

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دوريا عن
مركز جيل البحث العلمي



ISSN 2311-3650

لبنان- طرابلس/ فرع أبي سمراء: صندوق بريد رقم 8 - www.jilrc.com



العام السادس – العدد 36 مارس 2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أ.د. سرور طالبي
المؤسسة والمشرفة العامة



ISSN 2311-3650

رئيس اللجنة العلمية:

أ.د. براهيم بن داود

(جامعة زيان عاشور- الجلفة، الجزائر)

عضو أسرة التحرير الشرفي

المرحوم د. لطيف الطائي (العراق)

وفاء وعرفاناً لجهوده المخلصة.

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دورياً عن مركز جيل البحث العلمي تعني بالأبحاث العلمية في مجال حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني والتي تلتزم بالموضوعية والمنهجية وتتوافر فيها اللصالة العلمية، بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دوريا في كل عدد.

تهدف هذه المجلة إلى التريبة على مبادئ حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني بمنظور إسلامي، لكي تتمتع الأجيال الصاعدة بحياة أفضل تسودها العدالة والمساواة والاحترام المتبادل للحقوق والواجبات.

اللجنة العلمية لهذا العدد:

أعضاء هيئة التحرير:

- أ.د. الميلود بوطريكي، جامعة محمد الأول وجدة، المغرب.
أ. د. سليمان قوراري (جامعة أحمد دراية/ أدرار/ الجزائر).
د. العيساوي عماد، جامعة "كومبلوتنسي" بمدريد إسبانيا.
د. عبد الرفيع زعنون، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة، المغرب.
د. عبد المنعم عبد الوهاب العامر، نقابة المحامين العرقيين.
د. سامية يتوجي، جامعة محمد خيضر- بسكرة. الجزائر.
د. ماشاء الله الزوي، جامعة بنغازي، ليبيا.

- أ.د. بن مشري عبد الحليم (جامعة بسكرة، الجزائر)
أ.د. عبد العالي دقوقي، جامعة مكناس، المغرب
د. أوثن حنان (جامعة خنشلة، الجزائر)
د. بن بلقاسم أحمد (جامعة سطيف 2، الجزائر)
د. بن عمروش فريدة (جامعة الجزائر 1، الجزائر)
د. حورية سويقي، المركز الجامعي عين تموشنت، الجزائر.
د. عدنان خلف حميد البدراني (جامعة الموصل، العراق)
د. علاء مطر (عميد كلية الحقوق جامعة الإسراء بغزة، فلسطين)
د. لعروسي أحمد (المركز الجامع بتيسمسيلت، الجزائر)
د. محمد المنشاوي (كليات الشرق العربي للدراسات العليا بالرياض)
د. محمد بوبوش (جامعة محمد الأول بوجدة، المملكة المغربية)
د نجيب عوينات (كلية القانون والدراسات القضائية جامعة جدة)
د. نواره حسين (جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر)
د. ياسر عبد الحميد الافتيحات (جامعة الغريردي، الإمارات العربية المتحدة)

شروط النشر

- تقبل المجلة الأبحاث والمقالات الأصلية والعلمية كما تنشر ملخصات عن بحوث الماجستير والدكتوراه، التي تعالج مواضيع حقوق الإنسان والقانون الدولي الانساني أو المداخلات العلمية المرسله تعقيباً على بحث علمي نشر في أحد أعدادها، وفق الشروط التالية:
- أن تكون جديدة ولم تنشر من قبل، ويتحمل الباحث كامل المسؤولية في حال اكتشاف بأن مساهمته منشورة أو معروضة للنشر على مجلة أخرى أو مؤتمر.
 - أن تكون قد التزمت بمنهجية البحث العلمي وخطواته المعمول بها عالمياً، وبسلامة اللغة ودقة التوثيق.
 - أن تكون بإحدى اللغات التالية: العربية، الفرنسية والإنجليزية.
 - كتابة العنوان باللغة العربية والانجليزية.
 - كتابة اسم الباحث ودرجته العلميّة، والجامعة التي ينتمي إليها باللغة العربية والانجليزية.
 - كتابة الملخّص في حدود 150 كلمة وبحجم خط 12 باللغة العربية والانجليزية.
 - كتابة الكلمات المفتاحية بعد الملخص باللغة العربية والانجليزية.
 - أن تكون مكتوبة بخط Traditional Arabic حجم 16 بالنسبة للمقالات باللغة العربية بالنسبة للمتن، و11 بالنسبة للهوامش، وبخط Times new Roman بحجم 12 للمقالات باللغة الأجنبية بالنسبة للمتن وبحجم 10 بالنسبة للهوامش.
 - أن تكتب الحواشي بشكل نظامي حسب شروط برنامج Microsoft Word أسفل كل صفحة حيث يرمز لها بأرقام بالشكل 1.
 - يرفق الباحث بمساهمته سيرته الذاتية ومرتبته العلمية وبيده الإلكتروني.
 - تخضع الأبحاث والمقالات للتحكيم العلمي قبل نشرها.
 - يرفق الباحث الذي يريد نشر ملخص بحثه للماستير أو الدكتوراه إفادة بالمناقشة.
 - تحتفظ المجلة بحقها في نشر أو عدم نشر الأبحاث والمقالات المرسله إليها دون تقديم تبريرات لذلك.

ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

human@jilrc-magazines.com

الفهرس

الصفحة

- الافتتاحية 9
- ولوج الأفراد للعدالة الدستورية ودوره في حماية الحقوق والحريات بالمغرب، عبد الرفيع زعنون، جامعة عبد الملك السعدي، المغرب. 11
- المركز القانوني للمرأة والطفل في قانون الجنسية المغربي، مصطفى سدي، جامعة محمد الخامس - المغرب. 35
- الضمانات القانونية للنساء في مواجهة العدالة الجنائية: "دراسة مدى مطابقة التشريعين الجزائري والكويتي لللكوك والمواثيق الدولية ذات الصلة"، سعدي فتحة، جامعة محمد بن أحمد، وهران 2، الجزائر. 57
- آليات حماية الحق في الخصوصية في التشريع الجزائري، فاتح قيش، جامعة أدرار، الجزائر. 93
- التصدي المؤسسي لظاهرة الفساد في الجزائر، أمنة تازير، جامعة الإخوة منتوري - راضية مشري جامعة 08 ماي 1945 - قالمة - الجزائر. 117
- ملخص أطروحة دكتوراه، العدالة الانتقالية كمصدر لتعزيز الحماية الدولية المعيارية لحقوق الإنسان، سامية يتوجي، جامعة محمد خيضر- بسكرة، الجزائر. 139

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية
لا تعتبر الأراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي ادارة المركز

الافتتاحية

يتميز العدد السادس والثلاثون من مجلة جيل حقوق الانسان بإعادة النظر في طريقة ادارتها وضبط شروط النشر والتحكيم فيها لتتوافق مع المكانة العلمية التي وصلت إليها المجلة بعد استكمال إجراءات فهرستها في قواعد البيانات الانجلوسكسونية .

كما تتميز هذا العدد بالدراسات القيمة التي تم انتقائها على أساس المواضيع والاشكاليات الهامة التي أثارها في مجال حماية الحقوق الأساسية للانسان .

فلقد أبرز المقال الأول مكتسبات التجربة المغربية في مجال القضاء الدستوري، وذلك من خلال ولوج الأفراد للعدالة الدستورية ومساهماتهم في تحصين منظومة الحقوق والحريات الأساسية وفي إنتاج المعيارية الدستورية ودفع السلطات المتدخلة في التشريع إلى مراعاة البعد الحقوقي في عملية صياغة وإنتاج النصوص التشريعية.

ليسلط المقال الثاني الضوء على المركز القانوني لكل من المرأة والطفل في ظل قانون الجنسية المغربي و الكشف عن مدى التزام المشرع بتطبيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في مجال الجنسية، سيما فيما يخص المرأة المغربية المتزوجة بأجنبي.

وفي نفس السياق، تناول المقال الثالث بدراسة مدى مطابقة التشريعين الجزائري والكويتي مع الصكوك والمواثيق الدولية الداعية لاحترام حقوق السجناء والتي تمنح للنساء ضمانات قانونية خاصة في مواجهة العدالة الجنائية بالنظر إلى خصوصيتهن.

أما المقال الرابع فلقد اهتم بالآليات التي كرسها المشرع الجزائري لحماية حق الأفراد في الخصوصية، بوصفه حق دستوري استوجب وضع مجموعة من النصوص التشريعية العادية والتنظيمية لتكريس حمايته الجزائية والمدنية، ومن جهة أخرى ابراز القيود والضوابط المحددة لهذا الحق.

لينتقل المقال الموالي لدراسة ظاهرة الفساد باعتبارها ظاهرة عالمية والآليات والمؤسسات المكلفة بمكافحتها في الجزائر واقتراح بعض الاستراتيجيات والاقتراحات التي من شأنها تفعيل وتنشيط هذه الآليات.

كما احتوى العدد على ملخص أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون دولي عام نوقشت في 31 يناير 2019 في جامعة محمد خيضر- بسكرة بالجزائر والتي تناولت موضوع العدالة الانتقالية كمصدر لتعزيز الحماية الدولية المعيارية لحقوق الإنسان.

هذا ولا يفوتني في الأخير أن أعبر عن مدى اعتزازي بالاشراف والإدارة المباشرة على هذه المجلة من جديد، بحكم اعتبارها أول مجلة تصدر عن المركز، ومن خلالها انطلقت باقي المجالات والمشاريع البحثية الأخرى.

كما أعتنم الفرصة لأتقدم بالشكر لكل من عمل معنا خلال هذه الستة سنوات بنفس الانضباط والالتزام الذي تفرضه علينا أخلاقيات البحث العلمي، وأدعو كل من يريد أن ينضم إلينا أو يستمر بالعمل ضمن اللجنة العلمية التحكيمية أن يتواصل عبر بريد أمانة سر المجلة لنشرح له الضوابط الجديدة في العمل.

نرحب دائما بأبحاثكم واقتراحاتكم ... والله الموفق والمستعان

سرور طالبي / المؤسسة والمشرفة العامة

ولوج الأفراد للعدالة الدستورية ودوره في حماية الحقوق والحريات بالمغرب Citizens' access to constitutional justice and its role in the protection of rights and freedoms in Morocco

الدكتور عبد الرفيع زعنون باحث في القانون العام والعلوم السياسية

جامعة عبد الملك السعدي، كلية الحقوق، المغرب

Zaanoun Abderrafie, Researcher in Law and Political Science, PhD in Public Law

Abdelmalek Saadi University, Morocco.

Abstract :

the constitutional judiciary in Morocco has known important developments in recent years. This is seen in granting it new roles and guarantees under the Constitution of 2011 in harmony with the political and legal transformations_ through the combination between maintaining a political and abstract nature of the constitutionality of the laws , and between the adoption of a legal nature of judicial control via the integration of the citizen from his position as a litigant in self-defense in order to defend his rights and freedoms guaranteed by the Constitution.

This study intends to highlight the achievements of the Moroccan experience in the field of constitutional judiciary. This experience is strengthened by the adoption of the belief that a legislation is unconstitutional on the occasion of a dispute before the courts. This encourages individuals to be interested and get inserted in the constitutional justice and are therefore expected to contribute to immunize the rights and freedom system. Again, this action helps in the production of constitutional normality and pushes the authorities involved in legislation to take into account the human dimension in the process of drafting and producing legislative texts.

Keywords: Constitutional Justice, Judicial Supervision, Legislative Provisions, Basic Rights and Freedoms, Constitution.

الملخص :

عرف القضاء الدستوري بالمغرب تطورات مهمة في السنوات الأخيرة توجت بمنحه أدوارا وضمانات جديدة بموجب دستور 2011 في انسجام مع التحولات السياسية والقانونية، وذلك عبر المزاوجة بين الحفاظ على الرقابة القبلية ذات الطابع السياسي والمجرد على دستورية القوانين، وبين إقرار رقابة قضائية ذات طابع قانوني تروم دماج المواطن من موقعه كمتقاض في الترافع الذاتي من أجل الدفاع عن حقوقه وحرياته الأساسية المكفولة بموجب الدستور.

وتروم هذه الدراسة إبراز مكتسبات التجربة المغربية في مجال القضاء الدستوري، والتي تعززت بإقرار آلية الدفع بعدم دستورية مقتضى تشريعي بمناسبة نزاع معروض على المحاكم، بما يدعم من سبل وإمكانيات ولوج الأفراد للعدالة الدستورية وما لذلك من آثار إيجابية متوقعة على مستوى مساهمة الأفراد في تحصين منظومة الحقوق والحرريات الأساسية وفي إنتاج المعيارية الدستورية ودفع السلطات المتدخلة في التشريع إلى مراعاة البعد الحقوقي في عملية صياغة وإنتاج النصوص التشريعية.

الكلمات المفتاحية: القضاء الدستوري، الرقابة القضائية، المقتضيات التشريعية، الحقوق والحرريات الأساسية، الدستور.

مقدمة

يحتل الدستور وضعا ساميا في البناء القانوني للدولة، فبواسطته يتم تحديد شكل النظام السياسي ورسم معالمه المؤسسية، وهو بذلك يعد المرجع الذي يحتكم إليه الجميع في حالة نشوء نزاع أو خلاف، بحيث لا يمكن لأي سلطة كيفما كانت أن تتجاوز منطوق وروح الوثيقة الدستورية وما تسعى إليه من تحديد لمجال تدخل السلطات وضمان للحقوق والحرريات.

وقد أصبحت العدالة الدستورية تحتل صلب الرهانات المتعلقة بالإقرار الفعلي لدولة الحق والقانون، ولدور القضاء في حماية مصالح المواطنين من خلال تصفية المنظومة القانونية من كل المقتضيات التشريعية غير الدستورية، فإذا كان القانون مخالفا للدستور، فإن الأحكام التي تبني عليه ستكون بكل تأكيد غير منصفة.

إن المناط الأساسي للتشريع وغايته المثلى تنظيم العلاقات الاجتماعية وإقرار الحقوق والحرريات الفردية والجماعية، لكن المشرع قد ينحرف عن هذا المغزى بالنظر لإكراهات مرتبطة بصناعة وصياغة القوانين، أو لكون بعض مقتضيات النص التشريعي يمكن أن تؤثر على فعاليته توافقات معينة بين واضعي الإنتاج التشريعي لتخدم رهانات خاصة حسب موازين القوى والمصالح المتحكمة بالهيئة التي تتولى التشريع ما قد يقود أحيانا إلى إقرار قوانين تتضمن نصوصا مخالفة للدستور¹، الأمر الذي يؤثر سلبيا على مكانة القانون في نفوس المواطنين ويفقد السلطة التشريعية اعتبارها وصدقيتها.

وحرصا على تسييد هذه المكانة السامية للدستور، يتوجب التنصيص على آليات الرقابة على الطابع الدستوري

¹ عصام سليمان، الدفع بعدم دستورية قانون، الكتاب السنوي للمجلس الدستوري اللبناني، المجلد 12، بيروت، 2018، ص: 81

للقوانين تمهيدا لعدم إصدارها إذا كانت لم تصدر أو إلغائها عند تطبيقها في حالة ما تم إصدارها¹، بعد التحقق من تحجيمها أو تهديدها للحقوق والحريات المضمونة دستوريا.

وهذا المعنى يعتبر القضاء الدستوري الضمانة الأهم لحماية الحقوق والحريات الأساسية المكفولة بموجب الدستور بممارسته لرقابة سابقة، عبر فرضه وجوب عرض مشاريع القوانين عليه قبل إصدارها، أو رقابة لاحقة على القوانين النافذة في صورة الدفع بعدم دستورية نصوص القوانين²، التي دخلت حيز التطبيق وكشفت الممارسة بعض جوانب مخالفتها للدستور من حيث التأثير على المراكز القانونية للمواطنين والمس بحقوقهم وحرياتهم، فيفسح المجال للمتضررين بالظلم فيها بحيث يؤدي الحكم بعدم دستورتها إلى الامتناع عن تطبيقها.

وسميت برقابة الدفع على اعتبار أنها لا تطالب بإلغاء القانون بل مجرد عدم تطبيقه في النازلة المعروضة، فهي رقابة قضائية بعدية تستهدف التأكد من دستورية مقتضيات قانونية دخلت حيز التنفيذ بعد استنفاد كل المساطر التشريعية، بشكل يضمن تطهير المنظومة القانونية من كل مظاهر التعارض مع نص وروح الدستور، انطلاقا من دعوى يرفعها المتقاضى للظلم في لا دستورية مقتضى تشريعي يمس حقوق أو حريات يضمنها الدستور.

فما مدى مساهمة المستجدات الدستورية والقانونية في تكريس الرقابة القضائية البعدية للمحكمة الدستورية بالمغرب؟، وإلى أي حد يمكن التعويل على آلية الدفع الفرعي في تعزيز ولوج المواطنين للعدالة الدستورية كضمانة أساسية لمراقبة مطابقة المقتضيات التشريعية لمبادئ وأحكام الدستور الضامنة للحقوق والحريات الأساسية؟

وتتولد من صلب هذه الإشكالية فرضية أساسية مؤداها أن التقييدات المسطرية والتنظيمية قد تحد من الإسهام الإيجابي لآلية الدفع الفرعي في تحقيق العدالة الدستورية في ظل التعثر الذي عرفه مخاض تبلور القانون التنظيمي، وفي ضوء ظهور بعض الإرهاصات الأولية حول كيفية تعامل المحكمة الدستورية مع هذه الآلية.

وفي محاولة لتمحيص فرضية البحث والإجابة عن إشكالاته، سنرصد في البداية سياقات تبلور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في التجربة المغربية، مع استنطاق رهانات المتوخاة منها والمرجعيات التي تمتع منها (المبحث الأول)، على أن نعرض في المحور الموالي على تبيان ضمانات وحدود القواعد العامة الإجرائية لدعوى الدفع بعدم الدستورية، ومدى إسهامها في تحصين الحقوق والحريات الأساسية وتعزيز الولوج الفردي إلى العدالة الدستورية بالمغرب على ضوء التجارب المقارنة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: سياقات ورهانات إقرار الولوج الفردي للعدالة الدستورية بالمغرب

عرف مسار العدالة الدستورية بالمغرب تحولات مسطرية وموضوعية ارتباطا بالتغيرات الجارية على الصعيدين الوطني والدولي، بل يمكن القول إن التقدم الحاصل في إقرار القضاء الدستوري وتوسيع اختصاصاته يعكس بشكل أو بآخر التقدم الحاصل في تجسيد دولة الحق والقانون وفي تفعيل مبدأ الفصل بين السلطات، بجعل الرقابة القضائية

¹ أحمد مفيد، النظرية العامة للقانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الطبعة الثانية، مطبعة أنفو برانت، فاس، 2015، ص: 17.

² عبد المنعم كيوة، القيود الدستورية في تحديد القانون الضوابط للحقوق والحريات الأساسية في الدساتير الحديثة بالبلدان العربية، دراسة مقارنة، ضمن الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري: 2015-2016، المنظمة العربية للقانون الدستوري، تونس، 2017، ص: 143.

للمحكمة الدستورية تندرج كضمانة لحماية المواطنين من كل تعسف محتمل من طرف السلطتين التنفيذية والتشريعية (المطلب الأول)، وهو انتقال من رقابة سياسية قبلية إلى رقابة قضائية بعدية تمنح للمواطن إمكانية اللجوء إلى العدالة الدستورية للدفاع عن حقوقه المكتسبة عبر آلية الدفع بعدم دستورية المقتضيات التشريعية التي تهدد الحريات والحقوق الأساسية التي أقرها الدستور (المطلب الثاني).

المطلب الأول: خلفيات ومرجعيات تكريس الرقابة القضائية على دستورية القوانين

تميزت التجربة المغربية في مجال القضاء الدستوري بهيمنة الرقابة السياسية البعدية، من خلال الفحص الإجمالي أو الاختياري لدستورية القوانين التنظيمية والعادية والمعاهدات الدولية والأنظمة الداخلية لكل من مجلس النواب ومجلس المستشارين، إلى جانب مراقبة صحة انتخاب أعضاء البرلمان وعمليات الاستفتاء، وفي المقابل ظلت طرق المراقبة القضائية على دستورية القوانين منعدمة سواء عبر آلية الدفع الفرعي أو بطريقة الدعوى المباشرة، لأن الغرفة الإدارية في المجلس الأعلى ظلت تضيي الحصانة المطلقة على الظواهر الملكية سواء تضمنت تدبيراً فردياً أو تشريعياً¹، في ظل وجود مقتضيات صريحة تمنع هذا النوع من الرقابة الدستورية.

ونشير بهذا الصدد إلى وجود مواد في عدة نصوص قانونية كانت تمنع على المحاكم بمختلف درجاتها وأصنافها أن تنظر في دستورية القوانين، فالفقرة الثانية من الفصل 25 من قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 نصت على أنه يمنع على المحكمة أن تبت في دستورية قانون أو مرسوم، الأمر الذي يعني أن على المحاكم أن تطبق المقتضيات التشريعية بغض النظر عن مطابقتها أو مخالفتها للدستور، وإذا أثير الدفع بعدم الدستورية فإنه يتوجب على المحكمة رفض الطلب حتى ولو تعلق الأمر بمخالفة واضحة.

وقد اعتبر البعض وقتئذ أن هذا الفصل يتعارض بشكل واضح مع الدستور، فالمحاكم في دولة الحق والقانون لها الصلاحية الكاملة في الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور، حينما يدفع صاحب الشأن في قضية معينة بعدم دستورية قاعدة قانونية يراد تطبيقها عليه، مادامت القواعد الدستورية تحظى بالسمو على سائر القواعد القانونية الأخرى، كما أن الدستور حينما ينص على مبادئ المساواة وحرية التجول وحرية الرأي والتعبير وحرية تأسيس الجمعيات فإنه يتوجه بالخطاب إلى السلطة التشريعية بأن لا تضع قواعد قانونية تتعارض مع مقتضيات الوثيقة الدستورية، وفي حالة حدوث المخالفة فإن منطوق الدستور الجامد يفرض على القضاء الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور².

واستناداً على مضمون المادة 25 من قانون المسطرة المدنية، فقد نصت المادة 50 من القانون رقم 90.41 الخاص بالمحاكم الإدارية على أنه لا يجوز للجهات القضائية أن تبت في دستورية القوانين³، وعلى الرغم من أن هذا القانون قد وسع نوعاً ما من سلطة القضاة في تقدير شرعية أي قرار إداري، فإن الأمر لم يشمل النظر في تقدير مدى دستورية القانون المطبق على النازلة، رغم أن الدستور المراجع سنة 1992 قد نص على أنه لا يجوز إصدار أو تطبيق أي نص يخالف الدستور⁴، ونفس المقتضى كرسته المراجعة الدستورية لسنة 1996 من خلال الفصل 81، لكن مع استمرار الأثر المهيكل

¹ المختار مطيع، القانون الدستوري وأنظمة الحكم المعاصرة"، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1998، ص: 62.

² مصطفى قلو، المبادئ العامة للقانون الدستوري"، الطبعة الرابعة، بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 1995، ص: 267/268.

³ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية - الجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 18 جمادى الأولى 1414 (3 نوفمبر 1993)، ص 2168

⁴ ظهير شريف رقم 921.2911 صادر في 99 من ربيع الآخر 1413، 1 أكتوبر 1992 بتنفيذ مراجعة الدستور

للفصل 19 الذي يعطي للملك موقعا فوق مؤسساتها يسمو على كل السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، كمثل أسى للأمة وكضامن للشرعية القانونية وحام لحقوق وحرية المواطنين والمجموعات الاجتماعية والجماعات المحلية¹.

صحيح أن القضاء الدستوري بالمغرب عرف تطورات مهمة على الصعيدين العضوي والوظيفي، لكن حق إثارة الرقابة على دستورية القوانين ظل في جميع الدساتير السابقة حكرا على المؤسسات التشريعية والتنفيذية²، حيث إن اللجوء للقضاء الدستوري في صيغته السابقة كان خاصا بالملك والوزير الأول ورئيس مجلس النواب والمستشارين، ولم يُفسح المجال للأفراد للولوج للعدالة الدستورية إلا بموجب الدستور الجديد، فإلى حدود سنة 2011 لم يكن من صلاحيات المجلس الدستوري أو نطاق اختصاصه مراجعة دستورية القوانين بعد إقرارها، بالإضافة إلى ذلك لم يكن ممكنا للأفراد التقدم بشكاواهم مباشرة أو بطريقة غير مباشرة للمجلس الدستوري فيما يتعلق بانتهاك محتمل أو سابق للدستور³.

فالمغرب ظل متأثرا بالنموذج الفرنسي في القضاء الدستوري عبر تكريس الرقابة السياسية والحذر في إقرار الرقابة القضائية على دستورية القوانين بسبب التخوف من عدم الاستقرار القانوني⁴، إذ لم يتم الاعتراف الدستوري بالرقابة القضائية في فرنسا إلا بموجب التعديلات الدستورية لسنة 2008 ومقتضيات القانون التنظيمي رقم 1523 سنة 2009⁵ التي أضافت للمجلس الدستوري سلطة الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين وفقا لأسلوب الدفع الفرعي بعدم الدستورية في إطار ما سمي بالمسألة الدستورية ذات الأولوية.

وبجانب استلهام هذا التحول النوعي في العدالة الدستورية بالنسبة للتجربة الفرنسية، فإن المتتبع يلحظ بداية تأثر الدستور المغربي الجديد في مجال القضاء الدستوري إلى حد كبير بالتجربة الأنجلوسكسونية التي تأخذ بمبدأ المراقبة القضائية على دستورية القوانين وأعمال السلطات العامة⁶، ويتجلى ذلك بالأساس في التجسيد التدريجي لولوج عموم المواطنين إلى العدالة الدستورية بما يكفل حقوقهم المشروعة، والخروج عن معيارية النموذج الفرنسي فيما يخص آلية الدفع الفرعي في الكثير من تجلياته، وخاصة فيما يتعلق بكيفيات غرلة وتصفية طلبات الدفع.

لقد جاء دستور 2011 ليرتقي بجهاز مراقبة دستورية القوانين من مجلس دستوري إلى محكمة دستورية تمارس اختصاصات جديدة على قدر كبير من الأهمية، منها ما يعتبر توسيعا للاختصاصات الأصلية مثل المراقبة القبلية لدستورية المعاهدات الدولية، ومنها ما غيّر من طبيعة القضاء الدستوري فبعدما كانت الرقابة التي يمارسها تقتصر على الرقابة

¹Abdeltif Menouni: « Le recours à l'article 19: Une nouvelle lecture de la constitution Revue Juridique, Politique et Economique du Maroc, N° 15, 1984, P:29.

² جمال العزوي، تأملات أولية في مشروع القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم دستورية القوانين، المجلة المغربية للحكام القانونية والقضائية، العدد الأول، 2016، ص: 102.

³ تقرير إصلاح السلطة القضائية في المغرب، اللجنة الدولية للحقوقيين، نونبر 2013، ص: 69.

⁴ محمد أتركين، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، الإطار القانوني والممارسة القضائية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2013، ص: 13.

⁵ Article N°23-1 de la Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JORF n°0287 du 11 décembre 2009 page 21379

⁶ عبد الرحمان الشرقاوي، التنظيم القضائي بين العدالة المؤسساتية والعدالة المعاملة أو البديلة، الطبعة الثانية، دار الباحث، 2015، ص: 162.

السياسية الوقائية السابقة على صدور الأمر بتنفيذ القوانين، أضحت تجمع إلى الرقابة السياسية الرقابية القضائية التي تتيح إمكانية الدفع بعدم دستورية القانون بعد صدور الأمر بتنفيذه أثناء النظر في نزاع معروض على القضاء وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيطبق في النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور¹.

ومن بين العوامل الأخرى لإقرار هذا الآلية نشير إلى التراكم الذي عرفته اجتهادات القضاء الإداري، فعلى الرغم من الدور الإيجابي للمحاكم الإدارية في حماية الحقوق والحريات الأساسية مثل الحق في الملكية والشغل وحرية التعبير، وفي تشجيع المواطنين على مواجهة تعسف وشطط السلطات الإدارية، فإن هذا الدور ظلت تعترضه صعوبات عملية جمة ترتبط بجوانب تقنية وبإشكاليات تنفيذ الأحكام والقرارات، إضافة إلى أن الحسم في العديد من القضايا يرتبط أساساً بقصور النص القانوني وعدم مطابقته للدستور، الأمر الذي يفرض إقرار آلية عملية للطعن في القانون غير الدستوري وليس في القرار الإداري غير الشرعي فقط.

وفي ظل محدودية القضاء الإداري في حماية المواطنين من تعسف الدولة فقد ارتفعت الأصوات الحقوقية لتطالب بإقرار آليات دستورية جديدة تعزز من موقع ودور القضاء الدستوري، ونشير على سبيل المثال إلى ما توصلت إليه هيئة الإنصاف والمصالحة من توصيات بدسترة مجموعة من الحريات والحقوق الأساسية²، وتحسينها بالقدر الكافي ضد أية تقلبات للعمل التنفيذي والتشريعي والإداري العادي، مع التنصيص على المقتضى الذي يجعل تنظيم هذا المجال من اختصاص القانون، مع سن ضمانات أخرى وقائية مع سبل اللجوء للعدالة لصالح المواطنين الذين قد يعتبرون أنهم تضرروا في ممارسة أية حرية من الحريات أو حق من الحقوق³.

المطلب الثاني: إمكانات إسهام الدفع الفرعي في حماية الحقوق والحريات الأساسية

تعد الحقوق والحريات من أهم الركائز التي تقوم عليها الدساتير المعاصرة، ونظراً لأهميتها دائماً ما يُنص عليها في صلب الوثائق الدستورية، ولا يختلف اثنان أن القانون هو الضامن لهذه الحقوق والحريات، لكن الحماية الدستورية لهذه الأخيرة ليست مجرد حماية إيديولوجية أو فلسفية وإنما هي حماية قانونية في أسسها يتقيد بها المشرع⁴، فالدستور يضمن الحقوق والحريات في إطار مبادئ عامة ينبغي ترجمتها في تشريعات يجب أن تأتي متطابقة مع الدستور كي لا تطيح القوانين بالضمانات الدستورية، ويؤدي تطبيقها من قبل المحاكم إلى خلل في ميزان العدالة⁵.

ومن أبرز أوجه الحماية الفعلية لهذه الحقوق الدستورية إقرار وسائل تمكن من تحسينها والدفاع عنها، ومن هذه

¹ رشيد المدور، تطور الرقابة الدستورية في المغرب: الغرفة الدستورية - المجلس الدستوري - المحكمة الدستورية، مجلة دراسات دستورية، المجلد الثالث، العدد السادس، البحرين، يناير 2017، ص: 65-66.

² ميمون خراط، حقوق الإنسان في الدستور المغربي بين السمو الكوني والخصوصية الوطنية، مجلة الحقوق، سلسلة الأعداد الخاصة العدد 5، 2012، ص: 207.

³ التقرير النهائي للجنة الإنصاف والمصالحة، الكتاب الرابع/ مقومات توطيد الإنصاف والمصالحة، المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، سنة 2006، ص: 84.

⁴ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، 2000، ص: 12.

⁵ عصام سليمان، الدفع بعدم دستورية قانون"، الكتاب السنوي للمجلس الدستوري اللبناني، المجلد 12، بيروت، 2018، ص: 81.

الوسائل حق الأفراد في الطعن بعدم الدستورية¹ التي تعتبر أداة لتكريس دولة الحق والقانون لكونها تسعى إلى حماية حقوق وحرية الأفراد من كل تضيق تشريعي، فهي تشكل قيوداً على البرلمان في اعتماد قوانين قد تحمل خروقات لمبدأ الشرعية الدستورية، فهي وسيلة تهدف إلى حماية الدستور من أي خرق أو اعتداء وإلى وضع مبدأ سموه على غيره من النصوص الأخرى موضع التطبيق أي احترام مبدأ تدرج القوانين².

إن أي نظام دستوري لا يكتسب الطابع الديمقراطي إلا إذا كفل للأفراد جميع حقوق المواطنة، وعلى رأسها الحق في التقاضي دفاعاً عن حقوقهم وحريةهم أمام مختلف جهات القضاء العادي والإداري والدستوري، في مواجهة سلطة تشريعية تقيد من حدود استعمالها وسلطة تنفيذية تتعسف في منع ممارستها بدعاوى حفظ النظام، ورغم أن القضاء الدستوري غير كاف لوحده في تحقيق الاستقرار وخلق الشعور العام بالعدل والإنصاف فإنه يبقى من أهم المعايير الدولية المعتبرة في دولة الحقوق والحرية³.

وقد أوضحت العدالة الدستورية عبر مختلف دول العالم ركيزة أساسية في تعزيز الحماية القضائية للحقوق والحرية، وفي قيام الدولة الدستورية التي تكفل للأفراد حق اللجوء إلى القضاء، ليعرضوا عليه أمرهم ويطلبوا إليه إنصافهم من ظلم أو اعتداء أو انتهاك يعتقدون وقوعه على حقوقهم⁴، وأصبح البعد الحقوقي للقضاء الدستوري يكتسب أهمية متعاظمة في ظل حراك سياسي واجتماعي وطني عنوانه العريض الدعوة إلى توسيع الحرية المدنية والسياسية، والإقرار الفعلي للحقوق الاجتماعية والاقتصادية في ارتباط مع التحولات الجوهرية التي عرفتھا الدستورانية الحديثة بربط الرقابة الدستورية على القوانين بتجسيد وصيانة الحقوق والحرية الأساسية.

لقد فرض سياق الإصلاحات السياسية الجديدة بالمغرب ضرورة تحصين حقوق المواطنين، بالانتقال من مجرد التنصيب الدستوري على حقوق وحرية بعينها إلى وضع الآليات العملية لتطبيقها وحمايتها بكيفية غير مباشرة عبر دور المؤسسات المتخصصة، وبطريقة مباشرة عبر تدخل المواطن نفسه تفاعلاً مع الزخم الحقوقي الجديد ومع الرغبة في إغناء الثقافة الدستورية والقضائية للمواطن.

وتفاعلاً مع هذه التحولات الوطنية والدولية فقد منح الدستور الجديد مكانة مهمة وحيزاً كبيراً لحقوق الإنسان، وهو ما يمكن معه وصف دستور 2011 بدستور الحقوق والحرية⁵، ولم يكتفِ الدستور بإقرارها وإنما عمل على وضع الضمانات الأساسية لحمايتها من الشطط والتجاوزات باستعراض مجموعة من الآليات والوسائل الكفيلة بتمكين

¹ مروان حسن عطية، حق الأفراد في الطعن بعدم الدستورية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع/ السنة التاسعة 2017، ص: 241.

² عثمان الزباني، الحماية الدستورية لحقوق المعارضة البرلمانية مقارنة على ضوء دستور 2011، مجلة الحقوق، سلسلة الأعداد الخاصة، العدد 5، 2012، ص: 77.

³ بوراس عبد القادر وعليان بوزيان، أثر الدفع بعدم الدستورية في تحقيق الأمن القضائي لحقوق المواطنة دراسة مقارنة لدساتير الدول المغاربية، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 15 العدد 2 صيف، الجزائر، 2018، ص: 155.

⁴ عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، سعد السمك للمطبوعات القانونية، 2002، ص: 179.

⁵ ميمون خراط، حقوق الإنسان في الدستور المغربي بين السمو الكوني والخصوصية الوطنية، مرجع سابق، ص: 207.

المواطنين من ممارسة هذه الحقوق¹، بشكل يعيد الاعتبار للفرد داخل المنظومة السياسية الرسمية بمختلف تجلياتها التي جندت لها هيئات دستورية للسهر على حمايتها².

غير أن المستجد الأهم الذي تضمنته الوثيقة الدستورية الجديدة تمثل في تبني المشرع الدستوري المغربي لنظام المحكمة الدستورية والسماح للمرة الأولى في التاريخ الدستوري المغربي بوجود رقابة لاحقة على دستورية القوانين التي تقع تحت بند الحقوق والحريات في الدستور، إذا ما تم الدفع بعدم دستورتها أثناء نظر قضية ما³، بما يندجم مع التزامات المغرب الدولية⁴، على اعتبار أن عدم تمكين المواطن من حق الدفع بعدم دستورية نص تشريعي أو تنظيمي يمس بحقوقه وحرياته الأساسية يجعل من الانضمام إلى العهود الدولية مجرد إجراء شكلي⁵.

ومن شأن تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية أن يُسهم في الارتقاء بالقضاء الدستوري، موازاة مع التطورات التي تعرفها حقوق الأفراد وحرياتهم وتنظيم العلاقة بين أجهزة الدولة، وكل هذا يصب في تقرير فكرة المشروعية ودولة القانون، من خلال تمكين المواطنين من الآليات الإجرائية التي تمكنه من الاتصال بالقاضي الدستوري لحماية حقوقه وحرياته⁶، فإذا كان القاضي هو الحامي الطبيعي للمشروعية بين الأفراد فإنه يجب أن يكون حامياً ضد أجهزة الدولة ومنها السلطة التشريعية عند خروجها عن أحكام الدستور⁷، بما يجعل من العدالة الدستورية آلية مثلى تضمن التوازن بين مختلف السلطات الساهرة على تفعيل الحقوق والحريات.

ويعتبر الاتصال المباشر للمواطن بالعدالة الدستورية ضماناً عملية مهمة لحماية الحقوق من كل تهديد، فالأفراد أدرى من غيرهم بحالات تعرض حقوقهم للانتهاك، وهذا من شأنه أن يؤكد الدور الإيجابي للأفراد في ممارسة شؤونهم مما يبعث في نفوسهم الرضا والإحساس المطمئن بالعدالة⁸، مما يسهم في الرفع من منسوب الثقة في القضاء وفي تجسيد الأمن القضائي عبر إشاعة جو من الشعور العام بالإنصاف.

¹ محمد الغالي، جدلية الثابت والمتحول في دستور 2011 في ضوء قراءة السياق والركائز والأهداف، مجلة الحقوق، سلسلة الأعداد الخاصة العدد 5، 2012، ص: 56/55.

² حكيم التوزاني، سؤال الانتقال الديمقراطي في أفق مقتضيات الوثيقة الدستورية المغربية لسنة 2011، مجلة الحقوق، سلسلة الأعداد الخاصة العدد 5، 2012، ص: 159.

³ محمود حمد: "الرقابة على التشريعات في العالم العربي: نماذج مختارة ودروس مستفادة، ضمن" الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري: 2015-2016"، المنظمة العربية للقانون الدستوري، تونس، 2017، ص: 76.

⁴ تنص المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه "لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه عن أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون"، ونفس المقتضى أكدته المادة الثانية من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

⁵ بن سالم جمال، القضاء الدستوري في الدول المغربية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2014 / 2015، ص: 426.

⁶ بن سالم جمال، القضاء الدستوري في الدول المغربية، مرجع سابق، ص: 17.

⁷ Georges Burdeau, droit constitutionnel et institutions politiques, huitième édition librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1959, p. 96.

⁸ عثمان الزياني، المواطن والعدالة الدستورية: حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل الفصل 133 من دستور 2011، منشورات مجلة الحقوق - سلسلة المعارف القانونية والقضائية، الإصدار 21، سنة 2014 ص: 77.

وهذا التوسيع في وصول المواطنين إلى القضاء الدستوري عن طريق آلية الدفع بعدم الدستورية، يهدف بالأساس إلى جعل المحكمة الدستورية فاعلا مباشرا في حماية حقوق الإنسان وتكريس سمو الدستور وتنقية التشريعات من عناصر دخيلة لا دستورية من خلال دينامية محركها الأفراد¹.

كما تسهم هذه الآلية في تعزيز الثقافة القانونية والحقوقية لدى مختلف الشرائح الاجتماعية بدل أن تظل حكرا على النخبة السياسية والفكرية، بما يكرس سمو الدستور في ذهن المواطن كمرجعية معيارية لقياس مدى تمثل مجمل المنظومة القانونية لأحكام ومبادئ الدستور، فدفاع المواطن عن حقوقه المكتسبة التي أقرها وحصنها الدستور يجعله مدركا لتأثيرها على واقعه ومركزه ويرفع من دوره الإيجابي في الترافع الذاتي بتمكينه من الاعتداد بحقوقه المضمونة دستوريا².

إن التمكين القضائي للمواطن بتشجيعه على الولوج للقضاء الدستوري فرصة مهمة لاختبار مدى استقلالية وفعالية المنظومة القضائية، وللوقوف على التقدم الحاصل في تحقيق الانسجام بين مختلف أصناف المحاكم وتكاملها في حماية حقوق المواطنين، لما تتيحه المسطرة القضائية من حرية التقاضي والاستعانة بالدفاع، يضاف إلى ذلك ما توفره علانية الجلسات وتعدد درجات التقاضي والاستعانة بوسائل الإثبات وتسبب الأحكام من ضمانات للمتقاضي، الأمر الذي يحقق فعالية الرقابة ويجسد مبدأ سمو الدستور³.

وينجم عن ذلك بالضرورة تكريس سيادة القانون واعتباره بمثابة أسى تعبير عن إرادة الأمة، من خلال فحص دستورية القوانين وتراتبيتها من طرف المحكمة الدستورية حماية للحقوق والحريات من تعسف المشرع العادي⁴، مما يمكن بدون شك من تصفية النظام القانوني من المقتضيات غير الدستورية وتأمين سمو الدستور في النظام المعياري الداخلي⁵.

وعليه فإن انفتاح المشرع المغربي على الأفراد بتكريسه حق الولوج للعدالة الدستورية - عبر بوابة الدفع بعدم دستورية القوانين التي تنتهك الحريات والحقوق الأساسية -، يكون بذلك قد دخل أخيرا لنادي الدول التي تعمل بالرقابة القضائية التزاما منه بتعزيز واحترام الحقوق الأساسية للمواطنين⁶.

وهو ما من شأنه الإسهام في خلق نوع من التوازن بين الرقابة السياسية السابقة والقضائية اللاحقة وتكاملهما، فكلما كانت الرقابة السابقة وفي جوانب منها تؤدي إلى وجود قوانين وتشريعات معيبة ومشوبة بعدم الدستورية بحكم وجود ما يسمى بالإحالة الاختيارية للقوانين العادية- مما كان يشكل خطرا داهما لمختلف الحقوق والحريات المنصوص عليها في

¹ بوراس عبد القادر، عليان بوزيان، أثر الدفع بعدم الدستورية في تحقيق الأمن القضائي لحقوق المواطنة دراسة مقارنة لدساتير الدول المغربية، مرجع سابق، ص:138.

² مذكرة حول القانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية"، المجلس الوطني لحقوق الإنسان، الرباط، مارس 2013، ص:10.

³ خديجة سرير الحرتسي، الموازنة بين الدفع بعدم دستورية القوانين ومبدأ الأمن القانوني دراسة مقارنة بين الدستورين الجزائري والبحريني، مركز جيل البحث العلمي - مجلة جيل الدراسات المقارنة - العدد 5 - أكتوبر 2017، ص: 97.

⁴ حكيم التوزاني، سؤال الانتقال الديمقراطي في أفق مقتضيات الوثيقة الدستورية المغربية لسنة 2011، مرجع سابق، ص:164.

⁵ مذكرة حول القانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية، المجلس الوطني لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص:10.

⁶ المصطفى منار، الولوج الفردي إلى القضاء الدستوري وتعزيز الضمانات الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات في دستور 2011، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 123-122، ماي-غشت، 2015، ص:274.

الدستور- تأتي الرقابة اللاحقة ومن خلال منح الأفراد الحق في الدفع لتسد هذا النقص وتشكل قيودا فعلياً على النصوص القانونية التي خرجت من دائرة الرقابة السابقة¹.

وتتميز آلية الدفع الفرعي بعدم الدستورية ببعد ديموقراطي واضح لأنها تندرج ضمن رقابة قضائية موضوعية لا تهدد مبدأ الفصل بين السلطات² على اعتبار أن القاضي الدستوري لا يمارس التشريع ولا يتدخل في مهام البرلمان، فهو يكتفي بإقرار الامتناع عن تطبيق المقتضيات التشريعية المعارضة للدستور ثم إن الأعمال القانونية تنفصل عن البرلمان بمجرد صدورها من طرفه³.

ويشكل هذا المستجد فرصة لتقييم التجربة السابقة وتوفير الظروف لنظام قضائي دستوري تتساكن في ثنياه كل من الرقابة السابقة واللاحقة، والعمل على تحصين مكاسب الأفراد للدفع بعدم دستورية قانون يمس الحريات والحقوق، وفق إجراءات مسطرية أكثر نجاعة يكون هدفها تطهير المنظومة القانونية المغربية من النصوص القانونية المشوبة بعيب عدم الدستورية ومدى تأثيرها على منظومة حقوق الإنسان⁴.

وفي حالة مراعاة الشروط المطلوبة وإقرار الضمانات اللازمة فإن ذلك سينعكس على التفعيل الإيجابي لهذه الآلية في تحقيق عدة مكاسب على مستوى توسيع الحريات الأساسية وحصين حقوق المواطنين، وهو ما سنعمل على رصده بتحليل تجليات وحدود المساطر الإجرائية للعدالة الدستورية بالمغرب مقارنة بالتجارب الدولية.

المبحث الثاني: الضمانات والحدود المسطرية لآلية الدفع بعدم الدستورية.

تتميز دعوى الدفع بعدم الدستورية بنوع من الخصوصية، فهي ترتبط بوجود نص قانوني أو تنظيمي يُراد تطبيقه على النزاع المطروح على محاكم الموضوع، وهي بذلك مسطرة قضائية تقتصر على أطراف الدعوى وبالطعن في مقتضى تشريعي مهدد للحقوق والحريات إذا دفع أحد الأطراف بعدم مطابقة النص للدستور (المطلب الأول)، إلى جانب ارتباطها بالقواعد العامة الإجرائية المعمول بها أمام المحاكم العادية والمتخصصة مع وجود بعض التمايز في مسطرة التقاضي أمام المحكمة الدستورية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط وخصوصيات الدفع بعدم الدستورية على ضوء التجارب الدولية

نص الفصل 133 من الدستور الجديد على أن المحكمة الدستورية تختص بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون، الذي سيطبق في النزاع، يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، ومن أجل تحديد شروط وإجراءات تطبيق هذا الفصل كان لزاماً إصدار قانون تنظيمي يدقق كفاءات الدفع بعدم الدستورية أمام مختلف أصناف المحاكم ويحدد مراحل ومساطر الإحالة على المحكمة

¹ عثمان الزياتي، المواطن والعدالة الدستورية: حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل الفصل 133 من دستور 2011، مرجع سابق، ص: 78.

² Olivier Duhamel , La QPC et les citoyens , revue Pouvoirs n°137 , Avril 2011,p :185

³ محمود سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 156

⁴ المصطفى منار، الولوج الفردي الى القضاء الدستوري وتعزيز الضمانات الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات في دستور 2011، مرجع سابق، ص: 297.

الدستورية.

وقد تم إيداع مشروع القانون التنظيمي المتعلق بأجراء هذا الفصل¹ في يوليوز 2016 بمجلس النواب الذي صادق عليه في قراءة أولى بتاريخ 8 غشت 2017، ثم في قراءة ثانية في فبراير 2018 بعد إدخال التعديلات التي اقترحها مجلس المستشارين، ليُحال إثر ذلك على المحكمة الدستورية التي قضت بعدم دستوريته² لمخالفة بعض مقتضياته للدستور بتاريخ 8 مارس 2018.

وعمل مشروع القانون التنظيمي في نسخته الجديدة على الأخذ بعين الاعتبار قرار المحكمة الدستورية³ الذي رام تأطير وتدقيق شروط الدفع الفرعي، وهي تتوزع ما بين شروط ذات طابع عام موضوعي يرتبط بمجال وطبيعة النص القانوني المراد الاعتراض عليه، وبين شروط تتعلق بجوانب شكلية وبحيثيات مسطرية.

إن الدفع بعدم الدستورية وسيلة أساسية من وسائل الرقابة القضائية اللاحقة أقرها المشرع الدستوري لفائدة الأفراد عبر الطعن في عدم دستورية نص تشريعي سيطبق على نزاع معروض أمام محاكم الموضوع، مما يعني أن مجال الدفع الفرعي مفتوح في وجه المتقاضين فقط متى توفرت فيه الصفة والمصلحة وتعلق الأمر بالمساس بالحقوق والحريات التي يتمتع بها⁴، ويعني شرط المصلحة قيام الدليل على أن ثمة ضررا واقعا مباشرا ممكن تصوره وتحديده قد لحق بالمدعي، وأن يكون السبب في هذا الضرر هو النص التشريعي محل الطعن بعدم الدستورية⁵.

أما بعض التجارب الدولية في القضاء الدستوري فتأخذ بالدعوى الدستورية المباشرة، ونشير على سبيل المثال إلى جنوب إفريقيا وسويسرا وألمانيا، حيث يُسمح للمواطنين باللجوء مباشرة إلى المحكمة الدستورية خارج إطار أي محاكمة، للمطالبة بالإعلان عن عدم دستورية قاعدة قانونية لانتهائها حقا من الحقوق الأساسية⁶.

وبالنسبة للتجربة المغربية فهي أداة وضعها المشرع بيد المتقاضين، أي أنها غير متاحة لعموم المواطنين بل هي موقوفة حصرا على أطراف الدعوى، وبشكل أدق فهي تقتصر على المدعي والمدعى عليه وكل متهم أو مطالب بالحق المدني أو مسؤول مدني في الدعوى دون النيابة العامة حسب مشروع القانون التنظيمي للدفع بعدم دستورية قانون، على الرغم من أنها طرف أساسي في الدعوى العمومية.

ولذلك فقد اعترضت المحكمة الدستورية على المادة الثانية من مشروع القانون التنظيمي سالف الذكر، بالتأكيد على أن عدم تخويل النيابة العامة إلى جانب أطراف أخرى صفة طرف في دعوى الدفع بعدم الدستورية، يشكل مخالفة لما

¹ مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون

² Mohammed Amine Benabdellah, ce que m'a dit Haj Lfdoul ou propos de songeur de la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité, REMALD N 141, juillet -AOUT 2018, P:9.

³ قرار المحكمة الدستورية رقم 70.18، المتعلق بالبث الدستورية مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور، الصادر بتاريخ 6 مارس 2018.

⁴ بن سالم جمال، لقضاء الدستوري في الدول المغربية، مرجع سابق، ص: 38.

⁵ دعاء، الصاوي يوسف، القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص: 177.

⁶ الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في القانون المقارن، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، مكتب تونس، 2018، ص: 8

قررتة الفقرة الأولى من الفصل 133 من الدستور¹، ونشير بهذا الخصوص إلى توسع التجارب الرائدة في العدالة الدستورية في تحديد أطراف الدعوى لتشمل حتى الأشخاص المعنوية بما في ذلك الهيئات والمؤسسات العامة والخاصة كما هو الشأن بالنسبة للنموذج الفرنسي²، ولذلك فتوسيع عبارة أطراف الدعوى من شأنه ضمان أحقية المواطنين وفعاليات المجتمع المدني بالطعن في عدم دستورية القوانين³.

ونشير كذلك إلى التجربة الإسبانية من خلال الفصل 162 من دستور 1978 الذي ينص على أن الطعن في عدم الدستورية متاح للنيابة العامة إلى جانب الأشخاص الطبيعيين والمعنويين ولمحامي الشعب، وهو المقتضى الذي كرسته المادة 46 من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية الإسبانية، بالتنصيص على أن كل أطراف العملية القضائية الذين يتوفرون على مصلحة مشروعة معنيون بتقديم الدفع، ومن ضمنهم ممثل الادعاء العام والقاضي الذي من حقه إحالة الدفع بشكل تلقائي، ونفس الاختيار سلكته مصر والبحرين حيث للمحكمة إثارة الدفع بعدم الدستورية تلقائيا إلى المحكمة الدستورية بدون طلب من أطرف النزاع.

وبخصوص الحالة المغربية، فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من مشروع القانون التنظيمي بشكل صريح على أنه "لا يمكن أن يثار الدفع المذكور تلقائيا من لدن المحكمة"، مما يعني أن دعوى الدفع بالمغرب ليست من النظام العام ولذلك لا يمكن إثارتها من قبل القاضي تلقائيا بل هي مرتبطة فقط بأطراف الدعوى، على اعتبار أن الدفع الفرعي يعد حقا للمواطن ولا يجوز للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، وهو نفس المنحى الذي سلكه النموذج الفرنسي حيث منع القانون التنظيمي المتعلق بالمسألة الدستورية ذات الأولوية القاضي من إثارة الدفع إلا إذا تمسك به طرف من أطراف النزاع القضائي⁴.

ولتعزيز الولوج إلى القضاء الدستوري يجب التوسع في عبارة الأطراف لتشمل جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية سواء أشخاص معنوية عامة كالهيئات العامة والمؤسسات العامة ووحدات الإدارة الترابية أو خاصة كالشركات والجمعيات والاتحادات، وألا تقتصر عبارة الأطراف على المواطنين المغاربة بل أيضا حتى الأجانب لأن الحقوق والحريات الأساسية في الدستور تخص جميع الأشخاص على تراب المملكة، وبالحدوث عن أطراف النزاع فالقصد كل طرف في الدعوى كيفما كانت جنسيته⁵، ونشير بهذا الصدد إلى اجتهادات المجلس الدستوري الفرنسي التي أقرت أن من حق كل المتواجدين فوق التراب الفرنسي مواطنين كانوا أم أجانب الطعن في عدم دستورية أي قانون يمس بحقوقهم عدا تلك المرتبطة بالجنسية مثل حق التصويت.

¹ <https://cour-constitutionnelle.ma/ar/7018/قرارات/قرارات>

² Arnoud Lipoz Soulever, la question prioritaire de constitutionnalité, IN 'la question prioritaire de constitutionnalité'. Dominique rousseau (Dir), Lextenso éditions. Paris, 2010, p:10.

³ عبد المنعم كيوة، القيود الدستورية في تحديد القانون الضوابط الحقوق والحريات الأساسية في الدساتير الحديثة بالبلدان العربية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص: 143.

⁴ Loi Organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JORF n°0287 du 11 décembre 2009, page 21379

⁵ المصطفى منار، الولوج الفردي إلى القضاء الدستوري وتعزيز الضمانات الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات في دستور 2011، مرجع سابق، ص: 284.

أما بالنسبة للقانون المطعون في دستوريته فينص الفصل 133 في فقرته الأولى على أنه تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، ويقصد به كل مقتضى ذو طابع تشريعي يراد تطبيقه في دعوى معروضة على المحكمة، ويدفع طرف من أطرافها بأن تطبيقه سيؤدي إلى خرق أو انتهاك أو حرمان من حق من الحقوق أو حرية من الحريات التي يضمنها الدستور، مما يعني أن الأمر يتعلق بقوانين عادية أما المراسيم والقرارات الفردية، فهي تبقى خاضعة لرقابة القضاء الإداري¹.

ويلاحظ أن المشرع التنظيمي قد عمل على تدقيق المقصود بالقانون المراد منازعته الوارد في الفصل 133 من الدستور بربطه بكل مقتضى ذو طابع تشريعي يراد تطبيقه في دعوى معروضة على المحكمة²، بغض النظر عن الجهة التي تقدمت به وعن مسطرة المصادقة عليه، سيرا على الحالة الفرنسية، بحيث نص القانون التنظيمي المتعلق بالمسألة ذات الأولوية بأن الطعن يوجه ضد أي نص تشريعي، بما يعني أنه يشمل مختلف النصوص القانونية الصادرة عن البرلمان والمراسيم التي تصدرها السلطة التنفيذية.

ويشترط في هذه القوانين أن تكون سارية المفعول بعد استكمال مختلف العمليات المتعلقة بالمصادقة والنشر، ثم إن الدفع بعدم الدستورية لا يمكن أن يطال إلا المقتضى التشريعي الذي تم الدفع بعدم دستوريته وليس القانون برمته³، أي أن الطعن موجه ضد جزء من القانون من خلال مواد وفصول قانونية محددة، كما أن الدفع ينصب على مضمون القانون وليس على شكله والنقائص المتعلقة بطريقة صياغته.

أما بالنسبة لموضوع الطعن، فهو يرتبط بدفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيطبق في النزاع يمس الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور⁴، أي بمختلف الأحكام والمبادئ المضمنة في التصدير وفي الباب الأول، وبشكل أساسي انطلاقاً من الباب الثاني المخصص للحريات والحقوق الأساسية، بمعنى أن المقتضيات التشريعية المهددة للحقوق والحريات يجب أن تُفحص استناداً على المرجعية الدستورية⁵، حيث لا يجوز للأفراد الدفع بعدم الدستورية إذا تعلق الأمر بمسار حقوق غير منصوص عليها في الدستور، فالدفع مقرون بوقوع ضرر على الحقوق المنصوص عليها بصريح العبارة وفي صلب الدستور⁶. وبهذا المعنى يتوجب التمييز بين الحقوق والحريات التي يمكن أن تكون محل انتهاك أو خرق بموجب القوانين المطبقة، وبين الحقوق والحريات التي تعود مهمة حمايتها وصونها إلى السلطات العمومية، فهذه الأخيرة تعتبر خارجة عن النطاق

¹ جمال العزوزي، تأملات أولية في مشروع القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم دستورية القوانين، مرجع سابق، ص: 108.

² الفقرة الأولى من المادة الثانية من مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون

³ Dominique Rousseau, Le procès constitutionnel, revue Pouvoirs n°137, Avril 2011, P 49

⁴ عمر العطعوط، المحاكم الدستورية بعد الثورات العربية الصفة والمصلحة والولاية القضائية والاستقلال القضائي، دراسة مقارنة، الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري: 2015-2016، مرجع سابق، ص: 73.

⁵ Mohammed Amine Benabdellah, ce que m'a dit Haj Lfdoul ou propos de songeur de la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité » op. cit, P:13.

⁶ عبد الحق بلفقيه، دعوى الدفع بعدم دستورية نص تشريعي ما بين رؤية المشرع الدستوري وتدخل القاضي الدستوري دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مطبعة اسبارطيل، طنجة، 2019، ص: 56.

المشمول للحقوق التي يعتد بها حالة تعرضها إلى الخرق والتي تشكل مناط تحريك الدعوى الدستورية من لدن الأفراد¹.

ومن بين الحقوق والحريات الأساسية المحمية من قبل الدستور نشير إلى حريات التنقل والتعبير والتظاهر والتنظيم النقابي والسياسي والتجمع والإضراب وسرية المراسلات وحرمة المسكن واحترام الحياة الخاصة²، إضافة إلى المبادئ الدستورية أو ذات القيمة الدستورية المرتبطة بإقرار المساواة والمنافسة وحرية المبادرة والحصول على المعلومة وتكافؤ الفرص في الولوج إلى الوظائف والمرافق والخدمات العمومية.

ويتوقف التجسيد الفعلي للدفع الفرعي على إعطاء تعريف واسع وشامل للحقوق والحريات المكفولة دستوريا، على ضوء مفهوم الكتلة الدستورية ليشمل تلك المضمونة بموجب المواثيق الدولية التي صادق عليها المغرب³ انسجاما مع مبدأ سمو المعاهدات الدولية، ونشير بهذا الصدد إلى بعض التجارب المقارنة مثل إسبانيا التي توسعت في تحديد النصوص الضامنة للحقوق الأساسية وللحريات العامة لتشمل المعاهدات الدولية والدستور والقوانين التنظيمية إلى جانب القوانين العادية والمراسيم التشريعية والأنظمة الداخلية⁴، ونفس الأمر بالنسبة للتجربة الفرنسية حيث اعتبر المجلس الدستوري أن قائمة الحقوق والحريات المكفولة دستوريا يجب تحديدها انطلاقا من مكونات الكتلة الدستورية والتي تتكون من الدستور وديباخته وما أحالت عليه من ميثاق البيئة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن⁵.

المطلب الثاني: المساطر الإجرائية للدفع الفرعي وحدود إسهامها في تعزيز العدالة الدستورية

يدخل الدفع بعدم الدستورية ضمن الطعون القضائية وبالتالي يُشترط فيه اتباع نفس المساطر المعمول بها أمام المحاكم، حيث تنص المادة الرابعة من مشروع القانون التنظيمي على أنه تطبق أمام المحاكم المثار أمامها الدفع بعدم دستورية قانون قواعد قانون المسطرة المدنية وقانون المسطرة الجنائية، وكذا أي مقتضى إجرائي آخر منصوص عليه في نصوص خاصة، حسب الحالة، مع مراعاة مقتضيات مسطرية خاصة تناسب خصوصية هذه الدعوى، فهي دعوى عينية وموضوعية تطعن في المقتضيات التشريعية المخالفة للدستور، ولذلك يمكن إثارتها في أي مرحلة من مراحل الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، احتراماً لمبدأ تعدد درجات التقاضي، وفي جميع الأحوال يجب أن يثار الدفع بعدم الدستورية قبل اعتبار القضية المعروضة على المحكمة جاهزة للحكم.

ويتم تقديم دعوى الدفع بعدم دستورية مقتضى تشريعي معين بواسطة مذكرة كتابية معللة مقدمة بصفة مستقلة، على اعتبار أنها دعوى منفصلة عن بقية إجراءات الدعوى الأخرى تحت طائلة عدم القبول⁶، ويُمكن شرط التعليق من إبراز أوجه مخالفة المقتضى التشريعي للنص الدستوري ومدى ارتباطه بموضوع الدعوى بكيفية واضحة ودقيقة، بشكل

¹ عثمان الزباني، المواطن والعدالة الدستورية: حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل الفصل 133 من دستور 2011، مرجع سابق، ص: 84.

² التقرير النهائي للجنة الإنصاف والمصالحة، مرجع سابق، ص: 84.

³ مذكرة حول القانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية، المجلس الوطني لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص: 9.

⁴ artículo veintisiete del ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del tribunal constitucional, lotc, publicado en boe de 05 de octubre de 1979

⁵ محمد أتركين دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، الإطار القانوني والممارسة القضائية، مرجع سابق، ص: 48.

⁶ منصور محمد أحمد، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2012، ص: 138.

يسهل من مأمورية الجهة المكلفة بفحص وتقدير جدية الدفع.

ويُشترط في المذكرة أن تكون موقعة من قبل الطرف المعني أو من قبل محام، وإذا كان دور المحام مهما في ضمان جودة طلبات الدفع، فقد يترتب عن هذا التمثيل القانوني تكاليف مالية، ورغم أن المشروع نص على إمكانية إعفاء المعني من رسوم المحكمة بموجب نظام المساعدة القضائية، لكن كان من الأفضل التنصيص على مجانية دعوى الدفع على غرار دعوى الإلغاء، لأن عدم تغطية هذه التكاليف من شأنه أن يُعيق إلى حد كبير الوصول إلى المحكمة الدستورية، ولذلك يتعين اعتماد نظام فعال للمساعدة القانونية يساعد الأفراد غير القادرين على تحمل النفقات عند الدفع بعدم دستورية القوانين، وأن يكون المحامون المعينون لمتابعة القضايا على قدر من الخبرة والكفاءة متناسب مع طبيعة الدعاوى التي يُنظر فيها¹.

ويجب أن تتضمن المذكرة المقتضى التشريعي موضوع الدفع بعدم الدستورية، الذي يعتبره صاحب الدفع أنه يمس بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات التي يضمنها الدستور، وذلك ببيان أوجه الخرق أو الانتهاك أو الحرمان من الحق أو الحرية، وإبراز أن القانون موضوع الدفع هو الذي تم تطبيقه أو يراد تطبيقه في الدعوى أو المسطرة أو يشكل أساسا للمتابعة²، وذلك تحت طائلة عدم القبول.

ونفس المصير يواجهه الدفع إذا تعلق الأمر بالطعن في عدم دستورية قانون سبق الفصل فيه أو أن تكون المسألة قد سبق التطرق لها في مناسبة سابقة³. إلا في حالة ظهور مستجدات وظروف جديدة، حيث تشترط المادة 15 من مشروع القانون التنظيمي أن لا يكون قد سبق البت بمطابقة المقتضى محل الدفع للدستور، مالم تتغير الظروف، وهنا تطرح إشكالية تأويل الظروف المتغيرة على اعتبار أن القضايا اللاحقة حتى وإن كانت متشابهة يمكن أن تتضمن أدلة وحججا أقوى وأكثر إقناعا من تلك التي تم تقديمها في القضايا السابقة، كما يجب أن لا يحرم الضحية اللاحق من حقه في الإنصاف القضائي لمجرد أن دفعا سابقا لم يقدم بشكل جيد ومؤسس⁴.

ويطرح إرساء الرقابة الدستورية اللاحقة جملة من التحديات، بعضها مرتبط بطبيعة الرقابة اللاحقة ذاتها، والبعض الآخر مرتبط بمعطيات عملية، ففتح باب اللجوء إلى المحكمة الدستورية وإن كان يُشكّل تقدّمًا في تكريس دولة القانون، لكنه يمكن أن يكون أمرا صعبا إذا ما ارتفع عدد الدعاوى بشكل كبير أو كانت الطعون غير جدية بشكل يؤول إلى إغراق مختلف المحاكم بالدعاوى⁵، فإذا كان من حق كل المتقاضين الولوج للعدالة الدستورية، فإنه في المقابل لا يتصور وصول كل طلبات الطعن إلى المحكمة الدستورية بدون أية آليات تصفية مع ما قد يستتبع ذلك من تضخم وتجاوز⁶، كما أن ذلك سيكون على حساب الجودة والفعالية وأيضا على حساب باقي أدوار المحكمة الدستورية.

¹ تقرير "المغرب: يجب إزالة العقبات التي تعيق الولوج إلى المحكمة الدستورية، اللجنة الدولية لحقوقوقيين، جنيف المكتب الإقليمي العربي، 2018، ص 14/13.

² المادة 6 من مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون

³ منصور محمد أحمد، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا، مرجع سابق، ص: 138

⁴ تقرير المغرب: يجب إزالة العقبات التي تعيق الولوج إلى المحكمة الدستورية، مرجع سابق، ص: 10

⁵ الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في القانون المقارن مرجع سابق، ص: 8

⁶ أنطوان مسرّة، المواطن والعدالة الدستورية، الكتاب السنوي للمجلس الدستوري اللبناني، المجلد السادس، بيروت، 2012، ص: 80

ومن أجل ذلك تسهر محكمة الموضوع على التأكد من اشتغال مذكرة الدفع على الشروط الشكلية والموضوعية داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ إثارته أمامها، ويكون مقررها بعدم القبول غير قابل للطعن ويجوز إثارة نفس الدفع من جديد أمام المحاكم الأعلى درجة، أما إذا استوفت المذكرة الشروط المنصوص عليها في المادة الخامسة فيتوجب إحالتها إلى محكمة النقض داخل أجل لا يتعدى ثمانية أيام من تاريخ إيداعها.

وتمارس محكمة النقض دورا مزدوجا في مسألة الدفع بعدم الدستورية، فهي تبت مباشرة في الدفوع التي تثار بمناسبة قضية معروضة أمامها، وفي الدفوع التي تحال إليها من قبل محكمة أول درجة أو ثاني درجة، وفي هذه الحالة فهي تعمل على فحص جديتها داخل أجل ثلاثة أشهر بموجب مقرر معلل يُبلّغ إلى المحكمة التي أثير أمامها الدفع ويحال إلى المحكمة الدستورية مرفقا بمذكرات ومستنتجات الأطراف¹.

وتبت محكمة النقض في جدية الدفع من حيث ارتباط النص القانوني المطعون في لادستوريته بالنزاع المطروح ومدى تأثيره الفعلي على المركز القانوني للمدعي، إذ يمكن أن توجد فجوة كبيرة بين شعور المتقاضى بانتهاك حقه المحمي دستوريا وحقيقة وجود هذا الانتهاك، ومناط الجدية في الدفع بعدم الدستورية هو أن يكون هذا الدفع ذو تأثير على الفصل في الدعوى الموضوعية، فضلا عن أن يولد هذا الدفع شكوكا لدى قاضي الموضوع حول المسألة الدستورية المثارة².

وتسهم عملية تقدير الجدية في عقلنة آلية الدفع وتوجيهها نحو ضمان النجاعة القضائية³ وتحقيق العدالة الدستورية، ففرز الطعون التي استوفت الشروط يضمن وصول الدفوعات الجدية فقط للمحكمة الدستورية واستبعاد الدفوع الكيدية الواضحة والتي لا يقصد منها غير تعطيل الدعوى، وكذلك الدفوع غير المؤثرة في الفصل في الدعوى، كأن يتعلق الدفع بنص لا ينطبق على الواقعة محل النزاع حتى وإن ورد في ذات القانون⁴، مما يسهم في تحسين كفاءة اشتغال القضاء الدستوري بشكل يُراعي دوره كجهة تراقب مطابقة القوانين للدساتير وليس كجهة تقاضي، ما يمكن معه اعتبار المحكمة الدستورية كمختبر لتحليل وتشخيص المرض أو الفيروس بعدما تكون محكمة النقض قد أكدت ضرورة خضوع المريض للفحص⁵.

غير أن المحكمة الدستورية اعتبرت أن تقدير الجدية الموكل للهيئة المحدثة بمحكمة النقض يحولها إلى مراقب أولي للدستورية، إذ إن الحسم في الطبيعة التشريعية للمقتضى القانوني المعني، وتحديد قائمة الحقوق والحريات المضمونة دستوريا، يعد من الاختصاصات التي تنفرد المحكمة الدستورية بممارستها، ولذلك فقد قضت بعدم دستورية آلية التصفية المنصوص عليها في المادة 11 من مشروع القانون التنظيمي المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون.

¹ المادة 11 من مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون

² رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، 1983، ص: 580.

³ قرار المحكمة الدستورية رقم 70.18، مرجع سابق

⁴ عبد القادر بوراس، لخضر تاج، الدفع بعدم الدستورية في الدستور الجزائري: بين المكاسب والأفراق مقارنة بالتجربة الفرنسية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد السادس، يونيو 2018، ص: 59.

⁵ Mohammed Amine Benabdellah ne que m'a dit Haj Lfdoul ou propos de songeur de la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité » op .cit.,P :12 /13 .

لكن فحص الجدية لا يعني أن المشرع التنظيمي قد أسند للقضاء النظر في دستورية القوانين، بل إن وظيفة القاضي تنحصر في هذا الإطار في إحالة الأمر على المحكمة الدستورية¹ ويوقف النظر في الدعوى إلى حين البت في الدفع المثار، ابتداء من تاريخ صدور المقرر القاضي بالإذن لمثير الدفع بتقديم دفعه أمام المحكمة الدستورية²، غير أن المحكمة تعمل على استئناف البت في الدعوى في حالة عدم إلقاء مثير الدفع بما يفيد تقديم دفعه أمام المحكمة الدستورية ولم تشعر هذه الأخيرة المحكمة المعنية بذلك داخل الأجل المحدد، أو إذا بلغت المحكمة بقرار المحكمة الدستورية القاضي بعدم قبول أو برفض الدفع³.

وتتميز مسطرة التقاضي أمام المحكمة الدستورية بالعلنية والتواجهية وبالطابع الكتابي من خلال تبادل المذكرات الجوابية والتعقيبية، عبر مذكرة الدفع المقدمة من قبل أطراف الدعوى، ومن خلال إلقاء رئيس الحكومة ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس المستشارين بملاحظات كتابية بخصوص موضوع الدفع.

وبعد استكمال مختلف المراحل يبت القاضي الدستوري في دعوى الدفع الفرعي، فإن رأى بأن المقتضى التشريعي لا يطابق الدستور فإنه يحكم برفض الدعوى الدستورية، أما إن قدر بكون هذا المقتضى يحمل مخالفة للنص الدستوري فإنه يحكم بعدم دستوريته عبر قرار يبلغ إلى المحكمة المثار أمامها الدفع وإلى الملك ورئيس الحكومة ورئيس كل مجلس من مجلسي البرلمان وللأطراف⁴.

وتعتبر قرارات المحكمة الدستورية ملزمة حيث ينجم عن تصريحها بعدم دستورية المقتضى التشريعي المطعون فيه توقيف العمل به حال إصداره⁵، ونسخه ابتداء من تاريخ تحده المحكمة الدستورية في قرارها طبقاً لأحكام الفصل 134 من الدستور من أجل ضمان استقرار المراكز القانونية للأطراف⁶، وهو نفس المنحى الذي ذهب إليه النموذج الفرنسي، حيث تنص المادة 62 من الدستور على أن القرار الصادر بعدم دستورية قانون معين يطبق بأثر مباشر يسري اعتباراً من نشر القرار في الرسمية مع منح المجلس الدستوري إمكانية تأجيل تطبيق القرار وتحديد وقت بدء تطبيقه في تاريخ لاحق وفقاً لسلطته التقديرية⁷.

ويتسم قرار المحكمة الدستورية بحجية مطلقة حيث لا يقبل الطعن بأي طريق فهو ملزم لكل فيصبح القانون غير صالح للتطبيق في أي نازلة ولا يمكن إثارة قضية مرتبطة به لاحقاً، وتلتزم مختلف محاكم المملكة بالتفسير الذي تعطيه المحكمة الدستورية للمقتضى القانوني موضوع الدفع، والذي قررت هذه الأخيرة مطابقته للدستور تحت شرط هذا

¹ سعيد الصواف، الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة لدستور المغربي بمقتضى تعديل يوليو 2011"، مجلة الفقه والقانون، العدد الثاني عشر، أكتوبر، 2013.

² المادة 8 من مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون

³ المادة 9 من مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون

⁴ المادة 24 من مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون

⁵ عبد المنعم كيوة، القيود الدستورية في تحديد القانون الضوابط الحقوق والحريات الأساسية في الدساتير الحديثة بالبلدان العربية، دراسة مقارنة، "الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري: 2015-2016"، مرجع سابق، ص: 143.

⁶ مذكرة حول القانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية"، المجلس الوطني لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص: 15.

⁷ يسري محمد العصار، سلطة القضاء الدستوري في تفسير القوانين: دراسة مقارنة، مجلة معهد القضاء، العدد 21، الكويت، فبراير 2019.

التفسير¹.

لا شك إذن في أن مراقبة الدستورية في نطاق دستور 2011 عرفت تطورا ملموسا على مستوى توسيع دائرتها وتجويد إجراءاتها، لكن الأكيد أن هذا التقييم لن تكتمل عناصره إلا بعد صدور القانون التنظيمي المتعلق بشروط وإجراءات تطبيق الدفع بعدم دستورية القوانين الذي يثار أمام المحاكم، ولعل المرأة الأفضل لانعكاس هذا التطور هو ما سيتجلى في ممارسة المحكمة الدستورية واجتهاداتها في مراقبة الدستورية²، حيث من المفروض أن تسهم في تكريس نجاعة العدالة الدستورية وفي حماية الحقوق الأساسية للمواطنين، إضافة إلى توجيه السلطة التشريعية نحو مراعاة الجوانب الحقوقية قبل إقرار أي نص تشريعي.

ونشير على سبيل المقارنة لدور المسألة ذات الأولوية وما حققته من مكتسبات في حماية الحقوق والحريات بفرنسا، حيث قضى المجلس الدستوري بعدم دستورية بعض مواد قانون المسطرة الجنائية التي تمس بحق الدفاع بالنسبة للشخص الموقوف بشكل مؤقت، وتوسيع نطاق تدخل المحامي ليشمل التحقيق التمهيدي³، كما قضى في قرارات أخرى بحماية الحقوق الأساسية كحق الملكية والحق في الكرامة وحرية التنقل والحرية النقابية واحترام الحياة الخاصة والحريات الفردية، وتحصين المبادئ الدستورية مثل مبدأ المناصفة والمساواة ومبدأ التدبير الحر للجماعات الترابية، والمبادئ ذات القيمة الدستورية مثل الحفاظ على النظام العام واستمرارية المرافق العمومية⁴.

في الواقع إن وجود المحكمة الدستورية في الدستور المغربي النافذ حاليا، وإناطة مهمة الرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين يعد تطورا دستوريا وديموقراطيا مهما، ولذا فإنه يلزم العمل على تنفيذ أحكام المحكمة الدستورية المتعلقة بعدم الدستورية في مواجهة السلطات العامة والكافة من الأشخاص الطبيعية والاعتبارية إعلاء للشريعة وضمنا لحقوق الأفراد وحياتهم⁵، وهو ما يفرض على السلطتين التشريعية والتنفيذية ضرورة التعاون من أجل إنجاح هذه الآلية بما يخدم في نهاية المطاف تحقيق الأمن القانوني والقضائي والارتقاء بالعدالة الدستورية.

خاتمة

يشكل الدستور أسس إطار قانوني ينظم العلاقات بين السلطات وبين المواطنين ويحدد الحقوق والحريات الفردية والجماعية، وعلى ضوء روحه ونصه يجب أن تنضبط المنظومة التشريعية، وهنا تتجلى الفلسفة العامة للرقابة الدستورية في تكريس سمو الدستور وتراتبية القوانين وفي توسيع مجالات حماية حقوق وحريات المواطنين.

ويأتي توسيع الحقوق المضمونة من الطرف الدستور المغربي الجديد، في إطار استكمال المقومات القانونية لدولة الحق والقانون كما أقرتها المعايير المحددة في الاتفاقيات الدولية، غير أن صون الحقوق والحريات لا يقتصر فقط على مجرد الاعتراف القانوني، بل يرتبط بالدرجة الأولى بإقرار آليات عملية كفيلة بتحسينها وحمايتها من كل تهديد من طرف السلطات

¹ المادة 23 من مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون

² رشيد المدور، تطور الرقابة الدستورية في المغرب: الغرفة الدستورية - المجلس الدستوري - المحكمة الدستورية، مرجع سابق، ص 73

³ Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, JORF n°0175 du 31 juillet 2010, page 14198

⁴ Bertrand Mathieu, Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC : Un bilan, revue Pouvoirs n°137, Avril 2011, P 66 /67 .

⁵ بوراس عبد القادر . عليان بوزيانن ، أثر الدفع بعدم الدستورية في تحقيق الأمن القضائي لحقوق المواطنة: دراسة مقارنة لداستير الدول المغاربية، مجلة البحوث والدراسات ، المجلد 15 العدد 2 صيف، الجزائر، 2018 ،ص:137.

التشريعية والتنفيذية، عن طريق تمتيع المواطنين بأدوات فعلية تمكنهم من الدفاع عن حقوقهم في مواجهة كل المقتضيات القانونية المخالفة لأحكام الدستور.

ويعتبر الدفع الفرعي آلية مهمة لتجسيد العدالة الدستورية، عبر الانتقال من رقابة سياسية سابقة ذات بعد مجرد إلى رقابة قضائية لاحقة فعلية على نصوص دخلت حيز التنفيذ، وظهرت بعض عيوبها وتهديداتها على حقوق وحرريات المواطنين الذين لم يظلوا فقط كهدف لتحقيق العدالة بل أدوات فعالة لإحقاقها من موقعهم كمتقاضين.

وبهذا المعنى فإن العدالة الدستورية تستهدف في المقام الأول حماية المشروعية القانونية، وتطهير المنظومة التشريعية من كل الشوائب غير الدستورية بما يساهم في تحقيق الأمن القانوني، عبر تعزيز معيارية وسلامة القانون والرفع من مطابقته للمبادئ الدستورية بما يضمن استقرار المراكز القانونية للمواطنين وقدرتهم على مواجهة كل نص يهدد مصالحهم.

وقد سبق أن أبرزنا أن الولوج الفردي للعدالة الدستورية يتسم بنوع من الخصوصية، فالدفع بعدم الدستورية مرتبط بوجود محاكمة ومنحصر في أطراف الدعوى، كما يتميز بالموضوعية لأن المحكمة الدستورية لا تفصل بشكل مباشر في النزاع بين أطراف الدعوى بل تنظر فقط في مدى مخالفة أو مطابقة النص المطبق على الدعوى للحقوق والحرريات الأساسية التي يكفلها الدستور.

إن توفير الحماية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية هو مجال عمل القاضي الدستوري غير أن التوجه العام لأجراً هذه الآلية من خلال مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 ومن خلال قرار المحكمة الدستورية رقم 70.18، يطرح بعض الإشكاليات حول محدودية إسهام هذه الآلية في حماية الحقوق والحرريات الأساسية.

إن فعالية دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحرريات دونها العديد من الشروط التنظيمية والسياسية المرتبطة أساساً بتحسين استقلاليتها وعدالة وبساطة مساطره وإجراءاته بشكل يفسح المجال للمواطنين للولوج للعدالة الدستورية عبر ضمانات عملية، وارتباطاً بذلك فإن التجسيد الفعلي لآلية الدفع الفرعي يتوقف أيضاً على تهيئة الظروف المناسبة على تفعيلها وفي مقدمتها تدريب القضاة والمحامين على مساطر العدالة الدستورية وتحسيس المواطنين بأهمية هذه الآلية وضرورة استعمالها بشكل صحيح تفادياً لإغراق المحاكم بطعون غير جدية قد تشكل عبئاً إضافياً على كاهل المحاكم في غياب بنيات مكلفة بالفرز والتصفية، بعد أن أغلق قرار المحكمة الدستورية الباب بصفة نهائية في وجه محكمة النقض لتقدير جدية طلبات الدفع بعدم الدستورية.

غير أن إبعاد وظيفة محكمة النقض عن عملية تقدير جدية الدفوعات مخافة تحولها إلى مراقب سلبي للدستورية والتأكيد على اقتصره على المحكمة الدستورية، سيؤثر على فعالية هذه الأخيرة في معالجة الطعون بالسرعة والنجاعة المطلوبة، الأمر الذي يفرض ضرورة إقرار آليات عملية لتصفية طلبات الدفع، لأن المحكمة الدستورية لا تستطيع معالجة كل الطلبات بالنظر لطابعها المركزي والمتخصص وأمور أخرى مرتبطة باللوجستيك والموارد البشرية، وما دام أن المحكمة الدستورية متشبثة بصلاحياتها الشاملة في تقدير مدى دستورية القوانين فعلى الأقل يتوجب إحداث بنية داخلية يشرف عليها قضاة ذوو خبرة وتجربة من أجل غريبة الدفوعات وفحص جديتها.

ومن شأن هذه التدابير وغيرها أن تساهم بشكل إيجابي في تأطير وعقلنة آلية الدفع الفرعي بما يضمن فعاليتها والرهان

المتوخى منها والمتمثل بشكل أساسي في ربط العدالة الدستورية بالحماية الفعلية للحريات والحقوق الأساسية للمواطنين وبتطهير المنظومة القانونية من مختلف المقتضيات المخالفة للدستور.

قائمة المراجع والمصادر

أولاً: المراجع باللغة العربية

1. الكتب:

- أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، 2000.
- أحمد مفيد، النظرية العامة للقانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الطبعة الثانية، مطبعة أنفو برانت، فاس، 2015.
- أنطوان مسزّه، المواطن والعدالة الدستورية، الكتاب السنوي للمجلس الدستوري اللبناني، المجلد السادس، بيروت، 2012.
- دعاء، الصاوي يوسف، القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.
- رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، 1983.
- عبد الحق بلفقيه، دعوى الدفع بعدم دستورية نص تشريعي ما بين رؤية المشرع الدستوري وتدخل القاضي الدستوري دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مطبعة اسبارطيل، طنجة، 2019.
- عبد الرحمان الشرقاوي، التنظيم القضائي بين العدالة المؤسساتية والعدالة المعاملة أو البديلة، الطبعة الثانية، دار الباحث، 2015.
- عبد العزيز محمد سامان، نظم الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، سعد السمك للمطبوعات القانونية، 2002.
- عبد المنعم كيو، القيود الدستورية في تحديد القانون الضوابط للحقوق والحريات الأساسية في الدساتير الحديثة بالبلدان العربية، دراسة مقارنة، ضمن الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري: 2015-2016، المنظمة العربية للقانون الدستوري، تونس، 2017.
- عصام سليمان، الدفع بعدم دستورية قانون"، الكتاب السنوي للمجلس الدستوري اللبناني، المجلد 12، بيروت، 2018.

- عمر العطوط، المحاكم الدستورية بعد الثورات العربية الصفة والمصلحة والولاية القضائية والاستقلال القضائي، دراسة مقارنة، الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري: 2015-2016. تونس، 2017.
- محمد أتركين، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، الإطار القانوني والممارسة القضائية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2013
- محمود حمد: "الرقابة على التشريعات في العالم العربي: نماذج مختارة ودروس مستفادة، ضمن" الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري: 2015-2016"، المنظمة العربية للقانون الدستوري، تونس، 2017
- محمود سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005
- المختار مطيع، القانون الدستوري وأنظمة الحكم المعاصرة"، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1998.
- مصطفى قلوب، المبادئ العامة للقانون الدستوري"، الطبعة الرابعة، بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 1995.
- منصور محمد أحمد، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2012.

2. الأطروحات والرسائل الجامعية:

- بن سالم جمال، القضاء الدستوري في الدول المغاربية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2014 / 2015.

3. المقالات:

- جمال العزوزي، تأملات أولية في مشروع القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم دستورية القوانين، المجلة المغربية للحكام القانونية والقضائية، العدد الأول، 2016.
- حكيم التوزاني، سؤال الانتقال الديمقراطي في أفق مقتضيات الوثيقة الدستورية المغربية لسنة 2011، مجلة الحقوق، سلسلة الأعداد الخاصة العدد 5، 2012.
- خديجة سرير الحرسي، الموازنة بين الدفع بعدم دستورية القوانين ومبدأ الأمن القانوني دراسة مقارنة بين الدستورين الجزائري والبحريني، مركز جيل البحث العلمي - مجلة جيل الدراسات المقارنة - العدد 5 - أكتوبر 2017.
- رشيد المدور، تطور الرقابة الدستورية في المغرب: الغرفة الدستورية - المجلس الدستوري - المحكمة الدستورية، مجلة دراسات دستورية، المجلد الثالث، العدد السادس، البحرين، يناير 2017،
- سعيد الصواف، الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة لدستور المغربي بمقتضى تعديل يوليو 2011"، مجلة الفقه والقانون، العدد الثاني عشر، أكتوبر، 2013.

- عبد القادر بوراس وعليان بوزيان، أثر الدفع بعدم الدستورية في تحقيق الأمن القضائي لحقوق المواطنة دراسة مقارنة لدساتير الدول المغربية، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 15 العدد 2 صيف، الجزائر، 2018.
- عبد القادر بوراس، لخضر تاج، الدفع بعدم الدستورية في الدستور الجزائري: بين المكاسب والآفاق مقارنة بالتجربة الفرنسية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد السادس، يونيو 2018.
- عثمان الزباني، الحماية الدستورية لحقوق المعارضة البرلمانية مقارنة على ضوء دستور 2011، مجلة الحقوق، سلسلة الأعداد الخاصة، العدد 5، 2012.
- عثمان الزباني، المواطن والعدالة الدستورية: حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل الفصل 133 من دستور 2011، منشورات مجلة الحقوق - سلسلة المعارف القانونية والقضائية، الإصدار 21، سنة 2014.
- محمد الغالي، جدلية الثابت والمتحول في دستور 2011 في ضوء قراءة السياق والركائز والأهداف، مجلة الحقوق، سلسلة الأعداد الخاصة العدد 5، 2012، ص: 56/55.
- مروان حسن عطية، حق الأفراد في الطعن بعدم الدستورية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع/ السنة التاسعة 2017، ص: 241.
- المصطفى منار، الولوج الفردي الى القضاء الدستوري وتعزيز الضمانات الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات في دستور 2011، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 123-122، ماي- غشت، 2015، ص: 274.
- ميمون خراط، حقوق الإنسان في الدستور المغربي بين السمو الكوني والخصوصية الوطنية، مجلة الحقوق، سلسلة الأعداد الخاصة العدد 5، 2012، ص : 207.
- يسري محمد العصار، سلطة القضاء الدستوري في تفسير القوانين: دراسة مقارنة، مجلة معهد القضاء، العدد 21، الكويت، فبراير 2019.

4. التقارير والمذكرات:

- مذكرة حول القانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية"، المجلس الوطني لحقوق الإنسان، الرباط، مارس 2013.
- تقرير "المغرب: يجب إزالة العقوبات التي تعيق الولوج إلى المحكمة الدستورية، اللجنة الدولية للحقوقيين، جنيف المكتب الإقليمي العربي، 2018.
- تقرير إصلاح السلطة القضائية في المغرب، اللجنة الدولية للحقوقيين، نونبر 2013.
- الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في القانون المقارن، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، مكتب تونس، 2018.
- التقرير النهائي للجنة الإنصاف والمصالحة، الكتاب الرابع/ مقومات توطيد الإنصاف والمصالحة، المجلس الاستشاري لحقوق الإنصاف، سنة 2006.

5. القوانين والقرارات :

- ظهير شريف رقم 921.2911 صادر في 99 من ربيع الآخر 1413، 1 أكتوبر 1992 بتنفيذ مراجعة الدستور
- مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون
- القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية - الجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 18 جمادى الأولى 1414 (3 نوفمبر 1993)
- قرار المحكمة الدستورية رقم 70.18، المتعلق بالبث دستورية مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور، الصادر بتاريخ 6 مارس 2018.

ثانيا : لائحة المراجع باللغات الأجنبية

- Abdeltif Menouni : « Le recours à l'article 19: Une nouvelle lecture de la constitution Revue Juridique, Politique et Economique du Maroc ,N° 15, 1984 .
- Arnoud Lipoz Soulever , la question prioritaire de constitutionnalité, IN 'la question prioritaire de constitutionnalité'. Dominique rousseau (Dir), Lextenso éditions. Paris, 201.
- ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del tribunal constitucional, lotc ,publicado en boe de 05 de octubre de 1979
- Bertrand Mathieu,Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC : Un bilan, revue Pouvoirs n°137 , Avril 2011
- Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, JORF n°0175 du 31 juillet 2010
- Dominique Rousseau, Le procès constitutionnel, revue Pouvoirs n°137, Avril 2011
- Georges Burdeau, droit constitutionnel et institutions politiques, huitième édition librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1959
- Loi Organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JORF n°0287 du 11 décembre 2009
- Mohammed Amine Benabdellah , ce que m'a dit Haj Lfdoul ou propos de songeur de la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité ,REMALD N 141,juillet -AOUT 2018
- Olivier Duhamel , La QPC et les citoyens , revue Pouvoirs n°137 , Avril 2011

المركز القانوني للمرأة والطفل في قانون الجنسية المغربي

مصطفى سدني، طالب في سلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويصي جامعة محمد الخامس – الرباط

The legal status of woman and child in the Moroccan nationality act

SADNI Mustapha Doctorant F.S.J.E.S Souissi Université Mohamed V - Rabat

Abstract:

This contribution tries to highlight the legal status of woman and child in the Moroccan nationality act, through the detection of the committent of Moroccan legislation to apply the principle of equality of man and woman in the right to nationality.

We'll discuss the legal status of woman in the nationality act as mother the her position as a wife.

As far as her position as a mother is concerned, the inequality is clear through the nature of the nationality assigned to the children. The nationality assigned on behalf of the mother is not immune and final.

In the position of woman as a wife, there are two positions: the first concerns the position of foreign woman married to a Moroccan, she can acquire the Moroccan nationality through mixed marriage. The second position concerns a male foreigner married to a Moroccan woman, in this case the moroccan legislation doesn't allow the acquirement of the Maoroccan nationality to her husband through mixed marriage. This fact shows an aspect of enequality- among others- between a Moroccan woman and a foreigner woman in the acquirement of Moroccan nationality.

Key words: Nationality, inequality, mixed marriages, woman as a mother, woman as a wife, foreigners, jus sanguinis, jus territory.

الملخص

تهدف هذه المساهمة إلى تسليط الضوء على موضوع المركز القانوني للمرأة والطفل في ظل قانون الجنسية المغربي من خلال الكشف عن مدى التزام المشرع المغربي بتطبيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في حق الجنسية. وهكذا تم التطرق إلى الوضعية القانونية للمرأة في قانون الجنسية كأم، ثم لوضعيتها كزوجة. فبالنسبة لوضعية المرأة كأم، تتمظهر صور عدم المساواة بين الجنسين على مستوى طبيعة الجنسية المسندة إلى الأبناء. فالجنسية المسندة إلى الأطفال من جهة الأب، تعتبر جنسية حصينة ونهائية، أما تلك المسندة من جهة الأم، فهذه الأخيرة غير حصينة ولا نهائية. أما بالنسبة لوضعية المرأة كزوجة، فلا بد من التفريق بين وضعيتين: الأولى تهمة وضعية المرأة الأجنبية المتزوجة بمغربي، حيث يمكن لهذه الأخيرة اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الزواج المختلط. أما الوضعية الثانية فهتم الرجل الأجنبي المتزوج من مغربية، حيث لا يسمح المشرع بنقل جنسية المرأة المغربية إلى زوجها الأجنبي، وهو ما يشكل مظهرا من مظاهر عدم المساواة بين المغربية والأجنبية في اكتساب الجنسية المغربية.

الكلمات المفتاحية

الجنسية، اللامساواة، الزواج المختلط، المرأة كأم، المرأة كزوجة، الأجانب، حق الدم، حق الإقليم.

المقدمة

ساهمت عولمة منظومة حقوق الإنسان في بداية هذا القرن في التأثير على نطاق وسمات التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وعلى المبادئ القانونية المتعارف عليها دوليا، فالسيادة التشريعية لم تعد مطلقة، والقانون الوطني لم يعد معزولا عن المؤثرات الخارجية.

ومثلما تركت هذه المؤثرات بصماتها على معظم فروع القانون، فإنها أحدثت انعكاسات واضحة ومتلاحقة على مباحث متعددة في القانون الدولي الخاص، لاسيما مادة الجنسية. ولا مناص من القول أن دراسة موضوع الجنسية، يقتضي الأخذ في الحسبان مبدأ حرية الدول في تنظيم جنسيتها متمتعا في ذلك باختصاص سيادي واستثنائي قاصر عليها لا يشاركها فيه أحد غيرها، وهو ما يفيد أن تنظيم قواعد الدخول أو الخروج من الجنسية الوطنية تصاغ بطريقة أحادية الجانب بناء على مبدأ "حرية الدولة في إسناد الجنسية"¹.

غير أن هذه الحرية ليست مطلقة، بحكم القيود التي تفرضها الاتفاقيات والمعاهدات والأعراف الدولية، وكذا مبادئ القانون المتعارف عليها في مادة الجنسية. فتنظيم أمور الجنسية من قبل التشريعات الوطنية أصبحت اليوم أكثر تقييدا بحكم الاتجاهات الدولية الرامية إلى إرساء مبدأ المساواة من خلال إعطاء أهمية خاصة للأدوار النوعية للجنسين في إطار مقارنة النوع الاجتماعي أو ما يسمى بالجنسدية.

فإذا ثبتت أهمية مقارنة النوع الاجتماعي في قانون الجنسية المغربي من خلال تحقيق المساواة الكاملة أمام القانون واستبعاد كل ما من شأنه المساس بحقوق المرأة والطفل في المسائل المتعلقة باكتساب الجنسية المغربية أو التخلي عنها،

1 - محمد بوزلافة، "قانون الجنسية ومقاربة النوع الاجتماعي"، مجلة القانون والاقتصاد، عدد 25، أبريل 2011، ص 52.

فإن أهمية دراسة موضوع المركز القانوني للمرأة والطفل في قانون الجنسية المغربي لا تخلو من أهمية على المستوى النظري، وذلك من خلال:

- ✓ الطابع الخاص الذي يتميز به على مستوى النص التشريعي المنظم للجنسية المغربية، وخاصة ما تعلق منه بالمركز القانوني للمرأة والطفل وعلى مستوى الإشكالات التي يطرحها.
- ✓ البحث في هذا الموضوع يتيح معرفة الوضعية القانونية للمرأة كأم في قانون الجنسية المغربي والمقارن، من خلال تقييم مدى إمكانية نقل الجنسية من الأصول إلى الفروع.
- ✓ لكون الموضوع يُمكن من تحديد الوضعية القانونية للمرأة كزوجة في قانون الجنسية المغربي والمقارن، من خلال تحديد موقف المشرع المغربي من مسألة اكتساب الصفة المغربية عن طريق الزواج المختلط، ومدى تبنيه لمبدأ استقلال الجنسية في العائلة أو وحدتها.
- ✓ دراسة هذا الموضوع يمكن من تقييم مدى ملائمة المشرع المغربي لقوانينه الداخلية مع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المتعلقة بمنظومة حقوق الإنسان. هل كانت استجابة لحاجة الدولة المغربية وإصلاحا يتطلبه واقع المجتمع، أم أنها تُعتبر مُعطى فرضته التجربة المغربية الرائدة في مجال حقوق الإنسان من خلال احتكاكه بالقوانين المقارنة والتزامه بالاتفاقيات والمواثيق الدولية المتعلقة بحماية حق الفرد في التمتع بجنسيته.

والجدير بالذكر أن مفهوم مقارنة النوع يعتبر من المواضيع الشبه منعدمة لدى المجتمعات النامية في مختلف الميادين سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية أو قانونية، وهو ما دعانا إلى البحث في مدى إدماج هذا المفهوم في تشريع الجنسية المغربي من خلال تقرير أو عدم تقرير لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الحق في الجنسية. من ثم فإن الإشكالية التي يطرحها هذا الموضوع تتمثل فيما يلي: إلى أي حد استطاع المشرع المغربي التوفيق في إرساء نظام قانوني للجنسية يضمن مبادئ المساواة بين الرجل والمرأة في حماية حق الجنسية ويحفظ المراكز القانونية للمرأة وأبناءها؟ وعن هذه الإشكالية المركزية، تتفرع مجموعة من التساؤلات التي يتعين الإجابة عنها وهي:

- ما مدى حق المرأة المغربية في نقل الجنسية إلى أولادها بناء على حق الدم؟
- ما هي مظاهر عدم المساواة بين الرجل والمرأة في إمكانية نقل الجنسية للأبناء؟
- ما هي مظاهر عدم المساواة بين الرجل والمرأة على مستوى طبيعة الجنسية المسندة إلى الأبناء؟
- ما هي الوضعية القانونية للمرأة الأجنبية المتزوجة بمغربي على مستوى إمكانية اكتساب الجنسية المغربية؟
- ما هي الوضعية القانونية للمرأة المغربية المتزوجة برجل أجنبي على مستوى إمكانية اكتساب الصفة المغربية؟
- من أجل مقارنة هذه الإشكالية والتساؤلات المتفرعة عنها، تم صياغة فرضيتين للبحث تعدان منطلقا للإجابة عن مختلف التساؤلات التي يطرحها الموضوع وهي كالتالي:
- الفرضية الأولى تفترض أن إقرار دولة الحق والقانون يقتضي تكريس مبدأ المساواة أمام القانون من خلال الوقوف ضد كل ما من شأنه المس بحقوق المرأة والإخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة وخاصة في ميدان الجنسية، وهو ما

يقتضي سن تشريع الجنسية يستحضر مقارنة النوع الاجتماعي، حيث تكون فيه للمرأة حقوقا متساوية مقارنة بالرجل فيما يخص اكتساب أو نقل الجنسية المغربية من الأصول إلى الفروع.

- الفرضية الثانية تفترض أن مجموعة من الاعتبارات الدينية والسوسولوجية والقانونية. جعلت المشرع المغربي في سنه لقانون الجنسية، رهينا لتلك المرجعيات، ويتجلى ذلك من خلال التمييز الصارخ بين الرجل والمرأة في مجال نقل الجنسية المغربية وتفضيل حق الدم من ناحية الأب على حق الدم من ناحية الأم من جهة، والتضارب الحاصل بين مدونة الأسرة التي تنص على مبدأ المساواة بين الأب والأم، وبين قانون الجنسية الذي ينص على التمييز بينهما في نقل الجنسية من جهة أخرى.

من أجل فحص مدى صلاحية فرضيتي البحث والإحاطة بتركيز بأهم الإشكالات التي يطرحها الموضوع، كان علي أن أتبع منهجا وصفيا تحليليا مقارنا، توضيحا لمجال هذه الدراسة، وتعريفها، وإبرازا لخصوصياتها، من خلال معالجة مختلف الإشكالات التي يطرحها الموضوع في مختلف جوانبه الموضوعية والمسطرية.

ولأن المقارنة تساهم بشكل كبير في رفع اللبس والغموض الذي قد ينطوي عليه النص القانوني، فقد حاولت الاستئناس ببعض التشريعات المقارنة، قصد الإلمام الدقيق بمواقف تشريعاتها، ليتأتى لي المقارنة بينها وبين التشريع المغربي. وسعيا لجعل هذه الدراسة مستوفية الجوانب، قمت باستجلاء مواقف بعض المنظمات الدولية التي اهتمت بالموضوع من خلال إدراج الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ذات الصلة بالموضوع، دون إغفال ما يتم نشره في بعض المواقع القانونية الإلكترونية المتخصصة على شبكة الأنترنت.

ومن خلال المنهج التحليلي، عمدت إلى تفكيك النظام القانوني للمرأة والطفل في قانون الجنسية المغربي إلى أجزاء وعناصر، ذلك أن موضوع البحث يحتاج إلى شرح دقيق وتمحيص معمق. وسعيا لربط هذا الموضوع بالجانب التطبيقي، عملت على المزاوجة بين الجانب التحليلي والجانب العملي من خلال ربط جميع الإشكالات التي يطرحها الموضوع بالعمل القضائي من خلال إدراج بعض الأحكام القضائية ذات الصلة بالموضوع.

ولمقاربة هذه الإشكالية، سيتم اعتماد التقسيم التالي:

- المبحث الأول: الوضعية القانونية للمرأة كأم في قانون الجنسية المغربي.
- المبحث الثاني: الوضعية القانونية للمرأة كزوجة في قانون الجنسية المغربي.

المبحث الأول: الوضعية القانونية للمرأة كأم في قانون الجنسية المغربي

حققت المرأة المغربية خلال السنوات الأخيرة مكتسبات هامة جدا في عدة مجالات سياسية، واجتماعية، وقانونية، ويرجع الفضل في هذا التحول الملحوظ إلى تنامي الحركة الديمقراطية عموما والحقوقية خاصة منها الحركة النسائية الهادفة للنهوض بالحقوق الإنسانية للنساء والأطفال، تجاوبا مع النظرة الحديثة الداعية إلى التسوية بين الأب والأم من حيث القدرة على نقل الجنسية إلى الأبناء¹. وفي هذا السياق، انطلق مسلسل ملاءمة القوانين المغربية مع الاتفاقيات والمعاهدات

1 - أحمد زوكاغي، "الجنسية المغربية الأصلية المبنية على رابطة النسب من جهة الأم"، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد 9 - 10، 10، نونبر 2004، ص 18.

التي صادق عليها المغرب، وخاصة تلك المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو CEDAW)، التي دخلت حيز التنفيذ في شتنبر 1981 بعد أن صادقت عليها عشرون دولة وتوصف بأنها وثيقة حقوق دولية للنساء¹. ومن أبرز ما أفرزه العمل على تطبيق هذه الاتفاقية، صدور البرتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية والمعروف ببرتوكول 2000 الذي يعتبر خطوة متقدمة في متابعة تطبيق الاتفاقية من خلال اللجنة الخاصة بالقضاء على كافة أشكال العنف ضد المرأة المختصة بتلقي التبليغات الخاصة بانتهاك حقوق المرأة².

وبالموازاة مع ذلك، قام المشرع المغربي بتحديث مجموعة من القوانين التي توطر واقع المرأة وتُهيكل مركزها القانوني وفي مقدمتها: إصلاح مدونة الأسرة الذي شكل منعطفا حقوقيا وقانونيا في المقاربة المغربية الهادفة إلى القضاء على العنف والتمييز الممارس على المرأة مع تعزيز الحفاظ على المصلحة الفضلى للطفل من خلال تكريس مبادئ المساواة بين الزوجين في تحمل المسؤولية الأسرية وعلى مستوى الحقوق والواجبات.

ومن هذا المنطلق، كان لا بد أن يشمل مسلسل التحديث ورش إصلاح قانون الجنسية الصادر سنة 1958، الذي يُعد بدوره تقدما نوعيا في مسار تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة من خلال تعديل بعض فصوله بمقتضى القانون 62-06 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-07-80 الصادر بتاريخ 23 مارس 2007.

وفي واقع الأمر، كان على هذا الإصلاح أن يجرد جميع فصول قانون الجنسية المغربي من كافة أشكال التمييز بين الجنسين، وأن يقر للمرأة كافة الحقوق المتعلقة بالجنسية على قدم المساواة بالرجل، ويعترف لها بالحق في نقل الجنسية إلى أبنائها بناء على الرابطة الدموية (المطلب الأول). ويعتبر التشريع المغربي من بين تشريعات الجنسية التي أقامت تمييزا غير مبرر بين الرجل والمرأة في مجال نقل الجنسية المغربية، حيث فضل حق الدم من ناحية الأب على حق الدم من ناحية الأم، وهو ما يشكل إهدار لقاعدة المساواة بين الجنسين في قانون الجنسية المغربي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مدى حق المرأة في نقل الجنسية إلى أولادها بناء على حق الدم

استقرت الأنظمة القانونية على إسناد الجنسية التي تثبت للفرد منذ لحظة ولادته على أحد الأسس، إما على أساس حق الدم أو على أساس حق الإقليم. والمقصود بحق الدم، حق الفرد في اكتساب جنسية الدولة التي ينتمي إليها أباه بمجرد ميلاده. فأساس الجنسية هنا هو الأصل العائلي الذي ينحدر منه المولود، ولذا سميت أيضا بجنسية النسب³.

فرابطة النسب من جهة الأب هي عادة الأساس الذي يستند عليه في إسناد الجنسية الأصلية، ولم يكن للأمم دور في نقل الصفة الوطنية للأبناء إلا عندما يعجز الأب عن نقلها للأبناء، وتتحقق هذه الحالة في فرضية جهالة الأب أو في فرضية انعدام الجنسية، وبالتالي فإن دور المرأة ظل احتياطيا في نقل الجنسية للمولود وليس دورا أساسيا كدور الأب.

ويتجه الفقه المعاصر إلى أن تبني ضابط النسب أو حق الدم مرده إلى جملة من الاعتبارات، نذكر منها: أن الفرد يتلقى عن والديه القيم الاجتماعية والدينية المختلفة بما في ذلك مشاعر الولاء للدولة، على أساس التربية العائلية، التي هي من

1 - ليلي بن سدرين الشريف الكتاني: "حقوق المرأة بين الفقه والقانون في المغرب، مدونة الأسرة والمواثيق الدولية: دراسة جامعة لنصوص القرآن الكريم والاحاديث النبوية الشريفة والنصوص القانونية"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2015، ص 307.

2 - نايف عبد الجليل الحميدة، "حقوق المرأة في إطار القانون الدولي المعاصر والاتفاقيات الإقليمية"، مجلة الفقه والقانون، العدد 32، يونيو 2015، ص 15.

3 - نرجس البكوري، "المركز القانوني للمرأة في ضوء قانون الجنسية المغربية"، المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، العدد 5، السنة الثالثة، 2014، ص 60.

الواجبات الملقاة على عاتق الأبوين. إذ بها يتلقى الفرد من أبويه مشاعرهما وصلاتهما الروحية، خصوصا وأن الجنسية علاقة تقوم على الشعور القومي الذي يتضمن إلى درجة كبيرة الشعور بالرباط العائلي والروحي بين الأفراد والدولة¹. غير أن التمييز بين الأب والأم في نقل الجنسية من الأصول إلى الفروع بدأ يتراجع تدريجيا أمام تطور منظومة حقوق الإنسان وبرزت الحركة النسائية المطالبة بالمساواة بين الجنسين في جميع المجالات، بحيث أصبح هذا المبدأ من المبادئ المستقرة في المواثيق الدولية، وخاصة اتفاقية الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. فإذا كان من المتفق عليه أن الأب له كامل الحق في أن ينقل جنسيته إلى أولاده، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للأم. إذ أن هناك نوعان من التشريعات، تشريعات تسوي بين الأب والأم في نقل الجنسية إلى الأولاد ومنها التشريع المغربي (الفقرة الأولى)، وتشريعات تميز بين الجنسين في نقل الجنسية إلى الأولاد (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مدى حق المرأة في نقل الجنسية إلى أولادها بناء على حق الدم في التشريع المغربي

يعتبر الفصل السادس من قانون الجنسية المغربي لسنة 1958، هو المنظم للجنسية الأصلية المترتبة على النسب، وقد جاء فيه أنه يعتبر مغربيا: "أولا: الولد المنحدر من أب مغربي؛ ثانيا: المزداد من أم مغربية وأب مجهول". فهاتان الصورتان هما الوحيدتان اللتان تسند فيهما الجنسية الأصلية المغربية بناء على ضابط النسب، أو ما يسمى بحق الدم من جهة الأب، أو من جهة الأم في حدود.

وبهذا الموقف، يكون المشرع المغربي متخلفا عن مواكبة التشريعات المعاصرة والمذاهب الحديثة التي تنادي بالمساواة بين الرجل والمرأة في مجال نقل الجنسية إلى الأولاد، لاسيما بخصوص الأولاد الذين يولدون لأباء لا جنسية لهم أو لم يثبت نسبهم إلى آبائهم قانونا.

وبفضل مجهودات الحركة النسائية في داخل المغرب وخارجه، وكذا تجاوب الإرادة الملكية بشكل عفوي وتلقائي² في شأن إقرار المساواة بين الأب والأم من حيث إمكانية نقل الجنسية الوطنية إلى الأبناء في حالة الزواج المختلط، تم إصلاح قانون الجنسية وخاصة الفصل السادس منه، إذ يهدف هذا الإصلاح إلى تكريس المساواة بين الذكر والأنثى في ميدان الجنسية، أي التسوية بين الجنسين في إمكانية نقل الجنسية المغربية إلى الأبناء بغض النظر عن جنسية الطرف الآخر في رابطة الزواج التي نشأ عنها الأبناء.

وهكذا أصبح مضمون الفصل السادس بعد التعديل: "يعتبر مغربيا الولد المولود من أب مغربي أو أم مغربية". وهو ما سمح للطفل المزداد من زواج مختلط من الاستفادة من جميع الحقوق التي يكفلها القانون المغربي مع مراعاة مصلحته الفضلى والاعتراف له بمواطنة كاملة وتوفير حماية أكبر لحقوقه، ويمكن المرأة المغربية على قدم المساواة مع الرجل من التمتع بحق المواطنة الكاملة في التزام تام بالمواثيق الدولية التي صادق عليها المغرب، خاصة:

✓ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وخاصة المادة 15 منه التي تضمن لكل فرد حق التمتع بجنسية ما وعدم حرمان شخص من جنسيته تعسفا أو إنكار حقه في تغييرها؛

1 - محمد المهدي، "حق الطفل في الجنسية المغربية الأصلية: دراسة على ضوء مستجدات قانون 06-62"، مجلة الملف، العدد 14، مارس 2009، ص 52.

2 - أحمد زوكافي، "إصلاح قانون الجنسية المغربية بمقتضى القانون رقم 06-62 مساواة لم تكتمل"، مجلة الملحق القضائي، عدد 45، سنة 2013، ص 4.

- ✓ الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، وخاصة المادة 29 منها التي تضمن لكل طفل من أطفال العامل المهاجر الحق في الحصول على اسم، وفي تسجيل ولادته وفي الحصول على جنسية؛
- ✓ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو CEDAW)، وخاصة المادة 09 التي تنص على ضرورة منح الدول الأطراف المرأة حقا متساويا لحق الرجل في اكتساب جنسيتها أو الاحتفاظ بها أو تغييرها، كما تضمن الاتفاقية منح المرأة حقا مساويا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها؛
- ✓ الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل، وخاصة المادة 07 منها التي تمنح الطفل الحق في التسجيل فورا بعد الولادة ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب جنسية، كما تنص نفس الاتفاقية في المادة 08، بأن تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته، بما في ذلك جنسيته؛
- ✓ الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية، وخاصة المادة 24 منها التي تحفظ الحق لكل طفل في أن تكون له جنسية؛
- بعد هذا الإصلاح، لم يعد قانون الجنسية المغربي مرتبط بقاعدة النسب فقط، بل بالنسب والبنوة دون تفضيل أي معيار على آخر، أي المساواة الكاملة بين النسب والبنوة للأب مع البنوة لجهة الأم، وبذلك عدل عنوان الفصل السادس حيث أصبح له بروز متميز من خلال تسميته ب: "الجنسية المترتبة على النسب أو البنوة"، وفي ذلك تصريح صريح بإسناد الأم لجنسيتها الأصلية لأبنائها في جميع الأحوال.
- عدد شهادات الجنسية المسلمة للأشخاص الذي أسندت إليهم الجنسية المغربية عن طريق رابطة البنوة من جهة الأم منذ دخول القانون 62-06 حيز التنفيذ إلى غاية فبراير 2019.

محاكم الاستئناف	الرباط	القنيطرة	الدار البيضاء	الجديدة	فاس	تازة	مراكش	ورزازات	اسفي	مكناس	الراشدية
عدد الشهادات	5732	1050	14610	529	1370	156	760	46	545	1748	67

المصدر: وزارة العدل والحريات، قسم الجنسية والحالة المدنية، مصلحة الجنسية (2019).

محاكم الاستئناف	أكادير	العيون	طنجة	تطوان	سطات	بني ملال	خريبكة	وجدة	الناضور	الحسيمة	المجموع
عدد الشهادات	772	351	1510	364	174	338	594	3249	184	17	34166

الفقرة الثانية: مدى حق المرأة في نقل الجنسية إلى أولادها بناء على حق الدم في التشريعات المقارنة

تميل معظم النظم القانونية إلى ترجيح حق الدم من ناحية الأب، أي الاعتراد بالنسب إلى أب وطني. فكل من ولد لأب وطني يصير وطنياً، ومع ذلك لم تهمل الاعتراد بحق الدم من ناحية الأم وذلك في حالات استثنائية تلافياً لانعدام جنسية الولد، كما في الأحوال التي يكون فيها الأب عديم الجنسية، أو يكون فيها الولد غير شرعي لم يثبت نسبه إلى أبيه قانوناً. إذ تكتفي بحق الدم من جهة الأب، بوصفه معياراً أصلياً لثبوت الجنسية الأصلية للأبناء، وتجعل من حق الدم من جهة الأم معياراً احتياطياً أو ثانوياً¹.

وفي المقابل تذهب غالبية النظم القانونية إلى إقرار مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في نقل الجنسية إلى الأولاد، بحيث يكفي أن يكون الأب أو الأم حائزاً على الصفة الوطنية ساعة الميلاد حتى يصير الأبناء وطينين بدورهم وبقوة القانون. ومن هذه القوانين، قانون الجنسية المصرية المعدل بالقانون 154 لسنة 2004 بشأن الجنسية المصرية، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة الثانية على أنه: "يكون مصرياً: 1- من ولد لأب مصري، أو لأم مصرية".

نفس الاتجاه سار عليه المشرع التونسي في مجلة الجنسية التونسية، والذي نقح بمقتضى القانون عدد 55 لسنة 2011 المؤرخ في فاتح دجنبر 2010، حيث ينص الفصل السادس منه على أنه: "يكون تونسياً الطفل الذي ولد لأب تونسي أو لأم تونسية".

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد نص بدوره في الفصل السادس من قانون الجنسية الجزائرية المعدل بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005، على أنه: "يعتبر جزائرياً الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية". وبخصوص الجنسية الفرنسية، فقد نص القانون المدني في الفصل 18 منه، والمعدل بتاريخ 04 يوليوز 2005، على أنه: "يكون فرنسياً الولد الذي يكون أحد أبويه فرنسياً"².

ولعل منطلق هذا الاتجاه الداعم لمبدأ المساواة بين الجنسين في نقل الصفة الوطنية، يقوم على قاعدة المساواة القانونية بين الرجل والمرأة التي تعتبر من القواعد التي تحرص الدساتير على احترامها وتأكيدتها، وتدعو إليها الاتفاقيات والمواثيق الدولية، من قبيل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) والتي تنص في المادة التاسعة منه على أنه: "تمنح الدول الأطراف المرأة حقاً متساوياً لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها".

بناء على ما سلف، يمكن الجزم بأن المشرع المغربي قد كسب فعلاً رهان المساواة بين الرجل والمرأة على مستوى إسناد الجنسية الأصلية، وهو ما اعتبر بحق بمثابة تحول جوهري في النظام القانوني الذي كان يؤطر موضوع الجنسية. لكن وعلى الرغم من الإجماع الحاصل حول أهمية التعديل، فإننا نعتبر بأن إدماج مقاربة النوع الاجتماعي لم تكن مستحضرة بشكل شمولي، حيث استمرت المقاربة التجزئية التي تجعل المنهجية في التعاطي مع فصول قانون الجنسية تعتمد على ترجيح الرجل عن المرأة وهو ما يفضي لوجود تمظهرات لحدود التدخل التشريعي في باب المساواة بين الرجل والمرأة.

1 - محمد المهدي، "مدى حق المرأة في نقل جنسيتها إلى أولادها بناء على حق الدم- دراسة مقارنة"، مجلة الملحق القضائي، العدد 40، يناير 2007، ص 57.

2 - L'article 18 du code civil français: "Est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français".

المطلب الثاني: مدى تحقق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في قانون الجنسية المغربي

ظل تعديل قانون الجنسية المغربي، وخاصة الفصل السادس منه من أهم الإنجازات التي قام بها المغرب في اتجاه تكريس قاعدة المساواة بين الجنسين في نقل الجنسية إلى الأبناء، إذ خلفت ارتياحا كبيرا لدى مختلف الفعاليات الحقوقية والجمعية والسياسية والقانونية.

غير أن هذا الارتياح ارتبط للأسف بنظرة سطحية لا تأخذ بعين الاعتبار المكانة المخصصة للمرأة المغربية في باقي فصول قانون الجنسية، ولا إلى مآل أطفالها مقارنة مع الأطفال المنحدرين من أب مغربي، وهو ما ينم على استمرارية التمييز بين الجنسين انطلاقا من اعتماد معايير غير موضوعية في الأساس القانوني لإسناد الصفة المغربية، الأمر الذي أدى إلى الوقوف على العديد من مظاهر عدم المساواة بين الرجل والمرأة في قانون الجنسية المغربي، منها ما تعلق بإمكانية نقل الجنسية للأبناء (الفقرة الأولى)، ومنها ما تعلق بطبيعة الجنسية المسندة من طرف الأبوين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مظاهر عدم المساواة بين الرجل والمرأة على مستوى إمكانية نقل الجنسية للأبناء

إذا كان المشرع المغربي قد حسم الخلاف ومنح المرأة المغربية الحق في نقل جنسيتها إلى أطفالها، إلا أنه يمكن القول بأن المساواة بين الأب والأم من حيث القدرة على نقل الجنسية المغربية من الأصول إلى الفروع، التي كانت الهدف من إصلاح سنة 2007، لم تكن شاملة، اعتبارا، من جهة، لأنه تمت المحافظة على بعض الأحكام التمييزية في قانون الجنسية لسنة 1958 ولم يطرأ عليها أي تغيير، ومن جهة أخرى، لأن الأمر يتعلق بميدان مهم أساسا الابن الناتج عن زواج مختلط وأن إرادة الابن المذكور يتعين أن تكون محل اعتبار خاص، سيما عند بلوغ هذا الأخير سن الرشد.

وهكذا تبدو مسألة استمرارية ترجيح مكانة الرجل عن المرأة في قانون الجنسية المغربي كخيار تشريعي واضح المعالم، مبطن بخطاب حقوقي يدعي تمكين المرأة من مساواة مطلقة تمكها من التمتع بحقوق المواطنة الكاملة¹. لذلك ومن أجل استجلاء تمظهرات اللامساواة بين الجنسين في مدى نقل الصفة المغربية من الآباء إلى الأبناء، سنقف على مختلف الحالات التي تؤكد هذا الطرح.

أولى تمظهرات حدود إدماج مقارنة النوع الاجتماعي في قانون الجنسية المغربي مرتبط بالفصل التاسع من قانون الجنسية المغربي الذي ينص البند الأول منه على أنه: "يكتسب الجنسية المغربية كل ولد مولود في المغرب من أبوين أجنبيين مولودين هما أيضا فيه بعد إجراء العمل بظهيرنا الشريف هذا بشرط أن تكون له إقامة اعتيادية ومنتظمة بالمغرب، وأن يصرح داخل السنتين السابقتين لبلوغه سن الرشد برغبته في اكتساب هذه الجنسية ما لم يعارض في ذلك وزير العدل طبقا للفصلين 26 و 27 من ظهيرنا هذا.

إن كل شخص مولود في المغرب من أبوين أجنبيين وله إقامة اعتيادية ومنتظمة في المغرب، وكان الأب قد ولد أيضا فيه يكتسب الجنسية المغربية بتصریح يعبر فيه عن اختياره لها فيما إذا كان هذا الأب ينتسب إلى بلد تتألف أكثرية سكانه من جماعة لغتها العربية أو دينها الإسلام، وكان ينتمي إلى تلك الجماعة، مع مراعاة حق وزير العدل في المعارضة طبقا للفصلين 26 و 27".

فباستقراء مضمون الفقرة الأولى من هذا البند، نستنتج أن المشرع قد أخل بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة حينما اشترط توافر الشروط التالية: أ- أن يكون الشخص مولودا في المغرب، ب- أن يكون أبوه مولودا هو أيضا في المغرب؛ وذلك دون

1 - محمد بوزلاقة، المرجع السابق، ص 61.

الإشارة إلى حالة الازدياد المضاعف من جهة الأم لإمكانية اكتساب الجنسية، وهو بذلك تمايز بين الرجل الأب المزداد بالمغرب، والمرأة الأم المزدادة بالمغرب، في حين أن إدراج مقارنة النوع الاجتماعي تقتضي مساواة حقيقية في التعامل على الشكل التالي: "إن كل شخص مولود في المغرب من أبوين أجنبيين وكان الأب أو الأم ولد أيضا فيه، يكتسب الجنسية المغربية...".

وضمن نفس البند، في الفقرة الثانية، تطرق المشرع المغربي إلى إمكانية اكتساب الجنسية المغربية للشخص المولود في المغرب من أبوين أجنبيين وله إقامة اعتيادية ومنتظمة في المغرب، وكان الأب ينتسب إلى بلد تتألف أكثرية سكانه من جماعة لغتها العربية أو دينها الإسلام. فكما هو واضح، يقصد المشرع الأب دون الأم على الرغم من أن هذه الأخيرة هي التي يمكن أن تكون منتسبة إلى بلاد تتشكل أغلبية سكانها من جماعة لغتها العربية أو دينها الإسلام، مع العلم أنها مولودة بالمغرب وزوجها من زوجها، أب الطفل، زواج صحيح.

لذلك وحتى تتحقق المساواة الكاملة بين الذكر والأنثى في نقل الجنسية إلى الأبناء، صار من اللازم التسوية بين الأبوين في نطاق الفقرة الثانية من البند الأول من الفصل التاسع، واستبدال كلمة "الأب" بلفظ "الأصل" أو "الأب أو الأم".

الفقرة الثانية: مظاهر عدم المساواة بين الرجل والمرأة على مستوى طبيعة الجنسية المسندة إلى الأبناء
يتجلى مظهر عدم المساواة بين الأبوين على مستوى طبيعة الجنسية، في مضمون الفقرة الثانية والثالثة والرابعة من البند الخامس من الفصل 19 من قانون الجنسية المغربي، حيث ينص هذا البند على: "يمكن للمولود من زواج مختلط والذي يعتبر مغربيا بحكم ولادته من أم مغربية أن يعبر بواسطة تصريح يقدم لوزير العدل، عن رغبته في الاحتفاظ فقط بجنسية أحد أبويه شريطة التصريح بذلك ما بين السنة الثامنة عشرة والعشرين من عمره.

ويمكن لأم المولود من زواج مختلط والذي يعتبر مغربيا بحكم ولادته من أم مغربية وقبل بلوغه سن الرشد، أن تعبر بواسطة تصريح يقدم لوزير العدل عن رغبته في احتفاظ ابنتها بجنسية أحد أبويه.

ويحق للمعني بالأمر أن يعبر عن عدوله عما صرحت به أمه بخصوص الاحتفاظ بجنسية أحد الأبوين بواسطة تصريح يقدم لوزير العدل وذلك ما بين الثامنة عشرة والعشرين من عمره".

فباستقراء مضمون الفقرات الثلاث، نلاحظ الفارق الجوهرى الموجود بين الجنسية المسندة بناء على رابطة النسب من جهة الأب المغربي، وبين تلك الممنوحة استنادا إلى الانحدار من أم مغربية متزوجة من رجل أجنبي. ذلك أن طبيعة الجنسية تقتضي أن تكون نهائية ومحصنة، ولا مجال فيها للاختيار بينها وبين غيرها، ولا إلى التعبير عن الرغبة فيها أو التخلي عنها، أو العدول عما صرح به الأصل الذي استمدت منه الجنسية، فهي لا تحتاج أصلا إلى أي تصريح لأنها جنسية مفروضة.

وبعبارة أخرى، على الرغم من الجنسية المغربية المبنية على رابطة الأمومة هي جنسية أصلية تستند في جوهرها على حق الدم أو النسب من جهة الأم تطبيقا لأحكام الفصل السادس من قانون الجنسية المغربي، إلا أنها جنسية غير حصينة ولا نهائية، إذ يسمح للرجوع أو العدول عنها ما بين السنتين الثامنة عشرة والعشرين من عمر الطفل الناتج عن الزواج المختلط بين امرأة مغربية ورجل أجنبي، ومعنى هذا أنها لا تتساوى تماما مع الجنسية الأصلية المستمدة من الانحدار من أب مغربي¹، على خلاف الجنسية الأصلية من جهة الأب التي تعتبر جنسية حصينة ونهائية.

1 - أحمد زوكاغي، "إصلاح قانون الجنسية المغربية بمقتضى القانون رقم 62-06 مساواة لم تكتمل"، مجلة الملحق القضائي، عدد 45، سنة 2013، ص 13.

وبالرجوع إلى القانون المغربي وعند التدقيق في الفصل السادس، يظهر أنه يكرس كذلك مظهرا من مظاهر التمييز، لكن هذه المرة في حق الرجل. حيث نجد أن هذا الفصل يسمح للمرأة بمنح الجنسية المغربية لطفلها الشرعي والغير الشرعي، في حين نجد الأمر يختلف بالنسبة للأب الذي يسمح له فقط بمنح الجنسية للأبوين الشرعي¹.

وبناء على ما سبق، نستخلص أن عدم المساواة بين الرجل والمرأة في نقل الجنسية المغربية يتمظهر في الحالة السابقة في طبيعة الجنسية المسندة إلى الأبناء. فهي جنسية حصينة ونهائية بناء على رابطة النسب من جهة الأب المغربي، وجنسية غير حصينة وغير نهائية بناء على رابطة النسب من جهة الأم المغربية، وهو ما يستدعي تدخل المشرع المغربي في اتجاه إصلاح هذا الإخلال بقاعدة المساواة بين الجنسين من خلال إلغاء الفقرات الثلاثة المذكورة والمدرجة في قسم فقدان الجنسية المغربية، فلا حاجة لهذه الفقرات في ظل وضوح الفصل السادس الذي يكرس مبدأ المساواة بين الأبوين في نقل الجنسية الأصلية وفي الآثار المترتبة عنها بالنسبة للأبناء.

وبذلك، يبدو بأن المشرع المغربي ظل وفيما مرجعياته التاريخية من خلال اعتبار الجنسية المغربية المسندة بناء على رابطة النسب من جهة الأب هي الأصل، ومن جهة الأم هي الاستثناء، ويبقى دورها ثانوي في نقل الجنسية إلى الأبناء، إذ أن الجنسية المسندة من طرف الأم المغربية في إطار الزواج المختلط جنسية من الدرجة الثانية، حيث يمكن التخلي عنها، عكس الجنسية المسندة من طرف الأب المغربي التي تعتبر نهائية. وبعبارة أخرى، فإن دور الأم المغربية ظل دورا احتياطيا في نقل الجنسية للمولود، وليس دورا رئيسيا كدور الأب².

فإذا كان المركز القانوني للمرأة المغربية في قانون الجنسية، باعتبارها أما، لا يزال يعاني من مظاهر الإخلال بمبدأ المساواة في نقل الجنسية من الأصول إلى الفروع من جهة، واختلاف طبيعة الجنسية المسندة باختلاف الأصل من جهة أخرى؛ فإن هذا المركز القانوني المتسم باللامساواة، لا يختلف كثيرا بالنسبة للمرأة المغربية باعتبارها زوجة في إطار الزواج المختلط، إذ لا تزال المرأة المغربية المتزوجة برجل أجنبي، تعاني من مظاهر التمييز مقارنة مع نظرتها الأجنبية المتزوجة برجل مغربي. المبحث الثاني: الوضعية القانونية للمرأة كزوجة في قانون الجنسية المغربي

تُعد الجنسية نظام قانوني يضبط انتماء الشخص لدولة معينة، أما الزواج فهو نظام قانوني يحدد علاقة رجل بامرأة وينظم تكوين الأسرة على نحو شرعي. وقد يحصل أن ينعقد الزواج بين شخصين من جنسيتين مختلفتين، وهو ما يعرف بالزواج المختلط.

ويُعرف الفقه الزواج المختلط تعاريف متعددة منها على سبيل المثال: "زواج رجل وامرأة من جنسيتين مختلفتين عند إبرام عقد الزواج"³؛ أو "الزواج الذي ينعقد بين أفراد من جنسيات مختلفة"⁴. ويُعرف كذلك: "كل زواج يُبرم بالمغرب أو بالخارج

1 - مروان عبادي، "مظاهر التمييز في قانون الجنسية المغربية"، منشور بالموقع الإلكتروني: <http://droitagadir.blogspot.com>، أطلع عليه بتاريخ: 2019/05/17.

2 - نرجس البكوري، المرجع السابق، ص 60.

3 - سعيد يوسف البستاني، "إشكاليه وأفاق تطور قانون الجنسية في لبنان والدول العربية"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 130.

4 - السعدية بلخير، "الأحوال الشخصية للأجانب في التشريع المغربي"، الجزء الأول، مطبعة الساحل، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، الرباط، 1981، ص 23.

بين شخص يحمل الجنسية المغربية، وعنصر آخر يحمل جنسية دولة أجنبية¹، أي الزواج الذي يكون أحد طرفيه أجنبيا والأخر مغربيا².

لذلك فهو "ارتباط قانوني بين زوجين من جنسيتين مختلفتين"³. فهو يفترض إذن وجود طرف أجنبي، فكل علاقة زوجية ربطت بين طرف مغربي، باستثناء اليهود المغاربة الذين يخضعون للشريعة العبرية، وطرف أجنبي تكون موضوع زواج مختلط⁴. ويمكن تحديد مدلوله حسب مضمون المادة 65 من مدونة الأسرة: "زواج معتنقي الإسلام والأجانب".

ومن هذا المنطلق، عرفت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء-أنفا الزواج المختلط بشكل دقيق بمناسبة الفصل في دعوى قضائية متعلقة بمدى تطبيق اتفاقية 10 غشت 1981 المغربية الفرنسية على نزاع قائم بين زوجين من جنسية مختلفة يدينان معا بدين الإسلام، حيث جاء في إحدى حيثيات الحكم: "...وبعبارة أخرى هو الزواج الذي يقع من جهة بين مغربي مسلم أو مسلم غير مغربي أو مغربي عبري أو مغربي غير مسلم وغير عبري، وبين أجنبي غير مسلم وغير عبري"⁵.

وإذا كان الزواج المختلط يمثل طريقا جديدا لاكتساب الجنسية في أغلب تشريعات الجنسية المقارنة، فإن الزواج بمغربية، في إطار الزواج المختلط، لا يعد مصدرا من مصادر الجنسية المكتسبة بحكم القانون، وهو ما يستدعي تناول مدى تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجة في التشريع المغربي (المطلب الأول) ومقارنتها بوضعية الوطنية في تشريعات الجنسية المقارنة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجة في التشريع المغربي

إن دراسة تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجة في قانون الجنسية المغربي يستدعي التمييز بين وضعية المرأة الأجنبية المتزوجة برجل مغربي (الفقرة الأولى)، وبين وضعية المرأة المغربية المتزوجة برجل أجنبي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: وضعية المرأة الأجنبية المتزوجة بمغربي

من المعلوم بأنه ليس بوسع المرأة الأجنبية التي تتزوج بمغربي أن تكتسب الجنسية المغربية لعدم وجود نص صريح يسمح بذلك، حتى ولو كان قانون تلك المرأة يجردها من جنسيتها الأصلية بمجرد تزوجها بأجنبي. وكان ينتج عن ذلك أن تلك المرأة تصبح عديمة الجنسية وتخضع من حيث حالتها الشخصية وأهليتها بمقتضى الفصل الخامس من الظهير المنظم للوضعية المدنية للأجانب بالمغرب لأحكام القانون المدني الفرنسي.

لذلك فإن إمكانية اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الزواج المختلط يُعد من ابتكارات ظهير 06 شتنبر 1958 المتعلق بالجنسية المغربية. وهكذا تنص الفقرة الأولى من الفصل العاشر منه على: "إن المرأة الأجنبية المتزوجة من مغربي يجوز

1 - محمد الكشور، "الوسيط في قانون الأحوال الشخصية"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الرابعة، 1999، ص 61 - 62.

2 - إدزي عبد اللطيف، "دور النيابة العامة في الزواج المختلط"، مجلة المرافعة، عدد 17، يونيو 2006، ص 43.

3 - عزيز الوالي، "الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة عن النيابة العامة"، بحث نهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء بالرباط، الفوج 37، فترة التدريب 2011/2012، ص 242.

4 - إبراهيم زعيم، "الزواج المختلط: ضوابطه وإشكالاته"، مجلة المحاكم المغربية، عدد 96، شتنبر-أكتوبر 2002، ص 43.

5 - حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء-أنفا عدد 42، ملف شرعي عدد 90/958، الصادر بتاريخ 20 يناير 1994، منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 70، لسنة 1994، ص 136.

لها بعد مرور سنتين على الأقل على إقامة العائلة في المغرب بكيفية اعتيادية ومنتظمة، أن ترفع إلى وزير العدل تصريحاً لاكتساب الجنسية المغربية".

وبعد تعديل قانون الجنسية سنة 2007، حافظ المشرع المغربي على هذا المكتسب بالرغم من رفع المدة اللازمة لتقديم التصريح باكتساب الجنسية المغربية إلى خمس سنوات. إلا أن هذا التعديل لم يتطرق إلى إمكانية اكتساب الجنسية المغربية من طرف الرجل الأجنبي الذي تزوج بالمرأة المغربية، وهو ما يعد حيفاً إضافياً يلحق المرأة المغربية مقارنة مع نظيرتها الأجنبية، ومظهراً من مظاهر عدم المساواة بين الوطنية والأجنبية في اكتساب الجنسية المغربية.

فالمشرع المغربي لم يسمح في خضم خطاب الحداثة والديمقراطية وحقوق الإنسان، أن يمنح للمرأة حقها الشرعي في إسناد جنسيتها المغربية لزوجها الأجنبي. فلا يعقل اعتبار زواج الأجنبية بـرجل مغربي سبباً من أسباب اكتساب الجنسية المغربية، وعلى النقيض من ذلك، زواج أجنبي من مغربية لا يخول له ذلك، اللهم اللجوء إلى طلب التجنيس مع ما يرتبط به من شروط وإجراءات خاصة. وبالتالي ليس هناك أي مبرر موضوعي لحرمان المرأة المغربية، أو بالأصح حرمان الأجنبي المتزوج بمغربية، من إمكانية اكتساب الجنسية المغربية، اللهم ترجيح وتمييز مكانة الرجل على مكانة المرأة.

وهكذا يتضح أن المشرع المغربي قد تجاوز مبادئ فقه الجنسية حول إمكانية اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط، من خلال تجاوزه من جهة لمبدأ وحدة الجنسية في العائلة¹، حيث لم يفرض الجنسية المغربية على الأجنبية كنتيجة حتمية للزواج بـرجل مغربي، كما أنه تجاوز من جهة أخرى مبدأ استقلالية جنسية المرأة في العائلة² ما دام لم يحرمها من الجنسية المغربية بصفة قاطعة، بل ترك لها الحرية في أن تتقدم بتصريح تعبر فيه عن رغبتها في اكتساب جنسية زوجها متى توافرت فيها بعض الشروط.

والشروط الواجب توافرها لتقديم تصريح باكتساب الجنسية المغربية تتمثل في:

- 1- وجود عقد زواج صحيح؛
 - 2- تقديم التصريح عند انتهاء أجل خمس سنوات على الزواج والإقامة بالمغرب كحد أدنى للأجل؛
 - 3- ضرورة إقامة الزوجة مع زوجها على إقليم المغرب بصفة منتظمة واعتيادية؛
 - 4- عدم معارضة وزير العدل داخل السنة الموالية لتاريخ إيداع التصريح.
- فالملاحظ أن المشرع المغربي، بخصوص وضعية المرأة الأجنبية المتزوجة بـرجل مغربي، أنه علق موافقة اكتساب الجنسية المغربية على موافقة السلطة المختصة من جهة، ولم يشترط فقدان الجنسية الأصلية كأساس لاكتساب الجنسية المغربية مما قد يؤدي إلى السقوط في حالة ازدواج الجنسية.

1 - يقصد بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة، دخول الزوجة الأجنبية التي تتزوج من وطني في جنسية زوجها بقوة القانون بمجرد انعقاد زواجهما، بغض النظر عن أي إجراء شكلي آخر كتقديم تصريح أو توافر شرط الإقامة أو الحصول على موافقة السلطة المختصة. انظر: والقيد الحسين، "الزواج المختلط في دول المغرب العربي"، مجلة المحاكم المغربية، عدد 59، أكتوبر- نونبر 1989، ص 12.

2 - يقصد بمبدأ استقلال الجنسية في العائلة، حفظ حق الزوجة في الاحتفاظ بجنسيتها الأصلية أو التخلي عنها بعد إبداء رغبتها الصريحة في ذلك، دون فرض الجنسية الطارئة عليها، فهذا المبدأ يمنع تأثير الجنسية بالزواج المختلط. ويعزز انصار هذا المبدأ وجهة نظرهم بفكرة المساواة بين الرجل والمرأة التي توجب عدم فرض جنسية زوجها عليها بلا إرادتها. انظر: حسن محمد الهداوي، "اكتساب الأجنبية لجنسية زوجها في التشريعات العربية"، مجلة الملحق القضائي، العدد 16، أبريل 1986، ص 196.

وبناء على ما سبق، فإن الإصلاح المحدث سنة 2007 لم يلتزم بفكرة المساواة بين الذكر والأنثى في مجال الزواج المختلط، فقد بقي هذا الأخير على حالته التي وجد عليه سنة 1958، أي اعتباره مصدرا للجنسية المغربية المكتسبة بالنسبة للمرأة الأجنبية المتزوجة من رجل مغربي دون الرجل الأجنبي المتزوج من امرأة مغربية¹.

الفقرة الثانية: وضعية المرأة المغربية المتزوجة بأجنبي

تندرج وضعية المرأة المغربية المتزوجة بأجنبي ضمن الاتجاه الفقهي القائل بعدم تأثير الزواج على جنسية الأجنبي المتزوج بوطنية، إذ يطغى هذا الاتجاه على الغالبية العظمى من تشريعات الجنسية في الدول العربية، بحيث ينكر هذا الاتجاه وجود أي تأثير لزواج الوطنية من أجنبي على جنسية هذا الأخير².

ومن هذا المنطلق، لم يكن المشرع المغربي قبل صدور قانون الجنسية لسنة 1958 ينص على أن زواج المغربية من رجل أجنبي يفقدها جنسيتها الأصلية حتى ولو اكتسبت جنسية زوجها، اعتبارا أن المبدأ السائد آنذاك هو مبدأ استقلالية جنسية المرأة؛ وكذا مبدأ الولاء الدائم للسلطان، الذي أقرته معاهدة مدريد بتاريخ 13 يوليوز 1880، واستقر عليه العمل القضائي قبل وبعد الاستقلال، إذ أن فقد الجنسية المغربية لا يتم إلا بإذن من الحكومة المغربية.

وعلاوة على ذلك، كانت سلطات الحماية الفرنسية ترجح الجنسية الفرنسية على الجنسية المغربية، على أساس سُمُو تشريع الدولة الحامية على تشريع الدولة المحمية، وذلك في حالة زواج امرأة مغربية من رجل فرنسي واكتساب جنسية زوجها، وهي الحالة التي كانت تحدث بالخصوص عند زواج اليهودية المغربية بيهودي فرنسي.

أما على مستوى العمل القضائي، نستحضر حيثيات قضية السيد بيير بورنيكس بصفته مدعيا، ضد زوجته السيدة عزران ماري، في شأن بطلان عقد الزواج المبرم بينهما بتاريخ 24 فبراير 1954. حيث يُستفاد من الملف أن المدعي، الذي هو من جنسية فرنسية وديانة مسيحية، تزوج بالمدعى عليها، التي هي مغربية الجنسية ويهودية الديانة، زواجا مدنيا وذلك أمام ضابط الحالة المدنية بمدينة مراكش بتاريخ 24 فبراير 1954.

التجأ المدعي إلى القضاء لإبطال عقد الزواج، استنادا إلى قانون الزوجة الذي يعتبر هذا الزواج باطلا، لكونه لم يسبقه زواج ديني، وأن ديانتها لا تجيز لها أن تتزوج شخصا من غير الديانة اليهودية. وجاء في تصدير الحكم: "إن المرأة المغربية طبقا للفصل 19 من قانون الجنسية لا تفقد جنسيتها المغربية بمجرد زواجها من أجنبي، ما لم توافق الدولة على ذلك بمرسوم يصدر بذلك"³.

أما بعد صدور قانون الجنسية لسنة 1958، فقد حرص المشرع في البند الثالث من الفصل 19 منه، على تنظيم وضعية المغربيات المتزوجات بأجانب، فأعطى الأولوية لحرية المرأة المغربية وإرادتها في الاحتفاظ بجنسيتها المغربية الأصلية إذا ما أرادت اكتساب جنسية زوجها الأجنبي. إلا أن المشرع قرن ذلك بشروط لا بد من توافرها منها:

1- إبرام عقد زواج من أجنبي، وأن يسمح لها قانون دولة زوجها بحمل جنسية زوجها؛

1 - أحمد زوكاغي، "إصلاح قانون الجنسية المغربية بمقتضى القانون رقم 06-62 مساواة لم تكتمل"، مجلة الملحق القضائي، عدد 45، سنة 2013، ص 9.

2 - شبورو نورية، "الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، الموسم الجامعي 2016/2017، ص 266.

3 - حكم عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء عدد 1279، ملف عدد 306/23، الصادر بتاريخ 13 يناير 1970، أورده أحمد عويبد، "المختار من الأحكام الكبرى للقانون الدولي الخاص الصادرة عن القضاء المغربي"، دار السلام للطباعة والنشر، الرباط، 2013، ص 32 - 35.

2- أن ترفع طلب التخلي عن الجنسية المغربية إلى وزير العدل قبل إبرام عقد الزواج؛

3- صدور مرسوم عن الحكومة يأذن لها بالتخلي عن جنسيتها المغربية وينشر بالجريدة الرسمية.

وبعد إصلاح قانون الجنسية المغربي سنة 2007، احتفظ المشرع المغربي على نفس البند وكذا على الصيغة التي حررت به منذ سنة 1958، مكرسا بذلك المكانة الثانوية للمرأة مقارنة بالرجل في مجال الجنسية. فقد صار من اللازم، رغبة في إحقاق وتأكيده مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، التنصيص على أن زواج المرأة المغربية من رجل أجنبي لا يؤثر في شيء على جنسيتها، تماما كما هو الشأن بالنسبة للرجل المغربي المتزوج من امرأة أجنبية، سيرا على نهج العديد من تشريعات الجنسية في هذا المضمار وخاصة التشريع الفرنسي الذي ينص في الفصل 1-21 من القانون المدني على أنه: "لا تأثير للزواج بحكم القانون على الجنسية"¹.

ويبقى تشريع الجنسية الجزائري من بين التشريعات المقارنة التي رسخت المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في اكتساب الجنسية في إطار الزواج، إذ نصت المادة التاسعة مكرر من قانون الجنسية الجزائرية على أنه: "يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية بموجب مرسوم متى توافرت الشروط الآتية:..." وعلى ذلك يمكن القول أن المشرع الجزائري عندما نص على تطبيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في منح الجنسية الأصلية للأبناء، فإنه عند التطبيق لم يضع أي قيد على هذا الحق، بل جاء هذا النص ليدعم الأم، ويؤكد حقها في إثبات جنسية أبنائها على قدم المساواة بالرجل².

وخلاصة القول أن مقارنة وضع المرأة المغربية المتزوجة من رجل أجنبي مع وضع المرأة الأجنبية المتزوجة من رجل مغربي، هي أن المرأة المغربية تعرف تهميشا غير مبرر بالمقارنة مع وضع الزوج المغربي، إذ كلما كانت الأجنبية المتزوجة من مغربي هي التي ترغب في اكتساب جنسية زوجها، فليس عليها إلا أن ترفع إلى وزير العدل بعد مرور خمس سنوات على إقامة العائلة في المغرب تصريحاً تطلب فيه اكتساب الجنسية المغربية، وتعتبر هذه الجنسية المكتسبة من طرفها إذا لم يبلغها وزير العدل معارضته داخل أجل سنة تلي تاريخ إيداع التصريح، ويسري مفعولها ابتداء من تاريخ عقد الزواج.

وعلى العكس من ذلك، عندما يكون الزوج الأجنبي الذي تزوج بامرأة مغربية هو الذي يسعى إلى اكتساب الجنسية المغربية، فإن الأمر يختلف تماما، إذ أن هذه الوضعية لم يشر إليها قانون الجنسية المغربي³، الشيء الذي يفيد بأن الزوج الأجنبي

¹ - L'article 21-1 du code civil français : "Le mariage n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité".

² - يسمينة العجال، "منح الجنسية الأصلية عن طريق رابطة الدم للأم، دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسكرة، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، السنة الجامعية 2010/2011، ص 237.

³ - تقدم مجموعة من أعضاء مجلس النواب المغربي بمقترح قانون يقضي بتغيير وتعديل الفصل 10 من الظهير الشريف رقم 1-58-250 الصادر في 21 صفر 1378 (6 شتنبر 1958) بسن قانون الجنسية المغربي بتاريخ 2017/11/17، إذ ينص هذا المقترح في مادته الفريدة على أنه: "يمكن للأجنبية المتزوجة من مغربي أو الأجنبي المتزوج من مغربية بعد مرور خمس سنوات على الأقل على إقامتها معا في المغرب بكيفية اعتيادية ومنظمة أن يتقدما أثناء قيام العلاقة الزوجية إلى وزير العدل بتصريح لاكتساب الجنسية المغربية.

لا يؤثر انتهاء العلاقة الزوجية على التصريح المقدم من طرف احدهما قبل انتهاء تلك العلاقة.

يبت وزير العدل بمثابة معارضة.

يسري مفعول اكتساب الجنسية ابتداء من تاريخ إيداع التصريح، غير أن التصرفات القانونية التي سبق لأحد المعنيين بالأمر أن ابرمها طبقا لقانونه الوطني قبل موافقة وزير العدل تبقى صحيحة.

يسوغ للأجنبية المتزوجة من مغربي أو الأجنبي المتزوج من مغربية قبل تاريخ إجراء العمل بهذا القانون، أن يكتسبها الجنسية المغربية بنفس الشروط المنصوص عليها في الفقرة الأولى أعلاه إذا كان زواجهما لم يفسخ ولم ينحل قبل إمضاء التصريح".

لا يمكنه اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الزواج المختلط، ويبقى الطريق الأوحى إلى ذلك هو سلوك مسطرة التجنيس، مع يتطلبه ذلك من توافر شروط قاسية وحق الوزير في الرفض بالرغم من تحقق تلك الشروط¹.

إن كل ما نص عليه قانون الجنسية المغربي في شأن وضعية المرأة المغربية المتزوجة برجل أجنبي، هو إمكانية فقدانها للجنسية المغربية إذا ما عبرت عن رغبتها في ذلك، وأذن لها بواسطة مرسوم يصدر قبل عقد الزواج. كما أن فقدانها للجنسية المغربية ذو أثر شخصي، إذ لا تمتد آثاره إلى أبنائها المزدادين من زواج سابق. خلاف لما هو عليه بالنسبة لفقدان الزوج المغربي لجنسيته، إذ في هذه الحالة تمتد آثار الفقد إلى الأولاد القاصرين إذا كانوا يسكنون معه فعلا.

المطلب الثاني: تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجة في التشريع المقارن

نلاحظ في الآونة الأخيرة انتشار الزواج بين طرفين من جنسيتين مختلفتين، وهذا الزواج عاد ليحتل مكانة خاصة ضمن جملة من القضايا المعاصرة والمطروحة على الفقه والتشريع المقارن، لذلك سنحاول ملامسة هذا الإشكال من خلال التطرق إلى وضعية المرأة الأجنبية المتزوجة بوطني (الفقرة الأولى) ووضعية المرأة الوطنية المتزوجة بأجنبي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: وضعية المرأة الأجنبية المتزوجة بوطني

لاشك أن الجنسية المكتسبة بمقتضى الارتباط العائلي، تتأثر إلى حد كبير بالأوضاع الاجتماعية المتأصلة في المجتمع، وفق جملة من الاعتبارات ترتبط ارتباطا وثيقا بالعادات والتقاليد وكذا بالنظام العام في النظم القانونية المقارنة، الأمر الذي يؤدي بنا إلى بيان أن هذا الموضوع تتقاسمه فكرتان أساسيتان هما: وحدة الجنسية في العائلة، واستقلال الجنسية في العائلة.

وغني عن البيان أن مبدأ استقلال الجنسية في العائلة يقضي بعدم تأثر الجنسية بالزواج المختلط، أي أن الزوجة الأجنبية لها كامل الحق في الاحتفاظ بجنسيتها الأصلية أو التخلي عنها دون فرض جنسية زوجها عليها. ومن هذا المنطلق، يُعدّ المشرع التونسي من بين التشريعات التي تبنت هذا المبدأ في قانون جنسيتها، إذ منحت مجلة الجنسية التونسية للمرأة الأجنبية المتزوجة بتونسي الحق في اكتساب الجنسية الوطنية. وقد أحاطت المجلة هذا الحق بمجموعة من الشروط أهمها شرط الإقامة لفترة زمنية لا تقل عن سنتين. وفي هذا السياق، ينص الفصل 13 من المجلة على أنه: "يمكن للمرأة الأجنبية المتزوجة بتونسي والتي بموجب قانونها الوطني تحتفظ بجنسيتها الأصلية رغم تزوجها بأجنبي أن تطلب الجنسية التونسية بتصريح يقع طبق الشروط المنصوص عليها بالفصل 39 من هذه المجلة وذلك إذا كان الزوجان مقيمين بتونس منذ عامين على الأقل".

وحرصا على عدم بقاء المرأة الأجنبية المتزوجة بتونسي بدون جنسية، اكتسب المشرع المرأة الأجنبية بقوة القانون، الجنسية التونسية إذا كان قانونها الوطني يجردها من جنسيتها الأصلية متى تزوجت بأجنبي، وهذا ما ينص عليه الفصل 13 من المجلة: "تصبح تونسية منذ تاريخ عقد زواجها المرأة الأجنبية التي تزوج بتونسي إذا كان قانونها الوطني يجردها من جنسيتها الأصلية متى تزوجت بأجنبي".

إن تبني المشرع التونسي مبدأ حماية المرأة الأجنبية من حالة انعدام الجنسية، راجع إلى مصادقة جمهورية تونس على اتفاقية خفض حالات انعدام الجنسية لسنة 1961 بمقتضى القانون عدد 33 لسنة 2000 بتاريخ 2000/03/21، والمنشور بالرائد الرسمي (الجريدة الرسمية) بمقتضى الأمر عدد 2073 لسنة 2000 بتاريخ 2000/09/18، والتي تنص في المادة الخامسة منها على أنه: "إذا كان قانون الدولة المتعاقدة يُرتب فقدان الجنسية على أي تغيير في الوضع الشخصي، كالزواج

1 - أحمد حميوي، "وضعية المرأة في قانون الجنسية المغربي بعد التعديل"، المجلة المغربية للطفل والأسرة، العدد 01، يناير 2010، ص 147.

أو انقضاء الزواج أو إثبات النسب أو الاعتراف بالنسب أو التبني، يتوجب جعل هذا الفقدان مشروطا بحياسة أو اكتساب جنسية أخرى".

كما صادق المشرع التونسي على اتفاقية جنسية المرأة المتزوجة لسنة 1957، والتي صادق عليها جمهورية تونس بمقتضى القانون 41 لسنة 1967 لسنة 1967، والمنشور بالرائد الرسمي عدد بمقتضى الأمر عدد 19 لسنة 1968 بتاريخ 1968/05/10، والتي تنص في المادة الثالثة: "توافق كل من الدول المتعاقدة على أن للأجنبية المتزوجة من أحد مواطنيها، إذا طلبت ذلك، أن تكتسب جنسية زوجها، من خلال إجراء تجنس امتيازي خاص، ويجوز إخضاع منح هذه الجنسية للقيود التي تفرضها مصلحة الأمن القومي أو النظام العام".

وعلى غرار المشرع التونسي، انتصر المشرع الجزائري لمبدأ استقلال الجنسية في العائلة من خلال منح إمكانية اكتساب الجنسية الجزائرية من طرف المرأة الأجنبية المتزوجة بجزائري. وفي هذا الإطار، تنص المادة التاسعة مكرر على أنه: "يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية بموجب مرسوم متى توفرت الشروط الآتية:

- أن يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ ثلاث سنوات على الأقل عند تقديم طلب التجنس،
- الإقامة المعتادة والمنظمة بالجزائر مدة عامين على الأقل،
- التمتع بحسن السيرة والسلوك،
- إثبات الوسائل الكافية للمعيشة".

وفي المقابل، لم يُشر المشرع الجزائري إلى إمكانية فرض الجنسية على المرأة المتزوجة بجزائري في حالة ما إذا كان قانونها الوطني يجردها من جنسيتها من جراء زواجها بأجنبي، وهو ما يمكن أن يؤدي إلى السقوط في حالة انعدام الجنسية بالنسبة لتلك المرأة الأجنبية في حالة وفاة أو طلاقها من زوجها الجزائري. ومرد ذلك راجع إلى عدم مصادقة الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة في شأن جنسية المرأة المتزوجة واتفاقية خفض حالات انعدام الجنسية.

أما موقف المشرع المصري من مبدأ استقلال الجنسية في العائلة، فيتجسد من خلال مضمون المادة السابعة من قانون الجنسية المصرية التي تنص على: لا تكتسب الأجنبية التي تزوج من مصري جنسيته بالزواج إلا إذا أعلن وزير الداخلية برغبتها في ذلك ولم تنته الزوجية قبل انقضاء سنتين من تاريخ الإعلان لغير وفاة الزوج، ويجوز لوزير الداخلية بقرار مسبب قبل فوات مدة السنتين حرمان الزوجة من اكتساب الجنسية المصرية".

وحرصا على عدم سقوط الزوجة الأجنبية المتزوجة بمصري في حالة انعدام الجنسية عند انتهاء رابطة الزواج، فقد نص المشرع المصري على عدم فقد الزوجة الأجنبية للجنسية المصرية إلا إذا استردت جنسيتها الأصلية أو تزوجت من أجنبي واكتسبت جنسيته. وفي هذا الإطار، نصت المادة الثامنة على أنه: "إذا اكتسبت الأجنبية الجنسية المصرية طبقا لأحكام المادتين السابقتين فلا تفقدها عند انتهاء الزوجية إلا إذا استردت جنسيتها الأجنبية أو تزوجت من أجنبي ودخلت في جنسيته طبقا لقانون هذه الجنسية".

الفقرة الثانية: وضعية المرأة الوطنية المتزوجة بأجنبي

إذا كانت وضعية المرأة الأجنبية المتزوجة بوطني في جل تشريعات الجنسية المقارنة تحفظ حق هذه الزوجة في الاحتفاظ أو التخلي عن جنسيتها الأصلية في إطار مبدأ استقلال الجنسية في العائلة، فإن المركز القانوني للمرأة الوطنية المتزوجة بأجنبي يختلف باختلاف الأنظمة القانونية المقارنة.

وهذا نجد المشرع الجزائري قد سَوَّى بين الوطنية والأجنبية في اكتساب الجنسية الجزائرية في إطار الزواج المختلط منتصرا بذلك لقاعدة المساواة بين الجنسين في الحق في الجنسية. وفي هذه الصدد، تنص المادة التاسعة مكرر على أنه: "يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية بموجب مرسوم متى توفرت الشروط الآتية: ...". وفي جميع الأحوال يمكن للأجنبي أن يكتسب الجنسية الجزائرية، خارج إطار الزواج المختلط، أي عن طريق التجنيس شرط احترام مجموعة من الشروط المنصوص عليها في المادة العاشرة من قانون الجنسية الجزائرية الخاصة بالتجنس.

إذا كان الأجنبي المتزوج من المرأة الجزائرية يمكن أن يكتسب الجنسية الوطنية عن طريق الزواج المختلط أو عن طريق التجنس، فإن الأمر يختلف في تشريع الجنسية التونسية، إذ لا يمكن للأجنبي المتزوج من امرأة تونسية أن يكتسب جنسية زوجته عن طريق الزواج المختلط، وتبقى الوسيلة الفريدة المتاحة هي عن طريق التجنس. ومن هذا المنطلق، كرس المشرع التونسي وضعية اللامساواة بين الجنسية في اكتساب الجنسية الوطنية في إطار الزواج المختلط، إذ للتونسي أن يمنح الجنسية لزوجته الأجنبية، في حين يحظر على التونسية منح الجنسية لزوجها الأجنبي.

ويبقى لهذا الأخير إمكانية اكتساب الجنسية التونسية عن طريق التجنس مع احترام مجموعة من الشروط أهمها تقديم طلب في الموضوع وإثبات الإقامة الاعتيادية بتونس منذ خمسة أعوام سابقة عن تقديم ذلك الطلب. وفي هذا الإطار، ينص الفصل 20 على أنه: "لا يمكن منح الأجنبي الجنسية التونسية بطريق التجنس إلا إذا اثبت أنه اعتاد الإقامة بتونس منذ خمسة أعوام سابقة عن تقديم طلبه، وذلك مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها بالفصل 2 الاتي".

وفي المقابل، أعطى المشرع التونسي الأجنبي المتزوج بتونسية من شرط الإقامة المنصوص عليه في الفصل 20، إذ ينص الفصل 21 من مجلة الجنسية التونسية على أنه: "يمكن أن يتجنس بالجنسية التونسية بدون شرط الإقامة المنصوص عليها في الفصل المتقدم:

1) الشخص الذي ثبت أن جنسيته الأصلية كانت الجنسية التونسية،

2) والأجنبي المتزوج بتونسية إذا كان الزوجان مقيمين بتونس حين تقديم الطلب".

فإذا كان المشرع التونسي قد منح الزوج الأجنبي المتزوج بتونسية امتياز اكتساب الجنسية الوطنية في إطار التجنيس ودون شرط الإقامة الاعتيادية، فإن المشرع المصري لم يتبنى هذا الامتياز، وسَوَّى بين الأجنبي المتزوج بمصرية مع الأجنبي المتزوج بغير المصرية في اكتساب الجنسية المصرية. وهكذا لا يسع للأجنبي المتزوج بمصرية سوى سلوك مسطرة التجنس مع ما تفرضه هذه المسطرة من شروط خاصة تختلف حسب المركز القانوني للأجنبي. وفي هذا الإطار تنص المادة الرابعة من قانون الجنسية المصرية على: "لكل أجنبي جعل إقامته العادية في مصر مدة عشر سنوات على الأقل سابقة على تقديم طلب التجنس متى كان بالغا سن الرشد وتوافرت فيه الشروط المبينة في البند (رابعا)".

خاتمة

من خلال هذه الإحاطة البسيطة على المركز القانوني للمرأة والطفل في قانون الجنسية المغربي والمقارن، نستشف أن المشرع المغربي قد اجتهد في إدخال بعض التعديلات ذات الطابع الحقوقي على وضعية المرأة همت بالأساس الارتقاء بمكانتها وحفظ كرامتها.

وإذا كان مسلسل الإصلاح قد بدأ مع تعديل الفصل السادس من قانون الجنسية المغربي مراعاة لوحدة الأسرة واستمرارها، وتحقيق التوازن بين طرفي هذه المؤسسة ومنع أي شكل من أشكال التمييز بينهما، إلا أن هذه المبادئ تم تجاهلها على مستوى باقي فصول القانون وعلى مستوى العديد من الحقوق. فهذا القانون لا يزال مجالا خصبا لأشكال التمييز بين الرجل

والمرأة في اكتساب الجنسية، إذ ميز تمييزاً سلبياً من خلال فصوله بين الجنسين، فلا يكاد المشرع يعطي حقاً لصالح المرأة إلا بعد أن يكون قد حرّمها من عدة حقوق تدعم كينونتها كإنسان.

كما أن المشرع لم يعمل من خلال تشريع الجنسية على تفعيل مبدأ المساواة بشكل مطلق على مستوى جميع فصوله، لا سيما بعد التعديل الدستوري لسنة 2011 إذ سعى من خلاله إلى دسترة مجموعة من الحقوق والحريات وعلى رأسها إرساء مبادئ المناصفة والمساواة بين الرجل والمرأة في الفصل 19 منه، وكذا دسترة الحماية الحقوقية والاجتماعية والاقتصادية للأسرة بما يضمن وحدتها واستقرارها.

وبناء على ما سبق، ومن خلال النتائج المتوصل بها في هذا البحث، أمكن توظيف هذه الأخيرة بالشكل الذي يسمح بالبرهنة على مدى صحة فرضيات البحث. وهكذا نجد نتائج التحليل سلبية عند محاولة التأكد من صحة فرضية البحث الأولى، التي افترضت استحضر المشرع المغربي لمقاربة النوع الاجتماعي، حيث تكون فيه للمرأة حقوقاً متساوية مقارنة بالرجل فيما يخص اكتساب أو نقل الجنسية المغربية من الأصول إلى الفروع.

وعلى النقيض من ذلك، نجد نتائج التحليل إيجابية عند محاولة التأكد من صحة الفرضية الثانية التي افترضت استحضر المشرع المغربي بمجموعة من الاعتبارات الدينية والسوسولوجية والقانونية في سَنَةِ لقانون الجنسية، من خلال التمييز الصارخ بين الرجل والمرأة في مجال نقل الجنسية المغربية وتفضيل حق الدم من ناحية الأب على حق الدم من ناحية الأم من جهة، والتضارب الحاصل بين مدونة الأسرة التي تنص على مبدأ المساواة بين الأب والأم، وبين قانون الجنسية الذي ينص على التمييز بينهما في نقل الجنسية من جهة أخرى.

نخلص من هذا إلى أن وضعية المرأة المغربية مازالت تحتاج إلى عناية المشرع التي يجب أن تتجسد بنصوص واضحة لا تسمح بتأويلها ويبقى المبتغى هو تجاوز كل الوضعيات الصعبة، غير أن بلوغ هذا الهدف يظل رهيناً بمدى الرغبة السياسية للدولة ومدى حزمها على ابتكار حلول عملية وفعالة من شأنها تحقيق المساواة والعدالة والتوازن للمرأة المغربية وذلك في سياق وطني ودولي متمسحاً بعولمة منظومة حقوق الإنسان، خصوصاً بعد الإصلاح الدستوري لسنة 2011، وانضمام المغرب إلى عدة اتفاقيات دولية متعلقة مرتبطة بالمرأة والطفل، وكذا تحديث ترسانته القانونية وخاصة قانون الجنسية، مدونة الأسرة، قانون الحالة المدنية، وقانون كفالة الأطفال المهملين.

ولتجاوز هذا الوضع، صار من اللازم القيام بجيل جديد من الإصلاحات على مستوى قانون الجنسية يهتم بالأساس بتوحيد أسس منح الجنسية بغض النظر عن أصنافها بشكل يسمح بمساواة ترفع المعاناة والتمييز الذي يطال المرأة المغربية ولا تقايس الانتماء والكرامة باعتبار أن للجنسية معاني نبيلة تسمو على كل المشاعر، وخاصة إذا ما ارتبطت بمصير الأطفال واستقرارهم ومستقبلهم في وطن يشعرون بانتمائهم له بغض النظر عن السياق القانوني الراض لهذا الانتماء أو المقيد له في ضوء شروط قاسية وإجراءات معقدة.

لائحة المراجع

- 1- إبراهيم زعيم، "الزواج المختلط: ضوابطه وإشكالاته"، مجلة المحاكم المغربية، عدد 96، شتبر- أكتوبر 2002.
- 2- أحمد حميوي، "وضعية المرأة في قانون الجنسية المغربي بعد التعديل"، المجلة المغربية للطفل والأسرة، العدد 01، يناير 2010.
- 3- أحمد زوكاغي، "إصلاح قانون الجنسية المغربية بمقتضى القانون رقم 06-62 مساواة لم تكتمل"، مجلة الملحق القضائي، عدد 45، سنة 2013.
- 4- أحمد زوكاغي، "الجنسية المغربية الأصلية المبنية على رابطة النسب من جهة الأم"، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد 9 - 10، نونبر 2004.
- 5- إدزي عبد اللطيف، "دور النيابة العامة في الزواج المختلط"، مجلة المرافعة، عدد 17، يونيو 2006.
- 6- السعدية بلخير، "الأحوال الشخصية للأجانب في التشريع المغربي"، الجزء الأول، مطبعة الساحل، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، الرباط، 1981.
- 7- حسن محمد الهداوي، "اكتساب الأجنبية لجنسية زوجها في التشريعات العربية"، مجلة الملحق القضائي، العدد 16، أبريل 1986.
- 8- حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء-أنفا عدد 42، ملف شرعي عدد 90/958، الصادر بتاريخ 20 يناير 1994، منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 70، لسنة 1994.
- 9- حكم عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء عدد 1279، ملف عدد 306/23، الصادر بتاريخ 13 يناير 1970، أورده أحمد عوبيد، "المختار من الأحكام الكبرى للقانون الدولي الخاص الصادرة عن القضاء المغربي"، دار السلام للطباعة والنشر، الرباط، 2013.
- 10- سعيد يوسف البستاني، "إشكالية وآفاق تطور قانون الجنسية في لبنان والدول العربية"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- 11- شورو نورية، "الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، الموسم الجامعي 2016/2017.
- 12- عزيز الوالي، "الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة عن النيابة العامة"، بحث نهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء بالرباط، الفوج 37، فترة التدريب 2011/2012.
- 13- ليلي بن سدرين الشريف الكتاني: "حقوق المرأة بين الفقه والقانون في المغرب، مدونة الأسرة والمواثيق الدولية: دراسة جامعة لنصوص القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة والنصوص القانونية"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2015.
- 14- محمد الكشور، "الوسيط في قانون الأحوال الشخصية"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الرابعة، 1999.
- 15- محمد المهدي، "حق الطفل في الجنسية المغربية الأصلية: دراسة على ضوء مستجدات قانون 62-06"، مجلة الملف، العدد 14، مارس 2009.

- 16- محمد المهدي، "مدى حق المرأة في نقل جنسيتها إلى أولادها بناء على حق الدم- دراسة مقارنة"، مجلة الملحق القضائي، العدد 40، يناير 2007.
- 17- محمد بوزلافة، "قانون الجنسية ومقاربة النوع الاجتماعي"، مجلة القانون والاقتصاد، عدد 25، أبريل 2011.
- 18- مروان عبادي، "مظاهر التهميش في قانون الجنسية المغربية"، منشور بالموقع الإلكتروني: <http://droitagadir.blogspot.com>
- 19- نايف عبد الجليل الحميدة، "حقوق المرأة في إطار القانون الدولي المعاصر والاتفاقيات الإقليمية"، مجلة الفقه والقانون، العدد 32، يونيو 2015.
- 20- نرجس البكوري، "المركز القانوني للمرأة في ضوء قانون الجنسية المغربية"، المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، العدد 5، السنة الثالثة، 2014.
- 21- والقيد الحسين، "الزواج المختلط في دول المغرب العربي"، مجلة المحاكم المغربية، عدد 59، أكتوبر- نونبر 1989.
- 22- يسمينة العجال، "منح الجنسية الأصلية عن طريق رابطة الدم للأم، دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسكرة، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، السنة الجامعية 2010/2011.

الضمانات القانونية للنساء في مواجهة العدالة الجنائية: "دراسة مدى مطابقة

التشريعات الجزائرية والكويتي للصكوك والمواثيق الدولية ذات الصلة"

د. سعدي فتيحة، أستاذة محاضرة أ، جامعة محمد بن أحمد، وهران 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر.

Legal safeguards for women in the face of criminal justice: "Examining the compatibility of

Algerian and Kuwaiti legislation with international instruments and conventions

Fatiha SAADI, Oran 2 University – Algeria.

Abstract;

There are many instruments and international conventions calling for the respect of the rights of prisoners, including what is common between the genders, including with regard to women, for the specificity of their gender. In contrast, there are many human rights organizations, which are often publishing a periodic reports of the existence of abnormal violations of the women's rights dealing with criminal justice in the Arab countries their goal (As declared) to promote the rights of this category, like if they are countries that did not achieve any significant development in the direction of adopting a punitive policy aimed at reforming and rehabilitating convicted persons rather than taking vengeance against them.

So I thought through this study addressing an overview about what is prescribed concerning the guarantees for women in the face of criminal justice in both Algerian and Kuwaiti laws, in order to determine the matching according to the international conventions, for both those in common gender or those that are unique to women, in order to achieve the primary goal, that is to stand at the pros and cons of the legal texts in these two countries, and try to fill the shortcomings.

If my choice of Algerian legislation stems from my being an Algerian citizen and a researcher interested in Algerian legal affairs, my choice of Kuwaiti law stems from my reading of the state of Kuwait's adoption of a genuine policy towards the respect of the universal human rights standards.

Key words: Non-custodial measures - Abortion - Nelson Mandela Rules - Tokyo Rules - Bangkok Rules.

ملخص للدراسة باللغة العربية

توجد العديد من الصكوك والمواثيق الدولية الداعية لاحترام حقوق السجناء، منها ما هو مشترك بين الجنسين ومنها ما يخص النساء بالنظر إلى خصوصية نوعهن الاجتماعي، وفي المقابل هناك عديد المنظمات الحقوقية التي كثيرا ما تصدر تقارير دورية تتحدث عن وجود هدر غير طبيعي لحقوق النساء المتعاملات مع العدالة الجنائية في الدول العربية، هدفها (المعلن) الرقي بحقوق هذه الفئة، وكأن الأمر يتعلق بدول لم تحقق أي تطور يذكر في اتجاه اعتماد سياسة عقابية هدفها إصلاح المحكومين وتأهيلهم بدلا من الانتقام منهم.

لذلك ارتأيت من خلال هذه الدراسة التطرق إلى الضمانات المقررة للنساء في مواجهة العدالة الجنائية في كل من القانونين الجزائري والكويتي، بغية تحديد مدى مطابقتها للصكوك والمواثيق الدولية ذات الصلة، سواء تلك المشتركة بين الجنسين أو تلك التي تنفرد بها المرأة، من أجل تحقيق هدف أساسي، هو الوقوف عند إيجابيات وسلبيات النصوص القانونية مهذين البلدين، ومحاولة سد مواطن النقص فيها.

هذا وإذا كان اختياري للتشريع الجزائري نابعا من كوني مواطنة وباحثة جزائرية مهتمة بالشأن القانوني الجزائري، فإن اختياري للقانون الكويتي نابع من قراءاتي عن اعتماد دولة الكويت لسياسة حقيقية في اتجاه الالتزام بالمعايير العالمية لحقوق الإنسان.

الكلمات الدالة: التدابير غير الاحتجازية- العقوبة الحبسية- قواعد نلسون مانديلا- قواعد طوكيو- قواعد بانكوك.

مقدمة

لا يقتصر الهدف من السياسة العقابية على البحث عن أفضل الصيغ التي يمكن اعتمادها في تحرير مواد قانون العقوبات والقوانين ذات الصلة به، وإنما يجب أن يمتد هذا الهدف إلى الاهتمام بتكوين سليم للقضاة باعتبارهم العنصر البشري الذي توكل له مهمة تطبيق هذه المواد، وإلى العمل على إنشاء إدارة عقابية ذات كفاءة تقوم بتنفيذ الأحكام على نحو يتم فيه احترام حقوق المنفذين لعقوبات احتجازية من الجنسين، ضمن ما أضحي يعرف بحقوق السجناء التي لا يجب - بأي حال من الأحوال - أن تحول دون تحقيق الهدف من العقوبة ممثلا في غرضين، أولهما منع الجاني من العودة إلى ارتكاب الجريمة ضمن ما يسمى بالردع الخاص، وثانيهما منع باقي أفراد المجتمع من تقليد الجاني ضمن ما يسمى بالردع العام.

هذا وإذا كانت النصوص القانونية لا تفرق بين الرجل والمرأة في تقريرها للعقوبات الاحتجازية وغير الاحتجازية على حد سواء، فإن تنفيذ هذه العقوبات يقتضى مراعاة النوع الاجتماعي للمرأة باعتبارها أكثر هشاشة من الرجل في الأوضاع الطبيعية، لتظهر هشاشتها بوضوح في تعاملها مع العدالة الجنائية، لاسيما خلال فترة تجريمها من الحرية تنفيذا لعقوبة حبسية أو سجنية.

وعلى هذا الأساس ارتأيت تناول الضمانات القانونية اللازمة للنساء المتعاملات مع العدالة الجنائية باعتبارهن أكثر ضعفا من الرجل وأقل تحملا للحرمان من الحرية وظروف الاحتجاز، ضمن ما يعرف بالتمييز الإيجابي الذي يجد أساسه في حاجة المرأة إلى عناية خاصة بما ينسجم مع متطلباتها الخاصة.

أولاً- أهمية الدراسة

1- تهتم هذه الدراسة بالبحث في الضمانات القانونية للنساء في مواجهة العدالة الجنائية في تشريعين عربيين دون سواهما، هما التشريع الجزائري والتشريع الكويتي، وهي دراسة تستمد أهميتها من ارتباطها بحقوق المرأة المتعاملة مع العدالة الجنائية بالنظر إلى كونها من الفئات المستضعفة المحتاجة إلى رعاية وعناية خاصة تتفق ومتطلباتها الخاصة.

ذلك أنه بعيداً عن محاولة البحث في تحديد أي الجنسين أكثر رجاحة عقل، وبعيداً عن محاولة تحديد أيهما أقل رعونة، وأيهما أكثر تبصراً وحيطة، أو أيهما أكثر ميولاً للانحراف والإجرام، يجب الاعتراف بأن المرأة تبقى أولاً وأخيراً جنساً بشرياً، وأن هذا الجنس له خصوصياته، فالمرأة هي التي تحيض، وهي التي تحمل وتضع وترضع، بل وتجهض أحياناً، وهي التي قد تجد نفسها في مثل هذه الأوقات الحرجة موقوفة للنظر أو منفذة لعقوبة حبسية أو سجنية.

إنها ظروف استثنائية تتعلق بالمرأة دون الرجل وتستدعي توفير حماية قانونية خاصة بها، بل وإن هذه الحماية يجب أن تمتد لتشمل الجنين الذي تحمله والمولود الذي يمكن أن تضعه أثناء تنفيذ عقوبتها.

2- تقترح هذه الدراسة الخوض في الضمانات القانونية للمرأة في تعاملها مع العدالة الجنائية، وهي تتناول الموضوع في كل من القانونين الجزائري والكويتي، لتظهر أهمية أخرى للموضوع من حيث كونه موضوعاً يتناول بالدراسة إشكالية تتعلق بمجال حقوق المرأة المتعاملة مع العدالة الجنائية في دولتين عربيتين، علماً أن المنظمات الدولية كثيراً ما تهتم الدول العربية بالهدر غير الطبيعي لحقوق السجناء من الجنسين.

ثانياً- أهداف الدراسة

1- تهدف هذه الدراسة إلى البحث في مدى مطابقة القانونين الجزائري والكويتي للصكوك والمواثيق الدولية المرتبطة بالضمانات المقررة للنساء في مواجهة العدالة الجنائية، لا فرق في ذلك بين الضمانات المشتركة بين الجنسين أو تلك التي تنفرد بها المرأة، من أجل الوقوف عند إيجابيات وسلبيات النصوص القانونية في هذين البلدين، ومحاولة سد الثغرات التي تعترضها.

2- ومن جهة أخرى تهدف هذه الدراسة أيضاً إلى توجيه النظر إلى فئة خاصة من النساء نادراً ما تهتم بها جمعيات حقوق المرأة في الدول العربية التي أصبح أكثر ما يشغلها متمثلاً في الدفاع عن حقوق النساء اللواتي تعشن أوضاعاً اقتصادية صعبة لعدم وجود معيل لهن، أو النساء اللواتي تعانين من العنف الأسري، رغم أن المرأة المتعاملة مع العدالة الجنائية تحتاج هي الأخرى إلى رفع الغبن عنها، ونقل احتياجاتها من داخل أسوار المؤسسة العقابية إلى خارجها، لاسيما وأن المجتمع المدني ما زال يحتاج في دولنا العربية إلى نشر الوعي في صفوفه، بغرض الحيلولة دون إصداره للأحكام الاعتباطية في مواجهة هذه الفئة من النساء التي تعاني من هجر المجتمع بشكل يحول دون اندماجها فيه بعد انقضاء فترة العقوبة، بل وقد يحول دون تحقيق العقوبة لغرضها في الإصلاح أصلاً، نظراً لما هو سائد مجتمعياً من أن السجن شرف للرجل وعار على المرأة.

ثالثاً- إشكالية الدراسة

ما هي الضمانات القانونية المتاحة للنساء في مواجهة العدالة الجنائية تحقيقاً لمبدأ المساواة بينها وبين الرجل في التشريعين الجزائري والكويتي، وما مدى احترام المواثيق والصكوك الدولية ذات الصلة بالموضوع في هذين البلدين؟

رابعاً- منهج الدراسة

تم اعتماد المنهج التحليلي الاستقرائي في التعامل مع المواد القانونية المرتبطة بموضوع الدراسة في كل من القانون الجزائري والكويتي من جهة، وتلك الواردة في المواثيق والصكوك الدولية ذات الصلة من جهة أخرى، كما تم اعتماد المنهج المقارن للمقارنة بين القانونين الجزائري والكويتي والمفاضلة بينهما في أكثر من مناسبة.

خامساً- خطة الدراسة

نحاول الإجابة عن إشكالية موضوع البحث بالتطرق في المبحث الأول إلى الضمانات الدولية التي تتمتع بها المرأة خلال فترة تعاملها مع العدالة الجنائية باعتبارها محبوسة أو خاضعة لتدبير غير احتجائي، وفي مرحلة ثانية ننتقل إلى دراسة كيفية تعامل كلا من المشرع الجزائري والكويتي مع هذه الإشكالية بهدف البحث في مدى احترامهما للمواثيق والصكوك الدولية ذات الصلة بالموضوع.

وبناء على ذلك فإن المبحث الأول يهدف إلى حصر أهم ما تتمتع به المرأة من ضمانات دولية في تعاملها مع العدالة الجنائية، دون التفرقة في ذلك بين الضمانات التي تشترك فيها مع الرجل، أو تلك التي تنفرد بها بالنظر إلى نوعها الاجتماعي.

أما المبحث الثاني فنقترح من خلاله قراءة وتحليل القوانين الجزائرية والكويتية ذات الصلة بالموضوع بغية الوصول إلى مدى مطابقتها للمواثيق والصكوك الدولية التي تم تحليلها في المبحث الأول.

ومن ثم فإن هذه الورقة البحثية تقترح قراءة في التدابير الحمائية الواردة في كل من قواعد نلسون مانديلا وقواعد طوكيو باعتبارهما صكوكا دولية تتضمن تدابير حمائية تشترك فيها المرأة مع الرجل في تعاملها مع العدالة الجنائية، كما تقترح أيضا قراءة في قواعد بانكوك باعتبارها صكا دوليا يتعلق بالمرأة دون سواها.

ومن أجل البحث في مدى احترام القانونين الجزائري والكويتي للتدابير الحمائية التي تتمتع بها المرأة بمقتضى هذه الصكوك والمواثيق الدولية، تقترح هذه الدراسة قراءة في كل من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري وقانون العقوبات الجزائري، إضافة لكل من قانون تنظيم السجون الكويتي و قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي.

المبحث الأول: الضمانات الدولية التي تتمتع بها المرأة خلال فترة تعاملها مع العدالة الجنائية

تتمتع المرأة باعتبارها كائنا بشريا بنفس الحقوق التي يتمتع بها الرجل وفق مقتضيات المواثيق والصكوك الدولية المرتبطة بتعاملها مع العدالة الجنائية، وبذلك فإنهما يخضعان في هذا الخصوص أساسا إلى قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء¹ أو قواعد نيلسون موندبلا²، إضافة إلى قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا للتدابير غير الاحتجازية التي يطلق عليها اسم قواعد طوكيو².

¹ قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم A/70/490، الصادر في 17 ديسمبر 2015 المتضمن لقواعد نلسون مانديلا.

² قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم ARES/45/110، الصادر في 14 ديسمبر 1990 المتضمن لقواعد طوكيو.

غير أنه ونظرا لقصور هذه القواعد في مراعاة خصوصية المرأة في تعاملها مع العدالة الجنائية فقد عمد المجتمع الدولي إلى وضع معايير دولية خاصة بالنساء، هي بمثابة ضمانات دولية لحقوق السجينات، ضمن ما تمت تسميته بقواعد الأمم المتحدة لمعاملة السجينات والتدابير غير الاحتجازية للمجرمات أو قواعد بانكوك¹.

وبناء على ذلك يمكن إجمال الضمانات الدولية التي تتمتع بها المرأة خلال فترة تعاملها مع العدالة الجنائية بالتطرق للضمانات الواردة ضمن الصكوك الدولية المشتركة بين الجنسين، قبل التعرض للضمانات التي تنفرد بها المرأة بالنظر إلى نوعها الاجتماعي وفق قواعد بانكوك، باعتبارها صكا دوليا يتعلق بالمرأة دون سواها.

المطلب الأول: الضمانات الدولية للمرأة في تعاملها مع العدالة الجنائية وفق الصكوك الدولية المشتركة بين الجنسين

تعد قواعد نلسون مانديلا وقواعد طوكيو من أبرز الصكوك الدولية المشتركة بين الجنسين، المعالجة لإشكالية حقوق الإنسان المتعامل مع العدالة الجنائية، سواء كان مسجوناً أو خاضعاً لتدبير غير احتجازي، حيث تسمى قواعد نلسون مانديلا بقواعد الأمم المتحدة النموذجية لمعاملة السجناء تمييزاً لها عن القواعد التي اعتمدها الأمم المتحدة منذ 1955 تحت مسمى القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء والتي جاءت قواعد نلسون مانديلا من أجل تنقيحها مواكبة لتطور حقوق الإنسان، أما قواعد طوكيو فيطلق عليها اسم القواعد النموذجية الدنيا للتدابير غير الاحتجازية، على أساس أنها لا تتعلق بالمنفذين لعقوبة حبسية أو سجنية، وإنما بالخاضعين لتدبير غير احتجازي.

وعلى هذا الأساس نتطرق أولاً للتدابير الحمائية التي تتمتع بها المرأة المجردة من الحرية في تعاملها مع العدالة الجنائية وفق قواعد نلسون مانديلا، قبل تناول التدابير الحمائية للمرأة المتعاملة مع العدالة الجنائية باعتبارها خاضعة لتدبير غير احتجازي وفق قواعد طوكيو.

الفرع الأول: التدابير الحمائية للسجينات في إطار قواعد نيلسون مانديلا

يتيح الإطلاع على قواعد نيلسون مانديلا إمكانية تحديد ما جاءت به فيما يتعلق بالتدابير الحمائية التي تستفيد منها المرأة في تعاملها مع العدالة الجنائية، عن طريق التفرقة بين التدابير الحمائية التي تنفرد بها المرأة السجينة بالنظر إلى نوعها الاجتماعي، والتدابير الحمائية التي تشترك فيها المرأة مع الرجل.

أولاً: التدابير الحمائية التي تنفرد بها السجينات بمقتضى قواعد نيلسون مانديلا

أكدت قواعد نيلسون مانديلا على مبدأ عام مفاده ضرورة أخذ الاحتياجات الفردية للسجناء بعين الاعتبار دون النظر إلى هذه التدابير على أنها منطوية على أي تمييز²، وتطبيقاً لذلك منعت فرض الحبس الانفرادي على النساء إعمالاً لمعايير الأمم المتحدة وقواعدها في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية³، كما نصت على ضرورة تزويد النساء بالمرافق الخاصة الضرورية لتوفير الرعاية والعلاج قبل الولادة وبعدها، واتخاذ التدابير الممكنة من أجل ولادة الأطفال في مستشفى خارج السجن⁴.

¹ قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم A/RES/65229، الصادر في 21 ديسمبر 2010 المتضمن لقواعد بانكوك

² القاعدة رقم 2/2.

³ القاعدة رقم 45.

⁴ القاعدة رقم 28.

أكثر من ذلك عمدت قواعد نيلسون مانديلا إلى النص صراحة على أنه في السجون التي يوجد فيها الذكور والإناث معا، يجب وضع القسم المخصص للنساء تحت رئاسة موظفة مسؤولة، تؤمن على مفاتيح جميع أبواب هذا القسم، ولا يجوز لأي من موظفي السجن الذكور الولوج إلى قسم النساء ما لم يكن مصحوبا بموظفة أنثى، كما أن مهمة حراسة السجينات والإشراف عليهن يجب أن تعهد لموظفي السجن من النساء حصرا، دون أن يمنع ذلك الموظفين الذكور من ممارسة مهامهم المهنية في السجون أو أقسام السجون المخصصة للنساء، لا سيما إذا تعلق الأمر بالمعلمين والأطباء الذكور¹.

أما فيما عدا ذلك فإن قواعد نيلسون مانديلا لم تفرد أحكاما حمائية كثيرة متعلقة بالنساء السجينات، وهي بذلك لم تعدل كثيرا من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء فيما يتعلق بالتدابير الحمائية التي تنفرد بها المرأة السجينة بالنظر إلى نوعها الاجتماعي، ولعل ذلك يرجع إلى أن هذه القواعد قد تم اعتمادها بعد صدور قواعد الأمم المتحدة لمعاملة السجينات والتدابير غير الاحتجاجية للمجرمات التي اصطلح على تسميتها بقواعد بانكوك، والتي اهتمت باحتياجات المرأة السجينة دون سواها.

ثانيا: التدابير الحمائية المشتركة بين الجنسين بمقتضى قواعد نيلسون مانديلا

تعد قواعد نيلسون مانديلا صورة منقحة للقواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء، وهي قواعد تضمنت تدابير حمائية لا يستهان بها، تشترك فيها المرأة مع الرجل بما يتماشى والتطور الذي عرفته حقوق الإنسان عموما، وحقوق السجين خصوصا، بوصفه شخصا لا يراد الانتقام منه، وإنما إصلاحه تمهيدا لدمجه في المجتمع باعتباره عنصرا فعالا ومنتجا.

هذه التدابير الحمائية الجديدة تتعلق بعدة محاور يمكن إجمالها فيما يلي:

1- التدابير الحمائية المشتركة بين الجنسين لحظة الدخول إلى المؤسسة العقابية وفق قواعد نيلسون مانديلا:

2- جاءت قواعد نيلسون مانديلا بتدابير حمائية مشتركة بين الجنسين تبدأ لحظة الدخول إلى المؤسسة العقابية، حيث إنها نصت على ضرورة توفر أماكن الاحتباس على حد أدنى من الشروط الحافظة للكرامة الإنسانية²، كما أنها أكدت على وجوب توزيع السجناء قدر المستطاع على سجون قريبة من منازلهم أو من أماكن تأهيلهم اجتماعيا³، وتضمنت تعليمات واضحة ومفصلة تتعلق بإجراءات تسجيل بيانات السجين وحفظ السجلات⁴، ووجوب تزويد السجين بالمعلومات المتعلقة بقانون السجن ولوائحه، إضافة إلى إطلاعها على حقوقه وواجباته، وكل ما يجب من أجل تكيفه مع الحياة داخل السجن، بما في ذلك كيفية تقديم الطلبات والشكاوى والحصول على المشورة القانونية من خلال برامج المساعدة القانونية⁵، إضافة إلى عدم التأخر في عرض السجين على طبيب أو غيره من أخصائيي الرعاية الصحية المؤهلين، بهدف تحديد احتياجاته من الرعاية الصحية واتخاذ جميع التدابير لتقديم العلاج، والتبليغ عن أي سوء معاملة يكون قد تعرض له السجين قبل دخول المؤسسة العقابية، واتخاذ التدابير الفردية والعلاجية عند رصد أي توتر نفسي يجعل السجين عرضة لمخاطر الانتحار أو إيذاء

¹ القاعدة رقم 1/81 و² و³

² القاعدة 12 إلى 17.

³ القاعدة رقم 59.

⁴ القواعد رقم 6 إلى رقم 10 بعنوان إدارة ملفات السجناء.

⁵ القاعدة رقم 54.

النفس، ورصد أية أعراض ناتجة عن التوقف عن تناول المخدرات أو الكحوليات أو الأدوية، مع وجوب العزل الإكلينيكي للسجناء الذين يعانون من أمراض معدية خلال فترة العدوى¹.

ومهما يكن من أمر فإن قواعد نلسون مانديلا لها الفضل في تكريس جملة من المبادئ التي لو تم احترامها وإدماجها في التشريعات الوطنية، لأسهم ذلك في الولوج إلى عهد جديد فيما يتعلق بالاحترام الكامل لحقوق السجناء، لا فرق في ذلك بين ما إذا كان السجن من الذكور أو الإناث، أما ما يمكن أن يقال من أن توفير حماية قانونية استثنائية للمرأة تبدأ بموجب هذه القواعد لحظة

الدخول إلى المؤسسة العقابية فيه مساس بمبدأ المساواة بين الجنسين وتشجيع على إجرام المرأة، فلا أساس له من الصحة لتعلق الأمر بتميز إيجابي، سببه حاجة المرأة إلى عناية خاصة تتفق ومتطلباتها الخاصة.

2- التدابير الحمائية المشتركة بين الجنسين خلال فترة تنفيذ العقوبة وفق قواعد نيلسون مانديلا:

حتى لا تبق قواعد نيلسون مانديلا حبرا على ورق، كان لابد من تخصيص أحكام تتعلق بموظفي السجن، حيث تم النص على وجوب اختيار هؤلاء بكل عناية من بين المتعلمين، بالإضافة إلى إخضاعهم لتدريب خاص، وإلى دورات تدريبية مستمرة خلال فترة مزاولتهم عملهم، في اتجاه احترام الكرامة الإنسانية للسجناء، بتلقين التشريعات واللوائح التنظيمية والسياسات الوطنية ذات الصلة والصكوك الدولية والإقليمية المتعلقة بكيفية التعامل مع السجناء، بعيدا عن المعاملة القاسية أو المهينة، بل واللجوء إلى أساليب الوقاية ونزع فتيل التوتر عن طريق التفاوض والوساطة².

أكثر من ذلك أفردت قواعد نيلسون مانديلا نصوصا خاصة بتفتيش المساجين والزنازين بالنص على ضرورة خضوعه لأحكام القانون الدولي، في ظل احترام الكرامة الإنسانية، ومراعاة مبادئ التناسب والمشروعية والضرورة³، دون أن تغفل النص على عدم جواز فرض القيود والجزاءات التأديبية التي تصل إلى حد التعذيب أو غيره من ضروب المعاملة القاسية، كالحبس في زنزانة مظلمة أو مضاعة باستمرار، والعقاب البدني وخفض كمية الطعام أو مياه الشرب، ومنع الاتصال بالأسرة⁴، والحبس الانفرادي الذي حضي بأحكام خاصة تسمح بتقليص إمكانية اللجوء إليه، ليشمل حالات خاصة واستثنائية تجعل منه ملاذا أخيرا بعد تصريح من السلطة المختصة، دون إمكانية شموله للأطفال والنساء والمساجين من ذوي الإعاقة العقلية والبدنية⁵.

وفي جميع الأحوال فإن تحديد السلوك الذي يستدعي العقوبة التأديبية وطبيعة هذه العقوبة يجب أن يخضع لنصوص قانونية تحدد أيضا مدة الجزاء التأديبي والسلطة المختصة بتوقيعه⁶، مع ضرورة الاحتفاظ بسجلات لجميع العقوبات التأديبية⁷، ومنح السجناء حق الدفاع عن نفسه شخصيا أو بواسطة المساعدة القانونية عندما تتطلب مصلحة العدالة

¹ القاعدة رقم 30.

² القواعد رقم 74 إلى 82.

³ القاعدة رقم 50.

⁴ القاعدة رقم 43.

⁵ القاعدة رقم 45.

⁶ القاعدة رقم 37 والقاعدة 1/39.

⁷ القاعدة رقم 2/39.

ذلك¹، والظعن في قرار المعاقبة أمام القضاء مع الاستعانة بمحامي في حالة ما إذا نسبت للسجين جريمة تعد إخلالا بالنظام².

أما بالنسبة لأدوات تقييد الحرية، عدا السلاسل والأصفاد وغيرها من الأدوات المؤلمة والمهينة بطبيعتها، فيجوز اللجوء إليها في الحدود التي يسطرها القانون، إما كتدبير لمنع السجين من الهرب أو لمنعه من إلحاق الأذى بنفسه أو التسبب بخسائر مادية، ويكون ذلك بأمر من مدير السجن الذي يجب عليه إعلام الطبيب أو مختصي الرعاية الصحية، دون إغفال القيام بتبليغ السلطة الإدارية العليا³.

هذا ويمكن للسجين الإطلاع على الوثائق ذات الصلة بالإجراءات القانونية المتخذة ضده والاحتفاظ بها في حيازته، دون أن يكون لإدارة السجن حق الإطلاع عليها⁴، كما يجب أن تتاح للمسجون إمكانية استقبال محام أو مقدم لاستشارة قانونية، لا فرق في ذلك بين ما إذا كان مدانا أو في انتظار المحاكمة⁵.

وبعيدا عن العقوبات والجزاءات التأديبية تنص قواعد نيلسون مانديلا على حد أدنى من القواعد التي تقرب السجين من الحياة العادية حتى لا يشعر بأن كرامته ممتهنة، حيث يتعين على إدارة السجن والسلطات المختصة توفير التعليم والتدريبات المهنية والعمل وغيرها من أشكال المساعدة ذات الطابع الأخلاقي والروحي والصحي والاجتماعي بما يتماشى ومقتضيات المعاملة الفردية⁶.

لقد قامت قواعد نيلسون مانديلا بتأطير كل هذه المواضيع تأطيرا كافيا، سواء لجهة كم النصوص أو فحواها، حيث إنها نصت بالنسبة لعمل السجين على عدم جواز استخدامه في عمل ينطوي على عقوبة تأديبية أو عمل ذي طبيعة مؤلمة، كما أنه لا يجوز استرقاق السجناء واستعبادهم، أو استخدامهم لمصلحة موظفي السجن، مع ضرورة التعويض عن إصابات العمل والأمراض المهنية، على قدم المساواة مع العمال الأحرار، إضافة إلى احترام ساعات العمل التي لا يجب أن تتجاوز ساعات عمل الأحرار، ومنح العامل السجناء يوما للراحة يستغل في إعادة تأهيله، مع ضرورة تقاضي العامل السجناء لأجر منصف، يصرف جزء منه لشراء مستلزماته الشخصية، ويرسل جزء منه إلى أسرته، بينما تحتجز الإدارة جزء آخر يمنح للسجين عند إطلاق سراحه باعتباره كسبا مدخرا⁷.

ليس ذلك وحسب، بل إن واضعي قواعد نيلسون مانديلا اهتموا بضرورة توفير وجبة طعام ذات قيمة غذائية كافية لكل سجين⁸، وتمكينه من الحصول على ماء صالح للشرب⁹، ومن ممارسة التمارين الرياضية لمدة ساعة على الأقل يوميا في

¹ القاعدة رقم 3/41.

² القاعدة رقم 5/41.

³ القاعدة رقم 47.

⁴ القاعدة رقم 53.

⁵ القاعدة رقم 61.

⁶ القواعد 96 إلى 105.

⁷ القواعد 96 إلى 103.

⁸ القاعدة رقم 1/22.

⁹ القاعدة رقم 2/22.

الهواء الطلق¹، وضرورة توفير العناية الصحية الكاملة له، على نفس مستوى الرعاية الصحية المتاحة في المجتمع، مع تخصيص هذا الالتزام بعدة قواعد يتعلق بعضها بالصحة البدنية والبعض الآخر بالصحة النفسية، والإسهاب في تحديد واجبات الطاقم الطبي ومسؤولياته، في اتجاه رصد جميع النقائص، إذ يقع على عاتق الطبيب أو هيئة الصحة العمومية إخطار مدير السجن وتقديم المشورة فيما يتعلق بكم الغذاء ونوعيته، ومدى إتباع القواعد الصحية والنظافة وحالة المرافق الصحية والتدفئة والإضاءة والتهوية، ومدى ملائمة ثياب السجن ونظافة فراشه، بل وإخطار مدير السجن في الحالات التي يؤدي فيها استمرار السجن أو ظرف من ظروفه إلى تدهور الصحة العقلية أو البدنية للسجين²، الذي يستفيد في جميع هذه الحالات من وجوب تدخل مدير السجن إما باتخاذ خطوات فورية من أجل أعمال توصيات الطاقم الطبي، أو رفع هذه التوصيات إلى جهات أعلى في الحالة التي يرى أنها غير مبررة أو أنها تخرج من مجال اختصاصه³.

الفرع الثاني: التدابير الحمائية للسجنات في إطار قواعد طوكيو

أثبت الواقع العملي عدم فاعلية العقوبة السالبة للحرية في الإصلاح والتأهيل لعدة أسباب تطرق لها الفقه الجنائي بإسهاب⁴، وعلى هذا الأساس عمل المجتمع الدولي على إيجاد تدابير بديلة، فكانت النتيجة أن اعتمدت الجمعية العامة القواعد النموذجية الدنيا للتدابير غير الاحتجازية التي اصطلح على تسميتها بقواعد طوكيو، والتي نصت على عدد لا يستهان به من التدابير غير الاحتجازية، باعتبارها تدابير من الممكن الولوج إليها كبديل عن العقوبة السجنية أو الحبسية، لكونها الجزاء الأنسب لفئة من الجناة، لاسيما أولئك الذين لا يحتمل عودتهم للإجرام والذين أدينوا بجرائم ثانوية، أو الذين يحتاجون إلى مساعدة طبية أو نفسية أو إجتماعية⁵.

ومن الملاحظ أن هذه القواعد لا تفرق بين النساء والرجال، مما يعني استفادة كلا الجنسين من التدابير غير الاحتجازية، واستفادتهما معا من الضمانات القانونية المحيطة بفرض هذه العقوبة أو بتنفيذها.

أولاً: التدابير الحمائية المتعلقة بفرض العقوبة غير الاحتجازية بمقتضى قواعد طوكيو

تنص قواعد طوكيو في مادتها الأولى على أن الهدف منها يتمثل في توفير مجموعة من المبادئ الأساسية لتقرير استخدام التدابير غير الاحتجازية، ولكنها تنص أيضا على أنها تهدف إلى توفير ضمانات دنيا للأشخاص الخاضعين لبدائل السجن.

¹ القاعدة رقم 23.

² القواعد رقم 24 إلى 35.

³ القاعدة رقم 2/35.

⁴ وتمثل هذه الأسباب أساسا في اكتظاظ السجون في الكثير من الدول، وانتشار الأمراض وقدم مرافق الاحتجاز، ناهيك عن تأثير السجن على أسرة السجن وحياته العملية وصعوبة إدماجه اجتماعيا في الكثير من الأحيان: يراجع بوهنتال ياسين/ القيمة العقابية للعقوبة السالبة للحرية، دراسة في التشريع الجنائي، مذكرة ماجستير، جامعة باتنة، 2011-2012، ص 67.

⁵ إن الهدف من اعتماد التدابير غير الاحتجازية يتمثل في تمكين السلطات من تكييف العقوبات الجنائية حسب احتياجات المجرم بما يتناسب مع الجريمة المرتكبة، مما يتيح له البقاء حرا ويمكنه من مواصلة العمل والدراسة والحياة الأسرية: تراجع وثيقة الأمم المتحدة ST/CSDHA / 22، ص 2.

وبناء على ذلك فإن فرض التدابير غير الاحتجاجية ليس متروكا على إطلاقه وإنما يخضع لجملة من القيود تهدف إلى حماية الجناة¹، وتمثل إتباعا في خضوع التدبير غير الاحتجاجي لمبدأ الشرعية، وعدم جواز فرضه دون موافقة الجاني الذي يجوز له في جميع الأحوال الطعن في قرار إخضاعه لتدبير غير احتجاجي أيا كان.

1- خضوع التدابير غير الاحتجاجية لمبدأ الشرعية: تنص المادة 3-1 من القواعد النموذجية الدنيا للتدابير غير الاحتجاجية على وجوب النص في القانون على استحداث هذه التدابير وتعريفها وتطبيقها، مما يعني احترام مبدأ الشرعية وعدم جواز إخضاع أيا كان لتدبير غير احتجاجي في غياب نص قانوني صريح يتيح ذلك.

ومن جهة أخرى يمتد مفهوم مبدأ الشرعية ليشمل وجوب تحديد الدول للسلطة التي يناط بها تنفيذ التدابير غير الاحتجاجية²، وتطبيقا لهذا المبدأ يجب احترام ما جاء في القرار الصادر عن السلطة المختصة بفرض التدبير غير الاحتجاجي لاسيما ما يتعلق بمدته، حيث لا يجوز فرض قيود إضافية، كما لا يجوز أن تتجاوز مدة التدبير غير الاحتجاجي المدة التي قررتها السلطة المختصة³، ما لم يتبين أن ذلك من شأنه أن يعود على الجاني بالنفع كما لو تعلق الأمر بالمدد في دورة علاجية مثلا، و في هذه الحالة يجب استصدار قرار من الجهات المختصة بعد موافقة الجاني⁴، مع جواز إنهاء التدبير غير الاحتجاجي مبكرا في جميع الأحوال متى كانت استجابة الجاني مرضية، تماشيا مع كون التدابير غير الاحتجاجية تدابير يجب أن تقتصر على أقصر مدة ممكنة، مما يشجع الجاني على الاندماج بسرعة⁵.

2- ضرورة موافقة الجاني على الخضوع للتدبير غير الاحتجاجي:

تقضي القاعدة 3-4 من القواعد النموذجية الدنيا للتدابير غير الاحتجاجية على أنه يجب لاتخاذ أي تدبير غير احتجاجي الحصول على موافقة الجاني، وفي هذا الاتجاه علقت الأمم المتحدة بفرض إبلاغ المتهم بالعواقب المترتبة عن عدم الموافقة على التدبير غير الاحتجاجي، وعدم الضغط عليه من أجل الموافقة على التدبير، كما أن رفض الخضوع للتدبير غير الاحتجاجي لا يجب أن يؤثر على ما يفرض من إجراءات غير احتجاجية من شأنها إلحاق الضرر بالمتهم بأي شكل من الأشكال⁶.

3- إمكانية الطعن في القرار المتعلق بفرض التدبير غير الاحتجاجي:

درءا للتعسف في اللجوء إلى التدابير غير الاحتجاجية تنص القاعدة 5-3 من قواعد طوكيو على خضوع جميع القرارات المتعلقة بما يفرض من تدابير غير احتجاجية، لإعادة النظر من قبل هيئة قضائية أو هيئة أخرى مختصة بناء على طلب الجاني.

ومن أجل تفعيل هذا الحق من الناحية العملية علقت الأمم المتحدة عليه بفرض إحاطة الجاني علما به، وتزويده بوثيقة تبين تفاصيل إجراءات الطعن، بما في ذلك المعلومات المتعلقة بالهيئة المختصة وكيفية الاتصال بها، إضافة إلى التأكيد

¹ يقصد بالجناة تطبيقا للمادة 2-2 من قواعد طوكيو كل متهم أو مشتبه فيه أو محكوم عليه.

² وثيقة الأمم المتحدة 22 / ST/CSDHA، المرجع السابق، ص 11. القاعدة رقم 11 / 13

⁴ وثيقة الأمم المتحدة 22 / ST/CSDHA، المرجع السابق، ص 24.

⁵ نفس المرجع والصفحة.

وثيقة الأمم المتحدة 22 / ST/CSDHA، ص 12.

على التسريع في حق الطعن، وتمكين الجاني من المثول شخصيا أمام هيئة المراجعة، أو أن يتاح له سبيل آخر في أن تسمع أقواله من هيئة المراجعة¹.

ثانيا: التدابير الحمائية المتعلقة بتنفيذ العقوبة غير الاحتجازية بمقتضى قواعد طوكيو

يقصد بالتدابير غير الاحتجازية تلك التدابير التي تتخذ بقرار من السلطة المختصة قانونا، بهدف إخضاع المشتكى عليه أو المحكوم عليه بجريمة لشروط والتزامات لا تتضمن إيداعه في السجن²، وقد نصت قواعد طوكيو على العديد من هذه التدابير كما أنها دعت المجتمع الدولي إلى الاجتهاد في إيجاد تدابير أخرى³، ولكنها لم تغفل أيضا إحاطة تنفيذ العقوبة غير الاحتجازية بتدابير حمائية لصالح الجاني وأسرته، لا فرق في ذلك بين ما إذا كان الأمر متعلقا بمتهم أو مشتبه فيه أو محكوم عليه، حيث يجب احترام حق الجاني في الخصوصية، وفي حرمة الحياة الخاصة، والامتناع عن المساس بكرامته، مع تمكينه من الطعن عند التعسف في تنفيذ التدبير غير الاحتجازي.

1- حق الجاني في احترام الخصوصية:

تنص المادة 12-3 من القواعد النموذجية الدنيا للتدابير غير الاحتجازية على وجوب إحاطة سجلات الجاني الشخصية بالسرية التامة وعدم كشفها لأطراف ثالثة، وأن يكون الاطلاع عليها قاصرا على الأشخاص المعنيين مباشرة بالفصل في قضية الجاني وغيرهم من الأشخاص المرخص لهم بذلك حسب الأصول.

وتطبيقا لذلك علقت الأمم المتحدة على هذا الحق بمنح الجاني وأسرته الحق في أن يعرفوا أن أحدا لن يفشي المعلومات الشخصية المتعلقة بهم وأن يستخدمها في إعاقة الفرص التي تتاح لهم من أجل إعادة الاندماج في المجتمع، ولذلك يجب الاحتفاظ بالسجلات في أماكن آمنة وتدميرها بعد مدة معقولة من الزمن⁴.

2- حق الجاني وأسرته في حرمة حياتهم الخاصة:

تقضي القاعدة 11-3 من قواعد التدابير غير الاحتجازية الدنيا بوجوب احترام حق الجاني وأسرته عند تطبيق هذه التدابير، وتعليقا على هذا الحق تنصح الأمم المتحدة بالامتناع عن استخدام طرق الرقابة التي تعامل الجناة بوصفهم أشياء تراقب، والامتناع عن استخدام أساليب الرقابة دون معرفة الجناة، إضافة إلى عدم استخدام الأشخاص غير

1 نفس المرجع والصفحة.

2 محمد الموسى / بدائل الاحتجاز وفعاليتها في المنظومة الجنائية: <http://www.primena.org/ar/BlogDetails/6>، تم الإطلاع على المقال في 25 ماي 2019.

3 تتمثل التدابير التي تقترحها القواعد النموذجية الدنيا للتدابير غير الاحتجازية على سبيل المثال لا الحصر، والتي يمكن إعمالها بدلا عن عقوبة الحبس في: العقوبات الشفوية كالتوبيخ والتحذير والإنذار وإخلاء السبيل المشروط، والعقوبات المتعلقة بحالة الفرد القانونية مثل حرمانه من بعض الحقوق في المجتمع، والعقوبات الاقتصادية والمجزآت النقدية كالغرامات والغرامات اليومية والأمر بمصادرة الأموال أو نزع الملكية، والأمر برد الحق إلى المجني عليه أو تعويضه، والحكم مع وقف التنفيذ أو إرجاؤه، والوضع تحت الاختبار والإشراف القضائي، والأمر بتأدية خدمات للمجتمع المحلي، والإحالة إلى مراكز المثول والإقامة الجبرية. أما التصريح بالغياب وإطلاق السراح من أجل العمل أو تلقي العلاج وإخلاء السبيل المشروط بمختلف أشكاله والعفو وإسقاط العقوبة فهي تدابير ذكرتها قواعد طوكيو على سبيل المثال أيضا، باعتبارها تدابير غير احتجازية يمكن اعتمادها بعد إصدار الحكم.

4 نفس المرجع، ص 13.

المتطوعين المعتمدين اعتمادا صحيحا في مراقبة الجناة، على أساس أن اعتماد مثل هذه التدابير يمكن أن يمس بكرامة الجاني التي يجب ضمان الحفاظ عليها دائما¹.

3- الامتناع عن المساس بكرامة الجاني: لا يجب أن يؤدي إخضاع الجاني لتدبير غير احتجائي إلى المساس بكرامته وهو ما نصت عليه القاعدة 3-9 من القواعد النموذجية الدنيا للتدابير غير الاحتجائية، كما أن القاعدة 3-8 تمنع اللجوء إلى التدابير غير الاحتجائية التي تنطوي على إجراء تجارب طبية أو نفسانية على الجاني أو تعريضه بأي داع لمخاطر جسمانية أو عقلية.

ورغم أن القاعدة 2-4 من القواعد النموذجية الدنيا للتدابير غير الاحتجائية تشجع على البحث عن تدابير غير احتجائية جديدة، فإن الأمم المتحدة ترى وجوب تفسير ذلك على ضوء ما نصت عليه القاعدة 3-8 من عدم جواز استخدام الجناة كحيوانات تجارب².

ومهما يكن من أمر فإنه يمنع انتهاك قواعد قانون حقوق الإنسان الدولي الملزمة بمناسبة تطبيق التدابير غير الاحتجائية، حيث يمنع تعريض الجاني للمعاملة أو العقوبة اللاإنسانية أو المهينة، وهو ما يتماشى مع ما نصت عليه المادة 7 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية³ بقولها: "لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة، وعلى وجه الخصوص لا يجوز إجراء أية تجربة طبية أو علمية على أحد دون رضاه الحر". كما أنه يتماشى مع فلسفة قواعد طوكيو نفسها التي تضمنت شرطا وقائيا في القاعدة 4-1 مقتضاه أن هذه القواعد لا تطبق بمعزل عن الصكوك والمعايير الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان المعترف بها دوليا والمتصلة بمعاملة المجرمين.

4- تخويل الجاني حق الطعن عند التعسف في تنفيذ التدبير غير الاحتجائي:

يتعين تنفيذ التدابير غير الاحتجائية بما يكفل جملة من الحقوق الفردية للجاني الذي يجوز له في جميع الأحوال تقديم شكوى تتعلق بالتنفيذ الجائر للتدبير غير الاحتجائي الذي يكون قد وافق على الخضوع له، ويتم الطعن أمام جهة مستقلة عن الجهة المنفذة للتدبير ضمانا للحيادية⁴.

المطلب الثاني: الضمانات الدولية التي تنفرد بها المرأة في تعاملها مع العدالة الجنائية وفق قواعد بانكوك باعتبارها صكا دوليا يتعلق بها دون سواها

تتضمن القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء وقواعد نيلسون مانديلا تدابير حمائية مشتركة بين الجنسين، وأخرى تنفرد بها المرأة في تعاملها مع العدالة الجنائية بمناسبة تنفيذ العقوبة الحبسية أو السجنية، أما قواعد طوكيو فتشمل ضمانات تتعلق بفرض وتنفيذ التدابير غير الاحتجائية على الجنسين معا، دون أن تخص المرأة بأحكام تراعي نوعها

1 نفس المرجع والصفحة.

2 نفس المرجع والصفحة.

3 اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 23 مارس 1976 وفقا لأحكام المادة 49.

4 تراجع القاعدة رقم 3/6.

الاجتماعي، فيما عدا التأكيد على وجوب تأمين المساواة في المعاملة بين الجنسين فيما يتعلق بتطبيق هذه التدابير، بالنظر إلى صعوبة العثور على فرص تدريبية أو فرص عمل للنساء التي تفرض عليهن عقوبات غير احتجائية.

أما قواعد بانكوك فهي أول مبادرة أممية تهتم بوضوح بشروط معاملة السجينات واحتياجاتهن ضمن المنظومة الجزائية، وقد جاءت تكملة لللكوك الدولية السابقة الذكر¹ حيث أوصى المجلس الاقتصادي والاجتماعي بموجب قراره المؤرخ في 22 جويلية 2010 بأن تعتمد الجمعية العامة مشروع قرار قواعد الأمم المتحدة لمعاملة السجينات والتدابير غير الاحتجائية للمجرمات، يطلق عليه اسم قواعد بانكوك، تقديرا وامتنانا لحكومة تايلند على قيامها باستضافة اجتماع فريق الخبراء، وعلى الدعم المالي الذي تقدمت به من أجل تنظيم الاجتماع².

وباستقراء هذه القواعد يتبين وجود رغبة دولية حقيقية في توفير حماية دنيا للنساء المحتجزات، بالنظر إلى نوعهن الاجتماعي وخصوصية متطلباتهن التي لا يمكن مقارنتها بمتطلبات الرجل، بل وإن هذه القواعد كان لها السبق في محاولة معالجة إشكالية إضافية هي أن المرأة نفسها قد تحتاج إلى إجراءات حمائية أكبر في أوضاع معينة، كما لو كانت قاصرة أو أجنبية أو حاملا أو مرضعة مثلا.

ليس ذلك فحسب، إذ أن قواعد بانكوك تضمنت آليات من أجل تفعيل هذه التدابير الحمائية على أرض الواقع لجهة النظام السجني، بما يشمل من قواعد تتعلق بموظفي السجن والتدريب، حيث إن هذه الآليات تظهر في حد ذاتها كتدابير حمائية لفائدة المرأة السجينة.

وبناء على ذلك يمكن التطرق لجملة التدابير الحمائية المتعلقة بمعاملة السجينات والتدابير غير الاحتجائية الواردة ضمن قواعد بانكوك من خلال تقسيمها إلى تدابير حمائية مرتبطة بالمرأة نفسها بقطع النظر عن وجودها في ظروف استثنائية تجعلها مستضعفة بدرجة أكبر، وتدابير حمائية تنطبق عليها في حال خضوعها لظروف استثنائية كما لو كانت قاصرة أو حاملا أو أما مرضعة أو مرافقة.

ونتطرق أخيرا لآليات تفعيل هذه التدابير الحمائية لجهة النظام السجني باعتبارها تدابير حمائية متعلقة بالنظام الواجب اعتماده في المؤسسات العقابية النسوية، وهي تدابير تحول دون تحويل قواعد بانكوك إلى مجرد قواعد جوفاء لا تعدوا أن تكون حبرا على ورق.

الفرع الأول: قواعد بانكوك الحمائية المرتبطة بالمرأة نفسها

يمكن تقسيم تدابير بانكوك الحمائية المرتبطة بالمرأة نفسها إلى تدابير حمائية تستفيد منها المرأة حين تنفيذ عقوبة حبسية أو سجنية، وتدابير حمائية تتعلق بخضوعها لتدبير غير احتجائي، مع التأكيد على أن هذه التدابير لا يجب أن تتم قراءتها بشكل معزول عن التدابير الواردة في كل من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء وقواعد نيلسون مانديلا وقواعد طوكيو.

¹ ذلك ما جاء أساسا في مقدمة القرار الأممي بقولها إن هذه القواعد لا تحل محل القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء وقواعد طوكيو.

² تراجع ديباجة قواعد بانكوك.

أولاً: تدابير بانكوك الحمائية المتعلقة بالمرأة المحتجزة في مؤسسة عقابية

يمكن تقسيم التدابير الحمائية التي تتمتع بها المرأة في مواجهة العدالة الجنائية تطبيقاً لقواعد بانكوك المتعلقة بالاحتجاز في المؤسسة العقابية إلى تدابير حمائية تتعلق بلحظة دخولها إلى المؤسسة العقابية سواء من أجل كونها مدانة أو متهمه، وتدابير حمائية تتمتع بها طيلة فترة تنفيذ العقوبة السجنية أو الحبسية.

1- التدابير الحمائية للمرأة المحتجزة لحظة دخولها المؤسسة العقابية وفق قواعد بانكوك:

جاءت قواعد الأمم المتحدة لمعاملة السجينات والتدابير غير الاحتجازية للمجرمات بتدابير حمائية تبدأ لحظة دخول المرأة إلى المؤسسة العقابية بمناسبة تنفيذها عقوبة حبسية أو سجنية أو تواجدها رهن المحاكمة، حيث تنص القاعدة 56 من قواعد بانكوك على وجوب اتخاذ جميع التدابير الملائمة لضمان سلامة النساء خلال فترة تواجدهن رهن المحاكمة، كما تم تخصيص العديد من القواعد من أجل حماية المرأة ابتداءً من لحظة دخولها المؤسسة العقابية بالنص على السماح للنساء اللواتي يتولين مسؤولية رعاية أطفالهن بوضع ترتيبات تتعلق بأطفالهن قبل دخول السجن¹، كما نصت على إيداع السجينات - كلما كان ذلك ممكناً - في سجون قريبة من مقر إقامتهن²، إضافة إلى ضرورة توفير جميع التسهيلات من أجل اتصال السجينات بأقاربهن، وتمكينهن من الحصول على المشورة القانونية، وإحاطتهن علماً بقواعد السجن ولوائحه³، دون إغفال إجراء فحص طبي شامل بالثبوت من وجود أمراض معدية كالأمراض المنقولة جنسياً، والإطلاع على سجل الصحة الإنجابية للمرأة، والبحث في وجود حالة إدمان على المخدرات أو عنف جنسي أو غيره من أشكال العنف التي يمكن أن تكون السجينة قد تعرضت له قبل دخول السجن⁴.

تسمح جملة هذه التدابير الحمائية الأولية التي تثبت للمرأة السجينة لحظة دخولها المؤسسة العقابية بربط النساء السجينات بمحيطهن الاجتماعي وتمكينهن من التكيف مع وضعهن الجديد، حيث أن تقرب سجون النساء من محل إقامتهن يتيح عدم عزل السجينة عن أسرتهن ومحيطها بسبب بعد المسافة بين السجن ومكان الإقامة، كما أن الفحوص الطبية تسمح بتحديد احتياجات السجينات من الرعاية الصحية الأولية والعقلية.

وبشأن هذا التدبير الحمائي الأخير لم تغفل قواعد بانكوك النص على ضرورة احترام حق السجينة في سرية ملفها الطبي بما في ذلك عدم الإدلاء بمعلومات تتعلق بصحتها الإنجابية، وعدم الخضوع لفحص يتعلق بذلك احتراماً للخصوصية المرتبطة بهذا الموضوع⁵.

2- التدابير الحمائية للمرأة المحتجزة خلال فترة تنفيذ العقوبة وفق قواعد بانكوك:

تنص قواعد بانكوك على جملة من التدابير الحمائية لفائدة المرأة أثناء تواجدها داخل المؤسسة العقابية مراعاة لنوعها الاجتماعي، بدءاً من التأكيد على وجوب توفير المرافق والمواد الضرورية الكفيلة بتلبية احتياجات السجينات الخاصة،

2-2. القاعدة رقم 1

2 القاعدة رقم 4.

3 القاعدة رقم 2.

4 القاعدة رقم 6.

5 القاعدة رقم 8.

فيما يتعلق بالنظافة الشخصية أثناء فترة الحيض وتوفير المياه بصفة منتظمة¹، بالإضافة إلى وجوب توفير خدمات رعاية صحية معادلة للخدمات المتوفرة خارج السجن²، بما في ذلك خدمات الصحة العقلية وبرامج العلاج من الإدمان على المخدرات وتدابير رعاية الصحة الوقائية³.

وفي اتجاه مراعاة خصوصية المرأة بالنظر إلى نوعها الاجتماعي دائما منحت قواعد بانكوك النساء السجينات الحق في المطالبة بفحصهن وعلاجهن من طرف طبيبة أو ممرضة، ولا يجوز أن يرفض طلبهن ما لم يتعلق الأمر بحالة مستعجلة، على أن السجينة تحتفظ في جميع الأحوال بحقها في حضور إحدى الموظفات عملية الفحص الذي يقوم به طبيب أو ممرض من غير جنسها⁴.

يبدو أن قواعد بانكوك قد حرصت على حضور أنثى عملية الفحص تفاديا لأي تحرش جنسي أو تجاوز من الطبيب أو الممرض المعالج، وهو نفس السبب الذي جعلها تنص على أن تفتيش السجينات لا تقوم به إلا موظفات السجن، مع التوصية باستحداث أساليب تفتيش بديلة، كاستخدام أجهزة المسح عند اللجوء إلى عمليات التفتيش التي يتم فيها التجرد من الملابس وعمليات التفتيش الجسدي الكامل⁵.

وفي جميع الأحوال توصي قواعد بانكوك بضرورة توفير التوجيهات والإرشادات الطبية الملائمة للسجينات اللواتي يتعرضن لانتهاك جنسي، بالإضافة إلى توفير الحماية والدعم والمشورة النفسية الفورية للسجينات اللواتي يتعرضن لسوء المعاملة، مع وجوب التحقيق في ادعائهن من طرف سلطات مختصة مستقلة في ظل الاحترام الكامل لمبدأ السرية⁶.

ومن أجل ربط السجينات بمحيطهن الأسري توصي قواعد بانكوك بعدم معاقبة السجينات بمنعهن من الاتصال بأسرهن، بل وبتشجيعهن على هذا الاتصال واتخاذ تدابير تكفل التعويض عن الضرر الذي يلحقهن نتيجة احتجازهن في مؤسسات عقابية بعيدة عن محل إقامتهن، والحرص على أن تتم الزيارات التي يشارك فيها الأطفال متاحة لفترة طويلة في جو يسمح بلقاء مفتوح بين الأم والطفل⁷.

غير أنه ونظرا إلى تعرض السجينات للعنف العائلي في الكثير من الأحيان أوجبت قواعد بانكوك استشارتهن بشأن الأشخاص الذين يسمح لهن بزيارتهم بمن فيهم أفراد أسرهن⁸.

¹ القاعدة رقم 5.

² القاعدة رقم 10.

³ القاعدة رقم 12.

⁴ القاعدة رقم 10/2 و 11 و 12.

⁵ القواعد 19 رقم إلى 21.

⁶ القاعدة رقم 25.

⁷ القواعد رقم 26 إلى 28.

⁸ القاعدة رقم 40.

3- التدابير الحمائية المتعلقة بالنظام السجني في المؤسسات العقابية النسوية:

إن جملة التدابير الحمائية التي تتمتع بها المرأة بمقتضى قواعد بانكوك أثناء تواجدها في المؤسسة العقابية تدل على وعي المجتمع الدولي بمتطلبات المرأة الخاصة باعتبارها من الفئات الهشة التي ينبغي أن تحظى بحماية مزدوجة باعتبارها محتجزة من جهة وباعتبارها أنثى من جهة أخرى.

وعلى هذا الأساس تحث قواعد بانكوك على وجوب مراعاة نوع الجنس البشري في تقييم المخاطر التي يمكن أن يسببها السجين للغير، انطلاقاً من أن السجينات تشكلن خطراً أقل على الآخرين، مما يتيح إمكانية النزول بمستوى عزلهن بسبب ما تتعرضن له من أضرار بالغة الخطورة نتيجة العزل المشدد غير المبرر¹.

هذه الأضرار تقترح قواعد بانكوك درأها بالجوء إلى إفادة السجينات بخيارات معينة، من أمثلتها الاستفادة من الإجازات المنزلية والسجون المفتوحة، ودور التأهيل والبرامج والخدمات المجتمعية لتسهيل اندماجهن في المجتمع².

ومع ذلك فإن تفعيل هذه التدابير الحمائية يحتاج إلى نظام سجني خاص بالمؤسسات العقابية النسوية لا سيما فيما يتعلق بالطاقم العامل بها، وهو ما يفسر اهتمام واضعي قواعد بانكوك بهذا الموضوع بالتفرقة بين مديري سجون النساء وموظفيها.

حيث يلتزم المدراء في سجون النساء بإعداد وتنفيذ أساليب تصنيف مراعية لاحتياجات السجينات وظروفهن³، أما الموظفون فيلتزمون بتلقي تدريبات تتمحور حول مراعاة الفرق بين الجنسين وحظر التمييز والتحرش الجنسي، إضافة إلى التعرف على الاحتياجات الخاصة بالنساء وحقوق الإنسان المتعلقة بالسجينات، والإطلاع على المسائل الرئيسية المتعلقة بصحة النساء، والكشف عن احتياجات السجينات من الرعاية الصحية والعقلية، واحتمال إيذاءهن لأنفسهن وإقدامهن على الانتحار، مع ضرورة تلقينهم تدريباتاً على برامج تتعلق بفيروس نقص المناعة المكتسبة وتوفير العناية والعلاج للمصابين به⁴.

ومن أجل تحقيق احترافية موظفات السجون النسوية بغية تفعيل احترام حقوق الإنسان في التعامل مع النساء المحتجزات بمراعاة نوعهن الاجتماعي وخصوصيتهن، نصت قواعد بانكوك على وجوب حماية هذه الفئة من التمييز الذي قد يمارسه ضدهن مديرو وإدارات السجون باعتبارهن إناث، كما نصت هذه القواعد على اتخاذ التدابير اللازمة لبناء قدرات موظفات السجون الكفيلة بوصولهن إلى مناصب عليا، وتمكينهن من تولي مسؤولية رئيسية في وضع السياسات والاستراتيجيات المتعلقة بمعاملة السجينات⁵.

¹ القاعدة رقم 41.

² القاعدة رقم 45.

³ القاعدة 41.

⁴ القواعد رقم 29 إلى 35.

⁵ القواعد 30 رقم إلى 32.

ثانياً: تدابير بانكوك الحمائية المتعلقة بالمرأة الخاضعة لتدبير غير احتجائي

يجب التنويه في البداية إلى أنه يتعين قراءة النصوص المتعلقة بخضوع المرأة لتدبير غير احتجائي بمقتضى قواعد بانكوك على ضوء ما جاء من تدابير حمائية تتمتع بها المرأة المتواجدة في نفس المركز القانوني بموجب قواعد طوكيو المشتركة بين الجنسين، سواء تلك المتعلقة بشروط فرض التدبير غير الاحتجائي أو تنفيذه.

ومن هذا المنطلق يلاحظ أن قواعد بانكوك المتعلقة بالتدابير غير الاحتجاجية قليلة كما، حيث يبلغ عددها خمسة قواعد من أصل ثمانين قاعدة¹، وقد جاءت في مجملها لتحث المجتمع الدولي على اللجوء إلى اعتماد التدابير الغير الاحتجاجية في مواجهة النساء بدلا من اللجوء إلى توقيع عقوبة حبسية أو سجنية عليهن، لاسيما في حالة تعلق الأمر بامرأة لا تملك سجلا جنائيا، أو في حالة ما إذا كان سلوكها الإجرامي لا يتسم بالخطورة، على أن يمنح للمحكمة صلاحية اللجوء إلى هذا التدبير بالنظر في هذه الظروف المخففة من جهة، ووضع المرأة من جهة أخرى، بمراعاة المسؤوليات التي تقع على عاتقها باعتبارها ربة أسرة مثلا².

وفي جميع الأحوال تنص قواعد بانكوك على أنه لا يجوز فصل النساء المجرمات عن أسرهن ومجتمعاتهن، دون النظر إلى خلفياتهن وروابطهن الأسرية، باللجوء قدر الإمكان إلى تطبيق وسائل بديلة للتعامل معهن، مع توفير موارد ملائمة من أجل دمج التدابير غير الاحتجاجية مع برامج تهدف إلى التصدي إلى أكثر مشاكل النساء التي تجعلهن تحت طائلة العدالة الجنائية، ومن أمثلة ذلك تنظيم دورات علاجية وتقديم المشورة والمساعدة النفسية وتوفير برامج تعليمية³.

ومهما يكن من أمر يتبين أن قواعد بانكوك المتعلقة بالتدابير غير الاحتجاجية لم تكن تهدف أساسا إلى إقرار ضمانات جديدة لفائدة المرأة الخاضعة لتدبير غير احتجائي، بقدر ما كانت تهدف إلى إقناع المجتمع الدولي بأن المرأة كائن بشري من نوع خاص ينبغي قدر الإمكان إخضاعه لتدابير خاصة.

ولا شك في أن ذلك يكون ضمن إطار هام هو ما تتمتع به المرأة الخاضعة لتدبير غير احتجائي من ضمانات تشترك فيها مع الرجل الموجود في نفس مركزها القانوني سواء تعلق الأمر بالضمانات المتعلقة بفرض التدبير غير الاحتجائي أو تنفيذه على النحو الذي سبق بيانه⁴.

الفرع الثاني: قواعد بانكوك الحمائية في حالة خضوع المرأة لظرف استثنائي

لم تكتف قواعد بانكوك بإرساء تدابير حمائية تتعلق بالمرأة المحتجزة بالنظر إلى نوعها الاجتماعي الذي يجعلها بحاجة إلى حماية مزدوجة، تتعلق الأولى بكونها أنثى وتتعلق الثانية بكونها محتجزة، بل حرصت على توفير حماية أكبر للنساء المحتجرات الخاضعات لظرف استثنائي، إما لكونهن حوامل أو أمهات مرضعات أو أمهات يرافقهن أطفالهن أو قاصرات أو أجنبيات أو من الأقليات.

¹ القواعد رقم 57 إلى 62.

² القاعدة رقم 61.

³ القاعدة رقم 60.

⁴ تراجع ص ص 10-11 من هذه الدراسة.

لا أحد ينكر أن هذه الظروف الاستثنائية تجعل المرأة في وضعية هشة وهي حرة طليقة وأن معاناتها تتضاعف في حالة احتجازها، وهو ما أدركه واضعو قواعد بانكوك حين أوصوا بإصدار أحكام غير احتجازية في حق الحوامل والمعيلات.

وبناء على ذلك نصت هذه القواعد على عدم جواز العزل الانفرادي للنساء الحوامل والأمهات المرضعات واللواتي يرافقهن أطفالهن الصغار في السجن، كما نصت على المنع المطلق لاستخدام أدوات تقييد الحرية أثناء المخاض أو الولادة وبعد الوضع مباشرة، وحظر منع السجينات من إرضاع أطفالهن في غياب أسباب صحية تقتضي ذلك، بل وضرورة تلقي السجينات الحوامل والمرضعات توجيهات بشأن صحتهن والنظام الغذائي المناسب لهن بإشراف أخصائي صحي مؤهل، إضافة إلى وجوب توفير أغذية كافية لهن وبيئة صحية وفرص ممارسة التمارين بانتظام.

كما يجب أن يتمتع نظام السجن وفق قواعد بانكوك بقدر كاف من المرونة من حيث تلبية حاجيات الحوامل والأمهات المرضعات والنساء اللواتي يرافقهن أطفالهن في السجن وتوفير المرافق والترتيبات اللازمة لرعاية الأطفال في السجون بغية تمكين السجينات من الأنشطة التي تنظم داخل السجن¹.

كل هذه التدابير الحمائية تستفيد منها المرأة الحامل داخل المؤسسة العقابية بمقتضى قواعد بانكوك دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كانت قاصرة أو راشدة، حيث تنص هذه القواعد صراحة على وجوب تلقي السجينات القاصرات الحوامل دعماً ورعاية طبية في نفس مستوى الدعم والرعاية التي يتم توفيرها لباقي السجينات².

هذا وتتاح للسجينات القاصرات - بقطع النظر عن الحمل - الاستفادة من البرامج والخدمات التي تراعي السن ونوع الجنس لاسيما لجهة تثقيفهن بشأن الرعاية الصحية النسائية، وتمكينهن من التعليم والتدريب المهني على قدم المساواة مع السجناء الذكور، دون إغفال اتخاذ جميع التدابير اللازمة لحمايتهن³.

وهكذا يتبين أن قواعد بانكوك تنص على تدابير حمائية لفائدة المرأة المحتجزة داخل المؤسسة العقابية، وهي حماية خاصة تتعلق بنوعها الاجتماعي وهشاشتها، دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كانت المرأة المحتجزة مواطنة أو أجنبية، وبين ما إذا كانت مقيمة بالدولة التي تنفذ فيها عقوبتها أو مقيمة في دولة أجنبية.

ومع ذلك لم تغفل هذه القواعد هشاشة المرأة الأجنبية حيث نصت على وجوب النظر في نقل السجينات الأجنبيات غير المقيمت إلى بلدن خاصة إذا كان لهن فيه أطفال، كما نصت على وجوب نقل أطفال السجينات الأجنبيات المرافقين لأمهاتهن إلى بلدانهم في حال خروجهم من السجن، بل ونصت على ضرورة تلبية احتياجات السجينات اللواتي لهن خلفية دينية وثقافية مختلفة بتقديم برامج يتم إعدادها بالتشاور معهن⁴.

المبحث الثاني: موقف القانونين الجزائي والكويتي من الضمانات الدولية للمرأة في مواجهة العدالة الجنائية

تتعرض المرأة التي تقع في مشاكل مع العدالة الجنائية في الدول العربية عموماً، إذا حكم عليها بالحبس أو السجن، إلى عقوبة ثلاثية الأبعاد، حيث يقع على عاتقها تحمل الأعباء التي تواجهها داخل المؤسسة العقابية من جهة، إلى جانب عقوبة

فيما يتعلق بالتدابير الحمائية التي تتمتع بها السجينات الحوامل بموجب قواعد بانكوك تراجع تفصيلاً القواعد 48 إلى 64.¹

القاعدة رقم 39.²

القواعد رقم 36 إلى 39.³

القواعد رقم 53 إلى 66.⁴

مزدوجة أخرى هي نظرة المجتمع القاسية وهجر الأسرة، لذلك فإن الإحصائيات تشير إلى أن النساء أكثر تعرضاً من الرجال لمحاولة الانتحار وإيذاء النفس داخل المؤسسات العقابية¹، مما يستوجب اتخاذ تدابير حمائية إضافية خاصة تتعلق بالنوع الاجتماعي.

وعلى هذا الأساس فإن إفادة النساء الجانحات بالعقوبات غير الاحتجازية يعد ضرورة ملحة، لتجنب سلبات العقوبة الحبسية أو السجنية التي تعاني منها المرأة في تعاملها مع العدالة الجنائية بدرجة أكبر من الرجل.

فهل كان كل من المشرع الجزائري والكويتي على وعي بمتطلبات النساء الجانحات الخاصة؟ وما مدى مطابقة النصوص القانونية في البلدين مع المواثيق والصكوك الدولية المتصلة بهذا الموضوع؟

بعد أن تطرقنا في القسم الأول للضمانات الدولية التي تتمتع بها المرأة خلال فترة تعاملها مع العدالة الجنائية، نستكمل الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال التطرق إلى التدابير الحمائية التي تتمتع بها المرأة في كل من القانونين الجزائري والكويتي، سواء تعلق الأمر بعقوبة حبسية أو سجنية أو بتدبير غير احتجازي، وسواء تعلق الأمر بالتدابير الحمائية التي تشترك فيها المرأة مع الرجل أو تلك التي تنفرد بها المرأة.

المطلب الأول: التدابير الحمائية المشتركة بين الرجل والمرأة في تعاملها مع العدالة الجنائية في القانونين الجزائري والكويتي

أشرك كل من المشرع الجزائري والكويتي الجنسين بجملة من التدابير الحمائية في إطار تعاملها مع العدالة الجنائية، نحاول رصدها من خلال هذه الورقة البحثية باستقراء كل من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري وقانون إصلاح السجون الكويتي لجهة التدابير الحمائية المتعلقة بالعقوبة الحبسية أو السجنية، قبل الانتقال إلى رصد التدابير الحمائية المشتركة بين الجنسين عند خضوعهما لتدبير غير احتجازي.

الفرع الأول: التدابير الحمائية المشتركة بين الجنسين وفق قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمساجين الجزائري وقانون إصلاح السجون الكويتي

تضمن كل من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري، وقانون إصلاح السجون الكويتي، جملة من التدابير الحمائية المشتركة بين الجنسين، يتعلق بعضها بلحظة الدخول إلى المؤسسة العقابية، ويرتبط بعضها الآخر بفترة تنفيذ العقوبة.

أولاً: التدابير الحمائية المشتركة بين الجنسين لحظة الدخول إلى المؤسسة العقابية وفق كل من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري وقانون إصلاح السجون الكويتي

جاء القانون الجزائري بتدابير حمائية مشتركة بين الجنسين تبدأ لحظة دخول الفرد إلى المؤسسة العقابية، حيث إنه ينص على وجوب فحص المحبوسين قبل إيداعهم المؤسسة العقابية، ويكون ذلك بدراسة شخصيتهم من الجانب البيولوجي

¹ للتوسع في أسباب هشاشة النساء تراجع مطبوعة من إعداد المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي ضمن مطبوعات المرأة في منظومة العدالة الجنائية، ص 6، موقع المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي باللغة العربية هو www.primena.org

والعقلي والنفسي والاجتماعي¹، تمهيدا لتصنيفهم إلى فئات متقاربة تبعا لنتائج الفحص، من أجل توجيه كل فئة إلى المؤسسة العقابية الملائمة بالنظر إلى الوضعية الجزائية وخطورة الجريمة والجنس والسن وشخصية المحبوس ودرجة استعدادة للإصلاح والتهديب، مع النص على تحديد القائمين بمهام الفحص والتصنيف، وهم أشخاص مختصين في مختلف فروع العلوم كالطب وعلم النفس وعلم الاجتماع والعلوم الجنائية²، لتظهر عمليتي الفحص والتصنيف كدعامة أساسية لتطبيق مبدأ إحمائي هام يشترك فيه كل من الرجل والمرأة في تعاملهما مع العدالة الجنائية، هو المبدأ المصطلح على تسميته بمبدأ التفريد التنفيذي للعقوبة، تمييزا له عن مبدأ التفريد التشريعي والقضائي للعقوبة³.

هذا المبدأ الإحمائي يظهر في القانون الكويتي من خلال المادة 25 من قانون السجون التي تقسم السجناء إلى فئتين، الفئة أ تضم المحبوسين احتياطيا والمحكوم عليهم بالحبس البسيط، ويلحق بهم من تنفذ عليهم التزامات بطريق الإكراه البدني والمحبوسين في دين مدني، والفئة ب تضم المحكوم عليهم بالحبس مع الشغل، حيث تخصص أماكن خاصة بكل فئة، ويتم تقسيم المسجونين في كل من الفئتين إلى درجات حسب السن والسوابق ونوع الجريمة ومدة العقوبة والقابلية للإصلاح وتشابه الأحوال الاجتماعية والثقافية⁴.

ثانيا: التدابير الحمائية المشتركة بين الجنسين خلال فترة تنفيذ العقوبة الحسنية أو السجنية وفق كل من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمساكين الجزائري وقانون إصلاح السجون الكويتي

منح كلا من المشرع الجزائري والكويتي أهمية خاصة للرعاية الاجتماعية باعتبارها أسلوبا لإعادة تربية المحبوسين، كما أنهما نصا على جملة من التدابير الحمائية لصالح المنفذين للعقوبة الحبسية أو السجنية من الجنسين، حيث إن الحق في الرعاية الصحية مضمون لجميع المحبوسين⁵، شأنه في ذلك شأن الحق في التعليم⁶، والعمل المجاور⁷، والغذاء المتوازن⁸، والشكوى⁹، والحق في ممارسة الأنشطة الرياضية¹⁰، والاعتناء بالنظافة الشخصية¹¹، والاتصال بالعام الخارجي¹².

¹ المواد 4 - 5 - 10 من المرسوم رقم 72-36 المؤرخ في 10 فبراير 1972 المتعلق بمراقبة المساكين وتوجيههم.

² عمر خوري/ السياسة العقابية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، 2010، ص ص 298-303.

³ في مفهوم هذا المبدأ يراجع مصطفى فهمي الجوهري/ تفريد العقوبة في القانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 57. وفهد هادي حبتور/ التفريد القضائي للعقوبة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 51.

⁴ المواد 26 و 27 من القانون رقم 1962/26 المتضمن قانون تنظيم السجون الكويتي.

⁵ المواد 57 إلى 62 من القانون رقم 04-05 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين. الجزائري والمادة 67 - 84 من قانون تنظيم السجون الكويتي.

⁶ المادة 94-95 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري والمواد 85-90 من قانون تنظيم السجون الكويتي.

⁷ المادة 96 إلى 99 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري.

⁸ المادة 63 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري والمواد 67 - 68 من قانون تنظيم السجون الكويتي.

⁹ المادة 79 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري والمادة 13 من قانون تنظيم السجون الكويتي.

¹⁰ المادة 89 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري والمادة 70 من قانون تنظيم السجون الكويتي.

¹¹ المادة 60 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري والمادة 71 من قانون تنظيم السجون الكويتي.

¹² المواد 66-72 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري والمواد 30-31-41-42-43 من قانون السجون الكويتي.

يلاحظ في هذا الشأن أن المشرع الجزائري حدد الأشخاص الذين يجوز لهم زيارة المحبوس وكيفية إجرائها ومدتها وفقا للنظام الداخلي لكل مؤسسة عقابية، خلافا للقانون الكويتي الذي فرق بين المحبوسين من الفئة أ والمحبوسين من الفئة ب، حيث أنه يجيز للمحبوسين من الفئة أ مقابلة زائريهم ومراسلة من يريدون، ما لم يرد بأمر

هذا ولا شك في أن المحبوسين من الجنسين يلتزمون بالامتثال للأنظمة المتعلقة بحفظ الأمن تحت طائلة توقيع عقوبات قسمها المشرع الجزائري إلى ثلاث درجات، أولها الإنذار الكتابي والتوبيخ، وثانيها الحد من المراسلة لمدة لا تتجاوز الشهرين والحد من الاستفادة من المحادثة دون فاصل ومن الاتصال عن بعد لأقل من الشهر، والمنع من التصرف في النقود للحاجات الشخصية لمدة لا تتجاوز الشهرين، وثالثها المنع من الزيارة لأقل من الشهر دون أن يشمل هذا المنع المحامي، والوضع في العزلة لأقل من 30 يوما بعد استشارة طبيب المؤسسة العقابية¹.

ويتمثل وجه الحماية هنا في عدم جواز التطبيق الاعباطي للتدابير التأديبية أولا وفي منح المعني حق الدفاع ثانيا²، وهو ما يتفق عليه كل من القانون الجزائري والكويتي، غاية ما في الأمر أن القانون الكويتي اعتمد عقوبة تأديبية قاسية وماسة بالكرامة الإنسانية هي التكبيل بحديد الأيدي والأرجل لمدة لا تزيد عن الشهر، إضافة إلى اعتماده عقوبة الحبس الانفرادي لأقل من 7 أيام، دون ربط هذا التدبير بوجوب استشارة طبيب المؤسسة العقابية ومستشارها النفسي³.

غير أنه يحسب للقانون الكويتي اعتماده لبيت العائلة، ومقتضاه إعداد وحدات سكنية كاملة الخدمات المعيشية والترفيهية داخل نطاق منطقة السجون، تمثل بيتا عائليا للزوجة والأبناء والوالدين وأشقاء وشقيقات المنزل المحكوم عليه، يقضون فيه ساعات من النهار بخصوصية مطلقة⁴، وقد كان ذلك رغم أن إشكالية الخلوة الشرعية للسجين بزوجه قد أثارت جدلا واسعا بين مذهب مؤيد للخلوة الشرعية قياسا على حق السجين من الجنسين في الطعام⁵، ومذهب معارض متمسك بتعارض الخلوة الشرعية مع المقصد الشرعي من السجن متمثلا في ردع الجاني والتضييق عليه⁶، حيث إن وزارة الداخلية الكويتية أثرت اعتماد بيت العائلة مؤكدة عدم وجود الحاجة إلى موافقة مجلس الأمة أو وجود تشريع خاص، وموضحة أن الأمر لقي موافقة لجنة حقوق الإنسان ولجنة الداخلية والدفاع البرلمانيين، إضافة إلى إشارات منظمة الصليب الأحمر والعديد من المنظمات ذات الصلة⁷.

الحبس ما يمنع ذلك، مع ضرورة أن تكون الزيارة تحت إشراف ضابط السجن أو من ينوب عنه ووفقا لما هو محدد في المادة السادسة من اللائحة الداخلية للسجون الصادرة بموجب القرار رقم 25 لسنة 1976، خلافا للمسجونين من الفئة ب الذين يجوز التصريح لهم بزيارة خاصة مرة واحدة شهريا كأصل عام، وتتم الزيارة الخاصة بحضور أحد الضباط في المكان المخصص لها في السجن أو في مكان مناسب يصرح به رئيس السجن طبقا للمادتين السابعة والعاشر من اللائحة المذكورة، أما الحق في المراسلة فهو محدد بمرة واحدة شهريا لهذه الفئة تطبيقا للمادة 11 من نفس اللائحة.

¹ تتضمن المواد من 83 إلى 87 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمساكين الجزائري كل ما يتعلق بالنظام التأديبي في المؤسسات العقابية.

² المادة 74 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري والمادة 61 من قانون تنظيم السجون الكويتي.

³ المادة 58 من قانون تنظيم السجون الكويتي.

⁴ يقصد بالنزول هنا المحكوم في جرائم بسيطة على أن يكون متمتعا بحسن السير والسلوك داخل المؤسسة العقابية، ومشاركا فاعلا في أنشطة السجن الاجتماعية: <https://arabic.rt.com/news/819052> تاريخ النشر 14 أبريل 2016، وقد تم الإطلاع في 25 ماي 2019.

⁵ برهان الدين بن مازة/ المحيط البرهاني في الفقه العثماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2004، الجزء التاسع، ص 25: أشار إليه رابح فغورور رابح فغورور/ نظام الخلوة الشرعية للسجين - دراسة مقارنة بين التشريع العقابي الإسلامي والوطني، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد السابع، 2018، ص 520.

⁶ ابن فرحون/ تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1995، الجزء الثاني، ص 205: أشار إليه رابح فغورور/ نفس المرجع، ص 521.

⁷ <https://www.shabiba.com/article/137724> تاريخ النشر 14 أبريل 2016، وقد تم الإطلاع في 25 ماي 2019.

ومهما يكن من أمر فإن الخلوة الشرعية داخل السجون لا يمكن في تقديري سوى أن تساهم في الرفع من معنويات السجناء من الجنسين والمساهمة في إصلاحهم تمهيدا لإعادة إدماجهم في المجتمع بعد انقضاء فترة العقوبة التي لم تعد وسيلة إيلاء بقدر ما أصبحت وسيلة إصلاح، شريطة أن يكون البيت العائلي متوفرا على شروط السكن اللائق لدحض ما يمكن أن يقال من أن الخلوة الشرعية بالنساء داخل السجون فيه امتهان لكرامتهن¹.

وعلى هذا الأساس ندعو المشرع الجزائري إلى اعتماد هذا النظام لما يتضمنه من إيجابيات تعكس رغبة من يعتمده في تكريس مبادئ حقوق الإنسان بالمحافظة على الروابط الاجتماعية أسوة بما هو معمول به في دولة الكويت، خاصة وأنه يتماشى مع السياسة العقابية الجزائرية المعتمدة لكل من نظام الورشات الخارجية ونظام الحرية النصفية ونظام البيئة المفتوحة التي ندعو المشرع الكويتي إلى الأخذ بها².

ويقصد بنظام الورشات الخارجية استخدام المحبوسين المحكوم عليهم خارج المؤسسة العقابية للقيام بأعمال لصالح الجماعات والمؤسسات والمقاولات العمومية أو الخاصة مع فرض رقابة عليهم³، أما نظام الحرية النصفية فيسمح باستخدام المحبوس خارج المؤسسة لممارسة شغل معين أو لمزاولة دروس في التعليم العالي بإحدى الجامعات، أو لتلقي تكوين مهني دون رقابة من المؤسسة العقابية⁴، خلافا لنظام البيئة المفتوحة الذي تتخذ بمقتضاه مؤسسات البيئة المفتوحة شكل مراكز ذات طابع فلاحي أو حرفي أو خدماتي أو ذات منفعة عامة، وهي تقوم بتشغيل المحبوسين وإيوائهم في نفس المكان⁵.

ورغم أن هذه الأنظمة تشكل بحد ذاتها امتيازات يتمتع بها المحبوسين من الجنسين المتوفرين على شروط الإفادة بها لجهة سلوكهم، أو لجهة مدة العقوبة المحكوم بها عليهم أو المدة المتبقية⁶، فإن التشريع الجزائري نص على تدابير حمائية ترتبط بالولوج لهذه الأنظمة، وهي تدابير متعلقة أساسا بعقد استخدام المحبوس الذي يخضع وجوبا للقوانين المطبقة على العمل الحر فيما يخص بمدة العمل والصحة والضمان والتعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية، باستثناء الأجر التي تدفع للمؤسسة العقابية لتخصص مبلغا للمحبوس⁷.

¹ يراجع في الجدل القائم على هذا الأساس: عبد الوهاب الفهيد وأشرف ناجي/ مجلة البشائر العدد 46، نوفمبر 2012، ص 17 و18 و19.
² يراجع الفصل الثاني من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري بعنوان: إعادة التربية خارج البيئة المغلقة، وللتنفصيل في ماهية هذه الأنظمة يراجع يحيى عبد الحميد/ تنظيم العمل العقابي في القانون الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، الجزء الثاني، العدد الرابع، ص 53-56.
³ مختار سيدهم/ التوسع في استخدام عقوبات وتدابير التشغيل الاجتماعي كبديل للعقوبات التقليدية، مداخلة بالمؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا بالدول العربية، الدوحة، قطر، 24-26 سبتمبر 2013، ص 7.
⁴ في شرح تفصيلي لنظام الحرية النصفية وتأصيلها التاريخي وتمييزها عن الأنظمة الأخرى تراجع: فريدة بن يونس/ الحرية النصفية كبديل للعقوبة في مرحلة تطبيقها في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، العدد الثامن، الجزء الثاني، 2018، ص 585 إلى 597.
⁵ مختار سيدهم/ المرجع السابق، ص 9.
⁶ في التأصيل التاريخي لنظام شبه الحرية يراجع أحمد علي خوالدة/ بدائل عقوبة الحبس قصيرة المدة في القانون الأردني، علوم الشريعة والقانون، المجلد 42، عدد 3، 2015، ص 1019.
⁷ عمر خوري/ المرجع السابق، ص 384.

الفرع الثاني: التدابير الحمائية المشتركة بين الجنسين عند خضوعهما لتدبير غير احتجائي في القانونين الجزائري والكويتي

تعالت الأصوات الحقوقية في مختلف دول العالم من أجل اعتماد العقوبات البديلة والابتعاد قدر الإمكان عن حبس الجناة¹،

تفاديا لما ترتبه العقوبة الحبسية أو السجنية من اكتظاظ للسجون²، وما تكبده من نفقات تقع على عاتق الدولة، إضافة إلى عدم فاعلية هذه العقوبة في الإصلاح والتأهيل³.

ورغم تعدد العقوبات البديلة⁴ إلا أن هذه الورقة البحثية تقترح التطرق لعقوبة العمل للنفع العام⁵ دون غيرها لسببين، أولهما أن هذه العقوبة منصوص عليها في كل من قانون العقوبات الجزائري⁶ وقانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي⁷ معا، وثانيهما أن هذه العقوبة هي الأكثر تعلقا بموضوع الدراسة، من حيث أنها تثير إشكالية موضوع البحث بدرجة أكبر مقارنة بالعقوبات البديلة الأخرى كالسوار الإلكتروني⁸ مثلا، وهو عقوبة بديلة نص عليها المشرع الجزائري⁹ ولم يحبد المشرع الكويتي تطبيقها.

ومهما يكن من أمر فإن المرأة تشترك مع الرجل في تعاملها مع العدالة الجنائية لجهة التدابير الحمائية المتعلقة بعقوبة النفع العام إجمالا، سواء تعلق الأمر بتدابير حمائية مرتبطة بفرض هذه العقوبة غير الاحتجائية أو تنفيذها. فما هي الضمانات التي يوفرها كل من القانون الجزائري والكويتي بهذا الخصوص، وهل توفر نصوصهما تدابير حمائية دنيا للخاضعين لعقوبة العمل للنفع العام؟

¹ أمن رمضان الزيني/ العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة وبدائلها، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، القاهرة، 2003، ص 23.

² F-Jacomet/ réflexions sur la surpopulation des prisons, revue pénitentiaire de droit pénal, n°1, 1987, page 27.

³ أمن بن عبد العزيز المالك/ بدائل العقوبات السالبة للحرية كنموذج للإصلاح في نظام العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية الأمنية، كلية الدراسات العليا، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، الرياض، 2010، ص ص 35-49.

⁴ الحسين زين الاسم/ إشكالية العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة والبدائل المقترحة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، 2005-2006، ص 62 وما يليها.

⁵ في التأصيل التاريخي لهذه العقوبة يراجع: يعيش تمام شوقي وقلات سميرة/ عقوبة العمل للنفع العام، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة صوت القانون، العدد السادس، 2006، ص 368.

⁶ القانون رقم 01-09 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق ل 25 فبراير 2009 المعدل والمتمم للأمر 66- 156 المؤرخ 8 يونيو 1966.

⁷ القانون رقم 1960/17 المتضمن قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي.

⁸ في تقييم نظام المراقبة الإلكترونية تراجع: وزيرة بلعسلي/ فعالية الوضع تحت نظام المراقبة الإلكترونية باستعمال السوار الإلكتروني آليات ترشيد السياسة العقابية المعاصرة، العدد 5، مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، 2018، ص 143 إلى ص 157.

⁹ القانون رقم 01-18 المؤرخ في 18 جمادى الأولى 1439 الموافق ل 30-01-2018 المتتم لقانون تنظيم السجون.

أولاً: التدابير الحمائية المتعلقة بفرض عقوبة العمل للنفع العام بمقتضى قانون العقوبات الجزائري وقانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي

نحاول من خلال هذا الفرع رصد مختلف التدابير الحمائية المرتبطة بفرض عقوبة العمل للنفع العام في قانون العقوبات الجزائري أولاً، قبل الانتقال إلى البحث في التدابير الحمائية المتعلقة بفرض هذه العقوبة في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي الذي استعمل مصطلح العمل لصالح الحكومة.

1. التدابير الحمائية المتعلقة بفرض عقوبة العمل للنفع العام بمقتضى قانون العقوبات الجزائري تتمثل التدابير الحمائية المتعلقة بفرض عقوبة العمل للنفع العام في القانون الجزائري فيما يلي:

أ- خضوع العمل للنفع العام لمبدأ الشرعية: يعد العمل للنفع العام تدبير غير احتجائي، ولكنه في النهاية تدبير يخضع في القانون الجزائري لمبدأ الشرعية¹ الذي يقضي بوجود فرض العقوبات بناء على حكم صادر عن الجهة القضائية المختصة تطبيقاً للقانون²، مما يعني أنه لا يجوز اللجوء إلى العمل للنفع العام اعتباراً لحماية للمحكوم عليه من تعسف القضاة³.

وبناء على ذلك حدد المشرع الجزائري شروط إعمال هذه العقوبة بموجب المادة 5 مكرر 1 من قانون العقوبات التي رسمت حدود سلطة القضاة التقديرية بالنص على أنه يجوز لقاضي الحكم استبدال عقوبة الحبس المنطوق بها بعقوبة العمل للنفع العام دون مقابل لمدة تتراوح ما بين 40 ساعة و600 ساعة بحساب ساعتين عن كل يوم حبس، في أجل أقصاه 18 شهراً، لدى شخص معنوي من القانون العام، شريطة أن يكون المتهم غير مسبوق قضائياً، وأن يكون بالغا 16 سنة على الأقل وقت ارتكاب الجريمة التي يجب ألا تتجاوز عقوبتها في جميع الأحوال 3 سنوات، مع وجوب مراعاة كون العقوبة المنطوق بها لا تتجاوز سنة واحدة، أما إذا تعلق الأمر بقاصر فيجب ألا تقل مدة العمل للنفع العام المنطوق بها عن 20 ساعة وأن لا تزيد عن 300 ساعة⁴.

ب- ضرورة موافقة الجاني على الخضوع لعقوبة العمل للنفع العام: تنص المادة 50 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري في فقرتها الأخيرة على أنه يتم النطق بعقوبة العمل للنفع العام بحضور المحكوم عليه، وأنه يجب على الجهة القضائية قبل النطق بهذه العقوبة إعلامه بقبولها أو رفضها والتنويه بذلك في الحكم، ومعنى ذلك بدهاءة وجوب احترام رغبة المحكوم عليه وعدم جواز إخضاعه لعقوبة العمل للنفع العام رغماً عنه.

ج- خضوع عقوبة العمل للنفع العام لمبدأ المساواة: ومعنى ذلك أن هذه العقوبة تعرض على جميع الجناة الذين تتوفر فيهم الشروط القانونية دون تمييز، أما استعمال القاضي لسلطته التقديرية فيما يتعلق بتحديد طبيعة العمل ومكانه وساعاته بالنظر لشخصية الجاني وظروفه ومؤهلاته فليس فيه مساس بمبدأ المساواة، وبناء على ذلك فإن المحكوم عليها

¹ يؤكد الدستور الجزائري على مبدأ الشرعية مما يرفعه إلى مرتبة المبدأ الدستوري حيث تنص المادة 58 من الدستور الجزائري على أنه لا إدانة إلا بمقتضى قانون صدر قبل ارتكاب الجريمة، وتنص المادة 59 منه على أنه لا يتابع أحد ولا يوقف أو يحتجز إلا ضمن الشروط المحددة بالقانون وطبقاً للأشكال التي نص عليها.

² في شرح مستفيض لمبدأ الشرعية يراجع: عبد الرحمن توفيق أحمد/ شرح قانون العقوبات، القسم العام وفق آخر التعديلات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2012، ص 106.

³ سعداوي محمد الصغير/ عقوبة العمل للنفع العام، شرح القانون 09-01 المعدل لقانون العقوبات الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2013، ص 97.

⁴ نسيم فيصل/ بدائل العقوبات الجنائية القصيرة المدة كآلية إصلاح وتأهيل في ظل السياسة الجنائية المعاصرة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية العدد الثاني الجزء الثاني، نوفمبر 2017، ص 431.

الأثنى يجب أن تتمتع بتدابير حمائية إضافية تتعلق بنوعها الاجتماعي، لاسيما فيما يتعلق بطبيعة العمل الذي يحل محل العقوبة الحبسية، إضافة إلى أوقات العمل التي يفترض ألا تكون ليلا، ومكان العمل الذي يفضل أن يكون قريبا من مكان الإقامة قدر الإمكان¹.

2. التدابير الحمائية المتعلقة بفرض عقوبة العمل لصالح الحكومة بمقتضى قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي:

يحسب للقانون الكويتي اعتماده لعقوبة العمل للنفع العام كعقوبة بديلة عن العقوبة الحبسية منذ أكثر من نصف قرن، بمناسبة صدور قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية رقم 17 لسنة 1960، وقد أطلق المشرع الكويتي على هذه العقوبة مصطلح العمل لصالح الحكومة، حيث تنص المادة 235 من هذا القانون على أنه يجوز للمحكوم عليه بالحبس البسيط الذي لا تجاوز مدته ستة شهور، أو لمن صدر أمر بتنفيذ الغرامة عليه بالإكراه البدني، أن يطلب من مدير السجن إبدال العمل لصالح الحكومة بالحبس.

ومعنى ذلك أن المحكوم عليه بعقوبة الحبس البسيط أو المحكوم عليه بتنفيذ الغرامة بالإكراه البدني يمكنهما تقديم طلب باستبدال العقوبة الحبسية لمدير السجن، ذلك ما يفهم من الفقرة الأولى من نص المادة 235 التي لا تبين الإجراءات المعتمدة بعد تقديم الطلب، ولا حتى السلطة المختصة بالبحث فيه، غير أن الفقرة الثانية من نفس المادة تنص على أنه يجوز في حالات معينة لمدير السجن أن يصدر أمرا بإلغاء تشغيل المحكوم عليه وتنفيذ المدة الباقية من الحبس أو الإكراه البدني عليه، ومعنى ذلك أن مدير السجن هو الذي يختص بالنظر في طلب استبدال العقوبة تطبيقا لمبدأ توازي الأشكال². وبناء على ذلك فإن المادة 235 من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي تتيح استبدال عقوبة الحبس البسيط الصادرة بحكم قضائي بموجب قرار يصدر عن سلطة إدارية ممثلة في شخص مدير السجن، كما أنها تعطي هذا الأخير سلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بإلغاء التشغيل والرجوع إلى تنفيذ العقوبة الحبسية، وفي ذلك مساس بمبدأ الفصل بين السلطات.

وبعيدا عن وجوب احترام كل من مبدأ توازي الأشكال الذي يقضي بأن تقوم السلطة القضائية باستبدال العقوبة التي أصدرتها³، ومبدأ الفصل بين السلطات الذي يفرض فصل السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية⁴، فإن منح مدير السجن مثل هذه السلطة التقديرية الواسعة فيه مساس بحقوق المحكوم عليه الذي سيخضع في النهاية لقرار نهائي غير قابل للطعن فيه، على أساس أن مثل هذه الأوامر لا تتعلق بقرارات إدارية قابلة للطعن أمام المحكمة الإدارية تطبيقا

¹ فيما يتعلق بشروط استخدام النساء عموما في القانون الجزائري يراجع عمار مانع/ المرأة العاملة في المنظومة التشريعية الجزائرية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة 1، عدد 29، 2008، ص 159.

² فيصل الكندري/ نظرة قانونية لنظام العمل لصالح الحكومة، جريدة الأنباء الكويتية، يومية سياسية شاملة، الثلاثاء 25 جانفي، 2011.

³ مقتضى مبدأ توازي الأشكال أنه في غياب أي استثناء معلل بسند قانوني، يكون الاختصاص بإلغاء أو تعديل أي قرار إداري من صلاحيات الهيئة المختصة بإصدار القرار الأصلي.

⁴ يعد مبدأ الفصل بين السلطات في دولة الكويت مبدأ دستوريا: لمزيد من التفصيل في الموضوع يراجع إبراهيم محمد العومر العازمي/ مبدأ الفصل بين السلطات وتطبيقاته في دولة الكويت، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على الماجستير في القانون، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، كلية الحقوق، قسم القانون العام، 2010، ص 53.

للمرسوم رقم 20 لسنة 1981 المتعلق بإنشاء المحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية، وإنما هي قرارات قضائية تخضع لأحكام قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الذي لا يتيح الطعن في قرارات تنفيذ العقوبة المنصوص عليها في الفصل الثالث من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية¹.

لذلك يرجى من المشرع الكويتي أن يتدخل بالنص على أن السلطة القضائية التي أصدرت الحكم بالحبس هي التي تعرض على المحكوم عليه استبدال العقوبة الحبسية بالعمل لصالح الحكومة، وهي التي تتولى أيضا النظر في إلغاء التشغيل و العودة إلى تنفيذ العقوبة الحبسية المحكوم بها أصلا.

هذا التعديل من شأنه درء القرارات الإدارية التعسفية والاعتباطية في اتجاه ضمان حقوق المحكوم عليهم من الجنسين، وهو ضمان يضاف لتدابير حمائية أخرى تستنتج من استقراء نص المادة 235 من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي وتمثل فيما يلي:

أ- خضوع العمل لصالح الحكومة لمبدأ الشرعية:

حيث أنه لا يجوز استبدال العقوبة الحبسية بعقوبة العمل لصالح الحكومة إلا إذا كان ذلك وفق الإطار المحدد قانونا²، والقاضي بوجوب تعلق الأمر بعقوبة الحبس البسيط الذي لا تتجاوز مدته ستة شهور أو بتنفيذ الغرامة بالإكراه البدني³، وتبعاً لذلك فإن هذه العقوبة تخضع أيضاً لمبدأ المساواة، حيث يجوز لكل من تتوفر فيه شروطها الاستفادة منها.

ب- ضرورة موافقة الجاني على الخضوع لعقوبة العمل لصالح الحكومة:

تنص المادة 235 من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي على أن المحكوم عليه هو الذي يبادر بتقديم طلب إفادته باستبدال العقوبة الحبسية بعقوبة العمل لصالح الحكومة، ومعنى ذلك أن هذه العقوبة تخضع لإرادته ولا تفرض عليه.

ثانياً: التدابير الحمائية المتعلقة بتنفيذ عقوبة العمل للنفع العام بمقتضى قانون العقوبات الجزائي وقانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية

يتعلق هذا الفرع بمحاولة رصد مختلف التدابير الحمائية المرتبطة بتنفيذ عقوبة العمل للنفع العام في قانون العقوبات الجزائي أولاً، قبل الانتقال إلى البحث في التدابير الحمائية المتعلقة بتنفيذ هذه العقوبة في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي الذي استعمل مصطلح العمل لصالح الحكومة ثانياً.

1- التدابير الحمائية المتعلقة بتنفيذ عقوبة العمل للنفع العام بمقتضى قانون العقوبات الجزائي

تتمثل هذه التدابير اتباعاً فيما يلي:

¹ فيصل الكندري/ المرجع السابق.

² يعبر الفقه الجنائي عن ذلك بقوله إن الشرعية هي تحقيق مضمون الحكم الوارد في القاعدة القانونية، ومتى صدر التصرف من السلطة وفق الإطار المحدد قانوناً يكتسب ثوب المشروعية: يراجع حجازي جمعة/ الحقوق والحريات العامة، مطبعة وزارة الداخلية، الكويت، 1989، ص 109.

³ المادة 235 من قانون من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية

أ- تخويل السلطة القضائية صلاحية الإشراف على تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام:

من أهم التدابير الحمائية المتعلقة بتنفيذ عقوبة العمل للنفع العام في القانون الجزائري أن المادة 5 مكرر 3 من قانون العقوبات أسندت مهمة السهر على تطبيق عقوبة العمل للنفع العام للسلطة القضائية ممثلة في قاضي تطبيق العقوبات الذي يتمتع بهذا الخصوص بصلاحيات تتعلق بإجراءات تطبيق عقوبة النفع العام وأخرى مرتبطة بالإشكالات المتعلقة بتنفيذها¹.

وبذلك فإن المشرع الجزائري لم يترك عقوبة العمل للنفع العام خاضعة للسلطة الإدارية مبتعدا عن كل الشبهات، بل ولم يطلق يد القاضي الذي يبقى خاضعا في هذا المجال لأحكام إجرائية محددة مع منحه سلطة تقديرية تحقيقا لمصلحة المحكوم عليه، سواء لجهة اختيار العمل الذي يناسب ظروف الجاني أو لجهة الفصل في كل ما يمكن أن يستجد خلال فترة تنفيذ العقوبة.

أما فيما يتعلق المحكوم عليها الأثني فيتعين إضافة لكل ذلك مراعاة نوعها الاجتماعي لجهة طبيعة العمل الذي يحل محل العقوبة الحبسية، وكذا مراعاة أوقات العمل التي يتعين أن تكون نهارا، ومكان العمل الذي يفضل أن يكون قريبا قدر الإمكان من مكان الإقامة، دون أن يكون في ذلك مساس بالمساواة بين الجنسين².

ب- فرض التزامات على المؤسسة المستقبلية في اتجاه احترام حقوق المحكوم عليه بعقوبة النفع العام:

تنص المادة 5 مكرر 5 من قانون العقوبات الجزائري على خضوع العمل للنفع العام للأحكام التنظيمية والتشريعية المتعلقة بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل والضمان الاجتماعي، مما يعني أن المحكوم عليه بعقوبة النفع العام يتمتع بنفس حقوق العامل، حيث إنه يتعين على المؤسسة المستقبلية الحرص على أن تكون أماكن العمل ومحيطها وملحقاتها نظيفة ضمانة لصحة وأمن المحكوم عليه، وفي مجال الطب يجب إخضاع المحكوم عليه للفحوصات الطبية والوقائية والعلاجية

¹ حيث أنه وبمجرد توصل قاضي تطبيق العقوبات بالملف من طرف النيابة العامة، يقوم باستدعاء المعني بواسطة محضر قضائي في عنوانه المدون بالملف، منوها إلى أنه في حالة عدم حضوره في التاريخ المحدد تطبق عليه عقوبة الحبس الأصلية، وعند الاقتضاء -لاسيما بسبب بعد المسافات- يمكن لقضاة تطبيق العقوبات التنقل لمقرات المحاكم التي يقيم بدائرة اختصاصها الأشخاص المحكوم عليهم، للقيام بالإجراءات الضرورية التي تسبق شروعه في تطبيق عقوبة العمل للنفع العام .
وبذلك فإنه في حالة عدم امتثال المعني بالأمر للاستدعاء رغم ثبوت تبليغه شخصيا ودون تقديم عذر جدي، يقوم قاضي تطبيق العقوبات بتحرير محضر بعدم المثول، يتضمن عرضا للإجراءات التي تم إنجازها، ويقوم بإرساله إلى النائب العام المساعد الذي يقوم بإخطار مصلحة تنفيذ العقوبات التي تتولى باقي إجراءات التنفيذ بصورة عادية بالنسبة لعقوبة الحبس الأصلية .

أما إذا امتثل المعني بالأمر للاستدعاء يقوم قاضي تطبيق العقوبات باستقباله للتعرف على هويته كما هي مدونة في الحكم أو القرار المدين له، والتعرف على وضعيته الاجتماعية والمهنية والصحية والعائلية، بالإضافة إلى عرضه على طبيب المؤسسة العقابية بمقر المجلس القضائي أو المحكمة حسب الحالة، لفحصه وتحرير تقرير عن حالته الصحية، بغية اختيار طبيعة العمل الذي يتناسب وحالته البدنية، بل ويمكن عند الاقتضاء عرض المعني بالأمر على طبيب آخر ، كما أن الأمر إذا تعلق بامرأة أو بحدث يتراوح عمره ما بين 16 و18 سنة، يتعين على قاضي تطبيق العقوبات مراعاة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بتشغيلهم .

هذا وتعرض جميع الإشكالات المتعلقة بتنفيذ عقوبة العمل للنفع العام على قاضي تطبيق العقوبات الذي يملك صلاحية اتخاذ أي إجراء لحلها لاسيما في ما يتعلق بتعديل برنامج العمل أو تغيير المؤسسة المستقبلية، بل ويمكنه من تلقاء نفسه أو بطلب من المعني بالأمر أو من ينوب عنه، أن يصدر موقفا بوقف تطبيق العقوبة متى استدعت ذلك الظروف الاجتماعية أو الصحية أو العائلية للمعني، على أن يتم إبلاغ كل من النيابة العامة والمعني بالأمر والمؤسسة المستقبلية والمصلحة الخارجية لإدارة السجن المكلفة بإعادة الإدماج الاجتماعي للمحسوسين

² تراجع الصفحة 22 من هذا البحث.

اللازمة بغية المحافظة على صحته وحمايته من الأخطار والأمراض المهنية، كما يتعين التكفل بتأمين المحكوم عليه بعقوبة العمل للنفع العام وفقا للإجراءات المتعلقة بالتأمين على المحبوسين¹.

2- التدابير الحمائية المتعلقة بتنفيذ عقوبة العمل لصالح الحكومة بمقتضى القانون الكويتي: بعيدا عن الانتقادات التي تم التطرق إليها فيما يتعلق بالسلطات التي يمنحها المشرع الكويتي لمدير المؤسسة العقابية فيما يتعلق باستبدال العقوبة، وما في ذلك من مساس بحقوق المحكوم عليه وبأكثر من مبدأ قانوني، يقترح الفقه القانوني الكويتي إنشاء جهاز قضائي مستقل يختص بالنظر في إجراءات تنفيذ عقوبة العمل لصالح الحكومة أو إسناد الاختصاص إلى محكمة الاستئناف العليا منعقدة في غرفة المداولة².

إن تفعيل هذا الاقتراح من شأنه أن يوفر حماية أكبر للمحكوم عليه الذي سيصبح بإمكانه حل إشكالات تنفيذ العقوبة بالجوء إلى جهة قضائية تملك صلاحية التدخل من أجل اتخاذ الإجراءات المناسبة كلما دعت الحاجة لذلك، كما في حالة المطالبة بوقف تطبيق العقوبة لظرف صحي مثلا، أو بتعديل برامج العمل أو تغيير المؤسسة المستقبلية.

ذلك ما اعتمده المشرع الجزائري إلى جانب تدبير حمائي آخر متعلق بتنفيذ عقوبة العمل للنفع العام وهو فرض التزامات على المؤسسة المستقبلية في اتجاه احترام حقوق المحكوم عليه بهذه العقوبة، لا سيما وجوب احترام هذه المؤسسات للأحكام التنظيمية والتشريعية المتعلقة بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل والضمان الاجتماعي.

أما نص المادة 235 من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي فقد تضمن تدبيرا حمائيا وحيدا يتعلق بتنفيذ عقوبة العمل لصالح الحكومة منعا لاستغلال المحكوم عليه من طرف المؤسسات المستقبلية، ويتمثل هذا التدبير في أن مدة العمل يجب ألا تزيد عن سبع ساعات يوميا، وأن كل يوم من أيام العمل يعد معادلا ليوم من أيام الحبس.

وخلاصة القول انه يتعين على المشرع الكويتي التدخل من أجل سحب سلطات مدراء السجون لجهة تقرير استبدال عقوبة الحبس بعقوبة العمل لصالح الحكومة وإعادة المحكوم عليه إلى تنفيذ عقوبة الحبس في حال إخلاله بالشروط القانونية، ومنح جميع السلطات المتعلقة بفرض عقوبة العمل لصالح الحكومة وتنفيذها للسلطة القضائية دون غيرها، مع ضرورة ضمان حقوق المحكوم عليه لجهة الحقوق التي يتمتع بها في مواجهة المؤسسة الحكومية المستقبلية باعتباره في نهاية الأمر عاملا يتعين ضمان حقه في الوقاية الصحية والأمن وطب العمل والضمان الاجتماعي.

أما إذا كانت المحكوم عليها أنثى فيتعين بالإضافة إلى كل ذلك مراعاة نوعها الاجتماعي فيما يتعلق بطبيعة العمل الذي يحل محل العقوبة الحبسية وأوقاته بما يتفق مع قانون العمل الكويتي³.

ومع ذلك كله لا ينبغي التحامل على المشرع الكويتي، ويكفيه فخرا أنه من أوائل المشرعين العرب الذين اعتمدوا عقوبة العمل لصالح الحكومة كعقوبة بديلة بالنص عليها سنة 1960، أي قبل اعتمادها من المشرع القطري مثلا بحوالي خمسين سنة⁴، وقبل النص عليها في التشريع الجزائري بما يناهز هذه المدة أيضا.

¹ محمد معيني/ عقوبة العمل لنفع في التشريع العقابي الجزائري، مجلة المنتدى القانونية، العدد 07، جامعة بسكرة 2005، ص 185.

² يراجع في هذا الاتجاه فيصل عبد الله الكندري/ المرجع السابق.

³ المادتين 22 و 23 من القانون رقم 06 لسنة 2010 في شأن العمل في القطاع الأهلي، العدد 936.

⁴ استحدثت قطر هذه العقوبة تحت مسمى عقوبة التشغيل الاجتماعي بموجب القانون رقم 23-2009 المعدل لبعض أحكام قانون العقوبات رقم 11 لسنة 20.

المطلب الثاني: التدابير الحمائية التي تنفرد المرأة في تعاملها مع العدالة الجنائية في القانونين الجزائري والكويتي

خص كل من المشرع الجزائري والكويتي النساء بجملة من التدابير الحمائية في إطار تعاملهن مع العدالة الجنائية، نحاول رصدها من خلال هذه الورقة البحثية باستقراء النصوص القانونية ذات الصلة في البلدين.

الفرع الأول: مظاهر أنسنة المعاملة العقابية للمرأة في القانون الجزائري

يحسب لقانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين مراعاته لخصوصيات النوع الاجتماعي بتكريسه لمبدأ الفصل بين النساء والرجال في السجون¹، والنص على إفادة المحبوسة الحامل بظروف احتباس ملائمة فيما يتعلق بالتغذية المتوازنة والرعاية الطبية المستمرة والحق في الزيارة والمحادثة مع زائريها دون فاصل²، مع وجوب سهر المؤسسة العقابية بالتنسيق مع المصالح المختصة بالشؤون الاجتماعية على إيجاد جهة تتكفل بالمولود وتربيته، وتمكين المحبوسة من الاحتفاظ به إلى بلوغه ثلاث سنوات عند تعذر وجود كفيل أو أي جهة عمومية أو خاصة تتولى تربيته ورعايته³، مع عدم جواز التأشير في سجلات الولادة بالحالة المدنية ولا في شهادة ميلاد الطفل ببيانات تفيد كونه مولود في مؤسسة عقابية أو تظهر احتباس الأم⁴.

وحيث إنه لا يمكن لأحد أن ينكر أن القواعد المتعلقة بتوفير المنشآت الخاصة للضرورة للرعاية والعلاج قبل الولادة وبعدها، يعد من الحقوق الأصلية للمرأة ضمن ما أضحى يطلق عليه مصطلح الصحة الإنجابية، فإنه قد يقال أن مصير المولود وحقوقه تتعلق به فقط، في إطار موقف متطرف لا يمكن مسيرته، وإن كان من الممكن الرد عليه بربط حقوق الطفل الجديد بالوضع النفسي للأم السجينة، بشكل يظهر فيه مظهر آخر من مظاهر الحماية القانونية للمرأة في إطار قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري.

ومن مظاهر هذه الحماية أيضا ما نصت عليه المادة 55 من نفس القانون حين منعت تنفيذ عقوبة الإعدام على الحامل والمرضعة لطفل دون أربعة وعشرين شهرا، وما نصت عليه المادة 16 من جواز إفادة المرأة من تأجيل تنفيذ العقوبة السالبة للحرية مؤقتا متى كانت حاملا أو أما لولد يقل سنه عن أربعة وعشرين شهرا، على ألا تزيد مدة التأجيل عن ستة أشهر بالنسبة لأم الولد الذي يقل سنه عن أربعة وعشرين شهرا، وأن يكون التأجيل بالنسبة للحامل إلى ما بعد الوضع بشهرين كاملين في حالة ما إذا ولد المولود ميتا، وإلى أربعة وعشرين شهرا في حالة ميلاده حيا.

لقد أحسن المشرع الجزائري بنصه على تأجيل تنفيذ العقوبة السالبة للحرية على المرأة الحامل أو الأم لولد يقل سنه عن أربعة وعشرين شهرا، من حيث تعلق الأمر بتدبير حمائي يرقى إلى مرتبة الضمانات التي تراعي النوع الاجتماعي في التعامل مع العدالة الجنائية، غير أنه يلاحظ من جهة أخرى أنه عهد بالنظر في طلب تأجيل تنفيذ العقوبة لوزير العدل حافظ الأختام الذي يعد سكوته مدة ثلاثين يوما من تقديم الطلب رفضا له⁵، مما يمكن معه طرح سؤالين هامين هما:

¹ المادة 28 ثانيا/1 والمادة 29 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري.

² المادة 50 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري.

³ المادة 51 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري.

⁴ المادة 52 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري.

⁵ المادة 19/3 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري.

1- لماذا غل المشرع الجزائري يد السلطة القضائية بالنسبة للنظر في تأجيل تنفيذ العقوبة السالبة للحرية على المرأة الحامل أو الأم لولد يقل سنه عن أربعة وعشرين شهرا ومنحها للسلطة التنفيذية ممثلة في وزير العدل؟

2- هل يمكن الطعن في قرار وزير العدل الرفض لطلب التأجيل صراحة أو ضمنا؟

الواقع أنه لا مبرر لمنح وزير العدل سلطة النظر في تأجيل تنفيذ العقوبة السالبة للحرية على المرأة الحامل أو الأم لولد يقل سنه عن أربعة وعشرين شهرا، مع العلم أن سلطة تأجيل العقوبة السالبة للحرية منحت في حالات أخرى للنائب العام الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان تنفيذ العقوبة¹.

ومن جهة أخرى فإن المشرع الجزائري اعتبر مسألة تأجيل العقوبة جوازية وهي بذلك تخضع في هذه الحالة للسلطة التقديرية المطلقة لوزير العدل دون أن يكون قراره قابلا للطعن.

وفي جميع الأحوال لا يستفيد من أحكام تأجيل العقوبة معتادوا الإجرام والمحكوم عليهم لارتكاب جرائم ماسة بأمن الدولة أو أفعال إرهابية أو تخريبية²، ومعنى ذلك أن طلب النساء المرتكبات لمثل هذه الجرائم بتأجيل تنفيذ العقوبة علمين يقابل بالرفض على أساس قاعدة أمرة لا يمكن مخالفتها، ليخرجن بذلك من دائرة المستفيدات من تأجيل تنفيذ العقوبة السالبة للحرية باعتباره تدبيرا حمائيا يراعي خصوصية النوع الاجتماعي.

الفرع الثاني: مظاهر أنسنة المعاملة العقابية للمرأة في القانون الكويتي

يأخذ المشرع الكويتي بعقوبة الإعدام تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تلزم أحكام القصاص³، كما أن هذه العقوبة يتم تنفيذها فعلا في دولة الكويت، خلافا لما هو عليه الوضع في القانون الجزائري الذي نص على عقوبة الإعدام ولكنه قام بتجميدها ابتداء من سنة 1993⁴ وسط جدل كبير بين مؤيد ومعارض⁵، وفيما عدا ذلك يشترك كلا من المشرع الكويتي والجزائري في مراعاتهما معا للنوع الاجتماعي في التعامل مع النساء المحكوم عليهم بالإعدام، حيث نص المشرع الكويتي على منع تنفيذ حكم الإعدام على المرأة الحامل، فإذا وضعت وليدها حيا، وجب قانوناً وقف تنفيذ عقوبة الإعدام، على أن يعرض الأمر على المحكمة التي أصدرت الحكم السابق لإبدال عقوبة الإعدام بعقوبة الحبس المؤبد⁶.

إنه تدبير حمائي يهدف أساسا إلى أنسنة المعاملة العقابية للمرأة بما يتناسب مع وضعها، حيث لا يعقل إعدام المرأة الحامل لما في ذلك من مساس بمبدأ شخصية العقوبة، وفي حالة ما إذا وضعت المرأة حملها فإن استقرار هذه المادة يتيح التفرقة بين حالتين، فإما أن تضع الأم وليدها ميتا، وهنا يتعين تنفيذ حكم الإعدام، وإما أن تضعه حيا وهنا يتعين وقف تنفيذ هذه العقوبة واتخاذ إجراءات استبدالها بالسجن المؤبد.

¹ المادة 2/18 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري.

² المادة 2/15 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري.

³ يقول سبحانه وتعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم "ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون." سورة البقرة، الآية 179.

⁴ آخر تاريخ لتنفيذ عقوبة الإعدام في الجزائر كان سنة 1993 في حق منفذي عملية التفجير الدامي لمطار الجزائر الدولي في 26 أوت 1992.

⁵ رغم هذا الجدل أيدت الجزائر قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 149/62 المتخذ يوم 18 ديسمبر 2007، والمتضمن وقف العمل بعقوبة الإعدام

⁶ المادة 49 من قانون تنظيم السجون الكويتي.

أما سجن الحامل فإنه يخضع لتدابير حمائية نصت عليها المادة 33 من نفس القانون، حيث إن المسجونة الحامل تعامل معاملة المساجين من الفئة أ- إذا لم تكن منتمية لهذه الفئة- ابتداء من الشهر السادس، كما أنها تعفى من العمل في السجن، بالإضافة إلى أنه يتعين تمتيعها برعاية طبية خاصة ونقلها إلى المستشفى عند اقتراب موعد الوضع، وبقائها فيه إلى أن تضع حملها.

هذا ويتبين من استقراء المادة 34 من قانون السجون الكويتي أنه يتعين استشارة الأم بشأن مصير وليدها، فإذا رغبت في بقاءه معها، كان لها ذلك، حيث يبقى الولد مع أمه المسجونة حتى بلوغه سنتين من العمر، أما إذا رفضت الأم بقاء طفلها معها فإنه يسلم لأبيه أو لمن تختاره الأم من الأقارب، ويتم اعتماد نفس الحل بعد قضاء الطفل للمدة القانونية المسموح بها رفقة أمه، على أنه إذا لم يكن للطفل أب أو أقارب يكفلونه يتم إيداعه في دار الرعاية للأطفال، وتيسر رؤية أمه له على الوجه الذي تبينه اللائحة الداخلية.

خاتمة

سنعرض في خاتمة هذه الدراسة مجموعة من النتائج والمقترحات على النحو الآتي:

أولاً- النتائج

- 1- إن إشكالية حقوق المتعاملين مع العدالة الجنائية لم تعد شأنًا داخليًا، بل إنها أصبحت مسألة دولية تخضع بخصوصها التشريعات الوطنية لمعايير عالمية تحث على التخفيف من عنصر الإيلام وتدفع باتجاه العمل على إصلاح المحكوم عليهم وتأهيلهم اجتماعيًا.
- 2- يتمتع المحكومون في تعاملهم مع العدالة الجنائية بتدابير حمائية، منها ما تشترك فيه النساء مع الرجال، ومنها ما تنفرد به النساء مراعاة لنوعهن الاجتماعي.
- 3- إن إفادة المرأة المتعاملة مع العدالة الجنائية بحماية قانونية استثنائية ليس فيه ما يمس بمبدأ المساواة بين الجنسين، إذ أن الأمر يتعلق بتمييز فئة مستضعفة بحقوق خاصة، وهو تمييز إيجابي هدفه القضاء على أشكال التمييز السلبي ضد المرأة المتعاملة مع العدالة الجنائية لما تحتاجه من حماية خاصة تتعلق بنوعها الاجتماعي.
- 4- إن الحديث عن التدابير الحمائية التي يتمتع بها المتعاملون والمتعاملات مع العدالة الجنائية لا يقتصر على الضمانات المتعلقة بتنفيذ العقوبة الحبسية أو السجنية، وإنما يتعداها ليشمل الضمانات القانونية التي يتمتع بها الخاضعون لتدبير غير احتجازي أيضا.
- 5- إن إفادة النساء الجانحات بالعقوبات غير الاحتجازية يعد ضرورة ملحة لعدة أسباب هي:
 - أ- تجنب سلبات العقوبة الحبسية أو السجنية التي تعاني منها المرأة في تعاملها مع العدالة الجنائية بدرجة أكبر من الرجل.
 - ب- إخفاق مرافق الاحتجاز في اعتماد طرق تأخذ خصوصية النوع الاجتماعي بعين الاعتبار من أجل تلبية احتياجات المرأة السجينة.

ج- على عكس ما قد يشاع فإن سجون النساء مكتظة لارتفاع نسبة إجرام المرأة في السنوات الأخيرة، لذلك فإن اعتماد التدابير غير الاحتجاجية من شأنه تخفيف الضغط على المؤسسات المغلقة.

6- تتيح المادة 235 من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي استبدال عقوبة الحبس البسيط الصادرة بحكم قضائي بموجب قرار يصدر عن سلطة إدارية ممثلة في شخص مدير السجن، كما أنها تعطي هذا الأخير سلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بإلغاء التشغيل والرجوع إلى تنفيذ العقوبة الحبسية، وفي ذلك مساس بمبدأ توازي الأشكال الذي يقضي بأن تقوم السلطة القضائية باستبدال العقوبة التي أصدرتها، ومبدأ الفصل بين السلطات الذي يفرض فصل السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية، كما أن فيه مساس بحقوق المحكوم عليهم الذين سيخضعون في النهاية لقرار نهائي غير قابل للطعن فيه.

7- تعتمد كل من الجزائر والكويت نظاما عقابيا يراعي متطلبات المرأة في تعاملها مع العدالة الجنائية عن طريق إفادتها بتدابير حمائية ترتبط بنوعها الاجتماعي، وتدابير حمائية تشترك فيها مع الرجل، ضمن إطار عام من شأنه الجمع بين وجوب تحقيق أغراض العقوبة ممثلة في الردع العام والخاص، وضرورة تحقيق العدالة، بغية تجسيد هدف أساسي هو حماية المجتمع من الجريمة وإصلاح المحكومين من الجنسين وتأهيلهم اجتماعيا.

8- يتبين من استقراء جملة التدابير الحمائية التي تتمتع بها المرأة في تعاملها مع العدالة الجنائية في كل من القانون الجزائري والكويتي عدم نزولهما بسقف الحماية لأقل ما أوصت به الصكوك والمواثيق الدولية محل الدراسة عموما، ومع ذلك فإننا نقترح من خلال هذه الدراسة الرفع من سقف هذه الحماية بما يتناسب مع السياسة التشريعية في البلدين لجهة الالتزام بالمعايير العالمية لحقوق الإنسان.

ثانيا- المقترحات :

1- نقترح على المشرع الجزائري اعتماد بيت العائلة أسوة بالقانون الكويتي، لما في ذلك من محافظة على الروابط الأسرية للمنفذين لعقوبة حبسية أو سجنية من الجنسين، ومن مساهمة في إعادة تأهيل النزول وإصلاحه تمهيدا لإعادة إدماجه مجتمعا.

2- نقترح على المشرع الكويتي اعتماد كل من نظام الورشات الخارجية ونظام الحرية النصفية ونظام البيئة المفتوحة أسوة بالمشرع الجزائري، لما في ذلك من فوائد عملية في اتجاه إعادة إدماج المحكومين من الجنسين، ولما فيه من تخفيف لوطأة السجون المغلفة بما يكفل حماية إضافية للمحكوم عليهم من الرجال عموما، والمحكوم عليهم من النساء على وجه الخصوص، مع ضرورة تقييد الولوج إلى هذه الأنظمة بشروط تتعلق بسلوك المحكومين أساسا، وحماية هؤلاء بالنص على تدابير مرتبطة بعقد الاستخدام الذي يجب أن يخضع للقوانين المطبقة على العمل الحر، فيما يخص بمدة العمل والصحة والضمان والتعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية.

3- في اتجاه ضمان حقوق المحكومين ودرءا للقرارات الإدارية التعسفية والاعتباطية، يرجى من المشرع الكويتي أن يتدخل بالنص على أن السلطة القضائية التي أصدرت الحكم بالحبس هي التي تعرض على المحكوم عليه استبدال العقوبة الحبسية بالعمل لصالح الحكومة، وهي التي تتولى أيضا النظر في إلغاء التشغيل و العودة إلى تنفيذ العقوبة الحبسية المحكوم بها أصلا.

- 4- نقترح على المشرع الكويتي إنشاء جهاز قضائي مستقل يختص بالنظر في إجراءات تنفيذ عقوبة العمل لصالح الحكومة أو إسناد الاختصاص إلى محكمة الاستئناف العليا منعقدة في غرفة المداولة، لأجل تمكين المحكوم عليه من حل إشكالات تنفيذ العقوبة باللجوء إلى جهة قضائية تملك صلاحية التدخل بغية اتخاذ الإجراءات المناسبة كلما دعت الحاجة لذلك.
- 5- يرجى إلغاء عقوبة تكبيل الأيدي والأرجل من قانون السجون الكويتي لما في هذه العقوبة من مساس بالكرامة الإنسانية، كما يرجى إخضاع عقوبة الحبس الانفرادي لاستشارة طبيب المؤسسة العقابية ومستشارها النفسي.
- 6- إذا كانت المقترحات الثلاثة الأخيرة تتعلق بتدابير حمائية تشترك فيها المرأة والرجل، فإننا نقترح على كل من المشرع الجزائري والكويتي النص على تدبير حمائي آخر يتعلق حصرا بالمرأة المنفذة لعقوبة العمل للنفع العام مراعاة لنوعها الاجتماعي، ويتمثل هذا التدبير في تقييد سلطة القضاء - صراحة - لجهة طبيعة العمل الذي يحل محل العقوبة الحبسية، وكذا فرض مراعاة أوقات العمل التي يتعين أن تكون نهارا، والنص على أن مكان العمل يفضل أن يكون قريبا قدر الإمكان من مكان الإقامة.
- 7- يرجى من المشرع الجزائري أن يسمح بتأجيل تنفيذ العقوبة الحبسية أو السجنية على المرأة الحامل والأم لطفل يقل عمره عن 24 شهرا مطلقا، بسحب السلطة التقديرية من وزير العدل من جهة، وعدم تقييد الاستفادة من هذا التدبير الحمائي بالنظر إلى الجريمة المرتكبة، أو بالنظر لما إذا كان الأمر متعلقا بمعتادة للإجرام من عدمه.
- 8- نتمنى على المشرع الكويتي أن يحدو حدو نظيره الجزائري بالنص على تأجيل تنفيذ العقوبة الحبسية أو السجنية على المرأة الحامل والأم لطفل يقل عمره عن 24 شهرا، بل وأن يذهب إلى أبعد من ذلك بأن يجعل الاستفادة من هذا التدبير الحمائي غير مقيد بشرط، لتعلق الأمر بتدبير حمائي يرقى إلى مرتبة الضمانات التي تراعي النوع الاجتماعي في التعامل مع العدالة الجنائية في اتجاه أنسنة المعاملة العقابية.
- 9- لا يسعنا في آخر هذه الدراسة سوى أن نشير إلى أن اتجاه الرغبة السياسية والإرادة التشريعية إلى فرض تدابير حمائية لفائدة النساء المتواجدات في سجون الجزائر والكويت على حد سواء مسألة ظاهرة للعيان، غير أن تجسيد هذا الاتجاه واقعا يصطدم أساسا بظاهرة اكتظاظ السجون التي يستوجب محاربتها باعتماد التدابير غير الاحتجازية، وعلى رأسها العمل للنفع العام الذي تم التعرض له لجهة الضمانات التي يجب أن تتوفر فيه بما يخدم موضوع البحث، إلى جانب اعتماد تدابير أخرى تخرج من مجال الدراسة في هذا المقال، ولكنها من الممكن أن تكون موضوعا لمقال لاحق بحول الله.

قائمة المصادر والمراجع

1- الصكوك الدولية و النصوص القانونية

أ- الصكوك الدولية

- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم A/70/490 المتضمن لقواعد نلسون مانديلا.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم ARES/45/110 المتضمن لقواعد طوكيو.

- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم A/RES/65229 المتضمن لقواعد بانكوك.

ب- النصوص القانونية

- القانون رقم 1960/17 المتضمن قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي.

- القانون رقم 1962/26 المتضمن قانون تنظيم السجون في دولة الكويت.

- القانون رقم 01-09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المعدل والمتمم للأمر 66-156 المؤرخ في 18 يونيو 1966، المتضمن لقانون العقوبات الجزائري.

- القانون الكويتي رقم 06 لسنة 2010 في شأن العمل في القطاع الأهلي، العدد 936.

- القانون رقم 01-18 المؤرخ 30-01-2018 المتمم للقانون رقم 04-05 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري.

- المنشور الوزاري الجزائري المؤرخ في 21 أبريل 2009، متعلق بكيفيات تطبيقات العمل للنفع العام.

- القرار رقم 25 لسنة 1976 المتضمن لللائحة الداخلية للسجون في دولة الكويت.

2- الكتب

- أيمن رمضان الزيني/ العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة وبدائلها، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003

- سعداوي محمد الصغير/ عقوبة العمل للنفع العام، شرح القانون 01-09 المعدل لقانون العقوبات الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2013.

- عمر خوري/ السياسة العقابية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، 2010.

- عبد الرحمن توفيق أحمد/ شرح قانون العقوبات، القسم العام وفق آخر التعديلات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2012

- فهد هادي حبتور/ التفريد القضائي للعقوبة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

- مصطفى فهمي الجوهري/ تفريد العقوبة في القانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

3- المقالات

- أحمد سعود/ دور قاضي تطبيق العقوبات في تطبيق العمل للنفع العام، مجلة القانون والمجتمع، الجزء الخامس، العدد الأول.

- أحمد علي خوالدة/ بدائل عقوبة الحبس قصيرة المدة في القانون الأردني، علوم الشريعة والقانون، المجلد 42، عدد 3، 2015

- حجازي جمعة/ الحقوق والحريات العامة، مطبعة وزارة الداخلية، الكويت، 1989.

- رايح فغرور/ نظام الخلوة الشرعية للسجين. دراسة مقارنة بين التشريع العقابي الإسلامي والوضعي،، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد السابع، 2018.
- عمار مانع/ المرأة العاملة في المنظومة التشريعية الجزائرية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة 1، عدد 29، 2008.
- فريدة بن يونس/ الحرية النصفية كبديل للعقوبة في مرحلة تطبيقها في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، العدد الثامن، الجزء الثاني، 2018.
- فيصل الكندري/ نظرة قانونية لنظام العمل لصالح الحكومة، جريدة الأنباء الكويتية، يومية سياسية شاملة، الثلاثاء 25 جانفي، 2011.
- محمد لمعيني/ عقوبة العمل لنفع في التشريع العقابي الجزائري، مجلة المنتدى القانونية، العدد 07، جامعة بسكرة 2005.
- نسيمه فيصل/ بدائل العقوبات الجنائية القصيرة المدة كألية إصلاح وتأهيل في ظل السياسة الجنائية المعاصرة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية العدد الثاني الجزء الثاني، نوفمبر 2017.
- ويزة بلعسلي/ الوضع تحت نظام المراقبة الالكترونية باستعمال السوار الإلكتروني آليات ترشيد السياسة العقابية المعاصرة، العدد 5، مجلة الحقوق والحرريات، جامعة بسكرة، 2018.
- يحي عبد الحميد/ تنظيم العمل العقابي في القانون الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، الجزء الثاني، العدد الرابع.
- يعيش تمام شوقي و قلات سمية/ عقوبة العمل للنفع العام، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة صوت القانون، العدد السادس، 2006.
- 4- الرسائل**
- إبراهيم محمد العويمر العازمي/ مبدأ الفصل بين السلطات وتطبيقاته في دولة الكويت، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على الماجستير في القانون، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، كلية الحقوق، قسم القانون العام، 2010.
- الحسين زين الإسم/ إشكالية العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة والبدائل المقترحة، لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، 2006-2005.
- أيمن بن عبد العزيز المالك/ بدائل العقوبات السالبة للحرية كنموذج للإصلاح في نظام العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية الأمنية، كلية الدراسات العليا، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، الرياض، 2010.
- بوهنتالة ياسين/ القيمة العقابية للعقوبة السالبة للحرية، دراسة في التشريع الجنائي، مذكرة ماجستير، جامعة باتنة، الجزائر 2011-2012.

5- المداخلات

- مختار سيدهم/ التوسع في استخدام عقوبات وتدابير التشغيل الاجتماعي كبديل للعقوبات التقليدية، مداخلة بالمؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا بالدول العربية، الدوحة، قطر، 24-26 سبتمبر 2013.

6- المواقع الإلكترونية

- <http://www.primena.org/ar/BlogDetails/6>

- www.primena.org

- <https://arabic.rt.com/news/819052>

- <https://www.shabiba.com/article/137724>

آليات حماية الحق في الخصوصية في التشريع الجزائري

Mechanisms for the protection of the right to privacy in Algerian legislation

د. فاتح قيش جامعة أدرار الجزائر

fatah KICHE, Adrar University - Algeria

الملخص

اهتم المشرع الجزائري بفرض العناية الكاملة للحق في الخصوصية، من خلال دستورته وتسخير عدد من نصوصه التشريعية العادية والتنظيمية لتكريس حمايته الجزائرية والمدنية، تغطية لجميع أنواع الاعتداء التي قد تنال من حرمة وسلامته بطريقة جزئية أو كلية، لما يترتب عن المساس به أو بأحد عناصره من أثار سلبية على كرامة الأفراد وسمعتهم، وحرمة أسرهم ومكانتهم، بالموازاة مع مراعاة الحماية المستحقة لباقي المصالح والحقوق التي قد تتضرر بسبب التعسف في التمتع بهذا الحق، من خلال تعريض مشروعيته لقيود وضوابط محددة.

الكلمات المفتاحية: حق الخصوصية، الحياة الخاصة، الحماية، المعلومات، التشريع الجزائري.

Abstract

The Algerian legislator has taken a great care in ensuring that the right to privacy is fully respected by the general public, through its constitution by using a number of organizational legislations to establish its criminal and civil protection, covering all types of abuse that may prejudice his or her dignity and integrity in a partial or total manner.

The harm caused to him or family members can leave a negative effects on the dignity of individuals and their reputation, the inviolability of their families and their status, in line with the legitimacy of the enjoyment of specific controls in response to the requirements of fighting crime and the protection of public and individual interests that may be affected by its use in an absolute manner.

Key words: right ; privacy; private life; protection; information ; algerian legislation

مقدمة

نظرا للطابع الحساس الذي تتميز بها المعلومات الشخصية للأفراد، واتصالاتهم، وحرمة منازلهم وحياتهم العائلية وغير ذلك من العناصر المكونة لمحل حقهم في الخصوصية، اتجهت أغلب الوثائق الحقوقية والتشريعات القانونية الداخلية إلى الاعتراف لهم بهذا الحق وحمائته، لاسيما عندما يتعلق الأمر بخصوصيات الشخصيات العمومية التي عادة ما تكون عرضة لمختلف الاعتداءات بسبب عدم تفريق الأفراد بين ما يتعلق بحياتها الشخصية وبين المعلومات التي يسعى العام والخاص إلى معرفتها بحكم اتصالها بالوظائف العامة التي تمارسها، أو بسبب مغالاتهم في عدم مراعاة الضوابط التي توضع عادة لحريتهم في الوصول إلى مختلف دروب المعلومات ونشرها عبر وسائل الإعلام الممكنة.

ولهذا فإن الاعتراف القانوني بالحق في الخصوصية عادة ما يكون في حاجة إلى تبيين وتعضيد مشروعيته بجملة من الآليات التشريعية التي تستهدف حمايته من كل اعتداء قد يخل بسلامته، حيث ذهب المشرع الجزائري في هذا الإطار إلى اعتبار هذا الحق من الحقوق الدستورية التي يجب أن تعمل جميع قوانينه العادية على تدعيم سبل وطرق حمايته، خاصة وأن من مميزات هذا الحق التغير المستمر للعناصر الداخلة في نطاق محله، والتطور السريع في الوسائل المستعملة في الاعتداء على حرمة، مع ارتباطه الحساس بعدد من الحقوق المحتاجة إلى حماية مماثلة لاسيما ما تعلق منها بحريتي الرأي والتعبير.

إشكالية الدراسة

نظرا للحساسية التي تتميز بها عملية تشريع الحقوق وضبط ممارستها وحمائتها، فإن الحديث عن الآليات التي اتخذها المشرع الجزائري وسيلة لإضفاء الحماية المستحقة للحق في الخصوصية تقتضي الإجابة على الإشكالية التالية:
إلى أي مدى تمكن المشرع الجزائري من تسخير نصوصه القانونية لوضع الآليات المناسبة لضمان سلامة الحق في الخصوصية، دون أن يؤدي ذلك إلى التأثير السلبي على هوامش حرية التمتع بغير ذلك من الحقوق؟.

أهمية الموضوع

تكن أهمية هذا الموضوع في جسامه الأضرار المعنوية والمادية التي تلحق بمصالح الأفراد والجماعات في حالة الاعتداء على حقهم في الخصوصية، والحاجة المتجددة لضمان سلامته بسبب تعلقه بحق الأفراد في الوصول إلى المعلومات ونشرها عن طريق الوسائل الحديثة.

أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة في الأساس إلى التأكد من مدى مواكبة التشريع الجزائري وتوفيقه في تنويع وتجديد الآليات الملائمة لحماية الحق في الخصوصية، وتمحيص هذه الآليات بغرض معرفة نقاط قوتها وضعفها في توفير الحماية المطلوبة لهذا الحق.

منهج الدراسة

يتمثل منهج الدراسة في المنهج التحليلي المنصب على تفكيك وشرح النصوص القانونية التي جسدت الآليات التي اتخذها المشرع الجزائري وسيلة لحماية الحق في الخصوصية، بعد استقرائها وتتبع مضامنها في مختلف تشريعاته المتعلقة بهذا الموضوع.

خطة البحث

قصد الإجابة على هذه الإشكالية وتحليلها واستقصاء مضمونها قسمت هذا المقال على النحو الآتي.

أولاً: مفهوم الحق في الخصوصية.

ثانياً: الآليات المباشرة لحماية الحق في الخصوصية.

ثالثاً: الآليات غير المباشرة لحماية الحق في الخصوصية.

أولاً: مفهوم الحق في الخصوصية

قبل الشروع في دراسة صلب هذا الموضوع، لا بد من التمهيد له بالبحث في المعاني اللغوية والاصطلاحية لمصطلح الحق في الخصوصية على النحو الآتي:

1. تعريف الحق لغة

تطلق كلمة الحق في اللغة ويُراد بها إحكام الشيء وصحته وصوابه، والثابت الذي لا يمكن إنكاره، أو ضد الباطل، وهو مصدر فعل حق يحق حقوقاً وحققاً، يقال حق الشيء يحق حقاً بمعنى ثبت وصدق وصح ووجب وجوباً¹، قال الله تعالى: ﴿لِيُحَقِّقَ الْحَقَّ وَيُبْطِلَ الْبَاطِلَ وَلَوْ كَرِهَ الْمُجْرِمُونَ﴾².

¹ ينظر: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والإشهار، بيروت، لبنان، ج 02، ص 16، 15/ محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب طبعة جديدة ومنقحة، دار المعارف، القاهرة، مصر، ج 02، ص 939، 940/ أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج 02، ص 143، 144/ علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات قاموس لمصطلحات وتعريفات علم الفقه واللغة والفلسفة والمنطق والعروض والبلاغة، تحقيق ودراسة، محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة، مصر، ص 87/ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، ط 04، 2004م، ص 187.

² سورة الأنفال، الآية 08.

يقال حق الأمر يحقه وأحقه إذا كان منه على يقين أو جعله ثابتاً ولازماً، و«احتق الناس في الدين إذا ادّعى كل واحد الحق»¹، وأحقه على الحق بمعنى غلبه وأثبتته عليه، والشيء أحكمه وصحّحه²، ويحق لك فعل كذا بمعنى يسوغ لك، فأنت حقيق به وجدير على ذلك وحريص وواجب عليك³.

وعليه فإن كلمة الحق في اللغة قد اتجهت معانها للدلالة على ما هو ضد الباطل وعلى ثبوت الشيء وصحته وصوابه ووجوبه وعلى الثابت المحكم والمتيقن منه.

2. تعريف الخصوصية لغة

الخصوصية لغة مصدر فعل خص يخص خصاً وخصوصاً وخصوصية، نقيض عمّ، يقال خصّصه بالشيء وخصّه خصوصية إذا جعله له دون غيره، ومنه الخاصة والخصوص نقيض العامة والعموم، لذلك يطلق لفظ الخاص بمعنى التفرد، وعبارة خاصة الشيء بمعنى ما يختص به دون غيره، أو دون أية شركة للغير فيه⁴، قال الله تعالى: ﴿وَأَتَقُوا فِتْنَةً لَا تُصِيبَنَّ الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْكُمْ خَاصَّةً وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾⁵.

وعليه فإن كلمة الخصوصية تطلق من الناحية اللغوية ويراد بها الدلالات المتناقضة مع معاني فعل عمّ ومشتقاته، إذ هي بمعنى ما ينفرد به الشخص أو الشيء أو يختص به دون غيره.

3. تعريف حق الخصوصية في الاصطلاح

يُعبّر عن مصطلح الحق في الخصوصية في الدراسات القانونية بعدد من المصطلحات المرادفة له، كالحق في الحياة الخاصة، والحق في الخلوة، والحق في السرية، والحق في الألفة، لكن رغم هذا التعدد في مسمياته فإن التشريعات الوضعية قد اتفقت على العزوف عن وضع تعريف اصطلاحى جامع مانع له، ويعود ذلك إلى التوسع الذي تتميز بها خصوصيات الأفراد، أو التنوع الحاصل في العناصر والأشياء التي يدخلها الأفراد في نطاق خصوصياتهم، على حسب اختلاف البيئة الاجتماعية والقانونية والدينية والأخلاقية التي يعيشون فيها⁶.

يضاف إلى التعليل السابق التطور الحاصل في الأوعية التي يستعملها الفرد لحفظ معلوماته الشخصية، كالهواتف النقالة والبريد الإلكتروني، والساعات الذكية، والكمبيوتر المحمول، بطاقات الذاكرة واللوحات الالكترونية وغير ذلك، بالموازاة مع التطور الحاصل في الوسائل والطرق المستعملة في الاعتداء على الطابع السري والشخصي لخصوصيات الأفراد.

¹ أحمد بن فارس أبو زكريا، المصدر السابق، ج 02، ص 15، 16.

² ينظر: المقري، المصدر السابق، ج 01، ص 143، 144/ مجمع اللغة العربية، المصدر السابق، ص 187.

³ ينظر: ابن منظور، المصدر السابق، المجلد 02، ص 340/ مجمع اللغة العربية، المصدر السابق، ص 187.

⁴ ينظر: المقري، المصدر السابق، ج 01، ص 171/ ابن منظور، المصدر السابق، ج 02، ص 1173/ الجرجاني: المصدر السابق، ص 87/ مجمع اللغة العربية، المصدر السابق، ص 238.

⁵ سورة الأنفال، الآية 25.

⁶ ينظر: محمود عبد الرحمن محمد: نطاق الحق في الحياة الخاصة، دراسة مقارنة في القانون الوضعي الأمريكي، الفرنسي، المصري، والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ص 94/ ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 39. 40/ أسامة عبد الله قايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 1994م، ص 14.

لكن رغم عزوف التشريعات السابقة عن وضع تعريف محدد لهذا الحق، فإن فقهاء القانون قد عرفوا هذا الحق بعدة تعريفات من بينها:

أ/ التعريفات الواسعة للحق في الخصوصية

وهي التعريفات التي عمدت إلى ضبط دلالاته الاصطلاحية دون الإشارة المفصلة إلى عناصره الجزئية والتفصيلية الداخلة في نطاقه منها:

القول بأنه: «الحق في أن تترك وشأنك»¹ أو «الحق في أن يعيش الإنسان لوحده»²، بمعنى أن يكون للإنسان الحق في الابتعاد عن ضوضاء المجتمع الواسع الذي يعيش فيه، وعن حياته المهنية والمحيط العام الذي يعيش فيه إلى الحياة الانفرادية التي يتمكن فيها من التصرف بدون أي تحفظ، خاصة إذا كان من الشخصيات العامة أو المشاهير الذين تترص بهم أعين الخاص والعام.

وعرفته المحكمة العليا الكندية بأنه: «النطاق الضيق للاستفادة الشخصية، الذي في إطاره تقرر الاختيارات الخاصة بطبيعتها»³، بمعنى الحيز الزماني والمكاني الذي يختاره الشخص للقيام بتصرفات شخصية بعيدا عن أي طارئ قد يخرجها إلى طابع عام، أو الإطار الذي يحدد فيه الصفة الشخصية للمعلومات المتعلقة به.

كما يُعرف من هذه الزاوية بأنه: «أن يكون للأفراد والجماعات والهيئات والمؤسسات الحق في أن يحددوا لأنفسهم متى وكيف وبأي قدر يمكن إيصال المعلومات الخاصة بهم إلى غيرهم»⁴، وهو التعريف الذي أشار في اختلاف منه مع التعريفات السابقة إلى كون الحق في الخصوصية من حقوق الأشخاص الطبيعية والمعنوية على السواء بالنظر إلى محله العام المتمثل في الطابع السري للمعلومات الداخلة في نطاقه.

ب/ التعريفات الضيقة للحق في الخصوصية

وهي التعريفات التي اتجهت إلى ضبط مفهومه الاصطلاحي انطلاقا من مكوناته التفصيلية من بينها:

التعريف الوارد في التوصية الصادرة عن الجمعية الاستشارية للمجلس الأوروبي في 23 جانفي 1970م القائل بأنه: «قدرة الفرد على توجيه حياته كما يشاء مع أدنى حد من التدخل، ويعتبر من الحياة الخاصة، الحياة العائلية والحياة داخل منزل الأسرة، وما يتعلق بسلامة الجسم، والشرف والاعتبار، وإعطاء صورة غير صحيحة عن الشخص والكشف عن وقائع غير مفيدة أو من شأنها أن تسبب الحيرة والحرج للشخص، ونشر الصور الفتوغرافية دون إذن الشخص، والحماية ضد

¹ ايموند واكس، الخصوصية مقدمة، قصبة جدان، ترجمة ياسر حسن، مراجعة، هاني فتحي سليمان، مؤسسة هنداوي للعلم والثقافة، القاهرة، مصر، ط 2013م، ص 13.

² توني مندل وأندرو بوديفات وبين واجنر ويدكسي هوتن ونتاليا توريس، دراسة استقصائية علمية حول خصوصيات الانترنت وحرية التعبير، سلسلة اليونيسكو حرية الانترنت، منشورات منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم، اليونيسكو، ص 21.

³ توني مندل وآخرون، المصدر السابق: ص 50.

⁴ محمد عبد الرحمن محمد، المصدر السابق، ص 107.

التجسس والفضولية غير المقبولة والتي تكون بدون مرر، والحماية ضد استعمال الاتصالات الخاصة، والحماية ضد كشف المعلومات الخاصة التي قد يعلمها أحد الأشخاص»¹.

والتعريف الوارد في القرارات الصادرة عن المحاكم في الولايات المتحدة الذي توجه إلى حصر مضمون الحق في الخصوصية في: «التدخل غير المبرر في عزلة الغير، واستغلال اسم المرء، أو شكله، والدعاية وتسليط الضوء الزائف على المرء، والدعاية غير المبررة لحياة المرء الخاصة»².

كما عرفه مؤتمر رجال القانون المنعقد في ماي 1967م بالعاصمة السويدية ستوكهولم بأنه: حق الفرد في أن يعيش حياته بعيدا عن الأفعال الآتية:

- التدخل في حياته الخاصة.

- المساس بالكيان البدني أو المعنوي للفرد والتدخل في حرته الأخلاقية والعامية.

- الاعتداء على شرفه وسمعته واعتباره ومكانته.

- تعريضه للأضواء الكاذبة، وبث الوقائع المتعلقة بأموره وتصرفاته، ومعلوماته الشخصية.

- الاستعمال المتعسف لاسمه أو صورته وانتهاك حقه في السرية عن طريق التجسس والتلصص والملاحظة.

- التدخل في مراسلاته واتصالاته الشخصية بسوء استخدام وسائل الاتصال المكتوبة أو الشفوية.

- إفشاء معلوماته المتحصل عليها على سبيل الثقة أو بحكم المهنة³.

وعليه فإن هذه التعريفات قد ركزت في تحديدها للمعنى الاصطلاحي للحق في الخصوصية على ذكر عناصره المطلوب حمايتها من الاعتداءات التي تستهدف المساس بسلامته، مما يدل على أنها قد انطلقت في تحديدها لمعانيه السابقة من مضمون النصوص المعترفة بهذا الحق في وثائق حقوق الإنسان والتشريعات الداخلية التي عملت على ضبط وتفصيل عناصره الجزئية الداخلة في نطاق حمايته الواجبة.

ويمكن التمثيل لذلك بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي نص على أنه: «لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته، ولا لحملات تمس شرفه وسمعته، ولكل شخص حق في أن يحميه القانون من مثل ذلك التدخل أو تلك الحملات»⁴، وبالإعلان العربي لحقوق الإنسان الذي نص على أن: «للحياة الخاصة

¹ حسين إبراهيم خليل، تطبيقات قضائية على جريمة الإزعاج المتعمد عن طرق وسائل الاتصال الحديثة، دار الفكر والقانون لنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، ط 01، 2015م، ص 06.

² توني مندل وآخرون، المصدر السابق، ص 50.

³ ينظر: الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط 05، 2005م، ص 157، 158.

⁴ المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948م، تاريخ الزيارة 10، 12، 2018م. <http://www.un.org-ar-universal-declaration-human-rights-index.html>.

حرمتها، المساس بها جريمة وتشمل هذه الحياة الخاصة، خصوصيات الأسرة، وحرمة المسكن، وسرية المراسلات، وغيرها من وسائل الاتصالات الخاصة»¹.

وهي التعريفات التي اشتركت مع التعريفات الواسعة السابقة من حيث عدم تمكنها من حصر محل الحق في الخصوصية رغم إشارتها لأهم الأشياء التي تدخل في نطاقه، كالحق في حماية الحياة الأسرية والمراسلات وغير ذلك، والدليل على ذلك عدم اتفاقها على ضبطها بطريقة موحدة، وهو ما يدل على إمكانية تغييرها بتغير الوسائل التي يستعملها الفرد في إضفاء الطابع الخاص لحياته الخاصة ومعلوماته الشخصية، وهو ما أشار إليه الميثاق العربي لحقوق الإنسان بطريقة غير مباشرة من خلال استعماله لعبارة «وسرية المراسلات وغيرها من وسائل الاتصالات الخاصة».

كما اتفقت معها في عدم إشارتها إلى إمكانية تعرض هذا الحق لضوابط قانونية معينة، خاصة وأن من شأن المغالاة في حرية التمتع بالحق في الخصوصية أن يترتب عنها المساس بحقوق الآخرين كالحق في الإطلاع على المعلومات العامة التي قد تحجب عن الغير بسبب إضفاء الطابع السري عليها بدعوى دخولها في نطاق المعلومات الشخصية، خاصة عندما يتعلق الأمر بالمعلومات التي تكون بحوزة الشخصيات العمومية.

ثانياً: الآليات المباشرة لحماية الحق في الخصوصية

لقد اتجه المشرع الجزائري إلى الاعتراف بحق الأفراد في الخصوصية وحماية حياتهم الخاصة ليس فقط بمقتضى نصوصه القانونية العادية، بل من خلال اعتماده أيضاً على آلية منحه الصفة الدستورية وتجريم كل فعل من شأنه المساس بسلامته، ونصه الصريح في عدد من قوانينه على وجوب حماية خصوصيات الأفراد تأكيداً واستجابة لدستورية مشروعيته التي لا تقبل أي معارضة لها.

1. دسترة الحق في الخصوصية

تعود رغبة المشرع الجزائري في إضفاء الطابع الدستوري لحق الفرد في الخصوصية إلى أحكامه الواردة في دستور 1963م الذي اعترف من خلالها بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان²، ووضع بمقتضاها مبدأ الدفاع عن كرامة الإنسان وحمايته من كل اعتداء حسي أو معنوي من أهداف قيام الجمهورية الجزائرية³، مع اتجاهه من خلالها إلى تكريس عدم جواز الاعتداء على عناصر هذا الحق المتمثلة في حرمة المسكن والمراسلات للأفراد⁴، وحرمة الأسرة وسلامة كيانها⁵، باعتبارها من الفضاءات الأساسية التي يخلد إليها الأفراد للتمتع بحياتهم الشخصية عند رغبتهم في الانسحاب من ضوضاء الحياة العامة التي تكون فيها جميع حركاتهم وسكاناتهم تحت عدسات وأسماع العام والخاص.

وقد حافظ المشرع الجزائري على هذه الضمانة المتبعة في فرض

¹ المادة 17 من الإعلان العربي لحقوق الإنسان، اعتمد من قبل القمة العربية السادسة عشرة التي استضافتها تونس، 23مايو-أيار 2004م. تاريخ الزيارة 10، 12، 2018م. <http://hrlibrary.umn.edu-arab-a003-2.html>.

² ينظر: المادة 11 من دستور 1963م.

³ ينظر: المادة 10 من دستور 1963م.

⁴ ينظر: المادة 14 من دستور 1963م.

⁵ ينظر: المادة 17 من دستور 1963م.

حماية الحق في الخصوصية في دساتيره الصادرة سنوات 1976م و1989م و1996م المتفقة جميعها على ما يأتي:

- ممارسة الأفراد لحياتهم في حدود الاحترام اللازم للحقوق المعترف بها للغير، لا سيما حقهم في الشرف وستر الحياة الخاصة وحماية الأسرة والشبيبة والطفولة¹.

- تحميل الدولة مسؤولية حماية كرامة الإنسان وأمنه وسلامته من كل اعتداء مادي أو معنوي².

- معاقبة القانون على جميع المخالفات المرتكبة ضد حقوق المواطن وحياته وعلى كل مساس بسلامته البدنية والمعنوية³.

- ضمان الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعيات عن الحقوق الأساسية للإنسان الفردية منها والجماعية⁴، الشاملة بحكم تنوعها حقه حماية خصوصياته.

- النص الصريح على عدم جواز انتهاك حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وشرفهم ومراسلاتهم واتصالاتهم الشخصية⁵.

- حماية حرمة المنزل العائلي وعدم جواز تفتيشه إلا بمقتضى إذن صادر عن الجهات القضائية المختصة وفي حدود القانون والاحترام المطلوب لخصوصيته⁶، مما يعني حمايته من أي مساس به من طرف السلطة التنفيذية أو من طرف الخواص باستثناء الحالات التي تستدعي حماية المصلحة العامة، كجواز إسقاط حرمة المنزل لضرورة مكافحة الجريمة وتحقيق العدالة.

وهي الحماية التي عمل المشرع على تأكيدها من خلال توجيهه إلى العمل بمبدأ تقييد التمتع بجميع الحقوق والحريات التي اعترف بها للأفراد⁷، بواجب ممارستها في نطاق الاحترام الحتمي للحقوق الشخصية والعامة⁸، بمعنى عدم جنوحه إلى عدم عمله بدستورية التمتع المطلق بالحق في الخصوصية، الذي قد يترتب عنه إمكانية استعماله كوسيلة للمساس بحقوق الغير وحياتهم.

وعليه فإن من نتائج العمل بهذه الآلية في حماية الحق في الخصوصية ضمان عدم إصدار أية نصوص عضوية أو عادية أو تنظيمية مخالفة للأحكام الدستورية السابقة، وإلا ستكون عرضة للإلغاء أو عدم التصديق عليها من طرف المجلس

¹ ينظر: المادة 60 من دستور 1989م/ المادة 63 من دستور 1996م.

² ينظر: المادة 33 من دستور 1889م/ المادة 34 من دستور 1996م.

³ ينظر: المادة 34 من دستور 1989م.

⁴ ينظر: المادة 33 من دستور 1996م.

⁵ ينظر: المادة 49 من دستور: 1976م/ المادة 43 من دستور 1989م/ المادة 39 من دستور 1996م.

⁶ ينظر: المادة 50 من دستور 1976م/ المادة 38 من دستور 1989م/ المادة 40 من دستور 1996م.

⁷ ينظر: محمد ماهر أبو العينين، الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان في قضاء وإفتاء الدولة وقضاء النقض والدستورية العليا مع الإشارة إلى الأساس الإسلامي لحقوق الإنسان، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط 2013م، ص 61.

⁸ ينظر: المادة 63 من دستور 1996م.

الدستوري¹ أو غيره من الهيئات التشريعية المشاركة في وضع القوانين ومناقشتها وإثرائها والمصادقة عليها، مع ضمان سلامة المصالح الفردية والجماعية من الضرر المترتب عن التمتع المتعسف بالحق في الخصوصية.

2. حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي

وهي من أواخر الآليات التي استحدثها المشرع الجزائري في إطار مواكبته للتحديات التي تقتضيها الحماية المستحقة للحق في الخصوصية، وذلك من خلال إصداره للقانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني الذي تضمن بعضا من القواعد العاملة على حماية خصوصيات الأشخاص، كإلزام مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بواجب المحافظة على جميع البيانات والمعلومات التي تتضمنها شهادات التصديق والتوقيع الإلكترونيين²، بحكم طبيعتها الخاصة الداخلة في نطاق الحق في الخصوصية، والدليل على ذلك اتجاه المشرع في هذا القانون إلى منع مؤدي خدمات التوقيع الإلكتروني من جمع أية بيانات عن المعني بها دون موافقته المسبقة، كما لا يمكن له جمع في حالة موافقته سوى بياناته الشخصية الضرورية لمنح وحفظ شهادة التصديق الإلكتروني المطلوبة³.

كما يدخل في إطار هذه الآلية، إصداره للقانون المتضمن حماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الذي تضمن منعه الصريح لكل قيام بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي دون موافقة صريحة ومسبقة من طرف الشخص المعني بها كامل الأهلية، وفي حالة كونه عديم أو ناقص الأهلية فإن الحصول على موافقته يكون وفقا للأحكام المنصوص عليها في القانون العام، مع ضمان المشرع لهما الحق في التراجع عن موافقتهما في أي وقت لاحق بعد إبدائها للجهة القائمة بمعالجتها⁴.

ولا تسمح موافقتهما على القيام بهذه المعالجة بإطلاع الغير على معطياتهما ذات الطابع الشخصي، إلا إذا كان ذلك بغرض تحقيق الغايات المرتبطة بطريقة مباشرة، بمهام المسؤول على معالجتها أو المرسل إليه، بعد الحصول على ترخيص أو موافقة مسبقة من طرف الشخص المعني بها⁵.

كما اتجه على وجه الخصوص إلى القول بعدم جواز القيام بمعالجة المعطيات الشخصية المتعلقة بالأطفال دون الحصول على موافقة أوليائهم الشرعيين أو القاضي المختص عند الاقتضاء، مع إمكانية قيام القاضي باستصدار الأمر بمعالجتها دون حصوله على إذن من أوليائهم الشرعيين إذا كانت مصالحهم المثلثي تقتضي ذلك، مع المحافظة على حقهم في التراجع عن موافقتهم في أي وقت لاحق بعد إصدارها⁶.

¹ ينظر: عقيلة خرباشي، مركز مجلس الأمة في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في الحقوق والعلوم السياسية، تحت إشراف، مبروك غضبان، كلية العلوم القانونية والسياسية، قسم العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2009م، 2010م، ص 266 وما بعدها.

² ينظر: المادة 42 من القانون 04-15 الصادر بتاريخ 10 فيفري 2015م يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 06، الصادر بتاريخ 10 فيفري 2015م. ص 06.

³ ينظر: المادة 43 من القانون 04-15.

⁴ ينظر: المادة 07 من القانون 07-18 الصادر بتاريخ 10 جوان 2018م يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 34، الصادر بتاريخ 10 جوان 2018م. ص 11.

⁵ ينظر: المادة 07 من القانون 07-18.

⁶ ينظر: المادة 08 من القانون 07-18.

يضاف إلى ذلك منع المشرع كل معالجة للمعطيات الشخصية ذات الصلة بالجرائم، والعقوبات، وتدابير الأمن إلا من طرف السلطة القضائية أو العمومية ومساعدى العدالة في إطار الاختصاصات القانونية المخولة لهم، شريطة أن تتم معالجتها بعد تحديد المسؤول عن معالجتها، والغاية منها، والأشخاص الطبيعيين المعنيين بها، والغير الذي يمكن الاطلاع على المعلومات التي تتضمنها، ومصدرها، والإجراءات الواجب اتخاذها لضمان سلامة معالجتها¹.

وعلى كل فإن المشرع قد منع كل معالجة للبيانات الشخصية للأفراد دون تقديم تصريح مسبق بالرغبة في إجرائها² إلى السلطة الإدارية المكلفة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي³، التي جعل المشرع من صلاحيتها تحديد قائمة أصناف معالجة المعطيات الشخصية للأفراد، التي لا يترتب عنها الإضرار بحقوق وحرىات الأشخاص المعنيين وبعيائهم الخاصة، مع تخويلها الأمر بإخضاع أية معالجة لها لنظام الترخيص المسبق، كلما تبين لها من خلال دراستها للتصريح المقدم لها، بأن المعالجة المزمع القيام بها من شأنها أن تتسبب في أخطار من شأنها المساس بالاحترام الواجب للحياة الخاصة للأفراد وحرىاتهم وحقوقهم السياسية⁴.

ومن جهة أخرى فإن من الآليات التي اتخذها المشرع الجزائري وسيلة لحماية الحق في الخصوصية اتجاهاه إلى العمل بمبدأ سرية البحث والتحقيق القضائي، لما يترتب عن العمل به من ضمان للسير الحسن لمرفق القضاء من جهة، ولما ينتج عنه من مراعاة لخصوصيات المتقاضين والمتهمين على وجه التحديد، خاصة وأن اصطحاب قرينة البراءة في هذه المرحلة من سير الدعوى القضائية من الضروريات المطلوبة، مما يتوجب منع كل نشر للمعلومات المتعلقة بسير التحقيق أو بشخصية الأفراد محل التهمة⁵.

لهذا قام المشرع الجزائري بتكريس هذا المنع عند تحديده لضوابط تمتع الصحفيين بحقهم في الوصول إلى مصادر المعلومات، بحيث استثنى منه حقهم في الوصول إلى المعلومات الماسة بكرامة المواطن وحقوقه الشخصية والدستورية، والماسة بسمعة وسرية التحقيق والبحث القضائي⁶، مع ضبطه لمزاولة النشاط السمعي البصري بعدم جواز بث حصص أو صور أو حوارات أو تصريحات أو وثائق، تناقش قضايا معروضة أمام الجهات القضائية، مع وجوب ممارسة الحق

¹ ينظر: المادة 10 من القانون 07-18.

² ينظر: المادة 13 من القانون 07-18.

³ هي سلطة إدارية مستقلة تم استحداثها لدى رئاسة الجمهورية بغرض تكفلها بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي. بمقتضى المادة 22 من القانون 06-18 الصادر بتاريخ 10 جوان 2018م، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 34، الصادر بتاريخ 10 جوان 2018م، ص 04.

⁴ ينظر: المادة 17 من القانون 07-18.

⁵ ينظر: المادة 11 من الأمر 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم بمقتضى القانون 06-18 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق 10 يونيو سنة 2018، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 34، الصادر بتاريخ 10 يونيو 2018م، ص 3.

⁶ ينظر: المادة 47 من قانون الإعلام 01-82 الصادر بتاريخ 06 فيفري 1982م، المتعلق بالإعلام، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 06، الصادرة بتاريخ 09 فيفري 1982م، ص 242/المادتين 35، 36 من القانون 07-90 الصادر بتاريخ 03 أفريل 1990م، المتضمن قانون الإعلام، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 14، الصادرة بتاريخ 04 أفريل 1990م، ص 469/المادة 84 من القانون العضوي 05-12، الصادر بتاريخ 12 جانفي 2012م، المتضمن قانون الإعلام، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 02، الصادر بتاريخ 15 جانفي 2012م، ص 18.

في الإعلام في إطار احترام قرينة البراءة والحياة الخاصة وسرية التحقيق، ملزما إدارة خدمات السمعى البصري بعدم كشف معلومات أو نشر وثائق أو مستندات تتعلق بتحقيق قضائي جارٍ أو قرارات تتعلق بالإجراءات القضائية¹.

وبالإضافة إلى ما سبق عمل المشرع على حماية خصوصيات المتقاضين في مرحلة المحاكمة، وذلك من خلال العمل بمبدأ سرية المحاكمات وإصدار الأحكام في مجال قضايا الأحداث، لما يترتب عن علانيتهما من مساس بخصوصياتهم وسمعة عوائلهم أو أسرهم²، مع إمكانية إضفاء الطابع السري لغير ذلك من الجلسات القضائية.

لذلك عمل المشرع الجزائري عند تحديده لدفتر الشروط الخاص بكيفية ممارسة النشاط السمعى البصري على منع كل نشر أو بث لما يدور في جلسات الجهات القضائية للأحداث أو ملخص عن المرافعات والأوامر والأحكام والقرارات الصادرة عنه، مع الامتناع عن نشر أو بث تقارير المرافعات المتعلقة بحالة الأشخاص والإجهاض³.

غير أن حماية الحق في الخصوصية في نطاق الدعوى القضائية ومحاربة الجريمة لم يضمنه المشرع بطريقة مطلقة⁴ بحيث سمح باللجوء إلى إتباع أساليب تحري خاصة، كالترصد الإلكتروني لاتصالات الأفراد وتحركاتهم، تسهيلا لجمع الأدلة المتعلقة بالجرائم⁵، مع إمكانية القيام باعتراض مراسلات المتهمين وتسجيل اتصالاتهم وأخذ صور لهم وتفتيش منازلهم استجابة لمقتضيات التحقيق، عندما يتعلق الأمر بالجرائم المتلبس بها التي يكون موضوعها الاعتداء على أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم الإرهاب والفساد والمخدرات والجرائم المنظمة العابرة للحدود... وفقا للإجراءات القانونية المتبعة في هذا المجال⁶، رغم التعارض الحاصل بين هذا الإجراء ومقتضيات حق المتهمين في السكوت الذي ضمنه لهم المشرع في مرحلة البحث والتحقيق القضائيين⁷.

كما سمح المشرع بتعريض مراسلات واتصالات المسجونين للرقابة العقابية حتى لا تستعمل وسيلة لإبرام وعقد اتفاقيات جنائية خارج السجن، وتمكين إدارة السجن من التعرف على نوايا ومخططات المسجونين⁸، وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي المحدد لكيفيات استعمال المحبوسين لوسائل الاتصال عن بعد⁹.

¹ ينظر: المادة 41 من المرسوم التنفيذي 16-222، الصادر بتاريخ 11 أوت 2016م، المتضمن دفتر الشروط العامة الذي يحدد القواعد المفروضة على كل خدمة للبت التلفزيوني أو البث الإذاعي، الجريدة الرسمية الجزائرية، رقم 48 الصادر بتاريخ 17 أوت 2016م، ص 07.

² ينظر: المادتين 461 و 463 من قانون الإجراءات الجزائية.

³ ينظر: المادة 41 من المرسوم التنفيذي 16-222.

⁴ ينظر: بن حيدة محمد: حماية الحق في الحياة الخاصة في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه تحت إشراف رابيس محمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان 2016م-2017م، ص 279.

⁵ ينظر: المادة 56 من القانون رقم 06-01 الصادر بتاريخ 20، فيفري 2006م، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم بالأمر رقم 11-15 الصادر بتاريخ 02 أوت 2011م، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 40 الصادر بتاريخ 10 أوت 2011م، ص 04.

⁶ ينظر: المادة 65 مكرر 05 من قانون الإجراءات الجزائية.

⁷ ينظر: فوزي عمارة، اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور والتسرب لإجراءات تحقيق قضائي في المواد الجنائية، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 33، جوان 2010م، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، ص 237.

⁸ ينظر: إسحاق إبراهيم منصور، موجز في علم الإجرام وعلم العقاب، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط 02، ص 204.

⁹ ينظر: المواد 05، 06، 07، 08 من المرسوم التنفيذي رقم 05-430 الصادر بتاريخ 08 نوفمبر 2005م، يحدد وسائل الاتصال عن بعد وكيفيات استعمالها من المحبوسين، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 74، الصادر بتاريخ 13 نوفمبر 2005م، ص 04.

3. تجريم الاعتداء على الحق في الخصوصية

حتى يضمن المشرع الجزائري سلامة الحق في الخصوصية واحترام القواعد الدستورية والقانونية المتعلقة به، اتجه إلى العمل بألية تجريم الأفعال التي من شأنها أن تضر بسلامته وسلامة المصالح الفردية والجماعية المتصلة به، وفقا للمبدأ العام المتبع في مجال التجريم والعقاب¹، وهو ما يمكن إدراكه من خلال نصوصه الجزائية الآتية:

_ نصه على معاقبة كل من يتعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأية تقنية كانت، وذلك بالتقاط أو تسجيل أو نقل المكالمات أو الأحاديث الخاصة أو السرية للغير، أو القيام بنقل أو تسجيل أو التقاط صور لهم في أماكن خاصة، دون الحصول على إذن منهم أو رضاهم، أو الشروع في القيام بجميع هذه الأعمال، بالحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات، وبالغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج، مع إمكانية وضع الحد للمتابعة الجزائية في حالة صفح الضحية على المجني عليه²، لكون هذه العناصر الجزئية ذات علاقة مباشرة بحق الإنسان في التمتع بحقه في قضاء أوقاته بعيدا عن الأضواء الكاشفة لمحدثاته وتصرفاته الشخصية، وحق الشخصيات العمومية في قضاء أوقات الراحة والخلوة بعيدا عن الأضواء الماسة بحقهم في حماية صورهم³.

_ المعاقبة على فضّ وإتلاف الرسائل أو المراسلات الموجهة للغير بسوء نية، وفي غير الحالات المنصوص عليها قانونا، بالحبس من شهر إلى سنة وبالغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى العقوبتين فقط.

- إجازة المشرع للمحكمة بأن تحظر على المحكوم عليه في الجرح السابقة ممارسة حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 01 من قانون العقوبات لمدة لا تتجاوز 05 سنوات، مع إمكانية أمرها بنشر حكم الإدانة وفقا للكييفيات المنصوص عليها قانونا⁴.

.النص على معاقبة كل من يدخل عن طرق الغش في كل أو جزء من منظومة المعالجة الآلية للمعطيات بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من خمسين ألف دينار إلى مائة ألف دينار، لما يترتب عنه من مساس بالمصالح المحمية قانونا، بما في ذلك مصالح الأفراد الذين تتعرض معلوماتهم الشخصية للمساس⁵.

وقصد إرغام جميع وسائل الإعلام على احترام الحق في الخصوصية في المجال القضائي، عمل المشرع على تجريم كل نشر أو بث بأية وسيلة إعلامية مكتوبة أو سمعية بصرية أو الكترونية، أي خبر أو وثيقة تلحق ضررا بسر التحقيق الابتدائي في الجرائم بغرامة من خمسين ألف دينار إلى مائة ألف دينار⁶، مع منع كل نشر أو بث بإحدى وسائل الإعلام

¹ ينظر: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط 2002م، ص 47.

² ينظر: المادة 303 مكرر 01 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر سنة 1386 الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بمقتضى القانون 16-02 المؤرخ في 14 رمضان عام 1437 الموافق 19 يونيو سنة 2016، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 37، الصادر بتاريخ، 22 يونيو 2016م، ص 04.

³ ينظر: عبد الرحمن محمد: فكرة الحق، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ص 283/ حمزة عبد الرحمن، الحماية الجنائية لحق الإنسان في صورته، مكتبة الألاء الحديثة، أسيوط، مصر، ص 22.

⁴ ينظر: المادة 303 مكرر 02 من قانون العقوبات.

⁵ ينظر: فوزي عمارة: المرجع السابق، ص 384.

⁶ ينظر: المادة 119 من قانون الإعلام 12-05.

السابقة لفحوى مناقشات الجهات القضائية التي تصدر الحكم، إذا كانت جلساتها سرية، والمعاقبة على ذلك بغرامة من مائة ألف دينار إلى مائتي ألف دينار¹، بالإضافة إلى تجريم كل نشر أو بث بإحدى وسائل الإعلام السابقة، لتقارير عن المرافعات المتعلقة بحالة الأشخاص والإجهاض والمعاقبة على ذلك بغرامة من خمسين ألف دينار إلى مائتي ألف دينار²، كل ذلك في إطار مراعاة حق الأفراد في الإطلاع على المعلومات المتعلقة بالمحاكمات القضائية وإصدار الأحكام التي عادة ما تتم بطريقة علنية³.

وفي إطار مراعاته وإدراكه بخطورة الأشكال الجديدة للاعتداء على عناصر الحق في الخصوصية، اتجه إلى إصدار نصوصه المجرمة لكل مساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، بمنعه كل قيام عمدي أو عن طريق الغش بنشر المعطيات المخزنة أو المعالجة أو المرسله عن طريق منظومة معلوماتية، وتجريم كل حيازة أو إفشاء أو نشر أو استعمال للمعطيات المتحصل عليها من إحدى الجرائم الداخلة في نطاق المساس بسلامة الأنظمة السابقة لأي غرض كان، والمعاقبة على ارتكاب ذلك، بالحبس من شهرين إلى 03 سنوات، والغرامة من مليون دينار إلى خمسة ملايين دينار إذا كان الجاني شخصا طبيعيا، وبعقوبة الغرامة المعادلة لمقدار 05 مرات الحد الأقصى للغرامة المخصصة للشخص الطبيعي إذا كان مرتكبها شخصا معنويا⁴، مع إمكانية الأمر بمصادرة البرامج والوسائل والأجهزة المستعملة في هذه الجرائم مع غلق المواقع التي تكون محلا لارتكابها⁵، مع التنبيه على أن المشرع قد خصص نفس العقوبات المخصصة لهذه الجرح، للمشاركة في ارتكابها والشروع فيها⁶.

اتجاه المشرع في إطار قواعده الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، إلى تحديد الحالات التي يجوز فيها بعد ترخيص من السلطة القضائية، اللجوء إلى مراقبة الاتصالات الالكترونية، وتجميع وتسجيل محتوياتها، والقيام بإجراءات التفتيش والحجز داخل المنظومات المعلوماتية، كحالة الوقاية من الأفعال الإرهابية والاعتداءات على أمن الدولة ونظامها العام، ومقتضيات التحقيقات القضائية، مع ضبط القيام بما سبق، بوضع تنفيذه تحت طائلة العقوبات المخصصة لجرح المساس بحق الأشخاص في الحياة الخاصة المنصوص عليها في قانون العقوبات⁷، بمعنى أن تلتزم الجهات المخول لها صلاحية القيام بهذه الرقابة، بمراعاة الحق في الخصوصية الذي تدخل ضمن عناصره مراسلات الأفراد واتصالاتهم العادية والالكترونية.

قيامه في إطار تحديده للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكتروني والنص على معاقبة كل من يقوم بحيازة أو إفشاء أو استعمال بيانات إنشاء توقيع الكتروني موصوف خاصة بالغير، بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاثة سنوات

¹ ينظر: المادة 120 من قانون الإعلام 05-12.

² ينظر: المادة 121 من قانون الإعلام 05-12.

³ ينظر: المادة 285 من قانون الإجراءات الجزائية/ المادتين 41،42 المرسوم التنفيذي 16-222 /حمزة عبد الرحمن: الحق في الخصوصية في مواجهة حرية الإعلام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط2004، ص 360.

⁴ ينظر: المادتين 394 مكرر 02، 394 مكرر 04 من قانون العقوبات.

⁵ ينظر: المادة 194 مكرر 05.

⁶ ينظر: المادتين 194 مكرر 04 و194 مكرر 07 من قانون العقوبات.

⁷ ينظر: المواد 03، 04، من القانون 04-09 الصادر بتاريخ 04 أوت 2009 المتضمن القواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 47، الصادرة بتاريخ 16 أوت 2009م، ص 05.

وبغرامة من مليون دينار إلى خمسة ملايين دينار أو بإحدى العقوبات، مع معاقبة كل مُكَلَّف بالتدقيق يقوم بكشف المعلومات التي اطلع عليها أثناء قيامه بتدقيق بيانات شهادات التصديق الإلكتروني، بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين، وبغرامة من عشرين ألف إلى مائتي ألف دينار جزائري¹.

كما ذهب المشرع في هذا المجال إلى التوسيع من دائرة المسؤولية عن ارتكاب جرائم الاعتداء على الحق في الخصوصية بالنص على مسؤولية الشخص المعنوي الذي يقوم بارتكابها وفقا للشروط المنصوص عليها قانونا، لتطبق عليه عقوبة الغرامة حسب الكيفيات المحددة في المادة 18 مكرر والمادة 18 مكرر 02 من قانون العقوبات، مع إمكانية تعريضه للعقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 18 مكرر 04 من نفس القانون²، بالموازاة مع ضمان حق المجني عليه في التعويض عن الضرر الذي قد يلحقه بسبب الاعتداء على حق من حقوقه الملازمة لشخصيته، أو عن منازعته من طرف الغير في استعمال اسمه دون مبرر، أو عن انتحال الغير لاسمه³، لما يترتب عنه من مساس بسمعته وبياناته الشخصية، كإضافة للمسؤولية الجنائية التي رتبها المشرع لكل معتد على حق الأفراد في الخصوصية.

وعليه يمكن القول بأن المشرع قد حرص على فرض الحماية الجنائية والمدنية للحق في الخصوصية، وذلك من خلال توسيعه من دائرة المسؤولية المترتبة عن الجرح الماسة بها، لتقع على عاتق مرتكبيها الأصلي وشريكه والشارع في ارتكابها، سواء كان شخصا معنويا أو طبيعيا، مع تنوعه في العقوبات المسلطة عليهم، بداية من الحبس والغرامة إلى الحرمان من الحقوق المدنية ونشر حكم الإدانة ومصادرة وسائل الجنحة، إلى ضمان الحق في التعويض لكل متضرر من الاعتداءات الماسة بحقه في الخصوصية.

ثالثا: الآليات غير المباشرة لحماية الحق في الخصوصية

لم يكتف المشرع الجزائري بالآليات الصريحة والمباشرة السابقة لضمان حمايته المستحقة للحق في الخصوصية، بل عمد من جهة أخرى إلى إتباع آليات غير مباشرة لتحقيق نفس الغاية، وذلك من خلال حرصه على حماية هذا الحق من خلال إلزام جميع الموظفين والفئات العمالية بالسر المهني، واهتدائه إلى تقعيد وأخلقة العمل الصحفي وكيفية ممارسة مختلف الأنشطة ذات الطابع الإعلامي، مع قيامه بضمان حق الرد والتصحيح لكل متضرر مما ينشر في حقهم من معلومات مُغرضة عبر وسائل الإعلام.

1. إلزام العمال والموظفين بالسر المهني

إذا كانت الممارسة العملية للمهام المتعلقة بكثير من الوظائف والمهن من شأنها أن تسمح للموظفين العاملين في مختلف الهيئات العمومية والخاصة، بالاطلاع على المعلومات والوثائق المتعلقة بالحالة المدنية والمالية والاجتماعية والصحية وغير

¹ ينظر: المادتين 68، 73 من القانون 04-15 الصادر بتاريخ 10 فيفري 2015م يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 06، الصادر بتاريخ 10 فيفري 2015م.

² ينظر: المادة 303 من قانون العقوبات.

³ ينظر: المادتين 47، 48 من القانون 07-05 الصادر بتاريخ 13 ماي 2007م يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 31، الصادر بتاريخ 13 ماي 2007م، ص 06.

ذلك من الجوانب المتعلقة بخصوصيات الأفراد، فإن إلزام العاملين فيها بواجب التزامهم بالسري المني يعتبر من الآليات المساهمة في فرض الحماية المستحقة للحق في الخصوصية.

لذلك لم يتردد المشرع في النص على هذا الواجب في جميع تشريعاته المتعلقة بهذا المجال، بداية بالقانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل، الذي ألزم العامل بعدم إفشاء أو كشف مضمون الوثائق الداخلية الخاصة بالهيئة المستخدمة، إلا إذا فرضها القانون أو طلبتها سلطتهم السلمية¹، ونصه الوارد في القانون الأساسي للوظيفة العامة الذي أوجب على الموظف التزامه بالسري المني، وامتناعه عن كشف محتوى أية وثيقة بحوزته، أو أي حدث أو خبر علم به أو اطلع عليه، بمناسبة ممارسة مهامه ماعدا ما تقتضيه ضرورة المصلحة، وعدم تحرره من هذا الواجب إلا بترخيص مكتوب من السلطة السلمية المؤهلة².

وبالإضافة إلى هذين القانونين فقد عمد المشرع إلى إلزام الموظفين العاملين في مختلف الأسلاك المهنية بنفس الواجب، وذلك من خلال القوانين الأساسية الخاصة بهم كالقانون الخاص بموظفي الشرطة³، والمستخدمين العسكريين⁴، والقضاة⁵، والموظفين المعنيين بقانون النقد والصراف⁶، والأطباء⁷، بالإضافة إلى أعضاء سلطة ضبط السمعي البصري وأعوانها المخاطبين بأحكام القانون المتعلق بالنشاط السمعي البصري⁸، دون نسيان الإشارة إلى قيام المشرع بإحالة أغلب نصوصه الأمرة بهذا الواجب إلى المادة 301 من قانون العقوبات، تأكيدا منه على الخطورة المترتبة عن انتهاك حرمة هذا الواجب، المتعلق ببيانات الأفراد المتصلة بحالتهم المدنية والصحية وذمتهم المالية⁹، وحياتهم الوظيفية ووثائقهم المختلفة،

¹ ينظر: المادة 07 من القانون 11-90 الصادر بتاريخ 21 أبريل 1990م، المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 17، الصادر بتاريخ 25 أبريل 1990م، ص 562.

² ينظر: المادة 48 من الأمر 03-06 الصادر بتاريخ 15 جويلية 2006م، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 46، الصادر بتاريخ 16 جويلية 2006م، ص 03.

³ ينظر: المادة 16 من المرسوم التنفيذي 10-322 الصادر 22 ديسمبر 2010م، المتضمن القانون الأساسي للموظفين المنتسبين للأسلاك الخاصة بالأمن الوطني، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 78، الصادرة بتاريخ 26 ديسمبر 2010م، ص 04.

⁴ ينظر: المادة 45 من الأمر رقم 02-06 الصادر بتاريخ 28 فيفري 2006م المتضمن القانون الأساسي للمستخدمين العسكريين، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 12، الصادر بتاريخ 01 مارس 2006م، ص 09.

⁵ ينظر: المادة 11 من القانون العضوي رقم 11-04 الصادر بتاريخ 06 سبتمبر 2004م المتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 57، الصادر بتاريخ 08 سبتمبر 2004م، ص 13.

⁶ ينظر: المادة 25 من الأمر 10-04 الصادر بتاريخ 16 أوت 2010م المعدل والمتمم بالأمر 11-03 المؤرخ بتاريخ 26 أوت 2003م، المتعلق بالنقد والصراف، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 50، الصادر بتاريخ 01 سبتمبر 2010م، ص 11.

⁷ ينظر: المادة 36 من المرسوم التنفيذي 92-276 الصادر في 06 جويلية 1992م، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 52، الصادر بتاريخ 08 جويلية 1992م، ص 1419.

⁸ ينظر: المادة 66 من القانون رقم 14-04 الصادر بتاريخ 24 فيفري 2014م المتعلق بالنشاط السمعي البصري، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 16، الصادر بتاريخ 23 مارس 2014م، ص 06.

⁹ ينظر: عاقل فيضيلة، الحماية القانونية للحياة الخاصة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون تحت إشراف طاشور عبد الحفيظ، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق، 2011م-2012م، ص 281، 284، 353، 359/ خليل ممدوح بحر: المصدر السابق، ص 257.

التي لا يمكن كشفها للغير دون موافقة أصحابها، باستثناء الحالات المقيدة بصفة قانونية في نطاق الحماية المستحقة لمصلحة أكبر¹.

2. ضبط العمل الصحفي والإعلامي

يعتبر واجب الامتناع عن المساس بحرمة الحياة الخاصة للأفراد وخصوصياتهم، من الأخلاقيات التي نصت عليها وتبنتها أغلب مواثيق العمل الصحفي والإعلامي²، لذلك اتجه المشرع الجزائري إلى إدراجه في أغلب تشريعاته المنظمة لأنشطة الصحافة المكتوبة والسمعية البصرية، ويظهر ذلك من خلال نصوصه الآتية:

. نصه في قانون الإعلام 05-12 على ضمان حرية ممارسة مختلف الأنشطة الإعلامية، في ظل الاحترام الواجب لعدد من المصالح الفردية والجماعية المتعلقة بطريقة مباشرة وغير مباشرة برغبته في حماية الحق في الخصوصية من بينها:

. الدستور وقوانين الجمهورية باعتبارهما المصدر الأول لمشروعية هذا الحق.

. الدين الإسلامي باعتباره من المصادر الاحتياطية للقانون الجزائري.

. القيم الثقافية للمجتمع التي تتناقض مع كل اعتداء على حرمة الأفراد وحياتهم الخاصة.

. سرية التحقيق القضائي التي تتعلق في كثير من الحالات برغبة المشرع في حماية خصوصيات المتقاضين محل التهمة.

. كرامة الإنسان والحريات الفردية والجماعية التي لا يمكن أن ينفصل عنها حق الإنسان في الخصوصية³.

وبالإضافة إلى الالتزامات السابقة فقد عمل المشرع على حماية الحق في الخصوصية من خلال تحديده

للأخلاقيات الدقيقة للعمل الصحفي المتمثلة في ما يأتي:

. واجب الالتزام بالموضوعية والتزاهة عند نقل المعلومات والوقائع والأحداث، بالشكل الذي يحول بينهم وبين الخلط بين الخبر المتعلق بحق الجمهور في الإعلام ودون ذلك من المعلومات المتعلقة بخصوصيات الأفراد.

. تصحيح كل خبر نشره بطريقة غير صحيحة، ردًا لاعتبار الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الذين من شأنهم أن تتعرض مصالحهم الفردية لأضرار معينة.

. امتناعهم عن تعريض الأشخاص للخطر سواء كان هذا الخطر ماديا أو معنويا.

. ابتعادهم عن الوشاية والقذف الموجه للأفراد لما يترتب عنه من مساس بكرامتهم وسمعتهم.

. عزوفهم عن نشر أو بث صور أو أقوال تمس بالخلق العام أو تستفز مشاعر المواطنين⁴.

¹ ينظر: المادة 41 من المرسوم التنفيذي، 92-276.

² ينظر: حسن عماد مكاوي: أخلاقيات العمل الإعلامي، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، مصر، ط 2003م، ص 265.

³ ينظر: المادة 02 من القانون العضوي 05-12.

⁴ ينظر: المادة 92 من قانون الإعلام 05-12.

ثم ختم المشرع هذه الأخلاقيات بواجب امتناع الصحفيين عن انتهاك الحياة الخاصة للأشخاص وشرفهم واعتبارهم، وعن المساس بالحياة الخاصة للشخصيات العمومية بصفة مباشرة وغير مباشرة¹، خاصة وأن كثيرا ما تدعو قواعد ممارسة مهنة الصحافة إلى ضرورة التفريق بين التصرفات المتعلقة بوظائف هذه الشخصيات في مختلف هيئات الدولة، وبين غير ذلك من تصرفاتها ذات الطابع الخاص²، لكون إشباع حق الجمهور في الإعلام يقتضي تزويده بالمعلومات المتعلقة بالشأن العام، لا بما تعلق منها بخصوصيات المشرفين على إدارة مصالحهم المختلفة.

وفي إطار استدراكه أو مواكبته للحماية المطلوبة للحق في الخصوصية من التجاوزات التي قد تمس بسلامته من خلال النشاط الصحفي الإلكتروني والنشاط السمعي البصري عبر الأنترنت، أوجب على الصحفيين وغيرهم ممارستهما في ظل الاحترام الصارم للقواعد والأخلاقيات الواردة في هذا القانون³.

كما حرص من جهة أخرى على حماية هذا الحق من خلال أحكامه الواردة في القانون 04-14 المتعلق بالنشاط السمعي البصري على النحو الآتي:

. إلزام الراغبين في إنشاء خدمات السمعي البصري، بواجب احترام دفتر الشروط المتضمن عدم اتخاذ هذه النشاطات وسيلة للمساس بالحياة الخاصة للأشخاص والشخصيات العمومية وشرفهم وسمعتهم، وعدم تشجيع روح الإقصاء ومختلف أشكال القذف والسب الموجه للأفراد، مع الالتزام بمراعاة التحفظ عند بث الشهادات التي من شأنها إهانة الأشخاص، وتجنب الاستهتار والتساهل عند معالجة وإثارة مواضيع المعاناة الإنسانية واستغلالها لأغراض ترويجية وإشهارية، وكذا أية معالجة تُنقص من مكانة الفرد أو تحط من قيمته كإنسان، مع عدم إدراج الشهادات المتعلقة بالوقائع ذات الصلة بالحياة الخاصة للأفراد دون مراعاة احترامهم المطلوب والحصول على موافقتهم الصريحة⁴.

وحتى يؤكد المشرع رغبته في فرض الحماية على مستوى الأنشطة السمعية البصرية المتميزة بإمكانية استخدامها المتعسف في الاعتداء على الحق في الخصوصية بالصورة والصوت، عمل على تكرار عدد من النصوص الأمرة بواجب الالتزام بحمايته في المرسوم التنفيذي المتضمن دفتر الشروط العامة الذي يحدد القواعد المفروضة على كل خدمة للبث التلفزيوني والإذاعي من بينها:

. إلزام إدارة خدمات الاتصال السمعي البصري بالسهر على تصميم وإعداد القواعد المتعلقة بالبرمجة بمراعاة الاحترام المستحق للحق في الشرف، وستر الحياة الخاصة للمواطن، وحماية الأسرة وجميع الفئات الضعيفة في المجتمع⁵.

¹ ينظر: المادة 93 من قانون الإعلام 05-12.

² ينظر: محمد فوزي الخضر: القضاء والإعلام: حرية التعبير بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة، المركز الفلسطيني للتنمية والحريات الإعلامية (مدى)، فلسطين، ط 2012م، ص 76، 77/ حسن عماد مكاوي: المصدر السابق، ص 293.

³ ينظر: المادة 71 من قانون الإعلام 05-12.

⁴ ينظر: المادة 48 من القانون 04-14.

⁵ ينظر: المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 16-222 الصادر في 11 أوت 2016، المتضمن دفتر الشروط العامة الذي يحدد القواعد المفروضة على كل خدمة للبث التلفزيوني أو للبث الإذاعي، الجريدة الرسمية الجزائرية. عدد 48، الصادر بتاريخ 17 أوت 2016م.

. التزام إدارة هذه الخدمات في كل ما يتعلق بالإنتاج وبث الحصص الإعلامية السياسية والعامية، بالامتناع عن المساس بالسلامة المعنوية للأشخاص، سواء كانوا أحياء أو أمواتاً¹.

. التزامها بعدم الإخلال بكرامة الإنسان وحياته الخاصة وصحته وأمنه، وعدم التعرض للحياة الخاصة للشخصيات العامة، مع مراعاة التحفظ عند بث الشهادات التي من شأنها إهانة الأشخاص وقذفهم وسبهم².

وحتى يضمن المشرع الاحترام المطلوب لجميع الأحكام الواردة في القانون 04-14، خول سلطة ضبط النشاط السمعي البصري مهمة السهر على مراقبة مدى التزام خدمات السمعي البصري باحترام الكرامة الإنسانية وحماية الطفل والمراهق، والحق في الشرف والاعتبار وستر الحياة الخاصة للمواطنين والشخصيات العمومية وحماية أسرهم، استجابة منها لأحكام قانون العقوبات وأخلاقيات المهنة، واحتكاما لمتطلبات حق الجمهور في حمايته من مختلف أشكال الإساءة³.

3. ضمان حق الرد والتصحيح

حرصاً من المشرع على حماية حقوق الأفراد والموظفين العاملين في مختلف مصالح وهيئات الدولة من الأضرار التي تلحق بهم بسبب المعلومات المغرضة التي تنشر عنهم عبر مختلف وسائل الإعلام، اتجه المشرع الجزائري إلى الاعتراف لهم بحق الرد والتصحيح كآلية من آليات رد الاعتبار المعنوي⁴، وإجبار الضرر اللاحق بهم في الخصوصية وسلامة سمعتهم ومكانتهم وحرمة أسرهم، وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في التشريعات الإعلامية السارية المفعول، وذلك من خلال إلزامه مدراء النشر وخدمات السمعي البصري ووسائل الإعلام الالكترونية بنشرهم المجاني لكل تصحيح يبلغهم إياه كل شخص طبيعي أو معنوي بشأن الوقائع أو الآراء المنشورة من طرف وسائلهم الإعلامية بطرق غير صحيحة⁵.

كما ضمن المشرع في هذا المقام حق كل شخص يرى بأنه تعرض لاتهامات كاذبة من شأنها المساس بشرفه أو سمعته أن يستعمل حق الرد⁶ بنفسه أو من طرف هيئته المعنية أو من يمثلها قانوناً، أو من طرف سلطته السُّلمية أو الوصاية التي ينتهي إليها هو أو هيئته⁷.

¹ ينظر: المادة 11 من المرسوم التنفيذي 222-16.

² ينظر: المادة 28 من المرسوم التنفيذي 222-16.

³ ينظر: المادتين 54 من القانون 04-14.

⁴ ينظر: فاتح قيش، ضوابط ممارسة مهنة الصحافة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه تخصص شريعة وقانون، إشراف الأستاذ يحي عز الدين، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة أدرار، ص 354 وما بعدها/ نبيل صقر: جرائم الصحافة في التشريع الجزائري، دار الهدى للنشر والتوزيع والصحافة، قسنطينة، الجزائر، 2013م، 2014م، ص 143 / محمد مومن: حق الرد وحماية الغير من تبعات النشر، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 33، 2000م، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، المغرب، ص 103.

⁵ ينظر: المادة 100 من قانون الإعلام 05-12.

⁶ المادة 110، من قانون الإعلام 05-12.

⁷ ينظر: المادة 111 من قانون الإعلام 05-12.

وفي حالة رفض أو عدم التزام الوسيلة الإعلامية بنشر أو بث الرد الموجه لها من طرف الأشخاص المتضررين من منشوراتها وفقا لشروطه المنصوص عليها قانونا، تعاقب هذه الوسيلة بغرامة من مائة ألف دينار إلى ثلاثمائة ألف دينار¹. وبذلك يكون المشرع قد عمل على ضمان ترميم الأضرار التي قد تلحق بحق الأشخاص في الخصوصية من خلال ضمان حقهم في رد اعتبارهم المعنوي، خاصة وأن جنح الاعتداء عليه تعتبر من الأفعال التي تتحقق نتائجها بمجرد وقوعها بسبب ارتكابها في العادة عبر الوسائل العلنية، بغض النظر عن النوايا الحقيقية للمعتدين على خصوصيات الأفراد.

الخاتمة.

بعد دراسة هذا الموضوع يمكن الوقوف عند النتائج الآتية.

. اهتمام وحرص المشرع الجزائري بفرض الحماية المستحقة للحق في الخصوصية، من خلال دسترته ودسترة واجب الدولة في التكفل بحمايته، مع تسخير جميع تشريعاته المتعلقة بهذا الحق لتجسيد عدم جواز المساس بحرمته.

. لم يعمل المشرع الجزائري بعدم جواز التدخل المطلق في خصوصيات الأفراد، لما يترتب عن ذلك من إمكانية التعارض بين المصلحة الشخصية والمصلحة العامة التي تقتضي حمايتها السماح للجهات المختصة بانتهاك حق الأفراد في الخصوصية في حالات محددة.

. لقد تبين من خلال استقراء الآليات المتبعة من طرف المشرع الجزائري في حمايته لحق الخصوصية مواكبتها للتطور الحاصل في العناصر المكونة لمحل هذا الحق، رغم التأخر الذي عرفه التشريع الجزائري في تنظيم وضبط نشر المعلومات عبر وسائل الإعلام الإلكترونية.

. قد يترتب عن التطبيق المتعسف للنصوص الآمرة بواجب الالتزام بالسر المهني واحترام الشخصيات العمومية وغيرها إلى المساس بحق الجمهور في الإطلاع على المعلومات ذات الطابع العام بدعوى حماية الحق في الخصوصية.

. رغم الطابع الجزائري الذي ميز بعض النصوص المكرسة للحماية المستحقة لحق الخصوصية في التشريع الجزائري، فإن من الملاحظ جنوح المشرع إلى تفضيل حمايته بالآليات ذات الطابع الوقائي كإلزام العمال بالسر المهني والصحفيين بأخلاقيات المهنة، إدراكا منه بصعوبة جبر ضرر الاعتداء عليه عن طريق العقوبة الجزائية.

. لقد عمل المشرع الجزائري في إطار حمايته لحق الخصوصية على توسيع دائرة المتحملين للمسؤولية المدنية والجزائية المترتبة عن المساس بهذا الحق، لتشمل الأشخاص الطبيعيين والمعنويين لا سيما في حالة الاعتداء عليها عبر وسائل الإعلام المتميزة بطابعها العلني.

التوصيات

أدعو المشرع الجزائري إلى الإسراع في تخصيص قانون خاص لتنظيم الصحافة والنشر الإلكتروني، لما يترتب عن ممارسة هذه الأنشطة بطريقة غير منضبطة من مساس بسلامة الحق في سلامة خصوصيات الأفراد والجماعات.

¹ ينظر: المادة 112 من قانون الإعلام 05-12.

قائمة المصادر والمراجع.

أولا/ قواميس ومعاجم اللغة

- 01/ أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 02/ أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والإشهار، بيروت، لبنان.
- 03/ علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني: معجم التعريفات قاموس لمصطلحات وتعريفات علم الفقه واللغة والفلسفة والمنطق والعروض والبلاغة، تحقيق ودراسة، محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة.
- 04/ مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، ط04، 2004م.
- 05/ محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب طبعة جديدة ومنقحة، دار المعارف، القاهرة، مصر.

ثانيا/ الكتب القانونية

- 01/ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط 2002م.
- 02/ أسامة عبد الله قايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
- 03/ إسحاق إبراهيم منصور، موجز في علم الإجرام وعلم العقاب، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر.
- 04/ ايموند واكس: الخصوصية مقدمة قصية جدان ترجمة ياسر حسن، مراجعة هاني فتحي سليمان، ط 2013م، مؤسسة هنداوي للعلم والثقافة، القاهرة، مصر.
- 05/ توني مندل وأندرو بوديفات وبين واجر ويدكسي هوتن ونتاليا توريس: دراسة استقصائية علمية حول خصوصيات الانترنت وحرية التعبير، سلسلة اليونيسكو حرية الانترنت، منشورات منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم، اليونيسكو.
- 06/ حسن عماد مكاوي، أخلاقيات العمل الإعلامي، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، مصر، ط 2003م.
- 07/ حسين إبراهيم خليل: تطبيقات قضائية على جريمة الإزعاج المتعمد عن طرق وسائل الاتصال الحديثة، دار الفكر والقانون لنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، ط 01، 2015م.
- 08/ حمزة عبد الرحمن، الحق في الخصوصية في مواجهة حرية الإعلام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 2004.
- 09/ حمزة عبد الرحمن، الحماية الجنائية لحق الإنسان في صورته، مكتبة الألاء الحديثة، أسيوط، مصر.
- 10/ الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط 05، 2005م.
- 11/ عبد الرحمن محمد: فكرة الحق، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان،

12/ محمد فوزي الخضر: القضاء والإعلام، حرية التعبير بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة، المركز الفلسطيني للتنمية والحريات الإعلامية (مدى)، فلسطين، ط 2012م.

13/ محمد ماهر أبو العينين، الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان في قضاء وإفتاء الدولة وقضاء النقض والدستورية العليا مع الإشارة إلى الأساس الإسلامي لحقوق الإنسان، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر.

14/ محمود عبد الرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة، دراسة مقارنة في القانون الوضعي الأمريكي، الفرنسي، المصري والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر.

15/ ممدوح خليل بحر: حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

16 نبيل صقر: جرائم الصحافة في التشريع الجزائري، دار الهدى للنشر والتوزيع والصحافة، قسنطينة، الجزائر.

ثالثا/ الرسائل والمذكرات العلمية

01/ بن حيدة محمد: حماية الحق في الحياة الخاصة في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه تحت إشراف رابيس محمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016م-2017م.

02/ فاتح قيش، ضوابط ممارسة مهنة الصحافة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه تخصص شريعة وقانون، إشراف الأستاذ يحيى عز الدين، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة أدرار، 2013م، 2014م.

03/ عاقل فاضلة، الحماية القانونية للحياة الخاصة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون تحت إشراف طاشور عبد الحفيظ، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق، 2011م-2012م.

رابعا/ المقالات العلمية

01/ فوزي عمارة، اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور والتسرب كإجراءات تحقيق قضائي في المواد الجنائية، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 33، جوان 2010م، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر.
<http://hrlibrary.umn.edu-arab-a003-2.html>

02/ محمد مومن، حق الرد وحماية الغير من تبعات النشر، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 33، 2000م، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، المغرب

خامسا/ النصوص والوثائق القانونية

01/ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948م، تاريخ الزيارة 10، 12، 2018م. <http://www.un.org-ar-universal-declaration-human-rights-index.html>

- 02/ الإعلان العربي لحقوق الإنسان، اعتمد من قبل القمة العربية السادسة عشرة التي استضافتها تونس، 23 مايو-أيار 2004م. تاريخ الزيارة 12، 10، 2018م.
- 03/ الأمر 03-06 الصادر بتاريخ 15 جويلية 2006م، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 46، الصادرة بتاريخ 16 جويلية 2006م.
- 03/ الأمر 04-10 الصادر بتاريخ 16 أوت 2010م المعدل والمتمم بالأمر 11-03 المؤرخ بتاريخ 26 أوت 2003م، المتعلق بالنقد والصرف، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 50، الصادرة بتاريخ 01 سبتمبر 2010م.
- 04/ الأمر 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم بمقتضى القانون 06-18 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق 10 يونيو سنة 2018، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 34، الصادرة بتاريخ 10 يونيو 2018م.
- 05/ الأمر رقم 02-06 الصادر بتاريخ 28 فيفري 2006م المتضمن القانون الأساسي للمستخدمين العسكريين، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 12، الصادرة بتاريخ 01 مارس 2006م.
- 06/ الدستور الجزائري 1989م.
- 07/ الدستور الجزائري 1963م.
- 08/ الدستور الجزائري 1976م.
- 09/ الدستور الجزائري 1996م.
- 10/ القانون 07-05 الصادر بتاريخ 13 ماي 2007م يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75 الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 31، الصادرة بتاريخ 13 ماي 2007م.
- 11/ القانون 04-09 الصادر بتاريخ 04 أوت 2009م المتضمن القواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 47 الصادرة بتاريخ 16 أوت 2009م.
- 12/ القانون 04-15 الصادر تاريخ 10 فيفري 2015م يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 06، الصادرة بتاريخ 10 فيفري 2015م.
- 13/ القانون 07-18 الصادر بتاريخ 10 جوان 2018م يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 34، الصادرة بتاريخ 10 جوان 2018م.
- 14/ القانون 66-155 الصادر بتاريخ 08 جوان 1966م المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 06-18 الصادر بتاريخ 10 جوان 2018م، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 34، الصادرة بتاريخ 10 جوان 2018م.
- 15/ القانون 01-82 الصادر بتاريخ 06 فيفري 1982م، المتعلق بالإعلام، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 06، الصادرة بتاريخ 09 فيفري 1982م.

- 16/ القانون 90-07 الصادر بتاريخ 03 أفريل 1990م، المتضمن قانون الإعلام، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 14، الصادرة بتاريخ 04 أفريل 1990م.
- 17/ القانون 90-11 الصادر بتاريخ 21 أفريل 1990م، المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 17، الصادرة بتاريخ 25 أفريل 1990م.
- 18/ القانون العضوي 12-05، الصادر بتاريخ 12 جانفي 2012م، المتضمن قانون الإعلام، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 02، الصادرة بتاريخ 15 جانفي 2012م.
- 19/ القانون العضوي رقم 04-11 الصادر بتاريخ 06 سبتمبر 2004م المتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 57، الصادرة بتاريخ 08 سبتمبر 2004م.
- 20/ القانون رقم 06-01 الصادر بتاريخ 20، فيفري 2006م، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم بالأمر رقم 11-15 الصادر بتاريخ 02 أوت 2011م، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 40، الصادرة بتاريخ 10 أوت 2011م.
- 21/ القانون رقم 14-04 الصادر بتاريخ 24 فيفري 2014م المتعلق بالنشاط السلمي البصري، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 16، الصادرة بتاريخ 23 مارس 2014م.
- 22/ المرسوم التنفيذي 10-322 الصادر 22 ديسمبر 2010م، المتضمن القانون الأساسي للموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالأمن الوطني، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 78، الصادرة بتاريخ 26 ديسمبر 2010م.
- 23/ المرسوم التنفيذي 16-222، الصادر بتاريخ 11 أوت 2016م، المتضمن دفتر الشروط العامة الذي يحدد القواعد المفروضة على كل خدمة للبث التلفزيوني أو البث الإذاعي، الجريدة الرسمية الجزائرية، رقم 48 الصادرة بتاريخ 17 أوت 2016م.
- 24/ المرسوم التنفيذي 92-276 الصادر في 06 جويلية 1992م، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 52، الصادرة بتاريخ 08 جويلية 1992م.
- 25/ المرسوم التنفيذي رقم 05-430 الصادر بتاريخ 08 نوفمبر 2005م، يحدد وسائل الاتصال عن بعد وكيفية استعمالها من المحبوسين، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 74، الصادرة بتاريخ 13 نوفمبر 2005م.

التصدي المؤسسي لظاهرة الفساد في الجزائر

Institutional response to the phenomenon of corruption in Algeria

راضية مشري جامعة 08 ماي 1945 ، قلمة

آمنة تازير، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة

Radia Mecheri ; Geulma University ; Algeria

Amina Tazir , Constantine University - Algeria

الملخص:

يعتبر الفساد من أخطر الظواهر التي تهدد أمن واقتصاد أي بلد، نظرا للاستنزاف الكبير لأموال الدولة عن طريق مختلف جرائم الفساد، نتيجة لذلك تدخل المشرع الجزائري بصرامة تشريعية تجلت في مجموعة من النصوص القانونية المنشئة للعديد من مؤسسات مكافحة الفساد، على رأسها الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، وأيضا الديوان المركزي لقمع الفساد، وخليية الاستعلام المالي كذلك، ومنه نهدف من خلال هذا المقال إلى الوقوف على ظاهرة الفساد باعتبارها ظاهرة عالمية تنخر اقتصاد الوطن، ودراسة مختلف المؤسسات المكلفة بمكافحتها في الجزائر، بالإضافة إلى تقييم النصوص المنظمة لمختلف المؤسسات المكلفة بالتصدي لظاهرة الفساد، للتوصل لبعض الاستراتيجيات والاقتراحات التي من شأنها تفعيل وتنشيط الآليات المؤسسية لمكافحة هذه الظاهرة في الجزائر على وجه الخصوص.

الكلمات المفتاحية: الفساد –التصدي المؤسسي –الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد –الديوان المركزي لقمع الفساد – خلية الاستعلام المالي.

Abstract:

Corruption is one of the most dangerous phenomena that threaten the security and economy of any country because of the great depletion of state funds through the various corruption crimes. As a result, the Algerian legislator has entered into strict legislative measures that have been manifested in a number of legal texts establishing various anti-corruption institutions, As well as the Central Bureau for the Suppression of Corruption and the Financial Inquiry Cell. The aim of this article is to identify the phenomenon of corruption as a global phenomenon that destroys the economy of the country and to study the various institutions charged with combating it in Algeria, Institutions in charge of addressing the phenomenon of corruption, To reach some strategies and suggestions that would activate and activate the institutional mechanisms to combat this phenomenon in Algeria in particular.

Key words: Corruption - Institutional Compliance - National Anti-Corruption Authority - Central Office for the Suppression of Corruption - Financial Inquiry Cell.

مقدمة

إن الفساد كظاهرة عالمية ارتبط بظهور العولمة التي وإن كانت قد سهلت الترابط والتكامل بين الدول على الصعيد الاقتصادي، فإنها في المقابل وسعت من النطاق الاجرامي على الصعيد الدولي كالإتجار بالمخدرات، ونشر الصناعات المقلدة، وتبييض الأموال، وتموين الإرهاب... إلخ، وأصبح من الضروري أن تواكب الدول هذا التطور في الإجرام، مما دفع بالجزائر إلى الانضمام إلى عدة اتفاقيات دولية مساهمة لهذا التطور الدولي الحاصل، لاسيما اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية¹، واتفاقية الاتحاد الأفريقي لمنع الفساد ومكافحته²، والاتفاقية العربية لمكافحة الفساد³، وعلى الخصوص الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 2003/10/31 التي انضمت لها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 128/04 المؤرخ في 19 أبريل 2004 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 26 المؤرخة في 25 أبريل 2004، والتي تضمنت توصيات للدول المصادقة عليها خصوصا في المادة السادسة (06) منها وذلك بإلزامهم بإنشاء هيئة أو هيئات داخلية لمكافحة الفساد، يتم إعطائها الاستقلالية اللازمة لأداء مهامها، على أن تقوم كل دولة طرف بإبلاغ الأمين العام للأمم المتحدة باسم وعنوان السلطة أو الهيئة الوطنية المنشأة في هذا المجال، وذلك لغرض مساعدة الدول الأطراف الأخرى في مكافحة الفساد⁴، وفي هذا الصدد سارعت الجزائر للتفكير في وضع ميكانيزمات للرقابة على الجرائم المالية ومكافحتها، فأصدرت عدة قوانين لمكافحة الفساد، كما أنشأت عدة مؤسسات للوقاية من الفساد منها الهيئة الوطنية للوقاية ومكافحة الفساد، خلية معالجة الاستعلام المالي، والديوان المركزي لقمع الفساد.

ومنه يثير هذا الموضوع تساؤل يتمحور حول: إلى أي مدى كان دور الهيئات الوطنية لمكافحة الفساد ناجعا وناجحا في مجابهة جرائم الفساد في الجزائر من خلال كافة النصوص التي أنشأتها ونظمتها؟

لدراسة موضوع التصدي المؤسسي لظواهر الفساد، وللإجابة على هذه التساؤل ارتأينا تقسيم الدراسة إلى بحثين، خصص المبحث الأول لدراسة: "الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد" باعتبارها مؤسسة لها دور رئيسي في مكافحة الفساد في الجزائر، ثم نتناول كل من "الديوان المركزي لقمع الفساد و خلية معالجة الاستعلام المالي" في مبحث ثاني كهيئات مساعدة لسابقتها، لنتختم الدراسة بمجموعة من النتائج والتوصيات.

وقد اعتمدنا في دراستنا هذه على المنهج التحليلي الذي ارتأيناه ناجعا لتحليل كافة النصوص القانونية المنظمة للهيئات الوطنية لمكافحة الفساد والوقاية منه، وبذلك يكون هو المنهج الملائم والمساعد على الإحاطة بمختلف جوانب الموضوع، بالإضافة إلى المنهج الوصفي لوصف حجم جرائم الفساد في الجزائر وذلك في بعض المواضع، أضف إلى ذلك

¹ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، المعتمدة بقرار الجمعية العامة رقم 55/55 المؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2000، والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 55/02، المؤرخ في 5 فبراير 2002، جريدة رسمية العدد 09، الصادرة في 10 فبراير 2002.

² اتفاقية الاتحاد الأفريقي لمنع الفساد ومكافحته، والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 137/06، المؤرخ في 10 أبريل 2006 جريدة رسمية العدد 24، الصادرة في 16 أبريل 2006.

³ الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد، والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 249/14، مؤرخ في 08 سبتمبر 2014، جريدة رسمية العدد 54، الصادرة في 21 سبتمبر 2014.

⁴ بكوش مليكة، جريمة الاختلاس في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012، 2013، ص160.

استعمال بعض أدوات النقد لتوجيهه في بعض مواضع الانحراف التشريعي في مجابهة الفساد عن طريق الآليات المؤسسية.

المبحث الأول: الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد

بالرجوع إلى أحكام المادة 17 من قانون مكافحة الفساد¹، نجدها تنص على أن: "تنشأ هيئة وطنية مكلفة بالوقاية من الفساد ومكافحته، وذلك قصد تنفيذ الاستراتيجية الوطنية في مجال مكافحة الفساد"، كما أكدت المادة 18 من المرسوم 2413-06² على استقلالية هذه الهيئة، ولقد حذى بذلك المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي³، وعليه سوف نتطرق إلى تنظيم وتسيير الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، ثم إلى مهام هذه الهيئة على النحو الآتي:

المطلب الأول: تنظيم وتسيير الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

سنتعرض في هذا المطلب إلى دوافع إنشاء الهيئة الوطنية، ثم نعرض لتبيان طبيعتها القانونية، وكذا تنظيمها، وذلك من خلال ثلاث فروع وفقا لما يأتي:

الفرع الأول: دوافع إنشاء الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

تعد الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر من الدوافع القانونية التي أدت إلى نشوء هذه الهيئة، ومن بينها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك، هذا ما أكدته المشرع الجزائري في المادة 17 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، حيث نص على أن: "تنشأ هيئة وطنية مكلفة بالوقاية من الفساد ومكافحته في مجال الفساد...."، إلى جانب هذا الدافع القانوني لنشوء الهيئة يمكن القول أن هناك دافع عملي أيضا يتمثل فشل العديد من الهيئات التي أنشئت في إطار مكافحة الفساد في السنوات السابقة، كالمركز الوطني لمكافحة الرشوة والوقاية منها، حيث قامت الجزائر قبل إنشاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد بإنشاء المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها⁴، والذي اعتبر هيئة جديدة كان من أهم وظائفها أو مهامها تقديم اقتراحات عملية للحد من ظاهرة الرشوة ومعاينة ممارستها، وتقديم آراءه للسلطات القضائية بشأن المخالفات التي ترتكب وضبط حالات الرشوة، أي له تقريبا نفس الاختصاصات التي تضطلع بها الهيئة الوطنية، ولكي لا يكون مصير الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

¹ القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14 المؤرخة في 08 مارس 2006 متمم بموجب الأمر رقم 05/10 المؤرخ في 26 أكتوبر 2010 ج ر عدد 50 المؤرخة في 01 سبتمبر 2010 الموافق عليه بموجب قانون رقم 11/10 المؤرخ في 27 أكتوبر 2010 ج ر عدد 66 المؤرخ في 03 نوفمبر 2010، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 15/11 المؤرخ في 02 أوت 2011 ج ر عدد 44 المؤرخ في 10 أوت 2011.

² المرسوم 314/06 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006 يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحتها وتنظيمها وكيفية سيرها، الجريدة الرسمية عدد 17، الصادرة بتاريخ 22 نوفمبر 2006.

³ رمزي حوحو ودنش لبني، "الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته"، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2016، ص 73.

⁴ المرسوم الرئاسي رقم 233/96 الصادر في 02 جويلية 1996 المتعلق بإنشاء المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها، ج ر عدد 41، الصادرة بتاريخ 03 جويلية 1996.

كمصير المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها والذي أعدم بمرسوم رئاسي في سنة 2000¹، كان يتحتم على المشرع أن يمنح للهيئة عدة سلطات تزيد من فاعليتها، وتتماشى والاتفاقيات الدولية، وتحقق الهدف الذي أنشأت لأجله²، كما ننوه في هذا السياق إلى أنه إضافة لهذه الدوافع التي أدت إلى نشوء الهيئة، فإن قصور قانون العقوبات الجزائري في مواجهة جرائم الفساد كان هو الآخر دافعا لسن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وبالتبعية إنشاء هذه الهيئة.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

تعتبر الهيئة سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، واستقلالية هذه الهيئة أمر ضروري حتى تتمكن من أداء مهامها وصلاحياتها على النحو المطلوب، ولذلك وضع المشرع في المادة 19 من قانون مكافحة الفساد السالف الذكر مجموعة من الأحكام المختلفة التي تضمن استقلالية هذه الهيئة وهي كما يلي:

- 1- قيام الأعضاء والموظفين التابعين للهيئة والمؤهلين للاطلاع على المعلومات الشخصية وعموما على أية معلومات ذات طابع سري، بتأدية اليمين الخاصة بهم قبل استلام مهامهم.
- 2- تزويد الهيئة بالوسائل البشرية والمادية اللازمة لتأدية مهامها.
- 3- التكوين المناسب والعالي المستوى لمستخدميها.
- 4- ضمان أمن وحماية أعضاء وموظفي الهيئة من كل أشكال الضغط والتهريب أو التهديد أو الإهانة والشتيم أو الاعتداء مهما يكن نوعه، الذي قد يتعرضون له أثناء أو بمناسبة ممارستهم لمهامهم.

ولقد نص المشرع على التشكيلة الجماعية للهيئة، وهي: رئيس وستة أعضاء يعينون بموجب مرسوم رئاسي لمدة 05 سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة³، ولا بد أن نشير إلى أن احتكار سلطة تعيين موظفي هذه الهيئة بين أيدي جهة واحدة يجعل من الهيئة مجرد أداة تابعة للسلطة التنفيذية، وهذا يتنافى مع مقتضيات الاستقلالية ومبدأ تعدد الهيئات المكلفة بتعيين واقتناء الأعضاء كأحد التدابير التي نص عليها المشرع في نص المادة 19 من المرسوم 314/06 كأحد ضمانات الاستقلالية⁴، كما نشير أيضا إلى أنه رغم تمتع الهيئة بالاستقلال المالي، إلا أن ميزانيتها تسجل ضمن الميزانية العامة للدولة وفقا للمادة 21 من نفس المرسوم.

كما أن المشرع كيف الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته على أنها سلطة إدارية مستقلة، وهذا يعني أنها تتميز بالطابع الإداري والسلطوي، وهي تنظيم جديد وغير مصنف ضمن الهرم الإداري التقليدي، والذي يقوم على أساس

¹ المرسوم الرئاسي رقم 114/2000 المؤرخ في 11 ماي 2000 المتضمن إلغاء المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها، الجريدة الرسمية عدد 28، المؤرخة في 14 ماي 2000.

² حسناوي عبد الرؤوف، دور الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته والديوان المركزي في مجال مكافحة الفساد، مذكرة ماستر تخصص قانون إداري، كلية الحقوق، جامع محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2015-2016، ص 09.

³ المادة 05 من المرسوم 413/06 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006 المحدد لتشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها، جريدة رسمية صادرة بتاريخ 2006/11/22 عدد 74، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 64/12 المؤرخ في 07 فيفري 2012، الجريدة الرسمية عدد 08، المؤرخة في 15 فيفري 2012.

⁴ رمزي حوحو ودنش لبني، المرجع السابق، ص 73

تقسيم الإدارة العامة إلى إدارة مركزية وأخرى لا مركزية، كما أنها ليست بمؤسسة عمومية أو هيئة قضائية، فهي هيئة إدارية مستقلة عن الحكومة ولا تخضع لرقابتها، كما أنها تتمتع بسلطة تمكنها من ممارسة امتيازات السلطة العامة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنها هيئة مستقلة وهي لا تخضع لأي رقابة رئاسية أو وصائية من طرف السلطة التنفيذية، ولكن لا يعني هذا عدم وجود أية علاقة أو تأثير لهذه الأخيرة على عمل ومهام الهيئة وخاصة الرقابية منها¹، كما تضمنها الدستور مؤخرا بمناسبة التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016² بحيث صنفها ضمن المؤسسات الاستشارية، ونخلص إلى القول بأن المشرع الجزائري كيف الهيئة بصريح العبارة في المادة 18 من قانون الفساد على أنها سلطة إدارية مستقلة، كما كيفها بنفس الشكل في نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي 413/06 السالف الذكر، وإثر مراجعة دستور 1996 أصبحت الهيئة مؤسسة دستورية لما لها من وزن في المنظومة القانونية للدولة، إلا أنها احتفظت بنفس التكيف³.

الفرع الثالث: تنظيم الهيئة

بالرجوع إلى المادة 06 من المرسوم 06-413 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006 السالف الذكر، نجد أنها حددت تنظيم هذه الهيئة، إذ تتكون من مجلس اليقظة والتقييم، ومديرية الوقاية والتحسيس، ومديرية التحليل والتحقيقات، ولكل منها اختصاصات ومهام محددة قانونا سنفصل فيما لاحقا.

وتزود هذه الهيئة بأمانة عامة يتولى أمينها العام التسيير المالي والإداري تحت سلطة رئيس الهيئة ويعين بموجب مرسوم رئاسي، ومن أجل التسيير الحسن للهيئة تزود بالوسائل البشرية و المادية اللازمة لتأدية مهامها، ويجب أن تتكون الهيئة من موظفين مختصين لهم تكوين عالي من النزاهة والقوة والحزم والخبرة، ومن أجل استكمال هذا الدور في جو من النزاهة والشفافية فقد نصت المادة 23 من قانون مكافحة الفساد على ما يلي: "يلتزم جميع أعضاء وموظفي الهيئة بحفظ السر المهني"، ويطبق هذا الالتزام كذلك على الأشخاص الذي انتهت علاقتهم المهنية بالهيئة، وعليه فإن جميع أعضاء موظفي الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته ملزمون بكتمان السر المهني، وكل خرق لهذا الالتزام يشكل جريمة إفشاء السر المهني المقررة في قانون العقوبات الجزائري⁴، لاسيما أحكام المادة 30 منه التي تنص على أنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى 06 أشهر وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج، الأطباء الجراحون والصيدال والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع، أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفسوها في غير الحالات التي

¹ عبد العالي حاحة، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2012-2013، ص 485.

² دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2016، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.
³ دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي 438/96 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج ر عدد 76، الصادرة بتاريخ 07 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر، عدد 14 الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.

⁴ الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 49 لسنة 1966، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 71 لسنة 2004، المعدل والمتمم بالقانون 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 71 لسنة 2015.

يوجب عليهم فيها القانون إفشاؤها ويصرح لهم بذلك"، ويعتبر سرا كل ما يعرفه المؤتمن أثناء أو بمناسبة ممارسة وظيفته أو مهمته، ويتم الإفشاء باطلاع الغير على السر بأي طريقة كانت كتابة أو شفاهة أو حتى بالإشارة.

المطلب الثاني: مهام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

تتمتع الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد بمهام استشارية وإدارية تقوم بها كل من مديرية الوقاية والتحسيس، ومديرية التحليل والتحقق، ومجلس اليقظة والتقييم، وأيضا مهام ذات طبيعة قضائية تتجسد في علاقة الهيئة بالسلطة القضائية، وهو ما سنستعرضه كآتي:

الفرع الأول: المهام الإدارية والاستشارية للهيئة

هذه الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته تمارس عدة صلاحيات ومهام إدارية واستشارية أيضا، ذلك عن طريق مصالحها وهي كما يأتي:

أولا: مهام مجلس اليقظة والتقييم

نصت المادة 11 من المرسوم 413/06 السالف الذكر على هذه الصلاحيات على سبيل الحصر، وهي تتمثل في:

- إعداد برنامج عمل الهيئة، وشروط كفاءات تطبيقه.
- إعداد تقارير وآراء وتوصيات الهيئة.
- إعداد المسائل التي يعرضها هذا المجلس على رئيس الهيئة.
- إعداد ميزانية الهيئة.
- إعداد التقرير السنوي الموجه إلى رئيس الجمهورية من طرف رئيس الهيئة، وهذا التقرير سري لا ينشر في أي جريدة وطنية.
- تحويل الملفات التي تتضمن وقائع بإمكانها أن تشكل مخالفة جزائية إلى وزير العدل.
- إعداد الحصيلة السنوية للهيئة.

وما يمكن إثارته عن مجلس اليقظة والتقييم، أن مهامه ذكرت على سبيل الحصر، كما أنها تتصف بالطابع الاستشاري المحض، أي مجرد إبداء رأي، ولم يتم توضيح إذا كان الرأي ملزم أو غير ملزم¹.

ثانيا: القسم المكلف بالوثائق والتحليل والتحسيس

أشارت إليه المادتان 06 و 12 من المرسوم رقم 413/06 المذكور سالفا تحت تسمية مديرية الوقاية والتحسيس، غير أنه بصدور المرسوم رقم 64/12 السالف الذكر المعدل والمتمم للمرسوم السابق وفي إطار إعادة الهيكلة نص على هذا

¹ لكحل سمية، مقومات الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص دولة ومؤسسات عمومية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013-2014، ص 25.

الجهاز تحت تسمية أخرى وهي قسم الوثائق والتحليل والتحسيس، لكن الملاحظ أن المرسوم الجديد على غرار المرسوم القديم، لم يحدد تشكيلة الجهاز رغم الدور الكبير المنوط به في إطار الوقاية من الفساد ومكافحته، ويبدو أن المسائل التنظيمية وكيفية العمل الداخلي لهياكل الهيئة، قد تركت للهيئة نفسها مهمة تحديدها في إطار إعداد النظام الداخلي لها.¹

ويتمتع هذا الجهاز بعدة صلاحيات وهي:²

- اقتراح برنامج عمل للوقاية من الفساد.
- تقديم توجيهات تخص الوقاية من الفساد إلى كل شخص أو هيئة عمومية أو خاصة.
- اقتراح تدابير لا سيما ذات الطابع التشريعي والتنظيمي للوقاية من الفساد.
- مساعدة القطاعات المعنية العمومية والخاصة في إعداد قواعد أخلاقيات المهنة.
- إعداد برنامج يسمح بتوعية وتحسيس المواطنين بالآثار الضارة الناجمة عن الفساد.
- جمع ومركزة استغلال كل المعلومات التي يمكن أن تساهم في الكشف عن الفساد.
- البحث في التشريع والتنظيمات والممارسات الإدارية عن العوامل التي تشجع على ممارسات الفساد قصد إزالتها.
- التقييم الدوري للدورات القانونية والتدابير الإدارية في مجال الوقاية من الفساد.

ثالثا: مديرية التحاليل والتحقيقات

بالرجوع إلى المرسوم 314/06 السالف الذكر، نجده نص على أنه تختص مديرية التحاليل والتحقيقات بما يلي:

- تلقي التصريحات بالممتلكات الخاصة بأعوان الدولة بصفة دورية، وبصدور المرسوم رقم 64/12 المعدل للمرسوم 314/06 السالفين الذكر رأى المشرع أنه من المناسب تخصيص قسم أو جهاز مستقل لمعالجة مسألة تلقي التصريحات بالممتلكات، وذلك لأهمية هذه الآلية في مكافحة الفساد، لأن من خلالها يتم التحقيق عن مدى تضخم الثروة من عدمه، وبالتالي تفعيل وكشف جريمة الإثراء غير المشروع، لكن المشرع لم يحدد في ظل هذا المرسوم الجديد تشكيلة هذا القسم ولا كيفية عمله.³
- دراسة واستغلال المعلومات الواردة في التصريحات بالممتلكات والسهر على حفظها.
- ضمان تنسيق ومتابعة النشاطات والإعمال المباشرة ميدانيا على أساس التقارير الدورية المنتظمة والمدعمة بإحصائيات وتحاليل تتعلق بمجال الوقاية من الفساد التي ترد إليها من القطاعات المختلفة.⁴

¹ المادة 19 من المرسوم 64/12 المعدل والمتمم للمرسوم 413/06 سالف الذكر.

² انظر المادة 12 من المرسوم 413/06، السالف الذكر

³ عبد العالي حاحي، المرجع السابق، ص 497.

⁴ المادة 13 من المرسوم 314-06، السالف الذكر.

والملاحظ أن المشرع قد نص على إقصاء الهيئة فيما يتعلق بتلقي التصريحات بالممتلكات الخاص برئيس الجمهورية وأعضاء البرلمان ورئيس المجلس الدستوري ورئيس الحكومة وكذا رئيس مجلس المحاسبة ومحافظ بنك الجزائر والسفراء ولقناصله والولاة والقضاة ويكون التصريح بالممتلكات أمام الرئيس الأول للمحكمة العليا.

وعليه يقتصر اختصاص الهيئة على تلقي التصريحات الواردة على المنتخبين المحليين والموظفين الآخرين، وإذا كانت الهيئة مؤهلة لدراسة واستغلال المعلومات الواردة في التصريحات بالممتلكات، فيختلف الأمر بالنسبة للرئيس الأول للمحكمة العليا حيث يقتصر دوره على تلقي التصريحات دون أن يتعدى دوره إلى استغلال المعلومات التي يحتويها.¹

كما تجدر الإشارة إلى أنه وضمن هذا الإطار نصت المادة 21 من قانون الفساد ومكافحته السالف الذكر على ضرورة تزويد الهيئة بالمعلومات والوثائق، حيث بإمكانها أن تطلب من الإدارات والمؤسسات والهيئات التابعة للقطاع العام أو الخاص، أو من كل شخص طبيعي أو معنوي آخر أية وثائق أو معلومات، تراها مفيدة في الكشف عن أفعال الفساد²، كما نصت ذات المادة على أن كل رفض متعمد وغير مبرر لتزويد الهيئة بالمعلومات أو الوثائق المطلوبة، يشكل جريمة إعاقة السير الحسن للعدالة في مفهوم هذا القانون.

الفرع الثاني: علاقة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته بالسلطة القضائية

بالرجوع إلى أحكام المادة 22 من المرسوم 413/06 السالف الذكر نجد أنها تنص على ما يلي: "عندما تتوصل الهيئة إلى وقائع ذات وصف جزائي تحول الملف إلى وزير العدل حافظ الأختام الذي يخطر النائب العام المختص لتحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء"، وكذلك نصت المادة 09 من ذات المرسوم على أن: "يكلف رئيس الهيئة بتحويل الملفات التي تتضمن وقائع بإمكانها أن تشكل مخالفة جزائية إلى وزير العدل حافظ الأختام قصد تحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء"، ومنه فإننا نستنتج بأن الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته لها علاقة شكلية بالهيئات القضائية، إذ أنه بإمكان الهيئة أن تتصل بالسلطة القضائية عندما تتوصل إلى وقائع ذات طابع جزائي، وهذا طبعا حسبما يراه وزير العدل حافظ الأختام -ممثل السلطة التنفيذية في جهاز القضاء-، كما تؤكد عليه عبارة عند الاقتضاء الواردة في النصين السالفين.

والملاحظ إنه إذا قارنا المرسوم السالف الذكر بالمادة 40 من المرسوم التشريعي المتعلق ببورصة القيم المنقولة³، التي تنص "على أنه يمكن لرئيس لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها في حالة مخالفة القانون أن يحيل الملف إلى النيابة العامة". فإن الملفات تحال مباشرة إلى القضاء دون وساطة وزير العدل.

وعليه يمكن القول أن أحكام المرسوم 413/06 تقلل من مهام الهيئة أمام السلطة القضائية كجهاز مستقل، إذ لا تتمتع بأي اختصاصات قضائية، كما أن دورها يقتصر على إخطار وزير العدل بالوقائع الجرمية فقط.

¹ رشيد زوايمية، ملاحظات نقدية حول المركز القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، مداخلة غير منشورة، ملتقى أليات حماية المال العام ومكافحته، المدية، الجزائر، 2009، ص 06.

² حسناوي عبد الرؤوف، المرجع السابق، ص 19.

³ القانون 04/03 المؤرخ في 13 فيفري 2003، المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي رقم 10/93 المؤرخ 23 ماي 1993، المتعلق بالبورصة والقيم المنقولة، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 11، المؤرخة في 19 فيفري 2003.

في الأخير كتنقيح لدور هذه الهيئة من خلال الصلاحيات والمهام التي تطرقنا إليها، يتضح لنا أن أغلبها ذات طابع وقائي وتحسيني، فرغم تسميتها بالهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، إلا أن دورها ينحصر أساسا في الوقاية وليس في المكافحة، ويتجلى ذلك من خلال الطبيعة الاستشارية لمهام الهيئة، من خلال اصدرها التقارير وإبداء التوصيات، أما الطابع التحسيني لدور الهيئة فيتجسد في إعداد برامج تسمح بتوعية وتحسيس المواطنين بالأثار الضارة الناتجة عن الفساد.

المبحث الثاني: الديوان المركزي لقمع الفساد وخلية معالجة الاستعلام المالي

دائما وفي إطار سياسة المشرع الجزائري للوقاية من جرائم الفساد ومكافحتها، وبعد إنشاء الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، تم أيضا إنشاء خلية معالجة الاستعلام المالي والديوان المركزي لقمع الفساد كآليات وطنيتان مرصودتان لمجابهة جرائم الفساد في الجزائر ومدعمتان للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، سنتعرض لهما بالتحليل والتفصيل كالآتي:

المطلب الأول: خلية معالجة الاستعلام المالي

شهدت الجزائر شأنها شأن الكثير من الدول استفحال كبير لجرمي تبويض الأموال وتمويل الارهاب، وهما من أخطر الجرائم التي تهدد كيان الدولة نظرا لما ينتج عنها من آثار وخيمة تؤثر سلبا على الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للبلد، نتيجة لذلك أصبحت مواجهة هذه الجرائم من اولويات المشرع الجزائري، حيث بذل جهودا معتبرة في التصدي لهاتين الظاهرتين ومكافحتهما، ومن بين هذه الجهود انشاءه لخلية معالجة الاستعلام المالي C.T.R.F، هذه الخلية سنستعرض أهم معطياتها فيما يأتي:

الفرع الأول: مفهوم خلية معالجة الاستعلام المالي

خلية معالجة الاستعلام المالي هي هيئة وطنية تم استحداثها مباشرة بعد مصادقة الجزائر على الاتفاقية الدولية لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية¹، وذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 02-127²، هذا المرسوم وللأسف بقي دون جدوى إلى غاية سنة 2004 حيث تم تعيين أعضاء الخلية الستة، أي أن الخلية تم تنصيبها فعليا بعد مرور سنتين على صدور المرسوم المنشئ والمنظم لها، وهي تعد أول آلية وضعها المشرع الجزائري لمواجهة الفساد المالي في جرائم تبويض الأموال وتمويل الارهاب، وهي هيئة تتمتع بكامل الصلاحيات للقيام بأعمال واجراءات وتصرفات على المستوى الوطني أو الدولي لكشف أي شكل من أشكال الفساد، مع خضوعها في كل ذلك إلى مبدأ المشروعية³.

¹ صادقت عليها الجزائر بتحفظ، وذلك بموجب المرسوم الرئاسي 55-02 المؤرخ في 2002/02/05، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 09 المؤرخة في 2002/02/10.

² المرسوم التنفيذي رقم 02-127 المؤرخ في 2002/04/07 المتضمن إنشاء خلية معالجة الاستعلام المالي وتنظيمها وعملها، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 23 المؤرخة في 2002/04/07.

³ وهيبه هاشمي، "خلية معالجة الاستعلام المالي"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد 04، الجزائر، 2013، ص 162.

وفي ذات السياق عرف الشرع الجزائري خلية معالجة الاستعلام المالي في المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 13-157¹، المعدل والمتمم للمرسوم 02-127، بأنها "سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي"، ومنه فالمشرع الجزائري اعتبر الخلية أولا هي سلطة عامة وبالتالي فهي تتمتع بمجموعة من الامتيازات والسلطات والاختصاصات الاستثنائية التي ترفع من مركزها القانوني، وتمنحها حرية أوسع في ممارسة تصرفاتها، وبالتالي فهي في أعمالها تخضع للقانون الإداري، وفي منازعاتها تخضع للقاضي الإداري، أما ثانيا فقد اعتبرها المشرع سلطة مستقلة، أي أن لها مطلق الحرية في ضبط النشاطات التي تؤدي إلى تبييض الأموال وتمويل الارهاب عن طريق البنوك والمهن والأعمال المالية، واعتبرها ثالثا سلطة وقائية، أي أنها تتخذ كافة التدابير الوقائية الضرورية للمحافظة على النظام العام وحمايته عن طريق توقي ومنع كل ما من شأنه أن يشكل تبييضا للأموال وتمويلا للإرهاب، وأخيرا هي سلطة محايدة أي أنها لا ترتبط بأي فلسفة عقائدية أو سياسية تجعلها تنسلخ من النظام العام المجتمعي²، وهذا بالإضافة إلى تمتعها بالشخصية المعنوية مما يترتب عن ذلك الاستقلال المالي والإداري وحق التقاضي، مع بقائها خاضعة لرقابة الدولة في كل ذلك.

الفرع الثاني: هيكلته خلية معالجة الاستعلام المالي

تشكل خلية معالجة الاستعلام المالي من: هياكل بشرية ومصالح إدارية.

أولا: الهياكل البشرية لخلية معالجة الاستعلام المالي

تتكون من ثلاث هياكل أو أجهزة بشرية، وهي:

1. رئيس مجلس الخلية

يرأس خلية معالجة الاستعلام المالي رئيس، يعين بموجب مرسوم رئاسي لعهد مدتها أربع سنوات، قابلة للتجديد مرة واحدة، وقد حددت المادة 10 مكرر 1 من المرسوم 02-127 السالف الذكر مجموعة من الصلاحيات التي يكلف بها رئيس الخلية دون سواه، وهي:

- التعيين وإنهاء المهام في كل الوظائف في حدود القوانين الأساسية السارية والمسيرة لوضعية الأعوان الذين يمارسونها.
- ضمان نشاط المصالح والتنسيق بينها، والإشراف عليها والسهر على السير الحسن للخلية.
- ضمان تنفيذ القرارات المتخذة من طرف مجلس الخلية، والسهر على تحقيق المهام والأهداف الموكلة للخلية.
- رفع دعاوى قضائية وتمثيل الخلية أمام السلطات والهيئات الوطنية والدولية، وكذا إبرام الصفقات وعقد الاتفاقيات أو الاتفاقات.
- تكليف من يعد الحصائل التقديرية، والحساب الإداري، والحصيلة السنوية عن نشاطات الخلية التي يعرضها على وزير المالية بعد موافقة مجلس الخلية.

¹ المرسوم التنفيذي 13-157 المؤرخ في 15/04/2013، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 02-127 المتضمن انشاء خلية معالجة الاستعلام المالي وتنظيمها وعملها، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 23 المؤرخة في 28/04/2013

² وهيبية هاشمي، المرجع السابق، ص 166-167.

• اقتراح التنظيم والنظام الداخليين للخلية والسهر على تنفيذهما.¹

2. الأمانة العامة لخلية معالجة الاستعلام المالي

لخلية معالجة الاستعلام المالي أمانة عامة، يرأسها الأمين العام للخلية الذي يمارس مهامه تحت رئاسة ووصاية رئيس الخلية، وهو يقوم بتسيير جميع الشؤون الإدارية والوسائل البشرية والمادية للخلية، بالإضافة إلى توفيره للخدمات اللازمة لحسن سير الخلية، ويتم تعيينه بموجب مقرر من طرف رئيس الخلية.²

3. مجلس خلية معالجة الاستعلام المالي

مجلس الخلية نصت عليه المادة 10 من المرسوم التنفيذي 02-127 السالف الذكر، حددت هذه المادة أعضاءه، وهم سبعة أعضاء منهم الرئيس، وأربعة أعضاء يتم اختيارهم نظرا لكفاءتهم في المجالات البنكية والمالية والأمنية، وقاضيان اثنان يعينهما وزير العدل بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للقضاء، يتم تعيين هؤلاء الأعضاء لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة، ويتخذ مجلس الخلية قراراته بأغلبية الأصوات، وهو يتداول خصوصا في المواضيع الآتية:

- إعداد برامج سنوية ومتعددة السنوات عن نشاط الخلية.
- التداول حول الاجراءات المخصصة لاستغلال ومعالجة تصريحات الاشتباه وتقارير التحقيقات والتحريات.
- تنفيذ كل برنامج يهدف إلى تحفيز ودعم عمل المجلس في الميادين المرتبطة باختصاصاته.
- تطوير علاقات التبادل والتعاون مع كل هيئة أو مؤسسة وطنية أو أجنبية أخرى تعمل في نفس ميدان نشاط الخلية.
- التداول حول مشروع ميزانية الخلية.³

ثانيا: المصالح الإدارية لخلية معالجة الاستعلام المالي

أو ما تسمى بالمصالح التقنية للخلية، وهي كالاتي:

1. مصلحة التحري والتحقيق: مهمتها التحري والتحقيق في كل إخطار يصل إلى الخلية، بخصوص مصدر الأموال ووجهتها وهوية المتعاملين فيها.
2. مصلحة التحليل القانوني للمعطيات: تقوم هذه المصلحة بمعالجة تصريحات الاشتباه، والمعلومات التي ترد إليها من الأشخاص والسلطات المؤهلة.
3. مصلحة التعاون الدولي: تعمل هذه المصلحة في حالة مشاركة الخلية في النشاطات الدولية والتحقيقات المشتركة، وتعمل على جمع كل البيانات الخاصة بوحدات الاستخبارات المالية في العالم، والقوانين المتعلقة بالتعاون الدولي.

¹ المرسوم التنفيذي 02-127، السالف الذكر.

² عمار مصطفى، "دور خلية معالجة الاستعلام المالي في مكافحة العمليات المالية المشبوهة"، مجلة الفكر، عدد 15، الجزائر، 2017، ص 678.

³ المرسوم التنفيذي 02-127، السالف الذكر.

4. مصلحة التوثيق: تعمل هذه المصلحة على جمع وحفظ كل الوثائق والدراسات والأدوات البيداغوجية المتعلقة بمجال عمل الخلية، كما تتطلع على كل ما يجري في العالم في مجال مكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب، وتخبر مجلس الخلية والمصالح المختصة بذلك.¹

الفرع الثالث: مهام خلية معالجة الاستعلام المالي

للخلية عدة مهام يمكن أن نعددتها على النحو الآتي:

- تسلم تصريحات الاشتباه المتعلقة بكل عمليات غسيل الأموال أو تمويل الإرهاب المقدمة من الأشخاص والهيئات المكلفة بذلك، وهؤلاء الأشخاص والهيئات تم تحديدهم بموجب المادة 19 من القانون 05-01،² كالبنوك والبريد وشركات التأمين ومكاتب الصرف... إلخ، لتقوم بعد ذلك الخلية بتحليل واستغلال كافة المعلومات التي ترد إليها لتحديد مصدر الأموال المشبوهة ووجهتها، ولها في هذا الإطار أن تطلب أي معلومة إضافية تراها ضرورية لممارسة مهامها.
- إذا رأت الخلية بعد تحليل المعلومات أن الوقائع التي لديها قابلة للمتابعة الجزائية، فهي تقوم فورًا بإرسال الملف إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميًا، وذلك قصد نقل القضية إلى يد العدالة لاستكمال اجراءات المتابعة الجزائية، ومنه بمفهوم المخالفة إذا رأت الخلية عدم صحة الإخطار الوارد إليها أو عدم كفاية المعلومات فهنا تأمر بحفظ الملف وعدم إرساله إلى وكيل الجمهورية، وهذا ما نصا عليه المادة 04 من المرسوم 02-127 السالف الذكر، وأكدت عليه المادة 15 مكرر من القانون 05-01 السالف الذكر أيضا.
- للخلية أن تتخذ مجموعة من التدابير التحفظية الوقائية، مثل أن تأمر بالحراسة القضائية المؤقتة على الأموال أو الحسابات أو السندات موضوع الإخطار، على أن لا تتجاوز مدة التدبير 72 ساعة، ولا يمكن أن تتجاوز هذه المدة بأي حال من الأحوال إلا بموجب قرار قضائي بعد تقدم الخلية بطلب بذلك إلى رئيس المحكمة المختصة، ويجوز لرئيس المحكمة بعد أخذ رأي وكيل الجمهورية أن يمنح لها التمديد.
- أعطى المشرع الجزائري للخلية صلاحية اقتراح النصوص التشريعية والتنظيمية والتي يكون موضوعها مكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب.
- حجز كل الأموال غير المشروعة المتحصلة من جريمة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب.³
- لها أيضا سلطة الاشراف والرقابة على البنوك والمؤسسات المالية لتتأكد من مدى تقيدهم بالضوابط اللازمة لمكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب، كحفظ السجلات والإبلاغ عن الشبهات... إلخ.

¹ عمار مصطفىاوي، المرجع السابق، ص 679.

² القانون 05-01 المؤرخ في 27 ذي الحجة 1425 الموافق لـ 6 فيفري 2005 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، الجريدة الرسمية عدد 11 لسنة 2005.

³ بن عيسى بن علي، جهود وآليات مكافحة ظاهرة غسيل الأموال في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر 3، الجزائر، 2010، ص 83.

• ولها في سبيل انجاز هذه المهام أن تطلب أية وثيقة أو أية معلومة ضرورية من الهيئات والأشخاص الذين يعينهم القانون، كما لها أن تستعين بأي شخص مؤهل لمساعدتها على تأدية مهامها.¹

وفي سياق متصل قامت الخلية بإحصاء 575 تصريح بشبهة تتعلق بتبييض الأموال لغاية 2010، بعدما كانت لا تتعدى 330 تصريح في أوت 2009²، توجد من بين هذه التصريحات 03 قضايا قامت اللجنة بتسليمها إلى العدالة، نظرت الجهات القضائية في اثنين منها وذلك بمحكمة بئر مراد رابيس بالعاصمة، أحدهما تتعلق بالصندوق الجزائري الكويتي للاستثمار (اكتشف فيه ثغرة مالية تقدر بـ 220 مليار سنتيم) أدين فيها المتهمين بعشر (10) سنوات سجن نافذة، وفي سنة 2016 أعلنت اللجنة عن استلامها لـ 687 إخطار بشبهة تم احصاء 30 قضية منها تتعلق بتبييض الأموال وتمويل الارهاب قامت اللجنة بإحالتها إلى القضاء، ليرتفع العدد إلى 154 قضية قامت اللجنة بإحالتها على القضاء منذ تاريخ إنشائها إلى غاية 2016.³

المطلب الثاني: الديوان المركزي لقمع الفساد

أنشأ هذا الديوان في سنة 2010، وأسندت له عدة مهام تصب في مجملها في مجابهة جرائم الفساد بكل أنواعها، وتميز الديوان أيضا بعدة خصائص تجسد طبيعته القانونية التي حددها له المشرع الجزائري، هذه المسائل سنفصل فيها كالآتي:

الفرع الأول: إنشاء الديوان المركزي لقمع الفساد

لقد تم إنشاء الديوان المركزي لقمع الفساد بعد أربع سنوات من صدور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 01-06 السالف الذكر، وذلك بصدور الأمر 10-05⁴، وتم بيان تشكيلة الديوان وتنظيمه وكيفية سيره بإصدار المرسوم الرئاسي رقم 11-426⁵ المعدل والتمم بموجب المرسوم الرئاسي 14-209⁶.

وقد تم إنشاء هذا الديوان تحت رعاية ووصاية وزارة العدل التي كان يرأسها آنذاك وزير العدل حافظ الأختام السيد الطيب بلعيز، الذي أكد قبل إنشاء هذا الديوان أنه ستكون هناك هيئة وطنية تخص الضبطية القضائية، يمارس

¹ يزيد بوحليط، السياسة الجنائية في مجال تبييض الأموال في الجزائر، دون ذكر طبعة، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، 2014، ص 234.

² WWW.DGAZAIR NEWS.INFO /NATIONA. 09-01-2019. 20: 35

³ www.elmakam.com.09-01-2019. 20:57

⁴ الأمر 05-10 المؤرخ في 26 أوت 2010، المتضمن إنشاء الديوان المركزي لقمع الفساد، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 50 المؤرخة في 01 سبتمبر 2010.

⁵ المرسوم الرئاسي 11-426 المؤرخ في 08 ديسمبر 2011، المتضمن تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفية سيره، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 18 لسنة 2011.

⁶ المرسوم الرئاسي رقم 14-209 المؤرخ في 23 يوليو 2014، المعدل والتمم للمرسوم 11-426 المتعلق ببيان تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفية سيره، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 46، المؤرخة في 31 يوليو 2014.

ضباط الشرطة القضائية التابعون لها مهام محددة وموكلة لهم وفقا لقانون الإجراءات الجزائية¹، على أن تشمل هذه الهيئة البحث والتحري في جرائم الفساد وكل الجرائم المرتبطة بهذه الآفة في كامل التراب الوطني.²

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للديوان المركزي لقمع الفساد

بالرجوع إلى المواد 2 و 3 و 4 من المرسوم الرئاسي 11-426 السالف الذكر، يتضح لنا أن الديوان هو آلية مؤسساتية أنشأت خصيصا لقمع الفساد، وبالتالي فهذا الديوان يتميز بمجموعة من الخصائص التي تحدد طبيعته القانونية، وهي:

أولا: الديوان مصلحة مركزية عملياتية للشرطة القضائية

هذا ما أكدت عليه المادة 02 من المرسوم الرئاسي 11-426 السالف الذكر بقولها: "الديوان هو مصلحة مركزية عملياتية للشرطة القضائية تكلف بالبحث عن الجرائم ومعاينتها في إطار مكافحة الفساد"، ومن هنا يتضح لنا بأن الديوان ليس سلطة إدارية بل جهاز يمارس صلاحياته تحت إشراف القضاء (النيابة العامة)، ومهمته الأساسية هي البحث والتحري عن جرائم الفساد وإحالة مرتكبها على العدالة، ومنه فعالية أعضائه هم ضباط وأعوان في الشرطة القضائية طبقا للمادة 06 من المرسوم 11-426 المذكور آنفا، وقد فعل المشرع الجزائري حسنا عندما ألحق هذا الديوان بالقضاء لأنه الضامن الوحيد لاستقلاله عن السلطة التنفيذية (مع نسبة ذلك، لأن الديوان ورغم الحاقه بالجهاز القضائي إلا أن السلطة التنفيذية والمتمثلة خصوصا في وزير العدل حافظ الأختام لا زالت تسيطر سيطرة فعلية عليه خصوصا من ناحية المهام).³

ثانيا: تبعية الديوان لوزارة المالية

نصت المادة 03 من ذات المرسوم على أن الديوان المركزي لقمع الفساد يكون موضوع لدى الوزير المكلف بالمالية، وبالتالي فهو تابع للسلطة التنفيذية، وهذا ما يؤثر على استقلاله ويعرقل مهامه في مكافحة الفساد.

ثالثا: عدم تمتع الديوان بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي

نجد أن المدير العام للديوان يعد ميزانيته ويعرضها على موافقة وزير المالية طبقا للمادة 23 من المرسوم 11-426، ويتربط على ذلك عدم تمتع الديوان بالاستقلال المالي وكذا عدم تمتعه بحق التقاضي، فهو جهاز خاضع للسلطة التنفيذية ولأوامرها.⁴

¹ الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 85، المعدل والمتمم أيضا بالقانون رقم 15-02 المؤرخ في 23 يوليو 2015 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 40 لسنة 2015.

² جريدة الشعب، يومية اخبارية جزائرية، العدد 2025، الصادر في 25 سبتمبر 2010، ص 06.

³ المرسوم الرئاسي 11-426، السالف الذكر.

⁴ جميلة فار، "واقع ورهانات الهيئة الوطنية والديوان المركزي في مجال مكافحة الفساد"، مجلة الحقوق والحريات، العدد 02، الجزائر، سنة 2016، ص 468-469.

غير أنه وفي سنة 2014 ومع صدور المرسوم الرئاسي 14-209 المؤرخ في 23 يوليو 2014 السالف الذكر، الذي عدل بعض أحكام المرسوم الرئاسي 11-426 السالف الذكر أيضا، وقد خص بتعديل المواد 3-8-11-18-23 منه، وبمقتضى هذا المرسوم الجديد يصبح الديوان المركزي لقمع الفساد تحت وصاية وزارة العدل بعدما كان منذ عام 2011 يعمل تحت وصاية وزارة المالية، وهذا ما نصت عليه المادة 03 منه بقولها: "يوضع الديوان لدى وزير العدل حافظ الأختام ويتمتع باستقلالية العمل والتسيير"، أما بقية المواد فهي تعلق بتحديد عدد ضباط وأعوان الشرطة القضائية وموظفي الديوان، وطبقا أيضا لأحكام هذا القانون الجديد فإن الديوان يقوده مدير عام يعين بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح وزير العدل حافظ الأختام، كما تنتهي مهامه حسب الأشكال نفسها.

الفرع الثالث: مهام الديوان المركزي لقمع الفساد

باستقراءنا للمرسوم 11-426 السالف الذكر، نجد بأن المادة 05 منه هي من تكفلت بتحديد صلاحيات ومهام الديوان على النحو الآتي:

- إن أهم مهمة منحت للديوان المركزي لقمع الفساد هي البحث والتحري في جرائم الفساد، في الحقيقة هذا ما أعطى للديوان طابع متميز عن سابقه من أجهزة مكافحة الفساد، فهو ليس فقط مجرد هيئات ومصالح بل هو أجهزة تفتيش ورقابة وبحث وتحري وتمحيص¹.
- جمع الأدلة، والقيام بتحقيقات في وقائع الفساد، وإحالة مرتكبيها للجهة القضائية المختصة، وهذه أهم نقطة تفرقة بين الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وبين الديوان المركزي لقمع الفساد، فالهيئة لم يمنحها المشرع سلطة تحريك الدعوى العمومية، في حين أن الديوان دعمه المشرع بهذه الآلية.
- تطوير التعاون مع هيئات مكافحة الفساد وتبادل المعلومات بمناسبة التحقيقات الجارية، خصوصا التعاون مع الشرطة الجنائية الدولية (الإنتربول)، وهذا لتتبع جرائم الفساد التي عادة ما يتم تهريب عائداتها إلى بلدان أخرى.
- اقتراح كل إجراء من شأنه المحافظة على حسن سير التحريات التي يتولاها الديوان.
- يتكفل الديوان أيضا بتعزيز التنسيق بين مختلف مصالح الشرطة القضائية في مجال مكافحة جرائم الفساد².

الخاتمة

الوقاية خير من العلاج، هي مقولة شهيرة وشائعة خاصة في المجال الطبي، ولكنها لا تقل أهمية ضمن الاستراتيجية الوطنية المعتمدة من طرف المشرع الجزائري للتعامل مع ظاهرة الفساد، حيث أعطى الأولوية للوقاية ثم العلاج والمكافحة، فبالإضافة إلى إنشائه للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، قام أيضا المشرع باستحداث آليتين لا يقلان أهمية

¹ محمد قاسم القريوتي، الإصلاح الإداري بين النظرية والتطبيق، الطبعة 01، دار وائل للنشر، الأردن، 2001، ص 52.

² المرسوم الرئاسي 11-426، السالف الذكر.

عن سابقتهما وهما خلية معالجة الاستعلام المالي والديوان المركزي لقمع الفساد، وبعد تفصيلنا في هاته الهيئات استخلصنا مجموعة من النتائج وهي كالآتي:

● خلافا للمنتوقع من تكريس تعدد الهيئات المتدخلة في مجال الوقاية من الفساد ومكافحته، وهو ضمان مواجهة حقيقية وفعالية لهذه الظاهرة، فإن هذا التعدد ورغم أهميته وفعالته إلا أنه رتب تنازع في الاختصاص بين هذه الهيئات المستحدثة وبقية الهيئات التقليدية على غرار مجلس المحاسبة، أضف إلى ذلك تبعية هذه الهيئات للسلطة التنفيذية حد من استقلاليتها في ممارسة مهامها مما أثر سلبا على دورها في الوقاية من الفساد ومكافحته.

● أن الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد لا تتمتع بالاستقلالية اللازمة لممارسة عملها بشكل فعال، وهذا من خلال غياب ضمانات استقلالية العضوية وتعدد الجهات المكلفة بالتعيين وعدم قابلية العهدة للتجديد، هذا كله من شأنه أن يقلص من فعالية الأعضاء في ممارسة مهامهم.

● فيما يتعلق بطريقة تعيين واختيار أعضاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد نجد أنهم يعينون بموجب مرسوم رئاسي، وهذا يتنافى مع مقتضيات الاستقلالية ومبدأ تعدد الهيئات المكلفة بتعيين واقتناء الأعضاء كأحد التدابير التي نص عليها المشرع في نص المادة 19 من المرسوم 314/06 كأحد ضمانات الاستقلالية، وأيضا لم يمنح للهيئة الاستقلالية في تسيير شؤونها المالية، وهذا كله من شأنه أن يقلص من فعالية الهيئة في ممارسة مهامها، بالرغم من اعتراف المشرع لها بالشخصية المعنوية.

● أما عن صلاحيات الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، يتضح لنا أن أغلبها ذات طابع وقائي وتحسيني، إذ ينحصر دورها أساسا في الوقاية وليس في المكافحة، ويتجلى ذلك من خلال الطبيعة الاستشارية لمهام الهيئة، من خلال اصدرها التقارير وإبداء التوصيات فقط، أما الطابع التحسيني لدور الهيئة فيتجسد في إعداد برامج تسمح بتوعية وتحسيس المواطنين بالآثار الضارة الناتجة عن الفساد.

● بالإضافة الى ذلك فإن السلطات الممنوحة للهيئة اتجاه قضايا الفساد هي سلطات قاصرة ومحدودة جدا، إذ يقتصر دورها في البحث والتحري وتلقي التصريح بالممتلكات فقط، وما زاد الأمر سوءا هو تبعيةها للسلطة التنفيذية، وتوقف عملها بمجرد إحالة الملف إلى القضاء، كما أن الهيئة لا يمكنها أن تتلقى التصريحات بالممتلكات الخاصة برئيس الجمهورية ورئيس الحكومة وأعضاء البرلمان والوزراء ورئيس المجلس الدستوري وكذا رئيس مجلس المحاسبة ومحافظ بنك الجزائر والسفراء ولقناصله والولاة والقضاة الذين يصرحون جميعا بممتلكاتهم أمام الرئيس الأول للمحكمة العليا بالزائر، وهذا ما يجعل يد الهيئة مغلولة عن التحري والتحقيق في جرائم الفساد التي يرتكبها هؤلاء، وهو ما يضعف دورها الرقابي في مجال مكافحة الفساد.

● أيضا عدم النص في القانون على ضرورة إشهار ونشر التقرير الذي يرفعه رئيس الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته إلى رئيس الجمهورية حول مهام الهيئة السنوية في مكافحة الفساد في الجريدة الرسمية أو في جريدة وطني من شأنه إضفاء نوع من التعقيم والضبابية والغموض وعدم الشفافية على مهام الهيئة، كما هو العمل به في التشريع الفرنسي الذي يلزم نشر هذا النوع من التقارير ليخضع للرقابة الشعبية، ومنه اقرار المشرع الجزائري بعدم نشر هذا التقرير هو يتعارض من جهة مع مبدأ الشفافية، ولا يتماشى من جهة أخرى مع مبادئ الحكم الرشيد.

- أما بالنسبة لخلية معالجة الاستعلام المالي، وبالرغم من الإنجازات التي حققتها في المجال مكافحة جرائم تبييض الأموال وتمويل الإرهاب خصوصا، إلا أن الآمال التي كانت معلقة عليها في الحد من هاتين الظاهرتين كانت أكبر بكثير، فجهودها بقت متواضعة في هذا الشأن، ولربما أهم سبب في ذلك يعود إلى الطبيعة القانونية لمهام الخلية التي لا تحوز على عامل الردع، فهي فقط تعتبر هيئة مساعدة للنيابة العامة، وأقصى ما تملك فعله هو إخطارها بالعمليات التي تكون وجهتها أو مصدرها عمليات مشبوهة خصوصا في جرائم تبييض الأموال وتمويل الإرهاب.
 - وبخصوص الديوان المركزي لقمع الفساد فعدم منح الشخصية المعنوية له يتناقض والمهمة الموكلة له وهي التصدي لأفعال الفساد وردعها وهي مهمة خطيرة تتطلب قدرا من الاستقلالية للهوض بها.
 - أيضا الديوان عمله غير مفعل في كثير من قضايا الفساد بحكم طابعه المركزي، فهو لا يتحرك إلا إذا تعلق الأمر بجرائم الفساد الكبيرة مما يجعل مهمته مبتورة.
 - رغم إلحاق الديوان بجهاز القضاء إلا أنه لم يكتسب استقلالية عن السلطة التنفيذية، إذ بقي وزير العدل حافظ الأختام مسيطر على الديوان خصوصا من ناحية المهام.
- ونظرا لكل هذه النقائص والثغرات ارتأينا طرح مجموعة من التوصيات والاقتراحات التي رأيناها كفيلة بالقضاء على هذه الثغرات وداعمة ومصححة لمسار السياسية التشريعية المؤسساتية في مجال مكافحة جرائم الفساد، وهي كالآتي:
- نفتح أولا إعادة تعديل النظر في الإطار القانوني للهيئة الوطنية لمكافحة الفساد بما يكفل استقلاليتها، ويضمن فعاليتها في مكافحة جرائم الفساد، وذلك بإدخال تعديلات على القوانين المنظمة لتشكيلة ومهام الهيئة بما يراعي النتائج السلبية التي توصلنا إليها أعلاه، بما في ذلك منحها الاستقلالية التامة، التوسيع من سلطاتها خاصة في مجال التصريح بالممتلكات، نشر تقاريرها المرفوعة إلى رئيس الجمهورية، تفعيل دورها مكافحة الفساد وليس فقط الوقاية والتحسيس منه.
 - وبالنسبة لخلية معالجة الاستعلام المالي لا بد من تعزيز دورها من خلال إعطائها الصلاحيات اللازمة والجامعة بين إجراءات الوقاية والضبط والملاحقة.
 - لا بد من التوسيع من اختصاصات الخلية لتشمل كل جرائم الفساد وليس فقط تبييض الأموال وتمويل الإرهاب.
 - بالنسبة للموظفين العاملين في خلية معالجة الاستعلام المالي عددهم قليل جدا بحيث لا يتجاوز بضعة أعضاء، هذا ما قد يشكل عائقا أمام الخلية في القيام بالمهام المنوطة بها، فبالنظر إلى هيئة TRACFAN الفرنسية مثلا التي تقابل خلية معالجة الاستعلام المالي في الجزائر نجدها تتكون على أقل تقدير من 150 عضو ورغم ذلك فهي ترى بأنها تعاني من نقص عددي في الأعضاء مما يحول دون أدائها لمهامها على أكمل وجه، ومنه يجب على المشرع الجزائري أن يتدخل فيما يخص هذه النقطة بتزويد الخلية بأعضاء جدد تكون لهم الخبرة في المجال المالي والقانوني وكذا توفير الوسائل المادية والآلية اللازمة لسيرها.
 - العمل على توفير التدريب المناسب والفعال بشكل دوري لموظفي الخلية، عن طريق تنظيم برامج ودورات تدريبية سواء داخل الوطن أو خارجه حول أحدث تقنيات مجابهة جرائم الفساد.

- ضرورة نص المشرع على الجزاء المترتب عن عدم التعاون مع الخلية من أي طرف معني بذلك ولأي سبب من الأسباب، حتى لا يشكل ذلك عائقا أمام الخلية لتأدية مهامها.
- أما بالنسبة للديوان المركزي لقمع الفساد فلا بد من أن تمنح له الشخصية المعنوية التي تحقق للديوان الاستقلالية التامة في أداء مهامه.
- لا بد أيضا على الحكومة الجزائرية أن تسرع في إنشاء وتنصيب الفروع الجهوية للديوان لتباشر مهامها في أقرب وقت، لأن الديوان أصبح اليوم غير قادر على التحرك في كافة جرائم الفساد بالنظر لطابعة المركزي الذي يعرقل مهامه في ذلك.
- ويجب أيضا تدعيم كل من الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وكذا الديوان المركزي لقمع الفساد بسلطة اصدار التدابير التحفظية كأوامر التجميد والحجز، وهذا بالتنسيق مع الهيئات القضائية المختصة.
- وجوب النص على عقوبات جزائية وإدارية صارمة ضد الأشخاص الموظفين في الهيئة أو الخلية أو الديوان، والمختصين بمعالجة المعلومات في حالة عدم حفاظهم على السر المهني، حتى بعد انتهاء مهامهم.
- لا بد من تعزيز التعاون المحلي والاقليمي والدولي في تبادل المعلومات حول جرائم الفساد بشكل عام، وتبادل الخبرات والمعارف، والاستفادة من تجارب الدول الرائدة في هذا المجال.

قائمة المراجع:

1. النصوص القانونية:

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996 المنشور بموجب المرسوم الرئاسي 438/96 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 ج ر عدد 76 الصادرة بتاريخ 07 ديسمبر 1996 المعدل والمتمم
- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2016، الصادر بالقانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر عدد 14، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.
- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الاجراءات الجزائية الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 85، المعدل والمتمم أيضا بالقانون رقم 15-02 المؤرخ في 23 جويلية 2015 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 40 لسنة 2015.
- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 49 لسنة 1966، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 71 لسنة 2004، المعدل والمتمم بالقانون 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 71 لسنة 2015.
- القانون 05-01 المؤرخ في 27 ذي الحجة 1425 الموافق لـ: 6 فيفري 2005 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، الجريدة الرسمية عدد 11 لسنة 2005.

- القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14 المؤرخة في 08 مارس 2006 متمم بموجب الأمر رقم 05/10 المؤرخ في 26 أكتوبر 2010 ج ر عدد 50 المؤرخة في 01 سبتمبر 2010 الموافق عليه بموجب قانون رقم 11/10 المؤرخ في 27 أكتوبر 2010 ج ر عدد 66 المؤرخ في 03 نوفمبر 2010، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 15/11 المؤرخ في 02 أوت 2011 ج ر 44 المؤرخ في 10 أوت 2011.
- الأمر 05-10 المؤرخ في 26 أوت 2010، المتضمن إنشاء الديوان المركزي لقمع الفساد، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 50 المؤرخة في 01 سبتمبر 2010.
- المرسوم التشريعي رقم 10/93 المؤرخ في 23 ماي 1993 المعدل والمتمم والمتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج ر عدد 34، المؤرخ في 23 ماي 1993 .
- المرسوم الرئاسي رقم 233/96 الصادر في 02 يوليو 1996 المتعلق بإنشاء المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها، ج ر عدد 41 الصادرة بتاريخ 03 يوليو 1996.
- المرسوم الرئاسي رقم 114/2000 المؤرخ في 11 ماي 2000 المتضمن إلغاء المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها، ج ر عدد 28 المؤرخة في 14 ماي 2000.
- المرسوم الرئاسي 55-02 المؤرخ في 05/02/2002، المتضمن المصادقة على اتفاقية محاربة الجريمة المنظمة، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 09 المؤرخة في 10/02/2002.
- المرسوم الرئاسي رقم 128/04 المؤرخ في 19/04/2004، المتضمن المصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة نيويورك يوم 31/10/2003، ج ر عدد 26 الصادرة بتاريخ 25/04/2004.
- المرسوم الرئاسي رقم 137/06، المؤرخ في 10 أبريل 2006، المتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية الاتحاد الأفريقي لمنع الفساد ومكافحته، جريدة رسمية العدد 24، الصادرة في 16 أبريل 2006.
- المرسوم 413/06 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006 المحدد لتشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها ، جريدة رسمية صادرة بتاريخ 22/11/2006 عدد 74 المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 64/12 المؤرخ في 07 فيفري 2012 جريدة رسمية عدد 08 المؤرخة في 15 فيفري 2012.
- المرسوم الرئاسي 11-426 المؤرخ في 08 ديسمبر 2011، المتضمن تشكيل الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفية سيره، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 18 لسنة 2011.
- المرسوم الرئاسي رقم 14-209 المؤرخ في 23 يوليو 2014، المعدل والمتمم للمرسوم 11-426 المتعلق ببيان تشكيل الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفية سيره، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 46، المؤرخة في 31 يوليو 2014.
- المرسوم الرئاسي 14/249، مؤرخ في 08 سبتمبر 2014، المتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد جريدة رسمية العدد 54، الصادرة في 21 سبتمبر 2014.

- المرسوم التنفيذي رقم 02-127 المؤرخ في 07/04/2002 المتضمن إنشاء خلية معالجة الاستعلام المالي وتنظيمها وعملها، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 23 المؤرخة في 07/04/2002.
- المرسوم التنفيذي 13-157 المؤرخ في 15/04/2013، المعدل والتمم للمرسوم التنفيذي 02-127 المتضمن انشاء خلية معالجة الاستعلام المالي وتنظيمها وعملها، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 23 المؤرخة في 28/04/2013.

2. الكتب والمؤلفات:

- يزيد بوحليط، السياسة الجنائية في مجال تبييض الأموال في الجزائر، دون ذكر طبعة، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، 2014.
- فضيلة ملهاق، وقاية النظام البنكي من تبييض الأموال، دار هومة، الجزائر، 2013.
- محمد قاسم القربوتي، الإصلاح الإداري بين النظرية والتطبيق، الطبعة 01، دار وائل للنشر، الأردن، 2001.

3. المذكرات والأطروحات:

- عبد العالي حاحة، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق تخصص قانون عام، جامعة بسكرة، الجزائر، 2012-2013.
- بكوش مليكة، جريمة الاختلاس في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012، 2013.
- بن عيسى بن علي، جهود وآليات مكافحة ظاهرة غسل الأموال في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر 3، الجزائر، 2010.
- لكحل سمية، مقومات الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، تخصص دولة ومؤسسات عمومية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بين خدة، الجزائر، 2014.
- حسناوي عبد الرؤوف، دور الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته والديوان المركزي في مجال مكافحة الفساد، مذكرة ماستر تخصص قانون إداري، كلية الحقوق، جامع محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2015، 2016.

4. المقالات الأكاديمية:

- جميلة فار، "واقع ورهانات الهيئة الوطنية والديوان المركزي في مجال مكافحة الفساد"، مجلة الحقوق والحريات، العدد 02، الجزائر، 2016.

- رمزي حوحو و دنش لبي، "الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الاجتهاد القضائي"، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2016.
- عمار مصطفى، "دور خلية معالجة الاستعلام المالي في مكافحة العمليات المالية المشبوهة"، مجلة الفكر، عدد 15، الجزائر، 2017.
- وهيبة هاشمي، "خلية معالجة الاستعلام المالي"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد 04، الجزائر، 2013.

5. المدخلات:

- رشيد زوايمية، مداخلة بعنوان "ملاحظات نقدية حول المركز القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته"، ملتقى آليات حماية المال العام ومكافحته، المدية، الجزائر، 2009.

6. المواقع الالكترونية:

- WWW.DGAZAIR NEWS.INFO /NATIONA
- WWW.ELMAKAM.COM.

7. الجرائد:

- جريدة الشعب، يومية اخبارية جزائرية، العدد 2025، الصادر في 25 سبتمبر 2010

ملخص أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون دولي عام بعنوان:
العدالة الانتقالية كمصدر لتعزيز الحماية الدولية المعيارية لحقوق الإنسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة محمد خيضر- بسكرة. الجزائر
إعداد الطالبة الباحثة: سامية يتوجي

Abstract Ph.D. thesis Specialized in International Law entitled: Transitional Justice as a source to enhance the International Normative Protection of Human Rights

Samia Yattoudji, Faculty of Law and Political Science - University of Mohamed KHIDER – Algeria

Thesis Summary:

The frameworks of the enhancement of TJ for the International Normative Protection of Human Rights are reflected in the facts that through their judicial and non-judicial mechanisms, they succeed in strengthening the rule of law and combating impunity. Any significant progress in one or more of these basic frameworks of TJ and DwP - Such as recognizing the link between Truth and Reconciliation Commissions and the right to the truth, or initiating preparatory procedures for reforms in the most important institutions in transitioning states such as security, justice and prisons sectors, by linking them to the right of non-repetition. As well as linking individuals and groups human rights to the right to criminal and civil redress- would not only provide satisfaction and ensure on the national and societal peace and stability, but also restore and strengthen confidence in state' institutions and the implemented mechanisms and procedures to deal with the past. In addition to the enforcement at the international and national levels in order to move forward without forgetting or taking lessons from what had happened.

Keywords: Human rights violations, Post-conflict States, Transitional Justice (TJ), International Normative Protection of Human Rights, Criminal Accountability, Truth and Reconciliation Commissions, Institutional Reform.

الملخص العام:

إن أطر تعزيز العدالة الانتقالية للحماية الدولية المعيارية لحقوق الإنسان، تتمثل في كونها تنجح، من خلال آلياتها القضائية وغير القضائية ذات الطبيعة العقابية أو التصالحية على السواء، في دعم حماية حقوق الإنسان وتكريس مبدأ سيادة القانون ومكافحة إفلات الجناة من العقاب وترسيخ الديمقراطية، ومن شأن أي تقدم ملحوظ في واحدة أو أكثر من هذه الأطر الأساسية للعدالة الانتقالية والتعامل مع ماضي الانتهاكات الجسيمة والخطيرة لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، مثل إدراك الصلة بين لجان الحقيقة والمصالحة والحق في المعرفة، أو بدء إجراءات تمهيدية للإصلاح في القطاعات المؤسسية الهامة في الدولة كالأمن والقضاء والسجون وربطها بالحق في منح ضمانات كافية بعدم التكرار، أو الاعتراف بأن تقديم مختلف أشكال الجبر الكافي لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان من أفراد وجماعات يُمكنهم من حقهم في الانتصاف الجنائي والمدني، أن يساهم في توفير الرضا لأفراد المجتمع الانتقالي ويضمن السلم والاستقرار الوطني لدول ما بعد النزاع، ويعيد الثقة من جديد في مؤسسات الدولة، ويُفعل الآليات والإجراءات القانونية التي يتم إنفاذها على المستويين الدولي والوطني من أجل المضي قدما دون نسيان ما حدث أو أخذ العبرة منه.

الكلمات المفتاحية: انتهاكات حقوق الإنسان، دول ما بعد النزاع، العدالة الانتقالية، معايير حماية حقوق الإنسان، المحاسبة الجزائية، برامج الجبر، لجان الحقيقة والمصالحة، الإصلاح المؤسسي.

❖ معلومات عامة:

ناقشت الباحثة: سامية يتوجي، تحت إشراف الأستاذ الدكتور/ عز الدين كيحل، متن أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق تخصص: قانون دولي عام، الموسومة ب: العدالة الانتقالية كمصدر لتعزيز الحماية الدولية المعيارية لحقوق الإنسان. وذلك يوم الخميس الموافق لـ: 2019/01/31، بقاعة المناقشات الطابق الأول، في كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر- بسكرة (دولة الجزائر)، أمام لجنة المناقشة المكونة من السادة الأساتذة الآتية أسماؤهم:

أ. د عبد الحليم بن مشري	أستاذ التعليم العالي	رئيسا	جامعة بسكرة
أ. د عز الدين كيحل	أستاذ التعليم العالي	مشرفا ومقررا	جامعة بسكرة
أ. د فريد علواش	أستاذ التعليم العالي	ممتحنا	جامعة بسكرة
أ. د منصور رحمانني	أستاذ التعليم العالي	ممتحنا	جامعة سكيكدة
د. محمد خليفة	أستاذ محاضر "أ"	ممتحنا	جامعة عنابة
د. فاتح خلاف	أستاذ محاضر "أ"	ممتحنا	جامعة جيجل

وبعد المناقشة والمداولة، قررت اللجنة منح الطالبة الباحثة: سامية يتوجي، درجة الدكتوراه علوم في القانون الدولي العام، بتقدير مشرف جدا.

❖ ملخص الأطروحة:

تمهيد:

إن تاريخ أي دولة عندما يكون حافلا بالانتهاكات الجسيمة أو الخطيرة لحقوق الإنسان التي إن لم تعالج، ستؤدي حتما إلى انقسامات اجتماعية وستولد غيابا حادا للثقة بين أفراد الشعب ومؤسسات الدولة، فضلا عن عرقلة الأمن والأهداف الإنمائية الوطنية أو إبطاء تحقيقهما، كما تؤدي إلى التشكيك في جدية التزام الدول بمبدأ سيادة وحكم القانون، وقد يؤول الأمر في نهاية المطاف إلى حلقة مفرغة من العنف السياسي والاجتماعي والثقافي في أشكال شتى وعلى نطاقات واسعة، لذلك تعتبر مسألة العدالة حيوية بالنسبة للدول في مراحل ما بعد النزاع، خاصة تلك التي تطمح إلى إرساء أسس نظام ديمقراطي بعد عهد تسلطي عاشت سنواته طويلا.

في هذا الإطار يُطرح موضوع العدالة الانتقالية كأحد آليات تجسيد التحول الديمقراطي في دول ما بعد الصراع، فبعد الإطاحة بالنظام السياسي المسؤول عن ارتكاب انتهاكات حقوق الإنسان أو انتهاء النزاع المسلح بين أطرافه الدوليين أو غير الدوليين، يجب اتخاذ عدد من الإجراءات القانونية ذات الطبيعة القضائية وغير القضائية على التوازي، والتي تتعدد ما بين إصلاح القوانين ومُحاسبة وعقاب المسؤولين عن الانتهاكات وإنشاء لجان الحقيقة وتقصي الحقائق.

وتعد العدالة الانتقالية مُقاربة قانونية لإنفاذ العدالة في فترات الانتقال من النزاع و/أو الحكم التسلطي، من خلال محاولة تحقيق المحاسبة الجنائية والجبر والسعي نحو الحقيقة، أين تقدم إعترافا للضحايا بحقوقهم وتشجع الثقة وتقوي سيادة القانون وترسي الديمقراطية، وقد ظهرت إرهاباتها الأولى في أعقاب الحرب العالمية الثانية، إلا أن حضورها تكثف بشكل خاص منذ سبعينيات القرن العشرين، أين شهد المجتمع الدولي أكثر من ثلاثين تجربة دولية لمقتضياتها في دول انتقالية مثل الشيلي والأرجنتين والبيرو والسلفادور ورواندا وسيراليون وجنوب إفريقيا والمغرب والجزائر وتيمور الشرقية وغيرها.

وقد عكست تجارب هذه الدول الانتقالية وغيرها في تطبيقها للعدالة الانتقالية اتجاهين مختلفين:

أحدهما، يميل إلى طي صفحة الماضي بعد تطبيق متطلبات العدالة الانتقالية على عدد محدود من القيادات العليا المسؤولة عن ارتكاب انتهاكات حقوق الإنسان، بالترافق مع كشف الحقيقة والسعي لإحقاق العدالة وجبر الضرر، والتركيز على إصلاح الأنظمة القانونية والدستورية والقضائية والأمنية والمؤسسية في عمومها؛

والآخر، يتجه إلى التوسع في أطر المساءلة الجنائية والعقاب وتصفية الحسابات دون التوقف كثيرا عند ردود الفعل إزاء الانتقام والثأر الشخصي، بما فيها اللجوء إلى وسائل غير قانونية لمحاسبة مرتكبي انتهاكات حقوق الإنسان كالإغتيال والنفي.

أولا: تحديد أهمية موضوع البحث

منذ تسعينيات القرن العشرين جُمعت مسألة التعامل مع ماضي ومخلفات انتهاكات حقوق الإنسان تحت عنوان العدالة الانتقالية، على اعتبار أنها دراسة تنصدي لتحديد النطاق الكامل للعمليات والآليات المرتبطة بمحاولة المجتمعات الانتقالية التعامل مع الإرث الثقيل لانتهاكات حقوق الإنسان الذي تخلفه النزاعات المسلحة بعد انقضائها أو الأنظمة الدكتاتورية بعد سقوطها، من أجل ضمان المحاسبة والانتصاف والتوصل إلى المصالحة مجتمعا ووطنيا، وعلى

ذلك تبرز أهمية تحديد علاقة المصدرية بين العدالة الانتقالية وتعزيز حماية حقوق الإنسان كموضوع بحث، من حيث العناصر التالية:

1. ضرورة تحديد مفهوم الحماية الدولية المعيارية لحقوق الإنسان، من حيث كونه جملة المهام والأنشطة التي تنهض بها الأجهزة والمنظمات الدولية أو الإقليمية بغرض خلق أو إيجاد المناخ العام الذي يكفل إقرار وتعزيز حقوق الإنسان، عن طريق صياغة وتقنين عدد من القواعد والأحكام المعيارية المتعلقة بحقوق الإنسان، المكونة في عمومها للشرعة الدولية لحقوق الإنسان، بما فيها مجموع المواثيق والإعلانات والعهد والاتفاقيات والاتفاقات والمعاهدات التي تهدف جميعها إلى نشر الوعي بحقوق الإنسان بين الأفراد والشعوب والحكومات على حد السواء، يضاف إليها في سياق الأطروحة، مجموع المعايير القانونية الدولية والوطنية المنظمة لأطر إنفاذ آليات العدالة الانتقالية في دول ما بعد النزاع.

2. التأكيد على أن العدالة الانتقالية ما هي إلا نتاج لخطاب سياسي وقانوني وطني ودولي موضوعه تعزيز حماية حقوق الإنسان أو على الأقل تشكل جزءا منه، الإقرار بذلك من شأنه أن يسهل تفحص أطر تقاطع مصطلح العدالة الانتقالية مع مصطلحات أساسية أخرى مثل الانتقال الديمقراطي وبناء السلم وإعادة الإعمار وضمان عدم الإفلات من العقاب وتكريس المصالحة المجتمعية والوطنية، وهذا في سياق وصف العدالة الانتقالية لجملة الآليات والضمانات القانونية الموجهة للتعامل مع إرث الماضي من انتهاكات حقوق الإنسان، سواء كانت جزءا من انتقال سياسي نتيجة الخروج من مرحلة حكم دكتاتوري أو تسلطي، أو لها علاقة بالتحول الديمقراطي لدى دول أنهكتها النزاعات المسلحة.

3. تعد عمليات وآليات العدالة الانتقالية عنصرا بالغ الأهمية في جهود تدعيم سيادة القانون لدى الدول، خاصة وأن الاستراتيجيات المنتهجة في سياقها عادة ما تكون ذات طبيعة شمولية، بحيث تتضمن الاهتمام بالمحاكمات الجنائية والجبر وتقصي الحقائق والإصلاح المؤسسي، والتي يتم تنفيذها جميعا على نحو متكامل من خلال تشكيل مزيج مدروس من هذه العناصر بالشكل الذي يتلاءم مع البيئة المحيطة لكل دولة انتقالية لوحدها.

4. ضرورة دراسة كيفية تعامل الأنظمة الوطنية قانونا وقضاء مع التحقيق والمتابعة والعقاب الجنائي لانتهاكات حقوق الإنسان في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، غير أن بعض دول ما بعد النزاع قد تواجه إشكالات تتعلق بإنفاذ آليات العدالة الانتقالية ذات الطبيعة العقابية، بأن تكون غير قادرة أو مستعدة لها، لذلك يستجيب المجتمع الدولي مع هذه الوضعيات في إطار عدد من الاحتمالات: إما توسيع الاختصاص القضائي العالمي على الجرائم الدولية؛ أو تأسيس محاكم جنائية دولية ذات طبيعة مؤقتة أو هجينة أو مدولة؛ أو اللجوء مباشرة للمحكمة الجنائية الدولية حال قبول الدولة المعنية إختصاصها من أجل ضمان عدم الإفلات من العقاب والتعامل مع تهديدات السلم والأمن الدوليين.

5. أهمية الدور الذي تؤديه لجان الحقيقة والمصالحة في المجتمعات الانتقالية، خاصة لدى دراسة تجارب عدد من دول ما بعد النزاع التي طبقتها، كجنوب أفريقيا وسيراليون والمغرب، والتي نجحت إلى حد ما في الكشف عن حقيقة ما حدث من انتهاكات حقوق الإنسان عن طريق سن قوانين تتولى ضبط أطر تصميمها ووسائلها العملية وكيفية صياغة تقاريرها الختامية، بالإضافة إلى تحديد طبيعة العلاقة بين هذه اللجان وآليات العدالة الانتقالية الأخرى.

6. تمحيص المصادر القانونية الدولية والوطنية لإنفاذ الالتزام بالجبر لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان في إطار برامج الجبر الفردية والجماعية المطبقة لدى دول ما بعد النزاع، خاصة في إطار التجارب الدولية التي تبرز سعي الضحايا المتواصل للاعتراف بما حدث لهم، ليس في صيغة جبر مادي فقط، وإنما من حيث ضمان حقهم في عدم التكرار عن طريق الإلتزام بعدم النسيان وإحياء الذكرى بوسائل مثل حفظ الذاكرة التاريخية والأرشفة والمحفوظات، وكذا العمل على تطبيق مقتضيات الإصلاح المؤسسي بمستوياته المختلفة على كافة قطاعات الدولة ومؤسساتها العامة.

ثانيا: تحديد أسباب اختيار موضوع البحث

تباين طبيعة مبررات وأسباب اختيار موضوع البحث في كونها:

1. يثبت مبدئياً أن عنوان أطروحة الدكتوراه تم إستقاؤه من دراسة بحثية قام بها الدكتور أحمد شوقي بنوب بعنوان "دليل حول العدالة الانتقالية"، أين عنون المؤلف أحد أقسام دراسته (القسم التاسع) بحرفيته "العدالة الانتقالية كمصدر لتعزيز الحماية الدولية المعيارية" (ص 176)، والذي- بتتبع محتواه- نجده يبحث مراحل "مسيرة أممية شاقّة من أجل وضع مبادئ معيارية"، على اعتبار أنه قد "صاحب هذه المسيرة الأممية الشاقّة من أجل وضع معايير دولية رسمية، جدل قانوني حقوقي وفقهي حول قضايا رئيسية وأخرى فرعية مرتبطة... من بينها: الكشف عن الحقيقة، أشكال جبر الضرر، استعادة الحق في الذاكرة، المصالحة، التعويض، ومساءلة المتسببين" (ص 183).

ومن خلال الاطلاع المبدئي، أثناء مرحلة إعداد مشروع البحث، على أدبيات موضوع العدالة الانتقالية وأطر ربطها بحقوق الإنسان عن طريق تأكيد علاقة التأثير والتأثر المتبادل بينهما، تم اعتماد صيغة العنوان الموجود في متن المرجع الذي سبق ذكره، مع تحوير مدلولاته من حيث المحتوى بما يتناسب مع الاتجاه العام للدراسة البحثية، إلى العنوان المثبت لأطروحة الدكتوراه.

2. مواصلة المسار البحثي لمرحلة الماجستير: حيث تعد المسؤولية الجنائية الدولية إحدى المراحل الأساسية التي يجب أن تمر بها دول ما بعد النزاع من أجل التعامل مع جرائم الماضي، المعتبرة انتهاكات مختلفة الدرجة والخطورة (جسيمة أو خطيرة) للقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، كما تعد هي ذاتها من بين الأسس الجوهرية للعدالة الانتقالية إلى جانب كل من حقوق ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان في الجبر والحقيقة وضمن عدم التكرار.

وبرغم الدراسة التفصيلية لهذا الموضوع ضمن رسالة في الماجستير الموسومة بـ "المسؤولية الجنائية الدولية عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني"، إلا أنه وجب الاعتراف بأن ذلك تم من زاوية ضيقة أساسها بحث كيفية الجمع بين المساءلة الجنائية الدولية للدولة والفرد معاً عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني دون ربط هذه العملية بإطار قانوني أوسع هو العدالة الانتقالية، وهو ما سيتم الإحاطة به ضمن هذه الدراسة.

3. الرغبة البحثية في دراسة الأطر القانونية التي ستعتمدها دول الربيع العربي (تونس ومصر وليبيا واليمن وغيرها من دول ما بعد النزاع في المنطقة العربية)، لدى تطبيقها آليات العدالة الانتقالية في سياق التعامل مع مخلفات النزاع فيها من انتهاكات حقوق الإنسان أثناء النظام السابق من جهة، وما وقع أثناء المرحلة الانتقالية نفسها من انتهاكات: خاصة وأن هذه الدول وهي في مرحلة الخروج من حالة عدم الاستقرار السياسي الذي شهدته أو الذي لا تزال تشهده،

تقوم بالعديد من المحاولات لتقنين ومأسسة العدالة الانتقالية بما يستدعي ضرورة تفحصها، في ظل الأطر القانونية للعديد من التجارب الدولية السابقة للعدالة الانتقالية، والنظر في امكانية الاستفادة منها.

4. تمحيص الآثار الناتجة عن ربط العدالة الانتقالية بين مصطلحي العدالة والانتقال، خاصة من أنه يجعل مفهومها مباشرة ببساطة كونها مجرد عدالة تتحقق أثناء مرحلة انتقالية أساسها حالة نزاع داخلي مسلح أو حكم تسلطي أو احتلال أجنبي تمر بها دولة من دول ما بعد النزاع، بما يعني أنها إلى حد ما عدالة رد فعل، لكونها جملة الإجراءات العقابية أو التصالحية التي يتم سنها كاستجابة لانتهاكات ممنهجة أو واسعة النطاق لحقوق الإنسان، التي حدثت وقت السلم أو زمن الحرب، بهدف تحقيق السلم والمصالحة والديمقراطية مبدئياً للدولة الانتقالية ذاتها، ومن ثم محاولة جبر ضرر ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان، بعد الاعتراف اللازم بوقائع حدوثها، إقراراً للحقيقة وسعيًا للانتصاف ومنعاً للإفلات من العقاب.

لكن أمام ما يتطلبه رد الفعل هذا من تكييف للعدالة بما يلائم ويتناسب مع ظروف كل مجتمع انتقالي على حدة، وما يخوضه من تحولات مختلفة النطاق والسرعة على صعد عديدة ومتباينة، بما يعني نُسخاً كثيرة للعدالة الانتقالية، تختلف باختلاف كل نزاع وكل دولة، خاصة وأن الكثير من دول ما بعد النزاع التي يكون فيها عبء الإرث الثقيل للانتهاكات الجسيمة والخطيرة لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، قد استنزفت مواردها المادية والبشرية، وسبب انهيار البنية والقدرة المؤسساتية، وأدى إلى إضعاف سيادة القانون لديها، بسبب حالة التوتر الدائم بين ترجيح الحقيقة والانتصاف في مقابل الاستقرار السياسي وإعادة بناء السلم في مرحلة ما بعد النزاع.

5. بروز التطبيقات الدولية للعدالة الانتقالية كمجال اختبار حول قدرة القانون على تغيير المجتمعات الانتقالية وتسوية مخلفات النزاع، لذلك تبدو الحاجة ملحة للتعرف على بعض أهم تجارب العدالة الانتقالية في المجتمع الدولي، في فترات مختلفة، من خلال بحث نماذج متعددة لدراسات حول دول ما بعد النزاع مثل الأرجنتين، البلقان، الشيلي، كولومبيا، تيمور الشرقية، السلفادور، غواتيمالا، النيبال، البارغواي، رواندا، سيراليون، جنوب إفريقيا، أوغندا، المغرب والجزائر، وغيرها الكثير، التي قامت بالإنفاذ القانوني لآليات العدالة الانتقالية وفق سياقات سياسية ومجتمعية واقتصادية متباينة.

6. على اعتبار أن العدالة الانتقالية قد أسست في أطرها النظرية والتطبيقية لنشأة مجموعة حقوق خاصة لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان: تتمثل في الحق في معرفة الحقيقة، الحق في الانتصاف، الحق في الجبر، والحق في ضمان عدم التكرار، تمثل في مضمونها حقوقاً متأصلة وغير قابلة للتجزئة أو التنازل؛ فإن إثبات حقيقة كون النصوص القانونية الوطنية والدولية المنظمة للعدالة الانتقالية، والتي تم إنفاذ مقتضياتها في غالبية دول ما بعد النزاع ماضياً وحاضراً من أجل التعامل مع الماضي، تعد بحق مصادر قانونية جديدة وجديّة لتعزيز حماية حقوق الإنسان على مستوى المعايير الدولية والوطنية، يعد ضرورياً.

7. ضرورة الفصل في أوجه التعارض التي يمكن أن تواجه دول النزاع وما بعد النزاع بين رغبتها في تحقيق الهدوء والاستقرار والمصالحة بعد الحرب في مقابل نبش الماضي والملاحقة الجنائية لمنتهكي حقوق الإنسان، وبين الحاجة لإرساء

قواعد قانونية تشريعية وهياكل قضائية ذات مصداقية في مقابل القيود المتعددة على عمل النظم العقابية والجنائية والقانون الدولي كالعفو والمحاکمات العسكرية للمدنيين والتقدم.

ثالثاً: ضبط صياغة الإشكالية البحثية الرئيسية والتساؤلات الفرعية

يثبت أن مصطلحات التعزيز والتشجيع والتطوير والترقية والدعم لمستويات حماية حقوق الإنسان في حد ذاتها يُقصد بها وجود إجراءات معينة يجب أن تتخذ، أو جُهد يجب أن يبذل، في مجال حقوق الإنسان لكي ينتج أثره في المستقبل، على افتراض أن أطر حماية حقوق الإنسان تعاني من أوجه نقص معينة من جوانب التقنين أو الإنفاذ أو الحماية، إما لعدم ضمانها كلية أو ضمانها بصورة غير كافية من جانب التشريعات الوطنية أو الدولية، بسبب كون مجموعة من حقوق الإنسان غير معروفة تماماً، أو مفهومة بصورة خاطئة من جانب المستفيدين منها، أو من جانب الدول التي يتعين على أجهزتها ومؤسساتها ضمان احترامها وإنفاذها، ويأتي دور تعزيز الحماية في هذه الحالة ليشتمل تحديد أوجه النقص والتغلب عليها، ويندرج في هذا الإطار إتخاذ كافة الإجراءات المتعلقة بغرس المفاهيم والقيم والمعاني الإنسانية في وجدان الشعوب وضمائم الدول، وصياغة المزيد من المعايير القانونية الدولية والوطنية لحمايتها وتطبيقها.

وعلى ذلك، يبدو أن النصوص القانونية المنظمة لأطر إنفاذ آليات العدالة الانتقالية في دول ما بعد النزاع يمكن أن تعتبر إلى حد كبير مصدراً جديداً ومهماً لتعزير باقي مستويات الحماية الدولية المعيارية لحقوق الإنسان، من حيث أنه لدى دراسة الأطر القانونية لتنظيم مقتضيات العدالة الانتقالية؛ سيتم التطرق أيضاً لأهم أطر الحماية الدولية لحقوق الإنسان في سياقها المعياري، بمعنى جملة النصوص القانونية الدولية التي تشكل المعايير القانونية الأساسية الإقليمية والدولية التي تتولى التنصيص على حقوق الإنسان من جهة وضبط ضمانات وآليات حمايتها من جهة أخرى، من ثم سيتم دراسة احتمال اعتماد المعايير القانونية للعدالة الانتقالية كأحد المصادر المعززة لهذه الحماية أيضاً.

بما يبرر طرح الإشكالية البحثية الرئيسية التي مقتضاها: كيف ساهم إنفاذ دول ما بعد النزاع لآليات العدالة الانتقالية في تعزيز حماية حقوق الإنسان من خلال اعتبار المعايير القانونية الدولية والإقليمية والوطنية المنظمة لها أحد المصادر الجديدة؟

في هذا السياق، تم طرح أسئلة بحثية فرعية متعددة المستويات، تحدد في التالي:

1. ما المقصود بمفهوم العدالة الانتقالية؟ وهل تختلف العدالة في الأوضاع الانتقالية عن المفهوم العادي للعدالة؟ وماهي أطر تأصيلها ونشأتها وتطورها على المستويات المعرفية والقانونية والتاريخية؟

2. ماهي النماذج الأساسية للعدالة الانتقالية؟ وكيف يتوافق مضمونها مع طبيعة الآليات التي يتم توظيفها في السياق الانتقالي لدول ما بعد النزاع؟ وكيف ترتبط الاختيارات السياسية لنموذج العدالة المطبقة بالأهداف التي تسعى لتحقيقها، كالتوصل إلى السلم والمصالحة والاستقرار والتحول الديمقراطي؟

3. ما هي أطر أو مقتضيات الحماية القانونية الأساسية التي يتلقاها ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان من أجل إنصافهم وضمن عدم تعرضهم للانتهاكات مرة أخرى؟

4. ما هي الجوانب التي ترتبط فيها العدالة الانتقالية بحقوق الإنسان؟ وفيما تتمثل الحقوق غير قابلة للتنازل ولا للانتقاص ولا للتجزئة التي يتمتع بها ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان أثناء المراحل الانتقالية وما بعد الانتقالية في دول ما بعد النزاع؟

5. كيف تتلاءم وتتجاوب الحقوق الأساسية الممنوحة لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان مع مختلف آليات العدالة الانتقالية القضائية وغير القضائية؟

6. هل تعد المساءلة الجنائية لانتهاكات حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني ضرورة يجب أن تلبها المجتمعات السياسية من أجل الانتقال إلى حالة الإستقرار السياسي؟ وهل التوصل لتحقيق هذا الهدف يبرر وضع قيود قانونية على مقتضياتها كالمحاكمات العسكرية للمدنيين والعفو والتقادم الجنائي؟

7. هل يتلقى ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان الجبر الكافي لما تعرضوا له من ضرر؟ وكيف يتم إنشاء وتصميم وإنفاذ مضامين برامج الجبر في دول ما بعد النزاع؟

8. كيف يكمل أو يدعم عمل هيكل القضاء الجنائي الدولي والوطني باختلاف قواعد توزيع الاختصاص ما تقوم به آليات العدالة الانتقالية غير القضائية الأخرى مثل لجان الحقيقة والمصالحة وأطر الإصلاح المؤسسي لقطاع الأمن وفحص أهلية الموظفين وتدقيق سجلاتهم؟

رابعاً: تحديد الأهداف البحثية من الدراسة

إن السياق العام للأطروحة يسعى إلى تحقيق مجموع الأهداف المحددة في التالي:

1. تحديد الأطر النظرية التي تناولت بالدراسة مفهوم العدالة الانتقالية، والتي من خلالها تتم عملية مراجعة الأوضاع السياسية والقانونية الحالية في دولة ما عقب حرب أو نزاع حصل فيها أو سقوط نظام حكم دكتاتوري.

2. الكشف عن جذور تطور العدالة الانتقالية والمعضلات المنهجية التي يتحتم أن تتعامل معها المجتمعات الانتقالية خاصة منها المتعلقة بإرث الماضي من إساءات حقوق الإنسان، وربطها بآليات العدالة الجنائية التقليدية أو المحلية في بيئات ما بعد النزاع كنظام الغاكاكا في رواندا والذي يتشارك ذات أهداف العدالة الانتقالية خاصة منها التوصل إلى مصالحة مجتمعية بين الجناة والضحايا والعمل على المضي قدماً.

3. دراسة العدالة الانتقالية من منظور حقوق الإنسان، بتتبع فعالية آلياتها المستحدثة في الحد من الإفلات من العقاب وتكريس حقوق ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان، والتي يتم من خلالها تمكين المجتمعات الانتقالية من التصالح مع ذاتها والمضي قدماً في الإصلاح المؤسسي لبني الدولة السياسية والقانونية والاقتصادية والاجتماعية والأمنية.

4. بحث كفاءات ضمان آليات العدالة الانتقالية القضائية وغير القضائية معالجة مخلفات مرحلة النزاع أو الحكم القمعي، ومساعدة المجتمعات الانتقالية على التعامل مع إرث الماضي من انتهاكات حقوق الإنسان، وكذا رصد أطر دعم الامتثال للمعايير الدولية لحماية حقوق الإنسان، وكفاءات ضمان المركز القانوني لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان وكفالة الحماية القانونية لهم لدى إنشاء وتصميم وتنفيذ آليات العدالة الانتقالية.

5. تقييم، في سياق البحث وعبر العديد من أمثلة دول ما بعد النزاع، مدى تأثير تبني آليات العدالة الانتقالية على تحسن وتطور مواقف وسياسات الدول تجاه مسائل حقوق الإنسان والدمقرطة وبناء السلم والمصالحة في ظل استراتيجيات مكافحة الإفلات من العقاب.

خامسا: أهم الدراسات البحثية السابقة المعتمد عليها

يثبت من خلال تفحص فهرس مصادر ومراجع الأطروحة، ثراء وتنوع وحداثة الموارد والمواد البحثية العلمية، التي سبقت وعاصرت الجهود البحثية المبذولة في هذه الأطروحة، والتي استهدفت تحليل وتمحيص العلاقة بين إنفاذ آليات العدالة الانتقالية في دول ما بعد النزاع وتعزيز حماية حقوق الإنسان، من بين هذه الدراسات السابقة نذكر:

* الدراسات القانونية باللغة العربية:

- أحمد شوقي بنيوب، دليل حول العدالة الانتقالية، تونس: المعهد العربي لحقوق الإنسان، 2007.
- عبد الكريم عبد اللاوي، تجربة العدالة الانتقالية في المغرب، القاهرة: مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، 2013.

- كريم خميس وهايدي علي الطيب، العدالة الانتقالية في السياقات العربية، الطبعة الأولى، مصر: المنظمة العربية لحقوق الإنسان، 2014.

- سمر محمد حسين أبو السعود، دور المحكمة الخاصة لسيراليون في تحقيق العدالة الانتقالية، القاهرة: المكتب العربي للمعارف، 2015.

- هايدي الطيب، تجربة العدالة الانتقالية في إفريقيا، القاهرة: المكتب العربي للمعارف، 2016.

- عبد الإله القباجي، المساءلة الجنائية في العدالة الانتقالية، ألمانيا: المركز الديمقراطي العربي، 2018.

* الدراسات القانونية باللغة الإنجليزية:

- Ambos, Kai. The Legal Framework of Transitional Justice. A paper prepared for the International Conference "Building a Future on Peace and Justice", Nuremberg, 25-27/06/2007.

- Arthur, Paige. How "Transitions" Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice. Human Rights Quarterly 31. The John Hopkins University Press. 2009.

- Andrieu, Kora. "Transitional justice: A New Discipline in Human Rights". scholarly review. Online Encyclopedia of Mass Violence. URL: {<http://www.massviolence.org/Transitional-Justice-A-New-Discipline-in-Human-Rights>}.

- Gierycz, Dorota. Transitional Justice – Does it Help or Does it Harm? NUPI Working Paper. Norwegian Institute of International Affairs.

بتتبع محتوى الدراسات البحثية المذكورة أعلاه وغيرها مما تم توظيفه واستثماره في متن الأطروحة، يلاحظ عليها أنها إما:

1. ركزت على الدراسات النظرية والمفاهيمية والتاريخية لمصطلح العدالة الانتقالية في حد ذاته؛
2. أو اعتمدت على دراسات الحالة لدول انتقالية محددة باعتبارها نماذج ناجحة لإنفاذ آليات العدالة الانتقالية؛
3. أو حصرت البحث ودراسة على جوانب معينة أو آليات محددة من العدالة الانتقالية، مثل تناول لجان الحقيقة والمصالحة أو مختلف مجالات الإصلاح المؤسسي أو جبر ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان؛
4. أو ربطت بين العدالة الانتقالية ومصطلحات أخرى كالديمقراطية والسلم والمصالحة وحقوق الإنسان وسيادة القانون والنوع الاجتماعي والحقوق الاقتصادية والاجتماعية وغيرها من مواضيع الحال وتقييم علاقة التأثير والتأثر بينهم.

ويثبت من السياق، أن الجهود البحثية المبدولة في هذه الدراسة قد اتجهت إلى الإلمام مبدئياً بكافة الأبعاد الأساسية لمفهوم العدالة الانتقالية التي تم التطرق إليها في الدراسات البحثية، مع التركيز على إثبات دور النصوص القانونية للعدالة الانتقالية في تعزيز حماية حقوق الإنسان.

سادساً: مناهج البحث التي تم توظيفها

تم الاعتماد على مناهج بحثية متعددة من أجل دراسة موضوع البحث، تتناسب مع طبيعته المتشعبة في فروع القانون الدولي والوطني، خاصة منها المنهج الوصفي والمنهج التحليلي مع العمل على تطبيق بعض أساليب المقارنة، والتي تم تطبيقها جميعاً بالتكامل مع بعضها البعض، من خلال العمل على وصف واستنباط المعلومات الضرورية من المصادر الأساسية المتعلقة بضبط إطار قانوني مفاهيمي وتحليلي شامل لدراسة العلاقة بين آليات العدالة الانتقالية وتعزيز حماية حقوق الإنسان على مستوى المعايير الدولية، في ظل العمل على مقارنة العديد من التطبيقات القانونية الدولية والوطنية للآليات والتدابير التي تم إعمالها في سياق إنفاذ دول ما بعد النزاع لتدابير وعمليات العدالة الانتقالية، وتقييم أثرها على تحقيق السلم والديمقراطية والمصالحة في المجتمعات الانتقالية وصولاً للاستقرار الوطني وتحقيقاً للسلم والأمن الدوليين.

سابعاً: التقسيم المنهجي للبحث

من أجل التصدي للإشكالية البحثية والتوسع في الإجابة عليها، جاء متن الأطروحة مُفصلاً في خطة بحث ممنهجة تتضمن بايين اثنين، كل باب منهما يتضمن فصلين اثنين، ينقسم كل منهما إلى ما يتطلبه الموضوع من عناوين جزئية، تتلاءم مع السياق البحثي العام، كما يلي شرحه:

اتجه الباب الأول بالبحث والدراسة إلى التركيز على صياغة تصور عام يشمل المقاربات النظرية للعدالة الانتقالية في سياق ضمان حماية ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان، حيث يثبت أنه منذ منتصف القرن العشرين ولحد يومنا هذا؛ كانت ولا زالت الحروب وحركات التمرد المسلحة والنزاعات العرقية والدينية والممارسات الحكومية القمعية،

تسبب معاناة هائلة تؤدي إلى قتل الملايين من المدنيين، والتي يتم تكييفها على أنها انتهاكات جسيمة أو خطيرة لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني في سياق كونها جرائم حرب أو جرائم إبادة جماعية أو جرائم ضد الإنسانية، بما فيها من أعمال تعذيب شنيعة وعمليات إختفاء قسري لأشخاص واغتصاب ومذابح ونزوح جماعي وغيرها الكثير من السلوكيات الجرمية المعاقب عليها بنصوص قانونية معيارية وطنية وإقليمية ودولية، وقد كان الإفلات من العقاب يمارس على نحو مؤسسي وممنهج يحمي بمقتضاه مرتكبي هذه الجرائم، غير أن الرأي العام الدولي إزدادت مطالبه عقب تلك الانتهاكات من أجل التنظير سياسيا وقانونيا لنظام يستجيب لمتطلبات العدالة والمساءلة والتوصل للحقيقة وتأمين المصالحة المجتمعية والوطنية¹.

وقد أدى تعدد المعايير والآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان وتنامي مبادرات الوعي الدولي إلى فتح آفاق جديدة أمام منظومة قانونية دولية تهدف إلى تعزيز حماية حقوق الإنسان، من أجل بناء مقاربات نظرية مفاهيمية واجتهادات قانونية تساعد الدول، خاصة تلك التي تمر بمراحل البناء الديمقراطي، على الانتقال إلى حالة ما بعد النزاع من مداخل متعددة ومتكاملة، وتمكينها من معالجة ماضي انتهاكات حقوق الإنسان²، على اعتبار أن التوافق بين الديمقراطية وسيادة القانون وحقوق الإنسان يتم عندما يعرب المجتمع المنقسم ككل عن شعوره المشترك بالسيادة القومية في سياق انتفاضة تستهدف تحقيق التحول الديمقراطي، وهذا التحول أساسه التوقف عن احتكار السلطة وإنشاء مؤسسات مناسبة للتقدم الديمقراطي، أين يعد استمرار الاضطراب وعدم الاستقرار الاجتماعي والسياسي من العقبات الرئيسية أمام ضمان الترسخ الديمقراطي لدى دول ما بعد النزاع، من حيث أن هناك ترابطا وثيقا بين الوحدة الوطنية واستمرار الانتقال الديمقراطي فيها³.

ولدى إنفاذ العدالة الانتقالية، فإن مجالها يهتم بتنمية مجموعة واسعة من الاستراتيجيات المتنوعة لمواجهة إرث انتهاكات حقوق الإنسان في الماضي، بحيث تحيل هذه الاستراتيجيات وتطبيقاتها عمليا إلى خلق مستقبل أكثر عدالة وديمقراطية، بما يحتم أن تطبيقها ضمن سياق من التحول الديمقراطي بغية تجنب تكرار الأسباب التي أفضت إلى النزاع منذ البداية، وما يرتبط به، من الحاجة إلى آليات مؤسسية وعملية تمكن من الحفاظ على مطلب تمتع الإنسان بحقوقه وكرامته⁴، لذلك تبدو العدالة الانتقالية كضرورة لنجاح عمليات الانتقال الديمقراطي، باعتبار أنها مفهوم للعدالة يطبق خلال فترات التغيير السياسي ويتسم بردود ذات طبيعة قانونية في مواجهة جرائم ارتكبتها نظم قمعية سابقة⁵، على أن

¹ عبد الحسين شعبان، "الصفح والمصالحة وسياسات الذاكرة"، ورقة بحثية واردة في: حسين العمراني وعبد الحسين شعبان وعادل ماجد وآخرون، "الصفح والمصالحة"، ملف بحثي، مجلة يتفكرون، العدد 02، ديسمبر 2014، ص 08 و09.

² الحبيب بلكوش، "العدالة الانتقالية: المفاهيم والآليات"، بحث وارد في: كريم خميس (محرر) وهايدي علي الطيب (معد)، العدالة الانتقالية في السياقات العربية، الطبعة الأولى، مصر: المنظمة العربية لحقوق الإنسان، 2014، ص 38.

³ الأمم المتحدة، "دراسة عن التحديات المشتركة التي تواجهها الدول في إطار جهودها الرامية إلى ضمان الديمقراطية وسيادة القانون من منظور حقوق الإنسان"، تقرير مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، مجلس حقوق الإنسان، الدورة 22، رقم الوثيقة: (A/HRC/22/29)، 17/12/2012، الفقرة 43 و44، ص 13.

⁴ مولاي أحمد عبد الكريم، "الأسس الفلسفية لمفهوم العدالة الانتقالية: مقاربة أولية"، مجلة تبيان، العدد 03/11، 2010، ص 19.

⁵ الأمم المتحدة، "دراسة عن التحديات المشتركة التي تواجهها الدول في إطار جهودها الرامية إلى ضمان الديمقراطية"، المرجع السابق، الفقرة 51، ص 15.

تضم الإجراءات المتعددة التي تشكل العدالة الانتقالية؛ إجراءات تعتبر في العادة ذات طبيعة شفائية أو علاجية لعدالة انتقالية تصالحية مع نظام مواز له يمثل عدالة انتقالية جزائية أو عقابية¹.

وفي سياق ذلك، يثبت أن مسار إنفاذ العدالة الانتقالية في دول ما بعد النزاع يضمن حماية قانونية مميزة لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان، تضم مبدئياً منحهم مركزاً قانونياً محمياً على مستوى المعايير الوطنية والإقليمية والدولية، يخولهم التمتع بجملة من الحقوق الأساسية الناتجة عما تعرضوا له من أذى أو ضرر، أساسها الحقيقة والإنصاف والجبر وضمن عدم التكرار، من حيث هي ردود متكاملة إزاء ما ارتكب من انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان وانتهاكات خطيرة للقانون الدولي الإنساني، ولئن كان الكشف الكامل عن الحقيقة بشأن ارتكاب هذه الانتهاكات قد يبرر تخفيف العقوبة في بعض الحالات، فإن آليات العدالة الانتقالية على اختلاف أشكالها وطبيعتها لا تعف الجناة من الإجراءات الجنائية في مقابل الاعتراف بما ارتكبه، وبالمثل فإن توفير سبل الجبر المجزي للضحايا لا يعف الدول من التزاماتها الدولية بضمنان مساءلة الجناة².

بناء على ما سبق ذكره، ارتأينا لدراسة حيثيات الباب الأول من الأطروحة تقسيمه إلى فصلين اثنين، يتناولان بيان مضمون العناصر البحثية التالية:

الفصل الأول: المعنون بـ ماهية العدالة الانتقالية، الذي تناول، في مبحثين، مفهوم مصطلح العدالة الانتقالية في حد ذاته من حيث ضبطها تعريفاً وخصائصها، وأهدافاً ومبادئ أساسية، وتتبع جذوره المعرفية والتاريخية من أجل تحديد محيطه، كما تم دراسة المفاهيم الأساسية المتعلقة بنماذج إنفاذ العدالة الانتقالية ذات الطبيعة العقابية أو التصالحية في دول ما بعد النزاع، تمهيداً للتوسع فيها لاحقاً لدى التطرق لمقتضيات الباب الثاني من الأطروحة.

الفصل الثاني: المعنون بـ مقتضيات الحماية القانونية لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان، الذي درس، في مبحثين، مبدئياً المركز القانوني لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان، من حيث التعريف والتصنيف والتأسيس القانوني لحمايتهم، ثم حدد تالياً الحقوق الإنسانية الأساسية: الحق في الانتصاف، الحق في معرفة الحقيقة، الحق في الجبر، الحق في ضمان عدم التكرار، التي تمنح لهم لدى إنفاذ العدالة أثناء الانتقال، وبحث مضامينها ومقتضياتها القانونية، والتي سيتم التأسيس عليها لاحقاً في استنباط مختلف آليات وأدوات العدالة الانتقالية.

في حين عمد الباب الثاني إلى رصد وتمحيص مختلف آليات العدالة الانتقالية والعمل على دراسة أطر إنشائها وتصميمها وإنفاذها من منظور دورها في تعزيز حماية حقوق الإنسان، من خلال مقارنة العديد من تجارب دول ما بعد النزاع، حيث يثبت أن العدالة الانتقالية تتألف من جملة آليات يتم تطبيقها على المستويين الدولي والوطني، أين تشمل في سياقها عدداً من التدابير والعمليات، التي تتعدد ما بين الملاحظات القضائية ومبادرات التيسير لكل من الحق في معرفة الحقيقة، وجبر الضرر والإصلاح المؤسسي والمشاورات الوطنية وإصلاح منظومة العدالة الجنائية وتطويرها فضلاً عن الإصلاح الفعلي لمؤسسات الدولة وفي مقدمتها الأجهزة الأمنية، على أنه طبقاً للمذكرة التوجيهية الصادرة عن الأمين العام

¹ إيريك سوتاس، "العدالة الانتقالية والعقوبات"، *المجلة الدولية للصليب الأحمر*، المجلد 90، عدد 870، (2008)، ص 83 و84.
² مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، أدوات سيادة القانون اللازمة لدول ما بعد الصراع (تدابير العفو)، نيويورك وجنيف: منشورات الأمم المتحدة، 2009، ص 33.

للأمم المتحدة، فأى كانت المجموعة التي يجري اختيارها من قبل دول ما بعد النزاع من أجل إنفاذها في السياق الوطني، يجب أن تكون متوافقة مع المعايير والالتزامات القانونية الدولية¹.

كما أن آليات العدالة الانتقالية لا تكتسب صيغة واحدة، من حيث أن محاولات تطبيق العدالة الانتقالية بالطريقة نفسها على حالات مختلفة عادة ما تبوء بالفشل، ذلك أنه يجب مراعاة خصوصية السياق السياسي والاجتماعي الذي تطبق فيه، وينبغي في هذا السياق، أن تعدل هذه الآليات بحيث تلي احتياجات المجتمع الانتقالي ودولة ما بعد النزاع التي تنفذ فيها²، خاصة بعد ثبوت أن الاقتصاد السياسي يلعب دورا مهما في تحديد اختيارات آليات العدالة الانتقالية لدى دول ما بعد النزاع³.

ويرتكز التقسيم الأساسي لآليات العدالة الانتقالية بين كونها قضائية Judicial Mechanisms أو غير قضائية Non-Judicial Mechanisms على معيار الطبيعة الوظيفية لهذه الآليات، لكون الاتجاه البحث نحو الطبيعة القضائية لآليات العدالة الانتقالية يعد تهديدا مباشرا للمتهمين بارتكاب انتهاكات حقوق الإنسان، تحت طائلة تحمل خطر تقويض عملية السلام الهشة خاصة في المرحلة الأولى من فترة ما بعد النزاع، على أنه مهما اختلفت طبيعة آليات العدالة الانتقالية في مجموعها تسعى للإحاطة بشكل واسع بكافة أبعاد التعامل مع الماضي، بما من شأنه تسريع شفاء المجتمع والمساهمة في إعادة إعمارها⁴.

وبذلك، يتحدد مضمون آليات العدالة الانتقالية، بحسب طبيعتها وتقسيمها الوظيفي بين آليات قضائية وأخرى غير قضائية، والتي ستكون محل دراسة على مستوى فصلين من الباب الثاني، حسب العناصر المحددة في التالي:

1. المساءلة والمحاسبة الجنائية الوطنية أو الدولية لمرتكبي الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني؛
2. برامج جبر الضرر لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان؛
3. لجان الحقيقة والمصالحة؛
4. الإصلاح المؤسسي للهيئات للمؤسسات العمومية والأجهزة والموظفين في الدولة⁵.

¹ تقرير الأمين العام للأمم المتحدة، نهج الأمم المتحدة في شأن العدالة الانتقالية، المرجع السابق، ص ص 03 و04.
² اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا (ESCWA)، سلسلة السياسات العامة: أوراق موجزة، المشاركة والعدالة الانتقالية، العدد الأول، الأمم المتحدة، 2013/05/27، رقم الوثيقة: (E/ESCWA/SDD/2013/Technical Paper.5)، ص 01.

³ Olsen, Payne and Reiter. At What Cost? The Political Economy of Transitional Justice. Taiwan Journal of Democracy. 06. 01. 2010. p 175.

⁴ Gierycz, Dorota. Transitional Justice – Does it Help or Does it Harm? NUPI Working Paper. Norwegian Institute of International Affairs. p 06.

Avello, Maria. European efforts in Transitional Justice: Working Paper. FRIDE. Madrid: June 2008. p 02.

⁵ Avello. op-cit. p 02, 03.

Bickford, Louis. The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity. Vol 03. USA: Macmillan Reference. 2004. p 1046, 1047.

وبناء على ما سبق ذكره، ارتأينا لدراسة حيثيات الباب الثاني من الأطروحة، تقسيمه إلى فصلين اثنين، يتناولان بيان مضمون العناصر البحثية التالية:

الفصل الأول المعنون بآليات العدالة الانتقالية القضائية درس، في مبحثين، الأطر القانونية الأساسية التي يتم من خلالها ملاحقة ومساءلة منتهكي حقوق الإنسان جزائيا ضمن المراحل الانتقالية، وما يتطلبه ذلك من تحديد لقواعد توزيع الاختصاص القضائي بين المحاكم الجنائية الدولية والمحاكم الوطنية، والتركيز على تحديد عدد من أهم الإشكالات أو المعوقات القانونية التي تقف في وجه التكريس المطلق لمبدأ عدم الإفلات من العقاب، كما تطرق هذا الفصل، إلى دراسة الكيفيات التي تعاملت بها دول ما بعد النزاع مع ما تكبده ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان من أضرار مختلفة الدرجة والطبيعة، من خلال تمحيص ومقارنة عدد من برامج الجبر لديها.

الفصل الثاني: المعنون بآليات العدالة الانتقالية غير القضائية الذي ضبط مبدئيا في مبحثين، آليات العدالة الانتقالية التي تتولى التعامل مع مخلفات مرحلة ما بعد النزاع من زاوية تصالحية، والتي تهدف عادة إلى إعادة التوصل للسلام والديمقراطية والتنمية المتساوية وحكم القانون، لذلك فقد تم دراسة كل من لجن الحقيقة والمصالحة، ومجالين أساسيين من الإصلاح المؤسسي المتعلقين بإصلاح القطاع الأمني، وفحص وتدقيق سجلات الموظفين.

بناء إلى ما سبق تم التوصل إلى صياغة مقترحات خاتمة، أثبتت أن الأطروحة اتجهت لبحث موضوع إنفاذ العدالة الانتقالية في المجتمعات المنقسمة ودول ما بعد النزاع، التي تبذل جهودا من أجل التعامل مع إرث العنف وانتهاكات حقوق الإنسان، والعمل على رصد علاقتها بتعزيز جملة المعايير الدولية لحماية حقوق الإنسان، من حيث أطر التصدي، في المراحل الانتقالية عقابيا وتصالحيا، لانتهاكات حقوق الإنسان والجرائم الدولية المرتكبة في فترات النزاع أو الاضطراب أو خلال فترات الحكم السلطوي وما بعد سقوطه.

ولدى تتبع المعايير الدولية والوطنية التي ترمي إلى تقنين أطر تعريف وإنشاء وتصميم وإنفاذ مختلف آليات العدالة الانتقالية لدى العديد من دول ما بعد النزاع، ثبت أن ذلك يتم من خلال منظور قانوني يستهدف تعزيز حماية حقوق الإنسان، من حيث أنه بينما تتجه المعايير الدولية لحقوق الإنسان على اختلاف طبيعة ومجال وجهات إصدار نصوصها، إلى ضمان تمتع الإنسان بحقوقه وحمايتها من أي انتهاك، نجد في المقابل أن التنصيب القانوني الدولي والوطني المنظم للعدالة الانتقالية يسعى إلى حماية الإنسان بعد تعرضه لحقوقه للانتهاك أثناء نزاع أو اضطراب أو بسبب حكم استبدادي، وذلك بمنحه حقوقا تضمن له الانتصاف والحقيقة والجبر وضمن عدم التكرار، من خلال إنفاذ عدد من الآليات والتدابير الموازية التي تشمل على سبيل المثال لا الحصر، المساءلة الجنائية وجبر الضرر ولجان الحقيقة والمصالحة والإصلاح المؤسسي، بما يؤكد حقيقة أن العدالة الانتقالية تعد بحق مصدرا مستحدثا يساهم بشكل كبير في تعزيز حماية حقوق الإنسان،

وبعد استكمال مقترحات البحث والدراسة، تم التوصل إلى صياغة وتحرير عدد من النتائج والاقتراحات البحثية، التي تتناسق مع ما تم التطرق إليه في السياق العام للأطروحة.

أولاً: النتائج البحثية

بعد دراسة مختلف أبعاد موضوع دور العدالة الانتقالية في تعزيز حماية حقوق الإنسان، تؤخذ جملة النتائج التالية بعين الاعتبار:

1. يثبت مبدئياً وواقعاً، أن موضوع العدالة الانتقالية يثار بشكلٍ شبه فوري في الدول التي تشهد عمليات انتقال أو تحول سياسي، أين يبدأ ضحايا الفظائع والمظالم السياسية والمدنية والاجتماعية والاقتصادية في التماس بعض أشكال العدالة، وتوقع تحقيقها، سواء أكانت على شكل مساءلة جزائية من خلال المحاكمات الجنائية أو تعويضات أو لجان تقصي الحقائق أو إصلاحات مؤسسية، والتي غالباً ما يتم الترويج لها على أنها الأهداف الكبرى للعدالة الانتقالية خاصة منها تحقيق السلام وإرساء العدالة وتكريس المصالحة، أو أن تقدم إلى جانب برامج طموحة أخرى للترسيخ الديمقراطي والحصول على المساعدات الاقتصادية في المجتمعات الانتقالية، لكن يثبت أن من بين أهم الإشكالات التي تعترض إنفاذ العدالة الانتقالية بهذا التصور، هو كونها تستند إلى افتراضات سياسية واقتصادية واجتماعية مسبقة وغير متطابقة في ما يتعلق بمسار العمليات الانتقالية واستعداد المجتمعات المنقسمة لها، بما من شأنه أن يعيق تنفيذ عمليات العدالة الانتقالية خاصة في دول ما بعد النزاع التي يمكن أن تشهد عودة للتوجه السلطوي في الحكم حتى بعد تحقق الانتقال.

2. إن العدالة الانتقالية هي مجموع الأساليب والآليات التي يستخدمها مجتمع انتقالي ما في دولة من دول ما بعد النزاع من أجل تحقيق العدالة في فترات انتقالية من تاريخه، وتنشأ هذه الفترات غالباً بعد اندلاع ثورة من أجل إسقاط نظام أو انتهاء نزاع، من أجل السعي نحو التحول الديمقراطي، ومن خلال مسار الفترات الانتقالية تواجه هذه المجتمعات إشكاليات صعبة تتعلق بالتعامل مع الماضي ومخلفاته من انتهاكات حقوق الإنسان، بما يجعل من العدالة الانتقالية سوى استجابة قانونية لانتهاكات حقوق الإنسان الممنهجة أو واسعة النطاق، بهدف تحقيق الاعتراف الواجب بما كابده الضحايا من معاناة جراءها، وتعزيز إمكانيات تحقيق السلام والمصالحة والديمقراطية، وتحدد طبيعتها في كونها تكييف للعدالة على النحو الذي يلائم مجتمعات تخوض مرحلة من التحولات في أعقاب حقبة من تفشي انتهاكات حقوق الإنسان؛ سواء حدثت هذه التحولات فجأة أو على مدى عقود طويلة.

3. تختلف العدالة الانتقالية عن العدالة العادية المتواترة في كونها تُعنى بالفترات الانتقالية، مثل الانتقال من حالة نزاع داخلي مسلح إلى حالة السلم، أو من حالة حرب أهلية إلى حالة سلم، أو الانتقال من حالة صراع سياسي داخلي يرافقه عنف مسلح إلى حالة استقرار وولوج سبيل التحول الديمقراطي، أي الانتقال من حكم سياسي تسلطي إلى حالة انفتاح سياسي، أو الانتقال الديمقراطي أي الانتقال من حكم مغلق، إلى حكم يشهد حالة انفتاح وإقرار للعددية، أو حالة انعتاق من الاستعمار والتحرر من احتلال أجنبي باستعادة أو تأسيس حكم محلي، وعلى ذلك، تتباين ظروف الانتقال التي تمر بها أي من دول ما بعد النزاع بين كونها عملية انتقال تقودها نخبة النظام القديم التي استطاعت إجبار المعارضة على الخضوع؛ أو كنتيجة مفاوضات بين النخبة الحاكمة والمعارضة؛ أو فرضت من الخارج من قبل قوة أجنبية متدخلة، أين يمكن للحكومة الانتقالية الجديدة أن تتبع مجموعة من خيارات التعامل مع الماضي والتي ترتبط بظروف الانتقال وتوافر الإرادة السياسية لتنفيذها.

4. تركز العدالة الانتقالية لدى إنفاذها في دول ما بعد النزاع، على تركة انتهاكات حقوق الإنسان التي خلفها نزاع أو حكم استبدادي، عن طريق إعادة بناء الثقة بين الضحايا والمواطنين والمؤسسات، بمحاسبة الجناة وجبر الضحايا، في ظل تكامل إجراءاتها وتدابيرها وآلياتها المختلفة، لكونها لم تنشئ لكي تنفذ بمعزل عن بعضها البعض، في هذا السياق، يرتبط موضوع إنفاذ العدالة الانتقالية في دول ما بعد النزاع بدافعين، أولهما إنساني نابع من الحاجة إلى إنصاف ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان، أما ثانيهما فيتعلق بتنامي المطالبة بإقرار التحول الديمقراطي في دول العالم، وللنجاح في تكريس نمط للعدالة الانتقالية يتعين أن تتوفر ميزة تحقيق التوازن بين مطمح إرساء السلم وغاية العدالة والانصاف، لذلك ينبغي النظر إلى العدالة الانتقالية ليس كأداة لمعالجة انتهاكات حقوق الإنسان فحسب بل كآلية للتغيير والتحول الديمقراطي في الدول الاستبدادية التي شهدت خروقات واسعة لحقوق الإنسان مثلما يحدث في النزاعات المسلحة، باعتبار أن الاستبداد السياسي يشكل في حد ذاته انتهاكا لحقوق الإنسان.

5. تعود إرهابات العدالة الانتقالية إلى أعقاب الحرب العالمية الثانية، بشكل أكثر قوة ووضوحا لدى دول أوروبا الشرقية التي ساعدت جهودها في تحديد أطر التعامل مع إنتهاكات الماضي من خلال فتح ملفات وكالات الأمن السابقة في ألمانيا الشرقية، ومنع المسؤولين السابقين من منتهكي حقوق الإنسان من الوصول إلى مناصب سلطوية من خلال عملية التطهير الوظيفي في تشيكوسلوفاكيا سنة 1991، ومساهمة جهود تقصي الحقائق في دول جنوب أمريكا اللاتينية، مثل لجنتي الحقائق في الأرجنتين 1983 والشيلي 1990 في توفير مختلف أشكال الجبر لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان، وكذا تعامل جنوب افريقيا سنة 1995 مع انتهاكات حقوق الإنسان نتيجة نظام الميز العنصري عن طريق إنشاء لجنة الحقيقة والمصالحة، وما تم إحرازه من تقدم قانوني ومؤسسي في المغرب ضمن عمل لجنة الانصاف والمصالحة.

6. تركز العدالة الانتقالية على خمس آليات أساسية لمواجهة انتهاكات حقوق الإنسان، تتمثل في المحاكمات (المدنية أو الجنائية، الوطنية أو الدولية)، والبحث عن الحقيقة وتقصي الحقائق (لجان الحقيقة والمصالحة، لجان التحقيق)، وجبر الضرر لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان (إستعادة الحقوق، التعويض، إعادة التأهيل، الترضية)، ومختلف مجالات الإصلاح المؤسسي (الإصلاحات القانونية والمؤسسية وعزل منتهكي حقوق الإنسان من المناصب العامة، وتدريب الموظفين العموميين حول مقررات حقوق الإنسان)، وإحياء الذاكرة الجماعية لمنع تكرار ارتكاب الانتهاكات مستقبلا والعمل على تعزيز المبادرات المجتمعية التي تستهدف إرساء المصالحة.

7. تطبيقا لذلك، وبتفحص مختلف أدوات فك ارتباط المجتمعات الانتقالية مع الماضي، يبدو أنها سعت إلى متابعة الجناة قضائيا، بما فيها من محاكم جنائية دولية مؤقتة وهجينة ودائمة مثل المحكمتين الجنائيتين الدوليتين المؤقتتين في يوغسلافيا سابقا ورواندا والمحاكم في تيمور الشرقية وسيراليون وكمبوديا ولبنان والعراق، والمحكمة الجنائية الدولية، وإلى معرفة الحقيقة وتقصيها عن طريق إنشاء لجان تحقيق رسمية مثلما تم في الشيلي، وجنوب افريقيا، والبيرو، وسيراليون، وأخرى غير رسمية مثل أشكال التصريح بالحقيقة، وكذا إلى ضمان جبر ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان بتأسيس برامج الجبر التي عملت على تعويض ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان في الجزائر والمغرب، بالإضافة إلى إطلاق مبادرات الإصلاح المؤسسي على نطاق واسع مثل إصلاح الشرطة وقطاع الأمن في دول مثل شمال إيرلندا وألمانيا الشرقية والعراق، وتشديد الشواهد وتحديد الأماكن العامة وخلق حوار اجتماعي في الأرجنتين وكمبوديا وتيمور الشرقية.

8. بينما تقوم العدالة الانتقالية على فكرة أن المطالبة بالعدالة العقابية ليست أمراً مطلقاً، على اعتبار أنه يجب أن تتم موازنتها بالحاجة إلى السلم المجتمعي والديمقراطية والتنمية العادلة وسيادة القانون، خاصة وأن تجارب الشعوب التي مرت بسياقات انتقالية أثبتت أنها واجهت عدة قيود عملية من بينها: نقص الموارد البشرية والمادية، وضعف أو عدم استقلال أو عدم وحدة نظامها القضائي، وهشاشة الانتقال الديمقراطي فيها، واستمرار تقلد وشغل عدد كبير من منتهكي حقوق الإنسان لمواقع السلطة، كل ذلك في ظل العدد الكبير لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان، وصعوبة التعامل مع العراقيل القانونية أو الدستورية التي تعترض العدالة العقابية مثل إقرار قوانين تكرس العفو والحصانة للجنة وتقنين التقادم لما ارتكب من انتهاكات، تعدد، في المقابل، العدالة التصالحية العدالة الأكثر إنسانية وإنصافاً، من حيث أنها تسعى إلى تجسيد هدف ثلاثي الأبعاد، أساسه: العمل على إعادة الاندماج الاجتماعي للجنة، وجبر وإصلاح ضرر الضحايا، وإرساء وتعزيز السلم الاجتماعي، من خلال برامج وقاية ضد انتهاكات حقوق الإنسان، وضمان إمكانية استمرار الحوار والتعايش بين ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان ومرتكبيها سعياً للتخفيف من معاناة الماضي.

9. يمكن أن يتم إنفاذ آليات العدالة الانتقالية قضائياً على المستوى الوطني بشكل كامل أو جزئي، أو على المستوى الدولي من خلال المحكمة الجنائية الدولية، أو على نحو مختلط وهجين دولي/ وطني، مثل الترتيبات الخاصة في سيراليون وتيمور الشرقية وكوسوفو، إذ يعد إنشاء الهياكل القضائية المختلطة للعدالة الانتقالية إستجابة منطقية للإشكالات التي يمكن أن تواجه دول ما بعد النزاع مثل البعد الجغرافي والانفصال القيمي في المجتمعات الانتقالية، ومن ثم فإن لها القدرة على تحقيق المصالحة الوطنية والسلم الاجتماعي لا سيما حال اعتمادها على استيعاب الاختلاف في روايات أطراف الأعمال العدائية التي شهدتها المجتمعات الانتقالية.

10. الجبر عنصر مهم ضمن عمليات العدالة الانتقالية، وقد اكتسب أهميته باعتباره حقاً دولياً يمكن ضحايا حقوق الإنسان من المطالبة بكافة أشكال التعويض المنصف لما تحملوه من أنواع مختلفة من الضرر المعنوي والنفسي والجسدي والاقتصادي والاجتماعي، جراء ارتكاب انتهاكات خلال حكم دكتاتوري تسلطي أو نتيجة نزاع، وتشمل برامج جبر الضرر جملة إجراءات ذات طبيعة فردية أو جماعية يتم إنفاذها بحسب الخلفيات الاقتصادية والاجتماعية لدول ما بعد النزاع، وتهدف برامج جبر الضرر المطبقة مبدئياً إلى توفير الاعتراف الصريح لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان بمعاناتهم جراء ما حدث في فترات النزاع أو الحكم التسلطي أو الاضطراب الداخلي، وما يترتب عن ذلك من تشجيع استعادة الثقة بين المواطنين أنفسهم (الضحايا والجنة)، وبين المواطنين ودولة ما بعد النزاع، على اعتبار حكومات مرحلة الانتقال وما بعد الانتقال، تستهدف دائماً إثبات إقرارها تجريم ما حدث في الماضي من انتهاكات خطيرة لحقوق مواطنيها، وإصرارها - لدى صياغة خططها وبرامجها السياسية والقانونية والاقتصادية- على مساءلة وعقاب الجناة، في ظل الالتزام بضمان عدم التكرار.

11. من بين الاسهامات العديدة للعدالة الانتقالية في مجال حماية حقوق الإنسان تكريسها مفهوم السعي للحقيقة وكشفها، باعتبارها حقاً دولياً يمنح للضحايا أفراد وجماعات، ويرتبط الحق في معرفة الحقيقة ارتباطاً وثيقاً بالحق في الانتصاف والتحقيق والجبر، من حيث أن الحق في الحقيقة، باعتباره حقاً أصيلاً للضحايا وللمجتمع الانتقالي على السواء، يفترض المطالبة بكشف الأحداث التي قد يتم إخفاءها، كما يثبت أن معرفة الحقيقة ليست بديلاً عن الانتصاف القضائي في حالات الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، فلجان تقصي الحقائق أو غيرها من الهيئات

الحكومية غير القضائية لا يمكنها أن تكون بديلا عن التزام الدولة في إجراء تحقيقات قضائية لتقصي ما حدث من انتهاكات حقوق الإنسان ومساءلة الجناة.

12. يتم إنشاء لجان الحقيقة والمصالحة التي يمكن أن تكون رسمية حكومية ذات بعد محلي أو وطني، لها صلاحيات القيام بتحقيقات أو عقد جلسات استماع للضحايا، تستطيع من خلالها أن تحدد من هم الأشخاص أو الهيئات المؤسسية المسؤولة ارتكاب انتهاكات حقوق الإنسان، كما تستطيع أن تمنح سلطة إصدار توصيات للجهات السياسية أو القضائية المعنية بالتصدي لما حدث من انتهاكات حقوق الإنسان، وهي بذلك تهدف إلى مساعدة المجتمعات الانتقالية على الاعتراف بتاريخ هو محل إنكار أو تنازع، وإسماع صوت الضحايا من خلال منحهم فرصة رواية ما حدث لهم، كما تسعى من خلال ذلك إلى منع حدوث انتهاكات أخرى، وقد أثبتت التجارب الدولية أن لجان الحقيقة والمصالحة هي بمثابة حلول وسط، من حيث أنها تساعد على محاسبة مرتكبي انتهاكات حقوق الإنسان باستكمال عمل الإدعاء العام في جمع وتصنيف وحفظ الأدلة المستخدمة لاحقا في توجيه الاتهام الجنائي والمساءلة القضائية، كما يمكنها اقتراح وإقامة الحجج على صور مختلفة للمحاسبة أقل من العقاب الجزائي مثل المساءلة المدنية وإقالة الموظفين المسؤولين عن الانتهاكات ورد الحقوق وتأسيس مشاريع خدمة المجتمع.

13. يأتي الإصلاح المؤسسي، كتجسيد لحق الضحايا في ضمان عدم تكرار ما حدث من انتهاكات لحقوق الإنسان في سياق واجب الدولة بالوقاية، على اعتباره عملية مستمرة ومتواترة لتغيير أو استبدال أو تعديل المؤسسات العمومية في دولة ما بعد النزاع، بما فيها تلك التي ساهمت في إطالة أمد النزاع أو خدمت الأنظمة القمعية في الدولة وساعدتها على ارتكاب المزيد من انتهاكات حقوق الإنسان، والعمل على تفعيل هياكل القطاع العام ومساءلتها بالشكل الذي يمكنها من دعم الانتقال واستدامة السلام والحفاظ على سيادة القانون، على اعتبار أن النجاح في بناء مؤسسات عمومية منصفة وفعالة في أعقاب فترة من انتهاكات حقوق الإنسان، يؤدي دورا مهما في منع تكرار ارتكاب حقوق الإنسان، كما يسهم في تمكين المؤسسات العامة في قطاعات الأمن والقضاء والسجون من تجسيد ضمانات المساءلة الجنائية لانتهاكات الماضي.

ثانيا: الاقتراحات والتوصيات

بعد ضبط وتحديد نتائج الدراسة البحثية، ومن خلالها، وتماشيا مع الإطار المنهجي للبحث، تم صياغة عدد من الاقتراحات، التي يمكن أن تفيد في تطوير سياسات دول ما بعد النزاع لدى اعتمادها إنفاذ آليات العدالة الانتقالية كمصدر مُستحدث وجديد لتعزيز المعايير الدولية السابقة لحماية حقوق الإنسان، والتي يمكن إيجازها في النقاط التالية:

1. يتطلب تفعيل آليات العدالة الانتقالية وجود هيئات مستقلة ومحايدة تقوم عليها مثل لجان تقصي وكشف الحقائق والمحاسبة والعفو، والتي يتم تحديد إجراءات إنشائها، وتشكيلها، وشروط اختيار وتعيين أعضائها، وأهدافها، واختصاصاتها، ونظام عملها، والفترات الزمنية اللازمة لإنهاء مهامها عن طريق تشريع منظم لها بحسب ما تقتضيه ضرورات الانتقال لدى دول ما بعد النزاع، لذلك يتوجب على هذه الدول سن تشريعات وطنية متكاملة تتولى ضبط هذه الأطر المؤسسية، التي تعمل على توفير خلفية قانونية ذات طابع جنائي من أجل تحميل الجناة تبعه مسؤوليتهم وحماية الضحايا والشهود، وتحديد آلياتها وإجراءات أعمالها واختصاصات اللجان والهيئات التي تعمل ضمنها، بما من شأنه

ضمان يضمن الشرعية الضرورية على عملها وتجنّب المجتمعات الانتقالية عناء العشوائية جراء غياب قواعد قانونية محكمة تضبط إنفاذ العدالة زمن الانتقال.

2. يثبت، في العديد من تطبيقات العدالة الانتقالية في دول ما بعد النزاع، أنه غالباً ما تدعم تقارير لجان الحقيقة ومذكراتها رواية معينة ومحددة مسبقاً عن الماضي، وتمهش أو تتناسى روايات أخرى، أو تشارك ذات المؤسسات السياسية والقضائية وأجهزة أمن الدولة، المتورطة في الانتهاكات التي تدعي السعي لمعالجتها، في دعم العدالة الانتقالية، بما يستدعي التعامل الصارم مع سيطرة مؤسسات الدولة العميقة ومفهوم الرواية الرسمية للحقيقة في الدول الانتقالية، لأن من شأن استمرارها أن يقوض كافة جهود السعي نحو الترسخ الديمقراطي وضمان عدم التكرار.

3. يرتبط مفهوم المصالحة بالجهود المبذولة من جانب السياسيين لطى صفحة الماضي والعفو والنسيان، ولكن الحقوقيون لا يقبلون بهذه الصيغة من المصالحة بالنظر إلى ضرورة ربط مقتضى المصالحة الوطنية والمجتمعية بالمحاسبة الجنائية والإعتراف بما حدث أولاً، خاصة وأن الكثير من دول ما بعد النزاع تتعامل مع المصالحة كهدف نهائي وقابل للإنجاز، دون إيلاء ما يكفي من الاهتمام للعملية التي تتم من خلالها، وعليه فإن الإفراط في التركيز على المصالحة دون إنتصاف ودون حقيقة تؤدي إلى فشل إنفاذ العدالة الانتقالية برمتها، من حيث أن المصالحة في حد ذاتها تستند على كون الانتقال يقوم على ثلاث مسالك: إما الإنتقام أو العفو أو المساومة على الحقيقة بشراء السلم عن طريق برامج الجبر مثلما حدث سابقاً في الجزائر.

4. ينبغي على دول ما بعد النزاع أن تعمل على الإستجابة الكاملة لتوقعات الضحايا وعائلاتهم في التوصل للعدالة والانتصاف من خلال اعتماد خطط تقوم على ركائز ثلاث: التوثيق المنهجي لانتهاكات حقوق الإنسان من أجل جمع الأدلة والشهادات التي يمكن استخدامها من المساءلة الجنائية، حث الدول الانتقالية ومؤسساتها على تقديم اعتذارات علنية وإنشاء صناديق للتعويضات وإحياء الذكرى تكريماً للضحايا، في ظل الاستمرار في المتابعة القضائية للجنة أمام المحاكم الجنائية وطنية كانت أو دولية.

5. ضرورة تنفيذ مقتضيات الحق في ضمان عدم التكرار، خاصة منها فرض رقابة مدنية فعالة على المؤسسات الأمنية في الدولة، والعمل على التزام الهياكل القضائية المدنية والعسكرية بالمعايير الدولية للمحاكمة العادلة حسب قواعد الانتصاف والنزاهة، وتعزيز استقلالية القضاء، وتكريس الأسس القانونية والقضائية والمؤسسية التي تستهدف الاعتراف بالضحايا انتهاكات حقوق الإنسان كمواطنين وحاملي حقوق، واستعادة أو إعادة بناء الثقة بين المواطنين ومؤسساتهم العامة، من خلال القيام بحملات توعية واسعة للمواطنين بحقوقهم الأساسية، وتجسيد تدابير الإصلاح الرمزية التي تركز إحياء الذكرى وعدم النسيان مثل إقامة الجداريات التذكارية أو الاعتذارات العلنية.

6. على إثر تعرضهم لانتهاكات حقوق الإنسان، يحقّ للضحايا أن يشهدوا إيقاع المساءلة والعقاب الجزائيين على أشخاص منتهكي حقوق الإنسان ومعرفة ما حدث فعلاً والحصول على تعويضات مجزية، لأن انتهاكات حقوق الإنسان لا تؤثر على الضحايا المباشرين لها وحسب، بل تمس المجتمع ككلّ، لذلك فمن واجب الدول أن تضمن، بالإضافة إلى الإيفاء بالتزامات الانتصاف والحقيقة والجبر، الحرص على الالتزام بضمان عدم التكرار، بأن تتحمل عبء إصلاح مؤسسات الدولة التي كان لها يد في هذه ارتكاب هذه الانتهاكات أو كانت عاجزة عن الوقاية من حدوثها.

7. يتوجب على دول ما بعد النزاع التأكيد على كون إنفاذ آليات العدالة الانتقالية يساهم في تعزيز سيادة القانون، وإن كانت هذه الآليات لا تستطيع لوحدها أن تؤدي دورا مهما في بسط سيادة القانون، دون إرادة سياسية، ويتطلب تجاوز تركة الماضي من الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني مجموعة كاملة من العمليات التي تتضمن إصلاحات دستورية وقانونية واسعة وبرامج إنمائية تعمل على إعادة التوازن لواقع التفاوتات الهيكلية في الدولة وتجاوز أنماط الاستبعاد والتمييز في المجتمع.

8. تواجه العدالة الانتقالية تحديات في معالجة الصراعات الهيكلية التي تعود جذورها إلى الفقر والجوع والفساد ونهب الموارد الطبيعية وغير ذلك، ويعكس ذلك ميل آليات العدالة الانتقالية إلى التركيز على انتهاكات الحقوق المدنية والسياسية أكثر من انتهاكات الحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، وكنتيجة لذلك، يعتقد الأكاديميون أن العدالة الانتقالية فشلت في تحقيق العدالة الاجتماعية ضمن معاييرها، على اعتبار أن معظم الدراسات حول آلياتها تركز على عناصر الانتصاف والتعويض والحقيقة من أجل تكريس الحقوق السياسية والمدنية في دول ما بعد النزاع، تاركين وراءهم عوامل ذات أهمية مثل الفقر وانعدام التنمية المحلية وفقدان العدالة الاجتماعية التي تعد من الأسباب الجوهرية التي تؤدي إلى نشوب النزاعات وانعدام الاستقرار السياسي، لذلك من المهم دراسة ما إذا كان هناك علاقة بين التمكين من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وإنقاص من معدلات الفقر والتنمية في ظل إنفاذ آليات العدالة الانتقالية.

9. إن ضحايا انتهاكات حقوق هم عادة من أكثر فئات المجتمع ضعفا وتهميشا، لذلك يجب أن تقوم برامج جبر الضرر، شأنها شأن باقي آليات العدالة الانتقالية بتقييم احتياجاتهم والتركيز على شهاداتهم في سياق جلسات الاستماع التي تنظمها لجن الحقيقة والمصالحة، بطريقة تنم عن الاحترام والاهتمام، والعمل على توفير بيئة آمنة لهم من أجل الإفصاح عن تجاربهم، كما قد يتطلب الأمر دعمهم طبيا ونفسيا وقانونيا واجتماعيا على مستويات الصحة العقلية والجسدية، والاستشارة القانونية والخدمات الاجتماعية، مع التركيز أكثر على تلبية احتياجات النساء والأطفال والسكان الأصليين وغيرهم من الفئات المستضعفة والمهمشة في المجتمعات الانتقالية.

10. ضرورة الإقرار بأداء المجتمع المدني الانتقالي وما بعد الانتقالي لأدوار أساسية في مراحل ما بعد النزاع، من حيث أنه يساهم في رفع الوعي لدى المواطنين من ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان بضرورة الإلتزام بالقانون، ويحذرهم من مخاطر الاتجاه إلى الإنتقام الفردي، الذي لن تتوقف الرغبة فيه إلا بعقد محاكمات جنائية قانونية ذات مصداقية، والسعي إلى إعادة البناء على المستويات المؤسسية والقانونية والسياسية والاقتصادية، والأهم من ذلك العمل على تأسيس علاقة أقوى بين المواطن والدولة مبنية على تكريس سيادة القانون وضمن الانصاف، خاصة بعد ما تعرضوا له من معاناة أثناء النزاع وخلال المراحل الانتقالية.



جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2019
ISSN 2311-3650