الدعوى في القضايا العمالية، كما جعله إجراء وجوبي يسبق رفع الدعوى في القضايا التجارية أمام المحاكم التجارية حسب التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ضوابط الصلح:

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الصلح بصفة عامة في المواد من 459 الى 466 من القانون المدني، و أقر عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص أو بالنظام العام و ذلك في المادة 461 من القانون المدني، و يقصد بها المسائل المتعلقة بصحة الزواج أو بطلانه أو البنوة أو الحضانة أو ثبوت الوراثة فلا يجوز للمحكمة التصديق على الصلح لمخالفته النظام العام، كما لا يجوز الصلح في مسائل الأهلية كالاتفاق على جعل سن الرشد غير السن التي نص عليها المشرع بالزيادة أو النقصان أو التنازل عن طلب الحجر، غير أن المشرع أجاز الصلح في المسائل المالية التي تترتب على الحالة الشخصية كمثلا الصلح بين الزوج و الزوجة على حقوق الزوجة المالية كالصداق أو نفقة العدة، كما يجوز الصلح بين الورثة حول حق كل منهم في التركة، و لهذا فالمشرع اشترط فيمن يصلح أن يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح تجسيدا للمادة 460 من القانون المدني .

و السبب في عقد الصلح حسب النظرية الحديثة هو الباعث الذي دفع الخصوم الى التصالح و هو يختلف من شخص لآخر فقد يكون الخشية من أن يخسر دعواه أو لتجنب طول إجراءات التقاضي و كثرة المصاريف أو الإبقاء على صلة الرحم أو الإبقاء على العلاقات التجارية بين التجار، و في كل الأحوال يشترط أن يكون الباعث مشروعاً.

الصلح في المحكمة التجارية:

لقد أحدث المشرع الجزائري تعديلاً جوهرياً في التقسيم القضائي الجزائري بموجب القانون رقم 07/22 المؤرخ في 2022/05/05 الذي نص في مادته 06 على استحداث بدائرة اختصاص بعض المجالس القضائية محاكم تجارية متخصصة، و قد صاحب ذلك صدور القانون العضوي رقم 10/22 المؤرخ في 2022/06/09 المتعلق بالتنظيم القضائي الذي نص في مادته 28 يمكن أن يضم المجلس القضائي محاكم متخصصة تفصل في المنازعات ذات الطابع التجاري و تصبح بذلك جهات قضائية متخصصة إلى جانب محكمة الجنايات و الجهات القضائية العسكرية، و قد سائر هذا التوجه تعديل و تميم قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 بموجب المادة 03 من القانون رقم 13/22 المؤرخ في 2022/07/12 و ذلك بإحداث جهة قضائية ثانية تختص بالفصل في بعض القضايا ذات الطابع التجاري إلى جانب القسم التجاري، و هي المحاكم التجارية المتخصصة التي يبلغ عددها 12 محكمة على مستوى التراب الوطني، و لقد حدد المرسوم التنفيذي 53/23 المؤرخ في 2023/01/14 دوائر الاختصاص الإقليمي للمحاكم التجارية المتخصصة، ويستشف منه أنه تم توسيع دائرة الاختصاص الإقليمي للمحاكم التجارية جعلها تشمل اختصاص عدة مجالس قضائية بين 04 إلى 08 مجالس قضائية. و لقد نصت المادة 536 مكرر من القانون 13/22 أن المحكمة التجارية المتخصصة تختص بالنظر في منازعات الملكية الفكرية و منازعات الشركات

التجارية، لا سيما منازعات الشركاء و حل و تصفية الشركات و التسوية القضائية و الإفلاس و منازعات البنوك و المؤسسات المالية مع التجار و المنازعات البحرية و النقل الجوي و منازعات التأمينات المتعلقة بالنشاط التجاري و المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية.

استحداث المشرع لإجراء الصلح ضمن إجراءات سير الدعوى في المادة

التجارية:

لقد اشترط المشرع قبل قيد دعوى في الموضوع أمام المحكمة التجارية المتخصصة استصدار أمر على عريضة بتعيين قاضي لإجراء الصلح أمام رئيس المحكمة التجارية المتخصصة، و اعتبر هذا الإجراء قيد لرفع الدعوى تحت طائلة عدم قبول الدعوى طبقاً للمادة 536 مكرر 4 الفقرة 03 من القانون رقم 13/22 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و عليه إذا قيدت دعوى دون القيام بهذا الإجراء يقضي القاضي بعدم قبول الدعوى لعدم استيفاء قيد الصلح طبقاً لهذه المادة.

أما بالنسبة لإجراء الصلح فتاريخ جلسة الصلح و توقيتها يتم تحديدهما مسبقاً في الأمر الصادر من قبل رئيس المحكمة التجارية المتخصصة القاضي بتعيين قاض لإجراء الصلح، و تنعقد جلسة الصلح في مكتب القاضي المعين الذي يحاول تقريب وجهات النظر بين طرفي النزاع لإيجاد حل ودي له يحول دون رفع الدعوى، و تنعقد جلسة الصلح بحضور طرفي النزاع دون إشراك المساعدين، إلا إذا اقتضى الصلح الاستعانة بأحدهم طبقاً للمادة 536 مكرر 4 من القانون 13/22 التي تنص على انه يمكن للقاضي المعين لإجراء الصلح الاستعانة بأي شخص يراه مناسباً لمساعدته لإجراء الصلح الذي ينتهي بتحرير محضر يوقع من القاضي و أطراف النزاع و أمين الضبط يحدد فيه القاضي بدقة ما توصل إليه الأطراف من اتفاق في جلسة الصلح ثم يوقع محضر الصلح كل من الأطراف و الرئيس و أمين الضبط الذي حضر جلسة الصلح، يلي ذلك

إيداع محضر الصلح بأمانة ضبط المحكمة التجارية لتسليم نسخة تنفيذية منه لمن يهيمه الأمر من أجل تنفيذه طبقاً للمادة 600 الفقرة 08 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، أما في حالة فشل محاولة الصلح بين الأطراف يحرر القاضي محضر عدم الصلح يوقعه مع الأطراف و أمين الضبط الذي حضر جلسة الصلح و تسلم نسخة منه للأطراف لتمكينهم من ممارسة حقهم في رفع دعوى في موضوع النزاع، و يحفظ أصل الأمر لدى أمانة ضبط المحكمة التجارية المتخصصة.

الإشكالات العملية في تطبيق الصلح كإجراء بديل لحل النزاع في المادة

المدنية:

حول إجراء الصلح:

1. تحديد أجل لرفع الدعوى:

لم يحدد المشرع أجل رفع الدعوى بعد تحرير محضر عدم الصلح، و هو الأمر الذي يبقي الآجال مفتوحة لأنه لا يمكن تطبيق المادة المتعلقة بسقوط الخصومة المنصوص عليها في المادة 220 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و لا يمكن تطبيق المادة 314 من نفس القانون لأنه لا يوجد نص يحيل على هاته المواد، كما أن هذا الإجراء يتعلق بالحق في رفع الدعوى أي حق التقاضي و هو حق دستوري فيتعين ضبطه بأجل معين بدقة و وضع جزاء سقوط الحق بعد انتهاء الميعاد، فيستحسن تحديد أجل لرفع الدعوى تسري ابتداء من تاريخ محضر عدم الصلح على أن لا تكون طويلة مراعاة لطبيعة المنازعات التجارية التي تقتضي سرعة الفصل فيها.

2. بداية سريان مدة الصلح:

المادة نصت على أن الصلح قيد مسبق للدعوى و لا تتجاوز مدته 03 أشهر غير أنها لم تحدد بداية سريان هذا الأجل فمن الأفضل تحديده ابتداء من تاريخ أول جلسة للصلح لأن رئيس المحكمة يحدد أول جلسة للصلح في الأمر آخذاً

بعين الإعتبار مدة التبليغ أي 20 يوم، كما يراعي في تحديد جلسات الصلح جدول الصلح أي ما تم تأجيله من قبل القضاة المكلفين بالصلح و ما تم جدولته من الرئيس من قبل فلا يعقل أن تحتسب مدة 03 أشهر من تاريخ إيداع طلب الصلح.

3. غياب الأطراف:

هناك فراغ قانوني فيما يتعلق حالة غياب طالب الصلح بأول جلسة المعمول به تم تطبيق المادة 216 و 219 المتعلقة بالشطب، وكذلك في حالة ما إذا حضر طالب الصلح أو الطرفين لجلسة الصلح الأولى ثم تغيبا عن باقي الجلسات بعد تأجيل الصلح، لاحتمال تنازل طالب الصلح عن دعواه أو لحصول صلح بين الطرفين خارج القضاء و يبقى ملف الصلح معلق في جدول الصلح في حين يجب تحديد مآله، فمن الأفضل إدراج مادة تنظم هذه الحالة أو تحيل على المادة المتعلقة بالشطب.

أيضا هناك فراغ قانوني في حالة تبليغ المطلوب ضده في الصلح بأول جلسة للصلح تبليغا قانونيا غير أنه يتغيب، ففي هذه الحالة المعمول به هو تحرير محضر عدم صلح لغياب المطلوب ضده بعد تأجيل القضية.

4. رفض طلب تعيين قاضي لإجراء الصلح في حالة عدم الاختصاص

النوعي للمحكمة:

هناك إغفال حول إمكانية رئيس المحكمة التجارية رفض طلب الصلح إذا كانت المحكمة التجارية غير مختصة نوعيا، ففي حالة إعطاء هذه الإمكانية لرئيس المحكمة يتعين جعل الأمر بالرفض قابلا للإستئناف أو لطرق الطعن العادية أمام رئيس المجلس و المحكمة العليا لأن الأمر يتعلق بمسالة من النظام العام و بحق التقاضي المخول دستوريا.

5. عرض الملف على النيابة:

هناك إغفال حول مسألة عرض الملف أثناء الصلح على النيابة لإبداء الرأي خاصة فيما يتعلق بمنازعات التجارة الدولية التي لها علاقة بقانون الصرف و حركة رؤوس الأموال، فقد يكون محضر الصلح الذي يعد سند تنفيذي وسيلة للتحايل على قانون الصرف و تحويل الأموال الى الخارج دون موافقة بنك الجزائر، فمن الأجدر إعطاء الإمكانية للقاضي الصلح بإبلاغ وكيل الجمهورية بملف الصلح لتقديم التماساته و الإمكانية للقاضي بتحرير محضر عدم الصلح إذا تعلق الأمر بالنظام العام الاقتصادي.

6. القضايا التي لا تحتاج بطبيعتها الى صلح أو حدد لها المشرع أجل معين

لرفعها:

هناك قضايا بطبيعتها لا تحتاج إلى الصلح مثل دعوى تصحيح خطأ مادي أو الدعوى التفسيرية أو الدعوى الاستعجالية لعدم فصلها في الموضوع غير أنها لم تستثنى بنص صريح من إجراء الصلح.

دعوى تثبيت الحجز التحفظي اشترط المشرع أن ترفع دعوى تثبيت الحجز التحفظي خلال 15 يوم من تاريخ صدور الأمر القاضي بالحجز التحفظي غير أن هذه الدعوى لم تستثنى بنص شأنها شأن كل دعوى يشترط المشرع رفعها في أجل معين لأن المواعيد من النظام العام.

7. مدى إمكانية استعمال نفس محضر الصلح في دعوى جديدة:

في حالة فصل قاضي الموضوع بعدم قبول الدعوى شكلا فهل يعيد خاسر الدعوى رفع الدعوى مباشرة مستعينا بمحضر الصلح الذي قضي بشأنه في الدعوى أو يعيد إجراء الصلح من جديد، من المفروض اذا كان عدم القبول لانعدام الصفة يتعين معاودة الصلح من جديد لأن هناك تجهيل بالأطراف، و اذا تعلق الأمر بعيوب شكلية فقط قابلة للتصحيح فلا حاجة لإجراء الصلح من جديد.

8. صاحب الحق في رفع الدعوى بعد فشل الصلح:

في حالة فشل الصلح تنص المادة على ان ترفع الدعوى أمام المحكمة التجارية المتخصصة دون أن تحدد من له الحق برفعها و بعبارة أخرى هل لكل ذي مصلحة أن يرفع الدعوى أو طالب الصلح فقط.

9. مدى تقييد قاضي الموضوع بمحضر الصلح:

هل قاضي الموضوع عند فصله في النزاع مقيد بالمسائل التي تمت مناقشتها في جلسة الصلح فقط أم أن الأطراف يمكنهم إثارة طلبات جديدة أثناء الدعوى.

10. حجية تصريحات الخصوم الواردة في محضر الصلح:

تصريحات الأطراف في محضر عدم الصلح هل تكون لها حجية أمام قاضي الموضوع و هل تطبق أحكام الإقرار بشأنها المنصوص عليه في القانون المدني.

11. حضور الدفاع في جلسة الصلح ودوره:

عدم حضور الدفاع

.الجانب النفسي للمتقاضين

.الإلمام بالقضية (اكتشاف أمور جديدة)

.اقتراح حلول

.التحكم في الإجراءات

عدم حضور الخصوم

.المادة 536 مكرر 4 من ق ا م و ا يمكن للقاضي المعين لهذا الغرض الاستعانة

بأي شخص راه مناسباً لمساعدته لإجراء الصلح الذي ينتهي بتحرير محضر

يوقع من القاضي و أطراف النزاع و أمين الضبط

. يحق القاضي أن يأمر بحضور الخصوم شخصياً لتقديم توضيحات يراها

ضرورية لحل النزاع المادة 27 من ق ا م و ا .

المادة 574 من القانون المدني الفقرة الأولى : لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لا سيما البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء.
الفقرة الأخيرة: الوكالة الخاصة لا تخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري.

الوساطة الجزائية

تقديم: بوعبدالله رضوان
وكيل الجمهورية لدى محكمة سطيف

مقدمة

تقوم بدائل الدعوى العمومية عموماً على فكرة الرضائية، فهي التي تضيء عليها طابعاً خاصاً تميزها عن باقي الإجراءات الجزائية الآمرة، ومع ذلك قد تلجأ بعض التشريعات إلى تبني هذا النظام بالاحتفاظ بجوهره القائم على حرية كل من المجني عليه والمتهم في تحديد مصير الدعوى العمومية ولكنها تضيف إلى هذه المعادلة طرفاً ثالثاً يتمثل في المجتمع، الذي يقدر مدى ملاءمة إنهاء النزاع عن طريق هذه البدائل ودون إتباع الإجراءات المعتادة، وسلطة الملاءمة هذه تكون للنيابة العامة باعتبارها ممثلة المجتمع

وتمثل الوساطة الجزائية نمطاً جديداً من الإجراءات الجزائية، التي تقوم على الرضائية في إنهاء المنازعات الجزائية، كما أنها تمثل خياراً ثالثاً يجوز للنيابة العامة أن تلجأ إليه للتصرف في الدعوى العمومية بدلاً من إصدار أمر بالحفظ لا يؤدي إلى حل النزاع أو تحريك الدعوى العمومية في قضايا يُفضّل ألا تحال على المحاكم، ولقد أصبحت الوساطة الجزائية في الوقت الحاضر أحد الأنظمة الواسعة الانتشار في القانون الجنائي، ومن أهم آليات العدالة التفاوضية التي تسعى إلى تبسيط الإجراءات وتخفيف العبء على جهاز القضاء وتعويض المجني عليه وتفعيل مشاركة الأفراد في نظام العدالة الجنائية بعيداً عن الإجراءات القسرية التي تمس بحريات الأفراد

ولقد أقر المشرع الجزائري الوساطة الجزائية كآلية بديلة تدعيما لبرنامج إصلاح العدالة وتعزيز دور النيابة عن طريق آليات لتسيير الدعوى العمومية، كآلية بديلة للمتابعة في المخالفات وبعض الجنح البسيطة، التي لا تمس بالنظام العام والمحددة على سبيل الحصر، وذلك في مواجهة القضايا والدعاوى الجزائية المتزايدة في المحاكم وإيجاد أنظمة قانونية جديدة تكفل ضمان وضع حد للإخلال الناتج عن الجريمة. أو جبر الضرر المترتب عليها وتأهيل وإصلاح الجاني اجتماعيا وعليه سنحاول من خلال هذه المداخلة الوجيزة عرض نظام الوساطة في القانون الجزائري وكيفية تطبيقها من خلال التطرق للنقاط التالية:

أولاً: مفهوم الوساطة الجزائية وتمييزها.
ثانياً: نطاق الوساطة الجزائية.
ثالثاً: شروط الوساطة الجزائية.
رابعاً: إجراءات الوساطة الجزائية وآثارها.
خامساً: تطبيقات الوساطة الجزائية في القانون الجزائري.

أولاً: مفهوم الوساطة الجزائية وتمييزها.

أقر المشرع الجزائري نظام الوساطة الجزائية بموجب القانون 15 - 12 المؤرخ في 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل (مادة 110 الى غاية المادة 115) ثم تلى ذلك إقرارها في نطاق جرائم البالغين بمقتضى الأمر 15 - 02 المؤرخ في 23 يوليو 2015 المعدل والمتمم للأمر 66 - 156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية وذلك في المواد من 37 مكرر إلى 37 مكرر 9 ، استجابة لضرورة تبني سياسة جنائية تقوم على المصالحة بين أفراد المجتمع كنمط

جديد من الاجراءات، تدعيما لبرنامج إصلاح العدالة، وذلك من خلال تفعيل آليات العدالة التصالحية.

المشعر الجزائري عرف الوساطة الجزائية في المادة الثانية من قانون حماية الطفل على أنها: "آلية قانونية تهدف إلى إبرام اتفاق بين الطفل الجانح وممثله الشرعي من جهة وبين الضحية أو ذوي حقوقها من جهة أخرى، وتهدف إلى إنهاء المتابعات وجبر الضرر الذي تعرضت له الضحية ووضع حد لآثار الجريمة والمساهمة في إعادة إدماج الطفل" فيما أنه لم يرقم بتعريفها في قانون الإجراءات الجزائية

ودون الخوض في التعريفات الفقهية يمكن أن نعرف الوساطة الجزائية بأنها: "آلية قانونية بديلة عن المتابعة الجزائية تخضع لملاءمة وإدارة وكيل الجمهورية وتقتضي موافقة طرفيها وهما الضحية والمشتكى منه، يتم اللجوء إليها قبل تحريك الدعوى العمومية بشأن جريمة معينة والتي تكون إما مخالفة أو بعض الجنح البسيطة التي لا تمس النظام العام والمحددة على سبيل الحصر والتي تؤدي فيها الوساطة دور الصلح، بهدف إبرام اتفاق مكتوب لوضع حد للإخلال الناتج عن الجريمة أو جبر الضرر المترتب عليها، ويترتب على نجاحها انقضاء الدعوى العمومية".

و تختلف الوساطة الجزائية عن بعض الأنظمة المشابهة لها مثل نظام التسوية الجزائية، إضافة إلى نظام الاعتراف المسبق بالجرم.

فنظام التسوية الجزائية يقوم على سلطة وكيل الجمهورية في أن يقترح على المتهم الذي لا ينفى مسؤوليته الجزائية عن الأفعال المرتكبة، الخضوع إلى تدبير أو أكثر من التدابير المحددة قانوناً، بدلاً من العقوبة المقررة للجريمة والذي كان يفترض أن توقع عليه، وبالتالي فإنه لا دور للضحية في هذا النظام ويخضع للملائمة النيابة وحدها دون أي دور للضحية ويصادق عليه من قاضي الحكم، كما تعتبر التسوية الجزائية ذات طابع عقابي فيترتب على تطبيقها إنهاء

الاضطراب الناتج عن الجريمة وتعويض الضرر المترتب عنها بتدابير ذات طابع عقابي (عقوبات مالية أو مقيدة أو مانعة للحقوق).

أما فيما يخص نظام الاعتراف المسبق بالجرم، فيتضمن سلطة وكيل الجمهورية في اختصار إجراءات المحاكمة بالنسبة لجرائم محددة إما من تلقاء نفسه أو بطلب من المتهم أو محاميه، بشرط قبول المتهم بهذا الإجراء واعترافه بالأفعال المنسوبة إليه، مقابل استفادته من عقوبات مخففة بدلاً من العقوبات الأصلية المقررة ويطبق حتى في الجرائم ذات الخطورة النسبية.

ثانياً: نطاق الوساطة الجزائية.

وستتناول فيه النطاق الشخصي للوساطة الجزائية وكذا نطاقها الموضوعي:

أ/ النطاق الشخصي للوساطة الجزائية :

يقصد بالنطاق الشخصي لنظام الوساطة الجزائية أطرافها، فهي تتم من خلال ثلاثة أطراف وهم: الضحية، المشتكى منه والوسيط.

1/ الضحية: وهو كل شخص متضرر من الجريمة.

2/ المشتكى منه: بالرجوع إلى المواد من 37 مكرر إلى 37 مكرر 9 من قانون الإجراءات الجزائية نلاحظ أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح "المشتكى منه" وكذا مصطلح "مرتكب الأفعال المجرمة" ولم يستعمل مصطلح "المتهم"، وهذا راجع إلى أن الوساطة الجزائية تتم قبل أي متابعة جزائية

3/ الوسيط: يعتبر الوسيط جوهر عملية الوساطة، إذ أنه يساهم في تيسير الحوار بين الأطراف المتنازعة و إعادة بناء الثقة بينهم و تبصيرهم بالإشكالات المتعلقة بالنزاع و مساعدتهم في ايجاد الحل المناسب لهم.

وبالرجوع إلى التشريعات المقارنة نجد أنها أوكلت مهمة إجراء عملية الوساطة إلى شخص منفصل عن جهاز النيابة العامة، و حتى يتمكن من أداء مهامه، يتعين أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط الشكلية و الموضوعية و

أهمها استقلاليتها عن أطراف النزاع وعن النظام القضائي، وحياده وعدم انحيازه لأي طرف، بالإضافة إلى توافر الخبرة والاختصاص. وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فإنه أسند مهمة الوساطة إلى وكيل الجمهورية، وهو ما يشكل مساساً بمبدأ الفصل بين الوظائف القضائية، الذي يقتضي الفصل بين سلطات الاتهام والتحقيق والحكم، وإدارة وكيل الجمهورية لمهام الوساطة جعلته يتمتع بسلطتي المتابعة والحكم في آن واحد. ومن جهة ثانية فإن إسناد مهمة الوسيط لوكيل الجمهورية يترتب عنه عدة سلبيات أهمها عدم التفرغ لمهمة الوساطة، فكأن الهدف الذي سعى إليه المشرع الجزائري من وراء تبنيه لهذه الآلية وهو إيجاد حلول لبعض الجرائم البسيطة حتى لا تثقل كاهل القضاء الذي يتوجه إلى التكفل بالقضايا الخطيرة ذات أهمية أكبر لا يتحقق، فبدلاً من إثقال كاهل جهات الحكم بهذه القضايا فإنه تم إثقال كاهل النيابة العامة بها، التي وفي ظل عدم تفرغها لمهمة الوساطة فإنها تميل عادة إلى المتابعة الجزائية، وهو ما يحول دون تحقيق الأهداف المنشودة.

ب/ النطاق الموضوعي للوساطة الجزائرية

يقصد بالنطاق الموضوعي للوساطة الجزائرية الجرائم محل تطبيق الوساطة الجزائرية، وهو ما سنتناوله فيما يلي:

1/ الجرائم محل تطبيق الوساطة الجزائرية

استحدث المشرع الجزائري نظام الوساطة الجزائرية كآلية بديلة للمتابعة الجزائية في مادة المخالفات وبعض الجنح البسيطة التي لا تمس النظام العام، وعلى ذلك فالجنایات تستبعد من نطاق تطبيق الوساطة الجزائرية أما بالنسبة للمخالفات فقد أجازت المادة 37 مكرر 2 من قانون الإجراءات الجزائية إجراء الوساطة فيها دون تحديد، إلا أنه وبإستثناء المخالفات المتعلقة بالأشخاص و الأموال و كذا بالحيوانات، فإن باقي المخالفات لا يتصور تطبيق

الوساطة فيها لعدم وجود ضحية فيها كونها وقعت إضراراً بالنظام أو الأمن العمومي.

أما بالنسبة لنطاق تطبيق الوساطة الجزائية في القانون المتعلق بحماية الطفل فإن المشرع لم يستثن إلا الجنايات، و بالتالي فإن نطاق تطبيقها يشمل جميع المخالفات و الجنح التي يرتكبها الطفل دون تحديد عملاً بنص المادة 110 منه.

أما بالنسبة للجنح فقد بينت المادة 37 مكرر 2 من قانون الإجراءات الجزائية نطاق اللجوء إلى الوساطة في الجنح وحصرتها في بعض الجنح فقط و هي كلها جنح بسيطة لا تمس النظام العام و قد عدتها المادة 37 مكرر كآتي: جنح السب، القذف، الاعتداء على الحياة الخاصة، التهديد، الوشاية الكاذبة، ترك الأسرة، الامتناع العمدي عن تقديم النفقة، عدم تسليم طفل، الاستيلاء بطريق الغش على أموال الإرث قبل قسمتها، الاستيلاء بطريق الغش على أشياء مشتركة أو أموال الشركة، إصدار شيك بدون رصيد، التخريب أو الإتلاف العمدي لأموال الغير، الجروح الخطأ، الضرب والجرح العمدي المرتكب بدون سبق الاصرار والترصد أو استعمال السلاح، التعدي على الملكية العقارية، التعدي على المحاصيل الزراعية، الرعي في ملك الغير، استهلاك مأكولات أو مشروبات أو الاستفادة من خدمات أخرى عن طريق التحايل.

أما بالنسبة للمخالفات فقد أجازت المادة 37 مكرر 2 من قانون الإجراءات الجزائية إجراء الوساطة فيها دون تحديد، إلا أنه وباستثناء المخالفات المتعلقة بالأشخاص و الأموال و كذا بالحيوانات، فإن باقي المخالفات لا يتصور تطبيق الوساطة فيها لعدم وجود ضحية فيها كونها وقعت إضراراً بالنظام أو الأمن العمومي.

أما بالنسبة لنطاق تطبيق الوساطة الجزائية في القانون المتعلق بحماية الطفل فإن المشرع لم يستثن إلا الجنايات، و بالتالي فإن نطاق تطبيقها يشمل

جميع المخالفات و الجنح التي يرتكبها الطفل دون تحديد عملا بنص المادة 110 منه.

2/ طبيعة الجرائم المعنية بالوساطة الجزائرية

أما عن مميزات الجنح المعنية بالوساطة الجزائرية فإن معظمها جنح عمدية، و كلها وردت في قانون العقوبات مما يفيد باستبعاد المشرع للجنح الواردة في القوانين الخاصة، يضاف إلى ذلك كونها جنح بسيطة ليس فيها أي جنحة مشددة، كما أنها واسعة الانتشار بل هي أكثر القضايا المطروحة أمام الجهات القضائية.

مع ذلك يعاب على الأمر رقم 15 - 02 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجزائرية أنه لم يوضح المعيار الذي بمقتضاه تم اختيار الجنح التي تشملها الوساطة الجزائرية دون غيرها، إلا انه بالرجوع إلى عرض الأسباب المتعلقة به فقد حدد المشرع هذا المعيار وهو الجنح البسيطة التي لا تمس النظام العام و التي تؤدي فيها الوساطة دور الصلح خاصة في قضايا الجوار والخلافات العائلية، وهو معيار فضفاض وغير دقيق و لا يستند إلى ضوابط محددة، كما يعاب عليه أيضا أنه ضيق مجال التعامل بالوساطة، بحيث حصرها في عدد محدود من الجنح، فكان من الأفضل تمديد العمل بها لتشمل كل الجنح البسيطة التي تترتب عنها دعوى مدنية تبعية وفقا لمعيار العقوبة المقررة لها مثلا

ثالثا: شروط الوساطة الجزائرية

يتطلب المشرع الجزائري لإجراء الوساطة الجزائرية ضرورة توفر شروط شكلية وشروط أخرى موضوعية نتناولها على النحو الآتي :

الشروط الشكلية:

تتمثل الشروط الشكلية للوساطة الجزائرية في ضرورة توافر:
الأهلية الإجرائية : وهي صلاحية كل طرف من أطراف النزاع في مباشرة الإجراءات الجزائرية بصفة عامة والموافقة على إجراء الوساطة .

الرضا : إذ أن موافقة الجاني والمجني عليه بالوساطة لا تفرضها النيابة بل تكون صادرة عن إرادة الأطراف في رغبتهم في حل النزاع بعيدا عن تعقيدات الاجراءات القضائية .

الكتابة: نص المشرع الجزائري على ضرورة إتمام عملية الوساطة الجزائرية بموجب اتفاق

مكتوب بين الضحية والمشتكى منه ، حيث أشارت المادة 37 مكرر من قانون الإجراءات الجزائرية الجزائري في فقرتها الثانية على أن : «... تتم الوساطة بموجب اتفاق مكتوب بين الضحية ومرتكب الأعمال المجرمة.

الشروط الموضوعية للوساطة الجزائية:

يمكن إجمال الشروط الموضوعية لإجراء الوساطة فيما يلي:

أ/ الشرط المرتبط بوجود جريمة معينة لم يتم تحريك الدعوى العمومية بشأنها

يشترط في إجراء الوساطة أن تكون هناك جريمة معينة نشأت عنها دعوى عمومية لم تتم المتابعة فيها بعد، فإذا كانت النيابة العامة قد باشرت المتابعة الجزائية يمنع عليها إحالة القضية على الوساطة، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري بمقتضى المادة 37 مكرر من قانون الإجراءات الجزائرية و المادة 110 ف 1 من القانون المتعلق بحماية الطفل.

ب/ الشرط المتعلق بالهدف من الوساطة

لقد أكدت المادة 37 مكرر من قانون الإجراءات الجزائرية على أنه يتم اللجوء إلى الوساطة عندما يكون من شأنها وضع حد للإخلال الناتج عن الجريمة أو جبر الضرر المترتب عليها، و أضاف القانون المتعلق بحماية الطفل هدفا آخر وهو المساهمة في إعادة إدماج الطفل من خلال:

أ/ وضع حد للإخلال الناتج عن الجريمة

ب/ جبر الضرر المترتب عن الجريمة

ج/ إعادة ادماج الجاني

د/ قبول الأطراف بالوساطة الجزائية

رابعاً: إجراءات الوساطة الجزائية وأثارها.

يمكن تقسيم إجراءات نظام الوساطة الجزائية إلى ثلاثة مراحل أساسية:

مرحلة الإجراءات التمهيدية، مرحلة المفاوضات ومرحلة الاتفاق وتنفيذه

أ/ مرحلة الإجراءات التمهيدية للوساطة الجزائية

تبدأ المرحلة التمهيدية للوساطة الجزائية في التشريع الجزائري بإحالة النزاع على الوساطة وذلك بالمبادرة إلى اقتراح الوساطة، ففي حالة ما إذا تبين لوكيل الجمهورية أن الجريمة المرتكبة من بين الجنح المحددة على سبيل الحصر في المادة 37 مكرر 2 من قانون الإجراءات الجزائية أو أنها مخالفة، يمكن له أن يقرر سواء من تلقاء نفسه أو بطلب من الضحية أو المشتكى منه إجراء وساطة إذا ما تبين له أن من شأنها وضع حد للإخلال الناتج عن الجريمة أو جبر الضرر المترتب عنها، و يتم ذلك بموجب مقرر إجراء الوساطة الذي يصدره وكيل الجمهورية.

و بعد إصدار وكيل الجمهورية لمقرر إجراء الوساطة يقوم باستدعاء الضحية والمشتكى منه إلى مكتبه أين يذكرهما بالوقائع والنصوص القانونية المطبقة عليهما ثم يقترح عليهما إجراء وساطة من أجل الوصول إلى حل للنزاع، و يخبرهما بحقهما في الاستعانة بمحام أين يستطلع آراء كل منهما، وفي حالة قبولهما يتم تحرير اتفاق قبولهما إجراء الوساطة في شكل مكتوب و هذا ما نصت عليه المادة 37 مكرر ف 2 من قانون الإجراءات الجزائية، ليتم بعدها الشروع في مرحلة المفاوضات إما في الجلسة نفسها أو في جلسة مwalية.

ب/ مرحلة المفاوضات

بعد أن يتم تحرير اتفاق قبول إجراء الوساطة، يتولى وكيل الجمهورية استدعاء الطرفين لموعد يحدده لتبدأ بذلك مرحلة التفاوض، أين يحاول تقريب وجهات النظر بين الطرفين المتنازعين للوصول إلى حل ودي حول النزاع. ولم يقيد المشرع الجزائري جلسات التفاوض بمدة محددة، وبالتالي يرجع تقديرها لوكيل الجمهورية تبعاً لظروف وملابسات النزاع، إذ قد يتم التوصل إلى تسوية النزاع في جلسة وساطة واحدة، كما يمكن أن يستغرق الأمر عدة جلسات.

ج/ مرحلة الاتفاق وتنفيذه

بنهاية مرحلة المفاوضات، قد يتعذر على أطراف النزاع بمساعدة الوسيط - وكيل الجمهورية - التوصل إلى حل مرضي فتفشل الوساطة، وإما أن تنجح مساعي الوسيط - وكيل الجمهورية - و يتوصل لتسوية النزاع، فيتم تحرير اتفاق الوساطة. و الذي يمثل أحد المراحل الهامة في سياق أو إجراء الوساطة، ذلك أنه يحدد تعهدات الأطراف بوضع حد للنزاع. ففي حال الفشل في الوصول إلى اتفاق، يعاد الأطراف إلى نقطة البداية، حيث يقوم وكيل الجمهورية بتحرير محضر عدم الاتفاق، عندها يتخذ الإجراءات اللازمة لتحريك الدعوى العمومية في إطار مبدأ الملائمة بمعنى أنه قد يحركها، كما قد لا يفعل ذلك.

أما إذا تم الاتفاق على حل لتسوية النزاع القائم، فلقد استلزم المشرع الجزائري لضرورة اعتباره صحيحاً ومنتجاً لآثاره شرطاً شكلياً يتمثل في كتابته، وقد نصت على ذلك المادة 37 مكرر 3 قانون الإجراءات الجزائية و التي استلزمت أن يتضمن هذا المحضر هوية وعنوان الأطراف (كونه يشكل سنداً تنفيذياً فيه دائن و مدين، و بالتالي يتعين تحديدهما بدقة تفادياً لإشكالات التنفيذ) وعرضاً وجيزاً للأفعال ومضمون اتفاق الوساطة(وهذا لكونه هو محل

السند التنفيذي) وأجال تنفيذه (كون المشرع لم يتولى تحديد هذه الآجال و تركها لإرادة الأطراف)، كما اشترط أيضا أن يتم توقيع هذا المحضر من طرف وكيل الجمهورية وأمين الضبط و كذا توقيعه من قبل الأطراف ثم تسلم نسخة منه إلى كل طرف.

ويمكن تمييز آثار الوساطة على الدعوى العمومية من ناحيتين:

أ/ وقف سريان تقادم الدعوى العمومية

وهو ما جاءت به المادة 37 مكرر 7 من قانون الإجراءات الجزائية، و يكون هذا خلال الآجال المحددة لتنفيذ اتفاق الوساطة، وهو نفس الأثر الذي نصت عليه المادة 110 من القانون المتعلق بحماية الطفل، غير أن ذلك يكون ابتداء من تاريخ إصدار وكيل الجمهورية لمقرر إجراء الوساطة وليس خلال الآجال المحددة لتنفيذ الاتفاق مثلما هو معمول به في مجال الوساطة في نطاق جرائم البالغين.

ب/ الآثار الناتجة عن انتهاء الوساطة الجزائية

تختلف الآثار المترتبة على انتهاء الوساطة الجزائية تبعا للنتائج المتوصل إليها و التي لا تخرج عن فرضين:

1/ في حالة نجاح الوساطة الجزائية

تنتهي الوساطة بالنجاح في حال ما إذا قام "مرتكب الأفعال المجرمة" بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه بموجب محضر الوساطة في الآجال المحددة، ولقد رتب المشرع الجزائري على ذلك انقضاء الدعوى العمومية، فبموجب الأمر رقم 15- 02 أضاف المشرع الجزائري للمادة 06 من قانون الإجراءات الجزائية سببا خاصا من أسباب انقضاء الدعوى العمومية، والمتمثل في "تنفيذ اتفاق الوساطة"، ففي هذه الحالة يجب على وكيل الجمهورية إصدار أمر بحفظ ملف القضية لانقضاء الدعوى العمومية بتنفيذ اتفاق الوساطة.

ثانيا : في حالة فشل الوساطة الجزائية

وقد يكون ذلك إما بعدم قبول الأطراف لمبدأ الوساطة أصلا، أو عدم توصلهم إلى اتفاق، أو في حالة عدم قيام المشتكى منه بتنفيذ ما جاء من التزامات في محضر اتفاق الوساطة في الآجال المحددة لذلك.

ففي الحالتين الأولى و الثانية أي عدم قبول الأطراف لمبدأ الوساطة أصلا، أو عدم توصلهم إلى اتفاق تسترد النيابة العامة سلطتها في مباشرة وظيفتها في التصرف في الدعوى العمومية و كأن الملف و الأطراف يعرضون لأول مرة أمامها، وذلك ما نصت عليه المادة 37 مكر 8 من قانون الإجراءات الجزائية، إلا أنه بالرجوع إلى صياغة نص المادة 115 ف 2 من قانون حماية الطفل فإنها ألزمت وكيل الجمهورية بمتابعة الطفل في حال عدم تنفيذه لمحضر اتفاق الوساطة أو إحدى الالتزامات المحددة في المادة 114 من نفس القانون وهو ما يشكل مخالفة لمبدأ الملائمة.

أما في الحالة الثالثة، أي حالة الرفض العمدي لتنفيذ اتفاق الوساطة، فقد أقر المشرع الجزائري بالإضافة إلى إمكانية متابعة المشتكى منه عن الجريمة الأصلية المتابع بها، تعرض الشخص الممتنع عمدا عن تنفيذ اتفاق الوساطة للعقوبات المقررة لجريمة التقليل من شأن الأحكام القضائية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 147 من قانون العقوبات.

خامسا: تطبيقات الوساطة في تطبيقه الملف القضائي

تماشيا مع ما جاء به الأمر رقم 02-15 المؤرخ في 23 جويلية 2015 و المتضمن تعديل قانون الاجراءات الجزائية فيما يخص "الوساطة في المادة الجزائية" تم ادراج تحيين جديد بتطبيقه الملف القضائي من خلال إضافة نافذة "محضر الوساطة" الذي يكون العمل بها على النحو التالي:

الوساطة الجزائئية

أولاً : يقوم أمين الضبط بالولوج لنفاذة سجل البريد العام لنيابة الجمهورية و يقوم بملء جميع البيانات مع تحديد طبيعة البريد : محضر جنحة أو مخالفة حسب ما أوردته المادة 37 مكرر2 في حصرها لبعض الجنح التي يجوز فيها الاستعانة بالوساطة، ثم يؤشر بعدها على خانة "الوساطة".



الوساطة الجزائرية

بعدها يقوم أمين الضبط بالضغط بالضغط على نافذة "محضر وساطة" بواجهة القضايا الجزائرية، كما هو مبين في الصورة.

The screenshot displays the 'محضر وساطة' (Mediation Record) form. Key fields include:

- الرقم التسلسلي** (Serial Number): 15/000003
- رقم العرجع العام** (General Reference Number): 15/000014
- تاريخ المحضر** (Date of Record): 12/11/2015
- الطرف** (Party): الطالب (Student)
- وكيل الجمهورية** (Prosecutor): كمال كمال (Kamal Kamal)
- أمين الضبط** (Recorder): أمين الضبط (The Recorder)
- التحقق الابتدائي** (Initial Check): 164/005 (كمال كمال) and 164/001 (نور سهيبة)
- المصلحة** (Interest): الأمن (Security)
- موضوع الوقائع والسبب والغلب** (Subject of Facts, Cause, and Prevalence): (Blank)
- التهمة والسبب والغلب** (Charge, Cause, and Prevalence): المادة 297 من قانون العقوبات (Article 297 of the Penal Code)
- أسماء الأطراف** (Names of Parties):

الصفة	اللقب	الإسم	الخاص
المشتكى منه	محمد	محمد	التهوية
المدعى عليه	عيسى	عيسى	التهوية
المسؤول المدني			التهوية

فتظهر نافذة "تسجيل محضر وساطة" أين يتم تدوين جميع المعطيات الضرورية لاسيما اختيار مع سرد ملخص الوقائع (حقل نصي) طالب الوساطة في القائمة المتضمنة (المشتكى منه، النيابة، الضحية، المسؤول المدني) مع سرد ملخص الوقائع (حقل نصي) وكذا تحديد التهمة والمادة القانونية مع ضرورة كتابة (مضمون الاتفاق و آجال التنفيذ) المشار اليهما في الصورة.

This screenshot is identical to the one above, showing the same mediation record form with the same data points.

بالنقر على "تسجيل" يقوم النظام بإعطاء التقييم التسلسلي لسجل محضر الوساطة أليا ، وبعدها يمكن لأمين الضبط طبع محضر الوساطة كما هو مبين في أعلى النافذة .

نشير في الأخير إلى أنه بإلقاء نظرة على الاحصائيات المتعلقة بنظام الوساطة مع اتخاذ محكمة سطيف نموذجا وهذا لسنتي: 2022 و 2023 نجد أن نسبة نجاح الوساطة قليلة نسبيا وهذا لعدة أسباب نذكرها في الخاتمة. ففي سنة 2022 تم عرض الوساطة 148 مرة نجحت منها 46 حالة في حين لم يتم التوصل لاتفاق في 102 حالة

وفي سنة 2023 تم عرضها 112 مرة نجحت في 45 مرة وفشلت في 67 مرة.

خاتمة

و في الأخير نصل إلى القول إلى أن استحداث المشرع الجزائري لنظام الوساطة الجزائرية كآلية بديلة للمتابعة الجزائرية يعد خطوة ايجابية منه، بهدف ايجاد حلول لبعض الجرائم التي تؤدي فيها الوساطة دور الصلح و التي تحبب فيها الحلول التوافقية بين الأطراف، و حتى لا تثقل كاهل القضاء الذي يتوجه إلى التكفل بالقضايا الخطيرة ذات أهمية أكبر، إلا أنه ومن خلال دراستنا هذه فقد وقفنا على بعض النقائص التي قد تعيق تحقيق هذه الأهداف، أهمها إسناد مهمة الوسيط الى و كيل الجمهورية و الذي قد يكون أكبر عائق أمام فعالية الوساطة الجزائرية التي تقتضي تدخل شخص آخر غير خاضع للسلطة القضائية للقيام بمهمة الوسيط، و يكون متفرغا للقيام بهذه المهمة على عكس وكيل الجمهورية، بالإضافة الى تضيق المشرع الجزائري لنطاق الوساطة، بحيث حصرها في المخالفات و عدد محدود من الجرح على خلاف المشرع الفرنسي الذي ذكر فقط شروط إحالة القضية إلى الوساطة تاركا الأمر للسلطة التقديرية للنياابة العامة.

وعليه نوصي بما يلي:

✓ اسناد مهمة الوسيط في المواد الجزائية لشخص غير تابع للقضاء و ذلك بالاستفادة من التجربة الفرنسية في هذا المجال و الذي أسندها لشخص غير تابع لجهاز القضاء، و قد يكون شخصا طبيعيا يعمل بصفته الفردية أو شخصا معنويا يكون عمله ضمن جمعية، و في جميع الأحوال يكون ذلك تحت إشراف النيابة العامة.

✓ توسيع دائرة الجرائم التي يجوز فيها إجراء الوساطة أو وضع معايير و ضوابط دقيقة لاختيار هذه الجرائم مع ترك السلطة التقديرية لوكيل الجمهورية في اللجوء إليها.

✓ جعل الوساطة في مادة المخالفات واجبة العرض على الأطراف

قائمة المراجع:

- أمر رقم 15 - 02 مؤرخ في 23 يوليو سنة 2015، يعدل و يتمم الأمر رقم 66 - 155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 و المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر عدد 40 المؤرخة في 23 يوليو سنة 2015 ، ص 28.
- 2 - قانون رقم 15-12 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2015 يتعلق بحماية الطفل ، ج ر عدد 39 المؤرخة في 19 يوليو سنة 2015 ، ص 4.
- رسالة دكتوراة للدكتور بلولمي مراد بعنوان بدائل إجراءات الدعوى العمومية

" أداء اليمين القانونية للمحامين المترشحين المسجلين
بمنظمة المحامين سطيف دفعة 2024-2026 "

