

# مجلة جيل

الأبحاث القانونية العميقة



مجلة علمية دولية محكمة تصدر شهريا عن مركز جيل البحث العلمي

Lebanon - Tripoli / Abou Samra Branche P.O.BOX 8 + 961- 71053262 - www.jilrc.com

العام الثالث - العدد 22 - فبراير 2018





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



## المشرفة العامة ومديرة التحرير:

د. سرور طالبى المل

### رئيس اللجنة العلمية:

د. السعيد كليوات جامعة محمد بوضياف بالمسيلة (الجزائر)

### أسرة التحرير:

د. أحمد طارق ياسين محمد المولى، جامعة الموصل (العراق)

د. الداودي نورالدين، جامعة عبد المالك السعدي (المغرب)

د. المصطفى طایل، جامعة مولاي إسماعيل مكناس (المغرب)

د. العباساوي عماد، جامعة كومبلوتنسي بمدريد (إسبانيا)

د. سفيان سوايم جامعة محمد الشريف مساعديّة - سوق أهراس (الجزائر)

د. شريف أحمد بعلوشة، وكيل النائب العام، غزة (فلسطين)

د. عبد الناصر أبو سمهدانة، رئيس نيابة العدل العليا والدستورية (فلسطين)

د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق)

د. محمد عليان العزام، جامعة أبو ظبي (الإمارات العربية المتحدة)

د. موفق المحاميد، كلية القانون، جامعة آل البيت (الأردن)

د. نوفل علي عبد الله الصفو، جامعة الموصل (العراق)

### التدقيق اللغوي:

د. شامخة حفيظة طعام (المركز الجامعي، تيسمسيلت /الجزائر).

د. علاوي الخامسة (جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة /الجزائر).

د. سليمة محفوظي (جامعة محمد الشريف مساعديّة/سوق اهراس/الجزائر).

### اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

أ.د نبيل مهدي كاظم، جامعة الكوفة، العراق.

د. حورية سويقي، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب عين شمشنت، الجزائر.

د. خليفي عبد الرحمان، المدرسة العليا للضمان الاجتماعي، الجزائر.

د. سليمان النحوي، جامعة عمارثليجي، الجزائر.

د. همام القوصي، جامعة حلب، الجمهورية العربية السورية.

د. يعيش تمام شوقي، جامعة بسكرة، الجزائر.

### التعريف:

مجلة علمية دولية محكمة تصدر شهرياً عن مركز جيل البحث العلمي تستهدف نشر المقالات المعمقة في مختلف مجالات العلوم القانونية: "القانون العام والخاص"، بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد.

تتناول المجلة إسهامات مختلف الباحثين والمهتمين بمجال العلوم القانونية سواء ما تعلق بالرصيد النظري أو بقضايا الساعة أو بترجمة الأعمال ذات الأهمية العلمية المعترف بها.

تعد هذه المجلة تكريماً لحرص المركز على تشجيع الأبحاث والمجهود العلمي، وعلى الإسهام في إثراء رصيده العلمي بنشر الدراسات الجادة والقيمة، استناداً إلى معايير علمية موضوعية ودقيقة.

## قواعد النشر

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، وتتوافر فيها الأصالة العلمية والدقة والجدية وتحترم قواعد النشر التالية:  
بالنسبة للمقالات والأبحاث المعمقة:

- تنشر المجلة المقالات والأبحاث التي تستوفي الشروط الآتية:
- الالتزام بالمعايير العلمية والموضوعية المعمول بها دولياً في الدوريات المحكمة، والتي تستجيب لشروط البحث العلمي.
- تعتمد هيئة التحكيم مبدأ الحياد والموضوعية في تحكيم المواد العلمية المرشحة للنشر مع الحرص على خلو الأعمال من التطرف الفكري أو مساسها بمبادئ بالأشخاص أو الأنظمة.
- يراعى في المساهمات المقترحة للنشر في المجلة أن تتسم بالجدية وألا تكون محل نشر سابق أو مقتطف من مذكرة أو أعمال، ملتقى.
- أن تكون المواضيع المقدمة ضمن اختصاص المجلة.
- أن تلتزم المقالات الدقة وقواعد السلامة اللغوية، وألا يتعدى حجم العمل 20 صفحة بالنسبة للمقالات و50 صفحة بالنسبة للأبحاث المعمقة، مع احتساب هوامش، مصادر وملاحق البحث.
- ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث وآخر بإحدى اللغات: العربية، الفرنسية أو الانجليزية (حسب لغة البحث).

### بالنسبة للأعمال المترجمة:

- تقبل من الأعمال المترجمة تلك التي تتصل باختصاص المجلة.
- تقبل الأعمال المترجمة من وإلى: العربية، الفرنسية، الانجليزية .
- تخضع المقالات لاستشارة ترجمانيين مختصين في اللغات المذكورة أعلاه.
- تحول الأعمال المقدمة المقالات إلى أساتذة من ذوي الخبرة العلمية حسب اختصاص المقال.
- يبلغ الباحث المرسل بتلقي مادته بعد 5 دقائق من تسلمها.

- تلتزم هيئة التحكيم بإبداء الرأي واتخاذ القرار في غضون شهر من تمكينها من المادة المقترحة للنشر، مع مراعاة السرية التامة في التحكيم
- يحق لهيئة التحكيم أن ارتأت ضرورة إقرار تعديلات على المواد المقدمة للنشر.
- يعلم الباحث المرسل بقبول مادته للنشر على أن يعلم بتاريخ نشرها حسب رزنامة المجلة.

#### شروط النشر:

- شكل الكتابة: باللغة العربية شكل Traditional Arabic حجم 14.
- بالنسبة للغات الأجنبية شكل Times New Roman حجم 12 .
- يرفق الباحث الباحث الباعث مادته بسيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تهمش معلومات البحث حسب طريقة شيكاغو الأمريكية بترتيب تسلسلي يتبع متن البحث.
- ترتب هوامش المعلومات في نهاية كل صفحة.

#### نموذج التهميش:

1. الكتب باللغة العربية أو الأجنبية: لقب واسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم الطبعة.
  2. النصوص التشريعية: البلد، نوع النص، مضمون النص، سنة الصدور.
  3. المجلات والدوريات: عنوان المجلة أو الدورية، لقب واسم الكاتب، عنوان المقالة، عدد المجلة، تاريخ الصدور، صفحة الاقتباس.
  4. الرسائل الجامعية: لقب واسم الطالب، عنوان المذكرة، درجة المذكرة، مؤسسة تسجيل المذكرة، كلية التخصص، السنة الجامعية، صفحة الاقتباس.
  5. التقارير الرسمية: جهة إصدار التقرير، موضوع التقرير، مكان نشر التقرير، سنة إصدار التقرير، صفحة الاقتباس.
  6. المراجع الالكترونية:
- يوثق المرجع المنقول عن شبكة "الإنترنت" بذكر معلومات الرابط الإلكتروني كاملاً مع ذكر صاحب المادة المنشورة، وتاريخ زيارة الموقع .
7. ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

law@jilrc-magazines.com

## الفهرس

### الصفحة

- 9 الافتتاحية
- 11 معالجة إشكالية إخفاق المحكمة بتلاوة منطوق حكمها في موعده المحدد / عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين العراقيين.
- 29 أثر علاقة القرابة على قانون العقوبات الفلسطيني "دراسة مقارنة بين قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م وقانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960م" سليمان أسامة أبو سلامة، جامعة الاسراء (فلسطين).
- 67 المصالحة الجمركية عقوبة جديدة أم طريقة ودية لحل النزاع / نادية عمراني، محمد أمين زيان، جامعة البليدة 2 (الجزائر).
- 93 تأصيل مدلول المستهلك الإلكتروني " تشريعا، قضاء، فقها – دراسة مقارنة"- مناصرية حنان، جامعة البليدة 2-الجزائر.
- 111 الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، بن عودة صليحة، جامعة أوبوكر بلقايد كلية الحقوق، تلمسان/ الجزائر.

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية  
لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز  
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2018





## الافتتاحية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ الَّذِي بَفْضِلهِ تَتِمُّ الصَّالِحَاتُ

يصدر العدد 22 من مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة في ظروف عسيرة يمر بها البحث العلمي في المنطقة العربية، ففي أقل من شهر قامت إدارة المجلة بالتبليغ عن خمس سرقات علمية تم اكتشافها في مقالات أرسلت قصد النشر فيها، ولقد زاد هذا الوضع المزري من حرصنا ومن حرص لجنتنا العلمية الموقرة على محاربة هذه الظاهرة الدخيلة على البحث العلمي والمنافية لأخلاقياته.

وبالمقابل فإننا نحرص على تشجيع الباحثين الجديين وعلى نشر الأبحاث النوعية التي تثرى المكتبة العربية وتتابع مستجدات التشريعات الوطنية المختلفة، ومن هذا الباب اخترنا لكم في هذا العدد أربعة مقالات وبحث معمق.

فلقد عالج المقال الأول إشكالية إخفاق المحكمة بتلاوة منطوق حكمها في موعده المحدد في غياب نص قانوني صريح يعالج هذه الحالة مقيما اجتهاد القضاء العراقي في ذلك، لينتقل البحث الثاني للتوسع في أثر علاقة القرابة على تخفيف أو تشديد العقوبات دراسة مقارنة بين قانون العقوبات الفلسطيني لعام 1936 و1960.

أما المقال الثالث فلقد تناول المصالحة الجمركية كطريقة ودية لحل النزاع متوسعا في الجدل والتضارب الواقع بين التطبيق الصارم لأحكام القانون الجمركي وبين ضرورة حماية الاقتصاد الوطني. هذا وتناول المقال الرابع تأصيل مدلول المستهلك الإلكتروني في ظل ظهور التسوق الافتراضي ومقارنته بمفهوم المستهلك في نطاق المعاملات التقليدية وموقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة من هذا الاختلاف.

وأخيرا تناول المقال الخامس الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية كإحدى جرائم الفساد على ضوء القانون الجزائري المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

نشكر كل من ساهم في العدد بالكتابة والتحكيم والتدقيق اللغوي، مؤكداً مرة أخرى محاربتنا لظاهرة السرقات العلمية.

والله الموفق في الأول والآخر

المشرفة العامة ومديرة التحرير/ د. سرور طالبی المل



## معالجة إشكالية إخفاق المحكمة بتلاوة منطوق حكمها في موعده المحدد

د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين العراقيين

### الملخص:

قد يستجد ظرف فيمنع التثام المحكمة في الموعد المحدد لتلاوة منطوق الحكم في الدعوى المنظورة من قبلها، مما يحول بينها وبين إكمالها لإجراءات إصداره المرسومة قانوناً. ومع عدم وجود نص قانوني صريح، أجتهد القضاء العراقي بأكثر من معالجة لهذه الإشكالية، لتمكين المحكمة المختصة من إصدار حكمها على الوجه الذي يتطلبه القانون. ويتناول هذا البحث إستعراض هذه الإشكالية وتقييم المعالجات المطروحة لها.

### Abstract:

There may be a circumstance preventing the court from meeting the appointed date in order to read the sentence in the case before it, thus preventing it from completing its legally mandated procedures. With no explicit legal provision, the Iraqi judiciary has endeavored to address this problem in order to enable the court to render its judgment in the manner prescribed by law. This paper deals with the review of this problem and the evaluation of the treatments presented to it.

## مقدمة :

ترسم القوانين الاجرائية المدنية العربية طريقا محددًا لإصدار الحكم القضائي وذلك عبر سلسلة من الإجراءات الوجوبية المتتابعة. ويشكل إعلان محكمة الموضوع ختام المرافعة في الدعوى المنظورة من قبلها ، وتحديد

موعد لإصدار الحكم فيها ، البداية لهذه الإجراءات ، ثم يعقبها اختلاء المحكمة بنفسها للمداولة في موضوع الدعوى وما تحصل لها من أدلة وأسانيد تدعم ادعاءات الخصوم ودفوعهم ، وبما يفضي الى إستقرار قناعتها على حكم فاصل فيها تحرر مسودة بمنطوقه وأسبابه وتتلى علنا في الموعد المحدد له سلفا .

وتلاوة الحكم القضائي ، أو النطق به ، علنا هي شهادة ميلاده القانونية ، إذ بدونها لن يكتسب ما إستقرت عليه المحكمة -بعد مداولاتها- قرارا فاصلا في النزاع المعروض عليها صفة الحكم القضائي ، ولا يترتب عليه أي أثر قانوني ملزم .وتوكيدا لذلك ، أستخدم المشرع كلمات قاطعة الدلالة بالنص على إلزام محكمة الموضوع تلاوة منطوق حكمها علنا في مواعده المحدد .

ولكن قد يحدث أن يحل أجل النطق بالحكم القضائي دون أن يتلى علنا من قبل محكمة الموضوع ، ويعود ذلك إما لإغفال المحكمة ، أو إهمالها ، ذلك الأمر ، وإما لإخفاقها في أنجازه . وللحالة الاولى وجهين ، أولهما أن يفوت على المحكمة تلاوة منطوق حكمها في مواعده المحدد دون قصد متعمد منها وذلك إما بسبب ارتباك في العمل ، أو النسيان وعدم الانتباه . وثانيتها أن تُفوّت المحكمة متعمدة تلاوة منطوق الحكم في مواعده المحدد متجاهلة عن قصد ما يوجب عليها نص القانون . في كلا وجهي هذه الحالة يَنزَع القانون الصفة القانونية عن ما يصدر مكتوبا عن المحكمة ويقضي ببطلانه ، ولا يترتب عليه أي أثر قانوني . ولقد سبق وتناولنا البحث في هذه الحالة بمقال سابق منشور في هذه الدورية الغراء<sup>1</sup>.

أما الحالة الثانية فان يقع ظرف إستثنائي يمنع المحكمة من تلاوة منطوق حكمها في مواعده المحدد ؛ بمعنى أن عدم تلاوة الحكم في يومه المعين سلفا مرجعه سبب خارج عن إرادة المحكمة ، كما لو أُعلن ذلك اليوم -بعد تحديده في جلسة ختام المرافعة- عطلة رسمية ، أو كما لو وقعت أحداث طارئة في ذلك اليوم منعت المحكمة من التشكيل .. الخ .

وتطرح هذه الحالة اشكالية معالجة الأثر المترتب على إخفاق المحكمة بتلاوة حكمها في مواعده المعين سلفا ، فهل يصار الى تلاوة الحكم في يوم العمل التالي ؟ ، أم تَعَمَد المحكمة الى فتح باب المرافعة مجددا وتحديد موعد آخر للنطق بحكمها ؟

<sup>1</sup>ينظر بحثنا الموسوم " الأثر القانوني لعدم النطق بالحكم القضائي في التشريع العراقي " المنشورة في العدد السادس عشر يوليو (تموز)/2017 من مجلة جيل الأبحاث القانونية المعقمة .

سيتناول بحثنا هذه الإشكالية وما تثيره من التساؤلات ، وإستعراض النصوص القانونية والأحكام القضائية والآراء الفقهية المرتبطة

بها ، معتمدين منهج التحليل المقارن في دراسة نصوص قانون المرافعات المدنية العراقي والقوانين الاجرائية العربية المعنية بموضوع البحث ، وموقف القضاء والفقه القانوني منها ، وتقييم ما قُدمَ لهذه الإشكالية من معالجات ، وصولاً لترجيح ما يتوافق منها مع نصوص القانون العراقي النافذ . وعليه فقد قسمت هذا البحث على ثلاثة مطالب ، خصصت المطلب الأول لبيان أحكام تلاوة الحكم القضائي في قانون المرافعات المدنية العراقي وبعض القوانين الإجرائية العربية الأخرى ، وتناولت في المطلب الثاني النطاق الموضوعي لإخفاق المحكمة بتلاوة منطوق الحكم القضائي ، وخصصت المطلب الثالث لبيان المعالجات المطروحة لحالة إخفاق المحكمة بتلاوة منطوق حكمها وتقييمها . ثم انهيت البحث بخاتمة تلخص مضمونه وتعرض توصياته .

### المطلب الاول : أحكام تلاوة الحكم القضائي

بعد أن تطلع محكمة الموضوع على طلبات الخصوم ودفعهم وما يقدمونه من مستندات وأسانيد، وتستوفي الاجراءات المطلوبة قانوناً للسير في الدعوى المنظورة من قبلها ، وتجد أن الدعوى قد أصبحت مهيأة للفصل فيها ..، تقرر ختام المرافعة فيها ، وتصدر حكمها في ذات اليوم أو تحدد للنطق به موعداً آخر لا يتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ تفهيم ختام المرافعة<sup>1</sup>.

وللنطق بالحكم القضائي ، أو تلاوته ، قواعد يتوجب على محكمة الموضوع إتباعها والتقيد بمضمونها ، وإلا كان قرارها المنطوق به عرضة للبطلان كما سنرى ذلك لاحقاً . ونستعرض فيما يأتي كل قاعدة من هذه القواعد في فقرة مستقلة .

### أولاً/ أن يكون الحكم مكتوباً وموقعاً عليه من قبل تشكيلة المحكمة

على إثر ختام المرافعة ، تدخل الدعوى المنظورة مرحلة المداولة ، حيث تختلي المحكمة بنفسها – سواء أكانت مشكلة من هيئة قضائية أو من قاضٍ منفرد – للنظر والتدقيق فيما تحصل لها حول موضوع الدعوى وصولاً للاتفاق ، أو التوافق ، على حكم فيها<sup>2</sup>. وعلى المحكمة تحرير مسودة بمنطوق الحكم الذي توصلت اليه ، قبل النطق به ، يوقع عليها من قبل القاضي أو الهيئة القضائية التي شاركت في المداولة. فلا يجوز النطق

<sup>1</sup> هذا ما نصت عليه المادة/156 من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 . فيما جاء في المادة/171 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968: "يجوز للمحكمة عقب انتهاء المرافعة ان تنطق بالحكم في الجلسة ، ويجوز لها تأجيل اصداره الى جلسة اخرى قريبة تحدها ..."

<sup>2</sup> نصت المادة/158 من قانون المرافعات المدنية عراقى: "تصدر الاحكام بالاتفاق او بأكثرية الآراء ، فاذا تشعبت الآراء وجب على العضو الاقل درجة ان ينضم الى احد الآراء لتكوين الاكثرية".

بحكم شفاهي غير مكتوب ولو كان متفقا عليه بين أعضاء المحكمة ، أو مبرما من قبل قاضيه المنفرد ، وذلك لأن الحكم غير المكتوب باطل بطلانا لا يقبل التصحيح<sup>1</sup> ، لأنه فاقد لكيونته القانونية ، فلا يترتب عليه أي أثر قانوني ، لذا فهو والعدم سواء . ولذلك أطلق عليه الفقه القانوني اسم "الحكم المنعدم" وصفا لحقيقته ، وتمييزا له عن الحكم المستوفي لوجوده القانوني<sup>2</sup>.

ووجوب كتابة منطوق الحكم قبل تلاوته يستقى أيضا من صريح نص المادة/161 من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم 83 لسنة 1969 والتي جاء فيها: " يتلى منطوق الحكم علناً بعد تحرير مسودته وكتابة أسبابه الموجبة في الجلسة المحددة لذلك ..".

كذلك لا يجوز النطق بحكم غير موقع على مسودته من قاضي المحكمة المنفرد أو جميع أعضاء هيئتها القضائية ، حيث يلحق البطلان المطلق بالحكم غير الموقع عليه ممن أصدره . وتبرز أهمية التوقيع على الحكم بتوكيده على إنه قد تمت كتابته ممن وقعه ، وبدلالته على صدوره من قاض بعينه ، إذ أن عدم التوقيع على الحكم ممن أصدره فعلا يعادل صدوره عن أي شخص آخر لا يتمتع بسلطة قضائية مختصة بنظر الدعوى<sup>3</sup>.

وهذا الإتجاه سارت القوانين الاجرائية المدنية العربية محل المقارنة ، حيث نصت المادة/530 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم 90 لسنة 1983 : "يوقع القضاة الحكم قبل النطق به ، ويوقعه الكاتب فور ذلك ، وإلا كان الحكم باطلا". وبمثل هذا النص قضت أيضا المواد/121 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم 13 لسنة 1990 ، و278 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 09-08 لسنة 2008 ، و129ف1 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 11 لسنة 1992 ، و158ف3 من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني رقم 24 لسنة 1988 ، و160ف1 مرافعات مدنية عراقية<sup>4</sup>.

#### ثانياً / أن تتضمن مسودة الحكم المتلوي بيان منطوقه

منطوق الحكم القضائي هو الفقرة الحكمية التي انتهت إليها المحكمة في الدعوى المنظورة من قبلها . أنه القالب الذي يصاغ فيه ذلك الحكم ليصبح قابلاً للتنفيذ<sup>5</sup> ، إذ لا قيمة عمليا لحكم قضائي فاقد لإمكانية تنفيذه . وبمقتضى منطوق الحكم القضائي يحصل الخصم المحكوم له على الحماية القانونية ، لذا يجب أن يكون صريحا واضحا لا لبس فيه ، موجزا لا يتضمن تفصيلات أو تفريعات لا لزوم

<sup>1</sup> د. فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، ط1 ، 1959 ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ص 630 .

<sup>2</sup> لمزيد من التفصيل ينظر بحثنا " الحكم القضائي المنعدم " المنشور في العدد الخامس من مجلة جيل الأبحاث القانونية المعقدة ، ص 63 وما بعدها .

<sup>3</sup> د. فتحي والي ، مصدر سابق ، ص 630 .

<sup>4</sup> جاء في المادة/160 مرافعات مدنية عراقية : "1- يوقع على الحكم من قبل القاضي أو من رئيس الهيئة وأعضائها قبل النطق به.."

<sup>5</sup> ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، 1984 ، ص 93 .

لها ، دقيقا في ألفاظه البسيطة والبعيدة عن التعقيد<sup>1</sup>.  
ويجب أن تتضمن مسودة الحكم المتلو بيان منطوقه المحرر من قبل المحكمة والموقع من قبل قاضيها ، أو  
هيئتها القضائية بعد المداولة (م/161 مرافعات مدنية عراقية) ، وإلا فَقَدَت تلك المسودة صفة الحكم القضائي،  
حتى لو تضمنت سائر البيانات القانونية الأخرى التي قررها القانون<sup>2</sup>.

وفيما صرحت المادة/273 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية الجزائري باقتصار النطق بالحكم على  
تلاوة منطوقه فقط<sup>3</sup>، وأوجبت المادة/ 204 من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري على المحكمة تلاوة  
منطوق الحكم مع أسبابه ، أجاز القانون المصري أن يضاف الى منطوق الحكم المتلى تلاوة ما أستند عليه من  
أسباب موجبة تم تحريرها في مسودة الحكم ، دون أن يكون ذلك ملزما للمحكمة (المادة/174 مرافعات مدنية)<sup>4</sup>.  
وكذلك قضى القانون القطري (المادة/121 مرافعات مدنية) ، والقانون العماني (المادة/169 مرافعات مدنية)

وبيان الأسباب التي بني عليها الحكم القضائي ، أو ما يعرف في الفقه القانوني بـ((التسبيب)) ، يتحقق بذكر  
أسبابه القانونية والواقعية . ويراد بالأسباب القانونية نصوص التشريعات النافذة التي صدر الحكم القضائي  
طبقا لها ، أو ما أستتته المحكمة من أحد مصادر القانون الأخرى المنصوص عليها في المادة الأولى من القانون  
المدني العراقي بحسب ترتيبها أن لم تجد نصا تشريعا تستند إليه في الحكم<sup>5</sup> . أما الأسباب الواقعية فهي وقائع  
الدعوى وأدلتها التي يستند إليها الحكم . ويشترط في الأسباب الواقعية التي يستند إليها الحكم القضائي أن تكون

<sup>1</sup>المصدر السابق ، ص 98-101 .

<sup>2</sup> قضت المادة/162 مرافعات مدنية عراقية بان يشتمل اعلام الحكم على البيانات التالية : اسم المحكمة التي اصدرته وتاريخ  
اصداره واسماء القضاة الذين اصدره واسماء الخصوم ووكلائهم واثبات الحضور والغياب وخلاصة الدعوى وموجز  
بادعاءات الخصوم ودفعوهم وما استندوا اليه من وقائع وحجج قانونية والقرارات التي سبق صدورها فيها ، وما بني عليه الحكم  
من اسباب ومواد قانونية .

<sup>3</sup> جاء في المادة/273 من قانون الاجراءات المدنية والتجارية الجزائري: " يقتصر النطق بالحكم على تلاوة منطوقه في الجلسة من  
طرف الرئيس وبحضور قضاة التشكيلة الذين تداولوا في القضية".

<sup>4</sup> جاء في المادة/174 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري: " ينطق القاضي بالحكم بتلاوة منطوقه ، او بتلاوة منطوقه  
مع اسبابه ..".

<sup>5</sup> جاء في المادة/1 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951: "2- إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة  
بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب  
معين ، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة . 3- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق  
ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية " .

كافية ومنطقية ومستمدة من ذات الدعوى وأسانيدها ، ولا يجوز إسنادها لعلم القاضي الشخصي بما يتصل بالدعوى أو ظروفها<sup>1</sup> ، إذ ليس للقاضي أن يحكم بعمله الشخصي الذي حصل عليه من خارج المحكمة<sup>2</sup> .  
وإذا كان ما يفهم من نص المادة/161 مرافعات مدنية عراقية أن فعل التلاوة ينصب على منطوق الحكم وحده ، فأننا نرى أن

ذلك لا يمنع المحكمة من تلاوة أسباب الحكم مع منطوقه إن شاءت ذلك ، وذلك بالنظر الى أن مسودة الحكم المحررة قبل النطق بها تتضمن كتابة منطوقه وأسبابه الموجبة .

### ثالثاً / أن تتم تلاوة الحكم علناً

أجمعت القوانين الاجرائية المدنية العربية محل الدراسة على تلاوة منطوق الحكم علناً ، ولو كانت جميع جلسات المرافعة في الدعوى ، أو بعضها ، سرية (المواد/272 مرافعات مدنية جزائري ، 128 ف3 إجراءات مدنية اماراتي ، 158 ف2 أصول محاكمات مدنية أردني ، 161 مرافعات مدنية عراقية ، 533 أصول المحاكمات مدنية لبناني ، 121 مرافعات مدنية قطري ، 169 إجراءات مدنية عماني ، 204 أصول محاكمات مدنية سوري ، 174 مرافعات مدنية مصري) .

وفيما يُجمعُ الفقه القانوني على إن البطلان هو الجزاء المترتب على عدم تلاوة الحكم القضائي علناً ، وهو بطلان مطلق لتعلقه بالنظام العام<sup>3</sup> ، فان بعضاً من القوانين العربية قد نصت صراحة على ذلك ، كما جاء في نص المادة/174 من قانون المرافعات المدنية والتجارية مصري : "ويكون النطق علانية وإلا كان الحكم باطلاً" ، ومثله ما جاء في المواد/169 إجراءات مدنية عماني ، و121 مرافعات مدنية قطري ، و533 أصول محاكمات مدنية لبناني .

<sup>1</sup> د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية شرح احكام قانون المرافعات المدنية (دراسة مقارنة معززة بالتطبيقات القضائية)، ط1 ، دار السنهوري ، بغداد ، 2016 ، ص 437 .

<sup>2</sup> المادة/17 ف1 من قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل .

<sup>3</sup> ينظر: د. احمد ابو الوفا ، نظرية الاحكام في قانون المرافعات ، ط3 ، 1977 ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ص 96 . د. فتحي والي ، المبسوط في قانون القضاء المدني علماً وعملاً ، ج2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2017 ، ص380 . د. نبيل اسماعيل عمر ، النظام القانوني للحكم القضائي ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2015 ، ص 27 . د. محمد سعيد عبد الرحمن ، الحكم القضائي - أركانه وقواعد إصداره ، دراسة تأصيلية تحليلية تطبيقية مقارنة ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2011 ، ص 270 . د. احمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، 2010 ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، ص 827 . عز الدين الديناصوري وحامد عكاز ، التعليق على قانون المرافعات ، ج4 ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2015 ، ص660 . د. عصمت عبد المجيد بكر ، اصول المرافعات المدنية ، ط1 ، منشورات جامعة جيهان الخاصة ، اربيل ، 2013 ، ص 685 . عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ، ج3 ، ط2 ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2008 ، ص 205 . د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص 439 . د. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ص 356 .



وتتحقق تلاوة الحكم العلنية بقراءة مسودة منطوقه ، أو منطوقه مع أسبابه ، بصوت عالٍ في الجلسة المحددة لذلك<sup>1</sup>.

ومما تجدر الإشارة إليه إن أغلب القوانين الإجرائية العربية استخدمت كلمة "يُنطق" بالحكم في موقع النص على تلاوته علنا ، فيما أنفرد قانون المرافعات المدنية العراقي باستخدام كلمة "يُتلى" الواردة في صدر المادة/161 مرافعات مدنية ، وهي كلمة أكثر دلالة من سابقتها على طبيعة العلنية المطلوبة في تلاوة الحكم القضائي . فالدلالة اللغوية لكلمة "يُتلى" هي : القراءة بصوت مرتفع مسموع ، فيما تدل كلمة "يُنطق" على التكلم بصوت وحروف تؤدي المعاني ، ولو كان الصوت خافتاً<sup>2</sup>.

### رابعا / مكان وزمان تلاوة الحكم القضائي

لم تحدد قوانين الإجراءات العربية مكانا معيننا بالذات لتلاوة الحكم القضائي ، سوى قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الذي صرح في المادة/535 منه : " يصدر الحكم في مقر المحكمة ..". غير أن ما يفهم من سياق النصوص الخاصة بتلاوة الحكم في القوانين الاخرى ، أن تلاوته تتم في قاعة المرافعات ، إذ هي المكان المخصص لإنعقاد جلسات المحكمة للنظر في الدعاوى المعروضة عليها والفصل فيها . ولكن ليس ثمة ما يمنع من تلاوة المحكمة للحكم في غرفة المشاورة الملحقة بقاعة المرافعات ، أو في غرفة القاضي أن كان منفردا ، أو رئيسها ، أو أيا من قضاتها ، أن كانت مشكلة من هيئة قضائية بشرط مراعاة مبدأ العلانية ، إذ يتوجب حينها الإبقاء على باب الغرفة المعنية مفتوحا ، وأن يتم تكليف حاجب المحكمة بالمناداة ببدء جلسة النطق بالحكم . فاذا ما تخلف أي من هذين الأمرين

أفتقدت جلسة النطق بالحكم علانيتها<sup>3</sup> ، وشاها البطلان .

إما عن زمان تلاوة الحكم القضائي ، فالقاعدة أن سائر قوانين الإجراءات العربية تقضي بتلاوته في مواعده الذي سبق تحديده في جلسة ختام المرافعة ، سواء كان هذا الموعد في ذات اليوم عقب ختام المرافعة ، أو في يوم آخر حددته المحكمة لهذا الغرض<sup>4</sup>. وفي كلتا الحالتين يسوغ للمحكمة تلاوة الحكم في أي وقت ضمن حدود دوامها الرسمي ، مالم تكن قد حددت سلفا ساعة معينة لذلك .

ولا يخل بهذه القاعدة جواز تأجيل موعد النطق بالحكم القضائي من قبل محكمة الموضوع عندما يستدعي الأمر ذلك ، وذلك لأن تأجيل موعد النطق بالحكم حينذاك إنما يتم وفقا لرخصة منحها القانون لمحكمة

<sup>1</sup> د. محمد سعيد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص 270 .

<sup>2</sup> جبران مسعود ، المعجم الرائد ، ط7 ، دار العلم للملايين ، بيروت ، 1992 ، ص 625 . معجم المعاني الجامع ، صفحة على الشبكة العنكبوتية [www.almaany.com](http://www.almaany.com) ، تاريخ الزيارة 2017/12/25 .

<sup>3</sup> د. محمد سعيد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص 286 .

<sup>4</sup> تنظر المواد/156 مرافعات مدنية عراقي و171 مرافعات مدنية مصري و158 ف2 اصول محاكمات مدنية اردني و271 اجراءات مدنية جزائري و202 اصول محاكمات مدنية سوري و167 اجراءات مدنية عماني و122 مرافعات مدنية قطري و531 اصول محاكمات مدنية لبناني .

الموضوع . حيث صرحت أغلب القوانين الإجرائية العربية بجواز تأجيل موعد إصدار الحكم قبل النطق به عندما يقتضي الحال ذلك . فقضت المادة/172 مرافعات مدنية مصري بجواز تأجيل النطق بالحكم مرة ثانية على أن تبين المحكمة في محضر الجلسة الأسباب التي حملتها على التأجيل ، وأن تعين فيه موعدا جديدا للنطق به<sup>1</sup>. ووفقا لذات المادة أيضا يجوز لمحكمة الموضوع أن تكرر التأجيل مرة أخرى فقط<sup>2</sup>.

ومع أن المشرع العراقي لم يورد نصا صريحا في قانون المرافعات المدنية على جواز تأجيل موعد النطق بالحكم القضائي أسوة بما قرره المشرع المصري ومشرعي القوانين الاجرائية العربية الاخرى ، فإن ما يفهم من صريح نص المادة/157 ف2 مرافعات مدنية عراقي هو إجازة المشرع العراقي هذه الرخصة لمحكمة الموضوع إذا ما رأت أن الحال تقتضي ذلك . سوى أن المشرع العراقي قد أشتراط أن يتم تأجيل موعد النطق بالحكم القضائي بمرافعة جديدة ، حيث يتوجب على محكمة الموضوع أن تقرر فتح باب المرافعة مجددا في الدعوى قبل إنقضاء موعد النطق بالحكم فيها ، ودعوة اطرافها لموعد محدد ، ثم تعلن في المرافعة الجديدة بيان الأسباب التي حملتها على فتح باب المرافعة مجددا ، ثم تقرر ختامها مع تعيين موعد جديد لإصدار حكمها في الدعوى<sup>3</sup>. وهذا يعني أن تأجيل موعد إصدار الحكم في القانون العراقي يتم وفقا لأجراء محدد ومرسوم بنص القانون (وهو فتح باب المرافعة مجددا في الدعوى المنظورة) ، وذلك خلافا لما هو عليه الحال في القوانين الإجرائية العربية الأخرى التي منحت محكمة الموضوع هذه الرخصة دون أن تقيدها بأكثر من ذكر الأسباب التي حملتها على التأجيل في محضر جلسة النطق بالحكم .

ولعل من المهم التأكيد على إن تأجيل موعد النطق بالحكم القضائي ، إنما يجب أن يتم قبل إنقضاء أجل مواعده المحدد سلفا ، حيث لا يسوغ لمحكمة الموضوع أن تركز الى تأجيل موعد النطق بالحكم في الدعوى المنظورة من قبلها بعد إنقضاء مواعده المحدد سلفا ، وأيا كان سبب إنقضاء الموعد المحدد للنطق بالحكم دون تلاوته ، وذلك لان هذا التأجيل إنما قرره المشرع لتلافي أثر البطلان الذي سيرتبه القانون على عدم تلاوة الحكم القضائي في مواعده المحدد . فهو -اذن- إجراء سابق يتوجب إتخاذه لتلافي أثر حتمي لاحق ، وهذا ما يعني تماما أن هذا الإجراء لن يترتب عليه أي أثر قانوني أن تم بعد إنقضاء الموعد المحدد لتلاوة الحكم القضائي .

<sup>1</sup>تنص المادة/172 مرافعات مدنية مصري على : "إذا اقتضت الحال تأجيل اصدار الحكم مرة ثانية صرحت المحكمة بذلك في الجلسة مع تعيين اليوم الذي يكون فيه النطق به وبيان اسباب التأجيل في ورقة الجلسة وفي المحضر" . ومثلها المواد/ 202 اصول محاكمات مدنية سوري و122 مرافعات مدنية قطري و 168 اجراءات مدنية عماني و158 ف2 اصول مدنية محاكمات أدني و531 اصول محاكمات مدنية لبناني و271 اجراءات مدنية جزائري.

<sup>2</sup>جاء في الشطر الاخير من المادة أعلاه " ولا يجوز لها تأجيل اصدار الحكم بعدئذ الا مرة واحدة" . ومثله الشطر الاخير من المادة/168 اجراءات مدنية عماني .

<sup>3</sup>نصت المادة: "يجوز للمحكمة فتح باب المرافعة مجددا اذا ظهر لها ما يستوجب ذلك على ان تدون ما يبرر هذا القرار" .

### خامسا / حضور القضاة الذي أشاركوا في المداولة جلسة النطق بالحكم القضائي

قضت أغلب القوانين الاجرائية العربية بوجود حضور القضاة الذين أشاركوا في المداولة جلسة النطق بالحكم فيها ، فجاء في المادة/170 مرافعات مدنية مصري : "يجب أن يحضر القضاة الذين اشتركوا في المداولة تلاوة الحكم ، فاذا حصل لأحدهم مانع وجب أن يوقع مسودة الحكم" . وبمثل هذا النص في المواد/ 121 مرافعات مدنية قطري ، 166 اجراءات مدنية عماني ، 201 أصول محاكمات مدنية سوري ، 128 ف4 اجراءات مدنية اماراتي ، 158 ف4 أصول محاكمات مدنية اردني ، 273 اجراءات مدنية جزائري . ولقد قضى القانون اللبناني بجواز حضور أي من أعضاء الهيئة القضائية لجلسة تلاوة الحكم (المادة/533 أصول محاكمات مدنية لبناني) ، فيما لم ينص قانون المرافعات المدنية العراقي على شيء ؛ إلا أنه يفهم من نص المادة/158 منه<sup>1</sup> وجوب إجتماع جميع أعضاء الهيئة القضائية للمحكمة لإصدار الحكم ، وهو ما يعني وجوب حضورهم جلسة تلاوته ، وذلك بالنظر الى أن اصدار الحكم لا يتحقق إلا بتلاوته علنا .

ويتلى منطوق الحكم من قبل قاضي المحكمة المنفرد ، أو رئيس الهيئة القضائية ، أو احد اعضائها إذا تعذر على الرئيس تلاوته ، ولا يجوز إيكال هذه المهمة إلى كاتب الضبط أو سواه من موظفي المحكمة ، فذلك يقلل من هيبتها<sup>2</sup>.

ويجوز تلاوة الحكم القضائي بغياب أحد أعضاء الهيئة القضائية التي أصدرته عند تعذر حضوره لمرض أو لسبب قاهر بشرط أن يكون ذلك العضو قد وقّع على مسودة منطوق الحكم ، فإن لم يكن قد وقّع عليها فلا يجوز تلاوتها حتى وأن كان قد اشترك في المداولة السابقة لتحريرها ، ولن يعتد بها منطوقا للحكم إن تليت لبطلانها بطلانا مطلقا وعلى الوجه المبين في الفقرة أولا من هذا المطلب .

والقانون العراقي – وشأنه في ذلك شأن سائر القوانين الإجرائية المدنية العربية موضوع هذا البحث -لا يوجب حضور الخصوم جلسة تلاوة منطوق الحكم ، ولا يؤثر فيها بأي حال حضورهم أو غيابهم .فوفقا للشطر الأخير من المادة/161 مرافعات مدنية عراقي ، فإن طرفي الدعوى يعتبران مُبلغين بالحكم منذ لحظة تلاوته علنا تلقائيا إذا كانت المرافعة قد جرت بحقهما حضوريا ، أما إذا جرت بحق أي منهما غيابيا ، فيجب تبليغ الخصم الغائب بالحكم أصوليا .

### المطلب الثاني : النطاق الموضوعي لإخفاق المحكمة بتلاوة منطوق الحكم القضائي

عرفنا فيما سبق أن تلاوة منطوق الحكم القضائي في مواعده المحدد ، هي شهادة ميلاده والدليل على وجوده القانوني . فالقرار الذي أنهت إليه محكمة الموضوع -بعد المداولة- فاصلا في موضوع الدعوى المنظورة من قبلها ، حاسما للنزاع بين طرفيها ، لن يترتب عليه أي أثر قانوني ملزم بشأن موضوعها أو تجاه طرفيها ، وأن أستوفى

<sup>1</sup> جاء في المادة/158 مرافعات مدنية عراقي : "تصدر الاحكام بالاتفاق او بأكثرية الآراء ، فاذا تشعبت الآراء وجب على العضو الاقل درجة ان ينضم الى احد الآراء لتكوين الاكثرية" .

<sup>2</sup> ضياء شيت خطاب ، مصدر سابق ، ص 111 .

كافة الإجراءات الإخرى المطلوبة قانوناً لإصداره ؛ إنما يكتسب قوته الملزمة ، ويرتب كافة آثاره القانونية عند إكمال تلاوته علناً . فبدون تلاوته علناً يبقى مجرد "مشروع قرار حكم" ، إذ يندم وجوده كحكم قضائي ، وتنعدم معه كافة الآثار القانونية المترتبة على صدوره صحيحاً . لذلك قضت سائر القوانين الإجرائية المدنية العربية موضوع المقارنة في هذا البحث ببطان الحكم غير المتلو ، فجاء في المادة/174 مرافعات مدنية مصري : "ينطق القاضي بالحكم بتلاوة منطوقه ، أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه ، ويكون النطق به علانية وإلا كان الحكم باطلاً" . ومثلها المواد/533 أصول محاكمات مدنية لبناني و129 إجراءات دنية إماراتي و169 إجراءات مدنية عماني و 121 مرافعات مدنية قطري . ومع أن المشرع العراقي لم يصرح ببطان الحكم غير المتلو علناً ، إلا أن القضاء العراقي قد أستقر على إعتبره باطلاً ، فجاء في قرار محكمة التمييز الإتحادية : " لوحظ أن المحكمة بعد أن قررت ختام المرافعة في الدعوى وحددت موعداً لتلاوة القرار .. إلا إنها في الموعد المذكور أصدرت حكمها المميز خلافاً لأحكام المادة/161 من قانون المرافعات المدنية التي أوجبت تلاوة منطوق الحكم علناً بعد تحرير مسودته وكتابة أسبابه في الجلسة المحددة لذلك ، وحيث أن النطق بالحكم معناه تلاوته في جلسة علنية مما يترتب على ما تقدم بطلان الحكم المميز ، لذا قرر نقضه"<sup>1</sup> .

وعلى الصعيد العملي فإن عدم تلاوة منطوق الحكم في مواعده المحدد يرجع – كما سبق وذكرنا في مقدمة هذا البحث - أما إلى إهمال المحكمة تلاوته أو إغفالها ذلك ، وإما إلى عدم تمكنها من تلاوته . والأختلاف الجوهرية بين الحالتين هو أن المحكمة في الحالة الأولى قد أصدرت "قراراً"<sup>2</sup> في الدعوى المنظورة من قبلها دون تلاوته

علناً في مواعده المحدد ، حيث أنها قد تنصلت عن تلاوة منطوقه رغم إستطاعتها ذلك ؛ بمعنى أن عدم تلاوة منطوق الحكم يعود لتقصير منها في أداء ما يوجبها عليها القانون ، سواء كان سبب تقصيرها لإهمالها هذا الإجراء الوجوبي أو لإغفالها له . وقد سبق البيان بان البطلان

هو الجزاء المترتب قانوناً على "القرار" الصادر عن المحكمة في هذه الحالة<sup>3</sup> .

أما في الحالة الثانية فإن عدم تلاوة المحكمة لمنطوق حكمها في مواعده المحدد إنما يعود لإخفاقها في إنجاز هذا الأمر لأسباب خارجة عن إرادتها ، منعت إلتزامها في المكان والزمان المعينين لتلاوته . ومن الأمثلة الدالة على

<sup>1</sup>القرار رقم 47/الهيئة المدنية/منقول/2013 في 2013/1/10 . منشور على الموقع الإلكتروني لمجلة التشريع والقضاء [www.tqmag.net](http://www.tqmag.net) .

<sup>2</sup>والفقه القانوني يميز بين القرار والحكم ، حيث ان القرار الذي تنتهي اليه المحكمة بعد مداولتها في موضوع الدعوى المعروضة عليها لا يكتسب صفة الحكم القضائي الا بعد النطق به بتلاوة منطوقه علناً . ينظر : د. احمد ابو الوفا ، نظرية الأحكام ، مصدر سابق ، ص 100 . د. محمد سعيد عبدالرحمن ، مصدر = سابق ، ص 271 . د. آدم وهيب النداوي ، مصدر سابق ، ص 356 . عبد الرحمن العلام ، مصدر سابق ، ص 161 . د. نبيل اسماعيل عمر و د. احمد خليل ، قانون المرافعات المدنية (دراسة مقارنة) ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2004 ، ص 484

<sup>3</sup>وقد اشرنا في مقدمة هذا البحث الى مقال سابق لنا تناول هذه الحالة .

هذه الحالة ، أن يُعلن اليوم المحدد للنطق بالحكم – بعد تحديده في جلسة ختام المرافعة- عطلة رسمية لعموم مؤسسات الدولة . أو أن تحول ظروف طارئة دون إنتظام العمل في كل أراضي الدولة ، أو جزء منها ، فتمنع المؤسسات الرسمية -ومنها المحاكم- من أداء واجباتها في ذلك اليوم ، كما في حالات الفوضى والعنف المصاحب للتظاهرات . أو أن يمتنع على المحكمة (عندما تكون مشكلة من هيئة قضائية) الإلتئام بتشكيلتها التي نظرت الدعوى وتداولت في موضوعها ووقعت على مسودة منطوق الحكم فيها ، وذلك أما لوفاء أحد اعضاءها ، أو لصدور أمر عاجل بنقله ، أو بإحالته على التقاعد ، أو بإبعاده عن تشكيلة المحكمة ، أو بتعليق صفته القضائية أو تجريدته منها .. الخ . أو لأي سبب آخر من الأسباب التي تحول بين المحكمة وبين إلتئامها بذات تشكيلتها المقررة في الموعد المحدد لتلاوة منطوق الحكم القضائي . حيث إن ما أوردناه من الصور المتوقعة لهذه الحالة ، إنما جاء على سبيل المثال ، وليس على سبيل الحصر .

ومنعا لاحتمالية الخلط أو اللبس بين ما تشمله هذه الحالة من الوقائع وما يخرج عنها ، يقتضي الأمر تحديد نطاقها موضوعيا. فلتحقق حالة إخفاق المحكمة بتلاوة منطوق حكمها القضائي ، لا بد من توافر الشروط الثلاثة التالية في الواقعة المانعة لإلتئامها بتشكيلتها المقررة وهي :

1- أن تكون الواقعة غير متوقعة : بمعنى أن الواقعة التي منعت المحكمة من الإلتئام وحالت بينها وبين تلاوة منطوق حكمها في مواعده المحدد ، لم تكن ، عند ختام المرافعة في الدعوى وتحديد موعد النطق بالحكم فيها، مما يمكن للمحكمة العلم بإمكانية حدوثه أو توقعه بناء على معطيات موضوعية (وليسست حدسية) . وترتبطا على ذلك – مثلا- لن يدخل ضمن حالة إخفاق المحكمة تلاوة منطوق حكمها القضائي لو صادف اليوم المحدد لتلاوته عطلة عيد الاضحى أو عيد الفطر أو أي من المناسبات الدينية الأخرى الواردة ضمن العطل المقررة رسميا ، وذلك لأن مثل هذه المناسبات ، التي تحدد وفقا للتقويم الهجري ، هي مما يمكن توقعه وحصر حلوله بواحد من يومين في التقويم الميلادي المعتمد في الدولة العراقية<sup>1</sup> أعلى أقصى حد (فعدة الشهر في التقويم الهجري تتراوح بين تسع وعشرين أو ثلاثين يوما) . وبالتالي يقع ضمن إمكانية علم المحكمة توقع حلول المناسبة المعنية من عدمها ، مما لا يمنحها مبررا لتحديد موعد تلاوة الحكم القضائي في أي من يومها المتوقعين.

2- أن تمنع الواقعة إلتئام المحكمة في محل عملها ؛ أي أن تحول الواقعة دون التئام المحكمة بتشكيلتها المقررة في المكان المعتاد والمحدد لانعقادها ، وهو دار القضاء (في الناحية او القضاء او المحافظة او المركز) . والحيولة المعنية هنا تشمل عموم دار القضاء وليس جزء منها فقط . فلو أدى حدث طارئ في اليوم المحدد لتلاوة منطوق الحكم القضائي – مثلا- الى غرق غرفة المرافعة في المحكمة بالمياه ، أو إنقطاع التيار الكهربائي عنها ، أو إنهيار جزء من سقفها أو جدرانها ، مما يمنع إنعقاد المحكمة فيها ، فأن مثل هذه الواقعة التي أصابت جزءا من بناية دار القضاء فقط دون سائر أجزائها الأخرى ، لا تشكل إخفاقا يمنع المحكمة من تلاوة منطوق حكمها ، إذ يسوغ لها – كما سبق وقدمنا – تلاوة منطوق الحكم في غرفة رئيسها أو أي من أعضائها أو أي مكان

<sup>1</sup> نصت المادة/9 من القانون المدني العراقي على : "تحتسب المواعيد بالتقويم الميلادي مالم ينص القانون على غير ذلك" .

آخر يقع ضمن دار القضاء شرط الإعلان عنه ، وتكون تلاوتها للحكم حينها صحيحة مستوفية لشروطها القانونية .

3- أن تستغرق الواقعة كامل يوم العمل ؛ بمعنى أن تقع الواقعة التي تحول دون إلتنام المحكمة في اليوم المحدد لتلاوة منطوق الحكم القضائي وتستمر حتى نهاية الدوام الرسمي لذلك اليوم . فلو أنهت الواقعة وزالت آثارها بعد فترة وجيزة من حدوثها ، وأنتظم العمل في دار القضاء للمتبقي من ذلك اليوم ، وجب على محكمة الموضوع التقيد بما قرره مسبقا وتلاوة منطوق حكمها وفق الاصول المرعية ، وبعبءه تعد متصلة عن الوفاء بكامل مسؤوليتها القانونية ، ولا يدخل تنصلها هذا ضمن حالة الإخفاق بتلاوة الحكم القضائي موضوع بحثنا هذا .

وبتوافر هذه الشروط الثلاثة مجتمعة يصح إعتبار الواقعة التي منعت المحكمة من تلاوة منطوق حكمها في مواعده المحدد سلفا ضمن حالة إخفاق المحكمة بتلاوته ، ويدخلها ضمن دائرة المعالجات التي سنتناولها في المطلب التالي .

#### المطلب الثالث : معالجات حالة إخفاق المحكمة بتلاوة منطوق حكمها وتقييمها

لم نقف على نص قانوني صريح في سائر القوانين الاجرائية العربية يعالج حالة إخفاق المحكمة بتلاوة منطوق حكمها القضائي في مواعده المحدد ، إلا أنه ، وبسبب من تكرار هذه الحالة في العراق لمرات عديدة<sup>1</sup>، برز إتجاهين مختلفين في القضاء العراقي لمعالجتها . حيث يرى الإتجاه الأول بأن يصار الى تلاوة منطوق الحكم في يوم العمل التالي لموعده المحدد سلفا ، إتباعا لما تقضي به المادة/24 مرافعات مدنية والتي نصت : "إذا صادف يوم المرافعة عطلة رسمية ، فيعتبر تاريخ المرافعة هو يوم العمل الذي يلي العطلة" . فطبقا لهذا النص -هكذا يقول أصحاب هذا الإتجاه -على المحكمة تلاوة منطوق الحكم القضائي في يوم العمل التالي للعطلة الرسمية . وتبعاً لذلك فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية : "لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون لأن محكمة الموضوع أصدرت حكمها المميز في يوم عطلة رسمية وهو يوم 2013/11/11 (عطلة هطول الامطار) في مدينة بغداد ، وحيث أنه إذا صادف يوم المرافعة عطلة رسمية فيعتبر تاريخ المرافعة هو يوم العمل الذي يلي العطلة (المادة/24 من قانون المرافعات المدنية) لذا كان المتعين إعتبار يوم العمل الذي يلي العطلة هو موعداً للنطق بالحكم لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى الى محكمتها لإتباع

<sup>1</sup> مثاله توجيه امانة مجلس الوزراء في العراق باعتبار يوم الاثنين 2013/11/11 عطلة رسمية بسبب استمرار تساقط الامطار وغرق الطرق . وايضا توجيهها باعتبار يوم الخميس 2017/9/9 عطلة رسمية بسبب ارتفاع درجة الحرارة . وايضا توجيهها باعتبار يوم الاحد 2017/12/31 عطلة رسمية اكتمالا لأعياد الانتصار في معارك تحرير الاراضي الوطنية من سيطرة الارهابيين

ما تقدم ..<sup>1</sup> فيما يرى أصحاب الإتجاه الثاني أن يصار الى فتح باب المرافعة مجددا لتحديد موعد جديد لتلاوة الحكم القضائي ، إستنادا لأحكام المادة/157ف2 مرافعات مدنية والتي نصت على " يجوز للمحكمة فتح باب المرافعة مجددا إذا ظهر لها ما يستوجب ذلك على أن تُدَوَّن ما يبرر هذا القرار " . وإتباعا لذلك فقد قضت محكمة بغداد الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية نقض قرار الحكم الصادر عن محكمة بداءة الكراة بالعدد 211/ب/2013 في 2013/7/30 لإصداره في اليوم التالي لموعده المحدد سلفا وذلك لمصادفة ذلك الموعد عطلة رسمية عملا بنص المادة/24 مرافعات مدنية ، لإعتبار ذلك الإجراء مخالف للقانون حيث أن المادة/24 مرافعات مدنية تخص إجراءات المرافعات ولا تخص إجراءات إصدار الأحكام.<sup>2</sup>

جلي أن مناط الإختلاف بين الإتجاهين هو رؤية كل منهما لجلسة النطق بالحكم القضائي ، فالإتجاه الأول يرى بأن جلسة النطق بالحكم القضائي هي جلسة مرافعة ، وبالتالي تنطبق عليها الشروط والقواعد الخاصة بالمرافعات المسطورة في متن قانون المرافعات المدنية النافذ ، ومما يترتب عليه – بشأن حل إشكالية هذا البحث – أن يطبق حكم المادة/24 مرافعات مدنية ، فينطق بالحكم القضائي الذي صادف موعد تلاوته عطلة رسمية ، في أول يوم عمل تالي للعطلة . ويُدَعَّم أصحاب هذا الإتجاه رأيهم محتجين بأن الحكم القضائي إنما يصدر في جلسة كسائر الجلسات التي تتشكل منها المرافعة من حيث ضرورة حضور تشكيلة المحكمة (سواء كانت من قاضٍ منفرد أو من هيئة قضائية) ، ومن حيث خضوعها لذات القواعد القانونية الأخرى المنظمة لجلسات المرافعات كالعلانية والولاية القضائية وصلاحيات المحكمة ، وإنما تختلف عنها في فقط في أمكانية السير فيها دون حضور أي من أطراف الدعوى وهو أمر إستثنائي تمليه ضرورة النطق بالحكم القضائي في موعده المحدد دون أن يعلق ذلك على حضور أي من طرفي الدعوى أو كلاهما. ويضيفون على ما تقدم بأنه لم يرد في القانون أي نص يعتبر جلسة النطق بالحكم القضائي ذات طبيعة خاصة . كما ويؤكدون أن العمل بهذا الإتجاه يفضي الى الحد من إطالة

أمد النزاع المعروض على المحكمة.<sup>3</sup>

ويرى الإتجاه الثاني بأن جلسة النطق بالحكم القضائي هي جلسة ذات طبيعة خاصة ، فهي ليست جلسة مرافعة ، لأنها تنعقد بعد سبق القرار من المحكمة بختام المرافعة في الدعوى المنظورة ، وبالتالي فلا تشملها القواعد المقررة للمرافعات في القانون . مما يقتضي معه إعمال نص المادة/157ف2 مرافعات مدنية التي تجيز لمحكمة الموضوع فتح باب المرافعة مجددا في الدعوى عندما يستوجب الحال ذلك .

<sup>1</sup> القرار رقم 9946/هيئة الاحوال الشخصية/2013 في 2013/12/18 . نقلا عن القاضي سالم روضان الموسوي ، مصادفة موعد جلسة تلاوة الحكم والنطق به يوم عطلة رسمية (وجهة نظر) ، مقال منشور على موقع السلطة القضائية العراقية الالكتروني /www.iraqja.iqLview.2908/ .

<sup>2</sup> القرار رقم 722/م/2013 في 2013/6/17 . نقلا عن القاضي سالم روضان الموسوي . المصدر السابق .

<sup>3</sup> القاضي سالم روضان الموسوي ، المصدر السابق .

ولتقييم رؤية كل إتجاه من هذين الإتجاهين للوقوف على مدى توافقها مع أحكام القانون ، يقتضينا البحث مراجعة قانون المرافعات المدنية لمعرفة ما إذا كانت جلستي المرافعة وتلاوة منطوق الحكم القضائي تجتمعان على قواعد مشتركة بينهما، أم تختص كل منهما بقواعد خاصة تميزها عن الأخرى. وبالتدقيق في نصوص القانون نستخلص ما يلي :-

1- فمن حيث الطبيعة القانونية لكل جلسة .. فإن القاعدة المستقاة من نص المادة/156 مرافعات مدنية تقضي بأن تلاوة منطوق حكم الدعوى المنظورة يجب أن يعقب قرار محكمة الموضوع ختام المرافعة فيها؛ وبما يعني أن جلسة تلاوة منطوق الحكم القضائي في الدعوى إنما تنعقد بعد إعلان المحكمة ختام جلسات المرافعة فيها. فالجلستان - إذن - متتاليتان متعاقبتان زمنياً بنص القانون، حتى لو أنعقدت جلسة تلاوة منطوق الحكم، وتمت تلاوته، في ذات اليوم الذي أختتمت فيه جلسات المرافعة، إذ لكل منهما نقطتي إبتداء وإنهاء. فالتالية منهما (جلسة تلاوة منطوق الحكم) لا يمكن أن تبدأ إلا بعد أن تعلن المحكمة بقرار صريح ختام الأولى (جلسة المرافعة). وعليه فلا مورد قانوناً لإتبارهما جلسة واحدة .

ثم ما دام القانون يضيف على كل جلسة منهما وجوداً مستقلاً، لذا فمن البديهي أن يخص كل منهما بقواعد تميزها عن الأخرى. وعليه لن يصح قانوناً إعتبارهما من طبيعة قانونية واحدة، وإشراكهما معا بما أرساه القانون قواعداً منظمة لأي منهما.

2- ومن حيث القواعد المنظمة لكل جلسة ..فإن إعتقاد جلسة تلاوة منطوق الحكم القضائي لا يستلزم، وفقاً لنص المادة/161 مرافعات مدنية ، حضور طرفي الدعوى أو أي منهما . حيث قضت المادة إعتبارهما مُبَلَّغين بالحكم تلقائياً إذا كانت المرافعة قد جرت بحقهما حضورياً. بينما، ووفقاً لما قرره المادة/51 مرافعات مدنية<sup>1</sup>، لا تنعقد جلسة المرافعة إلا بحضور طرفي الدعوى أو أحدهما على الأقل. وعند عدم حضور أي منهما، لا تنعقد جلسة المرافعة، وأوجب القانون على المحكمة حينئذ ترك الدعوى للمراجعة (المادة/54ف1 مرافعات مدنية)<sup>2</sup> لمدة عشرة أيام تبطل بعدها بحكم القانون إذا لم يراجع لتجديدها أي من الخصوم خلال هذه المدة .

كذلك أوجبت المادة/161 مرافعات مدنية أن تتم تلاوة منطوق الحكم علناً في الجلسة المخصصة له ، حتى وإن كانت جميع جلسات المرافعة في الدعوى سرية . فالسلطة التي منحها القانون لمحكمة الموضوع ، بموجب

<sup>1</sup> جاء في نص المادة/51 مرافعات مدنية عراقي: "في اليوم المحدد للمرافعة يجب على المحكمة ان تتحقق من اتمام البلاغات وصفات الخصوم ، ويحضر الخصوم بأنفسهم او بمن يوكلونه من المحامين ..."

<sup>2</sup> نصت المادة/54ف1 مرافعات مدنية عراقي: "تُترك الدعوى للمراجعة اذا اتفق الطرفان على ذلك ، او اذا لم يحضرا رغم تبليغهما او رغم تبليغ المدعي ، فاذا بقيت الدعوى كذلك عشرة ايام ولم يطلب المدعي او المدعى عليه السير فيها ، تعتبر عريضة الدعوى مبطله بحكم القانون ؟"



الماد/61 ف1 مرافعات مدنية<sup>1</sup>، لإجراء المرافعة سرية في الدعوى المنظورة من قبلها تنتهي عند إعلانها ختام المرافعة فيها .

أن هذا التمايز في قواعد أساسية منظمة لجلستي المرافعة وتلاوة منطوق الحكم القضائي ، إذ يكشف عن إختصاص كل منهما بقواعد تنظيمية خاصة ، فانه يؤكد - من جانب آخر- الطبيعة الخاصة المستقلة لكل جلسة من هاتين الجلستين ، وبما لا ينهض معه أي مبرر للخلط بينهما ، أو النظر اليهما كوحدة إجرائية واحدة .

وهكذا ننتهي مما تقدم الى أن رؤية الإتجاه الثاني هي الأكثر إحاطة بفحوى قانون المرافعات المدنية ، والأدق فهما لنصوصه التي تفسح ودون أدنى لبس بأن القواعد الأساسية المنظمة لجلسة تلاوة منطوق الحكم القضائي تتمايز عن القواعد المنظمة لجلسة المرافعة ، بل وتتعارض معها في أكثر من موضع ، وبما يوجب عدم الخلط بين طبيعة الجلستين ، ويعزز النظر لكل منهما كوحدة قانونية مستقلة وقائمة بذاتها .

نتوصل مما سبق البحث فيه الى ترجيح العمل بمعالجة الإتجاه الثاني لحالة إخفاق المحكمة بتلاوة منطوق الحكم القضائي في موعده المحدد والتي تقضي بفتح باب المرافعة مجددا في الدعوى وتحديد موعد جديد للنطق بالحكم فيها .

خاتمة :

أولاً: الاستنتاجات

تعتبر التلاوة العلنية لمنطوق الحكم القضائي شهادة ميلاده الفعلية . فبدونها يفقد القرار الذي تصدره محكمة الموضوع فاصلا في الدعوى المنظورة من قبلها صفة الحكم القضائي ، ولا تترتب عليه أية آثار قانونية تجاه طرفي الدعوى أو موضوعها . ولهذا نصت سائر القوانين الإجرائية العربية على بطلان الحكم غير المتلو علنا .

ولكن قد يطرأ ظرف يمنع المحكمة - دون إرادتها- من إتمام هذا الإجراء في موعده المحدد سلفا ، مما يطرح إشكالية معالجة الأثر المترتب على إخفاقها إستكمال إجراءات إصدار حكمها على الوجه المقرر قانونا . ومع عدم وجود نص قانوني صريح يعالج هذه الإشكالية ، فقد أجتهد القضاء العراقي بوضع حلين مختلفين لها . قضى الأول منهما بإمكانية تلاوة منطوق الحكم في يوم العمل التالي لموعده المنقضي . فيما قضى الثاني بفتح باب المرافعة مجددا لتحديد موعد جديد لتلاوته .

<sup>1</sup> نصت المادة/61 ف1 مرافعات مدنية عراقي: "تكون المرافعة علنية الا اذا رأت المحكمة - من تلقاء نفسها او بناءً على طلب احد الخصوم- اجراءها سراً محافظةً على النظام العام او مراعاةً للأداب ولحرمة النساء".

وبعد تقييمنا للحلين المطروحين وجدنا أن قانون المرافعات المدنية العراقي يميز بين جلسة المرافعة وجلسة النطق بالحكم القضائي ، مما يقتضي عدم الخلط بينهما ، وأستقلالية كل منهما بما هو مقرر لها من أحكام . ولذلك أتهينا الى صحة الحل الثاني ، والذي يقضي بمعالجة هذه الإشكالية من خلال فتح باب المرافعة مجددا لتعيين موعد جديد لتلاوة منطوق الحكم القضائي بعد إخفاق المحكمة بتلاوته في مواعده السابق .

#### ثانياً : التوصيات

بالنظر لتكرار ظروف الحالة السالف ذكرها في العراق ، وحرصا على إستقرار القضاء على إتجاه واحد بشأنها ، نوصي بضرورة أن يضيف المشرع العراقي نصا صريحا الى قانون المرافعات المدنية يقن لمعالجتها. ونقترح لذلك أن تلحق العبارة التالية بنص المادة/161 مرافعات مدنية : " فإذا أخفقت المحكمة بتلاوته - دون إرادتها- طبقت أحكام الفقرة2 من المادة/157 من هذا القانون".

#### قائمة المصادر والمراجع:

##### اولا - الكتب

- 1- د. احمد ابو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، ط3 ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1977 .
- 2- د. احمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، 2010 .
- 3- د. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة نشر .
- 4- جبران مسعود ، المعجم الرائد ، ط7 ، دار العلم للملايين ، بيروت ، 1992 .
- 5- ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، 1984 .
- 6- د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية ، ط1 ، دار السنهوري ، بيروت ، 2016 .
- 7- عبدالرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ، ج3 ، ط2 ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2008 .
- 8- عزالدين الديناصوري و حامد عكاز ، التعليق على قانون المرافعات ، ج4 ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2015 .
- 9- د. عصمت عبد المجيد بكر ، أصول المرافعات المدنية ، ط1 ، منشورات جامعة جيهان الخاصة ، اربيل ، 2013 .
- 10- د. فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، ط1 ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1959 .
- 11- د. فتحي والي ، المبسوط في قانون القضاء المدني علما وعملا ، ج2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2017 .

- 12- د. محمد سعيد عبد الرحمن ، الحكم القضائي – أركانه وقواعد إصداره ، دراسة تأصيلية تحليلية تطبيقية مقارنة ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2011 .
- 13- معجم المعاني الجامع ، منشور على الشبكة العنكبوتية [www.almaany.com](http://www.almaany.com) .
- 14- د. نبيل اسماعيل عمر ، النظام القانوني للحكم القضائي ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2015 .
- 15- د. نبيل اسماعيل عمر و د. احمد خليل ، قانون المرافعات المدنية (دراسة مقارنة) ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2004 .

#### ثانيا - البحوث

- 16- القاضي سالم روضان الموسوي ، مصادفة موعد جلسة تلاوة الحكم والنطق به يوم عطلة رسمية (وجهة نظر) ، مقال منشور على موقع السلطة القضائية العراقية الالكتروني [/www.iraqja.iqlview.2908](http://www.iraqja.iqlview.2908) .
- 17- د. عبد المنعم عبدالوهاب ، الأثر القانوني لعدم النطق بالحكم القضائي في التشريع العراقي ، مقال منشور في العدد السادس عشر يوليو (تموز) 2017 من مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة .
- 18- الموقع الالكتروني لمجلة التشريع والقضاء [www.tqmag.net](http://www.tqmag.net) .

#### ثالثا – القوانين

- 19- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 .
- 20- قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 .
- 21- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .
- 22- قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968 .
- 23- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 09-08 لسنة 2008 .
- 24- قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم 90 لسنة 1983 .
- 25- قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 11 لسنة 1992 .
- 26- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 لسنة 1988 .
- 27- قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني رقم 29 لسنة 2002 .
- 28- قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم 13 لسنة 1990 .
- 29- قانون أصول المحاكمات المدنية السوري رقم 1 لسنة 2016 .



## أثر علاقة القرابة على قانون العقوبات الفلسطيني

"دراسة مقارنة بين قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م وقانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960م"

الأستاذ سليمان أسامة أبو سلامة - جامعة الاسراء - فلسطين.

### أولاً- المقدمة:

يعبر القانون في كل دولة عن ثقافة وقيم المجتمع الذي ينظمه، لذا نجد المشرع يتأثر بتلك القيم وعادات والتقاليد عندما يصدر القوانين المختلفة. أخذاً بعين الاعتبار بروابط وصلات القرابة، لذلك فإن المشرع الجنائي تحت تأثير هذه الصلات قد يغير في تقدير العقوبة لأشخاص معينين يحملون صفات أو صلوات قرابة معينة وذلك بتخفيف أو تشديد العقوبات المقررة لبعض الجرائم، وإباحة بعض أفعال المجرمة والإعفاء منها في حين آخر؛ لذا سنتطرق في بحثنا إلى مفهوم القرابة وأنواعها وكيفية حسابها لما لها من أهمية في تحديد ماهية القرابة ذات الاعتبار في قانوني العقوبات الفلسطينيين (قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م وقانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960م) ثم نتناول مدى تأثير علاقة القرابة في القانونين المقارنين وبيان أوجه القصور والتميز في معالجتهم لتلك الجرائم المتعلقة بذات الخصوص.

### ثانياً- مشكلة البحث:

تكمن إشكالية البحث في تناثر النصوص القانونية التي تنظم أثر علاقة القرابة في قانوني العقوبات الفلسطينيين (1936م، 1960م)، وغياب الدراسة القانونية الشاملة والواقعية الملمة بهذا المجال، فلذا وجب علينا أن نسلط الضوء على ذلك الأثر في القانونين السابقين ومقارنة النصوص ومن ثم بيان أوجه القصور والتميز في صياغتهم للنصوص الجزائية.

### ثالثاً- تساؤلات البحث:

يطرح هذا البحث تساؤل رئيسي وهو ما مدى تأثير علاقة القرابة على نصوص قانون العقوبات الفلسطيني؟، وينبثق عنه عدة تساؤلات وهي كالتالي:

- 1- ماهية القرابة وأنواعها ذات الاعتبار في قانون العقوبات الفلسطيني، وما هي كيفية حساب درجاتها؟
- 2- كيف أثرت صلة القرابة في تقدير العقوبة في الجرائم الجنسية الواقعة من قبل أحد الأقارب؟

- 3- ما هي الجرائم التي تمثل صلة القرابة ركن في قيامها؟
- 4- كيف أثرت صلة القرابة في تقدير العقوبة على جريمة قتل الأم لوليدها؟
- 5- هل جاء قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م منسجماً مع قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960م في صياغة النصوص المرتبطة بعلاقة القرابة؟
- 6- هل كان المشرع الفلسطيني موفقاً في صياغة النصوص التي تُعنى بعلاقة القرابة في قانوني العقوبات الفلسطينيين؟

#### رابعاً- منهج البحث:

سنعتمد في بحثنا على المنهج المقارن بين قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936م وقانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960م مع البحث في النصوص وتفنيدتها كما أننا سنستعين بالسوابق القضائية الفلسطينية وآراء الفقهاء سيما ذات الصلة بالموضوع للإحاطة بكافة جوانبه.

#### خامساً- خطة البحث:

يقسم هذا البحث إلى مبحثين يسبقهما مبحث تمهيدي، وهم كالتالي أولاً المبحث التمهيدي: ماهية علاقة القرابة وحساب درجاتها، المبحث الأول: القرابة كركن لقيام الجريمة، المبحث الثاني: أثر القرابة على تقدير العقوبة.

#### المبحث التمهيدي: ماهية علاقة القرابة وحساب درجاتها

نتناول في هذا المبحث عن مفهوم القرابة لغة واصطلاحاً ثم نتطرق لأنواع القرابة وكيفية حساب درجاتها، لما لها من أهمية في طيات وجزئيات هذا البحث، خصوصاً عندما تكون درجات القرابة محل اعتبار في إطار نصوص قانون العقوبات الفلسطيني.

#### المطلب الأول: مفهوم القرابة وأنواعها

لبيان مفهوم القرابة في قانون العقوبات الفلسطيني يقتضي منا بدايةً تعريف مصطلح القرابة ومن ثم التطرق لأنواع القرابة وفيما يلي نوضح ذلك تفصيلاً.

#### الفرع الأول- مفهوم القرابة:

نتطرق في هذا الفرع تعريف مفهوم القرابة لغةً واصطلاحاً؛ لكي نتمكن الخوض في البحث ونحن على دراية بمفهوم علاقة القرابة.

### تعريف القرابة لغةً:

القرابة مأخوذة من مادة قرب والقربُ نقيض البعد، يقال قرب الشيء، يَقْرُبُ قُرْباً وقُرْبَاناً وقُرْبَاناً أي دنا فهو قريب، وقرب الشيء منه أدناه<sup>(1)</sup>.

والقرابة والقُرْبَى، الدُنُوُّ في النَّسَبِ، والقُرْبَى في الرَّحِمِ وهي في الأصل مصدر، وفي القرآن الكريم {وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَى} <sup>(2)</sup>. وهي القرب في الرحم، قال الرازي: (القرابة والقُرْبَى، تقول: بينهما قرابة وقرب وقربى ومقربة وقربة وهو قريبي وذو قرابتي، وهم أقربائي وأقاربي)<sup>(3)</sup>.

وأقرباؤك وأقاربك وأقربوك: عشيرتك الأدنون، وفي تنزيل العزيز: {وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ} <sup>(4)</sup>.

### القرابة اصطلاحاً:

يتجنب المشرع في العادة وضع التعريفات تاركاً الأمر إلى اجتهادات شراح القانون، لذلك فالمشرع المدني الفلسطيني لم يضع تعريفاً واضحاً للقرابة وإنما اكتفى بذكر أنواعها، ومن هذا المنطلق فقد عرف البعض<sup>(5)</sup> (القرابة) بأنها: "التي تتحقق بين أناس ينزل أحدهما من صلب الآخر مباشرة أو أنهم ينحدرون جميعاً من أصل واحد" وآخرون<sup>(6)</sup> بأنها: "انتماء شخصين أو أكثر إلى جد واحد واعتقادهم أن لهم جداً واحداً انحدروا منه". بعد أن بينا مفهوم علاقة القرابة لغةً واصطلاحاً حريراً بنا أن نشرح أنواع القرابة التي يترتب عليها الآثار القانونية المؤثر في نصوص قانون العقوبات الفلسطيني.

### الفرع الثاني - أنواع القرابة:

تقسم القرابة لعدة تقسيمات حسب المعيار الذي يقوم عليه التصنيف وما يهمننا في هذا المقام أنواع القرابة المقسمة طبقاً للقوانين المدنية المقارنة سنبينها تباعاً كالتالي:

(1) جمال ابن منظور، لسان العرب، مجلد1، جزء10، دار صادر - بيروت، طبعة 3، 1994، ص 666:665.

(2) سورة النساء: الآية 36.

(3) عبد العزيز بن محمد السليمان، أثر القرابة على العقوبة في الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2005، ص7.

(4) سورة الشعراء: الآية 214.

(5) عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل الى علم القانون، بدون دار نشر، 1985، ص163.

(6) بوعلي وسيلة، زواج الأقارب في المجتمع الحضري وانعكاساته على الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر: باتنة،

2005، ص59.

### أولاً: قرابة النسب:

هي قرابة الشخص التي يجمعها أصل مشترك ذكر كان أو أنثى<sup>(1)</sup> أو القرابة التي تنشأ عن طريق التوالد بين الأحياء، وهي أصول وفروع، وما اشتق من الأصول والفروع، فيدخل فيما اشتق من الأصول الإخوة والأخوات، والأعمام والعمات، والأخوال والخالات، ولو علت الدرجات، ويدخل فيما اشتق من الفروع الأحفاد والحفيدات<sup>(2)</sup>.

كما أن قرابة النسب تنقسم إلى قسمين هما، القرابة الحقيقية والقرابة الحكمية<sup>(3)</sup> وما يهمننا في هذا الإطار هو بيان أنواع القرابة الحقيقية التي تدخل في مجال دراستنا دونما القرابة الحكمية.

وبالتالي فنقسم قرابة النسب إلى قسمين: قرابة مباشرة وتسمى أيضاً بقرابة الخط المستقيم، وقرابة غير مباشرة أو قرابة حواشي وتسمى أيضاً بقرابة الخط المنحرف<sup>(4)</sup>.

#### أ- القرابة المباشرة:

هي الصلة بين الأصول والفروع<sup>(5)</sup> كالصلة بين الجد والأب والابن، فالجد هو الأصل والأب هو الفرع للجد والابن ... هكذا.

(1) ديوان الفتوى والتشريع، المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، 2003، ص 49.

(2) تجده في:

- مها محمد عرفة سكيك، ذوو القربى والأرحام في ضوء القرآن الكريم، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، 2010، ص 91.  
- يوسف غيطان وسعدي جبر، التوارث بالولاء في الفقه الإسلامي، بحث منشور، مجلة المنارة، المجلد 12، العدد 3، 2006، ص 54.

(3) أ- القرابة الحقيقية:

هي القرابة الطبيعية التي تقوم على صلة الدم بين الأشخاص الذين يربط بينهم كقرابة الأب والابن أو الأخ لأخيه أو الأخت لأخها ... الخ أي القرابة بين الأشخاص الذي يجمعهم أصل مشترك.  
ب- القرابة الحكمية:

هي القرابة التي تقوم على فكرة التبني التي يلحق بمقتضاها شخص بشخص ويعطي لقبه دون وجود رابطة الدم بينهما، ونظام التبني طبق في الجاهلية إلا أن الإسلام لم يقر هذا النظام فأصبح هذا النظام غير مشروع في معظم البلدان الإسلامية ولكنه مازال قائماً ومتبعاً في كثير من البلدان غير الإسلامية حيث يتصف بالمشروعية وتترتب الآثار القانونية المحددة بنص القانون في حالة حدوثه.

للمزيد انظر: موسى سلمان أبو ملوح، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الثالثة، بدون دار نشر، 2009، ص 19.

(4) عبد العزيز بن محمد السليمان، مرجع سابق، ص 10.

(5) مادة (44)، الفقرة الأولى من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012 م:

"1. القرابة المباشرة هي الرابطة ما بين الأصول والفروع ..."



ويستوي في ذلك أن يكون التفرع عن طريق الذكور أو عن طريق الإناث، فالقربة تقوم بين الجد وفروعه الذين ينحدرون عنه وبين الجدة وفروعها الذين ينحدرون عنها<sup>(1)</sup>.

#### ب- قرابة الحواشي:

هي الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر<sup>(2)</sup>، أي لا يتسلسل فيها أحد القريبين من الآخر وإن كانا يشتركان في أصل واحد. ومن ذلك مثلاً قرابة الأخ لأخيه، فهي قرابة غير مباشرة، إذ لا ينحدر أحدهما من الآخر وإنما يجمعهما أصل مشترك هو الأب، ومن ذلك أيضاً قرابة الأعمام والعمات وفروعهم وأصلهم المشترك هو الجد أو الجدة، وكذلك قرابة الأخوال والخالات وفروعهم فأصلهم المشترك هو الجد للأم<sup>(3)</sup>.

#### ثانياً: قرابة المصاهرة:

هي القرابة التي تنشأ بسبب الزواج بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر<sup>(4)</sup>، فالمصاهرة هي علاقة قانونية شخصية بحيث لا تتجاوز الحدود التي رسمها القانون<sup>(5)</sup>.

ومعيار حساب درجة قرابة الزوجين بأقارب الزوج آخر قد حددت بنص المادة (46)<sup>(6)</sup> من القانون المدني الفلسطيني 4 لسنة 2012م واعتبر قريب أحد الزوجين قرابة مباشرة أو غير مباشرة يعتبر قريباً بالمصاهرة للزوج الآخر بنفس الدرجة، فأخ الزوج قريب من الدرجة الثانية للزوجة بالمصاهرة، وأب الزوج قريب من

---

وتجد الإشارة هنا أن القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012م -المطبق في قطاع غزة فقط- لم يصدر من السلطة التشريعية الفلسطينية وإنما تم إقراره من قبل حركة حماس ممثلةً بكتلة التغيير والإصلاح بشكل منفرد في قطاع غزة، علماً بأن مجلة الأحكام العدلية مازالت مطبقة في الضفة الغربية.

(1) محمد إسماعيل إبراهيم، القرابة وأثرها في إباحة الفعل المجرم أو تجريم الفعل المباح، بحث منشور، دون سنة نشر، ص 98.

(2) مادة (44)، الفقرة الثانية من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012م:

"2.. القرابة غير المباشرة هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر."

(3) سعيد بن علي القحطاني، صلة الأرحام في ضوء الكتاب والسنة، بدون دار نشر، 2005، ص 25.

(4) انظر في ذلك:

- نجاة ناصر، ظاهرة زواج الأقارب وعلاقته بالأمراض الوراثية، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد: تلمسان، 2012، ص 46

- سعيد بن علي القحطاني، مرجع سابق، ص 26.

(5) عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، بدون دار نشر، 1985، ص 165.

(6) مادة (46) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012م:

"يعد أقارب أحد الزوجين في ذات القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر ما لم يخالف ذلك الشريعة الإسلامية."

الدرجة الأولى للزوجة بالمصاهرة، وعم الزوج قريب من الدرجة الثالثة للزوجين من الدرجة الثالثة للزوجين بالمصاهرة ... الخ<sup>(1)</sup>.

#### المطلب الثاني: كيفية حساب درجة القرابة

يقتضي هذا البحث بيان كيفية حساب درجة القرابة بين الأفراد لما لها من أهمية في ثنايا النصوص الجزائية، ولهذا فإن حساب درجة القرابة يقتضي التفرقة بين حساب القرابة المباشرة والغير مباشرة وذلك على النحو التالي.

#### الفرع الأول- حساب درجة القرابة المباشرة:

يحسب كل فرع درجة عند الصعود لأصل بخروج هذا الأصل<sup>(2)</sup>، أي أن الابن قريب من الدرجة الأولى للابن وقريب من الدرجة الثانية للجد ... وهكذا، وتتبلور أهمية معرفة درجات القرابة تبعاً للأثار القانونية المترتبة عليها.

#### الفرع الثاني- حساب درجة القرابة غير المباشرة (الحواشي):

تشكل هذه القرابة الرابط ما بين أشخاص يشتركون في أصل مشترك من دون أن يكون هناك أصل أو فرع يجمعهم، وبغض النظر عن كونهم من المحارم كالقرابة بين الإخوة والأعمام والأخوال وغيرهم<sup>(3)</sup>.

تحسب الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعد درجة<sup>(4)</sup>، ولبيان ذلك فالأخ قريب من الدرجة الثانية، والعم قريب من الدرجة الثالثة، وابن العم قريب من الدرجة الرابعة ... وهكذا.

<sup>(1)</sup> موسى سلمان أبو ملح، المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص 21.

<sup>(2)</sup> مادة (45) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012م: "يراعى في حساب درجة القرابة المباشرة حساب كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل"

<sup>(3)</sup> عبد العزيز دهام الرشيدى، ردّ القاضي "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني والكويتي"، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011، ص 22.

<sup>(4)</sup> مادة (45) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012م:

"يراعى ... عند حساب درجة القرابة غير المباشرة تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعد درجة."

## المبحث الثاني: القرابة كركن لقيام الجريمة

نظراً للمكانة المرموقة والأهمية البالغة لعلاقات القرابة دفعت بالمشرع إلى حماية بعض الحقوق بنصوص عقابية زاجرة<sup>(1)</sup>، فلذا فنجد أن المشرع يعاقب على جريمة قتل الفروع للأصول وجريمة ترك الطفل في مكان خال من الناس أو غير خال منهم، وقرر الحماية للطفل من تعسف أحد ووالديه. بحيث أننا نراه قد جعل وجود عنصر القرابة - قرابة الدم- ركناً لقيام بعض الجرائم التي سنوردها تفصيلاً، في مطلبين الأول يتحدث عن جرائم الاعتداء على الأسرة والثاني عن جرائم إهمال الأسرة.

### المطلب الأول: القرابة في الجرائم المقررة لحماية كيان الأسرة

تقسم هذه الجرائم لنوعين أولاهما جرائم الاعتداء على الأسرة وثانها جرائم إهمال الأسرة وفيما يلي نتطرق لكلاً منهم بالتفصيل.

#### الفرع الأول- جرائم الاعتداء على الأسرة:

تتعدد الجرائم التي تمثل اعتداءً على الأسرة بشكلٍ مباشرة وغير مباشر، وكون الأسرة تمثل النواة الأساسية في المجتمع التي تقع ضمنها أهم علاقات القرابة، وهي مدار اهتمامنا وبحثنا فلذا سنتطرق لعرض أهم الجرائم التي فيها اعتداء على الأسرة.

#### 1. جريمة قتل الفروع للأصول:

القتل هو الفعل البشري المؤدي إلى إزهاق الروح<sup>(2)</sup>، لما كان حق الإنسان في الحياة هو الأمن أهم الحقوق اللصيقة بشخصه، فإن القتل يعد من أشد جرائم النفس وأخطرها على الإطلاق، فحق الإنسان في الحياة حق مقدس يحرس المجتمع على صيانتته ورعايته لأنه أساس بقائه على الوجود<sup>(3)</sup>.

لذا فقد فرض التشريع الفلسطيني عقوبات رادعة بحق مرتكبي جرائم القتل، وما يهمننا في هذه الدراسة جرائم القتل التي تمس ذوو القربى، كجريمة قتل الفروع للأصول، حيث أننا نجد المجرم في هذه الصورة قد تعدى بفعله على أقوى الأوصال البشرية وأقدس القيم الإنسانية وتكرر بعمله للروابط الأسرية التي طالما سعي المشرع على احترامها والمحافظة عليها.

(1) عبد الحليم بن مشري، واقع حماية حقوق الإنسان في قانون العقوبات الجزائري، بحث منشور، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، بدون سنة نشر، ص 75.

(2) سلوى علي أبو ججوج، القتل في ضوء القرآن الكريم، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، 2009، ص 4

(3) حسن بن انصر بن حسن الأسلمي، العنف ضد الأطفال، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية:السعودية، 2009م، ص 88.

بالتالي أفرد التشريع الفلسطيني نصوص جزائية خاصة بهذه الجريمة في قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936 م وهي كالآتي:

• المادة -214- (كل من: أ- تسبب قصداً في موت أبيه أو أمه أو جده أو جدته بفعل أو ترك غير مشروع: يعتبر أنه ارتكب جناية وتعرف هذه الجناية بالقتل قصداً).

في حين نص قانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960 م على الآتي:

• المادة -328- الفقرة الثالثة نصت على: (يعاقب بالإعدام على القتل قصداً: ..... 3- إذا ارتكبه المجرم على أحد أصوله).

إن جوهر هذه الجريمة هو أن يكون المجني عليه أحد أصول الجاني كالأب والأم والجد والجدة، فصلة القرابة هي الرابط المباشر التي تربط الجاني بالمجني عليه، وتكمن العلة من وراء تشديد المشرع العقاب على هذه الجريمة هو كون الجاني من فروع المجني عليه كالابن الذي يقتل والده طمعاً في ثروته، كذلك حماية للأسرة من تفككها، بالإضافة إلى أن الجاني والمجني عليه يشتركان في المسكن وغالباً يسكنان في ذات المنزل وتربطهما علاقة ثقة واطمئنان كل منهما للآخر، ونرى بأن العلة من تشديد العقاب على هذه الجريمة هو طبيعة العلاقة والصلة التي تربط الجاني بالمجني عليه<sup>(1)</sup>.

يؤخذ على المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936 م، أنه قد جعل جريمة القتل الفروع للأصول في مرتبة جنائية ولم يحدد العقوبة على سبيل، أي أنه أفسح المجال للقاضي في تحديد العقوبة للجاني بين حدها الأدنى والأعلى، ولم يحذو بذلك على خطى المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 م الذي شدد العقوبة إلى حد الإعدام. فكان على المشرع أن يسير على نهج القانون العقوبات سنة 1960 م بحيث ينص على عقوبة الإعدام لمرتكبي مثل هذه الجرائم لما يترتب عليها من عواقب وخيمة الأسرة والمجتمع ككل.

## 2. جريمة قتل الأم لوليدها:

لقد راعى المشرع صفة الأمومة -التي تمثل أقوى علاقات الدم والقرابة- في جريمة قتل الأم لطفلها حديث العهد بالولادة المنصوص عليها في المادة (226) من ق. ع. 1936 م والمعدلة بموجب قانون العقوبات رقم 59 لسنة، والمادتين (331، 332) من ق. ع. 1960 م، حيث نص على عقوبة مخففة في حق الأم التي تقوم بقتل ابنها حديث الولادة.

فجاءت النصوص الجزائية في قانون العقوبات الفلسطيني لتجريم هذا الفعل وذلك في نص المادة -226- ق. ع. 1936 م المعدل بموجب قانون العقوبات رقم 59 لسنة 1939 م: (إذا تسببت امرأة، بفعل أو ترك

<sup>(1)</sup> وسيم ماجد إسماعيل دراغمة، الجرائم الماسة بالأسرة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2011، ص 26.

مقصود، في موت طفلها، وكان عمره يقل عن اثني عشر شهراً، ولكنها كانت، حين وقوع ذلك الفعل أو الترك، في حالة عقلية غير متزنة، بسبب عدم إبلاغها بإبلاء تاماً من تأثير وضع ذلك الطفل أو بسبب الرضاع الناجم عن ولادته، تعتبر أنها ارتكبت جريمة "قتل الطفل" وإن كانت الظروف التي وقع فيها الجرم تجعله من قبيل القتل قصداً، لولا وجود أحكام هذه المادة، وتجاوز محاكمتها ومعاقبتها على ذلك الجرم كأنها ارتكبت جرم قتل ذلك الطفل عن غير قصد).

\* المادة-331- ق. ع 1960م: (إذا تسببت امرأة بفعل أو ترك مقصود في قتل وليدها الذي لم يتجاوز السنة من عمره على صورة تستلزم الحكم عليها بالإعدام، ولكن المحكمة اقتنعت بأنها حينما تسببت في الوفاة لم تكن قد استعادت وعيها تماماً من تأثير ولادة الولد أو بسبب الرضاعة الناجم عن ولادته، تبذل عقوبة الإعدام بالاعتقال مدة لا تنقص عن خمس سنوات).

\* المادة-332- ق. ع 1960م: (تعاقب بالاعتقال مدة لا تنقص عن خمس سنوات، الوالدة التي تسببت - اتقاء العار- بفعل أو ترك مقصود في موت وليدها من السفاح عقب ولادته).

بالنظر للنصوص التجريبية السابقة نجد أن المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م المعدل بموجب قانون العقوبات رقم 59 لسنة 1939م وذلك في نص المادة-226- على أن قيام الأم بقتل وليدها الذي لم يتجاوز اثنا عشر شهراً من عمره يعتبر من قبيل القتل الخطأ<sup>(1)</sup>. في حين أن قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960م نص في المادة-331- على أن قتل الأم لوليدها الذي لم يتجاوز السنة من عمره لأسباب نفسية وبيولوجية يشكل عذراً قانونياً مخففاً كما المادة-332- اعتبرت أن قيام الأم بقتل طفلها حديث الولادة الناجم من سفاح أو علاقة غير مشروعة يشكل عذراً قانونياً مخففاً للأم.

بناءً على ما بيناه سابقاً يمكن تقرير أن الغاية من تخفيف عقوبة الأم على جرم قتل طفل حديث العهد بالولادة في ق. ع 1936م تكمن في مراعاة الحالة النفسية أو الآلام التي تتزامن أو تعقب الولادة؛ ويترتب عليها الانتقاص من وعى المرأة أو عدم استيعاب أو إدراك بصورة تامة، ولكن المشرع في ق. ع 1960م نجده يراعي صراحةً نقص الإدراك المنوط بالأم التي حملت من علاقة غير شرعية فتوجد بحالة نفسية سيئة بعد

(1) راجع:

- ساهر إبراهيم الوليد، الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني "نظرية الجزاء الجنائي"، ج2، ط2، بدون دار نشر، 2011، ص155.

- محمد يوسف علوان وآخرون، حقوق الإنسان في قوانين العقوبات السارية في فلسطين، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن: رام الله، سلسلة مشروع "تطوير القوانين" (6)، 1999، ص58.

الولادة إذ تجد نفسها أمام ثمرة خطيئتها وفضيحة المجتمع تهددها، مما يورثها قلقاً وانزعاجاً عاطفياً فتلجأ إلى ارتكاب تلك الجريمة فهذا قام بتخفيف العقاب لها<sup>(1)</sup>.

ونرى أن المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936 م قد أحسن صنفاً في صياغة نصوصه على خلاف قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 م، ونلاحظ ذلك من خلال نص المادة -332- إذ نجدها تتطلب قصداً خاصاً يتجلى في صورة باعث على القتل جوهره (اتقاء للعار)، فإذا جاء قتل الوليد من السفاح لدافع آخر كالخوف من الإعسار أو الخوف من مستقبل، فلا مجال لإعمال العذر المخفف<sup>(2)</sup>. ولم يرد أي نص على هذا القبيل في قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936 حيث وسع من أسباب تخفيف المسؤولية على الأم التي تقتل وليدها<sup>(3)</sup>.

(1) بوزيان عبد الباقي، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان: الجزائر، 2010، ص 139:138.

(2) وجدي عبد الرحمن عايش، الأحكام العامة والخاصة لجريمة قتل الأم لوليدها، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2013، ص 121-123.

(3) عبد القادر جرادة، الجرائم الشخصية في التشريع الفلسطيني، مكتبة آفاق، 2010، ص 231.

لذا نقتراح إعادة صياغة عبارة "ولبيدها من السفاح" الواردة في نص المادة (332) من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960م، لتدل على أي حالة يكون فيها الوليد ثمرة علاقة غير مشروعة كالزنا والاعتصاب<sup>(1)</sup>، وذلك للاتحاد في العلة بين ثمرة السفاح وثمره أي علاقة جنسية أخرى غير مشروعة<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني- جرائم إهمال الأسرة:

تعد جرائم ترك أو إهمال الأطفال وتعريضهم للخطر من أخطر الجرائم التي تهدد الأسرة والمجتمع<sup>(3)</sup>، كونها تحريم الأولاد من أهم حقوقهم الأساسية التي كفلتها لهم القوانين الدولية والمحلية<sup>(4)</sup> على حدٍ سواء، وكل من يتنكر لتلك الحقوق يقع في دائرة المسؤولية ويوجب له العقاب. وستتناول فيما يلي أهم الجرائم التي تمثل مساساً بتلك الحقوق المصونة بموجب القانون مثل: (حق الطفل أو للولد بالرعاية والعناية من قبل أسرته أو الأشخاص المكلفين برعايته وحمايته وعدم تعريضه للخطر، وحق الطفل الإعالة، وحقه بالمأوى المناسب والملائم، وحقه بالنسب).

(1) ذلك يتبين من حكم محكمة الاستئناف: رام الله، في الدعوى الجزائية، رقم 1323، لسنة 1998، جلسة 23/12/1998. حيث قررت الآتي: (ومن مراجعة المادة 285 ع لسنة 60 الباحث عن السفاح نجد أنها قد وصفت السفاح بأنه المواقعة التي تحدث بين الأصول والفروع شرعيين كانوا أم غير شرعيين أو بين الأشقاء والشقيقات والأخوة والأخوات لأب أو لأم أو من هم بمنزلة هؤلاء جميعاً من الأصبهرة أو إذا كان لأحد المجرمين على الآخر سلطة قانونية أو فعلية. ومن مراجعة إفادة المستأنف عليها المعطاة لمدعي عام الخليل بتاريخ 96/8/26 (مبرز ن/1) نجد أنه جاء فيها بأن ابن عم لها تعرفت عليه منذ سنتين واقعتها عدة مرات وقام بفض بكارتها، وأنه نتيجة لهذه الواقعة قد حملت منه، وأنه قد تزوجها وهي حامل في الشهر الثامن، وبعد ولادتها بعشرة أيام وضعت مولودها في سطل ماء مما أدى إلى قتله. الذي نراه على ضوء نص المادتين 332، 285 وما اعترفت به المستأنف عليها في إفادتها (مبرز ن/1) أن الفعل الذي قارفته لا تنطبق عليه أحكام المادة 332 ع لسنة 60 وإنما هو قتل عمد خلافاً لأحكام المادة 1/328 ع لسنة 60. إلا أنه وحيث أن الاستئناف الذي يقدم بحكم القانون إنما هدف منه مصلحة المتهم ولا يجب أن يضار منه على الإطلاق فإننا هنا نكتفي بسوق هذه الملاحظة نفعاً للقانون، وعليه، وحيث أننا لا نستطيع تشديد العقوبة المحكوم بها في هذه الدعوى سيما وأن النائب العام طلب في مطالعته التصديق على هذا القرار فحسب، فإننا نقرر التصديق عليه. فبالنظر للحكم السابق نجده لم يمنح الأم التي قتلت وليدها الذي نتج عن موقعة غير مشروعة مع ابن عمها وذلك لعدم توافر شروط جريمة السفاح، التي يجب توافرها لكي تستفيد الأم من نص المادة 332- المخفف لعقوبة الأم التي تقتل وليدها اتقاءً للعار، وهذا مسلك غير صحيح قد تبناه المشرع في نص تلك المادة لاتحاد لعلة من تقرير التخفيف في كل الحالات التي ينتج الحمل نتيجة موقعة غير مشروعة، ألا وهو اتقاء العار. وكان الأجدر أن لا يشترط أن تكون العلاقة نتيجة سفاح بل يكفي أن تكون نتيجة موقعة غير مشروعة.

(2) وجدي عبد الرحمن عايش، مرجع سابق، ص 122.

(3) وسيم ماجد إسماعيل دراغمة، مرجع سابق، ص 10

(4) ورد ذلك في قانون الطفل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2004، بموجب المادة (7) التي تنص: (للطفل في جميع الظروف أولوية التمتع بالحماية والرعاية والإغاثة)، وكذلك في المادة (11) من نفس القانون تنص على: (لكل طفل الحق في الحياة والأمان على نفسه).

## أولاً: جريمة إيداع الطفل في مأوى اللقطاء:

حرصاً من المشرع الفلسطيني على البناء القويم للأسرة وحماية لأبسط حقوق الطفل وهو نسبه لوالديه الشرعيين فقد أفرد المشرع نصوصاً عقابياً لكل من يقوم بالمساس بذلك الحق، حيث نصت المادة -288- من قانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960م على أنه (من أودع ولداً مأوى اللقطاء وكتم هويته حال كونه مقيداً في سجلات النفوس ولداً غير شرعي معترف به أو ولداً شرعياً عوقب بالحبس من شهرين إلى سنتين).

في حين أن قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936م جاء خلياً من نصوص جزائية تتعلق بهذا الخصوص، وكان حرياً به أن يتضمن تجريم لمثل هذا الفعل.

### 1- جريمة تعريض الرضيع للخطر:

تعتبر هذه الجريمة من أخطر الجرائم التي تهدد حياة الطفل بشكل خاص، وتهدد الأسرة والعائلة بشكل عام، وهذه الجريمة تستهدف الأطفال حديثي الولادة حيث أن المجني عليه لم يتجاوز السنتين من عمره، فتعتبر من أشد الجرائم خطورة على الأسرة<sup>(1)</sup>، فهي تهدد حياة الطفل أولاً، وكذلك تهدد الأسرة بالتفكك وتخلي الأسر عن أطفالهم الموكلين برعايتهم والاعتناء بهم والمحافظة عليهم من أي مكروه، فقد أوجبت الشريعة الإسلامية وكافة القوانين الاعتناء بالأطفال وحمايتهم ورعايتهم<sup>(2)</sup>.

فنصت المادة -184- من قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936م على أنه: (كل من هجر أو نبذ ولداً دون السنتين من عمره هجراً أو نبذاً غير مشروع بصورة تؤدي إلى تعريض حياته للخطر أو على وجه يحتمل أن يسبب ضرراً مستديماً لصحته، يعتبر أنه ارتكب جنائية ويعاقب بالحبس مدة خمس سنوات).

وكذلك نصت المادة -289- من قانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960م على أنه: (كل من ترك ولداً دون السنتين من عمره دون سبب مشروع أو معقول تؤدي إلى تعريض حياته للخطر، أو على وجه يحتمل أن يسبب ضرراً مستديماً لصحته يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات).

<sup>(1)</sup> حسن بن انصر الأسلمي، العنف ضد الأطفال، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية: المملكة العربية السعودية، ١٤٣٠هـ، ص 210.

<sup>(2)</sup> وسيم ماجد دراغمة، الجرائم الماسة بالأسرة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2011، ص 15.



بالتالي نجد أن المشرع يعاقب على تعريض الطفل للخطر<sup>(1)</sup> أي التخلي عنه باعتباره عملاً ينافي التزام التربية والتنشئة الواقع على عاتق الوالدين، من منطلق أن المحافظة على أدنى الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الطفل<sup>(2)</sup>.

على الرغم من تجريم المشرع الفلسطيني في المادتين السابقتين لتعريض الطفل للخطر إلا أننا نلاحظ أن قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936 م قد شدد في العقوبة وجعلها في مرتبة الجنائية وحدد العقوبة دون وضع حد أدنى وأقصى لها على عكس قانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960 م الذي عاقبه على جريمة ترك الطفل بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات أي أنه لم يجعلها في مستوى الجنائية.

ونحن هنا نؤيد سلوك قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936 م في تشديد العقوبة لما تمثل هذه الجريمة من خطورة كبيرة تؤثر على المجتمع وعلى الطفل بشكل أساسي.

## 2- جريمة الامتناع عن الإعالة:

وردت النصوص الجزائية لجريمة الامتناع عن الإعالة في التشريع الفلسطيني ضمن النصوص الآتية:

- قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936 م، في نص المادتين (185، 186).

\*المادة-185- (كل من كان والداً أو وصياً أو ولياً لولد صغير لا يستطيع إعالة نفسه أو كان معهوداً إليه شرعاً أمر المحافظة على ذلك الولد والعناية به، ورفض أو أهمل تزويد ذلك الولد بالطعام والكساء والفرش والضروريات الأخرى (مع استطاعته القيام بذلك) مسبباً بعمله هذا الإضرار بصحة الولد، يعتبر أنه ارتكب جنحة).

\*المادة- 186- (كل من كان والداً أو وصياً أو ولياً لولد لم يتم السنة الثانية عشرة من عمره أو كان معهوداً إليه شرعاً المحافظة على ذلك الولد والعناية به وتخلي عنه قصداً ودون سبب مشروع أو معقول مع أنه قادر على إعالته، وتركه دون وسيلة لإعالته، يعتبر أنه ارتكب جنحة).

- قانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960 م، في نص المادة (290).

المادة-290- (يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة كل من:

1- كان والداً أو ولياً أو وصياً لولد صغير لا يستطيع إعالة نفسه أو كان معهوداً إليه شرعاً أمر المحافظة عليه وعنايته، ورفض أو أهمل تزويده بالطعام والكساء والفرش والضروريات الأخرى مع استطاعته القيام بذلك، مسبباً بعمله هذا الإضرار بصحته.

(1) عبد الحليم بن مشري، مرجع سابق، ص75.

(2) بوزيان عبد الباقي، مرجع سابق، ص44.

2- كان والداً أو ولياً أو وصياً لولد لم يتم الثانية عشرة من عمره، أو كان معهوداً إليه شرعاً المحافظة عليه وعنايته وتخلي عنه قصداً أو دون سبب مشروع أو معقول - مع أنه قادر على إعالته - وتركه دون وسيلة لإعالته).

بالنظر والتمحيص لنصوص المواد السابقة نجد أن المادة رقم 185- من القانون رقم 74 لسنة 1936م والفقرة الأولى من نص المادة 290- من القانون رقم 16 لسنة 1960م تتحدثان عن معاقبة المعهود إليه برعاية الصغير وامتنع عن ذلك وربطاً بين وقوع هذه الجريمة وبين انتفاء قدرة الصغير على إعالة نفسه. وكان من المفترض بالمشرع الفلسطيني إعمالاً لحقوق الطفل وتكريساً لحمايته، أن ينص على أن يجرم الفعل بغض النظر عن استطاعة الطفل إعالة نفسه.

وبالتالي نقترح بخصوص النصين سالفَي الذكر حذف عبارة (لا يستطيع إعالة نفسه) وإبقاء التجريم في حق المعهود إليه الرعاية دون النظر إلى قدر الطفل على إعالة نفسه.

ومما تجدر الإشارة إليه أن قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936م قد أجاد الصواب في تشديد العقوبة على تلك الجريمة بأن وصفها بالجنحة مما تستدعي عقوبة من (أسبوع إلى ثلاث سنوات) على غرار قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960م الذي حدد العقوبة بالحبس من (شهر إلى سنة).

إن الهدف من تجريم بعض الأفعال الواردة أعلاه قد جاءت لحماية الطفل وضمان حقوقه، ولهذا كان يفترض بالمشرع الفلسطيني، خاصةً في بعض الجرائم الماسة بهذه الحقوق، أن لا يكتفي بالنص على العقوبة السالبة للحرية أو الغرامة، إذ من الواجب في مثل هذه الحالات، وبالنظر لمخاطرها على أمن الطفل وسلامة نموه الجسدي والنفسي، أن يقرر إسقاط حضانة الحاضن كعقوبة تكميلية أو تبعية<sup>(1)</sup>.

#### المطلب الثاني: القرابة في الجرائم المقررة لحماية الأطفال

##### الفرع الأول- الجرائم الواقعة على الجنين "جريمة الإجهاض":

لم يضع المشرع الفلسطيني تعريفاً للإجهاض، وإنما حدد عدة صور له، وقرر عقوبة لكل صورة منها، وذلك لتوفير أكبر قدر من الحماية للجنين لتشمل جميع الأشكال التي تؤدي إلى إنهاء حقه في الحياة المستقبلية. وعلى ذلك يمكن تعريف الإجهاض بأنه: "إنهاء حالة الحمل عمداً وبلا ضرورة قبل الأوان، سواء بإعدام الجنين داخل الرحم، أو بإخراجه منه - ولو حياً - قبل الموعد الطبيعي لولادته"<sup>(2)</sup>.

(1) ناصر الريس وآخرون، مشروع قانون العقوبات الفلسطيني، أوراق عمل، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن: رام الله، سلسلة مشروع تطوير القوانين (17)، 2003، ص10.

(2) مأمون الرفاعي، جريمة الإجهاض في التشريع الجنائي الإسلامي، بحث منشور، مجلة جامعة النجاح للبحوث، مجلد 25(5)، 2011، ص1403.

بالتالي لا تقع جريمة الإجهاض إلا على الجنين الذي لم يولد بعد، باعتبار أن واقعة الميلاد هي الخط الفاصل بين "الجنين" الذي يعتبر قتله، إجهاضاً، على خلاف الإنسان الذي يعد إزهاق روحه قتلاً، طالما وقع القتل بعد ولادته حياً<sup>(1)</sup>.

فحرصاً من المشرع الفلسطيني على ما تمثله جريمة الإجهاض من خطورة<sup>(2)</sup> تهدد الأسرة والمجتمع، فقد عالج هذه الجريمة ضمن نصوص قانوني العقوبات الفلسطينيين<sup>(3)</sup> في المواد (175-177) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936 م والمواد (321-325) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960 م<sup>(4)</sup>.

(1) وجدي عبد الرحمن عايش، مرجع سابق، ص 55.

(2) - تتمثل هذه الخطورة في المحاور الآتية:

أ. خطره على الأم: غالباً ما يؤدي الإجهاض إلى وفاة الأم الحامل، أو انفجار الرحم أو ثقبه أو عفونته أو تقيح غشائه...، ويؤدي أحياناً لتسمم الأم، والعقم، والحمل خارج الرحم، والاضطراب في الحيض، والإصابة ببعض الأمراض الجنسية...، إضافة إلى النزيف، والصدمات العصبية والنفسية...، أما أنه إذا لم يحدث إسقاط قد يؤدي إلى تشوه الجنين.

ب. خطره على النسل: يؤدي الإجهاض إلى تناقص النسل إلى درجة التهديد بانمحاءه. وفي ذلك مخالفة للسنة الربانية في تكثير النسل الذي استخلفه الله تعالى لعمارة هذا الكون وتوحيد الله عز وجل. أما أن الإجهاض يحدث جيلاً مريضاً من الأمهات، جسدياً ونفسياً، ويخلف ضعفاً ومعاناةً تتوارثها الأجيال الناشئة.

ج. خطره على المجتمع: الذي يهدده الإجهاض بنشر الرذيلة، وإشاعة الفاحشة، وفتح الباب على مصراعيه لدعاة الإباحية. للمزيد انظر: مأمون الرفاعي، جريمة الإجهاض في التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 1404.

(3) وجدي عبد الرحمن عايش، مرجع سابق، ص 18.

(4) - نصوص مواد قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936 م المتعلقة بجريمة الإجهاض، هي كالتالي:

\* المادة -175- ق. ع 1936 م (كل من ناول امرأة، حاملاً كانت أو غير حامل، سماً أو مادة مؤذية أخرى أو استعمل الشدة معها على أي وجه كان أو استعمل أية وسيلة أخرى مهما كان نوعها بقصد إجهاضها، أو تسبب في تناولها السم أو المادة المؤذية أو في استعمال الشدة أو الوسيلة الأخرى معها لأجل هذا الغرض، يعتبر أنه ارتكب جنائية ويعاقب بالحبس مدة أربع عشرة سنة).

\* المادة -176- ق. ع 1936 م (كل امرأة، حاملاً كانت أو غير حامل، تناولت على وجه غير مشروع سماً أو مادة مؤذية أخرى أو استعملت القوة بأي وجه كان أو أية وسيلة مهما كان نوعها، أو سمحت لغيرها بأن يتناولها مثل هذه المادة أو باستعمال مثل هذه القوة أو الوسيلة معها بقصد إجهاضها، تعتبر أنها ارتكبت جنائية وتعاقب بالحبس مدة سبع سنوات).

\* المادة -177- ق. ع 1936 م (كل من أعطى شخصاً آخر أو هياً له بوجه غير مشروع أي شيء من الأشياء مهما كان نوعه مع علمه بأن ذلك الشيء سيستعمل على وجه غير مشروع في إجهاض امرأة، سواء كانت حاملاً أو غير حامل، يعتبر أنه ارتكب جنحة).

- نصوص مواد قانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960 م المتعلقة بجريمة الإجهاض، هي كالتالي:

\* المادة -321- ق. ع 1960 م (كل امرأة أجهضت بما استعملته من الوسائل أو رضيت بأن يستعمل لها غيرها هذه الوسائل، تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات).

بالنظر للنصوص سالفه الذكر نجد أن قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936م لم يتناول بالنص جريمة الإجهاض التامة بل اقتصر في نصوصه على تجريم محاولة إسقاط الجنين سواء قامت به الحامل بنفسها أو بمساعدة الغير لها<sup>(1)</sup>، واعتبر فاعلها مرتكباً لجناية فعاقب عليها بعقوبة الجناية حسب نص المادتين 175 و176. إلا أنه لم يفرق بين الإجهاض الرضائي والإجهاض غير الرضائي<sup>(2)</sup>.

\* المادة -322- ق.ع 1960م (1- من أقدم بأية وسيلة كانت على إجهاض امرأة برضاها، عوقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات. 2- وإذا أفضى الإجهاض أو الوسائل التي استعملت في سبيله إلى موت المرأة عوقب الفاعل بالأشغال الشاقة المؤقتة مدة لا تقل عن خمس سنوات).

\* المادة -323- ق.ع 1960م (1- من تسبب عن قصد بإجهاض امرأة دون رضاها، عوقب بالأشغال الشاقة مدة لا تزيد على عشر سنوات. 2- ولا تنقص العقوبة عن عشر سنوات إذا اقتضى الإجهاض أو الوسائل المستعملة إلى موت المرأة).

\* المادة -324- ق.ع 1960م (تستفيد من عذر مخفف، المرأة التي تجهض نفسها محافظة على شرفها ويستفيد كذلك من العذر نفسه من ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادتين (322 و323) للمحافظة على شرف إحدى فروع أو قريباته حتى الدرجة الثالثة).

\* المادة -325- ق.ع 1960م (إذا كان مرتكب الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة، يزداد على العقوبة المعينة مقدار ثلثها).

(1) سالم احمد الكرد، قانون العقوبات "جرائم الاعتداء على الأشخاص"، الكتاب الثاني، ط3، 2008، ص168.

(2) - يفرق الفقه القانوني بين حالتين للقتل الناتج عن الإجهاض الرضائي وغير الرضائي، وهما:

الحالة الأولى: الإجهاض الرضائي للمرأة المفضي إلى الموت بسبب الإهمال.

إذا أفضى فعل الإسقاط إلى وفاة المرأة عندئذ تسقط العقوبة عنها نظراً لوفاتها إن كانت هي التي أجهضت نفسها بنفسها، أما لو كان إجهاضها بواسطة الغير وبرضاها كما لو قام بإعطائها أدوية معينة أو نوع معين من الطعام أو الشراب بناء على طلب منها أو هو الذي غرس هذه الفكرة في مخيلتها وأدى ذلك إلى وفاتها، عندئذ تشدد العقوبة بحق الغير وإن كان قريباً لها وهذا ما قرره القانون العراقي واليمني والجزائري ومشروع قانون العقوبات الفلسطيني والقانون الجزائري الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية والقانون الجزائري العربي الموحد، باستثناء القوانين الليبي والأردني والسوري واللبناني الذين نصوا على شمول الشخص القريب للمرأة الذي يتولى إجهاضها بأحكام تخفيف العقوبة حتى وإن أدى فعله إلى موتها.

الحالة الثانية: الإجهاض غير الرضائي للمرأة المفضي للموت بسبب الإهمال.

إذا أدى الإجهاض غير الرضائي للمرأة إلى وفاتها، صارت الوفاة عاملاً ن مثلاً من قام مشدداً للعقوبة حتى مع توافر ظروف التخفيف كون مثلاً من قام بإجهاضها أحد أقاربها طالما كان بدون رضا وقبول من المرأة، وسواء أحدثت الوفاة والإجهاض بنفس الوقت أو كان بينهما فاصل زمني كأن يؤدي فعل المتهم إلى إسقاط الجنين أولاً ثم تحدث الوفاة بعد فترة من الإجهاض فالعبرة بأن يكون الإجهاض هو الذي تسبب بوفاة المرأة.

تجده في: نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 207-208 المشار إليه في: بوزيان عبد الباقي، مرجع سابق، ص 34.

على غرار قانون العقوبات سنة 1936 م، فقد نص قانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960 م على جرائم الإجهاض في المواد 321-325، ولو أمعنا النظر في هذه النصوص لوجدنا أنها تفرق بين الإجهاض الرضائي الذي يعد جنحة وعقوبته الحبس ثلاث سنوات كحد أقصى، وبين الإجهاض غير الرضائي الذي اعتبرتها جنائية عقوبتها الأشغال الشاقة لمدة لا تزيد عن عشر سنوات.

ولكن ما يثير حفيظتنا هو نص المادة 324-ق. ع 1960 م، حيث ذكرت أنه: (تستفيد من عذر مخفف، المرأة التي تجهض نفسها محافظة على شرفها ويستفيد كذلك من العذر نفسه من ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادتين (322 و323) للمحافظة على شرف إحدى فروع أو قريباته حتى الدرجة الثالثة).

بما يعني أنه إذا قامت المرأة بإجهاض نفسها من أجل الحفاظ على شرفها، فإنها تستفيد من العذر القانوني المخفف، كما يستفيد أيضاً من هذا العذر كل شخص يقوم بإجهاض إحدى قريباته حتى الدرجة الثالثة، إذا كان الغرض من الإجهاض الحفاظ على شرفها<sup>(1)</sup>.

ونرى في هذا السياق بأن المشرع الفلسطيني قد أخفق بوضع نص المادة 324- من قانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960 م، لكونها تنافي أهم الحقوق البشرية وهو حق الجنين بالحياة، فهو في بطن أمه إنساناً حياً كباقي الناس، والاعتداء على الجنين يشكل اعتداءً على نظام الأسرة، كونه سيصبح طفلاً في المستقبل بحيث يكون دعامة للمجتمع، له الحق في الحياة باعتباره حقاً طبيعياً<sup>(2)</sup>، فكيف للمشرع أن يخفف من عقوبة الأم والأقارب حتى الدرجة الثالثة الذين يقتلون الجنين بدوافع الشرف، مبرراً لهم قتل جنين، ليس له حولاً ولا قوة في الدفاع وحماية نفسه. فكان الأفضل أن يتم إلغاء نص هذه المادة لما تؤديه من عواقب وخيمة على المدى البعيد.

### الفرع الثاني- الجرائم الواقعة على القُصر:

نلاحظ بأن المشرع أشار إلى الجرائم الماسة بحقوق القصر بهدف حماية علاقات القرابة، وحماية الأطفال والقُصر الذين لا يستطيعون أن يوفرُوا الحماية لأنفسهم بمفردهم، وفي هذا الصدد سنتطرق لبيان أهم الجرائم التي تقع على "الأطفال القصر"<sup>(3)</sup> ويكون لعلاقة القرابة أو الأقارب محل اعتبار فيها.

(1) محمد يوسف علوان وآخرون، مرجع سابق، ص 85.

(2) بوزيان عبد الباقي، مرجع سابق، ص 31.

(3) انظر في:

- عرفت المادة 1- من قانون الطفل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2004 م الطفل القاصر فنصت: (الطفل هو كل إنسان لم يتم الثامنة عشرة من عمره)، أي أنها اعتبرت أن كل طفل لم يبلغ الثامن عشر من عمره قاصراً.  
- عَرَفَ الزحيلي القاصر بأنه: هو من لم يستكمل أهلية الأداء، سواء كان فاقداً لها كغير المميز أم ناقصها كالمميز.  
للمزيد انظر: هشام عبد الجواد العجلة، الولاية على نفس القاصر في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في

## 1. جريمة خطف الطفل أو الاعتداء على حراسة القاصر:

لقد عالج المشرع الفلسطيني جريمة الخطف<sup>(1)</sup> ضمن الفصل الثامن والعشرون من قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936 م تحت مسمى "الجرائم التي تقع على الحرية الشخصية" وذلك في إطار المواد (252-260)، وكما فعل قانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960 م ضمن المواد (253، 287، 302). وما يهمننا من هذا السياق هو "جريمة الخطف من الولي أو الحارس" لكون هذه الجريمة تقوم بقصد نزع هذا القاصر من سلطة من له ولاية أو وصاية أو حراسة عليه، وحرمانه من رعايته التي كفلها القانون من قبله، فمن يقوم بهذا الفعل أي الخطف بقصد حرمانه من هذه الرعاية والعناية يعاقب على هذا الفعل، كون أن هذا الفعل يشكل عملاً إجرامياً خطيراً يلحق ضرراً فادحاً بهذا الطفل القاصر، حيث يؤدي إلى ضياعه عن أسرته، وحرمانه من أن يعيش في ظلها وتحت رعايتها وتحت عناية المكلفين بذلك من ذويه<sup>(2)</sup>.

فحرصاً من المشرع على معالجة هذا الفعل فقد أفرد نصوص جزائية لتجريمه والمعاقبة عليه كالاتي:

\* المادة -253- ق. ع. 1936 م تنص على: (كل من أخذ أو أغوى صبياً قاصراً لم يبلغ أربع عشرة سنة من العمر أو فتاة لم تبلغ ست عشرة سنة من العمر أو أي شخص مختل الشعور، من عهدة وليه الشرعي بغير رضا ذلك الولي يقال أنه خطفه من وليه الشرعي).

\* المادة -255- ق. ع. 1936 م (كل من خطف شخصاً من فلسطين أو من عهدة وليه الشرعي يعتبر أنه ارتكب جناية ويعاقب بالحبس مدة سبع سنوات).

\* المادة -291- ق. ع. 1960 م تنص على: (1- من خطف أو أبعده قاصراً لم يكمل الخامسة عشرة من عمره ولو برضاه بقصد نزع من سلطته من له عليه الولاية أو الحراسة، عوقب بالحبس من شهر إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من خمسة دنانير إلى خمسة وعشرين ديناراً. 2- وإذا لم يكن القاصر قد أتم الثانية عشرة من عمره أو خطف أو أبعده بالحيلة أو القوة كانت العقوبة من ثلاث أشهر إلى ثلاث سنوات).

قطاع غزة، "قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه المقارن، جامعة الأزهر: غزة، 2014، ص 37. وكذلك: باسم حمدي حرارة، لي على أموال القاصرين، "قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية"، 2010، ص 12.

- وعُرف القاصر أيضاً بأنه: (من لم يبلغ سن الرشد القانوني)، أورده: كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص: 17. المشار إليه في: بن يحيى أم كلثوم، بحث بعنوان: القاصر مفهومه وأهليته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي <http://fiqh.islammesssage.com/NewsDetails.aspx?id=10276> - تاريخ الزيارة 2015/12/10.

<sup>(1)</sup> عرفت المادة -254- من ق. ع. 1936 م جريمة الخطف بالآتي: (يقال أن شخصاً خطف شخصاً آخر إذا أرغمه بالقوة أو حرضه بأي وسيلة من وسائل الخداع على مغادرة أي مكان).

<sup>(2)</sup> وسيم ماجد إسماعيل دراغمة، مرجع سابق، ص 140.

بالنظر للنصوص السابقة نجد أن المشرع الفلسطيني جرّم خطف الطفل القاصر -وفقاً لقانون العقوبات الفلسطيني رقم 1936م- الذي لم يبلغ أربع عشرة سنة من العمر إن كان صبيّاً أو لم تبلغ ست عشرة سنة من العمر إن كانت فتاة ، في حين أن قانون العقوبات الفلسطيني رقم 1960م جرم خطف الطفل القاصر الذي لم يكمل الخامسة عشرة من عمره بغض النظر عن جنس الطفل.

كما أن قانون العقوبات 1936م قد أغفل تجريم الخطف عندما يقع يكون بهدف نزع الطفل من حارسه، على غرار قانون العقوبات 1960م الذي تناول ذلك في نص المادة (291)<sup>(1)</sup>. وعلاوة على ذلك فهناك العديد من وجوه الفرق التي لم يتطرق إليها المشرع الفلسطيني بخصوص هذه الجريمة<sup>(2)</sup>، مثل (صفة الجاني ، وكون المخطوف طفل أو بالغ)

إضافةً إلى أن قانون العقوبات 1960م فرض عقوبة مشددة إذا كان الطفل المجني عليه لم يكمل الثانية عشرة من عمره أو إذا تم فعل الخطف بالحيلة أو الإكراه أو القوة، فهذه الأمور اعتبرها المشرع ظروفًا مشددة للعقاب على هذه الجريمة<sup>(3)</sup>. ولم يتطرق قانون 1936م لمثل هذه الظروف المشددة.

يجدر التنويه بأن قانون 1936م قد أحسن صنعاً بجعل مرتكب هذه الجريمة مرتكباً لجناية معاقبا عليها بسبع سنوات سجن على نقيض قانون 1960م الذي اعتبر هذه الجريمة جنحة موجبة لعقوبة من شهر لثلاث سنوات، ورفع حدها الأدنى في حال التشديد لثلاث أشهر.

وما يسجل للمشرع الفلسطيني في هذا الصدد، أنه لم يأخذ بما أقرته التشريعات العربية من ربط الملاحقة والمسائلة الجزائية للخاطف الذي يتزوج من القاصر المخطوفة على شكوى ذوو الصفة<sup>(4)</sup>، كما هو الحال في

(1) أوردت محكمة الاستئناف المنعقدة برام الله حكماً بهذا الصدد فقررت بخصوص الحكم المستأنف: (أخطأت المحكمة في الحكم بعدم مسؤولية المشتكي عليه عن تهمة خطف بنت صغيرة، وكان عليها الالتفات إلى المادة 291 عقوبات لسنة 1960 الباحثة في التعدي على حراسة القاصر، إذ أن لائحة الشكوى قد تضمنت أن المخطوفة في حضانة المشتكية.)، انظر: حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله، في الدعوى الجزائية، رقم 1106 لسنة 1996، في جلسة 19/10/1996.

(2) - التفرقة في صفة الجاني:

الأول: أن صفة الجاني شخص غريب عن الطفل المجني عليه.

الثاني: أن صفة الجاني من أفراد أسرته بالتحديد أحد الأولياء كالأب والأم عند أخذ الطفل والهروب به من حاضنه.

هذه التفرقة لم يتناولها المشرع الفلسطيني.

- لم يفرق المشرع الفلسطيني في العقاب بين جريمة خطف الطفل وخطف البالغ. كان المفترض بالمشرع الفلسطيني في سبيل حماية الطفل الأكثر عرضةً لمثل هذه الجريمة أن يشدد العقوبة المقررة إذا ما كان الضحية طفلاً قاصراً.

- لم يفرق ق.ع 1936م فيما إذا كان الخطف برضا المجني عليه أم لا.

(3) وسيم ماجد إسماعيل دراغمة، الجرائم الماسة بالأسرة، مرجع سابق، ص140.

<sup>4</sup> راجع:

قانون العقوبات المصري وقانون العقوبات الجزائري. وكذلك لم يأخذ بالظرف المخفف لعقوبة الخطف في الحالات التي يكون فيها الخاطف أحد الوالدين أو الجدين أو من له حق حضانة الطفل<sup>(1)</sup>.

### المبحث الثالث: أثر القربة على تقدير العقوبة

تؤثر علاقة القربة على قانوني العقوبات الفلسطينيين إما بتشديد العقوبة وإما بتخفيفها أو الإعفاء منها طبقاً لما تستدعيه كل جريمة، والدور الذي تمارسه روابط القربة في تكوين الجريمة وما ترتبه من الآثار هي التي تحدد مقدار العقوبة. وسنخوض بهذا المبحث في الجرائم التي تطرقت لعقوبات مشددة أو مخففة في حق مرتكبها من الأقارب، ومن ثم بيان مدى اعتبار صلة القربة سبباً للإباحة، ومخفف للعقوبة أو الإعفاء منها.

### المطلب الأول: القربة كظرف مشدد ومخفف للعقوبة

تشكل القربة معياراً متغيراً بالنسبة للعقوبة إذ يكون في بعض الأحيان مخففة لها وفي بعضٍ آخر تكون مشددة للعقوبة وذلك طبقاً لما تفرضه ظروف الحال والعلاقات الأسرية على كيان الجريمة فتحدث ذلك الأثر.

### الفرع الأول- القربة كظرف لتشديد العقوبة:

أسباب تشديد العقاب: هي حالات يجب فيها على القاضي أو يجوز له أن يحكم بعقوبة من نوع أشد مما يقرره القانون للجريمة، أو يجاوز الحد الأقصى الذي وضعه القانون لعقوبة هذه الجريمة<sup>(2)</sup>.

إن المشرع الفلسطيني نص على العديد من الجرائم التي تمس بالعرض والتي تقع من قبل أفراد الأسرة الواحدة الذين هم ممن تشعر لهم بالأمان والطمأنينة، وهذه الجرائم هي جريمة السفاح وجريمة الاغتصاب وجريمة هتك العرض أو الفعل المنافي للحياء. لذا سنوضح كل منها على حدا.

- لموشي سارة، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، "مذكرة مقدمة لنيل شهادة ليسانس في العلوم القانونية والإدارية"، جامعة ماي-قلمة-الجزائر، ص23:24.

- وزاني أمانة، جريمة اختطاف الأطفال وآليات مكافحتها في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر-بسكرة:الجزائر، 2015، ص13:14.

- بشيشي سوهية، جريمة اختطاف الأطفال في قانون العقوبات الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر بسكرة:الجزائر، 2014، ص99:100.

(1) ناصر الرئيس وآخرون، مرجع سابق، ص11.

(2) ساهر إبراهيم الوليد، الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني "نظرية الجزاء الجنائي"، ج2، ط2، بدون دار نشر، 2001، ص160.



## 1. جريمة الاغتصاب:

لم يُعرفَ المشرع الفلسطيني جريمة الاغتصاب في كلا القانونين (1936م، 1960م)، مما استدعي منا أن نستعين بتعريف فقهاء القانون لتعريف الاغتصاب، فقد عُرفَ بأنه: (حمل الرجل المرأة على الاتصال به جنسياً، دون رضا أو اختيار منها)<sup>(1)</sup>.

ومن الملفت أن قانون العقوبات الفلسطيني 1936م لم ينص على جريمة الاغتصاب في صورتها البسيطة وإنما أورد تلك الجريمة مقترنةً بإحدى الظروف المشددة، في نصوص المواد (152، 153)<sup>(2)</sup>. في حين أن قانون

(1) للمزيد:

- محمود نجيب حسني، "الموجز في شرح قانون العقوبات - القسم الخاص"، دار النهضة العربية: القاهرة، 1993، ص 447.  
- شاولس سارة، جريمة الاغتصاب في القانون الجزائري، "مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون جنائي"، جامعة محمد خيضر بسكرة: الجزائر، 2014، ص 9.  
- وعُرفَ الاغتصاب بأنه: "إرغام الرجل أو المرأة غيرها على الاتصال به جنسياً، دون رضا الطرف الآخر، أو دون اختيار منه" انظر في: إبراهيم بن صالح اللحيدان، أحكام جريمة اغتصاب العرض في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية: الرياض، 2004، ص 19. لكن هذا التعريف منتقد ولا يلي الغاية منه؛ لكونه لم يحدد طبيعة الاتصال الجنسي ذا الاعتبار في هذه الجريمة، عوضاً عن أن جريمة الاغتصاب لا تقع إلا على الأنثى.

(2) \* المادة 152- من ق.ع 1936م نصت على:

(1- كل من: أ- واقع أنثى موقعة غير مشروعة دون رضاها وباستعمال القوة أو بتهديدها بالقتل أو بإيقاع أذى جسماني بليغ أو واقعها وهي فاقدة الشعور أو في حالة أخرى تجعلها عاجزة عن المقاومة، أو ب- لاط بشخص دون رضاه وباستعمال القوة أو بتهديده بالقتل أو بإيقاع أذى جسماني بليغ أو لاط به وهو فاقد الشعور أو في حالة أخرى تجعله عاجزاً عن المقاومة، أو ج- واقع ولداً دون الست عشر سنة من العمر موقعة غير مشروعة أو لاط به. يعتبر أنه ارتكب جنائية ويعاقب بالحبس مدة أربع عشر سنة. وإذا ارتكبت هذه الجنائية حسب ما ورد في الفقرة (أ) أعلاه فإنها تدعى (الاغتصاب). ويشترط في ذلك أن يعتبر دفاعاً كافياً في التهمة الموجهة بمقتضى البند (ج) من هذه الفقرة بموقعة أنثى موقعة غير مشروعة إذا أقيم الدليل لدى المحكمة التي تنظر في التهمة على أن المتهم كان لديه سبب معقول يحمله على الاعتقاد بأن الأنثى كانت قد بلغت ست عشرة سنة من العمر أو تجاوزتها. 2- كل من: أ- واقع شخصاً آخر خلافاً لنواميس الطبيعة، أو ب- واقع حيواناً، أو ج- سمح أو سمحت لذكر بمواقعة أو بمواقعتها خلافاً لنواميس الطبيعة يعتبر أنه ارتكب جنائية ويعاقب بالحبس مدة عشر سنوات).

\* المادة 153- من ق.ع 1936م تنص على:

(كل من واقع أنثى موقعة غير مشروعة وهو عالم بجنونها أو بعتهها أو واقعها برضاء منها حصل عليه بتهديدها أو بخداعها في ماهية الفعل أو في شخصية الفاعل، يعتبر أنه ارتكب جنائية ويعاقب بالحبس مدة عشرة سنوات).

العقوبات 1960م قد نص على جريمة الاغتصاب في صورتها البسيطة في المادة (292)<sup>(1)</sup> وذلك في إطار معالجته للجريمة بشكل كامل ضمن المواد (292-300، 295).

وما يهم في هذا السياق هو جريمة الاغتصاب التي تقع من قبل أحد أصول المجني عليها وهذا ما لم يعالجه المشرع الفلسطيني في ق. ع. 1936م في ثنايا نصوصه، على خلاف قانون ق. ع. 1960م الذي تناول هذه الحالة ونص عليها في الفقرة 1- من المادة 295- حيث جاءت كالآتي: (1- إذا وقع أنثى أتمت الخامسة عشرة، ولم تتم الثامنة عشرة من عمرها أحد أصولها - شرعياً كان أو غير شرعي - أو زوج أمها أو زوج جدتها لأبها وكل من كان موكلاً بتربيتها أو ملاحظتها عوقب بالأشغال الشاقة المؤقتة). وشدد العقوبة المقرر في هذه الحالة وفق لنص المادة 300- من ذات القانون، حيث نصت: (تشدد عقوبة الجنايات المنصوص عليها في المواد 292 و293 و294 و296 و298) بحيث يضاف إليها من ثلثها إلى نصفها إذا كان المتهم أحد الأشخاص المشار إليهم في المادة 295).

بناءً عليه نجد أن ق. ع. 1960م قد اعتد بأواصر القرابة التي تربط بين الجاني والمجني عليها، فإن كان الجاني من أصول المجني عليها، وارتكب جريمته معها، يعتبر بذلك مخللاً بالثقة الممنوحة له واعتدى بفعله على أهم العلاقات الإنسانية -علاقة الدم أو القرابة- فحيث أن هذه الفئة من الأشخاص المفترض أن تشعر معها الأنثى بداخل الأسرة بالأمان والطمأنينة دون خوف<sup>(2)</sup>، فلذا وجب تشديد العقوبة إلى أقصى الحدود لكون هذه الفئة من محارم المجني عليها<sup>(3)</sup>، وقد أحسن المشرع الفلسطيني في ق. ع. 1960م عندما شدد العقوبة في حال وقعت من قبل أحد أصول المجني عليها في نص المادة (300) من ذات القانون.

وفي الواجهة المقابل نجد أن ق. ع. 1936م لم يتطرق كما ذكرنا سالفاً للحالة التي يكون فيها الجاني في جريمة الاغتصاب واقعة من قبل أحد أصولها أو زوج أمها أو زوج جدتها لأبها، ونرى هنا بوجود معالجة ق. ع. 1936م هذه الحالة وأن ينص على تشديد العقوبة في حالة وقعت جريمة الاغتصاب من قبل الأشخاص المذكورين أعلاه. وعلة ذلك هي أن هذه الحالة تقع ممن تشعر لهم المجني عليها بالأمان، وتعيش معهم بطمأنينة، فشيوع هذه الجريمة يؤدي إلى ضرراً فادحاً ونتائج وخيمة على الأسرة والفتاة، إذ أن هذا الفعل قد يؤدي إلى حرمان الفتاة من الزواج أو قتلها في أغلب الأحيان والظروف<sup>(4)</sup>.

(1) المادة 292- في فقرتها الأولى: (1- من واقع بالإكراه أنثى (غير زوجه) يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة خمس سنوات على الأقل).

(2) أمال نياف، الجريمة الجنسية المرتكبة ضد القاصر "الاغتصاب والتحرش الجنسي"، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة: الجزائر، 2013، ص:79:78.

(3) شاوش سارة، جريمة الاغتصاب في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر بسكرة: الجزائر، 2014، ص:73:72.

(4) وسيم ماجد إسماعيل دراغمة، مرجع سابق، ص:44:43.

## 2. جريمة هتك العرض:

لم يُعرفَ المشرع الفلسطيني في قانوني (1936م و1960م) جريمة هتك العرض، لا بل أن قانون 1936م لم يورد مصطلح هتك العرض بتاتاً في إطار نصوصه، فلذا سوف نعرض ما ساقه الفقه في تعريف هتك العرض وذلك بأنه (كل فعل يمارس علي جسم آخر ويكون من شأنه أن يشكل إخلالاً بالأداب سواء كان ذلك في علنية أو خفاء)<sup>(1)</sup>.

وتجدر الملاحظة أن قانون 1936م استعاض عن مصطلح "هتك العرض" بمصطلح "ارتكاب الأفعال المنافية للحياء"، ويستشف ذلك من التطابق الكبير بين أركان الجريمتين: في حين أن جانب من الفقه والقضاء فرق بين الجريمتين، وذلك على أساس الجسامة إذ اعتبر أن الجريمة هي هتك عرض في حال استطلت أفعال الجاني إلى مواضع تعتبر من العورات التي يحرض الشخص على سترها، أما إذا اقتصر الفعل على اللمس أو المداعبة دون المس بالعورات نكون أمام جريمة فعل منافي للحياء<sup>2</sup>، وكان للقضاء الفلسطيني والأردني رأي مشابه له حيث قضت محكمة الاستئناف الفلسطينية بأن: (الشارع فرق بين جريمة هتك العرض والفعل المنافي للحياء، وجعل الإخلال الجسيم بالحياء هو المعيار الحقيقي للترقية بين هتك العرض والأفعال المنافية للحياء والتي لا تبلغ جسامة فعل هتك العرض)<sup>3</sup>. ومنتقد حكم المحكمة لكون المعيار المستندة إليه في التفرقة غير حاسم، ومن الصعوبة بمكان الفصل بين هتك العرض والفعل المنافي للحياء بناءً على جسامة الإخلال بالحياء. وكذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: ( جرى الفقه والقضاء على أن الفارق بين جريمة هتك العرض المنصوص عليها في المواد 296-299 من قانون العقوبات وجريمة الفعل المنافي للحياء المنصوص عليها في المادة 305 من القانون ذاته يكمن في جسامة الفعل المادي الذي يقع على المعتدى عليه فإن استطل إلى مواضع يعتبرها المجتمع من العورات التي يحرض سائر الناس على سترها ولا يدخرون وسعاً في صونها فالجريمة هتك العرض وإن بقي الفعل بدرجة اللمس والمداعبة من غير المساس بالعورات فالجريمة هي فعل منافي للحياء)<sup>4</sup>.

(1) تجده في:

- شاوش سارة، مرجع سابق، ص 37.

- وعُرف أيضاً بأنه: (هو كل فعل مخل بالحياء يستطيل إلى جسم المجني عليها وعوراتها، ويخدش عاطفة الحياء لديه). انظر في ذلك: جلال الدين بانقا أحمد، جرائم العرض والأداب العامة والسمعة فقهاً وقضاءً وتشريعاً، بحث منشور، مجلة جامعة شندي، العدد العاشر، 2001، ص 47.

<sup>2</sup> محمد موسى البخيت، المشكلات القانونية والعملية في جرائم العرض، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2011، ص 15.

<sup>3</sup> حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله، في الدعوى الجزائية، رقم 493، لسنة 1998، في جلسة 12/5/1998.

<sup>4</sup> قرار محكمة التمييز الأردنية (جزاء) رقم 2011/2176 (هيئة خماسية) تاريخ 2012/1/24

ويثار أيضاً الفارق بين جريمة الاغتصاب وجريمة هتك العرض في مسألة دقيقة قد تنبه لها المشرع الفلسطيني على غرار المشرع الجزائري، ويتضح الفارق الدقيق في أن جريمة الاغتصاب تتطلب تمام الواقعة وذلك بحدوث إيلاجاً للعضو الذكري للجاني في فرج الفتاة المجني عليها، أما في حال عدم حصول الاتصال الجنسي بالشكل المذكور سالفاً نكون أمام جريمة هتك عرض. فضلاً على أن جريمة هتك العرض تتكون في أي فعل شهواني يرتكبه شخص على شخص آخر دون رضاه إذا كان فيه خدش للحياء العرضي<sup>(1)</sup>.

بالتالي يتبين أن المشرع الفلسطيني نص على جريمة هتك العرض في المواد (296-300) من ق.ع. 1960م وعلى الأفعال المنافية للحياء في المواد (157-160) من ق.ع. 1936م، وما يعنينا في هذا الصدد هو الحالات التي يكون الأقارب ذوو صلة في ارتكاب الجريمة بصفتهن جناة، فقد تنبه المشرع الفلسطيني لهذه الحالة ونص على تشديد العقوبة لها في المادة (300) من ق.ع. 1960م حيث نصت على: (تشدد عقوبة الجنايات المنصوص عليها في المواد (292 و293 و294 و296 و298) بحيث يضاف إليها من ثلثها إلى نصفها إذا كان المتهم أحد الأشخاص المشار إليهم في المادة (295)). وهذا كله مراعاة للعلاقات الأسرية والقربا التي تبعث على تبادل الثقة بين الأصول والفروع والأزواج وبين الأهل. فنجد المشرع الفلسطيني شدد من العقوبة إذا قام إذا كان الجاني من احد محارم المجني عليها لكونه قد أخل بالثقة الموضوعة فيه عندما ارتكب جريمة هتك العرض، حماية للتماسك الاجتماعي والمحافظة على الروابط الأسرية وهي نفس الحكمة المتوخاة من تجريم الفعل المخل بالحياء وجريمة الاغتصاب.

لذا نقترح على المشرع الفلسطيني ق.ع. 1936م أن يحذو حذو ق.ع. 1960م في تشديد العقوبة المقررة لجريمة الفعل المنافي للحياء في حال كان الجاني أحد أصول أو محارم المجني عليها؛ لكون العلة والأسباب التي تستوجب التشديد في جريمة هتك العرض في حال وقعت من قبل أصول وفروع المجني عليها تتوافر ذاتها في جريمة الفعل المنافي للحياء.

### 3. جريمة السفاح:

عالج المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات "جريمة السفاح"<sup>(2)</sup> (في المادة -155- من رقم 74 لسنة 1936م، والمادتين -285، 286- من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960) حيث جاءت نصوص المواد كالتالي:

(1) قضت في ذلك محكمة الاستئناف برام الله بأن: (جريمة هتك العرض ليس فعلاً مخصصاً في مكان مخصوص في جسم الإنسان بل تتكون في أي فعل شهواني يرتكبه شخص على شخص آخر دون رضاه إذا كان فيه خدش للحياء العرضي). تجده في: حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله، في الدعوى الجزائية، رقم 617، لسنة 1998، في جلسة 26/5/1998.

(2) السفاح: هو إقامة علاقة غير مشروعة عن طريق الاتصال الجنسي الكامل بين شخصين، تربطهما قرابة تمنع تحريم حدوث الاتصال بينهما. انظر في ذلك: رياض محمود جابر قاسم، الزنا وعواقبه وسبل الوقاية منه في ضوء القرآن الكريم، بحث منشور، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية) المجلد السادس عشر، العدد الثاني، 2008، ص 246.

\* المادة -155- من ق. ع. 1936 م تنص: (كل من واقع بنتاً غير متزوجة تجاوزت السادسة عشرة من عمرها ولم تتم الحادية والعشرين واقعة غير مشروعة أو ساعد أو عاون غيره على مواععتها واقعة غير مشروعة وكانت البنت من فروعه أو من فروع زوجته أو كان وليها أو موكلأ بتربيتها أو ملاحظتها، يعتبر أنه ارتكب جنائية ويعاقب بالحبس مدة خمس سنوات).

\* المادة -285- من ق. ع. 1960 م تنص: (السفاح بين الأصول والفروع شرعيين كانوا أو غير شرعيين أو بين الأشقاء والشقيقات والأخوة والأخوات لأب أو لأم أو من هم بمنزلة هؤلاء جميعاً من الأصبهار أو إذا كان لأحد المجرمين على الآخر سلطة قانونية أو فعلية يعاقب عليه بالحبس من سنتين إلى ثلاث سنوات).

\* المادة -286- من ق. ع. 1960 م تنص: (يلحق السفاح الموصوف في المادة السابقة بناء على شكوى قريب أو صهر أحد المجرمين حتى الدرجة الرابعة).

بدايةً، يجب الإشارة إلى أن المعنى اللغوي للسفاح هو الزنا، بمعنى أن السفاح هو زنا، ولكن السفاح هو صورة خاصة للزنا، بحيث يكون بين الأصول والفروع وبين الأشقاء والشقيقات والأخوة بالمحارم من ذوي القربى والأخوات لأب أو لأم أو من هم في منزلتهم من الأصبهار والمحارم<sup>(1)</sup>.

وبتمحيص النصوص السابقة يتبين أن المشرع لم يتساهل في جريمة السفاح وقام بتشديد العقوبات في تلك الحالات لأن الأصل أن يكون الإنسان أميناً على نفسه في بيته وبين أهله وأقاربه، وما يميز هذه الجريمة عن جريمة الزنا والاعتصاب هو صلة القرابة التي نص عليها المشرع، عوضاً عن تواجد عنصر الإكراه والتهديد الذي يصاحب جريمة الاعتصاب، فإذا انعدمت صلة القرابة تكون جريمة زنا أو اغتصاب، وكذلك الرضا كون أن جريمة السفاح لا تقع إلا بالرضا، حيث أن جريمة السفاح لا تقع إلا إذا كان كلا الفاعلين بالغين ومتمتعين

(1) للمزيد:

- السفاح: المسافحة والتسافح والسفاح: الزنا والفجور. وأصل ذلك: الصب؛ لأن الماء يصب ضائعاً والمسافحة: الفاجرة. وسعى الزنا سفاحاً؛ لأنه كان من غير عقد كأنه بمنزلة الماء المسفوح الذي لا يحبسه شيء. وقيل: سعى سفاحاً؛ لأنه ليس له حرمة نكاح. ولا تزويج، وكان أهل الجاهلية إذا خطب الرجل المرأة قال: انكحيني، فإذا أراد الزنا قال: سافحيني. للمزيد انظر: رياض محمود جابر قاسم، الزنا وعواقبه وسبل الوقاية منه في ضوء القرآن الكريم، بحث منشور، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية) المجلد السادس عشر، العدد الثاني، 2008، ص 243.

- وجاء حكمة محكمة الاستئناف مؤكداً ذلك، حيث نص على: (يستفاد من نص المادة 285 عقوبات لسنة 60 الباحثة عن السفاح، بأنه الواقعة التي تحدث بين الأصول والفروع شرعيين كانوا أم غير شرعيين، أو بين الأشقاء والشقيقات، أو بين الأخوة والأخوات لأب أو لأم، أو من هم بمنزلة هؤلاء جميعاً من الأصبهار، أو إذا كان لأحد المجرمين على الآخر سلطة فعلية أو قانونية). ورد في: حكم محكمة الاستئناف: رام الله، في الدعوى الجزائية، رقم 1323، لسنة 1998، جلسة 23/12/1998.

بالأهلية القانونية، بينما إذا كانت الأنثى قاصرة أي لم تبلغ الثامنة عشرة من عمرها فإن فعله يشكل جريمة اغتصاب حتى لو تم هذا الفعل بالرضا لأن الرضا غير معتد به في هذه الحالة<sup>(1)</sup>.

فالحكمة من التشديد هنا ترجع إلي التسبب في إهدار القيم الاجتماعية، وخروج عن الطبيعة البشرية، وفق ما تقتضيه الفطرة السليمة، وهذا ما تنفر منه الطباع والنفوس الطيبة ولما لهذا السلوك من تعارض مع مبادئ الأخلاق والفضيلة. حيث أن رابطة القرابة والنسب والدم، هي أساس تكوين الصلات والعلاقات الاجتماعية، و جريمة وطء المحرمات من الإناث، كالأخت والأم والبنات، جرائم فاحشة تعتدي على الأعراض والأنساب<sup>(2)</sup>.

ويتبين لنا أن ق. ع. 1936م قد أحسن صنعاً لكونه لم يربط ملاحقة مرتكب جريمة السفاح بتقديم الشكوى، فهذا مسلك محمود من المشرع قد أهدره ق. ع. 1960م الذي ربط ملاحقة مرتكب جريمة السفاح بتقديم شكوى من قريب أو صهر أحد المجرمين حتى الدرجة الرابعة.

#### الفرع الثاني- القرابة كعذر مخفف:

الأعذار القانونية المخففة هي حالات حددها المشرع على سبيل الحصر يلتزم فيها القاضي بأن يهبط بالعقوبة المقررة للجريمة وفقاً لقواعد معينة في القانون<sup>(3)</sup>.

تطرق المشرع الفلسطيني في للعديد من الجرائم للنص على أعذار مخففة، ولكن ما يهم في هذا الصدد، الأعذار التي يكون لعلاقة القرابة والدم أثر ومحل اعتبار فيها. بالتالي سنتناول فيها أهم صورتين يطبق فيها العذر المخفف، أولاهما: هي صورة قتل الأم ولوليدها والثانية صورة القتل نتيجة لتوافر عنصر الاستفزاز

#### 1. قتل الأم ولوليدها:

في هذه الصورة نجد أن المشرع الفلسطيني قد منح الأم التي تقتل ولليدها عذر مخففاً لما تُمنى به الأم حديث الولادة من حالة عقلية غير متزنة وتأثيرات نفسية سلبية. فمن هذا المنطلق أوجد المشرع عذر مخففاً في نص

(1) وسيم ماجد إسماعيل دراغمة، مرجع سابق، ص 31:30.

(2) بوزيان عبد الباقي، مرجع سابق، ص 53.

(3) ساهر إبراهيم الوليد، الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني " نظرية الجزاء الجنائي "، ج 2، ط 2، بدون دار نشر،

2011، ص 150.

المادة (226)<sup>(1)</sup> من ق. ع. 1936 م، والمادتين (331، 332)<sup>(2)</sup> من ق. ع. 1960 م، ونص على عقوبة مخففة في حق الأم التي تقوم بقتل ابنها حديث الولادة.

ولقد شرحنا نصوص هذه المواد مسبقاً، في بداية البحث لذا نحيل حديثنا إليه.

## 2. عذر الاستفزاز:

لقد نص ق. ع. 1936 م في المادة (18) على عذر الاستفزاز، حيث ذكرت أنه: (يجوز قبول المعذرة في ارتكاب فعل أو ترك يعتبر إتيانه جرماً لولا وجود تلك المعذرة إذا كان في وسع الشخص المتهم أن يثبت بأنه ارتكب ذلك الفعل أو الترك درءاً لنتائج لم يكن في الوسع اجتنابها بغير ذلك والتي لو حصلت لألحقت به أذى أو ضرراً بليغاً أو بشرفه أو ماله أو بنفسه أو شرف أشخاص آخرين ممن هو ملزم بحمايتهم أو بمال موضوع في عهده: ويشترط في ذلك أن لا يكون قد فعل أثناء ارتكابه الفعل أو الترك إلا ما هو ضروري ضمن دائرة المعقول لتحقيق تلك الغاية وان يكون الضرر الناجم عن فعله أو تركه متناسباً مع الضرر الذي تجنبه)، وتم تعديلها بالقرار بقانون رقم 7 لسنة 2011 وذلك بإضافة الفقرة التالية (ولا يشمل ذلك جرائم قتل النساء على خلفية "شرف العائلة"). في حين أن ق. ع. 1960 م نص في المادة (98) على عذر الاستفزاز كالأعذار القانونية العامة<sup>(3)</sup> الموجبة للتخفيف، حيث ذكرت أنه: (يستفيد من العذر المخفف فاعل الجريمة الذي أقدم عليها بسورة غضب شديد

(1) \* المادة -226- ق. ع. 1936 م: (1- إذا تسببت امرأة بفعل أو ترك مقصود، في موت طفلها المولود حديثاً، وكانت حين وقوع ذلك الفعل أو الترك لم تبرأ بعد براءً تاماً من تأثير وضعها لذلك الطفل بحيث كانت من جراء ذلك في حالة عقلية غير متزنة، فتعتبر أنها ارتكبت جريمة "قتل الطفل" ولو كانت الظروف التي وقع فيها الجرم تجعله من قبيل القتل قصداً لولا وجود أحكام هذه المادة. وتجوز محاكمتها ومعاقبتها على ذلك الجرم كما لو كانت قد ارتكبت جرم القتل عن غير قصد في ذلك الطفل. 2- ليس في هذه المادة ما يؤثر في صلاحية المحكمة عند النظر بناء على اتهام بقتل طفل مولود حديثاً قصداً، في إصدار قرار بإدانة المتهم بالقتل عن غير قصد أو بإدانتها مع اعتبارها مجنونة، أو بإدانتها بإخفاء الولادة. 3- إن أحكام هذا القانون المتعلقة بإخفاء الولادة تسري في حالة تبرئة المرأة بناء على اتهام بقتل الطفل بالصورة التي تسري فيها على تبرئة امرأة من جريمة القتل قصداً.)

(2) \* المادة -331- ق. ع. 1960 م: (إذا تسببت امرأة بفعل أو ترك مقصود في قتل وليدها الذي لم يتجاوز السنة من عمره على صورة تستلزم الحكم عليها بالإعدام، ولكن المحكمة اقتنعت بأنها حينما تسببت في الوفاة لم تكن قد استعادت وعيها تماماً من تأثير ولادة الولد أو بسبب الرضاعة الناجم عن ولادته، تبدل عقوبة الإعدام بالاعتقال مدة لا تنقص عن خمس سنوات.)

\* المادة -332- ق. ع. 1960 م: (تعاقب بالاعتقال مدة لا تنقص عن خمس سنوات، الوالدة التي تسببت - اتقاء العار- بفعل أو ترك مقصود في موت وليدها من السفاح عقب ولادته

(3) الأعذار القانونية العامة: هي التي تستوجب تخفيف العقاب في جميع الجرائم إذا توافرت الوقائع التي يقوم العذر المخفف فيها. انظر: ساهر إبراهيم الوليد، الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني " نظرية الجزاء الجنائي "، مرجع سابق، ص150.

ناتج عن عمل غير محق وعلى جانب من الخطورة أتاه المجني عليه). وقد تم تعديل هذه المادة بالقرار بقانون رقم 10 لسنة 2014 وأصبحت تنص على أنه: (يستفيد من العذر المخفف فاعل الجريمة الذي أقدم عليها بسورة غضب شديد ناتج عن عمل غير محق وعلى جانب من الخطورة أتاه المجني عليه، ولا يستفيد فاعل الجريمة من هذا العذر المخفف إذا وقع الفعل على أنثى بدواعي الشرف)<sup>1</sup>.

يتضح مما سبق أن عنصر الاستفزاز الوارد في المواد السابقة يتطلب لتطبيقه توافر الشروط الآتية<sup>(2)</sup>:  
1- إتيان المجني عليه بفعل مادي ينطوي على جانب من الخطورة. 2- سورة الغضب الشديد<sup>(3)</sup>. 3- ارتكاب الجريمة أثناء أو فور وقوع الاستفزاز.

كما أن التعديلات التي تم إقرارها بموجب القرار بقانون رقم 7 لسنة 2011م والقرار بقانون رقم 10 لسنة 2014م كانت غاية في الأهمية إذ حفظت وصانت حقوق المرأة ومنعت الرجال من استغلال عنصر الاستفزاز والاستفادة منه للهروب من العقاب الجزائي المقرر لجريمة القتل؛ وبالتالي شكلت تلك التعديلات رادعاً لكل من تسول له نفسه ارتكاب جرائم مماثلة.

#### المطلب الثاني: القرامة كسبب لإباحة الفعل أو الإعفاء من العقوبة

تؤثر علاقة القرامة على الجريمة والعقوبة وذلك إما بإباحة الفعل وإما بالإعفاء من العقوبة، وهذا ما سنتطرق إليه في هذين الفرعين.

<sup>1</sup> لقد أصدر الرئيس الفلسطيني محمود عباس القرار بقانون رقم 10 لسنة 2014م لتعديل بعض نصوص قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960م؛ نتيجة لإطلاق منظمات فلسطينية نسوية وأخرى تعنى بحقوق الإنسان ومناهضة العنف ضد المرأة وذلك بعد تزايد حالات القتل على خلفية الشرف وفق ما أوضحت إحصائيات صادرة عن مؤسسات المجتمع المدني الفلسطيني إن هناك ارتفاعاً ملحوظاً في جرائم القتل على خلفية الدفاع عن الشرف من 4 حالات في عام 2011 إلى 13 حالة في عام 2012 ثم إلى 27 في عام 2013. راجع في ذلك: الرئيس الفلسطيني يلغي العذر المخفف في جرائم القتل بدواعي الشرف، موقع المصدر، تاريخ الزيارة 2018/2/6م يوم الثلاثاء، الساعة 9:43م.

<sup>(2)</sup> تجده في:

- ساهر إبراهيم الوليد، الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني " نظرية الجزاء الجنائي " ، مرجع سابق، ص 152:151.  
- نائل محمد يحيى، المسؤولية الجنائية عن خطأ التأديب والتطبيب، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر بغزة، 2012، ص 108.  
<sup>(3)</sup> أكدت على هذا الشرط محكمة الاستئناف حيث نصت على أن: (تقدير العذر المخفف سورة الغضب المنصوص عليها في المادة 98 عقوبات لسنة 60 والفترة الزمنية لزوال الغضب الشديد يعود لمحكمة الموضوع باعتبارها صاحبة الاختصاص في تقدير الوقائع المادية، وإن قيام الجاني بقتل ابنته بعد أن تأكد له مسلكها الشائن وفور التقائه بها يندرج تحت سورة الغضب الشديد وينفي توافر سبق الإصرار). انظر في: حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله، في الدعوى الجزائية، رقم 229، لسنة 1995، في جلسة 16/3/1995.



## الفرع الأول- القرابة كسبب إباحة:

سبب الإباحة هو السبب الذي يجعل الفعل المجرم بموجب احد نصوص قانون العقوبات، لكنه أبيع لظروف استثنائية قدرها المشرع، لذلك توصف مشروعيتها بأنها استثنائية وهي تختلف عن المشروعية العادية حيث لا ينطبق النص التجريبي على الفعل من الأصل<sup>(1)</sup>.

لقد تناول المشرع الفلسطيني بعض النصوص الجزائية التي تضمنت سبب للإباحة وكانت علاقة القرابة محل اعتبار فيها، وفي هذا الإطار سنتطرق لبيان أهم هذه النصوص التي عالجت ذلك. وفي هذا الإطار نرى أن ق.ع 1960م قد أورد سبب للإباحة في نص المادة (62) حيث نصت على أنه: (2- يجيز القانون: أ- ضروب التأديب التي ينزلها بالأولاد أبأؤهم على نحو ما يبيحه العرف العام) ويثير هذا النص شبهة عدم الدستورية لكونه يتعارض مع المادة 29 من القانون الأساسي الفلسطيني 2003م "المعدل" حيث نصت المادة على أن (رعاية الأمومة والطفولة واجب وطني، وللأطفال الحق في: 1- الحماية والرعاية الشاملة. 2- أن لا يستغلوا لأي غرض كان ولا يسمح لهم بالقيام بعمل يلحق ضرراً بسلامتهم أو بصحتهم أو بتعليمهم. 3- الحماية من الإيذاء والمعاملة القاسية. 4- يحرم القانون تعريض الأطفال للضرب والمعاملة القاسيتين من قبل ذويهم.) فبالنظر لكل النصوص نجد أن القانون الأساسي حظر بشكل واضح وصريح تعريض الأطفال للضرب والمعاملة القاسية من ذويهم في حين جاءت المادة (62) من ق.ع 1960م تجيز للأباء تأديب أبنائهم بما يبيحه العرف والتي يقع من ضمنه وسيلة الضرب.

بالتالي يفهم من نص المادة أن المشرع أباح للأب أن يقوم بتأديب الأبناء بشرط توافر بعض الشروط وهي:

- 1- الصفة: يثبت حق التأديب لمن يعهد إليه شرعا أو قانونا أو اتفاقا بتربية الطفل و يستحق التأديب الطفل الذي لا يتجاوز سن السادس عشر، وهو حق يتعلق بالولاية على النفس في حالة تأديب الأب لابنه<sup>(2)</sup>.
- 2- وقوع ما يوجب التأديب: حق التأديب مقيد بالغاية التي شرع من أجلها وهو إصلاح الصغير وتعليمه وتهذيبه، فان تجاوز مستعمل الحق هذه الغاية يخرج من دائرة الإباحة ويدخل دائرة التجريم<sup>(3)</sup>.

(1) ساهر إبراهيم الوليد، الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني "الجريمة والمسئولية الجزائية"، ج1، ط1، بدون دار نشر، 2010، ص136.

(2) محمد صبحي نجم، قانون العقوبات - القسم العام - "النظرية العامة للجريمة"، بدون دار نشر، 2000، ص185.

(3) احمد شوقي أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، 2006، ص451.

3- حدود التأديب: يباح لمن له حق التأديب أن يؤدب الصغير بالضرب البسيط الذي لا يحدث كسرا أو جرحا، ولا يترك أثرا، أي أن لا يكون الضرب فاحشا الذي يكسر العظم أو يحرق الجلد. فإذا زاد هذا التأديب على هذا القدر اللازم لإصلاح يصبح محاسب جنائيا ويسأل عن جريمة الإيذاء العمد ضد قاصر<sup>(1)</sup>.

4- حسن نية: يلتزم المستفيد من حق التأديب أن تكون النية سليمة وأن يتغى منها التأديب، لا الانتقام أو التعذيب أو حمل الطفل على إتيان فعل غير مشروع كالتسول أو السرقة، وإلا سيخرج عن دائرة الإباحة<sup>(2)</sup>.

بناءً على ما سبق، يتبين أن المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936 م لم ينص صراحة على حق تأديب الصغار في ثنايا نصوصه، فلذا نوصي بوجود أن يتناول القانون هذا الحق في مواده الجزائية.

**الفرع الثاني- القرابة كعذر معفي:**

يقرر إعفاء الجاني من العقوبات المقررة للجريمة بالنظر إلى صلة القرابة في عدة جرائم أهمها:

#### 1. جريمة إخفاء مجرم عن وجه العدالة:

عاقب المشرع الفلسطيني على جريمة إخفاء المجرم عن وجه العدالة في ق.ع 1936 م واعتبر من أوى مجرماً في مرتبة الشريك وأفرد له عقوبة وفقا لنص المادة (26)<sup>(3)</sup> من ذات القانون، كما أن ق.ع 1960 م تناول في المادة (84)<sup>(4)</sup> جريمة إخفاء المجرم من وجه العدالة وأفرد عقوبة لها.

(1) فخري عبد الرزاق الحديثي و خالد حميدي الزعي، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص 239:240.

(2) حسن محمد الربيع، شرح قانون العقوبات الاتحادية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول، بدون دار نشر، 2004، ص 480.

(3) المادة (26) من ق.ع 1936 م ينص على أنه: (1- كل من أوى شخصا آخر وهو يعلم أنه ارتكب جرماً أو ساعده بقصد تمكينه من تجنب العقاب، ولم يكن والد ذلك الشخص الآخر أو أمه أو ابنته أو زوجته، يعتبر شريكاً في الجرم بعد وقوعه: ويشترط في ذلك أن لا تعتبر الزوجة شريكة في الجرم بعد وقوعه إذا أوت أو ساعدت، بحضور زوجها وبناء على أمره، شخصاً آخر اشترك زوجها معه في ارتكاب الجرم، بقصد تمكين ذلك الشخص من تجنب العقاب.

2- كل من اعتبر مرتكباً للجرم المشار إليه في الفقرة 1- من هذه المادة يعاقب بعد إدانته:  
أ- بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، إن كان الجرم الذي ارتكبه الفاعل الأصلي الذي آواه أو ساعده يستوجب بعد الإدانة، عقوبة الإعدام أو الحبس مدة تتجاوز ثلاث سنوات.

ب- بالحبس مدة لا تتجاوز نصف المدة التي يستحقها الفاعل الأصلي، إن كان الجرم الذي ارتكبه الفاعل الأصلي يستوجب بعد الإدانة، عقوبة الحبس مدة ثلاث سنوات أو أقل).

(4) المادة (84) من ق.ع 1960 نص على أنه: (1- فيما خلا الحالات المنصوص عليها في الفقرتين (هـ) و (و) من المادة (80) من أقدم على إخفاء شخص يعرف أنه اقترف جنائية أو ساعده على التواري عن وجه العدالة عوقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين.

2- يعفى من العقوبة أصول الجناة المختبئين وفروعهم وأزواجهم وزوجاتهم وأشقائهم وشقيقاتهم).

وما يعيننا هنا هو العذر المعفي لجريمة إخفاء المجرم عن وجه العدالة، حيث أن المشرع الفلسطيني قد أقام اعتباراً لعلاقة القرابة في هذه الجريمة، فلو نظرنا لنصوص المواد السابقة نجد أنها أعفت من العقوبة كل من "والد ذلك الشخص الآخر أو أمه أو ابنه أو ابنته أو زوجه" في ق. ع. 1936م، و"أصول الجناة المختبئين وفروعهم وأزواجهم وزوجاتهم وأشقائهم وشقيقاتهم" في ق. ع. 1960م، وذلك انطلاقاً من الحفاظ على العلاقات الأسرية والعائلية وحرصاً على وحدة المجتمع استناداً لقاعدة فقهيها تقول "درء المفسد مقدم على جلب المصالح"<sup>(1)</sup>.

لكن يؤخذ على المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات 1936م أن اقتصر العذر المعفي على بعض أصول وفروع المجرم، في حين أن المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات 1960م قد وسع من هذه الدائرة لتشمل أصول الجناة المختبئين وفروعهم وأزواجهم وزوجاتهم وأشقائهم وشقيقاتهم، فنرى أن القانون الأخير قد أحسن صنعاً في توسيع دائرة إعفاء الأقارب لكون ذات العلة موجود في كل الأشخاص الذي ذكرهم قانون 1960م.

علاوةً على أن المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960م قد نص على بعض الأعدار القانونية المعفية من العقوبة علماً بأن قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م لم يتناولها. ومنها الإعفاء من عقوبة كتم بعض الجنايات بالجرح<sup>(2)</sup>، والجرائم التي تقع على الأموال إذا وقعت أضرار بين المجني عليه وأصوله أو فروعهم<sup>(3)</sup>.

#### (1) انظر في:

- حسن بن إبراهيم الهنداوي، درء المفسدة مقدمة على جلب المصلحة "دراسة أصولية فقهية"، بحث منشور، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد(17)، 2011.

- محمد بن عبد العزيز المبارك، قاعدة درء المفسد مقدم على جلب المصالح وتطبيقاتها، بحث منشور، كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود، بدون تاريخ نشر.

(2) المادة (206) من ق. ع. 1960م، نصت على أنه: (1- يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة كل من علم باتفاق جنائي لارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المواد (135 و136 و137 و138 و142 و143 و145 و148) من هذا القانون ولم يخبر السلطة العامة بوجه السرعة المعقولة. 2- لا يسري حكم هذه المادة على زوج أي شخص له يد في تلك المؤامرة ولا على أي من أصوله أو فروعهم).

(3) المادة (425) من ق. ع. 1960م، نصت على أنه: (1- يعفى من العقاب مرتكبو الجرائم المنصوص عليها في الفصول الثلاثة السابقة إذا وقعت أضرار بالمجني عليه بين الأصول والفروع أو الزوجين غير المفترقين قانوناً، أو بين الأربة والربيبات من جهة وبين الأب والأم من جهة ثانية. 2- إذا عاود هذا الفاعل جرمه في خلال ثلاث سنوات عوقب - بناء على شكوى المتضرر- بالعقوبة المنصوص عليها في القانون مخفضاً منها الثلثان).

## الخاتمة:

خلصنا إلى أن هناك تأثيراً كبيراً لعلاقة القرابة على قانون العقوبات سواءً كان بتخفيف العقوبة أو بتشديدها وإما بإباحة الجريمة أو الإعفاء من العقوبة وذلك في إطار سعي المشرع لحماية العلاقات الأسرية والعائلية وضمان استقرار المجتمع والحفاظ عليه من التفكك والانهيار وبناءً عليه فقد توصل الباحث لمجموعة من النتائج والتوصيات بفضل الله وتوفيقه، ونبينها على النحو التالي:

## أولاً- النتائج:

1. لم يضع المشرع المدني الفلسطيني - في القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012م- تعريفاً واضحاً للقرابة واكتفى بذكر أنواعها ودرجاتها وكيفية حسابها.
2. لقد وصف قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936م جريمة قتل الفروع للأصول بوصف الجنائية، أي أنه أفسح المجال للقاضي في تحديد العقوبة للجاني بين حدها الأدنى والأعلى، ولم يحذو بذلك على خطى المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960م الذي شدد العقوبة إلى حد الإعدام.
3. تطلب المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960م قصداً خاصاً في نص المادة -332- من هذا القانون؛ حتى تستفيد الأم من العذر المخفف في حال قتلت وليدها وهذا القصد يتمثل في (اتقاء للعار)، عوضاً عن اشتراط أن يكون الحمل نتيجة سفاح، في حين لم يرد أي شرط من هذا القبيل في قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936 حيث وسع من أسباب تخفيف المسؤولية على الأم التي تقتل وليدها.
4. تناول قانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960م جريمة إيداع الطفل في مأوى اللقطاء في المادة -288- من القانون، في حين أن قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936م جاء خلياً من نصوص جزائية تتعلق بهذا الخصوص.
5. جرّم المشرع الفلسطيني تعريض الطفل للخطر في كلا القانونين، إلا أننا نلاحظ أن قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936م قد شدد في العقوبة وجعلها في مرتبة الجنائية وحدد العقوبة دون وضع حد أدنى وأقصى لها، على عكس قانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960م الذي عاقبه على جريمة ترك الطفل بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات أي أنه لم يجعلها في مستوى الجنائية.
6. أفرد قانون العقوبات الفلسطينيين في المادة رقم -185- من القانون رقم 74 لسنة 1936م والفقرة الأولى من نص المادة -290- من القانون رقم 16 لسنة 1960م، نصوصاً تجزئياً لمن عُهدَ إليه برعاية الصغير وامتنع عن ذلك، واشترط لتوافر هذه الجريمة، إنتفاء قدرة الصغير على إعالة نفسه.
7. لم يتطرق قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936م لجريمة الإجهاض التامة بل اقتصر في نصوصه على تجريم محاولة إسقاط الجنين سواء قامت به الحامل بنفسها أو بمساعدة الغير لها، ولكن في الوجه المقابل وجدنا أن المشرع الفلسطيني قد نص على جرائم الإجهاض في نص المادة -324- من قانون

- العقوبات الفلسطينية رقم 16 لسنة 1960م ولكنه قد أخفق في معالجة هذا الحالة حيث أنه قد منح عذراً مخففاً للأم إذا قامت بإجهاض نفسها من أجل الحفاظ على شرفها، وأيضاً قد منح ذات العذر لكل شخص يقوم بإجهاض إحدى قريباته حتى الدرجة الثالثة؛ إذا كان الغرض من الإجهاض الحفاظ على شرفها.
8. أغفل قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م تجريم الخطف الذي يقع بهدف نزع الطفل من حارسه، على غرار قانون العقوبات 1960م الذي تناول ذلك في نص المادة (291). كما أن كلا القانونين لم يربطاً بين الملاحقة والمساءلة الجزائية للخاطف الذي يتزوج من القاصر المخطوفة على شكوى من ذوو الصفة. كذلك نجد أن قانون العقوبات 1960م فرض عقوبة مشددة إذا كان الطفل المجني عليه لم يكمل الثانية عشرة من عمره أو إذا تم فعل الخطف بالحيلة أو الإكراه أو القوة، فهذه الأمور اعتبرها المشرع ظروفًا مشددة للعقاب على هذه الجريمة. ولم يتطرق قانون 1936م لمثل هذه الظروف المشددة.
9. لم يعالجه المشرع الفلسطيني في ق.ع 1936م في ثنايا نصوصه جريمة الاغتصاب التي تقع من قبل أحد أصول المجني عليها، على خلاف قانون ق.ع 1960م الذي تناول هذه الحالة ونص عليها في الفقرة 1- من المادة (295) وشدد على العقوبة المستوجبة عليه.
10. استعاض قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م عن مصطلح "هتك العرض" بمصطلح "ارتكاب الأفعال المنافية للحياء"، كما أن المشرع الفلسطيني في ق.ع 1960م شدد عقوبة جريمة هتك العرض في حال كان الجاني أحد أصول أو محارم المجني عليها. وهذه الحالة التي توجب التشديد لم يتطرق لها قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م في طيات نصوصه.
11. لم يربط المشرع الفلسطيني في ق.ع 1936م بين ملاحقة مرتكب جريمة السفاح وتقديم الشكوى، فهذا مسلك محمود منه في حين أن ق.ع 1960م قد أهدره حيث أنه ربط ملاحقة مرتكب جريمة السفاح بتقديم شكوى من قريب أو صهر أحد المجرمين حتى الدرجة الرابعة.
12. لقد أورد ق.ع 1960م سبب للإباحة يتمثل في حق تأديب الأطفال في المادة (62) من القانون. خلافاً أن لقانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م الذي لم ينص صراحة على حق تأديب الصغار في ثنايا نصوصه.
13. لم يتضمن ق.ع 1936م في نصوصه عذر الاستفزاز، على خلاف ق.ع 1960م الذي نص في المادة 98- على عذر الاستفزاز كالأعذار القانونية العامة الموجبة للتخفيف، كما تضمن ذات القانون عذر قانوني مخفف خاص ورد في المادة 340- يستفيد منه مرتكب جريمة القتل أو الجرح أو الإيذاء من العذر المخفف إذا فاجأ زوجته أو إحدى أصوله أو فروعها أو أخواته مع آخر على فراش غير مشروع. لكن يجدر التنويه أنه قد صدر قرار بقانون رقم (7) لسنة 2011م الذي نص على إلغاء المادة 340 المذكورة سالفاً.
14. نجد أن المشرع الفلسطيني قد أقام اعتباراً لعلاقة القرابة في جريمة إخفاء المجرم عن وجه العدالة فنراه أعفى من العقوبة المقرر لهذا الجريمة كل من والد ذلك الشخص المجرم أو أمه أو ابنه أو ابنته أو زوجته في نص المادة (26) من ق.ع 1936م، وأعفى كذلك أصول الجناة المختبئين وفروعهم وأزواجهم وزوجاتهم وأشقاؤهم وشقيقاتهم في نص المادة (84) من ق.ع 1960م. بالتالي يؤخذ على المشرع الفلسطيني في قانون

العقوبات 1936م أنه اقتصر العذر المعفي على بعض أصول وفروع المجرم، في حين أن المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات 1960م قد وسع من هذه الدائرة لتشمل وفروعهم وأزواجهم وزوجاتهم وأشقاؤهم وشقيقاتهم.

### ثانياً- التوصيات:

1. نوصي المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936م بأن يجعل عقوبة الإعدام لقتل الفروع للأصول. حيث تكمن العلة في ذلك ما تمثله هذه الجريمة من عواقب وخيمة على المجتمع خاصة وأنها تعبر عن شخصية إجرامية منافية للطباع البشرية في التنكر للقيم الإنسانية والعلاقات الأسرية وروابط الدم.

2. نقترح إعادة صياغة نص المادة (332) من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960م وتعديل عبارة "وليدها من السفاح" إلى عبارة "وليدها من علاقة غير مشروعة" لتدل على أي حالة يكون فيها الوليد ثمرة علاقة غير مشروعة كالزنا والاعتصام؛ لكي تستفيد الأم من العذر المخفف كلما توافرت دواعي تخفيف العقوبة استناداً لاتحاد العلة بين ثمرة السفاح وثمره أي علاقة جنسية أخرى غير مشروعة.

3. نرى أنه يجب على المشرع الفلسطيني أن ينص على جريمة إيداع الطفل في مأوى اللقطاء في قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936م؛ لما هذه الجريمة من آثار سلبية على الطفل بالأساس والمجتمع بالتبعية.

4. نقترح تعديل نصي المادتين (-185- من القانون رقم 74 لسنة 1936م والفقرة الأولى من نص المادة -290- من القانون رقم 16 لسنة 1960م) بحيث يتم حذف عبارة (لا يستطيع إعالة نفسه) وإبقاء التجريم في حق المعهود إليه الرعاية دون النظر إلى قدر الطفل على إعالة نفسه؛ إعمالاً لحقوق الطفل وتكريساً لحمايته.

5. نوصي بأن يتم إلغاء نص هذه المادة -324- من قانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960م التي تعطي للأُم أو إحدى أصولها أو أقربائها حتى الدرجة الثالثة عذراً مخففاً في حال أجهضت نفسها أو تم إجهاضها بدافع المحافظة على شرفها؛ لكون هذه المادة تتنافي مع أهم الحقوق البشرية وهو حق الجنين بالحياة، فهو في بطن أمه فالاعتداء على الجنين يشكل اعتداء على نظام الأسرة وتؤدي به إلى عواقب وخيمة على المدى البعيد.

6. نرى بوجوب معالجة قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م للحالة التي تقع فيها جريمة الاعتصام من قبل أحد أصول المجني عليها، وأن ينص على تشديد العقوبة فيها. وعلّة ذلك هي أن هذه الحالة تقع ممن تشعر لهم المجني عليها بالأمان، وتعيش معهم بطمأنينة، إذ أن هذا الفعل قد يؤدي إلى حرمان الفتاة من الزواج أو قتلها في أغلب الأحيان والظروف.

7. نقترح على المشرع الفلسطيني أن يشدد العقوبة المقررة في قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م لجريمة هتك العرض في حال كان الجاني أحد أصول أو محارم المجني عليها.

8. نرى بأنه يجب على المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960م عدم ربط ملاحقة مرتكب جريمة السفاح بتقديم شكوى من قريب أو صهر أحد المجرمين؛ وذلك تحقيقاً لسير العدالة.
9. نوصي المشرع بوجوب أن ينص قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م على سبب الإباحة المتمثل في الحق للوالد في تأديب الأبناء ، كما فعل قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960م في نص المادة (62).
10. نوصي المشرع الفلسطيني بأن يقوم بتعديل نص المادة (26) من قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م، بحيث يقوم بتوسيع دائرة الأشخاص المستفيدين من العذر المعفي في جريمة إخفاء المجرم من وجه العدالة الدائرة ليشمل أصول الجناة المختبئين وفروعهم وأزواجهم وزوجاتهم وأشقائهم وشقيقاتهم، لا أن يكون مقتصر على والد ذلك الشخص المجرم أو أمه أو ابنه أو ابنته أو زوجه بإخفائه؛ استناداً لتوافر ذات العلة في حال تم الإخفاء من جميع الأشخاص المذكورين أعلاه.

### قائمة المصادر والمراجع

#### القرآن الكريم

#### أولاً- الكتب العامة والخاصة:

1. أحمد شوقي أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، 2006.
2. جمال ابن منظور، لسان العرب، مجلد1، جزء10، دار صادر - بيروت، طبعة 3، 1994.
3. حسن محمد الربيع، شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول، بدون دار نشر، 2004.
4. ديوان الفتوى والتشريع، المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، 2003.
5. ساهر إبراهيم الوليد، الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني " نظرية الجزء الجنائي " ، ج2، ط2، بدون دار نشر، 2011.
6. ساهر إبراهيم الوليد، الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني "الجريمة والمسئولية الجزائية"، ج1، ط1، بدون دار نشر، 2010.
7. سالم احمد الكرد، قانون العقوبات " جرائم الاعتداء على الأشخاص "، الكتاب الثاني، ط3، 2008.
8. سعيد بن علي القحطاني، صلة الأرحام في ضوء الكتاب والسنة ، بدون دار نشر، 2005.
9. عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، بدون دار نشر، 1985.
10. عبد القادر جرادة، الجرائم الشخصية في التشريع الفلسطيني، مكتبة آفاق، 2010.
11. فخري عبد الرزاق الحديثي و خالد حميدي الزعبي، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.
12. كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.

13. محمود نجيب حسني، "الموجز في شرح قانون العقوبات - القسم الخاص"، دار النهضة العربية: القاهرة، 1993.
14. موسى سلمان أبو ملح، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الثالثة، بدون دار نشر، 2009.
15. محمد صبحي نجم، قانون العقوبات - القسم العام- "النظرية العامة للجريمة"، بدون دار نشر، 2000.
16. نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دار الهدى: الجزائر، 2009.

### ثانياً- الدراسات والبحوث العلمية:

1. إبراهيم بن صالح اللحيدان، أحكام جريمة اغتصاب العرض في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية: الرياض، 2004.
2. أمال نياف، الجريمة الجنسية المرتكبة ضد القاصر "الاجتصاب والتحرش الجنسي"، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة: الجزائر، 2013.
3. باسم حمدي حرارة، الوالي على أموال القاصرين، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية: غزة، 2010.
4. بشيشي سوهية، جريمة اختطاف الأطفال في قانون العقوبات الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر بسكرة: الجزائر، 2014.
5. بن يحي أم كلثوم، القاصر مفهومه وأهليته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث منشور، بدون سنة نشر.
6. بوزيان عبد الباقي، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان: الجزائر، 2010.
7. بويعلي وسيلة، زواج الأقارب في المجتمع الحضري وانعكاساته على الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر: باتنة، 2005.
8. جلال الدين بانقا أحمد، جرائم العرض والآداب العامة والسمعة فقهاً وقضاءً وتشريعاً، بحث منشور، ملة جامعة شندي، العدد العاشر، 2001.
9. حسن بن إبراهيم الهنداوي، درء المفسدة مقدمة على جلب المصلحة "دراسة أصولية فقهية"، بحث منشور، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد(17)، 2011.
10. حسن بن انصر بن حسن الأسلمي، العنف ضد الأطفال، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية: السعودية، 2009م.
11. رياض محمود جابر قاسم، الزنا وعواقبه وسبل الوقاية منه في ضوء القرآن الكريم، بحث منشور، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية) المجلد السادس عشر، العدد الثاني، 2008.



12. سلوى علي أبو جحجوح، القتل في ضوء القرآن الكريم، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، 2009.
13. شاوش سارة، جريمة الاغتصاب في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر بسكرة: الجزائر، 2014.
14. عبد الحليم بن مشري، واقع حماية حقوق الإنسان في قانون العقوبات الجزائري، بحث قانوني، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر، سكرة: الجزائر، دون سنة نشر.
15. عبد العزيز بن محمد السليمان، أثر القرابة على العقوبة في الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2005.
16. عبد العزيز دهام الرشيد، ردّ القاضي "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني والكويتي"، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011.
17. لموشي سارة، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة ماي -قائمة-: الجزائر، بدون سنة نشر.
18. مأمون الرفاعي، جريمة الإجهاض في التشريع الجنائي الإسلامي، بحث منشور، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، مجلد 25(5)، 2011.
19. محمد إسماعيل إبراهيم، القرابة وأثرها في إباحة الفعل المجرم أو تجريم الفعل المباح، بحث منشور، دون سنة نشر.
20. محمد بن عبد العزيز المبارك، قاعدة درء المفسد مقدم على جلب المصالح وتطبيقاتها، بحث منشور، كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود، بدون تاريخ نشر.
21. محمد يوسف علوان وآخرون، حقوق الإنسان في قوانين العقوبات السارية في فلسطين، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن: رام الله، سلسلة مشروع "تطوير القوانين" (6)، 1999.
22. مها محمد عرفة سكيك، ذوو القربى والأرحام في ضوء القرآن الكريم، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، 2010.
23. ناصر الريس وآخرون، مشروع قانون العقوبات الفلسطيني، أوراق عمل، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن: رام الله، سلسلة مشروع تطوير القوانين (17)، 2003.
24. نائل محمد يحيى، المسؤولية الجنائية عن خطأ التأديب والتطبيب، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر بغزة، 2012.
25. نجاة ناصر، ظاهرة زواج الأقارب وعلاقته بالأمراض الوراثية، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد: تلمسان، 2012.
26. هشام عبد الجواد العجلة، الولاية على نفس القاصر في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر: غزة، 2014.

27. وجدي عبد الرحمن عايش، الأحكام العامة والخاصة لجريمة قتل الأم لوليدها، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2013.
28. وزاني آمنة، جريمة اختطاف الأطفال وآليات مكافحتها في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر-بسكرة:الجزائر، 2015.
29. وسيم ماجد إسماعيل دراغمة، الجرائم الماسة بالأسرة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2011.
30. يوسف غيظان وسعدي جبر، التوارث بالولاء في الفقه الإسلامي ، بحث منشور، مجلة المنارة، المجلد 12، العدد 3، 2006.

#### سابعاً- القوانين:

1. قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936 م المطبق في قطاع غزة.
2. قانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960 م المطبق في الضفة الغربية.
3. القرار بقانون رقم 7 لسنة 2011 م المطبق في قطاع غزة والضفة الغربية.
4. قرار بقانون رقم (10) لسنة 2014 م بشأن تعديل قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 م
5. قرار بقانون رقم (7) لسنة 2011 م بشأن تعديل قانون العقوبات النافذ في المحافظات الشمالية وقانون العقوبات النافذ في المحافظات الجنوبية.
6. قانون الطفل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2004 م.

## المصالحة الجمركية عقوبة جديدة أم طريقة ودية لحل النزاع

د. نادية عمراني: أستاذة محاضرة قسم ب ، كلية الحقوق جامعة البليدة 2 علي لونيبي العفرون.  
أ. محمد أمين زيان : أستاذ مؤقت بكلية الحقوق جامعة البليدة 2 علي لونيبي العفرون، باحث  
دكتوراه في القانون العام جامعة يحي فارس المدية .

### ملخص

تثير المصالحة في قانون الجمارك جدالا و تضاربا بين مقتضيات التطبيق الصارم لأحكام القانون الجمركي، تحقيقا للعدالة و الردع ، بإتباع إجراءات المتابعة الجزائية أمام القضاء ، بما يقوم عليه هذا الأخير من مبادئ كالمساواة و فكرة الرقابة الشعبية على الأحكام القضائية و مبدأي الحياد والاستقلالية ، وبين الضرورة الحتمية لحماية الاقتصاد الوطني ، وفي نفس الوقت التقليل من تراكم القضايا المطروحة على القضاء ، بتقرير نظام التسامح بين البشر و العفو عن الجريمة، احتراماً للطبيعة البشرية المجبولة على هذه الفطرة ، ومن هذا المقام تثور إشكالية المصالحة في المنازعات الجمركية ، لكن المشرع الجزائري بعد دراسته لمعادلة الموازنة بين الضرورات السابقة الذكر ، غلب المصلحة التي يسعى لتحقيقها القانون الجمركي في الحفاظ على الخزينة العامة ، كهدف أجدر بالحماية ، بالرغم من هيمنة الجهة إدارية على إجراءات المتابعة ، وخرقها لمبادئ الاستقلالية انطلاقاً من كونها حكماً و خصماً في المنازعة الجمركية ، على نحو نستطيع فيه القول إنها عقوبة جزائية لا مجرد تقنية تفاوض ودية لإنهاء النزاع.

الكلمات الدالة: منازعة جمركية - دعوى جبائية - إدارة الجمارك -- مرتكب المخالفة - أثر التثبيت

- أثر الانقضاء.

## Reconciliation in Customs Crimes; A friendly way to resolve the dispute or a criminal penalty gate predicted by the Customs Department ?.

### Abstract

The reconciliation in the Customs Law raises lots of controversy and contradictions between the need to protect the national economy and the strict application of the provisions of the Customs Law, in order to achieve justice and deterrence by following the criminal follow-up procedures before the judiciary, based on the principles of equality, the idea of popular control over judicial decisions and principles of neutrality and independence, at the same time reducing the accumulation of cases before the judiciary, to determine the system of human tolerance and amnesty for crime, respecting the human nature imposed on this instinct, and from here arises the problem of reconciliation in custom disputes. However, the Algerian legislator, after studying the equation of the balance between the above mentioned necessities, the interest sought by the Customs Law in preserving the public treasury as a better protection objective, despite the domination of the administrative body on the follow-up procedures, violated the principles of independence, The customs dispute, in such a way that we can say that it is a punitive penalty and not merely a friendly negotiation technique to end the conflict.

**Key words:** Customs dispute - Criminal action - Customs administration - Violator - Effect of fixation - Effect of expiration.

### مقدمة

مما لا شك فيه أن الجريمة الجمركية، باتت تشكل تهديدا صارخا للمصلحة التي يحميها القانون الجمركي، خصوصا بعد تطور وسائل الاتصال و التواصل، و تسخير العلم في خدمة الإجرام، بحيث أصبح هذا الأخير يساير التطور الفني و التكنولوجي، الأمر الذي حثم على المشرعين في الأنظمة القانونية المقارنة مسايرة هذا الركب بتفعيل قواعد القانون الجمركي لمكافحة الغش، بقواعد قانونية تنسم بالصرامة و التشدد، لأن أغلب أحكام قانون الجمارك ذات طبيعة جزائية محضة، مما جعل القوانين الجمركية، قوانين عقابية بالدرجة الأولى، إلى الحد الذي وصل إلى نعت قواعدهما من طرف الفقه بـ "المجحفة والظالمة"، كل هذه القواعد سميت

بـ "التقنيات الجمركية" لعدم مسابقتها للقواعد العامة في التجريم و المتابعة الجزائية و العقاب ، وتجاوزها للمبادئ العامة للقانون الجزائري لصعوبة اكتشاف الغش الجمركي و إثباته .

غير أن تزايد القضايا الجمركية المعروضة على الأقسام الجزائية بالمحاكم عن طريق الاستعمال المتزايد لحق الدولة في توقيع العقاب، واستعمال طريق الدعوى العمومية ، وانتشار ما يعرف بظاهرة " التضخم التشريعي والعقابي"، كان لزاما على المشرع إعادة النظر في بناء سياسته الجنائية في إطار حركة إصلاح العدالة، تلافيا لمخاطر تعثر الجهاز القضائي و تعطيل دوره ، وذلك عن طريق إتباع "سياسة التحول عن الإجراءات القضائية" ، و تقرير بدائل قانونية للعقوبة، كصورة للانتقال من العدالة العقابية الجزية نحو العدالة العقابية التصالحية الإصلاحية. ومن أبرز مظاهر ذلك منح الإدارة الجمركية سلطة إنهاء المنازعة الجزائية الجمركية و ديا أي بالمصالحة، تغليبا للشق الجنائي -المالي- عن الشق الجنائي- الجزائري- بشروط و قواعد خاصة، تخرج عما هو مستقر عليه في نطاق المبادئ العامة للقانون الجزائري ضمانا للمصلحة المحمية بموجب القواعد الجمركية .

وقد تثير المصالحة في المنازعات الجمركية معادلة صعبة الحل ، لأن المشرع الجمركي في بناء سياسته الجنائية يكون ملزما بحماية الحقوق و الحريات المكفولة بموجب الدستور ، خاصة منها تمتع المتهم بمحاكمة عادلة، وفق نص المادة 56 من التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016 تضمن له حق التقاضي أمام جهات قضائية ، و تراعي تمتع المتهم المحال أمامها بمبدأ قرينة البراءة، لما تحققه إجراءات التقاضي الجزائية من احترام لمبادئ الحياد و الاستقلالية و الفصل بين السلطات ، و توافق مع مقتضيات مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات ، الذي يحتم تقرير عقوبة لكل فعل إجرامي بسيطاً كان أم شديداً، وفي نفس الوقت يكون المشرع ملزماً بتحقيق النجاعة القضائية ، حتى لا يتعطل جهاز القضاء، وكذا احترام الفطرة الإنسانية المجبولة على التسامح و الصفح عن الجريمة، إضفاء للطابع الإنساني و الاجتماعي على القواعد الجزائية ، فالإي مدى وُقِّع المشرع في مسألة التوفيق بين هذه المصالح المتعارضة، عند تنظيمه لتقنية المصالحة في مادة المنازعات الجمركية؟

هذا ما سنحاول التطرق إليه في هذه الورقة البحثية مبرزين الخصوصيات الموضوعية و الإجرائية لتقنية المصالحة في المنازعات الجمركية ، عن طريق تقسيم موضوع الورقة إلى مبحثين ، خصصنا الأول للإطار المفاهيمي للمصالحة الجمركية ، في حين نخصص الثاني لدراسة أحكامها الخاصة و الصارمة ، بما يتجاوز المبادئ القانونية العامة ، محاولين في كل مرة إثارة الملاحظات اللازمة و الوقوف عند النقائص و الثغرات التي وقع فيها المشرع أثناء تنظيمه لهذا الإجراء، مبرزين رأياً شخصياً متواضعاً حولها، أملين تداركها بالتعديل.

## المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لتقنية المصالحة الجمركية

لا ريب أنه بوقوع الجريمة الجمركية تنشأ عنها دعوى عمومية، تمثل الحق الخالص للمجتمع في توقيع العقاب على مرتكب الجريمة، وفي هذا يتطابق القانون الجمركي مع القواعد العامة للإجراءات الجزائية، كما تنشأ عنها دعوى أخرى تسمى بالدعوى الجبائية، بما لا يساير المبادئ القانونية العامة وهي من طبيعة مالية، تحركها إدارة الجمارك بهدف قمع الجريمة الجمركية، و تحصيل الحقوق و الرسوم المستحقة للخزينة العامة، وتسمى كذلك بـ "دعوى المطالبة بالعقوبات المالية" المتمثلة في الغرامة و المصادرة، هذا و يجوز للنيابة العامة، أن تمارس الدعوى الجبائية بالتبعية للدعوى العمومية وتكون إدارة الجمارك طرفا تلقائيا وبقوة القانون في جميع الدعاوى التي تحركها النيابة العامة لصالح إدارة الجمارك، علما أن النيابة العامة غالبا ما تتأسس في الدعوى الجبائية فقط، وذلك في مواد الجرح التي تتضمن عقوبات سالبة للحرية، أما في مواد المخالفات فلا يحصل ذلك، لأن عقوبات المخالفات لا تعدو أن تكون مجرد عقوبات مالية، لا تتضمن حبسا أو سجنا. ومن كل هذا يظهر أنه بمجرد وقوع الجريمة الجمركية بكامل أركانها يثبت حق المجتمع في توقيع العقاب على مرتكبها<sup>1</sup>، لكن لا تطبق العقوبة السالبة للحرية دائما على مرتكبها، لأن قانون الجمارك الجزائري نص على إمكانية تصالح إدارة الجمارك مع الشخص المخالف، كتطبيق لسياسة التحول عن الإجراءات القضائية، وكبديل عن ممارسة الإجراءات الكلاسيكية في المتابعة الجزائية، لذلك سوف نتطرق في مضمون هذا المبحث إلى التعاريف المختلفة للمصالحة الجمركية و تمييزها عن غيرها من النظم المشابهة، في حين خصصنا المطلب الثاني للوقوف على طبيعتها القانونية لما لها من أهمية وفيما يأتي بيان ذلك:

### المطلب الأول: التعاريف المختلفة للمصالحة الجمركية و تمييزها عن النظم المشابهة

لم تعد العدالة التصالحية مقصورة على المواد المدنية بل وحتى الجزائية منها فيما يخص التنازل عن الحقوق المدنية من طرف المجني عليه، وذلك لأنها أصبحت تسري حتى على العقوبات المقررة للجريمة، ومنها الجرائم الجمركية، الأمر الذي وقفنا عليه في هذا المطلب، من خلال الفرع الأول، الذي حاولنا فيه إعطاء تعريف محدد للمصالحة الجمركية، في حين خصصنا الفرع الثاني لتمييز المصالحة الجمركية عن غيرها من المفاهيم المشابهة، كالصلح الجزائي و الأمر الجزائي و نظام الوساطة الجزائية.

### -الفرع الأول: تعريف المصالحة الجمركية في القانون والفقه والقضاء

كعادة المشرع الجزائري في قانون الجمارك، لم ينص على تعريف المصالحة الجمركية، رغم ورود عدة تعريفات لها في القانون المدني و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و تشريعات العمل، بل اكتفى بالنص على شروطها و أحكامها و زيادة على ذلك فإن أحكام المصالحة وضوابطها ليست محددة بشكل دقيق، لأن المشرع

1. الجزائر، المادة 259 من قانون الجمارك. القانون رقم 04-17 المؤرخ في 17 جمادى عام 1438 الموافق لـ 16 فبراير 2017

، يعدل ويتم القانون رقم 07-79 المؤرخ في 26 شعبان عام 1399 الموافق لـ 21 يوليو سنة 1979،

خصص للمصالحة الجمركية مادة واحدة فقط بالرغم من أهميتها وفعاليتها في إنهاء أغلب المنازعات الجمركية، كبديل عن تحريك الدعوى العمومية و الدعوى الجبائية . وفي هذا السياق نص المشرع الجمركي على المتابعة الجزائية لمرتكب المخالفة الجمركية، كأصل عام، و محاكمته أمام الجهات القضائية ، طبقا لقانون الجمارك و قانون الإجراءات الجزائية، وفي نفس الوقت منح للإدارة الجمركية صلاحية التصالح مع المخالفين بناء على طلبهم اکتوجه نحو إرساء دعائم العدالة التصالحية ، رافعا شعار: " اتفاق سيء أفضل من قضية ناجحة" تقليدا للمشرع الجمركي الفرنسي في هذا المقام <sup>2</sup> ، وقد تم تبني نظام المصالحة الجمركية في الجزائر منذ أول تشريع جمركي جزائري لسنة 1979، وبعده مر بعدة تطورات ليبقى راسخا في قانون الجمارك لسنة 1998 المعدل سنة 2017 ، والذي كان يسمى قبل الآن بـ "التسوية الإدارية"<sup>3</sup>.

أما من جانب التشريع الدولي، فقد ورد تعريف المصالحة الجمركية في بروتوكول تعديل الاتفاقية الدولية لتبسيط الإجراءات الجمركية ، والتي سميت باتفاقية " كيوتو" : " يقصد بالتسوية الإدارية للمخالفات الجمركية ، الإجراء المنصوص عليه في التشريع الوطني ، الذي يخول الجمارك البت في المخالفات الجمركية، من خلال إصدار الأحكام بشأنها، من خلال التوصل إلى تسوية وسط، ونقصد بعبارة التسوية الوسط : الاتفاق الذي يوافق الجمارك بمقتضاه على التخلي عن الإجراءات القضائية، فيما يتعلق بمخالفة جمركية ، شريطة تقييد الشخص أو الأشخاص المتورطين في تلك المخالفة بشروط معينة ، والمقصود بالمخالفة هنا: انتهاك قانون الجمارك أو الشروع في انتهاكه " <sup>4</sup>.

أما من جانب الفقه ، فيعرفها "د. مصطفى محمد أمين "على أنها: " سبب من أسباب انقضاء المتابعات الجزائية من قبل الشخص المخالف ، شرط أن يدفع مبلغا محددًا كتصرف قانوني إجرائي من جانب واحد ، يصدر عن المخالف الذي يكون له أن يقبل دفع المبلغ المقرر قانونا أو الأشياء التي يلزم أن يسلمها للإدارة الجمركية ، كما يكون للمخالف رفض الشروط التي يحددها القانون ، فلا يتم التصالح و تتابع الإجراءات الجنائية ضده و ينال العقوبة المقررة" <sup>5</sup>.

2. المادة 265 من نفس القانون.

3. le phare, journal des échanges internationaux, des transports de la logistiques, DR. Bouskia. A ; le contentieux douanier- évolution et évaluation, n 160, septembre 2012, p ; 43,44.

<sup>3</sup>د. شوقي رامز شعبان، إدارة الجمارك، الدار الجامعية للنشر، بيروت ، لبنان 1994 ، ص 202.

<sup>4</sup> نقلا حرفيا عن : د. زعباط فوزية ، المصالحة في المنازعات الجمركية ، أطروحة دكتوراه علوم ، فرع الدولة و المؤسسات العمومية ، جامعة الجزائر 1 ، كلية الحقوق ، السنة الجامعية 2014-2015 ص 21.

<sup>5</sup>د. مصطفى محمد أمين ، إنقضاء الدعوى الجنائية بالصلح ، دار النهضة العربية للنشر ، القاهرة ، مصر ، 2002 ، ص 12،

نحن بدورنا لا نؤيد هذا التعريف ، أن المصالحة الجمركية ليست تصرف قانوني من جانب واحد، وإنما من جانبين يلزم لإتمامها توافق الإرادتين، وهما إرادة الشخص المخالف مع إرادة الإدارة الجمركية ، لذلك مصطلح " من جانب واحد" ليس في محله حسب رأينا الشخصي ، حتى وإن كان من يبادر بالمصالحة هو الشخص المخالف بطلب .

نحن وجدنا من يستعمل في تعريف المصالحة الجمركية ، مصطلح الصلح ، بالرغم مما يوجد من فروق شديدة بين المصطلحين – وهو ما سنحاول التطرق إليه في الفرع الثاني، على نحو يرى فيه بعض الفقه " أنه يمكن تعريف الصلح أو المصالحة بوجه عام على أنها تسوية النزاع بطريقة ودية"<sup>1</sup> ، ونذكر من التعاريف كذلك للمصالحة الجمركية، ما أورده الفقيهان " Claude.J. Berre " و " Henry trimeaux " " الحق في المصالحة هو امتياز ممنوح لإدارة الجمارك ، الذي يعتبر السبب الأكثر قوة و تواترا في استبعاد المتابعة " <sup>2</sup> ، ونحن نؤيد التعريف، لأن المصالحة الجمركية حقيقة، هي امتياز ممنوح للإدارة الجمركية ، وليست حقا خالصا للمتهم ، بل ولا تلتزم إدارة الجمارك حتى بالرد على طلب المخالف لإجراء المصالحة ، وكذلك نؤيد في مسألة أن المصالحة الجمركية تعتبر أغلب أسباب انتهاء المنازعات الجمركية من الناحية العملية، كبديل عن إجراءات ممارسة الدعوى العمومية و الدعوى الجبائية .

نحن بدورنا نستطيع تعريف المصالحة الجمركية وفق اجتهادنا الخاص و المتواضع على أنها: امتياز يرخص بموجبه المشرع لإدارة الجمارك ، التنازل عن مباشرة إجراءات المتابعة الجزائية، نحو متابعة إدارية ، مقابل دفع المخالف للغرامات المالية الملزم بها قانونا، نتيجة ارتكاب المخالفات الجمركية ."

إذا وجهنا الأنظار صوب الاجتهاد القضائي، فالمحكمة العليا الجزائرية لحد الآن، لم تشغل نفسها بالبحث عن تعريف قضائي للمصالحة الجمركية ، الأمر الذي دفعنا للبحث عن التعريف القضائي للمصالحة الجمركية في اجتهاد محكمة النقض الفرنسية ، التي عرفت المصالحة حسب "ksouri Idir" على أنها: " كل عقد تضمنه قرار، فحواه التنازل عن حق، لإنهاء منازعة قائمة أو توقي حدوثها ، وأن الحق المتنازل عنه في المصالحة الجمركية هو الحق في مباشرة إجراءات المتابعة عن طريق تحريك الدعوى العمومية المملوكة للنياحة العامة، و الدعوى الجبائية التي غالبا ما تتقاسم النياحة العامة مباشرتها مع الإدارة الجمركية "<sup>3</sup> ، من هذا المقام اعتبر

<sup>1</sup> د. بوسقيعة أحسن ، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام و في المادة الجمركية بوجه خاص ، دار هومة للنشر ، الجزائر ، 2013 ، ص 05.

<sup>2</sup>DR. Creen Roujan , poursuit et scansion en droit pénal douanier ,thèse de doctorat , université panthéon, - Assas –école de doctorat de droit prive, spécialité droit pénal ,unv France , 2011,2012,p ;252.. نقلا عن د.

فوزية زعباط ، المرجع السابق ، ص 12

<sup>3</sup>F. C ; Le grand arrêt de la jurisprudence civile, Capitant (H) , WEIL (A) et terrée ( F), Dalloz, France, 7 Emme édition , 200p .: Par ;Ksourid Idir, transaction douanier ,grand alger livres , alger ,2008, p 29.



قضاء النقص في فرنسا في مناسبة أخرى أن المصالحة الجمركية هي جزء إداري ملزم للطرفين، أو غرامة إدارية اتفاقية، و صورة مباشرة للإدانة بدون مرافعة<sup>1</sup> لكن لنا أن نتساءل: ما الذي يميز المصالحة الجمركية عن الصلح الجزائي، على اعتبار أن الكثير من شراح القانون يستعملون هذه المصطلحات بالترادف؟، وما الذي يميزها عن الأمر الجزائي، الذي يعتبر هو الآخر صورة للإدانة بدون مرافعة؟، و ما الذي يميزها كذلك عن الوساطة الجزائية لاشتمال كلاهما على عنصر التعويض لا تمامهما؟، فهل توجد فروقات بين هذه الأنظمة التي تشترك كلها في إتباع سياسة التحول عن الإجراءات القضائية؟.

### الفرع الثاني: تمييز المصالحة الجمركية على غيرها من النظم المشابهة

تبقى عدة فروقات تميز تقنية المصالحة في القانون الجنائي الاقتصادي عموما، و المصالحة الجمركية في قانون الجمارك بوجه خاص، عن غيرها من النظم المشابهة التي استحدثها المشرع الجزائري بمناسبة تعديل قانون الإجراءات الجزائية.<sup>2</sup>

بالنسبة لما يميز المصالحة الجمركية عن الصلح الجزائي، فنحن نعرف أن نظام الصلح سواء في نطاق قواعد الجزائي - أو حتى قواعد القانون المدني- يتم بين الخصوم في ساحة القضاء أمام القاضي، بل و الأطراف ملزمين بالحضور أمامه، ويلتزم المخالف بدفع ما يسمى بـ"غرامة الصلح" وذلك في الجرائم المعاقب عليها بالغرامة دون الحبس، وهو ما نظمه قانون الإجراءات الجزائية، في الفصل الثاني من الباب الثالث من الكتاب الثاني، تحت عنوان "في الحكم في مواد المخالفات"، وبالتالي يكون الصلح الجزائي أمام ممثل الهيئة القضائية، وهو وكيل الجمهورية - وهو من القضاة الواقفين- عند التصرف في نتائج مرحلة جمع الاستدلالات فيقوم بإرسال محضر الدفع إلى المخالف خلال 15 يوم، وذلك قبل كل تكليف بالحضور أمام المحكمة، ويجب على المخالف دفع مبلغ غرامة الصلح، نقدا أو بحوالة بريدية إلى محصل مكان سكناه، أو المكان الذي ارتكبت فيه المخالفة، طبقا لقواعد الاختصاص المحددة في المادة 329 من قانون الإجراءات الجزائية، علما أن القرار المحدد لمقدار غرامة الصلح، لا يكون قابلا لأي طعن من جانب المخالف، ويلتزم هذا الأخير، بإبلاغ النيابة العامة لدى المحكمة، بدفع مبلغ غرامة الصلح في ظرف 10 أيام من تاريخ الدفع، ويشكل هذا اعترافا على ارتكاب المخالفة، و يحسب لتقرير حالة العود مستقبلا<sup>3</sup>، في حين أن المصالحة الجمركية - كما سنرى لاحقا- تتم بعيدا عن ساحة القضاء، يغيب فيها شخص وكيل الجمهورية، ويحل محله الأشخاص المحددين المنتسبين

<sup>1</sup> د. زعباط فوزية، المرجع السابق، ص 24.

<sup>2</sup> الجزائر، قانون الإجراءات الجزائية رقم 17-07 المؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1438 الموافق لـ 27 مارس 2017، يعدل و يتمم الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق لـ 8 يونيو 1966 و المعدل هو الآخر بالأمر 15-02.

<sup>3</sup> أنظر المواد 381 - 393 من نفس القانون.

لإدارة الجمارك ، كصورة للمتابعة الإدارية في إطار ما يعرف بلجان المصالحة<sup>1</sup> ، وبالتالي نحن لا نؤيد من يستعمل مصطلح الصلح و المصالحة بالتبادل ، لأن القانون لا يعرف المترادفات .

بموجب تعديل قانون الإجراءات الجزائية 02-15 استحدثت المشرع الجزائري إجراء جديد وهو الأمر الجزائري، مما قد يختلط مع مفهوم المصالحة الجمركية ، لكن شتان بين الأمرين ، فالأمر الجزائري وفق ما تم النص عليه ، هو " إجراء يباشره وكيل الجمهورية لإحالة الدعوى العمومية مباشرة، عند تصرفه في نتائج الاستدلال ، ليفصل فيه قاضي محكمة الجنح في غرفة المشورة دون محاكمة أو مرافعة، لكن في جلسة علنية يصدر أمرا جزائيا بالبراءة أو بعقوبة الغرامة ، دون عقوبة الحبس ، و ذلك دون حضور النيابة العامة و عدم إجبارية حضور المتهم ، إذا رأى قاضي الموضوع عدم توفر شروط الأمر الجزائري، توجب عليه إعادة الملف للنيابة العامة من أجل التصرف فيه وفق سلطة الملائمة التي تملكها<sup>2</sup>، أما المصالحة الجمركية فتتم بعيدا عن رقابة وكيل الجمهورية ، خلافا للأمر الجزائري الذي يكون في جلسة علنية ، مما يمكن من خلاله تكريس فكرة الرقابة الشعبية ، وفي هذا السياق يرى : " Claude. J. Berre " أن : " سرية المصالحة و عدم اطلاع الرأي العام عليه ، بشروطها و نتيجتها ، تثير الشك حول ملائمة الإبقاء على هذا النظام أو الإجراء على حاله " <sup>3</sup>، إضافة إلى أن محل المصالحة الجمركية هو المخالفات الجمركية المتضمنة غرامة مالية دون عقوبة الحبس ، وقد تم استبعاد المخالفات المتعلقة بالبضائع المحظورة عند الاستيراد أو التصدير من مجال المصالحة ، لتضمنها عقوبة الحبس من شهرين إلى 6 أشهر<sup>4</sup> ، أما نظام الأمر الجزائري وفق ما تم النص عليه في قانون الإجراءات الجزائية ، يكون محله الجنح المعاقب عليها بغرامة أو بالحبس لمدة تساوى أو تقل عن سنتين<sup>5</sup>.

بقي لنا أن نعرض لما يميز المصالحة الجمركية عن نظام الوساطة الجزائية، بحيث يكمن الفرق في أن هذه الأخيرة ، مثلها مثل الأمر الجزائري، تتم أمام وكيل الجمهورية ، قبل تحريك الدعوى العمومية<sup>6</sup> وهو ما يغيب في المصالحة الجمركية ، ويجعل من متابعة الجريمة الجمركية إذا ما انتهت بالمصالحة ، متابعة إدارية

<sup>1</sup> أنظر قائمة مسؤولي إدارة الجمارك المؤهلين لإجراء المصالحة مع الأشخاص المتابعين بسبب المخالفات الجمركية ، وستكتشف غياب عنصر القضاء ، وذلك في القرار المؤرخ في 22 يونيو 1999 وهم : المدير العام للجمارك ، المدراء الجهويون، رؤساء المتفشيات الرئيسية و رؤساء المراكز الجمركية ، رؤساء المراكز الجمركية .

<sup>2</sup> و هو ما تضمنته نصوص المواد 380 مكرر - 380 مكرر 7 من قانون الإجراءات الجزائية ، المرجع السابق .

<sup>3</sup> j. Berre Claude, introduction au droit douanier, itcis, économique pour l'édition originale, Alger, 2008, 1<sup>er</sup> Edition; p ; 109.

<sup>4</sup> يستشف ذلك من الفقرة الأخيرة للمادة 325 المتضمنة عقوبات الجنح من الدرجة الأولى المتعلقة بالبضائع المحظورة عند الاستيراد والتصدير من قانون الجمارك الجزائري ، المرجع السابق.

<sup>5</sup> المادة 380 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، المرجع السابق.

<sup>6</sup> المواد 37 مكرر- 37 مكرر 9 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، والمواد 110-115 من قانون حماية الطفل الجزائري ، المرجع السابق.

كسياسة للتحويل عن إجراءات المتابعة الجزائية أمام الجهات القضائية ، أما الفرق الآخر فيكمن في أن عدم الالتزام بما ورد في اتفاق الوساطة ، يعرض المخالف لها لعقوبة جزائية ثانية ، وهي عقوبة جريمة التقليل من شأن الأحكام القضائية ، لأن اتفاق الوساطة بعد إبرامه و التأشير عليه يكتسي صيغة تنفيذية<sup>1</sup> ، أما إذا لم تتم المصالحة في مادة الجمارك ، فيكتفي المشرع بالترخيص لإدارة الجمارك رفع القضية للنياحة العامة من أجل مباشرة إجراءات المتابعة أمام القضاء .<sup>2</sup>

### المطلب الثاني : الوضع القانوني للمصالحة الجمركية بين القواعد القانونية

بادئ ذي بدء ، يجب الإشارة إلى أن المصالحة الجمركية برزت لأول مرة في الجزائر ، بفعل تطبيق القوانين الفرنسية في الفترة الاستعمارية ، ومنها قانون الجمارك الفرنسي الذي تضمن المصالحة في المادة 250 منه ، في مجال المخالفات فقط ، مع استبعاد الجنح من مجال التطبيق ، فسمح قانون الجمارك الفرنسي باللجوء للمصالحة في أية مرحلة كانت عليها المنازعة الجمركية ، سواء قبل أو بعد صدور حكم نهائي ، واستمر تطبيقها بعد الاستقلال بموجب القانون 157-62 المؤرخ في 17-06-19962 ، بشرط عدم تعارض التشريع الفرنسي مع مبادئ السيادة الوطنية ، وطبق لغاية 05-07-1973 ، وبعده تم إصدار أول قانون للإجراءات الجزائية في الجزائر بالأمر 155-66 وتضمن هذا الأخير الصلح كسبب لانقضاء الدعوى العمومية في المادة السادسة منه ، وتدعم هذا الموقف بصدور قانون المالية بالأمر 107-69 الذي أدرج إجراء المصالحة كسبب لإنهاء المتابعات في جرائم الصرف .<sup>3</sup>

بعد هذا ، جاءت مرحلة الفراغ القانوني عند إلغاء تطبيق القوانين الفرنسية ، ثم تعديل قانون الإجراءات الجزائية بتاريخ 17-06-1975 ، الذي قام بإلغاء المصالحة ، لنصبح في هذه الفترة بدون قانون جمارك لغاية سنة 1979 ، ثم تم سن أول قانون جمركي بمعرفة المشرع الجزائري ، لكن لم يكن ينص على المصالحة الجمركية بتسميتها هذه ، بل تحت تسمية " التسوية الإدارية " ، وفضل عدم تسميتها بالمصالحة لعدم توافقها مع التوجه الاشتراكي المتبع آنذاك ، وبقي الحال كما هو عليه ، لغاية سن قانون المالية الجديد بتاريخ 26-12-1985 ، الذي سمح لوزير المالية التصالح مع مرتكبي جرائم الصرف ، وبعدها عدّل من جديد قانون الإجراءات الجزائية في 04-03-1986 و أعاد النص على انقضاء الدعوى العمومية بالمصالحة في المادة السادسة منه .<sup>4</sup>

<sup>1</sup> وفق المادة 174 من الأمر 156-66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 ، يتضمن قانون العقوبات الجزائري ، معدل والمتمم لاسيما بالقانون 02-16 المؤرخ في 19 يونيو 2016 . استنادا مباشرا لنص المادة 37 مكرر 9 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، المرجع السابق .

<sup>2</sup> يستشف ذلك من المادة 265 الفقرتين 1 و 2 من قانون الجمارك الجزائري ، المرجع السابق .

<sup>3</sup> DR. bouskia Ahcen , op – cite, p ; 43,44

<sup>4</sup> IBIDM .

وبعد هذا سارع المشرع الجزائري لتعديل قانون الجمارك الصادر سنة 1979 بموجب القانون 91-25 المؤرخ في 18-12-1991 المتضمن قانون المالية ، فتم النص في المادة 265 منه على المصالحة الجمركية في قانون الجمارك لأول مرة في قانون جمركي جزائري تحت تسمية : " التسوية الإدارية " <sup>1</sup> إلى أن صدر قانون المالية لسنة 1992 و استبدل عبارة " التسوية الإدارية " بـ " المصالحة الجمركية " في نص المادة 136 ، وبقي القانون مطبقا لغاية 1998<sup>2</sup> لتستقر المصالحة الجمركية في تعديل قانون الجمارك في السنة الجارية 2017 ، بموجب التعديل 04-17 ما عدا بعض الأحكام الخاصة بالدعوى الجبائية ، التي مسها التعديل ذات العلاقة بالمصالحة الجمركية <sup>3</sup> ، المشكل من كل هذه القوانين و التعديلات الطارئة ، سواء في مرحلة تطبيق القوانين الفرنسية أو القوانين الجزائرية .

إن المشرع لم يحدد لنا الطبيعة القانونية للمصالحة الجمركية ، الأمر الذي أدى لتدخل الفقه ، خاصة فيما يخص تقييم فعالية هذا الإجراء ، وهو ما سنحاول التطرق إليه في هذا المطلب عن طريق تقسيمه إلى فرعين ، نخصص الفرع الأول للطرح الفقهي الذي يرى أن المصالحة الجمركية عقد من العقود ، في حين نخصص الفرع الثاني للطرح الفقهي الذي يرى أنها نوع من أنواع الجزاء ، وذلك على النحو الآتي :

#### الفرع الأول : : المصالحة الجمركية عقد من العقود

اختلفت الآراء حول الطبيعة القانونية للمصالحة في المنازعات الجمركية ، بالرغم من تنظيمها و تعديل أحكامها لأكثر من مرة من طرف المشرع ، وسبب الاختلاف يكمن في عزوف المشرع عن حسم طبيعتها القانونية ، خصوصا وأن المصالحة الجمركية- التسوية الإدارية سابقا- في صورتها القانونية و المادية تأخذ مظهرين وهما : قبول الإذعان لمنازعة جمركية أو المصالحة بصورتها المؤقتة أو النهائية <sup>4</sup> - سنتطرق لهذه الصور لاحقا- ، لذلك تفرقت الآراء بين الإقرار بالطبيعة العقدية و الطبيعة الجزائية ، وهو ما سنحاول التطرق إليه في نقطتين.

يرى جانب من الفقه أن المصالحة الجمركية هي ذات طبيعة عقدية في جميع الأحوال فقط مع اختلاف صغير في تصور العقد الذي يتضمنها ، وبهذا تخضع المصالحة الجمركية للقانون المدني المنظم لنظرية العقد بجميع صورته وفق ما يقارب المادة 459 من القانون المدني الجزائري أن : " الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل على حقه " ، فأساس كلاهما هو التراضي - الإيجاب و القبول- بما يماثل عقد العوض في شروطه القانونية ، كما يطبق على الصلحين نفس قواعد

<sup>1</sup> ابن يعقوب حنان ، التوجهات الحديثة في المنازعات الجزائية الجمركية ، مذكرة ماجستير ، فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، 2003-2004 ، ص 99 .

<sup>2</sup> د. زعباط فوزية ، المرجع السابق ، ص 80 .

<sup>3</sup> وهو التعديل 04-17 لسنة 2017 ، بحيث تضمن المصالحة في المادة 265 منه ، المرجع السابق .

<sup>4</sup> د. بن عثمان فريدة ، الجريمة الجمركية بين النظرية والتطبيق ، مذكرة ماجستير ، فرع قانون الأعمال ، جامعة البليدة ، كلية الحقوق ، سبتمبر 2006 ، ص 77،78 .

النيابة الشرعية كالولاية و الوصاية و الوكالة ، كما يشتركان في حسم النزاع و انقضاء الحقوق و تثبيتها ونسبية آثارهما ، وكذا المسؤولية المدنية التضامنية ، وخضوعهما لنفس أسباب البطلان ، وهو الرأي الذي يؤيده " د. سر الختم عثمان إدريس " ، متجاهلا كل نقاط الاختلاف الموجودة بين المصالحة الجمركية و العقد المدني ، أبرزها عدم احتمالية وجود النزاع في القضايا الجمركية بل قطعيتها ، فهو موجود حتما وتهمين عليه الإدارة الجمركية ، إضافة إلى المراكز القانونية التي يكون عليها الأطراف ، لأن أطراف العقد المدني على درجة تامة من التساوي – العقد شريعة المتعاقدين- خلافا للمصالحة الجمركية التي يتفوق فيها مركز الإدارة الجمركية على مركز المخالف ، لذلك لم يسلم هذا الرأي من النقد.<sup>1</sup>

بالنسبة للاتجاه الفقهي الثاني، فهو يرى أن المصالحة الجمركية عقد إذعان ، وهذا الأخير ، هو ذلك العقد الذي يحول دون مناقشة مضمونه، بحيث يأخذ فيه الاتفاق شكل البنود و ليس شكل الشروط، وفحواه يتحدد بإرادة واحدة ، لأن أطراف المنازعة المصالحة الجمركية ليسوا على درجة واحدة من المكانة ، نظرا للامتيازات التي تتمتع بها إدارة الجمارك، وهذا الطرح مردود عليه لأن المسؤول عن الجريمة الجمركية ليس مجبرا على الرضوخ لرغبات الإدارة الجمركية دائما، فله عدم إجراء المصالحة و تفضيل إجراءات التقاضي الكلاسيكية ، حتى و لو كان الفرض الثاني أسوأ حالا من المصالحة.<sup>2</sup>

الرأي الثالث بزعامة " Doubrie " و " Douboukin " يرى أن المصالحة الجمركية عقد إداري ، انطلاقا من المعيار العضوي المحدد للعقود و المنازعات الإدارية. وفق ما تم النص عليه في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كإسقاط على التشريع الجزائري-. لذلك أطراف المصالحة الجمركية شخص من أشخاص القانون العام و هي إدارة الجمارك ، فضلا عن كل هذا تهدف المصالحة الجمركية لحماية مصلحة عامة أجدر بالحماية و هي حماية حقوق الخزينة العامة ، دون أن ننسى ما قد تستعمله الإدارة من شروط غير مألوفة في نطاق المبادئ العامة المدنية ، وما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة، وأكبر دليل على ذلك فرض مبلغ المصالحة الجمركية فرضا من طرف الإدارة على المخالف ، غير أنه سرعان ما وجهت سهام النقد لهذا الرأي هو الآخر، من طرف " د. سر الختم عثمان إدريس " فحواه أن سلطات الإدارة في العقد الإداري ، أوسع من سلطاتها في المصالحة مع المخالف الذي يملك دائما حق رفضها ، ولأن الإدارة في العقد الإداري تملك سلطة تعديل شروط العقد وعقاب المخالف على عدم التنفيذ، وليس لها أن تفعل ذلك في المصالحة ، كما أنه تحال حاليا القضايا الجمركية – بعضها- للقضاء المدني و ليس الإداري خاصة في حالة عدم دفع غرامة المصالحة وفق المادة 273 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> د. بوسقيعة أحسن ، المرجع السابق، 257-271.

<sup>2</sup> بن يعقوب حنان ، المرجع السابق ، ص 102 .

<sup>3</sup> د. بوسقيعة أحسن ، المرجع السابق ، ص 276 -281.

ظهر رأي أخير يعتبر المصالحة الجمركية مقررا إداريا صادرا عن لجان المصالحة ، لأن الإدارة الجمركية بإرادتها المنفرد هي من تقوم بإصداره و تصادق عليه ، وفي حالة تجاوز السلطة ، يجوز للمخالف رفع دعوى تجاوز السلطة أمام القضاء الإداري ، أو حتى بدعوى الإلغاء ، وأسس طرحه على حكم لمحكمة النقض الفرنسية آنذاك<sup>1</sup>.

نحن في تقييمنا لجميع هذه الآراء ، لا نستطيع الإنكار بأنها تحمل جزءا من الصواب، لأن المصالحة الجمركية شئنا أم أبينا ، تستمد خطوطها الرئيسية من القانون المدني و حتى القانون الإداري ، لكن دائما مع خصوصيات ردعية لطبيعة منشأ المصالحة، وهو المنشأ الإجرامي ، أي المخالفة الجمركية.

### الفرع الثاني : المصالحة الجمركية نوع من أنواع الجزاءات

نتيجة لسهام النقد الموجهة للاتجاه الفقهي القائل بالطبيعة العقدية للمصالحة الجمركية، ظهر اتجاه فقهي آخر ينادي بالطبيعة الجزائية للمصالحة، لأنه حسب رأيهم ، رغم احتمال المصالحة لصفات عديدة من القواعد المدنية والإدارية، إلا أننا لا نستطيع إنكار منشئها الإجرامي وهو الجريمة الجمركية، ومصيرها المحتوي في حالة نجاحها، وهو انقضاء الدعوى العمومية ، الأمر الذي أدى بالفقه إلى اعتبارها جزءا من الجزاءات ، و منهم من يرى أنها عقوبة جزائية ، في حين يرى البعض الآخر أنها جزء إداري<sup>2</sup>.

يرى كل من كل من الفقيهين : "Mazart" و "Polan" ، أن المصالحة عقوبة جزائية لاحتمالها لبعض صفاتها، ولأن المصالحة الجمركية تنقص من الحقوق المالية للمسؤول عن الجريمة الجمركية مثل العقوبة ، وهي تخضع لمبدأ الشرعية طبقا لنص المادة 265 من قانون الجمارك و التنظيمات ، حتى وإن لم يحدد المشرع مقدار غرامة المصالحة و ترك أمر تقديره للإدارة الجمركية ، ورغم ذلك فرض عليها قيودا قانونيا، وهو عدم تجاوز قيمة العقوبة المقررة قانونا<sup>3</sup>، وإلا ما الفائدة من المصالحة في الحالة الأخيرة ؟ ، كما تخضع المصالحة لمبدأ العدالة نظرا لإمكانية لجوء جميع المتهمين إليها ، ما عدا من تم استبعاد جرائمهم بنصوص قانونية . وكذلك تتضمن المصالحة الجمركية لعنصر الإيلام المقصود ، و فحواه النيل من جزء من الذمة المالية للمخالف ، وذلك قبل أن يصدر حكما نهائيا، أما إذا صدر حكم نهائي من القضاء ، فهنا تعتبر المصالحة عقد صلح مدني وفوق كل هذا، تتجاوز قيمة غرامات التصالح الأضرار اللاحقة فعلا بالخزينة العامة<sup>4</sup> ، ألا يعتبر هذا عقوبة جزائية ؟ .

<sup>1</sup> المرجع نفسه ، ص 282-284.

<sup>2</sup> د. زعباط فوزية ، المرجع السابق، ص 109.

<sup>3</sup> حددت إدارة الجمارك معايير تحديد مبلغ المصالحة في المذكرة رقم 303 المؤرخة في 21-01-1999، التي تنص على الأخذ بعين الاعتبار الوضعية المالية للمخالف وحالته العائلية، وعدد السوابق القضائية وقيمة الأضرار التي أصابت الخزينة العامة.

<sup>4</sup> د. زعباط فوزية ، المرجع السابق ، ص 110-113.

بالطبع ووجه لهذا الرأي نقد لاذع ، مفاده افتقار المصالحة لصفات أساسية تتضمنها العقوبة ، وهي صفة القضائية في العقوبات الجزائية ، بينما المصالحة الجمركية تتم على هامش القضاء ، كما أن المصالحة الجمركية لا تتقيد بالأهداف القانونية للعقاب ، وفيها يباح للإدارة ما يحرم على القضاء ، لأنه يجوز للإدارة الجمركية إفادة المخالف بالظروف المخففة ، بينما يمنع ذلك منعا باتا إذا أحييت المنازعة الجمركية إلى القضاء ، إضافة إلى عدم تقيد المصالحة الجمركية بمبدأ شخصية العقوبة عند إلزام الورثة بدفع مقابلها عند وفاة المخالف الأصلي<sup>1</sup>.

ظهر اتجاه فقهي آخر بزعامة كل من : "DILIMAS MARTY" و "KOLIN" و "BOTTAIRE" مفاده الاعتراف بطبيعة الجزاء الإداري للمصالحة الجمركية ، تصدره الإدارة الجمركية ، لأن العقوبة الجزائية ليست حكرا على القضاء تقليصا للقضايا المعروضة عليه ، إضافة لعدم تخصص القضاة في المجال الجمركي ، والجزاء الإداري هو جزاء مشروع ، أقره المجلس الدستوري في فرنسا ، و يطبق نفس الحكم في الجزائر - رغم عدم التصريح بذلك - وبالرغم من خروج الجزاء الإداري عن مبدأ الفصل بين السلطات ، شرط عدم مساس الجزاء الإداري بالحرية الفردية للمخالفين ، ومرد ذلك أن القضاء وحده من يملك هذه المكنة ، وإلا أصبحنا أمام عدالة موازية ، أما الشرط الثاني في الجزاء الإداري فهو احترام المبادئ العادلة في القانون الجزائي كالحق في الدفاع و الحق في الطعن ، وعليه استطاع الفقه تعريف الجزاء الإداري على أنه : " كل جزاء صادر عن سلطة إدارية ، تتمتع بامتيازات السلطة العامة ، سواء كانت خاضعة للقانون العام أو للقانون الخاص ، يهدف قمع الخطأ ، شرط أن لا تتضمن مساسا بالحرية الفردية ، مع احترام حق الدفاع و حق الطعن " ، وبهذا يخضع الجزاء الإداري لمبدأ الشرعية ، عن طريق القواعد التنظيمية التي تخضعها الجهة الإدارية ، وإذا تجاوزت هذه الأخير حدود التفويض التشريعي ، فيكون قرارها قابلا للإلغاء أمام القاضي الإداري ، نحو إقرار قانون جنائي إداري يقوم على مبدأ عدم رجعية النصوص الجزائية الإدارية و مبدأ التفسير الضيق للنص الجزائي ، وهو ما اعتنقه المجلس الدستوري الفرنسي آنذاك<sup>2</sup>.

يرى الفقه أن العناصر الموضوعية للجزاء الإداري متوفرة حقيقة في المصالحة الجمركية ، خلافا للقواعد الإجرائية التي تغيب تماما فيها ، خصوصا المبادئ العادلة للقانون الجزائي ، التي غالبا ما يتضمنها قانون الشرفاء - قانون الإجراءات الجزائية ، كالحق في الدفاع و الحق في العلم بالتهمة و الحق في الطعن ، وعلى العموم الإدارة الجمركية في الجزائر لا تحرم المتهم من حقه في العلم بالتهمة ، لكن تسلبه حقه في الدفاع ، لأن هذا الأخير يزول تماما في المرحلة الإدارية ، فلا يستطيع المسؤول عن الجريمة الجمركية آنذاك ، تقديم طلبات للإدارة الجمركية خلافا لمرحلة الطعن القضائي ، ويضيف الفقه أن الإدارة الجمركية غير ملزمة بتمكين

<sup>1</sup> د. بوسقيعة أحسن ، المرجع السابق ، ص 300.

<sup>2</sup> د. زعباط فوزية ، المرجع السابق ، ص 125-131.

المخالف من حقه في الاستعانة بمحام إذا لم يكن له محام ، وهي غير ملزمة على تأجيل أو إيقاف إجراءات المصالحة في حالة غيابه كما هو مستقر عليه في المحاكمات الجزائية ، وحتى لو وجد محام ، فإدارة الجمارك غير ملزمة برأيه أو طلباته.<sup>1</sup>

يغلب الفقه صفة الخصوصية على المصالحة الجمركية ويعتبرها جزءا من نوع خاص<sup>2</sup>، وفي هذا نحن لا نوافق هذا الجانب من الفقه، فنحن نرى أن المصالحة الجمركية عقوبة جزائية بآتم معنى الكلمة لصرامة شروطها وإجراءاتها ، فضلا عن هيمنة الإدارة الجمركية على كافة مراحلها، بما يفوق مركز المسؤول عن الجريمة الجمركية، حتى وإن غابت بعض خصائص الجزاء الجنائي فيها ، وهذا مرده تقنية و خصوصية المجال الذي تنظمه وهو المجال المالي - الجبائي- كصورة لحماية الخزينة العامة .

### المبحث الثاني: أحكام المصالحة في التشريع الجمركي الجزائري

حرصا من المشرع الجزائري في مادة الجمارك على تحقيق نوع من الموازنة أو المقاربة بين مقتضيات الثوابت القانونية و القضائية الراسخة في المنازعات ، وبين الضرورة الحتمية لحماية الاقتصاد الوطني من التلاعب والاستنزاف، تم إحاطة المصالحة في المنازعات الجمركية بمجموعة من الضوابط و الشروط والإجراءات القانونية التي تراعي- نوعا ما- الفرضين معا ، مع نوع من التغليب للطبيعة التقنية للمادة الجمركية ، وفي هذا الإطار نص المشرع الجمركي في المادة 265 على الأصل العام في المنازعات الجمركية ، وهو إحالة المسؤولين عن الغش الجمركي والجرائم الجمركية إلى المتابعة القضائية وفق الطرق الكلاسيكية ، قصد محاكمتهم طبقا للقانون ، وكحالات خاصة يرخص لإدارة الجمارك إجراء مصالحة مع مرتكبي المخالفات الجمركية بناء على طلبهم<sup>3</sup>، وهو ما سنحاول التطرق إليه في مضمون هذا المبحث بتقسيمه إلى مطلبين، نخصص الأول للوقوف على صرامة شروط المصالحة الجمركية تبعا للامتيازات الممنوحة لإدارة الجمارك في مباشرة إجراءاتها بمنأى عن الرقابة القضائية ، في حين نخصص المطلب الثاني لما يترتب عن المصالحة الجمركية من آثار ما لم تعترض إجراءاتها عوارض ، وفق ما هو معمول به في قانون الجمارك الجزائري ، وذلك كالآتي :

### المطلب الأول : صرامة شروط المصالحة الجمركية

يكاد يخلو أي تشريع جمركي من النص على المصالحة الجمركية ، التي تتضمن عفوا عن جزء من العقوبات المالية المستحقة ، وهذا يعتبره الفقه إظهارا جليا لتبعية المصلحة العامة للمصلحة الخاصة بما يبدو أنه

<sup>1</sup> د. بوسقيعة أحسن ، المرجع السابق ، ص 334-337.

<sup>2</sup> د. بوسقيعة أحسن ، المرجع السابق ، ص 33 ، 41.

<sup>3</sup> راجع المادة 265/1 و2 من قانون الجمارك الجزائري التي تنص على ما يلي: « يحال الأشخاص المتابعون بسبب ارتكاب المخالفة الجمركية على الجهة القضائية المختصة قصد محاكمتهم ، طبقا لأحكام هذا القانون، غير أنه يرخص لإدارة الجمارك بإجراء المصالحة مع الأشخاص المتابعين بسبب المخالفات الجمركية بناء على طلبهم »، المرجع السابق.



يناقض المبادئ القانونية العامة<sup>1</sup>، إلا أن هذه الأخيرة مرهونة بتحقيق شروط موضوعية و إجرائية صارمة ، يترتب على عدم احترامها بطلان المصالحة، و هو ما أردنا التطرق إليه في هذا المطلب، عن طريق تقسيمه إلى مطلبين، نخصص الأول لمسألة التقييد القانوني لموضوع المصالحة بجرائم محددة ، في حين نخصص الثاني للوقوف على صرامة الشروط الإجرائية للمصالحة ، بنوع من الاختصار على النحو الآتي:

### الفرع الأول : التقييد القانوني لموضوع المصالحة بجرائم محددة

يشترط لإتمام المصالحة الجمركية ، أن يكون محلها من الجرائم التي يجوز فيها هذا الإجراء قانونا ، لذلك فالأصل أن جميع الجرائم الجمركية - سواء كانت جنائيات، أو جنح ، أو مخالفات- تستطيع أن تكون محلا للمصالحة، وإذا أخذنا بعمومية هذا الكلام، تصبح جميع الجرائم الجمركية المحددة في قانون الجمارك الجزائري<sup>2</sup> أو في الأمر المتعلق بمكافحة التهريب محلا لإجراء المصالحة فيها<sup>3</sup>، لكن المشرع الجمركي لم يترك الأمر على إطلاقه ، حتى لا يفلت مرتكبو أبشع الجرائم الجمركية من العقاب، ومنهم مرتكبي جرائم التهريب كالأسلحة و المخدرات ، لذلك جاء القانون الجمركي بعدد من الجرائم تستبعد فيها المصالحة، نظرا لخطورتها على المجتمع و مصالح الخزينة العامة<sup>4</sup>، وهي تلك الجرائم المتعلقة بالبضائع المحظورة عند الاستيراد أو التصدير، التي تتضمن علامات منشأ مزورة ، أو تلك التي يكون منشؤها محل مقاطعة أو حضر تجاري، وكل بضاعة أخرى مخالفة للأداب العامة كالكتب و الأفلام الإباحية<sup>5</sup>، كما تم استبعاد كل جرائم التهريب الجمركي الواردة في الأمر المتعلق بمكافحة التهريب<sup>6</sup>.

لا يفوتنا التذكير بالخطأ الذي وقع فيه المشرع الجزائري في ترجمة تعريف الجريمة الجمركية التي يعرفها قانون الجمارك على أنها: " كل انتهاك للقوانين و الأنظمة التي تتولى إدارة الجمارك تطبيقها ، ويعاقب عليها قانون الجمارك" فمن قراءة هذا التعريف يتضح أن المشرع في النسخة العربية استعمل مصطلح " مخالفة" ، بينما في النسخة الفرنسية استعمل مصطلح " infraction" ، بالرغم من أن الترجمة الصحيحة للمصطلح الأخير هو " جريمة جمركية" بكافة درجاتها " جنائيات ، جنح، و مخالفات" ولا يقتصر الأمر على المخالفات فقط

<sup>1</sup> د. سعيد يوسف محمد يوسف ، وجها الجريمة الجمركية الإداري و القضائي ، أطروحة دكتوراه دولة ، دائرة العلوم الجنائية، جامعة قسنطينة ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1991، ص 147، 148.

<sup>2</sup> وهو القانون 17-04 ، المرجع السابق.

<sup>3</sup> الجزائر ، المادة 21 من الأمر المتعلق بالوقاية من التهريب ومكافحته رقم 06-05 الصادر بتاريخ 23-08-2005 الصادر بالجريدة الرسمية ، رقم 59 ليوم 28 أوت 2005 ، الموافق عليه بالقانون 05-17 المؤرخ في 31-12-2005.

<sup>4</sup> المادة 3/265 من قانون الجمارك الجزائري ، المرجع السابق.

<sup>5</sup> المادة 21 من نفس القانون.

<sup>6</sup> معلم أمينة ، صرامة القانون الجزائري الجمركي ، مذكرة ماجستير ، فرع القانون العام ، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق ، السنة الجامعية 2014-2015 ، ص 84.

كصنف من الجرائم<sup>1</sup>، فهل يعني هذا أن كل جرائم التشريع الجمركي تجوز فيها المصالحة حسب هذه التسمية؟ طبعا لا .

علاوة على ما سبق ذكره ، وحسب الفقه مستندا في ذلك إلى الاجتهاد القضائي ، لا تجوز المصالحة الجمركية إلا في مجال الجرائم الجمركية في حالة تعدد الأوصاف القانونية ، ولا ينصرف أثرها لباقي الجرائم التي تتضمنها قوانين أخرى غير قانون الجمارك ، ، كما لو ارتبطت الجريمة الجمركية بجريمة أخرى من قانون العقوبات أو إحدى القوانين الخاصة ، ونفس الحكم في حالة تعدد الجرائم ، ولعل أبرز مثال على ذلك، قيام أحد مرتكبي الجرائم الجمركية -المخالفات المعاينة عند المراقبة الجمركية للمظاريف البريدية المجردة من أي طابع تجاري<sup>2</sup>-وأثناء معاينة المخالفة من طرف إدارة الجمارك - ضابطة الجرائم الجمركية- يغضب الشخص المخالف و يقوم بالتعدي على موظفي الجمارك ، وهو الفعل المشكل لجريمة الاهانة و التعدي على الموظف العمومي<sup>3</sup>، ثم عند اقتياد المسؤول عن هذه الجريمة إلى المكتب الجمركي يقدم طلبا للمصالحة ، وتقبل طلبه الإدارة الجمركية، فهنا أثر المصالحة يشمل فقط الجريمة الجمركية دون الجريمة المنصوص عليها في قانون العقوبات إلا إذا تنازل العون الجمركي وفضل الصفح، لأن صفح الضحية يضع حدا للمتابعة في هذا النوع من الجرائم<sup>4</sup>.

نحن بدورنا لنا أن نتساءل عن عدد المرات التي يمكن أن يستفيد فيها مرتكب الجريمة الجمركية من فرصة المصالحة مع الإدارة الجمركية ؟ ، بمعنى هل يوجد حد معين لعدد المرات التي يرتكب فيها الشخص جريمة جمركية و إذا تعداها لا تتم المصالحة وترفع المنازعة إلى القضاء، أم الباب يبقى مفتوحا ، ويخضع ذلك للسلطة التقديرية للإدارة الجمركية ؟ .

حسب "د. سعيد يوسف محمد يوسف" قانون الجمارك الجزائري لم يثر هذا الأمر ، وهو نقص واضح فيه ، ومن غير المنطقي أن يبقى الأمر بهذه المرونة و الطلاقة ، فلا بد من وضع حد يجبر الإدارة الجمركية على عدم القيام بالمصالحة أمام من كثرت جرائمه<sup>5</sup> ، ونحن بدورنا نؤيد هذا الرأي ، لأن عدم تقييد عدد المرات التي يمكن فيها إجراء مصالحة ، من شأنه حقيقة إزالة الصفة الردعية للقانون الجمركي ، ويصبح هذا الأخير في حالة عدم ضبط نصوصه ، قانونا يشجع الإجرام ، فيستغل المجرمون ثغراته القانونية للإفلات من العقاب ، فيصبح المخالف يعلم بوجود فرصة المصالحة ، حتى و لو بلغت جرائمه من الكثرة ما لا يعد ولا يحصى ، وهذا

<sup>1</sup> المادة 240 من قانون الجمارك الجزائري، النسختين العربية والفرنسية، المرجع السابق.

<sup>2</sup> استنادا لنص المادة 321 من نفس القانون.

<sup>3</sup> وهي الجريمة المعاقب عليها بنص المادة 148 من قانون العقوبات ، المرجع السابق.

<sup>4</sup> د. بوسقيعة أحسن ، المنازعات الجمركية ، تعريف و تصنيف الجرائم الجمركية ، متابعة و قمع الجرائم الجمركية ، دار هومة للنشر ، الجزائر ، 2015 - 2016 ، الطبعة الثامنة ، ص 280 وما بعدها.

<sup>5</sup> د. سعيد يوسف محمد يوسف ، المرجع السابق ، ص 155، 154.

إهدار لمبدأ الشرعية كذلك ، وإهدار للمصلحة المحمية بالقانون الجمركي ، فكيف يحي هذا الأخير المصلحة العامة من جهة ، ويهدرها من جهة أخرى ؟

الأمر الذي نتوجه من خلاله إلى المشرع طالبين منه تحديد عدد المرات الممكن إجراء المصالحة فيها ، وإنا لنقترح مرتين كحد أقصى .

### الفرع الثاني : صرامة الشروط الإجرائية للمصالحة الجمركية

يشترط قانون الجمارك الجزائري لإجراء المصالحة بين المسؤول عن الجريمة وإدارة الجمارك ، بعض الشروط الإجرائية ، بعضها تخص الشخص المخالف و البعض الآخر يخص الإدارة الجمركية ، وهو ما سنحاول شرحه في نقطتين بنوع من الإيجاز.

#### أولاً : الشروط الإجرائية للمصالحة الجمركية المتعلقة بالمسؤول عن الجريمة

يتخذ المسؤول عن الجريمة الجمركية صوراً عدة ، استناداً لعمومية العبارة التي تضمنتها المادة 2/265 بقولها : " يرخص لإدارة الجمارك بإجراء المصالحة مع الأشخاص المتابعين بسبب المخالفات الجمركية " ، فالمادة كما يلاحظ استعملت مصطلح " الأشخاص المتابعين بسبب المخالفات الجمركية " ، ويشمل هذا المفهوم كل من الفاعل الأصلي<sup>1</sup> الذي يشمل بدوره حائز و ناقل البضاعة محل الغش<sup>2</sup> ويعد مسؤولاً كذلك الوكيل لدى الجمارك<sup>3</sup> وكذا المتعهد لدى الجمارك- من يحزر التعهد باسمه و يضمن الوفاء بالالتزامات التي تخص المستفيد من الأنظمة الاقتصادية الجمركية -<sup>4</sup> ، وقد يكون أحياناً المسؤول عن الجريمة الجمركية شريكاً<sup>5</sup> ، أو مستفيداً من الغش<sup>6</sup>.

كذلك إذا كان مرتكب المخالفة مسؤولاً مدنياً بصفته مالكا للبضائع محل الغش أو كفيلاً<sup>7</sup> ، ويشترط في كل هؤلاء التمتع بأهلية الأداء و أهلية الوجود ، وإذا كانوا أشخاصاً طبيعيين يجب بلوغهم سن الرشد ، وفق ما هو معمول به في القانون المدني الجزائري- وليس سن الرشد الجزائري- ، متمتعين بكافة قواهم العقلية<sup>8</sup> ، أما

<sup>1</sup> المادة 41 من قانون العقوبات الجزائري ، المرجع السابق.

<sup>2</sup> المادة 303 من قانون الجمارك الجزائري ، المرجع السابق.

<sup>3</sup> الجزائر ، المرسوم التنفيذي المتضمن تحديد شروط ممارسة مهنة الوكيل المعتمد لدى الجمارك و كفاءتها رقم 99-197 المؤرخ في 16-08-1999.

<sup>4</sup> المواد 115 ، 117 ، 119 ، من قانون الجمارك الجزائري ، المرجع السابق.

<sup>5</sup> المادة 42 من قانون العقوبات الجزائري ، المرجع السابق.

<sup>6</sup> المادة 310 من قانون الجمارك الجزائري ، المرجع السابق.

<sup>7</sup> المادة 315 من قانون الجمارك الجزائري ، المرجع السابق.

<sup>8</sup> د. زعباط فوزية ، المرجع السابق ، ص 232-244.

إذا كان مرتكب المخالفة شخصا معنويا ، فيشترط للمساءلة أن يرتكب الفعل الإجرامي من طرف ممثليه الشرعيين، وأن يكون هذا السلوك داخلا في حدود السلطة الممنوحة لهم ، علما أن الشخص المعنوي، أصبح يتحمل المسؤولية الجزائية، وقدم التنصيص على ذلك لأول مرة في قانون الجمارك الجزائري المعدل بموجب القانون 04-17.<sup>1</sup>

يشترط في كل الأشخاص الواردين أعلاه تقديم طلب للإدارة الجمركية ، يكون مكتوبا معبرا فيه المسؤول عن الجريمة الجمركية عن إيجابه - الدعوة للمصالحة- ، بالرغم من عدم اشتراط الكتابة في قانون الجمارك الجزائري وفق المادة 265 ، لكن شرط الكتابة يُستشف من المرسوم المحدد للجان المصالحة ، والمتضمن استمارات للملأها كملحق<sup>2</sup>، ولا يشترط أن يكون ذلك بتعبير أو لغة معينة<sup>3</sup>، فقط يلتزم مقدم طلب المصالحة بدفع 25 بالمائة من قيمة الغرامة النهائية للمصالحة ، و التي تخصم له منها فيما بعد ، سواء في مرحلة المصالحة المؤقتة أو في حالة قبول الإذعان لمنازعة جمركية ، لضمان الجدية في إجراء المصالحة.<sup>4</sup>

أما عن ميعاد المصالحة ، فهو مفتوح ، يستطيع مرتكب الجريمة الجمركية تقديم طلبه في أي مرحلة كانت عليها المنازعة ، حتى ولو كان الحكم القضائي قد حاز قوة الشيء المقضي فيه ، واستوفى طرق وأجال الطعن بالنقض ، لكن في هذه الحالة الأخيرة يقتصر أثر المصالحة على العقوبات الجبائية- المالية - فقط ، دون العقوبات الجزائية كالحبس و المصادرة<sup>5</sup>، وفي هذا حسب رأينا نعتد على قدسية الحكم القضائي الذي يعتبر مرآة للحقيقة.

### ثانيا : الشروط الإجرائية للمصالحة الملزمة للإدارة الجمركية

يوجه طلب المصالحة الجمركية إلى إدارة الجمارك وفق ما ورد في قانون الجمارك و نصوصه التنظيمية ، مع الأخذ بعين الاعتبار المبلغ المالي الذي تم التملص منه ، وصفة المخالف و مخالفته المرتكبة، على شكل هرم معياري كل صنف من المخالفات بما هو مقرر لها من غرامات مالية للمصالحة ، تخضع لرأي إما المدير العام للجمارك أو أدنى منه المديرين الجهويين للجمارك ، أو أدنى منه رؤساء مفتشيات الأقسام ، أو أدنى منه رؤساء المفتشيات الرئيسية، أو كدرجة أخيرة رؤساء المراكز<sup>6</sup> مع الإشارة إلى أن موافقة إدارة الجمارك ضرورية للقيام بالمصالحة، وليست مجبرة على قبولها، لأنها ليست حقا خالصا لمرتكب الأفعال المجرمة، فالإدارة الجمركية

<sup>1</sup> المادة 312 من قانون الجمارك الجزائري ، المرجع السابق.

<sup>2</sup> الجزائر ، المرسوم التنفيذي المتضمن تحديد شروط إنشاء لجان المصالحة وتشكيلها وسيرها ، رقم 99-195 المؤرخ في 16-08-1999.

<sup>3</sup> د. زعباط فوزية ، المرجع السابق. ص 198.

<sup>4</sup> المادة 05 من المرسوم التنفيذي 99-195 ، السابق الذكر .

<sup>5</sup> المادة 8/265 من قانون الجمارك الجزائري ، المرجع السابق.

<sup>6</sup> المادة 01 من القرار الصادر في 22 يونيو 1999 ، المرجع السابق.

ليست مجبرة على قبول طلب المصالحة، بل وحتى مسألة الرد عليه، وفي حالة عدم الرد فيفسر ذلك رفضاً، وعلى الإدارة الجمركية قبل إصدار القرار النهائي، أن تقوم بعرض الملف -الذي قد يتضمن قبول الإذعان لمنازعة جمركية أو مصالحة مؤقتة- على اللجان المختصة وفق ما اشترطته المادة 265 من قانون الجمارك.<sup>1</sup>

المصالحة المؤقتة : تأتي على شكل محضر محرر يتضمن نفس المعلومات التي يتضمنها قبول الإذعان للمنازعة الجمركية، مع الإشارة إلى تحديد الآثار المترتبة على التصالح في حالة نجاح وفشل المصالحة، مع أن إدارة الجمارك تبقى محتفظة بذلك العربون المالي، لغاية الفصل النهائي في النزاع، حتى في الفرضية التي يتم إحالته إلى القضاء، أما قبول الإذعان لمنازعة جمركية، فهو محرر تحرره إدارة الجمارك، يتضمن عرضاً وجيزاً للوقائع المجرمة وإقراراً فورياً من المخالف بارتكابها، مع التزامه بدفع ما تقرره الإدارة كمقابل للمصالحة، وإيداع مبلغ مالي صغير كعربون للتصالح، ضماناً للاستمرار في المصالحة، بحيث تدلي اللجنة الوطنية في طلبات المصالحة، عندما يفوق مبلغ الحقوق والرسوم المتقاضى عنها 1.00.00 مليون د.ج، أما اللجان المحلية فتدلي برأيها في المخالفات ما عدا مخالفات أعمال التهريب، عندما يكون مبلغ الرسوم 500.000 د.ج، دون أن يتجاوز 1.000.000 مليون، مع إعفاء هذه اللجان من الإدلاء برأيها عندما يكون مرتكب الجريمة الجمركية قائد سفينة، أو مركب جوي أو مسافر، وكذا لا تدلي برأيها عندما يقل مبلغ الحقوق والرسوم المتقاضى عنها 500.000 د.ج.<sup>2</sup>

توجد اللجنة الوطنية للمصالحة في مقر المديرية العامة للجمارك، أما اللجنة المحلية، فتوجد في مقر كل مديرية جهوية<sup>3</sup>، يرى الفقه أن أخذ الاستشارة في الحالات التي أمر بها القانون واجبة، لكن هذه الآراء، ليست بملزمة لمسؤولي إدارة الجمارك القائمين بالمصالحة.<sup>4</sup>

بعد القيام بكل الإجراءات التنظيمية والمرحلية الواردة في المرسوم 99-198، يقوم الموظف المختص بإصدار قرار المصالحة، متضمناً ما يجب دفع من مبالغ مالية- مقابل مالي- مع إعطاء المسؤول عن الجريمة الجمركية أجلاً للدفع، علماً أن هذا الأجل غير محدد في النصوص القانونية والتنظيمية، لكن من الناحية العملية تمنح إدارة الجمارك مدة 45 يوماً، وفواتها يعني عرض المنازعة للقضاء.

ومن كل هذا يظهر المركز المتفوق للإدارة الجمركية في هذا النوع من المنازعات، ويعتبر د.أحسن بوسقيعة أن المصالحة الجمركية ليست مصالحة حقيقية، وإنما جزء إداري تحت قناع<sup>5</sup>. وعلى العموم يتضمن قرار

<sup>1</sup> د. بوسقيعة أحسن، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام والمواد الجمركية بوجه خاص، المرجع السابق، ص 116، 117.

<sup>2</sup> المادة 265/5 و6 من قانون الجمارك الجزائري، المرجع السابق.

<sup>3</sup> المواد 02-04 من المرسوم رقم 99-195، المرجع السابق.

<sup>4</sup> د. بوسقيعة أحسن، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام والمواد الجمركية بوجه خاص، المرجع السابق، ص 118.

<sup>5</sup> المرجع نفسه، ص 121.

المصالحة، جميع المعلومات التي تسمح بالتعرف على الأطراف محل الاتفاق وأجل تنفيذه، وإذا لم ينفذ المسؤول عن الجريمة الجمركية التزاماته المالية، تقوم إدارة الجمارك بحجز المبلغ الذي أودعه كضمان-عربون المصالحة- وتباشر إجراءات المتابعة الجزائية أمام القضاء<sup>1</sup>.

و نحن نخالف ما يراه الفقه في هذا المقام ، ونرى أن المصالحة الجمركية عقوبة جزائية بآتم معنى الكلمة. لما تنقصه من الذمة المالية لمرتكب الجريمة ، و لعدم تساوي أطراف المنازعة في إجراءاتها .

### المطلب الثاني: عوارض وأثار المصالحة في المادة الجمركية

الأصل العام، أن أثر المصالحة الجمركية يمس المتابعات، أي الدعاوي المترتبة عن الجريمة الجمركية، إذا تمت وفق الضوابط المنصوص عليها في النصوص الجمركية القانونية والتنظيمية، غير أنه قد تحدث من العوارض ما يوقف المصالحة الجمركية أو يعرضها للبطلان، وهو ما سوف نتطرق إليه في مضمون هذا المطلب، بتقسيمه إلى فرعين مختصرين، نخصص الأول لدراسة العوارض الممكنة للمصالحة، في حين نخصص الثاني لمختلف الآثار المترتبة عليها في حالة نجاحها.

### الفرع الأول: ما قد يعترض إجراء المصالحة الجمركية

قد يعترض إجراء المصالحة حالة مراجعة؛ بإدخال تعديلات عليها متعلقة بجانبه الشكلي، هذه الأخيرة لا تؤدي إلى بطلانها أو إنهائها ، لكن يجب تدارك هذه العوارض بالتصحيح، كوجود خطأ في حساب قيمة غرامة المصالحة، أو خطأ في أسماء الأطراف أو في حالة بروز معطيات جديدة في القضية، علماً أن قانون الجمارك لم ينص بدوره على هذه الحالات، لكن يمكن تطبيق القواعد العامة عليها في القانون المدني حسب ما نصت عليه المادة 48 وما يليها، إذ يكون التصحيح وفق هذه الفرضية، عن طريق ما يسمى بالطعن السلمي، كشكل من أشكال الطعن في العقوبات الإدارية، أمام الهيئة العليا المباشرة. وفي هذا الفرض تتمتع السلطة العليا بما يسمى بـ "حق التصدي" بعد تلقي طلب من المسؤول عن الجريمة الجمركية، وبمجرد استلام الهيئة السلمية لهذا الطلب، تتوقف المتابعة القضائية إذا كانت المنازعة معروضة أمام الإقصاء، ليأتي القرار من السلطة السلمية بالقبول أو الرفض<sup>2</sup>.

قد يعترض المصالحة الجمركية كذلك أسباب تؤدي إلى إنهائها كلياً بأثر رجعي، إما عن طريق فسخها؛ وذلك بمناسبة ممارسة إدارة الجمارك لسلطتها التقديرية في تحديد مبلغ المصالحة -وليس مجال إجراء المصالحة- بممارسة ما يسمى بـ "الطعن القضائي"، ومثال ذلك إذا كانت المصالحة الجمركية قد أجريت واكتشف المخالف عدم اختصاص السلطة التي أجرت معه المصالحة، أو بالغت في تحديد مبلغها، ففي هذه الفرضية يستطيع المتصالح معها الطعن أمام مجلس الدولة بتجاوز السلطة، على أن يمارس القضاء الإداري رقابة

<sup>1</sup>د. زعباط فوزية ، المرجع السابق ، ص 209 ، 210.

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، ص 281 ، 282 .

شرعية فقط دون رقابة ملائمة، لأنه لا يستطيع تحديد مبلغ المصالحة، بل يراقبه وفق حده الأعلى المحدد في القانون والتنظيم، أما الطعن أمام القضاء العدلي-العادي- فهو غير جائز إلا في حالة الدفع بالبطلان.<sup>1</sup>

تكون المصالحة الجمركية عرضة للبطلان أمام القضاء العادي، في حالة توفر عيوب الرضا، المعروفة في قواعد القانون العام، كالإكراه والتدليس والغبن في حالة توفر شروطهم، كما قد يثار الدفع بالبطلان في حالة عدم اختصاص ممثل الإدارة<sup>2</sup> وفق قواعد الاختصاص المحددة في الهرم المعياري حسب مؤشرات مالية.<sup>3</sup>

يكون الطعن في المصالحة عن طريق تحريك دعوى البطلان أمام القضاء المدني في حالة توفر عيوب الرضا أو في حالة عدم الاختصاص وفق ما تم شرحه<sup>4</sup>، أمام المحكمة الواقعة في دائرة اختصاص الإدارة الجمركية الأقرب لمكان معاينة الجريمة عن طريق الحجز، أما إذا لم تكن محل محضر حجز، فإننا نطبق في هذه الحالة قواعد القانون العام، وفي الحالتين نطبق قواعد قانون الإجراءات المدنية أمام القسم المدني في أجل 15 سنة<sup>5</sup>، وبمجرد القضاء بالبطلان تزول آثار المصالحة، وهذا في حالة وجود مخالف واحد، أما في حالة وجود عدد من المخالفين، وحدث أن دفع أحدهم بالبطلان، ففي هذا الفرض لا يتجزأ البطلان، بل تبطل المصالحة مع الجميع، ما لم يقصد كل طرف الاستقلال بالمصالحة لوحده مع الإدارة الجمركية.

بقي لنا التذكير أن اعتراف المخالف بالجريمة المرتكبة لا يمنع القاضي من الاستناد عليها إذا أحيلت إلى القضاء، فالاعتراف لا يلحقه البطلان وليس بينهما علاقة.<sup>6</sup>

### الفرع الثاني: آثار المصالحة الجمركية

يترتب على المصالحة الجمركية في حال إتمامها صحيحة، خالية من العيوب، ووفق ما تم نص عليه في القواعد القانونية والتنظيمية عدة آثار بالنسبة لأطرافها وبالنسبة للغير.

يترتب على المصالحة الجمركية بالنسبة لأطرافها أثرتين وهما: أثر الانقضاء، وأثر التثبيت، فقبل صدور الحكم النهائي البات، تؤدي المصالحة الجمركية إلى انقضاء الدعوى العمومية، ومعها الدعوى الجبائية، ومن هنا يبرز إشكال قانوني حول الدعوى العمومية، فكيف تملك إدارة الجمارك التصرف في دعوى عمومية ملك

<sup>1</sup> د. بوسقيعة أحسن، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام والمواد الجمركية بوجه خاص، المرجع السابق، ص 188، 189.

<sup>2</sup> د. زعباط فوزية، المرجع السابق، ص 281-296.

<sup>3</sup> المادة 273 من قانون الجمارك الجزائري، المرجع السابق.

<sup>4</sup> المادة 1/274 و2 من نفس القانون.

<sup>5</sup> الجزائر، المواد 308 و 466 من الأمر 75-78 يتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل عدة تعديلات، لاسيما في القانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.

<sup>6</sup> د. بوسقيعة أحسن، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام والمواد الجمركية بوجه خاص، المرجع السابق، ص 217، 281.

للمجتمع؟ ، ونحن نعرف أن من خصائص الدعوى العمومية خاصة عدم قابليتها للتنازل، ومن هذا المنطلق تهيمن جهة إدارية بحتة على إجراءات المصالحة ، وهذا ما نراه كذلك خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، فهي حكم وخصم في المنازعة الجمركية (عدالة بصيغة إدارية) ، خلافاً للدعوى المالية التي تعتبر ملكاً لإدارة الجمارك، وإن كان بإمكان النيابة العامة مشاركتها فيها<sup>1</sup>، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا<sup>2</sup>، فضلاً عن التنصيص عليه في قانون الإجراءات الجزائية<sup>3</sup>.

و نحن بدورنا ، لنا أن نتساءل قبل تحريك الدعوى العمومية أصلاً، بل وقبل صدور حكم نهائي، عن أثر المصالحة في هذه الفرضية حقيقة ، فهل المصالحة بمثابة انقضاء للدعوى العمومية، أم هي انقضاء لأثر الجريمة؟.

وإننا لنفضل عبارة انقضاء لأثر الجريمة الجمركية في الحقيقة ، وليس انقضاء للدعوى العمومية، لأن الدعوى العمومية في هذه المرحلة لم تحرك بعد وهو الغالب.

أما بعد صدور حكم نهائي، فهنا لا أثر للمصالحة على العقوبات الجزائية، وهي العقوبات السالبة للحرية أو العقوبات المالية الجزائية كالغرامة العقابية، بل تؤثر المصالحة فقد على العقوبات الجبائية-المالية- وهي الغرامات والمصادرات، دون العقوبات الجزائية، فضلاً عن إقرار أثر التثبيت، إما لصالح إدارة الجمارك في قبض مقابل المصالحة أو رد الأشياء للإدارة الجمركية، وإما تثبيت حقوق لمرتكب الجريمة الجمركية، ومن قبيل ذلك التزام إدارة الجمارك برفع اليد عن الأشياء المحجوزة وردها لأصحابها.

و الجدير بالذكر أن هذه الآثار ذات تطبيق نسبي لا تشمل إلا أطراف المصالحة في حالة نجاحها، دون الفاعلين الآخرين أو الشركاء أو المستفيدين من الغش الذين لم يقوموا بإجرائها مع الإدارة، فلا ينتفع منها الغير ولا يضار منها، ولا يلزمون بدفع مقابلها ، إلا إذا أجروا بدورهم المصالحة، لذلك ووفقاً لهذا المفهوم لا يمكن للمخالف الذي ألزمته الإدارة بدفع مقابل المصالحة ممارسة دعوى الرجوع بالتضامن على المخالفين الآخرين؛ لاستيفاء ثمن مقابل المصالحة منهم، ما لم يتصالحوا كما فعل المتهم. وفي جميع الأحوال لا تحول المصالحة دون ممارسة حق من تضرر من الجريمة الجمركية في المطالبة بالتعويض<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>المادة 259 من قانون الجمارك الجزائري ، المرجع السابق.

<sup>2</sup>الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا، القضية رقم 03، ملف 122072، غير منشور، نقلاً عن: د. بوسقيعة أحسن ، المنازعات الجمركية المرجع السابق، ص 286.

<sup>3</sup>المادة 06 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، المرجع السابق.

<sup>4</sup>د. بوسقيعة أحسن ، المنازعات الجمركية، المرجع السابق، ص 286.



## الخاتمة

وفي ختام هذه الورقة البحثية نستخلص أن المصالحة الجمركية، بالرغم من الانتقادات الموجهة إليها، إلا أنها مازالت تساهم بشكل كبير في إصلاح العدالة وتحقيق النجاعة القضائية، غير أننا لا نحيد بدورنا خرقها لمبدأ الفصل بين السلطات، كما لا نحيد الهفوات والثغرات التي تضمنها القانون الجمركي، خاصة في المصطلحات المستعملة، وهو ما يجعلنا نتمسك بموقفنا منها كونها عقوبة جزائية خالصة حاملة لصفات الجزاء الجنائي بالنظر للامتيازات التي تتمتع بها إدارة الجمارك و يحرم منها المتهم بالمقابل، وعلى كل، نقترح في سبيل التخلص من عيب التداخل بين السلطات، وحتى لا تكون إدارة الجمارك حكما وخصما في نفس الوقت ما يأتي:

1. أن تكون المصالحة الجمركية بمعرفة القضاء، أمام شخص يتمتع بصفة قضائية، ونرى في قاضي الموضوع أهلا لذلك، دون إجراء مرافعة أو محاكمة كضمان لتجسيد فكرة الرقابة القضائية من جهة أخرى.
2. أما في سبيل تلافي الثغرات القانونية، فنقترح على المشرع الجزائري تحديد عدد المرات الممكن إجراء المصالحة فيها مع المخالف، مسايرة لمقتضيات مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وحتى لا يكون قانون الجمارك قانونا للمجرمين، يستغلون هذه الثغرات فيه، وحتى تتحقق بهذا الاقتراح المصلحة المحمية بموجب قواعد القانون الجمركي.
3. نرى أن المصالحة الجمركية تبقى تحتاج دوما إلى محام بالتبعية إذا تم تفعيل الرقابة القضائية فيها، تكريسا للحق في الدفاع و صيانة لقرينة البراءة.

## مراجع البحث

### المراجع باللغة العربية

#### أولا: الكتب

1. د. بوسقيعة أحسن، المنازعات الجمركية، تعريف وتصنيف الجرائم الجمركية، متابعة و قمع الجرائم الجمركية، دار هومة للنشر، الجزائر، 2015 - 2016، الطبعة الثامنة.
2. د. بوسقيعة أحسن، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام و في المادة الجمركية بوجه خاص، دار هومة للنشر، الجزائر، 2013.
3. د. مصطفى محمد أمين، انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، 2002.
4. د. شوقي رامز شعبان، إدارة الجمارك، الدار الجامعية للنشر، بيروت، لبنان، 1994.

### ثانياً: أطروحات الدكتوراه

1. د. زعباط فوزية ، المصالحة في المنازعات الجمركية ، أطروحة دكتوراه علوم ، فرع الدولة و المؤسسات العمومية ، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق ، السنة الجامعية 2014-2015.
2. د. سعيد يوسف محمد يوسف ، وجها الجريمة الجمركية الإداري و القضائي ، أطروحة دكتوراه دولة ، دائرة العلوم الجنائية، جامعة قسنطينة ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، 1991 .

### ثالثاً: مذكرات الماجستير

1. بن يعقوب حنان ، التوجهات الحديثة في المنازعات الجزائية الجمركية، مذكرة ماجستير، فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، 2003 - 2004 .
2. بن عثمان فريدة ، الجريمة الجمركية بين النظرية والتطبيق ، مذكرة ماجستير ، فرع قانون الأعمال ، جامعة البليدة ، كلية الحقوق ، سبتمبر 2006 .
3. معلم أمينة ، صرامة القانون الجزائري الجمركي ، مذكرة ماجستير ، فرع القانون العام ، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق ، السنة الجامعية 2014-2015 .

### رابعاً: النصوص القانونية والتنظيمية

1. قانون العقوبات الجزائري الصادر بالأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن ، معدل والمتمم لاسيما بالقانون 16-02 المؤرخ في 19 يونيو 2016 .
2. قانون الجمارك الجزائري رقم 17-04 المؤرخ في 17 جمادى عام 1438 الموافق لـ 16 فبراير 2017 ، يعدل ويتمم القانون رقم 79-07 المؤرخ في 26 شعبان عام 1399 الموافق لـ 21 يوليو سنة 1979 .
3. قانون الإجراءات الجزائية الجزائري رقم 17-07 المؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1438 الموافق لـ 27 مارس 2017 ، يعدل و يتمم الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 ، الموافق لـ 8 يونيو 1966 و المعدل هو الآخر بالأمر 15-02 .
4. الأمر 75-78 يتضمن القانون المدني الجزائري، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المعدل عدة تعديلات ، لاسيما في القانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 .
5. الأمر المتعلق بالوقاية من التهريب ومكافحته الجزائري رقم 05-06 الصادر بتاريخ 23-08-2005 الصادر بالجريدة الرسمية ، رقم 59 ليوم 28 أوت 2005 ، الموافق عليه بالقانون 05-17 المؤرخ في 31-12-2005 .
6. المرسوم التنفيذي الجزائري المتضمن تحديد شروط إنشاء لجان المصالحة وتشكيلها وسيرها ، رقم 99-195 المؤرخ في 16-08-1999 .

7. المرسوم التنفيذي المتضمن تحديد شروط ممارسة مهنة الوكيل المعتمد لدى الجمارك وكيفيةها رقم 197-99 المؤرخ في 16-08-1999.

خامسا : قرار المحكمة العليا :الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا، القضية رقم 03، ملف 122072، غير منشور.

### المراجع باللغة الأجنبية

#### Les Livres :

1. F. C ; Le grand arrêt de la jurisprudence civile, Capitant (H) , WEIL (A) et terrée ( F), Dalloz, France, 7 Emme édition , p . 200 .
2. j. **Berre Claude**, introduction au droit douanier, itcis, économique pour l'édition originale ,Alger, 2008 ,1<sup>er</sup> Edition; p ; 109.

#### Thèse

**DR. Creen Roujan** , poursuit et scansion en droit pénal douanier ,thèse de doctorat , université panthéon, -Assas –école de doctorat de droit prive, spécialité droit pénal ,université de paris , France , faculté de droit 2011, 2012, p ;252.

#### Scientifique journal

le phare, journal des échanges internationaux, des transports de la logistiques, **DR. Bouskia. A** ; le contentieux douanier- évolution et évaluation, n 160, septembre 2012.



## تأصيل مدلول المستهلك الإلكتروني " تشريعا، قضاء، فقها - دراسة مقارنة -"

ط/د. مناصرية حنان، جامعة البليدة 2- علي لونيبي- الجزائر.

### ملخص

إن حاجة الشخص سواء كان طبيعيا أو معنويا هي التي تدفعه إلى التعامل مع غيره لاقتناء واستخدام مختلف السلع والخدمات التي تلي رغباته، فيقوم بإبرام تصرفات في إطار عقود (رضائية أو شكلية)، لكن غالبا ما يفتقد هذا الشخص المتعاقد إلى المعرفة والخبرة، ويكون جاهلا بالمنتج أو الخدمة مما يخلق تفاوتاً في المعرفة الفنية وفي المركز الاقتصادي، ومن ثم ظهر قانون حماية المستهلك لحماية هذا الشخص الذي يعد مستهلكا. هذا من جهة، ومن جهة أخرى ومع التطور التكنولوجي الذي يشهده العالم في العصر الحديث والذي يسمى بعصر السرعة أدى إلى تطور مفهوم المستهلك من التقليدي إلى الإلكتروني، هذا الأخير لم يحظى مفهومه باهتمام الفقهاء إلا في بداية النصف الثاني من القرن العشرين إذ أن استعمال هذا المصطلح كان محصورا لدى الفقهاء الاقتصاديين، إلا أنه منذ ذلك التاريخ أصبح هذا المفهوم من المفاهيم التي أحدثت خلافا على المستوى الفقهي كما طرحت إشكالات هذا التعريف من خلال الممارسة القضائية، كما اختلفت التشريعات بشأن تعريفه، لذا من الضروري معرفة تعامل الفقه والاجتهاد القضائي مع هذا المفهوم وكذا معرفة اختلاف المستهلك في نطاق المعاملات التقليدية عنه في نطاق المعاملات الإلكترونية وذلك في ظل ظهور التسوق الافتراضي وكذا موقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة من هذا الاختلاف.

وقد تفرع هذا الموضوع إلى محورين حيث تم التطرق في المبحث الأول إلى المفهوم التشريعي للمستهلك الإلكتروني، أما المبحث الثاني فقد تم التطرق فيه إلى إشكالية تعريف المستهلك الإلكتروني.

## Résumé

C'est le besoin de la personne, qu'elle soit physique ou morale, qui lui met en relation interactive avec les autres pour l'acquisition et l'utilisation de différents services et marchandises susceptibles de satisfaire ses désirs.

C'est pourquoi, elle conclut des actes sous forme de contrats Consensuels ou formels; Cependant, cette même personne contractante peut, souvent, faire l'objet d'un manque de connaissance et d'expérience, et aura moins d'idées sur le produit ou le service ; ce qui induit à une disproportion manifeste aussi bien dans la connaissance technique que dans le statut économique. En Conséquence, la loi de la protection du consommateur fut promulguée pour protéger cette personne qui se considère comme consommateur, ceci d' une part.

De l'autre part, le développement technologique dans le monde à cette époque moderne, "l'ère de la vitesse" un nouveau terme s'est apparu :Le cyberconsommateur en fait, cette notion n'a pas beaucoup intéressé la doctrine que vers la deuxième moitié du vingtième siècle. Ce terme fut l'apanage de la doctrine économique.

Néanmoins, depuis cette époque, cette notion est devenue parmi celles générant des désaccords dans le domaine doctrinal. Les problématiques de cette définition sont vivement intervenues dans la pratique judiciaire. Idem pour les législations qui ne sont pas tombées d'accord sur cette définition, Il est donc nécessaire de connaître le traitement jurisprudentiel et jurisprudentiel de ce concept ainsi que la connaissance du consommateur varie dans le cadre des transactions traditionnelles que dans le cadre des transactions électroniques, à la lumière de l'émergence du shopping virtuel et de la position du législateur algérien.

Ce sujet a été divisé en deux domaines: le premier portait sur le concept législatif du consommateur électronique et le second sur le problème de la définition du consommateur électronique.

## مقدمة

يشهد العالم اليوم تغيرات كبيرة في مختلف المجالات، رغبة منه في تحسين مستوى معيشة الأفراد وتحقيق الرفاهية في المجتمع في ظل العولمة والتكنولوجيا، خاصة ما يتبعه من تغيرات كبيرة في حجم الاستهلاك مما يتطلب تنوع في السلع والخدمات وكذا تسهيل اقتنائها من طرف المستهلك، ومع انفتاح الأسواق التجارية وتطور وسائل النقل أصبح المنتجون يصدرون منتجاتهم التي يمنع طرحها في السوق المحلي دون علم المقبلين عليها، هذا ما قد تسبب في أضرارها تمس بالمستهلك في صحته ومصالحه المادية، مما استدعى تدخل التشريعات لحمايته، إذ أن العقود الأخرى التي تبرم في سبيل الاستهلاك قد تم تنظيمها على نحو يضمن سلامة وصحة المستهلك، فالاستهلاك له دور أساسي في الحياة الاقتصادية كما أن له تأثير على الحياة اليومية للمستهلك، هذا الأخير الذي يعد العنصر الأساسي في هذه العملية، بحيث أصبحت هذه الخدمات متطورة وسريعة وأصبح للمستهلك الكثير من الخيارات لوفرة السلع والخدمات وتنوعها، وبما أن بعض العقود تتم عبر شبكة الانترنت فكان لابد من توفير الحماية للمستهلك الذي يتعاقد عبر هذه الوسائل الحديثة، كما أن مفهوم المستهلك الإلكتروني تتجلى أهمية تحديد مفهومه في كونه يعد معيارا لتحديد نطاق تطبيق النصوص الخاصة بحماية المستهلك من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع، إلا أن مفهومه اختلف الفقهاء بشأنه وكذا التشريعات، لكونه يعد الطرف الضعيف في العلاقة الاقتصادية مقارنة مع المتدخل لكونه غالبا ما يفتقد إلى المعرفة والخبرة ويكون جاهلا بالمنتج والخدمة مما يخلق تفاوتاً في المركز الاقتصادي كما تؤثر في إرادة المستهلك الإلكتروني وتدفعه إلى التعاقد.

ولدراسة هذا الموضوع كان لابد من طرح الإشكالية الآتية:

إلى أي حد استطاعت التشريعات وضع معايير قانونية وفعالة لتحديد مفهوم المستهلك خاصة في ظل التحولات التكنولوجية؟ وكيف تعامل الفقه والاجتهاد القضائي مع هذا المفهوم؟ وهل يختلف المستهلك في نطاق المعاملات التقليدية عنه في نطاق المعاملات الإلكترونية وذلك في ظل ظهور التسوق الافتراضي؟ وكيف هو موقف المشرع الجزائري من هذه التحولات؟

وللإجابة على هذه الإشكالية نعتد التقسيم التالي:

المبحث الأول: المفهوم التشريعي للمستهلك الإلكتروني.

المطلب الأول: تحديد مفهوم المستهلك الإلكتروني في التشريعات المقارنة.

المطلب الثاني: تحديد مفهوم المستهلك الإلكتروني في التشريع الجزائري.

المبحث الثاني: إشكالية تعريف المستهلك الإلكتروني.

المطلب الأول: المدلول القضائي للمستهلك.

المطلب الثاني: المدلول الفقهي للمستهلك.

### المبحث الأول: المفهوم التشريعي للمستهلك الإلكتروني

أصبح موضوع حماية المستهلكين محلا لتنظيم قانوني مكثفا في بعض الدول التي أدركت أهميته، وقد ورد تعريف المستهلك في العديد من التشريعات سواء تلك المتعلقة بحماية المستهلك في إطار القانون الداخلي أو التي وضعت قواعد لحماية المستهلك في علاقاته التعاقدية الدولية، فضلا عما ورد بهذا الصدد من الاتفاقيات الدولية والتوجيهات التشريعية ذات الصلة، إضافة إلى حرص المشرع الجزائري على إعطاء تعريف للمستهلك من خلال القوانين المتعلقة به. وفيما يلي بيان هذه النقاط من خلال العناصر الآتية:

#### المطلب الأول: تحديد مفهوم المستهلك في التشريعات المقارنة

إن تحديد مفهوم المستهلك يقضي بطبيعة الحال أن نورد بعض التعريفات على صعيد التشريعات الحديثة لبعض الدول الخاصة بحماية المستهلك وكذا الاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا الشأن:

فقد عرّفه المشرع المصري بموجب القرار رقم 886 الصادر عن وزارة التجارة والصناعة المصرية سنة 2006 الخاص بإصدار اللائحة التنفيذية وقانون حماية المستهلك الصادر بموجب القانون رقم 67 سنة 2006 في الباب الأول من الفصل الثاني في المادة 1 منه على أنه: "كل شخص يقدم إليه أحد المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص"<sup>1</sup>.

كما عرفه المشرع الأوروبي في التوجيه الأوروبي رقم 13 الصادر عن مجلس الجماعات الاقتصادية الأوروبية بتاريخ 2 أبريل 1993 في المادة 2 فقرة ب بأنه: "كل شخص طبيعي يتصرف في عقود لغايات لا تندرج في إطار نشاطه المهني"<sup>2</sup>.

ونجد أيضا القانون اللبناني الخاص بحماية المستهلك لسنة 2004 عرّف المستهلك في مادته الثانية بأنه: "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يشتري خدمة أو سلعة أو يستأجرها أو يستعملها أو يستفيد منها وذلك لأغراض غير مرتبطة بنشاطه المهني"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد مهدي الصغير، قانون حماية المستهلك "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 140.

<sup>2</sup> محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، 2010، ص 70.

<sup>3</sup> أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 31.



أما بالرجوع إلى المشرع الفرنسي نجده جاء بعدة تعريفات متعاقبة للمستهلك، فقد عرفه في القرار الوزاري الفرنسي الصادر في 14/01/1972 الخاص بتنظيم الإعلان عن أسعار السلع بأنه "من يقوم باستعمال السلع والخدمات لإشباع حاجياته الشخصية وحاجيات من يعولهم، وليس بهدف إعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها في نطاق نشاطه المهني"<sup>1</sup>.

\* أما القانون السويسري فقد نص في المادة 120 من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 18/12/1987 على أن: "العقود التي تتعلق بأداء استهلاكي معد للاستعمال الشخصي أو العائلي للمستهلك والتي لا ترتبط بالنشاط المهني أو التجاري له"<sup>2</sup>.

نلمس من خلال هذه المادة أنها لم تعرف المستهلك وإنما حددت بصفة أكثر الهدف من استعمال السلعة ألا وهو إشباع الحاجيات الخاصة وكذا الحاجيات العائلية للمستهلك.

- نستنتج من خلال ما سبق أن التشريعات المقارنة تتفق في أن المستهلك هو ذلك الشخص الطبيعي الذي يتعاقد مع المحترف خارج مجال مهنته قصد إشباع حاجاته أو حاجات عائلته.

- يتبين من خلال ما سبق أن معظم التشريعات لم تتطرق إلى مصطلح المستهلك الإلكتروني وذلك لقلّة التطبيقات العملية فيها من حيث الاستهلاك الإلكتروني إذ أن معظم عمليات الاستهلاك تتم بشكل تقليدي، ولذا فإن التشريعات العربية ذهبت إلى تعريف المستهلك من خلال الهدف الذي يسعى إليه وليس من خلال الوسيلة التي يستخدمها أثناء التعاقد.

- وبالتالي فإن التعريف بالمستهلك الإلكتروني هو تعريف يقوم على أساس الوسيلة المستخدمة في إشباع الحاجات والرغبات، إذ أن المستهلك يقوم باستخدام جهاز إلكتروني مرتبط بشبكة الإنترنت يُعينه على البحث عن السلعة أو الخدمة التي يريدّها، ومن ثم يقدم على طلبها وتعبيره بالقبول لها ومن ثم السير في إجراءات التعاقد بالطرق الإلكترونية، ومن ثم الحصول على السلعة أو الخدمة إما بشكل إلكتروني أيضاً أو عن طريق الاستلام اليدوي، فمثلاً قد يشتري المستهلك برنامجاً إلكترونيًا لمكافحة الفيروسات ويحمله على جهازه مباشرة دون أن تلامس يده لذلك البرنامج، وقد يشتري سلعة ويتم إرسالها له عبر البريد أو أن يستلمها مباشرة من البائع. فالعبرة هنا تكمن في طريقة اختيار المنتج أو السلعة وطريقة إبرام العقد، أما التنفيذ فقد يتم إلكترونيًا وقد يتم بشكل تقليدي.

<sup>1</sup>- أسامة أحمد بدر، المرجع نفسه، ص 40.

<sup>2</sup>- شعباني نوال، المتدخل بضمن سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير، إشراف كحاربي يوسف زاهية حورية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 8-3-2012، 2013/2012.

- ولذا فإننا يمكن أن نعرف المستهلك الإلكتروني بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يسعى إلى الحصول على سلعة أو خدمة أو معلومة أو برنامج بواسطة جهاز إلكتروني مرتبط بشبكة الإنترنت.

\* أما فيما يخص الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بتعريف المستهلك يمكن أن نذكر<sup>1</sup>: اتفاقية بروكسل لعام 1968 والتي عرفت المادة 13 منها المستهلك بأنه: "الشخص الذي يتصرف في إطار نشاط يعد غريبا عن نشاطه المهني".

أما اتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع لعام 1980 فقد تعرضت لتعريف المستهلك في مادته الأولى وذلك عندما نصت على استبعاد من هذه البيوع البضائع التي تشتري للاستعمال الخاص أو العائلي، وكذا اتفاقية روما لسنة 1980 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث نصت في المادة الخامسة منها على أنه: "تطبق هذه المادة على العقود التي يكون موضوعها توريد منقولات مادية أو خدمات إلى شخص المستهلك من أجل استعمال يعد غريبا عن نشاطه المهني"<sup>2</sup>.

وعليه فأغلب الاتفاقيات المذكورة أعلاه تتفق في تعريف المستهلك على أنه الشخص الذي يتعاقد قصد الحصول على السلع أو الخدمات تلبية لحاجياته أو حاجيات عائلته وذلك خارج نشاطه المعتاد هذا بالنسبة للمستهلك العادي، أما بالنسبة لتعريف المستهلك الإلكتروني وفق هذه الاتفاقيات فإنها لم تتطرق إليه.

### المطلب الثاني: تحديد مفهوم المستهلك في التشريع الجزائري

يعتبر المشرع الجزائري من بين التشريعات المتأثرة بالموقف الفرنسي في تحديد مفهوم المستهلك، بالرغم من أنه لم يرد تعريف للمستهلك في أول قانون جزائري يخص حماية المستهلك الذي صدر سنة 1989<sup>3</sup>.

لقد تدارك المشرع الأمر وذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 09-03 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، حيث عرفت المادة الثانية فقرة 9 منه المستهلك على أنه: "كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتجا أو خدمة معدين للاستعمال الواسطي والنهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به".

<sup>1</sup> - محمدبودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الإسكندرية، 2006، ص 90.

<sup>2</sup> - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 43.

<sup>3</sup> - قانون رقم 89-02 (الملغى) المؤرخ في 1989/2/7 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، جريدة رسمية عدد 6 المؤرخة في 1989/02/8.

كما جاء القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية<sup>1</sup> محددًا لمفهوم المستهلك في المادة الثالثة منه، حيث تنص الفقرة الثالثة منها "المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعةً قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني".

- هذه المادة توضح أن مفهوم المستهلك يشمل كافة الأشخاص الطبيعية أو المعنوية شريطة أن تكون مجردة من الطابع المهني لها، فاعتراف المشرع لها بهذه الصفة يجعلها محل حماية قانون المستهلك.

- أما القانون الجديد المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش<sup>2</sup> 03/09 فإنه تطرق إلى مفهوم المستهلك في المادة 3 فقرة 2 منه، حيث تنص "المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجاناً سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".

- وعليه فهذه المادة جاءت كتأكيد لموقف المشرع من التعريفات السابقة وكذلك لموقفه اتجاه التشريعات المقارنة، مع الرغم من أن المشرع الجزائري جد متأثر بنظيره الفرنسي، كما أن بهذا التعريف يكون المشرع قد جنب الفقه والقضاء عناء البحث عن تعريف ملائم.

- كما أن تعريف المشرع الجزائري للمستهلك يتحدد بتوفر العناصر الآتية:

- المستهلك قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً؛ لم يحدد المشرع الجزائري في المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 السالف الذكر، فيما إذا كان المستهلك شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ولتجنب الغموض تدارك الأمر في القانون رقم 03/09 حين أدخل طائفة الأشخاص المعنوية ضمن دائرة المستهلكين<sup>3</sup>.

- لقد أحسن المشرع بذلك، حيث أن اعتبار الأشخاص المعنوية من المستهلكين المقرر حمايتهم، يجد تبريره في أنها أحياناً لا تمارس نشاطاً مهنيًا تحصل منه على مواردها المالية أو على أسباب وجودها، ومن ثم فإنها تشبه المستهلك العادي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 جانفي 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 05 صادرة في 31 جانفي 1990 المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-315 المؤرخ في 06 أكتوبر 2001، جريدة رسمية عدد 61 صادرة في 31 أكتوبر 2001.

<sup>2</sup>- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15 صادرة في 8 مارس 2008.

<sup>3</sup>- صياد الصادق، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير، إشراف طاشور عبد الحفيظ، جامعة قسنطينة 1 كلية الحقوق، تخصص قانون أعمال، 2013 - 2014.

<sup>4</sup>- إن اعتراف المشرع الجزائري للأشخاص المعنوية بالحماية يمكن أن يفسر ذلك بمدى التأثير بالمشرع الفرنسي من الحماية المقررة ضمن الشروط التعسفية قبل وبعد صدور التوجيه الأوروبي في 05 أبريل 1993. وبالتالي فالقانون الفرنسي يعترف للأشخاص المعنوية بالحماية المقررة ضد الشروط التعسفية، الأمر الذي دفع بها إلى إنشاء لجنة مكافحة الشروط التعسفية

- المستهلك يقتني بمقابل أو مجاناً: استخدم قانون حماية المستهلك وقمع الغش نفس اللفظ الوارد في المادة الثانية السالفة الذكر من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 وهو لفظ "يقتني"، وبالتالي فقد أسقط المستعملين من دائرة المستهلكين، فالمستهلك الذي يقتني هو غالباً من يستعمل المنتج أو الخدمة، أما عن اقتناء المنتج بمقابل أو مجاناً، فإن لفظ يقتني في غير محله تماماً، لأن الاقتناء يكون دائماً بمقابل وعلى الأرجح أن المشرع إما قصد بذلك المستعمل الذي لا يشتري السلعة وإنما يستهلكها فقط، أو أنه أراد أن يلزم المتدخل بضمان سلامة المستهلك حتى ولو لم يبيع المنتج، أي وهبه إياه المتدخل أو الغير، وفي هذه الحالة كان على المشرع استخدام لفظ أوسع من "يقتني" وهو لفظ "يتحصل"<sup>1</sup>.

- الاستعمال النهائي للمنتج: يقرر قانون حماية المستهلك أنه حتى يعتبر شخصاً ما مستهلكاً يجب أن يتوجه اقتناء المنتج إلى الاستعمال النهائي.

- تلبية المستهلك لحاجاته أو حاجات شخص أو حيوان يتكفل به: ينحصر تعريف المستهلك طبقاً للقانون الجزائري في الشخص الذي يلبي حاجاته الخاصة أو العائلية وليس حاجاته المهنية.

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بالاتجاه الضيق لتعريف المستهلك، وهذا بإبعاده للمستهلك المهني حتى ولو تعامل خارج مجال تخصصه، كما يشمل تعريف المستهلك الأشخاص الذين هم تحت كفالة المتدخل كما شمل التعريف الحيوان، ويرجع ذلك إلى الأهمية المتزايدة التي أصبح يحظى بها الحيوان في وقتنا الحاضر.

- وبالتالي فالمستهلك هو ذلك الشخص الذي يحصل على سلع أو خدمات بهدف غير مهني، وهذه المنتجات تقدم له من طرف شخص آخر غالباً ما يكون محترفاً، والعقد المبرم بين المستهلك والمحترف يسمى عقد الاستهلاك<sup>2</sup>.

وعليه نلاحظ من خلال هذه التعريفات بأن المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية المنظمة للمستهلك عرف المستهلك العادي لكن مع التطورات من الضروري تحديد مفهوم المستهلك الإلكتروني وسبب

وعليه على المشرع الجزائري إقاً أن يعترف بهذه الحماية في هذا المجال "الشروط التعسفية"، أو أن يعفي الأشخاص المعنوية منها.

<sup>1</sup>- سلمة بن سعدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير، إشراف بن حملة سامي، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، 2013 - 2014.

<sup>2</sup>- عرفت المادة الثالثة من قانون 04 - 02 والمادة (1) من المرسوم 06 - 306 المعدل والمتمم بالمرسوم 08 - 44 المؤرخ في 2008/02/03، ج. ر. عدد 7 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين عقد الاستهلاك بأنه: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذه الأخيرة إحداث تغيير حقيقي فيه. كما أن عقد الاستهلاك يتميز بعدة مميزات منها أنه عقد رضائي وانه من العقود المحددة المدة، كما أنه من عقود المعاوضة وكذا يرد على منتج أو خدمة".

غياب قانون للتجارة الإلكترونية يكمن في أن التقدم والتطور الهائل في مجال الاتصالات الإلكترونية من خلال شبكة الانترنت أدى إلى تزايد الضغوط على المستهلك لمحاولة إغرائه على هذه الشبكة، وبالتالي أصبح المستهلكون من خلال هذه التقنية الحديثة بحاجة إلى حماية فعالة لتجنب مخاطر الغش والتدليس التي قد يقع فيها المستهلك الإلكتروني جراء التعاقد بواسطة هذه الشبكة.

وعليه فإن المستهلك في نطاق المعاملات الإلكترونية لا يختلف عن المستهلك الذي يتعاقد بالطرق التقليدية، إلا أن الوسيلة التي يتم من خلالها إبرام العقد هي مختلفة، حيث يقوم المستهلك في مجال المعاملات الإلكترونية بالتعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة التي أفرزتها ثورة تكنولوجيا المعلومات لاسيما على شبكة الانترنت، وبالتالي يمكن تعريفه بأنه: "كل من يحصل بواسطة التعاقد بالوسائل الإلكترونية على سلع أو خدمة بمقابل أو بدون مقابل إشباعاً لحاجته الشخصية أو حاجات الآخرين"<sup>1</sup>. أو بعبارة أخرى يمكن تعريفه بأنه كل من يتعاقد بواسطة وسائل الاتصال الحديثة للحصول على السلع والخدمات لاستعمالها خارج نطاق مهنته.

- وتلزم الإشارة إلى أثر اختلاف الوسيلة التي يتم من خلالها التعاقد عن بعد، فمن الممكن أن يكون الطرفان في دولتين مختلفتين ولكل منهما نظامه القانوني الخاص به، وهذا من شأنه أن يثير مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على الواقعة، فالمستهلك العادي يتمتع بالحماية التي توفرها التشريعات الوطنية الخاصة بحماية المستهلك، والقواعد العامة فيما لم يرد بشأنه نص خاص، أما المستهلك الإلكتروني فإنه يتمتع بالحماية التي توفرها القوانين الخاصة بالمعاملات الإلكترونية، والقواعد العامة في حماية المستهلك العادي عند عدم تنظيم نصوص قانونية خاصة به.

وبتعريف آخر هو كل من يقوم باستعمال السلع أو الخدمات لإشباع حاجاته أو حاجات من يعولهم ولا يهدف لإعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها في نشاطه المهني وإن يتم التعاقد بشأن تلك السلع أو الخدمات بالوسائل الإلكترونية الحديثة.

فالتعاقد الإلكتروني في بنائه ومضمونه لا يخرج عن نطاق العقد العادي الذي تحكمه قواعد القانون المدني، فهو من العقود الغير مسماة، طالما أن المشرع لم يضع له تنظيم خاص به، لكنه يتميز انعقاده بين شخصين غير حاضرين وعبر شبكة الانترنت ويكتسب الطابع الإلكتروني من الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها.

<sup>1</sup> سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة ماجستير، إشراف كحولة محمد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق تخصص قانون خاص، 2007 - 2008.

## المبحث الثاني: إشكالية تعريف المستهلك الإلكتروني

يعد مفهوم المستهلك من المفاهيم التي حظيت باهتمام واسع من طرف الفقهاء كما طرحت إشكالات هذا المفهوم من خلال الممارسة القضائية فتباينت الاتجاهات بين التضييق والتوسع في تحديد هذا المفهوم، كما أن الفقهاء الاقتصاديين يعرفه كل بحسب الزاوية التي ينظر للمستهلك من خلالها، ثم نحاول إسقاط هذه التعريفات على المستهلك الإلكتروني، و عليه هل نكتفي بهذه التعريفات أم لا بد من البحث عن تعريف خاص للمستهلك الإلكتروني؟ و عليه سنتطرق من خلال هذا المحور إلى موقف القضاء في تعريفه للمستهلك، ومن جهة أخرى سنتناول موقف الفقه في تعريفه لهذا الأخير وذلك من خلال النقاط الآتية:

### المطلب الأول: التعريف القضائي للمستهلك

لقد انتقل الخلاف الفقهي حول تحديد مفهوم المستهلك إلى القضاء، حيث ثار جدل كبير في تحديد مفهوم غير المحترف وهل يقصد به المستهلك نفسه أم لا؟ أن القانون الصادر بتاريخ 10 جانفي 1978 المتعلق بالشروط التعسفية في مادته 35 والتي نصت على أن: "نصوص هذا القانون تتعلق فقط بالعقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين".

كذلك نجد محكمة النقض الفرنسية قد ثبتت في بعض الأحكام الاتجاه الموسع لفكرة المستهلك، حيث اتجهت إلى إضفاء صفة المستهلك على الشخص المعنوي، وقد قضت باعتبار أحد الشركات التجارية العاملة في مجال العقارات من قبيل المستهلكين على أساس أن تعاقدتها كان خارج مجال تخصصها، وذلك بغرض الاستفادة من نصوص قانون حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية الصادرة في 10 جانفي 1978<sup>1</sup>.

حيث كانت هذه الشركة قد تعاقدت على شراء جهاز إنذار بغرض حماية مواقعها، إلا أنه تبين فيما بعد أن هذا الجهاز به بعض العيوب الفنية، أقامت الشركة دعوى قضائية بطلب إبطال العقد الذي يربطها بالبائع، واعتبرت المحكمة شروط العقد تعسفية، وأن الشركة رغم أنها "مهي" تعمل في مجال العقارات، إلا أن هذا التعاقد خرج نطاق تخصصها الفني والتقني الخاص بنظام أجهزة الإنذار، وأن الشركة تعتبر في نفس حالة عدم العلم مثل أي مستهلك آخر<sup>2</sup>.

يتبين لنا من هذا الحكم أن القضاء الفرنسي قد أخذ بالمفهوم الموسع للمستهلك منذ عام 1987، ورغم أن القضاء ليس دوره التعريف إلا أنه ساهم في حل قضايا التعاملات الإلكترونية حيث أصبح وصف المستهلك يمثل الشخص الطبيعي والمعنوي، أما قبل ذلك فقد كان قاصراً على الشخص الطبيعي فقط، كما أن الشخص

<sup>1</sup> محمد بودالي، مرجع سابق، ص 95.

<sup>2</sup> محمد مهدي الصغير، مرجع سابق، ص 150.

المعنوي في ذلك الحكم شخص مهني، إلا أنه تعاقد في مجال تخصصه مما يدل على أنه يجهل عيوب السلعة أو الخدمة التي تعاقد عليها فينطبق عليه وصف المستهلك وبالتالي يستفيد من نصوص الحماية<sup>1</sup>.

لكن القضاء الفرنسي شهد تحولاً كبيراً، حيث أنه في سنة 1995 اتجهت محكمة النقض الفرنسية في قراراتها إلى عدم اعتباره مستهلكاً، وبالتالي عدم الاستفادة من قواعد الحماية القانونية كل من يرم عقدًا ذو صلة مباشرة مع نشاطه المهني، وبهذا تكون محكمة النقض الفرنسية قد تبنت المفهوم الضيق للمستهلك<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: التعريف الفقهي للمستهلك

سنتطرق في هذا العنصر إلى تعريف المستهلك عند الفقهاء الاقتصاديين، ثم نتناول تعريف المستهلك عند الفقهاء القانونيين.

### الفرع الأول: تعريف الفقهاء الاقتصاديين للمستهلك

لقد عرّف بعض الاقتصاديين المستهلك بأنه كل فرد يشتري سلعةً أو خدمات لاستعماله الشخصي، أو هو الشخص الذي يحوز ملكية السلعة، فالمستهلك في المفهوم الاقتصادي يشمل استهلاك الأفراد أو العائلات والاستهلاك السوقي والاستهلاك الذاتي وكذا الاستهلاك السلعي أو الخدمي<sup>3</sup>.

كما عرّفه البعض الآخر بأنه كل من يحصل من دخله على سلع ذات طابع استهلاكي لكي يشبع حاجاته الاستهلاكية إشباعاً حالاً ومباشراً.

وبالتالي فالمستهلك هو من يقوم باستعمال السلع والخدمات لإشباع حاجاته الشخصية وحاجيات من يعولهم، وليس بهدف إعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها في نطاق نشاطه المهني<sup>4</sup>.

وإذا حاولنا إسقاط هذا التعريف في حال الاستهلاك الإلكتروني يمكن القول بأنه هوكل من يحصل على سلع وخدمات لإشباع حاجيات الشخصية وحاجيات الأفراد باستخدام وسائل إلكترونية.

### الفرع الثاني: تعريف الفقهاء القانونيين للمستهلك

لقد اختلف الفقهاء القانونيين في تعريف المستهلك، حيث ظهرت تجلياته في اتجاهين، اتجاه يميل إلى توسيع مفهوم المستهلك، واتجاه آخر ضيق من مفهوم المستهلك، غير أن ذلك لم يمنع الفقهاء من محاولة وضع تعريف وسط للمستهلك.

<sup>1</sup>- محمد بودالي، مرجع سابق، ص 95.

<sup>2</sup>- أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص 35.

<sup>3</sup>- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، الطبعة الثانية، ص 25.

<sup>4</sup>- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه، ص 26.

## 1- الاتجاه المضيق لتعريف المستهلك

يذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى تأييد هذا الاتجاه، ويكون فيه مستهلكا كل من يقوم بالتصرفات القانونية اللازمة لإشباع حاجاته الشخصية والعائلية، ويخرج من ذلك كل من يبرم التصرفات لأغراض المهنة أو الحرفة. كما ذهب البعض إلى تعريف المستهلك وفقاً للاتجاه المضيق بأنه كل شخص يقوم بعمليات الاستهلاك التي تمكنه من الحصول على المنتجات والخدمات من أجل إشباع رغباته الشخصية أو العائلية<sup>1</sup>. من خلال التعريفات السابقة، يتضح أن هذا الاتجاه ضيق من مفهوم المستهلك وجعل هذه الصفة تلحق بمن يتحقق فيه شرطان:

- الشرط الأول: أن يكون المستهلك قد تحصل على المنتج أو الخدمة للغرض الشخصي.
- الشرط الثاني: أن يكون محل عقد الاستهلاك منتجا أو خدمة.

- يتضح لنا من خلال الشروط السالفة الذكر أنّ المستهلك هو كل من يشتري سلعة أو خدمة من أجل الاستهلاك، بمعنى آخر فإنّ المستهلك هو ذلك الشخص الذي يبرم العقود المتنوعة من شراء وإيجار وقروض وغيرها من أجل توفير كل ما يحتاجه من سلع وخدمات لإشباع حاجاته الشخصية دون أن يكون القصد من ذلك إعادة تسويقها.

ويبدو هذا الاتجاه المقيد لفكرة المستهلك هو الأقرب في رأي معظم الفقهاء إلى بيان ذاتية المستهلك، فضلا عن تميزه بالبساطة والدقة القانونية، مما ييسر مسألة تطبيقه بما يوفره أمان لدى المستهلك<sup>2</sup>، هذا بالنسبة لتعريف المستهلك التقليدي أما بالنسبة للمستهلك الإلكتروني فإن هذا الاتجاه لم يتطرق إلى تعريفه.

## 2- الاتجاه الموسع لتعريف المستهلك

ساد هذا الاتجاه مع بداية ظهور الدعوة إلى حماية المستهلك، وتجسد في نداء الرئيس الأمريكي جون كينيدي من أن المستهلكين هم نحن جميعا، ووفقا لهذا الاتجاه يعد مستهلكا كل شخص يتعاقد بغرض الاستهلاك أي بغرض اقتناء أو استعمال منتج أو خدمة سواء لاستخداماته الشخصية أو لاستعمالاته المهنية، هذا بالنسبة للمستهلك العادي أما المستهلك الإلكتروني فلم يتطرق إليه.

<sup>1</sup> ووفقا لهذا الاتجاه لا يكتسب صفة المستهلك من يتعاقد لأغراض مهنية أو يقتني مالا أو خدمة لغرض مزدوج (مهي وغير مهي)...للتفصيل أنظر: عضام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 80.

<sup>2</sup> عبدالله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 50.



يهدف أصحاب هذا الاتجاه إلى مد نطاق الحماية القانونية إلى المهني حينما يقوم بإبرام تصرفات تخدم مهنته، كما هو الحال بالنسبة للطبيب الذي يشتري المعدات الطبية، والتاجر عندما يشتري أثاث معمله.

- إلا أن هذا الاتجاه منتقد لأن المهنيين الذين يتعاقدون خارج مجال تخصصهم لا يحتاجون لقواعد حماية المستهلك من أجل حمايتهم بل توجد قواعد خاصة بهم، وهذه تعد من إيجابيات المفهوم الضيق للمستهلك<sup>1</sup>.

- وعليه فقد غاب تعريف المستهلك الإلكتروني في التعريفات السابقة (المضيق، الموسع) إلا أن هذا الأخير لا يختلف عن المستهلك التقليدي إلا من خلال تعاقد بوسائط إلكترونية، حيث أن له كافة الحقوق والمزايا التي يتمتع بها المستهلك في نطاق التجارة التقليدية بالإضافة إلى مراعاة خصوصية أن العقد الذي يبرمه يتم بوسيلة إلكترونية.

### 3- الاتجاه الوسط لتعريف المستهلك الإلكتروني

سعى الاتجاه الفقهي<sup>2</sup> إلى التوفيق بين الاتجاهين السابقين وعرف المستهلك العادي فقط ولم يعرف المستهلك الإلكتروني حيث عرفه بأنه ذلك الشخص الذي يبرم عقود مختلفة من شراء وإيجار وغيرها من أجل توفير ما يحتاج إليه من سلع وخدمات وأغذية وأدوية لإشباع حاجاته الضرورية والكمالية الآنية والمستقبلية دون أن تكون لديه نية المضاربة بهذه الأشياء عن طريق إعادة تسويقها ودون أن تتوافر له القدرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها<sup>3</sup>.

أضف هذا التعريف الحماية على الشخص سواء تعلق الأمر بالشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقتني خدمات أو منتجات لأجل إشباع حاجاته الضرورية والحاجيات الواردة في التعريف قد تكون شخصية كما قد تكون معنوية، فقضية الاستعمال المختلط أثارت مشكلا كبيرا في الأوساط القانونية، فمثلا شخص يشتري سيارة للاستعمال المهني، وفي نفس الوقت لنقل عائلته، فهنا هل يعتبر المقتني للمنتج مستهلكا أم لا؟

لقد حاول مجلس الإتحاد الأوروبي من خلال تقريره في 20/01/2005 الإجابة على هذا التساؤل بقوله: "أن كل شخص يتعاقد ويستخدم السلعة لأغراض مهنته لا يستفيد من القواعد الحمائية، إلا إذا كان هذا الاستخدام المهني قليل بالنظر إلى الاستخدام الشخصي<sup>4</sup>."

<sup>1</sup> - عبد الله ذيب محمود، مرجع سابق، ص 55.

<sup>2</sup> - غسان راجح، قانون حماية المستهلك الجديد "دراسة مقارنة"، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006، ص 110.

<sup>3</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 50.

<sup>4</sup> - غسان راجح، مرجع سابق، ص 115.

وقد حدد التعريف الهدف الذي يصبوا إليه المستهلك من خلال اقتناء ما هو بحاجة إليه والمتمثلة في عدم المضاربة وإعادة تسويقه، علاوة على أن هذا التعريف يدرج شرط لاكتساب وصف المستهلك وهو ألا تتوفر لديه القدرة الفنية لمعالجة وإصلاح ما تم اقتناؤه.

و بإسقاط هذا التعريف على المستهلك الإلكتروني يمكن القول بأن هذا الأخير هو الذي يقتني ما يحتاج إليه من سلع وخدمات دون أن تكون لديه نية المضاربة بهذه الأشياء بهدف إشباع حاجاته الشخصية والآنية والمستقبلية وذلك باستخدام وسيلة إلكترونية.

### الخاتمة

أدى التقدم والتطور في مجال المعلومات والاتصالات الإلكترونية من خلال شبكة الانترنت إلى إحداث ثورة في تكنولوجيا الاتصالات، حيث أصبحت كثير من المعلومات تتم عبر مختلف الوسائط الإلكترونية، فحاجة المستهلك إلى السلع والخدمات التي تقدم عبر مختلف هذه الوسائط وخاصة على شبكة الانترنت تدفعه إلى الإقبال عليها وإبرام تصرفات لاقتنائها، إلا أنه نظراً لأهمية مفهوم المستهلك الإلكتروني كان محل خلاف بين الفقهاء وكذا التشريعات، إلا أن الرأي الراجح اعتبره الشخص الذي يقتني ما يحتاج إليه من سلع وخدمات دون أن تكون لديه نية المضاربة بهذه الأشياء بهدف إشباع حاجاته الشخصية والآنية والمستقبلية وذلك باستخدام وسيلة إلكترونية، كما أن المستهلك في نطاق المعاملات الإلكترونية لا يختلف عن المستهلك الذي يتعاقد بالطرق التقليدية إلا من ناحية الوسيلة التي يتم من خلالها إبرام العقد، حيث يقوم المستهلك في مجال المعاملات الإلكترونية بالتعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة التي أفرزتها تكنولوجيا المعلومات.

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع تم التوصل لمجموعة من النتائج والتوصيات وهي:

- يعتبر المستهلك عند الفقهاء الاقتصاديين كل فرد يشتري سلعة أو خدمات لاستعماله الشخصي، أو هو الشخص الذي يحوز ملكية السلعة.

- لقد اختلف الفقهاء القانونيين في تعريف المستهلك حيث ظهر اتجاهين، اتجاه يميل إلى توسيع مفهوم المستهلك حيث يعتبر المستهلك هو كل شخص يتعاقد بغرض الاستهلاك سواء لاستخداماته الشخصية أو استعمالاته المهنية، واتجاه آخر ضيق من مفهوم المستهلك، حيث يكون مستهلكاً كل من يقوم بالتصرفات القانونية اللازمة لإشباع حاجات شخصية وليس لأغراض مهنية. إلا أن هذا الخلاف لم يمنع الفقهاء من محاولة وضع تعريف وسط للمستهلك حيث عرفه هذا الاتجاه بأنه الشخص الذي يبرم عقود مختلفة من أجل توفير ما يحتاج إليه من سلع وخدمات، وذلك لإشباع حاجاته الضرورية دون أن تكون لديه نية المضاربة هذه الأشياء هذا بالنسبة للمستهلك التقليدي، غير أن الاتجاه الضيق والموسع لتعريف المستهلك لم يعرفا المستهلك الإلكتروني، إلا أن هذا الأخير لا يختلف عن المستهلك التقليدي إلا من خلال تعاقد بوسائط

إلكترونية، حيث أن لها كافة الحقوق والمزايا التي يتمتع بها المستهلك في نطاق التجارة التقليدية بالإضافة إلى مراعاة خصوصية أن العقد الذي يبرمه يتم بوسيلة إلكترونية.

- إن القضاء الفرنسي قد أخذ بالمفهوم الموسع للمستهلك منذ عام 1987 حيث أصبح وصف المستهلك يشمل الشخص الطبيعي والمعنوي، أما قبل ذلك كان قاصرا على الشخص الطبيعي فقط.

- اتجهت محكمة النقض الفرنسية سنة 1995 إلى عدم اعتبار الشخص مستهلكا كل من يبرم عقدا ذو صلة مباشرة مع نشاطه المهني، وبالتالي تكون محكمة النقض قد تبنت المفهوم الضيق للمستهلك، إلا أن القضاء لم يتطرق إلى تعريف المستهلك الإلكتروني.

- إن التشريعات المقارنة تتفق في أن المستهلك هو ذلك الشخص الطبيعي الذي يتعاقد مع المحترف خارج مجال مهنته قصد إشباع حاجاته وحاجات عائلته.

- إن معظم التشريعات ونخص بالذكر التشريعات العربية لم تتطرق إلى مصطلح المستهلك الإلكتروني وذلك لقلة التطبيقات العملية فيها من حيث الاستهلاك الإلكتروني إذ أن معظم عمليات الاستهلاك تتم بشكل تقليدي، ولذا فإن التشريعات العربية ذهبت إلى تعريف المستهلك من خلال الهدف الذي يسعى إليه وليس من خلال الوسيلة التي يستخدمها أثناء التعاقد.

- إن أغلب الاتفاقيات الدولية تتفق في تعريف المستهلك على أنه الشخص الذي يتعاقد قصد الحصول على السلع والخدمات تلبية لحاجياته أو حاجات عائلته وذلك خارج نشاطه المعتاد هذا بالنسبة للمستهلك العادي غير أن هذه الاتفاقيات لم تتطرق إلى تعريف المستهلك الإلكتروني.

- إن المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية المنظمة للمستهلك لاسيما القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش عرف المستهلك من خلال عناصره والمتمثلة في أنه لا بد أن تكون هناك سلعة أو خدمة واقتناؤها من طرف شخص طبيعي أو معنوي وكذا الاستهلاك النهائي للمنتج وبالتالي فالمشرع الجزائري عرف المستهلك العادي، إلا أنه أغفل تعريف المستهلك الإلكتروني.

- إن مفهوم المستهلك الإلكتروني لا يخرج عن نطاق المستهلك العادي وإنما يضاف له قيد التعامل بالوسيلة الإلكترونية.

#### الاقترحات:

- ضرورة وجود نظام قانوني لحماية المستهلك الإلكتروني نظرا لضرورته في ظل البيئة الإلكترونية التي تتم فيها المعاملات.

- ضرورة تنظيم قانون للتجارة الإلكترونية، وذلك من أجل توفير الحماية للمستهلك الإلكتروني ومن ثمة إيجاد تعريف دقيق ومناسب له، وكذا ضرورة تقديم معلومات كافية وصحيحة للمستهلك الإلكتروني تمكنه من تكوين قناعته في التعاقد والابتعاد عن الإعلانات الخادعة والمضللة التي تجذبه إلى التعاقد.

- نشر الوعي الإلكتروني للمواطنين.

- يجب على الجزائر مواكبة التطورات الحاصلة وتكييفها مع المنظومة القانونية لتحقيق الحماية الأمثل للمستهلك الإلكتروني.

### قائمة المراجع:

#### أولا/ النصوص القانونية:

##### 1- النصوص التشريعية:

(1)- قانون رقم 89 – 02 (الملغى) المؤرخ في 07 فيفري 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، جريدة رسمية عدد 6 المؤرخة في 1989/02/08.

(2)- قانون رقم 04 – 02 المؤرخ في 23 جوان 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية جريدة رسمية عدد 41 صادرة في 27 جوان 2004، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10- 06 المؤرخ في 15 أوت 2010، جريدة رسمية عدد 46 صادرة في 18 أوت 2010.

(3)- قانون رقم 09 – 03 المؤرخ في 25 فيفري 209، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15 الصادرة في 08 مارس 2008.

##### 2- النصوص التنظيمية:

##### \*المراسيم التنفيذية:

- المرسوم التنفيذي رقم 90- 39 المؤرخ في 30 جانفي 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 05 الصادرة في 31 جانفي 1990 ، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01- 315 المؤرخ في 06 أكتوبر 2001، جريدة رسمية عدد 61 صادرة في 31 أكتوبر 2001.

##### ثانيا: الكتب المتخصصة:

1- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2005.

- 2- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2010.
- 3- عضام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
- 4- عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- 5- غسان رابح، قانون حماية المستهلك الجديد، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006.
- 6- كوثر سعيد عدنان، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- 7- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- 8- محمد مهدي الصغير، قانون حماية المستهلك، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
- 9- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الجديد، الإسكندرية، 2006.

### ثالثاً: المذكرات الجامعية:

- 1- سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، تخصص قانون خاص، 2007 – 2008.
- 2- نوال شعباني، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، 2012 – 2013.
- 3- سلمة بن سعدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، 2013 – 2014.
- 4- صياد الصادق، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 03/09، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة 1، كلية الحقوق، تخصص قانون أعمال، 2013 – 2014.



## الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية

بن عودة صليحة، جامعة أبو بكر بلقايد كلية الحقوق، تلمسان/ الجزائر.

### الملخص:

يأخذ الفساد المعنى الواسع الذي يمكن استعماله في العديد من المجالات عند الحديث مثلا عن أخلاق المجتمع، وذلك نظرا لأن جرائم الصفقات العمومية تعد من جرائم الفساد لأنها تتعلق بكل أنواع الاتجار بالوظيفة، هذا ما يستنتج من القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته. ولكن الفساد يظهر جليا في ميدان الصفقات العمومية من خلال الانحرافات الإجرامية التي يقوم بها الموظف العمومي لعدم احترامه الشروط المنصوص عليها قانونا، كالحصول على مزية غير مستحقة أو هدية تعصف بالشرف الوظيفي بمناسبة تحضير أو إبرام أو تنفيذ صفقة. فلا يمكن الحديث عن الفساد الإداري دون ربطه بموظف عمومي، حتى أضحى هذا الأخير هو الفاعل المتفرد في ارتكاب جرائم الفساد الإداري، التي أصبحت تهدد الحريات عموما والاستحقاق الإنساني من حقوق وخدمات. فالموظف قد يصادر وينقل ما يستحق شخصا ما لآخر لعدة اعتبارات، قد تكون مادية وقد تكون حزبية، وقد تكون عصبية أو قبلية. وهذا ما يصطلح عليه بالامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية.

الكلمات المفتاحية: صفقة عمومية، موظف عمومي، جريمة، امتياز غير مبرر.

### Résumé:

La corruption prend un sens large qui peut être utilisé dans les nombreux domaines quand on parle, par exemple, sur l'éthique de la société, étant donné que les crimes des marchés publics est l'un des crimes de corruption car elle est liée à tout les types de trafic dans la fonction. Voici ce qui découle de la loi n°06-01 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption. Mais la corruption est évidente dans le domaine des marchés publics par des écarts criminels de l'agent public pour ne pas respecter pas les conditions prévues par la loi, comme l'obtention d'une prestation non exceptionnelle, ou un cadeau qui inonde l'honneur de la fonction à cause d'une préparation, exécution d'un marché public. Nous ne pouvons pas parler de la corruption administrative sans la lier à un agent public, de sorte que celui-ci est devenu l'acteur unique dans la commission des crimes de corruption administrative, qui ont généralement des libertés et menacent pour des droits de l'homme et des services d'admissibilité. L'agent public peut transférer ce qu'une personne mérite pour d'autres considérations qui peuvent être matérielles, partisane, ou peuvent être angoissantes, c'est ce qu'il appelle un avantage injustifié au marchés publics.

**Mots clés :** marché public, agent public, crime, avantage injustifié.



## مقدمة:

يعتبر صدور القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ثمرة اتفاقية الأمم المتحدة التي صادقت عليها الجزائر في 19/04/2004 من أهم الخطوات التي قامت بها الجزائر للحلول دون انتشار ظاهرة الفساد خاصة في مجال الصفقات العمومية التي تشكل الصفقات العمومية أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة، لذلك يعد مجال الصفقات العمومية مجالاً حيوياً للفساد بكل صوره.

فانتشار الجرائم الاقتصادية يعد من أكبر التحديات والعوائق التي تقف في سبيل تطور وازدهار الاقتصاد الوطني، وتسعى الدولة جاهدة من أجل مكافحة الفساد لما يشكله من أخطار تهدد كافة المؤسسات في مختلف المجالات. وتكمن خطورته في كونه أصبح صورة من صور الجريمة المنظمة لارتباطه بالمجال الاقتصادي. وفي كونه يختلف عن الجرائم التقليدية إذ لا يمس فرداً أو ضحية يمكنه تقديم شكوى، فأحد أطرافه هو المستفيد من الجريمة والأكثر دراية بتفاصيلها ولا يمكن أن يبلغ عنها. أما الطرف الآخر إن وجد فغالباً لا يكون له مصلحة في الإبلاغ عن الجريمة حفاظاً على مصالحه الخاصة، مما يجعل هذه الجرائم تتم غالباً بصورة سرية.

وإذا كان الثراء حقاً جائزاً لأي فرد في المجتمع، فإن هذا لا يعني أنه يجوز جمع الثروة والأموال بطريقة غير مشروعة عبر استغلال النفوذ أو المحاباة أو الرشوة، وخاصة في مجال الصفقات العمومية، الذي يعتبر منبعاً مهماً لجمع الثروة. فحب المال غريزة لدى أفراد البشر، كما أن طرق الحصول عليه هدف لجميع الناس، لذلك نجد بعض أصحاب النفوذ يحاولون الوصول لهذا الهدف باستخدام كافة السبل، ومنها استغلال نفوذهم من أجل تخطي القوانين، وهذا ما يؤدي إلى الخلل في انتظام المرافق العامة.

على الرغم من التحول الديمقراطي الذي عاشته الجزائر في أواخر التسعينات، فإنه لم يساهم بشكل سريع لإخراج مجال الصفقات العمومية الحيوي من النفق المظلم الذي ظل يعيش فيه على الرغم من الإصلاحات الإيجابية التي سجلت على المستويين القانوني والمؤسسي. فأصبحت الصفقات العمومية ميداناً خصباً لتفشي الفساد بمختلف مظاهره، الأمر الذي أدى إلى ازدياد أهمية مكافحة الفساد المصاحب للصفقات. فالغلاف المالي المخصص لها، والذي يمول مشاريع تنموية ضخمة يحتاج إلى إرفاقه بإجراءات قانونية تحصنه وتقطع الطريق أمام كل أشكال الفساد الذي يعتريه.

## أسباب اختيار الموضوع:

تعود أسباب اختيارنا لهذا الموضوع إلى ميولنا للبحث في مجال الصفقات العمومية لارتباطها الوثيق بالمال العام والخزينة العمومية، ولكون المشاريع التنموية تنفذ عن طريق الصفقات العمومية. ولكن ما نلاحظه أن هذه الأخيرة أصبحت تمنح لأشخاص لا تتوفر فيهم الشروط اللازمة لتنفيذها بطرق احتيالية لا تخضع للمبادئ الواجب احترامها في منح الصفقات العمومية، كمبدأ المساواة والشفافية في اختيار المتعاقد مع الإدارة.

### أهمية الموضوع:

تبرز أهمية الموضوع فيما يطرحه موضوع جرائم الصفقات العمومية، خاصة منها جرميات الامتيازات غير المبررة في هذا المجال من إشكالات كثيرة وتساؤلات قانونية بدء بتحديد أركانها وكيفية إثباتها، وبالتالي تقرير المسؤولية الجنائية للجناة.

### أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى تحليل الجريمتين الأكثر تعقيدا في مجال الصفقات العمومية ومعرفة أحكامها وخصوصيتها، هذا سيتيح لنا تقدير مدى آليات المتابعة، وإجراءات القمع لحماية المال العام بالإضافة إلى وضع آليات وقائية من شأنها الحد من انتشار مثل هذه الممارسات غير المشروعة المتمثلة خاصة في الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية. وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية: ماذا نقصد بالامتيازات غير المبررة، وإلى أي مدى يمكن لهذه الجريمة التأثير على الصفة العمومية؟

للإجابة على هذه الإشكالية ستتم دراسة الصورة الأولى المتمثلة في مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية، أو ما اصطلح عليها " بالمحاباة " (المبحث الأول)، أما الصورة الثانية فتتمثل في استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية

#### " جنحة المحاباة "

ويقصد بالامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية<sup>(1)</sup>، الامتيازات التي لا تستند إلى أساس قانوني، أي تلك المتحصل عليها من دون وجه حق نتيجة مخالفة التشريع والتنظيم المعمول بهما في ميدان الصفقات العمومية.

وقد عاقب المشرع الجزائري على هذه الجريمة بموجب المادة 26 فقرة 1 من قانون مكافحة الفساد رقم 06-01، المؤرخ في 20 فبراير 2006، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 11-15، المؤرخ في 02/08/2011<sup>(2)</sup>، حيث نصت على أنه: " يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى (10) سنوات، وبغرامة من 200.000 دج إلى 1000.000 دج كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق،

<sup>1</sup> هذه الجريمة لا يوجد لها أثر لا في الاتفاقية الإفريقية لمنع الفساد، ولا في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

<sup>2</sup> ج ر ج، عدد 44، مؤرخة في 10 أوت 2011.

مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات...". وبعد إلغاء المادة 128 مكرر من قانون العقوبات، نقلت هذه الأخيرة كما هي في المادة 26 فقرة 1 منه (1).

فالمادة قبل إلغائها كانت تنص على معاقبة كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفا بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتياز غير مبرر للغير. وكانت هذه المادة تعتبر خرق أي حكم من أحكامها عنصرا ماديا للجريمة المعاقب عليها بمقتضاها ومجرد غرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير يعد عنصرا معنويا لهذه الجريمة.

وعليه فإن المتدخلين في مجال إبرام الصفقات لا سيما المطالبين بالتأشير عليها وجدوا أنفسهم مضطرين إلى قضاء أوقات طويلة للتدقيق فيما يقومون به من أعمال الرقابة على مدى احترام هذه الصفقات لكل الإجراءات المنصوص عليها قانونا، مما أدى إلى تعطيل عدد كبير من المشاريع سيما الهامة ذات البعد الإستراتيجي. ونظرا لهذه الاعتبارات، فإن التعديل الذي مس المادة 1/62 ضيق مجال تطبيقها، وذلك كشكل من أشكال رفع التجريم عن طريق حصره في مخالفة الإجراءات المتعلقة بشفافية الترشح للصفقات والمساواة بين المترشحين. وهي نفس الإجراءات والقواعد التي كرستها المادة 09 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وكذا اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة لفساد. ومن أجل ضمان المساواة بين المترشحين للفوز بالصفقة العمومية، ومكافحة التمييز بين الأعوان الاقتصاديين في المعاملات، تم تجريم المحاباة ومن هنا ستم دراسة أركانها والمتمثلة في الركن المفترض في المطلب الأول، أما الركن المادي والركن المعنوي للجنة سيتم التعرض لهما في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: الركن المفترض في جنحة المحاباة

تتميز جريمة المحاباة عن باقي جرائم الفساد بأنها جريمة خاصة بمجال التعامل في الصفقات العمومية، ويمكن تعريفها على أنها تفضيل جهة على أخرى في الخدمة بغير حق للحصول على مصالح معينة (2).

كما تعتبر جريمة المحاباة من جرائم ذات الصفات شأنها في ذلك شأن جل جرائم الفساد، إذ أنها لا تقع إلا من موظف عمومي، والذي يشكل الركن الأساسي لقيام هذه الجريمة. ووفقا لنص المادة 26 فقرة 01، فإنه يفترض أن يكون الجاني في هذه الجريمة موظفا عموميا. وهذه الصفة تمثل الركن المفترض لهذه الجريمة. وقد

<sup>1</sup> نصت المادة 26 فقرة 1 قبل تعديلها بالقانون رقم 11-15 على ما يلي: "يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى (10) سنوات، وبغرامة من 200.000 دج إلى 10000.000 دج كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر على يراجع عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفا بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير،..."

<sup>2</sup> -Jean Claude SOYER, Droit pénal et procédure pénale, 12<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J, Paris, 1995,p84.

تم تعريف الموظف العمومي من خلال المادة 02 فقرة "ب" من نفس القانون<sup>(1)</sup>، وهو ذات التعريف الذي جاءت به اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في فقرتها الثانية. فالموظف العمومي طبقا لنص المادة 02 من نفس القانون هو:

" - كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء كان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته،

- كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية،

- كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما".

ومن خلال هذا التعريف يتبين أن المشرع من خلال قانون الوقاية من الفساد ومكافحته قد وسع من مفهوم الموظف العمومي، حيث يشمل فئة شاغلي المناصب التنفيذية والإدارية (أولا)، وفئة شاغلي المناصب القضائية (ثانيا)، ثم فئة شاغلي المناصب التشريعية (ثالثا)، وأخيرا من هم في حكم الموظف العمومي (رابعا).

#### أولا: فئة شاغلي المناصب التنفيذية والإدارية:

وتتمثل هذه الفئة في الأشخاص الشاغلين لمناصب تنفيذية وإدارية، سواء كانوا معينين أو منتخبين وسواء مارسوا مهامهم بصفة دائمة أو بصفة مؤقتة، مدفوعي الأجر أو غير مدفوع الأجر بصرف النظر عن رتبته وأقدميته.

فبالنسبة للشخص الذي يشغل منصبا تنفيذيا، فيقصد به أعضاء السلطة التنفيذية، وعلى رأسهم رئيس الجمهورية<sup>(2)</sup> والذي يعتبر الرئيس الإداري الأعلى في السلطة التنفيذية، في ظل النظام السياسي الجزائري، وهو

<sup>1</sup> القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ج.ج.ج، عدد 14، مؤرخة في 08 مارس 2006، متمم بالأمر رقم 05-10، المؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ج.ج.ج، عدد 50، مؤرخة في 01 سبتمبر 2010، المعدل المتمم بالقانون رقم 11-15، المؤرخ في 02 أوت 2011، ج.ج.ج.ج، عدد 44، مؤرخة في 10 أوت 2011.

<sup>2</sup> وما تجدر الإشارة إليه هو أنه لا يمكن متابعة رئيس الجمهورية أو يكون محل مساءلة عن جرائم الفساد خاصة ما يمس منها الصفقات العمومية، والتي يرتكبها بمناسبة أداء مهامه الوظيفية. إلا أنه وفقا للمادة 177 من الدستور، يمكن محاكمته عن الأفعال التي يمكن وصفها بالخيانة العظمى، وتكون مساءلته أمام المحكمة العليا للدولة، هذه الأخيرة التي لم يتم تنصيبها لحد الآن، ولم يصدر القانون العضوي الذي يحدد تشكيلتها وتنظيمها وسيرها والإجراءات المطبقة عليها. بالإضافة إلى أن المشرع لم يوضح ما هي الأفعال التي تشكل الخيانة العظمى. لأكثر تفصيل، ينظر، حاحة عبد العال، الآليات القانونية لمكافحة الفساد

منتخب من طرف الشعب وفقا لنظام الاقتراع العام المباشر والسري<sup>(1)</sup>، والوزير الأول<sup>(2)</sup>، والوزراء الذين يشكلون الطاقم الحكومي، ويعينهم رئيس الجمهورية بناء على اقتراح من الوزير الأول، ومن بين أعضاء السلطة التنفيذية كذلك، الوالي، ورئيس الدائرة، والمدراء التنفيذيين، وممثلي الدولة في الخارج كالسفراء والقناصل. أما الشخص الذي يشغل منصبا إداريا، فيقصد به كل شخص يعمل في إدارة من الإدارات العمومية سواء بصفة دائمة<sup>(3)</sup>، أو بصفة مؤقتة<sup>(4)</sup>.

#### ثانيا: شاغلوا المناصب القضائية:

وهم القضاة بمفهوم القانون العضوي رقم 04 - 11 المؤرخ في 06/09/2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاء<sup>(5)</sup> وقد قسمهم هذا القانون إلى فئتين هما:

(أ) القضاة التابعون لنظام القضاء العادي ويشمل هذا السلك قضاة الحكم والنيابة للمحكمة العليا والمجالس القضائية والمحاكم، وكذا القضاة العاملون في الإدارة المركزية لوزارة العدل<sup>(6)</sup>.

(ب) القضاة التابعون للقضاء الإداري، وهم محافظو وقضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية. ويستثنى من هؤلاء قضاة مجلس المحاسبة<sup>(7)</sup>، وقضاة المجلس الدستوري وقضاة مجلس المنافسة. كما يضاف إلى شاغلي

---

الإدارية في الجزائر، أطروحة دكتوراه العلوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012-2013، ص 60 وما وراءها.

<sup>1</sup> - المادة 85 فقرة 01 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

<sup>2</sup> - يتم تعيين الوزير الأول مرسوم رئاسي، وهي التسمية المستحدثة بموجب التعديل الدستوري لسنة 2008، الذي ألغى بموجبه منصب رئيس الحكومة وعضو بمنصب الوزير الأول.

<sup>3</sup> - ويمثل كل شخص يحمل صفة الموظف العام بمفهوم المادة 1/04 من الأمر رقم 03-06، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة، ج ر ج، عدد 46، مؤرخة في 16 جويلية 2006، التي تنص على: "يعتبر موظفا كل من عين في وظيفة عمومية دائمة، ورسم في رتبة في السلم الإداري".

<sup>4</sup> - وهم الأشخاص الذين يشغلون منصبا في إدارة أو مؤسسات عمومية ولا تتوفر فيه صفة الموظف بالمفهوم المذكور في قانون الوظيفة العمومية مثل: الأعوان المتعاقدون أو المؤقتون.

<sup>5</sup> - القانون العضوي رقم 04-11، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، المؤرخ في 06 سبتمبر 2004، ج ر ج، عدد 57 لسنة 2004.

<sup>6</sup> - هنان مليكة، جرائم الفساد الرشوة الاختلاس - تمكين الموظف العام من وراء وظيفته في الفقه الإسلامي، قانون مكافحة الفساد الجزائري، مقارنة ببعض التشريعات العربية-، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2010، ص 48.

<sup>7</sup> - تنص المادة 02 من الأمر 95-23، المؤرخ في 26 أوت 1995، يتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة، ج ر ج، عدد 48، مؤرخة في 03 سبتمبر 1995، المعدل والمتمم، على أنه: "يعتبر قاضيا بمجلس المحاسبة، رئيس المجلس ونائبه، ورؤساء الغرف والفروع، والمستشارون المحاسبون، وكذا الناظر العام، والنظار المساعدون.

المناصب القضائية كل من المحلفين المساعدين في محكمة الجنايات، والمساعدين في القسم الاجتماعي وفي قسم الأحداث، باعتبارهم يشاركون في الأحكام التي تصدر عن الجهات القضائية العادية<sup>(1)</sup>.

#### ثالثا: فئة شاغلي المناصب التشريعية:

وهي تشمل الأشخاص الذين يشغلون مناصبا تشريعية، ويقصد بهم أعضاء البرلمان بغرفتيه، في المجلس الشعبي الوطني، ومجلس الأمة سواء كانوا منتخبين أو معينين<sup>(2)</sup>، وسواء كانوا من الثلثين المنتخبين، أو من الثلث المعين من قبل رئيس الجمهورية<sup>(3)</sup>. أو مناصبا في أحد المجالس المحلية، وهم أعضاء المجالس البلدية والولائية المنتخبين.

#### رابعا: من هم في حكم الموظف:

ذكر قانون الوقاية من الفساد ومكافحته هؤلاء الأشخاص بأنهم، كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي، أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، وينطبق ذلك على المستخدمين العسكريين والمدنيين في الدفاع الوطني والضباط العموميون.

وبالرجوع إلى القوانين الخاصة لكل فئة نجد أن قانون الوظيفة العمومية وبالتحديد الأمر 03-06 قد استثنى المستخدمين العسكريين من تطبيق أحكامه عليهم، بموجب المادة 02 فقرة 03 منه ، وبالتالي فهم يحكمهم الأمر رقم 02-06، المتضمن القانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين<sup>(4)</sup>.

أما بالنسبة للضباط العموميين فلا يشملهم تعريف الموظف العمومي أيضا، كما جاء في المادة الثانية من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، والأمر 03-06 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، لكن يمكن

<sup>1</sup>- المادة 174 ، من دستور 1996، المعدل والمتمم.

<sup>2</sup>- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص - جرائم الفساد، المال والأعمال، وجرائم التزوير-، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013-1012، ص 14.

<sup>3</sup>- المادة 101 من دستور 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 07/12/1996، المعدل والمتمم.

<sup>4</sup>- ج ج ج عدد 12، مؤرخة في 10 مارس 2006.

إدراجهم ضمن من هم في حكم الموظف، كونهم يتولون مهامًا بتفويض من السلطة العمومية. لذا يتعلق الأمر بالموثقين<sup>(1)</sup>، والمحضرين القضائيين<sup>(2)</sup>، ومحافظي البيع بالمزايدة<sup>(3)</sup>، والمترجمين الرسميين<sup>(4)</sup>.

فهذه الجنحة لا تتركب إلا من شخص محدد بهذا المفهوم الموسع، والذي يسمح بمتابعة كل شخص يتوسط بصفة غير شرعية، وعلى أي مستوى كان في الإجراءات الخاصة بالصفقات العمومية<sup>(5)</sup>. فكل شخص تابع لهذه الفئات وقام بالأفعال المشككة لجنحة المحاباة، يعاقب بالعقوبة المقررة لها<sup>(6)</sup>.

### المطلب الثاني: الركن المادي والمعنوي لجنحة المحاباة

يعتبر الركن المادي لأي جريمة بمثابة مظهرها الخارجي الذي يبرزها إلى الوجود، فتتجسد عندما يجرمها النص الجنائي، بعدما كانت مجرد فكرة لا يطولها العقاب. لذلك فإن النص التجريبي وصف هذا الركن وصفًا دقيقًا يمنع القاضي من التوسع في تطبيقه، فغياب الدقة والوضوح في النص الجنائي يعتبر خرقًا لمبدأ الشرعية

<sup>1</sup> القانون رقم 02-06، المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ر ج ج، عدد 14، المؤرخة في 08 مارس 2006.

<sup>2</sup> القانون رقم 03-06، المؤرخ في 20/02/2006، المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج ر ج ج، عدد 14 لسنة 2006. وفي هذا الشأن صدر قرار عن مجلس الدولة يتضمن موضوعه مدى شرعية قرار عزل محضر قضائي، باعتبار أن هذا النوع من المنازعات يعتبر من المنازعات الإدارية أخذًا بالمعيار المادي وليس العضوي. وهذا لا يعني اعتبار المحضر القضائي موظفًا عموميًا بمفهوم الأمر رقم 03-06، سالف الذكر، وإنما بالنظر خصوصية قانون العقوبات والنصوص المرتبطة به.

<sup>3</sup> الأمر رقم 02-96، المؤرخ في 10 يناير 1996، يتضمن تنظيم مهمة محافظي البيع بالمزايدة، ج ر ج ج، عدد 03، مؤرخة في 14 يناير 1996.

<sup>4</sup> الأمر رقم 13-95، المؤرخ في 11 مارس 1995، يتضمن مهنة المترجم - الترجمان الرسمي، ج ر ج ج، عدد 17، مؤرخة في 29 مارس 1995.

وجميع هؤلاء الأعوان يتولون وظائفهم بتفويض من السلطة العمومية، ويحصلون الحقوق والرسوم المختلفة لحساب الخزينة العمومية، الأمر الذي يؤهلهم لكي يدرجوا ضمن فئة من هم في حكم الموظف العام. ولقد حدد قانون الوقاية من الفساد ومكافحته مفهوم الموظف العمومي على أساس التمتع بجزء من الاختصاص في خدمة الدولة ومرافقتها. ومن هذا المنطلق فكل من تتوفر فيه صفة الموظف العمومي بالمفاهيم السابقة يمكن أن تنسب إليه الجريمة، ما إذا قام بإبرام صفقة أو اتفاقية أو عقد يؤثر عليه أو يراجعه خلافًا لما نصت عليه الأحكام التنظيمية أو التشريعية، ويعتبر من مرتكبي الأفعال المجرمة في الجرائم المتعلقة بالفساد عامة، وتعارض المصالح بصفة خاصة.

<sup>5</sup> -Michel VERON, Droit pénal des affaires, 10<sup>é</sup> édition, DALLOZ, Paris, 2013, p 82.

<sup>6</sup> -Coralie Ambroise-CASTEROT, Droit pénal spécial et des affaires –infractions contre les personnes et contre les biens, atteintes aux intérêts publics, droit pénal des entreprises et des sociétés, 4<sup>ème</sup> édition, Gualino lextenso éditions, 2014, p 349.

الجنائية(أولاً). كما أن أي جريمة لا تكتمل أركانها إذا لم يتحقق القصد الجنائي الذي يصطلح عليه بالركن المعنوي (ثانياً).

#### أولاً: الركن المادي لجنحة المحاباة:

بالرجوع إلى نص المادة 26 فقرة 01 من القانون رقم 06-01، فهو يصف الركن المادي<sup>(1)</sup> لجريمة المحاباة على أنه منح الموظف العمومي لامتيازات غير مبررة للغير عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية، أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح، والمساواة بين المترشحين، وشفافية الإجراءات. وعليه فالركن المادي لهذه الجريمة يتكون من عناصر محددة، تدور بين الفعل وهو النشاط الإجرامي(1)، والغرض منه(2)، والعلاقة السببية(3).

#### 1) النشاط الإجرامي :

يتحقق هذا الأخير بقيام الموظف العام بإبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة أساساً بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات. فالعمليات التي ينصب عليها الركن المادي تتمثل في، العقد، والاتفاقية، والصفقة، والتأشير على العقد، ومراجعته (أ)، وأن تكون هذه العمليات مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بمبدأ حرية الترشح والمساواة بين المترشحين، وشفافية الإجراءات (ب).

#### أ) العمليات التي ينصب عليها الفعل المادي:

وهي العمليات التي بمناسبة يقوم الموظف العمومي بإجراءات منافية للأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل من أجل إعطاء امتيازات غير مبررة للغير، وهي عملية إبرام (1) وتأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق (2).

#### 1- إبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق:

إن عملية الإبرام تعني اتخاذ جميع الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية، بدءاً من الإعلان عن الصفقة وتلقي العروض، وفتحها وتقييمها من طرف اللجنة المختصة إلى غاية إرساء الصفقة أو العقد أو الاتفاقية حسب الحالة، ووفقاً لمعايير التقييم، والأوضاع القانونية المناسبة له.

<sup>1</sup>- كقاعدة عامة يقصد بالركن المادي للجريمة كل فعل أو سلوك إجرامي صادر عن إنسان عاقل، سواء كان هذا الفعل إيجابياً أو سلبياً، يترتب عليه نتيجة تمس حقا من الحقوق المحمية قانوناً. وللركن المادي عناصر لا بد من توفرها حتى تقوم الجريمة في حق المتهم، وهي النشاط الإجرامي، والنتيجة، والعلاقة السببية. ينظر في ذلك، بلعليات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون العقوبات الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 17-18.



فالإبرام يكون بإجراء طلب العروض كمبدأ عام، أو إجراء التراضي استثناء. فطلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض<sup>(1)</sup>، وبذلك تضمن الوصول إلى أكبر قدر ممكن من المترشحين، وبالتالي تشكل الوقاية من احتكار الصفقات من طرف متعامل وحيد ووقاية من جرائم المال العام<sup>(2)</sup>. وعليه فإن أساليب الاختيار تنحصر في أسلوبين رئيسيين، هما إجراء طلب العروض كقاعدة عامة، والتراضي كاستثناء<sup>(3)</sup>. وباستبدال لفظ المناقصة<sup>(4)</sup> بطلب العروض، فإن المرسوم أعطى الترجمة الصحيحة لمصطلح " L'appel d'offre ". لأنه لا يمكن الاعتماد على عنصر الثمن لوحده في تحديد الفائز إذ بتطور مواضيع الطلبات العمومية لتشمل الدراسات الفنية المعتمدة أو مجالات الاتصالات المعلوماتية، أصبح البحث فيها عن عنصر الجودة والمواصفات الفنية متأكدا، وتبعاً لذلك لم يعد الاعتماد على معيار الثمن الأقل، خاصة إذا تعلق الأمر بموضوع طلب عمومي على قدر من التشعب الفني أو البعد الجمالي<sup>(5)</sup>.

وقد ظهرت مميزات أسلوب طلب العروض<sup>(6)</sup> بجلاء من خلال المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، التي عرفت طلب العروض على أنه إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين، مع

<sup>1</sup> - بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم والسياسية، جامعة منتوري بقسنطينة، 2011-2012، ص 29 وينظر أيضا، حمزة خضري، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2005، ص 12.

<sup>2</sup> - حمزة خضري، نفس المرجع، ص 177.

<sup>3</sup> - تنص المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ج ج، عدد 50، المؤرخة في 25 سبتمبر 2015، على أنه: " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو إجراء التراضي".

<sup>4</sup> - فالمصطلح المقابل للمناقصة في النص الفرنسي هو " L'appel d'offre"، الذي يراد به طلب واستدراج العروض، وذلك أن طلب العروض أسلوب من أساليب التعاقد الإداري، يتيح للإدارة حرية اختيار المتعاقد معها. ومن خلاله تستطيع الإدارة أن تختار العطاء الأفضل دون التزامها بمبدأ آلية الإرساء على مقدم العطاء الأقل سعرا. الذي يميز المناقصة عن غيرها من أساليب التعاقد، حيث تظهر محدودية إرادة الأطراف في هذا الإجراء من ناحية، وإلزام القانون الإدارة المتعاقدة على إقامة المنافسة عن طريق إجراء المناقصة، ويفرض عليها اختيار المترشح الذي يقدم أقل العروض، ينظر، محمد أحمد عبد المنعم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية - دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 16.

<sup>5</sup> - وربما يرجع هذا إلى أن أسلوب طلب العروض قريب من أسلوب المناقصة والمزايدة لأن كل منهم يستدعي المنافسة، ويختلف طلب العروض عنها كون أن الصفقة العمومية لا تكون مباشرة من نصيب العروض التي تقدم أدنى سعر، وإنما الإدارة بهذه الطريقة تحاول اختيار المتعاقد الذي يقدم ويحقق أحسن العروض المالية والفنية. ينظر في ذلك، ناصر لباد، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء الثاني، الطبعة 1، لباد Editeur، 2004، ص 434.

<sup>6</sup> - نص المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-274 على نوعين من طلب العروض، المفتوح والمحدود. وتم تعريف طلب العروض المفتوح من خلال المادة 43 من نفس المرسوم على أنه: " إجراء يمكن من خلاله أي مترشح

تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء<sup>(1)</sup>. فبالنسبة لطلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، فإنه آلية لإبرام الصفقات العمومية، يهدف إلى تحقيق التنافس بين مجموعة من المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا في دفتر الشروط تكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد الصفقة<sup>(2)</sup>.

وفيما يخص المسابقة، وبالنظر إلى نص المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية واقتصادية، أو جماعية أو فنية. وتمنح الصفقة بعد المفاوضات للفائز الذي قدم أحسن عرض.

أما بالنسبة للعقد، فتطبيقاته في المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية يكون في حالة التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة<sup>(3)</sup>. وقد حدد المرسوم سالف الذكر الحالات<sup>(4)</sup> التي يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إليها لما لا يتجاوز مبلغ الصفقة مبلغا معيناً، مختلفا باختلاف طبيعة الصفقة (أشغال، خدمات، دراسات، لوازم).

مؤهل أن يقدم تعهد. " فهذا الشكل من طلب العروض يفتح المجال لعدد غير محدود من المتنافسين لتقديم عروضهم وطنيين كانوا أو أجانب .

أما طلب العروض المحدود فقد عرفته المادة 45 من نفس المرسوم على أنه: " إجراء لاستشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد".

ومعنى ذلك أنه يمكن للإدارة ألا تسمح بفتح المنافسة أمام الجميع، بل تحصرها بين فئة محدودة من المتنافسين، الذين تتوفر لديهم المؤهلات المالية و الفنية المطلوبة، كالمقاولين الذين لديهم خبرة 10 سنوات مثلا، فتقوم المصلحة المتعاقدة بتحديد ذلك بالتفصيل في دفاتر الشروط.

<sup>1</sup>- عرف الفقهاء " دولوباداروقودمي" طلب العروض مع مناظرة بكونه، " طريقة لإبرام الصفقات العمومية تقوم بمقتضاه الإدارة بإجراء مناظرة بين المقاولين والموردين وفق برنامج تضبطه هي، وتؤدي هذه المناظرة إلى ترتيب المتنافسين، وتحفظ الإدارة بحرية اختيار المتعاقد ينظر،

André de LAUBADERE Yves GAUDEMET , Traité de Droit administratif, Tome 2 ,droit administratif des biens ,11ème édition ,L.G.D.J , Paris 2002, p 312-313.

<sup>2</sup>- المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سابق الإشارة إليه.

<sup>3</sup>- المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247، ، نفس المرجع.

<sup>4</sup>- المادتين 49 و 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، نفس المرجع.

وفيما يخص الاتفاقية، فمثالها ما نصت عليه المادة 33 من المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية. ففي حالة خرق الأجل المحدد للاتفاقية مثلا، والمحدد في نص المادة بخمس سنوات، يشكل هذا الفعل السلوك المادي المكون لجريمة المحاباة<sup>(1)</sup>.

أما الصفقة فهي تلك التي تبرمها الإدارات والهيئات والمؤسسات العمومية، المنصوص عليها في المادة 06 من المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

بالإضافة إلى الملحق الذي عرفته المادة 136 من المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها، أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة.

## 2. تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق:

يقصد بالتأشير موافقة السلطة المخولة قانونا على عملية التعاقد وإجازتها، بعد التأكد من أن الإجراءات القانونية قد تم احترامها، وأن الإعتمادات المالية متوفرة ومرصودة لنفس الغرض محل التعاقد. فعملية التأشير التي تختص بها اللجان الرقابية القبلية تتوج بمقرر، يتم بموجبه تأشير أو رفض إعطاء التأشير، سواء كان الرفض مؤقتا أو نهائيا. فهذه التأشير تخص فقط الصفقات والملاحق بمفهوم المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية. أما عملية التأشير التي يختص بها المراقب المالي<sup>(2)</sup> فإنها تتم على جميع وسائل التعاقد سواء كانت في شكل اتفاقية، أو عقد بسيط، أو صفقة عمومية أو ملحق. فالمرقب المالي<sup>(3)</sup> يقوم

<sup>1</sup>- وبما أن المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نص على أحكام جديدة تتعلق بتفويضات المرفق العام بموجب اتفاقية، فإن مخالفة أحكام هذه الاتفاقية لاسيما المبادئ المنصوص عليها في نص المادة 05 من نفس المرسوم، بالإضافة إلى مبدأ الاستمرارية، والمساواة، وقابلية التكيف، سترتب المسؤولية الجزائية على مرتكبيها، ويتابع بجنحة المحاباة المنصوص عليها في المادة 26 فقرة 1 من قانون مكافحة الفساد.

<sup>2</sup>- إن الهدف من تأشير المراقب المالي هو ربط العملية التعاقدية بالميزانية المخصصة للعملية، وهي إجبارية قبل اللجوء إلى تنفيذ أي عقد. ينظر في ذلك، محمد بكارشوش، متابعة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية على ضوء قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، الجزء الثاني، جرائم الصفقات العمومية والدعوى الجزائية، الطبعة الأولى، دار صبحي للطباعة والنشر، متليلي، غرداية، 2014، ص 63.

<sup>3</sup>- يمكن تعريف المراقب المالي على أنه موظف تابع لوزارة المالية، يعين من قبل الوزير المكلف بالمالية، وهو متواجد على مستوى كل الولايات للرقابة على تنفيذ النفقة العمومية. يمارس مهامه تحت وصاية وزارة المالية. وتعتبر رقابة المراقب المالي وسيلة لمتابعة استعمال الأموال العمومية والحفاظ عليها من استغلالها لمصالح شخصية أو تمييزها، وبالتالي فهو يمكن وزارة المالية القيام بعمليات المراقبة لمعرفة أوجه الإنفاق والتحصيل. ينظر في ذلك،

-Samir AIT ISSAD, Abderraouf ABADA, Evaluation de l'efficacité du contrôle financier de l'Etat sur l'exécution des programmes d'investissements public (2001-2014), intervention présenté à l'occasion du colloque international à-propos de l'évaluation des effets des programmes d'investissement public 2001-2014, et leurs

بدور مهم في مراقبة الأمر بالصرف، وكيفية تسيير الإعتمادات وعدم تجاوزها حتى لا تقع أضرار بحسن سير مالية الدولة، فهو يمارس مهامه الرقابية لدى الإدارة المركزية (الوزارات)، والولاية والبلدية<sup>(1)</sup>. وبالرجوع إلى النصوص المنظمة لعملية المراقبة المالية<sup>(2)</sup>، يتضح أن رقابة المراقب المالي تنصب على معظم العمليات المالية بصفة عامة. أما في مجال الصفقات العمومية، فإن القانون المتعلق بمصالح المراقبة المالية نص على تخصيص مكتب للصفقات العمومية، يشرف عليه " مراقبون ماليون مساعدون"<sup>(3)</sup>. فتتحدد رقابة المراقب المالي من خلال التأكد من احترام الإدارة المتعاقدة لقواعد إبرام العقد، بموجب المحضر الوصفي الذي تقدمه له الإدارة لجلسة فتح الأظرفة موقعا من طرف الأعضاء والرئيس. وكذا التأكد من كل المعطيات المتعلقة بالمتعاقدين، بما في ذلك صحة الوثائق المرفقة. ويكون ذلك حتى على الصفقات التي لم تصل حد المبلغ المالي لاعتبارها صفقة، أي لم تصل السقف المالي المحدد في نص المادة 13 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية. وأيضا على الصفقة وهي في حالة مشروع<sup>(4)</sup>.

(ب) مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات:

إن هذه الأحكام لا تنحصر في المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية فقط، بل يقصد بها مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة، وشفافية الإجراءات أيا كان مرجعها، سواء كان قانون

retombées sur l'emploi, l'investissement et la croissance économique, Faculté des sciences économiques, commerciales et sciences de gestion, Université Sétif1, les 11-12 mars 2013.

<sup>1</sup> المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 11-381، المؤرخ في 21 نوفمبر 2011، المتعلق بمصالح المراقبة المالية، ج ر ج ج، عدد 64 لسنة 2011.

<sup>2</sup> المواد 05، 06، 07 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414، مؤرخ في 14 نوفمبر 1992، يتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، ج ر ج ج، عدد 82، مؤرخة في 15 نوفمبر 1992، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374، مؤرخ في 16 نوفمبر 2009، ج ر ج ج، عدد 67، مؤرخة في 19 نوفمبر 2009.

<sup>3</sup> المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 11-381، سابق الإشارة إليه.

<sup>4</sup> نصت المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 09-374 مؤرخ في 16 نوفمبر 2009، ج ر ج ج، عدد 67، مؤرخة في 19 نوفمبر 2009، على ما يلي: "تخضع مشاريع القرارات المبينة أدناه، والمتضمنة التزاما بالنفقات لتأشيرة المراقب المالي، قبل التوقيع عليها،

- مشاريع قرارات التعيين والترسيم والقرارات التي تخص الحياة المهنية، ومستوى المرتبات للمستخدمين، باستثناء الترقية في الدرجة،

- مشاريع الجداول الاسمية التي تعد عند قفل كل سنة مالية،

- مشاريع الجداول الأصلية الأولية التي تعد عند فتح الإعتمادات، وكذا الجداول الأصلية المعدلة خلال السنة المالية،

- مشاريع الصفقات العمومية والملاحق."

مكافحة الفساد، أو الأمر المتعلق بالمنافسة، أو القانون التجاري. وفيما يخص المبادئ الواجب مراعاتها، فهي مبدأ حرية الترشح الذي يعتبر حقا لكل من تتوفر فيه شروط الترشح، ومبدأ المساواة بين المترشحين، ومثاله اشتراط كفاءات فنية عالية غير متكافئة بالمقارنة مع العمل المطلوب، أو حرمان المترشح من إيداع عرضه قبل انقضاء الأجل المحدد<sup>(1)</sup>، وأيضا تفضيل مؤسسة لا تتوفر على الشروط المقبولة لترشحها على مؤسسة أخرى يحتمل فوزها بالصفقة، وذلك من أجل الاستفادة من العقد المبرم<sup>(2)</sup>. وكذا مبدأ شفافية الإجراءات، ويظهر الإخلال فيه خاصة بما تعلق بإجراءات الإعلان وإشهار الصفقة العمومية.

## 2) الغرض من النشاط الإجرامي:

إن جريمة المحاباة لا تقوم بمجرد قيام الموظف أو المكلف بمنح التأشير على الصفقة أو الملحق بعمل يعتبر منافيا للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات في إبرام الصفقة، أو تفويضات المرفق العام، ولكن لا بد أن يترتب على ذلك السلوك المنافي نتيجة تؤدي إلى منح بالفعل امتيازا غير مبرر. كما يمكن أن تتجسد في تزويد أحد المترشحين بمعلومات خاصة عن الصفقة تمكنه من إعداد عرضه بطريقة تحقق له الفوز بها، هذا الأخير بإمكانه أن يشكل في حد ذاته امتيازا غير مبرر<sup>(3)</sup> فقد يحدث أن يقوم الموظف بذلك الفعل بدافع الجهل بهذه الأحكام، أو الخطأ في تطبيق القانون، وخاصة في حالة الضرورة أو الاستعجال التي تقتضي التدخل لدفع ضرر محتمل يمس بالمال العام أو بالمصلحة العامة، فيرتكب الموظف ما يخالف الأحكام التشريعية والتنظيمية التي ينبغي مراعاتها في هذه الظروف. ومثالها تكليف مقاول بإنجاز أشغال أو توريد سلعة تقتضيها المصلحة العامة الملحة من دون استصدار ترخيص من قبل السلطات الوصية<sup>(4)</sup>. كما قضت بذلك المادة 17 فقرة 1 من المرسوم رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

## 3) العلاقة السببية:

بخصوص العلاقة السببية في جنحة المحاباة كعنصر الركن المادي، فإنها تكمن في مخالفة الموظف العمومي للأحكام التشريعية والتنظيمية بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، وليس في عملية الإبرام أو التأشير في حد ذاتها، ولا يمكن أن يتم إعطاء امتيازات للغير، ما لم يكن هناك تلاعب

<sup>1</sup> - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 148؛ وينظر أيضا، شنة زاوي، الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية، جنحة المحاباة نموذجا، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية كلية الحقوق والعلوم والسياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، يومي 24-25 أبريل 2013.

<sup>2</sup> - Coralie Ambroise-CASTEROT, op.cit, p350.

<sup>3</sup> - REIS Patrice, Le délit de favoritisme dans les marchés publics, une régulation pénale des pratiques discriminatoires et de certaines pratiques anticoncurrentielles, Petites affiches, 4/7/2003, n°133, p.6

<sup>4</sup> - محمد بكرار شوش، المرجع السابق، ص 66.

بالإجراءات ومخالفتها بشكل متعمد ومقصود للوصول إلى النتيجة، وهي منح للغير امتيازات غير مبررة. وما يمكن ملاحظته هو أن المادة 1/26 لم تحدد من يكون الغير كما تم تحديدها فيما يخص جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، وعليه يمكن أن يكون من الغير مؤسسة عمومية.

### ثانياً: الركن المعنوي لجنحة المحاباة:

تعتبر جريمة المحاباة جريمة قصدية ينبغي أن يتوفر في الجاني القصد العام، الذي يشمل العلم والإرادة<sup>(1)</sup>، ومعناه أن الجاني يعلم بأن القانون يمنع إعطاء امتيازات غير مبررة للغير من خلال مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية، ومع ذلك يتعمد فعل ذلك من أجل الوصول إلى أغراض شخصية<sup>(2)</sup>، وهذا ما يعرف بالقصد الخاص الذي يعتبر شرطاً إضافياً في بعض الجرائم حيث لا يكفي القصد العام.

وبالنسبة للقصد الجنائي في جريمة المحاباة، يمكن التمييز بين مرحلتين:

- مرحلة ما قبل تعديل المادة 1/26 بموجب القانون رقم 11-15، فكان النص يشترط توافر القصد الخاص إلى جانب القصد العام، فلا تقوم الجريمة بمجرد قيام الجاني بمخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية، والذي لا يعدو أن يكون مجرد خطأ إداري يسأل عنه مرتكبه تأديبياً، وإنما يشترط بالإضافة إلى ذلك أن يكون الغرض من خرق النصوص التي تحكم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، هو تمييز وتفضيل أحد المتنافسين عن غيره دون تبرير ذلك. ففي هذه الحالة يبحث القاضي عن توافر القصد الخاص المتمثل في الغرض من مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية، وهو إعطاء امتياز غير مبرر للغير<sup>(3)</sup>. وهي مسألة يصعب إثباتها.

- مرحلة ما بعد تعديل المادة 1/62 من قانون مكافحة الفساد، حيث تخلى النص عن اشتراط القصد الخاص لقيام جريمة المحاباة، واكتفى بوجود القصد العام المتمثل في العلم والإرادة.

فلا بد من إبراز عنصر القصد في الحكم، ويستخلصه القاضي من اعتراف المتهمين بأنهم خرّقوا إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بإرادتهم المحضة<sup>(4)</sup>. وفي حالة تكرار العملية، يستخلص من

<sup>1</sup> - Patrick KOLB, Laurence LETURMY, L'essentiel du Droit pénal général, Les grands principes, La responsabilité pénale, Les peines, 11<sup>e</sup> édition, Gualino lextenso éditions, 2014-2015, p46.

<sup>2</sup> - Michel VERON, Droit pénal spécial, 14<sup>e</sup> édition, 2014, SIREY, p 402.

<sup>3</sup> - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 158.

<sup>4</sup> - كما يجب على القاضي أن يبين بدقة الأركان المشكّلة لفعل إعطاء امتيازات غير مبررة للغير بمناسبة إبرام عقد أو صفقة، وذلك من خلال الأسئلة الموجهة للجاني، وإلا تعرض قراره للنقض، هذا ما يظهر من خلال القرار رقم 354438، المؤرخ في 2006/02/15، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، لسنة 2007، والمتعلق بإبرام صفقة مخالفة للتشريع، وتبديد أموال عمومية، حيث تمثل وجهها النقض في المبدأين التاليين: المبدأ الأول هو السؤال غير القانوني بخصوص جريمة إبرام صفقة مخالفة

الوعي التام بمخالفة القواعد الإجرائية أو من استحالة تجاهلها بالنظر إلى الوظيفة التي يمارسها الجاني<sup>(1)</sup>. فتقوم الجريمة حتى لو لم تتضرر الخزينة العمومية. وبهذا فإن المشرع الجزائري من خلال تعديل نص المادة 1/26 هذا حدوا ما جاء به المشرع الفرنسي<sup>(2)</sup> فيما يخص هذه الجريمة<sup>(3)</sup>.

### المبحث الثاني: جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة

تعتبر جريمة استغلال النفوذ مثل غيرها من الجرائم التي لا تقتصر على بلد معين، أو مجتمع دون الآخر، ولا مرحلة زمنية دون غيرها، وإنما ترتبط بوجود المجتمع الإنساني. وقد شكلت هذه الجريمة أهمية وخطورة على مختلف المستويات، وفي كل بلدان العالم، وتعالى الأصوات إلى ضرورة وضع الصيغ القانونية الملائمة لمعالجة أحكامها، ورسم صورها، وبيان أركانها وتوضيح إطارها. فهي نوع من أنواع الانحراف الإداري الذي يؤثر سلبا على العملية الإدارية، وعلى نزاهة الوظيفة العامة. وإذا كان استغلال النفوذ حقيقيا، فهو يتضمن إساءة استغلال السلطة المخولة لمستغل النفوذ<sup>(4)</sup>، الذي يعتبر محتالا على أصحاب المصالح عندما يوهمهم بنفوذه للاستيلاء على أموالهم بدون وجه حق، فهو يجمع في هذه الحالة بين الغش والاحتيال والإضرار بالثقة الواجبة في السلطة العامة والجهات الخاضعة لإشرافها<sup>(5)</sup>.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن المشرع نص على جريمة استغلال النفوذ بصريح العبارة من خلال المادة 32 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، والتي تأخذ صورتين تتمثل الأولى في صورة التحريض على استغلال

للتشريع، الخالي من أركانها القانونية المتمثلة في - أن يكون الفاعل موظفا أو شبيها له. - أن يبرم عقدا أو صفقة باسم الهيئة التي يعمل لصالحها. - أن يخالف الأحكام التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل. - أن يكون الغرض من العقد أو الصفقة إعطاء امتيازات غير مبررة للغير. أما بالنسبة للمبدأ الثاني فيتمثل في السؤال غير القانوني المطروح بخصوص جريمة تبديد أموال عمومية الخالي من إبراز أركانها القانونية التالية: - الفعل المادي وهو التبديد- القصد الجنائي وهو العمد. - أن يكون الفاعل موظف أو مشابها له. - أن تكون الأموال المبددة قد وضعت تحت يده بمقتضى الوظيفة أو بسببها.

<sup>1</sup>- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 157-158.

<sup>2</sup>- L'article 432-14 du code pénal français.

<sup>3</sup>- وفي هذا الصدد قضى القضاء الفرنسي في عدة مناسبات بقيام القصد الجنائي، على أساس أن الجاني يمارس وظائف انتخابية منذ زمن طويل، وأن له تجربة كبيرة في إبرام الصفقات العمومية، فهو على دراية تامة بكل الأحكام التي تحكمها، ولا يمكن له التعذر بجعلها. فبمجرد مخالفة تلك الأحكام تقوم الجريمة في حقه حتى ولو لم يكن يبحث عن فائدته الخاصة. ولو الفائدة المعنوية في العملية. لأكثر تفصيل ينظر في ذلك،

Michel VERON, Droit pénal spécial, op.cit, p 402., p352. - Coralie Ambroise-CASTEROT, op.cit

<sup>4</sup>- حومد عبد الوهاب، الرشوة في التشريع الكويتي، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الأول، 1977، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ص 11.

<sup>5</sup>- فاديا قاسم بيضون، الفساد أبرز الجرائم، الآثار وسبل المعالجة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013 ص

النفوذ (أي المتاجرة السلبية بالنفوذ الفقرة الأولى من نفس المادة)، أما الصورة الثانية فتتمثل في استغلال النفوذ ( المتاجرة الفاعلة أو الإيجابية بالنفوذ الفقرة الثانية من المادة 32). وعليه فإن جريمة استغلال النفوذ في المادة 32 هي من جرائم الفساد الإداري بمفهومه الواسع، ولا تقتصر على مجال الصفقات العمومية. ولهذا فإن دراستنا ستقتصر على جريمة استغلال النفوذ المنصوص عليها في المادة 26 فقرة 02 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، فهي ترتبط ارتباطا وثيقا بهذا الموضوع. ولكن هذا لا يمنع من أن نقوم بتعريف الجريمة بصفة عامة وتمييزها عما شابهها من جرائم (المطلب الأول)، ولكن عند دراسة أركان الجريمة، فستقتصر الدراسة على ما جاءت به المادة 26 في فقرتها الثانية من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، باعتبارها جريمة من جرائم الصفقات العمومية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: تعريف جريمة استغلال النفوذ وعلة تجريمها

تتمتع الوظيفة بنوع من النفوذ والجاه والسلطان، فهي تمنح شاغلها صلاحيات تمكنه من القيام بأعمالها. ويجب على الموظف في هذه الحالة ألا يستغل هذه الصلاحيات لأغراضه الخاصة، بل عليه توظيفها فيما يحقق أهداف الوظيفة التي يشغلها. فالاستغلال الشخصي للوظيفة العامة يؤدي إلى تعطيل الواجبات، وفقدان ثقة المواطنين في موظفي الدولة، الأمر الذي يؤدي إلى الإضرار بالأهداف العامة للأجهزة الإدارية<sup>(1)</sup>. وتعتبر ظاهرة استغلال النفوذ الوظيفي من الظواهر التي لها تأثيرها الكبير على المجتمعات التي تنتشر فيها، كونها مبنية على عدم المساواة، واختلال ميزان العدالة بين أفراد المجتمع. وللوصول إلى فهم الجريمة لا بد من تعريفها (أولا)، والبحث في علة تجريمها (ثانيا).

### أولا: تعريف استغلال النفوذ :

تعد جريمة استغلال النفوذ من الجرائم المستحدثة، والتي تم فصلها عن جريمة الرشوة بعد أن كانت تدخل ضمنها، حيث أصبحت جريمة مستقلة بذاتها في الكثير من الأنظمة والقوانين، لها عقوبات معينة لمن يرتكبها<sup>(2)</sup>. وبالنظر لما تمثله هذه الأخيرة من فساد على المصلحة العامة للمجتمع، انصب اهتمام القانون الجنائي بتجريم هذه الأفعال وبيان أركانها.

<sup>1</sup> - حاحة عبد العال، المرجع السابق، ص 187.

<sup>2</sup> - إن هذه الجريمة لا تزال غامضة يشوبها اللبس والغموض، ويفتقر إلى سوابق فقهية وقضائية لأنها مختلطة بغيرها من الجرائم التي تشابهها، وعلى رأسها جرائم إساءة استغلال الوظيفة. فكلتا الجريمتين تدخلان ضمن جرائم الفساد الإداري، ولها ارتباط بالوظيفة العامة، أو بالأحرى بالموظف العام. ويمكن القول أن جريمة استغلال النفوذ توصف بأنها إحدى صور جرائم إساءة استغلال السلطة، إذا ما ارتكبها موظف عن طريق استغلاله لنفوذه الوظيفي، ففي هذه الحالة تعتبر من جرائم الموظف العام، أما إذا قام بها غير موظف ممن يتمتعون بنفوذ خاص سواء كان هذا النفوذ سياسيا أم اقتصاديا أو اجتماعيا، أم غيره، فإنها تصبح جريمة مستقلة بذاتها، ولا يمكن وصفها بأنها ضمن صور جرائم استغلال السلطة، بحيث يطبق على مرتكبها ما يطبق عليه لو كان موظفا عاما. أما بالنسبة لتمييز جريمة استغلال النفوذ عن جريمة الرشوة فإن جريمة الرشوة الأصلية



فلقد تم تعريفها على: " أنها اتجار في سلطة حقيقية أو موهومة للجاني على المختص بالعمل الوظيفي"<sup>(1)</sup>. وعرفت أيضا على أنها: " السعي لدى السلطات العامة أو الجهات الخاضعة لإشرافها لتحقيق غايات أو الوصول إلى منافع تخرج عن دائرة وظيفة الساعي"<sup>(2)</sup>.

جريمة استغلال النفوذ هي الحصول على مزية الغير لدى سلطة عامة استنادا إلى نفوذ حقيقي أو مزعوم، فالجاني في هذه الحالة لا يستغل وظيفته، ولكن ماله من نفوذ حقيقي أو مزعوم<sup>(3)</sup>.

ويعرف البعض النفوذ على أنه: " القوة أو درجة التأثير التي يتمتع بها الموظف بين زملائه والعاملين معه لاعتبارات شخصية ومهنية، فيصبح قادرا على توجيه القرارات أو الإجراءات بطرق غير رسمية ومن دون أن يكون لتأثيره هذا أي سند أو مصدر قانوني".

وتعرف السلطات والصلاحيات على أنها الحقوق الرسمية التي تمنح للموظفين للقيام بمسؤولياتهم بحكم الوظيفة التي يشغلونها، أو بصفقتهم الشخصية، مع توثيق هذه الحقوق بلوائح ونظم إدارية مباشرة يصدرها المخولون إلى معاونهم<sup>(4)</sup>.

يكون الاتجار في الوظيفة في عمل يدخل في اختصاص الموظف المرتشي، أو يزعم اختصاصه به، بينما في جريمة استغلال النفوذ يقع الاتجار في عمل وظيفي آخر يختص به غيره. كما تختلف الجريمتان في صفة الجاني، والغرض من الوعد أو العطية. فيشترط أن يكون الجاني في جريمة الرشوة موظف عام أو من في حكمه، بينما قد يكون استغلال موظف أو غير موظف. أما بالنسبة للغرض من العطية، ففي جريمة الرشوة هو القيام بعمل من أعمال الوظيفة أو الامتناع عن عمل أو الإخلال بواجب لها أما في جريمة استغلال النفوذ فهو الحصول على مزية الغير لدى سلطة عامة استنادا إلى نفوذ حقيقي أو مزعوم، فهو في هذه الحالة لا يستغل وظيفته ولكن ماله من نفوذ حقيقي أو مزعوم. ينظر في ذلك كل من، سعد بن سعيد علي آل محسن القرني، استغلال النفوذ الوظيفي ظرف مشدد لعقوبة جريمة غسيل الأموال في النظام السعودي، أطروحة دكتوراه، تخصص السياسة الجنائية، قسم العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2009، ص 68-73.

Michel VERON, Droit pénal des affaires, op.cit, p 80.-

<sup>1</sup> حسين محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار النهضة العربية، 1972، ص 109.

<sup>2</sup> عبد الوهاب صلاح الدين، جرائم الرشوة في التشريع المصري، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر، 1957، ص 142.

<sup>3</sup> Michel VERON, Droit pénal des affaires, op.cit, p 80.

<sup>4</sup> زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، السنة الجامعية 2011-2012، ص 85؛ وينظر أيضا، عامر الكبيسي، الفساد والعولمة تزامنان لا توأمة، المكتب الجامعي الحديث، 2005، ص 33.

### ثانيا : العلة من تجريم استغلال النفوذ:

يعود تجريم استغلال النفوذ إلى ما يمثله فعل الجاني من إخلال بالثقة في الوظيفة العامة، إذ يتبين أن السلطات العامة تخالف القوانين في معاملاتها مع المترشحين في الصفقات العمومية، ولكن تتعامل تحت سطوة ما يمارسه أصحاب النفوذ من تأثير<sup>(1)</sup>.

فبتجريم هذا الفعل تتحقق حماية للوظيفة العامة من خطر الاتجار بها، وخطر استغلالها واستثمارها لصالح الموظف العام، فتتم محاسبته دوريا عن دخله حتى يتم التأكد من أنه لم يتحقق أي ثراء من هذه الوظيفة. فالمجتمع يرفض زيادة ثروة الفرد ذات المصدر غير المشروع، خاصة إذا شعر أن أساس الزيادة في الثروة متصل بعمل عام يمس مصالح الجماهير، فيستغله الفرد لتحقيق الكسب الحرام<sup>(2)</sup>.

**المطلب الثاني: أركان جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة**  
تنص الفقرة الثانية من المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على أن: "يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة 200.000 دج إلى 1.000.000 دج..

- كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم، ولو بصفة عرضية، بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين." من خلال نص المادة أعلاه تظهر الأركان المكونة لهذه الجريمة وتمثل في الركن المفترض (أولا)، فالركن المادي (ثانيا)، ثم الركن المعنوي (ثالثا)، وأخيرا العقوبة المقررة لها (رابعا).

#### أولا: الركن المفترض أو صفة الجاني :

من خلال الفقرة الثانية من نص المادة 26، يتبين أنها تشترط صفة معينة في الجاني، وهو أن يكون تاجرا أو صناعيا أو حرفيا أو مقاولا من القطاع الخاص، أي أن يكون عوناً اقتصادياً من القطاع الخاص. ولكن المادة أضافت عبارة "وبصفة عامة" كل شخص طبيعي أو معنوي، وبهذه الإضافة لا يبقى لاشتراط صفة معينة للجاني أي معنى. فالمطلوب هو أن يكون عوناً اقتصادياً خاصاً ولا يهم بعد ذلك إن كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً يعمل لحسابه أو لحساب غيره، دون الأشخاص المعنوية من القطاع العام. وعليه فما الفائدة من ذكر التاجر والصناعي والحرفي ما دام أي شخص طبيعي أو معنوي هو معرض للمساءلة<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup>- فاديا قاسم بيضون، المرجع السابق، ص 73.

<sup>2</sup>- سعد بن سعيد علي آل محسن القرني، المرجع السابق، ص 73.

<sup>3</sup>- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 168.

ويقصد بالشخص الطبيعي، كل شخص يبرم عقدا مع المؤسسات والهيئات العمومية، ويحوز على صفة تاجر أو حرفي، أو يكون متعاملا ثانويا (Sous Traitant) في صفقة عمومية وفقا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. ويتم التعاقد مع هذه الفئة بشأن إنجاز بعض الأشغال أو تقديم خدمات بسيطة، كإقتناء تجهيزات للإدارة أو إنجاز أشغال الترميم.

أما الشخص المعنوي فيتمثل عموما في شركات الخدمات والتجهيز ومقاولات الأشغال، والذين يحوزون على سجل تجاري، ولهم إمكانيات ومؤهلات مالية ومادية تسمح لهم بإبرام الصفقات العمومية، أو عقود مع المؤسسات والهيئات العمومية.

من هذا يتضح أن الموظف العام في هذه الجريمة لا يعد جانبا وإنما هو طرف في العلاقة، أو عنصرا ضروريا لقيام الجريمة، حيث يستغل الجاني نفوذه وسلطته للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية<sup>(1)</sup>.

#### ثانيا : الركن المادي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين:

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بإبرام الجاني عقدا أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات والهيئات الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية، أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي أو التجاري، ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان هذه الهيئات للحصول على امتيازات غير مبررة.

وقبل التفصيل في العناصر المكون لهذا الركن، يجب الإشارة إلى اللبس الذي أحدثته الصياغة غير الدقيقة لنص المادة 2/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته باللغتين العربية والفرنسية، وهو نفس اللبس الذي كان في المادة 128 مكرر من قانون العقوبات، والذي جاء به الدكتور أحسن بوسقيعة، حيث ورد فيها: " كل تاجر.... يستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين." فالأصح هو: " كل تاجر ... يستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقها عادة أو من أجل التعديل لصالحه في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم والتموين." فإلهاء هنا تعود على التاجر أو الحرفي أو الصناعي أو المقاول أو كل شخص طبيعي أو معنوي، وليس على أعوان الدولة والهيئات التابعة لها<sup>(2)</sup>.

فنحن لا نؤيد ما جاء به الدكتور أحسن بوسقيعة فيما طرحه من لبس، لأن صيغة الجمع التي جاءت في نص المادة " يطبقونها" و"لصالحهم" تعود على كل من التاجر أو الحرفي أو الصناعي وعلى أعوان الهيئات العمومية أيضا، لأنهما يعتبران طرفي العلاقة في هذه الجريمة بالاشتراك فيها.

<sup>1</sup>- زوزو زولبيخة، المرجع السابق، ص 89.

<sup>2</sup>- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 169.

على أن الركن المادي للجريمة يتكون من عنصرين أساسيين هما: النشاط الإجرامي (أ)، والغرض من هذا النشاط (ب).

أ) النشاط الإجرامي: يتمثل في استغلال سلطة أو تأثير أعوان الدولة والهيئات التابعة لها، بمناسبة إبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو إحدى هيئاتها. ومدلول أعوان الدولة والهيئات التابعة لها يختلف عن مدلول الموظف العمومي، كما هو معرف في الفقرة (ب) من المادة 2 من قانون مكافحة الفساد<sup>(1)</sup>. ولكن المفهوم الواسع للموظف العمومي الذي نص عليه القانون المتعلق بمكافحة الفساد، فإن فئة أعوان الدولة تدخل ضمن هذا المفهوم.

ويشترط أن يكون عون الدولة صاحب سلطة في الهيئات المعنية أو له تأثير عليها، ومن ثم فالأمر يتعلق إما برئيس أو مدير الهيئة أو بمسؤول مختص بإبرام الصفقات أو بتنفيذ بنودها.

ومثاله إذا كان العقد أو الصفقة تابعة للبلدية، فيكون رئيس المجلس البلدي ونوابه والأمين العام للبلدية ورؤساء المصالح الفنية التابعة للبلدية كرئيس مصلحة التجهيزات ورئيس مصلحة الأشغال هم المعنيون بهذه الجريمة.

فالركن المادي للجريمة يقوم على استغلال الجاني لما يتمتع به الموظف العمومي من سلطة أو نفوذ له من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة، فتقوم الجريمة أساساً على ما يتمتع به الموظف من سلطة أو نفوذ في الهيئات المذكورة وله تأثير عليها.

وعادة ما يستطيع أصحاب السلطة والنفوذ تمرير قرارات لفائدة الجاني مخالفين للقوانين واللوائح، ومنح غير المستحقين لمزايا مالية دون وجه حق، واستخدام النفوذ الرسمي لتحقيق منافع أو مصالح خاصة على حساب المصالح العامة. وبذلك فهم يسهلون للغير الحصول على أموال ومنافع مضرين بمصالح المنظمات وإهدار المال العام والخاص، المملوك للغير اعتماداً على السلطة الوظيفية وما يرتبط بها من نفوذ وصلاحيات<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للصفقات العمومية، فيوجد في كل هيئة إدارة أو مؤسسة تابعة للقطاع العام مصلحة أو مكتب خاص بالصفقات العمومية، يشرف عليه رئيس المصلحة أو المكتب يتكون من مهندسين وتقنيين وأعوان إداريين توكل لهم مهمة تحضير إجراءات الصفقة أو أي عقد تبرمه هذه الإدارة، كالتحضير للإعلان عن المنافسة وتحضير اجتماعات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وإرسال الإستدعاءات لأعضائها، ومراجعة دفتر

<sup>1</sup>- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 169.

<sup>2</sup>- يعتبر المشرع المصري أفعال استغلال النفوذ للحصول على تراخيص أو قرارات أو اتفاق توريد أو مقالة، أو على وظيفة أو خدمة أو مزية من أي نوع في حكم المرتشي، ويعاقب بعقوبة الرشوة المنصوص عليها في المادة 104 من قانون العقوبات المصري. لأكثر تفصيل ينظر، حمدي عبد العظيم، عولمة الفساد وفساد العولمة، منهج نظري وعلمي، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 31.

الشروط، وكذا إعداد الدراسات الخاصة بالعروض المقدمة وترتيبها، وكل هذا تحت إشراف مدير الهيئة أو المؤسسة<sup>(1)</sup>.

### ب) الغرض من استغلال نفوذ الأعوان العموميين:

تشرط المادة 26 فقرة 2 لكي يتحقق الركن المادي للجريمة أن يستغل الجاني نفوذ أو سلطة أو تأثير أعوان الدولة أو الهيئات التابعة لها، من أجل الزيادة في الأسعار المطبقة عادة<sup>(1)</sup>، أو التعديل لصالحه في نوعية المواد أو الخدمات<sup>(2)</sup>، وأيضا في آجال التسليم أو التموين<sup>(3)</sup>.

1) الزيادة في الأسعار: يعتبر السعر العنصر الحاسم في عملية إسناد الصفقة، فلجنة البت تقوم بترتيب العطاءات للتوصل إلى أقلها ثمنا، ويتم في ذلك التأكد من العناصر التالية:

- وضع كل الأسعار لمختلف بنود كشف أسعار الوحدة والبيان الكمي والتقديري من طرف المتعهد وعدم إضافته لأي سعر آخر.

- الحساب الأفقي والعمودي للبيان الكمي والتقديري، ومقارنة مختلف المبالغ الواردة بالعرض.

- مطابقة الأسعار بين كشف أسعار الوحدة والبيان الكمي والتقديري، والأخذ بعين الاعتبار عند عدم المطابقة للسعر الوارد بالحرف في كشف أسعار الوحدة وتصحيح مبلغ العرض على أساس ذلك. كما هو الحال إذا كانت الأسعار متعلقة بعقود إنجاز الأشغال، والتي تحسب على أساس سعر الوحدة وفقا لدفتر الشروط المعد مسبقا، فيتقدم صاحب شركة مقاوله باقتراح أسعار أعلى من تلك المعمول بها في السوق الوطنية مستغلا في ذلك علاقته بمدير المؤسسة أو الهيئة الإدارية أو أحد الأعوان فيها. ومثاله أيضا بأن يبرم تاجر عقدا مع بلدية لتزويدها بأجهزة كمبيوتر وكان السعر المعمول به عادة لا يتجاوز 50.000 دج للوحدة، في حين طبق التاجر على البلدية سعر 70.000 دج مستغلا بذلك علاقته المتميزة مع رئيس البلدية<sup>(2)</sup>.

### 2) التعديل في نوعية المواد والخدمات:

يتعلق الأمر بتعديل نوعية المواد التي تتطلبها الإدارة من حيث الجودة والنوعية، فقد حدد المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية نوعية المواد المطلوبة، والتي يتم النص عليها في دفتر الشروط الذي يتطلب التعديل بجملة من المعايير والضوابط بأن يسند الاختيار إلى

الضمانات التقنية والمالية، السعر والنوعية وآجال التنفيذ، المنشأ الجزائري أو الأجنبي للمنتوج... الخ. فالجاني يتعمد تقديم مواد أقل جودة وينقص الأسعار مستغلا في ذلك سلطة أو تأثير الأعوان العموميين في الإدارة المتعاقدة. أما بالنسبة للتعديل في نوعية الخدمات، فالأمر يتعلق بصفقات وعقود الخدمات، كأعمال

<sup>1</sup>- زوزو زوليخة، المرجع السابق، ص 86-87.

<sup>2</sup>- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 170.

الصيانة لأجهزة البلدية والتي يقوم بها مهندسون مختصون بصفة دورية، فالمتعامل المتعاقد لا يقوم بها إلا مرة واحدة في السنة مستغلا بذلك علاقته مع أحد أعوان هذه الهيئات<sup>(1)</sup>.

### 3) التعديل في آجال التسليم والتموين:

تخص آجال التسليم والتموين عقود وصفقات اقتناء اللوازم، وعادة ما يتم النص عليها في دفتر الشروط الخاص بها إذا أخل المتعامل المتعاقد بالتزاماته، أو تأخر في تسليم ما هو مطلوب منه دون فرض غرامات عليه، مستغلا في ذلك سلطة أو تأثير مسؤول الهيئة أو المؤسسة الذي تربطه به علاقة صداقة مثلا. كذلك الأمر بالنسبة لصفقات إنجاز الأشغال، حيث يقترح المتعامل المتعاقد الذي تربطه علاقة مع أحد أعوان تلك الهيئة المتعاقدة معه مدة لإنجاز هذه الأشغال يتم النص عليها في الصفقة، فيتعمد إلى التأخر في إنجازها دون أسباب جدية.

### ثالثا: الركن المعنوي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين:

إن جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين جريمة عمدية يشترط فيها توافر القصد الجنائي العام المتمثل في العلم والإرادة، أي علم الجاني بسلطة وتأثير الأعوان العموميين في إبرام الصفقة أو العقد، واتجاه إرادته إلى استغلال هذه السلطة أو هذا النفوذ لفائدته، والقصد الجنائي الخاص المتمثل في نية الجاني للحصول على امتيازات غير مبررة. وكغيرها من الجرائم يتعين على القاضي أن يبين في الحكم أركان جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، من صفة الجاني، وسلطة أو تأثير العون الإداري بالنظر إلى المنصب الذي يشغله وعلاقته بالجاني، وكذا تبيان الركن المعنوي وتوافر القصد الجنائي من أجل إدانته، وإلا تعرض حكمه أو قراره للنقض، كما هو مبين من خلال القرار رقم 11/23447، المؤرخ في 2011/09/29، المتعلق بالملف رقم 624033، الصادر عن المحكمة العليا غرفة الجنح والمخالفات، والمتعلق بموضوعه بإبرام صفقات مخالفة للتشريع، وإعطاء امتيازات غير مبررة للغير، وتبديد أموال عمومية واختلاسها، واستغلال الوظائف<sup>(2)</sup>.

أما فيما يخص مسألة إثبات هذه الجريمة، فهي تتوقف على إثبات العلاقة الموجودة بين الجاني وعون الدولة الذي استغل فيه الجاني سلطته وتأثيره من أجل إبرام العقد أو الصفقة، لأن مسألة إثبات عنصر الركن المادي المتمثل في الغرض من استغلال نفوذ الأعوان العموميين بكل عناصره يمكن أن تتم عن طريق الخبرة. لذا يتوجب على القاضي سواء في مرحلة التحقيق أو مرحلة المحاكمة الإطلاع على ملف القضية ودراسته بدقة ومراقبة تصريحات المتهم والشهود إن وجدوا لمحاولة استخلاص أركان الجريمة، وبالتالي الحكم بإدانة الجاني.

<sup>1</sup>- أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص 171.

<sup>2</sup>- لأكثر تفصيل، ينظر القرار رقم 624033، المؤرخ في 2011/09/29، صادر عن المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، المتضمن جنحة الامتيازات غير المبررة للغير، وإبرام صفقات مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول به، وتبديد أموال عمومية واختلاسها، واستغلال الوظائف.

#### رابعاً: العقوبة المقررة لجريمة منح امتيازات غير مبررة:

تشمل هذا الجريمة جنحتين تتمثل الأولى في جنحة المحاباة والثانية استغلال نفوذ الأعوان العموميين، فمرتكب إحدى الجنحتين يعاقب بنفس العقوبة المنصوص عليها في المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وهي الحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة من (200.000 دج) إلى (1000.000 دج)<sup>(1)</sup>.

وتشدد عقوبة الحبس لتصبح من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة، وبغرامة المقررة للجريمة المرتكبة، إذا كان مرتكب جريمة منح امتيازات غير مبررة قاضياً، أو موظفاً يمارس وظيفة علياً في الدولة، أو ضابطاً عمومياً، أو ضابط شرطة أو عون شرطة قضائية، أو يمارس صلاحيات الشرطة القضائية، أو موظف أمانة ضبط<sup>(2)</sup>.

فبالنسبة للإعفاء من العقوبة وتخفيفها، فيستفيد مرتكب جريمة منح امتيازات غير مبررة من الأعدار المعفية أو تخفيضها إلى النصف، إذا قام وقبل مباشرة إجراءات المتابعة، بإبلاغ السلطات الإدارية أو القضائية أو الجهات المعنية عن الجريمة وساعد على معرفتها<sup>(3)</sup>.

وتطبق العقوبات سواء حصل الجاني فعلاً حصل على الامتيازات أو لم يحصل عليها كما لو خاب أثر الجريمة لسبب خارج عن إرادة الجاني، كأن تحرر فاتورة بسعر الأجهزة المباعة ويصادق عليها رئيس البلدية، ثم ترفضها المصالح المالية المكلفة بتسديد الثمن<sup>(4)</sup>.

#### الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة المتعلقة بجريمة الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية، نخلص أن هذه الجريمة لها ميزة خاصة تميزها عن غيرها من الجرائم، فلا يكفي فيها معرفة النص القانوني المجرم وأركان كل جريمة للوصول إلى كشف السلوك المجرم وتوجيه الاتهام للجنة، بل الأمر يتعداه إلى ضرورة الإلمام بمختلف التقنيات والإجراءات القانونية اللازمة لإبرام وتنفيذ صفقات وعقود المؤسسات والهيئات الإدارية العامة، وهذا بغرض الوصول إلى التكييف القانوني السليم لهذه الجريمة وتحديد المسؤولية الجزائية للجنة من أجل سد الطريق أمام تحجج المتهمين بأن قرار منح الصفقة قد اتخذ من قبل أعضاء لجنة تقييم العروض بغرض إبعاد المسؤولية عنهم. كما أن للقاضي دور مهم في تقدير مدى توافر حالة الضرورة أو الخطر الملح التي تبرر اللجوء إلى إجراء التراضي الذي تكثر فيه هذه الجريمة، من خلال الإطلاع الكافي على ملف القضية، والتفحص الدقيق

<sup>1</sup>- المادة 26 فقرة 1 من القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، سابق الإشارة إليه.

<sup>2</sup>- المادة 48 من نفس القانون.

<sup>3</sup>- المادة 49 من نفس القانون.

<sup>4</sup>- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 170.

ملف الصفقة أو الاتفاقية، خاصة ما تعلق منها بالإمكانات المادية والبشرية المتحصص عليها، والسعر المقترح مع مقارنته بما قدمه باقي المترشحين.

فجريمة الامتيازات غير المبررة إذا ما ارتكبت بمناسبة إبرام صفقة عمومية أو تفويض لمرفق عام فإنها ستؤثر على استمرار الصفقة، وبالتالي تعطيل المشروع ومنه تعطيل عجلة التنمية. ومن خلال تحليل هذه الجريمة تم التوصل إلى النتائج التالية:

- بالنسبة للركن الشرعي لجنحة المحاباة، فيظهر على شكل كتلة تجرّمية، بدليل المادة 26 من قانون مكافحة الفساد التي تحيل على الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة وشفافية الإجراءات فيما يخص إبرام الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام. فنص التجريم يبدو مجزأ غير حصري لا يمكن تطبيقه دون الرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية.

- التوسع في صفة الجاني وهو الموظف العمومي ليشمل كل المستويات بما فيها أصحاب الحصانات.

- اشترطت المادة 26 فقرة 02 صفة معينة في الجاني بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة، وهو أن يكون تاجرا أو صناعيا أو حرفيا أو مقاولا من القطاع الخاص، أي أن يكون عوناً اقتصاديا طبيعيا أو معنويا، وعليه فالموظف العمومي في هذه الجريمة لا يعد جانبا، وإنما هو طرف في العلاقة أو عنصرا ضروريا لقيام الجريمة.

- صعوبة تحديد المسؤولية الجنائية في حالة تدخل عدة أعوان إداريين في مختلف إجراءات تحضير وإبرام وتنفيذ الصفقة أو العقد.

- صعوبة إثبات هذه الجريمة في الواقع العملي بالنظر لما يقوم به أعوان الإدارة من وسائل احتيالية للتستر عن جرائمهم مستغلين في ذلك نقص إمام القضاة بمختلف إجراءات إبرام الصفقات العمومية.

#### التوصيات:

✓ باعتبار الموظف العمومي العنصر المرتكب لجرائم الصفقات العمومية، فالمرحلة الأولى لمكافحتها تبدأ به، لذلك يجب الاهتمام به بتقوية القيم الدينية التي تجرم الفساد، وتقويم الجوانب الأخلاقية التي تحث على السلوك القويم.

✓ إن إصدار النصوص القانونية الخاصة بأخلاقيات المهنة غير كافية لوحدها، فلا بد من الإصلاح الفعلي، كالاتمام بالبعد الاجتماعي والنفسي للموظف العمومي عن طريق التكوين وتحسين المستوى المعيشي من خلال توفير السكن المناسب، وتحسين الرواتب، ووسيلة النقل المناسبة، وتطوير أدائه بالتدريبات والترقيات. كل هذا يقلل من لجوء الموظف إلى الرشوة، وتلقي الهدايا خاصة في مجال الصفقات العمومية.



✓ الإسراع في تنصيب جهاز ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من أجل بسط رقابة صارمة على احترام المبادئ والإجراءات التي تقوم عليها عملية إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ومراقبة سلوك الأعوان العموميون المكلفين بتلك الإجراءات من خلال مدونات قواعد السلوك.

✓ إجراء دورات تكوينية لكل من الموظفين والأعوان المكلفين بإبرام الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام، من قبل المتخصصين من أجل شرح ما جاء به المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية من إجراءات لتسهيلها وتوحيدها على كامل الإدارات لتفادي الوقوع في الأخطاء غير المقصودة، والتي غالبا ما تقرر المسؤولية الجزائية لمرتكبيها، نتيجة سوء فهم النصوص القانونية.

إقامة نظام معلوماتي متطور يسمح بمراقبة التحركات المالية ومعرفة مشروعيتها مصادرها، وتتبع مسارها.

#### قائمة المراجع:

- (1) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص - جرائم الفساد، المال والأعمال، وجرائم التزوير-، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013-1012.
- (2) هنان مليكة، جرائم الفساد الرشوة الاختلاس - تمكين الموظف العام من وراء وظيفته في الفقه الإسلامي، قانون مكافحة الفساد الجزائري، مقارنة ببعض التشريعات العربية-، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2010.
- (3) حمدي عبد العظيم، عولمة الفساد وفساد العولمة، منهج نظري وعلمي، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008.
- (4) عامر الكبيسي، الفساد والعولمة تزامن لا توأمة، المكتب الجامعي الحديث، 2005.
- (5) حسين محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار النهضة العربية، 1972.
- (6) عبد الوهاب صلاح الدين، جرائم الرشوة في التشريع المصري، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر، 1957.
- (7) حومد عبد الوهاب، الرشوة في التشريع الكويتي، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الأول، 1977، كلية الحقوق، جامعة الكويت.
- (8) محمد بكراروشوش، متابعة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية على ضوء قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، الجزء الثاني، جرائم الصفقات العمومية والدعوى الجزائية، الطبعة الأولى، دار صبي للطباعة والنشر، متليلي، غرداية، 2014.

- 9) فاديا قاسم بيضون، الفساد أبرز الجرائم، الآثار وسبل المعالجة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013.
- 10) حاحة عبد العال، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإدارية في الجزائر، أطروحة دكتوراه العلوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012-2013.
- 11) سعد بن سعيد علي آل محسن القرني، استغلال النفوذ الوظيفي ظرف مشدد لعقوبة جريمة غسل الأموال في النظام السعودي، أطروحة دكتوراه، تخصص السياسة الجنائية، قسم العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2009.
- 12) زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، السنة الجامعية 2011-2012.
- 13) شنة زاوي، الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية، لجنة المحاباة نموذجاً، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية كلية الحقوق والعلوم والسياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، يومي 24. 25 أبريل 2013.

#### • النصوص القانونية :

- 14) دستور 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 07/12/1996، المعدل والمتمم.
- 15) القانون العضوي رقم 04-11، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، المؤرخ في 06 سبتمبر 2004، ج ر ج ج، عدد 57 لسنة 2004.
- 16) القانون رقم 06-02، المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ر ج ج، عدد 14، المؤرخة في 08 مارس 2006.
- 17) القانون رقم 06-03، المؤرخ في 20/02/2006، المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج ر ج ج، عدد 14 لسنة 2006.
- 18) الأمر 95-23، المؤرخ في 26 أوت 1995، يتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة، ج ر ج ج، عدد 48، مؤرخة في 03 سبتمبر 1995، المعدل والمتمم.

- (19) الأمر رقم 02-06، المتضمن القانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين ج ر ج ج عدد 12، مؤرخة في 10 مارس 2006.
- (20) الأمر رقم 02-96، المؤرخ في 10 يناير 1996، يتضمن تنظيم مهمة محافظي البيع بالمزاييدة، ج ر ج ج، عدد 03، مؤرخة في 14 يناير 1996.
- (21) الأمر رقم 13-95، المؤرخ في 11 مارس 1995، يتضمن مهنة المترجم – الترجمان الرسمي، ج ر ج ج، عدد 17، مؤرخة في 29 مارس 1995.
- (22) القانون رقم 01-06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر.ج.ج، عدد 14، مؤرخة في 08 مارس 2006، متمم بالأمر رقم 05-10، المؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر.ج.ج، عدد 50، مؤرخة في 01 سبتمبر 2010، المعدل المتمم بالقانون رقم 11-15، المؤرخ في 02 أوت 2011، ج.ر.ج.ج، عدد 44، مؤرخة في 10 أوت 2011.
- (23) رقم 03-06، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة، ج ر ج ج، عدد 46، مؤرخة في 16 جويلية 2006.

#### المراجع باللغة الفرنسية:

- Michel VERON, Droit pénal des affaires, 10<sup>e</sup> édition, DALLOZ, Paris, 2013.
- Coralie Ambroise-CASTEROT , Droit pénal spécial et des affaires –infractions contre les personnes et contre les biens, atteintes aux intérêts publics, droit pénal des entreprises et des sociétés, 4<sup>eme</sup> édition, Gualino lextenso éditions, 2014.
- Jean Claude SOYER, Droit pénal et procédure pénale, 12<sup>eme</sup> édition, L.G.D.J , Paris, 1995.
- REIS Patrice, Le délit de favoritisme dans les marchés publics , une régulation pénale des pratiques discriminatoires et de certaines pratiques anticoncurrentielles, Petites affiches, 4/7/2003, n°133.
- PREBISSY-Sechnall Catherine ,La pénalisation du droit des marchés publics, L.G.D.J ,2002.
- Samir AIT ISSAD, Abderraouf ABADA , Evaluation de l'efficacité du contrôle financier de l'Etat sur l'exécution des programmes d'investissements public (2001-2014), intervention présenté à l'occasion du colloque international à-propos de l'évaluation des effets des programmes

d'investissement public 2001-2014, et leurs retombées sur l'emploi, l'investissement et la croissance économique, Faculté des sciences économiques, commerciales et sciences de gestion, Université Sétif1, les 11-12 mars 2013.



مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة ISSN 2414-7931  
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2018